

VOLUME + CİLT: 29 + ISSUE + SAYI: 2 DECEMBER + ARALIK 2023
ÖZEL SAYI + ISSN: 2529-0142
"CUMHURİYETİN 100. YILI ÖZEL SAYISI"

MARMARA ÜNİVERSİTESİ
HUKUK
ARAŞTIRMALARI
DERGİSİ
MARMARA ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ



MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi

6 Aylık Hakemli Akademik Dergi / Biannual Peer-Reviewed Academic Journal

Volume • Cilt: 29 / Issue • Sayı: 2 /DECEMBER / ARALIK • 2023, ÖZEL SAYI

ISSN: 2529-0142

Marmara Üniversitesi Rektörlüğü Adına İmtiyaz Sahibi • Owner: Prof. Dr. MUSTAFA KURT (Rektör • Rector)

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adına İmtiyaz Sahibi • Owner of the Journal

Prof. Dr. Mehmet AKMAN

Yayın Kurulu / Editorial Board

Prof. Dr. Ercüment ÖZKARACA (Baş Editör)

Doç. Dr. Zafer İÇER (Editör)

Doç. Dr. Kadir BAŞ (Editör)

Doç. Dr. Canan ÜNAL ADINIR (Editör)

Dr. Öğr. Üyesi Ebru ZEYBEK CEBECİ (Editör)

Arş. Gör. Dr. Necdet Umut ORCAN

Arş. Gör. Can YÖNEY

Arş. Gör. Ümit Barış BAYINDIR

Arş. Gör. Nagihan TANDOĞAN ÖZBAYKAL

Arş. Gör. Kardelen TOKABAŞ

Arş. Gör. Mine Ezgi ÇIRAK

Dizgi • Typesetting

Burcu DİKER, Hakan TEMELOĞLU, Sevinç ZENGİN

Yönetim Yeri ve Yazışma Adresi /Address

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Göztepe Kampüsü B. Blok 118/2 34722 Kadıköy, İstanbul

Tel: 0216-777 2200 **Fax:** 0216-777 2223

E-Posta: hukukdergi@marmara.edu.tr

Marmara Üniversitesi Yayınevi / Marmara University Press

Adres: Göztepe Kampüsü 34722 Kadıköy, İstanbul

Tel/Faks: +90 216 777 1400

E-posta: yayinevi@marmara.edu.tr

Bu yayının tamamının veya bir bölümünün, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik ve sair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılması, dağıtılması, kayda alınması yasaktır. Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler, yazarlara aittir; bu hususta Fakülte, sorumluluk kabul etmez. Dergide çıkan herhangi bir yazıya atıf yaparken "MÜHF-HAD" kısaltmasının kullanılması önerilir. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, TÜBİTAK – ULAKBİM TR Hukuk Dizininde taranan ULUSAL HAKEMLİ bir dergidir.

İçindekiler / Contents

Cumhuriyetin 100. Yılında Kanunilik İlkesi Bağlamında İdarenin Düzenleyici İşlemleriyle Suç ve Ceza Hukuku Yaptırımı Öngörme Yasağı

Prohibition of Creating Criminal Offence and Criminal Law Sanction through Regulatory Provisions of the Administration in the context of the Principle of Legality in the 100th Anniversary of the Republic

Adem SÖZÜER, Yiğit YENİYETİŞME.....897

Kemalpaşazâde Said Bey ve “Hukuku Siyasiye-i Osmaniye Dersleri” (1329) Üzerine Notlar

Kemalpaşazade Sait Bey and notes on “Hukuku Siyasiye-i Osmaniye Dersleri (Ottoman Political Law Courses (1329)

Rukiye AKKAYA923

İhtiyati Tedbire Muhalefet

Opposition to Interim Measure

Abdullah Batuhan BAYTAZ, Ayşe Ece ACAR.....945

Cumhuriyet’in Kuruluşundan Metaverse Dünyasına Vergi Aktarımları

Tax Transfers From Founding of Republic to Metaverse World

Gülşen GEDİK.....963

Spor Müsabakalarında Yasa Dışı Bahis ve Şans Oyunu Suçları (7258 Sayılı Kanun m.5)

Illegal Betting and Games of Chance Crimes in Sports Competitions (Law Number 7258 Article 5)

Zafer İÇER, Cansu AKINCI.....981

ChatGPT ve Üretici Yapay Zekâ Modellerinde Mahremiyet ve Güvenliğin Hukuki Boyutu

Legal Aspects of Privacy and Security in ChatGPT and Generative Artificial Intelligence Models

Başak Ozan ÖZPARLAK, Müge ÇETİN 1003

Birbirinden Bağımsız Birden Fazla Disiplin Cezasının Tek İdari İşlemle Verilmesi (Anayasa Mahkemesinin 2019/ 38387 No’lu Bireysel Başvuru Kararı Üzerine Bir Değerlendirme)

Giving Multiple Independent Disciplinary Penalties with a Single Administrative Action (An evaluation on the Individual Application Decision No. 2019/ 38387 of the constitutional court Constitutional Court’s)

Ebru ZEYBEK CEBECİ..... 1041

İdarenin İhbar veya Şikâyetin İşleme Konulmaması Kararı Verme Yetkisi Üzerine Bir Değerlendirme

An Evaluation on the Administration's Authority to Decide Not to Process the Report or Complaint
Ebru ZEYBEK CEBECİ..... 1053

Parlamentarizmden Cumhurbaşkanlığı Hükûmet Sistemine: Quo Vadis, Sözlü Soru?

From Parliamentarism to Presidential Regime alla Turca: Quo Vadis, Oral Question?
Seda ÖZKAN..... 1066

İslam Hukukunda Kültür Varlıklarının Korunması ve Heykellerin Yıkılması Meselesi

Protection of Cultural Properties in Islamic Law and the Problem of Demolition of Idols
M. Raşit AKGÜN..... 1093

Emeğin Mülkiyeti: Locke, Proudhon ve Marx'ın Gözünden Mülkiyet Kavramı

Property of Labor: The Concept of Property Through The Eyes Of Locke, Proudhon and Marx
Alper ÇAVUŞOĞLU..... 1122

Strazburg'dan Türkiye'ye: Basın Özgürlüğü

From Strasbourg to Turkey: Freedom of Press
Sibel GÜZELDAĞ..... 1146

Eşya Olarak Dijital Veriler: Dijital Eşya

Digital Data as Goods: Digital Goods
O. Gökhan ANTALYA..... 1208

Milletlerarası Ticari Tahkimde İptal Sebebi Olarak Hakemlerin Sayısı, Nitelikleri ve Atama Usullerine İlişkin Aykırılıklar

Irregularities Regarding the Number, Qualifications and Appointment Procedures of Arbitrators as a Ground for Annulment in International Commercial Arbitration
Sibel ÖZEL, Danyal ERSARİ..... 1223

Mirasçılardan İntikal Borçlarından Sorumluluğu Bakımından Terekenin Resmi Defterinin Tutulması

Keeping the Official Ledger of the Estate in Terms of the Heirs' Responsibility for Inheritance Debts
Serra KOCAR, Faruk ACAR..... 1242

Limited Şirket Müdürünün İstifası ve Ticaret Siciline Tescil

Resignation of Limited Company Manager and Registration to the Trade Registry

Özlem KARAMAN COŞGUN 1257

Anonim Şirketlerde Belirli Bir Pay Sahibi Grubu Tarafından Aday Gösterilen Yönetim Kurulu Üyelerine Veto Hakkı Tanınabilir Mi?

Veto Rights of the Directors Designated by a Shareholder Group in Joint Stock Companies

Kadir BAŞ 1273

İş Yargısında Çalışma Süresinin Düzenlenmesi ve Fazla Çalışma (Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları ile Karşılaştırmalı)

Organization of Working Time and Overtime in Labor Jurisdiction (Comparative with European Court of Justice)

Canan ÜNAL ADINIR 1292

Özel Hukuk Cezası Kavramı ve Ceza Hukukunun Genel İlkelerinin Özel Hukuk Cezalarına Uygulanabilirliği

The Concept of Private Law Punishment and the Applicability of the General Principles of Criminal Law

Işık ÖNAY, Orcan OK..... 1320

Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni ile Davanın Esasına Girme (Revision Au Fond) Yasağı Arasındaki İlişki

The Relationship Between Public Order in the Recognition and Enforcement of Foreign Judgements and the Prohibition of Revision Au Fond

Zeynep ÖZGENÇ 1390

6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'na Göre Patentte Zorunlu Lisans

Compulsory Licence in Patent According to the Industrial Property Law Numbered 6769

Tamer BOZKURT 1417

Özel Statülü Yabancıların Türkiye'de Görülen Kişi Hallerine İlişkin Davalarında Usule ve Uygulanacak Hukukun Belirlenmesine İlişkin Bazı Tespitler

Assessment Regarding Procedure and Determination of Applicable Law in Cases Regarding the Personal Status of Foreigners with Special Status in Turkey

Begüm SÜZEN..... 1490

Yargıtay'ın Bir Kararı Işığında İş Kanunu Kapsamı Dışındaki İşçilerin Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanması

Benefit From Collective Bargaining Agreements of Employees Outside the Scope of Labor Law in the Light of a Decision of the Court of Cassation

İrem YAYVAK NAMLI 1521

Kiracının Verilerinin Korunması

Protection of Tenant Data

Hasibe Sena AKKIŞLA 1538

Açık Kambiyo Senetlerinin Zayi Olması ve İptali

Loss and Cancellation of Open Bills Of Exchange

Bilge Utkan MERSİN..... 1562

Medeni Yargılamada İspat Faaliyetinde Taraf Beyanı İçeren İradi Taraf İşlemleri

Voluntary Party Proceedings Involving a Party Statement in the Evidential Activity in Civil Proceedings

Harika CANPOLAT 1581

Türk Hukukunda İnançlı İşlemler

Fiduciary Transactions in Turkish Law

Hayreddin Fırat MEHMETOĞLU 1604

Cumhuriyetin 100. Yılında Kanunilik İlkesi Bağlamında İdarenin Düzenleyici İşlemleriyle Suç ve Ceza Hukuku Yaptırımı Öngörme Yasası

Prohibition of Creating Criminal Offence and Criminal Law Sanction through Regulatory Provisions of the Administration in the context of the Principle of Legality in the 100th Anniversary of the Republic

Adem SÖZÜER*^{id}, Yiğit YENİYETİŞME**^{id}

ÖZ

Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin sonuçlarından birisi de, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımı öngörme yasasıdır. Bu yasak, 1 Haziran 2005 tarihli Türk Ceza Hukuku Reformuyla birlikte 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda açık bir şekilde düzenlenmiştir. Yasağın anlaşılması, idare tarafından kabul edilen düzenleyici işlemler yoluyla suç ve ceza hukuku yaptırımı öngörme olasılığına ilişkin tartışmanın tarihinin iyi tahlilini gerektirir. Bu konuya ilişkin tartışmaların mazisi ise bir o kadar eskidir. Cumhuriyetimizin 100. Yılına özel hazırlanan bu çalışmada, neredeyse Cumhuriyetimizle yaşıt olan idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımı öngörme yasasına ilişkin tartışmalar, geçmişten günümüze bir perspektifle ele aldıktan sonra yasağın günümüzdeki durumuna ilişkin değerlendirmeler gerçekleştirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Türk ceza hukuku reformu, suçta ve cezada kanunilik ilkesi, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımı öngörme yasası, idarenin düzenleyici işlemleri.

ABSTRACT

One of the consequences of the legality principle, in other saying the principle no punishment without law, is prohibition of creating criminal offence and criminal law sanction by way of any regulatory provisions adopted by the administration. This prohibition is explicitly regulated in the Turkish Criminal Code No. 5237 with the Turkish Criminal Law Reform dated 1 June 2005. Understanding the prohibition requires a good analysis of the history of the discussion regarding possibility of creating offence and punishments by way of regulatory provisions adopted by administration. The history of the discussions on this subject is as old as it is. In this study, which is specially prepared for the 100th anniversary of the Turkish Republic, the discussions regarding the prohibition of creating criminal offence and criminal law sanction with the regulatory provisions of the administrative, which is almost as old as the Republic, are examined from the past to the present, and afterwards assessments are made regarding the current status of the prohibition.

Keywords: Turkish criminal law reform, legality principle, prohibition of creating criminal offence and criminal law sanction by way of any regulatory provisions adopted by the administration, regulatory provisions of administration.

* Prof. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Başkanı, ORCID: 0000-0001-8863-2747

** Araştırma Görevlisi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0002-6754-4032, E-posta/E-mail: yigityeniyetisme@istanbul.edu.tr

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Adem SÖZÜER

E-posta/E-mail: asozuer@istanbul.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 04.12.2023

Kabul Tarihi/Accepted: 06.12.2023

GİRİŞ

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, suç sayılan fillerin (*nullum crimen sine lege*) ve bunlarla ilgili yaptırımların (*nulla poena sine lege*) önceden kanun tarafından açıkça belirlenmesi anlamına gelmektedir. Bu ilkenin dayandığı temel düşünce, cezalandırmanın suç soruşturma makamları ve mahkemelerin keyfilğine bağlı olmaması ve ceza hukuku yaptırımlarının demokratik meşruiyeti olan kanun koyucu tarafından belirlenmesi gereğidir¹. İlke gereğince suç ve ceza yaptırımı, ancak ve ancak kanun koyucu tasarrufunda gerçekleştirilebilir. Kanun koyucu ise bu tasarrufunu, anayasada öngörülen usuller uyarınca yürürlüğe giren “kanun” adı verilen düzenlemelerle yerine getirir. Böylelikle şekli anlamda hukuk devleti ilkesi, diğer bir ifadeyle hukuk devlet ilkesinin şekli garantileri, kanunlar vasıtasıyla suçta ve cezada kanunilik ilkesi adı altında, birey hak ve özgürlüklerine temasın en sık olduğu hukuki alan olan ceza hukuku alanında somutlaşır.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, ilk olarak kanunlar vasıtasıyla pozitif hukukta görünüm kazanmıştır. Ancak kanunların yanı sıra, biçimsel anlamda kanun niteliğinde olmayan idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımını öngörülüp öngörülemediği ilkeye ilişkin önemli bir tartışma alanı olmuştur². Nitekim uygulamada suç ve ceza hukuku yaptırımlarının ihdası kanunlarla sınırlı kalmamış; suç ve ceza hukuku yaptırımları, gerek kanunla eşit düzeydeki kanun hükmündeki kararname gerek kanunun verdiği yetkiye dayanarak çıkarılan tüzük, yönetmelik, karar, tebliğ, sirküler gibi idarenin düzenleyici işlemleriyle öngörülmüştür. Halbuki suç ve ceza hukuku yaptırımlarının seçimlerle oluşmuş halkın temsilcileri tarafından kanunla öngörülmesi, demokrasi ve kuvvetler ayrılığının gereği olup ceza hukukunun en temel meşruiyet kaynaklarından biridir³. Bu nedenle “İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz” hükmünün yer aldığı 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmesi esasen malumun ilan edilmesi, daha açık bir anlatımla anayasal bir ilke olan kuvvetler ayrılığı bağlamında yasama ve yürütme ayrılığının ifadesidir.

Söz konusu düzenlemeden sonra aşağıda incelemesini gerçekleştireceğimiz Anayasa Mahkemesi kararlarında, bu hüküm bağlamında iptal kararları verildiği gibi hükmün aksi yönünde kararlar da verilmiştir. Bu nedenle konu, uygulama ve öğretide halen daha tartışılmaktadır. Elbette ki, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin sonuçları olan kıyas yasağı, geriye yürüme yasağı, belirlilik ile idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımını öngörme yasaklarına ilkesel olarak esasen bir itiraz bulunmamaktadır. Diğer bir deyişle, idarenin suç ve ceza hukuku yaptırımını içeren düzenlemeler yapamayacağı hususunda bir tartışma yoktur. Tartışma parlamentonun bir suçla ilgili tanımı bizzat kendi yapmayıp, bir kanunla idareye, düzenleyici işlemleriyle suçun unsurlarıyla ilgili belirlemeleri yapma konusunda yetki verip veremeyeceği noktasında ortaya çıkmaktadır⁴.

1 Adem Sözüer, ‘Prof. Dr. Hans-Heinrich Jescheck’in Türk Ceza Hukuku Reformuna Katkıları’ iç Feridun Yenisey ve Ulrich Sieber (edr), *Risk Altındaki Global Dünya Toplumu ve Ceza Hukuku*, Prof. Dr. h. c. mult. Hans-Heinrich Jescheck Onuruna 27-29 Eylül 2009 Tarihlerinde İstanbul’da Düzenlenen Uluslararası Kolokyum Kitabı (Bahçeşehir Üniversitesi 2011) 246.

2 Kayıhan İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (4. Bası, Beta 2017) 122.

3 Claus Roxin, Luís Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I* (5. Auflage, 2020) 219 dn 20-21.

4 Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (8. Baskı, Adalet 2021) 106-107.

Bu noktada ifade etmeliyiz ki, temel ceza kanununun yanı sıra, suç ve ceza içeren yan ceza kanunlarında, iç atıf veya başka kanunlara atıflar yapılmasıyla ortaya çıkan belirlilik gibi sorunlar esas olarak inceleme konumuz kapsamında değildir (*Örnek Kültür ve Tabiat Varlıkları Kanunu, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu*). Diğer yandan açıkça atıf olmayan hallerde de, ceza kanunlarındaki suç tanımlarında yer alan normatif unsurların tespitinde sık sık başka kanunlardaki düzenlemeleri göz önünde tutmak gerekir⁵. Söz gelimi, suç tanımlarında yer alan eş, evlilik, mülkiyet, zilyetlik, kişisel veriler gibi normatif unsurlar bakımından, medeni hukukta veya Kişisel Veriler Kanunundaki normlar dikkate alınmaktadır. Yine örneğin kara trafiğiyle ilgili olarak trafik güvenliğinin tehlikeye sokmakla ilgili suçlarda veya kara trafiğindeki taksirle öldürme ve yaralama suçlarında, Kara Yolu Trafik Kanunu ve bu kanuna bağlı çıkarılan alt mevzuat göz önünde tutulacaktır. Bu gibi hallerde medeni hukuk veya diğer hukuk alanlarındaki normlar ceza normları bakımından tamamlayıcı norm niteliğindedir. Normatif unsurların yer aldığı suç tiplerinde, diğer kanunlar yoluyla esasen bir somutlaştırılma yapılması söz konusudur. Böyle durumlarda asıl olan tek bir norm vardır ve o da ceza kanununun normudur. Çünkü cezalandırılabilirliğin esas unsurları, parlamento tarafından ceza kanunlarında öngörülmektedir.

Buna karşılık beyaza hüküm, açık ceza normu veya çerçeve kanun olarak isimlendirilen usullerde, suçun unsurlarının belirlenmesinde idarenin yetkilendirilmesi söz konusudur. Bu usulde kanun koyucu idarenin önüne adeta beyaz bir sayfa koymakta ve idare tarafından da bu sayfa, idarenin düzenleyici işlemleriyle doldurulmaktadır. Bu nedenle bu tür durumları isimlendirmede beyaza hüküm terimini tercih edeceğiz. Böylece yukarıda değindiğimiz iç atıf veya başka kanuna atıf ya da normatif unsurların somutlaştırmasında söz konusu olan tamamlayıcı normlardan da farklılığın, daha net ortaya koyulacağı kanaatindeyiz.

İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımı öngörülmesine ilişkin yasak, kanunların başka kanunlara atıf yapması ve kanunların da düzenleyici işlemlerle uygulanmasının gerektirdiği hallerde kural olarak gündeme gelmeyecektir. Zira idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza öngörülmesi başka bir şey iken; atıf yapılan kanunun idarenin düzenleyici işlemleriyle birlikte tamamlayıcı norm olarak kullanılması başka bir şeydir. Bu nedenle inceleme konumuz bakımından öncelikle, ortada idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımı yasağının ihlal etmeyen nitelikte bir tamamlayıcı normun mu bulunduğu yoksa idareye suçun unsurlarını belirleme yetkisi veren bir beyaza hüküm mü olduğunun tespiti gerekir. Birinci durumda kanun koyucu, cezalandırılabilirliğin temel koşullarına ilişkin kararı bizzat vermekte; diğerinde ise suçun unsurlarını belirleme yetkisi, idareye devredilmektedir.

İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımı öngörme yasağının ülkemizdeki mazisi eskidir. Gerçekten de 1926 tarihli 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu döneminde, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımı öngörme meselesi sırasıyla 1924 Anayasası

5 Alman doktrin ve uygulamasında beyaza hüküm ve suçun normatif unsurları bakımından tartışmalar için bkz: Jens Bülte, 'Blankette und normative Tatbestandsmerkmale: Zur Bedeutung von Verweisungen in Strafgesetzen'(2015) 55(9) Juristische Schulung 769, 769-777; Helmut Satzger, Georg Langheld, 'Europarechtliche Verweisungen in Blankettstrafgesetzen und ihre Vereinbarkeit mit dem Bestimmtheitsgebot Anmerkung zu BGH 5 StR 543/10 – 17. März 2011 (LG Hamburg) = HRRS 2011 Nr. 572' (2011) 11(12) Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht 461, 464.

ve 1961 ile 1982 Anayasaları dönemlerinde gerek uygulama gerek öğreti düzeyinde tartışılmış; bu tartışmalar ise 1 Haziran 2005 tarihli Türk Ceza Hukuku Reformunun en önemli kanunlaştırma hareketlerinden biri olan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile ayrı bir düzeyde ele alınmıştır. Bizde Cumhuriyetimizin 100. yılının şerefine, neredeyse Cumhuriyetimizle yaşıt olan idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımı öngörme yasağını, geçmişten günümüze bir perspektifle ele aldıktan sonra yasağın günümüzdeki durumuna ilişkin bir değerlendirme gerçekleştireceğiz.

I. 765 SAYILI MÜLGA TÜRK CEZA KANUNU DÖNEMİNDE İDARENİN DÜZENLEYİCİ İŞLEMLERİYLE SUÇ VE CEZA HUKUKU YAPTIRIMI ÖNGÖRME YASAĞI

A. GENEL OLARAK

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, 1926 tarihli 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nun birinci maddesinde: *“Kanunun sarıh olarak suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez. Kanunda yazılı cezalardan başka bir ceza ile de kimse cezalandırılmaz.”* şeklinde düzenlenmiştir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin tüm sonuçlarıyla birlikte ceza kanununda düzenlenmemiş olması; kanun yorumlanırken kanun koyucunun hangi ilkelere dikkat ettiğinin açıkça ortaya konulmamış olması nedeniyle gerek uygulama⁶ gerek mevzuat⁷ düzeyinde ceza kanununun, kişi hak ve özgürlükleri aleyhine kullanılmasına sebep olmaktadır⁸.

6 Kıyas yasağı suçta ve cezada kanunilik ilkesinin önemli sonuçlarından biridir. Dönemin öğretilerinde mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 1. maddesinde yer alan “kanunun sarıh olarak suç saymadığı” ifadesinin kıyas yasağını da kapsadığı belirtilmekteydi Bknz: Faruk Erem, *Türk Ceza Kanunu Şerhi – Genel Hükümler* (Seçkin 1993) 12.; Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt: 2* (6. Bası, Sulhi Garan Matbaası 1978) 32-33.; Ancak kanunun kıyas yasağını açıkça öngörmemiş olması, uygulama düzeyinde mahkemelerin genişletici yorum adı altında kıyasa varan uygulamalar yapmasına neden olmaktadır. Bknz: Sözüer (n 1) 250-251.; Nitekim mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu dönemi bakımından genişletici yorum adı altında kıyas faaliyeti olarak elektrik enerjisinin hırsızlık suçuna konu olup olmayacağına yönelik tartışmaları içeren Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararı (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E 1976/6-433 K 1976/444, 25.10.1976.) ya da telefon şebekesinin izinsiz ve yetkisiz kullanılmasının hırsızlık suçuna konu olup olmayacağına yönelik tartışmaları içeren Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu kararı (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, E 1989/2 K 1990/3, 06.04.1990.) örnek gösterilebilir. Her iki karar neticesinde, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin önemli sonuçlarından biri olan kıyas yasağı, uygulamacı eliyle genişletici yorum adı altında yapılan kıyas faaliyetiyle ihlal edilmiştir. Konu hakkında detaylı bilgi için bknz: Yiğit Yeniyeşişme, *Suç Politikasının Ana İlkeleri Açısından Türkiye’de Ceza Hukuku Değişimleri* (On İki Levha İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi 2022) 103-113.

7 Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin önemli sonuçlarından biri olan belirlilik ilkesine aykırı olması sebebiyle mevzuat düzeyinden 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nun 240. maddesi bu bağlamda önemli bir örnektir: *“Yasada yazılı hallerden başka hangi nedenle olursa olsun görevinin kötüye kullanan memur derecesine göre bir yıldan üç yıla kadar hapsedilir. Cezayı hafifleten nedenlerin bulunması halinde altı aydan bir yıla kadar hapis ve her iki halde ikibin liradan on bin liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır. Ayrıca memuriyetten süreli veya temelli olarak yoksun kılınır.”* İlgili hüküm uyarınca, “yasada yazılı hallerden başka hangi nedenle olursa olsun” ifadesiyle, belirlilik ilkesinin içerdiği anlamla bağdaşmayan bir düzenlemeye gidilmiştir. Söz konusu düzenleme, memurun salt göreve aykırı olan her davranışının suç olarak kabulünün önünü açmış ve böylelikle kamu görevlileriyle ilgili olarak ceza hukukuna adeta sınırsız bir müdahale alanı tanıyarak madde hükmünün siyasi baskı aracı olarak kullanılabilmesinin dahi önünü açmıştır. 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu döneminde belirlilik ilkesine aykırı diğer düzenleme ve uygulama örnekleri için bknz: Yeniyeşişme (n 6) 90-96.

8 Prof. Sözüer, 5237 sayılı Kanunda suçta ve cezada kanunilik ilkesinin tüm sonuçlarıyla birlikte ortaya konulmuş

Nitekim 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nda suçta ve cezada kanunilik ilkesinin önemli sonuçlarından biri olan “idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımı öngörme yasağı”nın açık bir şekilde düzenlenmemiş olması, ilkenin ihlaline sebep olan uygulamalara ve düzenlemelere sebep olmaktadır. 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu dönemi bu bağlamda, 1924 Anayasası dönemi ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu öncesi 1961 ile 1982 Anayasaları dönemi olarak iki ayrı başlık altında ele alınmalıdır⁹. Bu kapsamda 1924 Anayasası döneminde yani mülga kanunun erken dönemlerinde konu, yasak olma ekseninden ziyade idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ihdasının ne dereceye kadar mümkün olabileceği çerçevesinde ele alınmışken; 1961 ve 1982 Anayasalarıyla birlikte konuya ilişkin tartışmalar, meselenin yasak olup olmadığı ekseninde sürdürülmüştür.

B. 1924 ANAYASASI DÖNEMİNDE İDARENİN DÜZENLEYİCİ İŞLEMLERİYLE SUÇ ÖNGÖRME YASAĞI

1. 1924 Anayasasında Kanunilik İlkesi

İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımı öngörülmesi meselesinin 1924 Anayasası döneminde incelenmesine geçilmeden önce, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin 1924 Anayasasındaki durumunun ortaya konulması önemlidir. 1924 Anayasasında kanunilik ilkesine yer verilip verilmediği üzerinde uzlaşya varılmış bir konu değildir. Üstelik prensibin 1924 Anayasası vasıtasıyla anayasal görünüme sahip olduğunu savunanlar arasında da dayanak noktası bakımından bir uzlaşya bulunmamaktadır. Bir görüşe göre, Anayasanın 72. maddesinde yer alan, “*Kanunda yazılı hal ve şekillerden başka türlü hiçbir kimse yakalanamaz ve tutulamaz.*” şeklindeki hüküm, kanunilik ilkesinin kaynağı olarak gösterilmiştir¹⁰. Diğer bir görüşe göre ise, “*hukuku tabiiyeden olan hürriyetin herkes için hududu, başkalarının hududu hürriyettir. Bu hudut ancak kanun marifetiyle tesbit ve tayin edilir.*” şeklindeki 1924 Anayasasının 68. maddesinin üçüncü fıkrasındaki hükmün, suçta ve

olmasının gerekliliğini, mülga 765 sayılı Kanun dönemindeki bu eksikliğin, kişi hak ve özgürlükleri aleyhine kötüye kullanıma sebep olması üzerinden vurgulamıştır. Bknz: Yazar Yok, *Türk Ceza Kanunu Reformu Birinci Kitap Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu Paneli* (Türkiye Barolar Birliği Yayınları 68 2004) 34.

- 9 1921 tarihli Teşkilatı Esasiye Kanunu savaş dönemi şartları doğrultusunda çıkartılmış, temel hak ve hürriyetlere ilişkin hüküm bulundurmayan 23 maddeye sahip çok kısa bir anayasadır. Her ne kadar 1. maddesinde “Hakimiyet bila kaydü şart milletindir. İdare usulü halkın mukadderatını bizzat ve bilfil idare etmesi esasına müsnettir.” hükmü vasıtasıyla hukuk devleti bağlamında milli egemenlik ilkesine yer vermiş olsa da, içeriğinde suçta ve cezada kanunilik ilkesine ilişkin bir düzenleme yoktur. Bu sebeple Cumhuriyet döneminde idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımı ihdası yasağı konulu makalemizde, 765 sayılı mülga kanun dönemini incelerken ele alınmamıştır. 1921 Anayasasına ilişkin detaylı bilgi için bknz: Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku* (3. Baskı, Ekin 2019) 65-76.
- 10 Tamer'e göre, bu maddeye “mücazat olunamaz” yani diğer bir ifadeyle işlenen bir suçtan ötürü ceza verilemez şeklinde ifade eklenseydi daha da isabetli olurdu. Tahir Taner, *Ceza Hukuku Umumi Kısım* (Ahmet Sait Matbaası 1949) 133.; Turinay'da argumentum a fortiori yani evleviyet ilkesi gereği, ilkenin koruma tedbirlerinin kanuniliğinin kabul edildiği bir hukuk sisteminde cezalar bakımından da evleviyetle kanunilik ilkesinin kabul edilebileceğini, dolayısıyla bu maddeyle kanunilik ilkesinin geçerli olduğunun savunabileceği yorumunda bulunmaktadır. Faruk Turinay, *Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesinin Anayasal Temelleri* (On İki Levha 2013) 221.; Söz konusu hükmün, suçta ve cezada kanunilik ilkesinden ziyade yakalama ve tutuklamada yasal güvenceyi sağlamaya yönelik bir hüküm olduğunu ifade eden görüş için bknz: Kayıhan İçel, Süheyl Donay, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım 1. Kitap* (Beta 2006) 87.

cezada kanunilik ilkesini içerdiği belirtilmektedir¹¹. Bu bilgiler ışığında, 1924 Anayasası düzeyinde kanunilik ilkesinin hiçbir şekilde kendine yer bulmadığını ifade etmek doğru olmayacaktır. Bilhassa 1924 Anayasasının 68. maddesinin kişi hürriyetine müdahalenin kapsamının tayinini kanuna bırakması, dolaylı bir şekilde de olsa kanunilik ilkesinin varlığını göstermektedir.

2. İdarenin Düzenleyici İşlemleriyle Suç ve Ceza Hukuku Yaptırımı Öngörülmesi Konusunda 1924 Anayasasının Değerlendirilmesi

1924 Anayasası döneminde kanunilik ilkesinin, gerek Anayasada gerek 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nda açıkça ve bu ilkenin tüm sonuçlarıyla düzenlememiş olması nedeniyle, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımı öngörülmesi konusu bir yasak kapsamında tartışılmamaktaydı. Nitekim o dönemde hem uygulama hem öğreti de idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ihdası kabul edilmekte ancak bunun dayanağı ve kapsamı bağlamında bir tartışma yürütülmekteydi.¹²

Bir görüşe göre, yasama organı tarafından yürütme organına verilecek bir vekalet vasıtasıyla düzenleyici işlemlerle suç öngörülebilmesi mümkündür¹³. Söz konusu görüş, vekaletin her zaman yasama organı tarafından geri alınabileceği ve dolayısıyla yürütmenin bir anda bütün hareket imkanının ortadan kalkabileceği çerçevesinde eleştirilmiştir¹⁴. Diğer bir görüşe göre ise, idarenin tanzim yetkisi çerçevesinde yürütme organı tarafından, suç ihdasının mümkün olacağı belirtilmektedir¹⁵. Ancak bu görüş, 1924 Anayasasının 68. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan, *“hukuku tabiyeden olan hürriyetin herkes için hududu, başkalarının hududu hürriyetidir. Bu hudut ancak kanun marifetiyle tesbit ve tayin edilir.”* hükmüne binaen idarenin genel tanzim yetkisinin bu anlamda bir suç ihdası yetkisini mümkün kılmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir¹⁶. Son olarak ise, düzenleme yetkisinin yürütme görevinin tabii bir gereği olduğu ancak yürütme vasıtasıyla suç ihdasının sağlanabilmesi için yasa koyucuya bu konuda bir *“niyabet”* verilmiş olması gerektiği vurgulanmıştır¹⁷. Bu bağlamda, kararname veya diğer idarenin düzenleyici işlemleriyle suç oluşturulabilmesi için niyabet veren bir kanunun ve bu kanun tarafından tayin edilmiş bir suç sahası ve ceza tayin sınırının olması yeterli görülmüştür¹⁸. Buna karşılık, 1924 Anayasasının 6., 26. ve 68. maddesinin üçüncü fıkrasının birlikte

11 Dönmezer, Erman (n 6) 31.; İçel, Donay (n 10) 87.; Duygun Yarsuvat, *‘Yürütme Organının Koyduğu Kaideler ile Suç İhdası ve 1961 Anayasası’* (1963) 29(3) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 540, 551.

12 1924 Anayasası döneminde bu hususta üç fikir ortaya atılmıştır. Bknz: Yarsuvat (n 11) 551.

13 Bu görüş Fransız öğretisi tarafından da idarenin düzenleyici işlemleriyle suç öngörülmesini açıklamak için kullanılan vekalet anlamında delegasyon teorisine dayanmaktadır Bknz: Siddık Samir Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları C: I* (İsmail Akgün Matbaası 1996) 263.

14 Dönmezer/Erman (n 6) 143.; Bu konuda ayrıca, 1924 Anayasasının 6. maddesi çerçevesinde, vekalet teorisinin mümkün olmadığı ayrıca vurgulanmaktadır: *“Meclis teşrii salâhiyetini bizzat istimal eder.”* Bknz.: Yarsuvat (n 10) 551-552.

15 *“İcra uzvu-sırf icra fonksiyonunun ifa etmekle mükellef olması hasebiyle – genel bir tanzim selâhiyetini haizdir. Anayasa göre, tanzim selâhiyeti icra selâhiyeti içinde mündemistir ve icra selâhiyetinin bir lazımesidir.”* Ragıp Sarıca, *Türkiye’de İcra Uzwunun Tanzim Selâhiyeti* (Türk Hukuk Kurumu 1943) 317.

16 Yarsuvat (n 11) 551.

17 Dönmezer, Erman (n 6) 143.

18 Dönmezer, Erman (n 6) 143.; Taner’de bu çerçevede şu dört şartın bulunması halinde idarenin düzenleyici işlemleri vasıtasıyla suç ve ceza ihdasının mümkün olduğunu ifade etmektedir: *“1. Kanunun selâhiyet vermiş olması, 2. Cezaların*

mütalaası neticesinde¹⁹, suç ve ceza hukuku yaptırımını öngörülmesinin ancak ve ancak şekli anlamda kanunla mümkün olduğunu ifade edenlerde bulunmaktaydı²⁰.

3. Mevzuat ve Uygulama

1924 Anayasası döneminde, anayasada suçta ve cezada kanunilik ilkesinin dolaylı varlığına delalet eden hükme ve ceza kanununun 1. maddesinde kanunilik ilkesine ilişkin doğrudan düzenlemeye yer verilmesine rağmen, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin tüm sonuçlarına ve dolayısıyla idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımını öngörülmesi yasağına riayet edilmemiştir. Nitekim kanunla yapılan niyabet yoluyla ve hatta daha da ileri gidilerek hükümetin kendine verilmiş yetkiyi bir başka vekile (bakanlık) devretmesi vasıtasıyla dahi suç ihdası gerçekleştirilmiştir²¹.

1924 Anayasası döneminde yapılmış olan, 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun, 3780 sayılı Milli Korunma Hakkında Kanun, 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu, 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, 1075 sayılı Ticarete Tağşişin Men'i Hakkında Kanun, 3008 sayılı İş Kanunu, 486 sayılı Umuru Belediyeye Müteallik Ahkamı Cezaiye Hakkında Kanunu ve 1426 sayılı Vilayet İdaresi Kanunu gibi pek çok kanunda idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ihdası imkanı veren hükümler bulunmaktaydı²². Gerçekten de 486 sayılı Kanunda yer alan, Belediye Meclislerinin ilan edecekleri tembihnamelerinde yer alacak kararlara aykırı davranmayı suç olarak kabul imkânı sağlayan hüküm²³; 3780 sayılı Milli Korunma Hakkında Kanun uyarınca, koordinasyon heyeti veya heyetin yetki devri yapacağı Bakanlıklar aracılığıyla iktisat ve milli müdafaayı gerektiren fevkalade hallerde²⁴ suç ihdası sağlama yetkisini veren hüküm²⁵ ya da 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanunda yer alan icra vekilleri heyetine kambiyo, nukut, esham ve

kanunda tayin edilmiş olması, 3. Düzenleyici işlemin neşir ve ilan edilmesi ya da ilgisine tebliğ olunması, 4. Düzenleyici işlemlerle suç ihdasının kanunun içerdiği prensiplere aykırı yapılmaması." Bknz: Taner (n 10) 159-160.

19 İlgili hükümler:

1924 Anayasasının 6. maddesi: "Meclis, yasama yetkisini kendi kullanır."

1924 Anayasasının 26. maddesi: "Kanun koymak, kanunlarda değişiklik yapmak, kanunları yorumlamak, kanunları kaldırmak, Devletlerle sözleşme, andlaşma ve barış yapmak, harb ilan etmek, Devletin bütçe ve kesin hesap kanunlarını incelemek ve onamak, para basmak, tekelli ve akçalı yüklenme sözleşmelerini ve imtiyazları onamak ve bozmak, genel ve özel af ilan etmek, cezaları hafifletmek ve değiştirmek, kanun soruşturmalarını ve kanun cezalarını ertelemek, mahkemelerden çıkıp kesinleşen ölüm cezası hükümlerini yerine getirmek gibi görevleri Büyük Millet Meclisi ancak kendisi yapar."

1924 Anayasasının 68. maddesinin üçüncü fıkrası: "Tabii haklardan olan hürriyetin herkes için sınırı, başkalarının hürriyeti sınırlıdır. Bu sınırı ancak kanun çizer."

1924 Anayasasının tüm hükümlerine ulaşmak için bknz: Suna Killi, Şeref Gözübüyük, *Türk Anayasa Metinleri "Senedi İttifaktan Günümüze" (Türkiye İş Bankası 1985) 124.*

20 Bknz: Yarsuvat (n 11) 552.

21 ibid 553.

22 Taner (n 10) 153.

23 Yarsuvat (n 11) 553.

24 Kanunun 1. maddesinde fevkalade haller şu şekilde sayılmıştır: "...A. Umumi veya kısmi seferberlik, B. Devletin bir harbe girmesi ihtimali, C. Türkiye Cumhuriyetini de alakalandıran yabancı Devletler arasındaki harb hali."

25 Kanunun birinci maddesi çerçevesinde, fevkalade hallerde devletin bünyesini iktisat ve milli savunma bakımından güçlendirmek için hükümete birtakım kararlar alma yetkisi verilmekte iken; 4. maddede bu yetkinin teşkil edilen koordinasyon heyeti ya da onun yetki devri yapacağı Bakanlıklar aracılığıyla kullanılacağı belirtilmiştir. Bu kararlara aykırı davranışların cezası ise kanunun 53 ve devamı maddelerinde sayılmıştır. Bknz: Yeniyetişme (n 6) 70.

tahvilat alım, satımının ve memleketten ihracının tanzim ve tahdidine ve Türk parası kıymetinin korunmasına ilişkin konularda suç ihdası yetkisi veren hüküm²⁶ 1924 Anayasası döneminin önemli örneklerindedir.

3780 sayılı Milli Korunma Kanunundaki idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ihdası imkânı sağlayan hüküm, koordinasyon heyeti tarafından verilen yetkiye binaen Bakanlıklar vasıtasıyla bu hakkın kullanımı kısmı özelinde, dönemin yüksek yargısının önüne gelmiştir. Konuya ilişkin verdiği kararında Yargıtay İçtihatları Birleştirme Ceza Genel Kurulu: “*Milli Korunma Kanununun sarahatına uygun bir şekilde tanzim ve usulleri ilan edilmiş olan Koordinasyon Heyeti kararıyla bir Bakana yetki verilmesinde kanuna mugayeret olmadığına ve yetkili makam tarafından da tanzim ve usulen neşir ve ilan edilmiş olan sirküler ve kararlar hilafına hareket edenlerin fiilinin yetki veren kararnamede gösterilen kanun maddesine muhalefet teşkil etmesi itibarıyla suç sayılması icap eylediği*” tespitlerinde bulunmuştur²⁷. Söz konusu karar Anayasa Mahkemesinin olmadığı bir dönemde, hükmün denetiminin dönemin yüksek yargı organı tarafından gerçekleştirilmiş olmasıyla önemli olduğu kadar, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ihdası sorununa dönemin uygulamasının yaklaşımını ortaya koyması bakımından da önemlidir. 27 Mayıs 1960 Askeri Darbesinden sonra Milli Korunma Kanunu, fevkalade hallerin ortadan kalktığı gerekçesiyle 16.09.1960 tarihli ve 5/322 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla ilga edilmiştir²⁸. Bu nedenle söz konusu kanun 1961 Anayasası döneminde ve dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin gündemine gelmemiştir²⁹.

Özel kanunlardaki hükümlerin yanı sıra, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ihdasına imkân veren bir düzenleme olarak 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu 526. maddenin vurgulanması elzemdir. İlgili hükme göre, “*Salahiyetli makamlar tarafından adli muameleleri dolayısıyla yahut amme emniyeti ve amme intizamı veya umumi hıfzıssıhha mülahazasıyla kanun ve nizamlara aykırı olmayarak verilmiş bir tedbire riayet etmeyen kimse, fiili ayrı bir suç teşkil etmediği takdirde*” cezalandırılmaktadır³⁰. Söz konusu düzenleme, gerek mevzuatta³¹ gerek yargı kararlarında kendisine yer bulmuştur³². 765 sayılı

26 1567 sayılı Kanunun 1. maddesinde, “*Kambiyo, nukut, esham ve tahvilat alım, satımının ve memleketten ihracının tanzim ve tahdidi ve Türk parası kıymetinin korunması zımında kararlar ittihazına İcra Vekilleri Heyeti salahiyetlidir.*” denildikten sonra 3. maddede, bu yetkiye dayanılarak alınacak kararlara aykırı davrananlar için verilecek cezalar belirlenmekteydi. Söz konusu hüküm, maddenin 1930 yılındaki ilk halidir. Maddenin 1961 Anayasası öncesi 1954 yılı ile aldığı görünüm ise şu şekildedir: “*Kambiyo, nukut, esham ve tahvilat alım ve satımının ve bunlar ile kıymetli madenler ve kıymetli taşlarla bunların mamul veya bunları muhtevi her nevi eşya ve kıymetlerin ve ticari senetlerle tediyeyi temine yarıyan her türlü vasıta ve vesikaların memleketten ihracı veya memlekete ithalinin tanzim ve tahdidine ve Türk parasının kıymetinin korunması zımında kararlar ittihazına İcra Vekilleri Heyeti salahiyetlidir.*” ibid 71.

27 Yargıtay İçtihatları Birleştirme Ceza Genel Kurulu, E 1948/25 K 1949/4, 30.03.1949.; ibid 70 dipnot 327.; Kararın eleştirisi için bknz: Dönmezer, Erman (n 6) 145-146.

28 Turhan Tufan Yüce, *Ceza Hukuku Dersleri C: 1* (Şafak Basım ve Yayınevi 1982) 68.

29 Yeniyetişme (n 6) 71.

30 Yeniyetişme (n 6) 79-80.

31 Örneğin, İl İdare Kanunu'nun 9. maddesine dayanılarak valilere genel emirler çıkarma yetkisi verilmiş olup ilgili kanunun 66. maddesinde ise, bu emirlere uymayanların 765 sayılı kanunun 526. maddesine binaen cezalandırılmasının yapılacağına gönderme yapılmıştır. Bknz: ibid 80 dn. 369.

32 Mülga kanun döneminde, kaymakamın çıkardığı genel emirlere aykırılığın 526. maddenin kapsamına girip girmediği ve bu bağlamda bir cezalandırma yapılıp yapılmayacağı bir Yargıtay kararında tartışılmıştır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu bu olaya ilişkin yaptığı değerlendirmesinde, kaymakamlıkça alınıp halka duyurulan limanda denize girme yasağına aykırı davrananların 526. madde hükmüne göre cezalandırılabileceğini kabul etmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E

mülga kanun döneminde idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ihdasına imkan sağlayan böyle bir düzenlemenin bizatihi ceza kanununun kendisinin içinde bulunması dikkat çekicidir³³. 1973 yılında itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi önüne gelen hüküm iptal edilmemiş³⁴ ve varlığını 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu dönemine kadar sürdürmüştür.

C. 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU ÖNCESİ 1961 VE 1982 ANAYASALARI DÖNEMLERİ

1. Anayasalarda Kanunilik İlkesi

1924 Anayasasının aksine 1961 ve 1982 Anayasalarında, suçta ve cezada kanunilik ilkesi açık bir şekilde düzenlenmiştir. 1961 Anayasasının 33. maddesinde, “*Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz. Cezalar ve ceza tedbirleri ancak kanunla konulur. Kimseye, suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.*”; 1982 Anayasasının ise 38. maddesinde, suçta ve cezada kanunilik ilkesine yer verilmiş ve ilke 1961 Anayasasına nazaran daha detaylı ve sistematik bir şekilde ortaya koyulmuştur³⁵.

2. İdarenin Düzenleyici İşlemleriyle Suç ve Ceza Hukuku Yaptırımı Öngörülmesi Meselesine Dair Yaklaşımlar

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu öncesi dönemde 1961 ve 1982 Anayasalarıyla suçta ve cezada kanunilik ilkesinin açıkça anayasal dayanağa kavuşturulmuş olmasıyla birlikte, 765 sayılı mülga kanun döneminde idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza ihdası meselesi artık gerek öğreti gerek mevzuat gerek uygulama düzeyinde bu işlemlerle suç ve ceza hukuku yaptırımı öngörülmesinin yasak olup olmadığı ekseninde tartışılmaya başlanmıştır³⁶. Anayasalarda kanunilik ilkesine ilişkin düzenlemelerin yanı sıra, yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisine ait

1973/2-105 K 1973/415, 14.05.1973.; Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Yüce (n 28) 77-78.

- 33 “*Bu mevzuatta ceza kanununun 526 ncı maddesi hususi bir ehemmiyet arz etmektedir. Çünkü bu madde, muayyen konulara taalluk etmekle beraber – ve fakat suçların kanuniliği esasını koyan kanunun birinci maddesine rağmen – birtakım fiilleri suç haline koymak hususunda bazı makam ve mercilere oldukça geniş bir ölçüde salahiyet vermektedir.*” Taner (n 10) 154.
- 34 Anayasa Mahkemesi kararında, itiraz konusu hükmün yasama yetkisinin devredilemeyeceği kuralına aykırı olmadığını, değişen ihtiyaç ve acil durumlar karşısında kanunda esaslı hükümler saptandıktan sonra hükümete veya kimi makamlara tedbir alma yetkisinin verilebileceğini, bu durumun yasama yetkisinin yürütme organına bırakıldığı gibi bir anlam ifade etmediği, 526. maddede suçun ne gibi fiilleri kapsadığının ve bu suçla karşılık cezaların açıkça belirlendiği görüşlerine yer verilmiştir. Karar oyçokluğuyla alınmış bir karardır. Detaylı bilgi için bkz: Yeniyeşişme (n 6) 79-80.
- 35 Nitekim söz konusu düzenleme, ceza hukuku kurallarının zaman bakımından uygulanma alanını, hem 1961 tarihli Anayasaya göre hem 765 sayılı mülga kanuna göre daha genişleterek, ceza mahkumiyetinin kanuni neticelerinin yanı sıra, dava ve ceza zamanaşımı konusunda da uygulanır hale getirmiştir. İzzet Özgenç, Cumhur Şahin, *Uygulamalı Ceza Hukuku* (3. Bası, Seçkin 2001) 47.; Ayrıca güvenlik tedbirlerinin de kanunilik ilkesi kapsamında alınmış olmasının ifade edilmesiyle önemli bir düzenlemedir. Abdullah Batuhan Bayataz, *Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum* (On İki Levha İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi 2018) 15.
- 36 Konu hakkında dönemin öğretisi fikirleri için bkz: Öztekin Tosun, *Suç Hukuku Dersleri* (2. Baskı, Ar Basım 1982) 32-41.; Dönmezer, Erman (n 6) 142-152.; Yüce (n 28) 66-79.; İçel, Donay (n 10) 66-79.; Öztekin Tosun, ‘*Yürütme Organlarının Koyduğu Kaidelere Aykırılıkların Cezalandırılması*’ (1962) 28(2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 349, 364-366.; Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler C. I* (Beta 1991) 118-124.; Yarsuvat (n 11) 540-559.

olduğunu ve asla devredilemeyeceği ile temel hak ve özgürlüklerin Kanun Hükmünde Kararname ile sınırlanmayacağını ifade eden hükümler de, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımı öngörülüp öngörülemeyeceğine ilişkin tartışmalarda önemli rol oynamışlardır³⁷.

Diğer yandan 1961 Anayasasıyla birlikte Anayasa Mahkemesinin kurulmuş olması da, kanunilik ilkesi konusundaki tartışmalara ve dolayısıyla idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımı öngörülüp öngörülemeyeceği tartışmalarına yeni bir boyut getirerek, konuya ilişkin kanunların anayasaya uygunluğu bakımından anayasa yargısı yoluyla denetimine imkan sağlamıştır. Bu önemli bir gelişmedir zira, 1924 Anayasası döneminde anayasaya aykırılığı inceleyecek bir merciin olmaması, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımı öngören hükümler karşısında hakimleri hareketsiz bırakmakta ve hakimleri kanunilik ilkesine aykırı olduğunu düşündükleri hükümlere bağlı kılmaktaydı³⁸.

Ancak idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımı öngörme yasağı, gerek anayasaların yukarıda vurguladığımız açık düzenlemelerine gerek 765 sayılı mülga kanunda yer alan kanunilik ilkesine ilişkin açık hükümlere rağmen yerleşmemiştir. Bilhassa ekonomi ceza hukuku mevzuatı kapsamında, yasamanın ağır işlemesi ve toplumsal hayatın süratli değişimi gerekçelerine sığınarak belirli koşullar altında idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ihdasına imkân veren düzenlemelere devam edilmiştir. Nitekim dönemin öğretisinde de bu durum, 1924 Anayasasında yasaklanmayan idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ihdasının eğer 1961 ve 1982 Anayasaları ile yasaklanması istenilseydi; yasağı ihtiva eden açık bir hükümlerle bu yönde irade sergilenirdi şeklinde gerekçelendirilmiştir³⁹. Bununla birlikte, idareye kanunla verilecek bir yetkinin, anayasanın ilgili maddelerindeki kanun kavramının ihlali olmayacağı gibi TBMM'nin yasama yetkisinin devri anlamına da gelmeyeceği belirtilmekteydi⁴⁰. Bunların yanı sıra, anayasalarda yer alan temel hak ve özgürlüklerin KHK düzenlemeleri ile sınırlanamayacağına dair hükmün, KHK'lar bakımından suç ihdasını kısıtladığı, ancak anayasal düzenlemenin ratio legis gereği diğer düzenleyici işlemler bakımından bir kısıtlama oluşturmadığı ifade edilmekteydi⁴¹.

37 Yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğunu ve asla devredilemeyeceğini düzenleyen 1961 Anayasasının 5. ve 1982 Anayasasının 7. maddeleri; temel hak ve özgürlüklerin Kanun Hükmünde Kararname düzenlemeleri ile sınırlanmayacağını düzenleyen 1961 Anayasasının 64. ve 1982 Anayasasının 91. maddeleri.

38 1924 Anayasası döneminde öğretilde kanunların anayasaya uygunluğunun defî yoluyla genel mahkemeler tarafından incelenebileceği görüşü savunulmuştur. Ancak gerek Yargıtay gerek Danıştay kararlarında böyle bir incelemenin hukuken mümkün olmadığı şeklinde içtihat oluşturulmuştur. Bknz: Ergun Özbudun, 'Türkiye'de Anayasa Yargısının Doğuşu: 1961 Anayasası Üzerindeki Kurucu Meclis Görüşmeleri' (2012) 17(68) Liberal Düşünce 5, 5.

39 Dönmezer, Erman (n 6) 148.; 1924 Anayasasında açık bir şekilde düzenlenmeyen suçta ve cezada kanunilik ilkesinin 1961 ve 1982 Anayasalarında açık bir şekilde düzenlenmesinin, yasa koyucunun açıkça idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ihdas edilmesini yasaklamak istediğini gösteren bir irade olduğunu, açıkça idarenin düzenleyici tasarruflarıyla suç ihdasının yasak olduğu şeklinde bir hükmün konulmasının hem gereksiz hem de anayasa tekniğine aykırı bir durum olduğu yönündeki görüş için bknz: İçel, Donay (n 10) 119.

40 Önder (n 36) 122.; Yüce (n 28) 71.; Her halükârda zaten korunmak istenen hukuki değer ve yaptırımların kanunla düzenlenmesine devam edildiği ifade edilmekteydi. Dönmezer, Erman (n 6) 149.; Anayasanın ve ceza kanununun ilgili hükümleri karşısında idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımı öngörmenin mümkün olmadığı, suçlara kanunların dışında da yer verilebileceğini kabul etmenin, kişi hak ve özgürlüklerine keyfi müdahalenin önünü açacağı, maddi ve şekli kanun ayırımının idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ihdasını mümkün kılmak için üretilmiş yapay bir gerekçe olduğu görüşünde olanlar için bknz: İçel, Donay (n 10) 116-119.

41 Anayasanın temel hak ve özgürlüklerin KHK düzenlemeleri ile sınırlanamayacağına dair hüküm, idarenin diğer

3. Anayasa Mahkemesi İçtihadı

5237 sayılı kanun öncesi 1961 ve 1982 Anayasaları döneminde, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımının öngörülüp öngörülemediği, Anayasa Mahkemesi'nin çeşitli kararlarında tartışılmıştır. Bu konuda Anayasa Mahkemesinin, hem 1961 Anayasası hem de 1982 Anayasası döneminde iki kere incelediği 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanunun idareye düzenleyici işlemlerle suç ihdası imkanı tanıyan hükmü, dönemin içtihadının anlaşılması için önemlidir⁴².

Anayasa Mahkemesi, 1567 sayılı kanunun ilgili hükmüne ilişkin hem 1961 hem de 1982 Anayasası dönemlerinde verdiği kararlarında, kanun koyucu tarafından suçun kanuni unsurlarının ve cezanın yasa dışı açıkça belirlenmesinden sonra “diğer ayrıntılara, uzmanlık gerektiren konulara” ilişkin yürütmeye yetki verilmesinin kanunilik ilkesi açısından ihlale sebebiyet vermediğine hükmetmiştir⁴³. Bilhassa, 1961 Anayasası dönemindeki kararın altının çizilmesi önemlidir. Zira söz konusu kararın yansımaları, 1982 Anayasasınının 38. maddesinin gerekçe metninde açıkça kendisine yer bulmuştur: “...Bu hükme göre suç ve cezalar ve güvenlik tedbirleri ancak yasama tasarruflarıyla konulabilecektir. Keza, gene bu kural uyarınca, kanunun suç olarak öngörmediği ve ceza koymadığı bir fiil sebebiyle de kimse cezalandırılmayacaktır. Bu hüküm, kanun koyucunun, “açık suç hükmü” koymasına; yani “fiili” bildirmeden suç konusunu gösterip bunun müeyyidesini belirtmesine engel değildir. Mesela Türk Parasının Kıymetinin Korunması Hakkındaki Kanunun

düzenleyici tasarrufları bakımından suç ihdasının mümkün olup olmadığı sorusunun sorulmasına neden olmuştur. Bu konuda öğretide, KHK hükmünün Bakanlar Kuruluna KHK ile suç oluşturma yetkisini vermemesi karşısında diğer düzenleyici işlemler bakımından da artık bir tereddüt meydana getirdiği, ancak ilgili hükümlerin ratio legisi düşünüldüğünde bu şekilde bir yorum yapmanın mümkün olmayacağı, zira söz konusu hükümlerin, yürütmenin mevcut yetkilerini kısmak amacıyla değil, aksine artırmak amacıyla kabul edildiği ifade edilmiştir. Bknz: Dönmez, Erman (n 6) 151.; Temel hak ve özgürlüklerin KHK ile düzenlenemeyeceğine dair söz konusu hükümler karşısında, normlar hiyerarşisinde KHK'dan aşağı seviyede bulunan düzenleyici işlemlerle suç ve ceza ihdas edilebileceğini kabul etmenin mümkün olmadığı yönündeki görüş için bkz.: İçel, Donay (n 10) 119.

42 Yeniyeşme (n 6) 74.

43 Anayasa Mahkemesi, E 1963/4 K 1963/71, 28.03.1963 kararı: “Yasama organı kanun yapma yetkisini başka ellere bırakamaz. Bu prensip Anayasanın 5. maddesinde açıklanmıştır. Yasama organı herhangi bir alanı Anayasaya uygun izlemeyebilir. Ancak zamanın gereklerine göre sık sık önlemler almak, bunları kaldırmak veya değiştirmek, günlük olayları izlemek yasama organı için güçtür. Bu yüzden yasama organı bir konuda esaslı hükümleri saptadıktan sonra ayrıntıları düzenlemeyi hükümete bırakabilir. Bu bırakış yasama yetkisinin bırakılışı değildir, tersine yasama yetkisinin kullanılışıdır. 1567 sayılı Kanun 1. maddesinde hükümete bırakılan düzenlemenin yönünü belirlemiş, esasını saptamıştır...1567 sayılı Kanunun 3. maddesi ise, Bakanlar Kurulunca 1. maddeye itiraz edilen kararlara aykırı hareket edenlere ceza tayin etmiştir. Bu hükümle, suçun kanuni unsuru Bakanlar Kurulunun 1. maddeye göre aldığı kararlara aykırı harekette bulunmaktadır. Şu halde, suçun ne olduğu kanunla belirtilmiştir. Kaldı ki, Bakanlar Kurulu kararı daha önce Resmi Gazetede neşredilmek suretiyle kişilere hangi fiillerin yasaklandığı duyurulmakta ve böylece kişinin teminatı sağlanmakta ve ceza da kanunda gösterilmekte olmasına göre mücerret kararname ile suç ihdası söz konusu olamayacağından bu konuya ilişkin itiraz yerine görülmemiştir...” şeklinde; Anayasa Mahkemesi, E 1997/53 K 1998/62, 08.10.1998 kararı ise, “Yasa koyucu tarafından suçun unsurlarının saptanmasından ve suç oluşturan eylemin ve cezanın yasa dışı açıkça belirlenmesinden sonra ayrıntılarla uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin konuların düzenlenmesinde yürütmeye yetki verilmesi, kararla suç oluşturma anlamına gelmez ve yasalık ilkesi de zedelenmez. Kaldı ki, Bakanlar Kurulu kararı daha önce Resmi Gazetede yayımlanarak kişilere hangi eylemlerin yasaklandığı duyurulmakta ve böylece kişinin güvencesi sağlanmaktadır. Ceza da yasa ile gösterdiğine göre kararname ile suç oluşturmaya söz konusu olamayacağından bu konuya ilişkin sav yerinde görülmemiştir.” şeklindedir. 1963 tarihli Anayasa Mahkemesi kararının muhalefet şerhi dahil bütünü için bkz.: Özgenç, Şahin (n 35) 16-20.; 1988 tarihli Anayasa Mahkemesi kararının metni için bkz.: Resmi Gazete 04.07.2001/24452.

yaptığı gibi; bu gibi hallerde ne yasama yetkisi devredilmiş ne de “kanunsuz suç olmaz” ilkesi ihlal edilmiştir.” Nitekim bu gerekçe, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ihdası uygulamasının “anayasallaştırılması gayreti” olarak ifade edilmiştir⁴⁴.

Anayasa Mahkemesinin 5237 sayılı kanun öncesi 1961 ve 1982 Anayasaları dönemindeki yerleşik içtihadı, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ihdasının anayasaya aykırı olmadığı yönündedir. Buna karşın bilhassa Anayasa Mahkemesinin 1993 tarihinde 1918 sayılı Kaçakçılık Kanunu’nun 25. maddesine ilişkin anayasaya aykırılık iddiası bağlamında vermiş olduğu iptal kararının ayrıca vurgulanması gerekir⁴⁵. Zira Mahkeme bu kararıyla, yerleşmiş içtihadının aksine idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ihdasının anayasaya aykırı olduğu sonucuna ulaşmıştır⁴⁶. Söz konusu kararda, “...Bakanlar Kurulu’nca bir malın ithal veya ihracatının yasaklanması ile eylem suç oluşturmaktadır. Böylece itiraz konusu kuralda suç saptanamamakta, suç olma niteliği Bakanlar Kurulu kararına bırakılmaktadır. Bu ise Anayasa’nın 38. maddesinde öngörülen “suçun yasallığı” ilkesine aykırıdır.” denilmek suretiyle idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ihdasına imkan veren hüküm iptal edilmiştir⁴⁷. Kaçakçılık suçuna ilişkin bu karar, Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadı bakımından önemli bir değişim olmuştur⁴⁸. Nitekim 1 Haziran 2005 tarihli Türk Ceza Hukuku Reformundan hemen önceye denk gelen 2004 tarihli bir karar bu durumu doğrulamaktadır. Anayasa Mahkemesi, 556 sayılı Markanın Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin 61. maddesinin (d) bendini⁴⁹, “KHK ile, sıkı yönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasa’nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan siyasi haklar ve ödevlerin düzenlenemeyeceği, suç ve cezalara ilişkin esasları düzenleyen 38. maddenin Anayasasının ikinci kısmının birinci bölümünde yer aldığını, dolayısıyla itiraz konusu hükmün Anayasasının 91. maddesine aykırı” göyerek iptal etmiştir⁵⁰.

44 Özgenç, Şahin (n 35) 21.

45 İptali istenilen yasa kuralı: “Yukarıdaki fıkra dışında kalan ve bu Kanunda ayrıca cezası bulunmayan her nevi kaçakçılık suçlarının faileri, gümrük kaçağı eşyanın gümrüklenmiş değerinin tekel kaçağı maddeler için CIF değeri ile birlikte özel kanunlarında yazılı para cezasının veya resminin birer misli ağır para cezası ile cezalandırılır ve mal veya eşyanın müsadereğine karar verilir. Mal veya eşyanın, tekele tabi olması veya memlekete ithalinin veya ihracının özel kanunlarla veya ithalat ve ihracat rejimi kararlarıyla yasaklanmış olması durumunda faili hakkında ayrıca bir seneden beş seneye kadar hapis cezasına da hükmolünür.” Bknz: Resmi Gazete 22.02.1995/22213 15.

46 Anayasa Mahkemesi, E 1993/5 K 1993/25 K, 06.07.1993. Kararın tüm metni için bknz: Resmi Gazete 22.02.1995/22213 13-20.

47 Esasında Anayasa Mahkemesi hükmün, ithalat rejimi kararları yönünden iptalini bu kararla sağlamıştır. Maddenin kalan ihracat rejimi kararlarına ilişkin kısmı ise, Mahkemenin bir yıl akabinde 1994 tarihinde verdiği kararıyla iptal edilmiştir. Bknz: Anayasa Mahkemesi, E 1993/42 K 1994/72, 27.09.1994.

48 Baytaç (n 35) 105.

49 61. madde genel olarak marka hakkına tecavüz sayılan fiillerin sayımının yapıldığı bir hükümdür. İptali istenen d bendinde ise, “marka sahibi tarafından sözleşmeye dayalı lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devir etmek” marka hakkına tecavüz sayılan fiillerinden biri olarak düzenlenmiştir.

50 Anayasa Mahkemesi, E 2002/92 K 2004/25, 02.03.2004.

II. 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU DÖNEMİNDE İDARENİN DÜZENLEYİCİ İŞLEMLERİYLE SUÇ VE CEZA HUKUKU YAPTIRIMI ÖNGÖRME YASAĞI

A. 1 HAZİRAN 2005 TARİHLİ TÜRK CEZA HUKUKU REFORMU KAPSAMINDA YASAĞIN ÖNGÖRÜLMESİNE İLİŞKİN GEREKLİLİKLER

1. Ceza Kanununda Yasağın Açık Bir Şekilde Düzenlenmesi

Türk Ceza Hukuku Reformu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanunun 1 Haziran 2005 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmesiyle birlikte başlayan yenilik sürecidir. Elbette ki reform süreci, 1 Haziran 2005 tarihinden önce başlayan ve ceza hukuku mevzuatında değişimi hedefleyen reform çalışmalarını da içerir. Ancak tüm bu çalışmaların sonuçları olan kanunların 1 Haziran 2005 tarihinde ete kemiğe bürünmesi, bu tarihin Türk Ceza Hukuku Reformunun başlangıcı olarak kabulünü gerektirmiştir⁵¹.

Reform sadece ceza mevzuatında değişimi değil, aynı zamanda ceza hukuku öğretisinde de önemli bir dönüşümü simgeler. Kanunilik, kusur ve hümanizm ilkeleri üçlü sacayağı üzerine inşa edilen, diğer bir ifadeyle suç politikasının ana ilkeleri üzerine temellendirilmiş Türk Ceza Hukuku Reformu, ilga edilene kadar birçok kez kapsamlı değişiklik geçirerek hem bütünlüğü bozulan hem suç teorisindeki hem de kişi özgürlüğündeki gelişmelerin uzağında kalmış mülga 765 sayılı kanunun değişimini sağlamıştır.

Bu değişimin etkilediği alanlardan biri de “idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımı öngörülmesi” yasağıdır. Mülga 765 sayılı TCK döneminde, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza ihdası anayasanın ilgili hükümlerine açıkça aykırı olmasına rağmen, Türk Ceza Hukuku Reformu dönemine kadar uygulaması devam etmiş ve “beyaza hüküm” usulünün anayasallaştırılmasına yönelik girişimlerde bulunulmuştur.

Bu kapsamda 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun en önemli yeniliklerinden birisi, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımı öngörme yasağını açık bir şekilde düzenlemiş olmasıdır. Gerçekten de 5237 sayılı kanunun 2. maddesinin ikinci fıkrasında, “*idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz.*” ifadesine açık bir şekilde yer verilmiştir. Esasında bu düzenleme, kanunilik ilkesinin doğal sonuçlarından biri olan idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımı öngörme yasağının ortaya çıkarılması gerekliliğinin bir yansımasıdır. Zira bu konu özelinde yukarıda detaylarıyla ortaya koyduğumuz üzere, kanunilik ilkesinin tüm sonuçlarıyla birlikte mülga 765 sayılı kanunda düzenlenmemiş olması, önemli sorunlara neden olmaktaydı.

51 Adem Sözüer, ‘Türk Ceza Hukuku Reformu: Dünü, Bugünü ve Yarını, Türk Ceza Hukuku Reformunun AB Üyesi Kara Avrupası Ülkelerindeki Reformlarla Karşılaştırılmasına İlişkin Notlar’ (2019) 21(Özel Sayı Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3031, 3031-3032.

Nitekim bu hususlar ve yasağın gerekliliği 5237 sayılı TCK'nın 2. maddesinin gerekçesinde ortaya konulmuştur⁵². Söz konusu hükümlerle geçmiş dönemdeki tartışmalar göz önünde bulundurularak gerek anayasada gerek ceza kanununda yer alan “kanun” ifadesinin anlamı ortaya konulmuştur⁵³. Böylelikle, “beyaza hüküm”, “açık ceza normu” ya da “çerçeve kanun” olarak isimlendirilen hükümlerle suç ve ceza hukuku yaptırımını öngörülmesinin önüne geçilmiş ve suç ve ceza hukuku yaptırımını ihdasının ancak ve ancak teknik olarak kanun niteliğini taşıyan yasama tasarruflarıyla gerçekleştirilebileceği vurgulanmıştır⁵⁴.

Kanun koyucu yasağın hem suç hem de ceza hukuku yaptırımlarını kapsadığını öngörmüştür. 765 sayılı mülga kanun döneminde mesele bilhassa, suç ihdasının mümkün olduğu üzerinden tartışılmış, ceza hukuku yaptırımının öngörülüp öngörülemeyeceği çoğunlukla dikkate alınmamıştır. Nitekim Anayasa Mahkemesinin 2004 tarihinde verdiği bir kararında, marka hakkına tecavüz fiillerine uygulanacak ceza hukuku yaptırımlarını içeren 556 sayılı Markanın Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 61/A hükmünün (c) bendini⁵⁵ iptal etmemesi bunun bir örneğidir⁵⁶. Dolayısıyla 5237 sayılı Kanunun 2. maddesinin ikinci fıkrasında suç ihdasının yapılamayacağı vurgusunun yanında ceza hukuku yaptırımının da konulamayacağı vurgusu yasağın kapsamının netleştirilmesi bakımından da önemlidir.

2. Kabahatlerin Suç Olmaktan Çıkarılmasının İdarenin Düzenleyici İşlemleriyle Suç ve Ceza Hukuku Yaptırımını Öngörme Yasağıyla İlişkisi

765 sayılı mülga kanun döneminde idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımını öngörülmesinin önemli gerekçelerinden biri olarak ekonomik alanın dinamikliğine anında müdahale ihtiyacı gösterilmekteydi. Esasında hızla değişen ekonomik koşullara bağlı olarak bu yönde idareye bir yetki tahsisinin yapılması gerekliliktir⁵⁷. Türk Ceza Hukuku Reformuyla kabahatlerin suç

52 “Anayasamızda da ifade edilen ve evrensel nitelikteki “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesinin gereği olarak suçların tanımlanması ve ceza hukuku yaptırımları koyma yetkisine sadece Türkiye Büyük Millet Meclisi sahiptir. Yine Anayasamıza göre yasama görevi, devredilmesi mümkün olmayan bir yetkidir. Bireyin maddi ve manevi varlığı üzerinde derin etkiler doğuran suç ve cezaların, ancak ulusal iradeyi temsil eden organ tarafından yapılacak kanunla düzenlenebilmesi, kişi hak ve özgürlüklerine sağlanan en önemli anayasal garantilerden birini oluşturmaktadır. Anayasada temel hak ve özgürlükler alanının, kanun hükmünde kararnamele düzenlenmeyeceğinin öngörülmesi de, bu garantinin bir ifadesidir. Kişi hak ve özgürlükleri konusunda kanun hükmünde kararname çıkarılmaması bakımından anayasal normlar getirilen bu yasağın, idarenin diğer düzenleyici işlemleri için de geçerli olduğu kuşkusuzdur. İşte maddenin ikinci fıkrasındaki düzenlemeyle, Anayasada yer alan emredici normların gereği yerine getirilerek, idarenin düzenleyici işlemleriyle bir suç tanımının kapsamının belirlenemeyeceği ve ceza konulamayacağı açıkça düzenlenmiş olmaktadır.”

53 Mahmut Koca, İlhan Üzülmöz *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (16. Baskı, Seçkin 2023) 69.

54 Sözüer (n 1) 246.

55 “61 inci maddede yazılı fiillerden birini işleyenler hakkında, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına ve yirmiyedimilyar liradan kırkaltımilyar liraya kadar ağır para cezasına veya her ikisine, ayrıca işyerlerinin bir yıldan az olmamak üzere kapatılmasına ve aynı süre ticaretten men edilmelerine hükmolunur.”

56 Anayasa Mahkemesi, E 2002/92 K 2004/25, 02.03.2004.

57 Fatih Selami Mahmutoğlu, *Kabahatlerin Suç Olmaktan Çıkarılma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi* (Kazancı 1995) 54.; Ali Kemal Yıldız, ‘Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleriyle Suç ve Ceza Yaratması’ iç Prof. Dr. Köksal Bayraktar (ed), *Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı* (Galatasaray Üniversitesi Yayınları 2004) 1043.

olmaktan çıkarılmasının bu durumla yakın bir ilişkisi bulunmaktadır. Kabahatlerin suç olmaktan çıkarılmasıyla hem kanunilik ilkesi hem de bir zamanlar idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımı öngörülmesinin gerekçesini oluşturan ekonomik koşullar bakımından bir çifte kazanım elde edilmiştir⁵⁸. Kabahatler Kanunu'nun 4. maddesinin birinci fıkrasında, “*Hangi fiillerin kabahat oluşturduğu, kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi; kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlendiği çerçeve hükmün içeriği, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabilir.*” hükmüne yer verilmesi suretiyle, suçlardan farklı olarak idarenin düzenleyici işlemleriyle kabahatlere ilişkin düzenlemeler getirilebilme imkanı tanınmıştır⁵⁹. Ancak Kabahatler Kanununun 4. maddesinin ikinci fıkrasında belirtildiği üzere, “*kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarın, ancak kanunla belirlenmesi*” gerekir⁶⁰.

Kanunilik ilkesinin kabahatler hukukunda esnek bir şekilde kabulünün bir sonucu olarak kabahatlerin “çerçeve norm” şeklinde düzenlenmesi mümkündür⁶¹. Nitekim kabahatlerin suç olmaktan çıkarılmasının sağlanmasıyla birlikte geçmişin kanunilik ilkesine aykırı düzenlemelerin bu şekilde kanunilik ilkesine uyumu sağlanmıştır. Gerçekten de reform sonrası çıkarılan uyum yasalarından biri olan 24.12.2008 tarih ve 5827 sayılı kanunla 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun'da değişikliğe gidilmiş, suç düzenlemeleri idari para cezasını gerektiren kabahatler haline getirilmiştir⁶². Böylelikle 765 sayılı mülga kanun döneminde idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımı denilince başat kanun olarak anılan 1567 sayılı kanuna ilişkin sorun çözüme kavuşturulmuştur. Halihazırdaki Anayasanın 38. maddesinin gerekçe metninin artık bu bilinçle değerlendirilmesi gerekir.

Sonuç olarak, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriği, kabahatler alanında idare eliyle doldurulabilmektedir. Böylelikle geçmişte kanun koyucunun yoğunlukla ekonomik alanın hızla değişen koşullarına bağlı olarak idareye bu alanda yetki tahsisi gerektiği yönündeki gerekçesi kanunilik ilkesine uygun bir şekilde karşılanmıştır. Bu bağlamda kanun koyucu, birtakım fiillere ilişkin olarak idareye, idarenin düzenleyici işlemleri vasıtasıyla bir hareket alanı sağlamak istiyorsa, bu fiilleri suç yerine kabahat olarak öngören bir politika gütmeyi tercih etmelidir. Zira bu tutum, ilkelere riayeti sağlayacaktır⁶³.

58 Yeniyeşişme (n 6) 83.

59 Sözüer (n 1) 253.

60 Bu konuda Anayasa Mahkemesinin 7174 sayılı Kapadokya Alanı Hakkında Kanun'un 8. maddesine ilişkin gerçekleştirdiği inceleme örnek gösterilebilir. Söz konusu kararda, 8. maddenin üçüncü fıkrasında yer alan, “Birinci fıkra ve ikinci fıkra kapsamında idari para cezası uygulanacak fiiller ile bu fiillerin aykırılık durumuna göre uygulanacak idari para cezasının miktarı idarece çıkarılan yönetmelikle belirlenir.” ifadesinin iptali talep edilmiş olup söz konusu hüküm Anayasa Mahkemesi tarafından, “öngörülen cezanın ilk elden yönetmelikle düzenlenmesi” sebebiyle Anayasanın 38. maddesine aykırı görülerek iptal edilmiştir. Ancak kararda Kabahatler Kanunu kapsamında kanunilik ilkesine dair bir vurguya yer verilmemesi önemli eksiliktir. Anayasa Mahkemesi, E 2019/88 K 2022/159, 13.12.2022.

61 Akbulut (n 4) 111.

62 Yeniyeşişme (n 6) 84.

63 Selman Dursun, “Türk Ceza Hukuku Reformunun Ekonomi Ceza Hukukuna Etkileri” iç Adem Sözüer (ed), *Dünyada ve Türkiye’de Ceza Hukuku Reformları Kongresi C: 2* (On İki Levha 2013) 2243-2244.

B. ANAYASA MAHKEMESİNİN 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU DÖNEMİNDEKİ KARARLARI

Türk Ceza Hukuku Reformuyla birlikte idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımını öngörülmesi yasağının ceza kanununda açık bir şekilde düzenlenmesiyle bu durumun yansımaları, Anayasa Mahkemesi kararlarında da kendini göstermiştir. Bu bağlamda bilhassa Türk Ceza Hukuku Reformunun ilk on yılında Anayasa Mahkemesi tarafından verilen kararlarda, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımını öngören düzenlemelerin iptali konusunda mutlak bir tutum sergilenmiştir. Ancak söz konusu kararlarda iptal gerekçeleri, yoğunlukla belirlilik ilkesine dayandırılmıştır.

Anayasa Mahkemesinin 5237 sayılı Kanununun 297. maddesinin ikinci maddesine ilişkin verilen iptal kararı bu konuda önemli bir örnektir. “İnfaz kurumuna veya tutukevine yasak eşya sokmak” başlıklı maddenin birinci fıkrasında, infaz ve tutukevine silah, uyuşturucu veya uyarıcı madde veya elektronik haberleşme aracı sokan veya bulunduran kişinin cezalandırılacağı düzenlenmişken; Anayasa Mahkemesi tarafından iptali gerçekleşen ikinci fıkrada ise, *“birinci fıkrada sayılanların dışında kalıp da, yetkili makamlar tarafından infaz kurumuna veya tutukevine sokulması yasaklanmış bulunan eşyayı, bu yasağı bilerek, infaz kurumuna veya tutukevine sokan veya bulunduran ya da kullanan kişi altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”* hükmüne yer verilmiştir. Yani ikinci fıkra düzenlemesiyle, birinci fıkrada sayımı yapılmayan ancak yetkili makamlar tarafından düzenleyici işlemlerle belirlenmesi yapılan eşyanın infaz kurumu veya tutukevine sokulması yasaklanarak bir suç ve ceza yaptırımını öngörülmüştür.

Anayasa Mahkemesi söz konusu hükmü, *“297. maddenin (1) numaralı fıkrasında suça konu olabilecek eşyaların nitelikleri tek tek sayılmış olmasına karşın, itiraz konusu kuralda böyle bir nitelik belirlemesi yapılmadan, sınırsız, belirsiz ve geniş bir alanda idare içinde yer alan yetkili makama suça konu olabilecek eşyaları belirleme yetkisi tanınmıştır. Buna göre kuralda, idare içinde yer alan yetkili makama suça konu olabilecek eşyaları belirlerken hangi nitelikleri esas alacağı hususuna açık ve belirgin olarak yer verilmediğinden dolayı kural, belirli ve öngörülebilir olmadığı gibi suçun yasallığı ilkesine de uygun değildir.”* demek suretiyle Anayasanın 2., 7., 11. ve 38. maddelerine aykırı görerek iptal etmiştir⁶⁴. Kararda 7. maddenin altının çizilmesiyle, Anayasa’da yasa ile düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin mümkün olmadığı vurgusu yapılmıştır. Ancak esas itibarıyla kararın gerekçesi, yasanın sınırsız ve belirsiz bir takdir hakkı tanıdığı sebebine dayandırılmıştır⁶⁵. Dolayısıyla bu sağlanılsaydı hükmün bu haliyle, ceza kanunundaki idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımını öngörülmesi yasağına rağmen, Anayasa Mahkemesi tarafından anayasaya uygun olacağı kabulünün yapılacağı yorumunu yapmak yanlış olmayacaktır. Nitekim gerekçe metninde yer alan, *“...yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasa’nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkelerin*

64 Anayasa Mahkemesi, E 2010/69 K 2011/116, 07.07.2011.

65 Baytaz (n 35) 112-113.

konulması, çerçevenin çizilmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanın bırakılmaması gerekir...” şeklindeki ifade bu durumu doğrulamaktadır⁶⁶.

İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımı öngörme yasağının benimsenmemiş olması zaman içinde Anayasa Mahkemesi kararlarında da kendini göstermiştir. Anayasa Mahkemesinin 2017 yılında 5542 sayılı İl İdaresi Kanununun 66. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesindeki hükme ilişkin verdiği karar, bu durumun bir örneğidir⁶⁷. Karara konu hüküm, 5442 sayılı Kanunun 66. maddesinin birinci fıkrasına 2015 tarihinde eklenen ek cümleyi konu almaktadır. Birinci fıkranın ilk cümlesiyle mahalli mülki amir tarafınca Kabahatler Kanunu uyarınca yaptırım uygulanması düzenlemekte iken; birinci fıkraya 2015 yılında eklenen ikinci cümle ile vali tarafından kamu düzenini sağlamak amacıyla alınan ve usulüne göre ilan olunan karar ve tedbirlere aykırı davrananlara ilişkin hapis cezası öngörülmüştür⁶⁸.

İptal talebine konu kararda Anayasa Mahkemesi tarafından, Anayasa'nın 38. maddesinde yer alan suçta ve cezada kanunilik ilkesinin insan hak ve özgürlükleri bakımından önemi vurgulanmıştır. Anılan kararda, suçun cezasını ve konusunu açıkça tanımlamış olmasına rağmen suçta vücut verecek somut fiilin ne olduğunu belirtmeyen ceza normlarının “açık ceza hükmü” olduğu ifade edilmiştir. Bu türden normların Anayasanın 38. maddesinin gerekçesine ve Anayasa Mahkemesinin eski içtihatlarına atıfla Anayasaya aykırılık teşkil etmeyeceği belirtilmiştir. İptale konu kuralın da tipik bir açık ceza hükmü olduğu, suçun konusunun ve cezasının belirlendiği tespit edilmiştir. Kural uyarınca fiili belirleme yetkisi idareye bırakılmakla birlikte, idare tarafından yalnızca usulüne uygun ilan edilen karar ve tedbirlere aykırı davranışın suç oluşturacağı, alınan karar ve tedbirlerin Anayasa'nın 125. maddesi uyarınca idari yargının denetiminde olduğu ve yine cezayı uygulamakla yetkili adli mercilerin de alınan karar ve tedbirlerin hukuka aykırılığını denetleyebileceği ifade edilerek kuralın Anayasaya aykırı olmadığına karar verilmiştir.

İlgili karar Anayasa Mahkemesinin 2011-2012 yıllarındaki içtihatlarında idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımı öngörülmesi yasağını vurgulamamasının ve yalnızca belirlilik ilkesiyle yetinerek iptal kararları vermiş olmasının bir sonucudur. Anayasa Mahkemesi, kamu düzenini ve güvenliğini veya kişilerin can ve mal emniyetini tehlikeye düşürecek toplumsal olayların baş göstermesi halinde valiye, kamu düzenini sağlamak amacıyla tedbirler alma yetkisi

66 Yeniyeşme (n 6) 85-86.; Kararın karşı oy gerekçesinde yer alan “...ihtiyaç karşısında, yasamann, esaslı hükümleri saptadıktan sonra ayrıntıların belirlenmesinde kimi makamlara yetki vermesi de yasama yetkisinin kullanılmasından başka bir şey değildir. Bu durumlarda yasama yetkisinin yürütme organına bırakıldığı gibi bir anlam çıkarmak doğru olmaz...” şeklindeki ifadelerde, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımı öngörme yasağının henüz tam olarak benimsenmediğini gösteren önemli bir örnektir. Anayasa mahkemesinin 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanununun 53. maddesinin b fıkrasının 2. cümlesinde yer alan, “hangi fillere hangi disiplin cezasının uygulanacağı, bu bentte sayılan kişilerin disiplin işlemleri ve disiplin amirlerinin yetkileri, Devlet memurlarına uygulanan usul ve esaslar da göz önüne alınmak suretiyle Yükseköğretim Kurulunca düzenlenir.” hükmü benzeri şekilde belirlilik ilkesine aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Bknz: Fatih Selami Mahmutoğlu, Serra Karadeniz, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi* (Beta 2017) 18 dn. 36.

67 Karar için bknz: Anayasa Mahkemesi E 2015/41 2017/98, 04.05.2017, 57-58.

68 İptal talebine konu olan hüküm, “...Ancak, kamu düzenini ve güvenliğini veya kişilerin can ve mal emniyetini tehlikeye düşürecek toplumsal olayların baş göstermesi halinde vali tarafından kamu düzenini sağlamak amacıyla alınan ve usulüne göre ilan olunan karar ve tedbirlere aykırı davrananlar, üç aydan bir yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.” şeklindedir.

veren ve bu tedbirlere aykırı davrananlar için ceza öngören hükmü, yani tipik bir “beyaza hükmü” tedbirlerin usulüne uygun ilan edilmesiyle belirliliğin sağlanacağı ve suç konusunun ve cezasının kanunla düzenlemesi karşısında idareye bırakılanın yalnızca “suça vücut verecek somut fiilin ne olduğunun belirleme yetkisi” olduğundan bahisle Anayasanın 38. maddesine uygun bulmuştur. Ancak cezalandırma nedenini teşkil edecek tedbirlerin kanunla belirlenmeyip bu işi belirleme yetkisinin valiye tahsis edilmiş olması suçların kanuniliği ilkesine, doğal olarak da idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımını öngörülmesi yasağına aykırıdır⁶⁹.

Anayasa Mahkemesi esasında 2022 tarihinde önüne gelen 7174 sayılı Kapadokya Alanı Hakkında Kanun’un 8. maddesine ilişkin gerçekleştireceği değerlendirmesinde, hem idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımını öngörülmesi yasağına hem de idarenin düzenleyici işlemleriyle kabahat ve idari para cezası yaptırımının ihdasının kapsamına dair detaylı bir değerlendirme yapma fırsatı yakalamıştı. Söz konusu kararda, 8. maddenin üçüncü fıkrasında yer alan, “*Birinci fıkra ve ikinci fıkra kapsamında idari para cezası uygulanacak fiiller ile bu fiillerin aykırılık durumuna göre uygulanacak idari para cezasının miktarı idarece çıkarılan yönetmelikle belirlenir.*” ifadesinin iptali talep edilmiş olup söz konusu hüküm Anayasa Mahkemesi tarafından, “öngörülen cezanın ilk elden yönetmelikle düzenlenmesi” sebebiyle Anayasanın 38. maddesine aykırı görülerek iptal edilmiştir.⁷⁰ Kararda Anayasa Mahkemesi, detaylı bir şekilde kabahatler kanunu ve ceza kanunundaki kanunilik ilkesi ayırımına yer vererek bu alana ilişkin geçmişteki tüm içtihatlarını derleyerek önemli bir karara imza atabilirdi. Zira kabahatleri suç olmaktan çıkarma eğiliminin önemli bir nedeni, yukarı da vurguladığımız üzere, idareye idarenin düzenleyici işlemleriyle suç yerine kabahat ihdası imkanının sağlanarak kanunilik ilkesinin ihlalinin önüne geçilmesidir. Geçmişte kabahatlerin suç olarak kabulü sebebiyle bilhassa değişen ekonomik koşullara uyum sağlama gerekçesiyle idareye yetki tahsisinde bulunulduğunda, yine yukarıda detaylarıyla aktardığımız üzere, gerek mevzuat düzeyinde gerek uygulama düzeyinde kanunilik ilkesinin ihlaline sebebiyet veren durumlar oluşmaktaydı. Kabahatler Kanununda kabahat ihdasında benimsenen esnek kanunilik ilkesinin nedeni de budur. Ancak Anayasa Mahkemesi konuya dair bu fırsatı değerlendirememiştir. Üstelik Mahkeme ilgili hükmü, “cezanın kanunda belirli olmadığı gerekçesiyle” kanunilik ilkesinin diğer bir sonucu olan belirlilik ilkesi yönünden ele almıştır.

Bununla birlikte 7174 sayılı Kanunun 8. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan, “*birinci fıkra kapsamına girmeyen, Kapadokya Alanının mevcut durumunu bozmayan veya yapısal uygulamalar içermeyen konulara ilişkin belirlenecek tedbirlere aykırılık halinde ise beş yüz Türk lirasından beş bin Türk lirasına kadar idari para cezası uygulanır.*” hükmünün iptal talebinde gösterilmemesi önemli bir

69 Yeniyeişme (n 6) 88.; Karar oyçokluğu verilmiş bir karar olup dönemin üyesi Hasan Tahsin Gökcan karşı oy gerekçesinde benzeri eleştirilere yer vermiştir. Karşı oy gerekçesinde, hangi eylemin suç oluşturduğunu içermeyen ceza normunun hukuken öngörülebilir olmadığı, kanunilik ilkesinin bir gereği olarak açık ceza normu düzenlenemeyeceği, idarenin suç yaratması veya bir ceza hukuku yaptırımını öngörmesi ya da idareye böyle bir yetkinin kanunla olsa dahi verilemeyeceği ifade edilmiştir. İdarenin ceza normunda suç fiilini belirlemesine ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi, E 2010/69 K 2011/116, 7/7/2011 tarihli kararı ile 5237 sayılı TCK’nın 297. maddesinin 2. fıkrasının iptaline atf yapılmıştır. Kuralın Anayasa’nın 7. ve 38/1-3 ve 11. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde Anayasa’ya aykırı olduğu belirtilmiştir. Karar için bkz: Anayasa Mahkemesi, E 2015/41 K 2017/98, 04.05.2017, 107 – 110.

70 Anayasa Mahkemesi, E 2019/88 K 2022/159, 13.12.2022.

eksilik olmuştur. Zira Kabahatler Kanununda her ne kadar idarenin düzenleyici işlemleriyle kabahat ihdasında bir esneklik tanınmış olsa bile, kabahatin kapsam ve koşullarının sınırının kanunla çizilmesinden vazgeçilmemiştir. Ancak söz konusu hükümde, birinci fıkra kapsamına girmeyen denilerek sınırsız bir kapsam çizildiği gibi sadece teknik konuyla sınırlı olmadan doğrudan kabahat oluşturan fiillerin belirlenmesi idareye bırakılmıştır. Nitekim kanun koyucu, 25.10.2023 tarihinde 7464 sayılı kanunun 23. maddesiyle 7174 sayılı kanunun ikinci fıkrasında değişikliğe gitmiştir. Eklenen bentlerle ile kabahat yaptırımına tabi olacak fiiller kanunla belirlenmiştir.

C. 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU DÖNEMİNDE YASAĞA AYKIRI DÜZENLEMELER

Türk Ceza Hukuku Reformunu gerçekleştiren ve ceza kanununa açık bir şekilde idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımı öngörme yasağını koyan kanun koyucu, bilhassa yan ceza kanunlarında yasağa aykırı hükümlere yer vermektedir. Anayasa Mahkemesi tarafından 2017 tarihinde değerlendirmeye alınan ve iptal talebi reddedilen 5542 sayılı İl İdaresi Kanununun 66. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi bunun bir örneğidir. Yine 5411 sayılı Bankacılık Kanununun “Düzeltilici, İyileştirici ve Kısıtlayıcı Önlemler Almamak” başlıklı 152’nci maddesi ayrıca örnek olarak gösterilebilir.

İlgili hükümde, Bankacılık Kanunu’nun 68, 69 ve 70’nci maddelerine atıf yapılmakta ve söz konusu maddelerdeki düzeltici, iyileştirici ve kısıtlayıcı önlemleri almayan sorumlu kişilerin hapis ve adli para cezasıyla cezalandırılacağı öngörülmektedir. Ancak atıf yapılan maddeler kapsamında, söz konusu önlemleri belirleme işinin Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumuna bırakılması, maddeyi idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımı öngörme yasağına aykırı yapan bir niteliktedir. Zira söz konusu düzenlemelerde, “...*maddede düzenlenen...tedbirlerinden bir veya birkaçının ya da tamamının ve Kurumca uygun görülecek diğer tedbirlerin, Kurumun uygun göreceği bir süre ve onaylayacağı bir plan dahilinde alınmasını ve uygulanmasını bankanın yönetim kurulundan ister;*”; “...*uygun göreceği her türlü tedbirin, onaylayacağı bir plan çerçevesinde alınmasını ve uygulanmasını bankanın yönetim kurulundan ister;*”; “...*uygun göreceği her türlü tedbirin, onaylayacağı bir plan çerçevesinde alınmasını ve uygulanmasını bankadan ister.*” şeklinde kullanılan ifadeler münferit olarak bir bankadan alınmasını istenen önlemlerin (birel işlem yoluyla) alınmaması halinin cezalandırılmasının önünü açmaktadır⁷¹. Yani daha açık bir ifadeyle, burada idarenin düzenleyici işlemi dahi söz konusu olmayıp idarenin belirli bir kişiye veya olaya ilişkin yaptığı irade açıklamasıyla, önlemleri almayan bankaların bu önlemleri almakla yükümlü olan mensuplarına ilişkin suç ihdası yapılmaktadır⁷².

Kanun koyucunun yoğunlukla özel ceza kanunu veya diğer ceza içeren kanunlarda idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımı öngörme yasağına aykırı hükümlere yer verdiği görülmektedir. Bu durumun en büyük müsebbibi, suç ve ceza düzenlemelerinin tek bir temel

71 İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (14. Bası, Seçkin, 2018) 126.; Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (16. Baskı, Adalet 2022) 171.

72 Baytaç (n 35) 114.

kanun sıfatıyla ceza kanununda toplanılmasının başarılammış olmasıdır. Mevzuat yumağının son bulması, diğer bir ifadeyle ceza hukukunun temel ilkelerini barındıran ceza kanununun bizatihi suç ve ceza düzenlemelerinde tekel olması önemli bir kazanım olacaktır. Zira getirilecek her yeni suç ve ceza düzenlemelerinin gerek ilkeler bazında gerek suç teorisi bazında tabiri uygunsu “oto kontrolü” sağlanmış olacaktır. Daha açık bir ifadeyle böyle bir süreç, hem suç ve ceza düzenlemeleri ihdas etme tekeline sahip kanun koyucunun mevzuat disiplinine dikkat etmesini sağlayacak hem de yargı makamlarının bizatihi ilkeleri barındıran ceza kanununda yer alacak ve ilkelere aykırı olan hükümleri ayıklamasını sağlayacaktır.

Nitekim yukarıda iptali sürecini aktardığımız ceza kanununun 297. maddesinde bulunan ve idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımı öngörme yasağına aykırılık teşkil eden hüküm, aslında bu oto kontrolünün bir örneğidir. Gerçekten de kuralın iptalini gerçekleştiren anayasa mahkemesi kararında da Anayasanın 2. ve 38. maddesiyle birlikte “*yasama yetkisinin devredilemeyeceğinin*” belirtildiği Anayasanın 7. maddesine aykırılığın ayrıca vurgulanması aslında bu durumun bir yansımasıdır.

Oto kontrolün işlediğinin bir diğer kanıtı da, mevcut haliyle 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımı öngörme yasağına aykırı bir hükmün bulunmamasıdır. Bu bağlamda öğretilde, Türk Ceza Kanununun 181. maddesinde yer alan, “*İlgili kanunlarla belirlenen teknik usullere aykırı olarak ve çevreye zarar verecek şekilde, atık veya artıkları toprağa, suya veya havaya kasten veren kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*” hükmü⁷³ ve yine Türk Ceza Kanununun 195. maddesinde yer alan “*bulaşıcı hastalıklardan birine yakalanmış veya bu hastalıklardan ölmüş kimsenin bulunduğu yerin karantina alınmasına dair yetkili makamlarca alınan tedbirlere uymayan kişi iki aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*” hükmü idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ihdasına imkan veren maddeler olarak örnek gösterilmektedir⁷⁴. Ancak bu maddeler, tipik bir beyaza norm değildir. Zira söz konusu maddelerde suçun unsurlarına dair düzenleme, bizatihi kanun koyucu tarafından yasa eliyle gerçekleştirilmiştir.

Bu bağlamda konuyu örnek üzerinden açıklamak gerekirse çevrenin kasten kirletilmesi suçuna ilişkin hüküm kapsamında, teknik usullere aykırılıkların tespitinin bilhassa idarenin düzenleyici işlemleri vasıtasıyla belirlenmesi, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ihdası olarak okunmamalıdır. Birçok alanda gerektiği gibi çevre hukuku alanında da kavramların içerdiği anlamların ortaya konulmasında idarenin düzenleyici işlemleriyle dirsek teması olabilir. Kanunilik ilkesi bakımından önemli olan bu temasın, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımı ihdası niteliğinde olmaması

73 İlgili düzenleme kapsamında suçun oluşabilmesi için atık ve artıkların ilgili kanunlarda belirlenen teknik usullere aykırı olarak çevreye atılması gerektiği, bu bağlamda teknik usullere aykırı olanın ise yönetmelikler aracılığıyla her atık için ayrı ayrı belirlendiği, dolayısıyla hangi davranışın suç olacağına kanunla değil, yönetmelikle tespit edildiği ifade edilerek söz konusu hükmün mevcut haliyle yasağı aykırı olduğu belirtilmektedir. Bknz.: Serdar Talas, ‘*Türk Ceza Kanunu’nda Çevrenin Kasten ve Taksirle Kirletilmesi Suçları*’ (2013) 71(1) Prof. Dr. Füsün Sokullu Akıncı’ya Armağan İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 1147, 1153.; Baytaç (n 35) 115-116.; Çevrenin kasten kirletilmesi suçunda yer alan “ilgili kanunlarla” ibaresinin “ilgili kanunlar ve bu kanunlara dayalı olarak çıkarılan yönetmeliklerle” şeklinde değiştirilmesinin maddenin daha doğru uygulanmasını sağlar görüşü için ayrıca bknz: Mehmet Emin Artuk, ‘Çevrenin Kasten Kirletilmesi Suçu’ (2014) 1(1) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 37, 44.

74 Artuk, Gökçen (n 71) 171.

gerektiğidir. Daha açık bir ifadeyle, ceza kanunlarının uygulanmasında idarenin düzenleyici işlemlerine başvurmak başka bir şey idarenin düzenleyici işlemleri vasıtasıyla suç ve ceza hukuku yaptırımını ihdası başka bir şeydir.

Çevrenin kasten kirletilmesi suçuna ilişkin olarak kanun koyucu, suç ve ceza hukuku yaptırımını ihdasında tekel yetkisine haiz olarak gerekli düzenlemeyi yapmıştır. Nitekim çevrenin kasten kirletilmesi suçu bakımından yasa koyucu tarafından belirlenen, artık veya atıklar vasıtasıyla çevrenin kirletilmesi sebebiyle ekolojik dengenin bozulmasından kaynaklı ortaya çıkan zarar veya somut tehlikedir. Suçun maddi unsurları bağlamında suçun konusunun çevre olduğu belirtilmesinin yanı sıra, artık veya atıkların toprak, su veya hava üzerinde zarar doğurması veya zarar verebilecek nitelikte bir etki göstermesi gerektiği öngörülmüştür. Söz konusu suç bakımından öngörülen fiil, atık veya artıkların çevreye verilmesidir. Bu fiilin ise, ilgili kanunlar vasıtasıyla belirlenecek teknik usullere aykırı olması gerekmektedir. Burada idarenin düzenleyici işlemleriyle tespiti yapılan, zarar veya zarar verebilecek nitelikteki atık veya artık verme işleminin teknik usule aykırı olup olmadığıdır. Yani tamamen uzmanlık gerektiren bir konudaki tespiti içeren ve suçu somutlaştıran bilimsel olguya ilişkin bir konudur.

Örneğin atıksuların derin deniz deşarjına ilişkin hususların düzenlendiği Su Kirliliği Yönetmeliğinin 34. maddesinde, derin deniz deşarjı yoluyla su ortamına verilecek atıksuların taşınması gereken deşarj standartları belirlenmiştir. Bu kapsamda örneğin ph 6-9 sınır değerini aşan ya da yağ ve gres miktarı litrede 150 mg'ı aşan atıksuların kirletici özellikler ihtiva ettiği kabul edilerek teknik usullere aykırı olduğu düzenlenmiştir. İdare tarafından atık suların derin deniz deşarjına ilişkin belirlenen bu standart değerler, kanun koyucunun çevrenin kasten kirletilmesi suçunda oluşturduğu suça ait unsurlar olan zarar veren ya da zarar verebilecek nitelikteki atık ya da artık maddenin su ortamına bırakılması meselesinin gündeme gelip gelmeyeceğinin tespitinde tamamlayıcı norm niteliğine haizdir. Başka bir bağlamda örnekleme gerekirse, tıpkı trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu kapsamında trafik güvenliğini tehlikeye sokabilecek davranışın tespitini gerçekleştirirken promil değerlerine ilişkin idarenin düzenleyici işlemlerine gidilmesi ya da taksirle öldürme suçuna ilişkin gerçekleştirilen bir yargılamada deprem yönetmeliğine başvurulması gibi.

Sonuç olarak çevrenin kasten kirletilmesi suçu hükmünün, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımını öngörülmesi yasağın aykırı olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu yorum ancak ve ancak madde düzenlemesi, tıpkı iptali gerçekleştirilen 5237 sayılı kanununun 297. maddesinin ikinci fıkra hükmü ya da 5542 sayılı kanununun 66. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi hükmü gibi olsaydı yapılabilirdi. Örneğin suçun unsurlarına dair bir belirleme yapmadan “Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından çevreyi korumak amacıyla alınan ve usulüne göre ilan olunan düzenlemelere aykırı davranışlar altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” şeklindeki bir düzenleme olsaydı mümkün olurdu.

SONUÇ

Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin önemli sonuçlarından biri olan idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımı öngörme yasağının, 765 sayılı mülga kanun döneminde ceza kanununda açık bir şekilde düzenlenmemiş olması önemli bir eksiklikti. Bu eksikliğe bağlı olarak – her ne kadar Anayasalarda ve ceza kanununda doğrudan kanunilik ilkesine dair hükümlere yer verilmiş olsa da – idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımı ihdasına imkan sağlayan düzenleme ve uygulamalar gerçekleştirilmekteydi. Bilhassa ekonomi ceza hukuku alanında, yasamanın ağır işlemesi ve toplumsal hayatın süratli değişimi gerekçelerine sığınarak belirli koşullar altında idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ihdasına imkân veren düzenlemeler göze çarpmaktaydı. Anayasa Mahkemesi de, dönemin öğretisindeki hakim görüşe paralel bir şekilde, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımı ihdasına imkan sağlayan düzenlemelerin, kanunilik ilkesinin açık bir şekilde düzenleme altına alındığı anayasalara aykırı olmadığı yönünde kararlar vermektedir.

Nitekim 765 sayılı mülga kanun döneminde yasağın ihlali, anayasanın kanunilik ilkesinin düzenleme altına alındığı hükümlerin gerekçesine sirayet edecek şekilde ilerlemiş boyuttaydı. Gerçekten de gerekçe metninde, kanunun suç olarak öngörmediği ve ceza koymadığı bir fiil sebebiyle kimsenin cezalandırılmayacağına yönelik hükmün, kanun koyucunun “açık suç hükmü” koymasına engel olmadığı, yani “fiili bildirmeden suç konusunu” kanunla düzenlemenin yeterli olduğu ve idarenin düzenleyici işlemleriyle bu çerçeve içinde kalarak hareket edilmesinin mümkün olduğu belirtilmekteydi. Böylelikle “beyaza hüküm”, “açık ceza normu” ya da “çerçeve kanun” olarak isimlendirilen hükümlerle, suç ve ceza hukuku yaptırımı öngörülmesinin, yasama yetkisinin devredilemezliğini ve “kanunsuz suç olmaz” ilkesini ihlal etmediği kabul edilmekteydi.

1 Haziran 2005 tarihli Türk Ceza Hukuku Reformunun bir nüvesi olan 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 2. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımının öngörülemeyeceği açık bir şekilde yasaklanmıştır. Bu yasağın açık bir şekilde bizatihi ceza kanununda öngörülmesi, mülga kanun döneminde idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımı ihdası konusunda benimsenen ve hatta anayasallaştırma gayreti olarak ortaya çıkan ceza hukuku alanındaki “beyaza hüküm” uygulamasına karşı gereklilikti.

Nitekim hükmün gerekçe metninde de bu gereklilik, “*Anayasamızda da ifade edilen ve evrensel nitelikteki “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesinin gereği olarak suçların tanımlanması ve ceza hukuku yaptırımları koyma yetkisine sadece Türkiye Büyük Millet Meclisi sahiptir. Yine Anayasamıza göre yasama görevi, devredilmesi mümkün olmayan bir yetkidir. Bireyin maddi ve manevi varlığı üzerinde derin etkiler doğuran suç ve cezaların, ancak ulusal iradeyi temsil eden organ tarafından yapılacak kanunla düzenlenebilmesi, kişi hak ve özgürlüklerine sağlanan en önemli anayasal garantilerden birini oluşturmaktadır. Anayasada temel hak ve özgürlükler alanının, kanun hükmünde kararnamele düzenlenmeyeceğinin öngörülmesi de, bu garantinin bir ifadesidir. Kişi hak ve özgürlükleri konusunda kanun hükmünde kararname çıkarılmaması bakımından anayasal normlar getirilen bu yasağın, idarenin diğer düzenleyici işlemleri için de geçerli olduğu kuşkusuzdur. İşte maddenin ikinci*

fıkrasındaki düzenlemeyle, Anayasada yer alan emredici normların gereği yerine getirilerek, idarenin düzenleyici işlemleriyle bir suç tanımının kapsamının belirlenemeyeceği ve ceza konulamayacağı açıkça düzenlenmiş olmaktadır.” ifadeleriyle vurgulanmıştır.

Türk Ceza Hukuku Reformuyla birlikte kabahatlerin suç olmaktan çıkarılmasının, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımı öngörme yasağıyla birlikte ele alınması gerekir. Kabahatlerin suç olmaktan çıkarılmasıyla hem kanunilik ilkesi hem de bir zamanlar idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımı öngörülmesinin gerekçesini oluşturan ekonomik koşullar bakımından bir çifte kazanım elde edilmiştir. Kabahatler Kanununda kabahatlere ilişkin benimsenen kanunilik ilkesi çerçevesinde açıkça suçlardan farklı olarak kabahatler bakımından, idarenin düzenleyici işlemleri vasıtasıyla “çerçeve norm” uygulaması mümkün kılınmıştır. Daha açık bir ifadeyle, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriği kabahatler alanında, idare eliyle doldurulabilmektedir. Böylelikle geçmişte kanun koyucunun yoğunlukla ekonomik alanın hızla değişen koşullarına bağlı olarak idareye bu alanda yetki tahsisi gerektiği yönündeki gerekçesi, kanunilik ilkesine uygun bir şekilde karşılanmıştır. Bu bağlamda kanun koyucu, birtakım fiillere ilişkin olarak idareye, idarenin düzenleyici işlemleri vasıtasıyla bir hareket alanı sağlamak istiyorsa, bu fiilleri suç yerine kabahat olarak öngören bir politika gütmeyi tercih etmelidir. Zira bu tutum, ilkelere riayeti sağlayacaktır.

Türk Ceza Hukuku Reformuyla birlikte bizatihi ceza kanununda açık bir şekilde öngörülen yasağa rağmen gerek uygulama gerek mevzuat düzeyinde aykırılıklara rastlanmaktadır. Bilhassa idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımı ihdasına imkan sağlayan düzenlemelere yoğunlukla özel ceza kanunu veya diğer ceza içeren kanunlarda yer verilmektedir. Bu durumun en büyük müsebbibi, suç ve ceza düzenlemelerinin tek bir temel kanun sıfatıyla ceza kanununda toplanılmasının başarılammış olmasıdır. Mevzuat yumağının son bulması, diğer bir ifadeyle ceza hukukunun temel ilkelerini barındıran ceza kanununun bizatihi suç ve ceza düzenlemelerinde tekel olması önemli bir kazanım olacaktır. Böyle bir sürecin başarılması, hem suç ve ceza düzenlemeleri ihdas etme tekeline sahip kanun koyucunun mevzuat disiplinine dikkat etmesini sağlayacak hem de yargı makamlarının bizatihi ilkeleri barındıran ceza kanununda yer alacak ve ilkelere aykırı olan hükümleri ayıklamasını sağlayacaktır. Nitekim 5237 sayılı kanunun 297. maddesinin ikinci fıkrasının iptal süreci ve iptalin gerekçesinde dönemin diğer iptal kararlarından farklı olarak Anayasanın 2. ve 38. maddesinin yanında 7. ve 11. maddelerinin de gösterilmesi bu durumun bir yansımasıdır.

Anayasa Mahkemesinin reformun erken dönemine denk gelen zaman aralığında, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımı öngören düzenlemeleri iptal ettiği görülmüştür. Ancak söz konusu kararlarda iptal sebepleri, düzenlemelerin belirli olmadığına, yani belirlilik ilkesine aykırılığa dayandırılmaktadır. Anayasa Mahkemesi tarafından iptale neden olan durumun sadece belirlilik özelinde ele alınması, zaman içinde tipik bir “beyaza hüküm” olan düzenlemeleri iptal etmemesine sebep olmuştur. Gerçekten de Anayasa Mahkemesi, usulen ilanı sağlanıp öngörülebilirlik kriteri sağlanan ancak idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ihdası sağlayan düzenlemeleri kanunilik ilkesine uygun bulmuştur. Bu bağlamda 2017 tarihinde Anayasa Mahkemesinin tipik bir “beyaza

hüküm” olan ve valiye suç ihdası imkanı veren 5542 sayılı İl İdare Kanununun 66. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesini iptal etmemiş olması önemli bir dönüm noktası olmuştur.

5237 sayılı kanunun 2. maddesinin ikinci fıkrasında yasağa açık bir şekilde yer verilmesine, yine aynı kanunun 5. maddesi çerçevesinde yasağın özel ceza kanunları ve diğer ceza içeren kanunlar bakımından uygulanmasının sağlanmasına ve 5252 sayılı Yürürlük Kanununun Geçici 1. maddesi çerçevesinde, diğer kanunlarda 5237 sayılı kanunun birinci kitabına aykırı hükümlerin 31 Aralık 2008 tarihi itibarıyla zımni ilgasının sağlanmış olmasına rağmen, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımı öngörme yasağına aykırılıklar devam etmektedir. Öğretide genel kanun sıfatına haiz 5237 sayılı kanunun idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımı öngörme yasağına dair güvencelerinin, Türk Ceza Hukuku Reformu sonrası çıkarılan kanunlar yönünden mevzuat disiplini sağlama konusunda etkisi olmadığı vurgulanmaktadır. Çözüm olarak ise, böyle bir kuralın ancak ve ancak Anayasaya koyulması durumunda anlam kazanacağı ya da normlar hiyerarşisinde kanundan önce getirilecek temel bir kanun kategorisiyle işlevli olacağı belirtilmektedir.

Söz konusu çözümler önemli olmakla birlikte kanımızca buradaki esas sorun, anayasada yasağa açıkça yer vermemek ya da temel kanun kategorisini normlar hiyerarşisinde öne almamış olmaktan ziyade, yasama faaliyetlerinin yeterli ciddiyetle gerçekleştirilmemesinden kaynaklanmaktadır. Zira yasa koyucuya, izlediği politikaya bağlı olarak kabahat ve suç üzerinden gerçekleştireceği bir ayırım üzerinden idarenin düzenleyici işlemleri vasıtasıyla idareye hareket imkanı oluşturma olanağı sağlanmıştır. Bu kabulün aksine bir tutum, anayasanın konu hakkındaki açık hükümlerine rağmen (m. 7, m. 11, m. 13, m. 38, m. 87, m. 91) girişilecek faaliyetlere, meşruiyet kazandırmaktan öte anlam ifade etmez.

Nihai olarak vurgulamak gerekirse, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımı öngörülmesine ilişkin yasak, kanunların düzenleyici işlemlere atıf yaptığı her durumda gündeme gelmeyecektir. Zira idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza öngörülmesi başka bir şey iken; idarenin düzenleyici işlemlerinin kanunlardaki hükümler bakımından tamamlayıcı norm olarak kullanılması başka bir şeydir. Bu bağlamda hangi durumlarda idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza hukuku yaptırımı yasağının ihlal edildiğinin, diğer bir ifadeyle beyaza hüküm niteliğine haiz normun gündeme geleceğinin tespiti iyi yapılmalıdır.

Kanun koyucu tarafından oluşturulan norm vasıtasıyla yapılan atıf gereği idareye, idarenin düzenleyici işlemleriyle hareket alanı sağlanması beyaza hüküm sorunudur. Bu iki şekilde ortaya çıkabilir. Kanun koyucunun kanuni normda suça dair belirleme yapmadan bu alanda hareket imkanını idareye bırakması beyaza hükümün birinci tipidir. Kanun koyucu bu tip normlarda suç ihdasında tek el olma yetkisinden adeta vazgeçmekte, tipiklikte yer alan unsurlara dair belirleme yapma işini idareye bırakmaktadır. Ancak her atıf içeren norm, beyaza hüküm değildir. Kanun koyucunun suçun unsurlarına ilişkin belirlemeyi kanun hükmü vasıtasıyla gerçekleştirmesinden sonra idarenin düzenleyici işlemlerine belirli konular kapsamında atıf yapması mümkündür. Bilhassa ceza hukuku kapsamı dışı konularda uzmanlığı ve teknik bilgiyi gerektiren kavramlara dair bu atıflar zorunlu

olarak yapılabilmektedir. Bu tür atıflar, tamamlayıcı norm niteliğindedir. Burada bir beyaza hüküm söz konusu olmayacaktır. Buradaki atıflara ilişkin öngörülebilirlik bakımından ortaya çıkabilecek sorunlar, kanunilik ilkesinin başka bir sonucu olan belirlilik ilkesi kapsamında ele alınacaktır. Beyaza hükmün diğer bir tipi ise, yapılan atıfla idarenin düzenleyici işlemiyle yaptırımın belirlenmesidir. Bu durum, yaptırımın sınırlarına ilişkin idareye hareket imkanı sağlandığı durumlarda da gündeme gelir. Bu tür durumların belirlilik ilkesini değil, idarenin düzenleyici işlemleriyle ceza hukuku yaptırımını öngörülmesi yasağını ihlal ettiği dikkate alınmalıdır.

KAYNAKÇA

- Akbulut B, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (8. Baskı, Adalet 2021).
- Artuk ME, 'Çevrenin Kasten Kirletilmesi Suçu' (2014) 1(1) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 37-48..
- Artuk ME ve Gökçen A, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (16. Baskı, Adalet 2022).
- Baytaç AB, *Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum* (On İki Levha İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi 2018).
- Bülte J, Blankette und normative Tatbestandsmerkmale: Zur Bedeutung von Verweisungen in Strafgesetzen' (2015) 55(9) Juristische Schulung 769-777.
- Dönmezer S ve Erman S, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt: 2* (6. Bası, Sulhi Garan Matbaası 1978).
- Dursun S, 'Türk Ceza Hukuku Reformunun Ekonomi Ceza Hukukuna Etkileri' iç Adem Sözüer (ed), *Dünyada ve Türkiye'de Ceza Hukuku Reformları Kongresi C: 2* (On İki Levha 2013) 2239-2250.
- Erem F, *Türk Ceza Kanunu Şerhi – Genel Hükümler* (Seçkin 1993).
- Gözler K, *Türk Anayasa Hukuku* (3. Baskı, Ekin 2019).
- İçel K, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (4. Bası, Beta 2017).
- İçel K ve Donay S, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım 1. Kitap* (Beta 2006).
- Killi S ve Gözübüyük Ş, *Türk Anayasa Metinleri "Senedi İttifaktan Günümüze* (Türkiye İş Bankası 1985).
- Koca M ve Üzülmüş İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (16. Baskı, Seçkin 2023).
- Mahmutoğlu FS, *Kabahatlerin Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi* (Kazancı 1995).
- Mahmutoğlu FS ve Karadeniz S, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi* (Beta 2017).
- Onar SS, *İdare Hukukunun Umumi Esasları C: I* (İsmail Akgün Matbaası 1996).
- Önder A, *Ceza Hukuku Genel Hükümler C. I* (Beta 1991).
- Özbudun E, 'Türkiye'de Anayasa Yargısının Doğuşu: 1961 Anayasası Üzerindeki Kurucu Meclis Görüşmeleri' (2012) 17(68) Liberal Düşünce 5-18.
- Özgenç İ ve Şahin C, *Uygulamalı Ceza Hukuku* (3. Bası, Seçkin 2001).
- Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (14. Bası, Seçkin, 2018).
- Roxin C ve Greco L, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I* (5. Auflage, 2020).
- Sarıca R, *Türkiye'de İcra Uzmanının Tanzim Selahiyeti* (Türk Hukuk Kurumu 1943).
- Satzger H ve Langeld G, 'Europarechtliche Verweisungen in Blankettstrafgesetzen und ihre Vereinbarkeit mit dem Bestimmtheitsgebot Anmerkung zu BGH 5 StR 543/10 – 17 März 2011 (LG Hamburg) = HRRS 2011 Nr 572' (2011) 11(12) Onlinezeitschrift für Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht 461-464.

- Sözüer A, 'Prof. Dr. Hans-Heinrich Jescheck'in Türk Ceza Hukuku Reformuna Katkıları' iç Feridun Yenisey ve Ulrich Sieber (edr), *Risk Altındaki Global Dünya Toplumu ve Ceza Hukuku*, Prof. Dr. h. c. mult. Hans-Heinrich Jescheck Onuruna 27-29 Eylül 2009 Tarihlerinde İstanbul'da Düzenlenen Uluslararası Kolokyum Kitabı (Bahçeşehir Üniversitesi 2011).
- Sözüer A, 'Türk Ceza Hukuku Reformu: Dünü, Bugünü ve Yarını, Türk Ceza Hukuku Reformunun AB Üyesi Kara Avrupası Ülkelerindeki Reformlarla Karşılaştırılmasına İlişkin Notlar' (2019) 21(Özel Sayı Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3031-3050.
- Talas S, 'Türk Ceza Kanunu'nda Çevrenin Kasten ve Taksirle Kirletilmesi Suçları' (2013) 71(1) Prof. Dr. Füsün Sokullu Akıncı'ya Armağan İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 1147-1158.
- Taner T, *Ceza Hukuku Umumi Kısım* (Ahmet Sait Matbaası 1949).
- Tosun Ö, 'Yürütme Organlarının Koyduğu Kaidelere Aykırılıkların Cezalandırılması' (1962) 28(2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 349-366.
- Tosun Ö, *Suç Hukuku Dersleri* (2. Baskı, Ar Basım 1982).
- Turinay F, *Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesinin Anayasal Temelleri* (On İki Levha 2013).
- Yarsuvat D, 'Yürütme Organının Koyduğu Kaideler ile Suç İhdası ve 1961 Anayasası' (1963) 29(3) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 540-559.
- Yazar Yok, *Türk Ceza Kanunu Reformu Birinci Kitap Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu Paneli* (Türkiye Barolar Birliği Yayınları 68 2004).
- Yeniyetişme Y, *Suç Politikasının Ana İlkeleri Açısından Türkiye'de Ceza Hukuku Değişimleri* (On İki Levha İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi 2022).
- Yıldız AK, 'Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleriyle Suç ve Ceza Yaratması' iç Prof. Dr. Köksal Bayraktar (ed), *Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı* (Galatasaray Üniversitesi Yayınları 2004) 1033-1057
- Yüce TT, *Ceza Hukuku Dersleri C: 1* (Şafak Basım ve Yayınevi 1982).

Kemalpaşazâde Said Bey ve “Hukuku Siyasiye-i Osmaniye Dersleri” (1329) Üzerine Notlar

Kemalpaşazade Sait Bey and notes on “Hukuku Siyasiye-i Osmaniye Dersleri (Ottoman Political Law Courses (1329))

Rukiye AKKAYA* 

ÖZ

Kemalpaşazâde Said Bey'in (1848-1921), Mekteb-i Hukuk-ı Şâhâne'de anlattığı Hukuk-ı Siyâsiye-i Osmaniye başlığını taşıyan ders notları, Latin harflerine aktarıldı ve günümüz Türkçesine uyarlaması yapılarak basıldı. Bu ders notları, Mekteb-i Hukuk-ı Şâhâne'de anlatılan, Kamu Hukuku derslerinin içeriğine dair önemli ipuçları vermektedir. 1885'te (1301) mektepte öğrenci olan Abdurrahman Adil Eren, ders notlarını 1913'te İstanbul'da yayınlamıştı. I. Meşrutiyet'in siyasi atmosferi dikkate alınarak, yeni başlayan hukuk eğitimi ve kamu hukuku dersleri bir model oluşturması açısından değerlidir. Derslerde anlatılan temel başlıklarda, toplumun köklerine dair Aristocu görüşün ve modern anlamda yasa/yasama tanımlarının verildiğini görüyoruz. Osmanlı İmparatorluğu'nun, 19. yüzyılda gerçekleştirdiği modernleşme aşamalarının, hukuka ve insan haklarına bir yansımaları olan Hukuk-ı Siyâsiye-i Osmaniye derslerine getirdiğimiz eleştiriler, ders notlarının değerini düşürmez. Siyasal gelişmelerin; hukuki dönüşümleri nasıl etkilediği, dönemin hâkim entelektüel argümanı olan oryantalizme kurban edilmeden anlatılmaktadır. Modern hukuk eğitiminde; müfredatı görmek açısından ilk Anayasa Hukuku, ilk İnsan Hakları Hukuku, ilk Genel Kamu Hukuku kitabı sayabileceğimiz bu eser derslerin öğretimi seviyesi konusunda da bir fikir vermektedir.

Çalışmada, ders notlarında yer verilen ana kavramlar; devlet, toplum, hukukun ve yasanın kaynağı gibi tematik unsurlar incelenmiştir. 1839 Tanzimat Fermanı, 1856 İslahat Fermanı ve 1876 Kanun-ı Esasisi'nin, insan haklarına ilişkin maddelerinin; “eşitlik”, “özgürlük” ve “yasa” kavramları arasındaki ilişkinin, Said Bey tarafından nasıl yorumlandığı üzerinde durulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Kemalpaşazâde Said Bey, Hukuk-ı Siyâsiye-i Osmaniye, Kamu Hukuku, Osmanlı modernleşmesi, eşitlik, özgürlük, Prens Metternich, Modern Hukuk Eğitimi.

ABSTRACT

Lecture notes titled Hukuk-ı Siyâsiye-i Osmaniye, which Kemalpaşazâde Said Bey (1848 – 1921) lectured at Mekteb-i Hukuk-ı Şâhâne, were transliterated into Latin letters and published after adapting them to contemporary Turkish. Afore said lecture notes give significant clues with respect to the content of the Public Law courses taught in Mekteb-i Hukuk-ı Şâhâne. In 1913, Abdurrahman Adil Eren, who was a student at the school in 1885 (1301), published his lecture notes in Istanbul. Considering the political atmosphere of the I. Meşrutiyet (First Constitutional Monarchy) new legal education and public law courses are valuable in terms of setting a model. We see that the Aristotelian point of view on the origins of society and modern definitions of law/legislation (lex) are described in the main topics covered in such courses. The criticism where by bring to the Hukuk-ı Siyâsiye-i Osmaniye courses, which is a reflection of the modernization phases of the Ottoman Empire in the 19th century, on law and human rights, does not detract from the value of the lecture notes. How political developments affect legal transformations are explained without being sacrificed to orientalism that is the dominant intellectual argument of the given period. Afore mentioned work, which we may assume as the first Constitutional Law, the first Human Rights Law, and the first General Public Law course book in modern legal education, also gives an idea about the teaching level of the courses. In this study, the primary concepts included in the lecture notes; the main elements such as state, society, the source of law and legislation (lex), were examined. It has been focused on, how Said Bey interpreted the articles of 1839 Tanzimat Fermanı (The Tanzimat Edict), 1856 İslahat Fermanı (The İslahat Edict) and 1876 Kanun-ı Esasi (The Constitution) on human rights; and the relationship between the concepts of “equality”, “liberty” and “legislation (lex)”.

Keywords: Kemalpaşazâde Said Bey, Siyâsiye-i Osmaniye, Public Law, Ottoman Modernization, Equality, Liberty, Prince Metternich, Modern Legal Education.

* Prof. Dr. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı. rakkaya@marmara.edu.tr ORCID: 0000-0002-0010-4083

** Bazı Osmanlıca kavram ve kelimelerin açıklığa kavuşturulmasında, yardım ve bilgisini esirgemeyen, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı ve Türk Hukuk Tarihi Anabilim Dalı Başkanı, Prof. Dr. Mehmet Akman'a teşekkür ederim.

*** Çalışmayı başından beri takip ederek, getirdiğimiz eleştirileri büyük bir hoşgörü ve akademik olgunlukla karşılayan Tekin Akıllıoğlu'na teşekkür ederim.

GİRİŞ

Kemalpaşazâde Said Bey’in¹ (1848-1921), Mekteb-i Hukuk-ı Şâhâne’de anlattığı, Hukuk-ı Siyâsiye-i Osmaniye başlığını taşıyan ders notlarının, Latin harflerine aktarımı ve günümüz Türkçesine uyarlaması; Tekin Akıllıoğlu tarafından yapıldı ve tam metin olarak basıldı.² Kitapta, sayfa numarası verilmemiş kısa bir “Açıklama” kısmından sonra; karşılıklı sayfalarda, Osmanlı Türkçesi ve Latin harflerine aktarımı yer almaktadır. Hukuku Siyasiye-i Osmaniye Dersleri (s.1-23) Hukuk-ı Esasiye Şahsiye (s.24-56); Gelelim Avrupa’ya (s.56-89); İkrâül Hattı Humayûn (s.90-160) başlıklarından oluşan metin, 160 sayfadır. Kitabın sonuna, çok kısa, bir “sözlükçe” eklenmiştir.

1885’te (1301) mektepte öğrenci olan Abdurrahman Adil Eren³, ders notlarını 1913’te İstanbul’da yayınladıktan sonra; Said Bey’e dair hemen tüm çalışmalarda, bu eser de anılır. Söz konusu ders notlarının içeriğine, kısaca başka yayınlarımızda değinmiş idik.⁴ Burada ise dersin müfredatı ve verilen “hukuk-ı siyasi” [Kamu Hukuku] derslerinin, tematik unsurları üzerinden bir inceleme yapma niyetindeyiz.⁵ Eğitim amacıyla, bir ders esnasında anlatılanların, daha sonra kitaplaştırılmasından oluşan bu eser hakkındaki değerlendirmemiz, kitap eleştirisi ya da tanıtım yazısı değildir. O halde biçem, anlatım ve konunun ele alınış şekli itibarıyla, yazdıklarımız ne olmak gerekir?

Kitabın ders notlarından hazırlanmış olması, değerini azaltmıyor. Bu ders notlarının, anlatımdan yazıya geçirilirken ve 1913’te ilk yayınlandığında ne kadar değiştirildiğini bilmiyoruz. Örneğin; sayfa 47’deki dipnotta, “Meşrutiyetimiz hamdolsun esirliği kaldırdı. Said fakirin 28 sene evvel ders kürsüsünden herkese açıkladığı isteğinin gerçekleşmesini sağladı”⁶ deniyor. Bu ifade, eser basılmadan önce Said Bey tarafından gözden geçirilmiş olduğunu düşündürebilir.

- 1 Kemalpaşazâde Said’in ayrıntılı biyografisi ve eserleri için Mehmet Ali Beyhan, ‘Bir II. Abdülhamid Devri Aydını’nın Profili: Lastik Said Bey’(1993) (XIII) The Journal of Ottoman Studies 167. Asıl adı, Mehmet Said’dir. Babasına nispetle “Kemal Paşa-zade Said” olarak anılmasına rağmen, kendisine takılan “lastik” lakabıyla anılır. Ahmet Rasim’e göre, yaz kış ayağına lastik giydiği için kendisine “Lastik Said Bey” denilmiştir.168.
- 2 *Hukuku Siyasiye-i Osmaniye Dersleri* (Kemal Paşazade) Said Bey Hazırlayan ve Notlandıran Prof. Dr. Tekin Akıllıoğlu (Artikel Akademi 2022). ISBN 978.605.71210-8-0
- 3 Sonraki yıllarda, Hadisât-ı Hukukiye ve Tarihiye Mecmuası’nı yayınlayan Abdurrahman Adil Bey, Said Bey ile ilgili bazı makaleler yayınlamıştır. CÜZ.2 1338/1922 Kemalpaşazade Said Beg ve Mesai-yi Hukukiyesi(17-23) Cüz 8 – 1339/1923 Hürriyet-i Şahsiye (Muharriri: Kemalpaşazade Said Beg) (101-106) “İşbu makale Kemal Paşazade Said Beg’in 1302 senesinde Mekteb-i Hukuk’ta takrir ettiği hukuk-ı siyasiye derslerinden me’hûzdur.” Ali Turan, ‘Türk Hukuk Tarihinden Bir Yaprak: Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye Mecmuası’315. dipnot 45 *KHM* Cilt:2 Sayı 1 2022 291-322. Adı geçen makalelere baktığımızda, Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye Mecmuası İlk Dönem (II. Tertip) Fihristi içinde Abdurrahman Adil Bey tarafından yazılan makaleler arasında; ‘Hürriyet-i Şahsiye (Muharriri: Kemalpaşazade Said Beg)’ 45 (101-106) başlıklı bir makale bulunmaktadır. Abdurrahman Adil Bey makalenin en başında “İşbu makale Kemal Paşazade Said Beg’in 1302 senesinde Mekteb-i Hukuk’ta takrir ettiği hukuk-ı siyasiye derslerinden me’hûzdur.” ifadesine yer vermiştir. Kemalpaşazade Said Beg ve Mesâi-yi Hukukiyesi (17-23); Hukuk-ı Siyasiye Dersleri (Kemalpaşazade Said Beg) (1-8) 1341.
- 4 Rukiye Akkaya Kia, ‘Darülfünun’dan 1933 Üniversite Reformuna; Hukuk-ı Siyasiye-i Osmaniye Derslerinden Hukuk-ı Amme Derslerine Dönüşüm ve Genel Kamu Hukuku Dersinin Geçmişine Dair Notlar-ı’*Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Prof. Dr. Mehmed Akada Armağan* (Der 2012) 77.
- 5 Kemalpaşazâde Said Bey’in Hukuk-ı Siyasiye-i Osmaniye başlıklı ders notlarını, doğrudan kitaptaki tarihsel anlatımlar üzerinden değerlendiren bir başka çalışma için Gökhan Kaya, ‘Mekteb-i Hukuk’ta Tanzimat Fermanı’nı Anlatmak: Kemalpaşazâde Said’in Hukuk-ı Siyasiye-i Osmaniye Ders Kitabı’(2021) 40 (69) Tarih Araştırmaları Dergisi 294.
- 6 Osmanlı İmparatorluğu’nda, köleliğin kaldırılması aşama aşama gerçekleşmiştir. 1857’de Sultan Abdülmecid’in

Çalışmayı iki başlık halinde geliştirmeyi uygun bulduk. Önce, kitabın içeriğinde ele alınan konuların serimlenmesinden oluşan İnceleme Notları üzerinde durulacaktır. Özellikle bu bölümde; anlatımın akışında ve düşüncenin irdelenmesinde dönemin sansür koşulları gözden kaçırılmadan, “doğrulamacı” bir tutum içinde olmamak gerekir. Bununla beraber; görünen o ki bazı kavramların gündelik yaşamda kullanılması, matbuatta okunmasına dair hassasiyetler ve yasaklar zaman içinde yayılmıştır, katılmıştır. Örneğin; kanun-ı esasî, hürriyet, vatan, müsavat kavramlarını; yazmak, tartışmak; İttihat ve Terakî'nin kuruluşundan önce, herhangi bir sorun teşkil etmemiştir. Ama daha sonraları bu kavramlar, siyasal muhalefetin en tehlikeli silahları haline gelince, yasaklanmıştır. Özellikle, daha önce ders kitaplarına da giren müsavat [eşitlik] ve hürriyet [özgürlük] gibi tümden siyasi kavramlar, siyasal ortamın gerilimleri sonucunda yasaklar arasına girmiştir.⁷

Babası Kamil Paşa'nın, Abdülhamit'in Farsça hocası olması dolayısıyla Said Bey, saray çevresine yakındır. Buna rağmen; dönemin mutad cezası haline gelen sürgünden kurtulamamıştır. Avrupa basınında, Osmanlı imparatorluğu aleyhinde çıkan yazılar hakkında Padişah'a her gün malumat vermekte ve yine II. Abdülhamit'in isteği ile bu yazılara cevaplar yazmaktadır.⁸ Bu yakınlığı kişisel çıkar elde etmek için kullandığı, bu nedenle II. Abdülhamit ile iyi ilişkilerinin bozulduğu ve sonra, 1899'da San'a'ya sürgün edildiği ifade edilse de aslında II. Abdülhamit'in iç ve dış politikalarına getirdiği eleştiriler, jurnalcılık ve devlet memurlarının yolsuzluklarını ağır biçimde hicvetmesi nedeniyle sürgün edilmiştir.⁹ Aynı şekilde, derslerde kullandığı bazı ifadeler yüzünden, derslerden de uzaklaştırılmıştır. Bu nedenler; Said Bey'in sahip olduğunu düşündüğümüz birikimle, derslerdeki söylemi arasında bir türlü derinleştirilemeyen mesafeyi anlamamıza imkân verebilir.

Daha sonra; kitabın hali hazırdaki durumunu, yani elimize ulaşan biçimiyle ele alacağımız Eleştirel Notlar'a yer verilmiştir.

I.TEMEL BAŞLIKLAR VE TEMATİK UNSURLAR ÜZERİNDEN İNCELEME NOTLARI

Bu başlık altında; kitapta söylenmişleri tekrar etmek zafiyetine düşmeden, sadece tematik unsurların, öğretici tarihi ve dersin içeriği bakımından nasıl ele alındığı izlenecektir. 1876 tarihli Darülfünun-u

fermanıyla köle ticaretinin yasaklanmasının ardından, 1889'da Zenci Köle Ticaretinin Men'ine Dair Kanun çıkarılmıştır. 18 Kasım 1889'da, Osmanlı İmparatorluğu'na, Afrika'dan gelen köle ticaretinin engellenmesine dair Brüksel Antlaşması imzalanmıştır. 1891'de ise bir kanunname ile zenci kölelerin tüm Osmanlı topraklarına sokulması yasaklanmıştır. Bununla birlikte, köleliğin tamamen kaldırılması ile köle ticaretinin yasaklanmasını ayrı ayrı düşünmemiz gerekir. Gül Akyılmaz, 'Osmanlı Hukukunda Köleliğin Sona Ermesi İle İlgili Düzenlemeler ve Tanzimat Fermanı'nın İlanından Sonra Kölelik Müessesesi'(2004) IX (1-2)Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2.

7 Ali Birinci, 'Osmanlı Devletinde Matbuat ve Neşriyat Yasakları Tarihine Medhal' (2006) 4 (7) Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi 339. Hukuk ders kitapları da bu kavramlara değinmesi, açıklayıcı olması nedeniyle, bir bakıma siyasi nitelik kazanmıştır. Münif Paşa'nın, bir çeviri ve bir de telif kitaplarında, bu iki kavrama geniş yer verildiği görülür. 345. François Gergeon, 'Yasak Kelimeler, XX. Yüzyılın Başındaki Osmanlı Sansürüyle İlgili Bir Belge Üzerine' Çeviren Emre Ergüven *Mete Tunçaya Armağan* (İletişim 2007) 191.

8 Beyhan (n 1) 177.

9 Filiz Anadol, Kemâl Paşazâde Said Bey Terâcim-i Ahvâl-ı Muâsirin, (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi 2004) 3; Kaya, (n 5) 297.

Sultani Nizamnamesi dikkate alındığında; Hukuk mektebinde, henüz başlayan eğitimin,¹⁰ bir öğreti tarihi olabilir mi? Olamaz. Öğreti tarihi, günümüze izafeten bir kökeni ifade etmektedir. Bu nedenle de dersin içeriğine; günümüzden bakıp, akademik eksiklikleri tespit etmeyi uygun görmediğimizden, sadece bir model olarak irdelemek amaçlanmıştır. Ders notlarının başında, her ne kadar konulara ilişkin açıklama yapılsa da belirli bir plan üzerinden anlatım görülmemektedir. Biz de dersin akışına göre ele alınan tematik unsurları kitaptaki ara başlıklara göre, öne çıkararak bir inceleme yapmak istedik.

A.DEVLET, TOPLUM VE HUKUKİ İLKELER

Ders notları; Avrupa hukuk eğitiminde, 19. yüzyılın ikinci yarısında iyice billurlaşan kavramsal alan ayrışmalarını açıklayarak başlar. İçerik ve nedensellik arasındaki bağı ele almak, şüphesiz ki yönetime dair bir durumdur. Dayanak noktası olan giriş cümleleri, derse ilişkin kavramları ve bu kavramların sınırlarını, kaynağı ile birlikte açıklamaktadır. Dönemin hemen tüm Fransızca kamu hukuku alanındaki kitaplarda karşılaştığımız bu başlangıç, bizi yadırgatmaz. Henüz ilk cümlelerde; “Dersimiz, Hukuk-ı siyasiye’dir.” deniyor. “Siyaset” (politique) kavramı, Fransızcadaki “public” yerine kullanılmıştır. Politika, Aristoteles’den beri, “halka ait olan şey”, “kamusal olan” ve “onun yani iyi amaçla kurulmuş topluluğun”, hukuk ile yönetilmesi olarak anlaşıldı.

Bilindiği üzere Aristoteles, Politika’nın daha en başında; insanların tek tek iyi eylemlerin peşinde olduğunda – doğal olarak – ortaya en yüksek “iyi”yi kendine amaç edinen bir topluluğun çıkacağını, bu topluluğa “devlet” denildiğini ve bu toplum türüne de “siyasal” denildiğini söyler.¹¹ O halde “siyasal” kavramı, bu toplumun adını değil niteliğini ifade eder. Bu topluluğun “iyi” olan için ve “iyilik” edimi amacıyla örgütlenmiş olması ve hukuki bir birim oluşturması gerekir. Çünkü yine Aristoteles’e göre; bu siyasal topluluğun temeli, “hak”tır.¹² İyi, siyasal ve hak kavramları arasında kurulan ilişki, devlete ve siyasal topluma “ahlaki” bir nitelik kazandırmıştır. Bu söylem; siyasetin bir ideal değil pratik ve çıkara dayalı bir edim olduğunu öne çıkaran modern döneme kadar, neredeyse kendini tekrar edecektir.

Burada, bizim için Said Bey’in; hukuk ve siyaset arasındaki bağı, nasıl ve neden kurduğu önemlidir. Batı siyasi-hukuki gelişiminde; bireyci, seküler, dünyevi, iradi bir toplumsal model, yönetenin meşruiyeti ilkesi üzerinden kotarılrken; Said Bey süreci sadece “eşitlik” ve “hürriyet” kavramlarına indirgemiş ve fakat Batı siyasi düşüncesinin tanımlamalarını kullanmıştır.

Bu da yadırgatıcı değildir. Çünkü derslerin anlatıldığı zaman diliminde; Kamu Hukuku’nun Avrupa’da yeniden kodlandığı evrede; devlet ve insan arasındaki bağı tanımlama sorunu, henüz kuramsal kabullerin, siyasal duruma uyarlanmasından başka bir şey değildir. Açıklayalım.

10 Rukiye Akkaya Kia, *Bir Ders Konusu Olarak “Devlet” ya da Genel Kamu Hukuku Dersinin Kökenleri* (Beta 2016) 239.

11 Aristoteles, *Politika Çeviren Mete Tunçay* (Remzi Kitabevi 2002) 7.

12 İbid 10.

Said Bey; devletin varlık nedenini ve ortaya çıkışını açıklayan sözleşmecî kuramı, Rousseau'ya atıfla eleştirmekte ve toplumun kaynağına ilişkin görüşlerini Aristo'nun görüşleri içine serpiştirerek anlatmaktadır. İnsanlar doğuştan sosyal (medenî) varlıklardır, diyor. Sosyal sözleşmeyi, içerik ve tabir olarak da doğru bulmadığını, toplumun ve toplumsal yaşamın doğal olduğunu, bu nedenle toplumun kurallarına bağlı olmanın da doğallığını anlatırken; toplum [siyasal toplum] lüzumludur, diye ekliyor. Bununla birlikte, toplum bir hedef değildir. Toplum, hazırlandığımız ve yöneldiğimiz hedefleri gerçekleştirmek için bir araçtır [yine Aristo'nun görüşü]. Ayrıca bu toplum, tümüyle bireyin emrindedir [bireycî görüş]. Bireyi, topluma hizmet eder varsaymak doğaya aykırıdır ve fakat kamu menfaatleri önceliklidir. Yürütme; herkesin özgürlüğünü korumak için yine herkesin özgürlüğünden fedakârlık etmesini isteyebilir. Özgürlüklerin korunmasında, yürütmenin tüm eylem ve işlemlerine, akıl ve yasallık ölçüsünün hâkim olması esastır. Yürütme, insanların tek başına yapamayacağı işleri gerçekleştirir. Buna kamusal yarar, denir.¹³

Ne ki toplumun tarifinde öne çıkarılan Aristocu yolun devamında; hukuk, kanun, şeriat kavramları, insana hükmeden kurallar olarak değil; toplumu doğal biçimde düzenleyen prensipler olarak anlatılmıştır. Said Bey; derslerinde devletin kaynağı, iktidarın doğası konularını açma/tartışma ihtiyacı duymamaktadır. Ona göre; toplum, devlet ve insan arasında kurulan zorunlu bağ “kendiliğinden” gerçekleşmektedir. Çünkü varlığı, hiçbir insani edimi zorunlu kılmayan yasalar vardır.

Ders notlarının ilerleyen sayfalarında, Montesquieu'nün tanımlarına yer vererek; kanunun [pozitif yasanın] dünyevi, değişebilir ve rızaya dayalı olduğunu anlatmaktadır. Montesquieu'nun, ünlü kanun tanımı [kanun, eşyanın tabiatından doğan zorunlu ilişkilerdir] verildikten sonra; kanun; örf ve adettir. Ama bunun doğruluğunu ortaya koyacak bir resmi kuruma ihtiyaç vardır, o da yasama organıdır,¹⁴ deniyor.

Yasama ve yürütme arasındaki “kuvvet” farklılığının üzerinde durulması;¹⁵ kanunun, seküler ve iradeye dayalı, değişken yapısının vurgulanmasında; dersin başında verilen “doğal-toplumsal kanunlar”dan “hükümet kanunları”na geçiş arasındaki sıçramayı görmemek mümkün değil. Toplum, hazırlandığımız ve yöneldiğimiz hedefleri gerçekleştirmek için bir araçtır. Bu toplumsal yapı içinde “hükümetin birinci vazifesi herkesin hürriyetini muhafaza etmektir.”¹⁶ Elbette bunu gerçekleştirmenin biricik yolu “kanun”dur. “..bir kanunu halk ister, ileri gelenler ve halk o kanunun yapılmasında bir kötülük olmadığını deneye dayanarak onaylar, hükümdar o kanunu resmen çıkarır ve ilan eder.”¹⁷

Anlatım, “yasa”nın modern içeriğini tam olarak ifade etmektedir. Çünkü kaynağı örf ve adetler olsa dahi, kanun –en azından – bir buyruk değildir; dünyevi, seküler, deneysel bir kaidedir. Bu tespit; hiç şüphesiz, tüm sorunlu anlatımın yükünü hafifletmektedir. Zira henüz Anayasa Hukuku'ndan kopmamış bir “Hukuk-ı Siyasiye-i Osmaniye” söz konusudur.

13 Said Bey (n 2) 6.

14 İbid 155-157.

15 İbid 91.

16 İbid 16.

17 İbid 157.

Said Bey, hukuk eğitimi almamıştır; okullu değil alaylıdır. Yani mesleği icabı, kamu hukuku ile iç içedir. Osmanlı dış siyaseti ve iç sıkıntıları arasındaki bağlantıyı, açıkça görmektedir. Buradan topladığı bilgiyi, tarihsel akışa da uyararak aktarır. Avrupadaki siyasal gelişmeleri yakından takibi sonucunda edindiği tecrübeyi; okuduğu “kamu hukuku” bilgisinin içine yerleştirmektedir. Kuşkusuz bu bir eksiklik olarak değerlendirilemez. Bir dönüşüm yaşayan dönemin Avrupalı hukuk müfredatında da devlet, siyasal toplum, birey gibi soyut kategoriler; bir bilme işi haline gelmişti.

Ders notlarında, hükümet kavramı çoğunlukla, yürütme yerine kullanılmış. Ama kitabın sonlarına doğru, “teşrii”nin [yasamanın] ne olduğu da ifade edilmiş. Said Bey’in, hükümetten ne anladığına bakmak lazım. Özgürlüğü, günümüzde olduğu gibi “negatif” olarak tanımlamıştır. Dönemine göre gerçekten dikkat çeken bir başka nokta; yürütmenin görevinin “kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirmesine izin vermek ve korumaktır” denilmesi. “Herkesin maddi ve manevi güçlerini istediği gibi kullanma ve geliştirebilmesine ve başkasının da bu şekilde gücünü kullanma ve geliştirmesine engel olmamak şartından başka bir şart ile hareketine sınır konmamasına “hürriyet” derler”.¹⁸ Bu tanımlamalarda; Fransız aydınlanmacılarının, özellikle Rousseau’cu anlayışın, etkisi açıktır.

İç kamu hukukunun bir dalı olan; Anayasa Hukuku da kendi içinde ikiye ayrılmıştır. Hukuk-ı esasiye-i umumiye, ahalinin haklarını düzenler. “Kadınlar, çocuklar ve yabancılar bu haklara sahip olamaz”¹⁹ dendiğine göre; burada kastedilen haklar, siyasal haklardır. Hukuk-ı esasiye-i şahsiye; temel hakları düzenleyen “kişisel anayasa hukuku”dur. Bu sayfalarda, anlatım biraz dağınıktır. İçeriğin tam açıklanamadığını, ifadelerin başlangıç cümlelerindeki kadar net olmadığını görüyoruz.

B. TEMEL HAKLAR

Sayfa 24’den itibaren, “Hukuku Esasiye-i Şahsiye” başlığı altında; “eşitlik” ve özgürlük” kavramlarının ve toplumsal düzenin esaslarına dair açıklamalar yapmaktadır Said Bey. Tüm kamu hukuku eğitiminin, aslında eşitlik ilkesi bağlamında ele alındığını söyledikten sonra; “kamu hukukumuzun tarihçesini de o konu içinde işleyeceğiz”²⁰ demesi, bir tesadüf olamaz. Öncelikle, Osmanlı devletine ve Osmanlı toplumuna has bir “kamu hukukunun” varlığı kabul ediliyor. Zira aynı dönemde Fransa, Almanya gibi ülkelerin hukuk müfredatlarındaki kamu hukuku, Genel Kamu Hukuku derslerinde de her bir ülkenin, kendine ait anayasal-kamusal müesseselerinde, devlet-birey ilişkilerinde; temel hakların belirleyici rolünün ele alındığını görmekteyiz. “Kişisel anayasa hukuku, her devlette anayasalarda bireylere sağlanan haklardan oluşur”²¹ dedikten sonra; ilerleyen sayfada 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi’nin bazı maddeleri ile Tanzimat Fermanı’nın, Islahat Fermanı’nın ve Kanun-ı Esasi’nin temel haklara ilişkin bazı maddeleri arasında karşılaştırmalar yapmaktadır.

18 İbid 9-10; 18-19.

19 İbid 22.

20 İbid 24.

21 İbid 21.

Eşitliğin, özgürlükten önce geldiği; Kamu Hukuku tarihinin de bu yönde geliştiğinin ifade edilmesi, Yunan ve Roma döneminden örnekler verilmesi, aslında bir insan hakları okumasıdır. Said Bey, bu anlatımlarında son derece basit, herkesçe anlaşılabilir ifadeler kullanmıştır.

“Doğa insanların bir koyun sürüsü gibi yaşamasını zorunlu kılmıştır” ama her zaman bir üstün güç vardır; bu güç hak ve adalettir; Araplar, buna imamet-i hak derler.²² Burada siyasi iktidarın, tüm toplumlarda doğal biçimde ortaya çıktığı ve siyasal toplumun hukukla düzenlendiği ifade edilmiştir. Kendisine uyulan, tabi olunan iktidar kavramı, İslam dininin terminolojisiyle, “imamet”e izafeten anlatılmaktadır.

Her toplumda bir çoğunluk, diğerlerine hükmeder. Hükmeden bu güç, küçücük bir azınlığa zulüm uyguladığında çoğunlukta kalan kesim eğer ses çıkarmazsa, bu zulüm sürer gider. Aslında bu gücün uyguladığı zulüm değildir; zulüm azınlığa kötülük yapılmasına ses çıkarmayan çoğunluğun tavrıdır. Çünkü zulüm, çoğunluğun [kötülüğü] görmezden gelmesiyle başlar. Topluluğa hükmeden idare; halkın görmezden gelme, umursamama halinden yararlanarak insanları birbiriyle çarpıştırır ve birbirlerini öldürmelerine izin verir. Bu nedenle; eşitlik, uzun bir zaman ortaya çıkamamıştır.²³

Kanun yapmak, örfü tayin etmektir.²⁴ Ancak, Tanrı'nın koyduğu toplumsal ilkeleri fark etmek ve uygulamak, akıl işidir. Buradan hareketle, toplumsal kuralların kaynağı ve evrensel esasları, İslam dininin kuralları paralelinde anlatılmaktadır. Daha doğrusu, dünyevi düzenin nasıl ve hangi esaslara göre inşa edilmesi gerektiğini; dini kurallar gerekçe gösterilerek anlatılmaktadır. Said Bey, temel hakların doğasındaki bilgiden bahsederek “takva”²⁵nın toplumsal yönünün, kamu hukuku ile ilişkisine değinmektedir. Burada İslam dininin, bazı toplumsal esasları, Anayasal esaslar olarak açıklanmıştır.²⁶

Takva'nın tamamen dini bir kavram olduğu dikkate alınır; Said Bey'in anlatımlarında, Tanrıdan, imandan bağımsız bir ahlak ilkesi, toplum ya da devlet yoktur. Derslerde; Rousseau, Montesquieu, Voltaire, Aristoteles'in isimleri anılmıştır; ancak hiçbir İslam filozofunun ismine yer verilmemiş. Oysa en azından, Pirizâde çevirisi olarak bilinen, Cevdet Paşa tarafından tamamlanarak 1859'da İstanbul'da basılan, İbn-i Haldun'un Mukaddimesi biliniyordu.²⁷ Örneğin; Viyana Sefiri ve Avrupa karşısında Osmanlı İmparatorluğu'nun şartlarını, reel-politik açıdan çok önemli değerlendirmelerle

22 İbid 26.

23 İbid 26-27.

24 İbid 31.

25 < <https://islamansiklopedisi.org.tr/takva>>(05.04.2023)

26 1.İlke:“emri bil maaruf nehyi anılmünker” [emr-i bi'l-ma'rûf nehyi ani'l-münker]; İyiliği emret; kötülükten kaçın; 2.İlke:“la zarar veladırar”[lâ darara ve lâ dirâr]: zarara, zararlar karşılık verilmez; 3.İlke: “mayenbaği limen yenbaği”: herkese hakkı olanı ver”. Akıllıoğlu çevirisi, 31.

27 1791-1792 yıllarında, Berlin'e elçi olarak giden Ahmed Azmi Efendi; Tezyil, isimli kitabında Avrupa devletlerindeki gözlemleri üzerine çok önemli raporlarını yayınlamıştı. Azmi, bu eserinde İbn-i Haldun'un devletlerin yaşamına ilişkin görüşlerine yer vermekteydi. Carter Vaughn Findley, ‘Osmanlı Siyasal Düşüncesinde Devlet ve Hukuk: İnsan Hakları mı, Hukuk Devleti mi?’(1994) 3 *Osmanlı Devletinin Kuruluşununun 700.Yıldönümü, XII. Türk Tarih Kongresi'ne Sunulan Bildiriler*,1199. Muhammed Ali Akay, *İbn Haldun'un Ulu'l-Emr'e İtaat Anlayışı* (Adalet 2022) 165-166. Buna karşılık; İbn-i Sina'nın kitapları, yasaklılar listesindedir. Yine M. Bluntschli'ni, Hukuk-ı Beyne'd-Düvel Kanunu çevirisi, 1297'de yasaklı kitaplar listesindedir. Birinci, (n 7) 340 ve 342.

ortaya koyan Sadık Rifat Paşa'nın raporlarından söz edilmemiştir. Daha 1837'de ilk Viyana elçiliği sırasında yazdığı raporlarda Sadık Rifat Paşa, Avrupada “kılıcın” yerini “kalemin” aldığı bir diploması dünyasından söz ediyordu. Devletin tabasını korumakla mükellef olduğu; bunun için de “hukuk-ı millet” ve “hukuk-ı insaniye”ye [insan haklarına] uymak gerektiğini söylüyordu.²⁸ Yine, Ernest Renan'ın, 1883'te Sorbonne Üniversitesinde gerçekleştirdiği, ünlü “İslam ve İlim” konferansının içeriği, biliniyordu. Derslerde; bu konulara hiç değinilmeden, Tanzimat döneminin siyasi olaylarına geçildiği ve bu olayların çok yüzeysel anlatıldığı açıkçası geçirildiği görülüyor.

Devleti ve toplumu ele alış biçimiyle Said Bey'in, bir pozitivist olmadığı söylenebilir. O'nun için hukuk, devlet, toplum; iradi değildir ama kanun iradidir! Çelişki, dikkate değerdir. Ama bu çelişki; fermanların ve Ceza Kanunu gibi somut yasal düzenlemeleri açıklama zorunluluğundan doğmaktadır. Bu düzenlemeleri, bir iradeye izafeten ikna edici biçimde izah etmek gerekmiştir. Bununla birlikte; padişah kanunnamelerine ve örfi hukuka, örfi hukuk-şeri hukuk ilişkisine hiç değinilmemiştir.

C. SİYASAL GELİŞMELER HAKKINDA YORUMLAR

Ders notlarında; sayfa 56'dan itibaren, “Gelelim Avrupa'ya” başlığı altındaki bölümde; Avrupada bilimsel ve insani ilerleyiş; hukukta yenilenme, eğitimin gelişimi, Napolyon'un Mısır'ı işgali²⁹ Mehmet Ali Paşa'nın isyanından; Rusya ilişkilerine, Osmanlı İmparatorluğu'nun bir taraftan askeri reformlar yaparken bir taraftan Avrupa devletleri ile mücadelesine değin, tarihsel olguların hâkim olduğu bir anlatım vardır. İmparatorluğun memurlarının nasıl yetiştiğinden hareketle, Reşid Paşa'nın, kâtiplerden biri olarak işe başlayıp, nihayet Tanzimat Fermanı'nın hazırlanmasındaki rolüne, Avrupa'ya karşı belirleyici siyasetine ve fermanın siyasi-hukuki sonuçları üzerinde durulmaktadır. Reşid Paşa'nın, padişahı bu fermanı hazırlamaya nasıl ikna ettiğine gelince³⁰; aslında Avrupa hukukunun temelini İslam hukuku olduğu ve Osmanlı hukukunun da [Osmanlı hukuku ifadesiyle neyi kastettiği anlaşılamamıştır] Avrupa hukuku ile değiştirilmediği sürece [dolaylı olarak İslam hukuku uygulanmış oluyor] beladan kurtuluşun mümkün olmadığı anlatılmaktadır!³¹

Açıkçası, Panislamizm siyasetinin hüküm sürdüğü bu dönemde, Batı uygarlığının özgün olmadığı ve Arap dünyasından alıntularla geliştiği tezi öne çıkmıştır. Bilindiği üzere, Avrupa uygarlığının bilimsel ve teknolojik gelişmelerine, doğulu bir şecere arayışı hep vardır. O dönemde de Akyığıtzade Musa'nın yazdığı, Avrupa Medeniyetinin Esaslarına Bir Nazar kitabındaki gibi örneklerde, Avrupadaki gelişmişliğin temelinde İslam dininin ve şeriatının olduğu iddia edilmekteydi.³² Said Bey'in

28 Paşa'ya göre; bunu gerçekleştirdiği takdirde, Osmanlı da Avrupa kamu hukukunun bir parçası olacaktır. Burada bahsedilen, uluslararası hukuktur elbette. Findley, (n 27) 1200-1201. Rifat Paşa'nın bu çalışmaları, Müntahabat-ı Sadık Rifat Paşa, başlığı ile 1289-1293 yıllarında, İstanbul'da, Paşa'nın büyük oğlu Mehmet Rauf Paşa tarafından bastırılmıştır. Birinci, (n 7) 339.

29 Bu anlatım içinde, bazı hatalı yönlendirmeler de görülmektedir. 61.

30 Reform karşıtlarının, özellikle radikal muhafazakârların, Reşid Paşa'ya karşı oluşları ve Padişah üzerindeki nüfuzlarının nasıl kırıldığı anlatıldığı satırlarda, aslında Osmanlı dış politikasının Tanzimat üzerindeki etkilerini okuyoruz. Ahmet Dönmez, 'Reform Karşıtları Ve Mustafa Reşid Paşa: Tanzimat Fermanı'nın Bedeli'(2016) 11 (6) Turkish Studies, 17-30.

31 Said Bey (n 2) 61.

32 Niyazi Berkes, *Türkiye'de Çağdaşlaşma* (Doğu-Batı 1978) 345 – 346.

bazı hatalı anlatımlarını dönemin siyasi, havasına yormak gerekir. Örneğin; Napolyon'un Mısır'ı işgali anlatılırken; Mısır'da o vakitler pek çok İslam bilgini bulunduğu ve Napolyon'un onlardan yararlanarak COD Napolyon'u yazdığı, ayrıca Fransız yargı reformunun da [temyiz ve istinaf sistemi] Mısır'daki sistemden etkilenecek kurduğunu söylemektedir.³³

Buna karşılık Napolyon'un Mısır'ı işgalinden sonra gelişen olaylara, Osmanlı İmparatorluğu'nun içine düştüğü ve sürekli toprak kayıplarıyla yaşanan acziyete hiç yer verilmemiştir. İçeride ve dışarıda Osmanlı düşmanlarının, nasıl ittifak kurdukları ifade edilirken; Mısır meselesinde Rusya'nın yardımını tarihe bırakmak gerekir, deniliyor! Diğer taraftan; Osmanlı siyasal kurumlarında değişiklik yaratan hukuksal gelişmeleri sürekli olarak meşrulaştırma çabası dikkat çekiyor. Reşid Paşa'nın; küçük bir memuriyetten vezirliğe ve İngiltere elçiliğine kadar giden serüveni; 1839 Tanzimat Fermanı'nın ard alanı olarak anlatılıyor. Sultan Mahmut'un, çaresizlik içinde iç işlerinin çözüm merkezi olarak Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye'yi kurduğunu ve isminin de sultanın [Adli] lakabından doğduğunu³⁴ söylemek doğrusu meseleyi pek hafiften alan bir üsluptur. Halbuki yapılan reformların uygulamasını takip etmek, yapılacak olanların da altyapısını hazırlamak için kurulan Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye, modern Osmanlı bürokrasinin oluşumunda en önemli aşamalardan biriydi ve bilinçli bir şekilde devlette merkezileşmeyi esas alıyordu.³⁵ Devlet işlerinin, kamusal denetim aracı olan bu Meclis³⁶ Said Bey'in de uzun yıllardır görev yaptığı Şurâ-yı Devlet'in kökü idi. Ders notlarında, Meclis'in kuruluş amacının, açıkça geçirildiği görülüyor.

Sayfa 90'dan itibaren, "Hattı Hümayûn'un okunması" başlığı ile Tanzimat Fermanı üzerinde durulmaktadır. Sayfa 96'da, Tanzimat Fermanı'nın "derse esas" ilkeleriyle, 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi karşılaştırılmaktadır: "vergi", "yargılamada alenilik", "yargısız ceza olmaz ilkesi", "suçlanan kişinin mülkiyet hakkının korunması", "Osmanlı uyruklarından herkesin din ve mezhep farkı gözetilmeksizin bu haklardan yararlanması" ilkeleri birkaç cümleyle açıklandıktan sonra; bu ilkelerin İslam hukukuna uygunluğu özellikle teyit edilmektedir.

Ders notlarındaki ilgi çekici bulduğumuz bir başka özel nokta; sayfa 108-113 arasında anlatılan ve dönemin siyaset çevrelerinin bir kısmının doğru bulup sahiplendiği, bir kısmının eleştirdiği Prens Metternich tarafından, İstanbul sefiri Kont Apponi'ye [Kont Apponyi] gönderilen notanın, içeriğine ve etrafındaki olaylara dair anlatımdır.

Said Bey'in ders notlarının özellikle bu kısmı; Fransız diplomat Edouard-Philippe Engelhardt'in notları ve gözlemlerini Türkiye ve Tanzimat³⁷ başlığı ile kitaplaştırdığı eserinde anlattığı tarihsel gelişmeler; düşünce, hatta cümle akışı bakımından şaşırtıcı bir yakınlık içindedir. Ed. Engelhardt; kitabı, 1882'de

33 Said Bey (n 2) 61.

34 İbid, 79.

35 Zeki Erasan, *Şurâ-yı Devletten Danıştaya, Yapısal ve Fonsiyonel Dönüşüm (1868-1922)*(TTK 2018) 27.

36 Onur Karahanoğulları, *Türkiye'de İdari Yargı Tarihi* (Turhan 2015) 113.

37 Edouard-Philippe Engelhardt, *Devlet-i Osmaniye'nin Târih-i Islahatı 1826'dan 1882'ye Türkiye ve Tanzimat*, Hazırlayan Erol Kılınç (Ötüken 2017) 60-63. Karşılaştırınız Ed. Engelhardt, *Tanzimat Türkçesi* Ayda Düz, (Milliyet 1976) 38-40. Yine 1856 Islahat Fermanı'nın, ilanına ve muhafazakârların tepkilerine dair kısımlar; Ferman'ın Paris Anlaşması'na girmesi vb. olayların anlatım ve vurgularında da benzerlik dikkate değerdir.

Paris'te yayınlamıştı.³⁸ Said Bey de Fransızca'ya hâkimdi. İsim belirtmeden kitaptan yararlandığı, hatta aynen alıntıladığı için Engelhardt'ın hatasını da tekrar ettiği görülmektedir.³⁹

Notlarımızın bu noktasında, daha önceki yayınlarda⁴⁰ da yer verilmiş bazı tespitleri vurgulama zorunluluğu doğmuştur. Said Bey, Tanzimat Fermanı'nın Mustafa Reşid Paşa tarafından hazırlanması ve ilan edilmesine dair tarihsel arka planı anlatırken; Mısır meselesine çok kısa değindikten sonra, Ferman'ın ilan edilmesine karşı olan kesimlerin tepkisinden; bu arada Prens Metternich tarafından yazıldığını söylediği bir "NaufrageRisalesi"nden bahsetmektedir. Dönemin dışişleri bakanı Prens Metternich'in; Gülhane Hatt-ı Hümayun'unun ilan edilmesine yönelik olarak Avusturya'nın tepkisini, o yıllarda İstanbul Elçisi olan Apponyi'ye bir telgrafla bildirdiğini söylemekte ve telgrafın içeriğine değinilmektedir. Bu içerik [telgrafın içeriği] Engelhardt'ın, Türkiye ve Tanzimat başlıklı kitabında bulunmaktadır. Said Bey, belgenin aslını inceleme gereği duymadan, doğrudan Engelhardt'dan alıntılar yaparak, dersinde aynı içeriği tekrarlamıştır. Oysa Cemil Bilsel'in aktardığına göre; Engelhardt'ın, İstanbul'da bulunan Kont Apponyi'ye gönderildiğini söylediği bir nota değil, bir telgraftır. Kont Apponyi, 1817 yılından 1848 yılına kadar, Paris'te elçilikte bulunmuştur. Avusturya'nın o dönemlerdeki İstanbul Elçisi, Kont Strömer'dir.⁴¹ Tanzimat Fermanı'nın hazırlandığı ve ilan edildiği yıllarda Avusturya-Macaristan İmparatorluğu'nun, Paris elçisi olan Apponyi'nin, Paris'te geçirdiği yıllara ait hatıratı, "günlükler" olarak yayınlanmıştır.⁴²

Yine Bilsel'in anlattığına göre; Reşit Paşa, Tanzimat'ın Prens Metternich'in gözünden bir değerlendirmesini İstanbul'daki Avusturya elçisine şifahen sormuştur. Bu soruyu cevaplamak adına Metternich, biri kısa bir uzun mektupla görüşlerini bildirmiş ve bu mektuplar Padişaha sunulmuştur. Bu mektuplardan birinin Türkçe çevirisi yapılmış ve yayınlanmıştır.⁴³

38 *La Turquie et Le Tanzimat ou l'Histoire des Réformes dans l'Empire Ottoman depuis 1826 Jusqu'à Nos Jours*, Par Ed. Engelhardt, (Paris 1882).

39 Hukuk-ı Siyasiye-i Osmaniye, 108-109; Engelhardt, 47-49. Aynı durum, yani Engelhardt'ın ifadeleri başka çalışmalarda da göze çarpmaktadır. Hüner Tuncer, *Metternich'in Osmanlı Politikası (1815-1848)* (2. Basım, Kaynak 2013) 152.

40 İlber Ortaylı, "Tanzimat Bürokratları ve Metternich", (1983) Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, (Prof. Dr. Fehmi Yavuz'a Armağan) 364.

41 Cemil Bilsel, "Tanzimatın Harici Siyaseti" *Tanzimat I* (Maarif 1940) 667.

42 Ernest Daudet, *Ving-Cinq Ans à Paris (1826-1850)* Journale du Comte de Rodolphe Apponyi, attaché de l'ambassade d'Autriche-Hongrie à Paris 1913.

43 Bilsel, "Tanzimat'a ait önemli bir vesika olmak itibarıyla prensin hatıratının altıncı cildinde (378-386) bulduğum bu mektubu Hukuk Fakültesi Doçent Vekili Hıfzı Timur'a yeniden tercüme ettirdim. Yazılarının nihayetinde yer bulacaktır. Prens Metternich'in her iki mektubunda Tanzimat'a taraftarlığı görünmektedir. Engelhardt'ın neşrettiği telgraf, bu taraftarlığa hiç uymaz. Mufassal mektubunda nasihat veren prens, telgrafında Tanzimat'ı ve ıslahatı tenkit etmekte ve ona adeta hücum etmektedir." 663 ve 667. Reşat Kaynar da Mustafa Reşit Paşa ve Tanzimat kitabında, Metternich'in İstanbul Elçisi Strömer'e gönderdiği malum mektubunun, Cemil Bilsel tarafından yayınladığını ifade etmektedir. Reşat Kaynar, Mustafa Reşit Paşa ve Tanzimat (TTK 2010) 185. Hıfzı Timur tarafından yapılan çeviri için 'Türkiye'de Abdülmecid'in Islahatı Hakkında Metternich'den, İstanbul'da Baron von Strömer'e' *Tanzimat I* (Maarif 1940) 703-708. Metternich'in hatıralarda yer alan Fransızca yazılmış mektuba da ulaştık. FOTOĞRAF IV. Hatıratın, baba Prens Metternich tarafından kaleme alındığı; daha sonra oğlu Richard Metternich-Winneburg tarafından derlenerek kitaplaştırıldığı anlaşılmaktadır. Bu derlemede, hangi diplomatik hususların çıkarıldığı ya da orijinal metinlerin ne kadar değişime uğradığını bilmiyoruz. *Aus Metternich's nachgelassenen Papieren*. Herausgegeben von dem Sohne des Staatskanzlers fürsten Richard Metternich-Winneburg, Geordnet und zusammengestellt von Alfons v. Klinkowström, Autorisirt Deutsche Original Ausgabe, Wilhelm Braumüller (Wien 1883) 6. Band, 358-366. Esere ulaşmamıza yardımcı olan, Viyana Üniversitesi Tarih Bölümü öğrencisi Eren Baykal'a teşekkür ederim.

Bilsel'in "Mufassal olan ve ehemmiyetli olmak lazım gelen mektubunun tercümesi dosyasından alındığı için hazineye bulunamamıştır."⁴⁴ sözleri üzerine; bu ifadenin dipnotunda yer alan "ihtimal ki başka evrak arasındadır. Rifat Paşa Muharrerat-ı Nadire eserinin 16.cildinde bunun tercümesini neşrelemiştir. s. 697-707."⁴⁵ uyarısını takip ederek, Metternich'in bu mufassal mektubuna ulaştık. FOTOGRAF III

Bahsolunan mufassal mektup, tam da Bilsel'in belirttiği gibi, Osmanlı Türkçesine tercüme edilmiştir ve Sadık Rifat Paşa'nın Muharrerat-ı Nadire kitabında, 697-707 sayfaları arasında yer almaktadır. Kitap, TTK Kütüphanesinde, Sadık Rifat Paşa Muharrerat-ı Nadire-Âsarısımleve A/0647 yer numarası ile kayıtlıdır. Rifat Paşa'nın yayınlanan tüm cüzlerinin, tek bir cilt haline getirildiği (758 sayfa) görülmüştür.

Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri, Osmanlı Arşivinde İ..HR.. 3/130 yer ve H. 29.12.1255 tarihli belgeye göre; Tanzimat'ın ilan edilmesi konusunda Prens Metternich'in görüşünün ne olduğu yazılı olarak sorulmuştur. Bunun üzerine Metternich tarafından yazılı cevap verildiği görülmektedir. Avusturya'nın İstanbul sefirine gönderilen "kanunlar, ve siyasi usul hakkında tavsiyelerini bildiren bu mektup" da arşivlerimizde Y..EE..91-25 yer ve H. 29-12-1257 tarihli olarak mevcuttur. İki ülke arasındaki ilişkilerin farklı yönlerini ele almak, dönemi daha iyi anlamak açısından bu mektupların içeriği bizim için ayrı bir çalışma konusu olacaktır.

Ders notlarında, sayfa 143'ten itibaren Islahat Fermanı'ndan, sayfa 158'ten itibaren ise 1876 Kanun-ı Esasisi'nin "hukuk-ı siyasiyeye müteallik bendleri"nden bahsedilmektedir. "Tebaa Devleti Osmaniyenin hukuku umumiyesi" [Osmanlı Devleti tebaasının kamusal hakları] başlığı altındaki bazı maddeler tekrarlanmaktadır. Bunlar 22. maddeye kadar okunmuş ve sonra ders notları; bir nihayet, tamamlanma cümlesine yer vermeden bitirilmiştir.

D. İNCELEME NOTLARI ÜZERİNDEN BİR DEĞERLENDİRME

Gazeteci, dilci, çevirmen, idareci ve bir eğitimci olarak; yaşamı boyunca etkin rollerde görünen Said Bey, 19.yüzyılda yetişen Osmanlı eliti içinde; hırslı, iddialı bir o kadar da yol açıcı bir karakterdir.⁴⁶ İmparatorluğun yüksek bürokrasisine mensup köklü ailelerin çocuklarının, ailelerinden aldıkları "ilmi" mirası, dönemin moda akımı olan oryantalizme karşı bir savunma siperi gibi kullandılar. Bunda, Osmanlı kimliği ile doğmuş olmanın getirdiği şuur bir yana; hem aldıkları geleneksel ilk eğitimin hem Avrupa görmüş olmanın etkisi açıktır. Dışarıya karşı eleştirel tutumda; bir ikilem, bir kıyaslayıcı üslup hâkim olmasına rağmen, özellikle yüksek devlet bürokrasisine dâhil olan kesimin "övünge" tutumu esastır. Bunu, Said Bey'in derslerinde de görüyoruz. Ekonomik-toplumsal dokusu büyük ölçüde dönüşüme uğramış, meşrutiyetlerden cumhuriyetlere geçişi yaşayan dönemin Avrupasına karşı; kendi iç tutarlılığını bozmadan; hatalı ve eksik yönlerine rağmen bir yüzleşme yaşamaktır bu.

44 Bilsel (n 41) 667.

45 İbid 667.

46 Beyhan (n 1) 173.

Ders notlarına, İslam dininin bazı toplumsal yasalarının açıklanmasında, adeta bir “savunma” dili hâkimdir. Duruma; öğrencisi olan ve ders notlarını basan, Abdurrahman Adil Bey de işaret etmektedir: “*Said bey Tanzimat’ın tarihi ilmiyesini tedris etti. Hukuku esasiye-i garbiyenin kavaidi esasiye-i İslamîye ile bir vehemünâfâtı bulunmadığını meydana koydu...derslerini takip eden bir Osmanlı, meşrutiyeti hakkıyla anlamamak, usul-i meşruta bir muhabbeti kalbiye peydâ eylememek mümkün değildir*”.⁴⁷

Gerçekten de ders notlarında, süreci Osmanlı siyaseti açısından sorgulamayan ama meşrulaştıran bir anlatım dikkati çekiyor. Bu anlatımı, akademik olmadığı için eleştirmek haksızlık olacaktır. Said Bey’in, zaten akademik iddiası yoktur. Bununla birlikte, bu savunma ve övgü dili, bazı hatalı bilgiler de içermektedir. Örneğin; Osmanlı İmparatorluğu’nun İslam şeriatının esaslarını tümüyle uygulamak için kurulduğu, ama Türklerin içine sızan bazı grupların “fenalıkları” yüzünden⁴⁸ düzenin bozulduğunun söylenmesi, özeleştirici ve bilimsel objektiflik konusunda sorunlu bir yorumu açıkça göstermektedir. İmparatorluğun tarihsel varlığı ise değişime direnen genetik mirasın kefareti üzerinden okunmaktadır.

Said Bey, İslam’ın temel ilkelerinin ve İslam Peygamberi Muhammed’in, Avrupalı bazı ünlü isimlerin takdirini topladığını ifade etmesi bir “mübalağa” olarak kabul edilebilir. Derslerinin tatil edilmesine neden olan⁴⁹ bu anlatım biçimi, “hasta adam” metaforu üzerinden Osmanlı hukuki-siyasi müesseselerindeki değişimin gerekçelendirilmesidir. Dolayısıyla Said Bey’in anlattıklarında, yani aktardığı bilgilerde, tarafsız olmadığını söylemek mümkün.

Bu durumun, ders notlarından, bir bakıma “ikinci elden bilgiden” kaynaklandığı düşünülebilir. Örneğin sayfa 49 ve sonrasında, Tanzimat Fermanı’nın ve sonra 1858 Islahat Fermanı’nın getirdiği eşitlik ilkesinden bahsedilirken “Osmanlı Devleti şeriatın gösterdiği usul uyarınca, müslim ve gayrimüslim arasında hiç fark olmamak üzere...” denilmiştir. Hâlbuki şeriatın gösterdiği gibi değil; tam aksine eşitlik ilkesi, zorunlu olarak vatandaşlık eşitliğine evrilmiştir. Özellikle 1869 Tabiiyet-i Osmaniye Kanunu’nun ilan edilmesinin ardından, Osmanlı toplumunda klasik “millet” sistemi sona ermiştir. Bundan başka; eşit vatandaşlık ilkesine rağmen dini gruplara; kendi iç işlerini düzenlemeleri için nizamname çıkarmalarına imkân tanınması; bizce en büyük stratejik hatalardan biridir. Bu son gelişme, Avrupa devletlerinin “dinsel himaye” adı altındaki hemen tüm müdahalelerini siyaseten meşrulaştırmıştır.

Said Bey’in; derslerde, Tanzimat Fermanı’ndan başlayarak ele aldığı reformların aslında; devleti, siyasal dokuyu dönüştürücü ve denetleyici amaçlarından hiç bahsetmemesi, bir boşluk yaratmıştır.

47 Abdurrahman Adil tarafından yayınlanan 1338/1922-1 CÜZ.2 *Hadisat-ı Hukukiyye ve Tarihiye Mecmuası* “Kemalpaşazade Said Beg ve Mesai-yi Hukukiyesi”17-23.

48 Said Bey (n 2) 45-46.

49 “Derslerinin birinde Said Bey, Fransız İhtilali’nden bahsederken. İhtilal devri Fransız meşhurlarından birinin Hz. Peygamber hakkındaki “Ey Arab-ı ali-şan! Aşk olsun sana ki adaletin ta kendini bulmuşsun” şeklindeki övücü sözlerini bilmünasebe nakletmiş ve zamanın Dahiliye Nazırı Münir Paşa’nın bunu, Hz. Peygamberi küçük düşürücü addetmesi üzerine, Said Bey’in Şuray-ı Devletteki vazifesi ileri sürülerek, hocalığın bu vazifeyi aksatacağı bahanesiyle derslerine son verilmiştir.” Beyhan, 171. Bu ifadelerin, ders notlarında; Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi hazırlanırken, La Fayette’ye izafeten söylendiği açıkça görülmektedir. Said Bey (n 2) 44.

Zira Tanzimat; ne sadece bir devlet reformu ne de sadece bir süreç olarak görülebilir. Sadece halka halklarını bildiren bir ferman da değildir. Hatt-ı Hümayun, Abdurrahman Şeref'in yorumuyla; aslında keyfi yönetime alışmış ve halkın hukukuna dilediği gibi tecavüz eden, yüksek devlet yöneticilerini hukuka uymaya çağırıyordu.⁵⁰

II. ELEŞTİRİ NOTLARI

Eseri tanıtan, “Açıklama” kısmında; kaynak metnin fiziksel özellikleri, tam künyesi, çevirinin hangi nüshadan yapıldığı, demirbaş numarasıyla birlikte belirtilmeliydi.

Kitap, 1913'te, Mecelle şârihi Hacı Reşid Paşa'nın ders notları esas alınarak, Abdurrahman Adil tarafından “Kitâphane-i Hukuk” dizisi içinde bastırılmıştır. Said Bey kitabın yazarı değil, içindeki bilgilerin anlatıcısıdır. Hatta aktarandır. Fakat yukarıda da değinildiği gibi 47.sayfadaki dipnotta belirtilen durumdan, belki basılmadan evvel gözden geçirildiği açıktır. Ayrıca kaynak eserin, fiziksel özelliklerinin-sayfa sayısı, cilt durumu, iç-dış kapak gibi – belirtilmesi de önemlidir. Kaynak metin, bir ders notu olduğu halde, “Açıklama” kısmında, Said Bey'den birkaç kez bu ders notlarının “yazar”ı olarak bahsedilmektedir.

Bizim ulaştığımız nüshada, hem iç kapak hem dış kapak mevcuttur. Dış kapakta; matbaa adı “Azim Matbaası”, basım yeri “Kostantiniye” olarak görünmektedir. Ayrıca dış kapakta, “birinci kısım” ifadesi vardır. Bu ifadeler, eserin ikinci kısmının da olduğunu, belki başka nüshalarının da bulunduğunu düşündürmektedir. FOTOGRAF I. ⁵¹ Zaman içinde, bu “ikinci kısım” hiç ortaya çıkmayabilir, ama çıkabilir de! Kitabın daha sonra yeni bir baskısının yapıp yapılmadığını, tam olarak tespit edemedik. Ancak Hadisât-ı Hukukiyye ve Tarihiye Mecmuası'nı yayınlayan Abdurrahman Adil Bey'in 1341'de (CÜZ 3; Kısım-1 Tarih 3; 15 Mayıs 1341) Hukuk-ı Siyasiye Derslerinin I. Cüzünü, dergiye ilave olarak bastığı görülmektedir. FOTOGRAF II

Bu bilgileri aşırı ayrıntı ve değersiz görenler olabilir. Ancak geçmişten günümüze, yazılı kültür taşıyıcılarından olan yazma ve basma kitaplar, ait oldukları döneme dair önemli veriler sunar. Kitabın öznel durumu, bibliyografik künyesinden başlayarak sadece kitap tarihi değil; matbuat tarihi, bilgi tarihi, sanat tarihi gibi başka disiplinler açısından da gerekli ve önemlidir.⁵² Kitap, onu üretenden bağımsızlaştıktan sonra sadece bilgi aktaran bir malzeme olmaktan çıkar. Artık o bir hafızadır, kendi döneminin tanığıdır.

T.Z.Tunaya, bu ders notlarını, ilk Anayasa hukuku kitabı olarak kabul etmiştir. ⁵³ Akıllıoğlu da kitabın, “Açıklama” kısmında da Said Bey'in ders notlarının, ilk Anayasa Hukuku ders kitabı olarak kabul edilebileceği ifade ediyor. Bilindiği üzere II. Abdülhamit döneminde, Mekteb-i Hukuk'ta

50 Abdurrahman Şeref, *Tarih Söyleşileri* Sadeleştiren Mübceccel Sami Duru (Açıklamalı Tam Metin); (Sucuoğlu 1980) 55.

51 Fotoğraf I: Eser, İB Atatürk Kitaplığı; Sınıflama Yer Bilgisi 378 1329 R (1913 M) k.11 ve Bel_Osm_K.02503 Demirbaş numarası ile kayıtlıdır.

52 Tüba Çavdar Karatepe, 'Eski Harfli Türkçe Basma Eserlerin Kataloglanması'*Nail Bayraktar'a Armağan Hazırlayanlar İrfan Dağdelen, Hüseyin Türkmen, Nergis Ulu* (İBB 2005) 126.

53 Akkaya Kia, (n 10) 86; Tarık Zafer Tunaya, *Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku* (Sulhi Garan 1969) 128.

ve Mekteb-i Mülkiyede, Hukuk-ı Esasiye (Anayasa Hukuku) dersleri anlatılmamaktadır. İçerikten destek alarak, isimlendirme hatasına düşmemek için dönemin siyasi koşullarına bakmak gerekir. Kanun-ı Esasi'nin askıya alındığı sansür koşullarında, malzeme kıtlığı ve jurnalcilik eklendiğinde, Mekteb-i Hukuk hocalarının hangi koşullarda ders anlattığı açıklığa kavuşacaktır. Kaldı ki bu durumu II. Meşrutiyet döneminde ihdas edilen Anayasa Hukuku dersinin ilk hocalarından, Konya Hukuk Mektebi hocası, İbrahim Şinasi Bey açıkça teyit etmektedir.⁵⁴

Said Bey, Mekteb-i Sultani'nin, Hukuk Şubesinde “Hukuk-ı düvel”(Milletlerarası Hukuk) dersini de okutmuştur. Devletler Hukuku ders notlarını, daha sonra gözden geçirerek, kitap halinde 1884'de bastırmıştır. Mekteb-i Hukuk'ta okuttuğu ders ise “Hukuk-ı Siyasiye-i Dâhiliye-i Osmaniye”dir.⁵⁵ Hukuk-ı Düvel; (Cebrail Gregor ile beraber) Devletler Hukuku alanında ülkemizde ilk basılan eser özelliğini taşımaktadır. Bu eser, 54 sayfa giriş bölümünü takip eden iki bölümden oluşmaktadır. Kitabın giriş kısmında; Devletler Hukuku'nun tanımı, kaynakları ve tarihi üzerinde durulmuş; devlet, saltanat, millet, kavim, ırk gibi kavramlar ele alınmıştır.⁵⁶

Kitabın açıklama kısmında yapılan faaliyet, sadece “çeviri” olarak tanımlanmış ve fakat Osmanlı Türkçesinden Latin harflerine çeviride, hangi esaslara uyulduğu belirtilmemiştir. Esasen, Tanzimat sonrası matbu eserlerin Latin harflerine aktarımında serbest bir tutum ağırlıklı olsa da en azından, neden hemen hiç terkibe yer verilmediği açıklığa kavuşturulmalıydı. Ayrıca uzun hecelerde â, û, î yazımının ihmal edilmesi ve sadeleştirmeye gidilirken, fonetik açısından kelimelerin neredeyse duyduğumuz gibi yazılması dikkat çekmektedir. Burada; bir düzeltmen tavrı almadan; sadece, kitabın adının, “Hukuk-ı Siyasiye-i Osmaniye” olarak yazılmasının daha doğru olacağı görüşünde olduğumuzu belirtelim.

Sayfa 29' da; “Hatta ülemaymeşahirinden (kuh) nam zat..” olarak okunan cümlede (kuh) anlamadığı için aynen basılmıştır. “Ülema” kelimesinin, “ayın” harfi ile başlaması gerekirdi. Bu nedenle, cümlenin okunuşu; “Hatta Almanya meşahirinden Koch (yahud Koh?) nam zat...” olmak gerekir. Almanya kelimesinde “nun” harfinde dizgi hatası yapılmış, nokta konmamıştır. Cümlede bahsi geçen kişinin, ünlü hekim ve fen adamı Robert Koch olduğu düşünülebilir. Buna karşılık sayfa 42'de bulunan “Almanya'da” kelimesi, hem doğru dizilmiş hem doğru okunmuştur.

Yine sayfa 44'te bulunan, “Hazreti Peygamber (Ayn.Mim)..” ifadesi açıklama yapılmaksızın aynen basılmıştır. Bu ifade, İslam Peygamberi Muhammed'in adı zikredildiğinde, manevi şahsiyetine bir saygı ve selam ifadesi olan “aleyhi ve-sellem” in kısaltması olsa gerektir.

54 Anayasa hukuku (hukuk-ı esasiye) derslerinin mekteplerde verilmeye başlaması, II. Meşrutiyetin ilanı ile mümkün olmuştur. Daha önce, anayasa hukuku dersleri gizli gizli verilebilmekteydi. Yasin Yılmaz, Mehmet Kiremitçi, “Konya Hukuk Mektebi'nde Anayasa Hukuku Dersleri”(2022/1) (68) Adalet Dergisi 295, dpnt. 53. “(...) Bu efendilere kemal-i hulûs ve memnuniyetle kendi ikametgâhımda gizlice ve fahrî olarak ders verir idim.”; “Hukuk-ı esasiyeyi, Sultan Abdülhamid-i Sâni ahdinde mektepte okutmuyorlardı. Muallimlerimiz, ez-cümle sadr-ı esbak merhum Hakkı Paşa, derslerinde gümrükten mal kaçırırçasına biraz hukuk-ı esasiyeden bahsedirdi.”

55 Beyhan, (n 1) 170.

56 Eser, İBB Atatürk Kitaplığı, Sınıflama Yer Bilgisi 341.3.1299 H (1882 M) k.11 ve Bel_Osm_K.00163 Demirbaş numarası ile kayıtlıdır.

Bazı ifadeleri Türkçeye tam oturtmakta da zorlanmalar olduğunu görüyoruz. Örneğin sayfa 34'te "lâ yâlemulgaybe illallah" karşılığı; "Allahtan başkası bilinmeyeni bilemez" cümlesiyle ifade edilmiş. Oysa "gaybı yalnız Allah bilir" ya da "gaybı Allahtan başkası bilemez" denilebilirdi. Yine sayfa 31.de "la zarar ve la dırar" olarak okunmuş ve "yani zarar ve zarara karşı zarar vermek yok" denilmiş; halbuki "lâ dararavelâdirâr" yani "zarara, zararlar karşılık verilmez" denilebilirdi.

SONUÇ

Dışişleri bakanlığındaki kalem müdürlüğü de dâhil, devletin önde gelen kurumlarında uzun yıllar görev alan bir şahsiyetin; Osmanlı İmparatorluğu'nun içinde bulunduğu duruma eleştirel yaklaşması beklenemezdi. Said Bey, ders notlarında eksik, yüzeysel ve yer yer hatalı olsa da derslerinde kendi ülkesinin siyasi ve hukuki gerçeği üzerinde durmaktadır.

Bazı batılı filozoflardan bahsetmekle birlikte (Rousseau, Montesquieu, Aristo) birkaç cümleyi geçmeyen alıntılarını ya da atıfları, sahip olduğunu umduğumuz bilginin kırıntısı bile sayılamaz.⁵⁷ Çünkü Said Bey; Galatât-ı Terceme Defterleri gibi, dilde önerilen çeviri normlarının, dönemin hâkim çeviri normları ile karşılaştırılmayı amaçladığı bir eser yazmıştı. Tanzimat dönemi çeviri faaliyetlerinin niteliği ile bu döneme ilişkin çeviri sorunlarını tartışacak, dilsel eşdeğerlilikleri saptayacak kadar dile ve kültüre vakıftı.⁵⁸ Ayrıca J. J. Rousseau'nun, Bilimler ve Sanatlar üzerine Söylev eserini "Fezâil-i Ahlakiye ve Kemâlât-ı İlmiye" başlığı ile 1303 (1887) çevirmişti. Dolayısıyla Batı siyasal dağarcığının içeriğine vakıf olduğunu düşündüğümüz Said Bey'in; devlet, siyasal toplum, kanun gibi kavramları dini esaslara dayandırmasını; İmparatorluğun Batı karşısındaki tepkilerini, karşı reflekslerini izah etme biçimi olarak yorumlayabiliriz. Her şeyden önce; tarihi gerçeği bir "nedenler" yumağı olarak sunmadan, ne için öyle olması gerektiğini izah etme gayreti vardır. Dahası fiili otoritenin, meşruiyeti ya da yetkileri sorgulanmadan, haklar ve özgürlükler üzerinde durması dikkate değerdir.

Derslerde meşrutiyetin, kötü bir yönetim biçimi olmadığını, kanunların halkın rızasına dayanması gerektiğini, eşitliğin ve özgürlüğün İslam hukukunun esaslarından olduğuna inandırma çabası çok öndedir. Büyük bir devletin; Avrupa'nın tehdidi altındaki aciziyetüzerinde durulurken, İslam'dan uzaklaşmanın bunda bir gerekçe oluşturduğu söyleniliyor. Geleneksel savunma dili, Prens Meterrnich'in notasına işaret edilmesi bile; anlatıma, "rağmen" dilinin hâkimiyetini göstermektedir.

Said Bey; Osmanlı İmparatorluğu'nun, Batı devletlerinin kendi aralarındaki emperyalist kapışmalarının konusu olduğuna değinmeden, sadece siyasal olguların nedenlerini yer yer çok yüzeysel anmaktadır. Çünkü yüksek bürokraside, Avrupa siyaseti ile bütünleşmiş bir Osmanlı Devleti

57 Nitekim Mülkiye'nin ikinci sınıfında Said Bey'in öğrencisi olan Ali Kemal Bey; "Doğru söylemek lazım ise Said Bey'in tedrisatı ne irfanı, ne de şöhreti nispetinde değildi. Bize o zaman büyükçe bir hizmeti olmadı. Öğrettikleri ufak tefek resmi tezkereler yazdırmaktan ibret kaldı" ifadeleriyle hocası hakkındaki kanaatlerini belirtmektedir. Beyhan, (n 1) 170.

58 Başak Yüce, *Galatât-ı Terceme Defterlerinde Çeviri Normları* (Yüksek Lisans Tezi Bilkent Üniversitesi 2009) Gazeteci ve dilci, yazar, edebiyatçı ve idareci olan Said Bey, etnografya ve antropoloji alanlarında da eser vermiştir. Çiğdem Özbay, 'Kemalpaşazâde Said Bey'in Usûl-i Maişet-i İnsân Adlı Risalesi ve Türk Etnografya Tarihindeki Yeri'20215 (2) Uluslararası Tarih Araştırmaları Dergisi (UTAD) (The Journal of International History Researches) 268.

söz konusudur. Buna karşılık, Avrupa'nın ve Rusya'nın, Osmanlı topraklarında yaşayan ve Osmanlı vatandaşı olan farklı dini ve etnik gruplara yaklaşımı, “himayeci” kültürel ilişkiler diplomasisinin çok üzerindedir. Elbette bunu fark eden, uluslararası ilişkilerin boyutunu çok iyi gören geleneksel bir Osmanlı yüksek bürokrasisi vardı. Ve onlar; gözlemlerini ve görüşlerini kaleme döken Sadık Rıfat Paşa örneğinde olduğu gibi; Osmanlı'nın Avrupa için artık fiili bir tehdit olmadığını farkındadırlar.

Balkan yarımadasından Mısır'a değin; ulus devlet hedeflerinin parçalanmaya doğru giden taleplerine karşı Avrupa ve Reşid Paşa arasındaki gerilimli ilişkileri İmparatorluğun lehine sonuçlarla anlatması başka nasıl anlaşılabilir? Diğer taraftan; Batı'nın, Osmanlı'yı doğrudan işgal etmese de zap-u rapt altına alma gayretine karşılık, İmparatorluğun Avrupa devletler dünyasında eşit bir yerinin olduğunun vurgulanması da önemlidir.

İmparatorluğun her yerinden İstanbul'a hukuk eğitimi almaya gelen Osmanlı öğrencilerine, devletin genel durumu ile ilgili izahat verilmektedir ve Said Bey'in, İslam'ı ve Hz. Muhammed'i yüceltmek için La Fayette'den destek alması; Osmanlı toplumunun, “ölüme mahkum Şark”ın bir parçası olmadığını ispata yönelik bir tür zihinsel işlemidir. Zira 1815'lerde diplomasi diline giren “Şark Meselesi” [Question d'Orient] deyimini, Osmanlı topraklarının dışındaki sömürge topraklarını da ifade ediyordu.

Bu deyimde, “Şark” elbette sadece coğrafi bir bölge değildir. Bilindiği üzere “Şark Sorunu” deyimini, üç başlıktan oluşmaktadır. Birincisi; Osmanlı İmparatorluğu'nun Balkanlardaki coğrafi ve siyasi sınırlarının değişmesi nedeniyle, Avrupa devletlerinin ve Rusya'nın, Balkan toprakları üzerindeki ticari, kültürel, dini müdahalelerinin sonuçlarıdır. İkincisi; henüz tam anlamıyla siyasal rüştünü ispatlayamayan Mısır ve civarındaki [Arap-Müslüman halklar dâhil] tüm Ortadoğu topraklarının paylaşımı ve Doğu ticaret yollarının güvenliği meselesidir. Üçüncü olarak; Avrupa devletlerinin, Çine ve Hind-Çine kadar uzanan sömürgecilik yarışının ve iştahının, kendi aralarında yarattığı rekabetten doğan sorunlardır. “Şark Sorunu”, ortaya çıkmasında aslında “Şark”ın asli rolünün olmadığı bir üst diplomatik deyimdir. Rusya, Avusturya İmparatorluğu ve Osmanlı İmparatorluğu arasında, 1792'de yapılan Yaş Antlaşması'ndan⁵⁹ sonra 18.yüzyıldan 19.yüzyıla devredilen sorunlar yumağının adıdır.⁶⁰ Aslında geçmişi hatırlamak ve günümüzdeki durumu iyice gözden geçirmek adına, Yaş Antlaşması, çok önemli bir dönümdür.

Said Bey'in ders notlarında, yukarıda değinildiği gibi, “rağmen” dili öne çıksa bile Avrupa'ya rağmen değil, Avrupa ile bütünleşmiş bir Osmanlı varlığının anılmasını çok değerli buluyoruz. Osmanlı İmparatorluğu'nu var eden bir hukuk; yani devletin topluyla, yasa üzerinden kurduğu ilişkilerin niteliğini gösteren bir kamu hukuku alanı vardır. Bu yönü, her ne kadar İslami kavramlar etrafında odaklansa da derslerde – kısmen – yasa nedir, Osmanlı için yasanın anlamı nedir, özgürlük ve eşitlik neden önemlidir sorularının cevabı dil yordamı ile aranmaktadır. Zira tarihsel akışın yer yer ağırlık

59 Yaş Antlaşmasıyla, Osmanlı İmparatorluğu, Rusya'nın Kırım'ı ilhakını tanımıştır. Dahası, Rus ticaret gemileri, Boğazlar'ı geçme iznine sahip olmuştur. Kemal Beydilli, ‘Osmanlı-Rus Antlaşmaları 1700-1834’ (2020)2 (2)Hazine-i Evrak Arşiv ve Tarih Araştırmaları Dergisi, 204.

60 Jacques Ancel, *Manuel Historique de la Question d'Orient (1792-1925)* (Deuxième Edition, Librairie Delagrave, 1926) 1-3 [Önsöz]

kazandığı derslerin çerçevesi gelenek ve kuramsal gücün etkisiyle biçimlenen, bir uzmanlık alanı değildir henüz. Said Bey de böyle bir yapının parçası değildir.

Bizce; ders notlarının tamamının içeriğine ilişkin olarak sorgulanması gereken Said Bey'in 1876 Kanun-ı Esasisi'nin, II. Bölümünde "hukuk-ı umumiye" [genel haklar] ifadesi açıkça yer almasına rağmen, onun yerine özellikle "hukuk-ı siyasiye"⁶¹ kavramını kullanmış olmasıdır. Bu detay, düşündürücüdür. Bilindiği üzere, 1876 Kanun-ı Esasiye'sinin II. Bölümünde, 8-26.maddeler arasında; kişi güvenliği, özgürlük, mülkiyet, vergi, angarya yasağı, din ve vicdan özgürlüğü yanında tabiiyet ilkesi, dilekçe hakkı, kamulaştırma gibi düzenlenen haklar ve özgürlükler, karma niteliklidir.

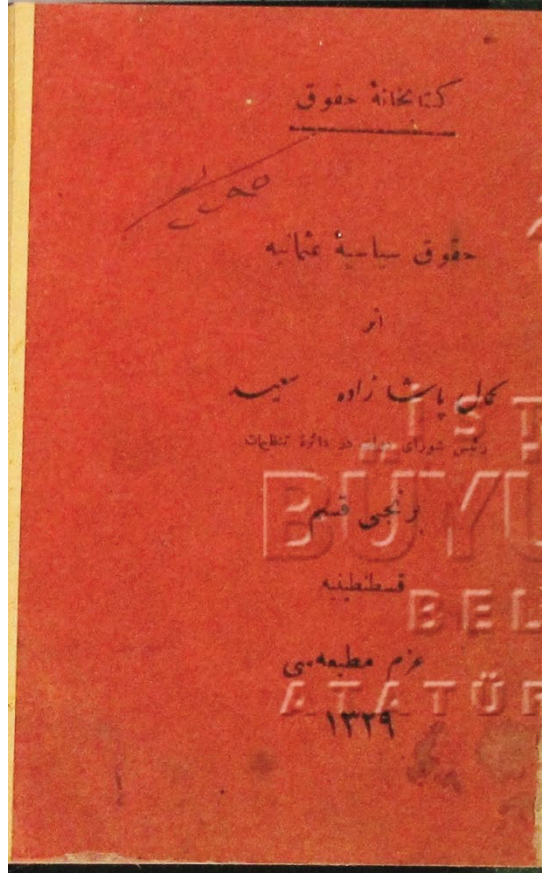
Ders notlarının başında; Aristocu "insanın doğası gereği toplumsal olduğu" yaklaşımının onaylandığını; bununla birlikte bireyci bir özgürlük anlayışına işaret edildiğini söylemiştik. Doğal toplum ve onu kuşatan ahlak anlayışı – ki bu henüz dinden bağımsızlaşmamıştır – karşısında temel hakları, bireysel hakları ya da liberal hakları açıklayabilmek için bir siyasal zemin hazırlığı yapmak gerekirdi. Bu da ancak devlete karşı korunan doğal hakların varlığını, örgütlenmiş bir siyasal toplumun varlığı ile birlikte kabullenmekten geçer. Yani siyasal toplum haklar ve özgürlüklerle birlikte gerçek ve somut bir anlam bulur; bunu idrak için "egemenlik" gibi bir soyutlamaya gerek yoktur. Bu soyutlama, bizde de Batı'da olduğu gibi "ulus devlet" in inşası süreciyle başlar.

KAYNAKÇA

- Adil A, Hadisat-ı Hukukiyye ve Tarihiye Mecmuası(1338/1922 1) 2 Kemalpaşazâde Said Beg ve Mesâi-yi Hukukiyesi 17-23.
- Akkaya Kia R, 'Darülfünundan 1933 Üniversite Reformuna; Hukuk-ı Siyasiye-i Osmaniye Derslerinden Hukuk-ı Amme Derslerine Dönüşüm ve Genel Kamu Hukuku Dersinin Geçmişine Dair Notlar-I'Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Prof. Dr. Mehmed Akad'a Armağan) (Der 2012) 77-99.
- Akay M A, *İbn Haldun'un Ulu'l-Emr'e İtaat Anlayışı* (Adalet 2022).
- Akkaya Kia R, *Bir Ders Konusu Olarak "Devlet" ya da Genel Kamu Hukuku Dersinin Kökenleri* (2. Bası, Beta 2016).
- Akyılmaz G, 'Osmanlı Hukukunda Köleliğin Sona Ermesi İle İlgili Düzenlemeler ve Tanzimat Fermanı'nın İlanından Sonra Kölelik Müessesesi' (2004) IX (1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2-26.
- Anadol F, *Kemâl Paşazâde Saïd Bey Terâcim-i Ahvâl-i Muâsirîn* (Yüksek Lisans Tezi İstanbul Üniversitesi 2004).
- Ancel J, *Manuel Historique de la Qustion d'Orient (1792-1925)* (Deuxième Edition Librairie Delagrave 1926).
- Aristoteles, *Politika*, Çeviren Mete Tunçay (Remzi 2002).
- Berkes N, *Türkiye'de Çağdaşlaşma* (Doğu-Batı 1978).
- Beydilli K, 'Osmanlı-Rus Antlaşmaları 1700-1834', (2020) 2 (2)Hazine-i Evrak Arşiv ve Tarih Araştırmaları Dergisi 199-210.
- Beyhan M A, 'Bir II. Abdülhamid Devri Aydını'nın Profili: Lastik Said Bey'(1993) XIII, Osmanlı Araştırmaları 167-205.
- Bilsel C, 'Tanzimatın Harici Siyaseti' Tanzimat I (Maarif 1940) 661-701.

61 Said Bey, (n 2) 158.

- Birinci A, 'Osmanlı Devletinde Matbuat ve Neşriyat Yasakları Tarihine Medhal' (2006) 4 (7) Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi 291-349.
- Engelhardt E P, *Devlet-i Osmaniye'nin Târih-i Islahatı 1826'dan 1882'ye Türkiye ve Tanzimat Türkçeye Uyarlayarak Hazırlayan Erol Kılınç* (Ötüken 2017).
- Engelhardt E, *Tanzimat Türkçesi Ayda Düz* (Milliyet 1976).
- Engelhardt, Ed. *La Turquie et Le Tanzimat ou l'Histoire des Réformes dans l'Empire Ottoman depuis 1826 Jusqu'à Nos Jours* (Paris 1882).
- Eraslan Z, *Şûrâ-yı Devletten Danıştaya, Yapısal ve Fonsiyonel Dönüşüm (1868-1922)* (TTK 2018).
- Findley C V, 'Osmanlı Siyasal Düşüncesinde Devlet ve Hukuk: İnsan Hakları mı, Hukuk Devleti mi?' (1994) III Osmanlı Devletinin Kuruluşunun 700.Yıldönümü, XII. Türk Tarih Kongresi'ne Sunulan Bildiriler 1195-1202.
- Gergeon F, 'Yasak Kelimeler XX. Yüzyılın Başındaki Osmanlı Sansürüyle İlgili Bir Belge Üzerine' Çeviren Emre Ergüven, Mete Tunçay'a Armağan (İletişim 2007) 191-202.
- Karahanogulları O, *Türkiye'de İdari Yargı Tarihi* (Turhan 2005).
- Karatepe T Ç, 'Eski Harfli Türkçe Basma Eserlerin Kataloglanması' Nail Bayraktar'a Armağan (İBB 2005).
- Kaya G, 'Mekteb-i Hukuk'ta Tanzimat Fermanı'nı Anlatmak: Kemalpaşazâde Said'in Hukuk-ı Siyasiye-i Osmaniye Ders Kitabı' (2021) 40 (69) Tarih Araştırmaları Dergisi 294-317.
- Ortaylı İ, 'Tanzimat Bürokratları ve Metternich' 1983 Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Fehmi Yavuz'a Armağan) 361-367.
- Özbay Ç, 'Kemalpaşazâde Said Bey'in Usûl-i Maişet-i İnsân Adlı Risalesi ve Türk Etnografya Tarihindeki Yeri' (2021) 5 (2) Uluslararası Tarih Araştırmaları Dergisi (UTAD) 268-300.
- Said Bey (Kemal Paşazade), *Hukuku Siyasiye-i Osmaniye Dersleri* Hazırlayan ve Notlandıran Prof. Dr. Tekin Akılhoğlu (Artikel Akademi 2022).
- Şeref A, *Tarih Söyleşileri* Sadeleştiren Mübaccel Sami Duru, (Açıklamalı Tam Metin) (Sucuoğlu 1980).
- Tunaya T Z, *Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku* (Sulhi 1969).
- Turan A, 'Türk Hukuk Tarihinden Bir Yaprak: Hadisat-ı Hukukiye ve Tarihiye Mecmuası' 2022 2 (1) KHM 291-322.
- Tuncer H, *Metternich'in Osmanlı Politikası (1815-1848)* (2. Basım, Kaynak 2013).
- Yılmaz Y – Kiremitçi M, 'Konya Hukuk Mektebi'nde Anayasa Hukuku Dersleri' (2022) 1 (68) *Adalet Dergisi* 285-337.
- Yüce B, *Galatât-ı Terceme Defterlerinde Çeviri Normları* (Yüksek Lisans Tezi Bilkent Üniversitesi 2009).
- [https://islamansiklopedisi.org.tr/takva\(05.04.2023\)](https://islamansiklopedisi.org.tr/takva(05.04.2023))



Dış Kapak FOTOĞRAF 1:

Kitabhâne-i Hukuk

Hukuk-ı Siyâsiye-i Osmaniye

Eser

Kemalpaşazâde Said

Reis-i Şurâ-yı Devlet der-Daire-i Tanzimat

Birinci Kısım

Kostantiniyye

Azim Matbaası

1329

حَادِثَاتِ حَقُوقِ سَيَاسِيَّةِ

تَارِيخِيَّةِ

تاریخی، عدلی، اقتصادی مجموعہ

اون ہش کونڈہ بر نشر اولنور

مؤسسہ: عبدالرحمن عادل

۱۵ مایس ۱۳۴۱

قسم تاریخی: ۳

جزؤ: ۳

مندرجات:

یکی عثمانیہ تاریخی

انقلابات فکریہ مناقشہ لری

علاوہ

کتابخانہ حقوقدن: کمال پاشا زاده سعید بک حقوق سیاسیہیسی — جزؤ: ۱

فی ۱۰ غروشد

استانبول — مطبعہ عامرہ

۱۳۴۱ - ۱۹۲۵

Hadisat-1 Hukukiye ve Tarihiye

Tarihi, Adli, İktisadi Mecmuadır

On beş günde bir neşr olunur

Müessisi: Abdurrahman Adil

CÜZ 3; Kısım-1 Tarihi 3; 15 Mayıs 1341

Mündericat

Yeni Osmanlılar Tarihi

İnkılâbât-1 Fikriye Münakaşaları

İlave

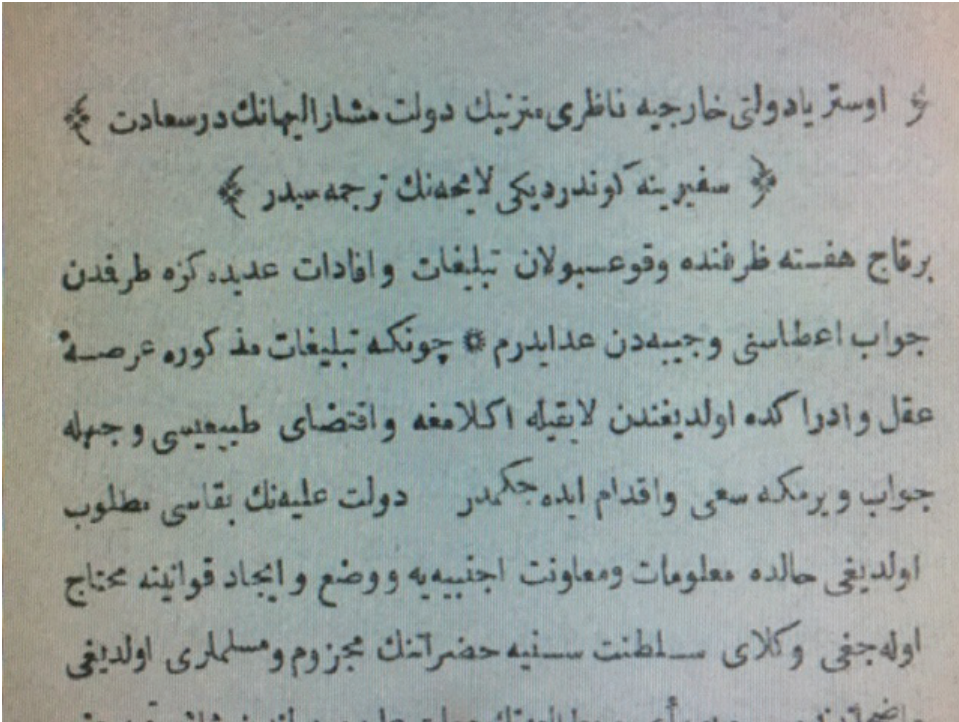
Kitabhâne-i Hukuktan: Kemalpaşazâde Said Beyin Hukuk-1 Siyâsiyesi Cüz – 1

Fi[yat] 10 Kuruştur

İstanbul-Matbaa-yı Amire

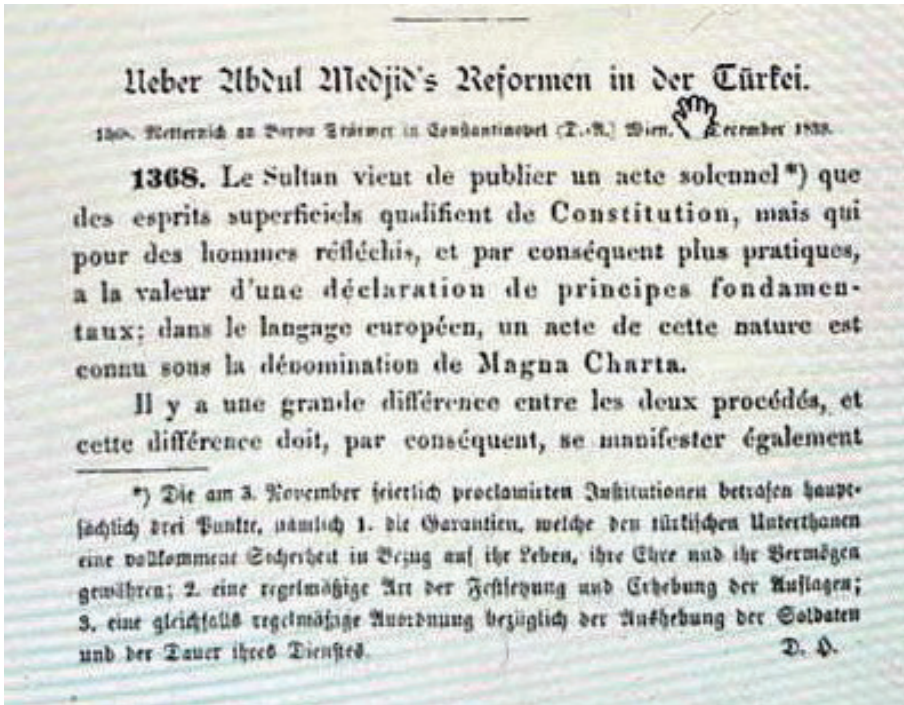
1925-1341

FOTOĞRAF III Avusturya Devleti Hâriciye Nazırı Metternik[’in] Devlet-i Müşârunileyhin Dersaadet Sefirine Gönderdiği Lâhiyânın Tercümesidir. Sadık Rifat Paşa Muhârrerât-ı Nadire-Âsar, 697.



FOTOĞRAF IV

Aus Metternich's nachgelassenen Papieren. Herausgegeben von dem Sohne des Staatskanzlers fürsten Richard Metternich-Winneburg, Geordnet und zusammengestellt von Alfons v. Klinkowström, Autorisirte deutsche Original Ausgabe, Wilhelm Braumüller, .Wien 1883, 6. Band, 358.



İhtiyati Tedbire Muhalefet

Opposition to Interim Measure

Abdullah Batuhan BAYTAZ* , Ayşe Ece ACAR** 

ÖZ

İhtiyati tedbirin etkin olabilmesi ve tedbirden beklenen yararın sağlanabilmesi için Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer verilen ihtiyati tedbire muhalefetin cezasına ilişkin düzenleme, Kanun'un 398. maddesinde yer almaktadır. İhtiyati tedbire muhalefete ve bunun yaptırımına dair düzenleme incelenirken, maddi unsur kapsamında, tedbire muhalefeti gerçekleştirebilecek kişiler, tedbire muhalefetin konusu ve ilgili fiil ele alınmalıdır. Bu kapsamda söz konusu düzenleme Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer almakta olsa dahi, ceza hukukuna dair prensipler çerçevesinde değerlendirilmelidir.

Anahtar Kelimeler: İhtiyati Tedbir, İhtiyati Tedbir Kararına Muhalefet, Disiplin Hapsi, Şikâyet, İtiraz.

ABSTRACT

In order for the preliminary injunction to be effective and for the expected benefit of the measure to be achieved, the regulation regarding the penalty for non-compliance with the preliminary injunction stipulated in the Code of Civil Procedure is included in Article 398 of the Law. When examining the regulation on non-compliance with the preliminary injunction and its sanctions, within the scope of the material element of the offense, the individuals who can violate the preliminary injunction, the subject of non-compliance with the measure, and the relevant act should be considered. In this context, although the mentioned regulation is stipulated in the Law on Legal Procedures, it should be evaluated within the framework of principles of criminal law.

Keywords: Keywords: Interim Measure, Opposition to Interim Measure Decision, Disciplinary Imprisonment, Complaint, Objection.

* Doç. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.

** Araş. Gör. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı, ecedelipinar@gmail.com

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Abdullah Batuhan BAYTAZ

E-posta/E-mail: bbaytaz@istanbul.edu.tr / bbaytaz@hotmail.com

Geliş Tarihi/Received: 20.12.2023

Kabul Tarihi/Accepted: 30.12.2023

I. GİRİŞ

İhtiyati tedbir, yargılama sürecinde dava konusunda meydana gelebilecek ve hükmün icrasını imkânsız kılacak ya da güçleştirecek değişikliklere karşı öngörülen geçici bir hukuki güvencedir. Yargılama sonucunda verilecek kararın icrasına imkân tanımak üzere hukuk mahkemesi tarafından verilen tedbir kararlarının uygulanması son derece önemlidir. Bu bakımdan kanun koyucu, mahkeme tarafından verilen ihtiyati tedbir kararının gereklerini yerine getirmeyenler bakımından Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 398. maddesinde disiplin hapsi öngörmüştür.

Doktrinde ihtiyati tedbire muhalefet, suç olarak adlandırılrsa da, çalışmamızda suç olarak nitelendirilmemiş olup, bu bilinçli bir tercihtir. Nitekim suç, karşılığında yaptırım olarak hapis cezası ve adli para cezası öngörülen haksızlık olarak tanımlanabilir. Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 398. maddesinde yer alan tedbire muhalefetin yaptırımını disiplin hapsi olarak kabul edilmiştir. Disiplin hapsi aşağıda detaylı olarak üzerinde durulacağı üzere, kamusal faaliyetlerde kurallara uyulmasını sağlamak amacıyla uygulanan bir yaptırım türü olup, bir suç karşılığında verilen hapis cezası niteliğine sahip değildir.

Çalışmamız kapsamında öncelikle ihtiyati tedbir kavramı genel hatlarıyla ele alınacak, akabinde ise verilen ihtiyati tedbir kararlarına aykırı davranılması ya da ihtiyati tedbir kararının uygulanmasına ilişkin emre uyulmaması hâlinde uygulama alanı bulacak olan ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 398. maddesi hükmünde düzenlenmiş bulunan ihtiyati tedbir kararına muhalefetin unsurları anlatılacaktır. Son olarak ise muhalefet sonucu öngörülen yaptırım ve bu yaptırımın infazına dair özellik arz eden hususlar incelenecektir.

II. İHTİYATİ TEDBİR KAVRAMI

İhtiyati tedbir, bir davanın neticelenmesine kadar olan süreçte dava konusunda meydana gelebilecek ve hükmün icrasını imkânsız kılacak ya da güçleştirecek değişikliklere karşı öngörülmüş bir geçici hukukî korumadır¹. İhtiyati tedbirin amacı, dava konusunda meydana gelebilecek değişikliklerle hak sahibinin telafisi mümkün olmayan zararlara uğramasının engellenmesi ya da durdurulmasıdır². Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 389'da ihtiyati tedbirin şartlarına yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre, mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli

1 Muhammet Özeks, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku* (On İki Levha Yayıncılık, 2017) 2461; Cengiz Serhat Konuralp, *İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Tedbirler* (On İki Levha Yayıncılık, 2013) 6; Mustafa Göksu, 'Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre İhtiyati Tedbirin Uygulanmasını Talep Etme Zorunluluğu' 2015 2 (16) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1253, 1256; M. Serhat Sarısözen, 'İhtiyati Tedbir Kararlarına Karşı Başvuru Yolu ve İçtihadî Birleştirme Kararı' , 2015 2 (16) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1321, 1321-1322; Efe Dörenisa, 'İhtiyati Tedbir Kararına Muhalefet Düzenlemesinin (HMK m. 398) İptal Edilmesi ve İptal Kararının Sonuçları Hakkında Bir Değerlendirme', (2019) 11 (25) Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi 97, 99; Ramazan Korkmaz, *Haksız İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Hacizden Kaynaklanan Tazminat Davası*, (On İki Levha Yayıncılık, 2020) 29.

2 Özeks (n 1) 2462; Sarısözen (n 1) 1323; Dörenisa (n 1) 99; Korkmaz (n1) 30. "...İhtiyati tedbir kararı ile yargılama sonunda verilecek hükmün uygulanabilir olması imkânının ayakta tutulması ve bu şekilde hak arama özgürlüğü kapsamında etkin bir hukuki korumanın sağlanması hedeflenmektedir...". AYM GK, E 2018/1, K 2018/83, 11.07.2018 (Resmî Gazete Tarih-Sayısı: 20/2/2019-30692).

ölçüde zorlaşması ya da tamamen imkânsız hâle gelmesi veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğması tehlikesinin bulunması durumunda, ihtiyati tedbir kararı verilebilecektir. İhtiyati tedbir, uyuşmazlık konusu hakkında verilebilir (HMK m. 389, f. 1).

İhtiyati tedbir, dava açılmadan önce talep edilebileceği gibi, dava açıldıktan sonra da talep edilebilir. Dava açıldıktan sonra ihtiyati tedbir asıl davanın görüldüğü mahkemeden talep edilebilir. Dava açılmadan önce ise esas hakkında görevli ve yetkili olan mahkemeden ihtiyati tedbir talebinde bulunulabilir (HMK m. 390, f. 1).

İhtiyati tedbir talebinde bulunan taraf, dayandığı ihtiyati tedbir sebebinin ve türünü dilekçesinde açıkça belirtmek ve davanın esası bakımından haklılığını yaklaşık olarak ispat etmek zorundadır (HMK m. 390, f. 3). İhtiyati tedbir talebinin kabulü üzerine mahkemenin karar verebileceği tedbirler Kanun'da sınırlandırılmamıştır³. Mahkeme, somut olaya göre her türlü tedbir kararını verebilecektir⁴. İhtiyati tedbirler teminat amaçlı, düzenleme amaçlı veya eda amaçlı olabilir⁵. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 391'de de mahkemenin ihtiyati tedbir talebini kabul etmesi durumunda, tedbire konu olan mal veya hakkın muhafaza altına alınması veya bir yediemine tevdi edilmesi ya da bir şeyin yapılması veya yapılmaması gibi, sakıncayı ortadan kaldıracak veya zararı engelleyecek her türlü tedbire karar verebileceği düzenlemesine yer verilmiştir.

Mahkemenin ihtiyati tedbire karar vermesi durumunda, tedbir isteyen tarafın bu kararın uygulanmasını talep etmesi gerekir. Tedbirin uygulanması süresi içinde talep edilmezse, kanuni süre içinde dava açılmış olsa bile, tedbir kararı kendiliğinden kalkacaktır. Tedbir kararının uygulanması, bu kararın, tedbir isteyen tarafa tefhim veya tebliğinden itibaren bir hafta içinde talep edilmelidir (HMK m. 393, f. 1)⁶. İhtiyati tedbir kararının uygulanmasının talep edileceği merci, icra dairesidir. Bu hususta yetkili icra dairesi, kararı veren mahkemenin yargı çevresinde bulunan veya tedbir konusu mal ya da hakkın bulunduğu yer icra dairesidir (HMK m. 393, f. 2). Başka bir ifadeyle, İhtiyati tedbir kararını uygulayacak icra dairesi, kararı veren mahkemenin bulunduğu yerdeki icra dairesidir ancak tedbir kararının başka yerde icra edilmesi gerekiyorsa, tedbir konusu malın ya da hakkın bulunduğu yer icra dairesinden de tedbirin icrası talep edilebilir⁷. Ayrıca mahkeme tarafından, kararında belirtmek suretiyle, yazı işleri müdürü de tedbirin uygulanmasında görevlendirilebilir.

3 Özekes (n 1) 2501; Korkmaz (n 1) 33.

4 Özekes (n 1) 2501; Korkmaz (n 1) 33.

5 Özekes (n 1) s. 2501-2519; Ejder Yılmaz, *Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri* (Yetkin Yayınları 2001) 170; Evrim Erişir, *Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri* (On İki Levha Yayıncılık 2013) 351; Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan, *Medenî Usul Hukuku* (Adalet Yayınevi 2017) 303; Göksu (n 1) 1260-1261; Konuralp (n 1) 40; Korkmaz, (n 1) 30.

6 İhtiyati tedbirin kendiliğinden kalkacağı bir diğer hâl HMK m. 397, f. 1'de düzenlenmiştir. Dava açılmadan önce verilen ihtiyati tedbir kararının uygulanmasının talep edildiği tarihten itibaren iki hafta içinde esas hakkındaki davasını açılıp ve dava açıldığına ilişkin evrak, kararı uygulayan memura ibraz edilerek dosyaya koydurulmazsa, tedbir kendiliğinden kalkacaktır.

7 Cengiz Serhat Konuralp, '6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre İhtiyati Tedbirler', (2013) (LXXI) İÜHFİM 225, 257.

III. İHTİYATİ TEDBİRE MUHALEFET VE YAPTIRIMI

A. İLGİLİ MEVZUAT

İhtiyati tedbire muhalefetin cezasına ilişkin düzenleme, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 398. maddesinde yer almaktadır. Söz konusu maddenin birinci fıkrası düzenlemesi şu şekildedir: “*İhtiyati tedbir kararının uygulanmasına ilişkin emre uymayan veya tedbir kararına aykırı davranan kimse, ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren altı ay içinde şikâyet edilmesi üzerine, altı aya kadar disiplin hapsi ile cezalandırılır. Görevli ve yetkili mahkeme, esas hakkındaki dava henüz açılmamışsa, ihtiyati tedbir kararı veren mahkeme; esas hakkındaki dava açılmışsa, bu davanın görüldüğü mahkemedir.*”

İhtiyati tedbire muhalefetin yaptırımına ilişkin düzenlemenin amacı ihtiyati tedbirin etkin olabilmesi ve tedbirden beklenen yararın sağlanabilmesidir⁸. Bu maddenin mevcut hâli 22.07.2020 kabul tarihli ve 7251 sayılı Kanun'un 43. maddesi ile yapılan değişiklik sonrası hâlidir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 398. maddesinin 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile yapılan değişiklik öncesi hâlinin 1. fıkrasının birinci cümlesi Anayasa Mahkemesi tarafından 11.07.2018 tarihli bir karar ile iptal edilmiştir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 398'in iptal kararı öncesi hâli şu şekildeydi: “*İhtiyati tedbir kararının uygulanmasına ilişkin emre uymayan veya tedbir kararına aykırı davranan kimse, bir aydan altı aya kadar disiplin hapsi ile cezalandırılır. Görevli ve yetkili mahkeme, esas hakkındaki dava henüz açılmamışsa, ihtiyati tedbir kararı veren mahkeme; esas hakkındaki dava açılmışsa, bu davanın görüldüğü mahkemedir.*”

Anayasa Mahkemesi'nin verdiği iptal kararının gerekçeleri, ilgili düzenlemenin ihtiyati tedbire muhalefet sebebiyle verilen disiplin hapsi yönünden yapılacak yargılamadaki usul ve esaslar ile başvurulması mümkün kanun yolları yönünden belirli ve öngörülebilir nitelikte olmadığı ve bu belirsizliğin kişilerin hukuki güvenliği ile hak arama özgürlüklerini zedeleyeceğidir. Bu cümlenin iptali nedeniyle doğacak boşluk kamu yararını ihlâl edecek nitelikte olduğundan, iptal hükmünün Resmî Gazete'de yayımlanmasından dokuz ay sonra yürürlüğe girmesi öngörülmüştür⁹. Bu karar 20 Şubat 2019 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanmış, 20 Kasım 2019 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu kararın yürürlüğe girdiği tarihten 7251 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğin yürürlüğe girdiği tarihe kadar olan dönemde Kanun'da ihtiyati tedbire muhalefetin cezası konusunda bir boşluk olmuştur. Kanun'da bu boşluğun olduğu dönemde ihtiyati tedbir kararına muhalefet dolayısıyla açılan davalarda, kanun tarafından cezalandırılan bir eylem olmaması nedeniyle, karar verilmesine yer olmadığı kararı verilmiştir¹⁰.

8 Ramazan Arslan, 'Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Geçici Hukuki Korumalar Konusunda Getirdiği Yenilikler', (2013) (Özel Sayı) Bankacılar Dergisi 7, 22.

9 AYM GK, E 2018/1, K 2018/83, 11.07.2018 (Resmî Gazete Tarih-Sayısı: 20/2/2019-30692).

10 “...İstanbul 2. FSHM 2018/163 E. sayılı dava dosyasında (...) iptal edilen hüküm yerine başkaca bir yasal düzenlemenin henüz yapılmadığı, yasal boşluk oluştuğu anlaşılınca hali hazırda kanunca cezalandırılan bir eylemin öngörülmemesi nedeniyle talep hakkında karar verilmesine yer olmadığına, (...) karar verildiği görülmüştür (...) Eldeki davanın 30/03/2018 tarihli verilen tedbir kararı sonrası, tedbire uyulmaması nedeniyle, 14/03/2019 açılmasından sonra, 20/11/2019 tarihli

7251 sayılı Kanun ile 2020 yılının Temmuz ayında Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yapılan değişiklik ile tedbire muhalefetin cezasına dair kapsamlı bir düzenleme yapılmıştır. Böylece, iptal kararı öncesindeki düzenlemede ihtiyati tedbire muhalefet sebebiyle verilen disiplin hapsi yönünden yapılacak yargılamadaki usul ve esaslar ile başvurulması mümkün kanun yollarına dair belirsizlik artık söz konusu değildir. Bir yaptırım hükmü olan yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 398 ile kanunilik ilkesinin gereği de yerine getirilmiş olmaktadır¹¹. Ancak aşağıda ilgili başlıklar altında detaylı olarak değineceğimiz üzere, söz konusu düzenleme yönünden de eleştirilerimiz bulunmaktadır.

B. KORUNAN HUKUKÎ DEĞER VE TEDBİRE MUHALEFETİN UNSURLARI

İhtiyatî tedbire muhalefet incelenirken, maddi unsur kapsamında tedbire muhalefeti gerçekleştirebilecek kişiler, tedbire muhalefetin konusu ve ilgili fiil ele alınmalıdır. İhtiyati tedbire muhalefet etmekten dolayı sorumlu olabilecek kişi ya da kişiler, mahkeme tarafından verilmiş olan tedbir emrine uyma yükümlülüğü altında olan kişi ya da kişilerdir. Dolayısıyla ceza hukukunda yalnızca belirli niteliğe sahip kişiler tarafından işlenebilecek suç anlamına gelen özgü suçta olduğu gibi burada da yalnızca bu yükümlülük altında bulunan kişiler hakkında tedbire muhalefet nedeniyle disiplin hapsine hükmedilebilecektir.

Tedbire muhalefet ancak gerçek kişiler tarafından gerçekleştirilebilecek olup, tedbirin yükümlüsünün tüzel kişi olması halinde, tüzel kişi hakkında disiplin hapsine karar verilemeyecektir. Bu hâlde disiplin hapsi ancak mahkeme tarafından verilen ihtiyati tedbiri uygulanmasından sorumlu tüzel kişi yetkilisi hakkında uygulanabilecektir¹². Örnek olarak bir bankanın dava konusu teminat mektubunu nakde çevrilmesini önleyen bir ihtiyati tedbir kararı verilmişse, bankanın mektup bedelini nakde çevirerek ödemesi ihtiyati tedbir kararına muhalefet olacaktır. Bu durumda banka aleyhine değil, sorumluluğu bulunan banka yetkilisi aleyhine disiplin hapsi kararı verilecektir. Bir diğer örnek olarak, aleyhine üretim yaşağına dair bir tedbir kararı verilmiş olan şirket tedbir kararından sonra da üretime devam ederse, ilgili şirketin yetkilileri hakkında disiplin hapsi kararı verilebilecektir. Yine buna benzer olarak bir şirket aleyhine ürettiği ürünlerin tarafsız bir üçüncü kişiye yediemin olarak bırakılmasına dair tedbir kararı verilmiş ancak yazılan müzekkereye rağmen şirket yetkilileri

Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Anayasa Mahkemesinin 11/07/2018 tarihli 2018/1 esas, 2018/83 karar sayılı kararı ile 556 sayılı KHK'nin 14. maddesinin iptaline karar verilmiştir. Hukuk yapılamasında, dava açıldıktan sonra ortaya çıkan bir nedenle artık dava konusu edilen talep hakkında olumlu ya da olumsuz bir karar verilmesine gerek ya da neden kalmıyorsa, burada davanın konusuz kalmasından söz edilebilir. Böyle bir durum söz konusu olduğunda mahkemenin yargılamaya devam etmesine gerek yoktur. Bu durumda mahkemenin bir tespit hükmü niteliğinde olmak üzere esas hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermesi gerekir...”, İstanbul BAM 44. HD, E 2020/2216, K 2020/169 09.10.2020.

11 Hakan Pekcamtez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes, 'Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair 7251 Sayılı Kanun Hakkında Değerlendirme', 2020 (150) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 247, 290-291.

12 Uygulamada konkordatoda mahkemeler tarafından geçici mühlet kararı verilmesinin yanı sıra takipleri durması ve yeni takip başlatılmasının önlenmesine dair tedbir kararları da verildiği, geçici mühlet kararı verilmesi ile takip yaşağının kendisinden başlaması nedeniyle aslında böyle bir tedbir kararının verilmesinin gerekli olmadığı ancak yine de bir tedbir kararı verilmişse artık burada tedbire muhalefet hususunun tartışılması gerektiği hakkında bkz. Müjgan Tunç Yücel, *Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları*, (On İki Levha Yayıncılık, 2020), s. 26.

ürünleri teslim etmemişse, ürünleri teslim etmeyen şirket yetkilileri hakkında disiplin hapsine karar verilecektir.

Tedbire muhalefetin konusu, mahkeme tarafından verilen tedbir kararının içeriği ile doğrudan bağlantılıdır. Muhalefetin maddi unsuru kapsamında filler ise ihtiyati tedbir kararının uygulanmasına ilişkin emre uyulmaması ya da tedbir kararına aykırı davranılması şeklinde söz konusu olabilir. Dolayısıyla tedbire muhalefet teşkil edecek hareket, aktif ya da pasif olabilir.

İhtiyati tedbire muhalefetin kasten gerçekleşmesi gerekir. Hukuka aykırılık unsuru bakımından ise özel bir durum barındırmamaktadır. Ancak tedbire muhalefetten bahsedebilmek için her halükarda öncelikle ihtiyati tedbir kararının usulüne uygun bir şekilde tebliğ edilmiş olması gerekliliği açıktır¹³.

IV. İHTİYATİ TEDBİRE MUHALEFET YARGILAMASI

A. ŞİKÂyet

Kanun koyucu ihtiyati tedbir kararına muhalefeti doğuran davranışların gerçekleştirilmesi durumunda ilgili kişiler hakkında disiplin hapsine hükmedilip hükmedilmeyeceğine yönelik muhakeme sürecinin başlamasını, tarafların yetkili merciler nezdinde şikâyet haklarını kullanmalarına bağlamıştır. Diğer bir deyişle ihtiyati tedbire muhalefeti doğuran bir davranışın bulunması, kişiler hakkında disiplin hapsi muhakemesinin doğrudan başlamasına imkân tanımaz. Yargılamanın başlaması şikâyet şartının gerçekleşmesine bağlıdır.

Şikâyet medeni usûl hukukuna yabancı bir müessesedir. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda şikâyet kavramı 398. madde dışında yer almamaktadır. İcra ve İflas Kanunu'na bakıldığında şikâyet kurumunun mevcudiyeti fark edilse de, teknik anlamda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 398. maddesinde yer alan şikâyetten farklı bir niteliğe sahip olduğu kolayca anlaşılmaktadır. Zira İcra ve İflas Kanunu'nda şikâyet bir muhakeme sürecinin başlaması için gereken muhakeme şartı değil, icra ve iflâs organlarının kararlarının ve işlemlerinin denetlenmesi için öngörölmüş bir yol olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁴.

13 “...Tedbire muhalefet eyleminden söz edebilmek ve gerçekleştiğini kabul edebilmek için öncelikle ihtiyati tedbir kararının usulüne uygun şekilde tebliğ edilmesi gerekir. Haberdar olunmayan, geçici hukuki koruma konusu İhtiyati tedbire muhalefetten, rutin bankacılık işlemleri nedeniyle ihlalden, yasanın ifadesi ile muhalefetinden söz edilemez. Aksi halde, bankacılık kanunu kapsamında bankanın olası zararından sorumlulukları doğabilecekler. Emsal, Yargıtay nin 2016/12007 Esas, 2017/6860 Karar ve 12.10.2017 tarihli ilamında, tedbire muhalefet suçunun gerçekleşebilmesi için borçlunun adresine kararın usulüne uygun şekilde tebliğ edilmesi gerekeceği, cezaların şahsiliği ilkesi prensibi gereğince tedbir kararının bizzat adı geçen kişilere tebliğ zorunlu olduğu, HMK 398. maddesi uyarınca tedbire muhalefet suçunun oluşabilmesi için İhtiyati tedbir kararının uygulanmasına ilişkin emre uyulmaması veya tedbir kararına muhalefet edilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Somut olayda, yukarıda ayrıntılı şekilde açıklandığı üzere, işlem tarihinden önce davalılara, İhtiyati tedbir kararının tebliğine dair bir bilgi ve belge olmadığı gibi iddia dahi yoktur. Açıklanan nedenlerle, dava tarihinde yürürlükte bulunan HMK 398. maddedeki, İhtiyati tedbir kararının uygulanmasına ilişkin emre uymamak veya tedbire aykırılık eylemi oluşmadığından mahkemece verilen karar usul ve yasaya uygun kabul edildiğinden şikâyetçi davacı vekilinin istinaf başvurusunun reddine dair karar verilmesi gerekmele aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur...”, İstanbul BAM 17. HD. E 2019/426, K 2019/849, 02.05.2019.

14 Hakan Pekcanitez ve Cemil Simil, *İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet* (Vedat Yayıncılık 2017) 57; Şanal Görgün, Levent Börü

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 398. maddesinde yer alan şikâyetin ceza muhakemesinde yer alan şikâyet kavramına benzerliği dikkat çekmektedir. Ceza muhakemesi kurumu olan şikâyet, soruşturması ve kovuşturması şikâyete bağlı suçlarda, şikâyet hakkı olan kişi veya kişilerce süresi içinde yetkili mercilere bildirilerek failin cezalandırılmasını talep etme anlamına gelmektedir¹⁵. Diğer bir deyişle şikâyet, ceza muhakemesi hukukunda işlendiği iddia edilen bir fiil için soruşturmanın başlatılması için gerekli şarttır.

Dolayısıyla Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 398. maddesinde yer alan şikâyet kurumunun hukukî niteliği dikkate alındığında, bu kurumun İcra İflas Kanunu'nda yer alan ve yasal çare niteliğine sahip olan şikâyete değil, ceza hukukunda muhakeme engeli hukukî niteliğine sahip olan şikâyete benzediği açıktır. Bu konuda bir benzerlikten bahsedilebilirse de, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda birbir ceza muhakemesi hukukundaki şikâyet kurumunun mevcut olduğunu söylemek doğru olmayacaktır. Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 398. maddesinde yer alan yeni ve detaylı olmayan şikâyet kurumuna dair sorunların çözümü noktasında şikâyet kurumunun düzenlendiği TCK'nin 73 ve CMK'nin 158. maddelerinden faydalanılabilecektir. Nitekim usûl hükümlerinin yorumunda da genel yorum kuralları uygulanır¹⁶.

İhtiyati tedbir kararlarına yönelik şikâyete dair yapılacak bir diğer eleştiri ise Kanun'u 398. maddenin 4. fıkrasında yer alan "... aksi takdirde şikâyetin reddine karar verilir." şeklindeki ifadedir. Burada ortaya konulan husus, incelemenin sonunda tedbire muhalefet tespit edilemez ise şikâyetin reddine karar verileceğidir. Oysa şikâyet, davanın açılmasının istenmesi veya istenmemesiyle bağlantılıdır. Bu bakımdan şikâyet, tedbire muhalefet edilip edilmediğine, edildiye ne süreyle disiplin hapsi verileceğine yönelik incelemenin kendisi değil, yalnızca tüm bu inceleme sürecinin başlamasına imkân sağlayan başvurudur. Dolayısıyla şikâyetin reddi kararının verilmesi, davanın sonunda değil, şikâyet talebinin iletilmesinden sonra mümkün olabilecektir. Bu noktada şikâyet hakkına sahip olmayan bir kişinin şikâyette bulunması veya şikâyetin altı aylık hak düşürücü süre geçtikten sonra yapılması halinde bu karar verilebilecektir. Ancak şikâyet hakkının kullanılmasından sonra dava açılmışsa, bu şikâyet hakkının kullanıldığı, diğer bir deyişle şikâyet başvurusunun kabul edildiği anlamına gelmektedir. Dolayısıyla şikâyet başvurusunu kabul ederek yargulamaya başlayan mercinin yargılama sonunda vereceği kararın şikâyetin reddi olması mümkün değildir. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere şikâyet hakkı kullanılmış ve kabul edilerek yargulamaya başlanmıştır. Burada mahkemenin verebileceği karar, ihtiyati tedbire muhalefet edilmemiş ise tedbire muhalefet ettiği iddia edilen kişi hakkında "disiplin hapsine yer olmadığı" şeklinde olabilir.

ve Mehmet Kodakoğlu, *İcra ve İflas Hukuku* (Yetkin Yayıncılık) 25; Ayşe Ece Acar, *İcra Mahkemesi Kararlarına Karşı İstinaf Kanun Yolu* (On İki Levha Yayıncılık 2022) 13.

15 Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Beta Yayıncılık 2018) 96; Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2021) 132; Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız ve İlker Tepe, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2018) 106.

16 Hakan Pekcanitez, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku* (On İki Levha Yayıncılık, 2017) 72.

B. ŞİKÂYET HAKKINA SAHİP OLANLAR

İhtiyati tedbire muhalefet durumunda ihtiyati tedbir kararı neticesinde lehine sonuç doğan kişi ya da kişiler şikâyet hakkına sahiptir. Birden çok kişinin lehine tedbir kararı verilmişse, bu kişilerden yalnızca birinin şikâyet yoluna başvurması yeterlidir. Aleyhine şikâyet yoluna başvurulacak kişi ya da kişiler ise, ihtiyati tedbir kararının uygulanmasına ilişkin emre uymayan ya da ihtiyati tedbir kararına aykırı davranan kişilerdir. Bu kişiler taraflar olabileceği gibi üçüncü kişiler de olabilir¹⁷.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun tedbire muhalefetin cezasını düzenleyen 398. maddesinin birinci fıkrasında açıkça şikâyet üzerine disiplin hapsi cezası verilebileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla mahkemenin re'sen bu yönde bir inceleme yapıp karar vermesi mümkün değildir.

C. ŞİKÂYET SÜRESİ

İhtiyati tedbir kararına muhalefet edildiğine dair şikâyet, mahkeme tarafından verilen ihtiyati tedbir kararına aykırı davranıldığından öğrenilmesinden itibaren altı aylık süre içerisinde ileri sürülmelidir (HMK m. 398, f. 1). Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 94 uyarınca, taraflar için kanun tarafından belirlenen süreler kesindir. Tarafın, kesin süre içinde yapılması gereken işlemi süresinde yapmamasının sonucu, o işlemi yapma hakkının ortadan kalkmasıdır. Dolayısıyla ihtiyati tedbir kararına aykırı davranıldığından öğrenilmesinden itibaren altı aylık süre içerisinde şikâyette bulunmayan tarafın şikâyet hakkı ortadan kalkacaktır. Sürenin geçmesinden sonra şikâyet başvurusu yapılabilmesi ancak eski hâle getirme şartlarının varlığı halinde mümkün olacaktır. Bu kapsamda, elde olmayan sebeplerle, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 398 hükmünde düzenlenen şikâyet süresi içinde bir işlemi yapamayan kimse, işlemin süresinde yapılamamasına sebep olan engelin ortadan kalkmasından itibaren iki hafta içinde eski hâle getirme talebinde bulunabilir.

D. ŞİKÂYET USÛLÜ

Şikâyet, görevli ve yetkili mahkemeye, bir dilekçe ile yapılacaktır. Tedbire muhalefet kapsamında şikâyet talebinde bulunulacak görevli ve yetkili mahkeme Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 398. maddesi hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre, henüz bir dava açılmamışsa ihtiyati tedbir kararını veren mahkeme; esas hakkında bir dava açılmışsa da bu davanın görülmekte olduğu mahkeme tedbire muhalefet nedeniyle şikâyet başvurularını incelemekle görevli ve yetkilidir. Dolayısıyla görevli ya da yetkili olmayan bir mahkemeye başvuru yapılması durumunda, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun görev kurallarına ya da yetki kurallarına aykırılığa dair hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Bu bakımdan yapılan başvurunun yetkili ve/veya görevli olmayan bir merciye yapılması hâlinde yetkisizlik veya görevsizlik ileri sürülebilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 398. maddesinde düzenlenmiş bulunan şikâyet süresini kaçırmış olan taraf eski hâle getirme yoluna başvurmak istiyorsa, bu talep de Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 398. maddesi uyarınca görevli ve yetkili mahkemeye yapılacaktır.

17 Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *Medeni Usûl Hukuku* (Yetkin Yayınları, 2022), s. 713.

Şikâyet üzerine, şikâyet olunan kişiye şikâyet dilekçesi ve duruşma gün ve saatini bildiren bir davetiye gönderilir. Şikâyet olunanın savunma ve delillerini duruşma gününe kadar bildirmesi gerekir. Şikâyet olunan taraf duruşmaya gelmezse, yargılamaya yokluğunda devam edilir ve karar verilir. Bu hususlar, şikâyet olunana gönderilecek davetiyede ihtar edilmelidir (HMK m. 398, f. 2).

E. ŞİKÂYETTEN VAZGEÇME

Şikâyetten vazgeçme, şikâyet hakkı kullanılmasından sonra şikâyetin geri alınması anlamına gelmektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 398. maddesinin 8. fıkrası hükmünde de açıkça ifade edildiği üzere, şikâyet edenin şikâyetinden vazgeçmesi hâlinde dava ve bütün sonuçlarıyla beraber ceza düşecektir. Dolayısıyla şikâyetten vazgeçme, hem davayı ve hem de karar verilmişse disiplin hapsi cezasını düşürmektedir. Şikâyetten vazgeçme şikâyete dair inceleme devam ederken mümkün olabileceği gibi, şikâyet olunan hakkında disiplin hapsi kararı verilmesinden sonra da mümkündür. Disiplin hapsinin infaz ediliyor olması vazgeçmeye engel teşkil etmez. Ancak belirtmek gerekir ki, kanun koyucunun "vazgeçme" kavramını tercih etmesi terminolojik açıdan eleştiriye açıktır. Zira kanun koyucu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda, yapılan talebin geri alınması bakımından "vazgeçme" ibaresini değil, "feragat" ibaresini kullanmaktadır. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda feragat, davacının, talep sonucundan kısmen veya tamamen vazgeçmesi olarak düzenlenmiştir (HMK m. 307). Feragat, hüküm kesinleşinceye kadar her zaman yapılabilir (HMK m. 310). Feragat, dilekçeyle veya yargılama sırasında sözlü olarak yapılabilir ve karşı tarafın ya da mahkemenin muvafakatine bağlı değildir (HMK m. 308). Feragat, kesin hüküm gibi hukuki sonuç doğurur (HMK m. 311). Dolayısıyla şikâyet eden şikâyet talebinden feragat ederse, aynı sebeplere dayanarak aynı kişiye karşı aynı ihtiyati tedbir kararına muhalefetten dolayı bir kez daha şikâyette bulunamaz.

Yukarıda da belirtildiği üzere kanun koyucunun Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun kullandığı feragat kavramı, 398. maddenin 8. fıkrasında kullandığı vazgeçme ile aynı anlama gelmektedir. Ayrıca bu durum kanun koyucunun kanun değişikliğinde ceza hukukundan etkilenmiş olduğunu da ortaya koymaktadır. Görüldüğü üzere ceza hukukunda vazgeçme ile hukuk muhakemesinde feragat benzer anlamlara gelmektedir Ancak ceza ve ceza muhakemesi hukuku bakımından feragat, medenî usûl hukukundan farklı olarak kişinin hakkını henüz kullanmadan, kullanmayacağına dair irade beyanında bulunması anlamına gelmektedir. Kanunda bu duruma dair herhangi bir açıklık söz konusu olmamakla birlikte, hakkı kullanmayacağına dair irade beyanının mevcudiyeti halinde şikâyet hakkını ilgili fiille ilgili bir daha kullanma imkânının söz konusu olmaması gerektiğini ifade etmek gerekir. Bu bakımdan her ne kadar hukuk muhakemesinde bu anlamda bir düzenleme olmasa da, kanun koyucunun ceza muhakemesi hukukundan da etkilenmesinden kaynaklı olarak ihtiyati tedbir kararına muhalefete rağmen kişi şikâyette bulunmadan şikâyet hakkını kullanmayacağına dair irade beyanında bulunabileceğinin kabulü gerekir.

Bir hak henüz doğmamışsa, o haktan vazgeçilmesi söz konusu olamaz. Bir haktan feragat edilebilmesinin ilk koşulu, o hakkın doğmuş olmasıdır. İhtiyati tedbir kararına muhalefet durumunda, şikâyette bulunmadan şikâyet hakkının kullanılmayacağına dair irade beyanında bulunulabilmesi

bu ilkeye aykırı değildir. Zira burada şikâyet hakkı, tedbire aykırı davranan kişinin tedbire aykırı davranmasıyla ortaya çıkmaktadır.

V. İHTİYATİ TEDBİRE MUHALEFETİN YAPTIRIMI

A. GENEL OLARAK

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 398. maddesinin 1. fıkrasında "...altı aya kadar disiplin hapsi ile cezalandırılır." düzenlemesi yer almak suretiyle, ihtiyati tedbir kararının uygulanmasına ilişkin emre uymayan veya tedbir kararına aykırı davranan kişiler hakkında altı aya kadar disiplin hapsi uygulanabileceği açıkça belirtilmektedir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 398'de öngörülen yaptırım, cezaî bir yaptırım olmasına rağmen medenî usûl hukukunu düzenleyen kanunda düzenlenmiştir. 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'un (HUMK) yürürlükte olduğu dönemde, ihtiyati tedbire muhalefeti düzenleyen 113/A maddesindeki düzenleme, yapısı itibarıyla cezaî bir hüküm olması ve dolayısıyla TCK'de düzenlenmesi gerektiği gerekçesi ile eleştirilmiştir¹⁸.

İhtiyatî tedbire muhalefetin cezalandırılması hususunda akla gelebilecek sorulardan bir diğeri, Anayasa m. 38'de yer alan ve hiç kimsenin yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirmemesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamayacağı düzenlemesi ile bu cezanın ne kadar bağdaştığıdır. Her ne kadar Anayasa Mahkemesi'ne yapılan ve yukarıda anılan iptal başvurusunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 398'in Anayasa m. 38'e aykırılığı da ileri sürülmüş olsa da, Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırılık gerekçesiyle iptal kararı verildiğinden, ayrıca Anayasa'nın 38. maddeleri yönünden inceleme yapılmamıştır¹⁹. HUMK'un yürürlükte olduğu dönemde, öğretide, HUMK m. 113/A'da düzenlenen ihtiyati tedbire muhalefetin cezasının Anayasa m. 38 ile çelişip çelişmediği ele alınmış; doğrudan doğruya sözleşmeden doğan değil, kanundan ve ona dayalı olarak verilen mahkeme kararından kaynaklanan bir suç söz konusu olması nedeniyle HUMK m. 113/A ve Anayasa m. 38'in çelişmediği sonucuna varılmıştır²⁰. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 398'de düzenlenen ihtiyati tedbire muhalefet de aynı şekilde, bir sözleşmesel yükümlülüğün yerine getirilmemesinden değil, mahkemenin ihtiyati tedbir kararının uygulanmasına ilişkin emrine uyulmaması veya tedbir kararına aykırı davranılmasından kaynaklanmaktadır (HMK m. 398, f. 1). Kaldı ki aşağıda detaylı üzerinde durulacağı üzere disiplin hapsi, bir hapis cezası olmayıp, yalnızca kamusal faaliyetlerin aksamaması için öngörülen bir yaptırımdır. Bu nedenle kanaatimizce Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 398 ile Anayasa'nın 38. maddesi arasında bir çelişki bulunmamaktadır.

18 İbrahim Ercan, 'İhtiyati Tedbir Kararına Muhalefet Edenlerin Cezalandırılması (HUMK M. 113/A)', (2003) 1-2 (11) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 9, 10.

19 AYM GK, E 2018/1, K 2018/83, 11.07.2018 (Resmî Gazete Tarih-Sayısı: 20/2/2019-30692).

20 Ercan (n 18) 10, 13-16.

B. DİSİPLİN HAPSİ

1. Genel Olarak

Disiplin hapsi, kamusal bir faaliyetin yürütülmesine ilişkin kurallara aykırı davranılmasıyla, ilgili faaliyeti aksatan sonuçların doğmasına sebebiyet veren kişilerin bu kurallara uygun davranmasını sağlamak amacıyla uygulanan bir yaptırımdır²¹.

Disiplin hapsi, CMK'nin tanımlar başlıklı 2. maddesinde “*Disiplin hapsi: Kısmî bir düzeni korumak amacıyla yaptırım altına alınmış olan fiil dolayısıyla verilen, seçenek yaptırımlara çevrilemeyen, ön ödeme uygulanamayan, tekerrüre esas olmayan, şartla salıverilme hükümleri uygulanamayan, ertelenemeyen ve adli sicil kayıtlarına geçirilmeyen hapsi*” şeklinde tanımlanmıştır.

Kamusal faaliyetler ancak bireylerin ilgili kurallara uygun davranması sonucunda sağlıklı olarak yürütülebilecektir. Bu düzenin sağlanması bakımından kanun koyucu, bireyin süreç içerisinde ne şekilde hareket etmesi gerektiğine dair birtakım yükümlülük yükleyebilir. Bireyin aksi davranışında ise kamusal faaliyetler aksayabileceğinden, ilgili yükümlülükler aykırı davranışlara yönelik birtakım yaptırımlar öngörebilir. Bu yaptırımlardan biri tazyik hapsi olup, bir diğeri de disiplin hapsi olarak karşımıza çıkmaktadır²².

Kanun'da yer alan bu düzenleme, disiplin hapsinin kısmî bir düzeni korumak amacı taşıdığını ifade etse de esasen ne anlama geldiğini ortaya koymamakta, yalnızca disiplin hapsinin sonuçlarına dair bilgi vermektedir. Bu bakımdan öncelikle disiplin hapsinin ne anlama geldiğini ve hukukî niteliği hususlarının açığa kavuşturulması gerekmektedir. Kanun'da yer alan amaç dikkate alındığında, disiplin hapsinin, bireylerin belirli birtakım yükümlülükler uygun davranmalarını sağlamak için getirilen bir hapis olduğu belirtilebilir.

Disiplin hapsi teknik anlamda bir suç karşılığında öngörülmediği için ceza hukuku anlamında hapis cezası olmayıp, hapis cezasından farklı hürriyeti bağlayıcı bir yaptırımdır²³. Disiplin hapsinin seçenek yaptırımlara çevrilememesi, ön ödeme uygulanamaması, tekerrüre esas olmaması, şartla salıverilme hükümleri uygulanamaması, ertelenememesi ve adli sicil kayıtlarına geçirilmemesi de, hapis cezasından ayrı bir hukukî niteliğe sahip olmasından kaynaklanmaktadır.

Disiplin hapsi, bir suç karşılığı öngörülen hapis cezalarından farklı bir niteliğe sahip olsa da bu iki yaptırım türünün birtakım ortak özelliklerinin bulunduğu ifade edilmesi gerekmektedir. Bu bakımdan disiplin hapsine sebebiyet verecek davranışların ve bu davranışlar sonucunda öngörülecek disiplin hapis sürelerinin muhakkak kanunla belirlenmesi gerekmektedir. Ayrıca disiplin hapsine yönelik hükmün ancak hâkim kararıyla verilebileceğinin ifade edilmesi gerekir²⁴.

21 İzzet Özgenç ve Cumhur Şahin, *İnfaz Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2022); Mahmut Koca ve İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Seçkin Yayıncılık 2022) 578; Mehmet Maden, *İnfaz Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2022) 23.

22 İzzet Özgenç, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Seçkin Yayıncılık 2022) 896.

23 Cumhur Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku I* (Seçkin Yayıncılık, 2022) 30.

24 Özgenç/Şahin (n 18) 276.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 398. maddesinin 1. fıkrası hükmünde açıkça düzenlendiği üzere ihtiyati tedbir kararına aykırı davranan veya kararın uygulanmasına dair emre uymayan kişiler hakkında uygulanacak yaptırım altı aya kadar disiplin hapsidir. Şikâyet olunanın tedbir kararının uygulanmasına dair emre uymadığı ya da tedbir kararına aykırı davrandığı tespit edilemezse ise şikâyetin reddine karar verilecektir.

Ele alınması gereken bir diğer husus, mahkemenin madde metninde öngörülen disiplin hapsine karar vermesi hâlinde, disiplin hapsi süresinin hangi hususlar dikkate alınmak suretiyle belirleneceğidir. Zira Kanun'da, kişi hakkında verilecek disiplin hapsinin süresinin altı aya kadar belirlenebileceği düzenlenmiş ancak bu sürenin hangi hususlar dikkate alınarak belirleneceği hususunda kanunda herhangi bir açıklık yoktur. Burada, kanaatimizce, ihtiyati tedbir kararının konusunun ekonomik değeri ve dolayısıyla tedbire uyulmamasından dolayı zarar gören tarafın uğradığı zarar bir ölçüt olabilecektir. Ayrıca tedbire muhalefet sonucunda tedbir konusunun kısmen veya tamamen zayı olup olmaması da disiplin hapsi süresi belirlenirken dikkate alınacak bir ölçüt olabilecektir kanaatindeyiz.

2. İçtima Hükümlerinin Uygulanabilirliği

İhtiyati tedbir kararına muhalefeti oluşturan fiilin aynı zamanda bir suç da oluşturması hâlinde içtima hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı hususu önem arz etmektedir. Yukarıda üzerinde durulduğu üzere disiplin hapsi, bir yaptırım olsa da, bir suç veya kabahat karşılığında değil, yalnızca kamusal bir faaliyetin sağlıklı bir şekilde gerçekleştirilmemesi halinde söz konusu olmaktadır. Bu bakımdan suç karşılığı bir ceza değildir. Kabahatler Kanunu (KK) bağlamında bir kabahat de değildir. Dolayısıyla TCK'de ve KK'de yer alan içtimaya dair hükümlerin disiplin hapsi gereken hâllerde uygulanma imkânı söz konusu değildir. Bu nedenden ötürü, ihtiyati tedbir kararına muhalefeti oluşturan bir fiil aynı zamanda bir taraftan suç veya kabahat oluşturuyorsa, her iki yaptırım da ayrı ayrı uygulama alanı bulacaktır.

3. Disiplin Hapsi Kararına İtiraz

a. Genel Olarak

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 398. maddesinin 5. fıkrasında, mahkemenin tedbire muhalefet eden kişi hakkında verdiği disiplin hapsine karşı itiraz yoluna gidilebileceği düzenlenmiştir²⁵. Disiplin hapsi kararına karşı başvurulabilecek itiraz yolu, medenî usûl hukuku bakımından dar anlamda kanun yolu değildir²⁶. Zira itiraz yolu bakımından, kanun yollarının aktarıcı ve erteleyici

25 "...disiplin hapsine ilişkin verilen karara karşı itiraz yasa yolu mevcut olmakla, ilk derece Mahkemesi tarafından verilen iş bu kararın istinafa tabi kararlardan olmadığı emredici yasa hükmü gereğidir..", İstanbul BAM 44. HD, E 2020/1242, K 022/1608, 22.11.2022. Aynı yönde: İstanbul BAM 44. HD, E 2020/416, K 2021/738, 24.06.2021; İstanbul BAM 44. HD, E 2020/1372, K 2023/142, 23.02.2023.

26 "...Somut olayda talep, 6100 Sayılı HMK'nın 398.maddesi gereğince ihtiyati tedbire muhalefet nedeniyle disiplin hapsi verilmesi talebine ilişkindir. 6100 Sayılı HMK'nın 341. maddesinde hangi tür kararlara karşı istinaf yoluna başvurulacağı belirtilmiş olup ihtiyati tedbire muhalefet nedeniyle disiplin hapsi talebi üzerine verilen kararlara karşı istinaf yasa yolu öngörülmemiştir. Kaldı ki ihtiyati tedbire muhalefet nedeniyle disiplin hapsini düzenleyen 6100 Sayılı HMK'nın 398/1-

etkisinden bahsedilemez. Esasen CMK'nin 267. vd. maddelerinde yer alan itiraz kanun yoluna benzer bir düzenleme olsa da, bu düzenlemenin uygulanma imkânı söz konusu değildir. Dolayısıyla bu maddede yer alan itirazın kanun yolu niteliğine sahip olmadığını, ancak itirazın hukukî çare niteliğine sahip olduğun belirtilmesi gerekir. İhtiyati tedbir kararına muhalefet sonucunda verilen karara karşı itirazın, kararın taraflara tefhim veya tebliğinden itibaren bir hafta içinde yapılması gerekmektedir.

Üzerinde durulması gereken bir diğer husus, itirazın yanlış merciye iletilmesi durumunda ne olacaktır. Başvurunun yanlış merciye yapılması hâlinde bu durumun başvuruyu geçersiz kılıp kılmayacağına dair bir düzenleme söz konusu değildir. Ancak bunun, süresi içerisinde yapılan bir başvurunun mevcut olması hâlinde ilgili başvurunun yanlış merciye iletilmiş olmasının bireyin itiraz hakkını kullanamayacağı anlamına gelmemesi gerekir. Zira bireyin yanlış merciye başvurusuyla başvuru hakkını kaybedeceğinin kabulü, hak arama hürriyetinin ve mahkemeye erişim hakkının ihlali anlamına da gelecektir. Bu bakımdan aksi bir düşünce Anayasa'nın 36 ve 40. maddelerine de aykırılık teşkil edecektir.

Türk hukukunda kanun yollarında yanılmanın mevcudiyetinin kişinin başvuru hakkını elinden almayacağı hususu ceza muhakemesi hukuku bakımından CMK'nun 264. maddesinde ve medenî usûl hukuku bakımından 28.04.2023 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararıyla²⁷ kabul edilmiştir. Her ne kadar ilgili düzenlemenin niteliğinin kanun yolu olarak kabul edilmeyeceği ifade edilse de, hukukî çare niteliğinde olan itiraz başvurusunun yanlış merciye yapılması hâlinde CMK 264. madde ve 28.04.2023 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararının kıyasen uygulanabileceğinin ve kişinin yanlış başvurusu sebebiyle başvuru hakkını kaybetmemesi gerektiğinin ifade edilmesi gerekir.

Son belirtilecek husus ise başvurunun yanlış merciye yapıldığı tespitinde ilgili mercinin ne şekilde hareket etmesi gerektiğidir. Bu hâlde yapılan başvuruya da kendisinin yanlış merci olduğunu gören mercinin derhal itiraz incelemesini yapamaya muktedir olan görevli ve yetkili merciye göndermesi gerekecektir.

1. cümlesinin yasa yolu denetimi öngörmemesi nedeniyle Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'nce iptaline karar verilmiştir. Bu durumda, ihtiyati tedbire muhalefet sebebiyle disiplin hapsi talebi üzerine verilen kararlara karşı istinaf yasa yolu öngörülmediğinden istinafi kabil olmayan karara yönelik verilen istinaf dilekçesinin, 6100 Sayılı HMK'nın 341. maddesi gereğince reddine karar verilmesi gerekmektedir...”, İstanbul BAM 44. HD., E 2020/416, K 2021/738, 24.06.2021; “...Tedbire muhalefet eyleminden söz edebilmek ve gerçekleştiğini kabul edebilmek için öncelikle ihtiyati tedbir kararının usulüne uygun şekilde tebliğ edilmesi gerekir. Haberdar olunmayan, geçici hukuki koruma konusu İhtiyati tedbire muhalefetten, rutin bankacılık işlemleri nedeniyle ihlalinden, yasanın ifadesi ile muhalefetinden söz edilemez. Aksi halde, bankacılık kanunu kapsamında bankanın olası zararından sorumlulukları doğabilecektir. Emsal, Yargıtay nin 2016/12007 Esas, 2017/6860 Karar ve 12.10.2017 tarihli ilamında, tedbire muhalefet suçunun gerçekleştirilmesi için borçlunun adresine kararın usulüne uygun şekilde tebliğ edilmesi gerekeceği, cezaların şahsiliği ilkesi gereğince tedbir kararının bizzat adı geçen kişilere tebliğ zorunlu olduğu, HMK 398. maddesi uyarınca tedbire muhalefet suçunun oluşabilmesi için İhtiyati tedbir kararının uygulanmasına ilişkin emre uyulmaması veya tedbir kararına muhalefet edilmesi gerektiği vurgulanmıştır...”, İstanbul BAM 17. HD., E. 2019/426, K 2019/849, 02.05.2019.

27 Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, 28.04.2023 Tarih, 2021/5 ve 2023/2 Esas No'lu Kararı.

b. İtiraz Mercii

Hukukî çare niteliğindeki, ihtiyati tedbire muhalefet nedeniyle verilen karara karşı itiraz, hükmü veren mahkemenin o yerde birden fazla dairesinin bulunması hâlinde numara olarak kendisinden sonra gelen dairesine yapılacaktır. Kararı veren mahkeme son numaralı daire ise o yerdeki bir numaralı daireye başvurulması gerekmektedir. Ancak hükmü veren mahkemenin o yerde tek dairesi bulunması hâlinde itiraz başvurusunun en yakın yerdeki aynı düzey ve sıfattaki mahkemeye yapılması gerekir. Görüldüğü üzere hukukî çare niteliğine sahip olan itiraz yoluna başvuru, benzer olduğu CMK'nin 267. maddesi ve devamında düzenlenen kanun yolu niteliğine sahip olan itirazdan farklı olarak, itiraza konu kararı veren merciiye değil, doğrudan itirazı inceleyecek itiraz mercine yöneltilmelidir. Bu noktada ifade etmek gerekir ki, itiraz başvurusunda itirazın CMK'deki itiraz kanun yolunda olduğu gibi kararı veren merciiye yapılması daha uygun olurdu. Bu halde mercinin, kendi kararını gözden geçirme imkânına sahip olması ve ancak kendi kararını düzeltmemesi hâlinde dosyayı itiraz mercine gönderecek olması iş yükü bakımından katkısı olurdu. Ayrıca başvuruda bulunacak tarafların doğru merciiye başvurusu noktasında çıkabilecek sorunların da önüne geçebilecektir. Kaldı ki, yanlış merciiye yapılacak bir başvuru sırf bu sebepten kişinin hak kaybına uğrayacağı anlamına gelmemektedir.

c. İtiraz Süresi

Mahkemenin disiplin hapsine veya disiplin hapsi ile cezalandırılma talebinin reddine dair verdiği karara karşı, taraflar, kararın tefhim veya tebliğinden itibaren bir hafta içinde itiraz yoluna gidebileceklerdir (HMK m. 398, f. 5)²⁸. Bu süre hak düşürücü bir süre olup, sürenin geçmesiyle itiraz yoluna başvuru imkânı kalmayacaktır. Ancak sürenin elde olmayan nedenlerle geçilmiş olması hâlinde, itirazın süresi içinde yapılamamasına sebep olan engelin ortadan kalkmasından itibaren iki hafta içinde eski hâle getirme talep edilebilecektir. Yapılacak başvuruda eski hâle getirme talebinin dayandığı nedenler ve dayanaklarının gösterilmesi gerekmektedir. Ayrıca eski hâle getirme talebiyle birlikte süresinde yapılamayan itiraz başvurusunun da yapılması gerekmektedir.

28 “...İhtiyati tedbire muhalefetin cezasını düzenleyen HMK'nun 398/1.fıkrasının 1.cümlesi Anayasa Mahkemesi'nin 20/02/2019 tarihli resmi gazetede yayınlanan ve yayımından 9 ay sonra yürürlüğe girecek olan 2018/1 Esas, 2018/83 Karar sayılı 11/07/2018 tarihli kararıyla iptal edilmekle birlikte istinaf inceleme tarihinde yürürlükte bulunan mevzuat kapsamında yapılan değerlendirme sonunda; her ne kadar başvuru dosyası dairemize intikal ettirilmiş ise de, Yargıtay 'nin 09/05/2016 tarih ve 2015/10588 Esas 2016/5174 Karar sayılı kararı ile HMK'nun 398.maddesi kapsamında disiplin hapsi cezası talep ve şikayetleri üzerine hukuk mahkemeleri tarafından verilecek kararlara karşı yapılacak başvurularda inceleme merciiinin İstinaf Mahkemesi Hukuk Dairesi olmadığı, bu tür kararların CMK'nun 268.maddesi gereği itiraza tabi olduğu, somut olayda itirazın öncelikle ihtiyati tedbir kararını veren ve disiplin cezası verilmesi talebine ilişkin şikayeti inceleyen hukuk mahkemesince incelenmesi ve eğer hukuk mahkemesi itirazı yerinde görüp kararını düzeltmez ise itiraz hakkında bir karar verilmek üzere dosyanın 5271 sayılı CMK'nun 268/3-c maddesinde gösterilen mahkemeye gönderilmesi gerekir. Söz konusu mahkeme kararı istinafa tabi olmadığından istinaf talebinin reddi gerekmiş ve aşağıdaki hüküm kurulmuştur.Hal böyle olunca usul ve yasaya uygun olan ilk derece mahkemesi kararına yönelen davacı vekilinin istinaf taleplerinin reddi gerekmiş ve aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur...”,İstanbul BAM 16. HD, E 2017/4790, K 2020/990, 10.06.2020.

d. İtiraz İncelemesi

Süresi içerisinde yapılan itiraz başvurusunun yetkili merci tarafından bir haftalık süre içinde inceleneceği kanunda açık bir şekilde belirtilmiştir. Ancak yapılacak incelemeye dair detaylı bir düzenleme söz konusu değildir. Dolayısıyla yapılacak incelemenin duruşmalı olup olmayacağı, tarafların dinlenip dinlenmeyeceği hususlarında herhangi bir açıklık söz konusu değildir. Kanaatimizce boşlukların doldurulması gerekmektedir. Her ne kadar kanun hükümlerinin aynı şekilde kaleme alınması söz konusu olmasa da, ilgili düzenlemelerin büyük oranda CMK'deki mevcut itiraz kanun yoluna dair düzenlemelerden etkilenerek kaleme alındığı ortadadır. Bu nedenle CMK'de yer alan düzenlemeler kıyasen dikkate alınabilir. Bu kapsamda CMK'nin 271. maddesinin kıyasen uygulanması ve bunun sonucu olarak; mercinin incelemeyi kural olarak duruşma açmadan dosya üzerinden yapabileceği ve ancak gerektiğinde tarafları dinlemek için duruşma açabileceğinin kabulü yerinde olur.

e. İtiraz Mercii Kararı

İtiraz mercinin kararı bir haftalık süre içinde vermesi gerekmektedir. Bu süre düzenleyici bir süre olup, sürenin aşılmasına bağlanan hukukî bir sonucun olmadığı ifade edilmesi gerekir. Kaldı ki usul hukukunda, mahkemelere yönelik olarak belirlenen sürelerle uyulmasının bir hukukî yaptırımı yoktur²⁹.

Yapılacak inceleme sonucunda merci öncelikle itirazın yerinde olup olmadığına karar vermelidir. Bu bakımdan itirazı yapan kişilerin, itiraza başvurmaya yetkili olan kişilerden olup olmadıkları, itiraza başvurmaya yetkili kişiler olması hâlinde ise itirazı süresi içinde yapıp yapmadıklarının incelenmesi gerekir. Akabinde ise tarafların esasa dair ileri sürdükleri hususların incelenmesi gerekir. Mercinin görüşünün itirazın yerinde olmadığı yönünde olması hâlinde, itirazın reddine karar verilecektir. Ancak mercinin itirazın haklı olduğuna kanaat getirmesi hâlinde, itirazın kabul etmesiyle birlikte esasa dair de bir karar vermesi gerekmektedir.

Kanun koyucunun mercinin kararına dair belirttiği son husus, kararın kesin olduğudur. Diğer bir deyişle, itiraz üzerine verilen kararlar kesin nitelikte olacak ve kararlara karşı kanun yoluna veya başka hukukî çarelere başvurulamayacaktır. Bu noktada tartışılması gereken husus, disiplin hapsine yönelik kararın ilk defa itiraz merci tarafından verilmesi hâlinde ne şekilde hareket edileceğidir. Esasen kanunî düzenleme açık olup, bu hâlde verilen karar kesindir. Ancak verilen kararın kişinin hürriyetini sınırlayan bir niteliğe sahip olmasından ve ilk defa itiraz merci tarafından verilen bir disiplin hapsi söz konusu olmasından dolayı, istisnâ olarak bu kararlara karşı itiraz yoluna başvurulabileceği yönünde bir düzenleme getirilebilir. Kaldı ki, önemli ölçüde etkilenildiği defaten belirtilen CMK'de tutuklamanın ilk defa itiraz merci tarafından verilmesi hâlinde, istisnâ bir şekilde itiraz kanun yoluna başvuru imkânı olduğu açık bir şekilde düzenlenmiştir. Bu düzenleme de dikkate alınarak, kişinin hürriyetini sınırlayan nitelikte ağır bir karar olan disiplin hapsine ilk defa itiraz

29 Ejder Yılmaz, 'Hukuk Muhakemeleri Kanununda Süreler', (2013) 3 Prof. Dr. Aydın Zevkiler'e Armağan 3167, 3184.

merci tarafından hükmedilmesi hâlinde de itiraz edilebileceğine dair bir düzenlemenin getirilmesi yerinde olacaktır kanaatindeyiz.

C. ZAMANAŞIMI

Merci tarafından yapılan yargılama sonucunda kişi hakkında bir yaptırıma hükmedilmesi hâlinde, bu hapsin belirli bir süre içinde infaz edilmesi gerekmektedir. Bu süre zamanaşımı süresi olup, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 398. maddesi kapsamında kişi hakkında verilecek disiplin hapsinin kesinleşmesinden itibaren iki yıllık süre içinde infaz edilmesi gerekmektedir. Aksi durumda iki yıllık sürenin geçmesiyle birlikte kişi hakkında verilen disiplin hapsi artık infaz edilemeyecektir.

D. DAVANIN DÜŞMESİ VE HAPSİN TÜM SONUÇLARININ ORTADAN KALKMASI

İhtiyati tedbir kararı verilmesine sebep olan esas davanın dava devam ederken ihtiyati tedbire muhalefetten dolayı devam eden davanın düşmesi ve hapsin tüm sonuçlarının ortadan kalkması üç hâlde mümkün olacaktır. Bu hâllerden ilki, tedbir kararına aykırı davranışlara son verilmesidir. İkincisi, tedbir kararının gereğinin yerine getirilmesidir. Üçüncüsü ise yukarıda da değinildiği üzere, şikâyetten vazgeçilmesidir. Bu üç hâlden biri gerçekleşirse, kişi hakkında tedbire muhalefetten dolayı dava açılması hâlinde davanın düşmesi ve yapılan yargılama sonunda disiplin hapsine hükmedilmiş olması, hapsin tüm sonuçlarıyla birlikte ortadan kalkması bakımından yeterlidir. Ayrıca ihtiyati tedbir kararının etkisi, aksi belirtilmediği takdirde, nihai kararın kesinleşmesine kadar devam edeceğinden, kural olarak nihai kararın kesinleştiği hâllerde ihtiyati tedbir kendiliğinden kalkacaktır. Dolayısıyla artık bu tedbire aykırılığın cezalandırılması söz konusu olamayacaktır³⁰.

E. DİSİPLİN HAPSİNİN İNFAZI

Şartlarının oluşması üzerine hukuk mahkemesi tarafından disiplin hapsine yönelik bir kararın verilmesi ve bu kararın kesinleşmesi hâlinde infazın Cumhuriyet Başsavcılığınca yapılacağı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 398. maddesinin 7. fıkrasında belirtilmektedir. Ancak disiplin hapsine yönelik kararların ne şekilde infaz edileceğine dair esas ve usûller Ceza ve İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yönetmeliğin 145. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiştir.

Ceza ve İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yönetmeliğin 145. maddesinin 1. fıkrasına göre, mahkeme tarafından verilen disiplin hapsi kararları disiplin hapsine mahsus deftere kaydedilecektir. Devamında ise disiplin hapsinin infazının sağlanması amacıyla on gün içinde Cumhuriyet Başsavcılığına gelmesi için hükümlüye çağrı belgesi gönderilecektir. Bu süre içinde hükümlünün Cumhuriyet Başsavcılığına gelmemesi veya gelmekle birlikte kaçması hâlinde kişi hakkında yakalama emri düzenlenecektir.

30 Ercan (n 18) 19. Ayrıca ihtiyati tedbir kararının kalmış ya da kaldırılmış olsa hâllerinde de bir ceza verilemeyeceği açıktır (Ercan (n 18) 18).

Kişinin çağrı kâğıdı üzerine Cumhuriyet Başsavcılığına teslim olması veya hakkında düzenlenen yakalama emri sonucunda getirilmesinden sonra disiplin hapsi ceza infaz kurumunda infaz edilecektir. Bu infaz sırasında kişinin durumu, kurumda diğer tutuklu ve hükümlülerden farklı olarak disiplin hapsi ve taziyat hapsinde bulunan kişilere özgü ayrı bir kayıt altında tutulur.

Ayrıca belirtilmesi gereken bir diğer durum kişi hakkında verilen disiplin hapsinin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 398. maddesinin 9. fıkrasında belirtilen iki yıllık süre içinde yerine getirilmesi gerekmektedir. Zamanaşımı niteliğindeki iki yıllık süre, kişinin hakkında verilen disiplin hapsinin kesinleşmesinden itibaren başlayacaktır. Bu sürenin geçmesinden sonra her ne kadar hakkında kesinleşmiş disiplin hapsi kararı olsa da, bu kararın infaz edilemeyeceğinin belirtilmesi gerekmektedir.

SONUÇ

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 398. madde hükmünde ihtiyati tedbire muhalefetin cezasına ilişkin düzenleme yer almaktadır. Söz konusu maddenin 7251 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik öncesi hâlinin 1. fıkrasının birinci cümlesi, Anayasa Mahkemesi tarafından 11.07.2018 tarihli bir karar ile iptal edilmiştir. İptal kararının gerekçeleri, ilgili düzenlemenin ihtiyati tedbire muhalefet sebebiyle verilen disiplin hapsi yönünden yapılacak yargılamadaki usûl ve esaslar ile başvurulması mümkün kanun yolları yönünden belirli ve öngörülebilir nitelikte olmadığı ve bu belirsizliğin kişilerin hukukî güvenliği ile hak arama özgürlüklerini zedeleyecek olmasıdır. 2020 yılında 7251 sayılı Kanun ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yapılan değişiklik ile tedbire muhalefetin cezasına dair kapsamlı bir düzenleme yapılmıştır.

Öğretide ihtiyati tedbire muhalefet, suç olarak ele alınmıştır. Ancak kanaatimizce ihtiyati tedbire muhalefet bir suç olarak değerlendirilemez. Zira suç, karşılığında yaptırım olarak hapis cezası ve adli para cezası öngörülen haksızlık olarak tanımlanabilir. Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 398. maddesi hükmünde düzenlenen ihtiyati tedbire muhalefetin yaptırımını disiplin hapsi olarak kabul edilmiştir. Disiplin hapsi kamusal faaliyetlerde kurallara uyulmasını sağlamak amacıyla uygulanan bir yaptırım türü olup, bir suç karşılığında verilen hapis cezası niteliğine sahip değildir.

Mahkemenin ihtiyati tedbire muhalefet eden kişi hakkında verdiği disiplin hapsi kararına itiraz üzerine verilen karar kesindir. Bu noktada disiplin hapsine yönelik kararın ilk defa itiraz merci tarafından verilmesi hâlinde ne şekilde hareket edileceği hususu önemlidir. Verilen kararın kişinin hürriyetini sınırlayan bir niteliğe sahip olmasından ve ilk defa itiraz merci tarafından verilen bir disiplin hapsi söz konusu olmasından dolayı, istisnâ olarak bu kararlara karşı itiraz yoluna başvurulabileceği yönünde bir düzenleme getirilebilir. Kaldı ki, önemli ölçüde etkilenildiği defaten belirtilen CMK'de tutuklamanın ilk defa itiraz merci tarafından verilmesi hâlinde, istisnâ bir şekilde itiraz kanun yoluna başvuru imkânı bulunmaktadır. Bu düzenleme de dikkate alınarak, kişinin hürriyetini sınırlayan nitelikte ağır bir karar olan disiplin hapsine ilk defa itiraz merci tarafından hükmedilmesi hâlinde de itiraz edilebileceğine dair bir düzenlemenin getirilmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- Acar A, *İcra Mahkemeleri Kararlarına Karşı İstinaf Kanun Yolu* (On İki Levha Yayıncılık, 2022).
- Arslan R, 'Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Geçici Hukuki Korumalar Konusunda Getirdiği Yenilikler', (2013) (Özel Sayı) Bankacılar Dergisi, s. 7-27.
- Atalı M, Ermenek İ ve Erdoğan E, *Medeni Usûl Hukuku* (Yetkin Yayınları, 2022).
- Budak A ve Karaaslan V, *Medeni Usul Hukuku* (Adalet Yayınevi, 2017).
- Centel N ve Zafer H, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Beta Yayıncılık, 2018).
- Direnisa E, 'İhtiyati Tedbir Kararına Muhalefet Düzenlemesinin (HMK m. 398) İptal Edilmesi ve İptal Kararının Sonuçları Hakkında Bir Değerlendirme', (2019) 11 (25) Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, s. 97-176.
- Ercan İ, 'İhtiyati Tedbir Kararına Muhalefet Edenlerin Cezalandırılması (HUMK M. 113/A)', (2003) 11 (1-2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 9-22.
- Erişir E, *Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri*, (On İki Levha Yayıncılık, 2013).
- Göksu M, 'Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre İhtiyati Tedbirin Uygulanmasını Talep Etme Zorunluluğu' (2015) 2 (16) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 1253-1273.
- Koca M ve Üzülmüş İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Seçkin Yayıncılık 2022).
- Konuralp C, *İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Tedbirler* (On İki Levha Yayıncılık, 2013).
- Konuralp C, '6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre İhtiyati Tedbirler', (2013) (LXXI) İÜHFİM, s. 225-274.
- Korkmaz R, *Haksız İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Hacizden Kaynaklanan Tazminat Davası*, (On İki Levha Yayıncılık, 2020).
- Kuru B, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. V, (Demir-Demir Yayıncılık, 2001).
- Maden M, *İnfaz Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2022).
- Özekes M, *PekcanitezUsûl Medeni Usûl Hukuku* (On İki Levha Yayıncılık, 2017).
- Özbek V Ö, Doğan K, Bacaksız P ve Tepe İ, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2018).
- Özgenç İ ve Şahin C, *İnfaz Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2022).
- Özgenç İ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Seçkin Yayıncılık 2022).
- Pekcanitez H, *PekcanitezUsûl Medeni Usûl Hukuku* (On İki Levha Yayıncılık, 2017).
- Pekcanitez H ve Simil C, *İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet* (Vedat Yayıncılık 2017).
- Pekcanitez H, Atalay O ve Özekes M, 'Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair 7251 Sayılı Kanun Hakkında Değerlendirme', 2020 (150), Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 247-299.
- Sarısözen M, 'İhtiyati Tedbir Kararlarına Karşı Başvuru Yolu ve İçtihadı Birleştirme Kararı', 2015 2 (16) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 1321-1350.
- Şahin C ve Göktürk N, *Ceza Muhakemesi Hukuku I* (Seçkin Yayıncılık, 2022).
- Şanal G, Börü L ve Kodakoğlu M *İcra ve İflâs Hukuku* (Yetkin Yayıncılık, 2022).
- Tunç Yücel M, *Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları*, (On İki Levha Yayıncılık, 2020).
- Yener Ü ve Hakan H, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Seçkin Yayıncılık, 2021).
- Yılmaz E, 'Hukuk Muhakemeleri Kanununda Süreler', (2013) 3 Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, s. 3167-3190.
- Yılmaz E, *Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri* (Yetkin Yayınları, 2001).

Cumhuriyet'in Kuruluşundan Metaverse Dünyasına Vergi Aktarımları

Tax Transfers From Founding of Republic to Metaverse World

Gülşen GEDİK* 

ÖZ

Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin kuruluş tarihinden itibaren vergi yasalarımızda önemli değişiklikler yapılmış olmasına rağmen yasa maddeleri halen teknolojik devrimin ihtiyaçlarını karşılamaktan uzaktır. Teknoloji alanındaki ilerlemelerin ve buna bağlı olarak dijital gelişmelerin gün geçtikçe hayal bile edemeyeceğimiz boyutlara taşınması, yaşamın her alanında olduğu gibi hukuk alanında da pek çok yeni kavramın tartışmaya açılmasına neden olmaktadır. Özellikle son on yıldır vergi idareleri de yeni teknoloji ve iş modellerinin ortaya çıkmasıyla zorluklarla karşılaşmıştır. OECD tarafından yapılan çalışmaya göre vergi idarelerinin mükelleflere dijital hizmet sunarken karşılaştığı zorluklar dijital bozulma, mükelleflerin dijital hizmetlerden beklentileri, dijital taleplerin yönetilmesi, vergiye uyumu hizmet sunumuna uyarlamak, bağlanabilirliği artırmak, dijital olanakları artırmak, mükellef hareketleri, yeni mükellef çeşitleri, sosyal medya, vergi gizliliği ve güvenliği, mükellef katılımı, kanal seçimi, hizmette şeffaflık, güvenlik, daha fazla hızlık ve dijital kapasitelerdir.

Metaverse ise herkesin kendisinin dijital bir modelini yaratabileceği ve sosyalleşebileceği, mal alıp satabileceği, oyun oynayabileceği, etkinliklere katılabileceği, sanat galerilerini ziyaret edebileceği, mülk satın alabileceği, iş yapabileceği ve çok daha fazlasını yapabileceği merkezi olmayan bir platformda kurulan sanal bir dünyadır ve bu sanal dünyada elde edilen gelir ve servetin vergiye tabi tutulup tutulmayacağı ve hangi yasal gerekçelerin esas alınacağı, vergilendirme yetkisinin kime ait olacağı gibi pek çok konu, vergi hukukunda yeni tartışmalar yaratmıştır.

Anahtar Kelimeler: Metaverse, Dijital Vergi, Sanal vergilendirme

ABSTRACT

Since the establishment of the Republic of Turkey, significant changes have been made in our tax laws, these provisions are still far from meeting the needs of the technological revolution.

As technological advances and digital developments have reached unimaginable heights day by day, many new concepts in the field of law, as in all areas of life, have come up for discussion. Especially in the last decade, tax administrations have also faced challenges with the emergence of new technologies and business models. According to the OECD study, the challenges tax administrations face in providing digital services to taxpayers include digital disruption, taxpayers' expectations of digital services, managing digital demands, adapting tax compliance to service delivery, increasing connectivity, increasing digital capabilities, taxpayer movements, new types of customers, social media, tax privacy and security, taxpayer engagement, channel choice, service transparency, security, greater speed and digital capabilities.

The Metaverse is a virtual world established on a decentralized platform where anyone can create a digital model of themselves and socialize, buy and sell goods, play games, participate in events, visit art galleries, buy property, do business and much more, and many issues such as whether the income and wealth generated in this virtual world should be taxed, and if so, which legal grounds should be taken as basis, and to whom the taxation authority should belong, have created new debates in tax law.

Keywords: Metaverse, Digital Tax, Virtual taxation

* Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0002-3267-7409

E-posta/E-mail: gulsen.gedik@marmara.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 07.10.2023

Kabul Tarihi/Accepted: 05.11.2023

I. 1923'TEN GÜNÜMÜZE VERGİ MEVZUATINA KISA BİR BAKIŞ

29 Ekim 1923'te İkinci Büyük Millet Meclisi'nde Mustafa Kemal Atatürk tarafından sunulan teklifle Cumhuriyet ilan edilmiş ve Teşkilat-ı Esasiye Kanunu (1921)'nda değişiklik yapılmıştır¹. Türkiye Cumhuriyeti kurulduktan sonra ise Osmanlı vergi sistemi tasfiye edilerek çağdaş Batı Avrupa ülkelerinin vergi modelleri esas alınmıştır. Aşarın kaldırılmasından sonra doğan boşluk temettü vergisi, kazanç vergisi, veraset ve intikal vergisi ve umumi istihlak vergisi ile doldurulmaya çalışılmış olsa da en önemli reform 1949 ve 1950 yıllarda Federal Almanya Cumhuriyeti yasaları esas alınarak Gelir Vergisi Kanunu (GVK)², (5422 Sayılı) Kurumlar Vergisi Kanunu (KVK)³ ve Vergi Usul Kanunu (VUK)⁴'nun kabul edilmesi olmuştur. 1960 ve 1970'li yıllarda planlı kalkınma uygulaması daha fazla kamu geliri ihtiyacı doğurunca da Motorlu Taşıtlar Vergisi(MTV)⁵, emlak vergisi (EVK)⁶, işletme vergisi, gayrimenkul kıymet artış vergisi, Veraset ve İntikal Vergisi (VİV)⁷ yeni vergiler getirilmiş ve 12 Eylül 1980'den sonra bütün vergi yasalarında önemli değişiklikler yapılmıştır⁸.

Türkiye'de ilkeler açısından modern anlamda bir gelir vergisi, 1950 yılında gerçekleştirilebilmiştir. Daha 19. yüzyılın ortalarından beri ticarî ve sınaî kazançlar ile serbest meslek erbabının ücretlerinin gelirlerini vergilendirmek için girişilen bazı denemelerden sonra, 1907 yılında objektif nitelikte bir randıman vergisi olan karine usulünde bir "temettü vergisi" uygulamaya konmuştur. "Henüz sanayileşmemiş, nüfusunun büyük kısmı tarımla uğraşan ve millî gelirin büyük bir kısmı tarımda üretilen bir az gelişmiş ülkede, bu derece ileri bir kazanç vergisi sistemi ile vergi yükünü henüz esaslı bir sermaye birikimi yapamamış, esnaflık ve zenaat safhasında olan bir ticaret ve sanayi kesimi üzerine kaydırmak, cür'etkâr fakat başarı şansı zayıf bir reform"⁹ olarak nitelendirilen gelir ve kazançlar üzerinden vergi alınması sistemi Cumhuriyet'in ilk yıllarından itibaren pek çok kez değişikliğe uğramıştır. Yeni KVK¹⁰'nun yürürlüğe girmesi ile Türk vergi sisteminde bazı konuların¹¹ ilk kez düzenlendiğini görmekteyiz.

İç hukukta mevzuat değişiklikleri yapılırken bir yandan da uluslararası vergi konularında da gelişmeler takip edilmiştir. Son yıllarda vergi idareleri yeni teknoloji ve iş modellerinin ortaya çıkmasıyla zorluklarla karşılaşmıştır. OECD tarafından yapılan çalışmaya göre¹² vergi idarelerinin

1 Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku* (Ekin Kitabevi Yayınları 2000) 55.

2 Gelir Vergisi Kanunu, Kanun Numarası: 193, Kabul Tarihi: 31.12.1960, RG: 6.01.1961/10700.

3 Kurumlar Vergisi Kanunu (Mülga), Kanun Numarası: 5422, Kabul Tarihi: 3.06.1949, RG: 10.06.1949/72229.

4 Vergi Usul Kanunu, Kanun Numarası: 213, Kabul Tarihi: 4.01.1961, RG: 10.01.1961/10703.

5 Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu, Kanun Numarası: 197, Kabul Tarihi: 18.02.1963, RG: 23.02.1963/11342.

6 Emlak Vergisi Kanunu, Kanun Numarası: 1319, Kabul Tarihi: 29.07.1970, RG: 11.08.1970/13576.

7 Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu, Kanun Numarası: 7338, Kabul Tarihi: 8.06.1959, RG: 15.06.1959/10231.

8 Mualla Öncel, Ahmet Kumrulu, Nami Çağan ve Cenker Göker, *Vergi Hukuku* (31. Bası, Turhan Kitabevi 2020) 12-13.

9 Salih Turhan, *Vergi Teorisi* (Fakülteler Matbaası 1977) 134.

10 Kurumlar Vergisi Kanunu, Kanun No: 5520, Kabul Tarihi: 13.06.2006, RG: 21.06.2006/26205.

11 Örn: KVK 7: Kontrol Edilen Yabancı Kurum Kazançları, KVK 13: Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı

12 OECD, 'Technologies for Better Tax Administration: A Practical Guide for Revenue Bodies' <https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/technologies-for-better-tax-administration_978.926.4256439-en> Erişim Tarihi 17 Ekim 2023

mükelleflere dijital hizmet sunarken karşılaştığı zorluklar dijital bozulma, mükelleflerin dijital hizmetlerden beklentileri, dijital taleplerin yönetilmesi, vergiye uyumu hizmet sunumuna uyarlamak, bağlanabilirliği artırmak, dijital olanakları artırmak, mükellef hareketleri, yeni müşteri çeşitleri, sosyal medya, vergi gizliliği ve güvenliği, mükellef katılımı, kanal seçimi, hizmette şeffaflık, güvenlik, daha fazla hızlilik ve dijital kapasitelerdir¹³.

1970 yılında Türkiye'nin Avusturya ile imzalamış olduğu Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşması¹⁴ da uluslararası vergi hukuku bakımından önemli bir başlangıç olmuştur. Bu Anlaşma'nın gerekçesi de – izleyen yıllarda akdedilen Anlaşmalar için de geçerlidir – Türkiye'nin diğer ülkelerle, Türkiye'ye üstün teknoloji, sermaye ve hizmet ithalinin veya Türkiye'den bu diğer ülkelere sermaye, üstün teknoloji ve hizmet ihracının mevcut veya böyle bir potansiyeli olmasıdır¹⁵.

Tüm bu gelişmelere paralel olarak küresel vergi rekabetinin artması ile elde edilen gelirin/servetin vergilendirileceği devlet ile ilgili tartışmalar da başlamıştır. Küresel süreçlere siyasi ve hukuki olarak damgasını vuran ve ulus devletin temel göstergelerinden olan gelir vergisinde vergilendirilecek gelir kavramı önemlidir; çünkü hiçbir devlet vergilendirme yetkisini terk etmek istememektedir¹⁶.

Bugün uluslararası planda tartışmalar uluslararası vergi kaçakçılığı ve vergiden kaçınma olgusunu önlemede vergi anlaşmalarına yüklenen işlevdir¹⁷ ve anlaşmalardan beklenen faydanın sağlanması için iki taraflı anlaşmalar yerine çok taraflı anlaşmaların akdedilmesi¹⁸ önerilmiştir. Daha öncesinde ise vergi matrahının aşındırılarak karların daha elverişli ülkelere aktarılmasını hedefleyen planlamaların önlenmesi amacıyla OECD ve G20 üyesi ülkelerin öncülüğünde 2015 yılında Matrahın Aşındırılması ve Karın Taşınması (Base Erosion and Profit Shifting-BEPS) eylem planı açıklanmıştır¹⁹. Önemli bir kısmı Türkiye'nin G20 dönem başkanlığında tamamlanan BEPS projesi kapsamında Türkiye önemli bir destek sağlamış, tüm toplantılara katılım ve katkı sağlamıştır²⁰.

13 Jeffrey Owens and Sabina Hodžic, 'Blockchain Technology: Potential for Digital Tax Administration' (2023) (50)11 Intertax 813, 813.

14 Gelir İdaresi Başkanlığı, 'Türkiye Cumhuriyeti ile Avusturya Cumhuriyeti Arasında Gelir ve Servet Vergilerinde Çifte Vergilendirmenin Önlenmesine ve Diğer Bazı Hususların Düzenlenmesine İlişkin Anlaşma' (Gelir İdaresi Başkanlığı Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmaları Türkçe Metinleri) <https://www.gib.gov.tr/sites/default/files/uluslararası_mevzuat/TURKCE_METIN/AVUSTURYA.pdf> Erişim Tarihi 17.10.2023.

15 Billur Yaltı, *Uluslararası Vergi Anlaşmaları* (Beta Yayınevi 1995) 50.

16 Nihal Saban, *Vergi Hukuku* (12. Bası, Beta Yayınevi 2022) 183; Fritz Neumark, *Türkiye'de ve Yabancı Memleketlerde Gelir Vergisi* (2. Bası, Hak Kitabevi, 1946) 8: "Bir görüşe göre her vergi, bir bakıma gelir vergisidir. Esas itibariyle gelire yüklenmeyen bir vergi mevcut değildir; yani randıman, intikal, istihlak ve diğer her türlü vergilerin de kaynağını nihai bir tahlille gelir oluşturmaktadır".

17 Yaltı (n 15) 368.

18 Çok Taraflı Vergi Anlaşmaları ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: A. Selçuk Özgenç, *Çok Taraflı Vergi Anlaşmasının Temel Esasları* (On İki Levha Yayıncılık 2021).

19 ibid 1.

20 Tahir Erdem, 'Türk Bakış Açısıyla BEPS: Türkiye'nin Geldiği Yer Nedir?' iç. Billur Yaltı (ed) *Vergilendirmede Matrah Aşındırma ve Kar Kaydırma (BEPS)* (Beta Yayınları 2018) 95.

Ulusal ve uluslararası düzeyde vergi mevzuatında yapılan değişiklikler pek çok hukuki tartışmayı beraberinde getirmiştir ve henüz bu sorunlara çözüm bulunamadan özellikle son yıllarda hızla ilerleyen teknolojik gelişmeler yeni başka kavramları ve sorunları da gündemimize taşımaktadır/ taşıyacaktır.

YALTI, Cumhuriyet'in 80.yılında, 2003 yılında sunduğu tebliğ/makalesinde şu ifadeler yer vermiştir:

“Bizden sonraki kuşaklar Cumhuriyetin 100.yılı kutlamalarında umarım tebliğlerini yaşanmasını talep ettiğimiz gerçekler üzerine kurma şansına erişirler: 20 yıl sonra, bugünün asistanları geleceğin profesörleri kürsüden örneğin şunları konuşur mu?: Vergi ödevine ilişkin Anayasa maddesi temel hak ve hürriyetler bölümüne aktarılmış, vergi ödevi yücelik,kutsallık, vatandaşlık üzerine kurulu dini ve milli referanslardan arındırılmıştır...Bu parametre değişikliği vergi hukuku pratiğine hukukun üstünlüğü temelinde yansımıştır...²¹”

Cumhuriyet'in 100.yılında vergi yükümlülüğü ile ilgili tartışmaların – malesef – aynı kavramlarla devam ettiğini, Anayasada “ödev” yerine “temel hak ve hürriyetler” bölümüne aktarılmadığını, aynı referanslarla ve Anayasal vergilendirme ilkelerine aykırı yasal düzenlemelerin yargı kararları ile pekiştirildiğini deneyimlemekteyiz. Ve vergi hukuku alanındaki “hukuki” tartışmalar aynı eleştiriler ile devam ederken başka bir dünya gerçekliği ile karşı karşıyayız: Web 3 çağında sanal gerçeklik evreni.

II. 2023'TE VERGİ MEVZUATINDA TARTIŞTIKLARIMIZ

A. TEKNOLOJİ DEVRİMİ VE METAVERSE

Metaverse işlemlerinin gelecekte nasıl vergilendirilebileceğini anlamadan önce, kavramın ne anlama geldiğini, bu teknolojiyi mümkün kılanların kimler olduğunu ve şirketlerin ve kullanıcıların potansiyel olarak bundan nasıl para kazanabileceklerini anlamamız gerekiyor. Web 3.0 ve Metaverse'i günümüz internetinden ayıran temel farklar şunlardır: (i) merkezi olmayan bir ortam yaratan blok zinciri teknolojisi; (ii) sürükleyici veya genişletilmiş gerçeklik (artırılmış, sanal ve karma gerçekliğin bir kombinasyonu) nedeniyle metaverse'de çevrimiçi ve çevrimdışı gerçeklik arasındaki bulanık ayırım; ve (iii) bireylerin kişisel verilerine sahip olması²².

21 Billur Yaltı, '1923'ten 2003'e "KAZANDIKLARIMIZ": "Cumhuriyet Hukuku" "KAZANAMADIKLARIMIZ: "Hukukun Cumhuriyeti" Vergi Hukukunda Geldiğimiz Yere Yakın Tarihten Bakmak: Panoramik Bir Çalışma, *Cumhuriyetin Kuruluşundan Bugüne Türk Hukukunun Seksen Yıllık Gelişimi (30-31 Ekim 2023 Sempozyum)* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 2003) 117.

22 Young Ran (Christine) Kim, 'Taxing The Metaverse' (2024) *Georgetown Law Journal* 16 (yayınlanacak).

1. Metaverse Nedir?

Metaverse kelimesi ilk kez yazar Neal Stephenson'un 1992 tarihli "Snow Crash" bilim kurgu romanında internetin geleceği olarak sanal gerçeklik anlamında kullanılmıştır. Romanda kişiler online dünyayı keşfetmek için kendi avatarlarını – çoğunlukla distopik gerçeklikten kurtulmak amacıyla – kullanıyorlardı²³.

Kelime anlamı itibariyle "metaverse", "bilişim (orijinal olarak bilim kurgu), kullanıcıların kendileri ve diğer kullanıcıların avatarları ile etkileşim halinde olduğu sanal gerçeklik çevresi" olarak tanımlanmıştır²⁴.

Metaverse, herkesin kendisinin dijital bir temsilini (bir avatar) yaratabileceği ve sosyalleşebileceği, mal alıp satabileceği, oyun oynayabileceği, etkinliklere katılabileceği, sanat galerilerini ziyaret edebileceği, mülk satın alabileceği, iş yapabileceği ve çok daha fazlasını yapabileceği merkezi olmayan bir platformda kurulan sanal bir dünyadır²⁵.

Metaverse, yeni protokoller, yeni ödeme sistemleri, yeni teknolojiler ve yeni düzenlemeler gerektiren yeni bir ekosistemdir. Bu yenilikçi evren, dijital ürünleri sanal sınırlar arasında transfer eden blok zinciri, kripto para birimleri ve NFT'ler tarafından desteklenmektedir²⁶. NFT ve kripto varlıklarının kullanıldığı bir dijital dünya olan Metaverse dünyasına sadece internet aracılığıyla giriş yapılmaktadır. NFT, blok zincirde kayıtlı verilerin bir parçası olup dijital varlığın mülkiyetini sağlar ve satışa konu olabilir. Metaverse'de ürün veya NFT ödemeleri tokenler vasıtasıyla yapılır ve en çok kullanılanları da Ethereumdur²⁷.

Metaverse, Facebook Şirketi'nin markasını Meta olarak değiştirmesi sonrası²⁸ ortaya çıkmış internetin bir sonraki aşamasıdır ve fakat aynı zamanda "Meta Şirketi'nin bile tahmin edebileceğinden ve vizyonundan çok daha ötesinde bir kavram" olarak tanımlanmaktadır. Çünkü bugün itibariyle metaverse ile etkileşimin çoğu geleneksel bilgisayarlar aracılığıyla gerçekleşmektedir; ancak büyütme cihazları daha yaygın hale geldikçe, internet üzerinden 3D olarak görüntü alınması mümkün olacak, görececek, dokunabilecek, hissedebilecek ve hatta belki tadabileceğiz²⁹.

23 Lucy, 'The Amazing Predictions of Neal Stephenson' (California State University Sacramento, 1999) <<https://www.csus.edu/indiv/t/tanakar/engl190c/paper01.htm>> Erişim Tarihi: 17 Ekim 2023

24 'Metaverse' <<https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/metaverse>> Erişim Tarihi: 17 Ekim 2023.

25 Jeffrey Owens and Nathalia Oliveira Costa, 'The Tax Treatment of the Metaverse Economy And the Potential for a New Offshore Tax Haven' (2022) 107 Tax Notes International 537, 540.

26 ibid.

27 Gilles Franssens and Jean-Philippe Van West, 'Taxing the Metaverse: The EU Perspective' (2022) 105 Tax Notes International 1535, 1535.

28 Nihal Kocabay Şener, 'Facebook Nasıl "Meta"laştı?' (2021) Güz 2021(11) Yeni Medya 174 ,174: "Facebook 28.10.2021'de yıllık Connect konferansı için yayınladığı video ile yeni ismi olan Meta'yı açıkladı. Facebook, bir sosyal ağ olarak hayatına aynı isimle devam edecekti ancak şemsiye marka Meta olacaktı. Mark Zuckerberg 28 Ekim 2021'de yayınlanan video ile Meta ismini duyurdu ve isim değişikliğine ilişkin nedenlerini açıkladı. 80 dakikaya yakın videonun aslında sadece son 6-7 dakikası isim değişikliğine ilişkin bilgi veriyordu, diğer kısımlar ise metaverse'e yani şirketin yeni hedefine odaklanmıştı.

29 Neil Pereira, 'Taxing the Metaverse, and Other Fascinating Digital Tax Topics', (2022) 106 Tax Notes International 247, 247.

2. Metaverse Dünyasında Yapılan İşlemler

Metaverse özünde herkesin katılabileceği ve bir ürün oluşturabileceği bir dünya vardır. En popüler örnekleri ise Decentraland³⁰ ve Sandbox³¹'tir. Bununla birlikte Metaverse'deki teklifler birbirine bağlı değildir. Henüz sanal bir dünyada bir diğerine sorunsuz seyahat edemezsiniz. Portallara erişim internet üzerinden sağlanır; ancak bazı portalların merkezi olmayan ve açık olması amaçlanmıştır, böylece yerel para biriminde tokens sahibi olanlar değişikliklere katılabilir, oy verebilir. Meta (eski adıyla Facebook) gibi diğerleri ise merkezi, kapalı ve özeldir ve platform kararları sahibi tarafından alınır. Dolayısıyla Metaverse şu anda birbirine bağlı olmayan ancak daha bütünsel bir şeye dönüşecek olan birçok bileşene sahip genel bir kavramdır³².

Metaverse'de gerçekleştirilecek farklı işlemler vardır. İlk olarak, sanal bir mal veya NFT yaratılır. Daha sonra bu mal Metaverse platformun kendisi tarafından satılabilir (örneğin, sanal arazi, kıyafet veya avatar adı satışı) veya Metaverse platformunda işlem yapan başka bir şirket tarafından (Nike veya Adidas'ın ayakkabı veya Balenciaga veya Dolce & Gabbana'nın kıyafet satması gibi) satılabilir. NFT kazançları ise şu kaynaklardan elde edilebilir: (i) fiziksel malların satışı; (ii) sanal malların satışı veya (iii) bir bireyin sanal malı satın aldığı ve aynı zamanda fiziksel bir ürün de aldığı, her ikisini birleştiren bir satış. Daha karmaşık bir durum olarak, bir kişi bir NFT'yi kripto para birimi veya itibari para birimi karşılığında da mal satın alabilir³³.

Metaverse'de kullanıcılar bazı zorlu kısımları tamamlayıp, arkadaşlarıyla satın aldıkları masa tenisi uygulaması vb. oyunlar oynayarak ortamda daha fazla zaman geçirmelerine karşılık NFT'ler ve kripto para da kazanmaktadırlar. NFT sanat galerileri Metaverse'ün en popüler hizmet sunumlarından. İstenilen sanat eseri; üzerine tıklanıp, NFT pazarlarından biri olan OpenSea'de Ethereum ile satın alınabilir. Decentraland'ın Metaverse'ünde dijital gayrimenkul satın almak ve satmakta kullanılan para birimi "MANA"dır. "1 MANA" gerçek dünyada yaklaşık 3 dolar (yaklaşık 44,5 lira) ederken, dijital dünyadaki çoğu arazi parçasının değeri 5.000 MANA'dan fazladır. Metaverse'de çevrimiçi oyun alanlarından biri olan Facebook'a ait "horizon worlds" ise; "zoom" toplantı odalarına benzer şekilde "çalışma odaları", sanal gerçeklik gösterileri, konser ve spor etkinliklerinin yapıldığı "mekânlar" ve bazı ülkelerdeki kullanıcıların erişim izninin olmadığı sosyal medya alanı olan "dünyalar" olmak üzere üç bölüme ayrılmaktadır³⁴.

Başka bir yöntem olarak Metaverse oyunlarında çevrimiçi karakterle belirli görevleri geçerek token kazanılabilir. Her oyun platformu (örneğin Axie Infinity, Decentraland, Realm, PolkaCity, The Sandbox) kendi coinleriyle oyunculara ödeme yapmaktadır ve bu ödül coinler takas edilebilir. Metaverse oyunlarında kullanılmak üzere kıyafet, araç ve kent görünümü gibi üç boyutlu üretimler yaparak geliştiricilere satılabilir, sanat sergileri, konser ve diğer aktiviler organize edilebilir, VR

30 Decentraland <<https://decentraland.org>> Erişim Tarihi: 3.8.2023.

31 Sandbox <<https://www.sandbox.game/tr/>> Erişim Tarihi: 3.8.2023.

32 Pereira (n 29) 248.

33 Owens and Costa (n 25) 542.

34 Işıl Fulya Orkunoğlu Şahin ve Taha Emre Çiftçi, 'Metaverse'de Gerçekleştirilen İşlemlerin Vergilendirilmesi' (2022) 6(2) *Fiscoeconomia* 677, 678.

(Virtula Reality – Sanal Gerçeklik) oyun geliştiricisi olunabilir, gerçek dünyanın sanal kopyasında parsel olarak istenilen yerden arsa alınabilir, satılabilir veya bu arsa alım satımına aracılık edilerek komisyon kazanılabilir (örneğin OVR satış platformu), dijital reklam yapılabilir, etkinlik ve toplantılar için grafik yazılımlar sayesinde mekan inşa edilerek kiralama yapılabilir ve dolayısıyla kira geliri elde edilebilir veya serbest bir iş seçilebilir – konser organizatörlüğü, kulüplerde güvenlik görevlisi – sanat galerisinde rehberlik ve benzeri³⁵. Elbette tüm bu kazançları elde etmek için kripto cüzdan oluşturulmalı, metaverse dünyasında uygun bir platform seçilerek giriş yapılmalıdır.

3. Metaverse ve Vergi Hukuku İlişkisi

Teknoloji alanındaki ilerlemelerin ve buna bağlı olarak dijital gelişmelerin gün geçtikçe hayal bile edemeyeceğimiz boyutlara taşınması, yaşamın her alanında olduğu gibi hukuk alanında da pek çok yeni kavramın tartışmaya açılmasına neden olmaktadır³⁶.

Araştırma şirketi Gartner'in raporuna göre 2026'ya kadar insanların %25'i Metaverse sanal dünyasında bir günde yaklaşık bir saat geçirecek ve bu sadece oyun oynamak veya arkadaşlarıyla etkileşim kurmak için olmayacak³⁷; çünkü günümüzde halen erişilebilir platformlar online oyunlara odaklanmış olsa da büyük şirketler ve finansal kuruluşlar da bu teknolojiye ciddi yatırımlar yapmakta ve gelir elde etmeyi amaçlamaktadır³⁸.

Esasen 3 boyutlu internet olan metaverse, gerçek dünyayı giderek daha fazla yansıtacaktır ve bu da insanların sanal doktor randevularına, iş toplantılarına ve hatta ev görüşmelerine gitmek için Metaverse'i kullanacağı anlamına gelir. Sanal olarak satın alınan ancak kapınıza kadar gelen gerçek dünya ürünlerinin yanı sıra sanal mal ve hizmetlerin alım ve satımını içeren ticari faaliyetler de artacaktır. Ticari Metaverse dünyasının ilk örneği Decentraland'dir. Geleceğe açılan bir pencere olan bu sanal pazar yeri, avatarların arazi, mülk ve giyilebilir eşya alıp satmasına olanak tanır. Bir işlem ister kripto para, ister değiştirilemez tokenler (NFT'ler) veya kredi kartı aracılığıyla olsun, para el değiştirdiğinde bir işlem gerçekleşiyor demektir ve bunun önemli bir etkisi de vergi alanında olacaktır³⁹.

Sanal dünyada ticari kazanç ve/veya gayrimenkul sermaye iradı, değer artış kazancı elde edilmesi ile gelir vergisi tartışmaları; sanal gayrimenkul dolayısıyla da servet vergileri tartışmaları gündeme gelebilir. Esasen tüm bu tartışmaların Metaverse dünyasında gelir/ servet elde eden mükelleflerin hangi ülkede mukim oldukları ve buna bağlı olarak da hangi devletin vergilendirme yetkisine dahil olacağı, çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmaları ile birlikte ele alınmalıdır; ancak bu daha ayrıntılı başka bir çalışmanın konusunu oluşturacağından burada sadece genel bir bakış açısı sunulmaya çalışılmıştır.

35 <<https://www.finansportali.net/metaverse-ile-para-kazanmak>> Erişim Tarihi: 1 Eylül 2023

36 Gülşen Gedik, 'Robotlara Karşı Gerçek Kişilerin Korunması Açısından Robot Vergisi Önerisi' (2020) 26(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 24, 25.

37 <<https://futureiot.tech/gartner-25-of-people-to-spend-1-hour-daily-in-the-metaverse-by-2026>> Erişim Tarihi: 2 Eylül 2023

38 Owens and Costa (n 25) 537.

39 Sal Visca, 'Life in the Metaverse Let There Be Tax?' (2022) September 2022 TAXADVISER 30, 30.

a. Metaverse Dünyasında Gelir Elde Edilmesi

Metaverse'de dijital arsa kiralamak, sanal bir etkinlik için bilet satmak, Metaverse'de bir sözleşmeye dayalı olarak sunulan hizmet karşılığı gelir elde etmek gerçek kişiler için "kazanç-gelir" oluşturur. Yatırım aracı olarak NFT alınması halinde değer artış kazancı veya dijital cüzdanlarında kripto para tutulması durumunda da faiz elde edilebilir⁴⁰.

Metaverse'de mal satışı için çok farklı yöntemler vardır. Örneğin dijital sanat olarak gösterilen bir ev veya Metaverse'de gezinirken giyilebilecek sanal bir ayakkabı satılabilir. Ayakkabı şirketi örneğini ele alalım: Satıcılar paranın mağazanın hangi bağlantısına erişilerek yatırılacağını belirtmek için bir adrese ihtiyaç duyacaklardır. Ayrıca marka fikri mülkiyetinin değer zincirindeki göreceli konumunun fiziksel satışlara kıyasla değiştiği göz önünde bulundurulduğunda, bu satışlardan elde edilen oldukça değişken kripto para gelirinin nerede muhasebeleştirilmesi gerektiği ve mevcut marka fikri mülkiyetinin nasıl ücretlendirileceği ile ilgili bir soru vardır⁴¹. Aynı şekilde, sanal ayakkabının fiziksel bir ayakkabıyla birlikte sunulduğu bir dünya hayal edebilirsiniz; böylece Metaverse içindeki avatarınızla aynı ayakkabıyı giyebilirsiniz. Paketi satın almak, fiziksel ve sanal ayakkabıyı ayrı ayrı satın almaya kıyasla belki de size bir indirim sağlayabilir.

Sistemde, sanal dünyaya katılmak için para ödenir, ayrıca bilgisayar ortamında oynanan oyunlarda oyun içerisinde zırh, silah veya sanal para gibi öğeler satın alınır. Bazı katılımcılar, böyle bir öğeyi gerçek dünyaya aktarmak karşılığında gerçek para kabul eder. Hatta oyun karakterlerinin bile gerçek dünyada satışı yapılabilmektedir. Bu tür gerçek piyasa işlemleri sonucunda birçok kalemin tespit edilebilir piyasa değerleri vardır. Bu değerlerin bazıları oldukça yüksektir. Bazı insanlar oyunları oynayarak, gerçek değeri olan sanal değerler elde etmek için çevrimiçi kişiliklerini kullanarak ve ardından bunları, genellikle çevrimiçi açık artırma siteleri aracılığıyla satarak gelir elde edebilirler⁴².

b. Metaverse Dünyasında Servet Kazanma

Metaverse'de sanal araziler de yükselişe geçmiştir. Örneğin Sandbox'ta bir parsel arazinin Aralık 2021'de 17.600 USD'den (Snoop Dogg'un komşusu olmak için 450.000 USD ödeyen biri vardı) 9.700 USD'e düşmüştü. Sanal arazide arsa satın almak için mortgage erişimini sağlayan finansal sağlayıcılar bile bulunmaktadır⁴³.

Vergi perspektifinden bakıldığında durum şudur: Arazi, bir NFT ile temsil edilmektedir, dolayısıyla benzersiz, doğrulanabilir ve izlenebilirdir ve NFT ile ilgili çerçevede vergilendirilecektir⁴⁴. Ancak Metaverse evreninde bir arsanın servet unsuru olarak vergilendirmeye tabi tutulması çok daha zordur. Çünkü emlak vergisinde verginin temel öğelerini belirleme yetkisinin kime ait olacağı, vergini hangi kurum tarafından nasıl tahsil edileceği, değerlendirme, matrah tespiti ve oran uygulaması

40 Owens and Costa (n 25) 542.

41 Ceyda Kükrer, 'Hukuksal ve Vergisel Boyutlarıyla Metaverse' (2023) (69) Maliye Çalışmaları Dergisi 147, 149.

42 ibid.

43 Pereira (n 29) 252.

44 ibid.

son derece problemlı bir alandır. Emlak vergisinde en büyük sorun değerlemeye yönelik süreçte yaşanmaktadır⁴⁵.

c. Metaverse Dünyasında Vergilendirme

Metaverse, kripto paralar ve değiştirilemez Tokenler (NFT'ler) ile güçlü bir şekilde ilişkilidir, çünkü birincisi genellikle NFT'lerin temel varlıklar olduğu işlemleri sonuçlandırmak için yaygın olarak kullanılmaktadır. Geçtiğimiz birkaç yıl boyunca, yalnızca kripto para birimleri ve NFT'lerle ilgili olası vergi sorunlarına odaklanıldı. Bununla birlikte, Metaverse'in yükselişi ve artan kullanımı ve gelişimi ile – sadece dijital sektör için değil, en azından tüm tüketici işleri için bazı vergi sorunlarının (er ya da geç) ele alınması gerekecektir. Bu bağlamda, Metaverse, özellikle gelir kaynaklarının belirlenmesi söz konusu olduğunda, diğer hususların yanı sıra, Pillar I⁴⁶ tarafından getirilen gelir kaynağı kurallarını dikkate alması gereken mevcut uluslararası vergilendirme ilkeleri için de önemli bir etkiye sahip olabilir⁴⁷.

Metaverse'in dijital yapısı ve belirsiz geleceği nedeniyle vergilendirme konusunun hiç gündeme gelmeyeceğini ve vergilendirmenin imkansız olduğunu savunan yazarlar olduğuna gibi, bunun tam aksini savunan ve hızlı bir biçimde düzenleme yapılmasını savunan yazarlar⁴⁸ da vardır.

Burada ilk tespit edilmesi gereken husus şudur: Metaverse'deki belirli ekonomik faaliyetler gelir tanımını karşılamaktadır. Metaverse, düzenli gelir elde etmek, ödül almak ve işlem yapmak için birçok fırsat sunmaktadır. Dolayısıyla, en azından teorik olarak, bu tür gelirler vergilendirmeye tabi olmalıdır. Aksi takdirde, burada elde edilen gelir "vatansız (stateless) gelir" olarak adlandırılır ve Metaverse'i başka bir vergi cenneti haline getirir ve dolayısıyla Metaverse işlemleri kesinlikle vergilendirilmelidir. Ancak bu sonuç kaçınılmaz olarak Metaverse'i vergilendirmenin mümkün olup olmadığı ve eğer mümkünse buna değip değmeyeceği gibi daha başka soruları da gündeme getirmektedir. Gerçekten de egemenlik, sürdürülebilirlik, tasfiye, değerleme ve dönüştürülebilirlik ile ilgili çeşitli sorunlar ortaya çıkmaktadır⁴⁹.

Bu tür yeni iş modelleri (1) sanal ayakkabının ve fiziksel ayakkabının satıcısı aynı ülkede değilse doğrudan vergi açısından ve (2) fiziksel ayakkabının değerinin KDV ve muhtemelen gümrük amaçları

45 Nuray Aşçı Akıncı, *Teoride ve Uygulamada Emlak Vergisi* (On İki Levha Yayıncılık 2022) 448. Ayrıntılı bilgi için bkz, ibid 312 – 402.

46 OECD, 'Base Erosion and profit Shifting' < <https://www.oecd.org/tax/beps/further-progress-on-two-pillar-solution-oecd-releases-consultation-document-on-the-withdrawal-of-digital-service-taxes-and-other-relevant-similar-measures-under-pillar-one-and-an-implementation-package-for-pillar-two.htm> > Erişim Tarihi: 15 Ekim 2023: "Pillar I (Birinci Sütun) kapsamında, OECD/G20 BEPS Çerçevesi, Dijital Hizmetler Vergileri ve diğer ilgili benzer Taslak Çok Taraflı Sözleşme (MLC) hükümleri hakkında bir kamu istişare belgesi yayınlamayı kabul etmiştir. Konsolide geliri 20 milyar Euro üzerinde olan; vergi öncesi karlılığı %10 üzeri olan, finans ve madencilik dışında tüm sektörlerde faaliyet gösteren çok uluslu işletmeler Pillar 1 kapsamında değerlendirilmiştir.

47 Stefano Simontacchi, Francesco Saverio Scandone and Umberto Lorenzi, 'Tax Aspects of the Metaverse: Is a Pillar Three Coming?' (2022) 29(5) International Transfer Pricing Journal 301, 301.

48 Kim (n 22) 42 vd.

49 ibid 16.

için belirlenmesi gerektiğinde dolaylı vergi açısından oldukça karmaşık olacaktır. Yine birçok nispeten küçük son tüketici pazarına sahip coğrafi yapıları göz önüne alındığında, AB merkezli şirketler ve AB'de müşterileri olan AB dışındaki şirketler için özellikle önemli bir konudur⁵⁰. Bugün kullanılan haliyle Metaverse dünyasında işlemler herhangi bir kontrole tabi olmadığı için aslında bir nevi vergi cennetidir ve bunun nedeni de basittir; çünkü Metaverse'de vergi uygulamak son derece karmaşık ve zordur. Metaverse'deki işlemler kolayca belirli bir vergi yetki alanına bağlanamayacağından, sanal dünyadaki kazançları beyan etmek ve ödemek oldukça karmaşıktır⁵¹.

Hiçbir ülke sanal dünyada ki bu gelirlerin vergilendirilmesi ile ilgili net bir girişimde bulunmamıştır. Ancak birçok ülkenin de ilgisini çeken bir konu olmuştur. Vergilendirme ile ilgili düzenlemeler konusunda araştırmalar yapılmaya başlanmıştır.

Türkiye'de ise Dijital Hizmet Vergisi ile Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapan Kanun⁵² ile oyun karakterlerinin de dijital hizmet vergisine tabi olacağı belirtilmiştir⁵³.

Bir başka sorun ise gayrimaddi varlıklar ile ilgili olacaktır. Tanımlanması oldukça güç olan gayri maddi varlıklar, değer ifade eden ve geleneksel fikri mülkiyet kategorilerinden çok daha geniş olabilen sayısız varlıkları içerebilir ve bu kapsamda vergiye tabi işlemi belirlemek zordur, özellikle karşılaştırma için gerçek bir pazar olmadığında bu varlıkların değerlemesini yapmak daha da zordur⁵⁴.

Metaverse ve gerçek dünya arasındaki potansiyel etkileşimin gündeme taşıyacağı bir başka soru da şudur: Örneğin bir şirket Metaverse'de geliştirdiği bir ürünü gerçek hayatta satarsa veya bunun tam tersi durumda nasıl bir değerlendirme yapılacaktır? Bu durumda herhangi bir ürünün hangi düzlemde geliştirildiğinden bağımsız olarak ticari faaliyete konu olması hiç şüphesiz ticari kazanç olarak vergiye tabi tutulur. Keza sanal dünyada satılan bir mal da – tüm yapılan satışların ticari faaliyet olduğu kabul edildiğinde – yine ticari kazanç oluşturacaktır.

Metaverse'de alım ve satım işlemlerinde kripto varlıkların kullanılması durumunda doğabilecek vergisel sonuçlar ise aşağıdaki gibidir:

- “Başka bir kripto para türü için kripto para ticareti yapıldığında ortaya çıkan sermaye kazancı, gelir vergisi kapsamında vergilendirilebilir.
- Kripto para birimi satmak veya hediye etmek çeşitli kripto para birimleri satın alınır ve satılır, kripto para birimlerinin değerindeki dalgalanmalardan kar elde etmek amaçlanmışsa, ticari bir faaliyet olan kripto para biriminde aktif olarak ticaret yapıldığı için, ortaya çıkan işletme geliri beyan edilmelidir.

50 Franssens and Van West (n 27) 1537.

51 Visca (n 39) 31.

52 Dijital Hizmet Vergisi ile Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 7194, Kabul Tarihi: 5.12.2019, RG: 7.12.2019/30971.

53 Kükrer (n 41) 149.

54 Pereira (n 29) 247.

- Kripto para birimi devlet tarafından verilen para birimine dönüştürüldüğünde kar elde edilmişse, değer artış kazancı olarak gelir vergisi kapsamında vergilendirilebilir.
- Mal veya hizmet satın almak için kripto para birimini kullanmak, mal ya da hizmet satın aldıktan sonra elinde kalan kripto para nedeniyle kar elde etmişse değer artış kazancı olarak gelir vergisine tabi olmalıdır⁵⁵.

NFT'ler ve kripto para birimleri arasındaki yakın bağlantı göz önüne alındığında (birinin değiştirilemez, diğerinin değiştirilebilir olması gibi önemli bir ayrımla), bazıları aynı vergi düzenlemelerinin her ikisi için de geçerli olabileceğini kabul etmektedir. Örneğin Avustralya'da NFT'lerin gelir vergisi muamelesine ilişkin olarak, bir NFT'nin gelir vergisi muamelesinin koşullara, kişinin NFT'yi kullanma şekline ve NFT'yi elinde tutma ve NFT ile işlem yapma nedenlerine bağlı olduğunu özetleyen bir kılavuz yayınlanmıştır. Bun Kılavuz'a göre kişi bir NFT için şu hallerde gelir vergisi ödemekle yükümlü olabilir: (i) değer artış kazancı kapsamında (örneğin, NFT bir yatırım olarak satın alındığında ve daha sonra satıldığında); (ii) bir gelir hesabında tutulduğunda (NFT satışları, hisse senedi alım satımıyla aynı vergi rejimine tabi olabilir); veya (iii) bir işletmenin veya kâr elde etme planının bir parçası olarak (örneğin, dijital sanatını NFT olarak satan bir sanatçı, satıştan elde edilen geliri ticari kazançtır)⁵⁶.

Bir kişi kripto para ile NFT aldığı anda aslında iki işlem gözükecektir: Kripto para kullanımı ve NFT satışı. Hem NFT satıcısı hem de alıcısı değer artış kazancı dolayısıyla yükümlü olabilir. Değer artış kazancı ise genellikle malvarlığında artışın meydana geldiği zamana göre verilir ve burada esas soru da şudur: Bir kişinin kripto para karşılığında bir NFT sattığı veya bir kullanıcının bir oyunda kripto para veya NFT ile ödüllendirildiği bir durumda kazanç ne zaman gerçekleşir? Ülkeler bu durumu, söz konusu kişi veya şirket kripto para birimini itibari bir para birimiyle takas ettiğinde kazancın gerçekleştiği sonucuna vararak ele almıştır. Peki ya bu takas hiç gerçekleşmezse ve kripto para birimi sahibi bunu başka bir sanal varlık satın almak için harcarsa (daha olası bir durumdur)? Ve daha operasyonel bir açıdan bakıldığında, bu maddi olmayan varlık nasıl değerlendirilmelidir? Dahası, satıcı NFT'lerin yaratılması ve alım satımında aktif olarak yer alıyorsa, elde edilen kazanç bazı ülkelerde serbest meslek kazancı olarak vergilendirilebilir. Metaverse'de bir arazi ya da evin satışı ya da kiralanması söz konusu olduğunda, fiziksel dünyadaki taşınmaz malların satın alınması ya da kiralanmasına benzer şekilde mi muamele görmelidir? Eğer öyleyse, bu, mülkün bulunduğu devletin vergilendirme hakkına sahip olması gerektiği anlamına gelir⁵⁷.

Metaverse içindeki kazanç ve karların vergi matrahını belirlemek için genel gelir vergisi kuralları uygulanabilir. Bu kurallar uyarınca, vergi matrahı vergi mükellefinin net geliri olacaktır. Bu kurallar Metaverse içindeki kazanç ve iratlara uygulanırken, ödeme şekli bunların brüt gelire dahil edilmesini

55 Owens and Costa (n 25) 542.

56 ibid.

57 ibid 543; "Ancak mülk metaverse bulunuyorsa kaynak devlet nedir? Satıcının çevrimiçi olarak metaverse bağlandığı yer mi olacaktır? Satış platformun kendisi tarafından gerçekleştirilirse ne olur? Bir şirket Metaverse'de daimi işyeri kurabilmişse (Daimi işyeri ile ilgili bilgisayar "server" ları konusunda tartışmalar da devam etmektedir) bunun sonucu ne olur?" tartışmaları ayrı bir çalışma konusu oluşturduğundan bu makalede inceleme konusu yapılmamıştır.e

etkilemez. Dolayısıyla, bir kullanıcı tazminat olarak sanal varlıklar (örneğin, oyun öğeleri) veya kripto para alırsa, gelir miktarı transfer edilen mülkün emsal piyasa değeri olacaktır. Benzer şekilde, bir kullanıcı Metaverse'de bir işletme işleterek aynı sanal varlıkları alırsa, gelir miktarı işletme giderleri veya maliyetleri düşüldükten sonra hesaplanan net kar olacaktır⁵⁸.

d. Metaverse Dünyasında Gayrimaddi Haklar

Fikri mülkiyet hukuku herhangi bir kişi veya kuruluşa ait olan bir fikrin serbestçe paylaşılması ve kullanımının belirli kurallara bağlanmasını ifade eden bir kavramdır. Fikri mülkiyet hakkına sahip olan kişilerin Metaverse evreninde bu haklarını nasıl kullanabileceklerinin doğru olarak saptanması önemlidir. Sanal ortamda da bir fikrin somutlaşması ile birlikte fikri mülkiyet kavramı dolayısıyla fikri mülkiyet hukuku ortaya çıkmış olacaktır. Sanal dünya da iki tür fikri mülkiyet söz konusu olabilir. Metaverse platform sahibi ve içerik sahibi.

Sanal dünyadaki tüm mülkler bir platform sağlayıcısına aittir. Bu durumda, kullanıcılar bu tür mülkleri kullanabilmek için bir platform sağlayıcısından izin alacaklardır. World of Warcraft, Fortnite ve Minecraft bu platformların en popüler örnekleridir. Bu platformlara ilişkin tüm hak ve menfaatler sınırlama olmaksızın platform sağlayıcısına aittir. Diğer taraftan bu platformlar üzerinde oluşturulan içeriklerde mülkiyet, içerik sahiplerine aittir ve bu tür mülkiyetlere içerik mülkiyeti denilmektedir. Bu tür mülkiyette kullanıcıların bazı haklara sahip olmaları söz konusudur. "Second Life" içerik mülkiyetine en iyi örneklerden biridir.

Hizmet şartları kapsamında kullanıcı gayri maddi haklar (telif, patent ya da ticari marka gibi) fikri mülkiyet haklarından bazılarını sahip olacaktır. Bu iki mülkiyet türünden ilki yani "platform mülkiyeti" Metaverse için uygun değildir. "İçerik mülkiyeti" daha uygun bir kavram olacaktır. Bunun nedeni örneğin sanal dünya da kullanılan NFT'ler dijital bir eserin orijinal halini blok zincir teknolojisi ile güvence altına almayı amaçlayan bir sistem sunmaktadır. Bu da telif hakkının doğmasını ve içerik mülkiyetine sahip kişinin haklarının korunmasını sağlamaktadır. Çünkü NFT'ler bir tür dijital ya da kripto bandrol görevi yaparak içerik mülkiyetini korumaktadır⁵⁹.

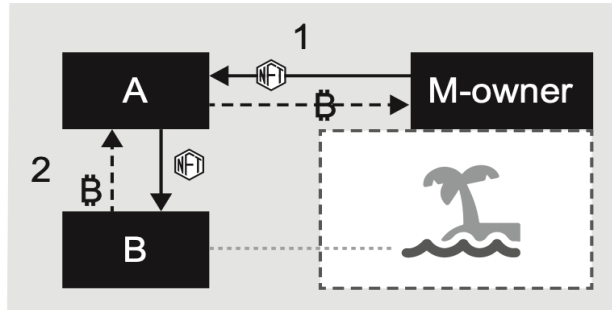


Figure 1

58 Kim (n 22) 26.

59 Kükreler (n 41) 152.

“M devletinde M kişisi şirketi kendi Metaverse dünyasında gelişim, araştırma ve yönetim yapan yerleşik bir şirkettir. Ayrıca, çeşitli fikri mülkiyetlere (IP’ler) (ticari markalar, markalar, know-how ve yazılım) sahiptir ve tüm DEMPE işlevlerini yerine getirir. Bu örnekte, M-sahibinin kripto para birimleri karşılığında A’ya sanal bir arazi (NFT) sattığı varsayılmaktadır. M-sahibi, metaverse’ini geliştirmek ve yönetmek ve araziyi yaratmak için, M Devletin kurumlar vergisi kapsamında düşünülen önemli masraflara (çoğunlukla yerel para birimi ile ödenen (yani kripto para birimi olmayan) katlanmıştır.

A, A Devletinde vergi mükellefi olan bir kuruluştur ve yalnızca know-how sahibidir. Varsayalım: (i) A, metaverideki sanal araziye (NFT) kripto para birimleri karşılığında satın alır ve ardından arazide bir ada oluşturur ve (ii) A, araziye kripto para birimleri karşılığında B’ye satar (değer arttıkça değer artış kazancı elde eder). A, know-how’ını geliştirmek ve sanal adayı inşa etmek için yerel para birimiyle ödenen ve A Devletin kurumlar vergisi kapsamında indirilen masraflara katlanmıştır.

B, Adan kripto paralar karşılığında sanal arazi (NFT) satın alan ve B Devletinde vergi mükellefi olan bir tüzel kişiliktir. B’nin şunları yapabileceği varsayılmaktadır: (i) araziye herhangi bir ticari sömürü yapmadan elinde tutabileceği (yalnızca kişisel kullanım); (ii) iş faaliyetleri veya etkinlikler (dijital veya gerçek malların satışı veya sponsorluk/reklam anlaşmaları gibi) yoluyla araziye kiralayabileceği veya araziden ticari kar elde edebileceği; veya (iii) araziye yeniden satabileceği.

Bu örnekten hareketle ortaya çıkan temel soru şudur: metaverse ve gerçek dünya arasındaki etkileşimler yeni vergi zorluklarına ve yeni vergi ilkeleri geliştirme ihtiyacına yol açacak mıdır? Bu özellikle kritik bir sorudur çünkü mevcut uluslararası vergi ilkeleri ekonominin dijitalleşmesini dikkate alacak şekilde değiştirilecektir ve Pillar I bu konudaki son kilometre taşıdır⁶⁰.

Ayrıca, metaverse vergilendirilmesine ilişkin olarak, nasıl ele alınacağına dair sorular ortaya çıkmaktadır: (i) yerleşim ilkesi, yani nerede ve kimin vergiye tabi olduğu: örneğin kaynak devlet metaverse sahibinin vergi mükellefi olduğu devlet mi yoksa kullanıcının bulunduğu devlet mi? (ii) gelirin niteliği: örneğin gelir ticari gelir mi, taşınmaz mal mı, telif ücreti mi, sermaye kazancı mı yoksa diğer gelirler olarak mı nitelendirilmelidir? ve (iii) gerçek dünya ile etkileşim, yani yerel para birimi ile karşılanan ve metaveride elde edilen karlarla ilgili giderlerle nasıl başa çıkılacağı ve dolayısıyla metaverideki işletmeye atfedilen gelirin (brüt mü yoksa net mi?) nasıl belirleneceği? Son olarak, metaverse’in çok uluslu işletmeler (ÇUŞ’lar) tarafından kullanılması, iş modelleri ve değer zincirleri üzerinde önemli bir etkiye sahip olabilir ve bu da değer zincirindeki farklı roller (ör. meta mağaza) ve gerçekleştirilen faaliyetler (ör. metaverse’teki bir perakendeciye nasıl ücret ödenir, bu bir tür e-ticaret faaliyeti midir⁶¹?

“M-sahibinin A’ya arazi (NFT) sattığı, A’nın da arazi üzerinde bir ada oluşturduğu ve daha sonra adayı B’ye sattığı, B’nin de (i) araziye herhangi bir ticari kullanım olmaksızın (yalnızca kişisel kullanım) elinde tutabileceği; (ii) iş veya etkinlikler (örneğin dijital veya gerçek malların satışı veya sponsorluk/reklam anlaşmaları) yoluyla araziye kiralayabileceği veya araziden ticari kar elde edebileceği; veya

60 Simontacchi, Scandone and Lorenzi (n 46) 301-302.

61 ibid 302.

(iii) araziye yeniden satabileceği yukarıdaki basitleştirilmiş örnekle ilgili olarak vergi sonuçlarına ilişkin aşağıdaki değerlendirmeler yapılabilir.

Bu basitleştirilmiş örneğin amaçları doğrultusunda aşağıdaki varsayımlar yapılmıştır: (i) mevcut OECD Model Vergi Sözleşmesi geçerlidir ve kripto işlemleri, bunları yabancılaştıran tüzel kişinin ikamet ettiği devlette vergilendirilir (tüm kripto işlemlerinin aynı şekilde vergilendirildiği varsayılır), (ii) NFT'ler maddi olmayan duran varlıklar ve/veya taşınmaz mallar olarak nitelendirilebilir ve () ilgili tüm ülkelerin yerel mevzuatına göre, vergi mükelleflerini ilgilendiren işlemlerden elde edilen geliri vergilendirme hakkına sahiptirler.

Bu bağlamda, M-sahibi NFT'yi sattığında, OECD Modeline göre kripto ödemesini aldığı anda, vergilendirme haklarının atfedilmesi öncelikle gelirin vergi amaçları açısından nitelendirilmesine ve daha sonra herhangi bir ülkenin NFT'nin satışından elde edilen gelirin atfedildiği bir PE'nin varlığını iddia edip etmediğine bağlıdır⁶².

e. Metaverse Dünyasında Vergilendirme Yetkisi

Metaverse gelirleri üzerinden vergi öderken, vergi mükelleflerinin öncelikle doğru vergi yetki alanını belirlenmesi gerekecektir. Vergi idaresi, vergi mükellefinin içinde bulunduğu fiziksel yargı yetkisine mi yoksa vergi mükelleflerinin oyun oynadığı Metaverse ev sahipliği yapan sunucunun konumunu mu esas alacaktır? Sunucunun konumu ciddi bir vergi bağlantısı olasılığı olarak kabul edilse bile, yine de fiziksel bir konumu olmayan Metaverse için yalnızca bir vekil olarak görülmelidir⁶³.

Tartışmanın merkezinde, yüz yıl önceki ekonomik ortamda geliştirilen uluslararası gelir vergisi kurallarının modern küresel ekonomide amaca uygun olup olmadığı sorusu yer almaktadır. Dijitalleşmenin kolaylaştırdığı üç önemli alan – küresel ölçekte, maddi olmayan varlıklara dayanma ve verilerin merkeziliği – küresel vergi sisteminin temel unsurları için ciddi zorluklar ortaya çıkarmaktadır⁶⁴.

Bazı açılardan Metaverse aynı anda hem her yerde hem de hiçbir yerde gibi görünmektedir. Dahası, eğer sunucunun bulunduğu yer gelir elde etmek için uygun bir bağlantı noktası olarak görülüyorsa, bunun yerine Metaverse platform şirketlerinin bulunduğu yerler iyi ve pratik bir seçenek olabilir. Ayrıca, bu platformların yeni sanal dünyayı yarattığı ve işlettiği düşünüldüğünde, vergi uyumluluğu ve idaresindeki rollerinin güçlendirilmesi gerekebilir. Bu nedenle, Metaverse gelirleri için bir stopaj vergisi sistemi getirilmesi en sık önerilen yöntemdir; çünkü Metaverse için mevcut kaynak ve ikametgah vergilendirme kurallarının uygulanması söz konusu olduğunda yeni sorunlar ortaya çıkacaktır⁶⁵.

62 ibid 306.

63 Kim (n 22) 51.

64 Gülşen Gedik, 'BEPS Eylem Planları Kapsamında Türk Vergi Mevzuatında Yapılan Değişiklikler' (2020) 1(2) Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 27, 32.

65 Kim (n 22) 51.

Metaverse şirketinin kazancı açısından bakıldığında ise – *bu çalışmada KVK ve dijital işyeri ile ilgili konulara yer verilmemiş olmakla birlikte* – “işyeri” kavramının vergi anlaşmalarında “fiziksel varlık gerektirmesi” şartına karşılık dijital şirketlerin işyeri oluşturacak nitelikte bir fiziksel varlıklarının bulunmadığını ve sadece BEPS Birinci Eylem Planı’nda bağlayıcı olmayan çözüm önerileri sunulduğunu ifade etmeliyiz⁶⁶.

GVK açısında kullanıcı gerçek kişilerin kazançlarına baktığımızda ise önerilen stopja uygulaması, Metaverse’in çeşitli platformlar tarafından, platformun kullanıcılarına/oyuncularına gönderdiği tutardan gelir vergisi kesmesi ve bunu kullanıcıları/oyuncuları adına doğrudanvergi idaresine göndermesi anlamına gelir. Vergi mükellefleri, işverenler ve bu durumda Metaverse platformları, üzerlerine yüklediği ekstra iş yükü nedeniyle vergi stopajı sorumluluğunu üstlenmekten kaçınmak istese de vergi stopajı vergi idaresi için tercih edilebilir bir yöntemdir. Çünkü stopaj sistemi kullanıldığında vergi kaçırma ve hata payı daha düşüktür. Daha da önemlisi Metaverse platformları kendi metaverilerinde gerçekleşen ekonomik faaliyetleri bilmektedir. Bu nedenle, Metaverse platformlarının stopaj yoluyla vergi uyum sürecini başlatması en etkili yöntem olabilir⁶⁷.

SONUÇ

Metaverse’in geleceği belirsizdir. Bununla birlikte Metaverse’deki mevcut gelecekteki ekonomik faaliyetler herhangi bir düzenlemeye tabi olmazsa büyük bir sosyal kaosa yol açacaktır⁶⁸.

Metaverse’de elde edilen kazançların vergilendirilmesi konusunda ilk soru, Metaverse faaliyetlerinin vergiye tabi işlemlerden olup olmadığı ve buna verilecek cevap olumlu ise uygulanacak verginin çeşididir. Daha sonraki aşamada ise vergilendirme yetkisinin kullanımı, tahsil ve en son aşamada uluslararası vergi hukuku kapsamında ortaya çıkacak yeni sorunlara yeni cevaplar/ yasal düzenlemeler getirilmesi zorunluluğudur.

Bir sanatçı dijital eserini NFT olarak sattığında yatırımcı veya sanata meraklı bir kişi bu eseri Metaverse’de NFT olarak alıp satarsa hem mal satışı ve hizmet sunumu hem de yatırım kazancı faaliyetlerinin niteliği tartışılacaktır ve bu hemen bir sonraki soruyu akla getirecektir? Sanal dünyadaki bu alım satım faaliyetleri ve elde edilen kazançlar gerçek/ fiziksel dünyadaki gibi değerlendirilebilir mi? Bu soruya Metaverse’de kazanılan ücret, ticari kazanç, telif hakları veya faizler gibi kazanç ve iratlar için gelir vergisi kurallarının uygulanabileceği⁶⁹ cevabı verilebilir.

Bugün hala daha bilim kurgu çağrışımı yapan Metaverse çok da uzak olmayan bir gelecekte yeni gerçekliğimiz olacak ve – *ne yazık ki* – sanal mallar alınıp satılacak veya gerçek dünyanın malları

66 Altan Rençber, *Uluslararası Gelişmeler Işığında Vergi Hukukunda İşyeri* (Filiz Kitabevi 2021) 297 – 305; OECD, ‘Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1: 2015 Final Report’ <https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/addressing-the-tax-challenges-of-the-digital-economy-action-1-2015-final-report_978.926.4241046-en> Erişim Tarihi: 17 Ekim 2023.

67 Kim (n 22) 54.

68 ibid 4.

69 Owens and Costa (n 25).543.

sanal olarak satılacak. Kişiler gün geçtikçe Metaverse dünyasında daha fazla zaman geçirecek ve belki de çok da uzun olmayan bir vadede pek çok ticari faaliyet, serbest meslek faaliyeti sanal evrende yapılacak, gayrimaddi haklar gündeme gelecek, çeşitli sanal mülkler alınıp değer artışları görülecek.

Bununla birlikte dijital ekonomide vergilendirmedeki karmaşık sorunların temeli, işletmenin nerede olduğundan çok mal satılan veya hizmet sunulanın nerede olduğuna bakılarak da ne zaman, nerede ve nasıl vergilendirileceği tartışmaları Metaverse'de daha zor olabilir. Bir müşteri belirli bir ülkede olsa bile o ülkenin işletme için kar kaynağı olduğunu kabul etmek Metaverse için çok güçlüdür; çünkü Web 3'ün blok zinciri tabanlı, merkezi olmayan kripto internet dünyasında, kullanıcının fiziksel dünyadaki konumuna dayalı olarak tamamen dijital işlemlerde geliri izlemek imkansız olabilir⁷⁰.

Günümüzde Avustralya, İrlanda, Singapur, Birleşik Krallık ve Amerika Birleşik Devletleri de dahil çok az ülkede vergi idaresinin yayınladığı rehberler vardır; ancak bunlar kanun hükmünde değildir⁷¹ ve fakat artık Metaverse için küresel bir dolaylı vergi kuralları oluşturmak gereklidir. Belki de kullanıcının gerçek dünyada yerleşik olduğu ülkeye bağlı olarak bir "avatarın" vergilendirilmesi düşünülebilir; ancak "Avatar"a güç veren sunucunun bulunduğu ülkede vergi uygulamak pek olası değildir; çünkü sunucular belirli veri merkezlerine bağlıdır, dolayısıyla vergi yetki alanı tespit etmek zordur⁷².

Bir başka fikir de vergiyi metaverse uygulama sahibinin yerleşik olduğu ülkede uygulamaktır. Başka bir deyişle, her bir Metaverse şirketinin gerçek dünyada kayıtlı olduğu yerde. Ancak bu küresel bir sorundur ve dünya çapında işbirliği gerektirir, dünyanın dört bir yanından vergi ve sanal gerçeklik uzmanları, metaverse'de dolaylı vergi konusunda hükümetlere tavsiyelerde bulunmak üzere bir araya gelmelidir ve tabii ki hükümetlerin bu konuda hemfikir olması gerekecektir. Dijital dünyanın vergiden istisna bırakılmamasını sağlamak dünya çapında tüm devletlerin sorumluluğundadır, aksi takdirde yakında benzeri görülmemiş bir ölçekte sorunlarla uğraşmak zorunda kalacağız⁷³.

Metaverse bugün itibarıyla yeni bir konudur ve çok fazla soru içermesine karşın net cevaplar bulunmamaktadır. Aslında, son yıllarda artan yasa teklifleri, vergi makamlarının tutumları ve uluslararası kuruluşların (OECD dahil) çalışmaları, kripto ve NFT'lerin vergilendirilmesine ilişkin çözümler aramaktadır. Bu nedenle, mevcut yasal çerçevede suistimal ve belirsizliğe yol açan tek taraflı pozisyonların yaygınlaşmasını önlemek için küresel olarak kabul edilmiş bir çözüme acilen ihtiyaç duyulmaktadır⁷⁴. Dijital vergilendirmede olduğu gibi uzlaşıya dayalı bir yol izlenmesine yardımcı olacak OECD temelli bir yol izlendiğinde süreç daha kolay ilerleyebilecektir; ancak inovasyonun engellenmemesi gerektiği de göz önünde bulundurulmalıdır⁷⁵.

70 Pereira (n 29) 253.

71 ibid.

72 Visca (n 39) 31.

73 ibid.

74 Simontacchi, Scandone and Lorenzi (n 46) 308: "Pillar I ile getirilebilecek ilkelerin hızlı bir şekilde eskimiş olabileceğine ve dolayısıyla Metaverse ilişkin vergi zorluklarını ve ortaya çıkan diğer etkileri ele almak için yenilenmesi (veya Pillar III üzerinde yeni bir çalışmaya yer bırakılması) gerekir. Bu bağlamda ele alınabilecek başlıca konular (i) metaverse'de elde edilen gelirin nitelendirilmesi, (ii) gelirin kaynağı ve (iii) vergilendirilecek gelirin miktarıdır".

75 Pereira (n 29) 253.

Bitirirken: 100. Yılda Türkiye, Dijital Dünyada Vergilendirme Sistemini En İyi Uyarlayan Ülke Olmalıdır

Türkiye’de gerçek anlamda vergi hukuku Cumhuriyet ile doğmuştur⁷⁶ ve yıllar içinde tüm gelişmeler izlenmiş, uluslararası vergi alanındaki tüm proje ve eylem planları hayata geçirilmiştir.

YALTI’nın ifadesiyle; “21.yüzyılın vergi sistemine hakim olması muhtemel mozaik hangi parçalardan oluşursa oluşsun, Türk vergi sisteminin de aynı zamanda bu mozaığı yansıtacağı bir geçektir”⁷⁷.

Uluslararası vergi alanındaki tüm gelişmeleri yakından izleyen ve yeni ihtiyaçlara göre yasal değişiklikler yapan Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin, Cumhuriyet’in ikinci yüzyılına girdiğimiz bu dönemde “dijital devrimin bileşenleri için her alanda yasal düzenlemelerin en başarılı yapıldığı ülke” olmaması için hiçbir neden yoktur. Ve bu amaçla, kısa zamanda başta kripto varlıklar ve NFT’ler için özel yasal düzenleme yapılmalı ve farklı ülkelerin eylem planlarını beklemeden öncü ülke olarak sadece bu alana özgü, özel vergi yasası ihdas edilmelidir.

KAYNAKÇA

Akıncı Aşçı N, *Teoride ve Uygulamada Emlak Vergisi* (On İki Levha Yayıncılık 2022).

Erdem T, ‘Türk Bakış Açısıyla BEPS: Türkiye’nin Geldiği Yer Nedir?’ iç. Billur Yaltı (ed) *Vergilendirmede Matrah Aşındırma ve Kar Kaydırma (BEPS)* (Beta Yayınları 2018).

Franssens G and West Van JP, ‘Taxing the Metaverse: The EU Perspective’ (2022) 105 Tax Notes International 1535-1537.

Gedik G, ‘Robotlara Karşı Gerçek Kişilerin Korunması Açısından Robot Vergisi Önerisi’ (2020) 26(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 24-48.

Gedik G, ‘BEPS Eylem Planları Kapsamında Türk Vergi Mevzuatında Yapılan Değişiklikler’ (2020) 1(2) Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 27-48.

Gözler K, *Türk Anayasa Hukuku* (Ekin Kitabevi Yayınları 2000).

Kim YR (C), ‘Taxing The Metaverse’ (2024) Georgetown Law Journal (yayınlanacak).

Kocabay Şener N, ‘Facebook Nasıl “Meta”laştı?’ (2021) Güz 2021(11) Yeni Medya 174-179.

Kükreker C, ‘Hukuksal ve Vergisel Boyutlarıyla Metaverse’ (2023) (69) Maliye Çalışmaları Dergisi 147-162.

Neumark F, *Türkiye’de ve Yabancı Memleketlerde Gelir Vergisi*, (2. Bası, Hak Kitabevi 1946).

Orkunoglu Şahin IF ve Çiftçi TE, ‘Metaverse’de Gerçekleştirilen İşlemlerin Vergilendirilmesi’ (2022) 6(2) *Fiscaoeconomia* 677-698.

Owens J and Costa NO, ‘The Tax Treatment of the Metaverse Economy And the Potential for a New Offshore Tax Haven’ (2022) 107 Tax Notes International 537-546.

Owens J and Hodžic S, ‘Blockchain Technology: Potential for Digital Tax Administration’ (2023) (50)11 Intertax 813-823.

Öncel M, Kumrulu A, Çağan N ve Göker C, *Vergi Hukuku* (31. Bası, Turhan Kitabevi 2022).

Özgenç AS, *Çok Taraflı Vergi Anlaşmasının Temel Esasları* (On İki Levha Yayıncılık 2021)

76 Öncel, Kumrulu, Çağan ve Göker (n 8) 12.

77 Billur Yaltı Soydan, ‘2000’li Yılların Vergisel Mozaigi: Günümüz Verilerinden Geleceğin Olasılıklarına-II’ (2000) (93) Yaklaşım 48, 56.

Pereira N, 'Taxing the Metaverse, and Other Fascinating Digital Tax Topics' (2022) 106 Tax Notes International 247-253.

Rençber Altan, *Uluslararası Gelişmeler Işığında Vergi Hukukunda İşyeri* (Filiz Kitabevi 2021).

Saban Nihal, *Vergi Hukuku* (12. Bası, Beta Yayınevi 2022).

Simontacchi S, Scandone Francesco S and Lorenzi U, 'Tax Aspects of the Metaverse: Is a Pillar Three Coming?' (2022) 29(5) International Transfer Pricing Journal 301-308.

Turhan S, *Vergi Teorisi* (Fakülteler Matbaası 1977).

Visca S, 'Life in the Metaverse Let There Be Tax?' (2022) September 2022 TAXADVISER 30-31.

Yaltı B, *Uluslararası Vergi Anlaşmaları* (Beta Yayınevi 1995)

Yaltı B, '1923'ten 2003'e "KAZANDIKLARIMIZ": "Cumhuriyet Hukuku" "KAZANAMADIKLARIMIZ: "Hukukun Cumhuriyeti" Vergi Hukukunda Geldiğimiz Yere Yakın Tarihten Bakmak: Panoramik Bir Çalışma', *Cumhuriyetin Kuruluşundan Bugüne Türk Hukukunun Seksen Yıllık Gelişimi (30-31 Ekim 2023 Sempozyum)* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 2003)

Yaltı Soydan B, '2000'li Yılların Vergisel Mozaği: Günümüz Verilerinden Geleceğin Olasılıklarına-II' (2000) (93) Yaklaşım 48-56.

www.csus.edu

www.decentraland.org

www.finansportali.net

www.futureiot.tech

www.gib.gov.tr

www.oecd.com

www.oxfordlearnersdictionaries.com

www.sandbox.game

Spor Müsabakalarında Yasa Dışı Bahis ve Şans Oyunu Suçları (7258 Sayılı Kanun m.5)

Illegal Betting and Games of Chance Crimes in Sports Competitions (Law Number 7258 Article 5)

Zafer İÇER* , Cansu AKINCI** 

ÖZ

Kanunun verdiği yetkiye dayalı bir yasal lisans sahibi olmadan izinsiz oynatılan bahisler, yasa dışı bahis olarak nitelendirilmektedir. Yasa dışı bahis suçuna ilişkin hangi fiillerin yaptırıma tabi olduğu 7258 sayılı "Futbol ve Diğer Spor müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunları Düzenlemesi Hakkında Kanun" ile düzenlenmiştir. Uygulamaya bakıldığında, ilgili fiillerin, yasa dışı bahis suçu ile beraber vergi kaçırmak, kara para aklamak, uyuşturucu ticareti yapmak veya organize suç ve terör örgütlerinin faaliyetlerinin finansmanını sağlamak gibi suçları işleme amacıyla da gerçekleştirildiği görülmektedir. Diğer taraftan ülke çapında yasa dışı bahis oynayan kişilerin sayısına ve üzerinde bahis oynanan para hacmine bakıldığında, bu suçların ülke ekonomisine verdiği zararın da bilançosu ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, bu suçların caydırıcı yaptırımlara tabi tutulması önem arz etmektedir. Bu çalışmada da yasa dışı bahis suçları işlenerek yüksek yargı kararları ile öğretilerdeki görüşler referans alınarak konuya yönelik özellik arz eden hususlar tartışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Yasa Dışı Bahis Suçları, Müşterek Bahis, Terörizmin Finansmanı, Spor Toto Teşkilat Başkanlığı, 7258 sayılı Kanun.

ABSTRACT

Unauthorized bets played without a legal license based on the authority granted by the law are considered illegal gambling. The acts subject to penalties for the offense of illegal gambling are regulated by Law No. 7258, titled 'Law on the Regulation of Betting and Games of Chance in Football and Other Sports Competitions.' Upon examination, it is observed that alongside the offense of illegal gambling, these relevant acts are also committed with the intention of tax evasion, money laundering, drug trafficking, or financing the activities of organized crime and terrorist organizations. Furthermore, considering the number of individuals engaging in illegal betting nationwide and the volume of money involved in these bets, the balance sheet reveals the damage inflicted on the country's economy by these crimes. Therefore, it is crucial that these offenses be subject to deterrent sanctions. This study discusses aspects specific to the subject by analyzing high judicial decisions and opinions in the doctrine regarding offenses related to illegal gambling.

Keywords: Illegal Betting Crimes, Joint Betting, Financing of Terrorism, Spor Toto Organization Presidency, Law Number 7258.

* Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı (zafericer@marmara.edu.tr).
ORCID: 0000-0002-2628-9055

** Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programı Öğrencisi (cansuakinci@marun.edu.tr).
ORCID: 0000-0002-6970-7165

I. GENEL BİLGİLER

Şans oyunları ve bahsin insanlık tarihi boyunca sosyolojik açıdan önemli bir yer tuttuğu bilinmektedir. Oynanmaya başlandığı ilk dönemlerden bugünlere kadar şans oyunları ve bahsin, eğlence aracı, rahatlatıcı aktivite, beğenilme ve gösteriş arzusunun tatmin eden oyunlar olma gibi işlevleri varken; günümüzde şans oyunları ve bahsin kolay kazanç kapısı olarak görüldüğü toplumsal bir anlayışın hakim olduğu ifade edilmelidir¹.

Psikolojik faktörlerin yanında; cinsiyet, yaş, öğrenim durumu gibi demografik faktörlerin, en başta da ekonomik koşulların insanların şans oyunlarına ve bahislere ilgi göstermesindeki temel etkenler olduğu bilinmektedir². İnsanların daha az çaba sarf ederek ve daha düşük sermayeler ortaya koyarak yalnızca doğru tahminler yaparak çabaları ve sermayelerinin kat be kat fazlasını kazanma beklentisinde olmaları, birçok ülkenin sosyolojik bir gerçeğidir. Özellikle ekonomik şartların nispeten daha zor olduğu ülkelerde, bu beklentiye sahip olan insan kitlesi çok daha geniştir.

Kazananın karşısında herhangi bir kaybeden olmaması ve tamamen şansa dayalı olması nedeniyle şans oyunlarının kumara göre daha masum görüldüğü ifade edilmektedir³. Ancak diğer taraftan bakıldığında, geniş kitlelere hızla yayılma potansiyeli barındıran ve insanlara paralarını birden beşe katlama hayalleri sunan şans oyunları ve bahisler suistimale açık olmakla birlikte, yasal bir zemine oturtulmadıkları ve kontrolsüz bırakıldıklarında, toplumsal ve ekonomik düzenin bozulmasına kapı aralandığı şüphesizdir.

Mali Suçları Araştırma Kurulu'nun (MASAK) 2022 Faaliyet Raporu'na göre, mali işlemlere aracılık eden yükümlü kişi ya da kuruluşlar tarafından yapılan 425.322 şüpheli işlem bildiriminin %37,39'unu yasa dışı bahis ve kumar oynatma suçları oluşturmaktadır⁴. Aynı rapora göre 2022 yılında mahkemeler tarafından 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 128 inci maddesi kapsamında 420 kişinin bankalar nezdindeki 10.758.149,31 TL ve 33.703,57 USD bakiyesine elkonulmuştur⁵.

BBC Türkçe'nin 2019 yılında yaptığı bir habere göre, yasa dışı bahis sektörü yasal bahsi 4'e katlayacak kadar büyümekle birlikte, Türkiye'de 18-50 yaş grubunda 5 milyon kişi, yılda 50 milyar TL'lik yasa dışı bahis oynamaktadır⁶.

Spor Toto Teşkilat Başkanlığınca paylaşılan verilere göre, şans oyunlarından 2004 yılından 2017 yılının ilk çeyreğine kadar Hazine'ye 18 milyar 141 milyon Türk lirası kaynak sağlanmış, şans

1 Muhammet Ruhat Yaşar, 'Şans Oyunları ve İddaa' (2010) 9(34) Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi 138, 143.

2 Alp Çelik, 'Spor Bahis Oyunlarına Katılımı Etkileyen Faktörler' (2016) 3(2) Sportif Bakış: Spor ve Eğitim Bilimleri Dergisi 89, 95 vd.

3 Gürkan Bayındır, 'Kumar ve Şans Oyunlarına Toplumsal Bakış: Niğde Örneği' (2018) 2(2) Milli Kültür Araştırmaları Dergisi 58, 66.

4 Hazine ve Maliye Bakanlığı Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı, 'MASAK 2022 Yılı Faaliyet Raporu' (MASAK 31 Ocak 2023), s. 20, <<https://ms.hmb.gov.tr/uploads/sites/12/2023/04/2022-Faaliyet-Raporu.pdf>> Erişim Tarihi 15 Mayıs 2023.

5 MASAK 2022 Yılı Faaliyet Raporu, s. 35.

6 Ege Tatlıcı, 'Yasa dışı bahis: Türkiye'de sektörün devlet müdahalelerine rağmen neden büyüyor?' *BBC Türkçe* (19 Kasım 2019) <<https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-50466331>> Erişim Tarihi 15 Mayıs 2023.

oyunlarında kazanan kişilere de 30 milyar 867 milyon Türk lirası ikramiye ödemesi yapılmıştır⁷. Bir başka veriye göre de, Teşkilat Başkanlığının düzenlediği oyunlardan olan Spor Toto oyunlarından elde edilen hasılat ile ilgili olarak 2022 yılına ilişkin 52 haftalık veriler uyarınca; 176 milyar 161 milyon 800 bin 21 lira 96 kuruş hasılat elde edilmiş olup bu hasılatın 123 milyar 910 milyon 418 bin 659 lira 51 kuruşluk kısmı iştirakçilere ikramiye olarak dağıtılmış; 34 milyar 336 milyon 321 bin 38 lira 18 kuruşluk kısmı devlete vergi olarak ödenmiş; geriye kalan kısmı sporun geliştirilmesi ve yaygınlaştırılması amacıyla Teşkilat Başkanlığı tarafından sponsor olunan spor tesislerinin yapımına ve sabit bayilere ödenen komisyonlara ayrılmıştır⁸.

Bahis oyunlarından elde edilen hasılatın tâbi tutulacağı esaslar, 5602 sayılı Şans Oyunları Hasılatından Alınan Vergi, Fon ve Payların Düzenlenmesi Hakkında Kanun'la düzenlenmiştir. Kanun'un 4'üncü maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca "her bir kurum ve kuruluşun tertip ettiği tüm şans oyunları için bir takvim yılı içinde ödeyeceği ikramiyelerin toplamı, aynı dönemdeki hasılatının %40'ından az %83'ünden fazla olamaz". İkramiye toplamı, aynı dönemdeki hasılatın %59'u ile sınırlandırılmışken, daha sonra bu oran 26.07.2018 tarihli ve 7146 sayılı Kanun'un 14'üncü maddesiyle %83 olarak değiştirilmiştir.

2020 ve 2021 Sayıştay Raporu'nda, Spor Toto Teşkilat Başkanlığının bütçe gelir tahminine ilişkin sayısal veriler 12 aylık tahakkuk tutarı biçiminde 67.983.684.411,54 TL⁹ ve 113.663.729.097,14 TL¹⁰ olarak paylaşılmıştır. Yine aynı raporlara göre dağıtılacak ikramiyelerin 12 ay içinde sarf olunan tutar bazındaki hesabı 44.595.568.737,88 TL¹¹ ve 75.718.574.678,86 TL¹² olarak belirtilmiştir.

Bu veriler incelendiğinde, sektördeki para hacminin büyüklüğü ve oyunlara erişen kişilerin sayısı oldukça çarpıcıdır. Bahis oyunlarının hukuki bir bağlamda ele alınmasının gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Nitekim, yasa dışı bahis suçlarının kara para aklama, vergi kaçırma, organize suç ve terör örgütlerinin faaliyetlerinin finansmanını sağlama, uyuşturucu ticareti yapma gibi amaçlarla da işlendiği görülmektedir¹³. Bu nedenlerle birçok ülkede yasaklanan ve yaptırıma bağlanan yasa

7 Spor Toto Teşkilat Başkanlığı, 'Tarihçe' (Spor Toto Teşkilat Başkanlığı) <<https://www.sportoto.gov.tr/tarihce>> Erişim Tarihi 15 Mayıs 2023.

8 İlgili bilgiye Bilgi Edinme Hakkı Kanunu kapsamında CİMER aracılığıyla Spor Toto Teşkilat Başkanlığına yapılan başvuru neticesinde 19 Temmuz 2023 tarihinde erişilmiştir.

9 Sayıştay Başkanlığı, 'Spor Toto Teşkilat Başkanlığı 2020 Yılı Sayıştay Düzenlilik Denetim Raporu' (Sayıştay Başkanlığı Eylül 2021), s. 3, <<https://www.sayistay.gov.tr/reports/download/1aYB51AQew-spor-toto-teskilat-baskanligi>> Erişim Tarihi 15 Haziran 2023.

10 Sayıştay Başkanlığı, 'Spor Toto Teşkilat Başkanlığı 2021 Yılı Sayıştay Düzenlilik Denetim Raporu' (Sayıştay Başkanlığı Eylül 2020), s. 4, <<https://www.sayistay.gov.tr/reports/download/18QjzzPQWz-spor-toto-teskilat-baskanligi>> Erişim Tarihi 15 Haziran 2023.

11 Spor Toto Teşkilat Başkanlığı 2020 Yılı Sayıştay Düzenlilik Denetim Raporu, s. 4.

12 Spor Toto Teşkilat Başkanlığı 2021 Yılı Sayıştay Düzenlilik Denetim Raporu, s. 5.

13 "Yasa dışı bahis baronlarının sadece bu işi yapmakla kalmadığı, aynı zamanda buradan elde ettikleri gelirleri uyuşturucu ticaretinde de söz konusu finansman değişiminde kullandıkları biliniyor. Hatta kimi bahisçilerin terörizmin finansmanında da rol oynadığı belirtiliyor." Merve Özlem Çakır, 'MASAK 2 bin kişinin dahil olduğu yasa dışı bahis organizasyonunu desifre etti' *Anadolu Ajansı* (26 Nisan 2023) <<https://www.aa.com.tr/tr/ekonomi/masak-2-bin-kisinin-dahil-oldugu-yasa-disi-bahis-organizasyonunu-desifre-etti/2881656>>, "Samsun Cumhuriyet Başsavcılığı koordinesinde Samsun Emniyet Müdürlüğü Siber Suçlarla Mücadele Şube Müdürlüğü ekipleri tarafından yasadışı bahis ve kara para aklamayla ilgili bu sabah çok sayıda adrese eş zamanlı operasyon düzenlendi." '11 ilde yasa dışı bahis ve para aklama operasyonu: 65 gözaltı' *İhlas Haber Ajansı* (3 Nisan 2023) <<https://www.ih.com.tr/samsun-haberleri/-4263265>> Erişim Tarihleri 15

dışı bahis suçlarını işleyen faillerin yakalanması için INTERPOL koordinesi ile birden fazla ülkenin katıldığı operasyonların yapıldığı bilinmektedir¹⁴.

Yasal bahis sitelerine kıyasen, yasa dışı bahis sitelerinin tercih edilme nedenleri arasında spor müsabakaları bağlamındaki bülten çeşitliliği; yalnızca maçlar oynanmadan önce değil, maç oynanırken de canlı bahis yapılabilmesi; bahis çeşitliliğinin fazla olması; amatör maçların da bültenlerde yer alabilmesi; her maça kupon oluşturulabilmesi gibi nedenler sıralanmaktadır¹⁵. Ancak bu sitelerin yasal olmaması nedeniyle rağbet edildikleri takdirde cezai yaptırımlarla karşılaşılma ihtimali olduğu gibi; yaşanacak herhangi bir sorunda da kişilerin hakkını arayabileceği bir muhatap bulamayacakları ihtimali de unutulmamalıdır.

Ülkemizde de yasa dışı bahis ve şans oyunlarına ilişkin mevzuat düzenlemesi mevcuttur. 7258 sayılı Futbol ve Diğer Spor Müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunları Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un 5'inci maddesinde; Spor Toto Teşkilat Başkanlığının düzenlemediği ya da ilgili mevzuatına göre düzenlemediği sabit ihtimalli ve müşterek bahis veya şans oyunlarının oynatılması, oynanması için yer veya imkân sağlanması, yurt dışında oynatılan spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli veya müşterek bahis ya da şans oyunlarının internet yoluyla ve sair suretle erişim sağlayarak Türkiye'den oynanmasına imkân sağlanması, bu oyunlara ilişkin para nakline aracılık edilmesi ya da kişilerin bu oyunlara teşvik edilmesi suç olarak düzenlenmiştir. Aynı maddede bu oyunları oynayanların eylemi de kabahat olarak düzenlenmiş ve idari yaptırıma tabi tutulmuştur.

Adalet Bakanlığı'nın her sene yayınladığı adalet istatistiklerine bakıldığında, 2022 yılında 7258 sayılı Kanun'dan kaynaklı, 22587 şüpheli hakkında toplamda 12491 soruşturma dosyasının mevcut olduğu¹⁶; bu dosyalardan 2157 tanesi hakkında 4405 şüpheli için kamu davası açıldığı¹⁷, ceza mahkemelerinde ise toplamda 14920 sanık hakkında 6582 dava dosyası bulunduğu¹⁸, karara bağlanan 1405 dosyada 1905 sanık hakkında mahkûmiyet kararı verildiği görülmektedir¹⁹.

2023 yılı içerisinde İçişleri Bakanlığı tarafından açıklanan 180 günlük dönemi kapsayan verilere göre, yasa dışı bahis konularında 687 operasyonda 2 bin 372 şahıs gözaltına alınmış, 898'i tutuklanmıştır²⁰.

Mayıs 2023.

- 14 Interpol, 'Illegal Online Gambling in Asia Targeted in INTERPOL Operation' (*Interpol*, 4 August 2015) <<https://www.interpol.int/en/News-and-Events/News/2015/Illegal-online-gambling-in-Asia-targeted-in-INTERPOL-operation>> Accessed 15 May 2023.
- 15 İsa Altınışık, 'Kayıt Dışı Ekonomi: İlgel Bahis' (2017) (13) Selçuk Üniversitesi Sosyal ve Teknik Araştırmalar Dergisi 239, 245.
- 16 Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, 'Adalet İstatistikleri 2022' (*Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü* Mart 2023), s. 70, <https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/290.320.23141410adalet_ist-2022cal%C4%B1sma100kapakl%C4%B1.pdf> Erişim Tarihi 16 Mayıs 2023.
- 17 Adalet İstatistikleri 2022, s. 71.
- 18 Adalet İstatistikleri 2022, s. 90.
- 19 Adalet İstatistikleri 2022, s. 92.
- 20 Gonca Şenay, 'Yerlikayadan altı ayın bilançosu: 180 günde 593 operasyon' *Hürriyet* (6 Aralık 2023) <<https://www.hurriyet.com.tr/gundem/yerlikayadan-alti-ayin-bilancosu-180-gunde-593-operasyon-42371879>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2023.

Bahis sektöründeki para hacmi ve insanların bu sektöre gösterdiği rağbet göz önüne alındığında ve adalet istatistikleri ile karşılaştırıldığında, yasa dışı bahis suçlarının önemi anlaşılmaktadır. Bu çalışmada, spor müsabakaları ve spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli ve müşterek bahis veya şans oyunlarının hukukumuzdaki yeri değerlendirilecek ve 7258 sayılı Kanun'un 5'inci maddesinde düzenlenen suçlar, suçun unsurları, suçun özel görünüş biçimleri, suçun muhakeme süreci; yargı kararları ve öğretilerdeki görüşler bağlamında irdelenerek özellik arz eden hususlar ile birlikte inceleme konusu yapılacaktır.

II. SPOR MÜSABAKALARINA DAYALI SABİT İHTİMALLİ VE MÜŞTEREK BAHİS VEYA ŞANS OYUNLARININ KAPSAMI

7258 sayılı Futbol ve Diğer Spor Müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunları Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un 5'inci maddesinde düzenlenen suçlara değinmeden önce kavramların tanımlarının yapılması gerekmektedir. Bu kapsamda spor müsabakaları ve bahis veya şans oyunları kavramlarının genel çerçevesi çizilerek nelerin bu kavramların kapsamına girdiği irdelenecektir.

A. SPOR MÜSABAKALARI KAVRAMI

Spor, Türk Dil Kurumu'nun Güncel Türkçe Sözlüğü'nde "bedeni veya zihni geliştirmek amacıyla kişisel veya toplu olarak gerçekleştirilen, bazı kurallara göre uygulanan hareketlerin tümü" olarak tanımlanmaktadır²¹. Ancak spor, çok yönlü bir kavramdır. Kapsamı, yapılış biçimi ve yeri, hedefleri, kuralları, branşları, içerikleri gibi hususlarda farklılık arz ettiği için araştırmacılar tarafından da sporun farklı tanımlarla ifade edildiği görülmektedir²².

Sporun insanlar arasında yaygınlaşması ve çeşitlenmesi ile birlikte her spor dalı için ayrı ayrı kurallar ortaya konulmaya başlanmıştır²³. Sporun popülerleşmesi ile birlikte de spor organizasyonları daha küçük çaplı grupların aktiviteleri olmaktan çıkarak hem ulusal hem de uluslararası daha büyük organizasyonlara, müsabakalara dönüşmeye başlamıştır. Bu durum, beraberinde spor kulüplerinin ve federasyonlarının kurulmasını gerektirmiştir.

Bazı sporlar ülkelerinin kendi geleneksel kültürü ve tarihi doğrultusunda ortaya çıkmış ve gelişmiş, benzer spor dallarından çeşitli farklılıklarıyla ayrılan bir spor dalı olma özelliğine kavuşmuştur. Örneğin geleneksel yağlı güreş sporu oynanış biçimi ve kuralları, oyun malzemeleri, sporcu kıyafetleri gibi özellikleriyle diğer güreş dallarından farklılaşarak ülkemiz için böyle bir konuma erişmiştir²⁴.

21 Türk Dil Kurumu, 'Güncel Türkçe Sözlük' (*Türk Dil Kurumu*) <<https://sozluk.gov.tr>> Erişim Tarihi 16 Mayıs 2023.

22 Mehmet Tayfun Amman, 'Spor Sosyolojisi' iç Hüseyin Can İkizler (ed) *Sporla Sosyal Bilimler* (Alfa Yayınları 2000) 99 vd.

23 Ercan Karaoğlu, *Spor Hukukunun Temel Kavramları ve Sportif Alanda Doğabilecek Hukukî İhtilaflar* (Seçkin Yayıncılık 2017) 13.

24 Günay Özdemir ve Vedat Çalışkan, 'Geleneksel Bir Sporun Coğrafyası: Türkiye'de Yağlı Güreşler (Kırkpınar-Edirne ve Çardak-Çanakkale Güreşleri)', iç Necla Türkoğlu ve diğerleri (edr) *TÜCAUM 30. Yıl Uluslararası Coğrafya Sempozyumu Bildiriler Kitabı* (Ankara Üniversitesi 2018) 510 vd.

Bazı spor dallarının ise uluslararası alanda dahi ortak kabul görmüş olmalarına rağmen, olimpiyat oyunları gibi uluslararası oyunlarda yer almaması da mümkündür. Örneğin bilardo, beysbol, bowling gibi sporlar dünya çapında da oldukça popüler bir spor dalı olmalarına karşın olimpiyatlarda yer almamaktadır²⁵. Ancak her iki durum da ilgili spor dalının “spor olma” özelliğini ortadan kaldırmamaktadır. Önemli olan ulusal veya uluslararası kurallarla ilgili spor dalının kurallarının belirlenmiş, spor olarak tanımlanmış ve kabul edilmiş olmasıdır. Diğer taraftan, uluslararası kurallar ulusal mevzuatlarda da benzer biçimde yer bulmaktadır. Örneğin TFF'nin kurallarının FIFA'nın da içinde yer aldığı IFAB tarafından ortaya konulan kurallarla aynı olduğu görülmektedir²⁶. Bu kurallar diğer ülkelerde de geçerlidir²⁷. Mesela bir futbol terimi olan ofsayt, Türkiye’de neyi ifade ediyorsa, Almanya’da, İngiltere’de, Fransa’da da aynı şeyi ifade etmektedir.

Spor müsabakası kavramının tanımına bakıldığında, Spor Müsabakalarına Dayalı Sabit İhtimalli ve Müşterek Bahis Oyunlarının Özel Hukuk Tüzel Kişilerine Yaptırılması Hakkında Kanun’un 2/1-ö maddesi ve Spor Müsabakalarına Dayalı Sabit İhtimalli ve Müşterek Bahis Oyunları Uygulama Yönetmeliği’nin 4/1-aa maddesinde aynı biçimde tanımlandığı görülmektedir. İlgili tanımlarda “yurt içinde ve yurt dışında ilgili kurum ve kuruluşlarca tertiplenen resmî, özel, temsili, ulusal veya uluslararası spor karşılaşmaları” ifadesi yer almaktadır.

Bu tanımlamalardan yola çıkarak 7258 sayılı Kanun’da yer alan spor müsabakası deyiminden ulusal veya uluslararası kurallar uyarınca spor dalı olarak kabul edilmiş futbol, voleybol, basketbol, hentbol, buz hokeyi gibi spor dallarının müsabakalarının kastedildiği söylenebilecektir. Herhangi bir yasa hükmü ile veya yönetmelik ile kendisine spor müsabakası düzenleme yetkisi verilmemiş kişi veya kurumlar tarafından tertip edilen amatör turnuvalar ise bu Kanun kapsamında değerlendirilmemektedir. Eğer koşulları var ise bu turnuvalardan ötürü oynatılan bahisler, Türk Ceza Kanunu’nun 228’inci maddesinde düzenlenen “kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suçu” kapsamında değerlendirilebilecektir.

Ülkemizde bir spor dalı olarak kabul edilen ve 2018 yılında Türkiye E-Spor Federasyonu (TESFED) ismi ile federasyonu da kurulan e-spor oyunlarının da²⁸ 7258 sayılı Kanun kapsamında spor müsabakası olarak kabul edilebileceği ifade edilmelidir²⁹.

25 International Olympic Committee, ‘Olympics Sports List’ (International Olympic Committee) <<https://olympics.com/en/sports/>> Accessed 16 May 2023.

26 Türkiye Futbol Federasyonu, ‘2022-2023 Futbol Oyun Kuralları Kitabı’ (Türkiye Futbol Federasyonu) <<https://www.tff.org/Resources/TFF/Documents/MHK/2022-2023-Oyun-Kural-Kitabi.pdf>> Erişim Tarihi 15 Haziran 2023.

27 Örnek olarak Alman Futbol Federasyonu’nun yayınladığı kural rehberi paylaşılmıştır: Deutscher Fußball-Bund, ‘Fussball – Regeln 2022/2023’ (Deutscher Fußball-Bund) <https://www.dfb.de/fileadmin/_dfbdam/271144-Fussballregeln_22_23_GESAMT_online_einzels_10_22.pdf> Accessed 15 June 2023.

28 “E-Spor online oyunlar üzerine kurulu bir spor dalıdır. Elektronik spor, dünyanın dört bir yanından kişilerin internet aracılığıyla buluşup oyun oynayabileceği ya da belli zamanlarda düzenlenen uluslararası büyük elektronik spor organizasyonları aracılığıyla dünyanın farklı yerlerinden gelen insanların buluşup, oyun oynayabilecekleri bir spor olarak tanımlanabilir. Diğer spor müsabakalarındaki gibi e-Spor müsabakalarında da kişiler veya takımlar karşı karşıya getirilir ve çeşitli yeteneklerinin konuşacağı, oyunu izlemesi ve yapması keyifli bir ortam oluşturulur. Diğer sporlardaki gibi hem fiziksel hem de zihinsel çaba ve beceri gerektirir.”, ‘E-Spor nedir? Nasıl oynanır?’ *Fanatik* (6 Mart 2017) <<https://www.fanatik.com.tr/e-spor/e-spor-nedir-nasil-oynanir-1281425>> Erişim Tarihi 16 Haziran 2023.

29 Aynı yönde görüşler için: Ali Pashi, Sinem Görkem Gökçe, Yağmur Yollu ve Nimet Karaca, *E-Spor: Hukuki Bakış* (Seçkin

TCK'nın 228'inci maddesinin kapsamı dışında kalsa bile umuma mahsus veya umuma açık yerlerde her ne ad altında olursa olsun kazanç kastiyla oynanmasa dahi rulet, tilt, ve benzeri baht ve talihe bağlı veya maharet isteyen, otomatik, yarı otomatik el veya ayakla kullanılan oyun alet veya makinaları ile benzerlerini bulundurmamak veya çalıştırmak veya yurda sokmak yahut imal etmek yasaktır. Bu yasağa aykırı hareket edenler, 1072 sayılı Rulet, Tilt, Langırt ve Benzeri Oyun Alet ve Makinaları Hakkında Kanun'un 2'nci maddesinde yer alan suç çerçevesinde, bir yıldan beş yıla kadar hapis ve yüz günden bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacaktır.

Ülkemizde geleneksel kültür kapsamında yapılan hayvan dövüşleri³⁰ ile yasa dışı yapılan birtakım hayvan dövüşleri³¹ vardır. Geleneksel ya da yasa dışı olarak yapılan bu dövüşler spor olarak kabul edilmemektedir. Bu nedenle bu tür dövüşler üzerinden oynanan yasa dışı bahislerin de 7258 sayılı Kanun kapsamında olmadığı, ancak diğer şartlar sağlandığı takdirde TCK'nın 228'inci maddesinde düzenlenen "kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suçu" kapsamında değerlendirilebileceği söylenebilecektir. Diğer taraftan, yasa dışı gerçekleştirilen ve folklorik öğeler içermeyen hayvan dövüşleri için de 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu kapsamında idari yaptırım uygulanabileceği kanaatindeyiz³².

Son olarak, at yarışları ile ilgili olarak, 6132 sayılı At Yarışları Hakkında Kanun hükümlerine aykırı şekilde müşterek bahisler veya yarış piyangosu tertip ve tanzim edenler ve bunlara ait her türlü evrakı matbaa, teksir, daktilo, fotokopi ve sair suretlerde düzenleyenler ve düzenletenler, satanlar, dağıtanlar, sattıranlar veya dağıttıranlar, ilgili Kanun'un 7'nci maddesinde yer alan suç çerçevesinde cezalandırılacaktır³³.

B. SABİT İHTİMALLİ VE MÜŞTEREK BAHİS VE ŞANS OYUNU KAVRAMI

Bahis, Türk Dil Kurumu'nun Güncel Türkçe Sözlüğü'nde "görüşünde veya iddiasında haklı çıkacak tarafa bir şey verilmesini kabul eden sözlü anlaşma" olarak tanımlanırken³⁴, şans oyunu "talihi oyunu" olarak tanımlanmaktadır³⁵. 5602 sayılı Şans Oyunları Hasılatından Alınan Vergi, Fon ve Payların Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un 3/1-ğ maddesinde ise; "ilgili mevzuat çerçevesinde yetki verilen

Yayıncılık, 2021) 129. Ozancan Belci, 'Spor Müsabakalarında Yasadışı Bahis ve Şans Oyunu Suçları', (2021) 11(2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 379, 388.

30 Örneğin Artvinde gerçekleştirilen Geleneksel Boğa Dövüşü Festivali veya Sarayköy Geleneksel Deve Güreşi gibi kültürel hayvan dövüşleri bu kapsamdadır.

31 Yasa dışı düzenlenen köpek, horoz vb. hayvan dövüşleri bu kapsamdadır.

32 Belci, (n 29) 385.

33 "Sanığın aşamalarındaki savunmalarında, istikrarlı bir şekilde bahşiş karşılığı isteyenlerden notları ve paraları alıp ganyan bayiiinde oynadığını, olay günü de yine bir kişi için kupon oynayıp geldiğini ve verdiği sırada yakalandığını savunduğu, dosyada mevcut tutanağa göre de sanık üzerinde sadece bir bahis kuponu ve Bursa at yarışlarına ilişkin bülten bulunduğu anlaşılması karşısında, sanığın savunmasının aksine müşterek bahis oynatmak fiilini işlediğine dair her türlü kuşku uzak delil elde olunmadığı halde yerinde olmayan gerekçe ile yazılı şekilde hüküm kurulması" Yargıtay 19. Ceza Dairesi, E. 2019/1386 K. 2019/5964, 19.03.2019. Kaynak: De Jure Karar Arama Motoru.

34 Türk Dil Kurumu, 'Güncel Türkçe Sözlük' (Türk Dil Kurumu) <<https://sozluk.gov.tr>> Erişim Tarihi 16 Mayıs 2023.

35 Türk Dil Kurumu, 'Güncel Türkçe Sözlük' (Türk Dil Kurumu) <<https://sozluk.gov.tr>> Erişim Tarihi 16 Mayıs 2023.

kurum ve kuruluşlar tarafından tertip edilen ve sonucu tesadüfe dayalı olarak belirlenen her türlü oyunlar ile müşterek bahisler” olarak ifade edilmektedir.

Sabit ihtimalli bahis ve müşterek bahis kavramlarına bakıldığında ise bahis kavramında ikili bir ayrıma gidildiği görülmektedir. Müşterek bahis oyunları, Spor Müsabakalarına Dayalı Sabit İhtimalli ve Müşterek Bahis Oyunlarının Özel Hukuk Tüzel Kişilerine Yaptırılması Hakkında Kanun’un 2/1-h maddesi ve Spor Müsabakalarına Dayalı Sabit İhtimalli ve Müşterek Bahis Oyunları Uygulama Yönetmeliği’nin 4/1-ö maddesinde “*yurt içinde ve yurt dışında tertiplenen spor müsabakalarına ait sonuçların tahmin edilmesi üzerine oynatılan, hâsılatın önceden belirlenen ikramiye yüzdesinin, doğru sonucu tahmin eden iştirakçiler arasında paylaştırıldığı bahis oyunları*” olarak tanımlanmaktadır. Sabit ihtimalli bahis oyunları ise sırası ile aynı mevzuat düzenlemelerinin 2/1-n ve 4/1-u maddelerinde “*yurt içinde ve yurt dışında tertiplenen spor müsabakalarına ait sonuçların veya etkinliklerin tahmin edilmesi esasına göre oynatılan ve iştirak edenler arasından doğru tahmin edenlere, önceden belirlenen bahis oranlarıyla ikramiye kazandıran oyunlar*” olarak tanımlanmaktadır.

7258 sayılı Kanun’un 5’inci maddesi kapsamındaki suçların oluşabilmesi için spor müsabakasının varlığı yanında yukarıda tanımları yapılan nitelikte bahis ve şans oyununun oynanıyor olması gerekmektedir.

III. SPOR MÜSABAKALARINA DAYALI SABİT İHTİMALİ VE MÜŞTEREK BAHİS VEYA ŞANS OYUNLARININ YASALAŞMA SÜRECİ

Bahis ve şans oyunlarının hukukumuzdaki yasalaşma seyrine bakıldığında, tarihsel süreçte futbol karşılaşmalarını takip eden seyircilerin kendi aralarında bahis oyunları oynadıkları fark edilmiş ve bu durumun devlet denetimi altına alınmasının gerekliliği tartışılmıştır³⁶. Böylece 7258 sayılı Kanun, o dönemdeki ismi ile Futbol Müsabakalarında Müşterek Bahisler Tertibi Hakkında Kanun olarak 29.04.1959 yılında kabul edilmiştir³⁷.

26 Mart 1960 yılında da ilk kupon kabulü gerçekleştirilmiştir³⁸. Kanun’un isminden de anlaşılacağı üzere düzenlendiği ilk halinde yalnızca futbol müsabakalarındaki müşterek bahisler kanun kapsamındadır. 22.02.2007 tarihli ve 5583 sayılı Kanun’un 1’inci maddesi ile 7258 sayılı Kanun’un başlığı “Futbol ve Diğer Spor Müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunları Düzenlenmesi Hakkında Kanun” olarak değiştirilmiş, günümüzdeki haline dönüşerek futbol dışındaki spor dalları ve şans oyunları da 7258 sayılı Kanun kapsamına alınmıştır.

36 Türkiye Büyük Millet Meclisi, ‘T.B.M.M Zabıt Ceridesi Devre: 11 Cilt: 8 İçtima: 2, Altmış İkinci İnikat’ (Türkiye Büyük Millet Meclisi 29 Nisan 1959), s. 6 vd., <<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d11/c008/tbmm11008062.pdf>> Erişim Tarihi 16 Mayıs 2023.

37 Futbol Müsabakalarında Müşterek Bahisler Tertibi Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 7258, Kabul Tarihi: 29.04.1959, RG 09.05.1959/10201.

38 Spor Toto Teşkilat Başkanlığı, ‘Tarihçe’ (Spor Toto Teşkilat Başkanlığı) <<https://www.sportoto.gov.tr/tarihce>> Erişim Tarihi 15 Mayıs 2023.

Spor Toto Teşkilat Başkanlığı Görev, Yetki ve Sorumluluk Yönetmeliği'nin 6/1-a maddesi uyarınca “yurt içinde ve yurt dışında yapılan her türlü spor müsabakası üzerine yurt içinde ve yurt dışında spora dayalı bahis ve şans oyunları düzenlemek, denetim ve gözetimi altında düzenlemek, bunlara ilişkin her türlü izni vermek ve sözleşmeyi yapmak” görev ve yetkisi Spor Toto Teşkilat Başkanlığına verilmiştir. Teşkilat Başkanlığı, 5738 sayılı Spor Müsabakalarına Dayalı Sabit İhtimalli ve Müşterek Bahis Oyunlarının Özel Hukuk Tüzel Kişilerine Yaptırılması Hakkında Kanun hükümlerine göre bu yetkiyi özel hukuk kişilerine devredebilecektir. Teşkilat Başkanlığının kendi düzenlenmediği veya özel hukuk kişilerine düzenleme yetkisi vermediği bahis veya şans oyunları yasa dışı olarak nitelendirilebilecektir.

Spor Toto Teşkilat Başkanlığının Şans Girişim Ortak Girişimi ile imzaladığı 28.02.2019 tarihli idari sözleşme gereğince, Şans Girişim Ortak Girişimi Türkiye’de spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli ve müşterek bahis oyunları ile ilgili merkezi bahis sisteminin kurulması ve işletilmesi, risk yönetim merkezinin kurulması ve işletilmesi ile başbailik iş ve hizmetleri hususunda münhasır yetkili kılınmıştır³⁹. Ana bayi olan Şans Girişim Ortak Girişimi tarafından işletilmekte olan “iddaa” markasının resmi sitesi iddaa.com’dan ayrı olarak Teşkilat Başkanlığının ruhsat verdiği 6 adet sanal bayi aracılığı ile de oyun oynatma işlemleri gerçekleştirilmektedir. Bu siteler: Nesine.com, Tuttur.com, Misli.com, Birebin.com, Bilyoner.com, Oley.com’dur⁴⁰.

IV. YASA DIŞI BAHİS SUÇLARIYLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Anayasa Mahkemesi, 7258 sayılı Kanun kapsamındaki suçlarla korunan hukuki değerin genel ahlak, toplum ve çocukların kumardan korunması ve bunların yanında devletin verdiği izin ve yetkiye dayanarak bahis ve şans oyunu düzenleyen kişilerle bu kişilerin gelirlerinden pay alan kamu kurum ve kuruluşlarının mali çıkarları olduğunu ifade etmiştir⁴¹. Aynı değerlendirme Türk Ceza Kanunu’nun 228’inci maddesinde düzenlenen kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suçu için de yapılmaktadır. Nitekim doktrinde de bu suçlarla korunan hukuki değerin genel ahlak, toplumun kumardan korunmasına ilişkin menfaatleri ve devletin mali çıkarları olduğunu kabul eden görüşler

39 Şans Girişim, ‘Biz Kimiz’ (*Şans Girişim*) <<https://www.sansgirisim.com/biz-kimiz/>> Erişim Tarihi 16 Mayıs 2023.

40 İlgili bilgiye Bilgi Edinme Hakkı Kanunu kapsamında CİMER aracılığıyla Spor Toto Teşkilat Başkanlığına yapılan başvuru neticesinde 26 Mayıs 2023 tarihinde erişilmiştir. İlgili siteler aynı zamanda, Teşkilat Başkanlığının yasal sitesinin ana sayfasında da yer almaktadır.

41 “(...) 5237 sayılı Kanun’da yer alan suçla korunan hukuki menfaat, genel ahlakın korunması, toplumun ve çocukların kumarın sosyal bakımdan ortaya koyduğu büyük tehlikeden ve doğurması olası facialardan korunmasıdır. Buna karşılık itiraz konusu kuralda yer alan suçla korunan hukuki menfaat, yukarıda ifade edilen menfaatlerin yanında devletin verdiği izin ve yetkiyle bahis ve şans oyunları düzenleyen gerçek ve tüzel kişiler ile bu kişilerin gelirlerinden pay alan kamu kurum ve kuruluşlarının mali çıkarlarıdır. 7258 sayılı Kanun’a göre bahis ve şans oyunlarının devletin denetim ve gözetiminde yapılması suretiyle elde edilen gelirlerden sporla ilgili kurum ve kuruluşlar ile diğer kamu kurum ve kuruluşlarına aktarılan pay Türk ekonomisi ve sporu için önemli bir gelir kaynağı oluşturmaktadır. Bu bağlamda, internet ve sair suretle erişim sağlayarak yasadışı şekilde bu tür bahis ve şans oyunlarının oynatılması halinde söz konusu kurum ve kuruluşların bu katkı paylarından mahrum kaldığı, ayrıca bu şekilde yasadışı bahis ve şans oyunları oynatılmasına imkân sağlanmasının bir çeşit kara para aklama vesilesi olduğu da anlaşılmaktadır. Kanun koyucunun kuralla, suçun niteliğini, işleniş şeklini, mağdurda oluşan zararı ve korunan hukuki menfaati gözeterek, bu fiilleri 5237 sayılı Kanun’un kapsamı dışında düzenlediği ve daha ağır bir yaptırım tercih ettiği anlaşılmaktadır (...)” Anayasa Mahkemesi, E. 2016/51 K. 2016/179, 23/11/2016.

bulunmaktadır⁴². Bunun yanında, bu suçlarla korunan hukuki değerın daha geniş bir bakış açısıyla kamu güven ve düzeni ile devletin ekonomik düzeni olduğu yönünde görüşlere de rastlanmaktadır⁴³.

Yargıtay ve bazı Bölge Adliye Mahkemesi kararlarında ise suçla korunan hukuki değerin toplum olduğu ifade edilmektedir⁴⁴. Yine bazı Bölge Adliye Mahkemesi kararlarında da Türk Ceza Kanunu'nun 228'inci maddesinde düzenlenen kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suçu ile 7258 sayılı Kanun kapsamındaki suçlarla korunan hukuki değerin birbirinden farklı olduğu değerlendirilmektedir⁴⁵.

Kanaatimizce, 7258 sayılı Kanun'daki suçlardaki haksızlık unsurunun dayandığı temel nokta, oynatılan bahis ve şans oyunlarının yasal bir yetki olmaksızın oynatılmasıdır. Yoksa, bahis ve şans oyunları yasal bir yetkiye dayanarak çeşitli kurum veya kuruluşlar tarafından zaten oynatılabilmektedir. Bu nedenle bu suçlar ile korunmak istenen esas hukuki değerin, bahis ve şans oyunu düzenleyen yetkili kuruluşlar ile bu kuruluşlardan pay alan kamu kurum ve kuruluşlarının ekonomik çıkarları olduğu düşüncesindeyiz.

V. YASA DIŞI BAHİS SUÇLARININ UNSURLARI

A. SUÇUN MADDİ UNSURLARI

1. Suçun Konusu

7258 sayılı Kanun'da düzenlenen suçların konusunun, bahis veya şans oyunu oynayan kişiler olduğu savunulmaktadır⁴⁶. Yargıtay'ın kararları da bu doğrultudadır⁴⁷.

Kanaatimizce bahis ve şans oyunu oynatma, oynanması amacıyla yer veya imkân sağlama suçlarının konusu, hukuka aykırı şekilde bahis veya şans oyunu oynayan kişiler iken; teşvik etme fiilleri yönünden bahis veya şans oyunu oynamaya teşvik edilen kişilerdir. Para nakline aracılık etme fiili bakımından ise nakline aracılık edilen paradır.

42 Suat Çalışkan ve Ali Gürel, *Yasadışı Bahis ve Kumar Suçları* (2. Baskı, Platon Plus Yayıncılık, 2021) 468.

43 Rahime Erbaş ve Havva Begüm Tokgöz, 'Türk Ceza Hukukunda 'Ultima Ratio' İlkesi Bağlamında Spor Müsabakalarına Dayalı Bahis ve Şans Oyunları' iç İzzet Özgenç, Cumhuriyet Şahin ve Faruk Turhan (edr) 5. *Türk-Kore Ceza Hukuku Günleri Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu Tebliğler Kitabı* (Seçkin Yayıncılık 2020) 1737.

44 "(...) 7258 sayılı Kanunun 5. maddesinde öngörülen suçla korunan hukuki yararın toplum, suçun mağdurunun ise toplumu oluşturan bütün bireyler olduğu, bahis oynayan kişilerin ise suçun mağduru değil konusu oldukları cihetle (...) " Yargıtay 19. Ceza Dairesi E. 2015/4512 K. 2016/18541, 25.05.2016. "(...) 7258 sayılı Kanunun 5. maddesinde öngörülen suçla korunan hukuki yararın toplum, suçun mağdurunun ise toplumu oluşturan bütün bireyler olduğu, bahis oynayan kişilerin ise suçun mağduru değil konusu oldukları cihetle (...) " Adana Bölge Adliye Mahkemesi 10. Ceza Dairesi, E. 2018/975 K. 2018/1068, 24/04/2018. Kaynak: Uyap.

45 "(...) Öncelikle TCK 228/1 maddesinde düzenlenen suç ile 7258 sayılı yasanın 5.inci maddesinde düzenlenen suçların unsurlarının farklı olup, korunan hukuki yararın da farklı olduğu, suçların birbirlerine dönüşme şartlarının bulunmadığı (...) " İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 26. Ceza Dairesi, E. 2019/2470 K. 2021/681, 08/04/2021. Kaynak: Uyap.

46 Çalışkan-Gürel, (n 42) 470-471.

47 "(...) Somut olayda, sanıkların üzerine atılı 7258 sayılı Kanunun 5/2. maddesinde tanımlanan suçun mağdurunun toplum olup, bahis oynayan kişiler suçun konusunu teşkil ettiğinden (...) ", Yargıtay 19. Ceza Dairesi E. 2020/2391 K. 2021/3771, 29/03/2021. Kaynak: Uyap.

2. Fail ve Mağdur

7258 sayılı Kanun'un 5'inci maddesinde düzenlenen suçlar tipik hareket barındıran fiilleri gerçekleştiren herkes tarafından işlenebilir. Bu nedenle bu suçlar özgü suç özelliği göstermemektedir.

Öğretideki hakim görüş, suçun mağdurunun tüm toplum olduğu yönündedir. Bazı görüşlere göre ise suçun mağduru, Spor Toto Teşkilât Başkanlığıdır⁴⁸. Yargıtay'a ve Bölge Adliye Mahkemesi kararlarına göre de suçun mağduru, toplumdur⁴⁹. 5237 sayılı TCK'nın hazırlanmasında esas alınan suç teorisinde suçun maddi unsurları arasında yer alan mağdur ancak gerçek bir kişi olabilir. Tüzel kişilerin suçtan zarar gören olarak kabul edilmeleri mümkün ise de, tüzel kişiler mağdur sıfatını alamazlar. Suçtan zarar gören ile mağdur kavramları da aynı şeyi ifade etmemektedir. Mağdur suçun işlenmesiyle her zaman zarar görmekte ise de, suçtan zarar gören kişi her zaman suçun mağduru olmayabilir. Bazı suçlarda mağdur belli bir kişi olmayıp toplumu oluşturan herkes (geniş anlamda mağdur) olabilir⁵⁰.

Kanaatimizce, inceleme konusu olan suçun mağduru toplumu oluşturan bütün bireylerdir. Spor Toto Teşkilât Başkanlığı ise suçtan zarar gören olarak değerlendirilmelidir.

3. Fiil

Suçta sebebiyet veren fiiller Kanun'da dört kategori altında sıralanmıştır. Buna göre; "Spor Toto Teşkilat Başkanlığının düzenlemediği ya da ilgili mevzuatına göre düzenletmediği sabit ihtimalli ve müşterek bahis veya şans oyunlarının oynatılması, oynanması için yer veya imkân sağlanması" (m.5/1-a), "yurt dışında oynatılan spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli veya müşterek bahis ya da şans oyunlarının internet yoluyla ve sair suretle erişim sağlayarak Türkiye'den oynanmasına imkân sağlanması" (m.5/1-b), "bu oyunlara ilişkin para nakline aracılık edilmesi" (m.5/1-c) ya da "kişilerin bu oyunlara teşvik edilmesi" (m.5/1-ç), yasa dışı bahis suçlarının fiil unsurunu oluşturmaktadır⁵¹.

48 Mustafa Artuç, *Pratik Türk Ceza Kanunu* (5. Baskı, Adalet Yayınevi 2019) 736 (Aktaran: Belci, (n 29) 394)

49 "(...) 7258 sayılı Yasanın 5. maddesinde tanımlanan suçun mağduru toplum olup, bahis oynayan kişiler suçun konusunu teşkil ettiğinden (...)", Yargıtay 7. Ceza Dairesi E. 2021/15431 K. 2021/10886, 23/09/2021. "(...) yasa dışı bahis ya da şans oyunlarının oynanmasına imkan sağlama suçunda oynayan kişiler suçun mağduru olmayıp konusunu teşkil ettiği, bu suçlarda suçun mağdurunun doğrudan toplum olduğu cihetle (...)" Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 13. Ceza Dairesi, E. 2022/1237 K. 2023/1889, 25/09/2023. Kaynak: Uyap.

50 Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Mehmet Emin Aşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (16. Baskı, Adalet Yayınevi 2022) 385.

51 Yargıtay içtihatlarında, "yurt dışında oynatılan spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli veya müşterek bahis ya da şans oyunlarının internet yoluyla ve sair suretle erişim sağlayarak Türkiye'den oynanmasına imkân sağlanması"nın (m.5/1-b) seçimsel bir hareket olarak değil, birinci fıkradaki suçun nitelikli hali olarak değerlendirildiği görülmektedir. "7258 sayılı Yasanın 5/1.a maddesinde yer alan "Spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli ve müşterek bahis veya şans oyunlarını oynatanlar ya da oynanmasına yer veya imkân sağlayanlar..." şeklindeki düzenleme ile suçun maddi unsurunun belirlendiği, aynı fıkranın "b" bendindeki "Yurt dışında oynatılan spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli veya müşterek bahis ya da şans oyunlarının internet yoluyla ve sair suretle erişim sağlayarak Türkiye'den oynanmasına imkân sağlayan kişiler..." hükmü ile de bu fiilin yurt dışında düzenlenen bahis oyunlarının yurtiçinde oynanmasına imkan sağlamak suretiyle işlenmesinin nitelikli hal olarak kabul edildiği, hal böyle iken sanıkların eyleminin hangi bent kapsamında kaldığı duraksamaya yer bırakmayacak şekilde belirlendikten sonra, buna göre hukuki durumlarının takdir ve tayini yerine, sanıklar hakkında her iki bentten ayrı ayrı hükümler kurulmak suretiyle fazla ceza tayini" Yargıtay 7. Ceza Dairesi, E.

7258 sayılı Kanun'un 5'inci maddesinde düzenlenen suçun işlenebilmesi için "kanunun verdiği yetkiye dayalı olmaksızın" ilgili davranışların gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu durumda kanun tarafından verilen yetkiye dayanılarak ilgili fiiller gerçekleştirildiği takdirde, fiil tipik olmayacak ve suçun oluşumundan söz edilemeyecektir.

Bu suçta, maddede yer verilen fiillerin dışında ayrıca bir neticenin gerçekleşmesi aranmamaktadır. Dolayısıyla suçun oluşumu bakımından, örneğin failin kendisine veya başkasına bir menfaat sağlaması şart değildir⁵².

a. Yasa Dışı Bahis veya Şans Oyunları Oynatma, Oynanması Amacıyla Yer veya İmkân Sağlama (m.5/1-a)

7258 sayılı Kanun madde 5/1-a hükmünde düzenlenen suç; spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli ve müşterek bahis veya şans oyunlarını oynatma ya da oynanmasına yer veya imkân sağlama fiilleriyle işlenebilir. Buradaki hareketler seçimlidir.

İlgili düzenlemeden anlaşılacağı üzere, sabit ihtimalli ve müşterek bahis veya şans oyunlarını bizzat oynamak, bu madde kapsamında suç teşkil etmemekle birlikte⁵³, 5'inci madde kapsamında "oynama" fiili kabahat olarak düzenlenmiş ve bu oyunları oynayanların mahallin en büyük mülki idare amiri tarafından beş bin liradan yirmi bin liraya kadar idari para cezası ile cezalandırılması öngörülmüştür. İlgili düzenleme TCK'nın 228'inci maddesi ve Kabahatler Kanunu'nun 34'üncü maddesi ile paralel bir düzenlemedir. Kanun koyucu, kumar oynanması için yer ve imkân sağlanması fiilini suç olarak düzenlemişken, kumar oynanması fiilini kabahat olarak düzenleme iradesi göstermiştir⁵⁴.

Oynatma fiili, yasa dışı bahis veya şans oyunlarının kurallarını, işleyişini veya genel olarak oyun sürecini organize etmek veya organizasyon sürecine katılan kişilerden olmak şeklinde anlaşılmalıdır⁵⁵.

2021/15525 K. 2021/10533, 16.09.2021. Kaynak: De Jure Karar Arama Motoru.

- 52 "Vidani kanunun oluştuğu duruşma sürecini yansıtan tutanaklar, belgeler ve gerekçe içeriğine göre yapılan incelemede: Yapılan aramada bilgisayar, kupon yazıcısı, oynanmış kuponlar, not kağıtları ve bültenler ele geçtiği, bilgisayarda yapılan incelemede www.sanslibet.net ve www.superbwin.net isimli sitelere binlerce defa bağlantı yapıldığı ve kupon yatırma ve yazdırma işlemlerinin yapıldığının tespit edildiği, suça sürüklenen çocuğun aşamalarda alınan savunmalarında arkadaşlarına bahis oynattığını kabul ettiği, gerek suç tarihindeki düzenlemede gerekse 6495 sayılı Kanunun 3. maddesi ile yapılan değişiklikten sonraki hali ile 7258 sayılı Kanunun 5. maddesinde tanımlanan suçun unsurları arasında menfaat temin edilmesinin bulunmadığı anlaşılmakla, yasa dışı bahis oynattığı sübut bulan suça sürüklenen çocuğun münsnet suçtan cezalandırılması yerine yerinde görülmeyen gerekçe ile beraatine karar verilmesi" Yargıtay 19. Ceza Dairesi, E. 2015/34596 K. 2017/10121, 27.11.2017. Kaynak: De Jure Karar Arama Motoru.
- 53 "Sanığa ait işyerinde...lotosu tabir edilen yasadışı bahis oynatıldığının iddia ve kabul edildiği olayda, sanığın suçlamayı kabul etmeyerek işyerinde ele geçen maç kuponlarını internet üzerinden kendisinin oynadığını ve kimseye bahis oynatmadığını savunması, arama yapılan işyerinde sanığın cep telefonu alım satımı işi ile uğraştığı ve ele geçen değişik tarihli oynanmış 10 adet bahis kuponlarındaki spor müsabakalarının farklı maçlara ilişkin olup toplam bahis miktarının 295 TL olduğunun anlaşılması karşısında, sanığın üzerine atılı suçu işlediğine dair savunmasının aksini gösterir her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığından beraati yerine, yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi" Yargıtay 19. Ceza Dairesi, E. 2015/15984 K. 2016/13713, 23.03.2016. Kaynak: De Jure Karar Arama Motoru.
- 54 Ersan Şen, 'Kumar, Bahis ve Şans Oyunları Oynatma Suçu' (*Hukuki Haber*, 18 Mayıs 2019) <<https://www.hukukihaber.net/spor-musabakalarinda-bahis-ve-sans-oyunlari-oynatma-sucu>> Erişim Tarihi 22 Aralık 2023.
- 55 Abdulhaluk Kantarcı, 'Kumar Oynanması için Yer ve İmkân Sağlama Suçu' (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi 2023) 101.

Yer sağlama fiilinden anlaşılması gereken, yasa dışı bahis veya şans oyununun oynanabileceği bir yeri temin etmeyi ifade etmektedir.

İmkân sağlama ise ilgili oyunların oynanabilmesi için gerekli olan kupon yazdırma makinası gibi araç-gereç veya kupon kâğıdı benzeri eşyaların ya da paranın temininin yapılması gibi fiilleri veya polis baskınına önlemek vb. şekilde oyunların oynanmasını olanaklı hale getirmeyi sağlayan fiilleri ifade etmektedir⁵⁶.

İlgili suçların oluşabilmesi için oyunların oynanması için Spor Toto Teşkilat Başkanlığı tarafından izin verilmemiş veya verilen iznin kapsamı aşılan şekilde oyunların oynatılmış olması gerekmektedir. Örneğin izin sınırları kapsamında kalmak şartı ile, Misli, Bilyoner gibi yetkili sitelerde oynanan oyunlar bu suça vücut vermeyecektir.

b. Yurtdışında Oynatılan Spor Müsabakalarına Dayalı Bahis ya da Şans Oyunlarının İnternet Yoluyla ve Sair Suretle Erişim Sağlayarak Türkiye’den Oynanmasına İmkân Sağlama (m.5/1-b)

7258 sayılı Kanun madde 5/1-b’de düzenlenen bir diğer seçimlik hareket, yurtdışında oynatılan spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli veya müşterek bahis ya da şans oyunlarının internet yoluyla ve sair suretle erişim sağlayarak Türkiye’den oynanmasına imkân sağlanmasıdır. “İnternet veya sair surette” cümlesi gereği, yurtdışında oynanan bir spor müsabakasına dayalı bahis veya şans oyunlarının, sadece internet aracılığıyla değil, teknolojinin mümkün kıldığı her türlü uzaktan bağlantı kurularak erişim sağlanması suretiyle yurt içinde oynatılmasının, bu suç kapsamına dâhil edildiği ifade edilebilecektir⁵⁷.

İlgili madde kapsamında; üzerine yasa dışı bahis veya şans oyunu oynanan spor müsabakasının mı yurtdışında oynanması gerektiği, yoksa bahis veya şans oyununun mu yurtdışında gerçekleşmesi gerektiği hususu tartışmalıdır.

Öğretide, oyunun Türkiye’de oynanmasına imkân sağlanması nedeniyle suçun Türkiye’de işlenmiş sayılacağı, fakat oyunun yurtdışında oynatılması ihtimali nedeniyle oluşabilecek tereddütlerin giderilmesi amacıyla bu bent kapsamındaki suçun düzenlendiği ifade edilmektedir⁵⁸.

Yargıtay uygulamasına bakıldığında, internet üzerinden işlenen suçun madde 5/1-a veya b bentlerinden hangisinin kapsamında kalacağıın tespiti önemlidir. Zira, kişinin fiiline uyan kanun maddesinin ve dolayısıyla uygulanacak cezai yaptırımın türü ve miktarının belirlenebilmesi, bu husustaki tespitin yapılabilmesine bağlıdır⁵⁹.

56 Mustafa Artuç, *Pratik Türk Ceza Kanunu* (7. Baskı, Adalet Yayınevi 2023) 1263.

57 Erbaş ve Tokgöz, (n 43) 1739.

58 Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (28. Baskı, Adalet Yayınevi 2023) 76.

59 “Mahkemeye, sanığın eylemine uyan kanun maddesinin ve dolayısıyla uygulanacak cezai yaptırımın türü ve miktarının belirlenmesi amacıyla, sanığın yurt içinde oynatılan bahis oyunlarına mı yoksa yurt dışından oynatılan bahis oyunlarına mı internet veya sair yollarla erişmek suretiyle Türkiye’den oynatılmasına imkan sağladığının, hangi sitelere hangi yoğunlukla giriş yapıldığının, dosyada ele geçirilen harddisk (bilgisayar kütüğü) üzerinde yapılacak ayrıntılı bilirkişi incelemesi sonucu tespit edilmesi ile sonucuna göre hukuki durumunun tayin ve takdir edilmesi gerekirken; Soruşturma aşamasına alınan

Bu tespit yapılırken, bahis oyunlarına konu müsabakaların yurt dışı kaynaklı olmasının yeterli olmadığı⁶⁰ ve suç tarihinde internet sitesinin bulunduğu yerin de araştırılması gerektiği ifade edilmektedir⁶¹. Ancak Kanun'un lafzına bakıldığında "yurt dışında" vurgusunun bahis veya şans oyununa mı yönelik olduğu yoksa yurt dışında oynanan spor müsabakasının mı kastedilmek istendiği tam olarak anlaşılammamaktadır⁶². Bu nedenle kastedilenin spor müsabakaları olduğu yorumunun yapılmasına da müsait bir zemin bulunmaktadır. Bölge Adliyesi Mahkemesi kararlarına bakıldığında farklı yönde kararlar verildiği⁶³ ve hükmün her iki yoruma da açık olduğu görülmektedir⁶⁴.

inceleme raporunda, harddisk içindeki verilerden hareketle sadece bilgisayardan oynanan kuponların ekran çıktılarının imaj görüntülerinin alınarak; sanığın üzerine atılı yasa dışı bahis oynatmak suçunun sabit görüldüğü gerekçesiyle, sanığın sabit görülen eylemi ve varılan kanaatle çelişkili biçimde, 7258 sayılı Kanun'da yasa dışı bahis oyunlarına ilişkin "para nakline aracılık etmek" suçu için düzenlenen 5/1-c maddesinden mahkumiyetine karar verilmesi" Yargıtay 7. Ceza Dairesi, E. 2021/14524 K. 2021/10876, 09.09.2021. Kaynak: De Jure Karar Arama Motoru.

- 60 "(...) sanığın eyleminin 7258 sayılı Yasanın 5/1-b maddesi kapsamında kaldığının kabul edilebilmesi için bahis oyunlarına konu müsabakaların yurt dışı kaynaklı olmasının yeterli olmadığı, sanık tarafından internet yoluyla erişim sağlanan sabit ihtimalli veya müşteri bahis ya da şans oyunlarını oynattığı sitelerin yurt dışı kaynaklı olması gerektiği, erişim sağlanan sitelerin yurt dışı kaynaklı olduğu noktasında tespit yapılamaması ya da sitelerin yurt içi kaynaklı olması durumunda sanık hakkında anılan Yasanın 5/1-a maddesi uyarınca mahkumiyet kararı verilmesi gerekeceği anlaşılmalı (...)", Yargıtay 7. Ceza Dairesi, E. 2022/6829 K. 2022/14266, 18/10/2022. Kaynak Uyap.
- 61 "(...) fiilin hangi bent kapsamına girdiğinin tespitinde ayırt edici unsur, bahis oynanan futbol ya da sair müsabakaların oynandığı yer değil, bahis organizasyonunun ya da günümüz teknik imkânları göz önüne alındığında, bahis oynatmak üzere erişim sağlanan internet sitesinin bulunduğu yer olduğu cihetle, bozma üzerine yaptırılan bilirkişi incelemesi neticesinde düzenlenen raporda, bilgisayarda tespit edilen bahis kuponlarındaki futbol müsabakalarının yurtdışında oynandığının belirtilmesi üzerine sanığın eyleminin 7258 sayılı Kanunun 5/1.b maddesi kapsamında kaldığı kanaatine ulaşılmış ise de gerekirse Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu ve diğer kaynaklardan araştırılmak suretiyle, sanığın bahis oynattığı tespit edilen "www(...).com" internet sitesinin, suç tarihi itibarıyla, bulunduğu yer tespit edilip, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerekirken (...)", Yargıtay 19. Ceza Dairesi, E. 2020/4413 K. 2021/6614, , 15/06/2021. Kaynak Uyap.
- 62 "Yapılan aramada ele geçen bahis oyununa ilişkin kuponların, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde faaliyet gösteren Galaksi Bett isimli yasa dışı bahis şirketine ait olduğunun anlaşılması karşısında, suça sürüklenen çocuğun eyleminin 7258 sayılı Kanun'un 5/2. maddesine aykırı olduğu gözetilmeden eksik ceza tayin edilmesi karşı temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır" Yargıtay 19. Ceza Dairesi, E. 2016/9803 K. 2017/2139, 13.03.2017. Kaynak: De Jure Karar Arama Motoru.
- 63 "(...) oynanan bahislere futbol müsabakalarının Türkiye'deki futbol takımlarına mı yoksa yabancı futbol takımlarına mı ilişkin olduğu hususunda rapor aldirılarak sanığın yurt içinde oynanan spor müsabakalarına ilişkin bahis oynattığı değerlendirildiği takdirde 7258 sayılı yasanın 5-a, yurtdışında oynanan spor müsabakalarına ilişkin bahis oynattığının tespit edilmesi halinde ise 7258 sayılı yasanın 5-b maddesinden hüküm tesisi gerekirken (...)", İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 16. Ceza Dairesi, E. 2016/68 K. 2016/57, 29/11/2016. (Aktaran: Çalışkan-Gürel, (n 42) 456-457) Başka bir karar örneği olarak "(...) sanığın yurt içinde oynatılan bahis oyunlarına mı yoksa yurt dışından oynatılan bahis oyunlarına mı internet veya sair yollarla erişmek suretiyle Türkiye'den oynatılmasına imkân sağladığının, hangi sitelere hangi yoğunlukla giriş yapıldığının tereddüte mahal bırakmayacak şekilde belirlenmesinden sonra, yasa dışı bahis oynatılan sitenin yurt dışı kaynaklı ve bahis oynanan maçların da yurt dışı maçları olması halinde sanığın eyleminin 7258 sayılı Kanunun 5/1-b maddesindeki suçu oluşturacağı, aksi takdirde ise sanığın eyleminin 7258 sayılı Kanunun 5/1-a maddesindeki suçu oluşturacağı da dikkate alınarak sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken (...)" İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 16. Ceza Dairesi, E. 2023/258 K. 2023/293, 16/02/2023. Kaynak Uyap.
- 64 "(...) Somut olayın özelliğine göre; hangi bahis sitelerine, hangi üye adı ve şifre ile hangi tarihlerde kaç kez girildiği, kaç kez kupon oluşturulduğu, kupon yazıcısı ele geçirilmiş ise bu yazıcıdan kaç kez kupon bastırıldığı, hesap hareketleri incelenerek herhangi bir bahis şirketine para yatırılıp yatırılmadığı, hesapta bakiye bulunup bulunmadığı, yasa dışı bahis sitelerinin yurt içi mi yoksa yurt dışı kaynaklı mı olduğu, sanığın bahis oynattığı kabul edilen sitelere erişim yoğunluğunu, toplanan deliller ve ulaşılan bilgilerin mahiyetleri de dikkate alınmak suretiyle, 7258 sayılı Kanuna aykırı olarak bahis oynanmasına imkan sağlayıp sağlamadığı, bu anlamda bireysel kullanıcı mı yoksa yasa dışı bahis oynatıcısı mı olduğu hususları kesin olarak belirlendikten sonra, sanığın yurt dışı kaynaklı bahis siteleri üzerinden yasa dışı bahis oynanmasına imkan sağladığının anlaşılması halinde 7258 sayılı Kanunun 5/1-b maddesi, yurt içi kaynaklı bahis siteleri üzerinden yasa

Günümüzde internet kullanımının yaygınlaşması ve ilgili Kanun hükmünün en son düzenlendiği tarihten bu yana internetin de evrim geçirmesi ile birlikte, ilgili hükmün uygulamadaki ihtiyaçları tam anlamıyla karşılayamayacak hale geldiği görülmektedir. Kanaatimizce Kanun'un lafzından kaynaklı olarak ilgili hüküm her iki türlü yoruma ve uygulamaya da açıktır. Bu belirsizliğin yasal değişiklikle giderilmesinin yerinde olacağı düşüncesindeyiz.

c. Yasa Dışı Bahis veya Şans Oyunlarına İlişkin Para Nakline Aracılık Edilmesi (m.5/1-c)

7258 sayılı Kanun madde 5/1-c'de düzenlenen fill; spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli veya müşterek bahis ya da şans oyunları ile bağlantılı olarak para nakline aracılık etmektedir. İlgili hükme göre suçun oluşabilmesi için spor müsabakaları üzerinde kanuna dayalı olmaksızın oynatılan bahis veya şans oyunlarına ilişkin para nakline aracılık edilmiş olması gerekmektedir. Hükümdeki para ifadesinin milli veya yabancı para ayrımı yapılmadan herhangi bir para birimini kapsadığı kabul edilebilecektir. Ancak ilgili hükümde nakle konu mal varlığı değeri para olarak ifade edildiği için, para dışındaki mal varlığı değerlerinin bu suçu oluşturup oluşturmayacağı konusu tartışmalıdır. Kanunilik ilkesi gereği, para dışında başka bir mal varlığı değerine ilişkin nakle aracılık edilmesinin suç oluşturmayacağı görüşünde olan yazarlar vardır⁶⁵. Türk Ceza Kanunu'nun 198'inci maddesinde paraya eş değer olduğu belirtilen değerlerin de bu suçu oluşturacağını savunan görüşler bulunmaktadır⁶⁶. Para niteliği bulunmadığı kabul edilen kripto varlıkların ise bu suçu oluşturmayacağı ifade edilmektedir.⁶⁷ Kanaatimizce de hükümde para ifadesi geçtiği için kanunilik ilkesi gereği para dışındaki mal varlığı değerlerinin bu kapsamda değerlendirilmemesi gerekmektedir.

Para nakli eylemi, paranın bir yerden başka bir yere taşınması suretiyle fiziksel nakli olabileceği gibi, banka veya elektronik para ödeme hesabı üzerinden transfer yapılması veya kişinin kendi banka hesabının para nakli için kullanılmasına izin vermesi suretiyle de işlenebilir⁶⁸.

dışı bahis oynanmasına imkan sağladığının anlaşılması halinde ise, aynı kanunun 5/1-a maddesi gereğince mahkumiyet hükmü kurulmalıdır. (...)", Adana Bölge Adliye Mahkemesi 11. Ceza Dairesi, E. 2023/1131 K. 2023/1306, 21/09/2023. Başka bir karar örneği olarak "(...)7258 sayılı Kanun'un 5/1-a ve 5/1-b maddelerindeki düzenleme gözetildiğinde, bahis oynanan spor müsabakasının yurt dışında veya yurt içinde oynanan spor müsabakası olmasının önem arz etmediği, bahis oynatılan internet sitesinin yurt dışı kaynaklı olması halinde eylemin Kanunun 5/1-b maddesine, yurt içi kaynaklı olması halinde ise eylemin Kanunun 5/1-a maddesine uyacağı nazara alındığında; – Sanığın 7258 Sayılı Kanunun 5.Maddesine göre yurt dışında veya içinde oynatılan her çeşit bahis veya şans oyunlarının internet yoluyla vesair suretle erişim sağlayarak Türkiye'den oynanmasına imkan sağlayıp sağlamadığı, suç aleti bilgisayarla bağlantı kurduğu tespit edilen oyun sitelerinin yurt içi veya yurt dışı kaynaklı olup olmadığı, sanık adına açılmış bir hesap bulunup bulunmadığı, yasa dışı bahis sitesine hangi tarihlerde ve ne sıklıkla girildiği ve ne miktarda kupon oynandığı, ele geçen eşyalar ile internet sitesine girerek kupon oluşturulup oluşturulmadığı, kupon yazdırılıp yazdırılmadığı, bakiye olup olmadığı hususlarında, bilişim ve bahis konusunda uzman tarafsız bilirkişiye inceleme yaptırılıp açıklayıcı rapor alınması (...)", Diyarbakır Bölge Adliye Mahkemesi 12. Ceza Dairesi, E. 2022/722 K. 2022/3708, 16/12/2022. Kaynak Uyap.

65 Ersan Şen ve Fatma Betül Bodur, 'Futbol Müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunları', *Yorumluyorum XVII* (Seçkin Yayıncılık, 2018) 121.

66 Belci, (n 29) 399.

67 Şen ve Bodur, (n 65) 121-122.

68 Çalışkan ve Gürel, (n 42) 322.

ç. Kişilerin Reklam Vermek veya Sair Yolla Yasa Dışı Bahis ya da Şans Oyunları Oynamaya Teşvik Edilmesi (m.5/1-ç)

7258 sayılı Kanun madde 5/1-ç'de düzenlenen fill; reklam vermek veya sair yollarla kişileri yasa dışı bahis ya da şans oyunu oynamaya teşvik etmektedir. Buradaki suç serbest hareketli olup kişiyi bu oyunları oynamaya teşvik edecek herhangi bir eylemle işlenebilmesi mümkündür.

Madde metninde kullanılan sair yolla ifadesi gereği, bu suç internet siteleri, radyo veya televizyon gibi araçlarda reklam verme suretiyle işlenebileceği gibi; el broşürü dağıtma, yüz yüze konuşup görüşerek teşvik etme gibi eylemlerle de işlenebilecektir⁶⁹.

B. SUÇUN MANEVİ UNSURLARI

7258 sayılı Kanun'da düzenlenen suçlar kasten işlenebilen suçlar olup taksirle işleniş biçimleri cezalandırılmamıştır. Öğretide bu suçların olası kastla işlenmesinin mümkün olmadığı, ancak doğrudan kastla işlenebileceği yönünde düşünceler mevcuttur⁷⁰. Bu suçlar bakımından failin kastının hukuka aykırılığı da kapsamı, başka bir deyişle failin kanunun verdiği yetkiye dayalı olmadığı bilincinde olarak 7258 sayılı Kanun'un 5'inci maddesinde tanımlanan fiillerden birisini işlemesi gerektiğinden, kanaatimizde de yasa dışı bahis veya şans oyunu suçları ancak doğrudan kastla işlenebilecektir.

Bu suçların gerçekleşebilmesi için kast yeterli olup failin belirli bir saikle hareket etmesi gerekmemektedir.

C. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

7258 sayılı Kanun'un 5'inci maddesinde düzenlenen suçun işlenebilmesi için "*kanunun verdiği yetkiye dayalı olmaksızın*" ilgili eylemlerin gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu durumda kanun tarafından verilen yetkiye dayanılarak ilgili eylemler gerçekleştirildiği takdirde bu suç oluşmayacaktır. Esasen maddede geçen bu ibare, fiilin tipik olmasını engelleyeceğinden, suçun maddi unsurları içerisinde mütalaa edilmelidir. Böylelikle, suçun oluşumu bakımından, failin kastının kanuna aykırılığı da kapsamı gerekecektir. Örneğin kendisine yasal yetki verilmiş Tuttur.com veya diğer yasal bahis sitelerinde bahis oyunlarının oynatılması halinde, fiil suç teşkil etmeyecektir. Diğer taraftan bu yasal bahis sitelerinde oynatılan bahis veya şans oyunlarına internet üzerinden erişim sağlamak, kişileri reklam ve sair suretle bu oyunları oynamaya teşvik etmek ve bu oyunlara ilişkin para nakline aracılık etmek fiillerinin de, bu madde kapsamında cezalandırılması söz konusu olmayacaktır.

69 Erbaş ve Tokgöz, (n 43) 1739.

70 Belci, (n 29) 402-403.

VI. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

A. TEŞEBBÜS

Yasa dışı bahis suçları, sırf hareket suçu özelliği göstermekte olup suçun oluşumu bakımından herhangi bir netice aranmamaktadır. Bu suçlarda, fiil kısımlara ayrılabilirdiği ölçüde teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesi mümkündür (m.35). Aynı şekilde icra hareketlerinden gönüllü olarak vazgeçen kişi hakkında, gönüllü vazgeçme hükümleri de uygulanabilir (m.36). Bu suç bakımından Kanun'da etkin pişmanlık düzenlemesine yer verilmemiştir.

B. İŞTİRAK

7258 sayılı Kanun'un 5'inci maddesinde düzenlenen suçlar iştirak bakımından herhangi bir özellik taşımamaktadır. Yer ve imkân sağlama eylemleri bakımından maddenin kendi özel düzenlemesi gereği, bu eylemleri gerçekleştirenler yardım eden sıfatıyla değil, fail sıfatıyla değerlendirilecektir. Yine teşvik etme fiili, müstakil olarak düzenlendiği için, bu fiili gerçekleştirenler yardım eden sıfatıyla değil, fail sıfatıyla cezalandırılacaktır.

C. İÇTİMA

Yasa dışı bahis oynatma veya oynanmasına yer ya da imkân sağlama fiilleri bakımından zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilirliği hususunda bazı tartışmalara değinmekte fayda bulunmaktadır. Yargıtay'ın birçok kararında suçun mağdurunun toplum olduğu ve bahis oynayan kişilerin de suçun konusunu oluşturduğu gerekçesiyle zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağı ifade edilmiştir⁷¹. Bölge Adliye Mahkemesi kararlarında da aynı değerlendirmenin yapıldığı görülmektedir⁷².

Öğretide de aynı oyunu oynayan birden fazla kişi olması durumunda kişi sayısının suç oluşmayacağı ve zincirleme suç hükümlerinin uygulama alanı bulmayacağı yönünde görüşler dile getirilmektedir⁷³.

71 “(...) 5237 sayılı TCK'nin 43. maddesi gereğince, bir suç işleme kararının icrası kapsamında, aynı suçun değişik zamanlarda aynı kişiye karşı birden fazla işlenmesi durumunda veya tek eylemle birden fazla kişiye karşı işlenmesi halinde sanığa hükmolunacak cezanın zincirleme suç hükümleri sebebiyle artırılması gerekmektedir birlikte, 7258 sayılı Yasanın 5. maddesinde tanımlanan suçun mağduru toplum olup, bahis oynayan kişiler suçun konusunu teşkil ettiğinden, şartları oluşmadığı halde cezanın tertip ve tayininde zincirleme suç hükümleri uygulanarak fazla ceza tayini (...)”, Yargıtay 7. Ceza Dairesi, E. 2021/15431 K. 2021/10886, 23/09/2021. Kaynak: Uyap.

72 “(...) 7258 sayılı Kanun'un 5. maddesinde düzenlenen eylemin mağdurunun toplum olduğu, bahis oynayan kişilerin suçun konusunu oluşturduğu, suçun niteliği gereği hareketlerin tekrar edilmesinin arandığı hallerde aynı suçu meydana getiren hareketlerin çokluğu veya tekrarlanması yahut seçimli hareketli suçlarda birden çok seçimli hareketlerin yapılması durumunda zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmadığı, atılı suçun mahiyeti gereği birden fazla ve zamana yayılan aynı amaca yönelik eylemin iddianame ile hukuki kesinti oluşana kadar temadi eden tek suç olduğu, fiilin zamana yayılması ve özelliklerinin TCK 61 maddesindeki bireyselleştirme ile değerlendirilebileceği cihetle, somut olayda teselsül hükümlerinin uygulanamayacağına gözetilmemesi (...)” Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 9. Ceza Dairesi 1. Heyet, E. 2021/1920 K. 2023/517, 21/02/2023. Kaynak: Uyap.

73 Sacit Yılmaz, ‘Bahis Oyunları ve Ceza Hukuku Sorumluluğu’, İç İzzet Özgenç, Cumhur Şahin ve Faruk Turhan (edr) 5. Türk-Kore Ceza Hukuku Günleri Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu Tebliğler Kitabı (Seçkin Yayıncılık 2020) 1765.

Kanaatimizce de failin aynı bahis veya şans oyununu birden fazla kişiye oynatması halinde bunun tek fiil olarak değerlendirilmesi gerekirken, değişik zamanlarda farklı bahis veya şans oyunları oynatması halinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkündür.

Fail tarafından 7258 sayılı Kanun'da düzenlenen suçların yanında, farklı suçların da işlenmesi halinde, bu suçlardan ayrı ayrı cezalandırılması gerekecektir. Örneğin yasa dışı bahis suçlarına yönelik fiiller aynı zamanda bir örgüt faaliyeti çerçevesinde gerçekleştirilmişse, ayrıca örgüt suçlarından da sorumluluk gündeme gelecektir. Failin yasa dışı bahis suçlarını işlemek suretiyle, mağdurları kandırıp haksız menfaat elde etmesi durumunda, ayrıca dolandırıcılık suçundan cezalandırılması gerekir⁷⁴. Keza, bu suçun işlenmesi ile elde edilen menfaatler aklama suçuna konu edilirse, failin suçtan kaynaklanan mal varlığı değerlerini aklama suçundan da cezalandırılması söz konusu olacaktır.

VII. SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA USULÜNE İLİŞKİN ÖZELLİKLER

1. SORUŞTURMA USULÜ

Yasa dışı bahis suçları re'sen takip edilir. Bu suçlara ilişkin delil veya emarelerin tespiti hâlinde Spor Toto Teşkilat Başkanlığı, doğrudan Cumhuriyet başsavcılığına başvuruda bulunabilir. Soruşturma sonunda verilecek kovuşturmayaya yer olmadığı kararları Spor Toto Teşkilat Başkanlığına tebliğ edilir ve Spor Toto Teşkilat Başkanlığı bu kararlara itiraz edebilir.

Bu suçlardan iddianame tanzim edildiğinde, sanığın 5'inci maddenin hangi fıkrasında yer alan suçtan cezalandırılmasının talep edildiği açık bir şekilde belirtilmeli ve Mahkeme tarafından o fiil çerçevesinde yargılama yapılmalıdır. İddianamede belirtilmediği halde, başka bir fiil çerçevesinde yargılama yapıp hüküm kurulması, CMK'nın 225/1 maddesinde yer alan "hükümün, ancak iddianamede unsurları gösterilen suçta ilişkin fiil ve faili hakkında verilebileceğine" ilişkin kurala ve dolayısıyla "davasız yargılama olmaz ilkesine" aykırılık oluşturur⁷⁵.

2. KOVUŞTURMA USULÜ

Yasa dışı bahis suçlarında görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir. Yasa dışı bahis suçları dolayısıyla açılan davalarda mahkeme, iddianamenin bir örneğini Spor Toto Teşkilat Başkanlığına

74 "Somut olayda; sanığın spor müsabakaları ile ilgili olarak bahis oynatacağını com isimli internet adresinde duyurup, sahte kimlikle farklı bankalar nezdinde açtığı hesapları kullanarak yetkili mercilerden izin almaksızın bahis ve kumar oynatarak hileli hareketlerle haksız menfaat temin edip bankayı aracı kılarak dolandırıcılık suçunu işlediğine dair kabulle isabetsizlik görülmemiştir" Yargıtay 15. Ceza Dairesi, E. 2011/14377 K. 2012/39039, 12.06.2012. Kaynak: De Jure Karar Arama Motoru.

75 "Sanık hakkında düzenlenen iddianamede, sanığın yurt dışı kaynaklı bahis siteleri üzerinden yasa dışı bahis oynanmasına imkan sağladığı iddiasıyla 7258 sayılı Kanun'un 5/1-b maddesinden dava açılmasına rağmen; mahkemece sanığın suç oluşturduğu sabit görülen eylemi karşılığında adı geçen kanunun 5/1-a maddesi gereği mahkumiyet hükmü kurulması, aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır" Yargıtay 7. Ceza Dairesi, E. 2021/14756 K. 2021/9547, 09.09.2021. Kaynak: De Jure Karar Arama Motoru.

tebliğ eder. Başvuru yapılması hâlinde Spor Toto Teşkilat Başkanlığı açılan davaya katılan olarak kabul edilir (m.5/son).

Kanun'un 5'inci maddesine, 22.04.2022 tarih ve 7405 sayılı yasanın 48'inci maddesiyle eklenen son fıkra yürürlüğe girmeden önce, bu suçlardan açılan davalara katılma hususu uygulamada tartışmalıydı. Düzenleme öncesinde Yargıtay, muhalif görüş içeren kararları olsa da⁷⁶, kurumun suçtan doğrudan zarar görmemesi nedeniyle Spor Toto Teşkilât Başkanlığının kamu davasına katılma hakkının bulunmadığı ve dolayısıyla verilen hükme karşı kanun yoluna başvurma hakkının da olmadığı yönünde kararlar vermektedir⁷⁷. 7405 sayılı yasa ile getirilen düzenleme sonrasında da düzenleme öncesinde verilen kararlara karşı Teşkilat Başkanlığının kanun yolu başvuru hakkı kabul edilmemektedir⁷⁸.

Kanaatimizce yasa dışı bahis ve şans oyunu suçlarından Spor Toto Teşkilat Başkanlığının ekonomik hakları doğrudan zarar gördüğünden, katılmaya ilişkin 7405 sayılı Kanun ile getirilen düzenleme yerinde olmuştur. Ayrıca Spor Toto Teşkilat Başkanlığı yanında, CMK'nın 237'inci maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca, suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişiler ile malen sorumlu olanlar, ilk derece mahkemesindeki kovuşturma evresinin her aşamasında hüküm verilinceye kadar şikâyetçi olduklarını bildirecek kamu davasına katılabilirler.

3. KORUMA TEDBİRLERİ İLE İLGİLİ ÖZELLİKLER

7258 sayılı Kanun'un 5'inci maddesi uyarınca, madde kapsamına giren suçlarla bağlantılı olarak, spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli veya müşterek bahis veya şans oyunlarının oynanmasına tahsis edilen veya oynanmasında kullanılan ya da suçun konusunu oluşturan eşya ile bu oyunların oynanması için ortaya konulan veya oynanması suretiyle elde edilen her türlü mal varlığı değeri, 5237 sayılı TCK'nın eşya ve kazanç müsaderesine ilişkin hükümlerine göre müsadere edilir.

Yine Kanun'un 5'inci maddesinde, bu suçlar ile ilgili yürütülen soruşturma ve kovuşturmalar kapsamında, CMK md.128'de düzenlenen taşınmazlara, haklara ve alacaklara el koyma; CMK

76 “(...) Spor Toto Teşkilat Başkanlığı'nın kuruluş amacı ile 2. maddesindeki “görev ve yetkileri” gözetildiğinde anılan Başkanlığın, somut davaya konu edilen suçla korunan hukuki değer in sahibi olarak bu hukuki değeri koruma görevi ve yetkisi bulunduğu, bu itibarla atılı suçtan doğrudan zarar gördüğüne kuşku bulunmamaktadır(...)” Yargıtay 19. Ceza Dairesi, E. 2015/6432 K. 2015/8694, 17/12/2015. Kaynak: Uyap.

77 “(...) Açılan kamu davasının niteliğine göre, suçtan doğrudan zarar görmeyen ve bu nedenle davaya katılma hakkı bulunmayan şikâyetçi Spor Toto Teşkilat Başkanlığının, hükmü temyiz hakkı bulunmadığından, adı geçen kurum vekilinin temyiz isteminin, 5320 sayılı Kanun'un 8/1. maddesi gereğince uygulanması gereken 1412 sayılı CMUK'un 317. maddesi uyarınca, tebliğnameye uygun olarak, REDDİNE (...)”, Yargıtay 19. Ceza Dairesi, E. 2021/1138 K. 2021/3340, 22/03/2021. Kaynak: Uyap.

78 “(...) 7405 sayılı Yasanın 48. maddesi ile 7258 sayılı Yasanın 5. maddesine eklenen fıkralar uyarınca, Spor Toto Teşkilat Başkanlığı'nın 7258 sayılı Yasaya aykırılık suçları bakımından dava ve duruşmalara katılma hakkı bulunduğu dair düzenleme getirilmiş ise de; anılan düzenlemenin yürürlük tarihi olan 26.04.2022 tarihinden önce temyiz incelemesine konu dava bakımından kovuşturma sona ererek hüküm verildiği ve CMK'nun 237/2. fıkrası uyarınca, kanun yolu muhakemesinde davaya katılma isteğinde bulunulamayacağı sabit olmakla birlikte, gerek anılan hükmü temyize hakkı bulunmayan Spor Toto Teşkilat Başkanlığı'nın 7405 sayılı Yasanın 48. maddesi ile 7258 sayılı Yasanın 5. maddesine eklenen fıkraların yürürlük tarihinden önce davaya katılmasına karar verilmesi (...)”, Yargıtay 7. Ceza Dairesi, E. 2021/19557 K. 2022/10800, 06/06/2022. Kaynak: Uyap.

md.135'te düzenlenen iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması; örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenip işlenmediğine bakılmaksızın CMK md.139'da yer alan gizli soruşturmacı görevlendirme ve CMK md.140'ta yer alan teknik araçlarla izleme koruma tedbirlerinin uygulanabileceği öngörülmüştür.

Ayrıca Kanun'un 5'inci maddesi uyarınca, yasa dışı bahis suçları ile ilgili olarak, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunun erişimin engellenmesine ilişkin hükümleri uygulama alanı bulabilecektir.

VIII. YAPTIRIM

7258 sayılı Kanun'un 5'inci madde hükmüne göre;

“a) Spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli ve müşterek bahis veya şans oyunlarını oynatanlar ya da oynanmasına yer veya imkân sağlayanlar üç yıldan beş yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır.

b) Yurt dışında oynatılan spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli veya müşterek bahis ya da şans oyunlarının internet yoluyla ve sair suretle erişim sağlayarak Türkiye'den oynanmasına imkân sağlayan kişiler, dört yıldan altı yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.

c) Spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli veya müşterek bahis ya da şans oyunları ile bağlantılı olarak para nakline aracılık eden kişiler, üç yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır.

ç) Kişileri reklam vermek ve sair surette spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli veya müşterek bahis ya da şans oyunlarını oynamaya teşvik edenler, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve üç bin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır”.

Diğer suçlardan farklı olarak, maddenin 5/1-b fıkrasında yer alan suç bakımından, hapis cezası yanında adli para cezası öngörülmemiştir. Bu bakımdan, ilgili fıkra kapsamında hüküm verilirken, ayrıca adli para cezasına hükmedilmesi kanunilik ilkesine aykırılık oluşturur⁷⁹.

İlgili hükümdeki suçların yaptırımlarının, benzer nitelikte bir suç olan kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suçuna göre daha ağır olduğu görülmektedir.

Bu suçların işlenmesiyle elde edilen menfaatlerin, şartları varsa TCK'nın 54 ve 55'inci maddeleri kapsamında müsadere edilebilmesi mümkündür⁸⁰.

79 “Gerekeçde sanığın eylemi, yurtdışında oynatılan bahis oyunlarının internet yoluyla erişim sağlayarak Türkiye'de oynanmasına imkan sağlama olarak kabul edilip, 7258 sayılı Kanun'un 5/1.b maddesi uyarınca uygulama yapılırken, hapis cezası yanında, TCK'nun 61/10. maddesine aykırı olarak, anılan maddede yer almayan adli para cezasına hükmedilmesi” Yargıtay 19. Ceza Dairesi, E. 2019/540 K. 2019/7334, 16.04.2019. Kaynak: De Jure Karar Arama Motoru.

80 “Sanığın işyerinde yapılan aramada ele geçirilen oynanmış kuponlar, bahis notları ve bültenlerin dosyada delil olarak

Aynı Kanun'un 5/3 maddesindeki “*Bu madde kapsamına giren suçlardan dolayı, tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur*” hükmü uyarınca tüzel kişiler hakkında da TCK'nın 60'uncu maddesinde öngörülen faaliyet izninin iptali ve müsadere güvenlik tedbirleri uygulanabilir. Örneğin ilgili suçların tüzel kişi yararına işlenmesi halinde suçtan elde edilen kazanç için kazanç müsadere kararı verilebilecektir. Keza tüzel kişinin kendisine verilen faaliyet izninin sınırlarını aşarak yasa dışı bahis veya şans oyunları oynatması halinde lisans hakları iptal edilebilecektir.

Adli yaptırım mahiyetinde olmamakla birlikte, 5'inci madde kapsamına giren suçların işlendiği işyerleri mahallin en büyük mülki idare amiri tarafından ihtarda bulunmaksızın üç ay süreyle mühürlenerek kapatılacaktır. İş yeri açma ve çalışma ruhsatına sahip işyerlerinin ruhsatları mahallin en büyük mülki idare amirinin bildirimine üzerine ruhsat vermeye yetkili idare tarafından beş iş günü içinde iptal edilecektir.

KAYNAKÇA

- Altınışik İ, ‘Kayıt Dışı Ekonomi: İlegal Bahis’ (2017) (13) Selçuk Üniversitesi Sosyal ve Teknik Araştırmalar Dergisi 239-248.
- Amman MT, ‘Spor Sosyolojisi’ iç Hüseyin Can İkizler (ed) *Sporda Sosyal Bilimler* (Alfa Yayınları 2000).
- Artuk ME, Gökçen A, Alşahin ME ve Çakır K, *Ceza Hukuku Genel Hükmümler*, (16. Baskı, Adalet Yayınevi 2022).
- Artuç M, *Pratik Türk Ceza Kanunu* (5. Baskı, Adalet Yayınevi 2019).
- Artuç M, *Pratik Türk Ceza Kanunu* (7. Baskı, Adalet Yayınevi 2023).
- Bayındır G, ‘Kumar ve Şans Oyunlarına Toplumsal Bakış: Niğde Örneği’ (2018) 2(2) Milli Kültür Araştırmaları Dergisi 58-83.
- Belci O, ‘Spor Müsabakalarında Yasadışı Bahis ve Şans Oyunu Suçları’ (2021) 11(2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 379-418.
- Çalışkan S ve Gürel A, *Yasadışı Bahis ve Kumar Suçları* (2. Baskı, Platon Plus Yayıncılık 2021).
- Çelik A, ‘Spor Bahis Oyunlarına Katılımı Etkileyen Faktörler’ (2016) 3(2) Sportif Bakış: Spor ve Eğitim Bilimleri Dergisi 89-98.
- Erbaş R ve Tokgöz HB, ‘Türk Ceza Hukukunda ‘Ultima Ratio’ İlkesi Bağlamında Spor Müsabakalarına Dayalı Bahis ve Şans Oyunları’ iç İzzet Özgenç, Cumhur Şahin ve Faruk Turhan (edr) 5. *Türk-Kore Ceza Hukuku Günleri Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu Tebliğler Kitabı* (Seçkin Yayıncılık 2020) 1719-1754.
- Hakeri H, *Ceza Hukuku Genel Hükmümler*, (28. Baskı, Adalet Yayınevi 2023).
- Kantarci A, ‘Kumar Oynanması için Yer ve İmkan Sağlama Suçu’ (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi 2023).
- Karaoğlu E, *Spor Hukukununun Temel Kavramları ve Sportif Alanda Doğabilecek Hukukî İhtilaflar* (Seçkin Yayıncılık, 2017).
- Özdemir G ve Çalışkan V, ‘Geleneksel Bir Sporun Coğrafyası: Türkiye’de Yağlı Güreşler (Kırkpınar-Edirne ve Çardak-Çanakkale Güreşleri)’, iç Necla Türkoğlu ve diğerleri (edr) *TÜCAUM 30. Yıl Uluslararası Coğrafya Sempozyumu Bildiriler Kitabı* (Ankara Üniversitesi 2018) 501-521.
- Paslı A, Gökçe SG, Yollu Y ve Karaca N, *E-Spor: Hukuki Bakış* (Seçkin Yayıncılık, 2021).

saklanması gerektiği gözetilmeyerek, müsadere karar verilmesi” Yargıtay 7. Ceza Dairesi, E. 2021/15431 K. 2021/10886, 23.09.2021. Kaynak: De Jure Karar Arama Motoru.

Şen E ve Bodur FB, 'Futbol Müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunları', *Yorumluyorum XVII* (Seçkin Yayıncılık, 2018) 95-138.

Yaşar MR, 'Şans Oyunları ve İddaa' (2010) 9(34) Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi 138-171.

Yılmaz S, 'Bahis Oyunları ve Ceza Hukuku Sorumluluğu' iç İzzet Özgenç, Cumhuriyet Şahin ve Faruk Turhan (edr) *5. Türk-Kore Ceza Hukuku Günleri Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu Tebliğler Kitabı* (Seçkin Yayıncılık 2020) 1755-1770.

Anadolu Ajansı <<https://www.aa.com.tr>>

Anayasa Mahkemesi Karar Arama <<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>>

BBC Türkçe <<https://www.bbc.com/turkce>>

Deutscher Fußball-Bund <<https://www.dfb.de>>

Fanatik Gazetesi <<https://www.fanatik.com.tr>>

Hukuki Haber <<https://www.hukukihaber.net/>>

Hürriyet Gazetesi <<https://www.hurriyet.com.tr>>

International Olympic Committee <<https://olympics.com>>

INTERPOL <<https://www.interpol.int>>

İhlas Haber Ajansı <<https://www.ihb.com.tr/>>

Mali Suçları Araştırma Kurulu (MASAK) <<https://masak.hmb.gov.tr>>

Resmî Gazete <<https://www.resmigazete.gov.tr>>

Sayıştay Başkanlığı <<https://www.sayistay.gov.tr/>>

Spor Toto Teşkilat Başkanlığı <<https://www.sportoto.gov.tr>>

Şans Girişim <<https://www.sansgirisim.com>>

Türkiye Büyük Millet Meclisi <www.tbmm.gov.tr>

Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü <<https://adlisicil.adalet.gov.tr>>

Türk Dil Kurumu <<https://sozluk.gov.tr>>

Türkiye Futbol Federasyonu <<https://www.tff.org>>

ChatGPT ve Üretici Yapay Zekâ Modellerinde Mahremiyet ve Güvenliğin Hukuki Boyutu

Legal Aspects of Privacy and Security in ChatGPT and Generative Artificial Intelligence Models

Başak Ozan ÖZPARLAK* , Müge ÇETİN** 

ÖZ

Bu çalışma, ChatGPT gibi üretici yapay zekâ modellerindeki mahremiyet ve güvenliğe dair etkileri hukuki açıdan ele alarak; bu konuda ortaya çıkmaya başlayan sorunları ve olası çözüm yollarını tartışmaktadır. ChatGPT, geniş dil modeli (large language model) yapısına sahip olan ve pekiştirmeli öğrenme (reinforcement learning) esaslı ile sürekli gelişen bir yapay zekâ tabanlı sohbet botudur. Bu sohbet botu, kullanıcılarla etkileşimde bulunarak farklı görevleri yerine getirebilmektedir. Çalışmamızda; ChatGPT ve genel olarak üretici yapay zekâ modellerinin çalışma ilkeleri ve kullanım potansiyeli açıklanarak, bu teknolojinin halihazırdaki ve gelecekteki mahremiyet ve güvenlik riskleri ortaya konulmaktadır. Bu sorunların yürürlükteki ve tasarı aşamasındaki yasal düzenlemeler ışığında tartışılması ve olası çözümlerin belirlenmesi önemlidir. Çalışmamızın ana argümanı, üretici yapay zekâ modellerinin, mahremiyet ve güvenlik risklerinin önceki teknolojilerden daha farklı olduğu, bu nedenle bu risklerin en aza indirgenmesini sağlamanın sadece teknolojik önlemler ile değil etkili yasal düzenlemelerle mümkün olabileceğidir.

Anahtar Kelimeler: Üretici Yapay Zekâ, Yapay Zekâ ve Hukuk, Mahremiyet, Siber Güvenlik Hukuku, Veri Koruma Hukuku, ChatGPT.

ABSTRACT

This article discusses privacy and security concerns in generative artificial intelligence models, such as ChatGPT, from a legal perspective and addresses the emerging problems and possible solutions in this regard. ChatGPT is an artificial intelligence-based chatbot that has a large language model structure and is improving constantly based on reinforcement learning. This chatbot can perform different tasks by interacting with users. In this study, the working principles and usage potential of ChatGPT and generative artificial intelligence models are explained, and the current and future privacy and security risks of this technology are revealed. It is important to discuss these problems in the light of current and draft legal regulations and to identify possible responses. The main argument of our study is that the privacy and security risks of generative artificial intelligence models are different from previous technologies, and therefore, minimizing these risks is possible not only through technological measures but also through effective legal regulations.

Keywords: Generative Artificial Intelligence, Artificial Intelligence and Law, Privacy, Cyber Security Law, Data Protection Law, ChatGPT.

* Dr. Öğretim Üyesi, Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Bilişim Hukuku Ana Bilim Dalı, E-posta: basak.ozparlak@ozyegin.edu.tr, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6861-4290>.

** Dr. Öğretim Üyesi, Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Bilişim Hukuku Ana Bilim Dalı, E-posta: muge.cetin@ozyegin.edu.tr, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9825-3262>.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Başak Ozan ÖZPARLAK

E-posta/E-mail: basak.ozparlak@ozyegin.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 21.08.2023

Kabul Tarihi/Accepted: 13.11.2023

“Bu makineye verebildiğim güce ben kendim de hayret ediyorum. Bir yıl önce, böyle bir sonucun mümkün olabileceğine kesinlikle inanmazdım”¹. Charles Babbage

GİRİŞ

30 Kasım 2022 bilim ve insanlık tarihinde önemli bir kırılma noktası olarak kabul edilebilir. Bu tarihte, OpenAI² şirketi tarafından geliştirilen ve insanlar ile diyalog yolu ile etkileşim sağlayan geniş dil modeline dayalı ChatGPT (*Generative Pre-Trained Transformer*³), dünya kamuoyuna duyurulmuştur⁴. ChatGPT, kullanıcıların tüm sorgularını dil yapısını anlayarak⁵ ayrıntılı cevap vermek ve pek çok farklı görevi yerine getirmek için tasarlanmıştır. Bununla birlikte ChatGPT; insan dilini öğrenmek ve çok yönlü yapay zekâ asistanları olarak insanlarla etkileşimde bulunmak amacıyla kullanılabilmesi gibi⁶, bugüne dek sadece insanlar tarafından yapılabilmiş olan şiir ve hikaye yazmak gibi yaratıcılık gerektiren eylemleri ya da kod üretmek gibi görevleri yerine getirebilmektedir. OpenAI tarafından ChatGPT ile ilgili teknik raporda ifade edildiği üzere; bu model henüz kusursuz

- 1 Babbage'in bu ifadesi Menabrea'nın Analitik Makine üzerine yazdığı makale tercümesinde yer verdiği Babbage'in mektuplarında geçmektedir. Luigi Federico Menabrea, 'Sketch of the Analytical Engine Invented by Charles Babbage, Esq.' in Richard Taylor (ed), *The Transactions of Foreign Academies of Science and Learned Societies* (Taylor and Francis 1843) 667.
- 2 Open AI şirketi, yapay genel zekânın şeffaflık olmadan üretilmesinden ortaya çıkabilecek risklere karşı sonradan yönetim kurulundaki görevinden ayrılan Elon Musk ve şirketin mevcut CEO'su Sam Altman'ın da içinde bulunduğu bir grup teknoloji girişimcisi tarafından 2015 yılında kurulmuştur. Şirketin kurucularından Sam Altman, günümüzdeki temel hedeflerinin yapay genel zekânın (artificial general intelligence – AGI) tüm insanlığa faydalı olmasını sağlamak olduğunu belirtmektedir. Sam Altman, 'Planning For AGI and Beyond' (24 Feb 2023) <<https://openai.com/blog/planning-for-agi-and-beyond>> accessed 05 July 2023. Microsoft şirketinin ilki 2019 yılında olmak üzere OpenAI şirketine yaptığı yüksek bütçeli yatırımlar ve bulut servisi Azure'u OpenAI şirketinin bulut servisi olarak belirlemesi ile iki şirket arasındaki yapay zekâ alanındaki işbirliği giderek artmıştır. Microsoft, 'Microsoft and OpenAI Extend Partnership' (Microsoft 23 Jan 2023), <<https://blogs.microsoft.com/blog/2023/01/23/microsoftandopenaiextendpartnership/>> accessed 22 Jul 2023. Microsoft, 2023 yılında OpenAI şirketine yaklaşık 10 milyon Amerikan doları yatırım yapmıştır. Cade Metz and Karen Weise, 'Microsoft to Invest \$10 Billion in OpenAI, the Creator of ChatGPT' <<https://www.nytimes.com/2023/01/23/business/microsoft-chatgpt-artificial-intelligence.html>>, accessed 22 Jul 2023.
- 3 “Generative Pre-Trained Transformer” ifadesinin Türkçe karşılığı “üretici, önceden eğitilmiş transformer” olarak verilebilir. Terimde geçen transformer, özellikle doğal dil işlemenin temeli olan derin öğrenme ağlarında dikkat mekanizması oluşturulmasında kullanılan bir ağ mimarisidir. Ayyüce Kızrak, 'Nesne Algılama Yaklaşımlarına Transformer Devrimi' (Medium, 10 April 2021) <<https://ayyucekizrak.medium.com/nesne-alg%C4%B1lama-yakla%C5%9F%C4%B1mlar%C4%B1na-transformer-devrimi-baf583a29a23>> accessed 22 Jul 2023. GPT kavramı, bir tür yapay zekâ modelini ifade etmektedir. GPT modellerine dayanan yapay zekâ sistemleri; belirli bir görevi gerçekleştirmek için büyük veri kümeleri üzerinde eğitilmiş, verilere dayalı tahminler yapan ve beyin benzeri bir nöral algoritmanın karşılığı olan bir derin öğrenme modelidir. Angie Lee, 'What is a Pre-Trained AI Model?' (NVIDIA, 8 Dec 2022) <<https://blogs.nvidia.com/blog/2022/12/08/what-is-a-pretrained-ai-model/>> accessed 22 Jul 2023.
- 4 OpenAI, 'Introducing ChatGPT' (OpenAI 30 Nov 2022) <<https://openai.com/blog/chatgpt>> accessed 22 Jul 2023. OpenAI, şu anki versiyonundan önce GPT1, GPT2, GPT3 modellerini geliştirmiştir.
- 5 Bilgisayarların insan dilindeki ifadelerin anlamlarının (semantiğin) farkına varıp varmadıklarının önemi yakın zamana dek tartışma konusu olmuşsa da; *Kaku* tarafından ifade edildiği üzere, makinelerin dilin yapısına (sentaks) iyice hakim olduğu çağa doğru ilerlerken, bir ifadenin anlamının bilgisayar tarafından anlaşılıp anlaşılmaması önemsizleşecektir: “Sentaksa iyice hakim olan bir robot, nereden bakılırsa bakılınsı söylenen şeyi anlar, başka bir deyişle sentaksa kusursuz şekilde hakim olmak, anlamaktır.” Michio Kaku, *Olanaksızlığın Fiziki Engin Tarhan* (çev) (ODTÜ Yayıncılık 2014) 137.
- 6 T.C. Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi, 'Chatbot Uygulamaları ve ChatGPT Örneği' (15 March 2023) 39.

olmayıp, “*halüsinasyon*” olarak tabir edilen, gerçeğe aykırı sonuçlar üretebilmektedir⁷. Bu nedenle özellikle sağlık gibi riskli alanlarda kullanımında insanlar tarafından sonuçlarının teyit edilmesi veya yüksek risk içerecek bazı alanlarda hiç kullanılmaması düşünülmektedir⁸. ChatGPT’nin Kasım 2022’de yayınlanan GPT 3.5 dil modelinin gelişkin bir ardılı olan GPT4 modeli ise, 14 Mart 2023 tarihinde kullanıma açılmıştır. OpenAI tarafından yayınlanan teknik raporda, bu çok modelli yapay zekâ sisteminin baro sınavı gibi pek çok testte insan performansına eşdeğerde, bazen de insanlardan daha iyi sonuçlar ortaya çıkardığı ifade edilmektedir⁹.

ChatGPT gibi üretici yapay zekâ modelleri, çok geniş veri setleri ile eğitilmekte; aynı zamanda pek çok farklı alanda kullanılabilen temel modellerinin (*foundation model*) yüksek kapasiteli çeşidi olarak nitelendirilen ileri model (*frontier model*) olarak da adlandırılmaktadır¹⁰. Bu yeni nesil yapay zekâ modelleri sayısal bilimler yönünden olduğu kadar sosyal bilimler açısından doğurabileceği sonuçları ile de tartışılmaktadır. Hukukun inceleme alanı bakımından ise, bu teknolojinin doğurabileceği risklerin temelinde yer alan mahremiyet ve güvenliğe dair etkileri açısından ele alınması gerekir. Bu bakış açısı, bu teknolojinin diğer alanlardaki etkilerini de anlamak ve yapılacak yasal düzenlemelerde dikkate alınması gereken hususlara işaret edebilmek için faydalı olabilir.

Çalışmamızın en temel argümanı; üretici yapay zekâ modelleri pek çok farklı alanda herkes tarafından kullanılacak son derece güçlü sistemler olduğundan, mahremiyet ve güvenlik risklerinin kendinden önceki yapay zeka modellerinden çok daha fazla olduğu, bu nedenle bu risklerin en aza indirgenmesini sağlamanın sadece teknolojik önlemler ile değil; etkili yasal düzenlemelerle mümkün olabileceğidir. Üretici yapay zekâ gibi büyük veri setleri kullanılarak eğitilen ve yaygın bir kullanım alanına sahip olan yapay zekâ modellerinin mahremiyet ve güvenlik açısından bir risk oluşturduğu yadsınamaz bir gerçektir. Bunun yanı sıra, bu risklerin; üretici yapay zekânın verinin beyin-makine arayüzleri gibi diğer teknolojilerin geliştirilmesinde kullanılması ile artış göstereceği öngörülmektedir¹¹. Nitekim, Avrupa Birliği (AB) Yapay Zekâ Tüzüğü Taslağı’nda¹² 16 numaralı gerekçeye 14 Haziran 2023 tarihinde AB Parlamentosu’nun önerisi ile eklenen açıklamada belirtildiği üzere; fiziksel (beyin makine arayüzü teknolojisinin geliştirilmesi veya kullanımının yol açabileceği fiziksel zararlar gibi) veya psikolojik (insan bilincinin manipülasyonu ile ortaya çıkabilecek depresyon ve benzeri ruhsal sağlığı bozucu) zararların meydana gelmesinin olası olduğu

7 OpenAI, ‘ChatGPT4 Technical Report’ (Arxiv 27 Mar 2023) <<https://doi.org/10.48550/arXiv.2303.08774>> 10, accessed 22 Jul 2023.

8 ibid 10.

9 ibid 1, 6. Bahsi geçen baro sınavı *Uniform Bar Exam* baro sınavının simülasyonu olsa da; ChatGPT’nin test edilmesi için geliştirilen bu simülasyon sınav, gerçek baro sınavlarında geçmişte çıkan gerçek sorulardan yola çıkılarak hazırlanmıştır.

10 Markus Anderljung, Joslyn Barnhart, Anton Korinek and Jade Leung ‘Frontier AI Regulation: Managing Emerging Risks to Public Safety’ (11 Jul 2023) <<https://arxiv.org/pdf/2307.03718.pdf>> 6, accessed 22 Jul 2023.

11 Nöro teknoloji ve yapay zekâ giderek iç içe geçmiş durumdadır. Etik ve insan haklarına dair etkiler bu iki alanın hızla yakınlaşması ile daha da artmaktadır. UNESCO, ‘Ethics of Neurotechnology’ (Unesco) <<https://www.unesco.org/en/ethics-neurotech>> accessed 22 Jul 2023.

12 European Commission, Proposal for Regulation of The European Parliament and of The Council Laying Down Harmonised Rules On Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and Amending Certain Union Legislative Acts, 21.4.2021, COM(2021) 206 final, 2021/0106 COD <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021PC0206&from=EN>> accessed 22 Jul 2023.

durumlarda, insan davranışını etkilemek ve/veya bozmak amacıyla yapay zekâ ile desteklenen nöro teknolojileri bünyesinde bulunduran yapay zekâ modellerinin piyasaya çıkarılması, hizmete sunulması veya kullanılması yasaklanmalıdır¹³. Bu sınırlamanın kapsamına, gerçek bir kişinin davranışını manipüle edecek şekilde; beyin-bilgisayar arayüzleri aracılığıyla toplanan nöro verileri izlemek, kullanmak veya etkilemek için kullanılan yapay zekâ modelleri tarafından desteklenen nöro teknolojiler girmektedir.

Çalışmamızın ilk bölümünde; ChatGPT özelinde genel olarak üretici yapay zekâ modellerinin çalışma ilkeleri ve kullanım alanları açıklanmaktadır. İkinci bölümde, bu teknolojinin mahremiyet ve güvenlik açısından doğurduğu riskler, günümüzde ortaya çıkan örnekler üzerinden ele alınmaktadır. Son bölümde ise, konuya dair çözüm önerilerimiz, yürürlükteki ve tasarı aşamasındaki yasal düzenlemeler ışığında tartışılmakta ve üretici yapay zekâ modellerinin, mahremiyet ve güvenlik risklerine ilişkin yasal düzenlemeler için öneriler getirilmektedir.

I. ÜRETİCİ YAPAY ZEKÂ MODELLERİ

A. GENEL OLARAK

1959 yılında *Arf*; tasarlanması sırasında akla gelmemiş olan problemleri çözebilen bir makine yapılıp yapılmayacağı sorusuna cevap aramıştı¹⁴. *Arf*'ın yarım yüzyıldan fazla bir zaman önce cevap aradığı bu soru; bilgisayarların, kendilerine insanlar tarafından sağlanan girdilerden yeni sonuçlar ortaya çıkarmalarının, bir başka ifadeyle, geniş kullanım alanlarına sahip olmalarının veya “üretici” olmalarının nasıl mümkün olabileceğinin yanıtlarını arıyordu. 2023 yılının sonlarına yaklaştığımız bu günlerde; teknolojik ilerleme ile ulaşmaya çalışan hedefin genel amaçlarla kullanılabilen ve gerektiğinde “üretici” olabilen bir yapay zekâ yaratmak olduğunu ifade edilmelidir.

Dünyanın ilk bilgisayar programcısı¹⁵ olarak kabul edilen *Lovelace*, 19. yüzyılda *Babbage* tarafından tasarlanan ve *Babbage* ile üzerinde çalıştıkları Analitik Makine (*Analytical Engine*)¹⁶ ile ilgili bir makaleyi tercüme etmişti. *Lovelace*'ın makaleye eklediği çevirmen notlarının; Analitik Makine'nin potansiyelindeki öngörülerinin isabetli oluşu ve günümüzde genel amaçlı kullanılan bilgisayar programlarının ana fikrinin temelleri olduğu ifade edilmektedir¹⁷. Şöyle ki; *Lovelace*, Analitik Makine'nin her ne kadar sadece hesaplama yapmak için yaratılmış olsa da, insan tarafından belirlenen amaçlarla çok farklı görevler için kullanılacak bir genel makinenin ilk adımı olduğunu

13 Ibid, 38 Numaralı Değişiklik, 16 numaralı gerekçe.

14 Cahit Arf, 'Makine Düşünebilir mi ve Nasıl Düşünebilir?' Tarık Tuna Gözütok (ed), *Cahit Arf ve Atatürk Üniversitesindeki Halk Konferansları, 1958-1960* (1959) (Atatürk Üniversitesi Yayınları 1959), s. 95.

15 Bilgisayar programı görevi tanımlayan bir algoritmaya ve işlenen bilgilerin sayısal gösterimine dayanan veri setlerinden oluşur. Ethem Alpaydın, *Yapay Öğrenme: Yeni Yapay Zekâ*, Aylin Ağar (çev) (Tellekt 2020) 27.

16 Analitik Makine 19. Yüzyılda mucit *Charles Babbage* tarafından geliştirilen ve büyük sayılarla karmaşık hesaplamaları yapmayı otomatikleştiren bir makineydi. *Babbage* bu icadından önce ise Fark Makinesi isimli bir cihaz geliştirmişti. Ancak bu cihaz sadece toplama yapabiliyordu Walter Isaacson, *Geleceği Keşfedenler* Duygu Dalgakıran (çev) (Domingo 2014) 25.

17 ibid 25.

ifade eder¹⁸. Bunun yanı sıra, *Lovelace*, toplumda teknolojik gelişmeler ile ilgili ve bugüne dek pek az değişikliğe uğrayan bir bakış açısına da dikkat çeker. *Lovelace*'e göre; her tür yenilik ortaya çıktığı ilk anda toplumda “abartmak” ve “küçümsemek” olmak üzere iki farklı tür tepki doğurmaktadır¹⁹.

Lovelace'in dikkat çektiği toplumun genelinde tezahür eden bu bakış açısı, üretici yapay zekâ modelleri ile ilgili hukuki değerlendirme yaparken bazı güçlükler sebebiyet verebilir. Şöyle ki, başta temel haklar olmak üzere insan hayatı üzerinde bu modellerin olumsuz etki yaratabilecek bir riski olmayacağını öngörmek veya bu teknolojinin durdurulamayacak denli güçlenmiş olduğunu varsaymak bizi eylemsizliğe yöneltebilir. Bu iki uç öngörünün doğru bir eylemliliğe evrilmesi için, öncelikle yapılması gereken, üretici yapay zekâ modellerini anlamak için çaba sarf etmek ve bu teknolojinin doğurabileceği riskleri doğru bir biçimde ortaya koymaktır. Ancak bu şekilde olması gereken hukuk bakımından yapılması gereken yasal düzenlemeler doğru bir bakış açısı ile değerlendirilebilir²⁰.

2017 yılında gerçekleşen bir etkinlikte, Belçikalı Avukat *Dobbelaere-Welvaert* gelişen teknolojilerin etkisi ile 2025 yılında avukatların %80'inin mesleklerini yapmıyor olacağını dile getirdiğinde; bir görüş bu öngörünün gerçekçi olmadığı ifade ederken; bir diğer görüş bu olasılığın çok daha erken bir tarihte gerçekleşebileceği ifade etmişti²¹. Aslında *Dobbelaere-Welvaert*'in bu öngörüsü, *Kurzweil*'in 2004 yılında ileri sürdüğü öngörü ile de oldukça uyumluydu. Zira, *Kurzweil*, 2029 yılının sonuna dek makine zekâsının Turing Testi'ni geçebileceğini ileri sürmüştü²². Yine, modern bilgisayar biliminin öncülerinden olarak addedilen *Turing*²³, makine zekâsının insan zekâsından ayırt edilmesinin 2000'li yılların başlarında güçleşmeye başlayacağını savunmuştur²⁴. *Turing* 1950 yılındaki çalışmasında²⁵

18 ibid 25.

19 Ada Lovelace, 'Notes of the Translator' for 'Sketch of the Analytical Engine Invented by Charles Babbage' (Taylor and Francis 1842) 722, <<https://repository.ou.edu/uuid/6235e086-c11a-56f6-b50d-1b1f5aa3f5e#page/1/mode/2up>> accessed 22 Jun 2023.

20 Bu değerlendirmenin yapılabilmesi için farkında olunmasının faydalı olduğunu düşündüğümüz bir başka husus ise; *Lovelace*'in yukarıda andığımız notlarında belirtilmiştir. Belli bir amaç için kullanılmak üzere geliştirilen bir teknik, zaman içinde, insan gücü ve düşüncesine katkı veren ve önceden planlanmamış farklı sonuçlar da doğurabilir. Gerçekten, bu çalışmamızın konusunu oluşturan ChatGPT gibi üretici yapay zekâ modelleri bugün farklı konularda sorduğumuz sorulara çeşitli (doğru-yanlış) yanıtlar vermekte iken; yakın gelecekte belki de “bilgili” bir sohbet botunun doğuracağından çok daha farklı etki ve sonuçlar ortaya çıkararak, insanlık ve dünya tarihini dönüştürecektir. Bu dönüştürücü etki bize göre sadece günümüz teknolojisinin gelişmesi veya farklı tekniklerin ortaya çıkması ile değil, aynı zamanda ve hatta bundan daha fazla; hukuki, sosyal, politik ve ekonomik etkiler ile filizlenecektir.

21 Helsinki'de düzenlenen ve tüm dünyadan yaklaşık 600 hukukçunun katılımı ile gerçekleşen dünyanın ilk uluslararası hukuk tasarımı zirvesi niteliğindeki Legal Design Helsinki Summit etkinliğinde; hukukçuluğun geleceği ve henüz yürürlüğe girmemiş olan AB Genel Veri Koruma Tüzüğü (*General Data Protection Regulation - GDPR*)'ndeki müstakbel yasal yükümlülükler tartışılmıştı. Başak Ozan Özparlak, 'Yeni Çağın Hukukunu Teknoloji ve Tasarım Şekillendirecek' HBT Dergi Herkese Bilim Teknoloji, 12.1.2018.

22 *Kurzweil*, 2005 yılında bilgi tabanlı teknolojilerin birkaç on yıl içinde (2015 veya 2025 civarında) tüm insani bilgi ve becerileri kapsayabileceğini ve bunun sonucunda bu teknolojilerin insan beynine özgü örüntü tanıma, sorun çözme becerileri ile duygusal zekâyı da kapsar hale geleceği fikrini savunmuştu. Ray Kurzweil, *İnsanlık 2.0: Tekillige Doğru Biyolojisini Aşan İnsan*, Müge Şengel (çev) (Alfa Yayınları 2017) 388.

23 David Deutsch, *The Beginning of Infinity: Explanations That Transform the World* (Allen Lane 2011) 148.

24 Alan M. Turing, 'Computing Machinery and Intelligence' (1950) *Mind*, Vol. LIX, Sayı 236, 433-460, <https://doi.org/10.1093/mind/LIX.236.433> accessed 22.7.2023, s. 442.

25 ibid 442.

kendi adı ile anılagelen, bir test yardımı ile makine zekâsının insan zekâsından ne kadar ayırt edilebilir olduğunu ölçer²⁶.

Tüm bu öngörüler için “erkenci” demek mümkün müdür? ChatGPT gibi üretici yapay zekâ modellerinin geliştirildiği 2023 yılında bu soruya olumsuz yanıt vermek giderek güçleşmektedir. Bununla birlikte, zekâ ile anlaşılması gerekenin ne olduğu sorusu da önem arz etmektedir. Nitekim, zekâ kavramı ile ifade olunanın ne olduğunun henüz tam ifade edilmeden bu konuda bir tespit bulunmak güçtür.

Alpaydın, öğrenen algoritmaların bilgisayarların hızlanması ve öğrenme verisinin artmasıyla birlikte, gittikçe daha “zeki” olacağını ve içinde bulunduğumuz yüzyıl sona ermeden, bu tür öğrenen bir zekânın insan zekâsına erişebileceğini ifade eder²⁷. Günümüzde bu örneklerin ChatGPT veya genel olarak üretici yapay zekâ modelleri tarafından yerine getirilmesi çok uzak görünmemektedir. Ancak, Turing Testi’nin bir makina tarafından geçilmiş olması tek başına “akıllı” bir makine ile karşı karşıya olduğumuzu söylemeye ve makinanın bu kapsamda kabul edilse dahi insana atfedilen hak ve sorumlulukları bu sistemlere atfetmeye yeterli olacak mıdır? Zekâ ve zihnin derinliklerini henüz kesin olarak ortaya koymadığımızdan, bu soruya olumlu yanıt vermek için henüz erken olabilir. Nitekim, yapay zekâ konusu ele alınırken asıl önemli olan husus, bu modellerin akıllı olup olmaması değil; bir sorunu etkili bir şekilde çözüp çözmemesidir. Oysa, bir sorunu etkili bir şekilde çözebilme yeteneği mutlaka zekânın varlığına işaret etmeyebilir²⁸.

*Kurzweil*e göre; Turing Testi’ni geçebilecek bir sistemin, öncelikle, doğal dilin insan düzeyinde anlama yeteneği gerektiren işlerden en zor üçü olan; film eleştirisi, basın toplantısı ve konuşma çevirisini gerçekleştirebilmesi gerekir²⁹. Bu görevler, bugün esasen ChatGPT gibi geniş dil modelleri ile başarılabilecek işlerdir. *Kurzweil* makinelerin bu yetkinliklere kavuştuğu bir çağın sessizce, insanlar çok da farkında olmadan geleceğini öngörür³⁰. Günümüzde, Birleşmiş Milletler toplantılarına sohbet botu entegre edilmiş robotlar dahil edilerek³¹ toplum nezdinde görünür biçimiyle bu yeni çağ muştulanmaktaysa da; toplumların büyük çoğunluğu popüler haberler veya gösteriler dışında

26 Turing Testi olarak adlandırılan bu test, bir insan gözlemcinin sorduğu sorulara verilen yanıtlara baktığında, yanıtların bir programdan mı yoksa insandan mı geldiğini ayırt edip edemeyeceğini test etmeye dayalıdır. ibid 433.

27 Alpaydın (n 15) 13.

28 Luciano Floridi and Massimo Chiriatti, ‘GPT-3: Its Nature, Scope, Limits, and Consequences’ (2020) <<https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3827044>> accessed 22 Jul 2023. Yapay zekâ sistemleri için “zeki” veya “akıllı” çıkarımını yapmamız halinde bu kabulün sadece teknolojik veya felsefi değil, aynı zamanda hukuki sonuçları da ortaya çıkarabilir. Bu sonuç ise; henüz şirketlerin, devletlerin ve bireylerin teknolojinin geliştirilmesi veya uygulanması ile ilgili sorumluluklarını ve verinin kontrolünün nasıl sağlanacağını henüz belirlemediği günümüzde, yazılımlara “hukuki kişilik verilmeli mi?” gibi soruların yeniden ve belki de yine çok erken bir şekilde gündemimize gelmesine neden olacaktır. Bu durumun bir sonucu asıl sorumluların perdenin arkasında kalmasına neden olma potansiyelidir. Öte yandan üretici yapay zekâ modellerinin giderek gelişmesi karşısında kanımızca acilen gündeme gelmesi gereken bir hukuki nitelik tartışması bulunmaktadır. Bu da verinin hukuki niteliğidir. Zira bunu belirlemek yapay zekâ veya “akıllı” sistemlerin hukuki kişiliğini tartışmaktan çok daha önemli ve elzemdir Başak Ozan Özparlak, *Büyük Veri Çağında Çalışma İlişkilerinde Yapay Zekâ Sistemlerinin Kullanılması: Hukuki Bir Değerlendirme* (On İki Levha Yayınları 2021) 46 vd.

29 Kurzweil (n 22) 437.

30 ibid.

31 United Nations, ‘Meet the Robots Who Are Making The World a Better Place’ (UN News 06 Jul 2023) <<https://news.un.org/en/story/2023/07/1138412>> accessed 22 Jul 2023.

nasıl bir gerçeklik ile karşı karşıya olunduğunun henüz farkında değil gibi gözükmektedirler. Oysa, risklerini öngörmek kadar faydalarından yararlanabilmek; bu yeni teknolojinin kullanıcılar tarafından anlaşılabilir olması ile mümkündür.

B. GENİŞ DİL MODELİNE DAYANAN ÜRETİCİ YAPAY ZEKÂ

Kendininkine benzer, hatta onu aşacak bir zekânın peşinde olan insan; uzun zamandır zekânın anlamını aramaktadır. Bu nedenledir ki, zekânın işlemcisi olarak düşünülen insan beyni ile ilgili çalışmalar, bilgisayar bilimleri alanındaki çalışmalara paralel şekilde ve çoğu zaman iş birliği içerisinde gelişmektedir. İnsan olarak icatlar yapabilmemizin, farklı diller öğrenebilmemizin, farklı mekanlarda yaşamaya adaptasyon yeteneğimizin kaynağı nedir? *Homo Sapiens*'i diğer türlerden ayıran zihinsel bir özellik var mıdır? Bu sorular henüz kesin olarak cevaplandırılmamış olsa da insanlığın tıpkı uzay hakkında bilgi sahibi olma süreci gibi, kendi iç uzayımız olan zihnimizin derinliklerinde neler olduğuna dair merakımız ve bizi aşabilecek yapay zihin yaratma çabalarımız herhalde türümüz var oldukça devam edecektir.

Yapay zihin ve akıllı makineler yaratma fikri, salt bir merak veya hayalin ötesine geçerek bilimsel araştırma konusu olmaya başladığı ilk andan itibaren, insanın dil (*language*) ile öğrenmesi ve etkileşimi ile de yakından ilintili olmuştur. 1959 yılında; “yapay zekâ” terimini ortaya atan *McCarthy*, ideal bir bilgi işlem sisteminin; girdileri doğal dilde alabilecek ve ardından sorgulara zaten bildiği gerçeklerden çıkarımlar yaparak yanıt verecek bir sistem olacağını öne sürmüştü³². *Hunt* da 1975 yılında, “*Makineler doğal bir dildeki basit ifadeleri anlayabilseydi, bilgisayarları kullanmanın ne kadar kolay olacağını bir düşünün.*”³³ sözleri ile makinelerin doğal dili anlaması halinde insanlar ile etkileşiminin kolaylaşacağını ifade etmişti. Böyle bir sistemde karmaşık sorulara verilen cevaplar, makinelerin yapamayacağı varsayılan “anlama” eyleminin gerçekleştiği yolunda atılmış bir adım olarak değerlendirilebilir³⁴.

Dil, pek çok bilimin araştırma alanına girebilir. Çalışmamız üretici yapay zekâ modelleri üzerine olduğundan, bu konu ile doğrudan ilintili olacak şekilde bilgisayar bilimleri açısından dilin ne şekilde ifade edildiğini vurgulamak önemlidir. Bilgisayar bilimi açısından dil; etkili ve kesin bir iletişim aracı olarak ifade edilir³⁵. Doğal dil işleme (*natural language processing, NLP*), en yalın tanımı ile; insan tarafından kullanılan dillerin (Türkçe, İngilizce, Fince gibi) bilgisayarlar tarafından kullanılmasıdır³⁶.

32 John McCarthy, ‘Programs With Common Sense’ in D. Blake and A. Uttely (eds) *Proceedings of the Symposium on the Mechanization of through Processes* (H.M. Stationery Office,1959) 2.

33 Earl B. Hunt, *Artificial Intelligence* (Academic Press 1975) 16.

34 Makinelerin insan dilinden girdileri yanıtlarken; bu cümlelerin anlamını bulabilmeleri halinde yorumlama yapmalarının da mümkün olabileceğini söylenebilir. Ancak içinde bulunduğumuz aşamada bu durumun gerçekleşebileceği noktasında kesin bir yargıda bulunmak için henüz erken olabilir. Bu konudaki tartışmalar için bkz. Kaku (n 5). Yorumlama eylemi ile kastedilenin ne olduğunun belirlenmesi de bu değerlendirmede önem taşır. Örneğin psikoloji alanında Freud, yorumlama eylemini bir şeyin içinde saklanmış olanı bulmak olarak tanımlamıştı. Bu tanımdan hareket ederek cümlelerin anlamına ilişkin yukarıdaki değerlendirmeyi yapmak mümkün olabilir. Sigmund Freud, *A Complete Introductory Lectures on Psychoanalysis*, James Strachey (çev) (W.W. Norton 1966) 87.

35 Martin Erwig, *Once Upon An Algorithm: How Stories Explain Computing* (The MIT Press 2017) 141.

36 Ian Goodfellow, Yoshua Bengio and Aaron Courville, *Deep Learning* (The MIT Press, 2016) 448.

Doğal dil işlemenin kapsamına; insan metinlerini ve konuşmasını analiz ederek, üretmek, değiştirerek veya bunlara yanıt vererek doğal dil işlevlerini otomatikleştiren bilgisayar programları ve araçları girmektedir. Doğal dil işleme, dili girdi olarak kullanan, dili çıktı olarak üreten veya her ikisini birden yapan yapay zekânın bir alt kümesidir. Sohbet robotları (*chatbots*); makine çevirisi sistemleri ve sanal asistanlar, doğal dil işlemenin en önemli uygulama alanını oluşturan dil modellerine örnek olarak gösterilebilir. Bu modeller genellikle makine öğrenmesinin ileri türleri sayesinde geliştirilmektedir. Makine öğrenmesinde, istatistik temelli çeşitli gözlemler sonucunda çıkarımlar (*inferences*) yapabilen, öğrenebilen algoritmalar söz konusudur³⁷. Makine öğrenmesi gözetimli (*supervised*) veya gözetimsiz (*unsupervised*) şekilde olabilir: Gözetimli öğrenmede, veri girdisi sunularak belirtilen çıktıya dair sonuçlar alınır. Gözetimsiz öğrenmede ise, daha önceden belirlenmiş bir çıktı yerine sadece veri girişi vardır ve bu girdilerin belirli bir düzen oluşturup oluşturmadığı ortaya çıkar³⁸.

Yeterince veri ve yeterli bilgisayar gücü³⁹ ile giderek gelişen ve bilgisayarların basit kavramlardan karmaşık kavramlar inşa edebilmesine olanak veren⁴⁰ derin öğrenme (*deep learning*) metodu ise; en az insan katkısı ile algoritmaların daha hızlı bir şekilde kendi kendine öğrenmesine olanak sağlar⁴¹. Derin öğrenme, makine öğrenmesinin özel bir türüdür⁴². Pekiştirmeli öğrenme (*reinforcement learning*) yönteminde ise, diğer öğrenme türlerinden farklı olarak yapılacakları söyleyen bir öğretene yerine, seyrek aralıklarla geri bildirim veren bir eleştirimen bulunmaktadır. Derin öğrenme yöntemi ile birleştirilerek kullanıldığında, pekiştirmeli öğrenmenin en bilinen uygulaması *Go* adlı strateji oyunu oynamak için geliştirilen ve 2016 yılında dünyanın en iyi *Go* oyuncularından birini 4-1'lik bir skorla yenen *AlphaGo* programıdır⁴³. *Google Deep Mind* ekibi; *AlphaGo* programını gözetimli öğrenme ve pekiştirmeli öğrenme metotlarını birlikte kullanarak geliştirmiştir⁴⁴. Böylece *AlphaGo*, sadece programlama aşamasındaki veriler ile değil buna ek olarak, programlanma aşamasından sonra da öğrenmeye devam ederek yüzlerce yıllık *Go* oyununda daha önce düşünülmemiş yeni hamleler geliştirebilmiştir⁴⁵.

Yukarıda bahsi geçen *AlphaGo*'da olduğu gibi, ChatGPT gibi üretici yapay zekâ modelleri de kendi kendini denetleyen kapsamlı bir veri topluluğu üzerinde önceden eğitilerek, ardından insan

37 Ethem Alpaydın, *Machine Learning: The New AI* (The MIT Press, 2016) 27.

38 ibid 27.

39 Yapay zekâ eğitmek için kullanılan bilgisayar gücünün son 40 yılda artış hızının her dokuz ayda iki katına çıktığına dair bir değerlendirme için bkz. Oğuzhan Gençoğlu, 'For Decades of AI Compute' (Laconic 27 Feb 2023) <<https://www.laconic.fi/ai-compute/>> accessed 22 Jul 2023.

40 Goodfellow et all. (n 36) 5.

41 Alpaydın (n 15) 91.

42 Goodfellow et all. n 36) 95.

43 Alpaydın (n 15) 110-111. *AlphaGo*, önce uzman bir veri tabanı ile eğitilmiş, sonrasında ise kendi kopyasına karşı oynayarak pekiştirmeli öğrenme yolu ile *Go* şampiyonlarını yenecek seviyeye gelmiştir. Alpaydın (n 15) 111.

44 *AlphaGo* eğitilirken insan uzman oyunlarından elde edilen veriden beslenerek uygulanan gözetimli öğrenme metodu programın kendi kendine oynadığı oyunlardan edinilen veriden beslenen pekiştirmeli öğrenme metodu ile birleştirilmiştir. David Silver, Aja Huang and Chris J. Maddison, et al, 'Mastering the Game of Go with Deep Neural Networks and Tree Search' (2016) 529 *Nature* 484-489 <<https://doi.org/10.1038/nature16961>> accessed 20 July 2023.

45 Martin Ebers, 'Regulating A and Robotics: Ethical and Legal Challenges, Algorithms and Law' Martin Ebers ve Susana Navas Navarro (eds) *Algorithms and Law* (Cambridge University Press, 2020) 11.

geri bildirimle pekiştirmeli öğrenme (*reinforcement learning with human feedback*) yöntemi aracılığıyla insan tercihleriyle uyumlaştırılır⁴⁶. Böylece, ChatGPT gibi üretici yapay zekâ modelleri; programlama aşamasından sonra erişime açıldığı andan itibaren dünyanın her yerinden, farklı türde insan kullanıcılardan gelen veri ve geri bildirimler ile gelişme ve öğrenme sürecini sürekli olarak devam ettirmektedir.

ChatGPT, geniş dil modeline dayalı olarak insan geri bildirimle pekiştirmeli öğrenme yöntemi ile geliştirilen⁴⁷ ve doğal dili işlemek için tasarlanmış, bir tür yapay zekâ sohbet botu olarak tanımlanabilir⁴⁸. ChatGPT'nin de içinde yer aldığı geniş dil modelleri (*large language models*, LLMs)⁴⁹ üretici yapay zekâ (*generative artificial intelligence*)⁵⁰ grubunda sınıflandırılır⁵¹. Üretici yapay zekâ; normalde insanlar tarafından üretilen metin, görüntü, ses veya video gibi içeriklere benzeyen “sentetik içerikleri”⁵² yapay bir biçimde üretme amacıyla tasarlanır⁵³. Üretici yapay zekâ

46 Hugo Touvron/Louis Martin, ‘Llama 2: Open Foundation and Fine-Tuned Chat Models’, (Meta AI, 18 July 2023) <<https://ai.meta.com/research/publications/llama-2-open-foundation-and-fine-tuned-chat-models/>> accessed 22 July 2023.

47 OpenAI, (n 4).

48 Council Of European Union, ‘ChatGPT in the Public Sector – Overhyped or overlooked?’ (2023) <https://www.consilium.europa.eu/media/63818/art-paper-chatgpt-in-the-public-sector-overhyped-or-overlooked-24-april-2023_ext.pdf> accessed 22 July 2023; Norwegian Consumer Council, ‘Ghost in the Machine: Addressing the Consumer Harms of Generative AI’ (Norwegian Consumer Council, June 2023), www.forbrukerradet.no/ai, accessed 26 June 2023, 7; Kristin E. Bush, ‘Generative Artificial Intelligence and Privacy: A Primer’ (Congressional Research Service, 23 May 2023), USA Congressional Research Service Report, ><https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R47569>> accessed 28 June 2023, 2. Esasında algoritmalar kullanılarak insan etkileşimini taklit eden bir model bilgisayar bilimci *Joseph Weizenbaum* tarafından 1960’lı yıllarda yaratılmıştı. Eliza, bilgisayarla doğal dilde konuşmayı mümkün kılan bir programdır. Bkz. Joseph Weizenbaum, ‘ELIZA-A Computer Program For the Study of Natural Language Communication Between Man and Machine’ (1966) 9(1) *Communications of the ACM*.

49 Geniş dil modellerinin, farklı alanlarda belli amaçlar için uyarlanarak kullanılabilmelerinden dolayı bu modeller için günümüzde, “temel model” (*foundation model*) kavramının da kullanıldığı görülmektedir. ChatGPT gibi “geniş dil modelleri”, özellikle dil odaklı sistemlere atıfta bulunmaktadır. “Foundation model” kavramı ise ChatGPT gibi modelleri de içine alacak şekilde, gelecekte yeni sistem türlerini barındırmak için genişleyebilecek daha geniş işlev tabanlı modelleri genel olarak ifade eden bir şemsiye kavramdır. The Center for Research on Foundation Models at the Stanford Institute for Human-Centered Artificial Intelligence, ‘On the Opportunities and Risks of Foundation Models’ (Arxiv, 16 August 2021) <<https://doi.org/10.48550/arXiv.2108.07258>>, accessed 22 July 2023.

50 Üretici yapay zekâ sistemlerine bu ismin verilmesinin nedeni, bu sistemlerin görsel ve işitsel sanatlar ve edebiyat dahil olmak üzere, daha önce insan yaratıcılığını gerektiren pek çok farklı alanda çıktı (*output*) üretebilmesidir. Bu sistemler veri gizliliğinin yanı sıra özellikle sanat, mimarlık, yazılım gibi alanlardaki fikri mülkiyet haklarına dair yeni hukuki tartışmalar ve uyumsuzluklar doğurma potansiyeline de sahiptir. Bu anlamda, sanatın ne olduğu ve insan yaratıcılığının anlamına dair yeni teorik tartışmalar da gündemdedir. Örneğin, üretici yapay zekâ sistemlerinde olduğu gibi, bir resmin, fotoğrafın, tasarımın ortaya çıkışında insan, sadece algoritmaya komut veriyor ve yaratıcı bir etkinlikte bulunmuyorsa, bu durumda tamamen algoritmaların oluşturduğu bir eser söz konusu olacaktır. Jane Ginsburg and Luke Ali Budiardjo, ‘Authors and Machines’ (2019) 34 (2) *Berkeley Technology Law Journal* <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3233885>> accessed 20.7.2023. Böyle bir durum, eser sahipliği hakkının halen insana sahip olup olamayacağı tartışmasını beraberinde getirmektedir. Doktrinde böyle bir durumda, ilgili eserin kamuya ait olduğu, algoritmanın bu eserin yaratıcısı olduğu veya böyle bir üretimde eser sahibi hakları olmadığı gibi görüşler öne sürülmüştür. Yapay zekâ sistemleri ve fikri haklar ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Işıl Selen Denemeç, *To Feed or Not to Feed?: An Analysis of the Copyright Issues Surrounding the Use of Machine Learning Algorithms* (Lykeion 2021).

51 Samuel R. Bowman, ‘Eight Things to Know about Large Language Models’ (Arxiv 2 April 2023) <<https://arxiv.org/pdf/2304.00612.pdf>>, accessed 22 July 2023.

52 Sentetik içerik, tamamen veya kısmi biçimde yapay zekâ veya benzer diğer teknolojiler kullanılarak yaratılan içerikler olarak tanımlanabilir. Bart van der Sloot and Yvette Wagenveld (n 52), 4.

53 Norwegian Consumer Council (n 48) s.7; Bir yapay zekâ sistemi üretici olmak için tasarlanmak zorunda değildir. Yapay

algoritmaları programlama aşamasında ve sonrasında bu amacı gerçekleştirmek için büyük veri setleri üzerinde eğitilirler⁵⁴. Bu veri setleri, üretici yapay zekâ modelinin farklılığına göre değişiklik gösterebilse de bu algoritmaların eğitim süreçlerinin ilkeleri büyük oranda benzerdir.

ChatGPT gibi geniş dil modelleri, eğitildiği veri setleri sayesinde farklı kelimeler arasındaki ilişkileri çıkarabilmekte ve bu ilişkiye dayalı olarak benzer metinler üretebilmektedir⁵⁵. Geniş dil modellerinin geliştirilmesinde kullanılan veri setleri genellikle; e-kitaplar, forum ve haber siteleri, sosyal medya içerikleri gibi internette elde edilen içeriklerdir⁵⁶. Yapay zekâ tarafından üretilen veri ise genellikle belli olasılıklara dayalı bir biçimde üretilmiş olup, kullanıcılardan da elde edilen farklı veri girdilerine göre farklılaşabilmektedir⁵⁷.

Aşağıda örnekleri açıklanacak olan farklı türde üretici yapay zekâ örneklerinin çoğu, internet bağlantısına sahip ve herhangi bir özel teknik bilgi gerektirmeyen biçimde, herkes tarafından kullanımı kolay bir web arayüzü ile kullanılabilir. Ayrıca bu sistemler başka bir takım dijital hizmetlere ve sosyal medya hesaplarına entegre edilebilir⁵⁸.

İfade etmek gerekir ki; geniş dil modeline dayalı olarak geliştirilen tek yapay zekâ sistemi, OpenAI'nin ChatGPT modeli değildir. 18 Temmuz 2023'te Meta⁵⁹ AI şirketi, açık kaynak yazılıma dayalı ve ücretsiz bir üretici yapay zekâ sınıfına giren *Llama 2* modelini kullanıma sunmuştur⁶⁰. Bu modelin OpenAI şirketi tarafından geliştirilen ChatGPT'den farkı ise açık kaynak yazılıma dayalı olmasıdır⁶¹. *Google* da ilk olarak *Bard* isimli modelini, 2023 yılında ise *Palm 2* geniş dil modelini tanıtmıştır⁶².

C. ÜRETİCİ YAPAY ZEKÂ MODELLERİNİN FARKLI KULLANIM ALANLARI

Üretici yapay zekâ, sadece metin ve yazı alanında değil, aynı zamanda ses ve görüntüye dayalı içerik üretmede de kullanılabilir. Derin öğrenme tekniklerinin geliştirilmesi ile özellikle 2012 yılı ve sonrasında farklı alanlarda içerik oluşturulmasında üretici yapay zekâ modelleri kullanılmaya başlanmıştır. Bu modeller; müzik, resim ve şiir gibi yaratıcılık gerektiren alanlarda kullanım imkanı

zekâ sistemleri; görüntü verileri gibi verileri sınıflandırmak veya otonom araçlardaki kararları almak gibi başka hedeflere de sahip olabilir. Laurie A. Harris, 'Generative Artificial Intelligence: Overview, Issues, and Questions for Congress' (Congressional Research Service 9 June 2023) <<https://crsreports.congress.gov/product/pdf/IF/IF12426>> accessed 28 June 2023.

54 ibid 1.

55 Council Of European Union (n 48) 8; Bush (n 48) s. 3.

56 Norwegian Consumer Council (n 48) 8.

57 ibid 8.

58 ibid 7, 13.

59 Facebook 2021 yılında ismini Meta olarak değiştirmiştir.

60 Meta AI, 'Meta and Microsoft Introduce the Next Generation of Llama' (18 July 2023) <https://ai.meta.com/blog/llama-2/>, accessed 22 July 2023.

61 Öte yandan her iki şirketin sadece üretici yapay zekâ alanındaki çalışmaları değil, yatırımcıları da ortaktır. Zira Microsoft şirketi OpenAI'nin yatırımcısı olup, Meta AI şirketi ile de Llama 2 modelinde iş birliği ortağıdır. Bkz (n 2)

62 Palm 2, 100'den fazla dilde çıktı üretebilmekte olup geliştirildiği veri setine bilimsel makalelerin de dahil olduğu belirtilmektedir. Google, 'Introducing PaLM 2', (Google 10 Mayıs 2023) <<https://blog.google/technology/ai/google-palm-2-ai-large-language-model/>> accessed 22 July 2023.

sağlar. İlk üretici yapay zekâ modellerinin kullanılması sanatçılara yaratıcılık imkânı sağlaması ve ilham vermesi için olmuştur⁶³.

Üretici yapay zekânın en bilinen kullanım örneklerinden biri müzik eserlerinin yaratım sürecindedir. Algoritmik müzik üretimi; 1950'li yıllardan bu yana üzerinde çalışılmakla birlikte⁶⁴, derin öğrenme modellerinin gelişimi ile bu alandaki çalışmalar ilerleme kaydetmiştir⁶⁵. Tasarlanan model, üretilmesi istenen müzik türünün örneklerinden oluşan bir koleksiyon (veri seti) üzerinden eğitilir. Eğitim verisi olan müzik eserleri, istenen türdeki tüm olası örneklerden alınmakta ve modelin bu eğitim verisinden yeni bir müzik eseri çıkarabilmesi için yeterli veriye sahip olması hedeflenmektedir⁶⁶. Bu kapsamda bir araştırma ekibi tarafından üretici yapay zekâ kullanılarak bir müzik eseri üretimi için tasarlanan modelde, “*Walk in the Park*” isimli müzik eseri üretilmiştir⁶⁷.

Görsel alanda üretici yapay zekânın en bilinen örneklerinden biri ise, ChatGPT'nin yaratıcısı OpenAI şirketinin Ocak 2021'de tanıttığı ve doğal dilde verilen betimlemelerden yola çıkarak gerçekçi görseller oluşturan DALL-E ve bir yıl sonra yayınlanan gelişkin versiyonu DALL-E 2'dir⁶⁸. Özellikle görsel alanda üretici yapay zekânın kullanılması ile, *deep fake* içerik adı verilen sahte içerikler de üretilmeye başlamıştır. *Deep fake* teriminin genel kabul görmüş bir tanımı yoktur⁶⁹. Bir tanıma göre *deep fake*, bir kişinin yapmadığı ya da söylemediği bir şeyi yapıyor ya da söylüyormuş gibi görüldüğü, üretilen sahte içeriğin gerçek kişiler veya yapay zekâ modelleri açısından tespitinin zor olduğu, gelişmiş teknik araçlarla oluşturulmuş bir içeriktir. Bu içerik, oldukça gerçekçi görünen videolar, fotoğraflar olabileceği gibi ses de olabilir⁷⁰. *Deep fake*, 2017 yılında ortaya çıkmış ve o zamandan beri internette kullanıcıların kendi *deep fake* görüntü ve videolarını yaratmayı sağlayan programlar ortaya çıkmıştır⁷¹. Üretici yapay zekâ modellerinin giderek gelişmesi ile bu tür sahte

63 Ayrıntılı bilgi için bkz. Jan Smits and Tijn Borghuis (2022) 'Generative AI and Intellectual Property Rights' in Bart Custers, Eduard Fosch-Villaronga (eds) *Law and Artificial Intelligence, Information Technology and Law Series*, (T.M.C. Asser Press 2022) 324.

64 Algoritmik müzik üretimine ilişkin erken dönem bir çalışma için bkz. Lejaren A. Hiller and Leonard Isaacson, *Experimental Music Composition with an Electronic Computer* (McGraw – Hill Book Company 1959).

65 Luca Angioloni, Tijn Borghuis and Lorenzo Brusci (2020) 'Conlon: A pseudo-song generator based on a new pianoroll, wasserstein autoencoders, and optimal interpolations' (Research Gate, October 2020) 876 >https://www.researchgate.net/publication/348909705_Conlon_A_pseudo-song_generator_based_on_a_new_pianoroll_wasserstein_autoencoders_and_optimal_interpolations> accessed 22 July 2023.

66 Bonnie Buchanan and Danika Wright, 'The Impact of Machine Learning on UK Financial Services' (2021) 37(3) *Oxford Review of Economic Policy*, 326.

67 Araştırmaya ilişkin makale için bkz. Borghuis, Brusci, Brugi (n 65) 876; Ayrıca “*Walk in the Park*” isimli müzik eserinin telifi hakkında hukuki tartışmalara ilişkin olarak bkz. Smiths ve Borghuis (n 63) 327.

68 DALL-E'nin ardılı olan DALL-E 2 için bkz: OpenAI, 'DALL-E 2 Extending Creativity' (OpenAI 14 July 2023) <<https://openai.com/blog/dall-e-2-extending-creativity>> accessed 22 July 2023.

69 Bkz. Bart van der Sloot and Yvette Wagenveld (n 52), 1.

70 Bir içeriğin sahte olup olmadığının tespiti için şu özelliklerin bulunup bulunmadığının araştırması önerilmiştir: veri taşıyıcısının türü, sahte içeriğin oluşturulmasında kullanılan teknolojinin ne kadar gelişmiş olduğu, manipülasyonun derecesi, manipülasyonun aktarılan bilgi için ne kadar önemli olduğu, sahte içeriğin gerçek bir kimse ile ilgili olup olmaması, kişilerin içeriği ne ölçüde doğru kabul ettiği. Van der Sloot and Wagenveld (n 52) 4.

71 Tyrone Kirchengast, 'Deepfakes and image manipulation: criminalisation and control' (2020) 29 (3) *Information & Communications Technology Law*, 310.

içerik üretmek sistemi kullanmak için özel bir beceri gerektirmediğinden bu sentetik içeriklerin üretimi herkes tarafından kolayca gerçekleştirilebilir bir hâl almaktadır.

Üretici yapay zekâ finansal hizmetlerde de kullanılabilir⁷². Finansal hizmetler sektörü yapay zekâyâ en çok yatırım yapılan sektörlerden biridir⁷³. Robot danışmanlar (*robo-advisors*) olarak da bilinen çevrimiçi otonom platformlar; yatırım tavsiyesine ihtiyaç duyan kişilere algoritmalar aracılığı ile finansal danışmanlık hizmeti sağlamaktadır⁷⁴. Yatırımcılar bu şekilde yarı kişiselleştirilmiş portföy yönetimi hizmetlerine erişim sağlayabilmektedir⁷⁵. Bireysel yatırımcılar robot danışmanlık hizmetleri sayesinde daha ucuz, hızlı ve günün her saatinde erişilebilir biçimde hizmet verebilmektedir⁷⁶. Bununla birlikte, robot danışmanlar; yatırımcıların geliri, finansal bilgileri, yatırım deneyimleri, riske karşı tutumu gibi birçok hassas veriye de sahip olur⁷⁷.

Üretici yapay zekânın bir başka kullanım alanı da sağlık sektörüdür. Sağlık sektörüne ilişkin tıbbi görüntüleme ve teşhisten, ilaç üretimine dek birçok farklı alanda üretici yapay zekâ kullanımı yaygınlaşmaktadır⁷⁸. Örneğin 2017 yılında *Woebot* adındaki bir üretici yapay zekâ sohbet botu geliştirilmiştir. Sohbet botunun amacı, insanlar ile etkileşimde bulunarak onların ruh halini iyileştirmeyi amaçlayan öneriler yapmaktır⁷⁹. Yine ilaç sektöründe yeni ilaç geliştirmek için de üretici yapay zekâ kullanımı mevcuttur. Bu alanda kullanım ise, yukarıda sayılan alanlara göre hem çok daha yeni hem de ortaya çıkarabileceği riskler açısından hukuken daha tartışmalıdır⁸⁰.

72 Buchanan and Wright (n 66) 538; Güncel bir örnek olarak JP Morgan, 11 Mayıs 2023 tarihinde menkul kıymet ve finansal varlıklar hakkında yatırım danışmanlığı yapabileceği ifade edilen, ayrıca reklam ve pazarlama alanında da kullanılacağı belirtilen IndexGPT modelini tescil ettirmek için başvuruda bulunmuştur: Will Daniel, 'Meet IndexGPT, the AI stock picker JP Morgan is developing that may put your financial advisor out of business' (Fortune, 26 May 2023) <<https://fortune.com/2023/05/26/jpmorgan-indexgpt-a-i-stock-picker/>> accessed 22 July 2023.

73 2019 yılında, İngiltere Merkez Bankası ve Finansal Piyasa otoritesi (FCA); bankalar da dahil olmak üzere finansal piyasa katılımcıları ile yaptığı ankette, piyasa aktörlerinin %66' sının makine öğrenme modelini bazı alanlarda kullanmak için çalışmalar gerçekleştirdiği sonuçlarını vermiştir: Bank of England (2019), 'Machine Learning in UK Financial Services', Working Paper (Bank of England, 16 October 2019) <<https://www.bankofengland.co.uk/report/2019/machine-learning-in-uk-financial-services>> accessed 22 July 2023.

74 Philipp Maume, 'Regulating Robo – Advisory', 55(1) Texas International Law Journal, 51; Dominique Payette, 'Regulating Robo-Advisors in Canada', 33(3) Banking & Finance Law Review, 423; Merve Aşşegül Kulular İbrahim, *Robo Danışmanların Hukuken Değerlendirilmesi* (Adalet Yayınevi 2023) 23.

75 Buchanan and Wright (n 66) 552.

76 ibid 552; Wolf Georg Ringe ve Christopher Ruof, 'A Regulatory Sandbox for Robo Advice, European Banking Institute' (2018) 26, 2.

77 Ringe and Ruof (n 76) 2. Ayrıca bkz. Payette (n 74) 423. Robo-danışmanlık hizmetlerinin hedef kitlesinin bireysel yatırımcılar olduğu göz önüne alındığında; yapay zekâ tarafından kullanılan ve geniş bir sınıflandırmaya dayalı olabilecek yatırım tavsiyeleri, yatırımcıların bireysel tercih, durum ve özel ihtiyaçlarını dikkate almakta başarısız olabilir. Yine robo-danışmanların bireysel yatırımcılara belirli varlık sınıflarını benzer bir şekilde tavsiye ettiği durumlarda bu durum finansal piyasada sistemik riski artırabilir. Ringe ve Ruof (n 76) 2.

78 Sağlıkta uygulamalara örnek olarak bkz. Polat Göktaş, Gül Karakaya, Ali Fuat Kalyoncu and Ebru Damadoğlu, 'Artificial Intelligence Chatbots in Allergy and Immunology Practice: Where Have We Been and Where Are We Going?' (2023) The Journal of Allergy and Clinical Immunology: In Practice, <<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S221.321.9823006414>>, accessed 21 Agu 2023.

79 Woebot Health, (Woebot Health 2023) <<https://woebothealth.com/>> accessed 27 July 2023; Attia Qammar et al., 'Chatbots to ChatGPT in a Cybersecurity Space: Evolution, Vulnerabilities, Attacks, Challenges, and Future Recommendations' (2021) 14(8) Journal of Latex Class Files, 3.

80 Hayden Field, 'The First Fully A.I.-Generated Drug Enters Clinical Trials in Human Patients' (CNBC 29 June 2023)

II. ÜRETİCİ YAPAY ZEKÂ MODELLERİNDE MAHREMİYET VE GÜVENLİĞİN HUKUKİ BOYUTU

A. KONUNUN ÖNEMİ

Bilgisayar bilimi, aynı zamanda “sorun çözme” bilimidir⁸¹. Gerçekten de bilgisayar bilimi, insan hayatındaki pek çok alanda mevcut veya muhtemel sorunların daha hızlı ve etkili biçimde çözümü için olanaklar yaratmaktadır. Hukukun da bilgisayar bilimi gibi hayatın pek çok alanına ve toplumun tümüne etkileri bulunan ve özel bir uzmanlık gerektiren bir bilim dalı olması yönü ile bilgisayar bilimi ile benzeştiği söylenebilir. Benzerliklerinin yanı sıra, hukuk ve bilgisayar bilimi özellikle son yıllarda devamlı bir etkileşim halindedir. Hukuk ve bilgisayar bilimi arasındaki bu etkileşim, bilgisayar bilimlerindeki son gelişmelerden biri olan üretici yapay zekâ modelleri ile daha çok yoğunlaşmaktadır. Bu etkileşimin odak noktası ise, mahremiyet ve güvenliğe dair riskler ve olası çözüm yollarıdır.

Verinin korunması temelde mahremiyet ve güvenliğe hizmet etmektedir. Bugün bireylerin mahremiyeti, özellikle hayatların dijital alana büyük oranda kayması ile bu ortamda paylaştıkları ve kendileri dışındaki kişi veya kurumlarca işlenen verinin korunabilmesine bağlıdır. Nitekim bu amaçla, 2021 – 2025 dönemi T.C. Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi’nde mahremiyetin korunması yapay zekâ için göz önüne alınması gereken temel ilkeler arasında sayılmaktadır⁸². Dijital ortam bakımından güvenlik kavramı ise, zamanla yalnızca siber güvenlik ile sınırlandırılmayacak kadar bireylerin her alandaki güvenliğini etkiler hale gelmiştir. Güvenlik ile korunmaya çalışılan esasen verinin güvenliğidir. Bu nedenle mahremiyet ve güvenlik, özellikle verinin ekonomik bir değer haline gelmesi ile birbirini tamamlayan iki unsur haline gelmiştir. Öyle ki, veri mahremiyetini korumak veri güvenliğine de hizmet etmektedir. Çalışmamızda bu nedenle bu iki kavram birbirini tamamlayıcı şekilde ele alınacak olup, ilerleyen bölümlerde üretici yapay zekâ özelinde yapılacak tartışmalarda her iki kavramın birbiri ile kendiliğinden bağlantısı verilen örneklerden de anlaşılacaktır.

B. ÜRETİCİ YAPAY ZEKÂ MODELLERİNDE MAHREMİYET

1. Eğitim Verisi Açısından Mahremiyet

Yapay zekâ teknolojilerinin geliştirilmesinin temel şartı hem nitelik hem de nicelik yönünden büyük miktarda veriye⁸³ sahip olmaktır. ChatGPT gibi geniş dil modellerine dayanan üretici yapay zekâ

<<https://www.cnbcm.com/2023/06/29/ai-generated-drug-begins-clinical-trials-in-human-patients.html>> accessed 22 July 2023.

81 Martin Erwig (n 35) 18.

82 TC Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi ‘Türkiye Cumhuriyeti Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi’ (Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi, Ağustos 2021) ><https://cbddo.gov.tr/SharedFolderServer/Genel/File/TR-UlusalYZStratejisi2021-2025.pdf>> accessed 22 Jul 2023.

83 Büyük veri tanımı pek çok kaynakta farklı şekilde tanımlanmış olsa da Avrupa Konseyi’nin Büyük Veri Dünyasında Veri İşlenmesine Dair Bireylerin Korunmasına ilişkin olarak 2017 yılında yayınladığı rehberdeki tanımı bu konuda iyi bir kaynaktır: “Büyük veri; çok büyük hacimdeki farklı verinin yüksek hızla toplanması, işlenmesi ve bu veri ile yeni

örnekleri, bu gerçeğin katlanarak artmasına ve somut olarak gözler önüne serilmesine yol açmıştır. GPT3, 2020 yılında ilk yayınlandığında, eğitim verisinin içinde kişisel nitelikte veri de içeren internet içeriklerinin kazınması (*scrapping*) yöntemi ile elde edilen kitaplar, blog yazıları gibi geniş kaynaklardan oluştuğu ortaya çıkmıştı⁸⁴. İnternetin kazınarak veri toplanması eylemi, trolle balık avcılığına benzetilebilir; ağa yakalanan balıkların av yasağı kapsamında olup olmadığı nasıl ki bu tür avcılık yönteminde belirlenemezse, internetin kazınması sırasında elde edilen verilerin, KVKK veya GDPR gibi veri koruma düzenlemeleri ile korunup korunmadığına bakılmamaktadır. Bu tür veri setlerinin içerisindeki kişisel veriler ile ilgili olarak veri öznesinden ilgili yasaya göre usulüne uygun olarak veri işlenmesine rıza alınıp alınmadığı dahi belirsizdir. Belirtilmelidir ki, internet kullanıcılarının tüm dünyada ürettiği günlük veri hacmi düşünüldüğünde, kitaplar bu geniş dil modellerinin beslediği veri setinin sadece küçük bir parçasıdır. İşte bu nedenle, e-postalar ve akıllı klavyelerdekiler dahil olmak üzere interneti kazınarak veri toplamak, geniş dil modeli geliştirenler şirketler için oldukça caziptir⁸⁵. Bu nedenle, yapay zekâ modellerinin ham maddesi olan verinin mahremiyeti ve güvenliği en öncelikli meselemizden olmalıdır⁸⁶.

Şu anda, çoğu üretici yapay zekâ modeli, modelin geliştirilmesi ve eğitilmesinde kullanılan kişisel veriler bakımından ilgili kişilerin rızasını almamakta ve onların sunduğu verilerinin hangi işlemlerde kullanılacağına ilişkin bildirim sağlamamaktadır⁸⁷. Bunun yanında internette kamuya açık bir biçimde olan veriler bakımından onay ve bildirim yükümlülüklerini sağlamak daha güç olacaktır⁸⁸.

Oysa, bilgisayar biliminin aynı zamanda bir sorun çözme bilimi olduğuna işaret edilmişti⁸⁹. Bilgisayarlar ile sorun çözebilmek için ise algoritmalara, algoritmanın bulunmadığı durumlarda ise eksik bilgiyi telafi edebilecek veriye ihtiyaç bulunmaktadır⁹⁰. Verinin günümüzde bir ekonomik değer haline gelmesinin nedeni, çağımızın itici gücü olan yapay zekâ modellerinin ham maddesi olmasıdır.

İnternet üzerindeki kamuya açık verilerin üretici yapay zekâ modellerinin eğitim verisi olarak kullanılması bazı etik tartışmaları da beraberinde getirmektedir. Birçok üretici yapay zekâ modelinin kamuya açık verileri, eğitim verisi olarak kullanmasının ve geliştirilen modellerin veriyi üreten tüm paydaş ve veri üreticilerine eşit bir biçimde yarar sağlama imkânı sunmaması potansiyeli bulunmaktadır. Nitekim böyle bir durum, bireyi ve bireyin verisini temel alan mevcut veri koruma

ve tahmine dayalı bilginin elde edilmesine yönelik ilerleyen teknolojik beceridir. Avrupa Konseyi, 'Guidelines On The Protection of Individuals With Regard to the Processing of Personal Data In A World Of Big Data' <<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090.000.16806ebe7a>> accessed 22 July 2023.

84 Matt Burgess, 'ChatGPT Has a Big Privacy Problem', (Wired, 4 Nisan 2023) <<https://www.wired.com/story/italy-ban-chatgpt-privacy-gdpr/>> accessed 22 July 2023.

85 El-Mahdi El-Mahamdi, Sadegh Farhadkhani, Rachid Guerraoui et al. 'On the Impossible Safety of Large Language Models', (Arxiv, 9 May 2023), <<https://arxiv.org/abs/2209.15259>> accessed 22 July 2023, 3-4.

86 Ozan Özparlak (n 28) 17.

87 Bush (n 48) 6.

88 ibid 6.

89 Erwig (n 81).

90 Alpaydın, (n 15) 27.

düzenlemeleri ile çözülemeyecektir⁹¹. Zira, dijital eşitsizlik sadece veri koruma kuralları ile çözülmesi mümkün olmayabilecek, rekabet kuralları ile de ilgili bir politik ve ekonomik durumdur. Böyle bir durumda; yeni geliştirilen teknolojiyi kontrol edenler, yetki alanları yaratma, kullanım koşullarını belirleme ve yaratılan modele kimlerin erişebileceğine karar verme konusunda önemli bir potansiyele sahip olacaktır⁹².

Bu kapsamda ilk akla gelen risklerden biri; büyük teknoloji şirketlerinin tüm dünyada sundukları dijital hizmetlerine üretici yapay zekâ modellerini entegre ederek bu pazardaki payını pekiştirmesidir⁹³. Böyle bir durumda, büyük teknoloji şirketleri pazar konumlarını güçlendirerek büyüyecek, kullanım koşulları ve yaratılan model hakkında kullanıcılara sözleşme koşullarını dayatabileceklerdir.

Bir başka risk olarak ise, üretici yapay zekâ modellerinin arama motoru gibi dijital hizmetlere entegre edilmesiyle bilgiye erişimin kısıtlanması ifade edilebilir. Klasik bir çevrimiçi arama motorunda, kullanıcıya aralarından seçim yapabileceği birden fazla sonuç gösterilmektedir. Üretici yapay zekâ modeli herhangi bir kullanıcı sorusuna tek cevap veren bir çıktı şeklinde tasarlanacak olursa, bu durumda kullanıcıların halihazırda mevcut olan bilgiye erişim imkânı da sınırlandırılmış olur. Yine böyle bir tasarımın çevrimiçi alım satım platformlarında kullanılmasında, çevrimiçi platform kullanıcıların almasını tercih ettiği ürünleri öncelikli olarak tercih etmesi için yeni yollar yaratacaktır. Böyle bir durum ancak bir sohbet robotu uygulamasının kullanıcıya vereceği bir öneriye ne şekilde ulaştığının kontrol edilmesiyle azaltılabilir⁹⁴. Bu durum da ancak şeffaflık düzenlemeleri ile giderilebilir.

Eğitim verisi, günümüzde genel olarak tüm makine öğrenmesi modellerinin üzerinde yükseldiği temeldir⁹⁵. Yapay zekâ modellerinin gelişimini sağlayan “öğrenme” süreci, veri ile gerçekleşmektedir. Özellikle üretici yapay zekâ modellerinde olduğu gibi, insan kullanıcıların doğal dillerinde yaptıkları yönlendirmeler ile çıktı üreten sistemlerin, doğal dili tanınması için gereken öğrenme verisinin miktar ve çeşit yönünden hacmi, sistemin başarısı ile doğru orantılı olacaktır. Bu nedenle, geniş veri setleri öğrenen algoritmaları geliştirenler için altın madeni değerindedir. Bu veri setlerine ulaşmak, her ne kadar veri gizliliğine aykırı yöntemler kullanılarak oldukça kolay olabilse de sosyal medyanın var olmadığı ve hayatın internette bu denli yansımadığı önceki on yıllarda bu arayış oldukça zordu. Bu zorluğun aşılmasının dönüm noktalarından biri bir hukuki süreçle ortaya çıkmıştır.

91 Saffron Huang and Divya Siddarth, ‘Generative AI and the Digital Commons’ (Arxiv 20 March 2023), ><https://doi.org/10.48550/arXiv.2303.11074>> accessed 22 July 2023.

92 Norwegian Consumer Council (n 48) 17; Bu etik tartışmalara somut bir örnek; Yeni Zelanda Māori yeri halkının Open AI tarafından geliştirilen bir üretici yapay zekâ modeli Whisper’a karşı çekincelerini dile getirmesi verilebilir. Whisper, Māori dili de dahil olmak üzere internette açık erişimde olan ses dosyalarını eğitim verisi olarak kullandı. Ancak yerli halktan bazı kişiler, kendi etnik ve kültürel kimliklerinin bir parçası olan dillerinin, kendi rızaları olmaksızın bir yapay zekâ modeli geliştirilmesinde kullanılması ile kültürlerinin üzerindeki hakimiyeti kaybederek, veri istismarına uğrayacağı endişelerini dile getirdiler. Rina Chandran, ‘Indigenous Groups In NZ, US Fear Colonisation as AI Learns Their Languages’ (03 Ap 2023) <<https://www.context.news/ai/nz-us-indigenous-fear-colonisation-as-bots-learn-their-languages>> accessed 14 Jul 2023.

93 Norwegian Consumer Council (n 48) 18.

94 Norwegian Consumer Council (n 48) 18.

95 Kate Crawford, *Atlas of AI*, (Yale University Press 2021) 98.

Enron Skandalı olarak bilinen ve ABD’de Enron Şirketi’ nin iflas etmesi ile sonuçlanan yolsuzluk soruşturmasında elde edilen 158 çalışana ait yarım milyonu aşan e-postadan oluşan veri tabanı; Federal Enerji Düzenleme Kurulu’na herkese açık olarak yayınlanmıştır⁹⁶. Böylece, Enron Külliyyatı, makine öğrenmesi araştırmacıları için bir dilbilimsel hazine olmuş, fakat aynı zamanda, öğrenen algoritmaların eğitim verisinin elde edilmesinde bir tür yeni norm yaratmıştır: İnternette açık olarak yer alan bir veri setinin içerdiği kültürel, siyasal ve sosyal önyargılar ve veri gizliliği göz önüne alınmaksızın algoritmaları eğitmekte kullanılabilir⁹⁷.

Üretici yapay zekâ modellerinde kullanılan kişisel veri niteliği taşıyabilen eğitim verilerinin genellikle veri sahibinin bilgisi veya rızası olmaksızın kullanılabileceğine işaret edilmişti. Bunun en temel nedeni, toplanan verinin çok sayıda kaynaktan gelmesi ve büyük miktarlarda olmasıdır⁹⁸. Şöyle ki, bu tür yapay zekâ modellerini geliştirmek için kullanılan eğitim veri setine, internette alenileştirilen kişisel veriler de dahil edilmektedir. Örneğin, sosyal medya fotoğrafları, içerikleri kişiler tarafından aleni bir biçimde paylaşılsa da kişiler bu kişisel verilerinin bir yapay zekâ modelinin eğitilmesinde kullanılabilmesi konusunda bir rıza göstermiş değildir. Yine aynı şekilde kişiler bu şekilde bir ihlal gerçekleştirildiğinin farkında olmayabilir⁹⁹.

Bireylerin internet üzerindeki kişisel veri niteliğindeki fotoğraflarının, rızaları ve hatta bilgileri olmadan, yapay zekâ algoritması geliştirilmek için kullanımı yeni değildir. *Microsoft* şirketi tarafından 2016 yılında; ünlü aktörler, politikacılar, gazeteciler, aktivistler, akademisyenler ve sanatçıları da içeren 100.000 kişi ile ilgili yaklaşık 10 milyon fotoğraftan oluşan dünyanın en büyük halka açık yüz tanıma veri seti *MS-Celeb*, bu kişilerin bilgisi ve yüz tanıma sistemlerinde fotoğraflarının kullanımına dair rızaları olmaksızın, internette kazınma (*scrapping*) yolu ile oluşturulmuştu¹⁰⁰. Bu veri setinde fotoğrafları kullanılan kişilerin rızalarının alınmadığına dair *Financial Times*’da yayınlanan bir soruşturmada sonra, söz konusu veri seti *Microsoft* tarafından internetten kaldırmıştı¹⁰¹.

ChatGPT’yi geliştiren Open AI şirketi, sadece ChatGPT ve DALL-E Labs ile ilgili API¹⁰² hizmetleri için sınırlı olmak üzere, gizlilik politikasını 1 Mart 2023 tarihi itibarı ile güncellediğini duyurmuştur. Buna göre; ChatGPT kullanıcıları tarafından açıkça belirtilmediği sürece, API verileri yapay zekâ modellerini eğitmek veya iyileştirmek için kullanılmayacaktır. Yine kullanıcı istemlerini ve

96 Jure Leskovec; ‘Enron Email Network’ (Stanford University) <<https://snap.stanford.edu/data/email-Enron.html>> accessed 22.7.2023; Bryan Klimt and Yiming Yang, ‘Introducing the Enron Corpus’ (2004), International Conference on Email and Anti-Spam (Natural Language Server 2021) ><https://nl.ijs.si/janes/wp-content/uploads/2014/09/klimtyang04a.pdf>> accessed 23.7.2023.

97 Crawford (n 95) 102.

98 Norwegian Consumer Council (n 48) 15.

99 Norwegian Consumer Council (n 48) 32.

100 Kate Crawford and Trevor Paglen, ‘Excavating AI The Politics of Images in Machine Learning Training Sets’ (2019), <<https://excavating.ai/>> accessed 22 July 2023.

101 Madhumita Murgia, ‘Who’s using your face? The ugly truth about facial recognition’ (Financial Times, 19.4.2019) <<https://www.ft.com/content/cf19b956-60a2-11e9-b285-3acd5d43599e>> accessed 22 July 2023.

102 API (Application Program Interface) teriminin Türkçe karşılığı, “uygulama programı arayüzü” olup, yüksek düzeyli bir uygulama programının işletim sisteminin fonksiyon ve verilerini kullanmasını mümkün kılan ara yüz anlamını taşımaktadır. Bkz. Bülent Sankur, *İngilizce Türkçe Ansiklopedik Bilişim Sözlüğü* (Pusulaya Yayıncılık, 2008).

tamamlamalarını da içeren API verileri, kötüye kullanım ve kötüye kullanımın izlenmesi amacıyla en fazla 30 gün süreyle saklanacak ve yasalar aksini gerektirmedikçe saklama süresinin dolmasından sonra silinecektir¹⁰³. Bu politika değişikliğinden yani 1 Mart 2023'ten önce API'ye gönderilen veriler ise, kullanıcı tarafından veri paylaşımı devre dışı bırakılmamışsa OpenAI tarafından belirtildiği üzere, şirketin yapay zekâ modellerini iyileştirmek için kullanılmış olabilir¹⁰⁴. 25 Nisan 2023'te ise, kamuoyundan gelen tepkiler üzerine OpenAI, bireysel kullanıcıların da dilerlerse sohbet geçmişini kapatarak kullanım verisinin modelleri eğitmek için kullanılmamasını sağlayabilecekleri özelliği devreye soktuğunu duyurmuştur¹⁰⁵.

Ülkemizde kişisel verilerin korunması ile ilgili temel yasal düzenleme 6698 sayılı Kişisel Verileri Koruma Kanunu'dur (KVKK). Geniş dil modeline dayalı yapay zekâ modellerinin eğitilmesi için kullanılan veriler ile ilgili olarak Türk hukuku bakımından KVKK m. 4'te belirlenen ilkelere uygun bir veri işleme faaliyeti gerçekleştirilmesi gerekir. Bu kapsamda kişisel verilerin işlenmesinde; hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olma, doğru ve gerektiğinde güncel olma, belirli, açık ve meşru amaçlar için işlenme, işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma, ilgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilme ilkelerine uyulması gerekir. Aksi durumdaki veri işleme faaliyeti hukuka aykırı olacaktır.

Bununla birlikte, üretici yapay zekâ modellerinin özellikleri göz önüne alındığında, KVKK m. 4'te yer alan veri işleme faaliyetlerinde uyulması gereken ilkelerin, ChatGPT gibi geniş dil modellerine dayalı yapay zekâ modellerinin eğitilmesi sırasındaki veri işleme faaliyetinde uygulanabilmesi kullanılan veri setleri genişledikçe giderek güçleşmekte ve aykırılığın tespiti de aynı oranda zorlaşmaktadır.

KVKK kapsamında, ilgili kişiye, verilerinin münhasıran otomatik sistemler aracılığı ile analiz edilmesi suretiyle kendisi aleyhine bir sonucun ortaya çıkması halinde itiraz etme hakkı tanınmıştır. KVKK m. 11/f.1'in (g) bendinde; işlenen verilerin münhasıran otomatik sistemler vasıtasıyla analiz edilmesi suretiyle kişinin kendisi aleyhine bir sonucun ortaya çıkmasına itiraz etme hakkı olarak ifade edilmiş olan itiraz hakkı, yapay zekâ modelleri kullanılarak bazı alanlarda otomatikleşen karar süreçlerinde uygulama alanı bulabilir. Bu konuyla Kurum tarafından yayınlanan ilgili Rehberde ise, verilerin otomatik sistemler aracılığı ile işlenmesi; bilgisayar, telefon, saat gibi işlemci sahibi cihazlar tarafından yerine getirilen, yazılım veya donanım özellikleri aracılığıyla önceden hazırlanan algoritmalar kapsamında insan müdahalesi olmadan kendiliğinden gerçekleşen işleme faaliyeti olarak tanımlanmıştır¹⁰⁶.

Ancak ilgili kişinin bu şekilde bir itiraz hakkına sahip olduğunun bilmesi için kişisel verilerinin bu modellerde kullanıldığına ilişkin bilgi sahibi de olması gereklidir. Nitekim, Kurumun aydınlatma

103 OpenAI, 'API Data Usage Policies', 14 Haziran 2023, <<https://openai.com/policies/api-data-usage-policies>> accessed 5 Jul 2023.

104 ibid 1.

105 OpenAI, 'New Ways to Manage Your Data in ChatGPT', (Open AI 25 Apr 2023), <<https://openai.com/blog/new-ways-to-manage-your-data-in-chatgpt>> accessed 22 Jul 2023.

106 Kişisel Verileri Koruma Kurumu, 'Kişisel Verilerin Korunması Kanununa İlişkin Uygulama Rehberi' (2019) <https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/41784a70-2bac-4e4a-830f-35c628468646.PDF> 55 accessed 22 Agu 2023.

yükümlülüğüne ilişkin Tebliğ'de¹⁰⁷ aydınlatma yükümlülüğünün, kişisel verilerin, tamamen veya kısmen otomatik yollardan mı yoksa veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yöntemler ile mi işlendiği bilgisinin açıkça belirtilmesini kapsadığının altı çizilmiştir (Tebliğ m.5/i).

Her ne kadar KVKK m. 11 uyarınca, üretici yapay zekâ modellerinin eğitimi için kendi verisinin kullanılıp kullanılmadığı ile ilişkili olarak kişiler veri sorumlusuna başvurabilecek olsalar bile her ilgili kişinin böyle bir hak temelli farkındalığa sahip olması ne yazık ki mümkün değildir.

Bizim de katıldığımız bir görüşe göre, geniş yapay zekâ modellerinin geliştirilmesi faaliyetinde, bu faaliyetlerin kendisinin hukuka aykırı olduğunun bir ön kabul ile benimsenmesi daha faydalı olacaktır¹⁰⁸.

2. Kullanıcı Verisi Açısından Mahremiyet

Günümüzde pek çok farklı alandan toplanan veri ile bu verinin otomatik olarak analizi, bireylerin çok farklı amaçlarla profillenmesine yol açmaktadır. Profilleme; bir tanıma göre, belirli bir kişi sınıfının bir dizi özelliğinin geçmiş deneyimlerden çıkarıldığı ve veriyi elinde bulunduran tarafından bu özellikler kümesine yakın olan bireylerin arandığı bir teknik olarak tanımlanmaktadır¹⁰⁹. Avrupa Konseyi profillemeyi; bireyin kendisi ile ilgili karar almak veya kişisel tercihlerini, davranış ve tutumlarını analiz veya tahmin için bireyin veya kişisel bilgilerini analiz etmek veya tahmin etmek için kullanıldığını ifade etmiştir¹¹⁰. GDPR m.4'te ise profilleme, gerçek bir kişiyle ilgili belirli kişisel özelliklerin değerlendirilmesi, özellikle de iş performansı, ekonomik durumu, sağlığı, kişisel tercihleri, ilgi alanları, güvenilirliği, davranışları, konumu veya hareketleriyle ilgili hususların analiz edilmesi veya tahmin edilmesi amacıyla kişisel verilerin kullanılmasını içeren her türlü otomatik veri işleme süreci olarak tanımlanmıştır¹¹¹. Profillemenin otomatik veri işleme süreci, otomatik veri işleme sürecinin kişisel veriler üzerinden yürütülmesi, bir gerçek kişinin kişisel özelliklerinin değerlendirilme amacı üzere üç unsur olduğu ifade edilmektedir¹¹².

Profilleme, yapay zekâ modellerinin geliştirilmesinde günümüzde kaydedilen ilerlemeden çok daha önce var olan bir uygulamadır. Bu kavram, en yalın haliyle, bireylerin farklı amaçlar ile farklı kategorilere ayrılması olarak tanımlanabilir. Gerek devletler gerek şirketler tarafından farklı

107 Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ, R.G. 10.03.2018, Sayı: 30356.

108 El-Mhamdi, Farhadkhani, Guerraoui, et al. (n 85) 19.

109 Roger Clarke, 'Profiling: A Hidden Challenge to the Regulation of Data Surveillance' (1993) Journal of Law and Information Science 4 (2) 405.

110 Council of Europe, The Protection Of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data In The Context Of Profiling Recommendation CM/Rec(2010)13 and Explanatory Memorandum (2011) 9 <[https://rm.coe.int/16807096c3#:~:text=Recommendation%20CM%2FRec\(2010\)13%2C%20adopted%20by%20the,Data%20\(T%2DPD\)>](https://rm.coe.int/16807096c3#:~:text=Recommendation%20CM%2FRec(2010)13%2C%20adopted%20by%20the,Data%20(T%2DPD)>,), accessed 21 Ag 2023.

111 GDPR, m.4.

112 Madde 29 Veri Koruma Çalışma Grubu tarafından hazırlanan rehberde profillemenin üç unsur olduğundan söz edilmektedir. Article 29 Data Protection Working Party, 'Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679 (wp251rev.01)' 22.08.2018, <<https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/612053/en>> s. 6-7, accessed 30 Jul 2023.

amaçlarla bireylerin kategorilere ayrılması yapay zekâ algoritmalarının kullanımından önce de var olan bir uygulamadır¹¹³. Bu uygulamalar, henüz yapay zekâ modellerinin geliştirilmeden evvel de pazarlama yönetimi alanında önerilmekteydi. Nitekim, *Kotler*, işletmelerin bilgisayar donanımlarına, veri tabanı yazılımlarına, analitik programlara, iletişim ağlarına ve bunlar ile ilgili yetenekleri olan personele yatırım yapmalarını önermişti¹¹⁴.

Profillemenin yarattığı ucuz depolama maliyetleri ve büyük ölçekli bilgi miktarları veri sorumlularını gelecekte fayda sağlaması ihtimali ile daha fazla kişisel veri toplamaya yöneltmektedir. Bu durum hem KVKK m. 4'te sayılan veri işlemede uyulması gereken ilkelere hem de GDPR bakımından veri minimizasyonu ilkesine aykırılık teşkil edebilir¹¹⁵. Bir başka ifadeyle, veri sorumlusunun amaca ulaşmak için gerekli olan en az miktarda ve bu amaca ulaşmak için toplanan kişisel verilerin mutlaka gerekli olup olmamasının saptaması gerekir¹¹⁶. Bu yaklaşımın bir sonucu olarak, kişisel verilerin mümkün olduğundan az toplanması ve işlenmesi gereklidir¹¹⁷.

Bununla birlikte profillemeye birçok bakımdan sorun yaratabilir. Örneğin, ticari amaçla yapılan ve bireylerin satın alma alışkanlıklarına göre kategorize edilmesini hedefleyen bir profillemeye, söz konusu bireylerin seçmen profillerine de ışık tutabileceği için aynı zamanda politik sonuç ve etkilere de sahip olabilir. Zira tüketici verisi olarak adlandırılan satın alma alışkanlıklarına dair veriler; bireylerin sosyo-ekonomik durumları, aile yapıları, dini inanışları hakkında da bilgi içerebilir. Benzer şekilde bu veriler, kişilerin sağlık durumları hakkında da pek çok çıkarımın yapılmasını sağlayabilmektedir. Sağlık ile ilgili bilgiler ise, sigortacılık sektöründen insan kaynakları sektörüne dek pek çok alanda ayrımcılık başta olmak üzere doğrudan veya dolaylı etkilere sahiptir.

Veri korumaya ilişkin yasal düzenlemeler üretici yapay zekâ modellerinde kullanılan verinin döngüsünde üç yönden uygulama alanı bulabilir. Bunlar; üretici yapay zekâ modelinin eğitilmesinde kullanılan eğitim verileri, üretici yapay zekâ modelinden elde edilen çıktı içerikler ve modelin kendisidir¹¹⁸. Bunun yanında, GDPR çerçevesinde altı çizilen ve mahremiyete dair koruma mekanizmalarının ürün ve hizmetlere henüz tasarım aşamasında entegre edilmesini ifade eden tasarımda gizlilik (*privacy by design*) ve varsayılan gizlilik (*privacy by default*) ilkelerinin üretici yapay zekâ modelleri açısından da gözetilmesi gerektiği açıktır¹¹⁹.

113 1990'larda, işletmelerin hedef kitlelerine ulaşması ve pazar paylarını genişletmeleri için bireylerin tüketim alışkanlıklarına göre profillemesi yapay zekâ algoritmaları ile olmasa da yapılmaktaydı. Mireille Hildebrandt, 'Profiling and the Rule of Law' (2008) 1 IDIS 57.

114 Öte yandan, pazarlama uzmanı olan *Kotler*'in işletmeler bakımından bu değerlendirmesi, sadece pazar gücü anlamında değil, mahremiyete ilgilidir. Zira, bu veri setlerinin oluşturularak bireylerin profillere ayrılması sırasında hem bireylerin mahremiyetinin risk altına girebilir hem de adil ve etik olmayan sonuçların ve hatta sahteciliğin dahi ortaya çıkabilir. Philip Kotler, *Marketing Management* (Pearson Education 2015) 724, 739.

115 Article 29 Data Protection Working Party (n 112) 11.

116 Elif Küzeci, *Kişisel Verilerin Korunması* (On İki Levha, 2020) 225, 237.

117 Norwegian Consumer Council (n 48) 46.

118 Norwegian Consumer Council (n 48) 45.

119 Küzeci, (n 116) 225.

GDPR'ın yapay zekâ modellerinde etkili bir veri koruma düzenlemesi olup olmadığı ise tartışmalıdır. GDPR'ın ChatGPT gibi üretici yapay zekâ modellerinde veri mahremiyeti bakımından tam anlamıyla bir koruma sağladığı söylenemez. GDPR, modellerin eğitiminde kullanılan veriler bakımından ya da çıkan veriler bakımından koruma sağlasa da modelin kendisi bakımından bu korumayı sağlayamamaktadır¹²⁰. Bir örnek olarak yürüyüş veya sosyal medya kullanımı gibi görünüşte özel nitelikli olmayan kişisel verilerin bir kişinin zindeliği veya tıbbi durumları hakkında bilgiler gibi sağlığına dayalı özel nitelikli veriye dönüştürme imkânı vardır. Modeller, kullanıcıların kendilerine ilgili bilgileri eklemesi veya bu bilgileri toplamasıyla gelecekte kişiler hakkında tahminlerini daha doğru belirlemeye başlar¹²¹. Esasında GDPR'ın yeni teknolojiler karşısındaki yeterliliğine dair tartışma, üretici yapay zekâ modellerinden önceki tarihte geleceğe dair bir değerlendirmesinde Wachter tarafından dile getirilmiştir. Bu görüşe göre; mevcut veri koruma kurallarının verinin sadece toplandığı ve işlendiği aşamaya göre belirlendiğinin, ancak, verinin toplanmasından sırasındaki kişisel/kişisel olmayan veya hassas/hassas olmayan veri ayrımlarının ve bireyler ile ilgili olarak yapılan çıkarımların yol açtığı mahremiyet ve bunun sonucu olarak ayrımcılık ihlallerini önleyemeyeceğini belirtmiştir¹²². Yine, GDPR gibi günümüzün veri koruma yasalarında verinin bu şekilde kategorizasyonunun, tamamen verinin toplandığı aşamaya göre belirlendiği dikkat çekicidir¹²³. Oysa, verinin toplanmasından sonra bu verilerin analizi ile bireyler profillerine göre çeşitli kategorilere ayrılmakta ve bu kategoriler ise daha sonra işe alım gibi süreçler ile ilgili alınan kararların verilmesinde kullanılmaktadır.

Bu tartışmalar bakımından; ChatGPT ile ilgili ilk yasal değerlendirmeyi yapan İtalyan Veri Koruma Otoritesi'nin (*Garante per la protezione dei dati personali*) kararı önem taşır. 31 Mart 2023 tarihinde ABD merkezli ChatGPT modelini geliştiren OpenAI şirketinin, İtalyan vatandaşlarının verilerinin işlenmesine dair bir sınırlama getirmiştir. Buna göre, Open AI şirketi tarafından uygulamanın kullanıcı ve verinin öznesi olan kişilere bu verilerin depolanması ve ne şekilde kullanıldığı hakkında bilgi vermiyor oluşu bir eksiklik olarak ifade edilmektedir. Aynı zamanda Open AI şirketinin ChatGPT modelini geliştirmek için kullandığı bu verilerin toplanması ve işlenmesinde de yasal bir dayanak olmadığı ve sunulan hizmetin her ne kadar 13 yaş üstü kullanıcılara yönelik olduğu ifade edilse de herhangi bir yaş doğrulama mekanizması olmadığı da altı çizilmiştir. Yine Open AI şirketinin AB sınırları içerisinde ikametgahı olmaması ve AB için bir temsilci atamamış olması da değerlendirmeler arasındadır¹²⁴.

Üretici yapay zekâ modellerinin geliştirilmesi ve yaygınlaştırılması aşamalarında birden fazla paydaşın sürece dahil olması veri gizliliğinin hukuki çerçevesini belirlemeyi güçleştirmektedir. Özellikle veri gizliliği ile ilgili yükümlülük ve sorumlulukların belirlenebilmesi bakımından bu paydaşların

120 Michael Veale, Reuben Binns and Lilian Edwards, 'Algorithms that Remember: Model Inversion Attack and (2018) 376 Data Protection Law' Phil. Trans. R. Soc. A., 3.

121 ibid 3.

122 Sandra Wachter, 'Data Protection in the Age of Big Data' (2019) 2 Nature Electronics Volume , 6-7.

123 ibid 7.

124 Garante Per La Protezione Dei Dati Personali (31 Mar 2023) <<https://www.gpdp.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9870847#english>> accessed 21 Ag 2023.

rollerinin belirlenmesine ihtiyaç bulunmaktadır. Bu nedenle Norveç Tüketici Konseyi ChatGPT ile ilgili yayınlanan raporunda; üretici yapay zekâ modelleri sürecine katılan farklı paydaşların, bu yapay zekâ modellerinin tüm döngüsünde GDPR hükümleri ile uyumunu sağlamak için rollerinin açıkça belirlenmesi gerekliliğini ifade etmektedir¹²⁵. Bu öneri kanaatimizce son derece isabetlidir.

3. Mahremiyeti Artırıcı Teknolojilerin Üretici Yapay Zekâ Modelleri Açısından Uygulanmasındaki Zorluklar

Mahremiyeti artırıcı teknolojiler açısından GDPR'nın 25. maddesi ile yasal bir dayanak oluşturmaktadır¹²⁶. GDPR m. 25 gereğince; veri sorumlusu, veri işleme sırasında ve sonrasında son teknoloji kullanır ve takma adla adlandırma gibi uygun olan tüm teknik ve yönetsel önlemleri almakla yükümlü olup, bu yükümlülük işlenen verinin miktarı, kapsamı, saklama süresi ve erişilebilirlik unsurlarını da kapsar.

Üretici yapay zekâ modellerinde kullanılması yukarıda aktardığımız üzere GDPR 25. Madde uyarınca bir yasal yükümlülük olan mahremiyeti artırıcı teknolojilerin ülkemizdeki yasal karşılığı KVKK 12. Maddesidir. Mahremiyet ve güvenliğin ilişkisine yasal bir örnek olan, "Veri güvenliğine ilişkin yükümlülükler" başlıklı maddenin ilk fıkrasının (c) bendi uyarınca, veri sorumlusunun, verinin saklanması her türlü teknik ve idari önlemi alması gerekmektedir¹²⁷.

Mahremiyetin korunması ve kişisel verileri koruma kanunlarındaki veri koruma tedbirlerine uyum sağlanabilmesi için alınması gereken teknik tedbirler bulunmaktadır. Bu teknik önlemler arasında sayılabilecek ve ortak özellikleri veri minimizasyonu, merkezi veri depolamadan kaçınmak ve denetime açık olmak olarak gösterilebilecek¹²⁸ mahremiyeti artırıcı teknolojilerin (*privacy enhancing technologies – PETS*) en önemlilerinden bazıları diferansiyel mahremiyet¹²⁹ (*differential privacy*) ve federe makine öğrenmesi¹³⁰ (*federated machine learning*) yöntemleridir. Ancak üretici yapay

125 Norwegian Consumer Council (n 48) 45.

126 Leyla Keser Berber, 'Çapraz Etkileşim: Mahremiyete İlişkin Mevzuat ve Mahremiyet Standartları Arasındaki İlişki', in Leyla Keser Berber and Ali Cem Bilgili (eds) *Güncel Gelişmeler Işığında Kişisel Verilerin Korunması Hukuku* (Oniki Levha Yayınları 2020) 10.

127 GDPR 32. maddesinde de benzer bir hüküm yer almakta ve maddenin (a) fıkrasında *encryption* ifadesi yer almaktadır. Şifreleme (*encryption*), GDPR m. 34/3(a) ile kişisel veriye erişim yetkisi olmayan kişiler için anlaşılabilir kılın yöntemlerden biri olarak açıkça kabul edilmiştir.

128 Seda Gürses and Bart Preneel, 'Cryptography and Privacy in the Context of Big Data' in Bart van der Sloot, Dennis Broeders and Erik Schrijvers (eds) *Exploring the Boundaries of Big Data* (Amsterdam University Press, 2016) 67.

129 Diferansiyel mahremiyet, özellikle istatistik ve makine öğrenmesi analizlerinde kullanılan geniş veri setlerinde yer alan verinin ölçülebilir matematiksel yöntemler ile anonimleştirilmesini sağlar (Elif Üstündağ Soykan, Zeki Bilgin, Mehmet Akif Ersoy and Emrah Tomur, 'Differentially Private Deep Learning for Load Forecasting on Smart Grid' (2019) IEEE Globecom Workshops, 2, <10.1109/GCWkshps45667.2019.902.4520> accessed 22 Jul 2023. Diferansiyel mahremiyet ilk kez, Dwork *et. al.* tarafından yayınlanan ve 2017 Gödel Ödülünü kazanan bir çalışmada 2006 yılında ortaya çıkarılmıştır. Bkz. Cynthia Dwork, Frank McSherry, Kobbi Nissim and Adam Smith, 'Calibrating Noise to Sensitivity in Private Data Analysis' in S Halevi and T. Rabin (eds) *Theory of Cryptography* (Springer, 2006) <<https://people.csail.mit.edu/asmith/PS/sensitivity-tcc-final.pdf>> accessed 22 Jul 2023.

130 Federe makine öğrenmesinde, kullanıcı verileri eğitim verisi olarak kullanılmak üzere bir merkeze gönderilmemekte, eğitim verisi kullanıcının kalmaktadır. Bu yöntem ilk kez 2016 yılında Google araştırmacıları tarafından duyurulmuştur. Jakub Konečný, H. Brendan McMahan, Daniel Ramage and Peter Richtárik, 'Federated Optimization: Distributed

zekâ gibi geniş modellerde bu tekniklerin uygulanması, yapay zekâ alanındaki şirketler arasındaki performans odaklı yarış nedeniyle giderek zorlaşmaktadır. Şöyle ki; tüm teknik yöntemler, yapay zekâ modellerinin geliştirilmesi için kullanılan veride bir şekilde değişiklik yaratmakta olup bu nedenle de bu modellerin verdiği sonuçlardaki doğruluk (*accuracy*) payı üzerinde olumsuz bir etkiye neden olmaktadır¹³¹. Bu nedenle, mahremiyeti artırıcı teknolojilerin kullanılması, tek başına bir yasal önlem olarak yeterli olmayacaktır.

C. ÜRETİCİ YAPAY ZEKÂ MODELLERİNDE GÜVENLİK

Veri sızıntıları veri güvenliğine ilişkin bir sorundur. Türk hukuku bakımından, KVKK m. 12'de veri sorumlusunun veri güvenliğini sağlamasına ilişkin bazı yükümlülükler yüklenmiştir. İlgili hükme göre; veri sorumlusu kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesini, erişilmesini önlemek ve muhafazasını sağlamak amacıyla uygun güvenlik düzeyini temin etmeye yönelik gerekli her türlü teknik ve idari tedbirleri almak zorundadır¹³². Nitekim, veri güvenliğinin sağlanması, kişisel verilere ilişkin güvenlik sağlanması açısından da gereklidir¹³³. Bu kapsamda; veri sorumlusu tarafından risklerin tespit edilmesi gerekir. Veri sorumlusu, gerçekleşme olasılığının yüksek olduğu riskleri ve gerçekleşmesi durumunda yol açacağı kayıpları doğru bir şekilde belirlemek ve buna uygun tedbirleri almakla yükümlüdür. Veri sorumlusu bu riskleri belirlerken; kişisel verilerin özel nitelikli kişisel veri olup olmadığı, mahiyeti gereği hangi seviyede gizlilik gerektirdiği, güvenlik ihlali halinde ilgili kişi bakımından ortaya çıkarabilecek zararın niteliği ve niceliği dikkate alınmalıdır¹³⁴.

ChatGPT ve üretici yapay zekâ modellerinin sağladığı avantajlardan potansiyel yararın sağlanabilmesi için veri güvenliğine ilişkin olan riskler tanınmalı, yönetilmeli ve mümkünse azaltılmalıdır¹³⁵. İfade edilmelidir ki, ChatGPT ve benzer üretici yapay zekâ modelleri veri sızıntısı bakımından risklidir. Nitekim, ChatGPT gibi sohbet botları genellikle çevrimiçi arayüzler üzerinden kullanıcılar ile etkileşim imkanı sağlar. Sohbet botları bakımından ise bazı güvenlik açıkları mevcuttur. Bir kullanıcının istenmeyen eylemleri veya davranışlarını başlatmak için sohbet botunun güvenlik açıklarından yararlanmaya çalışması ya da konuşma botlarına yanlış ve yanıltıcı bilgiler sağlayıp onları yanlış yönlendirmesi, yetkisiz erişim gibi örnekler bu kapsamda verilebilir¹³⁶. Sohbet botları bakımından; veri bütünlüğünü ve gizliliğini sağlamak için uçtan uca şifreleme, kimlik doğrulama gibi önlemler getirilebileceği ifade edilmektedir¹³⁷. Her ne kadar

Machine Learning for On-Device Intelligence' (2016) <<https://doi.org/10.48550/arXiv.1610.02527>> accessed 22 Jul 2023.

131 Charu C. Aggarwal, *Recommender Systems* (Springer, 2016) 434.

132 Kişisel verilerin işlenmesi sürecinde veri sorumlularının alması gereken teknik ve idari tedbirler konusunda Kişisel Verileri Koruma Kurumu tarafından rehber yayınlanan rehber için bkz. Kişisel Verileri Koruma Kurumu, 'Kişisel Veri Güvenliği Rehberi Teknik ve İdari Tedbirler' (2018) <https://www.kvkk.gov.tr/yayinlar/veri_guvenligi_rehberi.pdf> 28 Jun 2023.

133 Küzeci (n 116) 414.

134 Kişisel Verilerin Korunması Kurumu (n 132) 8.

135 Council Of European Union (n 48) 1.

136 Qammar et al (n 79) 6.

137 Qammar et al (n 79) 13.

bu riskler diğer tüm dijital teknoloji için söz konusu olsa da, özellikle çok farklı alanlarda ve geniş kesimlerce kullanılabilen üretici yapay zeka sistemlerinin yüksek nitelikli analiz kapasitesi ve gelişme hızının öngörülememesi gibi nedenlerle üretici yapay zeka sistemlerinde bu riskler kanımızca çok daha yüksektir.

Siber saldırılara karşı bu modellerin açık olması da veri güvenliğine ilişkin bir başka sorun olarak ortaya çıkabilir. Bu modellere karşı yapılan siber saldırılar hem öğrenme verisinin hem de kullanıcı kitlesinin geniş olması nedeni ile risk faktörünü artırmaktadır. Zira bu modeller, şimdiki dek kullanılan yapay zekâ modellerinden hem girdi verinin hacmi hem de çıktı bakımından oldukça farklıdır. ChatGPT gibi herkesin kullanımına sunulan ve dünyanın her yanından büyük bir kullanıcı kitlesine sahip olan üretici yapay zekâ modellerinde, teknolojinin olası tüm kötüye kullanımının öngörülmesi güç olabilir. Bu kadar risk barındıran bir modelin geniş bir kamuoyu tarafından kullanılması da birçok sorunu beraberinde getirmiştir¹³⁸. Örneğin, makine öğrenmesi modellerine karşı yapılan saldırı türlerinden olan ve belirli bir verinin bir veri seti içinde yer aldığını öğrenme amacı ile gerçekleştirilen üyelik/aidiyet saldırısı (*membership attack*)¹³⁹ geniş yapay zekâ modeli ailesinden olan üretici yapay zekâ modellerindeki önemli güvenlik risklerinden birini oluşturmaktadır.

Bu konuda yapılan güncel bir araştırmada, ChatGPT'nin de içinde bulunduğu geniş dil modelleri gibi geniş yapay zekâ modellerinin güvenlik tehditlerine karşı aşırı derecede açık oldukları belirtilmektedir. Buna gerekçe olarak modellerin; kullanıcı tarafından üretilen veriye dayalı olmaları, yüksek ölçekli ezber kullanmaları, oldukça heterojen nitelikteki kullanıcılardan öğrenmeleri unsurlarının tümünün bir arada olması gösterilmektedir¹⁴⁰.

Üretici yapay zekâ modellerinin veri hırsızlığı için de kötü niyetli olarak kullanılabilmesi, bu sistemin yol açtığı veri gizliliği risklerinden biridir. Veri hırsızlığı; ticari sınırlar, kişisel bilgiler, şifreler ve yazılım kodları gibi gizli verilere yetkisiz kişi veya kişilerce ağa sızılarak erişilmesidir¹⁴¹. Bir başka risk olarak; ChatGPT gibi üretici yapay zekâ modellerine kullanıcı tarafından sorulan soruların, model tarafından her zaman doğru bilgi ile yanıtlanmaması da bilginin doğruluğu bakımından yanıltıcı olmasının yanı sıra aynı zamanda veri gizliliği özelinde risk barındırmaktadır.

Tüm bu risklerin yanında, bu modeller, yasa dışı faaliyetlerde kullanılmak için kötüye kullanılabilir. Özellikle geniş dil modelleri, oldukça ikna edici bir biçimde metinler üretmek için dolandırıcılık gibi suçlarda kullanılabilir. Ya da, siber saldırılar bakımından kötü niyetli bir biçimde kullanılabilir. Bu durumun bir sonucu olarak bir kişinin teknik donanımı olmasa da onun siber suç faaliyetlerinin gerçekleştirmesini kolaylaştırabilir¹⁴².

138 Norwegian Consumer Council (n 48) 12.

139 Üstündağ Soykan et al. (n 129) 5.

140 El-Mhamdi, Farhadkhani, Guerraoui et al. (n 85) 2.

141 T.C. Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi, (n 6) 55.

142 Norwegian Consumer Council (n 48) 33.

D. AVRUPA BİRLİĞİ YAPAY ZEKÂ TÜZÜK TASARISINA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

AB Komisyonu tarafından ilk kez 21 Nisan 2021’de teklif edilen AB Yapay Zekâ Tüzük Tasarısı¹⁴³, teknoloji tarafsız bir anlayışla, ileride ortaya çıkacak olan yeni modelleri de kapsayacak şekilde yapay zekâ sağlayıcılarının AB pazarında ürün pazarlamaları ve hizmet sağlamalarını belirli koşullara tabi kılmayı hedeflemektedir¹⁴⁴. Henüz yürürlüğe girmemiş olan AB Yapay Zekâ Tüzük Tasarısı’nda belirtildiği üzere; ilgili Tüzük, risk temelli¹⁴⁵ bir yöntem ile hazırlanmıştır. Tüzük Tasarısı, kabul edilemez risk içeren sistemlerin kullanımının yasaklanması, yüksek riskli yapay zekâ sistemlerinin ise belirli uyum koşullarını sağlamaları kaydı ile AB pazarına girebilecekleri öngörülmüştür.

14 Haziran 2023 tarihinde, AB Parlamentosu tarafından ilgili Tüzük Tasarısı’na; ChatGPT gibi üretici yapay zekâ sistemlerinin dahil olduğu temel modelleri (*foundation models*) ile ilgili olarak sunulan değişiklik önerileri kabul edilmiştir¹⁴⁶. Bu öneriler ile, ilgili Tüzük’e 28b numaralı madde eklenerek, temel modeli sağlayıcısının, modeli piyasada bulundurmadan veya hizmete sunmadan önce, bağımsız bir model olarak mı yoksa gömülü olarak mı sunulduğuna bakılmaksızın, bazı gerekliliklere uygun olduğundan emin olması gerektiği ifade edilmektedir.

Bu gereklilikler:

- Geliştirme öncesinde ve tüm döngü boyunca sağlık, güvenlik, temel haklar (mahremiyet de bu kapsamdadır), çevre, demokrasi ve hukukun üstünlüğüne yönelik makul olarak öngörülebilir risklerin tanımlanmasını, azaltılmasını ve hafifletilmesini uygun tasarım, test ve analiz yoluyla, bağımsız uzmanların katılımı ile belgelenmesi
- Modelin geliştirilmesinden sonra kalan ve azaltılamayan risklerin belgelenmesi (siber riskler, güvenlik de bu kapsamdadır).
- Yalnızca temel modeller için uygun veri yönetim önlemlerine, özellikle de veri kaynaklarının uygunluğunu ve olası yanlılıklarını (*bias*) ve bu yanlılıkları azaltma önlemlerini incelemeye yönelik önlemlere tabi olan veri kümelerini işlemek ve dahil etmek
- Modelin yaşam döngüsü boyunca bağımsız uzmanların katılımıyla değerlendirmesini sağlama ve temel modeli performans, öngörülebilirlik, yorumlanabilirlik, düzeltilebilirlik, güvenlik ve siber güvenlik seviyelerine ulaşmak için tasarlamak, geliştirmek ve bu esnada test etmek
- Temel modeli madde 60’ta atıfta bulunulan AB veri tabanına kaydettirmek

143 European Commission (n 12)

144 ibid 1.

145 Yapay zekâ konusundaki regülasyonlarda “risk temelli” veya “hak temelli” olarak üzere iki ana bakış açısı bulunmakta olup, AB Yapay Zekâ Tüzük Tasarısı’nda benimsenen “risk temelli yaklaşım”, yapay zekâ sistemlerinin regülasyon kapsamına sokulabilmesi için belirli bir oranda hak ihlali riski taşıması koşulunu esas alır. Bkz. Osman Gazi Güçlütürk and Yasin Murat Kadioğlu, ‘Yapay Zekâ ve Regülasyon’ Eylem Aksoy Retornaz and Osman Gazi Güçlütürk (eds) *Gelişen Teknolojiler ve Hukuk II: Yapay Zekâ* (On İki Levha Yayıncılık 2021) 99.

146 Artificial Intelligence Act (n 143).

– Üretici yapay zekâ sistemlerinde kullanılan temel modellerin sağlayıcıları ile bir temel modelini üretici bir yapay zekâya dönüştüren sağlayıcıların da ayrıca Tüzüğün 52. maddesinde belirtilen şeffaflık yükümlülüklerine uyması şeklinde ifade edilmektedir.

AB Yapay Zekâ Tüzük Tasarısı m.52/3 ile şeffaflığa ilişkin bazı düzenlemeler getirmektedir¹⁴⁷. Tüzük, gerçek kişilerle etkileşime girmeyi ve içerik oluşturmayı amaçlayan belli yapay zekâ modellerinin, Tüzük kapsamında yüksek riskli sınıflandırılmasında olup olmadığına bakılmaksızın belirli şeffaflık yükümlülüklerine tabi olması gerektiğini düzenlemektedir¹⁴⁸. Tüzük Memorandum’unda oluşturdukları belirli manipülasyon riskleri göz önüne alınarak bu yükümlülüğün getirilmiş olduğu ifade edilmektedir. Bu kapsamda şeffaflık yükümlülükleri, insanlarla etkileşime giren, duyguları tespit etmeye yarayan, biyometrik verilere dayalı (sosyal) kategorilerle ilişkiyi belirlemek için kullanılan veya bir içerik üretebilen veya değiştiren modeller bakımından geçerli olacaktır¹⁴⁹.

AB Yapay Zekâ Tüzük Tasarısı m. 52/3 kapsamında, gerçek kişiler, koşullar ve kullanım bağlamından açıkça anlaşılmadığı sürece, bir yapay zekâ sistemi ile etkileşimde buldukları konusunda bilgilendirilmelidir¹⁵⁰. Konumuz bakımından ChatGPT, insanlarla etkileşime girebilmekte ve içerik üretebilmekte olup bu kapsamda bu konuda gerekli bildirim yükümlülüğünü haizdir. Şeffaflık yükümlülüğü getirilmesindeki amaç; bir yapay zekâ modelinin etkileşime girdiği kişileri bu konuda bilgilendirmektedir. Nitekim böyle bir uygulama kural olarak, etkileşime giren kişilerin bu durumun farkındalığı ile seçimler yapmasına ve eğer etkileşimde bulunmamayı tercih ederse bundan vazgeçmesine olanak sağlamaktadır¹⁵¹.

İlgili düzenlemeler her ne kadar alanında bir ilk olsa da üretici yapay zekâ modellerindeki güvenlik ve mahremiyete dair temel sorunlar çözülmeden, ilgili düzenlemelerin de etkili bir yasal çözüm olması mümkün olamayacaktır. Bu sorunların çözülmesi ise; öncelikle yapay zekâ yarışındaki performans ölçütünün güvenlik ve mahremiyete odaklanması ile mümkün olabilir.

Kanaatimizce AB Yapay Zekâ Tüzük Tasarısı’nın bir diğer zayıf noktası; üretici yapay zekâ gibi yüksek riskli yapay zekâ modellerinin sağlayıcıları için öngördüğü ön denetim gibi yükümlülüklerin, mali yükünü karşılamının küçük ve orta ölçekli sağlayıcılar için oldukça zor olması, bunun da sadece büyük oyuncuların pazarda hakimiyetlerinin daha da artması ile sonuçlanabilecek olmasıdır.

147 Tüzük Tasarısı m.52/3 şu şekildedir: “Users of an AI system that generates or manipulates image, audio or video content that appreciably resembles existing persons, objects, places or other entities or events and would falsely appear to a person to be authentic or truthful (deep fake) shall disclose that the content has been artificially generated or manipulated.”

148 European Commission (n 12), Explanatory Memorandum, 5.2.4. ‘Transparency Obligations For Certain AI Systems (Title IV) 34.

149 Explanatory Memorandum (ibid 148) 14; Bu modellerin kolluk kuvvetleri tarafından önleyici ceza hukuku kapsamında kullanılması son yıllarda ceza hukuku bakımından değerlendirilmektedir. Örneğin yüz tanıma teknolojileri ile kişilerin yüz ifadeleri, bakışları, jest ve mimikleri, duygu durumu ve vücut ısısı analiz edilebilmekte ve sisteme önceden aktarılan veriler ile elde edilen yeni veriler karşılaştırılarak potansiyel suçluların icra faaliyetlerine geçmeden tespit edilebileceği ifade edilmektedir. Bu konuda kapsamlı bir çalışma için bkz. Zafer İçer and Elif Dönmez, ‘Yüz Tanıma Teknolojilerinin Önleyici Ceza Hukuku ve Ceza Muhakemesi Süreçlerindeki Kullanımı ve Sınırları’ (2020) 15 (43) Ceza Hukuku Dergisi, 439.

150 Explanatory Memorandum (ibid 148) 34.

151 Explanatory Memorandum, (ibid 148) 14.

E. ROBOTLARA ENTEGRE GENİŞ DİL MODELLERİNDE MAHREMİYET VE GÜVENLİĞİN HUKUKİ BOYUTLARI

Üretici yapay zekâ modelleri esasında bilgisayar programıdır. Bu programlara uygun donanımların içine yerleştirilmesi de mümkündür. Dolayısıyla robotik sistemlere doğal dil işleme modelleri entegre edilebilir. Esasında insanlar ile sözel iletişim kuran robotlar, modelin içinde buna uygun sohbet robotu yazılımı olan donanımlar olup, üretici yapay zekâ modellerinden önce de toplum tarafından bilinirlik kazanmıştır. Buna bir örnek olarak *Sophia*¹⁵² verilebilir. Bununla birlikte; üretici yapay zekâ modellerinin doğal dil anlama ve kullanma yetkinliklerinin giderek artması ile sıradan bir robot uygulamasından çok daha üstün şekilde insanlar ile dile dayalı etkileşim kurabilen bu modellerin, robotik sistemlere dahil edilmesi halinde veri gizliliğine dair riskler de doğacaktır.

Robotların veri gizliliği ile ilgili riskleri ve endişeleri artırmasının en temel nedenleri; robotların üzerlerinde taşıdıkları sensörler aracılığı ile çevrelerinden veri toplamaları, bu veriyi kaydetme, paylaşma işlevlerinin olmasıdır. Robotlar; hareket etme kabiliyetlerinin yanı sıra, insanın gidebildiği veya gidemediği yerlerde bulunabilmeleri ile aynı zamanda birer gözetim enstrümanı olarak da kullanılmaktadır¹⁵³.

Geniş dil modellerine dayalı üretici yapay zekâ modellerinin; veri gizliliği ile ilgili doğurduğu riskler, bu sistemlerin “insansı” (*humanoid*) robotların içine gömülü olması halinde ise daha da artabilir. Calo bu durumu, robotların sosyal anlamından ortaya çıkan gizlilik riski olarak nitelendirir¹⁵⁴. Özellikle çocukların oyuncak veya “arkadaş” olarak etkileşimde bulunabileceği bu türdeki *humanoid* sistemler ile çocuklar herhangi bir oyuncak veya insan ile etkileşimde bulunur gibi, kendileri ve aileleri ile ilgili bilgileri paylaşabilir. İnsan-robot etkileşimi, insan gibi gözükene ve insan gibi konuşan bu tür modeller söz konusu olduğunda, sadece çocukların değil, bu modellerin robot olduğunun farkında olan yetişkinlerin dahi belirli bir yakınlık hissederek bu sistemler ile kişisel paylaşımlarda bulunabilmeleri mümkün olabilir¹⁵⁵. Bahsedilen tüm bu riskler, başlı başına bir çalışma yapılabilecek kadar geniş olup, çalışma konumuz kapsamında içinde bu modeller bakımından da şeffaflık ile ilgili yasal yükümlülükler getirilmesinin gerekeceğini belirtmekle yetiniyoruz.

152 Sophia, *Hanson Robotics* şirketi tarafından geliştirilen ve ilk kez 14 Şubat 2016 yılında aktive edilen sosyal bir robottur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Hanson Robotics, Sophia, <<https://www.hansonrobotics.com/sophia/>>, accessed 22 Jul 2023.

153 M. Ryan Calo, ‘Robots and Privacy’ in Patrick Lin, Keith Abney and George A. Bekey (eds) *Robot Ethics: The Ethical and Social Implications of Robotics* (The MIT Press, 2012), 187.

154 ibid 188, 198.

155 Aynı yönde bkz. Ronald C. Arkin and Lilia Moshkina, ‘Affect in Human Robot Interaction’ in Rafael A. Calvo (ed) *The Oxford Handbook of Affecting Computing* (Oxford University Press, 2015) 483.

III. CHATGPT VE ÜRETİCİ YAPAY ZEKÂ MODELLERİNDE MAHREMİYET VE GÜVENLİĞE DAİR HUKUKİ ÖNERİLER

Hendrycks¹⁵⁶, “Felakete hazırlanmak aşırı kötümserlikten ziyade, sağduyulu bir harekettir”¹⁵⁷ sözü ile; ChatGPT gibi üretici yapay zekâ modellerinin yaygın kullanımına başladıktan sonra, birtakım risklerin çıkması durumunda, modellere ilişkin eylemin artık “tasarlama” aşamasından çıkarak, “yönlendirme” eylemine dönüştüğünü ifade etmektedir. Bu aşamada ise eylemlere ilişkin kapasitemizin giderek düştüğü¹⁵⁸, bu nedenle tüm hükümetlerin bu konuda yapacakları yasal düzenlemeler ile, yapay zekâda performans kadar güvenlik önlemlerine dair önlemleri yürürlüğe koymaları gerektiğini belirtmektedir¹⁵⁹.

Şeffaflık, yapay zekâ politikasının geliştirilmesindeki öncelikli konulardan biridir. Üretici yapay zekâ modellerinin yaygın kullanılmaya başlaması ile şeffaflığa ilişkin kaygılar artmaktadır¹⁶⁰. Üretici yapay zekâ modellerinin yarattığı en temel sorunlardan biri ürettiği verilerin önyargılı (*bias*)¹⁶¹ çıkarımlar üretme olasılığıdır. Modelin kendisinin fikir ve düşünceleri olmasa da, modeli geliştirirken kullanılan algoritmalar nesnel bir biçimde tasarlanmamış olabilir¹⁶².

Modelin mahremiyet ve güvenlik endişelerinin giderilmesinin yollarından biri ChatGPT ve benzeri üretici yapay zekâ modellerinin eğitim veri setlerinin ve işleyişinin kamu ile paylaşılması bir başka deyişle şeffaflığı olabilir. Nitekim, kapalı kaynaklı bir üretici yapay zekâ modelinin geliştiricileri yeterli bilgiyi kamuoyu ile paylaşmadıkça modelin ne şekilde çalıştığı veya hangi veri setleri üzerinde eğitilmiş olduğunu bilmek de mümkün değildir¹⁶³.

Bunun yanında ChatGPT'nin veri sahiplerinin haklarını sağlamaya yönelik olan talepleri nasıl yerine getirebileceği hâlen belirsizlik taşımaktadır. OpenAI, ChatGPT'ye ilişkin olarak 25 Nisan 2023 tarihinde yayınladığı bilgi metninde; ChatGPT'ye sohbet geçmişini kapatma özelliği getirildiğini, sohbet geçmişinin devre dışı bırakıldığında başlatılan sohbetlerin modellerini eğitmek ve geliştirmek için kullanılmayacağını, bu tercihin tüm kullanıcılar bakımından her zaman değiştirilebilir olduğunu duyurmuştur. Bu özellik kullanıldığında, yeni konuşmaların yalnızca 30 gün boyunca saklanarak

156 Dan Hendrycks, Elon Musk'ın yapay zekâ şirketi XAI'in danışmanı ve Center For AI Safety (Yapay Zekâ Güvenliği Merkezi) direktörüdür. Center For AI Safety, yapay zekâ sistemlerinin toplumsal ölçekli risklerini azaltma misyonu ile kurulmuştur. Center for AI Safety, <<https://www.safe.ai/>> 22 Jul 2023.

157 Dan Hendrycks, ‘Natural Selection Favors AIs Over Humans’ (28 Mar 2023) <<https://arxiv.org/abs/2303.16200>> 22 Jul 2023.

158 ibid 12,13.

159 ibid 32.

160 Jacques de Werra, ‘AI Transparency: An Emerging Principle in The IP Ecosystem?’ (2023) Journal of Intellectual Property Law& Practice, <<https://doi.org/10.1093/jiplp/jpad041>> 1.

161 *Bias* terimi, ilk olarak 14. Yüzyılda geometride yatay çizgi anlamında, 19. Yüzyılda ise “yersiz önyargı” anlamına gelecek şekilde kullanılmıştır. Günümüzde makine öğrenmesi alanında bu terimin kullanımı ile kastedilen; bu sistemlerin tümevarım metodu sırasında karşılaştığı tekil örnekleri genelleştirirken yaptığı yanlış sınıflandırmadır. Crawford (n 95) 134. Bu durum, özellikle bireyler ile ilgili yapılan genellemelerde sosyal, ekonomik ve hukuki etkiler doğuracak şekilde ayrımcı sonuçlara yol açabilmektedir.

162 Norwegian Consumer Council (n 48) 15.

163 Norwegian Consumer Council (n 48) 12.

kalıcı olarak silmeden önce yalnızca kötüye kullanımın izleneceğini de ifade etmiştir¹⁶⁴. Ancak bilgilendirme kapsamında daha evvel kullanıcılar tarafından paylaşılan kişisel veri kapsamındaki bilgilerin değiştirilmesi, silinmesi veya modellerin eğitiminde kullanılmamasına ilişkin bir imkân sağlanmamıştır.

Bu çekincelerin yanında OpenAI'nin kullanıcılar bakımından verilerinin ne kapsamda kullanıldığına ilişkin yeterince şeffaf olmadığı ve bu nedenle GDPR ile uyumunun sağlanmadığı da dile getirilmektedir¹⁶⁵. Nitekim kişisel verilerin modellerin eğitildiği veri setlerinden silinmesiyle ilgili önemli bir engel veri setinin büyüklüğüdür. Veri setlerinin toplanması, temizlenmesi ve hazırlanması ile ilgili çalışmalar, modeli geliştirenler tarafından genellikle yeterli öncelikte olmayabilir¹⁶⁶.

Veri koruma kurallarının bir başka açmazı; veri koruma hukukunun temelini kişisel veriye odaklanmış olmasıdır. Bu durumun bir sonucu olarak ilgili kişi ancak bireysel başvuru mekanizmasına bağlı olarak haklarını kullanabilir. Oysa toplumun geniş bir kesimi pek çok farklı nedenle kişisel verinin önemini farkında değildir. Aksinin geçerli olduğu durumda dahi (bireylerin kendilerinden ne şekilde veri toplandığını, işlendiğini ve bunun önemini bildiklerini varsaydığımızda); bu farkındalığın karşılığı olarak bireylere tanınan hukuki başvuru imkanları yine de tartışılmalıdır. Çünkü bir kişinin kişisel verisi bir başka kişinin veri setinde yer alabilir. Örneğin akıllı telefon uygulamalarının telefon listesindeki kişilerin arkadaş olarak eklenebilmesi için gerektirdiği bir izin olan, telefon rehberine erişim izni verildiğinde, bu izni veren kişinin telefonundaki kişilerin listesi söz konusu kişilerin haberi dahi olmadan ve söz konusu uygulamayı kendileri kullanmasa dahi veri setine dahil olmaktadır. Geniş veri setlerini işleyerek yapay zekâ modellerini geliştiren ve devletler ile yarışacak seviyede ekonomik kazanç elde eden şirketler karşısında bireysel başvuru mekanizması ne kadar etkili ve adil sonuçlar doğurabilir?

Üretici yapay zekâ modellerinin gelişmesi ile bireyler tarafından verilerini korumak gittikçe daha çok zorlaşacak gibi görünmektedir. Nitekim, çok uluslu şirketler karşısında bulunan bireyin veri gizliliğini talep etmesindeki denge büyük ölçüde bozulmuştur. ChatGPT gibi sistemlerin katlanarak gelişmesi ile, bu sistemleri geliştiren şirketlerin yöneticileri; ulusal ve uluslararası alanda yapay zekâ konusunda yasal düzenleme yapacak otoriteleri yasal düzenlemenin nasıl olması gerektiği konusunda ve hatta yasal düzenleme yapılıp yapılmaması konusunda etkileme gücüne kavuşmaktadırlar. Çünkü bir yandan tüm dünyada giderek kötüleşen ekonomik koşullar ve giderek dijitalleşen hizmetler çağında, devletler ve hatta uluslararası kuruluşlar, büyük teknoloji şirketlerinin sunduğu bulut veya veri analitiği gibi hizmetlere giderek daha fazla ihtiyaç duymaktadır. Bu durumun bu şirketler ile yasa koyucular arasında bir tür evrensel menfaat çatışması yarattığı dahi söylenebilir. Şöyle ki; belirli sınırlar ve yaptırımlar ile hukuki bir çerçeve oluşturulacak alanın en büyük temsilcileri, bu hukuki çerçeveyi oluşturacak otoriteler açısından iş birliği yapılması zorunlu aktörler haline gelmektedir.

164 OpenAI (n 105).

165 Norwegian Consumer Council (n 48) 46.

166 Norwegian Consumer Council, (n 48) 46.

Avrupa Konseyi Yapay Zekâ Ad Hoc Komitesi (CAHAI) “Yapay Zekâ Sistemlerinin Regülasyonuna Doğru”¹⁶⁷ başlıklı 2020 tarihli raporundaki “Dijital Güç Yoğunlaşması” bölümünde tam da bu konuda önemli bir uyarıda bulunmaktadır. Veri saklanması ve yapay zekâ teknolojilerinin üretiminin sınırlı sayıdaki aktöre koşulsuz teslimi, insan hakları açısından telafi edilemez zararlar doğurabilecektir: “Eğer politik güç, toplum yararı yerine hissedarların çıkarlarına öncelik veren birkaç özel kişinin ellerinde yoğunlaşırsa, bu durum demokratik devletlerin otoritesini tehdit edebilir.” Esasen, gerek ülkemizde gerekse de AB’de yürürlükte bulunan veri koruma kurallarının dahi, büyük yapay zekâ modelleri geliştiren şirketler açısından bir tür “öde ve geç” mekanizmasını dolaylı olarak yaratmış olduğu da söylenebilir. Özellikle, devletlerin dahi hizmet sunmada ihtiyaç duyduğu bu tür büyük şirketler için veri koruma yasalarındaki parasal cezalar ne denli yüksek olursa olsun caydırıcı olmamaktadır.

Doktrinde *van der Sloot*; sadece bireysel değil bir gruba ait olmaya dair farklı ayrımcılık düzenlemeleri yapılmasını önermektedir¹⁶⁸. *Wachter*; bu konuda benzer bir görüş ileri sürerek, benzerlik/ilginlik (*affinity*) konusundaki bir ayrımcılık unsurunun gerek doğrudan gerek dolaylı ayrımcılık açısından var olan hukuki korumanın sürdürülebilir olması için bir çözüm önerisi olarak ortaya koymaktadır¹⁶⁹. *Hildebrandt* ise; sadece kişisel veriye korunmaya değer bir hukuki statü tanıyan mevcut veri koruma kurallarının kapsamının genişleterek, kişisel veriler ile oluşturulan grup profillerinin de etkili bir hukuki statü kazanması gerektiğini savunmaktadır¹⁷⁰. Nitekim; bireyi veri koruma düzenlemelerinin merkezi konumuna alan bakış açısının yanında aynı zamanda toplumun tamamını ilgilendiren bazı konularda da verinin nasıl yönetileceği ile ilgili o grubun bireyleri hak sahibi olmalıdır. Tıpkı bireylerin mahremiyetini korumayı amaçlayan düzenlemeler gibi bir grubu oluşturan bireyler de grubu tanımlayan bilgilerin nasıl oluşturulduğu ve kullanıldığı konusunda kolektif bir menfaate sahip olacaktır. Bu anlamda, grup mahremiyeti (*group privacy*) kavramı son yıllarda ortaya çıkan bir yaklaşımdır¹⁷¹. Veri toplama ve işleme faaliyetlerinin eskiye oranla daha kolay ve ucuz olması ile büyük ve tanımlanmamış gruplar hakkında veri toplanabilmektedir. Toplanan verilerde her ne kadar kişisel veri niteliğindeki veri yer almasa bile kullanıcıların davranışlarını ve faaliyetlerini bir düzeyde yansıtan davranışsal ve ayrıntılı veriler yer alır¹⁷². Bu veriler de grubu oluşturan tüm bireyleri ilgilendiren bazı konularda kullanılabilir. Oysa yalnızca kişisel verilerin korunmasına ilişkin düzenlemeler bir grubun veriyle ilişkisini korumaktan uzaktır.

167 CAHAI, Towards Regulation of AI Systems, <https://rm.coe.int/prems-107320-gbr-2018-compli-cahai-couv-texte-a4-bat-web/1680a0c17a>, 21 Agu 2023.

168 Bart van der Sloot, ‘The Individual in the Big Data Era: Moving Towards an Agent-Based Paradigm’ in Bart van der Sloot, Dennis Broeders, Erik Schrijvers (eds) *Exploring the Boundaries of Big Data* (Amsterdam University Press, 2016) 196-199.

169 Sandra Wachter, ‘Affinity Profiling and Discrimination by Association in Online Behavioural Advertising’ (2020) 35(2) *Berkeley Technology Law Journal*, 369.

170 Bkz. *Hildebrandt* (n 113).

171 Brent Mittelstadt, ‘From Individual to Group Privacy in Big Data Analytics’ (2017) 30 *Philos. Technol.* 476; Linnet Taylor, Luciano Floridi and Bart van der Sloot, ‘Introduction: A New Perspective on Privacy’, Linnet Taylor, Luciano Floridi and Bart van der Sloot (eds) *Group Privacy New Challenges of Data Technologies*: (Springer, 2017) 2; Veale, Binns ve Edwards, (n 120) 3.

172 Taylor, Floridi and van der Sloot (n 171) 3.

Kanaatimizce de yapay zekâ dil modellerinin geldiği bu seviyede tartışılması gereken en önemli şey; tasarlanan modelin kendisinden evvel, bu modellere gelişmesini sağlayan tüm insanlığın verisini, tekil değil fakat kolektif bir şekilde kategorize ederek, bu kategorilere hukuki bir statü verip vermemek gerektiğidir.

Bireyler, kendi verilerini kullanarak kendileri ile ilgili çıkarımlar ortaya koyan yapay zekâ algoritmalarının sonuçlarını ve kendi verilerini kontrol edebilir olmalıdır¹⁷³. İnsanlığın, salt veri-üreten yığınlar¹⁷⁴ indirgenmemesi için veri kontrolünün kimde olduğunun hukuken belirlenmesi önemlidir. Bu durum, yasal düzenlemeler yanında, veri korumaya ilişkin toplumda bilinç oluşturulması ve gerekirse veri birlikleri oluşturulması ile çözülebilir. Böylelikle, bireylerin yanı sıra, kişi topluluklarına, örneğin veri işlenmesi sonucu dahil edildikleri kategorilere göre topluluk davası açma gibi etkili hukuki başvuru imkanları sağlanması mümkün olabilir.

Veri işleme faaliyetlerinin çokluğu ve veri tabanlarının büyüklüğü göz önünde bulundurulduğunda; bir bireyin kendi verilerini içerebilecek her veri işleme faaliyetinden haberdar olması, işlemenin ne kadar meşru bir şekilde yapıldığını değerlendirmesi ve eğer değilse veri sorumlusundan faaliyetlerini durdurmasını talep etmesi ya da yasal haklarını kullanması son derece güç bir hâl almaktadır¹⁷⁵. Bu duruma bir örnek olarak, bir kullanıcının bir sağlık hizmeti sohbet botu ile etkileşime girdiğinde, sunduğu erişim bilgilerinin saklanabileceğini ve üretici yapay zekâ modelinin yeniden eğitilmesi veya diğer ticari amaçlar için kullanılabilirliğinin bilincinde olmaması verilebilir. Böyle bir durumda özel nitelikli kişisel verilerini potansiyel kullanımını bilmeden paylaşabilir. Oysa mevcut birçok sohbet botu; kullanıcı verilerini hizmetlerini geliştirmek ve iyileştirmek amacıyla yeniden kullanılmasına izin veren hizmet şartlarına sahiptir. Aynı tartışmalar diğer özel nitelikli kişisel verilerin kullanılabilirliği başka alanlardaki sohbet botları için de geçerlidir¹⁷⁶.

Ekonomik gücün az sayıdaki birkaç büyük şirkette yoğunlaşması ile bu şirketler yasama faaliyetleri, hukuki uyumsuzluklar ve ulusal politikalar üzerinde dahi etkili olacak siyasi bir güce sahip olmaya başlamışlardır. Devlet ve vatandaş ilişkisine artık şirket de eklenmiş ve büyük şirketler bugün toplumun politik bir bileşeni haline gelmiştir¹⁷⁷. Bu durum *Lyon*'un ifadesiyle yurttaşlıktan tüketiciliğe geçişin tescillenmesini olarak ifade edilmektedir¹⁷⁸. Öyle ki, bu anlayış son dönemde Avrupa Birliği'nin yeni politika belgelerine veya regülasyon metinlerine de yapısal olarak yansımıştır. Anılan metinlerde, “bireyler” veya “toplum” kavramlarından ziyade “tüketiciler” kavramının kullanılması dikkat

173 Finlandiya devlet televizyonu YLE Yapay Zekâ ve Kişiselleştirme Birimi başkanı Jarno Koponen tarafından “artırılmış temsil” (augmented agency) olarak adlandırılan bu yöntemle, insan odaklı bir kişiselleştirme (çeşitli konularda, her bireyin verileri ile saptanan tercihlerinin göz önüne alınması) sağlanabilecektir. Jarno Koponen, ‘Personalization and Augmentation’ in Esko Kilpi (ed) *Perspectives on New Work* (Sitra, 2016) 70.

174 Batukan, yapay zekâ ve diğer gelişen teknolojilerin kontrolünün bir veya birkaç kişi veya grubun elinde olması ile insanın doğumdan önce başlamak üzere sürekli denetlenebilir bir varlık haline indirgenebileceği riskine dikkat çekmektedir. Can Batukan, ‘XXI. Yüzyılın İktidar Biçimlerine Foucaultcu Bir Bakış’ (2020) 18 (69) *Eğitim Bilim ve Toplum Dergisi*, 16, 35.

175 Taylor, Floridi ve van der Sloot (n 171) 5.

176 Bush (n 48) 5.

177 Wolfgang Streeck, *Satın Alınan Zaman* Kerem Kabadayı (çev) (Koç Üniversitesi Yayınları 2016) 63.

178 David Lyon, *Vesikalı Yurttaş* Barış Baysal (çev) (Kalkedon Yayınları 2012) 217.

çekicidir. Bireyin veya vatandaş kimliğinin tüketici kimliğinde erimesi sadece politik açıdan değil, hukuki açıdan da temel hak ve demokratik topluma zarar vericidir. Zira, teknoloji ile temel haklar arasındaki ilişkiyi üretici ve tüketici ekseninde ele almak, ulus devletlerin bir zamanlar dayatmaya güçlerinin yettiği yasal sınırları tanımayan bir teknoloji politikasına yol açabilecektir¹⁷⁹.

Öte yandan; verinin “alınıp satılabilen”¹⁸⁰ bir ticari nesne olması olgusu da bir sorun olarak karşımıza çıkmakta ve aslında çözümü de içerisinde saklamaktadır. Şöyle ki; veri sırandan bir ticari nesne olmayıp, çalışma konumuzu da oluşturan, dünyayı değiştirici yeni yapay zekâ modellerinin ham maddesidir. Verinin bir mülkiyet hakkı olarak nitelendirilmesi, pek çok sorunun kolayca çözümlenmesini sağlayabilecek gibi gözükse de bir takım hukuki, ekonomik ve politik nedenler ile aksini ileri sürmek de mümkündür¹⁸¹. Şöyle ki, ekonomik bir yaklaşımla kişisel verilerin ticari bir nesneye dönüşmesi halinde; bireyin giderek karmaşıklaşan teknoloji ve bu karmaşık teknolojiye dair hukuki düzenlemeleri anlamaması ve belirli hizmetleri alabilmek için verisini hür iradesi ile “bağışlaması”, hatta gelir elde etmek için “satması” dahi mümkün olabilecektir.

SONUÇ

ChatGPT ve üretici yapay zekâ modelleri mahremiyet ve güvenlik riskleri barındırmaktadır. Bu güvenlik riskleri, üretici yapay zekâ modellerinin etki alanları düşünüldüğünde ivedilikle belirlenerek gerekli yasal düzenlemeler yapılmalıdır. İlgili yasal düzenlemeler, modelin kendisi bakımından olduğu kadar, bu modellerin işler hale gelmesindeki en önemli unsur olan veri bakımından önceliklendirilmelidir. Nitekim, ChatGPT gibi üretici yapay zekâ modellerin daha işler olmasını sağlayan şey veridir. Nitekim; birey, toplum ve tüm insanlık için henüz öngörülemeyen olumsuz etkiler yaratabilecek olan ChatGPT gibi üretici yapay zekâ modellerin risklerinin en aza indirgenmesi ile tüm insanlığa faydalı ve güvenilir bir yapay zekâ hedefine varılabilemesi; ancak, mahremiyet ve güvenlik alanında olmak üzere yasal düzenlemelerin ivedilikle alınması ile mümkün olur.

Veri koruma ile ilgili yürürlükte olan yasal düzenlemelerdeki “veri sorumlusu” kavramı ile AB’nin yapay zekâ modellerine dair yasa tasarılarında yer alan ve “yapay zekâ sistemi sağlayıcısı” sıfatlarında öngörülen yükümlülükler bulunmaktadır. Ancak, yapay zekâ modellerini geliştirenler, öngörülen yasal yükümlülüklere uysalar dahi, ChatGPT gibi geniş yapay zekâ modellerinin yaratacağı

179 ibid 217.

180 Bireylerin çevrimiçi olarak yaptıkları ve izledikleri herşey, neredeyse tüm web sitelerinde ve uygulamalarda perde arkasında çalışan ve “gerçek zamanlı teklif” (real time bidding) adı verilen bir çevrimiçi reklamcılık sisteminden toplanır. Bir ticari web sitesine bir sayfa yüklenildiğinde veya bir uygulama kullanıldığında, bireylere hangi ilan veya reklamın gösterileceğini belirleyen perde arkasında yüksek hızlı bir reklam açık artırması gerçekleşir. Bu açık artırma ile, bireylerin çevrimiçi olduklarında yaptıklarına ve nerede olduklarına dair mahrem bilgiler, reklam fırsatları için teklif alınmak üzere pek çok farklı şirket ile paylaşılır. Irish Council For Civil Liberties – ICCL, <https://www.iccl.ie/rtb-june-2021/> accessed 20 Feb 2022. Örneğin Google, 9,8 milyon web sitesi üzerinde eş zamanlı teklif vermekte ve kullanıcılardan edindiği verileri kendi açıklamasına göre 1042 farklı şirket ile paylaşmaktadır. Google, Reklam Yöneticisi ve Ad Exchange Program Politikaları Reklam Teknolojisi Sağlayıcıları, <<https://support.google.com/admanager/answer/9012903>> accessed 13 Mar 2023.

181 Kişisel verilerin korunmasına dair ekonomik hak yaklaşımı ve insan hakkı yaklaşımı konusundaki ayrıntılı inceleme ve farklı görüşler için bkz. Küzeci (n 116) 67 vd.

mahremiyet ve güvenlik riskleri bertaraf edilemeyecektir. Nitekim; bu yasal düzenlemelerdeki yer alan hukuki, teknik ve idari tedbirler hem hukukçuların hem de mühendislerin yasal uyuma fazlası ile odaklanması ile sonuçlanarak asıl meseleden bizleri uzaklaştırmıştır. Okunması mümkün olmayan uzunlukta bilgilendirme metinlerine dayanılarak kişisel verinin işlenmesine rıza gösterilmesinin bir tür yasal uyuma dönüşmesi bunun en çarpıcı kanıtıdır.

Veri koruma düzenlemeleri ve AB Yapay Zekâ Tüzük Tasarısı'nda sorumlular bakımından belirlenen, mali yaptırımların en yükseği dahi, günümüzde bir devletten bile daha büyük ekonomik güce sahip olabilen büyük teknoloji şirketleri için ödenmesi kolay bir bedeldir. Asıl meselemiz, yapay zekâ alanındaki kıyasıya rekabetin performansa odaklanmış olması nedeni ile güvenlik ve mahremiyetin göz ardı edildiği ve birkaç büyük teknoloji şirketi ve bu alandaki büyük oyuncuların olan birkaç devletten oluşan bir azınlık tarafından kuralların belirlendiği bir geleceğe doğru insanlık olarak hızla ilerliyor olduğumuzdur.

Bu çalışmamızda ortaya çıkan gerçeklerden yola çıkarak önerdiğimiz çözüm yollarından belki de yasal düzenlemeler ile en kolay şekilde alınabilecek olanı; veri koruma düzenlemelerine bireylerin yanı sıra insanlığın kolektif menfaatini de koruyacak biçimde düzenlemeler getirilmesi ve kolektif menfaati olanlar bakımından bazı haklar tanınmasıdır. Nitekim; toplumsal açıdan; bireylerin tek başlarına yasal düzenlemeleri anlamaları, yasal haklarının farkında olacak şekilde bilinçlenmeleri, verdikleri veri işlemeye dair rızanın kendileri ve yakın çevreleri ile ilgili yakın veya uzak gelecekte ne tür etki yaratacağını öngörebilmeleri, yasal haklarının ihlal edildiğinin farkına vararak yasal başvuru haklarını kullanmaları gibi eylemler için eğitilerek bilinç sahibi olmaları çok önemli, ancak oldukça zaman alıcı bir eylemdir.

Geniş dil modellerindeki gibi birkaç ayda dahi akıl almaz ilerlemeler kaydeden bir teknoloji karşısında, bireylerin tek başına eğitim ile bilinçlenerek yasal haklarının farkında olmalarının mahremiyet ve güvenlik ile ilgili sorunları tek başına çözebileceği önermesi ne yazık ki artık gerçekçi bir çözüm olmaktan uzaktır. Ancak, veri koruma düzenlemelerindeki veri öznesinin yasal hakları (okuduğunu anlayarak kişisel verisinin işlenmesine rıza göstermesi dahil olmak üzere) tam da böylesi bir eğitilmiş bilinç ile kullanılacak haklardır. Mahremiyet ve güvenliğe dair bireylere eğitim verilmesi zorunludur ve hem kapsam hem de süre bakımından artarak zorunlu eğitimin bir parçası olmalıdır. Ancak, bir yandan bireyler bu şekilde eğitilirken diğer yandan teknolojik gerçeklere uygun farklı yasal düzenlemeler ile teknolojik gerçeklere uygun önlemler alınmalıdır. Daha önce önerilen ve veri işlenmesi ile profillenen bireylerin profillemeye kategorilerine göre bir tür "grup mahremiyeti" hakkına sahip olarak yasal haklarını bu grup statüsünde toplu olarak kullanmaları dahi yeterli yasal ve teknolojik bilgi ile gelen bir bilinç seviyesini gerektirmektedir ve bu yaklaşım ne yazık ki gerçekçi değildir.

Mahremiyet ve güvenliğin artık, ivedi ve kolektif bir sorun olması ve buna uygun yasal çözümler getirilmesi teknik gereksesi ise; "kişisel veri" odaklı yasal düzenlemelerin mahremiyeti ve kişisel verileri korumada artık teknik nedenlerle de yeterli olmamasıdır. Şöyle ki, bir kişinin hassas nitelikteki kişisel verileri dahi, bir başka kişinin veri setinde (telefonunda, sosyal medya içeriklerinde, sağlık

verisinde, DNA'da) bulunabilmekte ve büyük veri setleri ile gelişen geniş dil modelleri gibi yapay zekâ modellerini eğitmekte kullanılabilir. Bu nedenle tek bir bireyin kendi kişisel verilerini korumasına dair farkındalığı veya yasal yollara başvurarak kendi kişisel verisinin ihlaline yönelik tedbirleri talep etmesi halinde dahi tam bir yasal koruma kapsamında olduğunu söylemek artık mümkün olmayacaktır. Bu nedenle mahremiyetin aynı zamanda kolektif bir hak olarak kabulüne dayanan yasal düzenlemelere ihtiyaç bulunmaktadır.

Yapay zekâya ilişkin olan yasal düzenlemeler bakımından ise; bu tür yasal düzenlemeler ile sorumlular bakımından getirilecek zorunlu önlemlere, sorumluların teknik ve hukuki açıdan uyabilmek için getireceği bütçe bakımından değerlendirilmesi gerekir. Nitekim, ilgili sorumluların ayırması gereken bütçenin, küçük ve orta ölçekli şirket düzeyindeki yapay zekâ sistemi sağlayıcıları için karşılanması imkansız nitelikte olması da muhtemeldir. Bu durum da toplumun tekelleşen büyük teknoloji şirketlerinin bulut ve diğeri ilgili hizmetlerine daha bağımlı hale gelmeleri ile sonuçlanabilecek olması gerçeğinin göz önüne alınması gerekliliğidir.

KAYNAKÇA

- Aggarwal CC, *Recommender Systems* (Springer, 2016)
- Alpaydın, E, *Yapay Öğrenme: Yeni Yapay Zekâ*, Aylin Ağar (çev) (Tellekt 2020).
- Alpaydın E, *Machine Learning: The New AI* (The MIT Press, 2016).
- Altman S, 'Planning For AGI and Beyond' (24 Feb 2023) <<https://openai.com/blog/planning-for-agi-and-beyond>> accessed 05 July 2023.
- Anderljung M, Barnhart J, Korinek A and Leung J, 'Frontier AI Regulation: Managing Emerging Risks to Public Safety' (11 Jul 2023) <<https://arxiv.org/pdf/2307.03718.pdf>> 6, accessed 22 Jul 2023.
- Angioloni L, Borghuis T and Brusci L (2020) 'Conlon: A pseudo-song generator based on a new pianoroll, wasserstein autoencoders, and optimal interpolations' (Research Gate, October 2020) 876 >https://www.researchgate.net/publication/348909705_Conlon_A_pseudo-song_generator_based_on_a_new_pianoroll_wasserstein_autoencoders_and_optimal_interpolations> accessed 22 July 2023.
- Arkin RC and Moshkina L, 'Affect in Human Robot Interaction' in Rafael A. Calvo (ed) *The Oxford Handbook of Affecting Computing* (Oxford University Press, 2015)
- Article 29 Data Protection Working Party, 'Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679 (wp251rev.01)' 22.08.2018, <<https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/612053/en>> s. 6-7, accessed 30 Jul 2023
- Avrupa Konseyi, 'Guidelines On The Protection of Individuals With Regard to the Processing of Personal Data In A World Of Big Data'<<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090.000.16806ebe7a>> accessed 22 July 2023.
- Bank of England (2019), 'Machine Learning in UK Financial Services', Working Paper (Bank of England, 16 October 2019) <<https://www.bankofengland.co.uk/report/2019/machine-learning-in-uk-financial-services>> accessed 22 July 2023.
- Batukan C, 'XXI. Yüzyılın İktidar Biçimlerine Foucaultcu Bir Bakış' (2020) 18 (69) Eğitim Bilim ve Toplum Dergisi.

- Berber LK, 'Çapraz Etkileşim: Mahremiyete İlişkin Mevzuat ve Mahremiyet Standartları Arasındaki İlişki', in Leyla Keser Berber and Ali Cem Bilgili (eds) *Güncel Gelişmeler Işığında Kişisel Verilerin Korunması Hukuku* (Oniki Levha Yayınları 2020).
- Bowman SR, 'Eight Things to Know about Large Language Models' (Arxiv 2 April 2023) <<https://arxiv.org/pdf/2304.00612.pdf>>, accessed 22 July 2023.
- Buchanan B and Wright D, 'The Impact of Machine Learning on UK Financial Services' (2021) 37(3) Oxford Review of Economic Policy
- Matt Burgess, 'ChatGPT Has a Big Privacy Problem', (Wired, 4 Nisan 2023) <<https://www.wired.com/story/italy-ban-chatgpt-privacy-gdpr/>> accessed 22 July 2023.
- Bush KE, 'Generative Artificial Intelligence and Privacy: A Primer' (Congressional Research Service, 23 May 2023), USA Congressional Research Service Report, ><https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R47569>> accessed 28 June 2023.
- CAHAI, Towards Regulation of AI Systems, <https://rm.coe.int/prems-107320-gbr-2018-compli-cahai-couv-texte-a4-bat-web/1680a0c17a>, 21 Agu 2023
- Cahit Arf, 'Makine Düşünebilir mi ve Nasıl Düşünebilir?' Tarık Tuna Gözütok (ed), *Cahit Arf ve Atatürk Üniversitesindeki Halk Konferansları, 1958-1960* (1959) (Atatürk Üniversitesi Yayınları 1959).
- Calo MR, 'Robots and Privacy' in Patrick Lin, Keith Abney and George A. Bekey (eds) *Robot Ethics: The Ethical and Social Implications of Robotics* (The MIT Press, 2012)
- Chandran R, 'Indigenous Groups In NZ, US Fear Colonisation as AI Learns Their Languages' (03 Ap 2023) <<https://www.context.news/ai/nz-us-indigenous-fear-colonisation-as-bots-learn-their-languages>> accessed 14 Jul 2023.
- Clarke R, 'Profiling: A Hidden Challenge to the Regulation of Data Surveillance' (1993) Journal of Law and Information Science 4 (2)
- Council Of European Union, 'ChatGPT in the Public Sector – Overhyped or overlooked?' (2023) <https://www.consilium.europa.eu/media/63818/art-paper-chatgpt-in-the-public-sector-overhyped-or-overlooked-24-april-2023_ext.pdf> accessed 22 July 2023.
- Council of Europe, The Protection Of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data In The Context Of Profiling Recommendation CM/Rec(2010)13 and Explanatory Memorandum (2011) 9 <[https://rm.coe.int/16807096c3#:~:text=Recommendation%20CM%2FRec\(2010\)13%2C%20adopted%20by%20the,Data%20\(T%2DDPD\)](https://rm.coe.int/16807096c3#:~:text=Recommendation%20CM%2FRec(2010)13%2C%20adopted%20by%20the,Data%20(T%2DDPD)>)>, accessed 21 Ag 2023
- Crawford K, *Atlas of AI*, (Yale University Press 2021).
- Crawford K and Paglen T, 'Excavating AI The Politics of Images in Machine Learning Training Sets' (2019), <<https://excavating.ai/>> accessed 22 July 2023
- Daniel W, 'Meet IndexGPT, the AI stock picker JP Morgan is developing that may put your financial advisor out of business' (Fortune, 26 May 2023) <<https://fortune.com/2023/05/26/jpmorgan-indexgpt-a-i-stock-picker/>> accessed 22 July 2023.
- David Deutsch, *The Beginning of Infinity: Explanations That Transform the World* (Allen Lane 2011).
- Denemeç IS, *To Feed or Not to Feed?: An Analysis of the Copyright Issues Surrounding the Use of Machine Learning Algorithms* (Lykeion 2021)
- Dwork C, McSherry F, Nissim K and Smith A, 'Calibrating Noise to Sensitivity in Private Data Analysis' in S Halevi and T. Rabin (eds) *Theory of Cryptography* (Springer, 2006) <<https://people.csail.mit.edu/asmith/PS/sensitivity-tcc-final.pdf>> accessed 22 Jul 2023.
- Ebers M, 'Regulating A and Robotics: Ethical and Legal Challenges, Algorithms and Law' Martin Ebers ve Susana Navas Navarro (eds) *Algorithms and Law* (Cambridge University Press, 2020).

- El-Mahamdi E, Farhadkhani S, Guerraoui R et al. 'On the Impossible Safety of Large Language Models', (Arxiv, 9 May 2023), <<https://arxiv.org/abs/2209.15259>> accessed 22 July 2023
- Erwig M, *Once Upon An Algorithm: How Stories Explain Computing* (The MIT Press 2017).
- European Commission, Proposal for Regulation of The European Parliament and of The Council Laying Down Harmonised Rules On Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and Amending Certain Union Legislative Acts, 21.4.2021, COM(2021) 206 final, 2021/0106 COD <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021PC0206&from=EN>> accessed 22 Jul 2023.
- Hayden Field, 'The First Fully A.I.-Generated Drug Enters Clinical Trials in Human Patients' (CNBC 29 June 2023) <<https://www.cnbc.com/2023/06/29/ai-generated-drug-begins-clinical-trials-in-human-patients.html>> accessed 22 July 2023.
- Floridi L and Chiriatti M, 'GPT-3: Its Nature, Scope, Limits, and Consequences' (2020) <<https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3827044>> accessed 22 Jul 2023.
- Freud S, *A Complete Introductory Lectures on Psychoanalysis*, James Strachey (çev) (W.W. Norton 1966).
- Garante Per La Protezione Dei Dati Personali (31 Mar 2023) <<https://www.gpdp.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9870847#english>> accessed 21 Ag 2023
- Gençoğlu O, 'For Decades of AI Compute' (Laconic 27 Feb 2023) <<https://www.laconic.fi/ai-compute/>> accessed 22 Jul 2023.
- Ginsburg J and Budiardjo LA, 'Authors and Machines' (2019) 34 (2) Berkeley Technology Law Journal <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3233885>> accessed 20.7.2023
- Goodfellow I, Bengio Y and Courville A, *Deep Learning* (The MIT Press, 2016)
- Google, 'Introducing PaLM 2', (Google 10 Mayıs 2023) <<https://blog.google/technology/ai/google-palm-2-ai-large-language-model/>> accessed 22 July 2023.
- Google, Reklam Yöneticisi ve Ad Exchange Program Politikaları Reklam Teknolojisi Sağlayıcıları, <<https://support.google.com/admanager/answer/9012903>> accessed 13 Mar 2023.
- Göktaş P, Karakaya G, Kalyoncu AF and Damadoğlu E, 'Artificial Intelligence Chatbots in Allergy and Immunology Practice: Where Have We Been and Where Are We Going?' (2023) The Journal of Allergy and Clinical Immunology: In Practice, <<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S221.321.9823006414>>, accessed 21 Agu 2023
- Güçlütürk OG and Kadioğlu YM, 'Yapay Zekâ ve Regülasyon' Eylem Aksoy Retornaz and Osman Gazi Güçlütürk (eds) *Gelişen Teknolojiler ve Hukuk II: Yapay Zekâ* (On İki Levha Yayıncılık 2021)
- Gürses S and Preneel B, 'Cryptography and Privacy in the Context of Big Data' in Bart van der Sloot, Dennis Broeders and Erik Schrijvers (eds) *Exploring the Boundaries of Big Data* (Amsterdam University Press, 2016)
- Hanson Robotics, Sophia, <<https://www.hansonrobotics.com/sophia/>>, accessed 22 Jul 2023.
- Harris LA, 'Generative Artificial Intelligence: Overview, Issues, and Questions for Congress' (Congressional Research Service 9 June 2023) <<https://crsreports.congress.gov/product/pdf/IF/IF12426>> accessed 28 June 2023.
- Hendrycks D, 'Natural Selection Favors AIs Over Humans' (28 Mar 2023) <<https://arxiv.org/abs/2303.16200>> 22 Jul 2023
- Hiller LA and Isaacson L, *Experimental Music Composition with an Electronic Computer* (McGraw – Hill Book Company 1959).
- Huang S and Siddarth D, 'Generative AI and the Digital Commons' (Arxiv 20 March 2023), ><https://doi.org/10.48550/arXiv.2303.11074>> accessed 22 July 2023
- Hunt EB, *Artificial Intelligence* (Academic Press 1975)

- Irish Council For Civil Liberties – ICCL, <https://www.iccl.ie/rtb-june-2021/> accessed 20 Feb 2022
- Isaacson W, *Geleceği Keşfedenler* Duygu Dalgakıran (çev) (Domingo 2014)
- İçer Z and Dönmez E, ‘Yüz Tanıma Teknolojilerinin Önleyici Ceza Hukuku ve Ceza Muhakemesi Süreçlerindeki Kullanımı ve Sınırları’ (2020) 15 (43) Ceza Hukuku Dergisi.
- Kaku M, *Olanaksızlığın Fiziği*, Engin Tarhan (çev) (ODTÜ Yayıncılık 2014)
- Kirchengast T, ‘Deepfakes and image manipulation: criminalisation and control’ (2020) 29 (3) Information & Communications Technology Law.
- Kişisel Verileri Koruma Kurumu, ‘Kişisel Verilerin Korunması Kanununa İlişkin Uygulama Rehberi’ (2019) <https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/41784a70-2bac-4e4a-830f-35c628468646.PDF>, accessed 22 Agu 2023.
- Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ, R.G. 10.03.2018, Sayı: 30356
- Kişisel Verileri Koruma Kurumu, ‘Kişisel Veri Güvenliği Rehberi Teknik ve İdari Tedbirler’ (2018) <https://www.kvkk.gov.tr/yayinlar/veri_guvenligi_rehberi.pdf> 28 Jun 2023.
- Kızrak A, ‘Nesne Algılama Yaklaşımlarına Transformer Devrimi’ (Medium, 10 Ap 2021) <<https://ayyucekizrak.medium.com/nesne-alg%C4%B1lama-yakla%C5%9F%C4%B1mlar%C4%B1na-transformer-devrimi-baf583a29a23>> accessed 22 Jul 2023.
- Konečný J, Brendan H, Ramage D and Richtárik P, ‘Federated Optimization: Distributed Machine Learning for On-Device Intelligence’ (2016) <<https://doi.org/10.48550/arXiv.1610.02527>> accessed 22 Jul 2023.
- Koponen J, ‘Personalization and Augmentation’ in Esko Kilpi (ed) *Perspectives on New Work* (Sitra, 2016)
- Kotler P, *Marketing Management* (Pearson Education 2015)
- Kulular İbrahim MA, *Robo Danışmanların Hukuken Değerlendirilmesi* (Adalet Yayınevi 2023)
- Kurzweil R, *İnsanlık 2.0: Tekillige Doğru Biyolojisini Aşan İnsan*, Müge Şengel (çev) (Alfa Yayınları 2017)
- Küzeci E, *Kişisel Verilerin Korunması* (On İki Levha, 2020)
- Lee A, ‘What is a Pre-Trained AI Model?’ (NVIDIA, 8 Dec 2022) <<https://blogs.nvidia.com/blog/2022/12/08/what-is-a-pretrained-ai-model/>> accessed 22 Jul 2023.
- Leskovec J, ‘Enron Email Network’ (Stanford University) <<https://snap.stanford.edu/data/email-Enron.html>> accessed 22.7.2023; Bryan Klimt and Yiming Yang, ‘Introducing the Enron Corpus’ (2004), International Conference on Email and Anti-Spam (Natural Language Server 2021) ><https://nl.ijs.si/janes/wp-content/uploads/2014/09/klimtyang04a.pdf>> accessed 23.7.2023.
- Lovelace A, ‘Notes of the Translator’ for ‘Sketch of the Analytical Engine Invented by Charles Babbage’ (Taylor and Francis 1842) 722, <<https://repository.ou.edu/uuid/6235e086-c11a-56f6-b50d-1b1f5aaa3f5e#page/1/mode/2up>> accessed 22 Jun 2023.
- Meta AI, ‘Meta and Microsoft Introduce the Next Generation of Llama’ (18 July 2023) <https://ai.meta.com/blog/llama-2/>, accessed 22 July 2023.
- Lyon D, *Vesikalı Yurttaş* Barış Baysal (çev) (Kalkedon Yayınları 2012)
- Maume P, ‘Regulating Robo – Advisory’, 55(1) Texas International Law Journal, 51; Dominique Payette, ‘Regulating Robo-Advisers in Canada’, 33(3) Banking & Finance Law Review.
- McCarthy J, ‘Programs With Common Sense’ in D. Blake and A. Uttely (eds) Proceedings of the Symposium on the Mechanization of through Processes (H.M. Stationery Office, 1959)
- Menabrea LF, ‘Sketch of the Analytical Engine Invented by Charles Babbage, Esq.’ in Richard Taylor (ed), *The Transactions of Foreign Academies of Science and Learned Societies* (Taylor and Francis 1843).

- Microsoft, 'Microsoft and OpenAI Extend Partnership' (Microsoft 23 Jan 2023) <<https://blogs.microsoft.com/blog/2023/01/23/microsoftandopenaiextendpartnership/>> accessed 22 Jul 2023.
- Metz C and Weise K, 'Microsoft to Invest \$10 Billion in OpenAI, the Creator of ChatGPT' <<https://www.nytimes.com/2023/01/23/business/microsoft-chatgpt-artificial-intelligence.html>>, accessed 22 Jul 2023.
- Mittelstadt B, 'From Individual to Group Privacy in Big Data Analytics' (2017) 30 *Philos. Technol.*
- Murgia M, 'Who's using your face? The ugly truth about facial recognition' (Financial Times, 19.4.2019) <<https://www.ft.com/content/cf19b956-60a2-11e9-b285-3acd5d43599e>> accessed 22 July 2023
- Norwegian Consumer Council, 'Ghost in the Machine: Addressing the Consumer Harms of Generative AI' (Norwegian Consumer Council, June 2023), www.forbrukerradet.no/ai, accessed 26 June 2023.
- OpenAI, 'DALL-E 2 Extending Creativity' (OpenAI 14 July 2023) <<https://openai.com/blog/dall-e-2-extending-creativity>> accessed 22 July 2023.
- OpenAI, 'API Data Usage Policies', 14 Haziran 2023, <<https://openai.com/policies/api-data-usage-policies>> accessed 5 Jul 2023.
- OpenAI, 'New Ways to Manage Your Data in ChatGPT', 25 Ap 2023, <<https://openai.com/blog/new-ways-to-manage-your-data-in-chatgpt>> accessed 22 Jul 2023
- OpenAI, 'ChatGPT4 Technical Report' (Arxiv 27 Mar 2023) <<https://doi.org/10.48550/arXiv.2303.08774>> 10, accessed 22 Jul 2023.
- OpenAI, 'Introducing ChatGPT' (OpenAI 30 Nov 2022) <<https://openai.com/blog/chatgpt>> accessed 22 Jul 2023.
- Ozan Özparlak B, *Büyük Veri Çağında Çalışma İlişkilerinde Yapay Zekâ Sistemlerinin Kullanılması: Hukuki Bir Değerlendirme* (On İki Levha Yayınları 2021).
- Ozan Özparlak B, 'Yeni Çağın Hukukunu Teknoloji ve Tasarım Şekillendirecek' HBT Dergi Herkese Bilim Teknoloji, 12.1.2018.
- Ringe WG ve Ruof C, 'A Regulatory Sandbox for Robo Advice, European Banking Institute' (2018)
- Sankur B, *İngilizce Türkçe Ansiklopedik Bilişim Sözlüğü* (Pusula Yayıncılık, 2008).
- Silver D, Huang A and Maddison CJ, et al, 'Mastering the Game of Go with Deep Neural Networks and Tree Search' (2016) 529 *Nature* 484–489 <<https://doi.org/10.1038/nature16961>> accessed 20 July 2023.
- Smits J and Borghuis T, (2022) 'Generative AI and Intellectual Property Rights' in Bart Custers, Eduard Fosch-Villaronga (eds) *Law and Artificial Intelligence, Information Technology and Law Series*, (T.M.C. Asser Press 2022).
- Streeck W, *Satın Alınan Zaman* Kerem Kabadayı (çev) (Koç Üniversitesi Yayınları 2016)
- Taylor L, Floridi L and Sloot B, 'Introduction: A New Perspective on Privacy', Linnet Taylor, Luciano Floridi and Bart van der Sloot (eds) *Group Privacy New Challenges of Data Technologies*: (Springer, 2017)
- T.C. Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi, 'Chatbot Uygulamaları ve ChatGPT Örneği' (15 March 2023)
- TC Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi 'Türkiye Cumhuriyeti Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi' (Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi, Ağustos 2021) ><https://cbddo.gov.tr/SharedFolderServer/Genel/File/TR-UlusalYZStratejisi2021-2025.pdf>> accessed 22 Jul 2023.
- The Center for Research on Foundation Models at the Stanford Institute for Human-Centered Artificial Intelligence, 'On the Opportunities and Risks of Foundation Models' (Arxiv, 16 August 2021) <<https://doi.org/10.48550/arXiv.2108.07258>>, accessed 22 July 2023.
- Touvron H, Martin L; 'Llama 2: Open Foundation and Fine-Tuned Chat Models', (Meta AI, 18 July 2023) ><https://ai.meta.com/research/publications/llama-2-open-foundation-and-fine-tuned-chat-models/>> accessed 22 July 2023.

- Turing AM, 'Computing Machinery and Intelligence' (1950) *Mind*, Vol. LIX, Sayı 236, 433–460, <https://doi.org/10.1093/mind/LIX.236.433> accessed 22.7.2023
- UNESCO, 'Ethics of Neurotechnology' (Unesco) <<https://www.unesco.org/en/ethics-neurotech>> accessed 22 Jul 2023.
- United Nations, 'Meet the Robots Who Are Making The World a Better Place' (UN News 06 Jul 2023) <<https://news.un.org/en/story/2023/07/1138412>> accessed 22 Jul 2023
- Üstündağ Soykan E, Bilgin Z, Ersoy MA and Tomur E, 'Differentially Private Deep Learning for Load Forecasting on Smart Grid' (2019) IEEE Globecom Workshops, <10.1109/GCWkshps45667.2019.902.4520> accessed 22 Jul 2023.
- Van der Sloot B, 'The Individual in the Big Data Era: Moving Towards an Agent-Based Paradigm' in Bart van der Sloot, Dennis Broeders, Erik Schrijvers (eds) *Exploring the Boundaries of Big Data* (Amsterdam University Press, 2016) 196-199.
- Van der Sloot B and Wagenveld Y, 'Deep Fakes: Regulatory Challenges for the Synthetic Society' (2022) 46 (1) *Computer Law & Security Review*.
- Veale M, Binns R and Edwards L, 'Algorithms that Remember: Model Inversion Attackand (2018) 376 *Data Protection Law*' *Phil. Trans. R. Soc. A*
- Wachter S, '*Data Protection in the Age of Big Data*' (2019) 2 *Nature Electronics* Volume
- Wachter S, 'Affinity Profiling and Discrimination by Association in Online Behavioural Advertising' (2020) 35(2) *Berkeley Technology Law Journal*
- Weizenbaum J, 'ELIZA-A Computer Program For the Study of Natural Language Communication Between Man and Machine' (1966) 9(1) *Communications of the ACM*.
- Werra J, 'AI Transparency: An Emerging Principle in The IP Ecosystem?' (2023) *Journal of Intellectual Property Law& Practice*, <<https://doi.org/10.1093/jiplp/jpad041>>
- Woebot Health, (Woebolt Health 2023) <<https://woebothealth.com/>> accessed 27 July 2023; Attia Qammar et al., 'Chatbots to ChatGPT in a Cybersecurity Space: Evolution, Vulnerabilities, Attacks, Challenges, and Future Recommendations' (2021) 14(8) *Journal of Latex Class Files*.

Birbirinden Bağımsız Birden Fazla Disiplin Cezasının Tek İdari İşlemlerle Verilmesi (Anayasa Mahkemesinin 2019/ 38387 No'lu Bireysel Başvuru Kararı Üzerine Bir Değerlendirme)

Giving Multiple Independent Disciplinary Penalties with a Single Administrative Action (Evaluation of the Decision of Constitutional Court on Individual Application No. 2019/ 38387)

Ebru ZEYBEK CEBECİ* 

ÖZ

Kamu görevlilerinin bağımsız fiilleri nedeniyle öngörülen disiplin cezalarının ayrı ayrı idari işlemle tesis edilmesi gerekmektedir. Bağımsız eylemler nedeniyle ayrı ayrı öngörülen disiplin cezalarının tek bir işlemle verilmesi halinde, kişiler disiplin cezalarının iptali talebiyle dava açtıklarında, İYUK'un 5. maddesinde düzenlenen birden fazla işleme karşı aynı dilekçeyle dava açma koşullarını taşımadığı, ayrı ayrı dava konusu edilmesi gerektiği yönünde kararlarla karşı karşıya kalabilmekte, davaları reddedilebilmektedir. Çalışmamızda, Anayasa Mahkemesinin 2019/38387 No'lu Bireysel Başvuru Kararı çerçevesinde idarenin tek işlemle birden fazla disiplin cezası vermesi ve bu durumun yargısal sonuçları üzerine değerlendirilmeler yapılması amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Kamu Görevlisi, Disiplin Cezası, İdari Yargı, Tek Dilekçeyle Dava Açılması, İlk İnceleme.

ABSTRACT

Disciplinary penalties imposed due to the independent acts of public officials must be subject to separate administrative proceedings. If disciplinary penalties prescribed separately due to independent actions are given in a single action, when individuals file a lawsuit requesting the annulment of disciplinary penalties, they are faced with decisions stating that they do not meet the conditions of filing a lawsuit with the same petition against more than one action regulated in Article 5 of the İYUK and that they should be sued separately. may remain and their cases may be rejected.

In our study, we aimed to evaluate the administration's decision to impose more than one disciplinary penalty in a single action within the framework of the Decision of Constitutional Court on Individual Application No. 2019/ 38387 and the judicial consequences of this situation.

Keywords: Public Officer, Disciplinary Punishment, Administrative Jurisdiction, Filing A Lawsuit With A Single Petition, First Review

* Dr. Öğr. Üyesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Ebru ZEYBEK CEBECİ

E-posta/E-mail: ebru.zeybek@marmara.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 09.10.2023

Kabul Tarihi/Accepted: 23.12.2023

GİRİŞ

Ülkemizde genel bir idari usul kanunu olmadığı gibi, tüm kamu personelini kapsayan, disiplin işlemlerine ilişkin idari usul ve kuralları içeren bir düzenleme de bulunmamaktadır. Devlet Memurları Kanunu¹ (DMK) ve diğer kamu personeline ilişkin mevzuat hükümlerinde disiplin işlemlerinin usulüne ilişkin hükümler öngörülmekle birlikte, bu işlemlerin yapılış usulünün düzenlenmesinde bazı eksiklikler olduğu görülmektedir.

Hukuk devletinin gereği olarak idarenin hukuka uygun, doğru kararlar alabilmesi için, idari usul kurallarının belirlenmesi ve idarenin bu kurallara göre işlem ve eylemlerde bulunması gerekmektedir². Disiplin işlemlerinin yapılış usulüne ilişkin düzenlemelerde var olan noksanlıklar, işlemlerden doğan uyuşmazlıkların çözümüne yönelik idari yargılama kurallarının tespitini de zorlaştırmaktadır.

Çalışmamızda ilk olarak Anayasa Mahkemesinin 2019/38387 No'lu Bireysel Başvuru Kararına³ konu uyuşmazlığın yargısal süreci incelenmiş, ardından yargılama sürecinde tartışılan idari yargılama kuralları konusunda açıklamalar yapılmış ve kuralların uyuşmazlığa uygulanabilirliği konusunda değerlendirmeler yapılmıştır.

1. MAKALEYE KONU KARARA İLİŞKİN BİLGİLER

A. MADDİ OLAY

Emniyet Müdürlüğü Koruma Şube Müdürlüğünde görev yapan bir polis memuru hakkında 12.05.2017 – 16.10.2018 tarihleri arasında izinsiz ve görevsiz yurt dışına giriş çıkış yaptığı gerekçesiyle disiplin soruşturması yapılmıştır. Yapılan bu soruşturma sonucunda polis memuru hakkında 14.02.2019 tarihli tek bir idari işlem ile 68 kez, ayrı ayrı 1 günlük aylıktan kesme cezası verilmiştir.

B. YARGILAMA SÜRECİ

HakkındaValiliği İl Polis Disiplin Kurulu Başkanlığınca 14.02.2019 tarihli işlemle 68 kez aylıktan kesme cezası verilen polis memuru, söz konusu işlemin iptali talebiyle İdare Mahkemesinde dava açmıştır. Edirne İdare Mahkemesi 10.04.2019 tarihli kararıyla davacı polis memurunun yurt dışına 68 kez izinsiz ve görevsiz olarak çıktığından bahisle verilen 68 disiplin cezasının birbirinden bağımsız olduğu, dolayısıyla her bir aylıktan kesme cezasına ayrı olmak üzere 68 ayrı dava açılması gerektiği gerekçesiyle İdari Yargılama Usulü Kanunu⁴ (İYUK)'nun 5. maddesi gereğince dilekçenin reddine karar vermiştir.

1 Devlet Memurları Kanunu, Kanun Numarası: 657, Kabul Tarihi: 14.07.1965, RG 23.07.1965/12056.

2 Burç Volkan Zor, 'Disiplin Hukukunda Uygulanan İdari Usul İlkeleri' (2021) 34(155) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 340-241.

3 Anayasa Mahkemesi, B No 2019/38387, 15.03.2023, RG 20.04.2023/32169.

4 İdari Yargılama Usulü Kanunu, Kanun Numarası: 2577, Kabul Tarihi: 06.01.1982, RG 20.01.1982/17580.

Polis memuru davaya konu disiplin cezalarının tek bir işlemle yapıldığını ve 68 ayrı dava açmanın usul ekonomisine uymayacağı gerekçesini belirterek dilekçesini süresinde yenilemiştir.

Ancak Edirne İdare Mahkemesi 08.05.2019 tarihli kararıyla davacının 68 ayrı disiplin cezasına karşı yeniden aynı dilekçe ile dava açarak aynı yanlışlığın tekrarlandığı gerekçesiyle 2577 sayılı Kanun'un 15. maddesinin son fıkrası uyarınca davanın reddine hükmetmiştir.

Davacı polis memuru İdare Mahkemesinin kararı üzerine istinaf kanun yoluna başvurmuş ancak başvurusu İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 2. İdari Dava Dairesi tarafından 20.09.2019 tarihli kararıyla reddedilmiştir.

Kararın davacıya tebliği üzerine polis memuru 2019/38387 başvuru numarasıyla Anayasa Mahkemesinde bireysel başvuru yoluna gitmiştir. Anayasa Mahkemesi dosyada yapmış olduğu değerlendirme sonucunda *“iptali istenen disiplin cezaları tek bir işlemle tesis edilmiş olup cezaların arasında maddi ve hukuki yönden bağıllık ve sebep-sonuç ilişkisi bulunmaktadır. Ancak Mahkeme, başvuruçunun mahkemeye erişebilmesi noktasındaki ciddi itirazlarını karşılamadan yenilenen davada eksikliklerin tamamlanmadığı sonucuna ulaşmış ve bu durum başvuruçunun mahkemeye erişim hakkını ciddi biçimde etkilemiştir”* ve *“Anayasa'nın 141. maddesinin dördüncü fıkrasına göre davaların en az giderle sonuçlandırılması yargının görevidir. Dolayısıyla başvuruçunun katlanmak zorunda kaldığı külfetin hedeflenen meşru amaçlarla orantısız olduğu ve müdahalenin ölçülü olmadığı sonucuna ulaşılmıştır”* ifadeleriyle davacı polis memurunun Anayasaya güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine ve yeniden yargılama yapılmak üzere dosyanın ilgili İdare Mahkemesine gönderilmesine karar vermiştir.

2. İNCELENMESİ GEREKEN HUSUSLAR

A. DİSİPLİN CEZASI VERİLMESİ

Disiplin işlemleri birer idari işlem olmaları sebebiyle itiraz yoluyla kaldırılana veya yargı mercileri tarafından iptal edilene kadar hukuka uygun olarak kabul edilmektedirler⁵. Re'sen veya talep üzerine başlayan disiplin soruşturması süreci idari merciler tarafından tamamlanarak, bir karara varılmaktadır⁶. Kişi bu karar doğrultusunda yapmış olduğu iddia edilen fiil veya haller nedeniyle disiplin cezasıyla cezalandırmakta ya da cezalandırılmamaktadır.

Disiplin cezaları Danıştay tarafından *“kamu hizmetinin gereği gibi yürütülebilmesi bakımından kamu görevlilerinin mevzuat uyarınca yerine getirmek zorunda oldukları ödev ve sorumlulukları ifa etmemeleri veya mevzuatta yasaklanan fiillerde bulunmaları durumunda uygulanan yaptırımlar”*⁷,

5 Zor (n 2) 350.

6 Bahtiyar Akyılmaz, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü* (Yetkin 2000) s 163.

7 *“Disiplin cezaları, kamu hizmetinin gereği gibi yürütülebilmesi bakımından kamu görevlilerinin mevzuat uyarınca yerine getirmek zorunda oldukları ödev ve sorumlulukları ifa etmemeleri veya mevzuatta yasaklanan fiillerde bulunmaları durumunda uygulanan yaptırımlar olup, memurların özlük hakları üzerinde doğrudan ve önemli sonuçlar doğurmaları sebebiyle sübjektif ve bireysel etkileri bulunduğu gibi kamu görevinin gereği gibi sürdürülmesi ve kamu düzeninin sağlanması*

Anayasa Mahkemesi tarafından ise “...kamu hizmetlerinin yürütülmesi ve kamu yararının devamlılığının sağlanması amacıyla kamu görevlileri için görev, yetki ve sorumlulukları bakımından yasal olarak düzenlenmiş *yaptırımlardır*”⁸ şeklinde tanımlanmıştır.

Bu tanımlamalardan disiplin cezalarının, kamu görevlilerinin kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülebilmesi için önceden belirlenen ve uymakla yükümlü oldukları kurallara aykırı davranışları halinde uygulanan yaptırımlar olduğu söylenebilecektir.

Disiplin cezalarının yaptırım niteliğinde olması ve kanunilik ilkesi gereğince disiplin cezalarına ilişkin esasların kanunla⁹ belirlenmesi gerekmektedir. Zira Anayasa'nın¹⁰ 128. maddesinin 2. fıkrasına göre “*Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir*”.

Disiplin suç ve cezalarına ilişkin tüm kamu görevlilerini kapsayan bir kanun bulunmamaktadır. Devlet memurları için bu esaslar, temel olarak 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'yla düzenlenmiştir. Bazı kamu kurum ve kuruluşlarının kendi personeline yönelik özel kanunları bulunmakta olup¹¹, özel kanunlarında yer almayan durumlar için Devlet Memurları Kanunu'na atıf yapılmaktadır¹².

Memur ve diğer kamu görevlilerinin gerçekleştirmiş oldukları eylemler dolayısıyla haklarında disiplin cezası kararı verilebilmesi için öncelikle soruşturma yapılması gerekmektedir¹³. DMK'nın disiplin cezası verme yetkisinde zamanaşımını düzenleyen 127. maddesine göre idarenin Kanun kapsamında disiplin suçu olarak düzenlenen fiillerin işlendiğini öğrendiği tarihten itibaren uyarma, kınama, aylıktan kesme ve kademe ilerlemesinin durdurulması cezaları bakımından 1 ay içinde; devlet memurluğundan çıkarma cezası açısından 6 ay içinde soruşturmaya başlanması zorunludur.

Soruşturma sonucunda disiplin cezası verilip verilmemesine, ceza verilmesine gerek görülmesi halinde soruşturmaya konu fiilin karşılığı olan disiplin cezasının türüne karar verilecektir. Söz konusu bu kararlar DMK'nın 126. maddesinde düzenlenen yetkili amir ve kurullar tarafından tesis edilecektir.

Memur ve diğer kamu görevlilerine uygulanacak disiplin cezaları kanunlarla belirlenmiştir. Birden fazla disiplin suçunun soruşturma konusu olduğu hallerde, her bir disiplin suçu için Kanunda öngörülen ve fiile uyan disiplin cezasının ayrı ayrı uygulanması gerekmektedir. Bununla birlikte kanunda yer almasa da idari yargı merci kararlarında, uygulama kazanmış olduğu ve ceza uygulanan

bakımından objektif ve kamusal öneme sahiptirler”, Danıştay 12 D, E 2008/857 K 2011/1319, 23.03.2011.

8 Anayasa Mahkemesi, E 2008/114 K 2010/53, 01.04.2010.

9 Selman Sacit Boz, ‘Memur Disiplin Hukukuna Hâkim olan İlkeler’ (2017) 25(2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 21.

10 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 18.10.1982, RG 09.11.1982/17863 (Mükerrer)

11 Cemil Kaya, ‘Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hakim Olan İlkeler’ (2005) 38(2) Amme İdaresi Dergisi 63; Adil Bucaktepe, ‘Disiplin Makamlarının Disiplin Cezası Verme Yetkileri Üzerine Bir Değerlendirme’ (2005) 19 (2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 202.

12 Zehreddin Aslan ve Halil Altındağ, *Memurların Disiplin ve Ceza Soruşturması* (5. Bası Seçkin 2023) 50; Yunus Eraslan, ‘Disiplin Hukukunda Tevhiden Cezalandırma’ (2019) (13) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 169.

13 Ömer Asım Livanelioğlu, *Memur Disiplin Hukuku* (Türk Hukuk Enstitüsü Yayınları-1 2003) 65.

kişi lehine olduğu gerekçesiyle tevhidten cezalandırmanın uygulanabileceğinin kabul edildiği görülmektedir¹⁴.

Tevhidten cezalandırma birden fazla disiplin suçunun her birine ayrı ayrı ceza verilmesi gerekirken, tüm suçlar için tek bir disiplin cezası verilmesi olarak ifade edilmektedir. Genellikle fiillerin gerektirdiği en ağır disiplin cezasının verilmesi yönünde uygulanmaktadır. Birden fazla eylemin aynı disiplin cezasını gerektirdiği hallerde de tevhidten cezalandırma söz konusu olabilmektedir¹⁵. Ancak cezaların birleştirilmesi olarak da ifade edilen bu usul bir üst derece disiplin cezası verilmesine gerekçe olarak kullanılamamaktadır¹⁶.

Tevhidten cezalandırmada önemli olan bir diğer husus cezanın yargı yolunda iptalinin istenmesi halinde ortaya çıkmaktadır. Tevhiden verilen cezanın yargılama sürecinde yargı merci tarafından yalnızca verilen cezaya karşılık gelen disiplin fiil veya hali üzerinden hukuki inceleme yapılmaktadır. Verilen cezanın yargı merci tarafından iptal edilmesi üzerine idare tarafından disiplin dosyasında yer alan diğer fiil ve haller için yeniden inceleme yapılarak disiplin cezası verilebilecektir. Verilen yeni disiplin cezası kararı üzerine tekrar yargı yoluna başvurulabilecektir. Dolayısıyla aslında tevhidten cezalandırma usulü ile cezaların birleştirilmesi değil, cezası en ağır disiplin fiilinin cezalandırılması söz konusu olmaktadır¹⁷.

Tevhidten cezalandırmanın kanun çerçevesinde başvurulmuş bir uygulama değildir¹⁸. Yargı mercileri tarafından da bu durum vurgulanmakla birlikte kişi lehine olduğu gerekçesiyle kabul edilmektedir. Ancak tevhidten cezalandırma uygulamadan çıkmış bir usul olması dolayısıyla idarenin bu usulle cezalandırma yapmaya zorlanması mümkün görünmemektedir¹⁹. Bu nedenle birden fazla disiplin

14 “657 Sayılı Yasada düzenlenmeyen “tevhiden” cezalandırma yöntemi, soruşturma raporlarında getirilen teklifler ve bu teklifler üzerine verilen cezalarla uygulama kazanmış olup, disiplin soruşturmalarında disiplin suçu oluşturan her bir eylem için ayrı ayrı hukuki nitelendirme yapılması gerekmektedir birlikte, bu fiiller için tek bir disiplin cezası teklifinde bulunulmasına ve bu teklifin kabul edilerek tek bir disiplin cezası verilmesine hukuken bir engel bulunmamaktadır.

Nitekim Anayasal bir hak olan “hak arama hürriyeti” gereği kanuni yollara başvuran kişilerin durumlarını daha da ağırlaştırarak şekilde karar verilmesine hukuken olanak bulunmadığından, ilgililere idare tarafından yalnızca bir ceza verilmesinin bu kişiler lehine bir durum olması karşısında, bu disiplin cezasının iptali istemiyle açılan davalarda *tevhiden* ceza verilemeyeceği ve her fiil için ayrı ceza verilmesi gerektiği yolunda karar verilmesi, dava açan kişiler aleyhine sonuçlar doğuracağından söz konusu Anayasal hakka aykırılık teşkil edeceği açıktır”.

Danıştay 12 D, E 2010/7577 K 2013/9055, 28.11.2013; Ankara Bölge İdare Mahkemesi 2 İDD, E 2019/1422 K 2020/379, 20.02.2020.

15 Eraslan (n 9) 170.

16 Danıştay 12 D, E 2012/7935 K 2015/6620, 08.12.2015; Danıştay 12 D, E 2012/6271 K 2015/6619, 08.12.2015.

17 “Mahkemece yapılan hukuki denetim sonucunda, tevhidten cezalandırma şeklinde verilen cezanın dayanağı olan fiilin hukuka aykırı olduğu sonucuna ulaşılması durumunda, alt cezayı gerektirdiği tespit edilen diğer fiiller yönünden herhangi bir inceleme yapılmadan dava konusu işlemin iptaline karar verilmesi gerekecektir. Öte yandan, Mahkeme tarafından iptal kararı verilmesi durumunda, idarece, hukuki denetimi yapılmayan ve daha alt cezayı gerektiren diğer fiiller yönünden yeniden disiplin cezası işlemi tesis edilebilmesi, ilgili tarafından da bu cezalara karşı isterse idari yargı yerine yine dava açabilmesi mümkündür. Ankara Bölge İdare Mahkemesi 2 İDD, E 2018/3015 K 2019/595, 22.03.2019.

18 Bununla birlikte 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu’nun 70. maddesinde yer alan “aynı tür disiplin cezasını gerektiren birden çok eylem veya davranışın bir arada bulunması hallerinde bir derece ağır disiplin cezası verilir” hükmüyle, Kanun kapsamındaki personele uygulanan disiplin cezaları bakımından tevhidten cezalandırma yoluyla bir üst ceza verilmesine ilişkin düzenleme getirilmiştir.

19 Eraslan (n 9) 176.

cezasını gerektirir fiil ve hallerin bir arada bulunduğu veya birden fazla disiplin suçunun soruşturma konusu olduğu hallerde uygulamanın ne şekilde olacağına idarenin takdirine bırakılması yerine, Kanunla düzenlenmesi yerinde olacaktır.

C. İDARİ YARGIDA DİLEKÇELER ÜZERİNDE İLK İNCELEME

İdari yargı mercilerine sunulan dava dilekçeleri Danıştayda Danıştayın görevlendireceği bir tetkik hâkimi eliyle, idare ve vergi mahkemelerinde ise mahkeme başkanı veya görevlendireceği üye tarafından ilk incelemeye tabi tutulmaktadır²⁰.

İlk incelemeye ilişkin hükümler İYUK'un 14. maddesinde düzenlenmiştir. Maddenin 3. fıkrasına göre

“Dilekçeler:

- a. Görev ve yetki,
- b. İdari merci tecavüzü,
- c. Ehliyet,
- d. İdari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı,
- e. Süre aşımı
- f. Husumet
- g. Dilekçede Eksiklik Olup Olmadığı
- h. 3 ve 5 inci maddelere uygun olup olmadıkları

yönlerinden sırasıyla” incelenecektir.

Maddenin 3. fıkrasının (h) bendi gereğince dava dilekçelerinin ilk inceleme esnasında son olarak 3 ve 5 inci maddelere uygunluğu yönünden inceleneceği görülmektedir. İYUK'un “İdari Davaların Açılması” başlıklı 3. maddesinde iptal ve tam yargı davaları bakımından dilekçelerin nasıl düzenlenmesi gerektiğine ilişkin hususlar hüküm altına alınmıştır²¹. “Aynı Dilekçeyle Dava Açılabilecek Haller” başlıklı 5. maddesinde ise birden fazla idari işleme karşı tek dilekçeyle dava açılabilir durumlar ile birden fazla kişinin birlikte dava açabileceği haller düzenlenmiştir.

Dilekçeler üzerinde yapılan ilk inceleme üzerine hangi işlemlerin yapılabileceği, hangi kararların alınacağı açıkça düzenlenmiştir. İYUK'un 14/4. maddesi gereğince dilekçelerde kanuna aykırılık tespit edilmesi halinde dilekçeyi inceleyen hâkim tarafından görevli daire ya da mahkemeye durum rapor edilecektir. Tek hakimli olan mahkemelerde ise rapor düzenlenmesine gerek bulunmayıp, ilgili hâkim tarafından 15. madde gereğince alınması gerekli karara hükmedilecektir.

20 Turan Yıldırım, İdari Yargı (Beta 2010) 490.

21 Turan Yıldırım ve Gül Üstün, *Açıklamalı – Notlu İdari Yargılama Usulü Kanunu* (2.Bası On İki Levha 2023) 91.

Dava dilekçelerinde ilk inceleme yapılan hususlara ilişkin noksanlık ya da kanuna aykırılıkların tespiti halinde mahkeme tarafından ne yönde karar verileceği İYUK'un 15. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre mahkemece;

“14 üncü maddenin;

a) 3/a bendine göre adli (...) yargının görevli olduğu konularda açılan davaların reddine; idari yargının görevli olduğu konularda ise görevli veya yetkili olmayan mahkemeye açılan davanın görev veya yetki yönünden reddedilerek dava dosyasının görevli veya yetkili mahkemeye gönderilmesine,

b) 3/c, 3/d ve 3/e bentlerinde yazılı hallerde davanın reddine,

c) 3/f bendine göre, davanın hasım gösterilmeden veya yanlış hasım gösterilerek açılması halinde, dava dilekçesinin tespit edilecek gerçek hasma tebliğine,

d) 3/g bendinde yazılı halde otuzgün içinde 3 ve 5 inci maddelere uygun şekilde yeniden düzenlenmek veya noksanları tamamlanmak yahut (c) bendinde yazılı hallerde, ehliyetli olan şahsın avukat olmayan vekili tarafından dava açılmış ise otuzgün içinde bizzat veya bir avukat vasıtasıyla dava açılmak üzere dilekçelerin reddine,

e) 3/b bendinde yazılı halde dilekçelerin görevli idare merciine tevdiine” karar verilecektir.

İlk inceleme dava açıldıktan sonra yapılmakla birlikte, ilk inceleme esnasında tespit edilemeyen hukuka aykırılıkların davanın her aşamasında tekrar değerlendirilmesi ve yeniden karar verilmesi mümkündür²². İYUK'un 14. maddesi 6. fıkrasında bu durum *“Yukarıdaki hususların ilk incelemeden sonra tespit edilmesi halinde de davanın her safhasında 15 nci madde hükmü uygulanır”* hükmüyle düzenlenmiştir.

Anılan Kanun'un 15. maddesi gereğince verilen kararların bir kısmı için kanun yolu kapalı tutulmuş; diğer kısmı için ilgisine göre istinaf ya da temyiz yoluna başvurulabilmesi mümkün kılınmıştır. İlgili madde gereğince adli yargının görevli olduğu davalar, ehliyet, idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi gereken işlemler ve süre aşımı hususları yönünden aykırılık tespiti halinde verilen davanın reddi kararlarına karşı istinaf ya da temyiz yoluna başvurmak mümkündür. Ancak idari yargının görevli olduğu konularda davanın görev ve yetki yönünden reddine ilişkin kararlarla, davanın gerçek hasma tebliğine ve Kanun'un 3. ve 5. maddelerine aykırılık gerekçesiyle verilen dilekçenin reddi kararlarına karşı istinaf veya temyiz yoluna başvurulamayacaktır²³.

Kanun'un 15. maddesine göre 3. ve 5. maddelere aykırılık gerekçesiyle verilmiş olan dilekçenin reddine ilişkin kararlar üzerine, dilekçeler öngörülen süre içinde yeniden düzenlenerek dava açılabilir, bu dilekçelerde aynı hataların yapılması üzerine dava istinaf veya temyiz yolu kapalı olmak üzere reddedilecektir.

22 Halit Eyüp Özdemir, *İdari Yargıda Dilekçeler Üzerine İlk İnceleme* (On İki Levha 2019) 84.

23 İbid 110-11.

B. BİR DEN FAZLA İŞLEME KARŞI TEK DİLEKÇEYLE DAVA AÇILMASI

Birden fazla işleme karşı tek (aynı) dilekçeyle dava açılması ilk inceleme hususlarından birini oluşturmaktadır.

İdari yargılamada kural olarak her bir işleme karşı ayrı ayrı dava açılır. Bununla birlikte İYUK'un 5. maddesinde yer alan hükümlerle birden fazla işleme karşı tek dilekçeyle dava açılması mümkün kılınmıştır²⁴. İYUK'un 5. maddesi ilk fıkrasına göre "... aralarında maddi veya hukuki bağıllık ya da sebep-sonuç ilişkisi bulunan birden fazla işleme karşı bir dilekçe ile de dava açılabilir".

İYUK madde 5/1 gereğince birden fazla işlem (veya eylem)²⁵ karşı tek dilekçeyle dava açılması ihtimalinin değerlendirilebilmesi için öncelikle dava konusu edilecek birden fazla işlem olması gerekmekte olup; ardından bu işlemler arasında Kanun'da aranan koşulların var olup olmadığına bakılabilecektir.

Fıkra da yer alan hükümlerle, birden fazla işleme karşı tek dilekçeyle dava açılabilmesi, bu işlemler arasında;

-Maddi bağıllık,

-Hukuki bağıllık,

-Sebep – sonuç ilişkisi

bulunması koşullarından birinin varlığına bağlanmıştır. Bununla birlikte Danıştayın tek dilekçeyle dava açılabilmesi için işlemler arasında maddi ve hukuki yönden bağıllık koşullarının bir arada bulunması gerektiğine ilişkin kararları da bulunmaktadır²⁶.

Maddede yer alan maddi açıdan bağıllık koşulu, dava konusu idari işlemlerin aynı maddi olay nedeniyle tesis edilmesi anlamını taşımaktadır²⁷. Aynı maddi olaya ilişkin verilen birden fazla yaptırım kararına karşı tek dilekçeyle dava açılması mümkün olmaktadır.

24 Zehreddin Aslan, *Açıklamalı ve İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu* (Seçkin 2023) 113.

25 İYUK'ta yalnızca "idari işlem" olarak belirtilmekle birlikte, aynı durumun idari eylemler açısından da kabul edildiği görülmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Gül Üstün, *2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda Bağlantılı Davalar ve Aynı Dilekçeyle Dava Açılacak Haller* (On İki Levha 2018) 93-94.

26 "Yukarıda belirtilen hükme göre birden fazla işleme karşı tek dilekçe ile dava açabilmek için maddi ve hukuki bağıllık koşulunun birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Sadece maddi olay ve unsurlarda bağıllık bulunması, tek dilekçe ile dava açılmasına olanak vermemektedir. Maddi birlik yanında hukuki bağıllığın varlığı da zorunludur. Hukuksal bağıllıktan söz edebilmek için de dava konusu işlemlerin yargısal denetiminin aynı yargı yerinin görev ve yetkisi içinde bulunması gerekmektedir", Danıştay 13 D, E 2012/ 1871 K 2013/276, 06.02.2013; Danıştay 13 D, E 2011/3899 K 2011/5211, 22.11.2011; Danıştay İDDK, E 2006/109 K 2006, 04.05.2006.

27 Oğuz Sancakdar, 'İdari Yargıda Tek Dilekçe ile Dava Açma (Karşılaştırmalı Hukuki Analiz)' (2007) 9 (2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 228.

Hukuki açıdan bağıllık koşulu idari işlemlerin aynı kanunda yer alan aynı hükme dayanılarak yapılması anlamında kullanılmaktadır²⁸. Ancak hukuki bağıllık şartının mevcudiyetinin kabulü için uygulanan mevzuat hükmünün aynı olması yeterli görülmemekte, işlemlerden biri hakkında karar verilebilmesi için diğer işlem ya da işlemlerin de incelenmesine ihtiyaç duyulması aranmaktadır²⁹.

Sebeup-sonuç ilişkisi koşulu ise, bir işlemin yapılmış olmasının diğer işlem ya da işlemlerin yapılma sebebini oluşturması olarak kabul edilmektedir³⁰.

Kanun'da düzenlenen koşulların varlığı halinde tek dilekçeyle dava açılması dava açacak kişilerin takdirinde olmakla birlikte; aynı dilekçeyle dava açılması için Kanun'la düzenlenen şartların sağlanması zorunludur³¹. Aksi halde davaların ayrı ayrı açılması gerekmektedir.

İYUK'un 5/1. maddesinde sayılan bu şartlar dışında birden fazla işlemin tek dilekçeyle dava konusu edilebilmesi için, bu durumun İYUK kapsamında düzenlenen yargılama usulüne ilişkin diğer kurallara aykırılık taşıyor olması aranmaktadır³². Örneğin dava konusu tüm işlemler bakımından dava açma şartlarının sağlanması, her bir işlemin aynı yargılama usulüne tabi olması, işlemlerden kaynaklanan uyumsuzluklara ilişkin aynı mahkemenin görevli ve yetkili olması,³³ işlemler hakkında verilen kararların tabi olduğu kanun yollarının değişmiyor olması gerekmektedir³⁴.

28 Turgut Candan, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu (Yetkin 2017) 275.

29 İbid 229.

30 Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku* (9. Bası Seçkin 2023) 161.

31 İbid 94.

32 "İdari yargılama usulündeki, her idari işlem aleyhine ayrı ayrı dava açılması gerektiğine ilişkin asıl kuraldan ayrık olarak getirilmiş olan 2577 Sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasına göre, birden fazla idari işleme karşı tek dilekçeyle dava açılabilmesi için, anılan maddede yer verilen "maddi veya hukuki yönden bağıllık" ya da "sebeup-sonuç ilişkisi" koşullarının yanında İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun öngördüğü diğer koşulların birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir.

Ayrıca, aralarında maddede aranan biçimde bağıllık ya da ilişki bulunsa bile, birden fazla idari işlemin aynı dilekçeyle idari davaya konu edilebilmesi için, bu durumun, Anayasa ile yargılama usulünü belirleyen yasalarda yer almış olan mahkemelerin görevlerini belirleyen ve kamu düzeninin korunması için getirilen kuralları ve anılan kurallarla korunan ve Anayasa'nın 37. maddesinde öngörülen "kanuni hakim ilkesi"ni ihlal ediyor olmaması da gereklidir. Zira kamu düzeninin korunması için getirilen görev kuralları ile Anayasal bir ilke olan doğal hakim ilkesinin, davanın açılmasına ilişkin bir usul kuralının uygulandığı aşamadan daha önceki bir aşamayı ilgilendirdiği ve öncelikle dikkate alınması gerektiği açıktır", Danıştay 8 D, E 2019/1043 K2023/1273, 16.03.2023.

33 Danıştay kararlarında birden fazla işleme karşı aynı dilekçeyle dava açılabilmesinin aynı mahkemenin görev ve yetkisine giren işlemler için söz konusu olmasının İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda düzenlenen usulün doğal bir sonucu olduğu belirtilmektedir: "...idare mahkemesince görev veya yetkisine girmeyen bir uyumsuzlukta; dava açmayı kolaylaştıran, az gider ve emek tüketilmesini amaçlayan ve böylece dava ekonomisine yönelik bir özellik içeren Usul Yasasının 5. maddesine öncelik verilerek, birlikte dava açma olanağının yetki kuralının önüne taşınması ve daha sonra mahkemenin yetkisi incelenip görevli mahkemenin saptanmasında yasal uyarılık yoktur.

Başka bir aktarımla, özelliğine ve niteliğine az önce değinilen 2577 sayılı Yasanın 5. maddesindeki birden çok işleme aynı dilekçeyle dava açılabilmesi olanağının kural olarak aynı mahkemenin görev ve yetkisine giren işlemler açısından söz konusu edilebileceği, usul yasasının değinilen düzeni ve ilke sıralamasının doğal bir sonucudur. Ters bir durumda, daha önce de belirtildiği gibi başka mahkemelerin yetki alanına giren işlemler arasında ilişkiler kurularak ve olası yorumlar geliştirilerek, dava ekonomisine yönelik bir usul kuralına mahkemelerin görevlerini belirleyen bir boyut kazandırılmış olacaktır", Danıştay 2 D, E 2008/5431 K 2008/3408, 24.07.2028; Danıştay 8 D, E 1999/2884 K 1999/7706, 15.12.1999.

34 Yıldırım ve Üstün (n 4) 123.

Farklı dönemlere ait olan ödeme emirlerine, idari yaptırım kararlarına karşı ayrı ayrı dava açılması gerekmektedir³⁵.

Koşulları bulunmamasına rağmen birden fazla işleme karşı aynı dilekçeyle dava açılması halinde İYUK'un 15. maddesinin ilk fıkrasının (d) bendi gereğince dilekçelerin reddine karar verilir. Dilekçe red kararı üzerine davacı tarafından 30 gün içinde dava dilekçesi yenilenebilecektir. İYUK'un 15/4. maddesine göre öngörülen 30 günlük süre içinde yenilenen dilekçede aynı hataların bulunması halinde davanın reddine karar verilecektir³⁶.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Makaleye konu yargı kararının dayandığı uyuşmazlıkta idare tek bir işleme birden fazla disiplin cezasına karar vermiştir. İdari işlemin muhatabı olan kamu görevlisi bu işleme karşı dava açarak, işlem konusu disiplin cezalarının tümünün iptalini talep etmiştir.

İdare Mahkemesinde açılan davada mahkeme, disiplin cezasına konu fiillere ilişkin her olayın birbirinden bağımsız olması sebebiyle talepler arasında İYUK'un 5/1. maddesinde yer alan hüküm kapsamında maddi veya hukuki bağıllık ya da sebep sonuç ilişkisi bulunmadığı tespitinde bulunmuş; her bir disiplin cezasına ayrı dava açılması gerektiğini belirterek dilekçenin reddine karar vermiştir. Davacının hakkında verilen tüm disiplin cezalarının tek bir işleme verildiği gerekçesiyle tümünün iptali talebiyle yenilediği dilekçeyi sunması üzerine ise, davanın reddine karar verilmiştir. Davacı istinaf yoluna yapmış olduğu başvurusunun reddedilmesi üzerine Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi yapmış olduğu yargılama sonucunda iptali istenen disiplin cezalarının tek bir işleme tesis edilmiş olması sebebiyle, cezalar arasında maddi ve hukuki yönden bağıllık ve sebep-sonuç ilişkisi bulunduğu, tek bir idari işleme tesis edilen birden fazla disiplin cezası için ayrı ayrı dava açmak zorunda bırakılmasının başvurucağı ağır bir külfete soktuğu, başvurucağın itirazları dikkate alınmadan davanın reddedilmesinin başvurucağın mahkemeye erişim hakkını ciddi şekilde etkilediği gerekçesiyle adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesinin karar gerekçesinde yer alan “cezarlar arasında maddi ve hukuki yönden bağıllık ve sebep sonuç ilişkisi bulunması” tespitinin idari yargılama usulüne ilişkin bir tespit olarak kabulü mümkün görülmemektedir. İYUK'un 5/1. maddesinde düzenlenen hükümlerle “birden fazla işleme” karşı tek dilekçeyle dava açılması imkânı tanınmıştır. Ancak bu durumun gerçekleşebilmesi için temel koşul dava açılacak birden fazla işlem olmasıdır. Söz konusu uyuşmazlıkta ise idare tek bir işleme birden fazla disiplin cezasına karar vermiştir. Dolayısıyla olayda birden fazla değil tek bir idari işlem bulunmaktadır. Buna rağmen birden fazla işleme karşı tek dilekçeyle dava açıldığı gerekçesiyle idari yargı mercileri tarafından İYUK'un 15. maddesi kapsamında önce dilekçenin reddi

35 Aslan (n 5) 98.

36 Gürsel Kaplan, İdari Yargılama Hukuku (Ekin 2019) 384.

kararı; dilekçenin belirtilen noksanlıklar giderilmeden yeniden sunulması üzerine ise davanın reddi kararı verilmiştir.

Uyuşmazlığa konu disiplin cezalarının her biri için ayrı idari işlem yapılması gerekmektedir. Disiplin hukukumuzda birbirinden bağımsız fiillere ilişkin verilen disiplin cezalarının her birinin ayrı işlem konusu edileceğine ilişkin kanuni bir düzenleme bulunmamakla birlikte düşüncemize göre bu durum idarenin her idari süreci karar bağlama yükümlülüğünün ve idari yargının işleyiş usulünün olağan bir parçasıdır. Karara konu 68 ayrı aylıktan kesme cezası, polis memurunun izin almaksızın ve görevlendirilmeksizin 68 farklı zamanda yurtdışına çıkmış olması sebebiyle verilmiştir. Dolayısıyla söz konusu disiplin cezaları farklı zamanlarda aynı fiil veya halin yapılmış olması sebebiyle vuku bulmuştur. Her biri farklı bir zamana ilişkin bu birbirinden bağımsız fiiller nedeniyle idare tarafından isabetli olarak her fiil için ayrı ayrı disiplin cezası öngörülmesi yoluna gidilmiştir. Tam olarak aynı sebeple bağımsız bu fiillerin her biri için ayrı idari işlemle disiplin cezası verilmesi gerekmektedir. Birden fazla disiplin cezasının aynı kişiye verilmiş olması ya da cezaların aynı hükme dayanılarak verilmiş olması bu cezalar arasında bağlantı olduğunu ve tek işlemle yapılacağını göstermemektedir. Katılmamakla birlikte böyle bir bağlantının varlığının kabul edilmesi ihtimalinde, bu cezaların birlikte dava edilmesinde de bir sakınca bulunmayacaktır³⁷.

İdare farklı zamanlarda işlenmiş birbirinden bağımsız fiiller nedeniyle birden fazla disiplin cezasına tek bir işlemle karar verirken, kişilerin bu işleme konu disiplin cezalarına karşı nasıl dava açacaklarını bilmesinin ve anlamasının beklenmesi kanımızca isabetli görünmemektedir. Makaleye konu uyuşmazlıkta olduğu gibi disiplin cezalarının iptali istemiyle dava konusu edilecek tek bir işlem olması kişilerin kolaylıkla hataya düşmesine sebep olabilmekte; iş bu nedenle kişiler mahkemeye erişim hakkı kaybına uğrayabilmektedir.

Tevhiden cezalandırma bu hususta değerlendirilebilecek bir usul olarak karşımıza çıkmaktadır. Kanunen tanınmış bir usul olmamakla, birden fazla disiplin cezasını gerektirir disiplin suçlarının varlığı halinde kişi lehine olması göz önüne alınarak başvurulabilecek bir yöntem olarak düşünülebilir. Nitekim disiplin cezalarına karşı kanun yoluna başvuran kişiler bakımından hak arama özgürlüğünün kullanılmasını kolaylaştırıcı bir usul olduğu görülmektedir. Bununla birlikte söz konusu usulün kanunla düzenlenmemiş olması sebebiyle uygulamada farklılıklar yaşanması kaçınılmaz olacaktır.

Yukarıda yer alan açıklamalar kanunlarda yer alan düzenlemelerin ayrıntılı olarak yapılması gereğini ortaya koymaktadır. Hem disiplin cezası verilmesine ilişkin idari işlemlerin yapılış usulü hem de birden fazla disiplin suçunun soruşturulduğu durumlarda başvurulması gereken usul hususunda

37 Benzer bir uyuşmazlıkta İdare Mahkemesinin davayı esastan inceleyerek karar verdiği de görülmektedir. Ankara 1. İdare Mahkemesi 12.10.2018 tarih ve E 2017/2901 K 2018/2178 sayılı kararında Emniyet Müdürünün görev yaptığı dönemde üç kez "amirin usulüne göre verdiği emri yerine getirmeme" fiilini işlediği gerekçesiyle 3 ayrı disiplin cezası verilmesine ilişkin işleme karşı açılan davada, soruşturma zamaşımı olduğu gerekçesiyle dava konusu işlemi iptal etmiştir. Davalı idarenin istinaf yoluna başvurması üzerine Ankara Bölge İdare Mahkemesi 2. İdare Dava Dairesi tarafından davanın yetkisiz mahkemede açılmış olduğu gerekçesiyle istinafin kabulüne ve yeniden yargılama yapılması üzere dosyanın yetkili idare mahkemesine gönderilmesine karar vermiştir. Ankara Bölge İdare Mahkemesi 2 İdari Dava Dairesi, E 2018/3450 K 2019/353, 15.02.2019.

mevzuatımızda noksanlıklar yer almaktadır. Düzenleme eksikliklerinin tamamlanması, kişilerin haklarının korunması ve idareye duyulan güvenin sarsılmaması açısından yerine olacaktır.

KAYNAKÇA

- Akyılmaz B, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü* (Yetkin 2000).
- Akyılmaz B, Sezginer M ve Kaya C, *Türk İdari Yargılama Hukuku* (9. Bası Seçkin 2023).
- Artukoğlu Y, *İnceleme ve Soruşturma Rehberi (Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri İçin)* (Gazi 2018).
- Aslan Z, *Açıklamalı ve İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu* (Seçkin 2023).
- Aslan Z ve Altındağ H, *Memurların Disiplin ve Ceza Soruşturması* (5. Bası Seçkin 2023).
- Bucaktepe A, 'Disiplin Makamlarının Disiplin Cezası Verme Yetkileri Üzerine Bir Değerlendirme' (2005) 19(2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 199-224.
- Boz SS, 'Memur Disiplin Hukukuna Hâkim olan İlkeler' (2017) 25(2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 15-41.
- Eraslan Y, 'Disiplin Hukukunda Tevhiden Cezalandırma' (2019) (13) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 167-186.
- Kaplan G, *İdari Yargılama Hukuku* (Ekin 2019) 384.
- Kaya C, 'Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hakim Olan İlkeler' (2005) 38 (2) Amme İdaresi Dergisi 61-87.
- Livanelioğlu ÖA, *Memur Disiplin Hukuku* (Türk Hukuk Enstitüsü Yayınları-1 2003).
- Özdemir HE, *İdari Yargıda Dilekçeler Üzerine İlk İnceleme* (On İki Levha 2019).
- Sancakdar O, 'İdari Yargıda Tek Dilekçe ile Dava Açma (Karşılaştırmalı Hukuki Analiz)' (2007) 9 (2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 223-269.
- Üstün G, *2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda Bağlantılı Davalar ve Aynı Dilekçeyle Dava Açılabilecek Haller* (On İki Levha 2018).
- Yıldırım T, *İdari Yargı* (Beta 2010).
- Yıldırım T ve Üstün G, *Açıklamalı – Notlu İdari Yargılama Usulü Kanunu* (2.Bası On İki Levha 2023).
- Zor BV, 'Disiplin Hukukunda Uygulanan İdari Usul İlkeleri' (2021) 34(155) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 331-377.
- <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>>
- <<https://www.kazanci.com.tr>>
- <<https://legalbank.net>>

İdarenin İhbar veya Şikâyetin İşleme Konulmaması Kararı Verme Yetkisi Üzerine Bir Değerlendirme

An Evaluation on the Administration's Authority to Decide Not to Process the Report or Complaint

Ebru ZEYBEK CEBECİ* 

ÖZ

Anayasa kapsamında memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında ceza kovuşturması yapılması, istisnalar dışında izne tabi tutulmuştur. Anayasa'da belirlenen hüküm doğrultusunda memur ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı yargılanmalarına ilişkin izin usulü 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunla düzenlenmiştir. Kanuna göre izin verilmesi sürecini başlatan usullerden biri memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında idareye yapılan ihbar ve şikâyetlerdir. İhbar ve şikâyet üzerine yetkili idari merci ilgili personel hakkında ceza kovuşturması yapılabilmesi için izin verilip verilmemesi yönünde karar almadan önce değerlendirme yaparak ön soruşturma yapacak, yaptırarak yahut da Kanunda sayılan koşulların varlığı halinde ihbar ve şikâyetin işleme konulmaması yönünde karar verebilecektir. İhbar ve şikâyetin işleme konulabilmesi için Kanunda düzenlenen nitelikte olması gereklidir. Aksi halde ihbar ve şikâyet işleme konulmayacaktır. Bununla birlikte Kanunda ihbar ve şikâyetin taşınması gereken niteliklerin düzenleniş biçimi, yargı mercilerinin detaylı gerekçe içermeyen kararlar vermesi ve idarenin kendini ihbar ve şikâyetin niteliğinin değerlendirilmesi hususunda yasa koyucunun iradesini aşacak şekilde yetkili görmesi, uygulamada ihbar ve şikâyetlerin keyfi bir şekilde işleme koyulmamasına yol açabilmektedir. Çalışmamızda 4483 sayılı Kanun kapsamında memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında suç işledikleri gerekçesiyle idareye yapılan ihbar ve şikâyetlerin işleme alınma koşulları açıklanarak, bu hususta idareye kanunla verilen yetki üzerine değerlendirmeler yapılması amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: 4483 sayılı Kanun, Ceza Soruşturması, İhbar ve Şikâyet, İşleme Konulmaması Kararı, İdarenin Yetkisi

* Dr. Öğr. Üyesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Ebru ZEYBEK CEBECİ

E-posta/E-mail: ebru.zeybek@marmara.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 02.12.2023

Kabul Tarihi/Accepted: 19.12.2023

ABSTRACT

Under the Constitution, criminal prosecution of civil servants and other public officials is subject to permission, with exceptions. In line with the provision set out in the Constitution, the authorization procedure for the prosecution of civil servants and other public officials for crimes committed due to their duties is regulated by the Law No. 4483 on the Trial of Civil Servants and Other Public Officials. According to the law, one of the procedures that initiates the process of granting permission is the notifications and complaints made to the administration about civil servants and other public officials. Upon notice and complaint, the authorized administrative authority will make an evaluation and make a preliminary investigation before deciding whether or not to allow criminal prosecution against the relevant personnel, or may decide not to process the notice and complaint if the conditions listed in the Law are present. In order for the notice and complaint to be processed, it must be of a nature regulated by the Law. Otherwise, the notice and complaint will not be processed. However, the way the qualifications required for report and complaint are regulated in the Law, the fact that judicial authorities make decisions that do not contain detailed justification, and the administration's deeming itself authorized to exceed the will of the legislator in evaluating the nature of report and complaint, may lead to reports and complaints not being processed arbitrarily in practice. In our study, it is aimed to explain the processing conditions of notifications and complaints made to the administration on the grounds that civil servants and other public officials have committed crimes within the scope of Law No. 4483, and to make evaluations on the authority given to the administration by law in this regard.

Keywords: Law No. 4483, Criminal Investigation, Report and Complaint, Decision Not to Process, Authority of the Administration

GİRİŞ

Hukuk sistemimizde memur ve diğer kamu görevlilerinin görevleriyle ilgili işledikleri suçlardan dolayı yargılanması genel yargılama usulünden ayrı tutularak¹, izin usulüne tabi kılınmıştır². Dayanağını Anayasa'nın³ 129. maddesinin son fıkrasında yer alan “*Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idari mercinin iznine bağlıdır*” hükmünden alan bu usule ilişkin ayrıntılı düzenlemeler Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunla⁴ yapılmıştır.

4483 sayılı Kanun'un 2. maddesi gereğince Kanun hükümleri memur ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlar hakkında uygulanacaktır⁵. Dolayısıyla memur ve diğer kamu

1 Ramazan Çağlayan, ‘Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanmasına İlişkin 4483 Sayılı Kanunun Hakkında Bir Değerlendirme’ (2003) 8 (1-2) Ankara Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi 105.

2 Nur Kaman, ‘Kamu Personel Hukuku’ iç Turan Yıldırım (ed), *İdare Hukuku* (On İki Levha 2020) 336.

3 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 18.10.1982, RG 09.11.1982/17863 (Mükerrer)

4 Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 4483, Kabul Tarihi: 02.12.1999, RG 04.12.1999/23896.

5 Maddede Kanun kapsamı dışında tutulan hususlar da belirtilmiştir:

“*Görevleri ve sıfatları sebebiyle özel soruşturma ve kovuşturma usullerine tabi olanlara ilişkin kanun hükümleri ile suçun niteliği yönünden kanunlarda gösterilen soruşturma ve kovuşturma usullerine ilişkin hükümler saklıdır.*

Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali genel hükümlere tabidir.

Disiplin hükümleri saklıdır.

765 sayılı Türk Ceza Kanununun 243 ve 245 inci maddeleri ile 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 154 üncü

görevlilerinin göreviyle ilgili olmayan suçlar bu Kanuna tabi olmayacak; bu suçlar için genel hükümlere başvurulacaktır⁶.

4483 sayılı Kanun'da düzenlenen izin sistemi uyarınca Cumhuriyet başsavcılarının Kanun kapsamındaki suçlar bakımından kovuşturma yapabilmek için yetkili idari mercilerden⁷ izin istemeleri gerekmektedir. İzin talebi gelmesi üzerine yetkili idari merciler ön inceleme yaparak ya da yaptırarak gerekçeli olarak soruşturma izni verilmesine veya verilmemesine karar verecektir.

Bununla birlikte yetkili idari merci Kanun kapsamındaki bir suç ihbar ve şikâyet yoluyla öğrenirse bu durumda öncelikle ihbar ve şikâyeti değerlendirerek işleme koyup koymama yönünde değerlendirme yapacaktır. Yetkili merci tarafından ihbar ve şikâyetin işleme koyulmasına karar verilirse ön inceleme yapılacak ve soruşturma izni verilip verilmemesi hususunda karar verilecektir⁸.

maddesinin dördüncü fıkrasında açıklanan soruşturma ve kovuşturmalarda bu Kanun hükümleri uygulanmaz”.

6 Zehreddin Aslan ve Halil Altındağ, *Memurların Disiplin ve Ceza Soruşturması* (2547 sayılı Kanun Kapsamında Çalışanların Disiplin ve Ceza Soruşturması Dahil) (5. Bası Seçkin 2023) 161; Çağlayan (n 1) 117.

7 Soruşturma yapma izni vermeye yetkili merciler Kanun'un 3. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre;
“Soruşturma izni yetkisi

a) İlçede görevli memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında kaymakam,

b) İlde ve merkez ilçede görevli memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kaymakamlar hakkında vali,

c) Bölge düzeyinde teşkilatlanan kurum ve kuruluşlarda görev yapan memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında görev yaptıkları ilin valisi,

d) Cumhurbaşkanına veya Cumhurbaşkanlığına bağlı, ilgili veya ilişkili kuruluşlar ve bakanlıkların merkez ve bağlı veya ilgili kuruluşlarında görev yapan diğer memur ve kamu görevlileri hakkında o kuruluşun en üst idari amiri,

e) (b) ve (c) bentlerindeki hükümler saklı kalmak kaydıyla Cumhurbaşkanı kararıyla atanan memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında Cumhurbaşkanı veya ilgili bakan,

f) Türkiye Büyük Millet Meclisinde görevli memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreteri, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreteri ve yardımcıları hakkında Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı,

g) Cumhurbaşkanlığında görevli memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanı, Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanı hakkında Cumhurbaşkanı,

h) Büyükşehir belediye başkanları, il ve ilçe belediye başkanları; büyükşehir, il ve ilçe belediye meclisi üyeleri ile il genel meclisi üyeleri hakkında İçişleri Bakanı,

i) İlçelerdeki belde belediye başkanları ve belde belediye meclisi üyeleri hakkında kaymakam, merkez ilçelerdeki belde belediye başkanları ve belde belediye meclisi üyeleri hakkında buldukları ilin valisi,

j) Köy ve mahalle muhtarları ile bu Kanun kapsamına giren diğer memurlar ve kamu görevlileri hakkında ilçelerde kaymakam, merkez ilçede vali,

Yokluklarında ise vekilleri tarafından bizzat kullanılır”.

8 Ön inceleme müessesesi Kanun'un 5. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre;

“İzin vermeye yetkili merci, bu Kanun kapsamına giren bir suç işlediğini bizzat veya yukarıdaki maddede yazılı şekilde öğrendiğinde bir ön inceleme başlatır.

Cumhuriyet başsavcılıkları ile izin vermeye yetkili merciler ihbar ve şikâyetler konusunda daha önce sonuçlandırılmış bir ön inceleme olması halinde müracaatı işleme koymazlar. Ancak ihbar veya şikâyet eden kişilerin konu ile ilgili olarak daha önceki ön inceleminin neticesini etkileyecek yeni belge sunması halinde müracaatı işleme koyabilirler.

Ön inceleme, izin vermeye yetkili merci tarafından bizzat yapılabileceği gibi, görevlendireceği bir veya birkaç denetim elemanı veya hakkında inceleme yapılanın üstü konumundaki memur ve kamu görevlilerinden biri veya birkaçı eliyle de yaptırılabilir. İnceleme yapacakların, izin vermeye yetkili mercin bulunduğu kamu kurum veya kuruluşunun içerisinde belirlenmesi esastır. İşin özelliğine göre bu merci, anılan inceleminin başka bir kamu kurum veya kuruluşunun elemanlarıyla yaptırılmasını da ilgili kuruluştan isteyebilir. Bu isteğin yerine getirilmesi, ilgili kuruluşun takdirine bağlıdır.

Yargı mensupları ile yargı kuruluşlarında çalışanlar ve askerler, başka mercilerin ön incelemelerinde görevlendirilemez.

Ön inceleme ile görevlendirilen kişiler birden fazla ise içlerinden biri başkan olarak belirlenir”.

I. SUÇUN İDARE TARAFINDAN ÖĞRENİLMESİ

İzin sisteminin uygulanabilmesi, öngörülen sürecin başlayabilmesi için idarenin Kanun kapsamında yer alan bir suçun işlendiğini öğrenmesi gerekmektedir.

4483 sayılı Kanun'un 4. maddesine göre idarenin suçu öğrenmesi üç şekilde mümkün olabilecektir. Bunlardan birincisi suç konusu olayın Cumhuriyet Başsavcıları tarafından soruşturma izni için başvuru yapmak suretiyle bildirilmesidir. İkincisi suç işlendiğinin diğer makam, memur ve kamu görevlilerince ihbar ve şikâyet yoluyla öğrenilmesi ve durumun yetkili mercie iletilmesidir. Üçüncüsü ise Kanun kapsamına giren bir suçun işlendiğinin bizzat idare tarafından öğrenilmesidir.

A. CUMHURİYET BAŞSAVCILARI TARAFINDAN YETKİLİ İDARİ MERCİLERE İLETİLMESİ

4483 sayılı Kanun'da düzenlenen izin sistemi uyarınca Cumhuriyet başsavcılarının Kanun kapsamındaki suçlar bakımından kovuşturma yapabilmek için yetkili idari mercilerden⁹ izin istemeleri gerekmektedir.

4. maddenin ilk fıkrasına göre Cumhuriyet başsavcılarının Kanun kapsamına giren bir suç konusunda ihbar ve şikâyet aldığı ya da başka bir şekilde öğrendiklerinde yalnızca ivedilikle toplanması gerekli, geç kalındığında kaybolma ihtimali olan delilleri tespit ederek evrakin bir örneğini yetkili mercie göndererek soruşturma izni istemesi gerekir.

9 Soruşturma yapma izni vermeye yetkili merciler Kanun'un 3. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre;

“Soruşturma izni yetkisi

a) İlçede görevli memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında kaymakam,

b) İlde ve merkez ilçede görevli memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kaymakamlar hakkında vali,

c) Bölge düzeyinde teşkilatlanan kurum ve kuruluşlarda görev yapan memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında görev yaptıkları ilin valisi,

d) Cumhurbaşkanına veya Cumhurbaşkanlığına bağlı, ilgili veya ilişkili kuruluşlar ve bakanlıkların merkez ve bağlı veya ilgili kuruluşlarında görev yapan diğer memur ve kamu görevlileri hakkında o kuruluşun en üst idari amiri,

e) (b) ve (c) bentlerindeki hükümler saklı kalmak kaydıyla Cumhurbaşkanı kararıyla atanan memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında Cumhurbaşkanı veya ilgili bakan,

f) Türkiye Büyük Millet Meclisinde görevli memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreteri, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreteri ve yardımcıları hakkında Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı,

g) Cumhurbaşkanlığında görevli memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanı, Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanı hakkında Cumhurbaşkanı,

h) Büyükşehir belediye başkanları, il ve ilçe belediye başkanları; büyükşehir, il ve ilçe belediye meclisi üyeleri ile il genel meclisi üyeleri hakkında İçişleri Bakanı,

i) İlçelerdeki belde belediye başkanları ve belde belediye meclisi üyeleri hakkında kaymakam, merkez ilçelerdeki belde belediye başkanları ve belde belediye meclisi üyeleri hakkında buldukları ilin valisi,

j) Köy ve mahalle muhtarları ile bu Kanun kapsamına giren diğer memurlar ve kamu görevlileri hakkında ilçelerde kaymakam, merkez ilçede vali,

Yokluklarında ise vekilleri tarafından bizzat kullanılır”.

B. DİĞER MAKAM VE KAMU GÖREVLİLERİNCE YETKİLİ İDARİ MERCİLERE İLETİLMESİ

İdarenin suçu öğrenme yöntemlerinden ikincisi suç işlendiğinin diğer makam, memur ve diğer kamu kamu görevlilerince ihbar ve şikâyet yoluyla¹⁰ öğrenilmesi ve durumun yetkili mercie iletilmesidir.

Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK)'nun¹¹ 158. maddesinin 5. fıkrasında ihbar ve şikâyetlerin yazılı veya tutanağa geçirilmek üzere sözlü olarak yapılabileceği düzenlenmiştir. İhbar ve şikâyetin yapılma usulü 4483 sayılı Kanun kapsamında açık bir şekilde düzenlenmemiş olmakla birlikte, Kanun'un ihbar veya şikâyetin taşınması zorunlu olan niteliklerinin belirtildiği 4. maddesinde ihbar ve şikâyet dilekçesinde dilekçe sahibinin doğru ad, soyad ve imzası ile iş veya ikametgâh adresinin bulunması gerektiği belirtilmiştir. Bu nedenle 4483 sayılı Kanun kapsamında yetkili idareye yapılacak ihbar ve şikâyetlerin dilekçeyle yapılması dolayısıyla kural olarak yazılı olması gerekmektedir.

C. YETKİLİ İDARİ MERCİ TARAFINDAN BİZZAT ÖĞRENİLMESİ

Soruşturma yapma yetkisi olan idari mercilerin 4483 sayılı Kanun kapsamında bir suçun işlendiğini öğrenme yöntemlerinden bir diğeri de suçun bizzat yetkili idari mercii tarafından öğrenilmesidir. Herhangi bir şikâyet ya da ihbar olmadan veya Cumhuriyet başsavcılar tarafından bir bildirim yapılmadan da suçun yetkili idari merci tarafından aracısız olarak öğrenilmesi mümkündür.

4483 sayılı Kanun'un 5. maddesi ilk fıkrasında yer alan “İzin vermeye yetkili merci, bu Kanun kapsamına giren bir suç işlediğini bizzat veya yukarıdaki maddede yazılı şekilde öğrendiğinde bir ön inceleme başlatır.” hükmüyle yetkili idari merciler Kanun kapsamındaki bir suçun işlendiğini bizzat öğrendiklerinde ön inceleme yapmakla yükümlü kılınmıştır.

II. İHBAR VE ŞİKÂYETİN NİTELİĞİ

4483 sayılı Kanun'un 4. maddesi gereğince ihbar ve şikâyetlerin işleme konulabilmesi için “ihbar ve şikâyetlerin soyut ve genel nitelikte olmaması, ihbar veya şikâyetlerde kişi veya olayın belirtilmesi, iddiaların ciddi bulgu ve belgelere dayanması, ihbar veya şikâyet dilekçesinde dilekçe sahibinin doğru ad, soy ad ve imzası ile iş veya ikametgâh adresinin” belirtilmesi zorunludur.

Dolayısıyla soruşturmaya yetkili idari mercilere yapılacak bir ihbar veya şikâyetin işleme alınması için ihbar veya şikâyetin taşınması gerekli dört nitelik;

- a) İhbar ve şikâyetin soyut ve genel nitelikte olmaması,
- b) İhbar şikâyete konu kişi veya olayın belirtilmesi,

¹⁰ İhbar ve şikâyete ilişkin tanımlamalar ve aralarındaki farklılıklar için bkz. İbrahim Pınar ve Öner Çalışkan, (Açıklamalı-İçtihatlı 4483 ve 2547 Sayılı Kanunlara Göre) Kamu Personeli Ceza Soruşturma Usulü (Seçkin 2020) 213-214. Yiğit Artukoğlu, İnceleme ve Soruşturma Rehberi (Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri İçin) (Gazi 2018) 9.

¹¹ Ceza Muhakemesi Kanunu, Kanun Numarası: 5271, Kabul Tarihi: 04.12.2004, RG 17.12.2004/25673.

c) İhbar ve şikâyete konu iddiaların ciddi bulgu ve belgelere dayanması,

d) İhbar ve şikâyet dilekçelerinde dilekçe sahibinin doğru ad, soyad, iş veya ikametgâh adresinin yazılı olması ve imzasının bulunmasıdır.

A. SOYUT VE GENEL NİTELİKTE OLMAMASI

Maddede sayılan “ihbar ve şikâyetin soyut ve genel nitelikte olmaması” ibaresi muğlak bir ifade olduğundan idarenin değerlendirme alanını genişletmekte, keyfiyete varan uygulamalara sebep olmaktadır. Belirli bir kişi veya olay üzerinden yapılmayan iddiaların işleme alınıp soruşturulması gereksiz soruşturma yükü oluşturabilecektir. Bununla birlikte bir iddianın soyut ve genel nitelikte olduğunun ilk bakışta tespiti her zaman mümkün olmayabilir. Üstelik başta soyut ve genel nitelikte görünen iddialar hakkında ön inceleme yapılması halinde soruşturulan memur veya kamu görevlilerinin suç işlediğinin açığa çıkması da ihtimal dahilindedir¹². Bu nedenle yasa koyucunun bu ifadeyi detaylandırarak düzenlemesi kanımızca daha yerinde olacaktır.

Danıştayın da idarenin işleme koymama kararlarına ilişkin vermiş olduğu kararlarda yeterli gerekçe sunduğunu ileri sürmek zor görünmektedir. Yüksek Mahkemenin “*Söz konusu şikâyet dilekçesinin 4483 sayılı Kanununun 4 üncü maddesinde aranılan nitelikleri taşımadığı, şikâyetin soyut ve genel nitelikte olduğu anlaşıldığından*”¹³ vb. ifadelerle, şikâyetin ne sebeple soyut ve genel nitelikte olduğunu açıklamadan, yalnızca tespitinde bulunduğu kararlar verildiği görülmektedir.

Soyut kelimesinin anlamı “*somut karşıtı*”, “*varlığı duyularla algılanamayan*”, “*anlaşılması, kavranılması güç*” vb. kavramlarla ifade edilmektedir¹⁴. Soyut ihbar ve şikâyetin ise, konusu anlaşılabilen, belirsiz iddialar içeren anlamını taşıdığı söylenebilir¹⁵. Genel kavramı ise “*Bir şeye veya bir kimseye özgü olmayıp onun bütün benzerlerini içine alan*” olarak tanımlanmaktadır¹⁶. Dolayısıyla kanımızca ihbar ve şikâyetin genel olması, belirli bir konuya veya bir kişiye ilişkin olmaması olarak açıklanabilecektir. Bu durumda ihbar veya şikâyetin soyut ve genel olmadığının kabulü için iddianın belirsizlik taşıması, belli bir meseleye ilişkin olması ve bu meselenin açıkça anlaşılabilir olması gerektiği söylenebilir¹⁷.

Danıştay, şikâyete konu idari işlem hakkında açılan bir dava olması halinde, davanın devam ediyor olmasını ve dolayısıyla hukuka aykırı olduğunun henüz tespit edilmemiş olmasını da şikâyetin

12 Cumhuriyet savcılar tarafından “soruşturmaya yer olmadığı” kararı verilmemesi için ihbar ve şikâyetlerin “soyut ve genel olmaması” koşulu üzerine benzer açıklamalar için bkz. Kızıllarslan H, ‘Soruşturmaya Yer Olmadığı Kararları (SYOK) ve Bu Kararların Ceza Muhakemesi Sistematiği Açısından İrdelenmesi’ (2019) (144) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 81.

13 Danıştay 2 D, E 2001/1115 K 2001/2139, 28.09.2001.

14 <<https://sozluk.gov.tr/>>

15 Pınar ve Çalışkan (n 7) 219.

16 <<https://sozluk.gov.tr/>>

17 Pınar ve Çalışkan örnek olarak (A) kurumu Personel Daire Başkanı’nın memuriyet sınavında yardım, not yükseltme vb şekilde oğlunu kayırarak memur olarak atanmasını sağladığına ilişkin yapılan bir ihbarın somut ve özel ihbar niteliğinde olacağını belirtmiştir. Pınar ve Çalışkan (n 220) 220.

soyut olduğu şeklinde yorumlamaktadır¹⁸. İdari işlemler aksi yargı kararıyla tespit edilene kadar hukuka uygunluk karinesinden yararlanarak hukuka uygun kabul edilmektedir. Ancak bu durum işlem hakkında şikâyetle bulunulamayacağı anlamı taşımamaktadır. İşlem hukuken varlığını devam ettirmekte olduğundan, hukuki sonuç doğurur¹⁹. Dolayısıyla kanımızca yalnızca bu sebeple şikâyetin işleme alınmaması hukuka uygun olmayacaktır. Çünkü işlemin hukuka uygun ya da uygun olmaması, ona ilişkin yapılan iddianın soyut nitelik taşıdığını göstermeyecektir²⁰.

B. KİŞİ VEYA OLAYIN BELİRTİLMESİ

4483 sayılı Kanun kapsamında yetkili idari mercilere iletilen ihbar ve şikâyetlerde kişi veya olayın belirtilmesi zorunlu kılınmıştır. Buna göre ihbar ve şikâyetle bu iki koşuldan birinin mutlaka bulunması gerekmektedir. Bazı hallerde suça konu kişinin belirlenmesi kurum dışından olan kişiler bakımından zor olabilmektedir. Ancak olayın belirtilmesi ihbar ve şikâyetle konu kişinin tespitini sağlayabilecektir²¹.

2003 tarihli bir Danıştay kararında²², denetim görevini ihmal etmek ve görevini kötüye kullanmak iddiasıyla şikâyet dilekçesi verildiği, ancak olay ve kişi belirtilmediğinden şikâyetin işleme koyulmaması kararı alındığı ve Yüksek Mahkeme tarafından yapılan incelemede itirazın reddine karar verildiği görülmektedir. Oysa karara konu şikâyet dilekçesinde suçun ne zaman ne şekilde işlendiği belirtilse, kısaca olaya ilişkin bilgi verilmiş olmasıydı, bu durumda şikâyetle konu iddianın hangi memur ya da kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilmiş olduğunun tespiti de mümkün olacaktı.

Kişi veya olayın belirtilmesi, iddiaya ilişkin belirsizliği kaldıran bir etken olacaktır. Nitekim Danıştay kararlarında da “şikâyetin somut olduğu, kişi ve olay belirtildiği anlaşıldığından”²³, “yakınma konusu

18 “Dosyanın incelenmesinden, 2008 yılında Şile Mal Müdürlüğünden 1. derece doğal sit alanında kalan Balibey Mahallesi, Ağlayanakaya, Tavanlı Yolu, ... pafta, ... ada, ... parsel sayılı taşınmazı İstanbul IV Numaralı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Kurulundan gerekli izinler alındıktan sonra günübirlik turizm tesisi kurmak amacıyla bir yıllığına kiralayan ... tarafından Şile Belediyesine başvurularak yapılmak istenen tesis ile ilgili olarak yapı ruhsatı talebinde bulunduğu, Belediye tarafından yapı ruhsatı bedelinin yanı sıra anılan alanın inkişaf alanı kapsamında kaldığından bu alana daha önce yapılmış olan yol ile ilgili olarak 3194 sayılı İmar Kanununun 23. maddesi gereğince harcamalara katılım bedelinin de talep edildiği, ... tarafından harcamalara katılım bedeli istenilmesine ilişkin işleme karşı İstanbul 2 nci İdare Mahkemesine dava açıldığı ve davanın E:2009/1962 sayılı dosyasından halen derdest olduğu, dolayısıyla uyumsuzluğun bu aşamada hukuki bir uyumsuzluk olarak ortaya çıktığı, Belediye tarafından tesis edilen işlemin hukuka aykırı olduğu yolunda herhangi bir tespit bulunmadığı, bu nedenle şikâyetin yukarıda anılan yasanın 4. maddesi hükmü uyarınca ciddi bulgu ve belgelere dayanmadığı, soyut nitelikte olduğu anlaşıldığından, ... sayılı işleme konulmama kararına yapılan itirazın reddine...” Danıştay 1 D, E 2010/2103 K 2011/208, 03.02.2011.

19 Onur Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)* (4. Baskı Turhan 2018) 107.

20 İçişleri Bakanlığının 16.01. 2003 tarih ve 380 sayılı Genelge'sine göre memur ve diğer kamu görevlilerinin yapmış oldukları idari işlemlere ilişkin şikâyetler 4483 sayılı Kanun hükmüne tabi olmayıp, 5442 sayılı Kanun'un 13. maddesinin 2. fıkrasının (D) bendi ve 39. maddesi kapsamında değerlendirilecektir. Pınar ve Çalışkan (n 7) 223.

21 Selman Sacit Boz, *Memur Yargılamasında İzin ve İtiraz Süreci* (Seçkin 2014) 66-67.

22 Danıştay 2 D, 2003/749 K1003/1814, 19.09.2003.

23 Danıştay 1 D, E 2004/74 K 2004/127, 11.02.2004.

eylemin somut olduğu, kişi ve olay belirtildiği anlaşıldığından”²⁴, “şikâyet konusu eylemlerin somut olduğu, kişi ve olay belirtildiği, iddiaların da ciddi bulgu ve belgelere dayandığı anlaşıldığından”²⁵, “Soruşturulması istenen olayda şikâyet konusu eylemlerin somut olduğu, kişi ve olay belirtildiği ve iddiaların da ciddi bulgu ve belgelere dayandığı anlaşılmaktadır”²⁶ ifadeleriyle ihbar ve şikâyetlerde kişi veya olayın belirtilmesi ile iddianın somut olması kavramlarının sıklıkla bir arada kullanıldığı görülmektedir.

C. İDDİALARIN CİDDİ BULGU VE BELGELERE DAYANMASI

İhbar ve şikâyete konu iddiaların işleme alınabilmesi için aranan diğer bir nitelik ihbar ve şikâyetin ciddi bulgu ve belgelere dayanması olarak düzenlenmiştir.

Bu hususta ihbar ve şikâyetlerin hukuka uygun elde edilmiş bulgu ve belgelere dayanması önem taşımaktadır²⁷. Ancak sunulan bulgu ve belgelerin nasıl elde edildiğinin idare tarafından tespitinin her koşulda mümkün olmayabileceği göz önünde tutulmalıdır. Ayrıca iddianın ciddi bulgu ya da belgeye dayandığının kabulü için iddiaya ilişkin bulgu ve belgelerin her zaman ihbar eden ya da şikâyetçi tarafından sunulması gerekmektedir. İdarede olduğu için elde edilemeyen bilgi ve belgeler söz konusu olabilmektedir. Bu durumda ihbar eden ya da şikâyetçi bu bulgu ya da belgelere erişemese dahi, bulgu ve belgelerin idarenin elinde bulunması iddianın ciddi bulgu ve belgelere dayanması koşulu bakımından yeterli sayılmaktadır²⁸.

D. DİLEKÇENİN KANUNDAKİ ŞARTLARA UYGUN OLARAK DÜZENLENMESİ

Kişilerin kendileri veya kamu ile ilgili şikâyetleri hakkında yetkili makamlara başvurma hakkı Anayasa'nın 74. maddesinde yer alan “*Vatandaşlar ve karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye’de ikamet eden yabancılar kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahiptir.*” hükmüyle korunmaktadır. Anayasal bu hakkın nasıl kullanılacağı 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun ile düzenlenmiştir.

3071 sayılı Kanun’un 3. maddesine göre “*Türk vatandaşları kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri hakkında, Türkiye Büyük Millet Meclisine ve yetkili makamlara yazı ile başvurma hakkına sahiptirler. Türkiye’de ikamet eden yabancılar karşılıklılık esası gözetilmek ve dilekçelerinin Türkçe yazılması kaydıyla bu haktan yararlanabilirler.*”

Anılan Kanun’un 4 ve 6. maddelerinde yetkili makamlara iletilen dilekçelerde, dilekçe sahibinin adı-soyadı ve imzası ile iş veya ikametgâh adresinin bulunması gerektiği; bu nitelikleri taşımayan, belli

24 Danıştay 1 D, E 2004/152 K 2004/178, 17.09.2004.

25 Danıştay 1 D, E 2010/1108 K 2010/1517, 14.10.2010.

26 Danıştay 5 D, E 2009/45 K 2009/222, 06.02.2009.

27 Boz (n 18) 67.

28 İbid 67.

bir konuyu ihtiva etmeyen, yargı mercilerinin görevine giren konularla ilgili olan dilekçelerin işleme alınmayacağı düzenlenmiştir.

Benzer bir şekilde 4483 sayılı Kanun'da da dilekçenin taşınması gereken şekli unsurlar belirtilmektedir. Kanun'un 4. maddesinde ihbar veya şikâyet dilekçesinde dilekçe sahibinin doğru ad, soyad ve imzası ile iş veya ikametgâh adresinin bulunması zorunlu tutulmuştur. Ancak maddenin son fıkrasına göre *“iddiaların, sıhhati şüpheye mahal vermeyecek belgelerle ortaya konulmuş olması halinde ad, soyad ve imza ile iş veya ikametgâh adresinin doğruluğu şartı”* aranmayacaktır.

III. İHBAR VE ŞİKÂYETİN DEĞERLENDİRİLMESİ VE İŞLEME KONULMAMASI KARARI

4483 sayılı Kanun'un 5. maddesi son fıkrasında *“Üçüncü fıkradaki şartları taşımayan ihbar ve şikâyetler Cumhuriyet başsavcılarını ve izin vermeye yetkili merciler tarafından işleme konulmaz ve durum, ihbar veya şikâyette bulunana bildirilir”* hükmü yer almaktadır.

Her bir ihbar veya şikâyet yönünden bu niteliklerin tümünün bir arada bulunması²⁹ aranacaktır³⁰. Alınan ihbar veya şikâyet üzerine soruşturmaya yetkili idari mercilerin Kanun'un 4. maddesi kapsamında bir değerlendirme yapması gerekecektir. Bu değerlendirmede ihbar veya şikâyetin somut ve özel nitelikte olup olmadığı, ihbar veya şikâyette iddia konusu edilen kişi veya olayın belirtilip belirtilmediği incelenecek, ihbar veya şikâyet dilekçesinde dilekçe sahibinin doğru ad, soyad ve imzası ile iş veya ikametgâh adresinin bulunup bulunmadığı tespit edilecektir. Dilekçelerde yer alan iddialar şüpheye mahal vermeyecek belgelerle ortaya konulmuş ise dilekçede yer alan bilgilerin ve imzanın doğruluğu aranmayacaktır. Bununla birlikte Kanun'un 5. maddesi 2. fıkrası gereğince ihbar ve şikâyete konu iddialar hakkında daha önce sonuçlandırılmış bir ön inceleme mevcutsa bu durumda müracaat işleme koyulmayacaktır. Ancak ihbar veya şikâyet eden kişiler konu ile ilgili olarak daha önceki ön inceleminin neticesini etkileyecek yeni bir belge sunarlarsa bu durumda ihbar veya şikâyet işleme konulabilecektir.

Kanun'un 4. maddesi kapsamında yapılan değerlendirme sonucunda ihbar veya şikâyet ya işleme alınıp ön inceleme başlatılacak ya da ihbar veya şikâyetin işleme alınmaması kararı verilecektir. Kanunda düzenlenen nitelikleri taşımayan ihbar ve şikâyetlerin işleme konulmaması³¹, bu nitelikleri taşıyanlar bakımından ise ön inceleme yapılması gerekmektedir. Bu konuda Kanundaki hüküm idareye takdir yetkisi tanımamaktadır.

Kanun'un 5. maddesinin ilk fıkrasında izin vermeye yetkili mercilerin Kanun kapsamında yer alan bir suç, Cumhuriyet Başsavcılarını tarafından izin istenmesi yoluyla, 4. maddede yer alan nitelikleri taşıyan ihbar ve şikâyetler yoluyla veya bizzat öğrenmesi üzerine ön inceleme yapacağı düzenlenmiştir.

29 Bu konuda tek istisna Kanun'un 4. maddesi son fıkrasında düzenlenmiştir. Kanun'un 4. maddesi son fıkrasına göre *“iddiaların, sıhhati şüpheye mahal vermeyecek belgelerle ortaya konulmuş olması halinde ad, soyad ve imza ile iş veya ikametgâh adresinin doğruluğu şartı aranmaz”*.

30 Danıştay 1 D, E 2013/243 K 2013/263, 05.03.2013.

31 Çağlayan (n 1) 118-119.

Dolayısıyla Kanun'da öngörülen asıl usul, yetkili idari mercilerin Kanun kapsamında olan bir suçta öğrenmeleri üzerine öninceleme başlatmalarıdır. Kanunda düzenlenen ihbar veya şikâyetin “işleme konulmaması kararı” usulü, öninceleme yapılması hususunda ciddiye alınmayacak ihbar ve şikâyetler bakımından idareye filtreleme olanağı getirmektedir. Ancak bu kararı almanın koşulları yine yasa koyucu tarafından belirlenmektedir. Bu nedenle idari mercilerin Kanun'da belirlenen nitelikleri taşıdığı durumlarda da ihbar veya şikâyetleri işleme koyması gerekmektedir.

Ayrıca 4483 sayılı Kanun'un 4. maddesinin başlığında yer alan “işleme konulmayacak ihbar ve şikâyetler” ifadesi ile yasa koyucunun yalnızca işleme konulmayacak ihbar ve şikâyetleri düzenlemesi, düzenlemeye uygun yapılan ihbar ve şikâyetlerin işleme alınması gerekliliğini işaret eden bir diğer husus olarak değerlendirilecektir.

İçişleri Bakanlığının 16.01.2003 tarihli ve B.050.TEF.0000076/380 sayılı Genelgesi'nde³² yer verilen “Yaptırılan araştırma sonucunda; 4483 sayılı Kanun kapsamında bulunduğu, somut ve özel nitelikte olduğu, kişi ve/veya olay belirtildiği, muhbir veya müştekinin isim ve imzasının gerçek olduğu anlaşılan ihbar veya şikâyet dilekçeleriyle ilgili olarak yetkili merci tarafından 4483 sayılı Kanun hükümlerine göre ön inceleme yapıp karar verilecektir” açıklamaları ile 4483 sayılı Kanun kapsamında yapılan işlemler bakımından İçişleri Bakanlığı tarafından, merkez teşkilatı ve bağlı kuruluşları ile valilik ve kaymakamlıklarca izlenecek usule açıklık getirilmesi amacıyla yürürlüğe konulan Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun Uygulaması ile İlgili Olarak İçişleri Bakanlığınca Yürütülecek İşlemlere İlişkin Yönerge'nin³³ 7. maddesinde yer alan “İhbar ve şikâyetin soyut ve genel nitelikte olmaması, ihbar veya şikâyetlerde kişi ve/veya olay belirtilmesi durumunda yetkili merci tarafından ön inceleme yaptırılır” ifadeleri, 4483 sayılı Kanun'daki anılan düzenlemelerin İçişleri Bakanlığı tarafından da aynı şekilde değerlendirildiğini ortaya koymaktadır. Zira mezkûr Yönetmelik ve Yönerge kapsamında, 4483 sayılı Kanun'a uygun yapılan ihbar ve şikâyetler hakkında ön inceleme yapılması gerektiği tereddüte yer bırakmayacak açıklıkta belirtilmiştir.

Danıştayın da bu yönde karar verdiği görülmektedir. Örneğin 2004 tarihli bir kararında Mahkeme “Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında yapılacak ihbar ve şikâyetlerde kişi ve/veya somut olay belirtilmesi halinde, izin vermeye yetkili mercinin ön inceleme başlatmasının zorunlu olduğuna”³⁴ karar vermiştir.

32 Saadettin Güzel, ‘4483 Sayılı Kanun Kapsamında Yetkili Mercinin Soruşturma İzni Konusundaki Kararı ile Bu Karara İtiraza İlişkin Hükümlerin Süre Yönünden Değerlendirilmesi’ (2022) 12(2) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 2098. Pınar ve Çalışkan (n 7) 225.

33 11.02.2000 gün ve Tef.K.Bşk. 236-4/897-250 sayılı onay ile yürürlüğe konulmuştur. <https://www.icisleri.gov.tr/mulkiyeteftis/y-nergeler>

34 Danıştay 1 D, E 2004/152 K 2004/178, 17.09.2004. Ayrıca Danıştay 1. Dairesinin E 2006/7 K 2006/217 sayılı ve 21.02.2006 tarihli kararı ile Danıştay 1. Dairesinin E 2007/428 ve K 2007/614 sayılı ve 23.05.2007 tarihli kararının karşı oy yazılarında “4483 sayılı Yasada, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı yargılanabilmeleri için izin vermeye yetkili merciler ve izlenecek usul düzenlenmiş, 4 üncü maddesinin dördüncü fıkrasında, üçüncü fıkradaki şartları taşımayan ihbar ve şikâyetlerin izin vermeye yetkili merciler tarafından işleme konulmayacağı ve durumun ihbar ve şikâyetle bulunana bildirileceği, ancak iddiaların, sıhhati şüpheye mahal vermeyecek belgelerle ortaya konulmuş olması halinde, ad, soyad ve imza ile iş veya ikametgah adresinin doğruluğu şartının aranmayacağı yani bu gibi durumlarda da ön inceleme başlatılmasının zorunlu olduğu hükme bağlanmıştır” ifadelerine yer verilmiştir.

Danıştay tarafından ayrıca, soruşturma izni vermeye yetkili merciinin ihbar veya şikâyet hakkında işleme konulmaması kararı almadan önce araştırma ve inceleme yapabileceği ifade edilmektedir³⁵. Kanunda bu hususta bir düzenleme bulunmamaktadır. İdarenin karar öncesi bir araştırma/ inceleme yapacağı düşünülse bile kanımızca bu araştırmanın ön inceleme kadar kapsamlı olmaması gerekmektedir. Aksi halde “işleme konulan” iddia bakımından Kanun’da düzenlenen öninceleme usulünün gereği kalmayacaktır. Bu nedenle işleme koyulmayacak bir iddia olduğu açık bir şekilde anlaşılıyor ise iddia hakkında öninceleme başlatılması gerekecektir³⁶.

4483 sayılı Kanun’un 6. maddesi gereğince ön inceleme üzerine yetkili merciinin verebileceği iki tür karar bulunmaktadır. Bunlar soruşturma izni verilmesi ve soruşturma izni verilmemesi kararıdır. Dolayısıyla öninceleme aşamasından sonra idarenin işleme almama kararı vermesi mümkün görünmemektedir.

Cumhuriyet başsavcılarının tarafından izin talebiyle bildirilen suç işlendiğine ilişkin iddiaların ise işleme koyulmaması yönünde karar verilmesi mümkün görülmemektedir. Çünkü bu durumda Cumhuriyet başsavcılarının intikal eden ihbar ve şikâyetler üzerine savcılık tarafından ihbar ve şikâyetin değerlendirilmesi sonucu ihbar veya şikâyetin işleme konulması kararı verilip yetkili idari mercie bildirilmesi söz konusu olmaktadır³⁷. Başka bir ifadeyle bu halde iddianın işleme konulup inceleme yapılmasının gerektiğine ilişkin karar Cumhuriyet başsavcılarının tarafından verilmiş olmaktadır. Bu durumda soruşturma izni vermeye yetkili idari mercin öninceleme başlatarak, öninceleme sonucunda soruşturma izni verilmesi ya da verilememesi yönünde bir karar vermesi gerekecektir³⁸.

35 Başbakanlıkça 4483 sayılı Kanun’un bazı maddelerinin nasıl uygulanacağına ilişkin görüş istenmesi üzerine Danıştay 1. Dairesi bu hususa ilişkin olarak “Yasada açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, 4 üncü maddenin son fıkrası hükmünde öngörülen “işleme koymama” sonucuna ulaşılabilmesi için, ihbar ve şikâyetlerin somut ve özel nitelikte olup olmadığının, kişi ve/veya olay belirtilip belirtilmediğinin, *ön inceleme başlatılmadan yapılacak bir araştırma ile tesbiti uygun olacaktır*” şeklinde açıklamada bulunmuştur. Danıştay 1 D, E 2000/29 K 2000/59, 17.04.2000.

36 Danıştay kararlarında, söz konusu incelemenin yapılabileceği ve bu konuda yetkinin Kanun’un 3. maddesinde düzenlenen soruşturma izni vermeye yetkili merciler ve görevlendireceği görevlilere ait olduğu belirtilmektedir. “4483 sayılı Yasa’nın 4’üncü maddesi uyarınca şikâyetin işleme konulmaması kararının izin vermeye yetkili makam tarafından verilebileceği açık olduğuna göre, şikâyete konu olayla ilgili olarak bir araştırma yapılması durumunda, bu araştırmanın da 4483 sayılı Kanun’un 5’inci maddesinde *ön inceleme yapılması veya yaptırılması bakımından aranan kriterler esas alınmak suretiyle, yani bizzat izin vermeye yetkili merci veya izin vermeye yetkili merciin bulunduğu kamu kurum veya kuruluşunun içerisindeki teftiş kurullarından görevlendirilecek bir veya birkaç denetim elemanı veya hakkında araştırma yapılacak kişinin üstü konumundaki memur ve kamu görevlilerinden biri veya birkaçı tarafından yapılması gerekeceği tabiidir. Aksi tutumun gerek yapılan araştırmanın gerekse bu araştırma raporu dayanak alınarak izin vermeye yetkili mercilerce verilecek işleme konulmama kararının objektifliğini, sıhhatini ve hukukiliğini tartışmalı hale getireceği ve 4483 sayılı Kanun’un prensiplerine aykırı olacağı açıktır.*” şeklinde karar vermiştir. Danıştay 1 D, E 2014/1031 K 2014/1032, 03.07.2014. Benzer yargı kararları için bkz. Danıştay 1 D, E 2009/1397 K 2009/1553, 11.11.2009; Danıştay 1 D, E 2004/152 K 2004/178, 17.09. 2004; Danıştay 1D, E 2000/29 K 2000/59, 17.04.2000.

37 Pınar ve Çalışkan (n 7) 258-259.

38 “...Cumhuriyet başsavcılarının yapılan şikâyet ve ihbarların değerlendirilmesi sonucunda işleme konulmaması gerektiren nitelikte olanlar hakkında yine bu makamlarca şikâyetin işleme konulmaması kararı verilebilmesi yetkisi tanıdığına göre, Cumhuriyet başsavcılıklarının intikal eden şikâyet ve ihbarlar üzerine yapılan inceleme ve soruşturma sonucunda şikâyetin somut olduğu, kişi ve olay belirtildiği, iddiaların ciddi bulgu ve belgelere dayandığı görülerek işleme konulmama kararı verilmeyip dosyanın ön inceleme yapılarak soruşturma izni verilip verilmemesi yönünden yetkili mercie intikal ettirilmesinden sonra, yetkili merciin aynı dosya içeriğine göre şikâyetin işleme konulmamasına karar vermemesi, bir ön inceleme yaptırarak, ciddi bulgu ve belgelere dayanan, kişi ve somut olay belirtilen şikâyet hakkında soruşturma izni verilmesi ya da verilmemesi yönünde bir karar tesis etmesi gerekmektedir.” Danıştay 5 D, E 2009/45 K 2009/222, 06.02.2009.

SONUÇ

4483 sayılı Kanunla getirilen sistem ile Kanun kapsamında yer alan suçlar bakımından memur ve diğer kamu görevlileri hakkında yapılan ihbar ve şikâyetlerin, soruşturma izni vermeye yetkili idari merciler tarafından kabulü ve işleme alınması birtakım şartlara bağlanmıştır. İhbar ve şikâyetlerin bu şartlara uygun yapıp yapılmadığının değerlendirilmesi soruşturma izni vermeye yetkili mercilerce yapılacaktır. Bununla birlikte Kanun'da belirtilen nitelikleri taşıyan ihbar ve şikâyetlerin kabul edilmesi ve ön inceleme yapılarak soruşturma izni verilmesi veya verilmemesi Kanun hükmü gereğidir. Kanımızca yasa koyucu iradesini idareye takdir yetkisi tanımaya yönelik olarak kullanmamıştır. Bununla birlikte Kanunda ihbar ve şikâyetlerin taşınması gereken niteliklerin tanımlama ve örneklemeler yoluyla içinin doldurması, idarenin soruşturma yapmaktan kaçınmaya yönelik kararlarının önlenmesini sağlayacaktır³⁹.

4483 sayılı Kanunla getirilen izin sistemi, düzenlenme amacı ne olursa olsun⁴⁰, sonuç olarak memur ve kamu görevlileri açısından genel hükümler kapsamında soruşturulmaya nazaran güvence ve koruma sağlayan bir sistemdir. İdarenin ihbar ve şikâyetler hakkında keyfi bir şekilde işleme konulmaması kararı alması itiraz⁴¹ imkânı olsa da söz konusu korumayı güçlendirmektedir. İş bu nedenle Kanun kapsamında yer alan memur ve kamu görevlilerinin görevleriyle ilgili işlediği suçlar bakımından cezasızlık sonucunun doğmamasını sağlamak için yasa koyucunun ilgili koşulları detaylıca ve açık bırakmadan düzenlemesi; idarenin ise Kanun'da düzenlenen koşulları ihbar veya şikâyet edilen kişiye göre değişmeyecek ve kamu görevlilerine izin sistemiyle sağlanan güvencenin kötüye kullanımına yol açmayacak şekilde değerlendirmesi, bu hususta yargı mercilerince verilen kararları dikkate alarak, her uyuşmazlık sonucu verilen kararın bir örnek olarak kabul edilmesi yerinde olacaktır.

Kanaatimizce bu hususta yetkili idari merciler ve yasa koyucu dışında Kanunda itiraz merci olarak düzenlenen idari yargı mercilerine de görev düşmektedir. Soruşturma izni vermeye yetkili idari mercilerin işleme koymama kararlarına yapılan itiraz üzerine dosyayı inceleyen yargı mercilerinin⁴² vermiş oldukları kararları hangi gerekçeyle verdiğini belirtmesi, idari mercilerin hatalı kararlar vermemesi hususunda yol gösterici olacaktır. “*Şikâyetin ... ön inceleme yapılmasını gerektirici nitelikte olduğu anlaşıldığından*”⁴³ benzeri gerekçelendirmeler bu hususta yardımcı olamayacaktır. Bu sebeple

39 Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığı Kararlarına ilişkin benzer bir yaklaşım için bkz. Kızıllarslan (n10) 100.

40 4483 sayılı Kanun'la getirilen izin sisteminin kamu görevlilerinin yürütmekte olduğu kamu hizmetlerinin aksamaması gereği olduğu görüşü ile bu sistemin eşitlik ilkesine aykırı olduğu, yargılama birliğini bozduğu, kamu görevlilerinin korunarak ihmal ve hatalarının cezasızlıkla sonuçlandığı, kolluk görevlilerinin kötü muameleleri nedeniyle yargılanmasının önüne geçildiğine ilişkin görüşlere dair ayrıntılı bilgi için bkz. Çağlayan (n 1) 106-111.

41 4483 sayılı Kanun'un ilk halinde “işleme koymama” kararlarına karşı itiraza ilişkin bir düzenleme yokken, 20.08.2016 tarihinde yayımlanan 6745 sayılı Kanun'un 44. maddesiyle 4483 sayılı Kanun'un 9. maddesinin ilk fıkrasına “*izin vermeye yetkili merciler tarafından verilen işleme koymama kararına karşı da şikâyetçi itiraz yoluna gidebilir.*” şeklindeki ibare eklenmiştir. Bununla birlikte ihbar ve şikâyetlere ilişkin verilen işleme koyulmaması kararlarına karşı itiraz imkânının yalnızca şikâyetçiye tanınması, ihbar eden kişiler açısından tanınmamış olması nedeniyle kanımızca eksik bir düzenleme olmuştur. Benzer görüş için bkz. Artukoğlu (n 10) 58.

42 4483 sayılı Kanun'un 9. maddesi 3. fıkrasında itiraz mercileri şu şekilde düzenlenmiştir: “*İtiraza, 3 üncü maddenin (e), (f), g (Cumhurbaşkanınca verilen izin hariç) ve (h) bentlerinde sayılanlar için Danıştay İkinci Dairesi, diğerleri için yetkili merciin yargı çevresinde bulunduğu bölge idare mahkemesi bakar.*”

43 Danıştay 1 D, E 2017/1487 K 2017/2121, 22.11.2017.

Danıştay ve Bölge İdare Mahkemesi tarafından verilen söz konusu kararların daha ayrıntılı olarak gerekçelendirilmesi önem taşımaktadır.

KAYNAKÇA

- Artukoğlu Y, *İnceleme ve Soruşturma Rehberi (Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri İçin)* (Gazi 2018).
- Aslan Z ve Altındağ H, *Memurların Disiplin ve Ceza Soruşturması (2547 sayılı Kanun Kapsamında Çalışanların Disiplin ve Ceza Soruşturması Dahil)* (5. Bası Seçkin 2023).
- Avcı M, 'Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Üzerine Kanun Üzerine Bir İnceleme' (2007) 7(3-4) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 273-294.
- Boz SS, İnce AK, Büyükyıldırım GE ve Acar E, *Kamu Personel Hukuku* (Adalet 2021).
- Boz SS, *Memur Yargılamasında İzin ve İtiraz Süreci* (Seçkin 2014).
- Çağlayan R, 'Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanmasına İlişkin 4483 Sayılı Kanununun Hakkında Bir Değerlendirme' (2003) 8 (1-2) Ankara Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi 105-128.
- Güzel S, '4483 Sayılı Kanun Kapsamında Yetkili Mercinin Soruşturma İzni Konusundaki Kararı ile Bu Karara İtiraza İlişkin Hükümlerin Süre Yönünden Değerlendirilmesi' (2022) 12(2) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 2082-2110.
- Kaman N, 'Kamu Personel Hukuku' iç Turan Yıldırım (ed), *İdare Hukuku* (On İki Levha 2020).
- Karahanoğulları O, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)* (4. Baskı Turhan 2018).
- Kızılarıslan H, 'Soruşturmaya Yer Olmadığı Kararları (SYOK) ve Bu Kararların Ceza Muhakemesi Sistematiği Açısından İrdelenmesi' (2019) (144) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 59-104.
- Pınar İ ve Çalışkan Ö, *(Açıklamalı-İçtihatlı 4483 ve 2547 Sayılı Kanunlara Göre) Kamu Personeli Ceza Soruşturma Usulü* (Seçkin 2020).
- <<https://legalbank.net>>
- <<https://sozluk.gov.tr/>>
- <<https://www.icisleri.gov.tr>>
- <<https://www.kazanci.com.tr>>

Parlamentarizmden Cumhurbaşkanlığı Hükûmet Sistemine: Quo Vadis, Sözlü Soru?*

From Parliamentarism to Presidential Regime alla Turca: Quo Vadis, Oral Question?***

Seda ÖZKAN*** 

ÖZ

Başkanlık rejimlerinden esinlenen Cumhurbaşkanlığı hükûmet sistemine geçişle birlikte anayasal şekillenmenin amacı doğrultusunda parlamentonun gücü ve parlamenter muhalefetin etkililiği azalmıştır. Çünkü Cumhurbaşkanlığı hükûmet sistemi parlamenter denetim araçlarında önemli değişiklikler meydana getirmiştir. Bunların en dikkat çekici olanı sözlü sorunun kaldırılmasıdır. Bu makale Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin ve parlamenter muhalefetin Cumhurbaşkanlığı hükûmet sisteminde sözlü soruya gereksinimi olup olmadığını parlamentarizmdeki sözlü soru deneyimiyle karşılaştırarak panoramik yaklaşımla incelemeyi amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Cumhurbaşkanlığı hükûmet sistemi, Parlamenter denetim araçları, Parlamenter muhalefet, Sözlü soru.

ABSTRACT

By the transition of presidential regime alla Turca inspired by the presidential regimes parliament's power and parliamentary opposition's effectiveness has decrease by the purpose of constitutional planning. Because significant changes were made to the means for legislative scrutiny as a result of the presidential regime alla Turca. The most remarkable change is the abolition of oral question. This article aims to examine with panoramic approach whether there is the requirement for oral question in presidential regime alla Turca for the Grand National Assembly of Turkey and parliamentary opposition by comparison with the experience of oral question in parliamentarism.

Keywords: Presidential regime alla Turca, Parliamentary oversight tools, Parliamentary opposition, Oral question.

* Bu makale, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora programı kapsamında hazırlanan "Etkili Parlamenter Muhalefetin Anayasal Esasları" başlıklı tezden üretilmiştir.

** "Cumhurbaşkanlığı hükûmet sistemi" şeklindeki adlandırmanın, bir siyasal rejim türü olarak sınıflandırılması bakımından literatürde doğrudan karşılığı bulunmamaktadır. Bu nedenle, İngilizceye "presidential regime" olarak çevrilebilecek bu adlandırmanın karşıladığı siyasal rejim türünün, başkanlık rejiminin prototipine uzak düştüğüne dikkat çekilmek istendiğinden başlıkta "Presidential regime alla Turca" adlandırmasına başvurulmuştur. İtalyanca "alla Turca" deyimini, "Türk usulü" anlamında kullanılmaktadır. Çalışmada "rejim" kavramı yeğlenmiş de "Cumhurbaşkanlığı hükûmet sistemi" adlandırması - resmî olarak böyle kullanıldığından - uyarlanmamıştır.

*** Dr., Trakya Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı, sedaozkan@trakya.edu.tr, ORCID: 0000-0002-7157-7881.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Seda ÖZKAN

E-posta/E-mail: sedaozkan@trakya.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 11.04.2023

Kabul Tarihi/Accepted: 06.06.2023

GİRİŞ

Türkiye’de yeni bir siyasi rejiminin uygulama bulacağına ilişkin eğilim 2014 yılında Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesiyle başlamış¹ ve “fiilî durumu hukuki duruma uydurmak” iddiasıyla 2017 yılında Anayasa değişikliğine gidilmiştir². 2017 yılındaki Anayasa değişikliğiyle birlikte parlamentonun denetim araçları nicel ve nitel olarak gerilemiştir. Çünkü hem denetim araçları sayıca azalmış hem de denetim mekanizmasında kalmaya devam edenlerin kullanımına başvurulması veya etkililikle işletilebilmesi zorlaşmıştır. Parlamenter rejimden Cumhurbaşkanlığı hükûmet sistemine geçilmesiyle birlikte parlamento, parlamenter rejimin karakteristik denetim araçlarından gensoruyu yitirmiştir. Cumhurbaşkanlığı hükûmet sistemi, başkanlık rejimini model aldığından³ gensoru aracının yitirilmesi beklenebilir olmakla birlikte soru aracının türlerinden biri olan sözlü soru da – aynı gerekçeyle dayandırılarak-⁴ kaldırılmıştır.

Başkanlık rejiminin prototipi olan Amerika Birleşik Devletleri’nde (ABD) soru aracı bulunmamaktadır ancak orada soru aracının yokluğunun hissedildiğinden söz etmek neredeyse güçtür denilebilir çünkü yasama organı olan Kongrenin sahip olduğu araçlar, yasama-yürütme ilişkisi bakımından denetim ve denge (checks and balances) mekanizmasını⁵ işlevci kılacak nitelikte ve işleyiştir. Cumhurbaşkanlığı hükûmet sisteminin tipik bir başkanlık rejimi olmadığı, özellikle ABD’deki denetim ve denge (checks and balances) mekanizmasını yeterince sağlayamadığı da göz önünde tutulduğunda⁶ sözlü soruya gereksinim olmadığını söylemek ABD’ye nispeten mümkün gözükmemektedir.

Sözlü biçimde cevaplandırılması nedeniyle nitelik olarak yürütmenin yasama tarafından sorgulanmasına daha elverişli olan sözlü sorunun yokluğunun Cumhurbaşkanlığı hükûmet sisteminin ilk yasama döneminde deneyimlenmesi, Türkiye Büyük Millet Meclisi’nde (TBMM) parlamenter muhalefetin etkinliği ve bu doğrultuda etkililiği için sözlü soru aracına olan gereksinimin sürdüğünü ortaya koymaktadır. Nitekim bu yasama döneminde yalnız yazılı soru aracı işletilebilir olmasına karşın parlamenterlerin soru aracına başvurmaya dönük ilgilerinde düşüş gözlemlendiğini söylemek güçtür. Hatta bu ilgi tersine yükselmiştir ancak bu durum sözlü sorunun yerinin doldurulabileceği

- 1 2014 yılında Cumhurbaşkanının ilk defa halk tarafından seçilmesine olanak sağlayan Anayasa değişikliği, 2007 yılında gerçekleştirilmiştir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5678, Kabul Tarihi: 31.05.2007, RG 16.06.2007/26554.
- 2 Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa Komisyonu Tutanak Dergisi, Dönem: 26, Cilt: 1, Yasama Yılı: 2, 29 Aralık 2016, T: 9, O: 2, 107.
- 3 Hakan Göktepe, ‘Yıldırım: Başkanlık sistemi teklifimizi Meclis’e sunacağız’ *Sputnik Türkiye* (İstanbul, 12 Ekim 2016) <<https://sputniknews.com.tr/20161012/yildirim-pkk-102.525.2193.html>> Erişim Tarihi 5 Nisan 2023.
- 4 Adalet ve Kalkınma Partisi Genel Başkanı İzmir Milletvekili Binali Yıldırım ve Grup Başkanvekilleri Kayseri Milletvekili Mustafa Elitaş, Amasya Milletvekili Mehmet Naci Bostancı, Aksaray Milletvekili İlknur İnceöz, Çanakkale Milletvekili Bülent Turan ve İstanbul Milletvekili Mehmet Muş ile 310 Milletvekilinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/1504) ve Anayasa Komisyonu Raporu, Yasama Dönemi: 26, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 447.
- 5 Fren ve denge mekanizması olarak da bilinmektedir.
- 6 İpek Özbey, ‘Prof. Dr. Ersin Kalaycıoğlu, Sultanizmde hesap verilmez’ *Cumhuriyet* (İstanbul, 1 Kasım 2021) <<https://www.cumhuriyet.com.tr/turkiye/prof-dr-ersin-kalaycioglu-sultanizmde-hesap-verilmez-1881068>> Erişim Tarihi 10 Nisan 2023.

anlamına gelmemektedir. Çünkü bu yasama döneminde her ne kadar soru önergesi sayıca artmışsa da bu önergelerin cevaplanmama durumu da parlamenter rejimdeki yasama dönemlerini geride bırakmıştır⁷. Bu durum yazılı sorunun nicel olarak işletilebilir gözükmeye ancak nitel olarak işlevinin aşındırıldığına işaret etmektedir. İktidarın denetim araçlarını işlevsizleştirme sakıncası olasıdır ki bu olasılığa istinaden teoride ve pratikte muhalefet tarafından layıkıyla işletilebilir bir sözlü soru aracına, siyasi rejimin Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi veya parlamenter rejim olduğuna bakılmaksızın gereksinim doğmaktadır⁸.

Bu nedenle çalışmada, retrospektif bir yaklaşımla 1982 Anayasası döneminde sözlü sorunun işletilmesinden edinilen deneyime; prospektif bir yaklaşımla da sözlü sorunun parlamenter denetime tekrar dönmesi gereksinimine yönelik bir panorama sunulacaktır⁹.

I. PARLAMENTER DENETİM ARACI OLARAK SORU

Cevaplandırılma biçimlerine göre sözlü ve yazılı olarak iki türü bulunan soru; yürütmenin faaliyetleri hakkında bilgi edinerek onu denetlemeyi ve bu denetimi gerektiğinde onu güç duruma düşürerek de gerçekleştirmeyi amaçlayan bir parlamenter denetim aracıdır. Her ne kadar parlamenter denetim araçları teoride parlamentoya özgülenmişse de pratikte bu araçlara ağırlıklı olarak başvuranlar parlamentonun muhalif kesimidir ki bu bakımdan soru, ulusal çıkarları ilgilendiren konuları ele almada hükümetin kapasitesinin muhalif parlamenterlerce sınanmasına olanak tanımaktadır¹⁰.

Soru, başlı başına bir denetim aracı olmanın yanı sıra diğer denetim araçlarının işletilebilmesine de yol açmaktadır, nitekim denetimin konusu olan yürütmenin faaliyetlerinin denetlenebilmesi ancak bu faaliyetleri yerine getiren iktidar öznelerinden bilgi edinilmesiyle başlayacaktır. Bu doğrultuda soru yoluyla elde edilen bilgi, diğer parlamenter denetim araçlarının kullanımına da kapı aralayabilecektir ki bu bakımdan sorunun hem bilgi edinme hem denetleme şeklinde iki yönlü bir işlevi olduğu kaydedilmelidir. Denetim sürecinin, öncelikle denetleyenin denetlenenden bilgi edinmesiyle başlayacağı şüphesizdir¹¹.

7 27'nci Yasama Döneminin yaklaşık olarak ilk beş yasama yılına karşılık gelen sürede işleme alınan yazılı soru önergeleri – yasama dönemi tamamlanmadan dahi – geçmiş dönemlere kıyasla dramatik biçimde yükselmiş olmasına karşın süresi içinde cevaplanan soru sayısı – sayıca yakın yasama dönemleriyle karşılaştırıldığında – oranca azalmıştır; – önerge tarihi itibarıyla – işleme alınan soru önergelerinin yarısından fazlası süresi geçtikten sonra cevaplanmış, üçte biri ise cevaplanmamıştır. İstanbul Milletvekili İbrahim Özden Kaboğlu'nun, çeşitli denetim önergelerine dair verilere ilişkin yazılı soru önergesi, Dönemi ve Yasama Yılı: 27/5, Esas Numarası: 7/66996, Başkanlığa Geliş Tarihi: 21/06/2022.

8 İbrahim Kaboğlu, 'Meclis Hükümeti'nden Hükümet'siz Meclis'e' *Birgün* (İstanbul, 4 Ekim 2018) <<https://www.birgun.net/makale/meclis-hukumeti-nden-hukumet-siz-meclis-e-232407>> Erişim Tarihi 5 Nisan 2023.

9 Bu çalışmada konunun tüm yönleriyle ayrıntılandırılarak tüketilmesi değil konu hakkında panorama (genel görünüm) sunulması amaçlanmıştır.

10 Hironori Yamamoto, *Tools for parliamentary oversight: A comparative study of 88 national parliaments* (Inter-Parliamentary Union 2007) 49.

11 Parlamentolar gerektiğinde yürütme organından bilgi almak yerine yasama organı olarak doğrudan da bilgi edinebilmektedir.

Sorunun yürütmeyi denetleme işlevinin bulunmadığını veya diğer parlamenter denetim araçlarına nispeten bu işlevinin görece daha sınırlı olduğunu söylemek, sorunun hükümetin siyasi sorumluluğuna doğrudan yol açmıyor oluşuna¹² dayandırılmaktadır. Bununla birlikte soru, hükümetin sürdürdüğü siyasete veya gerçekleştirdiği icraatlara kamuoyunun ilgisini yönlendirmek amacıyla iktidar kesimi tarafından da kullanılabilir bir araçtır¹³ ve hatta muhalefet kesimince yöneltilen bir soru iktidarın propagandasına yol açabilecek bir cevapla karşılaşabilecektir¹⁴. Bu durum, her ne kadar muhalefetin aleyhine gözüke de aslında sorunun, iktidarın propagandasına yol açabilecek bir cevapla karşılaşma olasılığında dahi muhalefetin hesap sorma ve iktidarın hesap verme görevini yerine getirmesine olanak tanıdığını göstermektedir. Çünkü soru, muhatabı tarafından cevaplandırıldığında, muhatabının ilgili konudaki faaliyetinin usulüne uygun olarak yapılıp yapılmadığını denetlemiş olmaktadır. Başka bir deyişle, sorunun cevaplandırılmasıyla soru muhatabı olan iktidar temsilcisi nezdinde iktidar hesap vermiş olacağından soru, denetim işlevini yerine getirmiş olacaktır¹⁵.

Nitekim siyaset bilimciler Manuel Sánchez de Dios ve Matti Wiberg, soruya yönelik tipik yaklaşımı eleştirmektedir ki bu eleştiriye göre, soruya ilişkin siyasi dinamikler göz ardı edilmektedir. Sánchez de Dios ve Wiberg soruyu parlamenter denetim aracı olarak görmekte ve soru aracına başvurmayı “seçilmiş temsilcilerin yürütmeyi kontrol etmeye/takip etmeye/gözetlemeye/izlemeye çalıştığı bir oyun” olarak tanımlamaktadırlar¹⁶. Bu bakımdan soru, yalnız bir bilgilendirme aracı olmaktan çok daha fazlasını yapısında barındırmaktadır.

Sorunun öneminin kavranabilmesi için denetim araçlarına yaklaşımın ölçütü belirlenmelidir. Dubrow, denetim araçlarını işlevlerine göre gruplandırırken siyaset bilimci Michael L. Mezey'e atıfla “hayati mesele; yasama organının yürütmenin davranışlarını kısıtlama kapasitesinin derecesidir” kuralını gözetmektedir. Buradan hareketle Dubrow “hükümeti hesap vermeye zorlayanlar” ve “hükümeti sorumlu tutanlar/hükümetten hesap soranlar” olarak iki ayrı grupta hükümeti kısıtlama araçlarını incelemektedir. Bu gruplandırmada Dubrow soruyu birinci grupta, gensoruyu¹⁷ ise ikinci grupta kabul etmektedir¹⁸. Burada dikkat edilmesi gereken husus şudur ki hükümetin sorumluluğuna yol açmak bakımından soru ve gensorunun işletilmesiyle varılan sonuç birbirinden farklıdır ancak bu farklılık anılan araçların hükümetin sorumluluğuna yol açıp açmadığı yönünden değil bu

12 Didem Yılmaz, *Bir Denge Unsuru Olarak Anayasal Muhalefetin Parlamento İçindeki İktidarı* (Yetkin 2016) 183.

13 ibid 183.

14 Yasushi Hazama, Ömer Faruk Gençkaya and Selma Gençkaya, ‘Parliamentary Questions in Turkey’ (2017) 13(4) *The Journal of Legislative Studies* 539, 540. Klaus von Beyme, *Parliamentary Democracy: Democratization, Destabilization, Reconsolidation, 1789-1999* (1st edn, Macmillan 2000) 82.

15 Riccardo Pelizzo and Frederick Stapenhurst ‘Government Accountability and Legislative Oversight’ (1st edn, Routledge 2014) 1-6.

16 Manuel Sánchez de Dios and Matti Wiberg, ‘Questioning in European Parliaments’ in Shane Martin and Oliver Rozenberg (eds), *The Roles and Function of Parliamentary Questions* (1st edn, Routledge 2012) 96.

17 Gensoru (interpellation) ile güvensizlik oylaması/gensoru önergesi (vote of no confidence/censure motion) esasta iki farklı denetim aracıysa da bazı parlamentoların uygulamalarında bu araçlar birleşebilmektedir. Nitekim 2017 Anayasa değişikliğiyle mülga gensoru da her iki aracı bünyesinde birleştirmiş olduğundan Dubrow’un nitelendirmesine uymaktadır. Bu nedenle yukarıda güvensizlik oylaması/gensoru önergesi yerine gensoru denilmesi tercih edilmiştir.

18 Geoff Dubrow, ‘Chapter Two: Systems Of Governance And Parliamentary Accountability’ in *Parliamentary Accountability and Good Governance: A Parliamentarian’s Handbook* (Parliamentary Centre/World Bank Institute 2002) 24.

sorumluluğa doğrudan mı yoksa dolaylı mı yol açtığı yönündendir. Hükümeti sorumlu tutmak/hükümetten hesap sormak bakımından gensoru, hükümetin sorumluluğuna doğrudan yol açmakta iken hükümeti hesap vermeye zorlamanın yanı sıra gensoruya giden süreci de hazırlayabileceğinden soru da hükümetin sorumluluğuna dolaylı olarak yol açmaktadır.

Bu durumda şunu vurgulamak gerekmektedir; sonuçları birbirinden farklı olmakla birlikte soru da gensoru da hükümetin sorumluluğuna yol açmak bakımından doğrudan ve dolaylı olmalarına bakılmaksızın muhalefetin iktidardan hesap sormasını, iktidarın muhalefete hesap vermesini sağladığından hükümeti sorumlu kılan birer denetim aracıdır. Bu bahsi kapatıp yeniden soruya dönmeden önce şuna da değinmek gerekmektedir. Dubrow'un bu gruplandırması teoride değerli bir tespit olmakla birlikte denetim araçlarının asıl işlevinin pratikte anlam kazanacağı unutulmamalıdır. Çünkü denetim araçların teorik ve pratik görünüşleri her zaman örtüşmeyebilecektir. Yine soru ve gensoru karşılaştırmasıyla anlatmak gerekirse, muhalefetin sonuca ulaşacak şekilde gensoru aracını işletebilmesi parlamento çoğunluğunu elinde tutan iktidar karşısında nicel olarak beklenen değildir ve bu nedenle bu aracı kullanarak hükümetten hesap sorulamaz. Oysa muhalefetteki her parlamenter tarafından kolaylıkla işletilecek soru aracıyla hükümetin hesap vermeye zorlanması daha olasıdır. Böylelikle parlamentodaki nicel üstünlük karşısında muhalefet gensoru aracıyla hükümeti düşürememişse de soruyu olabildiğince etkili kullanarak hükümetin aksayan siyasetine seçmenin dikkatini çekecek ve iktidar olma hedefine ulaşmak için gelecek seçimlere yönelik kazanımlar elde edebilecektir. Dolayısıyla denetim araçların her birinin varoluş amacının temelinde iktidarı denetlemek olduğu, denetim araçlarına yönelik yaklaşımlarda bir ölçüt olarak akılda tutulmalıdır.

İktidarı denetleme araçlarının her birinin kendine özgü yönleri olmakla birlikte soruyu diğer araçlardan öne çıkaran en önemli özellik, bireysel¹⁹ kullanılabilen bir denetim aracı olmasıdır. Başka bir deyişle, parlamenter, soru aracını kullanırken başka herhangi bir parlamenterini ikna ederek onunla ortaklaşmak çabasına girmek zorunda kalmayacaktır. Bu da sorunun, bireysel muhalefet etkinliğinde parlamenterin başvuracağı başat araç olmasını mümkün kılmaktadır.

Muhalefetin soru yoluyla hesap sorması karşısında susma hakkı olmaksızın²⁰ kaçınılmaz olarak hesap vermesi gereken iktidar, sorunun kolaylıkla işletilebilir bir denetim aracı olmasından çekinecek ve her zaman denetlenmeye hazır olacaktır. Bu hazır olma hâli, hükümeti, elinde tuttuğu iktidar gücüne kapılarak görevini kötüye kullanmaktan veya savsaklamaktan da imtina ettirecektir.²¹ Böylelikle muhalefet soruya başvurarak hükümeti gerektiğinde uyarabilmekte²² ve hatta kimi zaman soru muhatabı nezdinde güç durumda bırakabilmektedir²³. Muhalif parlamenter bazen cevabını bildiği soruları da sorabilir ki burada amaç soru muhatabının soruyu cevaplandırmaktan kaçınacağını kamuoyuna göstermek veya soru muhatabı soruyu cevaplandırmaktan kaçınmasa dahi

19 Yamamoto, seksen parlamentoda yazılı sorunun bireysel kullanıldığını; beş parlamentoda ise (Avusturya, Çin, Kosta Rika, Letonya, Litvanya) kolektif kullanıldığı tespit etmiştir. Yamamoto (n 10) 55.

20 Yılmaz (n 12) 183.

21 Hazama, Gençkaya and Gençkaya (n 14) 540.

22 İlhan Arsel, *Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları – Birinci Kitap: Cumhuriyetin Temel Kuruluşu* (Mars 1965) 331.

23 Tarık Zafer Tunaya, *Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku* (4. Bası, Fakülteler Matbaası 1980) 357; Fahri Bakırcı, *Kuruluşundan Günümüze TBMM'nin Denetim Yetkisinin Sönümlenmesi (Denetimden Kaçış)* (Lykeion 2021) 412.

sorunun sorulmasına dayanak olan savı, ilgisinin beyanıyla desteklemektir. Salt bilgi edinmekten ziyade iktidarı denetlemeyi amaçlayan bu tür sorular, sorunun muhalefet tarafından başvuru bir denetim aracı olduğunu göstermektedir.

Sorunun tarafları görünürde soru sahibi ve soru muhatabı olmakla birlikte aslında soru sahibinin nezdinde parlamento ve kamuoyu²⁴; soru muhatabının nezdinde ise hükümet – sorunun doğrudan tarafları olmasalar da – soru yoluyla gerçekleşen denetim faaliyetine dâhil olmaktadır. Muhalif parlamenter soruya başvurarak hükümetin belli bir konuda yürüttüğü siyaseti sınavabilmektedir.²⁵ ki soru sahibi bu yolla hükümetle birlikte kamuoyuna ve basına da mesaj vermeyi amaçlamaktadır. Muhalif parlamenter soru aracıyla kamuoyuna mesaj verdiği kadar kamuoyunun sorunlarını ve beklentilerini de parlamentoya taşımakta ve hükümete iletmektedir ki bu iletim sağlanırken aslında hükümetin siyasetindeki eksiklikler de ortaya konulmuş olmaktadır. Ayrıca muhalif parlamenter bazen gün ışığına kavuşturmak istediği örtük veya yarı örtük meseleleri de muhatabına soru yönelterek açığa çıkarıp kamuoyuna ifşa etmeyi amaçlayabilmektedir. Tüm bunlara ek olarak soru aracı – özellikle de hükümetin yürüttüğü siyaseti sorgulayan sorular – seçmenlerin/yurttaşların seçim dönemi dışında da muhalefet eliyle iktidarı denetlemesini mümkün kılmaktadır.²⁶

Sorunun yukarıda sayılan nitelikleri, sözlü ve yazılı türlerinin her ikisi için de geçerli olmakla birlikte sözlü soruda soru sahibi ile soru muhatabının yüz yüze gelebilmesi ve sorunun sorulur sorulmaz cevap bulabilmesi; başka bir deyişle, soru ile cevabın aynı mekânda ve aynı zaman diliminde mevcut olması nedeniyle denetime ve muhalefet etme edimine elverişlilik bakımından sözlü soru yazılı soruya nispeten daha önde gelmektedir. Bu durum sözlü sorunun muhalefetçe de daha çok tercih edilebilir olmasına olanak tanımaktadır.

II. PARLAMENTER DENETİM UYGULAMALARINDA SÖZLÜ SORUNUN YERİ

Sözlü soru, soru sahibi ve muhatabı arasında, dolayısıyla muhalefet ve iktidar arasında diyalog²⁷ sağlamaya elverişli bir denetim aracıdır. Sözlü sorunun doğasında olan bu diyalogun sonunda, doğrudan sorumluluk doğurabilecek bir görüşme veya oylama gerçekleştirilmemesi eleştirilmektedir.²⁸ Kısmen de olsa sözlü soruya yöneltilen bu eleştiriyi gideren uygulamaya Birleşik Krallık'ta rastlanmaktadır. Birleşik Krallık'taki *Question Time*²⁹ uygulamasında haftanın ilk dört

24 Yamamoto (n 10) 49.

25 ibid 49.

26 Nükhet Yılmaz Turgut, *Siyasal Muhalefet: Batı Demokrasileri-Sosyalist Ülkeler-Türkiye* (2. Bası, İmaj 2014) 58.

27 Mümtaz Soysal, *Anayasaya Giriş* (3. Bası, İmge 2011) 294; Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku* (17. Bası, Beta 2018) 326; Yılmaz (n 12) 184; Mahmut Bülbül, 'TBMM'nin Bilgi Edinme Yollarından Sözlü Soru Önergelerinin Cevplandırılması' (2006) (3) Yasama Dergisi 5, 6; Erdal Abdulkahimogulları, 'Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Hükümet Üzerindeki Denetim Araçlarından Soru' (2008) (72) e-akademi (Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi) <<http://www.e-akademi.org/makaleler/SORU%20SON.pdf>> Erişim Tarihi 16 Mart 2023; Server Tanilli, *Devlet ve Demokrasi: Anayasa Hukukuna Giriş* (Say 1982) 387.

28 Soysal (27) 294; Tanör ve Yüzbaşıoğlu (n 27) 326; Tanilli (27) 387.

29 UK Parliament, 'Question Time' <<https://www.parliament.uk/about/how/business/questions/>> Erişim Tarihi 8 Şubat 2023.

günü her gün bir saatlik zaman dilimi Avam Kamarası gündeminde ayrıntılı biçimde düzenlenerek parlamenterlerce bakanlara sorulacak belli konularda (*Topical Questions*)³⁰ ve acil/acele (*Urgent Questions*)³¹ sorulara ayrılmıştır³². Birleşik Krallık'ta sözlü soru hem soru muhatabından (bakanlardan/bakan nezdinde hükümetten) bilgi edinme hem de soru muhatabını (bakanı/bakan nezdinde hükümeti) – yerine göre güç durumda bırakma yoluna da başvurarak – faaliyete geçirmek için baskıda bulunma amaçlarıyla kullanılmaktadır³³. Bu uygulamada – soru sahibi ve muhatabı arasındaki diyalog sonunda doğrudan sorumluluk doğurabilecek bir görüşme veya oylama gerçekleşmemekteyse de³⁴ soru sahibine, sorunun cevaplandırılmasından sonra kullanabileceği tamamlayıcı soru (*Supplementary Questions*)³⁵ sorma yetkisi tanınmıştır.³⁶ Böylece cevaptan tatmin olmayan soru sahibi, tamamlayıcı soruya başvurabilecektir. Bununla birlikte tamamlayıcı soru sorma yetkisi özellikle muhalefetin, soru muhatabını beklenmedik sorularla güç durumda bırakarak onun nezdinde hükümeti sınamasına ve seçmenin teveccühünü de kazanmasına hizmet etmektedir³⁷. Birleşik Krallık'taki soru zamanının öne çıkan diğer yönü ise sorunun, Avam Kamarasında görüşülebilmesinin parlamento başkanından talep edilebiliyor oluşudur³⁸. Uygulamanın bu yönü soruyu parlamenter bir tartışmaya dönüştürmektedir. Uygulamanın bir başka yönü de sorunun hangi gün cevaplandırılacağını soru sahibinin belirlemesidir ki bu belirlemeyle sorunun güncelliğini yitirmesi ve kamuoyunun ilgisini kaybetmesi önlenmiş olmaktadır³⁹. Bu belirlemenin soru sahibine ait olması, parlamentonun ve kamuoyunun zamanında bilgilendirilmesini ve ulusal çıkarları ilgilendiren konuları ele almada hükümetin kapasitesinin muhalif parlamenterlerce sınanmasını sağlamaktadır⁴⁰. Uygulamanın bir diğer yönü de sözlü sorunun iki alt türünden biri yoluyla muhalefet liderinin⁴¹ ve Başbakanın karşı karşıya gelmesinin sağlanmasıdır. Daha açık bir anlatımla,

30 UK Parliament, 'MPs' Guide to Procedure – Topical Questions' <<https://guidetoprocedure.parliament.uk/collections/RgtqulRV/oral-questions>> Erişim Tarihi 5 Nisan 2023.

31 UK Parliament, 'Urgent Questions' <<https://www.parliament.uk/about/how/business/urgent-questions/>> Erişim Tarihi 5 Nisan 2023.

32 UK Parliament, 'MPs' Guide to Procedure – Urgent Questions' <<https://guidetoprocedure.parliament.uk/collections/Wtb12urb/urgent-questions>> Erişim Tarihi 5 Nisan 2023; Fatih Kara, 'Birleşik Krallık Avam Kamarası Çalışma Usul ve Esasları Üzerine' (2012) (21) Yasama Dergisi 7, 40.

33 Türkiye Büyük Millet Meclisi Araştırma Hizmetleri Başkanlığı, *İngiltere Avam Kamarasında Yasama, Denetim ve Bütçe Süreçleri* (TBMM 2019) 43.

34 Bakırcı, *Kuruluşundan Günümüze TBMM'nin Denetim Yetkisinin Sönümlenmesi (Denetimden Kaçış)* (n 23) 412.

35 UK Parliament, 'Supplementary Questions' <<https://www.parliament.uk/site-information/glossary/supplementary-questions/>> Erişim Tarihi 5 Nisan 2023.

36 UK Parliament, 'MPs' Guide to Procedure – Oral questions' <<https://guidetoprocedure.parliament.uk/collections/RgtqulRV/oral-questions>> Erişim Tarihi 13 Nisan 2022; Turgut (26) 58-59; Yılmaz (n 12) 184.

37 Turgut (n 26) 59.

38 ibid 59; Yılmaz (n 12) 184; Bakırcı, *Kuruluşundan Günümüze TBMM'nin Denetim Yetkisinin Sönümlenmesi (Denetimden Kaçış)* (n 23) 142.

39 Turgut (n 26) 58.

40 Yamamoto (n 10) 49.

41 Anamuhalefet partisi lideri kastedilmektedir. Birleşik Krallık'ta iki partili sistem görüldüğünden – ki bu kavram siyaseti yönlendiren iki baskın partinin varlığını ifade etmektedir – muhalefet lideri (The Leader of the Opposition) denilmesi yetmektedir. Birleşik Krallık uygulamasında anamuhalefet partisinden öne çıkması, onun resmî muhalefet olmasından ileri gelmektedir çünkü Majestelerinin Hükümeti (Her/His Majesty's Government: The Cabinet) karşısında Majestelerinin Muhalefeti (Her/His Majesty's Official Opposition: The Shadow Cabinet) bulunmaktadır. Allen Potter 'Great Britain: Opposition with a capital 'O'' in Robert A. Dahl (ed), *Political Oppositions in Western Democracies* (3rd

sözlü soru hem bakanlara hem de Başbakan'a soru sorulmasını sağlayan bir denetim aracı olmakla birlikte Birleşik Krallık uygulamasında Başbakan'a sorulacak sorular için parlamento gündeminde ayrı bir zaman dilimi düzenli olarak ayrılmakta ve bu zaman diliminde parlamenterler ve muhalefet lideri yalnız Başbakan'a soru yöneltmektedir; başka bir deyişle, bu zaman diliminde parlamenterler ve muhalefet lideri soru sahibi iken Başbakan da soru muhatabı olmaktadır. Uygulamanın bu yönü *Prime Minister's Question Time* olarak adlandırılıyor olup bu zaman diliminde yalnız muhalefet liderine, diğer parlamenterlere nispeten Başbakan'a daha fazla ek soru sorma hakkının tanınması, onun bulunduğu makama özgülenmiş bir durumdur. Başta muhalefet lideri olmak üzere parlamenterler, 1997 yılına kadar salı ve perşembe günleri yarım saatlik süre boyunca Başbakan'a soru sorabiliyorken 1997 yılından itibaren bu süre varlığını korumakla birlikte gün sayısı düşmüş ve yalnız çarşamba günleri 12.00-12.30 arasındaki yarım saatlik süre boyunca Başbakan'a soru sorulmasına başlanmıştır. Hâlihazırda parlamento gündeminde gün ve süre yönünden son şeklini koruyan bu zaman diliminde muhalefet lideri, Başbakan'a ek olarak altı soru sormakta, muhalefet lideri ve Başbakan arasındaki bu diyalog televizyondan canlı yayınlanmaktadır⁴².

Diğer Batı Avrupa parlamentolarında da⁴³ sözlü soruya, parlamento gündemlerinde düzenli olarak ayrılan bir zaman dilimi söz konusudur⁴⁴. Bunlardan Almanya uygulamasında⁴⁵, haftalık oturmelerde doksan dakikayı geçmeyen bir süre sözlü soru oturumu olarak parlamento gündeminde ayrılmaktadır⁴⁶. Önceleri yalnız soru sahibine tanınan tamamlayıcı soru sorma hakkı daha sonra parlamento başkanının soru saatinin usulüne uygun işleyişinin bozulmayacağına kanaat getirmesi hâlinde tüm parlamenterlere tanınmıştır⁴⁷ ki böylece soru sahibi ve muhatabı arasındaki diyalog ortamı tartışma ortamına evrilebilmeye elverişli duruma gelmiştir.

Parlamento gündeminde sözlü sorulara düzenli olarak zaman ayrılan bir başka uygulamayla Avusturya'da karşılaşılmaktadır. *Önemli Konu* görüşülen birleşimler dışında her birleşimin başında

edn, Yale University Press 1968) 13-14. Muhalefete bu tür bir kurumsal kimlik kazandırılmasının somutlaştırılması, 1937 yılında Birleşik Krallık parlamentosunca çıkarılarak hükümet ve muhalefet liderlerini resmî anlamda tanıyan ve her iki lidere de maaş bağlanmasını sağlayan "The Ministers of the Crown Act" yasasıyla gerçekleşmiştir. Dean E. McHenry, 'Formal Recognition of the Leader of the Opposition in Parliaments of the British Commonwealth' (1954) 69 (3) *Political Science Quarterly* 438, 439-440; G. H. L. Le May, *British Government 1914-1963: Select Documents, Reprinted with minor corrections* (Methuen 1964) 74-75. Ancak iki partili sistem parlamentoda başka muhalefet partileri olmadığı anlamına gelmemektedir. Nitekim Birleşik Krallık uygulamasında anamuhalefet liderine tanınan altı ek soru sorma hakkının yanı sıra en büyük ikinci muhalefet partisinin liderine (the leader of the second-largest opposition party) de iki ek soru sorma hakkı tanınmıştır. UK Parliament, 'Question Time' <<https://www.parliament.uk/about/how/business/questions/>> Erişim Tarihi 21 Mart 2023.

42 Yılmaz (n 12) 184; UK Parliament, 'Question Time' <<https://www.parliament.uk/about/how/business/questions/>> (21 Mart 2023).

43 Abdulkakimoğulları (n 27) 4.

44 Yamamoto (n 10) 49.

45 Türkiye Büyük Millet Meclisi Araştırma Hizmetleri Başkanlığı, *Almanya Parlamentosunda Yasama, Denetim ve Bütçe Süreçleri* (TBMM 2019) 42-43.

46 German Bundestag Public Relations Division, 'Rules of Procedure of the German Bundestag and Rules of Procedure of the Mediation Committee' (Deutscher Bundestag 2022) 112-113.

47 Ergun Özbudun, *Parlamenter Rejimde Parlamentonun Hükümeti Murakabe Vasıtaları* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1962) 40; German Bundestag Public Relations Division, 'Rules of Procedure of the German Bundestag and Rules of Procedure of the Mediation Committee' (Deutscher Bundestag 2022) 112-113.

sorulara belli bir zaman dilimi ayrılmakta ve soruların cevaplandırılması için gerektiğinde özel birleşimler de konulabilmektedir. *Soru Zamanı* sırasında parlamenterler bireysel⁴⁸ olarak kısa sorular sorabilmekte; soru sahibine ve muhatabına sorunun sorulması ve cevaplandırılması için belli süreler tanınmakta; cevabın akabinde – sırasıyla – soru sahibi ve diğer parlamenterler – yine belli sürelerle tabi olarak – tamamlayıcı soru sorma hakkını kullanmaktadır⁴⁹.

Fransa uygulamasında ise, haftanın en az bir oturumunda parlamenterlerin sorularına ve hükümetin cevaplarına öncelik verilmektedir. Parlamento'nun haftalık gündeminde salı ve perşembe sabah oturumlarında görüşmesiz/müzakeresiz sözlü sorular ele alınmakta; her bir oturumda soru sahibi parlamenterlere ve soru muhatabı bakanlara cevap ve karşı cevap için belirli süreler ayrılmaktadır⁵⁰. Parlamento gündemini belirlemekle görevli olan Başkanlar Konseyi haftalık soruların yarısını muhalefetten gelen sorulara ayırmak zorundadır⁵¹; başka bir deyişle, sorular iktidar ve muhalefet arasında ikiye bölünmektedir. Bununla birlikte ilk soruları sorma hakkı daima muhalefetteki parlamenterlere aittir. Bu da muhalefetteki parlamenterlerin denetim araçlarından daha fazla yararlanmasını açısından önemlidir. Fransa uygulamasında görüşmesiz/müzakeresiz soruların yanı sıra hükümete sorular da mevcuttur. Bu sorulara ayrılan oturumların öncesinde hükümete yalnız soru sahipleri bildirilmekte, sorular bildirilmemektedir. Spontane soruların sorulmasıyla ilerleyen bu oturumlarda hükümet eksiksiz bulunmakta, soru sahipleri herhangi bir içerik/konu sınırlamasına tabii olmadan sorular sorabilmekte ve bu oturumlar canlı olarak yayınlanmaktadır. Bu sorulara, haftalık gündemde salı ve çarşamba öğleden sonra oturumlarında birer saatlik zaman dilimi düzenli olarak ayrılmakta; parlamentonun belirli bir gündemle olağanüstü toplanması durumunda dahi haftalık gündemde bir saatlik zaman dilimi yine bu sorular için bırakılmaktadır. Bu soruların oturumlarında da soru sahibine ve soru muhatabına soru ve cevap için belirli süreler ayrılmakta; sorular muhalefet ve iktidar arasında eşit paylaşılmasına; ilk soru muhalefetten gelmekte olup onu takip eden soru iktidardan, bir sonraki soru yine muhalefetten, hemen sonra olan soru yine iktidardan gelmekte ve bu şekildeki döngüyle oturum devam edip tamamlanmaktadır⁵².

Parlamentoların çoğunluğunda rastlanan sözlü soruya özgülenmiş zaman dilimi⁵³ – parlamenter uygulamalar arasında bazı nüanslar olmakla birlikte – bir anlamda soru zamanı değil sorgu zamanı olmaktadır çünkü bu zaman diliminde muhalefet iktidardan hesap sormakta, iktidar da muhalefete hesap vermektedir. Tunaya soru zamanının bu yönünü öne çıkararak onu cevap zamanı⁵⁴ olarak adlandırmayı yeğlemiştir. Sözlü sorunun bu yönüyle öne çıkmasını sağlayan alametifarıkası, soru sahibiyile soru muhatabının karşı karşıya gelmesini sağlamaktır. Hatta Dubrow, muhalif

48 Yukarıda da değinildiği üzere, Avusturya'da kolektif soru bulunduğundan bu nitelemenin belirtilmesi önemlidir. Yamamoto (n 10) 55.

49 Fahri Bakırcı, 'Avusturya Parlamentosu Üzerine' (2013) 17(1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1181, 1234-1235.

50 Türkiye Büyük Millet Meclisi Araştırma Hizmetleri Başkanlığı, *Fransa Ulusal Meclisinde Yasama, Denetim ve Bütçe Süreçleri* (TBMM 2019) 33-35; Fatih Çelebi, 'Fransa Millet Meclisi Üzerine' (2012) (21) Yasama Dergisi 51, 75-76.

51 Yılmaz (n 12) 184.

52 Çelebi (n 50) 75-76.

53 Yamamoto (n 10) 49.

54 Tunaya (n 23) 357.

parlamenteler açısından soru zamanında bakanlarla karşı karşıya gelmenin bulunmaz bir fırsat olduğunu ifade etmektedir⁵⁵.

III. 1982 ANAYASASI DÖNEMİNDE SÖZLÜ SORU DENEYİMİ

1982 Anayasası döneminde sözlü soru, 2017 Anayasa değişikliğinden sonra deneyimlenemediğinden 2017 Anayasa değişikliği öncesindeki Anayasa ve İçtüzük hükümlerine bakılması gerekmektedir. 2017 Anayasa değişikliği öncesinde soru, 1982 Anayasası'nın "Türkiye Büyük Millet Meclisinin bilgi edinme ve denetim yolları" kenar başlıklı 98'inci maddesinin 1'inci fıkrasında düzenlenen parlamenter denetim araçları arasında ilk sırada sayılmakta olup aynı maddenin 2'nci fıkrasında türleri de belirtilerek tanımlanmıştır.⁵⁶ Anılan fıkraya göre soru, Bakanlar Kurulu adına sözlü veya yazılı olarak cevaplandırılmak üzere Başbakan veya bakanlardan bilgi isteme aracıdır. Sözlü soruyu incelemeye geçmeden önce şu hususu netleştirmek gerekmektedir; ikinci fıkradaki "(...) bilgi istemekten ibarettir." ifadesi görüldüğü üzere ilk fıkradaki "denetleme" sözcüğü ve madde kenar başlığındaki "denetim yolları" sözcük öbeğiyle, *prima facie*, çelişik görülebilecektir. Ancak ilgili Anayasa maddesinin bir bütün olarak ele alınması gerektiği ve sorunun da bir denetim aracı olduğu dikkatlerden kaçmamalıdır. Nitekim 2017 Anayasa değişikliğiyle birlikte ilk fıkradaki "denetleme" sözcüğü, "bilgi edinme ve denetleme" sözcük öbeğiyle değiştirilmiş ve böylece maddenin kenar başlığıyla uyumlaştırılmıştır. Ancak şu hususu da hemen vurgulamakta fayda bulunmaktadır. Bu değişiklik, Anayasa'nın 98'inci maddesinin ilk fıkrası altında sayılan denetim araçlarının bazılarının bilgi edinme, bazılarının ise denetleme aracı olduğu anlamına gelmemektedir. Anayasa koyucunun, "bilgi edinme veya denetleme" yerine "bilgi edinme ve denetleme" sözcük öbeğini tercih etmesi de buna delalet sayılmalıdır; iradesi, Türkiye Büyük Millet Meclisinin (TBMM) bu araçlar vasıtasıyla yürütmeyi denetlemesi yönündedir ki aksi yöndeki yorum 98'inci maddenin özgülendiği amacı ortadan kaldırmaktadır. Denetlemenin gerçekleştirilmesi için öncelikle yasamanın, yürütmenin faaliyetleri hakkında bilgi sahibi olması gerektiği akılda tutularak anılan maddeye salt lafzi değil amaçsal yorumla yaklaşılması gerekmektedir⁵⁷.

55 Dubrow (n 18) 24.

56 "IV. Türkiye Büyük Millet Meclisinin bilgi edinme ve denetim yolları

A. Genel olarak

Madde 98 – Türkiye Büyük Millet Meclisi soru, Meclis araştırması, genel görüşme, gensoru ve Meclis soruşturması yollarıyla denetleme yetkisini kullanır.

Soru, Bakanlar Kurulu adına, sözlü veya yazılı olarak cevaplandırılmak üzere Başbakan veya bakanlardan bilgi istemekten ibarettir.

Meclis araştırması, belli bir konuda bilgi edinilmek için yapılan incelemeden ibarettir.

Genel görüşme, toplumu ve Devlet faaliyetlerini ilgilendiren belli bir konunun, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunda görüşülmesidir.

Soru, Meclis araştırması ve genel görüşme ile ilgili önergelerin verilme şekli, içeriği ve kapsamı ile cevaplandırılma, görüşme ve araştırma yöntemleri Meclis İçtüzüğü ile düzenlenir."

1982 Anayasası'nın 98'inci maddesinin bu metni, 2709 sayılı ve 18/10/1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 6771 sayılı ve 21/1/2017 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 6'ncı maddesiyle değiştirilmeden önceki hâlidir.

57 Neziroğlu da sorunun amacının hem bilgi edinme hem de denetleme olabileceğini; alınan cevabın ayrıca bir denetim aracı olarak parlamenterlerce kullanılabileceğini ve buna koşullukla uygulamada soruya, özellikle muhalefetteki

A. 2017 ÖNCESİNE RETROSPEKTİF YAKLAŞIM

2017 Anayasa değişikliği öncesindeki 98'inci maddeye bakıldığında ilgili maddenin son fıkrası uyarınca, soru aracına ilişkin usulün TBMM İçtüzüğünde düzenlendiği görülecektir. Nitekim Tunaya tarafından, siyasal yaşamdaki önemine binaen “sessiz anayasa” olarak da anılan İçtüzüğün 96'ncı maddesinin 2018'deki İçtüzük değişikliğinden önceki hâlinde⁵⁸ düzenlenen soru, bu maddede Anayasa'daki tanımına koşutlukla tanımlanmış ve yine 96'ncı maddede sorunun türlerine ve usulüne yer verilmiştir⁵⁹. Bu maddeye göre soru, kişilik ve özel yaşama ilişkin konuları içermeyerek açık ve belli konular hakkında olmalı; hükümet adına sözlü veya yazılı cevaplandırılmak üzere Başbakan veya bir bakandan bilgi istemek niteliğinde olmalı ve sözlü veya yazılı cevaplandırılması fark etmeksizin kısa, gerekçesiz, kişisel görüş içermeyen, belge eklenemeyen – ve sözlü sorular için 100 kelimeyi geçemeyen⁶⁰ bir önergeyle, demek oluyor ki yazılı olarak⁶¹ sorulmuş olmalıdır. Yine aynı maddeye göre soru önergesi sadece bir parlamenter tarafından imzalanarak Başkanlığa verilmelidir; Başkan, İçtüzük şartlarına uygun gördüğü önergeleri gelen kâğıtlar listesinde yayımlayarak Başbakanlığa veya ait olduğu bakanlığa göndermektedir. İçtüzüğün 97'nci maddesi, başka bir kaynaktan kolayca öğrenilmesi mümkün olan veya tek amacı istişare sağlamaktan ibaret konuları içeren yahut konusu, evvelce Başkanlığa verilmiş gensoru önergesiyle aynı olan soruları, sorulamaz⁶² kılmaktadır⁶³. İçtüzüğün 100'üncü maddesi ise sorunun muhatabı olan özneleri genişleterek Başbakan ve

parlamenterlerce doğrudan veya dolaylı bir denetim aracı olarak başvurulduğunu belirtmiştir. İrfan Neziroğlu, ‘Türkiye Büyük Millet Meclisinde Parlamenter Denetim Aracı Olarak Sözlü Soru Önergelerinin Etkinliği’ (2006) 8(2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 151, 153.

58 Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Başlığı İle Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Bu İçtüzüğe Bazı Maddeler Eklenmesi Hakkında TBMM Kararı, Karar Numarası: 424, Karar Tarihi: 16.05.1996, RG 24.05.1996/22645.

59 “Soru

Madde 96 – Soru; kısa, gerekçesiz ve kişisel görüş ileri sürülmeksizin; kişilik ve özel yaşama ilişkin konular içermeyen bir önerge ile Hükümet adına sözlü veya yazılı olarak cevaplandırılmak üzere, Başbakan veya bir bakandan açık ve belli konular hakkında bilgi istemekten ibarettir. Sözlü soru önergeleri yüz kelimeyi geçemez. Soru önergelerine belge eklenemez. Soru önergesi, sadece bir milletvekili tarafından imzalanır ve Başkanlığa verilir.

Başkan, İçtüzük şartlarına uygun gördüğü önergeleri gelen kâğıtlar listesinde yayımlar ve Başbakanlığa veya ait olduğu bakanlığa gönderir.”

İçtüzüğün 96'ncı maddesinin bu metni, 5/3/1973 tarihli ve 584 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün 9/10/2018 tarihli ve 1200 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Karar'ın 15'inci maddesiyle değiştirilmeden önceki hâlidir.

60 Neziroğlu, madde metnindeki “Sözlü soru önergeleri yüz kelimeyi geçemez.” ibaresiyle hedeflenenin, önergeler Genel Kurulda okutulduğundan, daha çok sayıda sorunun işlem görmesi olabileceğini belirtmiştir. Neziroğlu (n 57) 153.

61 Bülbül (n 27) 7.

62 Wiberg, parlamentonun merakının sınırsızlığı karşısında birçok parlamentoda parlamenterlere kapatılmış soru konularının olduğunu kaydetmiştir. Matti Wiberg, ‘Parliamentary Questioning: Control by Communication?’ in Herbert Döring (ed) *Parliaments and Majority Rule in Western Europe* (Campus Verlag/St. Martin's Press 1995) 200.

63 “Sorulamıyacak konular:

Madde 97 – Aşağıdaki sorular Başkanlıkça kabul edilmez:

a) Başka bir kaynaktan kolayca öğrenilmesi mümkün olan konular;

b) Tek amacı istişare sağlamaktan ibaret konular;

c) Konusu, evvelce Başkanlığa verilmiş gensoru önergesiyle aynı olan sorular.”

İçtüzüğün 97'nci maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi, 5/3/1973 tarihli ve 584 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün 9/10/2018 tarihli ve 1200 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Karar'ın 25'inci maddesinin (a) bendiyle ilgilidir. Madde kenar başlığındaki “sorulamıyacak” sözcüğü “sorulamıyacak” olarak düzeltilmiştir.

bakanların yanı sıra Başkanın, Başkanlık Divanının, Başkanlık Divanı üyelerinin ve Danışma Kurulunun TBMM'nin faaliyetleriyle ilgili görevleri hakkında Başkanlıktan sözlü veya yazılı soru sorulabilmesini; hükümete yöneltilen sorular hakkındaki hükümlerin uygulandığı bu soruların Başkan veya onun görevlendireceği bir Başkan vekili tarafından cevaplandırılmasını sağlamaktadır⁶⁴.

Yukarıda aktarılan hükümler hem sözlü hem de yazılı soruya ilişkin genel hükümler niteliğinde olup esasta sözlü soruya karakterini veren cevaplandırılma usulü İçtüzüğü'nün "Sözlü Sorunun Gündeme Alınması ve Cevaplandırılması" kenar başlıklı 98'inci maddesinde düzenlenmiştir⁶⁵. Bu maddeye göre sözlü sorular, önerenin Başbakanlığa ve ait olduğu bakanlığa sevk tarihinden itibaren beş gün sonra gündeme alınır⁶⁶. Burada hemen şu hususu belirtmek gerekmektedir; yasa koyucu İçtüzüğü'nün 100'üncü maddesinde, Başkanlıktan sözlü sorular bakımından önerge verildikten yedi gün sonra gündeme alınır hükmünü de getirmiştir. İçtüzüğü'nün 98'inci maddesinden devam edilirse şu görülecektir ki Anayasa, kanun ve İçtüzük gereğince doğan zorunluluklar dışında haftanın en az iki günü birleşimin başında ve birer saatten az olmamak şartıyla Danışma Kurulunun önerisi ve Genel Kurulun onayıyla sözlü soruların cevaplandırılmasına belli bir süre ayrılması zorunludur⁶⁷. Yine 98'inci maddeye göre hükümet adına verilecek cevabın süresi beş dakikayla sınırlandırılmıştır. Soru sahibinin cevabı yeterli bulmaması olasılığını gözeterek yasa koyucu soru sahibine yerinden, çok

64 "Başkanlıktan sorular:

Madde 100 – Başkanın, Başkanlık Divanının, Başkanlık Divanı Üyelerinin ve Danışma Kurulunun Millet Meclisinin faaliyetleriyle ilgili görevleri hakkında, Başkanlıktan sözlü veya yazılı soru sorulabilir.

Bu sorular Başkan veya görevlendireceği Başkanvekillerinden biri tarafından cevaplandırılır. Soru sözlü ise, önergesi verildikten yedi gün sonra gündeme alınır.

Bu sorular hakkında da Hükümete yöneltilen sorular hakkındaki hükümler uygulanır."

İçtüzüğü'nün 100'üncü maddesinin birinci fıkrasındaki "sözlü veya" ibaresi ile ikinci ve üçüncü fıkrası, 5/3/1973 tarihli ve 584 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün 9/10/2018 tarihli ve 1200 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Karar'ın 25'inci maddesinin (o) bendiyle ilga olup aynı bentle maddenin birinci fıkrasına "Bu sorular Başkan veya görevlendireceği başkanvekillerinden biri tarafından cevaplandırılır." cümlesi eklenmiştir.

65 "Sözlü sorunun gündeme alınması ve cevaplandırılması

Madde 98 – Sözlü sorular, önerenin Başbakanlığa veya ait olduğu bakanlığa sevk tarihinden itibaren beş gün sonra gündeme alınır.

Sözlü soruların cevaplandırılması için; Anayasa, kanun ve içtüzük gereği zorunluklar hariç olmak üzere, haftanın en az iki gününde, birleşimin başında ve birer saatten az olmamak şartıyla, Danışma Kurulunun önerisi ve Genel Kurulun onayı ile belli bir süre ayrılır.

Hükümet adına verilecek cevabın süresi beş dakikayı geçemez. Bu cevap üzerine soru sahibi, yerinden, konu ile ilgili çok kısa ek bir açıklama isteyebilir. Hükümet adına verilecek cevapla görüşme tamamlanır, ikinci cevap süresi de beş dakikayı geçemez.

Soru sahibinin Genel Kurulda bulunmaması, sorunun cevaplandırılmasına engel değildir.

Hükümet adına cevap vermek için söz alan bakan; gündemde bulunan sözlü soru önergelerinden birden fazlasını sıra gözetmeden cevaplayabilir. Bu hakkını kullanmak isteyen bakan, önceden birleşimi yöneten Başkana isteğini bildirir. Başkan bu isteği birleşimi açtıktan sonra derhal Genel Kurula duyurur. Konuları aynı olan sözlü sorular birleştirilerek cevaplandırılabilir.

İkinci fıkradaki zorunluklar hariç, üç birleşim içinde cevaplandırılmayan sözlü sorular yazılı soruya çevrilir ve istemi halinde aynı birleşimde önerge sahibine beş dakikayı geçmemek üzere söz verilir."

İçtüzüğü'nün 98'inci maddesi, 5/3/1973 tarihli ve 584 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün 9/10/2018 tarihli ve 1200 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Karar'ın 25'inci maddesinin (a) bendiyle ilgadır.

66 Bülül (n 27) 9.

67 ibid 9-10.

kısa olmak kaydıyla ek bir açıklama isteme hakkı tanımıştır ve bu hakkın kullanılmasına istinaden hükümet adına verilecek ikinci cevabın süresi de beş dakikayla sınırlandırılmıştır. İkinci cevabın da verilmesiyle birlikte sözlü soruya ilişkin cevaplandırma tamamlanmış olmaktadır. Soru sahibi cevaplandırmanın gerçekleşeceği Genel Kurulda bulunmasa dahi soru cevaplandırılacaktır. Nitekim bu durum sorunun cevabının yalnız soru sahibi parlamentere değil aynı zamanda TBMM'ye ve kamuoyuna da dönük olduğunu göstermektedir. İçtüzüğün 98'inci maddesi, hükümet adına cevap vermek için söz alan bakana, gündemde bulunan sözlü soru önergelerinden birden fazlasını sıra gözetmeden cevaplama hakkı tanımakta olup eğer söz alacak bakan bu hakkı kullanacağını birleşimi yönetecek Başkana önceden bildirirse sözlü soruları bu yöntemle cevaplandırabilecektir. Başkan bu talebi birleşim açıldıktan sonra hemen Genel Kurula duyurmalıdır. Bununla birlikte 98'inci madde, konuları aynı olan sözlü soruların da birleştirilerek cevaplandırılabilmesine olanak tanımaktadır. Yasa koyucu Anayasa, kanun ve İçtüzük gereğince doğan zorunluluklar dışında sözlü sorunun üç birleşim içinde cevaplandırılmaması durumunda yazılı soruya çevrileceğini ve eğer soru sahibi talep ederse aynı birleşimde beş dakikalık söz hakkı kullanabileceğini hükme bağlamıştır.

2017 Anayasa değişikliği öncesinde uygulanan sözlü soruların cevaplandırılması usulünde her ne kadar yasa koyucu İçtüzükte, her haftada en az iki güne dağıtılmış ve birleşimin başında olacak şekilde asgari olarak toplamda iki saatlik bir zaman dilimini sözlü sorulara ayırmış ve soru sahibine veya diğer parlamentelere tamamlayıcı soru hakkı değil ancak cevaptan tatmin olmayan soru sahibine ek açıklama talep etme hakkı tanımışsa da pratiğin teoriye koşutlaştırılmasının gerçekleştirilebildiği söylenememektedir. Yasa koyucu, İçtüzüğün 98'inci maddesinde Danışma Kurulunun önerisi ve Genel Kurulun onayı ile sözlü soruların cevaplandırılmasına belli bir süre ayrılacağını belirtmekle birlikte bunun güvencelenmesi amacıyla ayrılacak asgari süreyi hükme bağlamasına karşın uygulamada asgari sürenin dahi Meclis gündeminde yer bulmadığı ve yasa koyucunun iradesi hilafına sözlü soruların cevaplandırılmasına ayrılacak sürenin başka faaliyetlere ayrıldığı bilinmektedir⁶⁸.

Çoğu kez kanun tasarılarının ve tekliflerinin görüşülmesine daha fazla zaman ayırmak amacıyla yasa koyucunun öngördüğü asgari ve zorunlu süreye dahi uyulmamıştır. Oysa yasamanın biricik ve başat işlevi salt yasa yapımı değildir⁶⁹. Bu işlev yasama organının varlık nedeniyle özdeşleşmekle birlikte yasama organının ortaya çıkışı dikkate alındığında yasamanın esasta yürütmeye muhalefet etme ve böylece iktidarı sınırlandırma gereksinimiyle cisimleştiği hatırlanmalıdır⁷⁰. İktidarı sınırlandırma bir yönüyle erkleri ayırarak, demek oluyor ki yasama bakımından yasa yapımını yasama organına özgüleyerek olduğu kadar yürütme organının kullandığı erki de denetleyerek olmaktadır ki bu, yasamanın denetim işlevini de üstelendiği anlamına gelmektedir. Yasama yürütmenin denetimini – yukarıda da değinildiği üzere – parlamenter denetim araçlarıyla yerine getirmektedir⁷¹. Dolayısıyla

68 Neziroğlu (n 57) 155; Bülbül (n 27) 10.

69 24'üncü Dönem İstanbul Milletvekili Oktay Ekşi, Meclisin yasama ile denetleme işlevleri arasındaki dengenin yürütmenin baskısı altında yasa yapma lehine bozulmasının sakıncalarını somutlaştırarak anlatmaktadır. Ekşi, 'Sözlü soruyla denetimin gittikçe uygulanamaz kılındığını ortaya koymaktadır. Oktay Ekşi, 'Parlamento Mu, Kanun Fabrikası Mı?' (2013) 71(4) Ankara Barosu Dergisi 125, 135-152.

70 Yılmaz (n 12) 67-68.

71 Ekşi (n 69) 151.

parlamentar denetim de yasa yapımına başa baş sürdürülmesi beklenen bir işlev olup parlamento gündemlerinde⁷² yasa yapımı uğruna denetimden vazgeçilmesi, anayasalıcılığın *telosuna* (ana ereğine) uyarlık göstermemektedir.

TBMM'nin sözlü soru aracıyla denetim işlevini layıkıyla sürdürebilmesi bakımından İçtüzüğün 98'inci maddesinde söz edilen Anayasa, kanun ve İçtüzük gereğince doğan zorunluluklar dışında herhangi bir gerekçe ileri sürülerek sözlü soruların cevaplandırılmasına düzenli olarak Genel Kurulda zaman ayrılması⁷³ İçtüzüğün 98'inci maddesine aykırılık oluşturmuştur⁷⁴. Yine 98'inci maddede işaret edilen zorunluluklara dayanılarak Genel Kurulda sözlü soruların cevaplandırılmasına zaman ayrılması mümkünse de bu zorunlulukları, esas kurala istisna getirir nitelikte olduğundan dar yorumlamak ve bu doğrultuda Anayasa, kanun ve İçtüzük gereğince belirli bir sürede sonuçlandırılması gereken yasama faaliyetleri olarak kavramak gerekmektedir.⁷⁵ Başka bir deyişle, Anayasa, kanun ve İçtüzük gereğince belirli bir sürede sonuçlandırılması gereken yasama faaliyetleri nedeniyle Genel Kurulda sözlü soruların cevaplandırılmasına zaman ayrılması İçtüzüğün 98'inci maddesi uyarınca mümkünken, istisna kapsamında bir yasama faaliyeti olmamasına karşın bu zaman diliminin Genel Kuruldaki yokluğu yasa koyucunun iradesinin hilafına fiili durum yaratmıştır. Nitekim TBMM'de sözlü soruların cevaplandırılmamasının yerleşiklik kazanması da bu fiili durumun tekrarlanmasıyla oluşmuştur⁷⁶. Sözlü soruların cevaplandırılmaması, denetim araçlarının asıl kullanıcısı olan muhalefetin, muhalefet etkinliğini geriletmıştır. Özellikle uygulamada dikkat çeken husus, hükümetin veya iktidar grubunun, öncelikle kanunlaştırmak istedikleri kanun tasarılarına veya tekliflerine daha fazla zaman ayırmak amacıyla yalnız sözlü sorunun değil diğer denetim önergelerinin de görüşülmemesi için kararlar aldığı ve bunun sonucunda haftalarca denetim yapılmadığının vaki olduğudur.⁷⁷

Sözlü soruların cevaplandırılması için haftalarca Genel Kurulda belirli bir zaman diliminin ayrılmamış olması, soruların birikmesine ve dolayısıyla güncelliğini yitirmesine⁷⁸ neden olmuştur⁷⁹.

72 Ekşi'nin TBMM gündemine dönük eleştirileri önemlidir. ibid 151-152.

73 Ekşi de sözlü sorunun bu bağlamda işlevsiz bırakıldığını ortaya koymaktadır. ibid 140-144.

74 Aslında Danışma Kurulunun önerisiyle yasama dönemine başlanırken salı günlerinin denetime ayrılması; yine denetimin bir boyutu olarak salı ve çarşamba günleri birleşimin başındaki birer saatlik zaman diliminin sözlü soruya bırakılması Genel Kurul tarafından kabul edilmişse de bu kararın gereği yerine getirilmemiştir. Neziroğlu (n 57) 155.

75 ibid 155.

76 21'inci – 26'ncı Yasama Dönemleri süresince yasama dönemlerinin çoğunluğunda dönem sona erdiğinden hükümsüz kalan sözlü soru önergesi sayısının, cevaplanan sözlü soru önergesi sayısını aştığı görülmektedir. Bu aşmanın görüldüğü yasama dönemlerinin ikisinde sözlü soruların yazılı soruya çevrilerek cevaplandırıldığı görülmüşse de bunların birinde sözlü olarak ve yazılıya çevrilerek cevaplandırılan önergelerin toplam sayısı, hükümsüz sayılan önerge sayısını biraz aşarken diğerinde ise sözlü olarak ve yazılıya çevrilerek cevaplandırılan önergelerin toplam sayısı dahi hükümsüz sayılan önergelerin sayısına erişememiştir. Bu durum Genel Kurulda sözlü sorulara yeterince zaman ayrılmadığını göstermektedir. İstanbul Milletvekili İbrahim Özden Kaboğlu'nun, çeşitli denetim önergelerine dair verilere ilişkin yazılı soru önergesi, Dönemi ve Yasama Yılı: 27/5, Esas Numarası: 7/66996, Başkanlığa Geliş Tarihi: 21/06/2022.

77 Neziroğlu (n 57) 155; Bakırcı, *Kuruluşundan Günümüze TBMM'nin Denetim Yetkisinin Sönümlenmesi (Denetimden Kaçış)* (n 23) 455.

78 Bakırcı (n 23) 457.

79 Bu durumun oldukça dikkat çekici örneklerinden birine [Bülbul (n 27) 10], 46'ncı Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti (II. Özal Hükümeti; 21/12/1987-09/11/1989) döneminde anamuhalefet partisi olan Sosyal Demokrat Halkçı Parti'nin

Oysa soruya bir denetim ve muhalefet aracı olarak değer kazandıran niteliklerinden biri, bireysel kullanılabilen bir denetim aracı olmasına istinaden parlamenterin, başkaca parlamenterleri ikna etmesine gerek kalmaksızın kamuoyunun gündemindeki konuları ivedilikle parlamentoya taşıyabiliyor oluşudur⁸⁰. Bunun sözlü soruya başvurularak gerçekleştirilmesinde ise cevabın sözlü olmasından kaynaklanan diyaloga dönük yönler vesilesiyle denetim ve muhalefet ediminin etkililiği artmaktadır. Bu nedenle uzun süre görüşülmeyip biriken sözlü soruları buna ayrılmış bir birleşimde toplu olarak cevaplandırma uygulaması, sorunun güncelliğine zarar verdiğinden denetim işlevinin layıkıyla yerine getirilmesine hizmet edememiştir⁸¹.

Hükümet adına cevap vermek için söz alan bakana tanınan gündemdeki birden fazla sözlü soruyu sıra gözetmeden cevaplama hakkı⁸² da yine uygulamada çoklukla, bu hakkı kullanmak isteyen bakanın önceden birleşimi yöneten Başkana talebini bildirmesi şartı yerine getirilmeden kullanılmıştır. Çünkü bu talebin bildirimini genellikle birleşim açılmadan değil açıldıktan ve hatta sözlü sorulara geçildikten sonra yapılmış; dolayısıyla Başkanın, bakanın talebini birleşim açıldıktan sonra derhâl Genel Kurula duyurması hükmü de uygulanabilir olmaktan çıkmıştır. Oysa yasa koyucunun, bu talebin birleşim açılmadan önce Başkana bildirilmesini ve bunun da Genel Kurula duyurulmasını gözetilen hükmü getirmesinin amacı, sözlü soru aracına başvurarak hükümeti denetleyecek olan soru sahiplerinin önceden bu durumdan haberdar olmalarını sağlamaktır⁸³. Bununla birlikte, soru muhatabının birden fazla soruyu birlikte cevaplandırmasında hatırlanması gereken husus, sözlü sorunun cevaplandırılmasının – sırasıyla – soru muhatabının cevabı, talep ederse soru sahibinin açıklaması ve bunun üzerine tekrar soru muhatabının cevabı usulüyle, demek oluyor ki bir anlamda diyalog biçiminde gerçekleştirilmesi gerektiğidir. Bu nedenle sözlü sorunun etkililiğini

üyyesi Mehmet Turan Bayazıt'ın önergesi vesilesiyle rastlanmaktadır. 18'inci Dönemin 2'nci Yasama Yılı'nın (01/09/1988-22/06/1989) 21 Şubat 1989 tarihli 61'inci birleşiminde İzmir Milletvekili Mehmet Turan Bayazıt, 18'inci Dönemin 1'inci Yasama Yılı'nda (14/12/1987-07/08/1988), 16 Şubat 1988 tarihinde verdiği 6/22 numaralı sözlü soru önergesini geri almak için 4/54 numaralı bir önerge vermiştir. Ancak dikkat çekici olan sözlü soru önergesinin geri alınması değildir, önergeler geri alınabilir; dikkat çekici olan gerektirir çünkü bu gerektirir sözlü soruların görüşülmemesi eleştirilmektedir. Gerektirir şu şekildedir: "16 Şubat 1988 tarihinde gündeme alınan '3392 Sayılı Yasa ile Kurulan İlçeler' hakkındaki 6/22 sayılı sözlü soru önergem bugün 2 yaşına basmıştır. Aradan geçen süre içinde cevaplandırılmamasının nedeni, İktidar Grubunun, haftanın 1 gününü denetlemeye ayırmak suretiyle muhalefetin denetleme hak ve görevini engellemesidir. Meclis araştırması ve genel görüşme önergelerinin fazlalığı sebebiyle sözlü soruların görüşülmediği şeklindeki savunmayı siyaseten haklı bulmak olanaksızdır. Çünkü, Anayasa ve İçtüzük böyle bir sonucun doğmasına ve bu şekilde bir savunmanın geçerliliğine açık değildir. İnancım odur ki, alışkanlık haline getirilen ara vermeler olmasa ve Genel Kurul yasama çalışmalarını buna ayrılan günlerin birkaç saatiyle yetinmeyerek yerine getirse denetleme işlevi de sağlıklı bir şekilde yürüyecektir. Kaldı ki, İktidar Grubu arzu ettiği takdirde, bekleyen tüm sözlü soruların en çok 2 birleşimde cevaplandırılacağı da bir gerçektir. Bu görüşlerle, sözlü sorunun, kaderi İktidar Grubunun insafına terkedilmiş bir gündem maddesi olarak kalmasını görev ve sorumluluk anlayışımıyla bağdaştıramadığımdan ve Anavatan Grubunun tutumunu kınamak amacıyla sözlü soru önergemini geri aldığımı arz ederim." Türkiye Büyük Millet Meclisi, B: 61, 21.02.1989, O: 1, 230. Başkaca örnekler de mevcuttur. Bülbül (n 27) 13.

80 "Soru önergesi, sadece bir milletvekili tarafından imzalanır ve Başkanlığa verilir." hükmü buna olanak tanımaktadır.

81 Neziroğlu (n 57) 155-156.

82 Bakırcı, aslında soruların birikmesini önlemek amacıyla 1996'daki İçtüzük değişikliğiyle getirilen ve istisnai olarak başvurulması beklenen soruların sıra gözetilmeksizin birlikte görüşülmesi olanağının uygulamada genel kural hâline dönüştürülmesinin sorunun etkisizleştirilmesinde önemli bir dönemeç olduğunu vurgulamaktadır. Bakırcı, *Kuruluşundan Günümüze TBMM'nin Denetim Yetkisinin Sönümlenmesi (Denetimden Kaçış)* (n 23) 468.

83 Neziroğlu (n 57) 158; Bülbül (n 27) 11.

yitirmemesi için soru muhatabının, tüm soruları arka arkaya cevaplandırması değil soru muhatabı her bir soruyu cevaplandırdıktan sonra – talep ederse – soru sahibinin açıklama yapması ve soru muhatabınca ikinci cevap hakkının kullanılması gerekmektedir. Başka bir deyişle, İttüzüğün sözlü sorunun cevaplandırılması için öngördüğü usul her bir soru için tamamlanmadıkça diğer sorunun cevaplandırılmasına geçilmemelidir. Buna ek olarak, uygulamada maddi anlamda soru önergesinin muhatabı olmayan; başka bir deyişle, doğrudan kendisine soru yöneltilmeyen öznelere de sözlü sorunun cevaplandırıldığı bilinmektedir; nitekim Başbakanıya yöneltilen sözlü sorular Başbakan yerine ilgili bakanlarca cevaplandırıldığı kadar ilgili bakanlara yöneltilmiş sorular başka bakanlarca da cevaplandırılmıştır⁸⁴. Bu uygulama özellikle de ilgili bakan veya Başbakan nezdinde hükümetin faaliyetlerini sorgulamak amacıyla sözlü soruya başvuran muhalefetin iktidarı denetlemesini etkisizleştirmiştir. Çünkü ilgili alanda bilgi sahibi olan soru muhatabı soruyu cevaplandırmadığından soru sahibi, talep edip açıklama hakkını kullansa da ikinci cevaptan dahi tatmin olamayabilecektir ki bu da, sözlü sorunun etkililiğini kırmaktadır. Ayrıca ilgili bakanların kendilerine yöneltilen soruları kendilerinin cevaplamalarından beklenen yarar, Başbakanın soru cevaplama için de geçerlidir. Nitekim Birleşik Krallık'taki sözlü soru uygulamasını öne çıkaran yönlerden biri de, sözlü soruya ayrılan zaman dilimi dışında oluşturulan bir başka zaman diliminde Başbakanıya soru sorulabiliyor oluşu ve muhalefet liderine Başbakanıya daha fazla soru sorabilmesi için ek soru hakkı tanınmasıdır. TBMM'deki uygulama, Başbakan ile bakanlar arasındaki ilişkiye ve soruların hükümet adına cevaplandırıldığına istinaden Başbakanıya yöneltilen soruların konusuna göre ilgili bakanca cevaplanabileceği savı ileri sürülerek yerinde görülse de, Başbakan sözlü soru cevaplamıyor olduğu müddetçe layıkıyla sürdürülebilen bir denetim ve muhalefet etkinliğinden söz etmek güçleşecektir⁸⁵. Soruların hükümet adına cevaplandırılmasından dolayı aslında cevap verenin şahsında hükümetin denetlendiği ve Başbakanın hiç soru cevaplamıyor oluşunda denetimden kaçma sakıncasının belirdiği tespit edilmekle birlikte soru sahibine muhatabıyla yüzleşme olanağı tanıyan sözlü sorunun bu yönüyle biricik denetim aracı olduğu akılda tutulduğunda, bu yüzleşmenin doğrudan soru muhatabıyla gerçekleşmesi önemli görülmektedir. Bu nedenle Başbakan hiç soru cevaplandırmıyor olmasa, demek oluyor ki kendisine yöneltilen soruların en azından bir kısmını dahi cevaplandırıyor olsa ve hükümet adına herhangi bir bakanın cevap vermesi hükümeti bağlar olsa da sözlü sorunun doğası gereği soru sahibi ile soru muhatabının karşı karşıya gelmesi, bu aracın etkililiğiyle doğrudan ilişkili olduğundan sorular muhatabınca cevaplandırılmalıdır. Birleşik Krallık'ta yalnız muhalefet liderine tanınan Başbakanıya ek soru sorma hakkı da, yürütme erkini kullanan kabinenin muhalefetçe sorgulanabilmesi ereğine yöneliktir çünkü akılda tutulmalıdır ki yürütmenin yasama tarafından denetimi ve iktidar karşısında muhalefetin varlığı, sınırlandırılmış iktidar anlayışının tezahürüdür. Denetim ve muhalefet etkinliği yoksa veya layıkıyla yerine getirilemiyorsa iktidarı sınırlandırabilecek mekanizmalar işletilemiyor demektir. Bu bağlamda özellikle muhalefetten Başbakanıya yöneltilen soruların Başbakanca cevaplanmasının alternatifi olmamalıdır.

84 Bülbul (n 27) 14-16.

85 Neziroğlu, soruların konularına göre ilgili bakanlar tarafından cevaplandırılmasını kısmen anlaşılır bulmakla birlikte Başbakan tarafından hiçbir zaman soru cevaplandırılmamasının teamül oluşturmasını eleştirmektedir. Neziroğlu, (n 57) 160. Bülbul ise, soruların hükümet adına cevaplandırıldığına dikkat çekerek verilen her cevabın hükümeti bağladığına değinmektedir. Bülbul (n 27) 15-16.

Sözlü soruyu öne çıkaran yön sorunun sözlü olarak cevaplandırılması olmasına karşın üç birleşim içinde cevaplandırılmayan sözlü sorular İttüzüğün 98'inci maddesi gereğince yazılı soruya çevrilmekte; ilgili hüküm, *prima facie*, sözlü sorunun cevapsız kalmasını önler gözükse de aslında sözlü soruların son tahlilde yazılı da olsa cevaplandırılacağı düşüncesiyle ötelenmesine neden olabileceğini taşımaktadır⁸⁶. Ayrıca sözlü sorunun bir denetim ve muhalefet etkinliği aracı olmasındaki karakteristik niteliğin, sorunun sözlü olarak cevaplandırılması olduğu yukarıda vurgulanmıştı ki bu da akılda tutulduğunda sözlü sorunun yazılı soruya dönüştürülmesi sorunun cevapsız kalmasından yeğdir denilebilecekse de yazılı olarak cevaplandırılmış sorunun artık sözlü sorudan beklenen yararı ortadan kaldırdığı da dikkatlerden kaçmamalıdır⁸⁷. Bu nedenle sözlü sorunun yazılı soruya çevrilmesi, soruyu cevaplamakla yükümlü olan soru muhatabına değil son tahlilde soru sahibine bir tür örtülü yaptırım doğurmaktadır. Çünkü sözlü soru aracını işletmeyi amaçlayan soru sahibi, soruyu yazılı olarak cevaplandığında dahi aslında bu aracı işletmemiş olmakta ve soruyu yazılı da olsa cevaplandırılma olasılığı taşıdığı için sorununun cevaplandırılmadığı argümanını da yeterince kuvvetli ileri sürememektedir.

B. 2017 SONRASINA PROSPEKTİF YAKLAŞIM

2017 Anayasa değişikliği öncesinden günümüze gelindiğinde, 2017 Anayasa değişikliğiyle parlamenter rejimden Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçilmesi gerekçe gösterilerek soru aracının değil ancak sözlü sorunun kaldırıldığı görülmektedir. Bu gerekçeye dayanak kılınan sav, Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin bir tür başkanlık rejimi olduğu ve başkanlık rejiminde ise – bu rejimin prototipi olan Amerika Birleşik Devletleri (ABD) işaret edilerek – sözlü sorunun bulunmadığıdır. Oysa ABD dışındaki başkanlık rejimlerine bakıldığında soru aracı bulunmayan uygulamalar kadar sözlü ve/veya yazılı soru aracı bulunan uygulamalar da görülmektedir⁸⁸. Soru aracının varlığı, doğrudan bir siyasal rejimle ilişkilendirilebilir veya ilişkilendirilemez değildir, her siyasal rejim pratiği, her ne kadar teorik olarak belli bir kategori altında adlandırılrsa da kendine özgü dinamikleri de barındırmaktadır. Daha açık bir anlatımla, başkanlık rejimlerinde soru aracı bulunmaz, şeklindeki kesin bir hükme varılması, her bir siyasal rejim uygulamasının, yerleştirildiği kategori altında dahi – beklenildiği üzere – siyasal etkenlerin etkisiyle kendine özgü dinamikler barındırmaya açık olabileceğinin yadsınması anlamına gelmektedir.

86 21'inci – 26'ncı Yasama Dönemleri süresince altı yasama döneminden yalnız ilk üçünde sözlü soruların yazılı soruya çevrildiği; 21'inci Yasama Döneminde dönem sona erdiğinden hükümsüz sayılan soru sayısının yazılı soruya çevrilen soru sayısının iki katına yaklaştığı, 22'nci Yasama Döneminde dönem sona erdiğinden hükümsüz sayılan soru sayısının yazılı soruya çevrilen soru sayısının sekiz katını aştığı ve 23'üncü Yasama Döneminde dönem sona erdiğinden hükümsüz sayılan soru sayısının yazılı soruya çevrilen soru sayısının neredeyse kırk üç katı olduğu dikkate alındığında yazılı soruya çevirme usulünün sözlü soruların cevapsız bırakılmaması amacıyla yeterince hizmet edebilir olmadığı düşünülmektedir. İstanbul Milletvekili İbrahim Özden Kaboğlu'nun, çeşitli denetim önergelerine dair verilere ilişkin yazılı soru önergesi, Dönemi ve Yasama Yılı: 27/5, Esas Numarası: 7/66996, Başkanlığa Geliş Tarihi: 21/06/2022.

87 Yazılı soru, sözlü sorunun tanıdığı yüzleşme olanağını sunamayacaktır.

88 Yamamoto, başkanlık rejimi uygulamalarında da soru aracıyla denetime düzenli olarak zaman ayrılabilirdiğini Filipinler Kongresi'nin de dâhil olduğu yedi parlamentoda tespit etmiştir. Yamamoto (n 10) 51.

Başkanlık rejimleri uygulamalarında soru aracı bulunsa dahi bunun parlamenter rejimlerden farklı bir işleyiş usulüne tabi olması ve denetim değil salt bilgi edinme işlevini üstlenmesi⁸⁹ savı ileri sürülebilir. Çünkü sert erkler ayrılığına dayanan başkanlık rejiminde, yasamanın ve yürütmenin oluşumu birbirinden bağımsızdır. Bu da, halk tarafından seçilerek göreve getirilmeleri bakımından birbirine denk olan erklerin ilişkisinde, yürütmenin yasama önünde sorgulanamayacağı sonucuna vardırabilir⁹⁰. Ancak şu hususun da farkında olunmalıdır ki başkanlık rejimi incelenirken bunun layıkıyla işleyen prototipi olan⁹¹ ABD'nin kutup yıldızı olarak yön buldurduğu muhakkaktır. Oysa ABD, bu rejimin işleyişi bakımından benzersiz görüldüğünden başkanlık rejiminin diğer uygulamalarının ideal başkanlık rejimi olmadığı da belirtilmektedir⁹² ki ABD'yi bu bağlamda öne çıkaran unsurların başta geleni denetim ve denge (checks and balances) mekanizması⁹³ olup bunu etkili kılan da denetim araçlarının işlevidir⁹⁴.

ABD'de bu denetim araçları impeachment, meclis araştırması, yasama tekeli ve onaylama yetkisi olarak sıralanabilecektir. Onaylama yetkisi kapsamında bütçenin, üst düzey kamu görevlilerinin atanmasının ve uluslararası antlaşmaların onaylanması yer almaktadır.⁹⁵ Başkan her ne kadar bütçeyi hazırlasa, atamaları gerçekleştirse ve antlaşmaları imzalsada da Kongrenin onayı olmadıkça bu işlemlerin hiçbiri geçerlilik kazanmayacaktır. Hatta bütçenin onaylanmaması durumunda hükümetin kapanması (shutdown) gerçekleşerek tüm kamu faaliyetlerinin durması dahi söz konusudur. Bu bakımdan bütçe onayının Kongrenin elindeki en güçlü araç olduğu söylenebilecektir. Başkan yalnız bütçenin onaylanması için değil gereksinim duyduğu yasaların çıkartılması için de Kongreyle dengeli bir ilişki sürdürmek zorundadır.⁹⁶ Çünkü Başkanın yasa teklif etme yetkisi olmadığından gereksinim duyduğu yasaların çıkartılmasında Kongreye başvuracaktır.⁹⁷ Kongrenin atamalardaki onay yetkisi de oldukça önemli olup yürütmenin denetlenmesini sağlamaktadır ki Başkanın atadığı

89 Soru esasta salt bilgilendirme aracına indirgenemez, o bir denetim aracıdır; nitekim denetleyenle/yasamayla denetleneni/ yürütmeyi karşı karşıya getirerek bunu sağlamaktadır. Her denetim önce yasamanın bilgi edinmesiyle başlar ki bu bilgi, doğrudan yasama tarafından öğrenilebildiği kadar yürütmeden de istenebilmektedir ve bu bilgi edinme denetim araçlarıyla gerçekleştirilmektedir. Nitekim yürütme organı, bilgi vermek amacıyla yasama organınca davet edilebilir olsaydı dahi bu, örtülü ve kaçınılmaz olarak bir denetimdir çünkü başka bir denetim aracının işletilebilmesine olanak sağlayacak başlangıcı oluşturma potansiyelini taşımaktadır. Hatta soru aracının işletilmesi sonucunda başka bir denetim aracının işletilmesine gerek kalmamış olsa dahi soru aracı denetim işlevini yerine getirmiştir çünkü bu yolla yasamanın hesap sorması karşısında yürütme hesap vermiş olmaktadır.

90 Michael G. Roskin, Robert L. Cord, James A. Medeiros, and Walter S. Jones, *Political Science: An Introduction*, (14th edn, Pearson 2017) 247.

91 Abdullah Kıran ve Murat Aktaş 'ABD Başkanlık Sistemi, Kuvvetler Dengesi ve Farklı Uygulamaları' (2017) 7(19) TYB Akademi 55, 56; Hasan Tunç ve Bülent Yavuz, 'Avantaj ve Dezavantajlarıyla Başkanlık Sistemi' (2009) 21(81) TBB Dergisi 1, 33-35.

92 Şule Özsoy Boyunsuz, 'Siyasi Parti Sistemlerine Göre Başkanlık Rejiminin Türleri' (2016) 3(49) Anne İdaresi Dergisi 1, 35; Burak Erdem, 'Güçlü Yürütme Organının Egemen Olduğu Afrika Başkanlık Sistemleri ve Nijerya Örneği' (2022) 35(162) TBB Dergisi 1, 2.

93 Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku* (20. Bası, Beta 2016) 531-532.

94 Mehmet Ali Zengin, 'ABD Başkanlık Sisteminde Fren ve Denge Mekanizması Üzerine Bir İnceleme' (2016) 7(28) TAAD 1, 2; Türker Ertaş, 'Amerikan Siyasi Tarihinde Başkanların Impeachment Usulü İle Suçlandırılması: Johnson, Nixon, Clinton ve Trump Örnekleri Üzerinden Anayasal Bir İnceleme' (2022) 12(1) SDÜHFD 3, 78.

95 Zengin (n 94) 11-17.

96 Türkiye Büyük Millet Meclisi Araştırma Hizmetleri Başkanlığı, *ABD Kongresinde Yasama, Denetim ve Bütçe Süreçleri* (TBMM 2019) 177-181.

97 ABD dışındaki başkanlık rejimlerinde bu yetkinin Başkana da tanındığına rastlanmaktadır. Zengin (n 94) 15.

üst düzey kamu görevlilerinin Kongrenin onayından geçebilmesi yine Başkanın Kongreyle uyum içinde olmasına bağlıdır. Bunların yanı sıra impeachment, Başkan dâhil kamu görevlilerin Kongre tarafından suçlandırılmasına ve görevden alınmasına olanak tanıyan bir araç olarak Kongreye önemli yetkiler tanımaktadır.⁹⁸ Meclis araştırması ise hem bilgi edinme hem de denetleme işlevini yerine getiren bir araçtır. Nitekim araştırmayı yürütecek olan komisyonlara tanınan geniş yetkiler, meclis araştırmasına başvurularak yürütmenin etkili bir şekilde denetlenmesini olanaklı kılmaktadır.⁹⁹

Bu nedenle başkanlık rejimlerinde, soru aracıyla sağlanan sorgulamaya gereksinim doğmaması durumu ancak diğer araçların işletilmesiyle bu sorgulamanın yerine getirilebildiği ölçüde mümkündür. Çünkü denetim araçlarını bütünsel bir mekanizma olarak kavramak ve araçların nicel değerlerinden ziyade nitel değerlerini dikkate alarak o rejimde gerçek anlamda bir denetimin işleyip işlemediğini sınamak gerekmektedir¹⁰⁰. Daha açık bir anlatımla, sayıca daha az araçla oluşturulmuş bir denetim mekanizması, sayıca daha çok araçla oluşturulmuş bir denetim mekanizmasına nispeten daha ileri derecede işlevsellik ve bu doğrultuda etkililik sağlayabiliyorsa, o hâlde az aracın varlığına karşın yürütmenin denetlenebildiğinden söz edilebilecektir. ABD uygulamasında geçerlilik kazanan bu çıkarım her zaman bu sonuca varılacağı anlamına gelmemektedir. Başka bir deyişle, teorik olarak denetim araçlarının azlığı denetimin zayıflığına, çokluğu ise denetimin güçlülüğüne delalettir ancak bu kuralın pratikte gözlenmesiyle denetim mekanizmasının işleyip işlemediği ortaya çıkacaktır. Dolayısıyla güçlü bir denetimin yerine getirilmesi için kural olarak iki şartın kümülatif sağlanması beklenmektedir ki bu şartlardan denetim araçlarının sayıca çok olması gerek şart ve bu araçların etkililikle işletilebilmesi de yeter şarttır. Aksi hâlde yukarıda da değinildiği üzere, 1982 Anayasası dönemindeki sözlü soru deneyimine benzer şekilde, aracın, varlığına karşın işletilemez kılınmasıyla karşılaşılması olasıdır. Bu nedenle Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde sözlü soruyla yürütmeyi sorgulamaya duyulan gereksinimin diğer araçların işletilemez kılınmasından doğabileceği savı da akılda tutulmalıdır. Nitekim iktidarın sahip olduğu parlamento çoğunluğunun gücüyle muhalefetin denetim önergelerinin işlevsiz kaldığı, Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin ilk yasama döneminde deneyimlenmiştir¹⁰¹.

2017 Anayasa değişikliği sonrasında sorunun yalnız yazılı cevaplandırılması olanağı bulunmakta olup bu cevaplandırmanın da Anayasa'nın 104'üncü maddesine göre yürütme yetkisini kullanan sıfatıyla sorunun asıl muhatabı olması gereken Cumhurbaşkanı tarafından değil Anayasa'nın 98'inci ve

98 Ertaş (n 94) 9-13.

99 Sibel İnceoğlu, 'ABD Başkanlık Rejimi Örneği İle Karşılaştırmalı Olarak Türkiye'de Meclis Araştırması' iç Anayasa Hukuku Araştırmaları Derneği (edr), *Türkiye Büyük Millet Meclisi Yüzyüncü Yıl Armağanı: Hukuk, Siyaset Bilimi ve Tarih* (Tekin 2022) 863-869.

100 2017 Anayasa değişikliğiyle birlikte yasama-yürütme ilişkisinde mihenk taşı olan denetim mekanizmasının yürütme lehine ağırlık kazandığı tespit edilmektedir. Zeynep Erhan Bulut ve Vasif İnanç Duygulu, 'Türk Tipi Başkanlık Sisteminde Denge ve Denetim Mekanizmaları' (2023) 1(1) Karatekin Hukuk Dergisi 41, 57.

101 Hüseyin Şimşek, 'Meclis'in eli kolu bağlandı' *Birgün* (İstanbul, 8 Nisan 2023) <<https://www.birgun.net/haber/meclis-in-eli-kolu-baglanti-427994>> Erişim Tarihi 9 Nisan 2023. Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin ilk yasama dönemi olan 27'nci Yasama Döneminin yaklaşık olarak ilk beş yasama yılına karşılık gelen sürede denetim önergeleri sayıca artmış olmasına karşın denetim araçlarının işlevinden beklenen sonuçlara ulaşamadığı anlaşılmaktadır. İstanbul Milletvekili İbrahim Özden Kaboğlu'nun, çeşitli denetim önergelerine dair verilere ilişkin yazılı soru önergesi, Dönemi ve Yasama Yılı: 27/5, Esas Numarası: 7/66996, Başkanlığa Geliş Tarihi: 21/06/2022.

İçtüzüğün “Yazılı soru” kenar başlıklı 96’ncı maddesine göre Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar tarafından yerine getirileceği görülmektedir. Oysa – yinelemek gerekirse – Anayasa’nın 104’üncü maddesi şüpheye düşülmeyecek açıklıkta yürütme yetkisinin Cumhurbaşkanı’na ait olduğunu hükme bağladığından sorunun muhatabı da Cumhurbaşkanı olmalıdır¹⁰². 2017 Anayasa değişikliğinden önce Anayasa’nın 98’inci maddesinde sorunun Bakanlar Kurulu adına Başbakan veya bakanlar tarafından cevaplandırılacağı belirtilmiş olup bu hükme koşutlukla İçtüzüğün “Soru” kenar başlıklı 96’ncı maddesinde sorunun hükümet adına Başbakan veya bir bakan tarafından cevaplandırılacağı düzenlenmiştir. Çünkü 2017 Anayasa değişikliği öncesinde geçerli olan parlamenter rejimde yürütme yetkisini kullanan, demek oluyor ki hükümet eden Bakanlar Kuruludur ve bu nedenle bir denetim aracı olan sorunun muhatabı da, yasama ve özellikle de yasamanın muhalefet kesimince denetlenecek olan Bakanlar Kuruludur ki bu nedenle cevaplandırma, Meclisin güvenine dayanan ve ona karşı sorumlu olan Bakanlar Kurulu adına Başbakan veya bakanlar tarafından yerine getirilmektedir.

Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde Cumhurbaşkanı yardımcılara ve bakanlara yazılı soru sorulabildiği hâlde sözlü soru sorulamamasının, başkanlık rejimiyle soru aracının uyummadığı savıyla temellendirilebilir bir yönü bulunmamaktadır. 2017 Anayasa değişikliğine ilişkin yasa teklifinin Anayasa Komisyonunda görüşülmesi sırasında dönemin Adalet Bakanı denetim araçlarının azaltıldığına yönelik eleştirilere cevaben sözlü sorunun çıkarılmasının gerekçesi olarak bakanların Genel Kurulda bulunmayacak olmalarını göstermiştir¹⁰³. Oysa bakanların Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde de Genel Kurulda buldukları durumlar mevcuttur. İçtüzüğün ilgili maddeleri gereğince bakanlar, ant içmek¹⁰⁴ (md. 3); gündem dışı söz almak¹⁰⁵ (md. 59); bütçe sunuş konuşması yapmak, bütçe ve kesin hesap kanun tekliflerinin görüşüldüğü oturumlarda¹⁰⁶ görüş bildirmek, Anayasa’nın 119’uncu maddesindeki hâllerde Meclis Başkanının daveti üzerine bilgilendirme yapmak (md. 59) ve aynı usule tabi olarak kapalı oturumlara katılmak¹⁰⁷ (md. 70) amaçlarıyla Genel

102 Levent Gönenç ve Ali Ersoy Kontacı, ‘2017 Tarihli Anayasa Değişikliği Sonrasında Yasama-Yürütme İlişkileri’ (2019) 32(145) TBB Dergisi 53, 69.

103 ‘Dolayısıyla, şu anda Anayasa’mızda olan denetim mekanizmalarından gensoruyu çıktığınızda hepsi var. **Bir de sözlü soruyu çıkarıyoruz çünkü bakanlar Genel Kurulda olmayacak.** Dolayısıyla ‘Meclisin denetim yetkisini ortadan kaldırıyorsunuz, denetim menetim yok.’ diyenler, ya bu Anayasa’yı okumadı ya bu teklifi okumadı ya da büyük bir kargaşa yaratmak, algı kirliliği yaratmak istiyor. Meclis bundan sonra denetimi daha etkin bir şekilde yerine getirecektir. Gensorunun olmayışı, sistemin tamamen doğal bir sonucudur. Cumhurbaşkanlığı sistemine geçtiğinizde, bu sistemde gensoru müessesesi zaten olmayacaktır.’ Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa Komisyonu Tutanak Dergisi, Dönem: 26, Cilt: 1, Yasama Yılı: 2, 28 Aralık 2016, T: 8, O: 1, 26. Vurgu tarafıma aittir.

104 Alper Atalay ve Meltem Öztürk, ‘Cumhurbaşkanı yardımcısı ve yeni bakanlar yemin etti’ *Anadolu Ajansı* (Ankara, 11 Temmuz 2018) <<https://www.aa.com.tr/tr/turkiye/cumhurbaskani-yardimcisi-ve-yeni-bakanlar-yemin-etti/1200026>> Erişim Tarihi 9 Nisan 2023.

105 Ayşe Sayın, ‘Gara: Hulusi Akar ve Süleyman Soylu, Meclis Genel Kurulu’nu yarın Irak’ın kuzeyindeki operasyonla ilgili olarak bilgilendirecek’ *BBC News Türkçe* (Ankara, 15 Şubat 2021) <<https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-56070044>> Erişim Tarihi 9 Nisan 2023.

106 Coşkun Ergül, ‘TBMM Başkanı Yıldırım: Bakanlar bütçe görüşmelerine katılacak’ *Anadolu Ajansı* (Ankara, 10 Aralık 2018) <<https://www.aa.com.tr/tr/politika/tbmm-baskani-yildirim-bakanlar-butce-gorusmelerine-katilacak/1334262>> Erişim Tarihi 9 Nisan 2023.

107 Sinan Uslu ve Ertuğrul Subaşı, ‘TBMM Genel Kurulu İdlib gündemiyle kapalı oturumda toplandı’ *Anadolu Ajansı* (Ankara, 5 Mart 2020) <<https://www.aa.com.tr/tr/politika/tbmm-genel-kurulu-idlib-gundemiyle-kapali-oturumda-toplandi/1753204>> Erişim Tarihi 9 Nisan 2023. Bu kapalı oturumda bakanların bulunması hakkında, İçtüzüğün 70’inci maddesinde yine İçtüzüğün 59’uncu maddesine atıf yapıldığından ilgili şartların gerçekleşmediği tartışılmıştır. Emine

Kurulda bulunabilecektir. Sayılan durumlarda bakanların yanı sıra Cumhurbaşkanı yardımcıları da Genel Kurulda bulunabilmektedir. Dolayısıyla parlamentonun haftalık gündeminde sözlü soruların cevaplandırılmasına özgülenecek bir oturumda Cumhurbaşkanı yardımcılarının ve bakanların Genel Kurulda bulunarak sözlü soruları cevaplandırmasının Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemiyle çelişir bir yönü olduğunu söylemek – Cumhurbaşkanı yardımcılarının ve bakanların yazılı sorunun muhatabı olduğu akılda tutulduğunda – güçleşmektedir.

2017 Anayasa değişikliğiyle, bakanların ve Cumhurbaşkanı yardımcılarının değil¹⁰⁸ – sözlü veya yazılı cevaplandırılması ayırt edilmeksizin – Cumhurbaşkanının sorunun muhatabı olması gerektiği dikkate alındığında, soruların doğrudan yürütme yetkisine sahip olan Cumhurbaşkanına sorulacağı ve Cumhurbaşkanınca cevaplandırılacağı düsturundan hareketle, özellikle sözlü soru bakımından parlamento gündeminde belirli bir zaman diliminin “bilgi istemekten ibarettir” denilerek de olsa Cumhurbaşkanına sorulara ayrıldığı bir soru usulünün¹⁰⁹ getirilmemesi, denetim mekanizmasının amacına uyarlık göstermemiş; Cumhurbaşkanı yardımcılarının ve bakanların soru muhatabı olacağı usulle dahi olsa sözlü soru, denetim mekanizması içinde korunmamıştır. Bu olasılıkları tartışmaksızın sözlü sorunun Anayasa’dan çıkarılması, muhalefetin, 2017 Anayasa değişikliğiyle araçların yürütme lehine işler kılınarak denetimin tırpanlandığı, hatta ortadan kaldırıldığı savını haklı kılıyor gözükmektedir.

Bu nedenle Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin, ABD benzeri bir başkanlık rejimi olmadığı ve denetim mekanizmalarının etkililiğinin de örtüşmediği akılda tutularak – yukarıda açıklandığı üzere – muhalefet yönünden önemli işlevleri yerine getiren sözlü sorunun denetim mekanizmasına geri dönmesi gerektiği düşünülmektedir.

Kaplan ‘Genel kurul bakanlara kapalı’ *Cumhuriyet* (İstanbul, 1 Mart 2020) <<https://www.cumhuriyet.com.tr/haber/genel-kurul-bakanlara-kapali-1724282>> Erişim Tarihi 9 Nisan 2023.

108 Anayasa’nın 104’üncü maddesi gereğince yürütme yetkisini kullanmıyorlarsa da Anayasa’nın 106’ncı maddesinin 2’nci fıkrası gereğince Cumhurbaşkanının yetkilerini kullanabilmeleri ve ayrıca Cumhurbaşkanınca görevlendirilebilmeleri olasılığı dikkate alındığında Cumhurbaşkanı yardımcılara ve üstlendikleri görevler dolayısıyla bakanlara da soru sorulabilmesi korunabilecektir. Ancak bu, yetkinin asıl sahibi olarak soru muhatabının Cumhurbaşkanı olması gerektiğini değiştirmemektedir.

109 Başkanlık rejimlerinde de devlet başkanının ve/veya yürütme organı üyelerinin parlamentoya çağrılarak soruların muhatabı olma ve/veya rapor sunma yükümlülüğü altında olduğu uygulamalara rastlanılmaktadır. Official Gazette, ‘The Constitution of the Republic of the Philippines’ [Article VI: The Legislative Department, Section 22] <<https://www.officialgazette.gov.ph/constitutions/1987-constitution/>> Erişim Tarihi 8 Haziran 2023; 18th Congress of the Republic of the Philippines, ‘Rules of the House of Representatives – 18th Congress’ [Rule XVIII. Question Hour – Section 128. Day of Appearance] <<https://www.congress.gov.ph/download/docs/hrep.house.rules.pdf>> Erişim Tarihi 5 Temmuz 2023; The Republic of Chile, ‘Chile 1980 (rev 2021)’ [Chapter V. National Congress – Exclusive Powers of the House of Representatives – Article 52/1/b] <https://www.constituteproject.org/constitution/Chile_2021?lang=en> Erişim Tarihi 5 Temmuz 2023; The Republic of Nicaragua, ‘Nicaragua 1987 (rev 2014)’ [Title VIII. The Organization of the State – Chapter II. Legislative Branch – Article 138/4, 150/15, 151/5] <https://www.constituteproject.org/constitution/Nicaragua_2014?lang=en> Erişim Tarihi 5 Temmuz 2023; The United Mexican States, ‘Mexico 1917 (rev 2015)’ [Title Three – Chapter II. The Legislature – Article 69/1/2, 93/1/2] <https://www.constituteproject.org/constitution/Mexico_2015> Erişim Tarihi 5 Temmuz 2023.

SONUÇ

Her ne kadar devlet başkanının yasama önünde sorgulanmasına olanak tanıyacak denetim araçlarının başkanlık rejimi uygulamalarında görülmediği belirtilse¹¹⁰ de yürütme erkini elinde bulunduran devlet başkanının, eşyanın tabiatı gereği yasamanın ve özellikle de muhalefetin hesap sorması karşısında hesap vermesine dönük gereksinim, anayasalcılığın *telosunun* (ana ereğinin) gereğidir. ABD’de soru aracının bulunmamasına karşın denetim araçları o denli etkili işletilebilir ki bu etkililik, Başkanın soru aracı olmaksızın dahi hesap sorulmaya açık kılındığını göstermektedir.

Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde ise başkanlık rejimi prototipinin aksine denetim araçları etkili değil âdeta etkisiz kılınmaya eğilimlidir. Nitekim ABD’deki *impeachment* kurumunun karşılığı sayılacak Meclis soruşturmasının, parlamento çoğunluğuna sahip iktidar karşısında muhalefet tarafından işletilmesine olanak tanıyacak nisaplar öngörülmemiştir¹¹¹. Komisyonların İhtüzüğe göre oluşum usulü ve bu bağlamda denetlenecek olan iktidarın denetleyecek olan muhalefet karşısında komisyonlarda her bakımdan sayıca üstünlüğe daima sahip olacağı dikkate alındığında Meclis araştırmasının layıkıyla bir denetim aracı olarak işletilebilmesi olanaklı durmamaktadır. Meclis soruşturması, Meclis araştırması ve genel görüşme araçlarının işletilebilmesinin Genel Kurul kararı doğrultusunda gerçekleşeceği akılda tutulduğunda – soruların cevaplandırılmamasının yahut geç ve/veya özensizce cevaplandırılmasının yaptırımı bağlanması koşuluyla-¹¹² parlamento çoğunluğunun kararından görece etkilenmeyecek aracın soru olduğu söylenebilecektir. Bu nedenle denetim mekanizması o lahza inmeyle¹¹³ işlemez olan muhalefetin, özellikle de iktidar ve muhalefet ilişkisi bakımından denetlenenle denetleyenin karşı karşıya gelmesini sağlayan sözlü soruya duyduğu gereksinim artmaktadır.

Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine sözlü soru aracı getirilecekse bunun salt başkanlık rejimi uygulamalarında sözlü soru olup olmadığına ve varsa hangi usulle işletildiğine bakılarak değil bunun yanı sıra denetim araçlarının tümünün bir mekanizma oluşturduğu göz önünde tutulup 2017 Anayasa değişikliği sonrasında bu mekanizmanın muhalefetin iktidarı denetlemesi bakımından işleyip işlemediğine bakılarak getirilmesi gerekmektedir.¹¹⁴ Aksi hâlde yalnız sözlü soru aracını getirmiş olmak için sözlü

110 Abdurrahman Tekin, ‘Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Yasamanın Güçlendirilmesi: Sözlü Soru ile Yürütme ve Bürokrasiden İzahat İstenmesi’ (2022) 9(2), İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 297, 329.

111 Mahmut Aydın, ‘TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku öğretim üyesi Prof. Dr. Fahri Bakırcı: Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi ile uygulanan model, kuvvetler birliğidir’ *Politikayol* (Ankara, 5 Aralık 2021) <<https://www.politikayol.com/tobb-etu-hukuk-fakultesi-anayasa-hukuku-ogretim-uyesi-prof-dr-fahri-bakirci-cumhurbaskanligi-hukumet-sistemi-ile-uygulanan-model-kuvvetler-birligidir/>> Erişim Tarihi 9 Nisan 2023.

112 27’nci Yasama Döneminde işleme alınan yazılı soru önergelerinin artışında, diğer denetim araçlarının – yukarıda sayılan gerçeklerle – işletilememesi veya yeterince işletilememesi de etkilidir ki geçmiş yasama dönemlerine koşutlukla bu yasama döneminde de önergelerin çoğunluğu muhalefete; demek oluyor ki yasamanın, denetim araçlarını işletmesi beklenen kesimine aittir. 27’nci Yasama Döneminde tüm denetim araçları açısından verilen önergelerin sayısı, muhalefetin, sonuç doğurup doğurmadığına bakmaksızın denetim önergesi vermeyi bir denetime zorlama yöntemi veya muhalefet edimi olarak kavradığını imlemektedir. Bu da ortaya koymaktadır ki denetim araçlarının nicel ve nitel durumu, denetlemeye duyulan gereksinimi gidermekte yetersiz kalmaktadır.

113 Faruk Nafiz Çamlıbel’in “*İnme*” şiirindeki “(...) *baştan aşağı çarpar o lâhza inme*” dizesinden çağrışımla 2017 Anayasa değişikliği parlamentoyu bir anda kıpırdatamaz hâle getiren inme gibidir.

114 Cumhuriyet Senatosu İhtüzüğünün maddelerinin görüşülmesi sırasında İhsan Hâmit Tigril, soru aracının önemine ve denetim mekanizmasındaki yerine özlü biçimde değinmiştir. Tigril’in, denetim mekanizmasına bütünsel yaklaşım yönünden özellikle gensorunun yokluğunda soruya duyulan gereksinimi ve bu bağlamda parlamentoda soruların

soruyu getirmek; başka bir deyişle, iktidarın muhalefetçe sorgulanmasına olanak tanımayan bir denetim aracı olarak sözlü soruyu getirmek, teoride mevcut ancak pratikte amaca hizmet etmeyen araçların sayıca çoğalmasının ötesine geçemeyecektir. Yasamanın yürütmeyi denetlemesine; demek oluyor ki muhalefetin hesap sormasına, iktidarın hesap vermesine hizmet edebilecek nitelikteki sözlü soru aracının başkanlık rejimiyle uyuşmayacağı savından – ki Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin başkanlık rejiminin prototipine uzak düştüğü¹¹⁵ görülmesine karşın – hareket edilecekse de, denetim araçlarını etkisizleştirmek pahasına Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine uygun kılmaktansa, anayasal geleneğin parlamenter rejim getirisi akılda tutularak denetim araçlarının etkililiğini sağlamaya uygun rejimin arayışına girmek, bir seçenek olarak varlığını sürdürmektedir. Ancak şu hususu da vurgulamak gerekmektedir ki Türkiye’de denetime ilişkin sorunlar – ister parlamenter rejimde ister Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde olsun – yasamanın zayıf bırakılmasından¹¹⁶ ileri gelmiştir¹¹⁷ ve bu nedenle parlamenter rejime geçişle dahi salt siyasal rejimin değişmesiyle denetim mekanizması etkinleşemeyeceğinden teoride ve pratikte

cevaplandırılmasının iktidar üzerindeki denetleyici etkisini vurgulaması dikkat çekicidir: “*Muhterem arkadaşlarım, soru müessesesi, teşrii organın, icrai organı murakabe yollarından biridir. Millet Meclisinde birtakım murakabe müesseseleri olduğu gibi, Senatoda da vardır. Yalnız, Senatoda eksik olan, demin Âmil Artus arkadaşımızın da ifade ettiği gibi, istizah müessesesi yani gensoru müessesesidir.*

Binaenaleyh, biz soru müessesesini mütalaa ederken, bu mahrumiyetin mevcudiyetini de düşünmemiz lazımgelir. Teşrii organın icra organı murakabe yollarından birisi olan soru müessesesi, tahdit edildiği takdirde, istizah müessesesinden de mahrum bulunduğu için, bu vazifesinin aksama durumuna düşeceğini takdir etmek icabeder.

Bu itibarla, yazılı olsun veya şifahi olsun bir soru müessesesinin tahdit edilmesine taraftar değilim. (Bravo sesleri) Ancak, soru müessesesinin Hükümet faaliyetini de aksatmaması icabeder. Bunun yolu nedir? Sadece ve sadece suali soran arkadaşın idrakidir. Bundan başka tahdit yolu olmaz. Şimdi, zahiren lüzumsuz gibi görünen, bir istatistiki malumat gibi görünen birtakım sualler vardır ki, hakikatte bunlar zahiri ifadesinden ibaret bulunmamaktadır.

Mesela; Millet Meclisinin yarınki müzakeresinden 1 – 2 soru var. Bunlardan birisi; «Mardin Milletvekili Esat Kemal Aybar’ın, Diyarbakır, Mardin, Siirt ve civarı illerinde henüz yakalanmamış bulunan gıyabi mevkûfların adedine ve bunların yakalanmaları için, özel surette tedbir alınıp alınmadığına dair İçişleri Bakanından sözlü sorusu» var.

Efendim git Dahiliye Vekilinden sor. Hayır. Bunu, Dahiliye Vekilinden sormak veya meşşarlar temas edip öğrenmek başkadır, bunu kürsiye getirip de Hükümetin, Dahiliye Vekilinin veya mesul makamların efkârı umumiye üzerinde, efkârı umumiye karşısında ve Meclis huzurunda ifade edeceği taahhüt başkadır.

İşte bir misal daha : İçel Milletvekili Mazhar Arıkan’ın, Mersin’de kadaastro davalarının normal yürüyüp yürümediğini soruyor. E... bunu kendisi de biliyor ki, normal yürümüyor. Adalet Bakanı da biliyor ki, normal yürümüyor. E... niye soruyorsun? Hayır. Adalet Bakanı bunu Meclis huzurunda ifadeye mecbur olduğunu hissettiği anda alacağı tedbir ve düşünceleri başka yola gider. Bütün bu mülahazalarla soru müessesesinin hiç bir suretle tahdit edilmesine taraftar değilim. Sözcü arkadaşımızdan da bir rücu cihetine gitmemesini rica ediyorum. (Alkışlar)” (Yazım hataları tutanağa aittir). Bkz. Cumhuriyet Senatosu Genel Sekreterliği, Cumhuriyet Senatosu İçtüzüğü’nün Maddelere Göre Tasnifli Tutanakları [I. Cilt/ II. Cilt] (TBMM 1978) II. Cilt – 986-987.

115 İbrahim Ö. Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)* (16. Bası, Legal 2021) 167-168; İbrahim Kaboğlu, ‘PBDBY yorgunu Türkiye...’ *Politikoyol* (Ankara, 31 Temmuz 2022) <<https://www.politikoyol.com/pbdby-yorgunu-turkiye/>> Erişim Tarihi 10 Nisan 2023; İbrahim Kaboğlu ‘Yabancılaştırma nasıl asılır?’ *Birgün* (İstanbul, 17 Kasım 2022) <<https://www.birgun.net/makale/yabancilastirma-nasil-asilir-410280>> Erişim Tarihi 10 Nisan 2023; Ersin Kalaycıoğlu ‘16 Nisan 2017 Referandumunun getirdikleri: Neo-patrimonyal Sultanizm’ *Politikoyol* (Ankara, 24 Temmuz 2022) <<https://www.politikoyol.com/16-nisan-2017-referandumunun-getirdikleri-neo-patrimonyal-sultanizm/>> Erişim Tarihi 9 Nisan 2023; Müzeyyen Yüce ‘Denge ve Denetleme Ağının sistem tespiti: Hiper-başkanlık’ *Gazete Duvar* (İstanbul, 22 Aralık 2020) <<https://www.gazeteduvar.com.tr/denge-ve-denetleme-aginin-sistem-tespiti-hiper-baskanlik-haber-1507837>> Erişim Tarihi 10 Nisan 2023.

116 ‘CHP’li Kaboğlu Meclisin 5 yıllık bilançosunu açıkladı: Anayasa’ya aykırılıklar zinciri’ *Evrinsel* (İstanbul, 3 Nisan 2023) <<https://www.evrinsel.net/haber/486521/chpli-kaboglu-meclisin-5-yillik-bilancosunu-acikladi-anayasaya-aykirililar-zinciri>> Erişim Tarihi 10 Nisan 2023.

117 Hamza Al, ‘Başkanlık Sistemi Üzerine: Cumhurbaşkanlığı Sisteminin Zayıf Halkası Parlamento’ (2020) 22(1) Bilgi 14, 33.

sözlü soruyu etkisiz kılabilecek yöntemlere tekrar başvurulmaması¹¹⁸ için parlamentonun/muhalefetin güçlendirilmesi ereği gözetilmelidir. Sözlü soru, ancak güçlendirilmiş parlamento/muhalefet elinde güçlü bir araç olarak işlev gösterebilecektir.

KAYNAKÇA

- 18th Congress of the Republic of the Philippines, 'Rules of the House of Representatives – 18th Congress' [Rule XVIII. Question Hour – Section 128. Day of Appearance] <<https://www.congress.gov.ph/download/docs/hrep.house.rules.pdf>>.
- Abdulahakimoğulları E, 'Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Hükümet Üzerindeki Denetim Araçlarından Soru' (2008) (72) e-akademi (Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi) <<http://www.e-akademi.org/makaleler/SORU%20SON.pdf>> 1-23.
- Adalet ve Kalkınma Partisi Genel Başkanı İzmir Milletvekili Binalı Yıldırım ve Grup Başkanvekilleri Kayseri Milletvekili Mustafa Elitaş, Amasya Milletvekili Mehmet Naci Bostancı, Aksaray Milletvekili İlknur İnceöz, Çanakkale Milletvekili Bülent Turan ve İstanbul Milletvekili Mehmet Muş ile 310 Milletvekilinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/1504) ve Anayasa Komisyonu Raporu, Yasama Dönemi: 26, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 447.
- Al H, 'Başkanlık Sistemi Üzerine: Cumhurbaşkanlığı Sisteminin Zayıf Halkası Parlamento' (2020) 22(1) Bilgi 14-44.
- Arsel İ, *Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları – Birinci Kitap: Cumhuriyetin Temel Kuruluşu* (Mars 1965).
- Atalay A ve Öztürk M, 'Cumhurbaşkanı yardımcısı ve yeni bakanlar yemin etti' *Anadolu Ajansı* (Ankara, 11 Temmuz 2018) <<https://www.aa.com.tr/tr/turkiye/cumhurbaskani-yardimcisi-ve-yeni-bakanlar-yemin-etti/1200026>>.
- Aydın M, 'TOBBETÜ Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku öğretim üyesi Prof. Dr. Fahri Bakırcı: Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi ile uygulanan model, kuvvetler birliğidir' *Politikoyol* (Ankara, 5 Aralık 2021) <<https://www.politikoyol.com/tobb-etu-hukuk-fakultesi-anayasa-hukuku-ogretim-uyesi-prof-dr-fahri-bakirci-cumhurbaskanligi-hukümet-sistemi-ile-uygulanan-model-kuvvetler-birliğidir/>>.
- Bakırcı F, 'Avusturya Parlamentosu Üzerine' (2013) 17(1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1181-1242.
- Bakırcı F, *Kuruluşundan Günümüze TBMM'nin Denetim Yetkisinin Sönümlenmesi (Denetimden Kaçış)* (Lykeion 2021).
- Bakırcı F ve Yalova Y, 'TBMM'nin Denetim Yetkisinin Gelişimi Üzerine – Parlamenter Sistemden Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine Sözlü Soru Önergesi' (2021) (13) ViraVerita E-Journal: Interdisciplinary Encounters 352-395.
- Beyme K von, *Parliamentary Democracy: Democratization, Destabilization, Reconsolidation, 1789-1999* (1st edn, Macmillan 2000).
- Bülbül M, 'TBMM'nin Bilgi Edinme Yollarından Sözlü Soru Önergelerinin Cevaplandırılması' (2006) (3) Yasama Dergisi 5-26.
- Cumhuriyet Senatosu Genel Sekreterliği, *Cumhuriyet Senatosu İçtüzüğü'nün Maddelere Göre Tasnifli Tutanakları [I. Cilt/II. Cilt]* (TBMM 1978).
- Çelebi F, 'Fransa Millet Meclisi Üzerine' (2012) (21) Yasama Dergisi 51-84.

118 Sözlü soruların etkisizleştirilmesi, sürece yayılan bir denetimden kaçma eğiliminin sonucudur. Fahri Bakırcı ve Yüksel Yalova, 'TBMM'nin Denetim Yetkisinin Gelişimi Üzerine – Parlamenter Sistemden Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine Sözlü Soru Önergesi' (2021) (13) ViraVerita E-Journal: Interdisciplinary Encounters 352, 387-391.

- Dubrow G, 'Chapter Two: Systems Of Governance And Parliamentary Accountability' in *Parliamentary Accountability and Good Governance: A Parliamentarian's Handbook* (Parliamentary Centre/World Bank Institute 2002).
- Ekşi O, 'Parlamento Mu, Kanun Fabrikası Mı?' (2013) 71(4) Ankara Barosu Dergisi 125-153.
- Erdem B, 'Güçlü Yürütme Organının Egemen Olduğu Afrika Başkanlık Sistemleri ve Nijerya Örneği' (2022) 35(162) TBB Dergisi 1-42.
- Ergül C, 'TBMM Başkanı Yıldırım: Bakanlar bütçe görüşmelerine katılacak' *Anadolu Ajansı* (Ankara, 10 Aralık 2018) <<https://www.aa.com.tr/tr/politika/tbmm-baskani-yildirim-bakanlar-butce-gorusmelerine-katilacak/1334262>>.
- Erhan Bulut Z ve Duygulu Vİ, 'Türk Tipi Başkanlık Sisteminde Denge ve Denetim Mekanizmaları' (2023) 1(1) Karatekin Hukuk Dergisi 41-59.
- Ertaş T, 'Amerikan Siyasi Tarihinde Başkanların Impeachment Usulü İle Suçlandırılması: Johnson, Nixon, Clinton ve Trump Örnekleri Üzerinden Anayasal Bir İnceleme' (2022) 12(1) SDÜHFD 3-89.
- German Bundestag Public Relations Division, 'Rules of Procedure of the German Bundestag and Rules of Procedure of the Mediation Committee' (Deutscher Bundestag 2022).
- Göktepe H, 'Yıldırım: Başkanlık sistemi teklifimizi Meclis'e sunacağız' *Sputnik Türkiye* (İstanbul, 12 Ekim 2016) <<https://sputniknews.com.tr/20161012/yildirim-pkk-102.525.2193.html>>.
- Gönenç L ve Kontacı AE, '2017 Tarihli Anayasa Değişikliği Sonrasında Yasama-Yürütme İlişkileri' (2019) 32(145) TBB Dergisi 53-79.
- Hazama Y, Gençkaya ÖF and Gençkaya S, 'Parliamentary Questions in Turkey' (2017) 13(4) The Journal of Legislative Studies 539-557.
- İnceoğlu S, 'ABD Başkanlık Rejimi Örneği İle Karşılaştırmalı Olarak Türkiye'de Meclis Araştırması' iç Anayasa Hukuku Araştırmaları Derneği (edr), *Türkiye Büyük Millet Meclisi Yüzüncü Yıl Armağanı: Hukuk, Siyaset Bilimi ve Tarih* (Tekin 2022).
- İstanbul Milletvekili İbrahim Özden Kaboğlu'nun, çeşitli denetim önergelerine dair verilere ilişkin yazılı soru önergesi, Dönemi ve Yasama Yılı: 27/5, Esas Numarası: 7/66996, Başkanlığa Geliş Tarihi: 21/06/2022.
- Kaboğlu İ, 'Meclis Hükümeti'nden Hükümet'siz Meclis'e' *Birgün* (İstanbul, 4 Ekim 2018) <<https://www.birgun.net/makale/meclis-hukumeti-nden-hukumet-siz-meclis-e-232407>>.
- Kaboğlu İ, 'PBDBY yorgunu Türkiye...' *Politikayol* (Ankara, 31 Temmuz 2022) <<https://www.politikayol.com/pbdby-yorgunu-turkiye/>>.
- Kaboğlu İ, 'Yabancılaştırma nasıl aşılır?' *Birgün* (İstanbul, 17 Kasım 2022) <<https://www.birgun.net/makale/yabancilastirma-nasil-asilir-410280>>.
- Kaboğlu İÖ, *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)* (16. Bası, Legal 2021).
- Kalaycıoğlu E '16 Nisan 2017 Referandumunun getirdikleri: Neo-patrimonyal Sultanizm' *Politikayol* (Ankara, 24 Temmuz 2022) <<https://www.politikayol.com/16-nisan-2017-referandumunun-getirdikleri-neo-patrimonyal-sultanizm/>>.
- Kaplan E, 'Genel kurul bakanlara kapalı' Cumhuriyet (İstanbul, 1 Mart 2020) <<https://www.cumhuriyet.com.tr/haber/genel-kurul-bakanlara-kapali-1724282>>.
- Kara F, 'Birleşik Krallık Avam Kamarası Çalışma Usul ve Esasları Üzerine' (2012) (21) Yasama Dergisi 7-50.
- Kıran A ve Aktaş M 'ABD Başkanlık Sistemi, Kuvvetler Dengesi ve Farklı Uygulamaları' (2017) 7(19) TYB Akademi 55-82.
- Le May GHL, *British Government 1914-1963: Select Documents, Reprinted with minor corrections* (Methuen 1964).

- McHenry DE, 'Formal Recognition of the Leader of the Opposition in Parliaments of the British Commonwealth' (1954) 69 (3) Political Science Quarterly 438-452.
- Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Başlığı İle Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Bu İçtüzüğe Bazı Maddeler Eklenmesi Hakkında TBMM Kararı, Karar Numarası: 424, Karar Tarihi: 16.05.1996, RG 24.05.1996/22645.
- Neziroğlu İ, 'Türkiye Büyük Millet Meclisinde Parlamenter Denetim Aracı Olarak Sözlü Soru Önergelerinin Etkinliği' (2006) 8(2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 151-168.
- Official Gazette, 'The Constitution of the Republic of the Philippines' [Article VI: The Legislative Department, Section 22] <<https://www.officialgazette.gov.ph/constitutions/1987-constitution/>>.
- Özbey İ, 'Prof. Dr. Ersin Kalaycıoğlu, Sultanizmde hesap verilmez' *Cumhuriyet* (İstanbul, 1 Kasım 2021) <<https://www.cumhuriyet.com.tr/turkiye/prof-dr-ersin-kalaycioglu-sultanizmde-hesap-verilmez-1881068>>.
- Özbudun E, *Parlamenter Rejimde Parlamentonun Hükümeti Murakabe Vasıtaları* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1962).
- Özsoy Boyunsuz Ş, 'Siyasi Parti Sistemlerine Göre Başkanlık Rejiminin Türleri' (2016) 3(49) Amme İdaresi Dergisi 1-40.
- Pelizzo R and Stapenhurst F, 'Government Accountability and Legislative Oversight' (1st edn, Routledge 2014).
- Potter A 'Great Britain: Opposition with a capital 'O'' in Robert A. Dahl (ed), *Political Oppositions in Western Democracies* (3rd edn, Yale University Press 1968).
- Roskin MG, Cord RL, Medeiros JA, and Jones WS, *Political Science: An Introduction*, (14th edn, Pearson 2017).
- Sánchez de Dios M and Wiberg M, 'Questioning in European Parliaments' in Shane Martin and Oliver Rozenberg (eds), *The Roles and Function of Parliamentary Questions* (1st edn, Routledge 2012).
- Sayın A, 'Gara: Hulusi Akar ve Süleyman Soylu, Meclis Genel Kurulu'nu yarım Irak'ın kuzeyindeki operasyonla ilgili olarak bilgilendirecek' *BBC News Türkçe* (Ankara, 15 Şubat 2021) <<https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-56070044>>.
- Soysal M, *Anayasaya Giriş* (3. Bası, İmge 2011).
- Şimşek H, 'Meclis'in eli kolu bağlandı' *Birgün* (İstanbul, 8 Nisan 2023) <<https://www.birgun.net/haber/meclis-in-eli-kolu-baglandi-427994>>.
- Tanilli S, *Devlet ve Demokrasi: Anayasa Hukukuna Giriş* (Say 1982).
- Tanör B ve Yüzbaşıoğlu N, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku* (17. Bası, Beta 2018).
- Tekin A, 'Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Yasamanın Güçlendirilmesi: Sözlü Soru ile Yürütme ve Bürokrasiden İzahat İstenmesi' (2022) 9(2), İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 297-334.
- Teziç E, *Anayasa Hukuku* (20. Bası, Beta 2016).
- The Republic of Chile, 'Chile 1980 (rev 2021)' [Chapter V. National Congress – Exclusive Powers of the House of Representatives – Article 52/1/b] <https://www.constituteproject.org/constitution/Chile_2021?lang=en>.
- The Republic of Nicaragua, 'Nicaragua 1987 (rev 2014)' [Title VIII. The Organization of the State – Chapter II. Legislative Branch – Article 138/4, 150/15, 151/5] <https://www.constituteproject.org/constitution/Nicaragua_2014?lang=en>.
- The United Mexican States, 'Mexico 1917 (rev 2015)' [Title Three – Chapter II. The Legislature – Article 69/1/2, 93/1/2] <https://www.constituteproject.org/constitution/Mexico_2015>.
- Tunaya TZ, *Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku* (4. Bası, Fakülteler Matbaası 1980)
- Tunç H ve Yavuz B, 'Avantaj ve Dezavantajlarıyla Başkanlık Sistemi' (2009) 21(81) TBB Dergisi 1-39.
- Turgut Yılmaz N, *Siyasal Muhalefet: Batı Demokrasileri-Sosyalist Ülkeler-Türkiye* (2. Bası, İmaj 2014).

- Türkiye Büyük Millet Meclisi, B: 61, 21.02.1989, O: 1.
- Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa Komisyonu Tutanak Dergisi, Dönem: 26, Cilt: 1, Yasama Yılı: 2, 28 Aralık 2016, T: 8, O: 1.
- Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa Komisyonu Tutanak Dergisi, Dönem: 26, Cilt: 1, Yasama Yılı: 2, 29 Aralık 2016, T: 9, O: 2.
- Türkiye Büyük Millet Meclisi Araştırma Hizmetleri Başkanlığı, *ABD Kongresinde Yasama, Denetim ve Bütçe Süreçleri* (TBMM 2019).
- Türkiye Büyük Millet Meclisi Araştırma Hizmetleri Başkanlığı, *Almanya Parlamentosunda Yasama, Denetim ve Bütçe Süreçleri* (TBMM 2019).
- Türkiye Büyük Millet Meclisi Araştırma Hizmetleri Başkanlığı, *Fransa Ulusal Meclisinde Yasama, Denetim ve Bütçe Süreçleri* (TBMM 2019).
- Türkiye Büyük Millet Meclisi Araştırma Hizmetleri Başkanlığı, *İngiltere Avam Kamarasında Yasama, Denetim ve Bütçe Süreçleri* (TBMM 2019). Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5678, Kabul Tarihi: 31.05.2007, RG 16.06.2007/26554.
- UK Parliament, 'MPs' Guide to Procedure – Urgent Questions' <<https://guidetoprocedure.parliament.uk/collections/Wtb12urb/urgent-questions>>.
- UK Parliament, 'Question Time' <<https://www.parliament.uk/about/how/business/questions/>>.
- UK Parliament, 'MPs' Guide to Procedure – Oral questions' <<https://guidetoprocedure.parliament.uk/collections/RgtquIRV/oral-questions>>.
- UK Parliament, 'MPs' Guide to Procedure – Topical Questions' <<https://guidetoprocedure.parliament.uk/collections/RgtquIRV/oral-questions>>.
- UK Parliament, 'Question Time' <<https://www.parliament.uk/about/how/business/questions/>>.
- UK Parliament, 'Supplementary Questions' <<https://www.parliament.uk/site-information/glossary/supplementary-questions/>>
- UK Parliament, 'Urgent Questions' <<https://www.parliament.uk/about/how/business/urgent-questions/>>
- Uslu S ve Subaşı E, 'TBMM Genel Kurulu İdlib gündemiyle kapalı oturumda toplandı' *Anadolu Ajansı* (Ankara, 5 Mart 2020) <<https://www.aa.com.tr/tr/politika/tbmm-genel-kurulu-idlib-gundemiyle-kapali-oturumda-toplandi/1753204>>.
- Wiberg M, 'Parliamentary Questioning: Control by Communication?' in Herbert Döring (ed) *Parliaments and Majority Rule in Western Europe* (Campus Verlag/St. Martin's Press 1995).
- Yamamoto H, *Tools for parliamentary oversight: A comparative study of 88 national parliaments* (Inter-Parliamentary Union 2007).
- Yılmaz D, *Bir Denge Unsuru Olarak Anayasal Muhalefetin Parlamento İçindeki İktidarı* (Yetkin 2016).
- Yüce M 'Denge ve Denetleme Ağının sistem tespiti: Hiper-başkanlık' *Gazete Duvar* (İstanbul, 22 Aralık 2020) <<https://www.gazeteduvar.com.tr/denge-ve-denetleme-aginin-sistem-tespiti-hiper-baskanlik-haber-1507837>>.
- Zengin MA, 'ABD Başkanlık Sisteminde Fren ve Denge Mekanizması Üzerine Bir İnceleme' (2016) 7(28) TAAD 1-28.

İslam Hukukunda Kültür Varlıklarının Korunması ve Heykellerin Yıkılması Meselesi*

Protection of Cultural Properties in Islamic Law and the Problem of Demolition of Idols

M. Raşit AKGÜN** 

ÖZ

Kültür varlıklarının korunması hukuku, klasik fıkıh kaynaklarında doğrudan tanzim edilmiş değildir. Ancak bazı fıkıh hükümleri dolaylı olarak kültürel mirasın korunmasına hizmet eder. Bilhassa vakıflar ile gayrimüslim mabetlerine dair hükümler bu kapsamda değerlendirilebilir. Define ve lukata mefhumları ise tam manasıyla kültür varlığı kavramıyla bağdaştırılamaz. Çağdaş İslam hukuku literatüründe kültür varlıklarının tâbi olduğu mülkiyet rejimi ile mal olma vasfı hakkında muhtelif görüşler vardır. Fukaha, genel olarak resim ve heykelleri ancak belli şartlarla mübah kabul eder. Esas tartışma ise putların yıkılmasının lüzumu meselesindedir. İslam hukukçularının ekseriyeti kültür varlığı niteliğindeki heykellerin tahribine karşı çıkarken tahribe ruhsat verenler de vardır. İki taraf da görüşlerini kitap, sünnet, kıyas ve sedd-i zerâi gibi delillere dayandırarak müdafaa eder. Tarafların delilleri, İslam tarihindeki tatbikat da göz önüne alarak değerlendirildiğinde, kültür varlıklarının muhafaza edilmesinin İslam hukukuna uygun olduğu neticesine ulaşılır.

Anahtar Kelimeler: İslam Kültürel Miras Hukuku, Fıkıhta Eski Eserler Hukuku, Vakıf Kültürü, İslam Hukukunda Resim ve Heykeller, Tasvir Yasağı.

ABSTRACT

The law of protection of cultural properties is not directly regulated in classical sources of Islamic jurisprudence (*fiqh*). However, some provisions indirectly serve to protect the cultural heritage. Especially, provisions regarding foundations (*waqfs*) and places of worship of non-Muslims can be considered in this context. However, the concepts of “treasure trove” and “lost property” (*luqata*) cannot be completely aligned with the concept of cultural property. In the literature of contemporary Islamic law, there are different opinions about the legal and commercial value and the ownership regime of cultural properties. Classical Islamic jurists’ interpretation is that paintings and sculptures are recognized as licit only under certain conditions. The primary dispute revolves around the necessity of destroying idols. While the majority of Islamic jurists oppose the destruction of idols that are considered cultural properties, there are also those who allow the destruction. Both sides support their opinions by grounding them in sources such as the Qur’an, sunnah, qiyas, and the principle of blocking the means (*sadd al-dhara’i*). When evaluating the evidence presented by both sides in light of historical Islamic practices, it becomes evident that the protection of cultural properties aligns with Islamic law.

Keywords: Islamic Cultural Heritage Law, Cultural Properties and Islamic Jurisprudence, Foundation, Waqf, Painting and Sculpture, Iconoclasm.

* Bu makale, Marmara Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği (RG 5.10.2017/30201) m. 27/2 uyarınca doktora savunma sınavına girilebilmesi için “Osmanlı Devleti’nde Eski Eserlerin Hukuki Rejimi” isimli tezden üretilmiştir.

** Arş. Gör., Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı, mrasitakgun@marmara.edu.tr, ORCID: 0000-0001-5191-4089.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: M. Raşit AKGÜN

E-posta/E-mail: mrasitakgun@marmara.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 30.08.2023

Kabul Tarihi/Accepted: 05.11.2023

GİRİŞ

Kültür varlıklarının korunması, XIX. asırdan günümüze değin ulusal hukuk sistemlerinde hususi kanunlarla tanzim edilen ve uluslararası antlaşmalara konu olan mühim bir mevzudur. Kültür varlıklarının / kültürel mirasın korunması hukuku ya da eski eserler hukukunun, bir hukuk disiplini olarak doğuşu ve gelişimi nispeten yenidir. Dolayısıyla İslam hukukunun klasik kaynaklarında (fıkıh kitaplarında) mevzuyu doğrudan tanzim eden hükümlere rastlanmaz. Ancak bazı hükümlerin dolaylı olarak kültürel mirasın korunmasına hizmet ettiği ya da kültür varlıklarıyla alakalı olduğu söylenebilir. Mevzu hakkında çağdaş İslam hukuku literatüründe muhtelif görüşler ileri sürülmüştür. Bilhassa heykellerin statüsü ve putların yıkılmasının lüzumu üzerinde tartışmalar mevcuttur. Çalışmada öncelikle klasik fıkıh literatüründe kültürel mirasın korunmasıyla alakalı hükümler ortaya konulacak, akabinde çağdaş İslam hukukçularının görüşleri ele alınacaktır. Kültür varlıklarının tâbi olduğu mülkiyet rejimi, mal olma vasfı ve resim ve heykellerin statüsü hakkındaki fikirler hülasa edilecektir. Son olarak putların yıkılmasının gerekliliği meselesi, karşıt görüşler ve delilleriyle mukayeseli olarak değerlendirilecektir.

I. KÜLTÜR VARLIKLARININ KORUNMASI HUKUKU

A. GENEL OLARAK

Kültür varlıklarının korunması hukuku denince, kültür varlıklarının tâbi olacağı hususi nizam ve kültür varlıklarıyla alakalı resmî makamların vazifelerini tayin eden hukuk kaideleri anlaşılmaktadır¹. Kültür varlığının tarifi ve korunmasına yönelik tedbirler; koruma faaliyetlerini yürütecek idari teşkilat ile bunun vazife ve yetkileri; kurallara aykırı davranacak kimselere karşı tatbik edilecek müeyyideler gibi mevzular bu kapsamdadır². Bir hukuk dalı olarak, klasik hukuk sistematiğinde kamu hukuku dallarından idare hukukunun sahasına girdiği umumiyetle kabul edilir. Ancak pek çok hukuk dalıyla irtibatlı olduğundan karma vasıflı olduğu da ifade edilir³.

Kültür varlıklarının korunmasına dair dünyada iki ana cereyandan bahsedilebilir:

- Evrensellik görüşüne göre, eski eserler insanlığın ortak kültürel mirasıdır. Tüm insanlığın malı olduğundan kültür varlıklarının, bulunduğu yerde değil; en emniyetli yerde korunması

1 Bilge Umar ve Altan Çilingiroğlu, *Eski Eserler Hukuku* (Ankara Üniversitesi Basımevi 1990) 4. Mumcu'ya göre bu hukuk kolunun maksadı, bazı malları, genel hukuki rejimden istisna tutmak ve böylece himaye etmektir. Bkz Ahmet Mumcu, 'Eski Eserler Hukuku ve Türkiye' (1969) 26 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 45, 48.

2 Nusret İlker Çolak, *Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Hukuku* (On İki Levha 2011) 39.

3 Kültür varlıklarının korunması hukuku, mülkiyet ve miras gibi hakların kısıtlanması cihetinden anayasa hukukuyla; mülkiyet hakkının kullanımı ve sözleşme serbestisiyle alakalı kaideleri cihetinden medenî hukuk, eşya hukuku ve ticaret hukukuyla; suç ve cezalar tayin etmesi cihetinden ceza hukukuyla; vergi, resim ve harç gibi mükellefiyetler ve bazı muafiyetler getirmesiyle vergi hukukuyla; milletlerarası antlaşmalara konu olmasıyla da milletlerarası hukukla irtibatlıdır. Umar ve Çilingiroğlu (n 1) 4; Çolak (n 2) 38; Oğuz Sancakdar, Pınar Yağcı, Şükür Taşyıldız ve Ezgi Çırak, *Kültür ve Tabiat Varlıkları Hukuku* (Adalet 2021) 77 vd.

mühimdir. Kaynak ülkenin ekonomik ve sosyal şartları elverişli değilse eser, korumayı sağlayacak başka bir ülkeye götürülebilir⁴.

- b. Milliyetçi görüş ise kültür varlıklarının, her milletin kendi kültürüne ait değerler olduğunu müdafaa eder. Dolayısıyla eserler esasen buldukları yerde muhafaza olunmalıdır. Legal ve bilhassa illegal yollarla ihraç edilmiş kültür varlıkları, kaynak ülkelerine iade edilmelidir⁵.

Kültür varlıkları için kabul edilen ve dünyada tatbik olunan mülkiyet rejimleri, üç kategoride ele alınabilir:

- a. Özel mülkiyetin esas olduğu ABD'de, malikler kültür varlıkları üzerinde serbestçe tasarruf edebilirler. Ancak şahıslar müze kurmaya veya müzelere bağışta bulunmaya teşvik edilirler⁶.
- b. Özel mülkiyeti kabul etmekle beraber mülkiyet hakkının kullanılmasını sınırlayan sistemler, Batı ve Orta Avrupa ülkelerinde yaygındır. Umumiyetle taşınır kültür varlıkları için ayrı bir mülkiyet rejimi yoktur. Ancak devletin ihraç veya temlik yasağı koyduğu misaller vardır⁷.
- c. Üçüncü sistem, taşınır ve taşınmaz tüm kültür varlıklarının devlet mülkiyetinde kabul edilmesidir⁸. Türkiye, Meksika, İtalya, İspanya ve Yunanistan gibi ülkelerde, bulunmuş veya ileride bulunacak eski eserler kamu mülkiyetindedir. Temlik veya zamanaşımıyla iktisap mümkün değildir⁹.

B. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

Kültür varlıklarının korunması hukukuna dair doktrinde, benzer manada kültür mirası/kültürel miras (*cultural heritage*), kültür malları (*Kulturgüter/Kulturdenkmal*), kültürel varlık (*cultural property*) gibi terimlere rastlanır¹⁰.

Kültür varlığı mefhumunun herkesçe kabul edilen tek bir tanımından bahsetmek güçtür. Hukuki bir terim olarak, mevzuatlarda, farklı ülkelerde ve farklı zamanlarda, başka başka tarif edilmektedir¹¹. Halihazırda Türk hukukunda yürürlükte olan *Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu*¹² (KTVKK) m. 3/a/1'e göre kültür varlığı:

4 Oğuz Sancakdar, Pınar Yağcı, Şükür Taşyıldız ve Ezgi Çırak (n 3) 69.

5 Sibel Özel, *Uluslararası Alanda Kültür Varlıklarının Korunması* (Alkım 1998) 34 vd. Zikredilen iki görüşü telif edip eski eserlerin insanlığın ortak kültürel mirası olduğunu ve tüm insanlık için ehemmiyetini kabul etmekle beraber buldukları yerde korunması gerektiğini savunan karma görüş de mevcuttur. Oğuz Sancakdar, Pınar Yağcı, Şükür Taşyıldız ve Ezgi Çırak (n 3) 71.

6 Eski eserlerin kamulaştırılması, kamu yararının ağır bastığı son derece istisnai hallerde mümkün görülmektedir. Mumcu (n 1) 51.

7 Mesela Ekvator Cumhuriyeti'nin tatbikatı için bkz Özel (n 5) 59.

8 Mumcu (n 1) 53.

9 Özel (n 5) 60.

10 Oğuz Sancakdar, Pınar Yağcı, Şükür Taşyıldız ve Ezgi Çırak (n 3) 40.

11 ibid 48.

12 *Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu*, Kanun Numarası: 2863, Kabul Tarihi: 21.7.1983 RG 23.7.1983/18113.

“... tarih öncesi ve tarihi devirlere ait bilim, kültür, din ve güzel sanatlarla ilgili bulunan veya tarih öncesi ya da tarihi devirlerde sosyal yaşama konu olmuş bilimsel ve kültürel açıdan özgün değer taşıyan yer üstünde, yer altında veya su altındaki bütün taşınır ve taşınmaz varlıklardır.”

Kültürel miras mefhumunun; diller, dinler, gelenekler, şarkılar, danslar, ritüeller ve mitler gibi somut olmayan şeyleri de ihtiva ettiği kabul edilmektedir¹³. *Kültür Yatırımları ve Girişimlerini Teşvik Kanunu*¹⁴ m. 3/d’de somut olmayan kültürel miras¹⁵ şöyle tarif edilmiştir:

“... Sözlü kültür ortamlarında halk tarafından yaratılan ve halkbilimi araştırmaları içinde yer alan; sözlü anlatımlar ve sözlü gelenekler, gösteri sanatları, toplumsal uygulamalar, ritüel ve festivaller, halk bilgisi, evren ve doğa ile ilgili uygulamalar, el sanatları geleneği gibi kültürel ürünleri ve üretim süreçleri...”

Koruma ve muhafazaya dair metinlerde kültürel miras terimi daha sık kullanılırken; iadeye dair meselelerde, nesnelere söz konusu olduğu için, kültür varlığı teriminin ön plana çıktığı görülmektedir¹⁶.

Kültür varlığı terimi, Osmanlı İmparatorluğu devrinde 1869 senesinden itibaren tanzim edilen mevzuatta “âsâr-ı atika” (آثار عتيقة) olarak ifade edilmiştir. 1869¹⁷, 1874¹⁸, 1884¹⁹ ve 1906²⁰ senelerinde birer *Âsâr-ı Atika Nizamnâmesi* (AAN) çıkarılmıştır. 1906 AAN, Cumhuriyet devrinde de yürürlükte kalmış ve 1973’e kadar tatbik olunmuştur. Cumhuriyet’in ilk yıllarından itibaren Türkçe literatürde âsâr-ı atikanın karşılığı olarak “eski eser” terimi yerleşmiş, 1973’te *Eski Eserler Kanunu*’na²¹ da ismini vermiştir.

III. İSLAM HUKUKU VE KÜLTÜREL MİRASIN KORUNMASI

A. İSTILAH

Çağdaş İslam hukuku literatüründe kültür varlıkları ya da arkeolojik eserler, “*el-âsâr*” (الآثار) olarak ifade edilir²². *el-Âsâr*, Türkçede de yer alan “eser” kelimesinin çoğul halidir. Lügat manasıyla eser,

13 Özel (n 5) 24; Oğuz Sancakdar, Pınar Yağcı, Şükür Taşyıldız ve Ezgi Çırak (n 3) 55.

14 *Kültür Yatırımları ve Girişimlerini Teşvik Kanunu*, Kanun Numarası: 5225, Kabul Tarihi: 14.7.2004, RG 21.7.2004/ 25529.

15 Doktrinde aynı manada “somut olmayan kültür varlığı” tabirine de rastlanmaktadır. Çolak (n 2) 25 vd.

16 Özel (n 5) 24.

17 *Takvim-i Vekâyi*, 1 Zilkâde 1285-1 Şubat 1284/1053, 1 vd.

18 *Âsâr-ı Atika Nizamnâmesi*, *Düstûr I/III*, 20 Safer 1291-24 Mart 1290, 426 vd.

19 *Âsâr-ı Atika Nizamnâmesi*, *Zeyl-i Düstûr I/IV*, 23 Rabiulahir 1301-9 Şubat 1299, 89 vd.

20 *Âsâr-ı Atika Nizamnâmesi*, *Düstûr I/VIII* No:113, 29 Safer 1324-10 Nisan 1322, 506 vd.

21 *Eski Eserler Kanunu*, Kanun Numarası: 1710, Kabul Tarihi: 25.4.1973, RG 6.5.1973/14527.

22 Mesela bkz. Abdullah bin Ahmed bin Âmir er-Rumeyh, “Ahkâmu’l-Âsâr fi’l-Fikhi’l-İslâmi”, Riyad, İmam Muhammed bin Suud İslam Üniversitesi, Doktora Tezi, 1431; Nâsir Sula, Abdulkâdir Abdusselâm, “Termîmu’l-Âsâr Beyne’l-Fikhi’l-İslâmi ve’t-Teşri’i’l-Cezâiri: Dirâsetün Mukârenetün (Restoration of Antiquities Between Islamic Jurisprudence and Algerian Legislation: Comperative Study)”, *Mecelletü Câmîati’l-Emîr Abdülkâdir li’l-Ulûmi’l-İslâmiyye*, C. 34, No: 1, 2020, s. 146-205; Ahmed Halid Ahmed Nevfel, “Himâyetü’l-Âsâr fi’l-Fikhi’l-İslâmi”, *Gazze, Filistin, Gazze İslam Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi*, 2017.

“bir nesnenin yerinde kalan bakiyesi” demektir²³. Literatürde kültürel miras manasında ise “et-turâsu’s-sakâfi” (التراث الثقافي) kullanımı yaygındır²⁴.

Kur’ân-ı Kerim’de âsâr kelimesi şöyle geçmektedir: “Şüphesiz biz, ölüleri mutlaka diriltiriz. Onların yaptıklarını ve bıraktıkları âsârı yazarız. Biz, her şeyi apaçık bir kitapta sayıp yazmışızdır.”²⁵ Burada âsâr, geçmiştekilerin hayır veya şer olarak insanlara bıraktığı şeyler şeklinde tefsir edilmiştir. Mesela öğretilen bir ilim, tasnif edilen bir kitap, kurulan bir vakıf, bina edilen bir cami gibi hayırlı şeyler ile Müslümanların zarar ve zulme uğramalarına sebebiyet veren veya Allah’ın zikredilmesine mâni olan kötü şeyler böyledir²⁶.

Klasik ıstılahta “eser” kelimesi, hadis manasında; “ilmu’l-âsâr” (eser ilmi) ise hadis ilmi için kullanılır. Fıkıh lügatlerinde, akitten terettüp eden netice olarak da geçer²⁷. Kültür varlıklarının korunması hukuk dünyasında ve çağdaş İslam düşüncesinde yeni yeni ele alınan mevzulardandır; klasik devir fukahası bununla alakalı meselelerle karşılaşmamıştır. Yine de fıkıh kitaplarında eser kelimesinin “kalıntı”, “bakiye” manasında kullanıldığına rastlanır. Mesela *Reddu’l-Muhtâr*’da, İslamiyet öncesi devirden kalma definelerden bahsedilirken âsâr kelimesi kullanılmıştır²⁸. Aynı kitabın başka bir yerinde, arazide binadan bir eser (kalıntı) olup olmadığından bahsedilir²⁹. İbn Kudâme’nin *el-Muğni* adlı eserinde, Âd kavminden çok âsâr kaldığı ifade edilmiştir³⁰. Şirbîni, İslam öncesi devirde yapıлып harap olan ve âsârı kalmış bulunan binadan söz eder³¹. Gerek bu ve benzeri misaller gerekse lügat manası, günümüz İslam hukuk literatüründe kültür varlıkları için âsâr tabirinin tercih edilmesine sebebiyet vermiş olabilir.

B. KLASİK FIKİH KAYNAKLARINDA

Klasik kaynaklarda, doğrudan kültür varlıklarının korunmasına yönelik hükümlere rastlanmasa da bazı hükümlerin dolaylı olarak kültürel mirasın korunmasına hizmet ettiği ya da kültür varlıklarıyla alakalı olduğu söylenebilir. İslam dünyasında pek çok taşınmaz kültür varlığının korunması, vakıf müessesesi vasıtasıyla mümkün olmuştur. Gayrimüslim tebaanın statüsü ve zimmet akdi de

23 Mütercim Asım Efendi, “el-eser”, C. 2, ed. Mustafa Koç, Eyyüp Tanrıverdi, *El-Okyânûsu’l-Basit fi Tercemeti’l-Kâmûsi’l-Muhit*, İstanbul, Türkiye Yazma Eserler Kurumu Başkanlığı Yayınları, 2013, C. 2, s. 1711.

24 Fatimah Alshehaby, ‘Cultural Heritage Protection in Islamic Tradition’ (2020) 27 *International Journal of Cultural Property* 291, 294. Mesela bkz Anis Ahmad, ‘el-İslâm ve’t-Turâsu’s-Sakâfi’, *A’mâlu Nedveti’d-Devha li’l-Ulemâ Havle’l-İslâmi ve’t-Turâsi’s-Sakâfi ed-Devha, Katar, 30-31 Dîsembir/Kânûne’l-Evvel 2001* (UNESCO 2005).

25 Yâsin, 36/12. Metinde yer alan Kur’ân ayetlerinin mealleri hakkında esas alınan kaynaklar için bkz. Ömer Nasuhi Bilmen, *Kur’ân-ı Kerim’in Türkçe Meali Alisi ve Tefsiri* (Bilmen Yayınevi 1971); *Kur’ân-ı Kerim ve Açıklamalı Meali* (Diyanet Vakfı 1999); *Kur’ân-ı Kerim Meâli* (Diyanet İşleri Başkanlığı 2011).

26 Mescide yürüyenlerin ayak izleri olarak tefsir edenler de vardır. Muhammed b Ahmed Kurtubi, *el-Câmi li ahkâmi’l-Kur’ân* (Ahmed el-Berdûni and İbrâhim Eттаfeyyîş eds, 2nd edn, Dâru’l-Kutubi’l-Misriyye 1964), XV/12.

27 Sula and Abdusselâm (n 22) 150 ff; Rumeyh (n 22) 20.

28 Muhammed Emin İbn Âbidin, *Reddu’l-Muhtâr* (Matba’atü Mustafâ el-Bâbi el-Halebi 1966), II/323.

29 ibid, IV/193.

30 Muvaffakuddin İbn Kudâme, *el-Muğni* (Abdullah bin Abdulmuhsin et-Turki and Abdulfettah Muhammed el-Hulv eds, 3rd edn, Dâru Âlimi’l Kütüb 1997), VIII/147.

31 Hatîb eş-Şirbîni, *Muğni’l-Muhtâc* (Ali Muhammed Muavvaz and Âdil Ahmed Abdülmevcûd eds, Dâru’l-Kutubi’l-İlmiyye 1994), III/496.

gayrimüslim mabetleri ile mukaddes eşyalarının mevcudiyetini korumasında bir amildir. Umumi olarak taşınır kültür varlıkları fıkhıta define ve lukata kapsamında mütalaa edilebilirse de bunların tam manasıyla bağdaştırılması güçtür.

Kur'ân-ı Kerîm ayetlerinin toplatılıp *mushaf* haline getirilmesi ve hatta sonraki alimlerce rivayetlerin ilmî usullerle toplanıp hadis külliyatlarının yazılması faaliyetleri, bir cihetten İslami kültürel mirasın korunması olarak görülebilir³². Nesilden nesle aktarılan tasavvuf kültürü de somut olmayan kültürel mirasa misal gösterilebilir³³.

1. Define ve Rikaz

İslam hukukunda define (*kenz*), yer altına gömülü ve sahibi bilinmeyen altın ve gümüş paralar ile diğer kıymetli eşyalara umumi olarak verilen isimdir. Üzerindeki alametlerden Müslümanlardan kaldığı anlaşılıyorsa defineye “*kenz-i İslâmî*”; İslam devleti tebaası olmayan gayrimüslimlerden kaldığı anlaşılıyorsa “*kenz-i cahilî*” denir³⁴. *Kenz-i cahilî*, aynı zamanda “*rikaz*”dır³⁵. Bunun neticesi, ganimet hükmünde olup beşte birinin (*humus*) devlet hazinesine (*beytülmâle*) ait olmasıdır. Kalan beşte dördün ise bulan kimsenin tâbiyeti ve definenin bulunduğu arazinin türüne göre; bulana, arazi sahibine ya da beytülmâle ait olacağı yönünde çeşitli görüşler vardır³⁶.

Taşınır kültür varlıklarının bir kısmı define kapsamında mütalaa edilebilir. Bu bağlamda, İslam devleti tebaası olmayan gayrimüslimlerden kaldığı anlaşılan, yer altına gömülmüş ve maddi kıymeti haiz kültür varlıkları aynı zamanda *kenz-i cahilî*dir. Mesela Roma, Antik Yunan veya Eski Mısır'dan kalma sikke ve eşyalar böyledir. Define hükümleri tatbik edildiğinde, bulunan kültür varlıklarının beşte biri beytülmâle, geri kalanı ise bulana, arazi sahibine veya yine beytülmâle ait olacaktır.

Esasında fıkhıtaki define ve rikaz hükümlerinin maksadı, kültür varlıklarının hukuki statüsünü tanzim etmek değildir. Zaten klasik kaynaklarda bir kültür varlığı tanımı yapılmamış ya da mezkûr mallar kültür varlığı olarak vasıflandırılmamıştır³⁷. Buradaki hükümlerin, bulunan eşyanın define vasfı ve yalnızca maddi kıymeti nazara alınarak konduğu anlaşılmaktadır³⁸. Dolayısıyla klasik fıkıh kaynaklarındaki define hükümlerinin, İslam hukukunda kültür varlıklarının hukuki statüsünü ifade ettiğini söylemek pek de isabetli olmayacaktır³⁹.

32 Alshehaby (n 24) 312.

33 Ashhan Nesli, ‘Eski Eserlerin Korunmasının Hukuk Tarihi Yönüyle İncelenmesi’ (2018) 20 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 431, 455.

34 Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukûk-i İslâmiyye ve Istilâhât-ı Fıkhiyye Kamusu* (2. Bası, Ravza 2018), IV/75 vd.

35 Rikazın muhtevası hususunda fukaha ihtilaf etmiştir. Mesela Hanefilere göre madenler de rikaza dahildir. Ancak *kenz-i cahilî*nin rikaz olduğunda ittifak vardır. Abdurrahman b Muhammed Cezîrî, *el-Fikh ale'l-Mezâhibi'l-Erba'a* (2nd edn, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye 2003), I/555 ff.

36 İbn Âbidîn (n 28), II/322 ff; Cezîrî (n 35), I/555 ff.

37 Mumcu (n 1) 66.

38 Çağdaş İslam hukukçularının bu hususta farklı görüşleri mevcut olup taşınır kültür varlıklarının hususi mülkiyete konu olamayacağı yönündeki değerlendirmeleri, aşağıda “İslam Hukukunda Eski Eserlerin Mülkiyeti” başlığında zikredilecektir.

39 Defineler, tarih boyunca ve günümüzde pek çok hukuk sisteminde tanzim edilmiştir. Gömülen malın mülkiyetinin terk

2. Lukata

Müslümanlardan kaldığı anlaşılan defineler (kenz-i İslâmî) lukata hükmündedir⁴⁰. Lukata, sahibi bilinmeyen, yitik, buluntu mala denir⁴¹. Lukata bulunduğu öncelikle sahibinin aranması gerekir. Sahibi ortaya çıkmazsa, beytülmal teslim edilir. Muntazam beytülmal de yoksa, bulan kimse muayyen bir müddet geçtikten sonra malı fakirlere tasadduk edebilir ya da fakirse maldan kendisi istifade edebilir; ancak sonradan sahibi çıkarsa tazmin eder⁴².

Taşınır kültür varlıklarından, Müslümanlardan kalmış olduğu anlaşılanların lukata kapsamına girdiği söylenebilir. Mesela Hz. Peygamber veya Râşid Halifeler, Emevî ve Abbâsî devrinden kalma sikkeler ile eşyalar böyledir. Böyle nesnelere bulunduğu, günümüz için bunların sahibinin tespit edilmesi pratik olarak imkansız olduğundan devlet hazinesine teslimi gerekecektir.

Lukatanın bulan tarafından temellüküne sıcak bakılmayıp öncelikle beytülmal teslim edilmesi gerekliliğinin, İslami kültür varlıklarının kamu mülkiyetinde ve devlet kontrolünde tutulmasını sağladığı aklı gelebilir. Ne var ki beytülmalin, sahibi çıkmayacağına kesin kanaat getirilen buluntu malı satın bedelini hazinenin lukata sandığına (fonuna) koyması mümkündür. Zira bu sandık, kimsesiz fakirlerin ihtiyaçları, tedavileri ve cenaze masrafları ile hastaneler için sarf edilir⁴³. Dolayısıyla lukata hükümleri de esas itibarıyla kültür varlıklarını tanzim ve muhafaza etmeyi hedeflemiş değildir. Bunlar daha ziyade malın maddi kıymetini nazara alan ve beytülmalin sosyal yardım fonksiyonunu ön planda tutan hükümlerdir.

3. Vakıf

İslam hukukundaki düzenlenişi ve İslam tarihindeki tatbikatı dikkatli incelendiğinde, vakıf müessesesinin, içinde bir kültürel mirasın korunması felsefesi barındırdığını söylemek mümkündür⁴⁴. İslam dünyasında ve ezcümle Osmanlı coğrafyasında, pek çok sosyal, kültürel, dinî ve ekonomik faaliyet vakıflar yoluyla görülmüştür. Cami, mektep, medrese ve kütüphaneler, tekke ve zaviyeler, hastaneler, köprü, yol ve su yolları, çeşmeler, hanlar ve kervansaraylar gibi müesseselerin; binalarının yapımı, korunmaları, bakımları ile mâlî idareleri vakıflar vasıtasıyla yapılmıştır⁴⁵.

edildiği değil, asıl malikin iradesi dışında bir sebepten ötürü yer altında kaldığı; ya da sonradan alınmak maksadıyla iradi olarak saklandığı düşünülür. Dolayısıyla doğrudan ihraz yoluyla aslen iktisap edilen bir sahihsiz malla aynı statüye tâbi görülmez. Asıl malikin kim olduğu bilinemediği için mülkiyetin kime ait olacağı bir hukuki problem olarak hukuk sistemlerinde yer almış ve bulana, arazi malikine veya devlet hazinesine aidiyetine dair farklı esaslar kabul edilmiştir. Hepsinde müşterek nokta şudur ki; mesele hakkındaki hükümler, definenin maddi kıymetinin nazara alındığı bir çerçevede ve mülkiyet hakkına kimin sahip olacağı problemi merkezindedir. M. Raşit Akgün, 'Önceki Hukukumuzda Definelerin Hukukî Statüsü' (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi 2018) 16 ff.

40 İbn Âbidîn (n 28), II/322; Cezîrî (n 35), I/555 ff.

41 Bilmen (n 34), VII/209.

42 Mâlikî, Şafîî ve Hanbelî mezheplerinde bulanın fakir olması şartı aranmaz. Ekrem Buğra Ekinci, *İslâm Hukuku: Umûmî ve Husûsî Hükümler* (3. Bası, Arı Sanat 2018) 446.

43 Bilmen (n 34), IV/77; Ekinci, *İslâm Hukuku* (n 42) 267 vd.

44 Alshehaby (n 24) 310.

45 Mehmet Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi* (Gözden Geçirilmiş 17, Beta 2020) 241 vd.

Kültürel mirasın korunması cihetinden, İslam vakıf hukukundaki vakfın devamlılığı (ebediliği) prensibi çok mühimdir⁴⁶. Vakfın devamlılığını sağlayan ve vakfı hususi olarak koruyan hükümler, kaynaklarda tafsilatlı olarak ele alınmıştır. Mesela vakfedenin koyduğu şartlar, kural olarak sonradan değiştirilemez⁴⁷. Müteveli, bu şartlara bağlı olarak vakfı en iyi şekilde idare etmekle mükelleftir. Kasıt veya ihmaliyle vakfın zararına yol açarsa mesul olur⁴⁸. Vakfedilmiş mal, kural olarak satılamaz, bağışlanamaz⁴⁹. Vakfın elde ettiği gelirden öncelikli olarak vakıf malın tamir ve bakımına harcama yapılır⁵⁰. Vakıf mal gaspa konu olduğunda, haksız zilyet, kötü niyetli olmayıp malı kullanmasa veya semerelerinden yararlanmasa dahi; malı elinde tuttuğu müddet için tazminat ödemeye mecburdur⁵¹.

İslam hukukunda vakıfların devamlılığını sağlayan ve vakıfları koruyan hükümlerin varlığı ile bunların ciddiyetle tatbiki, İslam'ın ilk devirlerinden itibaren pek çok eserin ayakta kalmasını ve hayatiyetini sürdürmesini sağlamıştır⁵². Dolayısıyla İslam hukukunda vakıf müessesesinin, bilhassa taşınmaz kültür varlıklarının korunmasında mühim bir rol oynadığı söylenebilir.

İslam hukukunda gayrimüslimlerin yaptığı vakıf muameleleri geçerlidir. İslam tarihinde yukarıda zikredilenlere benzer şekilde sosyal, kültürel ve ekonomik hizmet gören vakıflar; ayrıca kilise, havra ve manastırlar gibi dinî vakıflar mevcuttur⁵³. Vakıf müessesesi sayesinde ki gayrimüslimlerin kiliseleri ve başka yapıları günümüze kadar ayakta kalmıştır⁵⁴.

4. Gayrimüslim Mabetlerinin Statüsü

Klasik kaynaklarda ele alınan gayrimüslim mabetlerinin *termim ve tecdidi* (restorasyonu) meselesi, kültürel mirasın korunması çerçevesinde mütalaa edilebilir⁵⁵. Öncelikle İslam hukukunda mabetlere

46 Yalnız Mâlikî mezhebinde vakfın muayyen müddete bağlı kurulmasına imkan verilmiştir. Ekinci, *İslâm Hukuku* (n 42) 372.

47 Bu prensip “*Şart-ı vâkıf, nass-ı şâri gibidir.*” cümlesiyle ifade edilir. ibid 372 vd; Ahmed Akgündüz, *İslâm Hukukunda ve Osmanlı Tatbikatında Vakıf Müessesesi*, (Osmanlı Araştırmaları Vakfı 2013) 269 vd. Ancak istisnaen, bazı şartların vakfın yararına olarak değiştirilebileceği yönünde fukahanın görüşleri mevcuttur. Bilmen (n 34), IV/352 vd.

48 ibid V/80 vd. Mesela vakfın yeterli geliri olmasına rağmen tamirini ihmal eden müteveli, hıyanet etmiş sayılır ve onun azli gerekir. Hatta vakfın geliri yeterli olmasa dahi müteveli, vakfın tamiri gerektiğinde finansman bulmakla mükelleftir. Osman Safa Bursalı, ‘Ebedî Fakat Tamire Muhtaç: Osmanlı Hukukunda Vakıf Malın Tamiri’ (Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi 2019) 66 vd.

49 Ali Haydar Efendi, *Tertibu’s-Sunûfî Ahkâmî’l-Vukûf*, (Ekrem Abdulcebbar and Muhammed Ahmed eds, Müessesetu’r-Reyyân) 299 vd.

50 Ahmet Akgündüz, ‘Eski Hukukumuzda Vakıf Malların Tamiri ve Muhafazası’ (1994) 11 Vakıf Haftası Dergisi 115, 115 vd.

51 Haksız zilyedin, vakıf malı iade ve hasarı tazmin borcunun yanı sıra böyle bir tazmin mükellefiyeti söz konusudur. Mehmet Akif Aydın, ‘İslam Hukukunda Gasp’ (1995) IX İslâm Tetkikleri Dergisi 163, 180 vd.

52 Mumcu (n 1) 66 vd.

53 Osmanlı tatbikatına bakıldığında, vakfiyelerde doğrudan kiliseye veya manastır yararına vakıf kurulduğu ifade edilmez; bunun yerine, kilise, manastır veya Nasârâ “fukarası” ya da hastaları yararına olduğu belirtilirdi. Kenan Yıldız, ‘Aykırı Vakıflar: Osmanlıda Fukarâ-yı Müslimîni de Gözeten Gayrimüslim Vakıfları’ (2019) 54 Osmanlı Araştırmaları 141, 145 vd.

54 Mumcu (n 1) 67.

55 Sula and Abdusselâm (n 22) 168.

zarar vermemenin umumi bir prensip olduğunu söylemek gerekir⁵⁶. Hz. Peygamber'in Necran Hristiyanlarına verdiği emannâmede mabetlerin koruma altında olduğu taahhüt edilmiştir⁵⁷. Tûr-ı Sînâ (Azize Katerina) Manastırı rahiplerine verilen emannâmede ise sadece ibadet yapılan yerlerin değil; ayrıca içindeki eşyanın da koruma altına alındığı anlaşılmaktadır⁵⁸. Hz. Peygamber'den sonraki devirlerde de benzer tatbikat devam etmiştir⁵⁹.

Fıkıh kaynaklarında gayrimüslim mabetlerinin hukuki statüsü, bulunduğu şehrin ele geçiriliş şekline göre farklılık arz eder. Sulh yolu ile fethedilen yerlerde sulh anlaşmasının hükümleri tatbik olunur ve kaideten mevcut mabetler muhafaza edilir. Savaş yoluyla fethedilen beldelerde de kural olarak mevcut mabetler yıkılmaz ve tahrip edilmez⁶⁰. Ancak mevcut mabetlerin aynı şekilde faaliyete devam edip etmeyeceği ve o beldede yeni mabet yapılıp yapılamayacağı hususları hükümdarın tasarrufundadır. İslam tarihinde ekseriyetle fethedilen yerin en büyük mabedi camiye çevrilmiş, diğerlerine dokunulmamıştır⁶¹.

Görüldüğü üzere İslam hukukunda hükümdarın gayrimüslim mabetlerine zarar vermemekle bağlı olduğu, bu hususta bir negatif yükümlülüğün mevcut olduğu söylenebilir. Peki, hükümdarın, bunların muhafazası ve tamirini sağlama pozitif yükümlülüğü var mıdır? Mesele ihtilafıdır. Gayrimüslim mabetlerinin tamirinin menedilmesi gerektiğini görüşünde olanlar⁶² bulunsa da fukahanın ekserisi, harap olan ibadethanelerin ıslah ve tamirini mümkün görür⁶³. Mesela Hanefî mezhebinde, gayrimüslim mabetlerinin tamirinde eski hale iade esas alınmıştır. Yani mabetlerin harap olmadan önceki haliyle aynı genişlikte, aynı yükseklikte, ilave yapılmadan ve aynı kalitede malzemeyle tamir edilmesine izin verilir⁶⁴.

Zimmet akdiyle hükümdarın, gayrimüslim mabetleri için eski hale iadeyi de taahhüt ettiğinin kabulü icap eder. Yani zimmîler, mabetlerinin yıkılmaması hakkına sahip oldukları gibi, onları restore etme hakkına da sahiptirler. Zira binaların ebedi kalmayacağı ve tamir menedilirse bunların harap ve telef olacağı muhakkaktır. Bu da dolaylı olarak yıkılmak demektir⁶⁵.

56 Buna Kur'an-ı Kerim'den gösterilen delil şu ayettir: "Eğer Allah'ın, insanların bir kısmını bir kısmıyla defetmesi olmasaydı, içlerinde Allah'ın adı çok anılan manastırlar, kiliseler, havralar ve mescidler muhakkak yıkılır giderdi." Hac, 22/40.

57 Osmanlı tarihinde de zimmîlere, yer yer sünnete atf yapılarak benzer şekilde emannâmeler verilmiştir. Mehmet Akman, 'Kilise ve Havraların İslâm-Osmanlı Hukuk Tarihindeki Yeri' (1996) I İlam Araştırma Dergisi 133, 133 vd.

58 Alshehaby (n 24) 313.

59 Râşid Halifeler, Emevîler, Abbasîler, Fatımîler ve Selçuklulardaki tatbikata misaller için bkz Levent Öztürk, 'Kilise (İslâm Tarihi)', *İslâm Ansiklopedisi* (Türkiye Diyanet Vakfı 2002) C 26 14.

60 Akman (n 57) 134.

61 Ekinci, *İslâm Hukuku* (n 42) 284 vd.

62 Umumiyetle Malikîler ve Ebu Said el-İstahrî gibi bazı Şafiiler bu görüştedir. Sula and Abdusselâm (n 22) 175. Hz. Ömer'den rivayet "İslam'da kilise inşa etmek ve onlardan harap olanları yenilemek yoktur." hadisine dayanırlar ki isnadı zayıftır. İbn Hacer el-Askalânî, *ed-Dirâye fî Tahrîci Ehâdisi'l-Hidâye* (Abdullah Hâşim el-Yemânî el-Medenî ed, Dâru'l-Ma'rife), II/136 (741).

63 Hanefîler, Şafiiler, İbnü'l Kâsım gibi bazı Malikîler ve Hanbelîler bu görüştedir. Sula and Abdusselâm (n 22) 169.

64 Klasik devir Osmanlı hukukunda da bu hükümler tatbik edilip ciddi şekilde takip edilmiştir. Bursalı (n 48) 48 vd.

65 Bedreddin Aynî, *el-Binâye fî şerhi'l-Hidâye* (Eymen Sâlih Şa'bân ed, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye 2000), VII/256; İbn Kudâme (n 30), XIII/241.

Halife Hz. Ömer'in, Kudüs fethedildiğinde, eski bir Yahudi mabedini harap ve mezbele halinde bulunca oranın temizlenmesini emrettiği ve bizzat yardım ettiği rivayet olunur⁶⁶. Suriye'nin Tedmür (Palmira) şehrinde Bel Tapınağı'nın bazı kısımlarının hicrî 527 (1133) senesinde Emîr Nâsıruddîn Seyfuddele'nin emriyle tamir edildiği bilinmektedir⁶⁷. Netice itibarıyla Müslüman beldelerde gayrimüslim mabetlerinin, restore edilmeksizin mümkün olmayacak kadar uzun müddettir ayakta kaldığı görülmektedir. Eğer muhafaza edilmeselerdi, çoğunun zayı olacağı çıkarımı yapılabilir. İslamiyet'ten evvelki zamanlardan kalma pek çok eser, İslam aleminde varlığını sürdürmüştür⁶⁸.

C. ÇAĞDAŞ İSLAM HUKUKU LİTERATÜRÜNDE

İslam hukukunda kültür varlıklarının korunmasına dair Âmir er-Rumeyh⁶⁹, Ahmed Nevfel⁷⁰, Nâsır Sula ve Abdulkâdir Abdusselâm⁷¹ gibi yazarların monografik çalışmaları vardır. Ayrıca Muhammed İmâre'nin İslam ve güzel sanatlara dair eseri⁷² ile Muhammed Abduh ve Reşid Rızâ'nın mevzuyla alakalı fetvaları⁷³ zikredilebilir. UNESCO tarafından 2001'de Katar'da tanzim edilen İslam ve Kültürel Miras Hakkında Doha Ulema Konferansı'nda sunulan tebliğler de mühimdir⁷⁴. Bilhassa Abdulhamid el-Ensârî⁷⁵ ve Anis Ahmad'ın⁷⁶ tebliğlerinden çalışmada istifade edilmiştir. Konferans, Afganistan'da iktidarda bulunan Taliban hareketinin, 2001'de Bamyan ilindeki Buda heykellerini yıkmaya karar vermesi üzerine tertiplenmiştir. Tüm Arap ve İslam devletleri bu karara tepki göstermiş, ayrıca İslam İşbirliği Teşkilatı (OIC) tahribata mani olmak için Taliban'a bir ulema heyeti göndermiştir⁷⁷. Fehmi Huveydî'nin Taliban'a reddiyesi, mevzu bakımından dikkat çekici bir çalışmadır⁷⁸. İslam alimlerinin ekseriyeti aynı yönde fikir beyan etmiştir⁷⁹. Öte yandan Taliban'ın mevzubahis eylemlerini destekleyen Suudi Arabistanlı profesör ve selefi İslam düşünürü Nâsır el-Fehd'in mevzuyla alakalı çalışması vardır⁸⁰. Aynı yönde görüş sahibi olarak Mercân Sâlim el-

66 Ebu'l-Fidâ' İbn Kesir, *el-Bidâye ve'n-Nihâye* (Abdullah bin Abdulmuhsin et-Turkî ed, 1st edn, Dâru'l-Hicr 1997), IX/662.

67 Adnân ed-Dâûk, "Tedmur: Âsimetu Zenûbya ve Memleketu'z-Zuba" [1978] *el-Faysal* 43, 49.

68 Sula and Abdusselâm (n 22) 172.

69 Rumeyh (n 22).

70 Nevfel (n 22).

71 Sula and Abdusselâm (n 22).

72 Muhammed İmâre, *el-İslâm ve'l-Funûnu'l-Cemîle* (Dâru'ş-Şurûk 1991).

73 Samir Garib, *Fî Târîhi'l-Funûni'l-Cemîle* (Dâru'ş-Şurûk 1998) 116 ff; Muhammed Reşid Rızâ, *Fetâvâ* (Selâhaddin el-Müneccid and Yûsuf K Hürî eds, Dâru'l-Kitâbi'l-Cedid 2005), III/1141 ff; Muhammed Reşid Rızâ, 'Hukmu't-Tasvir ve San'u'-Suver ve't-Temâsil ve İttihâzuha' (1336) 20 *Menâr* 220.

74 *Amâlu Nedveti'd-Devha li'l-Ulemâ Havle'l-İslâmi ve't-Turâsi's-Sakâfi ed-Devha, Katar, 30-31 Dîsembir/Kânûne'l-Evvel 2001 - Proceedings of the Doha Conference of Ulemâ on Islam and Cultural Heritage Doha, Qatar, 30-31 December 2001* (UNESCO 2005).

75 Abdulhamid el-Ensârî, 'Mevkufu'l-İslâmi mine'l-Hifâzi ale't-Turâsi'l-İnsâni' *Amâlu Nedveti'd-Devha li'l-Ulemâ Havle'l-İslâmi ve't-Turâsi's-Sakâfi ed-Devha, Katar, 30-31 Dîsembir/Kânûne'l-Evvel 2001* (UNESCO 2005).

76 Ahmad (n 24).

77 Ensârî (n 75) 27.

78 Fehmi Huveydî, *Tâlibân: Cundullah fi'l-Ma'reketi'l-Ğalat* (2nd edn, Dâru'ş-Şurûk 2001).

79 Ensârî (n 75) 27.

80 Nâsır el-Fehd, *İkâmetu'l-Burhân alâ Vucûbi Kesri'l-Evsân*.

Cevherî, Sâlih el-Fevzân, Muhammed el-Hebdân ve Abdulmuhsin el-Abbâd gibi isimler sayılabilir⁸¹. İŞİD (DAEŞ) gibi bazı radikal örgüt ve gruplar da kültür varlıklarını tahrip ederken benzer saiklerle hareket etmişlerdir⁸².

Tüm bu kaynaklar ışığında öncelikle muasır İslam hukukçularının İslam'da kültürel mirasın korunmasına ve kültür varlıkları hukukuna dair görüşleri ortaya konulacaktır. Esas tartışmanın olduğu ve görüşlerin yoğunlaştığı putların yıkılması meselesi ise ayrıca ele alınacaktır.

1. Umumi Olarak İslam'ın Kültürel Mirasa Bakışı

İslam'ın umumi olarak kültürel mirasın korunması anlayışına sahip olduğuna dair doğrudan Kur'an-ı Kerim'den bazı deliller getirilebilir. İslam hukukunda insanların farklılıkları tanınır ve çeşitliliğe saygı gösterilir. Bunun tabii, fitrî ve evrensel olduğunu gösteren ayetler mevcuttur⁸³. İnsanlar arasındaki farklılığı ve çeşitliliği Allah irade etmiştir. İnsanların tümünü, zorla, tek bir inanç ve nizam altına sokmak istenmemiştir⁸⁴.

Kur'an-ı Kerim'in pek çok yerinde eski eserlere bakıp düşünmek ve ibret almak öğütlenir⁸⁵. Mesela:

*“Onlar, yeryüzünde gezip de kendilerinden öncekilerin akıbetlerinin nice olduğuna bakmadılar mı? Ki onlar, kendilerinden daha güçlü idiler; yeryüzünü kazıp alt-üst etmişler, onu bunların imar etiklerinden daha çok imar etmişlerdi...”*⁸⁶

81 Sula and Abdusselâm (n 22) 176.

82 Örgütün 2015'te Suriye'de Palmira antik kentini ele geçirdikten sonra eski eserleri tahrip ettiği bilinmektedir. Bkz Osman Zeybek ve Mukerrem Arslan, 'Dini Fanatizm Tarafından Zarar Görmüş Kültürel Mirasların İrdelenmesi: Palmyra Antik Kenti Örneği' (2017) 19 Bartın Orman Fakültesi Dergisi 1.

83 Ensârî (n 75) 25. “O'nun delillerinden biri de, gökleri ve yeri yaratması, lisanlarınızın ve renklerinizin değişik olmasıdır. Şüphesiz bunda bilenler için (alınacak) dersler vardır.” Rûm, 30/22. “Elbette gece ile gündüzün birbiri ardınca değişip durmasında ve Allah'ın göklerde ve yerde yarattıklarında sakınan bir kavim için birçok delil vardır.” Yûnus, 10/6. “Ey insanlar! Doğrusu biz sizi bir erkekle bir dişiden yaratık. Ve birbirinizle tanışmanız için sizi kavimlere ve kabilelere ayırdık. Muhakkak ki Allah yanında en değerli olanınız, O'ndan en çok korkanınızdır. Şüphesiz Allah bilendir, her şeyden haberdardır.” Hucurât, 49/13.

84 Cihadın maksadı da bu değildir. ibid 25 ff. “Ve de ki: Hak, Rabbinizdendir. Öyle ise dileyen iman etsin, dileyen inkâr etsin.” Kehf, 18/29. “Dinde zorlama yoktur; Artık hak ile batıl iyice ayrılmıştır. Tağutu (saptırıcıları) inkâr edip Allah'a inanan kimse, kopmak bilmeyen sağlam bir kulpa sarılmıştır. Allah iştir, bilendir.” Bakara, 2/256. “(Resûlüm!) Eğer Rabbin dileseydi, yeryüzündekilerin hepsi elbette iman ederlerdi. O halde sen, inanmaları için insanları zorlayacak mısın?” Yûnus, 10/99. “Rabbin dileseydi bütün insanları bir tek millet yapardı. (Fakat) onlar ihtilafa düşmeye devam edecekler.” Hûd, 11/118. “... (Ey ümmetler!) Her birinize bir şeriat ve bir yol verdik. Allah dileseydi sizleri bir tek ümmet yapardı; fakat size verdiği (yol ve şeriatlerde) sizi denemek için (böyle yaptı). Öyleyse iyi işlerde birbirinizle yarışın. Hepinizin dönüşü Allah'adır. Artık size, üzerinde ayrılığa düştüğünüz şeyleri(n gerçek tarafını) O haber verecektir.” Mâide, 5/48.

85 ibid 26. “Yeryüzünde bir gezmediler mi? Baksalar ya kendilerinden öncekilerin sonları nasıl olmuş? Onlar yeryüzünde gerek kuvvetçe ve gerek eserce kendilerinden daha üstündüler. Öyle iken Allah onları günahları sebebiyle tutup alıverdi. Kendilerini Allah'ın azabından koruyacak biri bulunmadı.” Mü'min (Ğâfir), 40/21. “De ki: Yeryüzünde gezip dolaşın da, Allah ilk baştan nasıl yaratmış bir bakın. İşte Allah bundan sonra (aynı şekilde) ahiret hayatını da yaratacaktır. Gerçekten Allah her şey kadiridir.” Ankebût, 29/20.

86 Rûm, 30/9.

İslam tarihindeki tatbikat İslam'ın kültürel mirasa bakış açısına dair fikir verir. Müslümanlar, hüküm sürdüğü yerlerde umumi olarak kültür varlıklarına karşı yıkıcı olmamış, hatta koruyucu bir tutum takınmıştır. İslamiyet'in yayılışında ve ilk fetihlerde, mabetlere, kiliselere, manastırlara, eski eserlere ve arkeolojik yerlere dokunulmamıştır. Amr b. el-Âs önderliğinde sahabe ve ilk Müslümanlar, 642 senesinde Mısır'a girmişler; oradaki Antik Yunan, Roma ve Eski Mısır devrinden kalma eserleri tahrip etmemişlerdir. Şam ve Irak havalisi fethedildiğinde ise Sümer, Asur ve Babil'den kalma saraylar; kaleler; ilah ve kralların putları; hayvan ve kuş heykelleri görülmüştür. İran, Maveraünnehir ve Afganistan'a ulaşıldığında; Kisrâ'nın eyvanı, Zerdüş mabetleri, Mecusi tapınakları yıkılmamıştır. Müslümanlar Hint Yarımadası'na girdiğinde, yerli halkın ekseriyeti Hindu ve Budist ibadetleri yapmaktaydılar. İşte buralarda İslam medeniyeti yerleşmiş; fakat insanlara müdahale edilmemiş ve kültürel mirasa zarar verilmemiştir⁸⁷.

2. Kültür Varlıklarının Tâbi Olduğu Mülkiyet Rejimi

Kültür varlıklarının mülkiyetinin kime ait olacağı; özellikle de hususi mülkiyete mi yoksa amme mülkiyeti hükümlerine mi tâbi olacağı meselesi üzerinde iki farklı görüş zikredilebilir. Birinci görüşe göre kültür varlıkları, İslam hukukunun definelere (rikaz) tatbik edilen ahkamına tâbidir. Dolayısıyla bulunduğu yere göre arazi sahibinin veya bulan kimsenin hususi mülkü olur. Yalnız onun beşte biri devlet hazinesine alınır⁸⁸.

İkinci görüşe göre ise kültür varlıkları amme mülkiyeti hükümlerine tâbidir. Tüm eski eserler devletin kontrolündedir. Devlet, bunda tüm Müslümanların menfaati için tasarruf eder. Kültür varlıklarının yalnızca maddi kıymeti nazara alınamaz; ilmî ve tarihî ehemmiyetinden ötürü rikazdan farklı olarak manevi kıymetleri de vardır. Fertlerin mülkiyetine bırakılmasında rikaz için söz konusu olmayan büyük bir *mefsedet*⁸⁹ ortaya çıkar. Dolayısıyla rikaz hükümleri tatbik edilemez⁹⁰.

Bu görüşü müdafaa edenler, Hz. Peygamber'in bir tuzlayı, bir şahsa önce tahsis edip daha sonra tahsisi geri almasına dayanırlar⁹¹. Zira bu gibi tabii kaynaklardan, tıpkı su, mera ve ateşte olduğu gibi, herkesin yararlanma hakkı vardır. Kültür varlıkları da tarihî, sosyal, ilmî ve iktisadi kıymetlerinden ötürü böyledir. Kimsenin onları hususi mülk edinmeye veya onlarda tek başına tasarrufta bulunmaya hakkı yoktur. Kültür varlıklarının bir şahsa temlikî tüm Müslümanların zararınadır. Devletin tasarrufunda kalması ise amme maslahatını tahakkuk ettirir⁹².

87 Ensârî (n 75) 25.

88 Nevfel (n 22) 30.

89 "Kötülük, bozukluk, zarar. Maslahatın zıddı." Ekrem Buğra Ekinci, 'Mefsedet' iç *Dînî Lügat – İzahlı Misalli Metinlerle* (Arı Sanat 2018) 452.

90 Nevfel (n 22) 31.

91 Rivayete göre Ebyad b. Hammâl, Hz. Peygamber'den bir tuzlanın kendisine verilmesini istemiş, Hz. Peygamber de başta bunu kabul etmiştir. Sonra oradakilerden biri, böyle yaparak ona kaynağı kesilmeyen bir su bağışlamış olduğunu söyleyince, Hz. Peygamber bu muamelesini geri almıştır. Kâsım b Sellâm Ebû Ubeyd, *Kitâbu'l-Emvâl* (Dâru'l-Fadile 2007) 392, (698); Ebû İshâ Muhammed Tirmizî, *el-Câmî'u's-sahih*, 'Ahkâm', 39, (1380).

92 Nevfel (n 22) 32.

Madenler hakkındaki Malikî mezhebi kavlinin bu görüşü desteklediği söylenebilir⁹³. Nitekim Malikî mezhebine göre toprağın içinden çıkan, katı veya sıvı her türlü maden beytülmalındır. Böyle mallar Müslümanların tamamına aittir ve tek bir şahsın mülkü haline gelmesi maslahata aykırıdır. Hükümdar veya vazifelendirdiği kişi bunlarda tasarruf eder ve gelirlerini Müslümanların maslahatına kullanır⁹⁴.

Nihayet, İslam hukukunda hükümdarın, mübahları emretme ve yasaklama yetkisi çerçevesinde, kültür varlıkları hukuku sahasında düzenleme yapması ve kanun çıkarması söz konusu olabilir⁹⁵. Hükümleri içtihatla belirlenen meselelerde hükümdarın emri, konu hakkındaki hilafı ortadan kaldırır⁹⁶. İslam devleti kanun çıkararak kültür varlıklarını amme mülkiyetinde saydıktan sonra, artık gerek hususi arazide ve gerekse devlet arazisinde bulunan kültür varlıklarının fertlerin mülkiyetine geçmesi söz konusu olmaz⁹⁷.

Kültür varlıklarının herkesin menfaati için amme mülkü kabul edilip devletin tasarrufunda tutulması, *sedd-i zerâi* (kötülüğe giden yolların kapatılması) delilinin de bir gereğidir. Zira kültür varlıklarının tahribi, itlafi, çalınması veya satılması halinde tarihî vesikalar ziyana uğrar. Kötü niyetli kimselerin eline geçmesi, telafi edilemez zararlar doğurabilir. Ayrıca gayrimüslimlerden kalma kültür varlıklarının ihmal edilmesi ya da zarar görmesi, başka ülkelerde Müslümanların kültürel mirasına zarar vermek için bahane hasıl edebilir⁹⁸.

Özetlemek gerekirse meseledeki ihtilafın bir sebebi, kültür varlıklarının kıymetine dairdir. Yalnızca maddi kıymetini nazara alanlar, taşınır kültür varlıklarını İslam hukukundaki rikazla bir kabul ederler ve humus alınması kaydıyla fertlerin temlik etmesinde mefsedet görmezler. Diğer taraf ise kültür varlıklarının manevi kıymetinin de bulunduğunu; kültürel, tarihî ve ilmî ehemmiyetlerinden ötürü amme malı statüsünde ve devlet himayesinde olması gerektiğini ileri sürer. Bir taraf kültür varlıklarını rikaza kıyas ederken, diğer taraf onu tuz kaynağına kıyas etmiştir⁹⁹. Gerek Osmanlı Devleti'nde ve gerekse sonraki devirde İslam coğrafyasındaki kanunlarda, kültür varlıkları hakkında rikaz hükümlerinin tatbikinden uzaklaşıldığı ve amme mülkiyeti fikrinin ağır bastığı söylenebilir.

3. Kültür Varlıklarının Mal Olma Vasfı

Kültür varlıklarının İslam hukukuna göre mal vasfını taşıyıp taşımadığı tartışılmıştır. Malın tarifi mezheplere göre farklılık arz etse de; bir nesnenin, hukuki muamelelere konu olabilmesi ve hukuken

93 ibid.

94 Muhammed İliş, *Minehu'l-celil ala Muhtasariş-Şeyh Halil* (Dârü'l-Fikr 1984), II/78.

95 Nitekim Osmanlı Devleti'nde 1869 AAN'den itibaren böyle olmuştur. Müteakip devirde İslam dünyasındaki ilk misal, 1883 Mısır kanunlarıdır. Daha sonra 1926 Lübnan, 1950 Suriye, 1953 Tunus ve Ürdün, 1955 Yemen, 1958 Irak, 1960 Kuveyt, 1970 Bahreyn ve Birleşik Arap Emirlikleri, 1972 Suudi Arabistan kanunları sayılabilir. Bkz 'List of National Cultural Heritage Laws' (UNESCO) <<https://en.unesco.org/cultnatlaws/list>> accessed 20 April 2023.

96 Ebû Bekr Ahmed b. Ali er-Râzi Cessâs, *el-Fusûl fi'l-Usûl* (2nd edn, Kuveyt Vakıflar Bakanlığı 1993), III/96. *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*'nin esbab-ı mucibe mazbatasında şöyle geçer: "Mesâil-i müctehedün fihâda imâmu'l-müslimin hazretleri herhangî kavil ile amel olunmak üzere emrederse mücebince amel olunmak vâcib olduğundan..." *Düstûr*, I/1/29.

97 Mesela Filistin'de 1966 tarih ve 51 numaralı muvakkat kanunda böyledir. Nevfel (n 22) 32 ff.

98 ibid 33.

99 ibid.

koruma altında (*mütekavvim*) olması için esas itibarıyla iki ana unsurun gerektiği söylenebilir: örfen iktisadi kıymeti haiz bulunma ve şer'an mübah olma¹⁰⁰.

Taşınmaz ve taşınır kültür varlıklarının, umumi olarak insanlar arasında ya da mütehasıslar nazarında kıymetli olduğunda tereddüt yoktur. Dolayısıyla örfen iktisadi kıymeti haiz bulunma şartını sağladığı söylenebilir¹⁰¹.

İkinci olarak kültür varlıklardan elde edilecek menfaatin şer'an mübah olup olmadığına bakmak gerekir¹⁰². Kültür varlıklarındaki mübah menfaatlara misal olarak şunlar sayılabilir¹⁰³:

- a. Kâbe, makâm-ı İbrahim, Budâ'a kuyusu gibi kültür varlıkları, şer'i hükümlerin gelme maksadını anlamaya yardımcı olur.
- b. Eski kavimlere neler olduğunu öğrenmeyi ve Kur'an-ı Kerim'de de öğütlendiği gibi ibret almayı sağlar¹⁰⁴.
- c. Sanatsal kıymeti hasebiyle *tezyinat* (süsleme) için istifade edilebilir¹⁰⁵.
- d. Eski medeniyetlerin keşfiyle edinilen malumattan günümüz için de istifade edilebilir.
- e. Turizm yoluyla gelir elde etmek için faydalanılabilir.

Dolayısıyla kültür varlıklarının şer'an mübah olma şartını da genel olarak sağladığı söylenebilir. Ancak Müslümanlar için haram kılınmış nesnelere, bu şartı sağlamadığı için hukuken korunmaz. İstisnaen, zimmilerin elinde bulundurduğu böyle mallar, eğer kendi dinlerine göre haram kılınmış değilse, onlar için mütekavvim hükmündedir¹⁰⁶. Dolayısıyla gayrimüslimlerin sahip olduğu olan haçlar¹⁰⁷, heykeller ve resimler hukuken mal sayılacaktır¹⁰⁸. Hür veya köle olsun, insan cesedinin tahnitiyle yapılmış olan mumyalar ise mal sayılmaz¹⁰⁹.

100 Hanefilere göre mal, örfen iktisadi kıymeti haiz ve fiziki varlığı olan nesnelere. Yani kıymetsiz şeyler (mesela bir buğday tanesi) ya da menfaatler (mesela intifa hakkı) mal değildir. Hukuken tanınan ve koruma altında olan mallara mütekavvim mal denir. Bunun için de mübah olması, yani şarap, domuz gibi haram kılınmış nesnelere olmaması gerekir. Maliki, Şafii ve Hanbeli mezhebine göre ise mal, örfen iktisadi kıymeti olan ve mübah olan şeylerdir. Ayrıca mütekavvim istilahını kullanılmamıştır. Menfaatler mal olarak sayıldığı için fiziki bir varlığa sahip olma şartı aranmaz, ancak ilave olarak necis olmama şartı aranır. Hasan Hacak, 'Mal', *İslâm Ansiklopedisi* (Türkiye Diyanet Vakfı 2003) C 57 461 vd.

101 Rumejh (n 22) 68 ff.

102 Klasik kaynaklarda, maldan elde edilecek menfaatler tahdit edilmiş değildir. O zamanda olmayan bir menfaat sonradan ortaya çıkmış olabilir. Nasıl ki bir malın kimine göre çok kıymetliken kimine göre kıymetsiz olması, onun mal olma vasfını değiştirmiyorsa; benzer şekilde günümüzde çok kıymet verilen kültür varlıklarının, eskiden rağbet görmemesi de onda menfaat olmadığı manasına gelmez. ibid 69.

103 Bkz ibid 70 ff.

104 Bkz (n 85) ve (n 86).

105 Eşyadan süsleme maksatlı faydalanmak caizdir. Ebû Bekr Şemsu'l-eimme es-Serahsi, *el-Mebsût* (Matbaatu's-Saâde), XI/145; Şeyh Nizâm ve Heyet, *el-Fetâva'l-Hindiyye* (2nd edn, el-Matbaatu'l-Kubrâ'l-Emiriyye 1310), V/334. Renklerinin güzelliği sebebiyle tavus kuşunun, sesinin güzelliği için bülbülün kiralınmasını sahih görenler vardır. Ebû Dâvûd Süleymân b Ömer Cemel, *Futûhâtü'l-Vehhâb bi Tavzîhi Şerhi Menheci't-Tullâb* (Dâru'l-Fikr), III/25.

106 Zeynüddin İbn Nüceym, *el-Bahrü'r - Râ'ik* (2nd edn, Dâru'l-Kitâbi'l-İslâmi), VIII/140.

107 İbn Âbidin (n 28), VI/212.

108 Rumejh (n 22) 87 ff.

109 ibid 88.

4. Resim ve Heykellerin Statüsü

Resim ve heykellerin Müslümanlar için mübah görülüp görülmediği meselesi, klasik kaynaklarda namazın mekruhları, *gasp*, *hazer* ve *ibâha* (yasaklar ve mübahlar) ile *velîme* (düğün ziyafeti) bahislerinde geçmektedir. Prensip olarak insan ve hayvan suretindeki tasvirler (resim ve heykeller) Müslümanlar için mübah görülmez¹¹⁰. Bunların alımı, satımı, icare ve benzeri akitlere mevzu olması geçerli değildir¹¹¹. Bir kavle göre, başkasının evinde böyle tasvir gören kimsenin, onu ortadan kaldırması caizdir¹¹². İmam Muhammed'e göre, içinde tasvirler olan evi yıkan, evin kıymetini tasvirler hariç olmak üzere tazmin eder¹¹³. Dolayısıyla insan ve hayvan tasviri olan eşyanın, Müslüman için mütekavvim olmadığı söylenebilir. Ancak böyle eşyanın, hükümdarın izni dışında itlaf edilmesi halinde tazmin gerekeceği yönünde bir görüş vardır¹¹⁴.

Üzerinde haram olmayan tasvir bulunan eşya ise alım, satım, icare ve benzeri akitlerin mevzuu olabilir ve itlafında tazmin edilir¹¹⁵. Eşyanın üzerinde haram bir tasvir bulunuyor fakat eşya haram olmayan bir şekilde kullanılabilir ise; itlafında eşyanın malzeme kıymeti tazmin edilir¹¹⁶. Kaynaklarda tasvirin haram olmadığı ifade edilen haller şunlardır¹¹⁷:

- a. İnsan ve hayvan suretinde olmayan tasvirler mübah görülmüştür: mesela ağaç, gemi, camii, güneş ve ay tasvirleri gibi¹¹⁸.
- b. Eğer suret, hakir halde ise; mesela halıda, yastıkta veya yaygıysa mekruh değildir¹¹⁹.

110 İbn Âbidîn (n 28), I/647 ff; Serahsî (n 105), I/211; Ebu'l-Velid Muhammed İbn Rüşd, *el-Beyân ve't-Tahsil* (Muhammed Haccî ed, 2nd edn, Dâru'l-Garbi'l-İslâmî 1988), XVIII/573 ff; İliş (n 94), III/529; Ebû Zekerriyâ Yahyâ Nevevî, *el-Minhâc fi Şerhi Sahîhi Müslim bin el-Haccâc* (2nd edn, Dâru İhyâ't-Turâsî'l-Arabî 1396), XIV/81; eş-Şirbînî (n 31) IV/407 ff; Mansûr b. Yûnus b. Salâhiddin Buhûti, *Keşşâfü'l-kınâ an (metn)i'l-İknâ'* (Hilal Musaylihî Mustafa Hilal ed, Mektebetu'n-Nasri'l-Hadise 1968), I/280; İbn Kudâme (n 30), X/200 ff.

111 'Tasvir', *el-Mevsû'atü'l-Fıkhiyye* (2nd edn, Dâru's-Selâsil 1988) 92, 127 ff. İbn Âbidîn (n 28) I/650.

112 Sirâceddin İbn Nuceym, *en-Nehrul-Fâik Şerhu Kenzid-Dekâik* (Ahmed Azv İnâye ed, 1st edn, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye 2002), I/285.

113 ibid, I/285; İbn Nuceym (n 106), VIII/142.

114 Şarkı söylemeyi adet edinen birinin çalgı aletini, şarapçının şarap küpünü kırmakta tazmin gerekmez; zira kırılmasaydı, fiillerine devam edecekleri beklenir. Böyle kimseler değillerse, tazmin gerekeceği yönünde bir görüş de mevcuttur. İbn Âbidîn (n 28), VI/212.

115 *el-Mevsû'atü'l-Fıkhiyye* (n 111) 128 ff.

116 İbn Âbidîn (n 28), VI/212. Ebu Hanîfe'nin görüşü, Şafii mezhebinin esah (kuvvetli) kavli ve Mâlikî mezhebinin zâhirine göre böyledir. *el-Mevsû'atü'l-Fıkhiyye* (n 111) 130.

117 İbn Âbidîn (n 28), I/647 ff; Serahsî (n 105), I/210 ff; İbn Rüşd (n 110), XVIII/573 ff; İliş (n 94), III/529; Nevevî (n 110), XIV/81; eş-Şirbînî (n 31) IV/407 ff; Buhûti (n 110), I/280; İbn Kudâme (n 30), X/199 ff.

118 İbn Abbas'ın, suret yapan bir adama, tasvirin Hz. Peygamber tarafından men edildiğini söyleyince; adamın, geçimini bununla sağladığını ifade ettiği; bunun üzerine İbn Abbas'ın, adama ağaç veya cansız resimler yapabileceğini söylediği rivayet olunur. Ebu'l-Hüseyn Müslim, *Sahih-i Müslim*, 'Libâs', 99 (2110); Serahsî (n 105), I/210.

119 "Hz. Âişe anlatıyor: Resûlullah yanıma girdi. Bir rafımı, üzerinde resimler bulunan bir çarşafı örtmüştüm. Bunu görünce parçaladı ve yüzü rengini attı. 'Ya Âişe! Kıyamet gününde Allah katında insanların en şiddetli azap görecek olanı, Allah'ın yaratmasını taklit edenlerdir.' buyurdu. Hz. Âişe devamla: 'Biz o bezi kestik, bir veya iki minder yaptık.' demiştir." Muhammed bin İsmâil Buhârî, *Sahih-i Buhârî*, 'Libâs', 90; Müslim, 'Libâs', 92. Hz. Peygamber'in de bu minderleri kullandığı rivayet olunur. Müslim, 'Libâs', 95, 96; İbn Mâce, *es-Sünen*, 'Libâs', 45. Rivayete göre Hz. Cebrâil, Hz. Peygamber'in yanıma girmek için izin istemiş, Hz. Peygamber izin verince de Hz. Cebrail: "Nasil gireyim? Senin evinde üzerinde resimler olan perde var. Ya o resimlerin başlarını kes ya da minder yastık ya da sergi yap ki ayak altında

- c. Canlı olsaydı yaşaması mümkün olmayacak şekilde azaları noksan haldeki (heyetini kaybetmiş) tasvirler de caizdir. Mesela başsız ya da yalnızca baş kısmı olan suretler böyledir¹²⁰.
- d. Tasvir küçükse caizdir. Mesela üzerinde tasvirler olan paralar ve yüzük taşları böyledir¹²¹.
- e. Çocukların oynadığı oyuncak kabilinden ise caizdir¹²².
- f. Bazısı gölgesiz tasviri, yani iki boyutlu resmi caiz görür. Hz. Peygamber'den rivayet edilen "Melekler, içinde suret bulunan eve girmezler; ancak elbisedeki *rakm* (nakış, resim)¹²³ müstesnadır."¹²⁴ mealindeki hadis-i şerifin zahirinden bu manayı çıkaranlar vardır¹²⁵. Mesela Tîbî, üzerinde suret bulunan ev eşyasının kullanılmasını mübah görmüştür¹²⁶. Ne var ki cumhura göre burada kastedilen, hakir halde kullanılabilmesidir¹²⁷.
- g. Bir görüşe göre ahşap, demir, taş gibi kalıcı malzemeden değil de hamur, karpuz kabuğu gibi şeylerden yapılırsa haram değildir. Cumhura göre ise böyle bir ayırım yapılmaz¹²⁸.

İnsan ve hayvan suretindeki resim ve heykellere de cevaz verildiğini müdafaa edenler olmuştur. Mesela Şafii ulemadan Ebû Saîd el-İstahrî'den nakledildiğine göre, Hz. Peygamber zamanında tasvirlerin haram kılınmasının sebebi; cahiliye devrinin üzerinden henüz çok vakit geçmemesi ve insanların, yakın zamanda putlara ibadet edildiğine şahit olmalarıydı. Putlara tazim ve tapınmanın batıl olduğunun ruhlarda yerleşmesi için böyle şiddetli bir hüküm konmuştu. Artık putlara tazim etmemek ruhlarda yerleşip kök saldığandan tehlike kalmamış ve haramlık da kalkmıştır¹²⁹. Çağdaş

çiğnensin, çünkü biz melekler topluluğu içerisinde resim olan evlere girmeyiz." demiştir. Ebû Abdîrrahmân Ahmed Nesâî, *es-Sünen*, 'Zinet', 114; Süleymân b el-Eş'as Ebû Dâvûd, *es-Sünen*, 'Libâs', 45.

120 Başı kesilmiş olan suret, ağaç resmi hükmündedir. Serahî (n 105), I/210.

121 Ebû Hüreyre'nin yüzüğünde iki sinek resmi olduğu rivayet olunur. Bir görüşe göre suret, kuş kadarsa mekruhtur; daha küçükse değildir. İbn Âbidîn (n 28), I/648 ff. Hz. Peygamber devrinde, üzerinde Bizans imparatorlarının resimleri ve haç işaretleri tasvir edilmiş paraların tedavülde olduğu; Râşid Halifeler devrinde de bu paraların kullanıldığı; Halife Muaviye'nin, üzerinde kılıç kuşanmış tasvirinin olduğu paralar bastırıldığı, Emevî halifesi Abdülmelik b. Mervân'ın hicrî 77 senesinde üzerinde kendi resminin olduğu sikkeler kestirdiği rivayet olunur. İlyas Uyar, 'Tasvir Hadisleri: Tahrîç ve Değerlendirme' (Yüksek Lisans Tezi, Yüzüncüyıl Üniversitesi 2009) 32 vd.

122 "Hz. Âişe şöyle demiştir: 'Ben Peygamber'in yanında birtakım kız *timsalleriyle* oyun oynardım. Benim birçok kız arkadaşlarım vardı. Onlar benimle kızlara ait oyunlar oynarlardı. Biz oyun oynarken Resûlullah eve girdiği zaman, oyun arkadaşlarım O'ndan saklanırlardı. Çok defa Resûlullah bu kız arkadaşlarımı benimle oynasınlar diye benim yanıma gönderirdi.'" Buhârî, 'Edeb', 81; Müslim, 'Fedâilu's-Sahâbe', 81; Ebû Dâvûd, 'Edeb', 4931. Bir başka rivayette Hz. Peygamber'in, Hz. Âişe'ye ait kanatlı at şeklinde bir oyuncakını gördüğü ve buna dair menfi bir ifade buyurmadığı geçmektedir. Ebû Dâvûd 'Edeb', 4932.

123 Metnin aslında geçen "*rakm*" ifadesini, ulemadan bazıları kumaştaki resim olarak tefsir ederken; ekserisi elbisedeki nakış, alamet veya damga olarak kabul eder. Tuncaş Başoğlu, 'Resim', *İslâm Ansiklopedisi* (Türkiye Diyanet Vakfı 2007) C 34 579, 580.

124 Buhârî, 'Libâs', 92.

125 Nevevî, seleften bazısının, "gölgesiz tasvirde beis yoktur" dediğini nakleder. Nevevî (n 110), XIV/82.

126 Hattâbî ise haram olmadığı; ancak mâlâyânî ile iştiğal sebebiyle mekruh olduğu görüşündedir. Kâmil Miras, *Sahîh-i Buhârî Muhtasarı Tecrid-i Sarîh Tercemesi ve Şerhi* (4. Bası, Diyanet İşleri Başkanlığı 1978), VI/419 vd.

127 Böyle denmesinin sebebi, gölgeli tasvirin yani heykelin, hakir halde dahi caiz olmamasıdır. İbn Hacer el-Askalânî, *Fethu'l-Bârî* (Muhammed Fuâd Abdülbâkî ed, Dâru'l-Ma'rife 1379), X/388.

128 (n 111) 102.

129 Ebû'l-Hasen el-Mâverdî, *el-Hâvî'l-Kebîr* (Ali Muhammed Muavvad and Adil Ahmed Abdülmecud eds, Dâru'l-Kutubi'l-

İslam hukukçularından Muhammed Abduh ve Reşid Rıza da aynı gerekçelere dayanarak benzer görüştedir¹³⁰.

Muhammed İmâre'ye göre heykellerin *münker*¹³¹ olması, bizatihi değildir; ne ittihaz edildiklerine bağlıdır. Eğer tapınılıyorsa münkerdir ve giderilmesi gerekir. Ancak zinet olarak, hatıraların ve manaların ebedileştirilmesi gibi maksatlar ya da iyi işler içinse mübahtır ve muhafazası gerekir¹³².

Ahmad'a göre, heykel ve resimlerden müstehcenlik içermeyenler, ibret alma maksadıyla kabul edilebilir. Eğer cemiyetin umumi ahlakına zarar veriyorsa, bunların aleni olarak arz edilmemesi gerekir. Mesela Lut kavminin hallerini veya mitolojik tanrıların cinsî münasebetini gösteren tasvirler böyledir. Umumi yerlerde teşhir edilemezse de müzelerde tutulması veya ilmî maksatlarla kullanılması mümkündür¹³³.

Karadâvî, insan ve hayvan resimlerinin, eğer ibadet veya Allah'ın yaratmasına benzetmek maksadıyla yapılmamışsa; takdis veya tazim edilmiyorsa; Peygamber, melek ya da salihlerin suretleri değilse haram olmadığı kanaatinde. Fakat kralların ve komutanların büstlerinin, azaları noksan olsa dahi; haram olduğu kanaatinde. Hatta bunlardaki haramlık, azaları tam olup evde süs olarak kullanılan ufak heykellerden bile daha şiddetlidir; zira ilkinde tazim manası vardır¹³⁴. Rumeyh'e göre insan ve hayvan suretinde olup yarım veya azaları noksan olan heykellerin, sunum şeklinde tazim manası olmadığı takdirde; müzelerde muhafazası caizdir¹³⁵.

5. Putların Yıkılmasının Gerekliliği Meselesi

Klasik kaynaklarda, insan ve hayvan suretlerini tasvir etme fiilinin haram olduğu ifade edilmiştir¹³⁶. Evde böyle suret bulundurmamak ise mekruhtur¹³⁷. Bazı fıkıh alimleri, münker olarak gördükleri için, müşriklerin putlarının kırılmasına cevaz vermişlerdir¹³⁸. Başkasının evinde suret görenin, onu ortadan kaldırmasının caiz olduğuna dair bir fetva da mevcuttur¹³⁹. Çağdaş İslam hukukçularından bir kısmı, söz konusu kaynaklarda bahsedilen bu gibi hükümlerin; yalnız o devirde, Arap Yarımadası'nda ve şirke yol açan tasvirler için getirilmiş olduğunu ileri sürerler. Dolayısıyla geçmişten günümüze

İlmiye 1999) IX/564.

130 Abdulmun'im en-Nemr, *el-İctihâd* (el-Hey'etü'l-Mısriyyeti'l-Amme li'l-Kitab 1987) 238 ff; Garib (n 73) 116 ff; Reşid Rızâ, *Fetava* (n 73), III/1141 ff.

131 "Yapılması câiz olmayan, dinin ve aklın çirkin gördüğü şey, dinen yasak edilmiş, günah." Ekinci, 'Münker' iç *Dini Lügat* (n 89) 452.

132 İmâre (n 72) 109 ff.

133 Ahmad (n 24) 45.

134 Yûsuf el-Karadâvî, *el-Helâl ve'l-Harâm fi'l-İslâm* (1st edn, Mektebetu Vehbe 2012) 126 ff.

135 Rumeyh (n 22) 271.

136 Zira Allah'ın yaratmasına benzetmek olarak görülmüştür. İbn Âbidîn (n 28), I/647; Nevevî (n 110), XIV/81.

137 İbn Âbidîn (n 28), I/648.

138 Ali el-Kâri, *Mirkâtu'l-Mefâtih* (Dâru'l-Fikr 2002), III/1216; Kurtubî (n 26), X/314; Zekeriyâ el-Ensârî, *Esne'l-Metâlib şerhu Ravzi't-Tâlib* (Dâru'l-Kitâbi'l-İslâmî), II/344; Ebû Abdillâh Şemsuddîn Muhammed İbn Kayyim el-Cevziyye, *et-Turuku'l-Hukmiyye* (Mektebetu Dâru'l-Beyân) 229.

139 İbn Nüceym (n 112), I/285.

kalmış olan kültür varlıklarından, insan veya hayvan suretinde olanlarının da muhafaza edilmesi gerektiğini ve Müslümanların akidesine zarar verme tehlikesi bulunmadıkça tahrip edilmelerinin caiz olmadığını müdafaa ederler¹⁴⁰. Karşı görüşte olanlara göre ise böyle eserlerin tahribi yahut imhası gerekir¹⁴¹.

a. Muhafaza Taraftarlarının Görüş ve Delilleri

Her heykeli put ve her putu *dalalet* (inanç ve akidede batıla sapma) sanmak hatalıdır. Allah'tan başkasına ibadet manası taşıyanlar puttur ve bunlar Müslümanlar için haramdır. Fakat böyle olmayan her heykeli put olarak vasıflandırmak doğru değildir¹⁴². Heykellerin haramlığı kendisi için (*li zâtihî*) değil, şirke vasıta olmaları sebebiyledir¹⁴³.

Kur'an-ı Kerim'de Hz. İbrahim peygamberin putları kırdıktan sonra kavmi ona geldiğinde "Yonttuğunuz şeylere mi tapıyorsunuz?" dediği geçer¹⁴⁴. Onun putları kırması ve kavmini kınaması fiilleri heykeltıraşlığa yönelik değil; şirk koşulmasına karşıdır¹⁴⁵. Kur'an'da geçtiği üzere Hz. İsa'nın çamuru şekillendirerek kuş yapması¹⁴⁶ da tasvir fiilinin lizatihî değil; ibadet maksadıyla yapıldığı veya şirke yol açma tehlikesi olduğunda haram olduğuna delil gösterilir¹⁴⁷.

Yine Kur'an-ı Kerim'de, Allah'ın Hz. Süleyman için bakır madenini eritip akıttığı, maiyetinde çalışanların *temâsil* (timsaller) imal ettiği ve verdiği nimetler için Allah'a şükredilmesi gerektiği geçer¹⁴⁸. Tefsirlere göre, burada temâsil kelimesiyle kastedilen; melek, peygamber ve salihlerin; insanların görüp örnek alması ve onlar gibi ibadet etmesi için ibadethanelerde yapılmış tasvir ve

140 Yusuf el-Karadâvi, Şeyh Faysal Mevlevî, Muhammed Ammâre, Fehmi Huveydî, Muhammed Abduh, Abdulmutî el-Bayûmî, Ferid Vâsıl Nasr, Abdulmu'nîm en-Nemr ve Anis Ahmad'ın görüşleri bu yöndedir. Ensârî (n 75) 27 ff; Nevfel (n 22) 117.

141 Nâsır el-Fehd, Muhammed Salih el-Muneccid ve Halid b. Abdullah el-Gulayka bu görüştedir. Nevfel (n 22) 116.

142 Huveydî (n 78) 134 ff.

143 "*Harâm li zâtihî*" veya "*harâm li aynihî*", bir şeyin, başka bir sebeple bağlantılı olarak değil de bizzat ve doğrudan doğruya kendisinin haram kılınmış olduğunu ifade eder. Zıddı olan "*harâm li gayrihî*" ise bir şeyin kendisi dışındaki bir sebepten ötürü haram kılınmasıdır. Mesela Cuma vaktinde alışveriş yapmak ya da bayramda oruç tutmak böyledir. Ferhat Koca, 'Haram (Fıkıh)', *İslâm Ansiklopedisi* (Türkiye Diyanet Vakfı 1997) C 16 100, 101. Akseki de yasağın delilinin sedd-i zerâi olduğu görüşündedir. Hasan Yaşaroğlu, 'İslam'da Resim-Heykel Yasağı ve Ahmet Hamdi Akseki'nin Konu Hakkındaki Görüşleri' (2016) 5 Gümüşhane Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 82, 88.

144 Sâffât, 37/95.

145 İmâre (n 72) 109 ff.

146 "Onu İsrâiloğullarına elçi olarak gönderecek ve o şöyle diyecek: 'Kuşkuya yer yok, işte size rabbinizden bir mucize ile geldim; size çamurdan kuş biçiminde bir şey yapar ona üflerim, Allah'ın izni ile derhal kuş oluverir; yine Allah'ın izniyle körü ve cüzzamlıyı iyileştirir, ölüleri diriltirim; ayrıca evlerinizde ne yiyip ne biriktirdiğinizi size haber veririm. Eğer inanan kimseler iseniz elbette bunda sizin için bir ibret vardır.'" Âl-i İmrân, 3/49.

147 Yıldırım Sipahi, 'İstihsân Açısından Resim ve Heykel' [2018] *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 509, 514.

148 "Sabah gidişi bir aylık mesafe, akşam dönüşü yine bir aylık mesafe olan rüzgârı da Süleyman'a (onun emrine) verdik ve onun için erimiş bakırı kaynağından sel gibi akıttık. Rabbinin izniyle cinlerden bir kısmı, onun önünde çalışırdı. Onlardan kim emrimizden sapsa, ona alevli azabı tattırırız. Onlar Süleyman'a kalelerden, heykellerden, havuzlar kadar (geniş) leğenlerden, sabit kazanlardan ne dilerse yaparlardı. Ey Davud ailesi! Şükredin. Kullarımdan şükreden azdır!" Sebe, 34/12-13.

heykelleridir¹⁴⁹. Bu ayetlere dayanarak tasvire cevaz verenler vardır¹⁵⁰. İbadet edilmediği için bunlar tevhit akidesi için tehlike teşkil etmez ve mübahdır. Günümüzdeki kültür varlıkları da böyledir¹⁵¹.

Hız. Peygamber'in şeriatında neshedilip haram kılındığı kabul edilse bile yasağın illeti, putlara ibadet ve tazim edilerek Allah'a şirk koşulmasıdır. İlet ortadan kalktığına hüküm aslına döner; ki bu da mübah olmasıdır¹⁵².

Hız. Peygamber'den rivayet edilen, tasvir yapanların azaba uğrayacağına dair hadisteki¹⁵³ korkutmanın muhatabı, Allah'ın yaratmasına ortak olmaya kastedendir. Zira böyle kastedip *itikad* (iman) eden kimse küfre düşer ve en büyük azaba müstahak olur. Yani buradaki ihtar, niyeti böyle olmayana değildir¹⁵⁴. Ayrıca Müslümanlara bu işin yasaklanmış olması, eski zamanlardan kalma, başka medeniyetlerin yapmış olduğu mevcut heykellerin yıkılması gerektiği anlamına gelmez. Nitekim Müslümanlar tarih boyunca onlara dokunmamıştır¹⁵⁵.

Mesele, Hız. Peygamber'in kabir ziyaretini yasaklayıp sonra izin vermesinde¹⁵⁶ olduğu gibidir. Eskiden Araplar, kabirlere secde ederek tazimde bulunduğu için kabir ziyareti yasaklanmış; fakat illet ortadan kalkınca yasak da kaldırılmıştır. Tasvir yasağı da tıpkı bunun gibi, tapınmayla alakalıdır ve geçicidir. Cahiliye Araplarında heykel yapmanın yegane maksadı tapınmaktır; sanat veya başka gayelerle yapılıyor değildi. Dolayısıyla hadiste tasvirçiler diye ifade edilenler, günümüzdeki manasıyla ressamlar veya heykeltıraşlar değil; tapınma maksadıyla tasvir yapanlardır. Şirke mâni olmak için tasvir yasaklanmıştır. Şirk tehlikesi olmadığına bu yasak ortadan kalkar¹⁵⁷.

Mekke'nin fethinde, Hız. Peygamber Kâbe'den putları ve diğer tapınılan nesnelere bizzat kaldırtmıştır¹⁵⁸. Zira o devirde henüz insanların zihinlerinde putperestlik kesin olarak silinmiş değildi. Dolayısıyla bundan tamamen sıyrılmak ve dinin güçlü şekilde yerleşmesi hedefleniyordu. Fakat sonrasında

149 Kurtubî (n 26), XIV/272; Ebu'l-Kâsım Mahmûd Zemahşeri, *el-Keşşâf* (3rd edn, Dâru'l-Kutubî'l-Arabi 1407), III/572.

150 Âlûsî, bir topluluğun böyle hüküm verdiğini İbnu'l-Feres'in, Nehhâs'ın ve el-Hidâye adlı eserinde Mekke'nin anlattığını zikreder. Şehâbeddin Mahmûd Âlûsî, *Rûhu'l-Me'âni* (Ali Abdulbâri Atıyye ed, Dâru'l-Kutubî'l-İlmiyye 1415), XI/294.

151 Nevfel (n 22) 120; İmâre (n 72) 111. Hatta ümmetin bunlara bakıp kendilerini doğru yola ileten Allah'a şükretmesini sağlar. Yusuf el-Karadâvî'den aktaran Ensârî (n 75) 28.

152 Zira eşyada aslolan ibâhâdır. Nevfel (n 22) 124. Hız. İbrahim zamanında putlara tapınıldığı görülüyorken, Hız. Süleyman devrinde heykellere izin verilmesini de; zamanla illetin bulunup bulunmamasına göre hükmün de değiştiğine delil olarak ileri sürerler. İmâre (n 72) 118; Nemr (n 130) 239 ff.

153 "Kıyamet günü Allah katında en şiddetli azaba uğrayan kimse suret yapanlardır." Buhârî, 'Libâs', 89. "Bil ki, kıyamet günü insanların en çok azap göreceği olan Allah'ın yaratmasını taklit edenlerdir." Buhârî, 'Libâs', 91; Müslim, 'Libâs', 91.

154 Ebu'l-Fazl Kâdî İyâz, *İkmâlû'l-Mu'âlim bi fevâ'idü Müslim* (Yahya İsmail ed, 1st edn, Dâru'l-Vefâ 1998), VI/538. Bedreddin Aynî, *Umdetu'l-Kâri Şerhu Sahihî'l-Buhârî* (Dâru İhyâ'it-Turâsî'l-Arabi), XXII/70.

155 Huveydî (n 78) 131.

156 "Ben, sizi kabirleri ziyaretten men etmiştim, artık onları ziyaret ediniz." Müslim, 'Cenâiz', 106 (977); Ebû Dâvûd, 'Cenâiz', 81, (3235); Tirmizî, 'Cenâiz', 60, (1054); Nesâî, 'Cenâiz', 100, (2005).

157 Yaşaroğlu (n 143) 84 vd.

158 "Câbir'den şöyle rivayet edilmiştir: Hız. Peygamber, Hız. Ömer b. el-Hattâb'a, Fetih yılında (Muhassab denilen) vadide iken, 'Kâbe'ye varıp orada (duvarlarda çizili) bulunan bütün resimlerin silinmesini' emretmiş ve Hız. Peygamber oradaki bütün resimler silininceye kadar Kâbe'ye girmemiştir." Ebû Dâvûd, 'Libâs', 45 (4156). Esasında Hız. Peygamber'in, put ve diğer tapınılan nesnelere kaldırtarak Kâbe'yi aslına döndürdüğü de söylenebilir. Zira orijinal halinde putlar yoktu. Hız. İbrahim ve İsmail burayı putperestliğe karşı ve tevhide mensup olarak inşa etmişlerdi; içine de put veya başka cisimler koymuş değillerdi. Ahmad (n 24) 45.

iman ruhlarında kök salmış ve bu tehlike ortadan kalkmıştır. İstikrar sağlandıktan sonra artık böyle bir mücadeleye gerek kalmamıştır¹⁵⁹. Tasvir ve resimli eşya kullanımı başlarda mutlak surette ve şiddetli bir biçimde yasaklanmışken, sonraları İslam'ın şirke galebesiyle ilk zamanlardaki *tazirler* (kınama) hafiflemiş; bunların tazim ifade etmeyecek şekilde kullanılmasına müsaade edilmiştir¹⁶⁰.

Mekke'nin fethinden sonra Kâbe ve Arap Yarımadası'nda yapılanların kıyas edilip umuma teşmil edilmesi hatalıdır. Zaten başka bir İslam beldesinde de tatbik edilmemiştir; çünkü Arap Yarımadası'na mahsustur¹⁶¹. Nitekim hadiste: “*Arap Yarımadası'nda iki din bir arada olmayacaktır.*” buyrulmuştur¹⁶². İslamiyet'in beşiği ve dinin kalesi olduğundan oranın putlardan temizlenmesi anlaşılabilir. Ancak Müslümanların hâkim olduğu bütün beldelere teşmil etmek yersizdir, sahabeden bunu destekleyici bir bilgi gelmiş de değildir¹⁶³.

Râşid Halifeler devrinde yapılan fetihlerde, ordu kumandanları, eski halklardan kalma pek çok eski eseri olduğu gibi bırakmıştır. Mesela Sasani İmparatorluğunun başşehri fethedildiğinde (637) kumandan Sa'd b. Ebî Vakkas, Kısra'nın eyvanını mescit olarak tanzim etmiş ve orada Cuma Namazı kılınmıştır; ancak sarayda bulunan heykellere bir zarar verilmemiştir¹⁶⁴. İran coğrafyası fethedildiğinde, Müslümanlar daha önce hiç duymadıkları ve bilmedikleri dinlerle karşılaşmıştır; mesela Mecusilik böyledir. Halife Hz. Ömer, onlara ehl-i kitap gibi muamele etmiştir¹⁶⁵. O zamandan beridir Müslümanlar fethedilen yerlerdeki gayrimüslim tebaanın ibadetlerine ve mabetlerine karışmamış, onlara zimmî statüsü tanımıştır. Mabetlerinde ya da evlerinde bulunan heykel ve putlarını yıkamamış, güneşe veya ateşe tapınmalarını yasaklamamış veya dinî ritüellerini yapmalarına mâni olmamışlardır¹⁶⁶.

Keza eski tapınaklar ve heykellerle dolu olan Mısır'da da heykelleri yıkmaya yönelik bir harekât olmamıştır. Zira Arap Yarımadası'nda yıkılan putların aksine, onlara ibadet ediliyor değildi ve heykeller İslam akidesi için bir tehlike teşkil etmiyordu. Dolayısıyla, “*Müslüman, her nerede tapınılan*

159 Reşid Rızâ, *Fetâvâ* (n 73) 65 ff; Nemr (n 130) 238 ff. Nitekim Hz. Peygamber'in Hz. Âişe'ye: “Eğer kavmin küfür dönemine yakın bulunmamış olsaydı Kâbe'yi yıktırıp İbrâhim peygamberin temelleri üzerine yeniden inşa ederdim.” dediği rivayet olunur. Buhârî, ‘Hac’, 42; Nesâî, ‘Hac’, 125. Hadisten, cahiliye devrinin henüz çok yakın olduğu ve eski adetlerinden kopamamış insanların geri dönmesine yol açabileceği sebebiyle, Hz. Peygamber'in Kâbe'yi yıkıp yeniden yapmadığı anlaşılabilir. Abdülmelik bin Mervan zamanında (685-705) bu yapılmış ve korkulan olmamıştır; çünkü cahiliye devrinden uzaklaşmıştır. Hatta Rumejh'e göre bu, zamanın değişmesiyle ahkâmın değişebilmesine bir misaldir. Rumejh (n 22) 252.

160 Miras (n 127), II/116 vd; VI/418 vd.

161 Huveydî (n 78) 135.

162 Ebû Abdillâh İmam Mâlik, *el-Muvatta'*, ‘Câmi’, 17-18.

163 Huveydî (n 78) 135.

164 Muhammed b Cerîr Taberî, *Târîhu'r-Rusul ve'l-Mulûk* (Muhammed Ebu'l-Fazl İbrâhim ed, 2nd edn, Dâru'l-Meârif Bimîsr 1967), IV/20; İzzeddin İbnü'l-Esir, *el-Kâmil fi't-Târih* (Ömer Abdüsselâm Tedmûri ed, 1st edn, Dâru'l-Kitâbi'l-Arabî 1997), II/341; Ebû Zeyd Velîyyüddîn İbn Haldûn, *Kitâbü'l-İber ve divânu'l-mübtede' ve'l-haber fi eyyâmi'l-Arab ve'l-Acem ve'l-Berber ve men âsarâhum min zevîs-sultâni'l-ekber* (Halil Şehade and Suheyl Zekkâr eds, Dâru'l-Fikr 1981), II/537.

165 Halife Hz. Ömer zamanında, Yahudi ve Hristiyanlardan farklı olarak bu yeni karşılaştıkları din mensupları hakkında ne yapılacağını etrafındakilere sorduğunda; Abdurrahman b. Avf, Mecusilere ehl-i kitap veya ehl-i zimmet muamelesi yapılmasını Hz. Peygamber'den işittiğini söylemiştir. İmam Mâlik (n 162), ‘Zekât’, 42; Tirmizî, ‘Siyer’, 1586.

166 Hem böyle bir engelleme, dinde ikrah olurdu ki şer'an yasaktır. Huveydî (n 78) 136; Ahmad (n 24) 45.

bir put görürse kırmayı gerekir.” iddiasının şer’an ve tarihî olarak esası yoktur. Râşid Halifelerin, sahabenin ve tâbiinin tatbikatı buna delildir¹⁶⁷.

İslam uleması ilk devirlerden itibaren kültür varlıklarının ortadan kaldırılması yönünde bir davette bulunmamıştır. Mesela Irak’ta Babil, Asur ve Keldani heykellerini gören Ebû Hanîfe’nin; Mısır’da firavun heykellerini gören İmam Şafî ve talebelerinin herhangi bir menfi ifadesi yoktur¹⁶⁸. Mısırlı tarihçi Makrîzî, Memluklu sultanı I. Muhammed’in Nil kıyısındaki bir sfenksi yıktırıldığını kaydetse de bu dinî değil dünyevî bir sebeptendir; zira onun altında bir hazinenin gömülü sanıldığı zikredilir¹⁶⁹.

“Allah’tan başkasına tapanlara (ve putlarına) sövmeyin; sonra onlar da bilgisizce, düşmanca Allah’a söverler.”¹⁷⁰ mealindeki ayet bir başka delildir. Putlara sövmek bile Kur’ân-ı Kerîm ile yasaklanmışken, gayrimüslimlerin kıymet verdiği heykellerin yıkılmasına cevaz verilmez ki, onlar da Müslümanları tazyike ve kültür varlıklarına saldırmaya bahane bulmasın¹⁷¹. Gayrimüslimlerin, kültür varlıklarına ibadet ettikleri farz edilse dahi bunları yıkmak, onları ibadetlerinden caydırmaz. Bilakis İslam’dan uzaklaşmalarına, dinî mukaddesata saldırmalarına ve Müslüman azınlıkları tazyik etmelerine sebebiyet verir¹⁷².

İnsanların heykelleri muhafaza etmeleri, atalarının neler yaptığını bilmek, kendilerinden önce gelenlerden ibret almak, insanlığın gelişimini ve tarihini öğrenmek gibi gayelere matuftur. Bunlar şeriat tarafından *mendup* görülen (beğenilen) şeylerdir, şirke yol açmaz ve dolayısıyla heykellerin yıkılmaları değil, bilakis muhafazası gerekir. Araplar putperestliği uzun zaman önce terk etmiş ve bunca zaman boyunca Müslümanlardan heykellere kutsiyet atfetme yönünde bir emare de yokken; beklenen mefsetet *tevehhüm*¹⁷³ derecesindedir¹⁷⁴. Bunları yerinde bırakmak haram değildir, hatta Müslümanların maslahatıdır; zira turizm sebebiyle Müslümanlara maddi kazanç sağlar. Ayrıca Kur’ân-ı Kerîm’e göre eski kavimlerden kalma eserler ibrettir¹⁷⁵.

167 Fetihlerde sahabe ve tabiinden pek çok kimse yer almıştır ki onlar İslam’ı anlamada ve yaşamada, sonraki devirdeki Müslümanlardan daha ileri kabul edilir. İcmâ ve Râşid Halifelerin tatbikatı, İslam hukukunda bağlayıcı delillerdendir. On dört asır geçtikten sonra, diğer medeniyetlerden kalma heykelleri put olarak vasıflandırmak ve bunların yıkılması gerekliliğini tartışmak yersizdir. Din gayretinde ve İslam’ı anlamada Râşid Halifeleri ve sahabeyi geçmeye çalışmak yahut İslam dün nüzul olmuş gibi davranmak isabetli değildir. Huveydî (n 78) 130, 136 ff.

168 Hatta Mısır’ın fethinde sahabeden bazılarının piramitlere gidip oraya isimlerini kazıdıklarını, Huveydî, Ahmed Teymur Paşa’nın *el-Mevsû’atü’l-Teymûriyye* adlı eserinden nakletmektedir. ibid 130.

169 ibid. Sonraki devirlerde de ciddi bir tasvir yasağı tatbikatı olmadığı; bilhassa Emevî, Abbâsî, Tolunoğulları ve Selçuklu saraylarında mozaik, fresk ve heykellere rastlandığına dair bkz Ruhi Konak, ‘İslam’da Tasvir Yasağı Sorunu ve Minyatür Sanatı’ (2013) 6 The Journal of Academic Social Science Studies 967; Şenay Sayın Alsan, ‘İslamiyet’te Tasvir Yasağı ve Türk Mimari Süsleme Sanatında İnsan Figürünün Kullanımı’ (2019) 3 The Journal of Social Science 285. Hatta Arnold ve Creswell bazı sanat tarihçileri ilk devirlerde tasvirin yasak olmadığını, sonradan Yahudiler veya Bizans’taki İkonoklazm hareketinin etkisiyle bu yasağın İslam’a sokulduğunu dahi iddia etmişlerdir. Uyar (n 121) 160.

170 Enâm, 6/108.

171 Sedd-i zerâi kaidesinin bir görünümü olarak da mütalaa edilebilir. Karadavî’den naklen: Huveydî (n 78) 141, 163.

172 Nevfel (n 22) 121.

173 “Tevehhüme itibar yoktur.” (Mecelle, m. 74), İslam hukukunun küllî kaidelerindedir. Sağlam bir delile dayanmayan ihtimallere itibar edilmez. Asılsız bir şüpheye veya kuruntuya dayanarak hüküm bina edilmez. Ekrem Buğra Ekinci, *Ahmed Cevdet Paşa ve Mecelle’den Düsturlar* (Gözden geçirilmiş 9. Baskı, IQ Kültür Sanat 2021) 179 vd.

174 Nevfel (n 22) 118 ff.

175 Mısır eski müftüsü Nasr Ferid Vâsîl’dan aktaran Ensârî (n 75) 28.

Çocukların, bilhassa kızların oyuncak olarak heykellerle oynamasına cevaz verilmiştir. Zira talim ve terbiye için kullanıldıklarından ve şirkle de alakası olmadığından ötürü mübah görülmüştür. Kıyasen, kültür varlığı olan heykeller de böyledir ve itlaf edilmeleri caiz değildir¹⁷⁶.

b. Muhafaza Etmeme Taraftarlarının Görüş ve Delilleri

Halihazırda mevcut bulunan insan ve hayvan suretindeki kültür varlıklarının, put hükmünde olduğu ve ortadan kaldırılması gerektiği görüşünde olanlar; İslam hukukunun kitap, sünnet gibi aslı ve başka fer'i delillerine dayanırlar.

Öncelikle Kur'an-ı Kerim'de Hz. İbrahim'in kıssasında putları kırması¹⁷⁷, Hz. Musa'nın, yokluğunda Sâmiri'nin altından yaptığı buzağı şeklindeki putu yakıp küllerini savuracağını söylemesi¹⁷⁸ delil gösterilir. Ayrıca Hz. Peygamber, Mekke'nin fethinde "*De ki: 'Hak geldi bâtil yıkılıp gitti! Zaten bâtil yıkılmaya mahkûmdur.'*"¹⁷⁹ mealindeki ayeti okuyarak Kâbe'nin etrafındaki putları devirmiştir¹⁸⁰. Peygamberlerin bu tatbikatı, müşriklerin putlarını kırmanın ve eğer güç yetirilebilirse bütün heykelleri yıkmamanın gerekliliğine delildir¹⁸¹.

Kur'an-ı Kerim'de Hz. Nuh kavminin ilahlarının adı geçer¹⁸². Aslında bunların geçmişte yaşayan salih kimseler olduğu ve bir müddet geçtikten sonra heykellerine insanların tapınmaya başladığı tefsirlerde ifade edilmiştir¹⁸³. Demek ki heykeller, sonra gelenleri şirke sevk edebilmektedir. Dolayısıyla bu yolu kapatmak için heykellerin yıkılması lazımdır. Yani sedd-i zerâi delili de bunu icap ettirir¹⁸⁴.

Maslahat bir diğer delildir. Tevhidin himayesi, en mühim maslahattır. Tıpkı Hz. İbrahim ve Hz. Muhammed'in yaptığı gibi putları kırmak bu maslahatı sağlar. Başka beldelerdeki Müslümanların taziyekine sebebiyet vermemesi için veya Müslümanların turizm geliri sebebiyle heykellerin muhafazasında var olduğu ileri sürülen maslahat, tevhidin himayesindeki maslahatın yanında muteber değildir¹⁸⁵.

Hz. Peygamber'in, Hz. Ali'yi putları imha etme ve yüksek mezarları yerle bir etmekle görevlendirdiği rivayet olunur¹⁸⁶. Bir başka rivayette Hz. Peygamber'in, kendisinin "putların kırılması, Allah'ın bir

176 İmâre (n 72) 133 ff.

177 Enbiyâ, 21/51 vd.

178 "Mûsâ: 'Çekil git! Artık sen hayatın boyunca (hastalanıp) 'Bana dokunmak yok!' diyeceksin. Senin için, asla kaçamayacağın bir ceza daha var. Hele şu ibadet edip durduğun ilâhına bak! Biz onu elbette yakacağız ve onu muhakkak denize savuracağız.'" Tâ-Hâ, 20/97.

179 İsrâ, 17/81.

180 Buhâri, 'Mezâlim ve Gasb', 32; 'Megâzi', 50; 'Tefsir', 192; Müslim, 'Cihad', 87.

181 Kurtubî (n 26), X/314; Nevfel (n 22) 117.

182 "İnsanlara dediler ki: 'Sakin ilâhlarınızı bırakmayın; hele Ved'den, Suvâdan, Yegûs'tan, Yeûk'tan ve Nesr'den asla vazgeçmeyin!'" Nûh, 71/23.

183 Buhâri, 'Tefsir', Nûh Sûresi (4920).

184 Fehd (n 80) 10, 27 ff; Nevfel (n 22) 118.

185 Fehd (n 80) 28.

186 "Ebu'l Heyyac el-Esedî: Bana, Hz. Ali: 'Resûlullah'ın beni göndermiş olduğu şeye ben de seni göndereyim mi?' diye sordu ve Resûlullah'ın kendisine: 'Haydi git, kırıp dökmelik put, düzlemedik yüksek kabir bırakma!' dediğini anlattı." Müslim,

tanınması ve O'na şirk koşulmaması için gönderildiğini” söylediği geçer¹⁸⁷. Cerir b. Abdullah'tan bir rivayete göre, Hz. Peygamber, onu *Zülhalesa* denen putlarla dolu tapınağı yıkması için yollamıştır¹⁸⁸. Dolayısıyla Allah'a şirk koşulan putlar ve benzeri nesnelere, insan ve hayvan suretinde olsun ya da olmasın, yok edilmesi meşrudur¹⁸⁹.

Hz. Peygamber, Müslümanlara iyiliği emredip kötülükten alıkoymayı (*el-emr bi'l-ma'rûf ve en-nehy ani'l-münker*) buyurmuştur¹⁹⁰. Kur'an'da dikili taş ve putların (*ensâb*) “şeytan işi birer pislik” olduğu açıkça beyan edilmiştir¹⁹¹. Putlar, bizatihi münkerdir ve şu çağda onlara tapınılmıyorsa bile ortadan kaldırılmaları gerekir¹⁹².

Hz. Süleyman kıssasının anlatıldığı ayette geçen “*temâsil*” (timsaller) kelimesi ile murat edilen heykeller değil; duvarlar üzerindeki tasvirlerdir. Ayrıca bahsedilen tasvirlerin canlılara ait olduğuna dair bir açıklık yoktur; ağaç veya kafasız hayvan heykelleri yahut cansız tasviri olmaları da muhtemeldir¹⁹³. Her halde, burada dayanılan delil, önceki şeriatlerdir (*şer'u men kâblenâ*). Kaide, önceki şeriatlerdeki hükmün, İslam şeriatında neshedilmemiş olması halinde delil olabilesidir¹⁹⁴. Tasvirler veya heykeller, Hz. Süleyman'ın şeriatında helal kılınmış olabilir¹⁹⁵. Ancak o zamanlar mübah olduğu kabul edilse dahi Hz. Peygamber şeriatında neshedilmiş, heykeller yasaklanmış ve kırılması emredilmiştir. Zira asırlar boyunca insanlar bunlara tapınmıştır¹⁹⁶.

Sahabenin Mısır, İran veya başka yerlerdeki heykelleri kasten yıkmadığı ya da terk ettiği iddiaları sabit değildir. Mesela zimmet akdi sırasında gayrimüslim mabetlerine ve içindeki eşyaya dokunulmayacağı şart koşulmuş ve dolayısıyla heykeller yerinde kalmış olabilir. Heykellerin sahabenin ulaşmadığı uzak yerlerde olması ya da yer altına gömülü olduğu için fark edilememiş ve ortaya çıkarılmamış olması da muhtemeldir. Ayrıca çok sağlam malzemeden yapıldıklarından sahabenin bunları yıkmaya yetecek alet edevatı bulunmayabilir yahut teknik yetersizliklerden dolayı yıkılamamış olabilir¹⁹⁷.

Kabir ziyaretini Hz. Peygamber'in önce nehyedip sonra ona cevaz verdiği doğrudur. Hz. Peygamber tarafından nehyedilen tasvire ise daha sonra cevaz verildiğine dair ondan bir haber varit olmamıştır. Şu halde artık şirk tehlikesi kalmadığı ve mahzur olmadığı, dolayısıyla haramlığın kalktığı hükmünü

'Cenâiz', 31 (969).

187 Müslim, 'Musâfirin', 832.

188 Buhâri, 'Menâkıbu'l-Ensâr', 20.

189 İbn Hacer (n 127), VIII/73; Nevfel (n 22) 119.

190 Müslim, 'İmân', 49.

191 “Ey iman edenler! Şarap, kumar, ensâb (dikili taşlar ve putlar), fal ve şans okları birer şeytan işi pisliktir; bunlardan uzak durun ki kurtuluşa eresiniz.” Mâide, 5/90. Diğer taraftan, dikili taş ve putların haram kılınmasının sebebinin, bunlara ibadet edilmesi olduğu; dolayısıyla ibadet maksadı olmadığı takdirde dikili taşların haram olmadığı ve Müslüman komutanların bazı zaferlerden sonra abide olarak taşlar diktiği de ifade edilir. Uyar (n 121) 53 vd.

192 Nevfel (n 22) 119.

193 Kurtubî (n 26), XIV/272; Âlûsî (n 150), XI/293 ff; Rumejh (n 22) 254.

194 Ekrem Buğra Ekinci, *İslam Hukuku ve Önceki Şeriatler* (2. Bası, Arı Sanat 2017) 261.

195 Hz. Danyal'in yüzüğünde iki aslan ve aralarında bir adam resmi bulunması da böyle tefsir edilmiştir. Serahsî (n 105), XI/211.

196 Kurtubî (n 26), XIV/272; Âlûsî (n 150), XI/294.

197 Fehd (n 80) 24 ff.

ancak Hz. Peygamber verebilir. Hem bu tehlikenin geçtiği ve yeryüzünden putperestliğin silindiği iddiası da doğru değildir¹⁹⁸. Hadislerde tasvirle alakalı bildirilen azap ahirete müteallik olduğundan, hükmü zamanla tahsis edilemez¹⁹⁹. Ayrıca yasaktaki illet yalnızca şirke yol açma tehlikesi değildir, Allah'ın yaratmasına benzetmek de bir illettir²⁰⁰. Dolayısıyla salt artık şirk tehlikesi ortadan kalktı denerek heykellere cevaz verilemez.

Heykellerin, oyuncak bebeklerle kıyas edilmesi ise hatalıdır; çünkü iki mesele arasında illet birliği yoktur (*kıyâs ma'a'l-fârik*). Kültür varlığı olan heykeller, önceden tazim ve takdis edilen şeyler olduklarından şirke yol açabilirler. Asıl, bunların, Hz. Peygamber'in kırılmasını emrettiği cahiliye putlarına kıyas edilmesi gerekir²⁰¹. Ayrıca oyuncak bebeğin istisnaen mübah görüldüğünü veya daha sonra cevazın neshedilip haram kılındığını söyleyenler de vardır²⁰².

SONUÇ

Kültür varlıklarının korunması hukuku, nispeten genç bir hukuk dalı olduğundan, klasik fıkıh kaynaklarında doğrudan kültür varlığı veya kültürel miras mefhumlarıyla karşılaşmaz. Ancak dolaylı olarak kültür varlıklarının korunmasına hizmet eden hükümlerin mevcut olduğu söylenebilir.

Taşınır kültür varlıklarının, ilk bakışta fıkıhın define ve lukataya yönelik hükümlerinin kapsamına girdiği düşünülebilir. Ancak bu hükümler, eşyanın maddi kıymeti nazara alınarak getirilmiş ve mülkiyeti tayin etmeyi gaye edinen hükümlerdir. Doğrudan kültür varlıklarını hedef almadığından, İslam hukukunda taşınır kültür varlıklarının define ve lukata olarak görüldüğünü söylemek isabetli olmaz.

İslam hukukundaki vakıf müessesesi, ebedilik prensibi ve vakfi koruyucu hususi hükümleriyle; adeta kendi içinde kültürel mirasın korunması felsefesini barındırır. Nitekim vakıflar pek çok kültür varlığının günümüze kadar intikal etmesinde amildir. Gayrimüslim mabetlerinin tahrip edilmemesi kaidesi de onların taşınmaz kültür varlığı olarak ayakta kalmalarına vesile olmuştur. Aksi görüşler olsa dahi cumhura ve İslam tarihindeki tatbikata göre mabetlerin restorasyonuna izin verilmiştir. Hatta hükümdarın buna imkân sağlaması gerektiği yönünde görüşler mevcuttur.

Çağdaş İslam hukuku literatüründe kültür varlıklarının mülkiyet rejimi, mal olma vasfı ve muhafazası hakkında çeşitli görüşler vardır. Kültür varlıklarının yalnızca maddi kıymetini nazara alanlar onu rikaza kıyas ederek hususi mülkiyete tâbi görürler. Manevi kıymetini de nazara alanlar ise onu tuz kaynağına kıyas edip amme mülkiyetine tâbi kabul ederler. Malikî mezhebinin madenler hakkındaki

198 Nitekim Hindistan ve Pakistan'da putperestler mevcut olduğu gibi, Hristiyanlar Hz. İsa, Hz. Meryem ve azizlerin resimleri ile heykellerine tazimde bulunmaktadır. Ebu'l-Alâ Mevdûdi, *Tefhimu'l-Kuran* (Ali Bulaç ed, İnsan Yayınları 2005), IV/512.

199 Uyar (n 121) 104.

200 Sipahi (n 147) 537.

201 Fehd (n 80) 34.

202 İbn Hacer (n 127), X/527.

kavli de bu görüşü destekler. Osmanlı Devleti ve sonrasında İslam ülkelerinde çıkarılan kanunlarda ikinci görüşün kabul edildiği söylenebilir.

Örfen iktisadi kıymeti haiz ve şer'an mübah olma şartlarını taşıdığı için, kültür varlıklarının umumi olarak mal vasfına sahip olduğu söylenebilir. Müslümanlara haram kılınan haç, resim ve heykel gibi nesnelere, zimmilerin elinde olduğunda yine hukuken mal vasfında görülür. Mumyalanmış insan cesedi ise mal sayılmaz.

Klasik kaynaklara göre Müslümanların sahip olduğu, insan ve hayvan suretindeki resim ve heykeller, prensip olarak mütekavim mal değildir. Ancak insan ve hayvan sureti değilse, hakir haldeyse, heyetini (şeklini) kaybetmiş ise, küçükse ya da çocukların oynadığı oyuncak kabilinden ise mübah görülmüştür. Gölgesiz tasvirin veya dayanıklı olmayan malzemeden yapılan heykelin caiz olduğu görüşünü savunanlar da vardır. Çağdaş İslam hukukçularının önemli bir kısmı ise heykellere tazim veya ibadet edilmediği müddetçe haramlık bulunmadığı görüşündedirler.

Ekseriyetle İslam hukukçuları, günümüzde mevcut kültür varlıklarının put olarak vasıflandırılmayacağı ve muhafazasının gerektiği kanaatinde olsa da; karşı görüşte olan ve yıkılmasının lüzumunu savunanlar vardır. Tarafların görüş ve delilleri şöyle özetlenebilir:

- a. Bir taraf tasvir yasağında illetin şirk veya Allah'ın yaratmasına öykünme olduğunu söyler; illet bulunmadığı takdirde heykellerin yıkılmasını caiz görmez. Diğer taraf putların yıkılmasına dair delilleri esas alır ve heykellerin mübahlığına dair delilleri neshedilmiş sayar.
- b. Bir taraf putların yıkılması gerekliliğinin sadece ilk devirde müşriklere karşı ve yalnız Arap Yarımadası için geçerli olduğunu ileri sürer. Karşı görüştekiler, emri umumi kabul eder ve güç yettiği ölçüde kalan heykellerin yıkılmasını vacip görür.
- c. Bir taraf, heykellerin kullanım şekline göre haram olabileceğini, şirke yol açmadıkça itlafının caiz olmadığını müdafaa eder. Diğer taraf bunları bizatihi haram ve ortadan kaldırılması gereken münker olarak kabul eder.
- d. Sedd-i zerâi kaidelerini iki taraf da farklı ele alır. Bir taraf, şirke giden yolu kapatmak için heykellerin yıkılması vaciptir derken; diğer taraf, hem heykellerin İslam akidesi için tehlike arz etmediğini ve hem de bunları yıkmanın, Müslümanların zarar görmesine ve İslam'a saldırılara yol açacağını ileri sürerler.
- e. Bir taraf heykelleri cahiliye putlarına kıyas eder ve yıkılmasını vacip görür. Diğer taraf çocukların oyuncaklarına kıyas eder; terbiye ve talim maksadına hizmet ettiği için heykellerin yıkılmasını caiz görmez.

Heykellerin mübahlığına dair önceki şeriatlerdeki hükümlerin gerçekten de Hz. Peygamber zamanında neshedildiği kabul edilebilir. Fakat hadislerde tasvircilere yönelik ifadelerin suret yapma fiiline ilişkin olduğu görülmektedir. Zira bu fiil Allah'ın yaratmasına öykünmek olarak görülmüş ve şirke yol açabileceğinden sakıncalı bulunmuştur. Öte yandan putların yıkılması yönündeki hadisler ile tatbikatın, İslam dininin yeni benimsendiği bir zamanda, hususen Arap Yarımadası'na ve buradaki

müşriklerin putlarına yönelik olduğu anlaşılmaktadır. Râşid Halifeler ile sahabenin tatbikatında, heykellerin, mutlak olarak ortadan kaldırılması gereken münker olarak kabul edildiğine delalet eden bir faaliyete rastlanmadığı gibi aksi yönde misaller bilinmektedir. Eski medeniyetlerden kalma heykellerin, bugün İslam akidesi için bir tehlike arz etmediği görüşü; şirke yol açma tehlikesinin devam ettiği görüşüne nazaran daha tercihe şayan görünmektedir. Nihayet kültür varlıklarını muhafaza etmenin, eski kavimlerden ibret almanın tavsiye edildiği Kur'an ayetleriyle de mütenasip olacağı söylenebilir. Nitekim yaklaşık altı asır boyunca geniş bir coğrafyada hüküm sürmüş bir İslam devleti olan Osmanlı İmparatorluğu'nda heykellerin yıkılması yönünde bilinçli ve sistematik bir harekate rastlanmaz. Bilakis, 1869 senesinden itibaren Âsâr-ı Atıka Nizamnâmesi adıyla kültür varlıklarının muhafazasını öngören hukuki tanzimler yapılmıştır.

KAYNAKÇA

- , *Kur'an-ı Kerim Meâli* (Diyanet İşleri Başkanlığı 2011)
- , *Kur'an-ı Kerim ve Açıklamalı Meali* (Diyanet Vakfı 1999)
- , 'Tasvîr', *el-Mevsû'âtü'l-Fıkhîyye* (2nd edn, Dâru's-Selâsil 1988) vol 12 92-131
- Ahmad A, 'el-İslâm ve't-Turâsu's-Sakâfî', *Amâlu Nedvetîd-Devha li'l-Ulemâ Havle'l-İslâmi ve't-Turâsi's-Sakâfî ed-Devha, Katar, 30-31 Dîsembir/Kânûne'l-Evvel 2001* (UNESCO 2005)
- Akgün MR, 'Önceki Hukukumuzda Definelere Hukukî Statüsü' (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi 2018)
- Akgündüz A, 'Eski Hukukumuzda Vakıf Malların Tamiri ve Muhafazası' (1994) 11 Vakıf Haftası Dergisi 115-122
- Akgündüz A, *İslâm Hukukunda ve Osmanlı Tatbikatında Vakıf Müessesesi*, (Osmanlı Araştırmaları Vakfı 2013)
- Akman M, 'Kilise ve Havraların İslâm-Osmanlı Hukuk Tarihindeki Yeri' (1996) I İlam Araştırma Dergisi 133-144
- Alsın ŞS, 'İslamiyet'te Tasvir Yasağı ve Türk Mimari Süsleme Sanatında İnsan Figürünün Kullanımı' (2019) 3 The Journal of Social Science 285-313
- Alshehaby F, 'Cultural Heritage Protection in Islamic Tradition' (2020) 27 International Journal of Cultural Property 291-322
- Âlûsî ŞM, *Rûhu'l-Me'ânî* (Ali Abdalbârî Atıyye ed, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye 1415)
- Âsım Efendi M, 'El-Eser' iç Mustafa Koç ve Eyyüp Tanrıverdi (edr), *El-Okyânûsu'l-Basît fi Tercemeti'l-Kâmûsi'l-Muhît* (Türkiye Yazma Eserler Kurumu Başkanlığı 2013) 1711
- Aydın MA, 'İslam Hukukunda Gasp' (1995) IX İslâm Tetkikleri Dergisi 163-217
- , *Türk Hukuk Tarihi* (Gözden Geçirilmiş 17, Beta 2020)
- Aynî B, *el-Binâye fî şerhi'l-Hidâye* (Eymen Sâlih Şa'bân ed, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye 2000)
- , *Umdetu'l-Kârî Şerhu Sahîhi'l-Buhârî* (Dâru İhyâi't-Turâsi'l-Arabî)
- Başoğlu T, 'Resim', *İslâm Ansiklopedisi* (Türkiye Diyanet Vakfı 2007) C 34 579-582
- Bilmen ÖN, *Hukûk-i İslâmiyye ve İstîlâhât-ı Fıkhîyye Kamusu* (2. Bası, Ravza 2018)
- , *Kur'an-ı Kerim'in Türkçe Meali Alisi ve Tefsiri* (Bilmen Yayınevi 1971)
- Buhârî Mbî, *Sahih-i Buhârî*
- Buhûti MbYbS, *Keşşâfü'l-kınâ 'an (metn)i'l-İknâ'* (Hilal Musaylihî Mustafa Hilal ed, Mektebetu'n-Nasrî'l-Hadîse 1968)

- Bursalı OS, 'Ebedi Fakat Tamire Muhtaç: Osmanlı Hukukunda Vakıf Malın Tamiri' (Doktora, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2019)
- Cemel EDSbÖ, *Futûhâtü'l-Vehhâb bi-Tavzîhi Şerhi Menheci't-Tullâb* (Dâru'l-Fikr)
- Cessâs EBAbA, *El-Fusûl Fi'l-Usûl* (2nd edn, Kuveyt Vakıflar Bakanlığı 1993)
- Cezîri AbM, *el-Fıkh ale'l-Mezâhibi'l-Erba'a* (2nd edn, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye 2003)
- Çolak Nİ, *Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Hukuku* (On İki Levha 2011)
- Dâûk A, 'Tedmur: Âsîmetu Zenûbya ve Memleketu'z-Zuba' [1978] *el-Faysal* 43-55
- Ebû Dâvûd SbE, *es-Sünen*
- Ebû Ubeyd KbS, *Kitâbu'l-Emvâl* (Dâru'l-Fadîle 2007)
- Ekinci EB, *Ahmed Cevdet Paşa ve Mecelle'den Düsturlar* (Gözden geçirilmiş 9. Baskı, IQ Kültür Sanat 2021)
- , *Dîni Lügat – İzahlı Misalli Metinlerle* (Arı Sanat 2018)
- , *İslam Hukuku ve Önceki Şeriatler* (2. Bası, Arı Sanat 2017)
- , *İslâm Hukuku: Umûmî ve Husûsî Hükümler* (3. Bası, Arı Sanat 2018)
- Ensârî A, 'Mevkıfu'l-İslâmi mine'l-Hifâzi ale't-Turâsi'l-İnsânî *Amâlu Nedveti'd-Devha li'l-Ulemâ Havle'l-İslâmi ve't-Turâsi-Sakâfi ed-Devha*, Katar, 30-31 *Dîsembir/Kânûne'l-Evvel 2001* (UNESCO 2005)
- Ensârî Z, *Esne'l-Metâlib şerhu Ravzi't-Tâlib* (Dâru'l-Kitâbi'l-İslâmi)
- Fehd N, *İkâmetu'l-Burhân alâ Vucûbi Kesri'l-Evsân*
- Garib S, *Fi Târîhi'l-Funûni'l-Cemîle* (Dâru's-Şurûk 1998)
- Hacak H, 'Mal', *İslâm Ansiklopedisi* (Türkiye Diyanet Vakfı 2003) C 57 461-465
- Haydar Efendi A, *Tertibu's-Sunûf fi Ahkâmi'l-Vukûf*, (Ekrem Abdulcebbar and Muhammed Ahmed eds, Müessesetu'r-Reyyân)
- Huveydî F, *Tâlibân: Cundullah fi'l-Ma'reketi'l-Ğalat* (2nd edn, Dâru's-Şurûk 2001)
- İbn Âbidin ME, *Reddu'l-Muhtâr* (Matba'atü Mustafâ el-Bâbî el-Halebî 1966)
- İbnü'l-Esir İ, *el-Kâmil fi't-Târîh* (Ömer Abdusselâm Tedmürî ed, 1st edn, Dâru'l-Kitâbi'l-Arabî 1997)
- İbn Hacer A, *Fethu'l-Bârî* (Muhammed Fuâd Abdalbâkî ed, Dâru'l-Ma'rife 1379)
- , *ed-Dirâye fi Tahrici Ehâdisi'l-Hidâye* (Abdullah Hâşim el-Yemânî el-Medenî ed, Dâru'l-Ma'rife)
- İbn Haldûn EZA, *Kitâbü'l-İber ve divânü'l-mübtede' ve'l-haber fi eyyâmi'l-Arab ve'l-Acem ve'l-Berber ve men âsaruhum min zevi's-sultâni'l-ekber* (Halil Şehade and Suheyl Zekkâr eds, Dâru'l-Fikr 1981)
- İbn Kayyim C, *et-Ṭuruku'l-Hukmiyye* (Mektebetu Dâru'l-Beyân)
- İbn Kesîr EF, *el-Bidâye ve'n-Nihâye* (Abdullah bin Abdulmuhsin et-Turkî ed, 1st edn, Dâru'l-Hicr 1997)
- İbn Kudâme M, *el-Muğni* (Abdullah bin Abdulmuhsin et-Turkî and Abdulfettah Muhammed el-Hulv eds, 3rd edn, Dâru Âlimi'l Kütüb 1997)
- İbn Mâce, *es-Sünen*
- İbn Nüceym S, *en-Nehru'l-Fâik Şerhu Kenzi'd-Dekâik* (Ahmed Azv İnâye ed, 1st edn, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye 2002)
- İbn Nüceym Z, *el-Bahru'r – Râ'ik* (2nd edn, Dâru'l-Kitâbi'l-İslâmi)
- İbn Rüşd EVM, *el-Beyân ve't-Tahsil* (Muhammed Haccî ed, 2nd edn, Dâru'l-Garbi'l-İslâmi 1988)
- İliş M, *Minehu'l-celil alâ Muhtasari's-Şeyh Halil* (Dâru'l-Fikr 1984)
- İmam Mâlik EA, *el-Muvatta'*
- İmâre M, *el-İslâm ve'l-Funûnu'l-Cemîle* (Dâru's-Şurûk 1991)
- Kâdı İyâz EF, *İkmâlü'l-Mu'min bi fevâidü Müslim* (Yahya İsmail ed, 1st edn, Dâru'l-Vefâ 1998)
- Kâri A, *Mirkâtu'l-Mefâtiḥ* (Dâru'l-Fikr 2002)

- Karadâvî Y, *el-Helâl ve'l-Harâm fi'l-İslâm* (1st edn, Mektebetu Vehbe 2012)
- Koca F, 'Haram (Fıkıh)', *İslâm Ansiklopedisi* (Türkiye Diyanet Vakfı 1997) C 16 100-104
- Konak R, 'İslam'da Tasvir Yasağı Sorunu ve Minyatür Sanatı' (2013) 6 *The Journal of Academic Social Science Studies* 967-988
- Kurtubî MbA, *el-Câmi li ahkâmi'l-Kurân* (Ahmed el-Berdûnî and İbrâhim Ettafeyyîş eds, 2nd edn, Dâru'l-Kutubî'l-Mısıriyye 1964)
- Mâverdi EH, *el-Hâvi'l-Kebîr* (Ali Muhammed Muavvad and Adil Ahmed Abdülmevcud eds, Dâru'l-Kutubî'l-İlmiyye 1999)
- Mevdûdî EA, *Tefhimu'l-Kuran* (Ali Bulaç ed, İnsan Yayınları 2005)
- Miras K, *Sahih-i Buhârî Muhtasarı Tecdî-i Sarih Tercemesi ve Şerhi* (4. Bası, Diyanet İşleri Başkanlığı 1978)
- Mumcu A, 'Eski Eserler Hukuku ve Türkiye' (1969) 26 *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 45-78
- Müslim EH, *Sahih-i Müslim*
- Nemr A, *el-İctihâd* (el-Hey'etü'l-Mısıriyyetü'l-Amme li'l-Kitab 1987)
- Nesâî EAA, *es-Sünen*
- Nesli A, 'Eski Eserlerin Korunmasının Hukuk Tarihi Yönüyle İncelenmesi' (2018) 20 *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 431-478
- Nevevî EZY, *el-Minhâc fi şerhi Sahih-i Müslim bin el-Haccâc* (2nd edn, Dâru İhyâi't-Turâsi'l-Arabî 1396)
- Nevfel AHA, 'Himâyetü'l-Âsar fi'l-Fıkhi'l-İslâmî' (Yüksek Lisans, Gazze İslam Üniversitesi 2017)
- Özel S, *Uluslararası Alanda Kültür Varlıklarının Korunması* (Alkım 1998)
- Öztürk L, 'Kilise (İslâm Tarihi)', *İslâm Ansiklopedisi* (Türkiye Diyanet Vakfı 2002) C 26 14-16
- Reşid Rızâ M, 'Hukmu't-Tasvîr ve San'u-Suver ve't-Temâsil ve İttihâzuha' (1336) 20 *Menâr* 220
- , *Fetâvâ* (Selâhaddin el-Müneccid and Yûsuf K Hûrî eds, Dâru'l-Kitâbi'l-Cedid 2005)
- Rumeyh Â, 'Ahkâmü'l-Âsar fi'l-Fıkhi'l-İslâmî' (Doktora, İmam Muhammed bin Suud İslam Üniversitesi 1431)
- Sancakdar O, Yağcı P, Taşyıldız Ş ve Çırak E, *Kültür ve Tabiat Varlıkları Hukuku* (Adalet 2021)
- Serahsî EBŞ, *el-Mebsût* (Matbaatu's-Saâde)
- Sipahi Y, 'İstihân Açısından Resim ve Heykel' [2018] *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 509-540
- Sula N and Abdüsselâm A, 'Termîmu'l-Âsar Beyne'l-Fıkhi'l-İslâmî ve't-Teşri'i'l-Cezâiri: Dirâsetün Mukârenetün (Restoration of Antiquities Between Islamic Jurisprudence and Algerian Legislation: Comparative Study)' (2020) 34 *Mecelletü Câmîati'l-Emîr Abdülkâdir li'l-Ulûmi'l-İslâmiyye* 146
- Şeyh Nizâm ve Heyet, *el-Fetâvâ'l-Hindiyye* (2nd edn, el-Matbaatu'l-Kubrâ'l-Emîriyye 1310)
- Şirbînî H, *Muğni'l-Muhtâc* (Ali Muhammed Muavvaz and Âdil Ahmed Abdülmevcud eds, Dâru'l-Kutubî'l-İlmiyye 1994)
- Taberî MbC, *Târîhu'r-Rusul ve'l-Mulûk* (Muhammed Ebu'l-Fazl İbrâhim ed, 2nd edn, Dâru'l-Meârif Bimısır 1967)
- Tirmizi EİM, *el-Câmi'u's-sahih*
- Umar B ve Çilingiroğlu A, *Eski Eserler Hukuku* (Ankara Üniversitesi Basımevi 1990)
- Uyar İ, 'Tasvir Hadisleri: Tahric ve Değerlendirme' (Yüksek Lisans, Yüzüncüyıl Üniversitesi 2009)
- Yaşaroğlu H, 'İslam'da Resim-Heykel Yasağı ve Ahmet Hamdi Akseki'nin Konu Hakkındaki Görüşleri' (2016) 5 *Gümüştane Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 82-96
- Yıldız K, 'Aykırı Vakıflar: Osmanlıda Fukarâ-yı Müslimîni de Gözeten Gayrimüslim Vakıfları' (2019) 54 *Osmanlı Araştırmaları* 141-198
- Zemahşeri EKM, *el-Keşşâf* (3rd edn, Dâru'l-Kutubî'l-Arabî 1407)

Zeybek O ve Arslan M, 'Dini Fanatizm Tarafından Zarar Görmüş Kültürel Mirasların İrdelenmesi: Palmyra Antik Kenti rneği' (2017) 19 Bartın Orman Fakültesi Dergisi 1-10

Emeğin Mülkiyeti: Locke, Proudhon ve Marx'ın Gözünden Mülkiyet Kavramı

Property of Labor: The Concept of Property Through The Eyes Of Locke, Proudhon and Marx

Alper ÇAVUŞOĞLU* 

ÖZ

Mülkiyet iktisadi hayatın merkezinde yer alan, bu nedenle çokça tartışılmış bir kavramdır. Bu tartışmaların amaçlarından birisi, toplum içerisinde gözlemlenen mülkiyet olgusunun felsefi dayanaklarını bulmaktır. John Locke, mülkiyet hakkının yaşama hakkından doğduğunu ve emek aracılığıyla gerçekleştirildiğini ortaya atarak, mülkiyetin dayanaklarına dair modern yorumu yapmış ve mülkiyeti hakların merkezine yerleştirmiştir. Buna karşılık olarak Proudhon, emek ile mülkiyet arasında böyle bir ilişki kurulamayacağını iddia ederek mülkiyeti “hırsızlık” olarak nitelmiş ve mülkiyet yerine zilyetliği yaşama hakkının kullanılması için elzem görmüştür. Marx ise, yaşamak için gerçekleştirilmesi gereken üretimden doğan mülkiyet ile burjuva özel mülkiyeti arasında bir çizgi çekerek burjuva özel mülkiyetinin oluşumundaki emek sömürüsü olgusuna dikkat çekmiş ve burjuva özel mülkiyetinin kaldırılması gerektiğini savunmuştur. Farklılıklarına rağmen üç düşünürün de emek kavramına merkezi önem atfettiğini söylemek mümkündür. Elinizde bulunan makalede, bu üç düşünürün gerek kendi görüşlerine gerekse de birbirlerine eleştirilerine yer verilmiş, sonrasında emek ve mülkiyet arasındaki ilişkinin 21. yüzyılda değişen görünüşleriyle birlikte eleştirel bir incelemesinin yeniden yapılması gerekliliği ortaya konmuştur.

Anahtar Kelimeler: Karl Marx, Özel mülkiyet, Zilyetlik, Proudhon, John Locke

ABSTRACT

Property is a concept that is at the center of economic life and that is why it is widely discussed. One of the purposes of these discussions is to find the philosophical basis of the property phenomenon observed in society. John Locke, arguing that the right to property arises from the right to life and is realized through labor, made a modern interpretation of the foundations of property and placed property at the center of rights. In response to this, Proudhon, claiming that such a relationship cannot be established between labor and property, described property as “theft” and considered possession instead of property essential for the use of the right to life. On the other hand, Marx drew attention to the labor exploitation phenomenon in the formation of bourgeois private property and drew a line between bourgeois private property and the property arising from the production that must be realized in order to live. Then he argued that bourgeois private property should be abolished. Despite their differences, it is possible to say that all three thinkers placed central importance to the concept of labor. In this article, these three thinkers' own views and criticisms of each other are included, and then the necessity of a critical examination of the relationship between labor and property with its changing appearances in the 21st century has been revealed.

Keywords: Karl Marx, Private property, Possession, Proudhon, John Locke

* Araştırma Görevlisi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5900-3930>

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Alper ÇAVUŞOĞLU

E-posta/E-mail: Alper.cavusoglu@marmara.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 07.09.2023

Kabul Tarihi/Accepted: 17.10.2023

I. GİRİŞ

Mülkiyet, farklı düşünce akımları tarafından farklı şekillerde değerlendirilmiş olan tartışmalı bir kavramdır. Hakkında olumlu ve olumsuz pek çok değerlendirme bulunmakla birlikte herhalde iktisadi hayatın tam merkezinde olduğu iddiası hiç kimse tarafından reddedilmeyecektir. Liberalizmden marksizme, marksizmden anarşizme uzanan geniş bir ideolojik spektrumda iktisadi ilişkiler hakkında konuşulurken esasında mülkiyet ilişkilerinin toplumdaki görünümüleri incelenir. Liberalizm mülkiyeti kutsayan, onu toplumsal gelişimin itici gücü ve haklar kuramının temeli olarak gören bir bakış açısına sahipken Proudhon'un başını çektiği anarşistler tam tersine mülkiyetin toplumsal gelişmeyi akamete uğratan ve hakları ortadan kaldıran bir "hırsızlık" olduğunu ileri sürerler. Buna karşın Marx, mülkiyeti doğrudan hırsızlık olarak nitelemeyi ve Proudhon'a çeşitli şerhler koyar. Marx'ın esas derdi burjuva özel mülkiyetiyledir. Marx'ın Proudhon'a mülkiyet konusunda düştüğü şerhler ve yönelttiği eleştiriler, 19. yüzyıl düşün hayatındaki en önemli tartışmalardan birisini teşkil etmektedir.

Mülkiyet denilince belki Marx ve Proudhon'dan önce akla John Locke gelir. Çünkü Locke, liberal teorinin temelini oluşturacak şekilde mülkiyet hakkını, haklar kuramının merkezine yerleştirmiştir. Mülkiyetin bir hak olarak meşruiyetini devletin lütfu olmaktan çıkarıp emek kavramını kullanarak açıklama gayreti, Locke'un mülkiyet düşüncesinin ana temasıdır. Mülkiyet, Locke öncesindeki yüzyıllarda devletli toplumun kolektif iradesinin bir sonucu olarak görülmekte; emek, mülkiyetin meşrulaştırılmasında göz önünde bulundurulmamakta hatta Aristoteles ve Platon gibi Antik çağ örneklerinde emek kötülenmektedir. Zira onlara göre geçimini sağlayabilmek için çalışmak durumunda olan kişiler erdemli olamazlar, bir erdem olarak mülkiyete sahip olmaları da beklenemez.

Makalenin ilk bölümünde, mülkiyet ve emek arasındaki ilişkiyi kuran John Locke'un mülkiyete dair düşüncelerine değinilecektir. İkinci bölümde Proudhon'un Locke'un düşüncelerini çürütmeye dönük çabalarıyla birlikte mülkiyete dair düşünceleri ve özel mülkiyeti ortadan kaldırmaya dönük olan iddiası ortaya konacaktır. Bir sonraki bölümde Marx'ın mülkiyet görüşü ele alınacak ve Proudhon ile fikirlerinin ayrışmasına giden yol incelenecektir. Son bölümde ise özel mülkiyetin, emeğin farklı görünümüleriyle ilişkisine değinildikten sonra barınma hakkı ve temiz suya erişim hakkı üzerinden diğer haklarla olan ilişkisi kısaca incelenecektir.

II. JOHN LOCKE DÜŞÜNCESİNDE MÜLKİYET

Locke'un mülkiyet teorisi, müridi olduğu Püriten mezhebinin izlerini taşır. Bu izlere hem mülkiyeti teorize ederken başvurduğu tanrısal başlangıç noktasında hem de emeğin (ve çalışmanın) mülkiyeti temellendirirken kutsanmasında rastlanır. Protestanlık doktrininin Anglo-sakson kollarından biri olan Püritenlikte de tıpkı Protestanlıktaki gibi insanın Tanrı'ya karşı ödevi olarak yaşadığı dünyada çalışmasının bir ibadet olduğu ve onun cezasının da ödülünün de bu çalışmada yattığı inancı bulunmaktadır. Locke, Püriten öğretiden aldığı ilhamla, Tanrı'nın doğa durumunda insanlara doğayı (esas olarak toprağı) "ortaklaş" kullanımları için verdiğini, ama her bireyin emeğini katarak bunun

belli bir payı üzerinde hak iddia edebileceğini iddia etmektedir.¹ Bununla birlikte, insanın çalışması dini bir ödev olduğu için aslında bu hak iddiasının da bir haktan çok ödev haline geldiği söylenebilir.

Belirtmek gerekir ki, Locke'un kullandığı "ortaklaşa" ibaresi, akıllara devletli toplumlar öncesindeki komünal mülkiyeti getirmemelidir. Locke'un kastı ihraz iddia edilmeye müsait toprakların herkesin bu hakkı iddia etmesine açık olmasıdır.² Her ne kadar komünal mülkiyeti kast etmese de, mülkiyeti tarihsel bağlamdan bağımsız, en başından beri var olan bir hak olarak göstermek isteyen Locke, devlet öncesi için bir doğa durumu kurgular. Ancak belirtmek gerekir ki, onun tahayyülünde bu doğa durumu çağdaşlarının ve ardıllarının bir kısmının savunduğu gibi bir kurgu değil, gerçektir.

A. LOCKE'TA DOĞA DURUMU VE MÜLKİYET HAKKI

Locke doğa durumunu; "İnsanların başkasından izin istemeksizin ya da başkasının iradesine bağlı olmaksızın doğa yasasının sınırları içinde eylemlerini düzenleyebilecekleri ve sahiplikleriyle kişilikleri üzerinde uygun olduğunu düşündükleri biçimde tasarrufta bulunabilecekleri yetkin bir özgürlük durumu"³ olarak tanımlar. Doğa yasasının sınırlarından bahsetmesinden anlaşılabilirliği gibi Locke'un doğa durumu, kuralsız bir topluma değil, aksine akılla "keşfedilen" doğa yasalarına dayanan bir devlet öncesi toplum yapısına işaret eder. Bu doğa yasalarının temelinde ise, doğayı ve onu yaratan Tanrı'yı teleolojik bir kavrayışla ele alması olduğu görülmektedir. Hristiyan teolojisinden ve Püritenlikten aldığı ilhamla Locke, Tanrı'nın insanı yaratmasıyla, insanın yaşamasını da evleviyetle istemiş ve amaçlamış olacağını, bunun da insanın ihtiyaç duyacağı geçim araçlarının üzerindeki mülkiyet hakkının bir doğal hak olarak varlığını doğa durumundan beri zorunlu kıldığını iddia eder.⁴ Doğa durumunu; barış, eşitlik ve özgürlük hali olarak niteleyen Locke, insanların bu ortamdaki feragat ederek siyasal toplumu kurmalarını; hiçbir üstün yetkenin olmadığı doğa durumunda, başta mülkiyet olmak üzere hak ve özgürlüklerin sürekli olarak diğerleri tarafından ihlal edilmesi tehdidi altında olmasıyla açıklar. İnsanlar bu tehditten kaçınmak için bir yöneticiye bağlı kalmaya rıza göstermişlerdir.⁵

Tekrar doğa durumundaki mülkiyet hakkına dönmek gerekirse, Birdal'a göre Locke'un düşüncesinde doğa durumundaki insanın mülkiyet hakkını iddia etmesini meşrulaştıran kutsal kitap ve rasyonel akıldan doğan üç neden vardır. İlk olarak, insanın yaşama hakkı doğrultusunda beslenmesi gerekir. Yemeği bulması veya üretmesi için ise ortak mülkiyetin bir kısmı üzerinde hak iddia etmesi gerekir. Dolayısıyla Locke, en temel hak olan yaşama hakkı ile mülkiyet arasında doğrudan bir bağlantı kurar. İkincisi, doğanın insan tarafından kullanılmazsa israf olacak olan parçaları insan tarafından kullanılır. Dolayısıyla kimsenin ortaklaşa mülkiyetteki hakkına bir müdahalede bulunulmaz. Son

1 John Locke, *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme* (Fahri Bakırcı (tr), 2. Baskı, Eabil Yayınları 2012) 23 vd.

2 Murat Birdal, 'Locke's Theory of Property and Marxist Critique: Locke and Marx on Property Rights and Individual Liberties' (2007) 57(1) İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası 39, 42.

3 Locke (n 1) 9.

4 Işıl Bayar Bravo, 'Thomas Hobbes ve John Locke'un Doğal Hak Anlayışları' (2012) 23 Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi 72, 75.

5 John Locke, 'Of The Ends of Political Society and Government' iç David Wooton (ed), *Political Writings*, (Hackett Publishing Company, Inc 2003) 324ff.

olarak Locke, bu iki nedenden hareket ederek insanın kendi vücudunda bulundurduğu emeği ile toprağı bir araya getirerek toprağı kendisinin ilan edebileceğini iddia eder.⁶ Zira insan, kişisi üzerinde tam bir mülkiyet sahibidir ve bunun uzantısı olarak emeğinin üzerinde de mülkiyet sahibidir. Emeğini katarak, doğada bulunan şeye kendinden bir öz katar ve böylece bu şeyi doğadan (yani ortaklaşa kullanıma açık olmaktan) çıkarır ve kendi özel mülkiyeti haline getirir.⁷

B. MÜLKİYETE GETİRİLEN SINIRLAMALAR

Locke, mülkiyeti, devletli toplumlardan önce de var olan bir doğal hak olarak tanımlamaktadır. Ancak bu doğal hak doğa durumunda dahi sınırsız değildir, rasyonel akıldan ve doğal hukuktan kaynaklanan sınırları bulunmaktadır. Öncelikle dünya, herkesin ortak kullanımına verildiği için bireylerin kullanabileceğinden fazlasına sahip olamaması gerekir, örneğin tonlarca elma, bir kişinin elinde toplanırsa ve tüketilmezse çürüyerek heba olacaktır, bu da diğer insanların aç kalmasına neden olabilecek ve böylece yaşama hakkına zarar verebilecektir. İkinci bir sınırlama ise yeterlilik sınırıdır. Buna göre birey, diğer bireyler için yeterli sayıda ve nitelikte mülk edinilebilir nesne bırakacak kadar nesnenin üzerinde sahiplik iddia edebilir. Bu durumda zaten ortak olandan hiçbir şey alınmamış gibi olacaktır. Son sınır ise görünür emeğe dairdir. İnsan ancak kendi emeğini doğal olan ile karıştırarak bir şey üzerinde mülkiyet ilan edebilir.⁸ Aslında bu son sınırlama, Locke'un mülkiyetin temelini emeği koymasının doğal sonucudur. Çünkü insan, ona göre, kendi kişiliğinin, bedeninin ve bunların ürettiği emeğinin efendisidir. Bu durum, Protestan ahlakından gelen çalışma ödeviyle de birleşince, ürün üretmenin kişinin kendi emeğinin sonucu olması gerektiği ortaya çıkar.

Mülkiyete doğal akla dayandırdığı birtakım sınırlandırmalar getiren Locke, yine kendi eliyle bu sınırlandırmaları hızlıca etkisiz kılmaktadır. Locke'a göre, hizmetçisinin kestiği çimenler, atının ısırıldığı otlar işverenin/sahibin mülkiyetine dahildir. Mülk sahibinin mülkiyet hakkı, sahip olduğu hayvan veya belirli bir karşılık karşılığında çalıştırdığı insan vasıtasıyla bu cisimlere sirayet edecektir.⁹ Böylece Locke'un emeğe dair üçüncü sınırlamasının hiçbir önemi kalmayacaktır. Çünkü, kendi kişiliğinin, bedeninin ve emeğinin efendisi olan insan; aynı zaman da başkasının emeğinin de efendisi haline gelerek, görünür bir emek göstermeksizin mülk sahibi olabilecektir. Başkasının emeğinin, mülk sahibinin emeğinin bir uzantısı olduğu iddiası, hem Proudhon'un hem de Marx'ın Locke'un mülkiyet teorisine yaptıkları eleştirilerinin temelini oluşturur.

Locke'un diğer iki sınırlaması da paranın kullanılmaya başlamasıyla ortadan kalkmaktadır. Bunu anlamak için Locke'un tarih sınıflandırmasına bakmak faydalı olacaktır. Locke'un tahayyül ettiği ilk aşamada emeğinin ürünü tamamen bireye aittir. Bu aşamada artı ürünün üretilmesi, dönemin koşullarına göre kârlı olmamasının yanısıra (kârdan bihaber olunması bir yana) israfa neden olacaktır, bu nedenle tercih edilmemektedir ve Locke'a göre ahlaki olarak da tercih edilmemelidir.

6 Birdal (n 2) 43.

7 Locke (n 1) 24.

8 Gökhan Murteza, 'Locke Devrimi: Emeksiz Mülkiyetten Bir 'Hak' Olarak Mülkiyete' iç Işıl Bayar Bravo, Hamdi Bravo (edr) *Emek ve Mülkiyet* (Fol Kitap, 2022) 58 vd.

9 Locke (n 1) 25.

İkinci aşamada paranın icadıyla, artı ürünün bozulmasının önüne geçilerek değerinin “sarı bir metale” aktarılması sağlanmış, bu da israfa karşı ve bireyin ihtiyacı ölçüğünde mülk edinmesine dair doğal hukuk kuralını ihlal etmeyecek şekilde birikimin sağlanabilmesini rasyonel kılmıştır.¹⁰ Bu durum görüldüğü üzere sayılan diğer iki sınırlandırmayı da etkisiz hale getirmektedir. Son evrede ise, paranın egemenliğinde oluşan mülkiyet ilişkilerini korumak üzere uygar toplum, yani devletli toplum kurulmuştur.

Locke'un, paraya atfettiği değiştirici güç, onun devlet teorisinde de karşılığını bulmaktadır. Locke, mülkiyetin korunması amacıyla kurulan devlette yaşayan herkesin devletin kurallarına dair örtülü rızası olduğunu, mülk sahiplerinin ise açık rızası olduğunu iddia etmektedir. Rızalar arasındaki bu fark, onların gerçekleştirilmesindeki iradi etmene işaret etmektedir. Zira açık rıza geri alınabilir, değiştirilebilir; oysa örtülü rızanın irade sahibi bireye sormaksızın var olduğu karine olarak kabul edilir. Buradan hareketle Locke, mülk sahibi olanların topluma tam üyeliğe ehil olduklarını savunmuştu. Kendisi her ne kadar bunun siyasi sonuçları hakkında bir çözümlene ve yorum getirmemiş olsa da 20. Yüzyıl ortalarına kadar oy hakkının kısıtlanması Locke'un izinden gidenlerce belirlenen, mülkiyet sahipliğine dayanan “tam üyelik” sınırlandırmalarına göre gerçekleştirilmiştir.¹¹

Locke, mülkiyet kuramıyla liberalizmin temelinde yer alan mülkiyet savunusunun ahlaki temelini inşa etmekle kalmamış, mülkiyete dair paradigmayı belirlemiştir. Marx ile Proudhon'un mülkiyete dair görüşleri bu nedenle Locke'tan tamamıyla ayrı ve ondan bağımsız değildir, ona düşülen şerhler ve yapılan itirazlar düşüncelerinde önemli bir yere sahiptir.

III. PROUDHON'DA MÜLKİYET

Proudhon 19. yüzyılın en büyük Fransız düşünürlerinden biri olmasına karşın, esas olarak anaakımlaştıktan sonra karikatürleşen “Mülkiyet hırsızlıktır!” sözüyle anılır olmuştur. Bununla birlikte kendisinin anarşizmin en büyük isimlerinden biri olduğunu söylemek herhalde yanlış olmayacaktır. Yine de bu makale kapsamında anarşizme dair genel görüşlerinden ziyade mülkiyet bağlamındaki ele alınacaktır. Proudhon'un mülkiyeti etrafıca incelediği ilk eseri olan *Mülkiyet Nedir* 1840 tarihinde, Proudhon henüz 31 yaşındayken yayımlanmış ve sosyalist çevrelerde çok ses getirmiştir. Bu kitabı, daha sonra yollarının ayrılacağı Marx'ın da takdirle karşıladığı, ikilinin arasındaki mektuplaşmalardan ve ulaşılan diğer yazılı kaynaklardan anlaşılmaktadır. Proudhon'un, kitabındaki sloganvari yazım usulü ve bunu mitinglerde ve toplantılardaki belâgatiyle birleştirmesi, kısa sürede halk arasında da geniş destekçiler bulmasına neden olmuştur. *Mülkiyet Nedir*'den altı sene sonra 1846'da yayımlanan *Ekonomik Çelişkiler Sistemi ya da Sefaletin Felsefesi* isimli eseri ise hem ideolojik hem de söylemsel olarak Marx ile olan ayrışmasının temelinde yer almaktadır. Proudhon'un mülkiyet düşüncesi hakkında yorum yapılırken bu iki eser üzerinden hareket edilecektir.

10 Serhat Celal Birdal, 'Hizmetlimin Biçtiği Çimenler: John Locke'ta Mülkiyet Hakkının Temellendirilmesindeki Bazı Açmazlar Üzerine' (2019) 52(3) Amme İdaresi Dergisi 1, 12.

11 Birdal (n 2) 47-48.

A. MÜLKİYET VE MUTLAK HAKLAR

Proudhon, *Mülkiyet Nedir* isimli eserinin daha ilk paragrafında mülkiyetin hırsızlık olup olmadığına dair sorgulamasına başlayacaktır. Çok uzun bir süre geçmeden de muhtelif gerekçelerle muhtelif yerlerde hırsızlık olduğu sonucuna varacaktır. Buna karşın, en baştan bir çelişkiye işaret etmek gerekir ki, o da mülkiyetin tamamen uydurma bir kavram olduğunu iddia eden Proudhon'un hırsızlık kavramını kullanarak mülkiyetin varlığını önvarsaymasıdır. Çünkü hırsızlık dediğimiz haksız fiil, bir kişinin mülkiyet hakkına, bu hakka sahip olmayan bir kişi tarafından malikin rızası hilafına müdahale edilmesidir. Daha sonra Marx'ın Proudhon'a yönelttiği eleştirilerde görüleceği üzere, Proudhon yer yer zilyetlik, mülkiyet, hırsızlık gibi kavramları anakronik olarak kullanmış, tarihsel ve iktisadi olarak farklı içeriklere sahip oldukları halleriyle karıştırmıştır. Bununla birlikte Proudhon'un mülkiyetin hırsızlık olduğuna dair iddiasının altını doldurduğu argümanların, sonuçta ortaya çıkan slogandan çok daha sağlam temellere sahip olduğunu kabul etmek gerekir.

Proudhon, Fransız Yurttaş ve İnsan Hakları Bildirisi'nde sayılan dört mutlak haktan bahseder. Bunlar özgürlük, eşitlik, güvenlik ve mülkiyettir. Proudhon'a göre mülkiyet hariç diğerleri olmadan ne bireyden ne de toplumdan bahsedilebilir. Buna karşın mülkiyet, içerisine girdiği her durumda mülk sahibi olanların arasında ve olmayanlar ile olanlar arasında bir hiyerarşik farklılık yarattığı için sürekli bir eşitsizlik doğurmaktadır. Bu eşitsizlik sonucunda yoksullar ve zenginler birbirlerine karşı güvensizlik içinde ve savaş halinde yaşamaktadırlar. Bu durumda "mülkiyet için savaş, mülkiyetin zorunlu bileşenidir."¹² Eğer bir toplum oluşturma amacıyla bir araya gelindiyse özgürlük, eşitlik ve güvenlik amaçlanmalıdır, bu durumda mülkiyet namına bir toplum oluşturulamaz. Proudhon mülkiyetin ancak "toplumsal değil toplum karşıtı bir hak" olabileceğini iddia eder ve onu bir doğal hak olarak niteleyenlerin iddiasını sınamaya girişir. Ona göre; güvenlik, özgürlük ve eşitlik haklarının temelini kimse araştırmaz, çünkü insanlık bunlarla var olmuştur. Oysa mülkiyetin başka haklar ve kavramlar aracılığıyla meşrulaştırılması gerekir, ki bu görülmüş şey değildir ona göre.¹³ Proudhon bu meşruiyet dayanaklarına saldırır. Mülkiyet teorilerinde başat olarak kullanılan iki meşruiyet dayanağından biri ihraz öteki ise Locke'un açıkladığı üzere emektir.

B. MÜLKİYETİN İHRAZ İDDİASIYLA AÇIKLANABİLİRLİĞİ

Özel mülkiyet hakkının ihraz iddiası ile yani, "Bu benimdir" denmesiyle kazanıldığı kabulüne karşılık Proudhon, Cicero'nun tiyatro metaforunu kullanarak eleştirisine başlar. Cicero'ya göre tiyatro herkesin ortak malıdır, ancak herkesin oturduğu koltuk da kendisine aittir. Bir tiyatrodan, aynı zamanda hem balkonda hem de locada bulunulamayacağına göre birden fazla yere sahip olmanın bir anlamı yoktur. Dolayısıyla sahiplik ancak kişinin ihtiyacı ölçüğünde anlamlıdır. Proudhon, Cicero'nun metaforunun sahiplenmeye ilişkin bir ölçüt getirmekle kalmadığını, aynı zamanda mülkiyeti de iptal ettiğini belirtmektedir, çünkü Cicero'nun metaforu eşitliği öngörmektedir.¹⁴ Oysa Proudhon,

12 Pierre-Joseph Proudhon, *Mülkiyet Nedir* (Devrim Çetinkasap (tr), 1. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları 2010) 51-55.

13 Proudhon (n 12) 55.

14 Proudhon (n 12) 57.

mülkiyetle eşitliği aynı cümle içinde kullanmaktan dahi kaçınmaktadır. İhraz hakkı, olsa olsa zilyetliğe yol açar, mülkiyete değil. Bu durumun aksi, yani herkesin hakkı olan bir nesne üzerinde tek kişinin özel bir hakkının tanınması, diğer insanların o nesneyi kullanma hakkını ortadan kaldıracığı için haksızlık (hırsızlık) olur.¹⁵ Aslında Proudhon'un bu yorumu, Locke'un yeterlilik sınırlandırmasıyla aynı doğrultudadır. Bununla birlikte, Locke'un sınırlandırmasını paranın kullanılması ile birlikte ortadan kaldırması, Proudhon'a bu yorumu yeniden yapabilme olanağını vermektedir.

Proudhon'un mülkiyeti zilyetlikle ikame etme gayreti, özel bir ilgiyi hak etmektedir. Zilyetlik, Roma döneminden beri medeni hukuk öğretisinde elinde bulundurma durumu olarak değerlendirilir. Zilyetlik, bir hak değildir, ancak zilyetlik durumunda olmak sahibine kullanma ve yararlanma gibi bazı haklar verebilir. Zilyet, nesnenin faydasına olacak şekilde nesne üzerinde geliştirmeler ve harcamalar yapabilir. Buna karşın nesneyi tüketme veya mülkiyetini başkasına devretme yetkisi sadece mülkiyet hakkı sahibine aittir. Ancak belirtmek gerekir ki, bir hırsız da zilyettir. Haksız bir zilyet olmakla birlikte, elinde bulundurduğu çalıntı malın başkası tarafından çalınması halinde zilyetlik davası açarak iadesini talep edebilir. Ancak mülkiyete dayanan istihkak davası açamaz. Proudhon, mülkiyeti zilyetlikle ikame etmeye çalışırken haklı zilyet ile haksız zilyet arasında bir ayrım yapmamış, malı ilk elinde bulundurana (muhtemelen farkında olmadan) sorgulamaksızın mülkiyet sistemlerindeki malik gibi haklı bir zilyet olarak değerlendirmiştir. Bu yaklaşımın eksik olduğu savunulabilir, çünkü Proudhon eşya hukukunda mülkiyet ile birlikte var olan ve onsuz pek bir anlamı kalmayacak olan bir kavramı mülkiyet paradigmasının dışında bir tahayyülde bulunurken kullanmıştır. Bu tarz yer yer anakronik, yer yer hatalı kavram kullanımları, Marx'ın Proudhon'a yaptığı eleştirilerin önemli bir kısmını oluşturmaktadır.

İhrazın mülkiyeti engellediğini iddia eden Proudhon, tıpkı Locke'un mülkiyeti meşrulaştırırken yaptığı gibi ihrazın sonucunda ortaya çıkan zilyetliği meşrulaştırmak için yaşama hakkını merkeze alır. Herkes yaşamak için çalışıp işleyecek mala muhtaç ise ve nüfus artışı nedeniyle herkesin sahip olması gereken asgari üretim aracı (toprak) miktarı sürekli değişkenlik gösterecektir. Bu durumda, özel mülkiyetin meşrulaştırılmasında Ch. Comte'un toprağın "sonlu" oluşunu yani tükenebilir olduğunu sebep gösterdiğini söyler Proudhon. Oysa ona göre tam da bu sebeple özel mülkiyet olmamalıdır.¹⁶ Zira özel mülkiyetin olduğu yerde bu durumda herkes yaşama hakkını kullanamaz. Burada bahsedilebilecek tek şey, insanların ortaklaşa bir şekilde toprakta ihraz iddia ederek zilyet olmaya hakları olduğudur.

C. MÜLKİYETİN EMEKLE AÇIKLANABİLİRLİĞİ

Proudhon, mülkiyetin emek vasıtasıyla meşrulaştırılmasına da karşı çıkar. O da tıpkı Locke gibi emeği ve çalışmayı kutsar ve aslında bunu Locke'dan daha tutarlı bir şekilde yaptığını söylemek mümkündür. Ona göre insan, özgürlüğünden nasıl vazgeçemiyorsa çalışma hakkından da vazgeçemez. Zira çalışmak, onun özgürlüğünü ve yaşamını sağlayacak olan araçları verecektir.

15 Hamdi Bravo, 'Anarşizm: P.J. Proudhon Örneğinde Müllsüzlük İdeali' iç Işıl Bayar Bravo, Hamdi Bravo (edr) *Emek ve Mülkiyet* (Fol Kitap 2022) 162.

16 Proudhon (n 12) 94.

Ancak toprak mülkiyetini tanımakla insan çalışma aracından ve doğal bir hakkından feragat ederek “insan sıfatını terk eder”.¹⁷ Çalışmaya ve emeğe bu kadar merkezi bir yer biçen Proudhon, buna karşın emeğin mülkiyet hakkının temelini oluşturamayacağını söyler. Bu noktada Proudhon, nüfus artışının insanların çalışmasını zorunlu hale getirdiğini kabul eder. Ancak devlet ve mülkiyet öncesi toplumun eşitlik ortamında, üründe eşitlik olacaksa emekte de eşitlik olması gerekmektedir. Bu eşitlik ortamında, “emekte eşitliği sağlamak için de emeğin kullanacağı araçların eşit olması gerektiği” sonucu zorunlu olarak çıkarılmalıdır. Bu durumda emeğin ürünü üzerindeki mülkiyet hakkı bir an için kabul edilse dahi üretim araçları üzerindeki kabul edilmesi için hiçbir gerekçe yoktur.¹⁸ Çünkü mülkiyet başlı başına bir eşitsizlik kaynağıdır.

Emek söz konusu olduğunda Proudhon’un iki temel itiraz noktası bulunmaktadır. Birincisi bireysel emeğin kolektif niteliğidir. Proudhon insanların, insan olmaları dolayısıyla aralarında yetenek, bilgi vb. konularda farklılıklar bulunabileceğini kabul eder. Ancak bu, bir emekçinin diğerinden (örneğin bir hekimin bir tarım işçisinden) üstün tutulması sonucunu oluşturamaz. Çünkü yetenekli olanın yeteneği, bilgili olanın bilgisi evrensel akıldan ve toplumun genel bilgi birikiminden neşet ettiği için aslında bireysel yetenekler de kolektif mülk sınıfına girer. Bu mülkün karşılığında birey, topluma karşı sonsuza kadar borçlu kalacaktır.¹⁹ Bu durumda sahip olunan bireysel yetenekler ve harcanan bireysel emek sonucunda bir özel mülkiyet hakkı iddiasında bulunabilmek mümkün olmayacaktır. Aynı doğrultuda Proudhon, kazancın da eşit olarak dağılması gerektiğini düşünür.

İkinci itiraz noktasında ise Proudhon ücretli emeğin ve emek sömürsünün eleştirisine girer. Konuyu kolay anlatabilmek adına Ch. Comte’dan alıntılıdığı örnekte, işçiler mülk sahibinin bataklık içerisindeki toprağını ıslah etmek amacıyla bataklığı kuruturlar ve dolayısıyla toprağın değerini artırırlar. İşçiler, yaptıkları bu işin karşılığında ücretlerini alırlar, ancak yaptıkları değişiklikler bütün semereleriyle toprak sahibinin mülkü haline gelir. İşçinin aldığı ücret, harcadığı emeğin karşılığıdır ve günlük tüketim harcamalarını karşılamaya ancak yeter, geleceğini kurmak için bir imkan vermez. Oysa işçiye verdiği ücret, toprak sahibinin bu topraktan edineceği kârın çok çok birkaç yıllık kısmına denk gelecektir ve toprak sahibi (ve mirasçıları), sonsuza kadar işçinin emeğiyle ıslah ettiği mülkünden para kazanmaya devam edecektir.²⁰ Bunun yanında, örneğin bu toprak parçasını bir işçi yüz günde kurutabiliyorsa, on işçi on günde kurutabilecektir gibi bir doğru orantı kurulamaz, daha kısa bir sürede ya da daha düşük maliyetle de bu iş gerçekleştirilebilir. İşçilerin bu işi birlikte çok daha kısa sürede veya mali açıdan verimli bir şekilde yapmaları halinde ortaya çıkardıkları kolektif emeğin ürettiği kâr, ücretlerine dahil edilmeyecektir. Proudhon, bu durumda üç yol olduğunu söyler: “Ya çalışan, ücretlerin üstüne bir de ürettiği şeyden patronla birlikte pay alacak; ya patron çalışana, üretici hizmetlerinin bir dengini sunacak ya da çalışanları sürekli istihdam edecektir.”²¹ Ancak yine

17 ibid 96.

18 Proudhon (n 12) 73, 111. Mill de aynı doğrultuda, Locke’a şerh düşmektedir. Üreticilerin emeklerinin ürünü üzerinde mülkiyet hakkı olduğuna inanır, ama bunun toprak üzerindeki özel mülkiyeti meşrulaştırmadığını belirtir, çünkü hiçbir insan toprağı oluşturmamıştır. Daha ayrıntılı bilgi için, J.P. Day ‘Locke on Property’ (1966) 16 Philosophical Quarterly 207-220.

19 Proudhon (n 12) 141.

20 ibid 114 vd.

21 ibid 119.

Proudhon, bunu kapitalistlerin asla kabul etmeyeceğini belirterek, özel mülkiyetin kaldırılması gerektiği iddiasını devam ettirir.

Kişinin, kendi emeğiyle bir şeyleri değiştirdiğinde Lockecu anlamda mülkiyet elde edebilmesini de eleştirir Proudhon. Zira ne kadar emeğin mülkiyete sebep olabileceği gibi bir kıstas bulunmamaktadır. Örneğin, bahçedeki otları temizlemek gibi bir çalışma sonucu elde edilen mülkiyet, nesiller ve yüzyıllar boyunca değişmeden bırakılsa dahi nasıl ezeli bir mülkiyet oluşturabilir?²²

D. PROUDHON'UN MÜLKİYET HAKKINDA ULAŞTIĞI SONUÇLAR

Söylenenlerden hareketle Proudhon, mülkiyetle ilgili genel bazı sonuçlara ulaşır:

“Bireysel zilyetlik, toplumsal hayatın şartıdır, (...) mülkiyet toplumun intiharıdır.

(...) İhraz hakkı herkes için eşit olduğundan zilyetlik de zilyetlerin sayısına göre değişir, mülkiyet kurumsallaşamaz.

(...) İnsan emeği kaçınılmaz olarak kolektif bir gücün ürünü olduğundan her türlü mülkiyet de aynı sebeple kolektiftir. Daha açık bir ifadeyle, emek mülkiyeti yok eder.”²³

Mülkiyet, eğer ihrazla ve emekle meşrulaştırılmayacaksa ve bir doğal hak olarak tanımlanamayacaksa geriye tek bir dayanağı kalır: Hırsızlığın yasalarla güvence altına alınması. İşte Proudhon'a göre devlet de tam olarak bu işlevi yerine getirmek amacıyla kurulmuştur.

Proudhon, bütün ortaya koyduklarına karşın, toplumda mülkiyetin bu kadar yaygın olarak benimsenmesini, zilyetlik yerine mülkiyetin kabul edilmesini hayretle karşılamaktadır. Mülkiyet bir iktidar suiistimalidir, mülkiyet bir haksızlıktır ve nihayetinde hırsızlıktır, dolayısıyla adil değildir. Ama bunu neden kabul etmektedir insanlar? Ona göre, “adil ve hakça olanla ilgili düşüncelerimiz eğer kötü tanımlanmışsa, eksik ve yanlışsa bütün yasal uygulamalarımızın hatalı, kurumlarımızın çarpık, politikalarımızın yanlış olacağı aşikardır.”²⁴ Yani esasında, adalet duygumuzu, olayları değerlendirirken kullanılan kavramlara bir iktidar makamı tarafından (ki kendisi yasa yapan devletten bahseder) verilen anlam belirler. Esas olan, o kavramlara verilen anlamı değiştirmektir. Proudhon'un toplumsal ilişkileri kavram kategorileri üzerinden okuma ve toplumsal dönüşümü de toplumun topyekün hareketiyle değil kavram kategorilerinin değiştirilmesiyle başlatabileceğine dair düşüncesi *İktisadi Çelişkiler Sistemi ya da Sefaletin Felsefesi*'nde daha çok hissedilir ve Marx tarafından da esas olarak bu eseri kıyasıya eleştirilir. Aslında Proudhon'un bu düşüncesinin, insan türüne olan olumsuz bakışından kaynaklanan bir güvensizlikten ileri geldiğini iddia etmek mümkündür. İnsan türünün akıl nedeniyle farklı iradelerin gelişmesine imkan verdiğini ve bu nedenle hayvanlardan ayrıldığını iddia eden Proudhon, eşitliğe dayanan toplumsal içgüdü'nün insanda düşünme yetisiyle

22 Pierre-Joseph Proudhon, *İktisadi Çelişkiler Sistemi ya da Sefaletin Felsefesi* (Işık Ergüden (tr), 1. Baskı, Kaos Yayınları 2012) 278.

23 Proudhon, *Mülkiyet Nedir?* (n 12) 274.

24 ibid 29.

birlikte toplumsal düzensizliğe neden olduğu sonucuna ulaşmıştır. İnsanlık, başlangıcında sadece cahil ve tecrübesizdir, barbar veya suçlu değildir. Ancak mülkiyet üzerine temellenen eşitsizlikleri üreten egoizm, aynı insan aklının istibdadından doğmaktadır.²⁵ İlerleyen yıllarında insana olan güvensizliği, sosyalistler arasında geniş hayran kitlesi edinen Proudhon'un, devrimcilik fikrinden ayrılmasına ve bu nedenle sosyalistler arasında *persona non grata* ilan edilmesine neden olacaktır.

IV. MARX'TA MÜLKİYET

Marksist düşünde mülkiyetin önemli bir yeri vardır. Doktrine aşına olmayan gözler, marksizmde Proudhon'a benzer bir mülkiyet karşıtlığı görebilir veya en azından böyle olduğunu varsayabilir. Oysa durum bundan biraz farklıdır. Marx, mülkiyet üzerine yazdıklarında burjuva özel mülkiyeti ile ona öncül olan diğer mülkiyet çeşitleri arasında bir ayırım çekmeye gayret eder. Bu ayırımı hem modern dönemde hem de modern döneme (dolayısıyla modern mülkiyete geçişte) ayrı ayrı kurgular. Marx'ın hedef tahtasına oturttuğu esas mülkiyet, Komünist Manifesto'daki sözleriyle halihazırda dünya nüfusunun %90'ının mahrum bırakıldığı,²⁶ emek sömürsüne dayanan burjuva özel mülkiyettir. Burjuva özel mülkiyetine öncel olan mülkiyet tarzlarına Marx'ın toptan bir itirazı bulunmamaktadır. Tabii ki köle ve serf emeğine dayanan antik ve feodal mülkiyet tarzı da Marx açısından eleştiriye değerlidir, ancak bunların kendi dönemleri içerisinde çözümlenmesinin yapılması gerekmektedir.

A. MÜLKİYET, EMEK VE ÜRETİM

Marx, temel haliyle mülkiyeti; "Çalışan (üreten) öznenin (veya kendisini yeniden üreten) kendi üretimini veya kendini yeniden üretimini koşullarına karşı kendisinin olarak davranması"²⁷ olarak tanımlamaktadır. Bu şekilde tanımladığı mülkiyetin, emekle ve üretimle doğrudan ilişkisi vardır. Bu açıdan Marx'ın Locke'un mülkiyet kuramını, itirazları baki kalmak üzere temeline emeği koyması yönünden benimsediği belirtilebilir. İnsan, ihtiyaçlarını karşılamak için kullanım değeri üretmek ve bunun için de doğayı "sahiplenmek" durumundadır. Doğanın kendiliğinden bir şeyler sunmadığı noktada ihtiyaçları karşılamak adına emek devreye girer. Marx bunu şu şekilde açıklar:

"Doğanın sağladığı maddeyi kendi yaşamında kullanılabilir bir biçimiyle mülk edinmek üzere kendi canlı varlığının doğal güçlerini, kollarını ve bacaklarını, kafasını ve ellerini harekete geçirir. Kendi dışındaki doğa üzerinde etkide bulunur ve onu değiştirirken, aynı zamanda kendi öz doğasını da değiştirir."²⁸

Emeğin doğa maddesini sahiplenerek bu şekilde gereksinimlerin karşılanması için şekillendirilmesine üretim denir. Üretim faaliyeti sadece bir ürün üretmekle kalmaz, aynı zamanda bizzat üreticinin

25 ibid 244.

26 Bu oranı Engels ile birlikte *Komünist Manifesto*'da vermiş olduklarından, oranın günümüzde daha da artmış olduğu savunulabilir.

27 Doğan Göçmen, 'Karl Marx'ın Emek ve Mülkiyet Kavramları Üzerine' iç İşıl Bayar Bravo, Hamdi Bravo (edr) *Emek ve Mülkiyet* (Fol Kitap 2022) 124.

28 Karl Marx, *Kapital*, 1.Cilt (Mehmet Selik ve Nail Satlıhan (trs), 8. Baskı, Yordam Kitap 2015) 182.

varlığını ve bilincini de üretir. Emeğin bu şekilde kullanılması Marx'ın değerlendirmesinde insanın özgürlüğünü tesis eder.²⁹

Kullanım değerinin haricinde değişim değeri denilen bir başka olgu da bulunmaktadır, ki bu kâr elde etmek amacıyla üretilen ve piyasada satışa sunulan ürünlerin (meta) sahip olduğu değerdir. İşte ihtiyaç üretimiyle sınırlı kalan üretimden meta üretimine geçiş emeğin de ücretli emeğe dönüşmesine geçişin ilk merhalesini oluşturur.³⁰ Kapitalist üretim tarzı bunu ileri taşıyarak bir kere egemen olduğunda “emeğin nesnel koşullarının (hammadde, üretim aracı ve emekçiyi üretim süresince canlı tutacak ihtiyaç maddeleri) mülkiyeti ile emeğin birbirinden ayrılması” gerçekleşir.³¹ Dolayısıyla kapitalist mülkiyet, Locke'un iddiasının aksine emeğin mülkiyetten kesin olarak ayrıldığı bir yapıyı gösterir.

Marx, kapitalist özel mülkiyeti anlatırken onun öncesini anlatmak zorunda hisseder. Zira, Marx, her kavramın onu belirleyen dönemin şartları içerisinde bir anlam kazandığını düşünmektedir. Bu nedenle o kavramın şekillenmesini anlatmak için kurgudan öte tarihi olguları ortaya koyması ve tarihin belirli anındaki iktisadi yapının ürettiği kavrama bu tarihsel gözlüklerle bakması gerekmektedir.

B. BURJUVA ÖZEL MÜLKİYETİNE ÖNCEL BİÇİMLER

Marx, *Grundrisse*'de, mülkiyete dair ilk birikimi incelemeye girişirken kapitalizm öncesindeki bütün toplumların temel birimini “cemaat” olarak belirler. Birey, cemaatle birlikte var olur, emek de bireyin cemaat içinde “varlığını yeniden üretme” amacını taşır. “İnsan, önce cemaat içinde belli bir yeri ve statüsü olan bir kişi, sonra bunu yeniden üretmeye çalışan bir emekçidir.”³² Bu durum özgür insan bakımından geçerliyken köle basit bir şekilde üretim aracı olarak görülür, cemaate dahil olmadığı için emeği de onun cemaat içindeki varlığını yeniden üreten bir vasıf taşımaz.³³ Marx, kapitalizm öncesi dönemde mülkiyet konusunda işte bu cemaati tam merkeze koyar:

“Mülkiyet cemaatin kendi varlığını yeniden üretme sürecinde, bu üretimin nesnel koşullarını kendisine (yani üretimin öznel koşuluna) ait şeyler ya da kendi üretiminin koşulları olarak görmesi ve değerlendirmesidir; dolayısıyla, bireyin bir cemaat üyesi olarak varlığından ayrı düşünülemez. Birey ancak bir cemaat üyesi sıfatıyla mülk sahibi olabilir ve her cemaat üyesi bu sıfatıyla cemaatin mülkü üzerinde hak sahibidir. Dolayısıyla bireyin cemaat içindeki varlığını yeniden üretmek, onu bir mülk sahibi olarak yeniden üretmek demektir ve emek, mülkiyetten ayrı düşünülemez.”³⁴

29 Göçmen (n 27) 128 vd.

30 Göçmen (n 27) 126.

31 Karl Marx, *Grundrisse* (Sevan Nişanyan (tr), 1. Baskı, Birikim Yayınları 1979) 519. Aynı doğrultuda Marx, *Kapital* (n 28) 687.

32 Marx, *Grundrisse* (n 31) 520.

33 ibid 519-520.

34 ibid 520.

Grundrisse'nin ilk basımı, Marx'ın 1856'da bir araya getirdiği el yazmalarından yola çıkılarak 1939 yılında yapılmıştır. Engels'in 1884 yılında, Karl Marx'ın vefatının bir yıl sonrasında onun notlarına dayanarak hazırlayarak yayımladığı *Ailenin, Devletin ve Özel Mülkiyetin Kökeni* isimli eserinde de aile ve *gens* üzerinden mülkiyete aynı doğrultuda kolektif belirlenimli ve cemaat dolayimli bir konum atfedilmiştir, yani kapitalizm öncesindeki toplumsal gelişim çizgisinin Marksist yorumu Engels tarafından yeniden teyit edilmiştir. Engels, *gens* ve aileye dayanan sosyal yapının, ticari ilişkilerde paranın kullanılmaya başlanmasıyla oluşan yeni iktisadi yapıya ayak uyduramadığını ve çöktüğünü belirterek yeni mülkiyet tarzının cemaat dolayimli olamayacağını da göstermiştir.³⁵

Marx ve Engels için emekle mülkiyet temelde bir bütünlük içindedir, birbirinden ayrı düşünülemez. Ancak parayla birlikte bu bir dönüşüm içine girer. Paranın öncesinde mülk başlı başına bir amaç olmadığı için emek mülkiyetin, cemaat üyesinin varlığının bir göstereni olarak var olmak zorundadır. Peki bu geçiş nasıl yaşanmıştır? Proudhon'un mülkiyetin esas bileşeni olarak savaşı gördüğü belirtilmişti. Marx da özel mülkiyete geçiş için bir savaş anlatısı sunar. Savaş, der Marx, "canlı varoluşunun koşullarını işgal etmek ya da böyle bir işgalden korunmak için gereken büyük bir toplumsal görev, büyük bir komünal çabadır."³⁶ Cemaat, öncelikle toprak sahipliğini korumak adına ordu düzeninde örgütlenir.³⁷ Ancak cemaatin var oluşunun koşullarını inşa eden savaş, paradoksal olarak onun ortadan kalkmasının koşullarını da oluşturmaya başlar. Zira, göçler ve farklı tarihsel süreçler sonucunda ortaklaşa emeği zorunlu hale getiren koşullar ortadan kalkar ve işgal edilen yeni yerleşim yerlerinde yeni çalışma koşulları şekillenir. Bu çalışma koşulları, cemaat dolayımı ile toprakların sahiplenilmesini yine bir önvarsayım olarak korur, ancak bu sefer cemaat üyesi birey, cemaat üyesi dolayımıyla "özel mülkiyet" sahibi olacaktır.³⁸

C. BURJUVA ÖZEL MÜLKİYETİNİN ORTAYA ÇIKIŞI

Özel mülkiyetin ortaya çıkışını yukarıdaki şekilde açıklayan Marx, esas eleştirilerini yönelttiği burjuva özel mülkiyetinin ortaya çıkış aşamasında özgür köylülerin mülksüzleştirilmesine ve proletaryanın oluşumuna dikkat çeker. Burjuva özel mülkiyetinin temelini teşkil ettiği kapitalist üretim için öncelikle üretim ve geçim araçlarının sermayeye dönüştürülmeleri gerekir. Böylece para, üretim ve geçim araçlarına sahip olan, üretimin amacını kolektif geçimden ayırarak kâra dönüştüren kapitalist sınıf ile emek güçlerini satan özgür işçiler karşı karşıya gelecektir. Bu özgür işçiler ne köle veya serfler gibi doğrudan üretim aracı olacaklardır ne de üretim araçlarına sahip olacaklardır. Böylece emeklerini sermaye haline getirmek zorunda kalacaklardır. Bu sermaye ilişkisi "işçilerle emeğin gerçekleşme koşullarını oluşturan mülkiyetin birbirinden ayrışmasını gerektirir."³⁹ Bu noktada mülksüzleştirmenin ve proleterleşmenin tarihini ortaya koymak isteyen Marx en klasik örnek olması nedeniyle İngiliz örneğini ele alır. Marx'ın anlatımıyla daha 15. Yüzyıldan itibaren feodal beyler, Flaman yünlü manifaktürünün gelişmesinin sonucunda fiyatlarda meydana gelen

35 Friedrich Engels, *Ailenin, Özel Mülkiyetin ve Devletin Kökeni* (Erkin Özalp (tr), 1. Baskı, Yordam Kitap 2019).

36 Marx, *Grundrisse* (n 31) 529.

37 ibid 529.

38 ibid 530-531.

39 Marx, *Kapital* (n 28) 687.

yükselişe bağlı olarak, evlerinde ve şatolarında çalışan hizmetkarlarını kovmaya, kendilerine tâbi olarak topraklarında feodal bağlılık ilişkileri bağlamında çalışan köylüleri topraklardan çıkarmaya başlamışlardır. Bu geniş kitle, kısa bir süre öncesine kadar özgür birer insanken, kapitalist sistemin ihtiyaç duyduğu ücretli emek gücünü oluşturmak durumunda kalmışlardır.⁴⁰ Daha sonra Reform hareketi başlamış, Kilise topraklarının devletleştirilmesinin ardından saray çevresine ve burjuvaziye komik fiyatlarla satılmış ya da farklı teşvikler karşılığında dağıtılmış, bu topraklarda yaşayan yoksul köylüler toprakların yeni sahipleri tarafından kovulmuşlardır. Bu durum da mülksüzleştirme eğilimini ivmelendirmiştir. Marx bu mülksüzleştirme hareketinin, kıta Avrupası'nda da yasal formalitelere uymak zorunda hissedilmeden gerçekleştirilen bir yağma olduğunu söyler. İngiltere'de ise Stuart restorasyonu döneminde feodal toprak düzeninin kaldırılmasıyla bu yağma hukuki yollarla sağlanmıştır.⁴¹ Burjuva özel mülkiyetinin egemen hale gelmesinin tarihsel arkaplanını oluşturan bu yağma, Marx'a göre kapitalizm öncesi mülkiyet yapısının içerisinde yer alan kolektif topraklara, geleneğe dayalı erişim hakkının ortadan kaldırılmasıyla sonuçlanmıştır. Oysa bu geleneksel hak, kapitalizm öncesi iktisadi düzende köylülerin yaşama haklarını kullanabilecekleri bir üretim imkanını onlara sağlamaktaydı. Bununla birlikte mülksüzleştirme (sürecin daha özelinde çitleme), Coccoli'ye göre "yerel cemaat bağlarını yıkarak onların yerine bireyler arasındaki 'eşitliği' getirirken açık tehdidiyle potansiyel ücretli emek gücünün ortaya çıkmasını sağlamıştır."⁴²

Hatırlayalım, Proudhon mülkiyeti ezelden beridir geçerli olan haliyle hırsızlık olarak nitelemektedir. Oysa Marx, feodal toprak düzeninden burjuva özel mülkiyet düzenine geçişi bir yağma olarak nitelendirmektedir, ki bunu yaparken de mülkiyet hakları yağma edilenler feodal lordlar ya da diğer aktörler değil, öncesinde özel (ancak burjuva niteliğinde olmayan) veya kolektif mülkiyetli topraklara geleneğe dayalı hakları dolayısıyla sahip olan ve sonradan ücretli işçi olmak zorunda bırakılan özgür köylüler ve zanaatkarlardır.⁴³ Çünkü burjuva özel mülkiyetinde, emeklerini piyasaya sermaye olarak sunmak zorunda olan işçiler, ne üretim araçları üzerinde ne de emeklerinin sonucu olan ürettikleri üzerinde herhangi bir şekilde mülkiyet hakkına sahiplerdir. Buna karşın Marx, kapitalizm öncesi mülkiyeti, yani işçinin kendi üretim araçları üzerindeki özel mülkiyetini, "küçük işletmenin temeli ve toplumsal üretim ile işçinin özgür bireyselliğinin gelişimi için zorunlu bir koşul" sayarak olumlar.⁴⁴ "Başkasına ait ama biçimsel açıdan özgür emeğin sömürsüne dayanan kapitalist özel mülkiyet" ise "bireyin kendi emeğine dayalı özel mülkiyetin ilk olumsuzlanmasıdır."⁴⁵ Ancak bu olumsuzlamanın olumsuzlanması "kapitalist dönemde edinilmiş şeyler olan elbirliği ile toprağın ve emek harcanarak üretilmiş üretim araçlarının ortak mülkiyeti temeline dayanan bireysel mülkiyet" olacaktır. Marx

40 ibid 690-692.

41 ibid 693-695.

42 Lorenzo Coccoli, 'Property is (Still) Theft! From the Marx-Proudhon Debate to the Global Plunder of the Commons' (2013) 4(1) *Comperative Law Review* 1, 9.

43 Belirtmek gerekir ki, yağma kavramı (Marx Almanca "*usurpation*" olarak kullanmış) hırsızlık kavramına (Proudhon Fransızca "*le vol*" olarak kullanmış) göre özel mülkiyetin bir haksızlık olduğuna dair tarihi anlatsına daha uygun düşmektedir. Çünkü hırsızlık, mülk sahibinin iradesi dışında malının elinden çıkmasına işaret eder doğru, ama bunun cebir veya şiddet kullanılarak yapılması halinde bu hırsızlık değil yağma olacaktır. Özel mülkiyet rejiminin oturtulmasının şiddeti merkeze aldığı konusunda Proudhon ve Marx arasında fikir birliği bulunmaktadır.

44 Marx, *Kapital* (n 28) 728.

45 Marx, *Kapital* (n 28) 730.

bu olumsuzlamanın olumsuzlamasının “doğa yasasının şaşmaz zorunluluğu” olarak niteleyerek kaçınılmaz olduğunu belirtmektedir.⁴⁶

D. HANGİ MÜLKİYET?

Marx'ın 1867'de yayımlattığı *Das Kapital*'de mülkiyete dair yaptığı bu incelemelerin öncülü, 1848 yılında Engels ile birlikte yayımlattıkları *Komünist Manifesto*'da bulunmaktadır. Komünistlerin esas hedefinin burjuva özel mülkiyeti kaldırmak olduğunu belirtirken Marx ve Engels, bunu açık bir şekilde emek-mülkiyet ilişkisinde kendi varoluş koşullarını üretebilen kapitalizm öncesi mülkiyet biçimleriyle ayırmışlardır. Bu doğrultuda şöyle denmektedir:

“Biz komünistler, insanın kendi emeğinin meyvesi olarak, kişisel olarak edinilmiş mülkiyeti kaldırmayı istemekle suçlandık; o mülkiyet ki, her türlü kişisel özgürlüğün, etkinliğin ve bağımsızlığın temeli olduğu iddia edilir. (...) Burjuva biçimden önceki bir mülkiyet biçimi olan küçük zanaatçı ve küçük köylü mülkiyetinden mi söz ediyorsunuz? Bunu kaldırmaya gerek yok, sanayideki gelişme bunu zaten büyük ölçüde yok etmiştir ve yok etmeye devam etmektedir.

(...) Biz emek ürünlerinin bu kişisel mülk edinilmesini, insan yaşamının devamı ve yeniden-üretimi için yapılan ve başkalarının emeğine komuta etmeye elveren hiçbir artık bırakmayan bir mülk edinmeyi hiçbir biçimde kaldırmak niyetinde değiliz.”⁴⁷

Devamla Marx ve Engels, burjuva özel mülkiyetini, kapitalizm öncesi özel mülkiyetin meşruiyet argümanlarını kullanarak kendi emek sömürüsüne dayanan yapısını gizlemekle itham ederek, niyetlerinin esasında emek sömürüsüne dayanan bu mülkiyet biçiminin ortadan kaldırılması olduğunu ortaya koymaktadır:

“Özel mülkiyeti ortadan kaldırma niyetimiz karşısında dehşete kapılıyorsunuz, oysa özel mülkiyet sizin mevcut toplumunuzda nüfusun onda dokuzu için zaten ortadan kalkmıştır; birkaç kişi için var oluşu, tamamıyla, bu onda dokuzun ellerinde var olmayışından ötürüdür. Demek ki siz bizi varlığının zorunlu koşulu toplumun büyük bir çoğunluğunun mülksüzlüğü olan bir mülkiyet biçimini ortadan kaldırmaya niyetlenmekle suçluyorsunuz. Tek sözcükle, bizi mülkiyetinizi ortadan kaldırmaya niyetlenmekle suçluyorsunuz. Kesinlikle öyle, bizim niyetimiz tam da budur.”⁴⁸

Görülebileceği üzere, Marx'ın mülkiyete bakışı Locke'un emek üzerine inşa ettiği mülkiyet kuramıyla belli bir yere kadar aynı doğrultuda ilerlemektedir; Marx, Proudhon'un aksine Locke'u yanıtlamak için emeğin sonucu olarak mülkiyeti ortadan kaldırmaya girişmemiştir. Bununla birlikte burjuva özel mülkiyetini ve dayandığı emek sömürüsünü meşrulaştırma girişiminin karşısında durmuştur.

46 Marx, *Kapital* (n 28) 729-730.

47 Karl Marx ve Friedrich Engels, *Komünist Manifesto ve Komünizmin İlkeleri* (Muzaffer Erdost (tr), 9. Baskı, Sol Yayınları 2011) 133-134.

48 Marx, Engels (n 35) 135.

Marx; mülkiyeti diğer hakların temelinde, hak eşitliğinin teminatı olarak gösteren burjuva insan hakları teorisini eleştirir. Mülkiyet hakkının tanınmasıyla birlikte “eşitlik eşitsizliğe dönüşmekte, çıkarlar özgürlüklerin yerini almakta ve güvenlik, insanlar üzerinde olması söz konusu olunca dahi mülkiyetin korunması anlamına gelmektedir.”⁴⁹ Bununla birlikte Marx'ta, burjuva insan hakları doktrininin temelinde yer alan özcü yaklaşımdan da emare yoktur. Marksist düşüncede ezelden gelmiş ve ebedi olarak geçerli olacak mutlak, doğal haklar olamaz; her iktisadi yapı, her dönemde verili iktisadi koşullar altında kendi ahlaki paradigmasını dayatır.⁵⁰ Marx'a göre emek, kapitalist iktisadi düzen içerisinde özel mülkiyetin meşrulaştırılması için kullanılamaz, ancak başka temeller üstünde inşa edilmiş “bireysel mülkiyet sisteminde” kullanılabilir. Bu sistemde üretim araçlarının mülkiyeti, bir avuç mülkiyet sahibinin elinde toplanmayacak, emekçi emeğinin üretim sonucunda ortaya çıkan çıktısına yabancılaşmayacaktır. Bu doğrultuda özgürlük, ancak burjuva özel mülkiyetinin ilgisiyle gerçekleşebilecektir.⁵¹

E. MARX'IN İDEALİZM'DEN KOPUŞU VE PROUDHON İLE ŞAHSİ HUSUMETİ

Marx ile Proudhon, özel mülkiyetin yaşadıkları dönemdeki formunun eleştirisinde birleşmiş olsalar da, görüldüğü üzere düşünceleri önemli farklılıklar barındırmaktadır. Dönemin koşulları ve Marx ile Proudhon'un şahsi münasebetleri de birleşince, bu düşünce farklılıkları Proudhon'un Marx'ın doğrudan ve sert eleştirilerine maruz kalmasına neden olmuştur. Oysaki Marx, kendisinden dokuz yaş büyük olan Proudhon'un, gençlik döneminde hayranıdır. Proudhon, ilk dönemlerinde sosyalistler ve ekseriyetle işçiler tarafından hitabet yeteneğinin de etkisiyle sahiplenilmiş, Alman felsefesiyle Fransız felsefesini birleştirdiği düşünülmüştür. Hatta o dönemde Alman devrimcileri arasında Proudhon “Fransız Feuerbach” olarak anılmaktadır. Gençlik döneminde sıkı bir Feuerbach takipçisi olan Marx'ın bu nedenle Proudhon'a olan bakışı, 1846 yılına gelene kadar son derece olumludur. Hatta, 1845 yılında yayımlanan “*Kutsal Aile ya da Eleştirel Eleştirinin Eleştirisi*” isimli kitabının önemli bir kısmında Marx, Proudhon'a karşı yapılan eleştirileri çürütmeye girişir.⁵² Son derece saygılı başlayan Proudhon-Marx ilişkisinin nasıl ayrıldığını, teorik argümanlardan önce incelemek gerekir. Bu ayrışmanın yaşamasında hem Marx'ın dünya görüşünün ve teorik bakışının değişmesi, hem de Proudhon ile yaşadığı kişisel husumet etkili olmuştur.

Marx'ın Feuerbach'ın yanında Hegel'i sıkı bir şekilde takip ettiği gençlik dönemindeki idealist yaklaşımı, Proudhon'un ekonomi kategorilerine dair modelini beğeniyle karşılamasına ve kategorik kavramsallaştırmayı düşüncesinin merkezine koyarak, daha sonra sert biçimde eleştireceği, soyut kategoriler üstünden günün koşullarını yorumlamasına neden olmuştur. Marx'ın ilk döneminde yazdıklarında bu idealist yaklaşımın izleri görülür. Özel mülkiyet konusunda da Proudhon'un izinde bir yaklaşımı vardır. Bu dönemde, ezen ve ezilen sınıflar arasındaki eşitsizliğin özel mülkiyetten kaynaklandığını iddia eden Marx, ezilen sınıfın özgürleşebilmesi için özel mülkiyetin (burjuva

49 Birdal (n 2) 50.

50 ibid 53.

51 ibid 59-60.

52 Ragıp Ege, 'Proudhon ile Marx Bir Siyasi Hayal Kırıklığının Öyküsü' (2019) 5(2) Yıldız Social Science Review 103, 104-105.

özel mülkiyeti vurgusu yapmaksızın) ortadan kaldırılması gerektiğini savunmaktadır.⁵³ Emek sömürüsüne dayanan özel mülkiyetin kaldırılmasıyla ezilen sınıfı oluşturan proletarya kendi varoluşunun nedenini de ortadan kaldıracak, kendisini imha edecektir. Ancak özellikle ekonomi politik hakkında yaptığı çalışmalar onu idealist düşünceden giderek uzaklaştırır.⁵⁴ Bu değişim, daha sonraki dönemde Proudhon'a yönelttiği eleştirilerin de ana odağını oluşturacaktır, ancak öncesinde başka bir kişisel husumet nedeniyle araları açılır.

Kişisel husumet, Marx'ın Proudhon'a gönderdiği bir davet mektubuyla başlar. Marx, 1846'da Proudhon'a yazdığı mektupta onu Alman sosyalistlerinin arasında haberleşme, fikir alışverişi ve propaganda amacıyla kurduğu haberleşme ağına davet eder. Proudhon cevabında, yazışmalara katılabileceğini belirtse de doğuştan gelen tembelliğini gerekçe göstererek bu konuda çok da istekli olmadığını Marx'a gösterir. Devamında Engels ve Marx'ın örgütlenme ve devrime dair görüşlerine getirdiği eleştiriler aslında bu yazışma grubuna katılmayı kabul etmesinin çok da içten bir hareket olmadığını teyit etmektedir. Proudhon'un cevap mektubunda Marx'ı belki de en çok şaşırtan kısım, sosyalizmin büyük ismi Proudhon'un, değişimin devrimsiz olamayacağına dair görüşü eleştirmesidir. Proudhon şöyle demektedir: “Devrimci eylemi toplumsal reformun aracı olarak görmeyi bırakmamız gerekiyor, çünkü bu sözde araç şiddete, keyfi tutumlara davetten başka bir şey değil: tam bir çelişki.”⁵⁵ Devamla, aynı doğrultuda mülk sahiplerine bir Bartholomeos Gecesi⁵⁶ yaşatarak mülkiyeti güçlendirmek yerine onu “hafif ateşte yakmayı yeğlediğini” belirtmiştir. Son olarak *İktisadi Çelişkiler Sistemi ya da Sefaletin Felsefesi* isimli eserinde bu bakış açısının yansıtıldığını belirterek Marx'ın eleştirilerini ve “ceza değneğini yemeyi” beklediğini söylemiştir.⁵⁷ Devrim kelimesinin Fransızcası *révolution*'un ilk harfini büyük yazmaya dikkat edecek kadar devrime önem atfeden, sosyalizmin sembol isminin reformizme sapması Marx tarafından bir “ihamet” olarak görülmüştür. Marx, Proudhon'un kitabına kısa süre içerisinde yazacağı *Felsefenin Sefaleti* isimli cevap kitabıyla bütün köprüleri atacak ve Proudhon'u eleştiri bombardımanına tutacaktır.⁵⁸

F. MARX'IN PROUDHON'A TEMEL ELEŞTİRİLERİ

Marx'ın Proudhon'a yönelttiği eleştirilerden ilki, Proudhon'un devrim karşıtı saflara geçmesinin ve pasifist bir tutum almasının çözümlenmesine dairdir. Marx'a göre Proudhon her türlü siyasi harekete düşmandır; bunu P. V. Annenkov'a yazdığı mektupta şu şekilde anlatır: “Ona göre sorunların çözümü, halkın ortak eyleminde değil, fakat kendi kafasının diyalektik dönüşlerindedir. Ona göre hareket ettirici kuvvet kategoriler olduğu için, bu kategorileri değiştirmek için pratik hayatı değiştirmek gerekli değildir. Tam tersine, kategoriler değiştirilmelidir; bunun sonucunda mevcut toplumda değişiklik olacaktır.”⁵⁹ Bu yorum aslında Marx'ın Proudhon'a yönelik eleştirilerinin temelinde yer

53 Ege (n 52) 107.

54 ibid 107.

55 ibid 104.

56 24 Ağustos 1572 gecesi Paris'te Katoliklerin yaklaşık otuz bin Protestan'ı öldürdükleri güne verilen isimdir.

57 Ege (n 52) 108.

58 ibid 109.

59 Karl Marx, *Felsefenin Sefaleti* (Erdoğan Başar (tr), Sol Yayınları 1966) 211.

almaktadır. Şöyle ki; Proudhon “Mülkiyet hırsızlıktır!” derken bile devrimci bir talebi örgütlenme çabasından çok, bir kategorinin toplumsal olarak anlamlandırılmasını değiştirmek çabasıdadır. Mülkiyet kavramının (bir iktisadi kategori olarak) emek ve ihraz gibi iki meşruiyet dayanağına saldırması bundandır. Böylece mülkiyetin topluma “yabancı” olduğunu ve tek dayanağının yasa (ki bunun da adalet getirmeyeceğini belirterek gayrimeşru olduğunu söyler) ve egemen olduğunu söyleyecektir. Bunun Proudhon’a sağladığı kolaylık şudur: Kanun değiştirilebilir. Kavram kategorisi de ona yüklenen anlamın değiştirilmesiyle toplumsal değişime ön ayak olacaktır. Oysa Marx, mülkiyeti farklı dönemlerde oluşturan sosyal ve iktisadi koşullar bir devrimle ortadan kaldırılmaksızın sadece mülkiyete yüklenen kategorik anlamın değiştirilmesiyle bir değişim yaratılmayacağını iddia etmektedir.

Marx, geçmiş dönemde sahiplendiği *Mülkiyet Nedir*'e de J. B. Schwitzer'e yazdığı mektubunda eleştiriler yöneltmiştir:

“Kitabın yetersizliğini bizzat adı gösteriyor. Soru o kadar yanlış formüle edilmiştir ki buna doğru cevap verilemezdi. Eski Yunan – Roma mülkiyet ilişkilerini feodal mülkiyet ilişkileri, bunları da burjuva mülkiyet ilişkileri yutmuştur. Böylece bizzat tarih geçmişteki mülkiyet ilişkileri üzerinde eleştirisini uygulamıştır. Proudhon'un fiilen ele aldığı, bugünkü mevcut tarzıyla burjuva mülkiyetidir.

(...) Diğer taraftan hırsızlık mülkiyetin zor kullanarak ihlali olduğundan mülkiyetin varlığını önvarsayar.”⁶⁰

Marx, buradaki eleştirisini burjuva iktisatçıları için de genişletir, çünkü onlar da Proudhon gibi burjuva iktisadına egemen olan kavramların ezelden beridir var olduğu kabulüyle değerlendirmelerini yaparlar ona göre. Oysa her iktisadi dönemin kavramlarını, o dönemin sosyal ve iktisadi koşulları belirler. Mülkiyet kavramını tarihsel olarak ele alırken şiddetin tahakkümün ve kölelik gibi kurumların rolünü göz önünde bulunduran Marx, yine de mülkiyetçi bakışın dışına çıkabilmek adına mülkiyetin hırsızlık olarak nitelendiği bir kavramsallaştırmaya karşı çıkmıştır.⁶¹ Bununla birlikte Marx; *Kapital*'in çeşitli yerlerinde feodal mülkiyetten ve klan mülkiyetinden, ortak topraklardan burjuva özel mülkiyetine geçişi, yani genel olarak 16-17. yüzyıllarda köylülerin mülksüzleştirilmesini nitelemek için “yağma” ibaresini kullanmıştır.⁶² Bu, mülkiyetin halihazırda var olduğu bir tarih diliminde el değiştirmesi için çoğu zaman hukuki olmayan ve şiddete dayanan yollarla devredilmesinin sağlandığı göz önünde bulundurulursa doğru bir yaklaşım olarak görülebilir.

Proudhon, iktisadi kavramları ve bunların oluşturduğu kategorileri dünyayı daha kolay incelemek, sınıflandırarak anlama kolaylığı sağlamak açısından üretilmiş araçlar olarak değil, Ege'nin betimlemesiyle, “tüm evreni yöneten devasa bir diyalektik mantığın uğrakları” olarak görür.⁶³ Bunu şu şekilde özetler:

60 Marx, *Felsefenin Sefaleti* (n 59) 240-241.

61 Göçmen (n 27) 125 dipnot.

62 Örneğin bkz. Marx, *Kapital* (n 28) 704.

63 Ege (n 52) 110.

“Amacımız olayların zaman içindeki seyir düzenine göre değil, düşüncelerin birbiri ardına sıralanma düzenine göre bir tarih oluşturmaktır. İktisadi kuramlar da, başka her şey gibi, öz mantıkları doğrultusunda sıralanırlar, anlama yetisi içinde kendi öz mantıkları doğrultusunda bir dizi oluştururlar.”⁶⁴

Yani aslında basit bir anlatımla, iktisadi kavramları birer icat olarak değil, keşif olarak görür. Doğada var olan şeylerin keşfi iddiası kaçınılmaz olarak dogmatik çağırıldığı şüphesinin doğmasına neden olur. Proudhon'un düşüncesinin merkezine Tanrı varsayımını koyması bu şüpheyi doğrular. Tanrı varsayımını koyma ihtiyacını “tarihe bir anlam verebilmek, bunun daha ötesinde, Devlet içinde gerekli olan reformları, bilim adına yasal kılabilmek için yapmak” olarak açıklar Proudhon.⁶⁵ Burada devrim anlayışına yönelttiği, başka bir şiddete davetiye çıkardığına ilişkin eleştiriye kendisi de düşmekte, liberal dogmatik doğa haklarının merkezine yerleştirdiği mülkiyet hakkı eleştirisinde başka bir dogmatik anlatı kurarak yine Tanrı'yı ve doğa hakları meşruluk kaynağı olarak arkasına almak istemektedir. Dolayısıyla bu dogmatik anlayışın, Marx'ın diyalektik materyalizmiyle temelden çelişmesi şaşırtıcı değildir.

Marx, Proudhon'un iktisadi kavramları kullanırken hatalı olduğunu düşünmekte ve bu nedenle onu iktisat bilmemekle itham etmektedir. Marx'a göre, Proudhon, örneğin kapitalist ile rantçuyu; rantı, ücreti ve kârı ve daha pek çoğunu birbirine karıştırmaktadır. Bu hatalara hem iktisat bilmediği için hem de iktisadi kavramları döneminin koşulları içerisinde değerlendirmedeği için düşmektedir.⁶⁶ Marx, özellikle *Felsefenin Sefaleti* isimli kitabını, bu eleştirisini detaylandırmak için yazmış, Proudhon'un kullandığı kavramların yanlışlığını göstermek için bunları tek tek incelemeye tâbi tutmuştur.

Marx ile Proudhon arasında sadece bir fikir ayrılığı değil, temelde dünyayı değerlendirirken kullanılan yöntem ve dünya görüşü arasında çok büyük farklar bulunmaktadır. Buna karşın bu iki düşünürün mülkiyete dair düşünceleri çokça karıştırılmakta, bu da onların görüşlerinden neşet eden siyasi ideolojilerin kafa karışıklığı ile şekillenmesine yol açmaktadır. Doğru, ikisi de burjuva özel mülkiyetinin kaldırılması gerektiğini savunmaktadır. Bununla birlikte Marx, burjuva özel mülkiyetinin kaldırılabilmesi için oluşturulması gereken sosyal ve iktisadi yapının anahtarını ayrıntılı bir şekilde dile getirir ve özetle emekçilerin, emeklerinin ürününe yabancılaşmadıkları bir gelecek tahayyül eder. Bunun için toprak ve diğer üretim araçlarının ortaklaşa mülkiyetini şart olarak görür. Proudhon ise, mülkiyetin ortadan kaldırılması ile mülkiyet kavramına dair yanlış bilincin de ortadan kalkacağını, bunun bir ortaklaşa zilyetlik uygulaması ile özgür insan toplumunu ortaya çıkaracağını düşünür. Gelecek tahayyüllerine gidişte uyguladıkları yöntem de vardıkları sonuç da ideolojik çatışmalarının bir vechesini oluşturmaktadır.

64 Pierre-Joseph Proudhon, *Système des contradictions économiques ou Philosophie de la misère* (Edition Marcel Rivière 1923), 2 tomes, (alıntılandığı gibi) Ege (n 52) 110.

65 Proudhon, *Système des contradictions économiques ou Philosophie de la misère* (n 64) (alıntılandığı gibi) Ege (n 52) 111.

66 Marx, *Felsefenin Sefaleti* (n 59) 171 vd.

V. KAPİTALİZM, EMEK VE MÜLKİYET

Bu makalede görüşlerine yer verilen John Locke 17. yüzyılda, Proudhon ve Marx ise 19. Yüzyılda eserlerini vermişlerdir. Her biri üretim ve geçim araçlarının mülkiyetine ilişkin yorumlarda bulunmasına rağmen Locke'un ve Proudhon'un daha çok tarımsal ekonomiyi merkeze alan bir yaklaşımla toprak mülkiyeti üzerine yoğunlaştıkları, Marx'ın ise Sanayi Devrimi'nin sonucunda gelişen sınaî üretim ve proleterleşme olgularını göz önünde bulundurarak toprak haricindeki üretim araçları üzerine yoğunlaştığı söylenebilir. Bu onun, Proudhon ve Locke'un aksine mülkiyeti değişmez bir fenomen olarak görmemesinin, yaşadığı çağın burjuva özel mülkiyetini dert edinmesinin doğal bir sonucudur.

A. EMEĞİN DEĞİŞEN GÖRÜNÜMLERİ

Günümüzde kapitalizmin, 17-19. yüzyıldaki haliyle aynı öze sahip olduğu savunulabilirse de giderek daha farklı bir görünüme sahip olduğunu tespit etmek gerekir. Mülksüzleştirme ve proleterleşme değişen hızlarda ancak artan bir şekilde devam ederken, geçinmek için emeğini piyasalara ücret karşılığında sunmak zorunda olan emekçi sınıfın yapısı değişmektedir. 19. yüzyıl, dünya nüfusunun önemli bir kısmının kırsalda yaşamaya devam ettiği, bununla birlikte şehir nüfusunun her geçen gün artarak istihdamın tarımdan sanayiye kaydığı bir yüzyıl olmuştur. 20-21. yüzyılda ise, hizmet sektörünün giderek büyüdüğü ve diğer sektörleri geride bıraktığı görülmektedir. Bunun yanında devlet, 20. yüzyıl öncesinde olduğundan çok daha büyük bir organizasyon olarak karşımıza çıkmakta, bu da kamu görevlilerinin çalışan nüfustaki oranının geçmişe kıyasla daha yüksek olmasına neden olmaktadır. Hizmet sektöründe çalışanların ve kamu görevlilerinin sayılarının giderek artması, emekle mülkiyet arasında kurulan ilişkiyi başka bir perspektiften incelemeyi zorunlu kılmaktadır.

Emek olgusu ve işçilik, “mavi yakalı” işçilerin dışına genişleyerek “beyaz yakalı” ve hatta görece yeni bir tanımlamayla “gri yakalı” işçiliğin oluşmasıyla değişime uğramaktadır. Bu değişimle emeğin mülkiyetle olan ilişkisindeki rolünün tek yönlü olarak ele alınmaması gerektiği ortaya çıkmaktadır. Örneğin hizmet sektörünün pek çok alanında ve devlet görevlilerince gerçekleştirilen işlerin önemli bir kısmında emek verilmekte, ama dar anlamıyla somut ve üzerinde mülkiyet iddia edilebilecek bir ürün elde edilmemektedir. Bu durum, makalede kullanılan “emeğin ürünü olarak mülkiyet” tabirine karşı, “Peki mülkiyet nesnesi üretmeyen emek, emek değil midir?” sorusunun sorulmasına neden olabilir.

Mülkiyet ilişkilerinin farklı görünüm alması, bu makalede bahsi geçen düşünürlerin düşüncelerinin önemini elbette ortadan kaldırmamakta, ancak görüşlerinin günümüzün gözlükleriyle değerlendirmek üzere tartışmaların yapılması için var olan ihtiyacı ortaya koymaktadır. Bu düşünürler arasından Marx, kendi iktisat kuramını oluştururken “üretken emek” ile “üretken olmayan emek” şeklinde ikili bir ayrıma giderek emeğin mülkiyet ilişkilerinde farklı şekillerde konumlanabileceğini tespit edebilmiştir. Böyle bir ayrımın yapılması gerekip gerekmediğine dair tartışmalar, Marx'ın bu konudaki açık yorumlarına karşın Marksist çevrelerde dahi uzun yıllardır devam etmektedir.

Genel olarak üretken emek, kabaca, geçim araçlarının üretim aracılığıyla ortaya çıkarılmasıdır. Buna karşın, kapitalist koşullarda üretken sayılan emeğin, genel olarak üretken emeğin şartlarını taşıması gerekmektedir birlikte ayrıca, kapitalizmin merkezi amacı olan artı değeri üretmeye yönelmiş bir emek olması gerekir.⁶⁷ Çünkü kapitalizm adı üstünde “kapital”, yani sermaye biriktirmeyi amaçlayan bir iktisadi rejimdir. Artı değer üretmeyen bir iktisadi yapı sermaye üretemez. Bu bağlamda, meta üretimine dönük olmayan; salt kullanıma yönelik üretimi amaçlayan emek, kapitalist anlamda üretken emek olarak nitelendirilemeyecektir. Bu nedenle, kapitalist iktisadın sınırları içerisinde, örneğin kendi üretim araçlarına sahip ve kendisine yetecek kadar üretim yapabilen köylü ailesinin emeği ya da başka bir örnek olarak ev içi emek üretken emek sayılamaz.⁶⁸ Savran ve Tonak’a göre, “Sadece emek gücünün bir meta olarak satılması sonucu harcanan emek, kapitalizmde üretken emek olarak iş görür.”⁶⁹ Böylece, üretim araçlarına sahip olarak meta üretimi yapsa dahi küçük üretici kendi emeğinin ürününü mübadeleye sokacağından, zanaatkar ve küçük toprak sahipleri üretken emek tartışmasının dışında kalır.⁷⁰ Bu bağlamda, artık değerün üretiminin üretkenlik konusundaki yeri için Marx’ın değerlendirmesi şu şekildedir:

“Yalnızca, kapitalist için artık değer üreten ya da sermayenin değerlenmesine hizmet eden işçi, üreticidir. Maddi üretim alanı dışından bir örnek alacak olursak, bir öğretmen, öğrencilerin kafalarını işlemekle kalmadığı, ama aynı zamanda girişimcinin zenginleşmesi için çalıştığı durumda üretici işçidir. Girişimcinin sermayesini bir sucuk fabrikasına yatıracak yerde bir eğitim fabrikasına yatırması, bu ilişkide herhangi bir değişikliğe yol açmaz.”⁷¹

Hizmet sektöründe üretken emek bu şekilde nitelenirken, kamu görevlileri konusunda ise Savran ve Tonak devletin işleyişine dayanan üçlü bir ayrıma gitmeyi önermektedirler. Birinci grupta; ordu, emniyet ve yargı mensubu kamu görevlileri ile bürokrasi, güvenliği ve düzeni koruma görevini ifa etmektedirler. Bunlar, ne doğayı değiştirmeye ne de artı değer üretmeye dönük emek harcamadıkları için emekleri üretken emek değildir. Çabaları, “toplumsal düzenin yeniden üretimi” faaliyetine yönelmiştir. İkinci grupta; özel veya kamu hukuku tüzel kişisi olarak yerel veya merkezi kurum ve kuruluşların üretim faaliyetinde istihdam ettiği kişiler yer alır. Artı değer üretimine özgülenmiş bir işte çalışan herkes, bu işin kamuda veya özel sektörde olmasına bakılmaksızın, üretken emeğe sahiptir. Üçüncü grupta ise sağlık, eğitim gibi sosyal hizmetlerde görevli kişiler yer almaktadır. Bu grupta yer alan kişiler, genel olarak artı ürüne dayalı bir üretim yapmazlar ve bu anlamda ikinci gruptakilerden, salt toplumsal düzenin yeniden üretimini amaçlamadıkları için de birinci gruptakilerden ayrılırlar. Bu gruba mensup olduğu söylenebilecek olan öğretmen ve sağlık emekçileri vb.’nin emeğini Savran ve Tonak, “tıbbi hizmetlerin piyasada satılmak üzere örgütlendiği ve böylelikle hastane sahibine kâr getiren metalara dönüştürüldüğü durum” haricinde üretken olmayan emek olarak nitelendirmektedirler.⁷²

67 Sungur Savran ve Ahmet Tonak ‘Üretken Emek ve Üretken Olmayan Emek: Açıklığa Kavuşturma’ iç Sungur Savran, Ahmet Tonak ve Nail Satlıgan, *Kapital’in İzinde* (Yordam Kitap 2012) 239, 246, 250.

68 Savran ve Tonak (n 67) 250-251.

69 ibid 251.

70 ibid 251.

71 Marx, *Kapital* (n 28) 486.

72 Savran ve Tonak (n 67) 262-264.

Üretken emek ile üretken olmayan emek şeklinde bir ayrımın yapılmış olmasıyla, bunların birinin diğerinden daha değerli veya üstün olduğu sonucuna varılmamalıdır. Bu sınıflandırmaya ulaşılmaya çalışılan amaç, kapitalist iktisadın sınırları içerisinde emeğin mülkiyetle tek bir şekilde etkileşime girmediğini göstermektir. Zira, kapitalist mülkiyet ilişkilerinin şekillenmesinde, emeğin farklı görünüşlerinin izdüşümleri rol oynamaktadır. Örneğin; toplumsal düzenin üretimiyle ve korunmasıyla görevli olan yargı ve ordu mensupları, polis gibi kamu görevlileri, yani artı değer üretmeyen emeğin sahipleri, toplumda üretilen artı değerden faydalanmaktadır. Bu durumda, kapitalist koşullarda üretken olmayan emeğin varlığı üretken emeğin ürettiği artı değerın sürekliliğine bağlıdır. Ancak o artı değerın sağlıklı bir şekilde üretilmesi için de toplumsal düzenin korunması ve yeniden üretimi asli önem arz etmekte, bu nedenle ortaya karşılıklı bir ilişki çıkmakta, iki durumda da (zorunlu) ücretli emek olgusu; ister üretken emeğe, ister üretken olmayan emeğe sahip olsunlar, işçileri içinde buldukları koşullara rıza göstermek durumunda bırakılmaktadır. Hem artı değerın nasıl ve ne kadar üretileceği hem de bunun nasıl dağıtılacağı konusundaki karar ise onu üreten ya da ondan pay alan işçiler tarafından değil, sermaye sahipleri tarafından verilmektedir. Salt bu örnekten hareketle dahi söylenebilir ki, kapitalizmde insan, Locke'un savunduğunun aksine emeğinin efendisi olamaz, mutlaka ki emeğini başkaları için üretim yapma amacıyla kullanması gerekir. Bu durumda emek kendi mülkiyetinden çok, başkalarının mülkiyetini üretir. Başkaları için yapılan söz konusu üretim, devlet öncesi komünal toplumlarda, toplumdaki yaşlıların ve çocukların faydalanabilmesi için artı ürün üretecek şekilde kullanım amaçlı olarak yapılan üretimle karıştırılmamalıdır. Zira, kapitalist toplumda bu durum, mübadele değeri üzerinden kâr için, ücretli emeğin sömürsü yoluyla gerçekleşmektedir. Ücretli emek sömürsü olgusunu göz ardı ederek emeği ve özel mülkiyeti kişinin ayrılmaz ve dokunulamaz bir parçası olarak gösterme çabası, işçinin esas olarak sermaye sahiplerinin özel mülkiyetini ürettiği gerçeğini gizler. Nihayetinde, bu makalede görüşleri incelenen düşünürlerin “emek” kavramından anladıklarının aynı olmadığı ortaya çıkmaktadır.

B. MÜLKİYETİN HAKLARLA İLİŞKİSİ

Günümüzde mülkiyet meselesi, emek ve çalışma ilişkilerinin haricinde yaşamsal ihtiyaçların temininde çokça gündeme gelmektedir. Bunların başını konut ve barınma sorunu çekmektedir. Evsizlik; ABD, İngiltere gibi dünyanın en büyük ekonomilerine sahip ülkelerde yaygın bir olgudur. Yine, yaşanabilir ve uygun fiyatlı konut, dünyadaki büyük şehirlerin önemli bir kısmında çözülmeyen bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. 1980'li yıllardan itibaren kademeli olarak terk edilen sosyal politikalarından biri olan sosyal konut politikaları, başta Avrupa ülkeleri olmak üzere pek çok yerde yeniden gündeme gelmektedir. Zira konut, asli amacı olan barınmanın dışında, büyük sermayedarlar ve bankalar tarafından uzunca bir süredir yatırım aracı olarak kullanılmaktadır, hatta 2008 yılında ABD merkezli olarak patlak veren “Mortgage Krizi” bu yatırım aracına ait kredi piyasasının çökmesinin sonucunda yaşanmıştır. Konut sorunu, Türkiye’de de önemini korumaktadır. Türkiye’de, deprem riski altındaki şehirlerdeki konut stokunun önemli bir kısmı büyük sermayedarlar ve bankaların elindedir. Bu da yurttaşların yaşanabilir konutlarda uygun fiyatlı olarak barınabilmesinin önüne geçen en önemli etmenlerden biridir. Bu durum, mülkiyetin, temel haklarla olan bağlantısının tartışılması ihtiyacını tekrar ortaya koymaktadır. Nitekim barınma hakkı, yaşama hakkıyla doğrudan

bağlantılıdır ve barınma hakkının mülkiyet dolayısıyla, hatta mülkiyet şartıyla korunur olması, yaşama hakkının kullanılabilmesinin önüne geçebilmektedir.

2022 yılının sonunda gazetelerde ve sosyal medyada kendisine yer bulan bir haber barınma hakkının yaşama hakkıyla olan bağlantısını trajik bir şekilde vurgulamaktadır.⁷³ Habere göre, Kanadâda yaşayan Amir Farsoud, engelli olduğu için verilen sosyal yardımların yetersizliği nedeniyle kirasını ödeyemez hale gelmiş ve evsiz kalma riskiyle karşı karşıya kalmıştır. Evsiz kalırsa, rahatsızlığıyla birlikte zaten kısa sürede öleceğini düşünen Farsoud’un, acı çekmemek için Kanadâdaki otoritelere yaptığı ötenazi başvurusu kabul edilmiştir. Yani evsizlik, ötenazi talebinin kabul edilmesi için geçerli bir gerekçe olarak değerlendirilmiştir. Bu örnek üzerinden, özel mülkiyetin yaşama hakkı değil “ölme hakkı” getirdiği iddia edilebilir.

Mülkiyet hakkında günümüzde tartışılan başka örnek konu başlığı olarak ise içme suyu sorunu verilebilir. Temiz içme suyuna erişim hakkı, uluslararası metinlerde insan hakkı olarak tanınmaktadır. Bu hakkın, yaşama hakkıyla doğrudan bağlantılı olduğu konusunda da bir şüphe bulunmamaktadır. Bununla birlikte, özellikle yoksul ve gelişmekte olan ülkelerin şehirlerinde bu hak fiili olarak karşılığında ücret ödemeksizin kullanılamaz hale getirilmiştir. Temiz içme suyuna erişmek isteyenler, ihtiyaçlarını, hizmet sağlayıcı şirketlerin müşterisi olmak suretiyle karşılayabilmektedirler. Temel yaşam maddelerinin metalaşması ve piyasalarda satılır hale gelmesi, özel mülkiyet meselesinin eleştirel bir şekilde tartışılmasını zorunlu kılmaktadır. Verilen iki örneğin ışığında görülmektedir ki, Locke’un teorisinde yaşama hakkından doğduğu savunulan özel mülkiyetin, kapitalizm koşullarında varoluş sebebini, başka temel haklarla birlikte ortadan kaldırmasında beis görülmemektedir.

VI. SONUÇ

Makale boyunca isimleri anılan Locke, Proudhon ve Marx’ın ortaklaştığı bir nokta vardır ki, o da insanın devlet öncesinde (doğa durumundayken) doğayı ortaklaşa kullanabilme imkanı olduğudur. Locke bunu belirtirken, herkesin Tanrı’nın kendisine verdiği çalışma ödevini yerine getirmek ve yaşama hakkını kullanmak amacıyla ortaklaşa kullanılan doğa üzerinde emeğini daha önce ihraz edilmemiş nesnelere katarak özel mülkiyet sahibi olabileceğini belirtir. Bu düşünce, Proudhon tarafından, bunun ancak bir bireysel zilyetlik imkanı vereceği gerekçesiyle reddedilir, buna karşın Proudhon’un savunduğu bireysel zilyetlik hakkı da yaşama hakkından ileri gelmektedir. Yani insanın yaşamak için doğadaki nesnelere üzerinde hakimiyet kurma zorunluluğu kabul edilir. Marx ise insanın gereksinimlerini karşılamak üzere doğada değişiklikler yaparak mülk edinebileceğini, bununla eş zamanlı olarak doğayı değiştirirken kendini de değiştireceğini söyler.

Locke, devamla mülk edinme hakkına üç sınırlandırma getirir. Bunlar, heba etmeme şartı, yeterlilik sınırı ve görünür emek şartıdır. Locke, paranın bulunuşuyla birlikte artık doğadaki nesnelere değerinin “sarı bir metale” aktarıldığını belirterek, söz konusu para karşılığı mübadele edilebilirlik

73 Amir Farsoud, ‘Yaşayacak param yoktu, doktorlardan ölmeme yardım etmelerini istedim ve evet dediler’ (çev. İpek Uyar) *Independent Türkçe* (1 Aralık 2022) <https://www.indyturk.com/node/582156/yazarlar/ya%C5%9Fayacak-param-yoktu-doktorlardan-%C3%B6lmeme-yard%C4%B1m-etmelerini-istedim-ve-evet> Erişim Tarihi 11.06.2023.

olduğu müddetçe aslında ilk iki şartının ortadan kalktığını ilan eder. Toprak ve üretim araçları, hepsi parayla üretilebilir ve devredilebilir olduğundan, bunların üzerinde özel mülkiyet kurulması ve diğer insanlara bunlardan bırakılmaması artık ilk iki şarta aykırılık içermez, çünkü para ne tükenir, ne de bozulur. Görünür emek şartını aşmak için ise Locke, hizmetlisinin biçtiği otların mülk sahibinin mülkiyet hakkının bir uzantısı olduğunu söyler. Bundan böyle, artık değerın üretilmesi için ücretli emeğin kullanılması durumu söz konusudur ki, Proudhon ve Marx'ın en sert karşı çıkışları bu noktadır. Proudhon, genel anlamda özel mülkiyete içkin olan emek sömürüsünü dile getirirken Marx, tarihi dönemlere göre farklı mülkiyet anlayışları bulunduğunu tespit eder, ücretli emeğin ortaya çıkışı ve özel mülkiyetin tamamıyla bunun sömürüsüne dayandığı ve emeğin mülkiyetten kesin surette ayrıldığı yer olarak burjuva özel mülkiyetini gösterir. Sonuç olarak, Proudhon özel mülkiyetin bütün çeşitlerinin kaldırılmasını ve ortaklaşa zilyetliğin yerleştirilmesini hedef olarak koyarken, Marx; üretim araçlarının ve toprağın ortaklaşa mülkiyet ile kullanıldığı, insanların emeklerinin ürünlerine yabancılaşmadıkları ve gereksinimlerini kendi emekleriyle karşılayabildikleri bir bireysel mülkiyet sistemi tasavvur eder.

Marx'ın Proudhon ile yaşadığı görüş ayrılığı, daha sonraki dönemde salt fikir ayrılığı olarak kalmamış ve Marx, doğrudan Proudhon'u eleştirmek için "*Felsefenin Sefaleti*" isimli bir kitap yazmış ve kitabında Proudhon'un görüşlerini tek tek sınamaya tâbi tutmuştur. Teorik olarak Marx'ın temel itirazı, Proudhon'un iktisadi kavramları bilmemesi, bu nedenle yer yer anakronik ve hatalı olarak kullanması, bunun yanında idealist bir yaklaşımla iktisadi kavramları kategoriler olarak değerlendirerek toplumsal gelişimi tarihsel süreç içerisinde anlamlandırmak yerine ezelden gelen iktisadi kategorilerin sabit doğasına dayanarak yorumlarda bulunması ve değişimi de tarihin diyalektiğinde değil kategorilerin değiştirilmesinde aramasıdır.

Üç düşünürün teorilerinde de emek, merkezde yer almaktadır. Emek, değişen şekillerde mülkiyetle ilişki içerisine girmektedir. Bu durumu iyi tahlil eden Marx, üretken emek ve üretken olmayan emek şeklinde ikili bir ayrım yapmıştır. Bununla birlikte; emek ister üretken, ister üretken olmayan olarak nitelensin, kapitalist üretim ilişkilerinde ihtiyaç duyulan artı ürünün üretim ve dolaşımına dair kararlar sermaye sahipleri tarafından verilmekte, dolayısıyla Locke'un iddiasının aksine emek kendi mülkiyetini değil sermaye sahiplerinin mülkiyetini üretmektedir. Kapitalist özel mülkiyetin sahip olduğu bu nüve, onun diğer haklarla olan ilişkisinde de ortaya çıkmakta, yaşama hakkından doğduğu iddia edilen mülkiyet, diğer haklarla karşı karşıya geldiğinde o hakları nötralize etmekte ve var oluş sebebi olduğu iddia edilen yaşama hakkının kullanılmasını zorlaştırmakta, hatta kimi zaman ortadan kaldırmaktadır.

Mülkiyet ilişkileri, "katı olan her şeyin buharlaşmaya devam ettiği" çağımızda, buhar makinesinin motorunu beslemeye devam etmektedir. İktisadi ve sosyal hayatın böylesine merkezinde yer alan bir kavram olan mülkiyetin, yeni bir mülksüzleşme dalgasına sahne olan 21. yüzyıl dünyasında çok daha derinlemesine incelenmesine ihtiyaç bulunmaktadır. Böyle bir inceleme yapıldığı zaman Locke, Marx ve Proudhon'un düşünceleri belki de dikkate alınması gereken ilk kaynaklar olmaya devam etmektedir.

KAYNAKÇA

- Amir F, 'Yaşayacak param yoktu, doktorlardan ölmeme yardım etmelerini istedim ve evet dediler' (İpek Uyar (tr)) *Independent Türkçe* (1 Aralık 2022) <https://www.indytrk.com/node/582156/yazarlar/ya%C5%9Fayacak-param-yoktu-doktorlardan-%C3%B6lmeme-yard%C4%B1m-etmelerini-istedim-ve-evet> Erişim Tarihi 11.06.2023.
- Birdal M, 'Locke's Theory of Property and Marxist Critique: Locke and Marx on Property Rights and Individual Liberties' (2007) 57(1) İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası 39-61.
- Birdal S. C, 'Hizmetlimin Biçtiği Çimenler: John Locke'ta Mülkiyet Hakkının Temellendirilmesindeki Bazı Açmazlar Üzerine' (2019) 52(3) Amme İdaresi Dergisi 1-21.
- Bravo H, 'Anarşizm: P.J. Proudhon Örneğinde Mülksüzlük İdeali' iç Işıl Bayar Bravo, Hamdi Bravo (edr) *Emek ve Mülkiyet* (Fol Kitap 2022) 148-175.
- Bravo I. B, 'Thomas Hobbes ve John Locke'un Doğal Hak Anlayışları' (2012) 23 Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi 72-78.
- Coccoli L, 'Property is (Still) Theft! From the Marx-Proudhon Debate to the Global Plunder of the Commons' (2013) 4(1) Comperative Law Review 1-22.
- Ege R, 'Proudhon ile Marx Bir Siyasi Hayal Kırıklığının Öyküsü' (2019) 5(2) Yıldız Social Science Review 103-115.
- Engels F, *Ailenin, Özel Mülkiyetin ve Devletin Kökeni* (Erkin Özalp (tr), 1. Baskı, Yordam Kitap 2019).
- Engels F, ve Marx K, *Komünist Manifesto ve Komünizmin İlkeleri* (Muzaffer Erdost (tr), 9. Baskı, Sol Yayınları 2011).
- Göçmen D, 'Karl Marx'ın Emek ve Mülkiyet Kavramları Üzerine' iç Işıl Bayar Bravo, Hamdi Bravo (edr) *Emek ve Mülkiyet* (Fol Kitap 2022) 121-147.
- Locke J, *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme*, (Fahri Bakırcı (tr), 2. Baskı, Ebabel Yayınları 2012).
- Locke J, *Political Writings*. David Wooton (ed) (Hackett Publishing Company, Inc. 2003).
- Marx K, *Felsefenin Sefaleti* (Erdoğan Başar (tr), Sol Yayınları 1966).
- Marx K, *Grundrisse* (Sevan Nişanyan (tr), 1. Baskı, Birikim Yayınları 1979).
- Marx K, *Kapital*, 1.Cilt (Mehmet Selik ve Nail Satlıgan (trs), 8. Baskı, Yordam Kitap 2015).
- Murteza G, 'Locke Devrimi: Emeksiz Mülkiyetten Bir 'Hak' Olarak Mülkiyete' iç Işıl Bayar Bravo, Hamdi Bravo (edr) *Emek ve Mülkiyet* (Fol Kitap, 2022) 45-66.
- Proudhon P. J, *Mülkiyet Nedir?* (Devrim Çetinkasap (tr), 1. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları 2010).
- Proudhon P. J, *İktisadi Çelişkiler Sistemi ya da Sefaletin Felsefesi* (Işık Ergüden (tr), 1. Baskı, Kaos Yayınları 2012).
- Savran S, ve Tonak A, 'Üretken Emek ve Üretken Olmayan Emek: Açıklığa Kavuşturma' iç Sungur Savran, Ahmet Tonak ve Nail Satlıgan, *Kapital'in İzinde* (Yordam Kitap 2012) 239-271.

Strazburg'dan Türkiye'ye: Basın Özgürlüğü

From Strasbourg to Turkey: Freedom of Press

Sibel GÜZELDAĞ* 

"...Bir insanı öldüren, Tanrı'nın sureti olan yaratılamı öldürür;
iyi bir kitabı yok eden, aklın kendisini öldürür..."

ÖZ

İfade özgürlüğünün bir yansıması olan basın özgürlüğü, insan haklarına dayalı, demokratik hukuk devletinin vazgeçilmez bir unsurudur. Hukukun üstünlüğünün kabul edildiği bir ülkede basının rolü "kamu bekçiliği" niteliğindedir. Bu çalışmada, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın ilgili maddelerinde düzenlenen ifade özgürlüğü ekseninde, basının rolü, önemi ve basın özgürlüğü kavramları incelenmiştir. AİHM ve AYM kararları ışığında devletin yükümlülüklerine değinilmiş, ifade özgürlüğüne müdahalenin meşru sayıldığı hâller ve kamusal nedenlerle hakkın sınırlandırılması açıklanmıştır. Basının bilgi, fikir ve haberlere ulaşmada üstlendiği taşıyıcı rolü tayin etmek, bununla beraber hem basın hem ifade özgürlüğüne yönelen müdahaleleri tespit etmek bu çalışmanın ana amacını oluşturmaktadır. Strazburg'dan Türkiye'ye uzanan yolda AİHM, demokratik bir toplumda: Basın özgürlüğünün asıl, kısıtlamanın istisna olduğu vurgusunu sıklıkla dile getirmiş; fikir ve düşünceler rahatsız ve şok edici olsalar dahi çoğulculuk, hoşgörülülük ve açık fikirlilik kapsamında dile getirilmesini ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirmiştir.

Anahtar Kelimeler: Basın Özgürlüğü, İfade Özgürlüğü, Kamu Bekçiliği, Demokratik Toplumda Gerekliklik, Orantılılık, Sansür

ABSTRACT

Freedom of the press, which is a reflection of freedom of expression, is an indispensable element of a democratic state of law based on human rights. In a country where the rule of law is accepted, the role of the press is public watchdog. In this study, the role and importance of the press and the concepts of freedom of the press are examined in the context of freedom of expression regulated in the relevant articles of the European Convention on Human Rights and the Constitution of the Republic of Turkey. In the light of ECtHR and Constitutional Court decisions, the obligations of the state are mentioned and the situations in which the interference with the freedom of expression is considered legitimate and the restriction of the right due to public reasons were explained. The main purpose of this study is to determine the carrier role of the press in reaching information, ideas and news, as well as to identify the interventions to both the freedom of press and expression. On the road from Strasbourg through Turkey, the ECHR has often emphasized that in a democratic society: freedom of the press is the main, restriction is the exception; even if ideas and thoughts are disturbing and shocking, it is considered within the scope of freedom of the expression to be expressed within the scope of pluralism, tolerance and open-mindedness.

Keywords: Freedom of Press, Freedom of Expression, Public Watchdog, Necessary in a Democratic Society, Proportionality, Censorship

* Avukat LL.M., Bursa Barosu, ORCID: 0000-0002-8596-521X.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Sibel GÜZELDAĞ

E-posta/E-mail: sibelsguzeldag@gmail.com

Geliş Tarihi/Received: 30.04.2023

Kabul Tarihi/Accepted: 31.07.2023

GİRİŞ

Beş asırdan fazla bir zaman önce Tanrı'nın onurunu koruma peşine düşen Serveto'nun yaşamı, Champel'de, basılmış el yazıları ve kitaplarıyla beraber bedeninin diri diri yakılmasıyla son bulur². Zweig'in bu eserinde, Serveto'nun savunucusu Castello'nun “*Hakikati aramak ve onu kendi düşündüğü gibi ifade etmek asla suç olamaz...*”³ sözü bize, ifade özgürlüğünün önemini ve diğer yönüyle bedelini vurgulamaktadır.

Hukuki perspektiften bakıldığında basın özgürlüğü, ifade özgürlüğünün bir uzantısı olarak kabul edilmektedir. Demokratik bir toplumda basın: Düşünce ortamının sağlanması, haber ve görüşlerin yayılması, halkın haber alma, halka haber verme amacına yönelmiştir. Düşünce ve ifade özgürlüğünden bahsedebilmenin bir koşulu özgür basının varlığı ile yakından ilgilidir.⁴

Basın özgürlüğü, AİHS'nin 10'uncu maddesinde düzenlenen “İfade Özgürlüğü” kapsamında güvence altına alınmış, bu hakkın içeriği ve sınırlandırılması aynı maddede düzenlenmiştir. AİHM kararlarında sıklıkla basının “kamu bekçiliği” rolü üzerinde durulmuş, bu kapsamda yalnızca kabul gören bilgi ve fikirlerin değil; şok, rahatsız edici bilgi ve fikirlerin de demokrasi gereği tartışılması gerektiği vurgusu yapılmıştır. Türk hukukunda ise basın özgürlüğü Anayasa'nın 28'inci maddesinde düzenlenmiştir. Ayrıca, 5187 sayılı Basın Kanunu'nda bu özgürlük basılmış eser, süreli yayın, süresiz yayımlar kapsamında ele alınmaktadır. Çalışmamızda gerek güncel gerek eski tarihli ancak basın özgürlüğü açısından önem arz eden, AİHM ve AYM kararlarına yer verilmiş; AİHM'nin basın özgürlüğü ve bu bağlamda ifade özgürlüğü ile ilgili olan kararlarının AYM'nin bireysel başvuru kararlarına yansımaları; örtüşen hâller ve farklılıklar incelenmiştir.

I. KAVRAM

A. BASIN KAVRAMI

Basın, bir düşüncenin oluşturulması, düşünsel bir durumun ifade edilmesi ve bu düşünceler etrafında toplanılmasını sağlayan önemli bir vasıta⁵. Özgürlükçü demokrasi anlayışı içerisinde basın: Haber veren, kamuoyu oluşturan ve kamusal iradeye yön veren “*emniyet supabı*” niteliğinde bir fonksiyondur.⁶ Bu sayede siyasi irade karşısında bir denge mekanizması oluşturulduğu gibi siyasi

1 John Milton, *Areopagitica; A Speech For The Liberty of Unlicensed Printing To The Parliament of England, The Floating Press* (2009) 10.

2 Stefan Zweig, *Vicdan Zorbalığı Karşı ya da Castello Calvinè*, Zehra Kurttekin (çev.) (14. B., Can 2020) 130.

3 Zweig (n 2) 134; Castello, Serveto'nun inancı uğruna öldürülmesini şu “sarsıcı” sözlerle değerlendirmiştir: “*Bir insanı öldürmek, asla bir öğretiyi savunmak değildir. Bir insanı öldürmek demektir. Cenevreliler, Serveto'yu idam ederken bir öğretiyi savunmadılar, bir insanı kurban ettiler; lakin insan, inancına olan sadakatini bir başka insanı yakarak değil, aksine, inancı uğruna yakılmayı göze alarak açıklamış olur*”. *Ibid* 174.

4 Sulhi Dönmezer, ‘Yeni Anayasamızda Basın Hürriyeti’ (1962) 28(3-4) İÜHFD 569 <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/96765>> Erişim Tarihi 30 Mart 2023.

5 Çetin Özek, *Türk Basın Hukuku* (Fakülteler Matbaası 1978) 32.

6 Özek (n 5) 32; Kayıhan İçel, *Kitle Haberleşme Hukuku* (Sulhi Garan Matbaası 1977) 76-78.

ve toplumsal denetim sağlanmaktadır.⁷ Bir başka tanımla ile basın: Kamuoyu oluşturan, yönlendiren bir itici güçtür. Yalnızca haber alma, haber verme fonksiyonu ile sınırlı olmayıp, vatandaşı eğiten yönü de bulunmaktadır.⁸

Demokratik hukuk devletinin vazgeçilmez unsurları arasında, özgür ve sansüre uğramamış bir basın düşüncesi yer almaktadır.⁹ Hukukun üstünlüğünün gözetildiği bir yönetim biçiminde basın, ayrıcalıklı yere sahiptir.¹⁰ Ayrıca, özgürlükçü demokrasi anlayışından bahsedebilmek için “bağımsız, tarafsız ve özgür basın” var olmalıdır.¹¹ Hükümet tarafından yayının denetlendiği ve kısıtlandığı hâller ise “sansür” olarak adlandırılmaktadır.¹² Sansür özünde “özgürlük ve yasak” ikilemini barındırmaktadır. *Marx*, basın ve sansür ilişkisini “zincire vurulma” metaforuyla açıklarken, basını “... *esaretin karakersiz canavarıdır; o uygar canavar, süslenmiş bir kürtaç...*” ifadeleriyle yorumlamıştır.¹³ Devlet müdahalesine maruz kalma, basının kamusal görevlerini yerine getirmesini güçleştirmektedir. Bu yönlü müdahaleler halkın bilgilenme özgürlüğünün yanı sıra gerçekleri öğrenme hakkına da sınırlama getirmektedir.¹⁴

B. İFADE VE BASIN ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ

Basın özgürlüğü kavramsal olarak, işlev ve içerik açısından düşünce ve düşünceyi ifade özgürlüğü ekseninde ele alınmalıdır.¹⁵ Basın özgürlüğünden bahsedebilmek için öncelikle düşünce ve düşünceyi açıklama özgürlüğü mevcut olmalıdır.¹⁶ Düşünce özgürlüğü: Kişilerin özgür iradeleriyle istediği biçimde düşünme, belirli bir fikre ve inanca sahip olmasını ifade etmektedir. Kişi düşüncelerini

7 Kayıhan İçel ve Yener Ünver, *Kitle Haberleşme Hukuku* (8. B., Beta 2009) 111.

8 İçel ve Ünver (n 7) 115-116.

9 *Millîe* göre düşünce ve ifade özgürlüğü ve yansıması olan basın özgürlüğü bireysel özgürlükler açısından son derece önemlidir: “...basın özgürlüğü'nün yozlaşmış veya zorba bir idareye karşı korumak adına, herhangi bir savunmaya gereksinim duyduğu zamanlar bir daha yaşanmasın...Eğer biri dışında tüm insanlık aynı düşüncede olsa, o bir kişi de tamamen karşıt bir düşüncede olsa, o kişi gücü eline aldığı zaman tüm insanlığı susturmaya hakkı yoksa aynı şekilde insanlığın da o kişiyi susturmaya hakkı yoktur”. John Stuart Mill, *Özgürlük Üzerine* (3. B., Litera 2018) 45-47.

10 Monica Macovei, *İfade Özgürlüğü-Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz* <<https://www.anayasa.gov.tr/media/3610/aihsma10ifade.pdf>> Erişim Tarihi 23 Ocak 2022.

11 İçel (n 6) 77.

12 <<https://sozluk.gov.tr/>> Erişim Tarihi 01 Eylül 2022.

13 Karl Marx, *Basın Özgürlüğü Üzerine*, Önder Kulak/Kurtul Gülenç (çev.) (Dipnot 2012) 18.

14 Sahir Erman ve Çetin Özek, *Açıklamalı Basın Kanunu ve İlgili Mevzuat* (3. Baskı, 1991) 20.

15 Özek (n 5) 32; Bir düşüncenin oluşumu, açıklanması ve yayılması açısından basın “taşıyıcı” niteliktedir, aynı zamanda düşünce, haber ve fikirleri yorumlama ve eleştirii hakkı da sağlamaktadır. Yaşar Salihpaşaoğlu, ‘Türkiye’de Basın Özgürlüğü’ (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi 2007) 14-21.

16 Tiran’a karşı yürütülen mücadelenin anlatıldığı eserinde *Zweig*, ifade ve basın özgürlüğüne yönelik müdahaleleri şu satırlarla ifade etmiştir: “*Sebastian Castellio, ahlâki kahramanlığının bedelini tümüyle, gücü tükeninceye kadar ödemiştir. Aklından başka silah kullanmak istemeyen, şiddet karşıtlığının sözcüsü olan bu kişinin kaba kuvvet tarafından boğazlanması karşısında insan, bütün bir düzene karşı kendini savunmaya kalkışan, arkasında ahlâki haklılığı dışında bir güç olmayan bir bireyin mücadelesinin her zaman ne kadar umarsız olduğunun ayırıcına varır...Calvin, Castellio’ya asla kayda değer bir cevap verememiştir; tercih, onu susturmaktan ibaret olmuştur. Kitapları yırtılır, saklanır, yakılır, politik baskılarla komşu kantona yazma yasağı getirilir ve o artık yanıt veremez, söylenenleri düzeltemez bir hale gelir; o zaman da Calvin’in uşakları iftiralarla üzerine çullanır; bu artık bir savaş değildir, savunmasız birinin acımasız saldırıya uğramasıdır*”. *Zweig* (n 2) 21-22.

ifade özgürlüğü vasıtası ile dış dünyaya yansıtmakta ve insanlarla bu şekilde iletişim kurmaktadır.¹⁷ Düşüncenin önemi, ifade özgürlüğünün kullanılması ile ortaya çıkmakta; düşünce özgürlüğü, ifade özgürlüğünün kullanılması ile daha anlamlı hâle gelmektedir.¹⁸

İfade özgürlüğü ise: Düşünceyi açıklama özgürlüğünü içine alan, düşünme, konuşma ve düşünceyi açıklama konularını da kapsayan bir terimdir.¹⁹ Bu vesile ile ifade özgürlüğü; düşünce özgürlüğünün bir sonucu, dışavurumdur.²⁰ Düşünce olmadan ifade, ifade özgürlüğü olmadan basın özgürlüğünden bahsetmek mümkün değildir. Basın yoluyla ifade edilen düşünce, bazı yazarlarca ifade özgürlüğünün bir yansıması olarak kabul edilmektedir.²¹ Özek'e göre basın, düşüncenin oluşumu ve düşüncelerin açıklanması arasında bir "araç" rolündedir. Basın vasıtası ile açıklanan düşünceler hem kamuoyu oluşturmakta hem de oluşan düşünce ortamı bu araç vasıtası ile halka ulaştırılmaktadır.²² Bir diğer görüş ifade özgürlüğü ve basın özgürlüğünü "biri yerine geçen terimler" olarak ifade etmektedir.²³

İfade özgürlüğünün basın vasıtasıyla kullanıldığı hâller ise basın özgürlüğünü işaret etmektedir.²⁴ Bu özgürlük "dergi, gazete, kitap" türündeki basılı eserler vasıtasıyla kullanılmaktadır.²⁵ Ancak günümüzde basın özgürlüğünden söz ederken bazı kavramların birbiri ile karıştırıldığı ve bütüncül şekilde kullanıldığı dikkati çekmektedir. Bu kapsamda "basın", "medya", "kitle iletişim" kavramlarından kısaca bahsetmekte yarar vardır. Kitle iletişim; gazete, dergi şeklindeki yazılı basına nazaran bünyesine cep telefonu, radyo, televizyon, internet vd. bünyesine alan, daha geniş kapsamlı bir kavramdır.²⁶ Gazete, televizyon ve radyo "geleneksel iletişim araçları" olarak adlandırılırken, internet "yeni kitle iletişim aracı" olarak kabul görmektedir.²⁷ Medya ise radyo, televizyon, radyo,

17 Sezer Akarcalı, 'Basının Görevleri ve Basın Özgürlüğü', (1989) 44(1) 279 AÜSBFD < <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ausbf/issue/3228/44971>> Erişim Tarihi 02 Ocak 2023. Maalesef tarihte bazı düşünürler, düşünce ve ifade özgürlüğünün bedelini ağır biçimde ödemiştir: Sokrates tanrılara inanmadığı, yeni tanrılar icat ettiği ve gençleri yoldan çıkardığı için ölüm cezasına mahkûm edilmiştir. Platon, *Sokrates'in Savunması*, Ari Çokona (çev.) (XVI. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür 2018) xv. Galileo'nun güneş çalışmaları nedeniyle "işkençe" ile tehdit edilmiş ve çalışmalarının öğretilmesi 18'inci yüzyılın ikinci yarısına kadar yasaklanmıştır. J.B. Bury, *Fikir ve Söz Hürriyeti*, Avni Başman (çev.) (3. B., Remzi 1993) 82-83.

18 Bury (n 17) 2.

19 Reyhan Sunay, *Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları*, (Pano 2001) 131; Şirin'e göre "ifade özgürlüğü" kavramı "düşünceyi açıklama ve yama özgürlüğü" kavramını işaret etmektedir. Lâkin insan hakları metinleri ve güncel kullanımda, çoğunlukla, kavram olarak "ifade özgürlüğü" tercih edilmektedir. Tolga Şirin, *Türkiye'de Düşüncenin Tutsaklığı-2 İfade Özgürlüğünün Yeşili* (Tekin 2021) 35.

20 Mehmet Ali Göngen, *AB Kriterleri Işığında Türkiye'de İfade ve Basın Özgürlüğü* (Literatürk 2021) 31.

21 Özek (n 5) 33; İlyas Doğan, *İnsan Hakları Hukuku* (2. Baskı, Astana 2015) 640; Akarcalı (n 17) 279; Osman Doğru ve Atilla Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi* (C. 2, Legal 2016) 207.

22 Özek (n 5) 32.

23 Eric Barendt, *Freedom of Speech* (Second Edition, Oxford 2009) 419.

24 Feyyaz Gölcüklü, *Haberleşme Hukuku* (A.Ü.S.B.F. 1970) 6; Ramazan Özkeper, Salih Zeki Kocaman ve Erkal Hilmi Kart, *Sosyal Medya ve Basın Hukuku*, (Seçkin 2020) 96.

25 Sunay (n 19) 35; Tülay Kitapçıoğlu Yüksel, 'AHİM ve AYM Kararlarında Basın Özgürlüğünün Genel Sınırları' (2016) 2(4) Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 73, 75.

26 Kitle iletişimde; birey ve gruplar mesajlarını, iletişim araçları vasıtası ile daha büyük bir topluluğa aktarmaktadır. Kısa bir mesaj geniş kitlelere ulaşmaktadır. Basın mensubu olmayan kişiler de bu imkândan faydalanmaktadır. Özkeper, Kocaman ve Kart (n 24) 38, 93; U. Ramazan Çakmak, *Basın Özgürlüğü ve Devletin Yükümlülükleri* (Seçkin 2017) 5; Durmuş Tezcan, M.Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar ve R.Murat Önok, *İnsan Hakları El Kitabı* (5. B., Seçkin 2014) 18.

27 Çakmak (n 26) 18-19.

dergi ve gazeteleri ifade etmektedir. Medya, kitle iletişim araçlarına nazaran teknoloji ile gelişen, daha güncel bir alanı içine alan, kitle iletişimden daha dar kapsamlı bir kavramdır.²⁸ Bu nedenle medya kelimesinin “iletişim ortamı”, “iletişim araçları”, “paylaşım ortamı” anlamı ile kullanılması daha yerindedir.²⁹ Kitle iletişimi, medya kavramını kapsar şekilde düşünmek daha isabetlidir. Bahsettiğimiz konular bir kavram karmaşası şeklinde görünse de yazılı, görsel, işitsel iletişim araçları ve internet “basın faaliyeti ötesinde ve basın organizasyonu dışına” düşmektedir.³⁰

Basın yalnızca bir “haberleşme biçimi” olmayıp, demokratik bir sistemde özel konumdadır. Basın vasıtası ile kullanılan siyasi ifade aynı zamanda politikacılar ve hükümet üzerinde, halka denetim imkânı sağlamaktadır.³¹ Düşüncelerin açıkça dile getirildiği, tartışma ortamının yaratıldığı ve bu kamuoyu ile paylaşıldığı bir ortamda basın özgürlüğünden bahsetmek mümkündür.³²

“Basın özgürlüğü, gazete, dergi, kitap gibi araçlar ile düşünce ve kanaatleri açıklama, yorumlama, bilgi, haber ve eleştirilerin yayın ve dağıtım haklarını kapsar (...). Basın özgürlüğü düşüncenin iletilmesini ve dolaşımını gerçekleştirerek bireyin ve toplumun bilgilenmesini sağlar. Çoğunluğa muhalif olanlar da dâhil olmak üzere düşüncelerin her türlü araçla açıklanması, açıklanan düşünceye paydaş sağlanması, düşünceyi gerçekleştirmek ve gerçekleştirme konusunda ikna etmek çoğulcu demokratik düzenin gereklerindedir. Bu itibarla düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ile basın özgürlüğü demokrasinin işleyişi için yaşamsal önemdedir.”³³

Basın özgürlüğü kendi içerisinde “düşünce”, “eleştiri” ve “yaratma” haklarından oluşmaktadır.³⁴ Kamusal eleştiri ve tartışma ortamının sağlanması özgür düşünme ve tartışma ortamında mümkündür. Böylece kişilere düşünme, düşünceyi ifade etme, eleştirme ve yaratma hakkı ile “bir şeyi var etme” imkânı sağlanmaktadır.³⁵ Basın özgürlüğünün hukuki kapsamına düşünce ve bilgileri açıklama, yayma, eleştirme, yorumlama ve eser yaratma hakları dahildir.³⁶

Hukukun üstünlüğü ilkesini benimseyen ve bu doğrultuda düzenlemelere yer veren bir ülkede basının rolü *üstün*, konumu *ayrıcılık* olmalıdır.³⁷ Yasama, yürütme ve yargının etkili biçimde denetlenmesi,

28 Şebnem Karaman, ‘Basın Özgürlüğünün Bir Sınırı Olarak Kişilik Hakkı’ (Yüksek Lisans Tezi Hacettepe Üniversitesi 2018) 5-6.

29 Medya kavramı ilgili eserde “kullanıcıların ürünlerinin sergilendiği bir pazar”a, basın organı ve çalışanlar ise dürüst bilgi vermekle yükümlü “güvenilir esnaf”a benzetilmektedir. Özkepir, Kocaman ve Kart (n 24) 43-44; Çakmak (n 26) 19.

30 Özkepir, Kocaman ve Kart (n 24) s. 39.

31 Frederick Schauer, *İfade Özgürlüğü: Felsefi Bir İnceleme*, M. Bahattin Seçilmişoğlu (çev.) (Liberal Düşünce Topluluğu 2002) 151.

32 Sulhi Dönmezer, *Basın ve Hukuku* (4. B., İstanbul Üniversitesi 1976) 42.

33 AYM, *Abdullah Öcalan*, B. No 2013/409, 25.06.2014, § 74; AYM, *Bekir Coşkun*, B. No 2014/12151, 04.06.2015, § 34.

34 Özek (n 5) 57; İçel (n 6) 81; Denizhan Horozgil, ‘İfade ve Basın Özgürlüğü Çerçevesinde Soruşturma Evresinde Yayın Yasakları Üzerine Bazı Tespit ve Değerlendirmeler’ (2012) 2(2) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 146, 148 <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/701349>> Erişim Tarihi 07 Ağustos 2022.

35 Salihpaşaoğlu (n 15) 16.

36 Ali Akkurt, *Basın Özgürlüğünün Kapsamı ve Sınırları* (Adalet 2014) 93.

37 Dominika Bychawska-Siniarska, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında İfade Özgürlüğünün Korunması*, T.

bağımsız bir basın varlığıyla mümkündür. Bu kapsamda basının demokratik toplumdaki konumu “dördüncü erk” şeklinde formüle edilmiştir.³⁸ Gerçekten çağdaş demokrasilerde kişilerin devletin işleyişi hakkında bilgi sahibi olmaları basın vasıtasıyla sağlanmaktadır.³⁹ Baskıdan arınmış bir basın haber verme, kamuoyu denetimi ve eleştiri şeklindeki kamusal görevlerin yerine getirilmesi açısından son derece önemlidir.⁴⁰ Yalnızca belirli bir gruba özgülenmiş,⁴¹ haber alma-vermenin sınırlandırıldığı, eleştiri hakkının tanınmadığı bir ülkede “basın özgürlüğü”nün varlığını savunmak, kayıp şehir Atlantis’in varlığını savunmakla eşdeğerdir.

İfade özgürlüğünün bir düşüncenin, fikrin veya inancın üçüncü kişiler karşısında açıklanması hâlini tanımladığını belirtmiştir.⁴² Uluslararası belgeler ve ülke anayasalarına bakıldığında basın özgürlüğünün, ifade özgürlüğü kapsamında düzenlendiği ve güvence altına alındığı görülmektedir.⁴³ Konumuz olan, AİHS’nin “İfade Özgürlüğü”nü düzenleyen 10’uncu maddesi basın özgürlüğüne ilişkin özel bir güvenceye yer vermemiştir. Basın özgürlüğü, ifade özgürlüğünün muhtevastaki bilgi alma ve verme özgürlüğünden doğmaktadır.⁴⁴ Sözleşme bu özgürlüğe bütüncül yaklaşmakta, basın ya da medya yayıncılığı şeklinde ikili bir ayrıma gitmemektedir. Basının bu hayati rolü “kamu bekçiliği” yani kamu yararına bilgi ve fikirler verme ile pekiştirilmektedir.⁴⁵ AİHM de “basına özel statü tanıyan” içtihatlar geliştirerek bu özgürlüğü koruma sisteminde tutmaktadır.⁴⁶ 1982 Anayasası incelendiğinde, basın özgürlüğüne geniş yer verildiği görülmektedir: 28’inci madde ile basının hür olduğu ve sansür edilemeyeceği güvence altına alınmıştır. Hakkın sınırlandırılması ise 26 ve 27’nci maddelerde düzenlenmiştir. Sözleşme ve Anayasa arasındaki en belirgin fark basın, radyo ve televizyon yayıncılığının farklı maddelerde düzenlenmesidir.⁴⁷ 5187 sayılı Basın Kanunu incelendiğinde ise 2’nci maddede yer alan “basılmış eserlerin basımı ve yayını” basın özgürlüğü kapsamına dahil edilmiş, 3’üncü madde ile bilgi edinme, yayma, eleştirme ve yorumlama ve eser yaratma haklarını içerdiği vurgulanmıştır.

Duygu Köksal (çev.) (MRK 2018) 13.

38 Cevdet Perin, *Düşünce ve Basın Özgürlüğü* (Remzi 1974) 13; İçel (n 6) 81; Akarcalı (n 17) 269; İçel ve Ünver (n 7) 119; Özkepir, Kocaman ve Kart (n 24) 40. Şirin’e göre basına ilişkin “dördüncü erk” benzetmesi bir erkten öte, özgürlüğün kullanım alanıyla ilişkilidir. Şirin (n 19) 22.

39 Akarcalı (n 17) 266.

40 İçel (n 6) 74-78; Akarcalı (n 17) 267.

41 “Sadece hükümetin destekçilerine ve (sayılarına ne kadar olursa olsun) tek bir partinin üyelerine özgülenmiş özgürlük, özgürlük değildir. Özgürlük her zaman ve münhasıran farklı düşünenler için özgürlüktür. (...) Yaşam, genel seçimler, sınırsız basın ve toplantı özgürlüğü, özgür düşünce müdahalesi olmaksızın, tüm kamusal kurumlarda ölür, bürokrasinin aktif bir unsur olarak kaldığı sahte bir hayata dönüşür. Kamusal hayat yavaş yavaş uykuya dalar, sınırsız idealizmin birkaç düzenine parti yöneticisi, sınırsız bir enerjile yürütür ve yönetir”. Rosa Luxemburg, “Zur Russischen Revolution”; *Gesammelte Werke*, B.4 (Berlin: Dietz Verlag, 1972) 362’den nakleden Tolga Şirin, *Türkiyede Düşüncenin Tutsaklığı-1 İfade Özgürlüğünün Grisi* (Tekin 2020) 46.

42 Akarcalı (n 17) 279.

43 Özkepir, Kocaman ve Kart (n 24) 96.

44 Sunay (n 19) 131.

45 Barendt (n 23) 424.

46 Macovei (n 10) 17; Kemal Şahin, *İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü* (XII Levha 2009) 152.

47 Sunay (n 19) 132.

AİHM kararlarında bakıldığından basının “kamu beççiliği”⁴⁸ rolünden sıklıkla bahsedilmiş, bu kavram ifade özgürlüğü açısından, basının kamusal görevlerinin önemini vurgulamak amacıyla kullanılmıştır. Mahkeme, demokratik toplumda basının bu temel rolünü kamu yararı gereği bilgi ve fikirlerin iletilmesi ve kamunun bilgi edinme hakkıyla ilişkilendirmiştir.⁴⁹ Basının görevi yalnızca haberin verilmesi, iletimi olmayıp; kamuoyunun haberleri alma hakkı olduğu ilgili kararlarda belirtilmiştir.⁵⁰ Ayrıca demokratik bir toplumda basın, bilgiyi henüz topluma ilemeden evvel kendisi özgür bir ortamda, baskı ve tepkiden arınmış şekilde işleyebilmeli ve topluma iletebilmelidir.⁵¹

Basın özgürlüğüne atfedilen önem AİHM'nin *Sunday Times v. the United Kingdom* kararında şöyle vurgulanmıştır:⁵²

“... ifade özgürlüğü, sadece hoş giden veya zararsız ya da tepki oluşturmayacak bilgi veya fikirler için değil, fakat devlete veya halkın bir kısmına ters düşen veya onları şoke eden ya da rahatsız edenler için de geçerlidir. Bu ilke basın söz konusu olduğunda özel bir öneme sahiptir. ... Medyanın yalnızca bu tür bilgi ve fikirleri yayma görevi yoktur: Halkın da bu bilgi ve fikirleri alma hakkı vardır.”

AYM *Bizim FM Radyo Yayıncılığı ve Reklamcılık A.Ş.* başvurusunda demokratik bir toplumda, basın vasıtasıyla, görüş ve bilgilerin kamuoyu yararına yayılmasının ifade özgürlüğüne hizmet ettiği belirtilmiştir.⁵³ Demokratik toplumlarda ifade özgürlüğü, bilgi kaynaklarına erişim hakkının yanı sıra düşüncenin açıklanması, bilgi ve düşüncüyü yayma hakkını da kapsamaktadır.⁵⁴ İfade özgürlüğü semsiyesi kanaat sahibi olma, bilgi ve kanaatleri açıklama, bilgi ve kanaatlere ulaşma, basın özgürlüğü ve radyo ve televizyon yayıncılığı özgürlüğünü de kapsamaktadır.⁵⁵

AİHM'e baktığımızda *Erdoğan ve İnce v. Turkey* kararında “herkesin görüşlerini açıklama ve anlatma özgürlüğüne sahip olduğu, bu hakkın kanaat özgürlüğü, kamu otoritelerinin müdahalesi

48 AİHM kararlarında “watchdog” olarak ifade edilen kavramdan ilk defa *Lingens v. Austria* kararında bahsedilmiştir. Türkçe literatürde basına atfedilen bu rol “bekçi köpeği”, “kamu beççiliği” kavramlarına karşılık gelmektedir. Bu bağlamda medyanın varlığı – bir bekçi köpeği, kamu beççisi misali – devlet yetkililerinin davranışları karşısında, halka sorumluluğun bir garantisidir. *Lingens v. Austria* App no 9815/82 (ECtHR, 08 July 1986); *Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights-Freedom of Expression* (ECHR 2022) <chrome-extension://efaidnbmninnibpcjpcglclefindmkaj/https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_10_eng.pdf> accessed 23 June 2023.

49 *İfade Özgürlüğü ile İlgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Kaynakçası*, AB-AK Ortak Projesi, (Matbam) 2 vd., <https://rm.coe.int/16807005e2> Erişim Tarihi 09 Ekim 2022 (Anılış: AİHM Kaynakçası); Ersan İlal, ‘Bilme Hakkı’, İonna Kuçuradı (ed.) *İnsan Haklarının Felsefi Temelleri* (4. B., Türkiye Felsefe Kurumu 2016) 100; Demokratik toplumda basının temel rolüyle ilgili kararlar için bkz. *Sunday Times v. the United Kingdom (No.2)* App no 13166/87 (ECtHR, 26 November 1991) § 50; *Axel Springer AG v. Germany*, App no 39954/08, ECtHR (07 February 2012) § 79; *News Verlags GmbH & Co.KG/Austria* App no 31457/96 (ECtHR, 11 January 2000) § 56 <https://hudoc.echr.coe.int/> accessed 13 November 2023.

50 Sunay (n 19) 132.

51 Özkepir, Kocaman ve Kart (n 24) 96.

52 *Sunday Times v. the United Kingdom (No.1)* App no 6538/74 (ECtHR, 26 April 1979) § 65.

53 AYM, *Bizim FM Radyo Yayıncılığı ve Reklamcılık A.Ş.*, B. No. 2014/11028, 18.10.2017, § 40.

54 Doğan (n 21) 634; Ulaş Karan, *İfade Özgürlüğü-Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi 2* (Mrk 2018) 63; AİHM Kaynakçası (n 49) 12.

55 Macovei (n 10) 11; Karan (n 54) 69; Doğan (n 21) 634.

ve sınırlandırması olmaksızın haber, görüş, fikir alma ve verme özgürlüğünü de içerdiği” vurgulanmıştır.⁵⁶ Basın özgürlüğü siyasi kişilerin bilgi ve tutumlarının iletilmesi ve bunlar hakkında görüş oluşturulması açısından son derece önemlidir.⁵⁷ Basın; haber, düşünce ve fikirlerin özgürce tartışılması ve analiz edilmesini sağlamaktadır.⁵⁸

Lingens v. Austria ifade özgürlüğü açısından önemli kararlar arasında yer almaktadır. Basın vasıtasıyla iletilen “bilgi” ve “fikir”lerin dar kapsamlı düşünülmemesi gerektiği ilgili kararda vurgulanmıştır. Ayrıca, demokratik toplumun temellerinden olan ifade özgürlüğü hoşgörü, çoğulculuk ve açık fikirlilik gereği olumlu bilgi ve fikirler kadar; olumsuz ve şok edici bilgi ve fikirlerin kamuoyu ile paylaşmasını da kapsamaktadır. Basının sadece bu tür bilgi ve fikirleri yayma görevi yoktur; halkın da bu bilgileri edinme hakkı bulunduğu kararda ifade edilmiştir.⁵⁹

AYM, *Bekir Coşkun* [GK] başvurusunu incelediğimizde, ifade ve basın özgürlüğü arasında “sıkı bir ilişki” olduğu belirtilmiş, basın vasıtasıyla düşüncenin yayılımını engellemeye yönelik müdahale, basın özgürlüğünü içine alan “ifade özgürlüğü” kapsamında ele alınmıştır.⁶⁰ *Abdullah Öcalan* başvurusunda ise demokratik bir toplumda, düşünce ve kanaatlerin yorumlanması, birey ve toplumun bilgilendirilmesinde basın özgürlüğünün yaşamsal önemi vurgulanmıştır.⁶¹ Basın düşüncüyü açıklama ve düşüncenin yayılması açısından başlıca bir “araç”tır.⁶² İlgili başvurulardan hareketle, AYM’nin ifade özgürlüğünü bir “çatı kavram” olarak gördüğü ve basın özgürlüğünü bu kavram dahilinde incelediği dikkati çekmektedir. *Ergün Poyraz* başvurusunda Mahkeme, yalnızca herkes tarafından kabul gören düşünceler dışında, muhalif fikirlerin açıklanması, yayınlanması ve bu konuda diğer kişilerin ikna edilmesini çoğulcu demokrasinin gerekleri arasında olduğunu ifade etmiştir.⁶³

C. BASIN ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLARI

Düşüncüyü açıklama ve yayma özgürlüğü ve bu özgürlüğün kullanılmasını sağlayan basın özgürlüğü mutlak ve sınırsız biçimde düşünülmemelidir. Basın, özgür olduğu kadar sorumluluk bilincine de sahip olmalıdır.⁶⁴ Sözleşme’nin 10’uncu maddesinin ikinci fıkrasında “ulusal güvenlik, toprak

56 *Erdoğdu ve İnce v. Turkey*, App no 25067/94 and 25068/94 (ECtHR, 08 July 1999) § 32.

57 *Erdoğdu ve İnce v. Turkey*, § 48.

58 Dönmezer, *Basın ve Hukuku* (n 32) 95.

59 *Lingens v. Austria*, App no 9815/82, (ECtHR, 08 July 1986) § 41.

60 AYM, *Bekir Coşkun* [GK] § 32.

61 AYM, *Abdullah Öcalan*, § 74.

62 AYM, *Abdullah Öcalan*, § 73.

63 AYM, *Ergün Poyraz* (2) [GK], B. No. 2013/8503, 27/10/2015, § 35.

64 AYM, *Bekir Coşkun* [GK], § 76; Türk hukuk doktrininde, ifade özgürlüğünün sınırlarına ilişkin farklı yorumlarla karşılaşmıştır. *M. Soysal ve B. Tanör* “Sosyal bir hürriyetin ancak, o hürriyeti düzenleyen maddede sınırlar belirtilmişse sınırlanabileceği” yönünde görüş bildirmişlerdir. Özek (n 5) 73-75; Ayhan T. Beydoğan, *Türk Hukukunda Siyasî İfade Hürriyeti* (LDT, 2003) 120; *Kapani*’ye göre ifade özgürlüğü sınırsız olarak düşünülmemelidir. Münci Kapani, *Kamu Hürriyetleri* (7. B., Yetkin 2013) s. 227; Fikir düzeyinde kalmayan, sınırlandırılmamış bir düşünce açıklaması yıkıcı bir hâl alıyor, şiddet kullanma eğilimine dönüşüyorsa bu noktada özgürlük “dokunulmaz” yönünü yitirecektir. Ayrıca bkz., Özlem Koçak-Süren, ‘Basın Yoluyla Yargıya Müdahale’ (2007) 81(2) İstanbul Barosu Dergisi 631, 644; T. Garton Ash,

bütünlüğü veya kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması, suç işleminin önlenmesi, sağlık ve ahlâkın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, yargının otoritesi ve tarafsızlığının sağlanması ve gazetecilerin kaynaklarının korunması” meşru amaçlarına dayalı olarak hakkın sınırları çizilmiştir.⁶⁵ İfade özgürlüğüne ilişkin kısıtlama “hakkın kullanımı”yla sınırlıdır; hakkın içeriğine dokunulmamalı ve sınırlamanın kapsamı *dar* tutulmalıdır.⁶⁶ İfade özgürlüğüne ilişkin sınırlamaların aynı zamanda basın özgürlüğüne ilişkin sınırlar olduğu hatırlanmalıdır.⁶⁷

Anayasa'nın 26'ncı maddesinin ikinci fıkrasında basın özgürlüğünün “*düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti*” bağlamında “*millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla*” sınırlandırılabilceği düzenlenmiştir. Basın Kanunu ise “*kullanılması ancak demokratik bir toplumun gereklerine uygun olarak; başkalarının şöhret ve haklarının, toplum sağlığının ve ahlâkının, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği ve toprak bütünlüğünün korunması, Devlet sırlarının açıklanmasının veya suç işlenmesinin önlenmesi, yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması*” yönünde hakkın sınırlarını çizmiştir. Basın Kanunu, Anayasa ve AİHS'de hakkın sınırlandırılmasına yönelik düzenlemelerin birbiri ile paralel olduğu dikkati çekmektedir.

II. BASIN ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KAPSADIĞI HAKLAR VE HABER KAYNAKLARININ KORUNMASI

Basın, kamuoyunda bir görüş ve düşüncenin oluşturulması açısından önemli bir araçtır. İfade özgürlüğü doğrultusunda oluşan düşünceler kamuoyuna basın vasıtasıyla iletilmektedir. Bir diğer ifadeyle basının rolü, kamuoyunun gözü ve kulağına benzetilmektedir.⁶⁸ Hâl böyle olunca basın özgürlüğü “haber verme”, “denetim ve eleştiri hakkı” ve “yayınlama hakkı” ile yakından ilgilidir.⁶⁹ Söz konusu hakların korunması gazetecilik faaliyetleri açısından, haber kaynaklarının korunması ile yakından ilgilidir. Özellikle gazetecilik faaliyetlerinin yürütülmesi kapsamında haberin kamuoyuna iletilmesi, gazetecilik kaynaklarının gizliliği ve korunmasını gerektirmektedir.

Free Speech, (Yale 2016) 183 vd.

65 Macovei (n 10) 35; Ersan Şen ve Nilüfer Yenice, *İfade Hürriyetinde Sınırlama ve Güvence Rejimi* (Seçkin 2017) 21; Karan (n 54) 103; Akarcalı (n 17) 277; Doğru ve Nalbant (n 21) 228; H. Tahsin Fendoğlu 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü' (2016) (25) TAAD İfade Özgürlüğü Özel Sayısı 5, 14.

66 Macovei (n 10) 8.

67 Özek (n 5) 65.

68 İçel ve Ünver (n 7) 114.

69 Özek (n 5) 32-33; Sulhi Dönmezer ve Köksal Bayraktar, *Basın Hukuku* (6. Baskı, Beta 2016) 105; Zeynep Hazar, 'Basın Özgürlüğü ve Ulusal Güvenlik' (2013) XVII (1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1525, 1526 <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/789330>> Erişim Tarihi 18 Nisan 2023; Özkepir, Kocaman ve Kart (n 24) 39.

A. HABER VERME HAKKI

Demokratik toplumlarda habere ulaşabilmenin yolu basının, hiçbir engelle karşılaşmadan haberleri kamuoyuna iletebilmesiyle sağlanmaktadır.⁷⁰ Haber verme kavramı: Habere ulaşma, haberi yayınlama ve dağıtmayı kapsamaktadır.⁷¹ Bu vesile ile basının rolü, devlet ve kamuoyu arasında haberin iletilmesiyle ilgili gördüğü “köprü” vazifesidir.⁷² İfade özgürlüğü açısından düşünüldüğünde, haberlerin tüm içerikleriyle kamuoyuna yansıtılması son derece önemlidir. Bu durum demokratik toplumun kurucu unsurları arasındadır. AİHS’ye baktığımızda 10’uncu maddeye göre ifade özgürlüğü “..kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin...haber ve görüş alma ve de verme...” özgürlüğünü kapsamaktadır.

B. DENETİM VE ELEŞTİRİ HAKKI

Denetim ve eleştiri hakkının kapsamı haberlerin kamuoyuna yansıtılması haricinde, ilgili konunun yorumlanması ve incelenmesini içermektedir.⁷³ Demokratik toplumlarda vatandaş: eleştirinin kaynağı, basın: eleştirinin aracıdır.⁷⁴ Eleştiri, siyasi veya ekonomik konularda olduğu kadar bilimsel ya da dini temelli konularda da geçerliliğini korumaktadır.⁷⁵ Basının denetim ve eleştiri gücü yalnızca kusurlu davranışların kamuya yansıtılmasından ibaret olmayıp, ekonomik yaşam açısından *bilirkişiye* benzetilen görevinden kaynaklanmaktadır.⁷⁶ Lâkin ifade özgürlüğü dahilinde güvence altına alınan “eleştiri hakkı” sınırsız düşünülmemelidir. Kişilerin şeref ve haysiyeti bu konuda önemli bir sınırı oluşturmaktadır.⁷⁷ Özellikle hakaret suçu bağlamında, ifade özgürlüğü ve eleştiri hakkı arasındaki sınıra dikkat edilmelidir. Eleştiri ve hakaret arasındaki görünmeyen sınır nasıl belirlenecektir? Eleştiri de öncelikle “kamu yararı” hususunda bir konu bulunmalı, bu eleştiri iftira niteliği taşımamalı ve uygun kişilerce gözlemi mümkün olmalıdır.⁷⁸

C. YAYINLAMA HAKKI

Basın özgürlüğü yalnızca haber ve bilgilerin ifade edilmesini değil, bunların basılmış bir esere aktarılmasını da içermektedir. Yayınlama, basılı eserlerin çoğaltılması ve kamuoyuyla cismen paylaşılmasıdır.⁷⁹ Bu durum eserin dağıtılması şeklinde olabileceği gibi başkalarına gösterilme, asılma, dinletilme şeklinde de olabilmektedir.⁸⁰ Yayınların serbestçe dağıtılabilmesi basın özgürlüğü

70 İçel (n 6) 74.

71 Özek (n 5) 35; İçel (n 6) 74; Dönmezer ve Bayraktar (n 69) 107; Doğan (n 21) 641.

72 Sunay (n 19) 146.

73 Özek (n 5) 36, İçel (n 6) 74; Dönmezer ve Bayraktar (n 69) 108; Sunay (n 19) 149.

74 İçel (n 6) 75.

75 Özek (n 5) 36.

76 İçel (n 6) 77.

77 Özek (n 5) 36.

78 Dönmezer, *Basın ve Hukuku* (n 32) 96.

79 İçel (n 6) 93-94.

80 *Ibid* 94-97.

açısından tamamlayıcı role sahiptir.⁸¹ Eserlerin dağıtımının zorlaştırılması, yasaklama şeklinde yöntemlere başvurulması basın özgürlüğüne ciddi müdahalelerdir.⁸²

D. BASININ HABER KAYNAKLARININ KORUNMASI

Basın özgürlüğünün en temel güvencelerinden biri “gazetecilik kaynaklarının korunması”dır.⁸³ Kamuoyuna doğru, tarafsız ve güvenilir bilgi sunulması ilgili kaynakların korunmasına bağlıdır.⁸⁴ Sözleşme'nin 10'uncu maddesi gazetecilik kaynaklarının korunması gerekliliğini vurgulamaktadır.⁸⁵ Gazetecilik kaynaklarının korunması basının “köşe taşları” arasında yer almaktadır.⁸⁶ Kaynağın korunmaması, basının hayati önem taşıyan “kamu bekleliği” rolünü zayıflatabileceği gibi doğru ve güvenilir bilgi sunulmasını olumsuz yönde etkileyebilecektir.⁸⁷ Kaynakların açıklanması konusundaki müdahalelerin denetimi hukuki ve tarafsız organlarca yerine getirilmelidir.⁸⁸

1. Yargı Kararlarıyla Gazetecilerin Haber Kaynaklarını İfşaya Zorlama

Basın mensupları, görevlerinin ifası sırasında, belirli fikir ve görüşleri “haber alma/haber verme” kapsamında kamuoyu ile paylaşmaktadır. Ancak bu bilgiler kendiliğinden değil, bir kaynaktan doğmaktadır. Bu noktada haberin kaynağının korunması gündeme gelmektedir çünkü korumanın olmadığı bir yerde kaynak, bilgi akışında bulunmayabilir, basına yardım etmekten kaçınabilir. Haber kaynaklarının korunması *Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi R (2000) 7 sayılı karara ek Gazetecilerin haber kaynaklarını açıklamama hakkıyla ilgili tavsiye kararda* ayrıntılı olarak ele alınmıştır.⁸⁹ Bu kararda yer alan *üçüncü ilke* ile haber kaynağını açıklama ile elde edilen kamu yararı – kaynağın açıklanmamasına nazaran daha üstünse – koşullar yeterince hayati ve ciddi nitelikteyse, kaynağı açıklamanın meşruluğunu düzenlemiştir⁹⁰. Burada ifade edilmek istenen, haber kaynağını açıklama konusunda tüm yollar tüketilmiş olmalı ya da bu yöntem dışında bir başka yol bulunmamalıdır.⁹¹ Gazetecilerin haber kaynaklarının ifşa edilmemesi hakkı, Sözleşme'nin 10'uncu maddesinin ikinci fıkrasında belirtilenler dışında, başka kısıtlamalara tabi olmamalıdır.⁹²

81 Sunay (n 19) 163.

82 Dönmezer ve Bayraktar (n 69) 109.

83 “Gazetecilik Kaynaklarının Korunması”, Tematik Bilgi Notu (2016) <https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Journalistic_sources_TUR.pdf> accessed 13 March 2022; Sunay (n 19) 148; Tezcan, Erdem, Sancakdar ve Önok (n 26) 371; ayrıca bkz. AYM, *Yasemin Çongar ve diğerleri* [GK], B. No. 2013/7054, 06.01.2015, § 42.

84 Doğru ve Nalbant (n 21) 210.

85 Macovei (n 10) 22; Bychawska-Siniarska (n 37) 59.

86 *Görmüş and others v. Turkey*.

87 Doğru ve Nalbant (n 21) 210.

88 Bychawska-Siniarska (n 37) 115.

89 *Recommendation No. R (2000) 7 of the Committee of Ministers to member states on the right of journalists not to disclose their sources of information* (2000) <https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=090.000.16805e2fd2> accessed 20 October 2022. Ayrıca bkz. Fikret İlkiz, ‘Gazetecilerin Haber Kaynakları Gizlidir’ (2012) 86(2012/3) İstanbul Barosu Dergisi, 31 vd.

90 *Ibid.*

91 Aras Türay, ‘Haber Kaynaklarının Gizliliğinin Hukuksal Boyutu’ (2018) (37) Ceza Hukuku Dergisi 111, 137.

92 *Ibid.*

Konuyla ilgili bir dönüm noktası kararı olan *Goodwin v. the United Kingdom* [GC]⁹³, *The Engineer* için çalışan gazeteci W.Goodwin'in, *Tetra* şirketinin "gizli kurumsal planı" hakkındaki bilgi kaynağının ifşasıyla ilgilidir.⁹⁴ 2/11/1989 tarihinde, daha önce çeşitli şirketlerin faaliyetleri hakkında bilgi aldığı bir kişi başvuranı aramış ve *Tetra* şirketi hakkında bazı bilgiler vermiştir. Bilgiler talep üzerine ve/veya ücret karşılığında elde edilmemiştir. Başvuran, bilgi almak ve bilgileri doğrulamak amacıyla şirketi telefonla aramıştır.⁹⁵ Şirket, yazının yayınlanmasıyla ekonomik ve mali çıkarlarının zarara uğrayacağı gerekçesiyle konuyu yargıya taşımış ve tedbir talebinde bulunmuştur. 17/11/1989 tarihinde Yüksek Mahkeme, "başvuran ve diğerlerinin ilgili planı tüm nüshalarıyla teslim etmeleri" emrini vermiştir.⁹⁶ Kararda, gizliliğin korunmadığı hâllerde haber kaynaklarının halkın bilgilendirilmesi konusunda basına yardım etmekten kaçınabileceği belirtilmiştir. Bunun sonucunda basının hayatı önemdeki "kamu bekciliği" rolü zayıflayacağı gibi doğru ve güvenilir bilgi sağlama imkânı körelecektir. Mahkemeye göre ifade özgürlüğü demokratik bir toplumun temel dayanaklarından biridir ve basına sağlanacak güvencelerin özel önemi vardır.⁹⁷ Ancak *Goodwin* kararında izlenen meşru amaç ile araçlar arasında makul "orantı" bulunamamıştır. Başvuranın ifade özgürlüğüne yönelik müdahale, demokratik toplumda koruma için gerekli görülmemiştir. Ulusal *takdir marjına* bakılmaksızın haber kaynağının ifşası ve hükmedilen para cezası nedeniyle ifade özgürlüğünün "ihlâl edildiği" yönünde karara varılmıştır.⁹⁸

Haber kaynaklarının korunmasıyla ilgili önem arz eden bir diğer karar *Nagla v. Latvia* kararıdır⁹⁹. Başvurucu, ulusal TV yayıncısı "LTV"de çalışmakta olan yapımcı, muhabir ve sunucudur.¹⁰⁰ Kimliğini gizli tutan bir haber kaynağı, Devlet Gelir Vergisi (VID) veri tabanında ciddi güvenlik açığı olduğunu mail vasıtası ile kendisine iletmiştir.¹⁰¹ Bu durumu takiben, gelir idaresi bilgi sızıntısını kamuoyu ile paylaşmıştır.¹⁰² Sızıntı üzerine soruşturma başlatılmıştır.¹⁰³ Gazetecilik kaynaklarının korunması ilkesi gereği kaynağın adı açıklanmamıştır.¹⁰⁴ Haber kaynağının ifşası amacıyla gazetecinin evinde arama yapılmış, veri depolama aygıtlarına el konulmuştur.¹⁰⁵ Başvuran,

93 *Goodwin v. the United Kingdom* [GC], App no 17488/90 (ECtHR, 27 March 1996) § 39.

94 *Goodwin v. the United Kingdom* [GC], § 10.

95 *Goodwin v. the Kingdom* [GC], § 10.

96 *Goodwin v.the United Kingdom* [GC], § 15.

97 *Goodwin v. the United Kingdom* [GC], § 39. Yargıç *Ryssdal, Bernhardt, Thór Vilhalmsson, Matscher, Walsh, Sir John Freeland ve Baka*: Hem başvuranın kaynağı açıklaması gerektiğine dair emrin hem de bunu yapmayı reddettiği hâlde kendisine verilen para cezasının, başvuranın ifade özgürlüğü haklarının 10'uncu madde kapsamında ihlâl edildiği" yönündeki görüşe katılmadıklarını karşı oy yazısında belirtmiştir. Kararda, *Tetra*'nın çıkarlarına ilişkin ayrıntılı bir değerlendirme yapılmadığı, Mahkeme'nin üstlenmek zorunda olduğu dengeleme uygulaması konusunda tatmin edici bir temel olmadığı vurgulanmıştır. Belirtilen nedenlerle ne ifşa emrinin ne de başvurana verilen para cezasının 10'uncu madde uyarınca ifade özgürlüğü hakkını "ihlâl etmediği" yönünde görüş bildirmişlerdir (Karşı oy yazısı, §§ 1,10-11).

98 *Goodwin v. the United Kingdom* [GC], § 46.

99 *Nagla v. Latvia*, App no 73469/10 (ECtHR, 16 July 2013).

100 *Nagla v. Latvia*, § 6.

101 *Nagla v. Latvia*, § 7.

102 *Nagla v. Latvia*, § 9.

103 *Nagla v. Latvia*, § 11.

104 *Nagla v. Latvia*, §§ 12-13.

105 Kişisel dizüstü bilgisayar, harici sabit disk, hafıza kartı ve dört adet flash bellekten oluşan, çoğunluğu kişisel bilgi içeren cihazlara el konulmuştur. İlk derece mahkemesi aramanın hukuka uygun olduğu ve elde edilen delillerin ceza

evinin aranmasını gazetecilik kaynaklarını ifşaya “zorlama” olarak yorumlamıştır.¹⁰⁶ Mahkeme ise yetkililerce ileri sürülen gerekçeler ve arama emrinin “ilgili, yeterli, meşru amaçla orantılı” olup olmadığı ve “acil toplumsal ihtiyaca” karşılık gelip gelmediğinin tespitinin yapılması gerektiğini vurgulamıştır.¹⁰⁷ Gazetecilik kaynağının tespiti açısından yapılan arama, kimliğin ifşasına nazaran daha *sert* bir müdahaledir. Ayrıca ilgili arama emri her türlü bilgiye el konulmasını sağlayabilecek “muğlak” ifadelerle doludur.¹⁰⁸ Veri sızıntısının kamuoyu ile paylaşımı ile gazetecinin evinde yapılan arama arasında “üç aylık” zaman dilimi vardır. O süreçte başvuru ve kaynak arasında herhangi bir iletişim olmamıştır. Oysa yerel makamlar kamu yararı ve müdahale arasında yer alan “orantılılık” ilişkisini dikkate almadan “acil” prosedürü ile hareket etmiştir.¹⁰⁹ Acil prosedürü “delillerin yok edilmesi, gizlenmesi, zarar görmesi veya kişinin kaçma tehlikesi” ile gerekçelendirilmiş, iddianın gerekçeleri ve bağlamı açıkça belirtilmiş değildir.¹¹⁰ Mahkeme, bir gazeteciye ait veri depolama cihazlarına el koymayı içeren bir aramada, cihazlarda bulunan bilgiye erişimin kötüye kullanımının engellenmesi ve gazetecilik kaynaklarının korunması gerekliliğini vurgulamıştır.¹¹¹ Ulusal makamların şikâyet konusu müdahaleyle ilişkin “geçerli ve yeterli” gerekçeler sunmadığının tespiti ile beraber başvuranın ifade özgürlüğünün “ihlâl edildiğine” karar verilmiştir.¹¹² Mahkeme, konut ve işyerinde yapılan aramalarda, gazetecilik materyallerine el konulduğunda “makul dengenin bozulduğu”nu varsaymaktadır.¹¹³ *Goodwin v. the United Kingdom* [GC] kararında oluşturulan çerçeve *Nagla v. Latvia* kararında da onay bulmuştur.¹¹⁴

Türkiye uygulaması açısından konuyla ilgili Anayasada özel bir düzenleme bulunmamaktadır. AYM *Çetin Doğan* (2) [GK] başvurusunda başvuru emekli bir orgeneral olup, kendisi hakkında bir gazetede, farklı tarihlerde haber yapılmıştır. Bu haberlerin detayında TSK’da görevli bazı askerlerce “*Balyoz*” kodlu darbe planı yapıldığı ve başvuru emekli olanın da bu isimler arasında olduğu belirtilmiştir.¹¹⁵ Başvuru ise söz konusu haberlerin gerçek dışı olduğu, şeref ve itibar hakkını zedelediği gerekçesiyle

yarğılamasında kabul edilebilir olduğu kararını vermiştir. Konuyla ilgili Ombudsman tarafından aramanın ifade özgürlüğü açısından değerlendirilmesi ve yerel makamlar açısından basın özgürlüğüne getirilen sınırlamaları tespit etmek amacıyla soruşturma başlatılmıştır. Soruşturma neticesinde çarpıcı sonuçlara ulaşılmıştır: “Acil prosedür” uygulanarak çıkarılan arama emrinde savcı ve mahkeme böyle bir tedbirin aciliyeti ve gerekliliğini incelememiş; gazetecilik kaynaklarının ifşa edilmemesi hakkının ihlâl edildiği sonucuna ulaşmıştır. Oysa yetkili makamlar soruşturmanın yürütülmesi esnasında, kişisel bilgilere “en az zarar verecek” yollarla bilgi edinmeyi değerlendirmelidir. *Nagla v. Latvia*, §§ 22,25-30.

106 *Nagla v. Latvia*, §§ 50-57.

107 *Nagla v. Latvia*, § 94.

108 *Nagla v. Latvia*, § 95.

109 *Nagla v. Latvia*, § 98.

110 *Nagla v. Latvia*, § 100.

111 *Nagla v. Latvia*, § 101.

112 *Nagla v. Latvia*, § 102.

113 Harris, O’Boyle ve Warbrick, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku* (4. B.) İstanbul Bilgi Üniversitesi 2021) Mehves Bingöllü Kılci, Ulaş Karan (çev.) 595.

114 *Bychawska-Siniarska* (n 37) 115.

115 “*Balyoz*” darbe planına ilişkin 5000 sayfalı belgeye ulaşıldığı, bazı evrakların ıslak imzalı olduğu, askeri antetli CD’lerin bulunduğu, darbe ortamını hazırlaması amacıyla “*Sakal*” ve “*Çarşaf*” kodlu planlar ile “*Oranj*” ve “*Suga*” kodlu harekât planları hazırlandığı *Taraf* gazetesinin iddiaları arasında yer almıştır. AYM, *Çetin Doğan* (2) [GK], B. No. 2014/3494, 27.02.2019, §§ 11-13.

gazete ve gazete yöneticileri aleyhine tazminat davası açmıştır.¹¹⁶ Kararda haberlerin kaynağı olan delillerin tümünün “dijital deliller” olduğu tespit edilmiştir. Mahkeme, kararda haber kaynaklarının gizliliğine vurgu yapmış; basın “*kamu bekçiliği/bekçi köpeği*” rolünün gizliliğin sağlanmadığı hâllerden etkilenebileceği, haber kaynaklarının korunduğu durumlarda ancak bu rolün yerine getirilebileceğini kabul etmiştir.¹¹⁷ Bahsedilen konulardan hareketle haber kaynaklarının koruması iki yönlüdür: Hem haberle ilgili olarak gazeteciler hem de haberin kaynağını sağlayan kişiler ifade özgürlüğünün korumasından yararlanmaktadır. Oysa ilgili kararda elde edilen delillerin “dijital” mahiyette olduğu; ıslak ya da elektronik imzalı hiçbir belge bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Kararda basın özgürlüğünün temel şartları arasında “haber kaynaklarının gizliliğinin korunması” hatırlatılmış, kamu yararı katkısı haricinde haber kaynaklarını ifşaya zorlama, Sözleşme’nin 10’uncu maddesinin açık ihlâli olarak vurgulanmıştır.¹¹⁸

AİHM, gazetecilik kaynaklarını açıklamama hakkının, kaynakların hukuka uygun veya hukuka aykırılığı ile değerlendirilemeyeceği¹¹⁹, ifade özgürlüğüne yönelik kısıtlamanın gerekliliğinin *ikna edici* biçimde ortaya konması gerektiğini belirtmiştir.¹²⁰ AYM ise *Çetin Doğan* (2) başvurusunda benzer bir atıfta bulunmuştur: Haber kaynaklarını ifşa yönünde bir zorlama, basın özgürlüğü üzerinde caydırıcı etkiye neden olabilecektir. Bu nedenle ilgili kararda müdahalenin “orantılılığı”nın sıkı denetime tabi olması gerektiği hatırlatılmıştır.¹²¹

2. Gazetecilerin Ev veya İş Yerlerinin Aranması ve Gazetecilik Materyallerine El Konulması

Konuyla ilgili olarak, basın kurumunda yapılan aramalara “basın özgürlüğüne müdahale” kapsamında değerlendirilmektedir.¹²² Usulüne uygun bir arama dahi gazetecinin kaynaklarının gizliliği açısından risk oluşturduğu gibi basın açısından “sansür” olarak değerlendirilebilmektedir. Mahkeme, basına yönelik arama ve el koymaları “demokratik toplumda gereklilik” bağlamında tartışmakta özellikle bu nitelikte bir müdahalenin “meşru amaçla orantılılık” ve “zorunlu bir sosyal ihtiyacı” karşılmasına dikkat etmektedir.¹²³

Görmüş and others v. Turkey kararı¹²⁴, gazeteci başvuruların işyerlerinde yapılan aramalarda, basılı ve dijital belgelere “haber kaynaklarının tespiti” amacıyla el konulmasına ilişkindir¹²⁵. Nokta dergisinin 2007 yılı, 23. sayısında “*Gene 2004: TSK ‘dost’ STK’larla iş birliği arayışında*” başlıklı bir makale

116 AYM, *Çetin Doğan* (2) [GK], § 20.

117 AYM, *Çetin Doğan* (2) [GK], § 44.

118 AYM, *Çetin Doğan* (2) [GK], § 44.

119 *Tillack v. Belgium*, App no 20477/05 (ECtHR, 27 November 2007) § 65.

120 *Goodwin v. the United Kingdom* [GC], § 40. *Goodwin* kararı sonrası Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, gazetecilik kaynaklarını açıklamama hakkında R (2000) 7 sayılı Tavsiye Kararı kabul etmiştir. Bychawska-Siniarska (n 37) 115. Ayrıca bkz. < <https://rm.coe.int/16805e2fd2> > accessed 22 June 2023.

121 AYM, *Çetin Doğan* (2) [GK], § 53.

122 Macovei (n 10) 53; Bychawska-Siniarska (n 37) 45.

123 Ebru Yavuz-Yayla ve Mehmet Yayla, ‘Basın Özgürlüğü Kapsamında Devlet Güvenliğine ve Siyasal Yararlarına İlişkin Bilgileri Açıklama Suçu’ (2016) (25) TAAD İfade Özgürlüğü Özel Sayısı 43, 59.

124 *Görmüş and others v. Turkey*, App no 49085/07 (ECtHR, 19 January 2016).

125 *Görmüş and others v. Turkey*, § 3.

yayımlanmıştır.¹²⁶ 5/4/2007 tarihinde Genelkurmay Halkla İlişkiler Şube Müdürlüğüne ait belgelerin açıklanması nedeniyle TCK'nın 220'nci ve 336'ncı maddeleri doğrultusunda soruşturma açılmıştır.¹²⁷ Askeri savcılık ilgili belgelerin teslimini istemiş, başvuran A. Görmüş ise Genelkurmayın yayımladığı basın bildirisıyla makaledeki bilgiyi doğruladığını belirterek belgeleri vermeyi reddetmiştir.¹²⁸ Savcılık tarafından talep edilen bilgi ve belgeler daha sonra başvuran A. Görmüş tarafından yetkililere teslim edilmiştir.¹²⁹ Avukatlar, arama tutanağına, yapılan arama ve el koymanın Basın Kanunu'nun 12'nci maddesinde yer alan “gazetecilerin bilgi ve belge dâhil her türlü haber kaynaklarını açıklamaya zorlanamayacağı” hükümlerine aykırı olduğu şerhini düşmüşlerdir.¹³⁰ Askeri Mahkeme basın özgürlüğünün “kanunla öngörülen meşru amaçlar” doğrultusunda sınırlanabileceği, yapılan aramanın Genelkurmay karargahından gizli bilgi sızdıran kişileri “yakalamaya yönelik delil elde edilmesi” amaçlı olduğunu vurgulamıştır. Ayrıca devletin korunması amacıyla açıklanması yasak bilgileri kullanan, bulunduran, temin eden ve açıklayan kişiler hakkında, gazeteci olsalar dahi, TCK'da cezai müeyyideler öngörülmüştür.¹³¹ Mahkemeye göre basının gizli bilgi/belgelerin yayılması konusunda sınırları vardır ve bunları aşmaması gerekir. Lâkin kamu yararına olan bilgi, belge ve düşüncelerin iletilmesi gazetecilik görev ve sorumlulukları arasında olduğu hatırlanmalıdır.¹³² Bu göreve rağmen, bilgi sağlayan kişilerin tespiti amacıyla gazetecilerin ev veya işyerlerinde yapılan aramalar, basın özgürlüğüne yönelen ağır müdahale türüdür.¹³³ Devlet hakkındaki gizli bilgilerin açıklanması “hükümet faaliyetlerinin denetimi” anlamına gelmektedir. Bu, demokratik toplumlarda vazgeçilmez bir gerekliliktir.¹³⁴ Demokratik toplumda kamusal belgelerin aleni olması asıl; sır olarak saklanması ise istisnadır.¹³⁵ İlgili kararda kamu görevlilerinin “bilgi sızdırma” konusunda *Guja v. Moldova*¹³⁶ kararına atıf yapılmıştır: Demokratik devlet düzeninde hükümetin denetimi yasama ve yargının yanı sıra basının (ve kamuoyunun) da görevidir. Bazı durumlarda kamuoyuna sunulan bilginin önem düzeyi, kanunun dayattığı gizliliğe üstün gelebilir. Bu dengenin kurulmasında ifşa edilen bilginin gerçekliği dikkate alınmalıdır. Sonuç itibarıyla Mahkeme, müdahale ile izlenen amaç arasında orantı bulunmadığı, gazetecilik kaynaklarının korunması gerektiği, askeri davanın gizliliği ele alınırken haber verme haklarına yönelik müdahalenin “zorunlu sosyal ihtiyacı” karşılamadığı kanaatine varmış, Sözleşme'nin 10'uncu maddesinin “ihlâl edildiğine” karar vermiştir.¹³⁷

126 52 sayfalık haber dosyası – *Andıç* olarak anılacaktır – hazırlanmıştır. İlgili belgelerde gazetecilerin TSK “yanlısı veya karşıtı” şeklinde ifadelerle yer verilmiştir. Belgelerde ayrıca Genelkurmay Başkanlığı tarafından düzenlenen organizasyonlara davet edilecek veya bunları haber yapmaya izin verilecek gazetecilerin seçilmesi hususu yer almıştır. Ayrıca silahlı kuvvetler otoritesine bağlılık açısından STK'ların konumundan bahsedilmiştir. *Görmüş and others Turkey*, § 8.

127 TCK m. 220: “Suç işlemek amacıyla örgüt kurmak”, madde 336: “Yasaklanan bilgileri açıklama”.

128 *Görmüş and others v. Turkey*, §§ 12-13.

129 Nokta dergisinde yer alan kurumsal veya özel bilgisayarların verileri harici disklere kopyalanmıştır. *Görmüş and others v. Turkey*, § 19.

130 *Görmüş and others v. Turkey*, § 21.

131 *Görmüş and others v. Turkey*, § 23.

132 *Görmüş and others v. Turkey*, § 31.

133 *Görmüş and others v. Turkey*, §§ 43 – 46.

134 *Görmüş and others v. Turkey*, § 48.

135 *Görmüş and others v. Turkey*, § 48; *Stoll v. Switzerland*, § 110.

136 *Guja v. Moldova*, §§ 70-78.

137 *Görmüş and others v. Turkey*, §§ 76-77.

*Ernst et Autres c. Belgique*¹³⁸ kararında başvuruçular Belçika vatandaşı dört gazetecidir. 1995 yılında bir dizi ve son derece hassas ceza yargılamaları sızdırılmıştır.¹³⁹ 23 Haziran 1995 tarihinde gazetecilerin ev ve işyerine yönelik arama kararı çıkartılmıştır.¹⁴⁰ Aramalar, Liège İstinaf Mahkemesi'nde görevlilerin güveni kötüye kullanma yargılaması ve ceza yargılamalarında yaşanan sızıntılarla bağlantılıdır.¹⁴¹ Neredeyse eş zamanlı “sekiz” arama gerçekleştirilmiş ve “yüz altmış” polis memuru görev almıştır.¹⁴² Başvuruçular soruşturma gerekçesiyle yapılan geniş çaplı aramaların Sözleşme'nin 10'uncu maddesine aykırı olduğu; gazetecilerin bilgi kaynaklarının gizliliği, özel ve aile hayatına saygı haklarını ihlâl ettiği iddiasında bulunmuşlardır.¹⁴³ Arama emrinin “muğlak” ifadelerle yer verdiği, Sözleşme'nin gerektirdiği yeterli kesinlikten yoksun olduğu belirtilmiş, arama kararlarının yalnızca kendilerine okunduğu, bir kopyasının verilmeyeceğini vurgulamışlardır. Arama ve el koyma işlemlerinin nedenleri ve özellikle aleyhlerindeki ciddi deliller kendilerine bildirilmemiştir.¹⁴⁴ Hükümet ise söz konusu müdahalenin “zorunlu sosyal ihtiyaç” ve “gerçek tehlike”den kaynaklandığı gerekçesiyle yapıldığını ileri sürmüştür.¹⁴⁵ Basının en temel taşları arasında gazetecilik kaynaklarının korunması yer almaktadır. Buna karşılık, karara konu olan müdahale basının “kamu bekçisi/bekçi köpeği” rolüne zarar verebileceği gibi halkın haber ve bilgi alma hakları üzerinde engelleyicidir. Bahsedilen nedenlerle Mahkeme, kullanılan araçlar ve meşru amaç arasında “orantı” bulunmadığı ve 10'uncu maddenin ihlâl edildiğine karar vermiştir.¹⁴⁶

Tillack v. Belgium kararına bakıldığında, *Stern* dergisinde gazeteci olarak çalışan başvuran, 2007 yılında Avrupa Yolsuzlukla Mücadele Ofisinin (OLAF)¹⁴⁷ “gizli” belgelerine dayalı ilgili iki makale yayınlamıştır.¹⁴⁸ Bu bilginin ücret karşılığında, OLAF içerisinde bir görevli tarafından sağlandığı iddia edilmiştir. Söz konusu durum karşısında OLAF, bilgilerin görevliye rüşvet verilerek elde edildiği şüphesiyle iç soruşturma başlatmıştır.¹⁴⁹ 2004 yılında başvuranın evinde ve işyerinde arama yapılmış; tüm çalışma belgelerine ve araçlarına el konulmuştur.¹⁵⁰ Başvuran evi ve işyerinde yapılan aramaların Sözleşme'nin 10'uncu maddesini ihlâl ettiği iddiasında bulunmuştur.¹⁵¹ Hükümet ise *Ernst et Autres c. Belgique* kararına atıfta bulunarak: Belçika Ceza Kanunu'nun 458'inci maddesinde

138 *Ernst et Autres c. Belgique*, Requête no 33400/96 (CEDH, 15 Juillet 2003) Bu karar Fransızca “DeepL” vasıtasıyla çevrilmiş ve İngilizce basın versiyonundan yardım alınarak tercüme edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz.< <https://www.deepl.com/translator>> accessed 26 June 2023; <<https://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-795.697.812799>> accessed 26 June 2023.

139 *Ernst et Autres c. Belgique*, § 11.

140 *Ernst et Autres c. Belgique*, § 12.

141 *Ernst et Autres c. Belgique*, § 11.

142 *Ernst et Autres c. Belgique*, § 101.

143 *Ernst et Autres c. Belgique*, § 18.

144 *Ernst et Autres c. Belgique*, § 88.

145 *Ernst et Autres c. Belgique*, § 89.

146 *Ernst et Autres c. Belgique*, § 91.

147 OLAF “The European Anti-Fraud Office”i tanımlamaktadır.

148 *Tillack v. Belgium*, App no 20477/05 (ECtHR, 27 November 2007) §§ 6-7.

149 *Tillack v. Belgium*, §§ 8-9.

150 On altı kasa evrak, iki kutu dosya, iki bilgisayar, dört cep telefonu ve bir metal dolaba el koyulmuştur. Arama emri başvurana verilmemiş, yalnızca kendisine okunmuştur. Arama envanteri düzenlenmemiştir. Ayrıca yaklaşık yedi aylık sürede bir kasa evrakin nerede olduğu bulunamamıştır. *Tillack v. Belgium*, § 16.

151 *Tillack v. Belgium*, § 36.

yer alan “statüleri ve meslekleri gereği kendilerine emanet edilen sırların koruyucusu olan tüm... kişilerin” mesleki gizlilik yükümlülüğüne işaret etmiş ve başvurucunun müdahalenin yasal dayanağına itirazını yerinde görmemiştir.¹⁵² Ayrıca, yapılan müdahalenin meşru olduğu; gizli bilgi, belgelerin ifşası, kargaşa ve suçun engellenmesinin amaçlandığını ileri sürülmüştür.¹⁵³ Mahkemeye göre dayanılan gerekçeler “ilgili” ise de aramaları haklı göstermeye “yeterli” değildir. Belirtilen nedenlerle Mahkeme, uygulanan tedbirlerin orantısız olduğu ve başvuranın ifade özgürlüğünün “ihlâl edildiğine” karar vermiştir.¹⁵⁴

Ernst et Autres ile *Tillack* kararları özünde benzerlik göstermektedir: Her iki davada da gazeteciler ve bilgi kaynaklarının açıklanmasına yönelik müdahaleler mevcuttur. *Tillack* kararının ayırt edici yönünde Hükümet, başvuranın “rüşvet” verdiği, bu nedenle hukuka aykırılığın aslında başvuran kaynaklı olduğunu ileri sürmüştür.

Konuyu Anayasa açısından irdelediğimizde, 28’inci maddenin altı ve yedinci fıkraları: Hâkim kararı veya kanunla yetkili kılınmış merci kararı ile süreli veya süresiz yayınların toplatılabileceği, bunlara el konulabileceği hususunu düzenlemiştir. Aynı maddenin birinci fıkrasında basın hür olduğu ve sansür edilemeyeceği genel kuralı yer almaktadır. Şu noktaya dikkat çekmekte yarar vardır: Basın özgürlüğüne yönelik toplatma, el koyma, müsadere kararları “özgür basın” anlayışı ile ne kadar tutarlıdır? O halde, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında *ölçülülük* ilkesinin bir alt ilkesi olan *orantılılık*la ilgili olarak toplatma veya el koyma kararının sorun yaratabileceği düşünülmelidir. Bu bağlamda, 28’inci maddede yer alan sınırlı sayıdaki tedbirler hakkında “sıkı denetim” uygulanmalıdır.¹⁵⁵

AYM Yasemin Çongar ve Diğerleri [GK] başvurusu telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi ve kayıt altına alınmasına ilişkin bir karardır¹⁵⁶. Başvurucuların telefonları kod isimler kullanılarak dinlenmiş, iletişim içeriğinin ortaya çıkması sonucu haber kaynakları deşifre olmuştur.¹⁵⁷ Başvurucular, gazetecilik faaliyetleri kapsamında, topluma doğru haber ulaştırmaya çalıştıkları lâkin hukuka aykırı şekilde dinlendikleri, kod adları ile gerçekleştirilen dinlemelerin yargıyı yanıltıcı nitelik taşıdığı ayrıca gerçekçi ve somut nedenler olmadan dinlendiklerini belirtmişlerdir.¹⁵⁸ Bu başvuruda haber kaynaklarının ifşası sureti ile AİHM kararlarında yer alan ve basın özgürlüğüne müdahalenin bir türü olan “gazetecilerin ev ve işyerlerinin aranması ve materyallere el konulması” konusuna yaklaşılmıştır. Başvurucular haber kaynaklarının deşifre olduğu gerekçesi ile ayrıca basın özgürlüğünün ihlâl edildiği iddiasında bulunmuştur.¹⁵⁹ Özellikle gazetecilik faaliyetleri kapsamında

152 *Tillack v. Belgium*, § 47.

153 *Tillack v. Belgium*, § 48.

154 *Tillack v. Belgium*, §§ 67-68.

155 Bertil Emrah Oder, ‘Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu: Düzenleme Biçimleri, Kanıtama ve Somutlaştırma Sorunları, 2001 Anayasa Değişiklikleri Sonrasına İlişkin Gözlemler’ (2012) Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, Ozan Ergül (haz.) TBB Yayınları 190 <<http://tbbayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/468.pdf>> Erişim Tarihi 25 Kasım 2022.

156 AYM, *Yasemin Çongar ve Diğerleri* [GK], B. No. 2013/7054, 06.01.2015, § 1.

157 AYM, *Yasemin Çongar ve Diğerleri* [GK], §§ 10, 28.

158 AYM, *Yasemin Çongar ve Diğerleri* [GK], § 46.

159 AYM, *Yasemin Çongar ve Diğerleri* [GK], § 40. Söz konusu kararda Sözleşme’ye atıf yapılmış; haber kaynaklarının

“orantısız” şekilde uygulanan arama ve el koyma faaliyetleri, bir yönü ile habercilik kaynaklarının ifşasını da gündeme getirebilecektir. Lâkin kararda basın özgürlüğünün ihlâl edildiği yönündeki iddialar başvuru tarafından kanıtlanamadığı gerekçesi ile “açıkça dayanaktan yoksun” bulunmuştur.¹⁶⁰ Oysa bu kararda, basın özgürlüğünün önemini ortaya koyan kararlardan *Roemen and Schmit v. Luxembourg* kararına¹⁶¹ atıf yapılmasına rağmen basın özgürlüğü açısından verilen “kabul edilemezlik” kararı şaşırtıcıdır. Kararda yer verilen: “...*Bu kapsamdaki bir bireysel başvurunun esasının incelenbilmesi için, başvuru için telefon dinleme tedbiri nedeniyle deşifre olan haber kaynakları konusunda yeterli açıklamada bulunarak, basın özgürlüğüne yönelen somut müdahaleyi ispatlaması gerekir*” ifadeleri haber kaynakları açığa çıkmamış olsa dahi basın özgürlüğüne müdahaleyi çağrıştırmaktadır. *Roemen and Schmit v. Luxembourg* kararında Mahkeme “gazetecilik kaynaklarının gizliliğine getirilen sınırlama”nın çok dikkatli incelenmesi gerektiği; bu nedenle gazetecilerin ev ve işyerlerine yönelik gerçekleştirilen aramaların, kaynakların korunmasıyla ilgili *Goodwin* kararında söz edilen tedbirlerden “daha fazla” zarar verdiğini vurgulamıştır.¹⁶² Söz konusu değerlendirmeler neticesinde *Yasemin Çongar ve diğerleri* başvurusu, AİHM’nin haber kaynaklarını deşifre etmeme kararıyla “uyumsuz” olduğu gözlenmektedir. Haber kaynaklarının gizliliği, yalnızca haber kaynağının deşifre edilmemesinin ötesinde gazeteci ve kaynak arasında kurulan güvenin korunmasını da içine alan, daha geniş kapsamlı bir güvencedir.

Bir başka AYM başvurusu olan *Mehmet Baransu (2)*’de haber kaynağının gizliliğine yönelen bir müdahalenin basın özgürlüğü ile bağdaşmadığı ifade edilmiştir.¹⁶³ Özellikle haberlerin yayımlandıkları anda gerçeğin ortaya konulabilmesi açısından haber kaynaklarının açıklanmaması son derece mühimdir.¹⁶⁴ Bu bölümde bahsettiğimiz konular dahilinde *Görmüş and others* kararında belirttiğimiz gibi gazetecilik faaliyetleri sırasında ev ve işyerlerinin aranması, materyallere el konulmasına benzer nitelikte bir AYM kararı bulunmamakta, konu haber kaynaklarının ifşası bağlamında tartışılmaktadır.

III. BASIN ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KORUNMASI AÇISINDAN DEVLETİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Sözleşme’nin 10’uncu maddesinde ifade özgürlüğünün korunması açısından devletlere yönelik bazı yükümlülükler öngörülmüştür. Basın özgürlüğü de bu maddenin koruma alanından

korunması Anayasa ve Sözleşme’nin “ortak koruma alanı”nda kaldığı ifade edilmiştir. Uygulamada “ortak koruma alanı” tartışma yaratan bir kavramdır. Kavramla ilgili bkz. Tuba Aykanat ve Yüksel Metin, ‘Bireysel Başvuruda İhlal Edildiği İleri Sürülen Temel Hak ve Özgürlüklerin Kapsamının Belirlenmesi’ (2023) 13(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 8 <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/sduhfd/issue/77929/1298736>> Erişim Tarihi 22 Haziran 2023; Fazıl Sağlam, ‘Anayasa Mahkemesi’nin Ürettiği Yapay Bir Kavram: Ortak Koruma Alanı’ Prof. Dr. Metin Günday Armağanı (2023) 2 1101 vd. <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.atilim.edu.tr/uploads/pages/il_etisim151.741.0938/160.188.3076-Prof.Dr.Metin_Gunday_Armagani_cilt_2.pdf> Erişim Tarihi 23 Haziran 2023.

160 AYM, *Yasemin Çongar ve Diğerleri* [GK], § 45.

161 *Roemen and Schmit v. Luxembourg*, App no 51772/99 (ECtHR, 25 February 2002) § 57.

162 *Roemen and Schmit v. Luxembourg*, § 57.

163 AYM, *Mehmet Baransu (2)*, B. No. 2015/7231, 17.05.2016, § 155.

164 AYM, *Mehmet Baransu (2)*, § 154.

faydalanmaktadır. İfade özgürlüğü açısından bakıldığında söz konusu yükümlülükler iki yönlüdür: Hakkın kullanılması açısından devletin *gölge etmemeye* ilişkin “negatif yükümlülük”, hakkın korunmasına yönelik *tedbirler* açısından “pozitif yükümlülük” bulunmaktadır.¹⁶⁵

A. NEGATİF YÜKÜMLÜLÜKLER

Negatif yükümlülükler devlete “karışmama, müdahale etmeme, hareketsiz kalma veya gölge etmeme” ödevleri yüklemektedir.¹⁶⁶ Amaç, devletin keyfi uygulamaları karşısında bireylerin korunmasıdır.¹⁶⁷ Bu yükümlülüğün kaynağı AİHS'nin özünde yer almaktadır.¹⁶⁸

İfade özgürlüğü kapsamında kullanılan haklar mutlak ve sınırsız nitelikte düşünülmemelidir. Bireylerin sahip olduğu haklar diğer bireylerin hakları ve kamusal gereklilikler doğrultusunda devlet tarafından sınırlandırılabilir. ¹⁶⁹ Lâkin sınırlandırmanın da bir sınırı olduğu unutulmamalı, hakkın içeriğine dokunulmadan yalnızca “hakkın kullanımına müdahale” şeklinde gerçekleştirilmelidir.¹⁷⁰ Sözleşme'nin 10'uncu maddesinin gayesi ifade özgürlüğünün korunmasıdır. Maddenin ikinci fıkrasında ise ifade özgürlüğüne ilişkin sınırlar düzenlenmiştir:

□ İfade özgürlüğüne yönelik müdahale *yasayla* düzenlenmelidir.¹⁷¹

□ Müdahale: “*Ulusal güvenlik, toprak bütünlüğü, kamu emniyeti, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın korunması, ahlâk, başkalarının şöhret veya haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının engellenmesi, yargı gücünün yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması*” amacına yönelik olmalıdır.¹⁷²

□ Sınırlama *demokratik toplum düzeninin* amaçlarıyla uyumlu olmalıdır.¹⁷³

Belirtilen üç koşulun sağlandığı hâllerde devletin ifade özgürlüğüne yönelik müdahaleleri “meşru” kabul edilmektedir.¹⁷⁴ Devlet müdahalesiyle kastedilen “mahkeme, kolluk kuvvetleri, istihbarat birimleri, merkezi veya yerel meclisi, kamu hizmetini icra eden merciler, bakanlık teşkilatı,

165 Karan (n 54) 91.

166 *Ibid.*

167 AİHM Kaynakçası (n 49) 9; Beydoğan (n 64) s. 9.

168 Karan (n 54) 92.

169 Çakmak (n 26) 335; Şen ve Yenice (n 65) 17; Servet Armağan, ‘Basın Hürriyeti Sınırları’ (1998) 2(2) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 0-0 <http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/2_13.pdf> Erişim Tarihi 21 Şubat 2023; Karan (n 54) 103; Sunay (n 19) 73.

170 Çakmak (n 26) 51.

171 Perin (n 38) 140; Çakmak (n 26). 51; Macovei (n 10) 61; Bychawska-Siniarska (n 37) 46; Fendoğlu (n 65) 5; Sunay (n 19) 122.

172 Çakmak (n 26) 59; Karan (n 54) 104; Fendoğlu (n 65) 5; Akkurt (n 36) 286; ayrıca bkz. *Observer and Guardian v. the United Kingdom*, App no 13585/88, 26.11.1991, § 59.

173 Bychawska-Siniarska (n 37) 52; Karan (n 54) 146-147; Fendoğlu (n 65) 5; Macovei (n 10) 54; Sunay (n 19) 106 vd.

174 Macovei (n 10) 54.

kamusal meslek kuruluşları, ordu bünyesi içinde karar alma yetkisine sahip organlar”ın fiil veya kararlarıdır.¹⁷⁵

B. POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLER

AİHS, taraf devletlere insan haklarını koruma yükümlülüğü yüklemektedir. İfade özgürlüğü açısından pozitif yükümlülüğün kaynağı Sözleşme'nin 10'uncu maddesidir. İlgili düzenlemeyle devletin olası müdahaleleri ve sınırlamaları karşısında hakkın korunması güvence altına alınmıştır.¹⁷⁶ İfade özgürlüğüne ilişkin koruma sadece birey ile devlet arasında sınırlı olmayıp, üçüncü (gerçek veya tüzel) kişilerin müdahaleleri karşısında korumayı da içermektedir.¹⁷⁷

Devlet, pozitif yükümlülükler açısından basın ve haber alma hürriyetini sağlayacak tedbirler almakla yükümlüdür. Pozitif yükümlülüğün amacı ifade özgürlüğü açısından “gerçek ve etkili” çözümlerin alınmasını sağlamaktır.¹⁷⁸ Lâkin, bu yükümlülüğün kapsamı sınırsız olarak düşünülmemeli; devlet açısından imkânsız veya orantısız yük yaratmamalıdır.¹⁷⁹ Bu konudaki önemli nokta, toplum çıkarlarıyla bireylerin çıkarları arasında denge kurulması gerekliliğidir. Mahkeme, bu dengenin sağlanması açısından üye devletlere “manevra-hareket alanı” tanımış¹⁸⁰; bu konudaki *takdir marjı* şöyle ifade edilmiştir:

“...*Bu yükümlülüğün kapsamı, kaçınılmaz olarak, Sözleşmecî Devletlerde var olan çeşitliliğe, modern toplumların idare edilmesiyle ilgili zorluklara, öncelikler ve kaynaklar açısından yapılması gereken seçimlere bağlı olarak değişiklik gösterecektir. Ayrıca böyle bir yükümlülüğün, yetkililer için imkânsız veya adil olmayan bir yük oluşturduğu şeklinde yorumlanmamalıdır.*”¹⁸¹

İfade özgürlüğü kapsamında devletin dinî, ahlâkî ve ulusal güvenlik konularında *takdir marjı* genişlerken, siyasi ifade özgürlüğü alanında *takdir marjı* daralmaktadır¹⁸². Konuyla ilgili olarak AİHM'nin *Observer and Guardian* kararında yerel mahkeme, yayınlanması ulusal güvenliği tehlikeye düşüreceği gerekçesiyle yazının yasaklanması hakkında tedbir kararı almıştır. AİHM bu kararda, halkı ilgilendiren konularda basının görevinin “bilgi ve fikirlerin yayılımını sağlama” yönünde olduğu ve halkın bu bilgiye erişiminin engellenmemesi gerektiğini vurgulamıştır. Konuyla

175 Macovei (n 10) 55.

176 Karan (n 54) 95.

177 *Ibid.*, s. 93; Çakmak (n 26) 100; AİHM Kaynakçası (n 49) 9.

178 Karan (n 54) 98.

179 AİHM Kaynakçası (n 49) 9; ayrıca bkz. *Osman v. the United Kingdom*, App no 23452/94, (ECtHR, 28 October 1998) § 116.

180 Şirin (n 19) 106.

181 AYM, *Bizim FM Radyo Yayıncılığı ve Reklamcılık A.Ş.*, B. No 2014/11028, 18.10.2017, § 37; ayrıca bkz. *Rees v. the United Kingdom*, App no 9532/81, (ECtHR, 10 October 1986) § 37; *Osman v. the United Kingdom*, § 116.

182 Şirin (n 19) 108-109.

ilgili olarak şu hususa dikkat edilmesinde yarar vardır: İfade özgürlüğü kapsamında gazetecilerin gazetecilik ahlâkıyla uyumlu, güvenilir ve doğru bilgi akışı sağlamalıdır.¹⁸³

Pozitif yükümlülükler bağlamında değinmemiz gereken diğer bir önemli karar *Dink v. Turkey* kararıdır. Gazeteci F. Dink sekiz makalelik yazı dizisi kaleme almıştır.¹⁸⁴ Bu yazılarla ilgili olarak başvuranlar, Dink'in aşırı ulusalcı gruplar tarafından “hedef alındığını” belirtmiştir.¹⁸⁵ “*Ermenistan'la Tanışmak*” başlıklı sekizinci makalede yer alan “*Türk'ten boşalacak o zehirli kanın yerini dolduracak temizkan, Ermeni'nin Ermenistan'la kuracağı asil damarda mevcuttur*” ifadesi hakkında Şişli Başsavcılığı, 16/4/2004 tarihinde “*Türklüğü Tahkir*” suçu nedeniyle, TCK'nın 159'uncu maddesi gereği başvuran aleyhinde ceza davası açmıştır.¹⁸⁶ Yargılama sürecini takiben Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, 1/5/2006 yılında Yargıtay Ceza Genel Kurulu (YCGK) karşısında olağanüstü kanun yoluna başvurarak 7/10/2005 tarihli kararın bozulması talebinde bulunmuştur. Başsavcı ilgili makalenin “ifade özgürlüğü” kapsamında değerlendirilmesi gerektiği; fikir ve düşünceler rahatsız edici, sarsıcı nitelikte olsa dahi devletin pozitif yükümlülükler kapsamında “tartışma imkânı sağlayacak ortamı yaratmakla yükümlü olduğunu” vurgulamıştır. YCGK, Başsavcı tarafından yapılan itirazı oyçokluğuyla reddetmiş ve kullanılan ifadenin “Türklüğü Tahkir” suçu oluşturduğu yönünde karara varmıştır. 19/01/2007 tarihinde ise Dink, O. Samast isimli şahıs tarafından başından vurularak öldürülmüştür. Başvuranlar, Dink'in “Türklüğü aşağılama” suçu nedeniyle mahkûm edilmesinin “ifade özgürlüğünü ihlâl ettiğini” iddia etmişlerdir.¹⁸⁷ Mahkeme, ifade özgürlüğü kapsamında devletin yazar ve gazetecilere yönelik “etkin koruma” sistemi oluşturma, fikir ve düşünceleri şaşırtıcı ve rahatsız edici dahi olsa düşüncelerin dile getirilmesini sağlayacak ortamı yaratmakla yükümlü olduğunu vurgulamıştır.¹⁸⁸ F. Dink hakkında verilen mahkûmiyet kararının, Sözleşme'nin 10'uncu maddesinin birinci fıkrasıyla korunan ifade özgürlüğüne yönelik “müdahale” olduğunu belirtmiştir.¹⁸⁹ Ayrıca 10'uncu maddenin ikinci fıkrası “siyasi yorum ve kamu yararına” ilişkin konularda ifade özgürlüğünün sınırlandırılmaması gerekliliğinin bir yansıması olarak karşımıza çıkmaktadır. Normal bir vatandaşa veya politikacıya nazaran Hükümet'in “kabul edilebilir eleştiri sınırları”nın daha geniş olduğu unutulmamalıdır.¹⁹⁰ Mahkeme, yazı dizisinin bir bütün olarak “şiddet kullanımı, silahlı direniş veya ayaklanmaya teşvik” etmediği, “zorlayıcı sosyal gereksinim” olmadan ceza mahkemeleri tarafından kişi hakkında mahkûmiyet kararı verilmesinin,

183 *Observer and Guardian v. the United Kingdom*, Macovei (n 10) 43.

184 Dink: “Kuşaklara Dair”, “Kilise'nin Rolü”, “Kaç Vartan'ın Çocukları”, “Pratik Kimliğin Teorisi”, “Batı: Cennet ve Cehennem”, “Ermeni'nin Türkü”, “Türk'ten Kurtulmak”, “Ermenistan'la Tanışmak” başlıklı makaleler yayımlanmıştır. “Türk'ten boşalacak o zehirli kanın yerini dolduracak temizkan, Ermeni'nin Ermenistan'la kuracağı asil damarda mevcuttur” konulu sekizinci makale ve 2004 Şubat ayında, Atatürk'ün evlatlık kızı olan S.G. hakkında Ermeni kökenli olduğuna dair yayımladığı makale tepki toplamıştır. İlgili yazı aşırı ulusalcı grupların protestolarına ve tehdit mektuplarına sebep olmuştur. Vali Yardımcısı Dink'in tepkilere neden olan makaleler yayımlamaya devam etmesi durumunda “güvenlik güçlerinin Dink'in güvenliğini sağlayamayacağı” konusunda uyarmıştır. *Dink v. Turkey*, App no 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09, 7124/09 (ECtHR, 14 December 2010) §§ 8-17.

185 *Dink v. Turkey*, § 137.

186 *Dink v. Turkey*, § 19.

187 *Dink v. Turkey*, § 94.

188 *Dink v. Turkey*, §§ 103, 106, 137; bkz. *Özgür Gündem v. Turkey*, App no 23144/93 (ECtHR, 16 March 2000) §§ 42-46.

189 *Dink v. Turkey*, § 108.

190 *Dink v. Turkey*, § 133.

ifade özgürlüğü bağlamında pozitif yükümlülüklerin ihlâlini oluşturduğu ve Dink hakkında verilen mahkûmiyet kararının “ifade özgürlüğünün ihlâli” olduğu yönünde karara varmıştır.¹⁹¹

AYM kararlarında da ifade edildiği gibi ifade özgürlüğünün gerçek ve etkili şekilde kullanılması yalnızca devletin müdahaleden kaçınması ile sınırlı değildir; hukuk alanında ve uygulamada pozitif koruma tedbirleri alınmalıdır.¹⁹² *Bekir Coşkun* [GK] başvurusunda, Anayasa'nın 28'inci maddesi doğrultusunda basın özgür olduğu ve sansür edilemeyeceği, aynı maddenin üçüncü fıkrası vasıtasıyla basın ve haber alma özgürlükleriyle ilgili olarak devletin pozitif yükümlülüklerine atıf yapılmıştır.¹⁹³ İfade özgürlüğünün gerçek ve etkili olarak korunduğu hallerde ancak basın özgürlüğünden bahsetmek mümkündür.¹⁹⁴

IV. BASIN ÖZGÜRLÜĞÜNE MÜDAHALE

Basın özgürlüğünün, ifade özgürlüğünün bir uzantısı olduğu, aynı zamanda kamuoyunun gözü ve kulağına benzetildiğini evvelce belirtmiştik. Basın özgürlüğünü bünyesine alan ifade özgürlüğü, bir diğer yönü ile eleştiri hakkını da bünyesinde bulundurmaktadır. Bu nedenle eleştiri mahiyetinde kullanılan ifadelerin “sert” olması ifade özgürlüğünün bir parçasıdır.¹⁹⁵ İfade özgürlüğünün sınırları AİHS'nin 10'uncu ve Anayasa'nın 26'ncı maddelerinde düzenlenmiştir. Ayrıca, basın özgürlüğünün sınırları 26'ncı ve 27'nci maddeler doğrultusunda belirlenmiştir. İfade özgürlüğüne ilişkin genel hüküm olan 26'ncı madde ile bilim ve sanat özgürlüğünü düzenleyen 27'nci maddelerde yer alan düzenlemeler doğrultusundan hakkın sınırlandırılmasından bahsedilebilecektir.¹⁹⁶ Ancak 28'inci maddenin dördüncü fıkrasında düzenlenen “dağıtımın önlenmesi” tedbiri teknik olarak Sözleşme'nin 10'uncu maddesine aykırı düşme de bir nevi “sansür”e kapı aralamaktadır.¹⁹⁷

Her ne kadar bu hakkın sınırsız olmadığından bahsetsek de özellikle ifade özgürlüğünün açısından kamuoyunun doğru ve yanlış öğrenme, neden yanlış olduğunu anlama, ezbere bir bilgi yerine; gerçek ve doğruyu öğrenmesi son derece önemlidir.¹⁹⁸ Müdahalenin gerekli olduğu hâllerde bu durum vatandaşlar üzerinde *köreltici* etkiye sebep olmamalıdır.¹⁹⁹ Ayrıca yasaklama ya da müdahalelerin geçerliliği de tartışılmalıdır. Yasaklama her zaman istenen, beklenen amaca hizmet eder mi? Bu

191 *Dink v. Turkey*, §§ 134, 138.

192 AYM, *Bizim FM Radyo Yayıncılığı ve Reklamcılık A.Ş.*, §§ 36, 56; AYM, *Nilgün Halloran*, B. No. 2012/1184, 16.07.2014, § 32; *Bekir Coşkun* [GK] (B. No. 2014/12151, 04.06.2015) §§ 32, 46.

193 AYM, *Bekir Coşkun* [GK], § 32.

194 AYM, *Bekir Coşkun* [GK], § 46.

195 AYM, *Bekir Coşkun* [GK], § 64.

196 Karan (n 54) 140.

197 *Ibid.*, s. 141.

198 Schauer (n 31) 107.

199 Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi yargıcının, vatandaşların doğru ya da yanlış öğrenmeleri üzerine ileri sürdüğü görüş çarpıcıdır: “Yurttaşların yanlış düşünceleri tehlikesi önemlidir, fakat hiç düşünmemekten ileri gelen körelmeden çok daha az tehlikelidir” (*Ibid.*, s. 107). Bu cümle bağlamında düşünüldüğünde basına uygulanacak ciddi müdahaleler halkın haber alma özgürlüğünü etkilediği gibi dolaylı olarak ifade ve düşünce özgürlüğünü de etkileyebilir.

çerçevede düşünüldüğünde yasaklama, yasaklananın daha fazla kabul görmesine yani yasaklama ile beklenenin tersi yönünde etkiye neden olabilir.²⁰⁰

Müdahale konusuna döndüğümüzde, öncelikle ortada kamu gücü eylemi veya işlemi bulunmalıdır.²⁰¹ Bu bağlamda, basın özgürlüğüne yönelen müdahalelerde, farklı yöntemlere başvurulduğu görülmektedir. Dünya geneline kısaca baktığımızda “yasanın uygulanmasından doğan baskılar, ekonomik, siyasi ve idari baskılar” olmak üzere dört grup müdahale yöntemi göze çarpmaktadır.²⁰² Yasanın uygulanmasından doğan baskılar hükümete gazete kapatma yetkisi verirken, ekonomik baskılar gazetecilere rüşvet verilmesi, vergi muafiyetleri, sarf malzemelerinin temini konusunda sağlanan kolaylıklar veya zorlukları ifade etmektedir.²⁰³ Günümüzde, basın özgürlüğün önündeki “en büyük engel” siyasi baskılardır. Kamuoyunun sesinin duyurulması ancak tarafsız ve bağımsız bir basın vasıtası ile sağlanabilirken, siyasi iktidar tarafından yön verilen ve ona bağımlı bir yapı ile bu özgürlükten bahsedebilmek mümkün değildir.²⁰⁴ Özellikle bu konuda haberleşmeye yönelik müdahaleler, sınırlandırmalar ve yayın yasakları örnek olarak verilebilir. Gazetecilerin yazdıkları yazılar ya da bildirdikleri görüşler karşısında haklarında öngörülen “orantısız” hapis cezaları Türkiye özelinde çok ciddi bir sorundur. Bu nitelikte bir “yaptırıma maruz kalma endişesi” basın organları üzerinde *ket vurucu* bir etkiye sahiptir. Söz konusu durum basın çalışanlarını, düşünceyi açıklama ve basın faaliyetlerini yapmaktan alıkoyduğu AYM kararlarında da vurgulanan gerçekliktir.²⁰⁵ Bir diğer önemli baskı aracı ise gazete ve gazeteciler arasında yapılan ayırımıdır: Hükümete yakın gruplara haber akışı sağlanırken, muhalif yönlü basın kuruluşlarına geç haber vermek hatta vermemek de müdahaleler arasındadır. İdari baskılara gelindiğinde ise gazetelere özellikle ulusal güvenlik gerekçesi ile haberleşme özgürlüğünü engelleme amaçlı telkin ve tavsiyelerde bulunulduğu, basına yön verme amaçlı kurum ve komisyonların kurulduğu gibi örneklerle karşılaşmaktadır.²⁰⁶

V. BASIN ÖZGÜRLÜĞÜNE MÜDAHALENİN MEŞRULUĞU

Mahkeme, Sözleşme'nin 8 ile 11'inci madde arasında yer alan haklara yönelen müdahalenin meşruluğunu tespit amacıyla “*üç aşamalı test/three assessment criteria*” olarak adlandırılan yöntemi kullanmaktadır. Söz konusu maddelerde müdahaleye ilişkin inceleme yöntemi aynı sistematik

200 *Ibid.*, s. 108-109.

201 Şirin (n 19) 243.

202 Dönmezer, *Basın ve Hukuku* (n 32) 141.

203 *Ibid.*, s. 141-143.

204 İçel ve Ünver (n 7) 115.

205 AYM, *Bekir Coşkun* [GK], § 70; Gazeteciler hakkında uygulanan tutuklama tedbirleri ile ilgili bkz. AYM, *Murat Ağirel ve Diğerleri* [GK], B. No. 2020/11655, 07.04.2022; AYM, *Müeyesser Uğur* [GK], B. No. 2020/18546, 07.04.2022; AYM, *Ergün Poyraz (2)* [GK], B. No. 2013/8503, 27.10.2015; AYM, *Orhan Pala*, B. No. 2014/2983, 15.02.2017; AYM, *Şahin Alpay* [GK], B. No. 2016/16092, 11.01.2018.

206 Dönmezer, *Basın ve Hukuku* (n 32) 144-146.

içerisinde yapılmaktadır.²⁰⁷ Bu aşamalar sırasıyla “müdahalenin yasallığı, meşru amaç ve demokratik toplumda gereklilik”ten oluşur.²⁰⁸

A. YASAYLA ÖNGÖRÜLME

AİHS ekseninde, basın özgürlüğünü bünyesinde bulunduran, ifade özgürlüğüne yönelik kısıtlama ve müdahalenin ilk şartı belirtilen durumun *yasayla* öngörülmesidir.²⁰⁹ Sözleşme'nin 10'uncu maddesinin ikinci fıkrası “yasal düzenlemeler” (“*prescribed by law/prévue par la loi*”) ile basın özgürlüğünün sınırlandırılabilmesi veya yaptırıma tabi tutulabileceğini düzenlemiştir.²¹⁰ Bu kapsamda hakkın kısıtlanmasıyla ilgili olarak ulusal hukukta yer alan düzenlemeler işaret edilmektedir.²¹¹

Konuyla ilgili olarak, Anayasa'nın 13'üncü maddesine baktığımızda temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında “kanunilik” şartı aranmaktadır. Bu noktada AYM ve AİHM uygulamasının birbirinden farklılaştığı dikkati çekmektedir: Anayasa'nın 24'üncü maddesine göre ifade özgürlüğüne yönelen müdahalenin “kanuni” dayanağı bulunmalıdır.²¹² Diğer bir ifade ile hak ve özgürlüklere ilişkin müdahalede “kanun hükmü” yani “şekli anlamda kanun” aranmaktadır.²¹³ AYM, *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve Diğerleri* [GK] başvurusunda bu hususu açıklamıştır: “...*kanunilik ölçütü aynı zamanda maddi bir içeriği de gerektirir ve bu noktada kanunun niteliği önem kazanır...*”²¹⁴ Yine aynı kararda kanunilik şartının sağlanması açısından şekli anlamda kanunun varlığı aranmıştır.²¹⁵

Oysa Sözleşme'de yer alan “*prescribed by law/prévue par la loi*” ifadesi, AYM'nin “kanunilik” ölçütünden daha geniş bir kavramı ifade etmektedir. Bu kapsamda Anglosakson hukuk sistemine dahil olan üye ülkeler de dikkate alınarak, yalnızca yazılı hukuk değil yazısız hukuku da içine alacak şekilde geniş yorum yapılmaktadır.²¹⁶ İdarenin genel düzenleyici işlemleri ve mahkeme içtihatları da “yasallık” kavramına dahildir.²¹⁷ Basın özgürlüğüne müdahalede “yasallık” ilkesi ilk defa *Sunday Times v. the United Kingdom* kararında ele alınmıştır.²¹⁸ Mahkeme, “yasayla öngörülen” ifadesinde yer

207 Mehmet Alp Didinmez ‘Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Üç Aşamalı Testi’ Kırıkale Hukuk Mecmuası (2021) 1(1) 150-151 <https://dergipark.org.tr/tr/pub/khm/issue/68092/1058218>, Erişim Tarihi 26.06.2023.

208 *Guide on Article 10* (n 48) 20.

209 Perin (n 38) 140; Beydoğan (n 64) 94; Çakmak (n 26) 51; Doğru ve Nalbant (n 21) 226-227; Macovei (n 10) 61; Bychawska-Siniarska (n 37) 46; Fendoğlu (n 65) 14; Şahin (n 46) 390; Şen ve Yenice (n 65) 20.

210 Beydoğan (n 64) 57; Bychawska-Siniarska (n 37) 46.

211 Harris, O'Boyle ve Warbrick (n 113) 568.

212 AYM, *Tuğba Arslan*, B. No. 2014/256, 25.06.2014, § 82; *Abdullah Öcalan*, § 73.

213 AYM, *Sevim Akat Eşki*, B. No. 2013/2187, 19.12.2013, § 36.

214 AYM, *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve Diğerleri* [GK] B. No. 2014/920, 25.05.2017, § 55.

215 AYM, *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve Diğerleri* [GK] § 54.

216 Harris, O'Boyle ve Warbrick (n 113) 603.

217 Karan (n 54) 122; Sözleşme'de öngörülen “yasayla öngörülme” kavramına yazılı hukukun haricinde, yazılı olmayan kurallar, idari organlar ve meslek örgütleri kurallarını da dahildir. Detaylı bilgi için bkz. Harris, O'Boyle ve Warbrick (n 113) 603-604.

218 *Sunday Times v. the United Kingdom (No.1)*; Beydoğan (n 64) 95; Doğru ve Nalbant (n 21) 227; Macovei (n 10) 56; Bychawska-Siniarska (n 37) 47.

alan “yasa” kelimesinin yalnızca yazılı değil yazılı olmayan hukuku da kapsadığını vurgulamıştır.²¹⁹ Kararda içtihat hukukunun “yasayla öngörülme” şartını yerine getirdiği belirtilmiştir.²²⁰ Sözleşme’de her ne kadar yasallık vurgusu yapılsa da içtihat hukuku veya örf ve adet hukuku kuralları ile hakkın kısıtlanması “istisnai” bir yöntem olarak kullanılmalıdır.²²¹

Konuyla ilgili olarak *Meltex Ltd and Mesrop Movsesyan v. Armenia*²²² kararı örnek verilebilir. TV şirketi olan Meltex, yayın lisansı amacıyla birden fazla başvuruda bulunmuş ancak başvuruları reddedilmiştir.²²³ Lisans makamı NTRC, başvurucu şirketin yayın lisansı almak için katıldığı ihaleleri defalarca kabul etmeyip, lisans tekliflerini gerekçe göstermeden reddetmiştir.²²⁴ Yalnızca ihalelerin kazananı açıklanmış ve kazanan şirketlerin teklifinin başvurucuya kıyasla hangi kriterleri karşıladığı açıklanmamıştır. NTRC’nin yayın lisanslarını reddetmesi yönünde kullandığı takdir yetkisi de gerekçelendirilmemiştir.²²⁵ Başvurucu ilgili gerekçeler doğrultusunda, yayın lisansının reddedilmesinin 10’uncu maddeyi ihlâl ettiği iddiasında bulunmuştur. Bu konuda öncelikle red nedenlerinin gerekçelendirilmesi için “yasayla öngörülme” tespiti yapılmalıdır. Mahkeme yürürlükteki yasaya atıf yapmış; söz konusu yasanın muğlaklığı yayın lisanslarının verilmesinde, tüm takdir yetkisini Ulusal Televizyon ve Radyo Komisyonuna bırakmıştır. Ulusal komisyon lisansı reddederken veya geçersiz kılarken “Televizyon ve Radyo Yayıncılığı Yasası” gereği “uygun gerekçeler” göstermekle yükümlüdür.²²⁶ Oysa kararda ifade edildiği gibi lisans veren makamın, gerekçe göstermeden “red” hakkını kullanması, ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahaledir.²²⁷ Başvurucu şirketin “yedii” defa reddedilmesi Sözleşme’nin yasayla öngörülme şartını karşılamadığı için ifade özgürlüğü ihlâl edilmiştir.²²⁸

Bir başka örnek olarak *Malone v. the United Kingdom* kararında “yasa tarafından öngörülme” hâlinin haricinde “hukuk tarafından öngörülme” hâli de ele alınmıştır. İfade özgürlüğüne ilişkin sınırlandırmanın hukuki dayanağı olmalıdır. Sınırlamanın mutlaka yazılı kurallarla sınırlandırılması şart değildir.²²⁹ Yazılı nitelikte olmayan, içtihatlar vasıtasıyla gelişmekte olan kurallar da sınırlandırmanın kapsamında değerlendirilmektedir.²³⁰

219 *Sunday Times v. the United Kingdom* (No.1), § 47.

220 Bychawska-Siniarska (n 37) 47; Erica Howard, *Freedom of Expression and Religious Hate Speech in Europe* (Routledge Research in Human Rights Law 2018) 19.

221 Bychawska-Siniarska (n 37) 46-47.

222 *Meltex Ltd and Mesrop Movsesyan v. Armenia*, App no 32283/04 (ECtHR, 17.06.2008)

223 *Meltex Ltd and Mesrop Movsesyan v. Armenia*, § 70.

224 *Meltex Ltd and Mesrop Movsesyan v. Armenia*, §§ 74, 82.

225 *Meltex Ltd and Mesrop Movsesyan v. Armenia*, § 82.

226 *Meltex Ltd and Mesrop Movsesyan v. Armenia*, § 59.

227 *Meltex Ltd and Mesrop Movsesyan v. Armenia*, § 83.

228 *Meltex Ltd and Mesrop Movsesyan v. Armenia*, § 85.

229 *Malone v. United Kingdom*, App no 8691/79 (ECtHR, 26.04.1985) § 66.

230 Karan (n 54) 121; Beydoğan (n 64) 95; Bychawska-Siniarska (n 37) 49; Macovei (n 10) 61.

İfade özgürlüğüne yönelik müdahalelerle ilgili olarak örnek uygulamalara yer vermekte yarar vardır. Bu uygulamalar: Ceza mahkûmiyeti,²³¹ gazetede bir yayın²³² veya kişinin fotoğrafının yayınlanmasının yasaklanması,²³³ yayınlara veya düşüncenin ifade edildiği yahut yayıldığı araçlara el koyma,²³⁴ gazetecilik kaynaklarının açıklanması,²³⁵ gazetecilik mesleğinin icrasının engellenmesi ve disiplin cezası²³⁶ şeklinde karşımıza çıkmaktadır.²³⁷

B. MEŞRU AMAÇ

Basın özgürlüğünün sınırlandırılmasının diğer şartı, Sözleşme'nin 10'uncu maddesinin ikinci fıkrasında sayılan "meşru amaç"lardır²³⁸. Söz konusu düzenleme: "*Ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün, kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlâkın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması*"²³⁹ amacıyla ifade özgürlüğünün belirli kısıtlamalara tâbi tutulabileceğini ifade etmektedir. Sınırlamalar yalnızca Sözleşme'nin 10'uncu maddesinde yer alan, sınırlı sayıdaki nedenlere dayalı olmalıdır. Bu nedenle ifade özgürlüğünün kısıtlanması ihtiyacı *dar* yorumlanmalıdır.²⁴⁰ Söz konusu durum ifade özgürlüğünün güvencesi açısından son derece önemlidir. Sınırlama nedenleri arasında en çok tartışmaya yol açan düzenleme "ahlâkın korunması" na ilişkindir. İlerleyen başlıkta değineceğimiz üzere ahlâkın korunması "tek tip ahlak anlayışı" na indirgenmemelidir. Bu konuda Avrupa konsensüsü bulunmamakta; ahlâkın korunması zamana, yere göre değişmektedir. Lâkin zaman içerisinde Avrupa konsensüsünün oluşmaya başladığı durumlar da olmaktadır: Eşcinsel ilişki, belirli bir cinsel azınlığa ait olma, aynı cinsiyetten olanların evlenmesi örnek olarak sayılabilir.²⁴¹

Konuya Anayasa açısından bakıldığında ifade özgürlüğünün 26'ncı maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen "... *millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla*" sınırlandırabileceği görülmektedir.²⁴² Sözleşme'nin 10'uncu maddesi "genel sağlık ve genel ahlâk" gerekçesi ile sınırlandırmayı mümkün

231 *Barfod v. Denmark*, App no 11508/85 (ECtHR, 22 February 1989) § 17.

232 *Sunday Times v. the United Kingdom (No.2)*, § 11.

233 *News Verlags GmbH & Co.KG v. Austria*, App no 31457/96 (ECtHR, 11 January 2000) § 20.

234 *Handyside v. the United Kingdom*, App no 5493/72 (ECtHR, 07 December 1976) § 42.

235 *Goodwin v. the United Kingdom [GC]*, App no 17488/90 (ECtHR, 27 March 1996) § 39.

236 *Wojtas-Kaleta v. Poland*, App no 20436/02 (ECtHR, 16 July 2009) § 40.

237 *Bychawska-Siniarska* (n 37) 40-41.

238 Çakmak (n 26) 59; Doğru ve Nalbant (n 21) 228; Karan (n 54) 104; Fendoğlu (n 65) 5.

239 <https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf> accessed 29 November 2022.

240 *Bychawska-Siniarska* (n 37) 50; Doğru ve Nalbant (n 21) 228; Karan (n 54) 135; Sunay (n 19) 80 vd.; Şahin (n 46) 388-389; Akkurt (n 36) 292.

241 *Harris, O'Boyle ve Warbrick* (n 113) 610.

242 <<https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa>> Erişim Tarihi 24.06.2023.

kılarken, Anayasa'nın 26'ncı maddesinde bu nitelikte "genel" sınırlama rejimine yer verilmemiştir.²⁴³ Sözleşme'nin 10'uncu maddesi ile paralel olarak, Anayasa'nın 28'inci maddesinin üçüncü fıkrası yollaması ile 13'üncü ve 26'ncı maddeleri gereği ifade özgürlüğüne yönelik sınırlamalar demokratik bir toplumda, yasa ile öngörülmeli, zorunlu toplumsal ihtiyacı karşılamalı ve madde metninde belirtilen meşru amaçlardan birine dayalı olmalıdır.²⁴⁴

Sunday Times v. the United Kingdom kararında Mahkeme, özgürlüğe yönelen müdahalenin Sözleşme ile uyumlu olup olmadığının denetimi bakımından, şikâyet konusu müdahalede kullanılan yöntemin – nitelik ve nicelik yönünden – güdülen "meşru amaçla orantılı" olup olmadığını incelemiştir.²⁴⁵ Görüldüğü gibi meşru amaç AİHM denetiminde sadece meşruluk testinde bir aşamadan ibaret olmayıp, özgürlüğe müdahale ile orantılılık değerlendirmesi arasında "köprü" görevi ifa etmektedir.

Konuyla ilgili önemli bir diğer karar *Kilin v. Russia* kararıdır.²⁴⁶ Bu karar başvuranın, sosyal ağ üzerinden erişilebilen ses ve video dosyaları vasıtasıyla, şiddet ve etnik anlaşmazlığı kışkırttığı gerekçesiyle hakkında uygulanan cezai müeyyide ile ilgilidir.²⁴⁷ Başvurucu sosyal ağ olan VKontakte'ye "Roman Kilin" takma adı ile üye olmuş ve video ve ses dosyaları paylaşmıştır.²⁴⁸ Paylaşımlar Rus makamlarının dikkatini çekmiş, Eylül 2010 tarihinde başvuran aleyhinde soruşturma başlatılmıştır.²⁴⁹ Kovuşturma aşamasında kendisinin "Roman Kilin" takma adlı kişi olmadığı, herhangi bir paylaşımında bulunmadığını iddia etmiştir. Dinlenen tanıklar doğrultusunda suçlu sabit görülmüş, "on sekiz" ay hapis ile cezalandırılmış ve cezası ertelenmiştir.²⁵⁰ AİHM'nin önüne gelen bu uyuşmazlıkta başvuran, söz konusu dosyaları paylaşmadığını yinelemiş; yasaklı olmayan bir sanat eserinin bir bölümünü yayınladığı için cezai olarak sorunlu tutulamayacağını, "rahatsız" ve "şok" edici fikirlerin 10'uncu maddenin korumasından yararlanacağını belirtmiştir.²⁵¹ Hükümet ise cezai müeyyidenin başvuranın ifade özgürlüğüne "müdahale" teşkil ettiği, lâkin müdahalenin orantılı ve demokratik bir toplumda "kamu güvenliği, toprak bütünlüğü, ulusal güvenlik, düzensizliğin ve suç işlemenin önlenmesi, başkasının haklarının korunması" amacıyla gerekli olduğunu belirtmiştir.²⁵²

243 3 Ekim 2001 tarih ve 4709 sayılı Kanununun 3/10/2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanununun 8 inci maddesiyle, bu maddenin ikinci fıkrasına "Bu hürriyetlerin kullanılması" ibaresinden sonra gelmek üzere "milli güvenlik, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması" ibareleri eklenmiş ve metne işlenmiştir. <https://www.anayasa.gov.tr/media/6382/gerekceli_anayasa.pdf> Erişim Tarihi 24.06.2023.

244 Zühtü Arslan, 'Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa'nın 13. Maddesi üzerine Bazı Düşünceler' Anayasa Yargısı (2002) 18(1) 150 <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/anayasayargisi/issue/52002/678121>> Erişim Tarihi 26.06.2023; Karan (n 54) 140.

245 *Sunday Times v. the United Kingdom* (No.2), § 50 (d).

246 *Kilin v. Russia*, App no 10271/12 (ECtHR, 11 August 2021).

247 *Kilin v. Russia*, § 1. Video ve ses dosyaları Ruslar ile diğer etnik kökenli insanlar arasında etnik anlaşmazlığı kışkırttığı gibi şiddet eylemlerine yönelik çağrılarını içeriyordu: "Onları vuracağız...", "Ruslar için Rusya!" örnek ifadelerdir. *Kilin v. Russia*, §§ 25, 30 (b).

248 *Kilin v. Russia*, §§ 4-8.

249 *Kilin v. Russia*, §§ 9-12.

250 *Kilin v. Russia*, §§ 17-19.

251 *Kilin v. Russia*, § 52. Başvuran herhangi bir paylaşımında bulunmadığını iddia etmesine rağmen 10'uncu maddenin korumasını ileri sürmesi şartırtıcı bir değerlendirmedir.

252 *Kilin v. Russia*, § 52.

Mahkeme, iç hukuku dikkate alarak “meşru amaç” konusundaki tutumunu belirlemektedir.²⁵³ Başvuran hakkındaki cezai kovuşturma, Sözleşme’nin 10’uncu maddesinin ikinci fıkrasında yer alan başkalarının hakları; bir diğer ifade ile Rus olmayan, Azeri kökenli kişilerin onurunun korunması amacıyla yöneliktir.²⁵⁴ *Aksu v. Turkey* [GC] ²⁵⁵kararına yapılan atıfla, bir kişinin etnik kökenine yapılan ayrımcılık “ırk ayrımcılığı”dır; kötü niyetli bir ayrımcılık türüdür, tehlikeli sonuçları nedeniyle dikkatle ele alınmalı ve güçlü tepki gösterilmelidir.²⁵⁶ Mahkeme, benzer kararlarda da başvuranların niyetini veya izlediği amacı dikkate almıştır.²⁵⁷ Özellikle şu hususu vurgulamıştır: Kamu yararıyla ilgili ifadeler güçlü bir koruma mekanizmasından yararlanırken; şiddeti, nefreti, yabancı düşmanlığını veya farklı türden bir hoşgörüsüzlüğü teşvik eden ifadeler korumadan yararlanamazlar.²⁵⁸ Özellikle çevrimiçi paylaşımların potansiyel etkisi farklı olabilmektedir.²⁵⁹ Başvuran ulusal yargılamadaki süreçte sessiz kalmış, yasaklanmamış bir sanat eserinden yaptığı alıntıyla ilgili yürütülen kovuşturmanın 10’uncu madde ile çelişeceğini belirtmiştir.²⁶⁰ Mahkeme paylaşımlarla hakkında: Rus olmayan etnik kökenliler arasında şiddeti kışkırtabileceği, nefret ve hoşgörüsüz eylemlere yol açabileceğini “Rus makamların ikna edici bir biçimde ortaya koyduğunu” kabul etmiştir.²⁶¹ Belirtilen nedenler doğrultusunda, ertelenen on sekiz ay süreli hapis cezasının “orantılı” olduğu ve 10’uncu maddenin ihlâl edilmediği yönünde karar varmıştır.²⁶² Görüldüğü üzere Mahkeme, başvuran hakkında uygulanan cezai müeyyidenin “başkalarının haklarını koruma” yönündeki meşru amaca hizmet ettiği ve bu amaçla orantılı olduğunu kabul etmiştir.

AYM’nin meşru amaç ölçütüne yaklaşımı AİHM ile paralellik göstermektedir. Mahkeme, müdahalenin varlığını kanunilik kriterine göre değerlendirdikten sonra meşru amaç ölçütünü ele almakta; sınırlama Anayasada öngörülen meşru amaçlar doğrultusunda gerçekleştirilmiş ise konu “yüzeysel” yani birkaç cümle ile değerlendirilip, son aşamada demokratik toplumda gereklilik ölçütüne geçilmektedir.²⁶³ Bu pratiğin aslında yukarıda da ifade edildiği gibi, meşru amaç kriterinin gördüğü “köprü” işlevi ile açıklanabileceği kanaatindeyim. AYM’nin norm denetimi incelemesinde: Radyo Televizyon Üst Kuruluna farklı sebeplere dayalı parasal yükümlülüklerini yerine getirmeyen bir televizyon kuruluşu hakkında, sırf bu nedenle yayının durdurulmasına dair düzenlemenin, meşru sınırlama sebeplerine uymadığı gerekçesi ile Anayasa’ya aykırı olduğuna karar verilmiştir.²⁶⁴

253 *Kilin v. Russia*, § 61.

254 *Kilin v. Russia*, § 65.

255 *Aksu v. Turkey*, App No 4149/04, 41029/04, (ECtHR, 15 March 2012)

256 *Kilin v. Russia*, § 65; *Aksu v. Turkey*, § 58.

257 Örnek başvurular: *Jersild v. Denmark* [GC], App No 15890/89 (ECtHR, 26 September 2012); *Féret c. Belgique*, Requête no 15615/07 (CEDH, 16 Juillet 2009); *Stomakhin v. Russia*, App no 52273/07 (ECtHR, 9 May 2018); *Kilin v. Russia*, § 72.

258 *Kilin v. Russia*, § 77.

259 *Kilin v. Russia*, § 78.

260 *Kilin v. Russia*, §§ 56, 76 (b), 80.

261 *Kilin v. Russia*, § 90.

262 *Kilin v. Russia*, §§ 94-95.

263 Karan (n 54) 143; AYM, *İsa Yağbasan ve Diğerleri* başvurusunda, söz konusu müdahalenin meşru amaç ölçütü ile yapıp yapılmadığı tespit edilemediği için, meşru amaç ölçütü tespit edilmeden, demokratik toplumda gereklilik ölçütü değerlendirmesine geçilmiş ve konu Anayasa’nın 26’ncı maddesi ekseninde tartışılmıştır. AYM, *İsa Yağbasan ve Diğerleri*, B. No. 2013/1481, 20.11.2014, § 50.

264 AYM, E 2007/40, K 2007/96, 12.12.2007; Karan (n 54) 136.

Söz konusu karar ile sebep yönünden Anayasa'nın 26'ncı maddesindeki sınırlama nedenleri ile ilişkilendirilemeyen müdahaleler Anayasa'ya aykırı bulunmuştur; bu vesile ile sınırlama nedenleri “dar” yorumlanmalıdır.

Mehmet Baransu (2) başvurusunda, gazetecilik faaliyetleri yürüten başvuru hakkında, tutuklama nedeni bulunmamasına rağmen tutuklama kararı verildiği belirtilmiştir.²⁶⁵ 20/01/2010 tarihinde “*Fatih Camii Bombalanacaktı-Darbenin Adı Balyoz*”, 22/01/2010 tarihinde “*Balyoz Hükümeti-Camileri Bu Timler Bombalayacaktı*” başlıklı haberler başvuruçunun çalışmakta olduğu *Taraf* gazetesinde yayımlanmıştır. 22/01/2010 tarihini takiben haber serisine devam edilmiştir.²⁶⁶ Haberlere dayanak üç DVD ve CD kopyası İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına teslim edilmiştir.²⁶⁷ 5'inci Sulh Ceza Hâkimliği 02/03/2015 tarihinde başvuru hakkında “*devletin güvenliğine ve siyasal yararlarına ilişkin gizli kalması gereken bilgileri açıklama suçu*” ve “*suç işlemek amacıyla örgüt kurma*” suçları karşısında tutuklama talebi reddedilmiş, “*devletin güvenliğine ilişkin bilgileri tahrip etme, amacı dışında kullanma, hile ile alma, çalma ve devletin güvenliğine ilişkin gizli belgeleri temin etme*” suçları nedeniyle tutuklama kararı vermiştir.²⁶⁸ Başvuru, kuvvetli suç şüphesi ve tutuklama nedeni bulunmadan, “gazetecilik faaliyeti” nedeniyle tutuklandığı ve bu durumun hukuki olmadığı iddiasını ileri sürmüştür.²⁶⁹ Mahkeme tutukluluğa ilişkin durumu “ölçülülük” ilkesinin bir alt başlığı olan “orantılılık” bağlamında tartışmıştır.²⁷⁰ Başsavcılığa teslim edilen belgeler arasında “devletin güvenliği”ne ilişkin gizli belgeler bulunmakta ve bu belgelerin bir kısmının *Taraf* gazetesinde yayımlandığı anlaşılmaktadır. Bu bilgi ve belgelerin askerî merciler veya ilgili resmi makamlar haricinde öğrenilmesi ülke güvenliği ve diplomatik ilişkiler açısından ciddi risktir.²⁷¹ Anayasa'nın 26 ve 28'inci maddelerinde yer alan “milli güvenlik”, “suçların önlenmesi”, “devlete ait gizli bilgilerin açıklanmasının önlenmesi” basın özgürlüğü açısından meşru sınırlandırma nedenleridir.²⁷² Ancak şu hususa dikkat edilmekte yarar vardır: Tutukluluğa ilişkin kararlarda hedeflenen meşru amaçla, uygulanan müdahale arasında “denge” kurulmalıdır. Bu açıdan, kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasında, tutuklamanın hukuka uygunluğunun yanı sıra “gerekli” olması da gereklidir.²⁷³ Özellikle CMK'nın 100'üncü maddesinde belirtilen tutuklama nedenleri meşru amacı ortaya koymaktadır. AYM belirtilen değerlendirmeler doğrultusunda suçun niteliği, tutuklama nedenleri ve gerekçesiyle, basın ve ifade özgürlüğünün ihlâl edilmediği yönünde karara varmıştır.²⁷⁴ *Karşı oy* yazısı incelendiğinde ise AYM tarafından adli kontrol şartlarının dikkate alınmadığı, tutuklama kararında adli kontrolün neden yetersiz kalacağına değinilmediği ve gerekçeden yoksun bir yargı kararıyla

265 AYM, *Mehmet Baransu* (2), B. No. 2015/7231, 17.05.2016, § 1.

266 AYM, *Mehmet Baransu* (2), § 11.

267 AYM, *Mehmet Baransu* (2), § 13.

268 AYM, *Mehmet Baransu* (2), § 41.

269 AYM, *Mehmet Baransu* (2), § 98.

270 AYM, *Mehmet Baransu* (2), § 97.

271 AYM, *Mehmet Baransu* (2), §§ 133-134.

272 AYM, *Mehmet Baransu* (2), § 153.

273 AYM, *Mehmet Baransu* (2), § 56.

274 AYM, *Mehmet Baransu* (2), § 162.

tutuklanmasının “kabul edilemez” olduğu vurgulanmıştır.²⁷⁵ Evvelce bahsettiğimiz gibi demokratik toplum düzeninde, gereklilik ve ölçülülük tespitinde basın özgürlüğüne yönelen müdahalenin başvuru ve basın üzerindeki caydırıcı etkisine dikkat edilmelidir.²⁷⁶ Görüldüğü üzere AYM meşru amaç değerlendirmesinde bulunmuş ancak hak ihlâli yönünde bir karara varmamıştır. Henüz bireysel başvuru kapsamında, meşru amaçla ilgili verilmiş bir hak ihlâli bulunmamaktadır.

Meşru amaç kriterinin daha çok norm denetiminde ön plana çıkmış ve bireysel başvuru incelemesinde daha “yüzeysel” bir inceleme yapılarak; bir nevi “formalite icabı” yapılan bir teste dönüştüğü düşüncesindeyim. Meşru amaç ölçütü, hak ihlâline dair uyuşmazlığın çoğunlukla kâğıt üzerinde kalan, soyut yönünü teşkil ettiği için kararlardaki değerlendirmeler daha yüzeysel kalmaktadır. Keza AİHM ekseninde de bu ölçüt, amaçları haklılaştırmayı içeren soyut değerlendirme yönünden olgusal koşullara dayalı somut değerlendirme yönüne değişmektedir.²⁷⁷

Anayasa'nın 28'inci maddesinin beşinci fıkrasında yer alan “*yayın yasağı*” ile Sözleşme'nin 10'uncu maddesinde yer alan “*yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması*” arasında meşru amaçlar açısından farklılık göze çarpmaktadır. Bu konuda, paralel uygulama ile bu farklılığın giderilmesi mümkündür.²⁷⁸

1. Ulusal Güvenlik, Toprak Bütünlüğü, Kamu Emniyetinin Sağlanması

Ulusal güvenlik gerekçesi ile ifade özgürlüğüne yönelik müdahale ve kısıtlama Sözleşme'nin 10'uncu maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir.²⁷⁹ İfade özgürlüğü kapsamında gizli bilgi ve belgelerin yayımlanması “ulusal güvenlik veya toprak bütünlüğü” gerekçeleriyle sınırlandırılabilir.²⁸⁰ Mahkeme ulusal güvenliğin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve terörle mücadelenin bir yöntemi olarak ifade özgürlüğünü sınırlamanın mümkün olduğunu ilgili içtihatlarında belirtmektedir. Lâkin bu sebeplere dayalı sınırlamanın, amaç ve araç arasında orantılı olması gerektiği, ayrıca bu yönde ağır sosyal bir ihtiyacın varlığı hâlinde kabul edilebileceğini vurgulamaktadır.

Bilgilerin ulusal güvenlik gerekçesiyle sınırlandırılmasının da sınırları bulunmaktadır: Ulusal güvenliğin tehdit eden “ciddi nedenlerin varlığı”, gizlilik açısından “zaman” sınırı ve bu gizliliğin “periyodik” olarak doğrulanması gereklidir.²⁸¹ Şiddet ve ayaklanmayı teşvik eden, terör propagandası içeren ifadeler maddenin koruma alanı dışındadır.²⁸² Bu konuda devletlere *geniş*

275 AYM, *Mehmet Baransu (2) Karşı Oy (Alparslan Altan)* §§ 112-113.

276 AYM, *Mehmet Baransu (2) Karşı Oy (Alparslan Altan)* § 117.

277 Yazar meşru amaç ölçütünü “kâğıttan kaplan” metaforu ile izah etmeye çalışmış, Mahkeme'nin bazı kararlarda diğerlerine nazaran daha “kati” yaklaşım benimsediğini ifade etmiştir. Ayrıca bkz. Necdet Umur Orcan ‘Legitimate Aims, Illegitimate Aims and the E.Ct.H.R.: Changing Attitudes and Selective Strictness’ University of Bologna Law Review, (2022) 7(19) 22 < <https://bolognalawreview.unibo.it/article/view/14860> > accessed 30 June 2023.

278 Karan (n 54) 142.

279 Macovei (n 10) 68.

280 Özek (n 5) 138, 409; Akarcalı (n 17) 277; Bychawska-Siniarska (n 37) 51; Macovei (n 10) 68 vd.; Karan (n 54) 192; Beydoğan (n 64) 134; Akkurt (n 36) 295; Tezcan, Erdem, Sancakdar ve Önok (n 26) 337.

281 Bychawska-Siniarska (n 37) 58.

282 AİHM Kaynakçası (n 49) 46.

takdir marjı tanınmıştır.²⁸³ Ancak siyasi konularda ifade özgürlüğünün sınırlandırılması *oldukça dar kapsamlı* düşünülmektedir.²⁸⁴ Ulusal güvenlik gerekçesiyle sakınca yaratabilecek bilgi ve belgelerin yayınlanmasında kısıtlamaya gidilebilirken, bu kısıtlamanın sınırsız olmadığı; halkın bilgi alma hakkı unutulmamalıdır. Ayrıca yerel makamlar, halkın haber alma özgürlüğünü engelleyici müdahalelerden kaçınılmalıdır.²⁸⁵

AİHM ekseninde *Observer and Guardian v. the United Kingdom* ifade özgürlüğünün “ulusal güvenlik” gerekçesiyle sınırlandırılması hakkında önemli bir karardır.²⁸⁶ 1986 yılında emekli istihbarat servisi (MI5) görevlisi görevlisi P.Wright tarafından kaleme alınan ve başvuran gazetelerde yayımlanacağı duyurulan *Spycatcher* adlı eser, istihbarat servislerinin yasadışı faaliyetlerinden bahsetmektedir.²⁸⁷ Başsavcının talebi üzerine 1986 yılında verilen geçici tedbir kararı nedeniyle kitap 1987 yılında ABD’de basılmıştır.²⁸⁸ Hükümet, kitapta yer alan bazı bilgilerin “devlet sırrı” niteliği taşıdığı, bu bilgilerin açıklanması halinde istihbarat personeli ve üçüncü kişilerin kimliğinin açığa çıkabileceği; devletler, kurumlar ve kişiler arası ilişkilerin zarar görebileceğini savunmuştur. AİHM’ye göre basın başta olmak üzere önceden kısıtlamanın doğasındaki tehlikeler dikkatli incelemeyi gerektirir. Çünkü haberler çabuk bozulur ve kısa süreli de olsa yayınlanması geciktirilen haber, işlevini yitirir.²⁸⁹ Kararda iki ilke öne çıkmaktadır: Birincisi, güvenliğe ilişkin bilgiler kamusal alana çıktıktan sonra yasaklanmamalı, yayın toplatılmamalı ve bilginin yayılması faaliyetine aracı olanlar cezalandırılmamalıdır.²⁹⁰ İkinci ilke ise: “güvenliğe ilişkin bilgi” kavramı zaman açısından sınırlı olmalı ve kamu menfaati gözetilmelidir. Bazı bilgi ve belgeler *ulusal güvenlik gereği* gizli ise de tümünü “yayın yasağı” kapsamına almak isabetli bir görüş değildir.²⁹¹ Ulusal güvenlik nedeniyle basına müdahale “demokratik bir toplumda gereklilik” çerçevesinde değerlendirilmelidir. Belirtilen hâlleri göz önünde bulunduran Mahkeme, şikâyet konusu müdahalenin “demokratik bir toplumda gerekli olmadığı” sonucuna varmıştır.²⁹²

283 Tezcan, Erdem, Sancakdar ve Önok (n 26) 346.

284 *Ibid.*, s. 350.

285 Doğru ve Nalbant (n 21) 229.

286 *Observer and Guardian v. the United Kingdom*, App no 13585/88 (ECtHR, 26 November 1991).

287 Wright eserinde istihbarat servislerince yasadışı icra edilen bazı faaliyetlerden şöyle bahsetmektedir: P.Wright: “a-MI5’in; 1950’li ve 1960’lı yıllar boyunca Londra Lancerst House’daki tüm diplomatik konferansları ve 1979 yılında Zimbabve’deki bağımsızlık müzakerelerini dinlediği, b-1950’li yıllarda Bay Khrushchev’in İngiltere’yi ziyareti sırasında otel odasını dinlediği gibi, yurtdışında bulunan Sovyet konsolosluklarında soygun yaptığı ve dinlettiği, c-Süveyş Krizi esnasında Mısır Cumhurbaşkanı Nasır’ı öldürmek için plan yaptığı, d-1974’den 1976’ya kadar başbakanlığı sırasında Harold Wilson’a karşı komplolar kurduğu, e-Yönergelere aykırı olarak kaynaklarını Britanya’daki solcu siyasi grupları araştırmak amacıyla kullandığı” iddialarında bulunmuştur. *Observer and Guardian v. the United Kingdom*, § 14.

288 *Observer and Guardian v. the United Kingdom*, §§ 28, 40.

289 *Observer and Guardian v. the United Kingdom*, § 60. Kararda, Yargıç de Meyer’in kısmî muhalefet şerhine katılan Yargıç Pettiti, Russo, Foighel ve Bigi: “Basın, kaynağı ne olursa olsun haber yayınlama konusunda sansür, ihtiyati tedbir ve önceden kısıtlama kararı olmaksızın haber yayınlama konusunda özgür bırakılmalıdır. Barış zamanında, özgür ve demokratik bir toplumda; özellikle mevcut davada olduğu gibi ‘rahatsız edici bilgilerin hükümet tarafından önlenmesi’ türünden kısıtlamalara yer verilmemelidir” yönünde görüş bildirmişlerdir.

290 Macovei (n 10) 71; Bychawska-Siniarska (n 37) 57.

291 *Ibid.*, 76; *Ibid.*, 57-58.

292 *Observer and Guardian v. United Kingdom*, § 70.

Konuyla ilgili Anayasa'ya döndüğümüzde 28'inci maddenin üçüncü fıkrasının gönderme yaptığı 26'ncı maddede, basın özgürlüğünün “*milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği*” gerekçeleri ile sınırlandırılabilceği düzenlenmiştir. AİHM kararlarında bu nitelikteki genel ve soyut ifadelere dayalı sınırlama nedenleri eleştirilmiş; belirli, açık ve net düzenlemeler ile hakkın sınırlandırılması gerektiği vurgusu yapılmıştır.²⁹³ Yine basın özgürlüğünü düzenleyen 28'inci maddenin dördüncü fıkrası daha özel biçimde “*Devletin iç ve dış güvenliği, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü tehdit eden veya suç işlemeye ya da ayaklanma veya isyana teşvik eder nitelikte olan veya Devlete ait gizli bilgilere ilişkin*” basın faaliyetleri sınırlanırken “*bu suçlara ait kanun hükümleri uyarınca sorumlu olurlar*” ifadesi ile müdahale yöntemi de doğrudan anayasa koruyucu tarafından belirlenmiş ve basın özgürlüğü aynı zamanda içerik yönünden kısıtlanmıştır. Söz konusu “yayınların dağıtımının önlenmesi konusunda tedbir kararı verme yetkisi” hâkime ve gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde kanunla belirlenecek merciye verilmiştir.

AYM, *Cihat Ünal* başvurusunu incelediğimizde muhabir olan başvurucu, FETÖ/PDY'nin Antalya basın yapılanmasına yönelik yürütülen soruşturmada gözaltına alınmıştır.²⁹⁴ Kendisinin *Zaman* gazetesine gerçekleştirilen operasyonları eleştirdiği “*Direnecek gücümüz kalmadı. Devlet gazeteye çöktü..*” mesajını yazdığı, Körfez dershanesine yapılan operasyonlara “*Şok Polis Ders Saatinde Bastı*” başlıklı haber görüntüsü çektiği, örgütü sahiplenici yorumlar yaptığı ileri sürülmüştür.²⁹⁵ Bu kararda, önemli bir AİHM kararı olan *Sürek v. Turkey*'ye²⁹⁶ atıf yapılmış: “*... şiddet tehdidi karşısında milli güvenlik veya ülke bütünlüğünün korunması, asayişsizlik veya suçun engellenmesi amacıyla konmuş sınırlamaları aşmaması kaydıyla bölücü olanlar da dâhil olmak üzere...*” bilgi verme demokratik toplumda zorunluluk olarak değerlendirilmiştir. Ancak *şiddeti açıkça teşvik eden ifadeler* karşısında uygulanan cezanın “zorunlu sosyal ihtiyaca” karşılık geldiği kabul görmektedir.²⁹⁷ Söz konusu paylaşımlar “suçun işlendiğine dair kuvvetli belirti” olarak nitelendirilmiştir.²⁹⁸ Somut olayda, başvurucu hakkında suç şüphesiyle ilgili olarak inandırıcı deliller, tutuklama nedeni bulunduğu ve tutuklamanın ölçülü olduğu; basın ve ifade özgürlüğünün ihlâl edilmediği kabul edilmiştir.²⁹⁹ Bu kararda başvurucunun basın özgürlüğü kapsamındaki eylemleri, Anayasa'nın 26 ve 28'inci maddelerinde yer alan güvencelere aykırı bulunmamıştır.³⁰⁰ AİHS'nin 10'uncu maddesinin geniş yorumlandığı hâllerde, konu şiddete teşvik olduğunda devletin *takdir payı* da genişlemektedir. Örneğin kullanılan bir ifade, şiddete tahrik eşiğine ulaşmasa dahi, toplumsal karışıklığa neden olabilecek veya farklı etnik gruplar arasında nefreti körükleyebilecek nitelikte ise engellenmesi hukuka uygundur.³⁰¹

293 Çalışır-Akkurt'tan nakleden Kitapçıoğlu Yüksel (n 25) 81.

294 AYM, *Cihat Ünal*, B. No. 2016/77795, 28.11.2018, § 10.

295 AYM, *Cihat Ünal*, § 70.

296 Harris, O'Boyle ve Warbrick (n 113) 606.

297 AYM, *Cihat Ünal*, § 45.

298 AYM, *Cihat Ünal*, § 71.

299 AYM, *Cihat Ünal*, §§ 111-113.

300 AYM, *Cihat Ünal*, § 113.

301 Mehmet Yüksek, ‘İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde İfade Özgürlüğünün Sınırları’ (2016) (25) TAAD İfade Özgürlüğü Özel Sayısı, 105, 150; Harris, O'Boyle ve Warbrick (n 113) 582; *Cihat Ünal* kararında, *İncal v. Turkey* (ECtHR) kararına atıf yapılmıştır. Şiddeti önleme konusunun yer aldığı *İncal v. Turkey* kararında: § 57. “*Demokratik bir toplumda, terörle*

2. Düzensizliğin veya Suç İşlemenin Önlenmesi Amacıyla Sınırlandırma

Düzensizliğin veya suçun önlenmesi, Sözleşme'nin 10'uncu maddesinin ikinci fıkrasında meşru sınırlandırma nedeni olarak düzenlenmiş ise de “net” bir tanımlanmamıştır. Önlemenin amaçları arasında ulusal güvenlik, terörizm ve diğer suçlarla mücadele bulunmaktadır.³⁰² Söz konusu sınırlama sebebi Anayasa'nın 26'ncı maddesinin ikinci fıkrasında “*kamu düzeni, kamu güvenliği, suçların önlenmesi*” sebeplerinin yanı sıra basın özgürlüğü özelinde Anayasa'nın 28'inci maddesinin dördüncü fıkrasında “*suç işlemeye ya da ayaklanma veya isyana teşvik*” sebepleri olarak karşımıza çıkmaktadır.

Türkiye ekseninde bakıldığında, 1990'lı yılları takiben Türkiye aleyhine başvurularda, özellikle uyuşmazlığa neden olabilecek ifadeler “yakın tehlike oluşturmaması” açısından daha dikkatli bir incelemeye tabi tutulmaktadır.³⁰³ *Şahin Alpay v. Turkey* kararında başvuran, isnat edilen suçları işlediğine dair “somut deliller” bulunmadan tutuklandığı, tutukluluk halinin devamı nedeniyle ifade özgürlüğünün ihlâl edildiği iddiasında bulunmuştur.³⁰⁴ Kararda İnsan Hakları Komiserinin tespitleri çarpıcı niteliktedir: 2016 Nisan ve Eylül aylarında Türkiye ziyaretlerinde, ifade ve basın özgürlüğüne yönelik “ağır ihlaller” mevcuttur. Hükümeti eleştiren çok sayıda gazeteci, haklarında *somut bir delil* bulunmadan gazetecilik faaliyetleri nedeniyle tutuklanmıştır.³⁰⁵ Davaya müdahil sivil toplum kuruluşları ise darbe girişimi sonrası basın özgürlüğüne yönelik müdahalelerin “hızla yaygın bir hâl” aldığını ileri sürmüştür.³⁰⁶ Mahkeme ise basın özgürlüğüne yönelik bu müdahalenin suçun önlenmesi amacını taşıyıp taşımadığı ve gerekliliğinin tartışılması gerektiğini vurgulamıştır.³⁰⁷ Sözleşme'nin 10'uncu maddesinin ikinci fıkrasına değinilmiş; suçun önlenmesinin ileri sürülmesinde dahi haber alma hakkının kısıtlanmaması gerektiği yönündeki içtihatlar hatırlatılmıştır.³⁰⁸ Özellikle hükümete yönelik eleştiriler ağır suçlamalarla karşı karşıya kalmamalıdır.³⁰⁹ Söz konusu uygulamalar topluma “gözdağı” verebileceği gibi ifade özgürlüğü üzerinde “caydırıcı etki”ye neden olabilmektedir.³¹⁰ Tüm bu hususlar ışığında Mahkeme, başvurucağının ifade özgürlüğünün ihlâl edildiği yönünde karara varmıştır.³¹¹ Temelinde kamu düzenini koruma amacının olan³¹² bu sınırlama sebebinin “istisnai” niteliği akılda tutulmalıdır. Mahkeme'nin de ilgili kararlarda belirttiği gibi ifade özgürlüğünün

mücadele etme ve önleme hakkı önceliklidir” ve “*kine tahrik yoluyla terör eylemlerinin artırılmasına yönelik herhangi bir teşebbüse mâni olmak Devletin görevidir...*” ifadelerine yer verilmiş ancak başvurucağı *İncal* hakkında verilen 6 ay 20 günlük hapis cezasının “izlenen amaçla denk ve demokratik toplumda gerekli olmadığı” gerekçesi ile 10'uncu maddenin ihlâl edildiği yönünde karar varılmıştır. *İncal v. Turkey*, App no 22678/93 (ECtHR, 09 June 1998) § 59. Bu kararda, her ne kadar devletin müdahale alanının genişliğinden bahsedilse de ifade özgürlüğünün korunduğu dikkati çekmektedir.

302 Harris, O'Boyle ve Warbrick (n 113) 609.

303 *Ibid.*

304 *Şahin Alpay v. Turkey*, App no 16538/17 (ECtHR, 20 March 2018) §§ 149, 157.

305 *Şahin Alpay v. Turkey*, § 158.

306 *Şahin Alpay v. Turkey*, § 163.

307 *Şahin Alpay v. Turkey*, § 176.

308 *Şahin Alpay v. Turkey*, § 176.

309 *Şahin Alpay v. Turkey*, § 181.

310 *Şahin Alpay v. Turkey*, § 182.

311 *Şahin Alpay v. Turkey*, § 184.

312 Doğru ve Nalbant (n 21) 229.

sınırlandırılmasını öngören ikinci fıkra *dar* yorumlanmalıdır.³¹³ Basın özgürlüğü ile bağlantılı olarak her ne kadar devletin *takdir payı geniş* olsa da bu kararda görüldüğü gibi düzensizliğin veya suç işlemenin önlenmesine yönelik ifadeler dahi “haber alma hakkı” kapsamında ve *dar* yorumlanmıştır.

Erdoğu v. Turkey kararında ise AİHM, terörle mücadelenin hassasiyeti nedeniyle yetkililerin, şiddeti körükleyebilecek eylemler karşısında “tetikte” olması gerektiğini vurgulamıştır.³¹⁴

Önemli bir karar olan, *Özgür Gündem v. Turkey*'de ise Özgür Gündem gazetesinin doğrudan/dolaylı veya ciddi saldırılara maruz kaldığı iddia edilmiştir.³¹⁵ Hükümete göre belirtilen iddialar, şikâyet veya başka bir yolla kamu makamlarına bildirilmemiştir.³¹⁶ Polisin güvenlik tedbirlerine rağmen 2/12/1994 tarihinde *Özgür Ülke* bürosunda meydana gelen patlama nedeniyle güvenlik önlemleri arttırılmıştır.³¹⁷ 10/12/1993 tarihinde Gazetenin İstanbul bürosunda arama yapılmış, gözaltına alma ve arşive el koyma işlemleri yapılmıştır.³¹⁸ Gazetenin basımı iki gün süreyle durdurulmuştur.³¹⁹ İlgili kişiler hakkında soruşturma açılmış, para cezası, gazetenin yayınlarına el konulması ve üç gün ile bir ay arasında değişen kapatma tedbirlerine başvurulmuştur.³²⁰ Mahkemeye göre, alınan tedbirler “*milli güvenlik, toprak bütünlüğü, kamu düzeninin korunması ve suçun işlenmesinin önlenmesi*” yönünde meşru amaç taşımaktadır.³²¹ İfade özgürlüğü demokratik toplumlarda yalnızca zararsız görülen düşünce ve bilgileri değil, rahatsızlık veren, şok edici fikirleri de kapsamaktadır. Özgürlüğün sınırlanmasında 10'uncu maddede belirtilen sebeplere “ikna edici” şekilde dayanılmalıdır.³²² Basının sorumluluğu yalnızca siyasi bilgi vermekten ibaret değildir; milli güvenlik ve toprak bütünlüğü tehditleri karşısında meşru sınırlar aşılmasızın “bölücü nitelikte olanlar dahil” kamuoyunun her türlü bilgiden haberdar olma hakkı olduğu unutulmamalıdır.³²³ Gazetenin “on beş gün” süreyle kapanmasına neden olan karikatür ile örgüt üyesiyle yapılan röportaj veya bu kişilerce verilen beyanlar ifade özgürlüğüne yapılan müdahaleyi haklı kılmamaktadır.³²⁴ Ancak makalelerden üçünde “*silahlı mücadele, savaş ve kanının son damlasına kadar savaşma*” fikirleri savunulmakta olup,

313 Fendoğlu (n 65) 17.

314 *Erdoğu v. Turkey*, App no 25723/94 ((ECtHR, 15 June 2000) § 50.

315 Özgür Gündem'le ilişkisi bulunan yedi kişi “faili meçhul” cinayetlere konu olmuştur: “Gazeteci *Yahya Orhan* 31/7/1992 tarihinde; Özgür Gündem personeli *Hüseyin Deniz* 8/8/1992; köşe yazarı *Musa Anter* 20/9/1992; personeli *Hafız Akdemir* 8/6/1992; Şanlıurfa temsilcisi *Kemal Kılıç* 18/2/1992; Yeni Ülke muhabiri *Cengiz Altun* 24/2/1992 tarihinde vurulmuştur. Bitlis muhabiri *Ferhat Tepe* kaçırıldıktan sonra 4/8/1993 tarihinde ölü bulunmuştur. Ayrıca gazete büfesi kundaklama, istihbarat ajanlarına silahlı saldırı, gazeteci çocuğun bıçaklanması, Yüksekova'da haber ajansının bombalanması, *Özgür Ülke* gazetesinin bombalanması ve bir kişinin öldüğü, on sekiz kişinin yaralandığı çeşitli saldırılarla karşılaşmıştır. *Özgür Gündem v. Turkey*, §§ 10-12.

316 *Özgür Gündem v. Turkey*, § 13.

317 *Özgür Gündem v. Turkey*, § 16.

318 *Özgür Gündem v. Turkey*, §§ 17-18.

319 *Özgür Gündem v. Turkey*, § 18.

320 *Özgür Gündem v. Turkey*, § 20.

321 *Özgür Gündem v. Turkey*, §§ 47-53.

322 *Özgür Gündem v. Turkey*, § 57.

323 *Özgür Gündem v. Turkey*, § 58.

324 Türkiye Cumhuriyeti'ni “*Kahpe*” olarak nitelendirilen karikatür incelenmiştir. Mahkeme, demokratik bir devlette yetkililerinin eleştiriyi hoş görme ve ceza davası açma hususunda kendilerini tutmaları gerektiğini vurgulamıştır. *Özgür Gündem v. Türkiye*, § 60, 63.

bunlar hakkında 10¹uncu maddedeki suç önleme ve kamu düzenini koruma amaçları çerçevesinde sınırlamalara gidilebileceğinden bahsedilmiştir.³²⁵ Mahkemeye göre, provokatif olsa da makalelerde yer alan “Kürdistan” ifadesinin bölgedeki huzursuzluğu şiddetlendirdiği iddiası ikna edici temelden yoksundur.³²⁶ Halkın Güneydoğu’da yaşananlarla ilgili farklı kaynaklardan bilgi alma hakkı vardır. Belirtilen nedenlerle basın özgürlüğüne yönelik sınırlandırma “demokratik toplumda gerekli” bulunmamıştır. Mahkeme, Özgür Gündem’in aranması, yayımın durdurulması ve tutuklamaların meşru amaçla uyumsuz, uygulanan tedbirlerin “haksız ve orantısız” olduğu ve ilgili gerekçelerle Sözleşme’nin 10¹uncu maddesinin ihlâlüne karar vermiştir.³²⁷ Görüldüğü gibi bu kararda da AİHM, hakkın sınırlandırılmasını *dar* yoruma tabi tutmuş; kamuoyuna aktarılan bilgi “yetkilileri eleştirici” ve “alçaltıcı terimlerle” ifade edilmesine rağmen “haber alma” hakkı kapsamında değerlendirmiştir.

Nedim Şener v. Turkey kararında³²⁸ ise başvuran “terör örgütü üyesi olmak ve halkı kin ve düşmanlığa tahrik etmek” suçlaması ile gözaltına alınmıştır.³²⁹ Başvuran kendisine yöneltilen tüm suçlamaları reddetmiş ve terör örgütü üyesi olduğu iddiası nedeniyle bir yıldan fazla süredir tutuklu bulunmasının tek başına ifade özgürlüğünü “ihlâl ettiği” iddiasında bulunmuştur.³³⁰ Ayrıca, bu nitelikte bir tutuklamanın basın açısından “sansür” niteliğinde olduğunu belirtmiştir.³³¹ Söz konusu müdahalenin gerekliliği ilgili kararda tartışılmıştır.³³² Hükümet müdahalelerin iki meşru amaca; suç işleminin önlenmesi, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığının korunmasına yönelik olduğunu vurgulamıştır.³³³ Başvurana göre, bu nitelikte özgürlükten yoksun bırakma hâli “demokratik toplumda gerekli” değildir.³³⁴ Sonuç olarak Mahkeme, uygulanan tedbirlerin “meşru amaç” ile orantısız olduğu ve demokratik toplumda gerekli olmadığı gerekçesiyle Sözleşme’nin 10¹uncu maddesinin “ihlâl” edildiğine karar vermiştir.³³⁵ Bu hususta tutuklama kararlarının ifade ve basın özgürlüğünün *köteği* hâline gelmiş olması düşündürücüdür. Kanuna uygun davranan, bireyleri suç işlemeye tahrik etmeyen, kamu güvenliğinin bozulmasına doğrudan katkıda bulunmayan kişiler hakkında “tutuklama” kararı verilmesi baskı ve kötü muamele niteliğindedir.³³⁶

AYM kararları incelendiğinde bu kavramın görece “geniş” yorumlandığı ve hatta diğer bir ifade ile Anayasa’da yer almayan sınırlama nedenleri, örtülü bir kıyas yöntemiyle, vasita olarak kullanılmaktadır. Örneğin *Hurşit Çetin* kararında³³⁷ AYM, Anayasa maddesinin lafzında yer

325 *Özgür Gündem v. Türkiye*, § 65.

326 *Özgür Gündem v. Türkiye*, § 70.

327 *Özgür Gündem v. Türkiye*, § 71.

328 *Nedim Şener v. Türkiye*, App no 38270/11 (ECtHR, 08 July 2014).

329 *Nedim Şener v. Türkiye*, § 7.

330 *Nedim Şener v. Türkiye*, §§ 107-108.

331 *Nedim Şener v. Türkiye*, § 108.

332 *Nedim Şener v. Türkiye*, § 106.

333 *Nedim Şener v. Türkiye*, § 103.

334 *Nedim Şener v. Türkiye*, § 109.

335 *Nedim Şener v. Türkiye*, § 123.

336 Bury (n 17) 233.

337 AYM, *Hurşit Çetin*, B. No. 2013/2610, 06.10.2015, § 54.

almayan “cezaevi düzeni” ve “cezaevi güvenliği” kavramlarına atıf yaparken, esasen “düzensizliğin ve suç işlenmesinin önlenmesi” konu başlıklarından beslendiği anlaşılmaktadır.

3. Başkalarının İtibarının ve Haklarının Korunması

Sözleşme'nin 10'uncu maddesinin ikinci fıkrasında özgürlüğün istisnası olarak “itibarın korunması” düzenlenmiştir. Bir gazeteci hakkında, kişinin itibarına zarar verdiği iddiasıyla dava açılması “başkalarının itibarı (şöhreti) ve haklarının korunması” açısından meşru görülebilir.³³⁸ İtibarın korunması hakkı Sözleşme'nin 8'inci maddesinde düzenlenen “özel ve aile hayatına saygı”yla beraber değerlendirilmektedir.³³⁹ Bu konudaki değerlendirme zorluğu ifade özgürlüğü ile kişilik hakları arasındaki sınırın belirlenmesi ile yakından ilgilidir. Özellikle gazeteciler dışında kalan kişiler açısından Mahkeme, *Von Hannover v. Germany (2)* kararında başvurusunun bilgi ve fotoğraflarının gazetede yayınlanmasının “kamu yararına yapacağı katkı”yı tartışmıştır.³⁴⁰ Bu karardan bahsetmeden önce bu kararın bir önceki adımı olan *Von Hannover v. Germany*³⁴¹ kararından bahsetmekte yarar vardır. İlgili kararda başvuru, Monaco Prensi III'ncü Rainer'in büyük kızı Caroline'dir. 90'lı yıllarda kendisinin özel yaşamına ilişkin fotoğraflar, zaman zaman muhtelif dergilerde yayınlanmıştır.³⁴² Başvuran konutundan ayrıldığı andan itibaren özel yaşamının sürekli fotoğraflandığı, ciddi müdahaleye maruz kaldığı ve zulüm hissi yaşadığından bahsetmiş; bu durumun paparazzilerce “taciz” boyutuna ulaştırıldığını vurgulamıştır.³⁴³ Kararda dikkati çeken detaylar bulunmaktadır: Alman hukukunda “kamuoyunca tanınan kişiler”in özel yaşamlarının korunması daha *dar* kapsamlı tutulmuştur. Söz konusu durum “yalıtılmış ortam” ile açıklanmış ve kişinin yalıtılmış ortamda bulunduğu ve bu ortamın sağladığı korumayı ispat yükü kendi omuzlarına bırakılmıştır. Bu sebeple başvuran mahremiyetin sağladığı korumadan yararlanamamış ve sık sık paparazzilerin hedefinde kalmıştır. Oysa Fransa uygulamasına bakıldığında kendisine ait fotoğrafların sınırını “resmi işler” oluşturmaktadır: Resmi işler haricinde yayınlanacak fotoğraflar başvurusunun ön iznine tabidir. Başvurusunun fotoğraflarını yayınlamak için ilginç bir yöntem uygulanmış; Fransa'da çekilen fotoğraf Alman basınında yayınlanmıştır.³⁴⁴ Başvuru, söz konusu yayınların Sözleşme'nin 8'inci maddesinde düzenlenen “özel ve aile hayatına saygı” hakkına müdahale olduğu iddiasında bulunmuştur.³⁴⁵ Mahkeme bu davada, basın özgürlüğü ve özel hayata saygı hakları arasındaki

338 Özek (n 5) 141; Bychawska-Siniarska (n 37) 51; Macovei (n 10) 64; Tezcan, Erdem, Sancakdar ve Önok (n 26) 383; Yüksek (n 185) 119.

339 Sözleşme'nin 8'inci maddesinin korunması kapsamında kişinin itibarına yönelik saldırı; ciddi ve özel hayatın gizliliği hakkına engel olacak nitelikte olmalıdır. “İtibarın Korunması”, Tematik Bilgi Notu (2016) AİHM <https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Reputation_TUR.pdf> accessed 03 August 2022; AİHM Kaynakçası (n 49) 3.

340 *Von Hannover v. Germany (No 2)* [GC] App no 40660/08, 60641/08 (ECtHR, 07 February 2012) § 109.

341 *Von Hannover v. Germany*, App no 59320/00 (ECtHR, 03 June 2004)

342 Prens hakkında farklı dergilerde: “*Vincent ile yaşadığı büyük aşkın fotoğrafları*”, “*Caroline...hayata dönen kadın*”, “*öpücük. Ve artık gizleyemeyecekler*”, “*Prenses Caroline ile Paris'te*” başlıklı yazılar yayınlanmış ve yanına görseller eklenmiştir. En dikkat çekici olanlar ise *Neu Post* Dergisinde yayınlanan, plajda sendeleyip düşerken plaj havlusuna sarılı fotoğrafları ve “*Prens Ernst August yumruk attı ve Prenses Caroline sendeleyerek yüz üstü yere düştü*” başlıklı yazıdır (*Von Hannover v. Germany*, §§ 8-17).

343 *Von Hannover v. Germany*, § 58.

344 *Von Hannover v. Germany*, § 44.

345 *Von Hannover v. Germany*, § 43.

dengelemeyi “*Von Hannover ölçütleri*”³⁴⁶ oluşturarak çözümlenmeye çalışmıştır. Bu dengelemede dikkat edilmesi gereken husus yayınlanan fotoğraflar ile kamu yararı katkısıdır. Federal Anayasa Mahkemesi ilgili kararda bu çerçeveyi dar çizmiş; başvurunun kamuya mal olmuş kişi olduğu, bu nedenle ancak “yalıtılmış alanlar”da özel hayatın korumasından yararlanabileceğini vurgulamıştır.³⁴⁷ Oysa bu davada geliştirilen ölçütler:

“(i) kamu yararına yönelik tartışmaya katkı; (ii) etkilenen kişinin tanınmışlık derecesi; (iii) haberin konusu; (iv) söz konusu kişinin önceki davranışları; (v) yayının içeriği, biçimi ve sonuçları ve uygun olduğu durumlarda fotoğrafların çekildiği koşullar”³⁴⁸

şeklinde dir.³⁴⁹ Mahkeme, okuyucu kitlesinin merakını tatmin etmek amacıyla yayınlanan fotoğraf ve makalelerin, toplumun genel ilgisine katkıda bulunmadığını; bu şartlarda ifade özgürlüğünün daha “dar” yorumu gerektirdiğini kabul etmiştir.³⁵⁰ Kişiliğin gelişimi açısından, her insanın özel hayatının korunması gerekliliği, bu kararda vurgulanmıştır. Tanınmış kişiler de dahil olmak üzere herkesin özel hayatı korunmalı, kişiler özel hayata saygı duyulması konusunda “meşru beklenti”den yararlanmalıdır.³⁵¹ İlgili değerlendirmeler sonucunda Mahkeme, başvurunun resmi bir görevi olmadığı, söz konusu fotoğrafların “özel hayatı ile ilgili” olduğu, ifade özgürlüğü bağlamında Devlete tanınan *takdir marjına* rağmen Alman Mahkemelerinin mevcut menfaatler arasında “denge” kuramadığı ve Sözleşme’nin 8’inci maddesinin ihlâl edildiği yönünde karara varmıştır.³⁵²

Von Hannover v. Germany (2) kararı ise *Frau im Spiegel* dergisinin 9/02 sayısı ve *Frau aktuell* 9/02 numaralı sayısında yer alan fotoğrafların, tekrar yayınlanmasının yasaklanmasının Alman mahkemelerince reddedilmesi hakkındadır. Başvurucular Sözleşme’nin 8’inci maddesinin ihlâl edildiği iddiasında bulunmuştur.³⁵³ *Von Hannover v. Germany* kararına atıfla AİHM kararlarının Alman mahkemeleri açısından bağlayıcı olmadığı ifade edilmiş; Federal Adalet Bakanı ve Alman Şansölyesi, Federal Anayasa Mahkemesi içtihadının Sözleşmeden üstün olduğunu beyan etmiştir. O süreçte Alman yargısı *Von Hannover v. Germany* kararını uygulamayı reddetmiştir.³⁵⁴ Özellikle

346 Harris, O’Boyle ve Warbrick (n 113) 614.

347 “Mekânsal yalıtım” kavramının kararlardaki İngilizce karşılığı “Spatial isolation” şeklindedir. Farklı kararlarda da bu kavrama atıf yapılmıştır. Mahkemeye göre “mekânsal yalıtım” teoride açık olmasına rağmen uygulamada belirsizlik yaratabilir ve ilgili kişi tarafından önceden belirlenmesi zordur. Mevcut davada, başvurunu çağdaş toplumun “mükemmel” figüranı olarak sınıflandırmak; başvurunun özel hayatına böyle bir müdahaleyi haklı çıkarmak için yeterli değildir. *Von Hannover v. Germany*, §§ 54, 75.

348 Harris, O’Boyle ve Warbrick (n 113) 614.

349 Dengeleme ölçütleri ile ilgili bir başka karar için bkz. *Axel Springer SE and RTL Television GMBH v. Germany*, App No 51405/12 (ECtHR, 21 September 2017) § 42.

350 *Von Hannover v. Germany*, §§ 65-66. Özellikle plajlara sıkı giriş çıkış koşulları bulunmasına rağmen, Prenses Caroline’in sahilde sendeleyip düştüğü anın fotoğrafı yüzlerce metre uzaklıktaki bir evden, gizlice çekim suretiyle gerçekleşmiştir.

351 *Von Hannover v. Germany*, § 69.

352 *Von Hannover v. Germany*, §§ 76-80.

353 *Von Hannover v. Germany (No 2)* [GC] § 74.

354 *Von Hannover v. Germany (No 2)* [GC] §§ 83-84. AİHM nezdinde, bireysel başvurunun sonuçlanmasını takiben öngörülemeyen yeni durumların çıkması istisna olmak kaydıyla iç hukukta takdir yetkisi bu şekilde bir yoruma izin vermemelidir; *Oberlandesgericht AİHS* de içeren yasa ve düzenlemeler ile bağlıdır. Detaylı bilgi için bkz. Christian

“mekânsal yalıtım” unsurunun kullanılması başvuruçuların özel hayatını çekilmez kılmasına rağmen Alman adaleti bu konuda hareketsiz kalmaya devam etmiştir.³⁵⁵ *Von Hannover v. Germany* (2) kararında ise çoğunlukla ifade özgürlüğü vurgusuna atıf yapıldığı görülmektedir. Özel hayat ve ifade özgürlüğünün çatıştığı hâllerde denge gözetilmeli; ifade özgürlüğü kullanılamaz hâle getirilmemelidir. Çatışan haklar açısından Mahkeme, ifade özgürlüğünün korunmasına öncelik vermiştir. İfade özgürlüğünün bu imtiyazlı konumu siyasiler ve devlet yöneticileri açısından daha belirgin hâldedir.³⁵⁶ Mahremiyet konusunda ise özel kişilerin “şöhreti ve haklarının korunması” ile ilgili olarak bazı sınırların aşılması gerektiği hatırlanmalı, basın “kamu yararını ilgilendiren konuları” iletme görevi unutulmamalıdır.³⁵⁷ Özel kişilerle ilgili yazı ya da paylaşımlarla ilgili olarak “kamu yararına katkı” tartışılmalıdır.³⁵⁸ Bilgi ve fikirlerin iletilmesinde özellikle kamu yararı bağlamında, basının “kamu bekçiliği/bekçi köpeği” rolü hatırlanmalıdır.³⁵⁹ AİHM, bu karardan bağımsız olarak “kamu yararı” kavramını *geniş* yorumlama sureti ile basın özgürlüğünü güçlendirmektedir.³⁶⁰

Türkiye ekseninde, bireylerin itibarı ve haklarının korunması açısından *Birsen Berrak Tüzünataç* kararını incelemekte vardır. 22.12.2014 tarihinde başvuruçucu “evinin terasında” çekilen görüntülerin basında yayınlanması nedeniyle, şeref ve itibarının zedelendiği gerekçesi ile bireysel başvuruda bulunmuştur.³⁶¹ Evinin terasında bulunduğu esnada, başvuruçunun “yaklaştırma yöntemi” ile görüntüleri çekilmiştir.³⁶² İlgili başvuruda AİHM *Von Hannover, Axel Springer AG v. Germany* kararlarına atıf yapılmış; kişilerin itibarı, adı, soyadı ve fotoğrafları özel yaşam_kapsamında görülmüştür.³⁶³ Söz konusu kararda da AİHM’nin 8 ve 10’uncu maddeleri arasında “dengeleme” yapılması gerektiği belirtilmiş, ulusal otoritelerce denge kurulan hâllerde ise AİHM’nin iç hukuka nazaran kendi görüşünü ikamesi için “daha güçlü gerekçeler” ortaya koyması gerektiği vurgulanmıştır.³⁶⁴ AYM kararında ise “mekânsal yalıtım”la ilgili olarak *Von Hannover* kararına atıf yapılmış; kavram “mahrem alan” olarak ele alınmıştır. Kararda şu husus oldukça dikkat çekicidir: “Normal bir birey bakımından mahrem alana dâhil kabul edilen bazı kişilik değerlerinin kamuya mal olmuş kişiler yönünden aleni yaşamın bir unsuru olarak görülmesi mümkündür”. Bu noktadan hareketle,

Tomuschat, ‘Alman Anayasa Mahkemesi’ne göre Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Etkileri’ Serkan Oğuz (çev.) (2017) XXI(1-2) EÜHFD 127-128; BVerfG, Order of Second Senate of 14 October 2004 – 2 BvR 1481/04 – §§ 1-72 https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2004/10/rs20041014_2bvr148104en.html> Erişim Tarihi 12 June 2023.

355 *Von Hannover v. Germany* (No 2) [GC] § 84.

356 Doğru ve Nalbant (n 21) 232.

357 *Von Hannover v. Germany* (No 2) [GC] § 102.

358 *Von Hannover v. Germany* (No 2) [GC] § 92.

359 *Von Hannover v. Germany* (No 2) [GC] § 102.

360 Harris, O’Boyle ve Warbrick (n 113) 616.

361 AYM, *Birsen Berrak Tüzünataç*, B. No. 2014/20364, 5/10/2017, § 1.

362 *Tüzünataç*’ı görüntüye alanların “Saklanmı abi gözükmeyin” şeklindeki ifadeleri görüntülerin gizlice elde edildiğinin ispatı niteliğindedir. AYM, *Birsen Berrak Tüzünataç*, § 10.

363 AYM, *Birsen Berrak Tüzünataç*, § 19.

364 AYM, *Birsen Berrak Tüzünataç*, § 28. *Tüzünataç* kararında da *Von Hannover* ölçütlerine atıf yapılmıştır. Kamuoyunca tanınmış ya da siyasi kişiliği bulunan bireyler ile sıradan bireyler arasında “kamusal alan” ayırımına gidilmiştir. AYM, *Birsen Berrak Tüzünataç*, § 29-30. Oysa *Tüzünataç*’ın evinin yoldan geçerler tarafından görüntülenmesinin mümkün olmadığı, evinin terasından “yaklaştırma” suretiyle görüntülerinin alınması mekânın “ne kadar kamusal?” olduğu ile ilgili şiphe yaratmaktadır.

kamuoyunca tanınan kişilerin “mahrem alana dahil” kişilik değerlerinin görüntülenebileceği yorumunu yapmak mümkündür. Oysa bu yorum, kişilerin özel yaşamlarına *müdahale alanının genişlemesi* sonucunu doğurur niteliktedir. Tanınmış kişiler açısından kamuoyunun bilgilenme hakkı, kişilerin özel yaşamlarını detayları ile ortaya koyma şeklinde ele alınırsa “güçlü bir müdahale” şeklinde yorumlanabilir. AYM kararına tekrar döndüğümüzde ise başvurucuya ait görüntülerin mahrem alan yerine başkaları tarafından görünebilecek balkon/terasa taşması, şikâyet etme hakkı olmadığı şeklinde ifade edilmiştir.³⁶⁵ Belirtilen nedenlerle Mahkeme söz konusu görüntülerin yayınlanmasının “basın özgürlüğü” sınırlarında kaldığı; çatışan anayasal haklar arasında “makul denge”nin gözetildiği ve özel hayata saygı hakkının ihlâl edilmediği yönünde karar varmıştır.³⁶⁶

AİHM *Tüzünataç* kararı³⁶⁷ incelendiğinde, kamuoyu tarafından tanınan kişilerin fotoğrafının yayınlanması bireyin özel hayatına “müdahale” teşkil ettiği³⁶⁸, özel ve mahrem nitelikte olan bilgilerin yayınlanmasında “kamu yararı” bulunmayan hâllerde ifade özgürlüğüne yönelik daha “kısıtlayıcı yorum” gerektiği ifade edilmiştir.³⁶⁹ Sözleşmede eşit şekilde korunan haklar arasında çatışma bulunuyorsa – *a priori* – eşit saygı düşünülmelidir. Kişi kamuoyunca tanınmış olsa dahi bu durum basına; mesleki ve etik ilkeleri ihlâl etme yetkisi vermediği gibi özel hayata müdahaleyi de meşrulaştırmamaktadır.³⁷⁰ Ayrıca kamu yararı okuyucuların sansasyonel zevkine, röntgencilige indirgenememelidir.³⁷¹ Hileli veya gizli yöntemler kullanarak, kişilerin özel yaşamlarını ayrıntıyla ortaya çıkaran ve mahremiyete müdahale teşkil eden fotoğrafların yayınlanması, Mahkemece haklı bulunmamaktadır.³⁷² AİHM, AYM'nin çatışan haklar arasında “uygun denge” kuramadığı; kişilerin özel hayatlarının bir parçası olan ve kamu yararı taşımayan söz konusu görüntülerin sorumlu gazetecilik anlayışına uymadığı, görüntülerin rıza dışı elde edildiği oysa ulusal hukukta daha titiz davranılması gerektiğini yönünde görüş bildirmiş, tüm bu hususlar ışığında 8'inci madde ihlâl edilmiştir.³⁷³

Hükümeti eleştiri sınırlarının ele alındığı *Castells v. Spain* kararı, Milletvekili *Castells*'in devlet yetkililerini, Bask bölgesinde yaşanan cinayetleri aydınlatmamakla suçladığı makalelerle ilgilidir.³⁷⁴ *Castells* hakkında “Hükümete hakaret” suçlamasıyla dava açılmış, dokunulmazlığı kaldırılmıştır. AİHM'ye göre herkes için değerli olan ifade özgürlüğü, temsil ettiği halkın çıkarlarını savunanlar açısından daha anlamlıdır. Basın özgürlüğü siyasetçilerin siyasi görüş ve tutumlarını keşfetme, bunlarla ilgili kanaat oluşturma konusunda kamuoyuna bilgi sağlamaktadır.³⁷⁵ Sözleşmeciler devletler

365 AYM, *Birsen Berrak Tüzünataç*, § 57.

366 AYM, *Birsen Berrak Tüzünataç*, §§ 60-61.

367 *Tüzünataç c. Türkiye*, Requête no 14852/18 (CEDH, 7 Mars 2023). Bu kararın Fransızcadan tercümesi “DeepL” vasıtasıyla yapılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. < <https://www.deepl.com/translator> > accessed 23 June 2023.

368 *Tüzünataç c. Türkiye*, § 32.

369 *Tüzünataç c. Türkiye*, § 36.

370 *Tüzünataç c. Türkiye*, § 41.

371 *Tüzünataç c. Türkiye*, § 44.

372 *Tüzünataç c. Türkiye*, § 47.

373 *Tüzünataç c. Türkiye*, §§ 49-52.

374 *Castells c. Türkiye*, App no 11798/85 (ECTHR, 23 April 1992) §§ 6-7.

375 *Castells v. Spain*, § 43.

bu özgürlüğü belirli düzeyde kısıtlamalara tâbi tutabilir. Ancak önlemlerin 10'uncu maddeyle uyumluluğunu değerlendirmede nihai yetki Mahkemeye aittir. Hükümetlerin müsaade edilebilir eleştiri sınırları, sıradan vatandaşlara ve hatta politikacılara nazaran daha geniştir. Bu eleştiri marjı, iftira gibi temelsiz ve kötü niyetli suçlamalar karşısında daraldığında, orantılı tedbirlere başvurulabilir.³⁷⁶ Bu ilkeler çerçevesinde başvuranın ifade özgürlüğünün ihlâl edildiği sonucuna varılmıştır.³⁷⁷

Bu bölümde ele alındığı üzere tanınmış ve medyatik kişiler de özel yaşama saygı hakkından yararlanmaktadır. Sıkça ekranlarda görünen bu kişilerin kamuya mâl olmaları, özel yaşamlarına saygı gösterilmesi zorunluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Bu kişilerin özel yaşamları ile ifade özgürlüğünün çatıştığı hâllerde “dengeleme” yapılmalıdır.³⁷⁸

Axel Springer AG v. Germany, Almanya'da tanınmış bir aktörün özel hayatının korunması ile basın özgürlüğü çatışmasına ilişkin karardır. Ünlü Aktör Bay X bir festivale katılmış, *kokain* bulundurduğu gerekçesi ile tutuklanmış ve bu haber *Bild* gazetesi manşetinde yer almıştır.³⁷⁹ Diğer basın kuruluşları da bu haberi *Bild*'e atfen duyurmuştur. *Bild* gazetesi X'in tutuklanmasını takiben olayı tekrar haberleştirmiştir.³⁸⁰ Haberle ilgili açılan dava üzerine Yerel Mahkeme X'in isminin ve fotoğraflarının bulunduğu makaleyi “kişilik haklarına müdahale” olarak kabul etmiştir. Suçun ifşası nedeniyle kişinin itibarı zedelenmiştir. Buna rağmen demokratik toplumun bir parçası olan basının, böyle ciddi haberleri verme hakkına sahip olduğu ve bunun yasal olduğu, mahkemece vurgulanmıştır.³⁸¹ AİHM'ye göre ilgili kişinin rolü de önemlidir: Halk tarafından tanınmayan bir kişi özel hayatının korunmasını talep edebilirken, bu durum “kamuya mâl olmuş kişilerde” geçerli değildir.³⁸² Toplumca tanınan kamuya mâl olmuş kişiler açısından özel yaşamın gizliliği daha *dar* kapsamlı düşünülmelidir. Bu kişilerin görevleri ve meslek yaşamlarıyla ilgili yayın yapılabilirken, özel yaşamlarının özellikle “sır alanlarının yayınlanmaması” gerekir.³⁸³ Sonuç olarak davalı devletin sunduğu gerekçeleri demokratik bir toplumda müdahalenin meşruluğu açısından yetersiz gören Mahkeme, başvuranın basın özgürlüğüne getirilen kısıtlamaların amaçla makul bir orantı içinde olmadığı ve Sözleşme'nin 10'uncu maddesinin ihlâl edildiği yönünde karara varmıştır.³⁸⁴

Büyük Daire, *Von Hannover v. Germany* ve *Axel Springer AG v. Germany* kararlarında ulusal mahkemelerin ifade özgürlüğü ile özel yaşama saygı hakları arasında “dengeleme” ilkelerini dikkate

376 *Castells v. Spain*, § 46. Politikacılar açısından eleştiri yalnızca politik konularla sınırlı olmayıp kişinin belirli sınırlar içerisinde “özel yaşamının eleştirisini” de kapsamaktadır. Oktay Uygun, ‘Siyasi Eleştiri Özgürlüğü’ (2014) Türkiye’de İfade Özgürlüğü, TBB Yayınları (293) 31, 49.

377 *Castells v. Spain*, § 50.

378 Doğru ve Nalbant (n 21) 240.

379 “Kokain! Müfettiş Y. Münih bira festivalinde yakalandı! X Tv yıldızı kokain taşırken yakalandı, Perşembe gecesi bira festivalinde...TV yıldızı Bay X burnuna hafifçe vurdu; o esnada polislerin dikkatini çekti”, *Axel Springer AG v. Germany*, §§ 11-13.

380 *Axel Springer AG v. Germany*, § 15.

381 *Axel Springer AG v. Germany*, §§ 16,19.

382 *Axel Springer AG v. Germany*, § 91.

383 Tezcan, Erdem, Sancakdar ve Önok (n 26). 383; Uygun (n 231) 49.

384 *Axel Springer AG v. Germany*, §§ 110-111.

almadığını vurgulamıştır.³⁸⁵ Keza iç hukuk açısından bakıldığında AYM, *Birsen Berrak Tüzünataç* başvurusu da haklar arasında uygun “dengeleme”nin yapılmadığına dair bir karardır.

AİHM'ye tekrar döndüğümüzde *Uj v. Hungary* kararında Mahkeme, gazeteci başvuranın günlük ulusal bir gazetesinin köşesinde, devletin ürettiği “Macar şarabı” adıyla bilinen ürün hakkında “*Binlerce Macar gururla bu boku içiyor*” yorumundaki “dışkı” niteliğinin “haksız yere aşığılama” niteliğinde olduğu ve şarap üreticisinin hakkına zarar verdiğine karar verilen davayı incelemiştir.³⁸⁶ Mahkemeye göre makalenin ana fikri şarap kalitesini eleştirmenin ötesinde devlet kuruluşlarının olumsuz yönlerine dikkati çekmektir.³⁸⁷ Kısıtlamanın demokratik toplumda gerekliliği, “acil bir sosyal ihtiyacın” varlığıyla bağlantılı olup bu ihtiyaç, ikna edici biçimde kanıtlanmalıdır.³⁸⁸ Kararda, milli değerlerin korunması, özel teşebbüs veya yabancı yatırımlar açısından hükümetin sorunlarını gündeme getiren makale nedeniyle “kamu menfaatinin” zarar gördüğü ancak müdahalenin gerekliliği konusunda yerel makamlarca ikna edici kanıtlar sunulmadığı, dolayısıyla 10'uncu maddenin ihlâl edildiği sonucuna varılmıştır.³⁸⁹

Kılıçdaroğlu v. Turkey kararını incelediğimizde, yargıç ve politikacılar hakkında yapılan eleştiri sınırlarının, izin verilebilir sınırlardan daha geniş olduğu kararda vurgulanmıştır.³⁹⁰ Başkalarının itibar veya haklarının korunması açısından ifade özgürlüğü ve özel hayata saygı çerçevesinde “adil bir denge” kurulması gerektiği diğer AİHM kararlarında olduğu gibi bu kararda da tekrar edilmiştir. Bu denge kurulurken sırasıyla: “Kamusal tartışmaya katkı, etkilenen kişinin ‘dile düşme’ derecesi ve haberin konusu, etkilenen kişinin önceki davranışları, bilginin elde edilmiş yöntemi ve doğruluğu, yayının biçimi, içeriği ve sonuçları, uygulanan yaptırımın ciddiyeti” irdelenmelidir.³⁹¹ Mahkemeye göre politikacıların sözlerinin basın ve kamuoyu tarafından yakından takip edilmesi kaçınılmazdır.³⁹² Kamuya açık şekilde tartışılan, kaygı uyandıran konularda *mübalağa* ve *kışkırtmaya* belirli dereceye kadar izin verilmektedir. Başvuranın konuşmaları da siyasi tarzının gereği ve kamu yararına yönelik bir tartışmanın parçası olarak görülmelidir.³⁹³ Mahkemeye göre yerel mahkemelerce özel yaşama saygı ile ifade özgürlüğünün dengelenmesine dair kriterler “adil” biçimde uygulanmadığından ifade özgürlüğü ihlâl edilmiştir.³⁹⁴

İç hukuk ekseninde konuya bakıldığında, ifade özgürlüğü Anayasa'nın 26 ve 28'inci maddeleri doğrultusunda, kişilerin şöhret ve haklarının korunması gerekçesiyle sınırlandırılmaktadır. Bireyin

385 Harris, O'Boyle ve Warbrick (n 113) 621; Dengeleme yapılmasında başvuru kriterler *Von Hannover v. Germany (2) kararından* şu şekilde sıralanmıştır: “Genel yarar nitelikli bir tartışmaya katkı, hedef alınan kişinin ünlülük derecesi ve röportajın konusu, ilgili kişinin önceki davranışı, yayının içeriği, şekli ve sonuçları, fotoğrafların çekilme şartları”dır. *Von Hannover v. Germany (2)*, §§ 108-113.

386 *Uj v. Hungary*, App no 23954/10 (ECtHR, 19 October 2011) §§ 6, 8.

387 *Uj v. Hungary*, § 15.

388 *Uj v. Hungary*, § 17.

389 *Uj v. Hungary*, § 26.

390 *Kılıçdaroğlu v. Turkey*, App no 16558/18 (ECtHR, 27 October 2020) § 15.

391 *Kılıçdaroğlu v. Turkey*, § 45.

392 *Kılıçdaroğlu v. Turkey*, § 52.

393 *Kılıçdaroğlu v. Turkey*, § 63.

394 *Kılıçdaroğlu v. Turkey*, § 67.

şeref ve itibarı, kişisel kimliği ile manevi bütünlüğünün bir parçasıdır.³⁹⁵ Bu kapsamda basına çeşitli görev ve sorumluluklar düşmektedir. Başkalarının şöhret ve haklarının korunması ve özellikle özel şahısların korunması açısından basın; kişilerin meslek ahlâkına saygı göstermeli, doğru ve güvenilir bilgi vermeli ve iyi niyetle hareket etmelidir.³⁹⁶ Ayrıca ilk derece mahkemeleri ve müdahaleyi gerçekleştiren devlet organları, ifade özgürlüğü ve özel yaşama saygı haklarının birbiri ile çatıştığı hâllerde “dengeleme” yapmalıdır.³⁹⁷

Ergün Poyraz başvurusunda başvuru, kitabında Cumhurbaşkanı adayını Abdullah Gül hakkında bazı iddialara yer vermiştir.³⁹⁸ Gül hakkında “*ajan*”, “*vatan haini*”, “*Türkiye aleyhine faaliyette bulunan şahıs*” şeklinde nitelendirmeler yapılmış ve benzer ifadeler yer verilmiştir.³⁹⁹ Eser nedeniyle davacının şeref ve itibarının zedelendiği tespit edilmiş ve bu nedenle başvuru tazminat ödemeye mahkûm edilmiştir.⁴⁰⁰ Başvuru, yazdığı kitap nedeniyle davacıya tazminat ödemesini ifade özgürlüğü ihlâli olarak yorumlamıştır.⁴⁰¹ İlgili kararda Mahkemeye göre ifade özgürlüğü ile başkalarının “şeref ve itibarının” korunması açısından “adil denge” gözetilmeli ve sınırlama demokratik bir toplumda “zorunlu toplumsal ihtiyaca” karşılık gelmelidir.⁴⁰² İfade özgürlüğü bilindiği gibi eleştiri özgürlüğünü de kapsamaktadır ve bu konuda politikacıların “kabul edilebilir eleştiri sınırı” normal vatandaşa nazaran daha “geniştir”.⁴⁰³ Ancak belirtilen durum siyasetçilerin “şöhret ve haklarının” korunmayacağı yönünde düşünce yaratmamalı; siyasi meselelerde tartışma ortamına katkı bağlamında ele alınmalıdır.⁴⁰⁴ Kararda, başvuru yorum ve nitelendirmelerinin “ağır eleştiri” boyutuna vardığı ancak “kişisel saldırı” düzeyinde olmadığı, siyasi kişilerin yaptıkları siyasi tercihler nedeni ile ağır eleştiriye maruz kalabileceği vurgulanmıştır.⁴⁰⁵ Bu nedenle başvuru hakkında öngörülen yaptırım başkalarının hak ve şöhretlerinin korunması açısından “demokratik toplumda gerekli” bulunmamıştır.⁴⁰⁶ Görüldüğü gibi AYM, AİHM ile paralel olarak ile kamuya mâl olmuş kişiler, özellikle siyasetçiler açısından eleştiri ve tahammül sınırının daha geniş olduğunu kabul etmektedir. Ancak bu konuda şu hususa dikkat edilmelidir: Kamu görevlilerinin eleştiri sınırları

395 AYM, *Aykut Küçükakaya*, B. No. 2014/15916, 09/01/2020, § 44.

396 *İ.D.*, App no 2015/15955 (ECtHR, 31 October 2018) § 26.

397 AYM’nin “çatışan haklar arasında dengeleme”de örnek verdiği kriterler: “Haber veya makalede yer alan ifadelerin kim tarafından dile getirildiği, hedef alınan kişinin kim olduğu, ünlülük derecesi, haber veya makalenin konusu, kullanılan ifadeler, türü ve haberin gerçekliği, yayımlanma şartları, tartışmaya katkı sağlaması, kamuyu bilgilendirme, konunun güncelliği, haber veya makaleye cevap verme hakkının sağlanması, hedef alınan kişinin yaşamı üzerindeki etkileri, bir kısıtlama öngörülmüşse bunun niteliği ve kapsamı” olarak sıralanmıştır. AYM, *Aykut Küçükakaya*, § 47.

398 AYM, *Ergün Poyraz* (2) [GK], § 10.

399 AYM, *Ergün Poyraz* (2) [GK], § 10.

400 AYM, *Ergün Poyraz* (2) [GK], § 40.

401 AYM, *Ergün Poyraz* (2) [GK], § 28.

402 AYM, *Ergün Poyraz* (2) [GK], § 50.

403 AYM, *Ergün Poyraz* (2) [GK], §§ 68, 70.

404 AYM, *Ergün Poyraz* (2) [GK], §§ 71.

405 AYM, *Ergün Poyraz* (2) [GK], §§ 77-78.

406 AYM, *Ergün Poyraz* (2) [GK], § 79; İlgili kararda *Karşı Oy* gerekçesi şu yöndedir: Kitapta yer alan iddia ve ifadeler, ifade özgürlüğü ile başkalarının şöhret ve haklarının korunması arasında “makul denge” sağlamamaktadır. Derece mahkemelerinin tespit ve kararlarının hukuka uygundur, bu nedenle başvuru ifadenin ihlâl edilmemesi.

kamu görevlilerine nazaran daha dardır. Bu noktada amaç kamu görevlilerinin görevini layıkıyla yapmasını sağlamak, kamu görevi nedeni ile kişileri asılsız suçlamalar karşısında korumaktır.⁴⁰⁷

4. Ahlâkın Korunması Amacıyla Sınırlandırılması

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlamaları “demokratik toplumda gereklilik” açısından inceleyen AİHM, devletlerin sahip olduğu takdir marjının sınırsız olmadığını vurgulamaktadır.⁴⁰⁸ İfade özgürlüğü bağlamında ahlâkın korunması, dini inançlara saygı gösterilmesi konularında devletin takdir yetkisi genişlemekte ve basın özgürlüğünün kısıtlanabileceği kabul edilmektedir.⁴⁰⁹ Ulusal ve kamusal yetki kullanan yerel makamların takdir marjı ise daralmaktadır.⁴¹⁰ Gençler, yaşlılar ve engellilerin korunmasına yönelik müdahaleler bu bağlamda haklı görülmektedir.⁴¹¹

Handyside v. the United Kingdom kararı ahlâkın korunmasıyla ilgili önemli bir karardır. “Demokratik toplumda gereklilik” başlıklı bölümde daha detaylı incelediğimiz karar, cinsel öğeler içeren “*Küçük Kırmızı Ders Kitabı*”nın toplatılması ve imhası hakkındadır. Bu müdahaleler kararda belirtildiği üzere Hükümet ve Komisyonun çoğunluğu tarafından “demokratik toplumda ahlâkın korunması” açısından gerekli görülmüştür.⁴¹² Kararda ayrıca 10’uncu madde doğrultusunda “tek tip ahlâk anlayışı” bulunmadığı, devletlerin kendi yasaları doğrultusunda yer ve zamana göre değişen görüşler benimsediği ifade edilmiştir.⁴¹³ Mahkeme, kitabın okuyucu kitlesinin on iki-on sekiz yaş arasındaki gençler olduğuna dikkati çekmiştir. Ayrıca en genç okuyucunun dahi anlayacağı türde doğrudan, olgusal ve temele indirgenmiş bir üslûp kullanıldığı saptanmıştır.⁴¹⁴ Ayrıca kitabın cinsellikle ilgili “Kendin ol” bölümü: gelişiminin kritik aşamasında olan gençlerin zararlı faaliyetlere girişebileceği, suç işlemeye teşvik edici cümle ve paragrafları içermektedir. Bu tespitler ışığında, kitabın çocukların ahlâki değerleri üzerinde zararlı etkiler doğurduğu sonucuna varan Mahkeme, başvuranın ifade özgürlüğünün ihlâl edilmediğine karar vermiştir.⁴¹⁵ Bu kararda vurgulanması gereken en önemli noktalar: Avrupada “tek tip ahlâk anlayışı” bulunmadığı, özellikle dini ve ahlâki konularda taraf

407 AYM, *Emin Aydın*, § 49.

408 *Sunday Times v. the United Kingdom* (No.2); *Handyside v. the United Kingdom*.

409 Özek (n 5) 291; AİHM Kaynakçası (n 49) 49. Burada farklı bir görüşe yer vermekte fayda vardır. 18030’lu yıllarda, konuya farklı bir bakış açısı sunan *Toqueville*: “*Engizisyon İspanya’da çoğunluğun dinine aykırı kitapların dolaşmasını hiçbir zaman engelleyemedi. Amerika’da çoğunluğun hükümlerine ise daha iyisini becerdi: Bu tür kitapları yayımlama düşüncesini bile ortadan kaldırdı...Müstehcen kitapların yazarlarını mahkum ederek ahlâki korumaya çalışan hükümetler görürüz*” düşüncesini dile getirdiği eserinde, ifade özgürlüğünün Avrupa’ya nazaran Amerika’da oldukça kısa ömürlü olduğunu vurgulamıştır. Alexis de Tocqueville, *Çoğunluğun Zorbalığı* (4.B, Can 2021) İnci Malak Uysal (çev.) 54. *Toqueville’e göre basın*: Devlet karşısında bireylerin kendisini ifade edebildiği ve düşünceleri tartışabildiği ortamı sağlayan bir vasıttır. Ancak belirli ideolojik düşünce taşıyan kişilerce ya da maddi, manevi desteğin devletçe sağlandığı hâllerde basının tarafsızlığından şüphe edilmelidir. Murat Tımay ve Firdevs Okatan, ‘Alexis de Tocqueville’e göre Sivil Toplum’ (2015) XIX (3) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/789069>> Erişim Tarihi 20 Eylül 2022.

410 Derya Doğru, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargılamasında Takdir Marjı Doktrini* (Turhan 2019) 179.

411 Yüksek (n 185) 118.

412 *Handyside v. the United Kingdom*, § 45.

413 *Handyside v. the United Kingdom*, § 48.

414 *Handyside v. the United Kingdom*, § 52.

415 *Handyside v. the United Kingdom*, § 59.

devletlere tanınan “takdir marjı”nın genişlemesi hususudur. Dini ve ahlâki değerler konusunda Avrupa konsensüsü bulunmamakta, belirtilen değerler topluma ve zamana göre değişiklik göstermektedir.

*Mouvement Raëlien Suisse v. Switzerland*⁴¹⁶ konusu gereği ilginç bir karardır. Başvuru sahibi dernek, uzaylılarla ilk teması kurmak ve iyi ilişkiler yürütmek istemektedir. Bu dernek Neuchâtel şehrinde, polis biriminden uzaylılarla ilgili reklam kampanyası düzenleme talebinde bulunmuş ve bu talep reddedilmiştir.⁴¹⁷ Evvelce 13 Şubat 1998 tarihinde, Raël’in eserlerinde “teorik olarak” pedofili ile ensest uygulamaları savunduğu yerel mahkemece tespit edilmiştir.⁴¹⁸ Ayrıca dernekle bağlantılı web sitesinde “klonlama” ve “öjenizm”le ilgili belirli hizmetler önerilmesi ayrımcılık yasağına aykırıdır. Mahkeme bu hususlar doğrultusunda, derneğin kendisine veya internet sitesine yönelik herhangi bir yasaklama olmadığına dikkat çekerek, uygulanan tedbirin “orantılı” olduğunu kabul etmiştir.⁴¹⁹ Özellikle dernekle ilgili olarak, bazı üyelerin reşit olmayanlarla cinsel faaliyetlerine ilişkin suçlamalar endişe verici boyuttadır ve bu durum yetkililerin izin talebini reddetmeleri konusunda “yeterli” bir gerekçedir.⁴²⁰ Kararda yerel makamların kampanyasını yasaklaması “acil bir sosyal ihtiyacı” ortaya koyan “ilgili ve yeterli” gerekçeler sunarak kendilerine tanınan “takdir marjını” aşmadıkları belirlenmiş ve 10’uncu maddenin “ihlâl edilmediği” yönünde karara varılmıştır.⁴²¹

2023 yılına gelindiğinde AIHM Büyük Daire konuyla ilgili çarpıcı bir karara imza atmıştır. *Macatė v. Lithuania* [GC]⁴²² kararında, çocuk kitabında yer alan eşcinsel ilişki ve ifadeler gerekçesiyle sakıncalı içeriğin toplatılması tartışılmıştır. Başvuran, kendisini “eşcinsel” olarak tanımlayan, profesyonel yazar ve çocuk edebiyatı uzmanıdır.⁴²³ Dava konusu “aynı cins kişiler” arası evliliği tasvir eden, altı peri masalının derlendiği *Amber Heart (Gintarinė širdis)* adlı eser hakkındadır.⁴²⁴ Eser Litvanya Üniversitesi tarafından beş yüz adet basılmıştır.⁴²⁵ Yayını takiben on dört yaşından küçük çocuklar için zarar doğurabileceği gerekçesi ile üzerinde “uyarı” etiketi ile dağıtımına karar verilmiştir. Başvuran, kitabı hakkında uygulanan tedbirlerin Sözleşme’nin 10’uncu ve bununla bağlantılı olarak 14’üncü

416 *Mouvement Raëlien Suisse v. Switzerland* [GC] (İsviçre Raelyen Hareketi v. İsviçre), App no 16354/06 (ECtHR, 13 July 2012).

417 Raelyen Hareketine göre bilimsel ve teknik ilerlemelerin çok önemli olduğu ve “insan klonlama” yöntemiyle insanın ölümsüzlüğünün sağlanabileceğine inanılıyordu. Poster şeklinde yayımlanmak istenen reklamın içeriğinde “Uzaylılardan gelen mesajlar”, posterin alt kısmında ise “Bilim sonunda dinin yerini alacaktır” ifadesi yer almaktadır. 29 Mart 2001 tarihinde polis idaresi reklam kampanyasına izin vermemiştir. 1995 tarihli Fransız Parlamento Raporu ve Fribourg Kantonu La Sarine Bölgesi Hukuk Mahkemesinin bir kararında Raelian Hareketi’nin kamu düzeni ve ahlâka aykırı faaliyetlerde bulunduğu tespit edilmiştir. *Mouvement Raëlien Suisse v. Switzerland* [GC], §§ 9-14.

418 *Raëlien Suisse v. Switzerland* [GC], § 10.

419 *Mouvement Raëlien Suisse v. Switzerland* [GC], §§ 73, 75.

420 *Mouvement Raëlien Suisse v. Switzerland* [GC], § 56.

421 *Mouvement Raëlien Suisse v. Switzerland* [GC], §§ 76-77.

422 *Macatė v. Lithuania* [GC], App no 61435/19 (ECtHR, 23 January 2023).

423 *Macatė v. Lithuania* [GC], § 12.

424 *Macatė v. Lithuania* [GC], § 15.

425 ‘Kralımızın en küçük oğlu ve kocası...!... Kralın üçüncü oğlu genç terzi ile içeri girdi ... İki gencin el ele tutuştuğunu görmek [misafirler] için hâlâ tuhaftı... § 16; Ayakkabıcının kızı prensese sarıldı ve yemin sözlerini tekrarladı, ‘Ölüm bizi ayrırana kadar benimle olmayı şimdi kabul ediyor musun? ‘Seni bir ömür seveceğim’ dedi prenses içi rahatlamış bir şekilde... § 17.

maddesinin ihlâli olduğu iddiasında bulunmuştur.⁴²⁶ Mayıs 2014 yılında üniversite rektörü söz konusu masalların, üniversitenin çocukların eğitimi hakkındaki politikasına uymadığını belirtmiş ve yayınevi başkanına disiplin cezası vermiştir.⁴²⁷ Başvuran kitabın dağıtımının durdurulması, üzerine “uyarı” etiketi konulmasının Sözleşme'nin 10'uncu maddesi karşısında haksız bir uygulama olduğu⁴²⁸, söz konusu masalların “zararlı” bir davranışı teşvik etmediği ve Anayasa Mahkemesi içtihadında yer alan “aile” kavramı ile çelişmediği iddiasında bulunmuştur.⁴²⁹ Ayrıca kitapta yer alan ifadelerin çocuklar üzerinde olumsuz bir etki oluşturmadığı, uygulanan müdahalenin “meşru amaç” gütmeyeceği ve “demokratik toplumda gerekli” olmadığı, aksine kitapta yer verilen bilgilerin demokrasinin düzgün işleyişi, eşitlik, çoğulculuğun desteklenmesi açısından son derece önemli olduğu vurgusunda bulunmuştur.⁴³⁰ Mahkeme, kitabın dağıtımının bir yıl süre askıya alınması ve kitapçılardan geri çağırılmasının⁴³¹ “kitaba erişimini azalttığı” kanaatindedir. Kitaba uyarı etiketi konulması “şiddet içeren, müstehcen, uyuşturucu kullanımı içeren ya da kendine zarar vermeyi teşvik eden” bilgileri belirtmek için kullanıldığından, kitap hakkındaki uygulama okuyucular üzerinde önemli ölçüde caydırıcıdır. Ayrıca Litvanya'da LGBT'lere karşı klişe haline gelmiş önyargı ve tutumların, düşmanlığın, ayrımcılığın ışığında – kitaplarda yer alan uyarı etiketleri nedeniyle – önemli sayıda ebeveyn ve veli, çocukların bu kitabı okumasına müsaade etmeyebileceğini düşündürmektedir.⁴³² Mahkeme bu “etiketleme”nin başvuranın “itibarını” etkilediği görüşündedir.⁴³³ Bu tip uygulamalar, başvuran üzerinde olduğu kadar diğer yazarlar üzerinde de “caydırıcı” etki doğuran ve ifade özgürlüğüne yönelen müdahalelerdir.⁴³⁴ Söz konusu dava, şu hususta çok önemlidir: Eşcinsel ilişkilerin yer aldığı, çocukları doğrudan hedef alan, kolayca erişilebilen bir dil ve üslupla yazılmış literatür hakkındaki kısıtlamaya dair “ilk” davadır.⁴³⁵ Çocukların yüksek yararını da gözeterek Mahkeme, kararda yalnızca eşcinsellikten söz etme ve cinsel azınlıklar hakkında yürütülen kamuoyu tartışmalarının çocukları “olumsuz” yönde etkileyeceğine dair bilimsel kanıt veya sosyolojik veri bulunmadığını belirtmiştir.⁴³⁶ *Venedik Komisyonu, ECRI, Avrupa Parlamentosu ve BM Bağımsız Cinsel Yönelim ve Cinsiyet Kimliği Uzmanı* gibi uluslararası kuruluşlar, çocukların farklı cinsel yönelimler hakkındaki bilgilere erişimini kısıtlamaya çalışan yasaları ilgili nedenlerle eleştirmektedir: Objektif ve yaşa uygun sunulan bilgilerin çocuklara zarar verdiği yönünde bilimsel bir kanıt bulunmamaktadır. Aksine bilgi eksikliği ve LGBT bireyleri damgalama çocuklara zarar veren hususlardır.⁴³⁷ Önemli sayıda Avrupa Konseyine üye devlet, yasaları veya okul müfredatlarında “eşcinsel” ilişkilere açıkça yer verdiği gibi çeşitliliğe saygı, öğretimde cinsel yönelime dayalı ayrımcılığın yasaklanmasına yönelik düzenlemelere

426 *Macatė v. Lithuania* [GC], § 1.

427 *Macatė v. Lithuania* [GC], § 25.

428 *Macatė v. Lithuania* [GC], § 141.

429 *Macatė v. Lithuania* [GC], §§ 33-35.

430 *Macatė v. Lithuania* [GC], § 151.

431 *Macatė v. Lithuania* [GC], § 180.

432 *Macatė v. Lithuania* [GC], § 181.

433 *Macatė v. Lithuania* [GC], § 182.

434 *Macatė v. Lithuania* [GC], § 182.

435 *Macatė v. Lithuania* [GC], § 203.

436 *Macatė v. Lithuania* [GC], § 210.

437 *Macatė v. Lithuania* [GC], § 211.

yer vermiştir.⁴³⁸ Mahkeme – bazı kişilerce – belirli aile türleri veya ilişkilerinin “sakıncalı” veya “ahlaksız” bulmasının; çocukların bunlar hakkında bilgi edinmelerini “haklı” çıkarmayacağı görüşündedir.⁴³⁹ Farklı yönelimlere sahip kişilere “eşit ve karşılıklı saygı” Sözleşme’nin dokusunda içkindir. Kişileri cinsel yönelimleri nedeniyle aşağılamak, küçük düşürmek, belirli bir aile yapısını bir diğerine tercih etmek Sözleşme kapsamında kabul edilemezdir.⁴⁴⁰ Ayrıca cinsel yönelim temelinde bilgiye erişimi kısıtlayan uygulamalar “demokratik toplumda yer alan eşitlik, çoğulculuk ve hoşgörü” kavramları ile bağdaşmamaktadır.⁴⁴¹ Belirtilen hususlar ışığında Mahkeme, başvuranın kitabına yönelen tedbirlerin bilgiye erişimi sınırladığı, bahsedilen bilgilerin “zararlı” olarak etiketlendiği ve söz konusu tedbirlerle “meşru amaç” güdümediği; bu nedenlerle, başvuranın ifade özgürlüğünün “ihlâl” edildiği yönünde karara varmıştır.⁴⁴² Büyük Daire’nin bu kararını “çarpıcı” olarak ifade etmek yerindedir. *Handyside v. the United Kingdom* kararında Mahkeme çocuklara ilişkin eserde, dini ve ahlâki değerler konusunda Avrupa konsensüsü bulunmadığı, belirtilen değerlerin “topluma ve zamana göre değişiklik gösterdiği”ni vurgulamış lakin başvurucu hakkında eserin toplatılması ile ifade özgürlüğünü ihlâl edilmediği kararına varmıştır. *Macatė v. Lithuania* kararında Mahkeme, dinamik yorum yöntemiyle Sözleşme’nin hazırlandığı dönemdeki şartlar ve *Handyside* içtihadından uzaklaşarak, günün şartları ve toplumsal değişimleri dikkate alarak karara varmıştır. Günün şartlarında tartışma, çocukların ahlâki değerlerinden öteye taşınmış; bilgiye erişim, toplumsal eşitlik, çoğulculuk ve hoşgörü zeminine yatırılmıştır.

Ahlâkın korunmasıyla nedeniyle sınırlandırma nedenlerine geri döndüğümüzde AİHS düzenlemesinin aksine, Anayasa’nın 26’ncı maddesi “genel ahlâk, genel sağlık” gerekçeli sınırlama nedenlerine yer vermemiştir. AYM ise konuyu “kamu düzeni ve kamu yararı” kavramları çerçevesinde ele almaktadır.⁴⁴³ Genel ahlâkın korunmasıyla ilgili olarak *İrfan Sancı(2)* başvurusu örnek verilebilir.⁴⁴⁴ İtalyan asıllı Fransız şair, yazar ve sanat eleştirmeni Guillaume Apollinaire’nin *Lex exploits d’un jeune Don Juan* adlı romanı, Sel Yayıncılık tarafından *Genç Bir Don Juan’ın Maceraları* çevirisiyle basılmıştır.⁴⁴⁵ Başvurucu ve kitabı tercüme eden hakkında “*müstehtecen kitap yayımlama*” suçu nedeniyle kamu davası açılmıştır.⁴⁴⁶ Nihai kararla takiben yapılan bireysel başvuruda,

438 *Macatė v. Lithuania* [GC], § 212.

439 *Macatė v. Lithuania* [GC], § 213.

440 *Macatė v. Lithuania* [GC], § 214.

441 *Macatė v. Lithuania* [GC], § 215.

442 *Macatė v. Lithuania* [GC], §§ 217-218.

443 Karan (n 54) 137.

444 AYM, *İrfan Sancı (2)*, B No 2018/5652, 30.03.2022, §§ 7-8.

445 AYM, *İrfan Sancı (2)*, § 6.

446 Bilirkişi raporu: “...*Genç Bir Don Juan’ın Maceraları* isimli kitabın muhtelif sayfalarından alıntılarla örnekleme yapıp, romanda ergenliğin başlarındaki genç bir erkek olan Roger’in etrafındaki kadınları (annesi, teyzesi, kızkardeşi de dahil olmak üzere) gözlemleyerek ve neredeyse tümüyle birlikte olarak cinselliği keşfetmesi anlatılırken, bu keşfin aşkı anlatır biçimde, estetik bir tarzda değil, ahlaki değerlere aykırı düşecek şekilde okuyucuya aktarıldığı, yayınevının, kitabın tanıtımını yaptığı arka kapakta da başkarakterin utanılacak işleri sıklıkla yapan biri olduğu gerçeğini kabul ettiği, roman boyunca aile içi yasak ilişkiler (enset) hayvanlarla ve evde çalışan hizmetlilerle girilen ilişkilerin anlatıldığı, insanların en mahrem anları (tuvalette, yıkanırken veya cinsel ilişki esnasında) bayağı, adi bir dil kullanılarak [...], ayrınılı bir şekilde verildiği, kitabın okuyucuyu rahatsız edecek, hatta tiksindirecek tarzda yazıldığı, toplumun ar ve haya duygularına aykırılık, cinsi arzuları tahrik etme işlevinin bulunduğu, tüm bunlara ek olarak, bahsi geçen eserdeki ifadelerin hiçbir sanatsal veya edebi

Sözleşme'nin 10'uncu maddesine atıfta bulunulmuştur. Mahkeme, ahlâkın korunması açısından “tek tip ahlak anlayışı” bulunmadığı, kamusal makamların ahlâkın gerekliliklerini değerlendirirken “uluslararası yargıçtan daha iyi durumda olduklarını” vurgulamıştır.⁴⁴⁷ Ahlakın korunması; zamana, yere göre değiştiği gibi bu konuda kültürel, dini, medeni ya da felsefi toplulukların da varlığı dikkate alınmalıdır.⁴⁴⁸ Başvurucu, kitabının “edebi ve sanatsal bir eser” olduğunu ileri sürmüştür. Sanat özgürlüğü ise Anayasa'nın 27'nci maddesinde koruma altına alınmıştır. Ayrıca fikir ve görüşlerin kamuoyu ile paylaşılması açısından sanatsal eserler, demokratik bir toplumda son derece önemli role sahiptir.⁴⁴⁹ Sanatçıların çalışmalarını özgürce yürütebilmesi, yaygınlaştırması devlete bazı yükümlülükler yüklemektedir. Devlet, negatif yükümlülükler açısından müdahale etmeme, pozitif yükümlülükler açısından sanat eserini ve onu yaratan kişiyi korumakla yükümlüdür.⁴⁵⁰ Lâkin ifade özgürlüğünün sınırsız olmadığı hatırlanmalıdır. Genel ahlâkın korunmasıyla ilgili olarak Anayasa'nın 28'inci maddesinin beşinci fıkrası ve ayrıca “*Ailenin korunması ve çocuk hakları*” kenar başlıklı 41'inci madde gereği çocukların korunması ve her türlü tedbirin alınması devletin yükümlülükleri arasında yer almaktadır.⁴⁵¹ Mahkeme bu kararda, devam etmekte olan “yapısal bir soruna” dikkat çekmiştir: Eserin düşünsel, toplumsal, bilimsel, estetik değerlendirmesini yapabilecek uzmanların bulunmadığı bir kurulca, genel ve soyut ifadelerle yapılan değerlendirmeler ifade ve basın özgürlüğü açısından olumsuz sonuçlar doğurmaktadır.⁴⁵² Bir eserin edebi niteliğinin anlaşılması yüksek düzeyde uzmanlık, özel ve teknik bilgiyi gerektirmektedir.⁴⁵³ Oysa kitap incelendiğinde kapağında “*Cinsel*” ibaresine yer verildiği, herkesin dikkatini çeker şekilde basıldığı anlaşılmaktadır.⁴⁵⁴ Dünyaca ünlü bir yazarın eserinin Türkçe olarak yayımlanması karşılığında “*on yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza*” tehdidi demokratik toplumda gerekli olmadığı gibi orantılı da bulunmamıştır. Belirtilen nedenlerle Anayasa'nın 26'ncı maddesi ihlâl edilmiştir.⁴⁵⁵ Mahkeme'nin bu kararı isabetlidir: Bir sanat eserinin

anlamı bulunmayıp, 'basit, sıradan ve bayağı' olduğu... yönündedir.

Başbakanlık Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kurulu'nun 2010/137 sayılı ve 11/08/2010 tarihli bilirkişi raporu: “... *davaya konu kitapta asıl ağırlığın sekse yöneltilmiş olduğu, kitabın toplumun ahlak yapısıyla bağdaşmadığı ve halkın ar ve haya duygularını incitici, cinsi arzuları tahrik ve istismar eder nitelikte genel ahlaka aykırı olduğu...*” yönündedir.

Hükümün bozulması sonucu yapılan yeni yargılamada: “*Bozma kararı üzerine mahkememizce yeniden yargılamaya başlanmıştır. Her ne kadar Yargıtay bozma ilamında; Kitapta hiçbir olay örgüsüne yer verilmeden sadece cinsel dürtüleri harekete geçirmeye yönelik basit, sıradan ifadelerle ters lezbiyen, doğal olmayan ve hayvanlarla yapılan cinsel ilişkilerin, çocuklar kullanılmak suretiyle basın yoluyla müstehcenlik suçunun işlendiği ve eylemin TCK 226/3-5 madde kapsamında kaldığı belirtilmiş ise de; TCK 226/3-5 madde kapsamında basın yoluyla müstehcenlik suçunun işlenebilmesi için maddede ve madde gerekçesinde açıkça belirlendiği üzere bu suçun işlenmesinde yani müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde fiilen çocukların kullanılmasının ya da çocukların görmesinin, dinlemesinin veya okumasının sağlanması gerektiği, dava konusu kitabın kurgu kahramanının çocuk yaşta olmasının fiilen çocukların kullanılması anlamında olmadığı gibi kitabın çocuklara yönelik bir kitap olduğunu da göstermez, mahkememizce dava konusu eylemin sübutu halinde TCK 226/2 madde kapsamında değerlendirilebileceği*” yönünde karara varılmıştır. AYM, İrfan Sancı (2), §§ 8,14.

447 AYM, İrfan Sancı (2), §§ 30-31.

448 AYM, İrfan Sancı (2), § 34.

449 AYM, İrfan Sancı (2), § 52.

450 AYM, İrfan Sancı (2), § 53.

451 AYM, İrfan Sancı (2), § 54.

452 AYM, İrfan Sancı (2), § 63.

453 AYM, İrfan Sancı (2), § 65.

454 AYM, İrfan Sancı (2), § 73.

455 AYM, İrfan Sancı (2), § 74.

yayımlanması ve çevirisi karşısında öngörülen hürriyeti bağlayıcı ceza, ölçülülük ilkesi bağlamında orantısız bir uygulamadır.

5. Gizli Bilgilerin Açığa Çıkarılmasının Engellenmesi

Kamu görevlileri görev gereği, eriştikleri gizli veya sır niteliğindeki bilgi ve belgeleri “kamu yararı” gerekçesi ile paylaşması mümkündür. Mahkemeye göre kişisel hınç veya çıkar amaçlı olmadıkça, işyerinde kanunsuz tutum ve davranışların ihbarı belirli hâllerde korunmaktadır.⁴⁵⁶ Kişi öncelikle kendi üstlerine, yetkili makama veya kuruma bu bilgi ve belgelerle ilgili ifşada bulunmalıdır. Halka ifşa, başka türlü hareket etmenin imkânsız olduğu durumda; son aşamada düşünülmelidir.⁴⁵⁷ Demokratik toplumda hükümetin eylem veya ihmâlleri yasama ve yargının denetiminde olduğu kadar, medya ve kamuoyunun denetimine tabidir.⁴⁵⁸ Gizli bilgilerin ifşasında kritik nokta “kamu yararı”dır; belirli hâllerde kamu yararı gizlilik kuralından üstündür.⁴⁵⁹ Ayrıca, ifşa edilen bilginin gerçekliği de konuyla ilgili önemli bir etkidir.

Stoll v. Switzerland kararında, Holokost mağdurları İsviçre bankalarında kalan paralarıyla ilgili zararlarının tazmini için, Dünya Yahudi Kongresi ve İsviçre bankaları arasında pazarlık yürütmüştür. 1996 yılında İsviçre'nin ABD Büyükelçiliği tarafından “gizli” ibareli belge, kimliği belirlenemeyen bir kişi tarafından başvurana ulaştırılmıştır.⁴⁶⁰ Başvuran tarafından “*Büyükelçi Jagmetti Yahudilere hakaret ediyor*” ve “*Bornoz ve büyük nalınlı büyükelçi pot kırıyor*” başlıklı gazete makalelerine “gizli” ibareli belgeler aktarılmış ve bir başka gazetede aynı belgeden bölümlere yer verilmiştir.⁴⁶¹ Söz konusu yayımlar nedeniyle başvuran hakkında para cezasına hükmedilmiştir. Mahkemeye göre para cezası olarak tezahür eden müdahalenin amacı “gizli bilgilerin yayılmasını önlenmek”tir. Sözleşme'nin 10'uncu maddesinin ikinci fıkrasında, kamu yararına ilişkin bilgilere yönelik sınırlandırmalar *dar* kapsamlı kabul edilmektedir: Aleniyet asıl, sır niteliği ise istisnadır.⁴⁶² Ayrıca gizli olduğu iddia edilen bir belgenin ifşası nedeniyle gazetecinin mahkûm edilmesi – kamu yararı taşıyan meselelerde – kamunun bilgilendirmesi görevini yürüten medya çalışanları üzerinde “çaydırıcı etki” oluşturabilir. Bu şekilde basın “kamu beççiliği” rolünden kopabilir, doğru ve güvenilir bilgi sağlama görevi sarsılabilir.⁴⁶³ Mahkemeye göre kamuoyunu bilgilendirme amacı taşıyan makaleler, ilgili raporu “skandal konusu” hâline getirmiş, büyükelçi hakkında yanlış anlaşılmalara neden olmuştur.⁴⁶⁴ Bu nedenle hükmedilen para cezası orantılı görülmüş, ifade özgürlüğünün “ihlâl edilmediğine” karar verilmiştir.⁴⁶⁵

456 *Guja v. Moldova*, App no 14277/04 (ECtHR, 12 February 2008) § 72.

457 *Guja v. Moldova*, § 73.

458 *Guja v. Moldova*, § 74.

459 *Guja v. Moldova*, § 74.

460 *Stoll v. Switzerland*, App no 69698/01 (ECtHR, 10 December 2007) §§ 14-16.

461 *Stoll v. Switzerland*, §§ 18-21.

462 *Stoll v. Switzerland*, §§ 28, 106.

463 *Stoll v. Switzerland*, § 110.

464 *Stoll v. Switzerland*, § 152.

465 *Stoll v. Switzerland*, § 162.

Observer and Guardian v. the United Kingdom kararına göre, güvenliğe ilişkin bilgilerin kamusal alana çıktıktan sonra yasaklanmaması, yayının toplatılmaması ve bilgiyi yayanların cezalandırılmaması gerekir.⁴⁶⁶ Ayrıca güvenliğe ilişkin bilgiler zamansal olarak sınırlı tutulmalı ve bilginin verilmesinde kamu yararı gözetilmelidir. Bazı bilgi ve belgeler ulusal güvenlik gereği “gizli” ise de her bilginin yayınlanmasını “mutlak yasak” kapsamında değerlendirmek yerinde değildir.⁴⁶⁷ Ulusal güvenlik gerekçesiyle getirilen kısıtlamaların sınırı “demokratik bir toplumda gereklilik”tir.⁴⁶⁸

İç hukuk açısından bakıldığında, gizli bilgilerin yayılması haberleşme özgürlüğüne bir müdahaledir. Anayasa'nın 22'nci maddesi haberleşme özgürlüğünün herkese tanındığı ve bu özgürlüğün gizliliğinin esas olduğunu düzenlemiştir.⁴⁶⁹ Bu madde devletin hem negatif hem de pozitif yükümlülüklerine atıfta bulunmaktadır. *Hakan Yiğit* başvurusunda, başvuru hakkında kişiler arası haberleşme içeriklerini hukuka aykırı olarak ifşa etmek ve hakaret suçlamaları nedeniyle kamu davası açılmıştır.⁴⁷⁰ Bu başvuruda Mahkeme, kişilerarası haber içeriklerinin basın ve yayın organları vasıtasıyla ifşa edilmesine ilişkin içtihatların “henüz istikrar kazanmadığı”nı vurgulamıştır.⁴⁷¹ Yayımlanan haberde kişilerin özel haberleşmesinin ifşası nedeniyle, başvuru hakkında 1 yıl 8 ay hürriyeti bağlayıcı ceza verilmiş ve hükmün açıklanması geri bırakılmıştır.⁴⁷² Haberleşme hürriyeti Anayasa'nın 20'nci maddesinde düzenlenen “*özel hayatın gizliliği*”nin özel görünümüdür. Herkes haberleşme hürriyetine saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. 22'nci madde ise devletin pozitif yükümlülükleri bağlamında, bu hakka etkili bir biçimde saygı gösterilmesi ve bu yönde tedbirler alınmasını amaçlamaktadır.⁴⁷³ Ancak kararda şu husus dikkati çekmektedir: İletişim içeriklerinin ifşası kamusal tartışmaya katkı sunduğu gibi, ifşa konusu bilgi halka evvelce açıklanmıştır. Bu nedenle iletişimin korunmasında amaç unsuru neredeyse ortadan kalkmıştır. ⁴⁷⁴ Evvelce açıkladığımız gibi demokratik bir toplumda, kamu yararını ilgilendiren konularda basının “*kamu bekçisi/bekçi köpeği*” rolünün önemi hatırlanmalıdır. Başvurucunun 1 yıl 8 ay hapis ile cezalandırılması ve HAGB uygulaması, müştekinin özel hayatının korunması açısından “*orantısız*” bulunmuş ve Anayasa'nın 26 ila 28'inci maddelerinin ihlâl edildiği yönünde karar varılmıştır.⁴⁷⁵ Bu kararda basın özgürlüğü ve haberleşme özgürlüğü arasında yapılan dengelemede üstünlük basın özgürlüğü lehinde yorumlanmış; gazeteciler hakkında öngörülen cezai müeyyidelerin, siyasi meselelerde tartışma ortamına katkı bağlamında caydırıcı etki doğurabileceği vurgulanmıştır.

466 Macovei (n 10) 71; Bychawska-Siniarska (n 37) 57.

467 Macovei (n 10) 76; Bychawska-Siniarska (n 37) 57-58.

468 *Observer and Guardian v. the United Kingdom*, § 70.

469 Karan (n 54) 78.

470 AYM, *Hakan Yiğit*, B. No. 2015/3378, 05.07.2017, § 15.

471 AYM, *Hakan Yiğit*, § 21.

472 AYM, *Hakan Yiğit*, § 39.

473 AYM, *Hakan Yiğit*, § 54.

474 AYM, *Hakan Yiğit*, § 64.

475 AYM, *Hakan Yiğit*, § 69.

6. Yargı Organlarının Yetki ve Tarafsızlığının Korunması

Basın özgürlüğüne ilişkin sınırlandırma nedenlerinden bir diğeri “yargı organlarının yetki ve tarafsızlığının korunması”dır. Sözleşme’nin 10’uncu maddesinin ikinci fıkrası doğrultusunda yargı organlarını etkileyerek görülmekte olan bir davanın seyrini değiştirmeye yönelik eylemler, basın özgürlüğüne yönelik sınırlamayı meşru kılabilir.⁴⁷⁶ Yargı erkine ilişkin kamuoyu denetimi, basın tarafından, yargıçların görevlerini yerine getirme yöntemleriyle ilgili sunulan bilgilerle sağlanabilmektedir.⁴⁷⁷ Bu noktada korunması amaçlanan yargı erkinin kendisi değil; “yargılamalar esnasında demokratik toplum gereği kişilerde uyanması gereken güven duygusu”dur.⁴⁷⁸

Baka v. Hungary kararında Mahkeme, yargı alanında görevlerini icra eden kişilerin ifade özgürlüklerini kullanırken, yargının otorite ve tarafsızlığını koruma amacıyla sorumlu ve hassas davranması gerektiğini vurgulamıştır.⁴⁷⁹ Doğru bilgilerin yayılması hâli “ölçülü ve uygun” şekilde gerçekleştirilmelidir. Yargı organının toplumda özel bir rolü vardır. İradesi hukuka dayalı devlet, adaletin garantörü olarak görevini başarıyla yerine getirirken, halkın güvenini kazanmalıdır. Belirtilen nedenlerle yargı makamları görevlerini icra ederken *tarafsız hâkim* imajını koruma amacıyla, bakmakta oldukları davalarda takdir yetkilerini “azamî hassasiyetle” kullanmalıdır.⁴⁸⁰ Adaletin işleyişinin sorgulanması kamu yararıyla ilgilidir ve 10’uncu madde kapsamında üst düzeyde korunmaktadır. Ayrıca kuvvetler ayrılığı ve yargı bağımsızlığını korumak bakımından, bir yargıcın ifade özgürlüğüne yapılan müdahale de takip edilmelidir.⁴⁸¹ Tartışılan konuların olası siyasi sonuçları, bir yargıcın konu hakkında açıklama yapmasını engellemek için yeterli değildir.⁴⁸² İfade özgürlüğü hakkında öngörülen müeyyideler, adaletin ve yargının işleyişiyle ilgili kamusal tartışmaya katılmak isteyen yargıçlar üzerinde caydırıcı etki oluşturmamalıdır.⁴⁸³

Sunday Times v. the United Kingdom kararında, ifade özgürlüğüne müdahalenin yargı organlarının otoritesi ve tarafsızlığıyla olan bağı tartışılmıştır. Mahkemeye göre “yargı yetkisinin sürdürülmesi” amacıyla uygulanan müdahale 10’uncu maddenin ikinci fıkrası uyarınca meşru amaca sahiptir.⁴⁸⁴ Yargı otoritesine yönelik tehdit oluşturduğu takdirde, önemli bilgilerin yayılması engellenebilmektedir.⁴⁸⁵

Ulusal hukuk açısından konuya baktığımızda, Anayasa’nın 28’inci maddesinin beşinci fıkrası “Yargılama görevinin amacına uygun olarak yerine getirilmesi” gerekçesiyle yayın yasağı getirilebileceğini düzenlemiştir. İlgili düzenleme incelendiğinde AİHS’nin 10’uncu maddesinden biraz farklılaştığı görülmektedir. Sözleşme’de basın özgürlüğüne ilişkin sınır “yargı organlarının

476 Akkurt (n 36) 312; Sunay (n 19) 293.

477 Doğru ve Nalbant (n 21) 242.

478 Abdi Sağlam ‘AİHS’ye göre İfade Özgürlüğü Hakkı Kapsamında Kamu Görevlileri Açısından Görev ve Sorumluluk Kavramı’ (2016) (25) TAAD İfade Özgürlüğü Özel Sayısı 79, 97.

479 *Baka v. Hungary*, App no 20261/12 (ECtHR, 23 July 2016).

480 *Baka v. Hungary*, § 164.

481 *Baka v. Hungary*, § 165.

482 *Baka v. Hungary*, § 165.

483 *Baka v. Hungary*, § 167.

484 *Sunday Times v. the United Kingdom (No.1)*, § 57.

485 *Sunday Times v. the United Kingdom (No.1)*, § 66.

yetki ve tarafsızlığının korunması” meşru amacını taşımakta iken, Anayasa'nın 28'inci maddesinde meşru amaç “yargılamanın görevinin amacına uygun olarak yerine getirilmesi” yönündedir. Yargı organlarının korunması gerekçesiyle yayın yasağı Sözleşme'den bu yönü ile ayrılmaktadır. AYM'nin *Halk Radyo ve Televizyon A.Ş.* başvurusunda 28'inci maddenin beşinci fıkrasının bir sınırlama sebebi olduğu ve yayın yasağının da “sınırlama sebebinin sınırlandırılması” olduğu belirtilmiştir.⁴⁸⁶ İlgili madde gerekçesi incelendiğinde, yargı organları tarafsızlığı için her türlü etkiden uzak olmalıdır.⁴⁸⁷

Gerek Sözleşme gerek Anayasa hükmünde yargı organlarının tarafsızlığına ilişkin ifade farklılığı bulunmasına rağmen, her iki düzenleme de birbirine paralel niteliktedir. Düzenlemelerin nihai amacı “yargı organlarının haksız ve gerçeğe aykırı saldırılar” karşısında korunması gerekliliğidir.⁴⁸⁸

C. DEMOKRATİK TOPLUMDA GEREKLİLİK VE ÖLÇÜLÜLÜK

1. Demokratik Toplumda Gereklilik

İfade özgürlüğü demokratik toplumun temelleri arasında yer almaktadır. Demokrasi gereği kişiler yalnızca olumlu, zararsız kabul edilen bilgi ve fikirleri değil; *rahatsız/şok* edici fikirleri de ifade özgürlüğü kapsamında paylaşabilmelidir. Bu düşünce hoşgörü, çoğulculuk ve açık fikirliliğin bir yansımasıdır.⁴⁸⁹

Demokratik toplumda gereklilik kavramı “varılmak istenen amaç ile kullanılan araç arasında orantı” bulunması hâlini işaret etmektedir. AİHM'a baktığımızda demokratik toplumda gereklilik testinde iki şart aramaktadır: Müdahale “zorlayıcı/acil sosyal ihtiyaca” karşılık gelmeli ve “meşru amaç” ile orantılı (adil denge) olmalıdır.⁴⁹⁰ Kavramsal olarak “amaç” 10'uncu maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen ve bir önceki başlıkta sıralanan değer ve menfaatlerdir, “araç” ise müdahaleyi oluşturan tedbirlerdir.⁴⁹¹ Orantılılık kavramı ise demokratik toplumu sürdürülebilir kılan; amaç ile araç arasında gözetilmesi gereken “adil denge”yi ifade etmektedir.⁴⁹² Mahkeme, gereklilik kelimesinin

486 AYM, *Halk Radyo ve Televizyon Yayıncılık A.Ş.* [GK], B. No. 2014/19270, 11.07.2019, § 39.

487 “Altıncı fıkra, olaylar hakkında yayım yasağı konmayacağı ilkesini koymakta ve bu kurala bir tek halde istisna getirmektedir. Bu istisna da yargılama görevinin etkiden uzak tutulması amacına yöneliktir. Gerçekten ‘yayım yasağı’ basın hürriyetini tıpkı sansür gibi, ağır şekilde tehdit eden bir önleyici’ tedbirdir. Bu nedenle uygulama alanının gayet dar biçimde sınırlanması gerekir. Kabul edilen istisnanın meşruluğu üzerinde şüpheye yer yoktur. Yargılama görevi, ancak her türlü etkiden uzak olarak yerine getirildiği takdirde güven verecek; ancak bu şartla mahkeme kararı ‘doğru’yu ifade edecek ve ‘kesin hüküm kuvvetine’ sahip olacaktır.” AYM, *Halk Radyo ve Televizyon Yayıncılık A.Ş.* [GK], § 40.

488 Karan (n 54) 105.

489 AİHM Kaynakçası (n 49) 203; Doğan (n 21) 638; Karan (n 54) 149; Tezcan, Erdem, Sancakdar ve Önok (n 26) 331; ayrıca bkz. *Sunday Times v. the United Kingdom (No.1)*, § 65; *Zana v. Turkey*, App no 18954/91, (ECtHR, 25 November 1997) § 51; *Sürek v. Turkey (No.2)*, App no 24122/94 (ECtHR, 08 July 1999) § 33; *Observer and Guardian v. United Kingdom*, § 59; *Handyside v. United Kingdom*, § 48.

490 Şahin (n 46) 391; Şen ve Yenice (n 65) 21; Beydoğan (n 64) 99, 133; Akkurt (n 36) 298; Bychawska-Siniarska (n 37) 51; Koçak-Süren (n 64) s. 632; Karan (n 54) 150.

491 Cezai mahkûmiyet, tazminat, yayım hakkında uygulanacak tedbir, gazetecilik faaliyetinin engellenmesi, gazete binasında arama yapılması “araç” hakkındaki örneklerdir. Bychawska-Siniarska (n 37) 51.

492 Bychawska-Siniarska (n 37) 52; Karan (n 54) 146-147; Fendoğlu (n 65) 5.

“zorunlu” olmanın ötesinde “acil sosyal ihtiyacı” vurguladığını belirtmektedir.⁴⁹³ Bu vesile ile “demokratik toplum gereklilikleri” ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında bir gerekçe olduğu göz çarpılmaktadır.⁴⁹⁴

Handyside v. the United Kingdom kararı, S. Hansen ve J. Jensen tarafından kaleme alınan, sonradan bazı Avrupa ülkelerinde de yayımlanan ve içeriğinde cinsel öğeler barındıran “*Küçük Kırmızı Ders Kitabı*” hakkındadır.⁴⁹⁵ Mahkeme bu kararda ifade özgürlüğünü temellendirmiş ve bu temellendirmenin sınırlamalar üzerindeki etkisini tartışmıştır.⁴⁹⁶ Başvuran, hakkında öngörülen ceza mahkumiyetinin “kamu makamlarının ifade özgürlüğüne müdahale” iddiasında bulunmuştur.⁴⁹⁷ Mahkeme ise ahlâkın korunması amacıyla, uygulanacak tedbir ve müdahalelerin gerekliliğinin tespitinde, görüş farklılıkları bulunduğunu belirtmiştir.⁴⁹⁸ Sözleşmeciler Devletlerin hukuki dinamikleri, yer ve zamana göre değişen kültürel farklılıklar nedeniyle statik ahlâk anlayışı öngörmemektedir. Bu vesile ile Sözleşmeciler Devletlerin “takdir marjı” genişlemektedir. Bu alan, ulusal yasa koyucu ve yargı organlarına tanınmıştır.⁴⁹⁹ Toplumun ilerlemesi ve insanın gelişimi için gerekli olan ifade özgürlüğü demokratik toplumun temel koşulları arasındadır. Sözleşme 10’uncu maddenin sağladığı koruma olumlu ve zararsız görülen bilgi ve fikirleri değil; çoğunlukça hoş karşılanmayan, *rahatsız/şok* edici bilgi ve fikirleri de kapsamaktadır. Bu nitelikte bilgi ve fikirler demokratik toplumun “olmazsa olmaz”ları arasındadır. İlgili nedenlerle uygulanacak her “formalite”, “koşul”, “yasak”, “ceza” meşru amaç ile orantılı olmalıdır.⁵⁰⁰ Ahlâkî değerlerin korunmasını *geniş* yorumlayan Mahkeme, kitabın çocuklar ve ergenlerin ahlâkî değerleri üzerinde “zararlı etki”ye sahip olduğunu dikkate alarak ifade özgürlüğünün “ihlâl edilmediği” yönünden karar vermiştir.⁵⁰¹

Sürek v. Turkey (No.2) kararında, başvurana ait *Haberde Yorumda Gerçek* dergisinde L. Zana, O. Doğan ve Jandarma Komutanı İ. Yediyıldız arasındaki diyalog yayınlanmış ve “terörle mücadelede

493 Beydoğan (n 64) 102.

494 Karan (n 54) 149.

495 *Handyside v. the United Kingdom* § 11; 208 sayfalık kitabın 24 sayfalık “Cinsiyet” konulu kısmında: Mastürbasyon, orgazm, sevişme, doğum kontrol hapları, ıslak rüyalar, menstrüasyon, çocuk tacizcileri, kirli-yaşlı erkekler, pornografi, iktidarsızlık, eşcinsellik, zührevi hastalıklar, yasal ve yasadışı kürtaj, kürtaj yöntemleriyle cinsel konulara yönelik yardım ve tavsiyelerden bahsedilmiştir. Ayrıca kitabın giriş kısmında: “Bu kitap bir referans kaynağıdır. Amaç bu kitabı doğrudan okumak değil, ilgilendiğiniz veya merak duyduğunuz konuları bulmak ve okumaktır. İlerici bir okulda olsanız dahi bu kitapla *işleri geliştirmek* için yol bulabilirsiniz” ifadeleri yer almıştır. *Handyside v. United Kingdom*, §§ 14, 20. Belirtilen ifadeler, çocukların yaş grubu ve gelişimi dikkate alındığında eserin “ders kitabı” niteliği taşımadığının kanıtıdır.

496 Şahin (n 46) 392.

497 *Handyside v. the United Kingdom*, § 43.

498 *Handyside v. the United Kingdom*, § 47.

499 *Handyside v. the United Kingdom*, § 48; “Takdir marjı doktrini” Sözleşme’nin uygulanması veya yorumlanması açısından üye devletlere “hareket alanı sağlama”yı ifade etmektedir. Bu alan çerçevesinde Sözleşme’nin yükümlülükleri ve devletin egemenliği arasında bir denge gözetilir. Şirin (n 19) 106-107; Ancak 10’uncu maddenin ikinci fıkrasının devlete “sınırsız” bir takdir marjı sağlamadığı hatırlanmalıdır. Kişisel verilerin korunması, cinsel ayrımcılık gibi konularda taraf devletlerin takdir marjı daralmakta, ulusal güvenlik ve genel ahlâkın korunması konularında ise takdir marjı genişlemektedir. H. Tahsin Gökcan ‘Bireysel Başvuruda İnkıllık İlkesi ve Denetim Yetkisinin Sınırları Sorunu’ (2018) (135) TBB Dergisi <<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/Dergi/Dergi135/20/>> Erişim Tarihi 01 Eylül 2022; Derya Doğru (n 410) 180.

500 *Handyside v. the United Kingdom*, § 49.

501 Beydoğan (n 64) 103; *Handyside v. the United Kingdom*, §§ 52, 58-59.

görevli kişilerin isimlerini ifşa ettiği” gerekçesiyle başvuran hakkında dava açılmıştır.⁵⁰² Başvuran bu haberi: Demokratik toplumda bilgi alma ve verme hakkı gereği, Nevruz kutlamalarında meydana gelen olayları duyurmak amacıyla yayınladığını ileri sürmüştür.⁵⁰³ Mahkemeye göre demokratik toplumda sadece kabul gören, zararsız bilgi ve fikirlerin değil; kırıncı, *şok/rahatsız* edici bilgi ve fikirlerin de kamuoyu ile paylaşılması ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmektedir. 10³uncu maddenin ikinci fıkrasındaki “zaruri” ifadesi “acil sosyal ihtiyaç” şeklinde anlaşılmalıdır.⁵⁰⁴ Basın, ulusal güvenlik ve ülke bütünlüğüne yönelen şiddet tehdidi ile suçun engellenmesine ilişkin sınırlara uymakla yükümlüdür. Basının kamuoyunu bilgilendirme hakkı olduğu kadar, halkın da bilgilenme hakkı olduğu unutulmamalıdır. Basın özgürlüğü; siyasi tutumların iletilmesi ve siyasi görüşlerin şekillenmesinin sağlanması açısından son derece önemli fonksiyon ifa etmektedir.⁵⁰⁵ Yayımlanan haberde jandarma komutanının “*Sizin ölümünüz bize mutluluk verecektir. Sizin kanınız benim susuzluğumu gidermez*” ifadesi şiddeti destekleyecek ve yetkililerin kamuoyundaki itibarını zedeleyecek niteliktedir. Bu iddiaların doğruluğundan hareketle halkın, kusurlu davranan yetkilileri tanımaları meşru bir haktır.⁵⁰⁶ Makalenin yayımlandığı tarihte kendi hatalı davranışları neticesinde, görevlilerin kimlikleri halka açıklanmıştır. Bu şekilde kişilerin kimliklerini korumadaki amaç anlamını yitirmiştir.⁵⁰⁷ Mahkeme, kamu görevlilerinin kimliklerinin korunmasıyla basın özgürlüğü arasında “adil bir denge” kurulmadığı ve müdahaleyle hedeflenen meşru amaç arasında “orantı” bulunmadığı gerekçeleri ile ifade özgürlüğünün “ihlâl edildiğine” karar vermiştir.⁵⁰⁸

AYM *İrfan Sancı* başvurusu, William S. Burroughs’un “Yumuşak Makine” isimli romanının basımına ilişkindir.⁵⁰⁹ Basın Bürosu tarafından incelenen kitabın yirmi farklı kısmında “eşcinsel ifadeler yer verildiği” tespit edilmiş ve konuyla ilgili görüş alınmak üzere eser Başbakanlık Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kurulu Başkanlığına gönderilmiştir.⁵¹⁰ İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı 27/4/2011 tarihli iddianamede “müstehcen yayınların yayımlanmasına aracılık etme” suçu nedeniyle başvuru ve kitap çevirmeni hakkında kamu davası açmıştır.⁵¹¹ Başvuru yayının müstehcenliği gerekçesi ile yargılanmış ve üç yıl denetim altına alınmıştır.⁵¹² AYM, söz konusu denetimin “ifade, sanat ve basın özgürlüklerine” müdahale olduğunu kabul etmiştir.⁵¹³ Anayasa’nın 13³üncü maddesinde “*Bu sınırlamalar,... demokratik toplum düzeninin... gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz*” düzenlenmiştir. Mahkeme “*demokratik toplum düzeninin gerekleri*” ile anlaşılması gerekeni şu şekilde ifade etmiştir: Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında uygulanan tedbirler

502 *Sürek v. Turkey (No.2)*, App no 24122/94 (ECtHR, 08 July 1999) §§ 9, 11.

503 *Sürek v. Turkey (No.2)*, § 12.

504 *Sürek v. Turkey (No.2)*, § 33.

505 *Sürek v. Turkey (No.2)*, § 35.

506 *Sürek v. Turkey (No.2)*, §§ 37-39.

507 *Sürek v. Turkey (No.2)*, §§ 37-39.

508 *Sürek v. Turkey (No.2)*, § 42.

509 AYM, *İrfan Sancı*, B. No. 2014/20168, 26.10.2017, §§ 8-9.

510 AYM, *İrfan Sancı*, § 10.

511 AYM, *İrfan Sancı*, § 12.

512 AYM, *İrfan Sancı*, § 43.

513 AYM, *İrfan Sancı*, § 44.

“toplumsal ihtiyaca” karşılık gelmeli ve “son çare” olmalıdır.⁵¹⁴ AYM, bu konuda AİHM’den farklı olarak “hakkın özüne dokunmama” kriterini de ölçüt olarak almaktadır.⁵¹⁵

2. Ölçülülük

Sözleşme’nin 8 ve 11’inci maddelerinin ikinci fıkralarında yer alan düzenlemelerle ilgili içtihatlarda Mahkeme’nin ölçülülük ilkesine yer verdiği görülmektedir.⁵¹⁶ Bu ilke Anayasa’da açıkça düzenlenmesine rağmen AİHS’de sınırlama rejimi “orantılılık” ilkesi çerçevesinde tartışılmaktadır. Ölçülülük ilkesi bir “denge mekanizması” rolünde olup; hakkın sınırlanmasına ilişkin hedeflenen meşru amaç ve bu amaca ulaşmada kullanılan araç arasındaki “orantı”yı ifade etmektedir.⁵¹⁷ Hedeflenen amaç ile anlaşılması gereken: İfade özgürlüğüne yönelik müdahalede değer ve menfaatler, araç mevzuunda ise müdahaleyi oluşturan tedbirlerdir.⁵¹⁸ Ayrıca orantılılık gereği uygulanacak tedbirler sıkı biçimde gerekli olmalı; daha az bir sınırlama yöntemi, müdahaleyi bertaraf etmede yetersiz kalmalıdır.⁵¹⁹ Öngörülen tedbirler gereğinden katı ve ağır ise hakkın sınırlanması orantılı olmadığı gibi demokratik toplumda gerekli de olmayacaktır.⁵²⁰

AİHM’nin *Ürper and Others v. Turkey* kararı⁵²¹ terör suçlarını onaylar nitelikte haber ve makalelerle ilgili dört gazetenin yayınının durdurulması hakkındadır.⁵²² Kararda 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’na aykırı haber/makalelerle terör propagandası yapıldığı, terörü onaylar nitelikte ifadelere yer verildiği ve terörle mücadelede bazı yetkililerin isimlerinin açıklandığı belirtilmiştir.⁵²³ Başvuranlar söz konusu dört gazetenin basım ve yayının durdurulmasının Sözleşme’nin 10’uncu maddesini ihlâl ettiği iddiasında bulunmuştur.⁵²⁴ Hükümet yayın durdurulmasının gerekçesi olarak “ulusal güvenlik, toprak bütünlüğü, kamu düzeninin sağlanması, suç işlemenin önlenmesi ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” meşru amacını işaret etmiştir. Mahkeme ise mevcut davada, ulusal makamların “kargaşa ve suçun önlenmesi” yönünde meşru amaç izlediğinin düşünülebileceği kanaatindedir.⁵²⁵ Yayın durdurulmasıyla ilgili yerel makamlar öncelikle “acil bir sosyal ihtiyacın” varlığı hakkında tespitte bulunmalıdır. Yazılı basınla ilgili davalarda ulusal *takdir*

514 AYM, *İrfan Sancı*, § 50.

515 Karan (n 54) 147.

516 Christian Rumpf ‘Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği’ (Ölçülülük ve Anayasa Yargısı) (1993) (10) Anayasa Yargısı Dergisi 30.

517 Yücel Oğurlu ‘AİHM Kararları ve Türk İdare Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında Bir Yargısal Denetim Ölçütü Olarak ‘Ölçülülük İlkesi’ Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Prof. Dr. Turhan Tüfan Yüce’ye Armağan (2001) 505.

518 Bychawska-Siniarska (n 37) 51.

519 Göngen (n 20) 133.

520 AYM, *Emin Aydın*, B. No. 2013/2602, 23.01.2014, § 51.

521 *Ürper and Others v. Turkey*, App no 14526/07 14747/07 15022/07 15737/07 36137/07 47245/07 50371/07 50372/07 54637/07 (ECtHR, 20 October 2009).

522 *Özgür Gündem, Gündem, Güncel ve Gerçek Demokrasi* gazeteleri PKK-KONGRA-GEL terör örgütünün propagandasını yaptığı gerekçesi ile on beş gün ve bir ay arasında yayınları durdurulmuştur. *Ürper and Others v. Turkey*, § 5.

523 *Ürper and Others v. Turkey*, § 6.

524 *Ürper and Others v. Turkey*, § 23.

525 *Ürper and Others v. Turkey*, §§ 31-32.

marjı “demokratik toplumda basın özgürlüğünün sağlanması ve korunması” çıkarları ile sınırlıdır.⁵²⁶ Söz konusu kararda, basının haber aktarma görevi hatırlatılmış; bölücü fikirler de dahil olmak üzere kamu yararını ilgilendiren konular da basının görevleri arasında sayılmıştır.⁵²⁷ Lâkin 10’uncu madde gazetelerin basımına sınırlama getirmeye elverişli bir düzenlemedir. Oysa bu nitelikte sınırlandırmalar “son derece titiz” bir incelemeyi gerektirir.⁵²⁸ Bu kararın ayırt edici yanı: Ağır Ceza Mahkemesi kararları ile “belirli haber ya da makale türleri” değil “sürelî yayınların ileri tarihli, içeriği bilinmeyen baskıları” hakkında sınırlamaya gidilmesidir.⁵²⁹ Oysa gazetelerin belirli sayılarına el koyma veya belirli makalelerin yayınlanması yönünde “daha az sert tedbirler” öngörülebilirdi.⁵³⁰ AİHM yerel mahkemelerin uyguladıkları tedbirlerle, kendilerine tanınan sınırlı *takdir marjını* aştığı ve demokratik toplumda basının “kamu bekleşiliği” rolünü gerekçesiz sınırlandırması nedeniyle Sözleşme’nin 10’uncu maddesinin ihlâl edildiği yönünde karara varmıştır.⁵³¹ İlgili kararda “sansür”e vurgu yapılmış; sürelî yayınların *geleceğe yönelik* yasaklanması, demokratik toplumda gerekli olmadığı gibi hakkı sınırlamada “sansür” boyutuna ulaşmıştır. Söz konusu uygulama Sözleşme ekseninde düşünülduğünde, uygulanan tedbirlerin meşru amaçla “orantılı” olduğunu söylemek mümkün değildir.

Anayasa’nın 13’üncü maddesini incelediğimizde “*Bu sınırlamalar... demokratik toplum düzeninin... gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz*” düzenlemesi “ölçülülük” ilkesini işaret etmektedir.⁵³² AYM’ye göre ölçülülük ilkesi: Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında amaç ve araç arasında yer alan orantıyı ifade etmektedir.⁵³³ Bu ilke “elverişlilik, gereklilik, orantılılık” alt başlıklarında incelenir.⁵³⁴ Özellikle basın özgürlüğü açısından, Anayasa’nın 26’ncı maddesinin ikinci fıkrası ve 28’inci maddenin dördüncü fıkrası ve devamında yer alan sınırlama nedenleri; 13’üncü madde ile güvence altına alınan “demokratik toplum düzeni” ve “ölçülülük” ilkesi ile değerlendirilmelidir.⁵³⁵ Her ne kadar demokratik toplum düzeni ve ölçülülük şeklinde ikili bir ayırım yapılmış olsa da AYM iki ölçütü beraber yorumlanmaktadır.⁵³⁶ Öze dokunmama veya demokratik toplumda gereklilik, hakkın sınırlandırılması açısından “son çare” olmalıdır.⁵³⁷ İfade özgürlüğüne ilişkin sınırlamalarda, müdahalenin elverişli, gerekli ve orantılılığı değerlendirilmelidir.⁵³⁸ Örnek olarak, Anayasa’nın 28’inci maddesinin altıncı fıkrasında sürelî ve süresiz yayınların zaptı ve müsaderesi düzenlenmiştir.

526 *Ürper and Others v. Turkey*, § 36.

527 *Ürper and Others v. Turkey*, § 37.

528 *Ürper and Others v. Turkey*, § 39.

529 *Ürper and Others v. Turkey*, § 42.

530 *Ürper and Others v. Turkey*, § 43.

531 *Ürper and Others v. Turkey*, § 44.

532 AYM, *Ali Gürbüz ve Hasan Bayar*, B. No. 2013/568, 24.06.2015, § 61; AYM, *Faik Özgür Erol*, B. No. 2013/2719, 09.03.2016, § 74; AYM, *Fatih Taş*, B. No. 2013/1461, 12.11.2014, § 93.

533 AYM, *Ali Gürbüz ve Hasan Bayar*, § 61.

534 Karan (n 54) 154.

535 AYM, *Abdullah Öcalan*, § 91.

536 AYM, *Nilgün Halloran*, § 35.

537 AYM, *Nilgün Halloran*, § 35.

538 AYM, *Nilgün Halloran*, § 38; AYM, *Abdullah Öcalan*, § 97; AYM, *Ali Gürbüz ve Hasan Bayar*, § 61; AYM, *Bekir Coşkun [GK]*, § 54.

Söz konusu uygulama, hakkın sınırlandırılması açısından “orantılılık” ilkesi ile çelişmektedir. Bu kapsamda 28’inci madde ile düzenlenen sansür yasağı; ifade özgürlüğü, ölçülülük ve demokratik toplumda gereklilik ilkeleri uyarınca “dar” yorumlanmalıdır.⁵³⁹

SONUÇ

Ünlü düşünür *Mill*’in de ifade ettiği gibi bir konuyu doğru anlamanın yolu: Ayrık düşünen tek kişiyi bile es geçmeden tüm fikirleri incelemekten geçer. Demokratik toplumun özünü “düşünceyi serbestçe açıklama özgürlüğü” oluşturmaktadır. Bilgi ve fikirlere ulaşma özgürlüğü ise bunun tamamlayıcısıdır. Bilgi ve fikirlere ulaşmada, basının üstlendiği “köprü” görevinin kısıtlanması, halkın haber alma hakkına yönelik ciddi bir müdahaledir. AİHS’nin ifade özgürlüğü düzenlemesinde vücut bulan basın özgürlüğü asıl, kısıtlama ise istisnadır. AİHM içtihatları da bu yöndedir. İfade özgürlüğü kapsamında devlet, basın mensupları için etkin bir koruma sistemi ve şaşırtıcı/rahatsız edici dahi olsa, her türlü fikrin dile getirilmesini sağlayacak ortamı oluşturmakla yükümlüdür. Toplumun ilerlemesi için gerekli olan hoşgörü, çoğulculuk ve açık fikirlilik ancak böyle bir ortamda daha anlamlı hâle gelmektedir. Özgür ve sansüre uğramayan basının varlığı, demokratik hukuk devletinin vazgeçilmez unsurudur.

Lâkin ifade özgürlüğü mutlak ve sınırsız biçimde tasavvur edilmemelidir. İfade özgürlüğü ve bireylerin sahip olduğu haklar, bireyler veya kamu yararı gerekçesi ile sınırlamaya tabi tutulabilir. Ancak bu sınırlamanın da bir sınırı olduğu hatırd tutulmalıdır. Hakkın içeriğine dokunmadan, hakkın kullanımına yönelik bir sınırlama yöntemi geliştirilebilmelidir. Yayın yasağı, arama, el koyma, yayınların toplatılması, süreli yayınlar hakkında kapatma kararları basın özgürlüğüne yönelik “ciddi, ağır ve orantısız” müdahalelerdir. Bu tür müdahalelere istisnai şartlarda başvurulmalı, uygulamalar titizlikle gözden geçirilmelidir.

Öte yandan özgürlüklerin birbiriyle çatıştığı durumlar da ortaya çıkabilmektedir. Özellikle halkın haber alma özgürlüğü ile kişilerin özel hayatının gizliliğinin uygulamada yer yer birbiri ile çatıştığı gözlemlenmektedir. Böyle durumlarda gerek AİHM gerek AYM, haklar arasında denge gözetilmesi gerekliliğine işaret etmektedir. Çatışma çözümünün genellikle ifade özgürlüğü lehine yorumlandığı dikkati çekmektedir. Nitekim bu çalışmada ele alınan özel hayatın korunmasıyla ifade özgürlüğünün çatıştığı davalarda AİHM’nin tavrı ifade özgürlüğünün korunması yönünde olmuştur.

Basın özgürlüğüne ilişkin AYM ve AİHM içtihatları arasında ilk akla gelen farklılaşma “yasayla öngörülme” düzenlemesi olup, arka planında Anayasa ve AİHS sisteminin özellikleri ile ilgili yapısal farklılıklar yer almaktadır. Anayasa’nın 13’üncü maddesi ile öngörülen “kanunilik” AYM içtihatları çerçevesinde şekli bir anlama sahiptir. Buna karşılık AİHM, AİHS’deki “yasayla öngörülen” ifadesinde yer alan “yasa” kelimesinin yazılı değil; yazılı olmayan hukuku da kapsadığı ve içtihat hukukunun “yasayla öngörülme” şartını yerine getirdiğini kabul etmektedir.

539 Karan (n 54) 142-143.

AYM ve AİHM kararları arasında ortaya çıkan bir diğer farklılık ise “demokratik toplumda gereklilik” kriteri yönündedir. AYM, *İrfan Sancı* başvurusunda temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında uygulanan tedbirlerin “toplumsal ihtiyaca” karşılık gelmesi ve “son çare” olması gerektiğini ifade ederken AİHM'den farklı olarak “hakkın özüne dokunmama” kriterini de benimsemiştir. Pratik sonucu olup olmayacağı spekülasyona açık olmakla birlikte, her yeni ilave koşul – teoride – özgürlüğe müdahaleyi zorlaştıracığından, bu farklılık “olumlu bir ayrışma” olarak değerlendirilebilir. Genel olarak AYM'nin AİHM içtihatları ile uyumlu karar verme gayreti içerisinde olduğu söylenebilir ise de siyasi nitelik arz eden, tartışma ortamı yaratan bazı davalar ile ifade özgürlüğü/özel yaşama saygı hakkının dengelenmesi gereken davalarda AİHM içtihadından ayrıştığı gözlemlenmektedir.

Nitekim *Berrak Tüzünataç* kararında AYM, basın özgürlüğünü koruma refleksi hareket etmiş; topluma mal olmuş kişilerin özel hayatlarının korunması açısından sınırları *geniş* çizmiş ancak başvuranın hak ihlalinin önüne geç(e)memiştir. AYM ve AİHM haberleştirmede “kamu yararı” kavramının içeriği konusunda ayrılmıştır. AİHM kamu yararının “sansasyonel zevk ve röntgencilik” ötesinde bir kavram” olduğunu vurgulamıştır. AYM bu konuda ünlü kişilerin kamuya açık alanda görüntülenmeyi göze alarak, davranışlarını kontrol etmeleri gerektiği düşüncesindedir. AİHM'e bakıldığında görüntülenmeyle ilgili olarak kamuya açıklığın ötesinde, gizli ve hileli yöntemlerden yararlanma suretiyle görüntü yakalama “etik” açıdan basın özgürlüğü ile bağdaşmamaktadır. Bu nedenlerle Mahkeme, başvurusunun özel hayatının korunması gerekliliğinin ağır bastığı sonucuna varmıştır.

Türkiye ekseninde bakıldığında ifade özgürlüğü ve uzantısı basın özgürlüğüne ilişkin karne maalesef “kırık not”larla doludur. 2023 yılı *RSF (Sınır Tanımayan Gazeteciler)* endeksinde Türkiye, basın özgürlüğü sıralamasında 154'üncü sıradadır. Tüm listenin 179 ülkeden oluştuğunu dikkate alırsak durumun ciddiyeti aşıkardır.⁵⁴⁰ Türkiye'de özellikle artan yayın yasakları ve gazetecilerin hapsedilmesi: Basın özgürlüğü etrafında “alanı giderek daralan, boyu daha da yükselen bir duvara” benzetilebilir. Demokratik bir toplumda özgürlük kural, müdahale istisna olmalı ve sıkı denetim rejimine tabi olmalıdır. Buna rağmen yukarıda incelediğimiz AİHM perspektifini yansıtan AYM kararlarında, özellikle ilk derece mahkemeleri tarafından basına yönelen “orantısız” müdahaleler dikkat çekmektedir. Bundan 350 yıl evvel *Milton* tarafından ifade edilen “*Aklı cezalandırmak aklın otoritesini artırmaya yarar*”⁵⁴¹ sözü – ne üzücüdür ki – hâlâ geçerliliğini korumaktadır.

KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler

- Akarcalı S, 'Basının Görevleri ve Basın Özgürlüğü', (1989) 44(1) 279 Ankara Üniversitesi SBF Dergisi < <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ausbf/issue/3228/44971> >
- Akkurt A, *Basın Özgürlüğünün Kapsamı ve Sınırları* (Adalet 2014).
- Armağan S, 'Basın Hürriyeti Sınırları' (1998) 2(2) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 0-0 < https://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/2_13.pdf > 0-0

540 <<https://rsf.org/en/ranking> > accessed 01 March 2023.

541 John Milton, *Areopagitica* (Pinhan 2018) Derman Kızılay (çev.) 86, 136.

- Arslan Z, 'Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa'nın 13.Maddesi üzerine Bazı Düşünceler' Anayasa Yargısı (2002) 18(1) 139-154.
- Aykanat T ve Yüksel M, 'Bireysel Başvuruda İhlal Edildiği İleri Sürülen Temel Hak ve Özgürlüklerin Kapsamının Belirlenmesi' (2023) 13(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3-44 <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/sduhfd/issue/77929/1298736>>
- Ash T. G, *Free Speech*, (Yale 2016).
- Barendt E, *Freedom of Speech* (Second Edition, Oxford 2009).
- Beydoğan A. T., *Türk Hukukunda Siyasî İfade Hürriyeti* (LDT, 2003).
- Bury B., *Fikir ve Söz Hürriyeti*, Avni Başman (çev.) (3. Baskı, Remzi 1993).
- Bychawska-Siniarska D, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında İfade Özgürlüğünün Korunması*, T. Duygu Köksal (çev) (MRK 2018).
- Çakmak U. R, *Basın Özgürlüğü ve Devletin Yükümlülükleri* (Seçkin 2017).
- Didinmez M. A, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Üç Aşamalı Testi' Kırıkkale Hukuk Mecmuası (2021) 1(1) 149-174 <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/khm/issue/68092/1058218>>
- Doğan İ, *İnsan Hakları Hukuku* (2. B., Astana 2015).
- Doğru D, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargılamasında Takdir Marjı Doktrini* (Turhan 2019).
- Doğru O ve Nalbant A, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi*, (C. 2, Legal 2016).
- Dönmezer S, *Basın ve Hukuku* (4. B., İstanbul Üniversitesi 1976).
- Dönmezer S, 'Yeni Anayasamızda Basın Hürriyeti' (1962) 28(3-4) İÜHFD 569-574 <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/96765>>
- Dönmezer S ve Bayraktar K, *Basın Hukuku* (6. B., Beta 2016).
- Erman S ve Özek Ç, *Açıklamalı Basın Kanunu ve İlgili Mevzuat* (3. B., 1991).
- Fendoğlu H. T, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü' (2016) (25) TAAD İfade Özgürlüğü Özel Sayısı 5-14.
- Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights-Freedom of Expression*, (ECHR 2022) <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_10_eng.pdf>
- Gökcan H. T, 'Bireysel Başvuruda İkincillik İlkesi ve Denetim Yetkisinin Sınırları Sorunu' (2018) (135) TBB Dergisi 9-76 <<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/Dergi/Dergi135/76/>>
- Gölcüklü F, *Haberleşme Hukuku* (A.Ü.S.B.F. 1970).
- Göngen M. A, *AB Kriterleri Işığında Türkiye'de İfade ve Basın Özgürlüğü* (Literatürk 2021).
- Harris, O'Boyle ve Warbrick, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Mehveş Bingöllü Kılıcı, Ulaş Karan (çev.) (4. B., İstanbul Bilgi Üniversitesi 2021).
- Hazar Z, 'Basın Özgürlüğü ve Ulusal Güvenlik' (2013) XVII(1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1525, 1526 <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/789330>>
- Horozgil D, 'İfade ve Basın Özgürlüğü Çerçevesinde Soruşturma Evresinde Yayın Yasakları Üzerine Bazı Tespit ve Değerlendirmeler' (2012) 2(2) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 146, 148 <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/701349>>
- Howard E, *Freedom of Expression and Religious Hate Speech in Europe* (Routledge Research in Human Rights Law 2018).
- İçel K, *Kitle Haberleşme Hukuku* (Sulhi Garan Matbaası 1977).
- İçel K ve Ünver Y, *Kitle Haberleşme Hukuku* (8. B., Beta 2009).

- İfade Özgürlüğü ile İlgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Kaynakçası*, AB-AK Ortak Projesi, (Matbam) <https://rm.coe.int/16807005e2>
- İlâl E, 'Bilme Hakkı', İonna Kuçuradi (ed.) *İnsan Haklarının Felsefi Temelleri* (4. B., Türkiye Felsefe Kurumu 2016).
- İlkiz F, 'Gazetecilerin Haber Kaynakları Gizlidir' (2012) 86(2012/3) İstanbul Barosu Dergisi 24-39.
- Kapani M, *Kamu Hürriyetleri* (7. B., Yetkin 2013).
- Karaman Ş, 'Basın Özgürlüğünün Bir Sınırı Olarak Kişilik Hakkı' (Yüksek Lisans Tezi Hacettepe Üniversitesi 2018).
- Karan U, *İfade Özgürlüğü – Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi 2* (Mrk 2018).
- Kitapçioğlu Yüksel T, 'AHİM ve AYM Kararlarında Basın Özgürlüğünün Genel Sınırları' (2016) 2(4) Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 73-101.
- Koçak-Süren Ö, 'Basın Yoluyla Yargıya Müdahale' (2007) 81(2) İstanbul Barosu Dergisi 631 – 644.
- Macovei M, *İfade Özgürlüğü-Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz* < <https://www.anayasa.gov.tr/media/3610/aihsmad10ifade.pdf>>
- Marx K, *Basın Özgürlüğü Üzerine*, Önder Kulak/Kurtul Gülenç (çev.) (Dipnot 2012).
- Mill J. S, *Özgürlük Üzerine* (3. B., Litera 2018) 45-47.
- Milton J, *Areopagitica; A Speech For The Liberty of Unlicensed Printing To The Parliament of England, The Floating Press* (2009).
- Milton J, *Areopagitica* (Pinhan 2018) Derman Kızılay (çev.).
- Oder B, 'Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu: Düzenleme Biçimleri, Kanıtama ve Somutlaştırma Sorunları, 2001 Anayasa Değişiklikleri Sonrasına İlişkin Gözlemler' (2012) Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, Ozan Ergül (haz.) TBB Yayınları 190 <<http://tbbayayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/468.pdf>>
- Oğurlu Y, 'AİHM Kararları ve Türk İdare Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Bir Yargısal Denetim Ölçütü Olarak 'Ölçülülük İlkesi'' Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Prof. Dr. Turhan Tüfan Yüce'ye Armağan (2001) 485-522.
- Orcan N. U, 'Legitimate Aims, Illegitimate Aims and the E.Ct.H.R.: Changing Attitudes and Selective Strictness' University of Bologna Law Review, (2022) 7(19) 22 < <https://bolognalawreview.unibo.it/article/view/14860>>
- Özek Ç, *Türk Basın Hukuku* (Fakülteler Matbaası 1978).
- Özkepir R, Kocaman S. Z ve Kart E. H, *Sosyal Medya ve Basın Hukuku* (Seçkin 2020) 96.
- Perin C, *Düşünce ve Basın Özgürlüğü* (Remzi 1974).
- Platon, *Sokrates'in Savunması*, Ari Çokona (çev.) (XVI. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür 2018).
- Rumpf C, 'Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği' (Ölçülülük ve Anayasa Yargısı) (1993) (10) Anayasa Yargısı Dergisi 25-48.
- Sağlam A, 'AİHS'ye göre İfade Özgürlüğü Hakkı Kapsamında Kamu Görevlileri Açısından Görev ve Sorumluluk Kavramı' (2016) (25) TAAD İfade Özgürlüğü Özel Sayısı 79-103.
- Sağlam F, 'Anayasa Mahkemesi'nin Ürettiği Yapay Bir Kavram: Ortak Koruma Alanı' Prof. Dr. Metin Günday Armağanı (2023) 2 1101-1164 <chrome-extension://efaidnbnmnnibpcjpcglcfindmkaj/https://www.atilim.edu.tr/uploads/pages/iletisim151.741.0938/160.188.3076-Prof.Dr.Metin_Gunday_Armagani_cilt_2.pdf>
- Salihpaşaoğlu Y, 'Türkiye'de Basın Özgürlüğü' (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi 2007).

- Schauer F, *İfade Özgürlüğü: Felsefi Bir İnceleme*, M. Bahattin Seçilmişoğlu (çev.) (Liberal Düşünce Topluluğu 2002).
- Sunay R, *Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları*, (Pano 2001).
- Şahin K, *İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü* (XII Levha 2009).
- Şen E ve Yenice N, *İfade Hürriyetinde Sınırlama ve Güvence Rejimi* (Seçkin 2017).
- Şirin T, *Türkiye'de Düşüncenin Tutsaklığı-1 İfade Özgürlüğünün Grisi* (Tekin 2020).
- Şirin T, *Türkiye'de Düşüncenin Tutsaklığı-2 İfade Özgürlüğünün Yeşili* (Tekin 2021).
- Tezcan D, Erdem M. R, Sancakdar O ve Önok R. M, *İnsan Hakları El Kitabı* (5. B., Seçkin 2014).
- Tomuschat C, 'Alman Anayasa Mahkemesi'ne göre Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Etkileri' Serkan Oğuz (çev.) (2017) XXI(1-2) EÜHFD 115-131.
- Tumay M ve Okatan F, 'Alexis de Tocqueville'e göre Sivil Toplum' (2015) XIX(3) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 321-339 <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/789069>>
- Türay A, 'Haber Kaynaklarının Gizliliğinin Hukuksal Boyutu' (2018) (37) Ceza Hukuku Dergisi 111-170.
- Uygun O, 'Siyasi Eleştiri Özgürlüğü' (2014) Türkiye'de İfade Özgürlüğü, TBB Yayınları (293).
- Yavuz-Yayla E ve Yayla M, 'Basın Özgürlüğü Kapsamında Devlet Güvenliğine ve Siyasal Yararlarına İlişkin Bilgileri Açıklama Suçu' (2016) (25) TAAD İfade Özgürlüğü Özel Sayısı 43-78.
- Yüksek M, 'İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde İfade Özgürlüğünün Sınırları' (2016) (25) TAAD İfade Özgürlüğü Özel Sayısı, 105-151.
- Zweig S, *Vicdan Zorbalığı Karşı ya da Castello Calvin'e*, Zehra Kurttekin (çev.) (14. B., Can 2020).
- <https://www.deepl.com/translator>
- https://www.anayasa.gov.tr/media/6382/gerekelci_anayasa.pdf
- <https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa>
- https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf
- <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-795.697.812799>
- 'İtibarın Korunması', Tematik Bilgi Notu (2016) AİHM <https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Reputation_TUR.pdf>
- <https://rsf.org/en/ranking>
- <https://rm.coe.int/16805e2fd2>
- https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=090.000.16805e2fd2
- <https://sozluk.gov.tr>
- https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2004/10/rs20041014_2bvr148104en.html

Mahkeme Kararları

- AYM, *Abdullah Öcalan*, B. No. 2013/409, 25.06.2014
- AYM, *Ali Gürbüz ve Hasan Bayar*, B. No. 2013/568, 24.06.2015
- AYM, *Aykut Küçükçaya*, B. No. 2014/15916, 09.01.2020
- AYM, *Birsen Berrak Tüzünataç*, B. No. 2014/20364, 5/10/2017
- AYM, *Bizim FM Radyo Yayıncılığı ve Reklamcılık A.Ş.*, B. No. 2014/11028, 18.10.2017
- AYM, *Bekir Coşkun* [GK], B. No. 2014/12151, 04.06.2015
- AYM, *Cihat Ünal*, B. No. 2016/77795, 28.11.2018
- AYM, *Çetin Doğan (2)* [GK], B. No. 2014/3494, 27.02.2019
- AYM, *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve Diğerleri* [GK], B. No. 2014/920, 25.05.2017
- AYM, *Emin Aydın*, B. No. 2013/2602, 23.01.2014

- AYM, *Ergün Poyraz (2)* [GK], B. No. 2013/8503, 27.10.2015
- AYM, *Faik Özgür Erol*, B. No. 2013/2719, 09.03.2016
- AYM, *Fatih Taş*, B. No. 2013/1461, 12.11.2014
- AYM, *Hakan Yiğit*, B. No. 2015/3378, 05.07.2017
- AYM, *Halk Radyo ve Televizyon Yayıncılık A.Ş.* [GK], B. No. 2014/19270, 11.07.2019
- AYM, *Hurşit Çetin*, B. No. 2013/2610, 06.10.2015
- AYM, *İ.D.*, B. No. 2015/15955, 31.10.2018
- AYM, *İrfan Sancı*, B. No. 2014/20168, 26.10.2017
- AYM, *İrfan Sancı (2)*, B. No. 2018/5652, 30.03.2022
- AYM, *İsa Yağbasan ve Diğerleri*, B. No. 2013/1481, 20.11.2014
- AYM, *Mehmet Baransu (2)*, B. No. 2015/7231, 17.05.2016
- AYM, *Murat Ağirel ve Diğerleri* [GK], B. No. 2020/11655, 07.04.2022
- AYM, *Müyesser Uğur* [GK], B. No. 2020/18546, 07.04.2022
- AYM, *Nilgün Halloran*, B. No. 2012/1184, 16.07.2014
- AYM, *Orhan Pala*, B. No. 2014/2983, 15.02.2017
- AYM, *Sevim Akat Eşki*, B. No. 2013/2187, 19.12.2013
- AYM, *Şahin Alpay* [GK], B. No. 2016/16092, 11.01.2018
- AYM, *Tuğba Arslan*, B. No. 2014/256, 25.06.2014
- AYM, *Yasemin Çongar ve Diğerleri* [GK], B. No. 2013/7054, 06.01.2015
- AYM, E 2007/40, K 2007/96, 12.12.2007
- BVerfG, Order of Second Senate of 14 October 2004 – 2 BvR 1481/04 – CEDH, *Ernst et Autres c. Belgique*, Requête no 33400/96, 15.07.2003
- CEDH, *Féret c. Belgique*, Requête no 15615/07, 16.07.2009
- CEDH, *Tüzünataç c. Türkiye*, Requête no 14852/18, 7.03.2023
- ECtHR, *Aksu v. Turkey*, App No 4149/04, 41029/04, 15.03.2012
- ECtHR, *Axel Springer AG v. Germany*, App no 39954/08, 07.02.2012
- ECtHR *Axel Springer SE and RTL Television GMBH v. Germany*, App No 51405/12, 21.09.2017
- ECtHR, *Baka v. Hungary*, App no 20261/12, 23.06.2016
- ECtHR, *Barfod v. Denmark*, App no 11508/85, 22.02.1989
- ECtHR, *Castells v. Spain*, App no 11798/85, 23.04.1992
- ECtHR, *Dink v. Turkey*, App no 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09, 7124/09, 14.12.2010
- ECtHR, *Erdoğan v. Turkey*, App no 25723/94, 15.06.2000
- ECtHR, *Erdoğan ve İnce v. Turkey*, App no 25067/94 ve 25068/94, 08.07.1999
- ECtHR, *Goodwin v. the United Kingdom* [GC], App no 17488/90, 27.03.1996
- ECtHR, *Görmüş and others v. Turkey*, App no 49085/07, 19.01.2016
- ECtHR, *Guja v. Moldova*, App no 14277/04, 12.02.2008
- ECtHR, *Handyside v. the United Kingdom*, App no 5493/72, 07.12.1976
- ECtHR, *İncal v. Turkey*, App no 22678/93, 09.06.1998
- ECtHR, *Jersild v. Denmark* [GC], App No 15890/89, 26.09.2012
- ECtHR, *Kılıçdaroğlu v. Turkey*, App no 16558/18, 27.10.2020
- ECtHR, *Kilin v. Russia*, App no 10271/12, 11.08.2021

- ECtHR, *Lingens v. Austria*, App no 9815/82, 08.07.1986
- ECtHR, *Macatè v. Lithuania* [GC] App no 61435/19, 23.01.2023
- ECtHR, *Malone v. the United Kingdom*, App no 8691/79, 26.04.1985
- ECtHR, *Meltex Ltd and Mesrop Movsesyan v. Armenia*, App no 32283/04, 17.06.2008
- ECtHR, *Mouvement Raëlien Suisse v. Switzerland* [GC] (*İsviçre Raelyen Hareketi v. İsviçre*) App no 16354/06, 13.07.2012
- ECtHR, *Nagla v. Latvia*, App no 73469/10, 16.07.2013
- ECtHR, *Nedim Şener v. Turkey*, App no 38270/11, 08.07.2014
- ECtHR, *News Verlags GmbH & Co.KG v. Austria*, App no 31457/96, 11.01.2000
- ECtHR, *Observer and Guardian v. the United Kingdom*, App no 13585/88, 26.11.1991
- ECtHR, *Osman v. the United Kingdom*, App no 23452/94, 28.10.1998
- ECtHR, *Özgür Gündem v. Turkey*, App no 23144/93, 16.03.2000
- ECtHR, *Rees v. the United Kingdom*, App no 9532/81, 10.10.1986
- ECtHR, *Roemen and Schmit v. Luxembourg*, App no 51772/99, 25.02.2002
- ECtHR, *Stoll v. Switzerland*, App no 69698/01, 10.12.2007
- ECtHR, *Stomakhin v. Russia*, App no 52273/07, 09.05.2018.
- ECtHR, *Sunday Times v. the United Kingdom (No.1)*, App no 6538/74, 26.04.1979
- ECtHR, *Sunday Times v. the United Kingdom (No.2)*, App no 13166/87, 26.11.1991
- ECtHR, *Sürek v. Turkey (No.2)*, App no 24122/94, 08.07.1999
- ECtHR, *Şahin Alpay v. Turkey*, App no 16538/17, 20.03.2018
- ECtHR, *Tillack v. Belgium*, App no 20477/05, 27.02.2008
- ECtHR, *Uj v. Hungary*, App no 23954/10, 19.10.2011
- ECtHR, *Ürper and Others v. Turkey*, App no 14526/07 14747/07 15022/07 15737/07 36137/07 47245/07 50371/07 50372/07 54637/07, 20.10.2009
- ECtHR, *Von Hannover v. Germany*, App no 59320/00, 03.06.2004
- ECtHR, *Von Hannover v. Germany (No 2)* [GC] App no 40660/08, 60641/08, 07.02.2012
- ECtHR, *Wojtas-Kaleta v. Poland*, App no 20436/02, 16.07.2009

Eşya Olarak Dijital Veriler: Dijital Eşya

Digital Data as Goods: Digital Goods

O. Gökhan ANTALYA 

ÖZ

Dijital yaşam, dünyayı “dijital dünya”, evreni de “dijital evren”e dönüştürürken enformasyon toplumunun temel yapısını dijital yaşamı oluşturan dijital veriler oluşturmaktadır. Dijital veriler sadece ticari ve ekonomik alanlarda değil, yaşamımızın tüm alanlarında örneğin siyasi, sosyal, askeri vb. alanlarda analiz edilmekte ve bu analizlerin çıktıklarına göre kararlar alınmaktadır. Dijital veriler günlük ekonomik yaşamda ticari bir maldır (res commercium) ve bu mal ekonomik değere sahiptir. Söz konusu çalışmada dijital veri kavramının tanımı yapılarak, dijital verilerin kişisel verilerden ve fikri verilerden farkları ile dijital verilerin sözleşmeye konu edilmesi açıklanmaktadır. Ayrıca dijital verinin eşya niteliği incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Eşya, Dijital Eşya, Dijital Veri, Veri, Büyük Veri

ABSTRACT

As digital life transforms the world into a “digital world” and the universe into a “digital universe”, the basic structure of the information society is formed by the digital data that constitutes digital life. Digital data is analyzed not only in commercial and economic fields, but in all areas of our lives, such as political, social, military, etc., and decisions are made according to the outputs of these analyses. Digital data is a commercial good (res commercium) in daily economic life and this good has economic value. In this study, the definition of the concept of digital data, the differences of digital data from personal data and intellectual data, and the subject matter of digital data to the contract are explained. In addition, the property nature of digital data is examined.

Keywords: Goods, Digital Goods, Digital Data, Data, Big Data

* Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0003-3005-2154

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: O. Gökhan ANTALYA

E-posta/E-mail: gantalya@marmara.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 14.11.2023

Kabul Tarihi/Accepted: 27.11.2023

I. DİJİTAL VERİLERİN DİJİTAL YAŞAMDAKİ YERİ

Yeni yaşam bir şekli dünyaya hatta evrene hâkim olmaktadır. Bunun adı “dijital yaşam”dır. Dijital yaşam, dünyayı “dijital dünya”, evreni de “dijital evren”e dönüştürüyor. Toplum da dijital “enformasyon toplumu”na dönüşmektedir¹. Hatta yapay zekalı kişi tartışmaları devam etmektedir². Devletin egemenliğine ilişkin klasik kavrayış günümüzde mekân (kara, deniz, hava ve uzay – siberuzay – egemenliği), nüfus ve toplumsal (siyasi, ekonomik ve sosyal) ilişkiler yönünden dijital veri yönünden değerlendirilmekte, dijital veri egemenliği tartışılmaktadır³. Bu gelişmeler her gün daha fazla önem kazanmaktadır⁴.

Bu toplumda dijital iletişim söz konusudur. Dijitalleşme ile yapılan iletişim, bedensel iletişimden şu yönleriyle ayrılır⁵:

	Bedensel İletişim	Dijital Teknoloji ile İletişim
Gösterge-Sistemi	Konuşma dili (Türkçe, İngilizce vb.)	İkilik-Sistem
Göstergenin Üretimi	Konuşma	Dijital veri kodlama
Göstergenin Saklanması	İnsan hafızası	Veritabanı, Punch kart, 3,5” floppy disk, cd-rom, bluray-disk
Göstergenin İşlenmesi	İnsan beyni	Bilgisayar işlemcisi
Göstergenin İletilmesi	Sesli konuşma	Kablolu veya kablosuz dijital veri iletimi
Göstergenin İmhası	Havada sönmülenir	Saklama ortamı bütünlüğünün kendiliğinden ya da bilinçli olarak insan müdahalesiyle bozulması

Gösterge-sistemleri için ortak olmak üzere gösterge-sisteminin kullanıldığı sosyal çevre ile gösterge-sisteminin oluşturulduğu fiziksel çevre arasında göstergeler için farklı ilişkiler, semantik merdiven olarak isimlendirilmektedir. Bu semantik merdiven sosyal dünyayı fiziksel dünya ile bağlamaktadır.

1 Michael Kloepfer, 'Informationszugangsfreiheit und Datenschutz: Zwei Säulen der Informationsgesellschaft' (2003) Die Öffentliche Verwaltung 221, 223, Atilla Aydın, 'Devlet Egemenliğinin Dönüşümünde Dijital Verinin Araçsal İlişkisi ve Rolü' (Doktora Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi 2019).

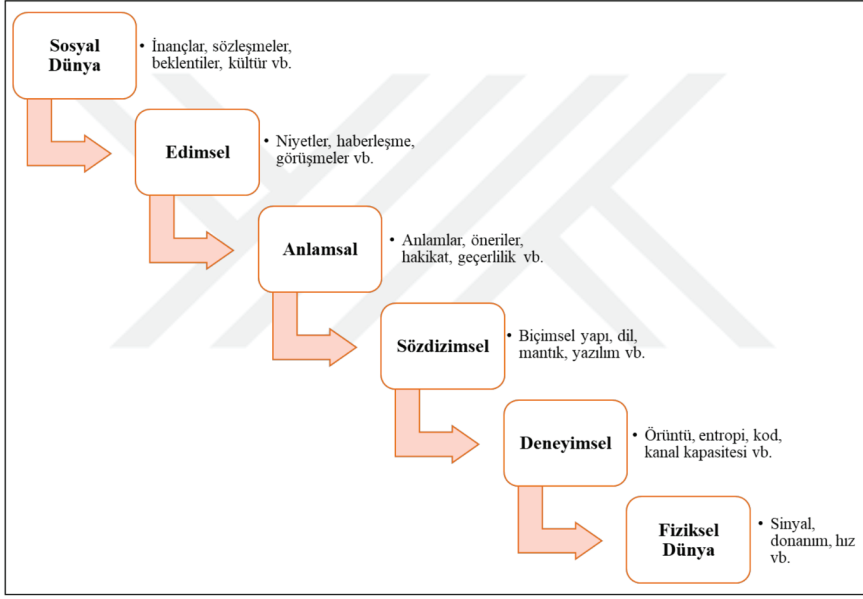
2 Aydın (n 1) 191 vd.

3 ibid 194 vd.

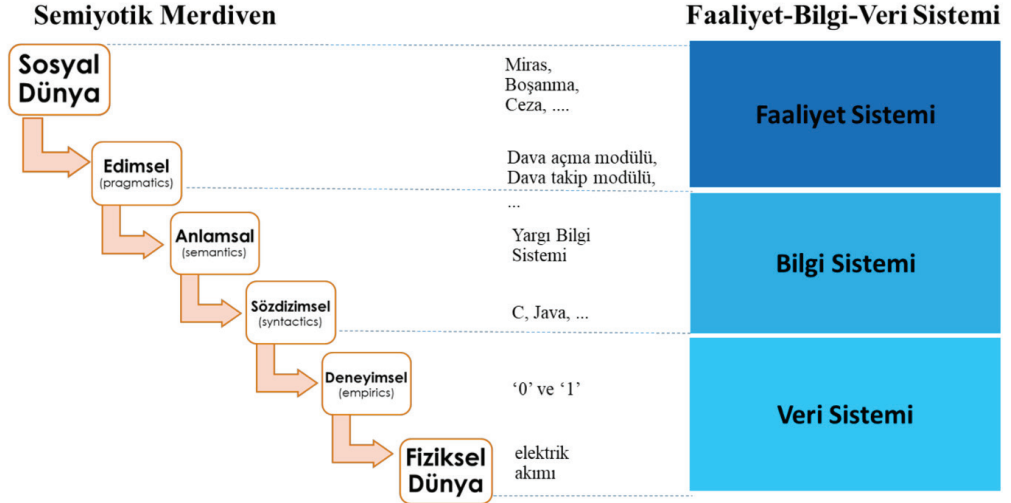
4 Başka bir sınıflama olarak iktidar teknolojileri ile siyasi faaliyetler, idari faaliyetler; üretim teknolojileri ile ekonomik faaliyetler, bilimsel faaliyetler; yönünden birey teknolojileri ile kültürel faaliyetler, sosyal faaliyetler bkz ibid 156 vd.

5 Dijital bilgi teknolojileri temelli yeni toplumsallık için bkz ibid 104 vd.

Aşağıda Stamper'in (1973, 1996) örneklediği üzere, sosyal dünyadan başlayarak fiziksel dünyaya, Edimsel, anlamsal, sözdizimsel ve deneysel olmak üzere altı basamakla ulaşmaktadır⁶:



Halbuki dijitalleşmeyle yapılan iletişim yukarıdaki insani bedensel iletişimden farklı bir yol izlemektedir⁷:



6 ibid 86'dan naklen.

7 ibid 86'dan naklen.

Enformasyon toplumunun temel yapısını dijital yaşamı oluşturan dijital veriler oluşturmaktadır. Dijital yaşam bugün de yarın da dijital verilerle dijital ekonominin (digitalen Wirtschaft / Digital Economy) merkezinde yer almaktadır; yer alacaktır. Yaşamın ve ekonominin “dijitalleşme”si de dijital verilerle gerçekleşmektedir.

İş/ticaret dünyasında da dijital ticaret her gün daha fazla yer almakta ve önem kazanmaktadır. Big Data ismi verilen devasa ve hatta yapılandırılmamış dijital ortamdaki veri kümeleri karmaşık teknik yöntemlerle ticari bilgi olarak değerlendirilmekte ve gerçek zamanlı olarak ticari amaçlarla analiz edilmektedir. Bu analiz sonuçlarından hareketle ekonomik kararlar alınmakta ve uygulanmaktadır.

Dijital veriler sadece ticari ve ekonomik alanlarda değil, yaşamımızın tüm alanlarında örneğin siyasi, sosyal, askeri vb. alanlarda analiz edilmekte ve bu analizlerin çıktılarına göre kararlar alınmaktadır.

II. DİJİTAL VERİYE İLİŞKİN TEMEL HUKUKİ SORUNLAR

Dijital verilerin hukuken nasıl nitelenmesi gerektiği hala belirsizdir⁸. Kettinger, veri ve bilginin yürürlükte hukukta kavramsal olarak yeterli açıklama getirmediği tespitini yapmaktadır.

Bu konudaki temel hukuki belirsizlik ve hukuki sorunları şu şekilde tespit edebiliriz: Dijital veriler TMK anlamında eşya mıdır? Veriler üzerinde bir hakimiyet hakkı söz konusu mudur? TMK anlamında bunlar üzerinde zilyetlik ve mülkiyet hakkı söz konusu mudur? Dijital veriler yalnızca sözleşmeye dayalı olarak⁹ ve ceza hukuku kapsamında mı korunabilir¹⁰? Dijital veri kişisel veri mi; fikri mülkiyet midir? Dijital verilere ilişkin bilgiler ticari sır (know-how) olarak korunuyor mu?¹¹ Yine dijital veri, sanal mülk (virtual property¹²) ya da sanal mal (virtuelle Güter¹³) mıdır?

8 Martin Eckert, ‘Digitale Daten als Wirtschaftsgut: Besitz und Eigentum an digitalen Daten’ (2016) Schweizerische Juristen-Zeitung 245, 245 vd; Daniel Kettinger, ‘Die Datenherrschaft und ihre Folgen – Versuch einer rechtlichen Auslegung’ (2006) Vortrag SOGI – Tagung vom 11. Januar 2006, «Das geltende Recht trägt wenig zur Klärung der Begrifflichkeiten im Bereich von «Daten» und «Information» bei» <<http://www.sogi.ch/fileadmin/redakteure/download/berichte2/SOGI-Tagung-Folien-Kettinger.pdf>> accessed 15 Sept 2023.

9 Hess-Odoni, verilerin sözleşme özgürlüğü kapsamında sözleşme konusu oluşturabileceğini ama beraberinde bazı belirsizlikleri ve sorunları da beraberinde getirdiğine işaret etmektedir. Bkz Urs Hess-Odoni, ‘Die Herrschaftsrechte an Daten’ (2004) Jusletter vom 17. Mai 2004 18, 18 vd.

10 İzinsiz bilişim sistemine girme suçu için bkz. TCK m. 243; Bilişim sistemini engelleme, bozma ve verileri yok etme ve değiştirme suçu için bkz. TCK m. 244. Bu konuda bkz. Yılmaz Yazıcıoğlu, *Bilgisayar Suçları* (Alfa 1997); Emin D Aydın, *Bilişim Suçları Hukukuna Giriş* (Doruk 1992); Hasan Sınar, *İnternet ve Ceza Hukuku* (Beta 2001); Yüksel Ersoy, ‘Genel Hukuki Koruma Çerçevesinde Bilişim Suçları’ (1994) 49(03) Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi 149, 153; Berrin Bozdoğan Akbulut, ‘Bilişim Suçları’ (2000) 8(1-2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 545, 553; Yener Ünver, ‘Türk Ceza Kanunu’nun ve Ceza Kanunu Tasarısının İnternet Açısından Değerlendirilmesi’ (2001) 59(1-2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 51, 77; A Caner Yenidünya ve Olgun Değirmenci, *Bilişim Suçları* (Legal 2003).

11 Jean Nicolas Druey, ‘Schutz der Information’ in Rolf H Weber and Reto Hilty (eds), *Daten und Datenbanken* (Schulthess 1999) 7 vd, 13 vd.

12 Matthias Nänni, *Märkte virtueller Welten: Rechtsnatur und Übertragung virtueller Güter* (Schulthess 2009) 173’te belirttiği üzere, “Virtual Property” kavramı Gregory Lastowka ve Dan Hunter 2004 tarihli *The Laws of the Virtual Worlds* eserine kadar geriye gider.

13 Stefan Bürge, ‘Online Gaming – Reale rechtliche Stolpersteine in virtuellen Welten’ (2006) 11 sic! 802, 802 vd.

III. DİJİTAL VERİLERİN TİCARİ MAL NİTELİĞİ

Gerçek şu ki dijital ekonomide veriler tıpkı mallar gibi üretiliyor, kullanılıyor, devrediliyor ve ticareti yapılmaktadır. Bazı dijital veriler üretilirken içerikleri yönünden tek başlarına önemli olmasa da bir değere sahip olabilirler; örneğin bilgi ileten meta datalar. Bu bireysel dataların bir araya geldiği büyük veri (BigData) uygulamaları içinde yapılandırılmamış veri kütlelerinden (ham verilerden) değerli bilgiler elde edilmektedir¹⁴.

Dijital veriler günlük ekonomik yaşamda *ticari bir maldır* (*res commercium*) ve bu mal ekonomik değere sahiptir; ekonomik bir maldır¹⁵. Sosyal ve ekonomik hakikat ekonomik değere verinin üzerinde kişinin hakimiyetinin bulunduğudır.

Druey, bilgiyi (Information) mal olarak ele alıp üzerinde hakimiyet kurulabileceğine vurgu yapmıştır¹⁶.

Bu sebeple hukuk düzeninde, öncelikle *de lege lata* özellikle eşya hukukunda dijital verinin açık bir şekilde hukuki temeli ortaya konulmalı ve nitelendirilmelidir. Sonrasında *de lege ferenda* dijital yaşam ve ekonomide dijital verinin hukuken nitelenmesinin yapılmasına, hatta bunun TMK'unda açık bir hukuki düzenlemeye konu edilmesinde yarar bulunmaktadır.

IV. DİJİTAL VERİ KAVRAMI

A. VERİ KAVRAMI

Uluslararası teknoloji standardı olan ISO/IEC 2382:2015'te veri "*informasyonun iletişime, yorumlanmaya veya işlemeye uygun, bir form şeklindeki temsili*" olarak tanımlanmaktadır¹⁷.

İngilizce "data" (veri) kelimesi, Latince *dare* fiilinin geçmiş zaman kipinden türetilmiş, Türkçe *verilmiş* (İngilizce *given*) anlamında olan, *datum* kelimesinin çoğul halidir¹⁸.

Türk ceza hukuku doktrininde veri, bilgilerin soyut halde belirli bir formata dönüştürülmüş hali olarak tanımlanmıştır¹⁹.

14 Herbert Zech, 'Daten als Wirtschaftsgut – Überlegungen zu einem "Recht des Datenerzeugers"' (2015) 31(3) Computer und Recht 137, 138.

15 ibid 138.

16 Jean Nicolas Druey, *Information als Gegenstand des Rechts* (Schulthess 1995) 262.

17 "reinterpretable representation of information in a formalized manner, suitable for communication, interpretation, or processing".

18 Aydın (n 1) 92.

19 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 2. maddesinin 1. fıkrasının (k) bendinde veri, bilgisayar tarafından üzerinde işlem yapılabilen her türlü değer olarak tanımlanmıştır.

Yazıcıoğlu (n 10) 29 vd.

Veri içeriğindeki bilgiye ilişkin herhangi bir ontolojik gerçeklikten bağımsızdır. Şöyle ki, bulgu kanıt olabileceği gibi veri de bulgu olabilir. Bir bulgunun yanlışlığı ispatlandığında bulgu olması sonlanırken, yanlış veri hala veridir.

B. DİJİTAL VERİ YÜZEYLERİ VE DİJİTAL VERİ TANIMI

1. Genel Olarak

Dijital veri bir nesne olarak incelediğinde, üzerinde belirli eylemleri gerçekleştirmek mümkündür. Dijital verinin,

- Oluşturulması / üretimi,
- Toplanması / kaydedilmesi / organize edilmesi / saklanması,
- İşlenmesi,
- Dağıtımı / yayılımı,
- Uygulanması / kullanımı ve
- Bakımı / yeniden kullanımı gibi temel işlevleri söz konusudur²⁰.

Dijital verinin üç temel yüzeyi bulunmaktadır:

- Bir verinin dijitalleşebilmesi için bilgi içeren ya da içermeyen bir informasyon içeriğinin olması gerekir (anlamsal düzey)
- Verinin dijital alfabeyle dijital olarak kodlanması (sözdizimsel düzey) ve
- Verinin veri taşıyıcısı olabilecek bir donatıya depolanması (yapısal düzey) gerekir.²¹

Bir verinin dijital veri haline gelebilmesi için bir ya da birden çok bilgiye ilişkin verinin önce dijital olarak kodlanması (sözdizimsel düzey), sonra onun bir depoda saklanmak üzere kaydedilmesi (yapısal düzey) gerekir. Aşağıda inceleyeceğimiz sözdizimsel ve yapısal düzeyin gerçekleşmesiyle birlikte bir nesne olan dijital verinin özne olan insan ile etkileştiği durumlarda dijital veri için dijital veri sahipliği ve dijital veri kullanıcısı söz konusu olur.

2. Sözdizimsel Yüzey

Söz dizimsel yüzey, verinin dijital olarak kodlanmasıdır.

Bir verinin dijital veri olabilmesi için ekonomik bir mal olarak makineler tarafından mutlaka kodlanması gerekir. Kodlama onun yaratıcı formudur. Bir veri ancak kodlandığında işlenebilir,

20 Aydın (n 1) 93'ten naklen.

21 Zech (n 14) 138.

saklanabilir, kopyalanabilir, değiştirilebilir ve iletilebilir. Bu nedenle veri ancak kodlandığında ekonomik değeri olan ticari bir mal halini alır²².

Kodlama kod alfabesi denilen işaretlerle yapılır. Bugün için kod alfabesine hakim olan dijital teknik, G. Leibniz tarafından yaratılan binary (ikili) formdur²³; bu form da taban 2'dir ve bu sistemde sıfır (0) ve bir (1) den oluşan sayı sistemi kullanılmaktadır.

3. Yapısal Düzey

Dijital verinin yapısal yüzeyi, kodlanmış verinin bir Donatıya (veri taşıyıcısına) kaydedilerek depolanmasıdır.

Dijital veriler kesinlikle bağımsız değildirler; bunların alınması ve saklanması için zorunlu olarak bunların bazı veri taşıyıcılarına veya veri işleme sistemlerine yüklenmek ve orada saklanmak üzere bir donanıma kaydedilmiş olmalarına bağlıdır²⁴.

Dijital olarak kodlanmış veriler, sabit diskler, DVD'ler, flash bellekler gibi veri depolama aygıtlarında ya da donanımlara kaydedilerek depolanır.

4. Geniş Anlamıyla Dijital Veri Kavramı

Dijital veriyi – geniş anlamıyla – anlamsal yüzeyi yani bilgiye ilişkin içeriği ile tanımlarsak, dijital veri, bir bilgiye ilişkin içeriğin bir makine tarafından okunabilir şekilde ikili kodda kodlanarak saklanabildiği veridir.

Ancak biz bu çalışmamızda dijital veriyi, bilgiye ilişkin içerikten (anlamsal yüzeyden) bağımsız olarak ele almaktayız. Dijital veri içeriği ile ele alınırsa aşağıda görüleceği üzere, karşımıza kişisel veri ya da fikri ve sınai veri olarak çıkar.

5. Dar Anlamda Dijital Veri Kavramı

Dijital veriyi, – dar anlamda – makine tarafından okunabilir şekilde ikili kodda kodlanarak saklanabilen veri şeklinde tanımlamaktayız²⁵. Kısaca dijital veri makine tarafından okunabilen kodlanmış verilerdir²⁶.

“Dijital veri” terimi, içerik açısından herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın, dijitalleştirilebilecek olan tüm verileri kapsar: Örneğin, yazılımları, kullanıcı verilerini, kayıt verilerini, ölçüm verilerini, meta verilerini, sensör verilerini, pikseli görüntülerini, ses dosyalarını vb.

22 ibid 138; Eckert (n 8) 246.

23 Bilginin en küçük yapı taşı olan “bit”, ikili basamak (İng. binary digit) kelimesinin baş harfleri “bi” ve “t” birleştirilerek oluşturulmuştur.

24 Hess-Odoni (n 8) Rz 1.

25 Bkz n 20.

26 Zech (n 14) 138.

V. DİJİTAL VERİLERİN KİŞİSEL VERİLERDEN AYRILMASI

Dijital veri kavramı bilginin içeriği ile ilgilenmez, onu kısıtlamaz; onun teknik yönü olan kodlama ve saklanma yani depolanma yönü ile ilgilenir.

Dijital veri “kişisel veriler”den farklıdır. Hukukçular genellikle 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu kapsamında veri terimini kavramsallaştırmaktadırlar. Bilindiği üzere, bu kanunun konusu sadece kişisel verilerdir. Kişisel veri “*Kimliği belirli ya da belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi*” olarak tanımlanmıştır (KVKK m. 3/d bendi). Kanunun kapsamı KVKK m. 2’de kişisel verileri işleyen²⁷ kişiler şeklinde belirlenmiştir²⁸. Öyleyse kişisel veriler, verilerin yapısı ve sözdizilimi yani bunların yapısal ve sözdizilimi düzeyi ile ilgilenmez; bilginin içeriği yani verinin semantik yönü ile ilgilidir. Bu yüzden “Kanunun amacı, kişisel verilerin işlenmesinde başta özel hayatın gizliliği olmak üzere kişilerin temel hak ve özgürlüklerini korumak ve kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişilerin yükümlülükleri ile uyacakları usul ve esasları düzenlemektir” (KVKK m. 1).

Dijital veriler, dijital olarak kodlanmış ve dijital ortamda depolanmış görüntülenebilir, ama içeriği açık tüm teknik verileri kapsar. Bunların mutlaka kişisel veri olması da gerekli değildir. Dijital veri olmayıp da kişisel veri olduğu gibi; dijital veri olup kişisel veri olmayan veriler söz konusudur²⁹.

VI. DİJİTAL VERİLERİN FİKRİ VERİLERDEN AYRILMASI

Dar anlamda dijital veriler içeriklerinden bağımsız oldukları için kendi başlarına fikri mülkiyet hakkının konusunu oluşturmazlar. Yukarıda açıkladığımız üzere, dijital veriler, içeriklerinden bağımsız şekilde, kodlanmış ve depolanmış verinin doğal halini ifade eder.

İlk olarak belirtelim ki, dijital veriler, hakim görüşe göre, katiyetle maddi olmayan mutlak mal (immaterialgüter) değildir yani varlığın hukuki korumasının mutlak etki olarak gerçekleşmesi söz konusu değildir³⁰. Zira maddi olmayan mutlak varlıklar sınırlı sayı (numerus clausus) ilkesine tabidir. Bunların içine veri dahil değildir.

Dijital veri olarak yaratılmış bir ürünün fikri hak olarak korunabilmesi için sahibinin özelliğini taşıması zorunluluğu – hususiyet³¹ şartı – getirilmiş olup, sanatsal güzellik ve estetik özellikleri

27 Kişisel verilerin işlenmesi, KVKK m. 3/e bendinde, “Kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlem” olarak tanımlanmıştır.

28 KVKK m. 2 hükmü şu şekildedir: “Bu Kanun hükümleri, kişisel verileri işlenen gerçek kişiler ile bu verileri tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla işleyen gerçek ve tüzel kişiler hakkında uygulanır.”

29 Eckert (n 8) 247.

30 Bkz Burak Meydancı, ‘Yapay Zekâ ve Ürünlerinin Fikri Mülkiyet Hukukunda Korunması’ (Doktora Tezi, Bursa Uludağ Üniversitesi 2023); Yavuz Selim Şener, ‘Fikri Mülkiyet Hukukunda Dijital Veri Tabanlarının Korunması’ (Doktora Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi 2013).

31 Meydancı (n 30) 127 vd.

aranmaktadır. Sınai haklarda böyle bir zorunluluk aranmamakla birlikte, dijital bir verinin sınai hakkın korunması için “sanayide kullanılabilir” olma kriterini taşıması yeterlidir. Görüldüğü üzere fikri ve sınai haklarda dijital verilerin semantik yönü yani veri olarak kodlanan ve saklanan bilginin içeriği önem taşımaktadır. Bir dijital verinin fikri hak olarak korunabilmesi için verinin içeriğindeki bilginin belirli bir nitelik vasfına sahip olması gerekir. Bir fikri hakkın konusu olabilen fikri eser orijinal metin-, resim, video ya da müzik vb. dijital veri olarak sıfır ve birden oluşan kod alfabetiyle kodlanır.

Fikri mülkiyet; edebiyat, sanat, müzik, mimari vb. gibi telif eserler denen alanı kapsar. Sınai mülkiyet ise esas olarak sanayi ve teknolojiyi ilgilendiren alanlardaki markaları, buluşları, tasarımları kapsar.

Fikri hakka tecavüz (izinsiz çoğaltma-kullanma) haksız rekabet sayılmış olup, fikri hakkın ihlali halinde 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserlerini Koruma Kanunu, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu vb. özel kanunlar yanında, Türk Ticaret Kanunu’nun haksız rekabet hükümleri uygulanır.

Dijital verilerde yer alan maddi olmayan semantik düzeydeki bilgilerin fikri hak olabilmesi fikri hakkın konusu olan eserin “sahibinin hususiliğini taşıması” gerektiğinden FSEK m. 1/B a) bendi), dar anlamda dijital eser fikri eser sayılamaz³².

İsviçre’deki katıldığımız hâkim görüşe göre, dar anlamda dijital veri, içeriğindeki bilgiden bağımsız olduğundan, fikri eser niteliğine sahip değildir. Ancak toplanmış dijital veri konusu tartışmalıdır.

VII. DİJİTAL VERİLERİN SÖZLEŞMEYE KONU OLMASI

Dijital verilerin tasarruf sözleşmelerine konu olduğu genellikle kabul edilmektedir³³. Satış sözleşmelerine³⁴, değiş tokuş sözleşmelerine, bağışlama ve her şeyden önce – dijital verilerin telif hakkı olarak nitelendirilebildiği ölçüde – lisans sözleşmelerine konu olabileceği bize göre de sözleşme özgürlüğü ilkesine göre tartışmasıdır. Yine de bu yasal tip sözleşme türlerinin dijital verileri konu alması ve hükümlerinin uygulanması uygulamada belirsizliklere ve hukuki sorunlara yol açmaktadır.

Dijital verilerin aynı zamanda kullanım sözleşmelerine (kira, kullanım ödücüne³⁵ ve leasinge) konu olup olamayacağı da belirsizdir. Kanundaki tanımdan hareketle kira konusu “şey” olarak belirlendiğinden, dijital verilerin kira sözleşmesinin konusu (TBK m. 379 / OR Art 253) olabilmesi tartışmalıdır³⁶. Benzer şekilde kullanım ödücünün konusu da Kanunda “şey” olarak belirlenmiştir

32 Eckert (n 8) 247.

33 Eckert (n 8) 246.

34 M Michael König, ‘Zur Sacheigenschaft von Computerprogrammen und deren Überlassung’ (1990) NJW 1584, 1584 vd.

35 Toplanmış verilerin (Datensammlung) ödünce konu olabileceğine ilişkin bkz Heinz Schärer, ‘Art. 305-318’ in Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt and Wolfgang Wiegand (eds), *Basler Kommentar Obligationenrecht I: Art. 1–529 OR* (5th edn, Helbing Lichtenhahn 2011) Art. 305 N 6.

36 ibid Art. 305 N 6; Roger Weber and Peter Zihlmann, ‘Art. 253’ in Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt and Wolfgang Wiegand (eds), *Basler Kommentar Obligationenrecht I: Art. 1–529 OR* (2nd edn, Helbing Lichtenhahn 1996) Art. 253, N 2.

(TBK m. 379 /OR Art. 305) . Ürün kirası sözleşmesinin konusu, bir şeyin veya hakkın kullanılması veya ürünün devşirilmesidir (TBK m. 357 / OR Art. 275).³⁷

Görüşümüze göre aşağıda açıklayacağız üzere dijital veriler eşya niteliğine (dijital eşya) sahip olduğundan eşyayı konu alan tasarruf ve kullanma sözleşmeleri dahi tüm tip sözleşmelerine objektif esaslı unsur olarak konu edilebilir. Dijital veriler, yan edim ve yan yükümlülüğü olarak düzenlenebilir; hatta dijital veriye ilişkin hükümler sözleşme taraflarınca sözleşmenin sübjektif esaslı unsuru haline getirilebilir.

VIII. DİJİTAL VERİNİN EŞYA NİTELİĞİ (DİJİTAL EŞYA)

A. TMK'YA GÖRE EŞYA KAVRAMI VE UNSURLARI

TMK eşya kavramını tanımlamamış; tanımlamayı hukuk doktrinine ve yargı uygulamasına bırakmıştır. Böylelikle kanun koyucu eşya kavramının maddi olgularına ilişkin içeriğini açık bırakarak, onun günün koşullarına uygun olarak anlaşılmasına imkan tanımıştır.

Hakim amaçsal bakış açısıyla o şeyin hukuk düzeninde eşya olarak tanınıp tanınmayacağını takdir edecektir³⁸. Hakim amaçsal bakış açısında bir eşya üzerinde hakimiyetin söz konusu olup olmayacağına karar verirken (amaçsal genişletme), o kavrama ilişkin teorik unsurları ticari hayatın ilişkilerine ve ona yön veren hayatın gerçeklerini dikkate alarak değerlendirecektir.

Eşya kavramını, kişilik değeri oluşturmayan üzerinde hukuki hakimiyet kurulabilen ekonomik değeri olan maddi varlık olarak tanımlamış; unsurlarını şu şekilde belirlemiş idik³⁹:

- Kişilik değerleri dışında varlık olması (Kişilik dışılık)
- Ekonomik değeri olan tanımlanabilir belirli ve hakimiyete elverişli bir maddi – fiziksel – varlık olmalı; bu maddi – fiziksel – varlık,
 - Belirli maddi/fiziksel varlık (Belirlilik):
 - Tanımlanabilir maddi/fiziksel varlık (Tanımlanabilirlik),
 - Ekonomik değeri olan maddi/fiziksel varlık (Ekonomik Değerlilik)
 - Maddi/Fiziksel varlık üzerinde fiili ve hukuki olarak hakimiyet kurulabilir maddi varlık olmalı (Edinmeye (hakimiyete) elverişlilik).

37 Eckert (n 8) 246.

38 Wolfgang Wiegand, 'Vorbemerkungen zu Art. 641 ff. ZGB' in Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt and Thomas Geiser (eds), *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II: Art. 457-977 ZGB* (5th edn, Helbing Lichtenhahn 2015) N 7.

39 O Gökhan Antalya, 'Giriş, Temel Kavram ve İlkeler' in O Gökhan Antalya (ed), *Marmara Hukuk Yorumu Cilt IV/1: Eşya Hukuku* (4. Baskı, Seçkin 2021) N 46, 46, 47, 77, 104, 125 vd.

B. DİJİTAL VERİNİN EŞYA OLARAK NİTELENMESİ

Yukarıda saydığımız unsurlar yönünden dijital verinin eşya niteliğine sahip olup olmadığı aşağıda değerlendireceğiz.

Dijital verinin dar anlamda içeriğinden bağımsız olarak değerlendirilmesi gerektiğinden kişilik dışıdır. Bu hususu yukarıda kişisel veri yönünden açıklamış idik.

Önce dijital verilerin maddi bir varlık oluşturup oluşturamayacağı üzerinde duralım. Dijital verinin maddi varlık olarak kabul edilebilmesi için öncelikle kural olarak “somut evrende üç boyutlu maddi bir kapsama sahip olması gerekir. Dijital veri evrende üç boyutlu olarak maddi kapsama sahip değildir. Ama evrende maddi bir kapsama sahip midir sorusuna cevap aramamız gerekir.

İlk bakıldığında, TMK m.762 hükmü kapsamında taşınır mülkiyetin konusunu oluşturan “maddi şeyler”den de değildir. Dijital veri, maddi bir şey midir sorusuna da cevap aramamız gerekir.

Nänni'nin ifade ettiği üzere, aynileştirme (Verdinglichung⁴⁰) için hukuk sisteminin onu eşya hukukuna ilişkin bir konu alanını tanımlamasını ve bu konuyla ilgili hakları doğrudan yararlanıcıya vermesini gerektirir⁴¹.

Eşya kavramı fonksiyon bir kavramdır. Eşya kavramının fonksiyonu yönünden ticaret hayatının gerçekliğini ve algısını dikkate alması gerekir. Bu yönüyle Dijital veri kavramının işlevselliği ve dijital ekonominin gerçeklikleri ve ihtiyaçları, onun geleneksel eşya kavramının dijital verileri de genişletilmesini zorunlu kılmaktadır.

Tanımlanmamış – içi boş – bir kavram olarak dijital veri de onun tanımına dahil olup olmadığını ortaya koymamız gerekir. Bunun için de hakim içi boş kavram olan eşyayı tanımlarken, amaçsal metotla hukuk düzeninin eşyanın konusu olarak tanıyıp tanımadığına karar verecektir. Söz konusu değerlendirmeyi yaparken de geçerli değer spektrumlarından hareketle belirli bir şeyin yani verinin eşya olarak kabul edilip edilmeyeceğini dikkate alacaktır⁴².

Bu noktada Druey, informasyonu (bilgiyi) üzerinde hakimiyet kurulabilen bir mal olarak değerlendirmekte ve bilgi formları üzerinde bilginin korunmasını sağlama üzere mülkiyet hükümlerinin kıyasen uygulanabileceğini savunmaktadır⁴³. Bu görüşten bir bilgi formu olan dijital verilerin de bir mal olarak kabul edilebileceğini ve hukuken korunması için de mülkiyet hükümlerinin kıyasen uygulanabileceği sonucuna varabiliriz.

40 Aynileştirme için bkz Claus-Wilhelm Canaris, ‘Die Verdinglichung obligatorischer Rechte’ in Horst Heinrich Jakobs, Brigitte Knobbe-Keuk, Eduard Picker and Jan Wilhelm (eds), *Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag* (Schmidt 1978) 372 vd.

41 Nänni (n 12) 129.

42 Wiegand (n 38) N 7.

43 Druey, *Information* (n 16) 262.

Eşya hukukuna hakim olan özellik ilkesine göre aynı haklar ancak bireyselleştirilmiş, bireysel nesnelere üzerinde doğabilir⁴⁴.

Dijital veri bir bilgiyi dijital olarak kodlanmış ve depolanıp saklanmıştır. Depolanmış bir dijital veri, teknik olarak sabitlenmiş ve bunun sayesinde fizikleşmiş bir varlıktır. Dijital verinin teknik şart olarak mutlaka sabitlenerek depolanması onu fizikleştirir. Onu belirlenmiş ve tanımlanmış bir maddi – fiziksel – varlık haline getirir. Dijital veriler ya taşıyıcıda ya da donatıda bits ve bayt olarak yer alarak kendi başlarına var olurlar. Dijital veriler depolanmasıyla fiziksel ve teknik olarak somut ve onunla birlikte maddi olarak gerçek olurlar yani fizikleşirler⁴⁵. Depolanmış dijital veriler aslında yalıtılmış, ayrı ayrı sabitlenmiş bilgilerdir.⁴⁶

Depolanmanın maddi bir taşıyıcıya mı yoksa sanal ortama örneğin buluta yapılması görüşümüze göre fark yaratmaz. Tabidir ki, maddi bir taşıyıcıya depolanması onu eşya anlamında daha fizikleştirir.

Dijital verilerin ekonomik değeri olan bir dijital mal olduğu üzerinde durmuş idik. Dijital veriler depolandığında da ekonomi bir fiziksel varlık olarak belirli hale gelirler; özellikleri ile ortamda sınırları tanımlanabilir hale gelir.

Dijital verilerin kendi nitelik ve özelliklerine göre, depolandığında üzerinde insan tarafından fiili ve hukuki olarak hakimiyet kurulabilir hale gelir⁴⁷.

Dijital data taşıyıcı bu dijital veri fizikleşmiş yani maddi varlık olarak eşya olarak nitelenmesini ve bu nitelikle birlikte onun üzerinde mülkiyet ve zilyetliğin yolunu açar.

Depolanmış bir dijital veri, evrende klasik anlamıyla üçboyutlu olmasa da somut olarak fiziksel şekilde yer almaktadır. İlaveten doğal niteliği gereği olmasa da diğer varlıklardan nitelik ve yapısal olarak fark edilebilecek şekilde ayrılmıştır. Bu ayrışabilir niteliği ve kendisine özgü yeknesaklığı bulunduğu geniş anlamda maddi varlık olarak ele alınabilir. Diğer maddi varlıklar gibi üç boyutlu olmasa da kendi teknik yapısına özgü bir dijital yapıya sahiptir; bu sebeple maddi bir fiziksel varlık olarak kabul edilmesi gerekir.

Almanya'da bir veri taşıyıcısında depolanan elektronik verilerin veya özgün yaratımların yargı uygulaması ve doktrinin büyük bir kısmı eşya olarak değerlendirilmektedir⁴⁸. Almanya'daki hakim bu görüş, İsviçre doktrininde savunulmaktadır⁴⁹. İsviçre Hukuk doktrininde, *Nänni* ise farklı olarak, hakim olan İsviçre doktrinine göre, elektronik veriler, ister bir veri gövdesinde saklansın ister izole edilmiş olsun, fiziksel olmayan (unkörperlich) olarak kabul edilmesi gerektiğini iddia etmiştir.

44 Bernhard Schnyder, Peter Tuor, Jörg Schmid and Alexandra Rumo-Jungo, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch* (14th edn, Schulthess 2015) § 88 N 9.

45 Eckert (n 8) 248.

46 Hess-Odoni (n 8) Rz 3, 11.

47 Eckert (n 8) 248.

48 Hilty Reto, 'Der Softwarevertrag – ein Blick in die Zukunft' (2003) 1 Multimedia und Recht 3 vd.; Karl Larenz and Manfred Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* (9th edn, C H Beck 2004), § 20 N 12, 14.

49 Stephan Fuhrer, 'Computerviren und Haftung' (1991) Schweizerische Juristen-Zeitung 129, 129 vd.; Vito Roberto, 'Bemerkungen zu BGE 124 III 456' (1999) Aktuelle Juristische Praxis 342, 343.

Dijital veriler biraz genişletilmiş eşya kavramı terimi altında toplanabilir. Dijital veriler, kanuni olarak eşya (*res digitalis*) olarak nitelendirilebilir ve dolayısıyla taşınır eşya ve zilyetlik konusu oluşturur.

Druey de bilginin sahipliği bakımından bilgi ile fiziksel eşya arasında ilişki kurarak, bilgiyi aynı eşya olarak üzerinde hakimiyet kurulabilir bir şey olarak görmekte ve fiziksel formdaki verilerin, örneğin bir veri taşıyıcısında saklanan dijital verinin mülkiyet haklarına konu olabileceğine işaret etmiştir⁵⁰.

Diğer yandan eşyanın şartlarından maddi – fizikselleşmiş – varlık olgusu istisna tanımaz katı bir kayıt olmadığı da bir gerçektir. Doğal güçler fiziksel maddi bir varlığa sahip değildirler. Buna rağmen edinmeye elverişli doğal güçleri, özellikle enerjiyi TMK m. 762 istisna olarak taşınır mülkiyetinin konusu olarak belirlemiştir⁵¹. Hakim doğal güçlere ilişkin istisnaya ilave olarak kanunda bir amaçsal istisna boşluk olduğunu kabul ederek, hakim maddi – fiziksel – olmayan dijital veriyi de istisna niteliğinde bir eşya olduğunu kabul edebilir yani objektif amaçsal yorumla amaçsal tamamlayacaktır. Böylelikle dijital veri mülkiyet ve zilyetlik hükümlerine tabi tutulabilir.

SONUÇ

Dijital veri özel hukuk açısından eşyadır: Dijital Eşya (*res digilates*)

Dijital veriler, dijital ekonomide, mallar gibi üretilir, devredilebilir ve ticareti yapılır. Bunlar günümüzde ekonomik yaşamın dijital tarafında ticari bir ‘şey’ ya da ‘eşya’ olarak işlem görmektedir.

Ne yazık ki, günümüzde dijital verilerin net bir yasal düzenlemesi mevcut değildir.

Verilerdeki bilgilerin içerikleri bakımından kişisel verileri ya da eser ve fikri haklar gibi özel kanunlardaki korunmaları yanında, depolanmış dijital veriler dijital eşya (*res digitalis*) statüsünün gerekliliklerini karşıladığından, *res digitalis* olarak Türk Medeni Kanunu’nun mülkiyet ve zilyetlik hükümleriyle korunmalıdır.

Görüşümüze göre,

de lege lata olarak:

TMK’da yer alan eşya kavramını objektif amaçsal geniş yorumlayarak depolanmış dijital veriyi bir özel hukuk açısından eşya yani dijital eşya (*res digilates*) olarak niteleyebileceğini ve mülkiyet ve zilyetlik hükümleri ile hukuken korunacağını

ya da

TMK m. 762 hükmünde doğal güçlere getirilen istisnadan hareketle istisnai boşluk olduğu ve bu boşluğun amaçsal tamamlama yaparak diğer bir istisna olarak doğal güçlerin yanına dijital verilerin

50 Druey, *Information* (n 16) 262. Ayrıca bkz Zech (n 14) 138.

51 Antalya (n 39) N 89.

ilave edebilmek, bu dijital verilerin dijital eşya olarak taşınır mülkiyetinin konusu olarak kabul edebileceğini ve bu yolla mülkiyet ve zilyetlik hükümlerine tabi olacağını savunmaktayız.

de lege ferenda olarak:

TMK m.762 hükmü iki fıkra haline dönüştürülür. İlk fıkra genel kuralı belirtecek şekilde düzenlenir. İkinci fıkrada istisna olarak doğal güçlerle birlikte depolanmış dijital verilerin taşınır mülkiyetinin konusu olacağı düzenlenebilir.

KAYNAKÇA

- Antalya OG, 'Giriş, Temel Kavram ve İlkeler' in O Gökhan Antalya (ed), *Marmara Hukuk Yorumu Cilt IV/1: Eşya Hukuku* (4. Baskı, Seçkin 2021).
- Aydın A, 'Devlet Egemenliğinin Dönüşümünde Dijital Verinin Araçsal İlişkisi ve Rolü' (Doktora Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi 2019).
- Aydın ED, *Bilişim Suçları Hukukuna Giriş* (Doruk 1992).
- Bozdoğan Akbulut B, 'Bilişim Suçları' (2000) 8(1-2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 545-555.
- Bürge S, 'Online Gaming – Reale rechtliche Stolpersteine in virtuellen Welten' (2006) 11 sic! 802-818.
- Canaris CW, 'Die Verdinglichung obligatorischer Rechte' in Horst Heinrich Jakobs, Brigitte Knobbe-Keuk, Eduard Picker and Jan Wilhelm (eds), *Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag* (Schmidt 1978) 372 vd.
- Druey JN, 'Schutz der Information' in Rolf H Weber and Reto Hilty (eds), *Daten und Datenbanken* (Schulthess 1999).
- Druey JN, *Information als Gegenstand des Rechts* (Schulthess 1995).
- Eckert M, 'Digitale Daten als Wirtschaftsgut: Besitz und Eigentum an digitalen Daten' (2016) Schweizerische Juristen-Zeitung 245-265.
- Ersoy Y, 'Genel Hukuki Koruma Çerçevesinde Bilişim Suçları' (1994) 49(03) Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi 149-183.
- Fuhrer S, 'Computerviren und Haftung' (1991) Schweizerische Juristen-Zeitung 129-135.
- Hess-Odoni U, 'Die Herrschaftsrechte an Daten' (2004) Jusletter vom 17. Mai 2004 18-33
- Kettinger D, 'Die Datenherrschaft und ihre Folgen – Versuch einer rechtlichen Auslegeordnung' (2006) Vortrag SOGI – Tagung vom 11. Januar 2006, «Das geltende Recht trägt wenig zur Klärung der Begrifflichkeiten im Bereich von «Daten» und «Information» bei.» <<http://www.sogi.ch/fileadmin/redakteure/download/berichte2/SOGI-Tagung-Folien-Kettiger.pdf>> accessed 15 Sept 2023.
- Kloepfer M, 'Informationszugangsfreiheit und Datenschutz: Zwei Säulen der Informationsgesellschaft' (2003) Die Öffentliche Verwaltung 221-231.
- König MM, 'Zur Sacheigenschaft von Computerprogrammen und deren Überlassung' (1990) NJW 1584 vd.
- Larenz K and Wolf M, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* (9th edn, C H Beck 2004).
- Meydancı B, 'Yapay Zekâ ve Ürünlerinin Fikri Mülkiyet Hukukunda Korunması' (Doktora Tezi, Bursa Uludağ Üniversitesi 2023).
- Nänni M, *Märkte virtueller Welten: Rechtsnatur und Übertragung virtueller Güter* (Schulthess 2009).
- Reto H, 'Der Softwarevertrag – ein Blick in die Zukunft' (2003) 1 Multimedia und Recht 3-15.
- Roberto V, 'Bemerkungen zu BGE 124 III 456' (1999) Aktuelle Juristische Praxis 342-344.

- Schärer H, 'Art. 305-318' in Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt and Wolfgang Wiegand (eds), *Basler Kommentar Obligationenrecht I: Art. 1-529 OR* (5th edn, Helbing Lichtenhahn 2011).
- Schnyder B, Tuor P, Schmid J and Rumo-Jungo A, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch* (14th edn, Schulthess 2015).
- Sınar H, *İnternet ve Ceza Hukuku* (Beta 2001).
- Şener YS, 'Fikri Mülkiyet Hukukunda Dijital Veri Tabanlarının Korunması' (Doktora Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi 2013).
- Ünver Y, 'Türk Ceza Kanunu'nun ve Ceza Kanunu Tasarısının İnternet Açısından Değerlendirilmesi' (2001) 59(1-2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 51-153.
- Weber R and Zihlmann P, 'Art. 253' in Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt and Wolfgang Wiegand (eds), *Basler Kommentar Obligationenrecht I: Art. 1-529 OR* (2nd edn, Helbing Lichtenhahn 1996).
- Wiegand W, 'Vorbemerkungen zu Art. 641 ff. ZGB' in Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt and Thomas Geiser (eds), *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II: Art. 457-977 ZGB* (5th edn, Helbing Lichtenhahn 2015).
- Yazıcıoğlu Y, *Bilgisayar Suçları* (Alfa 1997).
- Yenidünya AC ve Değirmenci O, *Bilişim Suçları* (Legal 2003).
- Zech H, 'Daten als Wirtschaftsgut – Überlegungen zu einem "Recht des Datenerzeugers"' (2015) 31(3) Computer und Recht 137-146.

Milletlerarası Ticari Tahkimde İptal Sebebi Olarak Hakemlerin Sayısı, Nitelikleri ve Atama Usullerine İlişkin Aykırılıklar*

Irregularities Regarding the Number, Qualifications and Appointment Procedures of Arbitrators as a Ground for Annulment in International Commercial Arbitration

Sibel ÖZEL**^{ID}, Danyal ERSARİ***^{ID}

ÖZ

Her ne kadar hukuk uyumsuzluklarının devlet mahkemelerinde çözülmesi esas olsa da uluslararası ticaretin gelişimi ile birlikte uyumsuzlukların çözümünde milletlerarası tahkim tercih edilir hale gelmiştir. Bu tercihin en önemli sebeplerinden biri uyumsuzluğun hakem adı verilen uzman kişiler tarafından çözülmesi ve bu kişileri tarafların seçmesidir. Devlet mahkemelerinin aksine tahkimde daimî ve daha önceden kurulmuş hakem heyeti olmadığından her uyumsuzlukta hakem heyeti ayrı olarak oluşturulmaktadır. Prensip olarak hakemlerin seçiminde tarafların iradesi ön planda tutulmaktadır. Taraflar hakem seçimini kendileri yapabileceği gibi üçüncü kişiye de bırakabilirler. Tarafların hakem seçimi konusunda anlaşamadıkları halde veya yetkilendiren üçüncü kişi ya da kurumun tarafların belirledikleri usul çerçevesinde hakem seçiminde başarısız olması durumunda, hakem seçimini yapmak üzere devlet mahkemeleri devreye girecektir. Hakem seçimi konusunda tüm bu yöntemler uygulanırken tarafların iradesine veya kanunda öngörülen kurallara uyulmaması halinde usule aykırılık sebebiyle hakem kararının iptali gündeme gelebilecektir. Çalışmamızda, hakemlerin sayısı, nitelikleri ve atama usullerine aykırılık durumları karşılaştırmalı hukuk ışığında iptal davaları bakımından incelenmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Hakem seçimi, hakemlerin sayısı, hakemlerin nitelikleri, hakemlerin atama usulleri, iptal davası.

ABSTRACT

The primary authority for the resolution of legal disputes is state courts, however international arbitration has become preferable with the development of international trade. One of the important reasons for this preference is that the disputes between the parties are resolved by experts called arbitrators and these people are chosen by the parties. Unlike state courts, since there is no permanent and previously established tribunal in arbitration, the arbitral tribunal is formed separately for each dispute. In principle, the will of the parties is prioritized in the selection of arbitrators. The parties can choose the arbitrator themselves or leave it to third parties. In addition, if the parties cannot agree on the selection of the arbitrator, or if the third person or institution that was authorized fails in the selection of the arbitrator within the framework of the procedure determined by the parties, the state courts will take a step to make the selection of the arbitrator. While all these methods are applied in the selection of arbitrators in case the will of the parties or the rules stipulated in the law are not followed, the annulment of the arbitral award may be on the agenda. In this study, the number of arbitrators, their qualifications, and the annulment of arbitral awards in cases of violation of appointment procedures were examined in the light of comparative law.

Keywords: Choice of arbitrators, number of arbitrators, qualifications of arbitrators, appointment procedures of arbitrators, annulment case..

* Makale, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programında hazırlanan “Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakem Kararlarının İptali” başlıklı tez çalışmasından türetilmiştir.

** Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Başkanı, sibelozel@marmara.edu.tr, ORCID: 0000-0003-4027-6258.

*** Dr., İstanbul Barosu Avukatı, av.danyalersari@gmail.com, ORCID: 0009-0002-8919-8203.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Sibel ÖZEL

E-posta/E-mail: sibelozel@marmara.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 03.07.2023

Kabul Tarihi/Accepted: 31.07.2023

GİRİŞ

Hukuki uyuşmazlıkların devlet mahkemelerinde çözülmesi esastır. Ancak, günümüzde milletlerarası ticari ilişkilerin yoğunlaşması ve karmaşık hale gelmesi nedeniyle milletlerarası tahkim, uyuşmazlık çözümünde devlet mahkemelerine kıyasla daha tercih edilebilir hale gelmiştir. Devlet mahkemelerinin aksine milletlerarası tahkim uygulamasında taraflar aralarındaki uyuşmazlıkları çözüme kavuşturması için hakem adı verilen ve doğrudan tarafların kendilerinin tercih ettiği uzman kişilerin görevlendirilmesi bu yöntemi çeşitli açılardan devlet yargısı karşısında daha avantajlı hale getirmektedir¹. Zira milletlerarası tahkimin karakteristik özelliklerinden biri uyuşmazlıkların genel olarak sunulabileceği daimî veya önceden kurulmuş bir mahkemenin olmamasıdır. Hakem heyeti her uyuşmazlıkta ayrı olarak taraflarca oluşturulmaktadır². Tahkim yargılamasında hakemlerin görevi uyuşmazlığı tarafların ihtiyaçları doğrultusunda gizli ve hızlı bir şekilde çözüme kavuşturmasıdır³.

Tahkim yargılamasının ilk aşaması hakem heyetinin usulüne uygun şekilde tesis edilmesidir. Aksi halde tahkim yargılaması sonucunda verilen hakem kararı iptal davasıyla karşı karşıya kalacaktır. Milletlerarası tahkimin en önemli prensiplerinden olan irade serbestisi prensibi hakem seçimi konusunda da varlığını sürdürmektedir. Aşağıda inceleyeceğimiz üzere tahkime ilişkin pek çok milletlerarası sözleşme, ulusal kanun ve kurumsal tahkim kuralları hakem seçiminde tarafların iradesine istisnalar dışında öncelik tanımaktadır. Taraflar hakemlerin sayısını, niteliğini ve seçme usullerini kendileri belirleyebileceği gibi bir üçüncü makamın inisiyatifine de bırakabileceklerdir.

UNCITRAL Model Kanunu m. 34/ 2/a /iv hükmü ve bu kanunu takip eden Türk hukuku dahil olmak üzere pek çok milli hukuk sistemleri hakem seçimi konusunda tarafların iradesine uyulmamasını bir iptal sebebi olarak öngörmektedir. Çalışma kapsamında karşılaştırmalı hukuk ışığında hakemlerin sayısı, nitelikleri ve son olarak hakem seçiminde mahkemenin rolünü inceleyeceğiz.

I. GENEL OLARAK

Milletlerarası tahkimin önemli prensiplerinden olan irade serbestisi prensibi, hakemlerin seçimi aşamasında da ön plana çıkmaktadır⁴. Tahkime ilişkin milletlerarası sözleşmeler, milli tahkim

- 1 Hatice Selin Pürselim, 'Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Kira Sözleşmelerinin Tahkime Elverişliliği' (2021) 27 (1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 496, 496.
- 2 Sibel Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri* (Legal 2008) 26.
- 3 Faruk Kerem Giray, 'Milletlerarası Tahkimde Gizlilik' (2015) 4 (2) Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi 65, 65; Pürselim (n 1) 498.
- 4 Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (6. Bası, Vedat Kitapçılık 2021) 245; Sibel Özel, Mustafa Erkan, Hatice Selin Pürselim ve Hüseyin Akif Karaca *Milletlerarası Özel Hukuk* (On İki Levha 2022) 803; Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7. Bası, Beta 2019) 363; Nigel Blackaby, Constantine Partasides and Alan Redfern, *Redfern and Hunter on International Arbitration* (7th edn, Oxford University Press 2023) no, 4.26; Julian D.M. Lew, Loukas A. Mistelis and Stefan M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2003) 223 ff; Âlim Taşkın, *Hakem Sözleşmesi* (2. Bası, Turhan 2005) 43 vd; Yunus Emre Göger, 'Uluslararası Ticari Tahkimde Hakem Heyetinin Oluşturması' (2021) 16(178) Terazi Hukuk Dergisi 1084, 1086.

kanunları ve tahkim kurallarının tümünde taraflara hakem seçiminde geniş yetki tanınmaktadır.

Devlet mahkemelerinin aksine tahkim yargılamasında uyumsuzluğu çözüme kavuşturacak olan hakem heyeti taraflarca seçilebildiğinden hakemler tahkim yargılamasında hayati öneme sahiptir. Taraflar, hakemlerin sayısını ve niteliklerini kararlaştırabilecekleri gibi, hakem seçiminin hangi sürede yapılacağı ve bu süre içerisinde hakem seçimi yapılmadığında onlar adına hangi kurum ve kişiler tarafından hakemlerin belirlenmesi gerektiği konusunda da anlaşabilirler.

Hakem heyetinin oluşturulmasına ilişkin tarafların iradesine veya kanunda öngörülen usul kurallarına uyulmaması bir iptal sebebi olarak sonuçlanabilecektir. UNCITRAL Model Kanunu⁵ m. 34/ 2/a / iv uyarınca, hakem heyetinin oluşumu tarafların anlaşmasına veya böyle bir anlaşmanın olmaması halinde tahkim yeri hukukuna uygun olmaması halinde hakem kararının iptal edilebilecektir⁶.

UNCITRAL Model Kanuna paralel olarak New York Sözleşmesi⁷ m. V/1/d hükmünde, hakem heyetinin kurulmasının tarafların anlaşmasına ya da uygulanacak hukuka göre yapılmaması tenfiz engeli olarak öngörülmüştür⁸. Aynı şekilde karşılaştırmalı hukukta da hakem heyetinin oluşturulmasında usule aykırılıklar hakem kararının iptali sebebi olarak düzenlenmiştir. Örneğin, Fransız Medeni Usul Kanunu⁹ m. 1520/2 uyarınca, hakem heyetinin usulüne göre oluşturulmamış olması bir iptal sebebidir.

İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu¹⁰ m. 190 hakemlerin belirlenmiş olan usullere göre atanmamış olmasını iptal sebebi olarak öngörmektedir. İran Milletlerarası Tahkim Kanunu¹¹ m. 33/1/v de hakem heyeti tarafların anlaşmasına veya tarafların anlaşmaması halinde kanuna aykırı olarak oluşmuşsa, hakem kararının iptalini öngörmektedir.

UNCITRAL Model Kanununa paralel olarak MTK m. 15/A/1/b uyarınca, “*hakem veya hakem kurulun seçiminde, tarafların anlaşmasında belirlenen veya bu kanunda öngörülen usule uyulmadığı...*” haller iptal sebebi olarak kabul edilmiştir.

5 UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 with amendments as adopted in 2006, United Nations, Vienna 2008, United Nations Publication Sales No. E.08.V.4 Bkz.: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf> accessed 14 June 2023.

6 Aslı Bayata Canyaş, *UNCITRAL Model Kanunu Temelinde Uluslararası Ticari Hakem Kararların Karşı Başvuru Yolu* (Adalet 2016) 194.

7 Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkında 10 Haziran 1958 Tarihinde New York'ta Yapılan Sözleşme, RG 25.09.1991/21002. <<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/21002.pdf>> Erişim Tarihi 16 Haziran 2023.

8 Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca (n 4) 803.

9 13 Ocak 2011 Tarihli ve 2011-48 Sayılı Fransız Medeni Usul Kanunu İngilizce metni için bkz.: <<http://parisarbitration.com/wp-content/uploads/2017/02/EN-French-Law-on-Arbitration.pdf>> accessed 16 June 2023.

10 18 Aralık 1987 Tarihli İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (1 Temmuz 2022 tarihli güncel durum). İngilizce metni için bkz.: <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/1776_1776_1776/en> accessed 19 June 2023.

11 17 Eylül 1997 Tarihli, Resmi Gazete: 20 Ekim 1997/15335, İran Milletlerarası Ticari Tahkim Kanunu Farsça (Orijinal) metni için bkz.: <<https://vindad.com/blog/iran-rules-reference/arbitration/p8411/>> accessed 18 June 2023. Aynı Kanunun İngilizce metni için bkz.: <<https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/2022/09/Iran-Arbitration-Act.pdf>> accessed 18 June 2023.

II. HAKEMLERİN SAYISI

Milletlerarası tahkimde tarafların irade serbestisi ilkesi hakemlerin sayısının belirlenmesinde de ön plana çıkmaktadır¹². Tahkime ilişkin pek çok milletlerarası düzenleme ve milli tahkim kanunu da tarafların iradesine önem vermektedir¹³. Örneğin, UNCITRAL Model Kanunu m. 10/b'de tarafların hakem sayısını belirlemede serbest oldukları kabul edilmiştir.

Hakemlerin sayısı, tahkim yargılamasının kalitesi, süresi ve maliyeti üzerinde etkileri olduğundan önem arz etmektedir¹⁴. Uygulamada genellikle tek veya üç hakem seçildiğini ifade edebiliriz. Küçük ve orta büyüklükteki uyuşmazlıklarda tek hakem tercih edilmektedir. Zira tek hakem, üçlü hakem heyetine kıyasen maliyet ve hızlı karar verme bakımından avantajlıdır. Buna karşılık üçlü hakem heyeti, büyük uyuşmazlıklarda tercih edilmektedir. Üçlü hakem heyetinin tek hakeme kıyasen maliyeti fazla olsa da, her tarafın kendi hakemini seçme imkanının olması, hakemlerin kendilerini kültürel ve hukuki bakımdan anlayabilecek kişilerden olması ve üçlü hakem heyetinin tahkim yargılaması boyunca kendi aralarında tartışarak karara varmaları hata riskini en aza indirmektedir¹⁵.

UNCITRAL Model Kanunu m. 34/2/a/iv hakem heyetinin oluşturulmasında tarafların anlaşmasına uyulmamasını iptal sebebi olarak öngördüğünden taraflarca kararlaştırılan hakemlerin sayısına aykırılık iptal sebebi olarak değerlendirilecektir. İsviçre Federal Mahkemesi 2013 yılında verdiği bir kararda¹⁶, tarafların tahkim anlaşmasında hakem heyetinin üç kişiden oluşmasını öngörmelerine rağmen tek hakem atanması ve tek hakem olarak karar verilmesinin İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 190/2 gereği tarafların anlaşmasına uyulmaması gerekçesiyle hakem kararının iptali sebebi olabileceğini ifade etmiştir. Ancak, Federal Mahkeme davacının, hakem heyetinin oluşumu ile ilgili aykırılığı tahkim yargılaması sırasında ileri sürmediğini belirterek, iptal davası aşamasında bu yönde yapılan itirazı iyi niyet kuralına aykırılık nedeniyle kabul etmemiş ve bu nedenle iptal talebini reddetmiştir.

Hakem sayısının belirlenmesinde esas olan tarafların iradesidir. Fakat, bazı hukuk sistemleri, tarafların hakem sayısını tek sayı olarak belirleme koşulu getirmektedir. Örneğin, Mısır¹⁷, Tunus¹⁸, Portekiz¹⁹,

12 Akıncı (n 4) 246; Şanlı (n 4) 363; Yavuz Kaplan, 'Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Seçilmesi ve Sonuçları' (1999) 19(1-2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 473, 478.

13 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (3rd edn, Kluwer Law International 2023) 1789.

14 Lew, Mistelis and Kröll (n 4) 238; Born (n 13) 1789.

15 Blackaby, Partasides and Redfern (n 4) no, 4.22; Sezin Aktepe Artık, *Medeni Usûl Hukukunda Hakem Kararların İptali Sebepleri* (On İki Levha 2023) 251.

16 Club X. SA v. Z., Federal Supreme Court of Switzerland, 1st Civil Law Chamber, 4A_282/2013, 13 November 2013. Karar için Bkz.: (2014) 32 (1) **ASA Bulletin** 89, 89 ff.

17 Mısır Hukuki ve Ticari Konularda Tahkime İlişkin Kanun m. 15/1. Mısır Hukuki ve Ticari Konularda Tahkime İlişkin 21 Nisan 1994 Tarihli ve 27/1994 Sayılı Kanun'un İngilizce metni için bkz.: <<https://www.wipo.int/wipolex/en/text/205194>> accessed 19 June 2023.

18 26 Nisan ve 42 Sayılı Tunus Tahkim Kanunu m. 55/1. İngilizce metni için bkz.: <<https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/Tunisian-International-Arbitration-Law.pdf>> accessed 16 June 2023.

19 14 Aralık 2011 ve 63/2011 Sayılı Portekiz Tahkim Kanunu m. 8/ 1. İngilizce metni için Bkz.: <https://www.arbitrare.pt/media/3124/law-on-voluntary-arbitration_no-63-2011-14-december.pdf> accessed 16 June 2023.

Çin²⁰ ve İran²¹ hukukunda hakem sayısının tek sayı olması gerektiği düzenlenmiştir. Aynı şekilde MTK m. 7/A tarafların hakemlerin sayısını belirlemelerinde serbest olmaları ile birlikte hakemlerin sayısının tek sayı olması gerektiğini düzenlemiştir. Çift hakem sayısına ilişkin yasakların temel amacı hakemlerin karar verme safhasında çıkmaza girmelerini engellemektir. Burada tahkim anlaşmasında hakem sayısının çift olarak belirlenmesi durumunda tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığı sorunu gündeme gelecektir. Bazı yazarlar MTK 7/ A hükmündeki hakem heyetinin tek sayıda olması gerektiği hükmünün emredici nitelikte olduğundan çift sayıda hakem seçiminin tahkim anlaşmasını geçersiz kılabileceğini ve ayrıca tahkim yargılaması sonunda verilen kararın da iptal edilebileceğini ifade etmektedir²².

MTK m. 7/A hükmünü karşılaştırmalı hukuk açısından incelemek faydalı olacaktır. MTK m. 7/A hükmü çift hakem seçimini yasaklarken çift hakem seçildiği durumlarda sonucun ne olacağını öngörmemektedir²³. Buna karşılık bazı hukuk sistemlerinde hakemlerin çift sayılı olarak seçilmesi halinde açıkça tahkim anlaşmasının geçersiz olacağı kabul edilmiştir. Örneğin, Mısır Hukuki ve Ticari Konularda Tahkime İlişkin Kanun m. 15/2 uyarınca, “*hakem heyetinin tek sayılı hakemden oluşması gerekir, aksi halde geçersiz sayılacaktır.*” Görüldüğü üzere Mısır kanun koyucusu hakem heyetinin çift sayı olarak belirlenmesi halinde açıkça tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunu öngörmüştür²⁴.

Tahkim anlaşmasını ayakta tutabilmek adına çift sayılı hakem seçimini yasaklayan bazı milli hukuk sistemleri tarafların çift sayılı hakem anlaşmalarına ek hakem atanmasını sağlayarak anlaşmalarını tek sayılı hakeme dönüştürmektedirler²⁵. Örneğin, Hollanda Medeni Usul Kanunu²⁶ m. 1026 hakemlerin sayısının tek sayı olarak belirlenmesini düzenlemiştir. Fakat, tarafların çift sayılı hakem belirlemeleri durumunda hakemler aralarından birini başhakem olarak tayin etmek zorundadır.

MTK m. 7/A gibi tarafların çift sayılı hakem seçmeleri durumunda çare ve sonuç öngörmeyen düzenlemelerde, tahkimde taraf iradesi ve tahkim yargılamasının çıkmaza girmesini engelleme gibi birbirleri ile çelişen amaçlar arasında ortak bir yolun bulunması gerekir. MTK’ya çok benzer olan Hindistan Tahkim ve Arabuluculuk Kanunu²⁷ tarafların çift hakem seçimini yasaklamış ve tıpkı MTK’da olduğu gibi çift sayılı hakem seçilmesi durumunda tahkim anlaşmasının akıbeti konusunda

20 31 Ağustos 1994 Tarihli ve 31 Sayılı Çin Halk Cumhuriyeti Tahkim Kanunu m. 30. Bu kanunun İngilizce metni için bkz.: <http://np.chinaembassy.gov.cn/eng/78085/zchfl/200410/t20041027_1998190.html#:~:text=Arbitration%20Law%20of%20the%20People's%20Republic%20of%20China&text=Article%201%20This%20Law%20is,of%20the%20socialist%20market%20economy.> accessed 16 June 2023.

21 İran Milletlerarası Ticari Tahkim Kanunu m. 10.

22 Serpil Işık, *MTK ve HMK Kapsamında Hakem Kararlarına Karşı İptal Davası* (On İki Levha 2022) 212 vd.

23 Akıncı (n 4) 246.

24 İbrahim Shehata, *Arbitration in Egypt: A Practitioner's Guide* (Kluwer Law International 2021) 98.

Mısır Yüksek Mahkemesi verdiği bir kararında, eşit sayıda hakem seçilmesini iptal sebebi olarak görmekle birlikte aynı zamanda bu durumun Mısır kamu düzeni ile ilgili olduğunu belirtmiştir. Cairo Court of Appeal, Challenge No. 28/ Judicial Year 132, Hearing dated March 15, 2016. Karar için Bkz.: Shehata (n 24) 98 ff.

25 Lew, Mistelis and Kröll (n 4) 230 ff.

26 2002 Hollanda Medeni Usul Kanunu, 4. Kitap: Tahkim Kanunu İngilizce Metni için bkz.: <<http://www.dutchcivillaw.com/civilprocedureleg.htm>> accessed 20 June 2023.

27 16.08.1996 Tarihli ve 26 Sayılı Hindistan Tahkim ve Arabuluculuk Kanunu için bkz.: <<https://www.indiacode.nic.in/bitstream/123456789/1978/1/a1996-26.pdf>> accessed 16 June 2023.

herhangi bir açıklamaya yer vermemiştir²⁸. Bu Kanun m. 10 uyarınca, taraflar çift sayılı olmamak kaydıyla hakem sayısını belirlemekte serbesttirler²⁹. Hindistan Yüksek Mahkemesi nezdinde görülen *Narayan Prasad Lohia v. Nikunj Kumar Lohia* davasında³⁰, taraflar çift sayıda hakem seçmiş ve çift sayıda hakem yargılaması sonucu aleyhine karar verilen taraf hakem heyetinin çift sayılı hakemden oluştuğu gerekçesiyle iptal talebinde bulunmuştur. Mahkeme, taraflardan hiçbirinin yargılama sırasında hakem heyetine itiraz etmemesi sebebiyle artık itiraz hakkından feragat ettiklerini ifade etmiştir. Ayrıca mahkeme, itiraz edenin, çift sayıda hakem olarak karar verilmesinin kamu düzenine aykırılık teşkil ettiği iddiasını da reddetmiştir. Mahkeme, tarafların çift sayıda hakem seçmelerinin tahkim anlaşmasını geçersiz hale getirmeyeceğini ifade ederek, böyle bir durumda tarafların üçüncü bir hakem atayabilmeleri için herhangi bir engel olmadığını da vurgulamıştır.

Kanımızca Hindistan Yüksek Mahkemesi yerinde bir karar vermiştir. Gerçekten de tüm tarafların çift sayıda hakem önünde bilerek katıldığı bir tahkim yargılaması sonucunda verilen karara karşı aleyhine karar verilen tarafın sırf sonuçtan memnun olmadığı için iptal davası açması dürüstlük kuralı ile bağdaşmadığı gibi, milletlerarası tahkim yargılaması gibi masraflı ve meşakkatli bir sürecinin boşa çıkarılmasına da yol açacaktır. Aynı zamanda çift sayılı hakem seçimi yapılmış olması, somut olayı şartları gözetmeden, kamu düzenine aykırılık teşkil etmemelidir.

Ortaya çıkan tabloda, MTK m. 7/A hükmü yorumlanırken tarafların çift sayıda hakem seçmeleri tahkim anlaşmasının geçersizliğine yol açmamalıdır. Böyle bir durumda tarafların hakem sayısına ilişkin anlaşmaları geçersiz olacaktır ancak tarafların uyuşmazlıklarını tahkim yoluyla çözecekleri yönündeki iradeleri sakatlanmamıştır.

Kanımızca, böyle bir durumda tarafların tahkim iradesine uygun olarak bir çözüm aranması isabetli olacaktır. Tarafların çift sayılı hakem seçmeleri sonradan giderilebilen bir eksikliktir. Dolayısıyla eksikliğin giderilip tahkim yargılamasına devam edilmesi gerektiği kanısında³¹. Tarafların hakemlerin sayısını çift sayı olarak belirlemelerine rağmen bilerek katıldığı bir tahkim yargılaması sonucunda verilen kararın bu nedenle iptal sebebi olarak ileriye sürülmesi dürüstlük kuralı ile bağdaşmadığından iptal davasının reddedilmesi gerektiğini düşünmekteyiz³².

28 K.M. Akaant, 'Composition of an Arbitral Tribunal: Reconciling the Judicial Turmoil' (2021) 17(2) Asian International Arbitration Journal 135, 136.

29 Indian Arbitration and Conciliation Act; Section 10 – *Number of arbitrators*.

(1) *The parties are free to determine the number of arbitrators, provided that such number shall not be an even number.*

(2) *Failing the determination referred to in sub-section (1), the arbitral tribunal shall consist of a sole arbitrator.*

30 AIR 2002 SC 1139 (hereinafter 'Lohia' case). Karar için Bkz.: Akaant (n 28) 137 ff.

31 Akıncı (n 4); 138; Aktepe Artık (n 15) 252.

32 Aktepe Artık (n 15) 253. Yargıtay verdiği bir kararda, iki kişilik bir hakem heyeti tarafından verilen kararının HMK m. 415 emredici hükmüne aykırı olduğu ve HMK m. 439/2a ve b gereği tahkim anlaşmasının geçersiz olduğu gerekçesiyle hakem kararını iptal etmiştir. Bkz.: Yargıtay 11 HD, E. 2018/79 K. 2018/2805, 17.04.2018. Doktrinde bu karar eleştirilerek, olayda sadece tarafların hakem sayısına ilişkin anlaşmaları geçersiz olduğundan mahkemenin tahkim anlaşmasını da geçersiz sayarak hakem kararını iptal etmemesi gerektiğini ifade etmiştir. Karar ve eleştiri için Bkz.: Akıncı (n 4) 246 vd.

III. HAKEMLERİN NİTELİKLERİ

Hakemlerin sayısı ve seçilme usulü belirlendikten sonra taraflar ve ilgili kurumların hakem görevini icra edecek kişileri seçmeleri gerekmektedir. Hakem seçimine ilişkin diğer konularda olduğu gibi hakemlerin niteliklerinin belirlenmesinde de taraflar irade serbestine sahiptir. Pek çok hukuk sisteminde her gerçek kişi hakem olabilir. Burada tek şart ise, hakem olacak kişinin fiil ehliyetine sahip olmasıdır³³. Fransız³⁴, Portekiz³⁵, Cezayir³⁶, Tunus³⁷ ve İran hukukunda³⁸ hakemlerin fiil ehliyetine sahip olmaları gerektiği düzenlenmiştir. İran Medeni Usul Kanunu³⁹ hakemin fiil ehliyeti şartına ilaveten, mahkemenin, tarafların rızası olmadan yirmi beş yaşını doldurmamayan kişileri hakem olarak atayamayacağını öngörmüştür. Aynı şekilde Türk hukukunda da hakemlerin fiil ehliyetine sahip olmaları gerekmektedir⁴⁰. Hakemlerden biri kendi milli hukuku ya da taraflarca usule uygulanmak üzere seçilen hukuk uyarınca hakem olma ehliyetine sahip değilse hakem kararının iptal edilebileceği ifade edilmektedir⁴¹.

Taraflar tahkim anlaşmasında hakemlerin niteliklerine ilişkin özel koşul kararlaştırmadıkça, çoğu hukuk sisteminde hakemlere ilişkin herhangi bir özel koşul aranmamaktadır. Bununla birlikte tahkim, esasında bir yargılama olduğundan hakemlerin hukukçulardan oluşmasında büyük yarar vardır. Zira, hukuk bilgisine sahip olmayan hakemlerin yapacakları hataların ileride iptal sebebi olarak ileri sürülmesi muhtemeldir. Örneğin, İtalya Yüksek Mahkemesi önüne gelen bir iptal davasında⁴², inşaat uyuşmazlığına bakan hakemlerin hiçbiri hukuk bilgisine sahip olmadığından bir hukukçunun bilirkişi sıfatıyla kararı yazmasını istemiştir. Mahkeme, hakem heyetinin karar verme yetkinliğinin olmadığı gerekçesiyle kararı iptal etmiştir.

Pek çok hukuk sisteminde hakemlerin gerçek kişi olması gerektiği ifade edilmektedir. Milletlerarası tahkim uygulamasında tüzel kişilerin hakem olarak görevlendirilmesi oldukça nadirdir. Bazı yazarlar, bilgisayar temelli teknolojilerin bazı uyuşmazlıklarda kullanılabileceğini ileri sürmektedirler⁴³. Bu durum milli hukuklarda genel eğilim olan gerçek kişilerin hakem olabileceği kuralı ile çelişebileceği

33 Blackaby, Partasides and Redfern (n 4) no, 4.42.

34 Fransız Medeni Usul Kanunu m. 1450.

35 Portekiz Tahkim Kanunu m. 9.

36 25 Şubat 2008 Tarihli ve 08-09 Sayılı Cezayir Medeni ve İdari Usul Kanunu m. 1014. İngilizce metni için bkz.: <<https://www.ecoi.net/en/countries/algeria/national-laws/>> accessed 19 June 2023.

37 Tunus Tahkim Kanunu m. 10.

38 İran Medeni Usul Kanunu m. 469. 9 Nisan 2000 Tarihli, İran Resmi Gazete: 30.05.2000/ 16070 Medeni Usul Kanununun Farsça metni için Bkz.: <https://legal.ui.ac.ir/dorsapax/Data/Sub_176/File/ir024fa.pdf> accessed 20 June 2023.

39 İran Medeni Usul Kanunu m. 469.

40 Akıncı (n 4) 247; Taşkın (n 4) 60 vd.

41 Emmanuel Gaillard and John Savage, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 1999) 937; Bayata Canyaş (n 6) 201.

42 Corte di cassazione, 7 June 1989, *Sacheri v Robotto*, XVI YBCA 156 (1991). Karar için Bkz.: Lew, Mistelis and Kröll (n 4) 235.

43 Maxi Scherer, 'Artificial Intelligence and Legal Decision-Making: The Wide Open?' (2019) 36 (5) *Journal of International Arbitration* 539, 539 ff.

gibi, hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı ve hukuki dinlenilme hakkı gibi iptal davası bakımında önem arz eden hususlarda sorun çıkarabilecektir⁴⁴.

İptal davalarında kararı veren hakemlerin uyuşuğu ve dini de tartışma konusu olabilmektedir. İdeal olan hakemlerin dini, doğduğu yer veya taşıdığı uyruktan daha ziyade bilgi ve becerilerinin tahkim yargılamasında esas alınmasıdır⁴⁵. Bazı dini topluluklar aralarındaki uyuşmazlıkları belirli bir dini inanç sahibi veya belirli bir dini statüye sahip hakemler önünde çözülmesini tercih etmektedirler. Ulusal mahkemelerin genelde bu tür hakem seçimlerine liberal bir yaklaşım sergilediğini ve kamu düzenine aykırı olmadıkları sürece onayladıklarını ifade edebiliriz⁴⁶. İngiliz Mahkemesi *Soleimany v. Soleimany* davasında⁴⁷ Yahudi hukukuna göre bir sözleşmenin İran vergi ve ihracat kanunlarına göre hukuka aykırılığını göz ardı eden bir “Beth Din” kararını kamu düzeni gerekçesiyle tenfizini reddetmiştir. Yine, İngiliz Yüksek Mahkemesi *Musawi v R E International (UK) Ltd and Others* davasında⁴⁸ tarafların 1996 tarihli İngiliz Tahkim Kanunu kapsamında aralarındaki uyuşmazlığa İslam Hukuku uygulanmak üzere Ayatollah’ın⁴⁹ hakem olarak seçimini onaylamıştır.

UNICTRAL Model Kanunu m. 11/ 1 uyarınca, taraflar aksini kararlaştırılmadıkça, hiç kimsenin uyuşuğu nedeniyle hakem olarak görev yapmasının engellenemeyeceğini öngörmektedir. Benzer şekilde pek çok milli hukuk sistemlerinde de hakemlerin uyuşunun hakemlik görevine engel teşkil etmeyeceği hususu benimsenmiştir⁵⁰. Türk hukukunda da hakemlerin uyuşuna ilişkin sınırlama olmadığından yabancıların da hakemlik yapabilecekleri kabul edilmektedir⁵¹. Umman Yüksek Mahkemesi önüne gelen bir iptal davasında⁵², hakemlerin uyuşunun hakem kararında belirtilmemesinin hakem kararını etkilemediğinden iptal talebi reddedilmiştir.

Bunun yanında geçmişte yabancıların hakem olabilmelerini yasaklayan hukuk sistemleri mevcut idi. Örneğin, Eski Suudi Arabistan Tahkim Yönetmeliği hakemlerin Suudi vatandaşı olmasını öngörmekteydi⁵³. Diğer bazı hukuk sistemlerinde atipik hükümler de mevcuttur. Örneğin, İran

44 Born (n 13) 320.

45 Blackaby, Partasides and Redfern (n 4) no, 4.56.

46 Born (n 13) 1886.

47 Olay Yahudi asıllı İran vatandaşı baba ve oğul arasında İrandan değerli hahların ithalatına ilişkindir. Hahların ithalatı İran gümrük mevzuatına aykırıdır. Baba hahları İngiltere’de satmış ve gelir konusunda baba oğul arasında uyuşmazlık çıkmıştır. İki taraf Beth Din (Yahudi Mahkemesi) hakem heyetine başvuruda bulunmuştur. Hakem heyeti Yahudi kanunlarını uygulayarak oğul lehine karar vermiştir. Yahudi hukukuna göre yargılama yapan hakem heyeti sözleşmenin İran yasalarına aykırı olan olmasının tarafların haklarına ve borçlarına etki etmediğini ifade etmiş, bu çerçevede satışı gerçekleştiren babanın oğluna belirli bir miktarı ödemesine karar vermiştir. Bunun üzerine oğulun hakem kararının icrası için başvurduğu İngiltere mahkemesi, tahkim yoluyla yasa dışı bir sözleşmenin uygulanmasının mümkün olmadığını, kamu düzeninin buna müsaade etmeyeceğini ifade ederek kararın icrasını reddetmiştir. *Soleimany v. Soleimany* (1999) QB 785. Karar için bkz.: <<https://vlex.co.uk/vid/soleimany-v-soleimany-792527089>> accessed 20 June 2023.

48 *Musawi v. R.E. Int’l (U.K.) Ltd* [2007] EWHC 2981 (Ch) (English High Ct.). <<https://vlex.co.uk/vid/musawi-v-r-international-793255793>> accessed 20 June 2023.

49 İslam Şii Ekolünde dini lider ve aynı zamanda içtihat yapabilen anlamına gelmektedir.

50 Born (n 13) 1868.

51 Akıncı (n 4) 247.

52 Taraflar belirtilmemiştir, Umman Yüksek Mahkemesi, no. 62/2018, 6 November 2018. Karar için Bkz.: (2019) 11 (1) *International Journal of Arab Arbitration* 159, 159 ff.

53 1985 tarihli eski Suudi Arabistan Tahkim Yönetmeliği Madde 3.

Milletlerarası Ticari Tahkim Kanunu m. 11/1 uyarınca, İranlı tarafın bir uyuşmazlık ortaya çıkmadan önce karşı tarafla aynı uyuşu taşıyan herhangi bir hakemin atanması konusunda anlaşma yapmasını yasaklamıştır⁵⁴. İran hukukunda bu hüküm emredici kabul edilmekte ve kamu düzeni ile ilişkilendirilmektedir⁵⁵. Hindistan Tahkim ve Uzlaştırma Kanunu 2019 yılında yapılan değişiklikle Hindistan'da gerçekleşecek tahkim yargulamalarında hakemlerin Hindistan'da avukatlık yapma yetkisini haiz olması gibi koşullar getirmiştir⁵⁶. Bu koşul esasında vatandaşlık şartını da içermektedir. Başka bir ifadeyle Hindistan'ın bu hükmü dolaylı olarak hakemlerin Hindistan vatandaşlığına sahip olması gerektiğini öngörmüştür⁵⁷.

Milletlerarası tahkim uygulamasında özellikle birden fazla hakemin görev yaptığı uyuşmazlıklarda taraf hakemleri taraflarla aynı uyuşu taşıyan hakemlerden seçilmektedir. Hemen belirtmek gerekir ki, hakemlerin taraflar ile aynı uyuştan olması tek başına hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlıklarını zedelediği anlamına gelmemektedir⁵⁸. İngiliz Yüksek Mahkemesi *Jivraj v. Hashwani* davasında⁵⁹, AB ve İngiliz istihdam mevzuatının uyruk ve din şartını içeren anlaşmaları yasakladığı iddiasını reddetmiştir. İngiliz Yüksek Mahkemesi, İstinaf Mahkemesinin aksine isabetli olarak söz konusu istihdama ilişkin mevzuatın hakemler bakımından geçerli olmadığı sonucuna varmıştır. Mahkeme, hakemlerin ilgili mevzuata göre tarafların çalışanı olmadığını değerlendirmiştir.

Bunların yanında milletlerarası tahkim uygulamasında tarafsızlık ilkesi gereği tek hakemin ya da başhakemin taraflarla aynı uyuşu taşıyan olmamasına özen gösterilmektedir⁶⁰. UNCITRAL Kuralları m. 6/ 7 uyarınca, tek hakem ve başhakem atamasında, atama makamı, bağımsız ve tarafsız bir hakemin atanmasını güvence altına alacak hususları göz önünde bulundurur ve tarafların uyuşklarından farklı bir uyuşu taşıyan bir hakemin atanmasına öncelik verir. Bu hükmün amacı sembolik olarak taraflardan farklı uyuştan bir hakem atanmasıyla hakem heyetinin tarafsızlığına

54 Bu hükmün mefhumu muhalifine göre uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra karşı tarafla aynı uyuşu taşıyan hakemin seçilmesi mümkündür. Ancak bu durum İran doktrininde eleştirilmektedir. Eleştiriye göre, Karşı tarafla vatandaşlığı taşıyan tarafın hakem olarak uyuşmazlık çıkmasından önce yasaklama sebebi hakemin tarafgir davranılması endişesidir. Fakat ilgili hakem tarafsız olamayacaksa uyuşmazlığın ortaya çıkmasından sonra da tarafsız olamayabilir. Bkz.: Homayoun Mafi, *Şerhi Ber Kanun-e Davariy-e Ticariy-e Beynülmeleliy-e İran (İran Milletlerarası Ticari Tahkim Kanununun Şerhi)* (Jangal 2016) 170.

İran Milletlerarası Ticari Tahkim Kanunu m. 11/1 hükmü İran Medeni Usul Kanunu m. 456 paralellik arz etmektedirler. Bazı yazarlar bu hükmün arkasında tarihte yabancılara tanınan hukuki ve siyasi ayırıcılıklar ve kapitülasyonlar olduğunu ifade etmektedir. Mahmoud Saljoughi, *Hukuk-i Beynülmelel-i Hususi (Milletlerarası Özel Hukuk Cilt 1)* (Mizan 1998) 74 vd.

55 Mafi (n 54) 171.

56 Subhiksh Vasudev, 'The 2019 amendment to the Indian Arbitration Act: A classic case of one step forward two steps backward?' (Kluwer Arbitration Blog, 25 August, 2019) <<https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/08/25/the-2019-amendment-to-the-indian-arbitration-act-a-classic-case-of-one-step-forward-two-steps-backward/>> accessed 20 June 2023.

57 Hindistan'daki bu hüküm eleştirilmiştir. Hakemler için uyruk şartı bu konuda uluslararası camiada üzerinde hemen hemen kabul gören yabancıların hakemlik görevini icra edebilir prensibine aykırı olduğu gibi aynı zamanda New York Sözleşmesine de aykırılık teşkil etmektedir. Bkz.: Born (n 13) 1872.

58 Aktepe Artık (n 15) 221; Yavuz Kaplan, *Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık* (Seçkin 2002) 105.

59 *Jivraj v. Hashwani* [2011] UKSC 40 (U.K. S.Ct.). Karar için Bkz.: Born (n 13) 1873.

60 Blackaby, Partasides and Redfern (n 4) no, 4.58; Aktepe Artık (n 15) 222.

ilişkin önyargının ortadan kaldırılmasıdır⁶¹. UNCITRAL Kuralları m. 6/ 7 hükmü sadece atama makamının devreye girdiği durumlarda geçerli olacaktır. UNCITRAL Kuralları 6 ve 7'inci maddeler uyarınca tarafların tek hakem ya da başhakem üzerinde anlaşmaları durumunda hakemin uyuğu dikkate alınmayacaktır⁶².

Diğer tahkim kuralları tek hakem ya da başhakem seçimi konusunda UNCITRAL Kurallarına göre daha katı yaklaşıma sahiptir. 2021 tarihinde yürürlüğe giren ICC Tahkim Kuralları m. 13/5 uyarınca, tek hakem ya da başhakem tarafların uyuğundan farklı bir uyuğa sahip olmalıdır. Ancak, uygun koşullarda ve tarafların divan tarafından verilen süre içerisinde itiraz etmemesi kaydıyla, tek hakem ya da başhakem taraflardan herhangi birinin uyuğundan seçilebilir.

IV. HAKEMLERİN ATANMA USULLERİ

A. HAKEMLERİN TARAFLARCA SEÇİLMESİ

Yukarıda açıkladığımız üzere milletlerarası tahkimde daimî veya önceden kurulan hakem heyeti yoktur. Her bir tahkim yargılaması için özel olarak hakem veya hakem heyeti seçilmektedir. Hakemlerin taraflarca atanması her zaman için en iyi atama usulüdür. Zira, böylelikle hakem heyetinin tarafların güvendiği kişilerden oluşması sağlanacaktır. Böylece tarafların yargılama sırasında iş birliği yapmaları ve yargılama sonrası verilen kararı gönüllü olarak icra etmeleri olasılığı da artacaktır. Bundan dolayı milli hukuk sistemleri ve tahkime ilişkin milletlerarası sözleşmelerde tarafların anlaşmaları ön planda tutulmaktadır⁶³.

Taraflarca hakem seçimi sürecinin işleyişinde uygulanacak hukuk, kurumsal tahkim kuralları veya tarafların tahkim anlaşmalarına bağlı olarak değişiklik göstermekle birlikte milli tahkim kanunları hakem seçimi konusunda tanınan süre dışında usule ilişkin kısıtlama getirmemektedir. Hakem seçimi konusunda taraflara tanınan bu geniş irade serbestisi yanında hakemlerin seçiminde bir tarafa diğerine göre kabul edilemez şekilde üstünlük tanıyan tahkim anlaşmaları iptal davalarına konu olabilmektedir⁶⁴. Bu durumun kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle iptal sebebi olabileceği ifade edilmektedir⁶⁵. Kanımızca, hakem seçimi anlaşmasının taraflardan birine üstünlük tanınması durumunu kamu düzeni bakımından değerlendirirken her somut olayı ayrı değerlendirmek gerekmektedir. Zira, milletlerarası tahkim taraf iradelerine dayanan özel yargılama türü olduğundan prensip olarak tahkimde tarafların eşitliği ve hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı ilkelerinin saklı tutulması kaydıyla kamu düzeninin müdahalesi azalmaktadır. Hakemlerin seçim usulü bakımından bir tarafa üstünlük tanınması hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığını zedeleyen bir unsur olsa da soyut bir tehlike arz ettiğinden kamu düzeni müdahalesi için yeterli olmayacaktır. Burada kamu

61 Blackaby, Partasides and Redfern (n 4) no, 4.58; Born (n 13) 1869.

62 Born (n 13) 1869.

63 Lew, Mistelis and Kröll (n 4) 237.

64 Born (n 13) 1783.

65 Kaplan, 'Hakemlerin Seçilmesi' (n 12) 503.

düzenine aykırılık tehlikesinin somut olması aranacaktır. Yani hakemlerin tarafsızlığını ihlali ve önyargılı şekilde hareket ettiğinin somut olgularla ortaya konulması gerekmektedir⁶⁶. Nitelikli Yargıtay HGK bir tenfiz davasında⁶⁷, tahkim anlaşmasında hakem seçiminin iddia sahibine bırakılması şeklindeki hakem seçimi usulünün kamu düzeni bakımından somut bir tehlike arz etmediği kanısına varmıştır. Mahkeme, hakem seçimini iddia eden tarafa bırakan tahkim anlaşmasını aslında seçimin her iki tarafa da ait olduğu şeklinde yorumlayarak tarafların bu şekilde anlaşmalarının kamu düzenine aykırılık teşkil etmediğine karar vermiştir. Bu karar her ne kadar tenfiz davasına ilişkin olsa da hakem kararlarına ilişkin tenfiz engelleri ve iptal sebepleri birbirine paralel düzenlemelerdir. Dolayısıyla mahkemenin gerekçelerinin iptal davası bakımından da kabul edilmesinin yanlış olmayacağı kanısındayız.

B. HAKEMLERİN YETKİLİ MAKAM TARAFINDAN SEÇİLMESİ

Hakemlerin seçiminin üçüncü bir kişi veya kurum tarafından da yapılması tercih edilebilir. Bunun yanında seçim usulü yine taraflarca kararlaştırılabilir ya da hakem seçimini yapacak olan kişi veya kuruma bırakılabilir. Bu durum tarafların hakem seçimi konusunda anlaşma sağlamadıklarında önem kazanmaktadır. Bu yüzden tarafların hakem seçimi için yetkilendirdikleri üçüncü kişi ya da kurumların bu görevi yerine getirebileceklerine dikkat etmeleri gerekmektedir. Aksi taktirde tahkim mevzuatları hakem seçimi için mahkemeleri görevlendireceklerdir⁶⁸.

Pek çok kurumsal tahkim kuralları tarafların atama makamı belirleyebileceklerini öngörmektedir. UNCITRAL Model Kanunu m. 11 hükmünde, tarafların ya da hakemlerin hakem seçimi konusunda anlaşamamaları durumunda yetkili makam tarafından hakem ataması yapılabilmesi alternatif olarak öngörülmüştür. Aynı şekilde pek çok hukuk sisteminde de tarafların hakem seçimi konusunda yetkili makam belirleyebilecekleri kabul edilmiştir⁶⁹.

Görüldüğü üzere tarafların hakem seçimi konusunda anlaştıkları hakem seçme usulü prensip olarak ön planda kabul edilmektedir. ABD Mahkemesi *McMahon v. Shearson/Am. Express Inc* davasında⁷⁰, hakem seçimi için tarafların üzerinde anlaşmaya vardıkları usulün açık olduğunu ve mahkemenin sözleşmenin herhangi bir maddesini değiştirmeye yetkisi olmadığını ifade etmiştir.

Tarafların hakem seçme hakkı çok taraflı tahkim yargılamalarında da önemli rol oynamaktadır. Fransız Yüksek Mahkemesi *Siemens-Dutco* kararında⁷¹ bu önemi dolaylı olarak vurgulamıştır.

66 Özel (n 2) 182; Günseli Öztekin Gelgel, 'New-York Konvansiyonu'na Göre Hakem Kararlarının Tenfizinde Yargıtay'ın Bazı Kararlarının Değerlendirilmesi' (2002) 22(2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 1137, 1154 vd.

67 HGK. 09.06.1999 T. 1999/19-468 E, 1999/489 K. 2 YKD, 2000. Kararla ilgili Bkz.: Özel (n 2) 182. Ayrıca Bkz.: Öztekin Gelgel (n 66) 1153 vd.

68 Aktepe Artık (n 15) 255; Akıncı (n 4) 258 vd.

69 1996 Tarihli İngiliz Tahkim Kanunu m. 18/1, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 179/1, Fransız Medeni Usul Kanunu m. 1508, Japon Tahkim Kanunu 17/1, İran Milletlerarası Ticari Tahkim Kanunu m. 11.

70 *McMahon v. Shearson/Am. Express Inc.*, 709 F.Supp. 369, 373 (S.D.N.Y. 1989). Ayrıca Karar için bkz.: Born (n 13) 1833.

71 Karar için Bkz.: BKMI Industriellen GmbH & Siemens AG v. Dutco Construction, Cour de Cassation (1er Chambre Civile), Pourvoi N° 89-18708 89-18726, 7 January 1992, in Albert Jan van den Berg (ed), ICCA Yearbook Commercial

Olayda, taraflar, Siemens, BKMI ve Dutco ahurasında akdedilen bir konsorsiyum sözleşmesindeki standart bir ICC tahkim şartına dayanmışlardır. Dutco kendi hakemini seçerek tahkim yargılamasına katılmıştır. Diğer iki tarafın her birinden kendi hakemini seçmeleri istenmiştir. Fakat ICC tahkim mahkemesinin ICC Kurallarına dayanarak tarafların ortak bir hakem üzerinde anlaşmaları istemi üzerine taraflar ortak ve tek hakem seçme mecburiyetinde kalmıştır. Bundan dolayı taraflar hakem heyetinin oluşturulmasına ilişkin itirazlarını ileriye sürerek kararın iptali talebinde bulunmuşlardır. Mahkeme, tarafların hakem seçme hakkı (Fransız Medeni Usul Kanunu m. 1502/2) ve aynı zamandan taraflara eşit muamele ilkesine aykırılığı milletlerarası kamu düzeni seviyesine yükselterek (Fransız Medeni Usul Kanunu m. 1502/5) ICC tahkimin verdiği ara kararı iptal etmiştir⁷².

C. HAKEMLERİN MAHKEME TARAFINDAN SEÇİLMESİ

Hakemlerin ulusal mahkemeler tarafından seçilmesi de gündeme gelebilir. Prensipten olarak tahkim yargılamasında devlet mahkemelerinin müdahalesi en aza inmektedir. Hakem seçiminde mahkemenin müdahalesinin tarafların uyuşmazlıklarının tahkim yoluyla çözülmesi iradesi ile çelişmediğini, hatta onlara yardımcı olduğunu ifade edebiliriz⁷³. Hemen belirtmek gerekir ki, hakem seçimi devlet mahkemeleri tarafından sadece tarafların hakem seçme konusunda anlaşmadıkları veya anlaşmaları hakem seçme usulü başarılı bir şekilde sonuçlanmadığı takdirde uygulama alanı bulacaktır⁷⁴.

UNCITRAL Model Kanunu m. 11/3, tarafların hakem seçimi konusunda anlaşamamaları veya hakem seçimi mümkün olmayan diğer ihtimallerde hakem seçiminin mahkeme tarafından yapılmasını son çare olarak öngörmektedir. Fransız Medeni Usul Kanunu m. 1452 hükmü, tarafların hakem seçimi konusunda anlaşmadıkları durumda, hakemin tahkim idaresi bakımından yetkili kişi veya kurum, bunların olmadığı hallerde de son çare olarak mahkemece atanacağını öngörmektedir. Görüldüğü üzere, UNCITRAL Model Kanununda olduğu gibi Fransız kanun koyucusu hakemlerin mahkeme tarafından atanmasını tarafların anlaşmaması halinde ve tahkimi desteklemek amacıyla en son seçenek olarak amaçlamıştır. Paris Temyiz Mahkemesi verdiği bir kararda, tarafların daha önceden anlaşmış oldukları kurumsal tahkimin hakem seçiminde ihmali kanıtlanmadıkça mahkemenin tahkim kurumunun yerine geçip karar verme hakkına sahip olmadığını ifade etmiştir⁷⁵.

İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 179/2 uyarınca, tarafların hakem atanmasına ilişkin bir anlaşmanın olmadığı durumlarda tahkim yeri mahkemesi tarafından hakem atanabilecektir. Bu hüküm hem taraflar arasında herhangi bir anlaşmanın bulunmaması hem de anlaşmadan amaçlanan

Arbitration 1993 - Volume XVIII (Kluwer, 1993) 140, 141 ff.

72 Stefan Kröll, 'Siemens - Dutco Revisited? Balancing Party Autonomy and Equality of the Parties in the Appointment Process in Multiparty Cases' (*Kluwer Arbitration Blog*, 15 October 2010) <<https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2010/10/15/siemens-dutco-revisited-balancing-party-autonomy-and-equality-of-the-parties-in-the-appointment-process-in-multiparty-cases/>> accessed 20 June 2023.

73 Akıncı (n 4) 261.

74 Born (n 13) 1840.

75 Regional Court of Paris, *Société chérifienne des pétroles v. société Mannesmann Industria Iberica et autres*, 18 January 1991. Karar için Bkz.: Gaillard and Savage (n 41) 493.

sonuçların doğmadığı durumlarda uygulama alanı bulabilecektir⁷⁶. Ayrıca, İsviçre Mahkemesi verdiği bir kararda⁷⁷, tarafların anlaşmış hakem seçme usulünün başarısız olmasının, tahkim anlaşmasının geçerliliğini etkileyemeyeceğine hükmetmiştir. İran Milletlerarası Ticari Tahkim Kanunu m. 11/3 uyarınca, tarafların anlaşmış hakem seçme usulü sonuç doğurmadığı hallerde taraflardan biri mahkemeden hakem atanmasını talep edebilir. İran doktrini kanun koyucunun iradesinin hakemlerin son çare olarak mahkeme tarafından atanmasını amaçladığını belirtmektedir⁷⁸. Türk hukukunda ise konu, MTK m. 7/B'de ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Bu hükmeye göre, “*Hakemlerin seçimi usulünü kararlaştırmış olmalarına rağmen; 1. Taraflardan biri anlaşmaya uymazsa, 2. Kararlaştırılmış olan usule göre tarafların veya taraflarca seçilen hakemlerin hakem seçimi konusunda birlikte karar vermeleri gerektiği hâlde, taraflar ya da hakemler bu konuda anlaşamazlarsa, 3. Hakem seçimi ile yetkilendirilen üçüncü kişi, kurum veya kuruluş, hakemi ya da hakem kurulunu seçmezse, Hakem veya hakem kurulunun seçimi, taraflardan birinin istemi üzerine asliye hukuk mahkemesi tarafından yapılır.*” Görüldüğü üzere Türk hukukunda da hakem seçimi konusunda tarafların iradesine önem verilmiştir ve mahkeme tarafından hakem atanması son alternatif olarak başvurulması gereken yöntemdir⁷⁹. Başka bir ifadeyle burada kanun koyucu tarafların hakem seçiminde karşılaştıkları zorlukların tahkim iradelerini sakatlamaması için mahkemeler hakem ataması suretiyle onlara destek olmaktadır. Hakem ataması için başvurulmuş mahkemenin sadece hakem ataması konusunda karar vermesi gerekir. Zira, tahkim anlaşması ve hakemlerin yetkisi ile ilgili uyuşmazlıkların çözülmesi hakemlere aittir⁸⁰. Nitekim Yargıtay verdiği bir kararında, hakem atanması için taraflardan birinin dava açacağını bildirmesinin yeterli olup açacağı davanın niteliğini açıklamak zorunda olmadığını belirtmiştir⁸¹.

Tarafların anlaşamaması üzerine hakem atayan mahkemeden prensip olarak tarafların iradesini ön planda tutması beklenir. Başka bir ifadeyle tarafların anlaşmış oldukları hakem seçme usulünün sonuç doğurmaması halinde son çare olarak hakemler mahkeme tarafından atanacaktır. ABD Yüksek Mahkemesi önüne gelen tenfiz davasında, taraflar tahkim yargılamasının üç hakemli bir heyet tarafından çözüme kavuşturulması konusunda anlaşmışlardır. Anlaşmada üçüncü hakemin tarafların atadıkları hakemler tarafından seçileceği öngörülmüştür. Taraflarca atanan hakemlerin üçüncü hakem konusunda anlaşamadıkları durumda ise Lüksemburg Ticaret Mahkemesinin hakem ataması için yetkili olacağı öngörülmüştür. Uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra taraflar Fransız bir muhasebeciyi ve New Yorklu bir hukukçuyu hakem olarak seçmişlerdir. İki hakem aralarında esasa değil usule ilişkin tartışmalarının ardından Fransız hakem mahkemeden başhakem seçimi talebinde bulunmuş ve mahkeme de başhakemi atamıştır. New Yorklu hakem mahkeme tarafından yapılan bu atamanın erken olduğunu ileriye sürerek itirazda bulunmuş ve tahkim yargılamasına katılmamıştır. Fransız ve başhakemin katılımıyla verilen hakem kararının tenfizi ABD Yüksek Mahkemesi tarafından

76 Mariella Orelli, ‘Commentary on Chapter 12 PILS, Article 179 [Arbitral tribunal: constitution of the arbitral tribunal]’ in Manuel Arroyo (ed), *Arbitration in Switzerland: The Practitioner’s Guide* (Wolters Kluwer 2018) 99 ff.

77 Judgment of 5 December 2008, DFT 4A_376/2008, 7.1 (Swiss Fed. Trib.). Karar için bkz.: Born (n 13) 1849.

78 Abdolhossein Shiravi, *Davari-ye Ticari-e Beynelmelel-i (Milletlerarası Ticari Tahkim)* (Semt 2014) 155; Mafi (n 54) 175.

79 Şanlı (n 4) 363.

80 Akıncı (n 4) 265.

81 Yargıtay 14 HD, E 2010/11426 K 2010/13965, 14.12.2010. Karar için Bkz.: Akıncı (n 4) 264.

tarafların hakem heyetinin oluşturmasına ilişkin anlaşmasının ihlali gerekçesiyle reddedilmiştir⁸². Mahkeme, tarafların anlaşmasında başhakem seçme konusunda taraf hakemlerinin kendi aralarında anlaşmaya çalışmaları ve bu çabalar sonuç vermediği durumda başhakem atanması için mahkemeye başvurması gerektiğini vurgulayarak, başhakem seçimin erken olduğu kanaatine varmıştır.

Hakem seçimi konusunda tarafların anlaşmamaları veya anlaşmaları sonuç vermediği durumlarda tahkim yeri mahkemesinin önemi ve bu mahkemenin son çare olarak hakem ataması yapması gerektiği hususunda ilginç ve meşhur örneklerden biri *Iran National Oil Company v. State of Israel* davasıdır⁸³. Olay 1968 yılında İran ve İsrail devletleri arasında İsrail topraklarında Eilat Körfezinden Aşkelon sahiline kadar bir petrol boru hattının inşası, bakımı ve işletmesine ilişkin anlaşmadan kaynaklanmaktadır. Anlaşmanın tahkim şartında hakemlerin seçimine ilişkin ilginç bir usul öngörülmüştür. Anlaşmaya göre, tarafların her birinin birer hakem ataması ve bu iki taraf hakemlerinin başhakem seçimi konusunda anlaşmamaları halinde ise başhakem atanması için Paris'teki Milletlerarası Ticaret Odası Başkanı yetkilendirilmiştir. Tahkim şartında tahkim yeri ve davalının hakem atamayı reddetmesi durumunda hakem atanması için bir usul öngörülmemiştir. 1994 yılında İran devleti kendi hakemini seçerek tahkim başvurusu yapmış, İsrail devleti ise hakem atamayı reddetmiştir. Bu ret üzerine İran devleti ikinci hakem atanması talebiyle Paris Mahkemesine başvurmuştur. İran devleti gerekçe olarak iki ülke arasındaki siyasi gerilimden dolayı İran Mahkemelerinden ya da İsrail Mahkemelerinden ikinci hakemin atanmasının talep edilmesinin mümkün olmadığını ileri sürmüştür. Özellikle bu uyumsuzlıkla ilgisi olmayan başka bir ceza davasında Tel Aviv Mahkemesinin verdiği bir kararda İran'ın İsrail devletinin düşmanı olarak nitelendirilmesi Paris Mahkemesine durumun açıklaması amacıyla sunulmuştur⁸⁴.

İsrail devleti ise, tahkim anlaşmasında atama makamı olarak Milletlerarası Ticaret Odası Başkanına yapılan atfın, tarafların tahkim yeri olarak Paris'i seçme iradelerini göstermeyeceğini savunmuştur. İsrail devleti aynı zamanda tarafların tahkim yeri belirlemelerini hakemlere bıraktıklarını ve hakem atama yetkisinin İsrail Mahkemelerinde olmasının uyumsuzluğa konu olan anlaşmanın ruhuna daha uygun olacağını savunmuştur. Paris Temyiz Mahkemesi yedi yıllık sürecin ardından nihayet 2001 yılında hakem atamasını sağlamıştır. Bu karar 2005 yılında Fransız Yargıtayı tarafından onanmıştır. Fransız Mahkemeleri bu sonuca olası başhakem seçiminin Milletlerarası Ticaret Odası Başkanı tarafından atanması dışında, taraflarca tahkim yeri belirtilmemiş ve tahkim usulüne Fransız hukukunun uygulanacağı kararlaştırılmamış olduğu halde varmıştır. Fransız Mahkemeleri, aksi halde tahkim yargılamasının başlatılmasının mümkün olmaması ve davacı bakımından adalete erişim hakkının engellenecek olması hususlarını göz önünde bulundurarak bu tahkime yardımcı olmak adına uluslararası yargı yetkisine sahip olduklarına karar vermişlerdir. Bu kararın verilmesindeki mantık daha sonra Fransız Medeni Usul Kanunu m. 1505/4'te düzenlenmiştir. Bu maddeye göre,

82 US Court of Appeals, Second Circuit, 31 March 2005, Encyclopaedia Universalis S.A. v. Encyclopaedia Britannica, Inc <https://newyorkconvention1958.org/doc_num_data.php?explnum_id=1493> accessed 21 June 2023.

83 Karar hakkında yorum için bkz.: Homayoon Arfazadeh, 'La National Iranian Oil Company v. l'Etat d'Israël, Tribunal de Grande Instance de Paris, Not Indicated, 10 January 1996' (1996) 14 (2) ASA Bulletin 319, 319 ff.

84 National Iranian Oil Company (NIOC) v. Etat d'Israel, Cour d'appel de Paris, 29 March 200, (2002) 18 (3) ASA Bulletin 553, 554.

aksi kararlaştırılmadıkça, taraflardan birisi adaletten mahrum kalma riski ile karşılaşır, Paris Asliye Hukuk Mahkemesi başkanı, tahkim usulünün destekleyici yargıcı olacaktır. Paris Temyiz Mahkemesinin ikinci hakemi ataması üzerine, İsrail devleti hakem heyetinin tarafların anlaşmasına uygun oluşturulmadığı gerekçesiyle hakem heyetine itiraz etmiştir. Bu itiraz üzerine hakem heyeti kısmi karar vererek hakem heyetinin uygun şekilde oluştuğunu teyit etmiştir⁸⁵.

Hakem heyetinin verdiği bu karar üzerine, taraflar tahkim yeri olarak Cenevre'yi kabul etmiş olduklarından İsrail devleti İsviçre Federal Yüksek Mahkemesinde hakem kararının iptali davasını açmıştır. İsrail devleti gerekçe olarak İsviçre MÖHK m. 190/2/a'ya göre hakemlerin atanmasındaki usule aykırılık sebebine dayanmıştır. İsrail devleti aynı zamanda kendisi ile yoğun siyasi gerilim içerisinde olduğu devlet arasındaki bir uyuşmazlığın çözümü için hakem atamaya zorlanamayacağı gibi gerekçeler sunmuştur. İsviçre Yüksek Mahkemesi İsrail'in gerekçelerine katılmamış ve devletin ahde vefa ilkesi gereği hakem atama yükümlülüğünden kaçınamayacağını ifade ederek hakem atanmasının reddi durumunda karşı tarafın hakem atanmasını sağlamak için bir devlet mahkemesine başvuru hakkını reddedemeyeceğine karar vermiştir. Mahkeme, olayın mevcut koşullarında taraflardan birinin hakem atanmamasının tahkim yargılamasını imkânsız hale getirebileceğini ve davacı tarafın bir devlet mahkemesinden yardım almasından başka bir çözümü kalmadığını ifade etmiştir⁸⁶. Fransız ve İsviçre kararlarından da anlaşıldığı üzere, mahkemelerin hakem atamaları tahkim yargılaması bakımından özellikle tarafların adalete erişimi açısından büyük önem arz etmektedir.

SONUÇ

Milletlerarası tahkimin önemli prensiplerinden biri olan irade serbestisi prensibi hakemlerin seçiminde de varlığını devam ettirmektedir. Hakemlerin sayısı, nitelikleri ve atama usullerinin belirlenmesinde esas olan tarafların iradesidir. Taraf iradesine uyulmaması tahkime ilişkin milletlerarası düzenlemeler ve MTK dahil hemen hemen tüm hukuk sistemlerinde hakem kararının iptal sebebi olarak kabul edilmektedir.

Hakemlerin sayısının belirlenmesinde tarafların iradesi esas olsa da pek çok milli hukuk düzenlemelerinde bu sayı tek sayı olarak taraf iradelerine kısıtlama getirmektedir. Bazı hukuk düzenlemeleri bu kısıtlamalar karşısında tarafların çift sayılı hakem seçmeleri durumunda tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunu açıkça hükme bağlamış durumdadır. Bunun yanında bazı milli hukuk düzenlemelerinde ise, tarafların bu kısıtlamaya uymamaları durumunda yani çift sayılı hakem seçmeleri halinde tahkim dostu anlayıştan hareket ederek uzun meşakkatli ve masraflı bir sürecin ardından elde edilen hakem kararlarını ayakta tutabilmek için destekleyici ve çözüm odaklı düzenlemeler öngörmüştür. Bu bağlamda tarafların çift sayılı hakem seçmeleri durumunda yedek hükümler uygulama alanı bulacaktır. Kimi milli düzenlemeler tarafların çift sayılı hakem seçmeleri

85 Matthias Scherer and Domitille Baizeau, 'Swiss Federal Supreme Court confirms NIOC vs. Israel award – No review of French court decision to appoint arbitrator in order to avoid international denial of justice' (2013) 31 (2) ASA Bulletin 400, 402.

86 Scherer and Baizeau (n 85) 402 ff.

durumunda tarafların anlaşmalarının yanına bir hakem daha atanmasını sağlayarak hakemlerin sayısını tek sayıya dönüştürmektedir. Kimi milli tahkim düzenlemelerinde ise, seçilen çift sayılı hakemlerden aralarından birini başhakem olarak seçmelerini öngörerek tarafların tahkim iradelerine sahip çıktıklarını ifade edebiliriz.

MTK m. 7/A hakem seçimi konusunda UNCITRAL Model Kanunu m. 10'a benzer şekilde tarafların iradesine öncelik tanımakla birlikte Model Kanundan farklı olarak hakemlerin sayısının tek sayılı olmasını öngörmektedir. MTK tarafların çift sayılı hakem seçimi durumunda bir çare ve sonuç öngörmemektedir. Taraflar çift sayılı hakem belirlemeleri durumunda usule aykırılık gerekçesiyle iptal davası açılabilir. Ancak kanımızca, bu usule aykırılığın iptal sebebi olarak değerlendirilmesi için bu eksikliğin tahkim yargılamasında ileri sürülmesi ve kendilerine tanınan imkânlar kullanarak giderilmesi gerekir. Tarafların tahkim yargılaması sırasında bu usule aykırılık durumunu ileri sürmemeleri, tahkim yargılamalarına katılmaları ve tahkim yargılaması sonunda verilen karardan memnun olmayan tarafın bu usule aykırılığı iptal davasında ileri sürmesi dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacaktır. Çalışmamızda Hindistan Yüksek Mahkemesine konu olan olayda açıkladığımız üzere, usule aykırılığa kendisi rıza gösteren tarafın sonradan sırf hakem kararından memnun olmaması nedeniyle hukukun teknik bir kuralını kullanarak hakem kararından kaçınması hakkaniyete uygun olmayacaktır. Taraflar tahkim yargılaması sırasında ek bir hakem seçimi ile bu eksikliği giderme imkanlarına sahipken tahkim yargılaması sonunda iptal davası aşamasında bu eksikliği ileriye sürmelerinin dürüstlük kuralına aykırı olduğu düşüncesindeyiz. Ayrıca tarafların çift hakem seçimi sonucu çift sayılı hakem heyetinden verilen kararın iptalinde kamu düzeni menfaati olmadığını düşünürüz.

Yine milletlerarası tahkimde hakemlerin niteliği bakımından esas olan tarafların iradesidir. Günümüzde bazı atipik milli düzenlemeler dışında pek çok milletlerarası ve milli düzenlemeler hakemlerin uyruğu bakımından kısıtlama öngörmemektedir. Milletlerarası tahkim özel yargılama türü olduğundan bazen taraflar hakemin belli bir inanca veya dini statüye sahip olmalarını isteyebilirler. Bu durumda çalışmamızda incelediğimiz İngiliz Mahkeme kararlarında benimsendiği üzere, kamu düzeni tehlikesi arz etmediği sürece bu hakem seçimlerinin geçerli kabul edilmesi yerinde bir yaklaşım olduğu kanısındayız.

Milletlerarası tahkimde esas olan mahkemelerin tahkim yargılamasına müdahalesini en aza indirmektir. Fakat, hakem seçiminde taraflar anlaşamayabilir veya hakem seçimi konusunda görevlendirdiği üçüncü kişi veya kurum hakem atamasında başarısız olabilir. Bu durumda hakem atanmasında mahkemelerin müdahalesi gündeme gelebilir. Bu halde mahkemelerin müdahalesi tarafların iradesi ile çelişmediği gibi mahkemeler hakem atamalarıyla tarafların tahkim yargılamasına başlamasına destek olmaktadır. Fakat, devlet mahkemelerinin bu desteği sunarken tarafların iradesine öncelik vermeleri gerekmektedir. Başka bir ifadeyle tarafların daha önceden anlaştıkları bir hakem seçimi usulü varsa bu anlaşmaya sadık olarak hareket etmeleri gerektiği kanısındayız. Örneğin, taraflar hakem seçimi yapmak üzere bir kurumsal tahkim kurumunu görevlendirmesine rağmen -kurumun hakem seçimi konusunda ihmali kanıtlanmadıkça- tahkim kurumunun yerine geçip hakem ataması yerinde olmayacaktır ve usule aykırılık sebebiyle iptal davası açılacaktır.

Nitekim MTK m. 7/b'deki düzenleme şeklinden anlaşıldığı gibi Türk kanun koyucusu hakemlerin mahkeme tarafından seçilmesini son alternatif olarak öngörmüştür. Mahkemeler, tarafların başvurusu üzere hakem atama taleplerini değerlendirirken tarafların daha önce hakem seçimi konusunda anlaştıkları hakem seçme usulü varsa bu usulün yerine getirip getirilmediği hususunda dikkat etmeleri önem arz etmektedir. Zira, daha önce belirttiğimiz gibi hakem seçimi konusunda esas olan tarafların iradesidir. Buradan hareketle, mahkemenin tarafların anlaştıkları usulün sonuç vermediğini anladıktan sonra, son çare olarak hakem ataması yerinde olacaktır. Aksi halde bir erken hakem seçimi söz konusu olacaktır. Bu durum tarafların anlaştıkları usule aykırılık sebebiyle iptal davasında veya tenfiz davasında ileri sürülebilecektir.

Hakem ataması konusunda devlet mahkemelerinin destekleyici nitelikte olması ve bu desteğin de sonra çare olarak uygulanması gerektiğini gösteren en iyi örneklerden biri çalışmamızda incelenmiş olduğumuz *Iran National Oil Company v. State of Israel* davasıdır. Hakem seçimi konusunda milletlerarası tahkimde en uzun süren hakem seçimi örneklerinden biri olduğu ifade edilebilir. Bunun sebebi ise, iki ülke arasındaki siyasi gerilimden dolayı tarafların fiilen hakem atama talebinde bulunamamalarıdır. Fransız mahkemeleri bu durumu göz önüne alarak tahkim yeri Fransa olmadığı halde hakem ataması yapmıştır. Böylelikle tahkime destek olarak tahkim yargılamasının başlaması sağlanmıştır. Fransız mahkemesinin de ifade ettiği gibi bu somut olayda Fransız mahkemesi hakem atamaması durumunda davacının adalete erişimi engellenecek olması bakımından yerinde bir karar vermiştir. Ayrıca İsviçre Yüksek Mahkemesinin İsrail devletinin bu hakem atamasının usule aykırılık gerekçesiyle iptali talebi üzerine, tarafların hakem atama yükümlülüğünden kaçınması halinde diğer tarafın hakem atanması için bir devlet mahkemesinden yardım almasından başka bir yol olmadığı durumlarda davacının bu yola başvurusunun reddedilemeyeceğini ifade ederek karar vermesi de kanaatimizce yerindedir. Aksi halde tarafların adalete erişimi engellenmiş olacaktır.

KAYNAKÇA

- Akaant KM, 'Composition of an Arbitral Tribunal: Reconciling the Judicial Turmoil' (2021) 17(2) Asian International Arbitration Journal 35-162.
- Akıncı Z, *Milletlerarası Tahkim* (6. Bası, Vedat Kitapçılık 2021).
- Aktepe Artık S, *Medeni Usûl Hukukunda Hakem Kararların İptali Sebepleri* (On İki Levha 2023).
- Arfazadeh H, 'La National Iranian Oil Company v. l'Etat d'Israël, Tribunal de Grande Instance de Paris, Not Indicated, 10 January 1996' (1996) 14(2) ASA Bulletin 319-324.
- Born GB, *International Commercial Arbitration* (3rd edn, Kluwer Law International 2023).
- Bayata Canyaş A, *UNCITRAL Model Kanunu Temelinde Uluslararası Ticarî Hakem Kararların Karşı Başvuru Yolu* (Adalet 2016).
- Blackaby N, Partasides C and Redfern A, *Redfern and Hunter on International Arbitration* (7th edn, Oxford University Press 2023).
- Gaillard E and Savage J, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 1999).
- Giray FK, 'Milletlerarası Tahkimde Gizlilik' (2015) 4(2) Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi 65-121.

- Göger YE, 'Uluslararası Ticari Tahkimde Hakem Heyetinin Oluşturması' (2021) 16(178) Terazi Hukuk Dergisi 1084-1098.
- Işık S, *MTK ve HMK Kapsamında Hakem Kararlarına Karşı İptal Davası* (On İki Levha 2022).
- Kaplan Y, *Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık* (Seçkin 2002).
- Kaplan Y, 'Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Seçilmesi ve Sonuçları' (1999) 19(1-2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 473-504.
- Kröll S, 'Siemens – Dutco Revisited? Balancing Party Autonomy and Equality of the Parties in the Appointment Process in Multiparty Cases' (*Kluwer Arbitration Blog*, 15 October 2010) <<https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2010/10/15/siemens-dutco-revisited-balancing-party-autonomy-and-equality-of-the-parties-in-the-appointment-process-in-multiparty-cases/>> accessed 20 June 2023.
- Lew JDM, Mistelis LA and Kröll SM, *Comparative International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2003).
- Mafi H, *Şerhi Ber Kanun-e Davariy-e Ticariy-e Beynülmeleliy-e İran (İran Milletlerarası Ticari Tahkim Kanununun Şerhi)* (Jangal 2016).
- Orelli M, 'Commentary on Chapter 12 PILS, Article 179 [Arbitral tribunal: constitution of the arbitral tribunal]' in Manuel Arroyo (ed), *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide* (Wolters Kluwer 2018).
- Özel S, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri* (Legal 2008).
- Özel S, Erkan M, Pürselim HS ve Karaca HA, *Milletlerarası Özel Hukuk* (On İki Levha 2022).
- Öztekin Gelgel G, 'New-York Konvansiyonu'na Göre Hakem Kararlarının Tenfizinde Yargıtay'ın Bazı Kararlarının Değerlendirilmesi' (2002) 22(2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 1137-1158.
- Pürselim HS, 'Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Kira Sözleşmelerinin Tahkime Elverişliliği' (2021) 27(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 496- 512.
- Saljoughi M, *Hukuk-i Beynülmelel-i Hususi (Milletlerarası Özel Hukuk) Cilt 1* (Mizan 1998).
- Scherer M, 'Artificial Intelligence and Legal Decision-Making: The Wide Open?' (2019) 36(5) Journal of International Arbitration 539-574.
- Scherer M and Baizeau D, 'Swiss Federal Supreme Court confirms NIOC vs. Israel award – No Review of French Court Decision to Appoint Arbitrator in order to Avoid International Denial of Justice' (2013) 31(2) ASA Bulletin 400-403.
- Shehata I, *Arbitration in Egypt: A Practitioner's Guide* (Kluwer Law International 2021).
- Shiravi A, *Davari-ye Ticari-e Beynülmelel-i (Milletlerarası Ticari Tahkim)* (Semt 2014).
- Şanlı C, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7. Bası, Beta 2019).
- Taşkın Â, *Hakem Sözleşmesi* (2. Bası, Turhan 2005).
- Vasudev S, 'The 2019 amendment to the Indian Arbitration Act: A classic case of one step forward two steps backward?' (*Kluwer Arbitration Blog*, 25 August 2019) <<https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/08/25/the-2019-amendment-to-the-indian-arbitration-act-a-classic-case-of-one-step-forward-two-steps-backward/>> accessed 20. June 2023.

KARARLAR

- Club X. SA v. Z., Federal Supreme Court of Switzerland, 1st Civil Law Chamber, 4A_282/2013, 13 November 2013, (2014) 32 (1) ASA Bulletin 89-101.

- BKMI Industrienlagen GmbH & Siemens AG v. Dutco Construction, Cour de Cassation (1er Chambre Civile), Pourvoi N° 89-18708 89-18726, 7 January 1992, in Albert Jan van den Berg (ed), ICCA Yearbook Commercial Arbitration 1993 - Volume XVIII (Kluwer 1993)
- National Iranian Oil Company (NIOC) v. Etat d'Israel, Cour d'appel de Paris, 29 March 200, (2002) 18 (3) ASA Bulletin 553, 554.
- Taraflar belirtilmemiştir, Umman Yüksek Mahkemesi, no. 62/2018, 6 November 2018. Karar için Bkz.: (2019) 11 (1) International Journal of Arab Arbitration 159-164.
- US Court of Appeals, Second Circuit, 31 March 2005, Encyclopaedia Universalis S.A. v. Encyclopaedia Britannica, Inc <https://newyorkconvention1958.org/doc_num_data.php?explnum_id=1493> accessed 21 June 2023.

ÇEVİRİMİÇİ KAYNAKLAR:

- <https://vlex.co.uk/>
- <https://www.kluwarbitration.com/>
- https://newyorkconvention1958.org/?opac_view=-1
- <https://uncitral.un.org/>
- <https://www.resmigazete.gov.tr/>
- <https://parisarbitration.com/en/>
- <https://vindad.com/>
- <https://www.indiacode.nic.in/>
- <https://www.arbitrare.pt/en>
- <https://www.international-arbitration-attorney.com/>
- <https://www.wipo.int/portal/en/index.html>
- <https://www.dutchcivillaw.com/civilprocedureleg.htm>

Mirasçıların İntikal Borçlarından Sorumluluğu Bakımından Terekenin Resmi Defterinin Tutulması*

Keeping the Official Ledger of the Estate in Terms of the Heirs' Responsibility for Inheritance Debts

Serra KOCAR** , Faruk ACAR*** 

ÖZ

Mirasbırakanın ölümüyle miras, külli intikal ilkesi gereği mirasçılara intikal etmektedir. Mirasçılar, mirası kabul etmesiyle veya ret için öngörülen sürenin geçmesiyle tereke borçlarından kişisel ve müteselsil sorumlu hale gelmektedirler. Bu sebeple mirasçılar, mirası kabul etmeden önce terekede yer alan aktif ve pasifleri öğrenmek için terekenin resmi defterinin tutulmasını talep edebileceklerdir. Resmi deftere mirasbırakanın borçları ve mirasın intikalinden kaynaklanan borçlar yazılmaktadır. Mirası resmi deftere göre kabul eden mirasçı, yalnızca resmi deftere yazılan borçlardan sorumlu olmaktadır. Resmi deftere yazılmamasında alacaklının kusurlu olmadığı borçlardan ise mirasçının alacaklıya karşı terekeden elde edilenler ölçüsünde sorumluluğu bulunmaktadır. Ancak resmi defterin mirasçıya sağladığı bu korumanın bütün tereke borçlarını kapsayıp kapsamadığı, değerlendirilmesi gereken bir meseledir. Kanun hükmünün lafzına ve bu konuda verilen mahkeme kararına göre etkinin, yalnızca mirasbırakanın borçları için geçerli olduğu ifade edilse de kapsama intikal borçlarının da dâhil edilmesi, resmi defterin tutulmasıyla sağlanmak istenen amaca daha uygundur.

Anahtar Kelimeler: Resmi Defter, Resmi Defterin Tutulması, Mirasbırakanın Borçları, İntikal Borçları, Mirası Resmi Deftere Göre Kabul Eden Mirasçı, Sorumluluğun Sınırlandırılması.

ABSTRACT

Upon the death of the testator, the inheritance is transferred to the heirs in accordance with the principle of universal succession. The heirs become personally and jointly liable for the debts of the estate upon the acceptance of the inheritance or the expiration of the period stipulated for refusal. For this reason, the heirs may request the official ledger of the estate to be kept in order to learn the assets and liabilities in the estate before accepting the inheritance. The debts of the testator and the debts arising from the inheritance are written in the official ledger. The heir who accepts the inheritance according to the official ledger is only responsible for the debts written in the official ledger. For the debts that the creditor is not at fault for not being written in the official ledger, the heir is liable to the creditor to the extent of what is obtained from the inheritance. However, whether this protection provided to the heir by the official ledger covers all the debts of the estate constitutes an issue that needs to be evaluated. According to the wording of the provision of the law and the court decision on this issue, although it is stated that the effect is only valid for the debts of the heir, the inclusion of the debts of inheritance in the scope is more appropriate for the purpose of keeping the official ledger.

Keywords: Official Ledger, Keeping the Official Ledger, Debts of the Heir, Debts of Inheritance, Beneficiary Heir, Limitation of Liability..

* Bu makale, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü bünyesinde yazılan 'Türk Miras Hukukunda Mirasçıların Birlikte Sorumluluğu' başlıklı doktora tezinden türetilmiştir.

** Ar. Gör., Pamukkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, skocar@pau.edu.tr, ORCID: 0000-0001-7772-2974.

*** Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, facar72@hotmail.com, ORCID: 0000-0002-6027-3428.

GİRİŞ

Mirasbırakanın ölümüyle miras hukukuna hâkim olan külli halefiyet ilkesi gereği, mirasçılar mirası bir bütün olarak kazanmaktadır. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) m.599/2'de, İsviçre Medeni Kanunu (ZGB) Art.560 Abs.2'ye paralel olarak mirasçılarının, Kanunda öngörülen ayırık durumlar saklı kalmak üzere, mirasbırakanın aynı haklarını, alacaklarını, diğer malvarlığı haklarını, taşınır ve taşınmazlar üzerindeki zilyetliklerini doğrudan doğruya kazandığı ve mirasbırakanın borçlarından kişisel olarak sorumlu olduğu düzenlenmektedir¹. Aynı şekilde Alman Medeni Kanunu (BGB) § 1922'de de terekenin bir bütün olarak mirasçılara intikal ettiği düzenlenmiş; ancak terekedeki hakların ve borçların intikali ayrıca zikredilmemiş, malvarlığı (tereke) kavramıyla yetinilmiştir².

TMK m.641 gereği mirasçılar, intikal eden tereke borçlarından kişisel ve müteselsilen sorumludurlar. ZGB Art. 603 Abs.1'de ve BGB § 1967 Abs.1'de de mirasçılarının tereke borçlarından müteselsil sorumluluğu esası benimsenmiştir. Kişisel ve müteselsil sorumluluğu esas alan bu sistemlerde tereke borçlarından sorumluluk açısından mirasçılarının aleyhine doğabilecek sonuçların ortadan kaldırması için mirasçılara birtakım seçimlik haklar tanınmıştır. Öyle ki Türk-İsviçre hukukunda mirasın açılması ile mirasçılar, mirası kabul veya reddedebilecekleri gibi resmi defterin tutulmasını veya resmi tasfiyeyi isteyebilmektedirler. Terekenin resmi defterinin tutulmasıyla TMK m.619 vd. gereği mirasçılar, terekede yer alan aktif ve pasiflerin varlığını görebilecek ve öngörülen seçimlik hakları kullanabileceklerdir. Mirasçılarının mirası resmi deftere göre kabul etmesi durumunda TMK m.628 ve m.629'a göre tereke borçlarından kişisel sorumluluk ya tamamen ortadan kalkmaktadır ya da sınırlandırılmaktadır³. BGB §1970-1974 hükümleri arasında da resmi defter tutmaya benzer alacaklıların çağrılması ve tereke borçlarının kaydedilmesine yönelik bir sistem öngörülmüştür⁴.

Çalışmamızda mirasçılarının tereke borçlarından sorumluluğuna etki eden resmi defter tutma yolu, mukayeseli olarak incelenecektir. Bu kapsamda deftere yazılması öngörülen borçların kapsamı belirlenecek ve resmi defter tutmanın sonuçları açıklanacaktır. Akabinde de İsviçre Federal Mahkemesinin verdiği bir karar ışığında resmi defter tutmanın intikal borçları açısından mirasçılarının sorumluluğuna etkisi tartışılacaktır.

- 1 Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku* (3. Baskı, Filiz 1987) 42 vd; Bülent Köprülü, *Miras Hukuku Dersleri* (Fakülteler Matbaası 1985) 366 vd; Ahmet Kılıçoğlu, *Türk Borçlar Hukukunda Kanuni Halefiyet* (Sevinç Matbaası 1979) 22; Ömer Uğur Gençcan, *Tereke Hukuku* (Yetkin 2022) 59; Zahit İmre ve Hasan Erman, *Miras Hukuku* (14. Baskı, Der 2018) 10 vd; Numan Tekelioğlu, *Miras Paylaşma Sözleşmesi* (Seçkin 2021) 22.
- 2 Dieter Leipold, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (8. Auflage, C.H.Beck 2020) BGB §1922 N 1-4, 16-18.
- 3 Sezer Çabri, *Miras Hukuku Şerhi (TMK madde 575-639) Cilt II* (On İki Levha 2020) 702 vd; Tuba Birinci Uzun, *Mirasın Resmi Tasfiyesi* (Seçkin 2018) 42 vd.
- 4 Ilse Lohmann, *Beck'scher Online-Kommentar Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (60. Ed, C.H.Beck 2021) BGB § 1970 N 1; Norbert Joachim, 'Das Recht der Erbenhaftung' (2019) Notar (1) 3, 8; Wolfgang Küpper, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (8. Auflage, C.H.Beck 2020) BGB §1970 N 1.

I. TEREKE BORÇLARININ RESMİ DEFTERE KAYDEDİLMESİ

A. RESMİ DEFTERE KAYDEDİLECEK TEREKE BORÇLARININ BELİRLENMESİ

Mirasbırakanın malvarlığına dâhil olan, bu nedenle tereke ile mirasçılara intikal eden malvarlığı değerlerinin nelerden oluştuğu bazen mirasçılar tarafından bilinemez durumda olur. Mirasçılar terekeyi elde etmekle birlikte tereke kapsamında borçlardan da sorumlu olacağı için, onlar bakımından bu belirsizlik bir risk ya da tehlike yaratmaktadır. Bu riski minimize etmek üzere Kanunlar değişik hukuksal araçlar düzenlemiştir. Bu çerçevede resmi defterin tutulmasıyla ilk olarak, mirasçıların tereke borçlarından sorumluluğunun sınırlarının netleşmesi amaçlanmıştır⁵. Miras resmi deftere göre kabul eden mirasçının TMK m.628 gereği deftere kaydedilmeyen borçlardan sorumluluğunun olmadığı veya TMK m.629 gereği sınırlı olduğu kabul edildiğinden hangi borçların kaydedileceği hususu önem arz etmektedir.

TMK m.620/1'de terekeye ait aktif ve pasiflerin takdir edilen değerleriyle birlikte resmi deftere yazılacağı düzenlenmektedir. Deftere yazılacak pasifler, TMK m.641 ve m.681 gereği mirasçıların sorumlu olduğu *tereke borçları* olsa gerektir. Zira TMK m.619 vd. hükümlerinde sadece terekenin pasifleri ifadesine yer verilmektedir.

Türk-İsviçre hukukunda hâkim görüş, *mirasbırakanın borçları* ile *mirasın intikalinden kaynaklanan borçları* tereke borcu olarak kabul etmektedir⁶. Alman hukukunda da tereke borçları, benzer biçimde sınıflandırılmıştır. BGB §1967 Abs.2'de mirasçıların yükümlülüklerine ilişkin ikili bir sınıflandırma yapıldığı görülmektedir. Bu anlamda BGB §1967 Abs.2'de mirasbırakandan kaynaklanan borçlar ve mirasçıları etkileyen borçlar, tereke borçları olarak kabul edilmektedir⁷.

Resmi deftere kaydedilecek borçlardan *ilki*, mirasbırakandan intikal eden yani mirasbırakanın borçlarıdır. Mirasbırakanın borçları kavramı ile mirasbırakandan intikal eden ve ölümden önce doğan veya ölümden sonra doğsa bile borcu doğuracak sebebin mirasbırakanın hayatta olduğu

5 Sendi Yakuppur, *Resmi Defter Tutma ve Mirasın Tutulan Deftere Göre Kabulü* (Seçkin 2022) 96 vd; İmre ve Erman (n 1) 381 vd.

6 ZGB Art 603 ve Art 639'un Almanca metninde 'mirasbırakanın borcu' kavramına yer verilmektedir. Ancak yine de Türk-İsviçre hukukunda hâkim görüş, mirasbırakandan intikal eden borçları ve mirasın intikalinden kaynaklanan borçları tereke borcu olarak kabul etmektedir. Ahu Ayanoğlu Morali, 'Mirasın Açılmasından Önce Mirasçıların Tereke Borçlarından Sorumluluğunda Geçerli Temel İlkeler ve Bu Sorumluluğun Sınırlandığı Haller' (2016) 11 (145-146) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 555, 556; Mustafa Dural ve Turgut Öz, *Türk Özel Hukuku C IV Miras Hukuku* (18. Baskı, Filiz 2022) 457; Köprülü (n 1) 399; Thomas Weibel, *Das Ende der Solidarhaftung der Erben* (Helbing&Lichtenhahn Verlag 2002) 62 vd; Stephan Wolf, *BK-Berner Kommentar Die Teilung der Erbschaft, Art 602-619 ZGB* (Stämpfli Verlag AG, 2014) ZGB Art 603 N 40; Jean Nicolas Druey, *Grundriss des Erbrechts* (5. Auflage, Stämpfli Verlag AG 2002) 184; Peter C. Schaufelberger and Katrin Keller Lüscher, *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II* (6. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2019) ZGB Art 603 N 8; Peter Tuor, Bernhard Schnyder, Jörg Schmid and Alexandra Jungo, *ZGB Das Schweizerische Zivilgesetzbuch* (14. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG 2015) 672.

7 BGB §1967 Abs 2: 'Zu den Nachlassverbindlichkeiten gehören außer den vom Erblasser herrührenden Schulden die den Erben als solchen treffenden Verbindlichkeiten, insbesondere die Verbindlichkeiten aus Pflichtteilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen.'; Helmut Schuhmann, *Die Erbenhaftung* (Schenken und Vererben Bd 13, VSRW 2006) 23 ff; Küpper (n 4) BGB § 1967 N 5; Joachim, 'Das Recht der Erbenhaftung' (n 4) 6; Lohmann (n 4) BGB §1967 N 13.

dönemde mevcut olduğu borçlar kastedilmektedir⁸. Bu borçlar, mirasbırakanın sağlığında yaptığı bir sözleşmeden veya gerçekleştirdiği bir haksız fiil veya sebepsiz zenginleşmeden hatta vekâletsiz işgörmeye gibi başka bir ilişki kaynaklı da doğmuş olabilmektedir⁹. Ancak mirasbırakanın sağlığında taraf olduğu borç ilişkilerinden doğan borç konusu edimin, borçlunun şahsına bağlı kişisel bir edim olmaması halinde mirasçılara intikali mümkündür¹⁰.

Resmi deftere terekenin mirasçılara intikalinden kaynaklanan borçlar da kaydedilecektir. Zira intikal borçları da TMK m.620/1 anlamında terekeye ait pasiflerdendir. Bu noktada mirasın açılmasıyla bağlantılı olan ve mirasın açılmasıyla doğan borçların kaydedileceği ifade edilmektedir. Bunların da TMK m.507 gereği cenaze ve terekenin mühürlenmesi ve yazımı giderleri, TMK m.643 gereği gebe kadının nafaka talebi ve TMK m.645 gereği mirasbırakan ile birlikte yaşayan ve onun tarafından bakılan kimselerin üç aylık masrafları ve vasiyeti yerine getirme görevlisinin ücreti olduğu ifade edilmiştir. Bununla birlikte TMK m.623/2'de terekenin resmi defterinin tutulmasından doğan masrafların da terekeden karşılanacağı öngörüldüğünden bunların da deftere kaydı gerekmektedir¹¹.

Terekenin intikalinden kaynaklanan intikal borçları yukarıda sayılanlarla sınırlı değildir. İntikal borçları, mirasın intikalinden kaynaklanan borçlar olduğundan terekenin intikalinden sonra da doğabilmektedir. Nitekim mirasın intikalinden sonra tereke değerlerinin korunması ve bakımı için de giderler yapılabilir. Türk-İsviçre hukukunda miras ortaklığı devam ederken terekeyi ilgilendiren işlemler nedeniyle doğan borçların da tereke borcu olarak değerlendirildiği ve intikal borcu kapsamına alındığı görülmektedir. Yani terekeden türeyen ve mirasın paylaşmadığı süre zarfında terekedeki varlıkların acil onarımı ve korunması ile alakalı olarak doğan borçlar bu anlamda değerlendirilebilecektir. Aynı şekilde terekeye ait bir binanın veya hayvanın verdiği zarardan doğan borç, her ne kadar mirasbırakanın borcu olmasa da terekeden türemektedir¹². Nitekim bu gibi borçların, Alman hukukunda tereke borcu olarak kabul edildiği ve terekeden karşılanması gerektiği ifade edilmektedir¹³. Dolayısıyla mirasbırakanın borçları yanında yukarıda sayılan intikal ile bağlantılı

8 Yakuppur (n 5) 96 vd.

9 Örneğin satış sözleşmesinden doğan bedel ödeme borcu, trafik kazasından doğan maddi tazminat borcu, mirasbırakanın malvarlığına dâhil olmuş borç olmayan şeyin ifası gibi borçlar bu kapsamdadır.

10 Halil Akkanat, *Ölümün Özel Hukuk Borç İlişkilerine Etkisi* (Filiz 2004) 138; Nesibe Gülgün Dalkılıç, *Miras Paylaşımından Sonra Mirasçıların Müteselsel Sorumluluğu* (Turhan 2017) 54 vd; Osman Gökhan Antalya ve Murat Topuz, *Marmara Hukuk Yorumu Medeni Hukuk C I* (4. Baskı, Seçkin 2021) 128 vd; Joachim, 'Das Recht der Erbenhaftung' (n 4) 5.

11 K. Fikret Arık, 'Resmi Defter Tutma Müessesesi' (1957) 9 (2) Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi 245, 261; Yakuppur (n 5) 99; BGB §1967 Abs 2 gereği Alman hukukunda da mirasçılara etkileyen borçlar kavramı ile mirasbırakanın borçları dışında terekenin intikalinden kaynaklanan borçların da tereke borcu olduğu kabul edilmiştir. BGB §1968 gereği mirasbırakanın cenaze masrafları ve BGB §1969 gereği mirasbırakanla aynı hanede yaşayan ve onun bakımı altında olan aile üyelerine ölüm sonrası nafaka borcu, intikal borcu niteliğindedir. Alman hukukunda da mirasın intikali anında bulunmayan ancak daha sonra ortaya çıkan terekenin yönetimine ve tasfiyesine yönelik borçlar da tereke borcu kapsamına alınmıştır. Küpper (n 4) BGB § 1967 N 1-12; Schuhmann (n 7) 24; Joachim, 'Das Recht der Erbenhaftung' (n 4) 6; Lohmann (n 4) BGB § 1967 N 13.

12 Christian A. Gübeli, *Glaubigerschutz im Ebrecht* (Schulthess Verlag 1999) 35.

13 Mirasçının mirasın intikalinden sonra terekeyi konu alan sözleşmelerden doğan borçların yalnızca terekeden tahsil edilmesi mümkün olabilmektedir. Ancak bunun için sözleşmenin karşı tarafı ile sözleşmeden doğan borçtan yalnızca terekeden karşılanacağını karşılaştırılmalıdır. Bu durumda mirasçı, alacaklıya karşı kişisel malvarlığı ile sorumlu olmayacaktır. Norbert Joachim, *Erbenhaftung* (4. Auflage, Erich Schmidt 2018), 81; Küpper (n 4) BGB § 1967 N 17 ff.

intikal borçlarının da resmi deftere kaydedileceği varsayılıyorsa intikal sebebiyle doğan ve terekeyi ilgilendiren diğer borçların da kaydedilmemesi için bir sebep bulunmadığı ileri sürülebilecektir.

Bu noktada mirasçıların mirası resmi deftere göre kabul etmesi durumunda yalnızca defterde yazılan borçlardan sorumlu olacağına ilişkin TMK m.628 hükmünün, mirasbırakanın borçları yanında intikal borçları açısından da uygulanacağı kabul edilirse intikal borçlarının tamamının deftere kaydı zorunlu hale gelmektedir.

Ancak mirası resmi deftere göre kabul eden mirasçının yalnızca deftere kaydedilen borçlardan sorumlu olacağını düzenleyen TMK m.628 hükmünün yalnızca mirasbırakanın borçları için geçerli olduğu kabul edilirse, sorumluluk açısından resmi deftere yalnızca mirasbırakanın borçlarının yazılması yeterli olacaktır. Zira mirasçıların intikal borçlarından kişisel sorumluluğu, defterden bağımsız olarak devam edeceğinden, sorumluluk açısından deftere yazılmaması önemli olmayacaktır. Ancak her halükarda terekenin belirliliğinin sağlanması için mümkün olduğunca bütün intikal borçları deftere yazılmalıdır. Söz konusu etkinin intikal borçları için de geçerli olup olmadığı, çalışmanın devamında bu konuda verilen bir İsviçre Federal mahkemesi kararı eksenli incelenecektir¹⁴.

Bununla birlikte İsviçre öğretisinde terekeden karşılanacağı Kanunda öngörülen bazı borçlardan, mirasçıların kişisel sorumluluğunun olmaması gerektiği ileri sürülmektedir. TMK m.643/2'nin karşılığı olan ZGB Art.605 Abs.2'de ananın geçimi için gerekli ise ortaklık mallarından yararlanabileceği düzenlenmiştir¹⁵. Yalnızca terekenin sorumluluğu altında olan ve terekeden karşılanması gereken özel bir talep olarak değerlendirilmesi sebebiyle mirasçıların bu borçtan kişisel sorumluluğunun olmaması gerektiği ifade edilmektedir¹⁶. TMK m.643/2'de de miras açıldığında mirasçı olabilecek bir cenin varsa, ananın muhtaç olması durumunda doğuma kadar gerekli geçim giderlerinin terekeden karşılanacağı düzenlenmiştir. Yine İsviçre öğretisinde TMK m.645'e karşılık gelen ZGB Art.606 gereği mirasbırakanın ölümünde onunla birlikte yaşayan ve onun tarafından bakılan kimselerin bakım ve barınma masraflarından mirasçıların kişisel sorumluluğunun olmadığı ifade edilmektedir¹⁷. Bu iki borç, her ne kadar tereke borcu sayılsa da İsviçre'ye benzer olarak Türk hukukunda da mirasçıların kişisel sorumluluğunun olmadığı kabul edilebilecektir. Bu tür borçlar, resmi deftere yazılmış bile olsalar mirasçıların sorumluluğu olmayacaktır. Resmi deftere kayıt ve defterin yasal etkisi, mirasçıların kişisel sorumluluğunun olduğu borçlar bakımından kabul edilmelidir.

TMK m.641 ve m.681 anlamında tereke borcu kavramına vasiyet borcu girmemektedir. Bu borç, mirasbırakanın borcu veya intikal borcu niteliğinde olmayıp esasında mirasçıların borcudur. Ancak öğretilerde hükmün geniş yorumlanarak kıyasen mirasçıların vasiyet borcundan müteselsilen sorumlu olması gerektiği ifade edilmektedir¹⁸.

14 Bundesgericht, 5A_241/2014, 28.05.2014.

15 Schaufelberger and Keller Lüscher (n 6) ZGB Art 605 N 8.

16 Yannick Minnig, *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II* (7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag 2023) ZGB Art 603 N 15, Art 605 N 16; Thomas Weibel, *Praxiskommentar Ebrecht* (4. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag 2019) ZGB Art 605 N 5; Schaufelberger and Keller Lüscher (n 6) ZGB Art 605 N 8; Wolf (n 6) ZGB Art 603, N 41.

17 Minnig (n 16) ZGB II Art 603, N 15; Wolf (n 6) ZGB Art 603 N 41.

18 Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (BGE) 101 II 218 S. 220 sayılı Federal Mahkeme kararında

Vasiyet borcu, Türk-İsviçre hukukundan farklı olarak Alman hukukunda BGB §1967 Abs.2 kapsamında intikal borcu olarak öngörülmüştür¹⁹.

Vasiyet borçlarının resmi deftere kaydedilip kaydedilmeyeceği hususu öğretilerde tartışmalıdır. Bu hususta ilk görüş, vasiyet borcunun pasifler kapsamında kaydedilmesi gerektiğini ifade etmiştir²⁰. Diğer bir görüşe göre, vasiyet borçları mirasbırakanın değil, cüzi haleflerin borcu olduğundan ilan yoluyla bildirim yapılması gerekmeksizin terekenin gerçek durumunun tespiti açısından resmi deftere kaydedilmelidir²¹.

B. TEREKE BORÇLARININ RESMİ DEFTERE KAYDEDİLMESİ USULÜ

TMK m.620 vd. hükümlerinde resmi defterin tutulmasına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Bununla birlikte Türk Medeni Kanununun Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük'te de resmi defterin tutulmasına ilişkin hükümler öngörülmektedir²². Ayrıca TMK m.620/4'te terekenin resmi defterinin tutulmasıyla usulünün Cumhurbaşkanınca çıkarılan yönetmelikle düzenleneceği belirtilse de henüz böyle bir düzenleme yapılmamıştır. Bu noktada İsviçre hukukunda Kantonlar söz konusu usule ilişkin düzenlemeler öngörmüş olsa da Türk hukukunda resmi defterin tutulmasındaki usulde belirsizlikler ortaya çıkmıştır²³.

TMK m.620'de terekeye ait pasiflerin takdir edilen değerleriyle resmi deftere kaydedileceği düzenlenmiştir. TMK m.622/1'de de resmî kayıtlardan veya mirasbırakanın belgelerinden varlığı anlaşılan borçların deftere doğrudan doğruya geçirileceği öngörülmüştür. Böylece Sulh hâkimi, ilgili kayıt ve belgelerden varlığını tespit ettiği borçlar için TMK m.621 gereği ilan yoluyla çağrı yoluna başvurmak zorunda olmaksızın kaydı gerçekleştirecektir²⁴. TMK m.620'de ifade edildiği gibi Sulh hâkimi tarafından, aktif ve pasifleri takdir edilen değerleriyle yazılması gerekmektedir. Değer biçme ile tereke aktiflerinin pasifleri karşılayıp karşılamadığının tespiti sağlanabilecektir.

Doğrudan doğruya resmi deftere kaydedilmeyen borçlar için ise TMK m.621'de ilan yoluyla çağrı usulü öngörülmüştür. TMK m.621/1.1'de sulh mahkemesinin, mirasbırakanın alacaklıları ile

müteselsil sorumluluğun kıyasen vasiyet borcu için de söz konusu olması gerektiği ifade edilmiştir. Weibel, *Das Ende der Solidarhaftung der Erben* (n 6) 124; Rona Serozan ve Baki İlkay Engin, *Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları* (8. Baskı, Seçkin 2022) 343; Kocayusufoğlu (n 1) 266; Stephanie Hrubesch Millauer, *Erbrecht Art 457-640 ZGB, CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (3. Auflage, Schulthess Verlag 2016) Art 484, N 65; Peter Weimar, *Die Gesetzlichen Erben; Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen, Art 457-516 ZGB, BK - Berner Kommentar* (Stämpfli Verlag AG 2009) ZGB Art 484, N 26 ff.

19 Serozan ve Engin (n 18) 82; Joachim, 'Das Recht der Erbenhaftung' (n 4) 6; BGB § 1967 Abs 2'de mirasçılarının etkilendiği borçlar kapsamında vasiyet borcuna ek olarak mirasçılarının saklı paydan kaynaklanan ve yüklemenden doğan borçları da tereke yükümlülükleri olarak değerlendirilmiştir.

20 Tartışma hakkında bkz. Yakuppur (n 5) 100 vd.

21 Arık (n 11) 268.

22 RG 10.03.2003/25195.

23 Yakuppur (n 5) 89.

24 Ali Naim İnan, Şeref Ertaş ve Hakan Albaş, *Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku* (11. Baskı, Seçkin 2022) 533 vd; Osman Gökhan Antalya ve İpek Sağlam, *Marmara Hukuk Yorumu Miras Hukuku C III* (5. Baskı, Seçkin 2021) 451; Yakuppur (n 5) 90; Çabri (n 3) 711 vd.

borçlularını belli bir süre içinde alacaklarını ve borçlarını bildirmeleri için bir ay arayla iki defa yapılacak ilân yoluyla çağıracağı düzenlenmiştir. İlgili ilan, her bir alacaklının şahsen davet edilmesi usulüyle değil, bütün alacaklı ve borçlulara genel olarak yapılmaktadır. Ancak hâkim gerekli görürse isim ve adresi bilinen alacaklı ve borçlulara şahsen tebligat yapılmasına karar verebilecektir. Yapılan ilanda alacaklılara alacağını bildirmemenin sonuçları hakkında bilgi verilmesi gerektiği ifade edilmiştir. İsviçre öğretisinde söz konusu sonuçlar açıkça bildirilmemişse mirasçıların TMK m.629/2 gereği alacaklıya zenginleşmesi ölçüsünde sorumlu olması gerektiği ifade edilmektedir. Türk öğretisine göre de resmi defterin tutulmasının sonuçları hakkında yeterli bilgi verilmemesi hali, İsviçre'ye paralel olarak alacaklının kusuru olmaksızın alacağını deftere yazdıramaması olarak nitelendirilmelidir²⁵.

Alman hukukunda ise BGB §1970'de düzenlenen usul (Aufgebotsverfahren) ile resmi defter tutmaya benzer bir sistem öngörülmüştür. Bu sisteme ilişkin olarak BGB §1970 vd. hükümlerine göre alacaklılar, mahkeme tarafından alacaklarını bildirmeleri için çağrılmakta ve tereke borçları kaydedilmektedir. Mahkeme çağrı üzerine bildirimde bulunmayan alacaklılar için mirasçının sorumluluğun sınırlandırılacağına dair karar vermektedir²⁶.

II. RESMİ DEFTER TUTMANIN SONUÇLARININ TEREKE BORÇLARININ TÜRLERİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. TEREKENİN RESMİ DEFTERİNİN TUTULMASININ GENEL OLARAK TEREKE BORÇLARINDAN SORUMLULUĞA ETKİSİ

Mirasın intikaliyle mirasçıların tereke borçlarından kişisel sorumluluğu, TMK m.606 gereği mirasın kabulü veya üç aylık ret süresinin geçmesi, yani mirasçıların mirası kesin olarak kazanmaları ile başlamaktadır²⁷. Benzer şekilde BGB §1944 Abs.1'e göre de mirasçılar, altı hafta içinde mirası reddetmedikleri takdirde kesin mirasçı sıfatını kazanmaktadırlar²⁸.

Mirasçıların tereke borçlarından TMK m.599/2, TMK m.641 ve m.681 gereği kişisel ve müteselsil sorumluluğu bulunmaktadır²⁹. Türk-İsviçre hukukunda mirasçıların tereke borçlarında sorumluluğu, Kanunda öngörülen hallerde sınırlandırılmakta yahut tamamen ortadan kalkmaktadır. TMK m. 619 vd. gereği terekenin resmi defterinin tutulması ile mirası deftere göre kabul eden mirasçıların deftere kaydedilmeyen borçlardan sorumluluğunu ya tamamen ortadan kalkmaktadır ya da sınırlandırılmaktadır³⁰.

25 Yakuppur (n 5) 104 vd.

26 Küpper (n 4) BGB § 1973 N 6.

27 Hayrunnisa Özdemir, 'Mirasçıların Mirasın Borçlarından Dolayı Sorumluluğu' (2012) 16 (1-2) EÜHFD 191, 193 vd.; Cem Baygın, *Türk Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması* (Seçkin 2005) 53.

28 Schuhmann (n 7) 11; Joachim, 'Das Recht der Erbenhaftung' (n 4) 3.

29 Nurşin Ayiter, *Miras Hukuku* (S yayınları 1980) 231; Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C 2* (14. Baskı, Vedat 2018) 469, 473; Serozan ve Engin (n 18) 82, 91.

30 Baygın (n 26) 60 vd.; İnan, Ertaş ve Albaş (n 23) 538 vd.

TMK m.628/1 gereği mirasçılar mirası resmi deftere göre kabul ederse yalnızca deftere yazılı olan borçlardan kişisel ve müteselsilen sorumludurlar. Ancak sorumluluğu kaldıran bu düzenleme, TMK m.629/2 ile alacağını deftere kusuru olmaksızın yazdıramayan veya alacağı bildirdiği halde deftere yazılmayan alacaklının menfaati lehine dengelenmektedir. TMK m.629/2 gereği mirası deftere göre kabul eden mirasçı, ilgili alacaklıya karşı terekeden zenginleşmesi ölçüsünde sorumlu olmaktadır³¹.

BGB'de ise mirasçılarının sorumluluğu; BGB §1970-2017'de tek bir mirasçının sorumluluğu ve BGB §2058-2063'te de birden fazla mirasçının sorumluluğu olmak üzere ikili bir sistemde hükme bağlanmıştır. Mirası reddetmeyen tek bir mirasçının sorumluluğu, BGB'de beşinci kitabın ikinci başlığında BGB §1967-2017 arasında yer almaktadır. Devamında mirasbırakanın birden çok mirasçısı olması halinde meydana gelecek miras ortaklığına ilişkin BGB §2032-2057a hükümleri sevk edilmiştir. Miras ortaklığını oluşturan mirasçılarının tereke borçlarından birlikte sorumluluğuna ilişkin sistem ise BGB §2058-2063 kapsamında açıklanmıştır. Görülmektedir ki Alman hukukunda tek bir mirasçının sorumluluğu kapsamında BGB §1970-2017 hükümleri arasında mirasçılarının kişisel sorumluluğu ve kişisel sorumluluğun terekeyle sınırlandırıldığı haller düzenlenmektedir. Bununla birlikte BGB §2058-2063 gereği miras ortaklığının varlığı halinde mirasçılarının müteselsil sorumluluğu bulunmaktadır³².

BGB §1970-2017 arasında tereke borçlarından mirasçının kişisel sorumluluğunu kaldıran ve sorumluluğu terekeyle sınırlandırılan düzenlemeler öngörülmüştür. İlk olarak da BGB §1970'de alacaklıların alacaklarını bildirmeleri için çağrılmasına ve tereke borçlarının kaydedilmesine ilişkin bir usule yer verilmektedir. Türk-İsviçre hukukunda resmi defter tutmaya benzeyen ancak hüküm ve sonuçları açısından farklılık arz eden bu usule göre, alacaklılarını bildirmeyen alacaklılara karşı BGB §1973 gereği sorumluluk terekeyle sınırlanmakta yahut ortadan kalkmaktadır. Öyle ki BGB §1973 Abs.1'e göre, öncelikle alacağını bildiren alacaklılar tatmin edilecek; bildirimde bulunmayan alacaklıların alacakları ise ancak terekede kalan değerler ölçüsünde giderilecektir³³. Bu noktada mirasçı, bildirilen alacağın tatminiyle terekedeki aktiflerin tükendiğini ileri sürerek, bildirilmeyen alacağı karşılamayı reddedebilecektir³⁴.

31 Kemal Oğuzman, *Miras Hukuku* (6. Baskı, Filiz 1995) 304; Cem Özcan, "Terekenin Resmi Defterinin Tutulması Talebinden Sonra Miras Ortaklığına Temsilci Atanmasının İstenmesi" (2023) 200 (84-90) *Terazi Hukuk Dergisi*, 87 vd; Ridade Tuba Ayalp, *Mirasçılarının Tereke Borçlarından Sorumluluğu* (Seçkin 2023) 136 vd; Dural ve Öz (n 6) 428 vd; İmre ve Erman (n 1) 392 vd; Antalya ve Sağlam (n 23) 455; Çabri (n 3) 763 vd.

32 Qiang Wang, *Optimiert oder nur halbherzig geändert?—Die Erbenhaftung für Nachlassverbindlichkeiten in Chinas neuem Erbrecht im rechtswissenschaftlichen und -terminologischen Vergleich zum deutschen Erbrecht*, *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft* (Deutscher Fachverlag GmbH 2022) 68, 90; Joachim, *Erbenhaftung* (n 13) 1.

33 Lohmann (n 4) BGB § 1970 N 1; Küpper (n 4) BGB § 1970 N 1; Joachim, 'Das Recht der Erbenhaftung' (n 4) 8.

34 Küpper (n 4) BGB § 1973 N 3-5; Lohmann (n 4) BGB § 1970 N 15.

B. RESMİ DEFTERİN TUTULMASININ İNTİKAL BORÇLARINDAN SORUMLULUĞA ETKİSİ

1. İncelemeler

Yukarıda da ifade edildiği üzere resmi deftere mirasbırakanın borçları ve terekenin intikalinden kaynaklanan intikal borçları kaydedilecektir. Mirası resmi deftere göre kabul eden mirasçının TMK m.629/1 gereği deftere kaydedilmeyen borçlardan sorumluluğu bulunmamaktadır. Peki, mirasçılarının sorumluluğunu kaldıran bu düzenleme, terekeye kaydedilen veya kaydedilmesi öngörülen bütün tereke borçları için geçerli olacak mıdır?

Bu hususta ilk olarak TMK m.628/3 ve m.629/1 ve karşılığı ZGB Art.589 Abs.3 ve Art. 590 Abs.1'in lafzı incelenmelidir. TMK m.629/1'de, alacaklarını süresi içinde yazdırmayan alacaklılara karşı mirasçı, kendi kişisel mallarıyla sorumlu olmadığı gibi; terekeden kendisine geçen mallarla da sorumlu tutulamayacağı düzenlenmiştir. Burada mirasbırakanın alacaklıları veya tereke alacaklıları ayırımına gidilmemiş olsa da TMK m.628/3'te mirasbırakanın deftere yazılmış olan borçları ifadesi kullanıldığı görülmektedir. TMK m. 628/3'ün karşılığı ZGB Art. 589 Abs. 3'te mirasçılarının deftere kaydedilen borçlardan sorumlu olduğu; TMK m.629/1'e karşılık gelen ZGB Art. 590 Abs.1'de ise mirasbırakanın alacaklıları anlamına gelen 'Gläubigern des Erblassers' ifadesinin kullanıldığı ve hükümde alacağını kaydettirmeyen mirasbırakanın alacaklılarına karşı mirasçılarının sorumluluğunun olmadığı düzenlenmiştir.

İlgili Kanun maddelerinin lafızlarına bakıldığında, mirasçılarının yalnızca resmi deftere yazılmayan mirasbırakanın alacaklarından sorumlu olmadığı söylenebilecektir. Bu durumda deftere yazılmayan intikal borçlarından mirasçılarının sorumluluğunun sınırlandırılmayacağı ve deftere yazılın veya yazılmasın ilgili borçlardan kişisel sorumluluğunun devam edeceği sonucu çıkmaktadır.

Ancak TMK ve ZGB kapsamında 'mirasbırakanın borcu' ifadesiyle esasında tereke borcunun kastedildiği ve bu kavramların birbirinin yerine kullanılması nedeniyle birliğin oluşmadığı hükümlerin varlığı dikkate alındığında söz konusu lafzi yorum yerinde olabilecek midir? Bu durumda Kanun koyucunun TMK m.628/3'teki 'mirasbırakanın borçlarının kaydedilmesi' ifadesiyle tereke borçları kapsamında intikal borçlarını da kastediyor olması, ihtimal dâhilindedir.

2. Soruna İsviçre Federal Mahkemesinin Yaklaşımı

İsviçre Federal Mahkemesi kararına konu olan olayda, mirasbırakan 2011 yılında ölmüş; iki kızı yasal mirasçı olmuştur. Terekenin resmi defteri tutulmuş ve mirasçılardan biri mirası kayıtsız şartsız kabul ederken diğeri mirası resmi deftere göre kabul etmiştir³⁵. Mirası kayıtsız şartsız kabul eden mirasçı, 2012 yılında TMK m.640/3 gereği miras ortaklığı temsilcisi atanması talebinde bulunmuş ve 2013 yılında atanmıştır. Buna ilişkin 800 CHF tutarındaki giderler de terekeden tahsil edilmiştir. Bunun

35 Bundesgericht, 5A_241/2014, 28.05.2014.

üzerine mirası resmi deftere göre kabul eden mirasçı, terekeden tahsile itiraz ederek, giderlerin miras ortaklığı temsilcisi talebinde bulunan mirasçıya yükletilmesi gerektiğini ileri sürmüştür.

Bu noktada Federal Mahkeme, miras ortaklığı temsilcisi atanmasından doğan giderlerin hukuki niteliğini değerlendirmiştir. Öncelikle mahkeme, miras ortaklığı temsilcisinin talepte bulunan mirasçının şahsi menfaatleri için değil miras ortaklığı menfaati için çalıştığını belirtmiştir. Her ne kadar tek bir mirasçının talebiyle atansa da ilgili giderler, miras ortaklığına ait giderler olarak kabul edilmelidir. Yani tereke borcu niteliği taşıdığından terekeden tahsil edilmelidir. Bununla birlikte Federal Mahkeme, miras ortaklığı temsilcisi atanmasından kaynaklanan ve ölüm gerçekleşikten sonra ortaya çıkan söz konusu giderlerin, intikal borcu niteliğinde olduğunu ve mirasçıların bu borçtan ZGB Art. 603 (TMK m.641) ve Art.639 (m.681) gereği müteselsilen sorumlu olduklarını ifade etmiştir.

Federal Mahkeme, miras ortaklığı temsilcisi atanması giderlerini, intikal borcu kapsamında tereke borcu olarak kabul etse de ZGB Art. 590 Abs.1'de (TMK m.629/1) 'mirasbırakanın alacaklılarının alacakları' ifadesine yer verildiğinden hükmün uygulamasının dışında kaldığına hükmetmiştir. Yani intikal borçlarından sorumluluk açısından mirasçının, mirası resmi deftere göre kabul edip etmemesinin bir önemi bulunmamaktadır. Mirası resmi deftere göre kabul eden mirasçının ZGB Art.590 Abs.1 gereği resmi deftere kaydedilen borçlarla sınırlı sorumluluğu yalnızca mirasbırakanın borçları için olmalıdır. Ayrıca Mahkeme, intikal borçlarının resmi defter tutulmasından sonra ortaya çıkabileceğini, dolayısıyla deftere kaydının yapılamayacağını ifade etmiştir. Nitekim olayda da bu şekilde olmuştur. Bu doğrultuda mirasçı, mirası resmi deftere göre kabul ettiğini iddia ederek intikal borcunu ödemekten kurtulamayacaktır.

3. Değerlendirmeler

Genel olarak İsviçre öğretisinde, İsviçre Federal Mahkemesinin ilgili kararına atıf yapılarak, resmi deftere göre kabulün intikal borçlarından sorumluluğa etkili olmadığı kabul edilmiştir³⁶.

Bununla birlikte öğretilerde *bir görüş*, ZGB Art.590'un lafzına bağlı kalarak yalnızca mirasbırakanın borçlarından sorumluluğun sınırlandırılmasını ve intikal borçlarının mirasbırakanın borcu olmaması nedeniyle kapsama alınmamasını şekilci balsa da nihayetinde Federal Mahkemenin kararını yerinde bulmuştur³⁷. Terekenin resmi defterinin tutulması ve özellikle alacaklıların çağrılması usulü ile mirasçıların içinde bulunduğu belirsizliğin ortadan kalkması ve terekedeki aktif ve pasifler hakkında mirasçıların bilgi sahibi olması amaçlanmaktadır. Görüşe göre, TMK m.629 gereği deftere yazılmayan borçlardan sorumlu olunmayacağı ya da en azından zenginleşmesi ölçüsünde sorumlu olacağını yönündeki engelleyici etki, mirasçıların mirası kabul veya resmi deftere

36 Daniel Leu and Lukas Brugger, *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II* (7. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2023) ZGB Art 589 N 4; Daniel Abt, *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Erbrecht Art 457-640 ZGB* (3. Auflage, Schulthess 2016) ZGB Art 589 N 3.

37 Michael Nonn, 'Wer haftet für die Kosten der Bestellung einer Erbenvertretung- und wirkt sich die Annahme unter öffentlichem Inventar auf diese Haftung aus?' *Zeitschrift für Erbrecht, Successio* (Schulthess Juristische Medien 2016) 44, 46.

göre kabul etmesini kolaylaştırmayı amaçlamaktadır. Bu sayede mirasçı, tereke hakkında bilgili olacak ve böylece şüphe halinde mirası reddetmesinin önüne geçilebilecektir. Dolayısıyla TMK m.628 gereği resmi defter tutulması ile amaçlanan, terekeyle bağlantılı bütün borçlar özellikle de mirasçuların mirasın intikalinden sonra girdiği borçlar veya en azından doğmasına sebep olduğu borçlar için genel bir koruma sağlamak değildir. Ayrıca miras ortaklığı temsilcisinin atanmasından doğan borçlarda olduğu gibi intikal borçlarının bir kısmı resmi defterin tamamlanmasından sonra ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple intikal borçlarının, resmi deftere yazılması veya yazılmaması, ilgili borçlardan sorumlulukta bir rol oynamamalıdır³⁸.

Federal Mahkeme ilk olarak, ZGB Art. 590 Abs.1'de (TMK m.629/1) 'mirasbırakanın alacaklılarının alacakları' ifadesine yer verildiğinden intikal borçlarının kapsamda olmadığını ifade etmiştir. Ancak ZGB Art. 590 Abs.1 ve TMK m.628'de mirasbırakanın alacaklıları ve mirasbırakanın borçları kavramına yer verilmiş olması, mutlak surette sorumluluğun yalnızca mirasbırakanın alacaklılarına karşı sınırlandırılacağı anlamına gelmemelidir. Zira Kanunda mirasbırakanın borcu/tereke borcu/mirasbırakanın alacaklısı gibi kavramların kullanımında birlik bulunmamaktadır³⁹.

İntikal borçlarının bir kısmının intikalden sonra ve resmi defter tutulduktan sonra çıkması muhtemeldir. Federal mahkeme bu sebebe dayanarak intikal borçlarının TMK m.628 anlamında değerlendirilmeyeceğini ifade etmiştir.

Ancak mirasçı, mirası resmi deftere göre kabul ederken, yalnızca defterde yazılan borçlardan sorumlu olacağını; deftere yazılmayan borçlardan da terekeden zenginleşeceği ölçüde sorumlu olacağını bilmektedir. Yani mirasçı, mirası resmi deftere göre kabul etmesiyle borçlardan sorumluluğu hususunda kişisel malvarlığını zarara uğratmayacak bir risk aldığı düşüncesindedir⁴⁰. Böylece mirasçı,

38 Nonn (n 36) 44, 47.

39 TMK madde 599/2'de mirasçuların, mirasbırakanın borçlarından kişisel olarak sorumlu olduğu düzenlenmiştir. Nitekim TMK madde 105/3'de, ölüme bağlı tasarrufla kurulan vakfın mirasbırakanın borçlarından sorumluluğunun özgülünen mal ve haklarla sınırlı olduğu öngörülmüştür. Terekenin resmi yöneticisinin sorumluluğunu düzenleyen TMK madde 593/1'de tereke yöneticisinin görevleri arasında mirasbırakanın alacaklarının tahsili ve borçlarının ödenmesi sayılmıştır. Bunun yanında vasiyeti yerine getirme görevlisinin görevlerinin sayıldığı TMK madde 552'de vasiyeti yerine getirme görevlisinin tereke borçlarını ödeyeceği düzenlenmiştir. Baygın (n 26) 26.

40 Hukuk Genel Kurulu, E 2014/1036 K 2016/551, 27.02.2016, 'Bazen tereke, açık ve kesin bir durum ifade etmez. Bu hallerde mirasçı, ret hakkını kullanıp kullanmamakta tereddüde düşer. İşte bu haklı şüphe karşısında kabul veya ret konusunda güvenli bir karara varmasını sağlamak için, terekenin defterinin tutulması öngörülmüştür. Bu yolla mirasçı, bilinçli olarak ret hakkını kullanıp tereke borçlarından şahsi malvarlığı ile sorumlu olmaktan kurtulacağı gibi, deftere göre kabul etmekle de, borçlar ödendikten sonra, geriye kalanı almak hakkını kazanır. .', Erhan Günay, *Miras Hukukunda Mirasçuların Sorumluluğu ve Alacaklıların Korunması* (Seçkin 2019) 221 vd.

Öğretide de resmi deftere yazılan borçlardan mirasçuların sorumluluk açısından korunmasına gerek olmadığı ifade edilirken mirasçuların defteri inceleme hakkına sahip olduğu hususuna atıf yapılmıştır. Yani mirasçının, mirası tutulan deftere göre kabul etmesi, deftere yazılan tereke borçlarından dolayı sorumluluğu göze alması anlamına gelmektedir. Çabri (n 3) 763.

Mirasçuların sorumluluğunun çerçevesi belirlenirken mirasçuların defteri inceleme hakkına ve dolayısıyla mirasçuların borçlar konusundaki bilgi sahibi olmasına vurgu yapılıyorsa kanaatimizce deftere yazılmayan intikal borçlarından sınırlama olmaksızın kişisel sorumluluğun olduğunu savunmak, mirasçuları varlığını bilemeyeceği borçlar açısından güvensiz bir konuma getirmektedir. Nitekim ilgili Hukuk Genel Kurulu kararında da mirasçının tereke aktif ve pasiflerinin miktarı hususunda yaşayacağı tereddüde vurgu yapılmış ve resmi defterin düzenlenmesi ile mirasçının mirası kabul veya ret konusunda güvenli bir karara varmasının amaçlandığı ifade edilmiştir.

mirası kayıtsız şartsız kabul ettiğinde ortaya çıkacak belirsizlikten kurtulmayı amaçlamaktadır. Dolayısıyla intikal borçlarının tamamından sınırsız kişisel sorumluluğun devam etmesi, mirasçı açısından aleyhedir. Bu sebeple miras resmi deftere göre kabul eden mirasçı, resmi defter tutulmadan önce doğan intikal borçlarından TMK m.628 gereği deftere yazılması durumunda sorumlu olmalıdır. Yani ilgili borçlardan TMK m.629/1 gereği mirasçının sorumluluğu bulunmamalıdır. Ancak burada da TMK m.629/2 intikal borcu, kusur olmaksızın deftere yazılmamış veya bildirildiği halde deftere yazılmamışsa mirasçının sorumluluğu, zenginleşmesi ölçüsünde olmalıdır.

Resmi defter tutulmasından sonra doğan intikal borçlarından ise mirasçı, yalnızca deftere yazılan borçlardan sorumlu olacağını iddia ederek ödemedi kaçınmamalıdır. Zira resmi defterin tutulduğu anda henüz doğmayan bir borç söz konusu olduğundan, intikal alacaklısına alacağın deftere kaydedilmemesi nedeniyle kusur isnat edilemeyecektir. Şu halde defterin tutulmasından sonra doğan bir borç bakımından mirasçının sorumluluğunun TMK m.629/2'ye göre tayin edilmesi en dengeli çözüm olacaktır. Yani hükmü 'geniş yorumlamak' suretiyle anlam verilmeli ve buna göre terekeyi resmi deftere göre kabul etmiş olan mirasçı sorumlu tutulmalıdır. Dolayısıyla resmi defterin tutulmasından sonra doğan intikal borcundan sorumluluk, TMK m.629/2 gereği zenginleşme ölçüsünde olmalıdır. Böylece hem mirasçı ilgili borçtan sorumlu tutulmuş hem de sorumluluğu zenginleşme ölçüsünde sınırlandırılmış olacağından denge sağlanmış olacaktır.

Örneğin terekenin tamamı pasiflerden veya ağırlıklı kısmı pasiflerden oluşması durumunda mirası deftere göre kabul eden mirasçının bir zenginleşmesi olmayacağından ondan talepte bulunulamayacaktır. Böylelikle miras resmi deftere göre kabul eden mirasçının Kanunun da onayladığı amacı, yani sorumluluğu sınırlandırmak hatta tamamen kaldırma durumu gerçekleşmiş olmaktadır. Zenginleşme ölçüsünde mirasçıyı sorumlu tutmak, elde ettiği zenginleşmenin bir karşılığı olarak 'nimet-külfet dengesi' anlamında fedakârlık sayılabilecektir. Bu şekilde diğer mirasçılar ile arasındaki denge de korunmuş olacaktır. Zira deftere göre elde ettiği zenginleşmeye konu tereke unsuru/değeri, söz konusu borcun doğmasına kaynaklık eden bir malvarlığı değeri konumunda sayılabilir. Örneğin malvarlığına dâhil olan taşınmazın türettiği bir borcu, malik olan şahsın katlanması olağan ve yasal olan bir durumdur, aksi durum için Kanunda açık bir hüküm sevk edilmesi gerekmektedir.

Unutmamak gerekir ki, sistemimizde üçüncü şahıs aleyhine akit yasağı geçerlidir, bir kimse (Kanundaki ayrıksı durumlar hariç) tek taraflı işlemi ile (konu bakımından resmi defter tutulmasını talep ve bunu kabul) bir başkasını (olması gerekenden fazla) borç altına sokması mümkün değildir. Öte yandan malik hasara katlanır kuralı da yürürlüktedir. Mülkiyetin veya sahipliğin verdiği yetkilerden yararlanmak nasıl ki Kanun gereği ise, aksi olarak borçlarından da sorumluluk Kanun gereğidir.

SONUÇ

Terekenin resmi defterinin tutulması ile mirasçılarının terekenin aktif ve pasif varlığı hakkında bilgi sahibi olması sağlanmaktadır. Mirasçı, tutulan resmi deftere göre mirası kabul ederse borçlardan

sorumluluğu ya tamamen ortadan kalkmaktadır ya da terekeden zenginleşmesi ölçüsünde sınırlanmaktadır. Yani mirasçuların alacaklılara karşı kişisel malvarlığı korunmaktadır. Bu sebeple söz konusu sınırlandırmaya hangi borçların dâhil olacağı hususu, mirasçuların sorumluluğunun sınırları açısından önemli hale gelmektedir.

İsviçre Federal Mahkemesi ilk olarak Kanunda ilgili hükmün lafzını esas alarak yalnızca mirasbırakanın alacaklılarının kapsamında olduğunu ifade etmiş ve resmi defterin sorumluluğu sınırlandırıcı etkisinin tereke borcu olan intikal borçları için geçerli olmadığına karar vermiştir. Aynı zamanda Mahkeme, intikal borçlarının resmi defterin tutulmasından sonra ortaya çıkmasının muhtemel olması nedeniyle resmi deftere kaydedilemeyeceğini ifade etmektedir. Dolayısıyla mirasçular, zamansal olarak resmi deftere yazılması mümkün olmayan bir borçtan, ilgili borcun deftere yazılmadığını iddia ederek sorumluluktan kurtulamayacaktır.

İlgili karar sonrasında İsviçre öğretilerinde, resmi defter tutma yolu ile mirasçuların *mümkün olduğunca* terekedeki pasifler hakkında bilgi edinmesinin amaçlandığı belirtilse de terekeyle bağlantılı bütün borçlar için mirasçulara bir koruma sağlanmadığı da ifade edilmiştir. Aynı zamanda resmi defterin tutulmasından sonra doğan intikal borçları için resmi deftere kaydedilmiş veya kaydedilmemiş ayrımı yapılamayacağından mirası kayıtsız şartsız veya deftere göre kabul eden mirasçı, bu borçların tamamından kişisel malvarlığıyla sorumlu olmalıdır.

Ancak kanaatimizce mirası resmi deftere göre kabul eden mirasçının, resmi defter tutulmasından sonra doğan intikal borçlarından sınırlama olmaksızın kişisel sorumluluğunun olduğunu kabul etmek, mirasçının Kanunun resmi defter tutma ile amaçladığı korumadan mahrum kalması anlamına gelmektedir. Bu sebeple sorumluluğunun yalnızca resmi deftere kaydedilen borçlardan olacağına (veya kusur olmaksızın kaydedilmediyse terekeden zenginleşmesi ölçüsünde olacağına) güvenerek mirası kabul eden mirasçının kişisel malvarlığına müdahale edilmemelidir. Bu sebeple defter tutulmadan önce doğan intikal borçlarından sorumluluk, mirasbırakanın borçlarından sorumlulukla aynı kapsamda değerlendirilmeli ve TMK m.628 ve m.629 hükümlerine tabi olmalıdır. Resmi defterin tutulmasından sonra doğan intikal borçları için ise TMK m.629 hükmü geniş yorumlanmalı ve ilgili borcun kusur olmaksızın deftere kaydedilmediği kabul edilerek sorumluluk terekeden zenginleşme ölçüsünde olmalıdır. Böylece resmi defterin tutulmasından sonra doğan intikal borçlarından örneğin terekeden türeyen borçlar veya tereke için yapılan masraflardan mirasçının sorumluluğu devam etmiş olacak ancak resmi defterin koruması nedeniyle terekeden zenginleşme ölçüsünde sınırlandırılacaktır. Sonuç itibarıyla terekenin resmi defterine göre kabul eden mirasçular açısından da dengeli bir sonuca varılabilecektir.

KAYNAKÇA

Abt D, *CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Erbrecht Art 457-640 ZGB* (3. Auflage, Schulthess 2016).

Akkanat H, *Ölümün Özel Hukuk Borç İlişkilerine Etkisi* (Filiz 2004).

Antalya OG ve Sağlam İ, *Marmara Hukuk Yorumu Miras Hukuku C III* (5. Baskı, Seçkin 2021).

Antalya OG ve Topuz M, *Marmara Hukuk Yorumu Medeni Hukuk C I* (4. Baskı, Seçkin 2021).

- Arık KF, 'Resmi Defter Tutma Müessesesi' (1957) 9 (2) Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi 245-288.
- Ayalp RT, *Mirasçıların Tereke Borçlarından Sorumluluğu* (Seçkin 2023).
- Ayanoğlu-Moralı A, 'Mirasın Açılmasından Önce Mirasçıların Tereke Borçlarından Sorumluluğunda Geçerli Temel İlkeler ve Bu Sorumluluğun Sınırlandığı Haller' (2016) 11 (145-146) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 555-586.
- Ayiter N, *Miras Hukuku* (S Yayınları 1980).
- Baygın C, *Türk Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması* (Seçkin 2005).
- Birinci-Uzun T, *Mirasın Resmi Tasfiyesi* (Seçkin 2018).
- Çabri S, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 575-639) Cilt II* (On İki Levha 2020).
- Dalkılıç NG, *Miras Paylaşılmasından Sonra Mirasçıların Müteselsil Sorumluluğu* (Turhan 2017).
- Druey JN, *Grundriss des Erbrechts* (5. Auflage, Stämpfli Verlag AG 2002).
- Dural M ve Öz T, *Türk Özel Hukuku C IV Miras Hukuku* (18.Baskı, Filiz 2022).
- Gençcan ÖU, *Tereke Hukuku* (Yetkin 2022).
- Gübeli CA, *Glaubigerschultz im Ebrecht* (Schulthess Verlag 1999).
- Günay E, *Miras Hukukunda Mirasçıların Sorumluluğu Ve Alacaklıların Korunması* (Seçkin 2019).
- Hrubesch-Millauer S, *Erbrecht Art 457-640 ZGB, CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (3. Auflage, Schulthess Verlag 2016).
- İmre Z ve Erman H, *Miras Hukuku* (14. Baskı, Der 2018).
- İnan AN, Ertaş Ş ve Albaş H, *Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku* (11. Baskı, Seçkin 2022).
- Joachim N, 'Das Recht der Erbenhaftung' (2019) Notar (1) 3-12.
- Joachim N, *Erbenhaftung* (4.Auflage, Erich Schmidt 2018).
- Kılıçoğlu A, *Türk Borçlar Hukukunda Kanuni Halefiyet* (Sevinç Matbaası 1979).
- Kocayusufpaşaoğlu N, *Miras Hukuku* (3. Baskı, Filiz 1987).
- Köprülü B, *Miras Hukuku Dersleri* (Fakülteler Matbaası 1985).
- Küpper W, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (8. Auflage, C.H.Beck 2020).
- Leipold D, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (8. Auflage, C.H.Beck 2020).
- Leu D and Brugger L, *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II* (7. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2023).
- Lohmann I, *Beck'scher Online-Kommentar, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (60. Ed, C.H.Beck 2021).
- Minnig Y, *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II* (7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag 2023).
- Nonn M, 'Wer haftet für die Kosten der Bestellung einer Erbenvertretung–und wirkt sich die Annahme unter öffentlichem Inventar auf diese Haftung aus?' Zeitschrift für Erbrecht, Successio (Schulthess Juristische Medien 2016) 44-47.
- Oğuzman K ve Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C 2* (14. Baskı, Vedat 2018).
- Oğuzman K, *Miras Hukuku* (6. Baskı, Filiz 1995).
- Özcan C, 'Terekenin Resmi Defterinin Tutulması Talebinden Sonra Miras Ortaklığına Temsilci Atanmasının İstenmesi' (2023) 200 Terazi Hukuk Dergisi 84-90.
- Özdemir H, 'Mirasçıların Murisin Borçlarından Dolayı Sorumluluğu' (2012) 16 (1–2) EÜHFD 191-223.
- Schaufelberger PC, and Keller Lüscher K, *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II* (6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag 2019).
- Schuhmann H, *Die Erbenhaftung* (Schenken und Vererben Bd 13 VSRW 2006).
- Serozan R ve Engin Bİ, *Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları* (8. Baskı, Seçkin 2022).

Tekelioğlu N, *Miras Paylaşma Sözleşmesi* (Seçkin 2021).

Tuor P, Schnyder B, Schmid J and Jungo A, *ZGB Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, (14. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG 2015).

Wang Q, *Optimiert oder nur halbherzig geändert?–Die Erbenhaftung für Nachlassverbindlichkeiten in Chinas neuem Erbrecht im rechtswissenschaftlichen und -terminologischen Vergleich zum deutschen Erbrecht*, *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft*, (Deutscher Fachverlag GmbH 2022).

Weibel T, *Das Ende der Solidarhaftung der Erben*, (Helbing Lichtenhahn Verlag 2002).

Weibel T, *Praxiskommentar Ebrecht* (4. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag 2019).

Weimar P, *Die Gesetzlichen Erben; Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen, Art 457-516 ZGB, BK - Berner Kommentar* (Stämpfli Verlag AG, 2009).

Wolf S, *BK - Berner Kommentar Die Teilung der Erbschaft, Art 602-619 ZGB* (Stämpfli Verlag AG, 2014).

Yakuppur S, *Resmi Defter Tutma ve Mirasın Tutulan Deftere Göre Kabulü* (Seçkin 2022).

Limited Şirket Müdürünün İstifası ve Ticaret Siciline Tescil

Resignation of Limited Company Manager and Registration to the Trade Registry

Özlem KARAMAN COŞGUN* 

ÖZ

Limited şirket müdürlerinin görevlerinin sona ermesinin ticaret siciline tescil ve ilan edilmesi gerekir. İstifa da bu sona erme sebeplerinden birisidir. Ticaret siciline tescil ve ilanda sadece şirketin değil, istifa eden müdürün de menfaati vardır. Birden çok müdürden birisinin istifası, müdürler kurulu başkanı tarafından ticaret siciline tescil ettirilir. Müdürler kurulu başkanının ihmali halinde, tescile davet usulüyle tescil gerçekleştirilir. Müdürler kurulu başkanının ya da tek müdürün veya tek ortağın müdürlük görevinden istifa etmesi ihtimalinde ticaret siciline tescili kim talep eder? Bu ihtimallerde şirketin organsız kalmaması ve gerekli tedbirlerin alınması maksadıyla istifa ticaret sicili'ne tescil edilmemektedir. Ancak bu durum istifa eden müdür açısından önemli sorunlara yol açmaktadır. Makalede bu sorunlar ele alınacak, çözüm yolları tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Limited Şirket, Müdür, İstifa, Ticaret Sicili, Tescil.

ABSTRACT

The termination of the duties of limited company managers must be registered and announced in the trade registry. Resignation is one of the reasons for this termination. Not only the company but also the resigned manager has an interest in the registration at the trade registry and announcement in the trade registry gazette. The resignation of one of several managers shall be registered in the trade registry by the chairman of the board of managers. In case of negligence of the chairman of the board of managers, registration is carried out by invitation to registration. Who requests registration in the trade registry in case the chairman of the board of managers or the sole manager or sole partner resigns from his position as manager? In these cases, the resignation is not registered in the Trade Registry in order to prevent the company from being left without organs and to take the necessary precautions. However, this is causing serious problems for the resigned manager. In this article, these problems will be handled, and solutions will be discussed.

Keywords: Limited Liability Company, Manager, Resignation, Trade Registry, Registration

* Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0002-7277-7631.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Özlem KARAMAN COŞGUN

E-posta/E-mail: ozlemkaraman@marmara.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 26.09.2023

Kabul Tarihi/Accepted: 18.10.2023

1. GENEL OLARAK

Limited şirketler sermaye şirketleri arasında sayılmakla birlikte (TTK m. 124/2), şahıs şirketlerine ait bazı özellikleri de bünyelerinde barındırmaktadırlar¹. Az sayıda ortakla ve genellikle aile şirketi şeklinde kururlar. Limited şirketin bu özelliği, şirketi yöneten ve temsil eden müdürlerin seçimi ve azlinde de etkisini gösterir.

Limited şirketi yönetecek ve temsil edecek kişiler, kuruluşta şirket sözleşmesine müdür sıfatını taşıyacak bir veya birden fazla ortağın veya üçüncü kişilerin isimlerinin yazılması suretiyle, kuruluşun sonra ise genel kurul tarafından yapılacak seçimle belirlenir. Bu kişilerden en azından birinin şirket ortağı olması şarttır. Anonim şirketlerin aksine ortaklardan en az birinin yönetim hakkının ve temsil yetkisinin bulunması zorunluluğu ve müdürlerin görev yapacakları bir azami süre sınırının TTK (“Kanun”) ile belirlenmemesi limited şirketleri şahıs şirketlerine yaklaştıran özelliklerden bir kısmıdır.

Limited şirket müdürlerinin adları, soyadları, unvanları şirket esas sözleşmesinin zorunlu içeriği arasında yer alır (TTK m. 576/1-d). Yönetimin üçüncü bir kişiye bırakılmasına ilişkin yetki hükümleri de ancak şirket sözleşmesinde yer alması şartıyla mümkündür (TTK m. 577/1-i). Şirket sözleşmesinin değiştirilmesi, müdürlerin atanmaları ve görevden alınmaları ise anonim şirketlerde olduğu gibi genel kurulun devredilemez yetkileri arasındadır (TTK m. 616/1-1, b).

Limited şirket müdürlerinin seçilmelerinde olduğu gibi görevden alınmalarında ve yetkilerinin kısıtlanmasında da genel kurul yetkilidir (TTK m. 630). Ancak haklı sebeplerin varlığında, herhangi bir ortak da yönetim hakkının ve temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlandırılmasını mahkmeden talep edebilir (TTK m. 630/2). Hüküm haklı sebeplerin neler olabileceğine ilişkin örnek kabilinden sayım da yapmıştır; yöneticinin özen ve bağlılık yükümü ile diğer kanunlardan ve şirket sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüklerini ağır bir şekilde ihlal etmesi ya da şirketin iyi yönetimi için gerekli yeteneği kaybetmesi haklı sebep olarak kabul edilir.

Her ne kadar TTK’da açıkça düzenlenmemiş olsa da, limited şirket müdürünün görevinin sona erme nedenlerinden birisi de istifadır. Şirket ortağı veya üçüncü kişi olması fark etmeksizin, müdürlük görevi kişinin kabulüne bağlı bir görevdir. Seçilen kişi bu görevi kabule mecbur olmadığı gibi, başlamış olduğu görevi devam ettirmek mecburiyetinde de değildir. Müdür ile şirket arasındaki hukuki ilişkinin niteliği doktrinde tartışmalı olmakla birlikte, TTK’da ve şirket sözleşmesinde özel hüküm olmayan hallerde somut olayın şartlarına göre vekalet akdi veya hizmet sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmektedir². Her ikisi bakımından da sözleşmenin tek taraflı olarak, istifa ile sona erdirilmesi mümkündür (BK m. 512, 430 vd.)

1 Oruç Hami Şener, *Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku* (Seçkin 2017) 9 vd.

2 Şener (n 1) 652; Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I* (Vedat 2021) 389; Ünal Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Tek Kişi Ortaklığı, Anonim ve Limited Ortaklıklar, Ortaklıklar Topluluğu, Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme* (Vedat 2020) 611, 612; Birgül Sopacı Öztuna, *Limited Şirketlerde Müdür* (Seçkin 2022) 29 vd.; İsmail Kırca, Feyzan Hayal Şehirli Çelik ve Çağlar Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, Temel Kavramlar ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2013) 464; Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi, C. IV* (Adalet 2022) 3269; Işık Özer, ‘B.Yönetim ve Temsil’ iç Kemal Şenocak (ed), *Şirketler Hukuku Şerhi*,

II. MÜDÜRÜN İSTİFASININ TİCARET SİCİLİNE TESCİL VE İLANI

Limited şirket müdürlerinin seçilmeleri gibi, görevlerinin sona ermesinin de ticaret siciline tescil ve ilan edilmesi gerekir. Seçilen müdürlerin kimlikleri, temsil yetkisinin kullanım şekli ticaret sicilinin olumlu fonksiyonundan yararlanacak şirket sözleşmesi içeriği arasında sayılmıştır (TTK m. 587/1-h,1). Ticaret sicilinin olumlu fonksiyonu gereği ticaret sicili kayıtları nerede bulunurlarsa bulunsunlar üçüncü kişiler hakkında tescilin Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilan edildiği günü izleyen iş gününden itibaren hukuki sonuçlarını doğurur (TTK m. 36/1). Tescili gerekli olup da tescil ve ilan edilen bir hususu üçüncü kişiler bilmediklerini ileri süremezler. Tescil edilmiş bir hususta meydana gelen değişikliğin de tescil olunması zorunludur.³ Tescilin dayandığı olgu veya işlemler tamamen veya kısmen sona erer ya da ortadan kalkarsa, sicildeki kaydın da kısmen veya tamamen silinmesi gerekir (TTK m. 31). Bu çerçevede, limited şirket müdürünün seçimi hususunda olduğu gibi, görevden alınması ya da istifası ihtimalinde de durumun ticaret siciline tescil ve ilan edilmesi

Türk Ticaret Kanunu md. 564-644, C. 4 (Seçkin 2023) 4657 vd.; Mehmet Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku (Beta 2022) 201; Mustafa İsmail Kaya, 'Limited Şirkette Müdürler Kurulunun Oluşumu ve İşleyişi' (2014) 22(1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 61, 73 vd.; Ali İhsan Taş, 'Limited Şirkette Müdürler' (Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi 2019) 6 vd. "Öyleyse, ortak olan ile olmayan müdürler arasında yetki ve sorumluluk açısından hiçbir fark bulunmayıp, sıfatın geri alınması hâli hariç aynı hükümlere tabi tutulduklarına göre, ortak olmayan müdürler de limited şirketin organı ve işverenidir. Bu hâlde de, şirketle aralarındaki ilişkiyi iş sözleşmesi kapsamında değerlendirme ve müdürleri işçi sayma olanağı bulunmamaktadır." Yargıtay HGK, E 2016/9-926 K 2019/1087, 17.10.2019 (www.kazanci.com.tr ET 14.09.2023).

- 3 Ticaret siciline tescili talep edebilecek ilgililer kavramı ile ilgili olarak detaylı bkz. Özlem Karaman Coşgun, 'Ticaret Sicili Müdürlüğü Kararlarına İtiraz Edebilecek Kişiler' (2017) 16(2) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Merih Kemal Omağ'a Armağan) 125, 127 vd. Limited şirket müdürünün istifa etmekle ticaret siciline tescili talep edebilecek olan ilgililer sıfatını kaybettiği, bu sebeple istifanın tescilini talep ve dava etme yetkisinin de bulunmadığı hususunda bkz. Oruç Hami Şener, *Yeni TTK Döneminde Anonim ve Limited Ortaklıklara İlişkin Verilen Yargıtay Emsal Kararlarının Değerlendirilmesi* (Seçkin 2019) 210. Limited şirket ortağının ticaret siciline tescil bakımından ilgili sayılamayacağı hususunda bkz. Oruç Hami Şener, *Yeni TTK Döneminde Anonim ve Limited Ortaklıklara İlişkin Verilen Yargıtay Emsal Kararlarının Değerlendirilmesi* (Seçkin 2020) 793, 794.

İstifa eden müdürün de ilgili sıfatıyla durumun tescil ve ilanını talep edebilecek kişilerden olduğu hususunda bkz. Abuzer Kendigelen ve İsmail Kırca, *Şirketler Hukuku C. III, Sermayesi Paylara Bölünmüş Paylı Komandit İle Limited Şirket* (On İki Levha 2022) 112; Çamoğlu, Poroy ve Tekinalp (n 2) 404; Reha Poroy ve Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II* (Vedat 2017) 502; Necla Akdağ Güney, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu* (Vedat 2016) 60; Sopacı Öztuna 185; Elif Akıncı, *Limited Şirketlerde Müdürün Azli* (Sayram 2019) 65.

İstifa eden anonim şirket yönetim kurulunun tescili talep edebilecek ilgililer arasında yer almadığı, ancak olması gereken hukuk bakımından aksi durumun daha doğru olacağı görüşü ve bu yönde TTK m. 363'e eklenebilecek fıkra önerisi için bkz. Özge Kuru, *Anonim Şirketlerde Temsil ve Temsil Yetkisinin Devri* (On İki Levha 2022) 80. "Dava, limited şirket müdürlüğü görevinin sona erdiğinin tespiti, tescili ve ilan istemine ilişkindir. Davacı, şirket müdürlüğü görevinden istifa ettiğini, buna dair olarak üç ortaklı şirketin müdür olan ortağına ve diğer ortağına tebligat yapıldığını, ancak şirketin buna dair karar almadığını, tek taraflı iradesi ile istifa edebileceğini ileri sürmüştür. 6102 Sayılı TTK'nın 643. maddesi delalaletiyle 535. maddesi gözetilğinde tasfiye haline giren şirket organı niteliği taşıyan müdürlerin hak ve vazifelerinin tasfiye hükümleri ile sınırlı biçimde devam edecek olması sebebiyle mahkemenin davacının hukuksal korunmaya değer güncel yararının bulunmadığına dair davanın reddine dair gerekçesi yerinde değildir. Ancak davacının istifası tek taraflı varması muktade nitelikte bir hukuki fiil olup, şirketle davacı arasındaki iç ilişki bakımından sonuç doğuracak olmasına rağmen dış ilişkide şirketin üçüncü kişilerle olan münasebetleri bakımından davacının işbu davayı açmakta hukuksal yararının varlığı kabul edilebilir olsa da davacının, TTK'nın 34. ve 22. maddeleriyle düzenlenen sınırlayıcı hükümler çerçevesinde müdürlük görevinden istifasının ticaret siciline tescil ve ilanını isteyebilecek ilgililer arasında kabulü mümkün görülmediğinden davanın aktif husumet ehliyeti yokluğu sebebiyle reddi gerekip yazılı şekilde reddine karar verilmesi hatalı ise de, sonucu itibarıyla doğru olan kararın değişik bu gerekçeyle onanmasına karar vermek gerekmiştir." Yargıtay 11. HD, E 2016/9959 K 2018/4654, 20.06.2018 (www.kazanci.com.tr ET 15.09.2023)

zorunludur. İstifanın ticaret siciline tescil ve ilanında sadece şirketin değil, istifa eden müdürün de menfaati⁴ söz konusudur⁵.

Limited şirketlerde şirket adına yapılacak tüm açıklama ve ilanlar, genel kurul tarafından aksi yönde karar alınmadıkça ve şirket sözleşmesinde de farklı yönde bir düzenleme bulunmadıkça, müdürler kurulu başkanı tarafından yapılır (TTK m. 624). Limited şirketin tek bir müdürünün bulunması durumunda müdürler kurulu başkanı seçilmesine gerek olmayıp, tüm açıklama ve ilanlar da dahil olmak üzere müdür sıfatıyla bütün işlemler tek müdür tarafından yerine getirilir. Birden çok müdürün görevlendirilmiş olması ihtimalinde ise, müdürlerden birisinin genel kurul tarafından müdürler kurulu başkanı olarak atanması şarttır (TTK m. 624/1). Müdürler kurulu başkanının limited şirket ortağı olma zorunluluğu bulunmamaktadır.

Limited şirketin birden çok müdürünün mevcudiyeti ve bunlardan birinin istifası ihtimalinde, müdürler kurulu başkanı durumu ticaret siciline tescil ve ilan ettirir⁶. Müdürler kurulu başkanının

4 İstifanın ve durumun ticaret siciline tescil ve ilanının yöneticinin sigorta prim borçlarından sorumluluğuna etkisi açısından bkz. Yargıtay HGK, E 2003/10-75 K 2003/82, 19.02.2003 ve Karşı Oy Yazısı; Yargıtay 10. HD, E 2021/3905 K 2021/12997, 27.10.2021 “Yapılacak iş; öncelikle davacıya ilan edilen tebligatın usulüne uygun olup olmadığını belirlemek usulüne uygun olmadığı takdirde ödeme emirlerinin iptaline karar vermek; usulüne uygun ise davacının iş akdinin feshinin şirketteki müdürlük görevini sona erdirmeyeceği dikkate alınarak, davacının müdürlük görevinin sona ermesine ilişkin istifa veya ticaret sicil gazetesi ilanının mevcut olup olmadığını araştırmak müdürlük döneminde davaya konu ödeme emirlerinde yer alan Kurum’un muhtelif borçlarından dolayı dava dışı borçlu şirket ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu karar vermektir.” Yargıtay 21. HD, E 2018/1248 K 2019/35, 14.01.2019 (Kararlar için bkz. www.kazanci.com.tr ET 14.09.2023).

5 Yargıtay 11. HD, E 2010/1095 K 2011/12434, 10.10.2011 (www.kazanci.com.tr ET 14.09.2023); “Davacı vekili, müvekkilinin davalı anonim şirketin ortağı ve yönetim kurulu üyesi olup, ... istifa ettiğini diğer yönetim kurulu üyelerine 22.8.2008 tarihli ihtarnameyle bildirdiğini ..., ancak davalının istifayı kötü niyetli olarak tescil ve ilan ettirmediğini, bu durumun şirkete ait vergi ve prim borçlarından müvekkilinin ilgili idareler nezdinde haksız olarak sorumlu tutulmaya devam edilmesi sonucunu doğurduğunu ileri sürerek, müvekkilinin yönetim kurulu üyeliğinin ve buna bağlı olarak şirketi temsil, ilzam ve imza yetkilerininin 23.8.2008 tarihi itibarıyla sona erdiğinin tespitini, bu hususun hükmen tescil ve ilanına karar verilmesini talep ve dava etmiştir. ...

Mahkemeye, toplanan delillere dayanılarak, davacının istifa iradesini davalıya bildirdiği, istifanın bu yoldaki irade açıklamasının ortaklığa ulaşmasıyla sonuç doğuran tek taraflı hukuki bir işlem olduğu, T.T.K.da ve ana sözleşmede istifanın yönetim kurulu veya genel kurulun kabulüyle tahakkuk edeceğine dair bir hüküm bulunmadığı, davacının tespit davasını açmakta hukuki yararının olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

Davacı, yukarıdaki özetten de anlaşılacağı üzere kamu kurum ve kuruluşlarının istifaya rağmen kendisini sorumlu tuttuklarını iddia etmiştir. Davacının şirkete ulaştırıldığı istifasının şirket tarafından ilgili yerlere bildirilmediği davalı taraf temsilcisi beyanından da anlaşılmalıdır, özellikle kamu kurum ve kuruluşlarında mali yükümlülüğünün sona erdirilmesi bakımından davacının ilan yapılmasını talep etmekte hukuki menfaatinin kabulüyle uyumsuzluğun esası hakkında bir karar vermek gerekirken, yazılı gerekçeyle davanın reddi doğru olmamış, kararın davacı yararına bozulması gerekmektedir.”

6 “Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına, istifanın muhatabının kabulüne bağlı olmaması sebebiyle mahkemenin bu yöndeki gerekçesi doğru değil ise de tek taraflı bozucu yenilik doğuran hak niteliğinde olan istifanın, iç ilişkide bu yöndeki beyanın şirkete ulaşmasıyla hukuki sonuç doğuracak olmasına ve bu sebeple şirket müdürlüğünden istifanın şirkete tebliğ edilmesi halinde sonuç doğurup ancak tebliğ ile birlikte müdürlük görevinin son bulacak olmasına, görev son bulmadan sicile tescil edilemeyecek olmasına, dış ilişkide ise istifanın ticaret siciline tescil ve ilan edilmesiyle sonuç doğurmasına (TTK 37. madde) şirketi temsile yetkili olan kişileri tescil edilmek üzere ticaret siciline bildirmekle yükümlü olan yönetimin (müdür veya müdürler) istifa sebebiyle temsil yetkisi kalkan müdürün istifasını da sicile bildirmekle yükümlü olmasına, somut olayda dava dışı şirketin münferiden şirketi temsile yetkili iki müdürünün bulunması sebebiyle davacının istifasının muhatabının da diğer müdür olmasına ve bu sebeple de 6102 Sayılı TTK’nın 28. madde ve Ticaret

bu görevini ihmal etmesi, ticaret siciline bildirimde bulunmaması ihtimalinde⁷ ise, istifa eden müdür ticaret sicili müdürünü tescile davet kurumunu işletmesi hususunda harekete geçirecektir⁸ (TTK m. 33). Buna göre, tescili zorunlu olup da kanuni şekilde ve süresi içinde tescili istenmemiş olan bir hususu haber alan ticaret sicili müdürü, ilgilileri, belirleyeceği uygun bir süre içinde tescil zorunluluğunu yerine getirmeye veya tescili gerektiren sebeplerin bulunmadığını ispat etmeye çağırır. İstifa eden limited şirket müdürü, istifanın ticaret siciline tescil ettirilmesini müdürler kurulu başkanından talep edecek, başkan tescili 15 gün içinde talep etmezse (TTK m. 30), bu durumda ticaret sicil müdürlüğüne müracaat ile istifasına ilişkin belgeleri sicil müdürünün bilgisine sunacak, müdürler kurulu başkanına gerekli çağırının yapılmasını talep edecektir. Sicil müdürü tarafından verilen süre içerisinde müdürler kurulu başkanı tescil talebinde bulunmaz ve kaçınma sebeplerini de bildirmezse, sicil müdürünün teklifi üzerine idari para cezası ile cezalandırılacaktır. Kaçınma sebeplerini bildirirse asliye ticaret mahkemesi dosya üzerinden inceleme yaparak tescili gerekli bir hususun bulunup bulunmadığına karar verecek, tescilin gerekli olduğuna karar verirse sicil müdürüne tescili emredecektir.

Birden çok müdürün varlığı halinde müdürlerden birisinin istifası durumunda müracaat edilebilecek hukuki yol bu şekildedir. Müdürler kurulu başkanının istifa etmesi ihtimalinde ticaret siciline tescil ve ilan nasıl gerçekleştirilir? Benzer sorun limited şirketin tek bir müdürünün varlığı veya tek bir ortağının bulunması ve bu ortağın müdürlük görevinden istifa etmesi ihtimalinde de karşımıza çıkar⁹. Bu tür durumlarda Ticaret Sicili Müdürlüğü şirketin organsız kalmaması ve gerekli tedbirlerin

Sicil Yönetmeliği'nin 22. maddesi gereğince de bu müdürün sicile başvurabilecek olmasına göre, davacı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir. Yargıtay 11. HD, E 2015/13645 K 2017/1451, 13.03.2017 (www.kazanci.com.tr ET 15.09.2023)

- 7 “2-) Ortaklar kurulu toplantısında alınan müdürlük görevinden istifaya yönelik kararın tescil ve ilanına dair talep yönünden ise; 16.4.2004 tarihli ortaklar kurulu kararı ile pay devrini müteakibennun şirket müdürlüğünden istifa ettiğinin tescil ve ilanına karar verilmesi kararlaştırılmıştır. Bu kararın tescil ve ilanı için başvuruda bulunulmadığı gerekçesi ile işbu dava açılmış olup, davacıardannun işbu davayı açmakta hukuki yararının bulunduğu açıktır.
Türk Medeni Kanunu'nun 2.maddesi, ‘Herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz’ hükmünü içermektedir. Bu hükümden hareketle, sırf bir takım yükümlülüklerden kaçınmak amacıyla yönelik olan, davalı şirketin sicile bildirimde bulunmama şeklindeki eylemi Kanun tarafından himaye edilmeyeceği kuşkusuz olup, uyuşmazlığın bu çerçevede değerlendirilmesi ve oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile davanın reddi doğru olmamış, müdürlük görevinden istifaya yönelik kararın tescil ve ilanına dair talebin reddine dair hükmün bozulmasına karar vermek gerekmiştir.” Yargıtay 11. HD, E 2015/10797 K 2016/5710, 25.05.2016 (www.kazanci.com.tr ET 15.09.2023)
- 8 “... davacının Ticaret Sicil Yönetmeliği'nin 22/1 madde ve 22/...-e fıkrasında gösterilen ilgililer kapsamında olmamasına, davacının istemi konusunda henüz verilmiş bir ret kararının da bulunmamasına, Ticaret Sicil Müdürlüğü'nün durumundan haberdar olması üzerine yönetmeliğin 36. maddesinin de gösterilen prosedürü başlatmış olmasına ve bu kapsamda önce ceza uygulayıp ardından02.2016 tarihli yazı ile re'sen tescil kararı için mahkemeye başvurmuş olmasına ve bu sebeple de davacının bu davayı açmakta hukuki yararı bulunmamasına göre, davacının tüm temyiz itirazları yerinde değildir.” Yargıtay 11. HD, E 2017/439 K 2018/5750, 19.09.2018. (www.kazanci.com.tr ET 15.09.2023)
- 9 “Mahkemece, iddia ve dosya arasındaki belgelere göre; davacının Ticaret Sicil Memurluğuna vermiş olduğu 16.9.1994 tarihli dilekçe ile şirket müdürlüğünden istifa ettiğini ve bunun tescil edilmesini istemiş olduğu, Ticaret Sicil Memurluğunun dilekçe üzerine verilen şerhte tescil için gereken belgelerin bulunmadığı bu nedenle tescil isteminin reddedildiği anlaşılmış; şirket ana sözleşmesinin 7. maddesinde şirketi müdürlerin idare edeceği ve aynı maddede göre davacının 5 yıl süre için şirkete müdür olarak tayin edildiği, davacının müdürlükten ayrılabilmesi için bu sürenin dolması gerektiği, bu süre dolmadığı gibi TTK. ve BK.nun müdürlük sıfatını sona erdiren hallerin ileri sürülmediği, bu konuda şirket ortaklarınca alınmış bir karar da, alınmamış bulunduğu, bu durumda davacının müdürlük sıfatının sona erdiğini tescilin yasal olmadığı gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir.
Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

alınması maksadıyla istifayı ticaret sicili'ne tescil etmemektedir¹⁰. Çalışmanın konusu bu sorunlar olup, aşağıda detaylı olarak ele alınacak, çözüm yolları tartışılacaktır.

III. İSTİFASI TİCARET SİCİLİNE TESCİL EDİLMEYEN MÜDÜRÜN MÜRACAAT EDEBİLECEĞİ YOLLAR

İstifa eden müdürün istifasının ticaret siciline tescilini temin bakımından en sık müracaat edilen yol, mahkemeye müracaat ederek müdürlük görevinin sona erdiğinin tespiti ve ticaret sicilinden adının silinmesinin talep edilmesidir. Zira istifa eden müdür tarafından doğrudan doğruya Ticaret Sicili Müdürlüğü'ne bu yönde yapılan talepler, şirketin organsız kalacağı endişesi ve istifa eden müdürün ticaret siciline tescili talebe yetkili kişi olmadığı gerekçeleri ile reddedilmektedir. Şöyle ki; Gümrük ve Ticaret Bakanlığı İç Ticaret Genel Müdürlüğü'nün 31.05.2018 T. ve 50035491-431.04-E-00034774782 sayılı Genelgesine¹¹ göre;

- Birden fazla müdürün varlığı halinde istifa ile karar nisabı etkilenmemişse, ilgilinin/ilgililerin bildirimi üzerine istifa ticaret siciline tescil edilecektir,
- Müdürlerin çoğunluğunun istifa etmesi durumunda, şirketin organsız kalmasını engellemek ve gerekli tedbirleri almak amacıyla, müdürlerin seçimi gündemi ile genel kurul çağrı merasimi tamamlanmadan istifa ticaret siciline tescil edilmeyecektir.
- Limited şirketlerde en az bir ortağın şirket müdürü olması zorunluluğu sebebiyle tek ortaklı limited şirketlerde aynı zamanda ortak olan müdürün istifası ticaret siciline tescil edilmeyecektir¹².

Davacı, dava dışı ... Ltd. Şti.nin müdürü olduğunu, bu şirketin kendisi ile birlikte iki ortağı bulunduğunu, diğer ortağın şirketle ilgilenmediği ve hatta kayıp olduğunu, bu nedenle şirket müdürlüğünden istifa ettiğini ve fakat davalı Ticaret Sicil Memurluğunca bu istifanın kabul edilmediğinin ileri sürmüştür bulunmaktadır. TTK.nun Limited şirkete ilişkin hükümlerinde şirket müdürünün istifa edemeyeceğine dair buyurucu bir kural yoktur. Şirket müdürü genel kurullar çerçevesinde uygun zaman içerisinde her zaman istifa edebilir. Bu itibarla davalı sicil memurluğunun bu istifa hakkında gereken işlemi yapması gerekirken reddi doğru görülmemiş ve hükmün bozulması gerekmektedir.” Yargıtay 11. HD, E 1996/6098 K 1996/6240, 30.09.1996 (www.kazanci.com.tr ET 14.09.2023)

- 10 Gümrük ve Ticaret Bakanlığı İç Ticaret Genel Müdürlüğü'nün 31.05.2018 T. ve 50035491-431.04-E-00034774782 sayılı genelgesine göre; “2. 6102 sayılı Kanunun 623 üncü maddesinin birinci fıkrasının son cümlesi uyarınca en az bir ortağın şirket müdürü olması gerektiğinden, tek ortaklı limited şirketlerde, şirket ortağı olan müdürün istifasının tescil edilemeyeceği,

...

4. Anonim ve limited şirketlerde idare organının birden fazla üyeden oluşması halinde, çoğunluğun istifası durumunda, şirketin organsız kalmasını engellemek ve gerekli tedbirleri almak adına, yönetim kurulu seçimi gündemi ile genel kurul çağrı işlemlerinin tamamlanması ve bu hususa ilişkin belgelerin Müdürlüğünüze ibrazı durumunda istifanın tescil edilebileceği,
5. Ortak sayısı birden fazla olan anonim ve limited şirketlerde idare organının tek üyeden oluşması halinde tek üyenin istifası durumunda, şirketin organsız kalmasını engellemek ve gerekli tedbirlerin alınması için yönetim kurulu veya müdür seçimi gündemi ile genel kurul çağrı işlemlerinin tamamlanması ve bu hususa ilişkin belgelerin Müdürlüğünüze ibrazı durumunda istifanın tescil edilebileceği,” (www.mersis.ticaret.gov.tr ET 14.09.2023)

11 www.mersis.ticaret.gov.tr ET 14.09.2023

12 Tek ortaklı limited şirkette başka müdür bulunmuyorsa, müdür sıfatına sahip ortağın kendi yerine müdür atamadan istifa etmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceği, bu sebeple istifanın geçerli olmayacağı hususunda bkz. Ali Haydar Yıldırım, ‘Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Limited Ortaklık Müdürünün Hukuki Durumu’ (Yüksek Lisans

Benzer şekilde tek pay sahibi bulunan anonim şirketlerde yönetim kurulu üyesi de tek ve aynı kişi ise, yeni yönetim kurulu üyesi seçilmeden istifa sicile tescil edilmeyecektir.

- Ortak sayısı birden çok olsa dahi, limited şirkette tek müdür, anonim şirkette tek bir yönetim kurulu üyesi varsa, bu kişinin istifası durumunda şirketin organsız kalmasını engellemek ve gerekli tedbirlerin alınmasını sağlamak amacıyla yönetim kurulu/müdür seçimi gündemi ile genel kurul çağrı merasimi tamamlanmadan müdürün istifası ticaret siciline tescil edilmeyecektir.
- Ticaret siciline istifa beyanının yazılı olarak şirkete bildirildiğine ilişkin belgelerin de ibraz edilmesi gerekmektedir.

Ticaret Sicili Müdürlüğü'nün bu yaklaşımı TTK'ya uygun değildir. Ticaret Sicili Müdürü'nün görevleri TTK m. 32 vd. düzenlenmiştir. Buna göre Sicil Müdürü, tescil için aranan kanuni şartların mevcut olup olmadığını incelemekle yükümlü olup, tescil edilecek olan hususların gerçeği tam olarak yansıtılmaları, üçüncü kişilerde yanlış izlenim uyandıracak nitelik taşıyamaları ve kamu düzenine aykırı olmamaları gerekir (TTK m. 32). Sicil müdürü tarafından kesin olarak tescilinde duraksanan bir hususun varlığında dahi ilgililerin istemi üzerine geçici tescil yapılacak, ilgililer üç ay içinde mahkemeye başvurduklarını veya aralarında anlaşmalarını ispat edemezlerse geçici tescil silinecek, mahkemeye müracaat halinde ise kesinleşmiş mahkeme kararına göre işlem yapılacaktır (TTK m. 32/4). Tescili zorunlu olup da kanuni şekilde ve süresi içinde tescili istenmemiş veya gerçeği tam olarak yansıtmayan, üçüncü kişilerde yanlış izlenim uyandıran, kamu düzenine aykırı hususları haber alan sicil müdürü ise ilgiliye tescile davet kurumu ile uygun süre içinde kanuni zorunlulukları yerine getirmeye veya tescili gerektiren sebep bulunmadığını ispat etmeye çağırarak yükümlüdür (TTK m. 33).

Bu düzenlemeler uyarınca Ticaret Sicil Müdürlüğü'nün görevi şirketlerin organsız kalmasını temin etmek değil, sicil kayıtlarının gerçeğe uygun olarak tutulmasını sağlamaktır. Ayrıca, müdürün istifasının Ticaret Siciline tescil edilmemesi, söz konusu şirketin yönetim ve temsil organının mevcudiyetini de sağlamaz. Yukarıda da açıklandığı üzere istifa tek taraflı bir irade beyanı olup, karşı tarafa varmakla hüküm ve sonuçlarını doğurur¹³. Karşı tarafın kabulüne bağlı değildir¹⁴. Dolayısıyla istifa eden bir limited şirket müdürünün müdürlük görevi, istifa beyanının şirkete ulaşması ile hüküm ve sonuçlarını doğurur. Şirketin ya da bir başka kurumun istifa beyanını kabul etmesine ihtiyaç bulunmadığı gibi, reddetme yetkisi de yoktur. İstifa eden müdürün bu beyanının şirkete ulaşmasından sonra müdürlük yetkilerini kullanması yetkisiz temsil olup, şirkete karşı sorumluluğuna da yol açar. Dolayısıyla müdürün istifası neticesinde şirketin organsız kalması söz

Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi 2007) 192.

13 Tek bir müdürün bulunması ve veya birden fazla müdür bulunmasına karşın hepsinin aynı anda istifa etmesi ihtimalinde, istifa beyanının ortaklığa atanacak yönetim kayıtlarına yöneltilmesi gerektiği hususunda bkz. Şener (n 1) 785, 786.

14 "İstifa, istifa edenin bu yoldaki irade açıklamasının ortaklığa ulaşması ile sonuç doğuran tek taraflı bir hukuki işlemidir. Mektupla "YK üyeliğinden istifa ediyorum" denildikten sonra "kabulünü rica ederim" sözlerinin eklenmiş olması, istifanın GK ca kabul ile sonuç doğurmasını gerektirmez. YK üyeliğinden istifa eden kişinin, mektupla "istifa GK ca görüşülüp karara bağlanıncaya kadar görevime devam ettiğimi tavzihen bildiririm demiş olması da, istifa ile YK üyeliğini açılmış bulunması şeklinde durumu değiştirmez" Yargıtay 11. HD, E 1976/3647 K 1976/4920, 15.11.1976 Gönen Eriş, Gerekeçli, Açıklamalı, İçtihatlı Ticari İşletme ve Şirketler C. 2 (Şekin 2013) 2504

konusu olacaksa, bu durum istifanın şirkete ulaşması ile gerçekleşir. İstifa ticaret siciline tescil ve ilan edilmese dahi şirket organsız kalmıştır. Durumun ticaret siciline tescil edilmemesi, sadece sicil kayıtlarının gerçeğe aykırı hale gelmesine yol açar ki, Ticaret Sicil Müdürlüğü'nün görevlerinden birisi de sicil kayıtlarının gerçeğe uygun olarak tutulmasını sağlamaktır.

Yargıtay 21. HD'nin bir kararında¹⁵ bu durum eTTK hükümleri çerçevesinde ve sigorta prim borçlarından sorumluluk özelinde ele alınmıştır. Yöneticinin istifasının ticaret siciline tescil ve ilan edilmemesinin sigorta prim borçlarından sorumluluğunun devam etmesi anlamına gelmeyeceği vurgulanmıştır. Kararda değinilen eTTK hükümleri TTK'da da aynı şekilde yer aldıklarından, kararda yapılan değerlendirmeler bugün de geçerlidir. Kararda ticaret siciline tescilin, kural olarak bildirici etkiye sahip olduğu vurgulanmıştır. Sicil kayıtlarının etkisinin 3. şahıslar açısından ilanı takip eden günden başlayacağına ilişkin hükmün müdürün üçüncü kişilerle yapacağı işlemlerin şirketi bağlayıp bağlamayacağı hususunda uygulanacağı ifade edilmiştir. Üçüncü kişinin ticaret sicili kayıtlarına güvenerek tacirle ilişkiye girdiği yani üçüncü kişinin ticaret sicili kayıtlarını inceledikten sonra tacirle yapacağı hukuki işlemler bakımından bu hükmün önem taşıyacağı, tacirle üçüncü kişi arasında hukuki işlem yapılması söz konusu olmayan hallerde ise bu hükme dayanılamayacağı, vergi hukukuyla ilgili konuların bu duruma örnek olduğu belirtilmiştir¹⁶. Karara göre;

“... şirket temsilcisi veya ortağının kamu alacaklarına karşı sorumluluğu ilan edilmemesinin sonuçlarına bağlanamaz, zira kamu kurumu 6762 Sayılı Kanununun 38 ve 39. maddeleri anlamında üçüncü kişi olmadığı gibi, tescil edilmemeye dayanılabilmesi için yetkisiz temsilcinin şirket adına işlem yapması zorunluluğu bulunmaktadır. ... Yukarıda yapılan açıklamaların ışığında, davacının dava dışı şirketteki temsil yetkisinin sona ermesi ve yerine yeni temsilci atanmasının sicil gazetesinde ilanının, işlemin hukuken varlık kazanmasına değil, bu hususun üçüncü kişilere açıklanması amacına yönelik olduğu, dolayısıyla inşai değil bildirici bir işlem olduğu açıktır. ... Temsil yetkisinin sona erdiğinin ticaret sicil gazetesinde ilanı iyiniyetli üçüncü kişileri korumaya yönelik olup, davacı temsil yetkisi sona erdikten sonra şirketi borç altına sokacak hukuki bir işlem yapılmadığından, davacının kendisinden sonra şirket adına yetkili temsilcilerin ödemesi gereken bir borçtan dolayı şahsi sorumluluğu bulunmamaktadır. Yargıtay H.G.K.nun 2012/21-734 Esas, 2013/152 Karar sayılı ilanı da bu yöndedir.”

Yargıtay 11. HD'nin bir başka kararına¹⁷ göre de;

“Dava, davacının şirket müdürlüğünden istifasının tespiti ile istifasının Ticaret Sicil Gazetesinde tesciline karar verilmesi istemine ilişkindir. Mahkemece, müdürlükten istifanın Ticaret Sicil Gazetesinde tescili

15 Yargıtay 21. HD, E 2012/6390 K 2013/12538, 13.06.2013 (www.kazanci.com.tr ET 15.09.2023)

16 Aynı yönde bkz. Çamoğlu, Poroy ve Tekinalp (n 2) 403; Pulaşlı, C. IV (n 2) 3270; Bahtiyar (n 2) 205.

17 Yargıtay 11. HD, E 2019/4503 K 2020/2760, 10.06.2020 “Davacı, dava dışı ... Ltd. Şti.nin müdürü olduğunu, bu şirketin kendisi ile birlikte iki ortağı bulunduğunu, diğer ortağın şirketle ilgilenmediği ve hatta kayıp olduğunu, bu nedenle şirket müdürlüğünden istifa ettiğini ve fakat davalı Ticaret Sicil Memurluğunca bu istifanın kabul edilmediğini ileri sürmüş bulunmaktadır. TTK.nun Limited şirkete ilişkin hükümlerinde şirket müdürünün istifa edemeyeceğine dair buyurucu bir kural yoktur. Şirket müdürü genel kurullar çerçevesinde uygun zaman içerisinde her zaman istifa edebilir. Bu itibarla davalı sicil memurluğunun bu istifa hakkında gereken işlemi yapması gerekirken reddi doğru görülmemiş ve hükmün bozulması gerekmiştir.” Yargıtay 11. HD, E 1996/6098 K 1996/6240, 30.09.1996 (www.kazanci.com.tr ET 15.09.2023)

ve ilanının zorunlu olduğu, TTK'nın 33. maddesi gereğince ilgilinin öncelikle Ticaret Sicil Müdürlüğüne başvurması gerektiği gerekçesiyle davanın hukuki yarar yokluğu nedeniyle usulden reddine karar verilmiş, bölge adliye mahkemesince de davacının dava açmasında hukuki yararı bulunmadığı gerekçesiyle istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmiştir. Davacı, davalı şirketteki müdürlük sıfatının istifa ile sona erdiğini şirkete bildirerek bu durumun şirketin sicil kayıtlarına işlenmesini ve ilanını talep etmiş, şirket yetkililerince davacının istemi yerine getirilmediğinden, davacı istifasının tespit ve tescili istemiyle işbu davayı açmıştır. TTK'nın 33 ve Ticaret Sicili Tüzüğü'nün 38. maddelerine göre, tescil edilmiş konulardaki her türlü değişikliklerin de tescili gerekir. Limited şirketler bakımından TTK'nın 510. maddesinde, tescilin şirket müdürleri tarafından talep edileceği öngörülmüş olup, aynı Kanun'un 30 ve Ticaret Sicili Tüzüğü'nün 31. maddesine göre de tescil, ilgililer veya yetkili temsilcileri ile hukuki halefleri tarafından istenir. Bu itibarla, davacının doğrudan Ticaret Sicil Memurluğu'na başvurarak talepte bulunması mümkün olmadığından davalı şirkete tescile icbar davası açmasında hukuki bir engel bulunmamaktadır. Bu cihetle, mahkemece, davacının talebinde hukuki yararı olduğu ve davalı tarafın davayı kabul beyanı da gözetilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yerinde olmayan yazılı gerekçe ile hukuki yarar yokluğundan davanın reddine karar verilmesi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.”

Gümrük ve Ticaret Bakanlığı İç Ticaret Genel Müdürlüğü'nün 31.05.2018 T. ve 50035491-431.04-E-00034774782 sayılı Genelgesi'nde işaret edilen genel kurul toplantısı için gerekli çağrı merasiminin tamamlanması yolu, istifanın ticaret siciline tescili sorununun çözümüne her zaman katkı sağlamamaktadır. Aşağıda açıklanacak olan bu durum sebebiyle, TTK ve MK'da düzenlenen farklı hukuki kurumlara müracaat edilerek sorunun çözümü düşünülebilir.

Limited şirketin tek bir müdürünün bulunması durumunda, yönetim ve temsil yetkisi tek müdür tarafından kullanılır. Birden çok müdürün varlığı halinde ise, genel kurul aralarından birini müdürler kurulu başkanı olarak atar. Müdürler kurulu başkanının varlığı halinde başkan, tek müdürün bulunması ihtimalinde ise müdür genel kurulun toplantıya çağırılması ve genel kurul toplantılarının yürütülmesi konularında yetkilidir¹⁸. Müdürler kurulu başkanının veya tek müdürün istifası ihtimalinde yeni müdür ya da müdürler kurulu başkanı genel kurul tarafından seçileceği için, genel kurul toplantıya çağırılmalıdır. Ayrıca doktrinde tek müdürün veya müdürlerin tamamının istifasının genel kurula yöneltilmesi gerektiği de ifade edilmektedir¹⁹. Müdürler kurulu başkanının ya da tek müdürün istifası durumunda, genel kurulu kim toplantıya çağırır?

18 Bu yetkinin devredilemeyeceği hususunda bkz. Şener (n 1) 533.

19 Bkz. Akdağ Güney (n 3) 59; Sopacı Öztuna (n 2) 184; Taş (n 2) 58, 59. Tek olan müdürün veya müdürlerin tamamının istifa etmesi ihtimalinde istifanın ortaklardan birine tebliğ edilebileceği hususunda bkz. Pulaşlı, C. IV (n 2) 3269. Tek olan müdürün istifasını diğer ortaklara yöneltilmesi gerektiği hususunda bkz. Çamoğlu, Poroy ve Tekinalp, C.II (n 3) 501. Ortakların aktif ya da pasif temsil yetkisinin bulunmaması sebebiyle istifanın ortaklara değil genel kurula yöneltilmesi gerektiği hususunda bkz. Yıldırım (n 12) 191. Kırca, istifa yazısının temsile yetkili bir üyeye verilmesi zorunluluğunun ancak hazır bulunanlar arasında istifa beyanın varması için gerekli olduğu tespitini yaptıktan sonra, hazır bulunmayanlar arasında bu yönde bir zorunluluğun bulunmadığını, bu ihtimalde istifa yazısının şirketin posta kutusuna ulaşması, gelen evrak olarak kaydedilmesi gibi şirketin iktidar alanına girdiği anda şirkete vardığının kabul edileceğini, fiilen öğrenilmesi şartının aranmayacağını belirtmiştir. Toplu istifa veya tek üyenin istifasında ise sorunun şirket içinde istifa beyanını öğrenecek organ veya organ üyesinin bulunmaması olduğunu, durumun istifa edenler tarafından bilinmesi sebebiyle dürüstlük kuralına uygun davranışın istifa beyanının organ eksikliğini giderecek araçları harekete geçirmeye yani genel

Anonim şirketlere ilişkin TTK m. 410 hükmüne göre; genel kurul süresi dolmuş olsa bile yönetim kurulu tarafından toplantıya çağrılabilir. Yönetim kurulunun devamlı olarak toplanamaması, toplantı nisabının oluşmasına imkân bulunmaması veya mevcut olmaması durumlarında ise tek bir pay sahibi mahkemeden alacağı izin ile genel kurulu toplantıya çağırabilir. Bu düzenleme kıyasen limited şirketlere de uygulanır (TTK m. 617/3). Ancak hükmün görev süresi dolmuş yönetim kurulu üyesini düzenlediği, istifa etmiş yönetim kurulu üyesinin durumunun ise görev süresinin dolmasından farklı olduğu unutulmamalıdır. TTK m. 410 hükmüne dayanarak istifa etmiş yönetim kurulu üyesinin, dolayısıyla limited şirketlerde istifa etmiş müdür ya da müdürler kurulu başkanının genel kurulu toplantıya çağırması mümkün değildir²⁰. Şartları mevcut ise limited şirket ortağı mahkemeye müracaat ile TTK m. 410 uyarınca genel kurula çağrı hususunda kendisine yetki verilmesini talep edebilir.

TTK 617/1 hükmüne göre limited şirketlerde genel kurul kural olarak müdürler tarafından toplantıya çağrılır. TTK m. 624/2'ye göre ise müdürlerin birden fazla olması ihtimalinde başkan olan müdür genel kurulu toplantıya çağırma yetkilidir. Her iki hükmü birlikte yorumlayan Ticaret Bakanlığı İç Ticaret Genel Müdürlüğü görüş yazısında²¹, müdürler kurulu başkanının belirlenmediği hallerde TTK m. 617/1 uyarınca genel kurulun müdürler kurulu kararı ile toplantıya çağrılabilirliğini belirtmiştir. Söz konusu yazıya göre müdürler kurulu kararı olmadan limited şirket genel kurulunun toplantıya çağırılması, müdürler kurulu başkanı tarafından çağrı yapılmasına bağlıdır²². Müdürler kurulu başkanı bulunmuyor ve birden çok müdür mevcut ise, genel kurulun toplantıya çağırılması için müdürler kurulunun toplantı ve karar nisaplarına uygun olarak karar alması aranmaktadır. Bu çerçevede değerlendirme yapıldığında, müdürler kurulu başkanının istifası ihtimalinde de, müdürler kurulu başkanının seçilmemiş olması ihtimaline kıyasen, geri kalan müdürler toplantı

kurulu toplantıya çağırma yetkili kişilere yöneltilmesi olduğunu vurgulamıştır. Yönetim kurulunun bulunmaması ihtimalinde mahkemenin izniyle tek bir pay sahibi genel kurulu toplantıya çağırabileceğinden, somut olayın koşulları dikkate alınarak şirket işlerine ilgi gösteren, genel kurulu toplantıya çağıracağından şüphe duyulmayan pay sahibine istifa beyanının yöneltilmesine dikkat edilmesi gerektiğine, toplu istifa ise uygun olmayan zamanda istifa edilmesinin sorumluluk doğuracağı hesaba katılarak hareket tarzının belirlenmesi gerektiğine işaret etmiştir. Kırca, Şehirli Çelik ve Manavgat (n 2) 465, 466.

20 “Bu itibarla, iki üyeden oluşan yönetim kurulunda bir üyenin yönetim kurulu üyeliğinin vefat, istifa vb. nedenle sona ermesi durumunda, genel kurulun toplantıya çağırılmasına dair karar alınması bakımından yönetim kurulu toplantı nisabının oluşmasına imkan kalmayacak, bu halde genel kurul 6102 sayılı Kanunun 416 ncı maddesi uyarınca tüm ortakların katılımıyla çağrısız ya da tek pay sahibinin mahkemeden aldığı yetki ile yapılan çağrı üzerine toplanabilecektir.” Ticaret Bakanlığı İç Ticaret Genel Müdürlüğü'nün 01.08.2019 T., 50035491-431.04-E-00046388193 sayılı görüş yazısı için bkz. www.mersis.ticaret.gov.tr ET 13.09.20223 “Bu itibarla, Müdürlüğünüze tescil başvurusunda bulunan şirketin yönetim kurulunun, iki üyenin istifasını aynı kararda kabul etmesi sebebiyle toplantı ve karar nisabını kaybettiği, istifa eden yönetim kurulu üyelerinin kararlara katılmasının mümkün bulunmadığı hususları dikkate alındığında söz konusu yönetim kurulu kararına dayanan tescil isteminin karşılanmasını uygun olmayacağı değerlendirilmektedir.” Ticaret Bakanlığı İç Ticaret Genel Müdürlüğü'nün 09.07.2019 T., 50035491-431.04-E-00045822984 sayılı görüş yazısı için bkz. www.mersis.ticaret.gov.tr ET 13.09.20223

21 16.10.2018 T., 50035491-431.04-E-00038002437 sayılı görüş yazısı için bkz. www.mersis.ticaret.gov.tr ET 13.09.2023

22 Birden çok müdürün varlığı halinde müdürler kurulu başkanının genel kurulu toplantıya çağırma karar vermek bakımından tek başına hareket edemeyeceği, çağrıya ilişkin müdürler kurulunda bir karar alınmasının gerektiği hususunda bkz. Kendigelen ve Kırca (n 3) 53; Şener, Emsal Kararlar 724; Çamoğlu, Poroy ve Tekinalp, C.II 471, 472. Müdürler kurulu başkanının sadece olağan genel kurul toplantılarına çağrı için yetkili olduğu, genel kurulun olağanüstü toplantıya çağrılabilmesi için ise müdürler kurulu kararı gerektiği yönünde bkz. Özer, (ed Şenocak, Kemal) (n 2) 4672.

ve karar nisabına uygun karar alarak genel kurulu toplantıya çağırabilirler. Ancak unutulmaması gereken husus, müdürler kurulunun da başkan tarafından toplantıya çağırılacak olması²³, üyelerin müdürler kurulu toplantısı için çağrı yapamamaları ve çağrı yapılsa dahi toplantı ile karar nisabının sağlanmasındaki zorluklardır. Özellikle iki kişiden oluşan müdürler kurulunda başkan olan müdürün istifası durumunda, geriye kalan tek müdürün imzası ile müdürler kurulu kararı alması mümkün değildir.

Yukarıda açıklanan hususlar dikkate alındığında, tek müdürün veya müdürler kurulu başkanının istifası ihtimalinde genel kurulun toplantıya çağırılması oldukça güçleşmektedir. Genel kurul toplanıp yeni bir müdür ya da müdürler kurulu başkanı seçmediği sürece, istifanın ticaret siciline tescilinin şirket adına talep edilmesi de mümkün olmamaktadır. Genel kurulun usulüne uygun bir şekilde toplanması ve yeni müdür veya müdürler kurulu başkanını seçmesi ihtimalinde, yeni müdür/müdürler kurulu başkanı istifa edenlerin istifasını ticaret siciline tescil ettirecektir. Aksi halde tescile davet kurumu yeni müdür/müdürler kurulu başkanı aleyhinde de işletilebilir. Toplanacak genel kurul müdürün istifasını reddetme imkanına sahip değildir. İstifa tek taraflı bir işlem olup, karşı tarafın kabulüne bağlı değildir²⁴. Dolayısıyla, genel kurulun toplanması ve yeni müdür ya da müdürler kurulu başkanını seçmesi ihtimalinde istifanın ticaret siciline tescilinde herhangi bir tıkanıklık yaşanmayacaktır. Bu sebeple, istifa eden müdürün istifa beyanını açıklamadan önce genel kurul toplantısı için çağrı yapması, istifasını genel kurula sunması, durumun ticaret siciline gecikmeden tescil edilebilmesi bakımından faydalı olacaktır. Ancak toplanan genel kurulda yeni bir müdür veya müdürler kurulu başkanının seçilememesi ihtimali ya da genel kurulun toplanamaması, genel kurul toplantısı için gerekli çağrı merasiminin yapılmış olmasının da sorunun çözümünde yeterli olmadığını ortaya koymaktadır. Yine iki müdürün bulunduğu ve müdürler kurulu başkanının seçilmediği ihtimallerde de, müdürlerin anlaşamamaları durumunda istifadan önce genel kurulun toplantıya çağırılması mümkün olmayacak, sorunun çözümünü sağlamayacaktır.

Limited şirketin sona erme sebeplerini düzenleyen TTK m. 636 hükmüne göre, şirket genel kurul kararı ile sona erebileceği gibi, mahkeme kararı ile de sona erebilir. Yeni bir müdür seçemeyen

23 Bkz. Şener (n 1) 731. Yazar açıklamalarında, başkan olan müdürün TTK m. 392/7'ye uygun olarak kendisine müracaat edilmesine rağmen müdürler kurulunu toplantıya çağırması ihtimalinde, diğer müdürlerin müdürler kurulunu toplantıya çağırabileceğinin kabulü gerektiğini belirtmektedir. Aynı yönde bkz. Kaya (n 2) 89; Taş (n 2) 73. Müdürler kurulunun kural olarak başkanın çağrısı ile toplanacağı, her müdürün TTK m. 392/7 uyarınca müdürler kurulunun toplantıya çağırılmasını başkandan yazılı olarak talep edebileceği hususunda bkz. Kendigelen ve Kırca (n 3) 134. Ayrıca bkz. Özer, (ed Şenocak, Kemal) (n 2) 4683. Anonim şirketler bakımından bkz. Şener, *Değerlendirme* (n 3) 22; Halil Arslanlı, *Anonim Şirketler C. II, Anonim Şirketin Organizasyonu* (İstanbul Üniversitesi Fakülter Matbaası 1959) 108.

24 Şener (n 1) 785; Şener, *Değerlendirme* (n 3) 207, 208; Kendigelen ve Kırca (n 3) 111; Çamoğlu, Poroy ve Tekinalp (n 2) 403; Çamoğlu, Poroy ve Tekinalp, C.II (n 3) 501; Tekinalp (n 2) 613; Kırca, Şehirli Çelik ve Manavgat (n 2) 464; Sopacı Öztuna (n 2) 183; Yıldırım (n 12) 189. Yargıtay 11. HD, E 1984/5003 K 1984/5397, 09.11.1984 (www.kazanci.com.tr ET 14.09.2023); "... zira istifanın karşı tarafa ulaşmasıyla hükümlerini hemen doğuran bozucu nitelikte bir yenilik doğurucu hak olmasına (Prof. Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt 2, 1982, Sh. 427*), bu suretle davacının genel kurulda istifasını vermesiyle ve aynı anda karşı tarafa (şirket) ulaşmasıyla davacının yönetim kurulu üyeliğinin o anda sona ermiş bulunmasına (*Fritz de Steiger, le Droit des Societefs Anonymes en Suisse*) artık yönetim kurulu üyeliği sıfatı kalmamış kişinin üyelikten azlinin de sözkonusu olamayacağına ve bu nedenle davacının istifa suretiyle yönetim kurulu üyeliğinden ayrılması gerektiğine göre, davalı vekilinin karar düzeltme isteğinin HUMK.nun 442. maddesi gereğince reddi gerekir."

genel kurul ağırlaştırılmış nisapla alınması gereken şirketin feshi kararını da (TTK m. 621/1) büyük ihtimalle alamayacaktır. Bu durumda mahkemeye müracaat etmekten başka bir yol kalmaz. Uzun süreden beri şirketin kanunen gerekli organlarından birisi mevcut değilse veya genel kurul toplanamıyorsa, ortaklardan veya şirket alacaklılarından birinin talep etmesi üzerine mahkemece şirketin feshine karar verilebilir. Ancak bu durumda, genel kurulun uzun süreden beri toplanamıyor olması veya müdürlerin uzun süreden beri bulunmuyor olması aranır²⁵. Müdürün istifası sebebiyle mahkemeden şirketin feshinin talep edilebilmesi için uzun süre beklenmesinin gerekmesi, istifa eden müdürden ise beklenmesinin istenemeyecek olması karşısında, bu imkan sorunun çözümü bakımından katkı sağlamayacaktır²⁶.

TTK m. 636'da sayılan bir diğer sona erme sebebi, şirketin haklı sebeple mahkeme kararıyla feshidir. Haklı sebeplerin varlığı ihtimalinde, her ortak mahkemeden şirketin feshini isteyebilir. Bu durumda mahkeme şirketin feshi yerine duruma uygun düşen ve kabul edilebilir bir başka çözüme de hükmedebilir (TTK m. 636/3). İstifa eden tek müdür veya müdürler kurulu başkanı, genel kurulun toplanamaması veya toplanıp da yeni müdür atayamaması ihtimalinde, aynı zamanda limited şirket ortağı olması şartıyla, haklı sebeple şirketin feshi için mahkemeye müracaat edebilir. Bu durumda genel kurulun toplanamaması veya toplanıp yeni bir müdür atayamaması, TTK m. 636/2'deki şartın aksine, uzun süredir devam etmiyor olsa dahi, haklı sebep olarak değerlendirilebilir. Mahkemece şirketin feshine karar verilmesi ihtimalinde, aynı zamanda tasfiye memuru da atanacak, müdürün istifası tasfiye memuru tarafından ticaret siciline tescil edilecektir. Mahkemece fesih yerine şirketin ayakta tutulması tercih edilmişse, istifa eden tek müdürün veya müdürler kurulu başkanının istifasının ticaret siciline tesciline, şirketin başka bir müdürü yoksa şirkete kayyım atanmasına da karar verilebilir. Mahkemece istifa'nın ticaret siciline tesciline karar verilmemişse, atanan kayyım tarafından istifa sicile tescil edilir.

İstifa eden müdürün aynı zamanda limited şirketin ortağı olmaması ihtimalinde, TTK m. 636/3'de düzenlenen şirketin haklı sebeple feshini mahkemeden talep etmesi de mümkün olmaz. Bu durumda istifa eden müdür şirkete yönetim kayyımını atanmasını talep edebilir. MK m. 427 hükmüne göre, bir tüzel kişi gerekli organlardan yoksun kalmış ve yönetimi başka yoldan sağlanamamışsa, kendisine mahkemece bir yönetim kayyımını atanacaktır. Tek müdürün istifa etmesi ve genel kurulun toplanamaması veya toplanıp yeni bir müdür seçememesi ihtimalinde, şirketin yönetiminin başka yoldan sağlanamaması şartı gerçekleşir. Ancak birden çok müdürün varlığı halinde müdürler kurulu başkanının istifası ihtimalinde MK m. 427'deki bu şartın var olup olmadığında tereddüt yaşanabilir.

25 Müdürün istifası üzerine yeni müdürün uzun süredir seçilememesi sebebiyle şirkete kayyım atanması ve genel kurul toplantısı yapılarak yeni müdürün seçilmesi, seçilememesi durumunda ise şirketin feshine karar verilmesi talebiyle açılan davada Yargıtay 11. HD, E 2016/10744 K 2018/3613, 16.5.2018 kararın değerlendirmesi için bkz. Şener, Emsal Kararlar (n 3) 1051 vd.

26 Pulaşlı, müdür veya müdürlerin istifası ile şirketin yönetim ve temsil organının eksikliği sebebiyle ortaklardan birinin mahkemeye başvurup genel kurulu toplantıya çağırmasının mümkün olduğunu, ancak bu yolun özel bir hukuki bilgi gerektirmesi, çoğunlukla masraflı ve zahmetli olması, şirketin menfaatlerine de uygun olmaması sebebiyle tavsiye edilemeyeceğini belirtmiştir. Yazar bu durumda en uygun çözümün, istifa eden müdürün yeni bir müdür seçilmesi için ortak sayısı az ve hepsinin toplantıya katılma durumu olan hallerde davetsiz, diğer hallerde davetli olağanüstü genel kurulu derhal toplantıya çağırması ve müdür seçiminin yapılmasını sağlaması olduğunu, bu durumun müdürün sorumluluğunun da gereği olduğunu ifade etmiştir. Bkz. Pulaşlı, C. IV (n 2) 3270.

Müdürlerin birden fazla olmaları ihtimali TTK m. 624'de özel olarak düzenlenmiştir. Bu ihtimalde müdürlerden birisinin müdürler kurulu başkanı olarak atanması genel kurul tarafından alınacak bir kararla mümkündür. Müdürler kendi aralarından birini başkan olarak seçemezler. Genel kurulun toplanamaması veya toplanıp istifa eden müdürler kurulu başkanı yerine yeni bir başkan seçememesi ihtimalinde, müdürler kurulu başkanı tarafından yapılabilecek işler diğer müdürler tarafından yerine getirilemez. TTK m. 624/2 hükmüne göre müdürler kurulu başkanı, genel kurulu toplantıya çağırma, genel kurul toplantılarının yürütülmesini sağlama, tüm açıklamaları ve ilanları yapma yetkisine sahiptir. Açıklamaların ve ilanların yapılması ile ilgili olarak şirket sözleşmesinde farklı bir düzenleme yapılması mümkündür. Yine şirket sözleşmesinde farklı bir usul öngörülmemişse, müdürler kurulu çoğunlukla karar alacak, eşitlik halinde başkanın oyu üstün sayılacaktır. Bu açıklananlar dışında müdürler kurulu başkanının başka yetki ve görevleri de vardır. Örneğin müdürler kurulunu toplantıya başkan çağırır²⁷ (TTK m. 644/1-c, 392/7). Tüm bu hususlar dikkate alınarak, müdürler kurulu başkanının istifası üzerine genel kurulun toplanamaması veya toplanıp yeni bir müdürler kurulu başkanı seçmemesinin limited şirketin yönetimine etkisi somur olay özelinde değerlendirilmelidir. Yönetimin başka bir yoldan sağlanamaması şartının gerçekleşip gerçekleşmediğine somut olayın şartlarına göre karar verilmelidir²⁸. Şirkete kayyım atanması ihtimalinde müdürler kurulu başkanının istifasının ticaret siciline tescili de kayyım tarafından talep edilir.

Müdürler kurulu başkanının istifası üzerine genel kurulun toplanamamasının ya da toplanıp yeni bir müdürler kurulu başkanı seçmemesi/seçememesinin şirketin işleyişine yapacağı olumsuz etki diğer müdürlerin de sorumluluğunun ağırlaşmasına yol açabilir. Özellikle limited şirket müdürlerinin şirketin kamu borçlarından sorumlu (VUK m. 10, AATUHK mükerrer m. 35) olmaları, yaşanacak olan bir tıkanmada diğer müdürlerin de görevden istifasına yol açabilir. Bu ihtimalde istifa eden müdürlerin sayısı dikkate alınarak, şirketin yönetiminin başka bir yoldan sağlanıp sağlanmadığı değerlendirilmeli, müdürler kurulunun toplanıp karar alması için gerekli nisaplar bulunmuyorsa şirkete kayyım atanmasına karar verilmelidir.

SONUÇ

Limited şirket müdürünün istifasının ticaret siciline tescili kurucu değil, bildirici etkiye sahiptir. Tescil ve ilanda istifa eden müdürün de menfaati söz konusudur. Ancak ticaret siciline tescil

27 Bkz. Şener (n 1) 731. Ayrıca bkz. Çamoğlu, Poroy ve Tekinalp (n 2) 372, 373; Akdağ Güney (n 3) 247 vd.; Metin Kıratlı, *Yönetim Kurulu Başkanı* (Yetkin 2021) 62 vd.; Özer, (ed Şenocak, Kemal) (n 2) 4672, 4673.

28 "İstem, iki ortaklı ve temsilinin iki ortağın müşterek imzası ile mümkün bulunan limited şirkette, ortaklardan birinin şirket yönetimine katılmaması nedeniyle şirketin zarara uğradığı iddiasıyla şirkete kayyım tayinine ilişkin olup, mahkemece yazılı gerekçe ile kayyım atanması koşullarının oluşmadığı gerekçesiyle istemin reddine karar verilmiştir. Gerçekten de dosyada bulunan ticaret sicil kaydından tarafları ortağı bulunduğu dava dışı G... Ltd. Şti.'nin 2 ortaklı olduğu ve şirketin temsilinin 2 ortağın müşterek imzası ile mümkün bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda, aleyhine tedbir istenen ortağın, dava dışı şirketin yönetimine katılmaması, şirketin, yönetim organı bakımından, organsız kalması sonucunu doğuracağından mahkemece istemin kabulüne karar vermek gerekirken yazılı şekilde istemin reddine karar verilmesi doğru olmamış, kararın bu nedenle ihtiyati tedbir isteyen yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir." Yargıtay 11 HD, E 2013/9963 K 2013/14184, 03.07.2013 (www.kazanci.com.tr ET 15.09.2023)

talebinde bulunabilecek ilgililer arasında sayılmadığı için, istifa eden müdürün sicile müracaatı kabul edilmemektedir. Ayrıca şirketin organsız kalmaması gayesiyle, tek bir müdürün veya müdürlerin tamamının istifası da ticaret siciline tescil edilmemektedir. Bu durumda tescili temin amacıyla en sık müracaat edilen yol, müdürlük görevinin sona erdiğinin tespiti ve ticaret sicilinden adının silinmesi talebiyle dava açılmasıdır. Ancak Ticaret Sicili Müdürlüğü'ne karşı açılan bu davalar, istifa eden müdürün tescil talebinde bulunabilecek ilgililer arasında yer almadığı gerekçesi ile reddedilmektedir. Her ne kadar hukuki menfaat yokluğu iddiaları gündeme gelse de, istifa eden müdürün limited şirket tüzel kişiliğine tescile zorlama davası açması ise mümkündür.

Ticaret Sicil Müdürlüğü'nün şirketin organsız kalmasını engellemek amacıyla tescili yapmama yaklaşımı TTK'ya uygun değildir. Ticaret Sicil Müdürlüğü'nün görevi şirketlerin organsız kalmasını engellemek değil, sicil kayıtlarının gerçeğe uygun olarak tutulmasını sağlamaktır. İstifa tek taraflı bir irade beyanı olup, karşı tarafa varmakla hüküm ve sonuçlarını doğurur. Müdürün istifası ile şirket organsız kalacaksa, bu durum istifanın şirkete ulaşması ile gerçekleşir. İstifa ticaret siciline tescil ve ilan edilmese dahi şirket organsız kalmıştır. Tescil talebinin bu gerekçe ile reddi ise, sicil kayıtlarının gerçeğe aykırı hale gelmesine yol açar.

Limited şirketin birden çok müdüründen birinin istifası, müdürler kurulu başkanı tarafından ticaret siciline tescil ve ilan ettirilir. Müdürler kurulu başkanının görevini ihmal etmesi ihtimalinde, tescile davet kurumu işletilerek tescilin yapılması temin edilebilir. Limited şirketin mevcut tek müdürünün veya müdürler kurulu başkanının istifası ihtimalinde ise bu yol, sorunun çözümü olmayacaktır.

İstifa beyanının açıklanmasından önce limited şirket genel kurul toplantısı için gerekli çağrı merasiminin tamamlanması, istifanın ticaret siciline tescili sorununun çözümü için katkı sağlayabilir. Ancak bu tedbir de her zaman soruna çözüm olamaz. Görev süresi dolmuş müdürün genel kurul toplantıya çağırması mümkün olmakla birlikte (TTK m. 410), istifa etmiş müdürün durumu görev süresinin dolmasından farklıdır. Bu sebeple, TTK m. 410 hükmüne dayanarak istifa etmiş müdür ya da müdürler kurulu başkanının genel kurul toplantıya çağırması mümkün değildir. Genel kurulun müdürler kurulu kararı ile veya müdürler kurulu başkanı tarafından toplantıya çağrılacak olması, müdürler kurulunun ise başkan tarafından toplantıya çağrılacak olması, toplantı ile karar nisabının sağlanmasındaki zorluklar, özellikle iki kişiden oluşan müdürler kurulunda başkan olan müdürün istifası ile geriye kalan tek müdürün imzasıyla müdürler kurulu kararı alınamaması genel kurul toplantısı yapılmasının önündeki önemli engellerdir.

Genel kurulun toplanamaması, toplanıp yeni bir müdür ya da müdürler kurulu başkanı seçememesi, istifanın ticaret siciline tescilinin şirket adına talep edilmesini de imkansızlaştırmaktadır. Bu sebeple müdürün istifasını açıklamadan önce genel kurul toplantısı için gerekli çağrı merasimini yapmış olması da soruna tam bir çözüm getirmez.

Limited şirket müdürünün istifasının ticaret siciline tescilini temin bakımından bir başka yol, şirketin organsız kalması sebebiyle mahkeme kararı ile feshinin talep edilmesidir. Ancak bu sebeple feshe karar verilebilmesi için genel kurulun uzun süreden beri toplanamıyor olması veya müdürlerin uzun süreden beri bulunmuyor olması gerekir. İstifa eden müdürden ise uzun süre beklemesi istenemez.

Genel kurulun toplanamaması veya toplanıp da yeni müdür atayamaması ihtimalinde, istifa eden müdürün aynı zamanda limited şirket ortağı olması şartıyla, haklı sebeple şirketin feshi mahkemeden talep edilebilir. Bu ihtimalde mevcut durumun uzun süreden beri devam ediyor olması şartı aranmayacaktır. Şirketin feshine karar verildiğinde, atanacak olan tasfiye memuru müdürün istifasını ticaret siciline tescil ettirir. Fesih yerine şirketin ayakta tutulması tercih edilmişse, atanacak olan kayyım tarafından istifa sicile tescil edilir.

İstifa eden müdürün limited şirketin ortağı olmaması ihtimalinde, şirketin haklı sebeple feshini talep edemeyecektir. Bu durumda istifa eden müdürün müracaat edebileceği yol şirkete yönetim kayyımını atanması olabilir. Tek müdürün istifası durumunda şirketin yönetimi başka yoldan sağlanamadığından şirkete yönetim kayyımını atanacaktır. Birden çok müdürün varlığı halinde müdürler kurulu başkanının istifası durumunda ise, bu sebeple genel kurulun toplanamaması veya toplanıp yeni bir müdürler kurulu başkanı seçememesinin, istifa eden müdürlerin sayısının limited şirketin yönetimine etkisi değerlendirilecek, şirkete kayyım atanıp atanmamasına karar verilecektir. Şirketin yönetiminin başka yoldan sağlanamıyor olması şartıyla atanacak olan kayyım müdürün istifasını ticaret siciline tescil ettirecektir.

KAYNAKÇA

- Akdağ Güney N, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu* (Vedat 2016).
- Akıncı E, *Limited Şirketlerde Müdürün Azli* (Sayram 2019).
- Arslanlı H, *Anonim Şirketler C. II, Anonim Şirketin Organizasyonu* (İstanbul Üniversitesi Fakülteler Matbaası 1959).
- Bahtiyar M, *Ortaklıklar Hukuku* (Beta 2022).
- Eriş G, *Gerekeçeli, Açıklamalı, İçtihatlı Ticari İşletme ve Şirketler* (Seçkin 2013).
- Karaman Coşgun Ö, *Ticaret Sicili Müdürlüğü Kararlarına İtiraz Edebilecek Kişiler* (2017) 16(2) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Merih Kemal Omağ'a Armağan) 125-140.
- Kaya Mİ, *Limited Şirkette Müdürler Kurulunun Oluşumu ve İşleyişi* (2014) 22(1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 61-100.
- Kendigelen A ve Kırcı İ, *Şirketler Hukuku C. III, Sermayesi Paylara Bölünmüş Paylı Komandit İle Limited Şirket* (On İki Levha 2022).
- Kıratlı M, *Yönetim Kurulu Başkanı* (Yetkin 2021).
- Kırcı İ, Şehirali Çelik FH ve Manavgat Ç, *Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, Temel Kavramlar ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2013).
- Kuru Ö, *Anonim Şirketlerde Temsil ve Temsil Yetkisinin Devri* (On İki Levha 2022).
- Özer I ve Şenocak K (ed), *Şirketler Hukuku Şerhi, Türk Ticaret Kanunu md. 564-644, C. 4*, (Seçkin 2023).
- Poroy R, Tekinalp Ü ve Çamoğlu E, *Ortaklıklar Hukuku I* (Vedat 2021).
- Poroy R, Tekinalp Ü ve Çamoğlu E, *Ortaklıklar Hukuku II* (Vedat 2017).
- Pulaşlı H, *Şirketler Hukuku Şerhi, C. IV* (Adalet 2022).
- Sopacı Öztuna B, *Limited Şirketlerde Müdür* (Seçkin 2022).
- Şener OH, *Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku* (Seçkin 2017).

- Şener OH, *Yeni TTK Döneminde Anonim ve Limited Ortaklıklara İlişkin Verilen Yargıtay Emsal Kararlarının Değerlendirilmesi* (Seçkin 2019) (Değerlendirme).
- Şener OH, *Yeni TTK Döneminde Anonim ve Limited Ortaklıklara İlişkin Verilen Yargıtay Emsal Kararlarının Değerlendirilmesi* (Seçkin 2020) (Emsal Kararlar).
- Taş Aİ, 'Limited Şirkette Müdürler' (Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi 2019).
- Tekinalp Ü, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Tek Kişi Ortaklığı, Anonim ve Limited Ortaklıklar, Ortaklıklar Topluluğu, Birleşme, Bölünme ve Tür Değişirme* (Vedat 2020).
- Yıldırım AH, 'Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Limited Ortaklık Müdürünün Hukuki Durumu' (Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi 2007).

Anonim Şirketlerde Belirli Bir Pay Sahibi Grubu Tarafından Aday Gösterilen Yönetim Kurulu Üyelerine Veto Hakkı Tanınabilir Mi?

Veto Rights of the Directors Designated by a Shareholder Group in Joint Stock Companies

Kadir BAŞ* 

ÖZ

Anonim şirketlerde farklı pay sahibi grupları arasında güç dengesinin kurulması adına, bu grupların tamamına veya bir bölümüne yönetimde temsil hakları verilebilmektedir. Türk Ticaret Kanunu m. 360/1 uyarınca pay sahibi gruplarına tanınan yönetim kurulunda belirli sayıda üyeyi aday gösterme hakkı, yönetime katılma haklarının başlıca görünümünü oluşturmaktadır. Ancak bu hak, aday gösterilecek yönetim kurulu üyelerinin sayısına ve nisaplara bağlı olarak her zaman kurul kararlarının alınması sürecini doğrudan etkileme gücü vermeyebilir. Belirli pay sahibi gruplarına söz konusu gücü vermek için onları temsilen seçilen yönetim kurulu üyelerine kurul kararlarının alınması konusunda veto yetkisi de tanınabilmektedir. Türk Ticaret Kanunu m. 340'da getirilen emredici hükümler ilkesi dikkate alındığında, böyle bir veto yetkisi öngören esas sözleşme hükümlerinin, Türk şirketler hukuku bakımından geçerli olup olmayacağı açık değildir. Bu konudaki açıklığın, yargı kararları veya akademik çalışmalarla sağlandığını söylemek de güçtür. İşte bu makale, TTK m. 360/1'de öngörülen yönetimde temsil imtiyazının bir devamı olarak belirli pay sahibi gruplarını temsilen seçilen yönetim kurulu üyelerine esas sözleşme ile veto yetkisi tanınıp tanınmayacağı sorusunu cevaplamayı amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Anonim Şirket, Yönetim Kurulu, Veto Yetkisi, Yönetimde Temsil Hakkı, Emredici Hükümler İlkesi

ABSTRACT

It is common that all or some of different shareholder groups in a joint stock company are provided with certain board representation rights, in order to establish a balance of power between those groups. The right to nominate a certain number of members of the board of directors, granted to shareholder groups in accordance with article 360/1 of the Turkish Commercial Code, is the principal example of such board representation rights. Nevertheless, depending on the number of directors to be nominated and quorum for board decisions, such right may not empower the relevant shareholder group to exercise a direct decisive influence over the decision-making process of the board. To provide such power to certain shareholder groups, their nominated directors may be donated with veto rights to block board decisions. Given the principle of mandatory provisions set out in article 340 of the Turkish Commercial Code, it is unclear whether a provision of the articles of association including such a veto right is valid under Turkish company law. It is difficult to state that such unclarity has been eliminated by courts or scholars. In this regard, this article aims to answer whether it is possible to establish a veto right for the directors nominated by a shareholder group in the articles of association, as part of the board representation privilege set out in article 360/1 of the Turkish Commercial Code.

Keywords: Joint Stock Company, Board of Directors, Veto Right, Board Representation Right, the Principle of Mandatory Provisions.

* Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, kadir.bas@marmara.edu.tr, ORCID: 0000-0002-6647-0289.

I. GİRİŞ

Anonim şirketlerde, menfaat veya amaç birlikteliği bakımından ayrı birer taraf oluşturan birden fazla pay sahibi ve pay sahibi grubu bulunabilir. Bu şekilde farklı taraf oluşturan kişi veya grupların, aralarındaki bir anlaşma çerçevesinde, anonim şirketin kuruluşu aşamasında veya kuruluştan sonra yapılacak bir pay devri veya yatırım sözleşmesi kapsamında şirketin pay sahipliği yapısında bilinçli olarak bir araya gelmelerine ticari hayatta sıklıkla rastlanır.¹ Bu tür durumlarda taraflar, aralarında güç ve menfaat dengesinin kurulması adına, çoğunlukla tarafların tamamına veya bir kısmına onların şirketin karar alma mekanizmalarındaki konumunu güçlendirici haklar tanırlar.² Söz konusu hakların başında, bazı pay sahiplerinin şirketin yönetim kurulunda temsil edilmesini temin eden haklar gelir. Yönetime katılma hakkı olarak ifade edilebilecek bu haklar, belirli sayıda yönetim kurulu üyesini aday göstermenin yanında, bu şekilde aday gösterilerek seçilen üyelere kurul kararlarının alınması konusunda veto yetkisi verilmesini de içerebilir.

Yönetime katılma haklarına genellikle ilgili pay sahipleri arasında yapılan pay sahipleri sözleşmesinde yer verilir.³ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 360'ıncı maddesi uyarınca yönetim kuruluna aday gösterme hakkının, şirket esas sözleşmesine yansıtılması da mümkündür. Buna karşılık belirli pay sahipleri tarafından aday gösterilerek seçilen yönetim kurulu üyelerine tanınan veto yetkisinin, esas sözleşmeye konulması halinde, şirketler hukuku kapsamında bir güvenceden yararlanıp yararlanamayacağı açık değildir. Bu konudaki açıklığın, yargı kararları veya akademik çalışmalarla sağlandığını söylemek de güçtür. İşte bu makale, TTK m. 360/1'de öngörülen yönetimde temsil imtiyazının bir devamı olarak belirli pay sahiplerini temsilen seçilen yönetim kurulu üyelerine esas sözleşme ile veto yetkisi tanınıp tanınamayacağı sorusunu cevaplamayı amaçlamaktadır.

II. TTK M. 360/1 KAPSAMINDA YÖNETİMDE TEMSİL HAKKI

TTK m. 360/1'de esas sözleşmeyle belirli pay gruplarına, özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine ve azlığa yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınabileceği belirtilmiştir.

Yönetimde temsil hakkının uygulamada daha çok belirli pay gruplarına verildiği görülmektedir.⁴ Pay sahipleri arasında güç dengesinin kurulması amacıyla, esas sözleşmede şirket payları çeşitli gruplara ayrılarak her bir tarafa ayrı bir pay grubu verilip, bu pay gruplarının bir kısmına veya tamamına

1 Tarafların ortaklaşa bir ekonomik faaliyet yürütmek amacıyla sözleşmesel temelde kurdukları bu tür ortaklıklar, genel olarak ortak girişim (*joint venture*) olarak ifade edilmektedir. Ortak girişim kavramının tanımı ve türleri hakkında bkz. Nami Barlas, *Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri* (Vedat 2016) 282-299; Sıtkı Anlam Altay, *Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Sermayeye Katımlı Ortak Girişimler [Equity Joint Ventures]* (Vedat 2009) 31-81; Kadir Baş, *The Substantive Appraisal of Joint Ventures under the EU Merger Control Regime* (Wolters Kluwer 2014) 12-19.

2 Gül Okutan Nilsson, *Anonim Ortaklıklarda Payscaleleri Sözleşmeleri* (Çağa Hukuk Vakfı 2003) 77.

3 ibid 131-132.

4 Belirli pay grubu kavramı hakkında bkz. Argun Karamanlıoğlu, "TTK Madde 360 Uygulamasına İlişkin İki Sorun: Belirli Grup ve Azınlık Kavramları- Haklı Nedenle Önerilen Adayın Reddi" (2021) 16(197-198) *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 225, 230-236.

yönetim kurulunda belirli düzeyde temsil hakkı tanınabilir. Örneğin ‘Şirket yönetim kurulu, 4 üyeden oluşacak olup, bu üyelerin ikisi A grubu pay sahipleri, diğer ikisi ise B grubu pay sahipleri tarafından aday gösterilen kişiler arasından seçilir.’ gibi bir esas sözleşme hükmüyle, belirli pay gruplarına temsil hakkı verilebilir. Bu şekilde yönetimde temsil hakkı tanınan paylar, TTK m. 360/2 uyarınca imtiyazlı pay sayılır.⁵

Şirkette belirli özellikleri nedeniyle ayrı bir grup oluşturan pay sahiplerinin menfaatlerinin korunması veya şirket yönetiminde etkinliğinin sağlanması amacıyla pay grubundan bağımsız olarak da yönetimde temsil hakkı tanınması mümkündür. Örneğin inşaat mühendisliği alanında faaliyet gösteren bir şirkette, inşaat mühendisi pay sahiplerine yönetim kurulunda temsil hakkı sağlanabilir.⁶

Yönetimde temsil hakkı iki şekilde tanınabilir. İlk olarak esas sözleşmede belirli pay gruplarına veya belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine yönetim kuruluna belirli sayıda üyeyi aday gösterme hakkı tanınabilir.⁷ İkinci olarak ise esas sözleşmede yönetim kurulu üyelerinin bir kısmının veya tamamının, özellik ve nitelikleri itibarıyla belirli bir grup oluşturan pay sahipleri veya belirli pay grupları arasından seçileceği öngörülebilir. Örneğin şirket esas sözleşmesinde ‘Şirket yönetim kurulunun bir üyesi, şirketin inşaat mühendisi olan pay sahipleri arasından seçilecektir’ şeklinde bir hüküm öngörülebilir. Belirli pay gruplarına yönetimde temsil hakkı tanınması bakımından uygulamada çoğunlukla ilk yöntem tercih edilmektedir.⁸

TTK m. 360/1 uyarınca yönetimde temsil hakkının verildiği durumlarda dahi yönetim kurulu üyeleri, hakkın tanındığı pay sahibi grubu⁹ tarafından değil, genel kurul tarafından seçilir. Ancak genel kurul, haklı bir sebep olmadıkça bu şekilde önerilen kişiyi yönetim kurulu üyesi olarak seçmek zorundadır.¹⁰ Genel kurulun ilgili pay sahibi grubu tarafından önerilen adayı haklı bir sebep olmaksızın reddederek başka birini yönetim kurulu üyesi olarak seçmesi halinde, hakkı ihlal edilen

- 5 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu döneminde yönetimde temsil hakkının imtiyaz sayılıp sayılmayacağı yönündeki tartışmalar için bkz. Abuzer Kendigelen, *Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz* (Beta 1999) 231-256.
- 6 TTK m. 360/1’de yönetimde temsil hakkı verilebilecek gruplar kapsamında ‘azlık’ da sayılmıştır. Ancak söz konusu hak kapsamında ‘azlık’ kavramının, ‘belirli pay grupları’ ve ‘özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahipleri’ dışında kimleri ifade ettiği konusunda bir belirsizlik bulunmaktadır. Bu konuda bkz. İsmail Kırca (FeYZan Hayal Şehirali Çelik/Çağlar Manavgat), *Anonim Şirketler Hukuku*, C. 1 (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2013) 430-432; Karamanlıoğlu (n 4) 249-261.
- 7 İmtiyazlı pay sahipleri tarafından aday gösterilecek kişinin nasıl belirleneceği konusunda bkz. Kendigelen (n 5) 261-269; Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat) (n 6) 433-435; Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi* (4. Baskı, Adalet 2022) § 35, N 229-235; Cafer Eminoğlu, ‘TTK m. 360 Hükümüne Göre Yönetim Kurulunda Temsil Edilme Hakkının Tanınabileceği Gruplar, Hakkın Hukuku Niteliği ve İcrası’ iç Murat Alışkan, Bilge Utkan Mersin ve Sinan Sarıkaya (eds), *Sermaye Şirketleri Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu* (On İki Levha 2020) 345-347; Fatih Ölmez, *Belirli Grupların Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Temsili* (On İki Levha 2021) 200-204.
- 8 Yönetimde temsil imtiyazı, uygulamada çoğunlukla belirli pay gruplarına yönetim kuruluna aday gösterme hakkı verilmesi şeklinde ortaya çıktığı için bu makale kapsamında da esas olarak yönetimde temsil imtiyazının söz konusu görünümüne odaklanılmıştır.
- 9 Makalenin bundan sonraki bölümlerinde ‘pay sahibi grubu’ kavramı, aksi metnin bağlamından anlaşılmadıkça ‘belirli pay grupları’ ile ‘özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahipleri’nin her ikisini de içerecek şekilde kullanılacaktır.
- 10 Aday gösterilen kişinin üye olarak seçiminin reddi bakımından haklı sebep sayılabilecek haller için bkz. Kendigelen (n 5) 277-280; Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat) (n 6) 436-438; Candemir Baltalı, *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunda Temsil İmtiyazı* (On İki Levha 2019) 364-368.

pay sahipleri, TTK m. 445 ve devamı uyarınca genel kurulun söz konusu atama kararının iptalini talep edebilir.¹¹

TTK m. 363/1 uyarınca bir yönetim kurulu üyeliğinin herhangi bir sebeple boşalması durumunda, yönetim kurulu, boşalan üyelik için geçici olarak bir üye seçip ilk genel kurulun onayına sunar ve bu yolla seçilen üye, onaya sunulduğu genel kurul toplantısına kadar görev yapar ve onaylanması hâlinde sefelinin süresini tamamlar. Her ne kadar hükümde açıkça belirtilmemişse de yönetim kurulunun, kooptasyon olarak adlandırılan bu üye seçme usulünde, TTK m. 360/1 uyarınca ilgili pay sahibi grubunun yönetimde temsil hakkına riayet etmesi gerekir.¹² Bu kapsamda yönetim kurulu, ilgili pay sahiplerinden aday önermesini talep ederek önerilen kişiyi yönetim kurulu üyesi olarak atamalıdır.

Öğretide, TTK m. 360/1'de öngörülen yönetimde temsil hakkına riayet etmeyen yönetim kurulu kararlarının tabi olacağı geçersizliğin türü hakkında farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir grup yazar, söz konusu yönetim kurulu kararlarının batıl olacağını iddia ederken,¹³ diğer bir grup yazar buradaki geçersizliğin türünün iptal edilebilirlik olduğunu savunmuştur.¹⁴ Kanımızca temsil hakkına riayet etmeyen yönetim kurulu kararlarının iptal edilebilirlik yaptırımına tabi tutulması, olması gereken hukuk bakımından daha uygun olsa da kanuni istisnalar dışında yönetim kurulu kararlarının iptal edilememesi sebebiyle,¹⁵ mevcut durumda TTK m. 360/1'e aykırı yönetim kurulu kararlarının iptalinin istenmesi mümkün gözükmemektedir. Bu bakımdan TTK m. 360/1 uyarınca tanınan temsil imtiyazını ihlal eden yönetim kurulu kararlarının yaptırımsız kalmasının önüne geçilmesi adına, mevcut durumda söz konusu kararların butlan yaptırımına tabi olması gerektiği görüşündeyiz.

III. YÖNETİM KURULUNDA VETO YETKİSİNİN İŞLEVLERİ

TTK m. 360/1 uyarınca yönetimde temsil hakkı, asgari düzeyde bu hakka sahip pay sahiplerinin menfaatlerinin yönetim kurulu toplantılarına yansıtılmasına imkân tanır.¹⁶ Ancak bu hak, aday gösterilecek yönetim kurulu üyelerinin sayısına ve toplantı ve karar nisaplarına bağlı olarak her zaman kurul kararlarının alınmasını doğrudan etkileme gücü vermeyebilir. Örneğin iki üyeden oluşacak bir yönetim kurulunda bir üyeyi aday gösterme hakkına sahip olan bir pay sahibi, kendisini temsilen atanan üye yoluyla yönetim kurulunun toplanmasını veya karar almasını engelleyebilir. Bu halde söz konusu pay sahibini temsilen atanmış olan üyenin olumlu oyu olmadan karar alınması

11 Birçokları yerine bkz. Kendigelen (n 5) 481-482.

12 Kendigelen (n 5) 287; Pulaşlı (n 7) § 35, N 245b; Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat) (n 6) 422-; Necla Akdağ Güney, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu* (2. Baskı, Vedat 2016) 13-14; Baltalı (n 10) 389-390; Ölmez (n 7) 251.

13 Akdağ Güney (n 12) 14; M. Özgür Falcıoğlu, 'Azınlığın Yönetim Kurulunda Temsili' iç Erol Ulusoy (edr), *Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları* (Bilge 2016) 230; Ayhan Kortunay, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Üyelerin Bilgi Edinme Hakkı* (On İki Levha 2015) 70; Hediye Bahar Sayın, *Pay Sahiplerinin Korunması Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı* (On İki Levha 2015) 322; Baltalı (n 10) 391-393; Ölmez (n 7) 253.

14 Pulaşlı (n 7) § 35 N 245b; Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat) (n 6) 422.

15 Birçokları yerine bkz. Korkut Özkorkut, *Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Kararlarının İptali* (Sermaye Piyasası Kurumu 1996) 121-127; Akdağ Güney (n 12) 266; Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat) (n 6) 522-523.

16 Yönetimde temsil imtiyazının işlevleri hakkında bkz. Kendigelen (n 5) 183-189; Baltalı (n 10) 187-192.

mümkün olmaz. Dört üyeden oluşan bir yönetim kurulunda sadece bir üyeyi aday gösterme imtiyazına sahip olunması durumunda ise yönetim kurulunun, TTK m. 390/1 uyarınca söz konusu üyenin muhalefetine rağmen karar alması mümkündür. Bu senaryoda bir üyeyi aday gösterme imtiyazı, ilgili pay sahibi grubuna yalnızca yönetim kurulu toplantılarında söz konusu üye aracılığıyla görüşlerini aktarma ve yönetimin işleyişini gözetleme imkânı sağlar.¹⁷

Pay sahipleri, şirketteki yatırımlarının sınırlı olduğu durumlarda, sadece TTK m. 360/1 uyarınca kendilerine tanınan imtiyaz çerçevesinde yönetim kurulunda görüşlerini dillendirme veya yönetimin işleyişini gözetleme gücüyle yetinebilir. Ancak pay sahipleri, şirketteki yatırımları ve pay oranları arttığı ölçüde menfaatlerini koruyabilmek adına yönetim kurulu kararlarının alınmasında belirleyici etki uygulamak isterler. Örneğin şirkete sermaye artırımı yoluyla yapmış olduğu yatırım sonucu %25 oranında pay edinen bir yatırımcı, çoğunluk pay sahibine karşı yatırımının ve menfaatlerinin korunması adına yönetim kurulu kararlarının alınması konusunda kendisine veto yetkisi tanınmasını talep edebilir. Farklı pay sahibi gruplarının şirkette birbirine yakın oranlarda pay sahibi olduğu durumlarda da bu gruplardan birinin veya hepsinin menfaatlerinin koruma altına alınması veya yönetimde etkin kılınması amacıyla onlara yönetim kurulunun karar alma sürecinde veto yetkisi tanınması gündeme gelebilir.

Veto yetkisi, tüm yönetim kurulu kararları açısından öngörülebileceği gibi önemli nitelikteki bazı kararlarla da sınırlandırılabilir. Bu şekilde veto yetkisine konu edilen kararların uygulamada en sık rastlanan örnekleri olarak; yönetim kurulu iç yönergesinin çıkarılması, üst düzey yönetimin atanması ve görevden alınması, bütçenin veya iş planının onaylanması, belirli miktarın üzerinde borç doğuran veya üçüncü kişilere hak veren sözleşmelerin yapılması, üçüncü kişiler lehine teminat verilmesi, belirli miktarda malvarlığının elden çıkarılması veya takyidata konu edilmesi sayılabilir.¹⁸

Özetle TTK m. 360/1 uyarınca tanınan yönetim kuruluna aday gösterme hakkı, belirli bir pay sahibi grubunun menfaatlerinin korunması bakımından birçok durumda yetersiz kalmakta, bu şekilde atanan üyelere yönetim kurulu kararlarının alınmasında veto yetkisi verilmesi gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Bu bakımdan veto yetkisinin, TTK m. 360/1 uyarınca tanınan yönetimde temsil yetkisinin etkinliğini arttırmaya yönelik tamamlayıcı bir işlev gördüğü söylenebilir.¹⁹

IV. VETO YETKİSİNİN TANINMA YÖNTEMLERİ

Veto yetkisi, geniş ve dar olarak iki şekilde tanımlanabilir. Dar anlamda veto yetkisi, yönetim kurulu kararlarının alınabilmesi için belirli bir üyenin toplantıya veya karara katılımının şart koşulmasını

17 Kendigelen (n 5) 185; Baltalı (n 10) 189.

18 İsmail G. Esin, *Birleşme ve Devralmalar* (2. Baskı, On İki Levha 2021) 317-318.

19 Levent Biçer ve Betül Aktaş Ertan, 'Yönetim Kurulunda Temsil Edilme İmtiyazının Dolaylı Olarak İhlal Edilmesine İlişkin Bazı Soruların Değerlendirilmesi' (2023) 27(1) *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, 23.

ifade eder. Geniş anlamda veto yetkisi ise yönetim kurulu toplantı ve karar nisaplarının sağlanmasını engelleme gücünü de içerir.²⁰

TTK m. 390/1 uyarınca esas sözleşmede aksine ağırlaştırıcı bir hüküm bulunmadığı takdirde yönetim kurulu, üye tam sayısının çoğunluğu ile toplanır ve toplantıda hazır bulunan üyelerin çoğunluğu ile karar alır. Bir pay sahibi grubunu temsilen atanan üye veya üyeler, söz konusu kanuni nisapların oluşumunu engelleme yetkisine sahip olabilir. Örneğin iki üyeli bir yönetim kurulunun bir üyesini aday gösterme yetkisine sahip olan bir pay sahibi, kanuni nisaplar gereği aday gösterdiği üye aracılığıyla tüm yönetim kurulu kararlarını veto edebilir. Bu ihtimalde geniş anlamda veto yetkisinden bahsedilebilir.

Bir pay sahibi grubunu temsilen atanan yönetim kurulu üyesi veya üyelerinin katılımı olmaksızın kanuni toplantı ve karar nisaplarının sağlanmasının mümkün olduğu durumlarda ise esas sözleşmeyle kanuni nisaplar artırılarak söz konusu üye veya üyelere geniş anlamda veto yetkisi tanınabilir.²¹ Örneğin dört üyeden oluşan bir yönetim kurulunda belirli bir pay grubunu temsilen seçilen bir üyeye veto yetkisi tanımak için yönetim kurulu kararlarının tamamının veya bir kısmının tüm üyelerin oybirliğiyle alınacağı öngörülebilir.

Veto yetkisi, öncelikle esas sözleşmeyle karar nisabının artırılması yoluyla sağlanabilir.²² Örneğin belirli bir pay sahibi grubuna yönetim kurulunun altı üyesinden üçünü aday gösterme hakkının tanındığı bir durumda, kanuni nisaplar uyarınca yönetim kurulunun en az dört üyenin katılımıyla toplanıp katılan üyelerin çoğunluğunun olumlu oyuyla karar alacağı öngörülmüş olabilir. Bu örnekte söz konusu pay sahibi grubunu temsilen atanan üyelerden birinin toplantıya katılmaması durumunda, onun tarafından aday gösterilemeyen diğer üç üyenin olumlu oyuyla kurul kararının alınması mümkün olur. Bu olasılığı önleyerek pay sahibine mutlak bir veto yetkisi tanımak adına toplantı nisabı değiştirilmeksizin kurul kararlarının tamamının veya bir kısmının toplantıya katılan üyelerin oybirliğiyle alınacağı öngörülebilir.

Veto yetkisinin tanınmasında karar nisabı ağırlaştırılmadan toplantı nisabının ağırlaştırılması yöntemi de tercih edilebilir.²³ Örneğin beş üyeden oluşan bir yönetim kurulunda iki üyeyi aday gösterme hakkına sahip olduğu bir kurguda, kurulun toplanması dört üyenin katılımı şartına bağlanırsa temsilen atanan söz konusu iki üye, toplantıya katılmayarak yönetim kurulunun karar almasını engelleyebilir.²⁴ Söz konusu üyelerden birinin toplantıya katılması halinde ise geriye kalan

20 Öğretide bazı yazarlarca, nisapların sağlanmasını engelleme gücü 'dolaylı veto', belirli bir yönetim kurulu üyesi özelinde tanınan veto yetkisi ise 'doğrudan veto' olarak adlandırılmıştır. Bkz. Biçer ve Aktaş Ertan (n 19) 21; Ali Dural, *Anonim Ortaklıklar Yönetim Kurulunun Kilitlenmesi ve Hukuki Sonuçları* (Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi 2005) 107-109.

21 Yönetim kurulu nisaplarının ağırlaştırılmasını veto yetkisi olarak kabul eden yazarlar için bkz. Biçer ve Aktaş Ertan (n 19) 21; Dural (n 20) 107-108; Hülya Coştan, 'Yönetim Kurulunun Karar Alma Usulleri, Oy Hakkı, Yetersayılar ve Toplantı Talep Hakkı' (2012) 28(3) *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 155, 180-181; Ali Murat Sevi, 'Anonim Ortaklık Organlarında Kilitlenme Hâli ve Hukukî Çözüm Yolları' iç F. Beril Özcanlı, Havva Karagöz ve Seda Palanduz (eds), *Tüzel Kişilik Perdesinden Anonim Ortaklık Sempozyumu* (On İki Levha 2021) 335.

22 Dural (n 20) 107-108.

23 ibid 108.

24 Bir yönetim kurulu üyesinin mazeretsiz bir şekilde yönetim kurulu toplantılarına katılmayarak kurulun işleyişini

üç üyenin olumlu oyuyla karar alınabilir. Bu bakımdan karar nisabının ağırlaştırılması yoluyla tanınan veto yetkisinin, toplantı nisabının ağırlaştırılması yoluyla tanınan veto yetkisine göre daha güçlü ve işlevsel olduğu söylenebilir.

Belirli bir pay sahibi grubunun menfaatlerini korumak maksadıyla yönetim kurulu nisaplarının ağırlaştırıldığı durumlarda, söz konusu pay sahibi grubunu temsilen atanan yönetim kurulu üyelerine özel bir hak veya yetki tanınmamaktadır. Ağırlaştırılmış nisaplar, diğer yönetim kurulu üyelerine de yönetim kurulunun belirli bir yönde karar almasını engelleme gücü verebilir. Bu bakımdan veto yetkisinin, sadece belirli bir pay sahibi grubunu temsilen seçilen yönetim kurulu üleriyle sınırlandırılması taraflarca tercih edilebilir. Örneğin (A), (B) ve (C) olmak üzere üç ayrı pay grubunun bulunduğu ve bu gruplardan her birinin üç üyeli yönetim kurulunda birer üyeyi aday gösterme imtiyazına sahip olduğu bir senaryoda, sadece (A) grubunu temsilen seçilen yönetim kurulu üyesine veto yetkisi tanınması istenebilir. Bu amacı sağlamak adına kanuni nisaplarda herhangi bir değişiklik yapılmaksızın yönetim kurulunun tüm veya bir kısım kararlarının alınabilmesi için (A) grubunu temsilen atanan üyenin toplantıda hazır bulunması veya olumlu yönde oy kullanması şartı getirilmesi düşünülebilir. Tarafların arzusu, bu türlü bir veto yetkisinin birden fazla pay sahibi grubu lehine tanınması yönünde de olabilir. Yukarıdaki örnekte yönetim kurulunun karar alabilmesi için (A) grubunu temsilen atanan üye yanında (B) grubunu temsil eden üyenin de toplantıda hazır bulunması veya olumlu oy vermesi şartı aranabilir.

Yönetim kurulunun karar alma sürecinde belirli yönetim kurulu üyelerine özel olarak sağlanan söz konusu yetki, dar anlamda veto yetkisini oluşturur. Dar anlamda veto yetkisi, genellikle pay sahipleri sözleşmesinde kararlaştırılır.²⁵ Ancak pay sahipleri sözleşmesi, sadece sözleşmeye taraf pay sahipleri arasında geçerli olup, şirkete karşı ileri sürülemez.²⁶ Bu nedenle pay sahipleri, çoğunlukla bu tür veto yetkilerinin esas sözleşmeye de aktarılmasını isterler. Makalenin geri kalan kısmında, asıl olarak dar anlamdaki veto yetkisi üzerinde durulacak ve bu yetkinin esas sözleşmede öngörülüp öngörülmeceği sorunu ele alınacaktır.

V. BELİRLİ YÖNETİM KURULU ÜYELERİNE TANINAN VETO YETKİSİNİN GEÇERLİLİĞİ KONUSUNDA ÖĞRETİDEKİ GÖRÜŞLER

Türk öğretisinde, yönetim kurulunun karar alma sürecinde belirli üyelere diğer üyelere göre ayrıcalıklı yetkiler verilip verilemeyeceği tartışması, esas itibariyle yönetim kurulu başkanına üstün oy hakkı tanınıp tanınmayacağı konusu üzerine yoğunlaşmıştır. 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu (6762 s. TTK) döneminde bazı yazarlar, esas sözleşmeye konulacak bir hükümlerle oylamada eşitlik olması durumunda yönetim kurulu başkanına üstün oy hakkı verilebileceğini savunmuştur.²⁷

engellemesinin söz konusu üyenin sorumluluğunu doğurabileceği konusunda bkz. Pulaşlı (n 7) § 36 N 90; Baltalı (n 10) 190.

25 Okutan Nilsson (n 2) 131-132.

26 ibid 277-279.

27 Bu konudaki tartışmalar için bkz. Yaşar Karayalçın, 'Anonim Şirket Yönetim Kurullarında Başkanın Üstün Oyu' (1970) 5(3) *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 520, 520-530.

TTK'da bu konudaki belirsizlik bütünüyle giderilmemiştir. Bununla birlikte TTK dönemindeki hâkim görüş, TTK m. 340 veya m. 390/3 çerçevesinde başkana üstün oy verilmesinin mümkün olmadığı yönündedir.²⁸

Bazı yönetim kurulu üyelerine kurul kararlarının alınması konusunda veto yetkisi tanınıp tanınmayacağı sorunu ise Türk öğretisinde yönetim kurulu başkanına üstün oy hakkı verilip verilmeyeceği konusuna göre daha sınırlı tartışılmıştır.

İmregün, detaylı bir gerekçelendirme yapmaksızın, belirli pay gruplarını temsilen seçilen yönetim kurulu üyelerinin bulunması durumunda, esas sözleşmeye konulacak bir hükümlerle söz konusu üyelerin yönetim kurulu toplantılarına veya kararlarına katılmasının şart koşulabileceğini ifade etmiştir.²⁹ *Tekinalp* de yönetim kurulu üyelerine veto yetkisi verilebileceğini tartışmaksızın kabul etmiştir.³⁰ *Altay*, belirli pay gruplarını temsilen seçilen yönetim kurulu üyelerine tanınan veto yetkisinin, 'paydan kaynaklanan' bir hak olması itibarıyla geçerli olduğunu savunmuştur.³¹ *Bıçer* ve *Aktaş Ertan* ise TTK'da yönetim kurulu üyelerine veto hakkı tanınmasını engelleyen bir düzenleme bulunmamasına ve TTK m. 390 hükmü uyarınca esas sözleşme ile toplantı ve karar yeter sayılarının artırılmasına izin verilmesine dayalı olarak TTK m. 360 uyarınca belirli bir pay sahibi grubunu temsilen atanan üyelere veto hakkı tanınabileceğini belirtmişlerdir.³²

Diğer taraftan *Moroğlu*, kapsamlı bir tartışma yapmaksızın, yönetim kurulu kararlarının alınması konusunda bir üyeye veto yetkisi verilemeyeceğini, bir üyenin olumlu oyu olmaksızın karar alınması engellenmek isteniyorsa yönetim kurulu toplantı veya karar nisabının artırılmasının gerektiğini savunmuştur.³³ *Pulaşlı*, yönetim kurulu başkanına tanınacak veto yetkisinin, yönetim kurulu başkanının oyuna üstünlük verilmesinin mümkün olmaması sebebiyle geçersiz olacağını iddia etmiştir.³⁴ *Akdağ Güney*, yönetim kurulu nisaplarında üye sayısının dikkate alınması sebebiyle, üyelere bireysel olarak bir kararı veto etme hakkının verilemeyeceğini belirtmiştir.³⁵ *Coştan* ise yönetim kurulu üyelerine tanınan veto haklarının imtiyaz niteliği taşımasının bu düzenlemelerin geçerliliğine engel teşkil ettiğini, toplantıda karar alınabilmesinin üyenin toplantıda hazır bulunması koşuluna bağlanmasının bu üyelerin mazereti nedeniyle toplantıya katılmaması veya herhangi bir

28 Ünal Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku* (5. Bası, Vedat 2020) N 12-96; Ersin Çamoğlu (Reha Poroy/Ünal Tekinalp), *Ortaklıklar Hukuku I* (14. Bası, Vedat 2019) N 533; Mehmet Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku* (16. Bası, Beta 2022) 189-190; Kurca (Şehirali Çelik/Manavgat) (n 6) 503-504; Akdağ Güney (n 12) 80; Coştan (n 21) 182-183. *Pulaşlı* ise daha önce yönetim kurulu başkanına üstün oy hakkı verilebileceğini savunmuşsa da bu konudaki görüşünü değiştirerek hâkim görüşe katılmıştır. *Pulaşlı* (n 7) § 36 N 125, 126.

29 Oğuz İmregün, 'Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Toplantı ve Karar Yetersayıları ve Yönetim Kurulu Kararlarına Karşı Başvuru Yolları' iç *Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı*, C. I (Beta 2001) 285, 288. *İmregün*'ün bu görüşünü 6762 s. TTK döneminde dile getirdiğini belirtmek gerekir. TTK m. 340 karşısında yazarın aynı görüşü TTK döneminde savunup savunmayacağını tahmin etmek güçtür.

30 Tekinalp (n 28) N 9-49, 9-67, 9-76, 14-13b, 14-14a.

31 Altay (n 1) 498.

32 Bıçer ve Aktaş Ertan (n 19) 20.

33 Erdoğan Moroğlu, *Hukuki Mütalâalar* (Vedat 2007) 246-247.

34 Pulaşlı (n 7) § 42 N 518c.

35 Akdağ Güney (n 12) 253.

nedenle üyelikten ayrılmaları halinde yönetim kurulunun karar alamaması sonucuna yol açacağını, bu durumun da yönetim kurulunun işleyişi ile bağdaşmayacağını ileri sürmüştür.³⁶

Karasu, veto yetkisi ile üstün oy hakkını eşit tutmuş ve TTK m. 390'da yapılacak bir değişiklikle, bir üyeye veya toplantı başkanına birden fazla oy hakkı veya veto yetkisi tanıyan esas sözleşme hükümlerinin öngörülmesine izin verilmesi gerektiğini savunmuştur.³⁷

Dural ise 6762 s. TTK döneminde kaleme aldığı eserinde, yönetim kurulunun toplanmasını bir pay sahibi grubunu temsilen atanan üyenin hazır bulunması şartına tabi kılan esas sözleşme hükümlerini geçerli kabul ederken, yönetim kurulu kararlarını bir grubu temsilen atan üyenin onayına tabi kılınmasının, çoğunluk ilkesine aykırı olması ve söz konusu üyeye birden fazla oy hakkı vermesi sebebiyle geçersiz olduğunu iddia etmiştir.³⁸

VI. DEĞERLENDİRMELERİMİZ

A. TTK M. 340 YÖNÜNDEN VETO YETKİSİNİN GEÇERLİLİĞİ

TTK m. 340 c. 1 uyarınca '*Esas sözleşme, bu Kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak Kanunda buna açıkça izin verilmişse sapabilir.*' Bu kapsamda TTK'da özel olarak düzenlenen hususlarda, esas sözleşmede TTK'dan farklı bir düzenleme getirilebilmesi için ilgili TTK hükümlerinin buna açıkça izin vermesi gereklidir. 'Açıkça izin verilmesi' şartının nasıl anlaşılması gerektiği, TTK m. 340'ın gerekçesinde şöyle ifade edilmiştir: '*Hükümdeki "kanunda açıkça izin verilmişse" ibaresi, maddenin lafzından "sapabilme" imkânının açıkça anlaşılmadığı durumlarda, amaca uygun düşen, metodoloji öğretisine aykırı olmayan, tatmin edici gerekçelere dayanan, sonuçları adil olan ve menfaatler dengesini gözetilen bir yorumla "sapabilme"nin haklılık kazandığı varsayımları da kapsamaktadır.*' Bu gerekçe çerçevesinde, TTK hükümlerinden sapılabilmesi için mutlaka ilgili hükümde sapmaya izin veren bir ifadenin bulunması gerekli olmayıp, yorum yoluyla sapmaya izin verildiği sonucuna varılması mümkündür.³⁹ Bununla birlikte öğretilerde bir görüş, maddenin lafzına bağlı kalınması gerektiğini savunarak, şekli bir incelemeyle sapmaya 'açıkça' izin verildiğinin anlaşılmadığı durumlarda, amaçsal yorum yoluyla sapmanın mümkün kılınamayacağını belirtmiştir.⁴⁰ Öğretilerdeki bir diğer görüş ise TTK m. 340'ın amacıyla çelişen ve bağlayıcı olmayan gerekçesine dayanmanın doğru olmayacağını, açıkça sapmanın kural olarak ilgili hükmün lafzına göre belirlenmesi gerektiğini, ancak istisnai durumlarda hükmün amacına göre de hareket edilebileceğini ileri sürmüştür.⁴¹ Kanımızca

36 Coştan (n 21) 184.

37 Rauf Karasu, *Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi* (Yetkin 2015) 168.

38 Dural (n 20) 118-119.

39 Pulaşlı (n 7) § 28 N 28; Karasu (n 37) 50-52; Oruç Hami Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı* (5. Bası, Seçkin Yayınları 2022) 309.

40 Feyzan Hayal Şeharlı Çelik (İsmail Kırcı/Çağlar Manavgat), *Anonim Şirketler Hukuku*, C. 1 (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2013) 159-164. *Bahtiyar*, hüküm gerekçesi ile lafzının çeliştiğini belirterek gerekçeyi eleştirmiştir. Mehmet Bahtiyar, 'Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Dili ile Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi' (2005) 18(61) *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 47, 71-72;

41 Cem Veziroğlu, *Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşme Özgürlüğü ve Sınırları* (On İki Levha 2021) 382-395.

TTK'daki hükümlerin ifade ediliş tarzında genel bir tutarlılığın bulunmadığı da dikkate alındığında, sapma konusunda açık iznin sadece ilgili hükmün lafzına bakılarak belirlenmesi her zaman mümkün olmayabilir veya lafza dayalı dar ve sert bir yorum, hükmün amacına aykırı sonuçlara neden olabilir. Bu nedenle bazı hükümler özelinde sapmaya izin verilip verilmediğinin belirlenmesinde, hükmün amacının dikkate alınmasının kaçınılmaz olduğu kanısındayız.

Öğretide, TTK hükümlerinden sapmayıp onları tamamlayıcı bir işlev gören hükümlerin esas sözleşmeye konulabileceği konusunda ise daha geniş bir uzlaşma söz konusudur.⁴² Tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri, TTK'nın suskun kaldığı bir konuyu düzenleyen veya TTK'da yer alan bir hükmü ondan sapmaksızın somutlaştıran hükümlerdir.⁴³ Örneğin yönetim kurulu üyesi seçilebilmek için -TTK m. 359'da aranan tam ehliyetli olma şartı yanında- vatandaşlık, pay sahipliği, öğrenim gibi ek şartlar getiren esas sözleşme hükümleri, tamamlayıcı hüküm olarak kabul edilmektedir.⁴⁴

Belirli bir pay grubuna temsilen atanan yönetim kurulu üyelerine veto yetkisi tanınıp tanınmayacağı da TTK m. 340'ın uygulanmasına ilişkin söz konusu ilkeler çerçevesinde değerlendirilmelidir.

1. Veto Yetkisinin Nisapların Ağırlandırılması Kapsamında Değerlendirilmesi

Belirli yönetim kurulu üyelerine veto yetkisi tanınması konusunda, TTK m. 390 veya TTK'nın diğer bir maddesinde açık bir düzenleme mevcut değildir.⁴⁵ TTK m. 390/1'de esas sözleşmede aksine ağırlandırıcı bir hüküm bulunmadıkça yönetim kurulunun, üye tam sayısının çoğunluğu ile toplanıp toplantıda hazır bulunan üyelerin çoğunluğu ile karar alacağı öngörülmüştür. Söz konusu genel nisaplarda, üyeler arasında bir ayrıma gitmeden üye sayısı temel alındığı dikkate alındığında, nisaplar için aranan üye sayısında bir değişiklik yaratılmadan bazı yönetim kurulu üyelerinin toplantıya veya karara katılımının aranmasının, tamamlayıcı bir hüküm olmanın ötesinde hükümden sapma niteliğinde görülmesi mümkündür.⁴⁶ Bu noktada tartışılması gereken husus, hükümde geçen *esas sözleşmede aksine ağırlandırıcı bir hüküm bulunmadığı takdirde* ifadesinin, söz konusu şekildeki bir sapmaya izin verip vermediğidir.

42 Bkz. Karasu (n 37) 60-63; Şehirli Çelik (n 40) 164-168; Veziroğlu (n 41) 396-417.

43 Karasu (n 37) 60; Şehirli Çelik (n 40) 165; Veziroğlu (n 41) 396-397.

44 Şehirli Çelik (n 40) 167; Veziroğlu (n 41) 405-406.

45 TTK m. 390'ın gerekçesinde, şirkete büyük bir kredi veren banka gibi üçüncü bir kişiye yönetim kurulu kararlarında veto hakkı tanınmasının, temel haklar düzenine ve organsal yapıya aykırı olduğu belirtilmiştir. Gerekçe, yönetim kurulu üyelerinden birine veto yetkisi tanınıp tanınmayacağı konusunda ise sessiz kalmıştır.

46 *Veziroğlu*, genel kurul toplantılarında belirli bir pay sahibi grubuna tanınan veto yetkisinin kanunda açıkça düzenlenmemesinden hareketle, bu konuda esas sözleşmede tamamlayıcı bir hüküm öngörülebileceğini, ancak bu şekilde tanınacak veto yetkisinin, TTK'nın öngördüğü oy hakkı ve nisaplara dair temelleri ve imtiyaz sistemini bozmayacak şekilde düzenlenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Yazar, bu kapsamda veto yetkisinin, TTK m. 479/2'deki oyda imtiyaz sınırına uyulması şartıyla öngörülebileceğini ifade etmiştir. *Veziroğlu* (n 41) 408-417. TTK m. 418'de genel kurulun toplantı ve karar nisaplarının özel olarak belirlendiği dikkate alındığında, bu nisapları yetersiz kılacak şekilde bir pay sahibi grubuna veto yetkisi verilmesinin, söz konusu TTK hükmünü tamamlamaktan ziyade, ondan saptığını düşünmekteyiz. Bu görüşümüz, yönetim kurulu kararları konusunda getirilen veto yetkileri açısından evleyletme geçerlidir.

Veto yetkisi, yönetim kurulu başkanına veya diğer bir üyeye kurul kararlarında üstün oy hakkı verilmesinden farklıdır. Üstün oy hakkı, eşitlik halinde söz konusu hakkın verildiği üyenin görüşü yönünde karar alınmasını sağlar, yani kararın alınması yönünde olumlu bir etkide bulunur. Bu olumlu etki, TTK m. 390/1'de öngörülen nisapların mevcut olmamasına rağmen karar alınmasına yol açabileceği için nisapların sadece ağırlaştırılmasına izin veren TTK m. 390/1'e ve dolayısıyla TTK m. 340'a açık bir aykırılık oluşturur. Buna karşılık veto yetkisi, yönetim kurulunun toplanabilmesi veya karar alabilmesi için TTK m. 390/1'de öngörülen nisapların sağlanmasının yanında, veto yetkisine sahip üyenin olumlu oyunun bulunmasını gerekli kılar. Bu bakımdan veto yetkisi, yönetim kurulunun toplanıp karar almasını zorlaştırıcı bir etki gösterir.⁴⁷

TTK m. 390/1'de esas sözleşme ile kanuni toplantı ve karar nisaplarının aksine 'ağırlaştırıcı bir hüküm' öngörülmesine izin verilmiş, bu kapsamda nisapların ağırlaştırılması yöntemi, nisaplar için gerekli üye sayısının artırılması ile sınırlı tutulmamıştır. Buradan hareketle veto yetkisi yoluyla yönetim kurulu toplantı veya karar nisaplarının ağırlaştırılmasının da 'ağırlaştırıcı hüküm' kavramının kapsamına girdiği söylenebilir.⁴⁸

Sonuç itibarıyla TTK m. 390/1 ile sınırlı bir değerlendirme yapıldığında, belirli yönetim kurulu üyelerine veto yetkisi tanınabileceğini söylemek mümkündür. Ancak yönetim kurulu üyeleri arasında ayırım yapan böyle bir düzenlemenin geçerliliğinin, ayrıca yönetim kurulu üyeleri arasındaki eşitlik ilkesi yönünden değerlendirilmesi gereklidir.

2. Yönetim Kurulu Üyeleri Arasındaki Eşitlik İlkesi Bakımından Değerlendirmeler

Yönetim kurulu üyeleri, kural olarak bu sıfatlarından kaynaklı olarak eşit hak ve yükümlülüklerle sahiptirler.⁴⁹ TTK m. 367 ve m. 370/2 uyarınca yönetim veya temsil yetkisinin bazı yönetim kurulu üyelerine devredilmesi halinde, üyeler arasında görev ve sorumluluk bakımından bir farklılaşma olacağı söylenebilir. Ancak bu farklılaşma, yönetim ve temsile ilişkin bir iş bölümü yapılmasıyla ilgili olup, üyeler arasında üyelik sıfatından kaynaklanan yetki ve yükümlülükler konusunda bir ayrışmayı ifade etmez.⁵⁰ Yönetim ve temsil yetkisinin, yönetim kurulu üyesi olmayan üçüncü kişilere devredilebilmesi de bu görüşü destekler niteliktedir. Bu çerçevede TTK'da öngörülen istisnalar

47 *Dural*, yönetim kurulu kararlarının alınması konusunda bir üyeye veto yetkisi tanınmasını, bir üyeye birden fazla oy hakkı verilmesi ile eş değer tutmuştur. *Dural* (n 20) 118-119.

48 *Biçer ve Aktaş Ertan*, TTK m. 390'da toplantı ve karar nisaplarının ağırlaştırılmasına izin verilmesini, yönetim kurulu üyelerine veto yetkisi tanınabileceği yönündeki görüşlerine dayanak olarak sunmuşlardır. *Biçer ve Aktaş Ertan* (n 19) 20-21. *Kendigelen* de kanunda genel kurul nisaplarının ağırlaştırılabileceğinin kabul edilmesinden hareketle, bazı genel kurul kararlarının alınmasının esas sözleşme ile belirli bir pay grubunun onayına bağlanabileceğini savunmuştur. *Kendigelen* (n 5) 302. Aynı yaklaşımın, yönetim kurulu kararlarına ilişkin öngörülen veto yetkisi bakımından da benimsenmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Dural ise esas sözleşmenin veto imkânı tanıyan hükümlerinin (esasen toplantı konusunda tanınan veto yetkisinin) nisaplarla ilgili olmadığını, kararın geçerli olabilmesi için aranacak bir geçerlilik şartı olduğunu iddia etmiştir. Diğer yandan yazar, yönetim kurulu kararlarının alınması konusunda tanınan veto yetkisinin birden fazla oy hakkı bahşettiği için geçersiz olduğunu savunmuştur. *Dural* (n 20) 117-119.

49 *Akdağ Güney* (n 12) 169; *Kortunay* (n 13) 189.

50 *Kortunay* (n 13) 229.

dışında⁵¹ belirli bir yönetim kurulu üyesine imtiyaz veya üstünlük tanınmasının, TTK m. 340'a aykırı olduğu, bu nedenle de geçersiz sayılması gerektiği ileri sürülebilir. Bu görüş uyarınca belirli üyelere yönetim kurulunun karar alma sürecinde veto hakkı tanınması da şahsa tanınmış bir imtiyaz olarak görülüp TTK m. 340'a aykırı sayılabilir.⁵² Ancak bahsedilen görüşün, sadece yönetim kurulu başkanına veya şahsen belirlenmiş yönetim kurulu üyelerine karar alma sürecinde veto yetkisi tanınması bakımından kabul edilebilir olduğu kanısındayız.⁵³ Belirli pay sahibi gruplarınca TTK m. 360/1 uyarınca aday gösterilerek seçilen yönetim kurulu üyelerine veto hakkı tanınması bakımından ise daha geniş bir değerlendirmenin yapılması gereklidir. Bu değerlendirmede, özellikle yönetim kurulu üyesine tanınan veto hakkının, TTK m. 360/1 uyarınca belirli bir pay grubuna tanınmış imtiyazın bir parçası sayılıp sayılmayacağı sorusuna cevap aranmalıdır.

TTK m. 360/1 uyarınca belirli bir pay sahibi grubu tarafından aday gösterilen kişileri yönetim kurulu üyesi olarak seçme yetkisi de genel kurula ait olup, bu kişiler üye seçilmeleriyle birlikte diğer yönetim kurulu üyeleriyle aynı statüye sahip olurlar.⁵⁴ Bu kapsamda belirli pay sahibi gruplarını temsilen seçilen yönetim kurulu üyeleri de diğer üyeler gibi TTK m. 368 uyarınca şirketin menfaatlerini dürüstlük kuralına uygun olarak gözetmekle yükümlüdürler. Diğer yandan, TTK m. 360/1'de açıkça yönetimde temsil imtiyazının öngörülmesi, belirli pay sahibi gruplarının çıkarlarının yönetimde korunmasının, kanun koyucu tarafından anonim şirket yönetim kurulunun genel yapısıyla uyumlu kabul edildiğini göstermektedir. Ayrıca şirket ile bir çıkar çatışması olduğu durumlarda şirketin çıkarlarını korumak kaydıyla, belirli pay gruplarını temsilen atanan üyelerin, temsil ettikleri grupların çıkarlarını önceleyerek hareket etmeleri mümkündür.⁵⁵ Buradan hareketle TTK m. 360/1 uyarınca sağlanan temsil hakkının etkin bir şekilde kullanılabilmesi için esas sözleşmeyle ilgili pay sahibi grubunu temsilen atanan üyelere tanınan veto yetkisinin, söz konusu üyelerin kendisine değil, temsil edilen pay sahibi grubuna tanınan bir hak olarak kabul edilmesi gerektiği, bu nedenle de TTK m. 360/1'in şemsiyesi altına girdiği ve TTK m. 340'a uygun olduğu kanısındayız.⁵⁶

51 Yönetim kurulu üyeleri arasındaki eşitliğin kanunda öngörülen en önemli istisnasını, yönetim kurulu başkanına verilen yetkiler oluşturur. Yönetim kurulu başkanının, özellikle toplantıya çağrı ve bilgi alma hakkının kullanımına ilişkin yetkileri sebebiyle, diğer yönetim kurulu üyelerine göre daha ayrıcalıklı konumda olduğu ileri sürülebilir. Ancak bu ayrıcalıklı konum, çok sınırlı konulara ilişkin olduğu için buradan hareketle yönetim kurulu başkanının diğer üyelerden genel bir üstünlüğünün bulunduğu sonucuna varılamaz. Bkz. Sami Kocabıyık, 'Anonim Şirket ile Yönetim Kurulu Üyeleri Arasındaki İş Sözleşmelerinin Geçerliliği ve Hukuki Sorunlar' (2019) 17(200) *Legal Hukuk Dergisi* 3413, 3438.

52 Bu yönde bkz. Kortunay (n 13) 189.

53 Bu yönde bkz. Biçer ve Aktaş Ertan (n 19) 21-22.

54 Birçokları yerine bkz. Kendigelen (n 5) 288.

55 Kendigelen (n 5) 288-289; Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat) (n 6) 438.

56 Bu yönde bkz. Altay (n 1) 498. Biçer ve Aktaş Ertan, TTK m. 360 uyarınca belirli bir pay grubunu temsilen atanan üyelere tanınan veto hakkının, TTK m. 360'da düzenlenen yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazına, yetersayı ile ilgili unsurun eklenmesi sonucunda meydana getirilen bütünsel bir imtiyaz olarak geçerli kabul edilmesi gerektiğini ifade etmişlerdir. Biçer ve Aktaş Ertan (n 19) 22-23. *Karayalçın* da esas sözleşmeyle açıkça veto yetkisi tanınmadığı bir örnekte, yönetim kurulunun karar alma sürecinde temsil imtiyazının korunması gerektiğini ifade ederek veto yetkisi ile temsil imtiyazını birbirine bağlamıştır. Yaşar Karayalçın, *Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler - Hukuki Mütalâalar (1988-1991) IV* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1992) 104-105. Yazarın görüşünün değerlendirilmesi hakkında ayrıca bkz. Bölüm VI/B/2.

Özetle her ne kadar belirli yönetim kurulu üyelerine özel olarak veto yetkisi verilmesi, üyeye verilmiş bir imtiyaz olarak TTK m. 340'a aykırı olarak algılanabilse de söz konusu veto yetkisinin, belirli pay sahibi gruplarını temsilen seçilen üyelere tanındığı durumlarda, TTK m. 360/1'in kapsamına girdiğini, dolayısıyla da TTK m. 340'a aykırılık taşımadığını kabul etmek gerekir.

3. Amaçsal Değerlendirme

Yukarıda ifade edildiği üzere belirli pay sahibi gruplarını temsilen atanan yönetim kurulu üyelerine veto yetkisinin tanınmasının amacı, farklı pay sahibi grupları arasında güç dengesinin kurulması veya korunmasıdır.⁵⁷ Tarafların bu amaca yönetim kurulu toplantı veya karar nisaplarını artırıp geniş anlamda veto yetkisi yaratarak ulaşabileceği de yukarıda ifade edilmiştir.⁵⁸ Belirli pay sahibi gruplarını temsilen atanan üyelere özel veto yetkisi verilmesinin TTK m. 390/1 anlamında nisapların ağırlaştırılması kavramına dâhil olmadığı kabul edilse dahi bu yöntem de nisapların ağırlaştırılmasıyla aynı etkiyi doğurmaktadır.⁵⁹ TTK m. 360/1'de öngörülen yönetimde temsil imtiyazı da dikkate alındığında, söz konusu şekilde veto yetkisi tanınmasının TTK'nın genel ruhuyla uyumlu olduğu söylenebilir.

Öğretide, yönetim kurulu toplantı ve karar nisaplarının tüm kararlar için artırılmasının, yönetim kurulunun esas sözleşme veya iç yönerge vasıtasıyla görevlerini yerine getirmesini tehlikeye düşüreceği, bu nedenle ağırlaştırılmış nisapların ve veto yetkilerinin ancak önemli kararlar için öngörülebileceği ifade edilmiştir.⁶⁰ Ancak TTK m. 390/1'de toplantı ve karar nisaplarının ağırlaştırılması bakımından bir sınır getirilmemesi sebebiyle, bu görüşe katılmamaktayız. Farklı pay sahibi grupları, aralarında güç dengesi tesis etmek için yönetim kurulunun uzlaşısı içerisinde hareket etmesini zorunlu kılmak konusunda anlaşabilirler. Yönetim kurulunun etkin bir şekilde çalışamayacağı gerekçe gösterilerek söz konusu meşru amaca ulaşılması engellenmemelidir. Ayrıca yönetim kurulunun kilitlenmesi, sadece nisapların ağırlaştırıldığı veya dar anlamda veto yetkisinin tanındığı durumlara özgü değildir.⁶¹ İki üyeden oluşan bir yönetim kurulunda tüm kararların, iki yönetim kurulu üyesinin olumlu oyuyla alınması zorunludur. Yine dört üyeli bir yönetim kurulunda iki üyenin TTK m. 360/1 uyarınca belirli bir pay sahibi grubu tarafından aday gösterildiği bir durumda, nisaplar ağırlaştırılmasa ve veto yetkisi tanınmasa dahi söz konusu pay sahibi grubunun, yönetim kurulunun işleyişini engelleme gücü olacaktır.

Her halükârda sadece belirli üyelere veto yetkisi verilmesi, tüm üyelerin veto yetkisine sahip olmasına yola açabilecek olan nisapların ağırlaştırılması seçeneğine göre yönetim kurulunun işleyişini daha az zorlaştıracaktır. Örneğin (A), (B) ve (C) pay gruplarının bulunduğu bir şirkette (A) grubu paylara üç üyeden oluşan yönetim kurulunda bir üyeyi aday gösterme hakkı tanınması ve bu üyeye ayrıca veto yetkisi verilmesi durumunda, yönetim kurulu, söz konusu üye ile diğer iki üyeden birinin katılımıyla

57 Bkz. Bölüm III.

58 Bkz. Bölüm IV.

59 Altay (n 1) 498.

60 Coştan (n 21) 181-182.

61 Bu yönde bkz. Biçer ve Aktaş Ertan (n 19) dn. 38.

karar alabilecektir. Buna karşılık (A) grubu pay sahiplerinin yönetim kurulunda belirleyici bir etkiye sahip olma talebi karşısında karar nisabının oybirliğine yükseltilmesi durumunda, yönetim kurulu, her durumda üç üyenin olumlu oyuyla karar alabilecektir. Bu ikinci senaryoda, yönetim kurulunun karar almasının daha zorlaşacağı açıktır.

Söz konusu nedenlerle yönetim kurulunun işleyişinin zarar göreceği gerekçesiyle belirli bir üyeye tanınan veto yetkisinin geçersizliğinin ileri sürülemeyeceği kanaatindeyiz.

Sonuç itibarıyla TTK m. 360/1 de dikkate alındığında, pay sahiplerinin iradesi sadece belirli bir pay sahibi grubunu temsilen atanan üyelere veto yetkisi tanınması yönünde iken, onları diğer üyelere de veto yetkisi verilmesine yol açacak şekilde yönetim kurulu nisaplarını arttırma seçeneğine yönlendirilmesinin, hukuksal ve iktisadi bakımdan geçerli bir temelini bulunmadığı kanısındayız.

B. VETO YETKİSİNİN DOĞURABİLECEĞİ SORUNLAR VE BUNLARIN ÇÖZÜMÜ

Esas sözleşmeyle belirli pay sahibi gruplarını temsilen seçilen yönetim kurulu üyelerine veto yetkisi tanınması, hukuken geçerli olsa da uygulamada çözülmesi gereken bazı hukuki sorunlar yaratabilir. Bu sorunlar, asıl olarak yönetim kurulunda, veto yetkisi tanınan pay sahibi grubunu temsilen bir üyenin bulunmadığı durumlarda ortaya çıkabilir. Öncelikle genel kurul, ilgili pay sahibi grubunu temsilen bir üyeyi atamamış olabilir. Bunun yanında TTK m. 360/1 uyarınca atanan veto yetkisine sahip kişinin üyeliği; ölüm, kısıtlılık veya istifa gibi bir sebeple sona ermiş olabilir. Her iki halde de veto yetkisine sahip üyenin yokluğunun, yönetim kurulunun karar alma sürecine etkisinin incelenmesi gerekir.

1. İlgili Pay Sahibi Grubunu Temsilen Bir Üyenin Atanmamış Olması

TTK m. 360/1 uyarınca temsil imtiyazı tanınan bir pay sahibi grubunu temsilen bir üyenin genel kurulca seçilmemesi iki şekilde söz konusu olabilir. Öncelikle temsil hakkına sahip pay sahibi grubu, yönetim kurulu üyeliği için herhangi bir aday önermemiş olabilir.⁶² İkinci olarak ise pay sahibi grubu tarafından önerilen aday, genel kurul tarafından seçilmemiş olabilir. Genel kurulun önerilen adayı haklı bir sebebe dayalı olarak reddetmesi halinde, aynı pay sahibi grubuna yeni bir aday önerme hakkı verilmesinin gerekip gerekmediği öğretide tartışmalıdır.⁶³ Bizim de katıldığımız görüş uyarınca bu ihtimalde, ilgili pay sahibi grubuna toplantının ertelenmesine yol açmayacak şekilde aynı toplantıda yeni bir aday gösterme hakkı verilmeli, eğer bu hak kullanılmazsa genel kurul, üye seçimini serbestçe yapabilmelidir.⁶⁴ Genel kurulun haklı bir sebep olmaksızın önerilen aday yerine başka birini üye olarak ataması ise TTK m. 445 ve devamı maddeleri uyarınca iptal edilebilecektir.⁶⁵

62 Usulüne uygun çağrıya rağmen seçimin yapılacağı genel kurul toplantısına gelmemek veya usulüne uygun bir çağrı yapılmamakla birlikte söz konusu genel kurula katılıp herhangi bir itiraz ileri sürmemek de aday önerme hakkından en azından o seçim için vazgeçildiği anlamına gelir. Bkz. Kendigelen (n 5) 269.

63 Bu konudaki tartışmalar için bkz. Karamanlıoğlu (n 4) 270-271.

64 Kendigelen (n 5) 280; Baltalı (n 10) 367-368; Ölmez (n 7) 237.

65 Bkz. Bölüm II.

TTK m. 360/1 uyarınca temsil imtiyazı bulunan pay sahibi grubunun üyelik için aday göstermemesi veya aday gösterdiği kişinin seçiminin genel kurulca haklı sebeple reddedilmesi hallerinde, gösterilen adayın seçilmemesi pay sahibi grubunun kendisinden kaynaklanmaktadır. Bu hallerde, veto yetkisine sahip bir üyenin atanmamasının olumsuz sonuçlarını, söz konusu pay sahibi grubunun üzerinde bırakmak gerekir. Bu iki senaryoda yönetim kurulunun toplantı ve karar nisapları, söz konusu veto hakkı yokmuş gibi hesaplanmalıdır. Örneğin (A), (B) ve (C) pay gruplarının bulunduğu bir şirkette, (A) grubu pay sahiplerine üç üyeden oluşan yönetim kurulunda bir üyeyi aday gösterme hakkı tanınmış ve bu üyeye ayrıca veto yetkisi verilmiş ise (A) grubu pay sahiplerinin bir aday önermemesi veya önerdikleri adayın haklı sebeple seçilmemesi halinde, yönetim kurulunun TTK m. 390/1 uyarınca herhangi iki üyeye toplanıp karar alabileceği sonucuna varmak gerekir. Aksi bir yaklaşımda, (A) grubu pay sahipleri tarafından aday gösterilen bir üyenin bulunmaması, yönetim kurulunun işleyişinin bozulmasına sebebiyet verecektir ki bu durum, TTK m. 360/1'de tanınan temsil imtiyazının kapsamını ve amacını aşacaktır.

TTK m. 360/1 uyarınca ilgili pay sahipleri tarafından gösterilen adayın haklı bir sebep olmaksızın reddi halinde ise daha farklı bir yaklaşım benimsemek gerekir. Bu halde aday gösterilen kişi yerine yapılan atama hukuka aykırı olduğu için söz konusu pay sahibi grubunun temsil hakkının korunması adına veto yetkisinin etkisiz kılınmaması gerekir. Yukarıdaki örnekte (A) grubu pay sahipleri tarafından gösterilen adayın yerine haksız şekilde başka birinin üye seçilmesi halinde, bu üye dışındaki diğer iki üye, karar lehine oy kullansa dahi söz konusu kararın geçersiz olduğu kabul edilmelidir. Bununla birlikte TTK m. 445 uyarınca üç ay içerisinde ilgili genel kurul kararının iptali talep edilmezse artık ilgili pay sahibi grubu tarafından aday gösterilen kişinin yerine seçilen kişinin üyeliğinin hukuka aykırılığı iddia edilemeyecektir.⁶⁶ Bu durumda aday gösterilmemesi veya gösterilen adayın haklı sebeple seçilmemesi senaryolarında olduğu gibi yönetim kurulu nisaplarının değerlendirilmesinde veto yetkisinin göz ardı edilmesi gerekir.

2. İlgili Pay Sahibi Grubunu Temsilen Atanan Kişinin Üyeliğinin Boşalması

İlgili pay sahibi grubunu temsilen veto yetkisine sahip bir yönetim kurulu üyesi seçildikten sonra söz konusu kişinin üyeliği; ölüm, istifa veya üyelik için gerekli niteliklerden birini kaybı gibi sebeplerle sona erebilir. Bu ihtimalde üyeliği sona eren üyenin veto yetkisinin, yönetim kurulunun karar alma sürecinde hesaba katılıp katılmayacağı sorusu ortaya çıkacaktır. Bu soru cevaplanırken, yine yönetim kurulu üyesine veto yetkisinin tanınmasının amacından hareket etmek gerekir. Yukarıda da ifade edildiği üzere bu yetki, esas olarak farklı pay sahibi grupları arasında güç dengesinin sağlanmasını ve korumasını amaçlar. Veto yetkisine sahip üyenin üyeliğinin sona ermesi üzerine nisapların böyle bir veto yetkisi yokmuş gibi hesaplanması, söz konusu üyeyi aday gösteren pay sahibi grubunun yönetim kurulu karar sürecinde belirleyici etki uygulama gücünü ortadan kaldıracaktır, bu da tarafların başta kurmuş olduğu güç dengesini bozacaktır. Bu nedenle üyeliği sona eren üyenin olumlu oyu olmaksızın karar alınması mümkün değilse yönetim kurulunun karar alamayacağının kabulü gerekir.

66 TTK m. 445'te öngörülen üç aylık sürenin hak düşürücü süre olduğu yönünde bkz. Erdoğan Moroğlu, *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü* (9. Baskı, On İki Levha 2020) 296-297.

Yine yukarıdaki bölümde verilen örnekle açıklamak gerekirse esas sözleşmede (A) grubu paylara üç üyeden oluşan yönetim kurulunda bir üyeyi aday gösterme hakkı tanınmış ve yönetim kurulu kararları için bu şekilde aday gösterilerek seçilen üyenin olumlu oyunun bulunması şartı getirilmiş ise bu üyenin ölmesi halinde, diğer iki üyenin olumlu oyu, yönetim kurulunun karar alabilmesi için yeterli olmayacaktır. Diğer bir deyişle bu örnekte yönetim kurulu, (A) grubu pay sahiplerini temsilen atanmış üyenin ölümü sonrasında karar alma kabiliyetini kaybedecektir.

Karayalçın, şirket esas sözleşmesiyle yedi kişiden oluşacak yönetim kurulunda dört üyenin (C) grubu pay sahiplerini temsil edecek şekilde genel kurul tarafından seçilmesinin öngörüldüğü bir kurguda, esas sözleşme ile yönetim kurulu nisaplarında bir değişiklik yapılmış olmasa dahi üye sayısı yediden beşe düşen yönetim kurulunda (C) grubu pay sahipleri dört üye ile temsil edilmiyorsa yönetim kurulunun toplanıp karar alamayacağını iddia etmiştir.⁶⁷ Görüldüğü üzere yazar, esas sözleşmede özel olarak veto yetkisi tanınmış olmasa dahi bir pay sahibi grubunu temsilen atanan üyelerin üyeliğinin boşalması sebebiyle söz konusu pay sahibi grubunun kurul kararlarını etkileme gücünü kaybetmesi halinde, yönetim kurulunun karar alamayacağını savunmuştur. Yazarın bu görüşüne katılamamaktayız. Esas sözleşmede açıkça veto yetkisinin verilmediği durumlarda, yönetim kurulunun toplantı ve karar nisapları sağlanıyorsa belirli bir pay sahibi grubunu temsilen seçilen üyelerin katılımı, kararın alınması için zorunlu tutulamaz.

Öğretide de kabul edildiği üzere TTK m. 363 uyarınca kooptasyon yönetimiyle boşalan üyeliğin doldurulması için de kanunda (veya esas sözleşmede) öngörülen nisapların sağlanması gereklidir.⁶⁸ Bu nedenle yönetim kurulunun, üyeliği sona eren veto yetkisine sahip üyenin yerini, TTK m. 363 uyarınca doldurması da mümkün olmayacaktır. *Karayalçın*, yönetimde temsil imtiyazına sahip ilgili pay sahibi grubunun onay vermesi halinde, imtiyazın ihlali söz konusu olmayacağı için yönetim kurulunun, kooptasyon yöntemiyle boşalan üyelikleri doldurabileceğini iddia etmiştir.⁶⁹ Kanımızca yönetim kurulunun karar alma yeterliliği belirlenirken doğrudan belirli bir pay sahibi grubunun iradesine göre hareket edilmesi, anonim şirketin organsal yapısına aykırılık teşkil eder. Bu nedenle bahsedilen durumda, boşalan üyeliğin genel kurul tarafından doldurulması gerektiği fikrindeyiz.

Bir pay sahibi grubunu temsilen birden fazla üyenin atandığı durumlarda, bu üyeliklerden birinin boşalması her zaman yönetim kurulunun karar almasını engellemez. Örneğin (A) grubu payların altı üyeli bir yönetim kurulunda iki üyeyi aday gösterme hakkına sahip olduğu ve yönetim kurulunun karar alabilmesi için (A) grubu payları temsilen atanan en az bir üyenin olumlu oyunun gerekli olduğu bir kurguda, (A) grubu pay sahiplerini temsilen atanan üyelerden birinin üyeliğinin boşalması, yönetim kurulunun karar almasını engellemeyecektir. Bu kurguda, yönetim kurulu, boşalan üyeliği (A) grubu pay sahipleri tarafından aday gösterilen kişiyi seçerek doldurabilecektir. Bu noktada genel kurul tarafından ilgili pay sahibini temsilen bir üyenin seçilmemesine ilişkin yukarıdaki bölümde

67 *Karayalçın, Hukuki Mütalâalar* (n 56) 104.

68 Çamoğlu (Poroy/Tekinalp) (n 28) N 547b; Pulaşlı (n 7) § 35 N 245a. Aksi görüş için bkz. Koray Demir, 'Kooptasyon Uygulamasında Yeni Bir Perspektif Mümkün Mü? (TTK m. 363/1'de Öngörüldüğü Haliyle Kooptasyon)' (2017) 75(1) *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 315, 315-334.

69 *Karayalçın, Hukuki Mütalâalar* (n 57) 105.

sunduğumuz değerlendirmeler, genel olarak yönetim kurulu tarafından kooptasyon yöntemiyle yapılacak seçim açısından da geçerlidir.⁷⁰

VII. SONUÇ

Anonim şirketlerde farklı pay sahibi grupları arasında bir güç dengesi tesis edilirken uygulamada kullanılan araçlardan birisi, belirli pay sahibi grubu veya gruplarına TTK m. 360/1 uyarınca yönetim kuruluna aday gösterme hakkı tanınması ve bu şekilde atanan üye ya da üyelerin kurul kararlarının alınmasında veto yetkisiyle donatılmasıdır. Ancak esas sözleşme ile bu şekilde belirli yönetim kurulu üyelerine veto yetkisi tanınıp tanınmayacağı konusunda TTK'da açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu noktada belirli pay sahiplerini temsilen atanmış yönetim kurulu üyelerine veto yetkisi tanınmasının nisapların ağırlaştırılması niteliğinde olduğu, dolayısıyla yönetim kurulu toplantı ve karar nisaplarının ağırlaştırılmasına izin veren TTK m. 390/1 kapsamında geçerli olacağı söylenebilir. Ayrıca söz konusu veto yetkisinin, TTK m. 360/1 uyarınca belirli pay sahiplerine tanınan yönetimde temsil imtiyazının uzantısı olarak onun kapsamına sokulması da mümkündür. Yönetim kurulu kararlarının alınmasını engelleme gücünün, toplantı veya karar nisaplarının artırılması suretiyle verilebileceği de dikkate alındığında, aynı sonucun tarafların iradesine daha uygun bir biçimde belirli yönetim kurulu üyelerine veto yetkisi verilerek elde edilmesinin yasaklanması, amaçsal olarak da güçlü bir zemine oturmamaktadır. Bu nedenlerle belirli bir pay sahibi grubunu temsilen atanan üyelere esas sözleşmeyle veto yetkisi tanınmasının, TTK m. 340'a uygun ve hukuken geçerli olduğu kanısındayız.

Belirli bir pay sahibi grubunu temsilen seçilen yönetim kurulu üyelerine esas sözleşmeyle veto yetkisi verildiği durumlarda, böyle bir üyenin seçilmemiş olması veya seçilen üyenin üyeliğinin sona ermiş bulunması, yönetim kurulunun karar alma yeterliliğinin nasıl belirleneceği sorusunu ortaya çıkaracaktır. Bu soru cevaplanırken, veto yetkisi tanınmasının amacı dikkate alınmalı, dolayısıyla tarafların esas sözleşmeyle tesis etmiş oldukları güç dengesinin haksız bir şekilde bozulmasının önüne geçilmelidir. Bu çerçevede temsil imtiyazı tanınan pay sahibi grubundan kaynaklı olarak onu temsilen bir üye seçilememişse karar alma yeterliliği bakımından söz konusu veto yetkisi yokmuş gibi hareket edilmelidir. Seçilen üyenin sonradan üyelik sıfatını kaybetmesi halinde ise veto yetkisinin, kurulun karar alma yeterliliğinin belirlenmesinde dikkate alınması gerektiği kanısındayız.

KAYNAKÇA

Akdağ Güney N, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu* (2. Baskı, Vedat 2016).

Altay SA, *Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler [Equity Joint Ventures]* (Vedat 2009).

Bahar Sayın H, *Pay Sahiplerinin Korunması Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı* (On İki Levha 2015).

70 Şu kadar ki ilgili pay sahibi grubu tarafından aday gösterilen kişi yerine yönetim kurulu tarafından haklı bir sebep olmaksızın başkasının üye olarak atanması, iptal edilebilirlik yerine butlan yaptırımına tabi olacaktır ve bu halde, bir hak düşürücü sürenin kaçırılması sonucu söz konusu atamanın geçerlilik kazanması gündeme gelmeyecektir.

- Bahtiyar M, *Ortaklıklar Hukuku* (16. Bası, Beta 2022).
- Bahtiyar M, 'Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Dili ile Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi' (2005) 18(61) *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 47-106.
- Baltalı C, *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunda Temsil İmtiyazı* (On İki Levha 2019).
- Barlas N, *Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri* (Vedat 2016).
- Baş K, *The Substantive Appraisal of Joint Ventures under the EU Merger Control Regime* (Wolters Kluwer 2014).
- Biçer L ve Aktaş Ertan B, 'Yönetim Kurulunda Temsil Edilme İmtiyazının Dolaylı Olarak İhlal Edilmesine İlişkin Bazı Soruların Değerlendirilmesi' (2023) 27(1) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3-36.
- Coştan H, 'Yönetim Kurulunun Karar Alma Usulleri, Oy Hakkı, Yetersayılar ve Toplantı Talep Hakkı' (2012) 28(3) *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 155-190.
- Demir K, 'Kooptasyon Uygulamasında Yeni Bir Perspektif Mümkün Mü? (TTK m. 363/1'de Öngörülüyor Haliyle Kooptasyon)' (2017) 75(1) *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 315-334.
- Dural A, *Anonim Ortaklıklar Yönetim Kurulunun Kilitlenmesi ve Hukuki Sonuçları* (Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi 2005).
- Eminoğlu C, 'TTK m. 360 Hükmüne Göre Yönetim Kurulunda Temsil Edilme Hakkının Tanınabileceği Gruplar, Hakkın Hukuku Niteliği ve İcrası' iç Murat Alışkan, Bilge Utkan Mersin ve Sinan Sarıkaya (eds), *Sermaye Şirketleri Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu* (On İki Levha 2019) 333-350.
- Esin İG, *Birleşme ve Devralmalar* (2. Baskı, On İki Levha 2021).
- Falcioglu Ö, 'Azınlığın Yönetim Kurulunda Temsili' iç Erol Ulusoy (edr), *Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları* (Bilge 2016), 205-243.
- İmregün O, 'Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Toplantı ve Karar Yetersayıları ve Yönetim Kurulu Kararlarına Karşı Başvuru Yolları' iç Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, C. I (Beta 2001) 277-292.
- Karamanlıoğlu A, 'TTK Madde 360 Uygulamasına İlişkin İki Sorun: Belirli Grup ve Azınlık Kavramları- Haklı Nedenle Önerilen Adayın Reddi' (2021) 16(197-198) *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 225-279.
- Karasu R, *Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi* (Yetkin 2015).
- Karayalçın Y, *Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler - Hukuki Mütalâalar* (1988- 1991) IV (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1992) (Anıls: Hukuki Mütalâalar).
- Karayalçın Y, 'Anonim Şirket Yönetim Kurullarında Başkanın Üstün Oyu' (1970) 5(3) *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 520-530.
- Kendigelen A, *Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz* (Beta 1999).
- Kırca İ, Şehirli Çelik FH ve Manavgat Ç, *Anonim Şirketler Hukuku*, C. 1 (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2013).
- Kocabıyık S, 'Anonim Şirket ile Yönetim Kurulu Üyeleri Arasındaki İş Sözleşmelerinin Geçerliliği ve Hukuki Sorunlar' (2019) 17(200) *Legal Hukuk Dergisi* 3413-3466.
- Kortunay A, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Üyelerin Bilgi Edinme Hakkı* (On İki Levha 2015).
- Moroğlu E, *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü* (9. Baskı, On İki Levha 2020).
- Moroğlu E, *Hukuki Mütalâalar* (Vedat 2007).
- Okutan Nilsson G, *Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri* (Çağa Hukuk Vakfı 2003).
- Ölmez F, *Belirli Grupların Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Temsili* (On İki Levha 2021).

- Özkorkut K, *Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Kararlarının İptali* (Sermaye Piyasası Kurumu 1996).
- Poroy R, Tekinalp Ü ve Çamoğlu E, *Ortaklıklar Hukuku I* (14. Bası, Vedat 2019).
- Pulaşlı H, *Şirketler Hukuku Şerhi* (4. Baskı, Adalet 2022).
- Sevi AM, 'Anonim Ortaklık Organlarında Kilitlenme Hâli ve Hukukî Çözüm Yolları' iç F. Beril Özcanlı, Havva Karagöz ve Seda Palanduz (eds), *Tüzel Kişilik Perdesinden Anonim Ortaklık Sempozyumu* (On İki Levha Yayıncılık 2021) 323-394.
- Şener OH, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı* (5. Bası, Seçkin 2022).
- Tekinalp Ü, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku* (5. Bası, Vedat 2020).
- Veziroğlu C, *Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşme Özgürlüğü ve Sınırları* (On İki Levha 2021).

İş Yargısında Çalışma Süresinin Düzenlenmesi ve Fazla Çalışma (Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları ile Karşılaştırmalı)*

Organization of Working Time and Overtime in Labor Jurisdiction (Comparative with European Court of Justice)

Canan ÜNAL ADINIR** 

ÖZ

Çalışma sürelerinin düzenlenmesi ve fazla çalışma, iş sağlığı ve güvenliği ile yakından ilgili olup çalışma sürelerinin sınırlandırılması, temel hak niteliğindedir. Çalışmamızda iş yargımızda çalışma süreleri ve fazla çalışmaya yaklaşım, Birlik hukuku ile karşılaştırmalı olarak incelenecek; anlatımızda Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi kararları yanında Divan kararlarına yer verilecektir. Bu bağlamda çalışma süreleri ile fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma kavramlarını kapsayan fazla saatlerle çalışma kavramı açıklanacak, fazla saatlerle çalışmaların karşılığı, ispatı, belgelenmesi ve uygulamada karşılaşılan 24 saatlik çalışma esasları ve icap nöbetleri Divan kararları ile karşılaştırmalı olarak incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Fazla çalışma, Çalışma süreleri, Belgeleme yükümlülüğü, 24 saatlik çalışma esası, Bekleme süresi

ABSTRACT

While the organization of working time and overtime are related to the safety and health of workers, the limitation of working time is a fundamental right. In this study, the approach of our labor jurisdiction to the working time and overtime will be examined by comparing it with the Union law. Thus, the judgments of the Constitutional Court, the Court of Appeal, and the Regional Court of Justice will be discussed as well as the judgments of the European Court of Justice. In this context, the concept of working time and overtime, its compensation, proof, and documentation will be examined. Later 24-hour working basis and stand-by time will be explained in comparison with the judgments of the ECJ.

Keywords: Overtime, Working hours, Documentation obligation, 24-hour working basis, Stand-by time

* Bu makalenin esasını, Galatasaray Üniversitesi ile İstanbul Barosu İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu tarafından 3-4 Haziran 2022 tarihinde düzenlenen 25. İş Hukuku Sempozyumunda sunulan “Anayasa ve İş Yargısında İşin Düzenlenmesi ve Fazla Çalışma” başlıklı tebliği oluşturmaktadır.

** Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, canan.unal@marmara.edu.tr, ORCID: 0000-0003-3783-5637.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Canan ÜNAL ADINIR

E-posta/E-mail: canan.unal@marmara.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 31.08.2023

Kabul Tarihi/Accepted: 26.11.2023

GİRİŞ

Çalışma sürelerinin düzenlenmesi işçinin sağlığı ve güvenliği ile yakından ilgilidir. Bilimsel çalışmalar ile uzun çalışma süreleri ve yetersiz dinlenme sürelerinin iş kazası oranlarında artış, stres ve yorgunluğun artması yanında kısa ile uzun vadede sağlık risklerine neden olduğu ortaya konmaktadır¹.

Norm koyucular da işçilerin sağlıklarını korumak için çalışma sürelerini sınırlandırma yoluna gitmişlerdir. Günümüzde çalışma sürelerinin sınırlandırılması ve dinlenme hakkı, “temel hak” olarak değerlendirilmektedir². Konu Avrupa Birliği hukukunda son yıllarda daha sıklıkla mercek altına alınmakta, Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından çalışma sürelerinin sınırlandırılmasına ilişkin dikkat çeken kararlar verilmiştir³. Divan tarafından, çalışma ve dinlenme sürelerine ilişkin düzenlemeler sağlık ve güvenliğinin sağlanması için tüm işçilerin yararlanması gereken topluluk sosyal hukukunun kuralları olarak görülmektedir⁴. Bu kararlar ulusal hukuklarda kanun değişiklikleri yapılmasını da gündeme getirmiştir. Temel haklara ilişkin olan ve norm koyucuları harekete geçiren bu kararlar, Avrupa Birliği üyesi olmasa da ülkemiz açısından da dikkate değerdir.

Çalışma süreleri ile yakından ilgili olan fazla çalışma kurumu, bu çalışmanın inceleme konusudur. Bu çerçevede açıklamalardan önce hukukumuzda fazla çalışmaya ilişkin detaylı düzenlemelere rağmen çalışma sürelerine ilişkin yeterli sınırlamalar yapılmadığını ortaya koymak gerekir. Nitekim OECD'nin 2021 yılında yayımladığı istihdam raporunda OECD ülkelerinin büyük çoğunluğunda, Çalışma Sürelerine İlişkin 2003/88/EC sayılı Direktif'e uygun olarak haftalık çalışma süresi fazla çalışma dâhil dört aylık süre içinde ortalama 48 saati aşmayacağı öngörüldüğü belirtilirken⁵ fazla çalışma dâhil çalışma sürelerinin en fazla olmasına izin veren kanuni düzenlemelerin ülkemize ait olduğu belirtilmektedir⁶.

Çalışmamızda iş yargısında çalışma süresinin düzenlenmesi ve fazla çalışma, Birlik Hukuku ile karşılaştırmalı olarak incelenecek olup anlatımımızda Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi kararları yanında Divan kararlarına da yer verilecektir. Bu bağlamda öncelikle çalışma süresi ve fazla çalışma ile fazla sürelerle çalışmayı kapsayan fazla saatlerle çalışma kavramları

- 1 Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on implementation by Member States of Directive 2003/88/EC concerning certain aspects of the organisation of working time, SWD(2017) 204 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2017%3A254%3AFIN> (Erişim tarihi: 31.05.2022).
- 2 ABAD, C-55/18 *Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO) v Deutsche Bank SAE* [14.05.2019], para. 31-32.
- 3 ABAD, C-55/18 *Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO) v Deutsche Bank SAE* [14.05.2019]; ABAD, C-514/20 *DS v Koch Personaldienstleistungen GmbH* [13.1.2022].
- 4 ABAD, C-14/04 *Abdelkader Dellas and Others v Premier ministre and Ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité* [01.12.2005], para. 49.
- 5 OECD Employment Outlook 2021: Navigating the Covid-19 Crisis and Recovery <<https://www.oecd-ilibrary.org/sites/c18a4378-en/index.html?itemId=/content/component/c18a4378-en#section-d1e40032>> Erişim Tarihi 31.05.2022.
- 6 Türkiye'de kanun gereği fazla çalışma dâhil haftalık çalışma süresinin 66 saat olabileceği belirtilmiştir. Gerçekten de günlük 11 saatlik çalışma ile haftada 66 saat çalışılması mümkündür. Bazı ülkelerde fazla çalışma dâhil haftalık çalışma süresinin kanundan farklı düzenlenebileceği de belirtilmiş olup bu ülkeler incelendiğinde taraf anlaşması ile de karşılaştırmalar bakımından 66 saate izin verilmediği görülmüştür. Bkz. OECD Employment Outlook 2021 (n 1).

açıklanacak, ardından bu çalışmaların karşılığı ortaya konulacaktır. Daha sonra fazla saatlerle çalışmanın ispatı ile uygulamada karşılaşılan 24 saatlik çalışma esasları ve icap nöbetleri Divan kararları ile mukayeseli olarak incelenecektir.

I. ÇALIŞMA SÜRELERİ VE FAZLA SAATLERLE ÇALIŞMA

Çalışma Sürelerine İlişkin 2003/88/EC sayılı Direktif'te çalışma süreleri, “ulusal hukuktaki yasal düzenlemelere ve/veya örf ve adete uygun olarak çalışarak, işverenin emrinde olduğu ve işini yaparak ya da yükümlülüklerini yerine getirerek geçirdiği zaman” olarak tanımlanmıştır (m. 2). Avrupa Birliği Adalet Divanı, çalışma süresi kavramının yorumunda ülke hukuklarındaki yasal düzenlemelerin değil, iş sağlığı ve güvenliğini esas alan bu Direktif'in belirleyici olduğunu vurgulamaktadır⁷. Divan, bu tanımın ne anlama geldiğine ilişkin verdiği kararlarda çalışanın yaptığı işin yoğunluğuna ve performansına dayanmamaktadır⁸. Divan'a göre, 2003/88/EC sayılı Direktif'e göre üye devletler, çalışanların iş sağlığı ve güvenliğinin korunması için haftalık çalışma süresinin fazla çalışma dâhil dört aylık süre içinde ortalama 48 saati aşmamasını sağlamaya yönelik gerekli önlemleri alacaklardır (m. 6).

İş Kanunu'nda ise genel olarak çalışma süresi, haftada en çok 45 saat belirlenmiş (m. 63)⁹ olup çalışma süreleri bakımından denkleştirme esası kabul edilmiş ve 2 aylık süre içinde (toplu iş sözleşmesiyle artırılması halinde 4 ay içinde)¹⁰ haftalık çalışma süresinin 45 saati aşmaması kaydıyla haftalara farklı dağıtılmasına cevaz verilmiştir. Ayrıca İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nde¹¹ (ÇSY) çalışma süresine ilişkin tanıma yer verilmiştir. Yönetmelik hükmüne göre “Çalışma süresi, işçinin çalıştırıldığı işte geçirdiği süredir. İş Kanununun 66 ncı maddesinin birinci fıkrasında yazılı süreler de çalışma süresinden sayılır.” (m. 3/1). Bu hükümde atıf yapılan İş Kanunu m. 66 hükmü “Çalışma süresinden sayılan haller” başlığını taşımaktadır. Bahsedilen kanuni düzenlemeye göre, “a) Madenlerde, taşocaklarında yahut her ne şekilde olursa olsun yeraltında veya su altında çalışılacak işlerde işçilerin kuyulara, dehlizlere veya asıl çalışma yerlerine inmeleri veya girmeleri ve bu yerlerden çıkmaları için gereken süreler; b) İşçilerin işveren tarafından işyerlerinden başka bir yerde çalıştırılmak üzere gönderilmeleri halinde yolda geçen süreler; c) İşçinin işinde ve her an iş görmeye hazır bir halde bulunmakla beraber çalıştırılmaksızın ve çıkacak işi bekleyerek boş geçirdiği süreler; d) İşçinin işveren tarafından başka bir yere gönderilmesi veya işveren evinde veya bürosunda yahut işverenle ilgili herhangi bir yerde meşgul edilmesi suretiyle asıl işini yapmaksızın geçirdiği süreler; e) Çocuk emziren kadın işçilerin çocuklarına süt vermeleri için belirtilecek süreler; f) Demiryolları, karayolları ve köprülerin yapılması, korunması ya da onarım ve tadili gibi, işçilerin yerleşim yerlerinden uzak

7 ABAD, C-151/02 *Landeshauptstadt Kiel v Norbert Jaeger* [09.09.2003], para. 58; ABAD, C-303/98 *Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (Simap) v Conselleria de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana* [03.10.2000], para. 48-50.

8 ABAD, C-518/15 *Ville de Nivelles v Rudy Matzak* [21.02.2018], para. 56.

9 Yer altı maden işlerinde çalışan işçilerin çalışma süresi ise ayrıca düzenlenmiş olup günde en çok yedi buçuk, haftada en çok otuz yedi buçuk saattir (İş Kanunu m. 63/1, c. 2).

10 “Turizm sektöründe dört aylık süre içinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık çalışma süresini aşamaz; denkleştirme süresi toplu iş sözleşmeleri ile altı aya kadar artırılabilir.” (İş Kanunu m. 63/2, c. 4).

11 RG 06.04.2004/25425.

bir mesafede bulunan işyerlerine hep birlikte getirilip götürülmeleri gereken her türlü işlerde bunların toplu ve düzenli bir şekilde götürülüp getirilmeleri esnasında geçen süreler” işçinin günlük çalışma sürelerinden sayılır.

Çalışma Sürelerine İlişkin 2003/88 sayılı Direktif’te fazla çalışmaya ilişkin bir tanıma yer verilmezken hukukumuzda fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma kanunlarda düzenlenmiştir. İş Kanununa göre “fazla çalışma”, haftalık 45 saati aşan çalışmalardır. Çalışma süresine ilişkin denkleştirme esasının uygulandığı hallerde, fazla çalışma bakımından denkleştirme süresi içindeki haftalık ortalama çalışma süresi esas alınmaktadır. Bu süre, normal haftalık iş süresini aşmamak koşulu ile bazı haftalarda toplam 45 saati aşsa dahi bu çalışmalar fazla çalışma sayılmamaktadır (İş Kanunu m. 41/1).

Haftalık çalışma süresinin sözleşmelerle 45 saatin altında belirlendiği durumlarda ise 45 saate kadar yapılan çalışmalar ise İş Kanunu’nda “fazla sürelerle çalışma” olarak nitelendirilmiştir (m. 41/3). Denkleştirme esası fazla sürelerle çalışma bakımından da geçerlidir. İş Kanunu’nda fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma birlikte “fazla saatlerle çalışma” olarak ifade edilmiştir (m. 41/7). İş Kanunu’nda “fazla çalışma” ve “fazla sürelerle çalışma” birlikte “fazla saatlerle çalışma” olarak ifade edilmiştir (m. 41/7).

İş Kanunu’nda günlük ve gecelik çalışma sürelerine ilişkin azami sınırlar öngörülmüştür; kural olarak günlük çalışma süresi 11 saati (m. 63/2), gece çalışması 7,5 saati¹² aşamaz (m. 69/3). Bu sınırları aşan çalışmalara ilişkin hukuki yaptırım ise kanunda belirtilmemiştir. Bununla birlikte 11 saatlik günlük çalışma sınırının aşılması haline ilişkin ÇSY’de bir düzenlemeye yer verilmiştir. Yönetmelik’e göre bu sınırı aşan sürelerle İş Kanunu’ndaki fazla çalışmaya ilişkin maddelerin uygulanır (m. 4). Yargıtay da günlük 11 saati aşan çalışmalar¹³ yanında gece çalışmalarda 7,5 saati aşan süreler¹⁴ fazla çalışma

12 İş Kanunu m. 69/3 hükmüne eklenen ve 23 Nisan 2015 yürürlüğe giren cümleye göre, “turizm, özel güvenlik ve sağlık hizmeti yürütülen işlerde işçinin yazılı onayının alınması şartıyla yedi buçuk saatin üzerinde gece çalışması yaptırılabilir.” Bu işler bakımından 23 Nisan 2015 tarihinden itibaren yapılan günde 11 saatlik sınır aşılan dek 7,5 saati aşan gece çalışması nedeniyle zamli ücrete hak kazanılmayacağı yönünde, Ayşe Ledün Akdeniz, ‘Gece Çalışması ve Gece Çalışma Süresinin Sınırı ile İlgili Değişikliklerin Değerlendirilmesi’ (2019) 22(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 555, 571; Ercan Akyiğit, *Bireysel İş Hukuku Dersleri* (1. Bası, Seçkin 2021), 389; Gülsevil Alpogut, ‘İş Kanunu Kapsamında Çalışma ve Dinlenme Süreleri Yargılama Sürecinde Emsal Ücret Sorunu’ iç Levent Akın (ed), *İş Uyuşmazlıklarında Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri Kararları Değerlendirme Toplantısı 6 Nisan 2019* (İntes, 2020) 67, 69; Şahin Çil, ‘İş Hukukunda Çalışma Süreleri’ iç Levent Akın (ed), *İş Uyuşmazlıklarında Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri Kararları Değerlendirme Toplantısı 6 Nisan 2019* (İntes, 2020) 90, 92; Ercüment Özkaraca, ‘Turizm, Özel Güvenlik ve Sağlık Hizmeti Yürütülen İşlerde Gece Çalışması (Karar İncelemesi)’ 2022 (139) *Tekstil İşveren Hukuk Dergisi*, 2, 5; ayrıca bkz. Yargıtay 9 HD, E 2021/7759 K 2021/12375, 21.09.2021, Lexpera; karara ilişkin inceleme için bkz. Özkaraca (n 12) 2 vd.

13 “İşçinin haftalık çalışma süresi 45 saati aşmasa dahi, günlük 11 saati aşması halinde, bu çalışmalar için fazla çalışma ücreti ödenmesi gerekir.”, Yargıtay 9 HD, E 2021/7759 K 2021/12375, 21.09.2021, Lexpera.

14 Yargıtay 9 ve 22. Hukuk Dairelerinin içtihatlarına göre; “...işçilerin gece çalışması günde yedi buçuk saati geçemez (İş Kanunu, Md. 69/3). Bu durum günlük çalışmanın, dolayısıyla fazla çalışmanın sınırını oluşturur. Gece çalışmaları yönünden, haftanın kırkbeş saat olan yasal çalışma sınırı aşılmamış olsa da günde yedibuçuk saati aşan çalışmalar için fazla çalışma ücreti ödenmelidir. Dairemizin kararları da bu yöndedir.”, Yargıtay 9 HD, E 2016/35010 K 2020/17671, 08.12.2020, Kazancı İctihat Bankası; Yargıtay 9 HD, E 2016/35025 K 2020/17278, 07.12.2020, Kazancı İctihat Bankası; Yargıtay 9 HD, E 2016/18276 K 2020/6354, 24.06.2020, Kazancı İctihat Bankası; Yargıtay 9 HD 15.06.2020, E 2017/16312, K 2020/5609, Kazancı İctihat Bankası; Yargıtay 9 HD, E 2017/15693 K 2020/5197, 10.06.2020, Kazancı İctihat Bankası; Yargıtay 9 HD, E 2016/12331 K 2020/3035, 26.02.2020, Kazancı İctihat Bankası; Yargıtay 22 HD, E 2017/2203 K 2020/9390, 13.07.2020, Kazancı İctihat Bankası; Yargıtay 9 HD, E 2014/22965 K 2015/35695, 16.12.2015, Kazancı İctihat Bankası; Yargıtay 9 HD,

olarak değerlendirdiği gibi Yargıtay tarafından yönetmelik ile sağlık kuralları bakımından daha kısa çalışılması gereken iş ve işyerinde belirlenen sınırları aşan çalışmalar da fazla çalışma olarak nitelendirilmiştir¹⁵. Bu çalışmalar aslında yasak çalışma¹⁶ olup yasak çalışmanın karşılığı kanunda düzenlenmediği için bu çalışmalar bakımından kıyasen fazla çalışmanın karşılığının uygulandığına dikkat çekilmelidir.

II. FAZLA SAATLERLE ÇALIŞMANIN KARŞILIĞI

A. ZAMLI ÜCRET VE SERBEST ZAMAN

İş Kanunu'na göre, her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde 50 yükseltilmesi suretiyle ödenir (m. 41/2). Fazla sürelerle çalışmalarda ise, her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde 25 yükseltilmesiyle ödenir (m. 41/3).

Fazla saatlerle çalışma yapan işçi isterse, bu çalışmalar karşılığı zamlı ücret yerine, fazla çalıştığı her saat karşılığında bir saat 30 dakikayı, fazla sürelerle çalıştığı her saat karşılığında bir saat 15 dakikayı serbest zaman olarak kullanabilir (m. 41/4). Madde hükmünde serbest zaman kullanımı için sadece işçinin isteği gerekli ve yeterli görülmüştür¹⁷. İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği'nde¹⁸ (FÇY) ise işçinin serbest zaman kullanımına ilişkin işverene bildirimini nasıl yapacağı düzenlenmiştir. Yönetmeliğin m. 6/2 hükmüne göre, işçi hak ettiği serbest zamanı, 6 ay zarfında işverene önceden yazılı olarak bildirmesi koşuluyla¹⁹ işverenin, işin veya işyerinin

E 2008/24861 K 2010/11656, 21.04.2010, Kazancı İçtihat Bankası.

15 “Sağlık Kuralları Bakımından Günde Ancak Yedibuçuk Saat veya Daha Az Çalışması Gereken İşler Hakkında Yönetmeliğin 4. maddesine göre, günde yedibuçuk saat çalışılması gereken işlerde çalışan işçinin, yedibuçuk saati aşan çalışma süreleri ile yedibuçuk saatten az çalışması gereken işler bakımından Yönetmeliğin 5. maddesinde sözü edilengünlük çalışma sürelerini aşan çalışmalar, doğrudan fazla çalışma niteliğindedir. Sözü edilen çalışmalarda haftalık kırkbeş saat olan yasal sürenin aşılmamış olmasının önemi yoktur.”, Yargıtay 9 HD, E 2016/18276 K 2020/6354, 24.06.2020, Kazancı İçtihat Bankası; Yargıtay 9 HD, E 2017/16312 K 2020/5609, 15.06.2020, Kazancı İçtihat Bankası; Yargıtay 9 HD, E 2017/15693 K 2020/5197, 10.06.2020, Kazancı İçtihat Bankası; Yargıtay 9 HD, E 2014/22965 K 2015/35695, 16.12.2015, Kazancı İçtihat Bankası.

16 Sarper Süzek, *İş Hukuku* (21. Bası, Beta 2021) 828 vd; Bektaş Kar, *İş Yargılaması Usulü* (3. Bası, Yetkin 2021) 737; Çil (n 12) 95; Mustafa Alp, ‘İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve Düzenlenmesi’ Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2019-2020 (1. Bası, On İki Levha 2022) 11, 108; Canan Ünal Adınır, *İş Hukukunda Üst Düzey Yöneticiler* (2. Bası, On İki Levha 2023), 108; Yargıtay’ın “yasak çalışma” olarak nitelendirdiği kararlara örnek olarak bkz Yargıtay 9 HD, E 2021/8906 K 2021/13041, 28.09.2021, Kazancı İçtihat Bankası; Yargıtay 9 HD, E 2017/12576 K 2019/19598, 11.11.2019, Kazancı İçtihat Bankası.

17 Akyiğit (n 12) 395.

18 RG 06.04.2004/25425.

19 Altı aylık sürenin geçmesi, işçinin fazla çalışmasının karşılığını alma hakkını kaybettirmediği, işçinin serbest zamanının ücrete dönüştürdüğü yönünde, Akyiğit (n 12) 396. altı ayın geçmesinden sonra işçinin rızası halinde daha sonraki bir zamanda da boş zaman kullanmasının mümkün olduğu yönünde, Akyiğit (n 12) 396. Altı aylık sürenin geçmesinden sonra tarafların anlaşması ile dahi serbest zaman kullanılmayacağı yönünde, Ömer Ekmekçi ve Esra Yiğit, *Bireysel İş Hukuku Dersleri* (3. Bası, On İki Levha 2022) 409; işçinin yazılı başvurusuna rağmen altı ay içinde serbest zaman kullanılmamışsa işçinin serbest zaman yerine zamlı ücret talep edebileceği yönünde, Öner Eyrenci, Savaş Taşkent, Devrim Ulucan ve Esra Baskan, *Bireysel İş Hukuku* (10. Bası, Beta 2020) 297. Kanunda serbest zaman kullanımına

gereklerine uygun olarak belirlediği tarihten itibaren iş günleri içerisinde aralıksız ve ücretinde bir kesinti olmadan kullanır.

Fazla çalışmanın karşılığına ilişkin tekrar vurgulanması gereken diğer husus, günde 11 saatten fazla, gece 7,5 saatten fazla ve sağlık kuralları gereği günlük sınırdan fazla çalışan işçiye haftalık 45 saatlik yasal çalışma sınırı aşılmamış olsa dahi Yargıtay'ın yerleşmiş içtihadı uyarınca fazla çalışmanın sonuçlarına tabi olduğudur. Ancak doktrinde *Süzek* tarafından da savunulduğu üzere, fazla çalışma ile yasak çalışma arasında nitelik ve ağırlık farkı yanında hukuk düzenine uygun olup olmama bakımından da fark bulunmaktadır. Bu farklar dikkate alındığında, kanun boşluğunun bulunduğu yasak çalışmanın yaptırımını için kıyasen fazla çalışma ücretinin uygulanması yerine fazla çalışma ücretinden yüksek bir karşılığın belirlenmesi²⁰ isabetli olacaktır. Nitekim *Yamakoğlu* da yasak çalışmanın karşılığının işvereni yasak çalışma yapmaktan caydıracak oranda olması gerektiğini savunmaktadır²¹. Bu bağlamda İş Kanunu m. 27/3 hükmünde işçiye yeni iş arama izni kullandırılmayarak çalıştırılmasının karşılığı olan %100 zamlı ücretin kıyasen uygulanması düşünülebilir.

Yasak çalışma oluşturan bu çalışmalar karşılığında zamlı ücret yerine işçinin isteği ile serbest zaman kullanımı da kanaatimizce mümkündür. Ancak burada da görüşümüz, serbest zaman kullanımının fazla çalışmanın varlığında olduğu gibi 1 saat karşılığı olarak 1 saat 30 dakika ile sınırlı olmaması yönündedir. Örneğin 1 saat yasak çalışma karşılığı 2 saat serbest zaman uygulanması kabul edilebilir.

İşçinin hem haftalık 45 saatten fazla çalışması hem de örneğin gece 7,5 saatten fazla çalışması söz konusu olabilir. Bu durumda fazla çalışmanın karşılığının hesabında Yargıtay isabetli olarak işçi yararına olanı dikkate almaktadır. Yüksek Mahkemeye göre, “*Haftalık 45 saati aşan hesaplama konu haftalar bakımından ... gece çalışma süresine göre 7,5 saati aşan kısım yönünden fazla çalışma ücreti belirlenmeli, haftalık 45 saat ile gece çalışmalarında 7,5 saati aşan sürelerden hangisi işçi yararına ise buna göre haftalık çalışma süresi tespit edilerek*” hüküm kurulmalıdır²².

Fazla çalışmanın ve fazla sürelerle çalışmanın karşılığına ilişkin düzenlemeler nisbi emredici nitelikte olduklarından taraflar, daha yüksek oranda zamlı ücret ödenmesini kararlaştırabilirler²³. Ancak bu yönde kararlaştırmalar sonucu işçinin daha fazla (zamlı) ücrete hak kazanmak için dinlenmek yerine

ilişkin talep bakımından azami süre öngörülmediğinden fazla çalışma ücreti ödenmediği sürece işçinin serbest zamanı kullanımını talep edebileceği yönünde, Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, *İş Hukuku* (7. Bası, Lykeion 2022) 1321.

20 Süzek (n 16) 832-834.

21 Efe Yamakoğlu, *Türk İş Hukukunda Fazla Saatlerle Çalışma* (1. Bası, Kazancı 2011) 91.

22 Yargıtay 9 HD, E 2017/3628 K 2020/18781, 16.12.2020, Kazancı İçtihat Bankası.

23 Yargıtay 9 HD, E 2017/8424 K 2017/4718, 23.03.2017, Kazancı İçtihat Bankası; Süzek (n 16) 844; Kübra Doğan Yenisey, *İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, Alman ve Fransız Hukukları ile Karşılaştırmalı Bir İnceleme* (1. Bası, Legal 2007) 91-92; Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat ve Ercüment Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri* (34. Bası, Beta 2022) 753; ayrıca Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 19) 1322; Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, *İş Hukuku Ders Kitabı Cilt 1: Bireysel İş Hukuku* (5. Bası, Lykeion 2021) 387; Muhittin Astarlı, *İş Hukukunda Çalışma Süreleri* (1. Bası, Turhan 2008) 215; Kar (n 16) 735.

uzun süre çalışması ve gereğince dinlenmemesi ihtimalini de akla gelmektedir. Tam da bu noktada, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 2022 yılında verdiği sansasyonel²⁴ Koch kararını²⁵ incelemek gerekir.

Koch kararı, Alman Federal İş Mahkemesi'nin toplu iş sözleşmesinde yer alan “İşçi, bir aydaki iş günlerinde (23 gün) 184 saatten daha fazla çalışma yaparsa karşılığında %25 bonus ödenir.” hükmüne ilişkin yorum usulü ile Divan'a başvurması sonucu verilmiştir. Kararın detaylarına yer vermeden önce belirtelim ki, Almanya'da fazla çalışma, kanunda düzenlenmemiştir. Alman hukukunda sözleşme ile kararlaştırılan çalışma saatleri üzerinde yapılan çalışmanın ücretlendirilip ücretlendirilmeyeceği, ücret ödenecekse nasıl ödeneceği, genellikle iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi ve işyeri yönetmelikleri ile belirlenmektedir. Fazla çalışma ücreti, sözleşme ile belirlenmemiş ise de fazla çalışma karşılığı, çalışma saati için kararlaştırılan ücret kadar kabul edilmektedir; zamlı ücret ödenmemektedir²⁶.

Koch kararına konu toplu iş sözleşmesi hükmü işçinin fazla çalışma ücreti yanında yıllık izin hakkı ile de yakından ilgilidir. Federal İş Mahkemesi, toplu iş sözleşmesinde yer alan bu hükmün işçileri yıllık izin hakkını kullanmaktan caydırabileceği için AB hukukuna uygun olup olmadığı hususunda Divan'a başvurmuştur. Divan tarafından, karar metninde 184 saatlik eşiğin aşılması için hesaplanan günlere işçinin tatil günlerinin dâhil edilmemesi nedeniyle işçinin izin aldığı Ağustos ayında sadece 13 gün (=121,75 iş saati) çalışma yapmasının mümkün olduğuna değinmiştir. Bu yüzden de söz konusu işçi, 184 saatlik eşiği aşmamış olup %25'lik fazla çalışma bonusunun koşullarını sağlayamamıştır.

Divan, toplu iş sözleşmesi ile öngörülen fazla çalışma bonusuna hak kazanabilmesi için varsayımsal bir hesaplama yapmıştır. Bu hesaplama göre, o ay işçi yıllık izin kullanmamış ve kalan 10 günde çalışmış olabile idi, varsayımsal çalışma süresi olarak 84,7 saatin ilavesi ile ayda 206,45 saat çalışmış olacaktı. Bu da işçinin fazla çalışma bonusuna hak kazanacağı anlamına gelecek idi. Divan tarafından yapılan bu varsayımsal hesaplama ile başvuru işçinin Ağustos ayında yıllık izin hakkını kullanmayıp çalışmaya devam etse idi, alacağı ücretin daha yüksek olacağı ortaya konmuştur (para. 38). Bu değerlendirmeler sonucunda işverenin işçiyi eşit şekilde yıllık izin hakkını potansiyel olarak kullanmamaya sevk eden her uygulamasının yıllık izin hakkının amacı ile uyumsuz olduğunu belirten Divan, toplu sözleşme hükmünün Direktif'in yıllık izin hakkını düzenleyen “Üye devletler, her işçinin en az 4 hafta yıllık izin hakkının olması için gerekli önlemleri alır.” şeklinde 7. maddesine aykırı olduğuna hükmetmiştir.

Hukukumuzda ise fazla saatlerle çalışmanın karşılığına ilişkin nisbi emredici nitelikteki kanun hükümleri dikkate alındığında işçiyi dinlenme sürelerini kullanmamaya sevk eden sözleşme hükümlerinin geçerliliğine temkinli yaklaşmak gerekmektedir.

24 Paderborn Krimphove, 'Mehr Geld ohne Mehrarbeit?' 2022 ArbRAktuell 36.

25 ABAD, C-514/20 DS v Koch Personaldienstleistungen GmbH [13.1.2022].

26 Günter Schaub und Ulrich Koch, *Arbeitsrecht von A-Z* (25. Auflage, Beck 2022), Mehrarbeitsvergütung, 1.

B. FARKLI İŞÇİ GRUPLARINA FAZLA SAATLERLE ÇALIŞMANIN KARŞILIĞI BAKIMINDAN FARKLI UYGULAMA

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 2014 yılında verdiği bir karara²⁷ konu uyumsuzlukta mavi yakalı işçilere fazla çalışma ücreti %100 zamlı olarak ödenirken beyaz yakalı işçilere yasal oran uygulanmıştır. Yüksek Mahkemeye göre, “İş mevzuatında beyaz yakalı işçi mavi yakalı işçi ayrımı bulunmamaktadır. Bu sebeple çalışanlar arasında fazla çalışma... ücretleri bakımından farklı oranların uygulanması İş Kanunu'nun 5. maddesine aykırılık oluşturur.” Bu karardan, aynı işyerindeki farklı işçi grupları arasında fazla saatlerle çalışmanın karşılığı zamlı ücretin miktarına ilişkin farklı uygulama öngörülemeyeceği anlaşılmaktadır.

Öncelikle beyaz yakalı-mavi yakalı ayrımı, yürürlükteki iş kanunlarında bulunmamasına rağmen uygulamada işçinin çalışmasında zihinsel ve bedensel gücün baskın olmasına dayalı olarak yaygın kullanıma sahip olduğunu hatırlatmak gerekir²⁸. Bu ayrıma dayalı farklı işlem ve uygulamalar ise, Anayasal eşitlik ilkesi ile işverenin eşit davranma borcuna aykırılık oluşturabilecektir. Ancak baştan belirtelim ki, kastedilen “ayırıcılık yasağı” olmayıp Yargıtay'ın söz konusu kararında ayırıcılık yasağına aykırılığın tespiti, teknik açıdan sorunludur. Zira, ayırıcılık yasağı, İş Kanunu m. 5 hükmünde farklı işlemin “dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere” dayanmasına bağlanmıştır. Oysa mavi yakalı-beyaz yakalı ayrımı sayılan sebeplerden birini oluşturmadığı gibi bu sebeplere benzer bir ayırıcılık temeli de oluşturmamaktadır^{29, 30}.

Divan'ın kararlarında da ayırıcılığın tespitinde belirleyici unsur, ayırıcılık temelidir³¹. Başka bir ifadeyle, olumsuz işlemin Direktif'te korunan ayırıcılık temellerinden birine dayanmaması halinde ayırıcılık yasağına aykırılık ortaya çıkmaz. Bu gerekçe ile ve yönde verilen *Tyrolean Havayolları*

27 Yargıtay 9 HD 23.09.2014, E 2012/36446, K 2014/27623, Kazancı İçtihat Bankası; işçinin salt mavi yakalı mı beyaz yakalı mı olduğuna göre fazla çalışma zammının belirlenmesinin eşitlik ilkesine aykırı olduğu ve kararın isabeti olduğu yönünde, Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 23) 816-817; kararı isabetsiz bulan görüş için, Mehmet Erdem Özdemir, ‘Beyaz Yakalı ve Mavi Yakalı İşçiler Arasında Fazla Çalışma ile Ulusal Bayram ve Genel Tatil Ücretleri Bakımından Farklı Oranların Uygulanması Eşitlik İlkesine Aykırılık Oluşturur mu?’ 2015 (33) Sicil İş Hukuku Dergisi 45, 53-54; kararı isabetsiz bulan görüş için, ibid 53-54.

28 Hukukumuzda mavi yakalı-beyaz yakalı işçi ayrımının gelişimine ilişkin açıklamaları için bkz. Ünal Adınır (n 16) 78-80.

29 Anayasa Mahkemesi'nin 2021 yılında verdiği *Burcu Reis* kararında da benzer yönde nitelendirme yapılmış olup bu karar da bu yönden eleştiriye açıktır. Kararda başvuru işçi, diğer bazı kadın işçilerden farklı olarak kreş imkânından yararlanılmadığı iddiasıyla ayırıcılık tazminatı ödenmesi ve çocuğunun kreşine ödediği bedelin de tazmin edilmesi istemiyle dava açmıştır. İlk derece mahkemesi, ayırıcılık tazminatı kabul ederken yoksun kaldığı haklar ile kreşe ödenen bedelin tazmini istemini reddetmiştir. Yargıtay, İş Kanunu'nda sayılan ayırıcılık temellerinden birinin varlığının ispatlanamadığı gerekçesiyle kararı başvuru aleyhine bozulmuştur. İş mahkemesi bozma kararına uyarak davayı reddetmiş, bu karar Dairece onanmıştır. Başvuru, aynı işyerinde çalışan bazı kadınlara kreş imkânı sağlanırken bazılarının bu imkânın tanınmaması nedeniyle aile hayatına saygı hakkıyla bağlantılı olarak ayırıcılık yasağının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi, *Burcu Reis* (B No 2016/5824), 28.12.2021.

30 Bir ayırıcılık temelinin varlığını kabul etmek bile, hukukun korunan grubun beyaz yakalı işçiler olmayacağı açıktır. Örneğin “servet” bir ayırıcılık temeli oluşturabilir. Nitekim 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nda “servet” ayırıcılık temeli olarak sayılmıştır. Ancak servet/mali güçsüzlüğü yüzünden olumsuz işlemler beyaz yakalı işçiler değil mavi yakalılar karşılaşılabilecektir. Oysa karara konu olayda, mavi yakalı işçilere daha yüksek oranlarla fazla çalışma ücreti verilmiştir. Ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Ünal Adınır (n 16) 121.

31 Canan Ünal, *İş Hukukunda Yaş Ayırıcılığı* (1. Bası, On İki Levha 2018) 120.

kararı³², aynı şirket topluluğunda yer alan farklı şirketlerdeki kıdem ücret kademesinin hesabında dikkate alınmasını engelleyen toplu sözleşme hükmüne ilişkindir. Divan bu kararda, kabin memuru için farklı havayolu şirketlerinde kazandığı tecrübelerin önemli ölçüde özdeş olduğuna değinmekle birlikte olumsuz işlemin korunan bir ayırmacılık temeline dayanmadığını, dolayısıyla da ayırmacılığın söz konusu olmadığını tespit etmiştir.

Mavi yakalı-beyaz yakalı ayırımının kanuni kökenleri olan Almanya hukukunda da günümüzde mavi yakalı işçilere olumsuz işlem eşit davranma ilkesi çerçevesinde tartışılmaktadır. Gerçekten Almanya'da 19. yüzyılda mavi yakalı işçi (*Arbeiter*) ve beyaz yakalı işçi (*Angestellte*) ayırımı kanuna dayanmakta idi. Beyaz yakalı işçilere ayrıcalıklar öngören bu kanuni düzenlemeler yürürlükten kaldırılmıştır³³.

Günümüzde Anayasal eşitlik ilkesi ve iş hukukunda eşit davranma ilkesi de iki grup çalışanın çalışma koşullarının yaklaşmasına neden olduğu savunulmaktadır³⁴. Bu çerçevede de geçmişten farklı olarak toplu iş sözleşmelerinde ve işyeri yönetmeliklerinde de genellikle mavi yakalı ve beyaz yakalı işçiler için tek tip hükümleri öngörülmektedir. Ancak mavi yakalı-beyaz yakalı işçi için farklı düzenlemeler toptan da reddedilmemekte; doktrin tarafından iki işçi grubu için farklı düzenlemelerin objektif nedenin varlığında eşit davranma ilkesine aykırılık oluşturmayacağı savunulmaktadır³⁵. Nitekim Federal İş Mahkemesi de 2005 yılında, Noel ikramiyesinin mavi yakalı işçilere nazaran beyaz yakalı işçilere daha yüksek miktarda ödenmesini hukuka aykırı bulmasına rağmen kararda mavi yakalı ve beyaz yakalı işçiler için farklı düzenlemelerin ne zaman hukuka uygun olabileceğinin de formülü verilmiştir. Kararda işverenin amacının Noel masrafların katkıda bulunmak ve işçilerin geçmiş hizmetlerini ödüllendirmek olduğu da belirtilmiştir. Yüksek mahkemeye göre, işverenin mavi yakalı işçilere kıyasla beyaz yakalı işçilere daha lehe bu şekilde bir işlemin hukuka uygun olması ise, bu amaçlarla değil ancak beyaz yakalı işçilerin işyerine bağlılığının daha sıkı olması gerekliliğinin objektif ve gerçek olarak açıklaması halinde mümkündür³⁶.

Hukukumuzda da işverenin mavi yakalı-beyaz yakalı ayırımına dayalı farklı işlemleri, eşit davranma borcuna aykırılık oluşturabilecektir. Ancak eşitlik ilkesi, mutlak bir eşit davranma zorunluluğu öngörmemektedir³⁷. Anayasa Mahkemesi'ne göre de “*eşitlik kavramı, herhangi bir nesnel ve makul dayanağı olmaksızın aynı durumdaki bireylere farklı muamelede bulunulmamasına ilişkin gerekliliği*” ifade etmektedir³⁸. Bu tanımdan da anlaşımından da anlaşıldığı üzere, farklı işlemin eşitlik ilkesine

32 ABAD, C-132/11 *Tyrolean Airways v Betriebsrat Bord der Tyrolean Airways* [7.6.2012], para 29-31.

33 1993-1994 yıllarında, bireysel iş hukukunda mavi yakalı işçi ile beyaz yakalı işçi arasındaki son en büyük ayırımı ortadan kaldırmıştır; işçiler bakımından bildirim süresi (Bürgerliches Gesetzbuch-BGB § 622) ile hastalık halinde ücretin ödenmesine devamına (Entgeltfortzahlungsgesetz-EFZG § 3/1) ilişkin tek standart getirilmiştir. 2001 yılında yapılan değişiklik ile İşyeri Teşkilat Kanunu'nda (Betriebsverfassungsgesetz) mavi yakalı-beyaz yakalı işçi ayırımı kaldırılmıştır.

34 Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker und Bettina Limperg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (8. Auflage, C.H.Beck 2020), BGB § 611a Rn. 151.

35 Abbo Junker, *Grundkurs Arbeitsrecht* (14. Auflage, C.H.Beck 2015) Rn 107.

36 BAG 12.10.2005, 10 AZR 640/04 <<https://lexetius.com/2005,2717>> Erişim Tarihi 01.04.2022.

37 Ünal (n 31) 144 vd.

38 Anayasa Mahkemesi, *Aziz Turhan* (B No 2012/1269), 08.05.2014, para 38.

aykırılığı için farklı işlemin varlığı yeterli değildir; bu farklı işlemin nesnel ve makul nedenlere dayanmaması da gerekmektedir.

Dolayısıyla salt mavi yakalı-beyaz yakalı ayırımına dayalı farklı işlemler eşitlik ilkesi aykırı olacak iken mavi yakalı işçiye örneğin çocuğunun eğitim ihtiyaçlarına destek vermek için daha okul yardımı verilmesi ya da beyaz yakalı işçiye nazaran daha çok verilmesi eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmayabilecektir. Nitekim doktrinde de ücret ve yan haklar bakımından böyle bir ayırımın objektif açıdan meşru temellere dayanması kaydıyla yapılabileceğini savunmuştur³⁹.

Fazla çalışmanın karşılığı bakımından farklı işlem de benzer çerçevede düşünülmelidir. Beyaz yakalı işçiler bakımından zihinsel çalışma baskın iken mavi yakalı işçilerin bedensel çalışmanın ağır basması sonucu iş sağlığı ve güvenliği bakımından mavi yakalı işçilerin daha fazla risk altındadır. Bu nedenle mavi yakalı işçiler için fazla çalışma ücretinin daha yüksek oranda kararlaştırılması ya da serbest zamanın daha fazla öngörülmesi eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmayabileceği kanaatindeyiz⁴⁰.

III. FAZLA SAATLERLE ÇALIŞMANIN İSPATI

A. GENEL OLARAK

Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 190/1 hükmü gereği, fazla saatlerle çalışma yaptığını iddia eden işçi, ispat yükü altındadır. Fazla saatlerle çalışma, maddi fiil olduğundan işçi, fazla saatlerle çalışma yaptığını her türlü delille ispatlayabilir. Nitekim Yargıtay'ın yerleşmiş içtihadına göre de, *“Fazla çalışmanın ispatı konusunda işyeri kayıtları, özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları delil niteliğindedir. Ancak, fazla çalışmanın yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda tarafların, tanık beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir. Bunun dışında herkesçe bilinen genel bazı vakıalar da bu noktada göz önüne alınabilir. İşçinin fiilen yaptığı işin niteliği ve yoğunluğuna göre de fazla çalışma olup olmadığı araştırılmalıdır.”*⁴¹.

39 Özdemir (n 27) 53-54.

40 Alpagut (n 12) 73; Ünal Adınır (n 16) 122.

41 Yargıtay 9 HD, E 2021/11508 K 2021/15706, 22.11.2021, Kazancı İctihat Bankası; Yargıtay 9 HD, E 2021/11407 E 2021/15634, 11.11.2021, Kazancı İctihat Bankası; Yargıtay 9 HD, E 2021/8630 K 2021/15526, 09.11.2021, Kazancı İctihat Bankası; Yargıtay 9 HD, E 2021/11034 K 2021/15205, 01.11.2021, Kazancı İctihat Bankası; Yargıtay 9 HD, E 2021/8477 K 2021/14490, 19.10.2021; Yargıtay 9 HD, E 2021/9041 K 2021/14231, 13.10.2021, Kazancı İctihat Bankası; Yargıtay 9 HD, E 2021/7324 K 2021/12552, 22.09.2021, Kazancı İctihat Bankası; Yargıtay 9 HD, E 2021/7920 K 2021/12324, 20.09.2021, Kazancı İctihat Bankası; Yargıtay 9 HD, E 2016/35366 K 2020/18976, 17.12.2020, Kazancı İctihat Bankası; Yargıtay HGK, E 2016/7-1865 K 2020/839, 04.11.2020, Kazancı İctihat Bankası; Yargıtay 9 HD, E 2020/3296 K 2020/10989, 07.10.2020, Kazancı İctihat Bankası; Yargıtay 9 HD, E 2017/16312 K 2020/5609, 15.06.2020, Kazancı İctihat Bankası; Yargıtay 9 HD, E 2017/15693 K 2020/5197, 10.06.2020, Kazancı İctihat Bankası; Yargıtay 22 HD, E 2016/24669 K 2019/22292, 03.12.2019, Kazancı İctihat Bankası; Yargıtay 22 HD, E 2015/35511 K 2018/19296, 20.09.2018, Kazancı İctihat Bankası; Yargıtay 22 HD, E 2018/7790 K 2018/15596, 21.06.2018, Kazancı İctihat Bankası; Yargıtay 9 HD, E 2017/8424 K 2017/4718, 23.03.2017, Kazancı İctihat Bankası; Yargıtay 9 HD, E 2014/22965 K 2015/35695, 16.12.2015, Kazancı İctihat Bankası; Yargıtay 9 HD, E 2008/24861 K 2010/11656, 21.04.2010, Kazancı İctihat Bankası.

Fazla çalışmanın yazılı delil ya da tanıkla ispatı mümkündür⁴². Ancak yazılı delil bulunan dönem için tanık beyanlarına değil bu delillere dayanılmalıdır⁴³. Fazla çalışmanın ispatında kullanılan yazılı belgeler görev emirleri, çizelgeler, puantaj kaydı gibi belgelerdir⁴⁴. Fazla çalışmanın tanıkla ispatı mümkün olsa da iş yargısında, işyeri düzenini bilmeyen ve bilmesi mümkün olmayan tanıkların anlatımına değer verilmez⁴⁵. Başka bir anlatımla, tanığın davacının çalışma düzenine ilişkin bilgisi, davalı işyerinde davacı ile birlikte çalışma süresi ile sınırlı olarak dikkate alınmalıdır⁴⁶.

Yargıtay'ın yerleşmiş uygulamasına göre çalışma sürelerinin ispatı noktasında işverene karşı dava açan tanıkların beyanlarına ihtiyatla yaklaşılmalıdır; *“Fazla çalışmanın ispatında salt husumetli tanık beyanlarıyla sonuca gidilemez. Bununla birlikte yan delil ya da olgularla desteklenen husumetli tanık beyanlarına itibar edilmelidir. Bu çerçevede; işin ve işyerinin özellikleri, davalı tanıklarının anlatımları, iş müfettişinin düzenlediği tutanak veya raporlar ve aynı çalışma dönemi ile ilgili olarak söz konusu alacakların varlığına ilişkin kesinleşmiş mahkeme kararları gibi hususlar*

42 Yargıtay 9 HD, E 2021/8477 K 2021/14490, 19.10.2021, Lexpera; Yargıtay 9 HD, E 2020/7185 K 2021/4181, 17.02.2021, Lexpera.

43 *“Davacı davalı işverence işletilen ... halk otobüslerinde şoför olarak çalışmakta iken, fazla çalışma yaptığını hafta tatili günleri ile ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalıştığını ileri sürmüş olup, iddiasının ispatı bakımından iş cetvellerine ve tanık anlatımlarına dayanmıştır. Mahkemece, dosyaya ... Büyükşehir Belediyesi ... Otobüs A.Ş. Akyol-Bil sisteminden alınan sertifika okutma kayıtları sistemi verileri getirilmiş ise de, bu kayıtlar yerine tanık anlatımlarına itibar edilerek iddianın ispat edildiği sonucuna varılmıştır. Hükmeye esas alınan bilirkişi raporunda, kayıtlar incelendiğinde aynı tarihte birden fazla giriş-çıkış bulunduğu, kayıtlar arasında tutarsızlıklar olduğu, çalıştığı saat sütündeki çalışma saatlerinin vardiya sistemine uymadığı ve zaman zaman davacının iddiasının bile çok üstünde (16-17-18-19-20 saat gibi) olduğu, birçok tarihe ilişkin ise hiç kayıt bulunmadığı, tanıklarca fiili çalışmanın otobüs içindeki kart basma işleminden önce başladığı ve çıkış kaydından sonra sona erdiğinin beyan edildiği gerekçesiyle kayıtlara değil tanık anlatımlarına itibar edilmiş ise de, yazılı kayıtlar yerine tanık anlatımlarına değer verilmesi yerinde değildir. PDKS kayıtları incelendiğinde bu kayıtların gün ve saat olarak çalışma süresini içerdiği, kayıt bulunan dönemler yönünden davacının günlük ve haftalık çalışma süresinin belirlenmesinin mümkün olduğu anlaşılmaktadır. Bilirkişi raporunda belirtilen sebepler, yazılı kayıtlara hiç değer verilmemesi bakımından yerinde gerekçeler değildir. Hal böyle olunca, mahkemece yazılı kayıt bulunan dönem yönünden bu kayıtlara itibar edilerek, bulunmayan dönem yönünden ise tanık anlatımlarına göre sonuca gidilmesi gerektiğinin düşünülmemesi hatalıdır.”* Yargıtay 9 HD, E 2019/3225 K 2021/2396, 26.01.2021, Lexpera.

44 Yargıtay 9 HD, E 2021/7181 K 2021/12103, 16.09.2021, Lexpera; Yargıtay 9 HD, E 2019/622 K 2021/2641, 28.01.2021, Lexpera.

45 Yargıtay 9 HD, E 2021/8477 K 2021/14490, 19.10.2021; Yargıtay 9 HD, E 2021/7006 K 2021/10954, 28.06.2021; Yargıtay 9 HD, E 2020/5768 K 2021/4070, 17.02.2021; *“...yargılama sırasında dinlenen davacı tanıklarından birinin davacının babası, diğerinin ise başka bir şubenin müdürü olduğu anlaşılmaktadır. Buna göre; tanıkların davacının çalışma düzenini bilmesi olanaklı değildir. Belirtilen sebeple, fazla çalışma yapıldığının yeterli, inandırıcı ve somut delillerle ispatlanamadığı anlaşılmakla; anılan alacağın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm altına alınması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”* Yargıtay 9 HD, E 2020/8853 K 2021/7345, 01.04.2021, Lexpera.

46 Yargıtay 9 HD, E 2021/11081 K 2021/15235, 01.11.2021, Lexpera; Yargıtay 9 HD, E 2021/9093 K 2021/13828, 06.10.2021, Lexpera; Yargıtay 9 HD, E 2021/7006 K 2021/10954, 28.06.2021, Lexpera; aynı yönde, Yargıtay 9 HD, E 2021/2638, K 2021/8493, 27.04.2021, Lexpera; Yargıtay 9 HD, E 2021/3110 K 2021/8070, 13.04.2021, Lexpera; Yargıtay 9 HD, E 2021/1401 K 2021/7667, 06.04.2021, Lexpera; Yargıtay 9 HD, E 2021/3491 K 2021/7657, 06.04.2021, Lexpera.

yan delil ya da olgular olarak değerlendirilebilir.”⁴⁷. Husumetli tanıkların davalarının sonuçlanması halinde ise bu davalardaki kabuller de değerlendirilmelidir⁴⁸.

Ankara BAM 7. Hukuk Dairesi ise 2018 yılında verdiği karar, Yargıtay’ın yerleşmiş uygulaması ile uyumlu değildir. İstinaf mahkemesi, husumetli tanıkların beyanlarına dayanarak hüküm verilmesini somut olayın özellikleri gereği hukuka aykırı bulmamıştır. Kararda mahkeme, işverenin davacı işçiye haftalık ve günlük iş sürelerini bildiren yazılı belge vermediğine ve işçinin elinde yazılı delil olmadığından iddiasını tanık delili ile ispatlamak zorunda olduğunu belirtmiştir. Ayrıca kararda tanıkları işyerinin özelliğine ve mevsime uygun şekilde makul ve mantıklı olarak çalışma sürelerine dair açıklamalarda bulunduğu da değinilmiştir⁴⁹.

B. İŞVERENİN BELGELEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ İLE İŞÇİNİN İSPAT YÜKÜ İLİŞKİSİ

İş Kanunu m. 67 hükmü ile günlük çalışmanın başlama ve bitiş saatleri ile dinlenme saatlerinin işçilere duyurulması yükümlülüğü yanında ÇSY m. 9 hükmünde işverene işçilerin çalışma sürelerini uygun araçlarla belgeleme yükümlülüğü öngörülmüştür. FÇY m. 10 hükmünde ise fazla

47 Yargıtay 9 HD, E 2021/8477 K 2021/14490, 19.10.2021, Lexpera; “Somut uyumsuzlukta davacı, davalı iş yerinde fazla mesai yaptığı hususunda tanık deliline dayanmış olup itibar edilen bilirkişi raporunda da davacının fazla mesai ücreti talebi davacı tanıklarının beyanları dikkate alınarak hesaplanmıştır. Dosya kapsamından ise davacı tanıklarının davalıya karşı davasının olduğu anlaşılabilir olup bu itibarla sırf husumetli tanık beyanlarına dayalı olarak davacının fazla mesai ücreti hususunda karar verilmesi hatalıdır. Ancak dosya kapsamı, yapılan işin niteliği ve davalının beyanı dikkate alındığında, davacının haftanın 6 günü 08:00-18:00 veya 11:00-21:00 saatleri arasında çalıştığı anlaşılmaktadır. Mahkemece fazla mesai alacağına buna göre değerlendirilerek bir sonuca varılması gerekmektedir.”; Yargıtay 9 HD, E 2021/9041 K 2021/14213, 13.10.2021; “Davacı tanıkları işveren aleyhine benzer mahiyette dava açmış olup işverenle husumetli olması nedeniyle beyanları tek başına hükme esas alınmaz ise de; Dairemizin temyiz incelemesinden geçen emsal dava dosyalarında benzer çalışma koşullarına tabi işçiler yönünden fazla mesai yaptığının kabul edildiği görülmektedir. Davacı tanıklarından bir tanesinin ara dinlenmesi bakımından beyanda bulunmazken, diğer davacı tanığının ise sabah, öğle ve akşam ortalama 60 şar dakika yemek molası verdiklerini beyan ettiği anlaşılmaktadır. Bu beyan dikkate alınarak davacının günlük üç saat ara dinlenmesi kullandığının kabulü ile fazla mesai süresinin hesaplanması gerekli iken yazılı şekilde kabul edilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”; Yargıtay 9 HD, E 2021/6840 K 2021/14155, 12.10.2021, Lexpera; “Dairemizce aynı gün incelenen dosyalar içerisinde dinlenen tanıkların davalı ile husumetli olduğu, davacıların tümünün birbirleri lehine tanıklık yaptığı anlaşılmıştır. Yukarıda açıklandığı üzere fazla çalışma ve ulusal bayram ve genel tatil alacakları için husumetli tanık beyanlarıyla sonuca gidilemeyeceğinden ve dosya içerisinde husumetli tanık anlatımlarını destekleyen yan delil ya da olgular bulunmadığı dikkate alındığında davacının fazla çalışma ve ulusal bayram ve genel tatil alacaklarının reddi yerine kabulü hatalıdır.”; Yargıtay 9 HD, E 2021/11093 K 2021/15201, 01.11.2021, Lexpera; aynı yönde, Yargıtay 9 HD, E 2021/8261 K 2021/12315, 20.09.2021, Lexpera; Yargıtay 9 HD, E 2020/4873 K 2021/4274, 18.02.2021, Lexpera.

48 “Fazla çalışma ücreti yönünden davacı ile aynı işi yaptığı anlaşılacak davacı tanıklarının dosyalarında aylık 38,5 saat üzerinden fazla çalışma ücreti hesaplanan bilirkişi raporuna itibarla Mahkemece bu yönde karar verilmiş ve taraflarca temyiz edilmeden kesinleşmiştir. Dolayısıyla emsal nitelikteki davacı tanıklarının dosyalarında davacıların yaptıkları iş, çalışma saatleri, hizmet süresi ve diğer hesaplama unsurları ile Mahkeme gerekçesinde belirtilen hususlar bir değerlendirmeye tabi tutularak fazla çalışma ücreti talebi hakkında karar verilmesi gerekirken, salt davacı tanıklarının husumetli olduğundan bahisle fazla çalışma ücreti talebinin reddine karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.”; Yargıtay 9 HD 09.06.2021, E 2021/5802, K 2021/10045; “Tanıklar husumetli bile olsa, davacının yaptığı işin niteliği ve çalıştığı işyerinin özelliği, aynı çalışma dönemi ile ilgili olarak söz konusu alacakların varlığına ilişkin sunulan kesinleşmiş mahkeme kararı dikkate alındığında, CD içeriği ile birlikte davacı tanıklarının davacı ile birlikte çalıştıkları süreler ve kendi dava dosyalarındaki kabuller de dikkate alınarak tüm delillerin birlikte değerlendirilmesi gerekirken salt husumetli oldukları gerekçesiyle tanık beyanları hiç dikkate alınmadan diğer deliller incelenmeksizin fazla mesai alacağına reddi hatalı olmuştur.”; Yargıtay 9 HD, E 2021/5684 K 2021/10037, 09.06.2021, Lexpera.

49 Ankara BAM 7 HD, E 2017/4039 K 2018/1032, 17.04.2018, Lexpera.

çalışmanın belgelenmesi düzenlenmiştir. Bu hükümler ve fazla çalışmanın ispatına etkisine ilişkin değerlendirmelerden önce konuya Birlik hukukundaki yaklaşımı inceleyelim.

Çalışma sürelerinin ve bu bağlamda fazla çalışmaların işverenler tarafından kayıt altına alınması Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın da değindiği hususlardan biridir. Divan 2019 yılında verdiği *Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO) v Deutsche Bank SAE* kararında üye devletlerin işverenler tarafından çalışma saatlerini sistematik olarak kaydedilmesinin sağlanması yönünde karar vermiştir. Bu karar, İspanyol Sendikasının Deutsche Bank aleyhine başvurusuna ilişkindir. Somut uyuşmazlıkta işveren çalışma sürelerinin ölçümüne imkân veren bir sistem kurmamış, dolayısıyla işçinin İspanyol usul hukuku kurallarına göre fazla çalışmasını ispatında ispat yükünü yer değiştirmek için tanık beyanları, eposta, cep telefonu ve bilgisayar incelenmesi gibi delillere dayanması gerekmiştir (para. 53). Ancak bunların da, günlük çalışma sürelerini ölçen sistemlerden farklı olarak günlük ve haftalık çalışılan süreleri nesnel ve güvenilir şekilde belirleyemeyecek (para. 54) olmasına dayanan Divan, Çalışma Sürelerine İlişkin 2003/88/EC sayılı Direktif'e aykırılığı tespit etmiştir. Karara göre, 2003/88 Sayılı Direktif'in etkinliğini sağlamak için “*çalışılan sürenin ölçülmesini sağlayan nesnel, güvenilir ve erişilebilir bir sistem kurma yükümlülüğünün gereklidir.*” (para. 60, 65).

Divan'ın bahsedilen kararının üye devlet hukuklarına önemli etkileri olmuştur. Konu hem işverenlerin çalışma süresinin ölçülmesi ve dolayısıyla belgelenmesi yükümlülüklerinin belirlenmesi hem de bu yükümlülükler aykırılık halinde özellikle işçinin çalışma sürelerine ilişkin ispat yüküne etkisi bakımından tartışılmıştır.

Almanya'da Divan'ın bu kararına Federal İş Mahkemesi tarafından alınan 4 Mayıs 2022 tarihli karar⁵⁰ metninde yer verilirken Direktif ile öngörülen çalışma süresinin ölçülmesi yükümlülüğüne sınırlı bir anlam yüklenmiştir. Federal İş Mahkemesi'ne göre, Birlik hukuku kapsamında günlük çalışma süresini ölçme yükümlülüğü, iş sağlığı ve güvenliği ile sınırlı bir anlam içerirken fazla çalışmanın karşılığına ilişkin ispat yükünün dağılımında Alman maddi hukuku ve usul hukuku kapsamında geliştirilen ilkeler üzerinde hiçbir etkisi bulunmamaktadır⁵¹.

Federal İş Mahkemesi, 13 Eylül 2022 tarihli kararında da İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası'nda (*Arbeitsschutzgesetz-ArbSchG*) yer alan işverenin iş sağlığı ve güvenliğini yükümlülüğünü değerlendirirken de işverenin belgeleme/kayıt yükümlülüğüne değinmiştir. Yüksek Mahkemeye göre, işverenin işçinin iş sağlığı ve güvenliği için gerekli önlemleri alma yükümlülüğü kapsamında “uygun organizasyonu ve gerekli araçları sağlama yükümlülüğü”nün (*ArbSchG § 3 Abs. 2 Nr. 1*) Birlik Hukukuna uygun yorumu, işverenin işçinin çalışma sürelerini kayıt yükümlülüğünü gerekli kılmaktadır⁵². Bu karar ile işverenin çalışma sürelerini belgeleme/kayıt yükümlülüğünün kanundan

50 BAG, Urteil vom 4.5.2022 – 5 AZR 359/21 (LAG Niedersachsen 6.5.2021 – 5 Sa 1292/20).

51 Karara ilişkin değerlendirme için bkz Jobst-Hubertus Bauer, ‘Darlegungs- und Beweislast im Überstundenvergütungsprozess’ 2022, 285.

52 Kararda işverenin kayıt yükümlülüğünün kanundan kaynaklanması nedeniyle iş konseyinin çalışma sürelerinin kaydına ilişkin sistem kurma yetkisinin olmadığına hükmedilmiştir. Zira, BetrVG Bölüm 87 (1) hükmüne göre, iş konseyinin sosyal konularda sadece yasa veya toplu sözleşme olmadığı hallerde söz hakkı bulunmaktadır. BAG, Urteil vom 13.9.2022 – 1 ABR 22/21 (LAG Hamm, 27.07.2021 - 7 TaBV 79/20).

kaynaklandığı ortaya konmuştur. Karardan ulaşılan bir diğer önemli sonuç, İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası'nda işverenin iş sağlığı ve güvenliğini yükümlülüğünün tüm işverenler tarafından öngörülmüş olması nedeniyle çalışma sürelerini belgeleme/kayıt yükümlülüğü de işyerinde iş konseyi olsun olmasın tüm işverenlere uygulanacak olmasıdır.

Hukumumuzda da 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu⁵³ kapsamında işverenin genel yükümlülüklerine ilişkin Alman kanunu ile benzer esaslar düzenlenmiştir. Gerçekten, İSGK m. 4/1, (a) hükmüne göre işveren, işçilerin işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamak için *“her türlü tedbirin alınması, organizasyonun yapılması, gerekli araç ve gereçlerin sağlanması... için çalışmalar yapar.”* Federal İş Mahkemesi ile benzer bir yaklaşımla işverenin iş sağlığı ve güvenliğini yükümlülüğü kapsamında işverenin çalışma sürelerini belgeleme/kayıt yükümlülüğünün olduğu kabul edilirse kanunun kapsamı dışında bırakılan ve 4. maddede sayılan işverenler dışında çalıştırdığı çalışan sayısından bağımsız olarak tüm işverenler bakımından belgeleme/kayıt yükümlülüğünden bahsedilebilecektir. Ancak bu durum uygulamada belirsizliklere neden olmaya müsaittir.

İşverene belgeleme yükümlülüğü öngören hukukumuzda yürürlükte olan düzenlemelerin başında İş Kanunu m. 67 hükmü gelmektedir. Bu maddeye göre *“Günlük çalışmanın başlama ve bitiş saatleri ile dinlenme saatleri işyerlerinde işçilere duyurulur.”* ÇSY m. 9 hükmünde ise işverenin belgeleme yükümlülüğü daha açık ifadelerle düzenlenmiştir: *“İşveren, işçilerin çalışma sürelerini uygun araçlarla belgelemek zorundadır.”* FÇY m. 10 hükmü fazla çalışmanın belgelenmesi başlıklı olup bu maddeye göre, *“İşveren, fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma yaptırdığı işçilerin bu çalışma saatlerini gösteren bir belge düzenlemek, imzalı bir nüshasını işçinin özlük dosyasında saklamak zorundadır.”* Bu düzenlemeler, kanaatimizce yeterli değildir. Yapılması gereken, kanun değişikliği ile işverenin belgeleme yükümlülüğüne ilişkin yükümlülüğe aykırılık halini de belirten daha detaylı düzenlemeler öngörülmesidir.

Nitekim uygulamada işverenlerin mevzuattan kaynaklanan bu yükümlülükleri yerine getirmemesi ile sıklıkla karşılaşılmaktadır⁵⁴. Fazla çalışma ücreti talepli davalarda, işçinin belgeleme yükümlülüğü, işçinin fazla çalışmayı ispatına tesiri bakımından tartışılmaktadır. Örneğin doktrinde bir görüş tarafından iki tarafın da tanıkla ispat yoluna başvurduğu halde tanık beyanları arasında çelişki olduğunda çalışma sürelerini belgeleme yükümlülüğü olan işveren aleyhine hüküm kurulabileceği ifade edilmektedir⁵⁵. Benzer bir sonuca delillerin eşitliği halinde işçinin korunması gereği ile ulaşan yargı kararları da tespit edilmiştir. Örneğin İstanbul BAM 31. Hukuk Dairesi, davacı ve davalı tanıklarının anlatımlarının çelişkili bulunduğu noktada delillerin eşitliğinden söz edilemeyeceği için işçi tanıklarına üstünlük tanınması gerektiğine hükmetmiştir⁵⁶. Ayrıca Yargıtay'a göre; *“delillerin hüküm vermeye yeterli olmadığı ya da kesinlik göstermediği, delil ve karşı deliller değerlendirildiğinde,*

53 RG 30.06.2012/28339.

54 Çalışma hayatında kayıt ve belge düzenini yerleşik düzen haline getirecek önlemler alınması, işçilerin işe giriş-çıkış saatlerinin kontrol altına alınabileceği bir sistem geliştirilmesine ilişkin öneriler için bkz. Murteza Aydemir, 'İş Hukukunda Belgelerin İtibarsızlığı' 2022 (47) Sicil İş Hukuku Dergisi 45-74.

55 Çil (n 12) 95.

56 İstanbul BAM 31 HD E 2017/2553 K 2019/1135, 16.05.2019, Lexpera.

*birine üstünlük verilemediği durumlarda işçinin korunması ve işçi lehine yorum ilkelerinden hareket edilmelidir.*⁵⁷.

Öte yandan Yargıtay HGK'nin işçilik alacakları için işveren kayıtlarına dayanıldığında belgeleme yükümlülüğünün işverende olması nedeniyle işverenin ibraz etmesi gerektiği, ibraz etmediğinde ise HMK m. 220 hükmüne göre işlem yapılması gerektiğine yönelik kararları bulunmaktadır⁵⁸. Tarafların belgeyi ibraz etmemesi başlıklı HMK m. 220 hükmüne göre, ibrazı istenen belgenin, ileri sürülen hususun ispatı için zorunlu ve bu isteğin kanuna uygun olduğuna mahkemece kanaat getirildiği ve karşı taraf da bu belgenin elinde olduğunu ikrar ettiği veya ileri sürülen talep üzerine sükût ettiği yahut belgenin var olduğu resmî bir kayıtla anlaşıldığı veya başka bir belgede ikrar olunduğu takdirde, mahkeme bu belgenin ibrazı için kesin bir süre verir (f. 1). Belgeyi ibraz etmesine karar verilen taraf, kendisine verilen sürede belgeyi ibraz etmez ve aynı sürede, kabul edilebilir bir mazeret göstermez ya da belgenin elinde bulunduğunu inkâr eder ve teklif edilen yemini kabul veya icra etmezse, mahkeme, duruma göre belgenin içeriği konusunda diğer tarafın beyanını kabul edebilir (f. 3).

Tarafın belgeyi ibraz etmemesi halinde HMK m. 220 hükmü ile delil gösteren tarafın belgenin niteliği ve içeriği hakkındaki iddiasını ispat edilmiş sayılabilecektir. Bu sonucun kabulü için maddede yer alan koşulların sağlanması gerekmektedir; karşı tarafın bu belgenin elinde olduğunu ikrar etmesi veya ileri sürülen talep üzerine sükût etmesi yahut belgenin var olduğu resmî bir kayıtla anlaşılması veya başka bir belgede ikrar olunması gerekmektedir. Ancak bu hallerden birinin varlığında HMK m. 220 hükmü uygulanabilecek ve hükmün 3. fıkrada öngörülen yaptırım hâkim belgenin ibrazına karar vermesi halinde uygulanabilecektir⁵⁹.

Bahsedilen karar metinlerinde ise işverenin salt maddi hukuktan kaynaklanan belgeleme yükümlülüğünden hareketle mahkemeye belirli dönemlere ait belge ibraz etmemesi HMK m. 220 hükmünün uygulanması için yeterli görülmüştür. Bu kararlara göre; “*İş Kanununda kayıt tutma yükümlülüğü genellikle işverene verilmiştir. Bordro tanzimi, mesai saatleri düzenleme, yıllık ücretli izin defteri tutma, çalışma belgesi verme gibi işçi alacakları konusunda işveren kayıtlarına dayanıldığında, bu kayıtları tutma zorunluluğu olan işverenin bu belgeleri mahkemeye ibraz etmesi, işverenin bu belgeleri ibraz etmemesi halinde ise 6100 Sayılı HMK'nun 220. maddesi uyarınca işlem yapılması gerekmektedir.*” Oysa açıkladığımız nedenlerle, işçinin fazla çalışmayı ispatı için işverenin kayıtlarına dayanmasına HMK m. 220 hükmü de doğrudan cevaz vermemektedir.

Madde metninde yazılan hallerin gerçekleşmesi halinde dahi işçinin fazla çalışmayı ispatı sonucuna direkt ulaşmamak gerekmektedir. Öncelikle hâkim karşı tarafı isticvap etmeli veya dinlemelidir

57 Yargıtay 22 HD, E 2017/17221 K 2018/23778, 07.11.2018, Kazancı İçtihat Bankası; Yargıtay 22 HD, E 2017/12458 K 2018/10733, 04.05.2018, Kazancı İçtihat Bankası; Yargıtay 22 HD, E 2017/8925 K 2018/23474, 30.10.2017, Kazancı İçtihat Bankası; Yargıtay 22 HD, E 2017/8927 K 2017/23475, 30.10.2017, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>> Erişim Tarihi 25.05.2022; Yargıtay 22 HD, E 2015/30452 K 2015/18797, 08.10.2015, Kazancı İçtihat Bankası.

58 YHGK, E 2014/9-1703 K 2017/54, 18.01.2017, Kazancı İçtihat Bankası; YHGK, E 2014/9-1718 K 2017/67, 18.01.2017, Kazancı İçtihat Bankası.

59 Taner Emre Yardımcı, *Hukuk Yargılamasında Somutlaştırma Yükü* (1. Bası, On İki Levha 2017) 293.

(HMK m. 144)⁶⁰. Mahkemece, ibrazı istenen belgenin elinde bulunduğunu inkâr eden tarafa, böyle bir belgenin elinde bulunmadığına, özenle aradığı hâlde bulamadığına ve nerede olduğunu da bilmediğine ilişkin yemin de teklif edilebilecektir (HMK m. 220/2). Elindeki belgeyi ibraz etmeyen taraf aleyhine, belgenin iddia edilen içeriğine (*belge ile ispat edilmek istenen vakıa iddiasına*) göre hüküm kurulması ihtimali olmakla birlikte mutlak suretle bu yönde bir karar verileceği de söylenemez. Zira HMK m. 220/3 hükmünün lafzı açık olup hâkime bu durumda takdir yetkisi tanınmıştır⁶¹.

HGK'nin bahsedilen kararlarında ise, yerel mahkemece işe giriş çıkış kayıtlarının sunulmamasının davacı aleyhine yorumlanmasının HMK m. 220. maddesi ile bağdaşmayacağı ifade edilerek çalışma düzeninin aynı olması prensibinden hareketle, kayıtlı dönemin kayıtlı olmayan dönem için emsal olabileceği belirtilmektedir. Oysa işverenin belgeleme yükümlülüğü, fazla çalışmada ispat yükünün yer değiştirmesi sonucunu doğurmaz⁶². Başka bir anlatımla, işçi, işveren kayıtlarına dayandığını belirterek ispat yükünü yerine getiremeyecektir⁶³. HMK m. 220 hükmünün uygulanması ve işverenin çalışma süresine ilişkin belgeyi ibraz etmemesi sebebiyle mahkeme tarafından belgenin içeriği konusunda işçinin beyanının kabul etmesi ise son derece sınırlı hallerde mümkün olabilecektir.

Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de, HGK'nin açıklanan kararlarından daha sonra verdiği kararlarda mahkemeye puantaj kaydının belirli dönemlerle sınırlı sunulduğu bir uyumsuzluğa ilişkin kararında HMK m. 220 hükmüne değinmemiştir. Özel Daire, talep konusu tüm dönemlere ilişkin puantaj kaydının bulunmaması halinde puantaj kaydı olan dönemlerin puantaj kaydına göre, kayıt olmayan dönemlerin ise tanık beyanlarına göre hesaplanıp hüküm altına alınması yönünde karar vermiştir⁶⁴. Aynı Daire İş Teftiş Kurulu'nun teftiş tutanaklarına ilişkin de benzer değerlendirmelerde bulunmuştur. Yüksek Mahkemeye göre, bu tutanaklar düzenlendiği tarih ile son teftiş arasındaki dönem için fazla çalışmanın ispatında dikkate alınabilir⁶⁵.

C. İŞÇİNİN FAZLA ÇALIŞMAYI YALNIZ YAZILI BELGE İLE İSPATINA İLİŞKİN TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ HÜKMÜNÜN GEÇERLİLİĞİ SORUNU

Anayasa Mahkemesi'nin *Recep Kılıç* kararı⁶⁶, fazla çalışma ücretine ilişkin açtığı davanın reddedilirken aynı işyerinde çalışan diğer işçiler tarafından açılan davalarda aksi yönde karar verilmesi

60 Güray Erdönmez, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku C. 2* (15. Bası, On İki Levha 2017) 1820.

61 Yardımcı (n 59) 291.

62 Ünal Adınır (n 16) 137-138.

63 Çil (n 12) 95; Ünal Adınır (n 16) 100.

64 Yargıtay 9 HD, E 2021/9386 K 2021/13243, 29.09.2021, Lexpera.

65 “*Dosya kapsamındaki teftiş tutanağına göre davacının tüm hizmet süresi boyunca sürekli olarak aynı çalışma düzeninde çalıştığı benimsenerek sonuca gidilmiş ise de, teftiş raporunun 25/09/2013 tarihinde düzenlendiği ve raporda en son iş yerinde Mart 2011 tarihinde iş baş müfettişleri ... ve ... tarafından teftiş yapıldığından bu tarih esas alınarak inceleme yapıldığının belirtildiği dikkate alındığında, raporun Mart 2011 ile 25/09/2013 tarihleri arası için bağlayıcı olduğu, 25/09/2013 tarihinden sonraki ve Mart 2011 öncesi dönem için bağlayıcı kabul edilmesi mümkün bulunmamaktadır. Hal böyle olunca, teftiş raporuna göre davacının fazla çalışma yaptığı ispat edilememiş ise de, anılan dönemlerin dışında kalan döneme ilişkin fazla çalışma iddiasının başka delillerle ispatı gerektiği dikkate alınmalıdır.*”, Yargıtay 9 HD, E 2016/31597 K 2020/15318, 09.11.2020, Kazancı İçtihat Bankası.

66 Anayasa Mahkemesi, *Recep Kılıç* (B No 2017/29156) 10.03.2021.

nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir. Fazla çalışma ücreti talebini reddine hükmeden İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 26. Hukuk Dairesi, toplu iş sözleşmesinde başvurucunun günlük 3 saatten fazla çalışma yapamayacağı, yapmış olsa dahi bunun ancak yazılı delillerle ispatlanabileceğine ilişkin hüküm gereği tanık beyanlarının iddiayı ispatlamaya elverişli olmadığına dayanmış ve iddianın ispatlanmadığı sonucuna ulaşmıştır. Benzer davalarda diğer işçilerin fazla çalışma ücreti taleplerinin kabulüne karar veren istinaf daireleri ise dosyada dinlenen tanık beyanlarını diğer delillerle birlikte değerlendirerek hükme esas almak suretiyle davaları kabul ettiği anlaşılmaktadır (para. 46). Başvuru, işçilik alacağından kaynaklanan davanın aynı maddi olaya dayanılarak açılan başka bir davada verilen kararın aksi yönünde bir sonuca ulaşılarak reddedilmesi nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir (para. 1). AYM, somut olay koşullarında değerlendirme yapılmak suretiyle verilen kararın yeterli gerekçe içerdiğini tespit etmiş ve söz konusu kararların belirli bir hukuksal temele dayandığı, kararlar arasındaki çelişkinin hukuki yorum farklılığından kaynaklandığı ve bu farklılığın içtihat farklılığı oluşturacak boyutta olmadığını belirtmiştir (para. 47). Kararlardaki farklılığın hukuki güvenliği sarsacak nitelikte olmadığı ve dolayısıyla başvurunun hukuk kurallarının yorumlanması ve delillerin değerlendirilmesi kapsamında kaldığı değerlendiren AYM, adil yargılanma hakkının ihlal edilmediği yönünde hüküm vermiştir (para. 49). AYM'nin aynı gün verdiği *Yunus Leylek* kararı⁶⁷ da aynı doğrultudadır.

AYM'nin de işaret ettiği üzere konunun “hukuk kurallarının yorumlanması ve delillerin değerlendirilmesi” gerekirse; toplu iş sözleşmesinde başvurucunun günlük 3 saatten fazla çalışma yapamayacağı, yapmış olsa dahi bunun ancak yazılı delillerle ispatlanabileceğine ilişkin hüküm ispat hakkı ile yakından ilgili ve tartışılmaya değerdir.

Gerçekten “*Toplu iş sözleşmesinde işçinin günlük 3 saatten fazla çalışma yapamayacağı, yapmış olsa dahi bunun ancak yazılı delillerle ispatlanabileceği öngörülebilir mi?*”; bu soru yanıtlanmalıdır. Bu çerçevede ise öncelikle Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu (STİSK) toplu iş sözleşmesinin konusunu düzenleyen m. 33 hükmü dikkate alınmalıdır: “*Toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hükümleri içerir (f. 1). Toplu iş sözleşmesi, tarafların karşılıklı hak ve borçları ile sözleşmenin uygulanması ve denetimini ve uyumsuzlukların çözümü için başvurulacak yolları düzenleyen hükümleri de içerebilir (f. 2)*”. İşçilerin 3 saatten fazla çalışma yapamayacağına ilişkin hüküm, iş sözleşmesinin konusuna ilişkin bir hüküm olmasına rağmen fazla çalışmanın yapılması halinde ispatının yazılı delil ile mümkün kılınması, kanaatimizce toplu iş sözleşmesinin taraflarının tasarrufunda değildir.

Öte yandan bu yönde bir düzenlemenin delil sözleşmesi olarak nitelendirilmesi halinde de geçerli olduğunun kabulü güçtür. Zira delil sözleşmesi, HMK m. 193/1 hükmünde, “*Taraflar yazılı olarak veya mahkeme önünde tutanağa geçirilecek imzalı beyanlarıyla kanunda belirli delillerle ispatı öngörülen vakıaların başka delil veya delillerle ispatını kararlaştırabilecekleri gibi; belirli delillerle ispatı öngörülmemen vakıaların da sadece belirli delil veya delillerle ispatını kabul edebilirler.*” şeklinde düzenlenmiştir. Hükmün açık lafzı gereği, delil sözleşmesi ancak “taraflarca” yapılabilecek olup toplu iş sözleşmesi ile taraf niteliği olmayan işçinin fazla çalışmasının ispatı düzenlenemez.

67 Anayasa Mahkemesi, *Yunus Leylek* (B No 2017/29600) 21.04.2021.

Fazla çalışmanın sadece yazılı delille ispatına ilişkin düzenleme, HMK m. 193/2 hükmü gereği de geçersizdir. Zira, bu fıkra taraflardan birinin ispat hakkının kullanımını imkânsız kılan veya fevkalade güçleştiren delil sözleşmeleri geçersiz olduğu düzenlenmektedir. Buna örnek olarak uyuşmazlığın çıkması halinde sadece bir tarafın elindeki araçların delil olarak kullanılacağını öngören hükümler verilmektedir⁶⁸. Fazla çalışmanın ispatının sadece yazılı delillerle yapılması da belge ve kayıtları oluşturan ve elinde bulunduranın işveren olacağı da dikkate alındığında işçinin ispat hakkının kullanımını birçok uyuşmazlıkta imkânsız kılabileceğini düşündürmektedir. Dolayısıyla toplu iş sözleşmesi ile değil, iş sözleşmesi ile de öngörülse bu şekilde bir delil sözleşmesinin geçerli olmayacağı kanaatindeyiz. İşveren tarafından kayıtların ibraz edilmemesi ihtimali de bu kanaatimizi güçlendirmektedir. Aksinin kabulü, işçinin ispat hakkını ölçülülük ilkesine aykırı, hakkın özünü zedeleyebilecek şekilde sınırlandırılması⁶⁹ anlamına gelecektir.

IV. 24 SAATLİK ÇALIŞMA ESASLARI

A. GENEL OLARAK

Hem ülkemizde hem de Avrupa'da uygulamada 24 saatlik çalışma esasları ile karşılaşılmaktadır. Hukukumuzda günlük azami çalışma süresinin 11 saat, gece azami çalışma süresinin 7,5 saat, haftalık çalışma süresinin 45 saat olması karşısında bu çalışmaların hukuka uygunluğu ile bu çalışmalarda çalışma ve dinlenme sürelerinin nasıl hesaplanacağı yargıya taşınmış olup aşağıda incelenecektir. Bu çerçevede önce hukukumuzda yargı kararlarının gelişimi izah edilecek, daha sonrasında ise Divan'ın farklılaşan yaklaşımına değinilecektir.

B. HUKUKUMUZDA DURUM

1. Yargıtay Kararları

a. 24 Saat Çalışma-24 Saat Dinlenme Esası

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 05.10.2021 tarihli kararında⁷⁰; Daire'nin yerleşmiş uygulaması gereği, işçinin günde fiilen 14 saat çalışabileceği varsayımından hareketle 24 saat çalışma-24 saat dinlenme esasıyla çalışan işçi bakımından bir hafta 4 gün bir hafta 3 gün çalışma yaptığını dikkate alarak hesaplama yapmaktadır. Şema üzerinden izah edilecek olursa;

68 Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan E, *Medeni Usul Hukuku* (4. Bası, Yetkin 2021) 494.

69 Bkz Tahsin Hatipoğlu, *Medeni Yargılama Hukukunda Delil Sözleşmeleri* (1. Bası, On İki Levha 2020) 145-146.

70 “Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Dairemizin yerleşik uygulamasına göre, bir işçinin günde en fazla fiilen 14 saat çalışabileceğinin kabulü gerekir. Bu durumda 24 saat çalışıp 24 saat dinlenme usulüyle yapılan çalışmalarda bir hafta 3 gün, diğer hafta ise dört gün çalışma yapılacağından, yukarıda bahsedilen 63. madde hükmü gereğince, haftalık normal çalışma süresi dolmamış olsa dahi günlük 11 saati aşan çalışmalar fazla çalışma sayılması sebebiyle, bu çalışma sisteminde işçi ilk bir hafta (3x3=) 9 saat, takip eden hafta ise (4x3=) 12 saat fazla çalışma yapmış sayılmalıdır.”, Yargıtay 9 HD, E 2021/9973 K 2021/13695, 05.10.2021, Kazancı İçtihat Bankası.

	Pzt	Sa	Çrş	Perş	Cu	Cmt	Pa	Çalışılan gün sayısı
Hafta 1	24	x	24	x	24	x	24	4
Hafta 2	x	24	x	24	x	24	x	3

Hafta 1 için; işçinin günlük fiilen 14 saat çalışabileceği varsayımından hareketle 14 saat x 4 gün = 56 saat

56 saat- 45 saat = **11 saat fazla çalışma**

Ayrıca 11 saati aşan çalışma : 14 saat - 11 saat = 3 saat/gün

Hafta 1'de 4 gün x 3 saat = **12 saat yasak çalışma** yapılmıştır.

Yasak çalışma (12 saat), fazla çalışmayı (11 saat) aştığından fazla çalışma ücretinin hesabında yasak çalışma dikkate alınır.

Hafta 2 için; 14 saat x 3 gün = 42 saat (Haftalık çalışma süresi aşılmamış)

11 saati aşan çalışma : 14 saat - 11 saat = 3 saat/gün

Hafta 2'de 3 gün x 3saat = **9 saat yasak çalışma** yapılmış olup işçinin haftalık çalışma süresi 45 saati aşmasa dahi, günlük 11 saati aşan çalışmalar için fazla çalışma ücreti hesaplanır.

b. 24 Saat Çalışma-48 Saat Dinlenme Esası

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 24 saat çalışma-48 saat dinlenme düzenine de benzer bir yaklaşımla karar vermiştir⁷¹: “Çalışma şeklinin 24 saat mesai 48 saat dinlenme şeklinde olduğu durumlarda ise, işçi birinci hafta 3 gün ikinci ve üçüncü haftalar 2 gün dördüncü hafta yine 3 gün çalışacağından, ilk hafta (3x3=) 9 saat, ikinci ve üçüncü haftalarda (2x3=) 6 saat, dördüncü hafta ise yine (3x3=) 9 saat fazla çalışmış sayılacaktır.”. Kararda, işçinin günde fiilen 14 saat çalışabileceği varsayımından hareket edilirken fiilen 3 ve 2 gün çalışılan haftalarda haftalık çalışma süresi 45 saati aşmasa dahi, günlük 11 saati aşan çalışmalar olduğundan aşan kısım yani yasak çalışma için fazla çalışma ücreti hesaplanmıştır.

c. 24 Saat Çalışma-24 Saat Dinlenme Esasında Uyku İhtiyacının Giderilememesi Hali

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 02.10.2018 tarihli kararında⁷² 24 saat çalışma esasında, uyku düzeninin olmadığı durumda 4 saat ara dinlenme yaptığını kabulü gerektiğine hükmetmiştir. Bu karar, yukarıda izah edilen kararlardan farklı olarak günde işçinin fiilen 14 saat çalışabileceği varsayımını sadece uyku ihtiyacını giderebileceği durumlar ile sınırlı olarak dikkate almıştır.

71 Yargıtay 9 HD, E 2016/11228 K 2019/22680, 18.12.2019, Kazancı İçtihat Bankası.

72 “HGK'nun 08.02.2017 tarih, 2014/22-2468 Esas-2017/229 Karar sayılı ilamında da belirtildiği üzere; işin niteliği gereği işçinin uyku ihtiyacını gideremediği 24 saat esaslı çalışmalarda yemek ve sair ihtiyaçları nedeni ile 4 saat ara dinlenme yaptığının kabulü gerekir. Bu hususta gerekli araştırmanın yapılarak, davacının 24 saatlik çalışması esnasında uyku ihtiyacını gideremediğinin tespiti halinde yukarıda belirtildiği üzere 4 saat ara dinlenme süresinin düşümü... gerekmektedir.”, Yargıtay 9 HD, E 2015/21610 K 2018/17109, 02.10.2018, Kazancı İçtihat Bankası.

Yargıtay tarafından 24 saat çalışma esasına ilişkin verilen kararlar birlikte değerlendirildiğinde işçinin 24 saat çalıştırılmasında uyku ihtiyacını giderebildiğinin işveren tarafından ispatı halinde ara dinlenmesi 10 saat, çalışma süresi 14 saat iken uyku ihtiyacını gidermediği durumlarda ara dinlenmesi 4 saat, çalışma süresi 20 saattir⁷³.

d. 7 Gün/24 Saat Çalışma İddiası

Yargıtay HGK'nin 09.06.2020 tarihli bir kararında⁷⁴ ambulans şoförü olan işçinin haftanın 7 günü 24 saat ara dinlenme yapmadan çalıştığı kabul edilerek fazla çalışma ücretinin hüküm altına alınmasını isabetli olarak hayatın olağan akışına aykırılık, yaşam tecrübesine ve insan doğasına uygun düşmeyeceğinden isabetli bulunmamıştır. Yüksek Mahkeme, günlük çalışma saatlerine göre ara dinleme süresinin ne kadar olduğunun değerlendirilmesi gerektiği belirtmiştir. Bunun için uyku ihtiyacını dinlenme süresi içinde yerine getirip getirmediğinin araştırılması gerektiğine hükmetmiştir.

“29. Mahkemece yapılan araştırma sonucunda, davacının uyku ihtiyacını dinlenme süresi içinde gideremediğinin anlaşılması hâlinde yerleşik Yargıtay uygulamalarına uygun ve ölçülü olan işçinin uyku ihtiyacını gidermediği 24 saat esaslı çalışmada yemek ve sair ihtiyaçları nedeniyle 4 saat ara dinlenme yaptığı kabul edilmelidir.

30. Diğer taraftan davacının uyku ihtiyacını dinlenme süresi içerisinde giderdiğinin anlaşılması hâlinde ise Hukuk Genel Kurulu'nun istikrar kazanan 4.5.2006 tarihli ve 2006/9-107 E., 2006/144 K., 17.10.2007 tarihli ve 2007/9-667 E., 2007/734 K., 08.10.2008 tarihli ve 2008/9-593 E., 2008/621 ve 19.04.2017 tarihli ve 2015/9-3385 E., 2017/759 K. sayılı kararlarında çalışanların uyku ve diğer zorunlu ihtiyaçlarını karşılamak için gerekli olan zaman dilimi gözetildiğinde, çalışmanın günde en fazla 14 saat sürdürülebileceğinin kabul edildiği de göz önüne alındığında davacının 24 saatin tamamının işyerinde geçirildiği günlerde fiili çalışması en fazla 14 saat olabileceğinden, bunun dışında kalan yemek, uyku ve sair ihtiyaçları nedeniyle 10 saat ara dinlenme yapıldığı sonucuna varılmalıdır.

31. Ayrıca mahkemece yapılan araştırma sonucunda davacı işçinin 10 saat ara dinlenmesi yaptığının anlaşılması durumunda davacının 14 saatlik fiili çalışmasını gündüz süresinde mi yoksa gece süresinde mi gerçekleştirdiği hususunun da belirlenmesi gerekir.”

Bu karar, 24 saatlik çalışmaya ilişkin yukarıda izah edilen diğer kararlardan farklı olarak fiili çalışmanın gece mi gündüz mü yapıldığına ilişkin araştırma da yapılması gerektiğine odaklanması nedeniyle önemlidir. Ambulans şoförü işçinin gece çalışması da olası olduğundan bu yönde bir ilave araştırma kanaatimizce de isabetlidir⁷⁵.

73 Yargıtay'ın işçinin uyku imkanının olup olmadığına ilişkin araştırma yapmadığı kararların eleştirisi için bkz. Faruk Barış Mutlay, 'Çalışma Sürelerine İlişkin Düzenlemeler ve Yargıtay Kararları Doğrultusunda 24 Saat Çalışma' 2019 (42) Sicil İş Hukuku Dergisi 60, 63.

74 YHGK, E 2016/22-824 K 2020/255, 09.06.2020.

75 Kararlarda 24 saat çalışmaların gece çalışması olarak kabul edilip edilemeyeceğine ilişkin açıklık olması gerektiği yönünde, Mutlay (n 73) 85.

Bununla birlikte dikkat çekelim ki, gece çalışmasının 7,5 saati geçemeyeceğine ilişkin kurala sağlık hizmeti kapsamında yürütülen işler bakımından 23 Nisan 2015 tarihinde yürürlüğe giren kanun değişikliği ile istisna getirilmiştir. Bahsedilen değişiklikte İş Kanunu m. 69/2 hükmüne göre, “sağlık hizmeti... faaliyetleri kapsamında yürütülen işlerde işçinin yazılı onayının alınması şartıyla yedi buçuk saatin üzerinde gece çalışması yaptırılabilir.”. Dolayısıyla sağlık hizmetleri bakımından 23 Nisan 2015 tarihinden itibaren yapılan çalışmalar bakımından işçinin yazılı onayının alınması halinde günde 11 saatlik sınır aşılanaya dek 7,5 saati aşan gece çalışması nedeniyle zamlı ücrete hak kazanılmayacaktır⁷⁶. Karara konu somut uyuşmazlık bahsedilen kanun değişikliği öncesinde olduğu için kanun değişikliği dikkate alınmamıştır. Ancak 23 Nisan 2015 tarihinden sonraki sağlık hizmeti, turizm ve özel güvenlik faaliyeti kapsamında yürütülen işler bakımından bu düzenleme uygulama bulacaktır. Yine aynı fıkrafta 28 Aralık 2022 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren değişiklik sonucunda “30/5/2013 tarihli ve 6491 sayılı Türk Petrol Kanunu uyarınca petrol araştırma, arama ve sondaj faaliyetleri kapsamında yürütülen işlerde işçinin yazılı onayının alınması şartıyla yedi buçuk saatin üzerinde gece çalışması yaptırılabilir.”. Dolayısıyla Türk Petrol Kanunu uyarınca petrol araştırma, arama ve sondaj faaliyetleri kapsamındaki işler bakımından 28 Aralık 2022 tarihinden itibaren yapılan günde 11 saatlik sınır aşılanaya dek 7,5 saati aşan gece çalışması nedeniyle zamlı ücrete hak kazanılmayacaktır. Bu işler bakımından da 24 saatlik çalışmalarda işçinin yazılı onayının alınması şartıyla yasak çalışma 7,5 saatin aşılması ile değil, 11 saatin aşılması ile söz konusu olacak olup zamlı ücret buna göre hesaplanmalıdır.

2. Doktrinin Yaklaşımı ve Görüşümüz

Hukukumuzda ise çalışma süresi, fiilen çalışılan süreler yanında İş Kanunu m. 66 hükmünde yer alan ve fiilen çalışmanın olmadığı süreleri de kapsamaktadır (ÇSY m. 3/1). İş Kanunu m. 66 hükmünde sayılan sürelerden biri de “İşçinin işinde ve her an iş görmeye hazır bir halde bulunmakla beraber çalıştırılmaksızın ve çıkacak işi bekleyerek boş geçirdiği süreler”dir (c bendi). Ancak yargı kararlarında 24 saatlik çalışma düzenlerinde işçinin işyerinde iş görmeye hazır bir halde bulunmakla beraber çalıştırılmaksızın ve çıkacak işi bekleyerek geçirdiği sürelerin tamamının, çalışma süresinden sayılmaması yerleşmiştir. Gerçekten yukarıda detaylı olarak açıklandığı üzere, Yargıtay işçinin uyku ihtiyacını karşılayıp karşılamadığına göre çalışma süresini iki olasılıklı olarak -ya 14 saat ya 20 saat-hesaplamakta ve bazı kararlarında ayrıca çalışmanın gece çalışması olup olmadığına odaklanmaktadır.

Doktrinde şablon niteliğindeki kararları eleştiren *Mutlay* dinlenme sürelerine ilişkin somut olayın özelliklerinin dikkate alınarak fiili ve farazi çalışma sürelerinin tespit edilmesi gerektiğini; işçinin sadece işyerinde uyuma (yatma) olasılığının olup olmadığı ile sınırlı biçimde dikkate alınmasının yetersiz olduğunu savunmaktadır. Yazar, yapılan iş aynı olsa, hatta aynı işveren nezdinde aynı işyerinde gerçekleştirilse de dinleme sürelerinin mutlak şekilde aynı olamayacağına işaret

76 Akdeniz (n 12) 571; Alpagut (n 12) 69; Çil (n 12) 92; Özkaraca (n 12) 5; ayrıca bkz. Yargıtay 9 HD, E 2021/7759, K 2021/12375, 21.09.2021, Lexpera.

etmektedir⁷⁷. Yargıtay kararları doktrinde *Baycık* tarafından ise kamu düzeni amacıyla içtihat birliğinin sağlanmasında standart belirlenmesi bakımından isabetli olarak değerlendirilmiştir⁷⁸.

Kanaatimizce İş Kanunu m. 66 hükmünün lafzı karşısında işçinin “işyerinde” her an iş görmeye hazır bir halde bulunmakla beraber çalışmaksızın ve çıkacak işi bekleyerek boş geçirdiği sürelerin tamamı, çalışma süresinden sayılır. İşçinin uyku ihtiyacını karşılama imkanının olup olmaması da durumu değiştirmemelidir. Zira işçi, dinlenme için ayrılan odada beklese hatta uyusa da her an iş görmeye hazırdır.

C. AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANI KARARLARI

Ülkemizde başta hekimler olmak üzere sağlık çalışanlarının başta gelen sorunlarından olan uzun çalışma süreleri, Avrupa ülkelerinde de çözülememiş bir sorundur. Çalışma Sürelerine İlişkin 2003/88/EC sayılı Direktif’in AB üye devletleri tarafından uygulanmasına ilişkin Avrupa Komisyonu tarafından hazırlanan 26.04.2017 tarihli raporda⁷⁹ özellikle sağlık çalışanlarının çalışma sürelerinin sınırları bakımından sorunlar önemli yer tutmuştur.

Divan kararlarında da 24 saat çalışmalar, sağlık çalışanları özelinde incelenmiş ve Divan, bu çalışmalarda çalışma sürelerinin nasıl hesaplanacağı yönünde bir içtihat geliştirmiştir. Divan’ın 2000 yılında verilen *Simap* kararı⁸⁰ ile 2003 yılında verilen *Jaeger* kararı⁸¹ hekimlerin çalışma sürelerine ilişkindir. Yargıtay’ın yukarıda incelenen kararlarından farklı olarak Divan, çalışma süreleri, fiilen çalışılan süre dışında çalışmaksızın ancak “işyerinde” çıkacak işi bekleyerek geçirdiği süreleri de kapsadığını belirttikten sonra bu sürele hekimin uyuyarak beklemesi de dâhil olduğunu belirtmiştir. Divan’a göre, işverenin hekime mesleki faaliyetini yerine getirmedeği sürede dinlenmesi için oda sağlaması sonucu değiştirmemektedir⁸².

V. İCAP NÖBETİ

A. GENEL OLARAK

İcap nöbeti olarak adlandırılan ve işçinin işyeri dışında geçirdiği bekleme süreleri, niteliği itibarıyla özellik arz etmektedir. Uygulamada icap nöbetleri ile yine hekimler açısından karşılaşıldığı

77 Mutlay (n 73) 69-71, 87.

78 Gaye Baycık, ‘İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi’ 2018 Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016 (1. Bası, On İki Levha 2018) 7, 304.

79 Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on implementation by Member States of Directive 2003/88/EC concerning certain aspects of the organisation of working time, SWD(2017) 204 final, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2017%3A254%3AFIN>> Erişim Tarihi 31.05.2022.

80 ABAD, C-303/98 *Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (Simap) v Conselleria de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana* [03.10.2000].

81 ABAD, C-151/02 *Landeshauptstadt Kiel v Norbert Jaeger* [09.09.2003].

82 ABAD, C-151/02 *Landeshauptstadt Kiel v Norbert Jaeger* [09.09.2003], para. 60.

gibi icap nöbeti esaslı çalışmalara acil duruma müdahaleyi gerektiren başka işler açısından da başvurulmaktadır. İcap nöbetinin çalışma sürelerinden sayılıp sayılmayacağı ve dolayısıyla fazla çalışma oluşturup oluşturmadığı konusu ülkemizde de Birlik hukukunda da yargıya taşınmış; ancak Yargıtay ve Divan yine farklı yönde içtihatlar geliştirmiştir.

B. HUKUKUMUZDA DURUM

1. Yargıtay Kararları

Konuya ilişkin Yargıtay 22. Hukuk Dairesi tarafından 2020 yılında verdiği karar⁸³ belediyede çalışan ve bir mahallesinin su işlerine bakan işçinin fazla çalışma ücreti talebine ilişkindir. Karar metninde işçinin özellikle su sıkıntısının olduğu yaz aylarında vana açma kapama işini yaptığını, su arızasının ne zaman olacağı belli olmadığından belli bir mesai düzenine bağlı olmaksızın ihtiyaç olduğunda çalışmasını sürdürdüğü belirtilmektedir: *“Dairemiz uygulamasına göre; icap nöbetinde filen daha fazla çalışma yapıldığı kanıtlanmadığı takdirde, icap nöbetinde geçen sürenin 1/8’inin çalışma süresinden sayılması gerektiği sonucuna varılmıştır.”* Kararda davacının nöbet tuttuğu her bir 8 saatlik süre için 1 saat fazla mesai yaptığı kabul edilmektedir. Bu kabule göre ise, davacının günlük 2 saat fazla çalışma yaptığı gözetilerek fazla çalışma ücret alacaklarının hesaplanması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de 26.01.2021 tarihinde verdiği karar ise⁸⁴ uzman hekimin fazla çalışma ücreti talebine ilişkindir. 9. HD, (kapatılan) 22. HD ile benzer yönde değerlendirmeler yapmış ve icap nöbetini fazla çalışma kapsamında değerlendirmeyen mahkeme kararını bozmuştur. Karara göre, *“dosya kapsamındaki belgelere göre, davacının icap nöbeti tuttuğunda kaç kez göreve geldiği ve görevin kaç saat sürdüğü net olarak tespit edilememekte olup fiili olarak davacının nöbetlerde iş başında geçirdiği sürenin belirlenmesi ve buna bağlı olarak haftalık ne kadar fazla mesai yaptığının tespiti mümkün gözükmemektedir. Ayrıca davacının icap nöbeti sırasında işyerinde olmadığı evinde veya tercih ettiği başka bir yerde zamanını geçirdiği, çağrılması durumunda göreve gittiği dolayısıyla çağrılmadığı zamanlarda imkanı ölçüsünde serbest hareket edebildiği anlaşılmaktadır. Ancak yapılan işin niteliği gereği icap nöbeti esnasında sadece çağrılma durumunda işyerine gidiliyor olursa da geri kalan zamanı işçinin tamamen özgür hareket ederek geçirmesi de beklenemez. Zira işçi çağrılmaya hazır olarak beklemektedir ve işverence çağrıldığında makul bir süre içerisinde görevi başında olmak zorundadır. Bu anlamda işçi icap nöbeti esnasında şehir dışına çıkamaz veya işyerine uzak bir yere gidemez. Ne var ki; ihtiyaç duyulduğunda işyerine gidilmek zorunda olması icap nöbetinde geçen tüm sürenin çalışma süresinden sayılmasını gerektirmez. Davacının nöbet sırasında işyerine giderek gerçekleştirdiği çalışma sebebiyle geçen süre, çalışma süresinden sayılacaktır. İşyerine gitmesini gerektirecek bir durumun ortaya çıkmaması durumunda ise, uygun bir sürenin çalışma süresinden sayılması hakkaniyet gereğidir.”*

83 Yargıtay 22 HD, E 2017/30438 K 2020/6807, 16.06.2020, Kazancı İçtihat Bankası; Yargıtay 9 HD, E 2020/4705 K 2021/2257, 26.01.2021, Kazancı İçtihat Bankası.

84 Yargıtay 9 HD, E 2020/4705 K 2021/2257, 26.01.2021, Kazancı İçtihat Bankası.

2. Görüşümüz

İcap nöbeti, niteliği itibariyle “işyeri dışında” bekleme sürelerine neden olmaktadır. Dolayısıyla, işyerinde tutulan nöbet ile yahut işyerinde 24 saat çalışmalar ile farklılaşan özellikler barındırmaktadır. İcap nöbetinde de işçinin her an iş görmeye hazır bir halde bulunmakla beraber çalışmaksızın ve çıkacak işi bekleyerek boş geçirdiği süreler olsa da İş Kanunu m. 66/1, (c) bendinin doğrudan uygulanması mümkün olmamalıdır. Zira, söz konusu hükümde işçinin “işinde... bekleyerek” ifadesine yer verilmiş olup bu bent işçinin evinde, kafede, parkta vs. iş çıkmasını bekleyerek boş geçirdiği süreleri kapsamamaktadır. İcap nöbetlerine ilişkin kanun boşluğunun bulunduğu kanaatindeyiz. Dolayısıyla Yargıtay’ın hukuk yaratması sonucu icap nöbetleri ile sınırlı olarak içtihat geliştirmesi, işçinin çok hızlı dahilini gerektiren özellik arz eden çalışmalar dışında kanaatimizce isabetlidir. Bu kararlar içtihat birliğinin sağlanmasında standart oluşturmaya nedeniyle de yerindedir.

C. AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANI KARARLARI

Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın icapçı şekilde çalışılan sürelerin tespiti hususundaki yaklaşımı ise Yargıtay’ın benimsediğinden farklı esaslara tabidir. Divan, fiilen çalışma olmadığı takdirde beklenen süreyi çalışma süresi olarak ya saymakta ya da saymamaktadır. Yukarıda izah edildiği üzere, “işyerinde” bekleme sürelerinin tamamını otomatikman çalışma süresinden sayan Divan, “işyeri dışındaki” bekleme sürelerinin çalışma süresinden sayılıp sayılmayacağına ise icap nöbetinin özelliklerine göre karar vermektedir.

Divan 2018 ve 2021 yıllarında itfaiye çalışanının bekleme sürelerinin çalışma süresinden sayılıp sayılmadığına ilişkin iki ayrı karar vermiştir. 2018 tarihli *Matzak* kararında⁸⁵ bekleme süresinin çalışma süresi sayılacağı sonucuna ulaşırken 2021 tarihli *Dublin City Council* kararında⁸⁶ aksi yönde bekleme süresinin çalışma süresinden sayılmayacağı şeklinde karar vermiştir. Kararlarda ulaşılan sonuçlar zıt olmakla birlikte, değerlendirmeler aynı yöndedir. Her iki kararda da Divan, bekleme süresinin çalışma süresi sayılıp sayılmayacağını tespitinde, işçinin nasıl kısıtlandığına odaklanmaktadır. İşçilerin kendi kişisel faaliyetlerini yürütmelerine izin veren ancak acil bir durumda kısa süre içinde ulaşmasını öngören bekleme ödevi, otomatik olarak çalışma süresi sayılmamaktadır.

Matzak kararında işçinin ulaşılabilirlik ödevi yanında bir taraftan işverenden gelen çağrılara 8 dakika içerisinde cevap vermek; diğer taraftan da işveren tarafından belirlenen yerde fiziki olarak bulunmak zorundadır. Divan, bu “kısa” sürenin sonucu olarak işçinin kişisel ve sosyal menfaatlerinin ayrılmasının mümkün olmadığını ifade etmiş ve işçinin bekleyerek geçen sürenin çalışma süresinden sayıldığı sonucuna ulaşmıştır.

Dublin City Council kararında ise kısmi süreli çalışan itfaiye çalışanı başvuruçunun, kendi birimi tarafından gerçekleştirilecek müdahalelerin %75’ine katılması gerekmektedir. Başvuruçunun açısından bekleme süresince belirli bir yerde olma koşulu bulunmamakla birlikte başvuruçunun, acil çağrılarda 5

85 ABAD, C-518/15 *Ville de Nivelles v Rudy Matzak* [21.02.2018].

86 ABAD, C-214/20 *MG v. Dublin City Council* [11.11.2021].

dakika içerisinde itfaiye istasyonuna gelmek zorunda ve her durumda olay sinyalinin alınmasından birimin yangın söndürmeyi başlatmasına kadar geçen süre en fazla 10 dakika olmalıdır. Başvurucu işçinin müdahalelere katılmasının tek yaptırımı ise ücrete hak kazanmamak olarak belirlenmiştir. Divan, *Matzak* kararından farklı olarak icap sistemi ile ancak *Matzak*'a göre farklı çalışma koşullarına tabi olan başvurucunun bekleme süresinin çalışma süresinden sayılmadığı sonucuna ulaşmıştır.

SONUÇ

Mevzuatımızda çalışma süresinin düzenlenmesi ve fazla çalışmaya ilişkin birçok sınırlayıcı düzenlemeye rağmen Avrupa Birliği hukuku ile kıyasladığımızda çalışma sürelerini yeterli sınırlandırmadığımız ortaya çıkmaktadır. Gerçekten hukukumuzda fazla çalışma dâhil haftalık çalışma süresinin 66 saate çıkmasına kanun cevası verirken Birlik hukukunda ve Birlik üyesi olmasa da çoğu OECD ülkesinde çalışma süreleri fazla çalışma dâhil 48 saat ile sınırlandırılmıştır. Ülkemizde fazla çalışmalara kanunla verilen izin, işçilerin sağlığı ve güvenliği açısından artan risklere işaret etmektedir.

Çalışmamız, çalışma sürelerinin düzenlenmesi ve fazla çalışmaya ilişkin Anayasa ve iş yargısına odaklanmış olup fazla çalışmanın karşılığı, ispatı ile 24 saatlik çalışma esasları ve icap nöbetleri gibi yargının gündemindeki konulara yönelmiştir. Bu çerçevede Divan kararları ile kıyaslama da yapılmış olup hukukumuzda fazla çalışmaya ilişkin benimsenen yasal esaslar yanında yargı kararlarının da Birlik hukukundan ciddi anlamda farklılaştığı ortaya konmuştur.

Bu bağlamda öncelikle yasak çalışmanın yaptırımına ilişkin Yargıtay'ın yerleşmiş içtihadı değerlendirilmiştir. İş Kanunu'nda günlük ve gecelik çalışma sürelerine ilişkin azami sınırlar olmasına rağmen bu sınırların aşılması halinde ortaya çıkan yasak çalışmanın hukuki yaptırımına yer verilmemiştir. Kanundaki bu boşluğun sonucunda yasak çalışma halinde yargı, fazla çalışma ücretine hükmetmektedir. Yasak çalışma ile fazla çalışma arasında nitelik ve ağırlık farkını göz ardı eden ve hukuka uygun çalışmanın yaptırımını hukuka aykırı çalışmaya uygulayan bu içtihat kanaatimizce isabetli değildir. İşvereni, yasak çalışma yaptırmaktan caydırıcı bir hukuki yaptırımın, örneğin İş Kanunu m. 27/3 hükmünde yeni iş arama iznini kullanılmayarak işçiyi çalıştırmaya bağlanan yaptırımın (%100 zamlı ücret) kıyasen uygulanması düşünülebilir.

İşçinin yasak çalıştırılması halinde serbest zaman kullanımı da işçinin isteği şartıyla mümkün olabilir. Ancak burada da fazla çalışmaya bağlanan serbest zaman süresinin yasak çalışma için yeterli olmadığına dikkat çekelim. Burada örneğin 1 saat yasak çalışma karşılığı 2 saat serbest zaman uygulanması kabul edilebilir.

Fazla çalışmanın karşılığına ilişkin düzenlemelerin nisbi emredici niteliği, işçinin dinlenme hakkını kullanmak yerine fazla çalışma yapmaya yöneltmesi ihtimalini ortaya çıkarabilir. Bu yöndeki sözleşme hükümlerine temkinli yaklaşılmalıdır. Nitekim Birlik hukukunda da Divan, *Koch* kararında yıllık izin hakkının kullanımını engelleyici fazla çalışma bonuslarını Direktif'e aykırı bulmuştur.

Uygulama açısından bir diğer sorun, mavi yakalı işçilerle beyaz yakalı işçiler için fazla çalışmanın karşılığını farklı oranlarda belirlenmesinin mümkün olup olmadığıdır. Yargıtay'ın eski tarihli bir kararında konu isabetsiz şekilde ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilmiştir. Oysa ayrımcılık mevzuatını aldığımız Birlik hukukunda Divan'ın da açıkça belirttiği üzere, ayrımcılığın tespitinde belirleyici olan mevzuatla korunan ayrımcılık temelidir. Ayrımcılık temelleri, İş Kanunu m. 5 hükmünde “*dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik,*

siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebepler” olarak örneksene yoluyla sayılmıştır. Ancak mavi yakalı ya da beyaz yakalı olma ne sayılan sebepler içindedir ne de sayılan sebeplere benzer sebeplerdir. Dolayısıyla fazla çalışmanın karşılığı bakımından farklı oranlar öngören düzenlemeler nedeniyle olumsuz işlem uygulanması, ayrımcılık oluşturmaz. Bununla birlikte konunun dar anlamda eşit davranma borcu kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. Zira, işverenin eşit davranma borcu, ayrımcılık yapmama borcundan ibaret değildir. Ancak Yargıtay kararına konu olayda da, mavi yakalı işçilere daha yüksek oranda fazla çalışma ücreti uygulanmış olup iş sağlığı ve güvenliği bakımından daha yüksek risk altında olan bu işçiler bakımından bu yönde bir düzenleme, nesnel ve makul bir gerekçeye dayanmakta olup dar anlamda eşit davranma borcuna da aykırılık oluşturmamaktadır.

Divan'ın son yıllarda İş Hukukuna ilişkin verdiği en çarpıcı kararlardan biri olan *Deutsche Bank SAE* kararına da incelememizde yer verilmiştir. Karara göre, Çalışma Sürelerine İlişkin 2003/88/EC sayılı Direktif'in etkinliğini sağlamak için üye devletlerin “*çalışılan sürenin ölçülmesini sağlayan nesnel, güvenilir ve erişilebilir bir sistem kurma yükümlülüğünün gereklidir.*”. Kararda, günlük çalışma sürelerini ölçen sistemlerden farklı olarak günlük ve haftalık çalışılan süreleri nesnel ve güvenilir şekilde belirlememeyi, Direktif'e aykırılık olarak tespit etmiştir. Bu karar sonucunda üye devletler kanun değişikliklerine ilişkin çalışmalar başlatmış ve konu ulusal mahkemelere taşınmıştır. Alman Federal İş Mahkemesi, 13 Eylül 2022 tarihli kararında kanun değişikliği olmasa da İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası uyarınca işverenlerin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüğünün işverenin çalışma sürelerini belgeleme yükümlülüğünü de kapsadığını belirtirmiştir. Hukukumuzda 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu dikkate alındığında benzer değerlendirmelerin yapılması mümkündür. Ancak doğru yolun kanun değişikliği ile işverene açık ve sınırları belli bir belgeleme yükümlülüğü öngörülmesi olduğu kanaatindeyiz. Yürürlükteki mevzuatımızın ise bu anlamda yeterli olduğunu savunmak güçtür.

Bu açıklamalar yanında işverenin belgeleme yükümlülüğü olmasının işçinin fazla çalışmayı ispat yükü ile doğrudan tesiri olmadığı da vurgulanmalıdır. Başka bir anlatımla, işçi ispat yükünü yerine getirirken tek başına işverenin elindeki belgelere dayanamaz.

Fazla çalışmanın ispatına ilişkin delil sözleşmeleri yapılması ise mümkündür. Ancak ispat yükü altındaki işçinin ispat hakkını kullanımını imkânsız kılacak ya da fevkalade güçleştirecek delil sözleşmeleri HMK m. 193/2 hükmü uyarınca geçersizdir.

Hem hukukumuzda hem de Birlik hukukundaki önemli tartışmalardan biri, bekleme sürelerine ilişkindir. İşçinin işyerinde işverenin emir ve talimatını bekleyerek boş geçirdiği süreler ya da işyeri

dışındaki icap nöbetlerinin çalışma sürelerinden sayılıp sayılmayacağı hususu hem Yargıtay'a hem de Divan'a taşınmıştır. İşyerinde geçirilen 24 saat esaslı çalışmalar, Divan tarafından ağırlıklı olarak hekimler açısından ele alınmış ve hekime dinlenme için oda tesis edilip edilmediğinden müstakil, tüm sürenin çalışma süresinden sayılması sonucuna ulaşılmıştır. Yargıtay ise İş Kanunu m. 66 hükmünün lafzına rağmen uyku imkânı olup olmadığına göre farklı sonuçlara ulaşmaktadır. Yüksek Mahkeme, uyuma imkânı olan işçinin günde 10 saat ara dinlenme yapacağı varsayımı ile 14 saat çalıştığına hükmederken uyuma imkânı olmayan işçinin günde 4 saat ara dinlenme yapacağı varsayımı sonucu 20 saat çalıştığı yönünde karar vermektedir. Oysaki işçi, dinlenme için ayrılan odada beklese hatta uyuya da her an iş görmeye hazırdır. Dolayısıyla, kararlar İş Kanunu m. 66 hükmüne aykırıdır.

Bekleme süresinin işyerinde değil, işyeri dışında geçirilmesi halinde -uygulamadaki adıyla icap nöbetlerinde- ise Yargıtay ve Divan kararları yine farklılaşmaktadır. Divan'ın yaklaşımı, bekleme süresinin tamamının çalışma sürelerinden ya saymak ya da toptan saymamak yönündedir. Söz konusu kararlarda somut olayın özelliklerini değerlendiren Divan, işin niteliği ile icap nöbetinin koşullarına odaklanmaktadır. Yargıtay'ın yaklaşımı ise işyeri dışındaki bekleme süresinin "1/8"ini çalışma süresinden saymak şeklindedir. Bu yaklaşım, özellik arz eden çalışmalar dışında, kanun boşluğunun doldurulmasında uygulama birliği sağlaması açısından kanaatimizce isabetlidir.

KAYNAKÇA

- Akdeniz AL, 'Gece Çalışması ve Gece Çalışma Süresinin Sınırı ile İlgili Değişikliklerin Değerlendirilmesi' (2019) 22(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 555-574.
- Akyiğit E, *Bireysel İş Hukuku Dersleri* (1. Bası, Seçkin 2021).
- Alp M, 'İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve Düzenlenmesi' Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2019-2020 (1. Bası, On İki Levha 2022) 11-146.
- Alpagut G, 'İş Kanunu Kapsamında Çalışma ve Dinlenme Süreleri Yargılama Sürecinde Emsal Ücret Sorunu' iç Levent Akın (ed), *İş Uyuşmazlıklarında Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri Kararları Değerlendirme Toplantısı 6 Nisan 2019* (İntes, 2020) 67-89.
- Astarlı M, *İş Hukukunda Çalışma Süreleri* (1. Bası, Turhan 2008).
- Atalı M, Ermenek İ ve Erdoğan E, *Medeni Usul Hukuku* (4. Bası, Yetkin 2021).
- Aydemir M, 'İş Hukukunda Belgelerin İtibarsızlığı' 2022 (47) Sicil İş Hukuku Dergisi 45-75.
- Bauer JH, 'Darlegungs- und Beweislast im Überstundenvergütungsprozess' 2022.
- Baycık G, 'İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi' Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016 (1. Bası, On İki Levha 2018) 7-356.
- Çelik N, Caniklioğlu N, Canbolat T ve Özkaraca E, *İş Hukuku Dersleri* (34. Bası, Beta 2021).
- Çil Ş, 'İş Hukukunda Çalışma Süreleri' iç Levent Akın (ed), *İş Uyuşmazlıklarında Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri Kararları Değerlendirme Toplantısı 6 Nisan 2019* (İntes, 2020) 90-118.
- Doğan Yenisey K, *İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, Alman ve Fransız Hukukları ile Karşılaştırmalı Bir İnceleme* (1. Bası, Legal 2007).
- Ekmekçi Ö ve Yiğit E, *Bireysel İş Hukuku Dersleri* (3. Bası, On İki Levha 2022).
- Erdönmez G, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku C. 2* (15. Bası, On İki Levha 2017).
- Eyrenci Ö, Taşkent S, Ulucan D ve Baskan E, *Bireysel İş Hukuku* (10. Bası, Beta 2020).
- Hatipoğlu T, *Medeni Yargılama Hukukunda Delil Sözleşmeleri* (1. Bası, On İki Levha 2020).

- Junker A, *Grundkurs Arbeitsrecht* (14. Auflage, C.H.Beck 2015).
- Kar B, *İş Yargılaması Usulü* (3. Bası, Yetkin 2021).
- Krimphove P, 'Mehr Geld ohne Mehrarbeit?' 2022 ArbRAktuell 36.
- Mollamahmutoğlu H, Astarlı M ve Baysal U, *İş Hukuku* (7. Bası, Lykeion 2022).
- Mollamahmutoğlu H, Astarlı M ve Baysal U, *İş Hukuku Ders Kitabı Cilt 1: Bireysel İş Hukuku* (5. Bası, Lykeion 2021).
- Mutlay FB, 'Çalışma Sürelerine İlişkin Düzenlemeler ve Yargıtay Kararları Doğrultusunda 24 Saat Çalışma' 2019 (42) Sicil İş Hukuku Dergisi 60-90.
- OECD Employment Outlook 2021: Navigating the Covid-19 Crisis and Recovery <<https://www.oecd-ilibrary.org/sites/c18a4378-en/index.html?itemId=/content/component/c18a4378-en#section-d1e40032>> Erişim Tarihi 31.05.2022.
- Özdemir ME, 'Beyaz Yakalı ve Mavi Yakalı İşçiler Arasında Fazla Çalışma ile Ulusal Bayram ve Genel Tatil Ücretleri Bakımından Farklı Oranların Uygulanması Eşitlik İlkesine Aykırılık Oluşturur mu?' 2015 (33) Sicil İş Hukuku Dergisi 45-55.
- Özkaraca E, 'Turizm, Özel Güvenlik ve Sağlık Hizmeti Yürütülen İşlerde Gece Çalışması (Karar İncelemesi)' 2022 (139) Tekstil İşveren Hukuk Dergisi, 2-6.
- Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on implementation by Member States of Directive 2003/88/EC concerning certain aspects of the organisation of working time, SWD(2017) 204 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2017%3A254%3AFIN> (Erişim tarihi: 31.05.2022).
- Säcker FJ, Rixecker R, Oetker H und Limperg, B (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (8. Auflage, C.H.Beck 2020).
- Schaub G und Koch U, *Arbeitsrecht von A-Z* (25. Auflage, Beck 2022).
- Süzek S, *İş Hukuku* (21. Bası, Beta 2021).
- Ünal Adınır C, *İş Hukukunda Üst Düzey Yöneticiler* (2. Bası, On İki Levha 2023).
- Ünal C, *İş Hukukunda Yaş Ayırmacılığı* (1. Bası, On İki Levha 2018).
- Yamakoğlu E, *Türk İş Hukukunda Fazla Saatlerle Çalışma* (1. Bası, Kazancı 2011).
- Yardımcı TE, *Hukuk Yargılamasında Somutlaştırma Yükü* (1. Bası, On İki Levha 2017).

Özel Hukuk Cezası Kavramı ve Ceza Hukukunun Genel İlkelerinin Özel Hukuk Cezalarına Uygulanabilirliği

The Concept of Private Law Punishment and the Applicability of the General Principles of Criminal Law

Işık ÖNAY^{*} , Orcan OK^{**} 

ÖZ

Bu çalışmada ilk olarak, bir normun özel hukuk cezası içerdiği sonucuna varabilmek için normdaki yaptırımın ne gibi özelliklere sahip olması gerektiği sorgulanmaktadır. Yaptırımın özel hukuk cezası niteliğinde olduğunun kabulü için aranacak ölçütler bu çalışmada şu şekilde tespit edilmiştir: ilgili özel hukuk yaptırımının malvarlığına ilişkin olması, yaptırımın cezalandırma amacı taşıması, cezalandırma amacından daha baskın başka bir amacın mevcut olmaması ve yaptırımın kanun koyucu tarafından taraf iradelerinden bağımsız olarak öngörülmüş olması. Cezalandırma amacından söz edebilmek için tespit edilmesi gereken en önemli özellik hükmün bireylerin davranışlarını yönlendirmek suretiyle onları belli davranışlardan caydırmayı hedeflemesidir. Çalışmanın bir sonraki bölümünde bu ölçütler Türk hukukunda özel hukuk cezası olup olmadığı tartışılacak çeşitli hükümlere uygulanmıştır. Bu ölçütler ışığında öğretilerde özel hukuk cezası olduğu savunulan bazı hükümlerin aslında cezai nitelikte olmadığı sonucuna varılmaktadır. Son olarak özel hukuk cezalarına ceza hukukunun genel prensiplerinin uygulanıp uygulanamayacağı sorusu üzerinde durulmuştur. Bu soruya prensip olarak olumlu yanıt verilmiş ve kanunilik ilkesi, kusur ilkesi, cezaların şahsiliği ilkesi ve *ne bis in idem* ilkeleri bakımından bu yaklaşımın doğuracağı sonuçlar incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Özel Hukuk Cezası, Medeni Ceza, Cezalandırma Amacı, Ceza Hukukunun Genel İlkeleri, Kanunilik İlkesi, Kusur İlkesi, Cezaların Şahsiliği İlkesi, *Ne Bis In Idem*.

ABSTRACT

This paper firstly establishes the criteria for a private law sanction to be classified as a private law punishment. These criteria are as follows: there should be an economic sanction, the sanction should have a punitive purpose, it should not have any other purpose that is more dominant than the punishment, and it should be stipulated by the lawmaker independent of the will of the parties. The purpose of punishment requires, most importantly, the sanction to focus on deterrence by channeling the behavior of individuals. When these criteria are applied to various norms in Turkish private law that could be controversial in terms of their punitive character, it is concluded that some of the norms that are argued to be private law punishments in the doctrine are in fact not of punitive character. Lastly, the question of whether the general principles of criminal law should apply to private law punishments is, in principle, answered affirmatively. Principles of legality, fault-based criminal liability, individual criminal responsibility, and *ne bis in idem* are analyzed more closely with a focus on their legal consequences in terms of private law punishments identified in this article.

Keywords: Private Law Punishment, Civil Punishment, Punitive Purpose, General Principles of Criminal Law, Principle of Legality, Principle of Fault-Based Criminal Liability, Principle of Individual Criminal Liability, *Ne Bis In Idem*.

* Doç. Dr., Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı (Dr. Öğr. Üyesi), isikonay@gmail.com, ORCID: 0000-0002-1332-7083.

** Ar. Gör., Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, orcanok96@gmail.com, ORCID: 0000-0001-8382-2058.

I. KONUNUN TAKDİMİ VE SINIRLANDIRILMASI

Özel hukuk yaptırımları, özellikle Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde, genellikle denkleştirme amacından yola çıksa da modern hukuk sistemlerinde hiç de azımsanmayacak sayıda yaptırımın, kişileri bazı davranışlardan caydırmayı amaçladığı görülmektedir. Türk hukukunda da bu nitelikte birçok özel hukuk yaptırımı bulunmaktadır. Bu tür yaptırımların hangileri gerçekten ceza niteliğindedir?

Türk hukuk yazınında birçok yaptırımın özel hukuk cezası, medeni hukuk cezası, medeni ceza olarak nitelendiği görülmektedir. Buna karşılık bu kavramların tam olarak ne anlama geldiği ve bir normun özel hukuk cezası olarak nitelendirilebilmesi için hangi ölçütler ışığında bir değerlendirilme yapılması gerektiği meselesi üzerinde durulan çalışmaların sayısı çok fazla değildir. Bu çalışmaların birçoğunda da mesele bir Anglosakson hukuku kurumu olan *punitive damages* bağlamında ele alınmaktadır.

Bu çalışmada iki temel soruya cevap aranmaktadır. Birincisi, bir yaptırımın özel hukuk cezası olduğu sonucuna varılırken hangi ölçütler çerçevesinde bir değerlendirme yapmak gerekir? İkincisi, bir yaptırımın özel hukuk cezası niteliğinde olduğu sonucuna varıldığı takdirde bunun ne gibi pratik sonuçları olur? Özellikle ceza hukukunun genel ilkeleri bu yaptırımlar bakımından uygulanabilir mi?

Belirtmek gerekir ki bu soruların tüm boyutlarıyla cevaplanması makale biçimindeki bir çalışmanın kapsamını aşmaktadır. Nitekim konu İsviçre'de bir doçentlik tezi kapsamında ele alınmıştır.¹ Bu nedenle çalışma iki açıdan sınırlanmıştır. Birincisi, mevzuatta özel hukuk cezası olarak nitelendirilmesi olası olan tüm hükümler değerlendirilmemiş, çoğunluğu Türk Medeni Kanunu (TMK)² ve Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK)³ yer alan bazı hükümlerin değerlendirilmesi ile yetinilmiştir. İkincisi, özel hukuk cezası olduğu sonucuna varılan hükümler bakımından ceza hukukunun genel ilkelerinin uygulanabilirliği sorunu yalnızca dört ilke bağlamında incelenmiştir: kanunilik ilkesi, kusur ilkesi, cezaların şahsiliği ilkesi ve *ne bis in idem*.

Makalede öncelikle, özel hukuk cezası kavramının anlaşılabilmesi amacıyla sınırlı olarak, ceza hukukunun işlevi, cezanın amacı ve ceza kavramına ilişkin açıklamalara yer verilmiştir. Bunun ardından cezai nitelikteki normların özel hukukta yeri olup olmayacağına ilişkin tartışmaya değinilmiş, bu tür hükümlerin olası faydaları ve (ceza hukuku anlamında) cezadan farkları açıklanmıştır. Bu açıklamalardan sonra özel hukuk cezasının unsurlarına ilişkin yaklaşımımız ve benimsediğimiz ölçütler ortaya konmuştur. Bir sonraki bölümde ise Türk hukukundaki, tüketici olmayacak şekilde, çeşitli münferit hükümlerin özel hukuk cezası niteliğinde olup olmadıkları incelenmiştir. Son olarak, ceza hukukunun genel prensiplerinin özel hukuk cezalarına uygulanabilirliği ve bazı spesifik ilkeler bakımından bunun sonuçları üzerinde durulmuştur.

1 Reto Heizmann, *Strafe im schweizerischen Privatrecht* (Stämpfli 2015). Bu çalışmada ortaya konulan fikirlerin ortaya çıkışında, anılan monografi, özellikle konuya yaklaşım tarzı bakımından etkili olmuştur. Bununla birlikte çalışmada ulaşılan sonuçlar bazı önemli noktalarda yazarın vardığı sonuçlardan ayrılmaktadır.

2 Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 08.12.2001/24607.

3 Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.01.2011, RG 11.01.2011/27836.

II. ÖZEL HUKUK CEZASI KAVRAMI

A. TERMİNOLOJİ

Bu çalışmanın konusunu oluşturan yaptırımları nitelemek üzere öğretide ve mahkeme kararlarında birden fazla kavramın kullanıldığı ve bu kavramların içeriğinin farklı yazarlarca farklı şekillerde tanımlandığı görülmektedir.

Yargıtay kararlarının çoğunluğunda⁴ ve bazı eserlerde⁵ “medeni ceza” kavramının tercih edildiği görülmektedir. Öğretide yaygın olarak kullanılan diğer kavramlar arasında “özel hukuk cezası”⁶ ve “medeni hukuk cezası”⁷ sayılabilir. Bu çalışmada kavramı daha iyi ifade ettiği için “özel hukuk cezası” ifadesi tercih edilmektedir.

Terminoloji bakımından değinilmesi gereken bir diğer mesele de “cezalandırıcı tazminat” kavramının kullanımudur. Bazı eserlerde bu kavram Anglosakson hukukundaki *punitive damages* kavramını ifade etmek üzere kullanılmaktadır.⁸ Bazı eserlerde ise aynı kavramın mağdurun zarara uğradığı durumlarda failin zararı aşan bir miktarda para ödemesi yaptırımını içeren, cezalandırıcı amaç taşıyan hükümleri nitelemek için kullanıldığı görülmektedir.⁹ Öncelikle belirtmek gerekir ki bu kavramı “tazminat” olarak nitelendirmek yerinde değildir. “Tazminat” kelimesi “zarar karşılığı ödenen para” anlamına gelmektedir.¹⁰ Oysaki bu tür yaptırımların (elbette zararı aşan kısmının) amacının zarar giderimi ile bir ilgisi bulunmamaktadır.¹¹ Bu çalışmada savunulan görüşe göre, cezalandırıcı tazminat kavramı terminolojik açıdan uygun olmadığı gibi “özel hukuk cezası”nın bir alt kavramı olarak böyle bir kavram kullanımının bir faydası da bulunmamaktadır.

4 Örneğin Yargıtay HGK, E 2017/6 K 2019/85, 07.02.2019 <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 30 Eylül 2023.

5 Örneğin Aylin Hekim ve Mikail Bora Kaplan, ‘Cezalandırıcı Tazminat ve Medeni Ceza Kavramlarının Karşılaştırılması’ iç Başak Baysal (ed), *Sorumluluk Hukuku: Seminerler - Makaleler 2017* (On İki Levha 2017) 165-188; Halûk Nami Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (17. Bası, Beta 2020) para 131.3; Selin Özden Merhacı, *Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat*, (Yetkin 2013); İbrahim Gül, *ABD ve Türk Hukukunda Medeni Ceza* (Yetkin 2015).

6 Rona Serozan, B İlkay Engin ve Yeşim M Atamer, *Medeni Hukuk* (9. Bası, On İki Levha 2022) 481; Rona Serozan, Başak Baysal ve Kerem Cem Sanlı, *Serozan Borçlar Hukuku Genel Bölüm / İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme* (8. Bası, On İki Levha 2022) §8 para 10b; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri* (Yetkin 2021) 1044; Osman Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1, 2* (2. Bası, Seçkin 2019) para 2349; Fulya Erlüle, *Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat* (3. Bası, On İki Levha 2021) 70-72; Ece Baş Süzel, *Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme ve Menfaat Devri Yaptırımı* (2. Bası, On İki Levha 2023) 170 vd; Tuğçe Oral ve Eylem Baş, ‘Hakaretin Suç Olmaktan Çıkarılması ve İkame Yaptırım Önerisi: Özel Hukuk Cezası’ (2023) Yıl 14, Sayı 53, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 475-578.

7 Serozan, Engin ve Atamer (n 6) 25; Rona Serozan, *Hukukta Yöntem* (2. Bası, Vedat 2015) 45; M Kemal Oğuzman ve M Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II* (16. Bası, Vedat 2021) para 111, 348; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt-I* (3. Bası, Vedat 2013) 157; Antalya, *Cilt V/1, 2* (n 6) para 2349.

8 Selin Özden Merhacı, *Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat* (Yetkin 2013); Hekim ve Kaplan (n 5) 165 vd.

9 Gümüş, *Borçlar Genel* (n 6) 1044 (yazar bu kavramdan bahsedebilmek için zararın varlığını da aramaktadır); Baş Süzel (n 6) 170; Oral ve Baş (n 6) 516 vd.

10 Türk Dil Kurumu Güncel Sözlük <http://sozluk.gov.tr> Erişim Tarihi 30 Eylül 2023.

11 Ancak krş Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13.01.2011, RG: 14.02.2011/27846 (TTK), madde 1256/V.

B. CEZA HUKUKUNUN İŞLEVİ, CEZANIN AMACI VE CEZA KAVRAMI

Özel hukuk cezası kavramının anlaşılabilmesi için öncelikle ceza hukukunun işlevinin, cezanın amacının ve ceza kavramının açıklanması gerekir. Zira “özel hukuk cezası” olarak nitelenen yaptırımların amacı, özel hukukta güdülen tipik amaçlardan sapmaktadır ve bu açıdan özel hukuk cezasının, özel hukukta bir anomali niteliğinde olduğu söylenebilir.¹² Anılan yaptırımların özel hukuka yabancılaşmasının nedeni ceza hukukuna yaklaşımlarıdır. İşte bu nedenle de hangi normların özel hukuk cezası içerdiğinin tespitinde ceza kavramının ve özellikle cezanın amacının dikkate alınması kaçınılmazdır.

1. Ceza Hukukunun İşlevi

Hukuk düzeninin temel amacının bazı değerleri korumak olduğu söylenebilir. Hukuk düzenince korunan (veya en azından korunması gereken) değerler (Alm. *Rechtsgut*),¹³ kişinin maddi ve manevi varlığını serbestçe geliştirmesi, temel hak ve özgürlüklerinin gerçekleştirilmesi ve bu gayeler üzerine kurulmuş bir devlet sisteminin tesisi için gerekli olan değerlerdir.¹⁴ Bu değerlerin korunmasına hizmet eden hukuk disiplinlerinden biri de ceza hukukudur. Dolayısıyla ceza hukukunun temel işlevi (*Aufgabe des Strafrechts*) anılan değerlerin korunmasıdır.¹⁵

Ceza hukuku bu işlev doğrultusunda “ceza yaptırımının uygulanmasını gerektiren hukuki ihlallerin ... nelerden ibaret olduğunu, bu ihlallere ve bu ihlalleri gerçekleştirenlere yani suçluya karşı devletin tepkisini belirten kuralları ve ilkeleri gösteren hukuk dalıdır”.¹⁶

2. Cezanın Amacı

a. Genel Olarak

Devletin cezalandırma yetkisi, ancak yukarıda açıklanan işleve hizmet ettiği ölçüde mevcut olmalıdır. Bu işlevi yerine getirmek için cezanın nasıl bir etki doğurması gerektiği, bir başka deyişle cezanın amacının ne olması gerektiği¹⁷ oldukça tartışmalı bir konudur ve bu konuda birçok görüş ileri sürülmüştür.

12 Serozan, *Yöntem* (n 7) 45: ‘... Medeni Hukukta ceza kural dışıdır; “medeni hukuk cezaları” ile pek ender karşılaşılır.’; Oğuzman ve Öz, *Cilt II* (n 7) para 111 dn 92: ‘... özel hukuk sorumluluğunda amaç, hukuka aykırı davranışı cezalandırmak değil, mağdurun zararını gidermektir’.

13 Kavrama ilişkin tartışmalar ve farklı tanımlar için bkz Claus Roxin and Luis Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I* (5. Bası, Beck 2020) §2, para 2-6.

14 Roxin and Greco (n 13) §2 para 7. Anayasa’nın başlangıç kısmında da “(h)er Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddî ve manevî varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu” belirtilmektedir.

15 Roxin and Greco (n 13) §2 para 7; Heizmann (n 1) para 27. Türk öğretisinde de bu yaklaşım yaygındır (bkz Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (6. Bası, Adalet 2019) 30 ve dn 19’da anılan yazarlar). Ceza hukukunun işlevinin hukuksal değerlerin korunması olduğu yönünde İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (14. Bası, Seçkin 2018) 50.

16 Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt I* (14. Bası, Der 2016) para 7.

17 Ceza hukukunun işlevi ile cezanın amacı iki ayrı mesele olup birbirlerinden ayrılmalıdır (Roxin and Greco (n 13) §3 para 1; Heizmann (n 1) para 35).

Mutlak teori(ler) başlığı altında toplanan görüşlere göre ceza ile güdülen amaç, herhangi bir sosyal yarar sağlamak olmayıp¹⁸ bir suç işlendiğinde cezanın uygulanmasından ibarettir (*punitur quia peccatum est*).¹⁹ Bu yaklaşıma göre suçlunun cezalandırılması adaletin gereğidir; haksızlığa yol açan kişi bunun kefareтини ödemelidir.²⁰

Nispi teori(ler) başlığı altında toplanan görüşlere göre ise cezanın temel amacı suç işlenmesinin önlenmesidir. Cezanın uygulanması sayesinde hem yaptırım uygulanan fail rehabilite (ıslah) ve resosyalize edilerek (yeniden topluma kazandırılarak) ileride onun suç işlenmesinin önüne geçilmiş olur (özel önleme teorisi)²¹ hem de toplumun geri kalanında hukuk düzeninin getirdiği yasaklar ve bunlara aykırı davranmanın sonuçları konusunda farkındalık yaratılarak potansiyel suçluların suç işlemesi engellenmiş olur (genel önleme teorisi)²².

Anılan teorilerin her biri tek başına değerlendirildiğinde çeşitli açılardan eleştiriye açıktır.²³ Bu nedenle cezanın amacını açıklarken bu teorilerdeki amaçları birlikte ele alan karma (bağdaştırıcı) görüşler de ileri sürülmüştür. Bu yaklaşımı benimseyen yazarlardan bazıları, kefaret, özel önleme ve genel önleme amaçlarını eşit önemde amaçlar olarak değerlendirirler.²⁴ *Roxin/Greco* ise bu yaklaşımın ilgili teorilere yönelik eleştirileri bertaraf etmediğini, bilâkis bu eleştirileri katmerli hâle getirdiğini ifade etmektedirler.²⁵ Bu yazarlara göre kefaret amacı tamamen terk edilmeli,²⁶ cezanın amacı açıklanırken çıkış noktası her zaman önleyicilik olmalıdır.²⁷ Yazarlar, genel ve özel önleme teorilerinin birlikte uygulanması durumunda hâlâ geçerli olabilecek eleştirilere karşı da kusur ilkesinin cezanın sınırını teşkil edecek şekilde benimsenmesini önermektedirler.²⁸ Böylece ceza, hem topluma hem de yaptırıma maruz kalan bireye karşı meşru kılınmış olur: Cezanın önleyiciliğinin getirdiği fayda cezayı topluma karşı meşru kılarken, kusur ilkesinin benimsenmesiyle cezanın birey bakımından hak edilmiş olması sağlanır.²⁹

18 Roxin and Greco (n 13) §3 para 2.

19 Nur Centel, 'Cezanın Amacı ve Belirlenmesi', *Prof. Dr. Turhan Tüfan Yüce'ye Armağan* (Dokuz Eylül Üniversitesi 2001) 337, 337; Henrich Honsell, 'Der Strafgedanke im Zivilrecht – ein juristischer Atavismus' in Lutz Aderhold and others (eds), *Festschrift für Harm Peter Westermann* (Dr. Otto Schmidt 2008) 315, 317; Heizmann (n 1) para 36.

20 Roxin and Greco (n 13) §3 para 2; Heizmann (n 1) para 36; Fatma Karakaş Doğan, *Cezanın Amacı ve Hapis Cezası* (Legal 2010) 41-42.

21 Roxin and Greco (n 13) §3 para 11 vd.; Centel (n 19) 340 vd; Karakaş Doğan (n 20) 46-47.

22 Roxin and Greco (n 13) §3 para vd.; Centel (n 19) 345 vd.; Karakaş Doğan (n 20) 44-46.

23 Genel önleme teorisinin eleştirisi hakkında bkz Centel (n 19) 346 vd.; özel önleme teorisinin eleştirisi hakkında bkz Centel, 341 vd.; mutlak teorilerin eleştirisi hakkında bkz Centel (n 19) 338 vd.

24 Bu yaklaşım hakkında bkz Roxin and Greco (n 13) §3 para 33 vd.; Centel (n 19) 348; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (10. Bası, Seçkin 2019) 575.

25 Roxin and Greco (n 13) §3 para 35.

26 ibid §3 para 44 vd.

27 ibid §3 para 37 vd.

28 ibid §3 para 51 vd.

29 ibid §3 para 51a vd.

b. Türk Ceza Kanunu Bağlamında

Yürürlükteki hukukumuz bakımından Türk Ceza Kanunu'nun (TCK)³⁰ amacına ilişkin düzenlemenin de yukarıda açıklanan nispi teorilerin benimsediği yaklaşımı yansıttığı söylenebilir: “Ceza Kanununun amacı; kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemektir.” (TCK 1, c.1) Görüldüğü üzere, kanun koyucu kanunun amacını tanımlarken önleme işlevini ön plana çıkarmaktadır.³¹ Öğretide de birçok yazarın ceza hukukuna ilişkin genel açıklamalar yaparken (özel ve genel) önleme amacını vurguladığı görülmektedir.³² Yargıtay³³ ve Anayasa Mahkemesinin³⁴ (AYM) de bazı kararlarında önleme amacını ön planda tuttuğu görülmektedir. Kusursuz ceza olamayacağını (*nulla poena sine culpa*) ifade eden kusur ilkesi ise kanunda açık bir dayanağı olmamasına rağmen³⁵

30 Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 5237, Kabul Tarihi: 26.09.2004, RG 12.10.2004/25611.

31 Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (11. Bası, Beta 2020) 552.

32 Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (TCK m. 1-75) (5. Bası, Beta 2015) 6; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (16. Bası, Seçkin 2021) 49-50; Akbulut (n 15) 31 vd.; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (21. Bası, Adalet 2017) 2; cezanın birincil amacının kefaret olduğu yönünde Özgenç (n 15) 34; ayrıca “cezanın asıl amacının -kural olarak- müsbet anlamda özel önleme olduğu” yönünde bkz Özgenç (n 15) 35 dn 63, ayrıca bkz Özgenç (n 15) 699. Farklı görüşte Sururi Aktaş, ‘Cezalandırmanın Amacı Üzerine’ (2009) XIII(1-2) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, 25; Pırali Çağrı Şensoy, *Cezalandırmanın Amacını Açıklayan Teoriler* (Yetkin 2021) 98-102.

33 Yargıtay CGK, E 2013/789 K 2014/56, 11.02.2014: “Geçerli bulunan hukuk kurallarına göre ... cezanın amacı başlangıçta kefaret (ödetme) anlayışına dönük iken, zaman içerisinde bu anlayıştan vazgeçilerek hükümlünün ıslahı ve topluma kazandırılması hedeflenmiştir. 5275 sayılı Kanunun 3. maddesinde de; ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazı ile ulaşılmak istenilen temel amacın, öncelikle genel ve özel önlemeyi sağlamak, bu maksatla hükümlünün yeniden suç işlemesini engelleyici etkenleri güçlendirmek, toplumu suça karşı korumak, hükümlünün yeniden sosyalleşmesini teşvik etmek, üretken ve kanunlara, nizamla ve toplumsal kurallara saygılı, sorumluluk taşıyan bir hayat biçimine uyumunu kolaylaştırmak olduğu açıklanmıştır.” Aynı ifadelerin bulunduğu başka kararlar için bkz Yargıtay CGK, E 2013/816 K 2015/39, 10.03.2015; Yargıtay CGK, E 2014/180 K 2014/324, 10.06.2014. Yargıtay 16. Ceza Dairesinin bir kararında ise cezanın amacına ilişkin teorilerle ilgili açıklamaların ardından şu ifadelere yer verilmiştir: “Yaptırımların amaç ve faydalarını açıklayan düşüncelerdeki ana fikir, cezanın kefaret olduğu gibi suç işlenmesini önleyici etki de yaptırdır. Suçun işlenmesiyle bozulan hukuk düzeninin yeniden tesis edilmesi için, bu düzenin hamisi olan suçluyu cezalandırır. Ceza, toplumun kendisini savunmak için başvurduğu bir önlemdir. Toplumdaki adalet duygusunun tatmin edilmesi gereklidir. Adalet ise; suç teşkil eden hareketin bir ceza ile karşılanması gerektirir.” (Yargıtay 16 CD, E 2015/5829 K 2016/4175, 21.06.2016). Bu kararda mutlak ve nispi teoriler arasında bir hiyerarşi gözetilmeksizin karma teorinin benimsendiği görülmektedir. Kararlar için bkz <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 30 Eylül 2023.

34 Anayasa Mahkemesi, E 2012/78 K 2012/111, 12.09.2012: “... hukuk devletinde, ceza hukuku kurallarının, önleme ve iyileştirme amaçlarına uygun olarak ölçülü, adil ve orantılı olması gerekir.” Ahmet Necdet Sezer, AYM'nin 15.08.1995 tarihli ve 21/36 sayılı kararında kaleme aldığı karşı oy yazısında şu ifadeleri kullanmıştır: “Cezanın amacı, suçları önlemektir. Cezanın önleyici etkisini sağlayabilmesi, kişilerin suç işleme ne gibi ceza yaptırımı ile karşılanabileceğini önceden bilmeleri ile olanaklıdır...” Bu ifadeler, AYM'nin daha ileri tarihli kararlarında alıntılanmıştır (Anayasa Mahkemesi, E 2007/14 K 2009/48, 12.03.2009; Anayasa Mahkemesi, E 2001/3 K 2005/4, 06.01.2005). Kararlar için bkz <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 30 Eylül 2023.

35 TCK'nın bazı hükümlerinde (TCK 22/IV-V; TCK 40; TCK 61/I) kusur ilkesinin izlerine rastlanmaktadır (Zafer (n 32) 48). Hemen belirtmek gerekir ki TCK 21/I ve TCK 22/Id'e suçun oluşmasının kural olarak kastın varlığına bağlanmış olması ve taksirle işlenen fiillerin yalnızca kanunun açıkça belirttiği durumlarda cezalandırılabilmesinin ifade edilmesi, ilk bakışta (özellikle özel hukukcular nezdinde) kusur ilkesinin açıkça benimsendiği izlenimini uyandırabilir. Ancak günümüzde hâkim olan ceza hukuku öğretisinde kast ve taksir, kusurun türleri olarak görülmemekte, suçun manevi unsurları olarak nitelendirilmektedir (19. yüzyılda hâkim olan klasik suç teorisinin, 20. yüzyılın başından itibaren değişimi hakkında özet bilgi için Roxin and Greco (n 13) §19, para 10 vd. Daha kapsamlı bilgi için bkz Hans Achenbach, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre* (Schweitzer 1974) [Roxin and Greco (n 13) §19, para 10'dan naklen]).

öğretide kabul edilmektedir.³⁶

3. Ceza Kavramı

a. Genel Olarak

Kanun cezayı “suç karşılığında uygulanan yaptırım” olarak tanımlamakta ve biri özgürlüğü bağlayıcı nitelikte (hapis cezası), diğeri malvarlığına yönelik (adli para cezası) iki ceza türü düzenlemektedir (TCK 45). Ceza, devletin yargı organları tarafından, ceza hukuku kurallarına dayanarak ve ceza yargılamasına ilişkin kurallar çerçevesinde uygulanan bir yaptırım³⁷ olarak tanımlanabilir. Ancak bu tanım son tahlilde şekli bir tanımdır. Yalnızca bu tanımın benimsenmesi ne tür bir yaptırımın cezai nitelikte olduğunun devlet tarafından belirlenebileceği anlamına gelir.³⁸ Bu nedenle maddi bir ceza kavramına da ihtiyaç duyulduğu ifade edilmektedir. Ceza olarak nitelenecek yaptırım ne gibi özelliklere sahiptir ki bu yaptırımın uygulanması için belirli kurallara tabi bir yargılama gerekmekte ve bu yaptırımın özel olarak meşru kılınması ihtiyacı doğmaktadır?

Roxin/Greco bu soruya cevap verirken öğretilerdeki klasik yaklaşım ile modern yaklaşımı mezcetmektedirler. Yazarlara göre cezanın birinci özelliği, klasik yaklaşıma uygun olarak, özel ağırlıkta bir yaptırım³⁹ içermesidir; bu yaptırım kişinin insan olması nedeniyle, doğuştan sahip olduğu haklara (yaşama hakkı, kişi hürriyeti ve güvenliği (Anayasa⁴⁰ (AY) 17, 19)) yöneliktir.⁴¹ Esasen sonradan kazanılan bir hak olan (AY 35 anlamında) mülkiyet hakkına yönelik olan adli para cezası ise özgürlüğü bağlayıcı cezaya dönüşebilme ihtimali (TCK 52/IV) nedeniyle “ceza” niteliğinde görülmektedir.⁴²

Yazarlar cezanın ikinci özelliği olarak da yaptırma maruz tutulan kişinin, sosyal açıdan yüksek ölçüde zararlı davranışı nedeniyle kınanıyor olmasını göstermektedirler. Son yıllarda ağırlık kazandığı ifade edilen bu yaklaşıma göre cezai yaptırımın fiili sonuçlarından ziyade, verdiği mesaj özellik arz etmektedir.⁴³

b. AİHS 6 Bağlamında

Şekli tanıma göre ceza niteliğinde olmayan bir yaptırımın maddi anlamda ceza niteliğinde olup olmadığının belirlenmesinde, yürürlükteki hukuk bakımından, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

36 Özgenç (n 15) 698 vd. İlkenin hukuk devletinin bir gereği olduğu yönünde Zafer (n 32) 47-49. TCK 4’ün gerekçesinde de “Anayasamızda güvence altına alınan kusur ilkesi”nden bahsedilmektedir.

37 Söz konusu yaptırımın, yaptırma maruz kalan kişi bakımından olumsuz (zararlı, tatsız) sonuçlar doğuran nitelikte olduğu (Hakeri (n 32) 667), hatta klasik suç teorisi uyarınca kötülük (*Übel*) olarak nitelenebileceği (Roxin and Greco (n 13) §2 para 1d) ifade edilmektedir. Cezanın günümüzde bir kötülük olarak düşünülmemesi gerektiği yönünde Özgenç (n 15) 697, dn 3.

38 Roxin and Greco (n 13) §2 para 1b.

39 Yazarlar bu yaptırımı, klasik yaklaşım çerçevesinde kötülük (*Übel*) olarak niteliyorlar (bkz yuk dn 37).

40 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 18.10.1982, RG 09.11.1982/17863.

41 Roxin and Greco (n 13) §2 para 1f.

42 ibid §2 para 1g.

43 ibid §2 para 1e; Heizmann (n 1) para 34.

(AİHS) 6'yı da değerlendirmek gerekir. Adil yargılanma hakkını düzenleyen AİHS 6'nın ilk fıkrasında “medeni hak ve yükümlülükler” ile ilgili uyuşmazlıklar⁴⁴ ile “cezai alanda ... yöneltilen suçlamalar”ın ikisini de kapsayan bir düzenleme bulunmaktadır. İkinci ve üçüncü fıkralarda ise “bir suç ile itham edilen herkes”e yönelik korumalar getirilmiştir.⁴⁵ Bu nedenle AİHS 6'nın biri medeni, diğeri cezai olmak üzere iki ayağı olduğundan bahsedilmekte⁴⁶ (*civil limb, criminal limb*) ve adil yargılanmaya ilişkin koşulların hükmün cezai ayağı bakımından daha sıkı olduğu⁴⁷ ifade edilmektedir. Bu açıklamalar gösteriyor ki ceza kavramına ilişkin maddi bir tanım benimsenmesi AİHS 6 uygulaması bakımından önemlidir. Nitekim bu kavramın AİHS bakımından otonom (özerk) bir tanımı olduğu ifade edilmektedir.⁴⁸ Böylece bir yaptırımın ulusal hukukta ceza olarak sınıflandırılmaması, o yaptırım bakımından AİHS 6'nın masumiyet karinesine ilişkin ikinci ve diğer usuli güvencelere ilişkin üçüncü fıkralarının uygulanmasına engel olmayacaktır. Aksinin kabulü devletlere hangi yaptırımlar bakımından AİHS 6 II-III'te öngörülen güvencelerin uygulanacağı konusunda mutlak bir takdir yetkisi vermek anlamına gelir ki, bu durum AİHS'nin amacıyla bağdaşmayan sonuçların ortaya çıkmasına neden olabilir.⁴⁹

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihadına göre bir yaptırımın AİHS 6 anlamında cezai nitelikte olup olmadığı değerlendirilirken, mahkemenin 1976 yılında verdiği *Engel* kararında⁵⁰ benimsediği üç ölçüt dikkate alınmalıdır. Buna göre ilk olarak söz konusu yaptırımın ulusal hukuktaki tasnifine bakılır. Şayet ulusal hukuk yaptırımı cezai olarak sınıflandırmışsa diğer aşamalara geçilmeksizin AİHS 6 cezai ayağıyla uygulanır.⁵¹

Ulusal hukukun bir yaptırımı cezai olarak sınıflandırmadığı durumlarda bile *Engel* kararında benimsenen diğer iki ölçüt uyarınca yaptırımın cezai nitelikte olduğu sonucuna varılabilir. Söz konusu iki ölçüt, 1) yaptırıma tabi tutulan davranışın ve yaptırımı düzenleyen normun niteliğine⁵² ve 2) bu davranışta bulunan kişinin göze aldığı yaptırımın ağırlığına ilişkindir. Çalışma konumuz bakımından önem arz eden ölçütler, anılan bu iki ölçüttür. Zira “özel hukuk cezaları” şekli olarak cezai nitelikte olmayan yani ulusal hukukta yapılan sınıflandırmaya göre bir özel hukuk yaptırımı olarak düzenlenmiş yaptırımlardır. Bu iki ölçütün mutlaka kümülatif olarak uygulanmadığı, bunlardan birinin yerine geldiği durumlarda ilgili normun/yaptırımın AİHS 6'nın cezai ayağı kapsamında değerlendirilebileceği ifade edilmektedir.⁵³

44 Bu uyuşmazlıklar hukuk yargılaması (medeni yargı) ve idari yargıda görülen uyuşmazlıklardır (William A. Schabas, *The European Convention on Human Rights - A Commentary* (OUP 2015) 270).

45 AİHS 7'de düzenlenen kanunilik ilkesi de yalnızca “cezalar” bakımından uygulanacak şekilde kaleme alınmıştır.

46 Heizmann (n 1) para 62.

47 Guide on Article 6 (criminal limb), para 5.

48 Guide on Article 6 (criminal limb), para 15.

49 Guide on Article 6 (criminal limb), para 21.

50 *Engel and Others v The Netherlands* App no 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72 (ECtHR, 8 June 1976).

51 Guide on Article 6 (criminal limb), para 24.

52 Ölçüt genellikle kısaca yaptırıma tabi davranışın niteliği (*nature of the offence*) olarak anılmaktadır. Ancak bu ölçüt kapsamında yapılan değerlendirmelerde yaptırımı düzenleyen normun niteliğinin de dikkate alındığı görüldüğünden daha geniş bir ifade kullanılmıştır.

53 Guide on Article 6 (criminal limb), para 27; Schabas (n 44) 277.

AİHS 6'nın cezai ayağına ilişkin rehberine göre, AİHM içtihadında, yaptırıma tabi davranışın ve buna ilişkin normun niteliği ölçütü bakımından göz önünde tutulması gereken birçok etmen tespit etmek mümkündür.⁵⁴ Bunların biri, söz konusu normun düzenlediği davranış kuralının belirli bir gruba yönelik mi yoksa genele yönelik mi olduğudur. Normda düzenlenen davranış kuralının genele yönelik olması yaptırımın cezai niteliği lehine bir emare olarak değerlendirilebilir.⁵⁵ İkinci olarak, norma aykırılık durumunda işletilen sürecin, kanundan kaynaklanan infaz yetkisine sahip bir kamu kurumu tarafından işletilip işletilmediğidir. Bunlara ek olarak; söz konusu normun cezalandırıcı ve caydırıcı bir amacı olup olmadığı, normun koruma amacının genellikle ceza hukuku tarafından korunan toplumun genel menfaatlerine ilişkin olup olmadığı, yaptırımın uygulanması için kusur aranıp aranmadığı ve son olarak da muadil süreçlerin diğer Avrupa Konseyi üyesi devletlerde nasıl sınıflandırıldığı da dikkate alınmaktadır.⁵⁶ Belirtmek gerekir ki bu ölçüt uyarınca bir yaptırımın cezai nitelikte olduğu sonucuna varılabilmesi için sayılan etmenlerin tamamının sağlanıyor olması şart değildir.

Yaptırımın ağırlığına ilişkin üçüncü ölçüt bakımından, yaptırımın cezai nitelikte olacak kadar ağır olup olmadığı değerlendirilirken, normun ihlali nedeniyle uygulanması muhtemel en yüksek ceza dikkate alınır.⁵⁷ Normda özgürlüğü bağlayıcı bir yaptırım düzenlenmiyor olmasının tek başına belirleyici olamayacağı ifade edilmektedir.⁵⁸ Yüksek tutarda para ödenmesine ilişkin bir yaptırım (özgürlüğü bağlayıcı yaptırıma dönüşme bile) ceza niteliğinde görülebilmektedir.⁵⁹ Bununla birlikte para cezasının (tutarı yüksek olmasa da) özgürlüğü bağlayıcı cezaya dönüşebildiği durumlarda hükmün cezai niteliği daha kolay kabul edilmektedir.⁶⁰ Ayrıca para ödenmesine ilişkin yaptırımın tutarı yüksek olmasa bile, şayet ikinci ölçüt (yaptırıma tabi tutulan davranışın ve yaptırımı düzenleyen normun niteliği) cezai niteliği açıkça gösteriyorsa bu durum yaptırımın ceza niteliğinde olmasına engel olmaz.⁶¹

Son olarak belirtmek gerekir ki AİHM içtihadında yararlanılan *Engel* ölçütleri, esas olarak disiplin yaptırımlarını ve idari yaptırımları cezai yaptırımlardan ayırmak amacıyla kullanılmaktadır.⁶² Bu çalışma kapsamında, AİHM içtihadında bir özel hukuk normunun AİHS 6 anlamında cezai nitelikte olup olmadığına dair bir değerlendirme tespit edilememiştir. Bununla birlikte yukarıda açıklanan ölçütler, hangi özel hukuk normlarının “özel hukuk cezası” niteliğinde olduğunun tespiti konusunda belirli ölçüde yol gösterici olabilir.

54 Guide on Article 6 (criminal limb), para 25.

55 Heizmann (n 1) para 72.

56 Guide on Article 6 (criminal limb), para 25; Schabas (n 44) 277.

57 Guide on Article 6 (criminal limb), para 26; Schabas (n 44) 278.

58 Guide on Article 6 (criminal limb), para 27.

59 Heizmann (n 1) para 77.

60 AİHM'nin 500 İsviçre Frangı tutarında ödeme yapılmasına ilişkin yaptırımı, özgürlüğü bağlayıcı cezaya dönüşebilme ihtimaline binaen cezai nitelikte gördüğü bir kararı için bkz. *Weber v Switzerland* App no 11034/84 (ECtHR, 22 May 1990).

61 Schabas (n 44) 278.

62 Schabas (n 44) 282-284.

C. CEZAI NİTELİKTEKİ KURALLARIN ÖZEL HUKUKTAKİ YERİ VE AMACI

Cezanın amacı ile ilgili tartışmalarla bağlantılı olarak özel hukukta cezai nitelik taşıyan hükümlerin yer alıp alamayacağına ilişkin görüşler iki kutupta toplanmaktadır. Özel hukuk cezası kavramına oldukça katı yaklaşan görüşe göre özel hukuk cezalandırma amacı gütmeyen ve cezai nitelikte olduğu söylenebilecek az sayıdaki hüküm de tabiri caizse arkaiktir.⁶³ Özel hukukun cezai nitelik taşıyan hükümler öngörerek belirli davranışları caydırabileceğini ya da kişileri belirli davranışlara yönlendirebileceğini savunarak özel hukuk cezası kavramına daha ılımlı yaklaşan görüşe göre ise özel hukuk cezası kavramını tamamen reddetmemek ve olası faydalarını göz önünde tutmak gerekir.⁶⁴ Aşağıda her iki görüşün ileri sürdüğü argümanlar ve birbirlerine yönelttikleri eleştiriler ele alınacaktır.

1. Cezanın Özel Hukukta Yeri Olamayacağını Savunan Görüşler ve Bu Görüşlere Karşı İleri Sürülen Eleştiriler

Özel hukuk cezasının genel olarak hukuk düzenine ve ayrıca özel hukukun kendi içerisindeki sistemine aykırı olmadığını savunan görüşlere geçmeden önce, özel hukukun cezalandırıcı amaçlar gütmesine karşı çıkan görüşleri ve bu görüşlerin ileri sürdüğü argümanlara karşı öğretilde verilen cevapları açıklamak faydalı olacaktır. *Weinrib*'e göre özel hukuk, ne sorumluluk kavramıyla bir araya getirdiği hukuki ilişkinin taraflarıyla birbirinden bağımsız olarak ilgilenir, ne de bir bütün olarak bu ilişkinin dışında kalan toplumun çıkarlarını gözetir. Özel hukuk daha ziyade iki taraflı sorumluluk ilişkisinin kendisine odaklanır.⁶⁵ Bu sebeple, yazarın benimsediği düzeltici adalet (*corrective justice*) anlayışına göre özel hukuk yaptırımları yalnızca faile ya da mağdura odaklanmamakta, her ikisini birden bir bütün olarak dikkate almaktadır.⁶⁶ Ceza ise niteliği gereği asıl olarak faili odağına almaktadır. Bu sebeple cezai nitelikli yaptırımlar özel hukukun doğasına aykırıdır. Özel hukuk yaptırımları daha ziyade bir davranışın olumsuz sonuçlarını telafi etmeyi amaçlar, bu davranışı cezalandırmayı değil.⁶⁷

Benzer şekilde *Honsell*'e göre özel hukukta ceza ya da önleme amacı taşıyan yaptırımlar amacı aşmaktadır, çünkü özel hukuk eşitler arasındaki ilişkileri düzenler ve kişilerin birbirini cezalandırma

63 Honsell (n 19) 320.

64 Heizmann (n 1) para 162-169; Allan Beever, 'The Structure of Aggravated and Exemplary Damages' (2003) 23(1) Oxford Journal of Legal Studies 87, 109.

65 Ernest J. Weinrib, *The Idea of Private Law* (OUP 2012) 1-2.

66 ibid 75-76. Benzer şekilde cezalandırıcı tazminatın (*punitive damages*) aslında failin salt mağdura karşı bir yükümünü ihlal ettiğinde değil, topluma karşı bir ödevin ihlal edilmesinde halinde uygulandığı, bu sebeple söz konusu yaptırımın iki kişi arasındaki ilişkiye odaklanmadığı ve özel hukukun yapısına aykırı olduğu yönünde: Beever, *Damages* (n 64) 108. *Beever*'a göre topluma karşı bir ödevin ihlali halinde cezanın kişisel olarak zarar gören kişi aracılığıyla uygulanması gerekmez, nitekim ceza hukukunda da durum böyledir. Bu sebeple ceza hukuku ve özel hukukun mantiki yapıları burada birbirinden ayrılmaktadır. *Weinrib* ise cezalandırıcı tazminatın önerdiği teoriyle çelişmediğini, bu yaptırımın kâr elde etme amacı güden faile karşı uygulandığını ve bu yüzden aslında bir tür menfaat devri olduğunu belirtmektedir (*Weinrib* (n 65) 135). Bu görüşe, cezalandırıcı tazminatın yalnızca failin kâr elde etme amacı güttüğü hallerde uygulanmadığı gerekçesiyle karşı çıkılmakta ve *Weinrib*'in teorisinin cezalandırıcı tazminatın varlığını açıklayamadığı belirtilmektedir: Wayne Courtney and James Goudkamp, 'Punishment and Private Law' in Elise Bant and others (eds), *Punishment and Private Law* (Hart 2021) 3, 5.

67 Weinrib (n 65) 135.

gücü yoktur. Özel hukukun temelinde *Weinrib*'in savunduğu gibi düzeltici adalet (*corrective justice*) fikri yatmaktadır. Ceza yaptırımları ise kamu hukukuna aittir ve ceza hukuku özel hukukun aksine eşit olmayanlar arasında bir hukuktur. Ceza hukukunda dağıtıcı adalet (*distributive justice*) anlayışı söz konusudur.⁶⁸

Bu görüşlere karşı olarak, özel hukukun hem faili hem de mağduru dikkate alan karşılıklı bir yapıya sahip olduğu kabul edilse bile, özel hukukun yalnızca tek tarafı dikkate alan birtakım amaçlar güdebileceği savunulmaktadır.⁶⁹ Nitekim hem ceza hukuku hem de özel hukuk kural olarak kusurlu davranışlara yaptırım uygulamaktadır ve bu türden davranışlara karşı benimsenen caydırıcılık ya da kefaref gibi amaçlar çerçevesinde faili temel alan yaptırımlar uygulanmasını özel hukuk hâkiminden esirgemek için bir sebebin olmadığı ileri sürülmektedir.⁷⁰

Genel bir prensip olarak özel hukukta cezalandırıcı normların yer almaması gerektiği görüşünü desteklemek için cezalandırıcı normların yol açtığı problemlere işaret edilmektedir. İlk olarak, özel hukuk cezası niteliğindeki yaptırımların genellikle mağduru zenginleştirdiği ve onun aslında hak etmediği bir menfaate kavuştuğu ileri sürülmektedir.⁷¹ Buna karşı olarak ise aslında bu argümanın cezai nitelikte bir özel hukuk yaptırımına karşı çıkmadığı, mağdurun zenginleşmesine karşı çıktığı belirtilmektedir.⁷² Ayrıca davacının en azından süreci başlatarak bir tür özel savcı gibi hareket ettiği ve bunu yapmaya teşvik edilmesi için kendisine bir menfaat sağlanması gerektiği ifade edilmektedir.⁷³ Nitekim mağdur, failin cezalandırılması uğruna süreci başlatarak kendi kaynaklarını feda etmiştir ve en nihayetinde ödemenin birisine yapılması gerekmektedir. Böyle bir külfetin altına giren mağdurun adil olmayan bir şekilde zenginleştiğinin söylenemeyeceği ifade edilmektedir.⁷⁴

İkinci olarak, özel hukukta sorumluluk sigortaları oldukça yaygın olduğundan özel hukuk cezasının uygulandığı birçok ihtimalde aslında haksızlığa yol açan kişinin nihai olarak yaptırıma katlanmayacağı ve bunun cezalandırıcı adaletin mantığına ters olduğu belirtilmektedir.⁷⁵ Pratikte temel olarak cezalandırıcı tazminat için geçerli olan bu argümana karşı bu problemin sigorta hukukundaki sigortalanabilir menfaat kavramıyla çözülmesi gerektiği ileri sürülebilir.⁷⁶ Ayrıca özel hukuk cezası niteliğindeki yaptırımların doğurduğu risklerin sigortalanabilir olması halinde dahi bu yaptırımların klasik özel hukuk yaptırımlarına kıyasla daha ağır olması sigorta primlerine de

68 Honsell (n 19) 335.

69 Courtney and Goudkamp (n 66) 5.

70 Gregory S. Pipe, 'Exemplary Damages after Camelford' (1994) 57(1) *The Modern Law Review* 91, 96.

71 Franz Bydliniski, 'Die Suche nach der Mitte als Daueraufgabe der Privatrechtswissenschaft' (2004) 204(3/4) *Archiv für die civilistische Praxis* 309, 107.

72 Courtney and Goudkamp (n 66) 7.

73 *ibid* 7.

74 Pipe (n 70) 99.

75 Courtney and Goudkamp (n 66) 46.

76 Nitekim cezalandırıcı tazminatın mümkün olduğu Amerikan Birleşik Devletleri'nde eyaletlerin neredeyse yarısında cezalandırıcı tazminatın sigortalanmadığı belirtilmektedir. Bkz Ina Ebert 'Punitive Damages and Liability Insurance' in Helmut Koziol ve Vanessa Wilcox (eds) *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives* (Springer 2009) 213, para 7.

yansıyacak ve sigorta şirketleri söz konusu davranışları caydırmak için çeşitli önlemler alacaktır. Bu sebeplerle normun amaçladığı caydırma amacı dolaylı da olsa yine sağlanabilir.

Üçüncü olarak özel hukuk cezası aleyhine ileri sürülen bir diğer argüman ise özel hukuk cezasının ekonomik etkinliği düşürebileceğidir.⁷⁷ Özellikle cezalandırıcı tazminat bağlamında ileri sürülen bu argümana göre, alacaklının zararından fazla tazminata hak kazanabilmesine imkân tanıyan bir kuralın mevcudiyeti hâlinde sözleşmenin tarafları sözleşmeyi ekonomik etkinliğin gerektirdiğinden daha az ihlal edeceklerdir. Bunun sebebi şudur: Sözleşmenin ihlali halinde müspet zararın tazmin edilecek olması durumunda sözleşmeyi ihlal eden taraf, ihlalin mağdurunu sözleşme ifa edilseydi içinde bulunacağı ekonomik duruma getirmektedir. Dolayısıyla borçlu ihlal kararını verirken mağdurun uğrayacağı zararı da dikkate almak zorunda kalmaktadır. Bu sebeple rasyonel bir borçlu, ancak ihlal sonucu elde edeceği fayda mağdurun zararından fazla ise sözleşmeyi ihlal edecektir. Bu durumda alacaklı sözleşme ifa edilseydi içinde bulunacağı durumdan daha kötü bir duruma düşmeyecek, borçlu ise ihlalde bulunarak daha iyi bir duruma gelecektir. Dolayısıyla bir *Pareto ilerlemesi* sağlanmış olacaktır.⁷⁸ Sözleşme ihlali sonucu ödenecek bedelin müspet zararı aştığı durumlarda ise borçlu aslında *Pareto ilerlemesi* sağlayabilecek bazı ihlallerden kaçınacaktır. Ayrıca ödenecek tazminat *ex-ante* daha belirsiz hale geleceğinden borçlu ifa yerine sahip olduğu alternatifin ne kadar iyi olduğunu değerlendiremeyecektir.⁷⁹ Cezalandırıcı tazminat da bu şekilde bir yaptırım olduğundan ekonomik etkinliği düşüreceği iddia edilmektedir.

Belirtmek gerekir ki cezalandırıcı tazminatın mümkün olduğu hukuk sistemlerinde bu yaptırıma genellikle haksız fiil sonucu doğan zarar bakımından hükmedilmektedir.⁸⁰ Dolayısıyla cezalandırıcı tazminatın sözleşmenin etkin ihlalinin önüne geçtiği iddiası yeterince güçlü değildir. Ayrıca bu görüşün aksine cezalandırıcı tazminata hükmedilmesinin altında yatan fikirlerden biri ekonomik etkinliği artırabilecek niteliktedir. Kural olarak haksız fiil hukukunda kusurlu failin mağdurun uğradığı zarara eşit miktarda tazminatla yükümlü tutulmasının ekonomik gerekçesi, kişilerin verecekleri zararı içselleştirmeleri (*internalize*) ve bu sebeple zararı önlemek için en uygun (*optimal*) önlemleri almalarıdır.⁸¹ Potansiyel failin işlediği fiil sonucu tazminatla yükümlü tutulma ihtimalinin yüzde yüzün altına olması halinde fail bunu hesaba katacağı için zarar tam olarak içselleştirilemeyecek ve *optimal* önlem alınamayacaktır. Yani fail bazı fiillerden yeterince caydırılmış

77 Courtney and Goudkamp (n 66) 8-9.

78 Bir *Pareto* ilerlemesinden söz edebilmek için, söz konusu değişikliğin toplumdaki kimseyi içinde bulunduğu durumdan daha kötü bir duruma getirmeksizin en az bir kişiyi daha iyi bir duruma getirmesi gerekir. Bu şekilde bir ilerlemenin mümkün olmadığı halde, yani yapılan herhangi bir değişikliğin en azından bir kişiyi içinde bulunduğu durumdan daha kötü duruma getireceği noktaya ulaşıldığında, *Pareto* etkinliğinden söz edilir. Bkz Robert Cooter and Thomas Ulen, *Introduction to Law and Economics* (6th edn, Pearson 2016) 14.

79 Courtney and Goudkamp (n 66) 8.

80 İngiliz Hukuku'nda sözleşme ihlalinin bir yaptırımı olarak cezalandırıcı tazminata hükmedilemeyeceği yönünde: James Goudkamp ve Eleni Katsampouka, 'Punitive Damages and the Place of Punishment in Private Law' (2021) 84(6) *Modern Law Review* 1257, 1264; Amerika Birleşik Devletleri'nde birçok eyalet hukukunda sözleşme ihlalinin ancak bağımsız bir haksız fiil olarak nitelendirilebilmesi halinde cezalandırıcı tazminata hükmedilebileceği yönünde William S. Dodge, 'The Case for Punitive Damages in Contracts' (1999) 48(4) *Duke Law Journal* 629, 636-637. Ayrıca *Restatement (Second) of Contracts* - §355 de bu yöndedir.

81 Cooter and Ulen (n 78) 206-207.

olmayacaktır. Cezalandırıcı tazminat ise failin yakalanma ihtimalinin kesin olmamasından doğan eksik caydırıcılığı düzeltici etki doğurabilir.⁸² Ancak cezalandırıcı tazminatın uygulandığı ülkelerde bu yaptırıma hükmedilirken asıl dikkate alınan unsurun failin kusuru olduğu ve caydırıcılık kaygısının ikinci planda olduğu da belirtilmektedir.⁸³

Dördüncü ve son olarak, özel hukuktaki cezalandırıcı nitelikteki yaptırımların aleyhine ileri sürülen bir diğer gerekçe ise fail olduğu iddia edilen kişinin bu tür yaptırımlar karşısında ceza hukukundaki usuli güvencelerden mahrum kalmasıdır.⁸⁴ Buna ek olarak mağdurun aynı fiil sebebiyle hem ceza hukuku hem de özel hukuk tarafından iki kez cezalandırılmasının söz konusu olabileceği ve böylece *ne bis in idem* ilkesinin ihlal edilebileceği belirtilmektedir.⁸⁵ *Beever*'a göre söz konusu problemler cezanın özel hukukun yapısına yabancı olmasının birer semptomudur.⁸⁶ Bu görüşe karşı, ceza hukuku yaptırımları oldukça ağır sonuçlar doğurup kişinin özgürlüğünün sınırlanması ve daha sonrasında iş bulma ihtimalinin azalmasına yol açabileceği için hatalı mahkumiyet kararlarından mümkün olduğu ölçüde kaçınılması gerektiği ve bu sebeple söz konusu güvencelerin öngörüldüğü, özel hukuk cezaları bakımından bu tür sonuçlar doğmayacağı için söz konusu güvencelerin uygulanmasının şart olmadığı savunulmaktadır.⁸⁷ Kanımızca özel hukuk cezaları bakımından failin ceza hukukundaki usuli güvencelerden mahrum kaldığına ilişkin bu son eleştiride bir haklılık payı bulunmaktadır. Bu eleştiri, bu çalışmada da benimsenen görüş uyarınca özel hukuk cezası yaptırımlarına, niteliğine uygun düştüğü ölçüde, ceza hukukunun genel prensipleri ve sanığı koruyucu güvencelerin bazılarının uygulanabileceğinin kabulüyle cevaplanabilir.⁸⁸

2. Cezanın Özel Hukukun Yapısı ile Bağdaştığını Savunan Görüşler ve Bu Görüşlere Karşı İleri Sürülen Eleştiriler

Özel hukukun cezalandırma amacı güdemeyeceği görüşünün karşısında yer alan ve bu tür amaçlar güden normlara daha ılımlı yaklaşan görüşe göre yasa koyucunun belirli davranışları caydırmak ya da kişileri belirli davranışlara yönlendirmek için özel hukuk araçlarını kullanmasına bir engel yoktur.

82 ibid 261; Heizmann (n 1) para 165. Aynı sonuca idari/adli para cezalarını artırarak ya da failin yakalanma ihtimalini artıracak yollara başvurarak ulaşabileceği savunulabilir. Ancak öğretilerde bu iki yolun dezavantajları olduğu belirtilmektedir. Ödenen miktar ile işlenen fiil arasında idari/adli para cezalarının oluşturduğu sistem içerisinde bir orantı olması gerektiğinden belirli fiiller/failler için bu yönde bir artışa başvurmak mümkün olmayabilir. Ayrıca failerin yakalanma ihtimalini artırmak hem maliyetli olacak hem de özgür bir toplumda istenmeyen sonuçlara yol açabilecektir. Bkz Gerhard Wagner, 'Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht —Anmaßung oder legitime Aufgabe' (2006) 206(2/3) Archiv für die civilistische Praxis 352, 444.

83 Courtney and Goudkamp (n 66) 9.

84 ibid 9. Öğretilerde bir görüş, bu gerekçeyi özel hukuku cezası lehine bir argüman olarak ileri sürmektedir. Yani özel hukuk cezası yaptırımları bakımından ceza hukukundaki prensiplere uyma gereği olmadığından kanun koyucunun hareket alanı daha genişleyecek ve yaptırımlar daha kolay uygulanabilecektir (bkz Gül, 2015 (n 5) 419-420). Kanımızca bu görüş anayasal prensipleri dolanmak anlamına gelmektedir; kaldı ki AİHS 6 uyarınca yapılan otonom tanım çerçevesinde böyle yaptırım bakımından da ceza hukuku prensiplerine uyma gerekliliği doğabilecektir (bkz yuk II/B/3/b).

85 *Beever*, *Damages* (n 64) 110. *Ne bis in idem* ilkesinin özel hukuk cezası olarak sınıflandırılan yaptırımlar bakımından uygulanmasının gerekip gerekmediğine ilişkin bkz aş IV/D.

86 *Beever*, *Damages* (n 64) 110.

87 *Pipe* (n 70) 97-98.

88 Bkz aş IV/A.

Her ne kadar yasaklanan davranışları cezai yaptırıma bağlamak aslında kamu hukukunun görevi olsa da kamu hukuku araçları bu görevi tek başına yerine getirmekte yetersiz kalabilmektedir. Kamu hukuku yaptırımlarının eksik kaldığı noktalarda özel hukuk tamamlayıcı rol oynayarak daha etkin bir sistemin oluşturulmasını sağlayabilir.⁸⁹

Nitekim başka hukuk sistemlerinde de caydırıcılığı ve kişilerin davranışlarını yönlendirmeyi amaçlayan çeşitli özel hukuk düzenlemeleri mevcuttur.⁹⁰ Ayrıca özel hukukun eşitler arasında irade serbestisinin geçerli olduğu bir alan olduğu ve bu sebeple cezanın özel hukukun doğasına yabancı olduğu anlayışının terk edilmesi gerektiği, özel hukukun irade serbestisini maksimize etmeyi amaçlamadığı ve fiili sözleşme ilişkileri örneğinde olduğu gibi birçok durumda tarafların aslında iradeleri dışında kendilerini bir sözleşme ilişkisine taraf olarak bulabildikleri belirtilmektedir. Bu görüşe göre özel hukuk daha ziyade irade serbestisi ile güvenin korunması arasında bir denge kurmaya çalışmaktadır.⁹¹

Özel hukuktaki cezalandırıcı yaptırımların aslında pratikte birçok faydasının olabileceği savunulmaktadır. İlk olarak failerin yakalanma oranının ciddi suçlar için yüksek olsa da daha basit nitelikteki fiiller için oldukça düşük olabileceği ve bu durumu kamu hukuku araçlarıyla çözümlenin belki de tek ve oldukça masraflı yolunun devleti bir gözetleme aracına çevirmek olduğu ileri sürülmektedir.⁹² Dolayısıyla bu tür fiillere karşı özel hukuk yaptırımları tercih edilirse kamunun sınırlı kaynaklarından tasarruf edilecek⁹³ ve devletin kolluk güçleri toplum için çok daha büyük tehdit arz eden fiillere daha çok zaman ayırabilecektir.⁹⁴ Yine bu bağlamda söz konusu önemsiz fiilleri ceza hukuku ile yaptırıma bağlamak yerine özel hukuk cezası niteliğinde yaptırımlar tercih etmek ceza hukukunun damgalayıcı (*stigmatizing*) etkisi de düşünüldüğünde ölçülülük ilkesi bakımından daha yerinde olabilir.⁹⁵

89 Wagner (n 82) 434-435; Courtney and Goudkamp (n 66) s. 41; Law Commission, *Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages* (Law Com No 247, 1997) Part V para. 1.27. Eğer amaç ceza hukukunun eksik kaldığı noktaları tamamlamaksa, bunun neden özel hukukun prensipleri kullanılarak yapıldığı sorgulanabilir. Nitekim bir görüş, bu amacın *a priori* özel hukukun araçları ve prensipleri ile gerçekleştirilmesi gerektiğinin söylenemeyeceği, bu amacın gerçekleştirilmesi gerçekten isteniyorsa bunun en etkin yöntemle yapılması gerektiği, en etkin yöntemin ise ampirik çalışmalarla ortaya konması gerektiğini savunmaktadır. Beaver, *Damages* (n 64) 103-104.

90 Alman Hukuku bakımından örnekler için Wagner (n 82) 426-431.

91 Wagner (n 82) 424.

92 ibid 442.

93 Peter Jaffey, 'The Law Commission Report on Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages' *The Modern Law Review* (1998) 61(6) 860, 863.

94 Wagner (n 82) 442. Heizmann'a göre bu görüş çok da isabetli değildir. Yazara göre ceza hukukunun, önemsiz addettiği olaylara (*Bagatellfälle*) kaynak ve zaman harcamamak için çeşitli yöntemleri varken özel hukukta her tür talep kural olarak dava edilebilir ve mahkemeler davaya bakmak zorundadır. Ayrıca yazar, İsviçre'de hukuk mahkemelerinin iş yükünün halihazırda yüksek olduğunu ve taraflardan alınan yargılama giderlerinin bu mahkemelerin masraflarını karşılayamadığını belirtmektedir. Yazara göre ilgili görüşün savunduğu gibi kamu kaynaklarından tasarruf edilebilse bile söz konusu tasarruf en azından kısmen de olsa artan masraflara harcanacaktır (Heizmann (n 1) para 185-186).

95 Heizmann (n 1) 180-182. Belirtmek gerekir ki özel hukuk yaptırımlarının da damgalayıcı etkisinin olabileceği, nitekim damgalamaya yol açan unsurun aslında yaptırım değil, failin yaptırıma yol açan ve toplumca kınanan davranıştan sorumlu olduğunun tespit edilmesi olduğu ve bunun özel hukuk tarafından yaptırıma bağlanmış bir davranış da olabileceği belirtilmektedir: bkz Pipe (n 70) 97. Ancak yazar, bu gerekçe ile, özel hukuk ve ceza hukukunun damgalayıcı etkiye dayanarak birbirinden ayrılması ve özel hukuktaki cezalandırıcı yaptırımların bu sebeple reddedilmemesi

Özel hukuk cezası niteliğindeki yaptırımların bir diğer avantajı ise, birçok durumda faile verilen ceza mağdura zararının giderilmesi ötesinde bir fayda sağlayacağından, mağdurun harekete geçmek için ek bir menfaatinin bulunmasıdır.⁹⁶

Tüm bu faydaların yanında, bazı hükümler bakımından herhangi bir yaptırım maliyetinin olmadığı da ifade edilmektedir. Örneğin ısmarlanmamış malların gönderilmesi halinde alıcının bu malları geri gönderme yükümünün olmadığı ve üzerinde istediği gibi tasarruf edebileceğine ilişkin hüküm bakımından bu sonucun doğması için dava açmaya gerek yoktur.⁹⁷ Son olarak, bazı ülkelerde tüzel kişilere cezai yaptırım uygulanması mümkün olmadığından özel hukuk cezası niteliğindeki hükümlerin bu boşluğu doldurabileceği belirtilmektedir.⁹⁸

Sonuç olarak, özel hukukun kişileri cezalandırma amacı ile hareket edip edemeyeceği konusunda her iki tarafın ileri sürdüğü görüşlerin de güçlü ve zayıf yanları vardır. Bir hukuk sisteminde ağırlıklı olarak caydırma ve cezalandırma amacıyla özel hukuk yaptırımları düzenlenip düzenlenmeyeceği son tahlilde bir hukuk politikası tercihidir. Mevcut duruma bakıldığında, aşağıda örnekleri görüleceği üzere, Türk hukuku da dâhil olmak üzere birçok hukuk sisteminde cezalandırma amacı güden özel hukuk normları mevcuttur. Bazı normlar için bu amaç açık olsa da, cezalandırma amacının açık olmadığı ya da normun belirli bir davranışı cezalandırma dışında başka amaçlar da taşıdığı gri örnekler mevcuttur. Dolayısıyla yürürlükteki hukuk bakımından bir özel hukuk kuralının cezai nitelikte olup olmadığı belirlenmesinde hangi ölçütlerin dikkate alınacağı ve bir özel hukuk cezasının söz konusu olduğu sonucuna varılması durumunda bunun ne gibi hukuki sonuçları olacağı üzerinde durmaya değer meselelerdir.

Ç. ÖZEL HUKUK CEZASININ CEZA İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Özel hukuk cezalarını, cezadan ayıran temel unsur, özel hukuk cezalarının şekli anlamda ceza olmamasıdır. Kanun koyucu bu nitelikte yaptırımları ceza hukuku yaptırımı olarak değil, özel hukuk yaptırımı olarak belirlemiştir. Bunun doğal bir sonucu olarak bu normlar uyarınca yapılacak yargulamalarda ceza yargılamasına ilişkin kurallar değil, hukuk yargılamasına ilişkin kurallar uygulanır. O hâlde özel hukuk cezalarına ilişkin yargılamalar bakımından, kural olarak,

gerektiğini belirtmektedir. Belirtmek gerekir ki özel hukuk cezası niteliğindeki yaptırımların adli sicile işlenmesi söz konusu olmadığından, damgalayıcı etkinin ceza hukuku yaptırımları kadar güçlü olmayacağı savunulabilir.

96 Heizmann (n 1) para 174; Wagner (n 82) 446. Bu görüşe karşı olarak eğer amaç ceza hukukunu tamamlayıcı şekilde belirli davranışları cezalandırmak ve caydırmak ise özel hukuk prensiplerinin bir sonucu olarak bu süreci mağdurun başlatması yerine, herkesin dava açarak tazminat talep edebilmesinin amaca daha uygun olabileceği ileri sürülmektedir. Yine aynı görüş, böyle bir sistemin benimsenmesi halinde olası bir dava selinin kaybedilen davanın masraflarının davacıya yüklenerek ya da mesnetsiz açılan davalar için çeşitli cezalar öngörülerek önlenebileceğini savunmaktadır. Beaver, *Damages* (n 64) 103-104.

97 Wagner (n 82) 448. Belirtmek gerekir ki kanaatimizce bu hüküm bir özel hukuk cezası değildir (bkz aş III/F).

98 Heizmann (n 1) para 188.

tasarruf ilkesi⁹⁹ ve taraflarca getirilme ilkesinin¹⁰⁰ geçerli olduğu söylenebilir.¹⁰¹ Dolayısıyla ceza yargılamasında kural olarak geçerli olan kendiliğinden harekete geçme ilkesi uygulanmayacak; özel hukuk cezasına ilişkin yargılama süreci, yaptırıma bağlanmış davranıştan olumsuz olarak etkilenen bir kişinin talebi üzerine başlayacaktır. Aynı gerekçeyle ceza yargılamasına özgü koruma tedbirlerinin de özel hukuk cezasına ilişkin yargılamalarda uygulanması mümkün olmaz.

Ayrıca özel hukuk cezası ile özgürlüğü bağlayıcı bir yaptırım uygulanamaz; bu tür yaptırımlar ceza hukukuna özgüdür.¹⁰² Özel hukuk cezası niteliğindeki yaptırımlar karşımıza bir miktar para ödenmesi veya talep hakkının kaybı (veya normal koşullarda doğacak bir talep hakkının doğmaması) şeklinde çıkar. Özel hukuk cezası ile öngörülen bu yaptırımların, ceza hukukundaki benzer yaptırımlardan (örneğin adli para cezası) bir farkı da bu yaptırımlardan çoğu zaman mağdurun yararlanmasıdır.¹⁰³ Özel hukuk cezalarında kural olarak, söz konusu para mağdura ödenir veya hak kaybindan mağdur yararlanır.¹⁰⁴

Ceza, özel hukuk cezasından, adli sicil kaydına geçmesi sebebiyle de ayrılır. Bu durum, cezanın özel hukuk cezasına nazaran damgalayıcı etkisinin ön plana çıkmasına neden olmaktadır.¹⁰⁵

Türk hukukunda suç faili olarak sayılmayan (TCK 20) tüzel kişilerin cezai sorumluluğu olup olmadığı konusu (özellikle olması gereken hukuk bakımından) tartışmaya değer, güç bir meseledir.¹⁰⁶ Özel hukuk cezalarının ise tüzel kişilere uygulanabileceği konusunda ise bir tereddüt bulunmamaktadır.

Özel hukuk cezasının, ceza ile benzer yanı ise amacına ilişkindir. Özel hukuk cezası öngören düzenlemelerin yapılmasının temelinde yatan ağırlıklı amaç, kişilerin davranışlarını etkileyerek belirli davranışların gerçekleştirilmesini önlemek, bir başka deyişle caydırıcılıktır. Tipik özel hukuk yaptırımı olan tazminatın birincil amacı ise zararın giderilmesidir.

99 Güray Erdönmez, 'Medeni Usûl Hukukuna Hâkim Olan İlkeler' iç Hakan Pekcanitez, Muhammet Özkes, Mine Akkan ve Hülya Taş Korkmaz (edr), *Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku* (15. Bası, On İki Levha 2017), 783 vd.

100 ibid 795 vd.

101 Bu ilkelerin istisnası niteliğinde kanuni düzenlemeler bulunduğu takdirde farklı sonuca varılabilir. Konumuz bakımından TBK 81 örnek verilebilir. Bu hüküm uyarınca sebepsiz zenginleşmeye dayalı bir iade davasında hâkim, bu yönde bir talep olmamasına rağmen, talep edilen şeyin devlete mal edilmesine karar verebilir.

İsviçre hukuku bakımından *Heizmann*, hukuk yargılamasında da istisnai bazı hâllerde kendiliğinden (resen) araştırma ilkesinin geçerli olduğunu vurguladıktan sonra, aynı sonuca, medeni usul hukukuna ilişkin düzenlemeler göz ardı edilerek, özel hukuk cezalarına ilişkin yargılamalar bakımından da varılması gerektiğini ifade etmektedir (Heizmann (n 1) para 808-812). Kanımızca olması gereken hukuk bakımından savunulabilir nitelikte olan bu görüşün, açık bir yasal dayanak olmadığı müddetçe yürürlükteki hukuk bakımından benimsenmesi güç görünmektedir.

102 ibid para 129. Adli para cezası da özgürlüğü bağlayıcı cezaya dönüşme ihtimali bakımından bir miktar para ödenmesine ilişkin özel hukuk cezasından ayrılır (ibid para 143).

103 Heizmann (n 1) para 131.

104 ibid para 121 vd.

105 ibid para 180.

106 Bu konuda bkz Nur Centel, 'Ceza Hukukunda Tüzel Kişilerin Sorumluluğu – Şirketler Hakkında Yaptırım Uygulanması', (2016) 65(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3313 – 3326.

D. ÖZEL HUKUK CEZASININ UNSURLARI

Bir özel hukuk cezasının varlığından söz edebilmek için aşağıda açıklanacak şartların birlikte gerçekleşmiş olması gerekir.

1. Malvarlığına İlişkin Bir Özel Hukuk Yaptırımının Bulunması

Özel hukuk cezasından bahsedebilmek için öncelikle yaptırım öngören bir hukuk kuralı (norm) söz konusu olmalıdır. Yaptırım kavramı öğretide “*buyruk veya yasak içeren eksiksiz (komple) hukuk kuralına aykırılık edilmesine karşı devletin ve onun hukuk düzeninin tepkisi*” olarak tanımlanmıştır.¹⁰⁷ Yaptırım, her ne kadar hukuk kurallarını din, ahlak ve görgü kuralları gibi diğer kurallardan ayırt eden temel bir unsur olarak görülse de¹⁰⁸ her hukuk kuralı yaptırım içermez.¹⁰⁹ Bununla birlikte konumuz bakımından önem arz eden kurallar yaptırım öngören hukuk kurallarıdır.

Bir yaptırımın özel hukuk cezası olarak nitelenebilmesi için aranacak ilk şart bu yaptırımın bir özel hukuk yaptırımı olmasıdır. Hangi yaptırımların özel hukuk yaptırımı olduğu hususunda kamu hukuku – özel hukuk ayrımında¹¹⁰ benimsenen ölçütlerden faydalanılır.¹¹¹ Bu ayrım yapılırken sadece normun hangi alana ilişkin bir kanunda düzenlendiğini dikkate almak yanıltıcı olabilir. Şöyle ki ağırlıklı olarak özel hukuk meselelerinin düzenlendiği kanunlarda da cezalar düzenlenebilmektedir (örn. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK)¹¹² 71 vd.; Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK)¹¹³ 30). Bu normlara aykırılık hâlinde konuya ilişkin yargılama ceza mahkemelerince¹¹⁴ ceza muhakemesi kurallarına göre yapılır, dolayısıyla burada bir kamu hukuku yaptırımı söz konusudur. O hâlde bu ayrım bakımından söz konusu yaptırımın uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin değerlendirmeyi yapma konusunda hangi yargı yerinin görevli olduğunu dikkate almak daha sağlıklı bir yaklaşımdır.¹¹⁵ Bu değerlendirmeyi hukuk mahkemelerinin yaptığı durumlarda bir özel hukuk yaptırımının söz konusu olduğu söylenebilir.

107 Serozan, *Yöntem* (n 7) 44; Serozan, Engin ve Atamer (n 6) 25.

108 M Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk* (25. Bası, Vedat 2019) para 4; Serozan, *Yöntem* (n 7) 20; Serozan, Engin ve Atamer (n 6) 36.

109 Yaptırım içermeyen kural örnekleri hakkında açıklamalar için bkz Karl Larenz and Claus-Wilhelm Canaris C, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (3rd edn, Springer 1995) 74 vd.; Serozan, *Yöntem* (n 7) 20 vd.

110 Bu konuda bkz Serozan, Engin ve Atamer (n 6) 54 vd; Oğuzman ve Barlas (n 108) para 11 vd.

111 Heizmann (n 1) para 87.

112 Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, Kanun Numarası: 5846, Kabul Tarihi: 05.12.1951, RG 13.12.1951/7981.

113 Sınai Mülkiyet Kanunu, Kanun Numarası: 6769, Kabul Tarihi: 22.12.2016, RG 10.01.2017/29944.

114 Verilen örnekler bakımından yargılama görevi özel mahkeme niteliğindeki fikri ve sınai haklar ceza mahkemelerine aittir (SMK 156 I; FSEK 76 I).

115 Benzer şekilde Gül, 2015 (n 5) 307; İbrahim Gül, “Türk Hukukunda Medeni Ceza Sorumluluğu Nasıl Olmalı?” (2019) 9(17) Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 343, 357. Kamu hukuku – özel hukuk ayrımının pratik öneminin kuralı uygulayacak yargı yerlerinin farklılaşması olduğu yönünde Serozan, Engin ve Atamer (n 6) 54.

Özel hukuk cezası niteliğindeki yaptırımların bir diğer özelliği de bu yaptırımların doğrudan ya da dolaylı olarak failin malvarlığına yönelik olmasıdır.¹¹⁶ Örneğin velâyetin kaldırılması (TMK 348 vd.), bir özel hukuk yaptırımı olmakla beraber malvarlığına ilişkin olma şartını yerine getirmemektedir.¹¹⁷

İsviçre öğretisinde *Heizmann*, özel hukuk cezası niteliğindeki yaptırımın üç farklı görünüm şekli olduğunu ifade etmektedir: (i) Bir miktar para ödenmesi, (ii) bir talep hakkının kaybı (*Anspruchsverlust*), (iii) bir talep hakkının doğumunun engellenmesi (*Anspruchsauschluss*). Türk öğretisinde de özel hukuk cezasının sadece bir miktar para ödenmesi şeklinde değil, haktan (veya hak ümidinden) yoksun kalma şeklinde bir yaptırım olarak da düzenlenmiş olabileceğine dikkat çekilmiştir.¹¹⁸

2. Cezalandırma Amacının Bulunması

a. Genel Olarak

Özel hukuk normlarında, bu normlara aykırı davranılması durumunda uygulanmak üzere öngörülen yaptırımların, çoğunlukla, amaçlarına göre oluşturulmuş şu üç kategoriden birine gireceği kabul edilmektedir: (i) koruyucu yaptırımlar, (ii) icrai yaptırımlar, (iii) denkleştirici / telafi edici yaptırımlar.¹¹⁹ Özellikle bir miktar para ödenmesi şeklinde öngörülen bir yaptırım özel hukukta kural olarak telafi edici amaç taşır (tazminat yaptırımı). Bu yaptırımın amacı hukuka aykırı davranış nedeniyle zarar gören kişiyi, mümkün olduğu ölçüde, davranış öncesi eski durumuna getirmektir (*restitutio in integrum*).¹²⁰ Dolayısıyla bu türden yaptırımların odak noktasında zarara uğrayan kişi vardır. Bir an için tazminat yaptırımının da caydırma amacı taşıdığı düşünülebilir. Ancak burada yaptırımın temel amacı caydırmak olmayıp caydırıcılık bir “yan etki” olarak kendini göstermektedir.¹²¹

Bir özel hukuk yaptırımının temel amacının cezalandırma olması ise istisnai bir durumdur. İşte bu tür istisnai kurallarda öngörülen yaptırımlara “özel hukuk cezası” adı verilir. Belirtmek gerekir ki hangi hükümlerin cezalandırma amacı güttüğünün tespiti her zaman çok kolay değildir. Bu tespit yapılırken ne gibi ölçütlerin yol gösterici olabileceği hususunda yukarıda cezanın amacı ve ceza kavramına ilişkin yapılan açıklamalardan yararlanmak mümkündür.

116 Benzer şekilde *Heizmann* (n 1) para 108.

117 Belirtmek gerekir ki bu yaptırım, özel hukuk cezasının diğer bazı unsurlarını da yerine getirmemektedir. Her şeyden önce bu normun ağırlıklı amacı cezalandırma değil, velâyet altındaki kişinin korunmasıdır. Ayrıca, aşağıda açıklanacağı üzere, cezalandırma amacından söz edebilmek için yaptırımın yalnızca fiili işleyen kişinin kusurlu olduğu durumlarda uygulanması gerekir ki velayetin kaldırıldığı her durumda yaptırıma maruz kalanın kusurlu olduğu söylenemez (bkz TMK 348/I, b 1).

118 Gümüş, *Borçlar Genel* (n 6), 1044; Oral ve Baş (n 6) 533.

119 Serozan, *Yöntem* (n 7) 46 vd; Serozan, Engin ve Atamer (n 6) 27-28.

120 Serozan, *Yöntem* (n 7) 47; Serozan, Engin ve Atamer (n 6) 27-28.

121 Honsell (n 19) 319; Halûk Nami Nomer, *Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi* (Beta 1996) 35-36.

b. Cezalandırma Amacının Tespitinde Yol Gösterici Ölçütler

Yukarıda günümüzde cezanın amacı bakımından önleyiciliğin ön planda olduğu açıklanmıştı. Dolayısıyla cezalandırma amacı taşıyan bir özel hukuk normunda aranması gereken ilk özellik, normun temel amacının kişilerin davranışlarını yönlendirerek, arzu edilmeyen bazı davranışlardan kaçınmasını sağlamak (önleyicilik) olmasıdır.¹²² Bir başka deyişle özel hukuk cezası içeren kuralların koyulması neticesinde ulaşılmak istenen etki caydırıcılıktır.¹²³

Bir hukuk kuralının bu nitelikte olup olmadığı değerlendirilirken dikkate alınabilecek bir ölçüt, kuralda öngörülen yaptırımın, bu yaptırımın uygulanacağı kişinin hukuka aykırı bir davranışına bağlanmış olmasıdır. Durumun böyle olmaması hâlinde normun önleyici / caydırıcı amacından bahsetmek güçtür. Örneğin TMK 513'te miras bırakana, hakkında borç ödemedi aciz belgesi bulunan altsoyunu, saklı payının yarısı için mirasçılıktan çıkarabilme imkânı tanınması bu nedenle bir özel hukuk cezası niteliğinde görülemez.¹²⁴

Cezalandırma amacı taşıyan normların odak noktası faildir.¹²⁵ Özel hukuk cezası, bu yönüyle ilk planda mağdurun zararını gidermeyi (telafi edici yaptırımlar) veya zarar görmesini önlemeyi (koruyucu yaptırımlar) amaçlayan tipik özel hukuk yaptırımlarından ayrılır. Bu nedenle hükümde öngörülen yaptırımın uygulanması için aranan şartların, mağdurdan çok faille ilişkin olması da hükmün cezalandırma amacı taşıdığı lehine bir emare olarak görülebilir.

Keza hukuk kuralında öngörülen yaptırımın sadece failin kusurlu olduğu durumlarda uygulanabiliyor olması da hükmün cezai niteliği lehine bir emare olarak görülebilir. Zira bir kişiyi hiçbir kusuru olmamasına rağmen yaptırıma tabi tutmanın caydırıcılık amacıyla bağdaştığını söylemek güçtür ve kusurlu olmayan bir kişinin cezayı hak ettiği de söylenemez. Şayet yaptırımın bu durumlarda da uygulanması söz konusuysa anılan hükmün cezalandırma amacı dışında bir amaç güdüyor olması muhtemeldir. Örneğin ismarlanmamış malların gönderilmesi durumunda TBK 7'de öngörülen sonucun, gönderenin hiçbir kusuru olmadığı durumlarda da uygulanabilmesi gerekir. Zira bu hükümle takip edilen temel amaç cezalandırmadan ziyade gönderilen şey kendisine ulaşan kişinin korunmasıdır.¹²⁶ Hemen belirtmek gerekir ki bir hükmün lafzında açıkça kusur şartının aranmamış olması, o hükmün özel hukuk cezası niteliğinde görülmesine engel değildir. Şayet hükmün amacı ışığında yorumlanması neticesinde temel amacının cezalandırma olduğu konusunda bir tereddüt bulunmuyorsa, hüküm "özel hukuk cezası" olarak nitelendirilmeli ve ceza hukukundaki kusur ilkesine kıyasen kusur şartı aranmalıdır.¹²⁷ Örneğin bu çalışmada bir özel hukuk cezası öngördüğü

122 Heizmann (n 1) para 106; Alfred Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (4th edn, Stämpfli 2017) para 46.67.

123 Antalya, *Cilt V/1*, 2 (n 6) para 2349; Büşra Cömert Akbay, 'Türk Rekabet Hukukunda Özel Hukuk Cezası' (2018) 4(2) Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 149, 152-153; Gül, 2015 (n 5) 307; Gül, '2019' (n 115) 357.

124 Mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin hükümler hakkında değerlendirme için bkz aş III/C.

125 Heizmann (n 1) para 114, 160; Oral ve Baş (n 6) 527.

126 Bu hükme ilişkin açıklamalar için bkz aş III/F.

127 Bu konuda bkz aş IV/C.

kabul edilen TTK 783/III bakımından durum, öğretilerdeki aksi yöndeki yaygın kabule rağmen, kanımızca böyledir.¹²⁸

Cezanın yaratmak istediği etki caydırıcılık olsa da işlenen fiilin beklenen olumsuz sonuçları ve fiilden beklenen fayda somut olayın şartlarına göre değişeceğinden yaptırım tehdidinin fiili işleme ihtimali olan herkesi caydırması elbette mümkün değildir. Örneğin fiilin işlenmesi sonucu elde edilecek maddi menfaatler kişinin içinde bulunduğu şartlara göre değişiklik gösterebilir. Ancak her halükârda kişilerin bir davranıştan caydırılabilmesi için fiili işleme ihtimali olan kişilerin uygulanacak yaptırım sonucu fiili işlemeyen önce içinde bulunacakları durumdan kötü duruma düşürülmeleri ihtimalinin yeterince yüksek olması gerekir. Eğer fiilin işlendiği hemen hemen her durumda kişi, uygulanan yaptırım neticesinde çeşitli sebeplerle¹²⁹ içinde bulunduğu durumdan daha kötü duruma düşmüyorsa söz konusu fiil için caydırıcılık sağlanamayacaktır.¹³⁰ Böyle bir durumda iki olasılık söz konusudur: ya ortada bir ceza vardır ancak kanun koyucu amaca uygun olmayan, kötü bir düzenleme yapmıştır ya da kanun koyucu aslında cezalandırma amacı gütmemekte, söz konusu yaptırımın öngörülmesinin altında daha baskın başka bir sebep yatmaktadır.

Ceza hukukuna ilişkin yaptırımlar bakımından böyle bir durumla karşılaşılması halinde ilk ihtimalin söz konusu olduğu sonucuna kolayca varılabilecektir, çünkü kişileri caydırmayı amaçlamayan bir ceza hukuku normunun öngörülmüş olması ihtimal dâhilinde değildir. Bir özel hukuk yaptırımı söz konusu olduğunda ise ikinci ihtimalin ciddi biçimde ele alınması gerekir. Daha önce de belirtildiği üzere özel hukuk yaptırımlarının cezalandırıcı amaç taşıması istisnai bir durumdur. Aşağıda detaylı biçimde tartışılacağı üzere, bir özel hukuk yaptırımının özel hukuk cezası olduğu sonucuna varılması ceza hukukunun genel prensiplerinin fiili işleyen kişiye sağladığı güvencelerin (bazı durumlarda kıyasen) uygulanması sonucunu doğuracaktır.¹³¹ Bir özel hukuk yaptırımının, istisnai olarak bu güvencelerin fiili işleyen kişiye bahşedilmesini gerektirdiğinin kabul edebilmesi için yaptırımın cezalandırıcı amaç taşıdığı yeterince açık olması gerekir.

Sonuç olarak bir özel hukuk yaptırımının sonuçları incelendiğinde fiili işleyen kişinin birçok durumda fiili işlemeyen önce içinde bulunduğu durumdan daha kötü bir duruma düşmediği görülüyorsa, bu yaptırımın söz konusu davranışı caydırmaktan daha baskın başka bir amaç taşıyor olması kuvvetle muhtemeldir. Örnek vermek gerekirse, gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeye ilişkin TBK 530 hükmü uyarınca iş görenin kendi menfaatine hareket etmesi halinde iş sahibi, iş görenin

128 Bu konuda bkz aş III/M.

129 Örneğin, yakalanma ihtimali göz önüne alındığında yaptırım yeterince ağır olmayabilir.

130 Benzer yönde Cooter and Ulen (n 78) 463-467. Cezanın caydırıcılığına davranışsal ekonomi öğretisinin bulguları ile yaklaştığında ve kayıptan kaçınma (*loss aversion*) davranışı sebebiyle cezaların caydırıcılığının rasyonel ekonomik yaklaşımın varsaydığından daha yüksek olduğu kabul edildiğinde dahi, fiili işleyen yakalanıp cezai yaptırımın uygulandığı birçok durumda kişi fiili işlemeyen önceki durumuna kıyasla daha kötü bir duruma düşmüyorsa net bir kayıptan söz edilemeyecektir ve varılan sonuç değişmeyecektir. Suç ve cezai yaptırımlara davranışsal ekonomik yaklaşımla ilgili daha detaylı bilgi için bkz Frans van Winden ve Elliott Ash, 'On the Behavioral Economics of Crime' (2012) 8(1) Review of Law and Economics 181-213.

131 Bkz aş IV/A.

elde ettiği menfaatin devrini talep edebilecektir. Kanımızca bu hükmün caydırmaya nazaran daha ağır basan başka bir amacının olduğu yönünde kuvvetli bir emare söz konusudur.¹³²

TTK 1530/I hükmü üzerinden yapılacak bir inceleme de benzer bir sonuca varacaktır. İlgili hüküm uyarınca ticari hükümlerle belirli bir sınırın üzerinde yapılması yasaklanmış sözleşmeler en yüksek sınır üzerinden yapılmış sayılacak ve burada ilgili hüküm olmasaydı sözleşmenin yapılmayacağı yani sözleşmenin tamamının kesin hükümsüz sayılması yönündeki itiraz dinlenmeyecektir. Bu hükmün uygulanması sonucu yasaklanan sınırın üzerinde bir miktarı dayatan tarafın bu fiili gerçekleştirmeseydi içinde bulunacağı durumdan¹³³ daha kötü bir duruma düşmesi olası değildir, çünkü en kötü ihtimalle yasal üst sınır geçerli olacaktır. Hatta sözleşmenin karşı tarafının ilgili hükmün geçerli olduğunu düşünerek hareket etmesi halinde bu hükmü dayatan tarafın bir menfaat sağlaması bile olasıdır.¹³⁴ Dolayısıyla tek başına bu hükmün yasal üst sınırı aşan sözleşmeler yapmayı caydırmayı asli olarak amaçlamadığı söylenebilir.¹³⁵

3. Cezalandırma Amacından Daha Ağır Basan Başka Bir Amacın Mevcut Olmaması

Cezalandırma amacıyla ilgili yapılan değerlendirme sonucunda bir hükmün caydırma amacı taşıdığı sonucuna varılsa dahi bir özel hukuk cezası ile karşı karşıya olduğumuz her zaman söylenemez. Caydırma amacı bazı durumlarda başka bir amacın yanında, ikincil nitelikte var olabilir. Başka bir amacın daha ağır bastığı bu gibi durumlarda bir özel hukuk cezasından söz etmemek gerekir.¹³⁶ Örneğin bu çalışmada savunulan görüşe göre ısmarlanmamış şeyin gönderilmesine ilişkin TBK 7 ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK)¹³⁷ 7 bakımından cezalandırma amacına nazaran daha ağır basan amaç tüketicinin korunmasıdır.¹³⁸

132 Menfaat devri yaptırımının kişiyi içinde bulunduğu durumdan daha kötü duruma düşürmediği gerekçesiyle cezalandırıcı nitelikte olmadığı yönünde Allan Beaver, 'Justice and Punishment in Tort: A Comparative Theoretical Analysis' in Charles EF Rickett (ed) *Justifying Private Law Remedies* (Hart 2008) 249, 296. Menfaat devri hakkında bkz III/I.

133 Sözleşmeyi doğrudan geçerli bir biçimde üst sınırdan yapmış olsaydı içinde bulunacağı durum kastedilmektedir.

134 Amerika Birleşik Devletleri'nin Boston kentinde ev sahiplerinin kira sözleşmesine geçersiz olduğu açık olan hükümler koyduklarını ve birçok kiracının uyuşmazlık çıktığında kira sözleşmesindeki hükümlere uyduğunu tespit eden çalışma için bkz Meirav Furth-Matzkin, 'On the Unexpected Use of Unenforceable Contract Terms: Evidence from the Residential Rental Market' (2017) 9(1) *Journal of Legal Analysis* 1-49.

135 Nitekim Alman ve İsviçre öğretilerinde, en yüksek sınırı aşan sözleşmelerin üst sınırı indirilerek geçerli kılınması (*geltungserhaltende Reduktion*) halinde bu tür sözleşmelerin yapılmasının caydırılmayacağı, aksine teşvik edileceği, gerekçesiyle TTK 1530'da benimsenen çözüme benzer bir yaklaşımın uygulanmaması gerektiği savunulmaktadır. Bu konudaki görüşlerin bir özeti için bkz Heizmann (n 1) para 510-512. Türk hukukunda üst sınırı indirim yaptırımının yeterince caydırıcı olmadığını kabul etmekle beraber kanunda öngörülen üst ya da alt sınır hükümlerinin cezalandırma işlevi gördüğü yönünde Nagehan Kırkbeşoğlu, 'Türk Özel Hukukuna Kısmi Hükümsüzlük' (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi 2010) 199. Kanaatimizce hükmün esas amacı caydırıcılık olmadığından burada bu çalışmada benimsenen anlamıyla bir özel hukuk cezasından söz edilemez.

136 Nitekim Heizmann'a göre bir özel hukuk cezasından bahsedebilmek için ilgili yaptırımın başka bir amaçtan bağımsız olarak cezalandırıcı amaç taşıması gerekir. Bir özel hukuk normu caydırıcı olsa da cezalandırıcı karakter taşımayabilir. Eğer ilgili yaptırım, caydırıcılığı sağlamak için fiili işleyen kişiyi fiilin yol açtığı zararın tazmininin ötesinde olumsuz bir sonuç ile karşı karşıya bırakıyorsa cezalandırıcı bir normdan söz edilebilir. Bkz Heizmann (n 1) para 100-103.

137 Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 6502, Kabul Tarihi: 07.11.2013, RG 28.11.2013/28835.

138 Bkz III/F.

Benzer şekilde bazı durumlarda ilgili hüküm dürüstlük kuralının özel bir görünümünü teşkil ediyor olabilir. Örnek vermek gerekirse, TMK 236/II hükmü uyarınca *zina veya hayata kast nedeniyle boşanma hâlinde hâkim, kusurlu eşin artık değerdeki pay oranının hakkaniyete uygun olarak azaltılmasına veya kaldırılmasına karar verebilir*. İsviçre Medeni Kanunu'nda karşılığı olmayan bu hüküm Türk öğretisinde genel olarak özel hukuk cezası olarak nitelendirilmektedir.¹³⁹ Kanımızca bu hükümde bir özel hukuk cezası bulunmamaktadır.¹⁴⁰

4. Yaptırımın Taraf İradelerinden Bağımsız Olarak Kanun Koyucu Tarafından Öngörülmesi Olması

Bir yaptırımın özel hukuk cezası olarak nitelendirilebilmesi için söz konusu yaptırımın doğrudan kanun koyucu tarafından düzenlenmiş olması gerekir.¹⁴¹ Tarafların (özellikle yaptırımı maruz kalacak tarafın) yapacakları bir sözleşmeyle gönüllü olarak bir yaptırımı kabul etmeleri durumunda, bu yaptırımın temel amacı cezalandırma veya caydırma olsa bile, özel hukuk cezasından bahsedilemez. Örneğin ceza koşulu (TBK 179 vd.) ve dernek cezası bu koşulu yerine getirmedikleri için özel hukuk cezası sayılmaz.¹⁴² Bununla birlikte doğrudan kanun koyucu tarafından düzenlenen bir yaptırımın emredici olmayan bir hukuk kuralıyla öngörülmesinin, bu yaptırımın özel hukuk cezası sayılmasına engel olmadığı kabul edilmektedir.¹⁴³

III. MÜNFERİT HÜKÜMLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. GENEL AÇIKLAMALAR

Çalışmamızın bu bölümünde, çoğunluğu TMK ve TBK'da bulunan, bazı hükümlerin özel hukuk cezası niteliğinde olup olmadığı incelenecektir. Bu incelemede yukarıda tespit ettiğimiz ölçütlerden faydalanılacaktır. Belirtmek gerekir ki, aşağıda incelenmek için seçilen hükümler mevzuatımızdaki tüm özel hukuk cezalarını kapsamamaktadır. Özellikle bazı hâllerde bir kişinin uğradığı zararın birkaç katı ödeme yapılmasına ilişkin öngörülen yaptırımların (örn FSEK 68/I-II; Rekabetin

139 Faruk Acar, *Aile Hukukumuzda Aile Konutu Mal Rejimleri Eşin Yasal Miras Payı* (4. Bası, Seçkin 2014) 263; Emel Badur, 'Zina veya Hayata Kast Nedeniyle Boşanma Halinde Kusurlu Eşin Artık Değerdeki Payı' (2016) 1(2) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 39, 39; Gülşah Sinem Aydın, 'Türk Medeni Kanunu'nun 236. Maddesinin İkinci Fıkrasının Eşlerden Birinin Diğerini Kasten Öldürmesi Hâlinde Uygulanıp Uygulanmayacağı Sorunu', (2018) 13(165-166) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 9, 24; Mustafa Alper Gümüş Gümüş, *Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m. 185-281)* (Vedat 2008) 397.

140 Bkz aş III/B.

141 Heizmann (n 1) para 86.

142 Honsell (n 19) 319; Serozan, Engin ve Atamer (n 6) 26; Heizmann (n 1) para 92 vd. Alman hukukunda ceza koşulu bakımından aynı şekilde Peter Gottwald, 'BGB §339' in Wolfgang Krüger (ed) *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, Schuldrecht - Allgemeiner Teil I*, (9th edn, Beck 2022) para 3. Taraflarca kararlaştırılan bu tür yaptırımların ceza hukuku anlamında cezadan ayrıştırılmak amacıyla özel hukuku cezası (*Privatstrafe*) olarak nitelenmesi (bkz Roxin and Greco (n 13) §2 para 140-141) bu nedenle yanlıtıcıdır.

143 Heizmann (n 1) para 91.

Korunması Hakkında Kanun (RKHK) 58/II)¹⁴⁴ özel hukuk cezası niteliğinde olduğu konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır.¹⁴⁵ Ayrıca İş Kanunu (İŞK)¹⁴⁶ ile İcra ve İflas Kanunu'ndaki (İİK)¹⁴⁷ birçok hükmün (örn. İİK 67/II; İŞK 17/VI) de özel hukuk cezası içerdiği ifade edilmektedir.¹⁴⁸ Ayrımcılık yasağının ihlali suretiyle sözleşme kurmaktan kaçınan kişinin birçok Avrupa ülkesinde tabi tutulduğu yaptırımlar da özel hukuk cezası niteliğindedir.¹⁴⁹ Bu hükümler bu çalışma kapsamında değerlendirilmemiştir.

B. ZİNA VEYA HAYATA KAST SEBEBİYLE BOŞANMA HÂLLERİNDE KATILMA ALACAĞININ AZALTIMASI VEYA KALDIRILMASI

TMK 236/II¹⁵⁰ hükmü uyarınca zina veya hayata kast nedeniyle boşanma hâlinde hâkim, kusurlu eşin artık değerdeki pay oranının hakkaniyete uygun olarak azaltılmasına veya kaldırılmasına karar verebilir. İsviçre Medeni Kanunu'nda karşılığı olmayan bu hüküm Türk öğretisinde genel olarak özel hukuk cezası olarak nitelendirilmektedir.¹⁵¹

Hüküm her ne kadar hukuka aykırı bir fiil işleyen eşin kusurlu olduğu durumlarda uygulanmakta ve eşin malvarlığında bir eksilmeye yol açsa da kanımızca hükmün asli amacı eşleri zina ya da hayata kast fiillerinden caydırmak değildir.¹⁵² Nitekim hayata kast fiiline ilişkin caydırıcılık ceza hukuku kuralları uyarınca sağlanmaktadır. Hatta bu fiilin eşe karşı işlenmesi ise TCK 82 uyarınca nitelikli hâl teşkil etmektedir. Bu durum TMK 236/II'nin ceza hukukuna ek bir caydırıcılık sağlamayı amaçlamadığını düşündürmektedir. Ayrıca zinayı suç olmaktan çıkararak kanun koyucunun bu fiili mal rejimine ilişkin bir hüküm yoluyla caydırmayı amaçlıyor olması pek muhtemel değildir.

Hükmün daha baskın olan amacı, söz konusu fiilleri kusurlu olarak işleyen eşin, mal rejiminin tasfiyesi sonucu artık değere katılmasının birçok durumda hakkaniyete uygun düşmeyeceği düşüncesiyle hâkimin hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilecek bu yönde bir talebin önüne geçmesine açıkça imkan tanımaktır.¹⁵³ Hükmünde açıkça hakkaniyete vurgu yapılması ve hâkimin pay oranını azaltmak ya da kaldırmak zorunda olmayıp bu hususta takdir yetkisine sahip olması da

144 Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 4054, Kabul Tarihi: 07.12.1994, RG 13.12.1994/22140.

145 Bu konuda bkz. Gül, 2015 (n 5) 340 vd.

146 İş Kanunu, Kanun Numarası: 4857, Kabul Tarihi: 22.05.2003, RG 10.06.2003/25134

147 İcra İflas Kanunu, Kanun Numarası: 2004, Kabul Tarihi: 09.06.1932, RG 19.06.1932/2128.

148 Gül, 2015 (n 5) 309 vd, 372 vd.

149 Türk hukukunda bu konuda düzenleme yapılması gereği hakkında bkz. Serozan, Engin ve Atamer (n 6) 26; İsviçre hukukunda bu hükümler hakkında Heizmann (n 1) 373 vd. Ayrımcılık yasağına aykırılığa ilişkin AB yönergelerinin üye devletlerin iç hukuklarına aktarımı konusunda bir değerlendirme için Mark Bell, 'The Implementation of European Anti-Discrimination Directives: Converging towards a Common Model?' (2008) 79(1) The Political Quarterly 36-44.

150 Paylaşmalı mal ayrılığı rejimine ilişkin TMK 252 hükmü de aynı yöndedir.

151 Acar (n 139) 263; Badur (n 139) 39; Aydın, 'TMK 236' (n 139) 24; Gümüş, *Mal Rejimleri* (n 139) 396-397.

152 Hükmün açık ve tek amacının söz konusu fiilleri işleyen eş cezalandırmak olduğu yönünde: Gümüş, *Mal Rejimleri* (n 139) 397; hükmün amacının caydırıcılık olduğu yönünde Badur (n 139) 60.

153 Hükmün temelinde hakkaniyet düşüncesinin yattığı yönünde Zafer Zeytin, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi* (4. Bası, Seçkin 2020) para 703; Aydın, 'TMK 236' (n 139) 11 ve 23-24; Yazar, hükmün ayrıca cezalandırma amacı taşıdığını da belirtmektedir (Aydın, 'TMK 236' (n 139) 24).

bu sonucu destekler niteliktedir. Ayrıca hükümde hakkaniyete yapılan vurgu, hükmün sayılan fiilleri işleyen eşi değil, katılma alacağı borçlusuna eş odak noktasına aldığını göstermektedir. Zira hüküm, mağdur eşin hakkaniyete aykırı düşecek şekilde bir ödeme yapmasını önlemeyi amaçlamaktadır. Bu da hükmün bu çalışmada benimsenen anlamıyla bir özel hukuk cezası olmadığı yönünde bir başka emaredir.

Her ne kadar bu hüküm İsviçre Medeni Kanunu'nda (ZGB) yer almasa da, TMK'da yer almayan ve amacı bakımından benzer görülebilecek bir başka hüküm ZGB'de mevcuttur. ZGB 125/III'e göre nafakaya hükmedilmesi açıkça hakkaniyete aykırı olursa nafaka sınırlanabilir veya kaldırılabilir. Bu durum hükme göre özellikle şu hâllerde söz konusu olur: nafakaya hak kazanacak eş, ailenin geçinmesine ilişkin yükümlülüklerini ağır şekilde ihlal etmişse; nafakaya ihtiyaç duyacak duruma bilerek geldiyse ya da nafaka borçlusuna veya yakınlarına karşı ağır bir suç işlediyse. İsviçre öğretisinde, bu hükmün altında yatan düşüncenin hakkaniyeti sağlamak olduğu ve hükmün hakkın kötüye kullanılması yasağının özel bir görünümü niteliğinde olduğu belirtilmektedir.¹⁵⁴ İsviçre öğretisinde *Heizmann*, hükmün her ne kadar cezai bir boyut taşıdığını kabul etse de hükmün açıklanan amacı ve faile yönelik olmaması sebebiyle özel hukuk cezası niteliğinde olmadığını savunmaktadır.¹⁵⁵

Son olarak belirtmek gerekir ki, hükmün özel hukuk cezası olarak nitelendirilmesi hâlinde bu yaptırım kanunilik ilkesi ve bu kapsamda kıyas yasağına tabi olacaktır. O hâlde eşlerden birinin diğerinin hayatına kastederek onu öldürdüğü varsayımında (evlilik boşanma ile sona ermiş olmamasına rağmen) TMK 236/II'de düzenlenen yaptırımı uygulamak mümkün müdür? Öğretide hükmün özel hukuk cezası olduğunu belirten yazarların birçoğu hükmü kıyasen kasten öldürme haline de uygulamaktadır.¹⁵⁶ Kanımızca bu yaklaşım çelişkilidir.¹⁵⁷

C. MİRASÇILIKTAN ÇIKARMA

Mirasçılıktan çıkarma (ıskat), miras bırakana, şartlarının gerçekleşmesi durumunda saklı paylı mirasçısını tek taraflı olarak saklı paydan mahrum bırakma olanağını tanıyan bir ölüme bağlı

154 Heizmann (n 1) para 530; Basler Kommentar-ZGB I-Gloor and Spycher, Art 125 para 37; Orel Füssli Kommentar-Renata, ZGB 125 para 15 (Yazar yasada örnek olarak sayılan fiilleri işleyen eşin evlilik sonrası dayanışma düşüncesine dayanan nafaka talep etmesinin çelişkili davranış teşkil edeceğini belirtmektedir); Rüedi'ye göre hüküm cezai etki doğurmakla birlikte asıl amacı cezalandırmak olmayan özel hukuk normlarına bir örnektir (yazar hükmün asıl amacının ne olduğunu belirtmemektedir) Yves Rüedi, *Berner Kommentar Band/Nr. VI/1/3/2 - Ausschluss der Rückforderungen, Art. 66 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Entstehung aus ungerechtfertigter Bereicherung, Art. 62-67 OR (Stämpfli 2011)* para 197.

155 Heizmann (n 1) para 531-532.

156 Acar (n 139) 263; Badur (n 139) 48; Aydın, "TMK 236' 29; Zeytin (n 153) para 704.

157 Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, ceza hukuku öğretisinde bir hükmün uygulama alanının evleviyet (öncelik) yoluyla genişletilmesi bir görüşe göre kıyas olarak değil genişletici yorum olarak nitelenmekte ve mümkün görülmektedir (Zafer (n 32) 77). O hâlde bu görüş kabul edilirse TMK 236/II'deki yaptırımın bir özel hukuk cezası niteliğinde olduğu kabul edilse bile, yaptırım bu ihtimalde de evleviyet yoluyla uygulanabilecekti. Öte yandan hukuk metodolojisine ilişkin eserlerde evleviyet ve kıyasın boşluk doldurma araçları olduğu ifade edilmekte (bkz. Larenz and Canaris (n 109) 202 vd) ve hatta bazı eserlerde evleviyetin kıyasın nitelikli bir türü olarak incelendiği görülmektedir (Ernst A. Kramer, *Juristische Methodenlehre* (5th edn, Stämpfli 2016) 219; Serozan, *Yöntem* (n 7) 119-120). Gerçekten de tüm geniş yorumlama çabalarına rağmen metnin lafzının kapsamına girmeyen durumlar bakımından artık yorum değil, boşluk doldurma söz konusudur.

tasarruftur. Mirasçılıktan çıkarma imkânını ortaya çıkaran sebeplere göre, çıkarma, öğretide ve mahkeme kararlarında iki başlık altında incelenmektedir: cezalandırıcı mirasçılıktan çıkarma (cezaî ıskat) ve koruyucu mirasçılıktan çıkarma (aciz sebebiyle ıskat).¹⁵⁸

Koruyucu mirasçılıktan çıkarma TMK 513'te düzenlenmektedir. Bu hüküm, miras bırakana, hakkında borç ödemedi aciz belgesi bulunan altsoyunu, saklı payının yarısı için mirasçılıktan çıkarabilme imkânı tanımaktadır. Bu hükmün altında yatan amacın miras bırakana, aile içinde kalmasını arzu ettiği malvarlığı değerlerine, çıkarılan mirasçının alacaklıları tarafından el koyulmasına (belirli ölçüde de olsa) engel olma imkânı tanımak olduğu belirtilmektedir.¹⁵⁹ Koruyucu mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin hükmün özel hukuk cezası niteliğinde olmadığı konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Her şeyden önce çıkarılanın hukuka aykırı bir davranışta bulunması ve kusurlu olması söz konusu değildir. Bu hükümle güdülen amacın cezalandırmayla bir ilgisi yoktur.¹⁶⁰ Hükmün temel amacı miras bırakanın tasarruf özgürlüğünün korunmasıdır. Şöyle ki, saklı payın kabulü tasarruf özgürlüğünü sınırlar ve bu sınırlamanın kabul edilebilir olmasının nedeni yakın aile bağları nedeniyle malvarlığı değerlerinin aile içinde kalmasını sağlamaktır.¹⁶¹ TMK 513'ün düzenlediği ihtimaldeyse bu amaca ulaşılması mümkün görünmediğinden miras bırakana (kısmen de olsa)¹⁶² mirasçısını saklı payından mahrum bırakma imkânı tanınmıştır.

Cezalandırıcı mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin hükümlerde (TMK 510-512) düzenlenen yaptırımların özel hukuk cezası niteliğinde olup olmadığı çözümü daha güç bir sorundur. Öğretide bu hükümlerde bir özel hukuk cezasının öngörüldüğünü kabul eden görüşler bulunmakta¹⁶³ ve cezaî çıkarmanın temel amacının saklı paylı mirasçıyı cezalandırmak olduğu ifade edilmektedir.¹⁶⁴ Bu tür ıskatta, koruyucu çıkarmadan farklı olarak, mirasçının saklı payını kaybetmesine yol açan davranışlar¹⁶⁵ hukuka aykırı

158 Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku* (2. Bası, Filiz 1978) 305; M Kemal Oğuzman, *Miras Hukuku* (6. Bası, Filiz 1995) 210; Paul Piotet, *Erbrecht, 4. Band, 1. Halbband* (Helbing & Lichtenhahn 1978) 417; Rona Serozan ve Baki İlkey Engin, *Miras Hukuku* (8. Bası, Seçkin 2022) §4 para 183, 193; Rıza Çubukgil, 'Mirastan Adi İskatın Hukuki Mahiyeti ve Sebepleri' (1950) VII (1-2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 441, 443; Basler Kommentar-ZGB I-Bessenich Art 477 para 1; Kürşad Yağcı, *Cezaî Mirasçılıktan Çıkarma* (On İki Levha 2013) 63 vd; Yargıtay 3 HD, E 2013/151481 K 2013/6683, 26.11.2013 <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 30 Eylül 2023.

159 Kocayusufpaşaoğlu, *Miras* (n 158) 318-319; Piotet (n 158) 417.

160 Heizmann (n 1) para 540.

161 Piotet (n 158) 417. Miras bırakana bu yetkinin tanınmasının amacının miras bırakanın teresini borca batmış mirasçısının alacaklılarının yağmasına karşı korumak olduğu yönünde Serozan ve Engin (n 158) §4 para 193.

162 Bu imkânın yalnızca saklı payın yarısı oranında tanınmış olmasının sebebi alacaklıların da menfaatinin gözetilmesidir (Piotet (n 158) 417).

163 Oğuzman (n 158) 210; Serozan ve Engin (n 158) §4 para 183; Peter Weimar, *Berner Kommentar Band/Nr. III/1/1/1, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Die Erben, Die gesetzlichen Erben, Die Verfügungen von Todes wegen, Die gesetzlichen Erben; Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen, Art. 457-516 ZGB (Stämpfli 2009), ZGB 477 para 3; Gümüş, Borçlar Genel (n 6) 1044; Doruk Gönen 'Cezaî Mirasçılıktan Çıkarmanın Amacı ve Cezaî Mirasçılıktan Çıkarmaya Tabi Kişilerin Kapsamı' iç Tufan Öğüz, Halil Akkanat, Emrehan İnal, Bilgehan Çetiner, Başak Zeynep Baysal ve Doruk Gönen (edr) Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan (Der 2015) 327, 336; Çubukgil (n 158) 443; Oral ve Baş (n 6) 533; M Tarık Güleriyüz ve Ayça Zorluoğlu Yılmaz, 'Bir Anglo - Amerikan Hukuku Müessesesi Olarak Cezalandırıcı Tazminatın [Punitive Damages] Bazı Türk Hukuku Müesseseleri ile Mukayesesi' (2019) 2019(141) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 325, 357-358.*

164 Yağcı (n 158) 33; Sezer Çabri, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574) Cilt-I* (On İki Levha 2018), TMK 510 para 426.

165 *TMK 510: "Aşağıdaki durumlarda mirasbırakan, ölüme bağlı bir tasarrufla saklı paylı mirasçısını mirasçılıktan çıkarabilir: 1. Mirasçı, mirasbırakana veya mirasbırakanın yakınlarından birine karşı ağır bir suç işlemişse,*

niteliktedir¹⁶⁶ ve yaptırım mirasçının kusurlu olduğu¹⁶⁷ durumlarda uygulanabilmektedir. Ayrıca çıkarmanın yalnızca kişisel etkiye sahip olması (altsoyu etkilememesi)¹⁶⁸ ve çıkarma sebeplerinin yorum yoluyla genişletilip çoğaltılamayacağına ifade edilmesi¹⁶⁹ de bu yaptırımın cezalandırıcı bir yönü olduğu yaklaşımını destekler niteliktedir.

Açıklanan nedenlerle ve öğretide bu tür ıskata “cezalandırıcı” (“cezaî”) sıfatının yakıştırılmasından da anlaşılacağı üzere, TMK 510-512 hükümlerinde düzenlenen mirasçılıktan çıkarmanın, çıkarılana yönelik cezalandırıcı bir etkisi olduğu yadsınamaz. Ancak unutmamak gerekir ki, bu çalışmada tanımlanan şekliyle bir özel hukuk cezasından bahsedebilmek için bu yeterli değildir. Buna ek olarak cezalandırma amacının yaptırımın birincil amacı olması, bir başka deyişle cezalandırma amacından daha ağır basan başka bir amacın mevcut olmaması aranmaktadır.¹⁷⁰ Kanımızca kanun koyucunun mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin TMK 510-511 hükümlerini düzenlemesinin arkasında yatan birincil amaç miras bırakanın tasarruf özgürlüğünün korunmasıdır.¹⁷¹ Şöyle ki, bu özgürlüğün saklı pay koruması ile sınırlanmasının arkasında yatan düşünce yakın aile bağlarıdır. Aile bağlarının TMK 510’da tanımlanan fiiller sonucu ağır bir şekilde zedelenmesi üzerine miras bırakanın tasarruf özgürlüğünü sınırlandırmanın meşru bir tarafı kalmaz.¹⁷² İşte miras bırakana söz konusu mirasçıyı saklı payından yoksun bırakma imkânı bu yüzden verilmiş olup burada bir özel hukuk cezası söz konusu değildir.

İsviçre öğretisinde *Heizmann* da benzer düşüncelerle mirastan çıkarmanın özel hukuk cezası niteliğinde olmadığı sonucuna ulaşmaktadır.¹⁷³ Yazara göre, bu düzenlemelerin temelinde cezadan ziyade hakkaniyet düşüncesi ve hakkın kötüye kullanılması yasağı yatmaktadır. Aile bağlarını kusurlu olarak ağır bir şekilde zedeleyen mirasçı artık yakın aile bağlarının sağladığı hukuki avantajlardan faydalanamamalıdır.¹⁷⁴ İsviçre Medeni Kanunu’nun hazırlık çalışmalarından hareketle yapılan subjektif tarihi yorumun da bu sonucu desteklediği ifade edilmektedir.¹⁷⁵

2. *Mirasçı, mirasbırakana veya mirasbırakanın ailesi üyelerine karşı aile hukukundan doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde yerine getirmemişse.*”

166 Piotet (n 158) 418.

167 ibid 419; mirasçılıktan çıkarma bir özel hukuk cezası olduğu için kusurun arandığı yönünde Oğuzman (n 158) 211.

168 Serozan ve Engin (n 158) §4 para 183.

169 Ahmet M. Kılıçoğlu, *Miras Hukuku* (11. Bası, Turhan 2021) 168.

170 Bkz yuk 2/D/3. Belirtmek gerekir ki bu hükümlerde öngörülen yaptırım özel hukuk cezasından bahsedebilmek için aradığımız diğer koşulları sağlamaktadır. Yaptırım, malvarlığına yönelik bir özel hukuk yaptırımıdır; yaptırım kanun koyucu tarafından öngörülmüş olup yaptırımı uğrayan kişi bu yaptırım riskini gönüllü olarak üstlenmiş değildir ve hükümde bir cezalandırıcı etki tespit etmek mümkündür.

171 Benzer şekilde BSK-ZGB I-Bessenich (n 158) Art. 477 para 4; Heizmann (n 1) para 534.

172 Arnold Escher and Arnold Escher, *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Erste Abteilung: Die Erben (Art. 457-536)*, (3rd edn, Schulthess 1959) Art 477 para 1; BSK-ZGB I-Bessenich (n 158) Art 477 para 1; Heizmann, para 534.

173 Heizmann (n 1) para 539: Yazar düzenlemedeki yaptırımın doğrudan faille yönelik olmaktan ziyade mağdurun (miras bırakan) perspektifinden hakkaniyetin sağlanmasına yönelik olduğunu ifade etmektedir.

174 ibid para 534.

175 Heizmann (n 1) para 535-538.

Yukarıda vardığımız sonuç, atanmış veya kendisine belirli mal bırakılmış mirasçının, çıkarma sebebi teşkil eden davranışları neticesinde, miras bırakana miras sözleşmesinden tek taraflı dönme imkânı tanyan TMK 546/II bakımından da geçerlidir.¹⁷⁶

Yapılan bu nitelendirmenin pratik bir sonucu şu örnekte ortaya çıkabilir: Mirasçı, miras bırakanın yakını olan kişiye karşı ağır bir suç işlemiştir. Fakat bu fiili işlediği sırada bu kişinin miras bırakanın yakını olduğunu bilmediği gibi bilebilecek durumda da değildir. Acaba buna rağmen mirasçılıktan çıkarma söz konusu olabilir mi? Bu konunun öğretilde tartışmalı olduğu görülmektedir.¹⁷⁷ Bu çalışmada savunulan görüş uyarınca hükümde öngörülen yaptırımın odak noktası fail ve onun fiili değil, miras bırakan bakımından çıkarılması istenen mirasçı ile aralarındaki aile bağlarının zedelenip zedelenmediği olduğuna göre bu ihtimallerde de mirasçılıktan çıkarma söz konusu olabilmelidir.¹⁷⁸

Ç. MİRASTAN YOKSUNLUK

TMK 578-579'da düzenlenen mirastan yoksunluk hâllerinde TMK 578/I'de sayılan davranışları¹⁷⁹ gerçekleştiren mirasçı kendiliğinden mirastan yoksun kalır. Mirasçılıktan çıkarmadan farklı olarak, bu ihtimallerde miras bırakanın ölüme bağlı tasarrufla iradesini açıklamasına ihtiyaç bulunmamaktadır.¹⁸⁰ Aslında TMK 578'de düzenlenen ihtimallerin çoğunda¹⁸¹ miras bırakanın bir çıkarma tasarrufunda bulunma imkânı elinden alınmış olmaktadır. Bu bakımdan mirastan yoksunluk kurumunun mirasçılıktan çıkarmanın tamamlayıcısı olduğu ifade edilmektedir.¹⁸² Kanun koyucunun, miras bırakanın bu durumlardaki farazi iradesi doğrultusunda bir sonuç düzenlediği söylenebilir.¹⁸³

Mirastan yoksunluğun temelinde yatan düşüncenin ne olduğu oldukça tartışmalı bir meseledir.¹⁸⁴ Bu kurumun mirastan çıkarmanın tamamlayıcısı olduğu daha önce belirtilmişti. Mirastan yoksunluk bakımından da ıskatta olduğu gibi yaptırıma bağlanan davranışların hukuka aykırı ve failin (burada

176 Aynı şekilde ibid para 540.

177 Tartışma için bkz Yağcı (n 158) 140-143.

178 Bu şekilde Kocayusufoğlu, *Miras* (n 158) 311; hükmün temel amacının cezalandırma olduğu gerekçesiyle aksi fikirde Yağcı (n 158) 142-143.

179 TMK 578 I: "Aşağıdaki kimseler, mirasçı olamayacakları gibi; ölüme bağlı tasarrufla herhangi bir hak da edinemezler:
1. Mirasbırakanı kasten ve hukuka aykırı olarak öldüren veya öldürmeye teşebbüs edenler,
2. Mirasbırakanı kasten ve hukuka aykırı olarak sürekli şekilde ölüme bağlı tasarruf yapamayacak duruma getirenler,
3. Mirasbırakanın ölüme bağlı bir tasarruf yapmasını veya böyle bir tasarruftan dönmesini aldatma, zorlama veya korkutma yoluyla sağlayanlar ve engelleyenler,
4. Mirasbırakanın artık yeniden yapamayacağı bir durumda ve zamanda ölüme bağlı bir tasarrufu kasten ve hukuka aykırı olarak ortadan kaldıranlar veya bozanlar."

180 Kocayusufoğlu, *Miras* (n 158) 532; Piotet (n 158) 415; Baki İlkay Engin, *Mirastan Yoksunluk* (Beşir 2010) 44.

181 TMK 578/I b 1'de öldürmeye teşebbüsün de yoksunluk sebebi olarak sayılmasının bu açıdan bir tutarsızlık teşkil ettiği, zira miras bırakanın dilerse mirasçılıktan çıkarma imkânına sahip olduğu yönünde Engin (n 180) 69.

182 ZK-Escher/Escher^{II} (n 172) Art 540 para 6; Kocayusufoğlu, *Miras* (n 158) 532; Engin (n 180) 44; Yağcı (n 158) 58.

183 Engin (n 180) 44.

184 Bu konuda ibid 51 vd.

kast derecesinde) kusurlu olması gereği,¹⁸⁵ yoksunluğun şahsiliği (altsoya etki etmemesi, TMK 579)¹⁸⁶ ve yoksunluk sebeplerinin sınırlı sayıda olduğunun kabul ediliyor olması¹⁸⁷ hükmün cezalandırıcı bir amaç güttüğüne ilişkin emareler olarak görülebilir. Gerçekten de mirastan yoksunluğun söz konusu olduğu durumlarda doğan sonucun fail üzerinde cezalandırıcı bir etkisi olduğu yadsınamaz.¹⁸⁸

Bununla birlikte mirastan yoksunluğa ilişkin hükümlerin temel (birincil) amacının cezalandırma olduğu söylenemez.¹⁸⁹ Bu nedenle mirastan yoksunluğa ilişkin hükümlerde (en azından bu çalışmada tanımlanan şekliyle) bir özel hukuk cezasının bulunduğu sonucuna varılamaz.¹⁹⁰ Özel hukuk cezası niteliğindeki hükümler, hükmün muhatabı olan kişi veya kişilerin davranışlarını yönlendirerek onları belirli davranışlardan caydırmayı amaçlamaktadır. Mirastan yoksunluk sebepleri bakımından ise temel amacın bu olduğunun söylenemeyeceği kanaatindeyiz. Şöyle ki, mirastan yoksunluk sebebi oluşturan davranışlar neredeyse her zaman bir ceza hukuku kuralının da ihlali anlamına gelir. Bu davranışlardan caydırma işlevi esasen söz konusu ceza hukuku kuralları (örneğin TCK 81, 157, 207, 208) tarafından yerine getirilmektedir. Bir an için yoksunluğa ilişkin hükümlerin, özel olarak miras hukukuna özgü saiklerle bu fiillerin işlenmesini caydırmayı amaçladığı düşünülebilirdi. Ancak öğretilerde de belirtildiği üzere, hükümlerin uygulanması için miras hukukuna ilişkin saiklerle hareket edilmiş olması aranmamaktadır.¹⁹¹ Kanımızca mirastan yoksunluk hükümleri ile güdülen temel amaç (ıskatta olduğu gibi) miras bırakanın tasarruf özgürlüğünün korunmasıdır¹⁹² ve bu amaç cezalandırma amacına nazaran daha baskındır. Kanun koyucu, bu düzenlemeyle miras bırakanın açıklamaya imkân bulamadığı farazi iradesine uygun bir sonuç bağlamayı amaçlamaktadır.¹⁹³

Hükmün (ZGB 540) İsviçre Medeni Kanunu'na alınışı sırasında düzenlemenin amacı konusunda açık bir tavır alınmamış,¹⁹⁴ bununla birlikte İsviçre Medeni Kanunu'nu bu konuda etkilediği ifade edilen Alman Medeni Kanunu'nun ilgili düzenlemesinin (BGB §2339) amacı üzerinde hazırlık çalışmaları sırasında ayrıntılı biçimde tartışılmıştır.¹⁹⁵ Bu tartışmalar neticesinde de kanun koyucunun bu düzenlemeyi yapmasının altında yatan temel düşüncenin miras bırakanın farazi iradesinin gerçekleştirilmesi olduğu sonucuna varılmaktadır.¹⁹⁶

185 ibid 77-78.

186 Oğuzman (n 158) 269.

187 ZK-Escher/Escher^{II} (n 172) Art 540 para 6; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras* (n 158) 533; Oğuzman (n 158) 265; Engin (n 180) 72 vd. Sebepler sınırlı sayıda olsa da hükmün amacına göre, genişletici yoruma tabi tutulması ihtiyacının doğduğu hatta bazı durumlarda TMK 2/II'deki hakkın kötüye kullanılması yasağının devreye sokulabileceği yönünde açıklamalar için bkz Engin (n 180) 73-77.

188 Engin (n 180) 64-65; Heizmann (n 1) 550.

189 Cezalandırma amacının geri planda kaldığı yönünde Engin (n 180) 66. Benzer şekilde Heizmann (n 1) para 550-552.

190 Bununla birlikte öğretilerde mirastan yoksunluğun sıklıkla bir özel hukuk cezası olarak nitelendiği görülmektedir: Serozan ve Engin (n 158) §4 para 183; Serozan, Engin ve Atamer (n 6) 25; Gümüş, *Borçlar Genel* (n 6) 1044; Gülerüz ve Zorluoğlu Yılmaz (n 163) 357; Oral ve Baş (n 6) 533.

191 Engin (n 180) 78.

192 Bununla birlikte hükmün düzenleniş tarzının bu amaca ulaşmak bakımından yer yer yetersiz kaldığı ve bazı tutarsızlıklar barındırdığı ifade edilmektedir (ibid 69-72).

193 ibid 66-68; Heizmann (n 1) para 543.

194 Engin (n 180) 57; Heizmann (n 1) para 544-545; ZK-Escher/Escher^{II} (n 172) Art 540 para 6.

195 Engin (n 180) 53-57.

196 ibid 57.

D. BAĞIŞLAMANIN GERİ ALINMASI

Bağışlamanın geri alınması TBK 295'te düzenlenmektedir. Bağışlananın hükümde sayılan üç sebepten¹⁹⁷ birini gerçekleştirilmesi hâlinde kanun, bağışlayana sözleşmeden doğan borcunu ifa etmiş olsa bile bağışlama konusu şeyi geri alma hakkı¹⁹⁸ tanımaktadır. Bu üç sebepten ilk ikisi daha önce incelenen mirasçılıktan çıkarma sebepleri (TMK 510) ile aynıdır.

TBK 296/I'de ise bağışlamaya ilişkin borçlandırıcı işlem kurulduktan sonra fakat henüz bağışlayan borcunu ifa etmezden önceki dönemde belirli şartların gerçekleşmesi durumunda bağışlayana “sözünü geri alma” ve ifadan kaçınma hakkı verilmiştir. TBK 295'te sayılan sebeplere ek olarak, bu hükümde borçlandırıcı işlem sonrasında bağışlayanın maddi durumunun kötüleşmesine neden olan iki sebep¹⁹⁹ daha sayılmıştır. Son olarak, bağışlayanın ödeme güçsüzlüğüne düştüğünün sabit olması veya iflas etmesi durumunda borcun kendiliğinden sona ereceği düzenlenmiştir (TBK 296/II).

Bağışlayanın geri alma hakkını, geri alma sebebini öğrenmesinden itibaren bir yıl içinde kullanması gerekir (TBK 297/I). Bağışlayanın bu süre dolmadan önce ölmesi durumunda hakkı mirasçıları kullanabilir (TBK 297/II). Bağışlayanın geri alma sebebini öğrenmeden ölmesi (TBK 297/II), bağışlananın bağışlayana kasten ve hukuka aykırı olarak öldürmesi veya onun geri alma hakkını kullanmasını engellenmesi durumunda mirasçılar geri alma hakkını kullanabileceklerdir (TBK 297/IV). Bu son iki ihtimal mirastan yoksunluk sebeplerini çağrıştırmaktadır.²⁰⁰

Mirastan yoksunluk ve mirasçılıktan çıkarma hükümlerinin birincil amaçlarının cezalandırma olup olmadığının tartışmalı bir mesele olduğu daha önce açıklanmıştı. Geri alma sebepleri arasında mirasçılıktan çıkarma ve mirastan yoksunluk sebeplerine benzer sebeplerin bulunması bu tartışmayı bu konu bakımından da gündeme getirmektedir. Nitekim öğretilerdeki bir fikre göre geri alma hakkının tanınması bağışlananın iyilikbilmezliğinin cezalandırmasına yöneliktir.²⁰¹

Kanımızca bu sebeplerin hiçbirini bakımından bağışlayana geri alma hakkının tanınmasının (veya borcunun kendiliğinden sona ermesinin) arkasında yatan temel düşüncenin cezalandırma olduğu söylenemez.²⁰² Bağışlayanın borçlandırıcı işlemi yaptıktan sonra mali durumunun kötüleşmesine

197 TBK 295: “... 1. Bağışlanan, bağışlayana veya yakınlardan birine karşı ağır bir suç işlemişse.

2. Bağışlanan, bağışlayana veya onun ailesinden bir kimseye karşı kanundan doğan yükümlülüklerine önemli ölçüde aykırı davranmışsa.

3. Bağışlanan, yüklemeli bağışlamada haklı bir sebep olmaksızın yüklemeyi yerine getirmemişse.”

198 Bağışlayanın bu ihtimalde kullanacağı hakkın niteliği, hakkın kullanılması üzerine doğan hukuki sonuçlar ve iade talebinin dayanağının ne olacağı tartışmalı meselelerdir. Bu konular çalışma konumuzun kapsamı dışında kaldığı için tartışmaya atf ile yetiniyoruz (Gümüş, *Borçlar Özel* (n 7) 219-220).

199 TBK 296 I: “... 2. Mali durumu, sonradan sözün yerine getirilmesini kendisi için olağanüstü ağır kılacak ölçüde değişmişse. 3. Bağışlama sözü verdikten sonra, kendisi için yeni aile yükümlülükleri doğmuş veya bu yükümlülükleri önemli ölçüde ağırlaştırmışsa.”

200 Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (7. Bası, Yetkin 2019) 306.

201 Ahmet Türkmen, *Bağışlamanın Geri Alınması* (Adalet 2019) 172.

202 TBK 295 b 2 (OR 249 b 2) bakımından hükmün ceza sonucunu doğursa da asıl amacının bu olmadığı yönünde Rüedi (n 154) para 197; geri almanın amacının bağışlananı cezalandırmaktan ziyade bağışlayanın menfaatlerini korumak olduğu yönünde Heizmann (n 1) para 616. Geri almada cezalandırma amacının değil, bağışlananın şükranlılığının ödüllendirilmesinin engellenmesi suretiyle bağışlayanın malvarlığının korunması amacının ön planda olduğu

ilişkin sebeplerin (TBK 296/I, b 2-3; TBK 296/II) cezalandırma amacı taşımadığında hiçbir tereddüt bulunmamaktadır. Bu hükümleri işlem temelini çökmesinin özel bir görünümü²⁰³ olarak nitelendirmek gerekir. Kanun koyucu bu hükümlerle, sözleşme kurulduktan sonra gerçekleşen, önceden öngörülemeyen durum değişiklikleri neticesinde bağışlayanın yaptığı ivazsız kazandırmadan dönülmesinin haklı görülebileceğine ilişkin bir değer yargısı benimsemiştir.

Bu çalışmada savunulan görüşe göre bağışlananın, ilk bakışta bağışlananın cezalandırılmaya layık nitelikteki fiilleri olarak görülebilecek diğer sebeplerle (TBK 295, b 1-2; TBK 297/IV) geri alınmasına imkân tanınmasının amacı da aynıdır. Bağışlayanın gerçekleştirdiği ivazsız kazandırma sonrasında bağışlanan öyle davranışlar gerçekleştirmiştir ki, artık bağışlananın kendisine yüce gönüllülükle yapılan kazandırmayı hak etmediği ortaya çıkmış; işlemin temeli ortadan kalkmıştır.²⁰⁴

Tüm bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere, kanunda bağışlayana geri alma hakkının tanınmasına ilişkin hükümler özel hukuk cezası niteliğinde bir yaptırım öngörmemektedir. Hükümlerin odağı bağışlananın davranışları değil bağışlayanın menfaatidir. Bu nedenle TBK 295 b 1-2'de düzenlenen sebepler bakımından, bağışlanan davranışının yöneldiği kişinin bağışlayanın yakını veya onun ailesinden bir kimse olduğunu bilmiyor ve bilebilecek durumda olmasa bile geri alma sebebinin gerçekleştiği kabul edilmelidir.²⁰⁵

E. MİRASI RET HAKKININ DÜŞMESİ

TMK 610/II hükmü uyarınca ret süresi sona ermeden terekenin olağan yönetimini aşacak şekilde tereke işlemlerine karışan ya da tereke mallarını gizleyen veya kendisine mal eden mirasçının mirası reddetme hakkı düşmektedir. Türk öğretisinde genel olarak olağan yönetimi aşacak şekilde tereke işlerine karışma şeklindeki fiillerin mirası iradeyi gösteren hareketlerle ya da örtülü olarak kabul anlamına geldiği ifade edilmektedir.²⁰⁶ Tereke mallarını gizleme ya da kendine mal etme niteliğindeki davranışlar bakımından ise öğretilerde burada mirasçının cezalandırılmasının amaçlandığını

gerçekesiyle bu yönde Cüneyt Pekmez, 'Bağışlananın Geri Alınmasında "Ağır Suç" Kavramı Üzerine Bir Değerlendirme' (2019) 7(2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi 213, 222 dn 27, 227.

203 Eğer saikte yanılmanın gelecekteki olaylara ilişkin olarak da gerçekleşebileceği yönündeki görüş kabul edilirse (tartışma ve bu yönde görüş için bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme* (6. Bası, Filiz 2014) §36 para 25-26) bu hükmü saikte yanılmanın özel bir görünümü olarak nitelendirmek de düşünülebilir.

204 TBK 295-296'da bağışlananın geri alınmasına ilişkin kuralların kanuni uyarılma kuralları olduğu yönünde Başak Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması* (4. Bası, On İki Levha 2020) 179, 331.

205 Aksi fikirde Pekmez (n 202) 222 dn 27.

206 Kocayusufpaşaoğlu, *Miras* (n 158) 615; Serozan ve Engin (n 158) §6 para 68; Osman Gökhan Antalya ve İpek Sağlam, *Miras Hukuku* (5. Bası, Seçkin 2021) para 1846; Zahit İmre ve Hasan Erman, *Miras Hukuku* (15. Bası, Der 2020) 359; İlhan Helvacı, *Mirasın Reddi* (Filiz 2002) 130. Tereke işlerine karışma sonucu ret hakkının düşmesi için mirasçının bu yönde bir iradesinin bulunmasının gerekçesi gerekmediği tartışmalıdır. Bir görüşe göre bu yönde subjektif bir irade şart olmayıp değerlendirme tamamen objektif olarak yapılacaktır. Bir diğer görüşe göre mirasçının somut olaydaki subjektif amacı dikkate alınacaktır. Nihayet son görüşe göre bu konuda güven prensibinden hareket edilecektir. Daha detaylı açıklamalar için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, *Miras* (n 158) 615-616, Sezer Çabri, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 575-639) Cilt-II* (On İki Levha 2020) TMK 610 para 898-899.

savunanlar olduğu gibi,²⁰⁷ bu tür fiilleri tereke işlerine karışma halinde olduğu gibi iradeyi gösteren hareket olarak değerlendirilenler de vardır.²⁰⁸

Kanaatimizce burada kanun koyucunun baskın amacı hiçbir fiil bakımından mirasçıyı caydırmak değildir. Tereke işlerine karışma niteliğindeki fiillerde olduğu gibi, tereke malını gizleyen ya da kendisine mal eden mirasçı da terekeye ait bir değere sahip çıkmakta ve adeta mirasçılık sıfatı (en azından söz konusu değer bakımından) kesinleşmiş gibi hareket etmektedir. Bu davranış somut olayın koşullarına göre iradeyi gösteren davranış olarak mirasın kabulü sonucunu doğurabilir. Somut olayın özelliklerine göre bu sonuca varılamasa bile, mirasçının bu davranıştan sonra mirası reddetmeye kalkması çelişkili davranış yasağına aykırılık teşkil edip dürüstlük kuralıyla bağdaşmaz.

Öğretide tereke mallarını gizleyen ya da kendine mal eden kişinin mirası ret hakkının düşebilmesi için söz konusu fiilleri mirasçılık sıfatını bilerek yapması gerektiği²⁰⁹ belirtilmektedir.²¹⁰ Bu şartın aranması hükümde tanımlanan davranışların mirasçılık sıfatının benimsenmesi olarak görüldüğü veya bundan sonra mirası reddetmenin çelişkili davranış teşkil edeceği yaklaşımıyla tutarlıdır. Zira ancak mirasçılık sıfatını bilen kişinin davranışı mirası kabul iradesi taşıyabilir. Sonuç olarak burada, bu çalışmada benimsenen anlamda, bir özel hukuk cezası mevcut değildir.²¹¹

F. ISMARLANMAMIŞ MALLARIN GÖNDERİLMESİ

TBK 7 hükmü uyarınca ısmarlanmamış şeyin gönderilmesi öneri sayılmaz ve alıcı ürünü geri göndermek ya da saklamakla yükümlü değildir. Hatta alıcının gönderilen şeyi kullanabileceği veya tüketebileceği de kabul edilmektedir.²¹² Öğretide bu hükmün tüketiciyi korumayı amaçladığı

207 Kocayusufpaşaoğlu, *Miras* (n 158) 614; Serozan ve Engin (n 158) §6 para 69; Çabri (n 206) TMK 610 para 904; Müge Ürem, 'Mirası Ret Hakkının Düşmesine Sebep Olan Haller' (2019) 14(175) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 779, 805; hükmün amacının bir mirasçının diğer mirasçılar ya da alacaklılar aleyhine malvarlığı değerlerini kendine hasretmesini önlemek ve bu şekilde diğer mirasçılar ile alacaklıları korumak olduğu, hükmün cezalandırıcı bir nitelik taşıdığı yönünde Helvacı (n 206) 128. İsviçre öğretisinde Jean Nicolas Druey, *Grundriss des Erbrechts* (5th edn, Stämpfli 2002) para 36; caydırıcı etki doğurmayı amaçlayan bir cezanın söz konusu olduğu yönünde Matthias Häuptli, 'Art. 571' in Daniel Abt and Thomas Weibel (eds), *Erbrecht - Praxiskommentar* (Helbing & Lichtenhahn 2007) 953-956 (yazar ayrıca diğer mirasçılar ya da alacaklıları kötü duruma düşürme veya onların aleyhine kendine bir menfaat sağlama kastı aramaktadır). İmre ve Erman ise bu tür fiillerin miras hukukuna ilişkin bir haksız fiil teşkil ettiğini, Fransız Hukuku'nda benimsenen tereke mallarını gizleyen ya da zimmetine geçiren mirasçının mal üzerinde hiçbir miras hakkı ileri süremeyeceği hükmü bir medeni hukuk cezası iken, Türk kanun koyucunun herhangi bir cezai hüküm koymadığını savunmaktadır ((n 206) 361-362).

208 Antalya ve Sağlam (n 206) para 1846; İsviçre öğretisinde Orel Füssli Kommentar-Müller and Stamm-ZGB 571 (n 154) para 1; hükümdeki bütün fiiller bakımından mirasçının, mirasçılık sıfatı kesinleşmiş gibi davrandığı ve bu kişinin daha sonra mirası reddetmesinin dürüstlük kuralının bir görünümü olan çelişkili davranış yasağına aykırılık teşkil edeceği yönünde Basler Kommentar-ZGB-II-Schwander Art 571 para 4; Heizmann (n 1) para 555.

209 Örneğin atanmış mirasçılar bakımından henüz vasiyetname açılmadan mirasçılık sıfatının bilinmediği söylenebilir.

210 Kocayusufpaşaoğlu, *Miras* (n 158) 614, Helvacı (n 206) 129.

211 Aynı yönde Heizmann (n 1) 557.

212 Gümüş, *Borçlar Genel* (n 6) 154; Osman Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1, 1* (2. Bası, Seçkin 2019), para 1321; Muzaffer Şeker, '6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanununa Göre İsmarlanmayan Şeyin Gönderilmesi (BK. 7)' (2013) 12(24) İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 81, 92.

belirtilmekte²¹³ ve yalnızca alıcının tüketici olduğu durumlarda uygulanması gerektiği ifade edilmektedir.²¹⁴ Nitekim TKHK 7 hükmü de benzer yöndedir ve sipariş edilmediği hâlde gönderilen mallar ya da sunulan hizmetler bakımından tüketiciye karşı herhangi bir hak sürülemeyeceğini açıkça belirtmektedir. Bu hükümler uyarınca yalnızca sözleşmesel talepler dışlanmamakta, tüketici haksız fiil ya da sebepsiz zenginleşmeye dayanarak da sorumlu tutulamamaktadır.²¹⁵ Her ne kadar bu hükmün teşebbüsleri tüketicilere ısmarlanmamış malların gönderilmesi davranışından caydırmayı amaçladığı söylenebilirse de²¹⁶ bizce burada hüküm doğrudan gönderene odaklanmamakta ve tüketicinin korunması amacı daha ağır basmaktadır.²¹⁷

Hükmün temel amacının göndereni cezalandırmak olmadığını gösteren önemli bir nokta şudur: Hüküm yalnızca ısmarlanmamış malı gönderenin kusurlu olduğu hallerde uygulanmamaktadır. ısmarlanmamış ürün gönderenin hiçbir kusuru olmaksızın, ürünü sipariş eden bir kişiye gönderdiği ancak örneğin kargo şirketinin hatası sonucu, ürünün bir başkasına teslim edildiği ve bu durumun alıcı tarafından anlaşılamayacağı varsayılın. Bu durumda TBK 7 veya TKHK 7 uygulama alanı bulur mu?

213 Nomer, *Borçlar Genel* (n 5) para 22; Gümüş, *Borçlar Genel* (n 6) 153; M. Murat İnceoğlu ve Başak Başoğlu, 'Sipariş Edilmemiş Malların Gönderilmesi' iç Baki İlkay Engin, Başak Baysal ve Tülay Aydın Ünver (edr) *Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan Cilt II* (On İki Levha 2010) 981, 982.

214 Nomer, *Borçlar Genel* (n 5) para 22; Gümüş, *Borçlar Genel* (n 6) 153 (Yazar burada bir açık kanun boşluğu olduğunu ve bu boşluğun TKHK 7 hükmü ile doldurulması gerektiğini belirtmektedir); aksi yönde Ömer Çınar, '6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre ısmarlanmamış Bir Şeyin Gönderilmesi ve Sonuçları' (2012) 2(1) Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 125, 126-127. İsviçre hukuku bakımından hükmün hazırlık çalışmaları ve gerekçesi de dikkate alınarak bu yönde Basler Kommentar-OR I-Zellweger-Gutknecht ve Bucher, Art 6a para 4.

215 Nomer, *Borçlar Genel* (n 5) para 22; İnceoğlu ve Başoğlu (n 213) 1011 (yazarlara göre tüketici malı satması halinde sebepsiz zenginleşmeden doğan bir borcu söz konusu olur, bkz. 1018-1019); tüketicinin haksız fiilden doğan sorumluluğunun söz konusu olabileceği yönünde Antalya, *Cilt V/1, I* (n 212) para 1324. Gümüş, bazı yazarların medeni hukuk cezası olarak gönderene iade talebi tanımadığını ancak hâkim görüş uyarınca gönderenin istihkak talebinin mevcut olduğunu belirtmektedir (Gümüş, *Borçlar Genel* (n 6) 156). İstihkak talebi tanınması gerektiği yönünde: İnceoğlu ve Başoğlu (n 213) 1012, Çınar (n 214) 133; gönderene iade konusunda talep hakkı tanınmaması gerektiği yönünde: Antalya, *Cilt V/1, I* (n 212) para 1323.

216 Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar* (n 203) §18 para 22; hükmün tüketiciyi koruma amacının yanında işletmelerin ısmarlanmamış mal ya da hizmet sunarak belirsiz bir durum yaratıp bunu kötüye kullanmalarını önlemeyi amaçladığı yönünde Aydın Zevkililer ve Çağlar Özel, *Tüketicinin Korunması Hukuku* (Seçkin 2016) 141; hükmün tüketiciyi koruma amacına ek olarak haksız pazarlama tekniklerinin önüne geçmeyi ve malı göndereni cezalandırmayı amaçladığı yönünde İnceoğlu ve Başoğlu (n 213) 1016; İsviçre Hukuku'nda Heizmann (n 1) para 434; Alman Hukuku'nda benzer nitelikteki BGB §241a hükmü bakımından hükmün caydırıcı amaç taşıdığı yönünde Heinz-Peter Mansel, 'BGB §241a' in Rolf Stürner (ed) *Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar* (18th edn, Beck 2021) para 1; Christian Berger, 'Der Ausschluss gesetzlicher Rückgewähransprüche bei der Erbringung unbestellter Leistungen nach § 241a BGB' (2001) *Juristische Schulung* 649, 650; Günter Christian Schwarz, '§ 241a BGB als Störfall für die Zivilrechtsdogmatik - Zu den systemwidrigen Folgen der Umsetzung der EG-Fernabsatz-Richtlinie' (2001) *Neue Juristische Wochenschrift* 1449, 1450. Belirtmek gerekir ki Alman Hukuku'nda BGB §241a hükmü bakımından hâkim görüşe göre, Türk öğretisinden farklı olarak, gönderenin istihkak talebi mevcut değildir. Bu konuda daha detaylı açıklamalar için bkz. İnceoğlu ve Başoğlu (n 213) 1013.

217 İsviçre Hukuku öğretisinde ve ilgili kanun değişikliğinin gerekçesinde hükmün genellikle düşük değerli şeylere ilişkin olmasından hareketle, tüketicinin ekonomik menfaatlerinin korunmasından ziyade ısmarlanmamış şeyi alanın bunu muhafaza yükümlülüğü olup olmadığı konusunda hukuki belirliliği sağlamayı amaçladığı belirtildiği gibi (Claire Huguenin, *Obligationenrecht - Allgemeiner und Besonderer Teil* (3rd edn, Schulthess 2019) para 219; *Botschaft zu einem Bundesgesetz über die Förderung der Konsumenteninformation und zu einem Bundesgesetz über die Änderung des Obligationenrechts (Die Entstehung von Obligationen)* vom 17. Mai 1986, BBl 1986 II 354 ff, 385), hükmün bu iki amaca birlikte hizmet ettiği de savunulmuştur (bkz Heizmann (n 1) para 432).

Aslında bu soruya verilecek cevap, hükmün temel (ağır basan) amacının ne olduğu konusunda da yol göstericidir. Eğer hükmün ağır basan, öncelikli amacı tüketiciyi korumak ise hükmün bu ihtimalde de uygulanması beklenir. Zira ısmarlanmamış şeyi alan kişinin perspektifinden gönderenin kusurlu olup olmadığı bir fark yaratmamaktadır. Şayet hükmün ağır basan amacı göndereni (daha doğrusu ısmarlanmamış şeyi gönderme gibi agresif bir pazarlama yöntemine başvuranı) cezalandırmak ise hükmün bu ihtimalde uygulanmaması gerekir. Zira gönderen bu ihtimalde böyle bir agresif pazarlama tekniğine başvurmadığı gibi kusuru da bulunmamaktadır.

İsviçre Borçlar Kanunu (OR) 6a/III uyarınca yalnızca ürünün yanlışlıkla gönderildiğinin açık olduğu durumlarda alıcının göndericiyi bilgilendirme yükümü söz konusudur. Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda da yer alan bu hüküm yasalardan metinde yer almasa da öğretide dürüstlük kuralından yola çıkarak aynı sonuca varılabileceği belirtilmektedir.²¹⁸ Bu yaklaşım da hükümde esasen fiili gerçekleştiren kişiye değil, tüketicie odaklanıldığını göstermektedir. Bu çalışmada savunulan görüşe göre malı gönderenin herhangi bir kusurunun olmadığı ve yanlışlıkla gönderildiğinin de tüketici tarafından açıkça anlaşılmadığı hâllerde hükmün uygulanması yerinde olur.²¹⁹ Hükmün bu durumlarda da uygulanacak olması kanun koyucunun ağır basan amacının göndereni cezalandırmak değil, tüketici bakımından hukuki belirlilik sağlayarak onu korumak olduğunu göstermektedir. Sonuç olarak TBK/TKHK 7 hükümleri (en azından bu çalışmada tanımlandığı şekliyle) özel hukuk cezası niteliğinde değildir.²²⁰

G. MANEVİ TAZMİNAT

TBK 58/1 uyarınca “*kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir*”. Manevi tazminat talebine ayrıca kişiliğin korunmasına ilişkin davalara ilişkin düzenlemede de yer verilmiştir (TMK 25/III). Bu genel düzenlemeler dışında TMK ve TBK’da çeşitli bağlamlarda manevi tazminata ilişkin düzenlemelere de rastlanmaktadır (örn. TMK 26/II; TMK 121; TMK 174/II; TBK 56).

Manevi tazminatın amacının ne olduğu çok tartışmalı bir konudur ve bu konudaki görüşler birçok başlık altında incelenir (denkleştirme, tatmin, telafi, cezalandırma, önleme/caydırma vb.).²²¹ Konumuz bakımından bu görüşleri iki başlık altında toplamak amaca uygun olur: mağdur odaklı yaklaşımlar ve fail odaklı yaklaşımlar.

218 Nomer, *Borçlar Genel* (n 5) para 22; Gümüş, *Borçlar Genel* (n 6) 155; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (4. Bası, Yetkin 2017) 271; Şeker (n 212) 92; Antalya, *Cilt V/1, 1* (n 212) para 1237; Zevkliler ve Özel (n 216) 142; İnceoğlu ve Başoğlu (n 213) 1020; tüketicinin iyi niyetli olmadığı durumlarda böyle bir yükümlülüğün söz konusu olacağı yönünde Çınar (n 214) 134.

219 Aksi fikirde Heizmann (n 1) para 752: Yazar bu yaptırımı özel hukuk cezası niteliğinde görmekte ve bunun sonucu olarak kusur ilkesinin uygulanacağını savunmaktadır. Yazar bu görüşüyle tutarlı olarak ısmarlanmamış bir malı kusuru olmadan gönderen bakımından bu yaptırımı uygulamamaktadır.

220 Aksi yönde: Serozan, Engin ve Atamer (n 6) 26; Heizmann (n 1) para 434-436.

221 Görüşler hakkında Çiğdem Kırcı, ‘Manevi Tazminatın Fonksiyonu ve Niteliği’ *Yargıtay Dergisi* (1999) 25(3) 242, 244 vd.; Erlütle (n 7) 70 vd.; Başak Baysal, *Haksız Fiil Hukuku* (On İki Levha 2019) para 6.5 vd.

Manevi tazminat yaptırımının temel amacının cezalandırma veya caydırma olduğunu kabul eden görüşler²²² fail odaklı bir yaklaşım benimsemiş olur. Bu yaklaşıma göre yaptırımla öncelikli olarak failin cezalandırılması veya muhtemel failerin bu tür davranışlardan caydırılması hedeflenir; mağdur ikinci plandadır. Bu yaklaşım benimsenirse manevi tazminat yaptırımının bir özel hukuk cezası olduğu savunulabilir.

Manevi tazminat yaptırımının temel amacının mağdurun duyduğu acı ve üzüntünün kendisine bir miktar para ödenmesi suretiyle hafifletilmesi veya dindirilmesi (denkleştirme görüşü)²²³, onun uğradığı (objektif olarak belirlenecek) manevi zararın telafi edilmesi (telafi görüşü)²²⁴ ve onun uğradığı haksızlık karşısında oluşan öfke ve intikam duygularının tatmin edilmesi (tatmin görüşü)²²⁵ olduğunu kabul eden görüşler ise mağdur odaklı bir yaklaşım benimsemiş olur. Bu yaklaşımların neredeyse hiçbiri²²⁶ manevi tazminat yaptırımını bir özel hukuk cezası niteliğinde görmez.²²⁷

- 222 Bu görüşler hakkında bkz Kırcı (n 221) 249-252; Erlüle (n 7) 70-74; Şeref Ertaş, 'Manevi Tazminatın Hukuki Niteliği ve Miktarının Tesbiti' iç Yavuz Alangoya (ed) *Prof Dr İlhan E Postacıoğlu'na Armağan* (Bayrak 1990) 73-77; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuki Sorumluluk* (3. Bası, Turhan 2008) 388-389. Türk hukuku bakımından bu yönde görüşler için bkz. Yaşar Karayalçın, 'Türk Hukukunda Şeref ve Haysiyetin Korunması' (1962) 19(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 251, 274; Çelik Ahmet Çelik, *Cana Gelen Zararlarda Tazminatın Ölçüsü ve Kazanç Kavramı* (Legal 2006) 53 dn 6.
- 223 Bu görüş, Türk ve İsviçre hukuklarındaki hâkim görüştür: Oğuzman ve Öz, *Cilt II* (n 7) para 715; Selâhattin Sulhi Tekinay ve diğerleri, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7. Bası, Filiz 1993) 655-656; Kılıçoğlu, *Basın* (n 222) 391; Henrich Honsell, Bernhard Isenring and Martin Kessler, *Schweizerisches Haftpflichtrecht* (5th edn, Schulthess 2013) §10 para 2; Heinz Rey and Isabelle Wildhaber, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht* (5. Auflage, Schulthess 2018) para 498; Roland Brehm, *Berner Kommentar Band/Nr. VI/1/3/1, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR* (3rd edn, Stämpfli 2006) para 9; Koller (n 122) para 46.63. Yargıtay ve İFM kararları için Yargıtay 3 HD, E 2020/9615 K 2021/104, 19.01.2021; Yargıtay 3 HD, E 2015/9194 K 2015/13913, 10.09.2015; BGE 123 III 15; BGer, 21.2.2001, 1A.235/2000, Erw 5d. Buna karşılık manevi tazminatın bir "özel hukuk cezası" olarak nitelendiği bir BAM kararı için bkz İzmir 4 BAM, E 2021/305 K 2021/2178, 8.11.2021. Kararlar için bkz <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 30 Eylül 2023.
- 224 Eren, *Borçlar Genel* (n 218) 808-809; Erlüle (n 7) 81 vd; Baysal, *Haksız Fiil* (n 221) para 6.13; Yargıtay'ın bu görüşe yakın, güncel bir kararı için bkz Yargıtay HGK, E 2017/2602 K 2021/1448, 18.11.2021 <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 30 Eylül 2023; bazı farklılıklar içermekle birlikte benzer şekilde Rona Serozan, 'Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım' iç *Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1990) 67, 86; Yazar, manevi tazminatın maddi tazminatı tamamlayıcı ve bir sosyal gereksinimi karşılayıcı şekilde telafi edici işleve sahip olduğunu savunmaktadır.
- 225 Karl Oftinger and Emil W. Stark, *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil* (5th edn, Schulthess 1995) §8 para 11-12.
- 226 Yalnızca tatmin görüşü bakımından bu hususun tereddüt uyandırdığı söylenebilir. Zira Alman hukukunda yüksek mahkemelerce manevi tazminat yaptırımının denkleştirme işlevinin yanında tatmin işlevinin de bulunduğu kabulü [BGHZ 18, 149 (154 ff); BGHZ 128, 117 (120 ff); BGHZ 212, 48, 48 ff] öğretilerde manevi tazminatın bir özel hukuk cezası olduğu yönünde görüşlerin ileri sürülmesi neden olmuştur (Kırcı (n 221) 248-249; Erlüle (n 7) 73; Alman hukukunda manevi tazminatın çifte etkisi (denkleştirme ve tatmin) olduğunu kabul etmekle birlikte, failden çok mağdurun ön planda olduğu, bu yaptırımda cezai bir unsur olmadığı, caydırıcılığın ise yalnızca bir yan etki olduğu yönünde Hartmut Oetker, 'BGB §253' in Wolfgang Krüger (ed) *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht - Allgemeiner Teil I*, (9th edn, Beck 2022) para 10-14). İsviçre hukukunda ise tatmin görüşünü kabul eden Oftinger ve Stark manevi tazminatın temelinde cezanın (özellikle kefaletin) yattığı düşüncesinin çoktan aşıldığını ifade ederek, ön planda mağdurun maruz kaldığı haksızlığın bulunduğu ifade etmektedirler (Oftinger and Stark (n 225) §8 para 8).
- 227 Manevi tazminatın cezai nitelikte olmadığı yönünde Yargıtay İBKG, E 1966/7 K 1966/7, 26.06.1966 (RG, 28.7.1966/12360); Yargıtay 4 HD, E 2016/13536 K 2018/7775, 10.12.2018 <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 30 Eylül 2023; Andreas von Tuhr and Hans Peter, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Band* (3rd edn, Schulthess 1979) 127; Serozan, 'Manevi Tazminat' (n 224) 85; Haluk Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku* (Vedat 2010) 330-331 ("cezaî

Günümüzde manevi tazminatı mağdur odaklı bir yaptırım olarak gören yaklaşımın hâkim olduğu söylenebilir.

Bu çalışmada da manevi tazminatın mağdur odaklı bir yaptırım olduğu görüşü benimsenmekte ve bu yaptırımın bir özel hukuk cezası olmadığı sonucuna varılmaktadır.²²⁸ Manevi tazminata kefaret işlevi yükleyen anlayışın artık yalnızca tarihsel önemi olan,²²⁹ çoktan aşılış bir anlayış olarak görülmesi gerekir.²³⁰ Caydırıcı/önleyici işlev ise manevi tazminatın temel işlevi değil, olsa olsa ikincil bir işlevi ya da bir yan etkisi olarak görülebilir.²³¹ Manevi tazminatın kusursuz sorumluluk hâllerinde de talep edilebilmesi²³² bu yaptırımın bir özel hukuk cezası olmadığı yönünde önemli bir gösterge teşkil eder.²³³ Ayrıca manevi tazminat yükümlüsünün ölümü hâlinde mirasçılarının bu borçtan sorumluluklarının devam etmesi de manevi tazminatın özel hukuk cezası niteliğinde olmadığını göstermektedir.²³⁴

Ğ. HUKUKA VE AHLAKA AYKIRI AMAÇLA VERİLEN ŞEYİN GERİ İSTENEMEMESİ

Sebepsiz zenginleşmeden doğan borç ilişkilerini düzenleyen hükümler arasında yer alan TBK 81 hükmü uyarınca hukuka veya ahlaka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla verilen şey geri istenemeyeceği gibi, açılan davada hâkimin söz konusu şeyin devlete mal edilmesine karar vermesi de mümkündür. Türk ve İsviçre öğretilerinde savunulan bir görüşe göre söz konusu hüküm hukuka veya ahlaka aykırı bir sonucun gerçekleşmesini sağlamayı amaçlayan kişiyi cezalandırmayı amaçlamaktadır.²³⁵ Bir başka görüşe göre ise hükmün amacı hukuka veya ahlaka aykırı amaçla

faktörün ehemmiyetinin” tamamen inkâr edilemeyeceği çekincesiyle); Rey and Wildhaber (n 223) para 498; Honsell, Isenring and Kessler (n 223) §10 para 3; Water Fellmann and Andrea Kottmann, *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I: Allgemeiner Teil sowie Haftung aus verschulden und Persönlichkeitsverletzung, gewöhnlichen Kausalhaftungen des OR, ZGB und PrHG* (Stämpfli 2012) para 2615; Baysal, *Haksız Fiil* (n 221) para 6.12; BGer, 21.2.2001, 1A.235/2000, Erw 5d; BGE 123 III 16.

228 Aynı şekilde Heizmann (n 1) para 608. Bu çalışmanın kapsamını aştığı için mağdur odaklı görüşlerden hangisine üstünlük tanınması gerektiği hususunda bir fikir beyan edilmemektedir.

229 Manevi tazminatın tarihsel gelişimi için Erlüle (n 7) 64-70.

230 Serozan, ‘Manevi Tazminat’ (n 224) 85.

231 Erlüle (n 7) 86; Baysal, *Haksız Fiil*, para 6.18; Serozan, *Manevi Tazminat* (n 224) 88-89; MüKo-Oetker (n 226) BGB §253 para 10-14; Ertaş (n 222) 82. Yargıtay Soma maden faciasına ilişkin kararlarında manevi tazminatın caydırıcılık unsuruna da vurgu yaparak bu hususu takdir edilecek tazminat miktarı bakımından dikkate almıştır. Bu yöndeki bir karar örneği için Yargıtay 21 HD, E 2016/16351 K 2017/10445, 12.12.2017 <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 30 Eylül 2023.

232 Yargıtay İBGK, E 1966/7 K 1966/7 26.6.1966 (RG, 28.07.1966/12360); Nomer, *Borçlar Genel* (n 5) para 134.9.

233 Erlüle (n 7) 82; Ertaş (n 222) 81; Gülleryüz ve Zorluoğlu Yılmaz (n 163) 344.

234 von Tuhr and Peter (n 227) 127; Ertaş (n 222) 81.

235 Pınar Çağlayan Aksoy, ‘Sebepsiz Zenginleşme Hukukunda İade Talebinde Bulunulmasını Engelleyen TBK Madde 81 Hükmü Üzerine Bir İnceleme’ (2015) 31(4) *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 131, 136; Hüseyin Hatemi, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle BK.65 Kuralı)* (İstanbul Üniversitesi 1976) 613; Turgut Öz, *Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme* (Kazancı 1990) 113; TBK 81’deki iade yasağının özünde ceza anlayışının yattığı yönünde Serozan, Baysal ve Sanlı (n 6) §25 para 13; Serozan, Engin ve Atamer (n 6) 25 (yazarlar açıkça bu hükmün bir medeni hukuk cezası olduğunu belirtmektedir); Antalya, *Cilt V/1, 2* para 3159; yeni düzenlemenin (Devlete mal etme) bu görüşü desteklediği yönünde Gümüş, *Borçlar Genel* (n 6) 620; Yazar bu hükmü, özel hukukla bağdaşmayan

hareket eden ve bu davranışına dayanarak talepte bulunan kişi/kişileri hukuk düzeninin sağlayacağı korumadan yoksun bırakmaktır.²³⁶ Benzer bir başka görüşe göre ise hükmün amacı, mahkemelerin hukuka ve ahlaka aykırı amaçla hareket eden kişi/kişilerin taraf olduğu uyuşmazlıklarla uğraşmamasını sağlayarak mahkemelerin hukuka aykırı bir edime hükmetmek zorunda kalmasını ve kaynaklarının bu gibi uyuşmazlıklara harcanmasını önlemektir.²³⁷

Hükmün kişileri cezalandırma amacı güttüğü görüşüne karşı olarak, her iki tarafın da kınanan amaçla hareket ettiği durumda yalnızca ifade bulunan tarafın cezalandırıldığı²³⁸, cezanın fiili işleyen kişinin kusuruyla orantılı olarak artıp/azalmadığı²³⁹ ve hukuka/ahlaka aykırı amacın gerçekleşip gerçekleşmediğinin dikkate alınmadığı²⁴⁰ ileri sürülmektedir. Belirtmek gerekir ki bu gerekçeleri ileri süren yazarlardan bazıları, hükmün caydırma amacı taşıdığını savunmaktadır.²⁴¹ Söz konusu yazarlar caydırma amacı ile cezayı birbirinden ayırmaktadır. Bu yaklaşım “ceza” kavramının kefaret ile sınırlı tutulduğu izlenimini uyandırmaktadır.²⁴² Bu çalışmada benimsenen görüşe göre özel

bir tür müsadere hükmü olarak nitelenebilir; İsviçre öğretisinde von Tuhr and Peter (n 227) 491; Bruno von Büren, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil* (Schulthess 1964) 302; Heizmann (n 1) para 466. İsviçre Federal Mahkemesinin bu yönde kararları vardır. Bkz BGE 74 II 23, 27 f.; BGE 75 II 293, 298; BGE 102 II 401, 411 (caydırıcılık).

236 Eren, *Borçlar Genel* (n 218) 922; Tekinay ve diğerleri (n 223) 739; “eli kirli olanın” hukuki korumadan yararlanamamasının doğal olduğu yönünde Serozan, Baysal ve Sanlı (n 6) §25 para 13; İsmet Sungurbey, *Medeni Hukuk Eleştirileri C. 3* (Sulhi Garan 1971) 149; Esat Arsebük, *Borçlar Hukuku* (3. Bası, Güney 1950) 617. Alman öğretisinde bu görüşün hâkim olduğu yönünde: Adrian Schmidt-Recla, ‘Von Schneebällen und Drehkrankheiten – Vergleichende Überlegungen zur Restitutionsperre des § 817 S. 2 BGB’ (2008) 63(2) *JuristenZeitung* 60, 62. İsviçre Federal Mahkemesi’nin bu yöndeki kararları için: BGE 84 II 179, S. 184; BGE 75 II 293, S. 298 ve BGE 102 II 401, 411. Bu görüş, hükmün neden kişileri hukuki korumadan yoksun bıraktığını açıklamadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir: Claus-Wilhelm Canaris, ‘Gesamtwirksamkeit und Teilgültigkeit rechtsgeschäftlicher Regelungen’ in Jürgen F Baur, Klaus J Hopt and K. Peter Mailänder (eds) *Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag* (de Gruyter 1990) 519, 523; Lars Klöhn, ‘Die Konditionssperre gem. § 817 S.2 BGB beim beidseitigen Gesetzes- und Sittenverstoß: Ein Beitrag zur Steuerungsfunktion des Privatrechts’ (2010) 210(6) *Archiv Für Die Civilistische Praxis* 804, 816; Heizmann (n 1) para 467. Ayrıca bu görüşün öğretilde, hukukun kategorik olarak bazı uyuşmazlıkları göz ardı edemeyeceği gerekçesiyle eleştirildiği yönünde Rüedi (n 154) para 162.

237 Klöhn (n 236) 818-819 (yazar hukuka aykırı edime örnek olarak, Alman Hukuku bakımından, silah satış yetkisi olmayan satıcının sattığı silahı sebepsiz zenginleşmeye dayanarak geri istemesini vermektedir). Klöhn caydırma amacı ile birlikte bu görüşü kabul etmektedir (bkz 817-819). Mahkemelerin talebi reddedebilmesi için her hâlikârda vakıaları incelemesi gerekeceği ve dolayısıyla hukuka/ahlaka aykırı olayların mahkeme önünde tartışılmasının engellenemeyeceği yönünde: Honsell (n 19) 334. Ancak belirtmek gerekir ki söz konusu hükmün tarafları hukuka/ahlaka aykırı uyuşmazlıkları hukuk mahkemesi önüne getirmekten caydırması olasıdır. Son olarak, ceza mahkemelerinin bu türden uyuşmazlıklarla hâlihazırda ilgilendikleri, bu sebeple hükmün amacının mahkemeleri bu tür “kirli” uyuşmazlıklarla uğraştırmamak olamayacağı yönünde Rüedi (n 154) para 171.

238 Klöhn (n 236) 815; Graham Virgo, *The Principles of the Law of Restitution* (3rd edn, Oxford 2015) 714-715; Honsell (n 19) 334; Rüedi (n 154) para 198; 818 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda olduğu gibi, İsviçre Borçlar Kanunu ve Alman Medeni Kanunu’ndaki ilgili düzenlemelerde de şeyin devlete mal edilebilmesine ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır.

239 Klöhn (n 236) 815; Virgo (n 238) 714-715; Honsell (n 19) 334; Rüedi (n 154) para. 199. Bir görüşe göre hüküm, kusurun ağırlığını esas almaması sebebiyle, bir özel hukuk cezası olarak nitelendirilmesi hâlinde anayasaya aykırı olur: bkz Schmidt-Recla (n 236) 64. Ayrıca hükmün ahlaka aykırı davranışları yaptırma bağlaması ve neyin ahlaka aykırı olduğunun kanun değil mahkeme tarafından belirleneceği sebebiyle kanunilik ilkesine aykırılık oluşturacağı yönündeki görüş için Rüedi (n 154) para 187 (yazar şu esere atıf yapmaktadır: Werner Thommen, *Beitrag zur Lehre vom Begriff der guten Sitten im schweizerischen Privatrecht*, Diss Zürich 1953, 11).

240 Rüedi (n 154) para 199.

241 Canaris (n 236) 523-525; Klöhn (n 236) 817; İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında hükmün önleyici amaç taşıdığını vurgulamıştır: BGE 102 II 401, 411.

242 Wagner’e göre de hükmün amacının kefaret olduğunun kabulü hâlinde yerinde görülebilecek söz konusu itirazlar,

hukuk cezasının belirleyici unsuru caydırma amacı olduğundan,²⁴³ hükmün neden caydırma amacı taşıdığı ve buna karşı ileri sürülen görüşlerin açıklanması önem arz etmektedir.

Hükmün caydırma amacı taşıdığını savunan görüşlere göre hüküm, hem söz konusu amaçları gerçekleştirmek için ifada bulunan tarafı caydırmakta, hem de ifa lehtarını ifayı elde ettikten sonra hukuka ya da ahlaka aykırı fiili gerçekleştirmemek yönünde teşvik etmektedir.²⁴⁴ Bu görüşe karşı olarak ise her iki tarafın da söz konusu amaç bakımından kınanabilir olduğu hâllerde hükmün adeta iki ucu keskin bir bıçak olduğu belirtilmektedir. Örneğin, kaçak çalıştırılan işçi örneğinde eğer işçinin emeğinin karşılığını alabilmesi ve işverenin ödediği bedeli geri alamaması çözümü benimsenirse işçilerin kaçak çalışmaya karar vermesi daha kolay olabilecektir.²⁴⁵ İşçilerin emeklerinin karşılığını alamadığı hâlde ise işçiler caydırılacak ancak işveren caydırılmamış olacaktır.²⁴⁶ Yine benzer bir görüşe göre, iki tarafın da caydırılması gerektiğinde hangisinin daha çok caydırılması gerektiğini tespit etmek mümkün olmayabilir ve bu durumda caydırıcılık fonksiyonu anlamsızlaşır.²⁴⁷

Kanaatimizce, yukarıda açıklanan gerekçeler göz önünde alındığında, caydırıcılığı fiilen sağlayabileceği tartışmaya açık olsa da hüküm hukuka aykırı fiilleri caydırmayı amaçlamaktadır ve hükmün olası diğer amaçları bu amaçtan daha baskın görünmemektedir.²⁴⁸ TBK 81 hükmünün (özellikle verilen şeyin devlete mal edildiği durumlarda) bir tür müsadere hükmüne benzetilmesinde²⁴⁹ haklılık payı bulunmaktadır. Aslında suç teşkil eden fiiller bakımından eşya ve kazanç müsaderesine ilişkin TCK 54 ile 55 hükümleri bu hükmün amaçladığı sonucu büyük ölçüde yerine getirmektedir.²⁵⁰ Ancak hüküm yine de ek bir caydırıcılık sağlamaktadır. Zira hukuka aykırı olmakla birlikte suç teşkil etmeyen fiiller ve yalnızca anlaşma aşamasında kalıp henüz icrasına başlanmayan davranışlar bakımından TCK

hükmün amacı olarak genel önleyicilik düşüncesi ele alındığında ikna gücünü kaybetmektedir: Wagner (n 82) 366-367.

243 Benzer şekilde Heizmann (n 1) para 454.

244 Zira bu kişi kendi edimini yerine getirmese bile elde ettiği edimi elinde tutabilecektir. Heizmann (n 1) para 460; Rüedi (n 154) para 182. Ancak Türk hukukunda olduğu gibi şeyin devlete mal edilebilmesine karar verilebilmesi durumunda, hükmün ifa lehtarını elde ettiği ifayı kaybetmemek için hukuka aykırı fiili işlemeye teşvik edebileceği belirtilmektedir. Heizmann (n 1) para 465.

245 Benzer bir düşünceyle, hükmün hukuka aykırı işlerle uğraşan kişileri, ödemeyi önce alacakları ihtimalini gözeterek bu türden sözleşmeler yapmaya teşvik edeceği yönündeki görüş için bkz. Rüedi (n 154) para 177 ve orada anılan eserler.

246 Schmidt-Recla (n 236) 64.

247 Gerhard Dannemann, 'Illegality as Defence Against Unjust Enrichment Claims' in David Johnson and Reinhard Zimmermann (eds) *Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective* içinde (Cambridge 2004) 310, 314-315. Ancak bir başka görüş ise hükmün hangi taraf ilişkisi bozabilmek için en iyi pozisyondaya o tarafı hedef alacak şekilde uygulanması gerektiğini, böylece bu tarafın sözleşmeye uyacağı hususunda karşı tarafı ikna etmesinin zorlaşacağını savunmaktadır. Bkz Klöhn (n 236) 845-846.

248 Farklı olarak hükmün cezalandırıcı bir etkisinin olduğu ancak bunun hükmün amacı katına çıkarılamayacağı, öğretide ileri sürülen amaçlardan hiçbirinin baskın olmadığı ve hükmün amaçsız olduğu yönünde Rüedi (n 154) para 198-202.

249 Gümüş, *Borçlar Genel* (n 6) 620.

250 Türk Ceza Kanunu'nun 55. maddesinde düzenlenen kazanç müsaderesi yaptırımı bir güvenlik tedbiri olarak düzenlenmiştir (Bkz Özgenç (n 15) 853; Zafer (n 32) 597 vd). Müsadere kurumu cezanın caydırıcılığını pekiştirici bir işleve sahiptir. Şöyle ki bu kurum sayesinde failin işlediği suçla bağlantılı olarak elde ettiği kazanç kendisinden alınmaktadır. Böylece failin elde ettiği kazancı elinde tutabileceği düşüncesiyle cezaya razı olup suçu yine de işleme yönünde bir güdüye kapılması engellenmiş olur. Müsaderenin caydırıcı etki taşıdığı yönünde Hüseyin Acar, 'Türk Ceza Hukukunda Müsadere Kurumu' (Doktora Tezi, Çankaya Üniversitesi 2019) 153-154.

54-55 uygulanabilir değildir.²⁵¹ İşte, TBK 81 hükmü, hukuka aykırı bir fiili teşvik etmeyi amaçlayan kişinin, söz konusu amacın gerçekleşmemesi hâlinde sebepsiz zenginleşmeye dayanarak ödediği bedeli geri almasını engelleyerek bu kişinin malvarlığında bir eksilmeye yol açmakta ve dolayısıyla bu türden fiilleri teşvik etmeyi düşünen kişiler için hukuk düzeninde hâlihazırda yer alan olası caydırıcı hükümlere ek bir caydırıcılık sağlamayı amaçlamaktadır. Bunlara ek olarak hüküm hukuka aykırı hâllerde uygulandığından ve kasıt arandığından²⁵² burada bu çalışmada tanımlanan şekliyle bir özel hukuk cezası söz konusudur.²⁵³

Son olarak, TBK 81 hükmünün aynı talepleri dışlayıp dışlamayacağı öğretide tartışmalıdır.²⁵⁴ Bu çalışmada tanımlanan şekliyle bir özel hukuk cezası olarak kabul edildiğinde, TBK 81 hükmü kıyas yasağına tabi olacaktır.²⁵⁵ Kıyas yasağı bu hükmün istihkak taleplerine uygulanmasına engel olur mu? Belirtmek gerekir ki hükmün sebepsiz zenginleşmeye ilişkin ayırımı düzenlenmesinin olası sebebi, hükmün tipik olarak uygulanacağı hâlin bir miktar para ödenmesi olduğunun düşünülmüş olmasıdır. Hükmün lafzının da genel biçimde kaleme alındığından yola çıkarak, hükmün amacının iade yasağını sebepsiz zenginleşmeden doğan taleplerle sınırlamak olmadığı görüşü kabul edilirse, kıyas yoluna başvurmadan doğrudan amaca yönelik yorumla istenen sonuca varılabilir. Nitekim ceza hukukunda da (kıyas teşkil etmediği müddetçe) amaca yönelik genişletici yorum mümkün görülmektedir.

H. TEMERRÜT FAİZİ

Para borçlarında temerrüdün önemli bir sonucu, borçlunun temerrüt faizi ödemek zorunda kalmasıdır (TBK 120). Temerrüt faizi istenebilmesi için borçlunun kusuru veya alacaklının temerrüt sebebiyle zarara uğramış olması gerekmez.²⁵⁶ Ödenecek olan temerrüt faizinin alacaklının zararını aşmasına kanun tarafından izin verilmiş olması burada bir özel hukuk cezasının olup olmadığı

251 Belirtmek gerekir ki kural olarak bir fiil suç teşkil etse dahi bu fiilin işlenmesi için yalnızca bir anlaşma yapılması hukukumuzda suç teşkil etmemektedir. Bunun istisnası TCK 316'da devletin güvenliğine karşı suçlar ile anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar için düzenlenmiştir. "Suç işlemeye tahrik" başlıklı TCK 214 hükmü ise yalnızca bu tahrikten alenen yapıldığı durumlarda uygulama alanı bulmaktadır.

252 Çağlayan Aksoy (n 235) 141-142; Eren, *Borçlar Genel* (n 218) 923; Rüedi (n 154) para 8.

253 Aynı yönde Heizmann (n 1) para 466-470.

254 Konuda savunulan görüşler ve dayanakları hakkında detaylı bir inceleme için bkz Çağlayan Aksoy (n 235) 163-165; Taşınmaz mülkiyetinin devri sebebe bağlı olduğu için, TBK 81'in taşınmazların iadesine engel olacağı yönündeki kararlardan Yargıtay'ın hükmün istihkak talepleri bakımından da uygulanacağı görüşünde olduğu sonucuna varılabilir: Yargıtay 1 HD, E 2021/1687 K 2022/1118, 14.02.2022 <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 30 Eylül 2023; Yargıtay 1 HD, E 2016/2533 K 2018/15158, 03.12.2018 <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 30 Eylül 2023; Yargıtay 1 HD, E. 2014/5752 K. 2015/5642, 16.4.2015 <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 30 Eylül 2023; Yargıtay 1 HD, E 2013/16427 K 2014/1373, 17.02.2014 <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 30 Eylül 2023; Yargıtay 4 HD, E 1957/2346 K 1957/6727, 11.11.1957, Sungurbey (n 236) 147'den naklen).

255 Bkz aş IV/B.

256 M Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I* (20. Bası, Vedat 2022) para 1600; Nomer, *Borçlar Genel* (n 5) para 190; Gümüş, *Borçlar Genel* (n 6) 925-926; Orell Füssli Kommentar-Kostkiewicz-OR 104 para 4; Tekinay ve diğerleri (n 223) 930; Eren, *Borçlar Genel* (n 218) 1123-1124; Rolf H. Weber and Susan Emmenegger, *Berner Kommentar - Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR (2. Bası, Stämpfli 2020)* Art 104 para 5; Yargıtay HGK, E 2012/418 K 2012/874, 28.11.2012; Yargıtay 15 HD, E 2019/1494 K 2019/932, 04.03.2019. Kararlar için bkz <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 30 Eylül 2023.

sorusunu gündeme getirmektedir. Bu sorunun cevaplanabilmesi için temerrüt faizinin hukuki niteliği ve amacı ortaya konmalıdır.

Türk ve İsviçre öğretilerinde, kanunun, para borçlarında temerrüt sonucu alacaklının temerrüt faizi tutarında zarara uğradığını varsaydığı kabul edilmektedir.²⁵⁷ Dolayısıyla burada zararın giderilmesini amaçlayan, tazminat niteliğinde bir yaptırım söz konusudur. Her ne kadar temerrüt faizinin amaçlarından birinin borçluyu temerrüde düşmekten caydırmak olduğu söylenebilirse de tazminat niteliğindeki bu yaptırımın baskın amacı zararı gidermektir.²⁵⁸ Nitekim temerrüt faizi istenebilmesi için borçlunun kusurunun aranmaması da hükmün baskın amacının borçluyu caydırmak olmadığını göstermektedir. Zira yaptırımın birincil amacı bu olsaydı, borçlunun kusurlu olmadığı durumlarda bu yaptırımın uygulanmaması beklenirdi. Sonuç olarak temerrüt faizi bu çalışmada tanımlanan şekilde bir özel hukuk cezası niteliğinde değildir.²⁵⁹

Ticari işletmeler arasında mal ve hizmet tedariki amacıyla yapılan işlemlerde temerrüt faizine ilişkin özel bir düzenleme içeren TTK 1530/VII hükmü ayrıca ele alınmalıdır. Zira bu hükümle TBK uyarınca uygulanacak temerrüt faizi yaptırımını aşan bir yaptırım öngörülmektedir. Bu hüküm uyarınca, alacaklıya yapılan geç ödemelere ilişkin temerrüt faizi oranı sözleşmede öngörülmemişse ya da öngörülse bile ilgili hüküm geçersizse uygulanacak temerrüt faizi oranı Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası (TCMB) tarafından her yıl ilan edilecek orana göre belirlenecektir. Söz konusu faiz oranı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun'da²⁶⁰ öngörülen ticari işlere ilişkin temerrüt faizi oranından en az yüzde sekiz fazla olacaktır.

Hükmün kaynağını, 2011/7/EU sayılı "Ticari İşlemlerde Geç Ödemeye Mücadele Hakkında Avrupa Birliği Yönergesi" (Yönerge) teşkil etmektedir.²⁶¹ Yönerge'de, getirilen hükümlerin amacının ticari işlemlerde geç ödemeyi caydırmak olduğu belirtilmiştir.²⁶² TTK'nin 1530. maddesine 2-8. fıkraların eklenmesine ilişkin önergede de hükümlerin amacının büyük ve güçlü ticari işletmelerin geç ödemeyi bir finansman aracı olarak kullanmasının önüne geçmek olduğu belirtilmiştir.²⁶³ Nitekim öğretide

257 Oğuzman ve Öz, *Cilt I* (n 256) para 1602; Gümüş, *Borçlar Genel* (n 6) 925; Eren, *Borçlar Genel* (n 218) 1123; Tekinay ve diğerleri (n 223) 930; Weber and Emmenegger (n 256) Art 104 para 7; OFK-Kostkiewicz-OR 104 (n 256) para 4; Heizmann (n 1) para 520. Nitekim Yargıtay'ın da bu yönde kararları vardır: Yargıtay HGK, E 1999/353 K 1999/929, 10.11.1999; ("Borçlu para borcunu vadesinde ödemediğinde (temerrüdü oluştuğunda) sözleşme veya yasa da belirlenen "gecikme faizi" ödeme yükümü altına girer. Bu durumda BK'nın 103. maddesi uyarınca alacaklının mutlak ve tartışmasız bir zarara uğradığı kabul edilmektedir. O nedenle alacaklıya, uğradığı zararı ispat yükümü verilmeksizin, en önemlisi borçlunun, kusuru olup olmadığı araştırılmaksızın yasa gereği kabul edilen zararı giderme hakkı tanınmıştır."); benzer yönde Yargıtay HGK, E 2012/418 K 2012/874, 28.11.2012; Yargıtay 15 HD, E 2021/967 K 2021/859, 15.03.2021 <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 30 Eylül 2023.

258 Benzer yönde Heizmann (n 1) para 520.

259 Aynı yönde ibid para 520.

260 Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun, Kanun Numarası: 3095, Kabul Tarihi: 04.12.1984, RG 19.12.1984/18610.

261 Yönerge'nin 7. maddesinin 6. fıkrasında, Yönerge kapsamında uygulanacak yasal temerrüt faizi oranının, Avro Bölgesi'ndeki ülkeler için Avrupa Merkez Bankasının 7. fıkrada belirtilen işlemlerde kullandığı faiz oranından en az sekiz puan fazla olması gerektiği belirtilmiştir. Avro Bölgesi'nde olmayan ülkeler bakımından temerrüt faizi ise, kendi merkez bankalarının uyguladığı eşdeğer faiz oranının en az sekiz puan fazlası olacaktır.

262 Yönerge, para 12.

263 Bkz TBMM Tutanak Dergisi Cilt 90, 51. Birleşim, 13 Ocak 2011, <https://www.tbmm.gov.tr/Tutanaklar/Tutanak?Id=e40ed3d1-ad9a-4dc6-b87b-0185ceac6fdb> Erişim Tarihi 29 Ağustos 2023.

temerrüt faizine ilişkin 7. fıkranın amacının, ödeme borcunu zamanında yerine getirmeyen işletmeyi yüksek bir temerrüt faizi ödemek zorunda bırakarak cezalandırmak olduğu belirtilmektedir.²⁶⁴

Kanaatimizce hükmün odak noktası temerrüde düşen borçludur ve hükmün baskın amacı caydırıcılıktır. Ayrıca belirtmek gerekir ki TTK 1530/II hükmü borçlunun temerrüde düşmesi için gecikmeden sorumlu tutulabiliyor olmasını aramaktadır.²⁶⁵ Nitekim Yönerge'nin 3. maddesinin ilk fıkrası da yüksek temerrüt faizi oranının uygulanabilmesi için borçlunun gecikmeden sorumlu tutulabiliyor olmasını şart koşmaktadır. Buradan, kanun koyucunun iradesinin söz konusu yaptırımını yalnızca kusurlu borçluya uygulamak olduğu anlaşılmaktadır. Bu da hükmün baskın amacının caydırıcılık olduğu yönünde bir başka emaredir. Sonuç olarak söz konusu hüküm, bu çalışmada tanımlandığı şekliyle bir özel hukuk cezası niteliğindedir.²⁶⁶

I. YENİDEN KİRALAMA YASAĞI

Konut ve çatılı işyeri kiralalarında kiraya verenin belirli sebeplerle kiralananın tahliyesini sağlaması hâlinde onun, haklı bir sebebi olmadığı takdirde, kiralananı yeniden kiraya vermesi üç yıl süreyle yasaklanmıştır (TBK 355). Söz konusu tahliye sebepleri, gereksinim²⁶⁷ ile yeniden inşa ve imardır. Yeniden inşa ve imar amacıyla tahliye söz konusu olduğunda kiraya veren kiralananı eski hâliyle

264 Pınar Çağlayan, 'Avrupa Birliği Yönergeleri ve Alman Hukuku'ndaki Deneyimler Işığında Mal ve Hizmet Tedarikinde Geç Ödemenin Sonuçları (TTK Md. 1530)' (2011) 27(2) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 173, 236; AB Yönergesi bakımından aynı yönde Yeşim M. Atamer ve Gül Okutan Nilsson, 'Para alacaklısının Geç Ödemelere Karşı Korunmasına İlişkin Yeni TK M. 1530 Düzenlemesi ve Uygulama Alanı' (2013) 29(3) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 31, 57 (yazarlar, TCMB'nin söz konusu faizi 3095 Sayılı Kanun'daki oranın 8 puan fazlası değil, %8 fazlası olarak belirlediği için küçük bir faiz farkı doğduğunu ve caydırıcı etkinin doğmayacağını belirtmektedir); hükmün cezalandırma yoluyla caydırma işlevi gördüğü yönünde Serozan, Engin ve Atamer (n 6) 26 dn. 11. Honsell de benzer şekilde AB Yönergesi'ndeki hükmün caydırma amacı taşıdığını ve ceza niteliğinde olduğunu belirlemekte ve hükmün İsviçre hukukuna alınmasına bu sebeple karşı çıkmaktadır (Honsell (n 19) 328-329).

265 Belirtmek gerekir ki öğretilerde bir görüş, bizce de yerinde olarak, hükmün lafzıyla uyumlu şekilde yüksek temerrüt faizi oranının ancak borçlunun temerrüde düşmekte kusurlu olduğu hâllerde uygulanabileceğini belirtmekte, borçlunun gecikmeden sorumlu tutulamayacağı hâllerde ise temerrüdün şartlarının ve faiz oranının genel hükümlere göre belirleneceğini ileri sürmektedir (bkz Çağlayan (n 264) 230 vd). Bir başka görüş ise, hükümdeki gecikmeden sorumlu tutulamama ifadesinin gecikmenin objektif olarak borca aykırı bir davranış niteliği taşımadığı hâllerle sınırlı olarak anlamaktadır (Serkan Ayan, '6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1530. Maddesi Gereğince Borçlunun Temerrüdü' (2010) 12 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Özel Sayı) 717, 368). Atamer ve Okutan Nilsson da ikinci görüşe katılmakta, TCMB'nin yüksek faiz oranını yasal oranın yüzde sekiz fazlası olarak belirlediği için yaptırımın ceza mahiyetinde yüksek olmadığı gerekçesiyle kusursuz borçluya uygulanmasının bir sorun doğurmayacağını belirtmektedirler (Atamer ve Okutan Nilsson (n 264) 60). Kanaatimizce hükümde açıkça kusur aranmamış olsaydı bile, hükmün baskın amacı caydırıcılık olduğu için hüküm yine de bir özel hukuk cezası teşkil ederdi ve bu sebeple yalnızca borçlunun kusurlu olduğu hâllerde uygulanması gerekirdi (bkz aş IV/C). Özel hukuk cezası niteliğindeki bir hükmün amaçlanan caydırıcılığı fiilen yaratmıyor olması ceza hukukunun genel prensiplerinin uygulanmasına engel değildir.

266 İsviçre'de de 2010 yılında, ticari işlerde geç ödemeyi caydırmak ve borçluların temerrüde düşerek adeta ucuz kredi kullanmalarını önlemek için, temerrüt faizi oranının %5'ten %10'a çıkarılmasını öngören benzer bir hüküm gündeme gelmiştir. Daha sonra söz konusu değişikliğin yapılmamasına karar verilmiş, bunun bir gerekçesi olarak ise bu yönde bir yaptırımın İsviçre hukukuna o ana dek yabancı olan bir tür cezalandırıcı tazminat niteliğinde olacağı belirtilmiştir. Bu konuda daha detaylı açıklamalar için bkz Heizmann (n 1) 521-523. Yazar da bu yönde bir yaptırımın cezalandırıcı nitelikte olacağını düşünmektedir.

267 Hükümde belirtilen gereksinim amacıyla tahliyenin kapsamına, TBK 350 b 1'e ek olarak kiralananın yeni malik tarafından TBK 351 I uyarınca gereksinim sebebiyle tahliyesi de girer (M. Murat İnceoğlu, *Kira Hukuku*, 2. Cilt (On İki Levha 2014) 402-405).

kiraya vermesi durumunda bu yasağı ihlal etmiş olur (TBK 355/II c 1). İmar ve inşaa sonrasında ise kiraya verenin eski kiracıya yazılı bildirimde bulunarak bir ay içinde öncelik tanınması gerekmektedir (TBK 355/II c 2-3). Eğer kiraya veren kiracıya bu bildirimde bulunarak onun bu öncelik hakkını kullanmasına imkân tanımazsa, onarımın tamamlanmasından ve kiralananın kullanıma hazır hâle gelmesinden itibaren²⁶⁸ üç yıl içinde taşınmazı kiralarsa yeniden kiralama yasağına aykırı davranmış olur.

Yeniden kiralama yasağının ihlal edilmesine kanun koyucunun bağladığı yaptırım kiraya verenin “eski kiracısına son kira yılında ödenmiş olan bir yıllık kira bedelinden az olmamak üzere tazminat” ödemesidir (TBK 355/III).²⁶⁹ Yaptırıma ilişkin bu düzenleme TBK ile getirilmiş bir yeniliktir. 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun’un (GKHK)²⁷⁰ 15. maddesinde de yeniden kiralama yasağı TBK’ya benzer şekilde düzenlenmişti²⁷¹ Ancak bu yasağı aykırılığa bağlanan yaptırım altı aydan bir seneye kadar hapis ve üç yıllık kira bedeli tutarınca ağır para cezasıydı (GKHK 16). Bir başka deyişle bu yasağı aykırılık bir kamu hukuku yaptırımına bağlanmıştı. TBK 355/III’te ise bir özel hukuk yaptırımı söz konusudur.

TBK 355/III’teki yaptırımın hukuki niteliğinin izahında iki ihtimal düşünülebilir. Birincisi burada öngörülen yaptırımın temel amacının kiracının zararını gidermek olduğu söylenebilir. Bu görüş benimsense dahi kanun koyucunun tazminatın bir yıllık kira bedelinden az olamayacağını açıkça belirtmiş olması karşısında ödenecek tutarın kiracının gerçek zararını aşması ihtimal dahilindedir. Kiraya veren kiracının daha az zarara uğradığını hatta hiç zarara uğramadığını ispat etse bile bu tutarı ödemek durumundadır. Nitekim öğretide TBK 355/III’ün bir tür götürü tazminat olduğu ileri sürülmüştür.²⁷² Bu görüş kabul edildiği takdirde kanun koyucunun böyle durumlarda kiracının en az bir yıllık kira bedeli kadar zarara uğradığına yönelik aksi ispat edilemeyen bir varsayımda bulunduğu sonucuna varılmalıdır.

Bu çalışmada da üstün tutulan ikinci bir fikre göre yaptırım özel hukuk cezası niteliğindedir.²⁷³ Öncelikle burada kiraya verenin malvarlığına yönelik bir özel hukuk yaptırımı mevcuttur. Bu yaptırımın cezalandırma amacı taşıdığı açıktır. Her şeyden önce yaptırımın, TBK hazırlanırken

268 İbrahim Gül, ‘Yeniden Kiralama Yasağına Aykırılık Nedeniyle Tazminat ve Hukuki Niteliği’ (2021) 18(2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı’ya Armağan) 931, 939.

269 Yasağın sonucu aslında yapılması yasaklanan kira sözleşmesinin geçersiz olması değildir (Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)* (10. Bası, Beta 2014) 676).

270 Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 6570, Kabul Tarihi: 18.05.1955, RG 27.05.1955/9013.

271 İki düzenleme arasındaki önemli bir farklılık yeniden kiralama yasağının uygulanmayacağı hâllerin kapsamına ilişkindir. GKHK’da mücbir sebebin varlığı durumunda yasağın uygulanmayacağı düzenlenmişken. TBK’da haklı sebep kavramı tercih edilmiştir. Haklı sebep kavramının mücbir sebep kavramına nazaran daha geniş olduğu ifade edilmektedir.

272 Ercan Akyiğit, *Kira Sözleşmesi* (4. Bası, Seçkin 2012) 217 (Gül, ‘2021’ (n 268) 945’ten naklen).

273 Serozan, Engin ve Atamer (n 6) 26; Yavuz, Acar ve Özen (n 269) 676; Gümüş, *Borçlar Özel* (n 7) 340; Mustafa Alper Gümüş, *Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi* (2. Bası, Vedat 2012) 328; Gümüş, *Borçlar Genel* (n 6) 1046; İnceoğlu (n 267) 402, 422, 541; Aydoğdu ve Kahveci, 632, 634; Güleriyüz ve Zorluoğlu Yılmaz (n 163) 349-350; Gül, ‘2021’ (n 268) 947. Belirtmek gerekir ki bu yaptırımın kanunda düzenlenen bir ceza koşulu olduğunun ifade edilmesi (bu şekilde İnceoğlu (n 267) 403-404, 541-542) yaptırımın özel hukuk cezası niteliğinde olduğu görüşüyle tutarsız değildir. Zira daha önce de ifade edildiği üzere, ceza koşulunun özel hukuk cezası niteliğinde olmamasının sebebi yaptırıma maruz kalan taraf bakımından gönüllü olarak üstlenilmiş bir yaptırım olmasıdır.

GKHK 16'daki yaptırımın ikamesi olarak düşünüldüğü anlaşılmaktadır.²⁷⁴ GKHK 16'daki ceza hukuku anlamındaki cezai yaptırımın yeterince işlevsel olmadığı, kiracıların tahliye ettikleri yerin sonradan kiralanıp kiralanmadığını takip etmedikleri belirtilmektedir.²⁷⁵ Yaptırım olarak öngörülen ödemenin kiracıya yapılacak olması kiracıları bu hususu araştırıp harekete geçmeye teşvik edecektir.²⁷⁶ Bu açıklamalardan da anlaşıldığı üzere, kanun koyucu kiracıyı belirli bir gerekçeyle tahliye eden kiraya verenin sonradan bu tahliye sebebiyle bağdaşmayan davranışlarını yaptırıma bağlamak suretiyle, kiraya vereni bu tür davranışlardan caydırmayı amaçlamaktadır. Yaptırımın hukuka aykırı bir davranışa²⁷⁷ bağlanmış olması ve haklı sebeplerin var olduğu (dolayısıyla kiraya verenin kusursuz olduğu) hâllerde uygulanmayacak olması da vardığımız bu sonucu desteklemektedir. Yaptırımın daha ağır basan bir amacı da bulunmamaktadır.

Öğretide yaptırımın bir özel hukuk cezası olduğunu kabul etmekle beraber, bir yıllık kira bedelini aşan tutarda talepte bulunulması için bunu aşan zararın ispat edilmesi gerektiğini ifade eden yazarlar²⁷⁸ bulunduğu gibi, zararın bulunması durumunda bunun cezaya ek olarak, ayrıca ödeneceğini savunan yazarlar²⁷⁹ da vardır.

Kanımızca bu iki görüşe de katılmak mümkün değildir. Hâkime bir yıllık kira bedelini aşan tutarda yaptırım uygulama konusunda takdir yetkisi verilmesinin arkasında yatan düşünce caydırıcılığın sağlanması olsa gerekir. Şöyle ki somut olayda kiraya veren, kiralananı başkasına kiralayarak, eski kiracıya ödemek durumunda kalacağı bir yıllık kira bedelinden daha fazla gelir elde ederse bu yaptırım caydırıcı etkisini yitirebilir. Bu ihtimalde kiracının uğradığı zarar da daha fazla değilse (örneğin kendisi daha uygun şartlarda bir kiralanan bulduysa) kiraya veren yasaklanan davranıştan caydırılmamış olur. Caydırıcı etki, somut olayın bu şekilde gerektirdiği durumlarda hâkimin daha fazla tutarda ödemeye hükmedebiliyor olması sayesinde sağlanmış olur. Bu nedenle bir yıllık kira bedelini aşan tutarda talepte bulunulabilmesi için bunu aşan zararın ispatı aranmamalıdır.

Kiracının uğradığı zararlar için borca aykırılık veya haksız fiil hükümlerine dayanarak TBK 355'e aykırı davranan kiraya verenden tazminat talep edebileceği konusunda bir şüphe yoktur. Ancak böyle

274 Gerekçe metninde şu ifadeler yer verilmiştir: “*Maddenin son fıkrasında, bu hükümlere aykırı davranan kiraya verenlerin, eski kiracıya bir yıllık kira bedelinden az olmamak üzere tazminat ödemekle yükümlü oldukları belirtilmektedir. Fıkra yapılan düzenleme ile, bu hükümlere aykırı davranan kiraya verenlere, 6570 sayılı Kanununun 16 ncı maddesinde öngörülen cezai yaptırımların uygulanması sisteminden vazgeçilmiştir. Bunun yerine, eski kiracıya, fıkra belirtilen tazminatın kendisine ödenmesini isteme hakkı tanınmıştır. Bu tazminatın belirlenmesinde, eski kiracının kiraya verene ödemiş olduğu son dönemin kira bedeli göz önünde tutulacaktır.*” Ayrıca bkz Halûk Burcuoğlu, ‘Borçlar Kanunu Tasarısı’nın Haksız Eylem Sorumluluğu ve Kira İle İlgili Düzenlemesiyle Getirilen Yenilikler’ iç Derya Ateş ve Alper Bulur (edr) *Prof. Dr. Turgut Akıntürk’ün Armağanı* (Beta 2008) 17, 43.

275 Alev Güler, ‘6570 Sayılı Kira Kanunu’nun 15-16 Maddelerinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar’ (1978) 4 Ankara Barosu Dergisi 632, 633; İnceoğlu (n 267) 402.

276 İnceoğlu (n 267) 402; Gül, ‘2021’ (n 268) 947.

277 Buradaki davranışın sözleşmenin art etkisi teorisi uyarınca mevcut olan sözleşme sonrası bir yükümlülüğün ihlali niteliğinde olması nedeniyle borca aykırılık teşkil ettiği söylenebilir. Aynı zamanda bir davranış normuna aykırılık nedeniyle haksız fiil sorumluluğunun şartı olan hukuka aykırılık da mevcuttur.

278 İnceoğlu (n 267) 403, 422, 541.

279 Murat Aydoğdu ve Nalan Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (4. Bası, Adalet 2019) 634-635; Gümüş, *Kira* (n 273) 333; Gül, ‘2021’ (n 268) 947.

bir tazminat talebinin ileri sürülmesi durumunda kiracının TBK 355/III uyarınca hak kazandığı “ceza alacağı” tazminattan düşülmesi gerekir.²⁸⁰ Bunun sebebi zararın tespitinde yararların mahsubunun gerekmesidir.²⁸¹

İ. MENFAAT DEVRİ

Gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeye ilişkin TBK 530 uyarınca, başkasının hukuk alanına müdahalede bulunarak bir iş gören kişinin işini gördüğü kişinin değil, kendi menfaatine hareket etmesi hâlinde iş sahibi, iş görenin elde ettiği yararları ondan talep edebilir. Bu yaptırıma öğretide menfaat devri ismi verilmektedir.²⁸² Hukuk sistemimizde bu yaptırımın özel görünümü niteliğinde hükümler de bulunmaktadır (örneğin bkz TMK 25/III).

Öğretide bazı yazarlarca bu yaptırımın bir özel hukuk cezası niteliğinde olduğu savunulmaktadır.²⁸³ Buna gerekçe olarak ise yaptırımın yalnızca failin kusurlu olduğu durumlarda uygulanması, fail odaklı olması, zarardan bağımsız olması ve caydırıcı amaç taşıması ileri sürülmektedir.²⁸⁴

Ancak menfaat devri yaptırımı iş görenin bakış açısından incelendiğinde, iş gören için en kötü ihtimal iş sahibinin durumdan haberdar olup harekete geçmesi ve elde ettiği yararları iş sahibine vermek durumunda kalmasıdır. Bu durumda iş gören birçok durumda fiili işlemeden önce içinde bulunduğu duruma dönmüş olacaktır, çünkü elde edilen menfaatten TBK 530 hükmü uyarınca masrafları düşülecektir.²⁸⁵ Ayrıca tartışmalı olmakla beraber Türk hukukunda bir görüşe göre iş gören makul bir ücret bile talep edebilmelidir.²⁸⁶ Fiili işleme ihtimali olan kişinin daha kötü duruma gelmesi bir yana, hem iş sahibinin harekete geçmeme ihtimali hem de harekete geçse dahi ücret ödemesinin gerekebileceği düşünüldüğünde, iş görenin daha iyi duruma gelmesi bile olasıdır. Dolayısıyla bu hükmün caydırıcılığı oldukça zayıftır.

280 Caydırıcı etkinin kuvvetlendirilmesi gerekçesiyle aksi yönde Gül, ‘2021’ (n 268) 947. Kanımızca yürürlükteki hukuk bakımından bu sonuca varılabilmesi ancak tarafların özel olarak bu şekilde anlaşması durumunda mümkündür. Kiracının TBK 355’e aykırılık durumunda cezaya ek olarak zararını isteyebileceği yönündeki kiracı lehine anlaşma hükmün nispi emredici niteliği nedeniyle geçerli olur.

281 Oğuzman ve Öz, *Cilt II* (n 7) para 265 vd.

282 Baş Süzel (n 6) 143 vd; Serozan, Engin ve Atamer (n 6) 481.

283 Baş Süzel (n 6) 179-182; Serozan, Engin ve Atamer (n 6) 481; Hüseyin Can Aksoy, ‘Vekaletsiz İş Görende İşi Vekaletsiz Olarak Görme Bilinci Aranmalı Mıdır?’ (2017) 75(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 91, 109 dn 75; TBK 530’daki yaptırımın özel bir görünümü olan TMK 25/III bakımından Oğuzman ve Öz, *Cilt II* (n 7) para 111. Menfaat devrinin cezalandırma işlevinin bulunduğu yönünde Jörg Schmid, *Zürcher Kommentar Band/Nr. V/3a, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Art. 419-424 OR* (3rd edn, Schulthess 1993) Vorb OR 419-424, para 25; aksi görüşte Gül, 2015 (n 5) 358 (yazar menfaat devri yaptırımının telafi tazminatına yakın olduğunu savunmaktadır).

284 Baş Süzel 180-181. İsviçre öğretisinde Roberto, yaptırımın zarardan bağımsız olmasından yola çıkarak burada bir özel hukuk cezası olduğunu savunmaktadır: Vito Roberto, ‘Schadenersatz, Gewinnabschöpfung und Bereicherungsanspruch bei Immaterialgüterrechtsverletzungen’ (2008) Schweizerisches Patent-, Muster- und Marken-Blatt 2008(I) 23, 28.

285 Heizmann da bu gerekçeyle, her ne kadar caydırıcı bir tarafı olsa da menfaat devri yaptırımının fiili işleyen kişiye odaklanan ve malvarlığında bir kayba sebep olan bir yaptırım olarak işlev görmesinin şart olmadığını belirtmektedir (Heizmann (n 1) para 636).

286 Baş Süzel (n 6)115-116.

Sonuç olarak, menfaat devri yaptırımının cezalandırmaya nazaran daha ağır basan başka bir amacının olduğu yönünde kuvvetli deliller söz konusudur.²⁸⁷ Kanaatimizce bu yaptırım, esas olarak hakkaniyet düşüncesiyle bir başkasının hukuk alanından elde edilen zenginleşmenin ait olduğu hukuku alanına iade edilmesini amaçlamaktadır.²⁸⁸ Sonuç olarak burada (bu çalışmada tanımlanan şekliyle) bir özel hukuk cezasından söz etmemek gerekir.²⁸⁹

J. ÖLÜNCEYE KADAR BAKMA SÖZLEŞMESİNİN ÖNEL VERİLMEKSİZİN FESHİ

TBK 617 I c 1 uyarınca ölünceye kadar bakma sözleşmesinden “doğan borçlara aykırı davranılması sebebiyle sözleşmenin devamı çekilmez hâle gelir veya başkaca önemli sebepler sözleşmenin devamını imkânsız hâle getirir ya da aşırı ölçüde güçleştirirse, taraflardan her biri sözleşmeyi önel vermeksizin feshedebilir.”

Aynı fıkranın ikinci cümlesinde bu şekilde bir fesih durumunda kusurlu tarafın aldığı şeyi geri vermekle ve kusursuz tarafa, bu yüzden uğradığı zarara karşılık uygun bir tazminat ödemekle yükümlü olduğu ifade edilmektedir.

Hükümün lafzından kanun koyucunun burada öngördüğü tazminat yaptırımının zararı giderime yönelik olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Bununla birlikte burada tazmin edilecek zararın, sözleşmeden dönüldüğü için olumsuz zararlar mı sınırlı olduğu, yoksa bunu aşan tutarda da tazminata hükmedilip hükmedilemeyeceği tartışmalı bir meseledir.²⁹⁰ Bu tartışmada olumsuz zararı aşan tutarda tazminata hükmedilmesinin mümkün olduğunu savunan bazı yazarlar görüşlerini hükümde cezai bir unsur bulunduğuna dayandırmaktadır.²⁹¹

Meselenin tartışmalı olduğu İsviçre hukuku bakımından kanunda bu tazminatın “zarara karşılık” olduğuna dair açık bir ifadenin bulunmadığına dikkat çekmek gerekir. Hükümde yalnızca uygun bir tazminattan (*angemessene Entschädigung*) bahsedilmektedir.²⁹² Bununla birlikte İsviçre Federal

287 Menfaat devri yaptırımının cezalandırıcı amacının yoğun olmadığı yönünde Gümüş, *Borçlar Genel* (n 6) 1045; bu yaptırımın kişiyi içinde bulunduğu durumdan daha kötü duruma düşürmediği gerekçesiyle cezalandırıcı nitelikte olmadığı yönünde Beever, ‘Tort’ (n 132) 296.

288 Heizmann, yaptırımın caydırma amacı taşıdığını kabul etmekle beraber temelinde hakkaniyet düşüncesinin olduğunu belirtmektedir (Heizmann (n 1) para 636). Benzer yönde, Güleriyüz ve Zorluoğlu Yılmaz (n 163) 354 (ancak yazarlar, yaptırımın esashi amacının cezalandırma ve önlemeden ziyade adaletin tesisi olduğunu belirtmelerine rağmen burada bir özel hukuk cezası olduğunu sonucuna varmaktadırlar).

289 Benzer gerekçelerle aynı yönde: Heizmann (n 1) para 636. Çeşitli müşterek hukuk (*Common Law*) ülkelerinin mahkemeleri de menfaat devri yaptırımının cezalandırıcı amaç taşımadığını vurgulamışlardır. Örneğin bkz. *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v Islington LBC* [1996] AC 669 (HL) 723 (İngiliz Lordlar Kamarası) ve *Dart Industries Inc v Décor Corp Pty Ltd* (1993) 179 CLR 101 (HCA) 111 (Avustralya Yüksek Mahkemesi).

290 Tartışma hakkında Gülşah Sinem Aydın, ‘Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesinin Türk Borçlar Kanunu’nun 617. Maddesine Dayalı Olarak Sona Ermesi’ (2018) 24(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 336, 361.

291 Bu görüşler hakkında Marco Balmelli, ‘OR 526-528’ in Claire Huguenin and Markus Müller-Chen (eds) *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft Art. 319-529 OR* (3rd edn, Schulthess 2016) OR 526-528 para 5; Eren, *Borçlar Özel* (n 200) 827; Aydın, *Ölünceye Kadar Bakma* (n 290) 361.

292 818 sayılı Borçlar Kanunu 517/II’de de “hakkaniyete muvafik bir tazminat”tan bahsedilmektedir.

Mahkemesinin bir kararında varılan sonuçtan hareketle mahkemenin kanundaki “uygun tazminat”ın amacını zararın giderilmesi olarak gördüğü ifade edilmektedir.²⁹³ Ayrıca belirtmek gerekir ki bu hüküm uyarınca olumsuz zararı aşan tutarda tazminata hükmedilmesinin mümkün olduğu sonucuna varmak için hükmün amacının cezalandırma olduğu görüşünün savunulması zorunlu değildir.²⁹⁴ Hukuk sistemimizde sözleşmenin geçersiz kılınmasına rağmen hakkaniyet düşüncesiyle olumsuz zararı aşan tutarda tazminata imkân veren bir yasal düzenleme örneği TBK 35/II’de mevcuttur ve bu yaptırımın ceza olmadığı konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır.

Sonuç olarak gerek hükmün açık lafzı gerekse amacı dikkate alındığında TBK 617/I c 1’deki yaptırımın amacı zararın karşılanması olup bir özel hukuk cezası öngörülmüş değildir.

K. TÜKETİCİ KREDİLERİNE İLİŞKİN ÖRNEKLER

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Tüketici Kredileri başlıklı ikinci bölümünde yer alan 25. maddenin 2. fıkrasında kredi veren aleyhine iki yaptırım düzenlenmiştir. Hükmün ilk cümlesine göre, tüketici kredisi sözleşmesinde akdî faiz, efektif yıllık faiz ya da kredinin toplam maliyetinin yer almaması halinde, tüketici tarafından kredi tutarı faizsiz olarak sözleşme süresinin sonuna kadar kullanılacaktır. Aynı fıkranın ikinci cümlesinde ise, kredi sözleşmesinde efektif faiz oranının olduğundan düşük gösterilmesi hâlinde, düşük gösterilen efektif faiz tutarı dikkate alınarak kredinin toplam maliyetinin hesaplanacağı ve ödeme planının buna göre değiştirileceği belirtilmektedir.

Türk öğretisinde, her iki yaptırımın da bir özel hukuk cezası olduğu savunulmaktadır.²⁹⁵ İlk yaptırım bakımından, kredi veren, kanunun kendisine yüklediği bilgi verme yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde ücretsiz kredi vermiş sayılmakta ve kredi sözleşmesini yapmadan önce içinde bulunduğu durumdan açıkça daha kötü duruma düşmektedir. Ayrıca kredi kuruluşunun bu bilgilendirmeyi yapmamış olması tek başına kusurlu sayılması için yeterlidir. Dolayısıyla, kusurlu olan kişiye uygulanan ve bu kişinin malvarlığını fiili işlemeden önce içinde bulunduğu duruma göre daha kötü duruma düşüren bir yaptırım söz konusu olduğundan, burada caydırma amacının mevcut olduğuna dair kuvvetli göstergeler bulunmaktadır.²⁹⁶ Gerçekten de bu hükmün getirilmesinin arkasında yatan düşünce, kredi verenleri sözleşmeye kredinin maliyetine ilişkin bilgileri dâhil etmeye yönlendirmektir. Bu sayede kredi verenler sözleşmeyi kredinin gerçek maliyetini gizleyecek şekilde

²⁹³ Heizmann (n 1) para 645.

²⁹⁴ “Uygun bir tazminat” ifadesinin hâkime olumsuz zararı aşan miktarda tazminata hükmetme konusunda takdir yetkisi verdiği yönünde Aydın, ‘Ölünceye Kadar Bakma’ (n 290) 361.

²⁹⁵ Yeşim M. Atamer, *Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması* (On İki Levha 2016) 109; ilk yaptırım bakımından Başak Baysal, ‘Tüketici Kredisi (TKHK m. 22-31)’ iç Murat İnceoğlu (ed) *Yeni Tüketici Hukuku Konferansı (Makaleler – Tartışmalar)* (On İki Levha 2015) 273, 302; Mahmut Yılmaz ve Ekrem Kurt, ‘6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Tüketici Kredi Sözleşmesinin Kurulması’ (2018) 4(1) İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 121, 130.

²⁹⁶ İsviçre hukukunda kredi verenin çeşitli ihlallerini yaptırıma bağlayan KKG 15 ve KKG 32 hükmü (KKG 15 hükmü TKHK 25/II’deki ilk yaptırımla oldukça benzerdir) bakımından Heizmann, tüketicilerin aşırı borçlanmasını önlemeyi amaçlayan hükümlere kredi kuruluşlarınca uyulmamasının doğrudan caydırılmasının amaçlandığını belirtmektedir. Bkz. Heizmann (n 1) para 495.

kaleme almaktan caydırılmış olmaktadır. Doğrudan kredi vereni hedef alan bu hükmün daha ağır basan başka bir amacı olmadığından, burada bir özel hukuk cezası söz konusudur.²⁹⁷

İkinci yaptırımın uygulandığı hâllerde ise her ne kadar ödeme planındaki miktarlar doğru olsa da efektif faiz oranı olduğundan düşük yazılmıştır. TKHK 25/II, c. 2'de kredi verenin bu davranışına bağlanan yaptırım, sözleşmenin içeriğinin sözleşmeye yazılan efektif faiz tutarına uygun olacak şekilde değiştirilmesidir. Bir başka deyişle ödeme planı ve kredinin toplam maliyeti sözleşmede bulunan efektif faize göre güncellenir. Böylece kredi veren, tüketiciyi aldatmak için efektif faiz oranını ne kadar düşük yazarsa o kadar zarar edecektir. Yani aslında uygulanacak yaptırımın birçok durumda kredi verenin fiilinin ağırlığıyla orantılı olacağı söylenebilir, zira küçük hesap hatalarında ödenecek tutar çok değişmeyecektir. Söz konusu yaptırımın amacının kredi vereni bu tür hukuka aykırı pazarlama stratejilerine başvurmadan caydırmak olduğu açıktır. Sonuç olarak bu yaptırımın da bir özel hukuk cezası niteliğinde olduğu kabul edilmelidir.

Tüketici kredilerine ilişkin değerlendirilmesi gereken bir diğer hüküm ise Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği'nin 18. maddesinin 2. fıkrasıdır. Bu hükme göre tüketicinin kredi borcunu ödemede temerrüdü halinde uygulanacak temerrüt faizinin en fazla akdi faiz oranının yüzde otuz fazlası olabileceği belirtilmiştir. Aksi halde maksimum oran uygulansaydı elde edilecek olan tutarın üzerindeki miktar tüketicie iade edilecek ve bu iade borcuna tüketici lehine uygulanacak temerrüt faizi oranı sözleşmede kararlaştırılan akdi faiz oranının yüzde otuz fazlası olacaktır. Bu kural ilk bakışta TTK 1530/I hükmünün bir görünümü olarak düşünülebilir. Ancak bu yaptırım, üst sınırı aşan temerrüt faizi oranını üst sınırdan geçerli saymakla kalmamakta, bunun ötesine geçerek kredi verenin fazla tahsil ettiği tutarı iade borcunu da aynı temerrüt faizi oranına tabi tutmaktadır.²⁹⁸

Hükmün caydırıcı amaç taşıyıp taşımadığını anlayabilmek için, bu hükümdeki yaptırım olmasaydı gerçekleşecek durumu incelemek faydalı olacaktır. Sözleşmede kararlaştırılan temerrüt faizinin akdi faiz oranının %30'undan daha fazla olduğu bir durumda, hükmün ikinci cümlesindeki yaptırımın yokluğunda, TTK 1530/I kıyasen uygulanarak, temerrüt faizi oranı akdi faiz oranının %30 fazlası olarak üst sınırdan ayakta tutulabilirdi. Bu durumda ödenen fazla tutar için kredi veren sebepsiz zenginleşmiş olacak, bu durumda kredi verenin kötü niyetli sebepsiz zenginleşen olduğu kabul edilebileceğinden, o TBK 117/I uyarınca ödemenin gerçekleştiği anda temerrüde düşecekti. Bu durumda uygulanacak temerrüt faizi ise, 3095 Sayılı Kanun uyarınca tespit edilecekti. Bu kanunun verdiği yetkiye dayanarak çıkarılan ve hâlâ yürürlükte olan ilgili Bakanlar Kurulu kararı²⁹⁹ uyarınca temerrüt faizi oranı %9'dur. Dolayısıyla, kredi verenin iade borcuna uygulanacak faiz oranı %9 olacakken, bu hükmün getirdiği yaptırım sonucu somut örnekte tarafların kararlaştırdığı akdi faiz oranının %30 fazlası olacak ve birçok durumda %9 oranının oldukça üstüne çıkabilecektir. Bu hükmün, kredi vereni, tüketicinin geçersizliği fark etmeme ihtimalinden faydalanarak tüketicie

297 Heizmann da KKG 15 ve 32 hükmündeki yaptırımların özel hukuk cezası olduğu sonucuna varmaktadır. Bkz. Heizmann (n 1) para 499. Honsell de hükmü yersiz bulsa da cezalandırıcı nitelikte olduğunu kabul etmektedir: Honsell (n 19) 331.

298 Krş yuk dn 135 ve buna bağlı metin.

299 19.12.2005 tarihli 2005/9831 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı (RG, 30.12.2005/26039).

yüksek faiz oranı dayatmaktan caydırmayı amaçlamaktadır. Yaptırımın baskın amacı kredi vereni caydırmak olduğundan, burada bir özel hukuk cezasından söz edilebilir.

L. TTK 198/PDEKİ YÜKÜMLÜLÜKLERE AYKIRILIK NEDENİYLE HAKLARIN DONMASI

TTK 198'de,³⁰⁰ ilk olarak, bir teşebbüsün³⁰¹ bir sermaye şirketinde sahip olduğu payların belirli eşiklere ulaşması ya da bu eşiklerin altına düşmesi hâlinde, teşebbüse bu durumu söz konusu işlemlerin tamamlanmasını izleyen on gün içinde sermaye şirketine ve ilgili yetkili makamlara bildirme yükümlülüğü getirilmiştir. İkinci olarak, teşebbüsün ve sermaye şirketinin yönetim kurulu üyeleriyle yöneticilerine de kendilerinin, eşlerinin, velayetleri altındaki çocuklarının ve bunların sermayelerinin en az yüzde yirmisine sahip buldukları ticaret şirketlerinin o sermaye şirketindeki payları ile ilgili bildirimde bulunma yükümlülüğü getirilmiştir.³⁰² Hükme göre söz konusu bildirimler yazılı şekilde yapılacak, ticaret siciline tescil ve ilan edilecektir.

Bildirim, tescil ve ilan yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin yaptırımı ise hükmün ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Bu yükümlülükler yerine getirilmediği takdirde ilgili paylara ait oy hakkı dâhil, diğer haklar donacaktır.³⁰³ Bu yaptırımın esas amacı caydırıcılık sağlayarak bildirim, tescil ve ilan yükümlülüğünün yerine getirilmesini sağlamaktır.³⁰⁴ Söz konusu caydırıcılık, kanunun beklediği davranışta bulunmayarak hukuka aykırı hareket eden kişilerin malvarlığında olumsuz bir durum meydana getirilerek sağlanmaktadır. Dolayısıyla burada bu çalışmada tanımlanan anlamıyla bir özel hukuk cezası söz konusudur.³⁰⁵

300 Hükümün uygulama alanı ve şartları bakımından öğretideki görüşler ve detaylı bir inceleme için bkz Kadir Baş, 'Anonim Şirketlerde Pay Sahiplerinin Türk Ticaret Kanunu m. 198 Uyarınca Bildirim Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğe Aykırılığın Sonuçları' (2020) 36(1) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 57-100.

301 Teşebbüs kavramının ne anlama geldiği hususunda bkz Gül Okutan Nilsson, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Şirketler Topluğu Hukuku* (On İki Levha 2019) 78. Bu konuda öğretideki tartışmalar ve diğer görüşler için bkz Baş (n 300) 62-67.

302 Yönetim kurulu üyelerinin ve yöneticilerin bildirim yükümlülüğünün doğumuna ilişkin şartlar ve bu konuda öğretideki tartışmalar için bkz Baş (n 300) 71-72 ve 74-75.

303 Donmanın paydan kaynaklanan malvarlığına ilişkin (kâr payı gibi) hakları da kapsadığı yönünde Baş (n 300) 92; donmanın kâr payı üzerindeki etkisi hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Okutan Nilsson (n 301) 528-529. TTK'da başkaca donma hâllerine de rastlamak mümkündür. Ancak pay sahipliği haklarının donmasına ilişkin karşılıklı iştirak hâlinde uygulanan TTK 201/I ve şirketin kendi payını iktisabı durumunda uygulanan TTK 389 hükümleri hukuka aykırı bir fiili yaptırıma bağlamadıkları için özel hukuk cezası niteliğinde değildir ve bu sebeple bu çalışmada incelenmeyecektir.

304 Okutan Nilsson da oy hakkının ne zamandan itibaren donacağı ve donma kararının sonradan kalkması sonucunda geçmiş yıllara ait kâr payının talep edilip edilemeyeceği hususlarında tercih ettiği çözümün hükmün caydırıcılığını artıracığını belirttiğinden, yazarın da hükmün amacının caydırıcılık olduğunu düşündüğü sonucuna varılabilir. Bkz Okutan Nilsson (n 301) 527 ve 529.

305 Aynı sonuç, pay alım teklifinde bulunma zorunluluğu doğan hallerde bu zorunluluğun yerine getirilmemesini oy haklarının donması yaptırımına bağlayan Sermaye Piyasası Kanunu 26/VI hükmü için de geçerlidir (Kanun Numarası: 6362, Kabul Tarihi: 06.12.2012, RG 30.12.2012/28513). Söz konusu donma yaptırımına ilişkin detaylar Pay Alım Teklifi Tebliği (II-26.1) 13/V hükmünde düzenlenmiştir (RG 23.01.2014/28891).

İsviçre Borsa Kanunu'nun (*Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel – BEHG*) 20. maddesinde yer alan ve daha sonra değiştirilen dördüncü fıkradaki hükümde, borsaya kote bir şirkette belirli oy hakkına sahip olup bunu bildirmeyen kişinin oy haklarının beş yılı geçmemek kaydıyla hâkim kararıyla askıya alınabilmesi öngörülmüştü. Bu yetki daha sonra hukuk hâkimlerinden alınıp düzenleyici-denetleyici kuruluş olan FINMA'ya (*Eidgenössische Finanzmarktaufsicht*)

Hükmün özel hukuk cezası niteliğinde olduğu tespit edildikten sonra hükümle ilgili birkaç soruna işaret etmek gerekir. İlk olarak, hükmün yönetim kurulu üyeleri ile yöneticilere, eşlerinin ya da velayetleri altındaki çocukların (ya da bunların sermayelerinin en az yüzde yirmisine sahip buldukları şirketlerin) payları bakımından bildirim yükümlülüğü getirdiği belirtilmişti. Yönetim kurulu üyelerinin ya da yöneticilerin bu yükümlülüğü yerine getirmemesinin sonucu ilgili payların donmasıdır. Burada sorunlu husus, ilgili payların hukuka aykırı fiilde bulunan yönetim kurulu üyeleri ya da yöneticilere ait olmamasıdır. Söz konusu kişilerin hukuka aykırı fiilleri sonucu bu kişilerin eşlerinin ya da velayetleri altındaki çocukların (ya da bunların en az yüzde yirmisine sahip oldukları şirketlerin) cezalandırılıyor olması şahsiliğe aykırıdır. Bu durumda hükümdeki yaptırımın bu kişiler bakımından uygulanmaması gerekir.

Benzer bir sorunla teşebbüsün paylarını elden çıkararak hükümdeki eşiklerin altında düşmesi durumunda karşılaşılır. Bu durumda teşebbüsün bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda elden çıkan payların donup donmayacağı öğretide tartışmalıdır.³⁰⁶ Söz konusu payların donacağı kabulü halinde burada cezalandırılan kişi payları iktisap eden kişidir. Bu kişinin söz konusu paylar bakımından ayrıca bildirim yükümlülüğünün doğmadığı durumlarda söz konusu kişi hukuka aykırı bir fiili olmamasına rağmen cezalandırılmaktadır. Yine bu durum da şahsiliğe aykırılık teşkil etmekte olup hükümdeki yaptırımın bu halde uygulanmaması gerekir.

Son olarak, tescil ve ilan yükümlülüğünün yerine getirilmemesi de oyların donması sonucunu doğurmaktadır. Tescil ve ilan yükümlülüğünün muhatabı, kanunda açıkça düzenlenmese de, Ticaret Sicili Yönetmeliği³⁰⁷ 107/V hükmü uyarınca payları iktisap edilen (ya da elden çıkarılan) sermaye şirkettir.³⁰⁸ Şirketin tescil ve ilan yükümlülüğünü yerine getirmemesi hâlinde cezalandırılan kişi payı iktisap eden kişi olmaktadır. Hükmün bu şekilde uygulanması halinde şahsiliğe aykırılık teşkil edeceği söylenebilir. Ancak öğretide bir görüş, payları işlem gören sermaye şirketinin tescil ve ilan yükümlülüğüne uymamasının yarattığı bu olumsuz durumun önüne geçmek için, bildirim yükümlülerinin de tescil ve ilanda bulunabileceğini savunmaktadır.³⁰⁹ Kanımızca hüküm cezaların şahsiliği ilkesine uygun şekilde yorumlanmalı ve bu son görüş kabul edilmelidir.

verilmiştir. Her ne kadar hükmün bir özel hukuk normu olup olmadığı tartışmalı olsa da Heizmann yetkinin hukuk hâkimlerinde olduğu dönem bakımından bu yaptırımı bir özel hukuk cezası olarak görmektedir. Bkz Heizmann (n 1) para 504-509.

306 Donacağı yönünde: Faruk Çelikyurt, *Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkının Donması* (Beta 2018) 211-213; donacağı kabulünün kanunun lafzına ve ruhuna uymadığı yönünde Baş (n 300) 89.

307 Ticaret Sicili Yönetmeliği, Bakanlar Kurulu Kararının Tarihi: 19.12.2013, RG 27.01.2013/6102.

308 Baş (n 300) 84, Veliye Yanlı ve Gül Okutan Nilsson, Türk Ticaret Kanunu'nun 198. Maddesi Uyarınca Bildirim Yapılmamasının Anonim Şirketteki Oy Haklarına Etkisi' iç Ercüment Erdem ve diğerleri (edr) *Prof. Dr. Hamdi Yasamaña Armağan* (On İki Levha 2017) 771, 776. Aksi yönde Ali Murat Sevi, *Anonim Ortaklıkta Payın Devri* (4. Bası, Seçkin 2018) 199.

309 Yanlı ve Okutan Nilsson (n 308) 784-786; aynı görüşte Baş (n 300) 84-85. Yazarlar tescil isteminin "ilgililer" tarafından yapılabileceğini belirten TTK 28/1 hükmüne dayanmaktadır.

M. ÇEK CEZASI

TTK 783/III uyarınca “*muhatap nezdinde karşılığı kısmen veya tamamen bulunmayan bir çek düzenleyen kişi, çekin karşılıksız kalan bedelinin yüzde onunu ödemekle yükümlü olduktan başka, hamilin bu yüzden uğradığı zararı da tazmin eder.*”

Bu düzenlemeden anlaşılacağı üzere kanun koyucu karşılıksız çek düzenleyeni, hamilin uğradığı zararı tazmin yükümlülüğüne ek olarak karşılıksız kalan bedelin yüzde onunu ödeme yaptırımına tabi tutmuştur. Aynı davranışa, bu özel hukuk yaptırımlarına ek olarak, Çek Kanunu'nda (ÇekK)³¹⁰ ceza hukuku anlamında bir cezai yaptırım da bağlanmıştır. ÇekK 5'te *‘üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanuni ibraz süresi içinde ibrazında, çekle ilgili olarak “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebebiyet’* verme suç olarak düzenlenmiştir.³¹¹

Bu çalışmada TTK 783/III'te düzenlenen karşılıksız bedelin yüzde onu tutarında ödeme yükümlülüğü³¹² üzerinde durulacaktır. Uygulamada ve birçok eserde “çek tazminatı” olarak adlandırılan bu yaptırıma çek cezası ismi verilmesi³¹³ daha isabetlidir. Zira bu yaptırım, günümüzde hâkim olan görüş uyarınca³¹⁴ ve Yargıtay'ın bir kararında³¹⁵ da kabul edildiği üzere özel hukuk cezası niteliğindedir. Hâkim görüşün bu tespitini özel hukuk cezasının bu çalışmada kabul edilen unsurları bakımından test ettiğimizde bu yaklaşımın isabetli olduğu görülmektedir.

Öncelikle yaptırıma bağlanan davranış hukuka (TTK 783/I hükmüne) aykırı niteliktedir. Yaptırım bir özel hukuk yaptırımı niteliğinde olup hukuka aykırı fiilde bulunanın malvarlığına yönelmiştir. Hükmün cezalandırma amacı güttüğü de açıktır. Karşılıksız kalan bedelin yüzde onunun tazminat yaptırımına ek olarak düzenlenmiş olması, bu yaptırımın zararın tazmininden bağımsız olduğunu göstermektedir. Böyle bir düzenleme yapılmasındaki amaç düzenleyen bakımından caydırıcı bir etki doğurmaktır.³¹⁶ Hükmün daha ağır basan bir amacı bulunmadığına ve yaptırımı fail sözleşme ile gönüllü olarak da üstlenmediğine³¹⁷ göre burada bir özel hukuk cezası için aradığımız tüm ölçütler yerine gelmektedir.

310 Çek Kanunu, Kanun Numarası: 5941, Kabul Tarihi: 14.12.2009, RG 20.12.2009/27438.

311 Günümüzdeki düzenleme öncesinde kanun koyucunun sıklıkla yaptığı değişikliklerin özeti ve bu suç hakkında bilgi için bkz Kendigelen, Çek, 415 vd.

312 Bu hükmün muadili İsviçre Borçlar Kanunu'nda da bulunmaktadır (OR 1103). Ancak bu hükümde (6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunu'nun 695. maddesinin üçüncü fıkrasında da olduğu gibi) karşılıksız kalan bedelin yüzde onunun değil beşinin ödeneceği düzenlenmektedir.

313 Bkz Ali Haydar Yıldırım, ‘Çek Cezası (TTK 783/3)’ (2015) 16 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanteze Armağan) 3449-3506.

314 Theo Guhl and Jean Nicholas Druey, ‘Der Check’ in Theo Guhl and others (eds) *Das Schweizerische Obligationenrecht - mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts* (9. Bası, Schulthess 2000) §88 para 19; Heizmann (n 1) para 413-414; Orell Füssli Kommentar-Schwarz-OR 1103 (n 154) para 5; Yıldırım (n 313) 3459; Abuzer Kendigelen, *Çek Hukuku* (5 Bası, On İki Levha 2019) 379; Gümüş, *Borçlar Genel* (n 6) 1044. Bu tespit yapıldığı diğer eserler için bkz Yıldırım (n 313) 3458 dn 28; Heizmann (n 1) para 413-414, dn 982-984. Öğretide ileri sürülmüş olan farklı görüşler ve bunların eleştirisi için Yıldırım (n 313) 3452-3458.

315 Yargıtay 11 HD, E 2011/683 K 2011/8676, 11.7.2011 <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 30 Eylül 2023.

316 Yıldırım (n 313) 3459; hükmün tamamen fail odaklı olduğu yönünde Heizmann (n 1) para 416; Güleriyüz ve Zorluoğlu Yılmaz (n 163) 348.

317 Yaptırımın bu özelliği çek cezasını ceza koşulundan ayırır (Yıldırım (n 313) 3455).

İsviçre'deki muadil hükmün (OR 1103) kanunlaşması sırasında Ulusal Meclis ve Eyaletler Meclisinde yapılan hazırlık çalışmaları sırasındaki açıklamalar ve İsviçre Borçlar Kanunu'nun Cenevre Yeknesak Kuralları ile uygun hâle getirilmesi sırasında yapılan kanun değişikliklerinin gerekçesindeki ifadeler de bu sonucu desteklemektedir.³¹⁸

Hemen belirtmek gerekir ki, TTK 783/III'teki yaptırıma ilişkin yapılan bu nitelendirmenin sonuçları öğretide her zaman yeterince dikkate alınmamaktadır. Öğretideki (tartışmasız olarak kabul edildiği ifade edilen)³¹⁹ görüşe göre TTK 783/III'teki yaptırımın uygulanması için düzenleyenin kusurlu olması gerekmez.³²⁰ Biz bu görüşe katılmıyoruz. Bu çalışmada savunulan görüşe göre özel hukuk cezası niteliğindeki yaptırımların uygulanması için failin kusurlu olması gerekir. Bunun nedeni ceza hukukunun kusur ilkesinin özel hukuk cezaları bakımından da uygulanacak olmasıdır.³²¹ Nitekim İsviçre öğretisinde *Heizmann* da çek cezası bakımından, kusurun kanunda yazılı olmayan bir şart olarak aranması gerektiğini savunmuştur.³²² Yukarıda da izah edildiği üzere, bu yaptırımın amacı ve sonuçları dikkate alındığında özel hukuk cezası niteliğinde olduğu konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır.³²³

Çek cezasının özel hukuk cezası niteliği, bu yaptırım bakımından cezalarda şahsilik ilkesinin de uygulanmasını gerektirir.³²⁴ Bu nedenle yaptırımın yalnızca düzenleyene yönelik olduğu, ciranta ve muhatap banka bakımından TTK 783/III'teki yaptırımın uygulanmayacağı yönündeki görüşler yerindedir.³²⁵ Yargıtay'ın aksi yöndeki yerleşik içtihadına³²⁶ ve öğretide bununla paralel hâkim fikre³²⁷ rağmen, düzenleyen lehine aval veren avalistin de çek cezasından sorumlu tutulması kanımızca mümkün değildir.³²⁸ Vardığımız bu sonucun gerekçesi olarak da cezaların şahsiliği ilkesi gösterilebilir. Yetkisiz temsilci ve başkasının imzasını taklit etmek suretiyle çek düzenleyen kişilerin

318 Heizmann (n 1) para 410-412.

319 Kendigelen (n 314) 379 dn 117.

320 Kendigelen (n 314) 379; Abuzer Kendigelen ve İsmail Kırca *Kıymetli Evrak Hukuku* (On İki Levha 2019) para 770; OFK-Schwarz-OR 1103 (n 154) para 5; Hüseyin Ülgen ve diğerleri, *Kıymetli Evrak Hukuku* (13. Bası, Vedat 2021) 353; Yıldırım, 3459 ve burada dn 29'da anılan eserler.

321 Bu konuda bkz aş IV/C. Benzer bir tartışma Çek Kanunu'ndaki cezai yaptırımlar bakımından da söz konusu olabilir. Şöyle ki, 2009 öncesi dönemde 3167 sayılı eski Çek Kanunu'nda düzenlenen karşılıksız çek keşide etme suçu bakımından, bu suçun objektif sorumluluk esasına dayandığı, şekli suç olduğu yönünde bir anlayış benimsenmiş, kusur ilkesiyle bağdaşmayan bu anlayış öğretide haklı eleştirilere maruz kalmıştı (Bu konuda bkz Kendigelen, Çek, 426; Sesim Soyer Güleç, *Borç için Hapis Yasağı ve Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçu* (Seçkin 2007) 196-197. Günümüzde TCK 5, TCK 21/I ve TCK 22/II ışığında ÇekK 5/I'de düzenlenen suç bakımından kastın aranması gerekir (Kendigelen (n 314) 425).

322 Heizmann (n 1) para 751.

323 Bu nedenle hükmün uygulanması için kusur aranmamasından hareketle burada bir özel hukuk cezası bulunmadığı yönündeki görüşe (Oral ve Baş (n 6) 532) katılmıyoruz.

324 Bkz aş IV/Ç.

325 Kendigelen (n 314) 378; Yıldırım (n 313) 3473-3477; Gül, 2015 (n 5) 361.

326 Kararlarda TTK 702 gerekçe olarak gösterilmektedir (Yargıtay 12 HD, E 2013/17726 K 2013/24638, 01.07.2013; 12 HD, E 2013/21146 K 2013/30812, 01.10.2013) ve ayrıca bkz. Yıldırım (n 313) 3478-3479. Kararlar için bkz <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 30 Eylül 2023

327 Yıldırım (n 313) 3480; bu görüşün savunulduğu başka eserler için bkz aynı yerde dn 89.

328 Aynı görüşte Kendigelen, (n 314) 380; bu görüşün savunulduğu başka eserler için bkz Yıldırım (n 313) dn 87.

TTK 783/III uyarınca bizzat sorumlu tutulmaları³²⁹ ise cezaların şahsiliği ilkesiyle çelişmez. Zira bu ihtimallerde cezalandırılması amaçlanan fiillerin failleri bu kişilerdir.³³⁰

Son olarak belirtmek gerekir ki, ceza, TTK 783/III uyarınca ayrıca istenebileceği açıkça ifade edilmiş olması nedeniyle, zarara ilişkin tazminat alacağından düşülmez.³³¹ Eğer kanunda bu yönde bir açıklık bulunmasaydı, kanımızca ceza tutarının zarar miktarı belirlenirken yarar olarak mahsup edilmesi (denkleştirilmesi) gerekirdi.

IV. CEZA HUKUKUNUN GENEL İLKELERİNİN ÖZEL HUKUK CEZALARINA UYGULANABİLİRLİĞİ

A. GENEL AÇIKLAMALAR

Yukarıda tespit edilen ölçütler çerçevesinde bir normun özel hukuk yaptırımını içerdiğinin tespitinden sonra yanıt aranması gereken soru şudur: Acaba özel hukuk cezaları bakımından ceza hukukunun genel ilkeleri uygulama alanı bulur mu?

Bu soruya yanıt verirken bir ayırım yapmak gerekir. Şayet ilgili özel hukuk normu AİHS 6 anlamında cezai nitelikte görülürse³³² AİHS ve Türkiye'nin taraf olduğu ilgili protokollerde bu tür yaptırımlara ilişkin düzenlenen güvencelerin bu yaptırımlar bakımından da sağlanması gerekir. Bu güvenceler ceza hukukunun genel ilkeleriyle örtüştüğü ölçüde, bu durum ceza hukuku ilkelerinin söz konusu yaptırımlara doğrudan uygulanması anlamına gelebilir (örn. AİHS 7 ve kanunilik ilkesi). Hemen belirtmek gerekir ki, bu çalışma kapsamında AİHM içtihadında bir özel hukuk cezasının AİHS 6 anlamında cezai nitelikte olup olmadığına dair değerlendirme içeren bir karara ulaşılamamıştır. Bununla birlikte bir özel hukuk cezasından bahsetmek için çalışmamızda aranması gerektiği sonucuna vardığımız ölçütlerle AİHM'nin *Engel* ölçütleri karşılaştırıldığında, bu tür yaptırımların AİHS 6 anlamında cezai nitelikte görülmesi ihtimalinin çok da düşük olmadığı söylenebilir.³³³ Ancak belirtmek gerekir ki AİHM içtihadında AİHS 6 anlamında cezai nitelikte olmakla birlikte, geleneksel olarak ceza hukuku meselesi olarak düşünülmeyen yaptırımlar bakımından, AİHS'nin cezalara ilişkin getirdiği güvencelerin katı bir biçimde uygulanmayacağı da belirtilmiştir.³³⁴

329 Bu konuda bkz Yıldırım (n 313) 3474-3475.

330 Çek Kanunu 5/III uyarınca (ilk cümle uyarınca yasak olmakla beraber) gerçek kişinin temsilcisi veya vekili olarak çek düzenlenmesi halinde cezai sorumluluğun çek hesabı sahibine ait olacağı öngörülmüştür. Ceza hukuku öğretisinde bu düzenlemenin, tartışmalı olmakla beraber, şahsilik ilkesine aykırı olduğu savunulmaktadır. Bu konudaki görüşler için bkz Veysel Candan Canoğlu, 'Ceza Sorumluluğunun Şahsiliği İlkesi' (Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi 2021) 340.

331 Kendigelen, (n 314) 379; Gül, 2015 (n 5) 361; Yıldırım (n 313) 3459.

332 Hangi yaptırımların bu anlamda ceza olduğuna ilişkin açıklamalar için bkz yuk II/B/3/b.

333 Krş. Heizmann (n 1) para 666: Yazar çalışmasında özel hukuk cezası olarak nitelendirdiği hükümlerin kural olarak aynı zamanda AİHS 6 anlamında cezai nitelikte olacağını belirtmektedir.

334 Guide on Article 6 (criminal limb) para 5; *Jussila v Finland* App no 73053/01 (ECtHR, 23 November 2006) para 43; *Sancaklı v Turkey* App no 1385/07 (ECtHR, 15 May 2018) para 43-52; *Marčan v Croatia* App no 40820/12 (ECtHR, 10 July 2014) para 37-41. Atf yapılan kararlar sözlü ve aleni duruşma yapılması gereğine ilişkindir.

Bu çalışmada tanımlanan şekliyle özel hukuk cezası niteliğindeki bir yaptırımın AİHS 6 anlamında cezai nitelikte görülmemesi (veya bu nitelikte olmakla birlikte güvencelerin bütünüyle uygulanmasını gerektirecek kadar ağır nitelikte görülmemesi) durumunda da ceza hukukunun genel ilkelerinin kıyasen bu yaptırımlara uygulanıp uygulanamayacağı sorunu gündeme gelir. Özel hukuk cezalarının esasen özel hukuka yabancı olan, istisnai nitelikte ve temel olarak cezalandırma amacı güden hükümler olduğu açıklanmıştır. Bu nedenle ceza hukukuna ilişkin ilkelerin niteliklerine uygun düştüğü ölçüde özel hukuk cezalarına da uygulanabileceği kanısındayız.³³⁵ Aşağıda ceza hukukunun genel ilkeleri niteliğinde olan kanunilik ilkesi, kusur ilkesi, cezaların şahsiliği ilkesi ve *ne bis in idem* (*non bis in idem*)'in özel hukuk cezalarına uygulanmasının sonuçları açıklanacaktır. Belirtmek gerekir ki, incelenen ilkeler tüketici biçimde düşünülmemiştir. Ceza hukukuna ilişkin başka ilkelerin de özel hukuk cezalarına uygulanabilirliği tartışılabilir bir meseledir.³³⁶

B. KANUNİLİK İLKESİ

Hukukumuzda kanunilik ilkesinin anayasal dayanağı AY 38/I ve III'te bulunmaktadır. “*Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.*” (AY 38/I). “*Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur.*” (AY 38/III). AİHS 7 uyarınca da “*(h) iç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Aynı biçimde, suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.*” Kanunilik ilkesine TCK’da da yer verilmiştir (TCK 2/I). Kısaca, kanunsuz suç olamaz (*nullum crimen sine lege*) ve kanunsuz ceza olamaz (*nulla poena sine lege*).

Bu ilkenin kabulünün doğrudan sonucu, suç teşkil eden fiillerin kanunda açık ve kesin bir biçimde belirlenmesi ve cezanın türü ve muhtemel ağırlığının da yine kanunda belirlenmesi gereğidir.³³⁷ İlkenin kabulünün doğurduğu diğer sonuçlar arasında ise kıyas yasağı (TCK 2/III), geçmişe etki yasağı (TCK 7/I) ve davranışların suç olarak kabul edilmesinin³³⁸ ve cezaların ağırlaştırılmasının örf ve âdet hukukuna dayandırılmaması sayılabilir.³³⁹

Sayılan tüm yasak ve gerekliliklerin özel hukuk cezaları bakımından da dikkate alınması gerekir.³⁴⁰ Bu nedenle, oldukça silik bir ayırım olmakla birlikte özel hukuk bakımından büyük bir önem teşkil etmediği kabul edilen genişletici yorum / kıyas ayırımı³⁴¹ özel hukuk cezaları bakımından önem kazanır. Zira özel hukuk cezası içeren hükümlerin uygulama alanının boşluk doldurma (örneğin

335 Aynı şekilde Heizmann (n 12) para 675 vd. Rekabet hukukundaki üç kat tazminat bakımından bu şekilde Cömert Akbay (n 123) 167-169.

336 Örneğin masumiyet karinesi ve *in dubio pro reo* için bkz Heizmann (n 12) para 766 vd; susma hakkı için bkz Heizmann (n 12) para 805 vd.

337 Dönmezer ve Erman (n 16) 21; Roxin ve Greco (n 13) §5 para 4, 11; Centel, Zafer ve Çakmut (n 31) 46.

338 Centel, Zafer ve Çakmut (n 31) 53.

339 Roxin and Greco (n 13) §5 para 8-10.

340 Heizmann (n 1) para 687; kıyas yasağı bakımından aksi fikirde Gül (n 5) 2015, 308.

341 Serozan, Engin ve Atamer (n 6) 153-154.

kıyas) yoluyla genişletilmesinin mümkün olmadığı kabul edilmelidir.³⁴² Örneğin bu çalışmada özel hukuk cezası niteliğinde bir yaptırım içerdiği kabul edilen TBK 81'in istihkak talepleri bakımından da uygulanıp uygulanmayacağı bakımından, hükmün uygulama alanının bu şekilde genişletilmesinin boşluk doldurma mı yoksa yorum mu teşkil ettiği önemlidir.³⁴³

Ayrıca belirtmek gerekir ki, bu çalışmada bir özel hukuk cezasının mevcudiyetinin kabul edilebilmesi için aranması gerektiği sonucuna varılan ölçütlerin dikkatli bir biçimde uygulanması sonucunda, öğretilde zaman zaman özel hukuk cezası olarak anılan hükümlerin bu nitelikte olmadığı sonucuna varılmaktadır. Böylece bu hükümler bakımından söz konusu olan kural aksaklıklarının boşluk doldurma yoluyla giderilmesinin de önu açılmış olmaktadır. Örneğin mirastan yoksunluk sebeplerinin sınırlı sayıda olduğu kabul edilse bile kurumun amacıyla bağdaşmadığı gerekçesiyle belirli ihtimallerde bu yaptırımı uygulamak³⁴⁴ mümkün olabilecektir.

Kanunilik ilkesi uyarınca cezai yaptırıma bağlanan fiillerin kanunda açık ve kesin bir biçimde belirlenmesi gereği bakımından TBK 81'deki yaptırımın kanunilik ilkesiyle ne ölçüde bağdaştığı tartışmaya açıktır. Zira hangi amaçların ahlaka aykırı olduğu son tahlilde hâkim tarafından takdir edilecektir.³⁴⁵ Cezanın türü ve muhtemel ağırlığının kanunda belirlenmesi gereği bakımından da TBK 355/III'e dikkat çekmekte fayda vardır. Bu hükümde yeniden kiralama yasağının ihlalinin yaptırımının alt sınırı belirlenmiş, buna karşılık cezaya ilişkin bir üst sınır koyulmaksızın hâkime takdir yetkisi tanınmıştır. Kanunilik ilkesi uyarınca hükümde cezaya bir üst sınır da getirilmesi yerinde olurdu.³⁴⁶ Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği'nin 18. maddesinin 2. fıkrasındaki özel hukuk cezası yaptırımı ve bu yaptırıma yol açan davranış kanunla düzenlenmediği için kanunilik ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Geçmişe etki yasağı sadece ceza hukuku bakımından değil, hukuk güvenliği ile bağdaşmaması nedeniyle kural olarak özel hukukta da dikkate alınan bir yasadır.³⁴⁷ Bu yasağın özel hukuk cezaları bakımından da söz konusu olacağına tereddüt etmemek gerekir.³⁴⁸ Yeni kanunun bir özel hukuk cezasını ağırlaştırmış olması veya eski kanunda özel hukuk cezası yaptırımına bağlanmayan bir davranışın yeni kanunda bu şekilde düzenlenmesi durumlarında daha ağır olan (veya kanuna yeni eklenen) ceza eski kanun döneminde gerçekleşen fiil bakımından uygulanamaz. Örneğin yukarıda özel hukuk cezası niteliğinde olduğu sonucuna varılan "çek cezası"na ilişkin yaptırım 6762 sayılı

342 Heizmann (n 1) para 691; Oğuzman ve Öz, *Cilt II* (n 7) para 348: "Medeni Hukuk cezası" olarak da adlandırılan bu istisnai durumlar asla kıyasen veya boşluk doldurma bahanesiyle genişletilemez." Medeni ceza alanında, kıyas yoluyla bir uygulama yapılmasının uygulayıcıyı yasa koyucu konumuna getireceği ve anayasal ilkelere aykırı olduğu yönünde Utkan Araslı, *Sosyal Güvenlik ve Sosyal Sigortalar, Cilt 1* (Turhan 2002) 385-386.

343 Bu şekilde bir uygulamanın kıyas yasağına aykırılık teşkil edeceği için mümkün olmadığı yönünde Heizmann (n 1) para 711-712 (krş para 715). Kanımızca bu ihtimalde kıyasın değil amaca yönelik genişletici yorumun söz konusu olduğunun savunulması da mümkündür (bkz yuk III/Ġ).

344 Engin (n 180) 76-77.

345 Hükmün bu nedenle kanunilik ilkesine aykırı olduğu görüşü için bkz yuk dn 239.

346 Genel olarak özel hukuk cezaları bakımından benzer şekilde Gül (n 115) 2019, 363; Cömert Akbay (n 123) 156.

347 Oğuzman ve Barlas (n 108) para 268.

348 Heizmann (n 1) para 692.

mülga Türk Ticaret Kanunu'nda (eTTK)³⁴⁹ karşılıksız çıkan bedelin yüzde beşi olarak düzenlenmişti (eTTK 695/III). Bu oran TTK ile yüzde ona çıkarılmıştır. Geçmişe etki yasağı uyarınca eski kanun döneminde düzenlenen ve karşılıksız çıkan bir çek bakımından yüzde onluk oran uygulanamaz. Keza bu çalışmada özel hukuk cezası niteliğinde olduğu sonucuna varılan TBK 355/III'teki yaptırımın da TBK yürürlüğe girmeden önceki dönemde yeniden kiralama yasağına aykırı davranan kiraya veren bakımından uygulanamaması gerekir.

Buna karşılık yeni kanunla eski kanundaki özel hukuk cezası hafifletilmiş veya yaptırım tamamen kaldırılmışsa TCK 7/II'ye kıyasen yeni kanunu dikkate almak yerinde olur.³⁵⁰ Örneğin çek cezasının oranı yeni kanunla azaltılmış olsaydı, çek eski kanun döneminde düzenlenmiş olsaydı dahi yeni kanundaki düşük oranın dikkate alınması gerekirdi.

C. KUSUR İLKESİ

Çağdaş ceza hukukunda benimsenen kusur ilkesine göre cezalandırma ancak kusurun varlığı hâlinde söz konusu olur. Bir başka deyişle kusursuz suç olmaz (*nullum crimen sine culpa*) ve kusursuz ceza olmaz (*nullum poena sine culpa*). Kusur ilkesinin bir diğer sonucunun da cezanın kusur ile orantılı olması gereği olduğu ifade edilmektedir. Ceza failin kusuru yani fiili nedeniyle kınanabilirliğinin derecesine göre, hak ettiği ölçüde olmalıdır.³⁵¹

Kusur ilkesinin özel hukuk cezaları bakımından uygulanmasının sonucu olarak, öncelikle failin bizzat kınanabilir olması gerekir. Buna ek olarak ceza hukukunda suçun manevi unsurları olarak, özel hukukta kusurun türleri olarak görülen kast ve taksir (özel hukukta ihmal) de ayrıca aranmalıdır.³⁵² Acaba TCK 22/I'den hareketle, özel hukuk cezası yaptırımının uygulanabilmesi için taksir (özel hukukta ihmal) ile işlenen fiiller bakımından kanunda bu hususta bir açıklık aranmalı mıdır? *Heizmann* bunun kabulü durumunda birçok durumda özel hukuk cezasının uygulanamaz duruma geleceğini belirtmektedir. Zira kanun koyucu özel hukuk cezası yaptırımı öngören hükümleri kaleme alırken bu fiillerin taksirle işlenme ihtimalini açıkça düzenleme ihtiyacı duymamıştır.³⁵³ Bizce de isabetli olan bu fikrin gerekçesi olarak ceza hukuku ilkelerinin özel hukuk cezalarına niteliklerine uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanıyor olması gösterilebilir. Şayet bir yaptırımın AİHS 6 uyarınca cezai nitelikte olduğu sonucuna varılırsa da aynı sonuca AİHM'nin AİHS 6 anlamında cezai nitelikte olmakla birlikte, geleneksel olarak

349 Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6762, Kabul Tarihi: 29.06.1956, RG 09.07.1956/9353.

350 Heizmann (n 1) para 692.

351 Kusur ilkesi için bkz Centel, Zafer ve Çakmut (n 31) 43-46; Demirbaş (n 32) 63; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (11. Bası, Seçkin 2018) 53-54. Ayrıca bkz yuk dn 35. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun güncel bir kararında ilkeye ilişkin şu açıklamalar yapılmaktadır: “Kusur ilkesi; kusursuz ceza olmaz prensibine dayanmaktadır. Failin işlemiş olduğu suçtan dolayı şahsen kınanabildiği hâllerde cezalandırılmasını ifade eder. İlke ile amaçlanan, cezanın kusuru gerektirdiği ve kusurlu hareket etmeyen kişinin cezalandırılmayacağıdır. Bu ilkeden çıkarılacak birinci sonuç, netice sorumluluğunun kaldırılmış olması; ikinci sonuç ise cezanın kusur derecesini aşmayacağı yani ceza hukukunda kusurlu orantılı ceza tayininin esas alınacağıdır.” (Yargıtay CGK, E 2020/295 K 2022/159, 08.03.2022 <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 30 Eylül 2023).

352 Heizmann (n 1) para 743.

353 Heizmann (n 1) para 745.

ceza hukuku meselesi olarak düşünülmeyen yaptırımlar bakımından, AİHS'nin cezalara ilişkin getirdiği güvencelerin katı bir biçimde uygulanmayacağı yönündeki içtihadından³⁵⁴ hareketle varılabilir.

Bu çalışmada incelenen hükümlerden özel hukuk cezası niteliğinde olduğu sonucuna varılanlar kusur ilkesi bağlamında incelendiğinde dikkat çeken hususlar şunlardır:

Çek cezası yaptırımını bakımından öğretideki hâkim fikrin kusur aramaması kanımızca kusur ilkesi karşısında isabetli değildir.³⁵⁵ Bununla birlikte ceza miktarının karşılıksız çıkan tutarın belirli bir oranı olarak tespit ediliyor olması cezanın fiilin ağırlığı ile orantılı olduğu anlamına gelmekte ve ilk bakışta kusur ilkesiyle bağdaşmaktadır. *Heizmann*'a göre ceza miktarının tespitinde ayrıca kusurun ağırlığının da dikkate alınacağı bir düzenleme yapılması daha isabetli olurdu. Böylece karşılıksız çıkan tutarın çok yüksek fakat kusurun az olduğu durumlarda cezadan indirim yapılması söz konusu olabilirdi.³⁵⁶

Hukuka veya ahlaka aykırı bir amaçla verilen şeyin geri istenememesi yaptırımı (TBK 81) bakımından kusurun aranacağı açıktır. Zira bu yaptırım ancak verilen şeyin bu "amaçla" verilmesi durumunda devreye girmektedir. Bununla birlikte ceza yaptırımının ağırlığının kusurla orantılı olduğunu söylemek güçtür. Alman hukukundaki muadil hüküm olan BGB §817/II bağlamında da ifade edildiği üzere, ceza miktarı güdülen amaçtaki hukuka ve ahlaka aykırılığın ağırlığından bağımsız olarak, karşı edimin tutarına göre değişmektedir. Bunun ise kusur ilkesiyle bağdaştığını söylemek güçtür.³⁵⁷

TTK 198/I uyarınca öngörülen hakların donması yaptırımını bakımından kusurun aranıp aranmadığı açık değildir. Kanımızca bu yaptırımın bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmesinde kusuru olmayan kişiler bakımından uygulanamaması gerekir. TTK 1530/VII'de düzenlenen temerrüt faizine ilişkin özel hukuk cezası kusur ilkesine uygun olarak failin kusurlu olduğu durumlarda uygulanmalıdır.³⁵⁸ Buna karşılık cezanın ağırlığı bakımından kusur ve fiilin ağırlığı ile bir orantı kurulmamış olmasının kusur ilkesiyle ne ölçüde bağdaştığı tartışmaya açıktır. Tüketici kredisi sözleşmeleri bakımından öngörülen yaptırımlar ise kusurun aranması bakımından kusur ilkesiyle bağdaşmaktadır. Ancak bu yaptırımların da bazılarında (TKHK 25/II c 1; Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği 18/II) cezanın fiilin ağırlığı ve kusur ile orantılı olacak şekilde değişken belirlenmediği görülmekte olup bu durumun kusur ilkesiyle ne ölçüde bağdaştığı tartışmaya açıktır.

354 Bkz yuk dn 334 ve buna bağlı metin.

355 Bkz yuk III/M.

356 Heizmann (n 1) para 751.

357 Alman hukuku bakımından Philipp Heck, 'Die Ausdehnung des § 817, S. 2, auf alle Bereicherungsansprüche' (1925) 124 Archiv für civilistische Praxis 1, 57 vd; Canaris (n 236) 523. İsviçre hukuku bakımından von Büren (n 235) 226; Heizmann (n 1) para 757-758.

358 Bkz yuk dn 265.

Ç. CEZALARIN ŞAHSİLİĞİ İLKESİ

Ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi Anayasa 38/VII ve TCK 20/I'de açıkça belirtilmiştir. Bu ilke, yalnızca fiili işleyen kişinin cezalandırılabilmesi anlamına gelir.³⁵⁹ İlkenin özel hukuk cezası yaptırımları bakımından da uygulanması gerekir. Dolayısıyla bir özel hukuk yaptırımı hukuka aykırı fiili işleyen kişi dışında birine uygulanamayacaktır. Bu sebeple, yukarıda açıklandığı üzere, TTK 198/II'deki donma yaptırımının bildirim yükümlüsü dışındaki kişilere ve çek cezasına ilişkin TTK 783/III'teki yaptırımın düzenleyen lehine aval veren avaliste uygulanması şahsilik ilkesine aykırıdır.

Şahsilik ilkesinin bir görünümü cezaların mirasçılara geçmemesidir.³⁶⁰ Nitekim bu husus hapis ve henüz ifa edilmemiş adli para cezaları bakımından TCK 64/II'de açıkça ifade edilmiştir. Aynı sonuç idari para cezaları bakımından da kabul edilmektedir.³⁶¹ Benzer şekilde, henüz ifa edilmemiş özel hukuk cezalarının da mirasçılara geçmeyeceğini kabul etmek uygun olur.³⁶² Bir hakkın kaybedilmesi veya doğmasının engellenmesi şeklinde gerçekleşen özel hukuk cezaları, örneğin TBK 81, bakımından yaptırım fiilin işlenmesi sonucu kendiliğinden uygulandığından fiili işleyen kişinin ölümü sonucu talep hakkı yeniden canlanmayacaktır. Bu sonuç, tahsil edilmiş adli para cezalarının da failin ölümü sonucu mirasçılar tarafından geri istenemeyeceği düşünüldüğünde tutarlıdır. Bir hakkın askıya alınması şeklindeki geçici yaptırımlar bakımından ise fiili işleyen kişinin ölümü sonucu yaptırımın duracağını belirtmek gerekir. Örneğin bildirim yükümlüsünün ölümü sonucu TTK 198/II uyarınca donmuş olan oy hakları canlanacaktır. Mirasçıların kendi bildirim yükümlülüklerini yerine getirmemeleri halinde ise oy hakları tekrar donacaktır, zira burada artık mirasçıların bir fiili söz konusudur.

Acaba mağdurun ölmesi hâlinde onun mirasçıları özel hukuk cezası niteliğindeki yaptırımın uygulanmasını sağlayabilirler mi? Bir görüşe göre, özel hukuk cezası yaptırımı bu ihtimalde uygulanmaz.³⁶³ Biz bu görüşe katılmıyoruz. Özel hukuk cezası niteliğindeki yaptırımlar, failin bir hakkı kaybetmesi, bir borç altına girmesi veya bir hakkın doğumunun engellenmesi şeklinde gerçekleşmektedir. Örneğin düzenlenen bir çekin karşılıksız çıkması durumunda hamil karşılıksız çıkan bedelin yüzde onu tutarında bir alacak hakkı kazanmış olacaktır. Bu alacak hakkı, kazanılmasıyla birlikte hamilin malvarlığına girmiş olur ve onun ölümü durumunda bu alacak hakkı tereke kapsamında mirasçılara intikal eder. Mağdurun özel hukuk cezası yaptırımının uygulanması neticesinde elde ettiği hak kişiye sıkı sıkıya bağlı nitelikte olmadığı müddetçe³⁶⁴ miras yoluyla intikalin önünde bir engel bulunmamaktadır.

359 Zafer (n 32) 49; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 24) 76; Hakeri (n 32) 37; Canoğlu (n 330) 56. Ceza hukukunda tüzel kişilere yaptırım uygulanmamasını bazı yazarlar bu ilkenin bir sonucu olarak görse de (örneğin Hakeri (n 32) 37), yukarıda (II/Ç) belirttiğimiz üzere tüzel kişilere özel hukuk cezalarının uygulanabilirliği konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır.

360 Canoğlu (n 330) 64-68.

361 Örneğin bkz. Danıştay İDDK, E 2013/2995 K 2015/1226, 09.04.2015; Danıştay İDDK, E 2006/2914 K 2007/1316, 31.05.2007; Danıştay 13 D, E 2018/3662 K 2019/180, 17.01.2019. Kararlar için bkz <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 30 Eylül 2023.

362 Aynı yönde Heizmann (n 1) para 771.

363 Heizmann (n 1) para 771.

364 Bu tür hakların mirasçıya intikal etmeyeceği yönünde Serozan ve Engin (n 158) §1 para 150.

Son olarak belirtmek gerekir ki, bir haksız fiilin birden fazla failinin olduğu ve dolayısıyla bu kişilerin zarardan müteselsilen sorumlu tutulduğu bir örnekte, faillerden biri veya bazıları bakımından aynı fiil nedeniyle bir özel hukuk cezası yaptırımının uygulanması söz konusu ise, diğer failer bu yaptırımdan müteselsilen sorumlu tutulamamalıdır.³⁶⁵ Şayet faillerden yalnızca biri bakımından özel hukuk cezası yaptırımının koşulları gerçekleşmişse cezai nitelikteki bu yaptırıma o fail tek başına katlanacaktır. Birden fazla fail bakımından yaptırımın şartları gerçekleştiğinde ise cezai yaptırımın her bir fail bakımından ayrı ayrı uygulanması gerekir.

D. NE BIS IN IDEM

Ne bis in idem ilkesi en basit haliyle aynı fiilin iki kez kovuşturulamayacağı ve cezalandırılmayacağı anlamına gelir.³⁶⁶ Bu ilkenin amacı hukuk ve kişi güvenliğinin sağlanmasıdır.³⁶⁷ *Ne bis in idem* ilkesi Türk Anayasası'nda açıkça düzenlenmemekle birlikte Türkiye'nin imzalayıp yürürlüğe koyduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 7 Numaralı Protokol'ün 4. maddesinde hükme bağlanmıştır.³⁶⁸ Ayrıca ilkenin, hukuk devleti ilkesinin bir sonucu olduğu kabul edilmektedir.³⁶⁹ İlkenin pozitif hukuktaki görünümüne örnek olarak aynı fiil sebebiyle aynı sanık hakkında daha önce verilmiş bir hüküm ya da açılmış bir dava olması hâlinde davanın reddedileceğini belirten Ceza Muhakemesi Kanunu³⁷⁰ 223/VII ve bir fiilin hem kabahat hem de suç teşkil etmesi halinde sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanacağını belirten Kabahatler Kanunu³⁷¹ 15/III verilebilir.³⁷²

Daha önce belirtildiği üzere bu çalışmadan benimsenen anlamıyla özel hukuk cezalarının AİHS 6 kapsamında cezai nitelikte olduğunun kabulü halinde doğrudan,³⁷³ aksi halde ise kıyasen, *ne bis in idem* ilkesinin özel hukuk cezaları bakımından uygulanabilirliği gündeme gelecektir. Özel hukuk cezasına konu ve aynı zamanda başka bir cezai yaptırıma tabi fiillere her iki yaptırımın birlikte uygulanması *ne bis in idem* ilkesine aykırılık teşkil eder mi?

365 Cezalar bakımından müteselsil sorumluluğun söz konusu olamayacağı, zira adli para cezaları bakımından alacaklı konumunda bulunan devletin yaptırımın infaz edilmesi amacıyla bir başkasını cezalandırmasının kabul edilemeyeceği yönünde: Canoğlu (n 330) 62-63.

366 Şeyma Cebeci, *Türk Ceza Hukuku Bağlamında Ne bis in idem İlkesi* (On İki Levha 2021) 8; Mustafa Özen, 'Non Bis İn İdem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi' (2010) 14(1) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 389, 390.

367 Özen (n 366) 389-390; Cebeci (n 366) 9; Heizmann (n 1) para 783.

368 Protokol'ün onaylanmasının uygun bulunduğu dair 6684 Sayılı Kanun 10.03.2016 tarihinde kabul edilmiş, 25.03.2016 tarih ve 29664 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Protokol'ün onaylanması 08.04.2016 tarih ve 29678 Sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 28.03.2016 tarih ve 2016/8717 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı kararlaştırılmıştır. Protokol Türkiye açısından 01.08.2016'da yürürlüğe girmiştir.

369 Cebeci (n 366) 10; Özen (n 366) 389; Anayasa Mahkemesi, E 2019/16 K 2019/15, 14.03.2019, para 11; Anayasa Mahkemesi, E 2017/33 K 2019/20, 10.04.2019, para 49.

370 Ceza Muhakemesi Kanunu, Kanun Numarası: 5271, Kabul Tarihi: 04.12.2004, RG 17.12.2004/25673.

371 Kabahatler Kanunu, Kanun Numarası: 5326, Kabul Tarihi: 30.03.2005, RG 31.03.2005/25772 (Mükerrer).

372 Cebeci (n 366) 10-11.

373 Ek 7 Numaralı Protokol'ün 4. Maddesinin uygulanabilirliği bakımından bir normun cezai nitelikte olması için AİHS 6 kapsamında benimsenen *Engel* kriterlerinin tatbik edileceği yönünde: *A and B v. Norway* App nos 24130/11 and 29758/11 (ECtHR, 15 November 2016), para 107; *Goulardis and Vardinogianni v. Greece* App no 1735/13 (ECtHR, 16 September 2022), para 52; *Galović v. Croatia* App no 45512/11 (ECtHR, 30 November 2021), para 105.

Bu sorunun cevaplanması için ilkenin kapsamının aydınlatılması gerekir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi içtihatlarında ilkenin mutlak olmadığı kabul edilmektedir. Buna göre, iki farklı yaptırım farklı amaçlarla öngörülmüşse aynı fiilin farklı hukuk disiplinlerinde öngörülen yaptırımlarla cezalandırılması ilkeyi ihlal etmez.³⁷⁴ AİHM'nin uyguladığı test ise daha kapsamlıdır. Mahkemenin, özellikle aynı fiilin³⁷⁵ idare hukuku ve ceza hukukunda ayrı ayrı cezai yaptırımlara bağlandığı hâllerin ilkeyi ihlal edip etmediğine ilişkin güncel içtihadı *A and B v. Norway* kararında belirtilen kriterlere dayanmaktadır.³⁷⁶

Bu kararda mahkeme, geçmişteki içtihadını özetledikten³⁷⁷ sonra şu tespitleri yapmıştır. İlk olarak AİHS, devletlerin cezalandırma sürecini parçalara bölmelerini ve farklı cezalar uygulamasını yasaklamamaktadır.³⁷⁸ Devletler, hukuka aykırı fiillere, birbirini tamamlayarak bir bütün oluşturan ve ilgili sosyal sorunun farklı yönlerini hedef alan hukuki mekanizmalarla cevap verebilirler, yeter ki söz konusu hukuki mekanizmalar kümülatif olarak uygulandığında fiili işleyen kişi bakımından öngörülemez ve ölçsüz bir yük ortaya çıkmasın.³⁷⁹ Sonuç olarak, mahkemeye göre, aynı fiile karşı öngörülen birden fazla yaptırımın *ne bis in idem* ilkesi ile çelişmemesi için ilgili süreçlerin hem maddi bakımdan hem de zaman bakımından birbiriyle yeterince yakın bağlantılı (*sufficiently closely connected in substance and in time*) olması gerekir. Maddi bağlantının sağlanıp sağlanmadığının tespiti için mahkeme aşağıdaki kriterlerin dikkate alınabileceğini belirtmektedir.³⁸⁰

- Yaptırımların birbirini tamamlayan amaçlar güdüp gütmeyeceği ve dolayısıyla yalnızca soyut olarak değil somut olarak da ilgili davranışın farklı yönlerini ele almadığı
- Aynı davranışa karşı birden fazla yaptırım uygulanmasının, hem hukuken hem de fiilen, davranışın öngörülebilir bir sonucu olup olmadığı
- İlgili süreçlerin, delillerin toplanması ve değerlendirilmesinde mükerrerliği mümkün olduğunca önleyecek şekilde yürütülüp yürütülmediği, özellikle bir süreçteki vakıaların tespitinin diğerinde de dikkate alınmasını sağlamak için makamlar arasında yeterli etkileşimin sağlanıp sağlanmadığı

374 Cebeci (n 366) 12; Anayasa Mahkemesi, E 2017/28 K 2017/107, 31.05.2017, para 15; Anayasa Mahkemesi (Bireysel Başvuru), Başvuru No 2018/9115, 27.03.2019, para 52; Yargıtay 12 CD, E 2020/3021 K 2021/5096, 22.06.2021 <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 30 Eylül 2023. AYM bir kararında ise aşağıda açıklanacak olan AİHM'nin *A and B v. Norway* App nos 24130/11 and 29758/11 (ECtHR, 15 November 2016) kararındaki ölçütleri uygulamıştır: Anayasa Mahkemesi, E 2019/4 K 2021/78, 04.11.2021.

375 AİHM, uygulanan yaptırımların aynı fiili (*idem*) konu alıp almadığını incelerken *Zolotukhin v. Russia* App no 14939/03 (ECtHR, 10 February 2009) kararında benimsenen ölçütü (para 78-84) uygulamakta ve vakıaların tamamen ya da büyük ölçüde aynı olup olmadığını incelemektedir: bkz *A and B v. Norway* App nos 24130/11 and 29758/11 (ECtHR, 15 November 2016), para 102; *Goulandris and Vardinogianni v. Greece* App no 1735/13 (ECtHR, 16 September 2022), para 68; *Galović v. Croatia* App no 45512/11 (ECtHR, 30 November 2021), para 107.

376 *A and B v. Norway* kriterlerinin uygulandığı yakın tarihli kararlara örnek olarak *Goulandris and Vardinogianni v. Greece* App no 1735/13 (ECtHR, 16 September 2022), para 54; *Galović v. Croatia* App no 45512/11 (ECtHR, 30 November 2021), para 113.

377 *Galović v. Croatia* App no 45512/11 (ECtHR, 30 November 2021), para 112-116.

378 *ibid* para 120.

379 *ibid* para 121-122.

380 *ibid* para 132.

- Son olarak ve belki de en önemlisi kişinin aşırı bir yüke katlanmak zorunda kalmasını önlemek amacıyla, önce kesinleşen süreçte uygulanan yaptırımın en son kesinleşen süreçte dikkate alınıp alınmadığı.

Maddi bağlantıya ek olarak zaman bakımından yeterli bağlantının da incelenmesi gerekmektedir. Mahkemeye göre bu bağlantının varlığı için iki sürecin başından sonuna kadar eş zamanlı yürütülmesi gerekmemekte; kişiyi belirsizlikten, süreçlerin gecikmeye maruz kalmasından ve işlemlerin zaman içinde uzamasından koruyacak kadar yakınlık içinde olması yeterli görülmektedir.³⁸¹

Kanaatimizce, AİHM'nin kriterleri dikkate alındığında, özel hukuk cezası niteliğindeki yaptırımların, aynı zamanda bir suç teşkil etmesi ya da cezai nitelikteki bir idari yaptırıma konu olması halinde, *ne bis in idem* ilkesine aykırı olması kural olarak söz konusu değildir.³⁸² Öncelikle maddi bağlantı için mahkemenin aradığı kriterler sağlanmaktadır. Daha önce belirtildiği üzere, özel hukuk cezası niteliğindeki yaptırımlar birçok durumda cezai nitelikteki diğer yaptırımları tamamlayıcı rol üstlenmektedir.³⁸³ Ayrıca bu yaptırımların uygulanması kişiler için öngörülebilirdir, zira bir fiilin ceza/idare hukukuna ek olarak özel hukukta sonuçlarının olması sık karşılaşılan bir durumdur. Hukuk ya da ceza hâkiminin bir diğerinin vakia tespitini dikkate almasına bir engel yoktur. Ayrıca, cezanın miktarının hâkimin takdir yetkisine bağlı olduğu durumlarda, hâkimin önce kesinleşen yaptırımı aşırı cezanın önüne geçmek için dikkate almasına da bir engel yoktur.

Ayrıca, AİHM'nin *Jussila v. Finland* kararında belirttiği üzere, her ne kadar *Engel* kriterlerine göre cezai nitelikte olduğu tespit edilse de, ciddi bir damgalayıcı sonuç doğurmayan ve ceza hukukunun “çekirdeğine” (*hard core of criminal law*) dahil olmayan normlar bakımından ceza hukuku güvencelerinin tamamının tavizsiz bir şekilde uygulanması gerekmemektedir.³⁸⁴ Dolayısıyla, özel hukuk cezalarının ceza hukukunun çekirdeğine dahil olmayan normlar olduğu ve ceza hukuku yaptırımlarını tamamlayıcı yönü düşünüldüğünde, *ne bis in idem* ilkesinin bu tür yaptırımların ceza hukuku yaptırımlarına ek olarak uygulanmasının önüne geçmesinin kural olarak amaca uygun olmadığı söylenebilir.

Son olarak, özel hukuk cezası niteliğindeki RKHK 58/II'deki üç kat tazminat yaptırımının özel olarak incelenmesi faydalı olacaktır. Öğretide, üç kat tazminatın zararı tazminin ötesinde amaçladığı caydırma/cezalandırma amacı ile idari para cezasının amaçladığı caydırma/cezalandırma amacının birbirleriyle kesişebileceği ve bu sebeple her iki yaptırımın birlikte uygulanmasının *ne bis in idem* ilkesine aykırılık teşkil edebileceği savunulmaktadır.³⁸⁵ Üç kat tazminat yaptırımı rekabet ihlali

381 ibid para 134.

382 Aksi fikirde: Heizmann (n 1) para 786 vd. Yazara göre bir kişi aynı davranışı nedeniyle hâlihazırda bir cezai yaptırıma maruz kaldıysa özel hukuk cezası uygulanmamalıdır. Bunun tersi de geçerlidir, ancak cezai yaptırımın özel hukuk cezasına nazaran çok daha ağır olduğu durumlarda bir hiyerarşi benimsenmelidir ve cezai yaptırım öne geçmelidir.

383 Örnek olarak, aynı zamanda suç teşkil edebilecek fiillere de uygulanan TBK 81 hükmü ile ilgili açıklamalar için bkz yuk III/Ė.

384 *Jussila v Finland* App no 73053/01 (ECtHR, 23 November 2006), para 43.

385 Cömert Akbay (n 123) 167-169. İngiliz Temyiz Mahkemesi (*Court of Appeal*) 2009 yılında verdiği bir kararında ([2008] EWCA Civ 1086, [2009] 3 WLR 198), Avrupa Komisyonu'nun rekabet ihlalinde bulundan teşebbüse verdiği idari para cezasına ek olarak, örnek niteliğinde tazminata (*exemplary damages*) hükmedilmesinin *ne bis in idem* ilkesine aykırı

sonucu zarar görenleri dava açmaya teşvik etmeyi³⁸⁶ ve bu yolla Rekabet Kurumunun uyguladığı idari para cezası yaptırımını tamamlayıcı rol oynamayı³⁸⁷ amaçlamaktadır. Yani rekabet hukukuna aykırı davranışların caydırılması iki ayrı koldan sağlanmaktadır. Yukarıda belirtildiği gibi AİHM içtihadına göre cezalandırma sürecinin parçalara ayrılması ve birden fazla cezai nitelikte yaptırım uygulanması başlı başına *ne bis in idem* ilkesine aykırı değildir. Yalnızca ağır kusurlu teşebbüslere uygulanabilen üç kat tazminat yaptırımının teşebbüsler bakımından öngörülebilir olduğu söylenebilir. Söz konusu yaptırım idari para cezasına ek olarak uygulandığında teşebbüs bakımından ölçüsüz bir sonuç doğacağı da her zaman söylenemez, zira hâkimin tazminat miktarını takdir ederken teşebbüse uygulanan idari para cezası tutarını dikkate alması da mümkün ve hatta gereklidir.³⁸⁸ Sonuç olarak idari para cezasına ek olarak RKHK 58/II'deki yaptırımın uygulanması başlı başına *ne bis in idem* ilkesine aykırılık teşkil etmeyecektir.³⁸⁹

V. SONUÇ

Bu çalışmada özel hukuk cezası kavramının açıklanması amaçlanmaktadır. Hangi yaptırımların bu nitelikte olduğunun tespit edilebilmesi için öncelikle özel hukuk cezasını diğer özel hukuk yaptırımlarından ayıran özellik tespit edilmelidir. Özel hukuk cezası niteliğindeki yaptırımların, diğer özel hukuk yaptırımlarından temel farkı bu yaptırımların amacının zarar görenden ziyade faile odaklanmasıdır. Bu yaptırımlarla ulaşılmak istenen temel sonuç, hukuka aykırı davranıştan etkilenen bir kişinin menfaatlerinin korunması değil, hukuka aykırı bir davranış gerçekleştiren failin cezalandırılmasıdır. Bu nedenle cezanın amacının ne olduğu ve ceza kavramının neyi ifade ettiği konu bakımından önem taşımaktadır. Modern ceza hukukundaki hâkim anlayışın cezanın amacı olarak, çok tartışmalı olmakla birlikte, önleme amacını öne çıkardığı söylenebilir. Buna göre ceza, failin rehabilite ve resosyalize edilmesi suretiyle onun ileride suç işlemesinin önlenmesini amaçladığı gibi, toplumun geri kalanında farkındalık yaratarak potansiyel suçluların suç işlemesini de engellemeyi amaçlar. TCK'nın amacına ilişkin ilk maddesinin de bu yaklaşımı desteklediği söylenebilir.

olacağını belirtmiştir (Aktaran David Bailey ve Christopher Brown, 'Devenish Nutrition Ltd v Sanofi-Aventis SA (France): A Case Note' (2009) 8 Competition Law Journal 271, 271).

386 Kerem Cem Sanlı, 'Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiili Sorumluluğu' iç *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu - I*, (Erciyes Üniversitesi 2003) 197, 256; Buğra Kesici, *Rekabet Hukukunun İhlâlinden Kaynaklanan Haksız Fiil Sorumluluğu* (On İki Levha 2017) 284; Cömert Akbay (n 123) 158, Gül, 2015 (n 5) 354; Metin Topçuoğlu, 'Rekabet Hukukunda Üç Katı Tazminat' (2009) *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu 28 Mayıs 2009*, 7.

387 Sanlı (n 386) 207; Kesici (n 386) 284.

388 Kesici (n 386) 316. Belirtmek gerekir ki öğretide bir görüşe göre hâkim, şartları sağlandığı takdirde üç kat tutarında tazminata hükmetmek zorundadır: Yılmaz Aslan, *Rekabet Hukuku* (6. Bası, Ekin 2021) 1996, Topçuoğlu (n 386) 36. Kanımızca, hükmün amaca yönelik yorumuyla, kusur ilkesini de dikkate alarak yorumlanması neticesinde hâkime zarar tutarıyla, zararın üç katı arasında bir tutara hükmetme konusunda takdir yetkisi tanındığı sonucuna varmak daha isabetlidir. Sonuç itibarıyla bu şekilde Sanlı (n 386) 271; Dilek Cengiz, *Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem ve Bu Eylemin Hukuki Sonuçları* (Beta 2006) 404; Kesici (n 386) 305.

389 ABD'nin birçok eyaletinde aynı davranışın hem ceza hukuku yaptırımına hem de cezalandırıcı tazminata tabi tutulmasının *ne bis in idem* ilkesine aykırı görülmediği, cezalandırıcı tazminatın ceza hukuku yaptırımlarını tamamladığının düşünüldüğü yönünde: Renée Charlotte Meurkens, 'Punitive Damages: The Civil Remedy in American Law, Lessons and Caveats for Continental Europe' (Doctoral Thesis, Maastricht University 2014) 71-73.

Ceza kavramı, devlet tarafından suç karşılığında uygulanan yaptırım olarak tanımlanmaktadır. Şekli olarak cezanın ne olduğu ilgili devlette geçerli olan hukuk kurallarıyla belirlenir. Ancak bunun ötesinde maddi anlamda bir ceza kavramına da ihtiyaç duyulmaktadır. Yürürlükteki hukuk bakımından AİHS 6 bağlamında hangi yaptırımların cezai nitelikte olup bu doğrultuda hangi yaptırımlar bakımından AİHS 6/II ve III'teki güvencelerin devreye gireceği maddi anlamda ceza kavramının kapsamı bakımından önemli bir göstergedir. Zira bu bağlamda hangi yaptırımların cezai nitelikte olduğu, ulusal hukuk sistemlerinin yaptığı nitelendirmeden bağımsız olarak, otonom bir şekilde belirlenir. AİHM içtihadında bu hususta *Engel* kararında tespit edilen ölçütler dikkate alınmaktadır. Bu ölçütler özel hukukta öngörülen hangi yaptırımların cezai niteliği haiz olduğu hususunda yol gösterici olabilir.

Cezalandırma amacı güden hükümler özel hukuk bakımından anomali teşkil eder. Bu bağlamda, cezalandırma ve dolayısıyla önleme amacıyla yapılan düzenlemelerin özel hukukta yeri olup olmadığı çok tartışılmış bir meseledir. Bu konudaki tartışmanın bir ucunda cezai nitelikteki hükümlerin özel hukukta hiçbir yeri olmadığını savunan görüşler bulunmaktadır. Bu görüşü savunan yazarlar, hukukun tarihi gelişiminde cezai sorumluluk ve hukuki sorumluluğun birbirinden ayrılmasının önemli bir kazanım olduğunu, son yıllarda özel hukuk alanında cezai nitelikteki hükümlerin sayısının artmasının bu önemli kazanımı hiçe saydığını savunmaktadırlar. Karşı yöndeki görüşlerin savunucuları ise özel hukukta da kişilerin davranışlarını yönlendiren, onları arzu edilmeyen davranışlardan caydıran hükümlere yer olduğunu ifade etmektedirler. Bu görüşlere göre özel hukukta bu tür yaptırımlar öngörülmesi özellikle cezai yaptırımların yetersiz kaldığı alanlarda faydalı olmaktadır.

Bu tartışmada bir pozisyon almak bu çalışmanın amacını aşmaktadır. Olması gereken hukuk bakımından cezalandırıcı yaptırımların özel hukukta yeri olmadığı yönündeki görüş savunulsa bile, yürürlükteki hukuk bakımından bu nitelikteki hükümlerin mevcudiyeti yadsınamaz. Bu çalışmanın amacı da öncelikle hangi hükümlerin bu nitelikte olduğunu belirlerken dikkate alınacak ölçütleri tespit etmek ardından da bu tespitin ne gibi sonuçları olabileceğini değerlendirmektir.

Bir özel hukuk cezasının mevcudiyetinden bahsedebilmek için aranacak ilk unsur, doğrudan veya dolaylı olarak failin malvarlığına yönelik bir özel hukuk yaptırımının bulunmasıdır. Yaptırımın, özel hukuk yaptırımı niteliğinde olup olmadığına tespitinde yaptırıma ilişkin uyumsuzluklar bakımından görevli mahkeme önemli bir göstergedir.

İkinci olarak yaptırımın cezalandırıcı amacının bulunması gerekir. Cezalandırma amacının varlığına işaret eden önemli özelliklerden ikisi yaptırımın fail odaklı olması ve caydırıcılığı amaçlıyor olmasıdır. Bir başka deyişle bu yaptırımın hukuk düzenindeki varlığının ana sebebi kişileri arzu edilmeyen bazı davranışlardan caydırarak onların davranışlarını yönlendirmek olmalıdır. Bu amaçla düzenlenmiş hükümlerin hukuka aykırı bir davranışı, failin kusurlu olduğu durumlarda yaptırıma bağlıyor olması beklenir. Zira aksi takdirde caydırıcılık amacının başarıya ulaşması güçtür. Yaptırıma cezai nitelik veren bir diğer özellik bu yaptırım neticesinde failin, caydırılmak istenen fiilden önceki durumuna

nazaran daha kötü bir duruma düşüyor olmasıdır. Eğer yaptırım bu sonucu doğurmaya elverişli değilse yine bu yaptırımın caydırıcılığından bahsetmek güçtür.

Üçüncü olarak, yaptırımın cezalandırma amacından daha ağır basan bir amacının bulunmaması gerekir. Bazı yaptırımların cezai bir yönleri olduğundan bahsetmek mümkün olsa da bu yaptırımların temelinde yatan birincil düşünce cezalandırma olmayabilir. Bu gibi durumlarda yaptırım bir özel hukuk cezası olarak nitelendirilmemelidir.

Son olarak, yaptırımın kanun koyucu tarafından düzenlenmiş olması gerekir. Yaptırıma maruz kalacak kişinin bu yaptırım riskini gönüllü olarak üstlenmesi durumunda bir özel hukuk cezasından bahsedilemez. İşte bu nedenle ceza koşulu ve dernek cezaları özel hukuk cezası niteliğinde görülmez.

Çalışmanın bir sonraki bölümünde özel hukuk cezası niteliğinde olup olmadığı konusunda tereddüt edilebilecek bazı hükümler, yukarıda tespit edilen ölçütler çerçevesinde değerlendirilmiştir.

Yapılan değerlendirme sonucunda incelenen hükümlerden TBK 81, TTK 1530/VII, TBK 355/III, TKHK 25/II c. 1-2, Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği³⁹⁰ 18/II, TTK 198/II ve TTK 783/III'te öngörülen yaptırımların özel hukuk cezası niteliğinde olduğu sonucuna varılmıştır.

Buna karşılık TMK 236/II, TMK 510-511, TMK 578, TMK 610/II, TBK 7, TBK 58, TBK 120, TBK 295-297, TBK 530 ve TBK 617 c. 1'de öngörülen yaptırımların ise, öğretileri sürülen aksi yöndeki fikirlere rağmen, özel hukuk cezası niteliğinde olmadığı sonucuna varılmıştır.

Çalışmanın son bölümünde bir yaptırımın özel hukuk cezası olarak nitelendirilmesinin olası pratik sonuçları üzerinde durulmuştur. Bu çalışmada savunulan görüşe göre, ceza hukukunun genel ilkeleri özel hukuk cezaları bakımından AİHS 6-7 uyarınca doğrudan veya niteliklerine uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanabilir. Bu tespitin önemli sonuçları bulunmaktadır. Bu nedenle hangi hükümlerin özel hukuk cezası içerdiği değerlendirilirken mümkün olduğu ölçüde katı ölçütler benimsenmiş, bir yaptırımın temelinde yatan düşüncenin cezalandırma olduğu kesin olarak söylenemediği takdirde bu yaptırım özel hukuk cezası olarak nitelenmemiştir.

Bu çalışmada ceza hukukunun ilkeleri bakımından yapılan inceleme; kanunilik ilkesi, kusur ilkesi, cezaların şahsiliği ilkesi ve *ne bis in idem* ilkesi ile sınırlı tutulmuştur. Bu çalışmada özel hukuk cezası niteliğinde olduğu tespit edilen yaptırımlar bu ilkeler çerçevesinde incelenmiştir.

Kanunilik ilkesi, cezaların ve ceza yaptırımına tabi tutulan davranışların kanunda açıkça belirlenmesini gerektirir. Bu açıdan, hâkime hangi davranışların ahlaka aykırı olduğu konusunda geniş bir hareket alanı bırakan TBK 81'in kanunilik ilkesiyle bağdaştığını söylemek güçtür. Ayrıca Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği'nin 18. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen özel hukuk cezası, yaptırım kanunla düzenlenmediği için ilkeye aykırıdır. Kanunilik ilkesi bağlamında geçmişe yürüme yasağını ve sonraki lehe kanunun uygulanma ilkesini özel hukuk cezaları bakımından da dikkate almak gerekir.

390 Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği, RG 22.05.2015/29363.

Kusur ilkesi, kusursuz olan kişinin cezalandırılmamasını gerektirir. O hâlde özel hukuk cezası niteliğinde olan yaptırımlar bakımından kusur şartı (kanunda yazılı olmasa bile) aranmalıdır. Bu bakımdan öğretide TTK 783/III'teki yaptırım bakımından kusur aranmıyor olması kanımızca bu ilkeyle bağdaşmamaktadır. Yine kusur ilkesi uyarınca TTK 1530/VII'de düzenlenen özel hukuk cezasının da yalnızca failin kusurlu olduğu durumlarda uygulanması gerekir. Kusur ilkesinin kabulünün bir diğer sonucu cezanın kusur ile orantılı olması gereğidir. Bu bakımından da TBK 81, TTK 198/I, TKHK 25/II c. 1 ve Tüketici Kredisi Sözleşmesi Yönetmeliği 18/II'deki düzenlemeler eleştiriye açıktır.

Cezaların şahsiliği ilkesi uyarınca cezai yaptırım fiili işleyen kişi dışında birine uygulanamamalıdır. TTK 198/II ve TTK 783/III bağlamında yapılan bazı tartışmalar bakımından bu tespit önemlidir. TTK 198/II'deki yaptırım bildirim yükümlüsü dışındaki kişilere uygulanmamalı, karşılıksız çek düzenleyen lehine aval veren avalist de TTK 783/III'teki yaptırıma maruz tutulmamalıdır. Şahsilik ilkesinin önemli bir sonucu da cezaların mirasçılara geçmemesidir. Dolayısıyla özel hukuk cezası niteliğindeki bir yaptırımın şartları gerçekleştikten sonra failin ölmesi durumunda mirasçılar bu yaptırımın sonuçlarından sorumlu tutulmamalıdır. Örneğin yaptırım bir miktar para ödenmesine ilişkinse ve fail bu ödemeyi gerçekleştirmeden ölmüşse mirasçılar bu borçtan sorumlu olmazlar. Mağdurun ölmesi durumunda ise onun özel hukuk yaptırımı sayesinde kazandığı hakkın, niteliği itibarıyla miras yoluyla geçmesine engel başka bir sebep olmadıkça, mirasçılarının geçeceği kabul edilmelidir.

Ne bis in idem ilkesi en basit haliyle aynı fiilin iki kez kovuşturulamayacağı ve cezalandırılmayacağı anlamına gelir. Ancak bu ilke, bir özel hukuk cezasının uygulandığı durumlarda, failin ceza hukuku veya idare hukuku kaynaklı cezai yaptırımlara kesinlikle tabi tutulamayacağı anlamına gelmez. Yargıtay ve Anayasa Mahkemesinin bu yöndeki tutumu yerindedir. *Ne bis in idem* ilkesinin ne zaman devreye gireceği hususunda AİHM içtihadında belirlenen kriterleri dikkate almak yerinde olur. Çoğu ihtimalde bu ölçütlerin dikkate alınması durumunda birbirini tamamlar nitelikteki cezai yaptırımların birlikte uygulanmasına bir engel olmadığı görülmektedir. Örneğin TTK 783/III uyarınca çek cezası ödemekle yükümlü olan kişinin aynı zamanda ÇekK 5/I uyarınca cezai yaptırıma maruz kalması ilkeye aykırı olmaz. Benzer ihtimal RKHK 58/III'te öngörülen üç kat tazminat yaptırımı ile idari para cezası arasındaki ilişki bakımından da söz konusudur. Bu nedenle öğretide bu iki yaptırımın birlikte uygulanmasının *ne bis in idem* ilkesine aykırı olacağı yönündeki görüşlere katılmıyoruz.

KAYNAKÇA

Acar F, *Aile Hukukumuzda Aile Konutu Mal Rejimleri Eşin Yasal Miras Payı* (4. Bası, Seçkin 2014).

Acar H, 'Türk Ceza Hukukunda Müsadere Kurumu' (Doktora Tezi, Çankaya Üniversitesi 2019).

Achenbach H, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre* (Schweitzer 1974).

Akbulut B, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (6. Bası, Adalet 2019).

Aksoy HC, 'Vekaletsiz İş Görende İş Vekaletsiz Olarak Görme Bilinci Aranmalı Mıdır?' (2017) 75(1) Ankara

- Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 91-121.
- Aktaş S, 'Cezalandırmanın Amacı Üzerine' (2009) XIII(1-2) Erzincan Binalı Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-25.
- Akyiğit E, *Kira Sözleşmesi* (4. Bası, Seçkin 2012).
- Antalya OG ve Sağlık İ, *Miras Hukuku* (5. Bası, Seçkin 2021).
- Antalya OG, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1, 1* (2. Bası, Seçkin 2019). Kısaltma: Cilt V/1, 1.
- Antalya OG, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1, 2* (2. Bası, Seçkin 2019). Kısaltma: Cilt V/1, 2.
- Araslı U, *Sosyal Güvenlik ve Sosyal Sigortalar, Cilt 1* (Turhan 2002).
- Arsebük E, *Borçlar Hukuku* (3. Bası, Güney 1950).
- Aslan Y, *Rekabet Hukuku* (6. Bası, Ekin 2021).
- Atamer YM ve Okutan Nilsson G, 'Para alacaklısının Geç Ödemelere Karşı Korunmasına İlişkin Yeni TK M. 1530 Düzenlemesi ve Uygulama Alanı' (2013) 29(3) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 31-84.
- Atamer YM, *Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması* (On İki Levha 2016).
- Ayan S, '6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1530. Maddesi Gereğince Borçlunun Temerrüdü' (2010) 12 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Özel Sayı) 717-793.
- Aydın GS, 'Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesinin Türk Borçlar Kanunu'nun 617. Maddesine Dayalı Olarak Sona Ermesi' (2018) 24(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 336-373. Kısaltma: Ölünceye Kadar Bakma.
- Aydın GS, 'Türk Medenî Kanunu'nun 236. Maddesinin İkinci Fıkrasının Eşlerden Birinin Diğerini Kasten Öldürmesi Hâlinde Uygulanıp Uygulanmayacağı Sorunu', (2018) 13(165-166) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 9-42. Kısaltma: TMK 236.
- Aydoğdu M ve Kahveci N, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (4. Bası, Adalet 2019).
- Badur E, 'Zina veya Hayata Kast Nedeniyle Boşanma Halinde Kusurlu Eşin Artık Değerdeki Payı' (2016) 1(2) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 39-63.
- Bailey B and Brown C, 'Devenish Nutrition Ltd v Sanofi-Aventis SA (France): A Case Note' (2009) 8 Competititon Law Journal 271-292.
- Balmelli M, 'OR 526-528' in Claire Huguenin and Markus Müller-Chen (eds) *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft Art. 319-529 OR* (3rd edn, Schulthess 2016).
- Baş K, 'Anonim Şirketlerde Pay Sahiplerinin Türk Ticaret Kanunu m. 198 Uyarınca Bildirim Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğe Aykırılığın Sonuçları' (2020) 36(1) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 57-100.
- Baş Süzel E, *Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme ve Menfaat Devri Yaptırımı* (2. Bası, On İki Levha 2023).
- Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt and Thomas Geiser (eds) (6th edn, Helbing & Lichtenhahn 2015). Kısaltma: BSK-OR I-Yazar adı.
- Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB*, Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt and Thomas Geiser (eds) (5th edn, Helbing & Lichtenhahn 2014). Kısaltma: BSK-ZGB I-Yazar adı.
- Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB und Art. 1-61 SchlT ZGB*, Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt and Thomas Geiser (eds) (5th edn, Helbing & Lichtenhahn 2015). Kısaltma: BSK-ZGB II-Yazar adı.
- Baysal B, *Haksız Fiil Hukuku* (On İki Levha 2019). Kısaltma: Haksız Fiil.
- Baysal B, *Sözleşmenin Uyarlanması* (4. Bası, On İki Levha 2020). Kısaltma: Uyarlama.
- Baysal B, 'Tüketici Kredisi (TKHK m. 22-31)' iç Murat İnceoğlu (ed) *Yeni Tüketici Hukuku Konferansı (Makaleler - Tartışmalar)* (On İki Levha 2015) 273-325.

- Beever A, 'Justice and Punishment in Tort: A Comparative Theoretical Analysis' in Charles EF Rickett (ed) *Justifying Private Law Remedies* (Hart 2008) 249-297. Kısaltma: Tort.
- Beever A, 'The Structure of Aggravated and Exemplary Damages' (2003) 23(1) *Oxford Journal of Legal Studies* 87-110. Kısaltma: Damages.
- Bell M, 'The Implementation of European Anti-Discrimination Directives: Converging towards a Common Model?' (2008) 79(1) *The Political Quarterly* 36-44.
- Berger C, 'Der Ausschluss gesetzlicher Rückgewähransprüche bei der Erbringung unbestellter Leistungen nach § 241a BGB' (2001) *Juristische Schulung* 649-654.
- Brehm R, *Berner Kommentar Band/Nr. VI/1/3/1, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR* (3rd edn, Stämpfli 2006).
- Burcuoğlu H, 'Borçlar Kanunu Tasarısı'nın Haksız Eylem Sorumluluğu ve Kira İle İlgili Düzenlemesiyle Getirilen Yenilikler' iç Derya Ateş ve Alper Bulur (edr) *Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan* (Beta 2008) 17-46.
- Bydlinski F, 'Die Suche nach der Mitte als Daueraufgabe der Privatrechtswissenschaft' (2004) 204(3/4) *Archiv für die civilistische Praxis* 309-395.
- Çabri S, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574) Cilt-I* (On İki Levha 2018).
- Çabri S, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 575-639) Cilt-II* (On İki Levha 2020).
- Çağlayan P, 'Avrupa Birliği Yönergeleri ve Alman Hukuku'ndaki Deneyimler Işığında Mal ve Hizmet Tedarikinde Geç Ödemenin Sonuçları (TTK Md. 1530)' (2011) 27(2) *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 173-246.
- Çağlayan Aksoy P, 'Sebepsiz Zenginleşme Hukukunda İade Talebinde Bulunulmasını Engelleyen TBK Madde 81 Hükmü Üzerine Bir İnceleme' (2015) 31(4) *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 131-180.
- Canaris C, 'Gesamtunwirksamkeit und Teilgültigkeit rechtsgeschäftlicher Regelungen' in Jürgen F. Baur, Klaus J. Hopt and K. Peter Mailänder (eds) *Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag* (de Gruyter 1990) 519-571.
- Canoğlu VC, 'Ceza Sorumluluğunun Şahsiliği İlkesi' (Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi 2021).
- Cebeci Ş, *Türk Ceza Hukuku Bağlamında Ne bis in idem İlkesi* (On İki Levha 2021).
- Çelik AÇ, *Cana Gelen Zararlarda Tazminatın Ölçüsü ve Kazanç Kavramı* (Legal 2006).
- Çelikyurt F, *Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkının Donması* (Beta 2018).
- Cengiz D, *Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem ve Bu Eylemin Hukuki Sonuçları* (Beta 2006).
- Centel N, 'Ceza Hukukunda Tüzel Kişilerin Sorumluluğu – Şirketler Hakkında Yaptırım Uygulanması', (2016) 65(4) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3313 – 3326.
- Centel N, 'Cezanın Amacı ve Belirlenmesi', *Prof. Dr. Turhan Tüfan Yüce'ye Armağan* (Dokuz Eylül Üniversitesi 2001) 337- 372.
- Centel N, Zafer H ve Çakmut Ö, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (11. Bası, Beta 2020).
- Çınar Ö, '6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre İsmarlanmamış Bir Şeyin Gönderilmesi ve Sonuçları' (2012) 2(1) *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 125-137.
- Cömert Akbay B, 'Türk Rekabet Hukukunda Özel Hukuk Cezası' (2018) 4(2) *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi* 149-175.
- Cooter R and Ulen T, *Introduction to Law and Economics* (6th edn, Pearson 2016).
- Courtney W and Goudkamp J, 'Punishment and Private Law' in Elise Bant and others (eds), *Punishment and Private Law* (Hart 2021) 3-32.
- Çubukçil R, 'Mirastan Adi İskatın Hukuki Mahiyeti ve Sebepleri' (1950) VII (1-2) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 441-467.

- Dannemann G, 'Illegality as Defence Against Unjust Enrichment Claims' in David Johnson and Reinhard Zimmermann (eds) *Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective* içinde (Cambridge 2004) 310-324.
- Demirbaş T, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (16. Bası, Seçkin 2021).
- Dodge WS, 'The Case for Punitive Damages in Contracts' (1999) 48(4) *Duke Law Journal* 629-699.
- Dönmezer S ve Erman S, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Cilt I* (14. Bası, Der 2016).
- Druey JN, *Grundriss des Erbrechts* (5th edn, Stämpfli 2002).
- Ebert I, 'Punitive Damages and Liability Insurance' in Helmut Koziol ve Vanessa Wilcox (eds) *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives* (Springer 2009) 213-217.
- Engin Bİ, *Mirastan Yoksunluk* (Beşir 2010).
- Erdönmez G, 'Medenî Usûl Hukukuna Hâkim Olan İlkeler' iç Hakan Pekcanitez, Muhammet Özekes, Mine Akkan ve Hülya Taş Korkmaz (edr) *Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku* (15. Bası, On İki Levha 2017).
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (4. Bası, Yetkin 2017). Kısaltma: Borçlar Genel.
- Eren F, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (7. Bası, Yetkin 2019). Kısaltma: Borçlar Özel.
- Erlüle F, *Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat* (3. Bası, On İki Levha 2021).
- Ertaş Ş, 'Manevi Tazminatın Hukuki Niteliği ve Miktarının Tesbiti' iç Yavuz Alangoya (ed) *Prof Dr İlhan E Postacıoğlu'na Armağan* (Bayrak 1990) 73-77.
- Escher A and Escher A, *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Erste Abteilung: Die Erben (Art. 457-536)*, (3rd edn, Schulthess 1959). Kısaltma: ZK-Escher/Escher^I.
- Escher A and Escher A, *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Zweite Abteilung: Der Erbgang (Art. 537-640)*, (3rd edn, Schulthess 1960). Kısaltma: ZK-Escher/Escher^{II}.
- Fellmann W and Kottmann A, *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I: Allgemeiner Teil sowie Haftung aus verschulden und Persönlichkeitsverletzung, gewöhnlichen Kausalhaftungen des OR, ZGB und PrHG* (Stämpfli 2012).
- Furth-Matzkin M, 'On the Unexpected Use of Unenforceable Contract Terms: Evidence from the Residential Rental Market' (2017) 9(1) *Journal of Legal Analysis* 1-49.
- Gönen D, 'Cezai Mirasçılıktan Çıkarmanın Amacı ve Cezai Mirasçılıktan Çıkarmaya Tabi Kişilerin Kapsamı' iç Tufan Ögüz, Halil Akkanat, Emrehan İnal, Bilgehan Çetiner, Başak Zeynep Baysal ve Doruk Gönen (edr) *Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan* (Der 2015) 327-340.
- Goudkamp J and Katsampouka E, 'Punitive Damages and the Place of Punishment in Private Law' (2021) 84(6) *Modern Law Review* 1257-1293.
- Guhl T and Druey JN, 'Der Check' in Theo Guhl and others (eds) *Das Schweizerische Obligationenrecht - mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts* (9. Bası, Schulthess 2000).
- Gül İ, *ABD ve Türk Hukukunda Medeni Ceza* (Yetkin 2015). Kısaltma: 2015.
- Gül İ, 'Türk Hukukunda Medeni Ceza Sorumluluğu Nasıl Olmalı?' (2019) 9(17) *Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 343-372. Kısaltma: 2019.
- Gül İ, 'Yeniden Kiralama Yasağına Aykırılık Nedeniyle Tazminat ve Hukuki Niteliği' (2021) 18(2) *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı'ya Armağan) 931-951. Kısaltma: 2021.
- Güler A, '6570 Sayılı Kira Kanunu'nun 15-16 Maddelerinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar' (1978) 4 *Ankara Barosu Dergisi* 632-635.

- Gülyüz MT ve Zorluoğlu Yılmaz A, 'Bir Anglo - Amerikan Hukuku Müessesesi Olarak Cezalandırıcı Tazminatın [Punitive Damages] Bazı Türk Hukuku Müesseseleri ile Mukayesesi' (2019) 2019(141) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 325-362.
- Gümüş MA, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri* (Yetkin 2021). Kısaltma: Borçlar Genel.
- Gümüş MA, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt-I* (3. Bası, Vedat 2013). Kısaltma: Borçlar Özel.
- Gümüş MA, *Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m. 185-281)* (Vedat 2008). Kısaltma: Mal Rejimleri.
- Gümüş MA, *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi* (2. Bası, Vedat 2012). Kısaltma: Kira.
- Hakeri H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (21. Bası, Adalet 2017).
- Hatemi H, *Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle BK.65 Kuralı)* (İstanbul Üniversitesi 1976).
- Hauptli M, 'Art. 571' in Daniel Abt and Thomas Weibel (eds), *Erbrecht - Praxiskommentar* (Helbing & Lichtenhahn 2007).
- Heck P, 'Die Ausdehnung des § 817, S. 2, auf alle Bereicherungsansprüche' (1925) 124 Archiv für civilistische Praxis 1-68.
- Heizmann R, *Strafe im schweizerischen Privatrecht* (Stämpfli 2015).
- Hekim A ve Kaplan MB, 'Cezalandırıcı Tazminat ve Medeni Ceza Kavramlarının Karşılaştırılması' iç Başak Baysal (ed), *Sorumluluk Hukuku: Seminerler - Makaleler 2017* (On İki Levha 2017) 165-188.
- Helvacı İ, *Mirasın Reddi* (Filiz 2002).
- Honsell H, 'Der Strafgedanke im Zivilrecht – ein juristischer Atavismus' in Lutz Aderhold and others (eds), *Festschrift für Harm Peter Westermann* (Dr. Otto Schmidt 2008) 315-336.
- Honsell H, Isenring B and Kessler MA, *Schweizerisches Haftpflichtrecht* (5th edn, Schulthess 2013).
- Huguenin C, *Obligationenrecht - Allgemeiner und Besonderer Teil* (3rd edn, Schulthess 2019).
- İmre Z ve Erman H, *Miras Hukuku* (15. Bası, Der 2020).
- İnceoğlu MM ve Başoğlu B, 'Sipariş Edilmemiş Malların Gönderilmesi' iç Baki İlkay Engin, Başak Baysal ve Tülay Aydın Ünver (edr) *Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan Cilt II* (On İki Levha 2010) 981-1027.
- İnceoğlu MM, *Kira Hukuku, 2. Cilt* (On İki Levha 2014).
- Jaffey P, 'The Law Commission Report on Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages' *The Modern Law Review* (1998) 61(6) 860-869.
- Karakaş Doğan F, *Cezanın Amacı ve Hapis Cezası* (Legal 2010).
- Karayalçın Y, 'Türk Hukukunda Şeref ve Haysiyetin Korunması' (1962) 19(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 251-175.
- Kendigelen A, *Çek Hukuku* (5 Bası, On İki Levha 2019).
- Kendigelen A ve Kırca İ, *Kıymetli Evrak Hukuku* (On İki Levha 2019).
- Kesici B, *Rekabet Hukukunun İhlâlinden Kaynaklanan Haksız Fiil Sorumluluğu* (On İki Levha 2017).
- Kılıçoğlu AM, *Basın Yoluyla Saldırılardan Hukuki Sorumluluk* (3. Bası, Turhan 2008). Kısaltma: Basın.
- Kılıçoğlu AM, *Miras Hukuku* (11. Bası, Turhan 2021). Kısaltma: Miras.
- Kırca Ç, 'Manevi Tazminatın Fonksiyonu ve Niteliği' *Yargıtay Dergisi* (1999) 25(3) 242-270.
- Klöhn L, 'Die Konditionssperre gem. § 817 S.2 BGB beim beidseitigen Gesetzes- und Sittenverstoß: Ein Beitrag zur Steuerungsfunktion des Privatrechts' (2010) 210(6) Archiv Für Die Civilistische Praxis 804-856.
- Koca M ve Üzülmüş İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (11. Bası, Seçkin 2018).
- Kocayusufoğlu N, *Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme* (6. Bası, Filiz 2014). Kısaltma: Borçlar.

- Kocayusufpaşaoğlu N, *Miras Hukuku* (2. Bası, Filiz 1978). Kısaltma: Miras.
- Koller A, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (4th edn, Stämpfli 2017).
- Kramer EA, *Juristische Methodenlehre* (5th edn, Stämpfli 2016)
- Larenz K and Canaris C, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (3rd edn, Springer 1995).
- Law Commission, *Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages* (Law Com No 247, 1997).
- Mansel H, 'BGB §241a' in Rolf Stürner (ed) *Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar* (18th edn, Beck 2021)
- Merhacı SÖ, *Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat* (Yetkin 2013).
- Meurkens RC, 'Punitive Damages: The Civil Remedy in American Law, Lessons and Caveats for Continental Europe' (Doctoral Thesis, Maastricht University 2014).
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht - Allgemeiner Teil I*, Wolfgang Krüger (ed) (9th edn, Beck 2022). Kısaltma: MüKo-Yazar adı.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, Schuldrecht - Allgemeiner Teil I*, Wolfgang Krüger (ed) (9th edn, Beck 2022). Kısaltma: MüKo-Yazar adı.
- Kırkbeşoğlu N, 'Türk Özel Hukukuna Kısmi Hükümsüzlük' (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi 2010).
- Nomer HN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (17. Bası, Beta 2020). Kısaltma: Borçlar Genel.
- Nomer HN, *Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi* (Beta 1996). Kısaltma: Maddi Tazminat.
- Oftinger K and Stark EW, *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil* (5th edn, Schulthess 1995).
- Oğuzman MK ve Barlas N, *Medenî Hukuk* (25. Bası, Vedat 2019).
- Oğuzman MK ve Öz MT, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I* (20. Bası, Vedat 2022). Kısaltma: Cilt I.
- Oğuzman MK ve Öz MT, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II* (16. Bası, Vedat 2021). Kısaltma: Cilt II.
- Oğuzman MK, *Miras Hukuku* (6. Bası, Filiz 1995).
- Okutan Nilsson G, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku* (On İki Levha 2019).
- Oral T ve Baş E, 'Hakaretin Suç Olmaktan Çıkarılması ve İkame Yaptırım Önerisi: Özel Hukuk Cezası' (2023) Yıl 14, Sayı 53, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 475-548.
- Orel Füssli Kommentar OR*, Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser (eds) (4th edn, Orel Füssli 2023). Kısaltma: OFK-Yazar adı-OR.
- Orel Füssli Kommentar ZGB*, Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser (eds) (4th edn, Orel Füssli 2021). Kısaltma: OFK-Yazar adı-ZGB.
- Öz T, *Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme* (Kazancı 1990).
- Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (10. Bası, Seçkin 2019).
- Özden Merhacı S, *Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat* (Yetkin 2015).
- Özen M, 'Non Bis İn İdem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi' (2010) 14(1) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 389-417.
- Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (14. Bası, Seçkin 2018).
- Pekmez C, 'Bağışlamanın Geri Alınmasında "Ağır Suç" Kavramı Üzerine Bir Değerlendirme' (2019) 7(2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi 213-232.
- Piotet P, *Erbrecht, 4. Band, 1. Halbband* (Helbing & Lichtenhahn 1978).
- Pipe GS, 'Exemplary Damages after Camelford' (1994) 57(1) The Modern Law Review 91-101.
- Rey H and Wildhaber I, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht* (5. Auflage, Schulthess 2018).
- Roberto V, 'Schadenersatz, Gewinnabschöpfung und Bereicherungsanspruch bei Immaterialgüterrechtsverletzungen' (2008) I Schweizerisches Patent-, Muster- und Marken-Blatt 23-32.

- Roxin C and Greco L, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I* (5. Bası, Beck 2020).
- Rüedi Y, *Berner Kommentar Band/Nr. VI/1/3/2 - Ausschluss der Rückforderungen, Art. 66 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Entstehung aus ungerechtfertigter Bereicherung, Art. 62-67 OR* (Stämpfli 2011).
- Sanlı KC, 'Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiili Sorumluluğu' iç *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu - I*, (Erciyes Üniversitesi 2003) 197-262.
- Schabas WA, *The European Convention on Human Rights - A Commentary* (OUP 2015).
- Schmid J, *Zürcher Kommentar Band/Nr. V/3a, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Art. 419-424 OR* (3rd edn, Schulthess 1993).
- Schmidt-Recla A, 'Von Schneebällen und Drehkrankheiten – Vergleichende Überlegungen zur Restitutionsperre des § 817 S. 2 BGB' (2008) 63(2) *JuristenZeitung* 60-67.
- Schwarz GC, '§ 241a BGB als Störfall für die Zivilrechtsdogmatik - Zu den systemwidrigen Folgen der Umsetzung der EG-Fernabsatz-Richtlinie' (2001) *Neue Juristische Wochenschrift* 1449-1454.
- Şeker M, '6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanununa Göre İsmarlanmayan Şeyin Gönderilmesi (BK. 7)' (2013) 12(24) *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 81-98.
- Şensoy PÇ, *Cezalandırmanın Amacını Açıklayan Teoriler* (Yetkin 2021).
- Serozan R, *Hukukta Yöntem* (2. Bası, Vedat 2015). Kısaltma: Yöntem.
- Serozan R, 'Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım' iç *Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1990) 67-101. Kısaltma: Manevi Tazminat.
- Serozan R, Baysal B ve Sanlı KC, *Serozan Borçlar Hukuku Genel Bölüm / İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme* (8. Bası, On İki Levha 2022).
- Serozan R ve Engin Bİ, *Miras Hukuku* (8. Bası, Seçkin 2022).
- Serozan R, Engin Bİ ve Atamer YM, *Medeni Hukuk* (9. Bası, On İki Levha 2022).
- Sevi AM, *Anonim Ortaklıkta Payın Devri* (4. Bası, Seçkin 2018).
- Soyer Güleç S, *Borç için Hapis Yasağı ve Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçu* (Seçkin 2007).
- Sungurbey İ, *Medeni Hukuk Eleştirileri C. 3* (Sulhi Garan 1971).
- Tandoğan H, *Türk Mes'uliyet Hukuku* (Vedat 2010).
- Tekinay SS ve diğerleri, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7. Bası, Filiz 1993).
- Thommen W, 'Beitrag zur Lehre vom Begriff der guten Sitten im schweizerischen Privatrecht', (Dissertation, Zürich 1953)
- Topçuoğlu M, 'Rekabet Hukukunda Üç Katı Tazminat' (2009) *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu 28 Mayıs 2009*.
- Türkmen A, *Bağışlamanın Geri Alınması* (Adalet 2019).
- Ülgen H ve diğerleri, *Kıymetli Evrak Hukuku* (13. Bası, Vedat 2021).
- Ürem M, 'Mirası Ret Hakkının Düşmesine Sebep Olan Haller' (2019) 14(175) *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 779-815.
- van Winden F and Ash E, 'On the Behavioral Economics of Crime' (2012) 8(1) *Review of Law and Economics* 181-213.
- Virgo G, *The Principles of the Law of Restitution* (3rd edn, Oxford 2015).
- von Büren B, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil* (Schulthess 1964).
- von Tuhr P and Peter H, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Band* (3rd edn, Schulthess 1979).

- Wagner G, 'Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht —Anmaßung oder legitime Aufgabe' (2006) 206(2/3) Archiv für die civilistische Praxis 352-476.
- Weber RH and Emmenegger S, *Berner Kommentar - Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR* (2. Bası, Stämpfli 2020).
- Weimar P, *Berner Kommentar Band/Nr. III/1/1/1, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Die Erben, Die gesetzlichen Erben, Die Verfügungen von Todes wegen, Die gesetzlichen Erben; Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen, Art. 457-516 ZGB* (Stämpfli 2009).
- Weinrib EJ, *The Idea of Private Law* (OUP 2012).
- Yağcı K, *Cezai Mirasçılıktan Çıkarma* (On İki Levha 2013).
- Yanlı V ve Okutan Nilsson G 'Türk Ticaret Kanunu'nun 198. Maddesi Uyarınca Bildirim Yapılmamasının Anonim Şirketteki Oy Haklarına Etkisi' iç Ercüment Erdem ve diğerleri (edr) *Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan* (On İki Levha 2017) 771-789.
- Yavuz C, Acar F ve Özen B, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)* (10. Bası, Beta 2014).
- Yıldırım AH, 'Çek Cezası (TTK 783/3)' (2015) 16 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan) 3449-3506.
- Yıldız MG, 'TBK.m.117 ile Karşılaştırmalı Olarak TTK.m.1530 Uyarınca Borçlu Temerrüdünün İhtarsız Gerçekleşmesi' (2018) 76(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 359-380.
- Yılmaz M ve Kurt E, '6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Tüketici Kredi Sözleşmesinin Kurulması' (2018) 4(1) İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 121-136.
- Zafer H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler, TCK m. 1-75* (5. Bası, Beta 2015).
- Zevkliler A ve Özel Ç, *Tüketicinin Korunması Hukuku* (Seçkin 2016).
- Zeytin Z, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi* (4. Bası, Seçkin 2020).

Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni ile Davanın Esasına Girme (Revision Au Fond) Yasağı Arasındaki İlişki*

The Relationship Between Public Order in the Recognition and Enforcement of Foreign Judgements and the Prohibition of Revision Au Fond

Zeynep ÖZGENÇ** 

ÖZ

Yabancı mahkeme kararlarının Türk hukukunda kesin hüküm ve kesin delil etkisi doğurması Türk mahkemelerinden alınacak tanıma kararına; bunun yanı sıra icra kabiliyeti kazanması ise tenfiz kararına bağlıdır. Davanın esasına girme (Revision Au Fond) yasağı ya da diğer adıyla revizyon yasağı ise hakimın yabancı mahkeme kararlarının Türk hukukunda hukukî sonuç doğurmasına ilişkin karar verme yetkisini sınırlamaktadır. Buna göre hâkim, yabancı mahkeme kararına konu edinilen maddi vakıalar ile delilleri değerlendiremez ve uygulanacak hukuk da dahil olmak üzere hukuk kurallarının doğru uygulanıp uygulanmadığına ilişkin denetim yapamaz.

Diğer yandan, davanın esasına girme yasağının katı bir şekilde uygulanması birtakım sakıncaları da beraberinde getirebilmektedir. Öğretide bu yasağın katı bir şekilde uygulanması gerektiğinin savunulmasına karşılık, kamu düzeni müdahalesi ile sınırlı olmak kaydıyla bazı durumlarda davanın esasına girme yasağının göz ardı edilebileceği de iddia edilmektedir. Söz konusu mesele çerçevesinde çalışmamızda kamu düzeni denetiminde esas alınan kriterlerin neler olduğu ve bu kapsamda bazı durumların tespitinin davanın esasına girme yasağının istisnası olup olmadığına yargı kararları ekseninde ortaya konulması amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Davanın Esasına Girme Yasağı, Tanıma, Tenfiz, Kamu Düzeni, Temel İnsan Hakları.

ABSTRACT

Foreign court decisions shall have the effect of res judicata and conclusive evidence with the recognition decision taken from authorized Turkish courts. In order for a foreign judgment to be enforced, it shall be subject to the enforcement decision of the competent Turkish court. The prohibition of revision au fond limits judicial discretion to decide on the recognition and enforcement of foreign judgement. Accordingly, the judge shall not re-evaluate the material facts and evidence that are the subject of the decision and shall not review whether the rules of law, including the applicable law, are applied correctly. On the other hand, the strict implementation of the prohibition of revision au fond may bring some challenges. Although it is argued in the doctrine that this prohibition should be strictly enforced, it is also claimed that the prohibition of revision au fond can be ignored in some cases, provided that it is limited to public order intervention. Within the framework of the aforementioned issue, in our study, it is aimed to explain what the criteria are taken into account in the public order intervention and whether the determination of certain situations is an exception to the prohibition of entering the merits of the case in the light of judicial decisions.

Keywords: Prohibition of Revision Au Fond, Recognition, Enforcement, Public Order, Fundamental Human Rights.

* Bu makale, 04-06 Temmuz 2022 tarihlerinde “Uluslararası Akdeniz Hukuk Kongresi”nde sunulan tebliğın genişletilmiş tam metin hâlidir.

** Dr. Öğr. Üyesi, Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, zeynepm@uludag.edu.tr, ORCID: 0000-0001-6402-769X.

GİRİŞ

Türk hukukunda tanıma-tenfiz hâkiminin, kural olarak, yabancı mahkeme kararının doğruluğunu inceleyemeyeceği kabul edilmektedir. Davanın esasına girme (*revision au fond*) yasağı olarak kabul edilen bu kurala göre, yabancı hâkimin karara esas teşkil eden delilleri doğru değerlendirip değerlendirmedeği, yeterli olup olmadığı, uygulanan hukuku yerinde uygulayıp uygulamadığı, maddî vakıaları nasıl takdir ettiği araştırılmaz. Aksi takdirde yabancı mahkeme kararı revize edilerek yeni bir hüküm tesis edilmiş olurdu.

Çalışmamızın sonraki aşamalarında belirteceğimiz üzere, bazı durumlarda yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi için Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)¹ madde 54/c uyarınca aranan “*hükümün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması*” şartının tespitinde davanın esasına girme yasağının göz ardı edilmesi gerekmektedir. Aslında her iki şartı kesin sınırlarla ayırmak kolay gözükmemektedir. Zira kamu düzeni zamana ve mekâna göre değişen izafi bir kavramdır. Her somut olayın özellikleri dikkate alınarak değerlendirildiğinden, hükümün kamu düzenine açıkça aykırılığının tespitinde hâkimin takdir yetkisi diğer tanıma-tenfiz sebeplerine nispeten daha geniştir. Bu noktada davanın esasına girme yasağı, hâkimin takdir yetkisinin de sınırını oluşturmaktadır.

Çalışmamızda öncelikli olarak yasağın hukukî temelleri ve ortaya çıkış sebepleri ortaya koyulacak, daha sonra “*hükümün açıkça kamu düzenine aykırılığı*” belirlenirken dikkate alınan bazı kriterler kapsamında davanın esasına girme yasağının istisnasının gerekliliğini inceleyeceğiz.

I. DAVANIN ESASINA GİRME YASAĞI

Davanın esasına girme yasağı, yabancı mahkeme kararının revize edilememesi anlamına gelmektedir. Daha net bir ifadeyle, tanıma-tenfiz aşamasında yabancı ilâmın doğruluğuna itibar edilme zorunluluğunu ifade etmektedir. Yasak kapsamında yabancı hâkimin ulaştığı sonucun yerine, baştan muhakeme edilerek delillerin değerlendirilip esasa ve usûle uygulanacak hukukun yeniden tatbik edilmesine cevaz verilmemektedir². Aksi takdirde yabancı mahkeme kararına karşı derin bir güvensizlik doğacaktır³. Bu da devletler arasındaki dayanışmanın sarsılmasına sebep olacağı için adalete zamanında ve makul çaba ile erişime engel olacaktır⁴.

1 Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Kanun Numarası 5718, Kabul Tarihi: 27.11.2007, RG 12.12.2007/26728.

2 Bu konuda bkz., Ergin Nomer, *Devletler Hususî Hukuku* (23. Bası, Beta 2021) 520, (*Devletler Hususî*); Ergin Nomer, *Milletlerarası Usûl Hukuku* (2. Bası, Beta 2018) 185, (*Usûl*); Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (Beta, 2019) 300-301, (*Ticari Akitler*); Aysel Çelikel ve Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (17. Bası, Beta 2021) 725-726; Cemal Şanlı, Emre Esen ve İnci Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (10. Bası, Beta 2023) 651; Pınar Güven, *Tanıma-Tenfiz, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (Yetkin 2013) 81.

3 Cedric Vanleenhove, ‘Normative Framework For The Enforcement Of U.S. Punitive Damages In The European Union, Transforming The Traditional ‘No Pasarán!’ (2016) 41 Vermont Law Review 347, 378.

4 Matthias Weller, ‘Mutual Trust, In Search of The Future of European Union Private International Law’ (2015) 11(1) Journal of Private International Law 64, 70.

Türk hukukunda davanın esasına girme yasağına ilişik açık bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Diğer yandan 2 Temmuz 2019 Tarihli Hukukî veya Ticarî Konularda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında La Haye Sözleşmesi⁵ madde 4/II'de “*tanıma-tenfiz istenen devlette kararın esasına ilişkin bir değerlendirme yapılamayacağı, bu tür değerlendirmelerin sadece işbu Sözleşme'nin uygulanması bakımından gerekli olduğu ölçüde yapılabileceği*” kabul edilmektedir⁶. Sözleşmede yasağa mutlak olarak yer verilmemekte, yine bu düzenlenmenin sınırları içerisinde istisnasının söz konusu olabileceği ifade edilmektedir.

AB hukukunda 12 Aralık 2012 tarih ve 1215/2012 sayılı Medeni ve Ticari Hukuk Davalarında Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Tüzük (Brüksel Ibis Tüzüğü)⁷ madde 52'de “*üye devlet mahkeme kararlarının, diğer üye devlet mahkemeleri tarafından hiçbir şekilde esasının incelenemeyeceği*” hükme bağlanmaktadır. Hükmün istisnasına yer verilmeyerek mutlak olarak düzenlendiği için ilâmın kendisinin inceleme konusu yapılamayacağı iddia edilmektedir⁸. Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) da *Krombach v. Bamberski*⁹ kararında davanın esasına girme yasağı nedeniyle sadece temel hukuk kurallarının ihlâlinde kamu düzenine aykırılığın kabul edileceğini belirtmektedir¹⁰. Ayrıca Divan *Gambazzi*¹¹ kararı ile böyle bir değerlendirmenin ilgililerin yasal yollarını belirlemek ve savunma hakkına gereği gibi riayet edilerek dinlenme imkânı sunulduğunu tespit etmek ile sınırlandırıldığı müddetçe davanın esasına girme yasağına aykırılığın söz konusu olmayacağını ifade etmiştir¹². Bu kapsamda ABAD, *Trade Agency Ltd v. Seramico Investments Ltd*¹³ kararında kamu düzeni istisnasının uygulanabilmesi için tenfizin talep edildiği devletin hukuk düzeninde benimsenen vazgeçilmez bir hukuk kuralının veya temel olarak kabul edilen bir hakkın *açık ve orantısız* bir şekilde ihlâl edilmesi gerektiğine hükmetmiştir¹⁴. Böyle bir incelemenin,

- 5 La Haye Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı'nın (*Hague Conference on Private International Law*) çalışmaları sonucu hazırlanan bu sözleşmenin tam metni Konferansa üye olan devletler tarafından oybirliği ile kabul edilmiş ve imzaya açılmıştır. Sözleşme'nin İngilizce tam metni için bkz., <<https://assets.hcch.net/docs/806e290e-bbd8-413d-b15e-8e3e1bf1496d.pdf>> accessed 23.07.2023.
- 6 Abdullah Harun Korkmaz, *Tanıma-Tenfiz Hukukunda Yeni Eğilimler, 2 Temmuz 2019 Tarihli Hukukî veya Ticarî Konularda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında La Haye Sözleşmesi* (Oniki Levha 2021) 57-58; Ceyda Süral Efeçinar, 'Possible Ratification of the Hague Convention by Turkey and Its Effects to the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments' (2020) 40(2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (Prof. Dr. Cemal Şanlı'ya Armağan) 775, 782; Yusuf Çalışkan ve Zeynep Çalışkan, '2 Temmuz 2019 Tarihli Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Lahey Anlaşmasının Değerlendirilmesi' (2020) 40(2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (Prof. Dr. Cemal Şanlı'ya Armağan) 231, 240.
- 7 İşbu Tüzüğün İngilizce tam metni için bkz., <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX,32012R1215>> accessed 23.07.2023
- 8 James Fawcett and Janeen M. Carruthers, *Cheshire, North & Fawcett Private International Law* (Oxford University Press 2008) 612.
- 9 Case C-7/98 *Krombach v. Bamberski* [2000] ECR 2000 I-01935.
- 10 *Krombach v. Bamberski*, paras. 37. Ayrıca AB hukukunda kamu düzeni müdahalesi hakkında bkz. Ceyda Süral, 'Avrupa Birliği Usûl Hukuku' iç Ceyda Süral ve Uğur Tütüncübaşı (edr), *Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku* (Adalet 2016) 222.
- 11 C-394/07 *Marco Gambazzi v. Daimler Chrysler Canada Inc. and CIBC Mellon Trust Company* [2009] ECR 2009 I-02563.
- 12 *Marco Gambazzi v. Daimler Chrysler Canada Inc. and CIBC Mellon Trust Company*, paras. 46.
- 13 C-619/10 *Trade Agency Ltd v. Seramico Investments Ltd* [2012] ECLI,EC,C,2012,531.
- 14 *Trade Agency Ltd v. Seramico Investments Ltd*, paras. 55. Karar, bir hakkın temel olarak nitelendirildikten sonra onun “açık ve orantısız” bir şekilde ihlâl edilmesinin aranmaması gerektiği gerekçesiyle eleştirilmektedir. Gilles Cuniberti, “The Recognition of Foreign Judgments Lacking Reasons In Europe, Access To Justice, Foreign Court Avoidance, And

yargılamanın konusu veya temeli hakkında bir değerlendirme içermemesi halinde davanın esasına girme yasağına aykırı görülemeyeceği belirtilmiştir¹⁵.

Açık bir düzenleme olmasa da MÖHUK'ta bazı hükümlerden yola çıkarak davanın esasına girme yasağı kabul edilmektedir. Şöyle ki; yabancı mahkeme kararlarının tenfizi şartlarını düzenleyen MÖHUK madde 54'te “*yetkili mahkemenin, tenfiz kararını hükümde belirtilen şartlar dâhilinde vereceği*” belirtilmektedir. Bu hükümle hâkime, yabancı mahkeme kararını sadece MÖHUK'ta aranan koşullar bakımından inceleme yetkisi verilerek bağlı yetki tanınmaktadır¹⁶. Ayrıca MÖHUK madde 55/II'de de “*karşı tarafın ancak tenfiz şartlarının bulunmadığını veya yabancı mahkeme ilâmının kısmen veya tamamen yerine getirilmiş yahut yerine getirilmesine engel bir sebep ortaya çıkmış olduğunu öne sürerek itiraz edebileceği*” düzenlenmektedir. Aynı hususlar tanıma kararının verilmesi içinde geçerlidir. Zira MÖHUK madde 58'de “*tanıma kararının yabancı ilâmın tenfiz şartlarını taşıdığıнын (madde 54/I-a dışında) mahkemece tespitine bağlı olduğu*” kabul edilmektedir. İlgili hükümlerden yola çıkılarak, yabancı mahkeme kararlarının tanıma-tenfizinde kanunda yer alan şartlara uygunluk açısından değerlendirme yapılabileceği, davanın esasının incelenmeyeceği sonucuna ulaşılmaktadır¹⁷. Yargı kararında¹⁸ da yasağın mahiyetine ve önemine vurgu yapılmaktadır.

Bu kapsamda davanın esasına girme yasağının mahiyeti şu şekilde özetlenebilir:

Yabancı mahkeme hükmünde esas alınan hukuk kurallarının yabancı hâkim tarafından nasıl uygulandığı, yorumunda hata bulunup bulunmadığı incelenemez¹⁹. Dolayısıyla uygulanan hukuk kurallarının doğru uygulanıp uygulanmadığının denetimi de esasa girme yasağının ihlâli anlamını taşıyacaktır²⁰.

Yabancı mahkeme hükmünün, Türk hukukundaki emredici hükümlere tamamen ve kısmen aykırı olup olmadığı tetkik edemez²¹.

Efficiency' (2008) 57(1) International and Comparative Law Quarterly 25, 34.

15 *Trade Agency Ltd v. Seramico Investments Ltd*, prg. 62.

16 Süral Efeçinar (n 6) 782; Cemile Demir Gökyayla, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni* (Seçkin 2001) 76-77, (*Kamu Düzeni*).

17 Demir Gökyayla, *Kamu Düzeni* (n 16) 127; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 2) 652; Nuray Ekşi, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (2. Bası, Beta 2020) 314; Gülin Güngör, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku* (3. Bası Yetkin 2022) 293-294; Hatice Selin Pürselim ve Can Yöney, 'Türk Hukukunda Gereksiz Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi' (2022) 42(1) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 1, 7; Gizem Ersen Perçin, 'Gereksiz Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni Engeli' (2015) 1(1) Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 61, 71, ('Gereğe').

18 Örneğin, Yargıtay 11 HD, 2018/2555 E 2019/391, 16.01.2019; Yargıtay 11 HD, E 2017/259 K 2018/2278, 02.04.2018; Yargıtay 3 HD, E 2013/12146 K 2013/16538, 25.11.2013; İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 44 HD, E 2020/1339 K 2022/1753, 15.12.2022; İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 13 HD, E 2019/589 K 2019/1444, 23.10.2019 <www.legalbank.com> Erişim Tarihi 24.08.2023.

19 Ekşi (n 17) 298; Ahmet Cemal Ruhi, *Türk Hukukunda Yabancı Nafaka İlamlarının Tenfizi* (Seçkin 2013) 253, (*Nafaka*); Ebru Şensöz Malkoç, *Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması* (Oniki Levha 2017) 384.

20 Sibel Özel, Mustafa Erkan, Hatice Selin Pürselim ve Hüseyin Akif Karaca, *Milletlerarası Özel Hukuk* (Oniki Levha 2022) 737.

21 Şanlı, *Ticari Akitler* (n 2) 303; Ekşi (n 17) 298; Ruhi, *Nafaka* (n 19) 253.

Yabancı mahkemenin kendi usûl hükümlerini doğru tatbik edip etmediği araştırılamaz. Bu kapsamda yabancı hâkimin delilleri yerinde değerlendirmede, maddî vakıaları yanlış takdir ettiği gerekçesi tanıma-tenfiz reddi olarak kabul edilemez, maddî vakıaların takdirî bakımından hatalı olduğu yönündeki itirazlar dikkate alınamaz ve ayrıca ispat vasıtalarının nevi, ileri sürülmesi ve toplanması usulü inceleme konusu yapılamaz.²²

Yargıtay bir kararında²³, “*yabancı mahkeme kararlarına esas olan vakıaların ispatı kapsamında yeni delillerin sunulmasını davanın esasına girme yasağına aykırı*” kabul etmiştir. Öğretide Yargıtay’ın bu yaklaşımı eleştirilmektedir²⁴. Kanımızca da yasağın bu yönü, sadece yabancı mahkeme kararına esas teşkil eden uyumsuzluğa ilişkin olduğundan tanıma-tenfiz şartlarının varlığının ispatı noktasında tarafların delil ikâmesinde bulunulabileceği ve her türlü delil ile ispat faaliyetini gerçekleştirebileceği kabul edilmelidir²⁵. Davalının itirazı üzerine ileri sürülebilen aşkın yetki ile yabancı mahkemenin savunma haklarının ihlali iddiaları dışındaki şartları hakim re’sen araştırabilecek olsa da, bunların varlığına ilişkin dahi tarafları delil ikâmesine davet edebileceği; yükü yerine getirmeyen tarafın bunun usûlî sonuçlarına katlanmak zorunda kalacağı belirtilmektedir²⁶.

Bu noktada kamu düzeni denetimi ile davanın esasına girme yasağı arasındaki hassas çizgi belirsizleşebilmektedir. Örneğin, çocuğun velâyetinin babaya bırakıldığı bir yabancı mahkeme kararının, kamu düzenini açıkça ihlâl ettiği için çocuğun yüksek menfaatine aykırı olduğunun tespit edilmesi gerekir. Yabancı mahkeme hükmünü verirken velâyetin annede kalması durumunda çocuğun fiziksel ve psikolojik gelişiminin olumlu yönde olacağına dair doktor raporunu göz ardı etmişse ya da sonradan bu yönde bir delil elde edilmişse şayet, bu raporun tenfiz aşamasında dikkate alınması Yargıtay’ın söz konusu anlayışı çerçevesinde davanın esasına girme yasağına aykırılık teşkil edecektir. Ancak kanımızca yabancı ilâm kesinleştikten sonra ortaya çıkan delillerin değerlendirilmesi yabancı hâkimin takdirinin değerlendirmesi anlamını taşımayacağından yasağı da ihlâl etmeyecektir. Buna karşılık hükme etki edebilecek delilin yabancı hâkim tarafından göz ardı edilmesi ise kamu düzeni müdahalesi için yeterli bir sebep olarak kabul edilmekle birlikte, hâkimin takdirinin değerlendirildiği böyle bir durumda kamu düzeni denetimi ile sınırlı olmak kaydıyla davanın esasına girme yasağının göz ardı edilebilmesi gerektiği görüşündeyiz.

22 Şensöz Malkoç (n 19) 388; Ruhi, *Nafaka* (n 19) 255; Musa Aygül, ‘Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Davalarında Bazı Usûl Hukuku Problemleri’ (2011) 31(2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 83, 106.

23 Yargıtay HGK, E 2000/2-1051 K 2000/1068, 21.06.2000 <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 06.06.2023.

24 Aygül (n 22) 98; Mehmet Köle, ‘Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Usûl’ (2016) 21(34) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 39, 75.

25 Aygül (n 22) 98.

26 Aygül (n 22) 90.

II. HÜKMÜN KAMU DÜZENİNE AÇIKÇA AYKIRILIĞININ TESPİTİNDE DAVANIN ESASINA GİRME YASAĞININ UYGULANMASI

A. GENEL OLARAK

Kamu düzeninin net bir tanımı olmamakla birlikte, yabancı mahkeme hükmünün hangi hallerde Türk kamu düzenine açıkça aykırı sayılabileceği öğretide ve mahkeme kararlarında tespit edilmiştir²⁷. Buna göre, yabancı hükmün anayasanın veya hukuk sisteminin temel ilkelerine (vazgeçilmez prensiplerine), Türk toplumunun genel örf-âdet ve ahlak telakkilerine aykırı olması halinde Türk kamu düzenine açıkça aykırılıktan bahsedilebilecektir. Mahiyetine bakılacak olursa kamu düzeni müdahalesinin, hukukî ve ticarî meselelerden ziyade kişi hallerine ilişkin yabancı mahkeme kararlarında daha sıkı tatbik edildiği görülmektedir²⁸.

MÖHUK madde 54/c'den de açıkça anlaşılacağı üzere, tanıma-tenfizde yabancı mahkeme kararlarının sadece hüküm kısmının Türkiye'de hukukî sonuç doğurup doğuramayacağına bakılır, kararın uygulanması sonucu ortaya çıkan somut durum ve etkiler dikkate alınır²⁹. Diğer bir ifadeyle yabancı mahkeme kararında kamu düzenine aykırılığın incelenmesi istenen kısım "hüküm fıkrası" olarak kabul edilen yargılamadan elde edilen hukukî sonuç veya sonuçlardır³⁰.

Sadece hükmün sonuç doğuracağıın kabulü, davanın esasına girme yasağının da doğrudan sonucu ve sınırını oluşturmaktadır³¹. Öğretide de davanın esasına girme yasağı kapsamında yabancı hâkimin takdir ettiği maddî vakıalar, değerlendirdiği deliller ve usûl ile esasa uygulanacak hukuktan hareket edilme mecburiyeti bulunulduğundan, yabancı mahkeme hükmünün tesis edildiği şekilde kamu düzenine açıkça aykırılığının incelenmesi gerektiği kabul edilmektedir³². Yargıtay da "yabancı mahkeme kararının esasına uygulanan hukukun Türk kamu düzenine aykırılığının incelenemeyeceğini, sadece hükmün tenfizi neticesinde ortaya çıkan hukukî sonuçların kamu düzenine aykırı olması halinde mahkeme kararının tenfizinin reddedilebileceğini" kabul etmektedir³³.

27 Şanlı, *Ticari Akitler* (n 2) 293; Çelikel ve Erdem (n 2) 763-764; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 2) 688-695; Bilgin Tiryakioğlu, *Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1996) 47, (*Boşanma*). Yargıtay da kamu düzeni kavramını 10.02.2012 tarihli E 2010/1, K 2012/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nda bu şekilde tanımlamaktadır.

28 Günseli Öztekin Gelgel, 'Recognition and Enforcement of Foreign Court Judgments Within The Framework of The Application The Supreme Court of Appeals' iç Rayegan Kender ve Samim Ünal (edr), *Prof. Dr. Tahir Çağa'nın Anısına Armağan* (Beta 2001) 392, ('Recognition and Enforcement').

29 Hacı Can ve Ekin Tuna, *Milletlerarası Usul Hukuku* (3. Bası, Adalet 2022) 358.

30 Nomer, *Devletler Hususî* (n 2) 531; Nomer, *Usûl* (n 2) 200; Şensöz Malkoç (n 19) 383; Demir Gökyayla *Kamu Düzeni* (n 16) 127.

31 Şanlı, *Ticari Akitler* (n 2) 302; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 2) 696; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Özel Hukuk* (Vedat 2020) 207. Aygül, yabancı hâkimin hükmün esasına dayandırdığı delilin veya kanun hükmünün kamu düzenine aykırılığı için kararın içeriğine bakılmasının zorunlu olduğu, bu hususun davanın esasına girme yasağına aykırılık teşkil etmeyeceğini savunmaktadır. Aygül (n 22) 108-109.

32 Ergin Nomer, 'Rızaî Boşanma ve Kamu Düzeni' (1984) 4(2) *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 94, 97, ('Rızaî Boşanma').

33 Yargıtay 18 HD, E 2014/3930 K 2014/10998, 19.06.2014, <www.legalbank.com> Erişim Tarihi 24.08.2023.

Aslında davanın esasına girme yasağı kamu düzeni denetiminin istisnai niteliğinin de gereğidir. Öğretide bu nitelik göz önünde bulundurularak yasağın mutlak olarak kabul edilmesi gerektiği görüşü savunularak, hükmün hile ile elde edilmesi durumunda dahi karardaki bazı hususlara bakılmasının davanın esasına girme yasağına aykırı olmadığı belirtilmektedir³⁴. Buna göre tenfize konu kararın dayandığı belgelerin tamamen sahte olduğu, davacı ile hiçbir işlem yapılmadığı, hususen davacıdan herhangi bir mal ithal edilmediği, neticeten dava konusu kararın hile ile elde edilmiş bir karar olduğu ve tenfizinin kamu düzenine aykırı olacağı ya da karara konu teşkil eden sözleşmenin ülkenin gümrük ve kambiyo rejimine karşı hile veya muvazaa teşkil ettiği; dolayısıyla tenfizin kamu düzenine aykırılığı ileri sürüldüğünde mahkemenin söz konusu iddiaları araştırmadan kamu düzeni denetimi yapabilmesinin mümkün olmadığı, burada yetkili hukuk tüm yönleriyle incelenmediğinden davanın esasına girme yasağının ihlâlden bahsedilemeyeceği kabul edilmektedir³⁵.

Diğer bir görüş ise davanın esasına girme yasağının istisnasının vazgeçilmeyen temel prensiplere aykırı yabancı mahkeme kararları olduğunu ifade etmektedir³⁶. Bu kapsamda örneğin yabancı mahkeme kararının verilmesinde takip edilen usûlün Türk usûl hukukundaki temel prensiplere aykırılığının varlığı (tarafların savunma haklarının tahammül edilemez derecede ihlâl edilmiş olması vb.), yabancı mahkeme kararında tespiti ve değerlendirmeye tabi tutulan maddî vakıalarla hüküm arasında illiyet bağının yokluğu gibi nedenlerin sadece hüküm fıkrasından anlaşılamayacağı; yabancı mahkeme kararının davanın esasına girme yasağı istisna tutularak kamu düzenine uygunluğunun tamamen incelenmesi gerektiği savunulmaktadır³⁷. Özellikle uluslararası kamu düzenine uygunluğun incelenmesi noktasında, yabancı hâkimin takdirinin değerlendirildiği ve işin doğası gereği davanın esasına girme zorunluluğu olduğu kabul edilmektedir³⁸.

34 Şanlı, *Ticari Akitler* (n 2) 302; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 2) 696; Ayrıca *Akıncı*, kamu düzenine aykırılık denetiminin yabancı kararın esastan incelenmesi için bir araç olarak kullanılmaması gerektiğini, bu durumun yabancı kararın doğruluğunu denetlenmesi anlamına gelmediğini belirtmektedir. Akıncı (n 31) 207. *Çelikel/Erdem* de davanın esasına girme yasağını mutlak kabul etmektedir. Çelikel ve Erdem (n 2) 758; benzer yönde bkz., Aydanur Gürzumar, ‘Türk Devletler Özel Hukuku Açısından Boşanma Davalarında Kamu Düzeninin Etkileri’ (1994) 14(1-2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (Prof. Dr. Vedat Raşit Seviğe Armağan) 21, 46-47. *Arat* da yabancı mahkeme kararının hile ile alındığı iddiasının araştırılmasının davanın esasına girme yasağına aykırılık teşkil etmeyeceğini ifade etmektedir. Yazara göre hilenin mevcut olup olmadığını tetkik, davanın yeniden görülmesini intaç etmemelidir. Mesele, mahkemenin hilenin doğrudan doğruya tesiri ile yanlış yola sevk edilip edilmediğini araştırmaktır. Yoksa mahkemenin hüküm verirken kanun veya maddî vakıanın tavsifinde yanlışlık yapması, hükmün tanınmasına mâni olmayacaktır. Bu hal, daha ziyade hükmü veren mahkemenin bulunduğu yerdeki temyiz mercilerini ilgilendirir. Bu konuda bkz., Tuğrul Arat, ‘Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi’ (1964) 21(1-4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 421, 444.

35 Şanlı, *Ticari Akitler* (n 2) 302; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 2) 697.

36 Nomer, *Devletler Hususî* (n 2) 520; Nomer, *Usûl* (n 2) 186; Işıl Özkan ve Uğur Tütüncübaşı, *Uluslararası Usûl Hukuku* (Adalet 2020) s. 210. Alman hukukunda davanın esasına girme yasağına kamu düzeni lehine istisna tanınmaktadır. Bu konuda bkz., Uğur Tütüncübaşı, ‘Türk Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Alman Hukukunda Yabancı Yargı Kararlarının Tanınması ve Tenfizi’ (2016) 16(Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez Armağan) 1525, 1537. *Doğan/Yılmaz/İzmirli Ayhan* da, bazı istisnai durumlarda hüküm fıkrasından hareketle yabancı mahkeme kararının kamu düzenine aykırı olup olmadığını tespit edilemeyeceğini ve bu gibi hallerde (kararın dayanağı belgenin sahte olduğu iddiası ya da dava konusu borcun Türk hukukunun değerleri ile bağdaşmadığı iddiası gibi) yalnızca kamu düzenine aykırılık bağlamında hüküm gerekçesine bakılmasının gerekebileceğini savunmaktadırlar. Vahit Doğan, Alper Çağrı Yılmaz Alper ve Lale Ayhan İzmirli, *Milletlerarası Özel Hukuk* (9. Bası, Savaş 2023) 134-135.

37 Özkan ve Tütüncübaşı (n 36) 213.

38 Vanleenhove (n 3) 379.

Üçüncü bir görüş ise davanın esasına girme yasağının katı bir şekilde uygulanmasının sakıncalarına dikkat çekerek temel prensiplere aykırılığın varlığı noktasında sadece kamu düzeni denetimi ile sınırlı olarak kararın incelenmek suretiyle yasağın esnetilebileceğini savunmaktadır³⁹.

Kanımızca yabancı mahkeme kararının tanıma-tenfizi için vazgeçilmez değerlere aykırılığın varlığı noktasında yapılacak inceleme, mecburî olarak davanın esasına girme yasağının istisna tutulmasını gerektirmektedir. Şöyle ki; tanıma-tenfiz hâkimi, bu değerlerin ihlâl edildiğinin tespiti için yeni veya kararda göz ardı edilen deliller ışığında yabancı ilâmın hukukî sonuç doğurup doğuramayacağına ilişkin karar verebilir, bu kapsamda yabancı hâkimin hukuku tam veya gereği gibi uygulayıp uygulamadığına bakabilir, uygulanan maddî hükümlerin vazgeçilmez değerleri koruyan Türk hukuk kurallarına aykırılığını ileri sürebilir, delilleri değerlendirebilir, maddî vakiaları yeniden takdir edebilir. Aksi takdirde davanın esasını inceleme yasağının katı bir şekilde yorumlanması sonucu kamu düzeni ile korunmak istenen menfaatlerin yeterince himaye edilememesi söz konusu olacaktır⁴⁰. Diğer yandan hâkimin bu yönde yapacağı değerlendirme MÖHUK madde 54/c'ye uygun olarak yabancı ilâmın hüküm kısmını doğrudan etkileyecek hususlara yönelik olmalıdır ki kamu düzeni müdahalesinin istisnâî niteliğine uygun olsun.

B. YABANCI MAHKEME HÜKMÜNÜN KAMU DÜZENİNE AYKIRILIĞIN TESPİTİNDE ESAS ALINAN KRİTERLER ÇERÇEVESİNDE DAVANIN ESASINA GİRME YASAĞININ İSTİSNASI

1. Yabancı Mahkemenin Esasa Uyguladığı Hukuka İlişkin Kriter

Yabancı mahkemenin uyguladığı hukukun doğru tespit edilip edilmediği, Türk hukukundan farklı olması ya da yabancı karara esas teşkil eden kanun hükmünün Türk kanunlarını ihlâl etmesi doğrudan kamu düzenine aykırılık teşkil etmez⁴¹. Keza yabancı mahkeme kararına konu olan hususların iç hukukta kamu düzeninden olması ya da Türk hukukunda emredici hükümlerle düzenlenmesi ve bu durumun tek başına kararda dikkate alınmaması doğrudan kamu düzeninin açıkça ihlâlî anlamına gelmeyecektir⁴². Esasa ilişkin bu türden kamu düzenine aykırılık iddialarının dar yorumlanarak istisnaen uygulanması gerektiği kabul edilmekte⁴³ ve buna da “*kamu düzeninin hafifletilmiş etkisi*” denilmektedir⁴⁴. Davanın esasına girme yasağı da bunu gerektirmektedir⁴⁵.

Kamu düzeni denetimi ile davanın esasına girme yasağı arasındaki hassas çizginin tespitinde mahkemelerin söz konusu kritere ilişkin çelişki kararlar verdiği görülmektedir. Örneğin Yargıtay bir

39 Demir Gökyayla, *Kamu Düzeni* (n 16) 76-77.

40 Demir Gökyayla, *Kamu Düzeni* (n 16) 77.

41 Akıncı (n 31) 211-212; Şensöz Malkoç (n 19) 385; Güven (n 2) 131.

42 Nomer, *Devletler Hususî* (n 2) 520-521; Nomer, *Usûl* (n 2) 202; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 2) 698; Şensöz Malkoç (n 19) 392.

43 Özkan ve Tütüncübaşı (n 36) 212.

44 Nomer, *Devletler Hususî* (n 2) 534; Nomer, *Usûl* (n 2) 203; Demir Gökyayla, *Kamu Düzeni* (n 16) 144.

45 Gülören Tekinalp, *Millîterarası Özel Hukuk Bağlama ve Usûl Kuralları* (Vedat Kitapçılık 2020) 437.

kararında⁴⁶ “soybağının reddine ilişkin yabancı mahkeme kararının tanınması hususunda mülga 743 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK)⁴⁷ hükümlerine aykırı olarak davanın yabancı mahkemede çocuk adına açılmasını kamu düzenine aykırı bulan ilk derece mahkemesi kararını bozarak” davanın esasına girme yasağına da uygun hareket etmiştir.

Yargıtay başka bir kararlarında⁴⁸ ise “anlaşmalı boşanmayı esas alan yabancı mahkeme hükmünün boşanma sebebi kararda yer almadığı için tanınmasının kamu düzenine açıkça aykırı olduğuna” hükmetmiştir. Gerekçe olarak da mülga TMK’da anlaşmalı boşanmanın kabul edilmemesi gösterilmiştir⁴⁹. Bu haliyle karar davanın esasına girme yasağına aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle eleştirilmiştir⁵⁰.

Mülga TMK’da 1988 yılında 3444 sayılı Kanun⁵¹ ile yapılan değişiklikle anlaşmalı boşanmanın kabul edilmesinden sonra dahi Yargıtay “yabancı mahkeme kararının verildiği tarihte Türk hukukunda anlaşmalı boşanmanın kabul edilmediği, kaldı ki kararın Türk hukukunda anlaşmalı boşanma için aranan şartlara uymadığı gerekçesiyle boşanma hükmünün tanınmasını” reddetmiştir⁵². Yargıtay’ın bu kararı Türk kamu düzenine uygunluğu, yabancı hukukun maddi hükümlerinin Türk mevzuatındaki düzenlemelere uygun olması gerektiği anlayışının sonucudur. Dolayısıyla davanın esasına girme yasağı gereği eleştirilmektedir⁵³.

Yargıtay’ın ortak velâyete ilişkin kararları da kamu düzeni ve davanın esasına girme yasağı arasındaki ilişkinin ortaya konulması açısından dikkat çekicidir. Yargıtay 2017 tarihinden önce tesis ettiği kararlarında⁵⁴ evlilik dışı doğan çocuğun ya da boşanma sonrası ortak çocukların velâyetini anne-babaya birlikte veren yabancı mahkeme kararlarını ya da bunu öngören yabancı hukukların tatbikini kamu düzenine aykırı kabul etmiştir. Gerekçe olarak da iç hukukta emredici nitelikte olan TMK⁵⁵ madde 336’ya aykırılık gösterilmiştir. Öğretide çoğunlukla bu kararlar eleştirilmiştir⁵⁶. Zira bizim

46 Yargıtay 2 HD, E 2009/6063 K 2009/8609, 04.05.2009 <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 05.05.2022.

47 Mülga Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 403, Kabul Tarihi:17.02.1926, RG 04.04.1926/339.

48 Yargıtay 2. HD E 1984/2674 K 1984/4577, 15.05.1984 <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 05.05.2022.

49 1926 tarihli 743 sayılı TMK’da 1988 yılında 3444 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle anlaşmalı boşanma kabul edilmiştir. 4721 sayılı TMK madde 166/III’te de anlaşmalı boşanma kabul edilmiştir.

50 Nomer, ‘Rızai Boşanma’ (n 32) 96.

51 743 Sayılı Türk Kanunu Medenisinin Bazı Maddelerinin ve 818 Sayılı Borçlar Kanununun 49 uncu Maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanun, Kanun Numarası: 3444, Kabul Tarihi: 04.05.1988, RG. 12.05.1988/19812.

52 Yargıtay 2. HD., T. 24.12.1992, E 1992/12592, K 1992/12907, (www.legalbank.com, Erişim Tarihi 22.07.2023).

53 Çelikel ve Erdem (n 2) 760-761.

54 Örneğin, Yargıtay 2 HD, E 2003/4019 K 2003/5500, 15.04.2003; Yargıtay 2 HD, E 2004/13947, K 2005/15854, 27.12.2004, kararlar için bkz., <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 07.06.2023.

55 Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 08.12.2001/24607.

56 Çelikel ve Erdem (n 2) 770-772; Zeynep Derya Tarman, ‘Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfiz Edilmesinde Karşılaşılan Sorunlara İlişkin Tespitler’ (2017) 37(2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 798, 812; Ağaoglu C, ‘Have Turkish Court Started to Enforce Foreign Joint Custody Judgements?’ (2022) 71 Annales de la Faculté de Droit d’Istanbul 1, 16; Aslı Bayata Canyaş, ‘Why Not Enforce? A Critical Analysis Of The Refusal To Enforce Foreign Joint Custody Judgments In Turkish Courts’ (2013) 27 (3) International Journal of Law, Policy and the Family, 310, 319.

de katıldığımız bu eleştiriler, Yargıtay'ın davanın esasına girme yasağını ihlâl ettiği gerekçesine dayanmaktadır.

Yargıtay 2017 tarihli kararından⁵⁷ itibaren ortak velâyeti kamu düzenine açıkça aykırılık nedeni olarak kabul etmemektedir. Bu karar, her ne kadar uygulanacak hukuka dair olsa da ortak velâyete ilişkin yabancı mahkeme hükümlerinin tenfizi açısından da esas alınmaktadır⁵⁸. Kararda “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 59 11 No'lu protokolünün kabul edilmesi ile Türk hukukunda da ortak velâyetin yasal hale geldiği; bu nedenle kamu düzenine aykırılık iddiasının ileri sürülemediği*” ifade edilmiştir.

Kanımızca böyle bir değerlendirme de davanın esasına girme yasağına aykırılık teşkil edecektir. Zira ortak velâyetin Türk hukukunda kabul edilip edilmediği kamu düzenine aykırılık veya uygunluk için yeterli bir şart olarak görülmemelidir. Kararın hüküm kısmı esas alınarak somut olayın özellikleri çerçevesinde kamu düzeni denetimi yapılmalı, bu kapsamda ortak velâyet çocuğun yüksek menfaatine uygun ise karar tenfiz edilmelidir⁶⁰.

Yargıtay evlat edinme ile ilgili birçok kararında⁶¹ da “*tarafardan birinin Türk olması durumunda TMK'nın evlat edinmeye ilişkin aradığı şartları taşımayan yabancı mahkeme kararını Türk kamu düzenine açıkça aykırı*” kabul etmektedir⁶². Bu husus da davanın esasına girme yasağına aykırılık teşkil etmektedir. Zira yabancı mahkeme hükmünün esasına uygulanan hukukun Türk hukukundan farklı olması ya da Türk hukukunda hiç düzenlenmemesi zaten kamu düzenine açıkça aykırılık için yeterli bir sebep olarak görülmemelidir. Önemli olan, evlatlık küçük ise evlat edinmeye ilişkin yabancı mahkeme hükmünün çocuğun yüksek menfaati ile çatışmamasıdır.

Ancak bazı durumlarda davanın esasına girme yasağının mutlak olarak kabul edilerek uygulanacak hukukun incelemeye tabi tutulmaması kamu düzeni denetiminden beklenen menfaati karşılamamaktadır. Bu gibi durumlarda tanıma-tenfiz hâkimi kamu düzeni denetimi ile sınırlı olmak kaydıyla, yeni veya muhakeme esnasında göz ardı edilen deliller ışığında maddî vakaları gözden

57 Yargıtay 2 HD, E 2016/15771 K 2017/1737 20.02.2017 <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 22.04.2023; Karar hakkında değerlendirmeler için bkz., Çelikel ve Erdem (n 2) 772-774; Ağaoğlu (n 56) 18-20.

58 Yargıtay 2. HD, E 2016/18674 K 2017/13800, 04.12.2017 <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 22.04.2023.

59 Türkiye, Sözleşme'yi 4 Kasım 1950 tarihinde imzalamıştır. 10 Mart 1954 tarih ve 6366 sayılı Onay Kanunu, 19 Mart 1954 tarih ve 8662 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Onay belgeleri, 18 Mayıs 1954 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne tevdi edilmiş ve Sözleşme, Türkiye bakımından bu tarihte yürürlüğe girmiştir. *European Convention on Human Rights*, <https://www.echr.coe.int/documents/convention_eng.pdf> accessed 09.08.2023.

60 Aynı yönde bkz., Begüm Süzen, ‘Yabancı Mahkemelerden Verilen Birlikte Velâyet Kararlarının Tenfizi’ (2015) 10(134-135) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 27, 43.

61 Örneğin, Yargıtay 2 HD, E 2003/8317, K 2003/9830, 30.06.2003; Yargıtay 2 HD, E 2006/14063 K 2007/6141, 12.04.2007 <www.legalbank.com> Erişim Tarihi 05.05.2022. Yargıtay'ın son dönemlerde bu yaklaşımdan uzaklaştığı görülmektedir. Örneğin, Yargıtay 2 HD, E 2021/5783 K 2022/2231, 09.03.2022; Yargıtay 2 HD, E 2022/4373 K 2022/5899, 15.06.2022 <www.legalbank.com> Erişim Tarihi 05.05.2023.

62 Yargıtay'ın bu yaklaşımı öğretilerde haklı olarak eleştirilmektedir. Ziya Akıncı ve Cemile Demir Gökyayla, *Milletlerarası Aile Hukuku* (Vedat 2010) 142; Zeynep Derya Tarman ve Işık Önay, ‘Milletlerarası Evlat Edinme Hukukunda Kamu Düzeni Engeli’ (2011) 60(2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 331, 355. Aksi yönde bkz., Tekinalp (n 45) 440.

geçirebilmeli, esasa ilişkin hukuku veya usûle aykırılıkları tespit ederek kararın tanıma-tenfizini reddedebilmelidir⁶³. Bu kapsamda önemli görülen bazı hususları aşağıdaki şekilde sıralayabiliriz:

AİHS’nde düzenlenen ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından verilen kararlarla korunan temel hak ve özgürlükleri ihlâl eden yabancı mahkeme hükmü Türk kamu düzenine açıkça aykırı sayılmalıdır⁶⁴. AİHS’nin amaçladığı korumanın sağlanmadığı durumlarda, kamu düzeni istisnası, olası temel hak ihlallerinde dahi uygulanmalı ve ayrıca, istisnai doğası göz önüne alındığında, bu tür bir kontrol açık ve orantısız ihlallerde devreye girmelidir⁶⁵. Bu çerçevede hükme esas teşkil eden kanun hükmünün doğru uygulanıp uygulanmadığının tanıma-tenfiz hâkimi tarafından inceleme konusu yapılarak davanın esasına girme yasağı göz ardı edilebilmelidir.

AİHM’in doğrudan davanın esasına girme yasağına ilişkin bir kararı bulunmamaktadır. Ancak bazı kararlarında tanıma-tenfiz devletine AİHS’de düzenlenen temel hakların ihlâli ile sınırlı olmak kaydıyla içerik denetimi yapma yükümlülüğü getirdiğini ifade etmek mümkündür. Örneğin, AİHM *D.D. v. France*⁶⁶ kararına konu teşkil eden uyuşmazlıkta, “*her ne kadar şikâyet başvurusunun talebi üzerine kayıttan düşse de kadının boşanma iradesine bakmaksızın sadece kocaya boşanma talep edebilme hakkı veren Cezayir aile hukuku kuralına istinaden verilen boşanma kararının Fransız mahkemelerinden tanınması talebinin, yabancı mahkeme hükmü adil ve çekişmeli bir yargılama sonucunda tesis edilmiş olsa da kadının olası itirazlarının göz ardı edilerek kocanın tek taraflı boşanma iradesine geçerlilik tanınmasının 7 No’lu ek Protokol madde 5’te belirtilen eşlerin evlilik süresince ve evliliğin sona ermesi halinde medeni haklarından ve sorumluluklarından eşit şekilde yararlanacağı hükmüne aykırılık teşkil ettiğini*” kabul etmiştir⁶⁷. Burada aslında AİHM tanıma-tenfiz hâkimine esasa uygulanacak hukukun Sözleşme ile bağdaşıp bağdaşmadığını araştırma mecburiyeti⁶⁸ getirerek davanın esasına girme yasağını istisna tanımaktadır.

Kadının iradesi ve olası itirazları göz ardı edilerek kocaya tek taraflı irade beyanına dayanılarak verilen boşanma kararının tanınması meselesi Türk mahkemelerinin de önüne gelmiştir. Bu konuda Kadıköy 2. Asliye Hukuk Mahkemesi’nin verdiği karar⁶⁹ öğretide çeşitli tartışmalara neden olmuştur. Cidde kadısı önünde, Suudi Arabistanlı koca Türk vatandaşı eşini talâk senedi düzenlenmesi suretiyle

63 *Sakmar* da kamu düzenine aykırılığın yabancı mahkeme tarafından uygulanan kanunla ilgili olarak ortaya çıkmasının mümkün olduğunu, bu kanun hükümlerinin Türk hukuk nizamının esaslı prensiplerini ihlâl etmesi veya mevcut hukuk anlayışımızı tahammül edilemez derecede yaralaması halinde tenfizinin engellenebileceğini belirtmektedir. Meselenin soyut kanun hükmü açısından değil, somut olaydaki uygulama bakımından değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Atâ Sakmar, *Yabancı İllâmların Türkiye’deki Sonuçları* (Fakülterler Matbaası 1983) 79.

64 Nomer, *Devletler Hususî* (n 2) 531-532; Nomer, *Usûl* (n 2) 201.

65 Bu konuda bkz., Giacomo Biagioni, ‘Avotinş v. Latvia. The Uneasy Balance Between Mutual Recognition of Judgments and Protection of Fundamental Rights’ (2016) 1(2) *Europeans Papers* 579, 591.

66 *D.D. v. France* App No 3/22 (ECtHR, 08 November 2005).

67 *D.D. v. France*, paras. 25-28; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 2) 693, dpn. 498.

68 İlyas Arslan, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Milletlerarası Özel Hukuka Etkisi* (Adalet, 2019) 883.

69 Kadıköy 2. Asliye Hukuk Mahkemesi, E 1990/853 K 1991/941, 07.02.1991. Karar ve değerlendirmesi için bkz., Çelikel ve Erdem (n 2) 765-766; Ergin Nomer, ‘Suudi Arabistan Hukukuna Göre Talâk ve Türkiye’de Tanınması’ (1991) 65(7-8-9) *İBD* 501 vd; Ahmet Cemal Ruhi, ‘Talâk ve Türk Kamu Düzeni’ (Mart 2002) (1) e-akademi-Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi <<http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=Tal%2k%20ve%20T%FCrk%20Kamu%20D%FCzeni&kimlik=667840882&url=makaleler/acruhi-1.htm>> Erişim Tarihi 23.08.2023, (‘Talâk’).

boşanmış ve karar kesinleşmiştir. Türk vatandaşı kadın, kararın tanınması için Türkiye’de dava açmıştır. Mahkeme kararda sadece hükmü incelemiş ve Türkiye’de tanınmasının kamu düzenine aykırı olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Öğretide hükmün tanınmasını bizzat Türk vatandaşı kadın talep ettiği için diğer şartların da varlığı halinde tanıma kararının verilmesinin yerinde olduğu ileri sürülmektedir⁷⁰.

Buna karşılık Yargıtay 2021 tarihli kararı⁷¹ ile bu anlayışından dönerek kocaya tek taraflı boşanma yetkisi veren maddi hukuk hükmünü doğrudan kamu düzenine aykırı kabul etmiştir. Kararda “*davacı erkeğin tek taraflı olarak “Sen boşsun” şeklindeki beyanı ile boşanmalarına, üç ay sonrasında kadının kocasının kendisine dönmediğini bildirmesi üzerine tarafların boşanmalarının kesinleşmesine ilişkin, kadının iradesinin yok sayılması niteliğindeki kararın, Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil ettiği*” ifade edilmektedir⁷².

Yargıtay kamu düzenine aykırılık iddiasının gerekçesini Türkiye açısından yürürlüğe girmiş ve Anayasa madde 90 uyarınca kanun hükmünde olan AİHS’nin 7 numaralı Ek Protokol madde 5’teki “*eşlerin, evlilik bakımından, evlilik süresince ve evliliğin bitmesi halinde, kendi aralarındaki ve çocuklarıyla olan ilişkilerinde, özel hukuk niteliği taşıyan hak ve sorumluluklar açısından eşit olduğuna*” ilişkin hükme dayandırmaktadır.

Yargıtay boşanmaya uygulanan yabancı maddi hükmünün, AİHS ile korunan temel haklara aykırılığı gerekçesiyle yabancı ilâmın kamu düzenini ihlâl ettiğine karar vererek davanın esasına girme yasağı göz ardı etmiştir. Kanımızca da sadece hükmün icrasına bakarak kadının talebi halinde tanınmanın kabul edilmesi kamu düzeni ile beklenen menfaati zedeleyebilecektir. Taraflardan hangisi tanıma talebinde bulunursa bulunsun böyle bir durum, doğrudan adil yargılama hakkı ile Türk hukukunda da kabul edilen temel kuralların “*orantısız ve açık ihlâli*” niteliği taşıyabileceğinden kamu düzenine aykırı olarak kabul edilmeli ve yapılacak incelemeye cevaz verilerek davanın esasına girme yasağına istisna tanınmalıdır. Nitekim Yargıtay’ın son dönemdeki yaklaşımı da bu görüşümüzü desteklemektedir. Diğer yandan bu karar ile ulaşılan sonucu isabetli bulmamıza karşılık AİHS’nin 7 numaralı Ek Protokolü madde 5 yürürlükte olmasa bile başta Anayasa madde 10 ve 41 olmak üzere Türk hukukuna ve temel değerlerin ihlâli anlamına geleceğinden yabancı boşanma ilâmının Türk kamu düzenine aykırı kabul edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

Yabancı mahkeme ilâmının çocuğun yüksek menfaatine uygun olup olmadığının araştırılma gerekliliği de davanın esasına girme yasağının istisna tutulma nedenlerinden biri olarak kabul edilmelidir. Şüphesiz ki bu ilkenin ihlâli açıkça kamu düzenine aykırıdır. Ancak çocuğun yüksek menfaatinin sağlanması ve korunması yabancı mahkeme hükmüne bakılarak tespit edilebilecek bir

70 Çelikel ve Erdem (n 2) 765-766; Şensöz Malkoç (n 19) 385, dpn. 907; , Ahmet Cemal Ruhi, *Türk Hukukunda Yabancı Boşanma İlamlarının Tanınması ve Tenfizi* (Seçkin 2013) 97-98, (*Boşanma*). Uyanık, İslam hukukuna göre sonuçlanmış bir mahkeme kararının Türkiye’de tanınması talep edildiğinde, Türk hâkiminin davalı eşin boşanmayı serbest iradesi ile kabul etmiş olup olmadığını dikkate alarak sonuca göre hareket etmesi gerektiğini ifade etmektedir. Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, *Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma* (Beta 2006) 82.

71 Yargıtay 2 HD, E 2020/6076 K 2021/411, 20.01.2021 <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 22.06.2022.

72 Ayrıca karar için bkz., Pürselim ve Yöney (n 17) 384, dpn. 121.

durum değildir. Bu ilkenin temini yabancı hâkimin vakıaları takdir biçimi de dâhil olmak üzere karara etkili olan pek çok hususun yeniden incelenmesini ve değerlendirilmesini gerektirebilmektedir.

Bu anlayış doğrultusunda 1980 tarihli Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi İle Çocukların Velâyetinin Yeniden Tesisine Dair Avrupa Sözleşmesi (Lüksemburg Sözleşmesi)⁷³’nde velâyet kararlarının tenfiz hâkimi tarafından yeniden gözden geçirilmesine imkân tanınmaktadır. İşbu Sözleşme madde 8/III’te de “*taraf devletlerin mahkemeleri veya yetkili makamları tarafından verilen velâyet kararlarının tenfizinde yeni durumlar ortaya çıkarsa tenfiz hâkimine velâyete ilişkin yeniden karar alma*” yetkisi verilmektedir. Anayasa madde 90 ile MÖHUK madde 1/II uyarınca milletlerarası sözleşmeler öncelikle uygulanacağından Lüksemburg Sözleşmesi’nin uygulama alanına giren hallerde davanın esasına girme yasağından bahsedilemeyecektir⁷⁴.

Diğer yandan çocuğun yüksek menfaatinin davanın esasına girme yasağının istisnasını teşkil edip etmeyeceği konusunda öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Şensöz Malkoça göre, davanın esasına girme yasağının cevaz verdiği kapsamda çocuğun yüksek menfaatine aykırılığın hüküm ve gerekçelerden anlaşılabilirdiği ölçüde kamu düzenine aykırılığın söz konusu olabileceğini ifade etmektedir⁷⁵. Gelgel de tenfiz hâkiminin velâyet kararlarının tenfizinde davanın esasına girme yasağına uymak koşulu ile hükme konu olan velâyet kararının içeriğine bakarak çocuğun yüksek yararının gözetilip gözetilmediğini tespit edebileceği, çocuğun yüksek yararına aykırı yabancı velâyet kararlarının kamu düzenine aykırı görülüp tenfiz edilmemesi gerektiğini ifade etmektedir⁷⁶. Partalci ise tenfiz edilecek yabancı kararın çocuğun menfaatlerine aykırı kanun hükümlerine dayanması halinde Anayasa ve sözleşmelerde yer alan -özellikle aile ve çocuğun korunmasına ilişkin- temel hukuk kurallarının ihlâli gibi durumlarda yabancı ilâmın esasına girilmesinin teknik anlamda bir esastan inceleme sayılmaması gerektiğini savunmaktadır⁷⁷.

Buna karşılık Huysal, ilkenin korunması için “*de lega feranda*” yapılması gereken, kanunun ayırık bir durum olarak kabul edilmesi ve gerekli incelemenin yapılması gerektiği görüşündedir⁷⁸. Akıncı ve Gökyayla, yabancı mahkeme hükmünün çocuğun yüksek menfaatine aykırı olup olmadığının araştırılmasına korunan menfaat düşünüldüğünde davanın esasına girme yasağının engel olmaması gerektiğini kabul etmektedir⁷⁹.

73 Bu Sözleşmeyi Türkiye, “Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velâyetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Hakkında Kanun” ile Sözleşme’yi onaylamıştır. Kanun No, 4433, Kabul Tarihi, 04.08.1999, RG. 08.08.1999/23780. Sözleşme metni, 02.11.1999 tarihli ve 23864 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanmıştır. İşbu Sözleşme’nin tam için bkz., <<https://rm.coe.int/1680078b09>> Erişim Tarihi 10.08.2023.

74 Bu konuda bkz., Günseli Öztekin Gelgel, ‘Türk Devletler Özel Hukukunda Velâyet ve Vesayet Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Bazı Problemler’ (2015) 35(2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 107, 117, (‘Velâyet ve Vesayet’).

75 Şensöz Malkoç (n 19) 432.

76 Öztekin Gelgel, ‘Velâyet ve Vesayet’ (n 74) 117.

77 Rumeysa Partalci, ‘Yabancı Devletler Alınan Velâyet Kararlarının Tenfizi’ (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi 2014) 64.

78 Akıncı (n 31) 163; Burak Huysal, *Devletler Özel Hukukunda Velâyet* (Legal 2005) 184, (‘Velâyet’).

79 Akıncı ve Demir Gökyayla (n 16) 142 ve 153. Buna karşılık Gökyayla, yabancı mahkeme hükmüne tatbik edilen yetkili yabancı hukukta özel koruma gerektiren çocuğun yüksek menfaatinin himaye edilmesi halinde tenfiz hâkiminin

Kanımızca küçüğün evlat edinilmesine veya velâyete ilişkin yabancı mahkeme kararları, esasa uygulanan hukuk da dahil olmak üzere tüm unsurlarıyla incelemeye tabi tutulabilmelidir⁸⁰. Böyle bir inceleme de davanın esasına girme istisnası anlamına gelecektir. Ancak bu durum çocuğun yüksek menfaatine aykırılık olup olmadığı ile sınırlı olmalıdır. Zira çocuğun yüksek menfaati, başta BM Çocuk Hakları Sözleşmesi⁸¹ olmak üzere birçok uluslararası sözleşme ve anayasa ile de korunmaktadır. İlkenin temini ve muhafazası lehine davanın esasına girme yasağı göz ardı edilebilmelidir.

Diğer bir husus ise yabancı boşanma ilâmı ile birlikte verilen velâyet, nafaka ve çocukla kişisel ilişki kurulması ilişkin hususların tenfizine ilişkindir. Yargıtay muhtelif kararlarında⁸² boşanmanın fer'i sonuçlarının tenfiz şartları açısından ayrı ele almaktadır. Bu kapsamda yabancı boşanma ilâmının hüküm fıkrasında yer alan boşanma kararı tanındıktan sonra velâyet, nafaka ve çocukla kişisel ilişki kurulması gibi hususlarda şartlar gerçekleşmediği gerekçesiyle tenfiz reddedilebilir veya kısmen tenfiz edilebilir⁸³.

Öğretide, velâyete ilişkin hüküm içermeyen boşanma kararının tanınmasının ardından hâkimin nasıl hareket etmesi gerektiğine ilişkin görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre hâkim, velâyetin düzenlenmesi bakımından bir taleple bağlı olmadığı için önüne gelen herhangi bir davada konuyu re'sen inceleyip karara bağlayabilir ve bu nedenle oluşan boşluk hâkim tarafından doldurulabilir⁸⁴. Diğer bir görüşe göre ise hâkimin yabancı kararda hiç bulunmayan bir husus hakkında karar tesis edemeyeceği, usûl ekonomisi açısından aleyhe durum oluştursa da taraflara Türkiyede yeni bir dava açmalarını telkin etmesi gerekir⁸⁵. Zira tenfiz hâkiminin bu konuda yetkisi olmadığı, yetkili aile mahkemesinde dava açılıp velâyet kararı alınabileceği belirtilmektedir⁸⁶.

Aynı husus boşanmanın diğer fer'i sonuçlarının tenfizi halinde de karşımıza çıkabilir. Örneğin boşanma kararının tanınması ile velâyetin tenfiz edilmesine rağmen kişisel ilişki kurulmasına dair

çocuğun velâyetinin diğer tarafta bulunması gerektiğine ilişkin değerlendirmesinin yabancı hâkimin takdir hakkının denetlenmesi olacağı için davanın esasına girme yasağına aykırılık teşkil edeceğini de ifade etmektedir. Demir Gökyayla, *Kamu Düzeni* (n 16) 184.

80 *Bayata Canyaşa* göre, her ne kadar Türk hukukunda davanın esasına girme yasağı kabul edilse çocuğun yüksek menfaatinin tespiti için Türk hâkiminin yabancı ilâmdaki bazı ayrıntıları değerlendirebileceğini ifade etmektedir. Zira bu hususların kararın hüküm fıkrasından anlaşılması mümkün olmayabilir. *Bayata Canyaş* (n 56) 324.

81 Türkiye Sözleşme'yi 14 Eylül 1990 tarihinde imzalamıştır. Sözleşme'nin onaylanmasının uygun bulunduğu ilişkin 9 Aralık 1994 tarih ve 4058 sayılı Kanun, 11 Aralık 1994 tarih ve 22138 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Sözleşme'nin onaylanmasına ilişkin 23 Aralık 1994 tarih ve 94/6423 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ve Sözleşme'nin resmi Türkçe çevirisi, 27 Ocak 1995 tarih ve 22184 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Onay belgeleri 4 Nisan 1995 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği'ne tevdi edilmiş ve Sözleşme, Türkiye bakımından 4 Mayıs 1995 tarihinde yürürlüğe girmiştir. İşbu Sözleşme İngilizce metni için bkz., <<https://www.unicef.org/child-rights-convention/convention-text>> accessed 10.08.2023.

82 Örn., Yargıtay 17 HD, E 2009/10927 K 2010/593, 29.01.2010; Yargıtay 20 HD, E 2016/10694 K 2016/9669, 28.10.2016; Yargıtay 2 HD, E 2018/1939 K 2018/15039, 20.12.2018 <www.legalbank.com.tr> Erişim Tarihi 17.03.2023.

83 Cemal Şanlı, 'Türk Hukukunda Çocukların Velâyetine ve Korunmasına İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi' (1996) 16(1-2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 71 73, ('Velâyet).

84 Şanlı, 'Velâyet', s. 80; Huysal, *Velâyet* (n 78) 187; Süzen (n 60) 47-48.

85 Ahmet Cemal Ruhi, 'Yabancı Ülke Mahkemelerinden Alınan Velâyet Konusundaki İlâmların Türkiyede Tenfizi' (2003) 7(3-4) Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi 721, 751-752, ('Velâyet').

86 Öztekin Gelgel, 'Velâyet ve Vesayet' (n 74) 116-117.

hüküm çocuğun yüksek menfaatine aykırı olabilir veya kişisel ilişki kurulmasına dair bir hüküm yabancı ilâmda yer almayabilir. Veyahut yabancı boşanma ilâmında velâyet hükmü yer almasına karşılık nafakaya dair karar kamu düzenine açıkça aykırı olabilir ya da bu konuda hiç karar bulunmayabilir.

Kanımızca hâkimin, yabancı boşanma ilâmını tanımamasının ardından velâyet ve diğer konularda re'sen araştırma ilkesi gereği yeni duruma göre karar verme yetkisini haiz olduğu kabul edilmelidir⁸⁷. Yabancı boşanma ilâmında boşanmanın fer'i sonuçlarının dikkate alınmaması halinde usûl ekonomisine uygun bir şekilde, karar tanındıktan sonra hâkim tarafından velâyet, çocuk ile kişisel ilişki kurulması ve nafakaya ilişkin hususlar karara bağlanabilmelidir. Kaldı ki bu hususların boşanma ile birlikte hükme bağlanmaması tek başına kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmeyecektir⁸⁸. Her zaman için münferit bir dava ile düzenlenebilecek konulardır.

Aksi takdirde boşanma kararı kesin hüküm ve kesin delil etkisi doğurmasına rağmen velâyetin ve diğer hususların boşlukta olması çocuğun yüksek menfaatine aykırı bir durum doğuracaktır⁸⁹. Dolayısıyla temel bir anayasal ilke olan çocuğun yüksek menfaati ilkesi lehine davanın esasına girme yasağının katı bir şekilde anlaşılmasından kaçınılmalıdır. Boşanma kararı tanınacak; bu karara istinaden velâyet veya diğer hususların çözümlenmesi ile daha hızlı ve tasarruflu bir şekilde sonuca ulaşılabilecektir. Bu durum adil yargılanma hakkı ile de ulaşılmak istenen amaca da uygundur.

Konuyla ilgili diğer bir husus ise velâyete ilişkin tarafların anlaşmasının esas alındığı yabancı mahkeme hükmünün kamu düzenine aykırı olup olmadığıdır. Yargıtay bir kararında⁹⁰ “*velâyetin sonradan meydana gelen olaylar neticesinde değiştirilmesi çocukların geleceklerinin ve onların ruhsal ve bedensel gelişimlerinin eşlerden hangisinin yanında en iyi şekilde sağlanabileceğinin hâkim tarafından dikkate alınması ve hâkimin eşlerin isteklerinden bağımsız bir değerlendirme yapması*” gerektiğini belirtmiştir. Yabancı mahkemenin bu hususları dikkate almaması Türk kamu düzenine açıkça aykırılık olarak kabul edilmiştir. Görüldüğü üzere, Yargıtay yabancı hâkimin delilleri ve somut vakiayı takdir yetkisini inceleyerek Türk Hukukuna aykırı bulmuştur . Bu nedenle davanın esasına girme yasağı göz ardı edilmiştir Kanımızca böyle bir araştırma, çocuğun yüksek menfaati sağlanması ve korunmasının zarurî sonucu olduğundan yerindedir.

Bir başka husus ise yabancı ilâmda, Türk hukukundaki müdahaleci (doğrudan uygulanan) normların hiç veya gereği gibi uygulanmamasının kamu düzeninin açıkça ihlâli sayılıp sayılmayacağıdır. Çalışmamızın konusu açısından daha net ifade edilecek olursa, yabancı mahkeme kararlarının Türk müdahaleci normlara uygunluğunun incelenmesi davanın esasına girme yasağının istisnası olarak kabul edilebilir mi?

87 Şanlı, “Velâyet”, s. 80; Huysal, *Velâyet* (n 78) 185-187.

88 Çelikel ve Erdem (n 2) 774.

89 Süzen (n 60) 47-48.

90 Yargıtay 2 HD, E 2003/2818 K 2003/3889, 20.3.2003; Yargıtay 2 HD, 2004/13947 K 2004/15854, 27.12.2004, <www.legalbank.com.tr> Erişim Tarihi 18.03.2023.

MÖHUK madde 54 ile 55/II'de tanıma-tenfiz engeli olarak müdahaleci normun ihlâli düzenlenmediğinden bu normların göz ardı edilmesi doğrudan kamu düzenine açıkça aykırılık olarak kabul edilmemektedir. Dolayısıyla yabancı mahkeme hükmünün bu kurallara aykırı sonuçlar doğurmasının kamu düzeni ile bağlantısının her somut olaya göre analiz edilerek tanıma-tenfiz kararı verilmesi gerekmektedir⁹¹.

Öğretide müdahaleci norma aykırı yabancı mahkeme kararının hüküm fıkrasının icrasının nasıl sonuç doğurduğuna bakılması gerektiği ileri sürülmektedir⁹². Örneğin, Türk hukukunda müdahaleci norm olarak kabul edilen 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'na⁹³ göre yurtdışına çıkarılması yasak olan bir malın yurtdışındaki alıcıya teslim edilmediği gerekçesiyle yabancı mahkemede verilen tazminat hükmünün kamu düzenine açıkça aykırı olmayacağı; ancak malın yurtdışına çıkarılmasına hükmedilmesi halinde tenfizin reddedilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁹⁴. Böyle bir yorum davanın esasına girme yasağının sonucudur.

Ayrıca tanıma-tenfiz engeli bakımında müdahaleci normların ihlâli noktasında ikili bir ayırım yapılmaktadır⁹⁵. Buna göre kamu hukuku niteliği taşıyan müdahaleci normlara aykırı yabancı ilâmların fiilen icrası mümkün olmasa bile Türkiye'de hukukî sonuç doğurmasına imkân verilmemelidir⁹⁶. Buna karşılık, özel hukuk alanında yer alan müdahaleci normlar açısından ise Türk hukukundaki vazgeçilmez temel prensipler kapsamında değerlendirilip değerlendirilmediğine bakılmalı; ayrıca bu kuralların Türkiye ile olan ilişkisinin yoğunluğu dikkate alınmalıdır⁹⁷. Daha net bir ifadeyle, özel hukuk ilişkilerini düzenleyen müdahaleci normlara aykırı yabancı mahkeme kararlarının Türkiye ile ilişkisi yoğun ise ve ihlâl edilen kural vazgeçilmez temel değerlerle doğrudan çelişiyorsa MÖHUK madde 54/c anlamında kamu düzenine açıkça aykırılık nedeniyle tanıma-tenfiz reddedilmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁹⁸.

Bu yönde yapılan inceleme yabancı hukukta yer alan soyut kuralların Türk hukukuna uygunluğuna ilişkindir. Dolayısıyla davanın esasına girme yasağının mahiyetine aykırıdır. Ancak müdahaleci normlar, siyasal, ekonomik veya sosyal alanda devletin müdahalesini yansıtmak amacıyla araç olarak kullanılan kurallar olduğundan⁹⁹ öğretide ifade edilen görüşün normun koruduğu amaç ile bağdaştığı ve bu durumda davanın esasına girme yasağının göz ardı edilmesi gerektiği görüşüdeyiz. Aksi halde Türkiye'de açılacak aynı davanın reddedilme olanağının bertaraf edilerek Türkiye ile yoğun ilişkisi olan; fakat müdahaleci norma aykırı mahkeme hükmünün Türkiye'de hukukî sonuç

91 Demir Gökyayla, *Kamu Düzeni* (n 16) 278; Hatice Özdemir Kocasakal, *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerinde Etkileri* (Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2001) 51-52. *Tekinlalp*, müdahaleci normları yabancı ilâmların tanınması-tenfizinde en az kamu düzeninden sayılan hükümler kadar engelleyici bulmaktadır. *Tekinlalp* (n 45) 438.

92 Nomer, 'Rızaî Boşanma' (n 32) 97; Çelikel ve Erdem (n 2) 759; Demir Gökyayla, *Kamu Düzeni* (n 16) 280.

93 Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, Kanun Numarası: 2863, Kabul Tarihi: 21.07.1983, RG. 23.07.1983/18113.

94 Nomer, 'Rızaî Boşanma' (n 32) 297; Demir Gökyayla, *Kamu Düzeni* (n 16) 127.

95 Özdemir Kocasakal (n 91) 51-52.

96 Özdemir Kocasakal (n 91) 52.

97 Demir Gökyayla, *Kamu Düzeni* (n 16) 191.

98 Demir Gökyayla, *Kamu Düzeni* (n 16) 191.

99 Özdemir Kocasakal (n 91) 12.

doğurmasına anlamı taşıyacaktır ki bu da kanuna karşı hileye varabilecek bir uygulamanın önünü açabilecektir.

Zayıf tarafın aleyhine verilen yabancı mahkeme kararlarının tenfiz edilip edilemeyeceği de başka bir husustur. Yabancı ilâmda esas alınan maddi hükümlerde zayıf tarafı koruyucu düzenlemelerin bulunması halinde söz konusu kararın sadece işçi ya da tüketici aleyhine olması kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyecektir. Ancak yabancı hükmün esasına tatbik edilen hukukun zayıf tarafı koruyucu temel ilkelere aykırılık teşkil eden hükümlerinin varlığı Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil edecektir ve bunun tespiti için davanın esasına girme yasağına istisna tanınmalıdır.

Yabancı mahkeme kararının hile ile alındığının tespitinde davanın esasına girme yasağı katı bir şekilde uygulanmamalıdır. Öğretide dava konusu kararın hile ile elde edilmesinin araştırılmasının teknik anlamda davanın esasına girme yasağının ihlâli anlamına gelmeyeceği, zarureten esasa dâhil bazı hususların araştırılması gerektiği; burada esasa uygulanacak hukukun tüm yönleriyle doğru uygulanıp uygulanmadığının incelenmediği ifade edilmektedir¹⁰⁰.

Kanımızca hilenin varlığının ispatı noktasında tarafların her türlü delili sunma imkânına davanın esasına girme yasağı engel olmamalıdır. Bu kapsamda yabancı mahkeme hükmüne ilişkin hile iddiasının kamu düzenine açıkça aykırı olabileceği iki durum dile getirilmiştir¹⁰¹: İlk olarak, yargılama sırasında ortaya atılmış, mahkeme tarafından göz ardı edilmiş hile iddiası tanıma-tenfiz aşamasında yeni bir delil olmaksızın yeniden itiraz konusu edilmişse bu durumun davanın esasına girme yasağının ihlâli anlamına geleceğinden kamu düzenine aykırılık iddiasında bulunulamaz. İkincisi ise yargılama sırasında ortaya çıkan ve hâlâ devam etmekte olan hile iddiasına ilişkin şüpheli bir durumun varlığının tespitidir. Söz konusu husus, kamu düzeni nedeniyle tanıma-tenfiz engeli olarak kabul edilebilir. Ancak bu durumda dahi, sadece yargılamanın erken safhasında mevcut olmayan, değerlendirilmeyen ve sadece tanıma-tenfiz hâkiminin takdir edebileceği bir kanıtın ortaya çıkması halinde hile iddiasının kamu düzenine aykırı olabileceği kabul edilmektedir¹⁰².

Kanımızca hile iddiasının muhakeme safhasında ileri sürülmesi halinde yabancı hâkim tarafından dikkate alınmaması ile bu konudaki iddiaların tanıma-tenfiz aşamasında ortaya çıkması durumlarının her ikisi de kamu düzenine aykırılık olarak kabul edilmelidir. Zira ciddi ve somut delillerin ortaya çıkması veya hâkimin bu delillerin göz ardı etmesi hilenin neden olduğu hukuka aykırı durum ile bağdaşmayacaktır. Bu amaçla yapılacak değerlendirmeye, yabancı hâkimin takdirinin irdelenmesi niteliği taşısa da, davanın esasına girme yasağı engel olmamalı ve istisnâî bir durum olarak kabul edilmelidir.

100 Şanlı, Ticari Akitler (n 2) 302.

101 Fawcett and Carruthers (n 8) 612.

102 Fawcett and Carruthers (n 8) 613; Peter Stone, *Private International Law* (Edward Elgar Publishing 2010) 232.

2. Yabancı Mahkemenin Usûle Uyguladığı Hukuka İlişkin Kriter

Kural olarak, her mahkeme kendi usûl hükümlerini uygulayarak karar vermektedir. Yabancı hukuktaki usûl kuralları dâhilinde delilleri değerlendirme metodu ile ispat kurallarının Türk hukukundan farklı olması ya da bu kuralların yanlış uygulanması tanıma-tenfiz hâkimini ilgilendirmemektedir. Ancak yabancı mahkeme, hukuk devletin vazgeçilmez değerlerinden farklı usûl kurallarına tabi ise veya ispat kurallarının gerektirdiği adil yargılanma hakkı ile güvence altına alınmış savunma hakkını ihlâl ediyorsa Türk kamu düzenine aykırılık iddiasından bahsedilir¹⁰³. Ayrıca bu ihlâllerin kararın esasına mesned teşkil etmesi veya yargılama sırasında düzeltilmemesi gerektiği; aksi durumda kamu düzeni müdahalesinin istisnâ niteliği ile bağdaşmayarak davanın esasına girme yasağına da aykırılık oluşturacağı ifade edilmektedir¹⁰⁴.

Bu konuda, AİHS madde 6/I'de düzenlenen adil yargılanma hakkı ayrı bir önem taşımaktadır. Zira hüküm doğrudan usûl hukukunu da ilgilendirmektedir ve ihlâlinin kamu düzenine aykırılık teşkil ettiği kabul edilmelidir. Örneğin, davalıya gerçek ve usûlüne uygun tebligat yapılmaması, gerekli sürelerin verilmemesi ve delillerin hakkaniyete uygun bir şekilde ileri sürülme imkânının tanınmaması kamu düzenine açıkça aykırılık sebebi olarak görülmektedir¹⁰⁵. Ayrıca hukukî dinlenilme hakkına aykırılığın taraflara eşit davranma ilkesi ile adil yargılanma hakkının ihlâli olarak kabul edilmesi¹⁰⁶, yanlış beyanlarla mahkemenin aldatılması, kararı veren hâkimin bağımsız ve tarafsız olmaması kamu düzenine açıkça aykırılığın kabul edilmesi için yeterli sebepler olarak görülmektedir¹⁰⁷.

AİHM, tanıma-tenfiz mahkemelerine yabancı ilâmın AİHS ile güvence altına alınan temel hak ve özgürlükleri ihlâl edip etmediğini denetleme yükümlülüğünü usûl kurallarına aykırılık halinde de getirmektedir¹⁰⁸. Mahkeme *Pellegrini v. Italy* kararında, “yabancı mahkemenin davalıya kendisine karşı bir dava açıldığından haberdar etmemesine ve açılan davaya karşı davacının ileri sürdüğü delillere ulaşma, bunun sonucunda etkili bir savunma hazırlama ve avukat yardımından yararlanma imkânı sunmamasına rağmen İtalyan mahkemeleri davalının bu itirazlarını dikkate almayıp yabancı mahkemenin evliliğin geçersizliğine dair hükmünü tanınmasını AİHS madde 6'nın ihlâli” olarak görmüştür¹⁰⁹.

103 Nomer, *Devletler Hususî* (n 2) 534; Nomer, *Usûl* (n 2) 207; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 2) 693, dpn. 498; Ekşi (n 17) 327; Güven (n 2) 145; Ruhi, *Boşanma* (n 70) 93-94; Şensöz Malkoç (n 19) 397.

104 *Özel/Erkan/Pürselim/Karaca*, Türk hukukundan farklı olan usûl kuralının temel prensiplere ve milletlerarası usul hukukunun genel ilkelerinden öngörülen hâkimlerin tarafsızlığına ve bağımsızlığına, tarafların bağımsızlığına, tarafların savunma hakkına, dinlenilme hakkına, aleni yargılanma kuralına aykırılık gibi nedenlerle adil yargılanma hakkını ihlâl eder nitelikte olması halinde kamu düzeni müdahalesinin gündeme gelebileceğini; ancak esasa girme yasağına aykırılık teşkil etmemesi için hükmeye yansımış ve etki etmiş olması gerektiğini savunmaktadır. *Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca* (n 20) 738.

105 Ruhi, *Boşanma* (n 70) 87.

106 Hukukî dinlenilme hakkının ihlâli sadece dava dilekçesinin tebliği edilmemesinden kaynaklı ise MÖHUK madde 54/ç kapsamında dikkate alınır. Akıncı ve Demir Gökyayla (n 16) 53.

107 Şensöz Malkoç (n 19) 403-406.

108 Bu konu hakkında bkz., Arslan (n 68) 729-807.

109 *Pellegrini v. Italy*, No. 30882/96, 20.07.2001, prg. 32-45, Çelik ve Erdem (n 2) 764, dpn. 332; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 2) 693, dpn. 498; Arslan, 715-718; Gizem Ersen Perçin ve Dilara Baytaroğlu, ‘Public Order Intervention On

Öncelikle davalının itirazlarının dikkate alınmaması yabancı hâkimin takdirî ile alakalı bir durumdur ve bu hususun incelenmesi davanın esasına girme yasağına aykırılık teşkil edecektir. Ancak AİHS'nin koruduğu değerler hukukun temel ve vazgeçilmez prensipleridir ve bunlara aykırı yabancı mahkeme hükmünün kamu düzenine açıkça aykırı kabul edilmesine davanın esasına girme yasağı engel olmamalıdır. Dolayısıyla özellikle adil yargılanma hakkına aykırılıkların varlığı halinde hüküm etkilensin veya etkilenmesin tanıma-tenfiz reddedilmeli, bu kapsamda yapılacak incelemede davanın esasına girme yasağı istisna tutulmalıdır¹¹⁰. Nitekim, *Pellegrini v. Italy* kararında görüldüğü üzere, mahkeme adil yargılanma güvencelerini ihlal eden mahkemenin “*davanın esası bakımından hukuken doğru bir sonuca ulaşmış olup olmaması*” ile de ilgilenmemektedir¹¹¹.

Ayrıca yargılama sırasından savunma hakkının ihlâl edildiğini kanıtlayan bir delilin sunulmasının davanın esasına girme yasağı engellememelidir. Zira Anayasa Mahkemesi de “*yabancı mahkeme kararlarının tanıma-tenfizinde adil yargılanma hakkının ihlâl edilip edilmediği iddiasını değerlendirirken, maddî olay ve olguların kanıtlanmamış olmasını veya hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması bakımından bariz bir takdir hatasının varlığını ve açık bir keyfîlik durumunun gerçekleşmesini*” aramaktadır¹¹².

The Recognition And Enforcement of Foreign Court Decisions’ (2019) 4(2) Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi 303, 329.

110 Bu noktada MÖHUK madde 54/ç hükmüne değinmek gerekmektedir. İlgili hükmeye göre o yer kanunları uyarınca, kendisine karşı tenfiz istenen kişinin hükmü veren mahkemeye usulüne uygun bir şekilde çağrılmasına veya o mahkemede temsil edilmemesine yahut bu kanunlara aykırı bir şekilde gıyabında veya yokluğunda hüküm verilmesine davalının itirazı halinde tanıma-tenfiz engeli olarak kabul edilecektir. “*Yabancı mahkemenin savunma hakkını ihlal etmiş*” olması şeklinde ifade edilen bu engel, hükümden de anlaşılacağı üzere bazı şartlara tabi kılınmıştır. Kamu düzenine açıkça aykırılıktan farklı olarak, hâkim tarafından re’sen değil, davalının itirazı üzerine tanıma-tenfiz reddi sebebi olarak dikkate alınabilmektedir. Çalışmamızın ana konusu dışında olduğu için kısaca değinmek gerekirse, hükümden ifade edilen “*O yer kanunları...*” ifadesi ile kamu düzeni şartı dışında da yabancı ilâmı esastan inceleme yükümlülüğü getirilmektedir. Bu konuda bkz., Nomer, *Devletler Hususî* (n 2) 541.

Diğer yandan, söz konusu ihlâl ister o yer kanunları uyarınca usulüne uygun bir şekilde yapılsın ya da yapılsın Türk usul hukukunda koruma altına alınan savunma hakkını ihlâl ediyorsa MÖHUK madde 54/c kapsamında re’sen dikkate alınabilecektir. Öğretide bu hüküm, davalının itirazı şartı sebebiyle eleştirilmekte, savunma hakkının mahiyetine ve önemine uygun olmadığı belirtilmektedir. Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 2) 708. Ayrıca ilgili hükmeye yönelik eleştirilerin gerekçesi ile çözüm önerileri için bkz., Uyanık Çavuşoğlu (n 70) 83; Gizem Ersen Perçin, *Milletlerarası Usul Hukukunda Hukuki Dinlenme Hakkı* (Oniki Levha 2023) 243-247, (*Hukuki Dinlenme Hakkı*). Hükmün yerinde olduğuna ilişkin bkz., Can ve Tuna (n 29) 361. MÖHUK madde 54/c ve ç bentleri arasındaki ilişki hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., İpek Büyükalp Sarıöz, *Adil Yargılanma Hakkının Türk Milletlerarası Usul Hukuku Üzerinde Etkileri* (Oniki Levha Yayınları 2018) 505-527.

Tahkim açısından da benzer bir sorun gündeme gelmiştir. *Gökyayla*, adil yargılanma hakkının kamu düzenini sağlamaya yönelik hatta kamu düzeninin temelini/çekirdeğini teşkil eden bir insan hakkı olduğunu belirtmektedir. Bu sebeple yazar, hakkın en önemli güvencelerinden sayılan hukuki dinlenme/silahların eşitliğinin neden re’sen değil de davalı tarafça itiraza bağlı ileri sürülmesi ve ispatlanması gereken bir durum olarak kabul edildiğini sormaktadır. Yazara göre bu durum ilgili hakkın sınırlanabilen ve feragat edilebilen bir hak olmasından kaynaklanmaktadır. Ancak bu feragatin sınırsız olmadığı, hakka ilişkin feragat edilemeyen asgari güvencelerin ihlali halinde kamu düzeni tetkikinin re’sen yapılabileceğini kabul etmektedir. Cemile Demir Gökyayla, ‘Tahkimde Adil Yargılanma Hakkı-Hukuki Dinlenme Hakkı ve Kamu Düzeni’ iç Ziya Akıncı ve Yasin Ekmen (edr), *Tahkimde Hukuk Tahkimde Hukuki Dinlenme Hakkı* (Oniki Levha Yayınları 2022), s. 80- 81, (*Adil Yargılanma*).

111 Büyükalp Sarıöz (n 110) 429.

112 Anayasa Mahkemesi, Başvuru No 2016/9000 20.03.2019, Çelikel ve Erdem (n 2) 765.

Aynı şekilde çocuğun üstün yararı ilkesinin usûle ilişkin sonuçları da dikkate alınmalıdır. Bu kapsamda idrak kabiliyetine sahip çocuğun kendisini ilgilendiren konularda görüşlerini oluşturabileceği için velâyete ve evlat edinmeye ilişkin kararlarda çocuğun dinlenilmesi ve görüşleri dikkate alınarak karar verilmesi gerekmektedir. Çocuk her ne kadar usûli taraf olmasa da gerçek anlamda menfaati korunması gereken kişidir. Kanımızca çocuğun dinlenilmemesi ya da dinlenme usûlünün çocuğun psikolojik gelişimini zedeleyici biçimde olması kamu düzenine açıkça aykırı kabul edilebilir. Zira çocuğun olası görüşleri velâyet ya da evlat edinmeye ilişkin kararı değiştirebilir. Nitekim Yargıtay bir kararında¹¹³ “çocuğun üstün menfaati dikkate alınmaksızın ve çocuk dinlenmeksizin sadece anne babanın anlaşması suretiyle çocuğun velâyetinin değiştirilmesi hakkındaki yabancı mahkeme hükmünün Türk hukukunda kabul edilen çocuğun yüksek menfaatini ihlâl ettiği için kamu düzenine aykırı” bulmuştur. Burada yabancı hâkimin takdirî değerlendirilerek davanın esasına girme yasağının dışına çıkmıştır. Kanımızca böyle bir durum çocuğun yüksek menfaatinin araştırılması ve incelenmesi kapsamında gerekli görülmelidir.

3. Yabancı Mahkeme Kararının Gereksiz Olması

Yargıtay, yabancı mahkeme kararlarının gereksiz olmasının kamu düzenine açıkça aykırı olup olmadığı konusunda birbirinden farklı kararlar tesis etmiş, bunun üzerine uygulamada birlik sağlanması amacıyla bağlayıcı nitelikteki Yargıtay’ın 10.02.2012 tarihli ve E. 2010/1-K. 2012/1 sayılı karar İçtihadı Birleştirme Kararı¹¹⁴ ile çelişkiler ortadan kaldırılmıştır. Bu karara göre, yabancı mahkeme hükmünün gereksiz olması, Türk kamu düzenine açıkça aykırı kabul edilmemektedir. Öğretide bazı yazarlar¹¹⁵ da bu görüşü desteklemektedir. Buna göre, tanıma-tenfiz edilen kısmın yabancı mahkeme kararının hüküm kısmı olduğu; davanın esasına girme yasağı nedeniyle hâkimin yetkisinin gerekçeyi kapsamayarak bu kısımın sınırlı olması gerektiği iddia edilmektedir¹¹⁶. Ayrıca yabancı mahkeme kararının gereksiz olup olmayacağı meselesinin hâkimin hukukuna göre belirleneceği; bu kapsamda Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun¹¹⁷ (HMK) Türk mahkeme kararlarında aradığı esas ve şekli unsurların yabancı mahkeme kararları için aranmayacağı belirtilmektedir¹¹⁸.

Bazı yazarlar da yabancı mahkeme kararının gereksiz olup olmamasının *lex foriye* bağlı olarak tespit edileceği için doğrudan kamu düzenine aykırılık sebebi olarak sayılmaması gerektiğini ileri

113 Yargıtay 2 HD, E 1991/2108 K1991/3555, 28.02.1991 <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 13.04.2023).

114 Kararın değerlendirmesi için bkz., Ekşi (n 17) 309-312; Güven (n 2) 151-155; Pürselim ve Yöney (n 17) 18-20; Köle (n 24) 45-49, dpn. 21; Berk Demirkol, ‘Gereksiz Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizi’ (2017) 12(157-158) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 63, 66-69; Yargıtay’ın eski kararları hakkında bkz., Ekşi (n 17) 306-308; Pürselim ve Yöney (n 17) 16-18; Ersen Perçin, ‘Gereğe’ (n 17) 77.

115 Nomer, *Devletler Hususî* (n 2) 521; Nomer, *Usûl* (n 2) 187; Çelikel ve Erdem (n 2) 775-776; Ekşi (n 17) 313; Güngör (n 17) 304; Güven (n 2) 151; Şensöz Malkoç (n 19) 401; Ruhi, *Boşanma* (n 70) 85; Demirkol (n 114) 62-91; Ersen Perçin, ‘Gereğe’ (n 17) 84.

116 Nomer, *Devletler Hususî* s. 522; Nomer, *Usûl* (n 2) 187; Ergin Nomer, ‘Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizinde “Gereğe”’ (2011) 10(1) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 9, 12, (‘Gereğe’).

117 Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Kanun Numarası: 6100, Kabul Tarihi: 12.01.2011, RG 04.01.2011/26836.

118 Nomer, ‘Gereğe’ (n 116) 14-15; Doğan, Yılmaz ve Ayhan İzmirli (n 36) 137.

sürmekle birlikte, bu durumun kamu düzeni denetimine imkân vermemesi halinde tanıma-tenfizden reddedilebileceğini savunmaktadırlar¹¹⁹. Yabancı mahkeme ilâmının kendi hukukuna göre gerekçesiz olması teknik olarak kamu düzenine açıkça aykırılık doğurmamalı, bu durumun ihlâl oluşturup oluşturmadığı ayrıca incelenmelidir¹²⁰. Yabancı ilâmın gerekçesiz olması temel savunma hakkının ihlâli; daha net bir ifadeyle temel hak ve özgürlüklerin ihlâli sonucunu doğuruyorsa kamu düzenine aykırılık kapsamında değerlendirilmesi gerektiği savunulmaktadır¹²¹.

Diğer bazı yazarlar¹²² ise yabancı mahkeme kararının gerekçesinin bulunmamasını, Anayasa madde 141/III'te yer alan, “*Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli yazılır.*” temel prensibi uyarınca kamu düzenine açıkça aykırılık taşıdığını iddia etmektedir¹²³. Buna göre gerekçe hakkı, adil yargılanma hakkının bir parçası olarak kabul edilmekte ve gerekçesiz yabancı mahkeme kararlarının kamu düzenine aykırı olduğunu belirtilmektedir¹²⁴.

Kanımızca gerekçenin yokluğunun Türk hukukundaki vazgeçilmez değerlerle çatışıp çatışmadığına göre değerlendirme yapmak gerekmektedir. Bu kapsamda gerekçe hakkı, anayasal bir hak ile koruma altına alınmıştır ve AİHS'de düzenlenen hakların himaye edilip edilmediğinin en önemli güvencelerindendir. AİHM de *Nedzela v. France* kararında¹²⁵, mahkemelerin gerekçe gösterme

119 Sakmar (n 63) 78-79; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca (n 20) 743-744. *Pürselim/Yöney'e* göre, gerekçesiz bir kararın tanınması veya tenfizi talebiyle karşılaşan hâkimlerin somut olayın koşullarına göre değerlendirme yapmaları en uygun çözümdür. Pürselim ve Yöney (n 17) 27-28. Büyükalp Sarıöz (n 110) 525.

120 Demirkol (n 114) 72.

121 Güven (n 2) 155. *Demirkol* da gerekçesiz yabancı mahkeme kararlarının doğrudan kamu düzeni müdahalesini gerektirmediğini belirtmektedir. Yazar gerekçesini ABAD'ın *Trade Agency Ltd v. Seramico Investment* Kararı'na dayandırmaktadır. Bu karara göre AB'ye üye devletlerce verilen gerekçesiz kararlar adil yargılanma hakkını açıkça ihlâl etmediği müddetçe diğer üye devletlerde tenfiz edilebilecektir. Böylece tamamı AİHS'ne taraf devletlerin hukukuna göre, gerekçesiz mahkeme kararlarının tek başına adil yargılama ve mahkemeye erişim hakkını ihlâl etmediği ifade edilmektedir. Demirkol (n 114) 76-77. Ayrıca karar için bkz., Pürselim ve Yöney (n 17) 13-14.

122 Şanlı, *Ticari Akitler* (n 2) 294-298, dph. 378; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 2) 690, dph. 497; Köle (n 24), 45-46, dph. 21; Tarman (n 56) 812-813; Arslan (n 68) 779; Emre Esen, 'Alman Hukukunda İhtarlı Basit Dava Usûlü (Mahnvermahfen) Çerçevesinde Verilen Kararların Türk Hukukunda Tenfizi' (2007) 27(1-2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 21, 71-72.

123 *Nomer'e* göre, böyle bir anlayış Türk Anayasası'nda yer alan yargılama hukukuna ait kuralların yabancı mahkemeler tarafından uygulanmasını istemek veya Türk yargılama usûlü kurallarının uygulama alanını yabancı ülkelere de yaymak anlamına geleceğini, bunun milletlerarası hukuk ve milletlerarası usûl hukuku açısından kabul edilemeyeceğini belirtmektedir. Nomer, 'Gerekçe' (n 116) 15. *Özel/Erkan/Pürselim/Karaca*, Anayasa maddde 141/III'te yer alan “*bütün mahkemeler*” ifadesi ile sadece Türk mahkemelerinin kastedildiğini; zira yabancı mahkeme kararının verildiği ülkenin usûl hukuku kurallarına tabi olduğunu ifade etmektedirler. Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca (n 20) 741.

124 Ersen Perçin, 'Gerekçe' (n 17) 81-83; Burak Huysal, 'Adil Yargılanma Hakkı Kapsamında Milletlerarası Özel Hukuk'a İlişkin Bazı Değerlendirmeler' iç Ayfer Uyanık Çavuşoğlu ve Zeynep Derya Tarman (edr), *Genç Milletlerarası Özel Hukukçular Konferansı* (Oniki Levha, 2014) 74, ('Adil Yargılanma'); Bilgin Tiryakioğlu, 'Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzenine Aykırılık' iç Süheylâ Balkar Bozkurt (edr), *Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Güncel Gelişmeler* (Oniki Levha Yayınları 2016) 91, ('Kamu Düzenine Aykırılık'). *Demir Gökyayla*, gerekçesiz yabancı mahkeme kararlarının kamu düzenine uygun kabul edilmemesi gerektiği düşüncesinin gerekçesini Anayasa madde 141'in ihlâline değil, doğrudan adil yargılanma hakkına aykırılığa dayandırmaktadır. Cemile Demir Gökyayla, 'Yeni Yargıtay Kararları Işığında Gerekçesiz Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi' (2013) 9(105-106) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi 7, 21 ('Gerekçe').

125 *Nedzela v. France* App No 73695/03 (ECTHR, 27 July 2006), paras. 15. AİHM'in bu konudaki kararları ve değerlendirmeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Arslan (n 68) 614-625.

yükümlülüklerini adil yargılanma hakkının belirli bir yönü olan erişim hakkının güvence altına alınmasını sağlayan bir araç olduğuna karar vermiştir¹²⁶.

Mahkeme kararlarının gerekçeli olması, AİHS madde 6'da düzenlenen adil yargılanma hakkının doğrudan etkisinin sonucudur¹²⁷. Yabancı mahkeme kararlarının gerekçeli olma zorunluluğu ise hükmün dolaylı etkisidir ki gerekçenin bulunmaması tanıma-tenfiz reddi yükümlülüğü getirmektedir¹²⁸. Bu konuda AİHM'in *Pellegrini v. Italy* kararının¹²⁹, tanıma-tenfiz aşamasında yabancı mahkemenin madde 6'ya uygun yargılama yapıp yapmadığını inceleme yükümlülüğü¹³⁰ getirmesi açısından önem taşımaktadır¹³¹. Zira AİHM içtihatları kapsamında da "gerekçe" adil yargılanma hakkının bir unsuru kabul edildiğinden, gerekçesiz mahkeme kararlarının tanıma-tenfizinin mümkün olamayacağı sonucu ortaya çıkmaktadır¹³².

Bu meseleyi çalışma konumuz açısından değerlendirecek olursak, yabancı mahkeme kararının tanınacak veya tenfiz edilecek kısmı hüküm fıkrası olsa da hüküm fıkrası tek başına kamu düzenine aykırılığın tespitinde yetersiz kalabilmektedir¹³³. Çocuğun yüksek menfaatinin korunup korunmadığı, AİHS ile AİHM tarafından koruma altına alınan hakların teminat altına alınıp alınmadıkları gibi hususlar gerekçe aracılığıyla tespit edilecektir. Daha net bir ifadeyle, kamu düzeni müdahalesi ile beklenen menfaatin korunması kapsamında davanın esasına girme yasağının hangi durumlarda istisna tanınacağına tespiti açısından gerekçenin varlığı zaruri olarak görülmelidir.

Ayrıca gerekçe, kararın Türkiye'deki muhtemel hukukî sonuçları ile doğrudan bağlantılıdır ve bu nedenle de başlı başına adil yargılanma hakkının en önemli unsurlarından birini de oluşturmaktadır. Gerekçe ile mahkemeler, kararın dayandığı hususlara ilişkin olarak davanın tüm taraflarının bilgilendirilmesini de sağlarlar. Gerekçenin olmaması muhtemel ve yerinde itirazların göz ardı edilmesi nedeniyle ilgililerin yabancı hukuk düzeni içinde de olsa etkin olarak kanun yoluna başvurma hakkını kullanabilmelerini engelleyebilecektir. Dolayısıyla da gerekçenin yokluğu adil yargılanma hakkını etkileyecektir.

Sonuç olarak her ne kadar Yargıtay'ın 2012 tarihli İçtihadı Bileştirme Kararı'na göre pratik bir anlamı olmasa da gerekçe adil yargılama hakkının temel unsurlarından birini oluşturmaktadır. Bu nedenle kanımızca yokluğunun kamu düzeni kapsamında tanıma-tenfiz engeli olarak kabul edilmesi yerinde olurdu.

126 AİHM'in bu konudaki yaklaşımı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Arslan (n 68) 614-625.

127 Cuniberti (n 14) 29.

128 Cuniberti (n 14) 30.

129 Bkz. Yuk. dpn. 105.

130 *Pellegrini v. Italy*, paras. 40.

131 Cuniberti (n 14) 31.

132 Aynı yönde bkz., Ersen Perçin, 'Gerekçe' (n 17) 82; Arslan (n 68) 770.

133 Tiryakioğlu, 'Kamu Düzenine Aykırılık' (n 124) 86.

4. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Yer Alan Yargılamanın Yenilenmesi Sebebinin Varlığı

Yabancı mahkeme hükmünde yargılamanın yenilenmesi sebeplerinin varlığının davanın esasına girme yasağı kapsamında incelenip incelenemeyeceği tartışma konusu olmuştur. Bazı yazarlar, yargılamanın yenilenmesi sebeplerinden birinin ortaya çıkması halinde kamu düzenine açıkça aykırılık nedeniyle yabancı mahkeme hükmünün tanıma-tenfizinin reddedilebileceğini kabul etmektedirler¹³⁴. Bazıları ise davanın esasına girme yasağının buna engel olduğunu; ancak kararın verildiği ülkede yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilmiş ve bu konuda bir karar alınmışsa, bu kararın ileri sürülerek ilâmın yerine getirilmesine engel bir sebebin varlığı nedeniyle tanıma-tenfizin engellenebileceğini ileri sürmektedirler¹³⁵.

Kanımızca yargılamanın yapıldığı yer hukukunda yargılamanın yenilenmesi sebeplerinden birinin bulunması MÖHUK madde 55/II anlamında kararın yerine getirilmesine engel bir sebep olacaktır¹³⁶. Aynı şekilde yargılamanın yapıldığı yer hukukunda yer almasa bile Türk hukukundaki sebeplerden birinin varlığı halinde de kamu düzenine açıkça aykırılık söz konusu olmalıdır. Bu sebeplerin tespiti noktasında istisnâ olarak davanın esasına girilebileceği düşüncesindeyiz. Aksi takdirde aynı yargılamanın yenilenmesi sebebi Türk mahkemelerinden alınan bir kararın bozulma sebebi olarak kabul edilebilecekken, yabancı mahkeme kararının aynı sebepten ötürü tanıma-tenfizinin reddedilememesi; hatta diğer şartların varlığı halinde Türk hukukunda hukukî sonuç doğurması iç karar ahenginin adaletsiz ve dengesiz bir biçimde sarsılmasına sebep olacaktır.

Bu bağlamda, mahkemenin kanuna uygun olarak teşekkül etmemiş olması; davaya bakması yasak olan yahut hakkındaki ret talebi, merciince kesin olarak kabul edilen hâkimin karar vermiş veya karara katılmış bulunması; vekil veya temsilci olmayan kimselerin huzuruyla davanın görülmüş ve karara bağlanmış olması; yargılama sırasında, aleyhine hüküm verilen tarafın elinde olmayan nedenlerle elde edilemeyen bir belgenin, kararın verilmesinden sonra ele geçirilmiş olması; karara esas alınan senedin sahteliğine karar verilmiş veya senedin sahte olduğunun mahkeme veya resmî makam önünde ikrar edilmiş olması; ifadesi karara esas alınan tanığın, karardan sonra yalan tanıklık yaptığının sabit olması; bilirkişi veya tercümanın, hükme esas alınan husus hakkında kasten gerçeğe aykırı beyanda bulunduğu sabit olması; lehine karar verilen tarafın, karara esas alınan yemini yalan yere ettiğinin, ikrar veya yazılı delille sabit olması; karara esas alınan bir hükmün, kesinleşmiş başka bir hükümle ortadan kalkmış olması; lehine karar verilen tarafın, karara tesir eden hileli bir davranışta bulunmuş olması; bir dava sonunda verilen hükmün kesinleşmesinden sonra tarafları, konusu ve sebebi aynı olan ikinci davada, öncekine aykırı bir hüküm verilmiş ve bu hükmün de kesinleşmiş olması; kararın, AİHS'nin veya ek protokollerin ihlâli suretiyle verilmesi, AİHM'in kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması veya karar aleyhine AİHM'ne yapılan başvuru hakkında dostane çözüm ya da tek taraflı deklarasyon sonucunda düşme kararı verilmesi HMK madde 375'te

134 Akıncı (n 31) 209; Çelikel ve Erdem (n 2) 766-767. Öğretilde bazı yazarlar ilâmı veren devlet hukukunda özel yargılama yollarına gitmek mümkün değilse yargılamanın yenilenmesi sebeplerinin kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil edeceğini kabul etmektedir. Aksi halde, tanıma-tenfizin reddedilmemesi gerektiği ifade edilmektedir. Şensöz Malkoç (n 19) 463.

135 Tiryakioğlu, *Boşanma* (n 27) 92-93.

136 Aynı yönde bkz., Demir Gökyayla, *Kamu Düzeni* (n 16) 229.

yargılamanın iadesi sebebi olarak sayılmaktadır. Bu sebeplerin varlığının tanıma-tenfiz sırasında iddia edilebilmesi veya yeni delillerin ibrazının kabul edilmesi ve davanın esasına girme yasağının buna engel olmaması gerektiği düşüncesindeyiz.

SONUÇ

MÖHUK madde 54/c'de tanıma-tenfiz şartı olarak kabul edilen kamu düzeni açıkça aykırı olmama hükmü, yabancı ilâmlara Türk hukukunda sonuç bağlanmasının reddine ilişkin en fazla başvuru gereklereindir. Temel gayesi, Türk hukuk düzeninin ve değerlerinin, toplumun genel yapısının temini ve korunması olan bu engel, yabancı mahkeme kararlarının hüküm fıkrası; yani sonuçları ile doğrudan bağlantılıdır. Bu nedenle de davanın esasına girme yasağı benimsenmektedir.

Diğer yandan kamu düzeni denetimi ile davanın esasına girme yasağının birbiriyle çatıştığı durumlar da söz konusu olabilmektedir. Yukarıda genel olarak ele almaya çalıştığımız temel değerlerin ve kuralların Türk hukuk sisteminin özünü oluşturduğu ve dolayısıyla bu kurallara aykırı yabancı ilâmlara davanın esasına girme yasağı sebebiyle hukukî sonuç bağlanmasının kamu düzeninin olağan amacı, sebebi ve mahiyeti ile bağdaşmayacağı iddiası çalışmamızın ana tezini oluşturmaktadır. Genel olarak söz konusu prensipleri maddeler halinde saymak mümkün olmayabilir. Zira hukuk dinamik bir düzendir ve yavaş da olsa sürekli değişmektedir. Yine de davanın esasına girme yasağının istisnasını oluşturarak, yabancı mahkeme kararının içeriğini tetkik edebilme imkânının tanınabileceği durumlar şu şekilde sıralanabilir:

- i. Türk hukukunda da yürürlükte olan AİHS ile temin ve muhafaza edilen temel hak ve özgürlüklere ilişkin maddi ve usulî kurallara aykırı yabancı ilâmlar,
- ii. BM Çocuk Hakları Sözleşmesi ve Anayasa ile düzenlenen çocuğun yüksek yararı ilkesini ihlâl eden yabancı velâyet, nafaka ve kişisel ilişki kurma kararları,
- iii. Fiilen icrası olmasa bile kamu hukuku niteliği taşıyan müdahaleci normlara aykırı yabancı ilâmlar ile vazgeçilmez temel değerleri düzenleyen özel hukuka ilişkin müdahaleci normlara aykırı yabancı mahkeme kararları,
- iv. Zayıf tarafın korunması esasına aykırı yabancı mahkeme kararlarıyla,
- v. Gerek kendi hukukunda gerekse de Türk hukukunda yer alan yargılamanın yenilenmesi sebeplerinin var olduğu yabancı mahkeme hükümleri kamu düzenine açıkça aykırı kabul edilmelidir. Bu yönde yapılacak incelemenin davanın esasına girme yasağından istisna tutulması gerektiği kanısındayız. Daha net bir ifadeyle, kamu düzeni denetimi ile sınırlı olmak kaydı ile yabancı hâkimin ulaştığı sonuç muhakeme edilerek delillerin değerlendirilip esasa ve usûle uygulanacak hukukun yerindeliği söz konusu durumların varlığı halinde mümkün olabilmelidir.

KAYNAKÇA

- Ağaoğlu C, 'Have Turkish Court Started to Enforce Foreign Joint Custody Judgements?' (2022) 71 *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul* 1-26.
- Akıncı Z ve Demir Gökyayla C, *Milletlerarası Aile Hukuku* (Vedat 2010).
- Arat T, 'Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi' (1964) 21(1-4) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 421-527.
- Arslan İ, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Milletlerarası Özel Hukuka Etkisi*, (Adalet, 2019).
- Aygül M, 'Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Davalarında Bazı Usûl Hukuku Problemleri' (2011) 31(2) *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 83-121.
- Bayata Canary A, 'Why Not Enforce? A Critical Analysis Of The Refusal To Enforce Foreign Joint Custody Judgments In Turkish Courts' (2013) 27(3) *International Journal of Law, Policy and the Family*, 310-331.
- Biagioni G, 'Avotins v. Latvia. The Uneasy Balance Between Mutual Recognition of Judgments and Protection of Fundamental Rights' (2016) 1(2) *Europeans Papers* 579-596.
- Büyükalp Sarıöz İ, *Adil Yargılanma Hakkının Türk Milletlerarası Usûl Hukuku Üzerinde Etkileri* (Oniki Levha Yayınları 2018).
- Can H ve Tuna E, *Milletlerarası Usul Hukuku* (3. Bası, Adalet 2022).
- Cuniberti G, 'The Recognition of Foreign Judgments Lacking Reasons In Europe, Access To Justice, Foreign Court Avoidance, And Efficiency' (2008) 57(1) *International and Comparative Law Quaterly* 25-52.
- Çalışkan Y ve Çalışkan Z, '2 Temmuz 2019 Tarihli Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Lahey Anlaşmasının Değerlendirilmesi' (2020) 40(2) *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* (Prof. Dr. Cemal Şanlı'ya Armağan) 231-245.
- Çelikel A ve Erdem B, *Milletlerarası Özel Hukuk* (17. Bası, Beta 2021).
- Demir Gökyayla C, 'Tahkimde Adil Yargılanma Hakkı-Hukuki Dinlenilme Hakkı ve Kamu Düzeni' iç Ziya Akıncı ve Yasin Ekmen (edr), *Tahkimde Hukuk Tahkimde Hukuki Dinlenilme Hakkı* (Oniki Levha Yayınları 2022), s. 65-81, (Adil Yargılanma).
- Demir Gökyayla C, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni* (Seçkin 2001), (*Kamu Düzeni*).
- Demir Gökyayla C, 'Yeni Yargıtay Kararları Işığında Gereksiz Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi' (2013) 9(105-106) *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, 7-42 ('Gerekçe').
- Demirkol B, 'Gereksiz Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizi' (2017) 12(157-158) *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 63-91.
- Doğan V, Yılmaz A Ç ve Ayhan İzmirli L, *Milletlerarası Özel Hukuk* (9. Bası, Savaş 2023).
- Ekşi N, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (2. Bası, Beta 2020).
- Ersen Perçin G ve Baytaroğlu D, 'Public Order Intervention On The Recognition And Enforcement of Foreign Court Decisions' (2019) 4(2) *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi* 303, 336.
- Ersen Perçin G, 'Gereksiz Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni Engeli' (2015) 1(1) *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 61-86, ('Gerekçe').
- Ersen Perçin G, *Milletlerarası Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı* (Oniki Levha 2023), (*Hukuki Dinlenilme Hakkı*).
- Esen E, 'Alman Hukukunda İhtarlı Basit Dava Usûlü (Mahnvermahfen) Çerçevesinde Verilen Kararların Türk Hukukunda Tenfizi' (2007) 27(1-2) *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 21-80.

- Fawcett J and Carruthers J M, *Cheshire, North & Fawcett Private International Law* (Oxford University Press 2008).
- Güngör G, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku* (3. Bası Yetkin 2022).
- Gürzumar A, 'Türk Devletler Özel Hukuku Açısından Boşanma Davalarında Kamu Düzeninin Etkileri' (1994) 14(1-2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (Prof. Dr. Vedat Raşit Seviğe Armağan) 21-54.
- Güven P, *Tanım-Tenfiz, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (Yetkin 2013).
- Huysal B, 'Adil Yargılanma Hakkı Kapsamında Milletlerarası Özel Hukuk'a İlişkin Bazı Değerlendirmeler' iç Ayfer Uyanık Çavuşoğlu ve Zeynep Derya Tarman (edr), *Genç Milletlerarası Özel Hukukçular Konferansı* (Oniki Levha, 2014), ('Adil Yargılanma').
- Huysal B, *Devletler Özel Hukukunda Velâyet* (Legal 2005), (*Velâyet*).
- Korkmaz A H, *Tanım-Tenfiz Hukukunda Yeni Eğilimler, 2 Temmuz 2019 Tarihli Hukuki veya Ticari Konularda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında La Haye Sözleşmesi* (Oniki Levha 2021).
- Köle M, 'Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Usûl' (2016) 21(34) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 39, 98.
- Nomer E, *Devletler Hususî Hukuku* (23. Bası, Beta 2021), (*Devletler Hususî*).
- Nomer E, *Milletlerarası Usûl Hukuku* (2. Bası, Beta 2018), (*Usûl*).
- Nomer E, 'Rızaî Boşanma ve Kamu Düzeni' (1984) 4(2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 94-98, ('Rızaî Boşanma').
- Nomer E, 'Suudi Arabistan Hukukuna Göre Talâk ve Türkiye'de Tanınması' (1991) 65(7-8-9) İBD 501 vd.
- Nomer E, 'Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizinde "Gerekeç"' (2011) 10(1) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 9-16, ('Gerekeç').
- Özdemir Kocacakal H, *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerinde Etkileri* (Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2001).
- Özel S, Erkan M, Pürselim H S ve Karaca H A, *Milletlerarası Özel Hukuk* (Oniki Levha 2022).
- Özkan I ve Tütüncübaşı U, *Uluslararası Usûl Hukuku* (Adalet 2020).
- Öztekin Gelgel G, 'Recognition and Enforcement of Foreign Court Judgments Within The Framework of The Application The Supreme Court of Appeals' iç Rayegan Kender ve Samim Ünal (edr), *Prof. Dr. Tahir Çağa'nın Anısına Armağan* (Beta 2001).
- Öztekin Gelgel G, 'Türk Devletler Özel Hukukunda Velâyet ve Vesayet Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Bazı Problemler' (2015) 35(2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 107-138 ('Velâyet ve Vesayet').
- Partalçı R, 'Yabancı Devletler Alınan Velâyet Kararlarının Tenfizi' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi 2014).
- Pürselim H S ve Yöney C, 'Türk Hukukunda Gerekeçsiz Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi' (2022) 42(1) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 1-34.
- Ruhi A C, 'Talâk ve Türk Kamu Düzeni' (Mart 2002) (1) e-akademi-Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi <<http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=Tal%E2k%20ve%20T%FCrk%20Kamu%20D%FCzeni&kimlik=667840882&url=makaleler/acruhi-1.htm>> Erişim Tarihi 23.08.2023, ('Talâk').
- Ruhi A C, *Türk Hukukunda Yabancı Boşanma İlamlarının Tanınması ve Tenfizi* (Seçkin 2013), (*Boşanma*).
- Ruhi A C, *Türk Hukukunda Yabancı Nafaka İlamlarının Tenfizi* (Seçkin 2013), (*Nafaka*).

- Ruhi A C, 'Yabancı Ülke Mahkemelerinden Alınan Velâyet Konusundaki İllâmların Türkiye'de Tenfizi' (2003) 7(3-4) Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi 721-756, ('Velâyet').
- Sakmar A, *Yabancı İllâmların Türkiye'deki Sonuçları* (Fakülteler Matbaası 1983).
- Stone P, *Private International Law* (Edward Elgar Publishing 2010).
- Süral C, 'Avrupa Birliği Usûl Hukuku' iç Ceyda Süral ve Uğur Tütüncübaşı (edr), *Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku* (Adalet 2016).
- Süral Efeçinar C, 'Possible Ratification of the Hague Convention by Turkey and Its Effects to the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments' (2020) 40 (2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (Prof. Dr. Cemal Şanlı'ya Armağan) 775-798.
- Süzen B, 'Yabancı Mahkemelerden Verilen Birlikte Velâyet Kararlarının Tenfizi' (2015) 10(134-135) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 27-52.
- Şanlı C, 'Türk Hukukunda Çocukların Velâyetine ve Korunmasına İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi' (1996) 16(1-2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 71-82 ('Velâyet').
- Şanlı C, Esen E ve Ataman-Figanmeşe İnci, *Milletlerarası Özel Hukuk* (10. Bası, Beta 2023).
- Şanlı C, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (Beta, 2019), (*Ticari Akitler*).
- Şensöz Malkoç E, *Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması* (Oniki Levha 2017).
- Tarman Z D ve Önay I, 'Milletlerarası Evlât Edinme Hukukunda Kamu Düzeni Engeli' (2011) 60(2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 331-366.
- Tarman Z D, 'Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Türkiye'de Tenfiz Edilmesinde Karşılaşılan Sorunlara İlişkin Tespitler' (2017) 37(2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 798-820.
- Tekinalp G, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usûl Kuralları* (Vedat Kitapçılık 2020).
- Tiryakioğlu B, 'Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzenine Aykırılık' iç Süheylâ Balkar Bozkurt (edr), *Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Güncel Gelişmeler* (Oniki Levha Yayınları 2016), ('Kamu Düzenine Aykırılık').
- Tiryakioğlu B, *Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1996), (*Boşanma*).
- Tütüncübaşı U, 'Türk Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Alman Hukukunda Yabancı Yargı Kararlarının Tanınması ve Tenfizi' (2016) 16 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan) 1525-1551.
- Uyanık Çavuşoğlu A, *Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma* (Beta 2006).
- Vanleenhove C, 'Normative Framework For The Enforcement Of U.S. Punitive Damages In The European Union, Transforming The Traditional 'No Pasarán!'' (2016) 41 Vermont Law Review 347-403.
- Weller M, 'Mutual Trust, In Search of The Future of European Union Private International Law' (2015) 11(1) Journal of Private International Law 64-102.

6769 Sayılı Sınâî Mülkiyet Kanunu'na Göre Patentte Zorunlu Lisans*

Compulsory Licence in Patent According to the Industrial Property Law Numbered 6769

Tamer BOZKURT** 

ÖZ

Patentte zorunlu lisans, sınâî mülkiyet hukukunun en ilginç konu ve istisnalarından birisidir. Adeta “kamulaştırmayı” andıran kanun hükümleri patent sahibinin anayasa ile güvence altına alınan mülkiyet hakkına doğrudan, sözleşme hürriyetine ise dolaylı bir müdahale niteliğindedir. Bu nedenle yasal düzenlemelerde Anayasa'nın 13. maddesindeki başta “kanunla” sınırlama ölçütü olmak üzere, ölçülülük ilkesinin gözden uzak tutulmaması gerekmektedir. Bu açıdan konunun eskiden (mülga) 551 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile düzenlenmesi Anayasa'ya aykırı idi. Bugün ise zorunlu lisansla ilgili pek çok alt başlık 6769 sayılı Sınâî Mülkiyet Kanunu (SMK) ile ortaya çıksa da aslında tamamının arkasında yatan olgu “kamu yararı”dır. Buluş sahibinin yeni bir icatta bulunması sadece bireysel bir çıkara hizmet edemez. Bu buluşun toplum yararına da kullanılması gerekir. Bu durum özellikle Covid salgınından sonra eczacılık ürünlerine ilişkin tartışmaları daha da artırmıştır. Az gelişmiş veya gelişmekte olan ve hayati öneme sahip eczacılık ürünlerine ulaşmakta zorluk çeken ülkeler için patent hukuku bir engel olarak görülmeye başlanmıştır. Bu noktada buluş sahiplerinin hakları ile kamu yararı arasında adil bir dengenin gözetilmesi, gelecekte yaşanabilecek muhtemel sorunları da en aza indirgeyecektir.

Anahtar Kelimeler: Patent, Lisans, Zorunlu lisans, Mülkiyet hakkı, Sözleşme özgürlüğü, Kamu yararı, Patent konularının bağımlılığı, Kullanmama nedeniyle zorunlu lisans, TRIPs.

ABSTRACT

Compulsory licence in patents is one of the most interesting subjects and exceptions of industrial property law. The provisions of the law, which almost resemble “expropriation”, constitute a direct interference with the patentee’s “property right” guaranteed by the Constitution and an indirect interference with the “freedom of contract”. For this reason, the principle of proportionality, especially the criterion of limitation “by law” in Article 13 of the Constitution, should not be ignored in legal regulations. In this respect, the regulation of the subject matter by the previous (abrogated) Decree Law No. 551 was contrary to the Constitution. Although many sub- topics regarding compulsory licences have emerged with the Industrial Property Law No. 6769, the underlying fact of all is “public interest”. The new invention of the inventor cannot only serve an individual interest. This invention must also be used for the benefit of society. This situation has further increased the discussions on pharmaceutical products, especially after the Covid pandemic. Patent law is regarded as an obstacle for underdeveloped or developing countries that have difficulty in accessing vital pharmaceutical products. At this point, a fair balance between the rights of inventors and the public interest will minimise possible problems that may arise in the future.

Keywords: Patent, Licence, Compulsory licence, Property right, Freedom of contract, Public interest, Dependence of patent subject matter, Compulsory licence for non-use, TRIPs.

* Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde 05.12.2016 tarihinde düzenlenen “Sınâî Mülkiyet Kanununun Getireceği Yenilikler ve Muhtemel Sorunlar” adlı sempozyumda “Sınâî Mülkiyet Kanun Tasarısı ile Karşılaştırmalı Olarak Patentte Zorunlu Lisans” başlığıyla sunulmuş bildirinin genişletilmiş tam metin hâlidir.

** Dr. Öğr. Üyesi, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, tamerbozkurt@anadolu.edu.tr, ORCID: 0000-0003-0486-399X.

GİRİŞ

Sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince herkes dilediği kişi ile, dilediği koşullarda ve içerikte sözleşme kurma ve hatta sözleşme kurup kurmama hakkına sahiptir. Ancak gelişen teknoloji, ticarî ilişkilerin daha karmaşık bir hale gelmesi, fiili ve hukukî tekellerin oluşması, mülkiyet hakkının sadece bireysel değil, toplumsal boyutunun da olması gibi gereklerle kişiler tüm hukuk düzenlerinde istemese bile sözleşme ilişkilerinin içine dahil olabilmekte, bunun yanında mülkiyet hakkına da özellikle kamu yararı gerekçesi ile sınırlamalar getirilebilmektedir. Patentte zorunlu lisans da 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ile kapsamı oldukça genişletilmiş bir şekilde, mülga 551 sayılı KHK'nin bazı aksak yönleri de düzeltilerek ve uluslararası anlaşmaların iç hukuka uyumlaştırılması ile düzenlenmiştir. TRIPs. Anlaşması'nın 31. maddesinde zorunlu lisans ile ilgili genel çerçeveye çizilirken, bu konuda karar verme konusunda ulusal hukuklara takdir yetkisi verilmiştir. Pek çok ülke hukukunda zorunlu lisansa konu ile ilgili uzmanlık mahkemeleri karar vermektedir. Türk hukukunda da kural bu olmakla birlikte eskiden olduğu gibi (Bakanlar Kurulu) Cumhurbaşkanı'na kamu yararı açısından gerekli görülen durumlarda zorunlu lisans verme yetkisi tanınmıştır. 2017 yılındaki sistem değişikliğinden sonra Cumhurbaşkanı kararlarına karşı açılacak davaların ilk derece mahkemesi sıfatı ile Danıştay'ca görülmesi hükmü ile Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 156. maddesinde öngörülen görev hükmünün nasıl telif edileceği ilk sorunlardan birisi olarak karşımızda durmaktadır. Yine 6769 sayılı Kanun'un 136. maddesindeki zorunlu lisans verilmesinden sonra hak sahibinin kötüye kullanım teşkil eden eylemleri ile sonradan ortaya çıkan koşullara durumun uyarlanması ile ilgili uyuşmazlığın, özellikle Cumhurbaşkanı kararına dayanan olasılıklarda nasıl çözüleceği de ayrı bir hukukî sorundur. Benzer yargı kolu sorunu Rekabet Kurumu tarafından verilen zorunlu lisanslarda da karşımıza çıkacaktır. Oysa karar mercii sadece mahkemeler olsa, bir tür "değişiklik davası" sayılabilecek bu durumlar karşısında mahkemenin yeni bir kararla durumu uyarlaması daha kolay olacaktır. Yine zorunlu lisans kurumunun özünde yatan "kamu yararı" kavramının değişkenliği karşısında karar mercilerinin temel hak ve özgürlüklerin sınırlama rejiminde geçerli olan ilkeleri, başta ölçülülük ilkesi olmak üzere, gözetmesi elzemdir. Zira patent sahipleri ile kamu yararı arasında doğru ve adil bir dengenin kurulması, zorunlu lisansa gerçekten ihtiyaç duyulduğunda başvurulmasını gerektirir ve bu kurumu meşru da kılar. Ancak bu kuruma yerli-yersiz başvurulması, buluşçuların teknolojik gelişmelere katkıda bulunması hevesini kaçırır ve bu da uzun vadede insanlığın yararına olan şeylerin bulunmasını engeller.

I. ZORUNLU LİSANS KAVRAMI, TANIMI VE AMACI

A. KAVRAM VE TANIM

Sınai haklar arasında önemli bir yere sahip olan patentte lisans, lisans verenin patentten doğan haklarını kullanma yetkisini lisans alana devrettiği sözleşmedir (SMK m. 125 vd.)¹. "*Zorunlu lisans*"

1 Bkz. Ali Sait Yüksel, *Patent ve Lisans (Patent, Marka, Know-how) Sözleşmesi Hukuku* (Marmara Üniversitesi Yayınları 1989) 75; Bahadır Erdem, *Patent Hakkının Korunması ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk* (2. Bası, Beta 2002) 133, 136-137; Şaziye Yurtsever, *Patentin Hukukî Korunması ve İlgili Mevzuat* (Adalet 1999) 38. "Lisans

ise² patent sahibinin rızası olmadan belirli koşullarda, yine kullanma hakkının devrini ifade eder³. Böylece zorunlu lisans patent sahibinin patentli buluşu kullanmak için lisans “verip vermemekte” ve verecekse “nasıl” vereceği konusunda serbest olduğu kuralına bir istisna anlamına gelmektedir⁴.

Aslında, patentli bir buluşu kullanmak münhasıran buluş sahibine ait bir mutlak hak olmakla beraber⁵, buluş sahibi irade özgürlüğü ilkesi gereğince patentten doğan hakkını, sözleşmeye dayanarak lisans sözleşmesine konu yapabilir ve lisans alan da bu buluşa ilişkin kullanma hakkını sözleşmeye dayanarak elde eder. Ancak görüldüğü gibi, zorunlu lisansta lisans alan, patent sahibinin rızası olmasa bile patentli buluşu kullanma hakkını elde eder. Bu yönüyle de zorunlu lisans kurumu, sınaî haklardan yalnızca patent hakları için kabul edilmiştir⁶. Bunun nedeninin, patentin kendi doğasında aranması gerekir⁷.

B. AMAÇ

Kural olarak patentten doğan hak, sahibine bu buluş üzerinde mutlak bir koruma sağlamasına rağmen⁸, aşağıda inceleneceği gibi, pek çok ülke yasa koyucusu bazı durumlarda bu mutlaklığı yumuşatabilmekte; patent sahibinin rızası olmasa bile patent konusu buluşun başkaları tarafından da kullanılması olanak dahiline girmektedir. Bu tercih, yasama siyaseti ile ilgili olup arkasında

sözleşmesi” kavramı ile ilgili olarak ayrıca bkz. Saibe Oktay Özdemir, *Sınaî Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması* (Beta 2002) 2 vd., 9 vd.; Vildan Kayacan, ‘İlaçta Patent Korumasının Etkileri ve Koruma Tedbirleri’ (Bilim Uzmanlığı Tezi, Hacettepe Üniversitesi 2000) 28; Saadet Hande Özsoy, *Türk Hukukunda Patent Lisans Sözleşmesi* (Turhan 2011) 21 vd.

- 2 “Zorunlu lisans” ile ilgili kavramsal açıklamalar için bkz. Özge Eşan, ‘Karşılaştırmalı Hukukta Zorunlu Patent Lisansları’ (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi 2008) 36 vd.
- 3 Öğretide Kaya, zorunlu lisans için “...patent sahibi veya yetkili kıldığı kişilerin teknik alanda yenilik getiren, kullanılmasında fayda olan patent verilmiş bir buluşu kullanmamaları halinde veya yasada öngörülen diğer hallerde (kamu yararı ya da bağımlı lisans), bu patenti kullanmak isteyen kimseye, patent sahibi veya yetkili kıldığı kişilerin zorunlu olarak kullanma imkânı tanımalarını öngören bir sistem” tanımını yapmıştır. Bkz. Arslan Kaya, ‘551 Sayılı «Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname» İle Getirilen Zorunlu Lisans Sistemi’, 1996 (LV), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 335, 338. Bir başka tanıma göre ise zorunlu patent lisansı, patentlenmiş bir buluşu kullanma hakkının patent sahibinin rızası olmaksızın idari ya da adli bir merci tarafından üçüncü bir kişiye tanındığı bir lisanstır. Bkz. Eşan (n 2) 39-40. “Zorunlu lisans, buluş üzerinde bir hakkı olmayan kişiye, buluş hakkı sahibinin rızası olmaksızın, yetkili merci tarafından buluş hakkı ile korunan mamülün imâl etmek vs. veya usulü kullanmak hususunda verilen yetkidir”. Bkz. Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar, Burçak Yıldız ve Dilek İmroğlu, *Sınaî Mülkiyet Hukuku* (Adalet 2021) 313.
- 4 Rüdiger Wilhelmi, *Beck Online Kommentar- Patentrecht*, Herausgeber: Uwe Fitzner, Sebastian Kubis and Theo Bodewig (29. Edition, C.H.Beck 2023, Stand: 15.07.2023), § 24, Rn. 5.
- 5 “Patent hakkı alınmadığı sürece «üretim sırrı» olarak korunabilecek bir bilgi, patent alınması ile PatentHKHKHK.nun bulunduğu korumadan yararlanacaktır”. Bkz. Özdemir (n 1) 100.
- 6 Ahmet Kılıçoğlu, *Sınaî Haklarla Karşılaştırmalı Fikrî Haklar* (8. Bası, Turhan 2022) 410.
- 7 “Zorunlu lisans” teriminin ilk ortaya çıkışının patentli bir buluş üzerinde yurt içinde çalışma zorunluluğu ve 1623 yılında Birleşik Krallık Tekel Yasası (*Monopoly Statute*) tarafından getirilen çeşitli imtiyazlarla bağlantılı olarak ortaya atıldığı ve 19. yüzyıl boyunca birçok ulusal patent yasasında tanındığı hakkında bkz. Elif İlayda İleri, ‘Compulsory Patent Licensing And Access To Medicines: Orphan Drugs’ (Master’s Thesis, University of Ankara 2022) 28.
- 8 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Friedrich-Karl Beier, ‘Ausschließlichkeit, gesetzliche Lizenzen und Zwangslizenzen im Patent- und Musterrecht’, (1998) Heft 3-4, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 185, 186 vd.; Arslan Kaya, ‘Türk Hukukunda Patentten Doğan Haklar’ (1997) LV/4, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 173, 175 vd.; Mehmet Karson, ‘Türk Hukukunda Patentten Doğan Haklar’ (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi 2003) 26 vd.

ekonomik ve sosyal kaygılar barındırmaktadır. Böylece Anayasa'nın 35. maddesinde ifadesini bulan, mülkiyet hakkının kamu yararı amacına aykırı olarak kullanılmayacağına ilişkin düzenleme ile de uyum ortaya çıkmaktadır⁹. Zira bu hükümdeki sınırlama *Duguit*'in mülkiyet teorisine benzeyen bir yaklaşımı sergilemektedir. Gerçekten de sosyolojik pozitivist anlayışı savunan *Duguit*, mülkiyeti sosyal bir fonksiyon olarak açıklamakta; malikin elinde bulundurduğu nesneyi kişisel ihtiyaçları için kullanma ödev ve yetkisi olduğunu; ancak onun ikinci ödev ve yetkisinin de sahip olduğu eşyayı (nesnelere) toplumsal gereklere, millî toplumun ihtiyaçlarına uygun şekilde kullanması gereğine işaret etmektedir¹⁰.

Zorunlu lisansla ilgili olarak hem Türk hem yabancı hukuk sistemlerine bakıldığında, bu düzenlemenin bir açıdan yaptırıma benzediği de görülmektedir¹¹. Özellikle 1883 tarihli Paris Sözleşmesi'nin 5. maddesinde, patentin kullanım zorunluluğu temel ölçüt olarak ele alınmış; bu nedenle de patent konusu buluşunu kullanmayan kişinin belirli koşullarda, istemese bile başkalarının söz konusu buluşu kullanmasına ses çıkaramaması esası getirilerek bir bakıma kullanmama olgusu yaptırıma bağlanmıştır¹². Paris Sözleşmesi'nde, patent sahibinin bu hakkını ülke içinde üç yıl kullanmaması durumunda, patent hakkının sona ermesi gibi bir düzenleme yapılmış; zorunlu lisans yolu ile de bu ağır yaptırım yumuşatılmıştır¹³. Zorunlu lisans kurumunun ihdasının temelini oluştursa da patentin kullanılmaması dışında da zorunlu lisans verilmesi söz konusu olabilir. Bununla birlikte zorunlu lisans kurumunun ilk çıkış noktasının patent sahibinin buluşunu hiç veya yeterince kullanmaması olduğu, ancak yasa koyucuların bu alanı daha sonra genişletme eğiliminde olduğu belirtilmelidir¹⁴.

Aşağıda etraflıca inceleneceği gibi, patent konusu buluşların bağımlılığı ve kamu yararı gibi bazı durumlarda da zorunlu lisans verilmesi söz konusu olabilmekte, ancak bu sonuçlarda patent konusu buluşun kamunun kullanımına sunulması ve kamunun bu buluşlardan yararlanması düşüncesi ağır basmaktadır¹⁵. Patent sahibinin, patentin verdiği tekel hakkını buluşu "topluma kapatmak" için kullanması durumunda Devlet'in müdahalesi gelmektedir. Zorunlu lisans da bu müdahalenin bir sonucu olarak karşımıza çıkar¹⁶. Böylece bu durumlar için zorunlu lisansın, patent sahibi için bir yaptırım olmaktan çok, kamusal faydanın ön plana çıktığı durumlar olduğu göze çarpmaktadır. Bu düşüncüyü doğrulayan durum ise tıpkı mülga 551 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'de olduğu gibi, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu sisteminde de zorunlu lisansın özellikle kamu yararı nedeniyle

9 Her ne kadar bu hükmün mülkiyet kavramı ile hedeflediği esas nokta, eşya hukuku anlamındaki mülkiyet olsa da hükmün kapsamına fikri mülkiyetin de girdiği genel kabul gören bir yaklaşımdır. Bu yönde bkz. Ali Necip Ortan, *Patent Lisansı Sözleşmesi* (Doğan Basımevi 1979) 155-156. Bu konuda bkz. aşa. dn. 21.

10 Adnan Güriz, *Hukuk Felsefesi* (16. Bası, Siyasal 2021) 294 vd., öz. 306-307; Adnan Güriz, *Teorik Açıdan Mülkiyet Sorunu* (2. Bası, Siyasal 2018) 313 vd. Alman Anayasası ve Medeni Kanunu'nda da benzer düzenleme olduğu hakkında bkz. Ortan (n 9) 155.

11 Zorunlu lisansın tarihi gelişimi için bkz. İleri (n 7) 29 vd.

12 Bkz. Kaya, *Zorunlu Lisans* (n 3) 335; Yüksel (n 1) 112; Ayşe N. Odman (Boztosun), *Fikri Mülkiyet Hukuku ile Rekabet Hukukunun Teknolojik Yeniliklerin Teşvikindeki Rolü* (Seçkin 2002) 116; Karson (n 8) 160-161.

13 Nuşin Ayter, *İhtira Hukuku* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1968) 131; Ortan (n 9) 162 vd.

14 Bu tespit için bkz. Dietrich Scheffler, 'Die (ungenutzten) Möglichkeiten des Rechtsinstituts der Zwangslizenz', (2005) Heft 2, GRUR 97, 98.

15 Bu yönde bkz. Ayter (n 13) 130-131; Kaya, *Patentten Doğan Haklar* (n 8) 197; Yurtsever (n 1) 40.

16 Bkz. Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (5. Bası, Vedat 2012), § 37 N. 45.

verildiği durumlarda, zorunlu lisansa ilişkin kurallara istisna getirilmiş olması ve kullanım alanının genişletilmesidir¹⁷. Özellikle ekonomik açıdan geri kalmış ülkelerde patentin uygulama alanına sokulmasını sağlamak ve patent nedeniyle oluşan tekelin ekonomik ve sosyal sakıncalarını ortadan kaldırmak amacının ön planda olduğu da söylenebilir¹⁸.

Yine yukarıda belirtildiği gibi, buluşunun buluşunu kamuya açıklaması karşılığında, patent aldığı buluş üzerinde sahip olduğu mutlak hakkın kötüye kullanılmasının önüne geçilmesi de bir diğer amaç olarak belirtilebilir¹⁹.

Tüm bu nedenlerle gerek 551 sayılı mülga Patent Haklarının Korunması Hakkındaki KHK'nin 96. vd., gerek 22.12.2016 tarih ve 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun²⁰ 129 vd. maddelerinde patentte zorunlu lisans ile ilgili ayrıntılı hükümler öngörülmüştür.

II. ZORUNLU LİSANS DÜZENLEMESİNİN MÜLKİYET HAKKI VE SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ İLE İLİŞKİSİ

A. GENEL OLARAK

Zorunlu lisansta patentli buluşun sahibi, belirli koşulların varlığı halinde, istemese bile buluşunu üçüncü kişi/kişilere kullanırmak zorunda bırakılmaktadır. Bu durum, Kanun hükümleri çerçevesinde ya bir mahkeme ya da idarî karardan (Cumhurbaşkanı veya Rekabet Kurumu kararı) doğmaktadır. Bu nedenle, konunun anayasa ile güvence altına alınmış olan “mülkiyet hakkı” ve “sözleşme özgürlüğü” ilkeleri ile yakından ilgisi bulunmaktadır. Bu nedenle ilgili düzenlemeler çerçevesinde zorunlu lisans kurumunun Anayasa'ya uygunluğunun tartışılması gerekmektedir.

B. MÜLKİYET HAKKI AÇISINDAN

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 35. maddesinde, herkesin mülkiyet ve miras hakkına sahip olduğu ve bu hakların ancak kamu yararı amacıyla kanunla sınırlanabileceği hükme bağlanmıştır. Burada çözüme kavuşturulması gereken ilk sorun, hükmün ifade ettiği “mülkiyet hakkı” ile neyin kastedildiğidir. Kuşkusuz, maddenin ilk hedeflediği nokta, eşya hukuku anlamında mülkiyet hakkıdır. Acaba “*fikrî mülkiyet*” teriminde geçen “mülkiyet” sözcüğü de buraya dâhil midir? Anayasa Mahkemesi 1967 yılındaki bir kararında, o zaman yürürlükte olan İhtira Beratı Kanunu ile ilgili olarak fikrî mülkiyet haklarının Anayasa'nın mülkiyet hakkı için tanıdığı teminattan faydalanamayacağına,

17 Örneğin SMK m. 136/1 gereğince zorunlu lisansın inhisarî nitelikte olmaması; ancak kamu yararı nedeniyle verilen zorunlu lisansta, inhisarî olabilmesi; lisans alanın patent konusu buluşu ithal edememesi; fakat kamu yararı nedeniyle verilen zorunlu lisansta belli koşullarda ithal edilebilmesi (SMK m. 133/2) gibi.

18 Ortan (n 9) 157.

19 Bu yönde bkz. Kaya, Zorunlu Lisans (n 3) 338; Peter Heinrich, *PatG/EPÜ (Schweizerisches Patentgesetz/Europäisches Patentübereinkommen- Kommentar in synoptischer Darstellung)* (2. Auflage, Stämpfli 2010) Art. 40, N. 1.

20 Sınai Mülkiyet Kanunu, Kanun Numarası: 6769, Kabul Tarihi: 22.12.2016, RG 10.01.2017/29944.

bu hakların sadece bir ölçüde Anayasa teminatı altında bulunduğu, ihtira üzerindeki hakların malvarlığına girmekle beraber, mülkiyetten başka bir hak olduğuna karar vermiştir²¹.

Bugün için sınai hakların Anayasa'nın 35. maddesi kapsamına girmediğinin savunulması şekilci bir yaklaşımı içerir. Hüküm esas anlamı ile değerlendirdiğinde hükmün kapsamına hem eşya hukuku anlamında mülkiyet hakkın hem de buradaki mülkiyet hakkından farklı bazı özelliklere sahip olsa da sınai hakların da girdiğinin kabul edilmesi gerekir. Kuşkusuz, eşya hukuku anlamındaki mülkiyetle fikrî mülkiyetteki "mülkiyet" aynı şey değildir ve aralarında ciddi farklılıklar vardır. Örneğin eşya hukukunda nesne ön planda iken, fikrî mülkiyette korunan (örneğin patentte) fikir ürünüdür. Salt eşya hukuku çerçevesinde bakıldığında hâkim görüş fikir ve sanat eserleri ile buluşların üzerinde klasik anlamda mülkiyet hakkı değil, "fikrî hak/fikrî mülkiyet" adı verilen başka kategorik bir mutlak hakkın varlığını kabul ettiğinden, anılan haklar eşya hukuku anlamında eşya kavramının içine girmemektedir²². Ancak bu durum fikrî mülkiyet, bu arada patentten doğan hakların anayasal korumadan mahrum kalacağı anlamına gelmez. Anayasal mülkiyet hakkı ve bu hakkın korunması, dar anlamda eşyayı aşacak şekilde geniş olarak anlaşılmaktadır. Böylece Anayasal koruma açısından sınai mülkiyet haklarının da 35. maddenin kapsamına girmesi gerektiğinin kabulü artık tartışmasız bir gerçektir²³. Zira aksi düşüncenin savunulması için herhangi bir neden olmadığı gibi, bu yorum

21 Anayasa Mahkemesi (AYM), E 1967/10 K 1967/49, 28.12.1967. RG 30.01.1969/13114. Değerlendirmeler için bkz. Ortan (n 9) 156, dn. 280; Yüksel (n 1) 80. Bu karara muhalif kalan altı üye, anılan görüşe katılmamıştır (öz. bkz. karşı oy yazısı N. 7). Bu kararın bugün için geçerliliği söz konusu değildir. AYM 2008 yılında verdiği marka ile ilgili kararında "... Mülkiyet hakkının konusunu, maddi ve gayrimaddi mallar oluşturmaktadır. Taşınır ve taşınmaz mallar, maddi mallar kapsamında iken, fikri ve sınai mülkiyet hakları gayrimaddi mallar kapsamında yer almaktadır...Bu nedenle marka hakkı üzerinde yapılacak sınırlandırmalarda, Anayasanın "Mülkiyet hakkı" başlıklı 35. maddesinin esas alınması gerekmekte ve marka hakkının ancak kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilmesi mümkün bulunmaktadır." tespitini yapmıştır (Anayasa Mahkemesi, E 2004/3, K 2008/47, 31.01.2008, RG 20.03.2008/26822. Aynı yönde bkz. Anayasa Mahkemesi, E 2015/39 K 2015/62, 01.07.2015 § 20 (RG 15.07.2015/ 29417); E 2020/56 K 2023/108, 01.06.2023 (N. 137) RG 01.08.2023/32226; E 2023/33 K 2023/117, 22.06.2023 (N. 33) RG 15.09.2023/32310; E 2022/83 K 2023/69, 05.04.2023 RG 01.08.2023/32266; E 2023/17 K 2023/121, 13.07.2023 RG 15.09.2023/32310. Bu konudaki tespitler için ayrıca bkz. Burak H. Gemalmaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı* (2. Bası, Beta 2017) 316, dn.¹⁰²², 328-329.

Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kararlarında da aynı yaklaşımı sürdürmüştür. "...Anayasa'nın 35. maddesinin birinci fıkrasında "Herkes, mülkiyet ve miras hakkına sahiptir." denilmek suretiyle mülkiyet hakkını güvenceye bağlamıştır. Anayasa'nın anılan maddesiyle güvenceye bağlanan mülkiyet hakkı, ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen her türlü malvarlığı hakkını kapsamaktadır. Bu bağlamda, mülk olarak değerlendirilmesi gerektiğine kuşku bulunmayan menkul ve gayrimenkullerle bunların üzerinde tesis edilen sınırlı aynı haklar ve **fikri hakların** yanı sıra icrası kabil olan her türlü alacak da mülkiyet hakkının kapsamına dahildir." demiştir [Anayasa Mahkemesi, Recep Tarhan ve Afife Tarhan Başvurusu. Başvuru Numarası: 2014/1546, 02.02.2017 RG 23.3.2017, N. § 49; Mahmut Duran ve Diğerleri Başvurusu (Başvuru Numarası: 2014/11441, 01/02/2017)].

22 Bkz. M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku* (25. Bası, Filiz 2023) N. 31; M. Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar* (29. Bası, On İki Levha 2023) N. 538; Fikret Eren, *Mülkiyet Hukuku* (7. Bası, Yetkin 2023) 53; Rona Serozan, *Medeni Hukuk, Genel Bölüm, Kişiler Hukuku* (Yayına Hazırlayanlar: B. İlkyang Engin ve Yeşim M. Atamer) (On İki Levha 2022) II § 4 3; Gökhan Antalya ve Murat Topuz, *Eşya Hukuku*, C. IV/1, Giriş, Temel Kavram ve İlkeler (4. Bası, Seçkin 2021) N. 227-228, 233.

23 Karş. Doruk Utku, 'Rekabet Hukuku Açısından Patent Hakkı' (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi 2002) 126-127. Yazar fikri ve sınai hakların her durumda bir mülkiyet hakkı olarak ele alınmasının doğru olmadığını; zorunlu lisans hükümlerinin patentin kesin bir şekilde mülkiyet hakkı olarak tanımlanmasına engel olduğunu savunmaktadır. Alman hukukunda da patentte zorunlu lisans düzenlemesinin Alman Anayasası'nın 14. maddesinde güvence altına alınmış mülkiyet hakkının bir sınırlaması ve hatta bu hakka önemli bir müdahale niteliğinde olduğu kabul edilmektedir. Bkz. Helga Kober-Dehm, *Patentgesetz (Gebrauchsmustergesetz, Patentkostengesetz)* Begründer: Georg Benkard, (11. Auflage, C.H.Beck 2015), § 24 Rn. 2, 16; Max Haedicke and Lukas Wollenschlaeger, *Handbuch des Patentrechts (PatR-*

sayesinde yaratıcı düşüncenin anayasal güvenceye bağlanması söz konusu olacak ve bundan herkes fayda sağlayacaktır. Nitekim AİHS ve 1 No'lu protokol çerçevesinde, mülkiyet hakkı ve kapsamı çok geniş şekilde yorumlanmakta, ekonomik her türlü menfaatin kapsama girdiğini belirtmektedir. Bu çerçevede taşınır ve taşınmaz mallar gibi klasik mülkiyet hakkı kapsamına giren şeyler dışında hisse, *patent*, faiz alacağı gibi somut varlığı olmayan şeyler de bu kapsamda değerlendirilmektedir²⁴.

Yukarıdaki tespit yapıldıktan sonra belirtilmesi gerekir ki Anayasa'nın mülkiyet hakkını düzenleyen ve güvence altına alan 35. maddesi, yine Anayasa'nın 91. maddesi ile olağan dönemlerde KHK'ye kapatılmış olan ikinci kısmın ikinci bölümünde yer almakta idi. Zorunlu lisans kurumunun, bu çerçevede mülkiyet hakkına bir sınırlama getirdiğini düşünmekteyiz. Bu yüzden mülga 551 sayılı KHK döneminde mülkiyet hakkına sınırlama getirme sonucunu doğuran bu düzenlemenin KHK ile yapılması Anayasa Mahkemesi'nin özellikle marka ile ilgili olarak verdiği daha önceki kararlarında da teyit edildiği gibi²⁵ Anayasa'ya aykırı idi.

Bu hususta tartışılması gereken ikinci nokta 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile gelen sistem değişikliği, KHK'nın Anayasa'dan çıkarılması ve buna uyum sağlanması amacıyla "Bakanlar Kurulu" yerine²⁶ "Cumhurbaşkanı"nın yetkili kılınmasıdır. Nitekim 700 sayılı KHK'nın 209. maddesi ile SMK m. 132'de "Kamu yararı nedeniyle zorunlu lisans" başlığı altında, anılan gerekçe ile zorunlu lisans verilmesi yetkisi, Bakanlar Kurulu'ndan "Cumhurbaşkanı"na verilmiştir. Kanımızca hukuken değişen tek şey daha önce bu kararın "Bakanlar Kurulu"na kolektif idari işlem şekli ile verilmesi, ancak şimdi Cumhurbaşkanı'na tek başına karara bağlanmasıdır²⁷. Konumuz açısından söz konusu olan ise Cumhurbaşkanı'nın belli bir kişi veya duruma ilişkin olarak tesis ettiği "bireysel işlem"lerdir²⁸.

HdB), Herausgeber: Maximilian Haedicke and Henrik Timmann (2. Auflage C. H. Beck 2020) § 16, Rn. 261, 276; Wilhelmi (n 4) § 24 Rn. 5; Franz Hacker, *Patentgesetz*, Begründer: Rudolf Busse and Alfred Keukenschrijver (8. Auflage, De Gruyter 2016), § 24 Rn. 36.

Konu ile ilgili bir Federal Mahkeme kararında da Alman Anayasası'nın 14. maddesi ile bağlantı kurulmuştur. Bkz. Bundesgerichtshof (BGH) 05.12.1995 X ZR 26/92 "Polyferon" (1996) Heft 3, GRUR, 190 vd., 191.

- 24 Bkz. Monica Carss-Frisk, *The Right to Property (A guide to the implementation of Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights)*, *Human rights handbooks*, No. 4, 6, N. 6 (<http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/mh-aihs.pdf>) Erişim Tarihi 15 Haziran 2023. Aynı yönde bkz. Gemalmaz (n 21) 311 vd. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun (AİHK) patentin korunabilmesi ve 1 No'lu Protokol kapsamına girebilmesi için ulusal hukukta tescil edilmesi gereğini araması ve bunun eleştirisi için ayrıca bkz. 316 vd. Konu ile ilgili değerlendirmeler için ayrıca bkz. Tamer Bozkurt, 'Bankacılık Kanunu'nun 62. Maddesinin Hukukî Niteliği, Uygulama Alanı ve Mülkiyet ve Miras Hakkı Yönünden Anayasa'ya Aykırılığı Sorunu', (2017) 3(1) Ticaret ve Fikri Mülkiyet Dergisi 23, 23 vd.
- 25 Anayasa Mahkemesi, özellikle 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin (KHK) pek çok hükmünü, mülkiyet hakkına KHK ile sınırlama getirilemeyeceği gerekçesi ile iptal etmiştir. Örnekler: 556 sayılı KHK'nin 7/1-1 [AYM, E 2015/33 K 2015/50, 27.5.2015]; KHK'nin 14. maddesi [AYM, E 2016/148 K 2016/189, 14.12.2016]; KHK'nin 16/5 hükmü [AYM, E 2015/46 K 2015/49, 13.5.2015]; KHK'nin 42-c bendi [AYM, E 2013/147 K 2014/75, 9.4.2014]. Yine 551 sayılı KHK'de de benzer süreçler yaşanmıştır. 551 sayılı PatentKHK m. 158/II [AYM, E 2013/100 K 2014/14, 29.1.2014]; 551 sayılı PatentKHK m. 165/III [AYM, E 2001/1 K 2004/36, 23.3.2004].
- 26 Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, Kanun Hükmünde Kararname Numarası: 700, RG 07.07.2018/30471, 2. Mükerrer Sayı).
- 27 Cumhurbaşkanı kararının tam olarak eski sistemdeki "Bakanlar Kurulu kararına eşdeğer" olduğu yönünde bkz. Ali D. Ulusoy, *Türk İdare Hukuku* (5. Bası, Yetkin 2022) 319.
- 28 Bkz. Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, C. I (3. Bası, Ekin 2019) 341. "Cumhurbaşkanı kararı"nın bireysel veya düzenleyici

Zorunlu lisansta söz konusu olan “Cumhurbaşkanlığı kararnamesi”²⁹ değil, birel bir idari işlem olan “Cumhurbaşkanı kararı”dır³⁰. Burada ise söz konusu olan bir kanun ile Cumhurbaşkanlığı'na mülkiyet (ve aşağıda incelenecek olan sözleşme hürriyetine) hakkına sınırlama getirme olanağının tanınmasıdır. Gerçekten de Cumhurbaşkanlığı kararı, Cumhurbaşkanlığı'nın Anayasadan kaynaklanan ve Anayasa (AY) m. 104/7 kapsamında kullandığı asli düzenleme yetkisini değil, bir kanuna veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesine dayanarak rutin idari yetkileri kapsamında yaptığı idari işlemi ifade eder³¹. Burada yetki devrini sağlayan bir yasal düzenleme olduğu ve bu devrin de içeriği ve sınırları belirlendiği için kanımızca 551 sayılı KHK döneminde var olan sorun ortadan kalkmıştır. Eski dönemde dayanağın bir KHK olması ve KHK ile “bile” düzenlenemeyecek bir alanda Bakanlar Kurulu'na yetki devri yapılması kanımızca Anayasa'nın 7. ve 91. maddelerine aykırılık teşkil etmekte idi. Ancak bugün için yasal dayanağın bulunması normlar hiyerarşisi ile ilgili sorunları en aza indireyecek durumdadır.

Bu noktada yapılması gereken bir diğer tespit de Kanun'la bile olsa, mülkiyet hakkına getirilecek sınırlamaların Anayasa'nın 13. ve 35. maddesindeki sınırlama ölçütlerine uygun olmasıdır. Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet ve miras hakkının ancak *kamu yararı amacıyla* kanunla sınırlanabileceği, mülkiyet hakkının kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı vurgulanmıştır. Görüldüğü gibi Anayasa'nın 13. maddesine uyumlu olarak mülkiyet (ve miras) hakkının kamu yararı amacı ile sınırlanabileceği öngörülmüştür. Her ne kadar zorunlu lisans yoluna başvurulabilecek hallerden sadece birisi için kamu yararı koşulu getirilse de diğer iki durumda da (başta kullanmama, patentler arasındaki bağımlılık gibi) dolaylı yoldan kamu yararı amacının var olduğu ortaya çıkmaktadır. Burada kamu yararı her ne kadar asli bir koşul olarak öngörülmüş olmasa da bu kavramın diğer iki düzenleme ile “iç içe geçmiş” olduğunun söylenmesi her halde yanlış olmayacaktır. Neticede kanunla yapılmış olması koşulu ile her üç sınırlama da Anayasa'nın 35. maddesine aykırı olmayacaktır³².

Alman öğretisinde de patentte zorunlu lisans için aranan koşulların fazla olmasının isabetli olduğu, bunun patent sahibinin anayasa ile güvence altına alınan mülkiyet hakkına kapsamlı bir müdahale olması dikkate alındığında doğru ve haklı olduğu ifade edilmiştir³³.

nitelikte olabileceği konusunda ayrıca bkz. 343.

29 Bu yönde bkz. Uğur Çolak, *Türk Patent Hukuku*, (Adalet 2022) 697.

30 “Cumhurbaşkanı kararnamesi” ile “Cumhurbaşkanı kararı” arasındaki ilişki ve farklılıklar için bkz. Şeref, İba ve Yasin Söyler, ‘Yeni Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Cumhurbaşkanlığı Kararının Nitelik Farkı ve Hukuki Sonuçları’, (2019) 36/1 Anayasa Yargısı Dergisi 195, 199 vd. “Karar” ve “Kararname” konusundaki eleştiriler için ayrıca bkz. Gözler, İdare Hukuku (n 28) 359 vd.

31 Bkz. Ulusoy (n 27) 319.

32 Bu konuda *Odman* (Boztosun), mülkiyet hakkının kamu yararı dışında bir başka nedenle sınırlandırılmasının mümkün olmadığını; kamu yararı amacının varlığını takdir yetkisinin de yasama organına ait olduğunu ifade etmektedir. O'na göre patent hakkı için öngörülen zorunlu lisans kurumu, patent hakkının kapsamını daraltan ve sınırlayan bir düzenlemedir. Buna karşılık patent hakkı (eskiden) bir “kanun hükmünde kararname” ile düzenlenmişti. Bu durumda, patent hakkının da bir tür mülkiyet hakkı olduğu *kabul edilmese* bile hem patent hakkının tanınmasının hem de sınırlandırılmasının Anayasa'ya aykırı olarak KHK ile yapıldığı görülmekte (idi). Zira her halde patent hakkı, kişi hakları arasında yer almaktadır. Sadece patent hakkının değil, diğer tüm fikri mülkiyet haklarının TBMM'de gerekli müzakereler yapılmadan, maddelerin gerekçeleri titizlikle incelenip değerlendirilmeden, KHK ile düzenleme yapılması büyük bir eksiklikti. Eski dönemde bu yöndeki tespit için bkz. *Odman* (Boztosun) (n 12), Rekabet 246.

33 Bkz. Michael Plagge, *Der patentrechtliche Unterlassungsanspruch (Historie, Reichweite und Reform)* (Nomos 2022), 258;

C. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ AÇISINDAN

1. Sözleşme Özgürlüğü Kavramı

Sözleşme özgürlüğü ilkesi, birçok yabancı hukuk sisteminde olduğu gibi Türk borçlar hukukunca da benimsenmiş temel bir ilkedir. Bu ilkenin en önemli pozitif dayanağı, Türk Borçlar Kanunu'nun tarafların, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebileceğine dair 26. maddesi hükmüdür. Sözleşme özgürlüğü, liberal ve bireyci anlayışın bir yansıması olarak kaynağını irade özerkliği ilkesinden alır. Bu nedenle, öğretide sözleşme özgürlüğü irade özerkliği ile eş olarak da kullanılmaktadır³⁴. Bu anlayışa göre bireyler irade özgürlüğüne sahiptir ve borç ilişkilerini serbestçe kurabilir³⁵.

Sözleşme özgürlüğü, temel bir ilke olarak kabul edilmiş; bunun sınırları da istisnaen Türk Borçlar Kanunu ve diğer bazı kanunlarda sayılmıştır. Ancak sözleşme özgürlüğü ilkesinin öğretide ifade edilen, kabul görmüş boyutları vardır. Bunun kapsamına; sözleşmenin diğer tarafını seçme, sözleşmeyi ortadan kaldırma veya içeriğini değiştirme, şekil serbestisi, sözleşmenin içeriğini düzenleme ve nihayet sözleşme kurma veya kurmama özgürlüklerinin girdiği belirtilmektedir³⁶. Bizim için önemli olan ve belki de sözleşme özgürlüğü ilkesine rengini veren boyut, "sözleşme yapıp yapmama özgürlüğü"dür³⁷. Liberal hukuk düzenlerinde kişiler bir sözleşmeyi yapıp yapmama özgürlüğüne sahip olmakla birlikte, sözleşme özgürlüğünün bu boyutunun mutlak olmadığı da ifade edilmektedir. Böylece bağımsız birey iradesinden farklı olarak bazen kanunlardan bazen hukukî işlemde bazen de fiilî tekel olma durumu yüzünden kişiler sözleşme yapmak zorunda bırakılabilmektedir³⁸. Görüldüğü gibi, sözleşme özgürlüğünün sınırları sadece, yukarıda belirtilen Türk Borçlar Kanunu'nun 19-20. maddelerinde sayılanlardan ibaret olmayıp kanundan (doğrudan veya dolaylı olarak) doğan sözleşme yapma zorunlulukları da sözleşme özgürlüğünün sınırlarından birisini oluşturmaktadır³⁹. *Tekinay* da sözleşme yapma zorunluluğunun, sözleşme özgürlüğü ilkesinin olumlu müdahalelerle sınırlandırılması anlamına geldiğini ifade etmektedir⁴⁰.

Haedicke and Wollenschlaeger, PatR-HdB (n 23) § 16 N. 261. İsviçre hukukunda aynı yönde görüş için bkz. Claudia Seitz, *Patentgesetz PatG, Bundesgesetz über die Erfindungspatente vom 25. Juni 1954 (PatG)*, Herausgeber: Mark Schweizer and Herbert Zech (Stämpfli, 2019), Art. 40, Rn. 10. Hatta İsviçre öğretisinde zorunlu lisansın S.PatG. Art. 32 anlamında "kamulaştırma"nın bir türü olduğu görüşü dahi ileri sürülmüştür. Bkz. Rudolf E. Blum and Mario M. Pedrazzini, *Das schweizerische Patentrecht* (2. Auflage, Stämpfli 1975), Art. 40, N. 1b.

34 Bkz. Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Halûk Burcuoğlu, Atilla Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7. Bası, Filiz 1993) 363; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (27. Bası, Yetkin 2022), N. 947-948.

35 Eren, Genel (n 34) N. 45 vd., 947 vd.; Mehmet Murat İnceoğlu, 'Sözleşme Yapma Zorunluluğu ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 5. Maddesinin Bu Açıdan Değerlendirilmesi', M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan (Beta 2000) 391, 391.

36 Eren, Genel (n 33) N. 49; M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I* (20. Bası, Vedat 2022) N. 80 vd.; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 34) 362; İnceoğlu (n 35) 391.

37 Bkz. Oğuzman ve Öz (n 36) N. 572 vd.

38 Eren, Genel (n 33) N. 953; Oğuzman ve Öz (n 35) N. 579 vd.; İnceoğlu (n 35) 399.

39 Osman Berat Gürzumar, *Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü (Hâkim Durumun Rakiple Anlaşma Yapmaktan Kaçınmak Suretiyle Kötüye Kullanılması)* (Seçkin 2006) 42-43.

40 Bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 34) 364.

2. Zorunlu Lisans Düzenlemesinin Sözleşme Özgürlüğü İlkesine Sınırlama Getirip Getirmediği Sorunu

Zorunlu lisans kurumunun sözleşme özgürlüğü ilkesinin bir sınırlaması olup olmadığı konusunda öğretilerde farklı görüşler ileri sürülmektedir.

Öğretilerde bir grup yazar zorunlu lisansla patent sahibinin sözleşme yapma özgürlüğünün kısıtlandığını ve patent sahibinin sözleşme yapmak zorunda bırakıldığını ifade etmektedir. Gerçekten de bu görüşe göre zorunlu lisans sistematik açıdan bir sözleşme olarak değerlendirilmelidir. Zira, zorunlu lisansın temelinde MK m. 2'ye aykırı davranma ve buna bağlı olarak sözleşme yapma zorunluluğu olduğunun kabul edilmesinin doğal olarak bu sonuca götüreceği, (mülga) PatKHK m. 119 gereğince [SMK m. 140], zorunlu lisansla ilgili olan PatKHK m. 114-118'e [SMK m. 132-139] aykırı olmadığı müddetçe, sözleşmeye dayalı lisansa ilişkin hükümlerin zorunlu lisansa da uygulanacağını kabul edilmiş olmasının da zorunlu lisansın sözleşme olarak kabul edilmesinin gerekçesini oluşturduğu, buna ilaveten, zorunlu lisansın, lisans sözleşmelerinin hakkın içeriğine göre yapılan ayırımında inhisari olmayan (basit) lisans sözleşmelerinden kabul edilmesinin de bu görüşü doğruladığı ifade edilmektedir⁴¹.

Buna karşılık diğer bir görüş (mülga) KHK'de zorunlu lisansın kapsamının nasıl belirleneceğine ilişkin herhangi bir ölçüt öngörülmediğini; KHK'nin 89. maddesindeki (SMK m. 126) “aksi sözleşmede kararlaştırılmamışsa, bir patent başvurusunu veya patenti devir eden veya lisansını veren, devir alan veya lisans alana patent konusu buluşun normal bir kullanım için zorunlu olan teknik bilgileri vermekle yükümlüdür” hükmünün kıyasen zorunlu lisansla da uygulanacağını; fakat zorunlu lisans bir sözleşme niteliğinde olmadığı için hükümdeki “aksi sözleşmede kararlaştırılmamışsa” ibaresine itibar edilemeyeceğini savunmaktadır⁴².

Aslında aşağıda inceleneceği gibi, zorunlu lisansla kullandırma zorunluluğu, patent sahibi ile üçüncü kişi arasında yapılan bir sözleşmeden değil; mahkeme veya idarî bir karardan (Cumhurbaşkanı veya Rekabet Kurumu kararı) doğmaktadır. Bir başka deyişle, mahkeme kararı veya idarî kararda taraflar arasında (zorunlu) bir lisans sözleşmesi kurulması öngörülmemekte; tersine bu kullanım hakkı ve buna ilişkin düzenlemeler anılan kararlarda yer almaktadır. Açık deyişle mahkeme kararı veya idarî karar, taraflar arasında sözleşme ilişkisi yaratmamakta, ancak anılan kararlar lisans verenin iradesi yerine geçmektedir⁴³. Alman hukukunda da zorunlu lisansın verilmesiyle, patent sahibinin lisans alanla bir sözleşme yapma zorunluluğunun bulunmadığı; burada bir irade beyanına ihtiyaç olmadığı, daha ziyade lisansın verilmesiyle lisans alana, mezkûr patent üzerinde doğrudan bir “kullanım hakkı” bahşedildiği ifade edilmektedir⁴⁴.

41 Bu yönde bkz. Karson (n 8) 161-162; Özdemir (n 1) 211; Yüksel (n 1) 114.

42 Odman (Boztosun) Rekabet (n 12) 263; Ayhan, Çağlar, Yıldız ve İmroğlu (n 3) 313. Benzer yönde bkz. Utku (n 23) 30-31.

43 Ortan (n 9) 158; Tekinalp (n 16) § 37, N. 44; Eşan (n 2) 44. Zorunlu lisansın sözleşme serbestisi ilkesine aykırı olarak patent sahibinin sözleşme özgürlüğünü ortadan kaldırdığı yönünde bkz. Çolak (n 29) 686. Karş. Mehmet Hamza Arslan, *Patent Hakkına İlişkin İstisnalar ve Sınırlamalar* (On İki Levha 2023) 164.

44 Bkz. Kober-Dehm (n 23) PatG § 24 Rn. 28; Hacker (n 22) PatG. § 24 Rn. 69.

Konuya yukarıdaki ağırlıklı görüş açısından bakıldığında, gerçekten de bir sözleşme kurulmadığı görülmekle birlikte, ilk bakışta sözleşme özgürlüğüne bir sınırlama getirilmediği izlenimi ortaya çıkmaktadır. Ancak bu konuda bir değerlendirme yapmak için SMK m. 129 hükmünde öngörülen usul incelenmelidir. SMK'nın 129. maddesinin 2. fıkrası uyarınca kural olarak⁴⁵, zorunlu lisans talep edenin, patent sahibinden makul ticari şartlar altında *sözleşmeye dayalı lisans istemesine rağmen* makul bir süre içinde alamadığına dair kanıt talebe eklenir. Mahkeme, zorunlu lisans talebinin bir sureti ile ekli belgelerin birer suretini patent sahibine gecikmeksizin gönderir. Patent sahibine, bunlara karşı delilleriyle birlikte görüşlerini sunması için bildirim tarihinden itibaren bir ay süre verilir. Böylece, bu sistemde patent sahibi belli koşulların gerçekleşmesi durumunda, başkalarının kendisine lisans verilmesi isteğini “sineye çekmek” zorunda kalır. Patent sahibi bu zorunluluğa uymazsa birkaç istisna dışında⁴⁶, hâkimin vereceği karar patent sahibinin iradesinin yerine geçmekte; lisans ilişkisi de bu kararlar kurulmaktadır⁴⁷. Mülga 551 sayılı KHK döneminde mahkeme kararının kesinleşmesi ile de zorunlu lisans alan kişinin, patent konusu buluşu kullanma hakkı doğmakta iken⁴⁸, SMK m. 129/5 gereğince mahkeme kararı ile birlikte buluş artık kullanılmaya başlanmaktadır⁴⁹.

Kanımızca burada, anayasa hukuku açısından inceleme yapılırken bir ayırım yapılması gerekir. Zira zorunlu lisansta *ikili bir aşama* vardır. Birincisi, zorunlu tutulan sözleşmesel lisans teklifi ve sözleşme, ikincisi de bu gereğe uyulmaktan kaynaklanan mahkeme aşamasıdır. Birinci aşamada, dolaylı yoldan bile olsa, patent sahibi belirli koşulların varlığı halinde sözleşmesel lisans talebini karşılamak zorunda bırakılmakta; buna uyulmamanın yaptırımı da mahkeme kararı ile zorunlu lisansa hükmedilmesi olmaktadır. Dolayısıyla ilk aşamada Anayasa'nın 48. maddesindeki sözleşme hürriyeti ilkesine dolaylı da olsa bir sınırlama getirildiği görülmektedir⁵⁰. Oysa, sorunun ikinci boyutu sözleşme özgürlüğü ilkesinden çok, mülkiyet hakkının sınırlanması ile ilgilidir. Bununla birlikte, sınaî haklar da Anayasa'nın 35. maddesinde ifadesini bulan mülkiyet hakkının kapsamına girdiğinden, konunun ikinci boyutunun bu çerçevede düşünülmesi gerekir⁵¹.

Anayasa'nın 2001 yılında 4709 sayılı Kanun'la değişik, 13. maddesi uyarınca, “*Temel hak ve hürriyetler, özerline dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz*”. Görüldüğü gibi bu hüküm, her hak ve hürriyetin ilgili maddedeki özel sınırlama sebeplerine bağlı olarak kanunla sınırlanabileceğini öngörmektedir. Anayasa'nın 48. maddesi gereğince ise “*Herkes, dilediği alanda*

45 SMK m. 129/2'ye göre, 129/1 hükmünün (ç) bendi uyarınca yapılan zorunlu lisans taleplerinde acil durumlar ve birinci fıkranın (e) bendi hariç olmak üzere.

46 Hemen belirtmek gerekir ki zorunlu lisans kararını verecek merciler olasılıklara göre değişmektedir. Örneğin kamu yararı amacı ile zorunlu lisansta *Cumhurbaşkanı*, 129. maddenin 1/a-b-c-d bentlerindeki durumlarda *mahkeme*; SMK m. 129/1-e bendi bakımından ise *Rekabet Kurulu* yetkilidir.

47 Utku (n 23) 30-31.

48 İbid 30-31.

49 Yeni dönemde bu tespitler için bkz. İbrahim Bektaş, ‘6769 Sayılı Sınaî Mülkiyet Kanunu’na Göre Patent Hukukunda Zorunlu Lisans -Değişiklikler ve Eksiklikler’, Prof. Dr. Sabih Arkan’a Armağan (On İki Levha 2019) 277, 303.

50 Bkz. Özsoy (n 1) 49-50.

51 Karş. Utku (n 23) 126-127.

çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.” hükmünü içermektedir. Anılan hükümde özel bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olması, anayasa hukuku öğretisinde tartışılmış ve Anayasa Mahkemesi kararlarına da konu olmuştur.

Öğretide bazı yazarlarca, haklarında özel sınırlama nedeni öngörülmemiş temel hak ve hürriyetlerin hiçbir şekilde sınırlandırılmayacağı görüşü savunulmuşken⁵², ağırlıklı olarak her hak ve hürriyetin, Anayasada belirtilmiş olmasa bile, o hürriyetin niteliğinden doğan, başka bir deyişle «eşyanın tabiatında mevcut» olan «objektif sınırlarının olduğu; Anayasa'nın başka bazı hükümlerinden yola çıkılarak bunlar için de kanunla sınırlamalar getirilebileceği ifade edilmektedir⁵³. Anayasa Mahkemesi de benzer yönde kararlar vermiştir⁵⁴.

Bu noktadan hareket edildiğinde, özellikle kamu yararı temeline dayalı olan zorunlu lisans kurumunun Anayasa'nın 13. ve 48. maddesi ile çelişki halinde olmadığı kanaatindeyiz. Zira temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasındaki diğer koşullar; kanunla sınırlama, özellikle öze dokunma yasası ve ölçülülük gibi ilkeler de temin edilmiştir. Örneğin zorunlu lisansın, yukarıda belirtildiği gibi, kural olarak inhisari olmaması ve özellikle belli bir ücret karşılığında verilecek olması, sınırlandırma konusunda dengeleyici düzenlemeleridir. Bu yüzden inceleme konumuzun, Anayasa ile güvence altına alınan mülkiyet hakkı ve sözleşme hürriyeti ile çelişir bir tarafı bulunmadığı kanaatindeyiz.

III. ZORUNLU LİSANS VERİLEBİLECEK HALLER

A. GENEL OLARAK

Zorunlu lisans verilebilecek haller, Kanun'un 129 vd. hükümlerinde yer almıştır⁵⁵. Yeni Kanun, mülga KHK'ye nazaran zorunlu lisans verilebilecek hallerin sayısını artırmış ve altıya çıkarmıştır. Bunlar şöyle belirtilebilir:

- 52 Bu yönde bkz. Kemal Gözler, 'Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri (Anayasanın 13. Maddesi Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme)'; Ankara Barosu Dergisi (2001) (4) 53, 65 vd.; Kemal Gözler, '3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği' (2002) 19, Anayasa Yargısı Dergisi (Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşunun 40. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyum, Antalya) 326, 352 vd.; Kemal Gözler: *İnsan Hakları Hukuku* (4. Bası, Ekin 2022) 347 vd.
- 53 Anayasa hukuku öğretisinde konu ile ilgili tartışmalar ve görüşler için bkz. Tamer Bozkurt, 'Haklarında Özel Bir Sınırlama Nedeni Öngörülmemiş Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Sorunsalı: Özellikle Sözleşme Hürriyeti Açısından Durum' (2008) 66(1) Ankara Barosu Dergisi 134, 137 vd.; Gözler, *İnsan Hakları* (n 52) 349 vd. Bu yaklaşımın eleştirisi için ayrıca bkz. İbid 348.
- 54 Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında şu ifadeler geçmiştir: “Anayasa'nın 48. maddesinin birinci fıkrası herkesin dilediği alanda çalışma özgürlüğüne sahip olduğunu açıklamaktadır. Hiç kuşkusuz, çalışma ve sözleşme özgürlüğü de öteki özgürlükler gibi sınırsız bir özgürlük olmayıp kamu yararı amacıyla her zaman sınırlandırılabilir...”. AYM, E 1990/4 K 1990/6, 12.04.1990 (Mehmet Akat ve Abdullah Dinçkol, 1982 Anayasası, Madde Gereçekleri ve Maddelerle İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları (Alkım 1998) 246-247). Anayasa Mahkemesi'nin yeni bir kararı için bkz. E 2022/134 K 2023/16, 22.06.2023 (N. 20) (RG 15.09.2023/32310). Anayasa Mahkemesi'nin konu ile ilgili diğer kararları için bkz. Bozkurt, *Sözleşme Hürriyeti* (n 53) 134, 137 vd.
- 55 Alman Patent Kanunu § 24/1-1 uyarınca, zorunlu lisans verilebilmesi için lisans talebinde bulunan kişinin patent sahibine

- a. 130 uncu madde hükmüne göre patent konusu buluşun kullanılmaması,
- b. 131 inci maddede belirtilen patent konularının bağımlılığının söz konusu olması,
- c. 132 nci maddede belirtilen kamu yararının söz konusu olması,
- d. 30.4.2013 tarihli ve 6471 sayılı Kanunla katılmamız uygun bulunan Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşmasını Değiştiren Protokolde belirtilen şartların sağlanması hâlinde başka ülkelerdeki kamu sağlığı sorunları sebebiyle eczacılık ürünlerinin ihracatının söz konusu olması,
- e. Islahçının, önceki bir patente tecavüz etmeden yeni bir bitki çeşidi geliştirememesi,
- f. Patent sahibinin, patent kullanılırken rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı faaliyetlerde bulunması.

Kanun'da sayılan hallerin sınırlı sayı ilkesine tâbi olup olmadığı tereddüt uyandırabilir. Bu konu 551 sayılı KHK yürürlükte iken de tartışma konusu yapılmıştı.

Konu ile ilgili olarak *Kaya*, hem zorunlu lisans kurumunun getirilmesindeki amaçtan hem de (mülga) KHK'nin örneğin 14. maddesinde (SMK m. 115)⁵⁶ bir çeşit zorunlu lisans verilmiş olmasından dolayı, burada sayılan hallerin sınırlı sayı ilkesi ile belirtilmediğini savunmaktadır⁵⁷. Ancak öğretide zorunlu lisansın patent sahibine tanınan tekeli hakka sınır getirmesinden dolayı sınırlı sayıda olduğu ve genişletilemeyeceği haklı olarak belirtilmektedir⁵⁸. Biz de ikinci görüşe katılmaktayız. Bunun iki nedeni bulunmaktadır: Birincisi ve en önemlisi, yukarıda etraflıca açıklandığı gibi zorunlu lisans düzenlemesinin, mülkiyet hakkına doğrudan; sözleşme özgürlüğüne de dolaylı yoldan getirilmiş bir sınırlama olmasıdır. Mülkiyet hakkı ve sözleşme hürriyetine doğrudan ve dolaylı sınırlama getiren bir kanun hükmünün genişletici yoruma tâbi tutulması hem Cumhurbaşkanlığı hem mahkemelere ölçsüz bir yetki verilmesi anlamına gelecek ve bu yorum, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi ile de bağdaşmayacaktır (AY. m. 7). Gerçekten bir temel hak ve hürriyete getirilecek sınırlamanın, kanunla getirilmesi bile yeterli değildir; temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırma rejimi çerçevesinde sınırlarının da açıkça gösterilmesi gerekir.

İkincisi, zorunlu lisansa ilişkin hükümler son derece istisnaîdir. Düzenleme yapılırken bu dikkate alınmış olmalıdır ki SMK m. 129'de bu durumlar açıkça sayılmıştır. SMK'nın 115. maddesinde (mülga KHK m. 14'te) sayılan hal ise yine Kanun'un açık düzenlemesinden kaynaklanmaktadır. Bu nedenlerle mahkemenin yorum yolu ile yeni bir zorunlu lisans örneği yaratamayacağını düşünüyoruz. Bu gerekçelerle, Kanun'un kamu yararını gerektiren durumlarda, Cumhurbaşkanlığı'na zorunlu lisans verilmesi konusunda yetki devrini öngören 132. maddesinin "genişliği" karşısında, bu kapsam

makul ticarî koşullarla yaptığı başvuruya makul bir süre içinde yanıt alamamış olması ve lisans talebinde bulunan kişiye zorunlu lisans tanınmasının kamu yararının bir gereği olması gerekir. Bkz. Kober-Dehm (n 23) PatG § 24 Rn. 9, 12, 14 vd.

56 Bu hükmün hemen hemen aynısı, SMK'nın 115. maddesinin 5 ilâ 9. fıkraları arasında yer almıştır.

57 *Kaya*, Zorunlu Lisans (n 3) 343. Aynı yönde bkz. Karson (n 8) 166.

58 Bkz. Feyzan Hayal Şehirali Çelik, 'Patent Sisteminin İşlevleri ve Bu İşlevlerin Etkinliğini Sağlayan Yasal Düzenlemeler' (2006) 23 (3) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 103, 141; Arslan (n 43) 174. Benzer yönde bkz. Çolak (n 29) 687.

genişliğinin bile Anayasa'ya uygunluğunun tartışma götürülecek tarafları vardır. Zira burada da sınırlamanın içeriğinin bir idarî işlemle belirlenecek olması, Anayasa'nın temel hak ve hürriyetler konusundaki temel yaklaşımı ve hukuk devleti ilkesine uygunluğunu tartışmaya açabilir.

Aşağıda inceleneceği gibi zorunlu lisanstan önceki aşamada isteğe bağlı lisans teklifi ile ilgili hükümler bulunmaktadır. Mahkemeye başvurmadan önce kural olarak isteğe bağlı lisans sözleşmesi talebinde bulunulmasının zorunlu olup olmadığı konusunda⁵⁹ da tereddüt olabilir. 551 sayılı KHK döneminde öğretide zorunlu lisansın, isteğe bağlı lisansın reddedilmesi durumunda gündeme gelebileceği savunulmakta idi⁶⁰. Çünkü gerek 551 sayılı KHK'nin 99. gerek 6769 sayılı Kanun'un 129. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesinde zorunlu lisansın, lisans teklifinde bulunulmamış bir patent için verilebileceği düzenlenmiştir⁶¹. Böylece lisans verme teklifinin verildiği durumlarda zorunlu lisans kurumunun işletilemeyeceği de ortaya çıkmaktadır⁶². Bir başka deyişle, zorunlu lisans talebinde bulunan kişinin makul bir ücret ve güvence karşılığında isteğe bağlı lisans talebinde bulunması gerekir. Çünkü esas olan serbest irade ile kurulan lisans ilişkisi olup zorunlu lisans istisnadır. İsteğe bağlı lisans isteminin reddi veya makul olmayan koşullar ve özellikle ücret talebinde bulunulması durumunda⁶³, talep sahibi zorunlu lisans istemi ile doğrudan mahkemeye başvurabilir. Dolayısıyla, zorunlu lisans isteminde mutlaka gerçekleştirilmesi gereken aşama, isteğe bağlı bir lisans sözleşmesinin yapılması için başvuruda bulunulması ve bunun tevsikidir⁶⁴. Nitekim 6769 sayılı Kanun'un 129. maddesinde zorunlu lisans talep edenin, patent sahibinden makul ticari şartlar altında sözleşmeye dayalı lisans istemesine rağmen makul bir süre içinde alamadığına dair kanıtın talebe ekleneceği belirtilerek, bu yaklaşım teyit edilmektedir. Aynı esas Alman hukukunda da bire bir benimsenmekte olup lisans talep edenin, buluşu makul ticari koşullarda kullanmak üzere patent sahibinden izin almak için makul bir süre içinde çaba göstermiş olması ve bunun başarısızlıkla

59 Mülga 551 sayılı KHK'nin 104. maddesinin I. fıkrasında, “zorunlu lisans verilmesi için talepte bulunmak isteyen kişi, önce aynı patent için sözleşmeye dayalı lisans verilmesi amacıyla Enstitüden arabuluculuk etmesini isteyebilir” denilerek hem Türk Patent Enstitüsü'ne (TPE) başvurunun zorunlu olmadığı belirtilmekte, hem zorunlu lisans için talepte bulunmak isteyen kişinin öncelikle aynı patent için sözleşmeye dayalı lisans verilmesi konusunda TPE'den arabuluculuk isteyebileceği öngörülmekte idi. Ancak arabuluculukla ilgili hükümler yeni Kanun'a alınmamıştır. Bu konudaki tartışmalar için bkz. Uğur Yalçiner, “Türkiye’de Patent Sistemi ve Yönteminin Bugünü ve Yarını” (1992) Patent Sistemleri ve Patent Ofisi Organizasyonları Uluslararası Sempozyumu Ankara (12-13.X.1992) 99, 109. Karş. Karson (n 8) 167.

60 Bu yönde bkz. Kaya, Zorunlu Lisans (n 3) 344; Tekinalp (n 16) § 37, N. 57; Erdem (n 1) 148.

61 Nitekim TRIPS m. 31-b'de de “...bu tür bir kullanıma, ancak kullanımdan önce, kullanımı teklif eden kişi hak sahibinin makul ticari şartlar ve koşullar altında rızasını almak için çaba göstermişse ve bu çabalar makul bir süre içinde başarısız olmuşsa izin verilir. Bu gereklilik, ulusal bir acil durum veya aşırı aciliyet arz eden diğer koşulların söz konusu olduğu veya kullanımın ticari olmayan kamusal bir kullanım olduğu hallerde bir Üye tarafından feragat edilebilir. Ulusal bir acil durum veya diğer aşırı aciliyet durumlarında, hak sahibi yine de makul ve uygulanabilir olan en kısa sürede bilgilendirilecektir. Ticari olmayan kamu kullanımı durumunda, Hükümet veya Yüklenici, patent araştırması yapmadan, geçerli bir patentin Hükümet tarafından veya Hükümet adına kullanıldığını veya kullanılacağını bilirse veya bilmek için kanıtlanabilir bir nedeni varsa, hak sahibi derhal bilgilendirilecektir”. Ayrıntılı bilgi için bkz. Jan Busche, Peter T. Stoll and Andreas Wiebe, TRIPS- Internationales und europäisches Recht des geistigen Eigentums- Kommentar (2. Auflage, Carl Heymanns 2013) Art. 31, N. 14 vd.

62 Odman (Boztosun) Rekabet (n 12) 263.

63 Patent sahibinin lisans teklifinde bulunan kişinin talebinin reddedebileceği hallerle ilgili olarak bkz. Tekinalp (n 16) § 37, N. 58.

64 İbid § 37, N. 57.

sonuçlanması gerekir. Bu tür çabaların yokluğunda, zorunlu lisans talebi uygulanabilir nitelikte değildir⁶⁵.

B. PATENT KONUSU BULUŞUN KULLANILMAMASI

1. Genel Olarak Kullanma Hakkı

6769 sayılı Kanun'un 129. maddesinin 1-a bendinde, 130. madde hükmüne göre patent konusu buluşun kullanılmaması zorunlu lisansın verilebileceği ilk durum olarak düzenlenmiştir⁶⁶. Çünkü patent hakkı, nitelik itibariyle çift yönlü bir haktır. Patent sahibi, buluşu hem tek başına kullanma hem üçüncü kişilerin kullanımını önleme yetkisine sahiptir. Ancak buluşun patent sahibi tarafından kullanılması bir hak olduğu gibi aynı zamanda bir yükümlülük olarak düzenlenmiştir. Bunun nedeni ise buluşçuların yeni buluşlar yaparak bunların korunmasının sağlanması, açık deyişle bunların teşvik edilmesi olduğu kadar, gerçekleştirilmiş buluşların endüstriyel üretimde kullanılması ve kamunun bundan faydalanmasının temin edilmesidir⁶⁷. Dolayısıyla teknolojik yenilikten, ekonomik akla uygun adil çözümlerle yararlanmak mümkün olduğu halde, bundan kaçınılması, toplum menfaatine ve patent sisteminin mantığına aykırı olup eylemsiz kalma süresi ancak haklı gerekçeler varsa hoş görülebilir⁶⁸.

Diğer birçok ülkede olduğu gibi SMK'nın 130. maddesi, patent sahibi veya yetkili kıldığı kişinin, patentle korunan buluşu kullanmak zorunda olduğunu hükme bağlamıştır⁶⁹. Bununla birlikte buluşun Türkiye'de kullanılması gerekir; yoksa yurt dışında kullanılması kullanma koşulunu karşılamaz⁷⁰.

Bilindiği gibi patent gibi önemli bir sınaî hakta, Kanun bu buluşun kamuya açıklanması sonucunda ortaya çıkacak kamusal fayda karşılığında, hak sahibine belirli bir süre mutlak hak tanımıştır. Bu yönüyle patentten doğan haklar, hak sahibine herkese karşı ileri sürülebilir bir yasaklama ve engelleme hakkı sağlamaktadır. Herkesin de bu haklara uymak ve bunları ihlal etmeme yükümlülüğü vardır⁷¹. Böylece bir ürün veya usul patentinin verilmesiyle, buluş sahibi patentle ilgili olarak gayri maddî bir mülkiyet hakkı kazanmakta; bunun doğal sonucu olarak da patente konu ürünün üretilmesi, satılması, kullanılması, usul patentlerinde yine bunun kullanımı hakkını elde etmektedir⁷². Böylece

65 Bkz. Peter Mes, *Patentgesetz- Gebrauchsmustergesetz* (5. Auflage, C.H. Beck 2020), § 24, Rn. 31.

66 Alman hukukunda konu kamu yararının özel bir görünümü olarak patentin yurt içinde hiç veya ağırlıklı olarak kullanılmaması şeklinde PatG § 24/5'te düzenlenmiştir. Bkz. Mes (n 65) PatG § 24 Rn. 28; Hacker (n 22) PatG. § 24 Rn. 64 vd.

67 Bkz. Odman (Boztosun) Rekabet (n 12) 54; Arslan (n 43) 175; Karson (n 8) 160, 168. Kullanma zorunluluğunun temelinde TMK m. 2'nin yer aldığı hakkında ayrıca bkz. 160.

68 Bkz. İlhami Güneş, 'Sınai Mülkiyet Kanunda Zorunlu Lisans' (2016) 19(2)-(2017) 19(1), Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi (FMR) (26 Nisan Dünya Fikri Mülkiyet Günü Özel Sayısı) 47, 51.

69 Alman ve Amerikan hukukunda, patent sahibinin patentli buluşunu kullanmak zorunda olmadığına dair değerlendirmeler için bkz. Eşan (n 2) 48-50. Yine İngiliz ve İtalyan hukukundaki durum ile ilgili olarak bkz. İbid 49, dn. 198.

70 Bkz. Kaya, Zorunlu Lisans (n 3) 345; Utku (n 23) 33; Karson (n 8) 168.

71 Bkz. Serozan (n 22) § 5 1.

72 Kaya, Zorunlu Lisans (n 3) 345.

hak sahibi koruma süresi içerisinde patentten doğan her türlü hakkına karşı sağlam bir hukukî korumaya kavuşmuş olmaktadır. İşte hak sahibi lehine, diğer kişiler aleyhine olarak ortaya çıkan bu durumdan dolayı, hak sahibi lehine doğan bu dengesizliğin giderilmesi için patent sahibinin bu hakkını kullanma zorunluluğu yüklenmiştir. Oysa eşya hukuk anlamında mülkiyet hakkı, sahibine en geniş yetkiler bahşetmekle birlikte (*usus, fructus, abusus*), kural olarak herhangi bir düzenlemede malikin mülkiyet hakkına konu olan eşyasını kullanma zorunluluğu bulunmamaktadır⁷³. Bu konuda, sadece kamu hukuku veya özel hukuktan doğan sınırlamalar yer aldığı gibi, en genel sınır da Anayasa'nın 35. maddesinde çizilmiş; mülkiyet hakkının kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı esası benimsenmiştir.

Alman Patent Kanunu'nun 24. paragrafının 5. fıkrası uyarınca patent sahibi, patent konusu buluşu, ülke içinde hiç veya yeterli ağırlıkta kullanmıyorsa, PatG. § 24/1 kapsamında, patentli buluşla iç piyasanın ihtiyaçlarının yeterince güvence altına alınması için zorunlu lisans verilebilir. Bu bakımdan ithalat da patentin iç piyasada kullanımı ile eş değer sayılır⁷⁴. Ancak Alman hukukunda Türk hukukundan farklı olarak buluşun kullanılmaması bağımsız bir zorunlu lisans nedeni olarak öngörülmemiş, PatG. § 24/5'te zorunlu lisans için ana kural olan PatG. § 24/1'e gönderme yapılmıştır. Bunun anlamı hükümde belirtilen koşulların başta, patentli bir buluşun olması, lisans almak isteyen kişinin sözleşmesel lisans konusunda yeterli çaba göstermesi ve bu çabaların sonuçsuz kalması ve kamu yararı olmak üzere yerine getirilmesi gereğidir⁷⁵. Oysa Türk hukuku bakımından, aşağıda inceleneceği gibi, patent konusu buluşun kullanılmamasının koşullarının oluşması yeterlidir. Ayrıca bir kamu yararı araştırmasına gerek bulunmamaktadır. Ancak kuşkusuz patentin kullanılmamasının toplum açısından yaratacağı olumsuzlukların önlenmesi düşüncesinin içinde bir "kamu yararı" gizlidir.

2. Patent Konusunun Buluşun Kullanılmamasının Görünüm Şekilleri

a. Asli Koşul: Kanun'da Öngörülen Sürenin Dolması

Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 130. maddesi, 129/1-a maddesindeki "130 uncu madde hükmüne göre patent konusu buluşun kullanılmaması"ndan ne anlaşılması gerektiğini düzenlemektedir.

Mülga 551 sayılı KHK'nin 96. maddesinin II. ve III. fıkralarında, kullanma zorunluluğunun patentin verildiğine ilişkin ilânın ilgili bültende yayınlandığı tarihten itibaren üç yıl içinde gerçekleştirileceği öngörülmüştü. Yeni Kanun'un 133. maddesinin 2. fıkrasında konu dolaylı olarak düzenlenmiştir. Hüküm uyarınca patentin verilmesi kararının bültende yayımlanmasından itibaren *üç yıllık* veya patent başvurusu tarihinden itibaren *dört yıllık* sürelerden hangisi⁷⁶ daha geç sona eriyorsa o sürenin bitiminden itibaren ilgili herkes zorunlu lisans talebinin yapıldığı tarihte, patent konusu buluşun

73 Bkz. Kaya, Patentten Doğan Haklar (n 8) 197.

74 Bkz. Mes (n 65) PatG § 24 Rn. 28, 29; Hacker (n 22) PatG. § 24 Rn. 66.

75 Bkz. Hacker (n 22) PatG. § 24 Rn. 65.

76 Mülga KHK ile SMK arasındaki konu ile ilgili farklılık için bkz. Güneş (n 68) 51.

kullanılmaya başlanmamış olduğu veya kullanım için ciddi ve gerçek girişimlerde bulunulmadığı ya da kullanımın ulusal pazar ihtiyacını karşılayacak düzeyde olmadığı gerekçesiyle zorunlu lisans verilmesini talep edebilir⁷⁷. Söz konusu durum, haklı bir neden olmaksızın buluşun kullanımına aralıksız olarak üç yıldan fazla ara verildiği hâllerde de uygulanır⁷⁸. Bu süre sona erdikten sonra ilgili herkes, aşağıda açıklanacak koşullardan birinin gerçekleşmesi halinde mahkemeden daha önce lisans verilmesi teklifinde bulunulmamış bir patent için zorunlu lisans talebinde bulunabilecektir.

b. Alternatif Koşullar

aa. Kullanıma Henüz Başlanılmaması

Patent hakkı sayesinde mutlak koruma elde etmiş kişi;

- Patentın verilmesi kararının Bültende yayımlanmasından itibaren üç yıllık veya patent başvurusu tarihinden itibaren dört yıllık sürelerden hangisi daha geç sona eriyorsa, patent konusu buluşun kullanılmaya başlanmamışsa; veya
- Kullanım için ciddi ve gerçek girişimlerde bulunulmamışsa⁷⁹; veya
- Kullanımın ulusal pazar ihtiyacını karşılayacak düzeyde değilse kullanılmama hali ortaya çıkmış demektir.

Bu olasılıklardan birisi söz konusu olduğunda, üçüncü kişiler zorunlu lisans talep edebilecektir. Bunun nedeni yukarıda açıklandığı gibi, patentin sağladığı mutlak korumaya rağmen buluş konusunun hâlâ kullanılmamasının karşılığı olarak bu buluşu toplum yararını için kullanabilecek bir başka kişinin kullanımına sunulması ve toplumsal faydanın sağlanmasıdır.

Patentin kullanılması ürün patentlerinde buluşa bağlı ürünün üretilmesi; usul patentlerinde verilen usulün kullanılarak ürün yapımı olarak anlaşılmalıdır⁸⁰. “Kullanma” kavramı, patent

77 Türkiye’de, şu ana kadar zorunlu lisans ile ilgili tek bir dava bulunmaktadır. Bir Türk şirketi, Avusturyalı bir şirketin plastik tespit elemanı buluşu için daha önce Türkiye’de 1983 yılında aldığı patentini, dava tarihi (1997) itibarıyla kullanmadığını; kendisine yöneltilen lisans taleplerini yanıtız bıraktığını; ilgili malın üretilmemesi nedeniyle sürekli ithalat ve döviz kaybı olduğunu ve zorunlu lisans şartlarının oluştuğunu ileri sürmüştü; yerel mahkeme, zorunlu lisans kararı vermiş [Beyoğlu 2 Asliye Ticaret Mahkemesi, E 1997/754 K 1997/323, 27.06.1997] ve Yargıtay 11 HD kararı onamıştır [Yargıtay 11 HD, E 1997/7609 K 1997/8805, 02.12.1997 (Bkz. FMR 2001/3, 179-181)]. Sadece karar düzeltme talebinde, mahkemenin zorunlu lisans ile ilgili kararında, taraflardan her birine yüklenmesi gereken masrafların belirtilmesi gerekirken, bunun belirtilmemesinden dolayı, bu yöndeki itirazlar kabul edilmiştir. Bu dava ile ilgili değerlendirmeler için bkz. Eşan (n 2) 52.

78 “Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik”in (RG 24.04.2017/30047) 117/7 ve 8. maddesi gereğince patent sahibi veya yetkili kıldığı kişi, patentle korunan buluşu kullanmak zorundadır. Kullanım, patentin verilmesi kararının Bültende yayımlanmasından itibaren üç yıllık veya patent başvurusu tarihinden itibaren dört yıllık sürelerden hangisi daha geç sona eriyorsa, bu süre içinde gerçekleştirilir. Kullanımın değerlendirilmesinde pazar şartları ve patent sahibinin kontrolü ve iradesi dışındaki şartlar göz önünde tutulur.

79 Öğretide hükümdeki bu ölçüt yerine “kullanımın ulusal pazar ihtiyacını karşılayıp karşılamadığı” ölçütüne ağırlık verilmesi gerektiği, zira kullanımın ulusal pazar ihtiyacını karşılaması durumunda evleviyetle ciddi ve gerçek bir kullanımın da söz konusu olacağı haklı olarak savunulmaktadır. Bkz. Bektaş (n 49) 283.

80 Bkz. Kaya, Zorunlu Lisans (n 3) 345.

sahibinin buluşunu bizzat kullanması şeklinde anlaşılmalıdır. Buluş, patent sahibi tarafından kullanılabilceği gibi, örneğin bir başkasına lisans verilmek suretiyle de gerçekleştirilebilir. Ancak burada önemli olan nokta gerek bizzat kullanım, gerek lisans yolu ile kullandırmanın sembolik değil, pazar payı yaratmaya yönelik gerçek bir kullanım olmasıdır⁸¹.

Zira bu düzenlemenin temelinde, teknik bir ilerlemeyi ifade eden buluş konusunun uygulanarak ve üretilerek toplumun yararlanmasına sunulması düşüncesi yattığına göre⁸², ister patent sahibi bizzat kullansın ister lisans yolu ile kullandırsın, gerçek bir kullanım ile bu amaca ulaşılmış demektir.

Mülga 551 sayılı KHK döneminde öğretide *Kaya* tarafından KHK'nin 96, 99 ve 100. maddelerinde her ne kadar kullanmama olgusundan bahsedilse de patentin yetersiz kullanılmasının da bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiğini ifade edilmekte idi⁸³. Gerçekten de *Yazar*'ın ifade ettiği gibi kullanma zorunluluğunun temelinde, toplumsal fayda düşüncesi yattığına göre bir başkasının aynı buluşu daha etkin, verimli ve kamu yararı açısından daha olumlu sonuçlar doğuracak şekilde kullanabilmesi olasılığında da talepte bulunana zorunlu lisans olanağının sağlanması gerekir. SMK'da bu durum dikkate alınmış olmalıdır ki kullanımın ulusal pazar ihtiyacını karşılayacak düzeyde olmaması da "kullanmama" kapsamına sokulmuştur.

bb. Kullanmanın Haklı Bir Nedene Dayanmaması

Sınâî Mülkiyet Kanunu'nun 130. maddesinin 2. fıkrasındaki ikinci alternatif, kullanmadaki gecikmenin haklı bir nedene dayanmamasıdır. Gerçekten de hüküm uyarınca, söz konusu durum, haklı bir neden olmaksızın, buluşun kullanımına aralıksız olarak üç yıldan fazla ara verildiği hâllerde de uygulanır. Bunun karşıt kavramından çıkan sonuca göre, kullanmama haklı bir nedene dayanıyorsa bu durum SMK m. 129 kapsamına girmeyecek; böylece zorunlu lisans talep etme şansı da ortadan kalkacaktır.

Haklı neden kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunda herhangi bir tereddüdün ortaya çıkmaması için SMK m. 133/1. fıkrasında kullanımın değerlendirilmesinde pazar şartları ve patent sahibinin kontrolü ve iradesi dışındaki koşulların göz önünde tutulacağı öngörülmüştür. Buna göre objektif nitelik taşıyan teknik, ekonomik veya hukukî nedenler, patentin kullanılmamasının haklı sebepleri olarak kabul edilir. Ayrıca patent konusu buluşun kullanılmasını engelleyecek nitelikte kabul edilen bu nedenler, patent sahibinin kontrolü ve iradesi dışındadır⁸⁴. Örneğin ilaç patentlerinde, patente konu ilacın ruhsat süreci hukukî sebebe⁸⁵; ülke içinde patentin kullanılmasını sağlayacak teknik personelin bulunmaması, teknik nedene; buluşun ilgili olduğu alanda yaşanan bir ekonomik

81 Bkz. Çolak (n 29) 700.

82 Bkz. *Kaya*, Zorunlu Lisans (n 3) 345.

83 İbid 346. Aynı yönde bkz. *Bektaş* (n 49) 286.

84 Bu nedenlerin mücbir sebep olarak ele alınması gerektiği hakkında bkz. *Bkz. Kaya*, Zorunlu Lisans (n 3) 348. Alman hukukunda benzer yönde bkz. *Kober-Dehm* (n 23) PatG § 24 Rn. 17 vd.

85 Bkz. *Kayacan* (n 1) 31.

kriz de ekonomik nedene örnek olarak gösterilebilir⁸⁶. Böylece patent sahibinin kontrol ve iradesi içindeki bir nedenin haklı neden sayılması mümkün değildir.

Yukarıda belirtilen⁸⁷ “Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik”in 117/7. maddesi uyarınca objektif nitelik taşıyan ruhsatlandırma, standartlara uygunluk, değişik alanlarda yeni uygulamaların yapılmasına ihtiyaç duyma gibi teknik veya ekonomik veya hukuki sebepler patentin kullanılabilmesinin haklı sebepleri olarak kabul edilir. Patent konusu buluşun kullanılmasını engelleyecek nitelikte olan bu sebepler, patent sahibinin kontrolü ve iradesi dışındaki sebepler olarak kabul edilir. Kuşkusuz özellikle karmaşık yapıda bir aletin icat edilmesinde olduğu gibi, bu buluşun sanayiye hemen aktarılması mümkün olmayabilir. Bu icadın gerekli araçlara aktarılması zaman alacağı gibi, piyasa koşullarının o dönemde uygun olmaması (ekonomik kriz, devalüasyon, ithalat/ ihracat yasağı gibi) da buluşun sanayiye aktarılmasını geciktirebilir. Bu olağanüstü ve buluş sahibinin iradesi dışında ortaya çıkan durumlar dolayısıyla, üç yıllık sürenin aşılması veya kullanılmaya hiç başlanılamaması, zorunlu lisans talebi için yeterli bir gerekçe olamaz. Yine aynı hüküm uyarınca patentin kullanıldığına ya da kullanılmadığına ilişkin beyanın yedinci fıkrada belirtilen süre içinde Kuruma sunulacağı, sicile kaydedileceği ve bültende yayımlanacağı öngörülmüştür.

cc. Özel Durum: Haklı Bir Neden Olmadan, Kullanmaya Üç Yıldan Fazla Ara Verilmesi

Yukarıdaki durumdan farklı olarak kullanılmaya başlanmış olan bir patentin kullanımına haklı bir neden olmadan üç yıldan fazla ara verilmesi de bu kapsamda zorunlu lisans talebini haklı kılar. Yukarıda haklı nedenle ilgili olarak yapılan açıklamalar burada da geçerlidir. Ara verme haklı bir nedene dayanıyorsa zorunlu lisans talebi reddedilir. Anılan hükümde üç yıllık sürenin aralıksız olması arandığı için patentin kullanıldığı her durumda üç yıllık süre yeniden başlaması gerektiği kabul edilmelidir⁸⁸.

Ara verme durumunda Kanun’da zaten özel bir süre öngörüldüğü için yukarıdaki aslı koşulun burada uygulanmasına gerek yoktur.

3. İlgili Herkesin Talepte Bulunabilmesi

Yukarıdaki koşulların gerçekleşmesi durumunda, zorunlu lisans talebinde bulunmaya ilgili herkes yetkilidir. Böylece Kanun’da talepte bulunabilecekler için özel bir sınırlama getirilmemiştir.

4. Yetkili Mahkemenin Karar Vermesi

Sınai Mülkiyet Kanunu’nun 129. maddesinin 2. fıkrasından açıkça anlaşılacağı gibi, Kanun’un 129/1-a bendine dayanan zorunlu lisans, her ne kadar Kanun’dan doğsa da bu konuda karar vermeye

86 Bkz. Karson (n 8) 172.

87 Bkz. yuk. dn. 78.

88 Bkz. Bektaş (n 49) 282.

yetkili merci mahkemedir. Mahkeme kararının verilmesi ile lisans sahibi patenti kullanma hakkını elde eder⁸⁹. Bu kararı fikrî ve sınai haklar mahkemesi verecektir (SMK m. 156/1).

C. PATENT KONULARININ BAĞIMLILIĞI

1. Genel Olarak

Patent konularının bağımlılığı, hukuken birbirlerinden bağımsız; fakat konuları itibariyle birbirlerine bağımlı iki buluş söz konusu olduğunda karşımıza çıkar⁹⁰. Bağımlı patent ile ek patent arasındaki fark, burada patent sahiplerinin farklı kişiler olmasıdır⁹¹.

Bağımlı patentlerden biri, genellikle de ikinci patent, diğerine tamamen bağlı durumdadır ve lisans alınmadan ya da bir tecavüz oluşturmadan kullanılması da mümkün olmamaktadır⁹². Böylece bağımlı lisans yoluyla patent hukukunun teknik gelişmeyi teşvik etmesi sağlanmakta ve yeniliğin makul olmayan bir şekilde engellememesinin önüne geçilmektedir⁹³. Bununla birlikte anılan gerekçe ile lisans verilmesi için ayrıca bir kamu yararı araştırması veya tartışması yapılması gerekmemektedir⁹⁴. Açık deyişle patent verilmiş olan bağımlı buluşlar için zorunlu lisans verilmesi, kamu yararı gerekliliğinden feragat edilerek kolaylaştırılmıştır⁹⁵.

Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 131. maddesi uyarınca, patent konusu buluşun, önceki patentin sağladığı haklara tecavüz edilmeksizin kullanılmasının mümkün olmaması hâlinde, patent konuları arasında bağımlılık söz konusu olacağından, sonraki tarihli patentin sahibi önceki tarihli patent konusu buluşu, sahibinin izni olmaksızın kullanamaz. Bu yüzden sonraki tarihli patent sahibine, önceki buluş üzerinde zorunlu lisans talep etme hakkı tanındığı gibi, önceki tarihli patentin sahibine de karşı lisans talep etme hakkı verilmiştir.

Görüldüğü gibi SMK m. 131/1 hükmünde, sonraki tarihli patent sahibinin önceki tarihli patentin sahibinin iznini almış olması veya Kanun'da düzenlenen zorunlu lisansın koşullarının bulunması durumunda kullanılabileceği düzenlenmiştir (SMK m. 131/2)⁹⁶. Böylece, kanun koyucu birbirleriyle

89 İbid 303.

90 Tekinalp (n 16) § 37, N. 49.

91 Eşan (n 2) 55.

92 Wilhelm (n 4) § 24 Rn. 36; Hubertus Weber, *Die urheberrechtliche Zwangslizenz* (Nomos, 2018), 501; Eşan (n 2) 55; Güneş (n 68) 52; Çolak (n 29) 705.

93 Bkz. Kober-Dehm (n 23) PatG § 24 Rn. 22; Haedicke and Wollenschlaeger, PatR-HdB (n 23) § 16 Rn. 286; Wilhelm (n 4) § 24 Rn. 35; Weber (n 92) 501; Çelik (n. 58) 141; Arslan (n 43) 177.

94 Weber (n 92) 502; Rudolf Kraßer, Christoph Ann and Lena Maute, *Patentrecht*, Autoren/Herausgeber: Kraßer, Ann and Lena, (8. Auflage, C.H. Beck 2022), § 34, Rn. 84; Busche, Stoll and Wiebe (n 61) TRIPs. Art. 31, Rn. 38. Karş. Hacker (n 22) PatG. § 24 Rn. 48; Ingo Rinken, *Patentgesetz mit Europäischem Patentübereinkommen (EPÜ) Kommentar*, Herausgeber: Rainer Schulte (11. Auflage, Carl Heymanns 2022) § 24 PatG Rn. 16.

95 Rinken (n 94) § 24 PatG, Rn. 16.

96 TRIPs. m. 31/1 uyarınca "bu tür kullanım başka bir patenti ("birinci patent") ihlal etmeden kullanılamayan bir patentin ("ikinci patent") kullanılmasına izin vermek için böyle bir kullanıma izin verildiğinde, aşağıdaki ek koşullar uygulanacaktır:

(i) İkinci patentte talep edilen buluş, ilk patentte talep edilen buluşa kıyasla önemli ekonomik öneme sahip önemli teknik

bağımlılık ilişkisi içinde bulunan iki ayrı buluştan, özellikle sonrakinin de kullanılabilmesini amaçlamıştır. Ayrıca yeni buluş sahibinin buluşu öyle özelliklere sahip olabilir ki eski buluşçunun patentli buluşu ile birleştirildiğinde, çok daha işlevsel ve toplum açısından faydalı nitelikte bir ürün ortaya çıkabilir. Bu yolla, teknik ilerleme kaydeden buluşun uygulamaya geçirilmesi sağlanmaktadır⁹⁷.

Kaya, Bruchausen'den aldığı şu örneği patentler arasındaki bağımlılık için vermiştir: A'nın boya maddesi olarak patent aldığı bir buluşun B tarafından ilaç olarak buluşa konu olması ve patent alması durumunda, A bunu boya maddesi olarak üretebilecek; ancak ilaç olarak üretmek ve piyasaya çıkarma hakkına sahip olmayacaktır. B de söz konusu maddeyi, A'nın izni olmadan üretemeyecek ve ilaç olarak piyasaya süremeyecektir⁹⁸.

Belirtmek gerekir ki SMK'da patent konuları arasındaki bağımlılık durumunda zorunlu lisansla ilgili oldukça köklü değişiklikler yapılmıştır⁹⁹.

2. Koşullar

Patent konuları arasında bağımlılık nedeniyle zorunlu lisans talep edilebilmesi biri aslî, diğeri alternatif olmak üzere iki koşula bağlanmıştır.

Aslî koşul, patent konusu buluşun, önceki patentin sağladığı haklara tecavüz edilmeksizin kullanımının mümkün olmamasıdır (SMK m. 131/1). Eğer önceki buluştan faydalanma bir ihlâl teşkil etmiyorsa zorunlu lisansa başvurulamaz; başvurulmasında da hukukî yarar yoktur. Çünkü bu yola başvurulmadan o ürün kullanılarak yeni buluş işlevsel hale getirilebilir. Hükümdeki "patent konularının bağımlı olması" ifadesi ile kastedilen, patentlerin istemlerinden en az birinin diğeri patentin istemine bağımlı olması olup konuları farklı olan iki patentin bağımlı olması da mümkündür¹⁰⁰.

Bu koşul sağlandıktan sonra, sonraki tarihli patentin sahibi, patent konusu buluşunu kullanmak için buluşunun önceki tarihli patent konusu buluşa göre büyük ölçüde ekonomik yarar sağlayan önemli bir teknik ilerleme göstermesi şartıyla zorunlu lisans verilmesini talep edebilir¹⁰¹. Yeni Kanun, 551

ilerleme göstermelidir;

(ii) İlk patentin sahibi, ikinci patentte talep edilen buluşun kullanımını için makul şartlarda bir çapraz lisans alma hakkına sahip olmalıdır; ve

(iii) Birinci patente ilişkin kullanım hakkı sadece ikinci patent ile birlikte devredilebilir.

97 Kaya, Zorunlu Lisans (n 3) 350.

98 Karl Bruchhausen, *Patent-, Sortenschutz- und Gebrauchsmusterrecht* (Schaeffers-Grundriss, 1985) 153 (İbid 349'dan naklen). Yine *Tekinalp*'in örneğine göre, "Meselâ, benzine çalışan A motoruna monte edilen B parçası A'nın daha az benzin harcamasını sağlamaktadır. B parçası, her motora değil, sadece A'ya takılabilmektedir. A ve B aynı sınaî (motorun benzine işlemesi) amaca hizmet etmektedir. B, buluşunu kullanabilmek için A'nın motorunu kullanmaya mecburdur. Bu sebeple, A'dan patent talep edilebilir", *Tekinalp* § (n 16) 37, N. 51.

99 Bu değişiklikler şöyle belirtilebilir: Öncelikle 551 sayılı KHK'nin "Patent konularının bağımlılığı" başlığını taşıyan 79. maddesi ile konunun düzenlendiği 101. madde, 6769 sayılı Kanun'un 134. maddesinde birleştirilmiştir. Yine usul patentleri ile ilgili 101. maddenin 3. fıkrası da yeni Kanun'a alınmamıştır.

100 Bektaş (n 49) 287.

101 Rinken (n 94) § 24 PatG, Rn. 21.

sayılı KHK'nin 101/1 hükmündeki "...sonraki patentin sahibi, kendi patentinin önceki patentten daha değişik bir sınai amaca hizmet ettiğini veya önemli bir teknik ilerleme gösterdiğini ispat ederek..." ifadesi yerine, "...buluşunun önceki tarihli patent konusu buluşa göre büyük ölçüde ekonomik yarar sağlayan önemli bir teknik ilerleme göstermesi şartıyla..." ifadesini geçirmiştir. Böylece "büyük ölçüde ekonomik yarar sağlama" ile "önemli teknik ilerleme" birlikte aranır hale gelmiştir¹⁰². Hüküm TRIPs. m. 31 (*Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*) açısından da aynı şekilde anlaşılmaktadır¹⁰³.

Bu hükümde aranan "önemli bir teknik ilerleme göstermesi" ifadesinden anlaşılacak olan, patent verilme koşullarından olan yenilik değildir. Zira iki patent arasında her ne kadar organik bağımlılık olsa da her iki patent bağımsızdır. Bu tanımlamadan anlaşılması gereken her iki patent arasında yapılacak karşılaştırma ile sonraki tarihli patentin önceki tarihli patente oranla önemli derecede teknik ilerleme gösterdiğinin saptanmasıdır¹⁰⁴. Kısacası lisans talep edenin bağımlı buluşu uyumsuzluk konusu buluşuna kıyasla önemli bir ilerleme gösteriyorsa ve bu ilerleme kayda değer bir ekonomik öneme sahipse zorunlu lisans verilmesi talep edilebilir¹⁰⁵. Böylece "önemli ilerleme" değerlendirmesi, buluş basamağı üzerinden değil, buluşun toplumdaki faydası ve etkileri üzerinden yapılır; ekonomik yarar sağlama ölçütü de toplum açısından değerlendirilmelidir¹⁰⁶. Her iki koşulun da sağlanıp sağlanmadığı mahkeme tarafından nesnel ölçütlere göre değerlendirilmelidir¹⁰⁷.

Son olarak zorunlu lisans almak isteyen kişinin, buluşu ticari olarak kendi hesabına kullanma niyetinde olması (*absicht gewerblicher Benutzung*) gereği de belirtilmelidir. Böylece kendisi lisansı ekonomik (finansal güç açısından), teknik (profesyonel uzmanlık açısından) ve yasal olarak (örneğin yasal organizasyonu açısından) kullanabilecek durumda olmak zorundadır¹⁰⁸.

3. Mahkeme Bu Yönde Karar Vermelidir

Yukarıda olduğu gibi burada da sonraki buluş sahibi koşulların varlığı halinde, patent hakkı üzerinde zorunlu lisans tanınmasını mahkemeden isteyebilir (SMK m. 132/2).

4. Karşı Zorunlu Lisans Talebi

Sınai Mülkiyet Kanunu'nda, mülga 551 sayılı KHK'de öngörüldüğü gibi, sonraki tarihli patentin sahibine zorunlu lisans verilmesi durumunda, önceki tarihli patentin sahibinin de sonraki tarihli

102 Alman hukukunda da PatG. § 24'ün eski metninde benzer şekilde düzenleme olduğu yönünde bkz. Kober-Dehm (n 23) PatG § 24 Rn. 22; Haedicke and Wollenschlaeger, PatR-HdB (n 23) § 16 Rn. 288; Wilhelmi (n 4) § 24 Rn. 37.

103 TRIPs. m. 31/1 bakımından aynı yönde bkz. Busche, Stoll and Wiebe (n 61) TRIPs. Art. 31, Rn. 39.

104 Odman (Boztosun) Rekabet (n 12) 338; Karson (n 8) 174. Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Fevzi Firat Gözüyeşil, 'Patent Konularının Bağımlılığı Hâlinde Zorunlu Lisans' (2020) 28(2), Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 473, 493 vd.

105 Haedicke and Wollenschlaeger, PatR-HdB (n 23) § 16 Rn. 288; Ann, Patentrecht (n 94) § 34 Rn. 84.

106 Bkz. Bektaş (n 49) 288.

107 Haedicke and Wollenschlaeger, PatR-HdB (n 23) § 16 Rn. 288.

108 Bkz. Hacker (n 22) PatG. § 24 Rn. 23; Gözüyeşil (n 104) 500.

patent konusu buluşu kullanmak için kendisine zorunlu lisans verilmesini talep edebileceği öngörülmüştür (karşı zorunlu lisans) (SMK m. 131/2-son). Yine 551 sayılı KHK'nin 79. maddesinde bağımlılığı olan buluşların aynı sınaî amaca hizmet etmesi ve bağımlı patentlerden biri lehine zorunlu lisans verilmesi durumunda, karşı lisans verilmesi öngörülüyordu. Oysa SMK'da buluşların aynı sınaî amaca hizmet ediyor olması şartı aranmayarak karşı zorunlu lisansın verilmesinin koşulları kolaylaştırılmıştır. Bu değişiklik, Alman Patent Kanunu'nun 24. paragrafının 2. fıkrası ile paraleldir¹⁰⁹.

Ç. KAMU YARARI NEDENİYLE ZORUNLU LİSANS

1. Kamu Yararı Kavramı

Sınaî Mülkiyet Kanunu'nun 129. maddesinin 1-c bendi uyarınca, 132. madde gereğince “kamu yararı”nın söz konusu olması durumu, zorunlu lisansın söz konusu olabileceği üçüncü hal olarak karşımıza çıkmaktadır¹¹⁰.

Kanun'da zorunlu lisans ile ilgili en yaygın düzenleme kamu yararı durumu olduğu gibi, hakkında en çok istisnaî düzenlemenin yer aldığı olasılık da burada bulunmaktadır. Ancak bu genişliğine rağmen kamu yararı kavramının sınırlarının çizilmesi ve ona bir tanım verilmesi güçtür¹¹¹. Zira kamu yararı kavramı, mahkemeler tarafından içi doldurulacak belirsiz bir hukuki kavramdır ve genel geçer bir şekilde yeniden yazılması mümkün değildir, ancak bu kavram kuşkusuz değişime tâbidir¹¹². Bu bakımdan “kamu yararı”, ülkeden ülkeye değişiklik gösterebileceği gibi, aynı ülkede dahi farklı zamanlarda değişkenlik arz edebilir. Burada lisans verilirken somut olayın koşullarına bakılması ve menfaatler arasında bir denge gözetilmesi gerekir¹¹³. Bunun dışında somut toplumsal ilişkiler ve *kararın verildiği andaki değer yargıları* da önem arz eder¹¹⁴.

109 Hükümde, patent sahibinin, lisans alanın kendisine, patentli buluşun kullanımı için uygun koşullarda bir karşı lisans talebinde bulunabileceğini öngörerek diğer koşulları aramamıştır. Detaylı bilgi için bkz. Kober-Dehm (n 23) PatG § 24 Rn. 24.

110 Alman hukukunda “kamu yararı”, zorunlu lisans için temel ölçüttür. Açık deyişle, Alman hukuku kamu yararı gerekçesi ile zorunlu lisansı “odak” olarak tanımaktadır. Bkz. Kober-Dehm (n 23) PatG § 24 Rn. 14; Wilhelmi (n 4) § 24 Rn. 6; Scheffler (n 14) 98.

111 Alman hukukunda kavramın belirsizliğinin, mahkemeler tarafından içtihatlar yoluyla doldurulacağı belirtilmektedir. Bkz. Kober-Dehm (n 23) PatG § 24 Rn. 15-16; Mes (n 65) PatG § 24 Rn. 14; Haedicke and Wollenschlaeger, PatR-HdB (n 23) § 16 Rn. 276. Ancak belirtmek gerekir ki bu görüşün arkasında, Alman hukukunda zorunlu lisansa, mahkemenin karar vereceği gerçeği yatmaktadır. Oysa Türk hukuku bakımından kavramın içini doldurma yetkisi Cumhurbaşkanı'na aittir ve bu idari işlem de yargı denetimine tabidir. İsviçre hukukunda aynı yönde bkz. Seitz (n 33) Art. 40 N. 21.

112 Weber (n 92) 494. Benzer yönde bkz. Scheffler (n 14) 99; Kober-Dehm (n 23) PatG § 24 Rn. 16; Haedicke and Wollenschlaeger, (n 22) § 16 Rn. 276; Wilhelmi (n 4) § 24 Rn. 25; Plagge (n 33) 251; Ann, Patentrecht (n 94) § 34 Rn. 109; Hacker (n 22) PatG. § 24 Rn. 35; Rinken (n 94) § 24 Rn. 11. Anayasa Mahkemesi 2023 yılında verdiği bir kararında “...*kamu yararı kavramı, devlet organlarının takdir yetkisini de beraberinde getiren bir kavram olup objektif bir tanıma elverişli olmayan bu ölçütün her somut olay temelinde ayrıca değerlendirilmesi gerekir*” ifadeleri kullanılmıştır. Bkz. E 2022/134 K 2023/16, 22.06.2023 (N. 22) (RG 15.09.2023/32310).

113 Kober-Dehm (n 23) PatG § 24 Rn. 16; Mes (n 65) PatG § 24 Rn. 14.

114 Bkz. Haedicke and Wollenschlaeger, PatR-HdB (n 23) § 16 Rn. 276.

Kamu yararı kavramının ülke içi alana (*innerstaatlichen*) ait bir kavram olduğu, ancak uluslararası acil yardım gibi devletlerarası meselelerden de kaynaklanabileceğinin göz önünde tutulması gereğine vurgu yapılmaktadır¹¹⁵.

“Kamu yararı” kavramının yorumlanmasında patent sahibinin tekel hakkına çok dar bir sınır çizilmemesi gerekir. Böylece buluşunun buluşu için hak ettiği karşılığın verilmesi ve anayasal olarak korunan hukuki konumunun gereksiz yere zarar görmesinin engellenmesi de dikkate alınması gereken bir husus olarak öne çıkmaktadır¹¹⁶. Dolayısıyla bu kavramın içi doldurulurken temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması rejiminde devreye giren (AY m. 13) “ölçülülük ilkesi” de göz önünde bulundurulmalıdır¹¹⁷. Örneğin kamu yararı az ya da çok, eş değer ürünlerle ikame edilip tatmin edilebiliyorsa zorunlu lisans verilmesinden kaçınılmalıdır¹¹⁸. Ancak zorunlu lisans talep eden kişi, aslında kendi menfaatini gözetme arzusu ile bu yolun işletilmesini ister. Kamu yararı şartı bulunduktan sonra, lisansı alacak olan kişinin kendi menfaatine davranması, zorunlu lisans verilmesine kuşkusuz bir engel teşkil etmez¹¹⁹. Bununla birlikte zorunlu lisans, lisans alanın salt rekabet gücünü artırmak için verilemez¹²⁰. Zira son olasılıkta artık kamusal yararın üstünlüğü kaybolmuştur. Zorunlu lisans, iki özel yarardan birisini (özellikle lisans alanı) kayırma aracı olamaz. Burada mülkiyet hakkına müdahaleyi meşru kılan olgu, kamu yararı nedeniyle patent sahibinin bu hakkı bir başkasının kullanımına da açmak zorunda kalmasıdır. Bu meşruluğun sağlanabilmesi için kamunun menfaatlerinin, patent hakkı sahibinin Anayasa ile korunan mülkiyet hakkından, hukukî koruma altındaki buluşun lisans alan tarafından kullanılmasını gerektirecek ölçüde üstün gelmesi gerekir¹²¹.

Alman İmparatorluk Mahkemesi bu konuda yukarıda ifade edilen gerekçelerle yerleşmiş ölçütler getirmekten kaçınmıştır. Mahkeme, örneğin bir zorunlu lisans başvurusunu kabul ederken, bir işyerinin işletilmemesinden doğacak sakıncaları göz önünde bulundurarak işsizlikle mücadeleyi kamu yararı açısından ön planda tutmuş; fakat dört yıl sonra zorunlu lisans isteminde bulunan ve daha önce verilen lisansla benzer koşullar içinde bulunan istemi reddetmiştir. Karar’da, günün iş piyasası açısından durumunun, kamu yararı göz önüne alınarak reddedildiği ifade edilmiştir¹²². Bugün ise Alman öğretisinde önceki yargı kararlarının temel olarak ekonomik odaklı kriterlerinden, örneğin iç pazarın daha iyi tedarik edilmesi (RGZ 93, 50 (*Reichsgerichts in Zivilsachen*-Alman İmparatorluk Mahkemesi Hukuk Bölümü), endüstri sektörlerinin korunması (RGZ 83, 9 (14), işletme kapanmalarının/çalışanların işten çıkarılmasının engellenmesi (RGZ 113, 115; 143, 223

115 Kober-Dehm (n 23) PatG § 24 Rn. 15; Haedicke and Wollenschlaeger, PatR-HdB (n 23) § 16 Rn. 276; Plagge (n 33) 252.

116 Hacker (n 22) PatG. § 24 Rn. 42.

117 Kober-Dehm (n 23) PatG § 24 Rn. 16; Haedicke and Wollenschlaeger, PatR-HdB (n 23) § 16 Rn. 285; Wilhelmi (n 4) § 24 Rn. 34; Hacker (n 22) PatG. § 24 Rn. 36; Weber (n 92) 495.

118 BGHZ 131, 247, 254. Bkz. Kober-Dehm (n 23) PatG § 24 Rn. 16; Haedicke and Wollenschlaeger, PatR-HdB (n 23) § 16 Rn. 276; Wilhelmi (n 4) § 24 Rn. 25, 34; Rinken (n 94) § 24 PatG, Rn. 14.

119 Kober-Dehm (n 23) PatG § 24 Rn. 16; Haedicke and Wollenschlaeger, PatR-HdB (n 23) § 16 Rn. 276.

120 Kober-Dehm (n 23) PatG § 24 Rn. 16.

121 Haedicke and Wollenschlaeger, PatR-HdB (n 23) § 16 Rn. 276. Bkz. BGH, Urteil v. 11.7.2017 – X ZB 2/17 (Bundes Patent Gericht- BPatG.) (2017, Heft 10) GRUR 1019, Rn. 38.

122 Ortan (n 9) 159. Ayrıca bkz. Kober-Dehm (n 23) PatG § 24 Rn. 16; Plagge (n 33) 253.

(226), genel halk sağlığının teŖvik edilmesi artık kolayca kabul edilebilir bir kamu yararı gerekçesi olarak görülmemektedir¹²³. Yine patent sahibi tarafından hakkın kötüye kullanımı da tek başına zorunlu lisans elde edilmesi için yeterli görülmesi de örneğin mülkiyetin toplumsal bağlam ilkesine aykırı hareket edildiğinde, genellikle kamusal çıkarın varlığına dair bir kabulün temelini oluşturacağı da kabul edilmektedir¹²⁴.

Kamu yararı kavramı kuşkusuz bir ülkenin gelişmişlik düzeyine göre de değerlendirilebilecek bir olgudur. Patent bir ülkede, bir alanda geniş ölçüde fiyat indirimini sağlayacak, kullanımı ithalatı azaltacak, ihracatı artıracaksa ve toplumun geneli açısından bir kolaylaştırma veya rahatlama yaratacaksa kamu yararından bahsedilebilir¹²⁵. Bilindiği gibi, petrol veya doğalgaz kaynaklarına sahip olmayan ülkeler için, petrol ve doğalgaz giderleri ciddi cari açık yaratmaktadır. Bir buluşunun, ürettiği bir alet sayesinde motorlu araçlardaki petrol tüketimini örneğin %70-80'lere varan oranda azaltması durumunda, bu buluşun kamusal faydasının olacağı düşünülebilir. Ancak böyle bir buluşun Cumhurbaşkanı tarafından hemen zorunlu lisansa konu yapılması, gelecekteki mucitler için olumsuz etkiler yaratır. Zira her buluşun doğası gereği kamuya bir faydası olacaktır. Cumhurbaşkanı tarafından idari bir işleme bu tarz bir zorunlu lisans işlemi tesis edilirken menfaat dengelerinin de doğru şekilde gözetilmesi gerekir.

Bununla birlikte üretimin artması veya mal ve hizmet kalitesinin yükselmesi her ülke için kamusal yarar kavramı çerçevesinde düşünülebilecek bir olgudur¹²⁶.

Alman öğretisinde bugün çevrenin korunmasına da zorunlu lisans çerçevesinde büyük önem atfedilmekte ve kamu yararının varlığı kabul edilmektedir¹²⁷.

2. Kamu Yararı Halleri ve Sinaî Mülkiyet Kanunu'ndaki Düzenleme Tarzı

Yukarıda belirtildiği gibi kamu yararı kavramı idare hukuku açısından da soyut bir kavramdır. Duruma veya zamana göre değişkenlik gösterebileceği açıktır. Kanun'da bu kavramın içinin doldurulmasında bir sorun yaşanmaması için kamu yararının bulunduğu kabul edilen bazı haller sayılmıştır¹²⁸.

123 Bkz. Mes (n 65) PatG § 24 Rn.14; Plagge (n 33) 253-254; Hacker (n 22) PatG. § 24 Rn. 44. Eski içtihatlarda "kamu yararı" kavramına verilen "çađdıŖı" anlamın eleştirisi için ayrıca bkz. Plagge (n 33) 253. Karş. Wilhelmi (n 4) PatG § 24 Rn. 29-30.

124 Bkz. Mes (n 65) PatG § 24 Rn.14. Benzer yönde bkz. Haedicke and Wollenschlaeger, PatR-HdB (n 23) § 16 Rn. 279.

125 Kaya, Zorunlu Lisans (n 3) 352. Bu konudaki diğer örnekler için bkz. Ortan (n 9) 159.

126 Ortan (n 9) 159.

127 Kober-Dehm (n 23) PatG § 24 Rn. 20; Wilhelmi (n 4) § 24 Rn. 28; Plagge (n 33) 253, dn. 1270. Alman Federal Mahkemesi'nin "kamu yararı" kavramını geniş şekilde tartıŖtıđı "Polyferon" kararı için bkz. (BGH) 05.12.1995 X ZR 26/92 (1996), Heft 3, GRUR 190 vd.

128 Alman hukukunda bu durumlara girebilen ve giremeyen durumlara ilgili ayrıntılar için bkz. Haedicke and Wollenschlaeger, PatR-HdB (n 23) § 16 Rn. 279 vd.; Wilhelmi (n.4) § 24 Rn. 32 vd.

551 sayılı mülga KHK'nin 103. maddesinin 1. fıkrasında, önce kamu yararı gerekçesi ile zorunlu lisans verilebileceği belirtildikten sonra, aynı maddenin II. ve III. fıkralarında¹²⁹, kamu sağlığı veya milli savunma nedenleriyle buluşun kullanılmaya başlanması, kullanımın artırılması veya genel olarak yaygınlaştırılması veya yararlı bir kullanım için ıslah edilmesi büyük önem taşıyorsa kamu yararının bulunduğu kabul edildiği belirtilmiş, sonraki fıkrada ise patent konusu buluşun kullanılmamasının veya nitelik veya miktar bakımından yetersiz kullanılmasının ülkenin ekonomik veya teknik gelişmesi bakımından ciddi zararlara sebep olacağı hallerde de kamu yararının bulunduğu kabul edileceği öngörülmüştür. Oysa SMK'nın 132. maddesinin 1. fıkrasında madde başlığında yine “Kamu yararı nedeniyle zorunlu lisans” ibaresi kullanılmasına rağmen, bu sefer “*Kamu sağlığı veya milli güvenlik nedenleriyle...*” ifadesi geçmiştir. Açık deyişle, yeni Kanun ile kamu yararı gerekçesi ile zorunlu lisansa sadece kamu sağlığı veya milli güvenlik gerekçeleri ile başvurulabileceği anlamı haklı olarak çıkmaktadır¹³⁰. Bu lafız değişikliği nedeni ile ortaya çıkacak en büyük sorun, metnin içinde sayılmayan nedenlerin kamu yararı gerekçesi yapıp yapılamayacağıdır. Yeni metinde “kamu sağlığı” veya “milli güvenlik” kavramları, kamu yararı amacı ile zorunlu lisansın aslî unsurları haline getirilmiştir.

Soruna bu açıdan yaklaşıldığında kamu yararını gerektiren başka bazı durumlarda bu yola başvurulup başvurulamayacağı, hükmün mülkiyet hakkına doğrudan müdahale niteliği nedeni ile sorunlu görülmektedir. Öğretide haklı olarak zorunlu lisans kurumunun temelinde “kamu yararı”nın zaten yattığı, diğer zorunlu lisans hallerinin de özünde bu kavram üzerine inşa edildiği, bu yüzden de çeşitli sosyal amaçlarla da zorunlu lisansa hükmedilebileceğinin kabul edilmesinin zorunlu lisans kurumunun amacına uygun olacağı ifade edilmektedir¹³¹. Alman öğretisinde, D. PatG'te Türk hukukundaki sınırlayıcı etkinin olmamasının da etkisi ile kamu yararı bağlamında genel sağlığın desteklenmesi, hijyenin ve iş güvenliğinin artırılması, enerji tedarikinin güvence altına alınması, iş yerlerinin korunması, dış ticaret dengesinin iyileştirilmesi, ihracatın teşvik edilmesi veya pahalı hammadde ithalatının tasarrufu gibi konulara olumlu yaklaşılmakta ve bu olgular kamu yararı kavramı içinde düşünülmektedir¹³². Kanımızca bizim açımızdan da bu sonuca erişilmesi kaçınılmazdır. Ancak Alman hukukunda zorunlu lisans kararının her durumda mahkemece verilmesi söz konusu iken Türk hukukunda anılan durumun bir idarî tasarrufla gerçekleşmesi, “ölçülülük ilkesini” daha da anlamlı kılmaktadır. Cumhurbaşkanı kararı ile bir zorunlu lisansa “kamu yararı” gerekçesi ile başvurulurken patent hakkı sahibinin mülkiyet hakkına müdahalenin daha “sakınılarak” gerçekleşmesi gerekecektir. Zira öğretide yapılan ve bizim de katıldığımız yorum, bir temel hak ve hürriyetin sınırlandırılması ile ilgili yasa hükmünün

129 551 sayılı KHK döneminde KHK'nin 103. maddesinin II. fıkrasında sayılan haller, öğretide kamu yararı açısından “*özel haller*” (Tekinalp (n 16) § 37, N. 53; Karson (n 8) 176), 103. maddenin III. fıkrasındaki haller ise “*genel kamu yararı*” (Tekinalp (n 16) § 37, N. 53; Karson (n 8) 176) halleri olarak adlandırılmıştı. Yeni Kanun ile bunlar tek fıkra altında toplanmıştır.

130 Bu yönde bkz. Bektaş (n 49) 292.

131 İbid 292.

132 Bkz. Hacker (n 22) PatG. § 24 Rn. 44. Diğer örnekler için bkz. Rincken (n 94) § 24 PatG, Rn. 13.

“kıyas” tâbi tutularak genişletici yoruma uğramasıdır. Bu ise çalışmamızda gösterdiğimiz, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması rejimi konusundaki “hassasiyet”le çelişki arz etmektedir. Ancak kamu yararının gerçekten gerektirdiği bazı özel durumlarda zorunlu lisansa başvurulması, bireysel çıkarla kıyaslandığında gerçekten çok daha büyük toplumsal yararlar açabilir. Eğer somut durum bu “üstünlüğü” gerektirmiyorsa mülkiyet hakkına yapılacak müdahale de “meşrû” olmayacaktır.

Anılan hüküm uyarınca *kamu sağlığı* veya *millî güvenlik* nedenleriyle patent konusu buluşun kullanılmaya başlanması, kullanımın artırılması, genel olarak yaygınlaştırılması, yararlı bir kullanım için ıslah edilmesinin büyük önem taşıması veya patent konusu buluşun kullanılmamasının ya da nitelik veya nicelik bakımından yetersiz kullanılmasının ülkenin ekonomik veya teknolojik gelişimi bakımından ciddi zararlara sebep olacağı hâllerde Cumhurbaşkanınca; a) Kamu yararı bulunduğu gerekçesiyle zorunlu lisans verilmesine, b) Buluşun kamu yararını karşılayacak yeterlikte kullanımı patent sahibi tarafından gerçekleştirilebilecekse buluşun *şartlı olarak*¹³³ zorunlu lisans konusu yapılmasında kamu yararı bulunduğu karar verilir¹³⁴.

Görüldüğü gibi 551 sayılı KHK’de kamu yararı gerekçesi ile verilecek zorunlu lisansta koşulların bulunması durumunda, doğrudan Bakanlar Kurulu Kararı ile zorunlu lisansa karar verilebilirken yeni Kanun’da (daha önce bir sınırlama nedeni olarak öngörülen) şarta bağlı zorunlu lisans, kararın bir alternatifi olarak düzenlenmiştir.

133 Alman Patent Kanunu § 24/6 hükmünde de zorunlu lisansın koşula bağlanabileceği düzenlemesi yapılmıştır. Bkz. Kober-Dehm (n 23) PatG § 24 Rn. 29, 31; Plagge (n 33) 256; Haedicke and Wollenschlaeger, PatR-HdB (n 23) § 16 Rn. 298 vd. Ancak öğretide her ne kadar PatG. § 24’te “koşullar/Bedingungen” ifadesi kullanılsa da burada Alman Medenî Kanunu (BGB) § 158 anlamında (TBK m. 170 vd.) değil, aksine patentli buluşu kullanma yetkisinin bağlı olduğu “yüklemeler” anlamına geldiği belirtilmektedir. Bkz. Haedicke and Wollenschlaeger, PatR-HdB (n 23) § 16 Rn. 300. Benzer yönde bkz. Wilhelmi (n.4) § 24 Rn. 52, 54; Rinken (n 94) § 24 PatG, Rn. 31. Bir diğer görüş ise buradaki “koşul” kavramının Alman Medenî Kanunu (BGB) § 158 veya usul hukukunda öngörülen dar anlamı ile anlaşılması gerektiği, burada kastedilenin mahkemenin buluşun kullanılmasını belirli yüklemelerin (*Auflagen*) yerine getirilmesine bağlayabileceğidir. Buna örnek olarak zorunlu lisansa tabi ürün üzerinde zorunlu lisanslı patent hakkına işaret edilmesi gerekliliği verilmiştir. Bu görüş için bkz. Hacker (n 22) PatG. § 24 Rn. 74, 76.

Alman Federal Patent Mahkemesi, bir kararında, bir ilaç için verilen zorunlu lisansı, eş değer bir ilaç için ruhsat alınması bozucu şartına bağlamıştır [BPatG. 32, 184, 198 (Vorentscheidung zu Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (BGHZ) 131, 247 – Interferon-gamma/Polyferon, Kober-Dehm (n 23) PatG § 24 Rn. 31].

134 Hükümde sayılan hâllerin tamamının aslında patentin kullanılmaması ile ilgili, bunun ise özel bir zorunlu lisans hâli olarak zaten düzenlenmekte olduğu, kullanılmayan patentler için herkesin SMK m. 130 uyarınca zorunlu lisans talep edebileceği haklı tespiti ve eleştirisi için bkz. Bektaş (n 49) 291. Oysa gerçekten de her iki zorunlu lisansa ait usulî hükümler birbirinden bambaşkadır. Benzer bir sorun kamu yararı gerekçesi ile Cumhurbaşkanı kararı ile alınacak zorunlu lisans ile “eczacılık ürünleri” ile ilgili (SMK m. 129/1-ç) zorunlu lisans arasında da yaşanabilir. Bir eczacılık ürününün zorunlu lisansa konu yapılması belki de kamu yararı kavramının en üst seviyede olduğu bir hal olarak karşımıza çıkar. Bu açıdan SMK m. 129/1’de tek tek sayılan hâllerle “kamu yararı” gerekçesinin ayrıca düzenlenmesi ve hatta bunların pek çok açıdan “ayrıştırılması”, hukuken hangi hükümlere başvurulacağı konusunda karmaşa yaratabilir. Bu karmaşa uygulanan hükümlerin sonuçları bakımından da karşımıza çıkabilir.

3. Patent Almış Buluşun Varlığı

Mülga 551 sayılı mülga KHK'nin 103. maddesinde, “*patent başvurusu veya patent konusu buluşun kamuya yararlı olduğu gerekçesi ile kullanımının zorunlu lisans konusu yapılmasına Bakanlar Kurulu karar verebileceği*” ifade edilmişken, 6769 sayılı Kanun'un 132. maddesinin 1. fıkrasında, “Kamu sağlığı veya millî güvenlik nedenleriyle *patent konusu buluşun...*” ifadesi geçmiştir. Eski metinden çıkan sonuç Bakanlar Kurulu'nun bu hükümden aldığı yetkisini patentli veya patent başvurusu yapılmış bir buluş için de kullanabilmesi idi. Ancak bu lafız değişikliği, zorunlu lisansın sadece patent almış bir buluş üzerinde kullanılabileceğini ifade etmektedir. Aynı sonuç Alman hukuku için de söz konusudur. Zira Alman hukukunda, Patent Kanunu'nun 24. paragrafının 6. fıkrası hükmü gereği, zorunlu lisans patent verildikten sonra talep edilebilir, daha öncesinde bu mümkün değildir¹³⁵. Kısacası zorunlu lisansın verilmesi için bir ön koşul, lisansın verileceği patentin kendisinin verilmiş olmasıdır¹³⁶.

4. Yetkili Mercî ve Kararın Yargısal Denetimi

a. Yetkili Mercî

Kanun'dan doğan zorunlu lisans uygulamasına mahkeme karar vermesine rağmen, kamu yararı gerekçesi ile zorunlu lisansta bu yetki esas olarak Cumhurbaşkanlığı tarafından kullanılmaktadır¹³⁷. Yine SMK'nın 132. maddesinin 2. fıkrası uyarınca *patent başvurusu* veya patent konusu buluşun kullanımının kamu sağlığı veya millî güvenlik bakımından önemli olması hâlinde, Millî Savunma Bakanlığı veya Sağlık Bakanlığının uygun görüşü alınarak ilgili bakanlık tarafından teklifte bulunulur. Görüldüğü gibi kamu yararı gerekçesi ile zorunlu lisansta “patent konusu” ifadesi yer almışken, “kamu sağlığı veya millî güvenlik” söz konusu olduğunda süreç *patent başvurusuna* kadar uzanabilmektedir. Bu açıdan SMK m. 132/2 zorunlu lisansta daha geniş bir perspektifle patent başvurusu yapan kişi için dahi uygulanabilir bir düzenleme içermektedir.

Cumhurbaşkanlığı tarafından zorunlu lisans verilmesi, ilgilinin bir idarî başvurusu sonucunda olabileceği gibi, re'sen de olabilir. Zorunlu lisans bir gerçek kişiye ait işletme için verilebileceği gibi, kamu tüzel kişisi veya bir özel hukuk tüzel kişisi lehine de verilebilir. Burada önemli olan zorunlu lisansın bir işletme lisansı olduğu gerçeğinin göz ardı edilmemesidir¹³⁸.

6769 sayılı Kanun'da Cumhurbaşkanlığı'nın bu kararı almadan önce, mahkemece verilecek zorunlu lisansa benzer bir usulle (SMK m. 129/3) patent sahibi ile irtibata geçilip geçilmeyeceği ve kendisine bu talebe karşı diyecekleri olup olmadığı konusunda bir hak tanınmamıştır. Öğretide

135 Kober-Dehm (n 23) PatG § 24 Rn. 9; Mes (n 65) PatG § 24 Rn. 7, 32; Haedicke and Wollenschlaege (n 22) § 16 Rn. 266; Wilhelmi (n.4) § 24 Rn. 9; Rinken (n 94) § 24 PatG, Rn. 7.

136 Hacker (n 22) PatG. § 24 Rn. 19.

137 Bkz. 700 sayılı “Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname” m. 209.

138 Bkz. Tekinalp (n 16) § 37 N. 55; Karson (n 8) 178.

SMK m. 129'daki düzenlemenin kıyasen uygulanması ve Cumhurbaşkanlığı Sekreterliği'nin patent sahibine, zorunlu lisans ve eklerinin bir örneğini tebliğ ederek konu ile ilgili görüşlerini alması ve bir aylık sürenin dolmasından sonra konu ile ilgili olumlu veya olumsuz bir karar verilmesi gereği savunulmaktadır¹³⁹. Olması gereken açısından isabetli bulduğumuz bu görüşün zorunlu lisansın kullanılacağı durumlar bakımından uygulanabilmesi, hele ki açık bir mevzuat hükmü ile zorunlu da kılınmadığından, kanımızca zor görünmektedir.

b. Yargısal Denetim

Kamu yararı gerekçesi ile verilen zorunlu lisansta, lisans bir idarî işlemle verildiği için, bu idarî işlem kuşkusuz yargı denetimine tâbidir. Zira Anayasa'nın 125. maddesi uyarınca idarenin her türlü işlem ve eylemi yargı denetimine tâbidir. 2017 sistem değişikliğinden önceki görüşler yargısal denetimin fikri ve sınıai haklar mahkemelerince yapılacağı yönünde idi¹⁴⁰. Gerçekten de mülga KHK'de olduğu gibi, SMK'da bu Kanun'da öngörülen davalarda görevli mahkemenin, fikri ve sınıai haklar hukuk ve ceza mahkemesi olduğu hükme bağlanmıştır (SMK m. 156). Ancak 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 24/1-a bendi uyarınca "Cumhurbaşkanı kararları"na karşı açılacak davaların ilk derece mahkemesi sıfatı ile Danıştay'da görüleceği düzenlemesi, üstelik 6769 sayılı SMK'nın yürürlüğe girmesinden sonra yapılmıştır¹⁴¹.

139 Bkz. Çolak (n 29) 697-698. Mülga 551 sayılı KHK döneminde KHK m. 108/2 hükmünün, sistemin zorunlu lisans talep edilmesinin ön şartının sözleşmeye dayalı lisans alma teşebbüsünde bulunulması olduğu, bu kuralın kamu yararına dayalı zorunlu lisans için de geçerli olduğu yönünde bkz. Tekinalp, (n 16) § 37 N. 57.

140 Bkz. Tekinalp, (n 16) N. 54. Bu yönde bkz. Utku (n 22) 40. Karş. Karson (n 8) 177.

141 SMK'dan doğan tüm uyumsuzlukların ihtisas mahkemesinde görüleceğine dair hükmün, kamu yararı nedeniyle verilecek zorunlu lisans kararını içeren Cumhurbaşkanlığı kararı için uygulanması zor görülmektedir. Bu, her şeyden önce idarî yargının görev alanı ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesi ile ilgili bir sorundur ve uzun yıllardır hem idare hukukçuları arasında hem de yüksek mahkeme kararlarında (Anayasa Mahkemesi, Danıştay, Uyuşmazlık Mahkemesi) tartışılmaktadır. İdarî yargının var olmasının nedeni, idarenin işlem ve eylemlerinin yargısal denetiminin yapılmasında uzman bir yargı kolu olması ve anılan denetimi adli yargıya göre daha etkili şekilde yapabilmesi; temel işlevi ise bireyleri ve topluluklarını idarenin hukuka aykırı işlem ve eylemlerine karşı korumaktır. Türkiye gibi idarî rejimi benimsemiş ülkelerde, idarî işlem veya eylemlerin hukuka uygunluk denetiminin adli yargıya bırakılması, yargısal denetimi zayıflatır. Bu durum, hukuk devleti ilkesini de doğrudan etkiler; çünkü devletin işlem ve eylemlerinin yargı denetimine tâbi olması, bu ilkenin en önemli güvencelerindedir. Anayasa Mahkemesi, gerek 1961 gerek 1982 Anayasası dönemlerinde verdiği kararlarında, imtiyaz sözleşmesi niteliğindeki işlemlerle normal idarî işlemlerin yargı denetiminin adli yargıya bırakılması veya bunların birer özel hukuk ilişkisi olduğu yönündeki yasa hükümlerini Anayasa'ya aykırı (AY m. 37, 125, 155) bularak sistematik bir şekilde iptal etmiştir (Bu konudaki örnekler ve ayrıntılı bilgi için bkz. Metin Günday, 'İdarî Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları' (1997) 14, Anayasa Yargısı Dergisi 347, 347 vd.). Bu yüzden yukarıdaki sorun, idarî yargının görev alanının anayasal dayanaklarının bulunması gereğini ortaya çıkarmakta; bir idarî işlemin denetiminin Kanun'daki düzenlemede olduğu gibi, adli yargının görev alanına sokulmasının anayasaya uygun olup olmadığının saptanması gereği ortaya çıkmaktadır. Anayasa'nın 125. maddesinde, idarenin her türlü işlem ve eylemine karşı yargı yolunun açık olduğunu belirtirken bu yargı yolunun idarî mi, yoksa adli mi olduğu hakkında bir açıklama yapılmamaktadır. Bu hükmün salt lafzından hareket edilecek olunursa idarî bir işlemin denetiminin herhangi bir yargı kolunda yapılabileceğine ilişkin bir yasa hükmünün Anayasaya aykırı olmadığını savunulması gerekir. Anayasa Mahkemesi, 308 sayılı "Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkındaki 233 sayılı KHK'nin Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve bu KHK'ye Bir Madde Eklenmesi Hakkındaki KHK"nin iptali istemiyle açılan davada, KİT personeli ile akdedilecek sözleşmelerin uygulanmasından doğacak her türlü uyumsuzluğu adli yargı mercilerince karara bağlanmasını öngören hükmü iptal ederken bunun bir idarî hizmetle ilgili olduğunu belirtmiş ve Anayasa'nın 125. maddesinde yer alan "idarenin her türlü işlem ve eylemlerine karşı yargı yolu açıktır" hükmünün idarenin hem kamu hukuku hem de özel hukuk alanına giren eylem ve işlemlerini kapsadığını; bunlardan kamu hukuku alanına giren işlem

5. Kamu Yararı Nedeniyle Zorunlu Lisansa Getirilen Sınırlamalar

Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 132. maddesinin 3. fıkrasında, kamu yararı gerekçesiyle verilen zorunlu lisansların inhisari olabileceği¹⁴² belirtildikten sonra, millî güvenlik bakımından önemli olduğu gerekçesi ile verilen zorunlu lisans kararının, buluşun bir veya birkaç işletme tarafından kullanılması ile sınırlandırılabilmesi hüküm altına alınmıştır¹⁴³. Örneğin, silah sanayinde etkin olarak kullanılacak yeni bir silah veya mevcut bir silahın daha etkin şekilde kullanılmasını sağlayan buluş, bu kapsamda değerlendirilebilir.

Buna ilişkin ikinci istisna, koşullu lisans verilmesidir. Kanun'un yukarıda değinilen 132. maddesinin 1-b bendi uyarınca buluşun kamu yararını karşılayacak yeterlikte kullanımı patent *sahibi tarafından gerçekleştirilebilecekse* buluşun şartlı olarak zorunlu lisans konusu yapılmasında kamu yararı bulunduğu Cumhurbaşkanlığı tarafından karar verilecektir. Oysa 551 sayılı mülga KHK'nin 103. maddesinde, buluşun kullanımının genelleştirilmesi veya kullanımının patent sahibinden başka bir kişiye verilmesine ihtiyaç olmadan, buluşun kamu yararına kullanımı patent sahibi tarafından gerçekleştirilebilirse patent konusu buluşun, Bakanlar Kurulu kararı ile koşullu olarak zorunlu lisans konusu yapılabileceği öngörülmüştü. Yeni Kanun'da koşul daha da kısaltılmıştır. Daha da önemlisi, mülga KHK'de bu olasılıkta, Bakanlar Kurulu kararına göre, mahkemenin bir süre belirlemesi ve bu süre içerisinde patent sahibinin buluşunun kamu yararını karşılayacak yeterlikte kullanımına

ve eylemlerin idari yargının, özel hukuk alanındakiler için de adli yargının görevli olacağına duraksanamayacağını ifade etmiştir. Bu konuda bkz. Günday (n 141) 351. Bu konuda 2017 Anayasa değişiklikleri öncesinde kaleme aldığı makalesinde *Günday*, idari yargının görev alanının anayasal dayanağının Anayasa'nın (mülga) 157. maddesinde düzenlenen "Askerî Yüksek İdare Mahkemesi"nden çıkarılabileceğini ifade etmişti. Yazar özel görevli bir yargı yerinin görev alanını güvenceye bağlamış bir anayasanın genel (sivil) idari yargının görev alanını güvence altına almamasının söz konusu olamayacağını, Anayasa'nın (mülga) 157. maddesinde öngörülen bir uyumsuzluğun kanunla başka bir yargı mercine bırakılmasının da Anayasa'ya aykırı olacağını ifade etmekte idi. Bkz. İbid 352 vd. 2017 Anayasa değişiklikleri ile Askerî Yüksek İdare Mahkemesi kaldırıldığı için bu görüş ve dayanak şu an için bize hizmet etmeyecektir. Konu daha önce idari para cezalarına karşı sulh ceza mahkemelerine itiraz edilmesi zorunluluğunu öngören kanun hükümleri bakımından da tartışılmıştı.

Yeni sistemde Cumhurbaşkanlığı'nın idarenin merkezine konumlanması, idari yargı denetimi ile ilgili de birçok değişikliği beraberinde getirmiştir. 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun "İlk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülecek davalar" başlığını taşıyan 24/1-a maddesi uyarınca Danıştay "Cumhurbaşkanı kararlarına" karşı açılacak iptal davalarını ilk derece mahkemesi sıfatıyla karara bağlar. Anılan son hüküm 02.07.2018 tarih ve 703 sayılı "Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname"nin 184. maddesi ile değiştirilmiştir (RG 09.07.2018/30473 3. Mükerrer Sayı, Yürürlük: 09.07.2018). Konunun özüne inilecek olursa 2575 sayılı Kanun'un 24/1-a maddesi SMK'ya göre sonradan yürürlüğe giren özel bir düzenlemedir. Burada kanunlar arası "genellik ve "özellikten ziyade "hükümler arası" bir inceleme yapılması, açık deyişle SMK m. 156 ile Danıştay Kanunu m. 24/1-a'nın kıyaslanması gerekir. Kanımızca sonraki tarihli ve üstelik Anayasa ile uyum amacıyla çıkarılan bir yasal düzenlemenin önceliğe sahip olacağına kabulü gerekir. Fikri ve sınai haklar mahkemesinin konunun temelini patent hakkı ve sınai mülkiyet hukuku alanı ile ilgili olması nedeni ile konunun özüne daha hâkim olması ve daha sağlıklı bir yargılama sürecini yürütmesi mümkün olsa da yürürlükteki düzenlemenin Cumhurbaşkanlığı kararlarına karşı ilk derece mahkemesi sıfatı ile Danıştay'ı görevli kıldığına kabulünün kaçınılmaz olduğunun belirtilmesi gerekir. Aynı yönde görüş için bkz. Çolak (n 29) 697, 712.

142 Öğretide haklı olarak bu tarz bir tercih için mülga 551 sayılı KHK m. 114'teki gibi, inhisar yetkisinin patentli buluşun kullanılması için gerekli olması; bu yetki verilmediği takdirde kamu yararının sağlanamayacak olması şartının da aranması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Bektaş (n 49) 304.

143 Mülga 551 sayılı KHK'nin 103. maddesinin V. fıkrasında, bu düzenleme "milli savunma" bakımından öngörülmüştü. Oysa yeni Kanun'da bu düzenleme "millî güvenlik" olarak değiştirilmiş ve zorunlu lisansın uygulama alanı genişletilmiştir.

başlanmasına, var olan kullanımın geliştirilmesine veya miktarın artırılmasına karar verileceği öngörülmüştü. Mülga hükümde mahkemenin, patent sahibinin de konu hakkındaki görüşünü aldıktan sonra, uygun olan süreyi belirleyeceği veya patent konusu buluşu derhal zorunlu lisans konusu yapacağı düzenlemesini yapmıştı. Belirlenen sürenin geçmesinden sonra mahkeme, kamu yararına kullanımın yapıp yapılmadığına karar verir(di). Kamu yararına kullanımın karşılanmadığına mahkemece karar verilirse patent konusu buluş zorunlu lisans konusu yapılır. Ancak yeni Kanun'da şarta bağlı lisansla ilgili süreci düzenleyen bu hükümler yerini bulmamıştır.

D. ECZACILIK ÜRÜNLERİ İLE İLGİLİ ZORUNLU LİSANS

1. Genel Olarak ve TRIPs. Anlaşması

Kamu yararı nedeniyle zorunlu lisansın özel görünüm şekillerinden birisi¹⁴⁴ de eczacılık ürünlerinde¹⁴⁵ uygulanacak zorunlu lisanslardır. İlaç bakımından zorunlu lisans, devletlerin bu alandaki rekabeti ve ilaçlara erişimi kolaylaştırmak için uygulanan bir sistem olarak görülmektedir¹⁴⁶. Bu nedenle gerek TRIPs. Anlaşması'nda 6 Aralık 2005 tarihli Genel Konsey kararı ile yapılan değişiklik, gerek 6741 sayılı Kanun ile bu değişikliğe katılmamız, yeni Sınai Mülkiyet Kanunu'nda bu konuda özel bir düzenleme getirilmesi zorunluluğunu doğurmuştur. Hüküm TRIPs. m. 31^{bis}'in uyarlanmasının bir sonucudur¹⁴⁷.

Örneğin kanser veya AIDS gibi ölümcül bir hastalığın ilerlemesini yavaşlatan veya tamamen tedavi eden bir ilaç bulunduğu yahut da kuş gribi gibi sadece az gelişmiş ülkelerde değil, gelişmiş ülkelerde de karşılaşılabilecek olağanüstü vakialarda, stoklarda yeterli ilaç bulunamaması durumunda da¹⁴⁸ bu ilaçların zorunlu lisansa konu yapılması söz konusu olabilir. Yine, patent konusu ilacın pazarda yeterli oranda bulunmaması¹⁴⁹ veya çok pahalı olması; rekabet hukukuna aykırı koşullar oluşturması durumlarında da pazara müdahale edebilmek için zorunlu lisans uygulamasına gidilebilir¹⁵⁰. Özellikle ölümcül bir hastalığın tedavisi için keşfedilen bir ilacın zorunlu lisansa konu edilmesi,

144 Alman hukukunda bu yönde bkz. Kober-Dehm (n 23) PatG § 24 Rn. 21; Von José Antonio Gómez Segade: 'Zwangslizenzen für pharmazeutische Erfindungen- Eine rechtsvergleichende Darstellung unter besonderer Berücksichtigung des Vorentwurfs für ein neues spanisches Patentrecht' (1973) GRUR Int.123, 123.

145 İlaç-patent ilişkisi ve ilaç patentleri ile ilgili ayrıntılar için bkz. Ayşegül Sezgin Huysal, *İlaç Patenti* (Vedat, 2010) 28 vd.; Başak Bak, 'İlaçta Zorunlu Patent Lisansı' (2011) 3, Ankara Barosu Dergisi 107, 110 vd.; Pınar Bulut ve Koray Bulut, 'İlaçlar İçin Zorunlu Lisans' (2022) 24(1), Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi 1, 3 vd.

146 Sezgin Huysal (n 145) 221.

147 Bkz. Bektaş (n 49) 294-295.

148 Sezgin Huysal (n 145) 235-236.

149 Alman Federal Mahkemesi'nin 2017 yılında verdiği bir kararında konu ile ilgili olarak şu ifadelere yer verilmiştir: "... Sadece nispeten küçük bir hasta grubu etkilense bile, bir aktif farmasötik etken madde için zorunlu lisans verilmesinde kamu yararı olabilir. Bu durum söz konusu tıbbi ürünün artık mevcut olmaması halinde bu grubun özellikle yüksek bir riske maruz kalacak olması halinde geçerlidir." Bkz. BGH, Urteil v. 11.7.2017 – X ZB 2/17 (BPatG) (2017) Heft 10, GRUR, 1017.

150 Bkz. Saliha Banoğlu, 'İlaçta Patent Uygulamasının Rasyonel İlaç Kullanımı Üzerine Olası Etkileri' (Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi 2001) 51-52.

buluşçunun bilimsel çalışma “hevesini” kaçırabileceği için bu konuda bireysel menfaat ile kamusal menfaat arasındaki dengenin adil ve doğru bir şekilde çizilmesi gereği de kendiliğinden ortaya çıkar. Zorunlu lisans uygulamaları bu yüzden günlük hayatta çok sık şekilde karşılaşılan bir olgu değildir. Ancak bu vakta kurumun önemini azaltmadığı gibi¹⁵¹, özellikle ilaç patenti gibi kamusal açıdan hayati öneme sahip konularda istisnai uygulaması bile, çok büyük kamusal yararları beraberinde getirecektir. Zaten zorunlu lisans uygulamasına çok sık başvurulması, yukarıda belirtildiği gibi buluşçunun “hevesini” kaçırarak teknolojik gelişmeleri sekteye uğratabilir.

Belirtmek gerekir ki ilaçların zorunlu lisansa konu yapılması konusu göreceli olarak yeni olup uluslararası alanda hala tartışılmaktadır¹⁵².

Türkiye, daha önce ilaçta üretim usulleri ve ilaç ürünlerini patent yolu ile korumamakta idi¹⁵³. Son olarak, 1879 tarihli İhtira Berati Kanunu'ndan beri patent koruması dışında tutulan ilaç ürünlerinin ve üretim usullerinin patent yolu ile korunması, Avrupa ile Gümrük Birliği kapsamındaki Ortaklık Konseyi Kararı'nın 8 No'lu eki gereğince, 1 Ocak 1999 tarihinden itibaren uygulamaya konulmuştur¹⁵⁴. Türkiye'nin, TRIPs'e üye olduğu tarihten itibaren beş yıl içinde usul patentlerini; on yıl içinde de ürün patentlerini koruma altına alması öngörülmektedir (TRIPs. m. 70/VIII)¹⁵⁵. Bu hükümlerle, Türkiye'nin 1 Ocak 1995 tarihinden itibaren ilaç patenti başvurularını kabul etmesi gereği ortaya çıkmıştır. Oysa bir ilacın patent alıp ruhsatlandırılması ve piyasaya sürülmesinin, yaklaşık sekiz ilâ on iki yıl aldığı ve araştırma-geliştirme faaliyetlerinin yüz milyonlarca dolara mal olduğu göz önüne alınırsa ilaç üretimi ve patenti konusunda gelişmiş olan ülkelerin neden Türkiye gibi ülkelere özellikle süreler konusunda baskı yaptığı kolayca anlaşılır. İşte -başta ABD olmak üzere- ilaç geliştirme maliyetinin yüksekliği ve piyasaya sunuşun uzun yıllar alması dolayısıyla, gelişmiş ülkeler, bu konuda az gelişmiş ülkelere bire bir baskı yaparken TRIPs. ile bu baskılar uluslararası boyuta taşınmış; patent koruması olmayan ülkelere de korumanın başlaması sağlanmıştır. Bu durum, teknoloji geliştiremeyen

151 Sezgin Huysal (n 145) 222-223.

152 Bkz. Bak (n 145)107. Konu ile ilgili örnekler için bkz. Bulut ve Bulut (n 145) 5 vd.

153 Mukayeseli hukuk ve Türk hukukunda ilaç patentlerinin tarihsel gelişimi ile ilgili olarak bkz. Sezgin Huysal (n 145) 46 vd.

154 Bkz. Banoğlu (n 150) 47, 71-72; Derya Kesici, 'Patent ve Türk İlaç Endüstrisi' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi 2002) 2, 59 vd; Uğur Yalçın, 'İlaç ve Patent, Türkiye'de ve Dünyada Son Gelişmeler', (2002) 2(3) Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Dergisi 15,15 vd.; Bak (n 145) 120-121.

8 No'lu ekin 1. Mükerrer 5. maddesinde “Türkiye, bu kararın yürürlüğe girmesinden itibaren iki yıldan geç olmamak üzere, 1 Ocak 1999 tarihinden önce eczacılık ürünleri ve proseslerinin patent edilebilirliğini teminat altına almak amacıyla yeni bir mevzuatı yürürlüğe koyar veya mevcut mevzuatta gerekli değişiklikleri yapar” hükmü yer almaktadır. Bu süreçle ilgili ayrıntılı bilgi ve şematik açıklamalar için ayrıca bkz. Kayacan (n 1) 49, 60.

155 Ayrıca, TRIPs. m. 66'deki geçiş hükümleri gereği, gelişmiş ülkelerin TRIPs'i tam anlamıyla uygulayabilmesi için gerekli olan geçiş süreci TRIPs'in yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 1 yıl olarak belirlenmiştir (1 Ocak 1996'ya kadar). Bu süre gelişmekte olan ülkeler için beş, az gelişmiş ülkeler açısından on bir yıldır. Bu süre daha sonra (30 Kasım 2005'te) az gelişmiş ülkeler için 1 Haziran 2013'e kadar uzatılmıştır. Daha sonra ise ilaç patentleri bakımından geçiş süresi 2016'ya kadar uzatılmıştır. Bkz. Bak (n 145) 120; Eşan (n 2) 26.

ülkelerde ilaç fiyatlarının yüksek olmasına neden olmuş ve ilgili az gelişmiş ülkelerin iç piyasalarının gelişimini önlemiştir¹⁵⁶.

Anılan sakıncaları önleyebilmek için bazı ülkeler ilaç alanında zorunlu lisans yoluna başvurmuştur. Bu ülkelerin başında Kanada gelmektedir¹⁵⁷. Kanada, ilk kez 1923 yılında ilaçta zorunlu lisans uygulamasını başlatmıştır. Böylece, patentli ürünlere zorunlu lisans verilerek bu ilaçların üretilmesi ve satılması teşvik edilmiş; aynı ürünün birden fazla üretici tarafından üretilmesi sağlanarak rekabet korumuş ve fiyatların düşmesi amaçlanmıştır. Ancak ortaya çıkan sonuçlar istenilen durumu tam olarak yansıtmamıştır. Bunun üzerine 1969 yılında Kanada Patent Kanunu'nda değişiklikler yapılmış; zorunlu lisans almış ürünlerin ülkede üretilmesi koşulu kaldırılmış ve ürüne veya etkin maddesine ithalat serbestliği getirilmiştir. Sonuçta, bu sistem sayesinde ilaç fiyatlarında düşme olduğu, önemli ölçüde tasarruf sağlandığı ve bu uygulamanın ilaç sektörü için uygun olduğu yönünde raporlar verilmiştir. Ancak, bu durum tam değerlendirilmeden ABD'nin baskısı ve bazı yerel politik güçlerin de etkisi ile Kanada, 1987'de Bill C-22 olarak anılan yasa ile Patent Kanunu'nu değiştirmiş; ilaçlara minimum yedi yıl boyunca zorunlu lisans uygulanmaması ve bu sürenin sonunda da zorunlu lisans almak isteyen firmaların ilaç üretimini Kanada'da yapması öngörülmüştür¹⁵⁸. Yukarıda belirtildiği gibi ABD zorunlu lisansa sıcak bakmamaktadır¹⁵⁹.

Dünya uygulamalarına bakıldığında, sınaî mülkiyet alanında büyük mücadeleler veren, 1790 yılında Anayasa hükmü gereği Patent Kanunu'nu yürürlüğe koyan Amerika Birleşik Devletleri, özellikle zorunlu lisans ve paralel ithalat konusunda ülkelere baskı yaptı; TRIPs'in 31. maddesine karşı çıktığı, bu anlaşmanın sınaî mülkiyet korumasını sınırlı düzeyde gerçekleştirdiğini ileri sürmektedir. İlaç patentlerinde zorunlu lisans uygulamasının, yeni ilaçların geliştirilmesinde engel teşkil ettiği de savunulan bir diğer durumdur¹⁶⁰. Bununla birlikte aşağıda inceleneceği gibi, TRIPs Anlaşması'nın Covid gibi salgınlar sırasında ilaç ihracatı için zorunlu lisanslamaya ilişkin 31^{bis} maddesinin kullanılmasında zorluklar bulunduğu yönünde eleştiriler de yapılmakta ve bazı ülkelerin yaşadığı sorunlar da tartışılmaktadır¹⁶¹.

156 Bkz. Kayacan (n 1) 60 vd. Karş. Kesici (n 154) 60. Bu konuda ayrıca bkz. Yalçiner, İlaç (n 154) 15-16. 1995-2002 yılları arasında Türkiye'de ilaç patentli konusunda yerli ve yabancıların başvuru ve tescilleri ile ilgili tablo için bkz. 25.

157 Kanada örneği ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Kayacan (n 1) 66-67. Kanada'nın TRIPs'e taraf olduktan sonraki ABD ile durumu için bkz. 68; Banoğlu (n 150) 112 vd.

158 Banoğlu (n 150) 112-113.

159 ABD örneği ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Kayacan (n 1) 70 vd.

160 Bkz. İbid 49; Banoğlu (n 150) 112.

161 Örneğin Ürdün bakımından bkz. Laila Barqawi, 'Promoting Jordan's Use of Compulsory Licensing During the Pandemic', Research Paper, South Centre, 15 September 2023, 4 vd., 15 vd. (https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2023/09/RP184_Promoting-Jordans-Use-of-Compulsory-Licensing-During-the-Pandemic_EN.pdf) Accessed 17 November 2023. Yine Kolombiya'nın, 2 Ekim 2023 tarihli ve 1579 sayılı Karar ile, HIV ile enfekte kişilerin tedaviye erişimini kolaylaştırmak için "Dolutegravir" adlı ilacın patentinin kullanılmasında kamu yararı olduğunu açıklaması ile ilgili olarak bkz. (<https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2023/10/SC-Statement-Colombia-dolutegravir-1.pdf>) Accessed 17 November 2023.

İlginçtir ki gelişmiş ülkeler bir taraftan ilaçta patent korumasının etkin bir şekilde sağlanması için mücadele verirken, diğer taraftan da patent korumasına karşı önlemler almaya çalışmaktadır. Patent korumasının olumsuz etkilerinden korunmanın yollarında biri olan zorunlu lisans, anılan ülkeler tarafından sıcak bakılan bir uygulama değildir. Zira, bu konuda TRIPs. m. 31'e hükmü ihdas edilerek yeknesak bir uygulama yapılmaya çalışılmıştır. ABD ile Kanada arasında uzun yıllardır süren zorunlu lisans çatışmasının, en azında 1995 TRIPs. anlaşması ile durulduğu görülse de bu tarihten önceki ilaç başvurularının patent ve ruhsatlandırma sürecinin en az on-on iki yılı alacağı düşünülürse, 1995'ten önceki uygulamanın etkilerinin 2007-2008 yılında ortaya çıktığı söylenebilir¹⁶².

2. Doha Deklarasyonu

Bu çerçevede belirtilmesi gereken önemli bir gelişme, Doha Deklarasyonu ve 30 Ağustos 2003'te alınan karardır¹⁶³. 9-14 Kasım 2001 tarihlerinde Katar'ın başkenti Doha'da düzenlenen Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) IV. Bakanlar Konferansı ile başlatılmış olan ve "Doha Kalkınma Gündemi (DKG)" olarak da adlandırılan yeni ticaret müzakereleri gerçekleştirilmiştir¹⁶⁴. Gündem maddeleri arasında yer alan, kamu sağlığının korunması bağlamında ilaç patentlerine sağlanan korumanın gelişmekte olan ülkeler lehine esnetilmesi konusuna verilen özel önem nedeniyle, Doha'da ayrı bir deklarasyona konu teşkil eden "TRIPs ve Kamu Sağlığı"na ilişkin müzakerelerin de 31 Aralık 2002 tarihine kadar bitirilmesi amaçlanmıştır¹⁶⁵. Doha Deklarasyonu ile zorunlu lisansın iç pazarın ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik olması gerektiğine ilişkin TRIPs. m. 31/f hükmünün farmasötik ürünler yönünden değişmesi gerektiğine karar verilmiş; bu da 30 Ağustos 2003 kararı ile yürürlüğe girmiş ve böylece ihtiyaç duydukları ilaçları üretemeyen ülkelerin bu ilaçları zorunlu lisans yoluyla ithal etmelerinin önü açılmıştır¹⁶⁶. Doha bildirisinin önemi, bir durumun olağanüstü bir aciliyet

162 Bkz. Kayacan (n 1) 107 vd.; Banoğlu (n 150) 114. Bu konuda ayrıca bkz. Deniz Topcu, *Patent Lisans Sözleşmeleri* (2. Bası, Seçkin 2021) 35.

163 Süreçle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Eşan (n 2) 20 vd.; İleri (n 7) 40 vd.; Erik Alesgård, 'Global pharmaceutical patents after the Doha Declaration – What lies in the future' (March 2004) Script -ed, 1(1), 13-14. (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1137545) Accessed 10 July 2023; Andrew Law, *Patents and Public Health, Legalising the Policy Thoughts in the Doha TRIPS Declaration of 14 November 2001* (Nomos, 2008) 158 vd.

164 Bu müzakerelerde ele alınan konular şunlardır: Tarım; Hizmetler Ticareti; "Uruguay Raund" Anlaşmalarının Uygulanmasına İlişkin Konular (Implementation Issues); DTÖ Anlaşmalarının Gelişme Yolundaki Ülkeler (GYÜ) lehindeki "özel ve lehte muamele (Special and Differential Treatment-S&D)" hükümlerinin gözden geçirilmesi; Sanayi Ürünlerinde Tarifelerin ve Tarife Dışı Engellerin Kaldırılması; DTÖ Kuralları (Anti-damping, Sübvansiyonlar ve Bölgesel Ticaret Anlaşmaları); Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları (TRIPs); Singapur Konuları (Yatırım, Rekabet, Kamu Alımları, Ticaretin Kolaylaştırılması); Anlaşmazlıkların Halli Mutabakatı (Dispute Settlement Understanding – DSU) ile oluşturulmuş olan Anlaşmazlıkların Halli Sisteminin iyileştirilmesi; Ticaret, Borç ve Finans; Ticaret ve Teknoloji Transferi. Bkz. Vural Altay, 'Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) Doha Kalkınma Gündemi Müzakerelerinde Son Durum' (IX) Uluslararası Ekonomik Sorunlar Dergisi (http://www.mfa.gov.tr/dunya-ticaret-orgutu-_dto_-doha-kalkinma-gundemi-muzakerelerinde-son-durum.tr.mfa) Erişim Tarihi 10 Ağustos 2023.

165 Bkz. Altay (http://www.mfa.gov.tr/dunya-ticaret-orgutu-_dto_-doha-kalkinma-gundemi-muzakerelerinde-son-durum.tr.mfa) Erişim Tarihi 10 Ağustos 2023.

166 Bak (n 145) 118; Andrew D Mitchell, Antony Taubman and Theodore Samlidis, 'Intellectual Property and Vaccine Manufacturing: Utilizing Existing TRIPs Agreement Flexibilities for COVID-19 and Other Public Health Crises' (2023) 25, Tulane Journal of Technology and Intellectual Property 1, 23-24.

taşıyıp taşımadığı konusundaki karar verme konusundaki takdirin, ilgili üye devletlerin düzenleyici kurumlarında olduğu konusunu netleştirmesidir.¹⁶⁷

Burada özellikle “Kamu Sağlığı ve TRIPs Anlaşması” bölümünde, başta HIV/AIDS, tüberküloz, sıtma ve diğer salgın hastalıklardan etkilenen pek çok az gelişmiş veya gelişmekte olan ülkeyi ilgilendiren kamu sağlığı sorunlarının çözümüne vurgu yapılmıştır.¹⁶⁸ Zira ilaç firmaları araştırma ve geliştirme maliyetlerini de dikkate alarak kendi haklarını öne çıkarmaya çalışırken, diğer taraftan gelişmekte olan ülkeler var olan ilaçları daha ucuz fiyata üretme veya satın alma haklarını öne çıkararak kendi halklarına yardım etmek ve onları salgın ve felaketlerden korumak amacındadır.¹⁶⁹ İşte bu çatışan iki menfaat konusu Doha deklarasyonuna yansımıştır. Bunun sonucu olarak Doha Konferansı’nın genel Bakanlar Deklarasyonu’nun 17. maddesinde, Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) ülkelerinin TRIPs’in kamu sağlığını destekleyecek şekilde uygulanması ve yorumlanmasının öneminin farkında olduğu belirtilmiştir.¹⁷⁰ Böylece deklarasyon her ne kadar TRIPs’te yer alan hak ve yükümlülükleri değiştirmese de anlaşmanın önemli bölümlerinin yorumlanması için bir rehber işlevini yerini getirmiştir.¹⁷¹ Bu çerçevede ülkeler arasındaki müzakerelerde ülkelerin ekonomik durumlarının hukukî pozisyonlarına etkisi de öne çıkan bir olgu olarak göze çarpmaktadır.

3. Covid Salgını Sonrası Durum

Covid salgının başlaması ve dünyanın uzun süredir karşılaşmadığı hızla yayılan bir salgına tanık olunması, zorunlu lisansla ilgili tartışmaları hem alevlendirmiş hem de bambaşka bir boyuta doğru evirmiştir. Böylece COVID-19 pandemisi kamu sağlığı açısından patent korumasının sonuçlarına dair zaten karmaşık ve canlı olan bir tartışmayı daha da yoğunlaştırmıştır.¹⁷² “Avrupa Birliği’nde Zorunlu Lisanslama” konulu inisiyatif kapsamında Avrupa Komisyonu 1 Nisan 2022 tarihinde bir çağrı yapmış ve 7 Temmuz 2022 tarihinde paydaşlardan görüş toplamak amacıyla kamuoyu ile bir istişare başlatmıştır. Bu inisiyatifin amacının, Avrupa Birliği’nde zorunlu lisanslama çerçevesini gelecekteki krizlerin daha uygun şekilde hazırlanmış ve koordine edilmiş hale getirilme olasılığının araştırılması olduğu belirtilmektedir.¹⁷³

AB “Fikrî Mülkiyet Haklarının Zorunlu Lisanslanması” konulu sonuç raporunu da 2023 yılında yayımlamış¹⁷⁴, 27 Nisan 2023 tarihinde de Avrupa Komisyonu, şirketlerin acil durumlarda patent

167 Busche, Stoll and Wiebe (n 61) TRIPs.Art. 31, Rn. 18.

168 Bkz. (https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/ddec_e.pdf) Accessed 10 August 2023. Ayrıca bkz. Alsegård (n 163) 17; Busche, Stoll and Wiebe (n 61) TRIPs. Art. 31, Rn. 18.

169 Bkz. Alsegård (n 163)13.

170 Bkz. İbid 16.

171 Bkz. İbid 16.

172 Bkz. Matthias Lamping, Pedro Henrique D. Batista, Juan Ignacio Correa, Reto Hilty, Daria Kim, Peter R Slowinski, Miriam Steinhart, ‘Revisiting the Framework for Compulsory Licensing of Patents in the European Union’, (2 March 2023), Reflections on the European Commission’s Initiative Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition, Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper No. 23-07, 2, N. 1; Plagge (n 33) 247; Arslan (n 43) 181 vd.

173 Lamping, D. Batista, Correa, Hilty, Kim, Slowinski and Steinhart (n 172) 1.

174 Bkz. (<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/c7d0597a-a1e0-11ed-b508-01aa75ed71a1/ language-en>)

sahibinin rızası olmadan ilaç üretmesine izin verecek yeni bir mevzuat önermiştir. Önerilen mevzuatın, “üniter patentler” ve “Avrupa Patent Mahkemesi”nin kurulmasından sonra, Avrupa Birliği'nin birlik içindeki patent hukukunu uyumlaştırma çabasında ileriye doğru bir adım teşkil ettiği tespitleri yapılmaktadır¹⁷⁵. AB Komisyonu teklifinde, fikri mülkiyet haklarının ve başta patent hakları olmak üzere, özellikle halk sağlığı krizleri sırasında ilaca erişimde önemli bir rol oynadığını, COVID-19 krizinin, inovasyonu koruma ve teşvik etme ihtiyacının, ürünleri geniş çapta erişilebilir kılma ihtiyacıyla nasıl çatıştığını gösterdiğini vurgulamıştır. Bu gerilimi çözmek için Komisyon, patent hukukunun halihazırda bir çözüm sunduğunu kabul etmektedir, ki bu da “zorunlu lisanslama”dan başka bir şey değildir¹⁷⁶⁻¹⁷⁷.

4. Sınai Mülkiyet Kanunu'nun Düzenlemesi

Bu çerçevede SMK'da zorunlu lisans verilebilecek hallerle ilgili olarak eczacılık ürünleri için özel bir başlık açılmıştır. Kanun'un 129/1-ç bendinde, «30.4.2013 tarihli ve 6471 sayılı Kanunla¹⁷⁸ katılmamız uygun bulunan “Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşmasını Değiştiren Protokolde” belirtilen şartların sağlanması hâlinde başka ülkelerdeki kamu sağlığı sorunları sebebiyle eczacılık ürünlerinin ihracatının söz konusu olması» bir zorunlu lisans nedeni olarak düzenlenmiştir. Yine aynı maddenin son fıkrasında, “Birinci fıkranın (ç) bendi hükmü saklı kalmak kaydıyla zorunlu lisans, esas olarak yurtiçi pazara arz için verilir.” denilmiştir. Hükmün karşıt anlamından çıkan sonuç SMK m. 129/1-ç bendi gereği verilen zorunlu lisansın, yurt dışı pazarı için de verilebileceğidir.

Dünya Ticaret Örgütü tarafından oluşturulan TRIPs, 6 Aralık 2005 tarihli Genel Konsey kararı ile başlangıcından itibaren ilk kez değiştirilmiş ve söz konusu değişikliği öngören protokol, 22

Accessed 10 August 2023.

175 Sarah Gabriele, ‘The European Commission’s New Compulsory Licensing Proposal: A Step Forward?’ (<https://blog.petrieflom.law.harvard.edu/2023/05/05/eu-compulsory-licensing/>) Accessed 10 August 2023).

176 İbid.

Bu arada dünya Ticaret Bakanları Konferansı, 17 Haziran 2022 tarihinde, Hindistan ve Güney Afrika'nın bir önerisi üzerine, COVID-19'un önlenmesi, tedavisi ve kontrolü için sağlık ürünleri ve teknolojilerine yönelik TRIPs Anlaşması'ndaki belirli yükümlülüklerden muafiyet sağlanmasını içeren bir Bakanlar Kararı kabul etmiştir. Kabul edilen bu karar sadece TRIPs Anlaşması'nın 31. maddesi (f) uyarınca olan yükümlülüğü askıya almaktadır. Gelişmekte olan ülkeler, zorunlu lisans veya hükümet kullanım izni altında üretilen COVID-19 pandemisi için gerekli aşılarda dahil, içerik ve süreçleri içeren herhangi bir orandaki aşırı diğer gelişmekte olan ülkelere ihraç etme iznine sahiptir. Ayrıca, ilgili TRIPs hükümlerine dair bazı açıklamalar içermekte ve TRIPs Anlaşması'nda bulunmayan bazı koşullar getirmektedir. Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Correa Carlos M. and Syam Nirmalya, ‘The WTO TRIPs Decision on COVID-19 Vaccines: What is Needed to Implement it?’, Research Paper 169 (South Center) 8 November 2022, 4 vd. (https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2022/11/RP169_The-WTO-TRIPs-Decision-on-COVID-19-Vaccines_EN.pdf) Accessed 17 November 2023.

177 Dünyadaki gelişmiş, gelişmekte olan ve az gelişmiş ülkelerle ilgili zorunlu lisans örnekleri için bkz. (<http://www.cptech.org/ip/health/cl/recent-examples.html>) Accessed 17 November 2023. Covid-19 pandemisi bağlamında zorunlu lisansın kapsamı ve patentli ilaçların Devlet tarafından kullanımı ile ilgili liste için ayrıca bkz. South Center (<https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2021/03/Compulsory-licenses-table-Covid-19-2-March.pdf>) Accessed 17 November 2023.

178 Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşmasını Değiştiren Protokole Katılmamızın Uygun Bulduğuna Dair Kanun, Kanun Numarası: 6471, Kabul Tarihi: 30.04.2013, RG 22.05.2013/28654.

Mayıs 2013'ten itibaren Türkiye'de yürürlüğe girmiştir¹⁷⁹. TRIPs Anlaşması'nda Değişiklik Yapan Protokol'ün kabulü ile HIV ve Hepatit salgınları gibi ciddi sağlık problemleri ile karşılaşan gelişmekte olan veya en az gelişmiş ülkelere, Türkiye'den zorunlu lisans altında üretilen eczacılık ürünlerinin ihracatı kanunen mümkün olmaktadır. 30 Ağustos 2003 tarihli "muafiyet" kararı ile zorunlu lisans uygulaması altında üretilen ürünlerin iç pazara arz edilmesini şart koşan 31-f hükmünün, uygun şartlara sahip ithalatçı ülkelere zorunlu lisans altında üretilen eczacılık ürünlerini ihraç edecek olan üyeler için uygulanmayacağı kararlaştırılmıştır. 6 Aralık 2005 tarihli karar, 30 Ağustos 2003 tarihli bu muafiyet kararının kalıcı olarak hayata geçirilmesi amacıyla alınmıştır¹⁸⁰. Yine belirtmek gerekir ki mülga 551 sayılı KHK'nin 102. maddesindeki "Patent konusu buluşun ihraç edilmesi durumu zorunlu lisans gerekçesi olarak kabul edilmez." hükmüne de bir istisna getirilmişti. Ancak gerek SMK m. 129/1-ç ve 129/son hükmü, gerek 6741 sayılı Kanun, tüm bu engelleri ortadan kaldırmış niteliktedir. Ayrıca eczacılık sektöründe ciddi bir üretim kapasitesine sahip olan Türkiye'nin söz konusu sistem kapsamında ihracatçı ülke olarak yer almasının önünü açması bakımından da düzelleme yerinde bulunmaktadır¹⁸¹.

Görüldüğü 6769 sayılı Kanun'un 129/1-ç bendi, 6471 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğin iç hukuka aktarılmasından ibarettir¹⁸².

179 Avrupa Birliği bakımından ise 17.05.2006 tarihli AB Parlamentosu ve Konseyi'nin 816/2006/EC sayılı "Kamu Sağlığı Alanında Sorunları Olan Ülkelere İhracat İçin, Farmakolojik Ürünlerin Üretimindeki Patentlerle İlgili Zorunlu Lisans" Yönergesi (Die EU-Zwangslizenzverordnung) 30.06.2006'da yürürlüğe girmiştir. Bu Yönerge üye devletlere, bir patent konusu olan ve kamu sağlığı alanındaki sorunlarla mücadele etmek için bu tür ilaçlara ihtiyaç duyan, ancak bu ilaçlara hiç sahip olmayan veya yetersiz kapasitesi bulunan üçüncü bir ülkeye ihraç edilmesine izin verilen farmakolojik ürünleri ihraç etme konusunda izin vermektedir. (Art. 1 S. 1 Europäischer Gemeinschaft-Verordnungen (Avrupa Birliği Tüzüğü) EG-VO 816/2006/816-ABl EU 2006 157/1). Bkz. Kober-Dehm (n 23) PatG § 24 Rn. 47. Düzenleme ile ilgili diğer ayrıntılar için bkz. Haedicke and Wollenschlaeger, PatR-HdB (n 23) § 16 Rn. 330 vd.; Wilhelmi (n.4) § 24 Rn. 89 vd.; Keukenschrijver and Hacker (n 22) PatG. Anhang (Ek) I § 24, 1 vd.; Rincken (n 94) § 24 PatG, Rn. 39 vd. İsviçre hukukunda PatG Art. 40d hükmü ile farmakolojik ürünlerle ilgili bir zorunlu lisans düzenlemesine yer verilmiştir. Hatta denilebilir ki İsviçre PatG'nin 40d maddesi ile yukarıda anılan Yönerge, bu madde ile iç hukukuna bire bir aktarılmıştır. İsviçre hukuku için bkz. Heinrich (n 19) PatG/EPÜ, Art. 40d, N. 1 vd.

180 Nazlı Korkut, 'Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşmasını Değiştiren Protokole Katılmamızın Uygun Bulduğuna Dair Kanun' Bkz. (<http://www.fikrinizinde.com/ticaretle-baglantili-fikri-mulkiyet-haklari-anlasmasini-degistiren-protokole-katilmamizin-uygun-bulduguna-dair-kanun/>) Erişim Tarihi 27 Nisan 2023.

181 İbid.

182 6471 sayılı Kanun Tasarısı'nda şu ifadeler geçmektedir: "TRIPs Anlaşması'nın patent haklarını düzenleyen 5. bölümü 31 maddesi, hak sahibinin izni olmaksızın kullanımı düzenlemektedir. Söz konusu madde kapsamında, "zorunlu lisans" olarak da bilinen uygulamaya izin verilmekte, dolayısıyla ulusal acil durumlar ya da kamunun ticari olmayan kullanımı gibi sınırlı durumlarda hak sahibinin izni olmaksızın üçüncü kişilere patentli bir ürünü üretme hakkı tanınmaktadır. Ancak bu uygulama sadece lisansı veren ülkenin iç pazarına arz amaçlı olabilmektedir. Diğer taraftan, TRIPs Anlaşması'nın yürürlüğe girmesi sonrasında, anılan maddenin HIV ve Hepatit salgınları gibi ağır sağlık problemleri ile karşılaşan gelişmekte olan veya az gelişmiş ülkeler açısından yetersiz olduğu dile getirilmiştir. Düşük gelirli ülkelerden, gerekli ilaçların üretimi için patent sahiplerinden lisans almanın çok yüksek maliyeti olduğu, bazı ülkelerde yeterli ilaç üretim kapasitesi olmadığından ülke içinde zorunlu lisans dahi verilemediği, 31. maddenin zorunlu lisans altında ihracata izin vermediği yönünde eleştiriler olmuştur. Bu çerçevede, 30 Ağustos 2003 tarihli "muafiyet" kararı olarak da bilinen Genel Konsey Kararı ile zorunlu lisans uygulaması altında üretilen ürünlerin iç pazara arz edilmesini şart koşan 31. maddenin (h) bendinin, uygun şartlara sahip ithalatçı ülkelere zorunlu lisans altında üretilen eczacılık ürünlerini ihraç edecek olan üyeler için uygulanmayacağı kararlaştırılmıştır. TRIPs Anlaşması ve Kamu Sağlığı Deklarasyonu'nun 6. paragrafına atıfla "Paragraf 6 Sistemi" olarak adlandırılan söz konusu sistem 2003 tarihli kararla fiilen yürürlüğe girmekle birlikte, sistemin hukuki olarak daha sağlam temellere oturtulması amacıyla TRIPs Anlaşması'nın kalıcı olarak tadil edilmesi çalışmaları devam etmektedir. Bu kapsamda, 6 Aralık 2005 tarihinde alınan Genel Konsey Kararı ile muafiyet kararının TRIPs Anlaşması'nda yapılacak

E. BİTKİ İSLAHÇILARI İLE İLGİLİ ZORUNLU LİSANS

1. Genel Olarak

Sınai Mülkiyet Kanunu ile bitki ıslahçıları ile ilgili bir zorunlu lisans düzenlemesine yer verilmiştir¹⁸³. Kanun'un 129/1-d bendi gereğince "Islahçının, önceki bir patente tecavüz etmeden yeni bir bitki çeşidi geliştirememesi." bir zorunlu lisans nedeni olarak öngörülmüştür. Sınai Mülkiyet Kanunu'nda sadece bu düzenleme yapılırken 08.01.2004 tarih ve 5042 sayılı "Yeni Bitki Çeşitlerine Ait Islahçı Haklarının Korunmasına İlişkin Kanun"un¹⁸⁴ 18 ilâ 31. maddeleri arasında, daha geniş düzenlemeler yapılmıştır. Ancak iki Kanun arasında gerekli koordinasyonun sağlandığını söylemek güçtür¹⁸⁵.

5042 sayılı Kanun'un 1. maddesinde, bu Kanun'un amacının, bitki çeşitlerinin¹⁸⁶ geliştirilmesini özendirmek, yeni çeşitlerin ve ıslahçı haklarının korunmasını sağlamak olduğu ve Kanun'un tüm bitkileri kapsadığı hüküm altına alınmıştır.

Belirtmek gerekir ki 6769 sayılı Kanun'da, bir taraftan *mikrobiyolojik işlemler veya bu işlemler sonucu elde edilen ürünler hariç olmak üzere, bitki çeşitleri* veya hayvan ırkları ile bitki veya hayvan üretimine yönelik esas olarak biyolojik işlemler için patent verilemeyeceği düzenlenirken (SMK m. 82/3-b), diğer taraftan bu konu ıslahçı hakları çerçevesinde korunmakta; patente konu olamayan anılan bitki çeşitleri, koruma dışında tutulmayıp farklı bir açıdan koruma altına alınmaktadır¹⁸⁷.

değişiklikle anlaşma metnine eklenmesini öngören Protokol kabul edilmiştir. Söz konusu Protokol yürürlüğe girmesi için üyelerin kabulüne açılmıştır. Halen 34 üye söz konusu değişikliği kabul ettiğine dair belgeyi DTÖ'ye iletmıştır. Söz konusu protokol, TRIPs Anlaşması'nda yapılan değişikliğe dair şekil esaslarını belirtmektedir. Protokolün ekinde TRIPs Anlaşmasına yeni ilave edilecek olan Madde 31 bis, Paragraf 6 Sistemi ile ilgili açıklamaları içeren ve TRIPs Anlaşması'nın sonuna ilave edilecek olan TRIPs Anlaşması eki ve eczacılık sektöründe üretim kapasitesinin değerlendirilmesine dair açıklama içeren TRIPs Anlaşması Ekine ilave Lahiya yer almaktadır. Belirtilen metinlerle oluşturulan sistemle, özellikle HIV veya hepatit gibi ciddi sağlık sorunlarıyla karşılaşan Afrika ülkelerine uygun fiyatlarla ilaç temininin kolaylaştırılması öngörülmektedir. DTÖ Üyelerinin tamamı sistem dahilinde ihracatçı ülke olabilecek iken, belli sayıdaki gelişmiş ülke, sistemi ithalatçı ülke olarak kullanmayacağını beyan etmiş, aralarında ülkemizin de bulunduğu belli sayıdaki üye ise sistemi ithalatçı ülke olarak ancak acil ve olağanüstü durumlarda kullanacağını duyurmuştur. Bunun dışındaki tüm üyeler Madde 31 bis'te belirtilen esaslar kapsamında ithalatçı üye olabilecektir. TRIPs Anlaşması'nda Değişiklik Yapan Protokol'ün kabulü ülkemizin uluslararası alanda itibarı açısından da yararlı görülmektedir. Ayrıca eczacılık sektöründe ciddi bir üretim kapasitesine sahip olan ülkemizin, Paragraf 6 Sistemi'nden ihracatçı ülke olarak faydalanması muhtemel gözükmektedir. Protokol'ün kabulü, söz konusu sistemin esaslarının TRIPs Anlaşması'na eklenerek hukuken garanti alınması yönünde atılmış bir adım olarak görülmektedir." Bkz. (www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0554.pdf) Erişim Tarihi 10.06.2023.

183 Alman hukukunda konu PatG. § 24/3'te düzenlenmiştir. Hüküm uyarınca bir bitki ıslahçısının önceki bir patenti ihlal etmeksizin bir bitki çeşidi hakkını elde edememesi veya kullanamaması durumunda patent konuları arasındaki bağılılığı düzenleyen PatG. § 24/2'nin aynı şekilde uygulanacağı düzenlemesi yapılmıştır. Bu düzenlemenin AB Biyoteknoloji Direktifinin (Richtlinie 98/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Juli 1998 über den rechtlichen Schutz biotechnologischer Erfindungen) iç hukuka uyarlanması niteliğinde olduğu belirtilmiştir. Bkz. Hacker (n 22) PatG. § 24 Rn. 54.

184 RG 15.01.2004/25347.

185 Eleştiriler için bkz. Bektaş (n 49) 298-299.

186 Yine "tanımlar" başlıklı 2/1-b bendinde ise "bitki çeşidi", "Bir veya birden fazla genotipin ortaya çıkardığı bazı özellikleri ile tanımlanan, aynı tür içindeki diğer genotiplerden en az bir tipik özelliğiyle ayrılan ve değişimsiz çoğaltılmaya uygunluğu bakımından bir birim olarak kabul edilen en küçük taksonomik kısım içerisinde yer alan bitki grubu" olarak tanımlanmıştır.

187 Fülürya Yusufoglu, *Patent Verilebilirlik Şartları* (Vedat 2014), 132.

Ancak belirtmek gerekir ki 5042 sayılı Kanun'un 18 vd. hükümlerinde ıslahçı hakkı ile ilgili zorunlu lisans ayrıntılı şekilde düzenlenirken, 6769 sayılı Kanun'da konu ile ilgili zorunlu lisans daha özel koşullara bağlanmıştır. Bu bakımdan inceleme yapılırken, bu iki Kanun düzenlemesinin ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir. Zira 5042 sayılı Kanun ile daha geniş olasılıklar yaratılmışken 6769 sayılı Kanun'da zorunlu lisans dar bir çerçeveye oturtulmuştur.

2. 6769 sayılı Sınâî Mülkiyet Kanunu Çerçevesinde Zorunlu Lisans

a. Genel Koşullar

Sınâî Mülkiyet Kanunu'nun yukarıda aktarılan 129/1-d bendine uyarınca “*Islahçının, önceki bir patente tecavüz etmeden yeni bir bitki çeşidi geliştirememesi*” zorunlu lisans hali olarak öngörülmüştür. O halde metinde geçen terimlerin içi açılmalıdır. Bu değerlendirme yapılırken kuşkusuz 5042 sayılı Kanun hükümlerinden yararlanılması bir zorunluluktur.

5042 sayılı Kanun'un 2/1-c bendi gereğince, *ıslahçı yeni bir bitki çeşidini ıslah eden veya bulan ve geliştiren* kişiyi ifade eder. Burada açıklığa kavuşturulması gereken kavramlar, “ıslah”, “bitki çeşidi” ve “bulma-geliştirme”dir.

Öğretide “*ıslah*” kavramından tamamen yeni bir şey icat etmenin değil, önceden var olan materyallerin ekimi, seleksiyonu, geliştirilmesi, iyileştirilmesi ve yetiştirilmesinin anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir¹⁸⁸.

İkinci olarak en kritik kavram olan “bitki çeşidi” incelenmelidir. Bitki çeşidi, 5042 sayılı Kanun'un 2/1-e bendinde tanımlanmıştır. Buna göre bitki çeşidi, ıslahçı hakkının verilmesi için gerekli şartların karşılanıp karşılanmadığına bakılmaksızın bir veya birden fazla genotipin ortaya çıkardığı bazı özellikleri ile tanımlanan, aynı tür içindeki diğer genotiplerden en az bir tipik özelliğiyle ayrılan ve değişmeksizin çoğaltılmaya uygunluğu bakımından bir birim olarak kabul edilen en küçük taksonomik kısım içerisinde yer alan bitki grubudur. Bu tanımdan bitki çeşidinin şu özelliklere sahip olması gerektiği anlaşılmaktadır¹⁸⁹:

- Islahçı hakkının verilmesi için gerekli şartları taşıyıp taşıyamaması önem arz etmemekte,
- Bir veya birden fazla genotipin ortaya çıkardığı bazı özellikleri ile tanımlanmalı,
- Aynı tür içindeki diğer genotiplerden *en az bir tipik özelliğiyle* ayrılmalı,
- Değişmeksizin çoğaltılmaya uygunluğu bakımından bir birim olarak kabul edilen en küçük taksonomik kısım içerisinde yer alan bitki grubu olmalıdır.

İşte bu çerçevede ıslahçı, daha önce bitki çeşidi almış bir patente tecavüz etmeden yeni bir bitki çeşidi geliştiremiyorsa önceki patent üzerinde zorunlu lisans yolu işletilebilir. Aslında bu hüküm, yukarıda

188 Ayşe Odman Boztosun, *Islahçı Hakkı* (Seçkin 2006) 44; Yusufoglu (n 187) 135.

189 Ayrıca bkz. Yusufoglu (n 187) 133.

açıklanan patent konuları arasında bağımlılık durumundaki zorunlu lisansa oldukça benzemektedir. Hatta bunun özel bir türü olduğu da belirtilebilir.

b. Süreç ve Usul

Aşağıda zorunlu lisansla ilgili usulî ve ortak bazı düzenlemeler açıklanacaktır. Ancak, ıslahçı hakları ile ilgili zorunlu lisansla, ana düzenlemeden sapan hükümler yer aldığı için 6769 sayılı Kanun'daki bu düzenlemelerin bu başlıkta verilmesi uygun görülmüştür.

Bir kere SMK'nın 129/6. fıkrası uyarınca, patent sahibinin, önceki bir bitki çeşidine ait ıslahçı hakkına tecavüz etmeden patent hakkını kullanamaması durumunun zorunlu lisansa konu olabileceği, bu durumda, 5042 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüştür.

SMK'nın 129/1-d bendi ile 6. fıkra uyarınca lisanslar için talep sahibinin;

- a. Patent sahibine veya yeni bitki çeşidine ait ıslahçı hakkı sahibine sözleşmeye dayalı bir lisans elde etmek için başvurduğunu ancak sonuç alamadığını,
- b. Korunan bitki çeşidiyle veya patentle korunan buluşla kıyaslandığında, sonraki buluşun veya bitki çeşidinin, büyük ölçüde ekonomik yarar sağlayan önemli bir teknik ilerleme gösterdiğini,

ispat ederek zorunlu lisans verilmesini *mahkemeden* talep edebilir.

Yine eczacılıkla ilgili olarak SMK'nın 120/1-ç bendi hariç zorunlu lisans, esas olarak yurt içi pazara arz için verilecektir (SMK m. 129/9)¹⁹⁰.

Bu noktada belirtilmesi gereken son husus, patent konularının bağımlılığında olduğu gibi, burada da tanınan karşı zorunlu lisansdır. SMK'nın 129. maddesinin 7. fıkrası uyarınca SMK m. 129/1-d bendine göre lisans verilmesi durumunda *patent sahibi*, korunan bitki çeşidinin kullanımı için *kendisine*; altıncı fıkraya göre lisans verilmesi durumunda da *yeni bitki çeşidine ait ıslahçı hakkı sahibi*, korunan buluşun kullanımı için kendisine makul şartlarda karşılıklı lisans verilmesini talep edebilir.

3. 5042 Sayılı Kanun Çerçevesinde Zorunlu Lisans

a. Ana Koşullar: Süre ve Kamu Yararı Şartı

aa. Süre

5042 sayılı Kanun'un 18. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, ıslahçı hakkının tescilinden itibaren üçüncü yılın sonunda, kamu yararının gerektirmesi halinde, ıslahçı hakkı zorunlu lisansa konu yapılabilir.

¹⁹⁰ Alman hukukunda benzer yönde bkz. Weber (n 92) 496.

Böylece ıslahçı hakkının tescilinden itibaren üç yıl geçmeden zorunlu lisans talep edilemeyecektir. Bu sınırlama, diğer zorunlu lisanslarla kıyaslandığında, hak sahibini daha koruyucu ve ölçülüdür.

Ancak öğretide, pazarda rekabeti koruyucu hükümlere bir aykırılığın söz konusu olduğu durumlarda, bu süre dikkate alınmadan, Rekabet Kurulu tarafından hak sahibinin üçüncü kişilere zorunlu lisans tanınmasına hükmedilebileceği belirtilmektedir¹⁹¹.

bb. Kamu Yararı

Yukarıdaki düzenlemeden anlaşıldığı gibi, zorunlu lisans talep edilebilmesi için ikinci koşul, kamu yararının bulunmasıdır. “Kamu yararı” kavramının sınırları ise aynı maddenin 2. ve 3. fıkralarında çizilmiştir.

Kamu yararının var sayıldığı ilk olasılık, milli savunma¹⁹² ve halk sağlığı ile ilgilidir. Gerçekten de millî savunma veya halk sağlığı açısından;

- *Korunan çeşidin kullanılmaya başlanması,*
- *Kullanımının artırılması veya,*
- *Yaygınlaştırılması büyük önem taşıyorsa,*

kamu yararının bulunduğu kabul edilir.

Kamu yararı ile ilgili ikinci olasılık, korunan çeşidin *kullanılmamasının* veya *nitelik ve miktar* bakımından *yetersiz kullanılmasının* ekonomik ve teknolojik gelişme açısından ciddi zararlara sebep olacağı hallerdir. Bu olasılıkta da kamu yararının varlığı kabul edilir.

5042 sayılı Kanun ile zorunlu lisansa bir sınırlama da getirilmiş; korunan çeşidin ihraç edilmesinin, zorunlu lisans gerekçesi olarak kabul edilmeyeceği öngörülmüştür (5042 sayılı Kanun m. 18/VI). Bu yüzden, ürünün ihraç potansiyelinin bulunduğu ve bu potansiyelden yararlanamamanın ekonomik gelişme bakımından ciddi zararlara yol açacağı ileri sürülemez¹⁹³. Hüküm, kişilerin hak konusu çeşidi yurt içinde kullanmak yerine, ihraç etmek amacıyla zorunlu lisans alamayacağını ifade etmektedir. Zira zorunlu lisans kamu yararı için verilebildiğinden koşul olarak karşımıza çıkan kamu yararı kavramı, yurt içi kullanımlar için söz konusu olacaktır¹⁹⁴.

191 Odman (Boztosun), İslahçı (n 188) 160-161.

192 İslahçı hakkının milli savunma ile doğrudan ilgisinin kurulma olasılığının düşük olduğu eleştirisi için bkz. İbid 167-168.

193 İbid 161.

194 Mustafa Tüysüz, *Fikri Mülkiyet Hakları Çerçevesinde Yeni Bitki Çeşitleri Üzerindeki İslahçı Hakkı* (Yetkin, 2007) 235.

b. Zorunlu Lisans Verecek Mercî

aa. Genel Olarak

5042 sayılı Kanun'da zorunlu lisansı verecek olan mercilerle ilgili oldukça karışık ve yer yer de çelişkili düzenlemeler yer almaktadır. Hükümlere örnek vermek gerekirse; 5042 sayılı Kanun'un 18. maddesinde kamu yararı ve süre koşulu belirtildikten sonra, zorunlu lisansa Cumhurbaşkanı'nın karar vereceği¹⁹⁵, sonra 19. maddede zorunlu lisans verilmesi için talepte bulunmak isteyen kişinin, önce aynı çeşit için sözleşmeye dayalı lisans verilmesi amacıyla Bakanlıktan arabuluculuk etmesini *isteyebileceği* öngörülmüştür. Öncelikle arabuluculuğun zorunlu mu, yoksa ihtiyari mi olduğu konusu net değildir. Arabuluculukla ilgili ayrıntılı hükümler getirildikten sonra, 23. maddede belli koşullarda mahkemeden talepte bulunulması düzenlenmiştir.

Daha da ilginç olan nokta SMK m. 129/1-d ile ilgili olarak (ıslahçı hakkı), aynı maddenin 2. fıkrasında, zorunlu lisansa yetkili merciler sayılırken (*d*) bendinden söz edilmemesidir. Aynı maddenin 8. fıkrasında önce sözleşmesel lisans talebinde bulunan ve belli koşulları yerine getirmiş kişinin, mahkemeden zorunlu lisans verilmesini talep edebileceği öngörülmüştür. Açık deyişle SMK'da sözleşme yapılması süreci geçirildikten sonra, sadece mahkemeye başvuru düzenlenmiştir.

Kısaca hem 5042 sayılı Kanun kendi içinde tutarsızdır, hem 6769 sayılı Kanun da bu Kanun'la çatışmaktadır. Bir an için sonraki ve önceki tarihli kanun çatışmasından söz edilse bile sonraki tarihli kanun, öncekine göre daha genel nitelikte olduğu için yorum sorunları daha da derinleşmektedir.

Öğretide *Boztosun*, Kanun ve Yönetmelik'teki zorunlu lisansa ilişkin hükümlerin, kimlerin, hangi koşullarda zorunlu lisans talep edebileceği ve hangi mercilerin buna karar verebileceği konularında belirsiz ve tutarsız olduğunu; ayrıca zorunlu lisansın mahkemeden talep edilmesi ile ilgili hükümlere özellikle değinilmediğini; zira çelişik ve hatalı hükümlerin hukukî açıdan sağlıklı şekilde değerlendirilmesi ve uygulanmasının mümkün olmadığını belirtmiştir¹⁹⁶. Yazar daha sonra zorunlu lisansa hükmetmeye yetkili mercileri açıklarken “Bakanlar Kurulu”, “Bakanlık” ve “Mahkeme”yi saymıştır¹⁹⁷.

Bir diğer görüşte olan *Tüysüz*, zorunlu lisansın verilme yollarını iki çatı altında incelemiş; zorunlu lisansın ya Bakanlığın arabuluculuğu ya da mahkeme aracılığı ile elde edileceğini belirtmiştir¹⁹⁸. Ancak Yazar “mahkeme aracılığıyla” zorunlu lisansı açıklarken “*korunan bir çeşitle ilgili olarak Bakanlar Kurulunca* [artık “Cumhurbaşkanı”nca] *zorunlu lisans verilmesi gerektiği yönünde bir karar*

195 02.07.2018 tarih ve 700 sayılı KHK ile ilga edilmeden önce zorunlu lisansa, (Tarım) Bakanlığın teklifi üzerine Bakanlar Kurulu'nca karar verileceği; korunan çeşidin kullanımının millî savunma veya halk sağlığı bakımından önemli olması halinde ise zorunlu lisans teklifinin, Bakanlık ile Millî Savunma Bakanlığı veya Sağlık Bakanlığı tarafından birlikte yapılacağı düzenlemesi yapılmıştı. Anılan KHK ile sadece “Bakanlar Kurulu” ifadesi “Cumhurbaşkanı”na çevrilmiş, diğer ifadeler de Kanun metninden çıkarılmıştır.

196 Odman (Boztosun) Islahçı (n 188) 159-160, 166.

197 Yazar hükümleri eleştirirken, ıslahçı hakkı üzerinde zorunlu lisansa hükmetmeye yetkili tek mercinin öngörülmesi ve bunun da Bakanlık olması gerektiğini savunmaktadır. Bkz. İbid 168.

198 Tüysüz (n 194) 235.

*alınınca, kişiler önce Bakanlık arabuluculuğuyla, o çeşit için sözleşmeye dayalı bir lisans elde etmek yoluna gidecektir. Eğer bu yolla zorunlu lisans sağlanamazsa, artık zorunlu lisans mahkeme aracılığıyla elde edilebilecektir.*¹⁹⁹ ifadelerine yer vermiştir. Böylece bu üç merciinin işlemi zincir işlem olarak değerlendirilmiştir.

Kanımızca hem 5042 ve 6769 sayılı Kanun, hem 5042 sayılı Kanun'un kendi içindeki çatışmayı gidermek için şu yorum yapılabilir: Bir kere sonraki tarihli Kanun olan SMK m. 129/1-d bendinde, sadece belli durumlarda zorunlu lisansın mahkemeden istenebileceği öngörülmüştür. Yukarıda belirtildiği gibi bu da ıslahçının, önceki bir patente tecavüz etmeden yeni bir bitki çeşidi geliştirememesi ile sınırlıdır. Yetkili merci ise önce lisans sözleşmesi kurulması teklifi ile birlikte ve belli koşullarda *mahkemedir*. Burada sorun yaratacak tek nokta, patent sahibinin, önceki bir bitki çeşidine ait ıslahçı hakkına tecavüz etmeden patent hakkını kullanamaması durumunun zorunlu lisansın talep edilebileceği, bu durumda, 5042 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanacağını öngören SMK m. 129/6'daki atıftır. Zira SMK m. 129/1-d bendinde zaten aynı ifade geçtiği için bu hüküm gereksiz bir tekrar olduğu gibi, bu durumda "5042 sayılı Kanun hükümleri uygulanır" denilirken neyin kastedildiği de açık değildir. Eğer 5042 sayılı Kanun'un 18 vd. hükümleri aynen uygulanırsa o zaman sürecin en başa döneceği anlamı çıkar. Atfın bu şekilde yorumlanması, aslında SMK m. 129/1-d bendinin tek işlevinin, 5042 sayılı Kanun'un 18. maddesine, zorunlu lisansla ilgili yeni bir ekleme olduğunu (ıslahçının, önceki bir patente tecavüz etmeden yeni bir bitki çeşidi geliştirememesi) gösterir. Ancak hükmün 5042 sayılı Kanun dışında, ıslahçı hakkı ile ilgili yeni bir zorunlu lisans düzenlemesi getirdiği düşünülürse, buradaki koşulları ve usulü tamamen bağımsız düşünmek gereği ortaya çıkacaktır. Bu yorum yapıldığında da SMK m. 129/6 hükmündeki, 5042 sayılı Kanun'a atfın ne anlama geldiği boşlukta kalacaktır.

Görüldüğü gibi 5042 sayılı Kanun ile yetkili merci konusunda belirsiz hükümler getirilmiş, SMK ise bunları giderecek düzenleme yapmaktansa, bu sorunların daha da derinleşmesine yol açmıştır.

Konu ile ilgili olarak bizim görüşümüz, iki Kanunu ve 5042 sayılı Kanun hükümlerini kendi içinde telif ederek yorumlama önerisidir. Bir kere, SMK m. 129/1-d bendinin tamamen bağımsız ve yeni bir zorunlu lisans düzenlemesi olarak kabul edilmesi gerekir. Örneğin SMK m. 129/6'daki atıf takip edilerek burada da Cumhurbaşkanı'nın yetkili olduğu savunulsa, bu durum hükmün ruhu ile bağdaşmayacaktır. Burada kamu yararından çok bireysel yarar söz konusudur. Zira durum yukarıda da belirtildiği gibi, patent konuları arasında bağımlılık durumunda verilen zorunlu lisansa benzemektedir. Oysa Cumhurbaşkanı kamu yararı gerekçesi ile zorunlu lisans kararı verebilir. Bu bakımdan SMK çerçevesinde, lisans talep eden kişinin patent veya yeni bitki çeşidine ait ıslahçı hakkı sahibine sözleşmeye dayalı bir lisans elde etmek için başvurduğunu ancak sonuç alamadığını ve korunan bitki çeşidiyle veya patentle korunan buluşla kıyaslandığında, sonraki buluşun veya bitki çeşidinin, büyük ölçüde ekonomik yarar sağlayan önemli bir teknik ilerleme gösterdiğini ispatlayarak zorunlu lisans verilmesini mahkemeden talep edebilecektir.

199 İbid 239.

Buna karşılık daha geniş düzenlemeler içeren 5042 sayılı Kanun'un 18. maddesine başvurulduğunda, kamu yararı koşulu arandığı ve Kanun'un 18. maddesinde açıkça belirtildiği için Cumhurbaşkanı karar verecektir. Açıkçası Cumhurbaşkanı'na verilen bu yetkinin, diğer yetkilerden tamamen bağımsız olduğunu düşünmekteyiz. Kuşkusuz 700 sayılı KHK ile ilga edilmeden önce kararın, ilgili (Gıda, Tarım ve Hayvancılık) Bakanlığının (korunan çeşidin kullanımının millî savunma veya halk sağlığı bakımından önemli olması halinde ise, Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı ile Millî Savunma Bakanlığı veya Sağlık Bakanlığı tarafından birlikte yapılır) teklifi üzerine Bakanlar Kurulu tarafından verileceğini öngören hükmün yürürlükten kaldırılması, konu ile ilgili eski dönem görüşlerini de etkileyebilecek niteliktedir. Örneğin yukarıda görüşleri aktarılan yazarlardan *Tüysüz* Bakanlar Kurulu'nun zorunlu lisans kararından sonra Bakanlığın arabuluculuğu ve ondan da sonuç alınamazsa mahkeme kararı ile zorunlu lisans verilebileceğini savunmakta idi. Oysa kanımızca 700 sayılı KHK ile yapılan değişiklikle Cumhurbaşkanı artık doğrudan zorunlu lisansa karar verdiğinde süreç tamamlanmış olmaktadır. Bu durum tıpkı, mülga 551 sayılı KHK ve yürürlükteki SMK'nın kamu yararı gerekçesi ile verilen zorunlu lisans kararında olduğu gibidir.

Konuya yine 5042 sayılı Kanun açısından bakılacak olursa ikinci aşamada, Cumhurbaşkanı dışında yetkilendirilmiş mercilerin de olduğu görülmektedir²⁰⁰. Burada bir arabuluculuk aşaması öngörülmüş; sonra da mahkemeden talep düzenlenmiştir. 5042 sayılı Kanun'un 19. maddesi uyarınca zorunlu lisans verilmesi için talepte bulunmak isteyen kişi, önce aynı çeşit için sözleşmeye dayalı lisans verilmesi amacıyla Bakanlıktan (Tarım ve Orman Bakanlığı) arabuluculuk etmesini *isteyebilir*. Öğretide *Boztosun*, mahkemeden zorunlu lisans talep edilebilmesi için önceden Bakanlığın arabuluculuğuna başvurulmuş olmasının zorunlu olmadığını, ancak dava açılmadan önce, sözleşmeye dayalı lisans elde etme yolunda etkin çaba gösterildiğine dair belgelerin mahkemeye ibraz edilmesi gerektiğini belirtmiştir²⁰¹. Oysa *Tüysüz*, 5042 sayılı Kanun'un 19. maddesinin lafındaki "isteyebilir" ibaresinden, arabuluculuğa başvurmanın zorunlu olmadığını anlaşıldığı; ancak 23. maddede açıklanan süreçten öncelikle bu yola başvurulması gerektiğinin anlaşıldığını ifade etmektedir²⁰².

Kanımızca konu, 5042 sayılı Kanun'un 19. maddeden başlanarak 23. maddedeki mahkeme sürecine kadar halkanın bir parçasını oluşturduğu için, 19. maddenin esas alınarak arabuluculuğa başvurulmasının zorunlu olmadığını, ancak arabuluculuk yoluna başvurulursa mahkeme süreci ve süresinin 23. maddedeki süre ve koşullarda incelenmesi gerektiğinin kabul edilmesi gerekir. Ayrıca *Boztosun*'un belirttiği gibi arabuluculuğa başvurulmadığı durumlarda, sözleşmesel lisans teklifi ve sürecinin işletildiğinin de ortaya konulması gerekir. Gerçekten de bu, zorunlu lisans kurumu ile ilgili yukarıda açıklanan temel ilkelerle uyumlu olacaktır. Zira zorunlu lisansla ilgili gerek 6769 sayılı Kanun'un genel düzenlemeleri (m. 129/2-3), gerek 129/1-d ve 129/8 hükmünde, sözleşme görüşmeleri ön aşaması zorunlu kılınmıştır. Açık deyişle talepte bulunan, burada da Bakanlığın arabuluculuğuna başvurabileceği gibi, bu yola başvurmazsa patent sahibi ile lisans sözleşmesi yapma konusunda

200 Zaten yetki karmaşası da buradan çıkmaktadır. Zira normalde zorunlu lisansta, kural olarak *mahkeme* (sözleşmesel görüşme aşamasından sonra); istisnai olarak da Cumhurbaşkanı ve Rekabet Kurulu yetkilendirilmiştir. Açık deyişle 6769 sayılı SMK'da yetki tek bir merciye verilmiştir. Oysa 5042 sayılı Kanun'da birden çok merci sayılarak çatışma yaratılmıştır.

201 Odman (Boztosun) İslahçı (n 188) 163, 165-166.

202 Tüysüz (n 194) 235-236.

gerçekçi, sözde olmayan görüşmeler yürütmeli; bu görüşmelerden bir sonuca ulaşılamazsa mahkeme kararı ile zorunlu lisansı alabilmelidir. Böylece, arabuluculuğa başvurulmadan, sözleşme görüşmeleri de yapılmadan, doğrudan mahkeme kanalı ile zorunlu lisans talep edilememelidir.

bb. Cumhurbaşkanlığı Kararı ile

Yukarıda da belirtildiği gibi zorunlu lisansa artık doğrudan Cumhurbaşkanlığı karar verir. Korunan çeşidin kullanımının millî savunma veya halk sağlığı bakımından önemli olması halinde ise zorunlu lisans teklifi, Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığının ile Millî Savunma Bakanlığı veya Sağlık Bakanlığının tarafından birlikte yapılacağına dair hüküm yürürlükten kaldırılmıştır.

cc. Arabuluculuk Aşamaları

Yukarıda da belirtildiği gibi, 5042 sayılı Kanun'un 19. maddesi uyarınca zorunlu lisans verilmesi için talepte bulunmak isteyen kişi, önce aynı çeşit için sözleşmeye dayalı lisans verilmesi amacıyla Bakanlıktan arabuluculuk etmesini isteyebilir.

Bakanlık, kendisine yapılan arabuluculuk talebi ile bu talebe ekli belgelerin incelenmesinden ve yaptığı araştırmadan sonra, zorunlu lisansın verilmesini gerektiren bir durum olduğu, talepte bulunan kişinin ödeme gücü bulunduğu ve hak konusu çeşidin kullanımı için gerekli imkânların var olduğu kanısına varırsa arabuluculuk talebini kabul eder (m. 20/2). Arabuluculuk talebi konusundaki karar, talep tarihinden itibaren bir ay içinde verilir. Bakanlık, arabuluculuk talebi konusundaki kararını, talep sahibine ve ayrıca arabuluculuk talebinin bir sureti ile birlikte hak sahibine bildirir (m. 20/3).

Bakanlığın, arabuluculuk talebini kabul etmesi durumunda, arabulucu olarak bulunacağı sözleşmeye dayalı lisans görüşmelerine, ilgili tarafların katılması için gecikmeksizin çağrıda bulunulur. Görüşmeler en çok iki ay sürer (m. 21/1). Arabuluculuk talebinin kabul edildiğinin taraflara bildirilmesini izleyen iki aylık süreye rağmen, sözleşmeye dayalı bir lisansın verilmesi mümkün olmamışsa Bakanlık, arabuluculuk ve araştırma faaliyetinin sona erdiğini açıklar ve bunu ilgililere bildirir (m. 21/2). Lisans sözleşmesinin gerçekten yapılabileceği kanısına varılırsa tarafların birlikte yapacağı en çok bir aylık ek süre talebi, iki aylık süre geçmesine rağmen kabul edilebilir (m. 21/3). Bakanlığın kararını vermesinden önce, sadece tarafların, arabuluculuk işlemleri ile ilgili belgelere bakma ve suretleri isteme hakları vardır. Taraflar ve Bakanlık, belgelerin içeriğinin gizliliğine uymakla yükümlüdür (m. 21/4)²⁰³.

Bakanlığın arabulucu olduğu görüşmeler sonucunda, tarafların hak konusu çeşidin kullanımı ile ilgili lisans konusunda anlaşmaya varmaları halinde lisans alanın çeşidi kullanmaya başlaması için kendisine süre tanınır. Ancak bu süre bir yılı aşamayacaktır (m. 22/1-2)²⁰⁴.

203 Gizliliğe uyulmaması durumunda, Kanun'da özel bir yaptırım öngörülmemesine rağmen, tarafların uğrayacağı zararların tazmininin istenebileceği hakkında bkz. Tüysüz (n 194) 236.

204 Arabuluculuk faaliyetinin sonuçlanması için aşağıdaki şartlar aranır:

a) Taraflarca kararlaştırılan lisansın inhisari lisans olması ve zorunlu lisansa konu olmasını engellememesi (Hükümdeki "olması" ifadesinin "olmaması" şeklinde anlaşılması gerektiğine dair haklı eleştiri için bkz. Odman (Boztosun) İslahçı (n

Bakanlık, tarafların sundukları belgelere dayanarak ikinci fıkrada öngörülen şartların yerine getirilmiş olduğuna ve tarafların çeşidin kullanımı konusunda hemen harekete geçeceklerine ilişkin kesin bir kaniya varırsa arabuluculuk işlemlerini tamamlar ve arabuluculuk sonucu verilen lisansı Kütüğe²⁰⁵ kaydeder (m. 22/3). Bakanlığın arabuluculuğu sonucunda taraflar lisans konusunda anlaşmış olduğunda, bu süreç sonucunda verilen bir zorunlu lisans kararı söz konusu olacaktır. Hükümden de anlaşıldığı gibi her ne kadar taraflar anlaşmış olsa bile, söz konusu lisans, Bakanlığın bir kararı olarak kütüğe kaydedilecektir²⁰⁶.

Bakanlığın arabuluculuk faaliyeti sonucu lisans alan, öngörülen süre içinde çeşidi kullanmaya başlamazsa Bakanlık, lisans alanın lisans verene bir bedel ödemesi gerektiğine karar verebilir. Bedel, çeşidin kullanılmadığı süreye eşdeğer süreli bir lisans sözleşmesinde lisans alanın hak sahibine ödemesi gereken lisans bedeline göre hesaplanır (m. 22/7).

çç. Mahkeme Tarafından Zorunlu Lisans Verilmesi

5042 sayılı Kanun'un 23. maddesi uyarınca, 21. maddede öngörülen (iki aylık) sürenin bitmesinden veya Bakanlığın arabuluculuk yapmasına ilişkin talebi reddeden kararından itibaren üç aylık süre geçmişse veya Bakanlık tarafından yapılan arabuluculuk faaliyeti süresi içinde taraflar lisans sözleşmesi yapılması konusunda anlaşmaya varamamışlarsa mahkemeden zorunlu lisans verilmesi talep edilebilir.

Zorunlu lisans talep eden, daha önce yapılan arabuluculuk işlemlerine ve bu amaçla sunulan belgelere dayanarak zorunlu lisansın verilmesi ile ilgili şartların gerçekleştiğini ileri sürebilir. Talep sahibi ayrıca çeşidi etkin bir biçimde kullanmayı sağlayacak imkânları ve lisans verilmesi halinde gösterebileceği teminatı belirtir (m. 23/2-3).

Mahkeme, 23. maddede öngörülen koşullar gerçekleşirse, zorunlu lisans talebiyle ilgili işlemlere başlar. Talebin ve ekli belgelerin birer sureti hak sahibine gönderilir. Hak sahibi, belgelerin alındığı tarihten itibaren en geç bir ay içinde, bunlara karşı itirazda bulunabilir. Ancak, Bakanlığın arabuluculuk talebini reddetmiş olması sebebiyle (m. 21/2) zorunlu lisans talebinde bulunulması halinde, hak sahibine tanınacak itiraz süresi, iki aydan az olamaz (m. 24/2).

Hak sahibi eğer itiraz etmişse yapılan itirazda, daha önce Bakanlığın yaptığı arabuluculuk işlemlerine ait belgeler göz önüne alınır ve bu işlemlerle ilgili olarak ileri sürülen fakat söz konusu belgelerde yer

188) 164-165). Bu çelişki ile ilgili olarak ayrıca bkz. Tüysüz (n 194) 237.

(b) Hak konusu çeşidin kullanılması için, arabuluculuk talebinde bulunanın gerekli imkânlarla sahip olduğunu ve çeşidin niteliği itibarıyla kullanıma başlamak için süreye ihtiyacı olduğunu kanıtlayan belgelerin temin edilmesi.

c) Talepte bulunanın, öngörülen süre içinde hak konusu çeşidi kullanıma başlatabilmesi halinde doğabilecek sorumluluk için yönetmelikte belirtilen teminatın verilmesi.

d) Yönetmelikte belirtilen arabuluculuk ücretinin ödenmesi.

205 5042 sayılı Kanun'un 2-k bendine göre Kütük, ıslahçı hakkı başvurusu ve hakkın tescili ile ilgili hususların kayıtlı olduğu sicilleri ifade eder.

206 Odman (Boztosun) Islahçı (n 188) 162-163.

almayan deliller de sunulur. Delillerin birer sureti mahkeme tarafından hak sahibine gönderilir (m. 24/3).

Mahkeme, hak sahibi tarafından yapılan itirazı zorunlu lisans talep edene tebliğ eder. Tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde, *talebin reddine veya zorunlu lisansın verilmesine* karar verilir. Ancak hak sahibi zorunlu lisans talebine itiraz etmemişse mahkeme gecikmeksizin zorunlu lisansa karar verir (m. 25/1).

Zorunlu lisans kararında, lisansın kapsamı, bedeli, iki yıldan az dört yıldan fazla olmamak üzere süresi, lisans alan tarafından gösterilen teminat, lisansın kullanıma başlama zamanı ile çeşidin etkin kullanımına ilişkin hususlar yer alır (m. 25/2).

Kararın temyizi halinde, uygulamanın durdurulması için hak sahibi tarafından sunulan deliller mahkemece yeterli görülürse çeşidin kullanımı, lisansa ilişkin kararın kesinleşmesine kadar ertelenir. Temyiz talebi kesinleşmiş kararın uygulanmasını geciktirmez (m. 25/3).

Zorunlu lisans verilmesi talebinin yapılmasından sonra mahkeme, lisans verilmesi ile ilgili kararın alınması bakımından gereken işlemlere başlar. Mahkeme, her iki tarafın müştereken ve gerekçeli talebi üzerine bir defaya mahsus olmak üzere zorunlu lisans işlemlerini en çok üç aylık bir süre için durdurabilir. Bu sürenin dolması üzerine mahkeme, durumu taraflara bildirir ve işlemlere tekrar devam eder.

c. Zorunlu Lisansın Hukukî Niteliği ve Tarafların Hak ve Yükümlülükleri

aa. Genel Olarak

Yukarıda açıklanan konu ile ilgili zorunlu lisansın hukukî niteliği ile tarafların hak ve yükümlülükleri 5042 sayılı Kanun'un 27 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. Ancak bu hükümlerin sadece mahkeme tarafından verilen zorunlu lisanslar için mi söz konusu olduğu, Cumhurbaşkanı tarafından verilen zorunlu lisansı kapsayıp kapsamadığı açık değildir. Zira düzenlemeler incelendiğinde, bu kuralların mahkeme tarafından verilen zorunlu lisansları kapsadığı izlenimi doğmaktadır (öz. m. 27/IV-V-VI-VII). Ancak düzenlemelerin, hangi merci karar verirse versin ortak ilkeler öngördüğünün kabulü gerekir.

bb. Zorunlu Lisansın Hukukî Niteliği

5042 sayılı Kanun'un 27/I hükmünde, zorunlu lisansla ilgili genel ilkelere paralel olarak zorunlu lisansın inhisarî olmadığı, ancak verilmiş amacındaki gerekleri karşılamak kaydıyla, inhisarî nitelikte de olabileceği öngörülmüştür. Hemen belirtelim ki bu fıkrada "...zorunlu lisans inhisarî nitelikte de verilebilir." şeklindeki ibareden, edilgen bir cümle kurulduğu anlaşılmaktadır. Bu da yukarıda belirttiğimiz, bu ilkelerin gerek Cumhurbaşkanı, gerek mahkeme tarafından verilen zorunlu lisans kararı için uygulanabilir olduğunu teyit etmektedir. Bu durumda istisnai olarak zorunlu lisansın

inhisari nitelikte olduğuna, Cumhurbaşkanı veya mahkeme karar verecektir. Arabuluculuk olumlu sonuçlanmışsa kararı Bakanlık vereceği için, bu olasılıkta da Bakanlık, zorunlu lisans kararında bunun niteliğini belirleyebilecektir.

cc. Bedel ve Bedelde İndirim

Zorunlu lisans ister mahkeme ister Cumhurbaşkanı kararına dayansın, yine zorunlu lisansla ilgili temel ilkelere uygun olarak bedelsiz olamaz. Zira Kanun uyarınca zorunlu lisans verilmesi halinde hak sahibine uygun bir bedel ödenir. Lisans bedeli, özellikle çeşidin ekonomik önemi göz önüne alınarak belirlenir (m. 27/II). Bedel ödeme borcu, lisans alanın borcu, lisans verenin ise alacak hakkını teşkil eder.

Burada lisans alanın bedelde indirim talep etme hakkı ile ilgili de bir düzenleme yapılmıştır. Gerçekten de zorunlu lisans sebebiyle, hak sahibi ve lisans alan arasında doğan güven ilişkisi, *hak sahibi* tarafından ihlâl edilirse *lisans alan*, ihlâlin hak konusu çeşidin değerlendirilmesindeki etkisine göre hak sahibinin isteyebileceği lisans bedelinden indirim yapılmasını talep edebilir (m. 27/IV). Hükümde indirimin nereden isteneceğine dair bir açıklık yoktur. Kanımızca kararı mahkeme vermişse indirim kararını da mahkeme verebilir. Cumhurbaşkanı tarafından verilen bir zorunlu lisans söz konusu ise değişiklik için yeni bir Cumhurbaşkanı kararı gerekecektir²⁰⁷.

çç. Süre ve Süre Uzatımı

Kanun her ne kadar, Cumhurbaşkanı veya arabuluculuk olumlu sonuçlanmışsa Bakanlık tarafından verilecek lisanslar için bir süre öngörmese de mahkeme tarafından verilen zorunlu lisans için süre sınırlaması getirmiştir. Yukarıda belirtildiği gibi mahkeme iki yıldan az dört yıldan fazla olmamak üzere lisansın süresini de belirler (m. 25/2). Diğer olasılıklarda, lisans süresinin işlemi yapan idarenin takdirine bırakılmış olduğu izlenimi ortaya çıkmaktadır.

Kanun'da ayrıca süre uzatımı ile ilgili bir düzenleme de yer almıştır. Kanun'un 27. maddesinin 6. fıkrası uyarınca zorunlu lisans süresinin dolması halinde, lisans süresinin uzatılması mahkemeden talep edilebilir. Mahkeme, zorunlu lisans verilmesini gerektiren şartların devam etmekte olduğunu tespit ederse lisans süresini 25. maddenin ikinci fıkrası çerçevesinde uzatabilir. Ancak bu yeni sürenin de Kanun'da öngörülen süreden daha uzun olamayacağı görüşü bulunmaktadır²⁰⁸.

Ancak diğer olasılıklar için bir süre öngörülmediği için süre uzatımı ile ilgili düzenlemenin sanki mahkeme kararına dayanan zorunlu lisanslar için uygulanacağı gibi bir anlam da çıkmaktadır.

207 Konu ile ilgili tartışmalar için bkz. aşa. V, III, B.

208 Odman (Boztosun) İslahçı (n 188) 167; Tüysüz (n 194) 241.

dd. Materyali Teslim Yükümü

Hak sahibi, zorunlu lisans alan kişiye zorunlu lisans süresince çoğaltım materyalini vermekle yükümlüdür (m. 27/III)²⁰⁹.

ee. İptal Talebi

Lisans alan, zorunlu lisanstan doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde ihlâl etmekte veya sürekli olarak yerine getirmemekte ise hak sahibi *tazminat hakları saklı kalmak kaydıyla*, zorunlu lisansın iptali için mahkemeye başvurabilir (m. 27/son).

ff. Değişiklik Talep Etme

Lisans alana (ve aslında hak sahibine de) tanınan bir diğer hak ise sonradan ortaya çıkan durumlarda değişiklik talep etmedir. *Lisans alan veya hak sahibi*, sonradan ortaya çıkan ve değişikliği haklı kılan olaylara dayanarak mahkemeden zorunlu lisans bedelinde veya şartlarında değişiklik yapılmasını talep edebilir. Özellikle hak sahibi, zorunlu lisans verilmesinden sonra, zorunlu lisansa göre daha uygun şartlarda sözleşmeye dayalı lisans yapması halinde böyle bir talepte bulunabilir (m. 27/V).

gg. Devretme

Lisans alanın bir diğer hakkı ise zorunlu lisansı devretmedir. 5042 sayılı Kanun uyarınca zorunlu lisans başkasına devredilebilir. Ancak zorunlu lisans devrinin geçerli olabilmesi için işletme ile birlikte veya lisansın değerlendirilmekte olduğu işletme kısmının devredilmesi gerekir. Bu hükümle, zorunlu lisansı devralan kişinin bir işletmeye sahip olması şart koşulmakta; böylece korunan çeşidin kullanılmaması veya nitelik veya miktar bakımından yetersiz kullanılmasının ve dolayısıyla kamu yararına hizmet etme şartının sekteye uğraması önlenmektedir²¹⁰.

Zorunlu lisans devri, Bakanlık tarafından Kütüğe kaydedilir (m. 28/I).

hh. Alt Lisans Verme Yasağı

Lisans alanın tâbi olduğu önemli bir yükümlülük ise alt lisans verememesidir. Lisans alanın, alt lisans sözleşmesi yapması durumunda, yapılan işlem geçersizdir (m. 28/II). Ancak alt lisans yasağı, alt lisans oluşturmamak kaydıyla, lisans alanın zorunlu lisansı bizzat kullanması zorunluluğu anlamına gelmeyip çalışanlar veya yardımcı kişiler vasıtasıyla da bu hak kullanılabilir²¹¹.

209 Hükümle ilgili eleştiriler için bkz. Odman (Boztosun) Islahçı (n 188) 167.

210 Tüysüz (n 194) 241.

211 İbid 242.

II. Kıyas

Tıpkı 6769 sayılı Kanun'da olduğu gibi, sözleşmeye dayanan lisans ile ilgili hükümler, kural olarak zorunlu lisansa da uygulanır. Gerçekten de 5042 sayılı Kanun'un 30. maddesi gereğince Kanun'un 50 nci ve 51 inci maddelerde belirtilen sözleşmeye dayalı lisans ile ilgili hükümler, mahiyetine aykırı olmamak kaydıyla zorunlu lisansa da uygulanır.

F. PATENT SAHİBİNİN, PATENTİ KULLANILIRKEN REKABETİ ENGELLEYİCİ, BOZUCU VEYA KISITLAYICI FAALİYETLERDE BULUNMASI

1. Rekabet Hukuku ile Sınai Mülkiyet Hukuku Arasındaki İlişki

Bir sınai hak olan patent hakkı, sahibine mutlak hak tanır. Bu mutlak hakkın içinde yer alan serbestçe ve tekel niteliğindeki kullanım hakkının liberal ekonomik düzenlerde uygulanan ve rekabet hukukunun da korumayı amaç edindiği serbest rekabetin sağlanması amacı karşısında ne oranda korunacağı çözülmesi gereken bir sorunsal olarak karşımıza çıkmaktadır²¹². Bu sorunsalın çözülmesi için sınai haklara rekabet hukuku bakış açısı ile yaklaşılması ve bu iki alan arasındaki önceliklerin belirlenmesi gerekecektir²¹³. Ancak hemen belirtmek gerekir ki her iki hukuk dalının ortak amaçlarından biri de teknolojik yeniliklerin teşvikidir. Teknolojik ürünlere ilişkin eylemlerin kamu yararına aykırılık oluşturması durumunda, her iki hukuk dalının da müdahaleci bir yaklaşım sergilediği görülmektedir. Bunun yanında, her iki hukuk dalının ortak denetleme alanlarından birisini de zorunlu lisans oluşturmaktadır. Böylece, bu düzenleme sayesinde devlet veya üçüncü kişiler buluşunun teknolojik ürünlerinden, patent sahibinin rızası dışında yararlandırılmaktadır²¹⁴.

Lisans sözleşmesinin birçok işlevi bulunmaktadır. Her şeyden önce bu sözleşmelerle lisans sahibinin bir gayri maddî mala erişmesi ve bu yolla endüstriyel olanaklarını geliştirerek daha kolay rekabet edebilir hale gelmesi sağlanmaktadır. Çünkü inhisarî lisans bir tarafa bırakılacak olursa, patent sahibinin patent hakkından doğan tekel hakkı, bu yolla bir ölçüde de olsa zayıflamakta; tekel hakkının bu şekilde yumuşatılması da lisans alanlara kısmî bir rekabet olanağı sağlamaktadır²¹⁵.

Fikrî ve sınai haklar doğası gereği, sahibine tekelci haklar sunarken rekabet hukuku ise tam aksine tekelleşmeye karşı çıkarak rekabeti korumayı amaçlamaktadır. Görüldüğü gibi, bu iki alanın amaçları

212 TRIPS m. 31/-k uyarınca, "...Üyelerin, adli veya idari bir işlemden tespit edilen rekabete aykırı bir uygulamanın düzeltilmesi amacıyla bu tür bir kullanıma izin verildiği durumlarda (b) ve (f) alt paragraflarında belirtilen koşulları uygulamaları gerekmez. Rekabete aykırı bir uygulamanın düzeltilmesi ihtiyacı, bu gibi durumlarda ücret miktarının belirlenmesinde dikkate alınabilir. Yetkili makamlar, iznin verilmesine yol açan koşulların tekrarlanmasının muhtemel olması halinde izni sona erdirmeyi reddetme yetkisine sahip olacaktır."

213 Özdemir (n 1) 4. Bu konuda ayrıca bkz. Odman (Boztosun) Rekabet, (n 12) 50, 74 vd.; Nagehan Kırkbeşoğlu, 'Sınai Mülkiyet ve Rekabet Hukukunda Zorunlu Lisans (Zwanglizenz)' (Vedat 2009) Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, C. II 1095, 1113 vd.; Deniz Topcu, 'Patent Lisans Sözleşmeleri Düzenlemelerinin Rekabet Hukuku Yönüyle Değerlendirilmesi', (2018) 13(45), Terazi Hukuk Dergisi 177 vd.

214 Odman (Boztosun) Rekabet (n 12) 50-51.

215 Erdem (n 1) 133.

arasında bir zıtlık göze çarpmaktadır²¹⁶. Fikrî ve sınaî hakların yarattığı tekel durumunun, piyasa açısından bakıldığında anti-rekabetçi etkileri olduğu, özellikle de patent hakkı için yadsınamaz bir gerçektir²¹⁷. Fakat durum bu merkezden görünse bile, teknolojik yeniklerin artması sonucunda bu iki hukuk dalının birbirlerine karşı değil, aslında birbirlerini tamamlayıcı nitelikte olduğu görüşleri de dile getirilmiştir²¹⁸. Gerçekten de hem fikrî ve sınaî haklar hem rekabet hukuku kurallarının temel amacı ekonomik düzeni kurmak ve korumak, kalkınmayı sağlamak ve sürdürmek; böylece toplumsal refahı arttırmaktır. Bu nedenle de geniş bir bakış açısı ile bakıldığında amaçların aynı hedefe yöneldiği görülür. Bu da sınaî ve teknolojik üretimde gelişme ve kaynak kullanımında etkinlik sağlamaktır²¹⁹.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (RKHK) düzenlemelerine bakıldığında, Rekabet Kurulu'na, rekabet sınırlamalarının söz konusu olduğu veya böyle bir durumun somutlaştığı durumlarda, teşebbüslere belirli şekilde hareket etmeleri veya davranmaları yönünde talimatları içeren idarî karar yetkisinin verildiği görülmektedir (RKHK m. 9/I, 14, 15). Bu durumda sözleşme yapmaktan kaçınmanın da rekabet sınırlaması oluşturduğu kanısına varıldığında²²⁰, 6769 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce dahi Rekabet Kurulu kararı ile adeta zorunlu lisans sözleşmesi yaratılmış olduğunun kabul edilmesi gerektiği savunulmakta idi. 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinde Kurul'a verilen "ihlâl son verme" görevi çerçevesinde lisans sözleşmesinin yapılması yolunda Kurul tarafından karar alınabileceğini öğretti tarafından kabul ediliyordu²²¹. Kaldı ki Kurul'un anılan maddede öngörülen yetkileri 16.06.2020 tarih ve 7246 sayılı Kanun²²² ile daha da genişletilmiştir.

Patent üzerindeki mutlak hakkın kullanımının başka bir kişiye bırakılması tek başına rekabeti bozucu veya bir işletmeyi piyasaya hâkim kılma sonucu doğurmayabilir²²³. Ancak, faaliyet gösterilen piyasanın niteliği, sağlanan üstün durumun hâkim durumun kötüye kullanılması sonucunu doğurması mümkündür²²⁴. Böylece özellikle sözleşmesel lisansta, tarafların yarattıkları durumun, rekabeti bozucu sonuçları ortaya çıkabilir ve bu yüzden de sözleşme geçersiz olabilir. Bunun dışında, anılan lisans sözleşmesine taraf olmayan ve bu yüzden de piyasadaki menfaatleri zedelenen bir kişiye, sınaî hak sahibinin lisans hakkı tanımak zorunda bırakılması da söz konusu olabilecektir ki, bu

216 Özdemir (n 1) 200; Utku (n 22) 1, 7; Çolak (n 29) 725; Serdar Nart 'Rekabetin Korunması Kapsamında Fikrî ve Sınaî Hakların Sınırları' (2009) 11(1), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 113, 116-117, 121.

217 Utku (n 22) 7.

218 Odman (Boztosun) Rekabet (n 12) 76; Nart (n 216) 116. Ayrıca bkz. Ali Arıöz ve Özgür Can Özbek, 'Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasının Sonucu Olarak Zorunlu Lisanslama: Değerlendirme Kriterleri ve Uygulanacak Standartlar' (2010) 11(3), Rekabet Dergisi 11, 16-17.

219 Utku (n 22) 7; Şahin Yavuz, 'Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukunda Fikri Mülkiyetin Zorunlu Lisanslaması: İms Davası ve Bazı Yanılsamalar' (2005) 22, Rekabet Dergisi 4, 5-6.

220 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Osman Berat Gürzumar, *Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü (Hâkim Durumun Rakiple Anlaşma Yapmaktan Kaçınmak Suretiyle Kötüye Kullanılması)* (Seçkin 2006) 69; Kırkbeşoğlu (n 213) 1114. Konu ile ilgili olarak ayrıca bkz. Yavuz (n 218) 11 vd.; İpek Çimen Bulut, 'Zorunlu Unsur Doktrininin Uygulama Koşullarının Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Gelişimi: Vaka Analizleri' (2019) 2(2), İzmir Democracy University Social Sciences Journal 88, 90, 92 vd.

221 Özdemir (n 1) 11; Odman (n 12) 51, 294 vd.

222 RG 24.06.2020/31165.

223 Bkz. Nart (n 216) 130.

224 İsviçre hukukunda benzer yönde bkz. Seitz (n 33) Art. 40 N. 23.

durum zorunlu lisansı ifade etmektedir. Ayrıca, patent hakkı sahibinin lisans sözleşmesi ile bu hakkın kullanımını tekeli olarak başkasına bırakması, lisans alanın piyasada hâkim duruma geçmesine neden olabilecektir²²⁵. Bununla birlikte yukarıdaki durumun aksine, özellikle bir işletmenin, yaptığı lisans sözleşmesi ile patentten doğan hakkı tekeli olarak devralması, tek başına 4054 sayılı Kanun'un ihlâl edildiği anlamına gelemez; çünkü Kıta Avrupası ve ondan mülhem Türk rekabet hukukunda, hâkim durumda olmak değil, bu hâkimiyeti kötüye kullanmak hukuka aykırıdır²²⁶. Kuşkusuz, çok önemli ve daha önce eşi benzeri görülmemiş patentli bir buluş üzerinde münhasır lisans sözleşmesi ile tekel hakkına sahip olan bir işletmenin, ilgili piyasanın tek hâkimi olması ve bunu kötüye kullanma sonucunu doğuracak eylemlere girişmesi, uzak bir ihtimal değildir. İşte bu zorunlu lisans olasılığı, patent hakkının kötüniyetli olarak yeni yatırımcıların piyasaya girmelerini zorlaştıracak ve mevcut yatırımcıların rekabet etme gücünü zayıflatacak şekilde kullanılmasının önüne geçilmesini sağlamaktadır²²⁷.

Zorunlu lisans açısından bakılacak olursa lisans alan, kullanmama durumuna dayanarak bu lisansı elde etmişse, rekabet açısından patent sahibi teşebbüse göre bazı açılardan daha dezavantajlı durumdadır ve onunla ciddi bir fiyat rekabetine girişmesi zordur. Çünkü zorunlu lisans sahibinin ödeyeceği bedel, mahkemece buluşun ekonomik değerine göre belirlenir. Buluşun niteliğinin, yeni bir ürün pazarı oluşturacak veya tekeli rekabete yol açacak nitelikte olması, lisans bedelini yükseltecektir. Böylece, zorunlu lisans alanın girdi maliyeti artacaktır. Ayrıca lisans alanın patentli ürünü ihraç edememesi²²⁸, pazarını genişletmesini engelleyecek; bu da patentli ürün yoluyla elde edeceği gelirleri düşürecektir. Patent konularının bağımlılığı nedeniyle verilen normal zorunlu lisanslarla "karşı zorunlu lisanslar" ise patentli buluşun geliştirilmesi ve uygulanması yolu ile rekabetin geliştirilmesi yolunda yararlıdır. Böylece hem eski hem de yeni teknoloji yaygın kullanımı sağlanmakta; bu da rekabetin artması sonucunu doğurmaktadır²²⁹.

Böylece belirtmek gerekir ki bu durum Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'un uygulama koşullarının ortaya çıkması durumunda, sınai haklarla ilgili alana müdahale edilemeyeceği anlamına gelmemektedir. Ancak öğretilerde zorunlu lisans açısından, bunun uygulanması sonucunda elde edilen hakkın, rekabet sınırlamalarına girmeyeceği savunulmaktadır. Açık deyişle zorunlu lisans yoluyla elde edilen hak aracılığı ile rekabet sınırlaması yapıldığı iddia edilemeyecektir. Çünkü burada taraf iradelerinin ötesinde yaratılmış bir tekel durumu vardır ve bu durum yasal bir düzlemedir. Bir başka deyişle, Kanun'un zorunlu lisans düzenlemesi ile rekabet hukuku ile patent hakkı arasındaki çatışma,

225 Özdemir (n 1) 36-37.

226 Odman (n 12) 233. Bu bağlamda, İsviçre Federal Mahkemesi, hâkim durumdaki bir şirketin Patent Kanunu ile kendisine verilen tekel konumunu İsviçre pazarını kapatmak ve özellikle makul olmayan fiyatlar veya makul olmayan iş koşulları dayatmak amacıyla kötüye kullanması halinde, bunun Kartelgesetz'in (KG) 7. maddesinin 2. fıkrasının (c) bendinin ihlalinin teşkil ettiğine karar vermiştir (BGE 126 III 129, E. 9c- "Kodak"). Bkz. Seitz (n 33) Art. 40 N. 29. Amerikan anti-trust hukukunda, Sherman Act'te, tekel oluşturmak ve tekel oluşturmaya teşebbüs edilmesi *per se* yasaklanmaktadır. Bkz. İsmail Yılmaz Arslan, *Rekabet Hukuku, Teori ve Uygulama* (6. Bası, Ekin 2021) 692.

227 Bektaş (n 49) 301.

228 Bkz. Hacker (n 22) PatG. § 24 Rn. 70.

229 Bkz. Utku (n 22) 35-36.

kanunî tekelden yana çözüme kavuşturularak rekabet hukuku düzenlemesi dışına çıkarılmıştır²³⁰. Kaldı ki kural olarak zorunlu lisansın inhisarı olamaması da bu durumu destekler niteliktedir. Ancak yine de verilen bir tekel yetkisinin kırılması söz konusu olduğu için zorunlu lisans hükümlerinin uygulanmasının fiyat ve teknoloji rekabeti açısından önemli sonuçları bulunmaktadır²³¹.

2. Sınai Mülkiyet Kanunu'nda Durum

Yukarıdaki açıklamalara paralel olarak SMK m. 129/1-e bendinde patent sahibinin, patent kullanılırken rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı faaliyetlerde bulunması da bir zorunlu lisans sebebi olarak öngörülmüş; aynı maddenin 2. fıkrasında ise bu bent kapsamında verilecek zorunlu lisansın Rekabet Kurumu'ndan talep edileceği öngörülmüştür²³²⁻²³³. Böylece bu Kanun yürürlüğe girmeden önce öğretilde 4054 sayılı Kanun'un 9., 14. ve 15. maddelerine ilişkin olarak yapılan yorumlara paralel olarak 6769 sayılı Kanun'la, Rekabet Kurumu'na, patent sahibinin patenti kullanırken rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı faaliyetlerde bulunması durumunda, üçüncü kişiler lehine zorunlu lisans ihdas ederek bu tekeli yetkinin kötüye kullanılmasının önüne geçme yetkisi verildiği belirtilmiştir²³⁴.

Ancak belirtmek gerekir ki hüküm oldukça sade şekilde kaleme alındığı için bu kararın re'sen mi, yoksa talep üzerine mi verileceği konusunun açıklığa kavuşturulması gerekir. SMK m. 129/2 hükmü "...*(e) bendi kapsamında verilecek zorunlu lisans Rekabet Kurumundan talep edilir.*" ibaresini içermektedir. Hükümde "talep edilir" ifadesi geçtiği için esas olarak bunun talep üzerine olacağını, koşulları varsa Kurum'dan da talep eden lehine zorunlu lisans verilmesine karar vereceğinin kabul edilmesi gerekir²³⁵. Kuşkusuz, zorunlu lisansın inhisari olmaması kural olduğu için patent sahibi de yine yeni lisanslar verebilir. Böylece piyasadaki tekel de "kırılmış" olur.

230 Özdemir (n 1) 210-211.

231 Utku (n 22) 33.

232 Alman hukukunda, rekabet hukuku anlamında bir kötüye kullanımın söz konusu olduğu durumlarda, kamu yararının söz konusu olacağı ve (Türk hukukunun aksine, PatG.'te bu yönde açık hüküm olmamasına rağmen) Rekabet Kanunu'nun 19. ve 20. paragraflarından yola çıkılarak bir zorunlu lisans gerekçesi oluşturabileceği kabul edilmektedir (Bkz. BGHZ 160, 67, 72). Bkz. Kober-Dehm (n 23) PatG § 24 Rn. 19; Wilhelmi (n.4) § 24 Rn. 95 vd.; Hacker (n 22) PatG. § 24 Rn. 42.

233 Mülga 551 sayılı KHK'nin "Rekabetin Kötüye Kullanımı" başlıklı 93. maddesinde, "*Bir patent sahibi, patenti kullanırken haksız rekabete ilişkin genel hükümlere aykırı faaliyette bulunmuşsa, mahkeme tarafından lisans verme teklifinde bulunmaya mahkum edilebilir.*" ifadesi yer almaktaydı. Kanımızca hükümde, rekabet hukuku ihlalleri kastedilmesine rağmen, hatalı bir şekilde "haksız rekabet" ifadesi yer almaktaydı.

234 Fikri mülkiyet haklarının kullanımının rekabet hukuku -ve özel olarak 4054 sayılı Kanunun 6. maddesi- kapsamında değerlendirilebileceği bir karar olarak Bilsa kararı gösterilmektedir [21.03.2007 tarih ve 07-26/238-77 sayılı Kararı]. Ancak öğretilde bu kararda, fikri mülkiyet haklarının lisanslanması konusunda gerekli şartların sayılmadığı ve veri aktarımının zorlaştırılması yoluyla rakip faaliyetlerin zorlaştırılmasının eylemin ihlal olarak değerlendirilmesi için yeterli olduğuna hükmedildiğine değinilmemektedir. Karar fikri mülkiyet hakları ile tanınan münhasır uygulamalara rekabet hukuku yoluyla müdahale edilebileceğini göstermesi bakımından önem arz etmekle birlikte, genel olarak sözleşme yapma yükümlülüğü ve özel olarak fikri hakların zorunlu lisanslamasının hangi koşullarda gerekli olduğu konusunda açıklayıcı ve net bir yaklaşım sergilemediği eleştirisi yapılmaktadır. Bkz. Arıöz ve Özbek (n 218) 25 vd., 46.

235 Rekabet Kurumu'nun kararını verirken mahkemelerle aynı hükümlere göre hareket edeceği yönünde bkz. Topcu, Patent Lisans (n. 162) 40.

Alman hukukunda da PatG § 24 ve bir zorunlu lisans verilmesi talebinin, rekabet hukuku hükümlerinin uygulanmasına engel teşkil etmeyeceği kabul edilmektedir²³⁶. Böylece Alman hukukunda PatG. § 24'te öngörülen koşullardan bağımsız olarak bir lisans verilmesini talep hakkının rekabet hukukundan da kaynaklanabileceği; bu durumun özellikle lisans vermeyi reddetme ya da patentin uygulanmasının hâkim durumun kötüye kullanılması ya da hâkim durumdaki bir teşebbüs tarafından haksız bir engelleme ya da ayrımcılık teşkil ettiği durumlarda söz konusu olduğu ifade edilmektedir²³⁷. Tek fark bu hukuk sisteminde anılan gerekçe ile zorunlu lisansa yine mahkemenin karar verecek olmasıdır²³⁸. Alman uygulamasında genelde kartel hukuku temelindeki lisans verme talebi, ihlal davasında bir itiraz olarak kullanılmaktadır²³⁹. Alman Federal Mahkemesi 2004 yılında verdiği bir kararda bu durumu teyit etmiştir²⁴⁰.

ATAD içtihatlarına göre²⁴¹ (Europäischer Gerichtshof-EuGH), lisansların genel olarak reddedilmesi, şu üç koşulun birlikte bulunması durumunda Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma (*Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union-AEUV*) Art. 102 anlamında bir hâkim durumun kötüye kullanımı teşkil etmektedir²⁴²:

1. ret, potansiyel tüketici talebi olan yeni bir ürünün ortaya çıkmasını engellemelidir;
2. ret gerekçelendirilmemelidir;
3. ret, türetilmiş (alt) pazardaki tüm rekabeti ortadan kaldıracak nitelikte olmalıdır.

3. Yargısal Denetim

Yukarıda Cumhurbaşkanı kararı ile ihdas edilen zorunlu lisansta hangi yargı kolunun görevli olduğu sorunu, “ilk bakışta bir sorun yokmuş gibi görünse de” Rekabet Kurulu kararları için de söz konusudur.

4054 sayılı RKHK'nin 55. maddesi uyarınca *idari yaptırım kararlarına karşı* yetkili idare mahkemesinde dava açılabilir. Bu hükümden idari yaptırım dışındaki kararlarda idarî yargının görevli olmadığı şeklinde bir anlam çıkmaktadır. Oysa kanımızca idarî işlem niteliğindeki tüm kararlara karşı idarî

236 Bkz. Mes (n 65) PatG § 24 Rn. 44; Rinken (n 94) § 24 PatG, Rn. 47.

237 Bkz. Hacker (n 22) PatG. § 24 Rn. 100.

238 İbid 102.

239 İbid 103.

240 Bkz. BGH, Urteil vom 13. 07. 2004- KZR 40/02 (OLG Düsseldorf) “Standard-Spundfass” (2004) Heft 11, (GRUR) 966 vd.). Kararın özet kısmında şu ifadeler geçmektedir: “1. Hâkim durumun kötüye kullanılması, haksız bir engelleme veya ayrımcılıktan kaynaklanan bir patent lisansının verilmesine ilişkin rekabet hukuku temelli bir talep, § 24 PatG. uyarınca patent mahkemesine verilen zorunlu lisans verme yetkisinin dışında değildir. 2. Hâkim durumdaki bir patent sahibi, Rekabetin Sınırlandırılması Hakkında Kanun'un rekabet özgürlüğünü amaçlayan hedefiyle çelişen kriterlere göre lisans verirken bu pazara erişimi kısıtlamak için bir alt pazara erişimin patentin endüstriyel bir standart veya endüstriyel bir standarda benzer bir çerçevede temelindeki öğretisine uyulmasına bağlı olduğu gerçeğini istismar ederse ayrımcılık yasağını ihlal etmiş olur.” Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Mes (n 65) PatG § 24 Rn. 45-46.

241 EuGH, Urteil vom 29. 4. 2004- C-418/01 IMS Health GmbH & Co. OHG/NDC Health GmbH & Co. KG, IMS/Health (2004), Heft 6, (GRUR) 524-527). Ayrıca bkz. Hacker (n 22) PatG. § 24 Rn. 110.

242 Avrupa Birliği'nde patent lisans sözleşmelerinin rekabet hukukuna aykırı hükümlerinin saptanmasına ilişkin ilkeler ve örnek kararlar için bkz. Topcu, Rekabet (n. 213) 182 vd.

yargıya başvuru yapılabilir. Yukarıdaki tartışma ile koşut şekilde SMK m. 156'da "**Bu Kanunda öngörülen davalarda görevli mahkeme, fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi...dir**". Zorunlu lisans verme yetkisi Rekabet Kurulu'na daha dolaylı olarak 4054 sayılı, doğrudan ise 6769 sayılı Kanun ile (özel düzenleme ile) verilmiştir. Öğretide yukarıda anılan 55. maddenin "idari yaptırım kararları" ile ilgili lafzı ve zorunlu lisans ile ilgili hukukî inceleme ve değerlendirmenin en iyi fikri ve sınai haklar mahkemesince yapılacağından hareketle görevli yargı kolunun adlî yargı olduğu görüşü ileri sürülmüştür²⁴³. Türk Patent ve Marka Kurumu'nun idarî işlemlerine karşı SMK ile adlî yargı ve ihtisas mahkemesinin görevli kılınması kendi içinde bir bütünlük sağlanması amacı ile getirilmiş bir düzenlemedir. Kuşkusuz idarî para cezalarında olduğu gibi, belli sınırlar içinde bir idarî işlem için yargısal denetim adlî yargı organınca da yerine getirilebilir. Ayrıca 4054 sayılı Kanun'daki "*idari yaptırım kararları*" ifadesinden "zorunlu lisans"ın da pekâlâ bir tür idarî yaptırım olduğu düşüncesi de savunulabilir. Burada her iki Kanun'un tarihlerinden "önceki ve sonraki tarihli kanun" ile ilgili bir yorum yapılması güç olsa da yukarıdaki Danıştay Kanunu'nun 24. maddesi ile ilgili yaptığımız açıklamalardan farklı olarak burada konunun ihtisas mahkemelerinin ve adlî yargının görevli olması, olması gereken açısından da daha doğru olacaktır. Kararı veren makam Rekabet Kurulu olduğuna göre Türk Patent ve Marka Kurumu (TPMK) kararlarında olduğu gibi (SMK m. 156/2) Ankara Fikrî ve Sınai Haklar Mahkemesi'nin görevli ve yetkili olduğunun kabulü daha uygun gelmektedir.

IV. ZORUNLU LİSANSLA İLGİLİ ORTAK USULÎ HÜKÜMLER

A. GENEL OLARAK

Yukarıda açıkladığımız nedenlerle zorunlu lisansın hangi merci tarafından verileceği, SMK'nın 129. maddesinin 2. ve devamı fıkralarında düzenlenmiştir. Burada yukarıda değişik vesilelerle değindiğimiz üzere farklı olasılıklar öngörülmüştür.

Zorunlu lisans kamu yararı gerekçesi ile verildiğinde, kararı Cumhurbaşkanı verir (SMK m. 132/1). Patent başvurusu veya patent konusu buluşun kullanımının kamu sağlığı veya millî güvenlik bakımından önemli olması hâlinde, Millî Savunma Bakanlığı veya Sağlık Bakanlığının uygun görüşü alınarak ilgili bakanlık tarafından teklifte bulunulur (SMK m. 132/2).

Sınai Mülkiyet Kanunu m. 129/1-e kapsamında verilecek zorunlu lisans Rekabet Kurumu'ndan talep edilecektir (SMK m. 129/2).

Tüm bunlar dışında, SMK m. 129/1-a-b-c ve 129/8 kapsamında verilecek zorunlu lisans ise mahkemeden talep edilir.

Görüldüğü gibi zorunlu lisans ile ilgili esas karar merci mahkemedir. Diğer olasılıklar istisnai olup mahkeme tarafından verilecek zorunlu lisans hemen aşağıda açıklanacaktır. Yalnızca şu nokta vurgulanmalıdır ki fikrî mülkiyet hakkı sahibi lehine konu ile ilgili olarak mahkemece denetim imkânının verilmesi, hukukî güvenliğin sağlanması açısından TRIPs. Anlaşması'nın temel

243 Bkz. Çolak (n 29) 695-696.

hedeflerinden birisi olarak görülmektedir. Kararın mahkeme veya yarı-mahkeme niteliğindeki bir makam tarafından adil ve eşit bir usulle, gereksiz bir karmaşıklık içermeyen veya masraflı olmayacak şekilde dizayn edilmesine büyük önem atfedilmektedir²⁴⁴. Burada önem arz eden nokta, zorunlu lisans kararı veren makam karşısında kararın hukuka uygunluğunun ayrı bir üst makam tarafından denetlenmesidir²⁴⁵. Türk hukukunda diğer pek çok ülkeden farklı olarak Cumhurbaşkanı'na verilen yetki ayrıksıdır. Onun dışında ister mahkeme, Rekabet Kurumu, ister Cumhurbaşkanı tarafından verilsin her üç karar da yargı denetimine tâbidir.

B. MAHKEME KARARI İLE VERİLEN ZORUNLU LİSANSLAR

1. Sözleşme Görüşmeleri Aşaması

Zorunlu lisans patentten doğan mutlak hakka ağır bir müdahale teşkil ettiği için yasa koyucular ve hatta uluslararası anlaşmalarda bu müdahalenin “son çare” niteliğinde olabilmesi ve mülkiyet hakkına yönelik bu müdahalenin ölçülü ve meşru kılınabilmesi için ilk önce müzakere aşaması zorunluluğu getirilmiştir. Bu durum gerek 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu, gerek TRIPs., gerek Alman Patent Kanunu (*Deutsche Patentgesetz/D.PatG* § 24/1)²⁴⁶ ve İsviçre Patent Kanun'larında (*Schweizer Patentgesetz/S.PatG*. Art. 40 vd.) göze çarpmaktadır.

TRIPs. m. 31/b'de zorunlu lisans için bu tür bir kullanıma, ancak kullanımdan önce, kullanımı teklif eden kişinin, hak sahibinden makul ticari şartlar ve koşullar altında rızasını almak için çaba göstermesi ve bu çabaların makul bir süre içinde başarısız olması durumunda izin verileceği; bu gereklilikten ulusal bir acil durum veya aşırı aciliyet arz eden diğer koşulların söz konusu veya kullanımın ticari olmayan kamusal bir kullanım olduğu hallerde bir üye tarafından feragat edilebileceği öngörülmüştür²⁴⁷. İşte bu düzenlemeyle uyumlu bir şekilde, zorunlu lisans için istisnai durumlar dışında²⁴⁸, sözleşme görüşmeleri yoluyla ve iradi olarak lisans verilmesinin tercih olduğu vurgulanmıştır. Alman hukukunda sözleşme görüşmeleri konusunda çaba sarf edilmesi gerekliliğinin taraflar arasında bir rekabet ilişkisi olsa ve patent sahibi geçmişte birkaç kez lisans verilmesine karşı çıkmış olsa bile aranacağı benimsenmektedir²⁴⁹. Eğer sözleşme görüşmeleri makul

244 Bkz. Busche, Stoll and Wiebe (n 61) TRIPs. Art. 31, Rn. 35.

245 İbid 35.

246 Alman hukukunda zorunlu lisans için lisans talep edenin, buluşu makul ticari koşullarda kullanmak üzere patent sahibinden izin almak için makul bir süre içinde çaba göstermiş olması ve bunun başarı ile sonuçlanmaması şartı aranmaktadır. Bkz. Mes (n 65) PatG § 24 Rn. 9. Dahası 1998 yılında D.PatG'de yapılan değişiklikten sonra şimdi üç özel ve somut koşul aranmaktadır. Bunlar; “çaba (*Bemühen*)”, “makul piyasa koşulları (*angemessene geschäftsbliche Bedingungen*)” ve “başarısızlık (*Erfolglosigkeit*)” olarak sıralanmaktadır. Mes (n 65) PatG § 24 Rn. 10-12, 31; Wilhelmi (n.4) § 24, Rn. 17 vd. Bu çabanın gösterilip gösterilmediği Alman hukukunda her bir somut olayın koşullarına göre değerlendirilmektedir. Bkz. BGH, Urteil v. 11.7.2017 – X ZB 2/17 (BPatG) (2017), Heft 10, GRUR, 1017-1023.

247 Ayrıntılı bilgi için bkz. Law (n 163) 110 vd.

248 Bu aşamanın aranmayacağı bir diğer istisnai durum olarak patentin rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı şekilde kullanılması durumu belirtilebilir. Bkz. Bektaş (n 49) 306.

249 Bkz. Mes (n 65) PatG § 24 Rn. 10.

süre içinde sonuçlanmazsa bu durumda zorunlu lisans mahkeme kararı yoluyla elde edilir. Bu süreç zorunlu lisans kurumuna hâkim olan temel ilkelerden birisidir²⁵⁰.

Alman Federal Patent Mahkemesi bu ölçütle ilgili olarak 2016 yılında verdiği bir kararında lisans talep edenin zorunlu lisans işlemleri sırasında buluşu makul piyasa koşullarında kullanmasına izin verilmesi için başarısız çabalar gösterip göstermediği sorusu yanıtlanırken öncelikle lisans talep edenin bakış açısının esas alınması gerektiğini, sadece makul ve ekonomik olarak hareket eden bir üçüncü tarafın onun yerine katlanmaya hazır olacağı şartlarda bir lisans almak için çaba göstermesinin önemli olduğunu, bu nedenle *-görünüşte/sözde çabalar saklı kalmak üzere-* kendisine belirli bir pazarlık alanı tanınması gerektiğini vurgulamıştır²⁵¹. Öğretide de Mahkeme'nin "satır arasında" belirttiği müzakere ciddiyeti ile ilgili olarak lisans arayanın, aktif bir şekilde ve ciddiyetle bir lisans sözleşmesinin kurulması için çaba sarf etmesinin önemli bir yükümlülüğü olduğu vurgusu yapılmıştır²⁵².

Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 129. maddesinin 2. fıkrası, istisnai bazı haller dışında, zorunlu lisans talep edenin, patent sahibinden makul ticari şartlar altında sözleşmeye dayalı lisans istemesine rağmen makul bir süre içinde alamadığına dair kanıtın talebe ekleneceğini öngörmüştür. Ancak SMK m. 129/1-ç bendi kapsamındaki eczacılık ürünleri ile ilgili zorunlu lisansta, acil durumlarda bu aşama aranmayacaktır. Yine SMK m. 129/1-e bendi kapsamında, talep Rekabet Kurumu'na yapılacağı için bu koşul yine aranmaz. Ancak belirtmek gerekir ki SMK m. 129/1-e bendine yapılan atıf, kararı zaten mahkeme değil, Rekabet Kurumu vereceği için kanımızca gereksizdir. Yine yukarıda belirtildiği gibi SMK m. 129/1-d kapsamında bitki ıslahçıları için talep edilecek zorunlu lisansta, yine sözleşme görüşmeleri aşaması yer almaktadır (SMK m. 129/8-a). 5042 sayılı Kanun'un 18 vd. hükümleri çerçevesinde ise hatırlanacağı gibi Bakanlığın arabuluculuğu olumsuz sonuçlanmışsa mahkemeye başvuru hakkı mevcuttur. Hatta arabuluculuk yoluna başvurmanın ihtiyarî olduğu görüşü benimsendiğinde dahi, talepte bulunan kişinin, hak sahibi ile sözleşme görüşmeleri yürüttüğünü ortaya koyması gerektiği kabul edilmektedir.

2. Mahkeme Süreci

Talepte bulunan kişinin, öncelikle yukarıda izah edilen patent üzerinde iradi olarak sözleşme görüşmeleri yürütüldüğünü ve makul bir süre içinde sonuçlanmadığını ortaya koyması gerekir. Bu takdirde mahkeme, zorunlu lisans talebinin bir sureti ile ekli belgelerin birer suretini patent sahibine gecikmeksizin gönderir. Patent sahibine bunlara karşı delilleriyle birlikte görüşlerini sunması için bildirim tarihinden itibaren bir ay süre verilir (SMK m. 129/2-son). Dava tescilli patentin sahibine karşı açılır. O sırada münhasır lisans alan bulunsa bile bu kişiye karşı dava açılması mümkün değildir²⁵³.

250 Müzakere süreci ile ilgili çabalar, ölçütler ve değerlendirmeler için ayrıca bkz. Plagge (n 33) 248 vd.

251 BPatG, Urteil v. 31.8.2016 – 3 LiQ 1/16 (EP) (2017), Heft 4, GRUR 373). Benzer ölçütler için bkz. İbid 250.

252 Bkz. İbid 250.

253 Rinken (n 94) § 24 PatG, Rn. 28.

Mahkeme, varsa patent sahibinin görüşlerini zorunlu lisans talep edene tebliğ eder ve bir ay içinde talebin reddine veya zorunlu lisansın verilmesine karar verir. Bu süre uzatılamaz. Patent sahibi zorunlu lisans talebine itiraz etmemişse mahkeme gecikmeksizin zorunlu lisansa karar verir²⁵⁴ (SMK m. 129/3). Alman hukukunda hâkim öğreti -Türk hukuku ile benzer koşullarda açılan- bu davanın “inşai dava” niteliğinde olduğu görüşündedir. Buna gerekçe olarak bir lisans sözleşmesi kurgusu olmadan, kullanım hakkının zorunlu lisansın verilmesiyle doğrudan lisans talep edene verilmesi gösterilmektedir²⁵⁵.

Mahkeme zorunlu lisansa karar vermişse bu kararda; lisansın kapsamı, bedeli, süresi, lisans alan tarafından gösterilen teminat, kullanıma başlama zamanı ile patentin ciddi ve etkin kullanımını sağlayan önlemleri belirtir (SMK m. 129/4).

Mahkeme zorunlu lisansa karar verdiğinde, lisans alan buluşu kullanmaya başlayabilir. Ancak ilk derece mahkemesinin kararına karşı kanun yoluna başvurulduğunda, patent sahibi tarafından zorunlu lisans uygulamasının durdurulması için sunulan deliller mahkemece yeterli görülürse buluşun kullanımı, lisansa ilişkin kararın kesinleşmesine kadar ertelenir (SMK m. 129/5). Böylece yukarıda da kısım kısım değinildiği gibi 551 sayılı mülga KHK'den farklı olarak lisans alan, mahkeme kararı kesinleşmeden önce de buluşu kullanmaya başlayabilmektedir²⁵⁶.

3. İdarî Karar

Zorunlu lisansa Cumhurbaşkanı veya Rekabet Kurumu karar vermişse bu idarî makamların karar alma süreçleri tamamlandığında lehine zorunlu lisans kararı verilen kişi, icra edilebilir bir idarî işlemin sonucu olarak, patenti kullanmaya başlayabilir²⁵⁷. Örneğin Cumhurbaşkanı kararının yayımlanmasına karar verilmişse, Resmî Gazete'de yayımlanması ile hak sahibi lehine anılan hak doğacaktır. Rekabet Kurumu da 4054 sayılı Kanun'da öngörülen Kurul'un karar alma süreçlerine uygun bir kararı alması ve ilgililere tebliğ etmesi veya kurum web sayfasında yayımlanması ile lehine zorunlu lisans verilen kişinin bu hakkı kullanmasının yolunu açacaktır. Bu kararlar idare hukuku ilkelerine göre tekemmül ettiği ve uygun vasıtalarla yayımlandığında hak da doğar. İdarî işlemlerin hukuka uygunluk karinesinden yararlanması ilkesi nedeni ile²⁵⁸ derhal icra edilebilir bir hak söz konusudur. Bu kararlara karşı yargı yoluna başvurulabilir. Özellikle idarî yargı denetiminde dava açılması yürütmenin durmasına neden olmaz (İYUK m. 27). Ancak mahkemenin olası bir iptal kararı ile karar geçmişe yürür.

254 Hükümden mahkemenin mutlaka zorunlu lisansa karar vermek zorunda olmadığı, duruma göre ret kararı da verebileceği yönünde bkz. Bektaş (n 49) 307. Karş. Çolak (n 29) 692. Hükümden, kanımızca zorunlu lisans ile ilgili koşullar eksiksiz şekilde yerine getirilmişse mahkemenin bu yönde, aksi durumda ret kararı verebileceğinin anlaşılması gerekir.

255 Kober-Dehm (n 23) PatG § 24 Rn. 28; Weber (n 92) 499; Mes (n 65) PatG § 24 Rn. 33; Haedicke and Wollenschlaeger, (n 22) § 16 Rn. 296; Hacker (n 22) PatG. § 24 Rn. 65; Kırkbeşoğlu (n 213) 1098. Lisans talep edenin patent sahibine karşı açtığı ve eda davası yoluyla icra edilen bir özel hukuk talebinin daha ikna edici olduğu yönünde bkz. ve karş. Wilhelm (n.4) § 24, Rn. 48.

256 Bektaş (n 49) 303.

257 Benzer yönde bkz. İbid 303.

258 Ulusoy (n 27) 286.

V. ZORUNLU LİSANSTA TARAFLARIN HAK VE BORÇLARI

A. GENEL OLARAK

Zorunlu lisansla taraflar arasında bir lisans sözleşmesi kurulmamakta, aksine verilmesinden kaçınılan lisans mahkemenin (veya idarî karar) kurucu nitelikteki kararı ile ikame edilmektedir.²⁵⁹. SMK'da da taraflar arasındaki hukukî ilişkiye dair pek az sayıda hüküm bulunmaktadır. Kanun koyucu bu boşluğu doldurmak amacıyla SMK'nın 137. maddesinde, SMK m. 129 ilâ 136. maddedeki hükümlere aykırı olmamak koşuluyla, 125. ve 126. maddede belirtilen sözleşmeye dayalı lisans hükümlerinin zorunlu lisansa da uygulanacağı ifade olunmuştur. İşte gerek zorunlu lisansla ilgili özel düzenlemeler gerek niteliğine uygun düştüğü ölçüde sözleşmeye dayalı lisansa ilişkin hükümler bir arada değerlendirildiğinde, tarafların birbirlerine karşı hukukî durumları açıklanacaktır. Ayrıca her iki tarafa da ortak olarak tanınan haklardan da söz edilecektir.

B. PATENT SAHİBİNİN HAK VE BORÇLARI

Patent sahibinin ilk başta gelen yükümlülüğü, mahkeme kararı (veya Cumhurbaşkanı kararı) çerçevesinde lisans alana patent konusu buluşun kullanılması ve ondan yararlanılmasını sağlamaktır. Patent sahibi, zorunlu lisansa konu olan buluşun kullanılmasına müsaade etmeli; buluşun kullanılabilmesini temin edecek davranışlarda bulunup buna engel olacak davranışlardan kaçınmalıdır. Böylece lisansın verilmesinden sonra gerçekleşen kullanım fiilleri zorunlu lisans kapsamını aşmadığı sürece, SMK m. 85'nin ihlali niteliğini taşımayacak ve patent sahibi de buna katlanmak zorunda kalacaktır.²⁶⁰.

Bu noktada önem arz eden bir diğer husus ise kullanım hakkının “*ex nunc*” etki doğurması, önceki kullanım fiillerinin bu yolla hukuka uygun hâle gelmemesidir.²⁶¹.

Sözleşmesel lisansla olduğu gibi taraflar arasında mahkeme veya Cumhurbaşkanı kararı ile bir güven ilişkisi kurulmuştur. Bu güven ilişkisinin ihlâl halinde SMK'nın 136. maddesi, lisans alana şartlarda değişiklik ve zorunlu lisansın iptali konusunda talep hakkı tanımıştır.²⁶².

Zorunlu lisans kural olarak basit lisans niteliğinde olduğu için (SMK m. 133/1) esas olarak basit lisans verenin hak ve borçlarına tâbidir. Dolayısıyla, zorunlu lisansın varlığı patent sahibinin münhasır haklarını kullanmaya devam etmesini engellemeyecektir.²⁶³. Bu tercihin temelinde, patent sahibinin iradesi olmadan, onun patentle ilişkisinin tamamen kesilmesinin isabetli olmaması,

259 Bkz. Mes (n 65) PatG § 24 Rn. 33.

260 Plagge (n 33) 255; Haedicke and Wollenschlaeger, PatR-HdB (n 23) § 16 Rn. 296, 320; Mes (n 65) PatG § 24 Rn. 43; Wilhelmi (n.4) § 24, Rn. 49-50; Hacker (n 22) PatG. § 24 Rn. 71. Bu yönde Alman Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGH 11.07.1995 X ZR 99/92 “Klinische Versuche” (1996), Heft 2, GRUR 111-112).

261 Bkz. Kober-Dehm (n 23) PatG § 24 Rn. 28; Hacker (n 22) PatG. § 24 Rn. 70; Haedicke and Wollenschlaeger, PatR-HdB (n 23) § 16 Rn. 320; Plagge (n 33) 255; Ann, Patentrecht (n 94) § 34 Rn. 127.

262 Konu ile ilgili olarak bkz. aşa. V, III, B. Ayrıca bkz. Plagge (n 33) 256.

263 Law (n 163) 124.

hak sahibinin patentini bizzat kullanması ve/veya zorunlu lisans yoluyla patent alan yanında, başkalarıyla da lisans sözleşmeleri yapıp patentinden ekonomik açıdan fayda sağlamasının önüne geçilmek istenmemesi yatmaktadır²⁶⁴.

Basit lisansta, lisans veren kullanım yetkisini verirken daha sonra başkalarına da aynı içerik ve kullanım alanında lisans verme hakkını saklı tuttuğu gibi, buluşu kendisinin kullanımına da açık bırakmaktadır (SMK m. 125/2). Basit lisansın nispi etkisi dolayısıyla işlemin sonuçları ilgili taraflar arasında doğmaktadır²⁶⁵. Dolayısıyla lisans konusu buluşun lisans sahibi tarafından kullanılması dışında, patent sahibi herhangi bir sınırlamaya tâbi olmayıp buluşu bizzat kullanmaktan, patenti üçüncü kişiye devretmeye veya yeni lisanslar vermeye kadar geniş bir alanda yetkili kalmaya devam eder²⁶⁶. Ancak zorunlu lisans dahi olsa, lisans alan bir bedel karşılığında buluşu kullanma hakkını elde ettiği için lisans ilişkisi kurulduğu zaman, patentin varlığı ve lisans süresince de bunun devamından sorumlu olduğu gibi, bu haktan lisans sahiplerinin izni olmadıkça feragat edilmesi de mümkün değildir²⁶⁷.

İsviçre Federal Mahkemesi, bir kararında lisans verenin lisans alana yalnızca patent hakkının kullanımını sağlama ve inhisari hakkını ona karşı kullanmaktan kaçınma değil, sözleşmede aksine hüküm olmadığı sürece aynı zamanda gerekli araç ve gereçleri, teknik bilgiyi verme ve diğer konularda yardımcı olmak zorunda olduğuna hükmetmiştir²⁶⁸.

C. LİSANS ALANIN HAK VE BORÇLARI

1. Patenti Kullanma Hakkı

Lisans alan patenti, lisansın verildiği koşullar çerçevesinde kullanma hak ve yetkisine sahiptir²⁶⁹. Bu kural olarak mahkeme kararı ile gerçekleştiği için karardaki içerik önem arz eder. SMK m. 129/4'te zorunlu lisansın verildiği kararda; lisansın kapsamı, bedeli, süresi, lisans alan tarafından gösterilen teminat, kullanıma başlama zamanı ile patentin ciddi ve etkin kullanımını sağlayan önlemlerin yer alacağı belirtilmiştir. Lisans alan da hakkını özellikle kararda belirlenen sınırdaki kullanır. Zorunlu lisans Cumhurbaşkanı kararına dayanıyorsa bu karar içeriğine göre hareket edilir. Lisans alan, lisans aldığı sırada var olan kısıtlama ve koşullara da uymak zorundadır.²⁷⁰

264 Tekinalp (n 16) § 37 N. 63; Bektaş (n 49) 304. Benzer yönde bkz. İbid 124.

265 Kaya, Zorunlu Lisans (n 3) 338; Yüksel (n 1) 85; Özdemir (n 1) 18; Kober-Dehm (n 23) PatG § 24 Rn. 38.

266 Haedicke and Wollenschlaeger, PatR-HdB (n 23) § 16 Rn. 320; Hacker (n 22) PatG. § 24 Rn. 71.

267 Kaya, Zorunlu Lisans (n 3) 357; Yüksel (n 1) 107 vd; Erdem (n 1) 152.

268 Kararla ilgili olarak bkz. Erdem (n 1) 151.

269 Bkz. Kober-Dehm (n 23) PatG § 24 Rn. 39.

270 İbid 39.

2. Patentin Öngörülen Amaç Dışında Kullanımı ve İptali

Lisans alan patenti kararda öngörülen koşullardan farklı bir şekilde kullanır ve bu durum zorunlu lisansın doğan yükümlülüklerin ciddi şekilde ihlâl edilmesi veya sürekli olarak yerine getirilmemesi sonucunu doğurmaktaysa mahkeme, patent sahibinin talebi üzerine hak sahibinin tazminat hakları saklı kalmak kaydıyla lisansı iptal edebilir (SMK m. 136/2-3).

Alman hukukunda da patent siciline kayıtlı mevcut patent sahibi, lisansın verilmesinin dayandığı koşulların ortadan kalkması ve bunların yeniden meydana gelmesinin mümkün olmaması durumunda zorunlu lisansın iptalini talep edebilir. Benzer düzenleme TRIPs. m. 31/g'de yer almaktadır²⁷¹. Bu aynı zamanda sözleşme temelinin çökmesi veya sona ermesi durumunu ifade eder²⁷².

Türk hukuku açısından kanımızca anılan hükmün sadece mahkeme kanalı ile verilen zorunlu lisanslara münhasır değerlendirilmesi gerekir. SMK m. 136'da mahkemeden değişen bu durumlara karşı eski kararını ortadan kaldırma yetkisi vermektedir. Bu daha çok adli yargı kolunda, özel hukuk ilişkilerinde "maddî anlamda kesin hükmün" istisnası olarak karşımıza çıkabilecek bir durumdur²⁷³. Medenî usul hukukunda bu "değişiklik davası" olarak adlandırılır ve haksız fiillerde ve özellikle aile hukukunda nafaka gibi konularda uygulanır²⁷⁴. Değişiklik davasında hüküm şeklen verilip kesinleştikten sonra hükmün verildiği sırada ona temel olan şartların değişmesi nedeni ile hükmün de değiştirilmesini zorunlu kılan durum söz konusudur. İşte bu durumlarda maddî anlamda kesin hüküm niteliğini haiz kararın aynı mahkemece²⁷⁵ tekrar gözden geçirilmesi ve hükmün yeni şartlara göre değiştirilmesi mümkün olmaktadır²⁷⁶. Bu tür bir dava genel olarak düzenlenmemiş olup ancak yasanın öngördüğü durumlarda söz konusu olabilir²⁷⁷.

Anılan hüküm çerçevesinde de mahkeme kararı ile zorunlu lisans verilmesinden sonra koşulların ortadan kalkması ve bunların yeniden meydana gelmesinin mümkün olmaması durumunda ilk kararın ortadan kaldırılması söz konusu olabilmektedir. Buna karşılık istisnaî olarak zorunlu lisansın bir Cumhurbaşkanı kararı çerçevesinde verildiği durumlarda bu karara karşı hangi yargı kolunda dava açılacağı dahi sorunlu iken, adli yargıda görevli fikri ve sınai haklar mahkemesinin kararın

271 TRIPs m. 31/-g uyarınca "...söz konusu kullanım izni, kullanım yetkisi verilen kişilerin meşru menfaatlerinin yeterli şekilde korunmasına tabi olarak, buna yol açan koşulların ortadan kalkması ve tekrarlanmasının muhtemel olmaması halinde sona erdirilecektir. Yetkili makam, gerekçeli talep üzerine, bu tür koşulların devam ettiğini doğrulama yetkisine sahip olacaktır". Ayrıntılı bilgi için bkz. Busche, Stoll and Wiebe (n 61) TRIPs. Art. 31, Rn. 30 vd.; Law (n 163) 131 vd.

272 Mes (n 65) PatG § 24 Rn. 40; Wilhelmi (n.4) § 24, Rn. 66.

273 Bkz. Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *Medenî Usul Hukuku* (6. Bası, Yetkin 2020) 718; Süha Tanrıver, *Medenî Usul Hukuku*, C. II (Yetkin 2021), 177,179; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özokes, *Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı* (8. Bası, On İki Levha 2020) 460.

274 Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 273) 718; Tanrıver (n 273) 177,179; Pekcanitez, Atalay ve Özokes (n 273) 460.

275 Bkz. Tanrıver, 178.

276 Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 273) 718; Tanrıver (n 273) 177.

277 İbid 718; İbid 177.

içeriğine müdahale ederek “iptal” kararı vermesi idare hukuku ilkeleri çerçevesinde kanımızca zor görülmektedir. Hatta görevli yargı kolunun idari yargı olduğu kabul edildiğinde dahi sonuç değişmez.

Cumhurbaşkanı kararına karşı açılacak davada adli yargı kolunun görevli olup olmadığı sorgulanabileceken kararın içeriğinin adli yargı organınca “değiştirilmesi” adli ve idarî yargı sistemi, idarî yargı organının idarî işlemler üzerindeki denetim yetkisinin kapsam ve sınırı bakımından mümkün görülmemektedir. İdarî yargının görevli olduğu varsayımında dahi 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu (İYUK) m. 2/2’de idari yargı yetkisinin, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olduğu, idari mahkemelerin; yerindelik denetimi yapamayacağı, yürütme görevinin kanunlarda ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı veremeyecekleri düzenlenmiştir²⁷⁸. Bu hükmün konumuzu ilgilendiren en önemli kesiti, idarî işlem veya eylem niteliğinde karar verilmesinin mümkün olmamasıdır²⁷⁹. Böylece idarî yargı organı iptal ettiği işlemin yerine yeni bir işlem tesis edemez²⁸⁰. Bu nedenle anılan durum için şekil ve usulde paralellik ilkesi gereğince yeni bir Cumhurbaşkanı kararı ile verilen lisansın iptal edilmesi (işlemin kaldırılması) veya değişen koşullara uyarlanması gerekir. Bunların hepsi Türk hukuku açısından yeni ve icraî bir idarî işlemi gerektirir. Buradaki “iptal” ise idare hukuku açısından idari işlemin geri alınması veya kaldırılması niteliğindedir²⁸¹.

3. Lisansın Kullanılacağı Alan

Zorunlu lisans SMK m. 129/1-ç bendi hariç (SMK m. 129/9), esas olarak yurt içi pazara arz için verilir. Açık deyişle lisans alan, patent konusu ithal etme hakkına sahip değildir (SMK m. 133/2-c.1)²⁸². Böylece kanun koyucu isabetle, patent sahibinin ülke dışında verilmiş olan sözleşmesel lisanstan doğan haklarını korumuş; zorunlu lisansın amaç dışında kullanılmasını ve lisans alanın bundan kazanç sağlamasının önüne geçilmiştir²⁸³. SMK m. 133/2-c.1 ve kaynak TRIPs. m. 31/f’deki bu ölçüt, ilgili kullanımın genellikle (ağırlıklı olarak) ilgili ürünlerin ihracat için üretilmesine yol açmamasını şart koştuğu için büyük önem taşımaktadır²⁸⁴.

Bununla birlikte bu sınırlama mutlak değildir. Kamu yararı gerekçesiyle verilen zorunlu lisansta anılan durum söz konusu olabilmektedir. Bu amaçla verilen zorunlu lisansta lisans alan, kamu yararı

278 Hükmün anlamı ile ilgili olarak bkz. Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdarî Yargılama Hukuku* (8. Bası, Seçkin 2023) 94, 99 vd.

279 Bkz. İbid 99 vd.

280 İbid 100.

281 *Tekinalp* ise bu konuda şöyle demektedir: “Burada «iptal» ile kastedilen, patent sahibinin iradesi yerine mahkeme kararının veya Bakanlar Kurulu kararnamesinin geçmesiyle sözleşmenin feshedilmesidir”, *Tekinalp* (n 16) § 37 N. 70.

282 TRIPs m. 31/-f uyarınca “*bu tür bir kullanıma öncelikle bu tür bir kullanıma izin veren üyenin iç pazarının tedariki için izin verilecektir*”. Ayrıntılı bilgi için bkz. Law (n 163) 127 vd. Alman hukukunda da aynı yönde bkz. Kober-Dehm (n 23) PatG § 24 Rn. 39; Haedicke and Wollenschlaeger, PatR-HdB (n 23) § 16 Rn. 319.

283 Bkz. *Tekinalp* (n 16) § 37 N. 64.

284 Busche, Stoll and Wiebe (n 61) TRIPs. Art. 31, Rn. 28.

gereği açıkça ithale yetkili kılınmışsa patent konusu ithal edilebilir. Bu ithal izni, ihtiyaçla sınırlı olarak ve geçici bir süre için verilir (SMK m. 133/2).

4. Ücret Ödeme Yükümü

Zorunlu lisansla lisans alan, patent sahibine, patent verme prosedüründe belirlenen bedeli zamanında ödemek ve gereğinde fatura kesmekle yükümlüdür (bkz. TRIPs. m. 31/h)²⁸⁵. Bedel zorunlu lisansın verilme usulüne göre yetkili makam tarafından belirlenir. Zorunlu lisansla bu hakkı veren kural olarak mahkeme olduğu için bedel belirlenirken patentin ekonomik değeri göz önüne alınır. Patent sahibinin farklı kişilerle yaptığı lisans sözleşmelerinde öngörülen ve ödenmesi gereken bedeller dayanak noktası yapılabilir²⁸⁶. Özellikle de lisans alana izin verilen ve onun tarafından amaçlanan kullanımın kapsamı da önem taşımaktadır. Yine o patentle ilgili gelecekte yaşanabilecek muhtemel gelişmeler de dikkate alınmalı²⁸⁷, zorunlu lisansın daima basit lisans niteliğinde olabileceği gerçeği de gözden uzak tutulmamalıdır²⁸⁸.

Lisans bedeli olarak götürü bir bedel kararlaştırılabileceği gibi, toplam ciro üzerinden yüzdelik ve hatta üretilen ürün başına bir bedel de belirlenebilir. Bunun yanında aylık veya yıllık bir ücretlendirme de yapılabilir²⁸⁹. Özellikle parça başına verilen bedelle, toplam ciro üzerinden verilecek bedel, somut olayın koşullarına göre, patent sahibini daha da koruyucu bir nitelikte olabilecektir²⁹⁰. Bu yöntemler kombine edilebileceği gibi minimum bir lisans bedeli de belirlenebilir²⁹¹. Ancak özellikle mahkemece bedel belirlenirken bir taraftan hak sahibine uygun bir telafi sağlaması, diğer taraftan da lisans alanın kendi işletmesini idame ettirebilmesine olanak sağlayacak bir denge tutturulması ve ödeme gücünün göz önüne alınması gerekir²⁹².

Sınâî Mülkiyet Kanunu'nun 129. maddesinin 1-ç bendi kapsamında, eczacılık ürünleri ile ilgili verilecek zorunlu lisanslarda bedel belirlenirken ticari olmayan ve insani amaçlar göz önüne alınarak

285 Kober-Dehm (n 23) PatG § 24 Rn. 39; Wilhelmi (n.4) § 24, Rn. 56. TRIPs. Art. 31/h'de patent sahibinin zorunlu lisansla bir ücret lama hakkına sahip olduğu belirtilmesine rağmen, TRIPs'te ne ücretin türü ne de hesaplama yöntemi belirlenmiştir. Bkz. Law (n 163) 135. Kanada, ABD, Birleşik Krallık ve Almanya'daki oransal uygulamalarla ilgili örnekler için ayrıca bkz. Law (n 163) 140, Annex IV, 291.

286 Kober-Dehm (n 23) PatG § 24Rn. 33; Haedicke and Wollenschlaeger, PatR-HdB (n 23) § 16 Rn. 302; Mes (n 65) PatG § 24 Rn. 39; Weber (n 92) 497; Hacker (n 22) PatG. § 24 Rn. 79.

287 Kober-Dehm (n 23) PatG § 24 Rn. 33; Haedicke and Wollenschlaeger, PatR-HdB (n 23) § 16 Rn. 302; Wilhelmi (n.4) § 24, Rn. 58; Weber (n 92) 497.

288 Haedicke and Wollenschlaeger, PatR-HdB (n 23) § 16 Rn. 302.

289 Kober-Dehm (n 23) PatG § 24 Rn. 34; Wilhelmi (n.4) § 24, Rn. 59; Hacker (n 22) PatG. § 24 Rn. 80; Rinken (n 94) § 24 PatG, Rn. 32.

290 Alman öğretisinde, eski içtihatlarda patentin devir bedelinin %1 ila %10'u arasında değişen yüzdelere yaygınken, daha yeni içtihatlarda genellikle %5 ila %10 arasında değişen, ancak %15'e kadar da çıkabilen bir çerçeveye ortaya çıkmıştır. Ancak bu yüzdelerin yalnızca gösterge niteliğinde olduğu; somut hesaplamanın her zaman ilgili münferit olay için belirtilen ölçütler temelinde yapılması gerektiği vurgulanmaktadır. Bkz. Haedicke and Wollenschlaeger, PatR-HdB (n 23) § 16 Rn. 303; Kober-Dehm (n 23) PatG § 24 Rn. 34; Hacker (n 22) PatG. § 24 Rn. 81; Rinken (n 94) § 24 PatG, Rn. 32.

291 Wilhelmi (n.4) § 24, Rn. 59.

292 İbid 57; Weber (n 92) 497; Hacker (n 22) PatG. § 24, Rn. 79; Rinken (n 94) § 24 PatG, Rn. 32.

bu tür kullanımın ithalatçı ülke açısından ekonomik değeri dikkate alınır (SMK m. 133/1.c. 2). Ancak SMK m. 133/3 uyarınca zorunlu lisans nedeniyle, patent sahibi ve lisans alan arasında doğan güven ilişkisi, patent sahibi tarafından ihlâl edilirse lisans alan, ihlalin buluşun değerlendirilmesindeki etkisine göre patent sahibinin isteyebileceği lisans bedelinden indirim yapılmasını talep edebilir.

5. Alt Lisans Yasağı, Lisansın Devri ve Dava Hakları

Sınâî Mülkiyet Kanunu'nun 133. maddesinin 2. fıkrası gereğince zorunlu lisans sahibi, alt lisans veremez²⁹³. Bu amaçla yapılan işlem de geçersiz sayılır.

Zorunlu lisansın tek başına devri gerek ulusal hukuklarda gerek TRIPs. Anlaşmasının 31/e gereğince mümkün değildir. Böylece zorunlu lisansın "ticaretinin yapılması" engellenmiştir²⁹⁴. Bir zorunlu lisansın devrinin geçerli olabilmesi için işletme ile birlikte veya işletmenin lisansın değerlendirildiği kısmı ile birlikte devredilmesi gerekir (SMK m. 135/1-c.1; D.PatG. § 24/7, TRIPs. m. 31/e)²⁹⁵. Görüldüğü gibi bu hükümden zorunlu lisansın bir işletme lisansı niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır²⁹⁶.

Bağımlı patentlerde ise şu şekilde düşünülmesi gerekir: Daha eski bir tarihe sahip bir patent ile daha yeni bir tarihe sahip bir patent arasında bir bağımlılık ilişkisi varsa, zorunlu lisans tek başına devredilemez, daha yeni tarihe sahip patent ile birlikte devredilebilir²⁹⁷. Nitekim SMK m. 135/1-c. 2 gereğince zorunlu lisansın patent konularının bağımlılığı gereğiyle verilmesi hâlinde lisans bağımlı patentle birlikte devredilir (SMK m. 135/1-c. 2).

Bir külli halefiyet durumunda ise zorunlu lisans külli halefe intikal eder²⁹⁸.

Zorunlu lisansın kural olarak basit lisans olması dolayısıyla, aşağıda inceleneceği gibi lisans alanın patent hakkının ihlâli halinde dava açma hakkı bazı özel usullere bağlanmıştır. İşte bu koşullar gerçekleşmiş ve basit lisans alan dava açmışsa, bu davanın patent sahibine bildirilmesi zorunlu lisans alan için de bir yükümlülüktür (SMK m. 158/2).

Ç. HER İKİ TARAFIN SAHİP OLDUĞU HAKLAR

Sınâî Mülkiyet Kanunu'nun, yukarıda farklı bir vesile ile değinilen 136. maddesinin 1. fıkrasında hem lisans alan hem patent sahibine lisans bedeli ve şartlarında değişiklik yapılmasını talep hakkı verilmiştir. Hüküm uyarınca lisans alan veya patent sahibi, zorunlu lisans verilmesinden sonra, zorunlu lisansa göre daha uygun şartlarda sözleşmeye dayalı lisans vermiş olması gibi sonradan ortaya çıkan

293 Alman hukuku bakımından aynı yönde bkz. Kober-Dehm (n 23) PatG § 24 Rn. 39; Rinken (n 94) § 24 PatG, Rn. 34.

294 Bkz. Busche, Stoll and Wiebe (n 61) TRIPs Art. 31, Rn. 27. Ayrıca bkz. Law (n 163) 126 vd.

295 Alman hukukunda aynı şekilde düzenlenen hükümden zorunlu lisansın sadece lisanslı buluşu kullanan işletme ile devredilmesinin hakkın kötüye kullanımının önüne geçilmesi amacı vurgulanmaktadır. Bkz. Mes (n 65) PatG § 24 Rn. 42.

296 Bkz. Kaya, Zorunlu Lisans (n 3) 342, Karson (n 8) 165; Gözüyeşil (n 104) 484.

297 Bkz. Hacker (n 22) PatG. § 24 Rn. 90.

298 Bkz. İbid 89.

ve değişikliği haklı kılan olaylara dayanarak mahkemeden zorunlu lisans bedelinde veya şartlarında değişiklik yapılmasını talep edebilir. Benzer düzenleme D.PatG § 24/6⁵⁻⁶'da yer almaktadır.²⁹⁹. Her iki hükümde de yer alan husus özünde değişen koşullara uyarlamadır. İlginç olan ise Alman hukukunda hükmün yasa metnine 1998'de dahil edilmesi, ancak konunun pozitif düzenlemeye kavuşmadan önce dahi Alman mahkemeleri tarafından içtihatlarla zaten kabul edilmesidir³⁰⁰. Alman hukukunda SMK'ya benzer şekilde ücret miktarında değişiklik davasının, diğerleri yanında esas olarak patent sahibinin başka lisanslar vermesi veya patenti ihlal edenlere karşı işlem yapmaması durumunda haklı görülebileceği vurgusu yapılmaktadır³⁰¹.

Tarafların kendi aralarında anlaşarak değişen koşullara uyarlama yapılması esas olsa da aksi durumda bir değişiklik davası açılması kaçınılmazdır³⁰². Görevli mahkeme ilke olarak fikrî ve sınai haklar mahkemesidir (SMK m. 156). 551 sayılı mülga KHK döneminde öğretide zorunlu lisans ister mahkeme ister Bakanlar Kurulu kararı ile verilsin, her iki durumda da indirim kararını (ihtisas) mahkemenin vermeye yetkili olduğu, buna gerekçe olarak da SMK m. 136/1'e benzer düzenleme içeren KHK'nin 118. maddesi gösterilmekte idi³⁰³. Ancak yukarıda SMK m. 136/2 ve 3 kapsamındaki açıklamalarımızda belirtildiği gibi idarî yargı organının, bir idarî işlemin içeriğini değiştirmesi mümkün değildir. Bir an için adli yargının görevli olduğu varsayılsa bile bu sefer de bir idarî işlemin içeriğindeki ücret miktarı ile ilgili değişiklik yapılmasının da mümkün olmaması gerekir. Burada da yukarıda belirtildiği gibi yeni bir Cumhurbaşkanlığı kararı ile ilk kararın içeriği değiştirilebilir.

D. PATENT HAKKININ İHLÂLİ HALİNDE DAVA HAKKI SORUNU

Fikrî veya sınai haklarda, lisans sözleşmesi ile bu hakları kullanma hakkını elde eden kişinin, bu haklara üçüncü kişiler tarafından ihlalde bulunulduğunda, bunlara karşı her ilgili düzenlemede yer alan davaları açıp açamayacağı önemli bir hukuksal sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Çünkü her ne kadar lisans sözleşmeleri ile bu hakların kendisi değil sadece kullanma hakkı devredilse de tecavüz niteliğindeki fiillerden dolayı lisans alanın da zarara uğraması mümkündür. Bu konu, yasa koyucuları da meşgul etmiş ve onlar da düzenleme yapma gereği hissetmiştir.

Konumuzu oluşturan patent lisans sözleşmeleri ile ilgili olarak SMK m. 158 ile özel bir düzenleme getirilmiş; bu konuda "basit" ve "inhisarî" lisans ayırımı yapılmıştır. Yukarıda belirtildiği gibi basit lisansta nispi etki dolayısıyla işlemin sonuçları ilgili taraflar arasında doğmaktadır. Oysa inhisarî lisansta daha güçlü bir ilişki bulunmaktadır ve ilişki adeta aynı bir etkiye sahiptir³⁰⁴.

299 Hüküm uyarınca "gelecekte ödenmesi gereken tekrarlayan ücret ödemeleri söz konusu olduğunda, ücret miktarının belirlenmesinde belirleyici olan koşullarda önemli bir değişiklik olursa, taraflardan her biri buna uygun bir düzeltme talep etme hakkına sahiptir. Zorunlu lisansın verilmesinin dayandığı koşullar ortadan kalkmışsa ve tekrarlanma olasılığı düşükse, patent sahibi zorunlu lisansın iptalini talep edebilir."

300 Bkz. Kober-Dehm (n 23) PatG § 24 Rn. 42; Haedicke and Wollenschlaeger, PatR-HdB (n 23) § 16, Rn. 322. Bu yöndeki mahkeme kararı için bkz. BGH, Beschluss vom 15.06.1967- Ia ZB 13/66 (BPatG) "Altix" (1967) Heft 12, GRUR 655 vd.).

301 Kober-Dehm (n 23) PatG § 24 Rn. 42; Haedicke and Wollenschlaeger, PatR-HdB (n 23) § 16 Rn. 323.

302 Kober-Dehm (n 23) PatG § 24 Rn. 42.

303 Bkz. Karson (n 8) 164.

304 Kaya, Zorunlu Lisans (n 3) 363.

İşte bu farklılığı dikkate alan yasa koyucu, sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa inhisari lisansa sahip olan kişinin, üçüncü bir kişi tarafından sınai mülkiyet hakkına tecavüz edilmesi durumunda, hak sahibinin bu Kanun uyarınca açabileceği davaları, kendi adına açabileceği; buna karşılık inhisari olmayan lisansla, dava açma hakkının bulunmadığı düzenlenmiştir. Bu durumda inhisari lisans alan, SMK m. 154 vd. maddelerindeki hukukî korumadan yararlanacak; basit lisans alan bu yollara başvuramayacaktır.

Basit lisans alan kişi için ana kural bu olmakla beraber, bu kural mutlak değildir. Anılan hükmün 2. fıkrası uyarınca inhisari olmayan lisans alan, sınai mülkiyet hakkına tecavüz dolayısıyla dava açma hakkı sözleşmede açıkça sınırlandırılmamışsa yapacağı bildirimle, gereken davayı açmasını hak sahibinden ister. Hak sahibinin, bu talebi kabul etmemesi veya bildirim tarihinden itibaren üç ay içinde talep edilen davayı açmaması hâlinde lisans alan, yaptığı bildirimde ekleyerek kendi adına ve kendi menfaatlerinin gerektirdiği ölçüde dava açabilir. Bu fıkra uyarınca dava açan lisans alanın, dava açtığını hak sahibine bildirmesi gerekir.

Zorunlu lisans temel özelliği itibariyle basit lisans niteliğindedir. Bu nedenle, zorunlu lisansla lisans alan, yukarıdaki hükümler çerçevesinde kural olarak dava açamayacak; istisnai olarak ve yukarıdaki usulü izledikten sonra dava açabilecektir.

Kanun'da, dava açma konusunda her ne kadar basit-inhisari lisans ayırımı yapılmış olsa ve birincilere dava açma hakkı tanınıp ikinciler için bazı özel koşullar öngörülse de buna ilişkin bir istisna geçici hukukî koruma tedbirleri konusunda getirilmiştir. Gerçekten de SMK m. 158/son uyarınca lisans alan, ciddi bir zarar tehlikesinin varlığı hâlinde ve söz konusu sürenin geçmesinden önce, ihtiyati tedbire karar verilmesini mahkemeden talep edebilir. Mahkemenin tedbir kararı verdiği hâllerde talepte bulunan lisans sahibi dava açmaya da yetkilidir. Bu hâlde ikinci fıkradaki şartlar yargılama devam ederken tamamlanır.

VI. ZORUNLU LİSANSTA ÖZEL DURUMLAR

A. EK PATENTTE

Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 123. maddesi uyarınca ek patent, patent konusu buluşu mükemmelleştiren veya geliştiren ve asıl patentin konusu ile bütünlük içinde bulunan buluşlardır. Anılan hüküm gereğince patent başvurusu sahibi, patent konusu buluşu mükemmelleştiren veya geliştiren ve SMK m. 91/1 kapsamında asıl patentin konusu ile bütünlük içinde bulunan buluşların korunması için işlemleri devam eden asıl patent başvurusuna ek patent başvurusunda bulunabilir.

Ek patentin zorunlu lisansa konu asıl patent kapsamına alınmasının nedeni, özellikle karmaşık nitelikli buluşlar için alınan patentlerin uzun süre geçtikten sonra tamamlanmasından kaynaklanmaktadır³⁰⁵.

305 İbid 354-355.

Sınâî Mülkiyet Kanunu'nun 134. maddesi uyarınca zorunlu lisans, lisansın kabul tarihinde mevcut bulunan patentin eklerini de kapsar. Zorunlu lisansın verilmesinden sonra yeni ek patentler verilmişse ve bunlar lisans konusu patentle aynı kullanım amacına hizmet etmekte ise lisans alan mahkemeden eklerin de zorunlu lisans kapsamına dâhil edilmesi talebinde bulunabilir. Taraflar ek patentler nedeniyle genişletilen lisansın bedeli ve diğer şartları konusunda anlaşamazlarsa bunlar mahkeme tarafından belirlenir.

Bağımlı patentte ise ek patentten farklı olarak var olan bir patentin üçüncü bir kişi tarafından ıslahı veya geliştirilmesi söz konusudur. Ayrıca bağımlı patent bağımsızdır; oysa ek patent bağımsız değildir. Ek patent, sahibinin başvurusu ile bağımsız hale getirilir.³⁰⁶

B. GASP HALİNDE

Sınâî Mülkiyet Kanunu'nun 109. maddesinin 1. fıkrasında, patent isteme hakkının, buluşu yapana veya onun haleflerine ait olduğu ve bunun başkalarına devri mümkün olduğu belirtilmiştir. Yine SMK m. 111 gereğince patent, gerçek hak sahibinden başkasına verilmişse gerçek hak sahibi olduğunu 109 uncu maddenin birinci fıkrası hükmüne göre iddia eden kişi, patentin sağladığı diğer hak ve talepleri saklı kalmak şartıyla, patentin kendisine devredilmesini mahkemeden talep edebilir. Bu hüküm uyarınca patente ilişkin hak sahipliğinin değişmesi hâlinde, bu değişikliğin sicile kaydedilmesi ile birlikte, üçüncü kişilerin o patentle ilgili lisans ve tanınan diğer hakları sona erer. SMK m. 111/5 gereğince gerçek patent sahibinin sicile kayıt tarihinden önce; sonradan gerçek patent sahibi olmadığı anlaşılan kişi veya onunla davadan önce dava konusu patentle ilgili lisans anlaşması yapan, eğer buluşu kullanmaya başlamışsa veya kullanım için ciddi hazırlıklara başlamış bulunuyorsa, gerçek patent sahibi veya sahiplerinden inhisari olmayan bir lisans verilmesini talep edebilir. 111. maddenin 6. fıkrasına göre lisans, makul süre ve şartlar ile verilir. Bu süre ve şartların belirlenmesinde, zorunlu lisansın verilmesine ilişkin hükümler kıyasen uygulanır (SMK m. 111/8).

VII. SONUÇ

Zorunlu lisans sınâî mülkiyet hakları içinde, kendine özgü bir doğası olan patent için kabul edilmiş olağanüstü bir yoldur. Mülkiyet hakkına doğrudan müdahale niteliğindeki bu hukukî imkân adeta “kamulaştırmayı” andırmaktadır. Bu imkânın sadece patent için öngörülmüş olması toplum hayatı bakımından hayati öneme sahip bir buluşun toplum yararına sunulmasını sağlamaya yöneliktir. Aslında konunun özünde “kamusal yararlar” “özel yarar” arasındaki çatışmadan “kamusal yararın” üstün çıkması yer almaktadır. Ancak bu müdahale yapılırken ölçünün kaçırılması sadece anayasal sorunlar yaratmaz, aynı zamanda teknolojik buluşların yapılmasını da sekteye uğratar. Çünkü dünyada eşi benzeri görülmemiş bir teknolojik buluşa imza atan kişinin patentinin karşılığı ödenerek bile olsa adeta “elinden alınması”, yeni buluşçuları “ürkütebilecek” ve onları yeni buluş yapmaktan “alı koyabilecektir”. Bu yüzden mevzuat izin verse bile bu yola en son çare olarak başvurulması en doğru yaklaşım olacaktır.

306 İbid 355.

Zorunlu lisans 6769 sayılı Kanun'da, İsviçre ve Alman Patent Kanunlarında ve TRIPS'te ayrıntılı olarak düzenlenmesine rağmen hemen her gün karşılaşılabilecek bir olgu değildir. Belki "elli yılda bir defa" karşımıza çıkabilecek bu yol, ihtiyaç duyulduğunda ise "hayatî" bir öneme sahip olur. Bu yol belki bir eczacılık buluşunda on binlerce insanın hayatının kurtulmasına veya ülke savunması için hayatî öneme sahip bir sonuca ulaştırabilir. Bu yüzden her ülkenin bu tarz önemli bir durum için mevzuatında zorunlu lisans ile ilgili hükümleri bulundurma ihtiyacı kendisini hissettirmektedir. Bu durum anayasa hukukundaki "olağanüstü hal" veya "sıkıyönetim"e benzemektedir. Olağanüstü hâl ilanı ile ilgili mevzuat "uyur" durumda beklerken, ülkede yaşanabilecek olağanüstü bir gelişme karşısında bu ilan yapılarak ortaya çıkan sıra dışı durumun etkileri hafifletilmeye çalışılır. Nitekim "Avrupa Komisyonu'nun Girişimi Üzerine Düşünceler" adlı Max Planck İnovasyon ve Rekabet Enstitüsü'nün "Pozisyon Beyanında", Komisyon'un girişiminin hem zamanında hem de önemli bir adım olduğu, zorunlu lisansların *nadir görüldüğü* itirazıyla bunun öneminin küçümsenmemesi gerektiği ifadesi ile zorunlu lisansın nadir görülen, ancak görüldüğünde de önem arz eden niteliğine vurgu yapılmıştır³⁰⁷. Tam tersine zorunlu lisans ile ilgili çerçevenin ve boşlukların krizin olmadığı, normal bir dönemde doldurulması daha önem arz eder. Zira sistemle ilgili eksiklikler ve sorunlar bir kriz döneminde daha da belirgin hale gelir³⁰⁸. Yine Avrupa Birliği'nin "Fikrî Mülkiyet Haklarının Zorunlu Lisanslanması" konulu sonuç raporu ve 27 Nisan 2023 tarihli önerisi de Covid salgınından sonra zorunlu lisans konusunun daha da ileri boyuta taşınacağı ve konu ile ilgili önemli bir farkındalığın ortaya çıktığını göstermektedir. Yaşanan gelişmeler, kitlesel ölümlere yol açan Covid salgınından sonra, benzeri salgınların yenilenebileceğini gösterdiğinden, gittikçe patent hakkı sahibinin bireysel menfaatinin arka plana itileceği ve kamu sağlığı ve yararının daha da öne çıkacağını göstermektedir. Bu durumun yenilik ve buluşlar üzerinde nasıl bir etkiye sahip olacağını zaman gösterecektir.

Burada irdelenmesi gereken bir diğer nokta da Türk hukukunda zorunlu lisans verilmesi ile ilgili olasılıkların hem çok çeşitli olması hem de olasılıklara göre karar mercilerinin değişmesidir. Kuşkusuz kamu yararı açısından zorunlu lisans kararı verilmesi konusunda umulmadık kötü senaryolarda kamu güvenliği ve sağlığı için, yasa koyucunun önceden tedbir alması takdire şayandır. Ancak kanımızca kamu yararı gerekçesi ile Cumhurbaşkanı'na zorunlu lisans yetkisi verilmesi, yukarıda tartıştığımız başka bazı sorunları da beraberinde getirmektedir. Buradaki sorun kararın nihayetinde bir "idari karara" dayanmasıdır. Her ne kadar arkasında bir yasal dayanak ve bir çerçeve çizilmiş olsa bile zorunlu lisans gibi mülkiyet hakkına doğrudan müdahale niteliğindeki bir sürecin örneğin Alman hukukunda olduğu gibi uzmanlık mahkemeleri tarafından karara bağlanması temel hak ve hürriyetlerin güvencesi bakımından daha sağlıklı olabilirdi. Ayrıca Alman hukukunda zorunlu lisansın kamu yararı gerekçesine odaklanması ve bu kavramın içeriğinin mahkemelerce doldurulması da ayrı bir güvence yaratmaktadır.

Yukarıda tartıştığımız gibi Cumhurbaşkanı kararına karşı hangi yargı kolunun görevli olduğu konusu dahi bir tartışma konusu olabilecek niteliktedir. Ayrıca 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 132. maddesinin 1. fıkrasında "kamu yararı" kavramı "kamu sağlığı" veya "millî güvenlik" nedenleriyle

307 Lamping, D. Batista, Correa, Hilty, Kim, Slowinski and Steinhart (n 172) 2, N. 4. Zorunlu lisansla ilgili Almanya ve farklı ülkelerdeki istatistikî veriler için bkz. Beier (n 8) 189.

308 Lamping, D. Batista, Correa, Hilty, Kim, Slowinski and Steinhart (n 172) 3, N. 6.

sınırlansa da yine “kamu sağlığı” kavramı içinde mütalaa edilebilecek “eczacılık ürünlerinde” zorunlu lisansta SMK m. 132’nin mi yoksa SMK m. 129/1-ç ve 129/2’nin mi uygulanacağı konusunda yetki karmaşası yaşanabilecektir. Gerçi SMK m. 129/1-ç’de eczacılık ürünlerinde zorunlu lisansın çerçevesi oturtulmuş, Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşmasını Değiştiren Protokolde belirtilen şartların sağlanması hâlinde başka ülkelerdeki kamu sağlığı sorunları sebebiyle eczacılık ürünlerinin ihracatının söz konusu olması durumu sınır olarak çizilmiştir. Bunun dışında kalan durumlarda Cumhurbaşkanı kararı ile mi yoksa mahkeme kanalı ile mi bir lisans alımı söz konusu olacağı somut olayda bir karışıklığa yol açabilir. Bu olasılıkta yetki açısından bir hata veya hukuka aykırılık Cumhurbaşkanı kararının yargısal denetimi ile giderilebilir. Ancak bu denetimin DaK m. m. 24 gereğince idari yargı eliyle yerine getirilmesi, patent hukuku ile ilgili yeterli bilgisi olmayan ve olması da beklenemeyecek idari yargı organı üyeleri için ağır bir külfet oluşturacaktır. Yine aynı sorun Rekabet Kurumu tarafından verilecek zorunlu lisans kararları için de geçerlidir (RKHK m. 55, SMK m. 156). Bunun dışında SMK m. 136 ile getirilen lisansın iptali ve ücretle ilgili güncelleme yetkisinin mahkeme dışında zorunlu lisansa karar verilmesi durumunda hangi makam tarafından yerine getirileceği de bir sorun olarak durmaktadır. Cumhurbaşkanı kararı ile verilen bir zorunlu lisansın, örneğın adli yargı organınca “iptali” nasıl gerçekleşecektir. Süre aşımı sorunu bir tarafa, bir idarî işlem ancak baştan hukuka aykırı ise iptal edilebilir. Sonradan oluşabilecek aksaklıklar (değişiklik talebi, ücret güncellemesi gibi), hele ki dava açma süresi de geçmişse nasıl ortadan kaldırılabilecektir? Bu konuda idarî yargı organının dahi denetim yetkisi bulunmamaktadır. O halde Cumhurbaşkanı tarafından verilecek zorunlu lisansta anılan hüküm nasıl uygulanacaktır? Burada yeni bir Cumhurbaşkanı kararı ile, ilk kararın içeriğinin değiştirilmesi veya işlemin kaldırılmasından başka, idare hukuku açısından bir çözüm görülmemektedir.

Zorunlu lisans özellikle eczacılık ürünleri ile ilgili olarak gelecekte hukuk sistemlerini hayli uğraştıracak bir konu olacaktır. Salgınların artması, küresel ısınmanın hastalıklar üzerindeki yayıcı etkilerinin görülmesi, dünyayı daha fazla salgınla baş başa bırakacak; bu arada bu hastalıkların önlenmesi için eczacılık ürünleri geliştirilmeye çalışılacaktır. Bu ürünlere erişim konusunda sorun yaşayan ülkeler ise patent korumasını tanımamaya gayret gösterecek ve zorunlu lisansa başvurunun yollarını deneyeceklerdir. Buluşları sürekli zorunlu lisans ile “elinden alınan” buluşçuların motivasyonunu kaybetmesi ise araştırma faaliyetlerini sekteye uğratacaktır. İnsan sağlığı ve kamu yararı ile mülkiyet hakkının korunması arasındaki ince çizgi, hukukçuları da gelecekte sorunları çözme konusunda kilit bir role sokacaktır.

KAYNAKÇA*

Akat M ve Dinçkol, A, 1982 Anayasası, Madde Gereğçeleri ve Maddelerle İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları (Alkım 1998).

Akyılmaz B, Sezginer M ve Kaya C, Türk İdari Yargılama Hukuku (8. Bası, Seçkin 2023).

Alseğård E., ‘Global pharmaceutical patents after the Doha Declaration – What lies in the future’ (March 2004) Script – ed, 1(1), 13-14. (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1137545) Accessed 10 July 2023.

* Birden çok eserden yararlanılan yazarlara yapılan yollamalarda kullanılan kısaltmalar parantez içinde gösterilmiştir

- Altay V, 'Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) Doha Kalkınma Gündemi Müzakerelerinde Son Durum' (IX) Uluslararası Ekonomik Sorunlar Dergisi (http://www.mfa.gov.tr/dunya-ticaret-orgutu-_dto_-doha-kalkinma-gundemi-muzakerelerinde-son-durum.tr.mfa) Erişim Tarihi 10 Ağustos 2023.
- Antalya G ve Topuz M, Eşya Hukuku, C. IV/1, Giriş, Temel Kavram ve İlkeler (3. Bası, Seçkin 2019).
- Arıöz A ve Özbek Ö C, 'Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasının Sonucu Olarak Zorunlu Lisanslama: Değerlendirme Kriterleri ve Uygulanacak Standartlar' (2010) 11(3), Rekabet Dergisi, 16-17.
- Arslan İ Y, Rekabet Hukuku, Teori ve Uygulama (6. Bası, Ekin 2021).
- Arslan M H, Patent Hakkına İlişkin İstisnalar ve Sınırlamalar (On İki Levha 2023).
- Arslan R, Yılmaz E, Ayvaz S T ve Hanağası E, Medeni Usul Hukuku (6. Bası, Yetkin 2020).
- Ayhan R, Çağlar H, Yıldız B ve İmroğlu D, Sınai Mülkiyet Hukuku (Adalet 2021).
- Ayter N, İhtira Hukuku (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1968).
- Bak B, 'İlaçta Zorunlu Patent Lisansı' (2011) 3, Ankara Barosu Dergisi 107-126.
- Banoğlu S, 'İlaçta Patent Uygulamasının Rasyonel İlaç Kullanımı Üzerine Olası Etkileri' (Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi 2001).
- Barqawi L, 'Promoting Jordan's Use of Compulsory Licensing During the Pandemic', Research Paper, South Centre, 15 September 2023.
- Beier F K, 'Ausschließlichkeit, gesetzliche Lizenzen und Zwangslizenzen im Patent – und Musterrecht', (1998) Heft 3-4, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 185-195.
- Bektaş İ, '6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'na Göre Patent Hukukunda Zorunlu Lisans – Değişiklikler ve Eksiklikler', Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan (On İki Levha 2019) 277-316.
- Blum R E and Pedrazzini M M, Das schweizerische Patentrecht (2. Auflage, Stämpfli 1975).
- Bozkurt T, 'Bankacılık Kanunu'nun 62. Maddesinin Hukukî Niteliği, Uygulama Alanı ve Mülkiyet ve Miras Hakkı Yönünden Anayasa'ya Aykırılığı Sorunu' (2017) 3(1) Ticaret ve Fikrî Mülkiyet Dergisi 23-46 (Bankacılık).
- Bozkurt T, 'Haklarında Özel Bir Sınırlama Nedeni Öngörülmemiş Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Sorunsalı: Özellikle Sözleşme Hürriyeti Açısından Durum' (2008) 66 (1) Ankara Barosu Dergisi 134-143 (Sözleşme Hürriyeti).
- Bulut İ Ç, 'Zorunlu Unsur Doktrininin Uygulama Koşullarının Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Gelişimi: Vaka Analizleri' (2019) 2(2), İzmir Democracy University Social Sciences Journal 88-121.
- Bulut P ve Bulut K, 'İlaçlar İçin Zorunlu Lisans' (2022) 24(1), Ankara Barosu Fikrî Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi 1-28.
- Busche J, T. Stoll P and Wiebe A, TRIPS – Internationales und europäisches Recht des geistigen Eigentums – Kommentar (2. Auflage, Carl Heymanns 2013).
- Carlos M C and Nirmalya S, 'The WTO TRIPS Decision on COVID-19 Vaccines: What is Needed to Implement it?', Research Paper 169 (South Center) 8 November 2022 (https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2022/11/RP169_The-WTO-TRIPS-Decision-on-COVID-19-Vaccines_EN.pdf) Accessed 17 November 2023.
- Carss-Frisk M, The Right to Property (A guide to the implementation of Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights), Human rights handbooks, No. 4, 6, (<http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/mh-aihs.pdf>) Erişim Tarihi 15 Haziran 2023.
- Çelik F H Ş, 'Patent Sisteminin İşlevleri ve Bu İşlevlerin Etkinliğini Sağlayan Yasal Düzenlemeler' (2006) 23 (3) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 103-154.
- Çolak U, Türk Patent Hukuku (Adalet 2022).

- Erdem B, Patent Hakkının Korunması ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk (2. Bası, Beta 2002).
- Eren F, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (27. Bası, Yetkin 2022) (Borçlar).
- Eren F, Mülkiyet Hukuku (7. Bası, Yetkin 2023) (Mülkiyet).
- Eşan Ö, 'Karşılaştırmalı Hukukta Zorunlu Patent Lisansları' (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi 2008).
- Gabriele S, 'The European Commission's New Compulsory Licensing Proposal: A Step Forward?' (<https://blog.patrieflom.law.harvard.edu/2023/05/05/eu-compulsory-licensing/>) Accessed 10 August 2023).
- Gemalmaz, B H, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı (2. Bası, Beta 2017).
- Gómez Segade V J A, 'Zwangslizenzen für pharmazeutische Erfindungen – Eine rechtsvergleichende Darstellung unter besonderer Berücksichtigung des Vorentwurfs für ein neues spanisches Patentrecht' (1973) GRUR Int.123-131.
- Gözler K, '3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği' (2002) 19, Anayasa Yargısı Dergisi (Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşunun 40. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyum, Antalya) 326-354 (Abesle İştigal)
- Gözler K, 'Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri (Anayasanın 13. Maddesi Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme)' (2001) 4, Ankara Barosu Dergisi 53-67 (Anayasa Değişikliği).
- Gözler K, İdare Hukuku, C. I (3. Bası, Ekin 2019) (İdare Hukuku).
- Gözler K, İnsan Hakları Hukuku (4. Bası, Ekin 2022).
- Gözüyeşil F F, 'Patent Konularının Bağımlılığı Hâlinde Zorunlu Lisans' (2020) 28(2), Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 473-509.
- Günday M, 'İdarî Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları' (1997) 14, Anayasa Yargısı Dergisi 347-358.
- Güneş, İ, 'Sınai Mülkiyet Kanunda Zorunlu Lisans' (2016) 19(2) – (2017) 19(1), Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi (FMR) (26 Nisan Dünya Fikri Mülkiyet Günü Özel Sayısı) 47-56.
- Güriz A, Hukuk Felsefesi (16. Bası, Siyasal 2021) (Felsefe).
- Güriz A, Teorik Açıdan Mülkiyet Sorunu (2. Bası, Siyasal 2018) (Mülkiyet).
- Gürzumar O B, Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü (Hâkim Durumun Rakiple Anlaşma Yapmaktan Kaçınmak Suretiyle Kötüye Kullanılması) (Seçkin 2006).
- Hacker F, Patentgesetz, Begründer: Busse R and Keukenschrijver A (8. Auflage, De Gruyter 2016).
- Haedicke M and Wollenschlaeger L, Handbuch des Patentrechts (PatR-HdB), Herausgeber: Haedicke M and Timmann H (2. Auflage C. H. Beck 2020).
- Heinrich P, PatG/EPÜ (Schweizerisches Patentgesetz/Europäisches Patentübereinkommen – Kommentar in synoptischer Darstellung) (2. Auflage, Stämpfli 2010).
- Huysal A S, İlaç Patenti (Vedat 2010).
- İba Ş ve Söyler Y, 'Yeni Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Cumhurbaşkanlığı Kararının Nitelik Farkı ve Hukuki Sonuçları', (2019) 36/1 Anayasa Yargısı Dergisi 195-223.
- İleri E İ, 'Compulsory Patent Licensing And Access To Medicines: Orphan Drugs' (Master's Thesis, University of Ankara 2022).
- İnceoğlu M M, 'Sözleşme Yapma Zorunluluğu ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 5. Maddesinin Bu Açıdan Değerlendirilmesi', M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan (Beta 2000) 391-429.
- Karson M, 'Türk Hukukunda Patentten Doğan Haklar' (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi 2003).

- Kaya A, '551 Sayılı «Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname» İle Getirilen Zorunlu Lisans Sistemi', 1996 (LV), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 335-367 (Zorunlu Lisans).
- Kaya A, 'Türk Hukukunda Patentten Doğan Haklar' (1997) LV/4, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 173-199 (Patentten Doğan Haklar).
- Kayacan V, 'İlaçta Patent Korumasının Etkileri ve Koruma Tedbirleri' (Bilim Uzmanlığı Tezi, Hacettepe Üniversitesi 2000).
- Kesici D, 'Patent ve Türk İlaç Endüstrisi' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi 2002).
- Kılıçoğlu A, Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar (8. Bası, Turhan 2022).
- Kırkbeşoğlu N, 'Sınai Mülkiyet ve Rekabet Hukukunda Zorunlu Lisans (Zwanglizenz)' (Vedat 2009) Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, C. II 1095-1132.
- Kober-Dehm H, Patentgesetz (Gebrauchmustergesetz, Patentkostengesetz) Begründer: Benkard G (11. Auflage, C.H.Beck 2015).
- Korkut N, 'Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşmasını Değiştiren Protokole Katılmamızın Uygun Bulduğuna Dair Kanun' Bkz. (<http://www.fikrinizinde.com/ticaretle-baglantili-fikri-mulkiyet-haklari-anlasmagini-degistiren-protokole-katilmamizin-uygun-bulunduguna-dair-kanun/>) _Erişim Tarihi 27 Nisan 2023.
- Kraßer R, Ann C and Maute L, Patentrecht, Autoren/Herausgeber: Kraßer R, Ann C and Lena M, (8. Auflage, C.H. Beck 2022).
- Lamping M, D. Batista P H, Correa J I, Hilty R, Kim D, Slowinski P R, Steinhart M, 'Revisiting the Framework for Compulsory Licensing of Patents in the European Union', (2 March 2023), Reflections on the European Commission's Initiative Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition, Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper No. 23-07.
- Law A, Patents and Public Health, Legalising the Policy Thoughts in the Doha TRIPS Declaration of 14 November 2001 (Nomos, 2008).
- Mes P, Patentgesetz – Gebrauchmustergesetz (5. Auflage, C.H. Beck 2020).
- Mitchell A D, Taubman A and Samlids T, 'Intellectual Property and Vaccine Manufacturing: Utilizing Existing TRIPS Agreement Flexibilities for COVID-19 and Other Public Health Crises' (2023) 25, Tulane Journal of Technology and Intellectual Property 1-104.
- Nart S, 'Rekabetin Korunması Kapsamında Fikri ve Sınai Hakların Sınırları' (2009) 11(1), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 113-146.
- Odman (Boztosun) A N, Fikri Mülkiyet Hukuku ile Rekabet Hukukunun Teknolojik Yeniliklerin Teşvikindeki Rolü (Seçkin 2002) (Rekabet).
- Odman (Boztosun) A N, İslahçı Hakkı (Seçkin 2006) (İslahçı).
- Oğuzman M K ve Barlas, N, Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar (29. Bası, On İki Levha 2023).
- Oğuzman M K ve Öz M T, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I (20. Bası, Vedat 2022).
- Oğuzman M K, Seliçi Ö ve Oktay Özdemir S, Eşya Hukuku (25. Bası, Filiz 2023).
- Ortan A N, Patent Lisansı Sözleşmesi (Doğan Basımevi 1979).
- Özdemir S Ö, Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması (Beta 2002).
- Özsoy S H, Türk Hukukunda Patent Lisans Sözleşmesi (Turhan 2011).
- Pekcanitez H, Atalay O ve Özekes M, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı (8. Bası, On İki Levha 2020).
- Plagge M, Der patentrechtliche Unterlassungsanspruch (Historie, Reichweite und Reform) (Nomos 2022).

- Rinken I, Patentgesetz mit Europäischem Patentübereinkommen (EPÜ) Kommentar, Herausgeber: Schulte R (11. Auflage, Carl Heymanns 2022).
- Scheffler D, 'Die (ungenutzten) Möglichkeiten des Rechtsinstituts der Zwangslizenz', (2005) Heft 2, GRUR 97-105.
- Seitz C, Patentgesetz PatG, Bundesgesetz über die Erfindungspatente vom 25. Juni 1954 (PatG), Herausgeber: Schweizer M and Zech H (Stämpflis, 2019).
- Serozan R, Medeni Hukuk, Genel Bölüm, Kişiler Hukuku (Yayına Hazırlayanlar: B. İlkay Engin ve Yeşim M. Atamer) (On İki Levha 2022).
- Tanrıver S, Medeni Usul Hukuku, C. II (Yetkin 2021).
- Tekinalp Ü, Fikrî Mülkiyet Hukuku (5. Bası, Vedat 2012).
- Tekinay S S, Akman S, Burcuoğlu H, Altop A, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (7. Bası, Filiz 1993).
- Topcu D, 'Patent Lisans Sözleşmeleri Düzenlemelerinin Rekabet Hukuku Yönüyle Değerlendirilmesi' (2018), 13/45, Terazi Hukuk Dergisi 176-193 (Rekabet).
- Topcu D, Patent Lisans Sözleşmeleri (2. Bası, Seçkin 2021) (Patent Lisans).
- Tüysüz M, Fikrî Mülkiyet Hakları Çerçevesinde Yeni Bitki Çeşitleri Üzerindeki Islahçı Hakkı (Yetkin, 2007).
- Ulusoy A D, Türk İdare Hukuku (5. Bası, Yetkin 2022).
- Utku D, 'Rekabet Hukuku Açısından Patent Hakkı' (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi 2002).
- Weber H, Die urheberrechtliche Zwangslizenz (Nomos, 2018).
- Wilhelmi R, Beck Online Kommentar – Patentrecht, Herausgeber: Fitzner U, Kubis S and Bodewig T (29. Edition, C.H.Beck 2023, Stand: 15.07.2023).
- Yalçın U, 'İlaç ve Patent, Türkiye'de ve Dünyada Son Gelişmeler', (2002) 2(3) Ankara Barosu Fikrî Mülkiyet ve Rekabet Dergisi 15-44 (İlaç)
- Yalçın U, 'Türkiye'de Patent Sistemi ve Yönteminin Bugünü ve Yarını' (1992) Patent Sistemleri ve Patent Ofisi Organizasyonları Uluslararası Sempozyumu Ankara (12-13.X.1992) 99-119 (Patent).
- Yavuz Ş, 'Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukunda Fikri Mülkiyetin Zorunlu Lisanslaması: İms Davası ve Bazı Yanılsamalar' (2005) 22, Rekabet Dergisi 4-39.
- Yurtsever Ş, Patent Hukukî Korunması ve İlgili Mevzuat (Adalet 1999).
- Yusufoğlu F, Patent Verilebilirlik Şartları (Vedat 2014).
- Yüksel A S, Patent ve Lisans (Patent, Marka, Know-how) Sözleşmesi Hukuku (Marmara Üniversitesi Yayınları 1989).

Özel Statülü Yabancıların Türkiye’de Görülen Kişi Hallerine İlişkin Davalarında Usule ve Uygulanacak Hukukun Belirlenmesine İlişkin Bazı Tespitler

Assessment Regarding Procedure and Determination of Applicable Law in Cases Regarding the Personal Status of Foreigners with Special Status in Turkey

Begüm SÜZEN^{ID}

ÖZ

5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu’nun 28. maddesi uyarınca, doğumla Türk vatandaşı olup çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybeden yabancılar (mavi kart sahibi yabancılar), söz konusu hükümden öngörülen istisnalar haricinde, Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam etmektedir. Bu durum, bu kişilerin, Türk mahkemeleri önünde tarafı oldukları kişi hallerine ilişkin uyuşmazlıklarda, milletlerarası usul hukuku ve kanunlar ihtilafı hukukuna ilişkin bazı tartışmaları gündeme getirmektedir. Bu kapsamda, mavi kart sahibi yabancıların, belirli istisnalar haricinde Türk vatandaşları ile aynı statüde oldukları düşüncesinden hareketle, doktrinde ve yargı kararlarında, kişi hallerine ilişkin uyuşmazlıklarda milletlerarası yetkinin, MÖHUK’ un Türk vatandaşlığına bağlı yetki tesisi öngören 41. maddesi uyarınca belirlenip belirlenemeyeceği; bu kişilerin Türk mahkemelerinde açacakları davalarda “yabancı” statüsüne bağlı bir teminat yükümlülükleri olup olmayacağı ve adli yardımdan faydalanabilmelerinin “karşılıklılık” koşuluna bağlı olup olmadığı tartışılmaktadır. Diğer taraftan, söz konusu uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun vatandaşlık esasına göre belirlendiği hallerde, Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmanın, yabancı statüsünü ortadan kaldırıp kaldırmayacağı ve bu bağlamda, milli hukuk olarak Türk hukukunun uygulanıp uygulanamayacağı meselesi gündeme gelmektedir. Söz konusu tartışmalar, mavi kart sahiplerinin yanı sıra, kanunda öngörülen istisnalar haricinde Türk vatandaşlarına tanınan haklardan yararlanan diğer özel statülü yabancılar bakımından da geçerlidir. Bu makalede, söz konusu meseleler, sırasıyla değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Milletlerarası Yetki, Uygulanacak Hukuk, Teminat, Mavi Kartlılar, yabancılar, vatandaşlık.

ABSTRACT

According to article 28 of Turkish Citizenship Act, foreigners who acquire Turkish citizenship by birth and subsequently lose it by obtaining permission to renounce it (blue card holder foreigners), continue to enjoy the rights granted to Turkish citizens with the exceptions provided under said provision, which has given rise to certain debates concerning international procedural law and conflicts of law in disputes related to individual status before Turkish courts to which they are a party. Within this context, considering that blue card holders are in the same status as Turkish citizens except for specific exceptions, it is debated, in terms of the legal doctrine and court decisions, whether the determination of international jurisdiction in disputes related to their individual status can be established based on Article 41 of Turkish Code on Private International and International Procedural Law which stipulates jurisdiction based on Turkish citizenship, whether these individuals have any warrant obligation related to their “foreigner” status in the lawsuits they initiate at Turkish courts, and whether their eligibility for legal aid is subject to the condition of “reciprocity.” Furthermore, in cases where the applicable law is determined according to the principle of citizenship, the question arises whether benefiting from the rights granted to Turkish citizens will eliminate their foreigner status and whether Turkish law can be applied as national law. These debates are applicable not only to blue card holders but also to other special-status foreigners who benefit from the rights granted to Turkish citizens. In this article, these issues will be evaluated in sequence.

Keywords: Jurisdiction, Applicable Law, Warrant, Blue Card Holders, Foreigners, Citizenship.

* Dr. Öğr. Üyesi, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, begum.sermet@bau.edu.tr, ORCID: 0000-0001-6613-9353.

GİRİŞ

5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun¹ (TVK) 28. maddesi uyarınca, doğumla Türk vatandaşı olup çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybeden yabancılar (mavi kart sahibi yabancılar), söz konusu hükümde öngörülen istisnalar haricinde, Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam ederler. Söz konusu kişilerin, istisnalar haricinde Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaları, bu kişilerin, milletlerarası usul hukuku ve kanunlar ihtilafı hukukuna ilişkin bazı meseleler kapsamında Türk vatandaşı olarak kabullerine neden olmaktadır. Bu husus ise, milletlerarası yetkinin vatandaşlık esasına göre tayin edildiği ve uygulanacak hukukun vatandaşlık esasına göre belirlendiği haller ile “yabancı” statüsüne bağlı teminat yükümlülüğü konusunda bazı tartışmaları gündeme getirmektedir. Bu kapsamda, mavi kart sahibi yabancıların, belirli istisnalar haricinde Türk vatandaşları ile aynı statüde oldukları düşüncesinden hareketle, doktrinde ve yargı kararlarında, bu kişilerin Türkiye’de görülen kişi hallerine ilişkin davalarında yetkili mahkemenin, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un (MÖHUK)² Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin davalarda yetkiyi düzenleyen 41. maddesi kapsamında belirlenip belirlenemeyeceği ya da bu kişilerin Türkiye’de açtıkları davalarda teminat gösterme yükümlülüklerinin hangi hükümler çerçevesinde ele alınacağı meseleleri tartışılmaktadır. Diğer taraftan, aynı gerekçe, söz konusu davalarda uygulanacak hukukun vatandaşlık esasına göre belirlendiği durumlarda, milli hukuk olarak Türk hukukunun uygulanması ihtimalini de ortaya çıkarmaktadır.

Her ne kadar belirtmiş olduğumuz tartışmalar, doktrinde ve yargı kararlarında sadece mavi kart sahibi yabancılar bakımından gündeme gelmekte ise de aynı tartışmaların “özel statülü yabancı” olarak adlandırılan diğer yabancılar bakımından da düşünülmesi gerekmektedir. Özel statülü yabancılar, fiziksel olarak yer aldıkları ülkedeki hukuki durumları, o ülkedeki iç hukuk kurallarına göre veya milletlerarası örf ve âdet kuralları ya da milletlerarası anlaşmalar uyarınca diğer yabancılar nazaran özellik arz eden yabancı gerçek kişileri ifade eder³. Türk hukukunda, iç hukuk kurallarınca özel statü verilen yabancılar örnek olarak, doğumla Türk vatandaşı olup çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler (mavi kart sahibi yabancılar), turkuaz kart sahipleri (Uluslararası İşgücü Kanunu⁴ m. 11/4), uzun dönem ikamet izni sahibi yabancılar (Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu⁵ m. 44) ve süresiz çalışma izni sahibi yabancılar (Uluslararası İşgücü Kanunu m. 10/4) gösterilmektedir⁶. Zira bu kişiler, kanuni istisnalar haricinde Türk vatandaşlarına tanınan haklardan yararlanma i imkânına sahiptirler.

1 Türk Vatandaşlığı Kanunu, Kanun Numarası: 5901, Kabul Tarihi: 29.05.2009, RG 12.06.2009/27256.

2 Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5718, Kabul Tarihi: 27.11.2007, RG 12.12.2007/26728.

3 Vahit Doğan, *Türk Yabancılar Hukuku* (6. Baskı, Savaş 2021) 16; Hümeysra Zeynep Nalçacıoğlu Erden, ‘Yabancıların Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi’ (2022) 12(1) Hacettepe HFD 898, 918; Turgut Turhan, ‘Türk Vatandaşlığından Çıkanların Hakları (TVK m. 29 üzerine bir inceleme)’ (1997) VLI (1-4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 41, 48.

4 Uluslararası İşgücü Kanunu, Kanun Numarası: 6735, Kabul Tarihi: 28.07.2016, RG 13.08.2016/29800.

5 Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, Kanun Numarası: 6458, Kabul Tarihi: 04.04.2013, RG 11.04.2013/28615.

6 Merve Acun Mekengeç, ‘Türk Hukukunda Teminat Gösterme Yükümlülüğü’ (2017) 37(2) MHB 1, 24, 26; Mesut Aygün,

Çalışmamızda, öncelikle, özel statülü yabancıların kişi hallerine ilişkin davalar bakımından Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin MÖHUK’ un hangi hükümleri kapsamında belirleneceği ortaya konulmaya çalışılacaktır. Bu çerçevede, ilk olarak, söz konusu uyuşmazlıklarda, MÖHUK’ un “Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin davaları” bakımından özel bir yetki düzenlemesi öngören 41. maddesinin uygulama alanı bulup bulmayacağı meselesi, doktrin görüşleri ve yargı kararları kapsamında değerlendirilecek; ikinci olarak, MÖHUK’ un “yabancıların kişi hallerine ilişkin bazı uyuşmazlıklar” bakımından milletlerarası yetkiyi düzenleyen 42. maddesinin uygulanmasına ilişkin esaslar, çalışmamızın konusuyla sınırlı olarak ele alınacaktır. Akabinde, özel statülü yabancıların kişi hallerine ilişkin olarak Türkiye’de açacakları davalarda, MÖHUK’ un 48. maddesi kapsamında “yabancı” statüsüne bağlı ya da 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun (HMK) 84. maddesi kapsamında “Türkiye’de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşları” bakımından öngörülen teminat yükümlülüklerinin olup olmayacağı ve adli yardımdan faydalanabilmeleri için, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 334. maddesinde yabancılar için öngörülen “karşılıklılık” şartından muaf olup olmayacakları meselesi incelenecektir. Son olarak, söz konusu uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun belirlenmesine ilişkin değerlendirme yapılacaktır.

I. USULE İLİŞKİN MESELELER

A. TÜRK MAHKEMELERİNİN MİLLETLERARASI YETKİSİNİN TAYİNİ

1. Genel Olarak

Yabancılık unsuru barındıran özel hukuk ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklar bakımından Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, MÖHUK hükümleri uyarınca belirlenecektir (m. 1). MÖHUK m. 40 hükmünde, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarınca belirleneceği düzenlenmiş; m. 41 ve devamında ise bazı uyuşmazlıklar bakımından özel yetki kurallarına yer verilmiştir. Yabancılık unsuru taşıyan kişi hallerine ilişkin uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tayini konusunda, MÖHUK’ta iki farklı hüküm düzenlenmiştir. Bunlardan ilki, Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin uyuşmazlıklarda yetkiyi düzenlerken (MÖHUK m. 41), ikincisi, Türkiye’de yerleşim yeri olmayan yabancıların kişi hallerine ilişkin bazı davalarda (vesayet, kayımlık, kısıtlılık, gaiplik ve ölmüş sayılma kararları) yetkili mahkemeyi belirlemektedir (MÖHUK m. 42). Söz konusu hükümlerin uygulama alanına giren uyuşmazlıklar bakımından, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin doğrudan doğruya bu hükümler kapsamında belirleneceği, MÖHUK m. 40’ın uygulama alanı bulmayacağı; diğer bir ifadeyle, bu hükümlerin MÖHUK m. 40’ı tamamlayıcı nitelikte olmadıkları çoğunlukla kabul edilmektedir⁷.

⁷ ‘Vatandaş veya İmtiyazlı Yabancı Olma Yönünde Kabul Edilen Düzenlemelere Sığınmacılar Açısından Eleştirel Bir Bakış: Uzun Dönem İkamet İzni, Turkuaz Kart Sahipliği ve Vatandaşlık Hakkı Çerçevesinde’ (2018) 37(2) B.U.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 167, 182, 185; Doğan (n 3) 16.

7 Rifat Erten, *Türklerin Kişi Hâllerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi* (Yetkin 2017) 171; Mine Tan Dehmen, ‘Türk Vatandaşlarının Kişi Hallerine İlişkin Davalar Bakımından 5718 Sayılı MÖHUK’ta Kabul Edilen

Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin davalarda yetkili mahkemeleri kademeli olarak belirten MÖHUK m. 41 düzenlemesinde, ilk kademede iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarına gönderme yapılmış olması, bu davalarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin sadece bu hüküm çerçevesinde belirleneceğini kanaatimizce de ortaya koymaktadır⁸.

MÖHUK m. 40 ile m. 42 hükümleri arasında, Hukuk Muhakemeleri Kanunu⁹ (HMK) anlamında bir “genel yetki-özel yetki kuralı” ilişkisi mi yoksa, “kesin yetki-kesin olmayan yetki kuralı” ilişkisi mi olduğu konusunda ise doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Diğer bir ifadeyle, MÖHUK m. 41, m. 42 düzenlemelerinin iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarını bertaraf edip etmeyeceği hususu doktrinde tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüş¹⁰ uyarınca, MÖHUK m. 42 hükmünün kapsamına giren konularda genel hükümlere giderek yetki tesisi mümkün değildir. Doktrindeki diğer görüşe¹¹ göre ise, MÖHUK m. 42 hükmünün uygulanabilmesi için iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarına göre yetkili bir mahkemenin bulunmaması gerekir.

Çalışmamız bakımından esas üzerinde durulması gereken husus, özel statülü yabancıların kişi hallerine ilişkin uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin belirlenmesinde MÖHUK’un hangi hükümlerinin uygulama alanı bulacağıdır. Bu anlamda, özel statülü yabancıların, istisnalar haricinde Türk vatandaşları ile eşit statüde olmaları dolayısıyla Türk vatandaşı gibi kabul edilmeleri durumunda, kişi hallerine ilişkin tüm uyuşmazlıklarında MÖHUK m. 41 hükmünün, kabul edilmemeleri halinde ise, kişi hallerine ilişkin bazı davalarında MÖHUK m. 42 hükmünün uygulanması gerekecektir¹². İkinci ihtimalde, MÖHUK m. 42’nin kapsamı dışında kalan kişi halleri

Yetki Kuralı’ (2013) 33(1) Public and Private International Law Bulletin 169, 171; Bilgin Tiryakioğlu, ‘Türklerin Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi’ (2012) Tuğrul Arat’a Armağan 1141, 1156-1157. MÖHUK m. 41 hükmünün uygulanabilmesi için iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarına göre yetkili bir mahkemenin bulunmaması gerektiği yönünde bkz. Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk* (8. Baskı, Savaş 2022) 63.

8 Erten (n 7) 171; Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku* (Yenilenmiş 23. Bası, Beta 2021) 475-476; Tan Dehmen (n 7) 188; Tiryakioğlu (n 7) 1156-1157.

9 Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Kanun Numarası: 6100, Kabul Tarihi: 12.1.2011, RG 4.12.2011/27836.

10 Nalçacıoğlu Erden (n 3) 910; Sibel Özel, Mustafa Erkan, Hatice Selin Pürselim ve Hüseyin Akif Karaca, *Milletlerarası Özel Hukuk* (On İki Levha 2022) 611; Cemal Şanlı, Emre Esen ve İnci Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (10. Baskı, Beta 2023) 499; Tekinalp G, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları* (13. Bası, Vedat 2020) 408.

11 Doğan (n 7) 65.

12 MÖHUK m. 42 hükmünde, Türkiye’de yerleşim yeri olmayan yabancıların vesayet, kayımlık, kısıtlılık, gaiplik ve ölmüş sayılma kararları bakımından yetki kuralları öngörülmüştür. Söz konusu uyuşmazlıklarda, iç hukukun yer itibariyle yetki kuralları ise, Türk Medeni Kanunu’nda (Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 08.12.2001/24607) yer almaktadır. Buna göre, gaiplik kararları bakımından yetkili mahkeme, kişinin Türkiye’deki son yerleşim yeri, Türkiye’de hiç yerleşmemişse nüfus sicilinde kayıtlı olduğu yer, böyle bir kayıt da yoksa anasının veya babasının kayıtlı bulunduğu yer mahkemesidir (TMK m. 32/2). Vesayet işlerinde yetki, küçüğün veya kısıtlının yerleşim yerindeki vesayet dairelerine aittir (TMK m. 411). Ölmüş sayılma kararları bakımından yetkili makam ise, TMK m. 44/1 hükmünde belirtilmiştir. Buna göre, bir kimse, ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren durumlar içinde ortadan kaybolursa cesedi bulunamamış olsa bile, o yerin en büyük mülki amirinin emriyle kütüğe ölü kaydı düşürülür.

Özel statülü yabancıları ilgilendiren vesayet uyuşmazlıkları bakımından yetkili mahkeme belirlenirken, MÖHUK m. 42 hükmünün iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarını bertaraf edip etmeyeceği sorusunun cevaplandırılmasının pratik bir sonucu olmayacaktır. Zira MÖHUK m. 42 düzenlemesi, ancak ilgili yabancıların Türkiye’de yerleşim yeri bulunmaması halinde uygulama alanı bulur. Halbuki MÖHUK m. 42’nin uygulama alanı bulunduğu bir uyuşmazlıkta bu hüküm uyarınca Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tesis edilememesi halinde iç hukuka gidilse dahi, vesayet

uyuşmazlıklarında ise MÖHUK m. 40 atfıyla iç hukukun yer itibarıyla yetki kuralları uyarınca Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi tayin edilecektir. Özel statülü yabancıların kişi hallerine ilişkin davalarda milletlerarası yetkinin hangi hükümler çerçevesinde belirlenmesi gerektiği, aşağıda sırasıyla MÖHUK m. 41 ve m. 42 hükümleri kapsamında değerlendirilecektir.

2. MÖHUK M. 41’in Uygulanmasına İlişkin Değerlendirmeler

a. MÖHUK M. 41’in Uygulama Alanı

Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi tayin edilirken, kural olarak, tarafların vatandaşlığı dikkate alınmamaktadır. Bununla birlikte, kişi hallerine ilişkin davalarda doğrudan doğruya vatandaşlık bağına dikkate alan milletlerarası yetki kuralları düzenlenmektedir¹³. Bu bağlamda, Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin davalar bakımından MÖHUK m. 41 hükmünde özel bir yetki kuralına yer verilmiştir¹⁴. Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin belirlenmesinde, MÖHUK’un “*Türklerin kişi hallerine ilişkin davalar*”¹⁵ başlıklı 41. maddesinin uygulama alanı bulabilmesi için, davanın taraflarından en az birinin Türk vatandaşı olması ve dava konusunun davacı veya davalı konumundaki Türk vatandaşının kişisel haline ilişkin olması gerekir¹⁶. Söz konusu

altına alınması söz konusu kişinin yerleşim yeri Türkiye’de bulunmadığından, TMK m. 411 kapsamında yetki tesisi zaten mümkün değildir. Diğer taraftan, TMK m. 411 hükmünün iç hukuk bakımından kamu düzenine ilişkin ve kesin yetki kuralı olarak kabulü neticesinde (bkz. Musa Aygül, ‘Yabancı Mahkemeden Verilen Vesâyet Kararlarının Tanınması (Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Bir Kararının Değerlendirilmesi)’, Prof. Dr. Tuğrul Arat’a Armağan, Ankara 2012, s.145; Doğa Elçin, ‘Vesâyet ve Kısıtlılık Kararı Verilmesine veya Sona Ermesine ve Vesâyetin Yürütülmesine Uygulanacak Hukuk, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi ve Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması’ (2018) 67(2) AÜHFD 279, 313) HMK’nın genel hükümleri uyarınca yetki tesisi de mümkün olmayacaktır.

Söz konusu tartışma, gaiplik kararları bakımından bir sonuç doğurabilir. Zira Türkiye’de sakin olmayan ya da malları bulunmayan bir yabancıнын herhangi bir tarihte Türkiye’de yerleşim yeri bulunmuşsa ya da ana ya da babasının Türkiye’de nüfus sicilinde kaydı bulunuyorsa, bu yer mahkemelerinden gaiplik kararı talebi gündeme gelebilir. Kanaatimizce, bu durumda, MÖHUK m. 42 hükmü uyarınca Türk mahkemelerinin yetkisinin tesis edilemediği hallerde, iç hukukun söz konusu kuralları uyarınca yetki tesisi mümkün olmalıdır.

- 13 Doğan (n 7) 63; Nomer (n 8) 475; Işıl Özkan ve Uğur Tütüncübaşı, *Uluslararası Usul Hukuku* (2. Baskı, Adalet 2020) 79.
- 14 Söz konusu düzenlemenin kanuni nitelikte bir forum necessitatis örneği teşkil ettiğine ilişkin olarak bkz. Tekinalp (n 6) 409. Ayrıca bkz. Ersen Perçin G, ‘Adil Yargılanma Hakkı Kapsamında Forum Necessitatis İlkesi ve Türk Milletlerarası Yetki Kurallarına Etkisi’ iç Sibel Özel ve Hatice Selin Pürselim Arning (edr), *Milletlerarası Usul Hukukunda Mahkemelerin Yetkisine İlişkin Güncel Tartışmalar* (On İki Levha 2021) 18.
- 15 Çekişmesiz yargı işlerinin MÖHUK m. 41 hükmünde yer verilen “dava” ifadesini karşılayıp karşılamadığı hususu doktrinde tartışmalıdır. Doktrindeki baskın görüş uyarınca, kişisel statüde değişiklik yapan çekişmesiz yargı işleri de MÖHUK m. 41 hükmünün kapsamındadır. Bkz. Merve Acun Mekengeç ve Cansu Yener Keskin, *Şematik Milletlerarası Özel Hukuk Ders Kitabı* (Seçkin 2022) 119; Nazlı Albayrak Ceylan, ‘Mavi Kart Sahibi Olanların Kişi Hallerine İlişkin Davalarda MÖHUK m. 41’in Uygulama Alanı Hakkında Yargıtay 20. Hukuk Dairesinin 27.7.2020 Tarihli Kararının İncelemesi’ (2022) 10(2) Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 563, 569; Elçin (n 12) 303; Gülin Güngör, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku* (Yetkin 2021) 245; Feriha Bilge Tanrıbilir, ‘Kişi Halleri ve Mirasa İlişkin Milletlerarası Yetki Kurallarının Kapsamı’ iç Sibel Özel ve Hatice Selin Pürselim Arning (edr), *Milletlerarası Usul Hukukunda Mahkemelerin Yetkisine İlişkin Güncel Tartışmalar* (On İki Levha 2021) 93-96; Tan Dehmen (n 7) 174; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca (n 10) 606-607. Aksi yönde bkz. Erten (n 7) 115-117.
- 16 Albayrak Ceylan (n 15) 567; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Özel Hukuk* (Vedat 2020) 139; Doğan (n 7) 63; Nomer (n 8) 476; Özkan ve Tütüncübaşı (n 13) 80; Şanlı, Esen ve Ataman-Fıganmeşe (n 10) 409; Tiryakioğlu (n 7) 1151; Tan Dehmen (n 7) 172.

hüküm ile Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin uyuşmazlıklar bakımından her halükârda yetkili bir mahkemenin hazır bulundurulması amaçlanmıştır¹⁷.

Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin uyuşmazlıklardan ne anlaşılması gerektiği hususu, Türk hukukuna göre belirlenecektir¹⁸. Türk hukukunda, kişi halleri ifadesi, kişinin şahsi statüsünü ortaya koyan durumlara işaret etmekte olduğundan, kişiler hukuku ve aile hukukuna ilişkin meseleler, kişi halleri olarak kabul edilmektedir¹⁹. Bu anlamda, örneğin, kişinin evli, boşanmış, küçük veya ergin, vesayet altında olması, ehliyet durumu, gaipliği veya hısımlık ilişkileri, adı, yaşı veya cinsiyeti kişi hallerine ilişkindir²⁰. Buna göre, Türk vatandaşlarını ilgilendiren evlenmenin butlanı, boşanma ve ayrılık davaları, tanıma, babalık hükmü, soy bağının reddi, evlat edinme, vasi tayini, ad, yaş veya cinsiyet değişikliğine ilişkin davalar, nüfus kaydının düzeltilmesi davaları, ilgilinin şahsi statüsünde değişikliğe yol açacak olmaları itibarıyla MÖHUK m. 41 hükmünün kapsamına dahildir²¹. Ayrıca, velayet veya çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin davalar ile evlilik birliğinin korunmasına ilişkin davalar da hükmün kapsamında kabul edilmektedir²². Bununla birlikte, kişiler hukuku veya aile hukukuna ilişkin meselelerin tamamı, kişi hallerine ilişkin değildir. Örneğin, kişiler hukuku veya aile hukukuna ilişkin sebeplerden kaynaklansa dahi, kişinin şahsi statüsünü belirlemeyen maddi ve manevi tazminat davaları, nafaka talepleri, eşler arasındaki mal rejimine ilişkin davalar müstakil olarak açıldıklarında MÖHUK m. 41'in uygulama alanı dışında kalır²³.

MÖHUK m. 41 hükmünün uygulama alanı, Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin davalarla sınırlı olup, Türk soyundan olmak, bu madde kapsamında değerlendirilmeyi sağlamaz²⁴. Benzer şekilde, vatansız ya da mültecilerin de MÖHUK m. 41 hükmü bakımından Türk vatandaşı gibi muamele görmesi mümkün değildir²⁵. Türk vatandaşının yurt içinde veya yurt dışında ikamet etmesi ya da aynı zamanda yabancı bir devletin vatandaşlığına da sahip olması, MÖHUK m. 41'in uygulama alanı bakımından bir fark yaratmaz²⁶. Çok vatandaşlık halinde, bu vatandaşlıklardan

17 Acun Mekengeç ve Yener Keskin (n 15) 120; Albayrak Ceylan (n 15) 568; Akıncı (n 16) 139; Aysel Çelikel ve Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (16. Baskı, Beta 2020) 615; Doğan (n 7) 63; Nomer (n 8) 475; Özkan ve Uğur (n 13) 80; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 10) 502; Tanrıbilir (n 15) 81.

18 Albayrak Ceylan (n 15) 568; Erten (n 7) 95; Güngör G, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku* (3. Bası, Yetkin 2022) 245; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca (n 10) 605; Özkan ve Tütüncübaşı (n 13) 80-81; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 10) 503.

19 Acun Mekengeç ve Yener Keskin (n 15) 119; Çelikel ve Erdem (17) 616; Doğan (n 7) 63; Erten (n 7) 101; Nomer (n 8) 476; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca (n 10) 605; Özkan ve Tütüncübaşı (n 13) 81; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 10) 503; Tiryakioğlu (n 7) 1145.

20 Akıncı (n 16) 140; Çelikel ve Erdem (17) 616; Mustafa Dural ve Tufan Ögüz, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku* (23. Baskı, Filiz 2019) 5; Özkan ve Tütüncübaşı (n 13) 81; Rona Serozan, B. İlkay Engin ve Yeşim M. Atamer, *Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku* (9. Baskı, On İki Levha 2022) 417-496; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 10) 503.

21 Albayrak Ceylan (n 15) 569; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca (n 10) 605; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 10) 503; Tiryakioğlu (n 7) 1145, 1151.

22 Nomer (n 8) 476; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 10) 503.

23 Albayrak Ceylan (n 15) 569; Akıncı (n 16) 140; Çelikel ve Erdem (17) 616; Nomer (n 8) 476; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca (n 10) 606; Tiryakioğlu (n 7) 1145; Erten (n 7) 101; Özkan ve Tütüncübaşı (n 13) 81; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 10) 504.

24 Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 10) 501, dn. 157; Tan Dehmen (n 7) 173.

25 Albayrak Ceylan (n 15) 568; Erten (n 7) 82; Nomer (n 8) 477; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca (n 10) 604; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 10) 501, dn. 157; Tekinalp (n 6) 409.

26 Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 10) 502, dn. 161; Tan Dehmen (n 7) 173.

birinin Türk vatandaşlığı olması, kişinin Türk vatandaşı olarak kabulü için yeterlidir; bu durumda, Türk vatandaşlığının gerçek vatandaşlık olup olmadığına ilişkin bir inceleme yapılmaz²⁷. İlgilinin, Türk vatandaşlığını aslen (doğumla) ya da sonradan (müktesep) kazanmış olmasının da bir önemi bulunmamaktadır²⁸. MÖHUK m. 41’in uygulanabilmesi için, kişi halinde değişiklik meydana gelecek kişinin davanın açıldığı tarih itibarıyla Türk vatandaşı olması gerekir; Türk vatandaşlığının dava açıldıktan sonra kaybedilmesinin Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi üzerinde bir etkisi yoktur²⁹.

Yargıtay’ın çeşitli kararlarında, kanunda öngörülen istisnalar haricinde Türk vatandaşlarına tanınan haklardan yararlanmaları dolayısıyla “özel statülü” oldukları kabul edilen yabancıların kişi hallerine ilişkin uyumsuzluklar bakımından, MÖHUK m. 41’in uygulama alanı bulacağına hükmedilmiştir. Söz konusu yaklaşım, esas itibarıyla, doğumla Türk vatandaşlığını kazanıp çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybeden (mavi kart sahibi) yabancılar bakımından kabul edilmiştir. Aşağıda, öncelikle, mavi kart sahibi yabancıların kişi hallerine ilişkin davalarında yetkili mahkemenin MÖHUK m. 41 uyarınca belirlenip belirlenemeyeceğine ilişkin doktrin görüşleri ve Yargıtay uygulamasına yer verilecek; akabinde, mavi kartlıların yanı sıra özel statülü diğer yabancılar dahilinde konuya ilişkin bir değerlendirme yapılacaktır.

b. Doktrin Görüşü ve Yargıtay Uygulaması

Mavi kart sahibi yabancıların kişi hallerine ilişkin uyumsuzluklar bakımından Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi konusunda, Yargıtay kararları incelendiğinde, mavi kart sahiplerinin “yabancı” muamelesine tabi tutulamayacaklarının kabul edildiği; bu bağlamda, bazı kararlarda, bu uyumsuzluklarda yetkili mahkemenin MÖHUK m. 41 kapsamında belirleneceğine hükmedilirken, bazı kararlarda ise, yabancılık unsurunun bulunmadığı gerekçesiyle MÖHUK hükümlerinin uygulanamayacağı sonucuna ulaşıldığı görülmektedir.

Yargıtay 20. Hukuk Dairesi’nin 27.7.2020 tarihli kararında³⁰, mavi kartlılar kütüğünde yer alan adının değiştirilmesi talebinde bulunan kişinin doğumla Türk vatandaşı olup çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybetmiş olmasından hareketle, TVK m. 28 uyarınca sahip olduğu statü vurgulanarak, ad değişikliği talebi bakımından yetkili mahkemenin belirlenmesinde, Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin davalarda yetkiyi düzenleyen MÖHUK m. 41 hükmünün uygulanacağı sonucuna varılmıştır. Yargıtay, söz konusu kararında, MÖHUK hükümlerinin uygulanması gerektiği sonucuna ulaşmakla beraber, söz konusu kuralın uygulama alanı bulmasını sağlayan yabancılık unsurunun somut uyumsuzlukta nasıl doğduğuna ilişkin bir değerlendirme yapmamıştır.

27 Erten (n 7) 83. Gerçek vatandaşlık ile kastedilen, ilgilinin vatandaşı olduğu devletlerden daha sıkı ilişki halinde bulunduğu (MÖHUK m. 4/c). MÖHUK m. 4 düzenlemesinin milletlerarası usul hukukunda uygulama alanı bulmayacağı yönünde bkz. İnci Ataman-Figanmeşe, ‘Çifte Vatandaşlık Halinde MÖHUK’un 4. Maddesinin b ve c Bentlerinin Uygulama Alanı’ (1999) 19(1-2) MHB 95, 108.

28 Erten (n 7) 83.

29 Albayrak Ceylan (n 15) 568; Erten (n 7) 94; Nomer (n 8) 476-477; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca (n 10) 604; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 10) 502, dn. 162; Tan Dehmen (n 7) 173.

30 Yargıtay 20 HD, E 2020/429 K 2020/1074, 27.7.2020. Karar için bkz. www.lexpera.com. E.T. 01.09.2023.

Yargıtay'ın aynı yöndeki bir başka kararında³¹ ise, boşanma talebiyle açılan davada, davanın taraflarının, TVK m. 28 kapsamında, doğumla Türk vatandaşı olup çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybetmiş olmaları dolayısıyla Türk vatandaşlarına tanınan haklardan yararlanacakları ve boşanma davasında “yabancı” muamelesine tabi tutulamayacakları vurgulanarak, Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin uyuşmazlıklarda yetkili mahkemenin MÖHUK m. 41 uyarınca belirleneceği, bu bağlamda somut uyuşmazlıkta yetkisizlik kararı verilemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır.

Yargıtay'ın 1.4.2013 tarihli bir kararında³² ise, mavi kart sahibi davalının, görülmekte olan boşanma davasında, TVK m. 28 uyarınca Türk vatandaşlarına tanınan haklardan yararlanacağı ve yabancı muamelesine tabi tutulamayacağı vurgulanmıştır. Buna bağlı olarak, davanın yabancılık unsuru taşımadığı, dolayısıyla, MÖHUK hükümlerinin uygulama alanı bulamayacağı belirtilerek, bu boşanma davasında yetkinin Türk Medeni Kanunu'nun³³ (TMK) 168. maddesi kapsamında belirleneceğine hükmedilmiştir³⁴.

Yargıtay'ın konuya ilişkin genel yaklaşımının aksine, doktrinde ittifakla kabul edildiği üzere, doğumla Türk vatandaşı olup çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybeden yabancılar bakımından MÖHUK m. 41 düzenlemesinin uygulanması mümkün değildir³⁵. Zira söz konusu düzenleme, Türk vatandaşlarına tanınan bir hak niteliğinde olmayıp, milletlerarası yetkinin belirlenmesinde Türk vatandaşlığını dikkate alan usuli bir hükümdür³⁶. TVK m. 28 kapsamındaki kişiler, Türkiye'ye giriş ve çıkışları, ikamet ve çalışma imkânları, taşınmaz mal edinme ve miras konularında Türk vatandaşı oldukları esnada sahip oldukları haklardan faydalanmayı sürdürmekle birlikte, bu kişilere tanınan ayrıcalıklı statü, “Türk vatandaşı” ifadesini karşılamamakta ve Türk mahkemelerinin yetkisine ilişkin bir hükmün geniş yorumlanması sonucunu doğurmamaktadır³⁷.

c. Değerlendirmemiz

Mavi kart sahibi yabancıların, TVK m. 28 hükmünde belirtilen istisnalar haricinde Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam edeceklerine ilişkin düzenlemeden çıkan sonuç, ilgili

31 Yargıtay 2 HD, E 2015/24523 K 2016/7966, 19.4.2016. Karar için bkz. www.lexpera.com. E.T. 01.09.2023.

32 Yargıtay 2 HD, E 2012/23566 K 2013/8998, 1.4.2013. Karar için bkz. www.lexpera.com. E.T. 01.09.2023.

33 Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 08.12.2001/24607.

34 Benzer bir yaklaşımla, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi, 22.1.2020 tarihli bir kararında, kişi hallerine ilişkin olmamakla birlikte, davacının mavi kart sahibi, davalının ise Türk vatandaşı olduğu bir yardım nafakası davasında, mavi kart sahibinin TVK'nın ilgili hükümlerinden hareketle yabancı muamelesine tabi tutulamayacağı; bu nedenle, davanın yabancılık unsuru taşımadığı ve bu davada MÖHUK hükümlerinin uygulanamayacağına hükmetmiştir (Ankara 2 BAM, E. 2019/2822 K 2020/66, 22.1.2020). Karar için bkz. www.lexpera.com. E.T. 01.09.2023.

35 Albayrak Ceylan (n 15) 578; Nalçacıoğlu Erden (n 3) 919-920; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca (n 10) 604; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 10) 501, dn. 157; Tekinalp (n 6) 409; Tan Dehmen (n 7) 173; Özkan ve Tütüncübaşı (n 13) 80, dn. 16.

36 Albayrak Ceylan (n 15) 578; Özkan ve Tütüncübaşı (n 13) 80, dn. 16; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 10) 501, dn. 157; Tan Dehmen (n 7) 174.

37 Albayrak Ceylan (n 15) 578.

kişilerin Türkiye’de özel bir hukuki statüde bulunmalarındır³⁸. Mavi kartlıların Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam etmeleri ile kastedilen, bu kişilerin Türkiye’deki ikamet, seyahat, çalışma, yatırım, ticari faaliyet, miras, taşınır ve taşınmaz iktisabı gibi konulara yönelik işlemlerin Türk vatandaşlarına uygulanmakta olan mevzuat çerçevesinde yürütüleceğidir (Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik m. 52/2). Örneğin bu kişilerin Türkiye’ye girişinde vize şartı aranmayacak (Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m. 12/1/ç); bu kişilerin Türkiye’de taşınmaz edinmeleri Tapu Kanunu m. 35 hükmüne tabi olmayacaktır.

Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanma, yabancılar hukuku anlamında, temel hak ve özgürlüklerden faydalanma bakımından istisnalar haricinde Türk vatandaşları ile eşit statüde olunmasını ifade eder. Kişinin yabancılar hukuku anlamında özel statülü olması, yabancı statüsünde olduğu olgusunu değiştirmez ve Türk mahkemeleri önündeki uyumsuzluklarda gerek usul gerekse esasa ilişkin meselelerde Türk vatandaşı olarak kabul edilmesini sağlamaz³⁹. Doktrinde⁴⁰ de ifade edildiği üzere, mavi kart sahibi yabancıların, TVK m. 28 hükmünde belirtilen istisnalar haricinde Türk vatandaşlarına tanınan haklardan faydalanmaya devam ediyor olmaları, bu kişilerin sahip olduğu yabancı statüsünü ortadan kaldırmamaktadır; özel statülü yabancıların Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaları, bu kişilerin Türk vatandaşı olduğu anlamına gelmemektedir. Bu anlamda, özel statülü yabancıların tarafı oldukları uyumsuzlukların kişi bakımından yabancılık unsuru barındırdığı konusunda tereddüt edilmemelidir⁴¹. Buna bağlı olarak, bu tür bir uyumsuzluk bakımından yetkili Türk mahkemesi belirlenirken, MÖHUK hükümlerinin uygulama alanı bulacağı şüphesizdir. Bununla birlikte, MÖHUK ‘un, şahsi statüsünde değişiklik meydana gelecek olan davacı ya da davalının “Türk vatandaşı” olması şartıyla uygulama alanı bulan 41. maddesinin, özel statülü yabancıların tarafı olduğu davalarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini belirlemesi mümkün değildir. Yargıtay’ın yukarıda yer verdiğimiz kararları⁴² çerçevesindeki yaklaşımı kabul edildiğinde, mavi kart sahibi yabancıların yanı sıra, özel statülü diğer yabancıların da kişi hallerine

38 Aysel Çelikel ve Günseli Öztekin Gelgel, *Yabancılar Hukuku* (27. Baskı, Beta 2022) 29; Nuray Ekşi, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku* (5. Baskı, Beta 2018) 61; Gülin Güngör, *Tabiiyet Hukuku* (10. Baskı, Yetkin 2022) 195; Turhan (n 3) 48.

39 Mavi kart sahibi yabancıların, istisnalar haricinde Türk vatandaşlarına tanınan haklardan yararlanmalarının, bu kişilerin yabancı statüsünü ortadan kaldırmamasının bir diğer sonucu, bu kişilerin sınır dışı edilebilmeleridir. AY m. 23 ve YUKK m. 52 hükümleri uyarınca sadece yabancılar için uygulanabilen “sınır dışı edilme” yaptırımının, mavi kart sahibi yabancılar bakımından da uygulanabileceği kabul edilmektedir. Bkz. Salımya Ganiyeva, ‘Mavi Kartlıların Türkiye’de Görülen Boşanma Davalarında Uygulanacak Hukuk’ (2017) 23(2) MÜHF HAD 361, 381-382; Necla Öztürk, ‘Mavi Kart Hamillerinin Türk Vatandaşlarına Tanınan Haklardan Aynen Yararlanacağına İlişkin Düzenlemeye Eleştirel Bir Bakış’ (2021) 41(2) Public and Private International Law Bulletin 955, 970.

40 Merve Acun Mekengeç, *Ayni Haklardan Doğan Uyumsuzluklarda Uygulanacak Hukuk ve Yetkili Mahkeme* (On İki Levha 2016) 306, dn 905; Mesut Aygün, ‘Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü’ (2015) 16(Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan 1025, 1040; Albayrak Ceylan (n 15) 576; Çelikel ve Erdem (n 17) 673; Ganiyeva (n 39) 376; Nalçacıoğlu Erden (n 3) 919-920; Öztürk (n 39) 966-968; Turhan (n 3) 58.

41 Kanun koyucunun mavi kart sahiplerine istisnalar haricinde Türk vatandaşı gibi muamele edileceğini düzenlemesinin, bu kişiler özelinde “kişi bakımından” yabancılık unsurunun bertaraf edildiği anlamına geldiği; bununla birlikte, “yer bakımından” yabancılık unsurunun MÖHUK hükümlerinin uygulanmasına neden olabileceği yönünde bkz. Güngör (n 38) 199, dn 517.

42 Bkz. I/A/2/b.

ilişkin uyumsuzluklar bakımından Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin MÖHUK m. 41 uyarınca belirlenmesi ihtimali gündeme gelecektir⁴³. Zira mavi kart sahibi yabancıların yanı sıra, uzun dönem ikamet izni sahipleri, süresiz çalışma izni sahipleri ve turkuaz kartlılar da kanuni istisnalar haricinde Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaktadır.

Uzun dönem ikamet izni sahiplerine (UİK m. 10/4, m. 11/4 hükümleri dolayısıyla, aynı zamanda, süresiz çalışma izni sahipleri ile turkuaz kart sahiplerine de) tanınan haklar, mavi kart sahiplerine tanınan haklara benzemekle birlikte, uzun dönem ikamet izni sahipleri bakımından iki temel farklılık mevcuttur⁴⁴. İlk olarak, uzun dönem ikamet izni sahiplerine sağlanan haklara Cumhurbaşkanı tarafından kısmen ya da tamamen kısıtlamalar getirilebilecektir (YUKK m. 44/2). İkinci olarak, UİK m. 10/3 hükmünde uzun dönem ikamet izni sahiplerinin süresiz çalışma iznine başvurabilecek yabancılar arasında sayılmış olmaları dolayısıyla, bu kişilerin Türkiye'de çalışabilmeleri çalışma iznine tabi olacak ve çalışma izni başvurularının olumlu sonuçlanıp sonuçlanmamasında idarenin bir takdir yetkisi bulunacaktır⁴⁵. Her ne kadar uzun dönem ikamet izni sahipleri ile bu kişilere tanınan haklardan yararlanan diğer yabancılar (süresiz çalışma izni sahipleri ile turkuaz kart sahipleri) sağlanan hakların kapsamı, mavi kart sahibi yabancıların sahip oldukları haklara nazaran daha dar kapsamlı olsa da⁴⁶ bu kişiler de mavi kart sahipleri gibi Türkiye'de temel hak ve özgürlüklerden

43 Yargıtay'ın söz konusu yaklaşımı kabul edildiğinde, uzun dönem ikamet izni sahibi yabancıların da TVK m. 28 hükmüne benzer bir düzenleme içeren YUKK m. 44 hükmü dolayısıyla, Türkiye'de yabancı muamelesine tabi tutulamayacağı; buna bağlı olarak, MÖHUK'un milletlerarası usul ve kanunlar ihtilafı kurallarına ilişkin ilgili hükümlerinin uygulama alanı bulamayabileceği yönünde bkz. Erten (n 7) 93-94.

44 Emre Esen, *Türk Hukukunda Yabancıların İkamet İzinleri* (Beta 2019) 266.

45 Esen (n 44) 267-268.

46 YUKK m. 44/1 uyarınca, uzun dönem ikamet izni bulunan yabancılar, askerlik yapma yükümlülüğü, seçme ve seçilme, kamu görevlerine girme, muaf olarak araç ithal etme ve özel kanunlardaki düzenlemeler hariç, sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı kalmak ve bu hakların kullanımında ilgili mevzuat hükümlerine tabi olmak şartıyla, Türk vatandaşlarına tanınan haklardan yararlanacaklardır. Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik m. 41/2 hükmünde ise, bu maddenin ilk fıkrasında belirtilen hak ve yükümlülüklerin kullanılmasında özel kanunlarda Türk vatandaşı olma koşulunun arandığı hallerde, uzun dönem ikamet iznine sahip olan kişilerin bu haklardan yararlanmayı talep edemeyecekleri açıkça düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme, uzun dönem ikamet izni sahiplerine tanınan hakların kapsamı konusunda bazı tartışmalara neden olmaktadır.

Doktrinde, YUKK Yönetmelik m. 41/1 hükmünde, uzun dönem ikamet izni sahiplerinin çeşitli konulara yönelik işlemlerinin Türk vatandaşlarına uygulanan mevzuat hükümlerine göre yürütüleceği belirtildikten sonra, ilgili düzenlemenin ikinci fıkrasında bu kişilerin, özel kanunlarda belirli haklardan yararlanmanın Türk vatandaşı olma koşuluna bağlandığı hallerde, söz konusu haklardan yararlanamayacaklarının belirtilmiş olmasının, uzun dönem ikamet izni sahiplerine tanınan statüyü anlamsız hale getirdiği ve normlar hiyerarsisine aykırı olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Esen (n 44) 268. Diğer taraftan, yukarıda yer verilen hükümler çerçevesinde, uzun dönem ikamet izninin sağladığı hakların, TVK m. 28 kapsamındaki mavi kart sahibi yabancılar tanınan haklara benzemekle birlikte, mavi kart sahiplerine tanınan haklardan farklı olarak uzun dönem ikamet izni sahiplerine özel kanunlarda bulunan sınırlamalar uygulanacağından, mavi kart sahibi yabancılar kıyasla daha dar olduğu savunulmaktadır. Bkz. Çörtoğlu Koca S, 'Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Uyarınca Yabancıların Türkiye'de İkameti ve Uzun Dönem İkamet İznine İlişkin Değerlendirmeler' (2016) (2) Ankara Barosu Dergisi 43, 69. Benzer yönde bkz. Doğan (n 3) 206-207; Çelikel ve Öztekin Gelgel (n 38) 109. Ayrıca bkz. Ekşi (n 38) 90-91. Bu anlamda, mavi kart sahiplerinin, Türkiye'de çalışabilmek için çalışma izni almalarına gerek bulunmazken, uzun dönem ikamet izni sahiplerinin Türkiye'de çalışabilmeleri, Uluslararası İşgücü Kanunu m. 10/3 kapsamında süresiz çalışma izni almalarına bağlıdır. Diğer taraftan, söz konusu görüş uyarınca, uzun dönem ikamet izni sahibi yabancılar, Türkiye'de taşınmaz mal iktisap etmek istediklerinde, mavi kart sahiplerinden farklı olarak, özel kanun niteliğinde olan Tapu Kanunu'nun 35. maddesinde öngörülen sınırlamalara tabi olacaktır. Bkz. Çörtoğlu Koca (n 46) 73.

yararlanma bakımından istisnalar haricinde vatandaş gibi muamele görmektedir. Bu bağlamda, Türk vatandaşlığına bağlı yetki tesisi öngören bir düzenlemenin Türk vatandaşı olmasa dahi, Türk vatandaşı gibi muamele gören kişiler bakımından uygulanacağını kabul ettiğimizde, aynı esas, mavi kartlıların yanı sıra özel statülü diğer yabancılara da sirayet edecektir. Halbuki kanun koyucunun MÖHUK m. 41 hükmünü söz konusu kişiler bakımından yetkili bir Türk mahkemesini hazır bulundurma amacıyla düzenlemediği açıktır.

Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin davalarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini düzenleyen MÖHUK m. 41 hükmünün amacından yola çıkıldığında, özel statülü yabancıları ilgilendiren bu tür davaların Türkiye’de görülmesini gerektirecek bir durumun olmaması da yukarıda ulaştığımız sonucu desteklemektedir. Şöyle ki, söz konusu düzenlemenin amacı, Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin uyuşmazlıklar bakımından Türkiye’de halihazırda yetkili bir mahkeme bulundurmak suretiyle, mahkemenin vereceği kararın nüfus siciline kaydının gerçekleşmesini kolaylaştırmaktır. Örneğin, yurt dışında yaşamakta olan bir Türk vatandaşı, Türk mahkemeleri önünde boşandığında, bu karar nüfus siciline işlenecek ve bu kişi yut dışında tekrar evlenmek istediğinde, evlenme ehliyet belgesi olarak Türk nüfus sicilindeki kaydı ilgili makamlara iletebilecektir. Halbuki mavi kart sahibi bir yabancıнын boşanma kararı sonrası Türkiye’de tekrar evlenmek istemesi durumunda, vatandaş olduğu ülkeden evlenme ehliyet belgesi talep etmesi gerekecektir. Zira Türkiye’de evlenmek isteyen yabancıların, vatandaş oldukları devletin makamları tarafından tanzim edilmiş ve ilgilinin evlenmeye engel bir durumu bulunmadığını gösteren evlenme ehliyet belgesini Türk evlendirme memurluğuna ibraz etmeleri zorunludur. Evlendirme Yönetmeliği m. 12/4 uyarınca, evlenme ehliyet belgesinin tarafların uyuşu bulunduğ devletin makamlarından bizzat temin edilmesi esastır; bunun mümkün olmaması halinde bu belge evlendirme memurları tarafından Genel Müdürlük aracılığı ile de istenebilecektir. O halde, Türk mahkemeleri önünde boşanmış olmanın nüfusa ilişkin işlemler bakımından mavi kart sahibi yabancıya bir avantajı olmayacaktır. Aynı husus, özel statülü diğer yabancılar bakımından da geçerlidir.

Diğer taraftan, Anayasa’nın⁴⁷ “mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin kanunla düzenleneceğini” öngören 142. maddesi karşısında, Türk mahkemelerinin yetkisine ilişkin bir düzenlemenin uygulama alanının yorum yoluyla genişletilmesi kanaatimizce mümkün değildir. Doktrinde de belirtildiği üzere, Anayasa m. 142’de düzenlenen “kanunilik ilkesi”, mahkemelerin yetkisini tesis eden hükümlerin dar yorumlanmasını gerektirir⁴⁸. Bu anlamda, MÖHUK m. 41 düzenlemesinde hükmün uygulanma koşullarından birini ortaya koyan “Türk vatandaşları” ifadesinin, vatandaş kavramının içerdiği anlamla ele alınması ve “vatandaş gibi sayılan” ya da “Türk vatandaşlarına tanınan haklardan yararlanan” kişilerin söz konusu hükmün kapsamında kabul edilmemesi gerekir⁴⁹.

47 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 18.10.1982, RG 09.11.1982/17863.

48 Erten (n 7) 92; Hakan Pekcanitez, ‘Medeni Usul Hukukuna İlişkin Genel Bilgiler’ iç Hakan Pekcanitez, Muhammet Özkes, Mine Akkan, Hülya Taş Korkmaz (edr), *Medeni Usul Hukuku Cilt I* (On İki Levha 2017) 72.

49 Ayrıca bkz. Erten (n 7) 92-93.

MÖHUK m. 41 hükmünün uygulama alanının yorum yoluyla genişletilmesinin doğurabileceği bir diğer problem, söz konusu düzenlemenin “Türk vatandaşlarına tanınan haklardan yararlanabilen” yabancıların kişi hallerine ilişkin davalar bakımından da uygulanması durumunda, “aşırı yetki” hali ile karşılaşılması ve bu düzenlemede yetkilendirilen mahkemelerden alınacak bir kararın ilgilinin vatandaşı olduğu ülkede tanınması ya da tenfizi talebinin bu sebeple reddi ihtimalidir. Aşırı yetki/ aşkın yetki, doktrinde, uyuşmazlık ile kararı veren mahkeme arasında yeterli bağlantının bulunmaması şeklinde tanımlanmaktadır⁵⁰. Mahkeme ile dava konusu veya davanın tarafları arasındaki bağlantının zayıf olması ve mahkemenin yetkisini tesis eden kuralın davanın taraflarından biri için adil olmaması durumunda aşırı yetkinin varlığından bahsedilecektir⁵¹.

Davacı ya da davalının vatandaşlığına bağlı yetki tesisi genel olarak aşırı yetki halleri arasında kabul edilmektedir⁵². Kişi hallerine ilişkin uyuşmazlıkların, genellikle ilgilinin milli hukukuna tabi olması ve bu hukuku en iyi uygulayacak olanın ilgilinin vatandaşı olduğu devlet mahkemesi olması, kişi hallerine ilişkin kayıtların ilgilinin vatandaşı olduğu devlette tutulması gibi gerekçelerle, bu tür uyuşmazlıklarda ilgilinin vatandaşlık bağıyla bağlı olduğu devlet mahkemelerinin uyuşmazlıkla makul bir bağlantısı olduğu kabul edilmektedir⁵³. Bununla birlikte, yetkinin sadece davacının vatandaşlığına bağlı olarak tesisi durumunda, yetki kriterinin adil olmaması sebebiyle aşırı yetki hali gündeme gelmektedir⁵⁴. Bu anlamda, Türk vatandaşlığına bağlı olarak yetki tesisi öngören MÖHUK m. 41 hükmünde yer alan yetki kriterlerinin aşırı yetki teşkil edip etmediği hususu, doktrinde tartışılmaktadır⁵⁵. Kişi hallerine ilişkin uyuşmazlıklarda Türk vatandaşlığına bağlı yetki

50 Çelikel ve Erdem (17) 746; Esra Dardağan, *Milletlerarası Usul Hukukunda Aşkın Yetki Kavramı* (Siyasal Kitabevi 2005) 128; Nomer (n 8) 529; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca (n 10) 733; Begüm Süzen, *Tanuma ve Tenfiz Davalarında Kararı Veren Mahkemenin Yetkisinin Denetimi* (On İki Levha 2016) 123; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 10) 685.

51 Dardağan (n 50) 121; Nuray Ekşi, ‘Yabancı Mahkemenin “Aşırı” Yetkisinin Tenfiz Mahkemesi Tarafından Denetlenmesi (5718 Sayılı MÖHUK md. 54/b)’ (2010) 9(2) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 25, 27; Nomer (n 8) 529; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca (n 10) 733; Süzen (n 50) 124; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 10) 685.

52 Vatandaşlığa bağlı yetki tesisinin aşırı yetki meydana getirmesine ilişkin olarak verilen en klasik örneklerden biri, Fransız vatandaşlarının tarafı olduğu tüm sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda Fransız mahkemelerini yetkilendiren Fransız Medeni Kanunu m. 14, 15 hükümleridir. Bkz. Ekşi (n 51) 35-36; Süzen (n 50) 152; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 10) 686-687. Sözleşme ilişkileri için düzenlenmiş olan Fransız Medeni Kanunu m. 14, 15 hükümleri, yabancı bir devlette bulunan taşınmazların aynına ilişkin uyuşmazlıklarla yabancı devlette yapılan icrai işlemlere ilişkin uyuşmazlıklar haricinde tüm hukuk davalarını kapsayacak şekilde geniş bir yoruma tabi tutulmaktadır. Bkz. Nuray Ekşi, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (2. Baskı, Beta 2020) 259-260; Pierre Mayer, Vincent Heuze ve Benjamin Remy, *Droit International Prive* (12th edn, LGDJ 2019) 209; Süzen (n 50) 152-153. Buna göre, örneğin, uzun yıllardır Türkiye’de yaşamakta olan bir Fransız vatandaşının davalı konumunda olduğu bir boşanma davasının, Fransız Medeni Kanunu m. 15 kapsamında Fransız mahkemelerinde görülmesi mümkündür; bu durumda, davalının Fransız vatandaşlığı haricinde davalı ya da davacıya ait Fransızda bulunan yerleşim yeri, mutad mesken gibi başka bir bağlantının yokluğu halinde, bu boşanma davası bakımından Fransız mahkemelerinin yetkisinin aşırı nitelikte olduğu söylenebilecektir. Bkz. Süzen (n 50) 153-154.

53 Dardağan (n 50) 135-136, 141.

54 Dardağan (n 50) 181-182; Süzen (n 50) 159-160.

55 Doktrindeki bir görüş (Tiryakioğlu (n 7) 1160-1161) uyarınca, MÖHUK m. 41 hükmünde “davacının Türk vatandaşı olması” şartı aranmadığından, bu tür bir davanın yabancı ülkede açılması yasaklanmamış olup Türk mahkemeleri münhasıran yetkili kılınmadığından ve bunun sonucunda Türklerin kişi hallerine ilişkin olarak yabancı mahkemelerden verilen kararların tanınması/tenfizi mümkün olduğundan, söz konusu hüküm, aşkın yetki kuralı olarak değerlendirilmeye elverişli değildir. Doktrindeki bir diğer görüşe (Ekşi (n 51) 60; Dardağan (n 50) 212; Süzen (n 50) 158-159, dn. 180) göre ise, söz konusu hükümde son kademe, dava konusu veya tarafları ile herhangi bir bağlantı koşulu aranmaksızın

tesisinde, Türk vatandaşlarına ilişkin kayıtların Türkiye'de tutulması itibariyle Türk mahkemeleri ile uyumsuzluk arasında makul bir bağlantının varlığı iddia edilebilir. Bununla birlikte, bu tür uyumsuzluklarda yetkinin ilgili hükmün son kademesi uyarınca tesis edildiği, diğer bir ifadeyle, davalı ya da davacının Türkiye ile vatandaşlık haricinde herhangi bir bağlantısının olmadığı hallerde, aşırı yetkinin varlığından bahsedilebilecektir. Türk vatandaşlığına bağlı yetki tesisinin Türk vatandaşları bakımından dahi aşırı yetki hali oluşturabileceği göz önünde bulundurulduğunda, söz konusu hükmün mavi kartlılar bakımından yetki tayininde kullanılarak son kademe uyarınca Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tesis edildiği hallerde, kanaatimizce, evleviyetle aşırı yetki gündeme gelecektir.

Sonuç olarak, mavi kartlıların ve özel statüli diğer yabancıların, Türk vatandaşlarına tanınan haklardan yararlanmaları, Türk vatandaşı olarak kabullerini sağlamayacağından, bu kişilerin kişi hallerine ilişkin uyumsuzluklarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tayininde, Türk vatandaşlığına bağlı olarak yetki tesisi öngören MÖHUK m. 41'in uygulanması mümkün olmayacaktır. O halde, söz konusu davalarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi belirlenirken, öncelikle, MÖHUK'un yabancıların kişi hallerine ilişkin bazı davalarda yetkiyi düzenleyen 42. maddesinin uygulama alanı bulup bulmayacağı incelenmelidir. Söz konusu hükmün uygulama alanı bulmadığı hallerde, milletlerarası yetki, MÖHUK m. 40 uyarınca iç hukukun yer itibariyle yetki kuralları uyarınca tesis edilecektir.

3. MÖHUK M. 42'nin Uygulanmasına İlişkin Değerlendirmeler

MÖHUK m. 42 uyarınca, Türkiye'de yerleşim yeri bulunmayan yabancı hakkında vesâyet, kayımlık, kısıtlılık, gaiplik ve ölmüş sayılma kararları ilgilinin Türkiye'de sâkin olduğu yer, sâkin değilse mallarının bulunduğu yer mahkemesince verilecektir. Söz konusu hüküm kapsamında, yabancıların kişi hallerine ilişkin bazı uyumsuzluklar bakımından Türk hukukunun uygulanmasını gerektiren sebepler, aynı zamanda Türk mahkemelerinin yetkili olmasını sağlayacak nitelikte kabul edilmiştir⁵⁶. Diğer bir ifadeyle, MÖHUK m. 42 düzenlemesiyle, vesayet, kayımlık, kısıtlılık ve ölmüş sayılma kararları bakımından MÖHUK m. 10/3, 11 hükümleri kapsamında Türk hukukunun uygulanmasını zorunlu kılan durumların varlığı halinde yetkili bir Türk mahkemesinin hazır bulundurulması amaçlanmıştır⁵⁷.

MÖHUK m. 42 hükmünün uygulama alanı bulabilmesi için ilgili yabancının Türkiye'de yerleşim yerinin bulunmaması ve dava konusunun maddede sınırlı olarak belirtilen kişi hallerinden birine

İstanbul, İzmir ve Ankara mahkemeleri yetkilendirilmiş olduğundan, bu yetki tesisi aşırı nitelik taşımaktadır. Benzer bir görüş (Erten (n 7) 179), MÖHUK m. 41 hükmünde yer alan yetki kriterlerinin aşırı (aşkın) yetki teşkil edip etmediği konusunda, bir bütün olarak değil, her bir yetki kriteri bakımından ayrı ayrı değerlendirme yapılması ve bu itibarla son kademe yetkili kılınan İstanbul, Ankara ve İzmir mahkemelerinin yetkisinin aşırı niteliğinin her davaya ait özellikler çerçevesinde ayrıca değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır.

56 Tanrıbilir (n 15) 90; Doğan (n 7) 65; Elçin (n 12) 312.

57 Çelikel ve Erdem (17) 620-621; Nalçacıoğlu Erden (n 3) 909; Nomer (n 8) 481; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca (n 10) 610-611.

ilişkin olması gerekmektedir⁵⁸. O halde, Türkiye’de yerleşim yerine sahip yabancıların kişi hallerine ilişkin tüm uyuşmazlıklar ile Türkiye’de yerleşim yeri olmayan yabancıların vesayet, kısıtlılık, kayımlık ya da ölmüş sayılma kararları haricinde şahsi statüsünü ilgilendiren uyuşmazlıklarda, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, MÖHUK m. 42’nin uygulanma şartları gerçekleşmemiş olacağından, MÖHUK m. 40 uyarınca iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarına göre belirlenecektir. Örneğin, mavi kart sahibi bir yabancıнын mavi kartlılar kütüğündeki adının değiştirilmesi talebi bakımından Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, ad değişikliği talebi konu itibariyle MÖHUK m. 42’nin kapsamına dahil olmadığından, MÖHUK m. 40 hükmü gereği, iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarına göre belirlenecektir. Dolayısıyla, 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu⁵⁹ m. 36/1/a uyulama alanı bulacak; buna göre, bu talep bakımından, düzeltme talebinde bulunan kişinin yerleşim yeri mahkemesi yetkili olacaktır⁶⁰.

MÖHUK m. 42 hükmü kapsamında “yabancı” ile kastedilen, yabancı devlet vatandaşlarının yanı sıra, vatansızlar, uluslararası koruma (mülteci, şartlı mülteci ve ikincil koruma statüsü)⁶¹ ve geçici korumadan yararlananlar⁶², göçmenler⁶³ ve özel statülü yabancılardır⁶⁴. Türkiye’de yerleşim yeri bulunmayan yabancıнын davanın açılması esnasında Türk vatandaşlığına sahip olmaması, MÖHUK m. 42 hükmüne dayanılarak yetki tesisi bakımından gerekli ve yeterlidir; ilgilinin dava açıldıktan sonra Türk vatandaşlığını kazanması, tesis edilmiş milletlerarası yetkiye etki etmeyecektir⁶⁵. MÖHUK m. 42 hükmünün uygulama alanı bulabilmesi için, kişi halinde değişiklik meydana gelmesi söz konusu olan kişinin yabancı olması gerekmektedir⁶⁶. Örneğin, hakkında vesayet ve kısıtlılık kararı verilmesi istenen kişi yabancı, ancak vasi olarak tayin edilecek kişinin Türk vatandaşı olması

58 Söz konusu hükmünde yer verilen vesayet, kayımlık, kısıtlılık, gaiplik ve ölmüş sayılma kararlarının vasıflandırılması Türk hukukuna göre yapılacaktır. Bkz. Nalçacıoğlu Erden (n 3) 912.

59 Nüfus Hizmetleri Kanunu, Kanun Numarası: 5490, Kabul Tarihi: 25.04.2006, RG 29.04.2006/26153.

60 Albayrak Ceylan (n 15) 579. Söz konusu hükümde öngörülen yetki kuralının niteliğine, diğer bir ifadeyle “kesin yetki kuralı” olup olmadığına ilişkin tartışmalar için bkz. ibid 579-580.

61 Türkiye’nin, tarafı olduğu Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesi’ne koyduğu coğrafi çekinceye paralel olarak, YUKK m. 61 hükmünde, “Avrupa ülkelerinde meydana gelen olaylar nedeniyle; ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancıya veya bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen vatansız kişiye statü belirleme işlemleri sonrasında mülteci statüsü” verileceği düzenlenmiştir. Söz konusu hükmünde yer verilen aynı sebeplerle, Avrupa ülkeleri dışında meydana gelen olaylar neticesinde Türkiye’ye sığınma talebinde bulunan yabancılara, şartlı mülteci statüsü verilecektir (YUKK m. 62). Mülteci veya şartlı mülteci olarak nitelendirilemeyen, ancak menşe ülkesine veya ikamet ülkesine geri gönderildiği takdirde; ölüm cezasına mahkûm olacak veya ölüm cezası infaz edilecek, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacak, uluslararası veya ülke genelindeki silahlı çatışma durumlarında, ayırım gözetmeyen şiddet hareketleri nedeniyle şahsına yönelik ciddi tehditle karşılaşacak olması nedeniyle menşe ülkesinin veya ikamet ülkesinin korumasından yararlanamayan veya söz konusu tehdit nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancı ya da vatansız kişiler ise, ikincil koruma statüsü altına alınacaktır (YUKK m. 63).

62 YUKK m. 91/1: “Ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ayrıldığı ülkeye geri dönemeyen, acil ve geçici koruma bulmak amacıyla kitlesel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen yabancılara geçici koruma sağlanabilir.”

63 İskân Kanunu m. 3 uyarınca, göçmen, “Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı olup, yerleşmek amacıyla tek başına veya toplu halde Türkiye’ye gelip bu Kanun gereğince kabul olunan” kişileri ifade eder.

64 Nalçacıoğlu Erden (n 3) 917-918.

65 Nalçacıoğlu Erden (n 3) 920.

66 Nalçacıoğlu Erden (n 3) 946. Aynı yönde bkz. Elçin (n 12) 307-308.

halinde, fiil ehliyeti sınırlanacak olan kişinin yabancı statüsünde olması nedeniyle MÖHUK m. 42 uygulama alanı bulacaktır⁶⁷.

Sonuç olarak, çalışmamızın bir önceki başlığında belirtmiş olduğumuz üzere, özel statüli yabancıların istisnalar haricinde Türk vatandaşlarına tanınan haklardan yararlanmaları, yabancı statülerini ortadan kaldırmayacağından, bu kişilerin kişi hallerine ilişkin davaları bakımından Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, MÖHUK m. 42'nin uygulama alanı bulunduğu hallerde bu hüküm, uygulama alanı bulmadığı hallerde ise MÖHUK m. 40 atfı dolayısıyla iç hukukun yer itibarıyla yetki kuralları uyarınca belirlenecektir.

B. ÖZEL STATÜLÜ YABANCILARIN TEMİNAT GÖSTERME YÜKÜMLÜLÜKLERİ

1. Genel Olarak

Türk hukukunda, Anayasa⁶⁸ (AY) m. 36 ile güvence altına alınan "hak arama hürriyetinin" kullanılması, bazı istisnai durumlarda, dava açan ya da mahkemeden herhangi bir talepte bulunan kişinin önceden belirli bir yükümlülüğü yerine getirmesi şartına kanunen bağlı tutulmuştur⁶⁹. Bu şartlardan biri teminat gösterme yükümlülüğüdür. Teminat gösterme yükümlülüğünün amacı, Türkiye ile bağı bulunmayan ya da zayıf olan davacının Türkiye'de açmış olduğu davada ya da başlatmış olduğu takipte haksız çıkması durumunda, oluşacak giderlerin önceden talep edilerek garanti altına alınması ve davalı bakımından bir mağduriyetin yaşanmasının engellenmesidir⁷⁰.

Teminat gösterme yükümlülüğü, AY m. 36 ile korunan hak arama özgürlüğü ve mahkemeye erişim hakkına getirilen bir sınırlamadır⁷¹. Söz konusu yükümlülüğün, dava hakkının sınırlandırılması ya da istisnası olarak ele alındığı da ifade edilmektedir⁷². Yabancılar için temel haklar ve dolayısıyla hak arama hürriyeti (AY m. 36), AY m. 16 kapsamında, milletlerarası hukuka uygun olarak ve kanunla sınırlanabilir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarından anlaşıldığı üzere yabancılar için teminat gösterme zorunluluğu öngören hükümler, teminat şartlarının orantılı ve ölçülü olması şartıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) m. 6 kapsamında adil yargılanma hakkını ihlal etmemektedir⁷³.

67 Elçin (n 12) 308.

68 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 18.10.1982, RG 9.11.1982/17863.

69 Nomer (n 8) 501; Uğur Tütüncübaşı 'Milletlerarası Usul Hukukunda Teminat Gösterme Yükümlülüğü' (2010) 12(2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 183, 184.

70 Döndü Kuşçu, 'Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Usul Hukukunda Yabancılık Teminatından Kaynaklanan Problemler' (2021) 4(2) Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 324, 326; Acun Mekengeç (n 6) 11; Nomer (n 8) 500; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca (n 10) 643; Özkan ve Tütüncübaşı (n 13) 106; Tütüncübaşı (n 69) 193.

71 Acun Mekengeç (n 6) 16; Kuşçu (n 70) 325; Nomer (n 8) 500; İpek Sarıöz Büyükalp, *AİHS ve AİHM Kararlarının da İncelenmesi Suretiyle Adil Yargılanma Hakkının Türk Milletlerarası Usul Hukuku Üzerindeki Etkileri* (On İki Levha 2018) 530.

72 Öztürk (n 39) 970.

73 Zeynep Çalışkan, *Milletlerarası Usul Hukukunda Teminat* (Vedat 2013) 156-234; Nomer (n 8) 500; Ergin Nomer, *Milletlerarası Usul Hukuku* (Yenilenmiş 2. Bası, Beta 2018) 143; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca (n 10) 643.

Türk hukukunda yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklarla ilgili teminat gösterme yükümlüğü, MÖHUK' un 48. maddesi ile HMK'nın 84. maddesinde düzenlenmektedir. MÖHUK m. 48 gereği, Türkiye'de dava açan, davaya katılan ya da icra takibinde bulunan yabancı gerçek ve tüzel kişiler, yargılama giderleri ile karşı tarafın muhtemel zararını karşılamak üzere teminat göstermekle yükümlü olacaktır. Söz konusu hükümde teminat gösterme yükümlülüğü yabancılık sıfatına bağlanmıştır⁷⁴. Yabancıнын mutad meskeni ya da yerleşim yerinin neresi olduğunun bu konuda bir önemi bulunmamaktadır⁷⁵. Yabancı ile kastedilen Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile vatandaşlık bağı bulunmayan kişidir (YUKK m. 3/ü). Türk vatandaşlığı yanında yabancı bir devlet vatandaşlığına da sahip bulunanlar, MÖHUK m. 48 çerçevesinde teminat gösterme yükümlülüğüne tabi tutulmazlar. Zira MÖHUK m. 4/b uyarınca, bu kişilerin Türk vatandaşlığı esas alınır⁷⁶.

HMK m. 84/1/a hükmünde ise, Türkiye'de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşının Türkiye'de dava açması, davaya katılması ya da icra takibinde bulunması halinde davalı tarafın muhtemel yargılama giderlerini karşılayacak uygun bir teminat göstermekle yükümlü olacağı düzenlenmektedir. "Türkiye'de mutad meskeni olmayan" ifadesi ile kastedilen, Türk vatandaşının hayat ilişkilerinin merkezinin yurt dışında bulunmasıdır⁷⁷. Davanın görülmeye başlanmasından sonra Türk vatandaşı davacı veya davaya katılanın mutad meskenini yurt dışına taşıması halinde, durumun öğrenilmesinden sonra hâkim re'sen teminata karar verecektir⁷⁸.

Doğumla Türk vatandaşı olup çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybeden yabancıların, kanunda sayılan istisnalar haricinde Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam etmeleri karşısında, bu kişilerin Türkiye'de açacakları davalarda "yabancılık" ölçütünü esas alan MÖHUK m. 48 hükmü çerçevesinde teminat göstermekle yükümlü tutulup tutulamayacakları sorusu gündeme gelmektedir. Diğer taraftan, söz konusu kişilerin özel statüleri dolayısıyla Türk vatandaşı gibi muamele görmeleri, HMK m. 84/1/a kapsamında teminat gösterme yükümlülüğü ihtimalini de ortaya çıkarmaktadır. Söz konusu mesele, Yargıtay kararlarına konu olmamakla birlikte doktrinde tartışmalıdır. Aşağıda, konuya ilişkin doktrin görüşlerine yer verildikten sonra gerek mavi kart sahibi yabancılar gerekse özel statülü diğer yabancılar bakımından bir değerlendirme yapılacaktır.

2. Doktrin Görüşü

Doğumla Türk vatandaşlığını kazanmış olup da yetkili makamlardan izin almak suretiyle Türk vatandaşlığından çıkan kişiler, Türkiye'de dava açtıklarında, davaya katıldıklarında veya takip talebinde bulduklarında, doktrinde çoğunlukla⁷⁹ kabul edildiği üzere, MÖHUK m. 48 hükmüne

74 Çelikel ve Erdem (17) 671; Güngör (n 18) 260; Nomer (n 8) 502; Nomer (n 73) 144; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca (n 10) 643; Özkan ve Tütüncübaşı (n 13) 122; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 10) 570.

75 Nomer (n 8) 502; Güngör (n 18) 260; Özkan ve Tütüncübaşı (n 13) 122.

76 Acun Mekengeç (n 6) 12; Doğan (n 7) 92; Nomer (n 8) 502; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca (n 10) 644; Özkan ve Tütüncübaşı (n 13) 113; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 10) 572.

77 Çelikel ve Erdem (17) 667; Nomer (n 8) 121; Özkan ve Tütüncübaşı (n 13) 110.

78 Acun Mekengeç (n 6) 7; Doğan (n 7) 91; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca (n 10) 644.

79 Acun Mekengeç (n 6) 23-24; Çalıışkan (n 73) 63; Doğan (n 7) 91-92; Güngör (n 18) 261, dn. 102; Özkan ve Tütüncübaşı

istinaden kendilerinden teminat yatırmaları beklenemeyecek; buna karşılık, bu kişilerden Türkiye'de mutad meskeni bulunmayanlardan HMK hükümleri çerçevesinde teminat talep edilebilecektir. TVK m. 28 hükmünde, mavi kart sahibi yabancıların Türk vatandaşı gibi işlem göremeyecekleri istisnalar açıkça belirtilmişken, teminat yükümlülüğünden bahsedilmediği; kanun koyucunun getirmediği bir istisnanın yorum yoluyla TVK m. 28 kapsamında değerlendirilerek mavi kartlıların teminat göstermekle yükümlü tutulmalarının isabetli olmadığı ifade edilmektedir⁸⁰. Benzer şekilde, uzun dönem ikamet iznine sahip yabancılara tanınan hakların mavi kart sahiplerininkine benzemesi dolayısıyla, bu kişilere de Türkiye'de açacakları davalarda, yabancılık sıfatına bağlı bir teminat yükümlülüğü getirilemeyeceği savunulmaktadır⁸¹.

Doktrindeki aksi görüş⁸² uyarınca, teminat yatırma zorunluluğu, davacının, açtığı davanın ileride haksız çıkması halinde, davalı tarafın uğrama ihtimali olan zararları ve mahkemenin yargılama masraflarını teminat altına almak amacıyla getirilmiş bir yükümlülüktür. Bu görüş uyarınca, söz konusu yükümlülüğün mavi kart sahibi yabancıların muaf tutulması doğru değildir. Zira her ne kadar bu kişiler, TVK m. 28 gereği, kanunda sayılan istisnalar haricinde Türk vatandaşlarına tanınan haklardan yararlansalar da bu kişiler yabancıdır; Türk vatandaşı değildir. Diğer taraftan, bir başka mali konu olan yurt dışından muaf araç ve ev eşyası ithal etme hakkı bu kişilere tanınmamış (TVK m. 28); Devlet, vergi alma konusunda bu kişileri muaf tutmamıştır⁸³.

Benzer bir görüş⁸⁴, konuyu teminattan muafiyetin bir hak olarak kabul edilip edilemeyeceği kapsamında ele almakta ve burada söz konusu olan hakkın teminat göstermeme hakkı değil, mahkemeye erişim hakkı olduğunu belirtmektedir. Bu görüş, bu haktan faydalanma konusunda mavi kartlılar ile Türk vatandaşları arasında bir eşitlik kurulamayacağını; zira yabancı devlet vatandaşına Türk vatandaşına tanınanın ötesinde bir imkânın tanınmaması gerektiğini savunmaktadır. Söz konusu görüş uyarınca, HMK m. 84 hükmü kapsamında Türk vatandaşları dahi teminatla yükümlü tutulabildiklerinden, mavi kartlıların da teminat yükümlülükleri bulunmaktadır. Ancak HMK m. 84 hükmünde sadece mutad meskeni yurt dışında bulunan Türk vatandaşları için bir teminat gösterme yükümlülüğü düzenlendiğinden, mavi kartlıların bu hüküm uyarınca değil, MÖHUK m. 48 kapsamında teminat göstermeleri gerekmektedir.

(n 13) 122; Öztürk (n 39) 971-972; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 10) 572 dn. 279; Tüttüncübaşı (n 69) 216. Aksi görüşte bkz. Çelikel ve Erdem (17) 673; Kuşcu (n 70) 330.

80 Öztürk (n 39) 971-972.

81 Acun Mekengeç (n 6) 26-27; Aygün (n 6) 1040; Doğan (n 7) 92. Bununla birlikte, YUKK m. 44 hükmü ile uzun dönem ikamet izni sahibi yabancılara tanınan hakların, YUKK Yönetmelik m. 41/2 hükmü ile sınırlandırıldığı ve hak arama hürriyetinden yararlanmak bakımından yabancılar için getirilen bir sınırlama teşkil eden teminat gösterme yükümlülüğünün de bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Acun Mekengeç (n 6) 27. Buna göre, her ne kadar söz konusu sınırlamanın bir yönetmelik hükmü ile düzenlenmesi AY m. 16'ya aykırılık teşkil edecek olsa da uzun dönem ikamet izni sahibi yabancıların YUKK Yönetmelik m. 41/2 dolayısıyla, MÖHUK m. 48 çerçevesinde teminat yükümlülüğü söz konusu olacaktır. Bkz. ibid 26-27, dn. 76.

82 Çelikel ve Erdem (17) 673; Kuşcu (n 70) 330.

83 Çelikel ve Erdem (17) 673.

84 Sarıöz Büyükalp (n 71) 540. Benzer yönde bkz. Kuşcu (n 70) 330-331.

3. Değerlendirmemiz

Mavi kart sahibi yabancıların Türkiye’de açacakları davalarda teminat gösterme yükümlülüklerinin olup olmadığının ya da hangi hükümler çerçevesinde bu yükümlülüğün var olduğunun tespiti konusu, kanaatimizce, doktrinde de ifade edildiği üzere, teminattan muafiyetin bir hak olarak ele alınıp alınamayacağı meselesi kapsamında ele alınmalıdır⁸⁵. Zira mavi kart sahiplerinin özel statülü kabul edilmelerine neden olan TVK m. 28 hükmünde, açıkça, söz konusu kişilerin, bu maddede belirtilen istisnalar haricinde, Türk vatandaşlarına tanınan “haklardan” aynen yararlanmaya devam edecekleri belirtilmiş; yükümlülükler konusunda Türk vatandaşları ile aynı statüde bulunacaklarına ilişkin genel bir düzenleme yapılmaksızın sadece askerlik hizmeti yapma yükümlülüklerinin bulunmadığı hüküm altına alınmıştır.

Hak kavramı hukukçuları en fazla uğraştıran konulardan birini teşkil etmekte ve kavramı açıklayan çeşitli teoriler (irade teorisi, menfaat teorisi, karma teori ve hak kavramını reddeden teoriler) ileri sürülmektedir⁸⁶. Söz konusu teoriler ve bu teorilere yöneltilen eleştiriler dikkate alınarak, hak kavramı, “*hukuk düzeni tarafından korunan ve hak sahibine bu korumadan yararlanma yetkisi verilen menfaat*” olarak tanımlanmaktadır⁸⁷. Böylece bir haktan bahsedebilmek için somut olayda kişinin hukuk düzeni tarafından korunan bir menfaatinin söz konusu olması ve kişiye hukuk düzenince bu korumadan faydalanma konusunda doğrudan bir talepte bulunma hakkının tanınmış olması gerekir. Teminat gösterme yükümlülüğünden muafiyet konusu bu açıdan ele alındığında, mavi kartlılar ya da özel statülü diğer yabancılar bakımından teminattan muafiyetin ortaya koyduğumuz anlamda bir menfaat olarak ele alınıp alınamayacağı sorusunun cevaplandırılması gerekir. Kanaatimizce, burada teminat göstermeme bakımından, örneğin yaşama hakkı, çalışma hakkı, konut dokunulmazlığı gibi haklarda olduğu üzere korunan ve sahibine bu korumaya ilişkin doğrudan bir talepte bulunma imkânı sağlayan bir menfaat söz konusu değildir. Dolayısıyla, teminat yükümlülüğünden muafiyetin, TVK m. 28 kapsamında bir hak olarak ele alınmaması gerekir.

Tüm bu açıklamalar ışığında, mavi kart sahibi yabancıların, MÖHUK m. 48 çerçevesinde teminat göstermekle yükümlü olacakları kanaatindeyiz. Yapmış olduğumuz açıklamalar ve ulaştığımız sonuç, mavi kartlılarla benzer haklara sahip olan özel statülü diğer yabancılar (uzun dönem ikamet izni sahipleri, turkuaz kartlılar, süresiz çalışma izni sahipleri) bakımından da geçerli olacaktır.

TVK m. 28 hükmünün amacı, mavi kart sahibi kişilerin Türk vatandaşı gibi hissederek, haklardan Türk vatandaşları gibi yararlanmalarını sağlamaktır⁸⁸. Hükmün amacı, mavi kart sahibi kişilere

85 Kuşçu (n 70) 330-331; Sarıöz Büyükalp (n 71) 540. Aksi yönde bkz. Öztürk (n 39) 972.

86 Söz konusu teorilere ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar* (28. Bası, On İki Levha 2022) 134-136; Mustafa Dural ve Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medeni Hukukun Başlangıç Hükümleri* (16. Baskı, Filiz 2021) 148-150; Kemal Gözler, *Hukuka Giriş* (Güncellenmiş 17. Baskı, Ekin 2020) 437-439; Turhan Esener ve Ender Demir, *Hukuka Giriş* (Yeniden Gözden Geçirilmiş 12. Baskı, Vedat 2018) 162-164; Necip Bilge, *Hukuk Başlangıcı Hukukun Temel Kavram ve Kurumları* (36. Baskı, Turhan 2019) 220-222.

87 Dural ve Sarı (n 86) 150.

88 Doğan V, Yılmaz AÇ ve Ayhan İzmirli L, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (19. Baskı, Savaş 2023) 132-133; Ekşi (n 38) 61; Bahadır Erdem, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (8. Bası, Beta 2020) 247; Çelikel ve Öztekin Gelgel (n 38) 29.

Türk vatandaşlarına nazaran daha ayrıcalıklı bir konum yaratmak değildir. Halbuki bu kişilerin MÖHUK m. 48 hükmü çerçevesinde teminatla yükümlü olmamaları halinde, teminat konusunda Türk vatandaşlarına nazaran daha ayrıcalıklı bir konumda olmaları söz konusu olacaktır. Zira Türk vatandaşları mutad meskenlerinin yurt dışında bulunması ihtimalinde Türkiye'de dava açarken teminat göstermekle yükümlü iken, mavi kart sahibi yabancıların HMK m. 84 hükmü kapsamında teminatla yükümlü tutulmaları kanaatimizce mümkün değildir.

HMK m. 84 hükmünde öngörülen yükümlülük, hükümde açıkça belirtildiği üzere Türk vatandaşları bakımından getirilmiştir. Halbuki mavi kart sahibi kişiler, istisnalar haricinde Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam etseler dahi, çalışmamızın ilgili kısmında⁸⁹ da vurguladığımız üzere, yabancı statüsündedirler ve hükmün kapsamı dışındadırlar⁹⁰. Teminat gösterme yükümlülüğü gibi devlet tarafından getirilen ek mali yükümlülüklerin ancak kanunla düzenlenmesi gerekir ve kanunda yer alan bir hükmün yorum yoluyla genişletilmesi suretiyle ya da kıyas yoluyla bu tür bir yükümlülük getirilmesi mümkün değildir. Doktrinde de belirtildiği üzere, teminat gösterilmesi gereken haller sınırlı niteliktedir; kanun koyucu tarafından öngörülen haller dışında, teminat yatırma zorunluluğu getirilmesi mümkün değildir⁹¹.

Kanaatimizce, teminat muafiyeti bir hak olarak ele alındığında dahi yukarıda yer verdiğimiz sonuca ulaşılmalıdır. Zira Türk hukukunda, yabancılar ile Türk vatandaşları temel hak ve özgürlüklerden kural olarak eşit şekilde yararlanmakla birlikte, AY m. 16 gereği, yabancıların temel hak ve özgürlükleri kanunla ve uluslararası hukuka uygun olarak sınırlandırılabilir. Teminat gösterme yükümlülüğü, mahkemeye erişim hakkını sınırlandıran bir durum teşkil ettiğinden, bir yabancı için bu hakkın sınırlandırılması ancak kanun ile mümkündür; kanunda öngörülmeyen bir teminat yükümlülüğünün yorum/ kıyas yoluyla getirilmesi AY m. 16 hükmüne aykırılık teşkil edecektir. Bu nedenle, kanaatimizce mutad meskeni Türkiye'de bulunmayan bir mavi kart sahibinin ya da özel statülü diğer bir yabancıların Türkiye'de dava açması durumunda HMK m. 84 çerçevesinde teminat göstermekle yükümlü tutulması var olan hukuk bakımından mümkün değildir. Olması gereken hukuk bakımından bu kişilerin HMK m. 84 hükmü çerçevesinde teminat göstermekle yükümlü tutulmaları gerektiği savunulabilir. Ancak, bunun için söz konusu hükümde açık bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır.

Özel statülü yabancıların, MÖHUK m. 48 çerçevesinde teminat göstermekle yükümlü olacaklarının kabulü halinde, önemli bir diğer sorun, bu kişilerin hangi hallerde teminat göstermekten muaf tutulabilecekleri, özellikle, mavi kartlılar bakımından mutad mesken ya da yerleşim yerlerinin Türkiye'de bulunması ihtimalinde, teminat göstermekten muaf tutulup tutulamayacakları meselesidir. Teminat gösterme yükümlülüğünün amacı göz önünde bulundurulduğunda, mutad meskeni ya da yerleşim yeri veya teminat miktarını karşılamaya yetecek bir malvarlığı Türkiye'de bulunan

89 Bkz. I/ A / 2 / c.

90 Mavi kart sahibi yabancıların HMK m. 84 kapsamında teminatla yükümlü tutulabilecekleri yönünde bkz. Acun Mekengeç (n 6) 23-24; Doğan (n 7) 91-92; Güngör (n 18) 261, dn. 102; Özkan ve Tütüncübaşı (n 13) 122; Öztürk (n 39) 971-972; Tütüncübaşı (n 69) 216; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 10) 572 dn. 279.

91 Kuşcu (n 70) 326.

yabancıların Türkiye’de açacakları davalarda teminat göstermekle yükümlü olmalarının gerekliliği sorgulanabilir. Bu durum, Türkiye’de yaşamaları ya da çalışmaları itibarıyla, özellikle, uzun dönem ikamet izni sahipleri, süresiz çalışma izni sahipleri ve turkuaz kartlılar bakımından önem arz eder. MÖHUK m. 48/2 uyarınca, mahkeme, dava açanı, davaya katılanı veya icra takibi yapanı karşılıklılık esasına göre teminattan muaf tutacaktır. Bu bağlamda, MÖHUK m. 48/2 hükmünde öngörülen muafiyet bakımından hâkimin bir takdir yetkisi bulunup bulunmadığı konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır.

Doktrindeki baskın görüş uyarınca, MÖHUK m. 48/2 kapsamında, mahkeme, Türkiye’de dava açan, davaya katılan ya da icra takibinde bulunan yabancıyı karşılıklılık esasına göre teminattan muaf tutar; hâkim, bu konuda takdir hakkına sahip değildir⁹². Doktrinde, MÖHUK m. 48/2 hükmünün gerekçesinde yer alan, “...mahkeme, karşılıklılık bulunmasa dahi dava ve takibin niteliğine ve davanın durumuna göre davacıyı, davaya katılanı veya takip talebinde bulunanı teminat göstermekten muaf tutabilecektir. Hakim, bu konuda takdir hakkına sahiptir.” ifadesinin yanıltıcı olduğu; gerekçede hükümde olmayan bir takdir hakkının hâkime tanınmaya çalışıldığı ve bu durumun hukuk mantığı ile bağdaşmadığı; teminattan muafiyet konusunda hâkimin bir takdir yetkisi olmadığı ifade edilmektedir⁹³.

Doktrindeki aksi görüş⁹⁴ ise, MÖHUK m. 48/2 hükmünün gerekçesinde yer alan açıklama uyarınca, karşılıklılığın bulunması durumunda hâkimin yabancıyı teminattan muaf tutma konusunda bir takdir hakkı bulunmamakla birlikte, karşılıklılığın gerçekleşmediği durumlarda, hâkimin davacıyı teminattan muaf tutma konusunda bir takdir hakkı söz konusu olacaktır⁹⁵. Buna göre, örneğin, Türkiye’de yerleşmiş veya Türkiye’de yeterli derecede malvarlığı bulunan yabancıların açacağı davada, hâkim durumun özelliğini dikkate alarak, karşılıklılık gerçekleşmese bile yabancıyı teminat göstermekten muaf tutabilecektir⁹⁶. Bu görüş uyarınca, mutad meskeni ya da yerleşim yeri Türkiye’de olmayan yabancıların Türk mahkemelerine açacakları davalarda, bu kişiler teminat göstermekten muaf tutulabilmelidir. Zira MÖHUK’ta açıklık olmayan hususlarda HMK hükümleri uygulanabilmesi dolayısıyla, HMK’nın yurt içinde istenen teminatı karşılamaya yetecek taşınmazı veya aynı teminatla güvence altına alınmış bir alacağı bulunanların teminattan muaf tutulacaklarına ilişkin düzenlemesi (m. 85/1/b) bu durumda kıyasen uygulanabilecektir⁹⁷. Bununla birlikte, bu görüş, MÖHUK m. 48 hükmüne yapılacak bir ekleme ile “yabancı” yerine “Türkiye’de mutad meskeni olmayan yabancı” ifadesine yer verilmesinin hükmün amacına daha uygun olacağını savunmaktadır⁹⁸. Benzer

92 Acun Mekengeç (n 6) 16; Çalışkan (n 73) 90; Çelikel ve Erdem (17) 678; Doğan (n 7) 95; Kuşcu (n 70) 332; Nomer (n 8) 504.

93 Acun Mekengeç (n 6) 16. Bu görüş uyarınca, hâkime bu konuda bir takdir hakkı verilmesi istenmesi durumunda, “... Mahkeme, dava açanı, davaya katılanı veya icra takibi yapanı karşılıklılık esasına göre teminattan muaf tutabilir” şeklinde açık bir düzenlemeye yer verilmesi gerekmektedir (ibid 16).

94 Özkan ve Tütüncübaşı (n 13) 122-123; Tütüncübaşı (n 69) 216.

95 Tütüncübaşı (n 69) 209. Aynı yönde bkz. Sariöz Büyükalp (n 71) 550.

96 Tütüncübaşı (n 69) 209.

97 HMK m. 85’teki muafiyet hallerinin MÖHUK m. 48 kapsamında da uygulanabileceğine yönünde ayrıca bkz. Sariöz Büyükalp (n 71) 544.

98 Tütüncübaşı (n 69) 217. Benzer görüşte bkz. Sariöz Büyükalp (n 71) 553.

bir görüş⁹⁹ ise, teminat yükümlüsü tanımının değiştirilerek, teminattan muafiyet konusunda karşılıklılığın esas alınmaması, bunun yerine teminat yükümlüsünün Türkiye ile ekonomik bağlarını esas alan bir kriterin getirilmesi gerektiğini ifade etmektedir.

2675 sayılı mülga MÖHUK m. 32/2'de, "*dava veya takibin niteliğine ve duruma göre davacıyı, davaya katılanı veya takip isteğinde bulunana karşılıklılık esasına göre teminat göstermekten muaf tutabilir*" hükmüne yer verilmişti. Buna göre, hâkim, davanın niteliğine göre, davacıyı teminat yatırmaktan muaf tutabilmekteydi. Örneğin, yerleşim yeri Türkiye'de bulunan ya da Türkiye'de ciddi bir malvarlığına sahip bir yabancıların Türk mahkemelerinde açtığı davada, hâkimin, davanın niteliğini dikkate alarak, davacıyı teminattan muaf tutma yetkisi mevcuttu¹⁰⁰. 5718 sayılı MÖHUK m. 48/2'de ise, "*mahkeme dava açanı, davaya katılanı ya da icra takibinde bulunana karşılıklılık esasına göre teminattan muaf tutar*" düzenlemesiyle mülga Kanun'da hâkime tanınan takdir yetkisine yer verilmemiştir. Bu durumda, HMK m. 85/b'nin MÖHUK m. 48 hükmü kapsamında teminat yükümlülüğü bakımından kıyasen uygulanması kanaatimizce mümkün değildir. Zira her ne kadar milletlerarası usul hukukunda lex fori hakimiyeti gereği, usul hukukuna ilişkin meselelerde MÖHUK'ta düzenlenmemiş konular bakımından HMK hükümleri uygulanacak ise de, MÖHUK m. 48 kapsamındaki teminattan muafiyet halleri MÖHUK'ta açıkça ve hakime takdir hakkı bırakmayacak şekilde karşılıklılık esasına bağlı olarak düzenlenmiştir. Bununla birlikte, mavi kartlılar dahil olmak üzere yabancıların Türkiye'de bir mutad mesken ya da yerleşim yerlerinin bulunması durumunda, bu kişilerin Türkiye'de dava açarken teminat göstermekle yükümlü tutulmaları, teminat yükümlülüğünün getiriliş amacıyla çelişen bir durum yaratmaktadır. Bu husus, yukarıda da vurguladığımız üzere, Türkiye'de yaşamaları/çalışmaları dolayısıyla Türkiye ile bağlarının mevcudiyeti tartışmasız olan uzun dönem ikamet izni sahipleri, turkuaz kartlılar ve süresi çalışma izni sahipleri bakımından daha da önem kazanmaktadır.

Yukarıda ortaya koyduğumuz çelişkinin giderilmesi amacıyla, olması gereken hukuk bakımından, MÖHUK m. 48 hükmünün yeniden ele alınarak, karşılıklılık koşulu yerine teminat yükümlüsünün ekonomik durumu ve Türkiye ile olan bağlantısı dikkate alınarak muafiyet hallerinin düzenlenmesi yerinde olacaktır. Sonuç olarak, kanaatimizce, var olan hukuk bakımından, mavi kart sahibi yabancılar ile özel statülü diğer yabancıların Türkiye'de açacakları davalarda MÖHUK m. 48 hükmü çerçevesinde teminat göstermeleri ve ancak karşılıklılık esas çerçevesinde teminattan muaf tutulmaları gerekmektedir. Teminat gösterme yükümlülüğünün amacı göz önünde bulundurulduğunda ise, özel statülü yabancıları da kapsayacak şekilde, tüm yabancılar için Türkiye ile ekonomik bağları gözetilerek bir yükümlülük ve muafiyet durumunun düzenlenmesi gerekmektedir.

C. ÖZEL STATÜLÜ YABANCILARIN ADLİ YARDIMDAN YARARLANMALARI

Adli yardım, kendisi ve ailesinin geçimini önemli ölçüde zor duruma düşürmeksizin yargılama ve takip giderlerini kısmen veya tamamen karşılayamayacak kişilerin, taleplerinin açıkça dayanaktan yoksun olmaması kaydıyla, yargılama veya takip harç ve giderlerini ödemekten geçici olarak muaf

99 Sarıöz Büyükalp (n 71) 553-554.

100 Doğan (n 7) 95.

tutulmalarını öngören kurum olarak tanımlanmaktadır¹⁰¹. Yargılama giderlerini ödeyemeyecek durumda olan kimselerin de mahkemeye başvurup dava açabilmeleri veya kendilerini savunabilmeleri, adil yargılanma hakkının ve sosyal devlet ilkesinin bir gereğidir¹⁰². Yargılama giderlerinin yüksek olup olmadığı, kişiden kişiye değişecek bir husus olup, adli yardım bakımından önemli olan mahkemeden hukuki himaye talebinde bulunan kişinin söz konusu yargılama giderlerini ödeme imkânının bulunup bulunmadığıdır¹⁰³.

Türkhukukunda, adli yardıma ilişkin usul ve esaslar HMK m. 334-340 hükümlerinde düzenlenmektedir. Söz konusu hükümler, MÖHUK'ta yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklara özgü adli yardım hükümlerine yer verilmemiş olması nedeniyle, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar bakımından da uygulama alanı bulacaktır¹⁰⁴. Adli yardım, kapsamı bakımından dar ve geniş anlamda adli yardım olarak ikiye ayrılır¹⁰⁵. Dar anlamda adli yardım, HMK m. 335 hükmünde belirtilen muafiyetleri kapsar; bu muafiyetler, peşin ödenmesi gereken yargılama giderlerinin ertelenmesi, bazı giderlerin avans olarak devlet tarafından karşılanması ve gerektiğinde ücreti sonradan ödenmek üzere vekil tayin edilmesidir¹⁰⁶. Geniş anlamda adli yardım, ekonomik açıdan güçsüz olan kimselere, hukuki korunma taleplerinin karşılanabilmesi için yargılama öncesi ve yargılama esnasında mali imkân ve kolaylıklar sağlanmasını ifade eder¹⁰⁷. HMK m. 335 çerçevesinde, yargılama ve takip giderlerinin yanı sıra teminat yükümlülüğü de adli yardımın kapsamındadır; adli yardım talebi kabul edilen kişi, teminat göstermekten muaf tutulur¹⁰⁸.

HMK m. 334 uyarınca, adli yardımdan yararlanabilmek için, kişinin kendisi ve ailesinin geçimini önemli ölçüde zor duruma düşürmeksizin gereken yargılama veya takip giderlerini kısmen veya tamamen ödeme gücünden yoksun olması ve hukuki korunma taleplerinin dayanaktan yoksun olmaması gerekmektedir. Yabancıların adli yardımdan yararlanabilmeleri ise, bu koşulların yanı sıra, karşılıklılık şartının gerçekleşmesine bağlıdır (HMK m. 334/3). Buna göre, Türk mahkemelerinden adli yardım talebinde bulunan yabancıların kendi ülkesinde Türk vatandaşlarının adli yardımdan faydalanıp faydalanmadıkları tespit edilecektir¹⁰⁹.

Adli yardım talebinde bulunan yabancıların birden çok ülke vatandaşlığına sahip olması halinde, bu ülke hukuklarından biri bakımından karşılıklılığın sağlanması, yabancıların adli yardımdan faydalanması için yeterli olacaktır¹¹⁰. Diğer bir ifadeyle, kanunlar ihtilafı kurallarında yetkili hukukun vatandaşlık esasına göre tayin edildiği hallerde, birden fazla devlet vatandaşlığına sahip

101 Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku Cilt I* (Yenilenmiş ve Genişletilmiş 4. Bası, Yetkin 2021) 1199.

102 Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan, *Medeni Usul Hukuku* (6. Bası, Filiz 2022) 363.

103 ibid 363.

104 Sarıöz Büyükalp (n 71) 557.

105 Oğuz Atalay, 'Yargılama Giderleri ve Adli Yardım' iç Hakan Pekcanitez, Muhammet Özkes, Mine Akkan ve Hülya Taş Korkmaz (edr), *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku Cilt III* (On İki Levha 2017) 2411.

106 Atalay (n 105) 2411. Ayrıca bkz. Sarıöz Büyükalp (n 71) 206.

107 Atalay (n 105) 2411. Ayrıca bkz. Sarıöz Büyükalp (n 71) 206.

108 Sarıöz Büyükalp (n 71) 557.

109 ibid 570.

110 Ayşe Kılınç, *Medeni Usul Hukukunda Adli Yardım* (Adalet 2013) 208; Sarıöz Büyükalp (n 71) 570.

kişiler bakımından düzenleme getiren MÖHUK m. 4/ c hükmü¹¹¹, karşılıklılık şartının sağlanması hususunda uygulanmayacaktır. Buna göre, adli yardım talebinde bulunan yabancıların vatandaş olduğu ülkelerden daha sıkı ilişki içinde olduğu ülke hukuku bakımından karşılıklılığın sağlanması bir zorunluluk teşkil etmeyecek; daha az ilişkili olduğu ülke hukuku bakımından karşılıklılığın sağlanması yeterli olacaktır¹¹².

Yabancıların adli yardımdan yararlanabilmelerinin karşılıklılık koşuluna bağlanmış olması doktrinde eleştirilmekte ve HMK m. 334/3 hükmünün, adil yargılanma hakkı bağlamında, AİHS ile bağdaşmadığı ifade edilmektedir¹¹³. Bu görüş uyarınca, adli yardım, yabancı ile vatandaş arasında eşitsizliğin kabulüne elverişli bir konu değildir; bu konuda, Anayasa'nın “temel ve hürriyetlerin yabancılar için milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabileceğini” öngören 16. maddesinden yararlanılamaz¹¹⁴.

Mavi kart sahibi yabancıların, Türk mahkemelerinde adli yardım talebinde bulunmaları durumunda, ödeme gücünden yoksunluk ve hukuki korunma talebinin dayanaktan yoksun olmaması (haklılığı) koşulları sağlandığı takdirde, bu kişilerin vatandaşı olduğu devlet ile Türkiye arasında karşılıklılığın olup olmadığına bakılmaksızın adli yardım talebinin kabulü gerekecektir¹¹⁵. Zira adli yardım sağlanması kişiler bakımından bir haktır ve TVK m. 28 hükmü dolayısıyla mavi kartlıların bu haktan Türk vatandaşları ile aynı koşullarla faydalanmaları gerekir¹¹⁶. Buna göre, mavi kart sahibi yabancıların adli yardım taleplerinin kabulü için karşılıklılık koşulu aranmayacaktır.

Adli yardımdan faydalanabilmek için karşılıklılık koşulundan muafiyet meselesi, özel statülü diğer yabancılar bakımından ayrıca değerlendirilmelidir. Zira uzun dönem ikamet izni sahiplerine tanınan haklar mavi kartlılarınkine benzemekle birlikte bazı farklılıklar mevcuttur. Hakların kapsamının farklılığı konunun uzun dönem ikamet izni sahipleri bakımından ayrıca değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır. Şöyle ki, turkuaz kartlılar (UİK m. 11/4) süresiz çalışma izni sahiplerine tanınan haklardan, süresiz çalışma izni sahipleri (UİK m. 10/4) ise uzun dönem ikamet izni sahiplerine tanınan haklardan yararlanmaktadır. Uzun dönem ikamet izni sahiplerine tanınan haklar, YUKK m. 44'te belirtilmiş; YUKK Yönetmelik m. 41/2'de ise, “birinci fıkradaki hak ve yükümlülüklerin kullanılmasında özel kanunlarda Türk vatandaşı olma koşulu aranmışsa, uzun dönem ikamet iznine sahip olan kişilerin bu haklardan yararlanmayı talep edemeyecekleri” düzenlenmiştir.

111 MÖHUK m. 4/c: “...Birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olup, aynı zamanda Türk vatandaşı olmayanlar hakkında, daha sıkı ilişki hâlinde buldukları devlet hukuku, uygulanır.”

112 Doktrinde, milletlerarası usul hukukunda, birden fazla devlet vatandaşlığına sahip yabancıların vatandaşlıklarından her birinin eşit olarak alınması dikkate alınması gerektiği; bu bağlamda, bunlardan biri uyarınca karşılıklılığın gerçekleşmesinin ilgililiyi teminat yükümlülüğünden kurtaracağı ifade edilmektedir. Bkz. Ataman-Figanmeşe (n 27) 110-111.

113 Burak Huysal, ‘Adil Yargılanma Hakkı Kapsamında Milletlerarası Özel Hukuka İlişkin Bazı Değerlendirmeler’ iç Ayfer Uyanık Çavuşoğlu ve Zeynep Derya Tarman (edr), *Genç Milletlerarası Özel Hukukçular Konferansı* (On İki Levha 2014) 69; Kılınç (n 110) 208; Sarıöz Büyükalp (n 71) 576.

114 Huysal (n 113) 69; Sarıöz Büyükalp (n 71) 579.

115 Sarıöz Büyükalp (n 71) 570-571.

116 ibid 571.

Bu noktada, YUKK Yönetmelik m. 41/2 hükmünün, uzun dönem ikamet izni sahiplerinin adli yardımdan faydalanabilmek için karşılıklı koşulundan muaf olmalarını diğer bir ifadeyle bu konuda Türk vatandaşları ile eşit statüde olmalarını engelleyip engellemeyeceği sorusunun cevaplandırılması gerekir. Kanaatimizce, mavi kart sahipleri bakımından ulaşılan sonuç, uzun dönem ikamet izni sahipleri bakımından da geçerli olacaktır. Zira adli yardımdan yararlanmanın yabancılar için kanunla ve uluslararası hukuka uygun olarak karşılıklılık koşuluna bağlanmış olması¹¹⁷, hak ve yükümlülüklerin kullanılmasında, özel kanunlarda Türk vatandaşı olma koşulunun arandığı bir durum olarak nitelendirilemez. Zira nasıl ki uzun dönem ikamet izni sahiplerinin, “*Türkiye’deki ikamet, seyahat, çalışma, yatırım, ticari faaliyet, miras, taşınır ve taşınmaz iktisabı ile ferağı gibi konulara yönelik işlemlerinin, ilgili kurum ve kuruluşlar tarafından Türk vatandaşlarına uygulanmakta olan mevzuata göre yürütüleceğini*” öngören YUKK Yönetmelik m. 41/1/ç kapsamında, Türkiye’de taşınmaz mülkiyeti edinimleri, Tapu Kanunu¹¹⁸ m. 35 hükmünde öngörülen sınırlamalara tabi olmayacaksa¹¹⁹, adli yardımdan yararlanmak için özel statülü olmayan yabancılar için öngörülen “karşılıklı” koşulu, özel statülü uzun dönem ikamet izni sahipleri bakımından geçerli olmayacaktır. Aksinin kabulü, kanaatimizce, YUKK m. 44’ün getiriliş amacına aykırılık teşkil edeceği gibi, Anayasa’nın yabancıların temel haklarının ancak kanunla sınırlandırılabilceğini öngören 16. maddesinin de ihlali anlamına gelecektir¹²⁰. Sonuç olarak, uzun dönem ikamet izni sahipleri, süresiz çalışma izni sahipleri ve turkuaz kartlıların, adli yardım taleplerinin kabulü için karşılıklılık şartının aranmayacağı kanaatindeyiz.

II. UYGULANACAK HUKUKUN BELİRLENMESİNE İLİŞKİN MESELELER

Mavi kart sahiplerinin, istisnalar haricinde, haklardan faydalanma konusunda Türk vatandaşları ile eşit statüde olmaları, kişi hallerine ilişkin uyumsuzluklarda, uygulanacak hukuk bakımından da bazı tartışmaları gündeme getirmektedir. Bu bağlamda, Yargıtay’ın çeşitli kararlarında, mavi kart sahiplerinin, Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmalarından hareketle, yabancı statüsünde kabul edilemeyecekleri; buna bağlı olarak, bu kişilerin tarafı olduğu boşanma davalarında yabancılık unsurunun bulunmadığı gerekçesiyle MÖHUK hükümlerinin uygulama alanı bulmayacağı ve uyumsuzluğun doğrudan Türk maddi hukukuna tabi olacağı sonucuna varılmaktadır.

Yargıtay’ın 21.3.2016 tarihli bir kararında¹²¹, boşanma davasının taraflarının, doğumla Türk vatandaşı olup çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybetmeleri dolayısıyla TVK m. 28 uyarınca Türk vatandaşlarına tanınan haklardan yararlanacakları ve boşanma davasında “yabancı” statüsünde olmayacakları vurgulanarak, davanın yabancılık unsuru taşımadığı, bu nedenle

117 Adil yargılanma hakkı kapsamında, adli yardımdan yararlanmanın yabancılar bakımından karşılıklı koşuluna bağlanmış olmasının yerinde olduğu konusundaki eleştiriler için bkz. Kılınç (n 110) 208; Huysal (n 113) 69; Sarıöz Büyükalp (n 71) 579.

118 Tapu Kanunu, Kanun Numarası: 2644, Kabul Tarihi: 22.12.1934, RG 29.12.1934 /2892.

119 Taşınmaz mülkiyeti edinimi konusunda aksi görüşte bkz. Çörtoğlu Koca (n 46) 73.

120 Uzun dönem ikamet izni sahiplerine, YUKK m. 44 ile tanınan hakların, YUKK Yönetmelik m. 41/2 ile sınırlandırılmasının, AY m. 16’ya aykırılık teşkil edeceği yönünde ayrıca bkz. Esen (n 44) 268; Acun Mekengeç (n 6) 27.

121 Yargıtay 2 HD, E 2015/13927 K 2016/5499, 21.3.2016. Karar için bkz. www.lexpera.com. E.T.05.09.2023.

MÖHUK m. 14 hükmünün bu davada uygulanmasının mümkün olmadığı sonucuna ulaşılmıştır¹²². Kararda, uygulanacak hukukun araştırılmasına gerek olmadığı ve işin esasının Türk hukukuna göre incelenmesi gerektiğine hükmedilmiştir.

Yargıtay'ın yakın tarihli kararlarındaki yaklaşımının aksine, doktrinde, mavi kart sahiplerinin yabancı devlet vatandaşı olmalarından hareketle bu uyumsuzlukların yabancılık unsuru içerdiği, dolayısıyla, bu kişilerin tarafı oldukları davalarda uygulanacak hukukun MÖHUK hükümleri kapsamında belirlenmesi gerektiği kabul edilmektedir¹²³. Diğer taraftan, doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybeden kişilerin, taraf menfaati bakımından, vatandaşlığında buldukları devlet ya da müşterek mutad meskenlerinin bulunduğu devletin hukuk sistemine, Türk hukukuna nazaran daha aşına ya da daha sıkı bağlı oldukları ifade edilmektedir¹²⁴. Bu görüş uyarınca, TVK m. 28 hükmüne göre, doğumla Türk vatandaşı olup çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenlerin yanı sıra, bu kişilerin üçüncü dereceye kadar altoyuları da imtiyazlı yabancı statüsünde kabul edildiğinden, ikinci veya üçüncü derece olan altoyuların, doğumdan itibaren yabancı devlet vatandaşlığını kazanmalarının yüksek bir ihtimal olması karşısında, söz konusu kişiler bakımından "sıkı ilişkili hukuk" kavramı büyük önem kazanmaktadır¹²⁵.

Kanaatimizce, konuya ilişkin değerlendirmenin, mavi kart sahiplerinin yabancı statüsünde olmalarının uygulanacak hukuk üzerine etkilerinin yanı sıra, yukarıda yer verdiğimiz doktrin görüşlerine benzer şekilde, kanunlar ihtilafı kurallarının amacı ve bu kuralların hizmet ettiği menfaatler çerçevesinde yapılması gerekmektedir.

Öncelikle, çalışmamızın ilgili kısmında¹²⁶ da vurguladığımız üzere, mavi kart sahiplerinin tarafı oldukları uyumsuzlukların yabancılık unsuru içerdiği, dolayısıyla MÖHUK' un uygulanacağı konusunda tereddüt edilmemesi gerekir. Mavi kart sahiplerinin, yabancı statüsünde olmaları dolayısıyla, şahsi statülerini ilgilendiren uyumsuzluklarda, kişi bakımından yabancılık unsuru mevcuttur. Diğer taraftan yurt dışında yaşamaları dolayısıyla coğrafi bakımdan da yabancılık unsurunun bulunabileceği göz ardı edilmemelidir.

Kanunlar ihtilafı kurallarının amacı, yabancılık unsuru içeren uyumsuzluklara, uyumsuzluk ve uyumsuzluğun tarafları ile en sıkı ilişkiye sahip maddi hukuk sisteminin uygulanmasını sağlamaktır; buna, milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti denmektedir¹²⁷. Uyuşmazlığa en yakın ve en uygun

122 Aynı yönde bkz. Yargıtay 2 HD, E 2012/23566 K. 2013/8998, 01.04.2013; Yargıtay 2 HD, E 2013/24136 K 2014/7745, 3.4.2014. Aksi yönde bkz. Yargıtay 2 HD, E 2006/21951 K 2007/17742, 25.12.2007. Bu kararda, boşanma davasının taraflarının çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybettikleri, davada uygulanacak hukukun MÖHUK hükümleri kapsamında belirleneceği; buna göre, somut uyumsuzlukta, MÖHUK m. 14 uyarınca, tarafların müşterek milli hukuku olarak Alman hukukunun uygulanması gerektiğine hükmedilmiştir. Karar için bkz. www.lexpera.com. E.T. 05.09.2023.

123 Acun Mekengeç (40) 306, dn 905; Ganiyeva (n 39) 376; Nalçacıoğlu Erden (n 3) 919-920; Öztürk (n 39) 966.

124 Ganiyeva (n 39) 378.

125 Ganiyeva (n 39) 378.

126 Bkz. I/ A / 2 / c.

127 Akıncı (n 16) 11; Doğan (n 7) 207; Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca (n 10) 23; Şanlı, Esen ve Ataman-Figaneşe (n 10)

hukuk düzenine bağlanmasıyla, milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti gerçekleşmiş olur; kanunlar ihtilafı kurallarının maddi hukuk hakkaniyetinin sağlama yükümlülüğü yoktur¹²⁸. Milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin sağlanması bakımından, hukuki ilişkinin niteliğine göre farklı menfaatler ön plana çıkmaktadır¹²⁹. Yabancılık unsuru içeren özel hukuk uyuşmazlıklarının bazılarında, uyuşmazlığın taraflarının sıkı ilişki içinde bulunduğu hukukun uygulanması gerekir; diğer bir ifadeyle, milletlerarası özel hukuk alanına dahil bazı uyuşmazlıklar bakımından taraf menfaati ön plandadır¹³⁰. Bu bağlamda, aile hukuku ve şahsın hukuku alanında, kanunlar ihtilafı kuralları düzenlenirken taraf menfaati esas alınır¹³¹. Bu çerçevede, Türk kanunlar ihtilafı hukukunda, aile hukuku ve şahsın hukuku meselelerinde uygulanacak hukuk, prensip olarak, ilk sırada, ilgili veya ilgililerin vatandaşlığından hareketle belirlenmektedir¹³².

Mavi kart sahibi bir yabancıнын şahsi statüsünü ilgilendiren bir uyuşmazlıkta, uygulanacak hukukun milli hukuk esasına göre belirlendiği hallerde, milli hukuk yerine, haklar bağlamında Türk vatandaşları ile aynı statüde olmaları gerekçesiyle Türk hukukunun uygulanması, diğer bir ifadeyle milli hukuk olarak Türk hukukunun kabul edilmesi, Türk kanunlar ihtilafı hukuku sistematiğine ve milletlerarası özel hukuk hakkaniyetine aykırılık teşkil eder. Şöyle ki, özellikle, Türk vatandaşlığından çıkıp vatandaşlığını kazandığı ülkede uzun yıllardır ikamet eden mavi kart sahibinin, manevi bağlar bir yana, kanunlar ihtilafı hukuku anlamında, vatandaşı olduğu ve ikamet ettiği ülke hukukuna kıyasla Türk hukukuyla daha yakın bir ilişkiye sahip olduğunu söylemek güçtür. Bu durum, doktrinde¹³³ de belirtildiği üzere, doğumla Türk vatandaşı olup çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenlerin üçüncü dereceye kadar alt soyları bakımından daha fazla ön plana çıkabilecektir. Yapmış olduğumuz açıklamalar ve ulaştığımız sonuç, uygulanacak hukukun müşterek milli hukuk esasına göre tayin edildiği haller bakımından da geçerlidir.

29.

128 Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca (n 10) 23-24. Ayrıca bkz. Akıncı (n 16) 11; Faruk Kerem Giray, 'Milletlerarası Özel Hukuk Hakkaniyetinin 5718 sayılı MÖHUK Kapsamında Değerlendirilmesi' (2012) IX (1) 555, 556-557.

129 Bunlar; taraf menfaati, işlem menfaati, düzen menfaati, maddi hukuk menfaati ve devlet menfaati olarak sıralanmaktadır. Bkz. Doğan (n 7) 195-201; Tekinalp (n 6) 28. Söz konusu menfaatlere ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. Doğan (n 3) 195-201; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 10) 30-32; Tekinalp (n 6) 28-30.

130 Taraf menfaati ile kastedilen, makul bir insanın sıkı ilişki içinde bulunduğu hukukun kendisi ile ilgili hukuki işlem ve ilişkilerde uygulanmasına ilişkin menfaatidir; diğer bir ifadeyle, bir kimsenin kendisine uygulanmasını beklediği hukukun uygulanmasındaki menfaat, taraf menfaati olarak ifade edilir. Bkz. Doğan (n 7) 195-196; Giray (n 128) 556-557; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 10) 31.

131 Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 10) 31.

132 Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 10) 34. Aile hukuku ve şahsın hukukuna ilişkin konular, MÖHUK' un 9 ila 18. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu kapsamda, örneğin, hak ve fiil ehliyeti (MÖHUK m. 9), vesayet veya kısıtlılık kararı verilmesi veya sona erdirilmesi sebepleri (m. 10) ilgilinin milli hukukuna tabi kılınmış; benzer şekilde, boşanma ve ayrılık sebepleri ve hükümleri (m. 14) hakkında, ilk sırada eşlerin müşterek milli hukukunun uygulanacağı öngörülmüştür. Aile hukuku ve şahsın hukuku konularında, milli hukukun uygulanmasının tercih edilmesi, bu alanların kişilerin kültürel kimlik ve değerleriyle yakından ilgili olmasıyla açıklanmaktadır; zira söz konusu alanlar, önemli ölçüde ulusal kültür ve geleneklerin etkisindedir. Bkz. Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 10) 34. Şahsi statüde, "vatandaşlık" bağlama noktasının tercih edilmesinde, ulusal kültür ve geleneklerin etkisinin yanı sıra, vatandaşlığın tespitinin, ikametgâh ya da mutad mesken kavramlarına nazaran daha kolay olması ve bu bağlama noktasının diğer bağlama noktalarına kıyasla devamlılık ve istikrar arz etmesi de rol oynamaktadır. Bkz. ibid 34.

133 Ganiyeva (n 39) 378.

Özel statülü diğer yabancılar bakımından konuyu değerlendirdiğimizde de aynı sonuca ulaşılması gerektiği kanaatindeyiz. Yukarıda da vurguladığımız üzere, kişi hallerine ilişkin uyuşmazlıklarda, kanun koyucu, uyuşmazlıkla en yakın ilişkili hukuku milli hukuk olarak kabul etmiş ve bu uyuşmazlıklarda bir istisna kuralına¹³⁴ yer vermemiştir. Bu durumda, kanunen milli hukukun uygulanmasının öngörüldüğü bir uyuşmazlıkta, “Türk vatandaşlarına tanınan haklardan” aynen yararlanan bir kişinin milli hukuku yerine Türk hukukunun uygulanması, MÖHUK sistematığıne aykırıdır.

Sonuç olarak, gerek mavi kartlıların gerekse özel statülü diğer yabancıların kişi hallerine ilişkin uyuşmazlıklarda, yabancı statüsünde olmaları dolayısıyla kişi bakımından yabancılık unsurunun varlığı nedeniyle uygulanacak hukuk MÖHUK hükümleri çerçevesinde belirlenmeli; bu uyuşmazlıklarda, uygulanacak hukukun vatandaşlık esasına göre belirlendiği hallerde, vatandaşlık bağı ile bağlı oldukları hukuk esas alınarak uyuşmazlık çözümlenmelidir.

SONUÇ

Mavi kart sahibi yabancıların, TVK m. 28 hükmünde öngörülen istisnalar haricinde, Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam etmeleri, bu kişilerin, Türk mahkemeleri önünde tarafı oldukları kişi hallerine ilişkin uyuşmazlıklarda, milletlerarası usul hukuku ve kanunlar ihtilafı hukukuna ilişkin bazı tartışmaları gündeme getirmektedir. Bu kapsamda, mavi kart sahibi yabancıların, belirli istisnalar haricinde Türk vatandaşları ile aynı statüde oldukları düşüncesinden hareketle, doktrinde ve yargı kararlarında, kişi hallerine ilişkin uyuşmazlıklarda milletlerarası yetkinin, MÖHUK’ un Türk vatandaşlığına bağlı yetki tesisi öngören 41. maddesi uyarınca belirlenip belirlenemeyeceği; bu kişilerin Türk mahkemelerinde açacakları davalarda “yabancı” statüsüne bağlı bir teminat yükümlülükleri olup olmayacağı ve adli yardımdan faydalanabilmelerinin “karşılıklılık” koşuluna bağlı olup olmadığı tartışılmaktadır. Diğer taraftan, söz konusu uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun vatandaşlık esasına göre belirlendiği hallerde, Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmanın, yabancı statüsünü ortadan kaldırıp kaldırmayacağı ve bu bağlamda, milli hukuk olarak Türk hukukunun uygulanıp uygulanmayacağı meselesi gündeme gelmektedir. Söz konusu meseleler, mavi kart sahiplerinin yanı sıra, kanunda öngörülen istisnalar haricinde Türk vatandaşlarına tanınan haklardan yararlanan diğer özel statülü yabancılar (uzun dönem ikamet izni sahibi yabancılar, süresiz çalışma izni sahibi yabancılar ve turkuaz kartlılar) bakımından da tartışılmalıdır.

134 Örneğin, MÖHUK m. 24/4’te bir istisna kuralına yer verilerek, sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk olarak hükümde yer verilen karine uyarınca belirlenen hukuka nazaran sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun tespiti halinde, hâkim bu hukuku uygulayacaktır.

MÖHUK m. 24/4: “Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır. Bu hukuk, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticari veya mesleki faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilir. Ancak hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme, bu hukuka tâbi olur.”

Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi tayin edilirken, kural olarak, tarafların vatandaşlığı dikkate alınmamakla birlikte, Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin davalar bakımından MÖHUK m. 41 hükmünde özel bir yetki kuralına yer verilerek bu uyuşmazlıklarda yetkili bir Türk mahkemesinin hazır bulundurulması amaçlanmıştır. Mavi kartlıların ve özel statülü diğer yabancıların, Türk vatandaşlarına tanınan haklardan yararlanmaları, yabancı statülerini ortadan kaldırmayacağı, dolayısıyla, Türk vatandaşı olarak kabullerini sağlamayacağından, bu kişilerin kişi hallerine ilişkin uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tayininde, Türk vatandaşlığına bağlı yetki tesisi öngören MÖHUK m. 41'in uygulanması, kanaatimizce mümkün değildir. Hükmün getiriliş amacının yanı sıra, Anayasa'nın mahkemelerin yetkisinin kanunla düzenleneceğini öngören 142. maddesi de MÖHUK m. 41'in uygulama alanının yorum yoluyla genişletilmesine engel teşkil eder. Yabancıların kişi hallerine ilişkin bazı uyuşmazlıklar bakımından Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tayini konusunda ise, MÖHUK m. 42 hükmünde özel bir yetki kuralına yer verilmiştir. Özel statülü yabancıların kişi hallerine ilişkin davaları bakımından Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, MÖHUK m. 42'nin uygulama alanı bulunduğu hallerde bu hüküm, uygulama alanı bulmadığı hallerde ise MÖHUK m. 40 atfı dolayısıyla iç hukukun yer itibarıyla yetki kuralları uyarınca belirlenecektir.

Yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklarla ilgili teminat gösterme yükümlüğü, MÖHUK' un 48. maddesi ile HMK' nın 84. maddesinde düzenlenmiştir. MÖHUK m. 48 gereği, Türkiye'de dava açan, davaya katılan ya da icra takibinde bulunan yabancı gerçek ve tüzel kişiler, yargılama giderleri ile karşı tarafın muhtemel zararını karşılamak üzere teminat göstermekle yükümlü olacaktır. Söz konusu hükümde teminat gösterme yükümlülüğü yabancılık sıfatına bağlanmıştır. HMK m. 84/1/a hükmünde ise, Türkiye'de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşının Türkiye'de dava açması, davaya katılması ya da icra takibinde bulunması halinde davalı tarafın muhtemel yargılama giderlerini karşılayacak uygun bir teminat göstermekle yükümlü olacağı öngörülmüştür. Mavi kart sahipleri ile özel statülü diğer yabancıların Türkiye'de açacakları davalarda teminat gösterme yükümlülüklerinin olup olmadığının ya da hangi hükümler çerçevesinde bu yükümlülüğün var olduğunun tespiti konusu, kanaatimizce, teminattan muafiyetin bir hak olarak ele alınıp alınamayacağı meselesi kapsamında değerlendirilmelidir. Hak kavramını açıklayan teoriler ışığında, mavi kartlılar ve özel statülü diğer yabancılar bakımından teminat gösterme yükümlülüğünden muafiyet konusunda, hukuken korunan ve sahibine bu korumaya ilişkin doğrudan bir talepte bulunma imkânı sağlayan bir menfaatin söz konusu olmadığı; dolayısıyla, teminat yükümlülüğünden muafiyetin, bir hak olarak ele alınmayacağı; buna bağlı olarak, mavi kart sahipleri ile özel statülü diğer yabancıların, MÖHUK m. 48 çerçevesinde, "yabancı" statülerine bağlı olarak, teminat göstermekle yükümlü olacakları kanaatindeyiz.

Türk hukukunda, yabancıların adli yardımdan faydalanabilmeleri, HMK m. 334 kapsamında, ödeme gücünden yoksunluk ve hukuki korunma talebinin dayanaktan yoksun olmaması (haklılığı) koşullarının yanı sıra karşılıklılık şartının varlığına bağlanmıştır. Adli yardım sağlanması kişiler bakımından bir hak teşkil ettiğinden, mavi kartlıların ve diğer özel statülü yabancıların söz konusu haktan Türk vatandaşları ile aynı koşullarla faydalanmaları gerekir. Buna göre, söz konusu kişilerin adli yardım taleplerinin kabulü için karşılıklılık koşulunun aranmayacağı kanaatindeyiz.

Son olarak, özel statüli yabancıların, kişi hallerine ilişkin uyumsuzluklarda, uygulanacak hukukun vatandaşlık esasına bağlı olarak tespit edildiği hallerde, Türk vatandaşlarına tanınan haklardan faydalanmanın uygulanacak hukuk üzerindeki etkileri konusunda, kanunlar ihtilafı kurallarının amacı ve bu kuralların hizmet ettiği menfaatler çerçevesinde bir değerlendirme yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Bu bağlamda gerek mavi kartlıların gerekse özel statüli diğer yabancıların kişi hallerine ilişkin uyumsuzluklarda, bu kişilerin yabancı statüsünde olmaları dolayısıyla kişi bakımından yabancılik unsurunun varlığı nedeniyle uygulanacak hukuk, MÖHUK hükümleri çerçevesinde belirlenmelidir. Buna bağlı olarak, milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti çerçevesinde taraf menfaatleri gözetilerek düzenleniş olan ilgili kanunlar ihtilafı kuralları kapsamında, bu uyumsuzluklarda, uygulanacak hukukun vatandaşlık esasına göre belirlendiği hallerde, vatandaşlık bağı ile bağlı oldukları hukuk esas alınarak uyumsuzluk çözümlenmelidir.

KAYNAKÇA

- Acun Mekengeç M, *Ayni Haklardan Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk ve Yetkili Mahkeme* (On İki Levha 2016).
- Acun Mekengeç M, 'Türk Hukukunda Teminat Gösterme Yükümlülüğü' (2017) 37(2) MHB 1-33.
- Acun Mekengeç M ve Yener Keskin C, *Şematik Milletlerarası Özel Hukuk Ders Kitabı* (Seçkin 2022).
- Akıncı Z, *Milletlerarası Özel Hukuk* (Vedat 2020).
- Albayrak Ceylan N, 'Mavi Kart Sahibi Olanların Kişi Hallerine İlişkin Davalarda MÖHUK m. 41'in Uygulama Alanı Hakkında Yargıtay 20. Hukuk Dairesinin 27.7.2020 Tarihli Kararının İncelemesi' (2022) 10(2) Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 563-583.
- Atalay O, 'Yargılama Giderleri ve Adli Yardım' iç Hakan Pekcanitez, Muhammet Özkes, Mine Akkan ve Hülya Taş Korkmaz (edr), *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku Cilt III* (On İki Levha 2017).
- Ataman-Figanmeşe İ, 'Çifte Vatandaşlık Halinde MÖHUK'un 4. Maddesinin b ve c Bentlerinin Uygulama Alanı' (1999) 19(1-2) MHB 95-114.
- Aygül M, 'Yabancı Mahkemedeki Verilen Vesâyet Kararlarının Tanınması (Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Bir Kararının Değerlendirilmesi)', Prof. Dr. Tuğrul Arat'a Armağan, Ankara 2012, s.135-159.
- Aygün M, 'Vatandaş veya İmtiyazlı Yabancı Olma Yönünde Kabul Edilen Düzenlemelere Sığınmacılar Açısından Eleştirel Bir Bakış: Uzun Dönem İkamet İzni, Turkuaz Kart Sahipliği ve Vatandaşlık Hakkı Çerçevesinde' (2018) 37(2) B.U.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 167-194.
- Aygün M, 'Yabancılik Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü' (2015) 16/ Özel Sayı Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan 1025-1066.
- Bilge N, *Hukuk Başlangıcı Hukukun Temel Kavram ve Kurumları* (36. Baskı, Turhan 2019).
- Budak AC ve Karaaslan V, *Medeni Usul Hukuku* (6. Bası, Filiz 2022).
- Çalışkan Z, *Milletlerarası Usul Hukukunda Teminat* (Vedat 2013).
- Çelikel A ve Erdem B, *Milletlerarası Özel Hukuk* (16. Baskı, Beta 2020).
- Çelikel A ve Öztekin Gelgel G, *Yabancılar Hukuku* (27. Bası, Beta 2022).
- Çörtoğlu Koca S, 'Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Uyarınca Yabancıların Türkiye'de İkameti ve Uzun Dönem İkamet İznine İlişkin Değerlendirmeler' (2016) (2) Ankara Barosu Dergisi 43-88.
- Dardağan E, *Milletlerarası Usul Hukukunda Aşkın Yetki Kavramı* (Siyasal Kitabevi 2005).
- Doğan V, *Milletlerarası Özel Hukuk* (8. Baskı, Savaş 2022).

- Doğan V, *Türk Yabancılar Hukuku* (6. Baskı, Savaş 2021).
- Doğan V, Yılmaz AÇ ve Ayhan İzmirlil L, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (19. Baskı, Savaş 2023).
- Dural M ve Ögüz T, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku* (23. Baskı, Filiz 2019).
- Dural M ve Sarı S, *Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medeni Hukukun Başlangıç Hükümleri* (16. Baskı, Filiz 2021).
- Ekşi N, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (2. Baskı, Beta 2020).
- Ekşi N, 'Yabancı Mahkemenin "Aşırı" Yetkisinin Tenfiz Mahkemesi Tarafından Denetlenmesi (5718 Sayılı MÖHUK md. 54/b)' (2010) 9(2) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 25-70.
- Ekşi N, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku* (5. Baskı, Beta 2018).
- Elçin D, 'Vesâyet ve Kısıtlılık Kararı Verilmesine veya Sona Ermesine ve Vesâyetin Yürütülmesine Uygulanacak Hukuk, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi ve Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması' (2018) 67(2) AÜHFD 279-354.
- Erdem B, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (8. Bası, Beta 2020).
- Ersen Perçin G, 'Adil Yargılanma Hakkı Kapsamında Forum Necessitatis İlkesi ve Türk Milletlerarası Yetki Kurallarına Etkisi' iç Sibel Özel ve Hatice Selin Pürselim Arning (edr), *Milletlerarası Usul Hukukunda Mahkemelerin Yetkisine İlişkin Güncel Tartışmalar* (On İki Levha 2021).
- Erten R, *Türklerin Kişi Hâllerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi* (Yetkin 2017).
- Esen E, *Türk Hukukunda Yabancıların İkamet İzinleri* (Beta 2019).
- Esener T ve Demir E, *Hukuka Giriş* (Yeniden Gözden Geçirilmiş 12. Baskı, Vedat 2018).
- Ganiyeva S, 'Mavi Kartlıların Türkiye'de Görülen Boşanma Davalarında Uygulanacak Hukuk' (2017) 23(2) MÜHF HAD 361-388.
- Giray FK, 'Milletlerarası Özel Hukuk Hakkaniyetinin 5718 sayılı MÖHUK Kapsamında Değerlendirilmesi' (2012) IX (1) 555-577.
- Gözler K, *Hukuka Giriş* (Güncellenmiş 17. Baskı, Ekin 2020).
- Güngör G, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku* (Yetkin 2021).
- Güngör G, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku* (3. Bası, Yetkin 2022).
- Güngör G, *Tabiiyet Hukuku* (10. Baskı, Yetkin 2022).
- Huysal B, 'Adil Yargılanma Hakkı Kapsamında Milletlerarası Özel Hukuka İlişkin Bazı Değerlendirmeler' iç Ayfer Uyanık Çavuşoğlu ve Zeynep Derya Tarman (edr), *Genç Milletlerarası Özel Hukukçular Konferansı* (On İki Levha 2014).
- Kılınç A, *Medeni Usul Hukukunda Adli Yardım* (Adalet 2013).
- Kuşçu D, 'Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Usul Hukukunda Yabancılık Teminatından Kaynaklanan Problemler' (2021) 4(2) Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 324-346.
- Mayer P, Heuze V ve Remy B, *Droit International Prive* (12th edn, LGDJ 2019).
- Nalçacıoğlu Erden HZ, 'Yabancıların Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi' (2022) 12(1) Hacettepe HFD 898-970.
- Nomer E, *Devletler Hususi Hukuku* (Yenilenmiş 23. Bası, Beta 2021).
- Nomer E, *Milletlerarası Usul Hukuku* (Yenilenmiş 2. Bası, Beta 2018).
- Oğuzman K ve Barlas N, *Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar* (28. Bası, On İki Levha 2022).
- Özel S, Erkan M, Pürselim HS ve Karaca HA, *Milletlerarası Özel Hukuk* (On İki Levha 2022).
- Özkan I ve Tütüncübaşı U, *Uluslararası Usul Hukuku* (2. Baskı, Adalet 2020).
- Öztürk N, 'Mavi Kart Hamillerinin Türk Vatandaşlarına Tanınan Haklardan Aynen Yararlanacağına İlişkin Düzenleme Eleştirel Bir Bakış' (2021) 41(2) Public and Private International Law Bulletin 955-978.

- Pekcanitez H, ‘Medeni Usul Hukukuna İlişkin Genel Bilgiler’ iç Hakan Pekcanitez, Muhammet Özekes, Mine Akkan, Hülya Taş Korkmaz (edr), *Medeni Usul Hukuku Cilt I* (On İki Levha 2017).
- Sarıöz Büyükalp İ, *AİHS ve AİHM Kararlarının da İncelenmesi Suretiyle Adil Yargılanma Hakkının Türk Milletlerarası Usul Hukuku Üzerindeki Etkileri* (On İki Levha 2018).
- Serozan R, Engin Bİ ve Atamer YM, *Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku* (9. Baskı, On İki Levha 2022).
- Süzen B, *Tanıma ve Tenfiz Davalarında Kararı Veren Mahkemenin Yetkisinin Denetimi* (On İki Levha 2016).
- Şanlı C, Esen E ve Ataman-Figanmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (10. Baskı, Beta 2023).
- Tan Dehmen M, ‘Türk Vatandaşlarının Kişi Hallerine İlişkin Davalar Bakımından 5718 Sayılı MÖHUK’ta Kabul Edilen Yetki Kuralı’ (2013) 33(1) Public and Private International Law Bulletin 169-211.
- Tanrıbilir FB, ‘Kişi Halleri ve Mirasa İlişkin Milletlerarası Yetki Kurallarının Kapsamı’ iç Sibel Özel ve Hatice Selin Pürselim Arning (edr), *Milletlerarası Usul Hukukunda Mahkemelerin Yetkisine İlişkin Güncel Tartışmalar* (On İki Levha 2021).
- Tanrıver S, *Medeni Usul Hukuku Cilt I* (Yenilenmiş ve Genişletilmiş 4. Bası, Yetkin 2021).
- Tekinalp G, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları* (13. Bası, Vedat 2020).
- Tiryakioğlu B, ‘Türklerin Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi’ (2012) Tuğrul Arat’a Armağan 1141-1165.
- Turhan T, ‘Türk Vatandaşlığından Çıkanların Hakları (TVK m. 29 üzerine bir inceleme)’ (1997) VLI (1-4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 41-66.
- Tütüncübaşı U, ‘Milletlerarası Usul Hukukunda Teminat Gösterme Yükümlülüğü’ (2010) 12 (2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 183-223.
- Ulus Karataş E, ‘Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair 1996 Tarihli Lahey Sözleşmesi ve Türk Milletlerarası Özel Hukukuna Etkisi’ (2017) 37(2) Public and Private International Law Bulletin 911-1005.

Yargıtay'ın Bir Kararı Işığında İş Kanunu Kapsamı Dışındaki İşçilerin Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanması

Benefit From Collective Bargaining Agreements of Employees Outside the Scope of Labor Law in the Light of a Decision of the Court of Cassation

İrem YAYVAK NAMLI* 

ÖZ

Toplu iş sözleşmesinin parasal hükümlerinden yararlanacak işçilere ilişkin kurallara 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda yer verilmiştir. Bununla beraber İş Kanunu'nun kişi bakımından kapsamı dışında kalan işçilerin toplu iş sözleşmesinden yararlanmasına ilişkin özel bir hüküm yoktur. Nitekim bu konudaki duraksama esasında, 6356 sayılı Kanunu'nun işçi tanımı bakımından 4857 sayılı İş Kanunu'na atıf yapmasından kaynaklanmaktadır. Çalışmamızda, Yargıtay'ın bir kararından yola çıkılarak, İş Kanunu kapsamı dışında kalan işçilerin toplu iş sözleşmesi hükümlerinden yararlanması konusu ele alınacaktır. Bu kapsamda öncelikle 6356 sayılı Kanun bakımından işçi tanımı üzerinde durulacaktır. Daha sonra toplu iş sözleşmesinden yararlanma şartlarına yer verilecektir. En son olarak ise 6356 sayılı Kanun m.2/4 kapsamında yer alan çalışanların, toplu iş sözleşmesinden yararlanması konusu değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma, İşçi Tanımı, İşçi Sendikası Üyeliği, Kıdem Tazminatı, Haksız Fesih Tazminatı

ABSTRACT

The rules regarding the workers who will benefit from the monetary provisions of the collective bargaining agreement are included in Law No. 6356 on Trade Unions and Collective Bargaining Agreement. However, there is no special regulation for workers who are outside the scope of Law No. 4857 to benefit from collective bargaining agreements. As a matter of fact, the hesitation on this issue stems from the fact that Law No. 6356 refers to Law No. 4857 in terms of the definition of worker. In our study, in the light of a decision of the Supreme Court, the issue of workers outside the scope of Law No. 4857 benefiting from the provisions of the collective bargaining agreement will be discussed. In this context, first of all, the definition of worker in terms of Law No. 6356 will be focused upon. Subsequently, the conditions for benefiting from the collective bargaining agreement will be examined. Finally, the issue of employees within the scope of Article 2/4 of Law No. 6356 benefiting from the collective labor agreement will be evaluated.

Keywords: Benefit from the Collective Bargaining Agreement, Definition of Employee, Trade Union Membership, Severance Pay, Unjust Termination Compensation.

* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, irem.yayvak@istanbul.edu.tr, ORCID: 0000-0003-1669-6826.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: İrem YAYVAK NAMLI

E-posta/E-mail: irem.yayvak@istanbul.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 14.09.2023

Kabul Tarihi/Accepted: 20.10.2023

I. YARGITAY'IN 2021/12399 ESAS NUMARALI KARARI HAKKINDA

A. GENEL OLARAK

Çalışma konumuzu seçmemize vesile olan Yargıtay 9.Hukuk Dairesi'nin 2021/12399 sayılı kararı, özellikle Türk Borçlar Kanunu kapsamında çalışanların işyerinde yürürlükte olan toplu iş sözleşmesinden yararlanması bakımından önemli hususlara yer vermiştir. Nitekim Türk Borçlar Kanunu'na tâbi çalışanların işçilik alacakları bakımından toplu iş sözleşmesinden yararlanıp yararlanamayacakları hususu, konuya ilişkin eserlerde yalnızca kısaca ele alınmaktadır. Dolayısıyla bu karar ekseninde konunun detaylı incelenmesinin faydalı olacağı görüşünderiz.

Bahsi geçen karar ışığında, Türk Borçlar Kanunu'na tâbi işçiler ile birlikte; İş Kanunu kapsamı dışında kalan diğer iş sözleşmesi ile çalışanların durumu da ele alınacaktır. Ayrıca 6356 sayılı Kanun m.2/4 gereği işçi sayılanların, toplu iş sözleşmesinden yararlanma olanağı olup olmadığı hususunun da incelenmesi amaçlanmaktadır. Bu incelemeler yapılırken, toplu iş sözleşmesinden yararlanabilen kişiler üzerinde de durulacak olup, akabinde somut uyuşmazlık bakımından değerlendirme yapılacaktır.

B. MAHKEME KARARLARININ ÖZETİ

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 15/12/2021 tarihli kararına konu olan olayda, davacı, davalı Serik Belediyesi (*asıl işveren*) adına Sin-Kar Ltd. Şti.'nde (*alt işveren*), güreşçi olarak çalışmaktadır. Davacı, Hizmet İş Sendikası üyesidir. Karardan anlaşıldığı üzere sendika ile Sin-Kar Ltd. Şti. arasında, yürürlük süresi 28/03/2014-27/03/2017 olan toplu iş sözleşmesi imzalanmıştır. Toplu iş sözleşmesinin kıdem tazminatı başlıklı 29. maddesinde “*İşçilerin iş sözleşmelerinin iş kanunundaki kıdem tazminatının ödenmesi gerektiren hallerden birisi ile sona ermesi halinde işçiye her tam hizmet yılı için 60 gün ücreti tutarında kıdem tazminatı ödenir*” şeklinde düzenleme mevcuttur. Davacının belirsiz süreli iş sözleşmesi, işten çıkış kodu 4 olarak gösterilerek, işveren tarafından bildirimsiz feshedilmiştir. Davalı Belediye, ekonomik nedenlerle haklı fesih yoluna gittiğini ileri sürmüştür.

Yerel Mahkemenin, toplanan deliller ve bilirkişi raporu doğrultusunda davayı kabul etmesi üzerine, davalılar temyiz başvurusu yapmıştır.

Temyiz başvurusu üzerine, Yargıtay 9.Hukuk Dairesi kararında, uyuşmazlık iş mahkemesinde çözülmüş olsa da uygulanması gereken kanunun 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu olduğunu, bu kanuna göre davaya konu işçilik alacaklarına hak kazanılıp kazanılmadığının değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. 9. Daireye göre, davacının talep hakkı bulunduğu kabul edildiğinde, Türk Borçlar Kanunu hükümleri çerçevesinde değerlendirme yapılmalıdır. Yine davacının sendika üyesi olduğu gözetilerek, toplu iş sözleşmesi hükümleri çerçevesinde hesaplamaya gidilmelidir. Buna karşılık davacının tâbi olmadığı, 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri çerçevesinde hüküm kurulması bozma gerekçesi sayılmıştır.

Mahkemece, bozma kararına uyulmuş; davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Bu kararı, davalı Belediye temyiz etmiştir. Bunun üzerine Yargıtay, davacının kıdem tazminatı hakkı olup olmadığı hususunda uyuşmazlığı ele almıştır.

Yargıtay kararında, davacının dava dilekçesinde açıkça kıdem tazminatı talep etmesine dikkat çekmiştir. Buna karşılık yerel mahkeme, davacının sporcu olması nedeniyle İş Kanunu'nun kapsamı dışında kaldığını belirtmiştir. Bunun üzerine, Türk Borçlar Kanunu'nun 438. maddesinin son fıkrasında, bu kanuna tâbi olarak hizmet gören işçiler için öngörülen iki aylık ücreti tutarında tazminatın haksız fesih tazminatı olarak davalılardan tahsiline yönelik karar vermiştir. Yargıtay, yerel mahkemenin kararını, usulü kazanılmış haklar da gözetilerek kıdem tazminatına hükmedilmesi gerektiği, talep edilmemesine rağmen haksız fesih tazminatı hesabı yapılamayacağı gerekçesiyle bozmuştur.

C. YARGITAY'IN KARARI UYARINCA YAPILAN TESPİTLER

1. Profesyonel Sporcunun Tâbi Olduğu Kanun

Somut olayda, Serik Belediyesi adına Sin-Kar Ltd. Şti.'nde güreşçi olarak çalışan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesinin haksız feshi halinde isteyebileceği tazminata ilişkin uyuşmazlık vardır. Karardan anlaşıldığı kadarıyla işçi, profesyonel sporcudur ve İşK m.4/g uyarınca, İş Kanunu hükümlerinin uygulanamayacağı kişilerdendir. Dolayısıyla davacı işçi, Türk Borçlar Kanunu kapsamında çalışan bir işçi olarak kabul edilmelidir. Bu nedenle kural olarak uygulanması gereken kanun, 4857 sayılı İş Kanunu değil, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'dur. Bununla beraber uyuşmazlık konusu karar bakımından özellik arz eden istisnai duruma aşağıda yer verilecektir.

2. Türk Borçlar Kanunu'na Tâbi Sporcunun 438. Madde Kapsamında Tazminat Hakkı

Somut uyuşmazlıkta, alt işveren işçisi davacının belirsiz süreli iş sözleşmesinin bildirimsiz feshedildiği belirtilmiştir. Davalı, ekonomik nedenlerle haklı fesih hakkını kullandığını savunmuş olsa da, hem yerel mahkeme hem de Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bu savunmayı haklı bulmamış ve belirsiz süreli iş sözleşmesinin haksız olarak feshedilmesine bağlı işçi alacaklarının hesaplanması yönünde hareket etmiştir.

Türk Borçlar Kanunu'na tâbi işçiler bakımından uygulanması gereken kanun Türk Borçlar Kanunu'dur. Dolayısıyla işçi alacağına hak kazanılıp kazanılmadığı değerlendirilirken, Türk Borçlar Kanunu hükümleri çerçevesinde kalınmalıdır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 438. maddesinde, belirsiz süreli iş sözleşmesinin haklı neden olmaksızın feshedilmesi halinde, işçinin talep edebileceği tazminatlar düzenlenmiştir. TBK m.438/1 uyarınca, işveren haklı sebep olmaksızın iş sözleşmesini derhal feshederse işçi, belirsiz süreli sözleşmelerde fesih bildirim süresine uyulmaması durumunda, bu sürele uyulmuş olsaydı kazanabileceği miktarı tazminat olarak isteyebilir.

Bunun yanı sıra, Türk Borçlar Kanunu'na tâbi işçilerin 1475 sayılı İş Kanunu'nun kapsamında olmaması ve dolayısıyla kıdem tazminatı talep hakkı bulunmaması gözetilerek, 438.maddenin son fıkrasında hâkime, uygulamadaki adıyla haksız fesih tazminatına hükmetme yetkisi verilmiştir. Buna göre hâkim, işçinin iş sözleşmesini haklı nedene dayanmaksızın fesheden işveren aleyhine, bütün durum ve koşulları dikkate alarak, miktarını serbestçe belirleyebileceği bir tazminata karar verebilir. Fakat bu tazminatın miktarı, işçinin altı aylık ücretinden fazla olamaz.

Somut uyuşmazlıkta yerel mahkeme, davacının Türk Borçlar Kanunu'na tâbi işçi olmasını dikkate alarak, TBK m.438/son hükmü çerçevesinde hareket etmiştir. Mahkeme, davacının hizmet süresi, fesih sebebi ve tüm dosya kapsamını birlikte değerlendirilmekte, takdiren davacının iki aylık ücreti tutarındaki tazminatın haksız fesih tazminatı olarak davalılardan tahsiline yönelik karar vermiştir. Buna karşılık Yargıtay, kıdem tazminatına karar verilmesi gerektiği, davacının talep etmediği halde TBK m.438/son uyarınca haksız fesih tazminatı hesabı yapılmasının hatalı olduğu gerekçesiyle kararı bozmuştur.

Esasen söz konusu kararları, sadece yukarıdaki bilgiler ışığında değerlendirdiğimizde, mahkemenin isabetli, Yargıtay'ın hatalı karar verdiği sonucunu çıkarmalıydık. Fakat somut uyuşmazlıkta değerlendirilmesi gereken önemli bir husus daha vardır. Türk Borçlar Kanunu'na tâbi bir işçi, işyerinde uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesinden yararlanabilir mi? Buna bağlı olarak, kişi bakımından kapsamında olmadığı İş Kanunu'nda düzenlenen tazminat hakkını, toplu iş sözleşmesinde yer aldığı için talep edebilir mi? Bir sonraki başlıkta bu konular ele alınarak kararın değerlendirilmesi yapılacaktır.

II. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNDEN YARARLANMA

A. GENEL OLARAK

Bu başlık altında bir değerlendirme yapılmadan önce, toplu iş sözleşmesinden genel olarak kimlerin yararlanabileceği hususlarının ele alınması gerekir. Toplu iş sözleşmesinden yararlanmak için esas olarak iki şarttan bahsedilebilir: birincisi toplu iş sözleşmesi kapsamındaki işyerinde işçi olarak çalışmak, ikincisi toplu iş sözleşmesi imzalayan sendikaya üye olmak. Dolayısıyla toplu iş sözleşmesinden kural olarak taraf sendikaya üye olan işçiler yararlanır. Kanun'da bu hususa 39.maddenin 1.fıkrasında açıkça yer verilmiştir. Bunun için de öncelikle 6356 sayılı Kanun anlamında "işçi" ve "işçi sayılan" kişiler incelenenektir. Bu hususlar incelenirken, Türk Borçlar Kanunu'na tabi işçilerin toplu iş sözleşmesinden yararlanma hakları konusu da ele alınacaktır.

B. 6356 SAYILI KANUN ÇERÇEVESİNDE İŞÇİ SIFATI

1. Genel Olarak

İşçi niteliğine sahip olmak; işçi sendikası kurmak ve üye olmak, toplu iş sözleşmesinden yararlanmak gibi birçok sendikal haktan yararlanabilmek için bir ön şarttır. Ancak bu şartın varlığı halinde, örneğin sendika kurucusu olabilmek için aranan diğer şartların (SenTİSK m.6) varlığı önem kazanır. Dolayısıyla 6356 sayılı Kanun bağlamında işçi sıfatına kimlerin sahip olduğunun incelenmesi, birçok sendikal hakkın kullanımı bakımından önemlidir.

Anayasa'nın 51.maddesinde "**Çalışanlar** ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptir." şeklinde bir ifadeye yer verilerek, sendika kurma ve üye olma hakkının sadece işçilere değil, tüm çalışanlara tanındığını vurgulamıştır. 6356 sayılı Kanun m.2/ğ bendinde ise sendika tanımı yapılırken, işçi ve işverenler esas alınmıştır. Zira memurların sendika hakkı, Anayasa m.51/4 ile 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'nda özel olarak düzenlenmektedir. Yine işyerinde işçi statüsünde çalışmayan; örneğin çırak, stajyer, sözleşmeli personel sendikal haklardan yararlanamaz¹. İşçi niteliğini haiz olmayanların oluşturdukları tüzel kişilikler de sendika olarak tanımlanamaz². Bununla birlikte çalışmamızda, sadece işçi sıfatını haiz olanların sendikal hakları bakımından inceleme yapacağımızı belirtmek isteriz.

6356 sayılı Kanun'da kimlerin işçi sayılabileceği, 2.maddenin 3. fıkrasında, 4857 sayılı İş Kanunu'ndaki tanıma atıf yapılarak belirlenmiştir. Bu durumda İş Kanunu çerçevesinde, bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişi, 6356 sayılı Kanun bakımından da işçi sayılmaktadır. Bununla birlikte 6356 sayılı Kanun bakımından sendikaları düzenleyen hükümlerin uygulanması kabul edilen işçiler, sadece İş Kanunu kapsamında kalanlarla mı sınırlıdır sorusuna da cevap bulmak gerekir. Örneğin İş Kanunu m.4'de sayılan işlerde çalışanlar, İş Kanunu kapsamı dışında tutulmuştur. Bu kişiler İş Kanunu kapsamı dışında olsa bile, sendikal haklar bakımından 6356 sayılı Kanun kapsamında sayılacak mıdır?

1 M. Kemal Oğuzman, 'Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma'ya İlişkin Sorunlar' (1982) 1, Prof. Dr. Ümit Doğanay'ın Anısına Armağan 47, 48; Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat ve Ercüment Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri* (35. Bası, Beta Yayıncılık 2022) 882; Aziz Can Tunçay ve Burcu Savaş Kutsal, *Toplu İş Hukuku* (8.Bası Beta Yayınları 2023) 318; Ömer Ekmekçi, *Toplu İş Hukuku* (4.Bası, On İki Levha Yayıncılık 2021) 35-36, Öner Eyrenci, Savaş Taşkent, Devrim Ulucan ve Esra Baskan, *İş Hukuku* (10. Bası, Beta 2020) 627; Melda Sur, *İş Hukuku Toplu İlişkiler* (10. Bası, Turhan Kitabevi 2022) 150-151; Talat Canbolat, 'Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanamayacak İşçiler' (2002) 6 (4) Kamu-İş (Aydın Özkul'a Armağan) 163, 175; Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Toplu İş Sözleşmesinin Uygulama Alanı* (Vedat Kitapçılık 2018) 237; İbrahim Subaşı, 'Sendikalı Olmayan veya Taraf Sendika Üyesi Olmayan İşçilerin Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanması' (Haziran 2009) (14) Sicil İHD 172, 181; Ercan Akyiğit, *Toplu İş Hukuku* (2.Bası, Seçkin Yayıncılık 2020) 473-474. 6356 sayılı Kanun kapsamında işveren vekili sıfatını haiz olanlar ile toplu iş sözleşmesi görüşmelerine işvereni temsilen katılanlar, işçi olmalarına rağmen toplu iş sözleşmesinden üyelik ya da dayanışma aidatı ödemek suretiyle dahi kanun gereği yararlanmaları mümkün değildir (m.39/7).

2 Ekmekçi (n 1) 35-36.

2. İş Kanunu'nun 4. Maddesinde Sayılan Çalışanların Sendikal Haklar Bakımından Değerlendirilmesi

İş Kanunu çerçevesinde, bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişi, 6356 sayılı Kanun bakımından işçi sayılmaktadır. 6356 sayılı Kanun m.2/3'deki işçi tanımına atıf, sadece genel bir işçi tanımı getirilmesi amacıyla yapılmıştır. Dolayısıyla kanaatimizce, 6356 sayılı Kanun bakımından işçi sıfatı, İş Kanunu'nda belirtilenden daha geniş yorumlanmalıdır³. Nitekim 6356 sayılı Kanun'da bu atıf dışında, kanun kapsamı dışında bırakılan işçilere ilişkin herhangi bir istisnai düzenleme mevcut değildir. Bu nedenle iş sözleşmesine dayanarak çalışanlar belirlenirken, tüm iş mevzuatı anlaşılmalıdır. Bu durumda iş sözleşmesinin türünün de bir önemi yoktur⁴.

Bu noktada cevaplanması gereken sorumuza tekrar dönecek olursak; işyerinde işverene bağlı olarak çalışan bir işçinin yaptığı iş, İşK m.4 uyarınca İş Kanunu kapsamına girmeyen bir iş ise bu kişiler toplu iş sözleşmesinden yararlanabilir mi? Kanaatimizce 6356 sayılı Kanun m.39'da toplu iş sözleşmesinden yararlanmak için sözleşmeyi imzalayan sendikaya üye olan ve sözleşme kapsamındaki işyerinin işvereni ile bağımlılık ilişkisi içinde çalışan işçi olunması yeterli görülmüştür⁵. Kanunda İşK m.4 kapsamında sayılan kişilerin, toplu iş sözleşmesinden yararlanmasına engel olacak nitelikte herhangi bir hüküm de yoktur. Bu nedenle aksine yapılacak yorum, Anayasal sendika ve toplu iş sözleşmesi hakkının ihlal edilmesi anlamına gelir.

6356 sayılı Kanunun madde gerekçesinde de aynı hususa yer verilmiştir: "*Her ne kadar 4857 sayılı İş Kanunu'na atıf yapılmış olsa da bu Kanunda belirtilen tanımlar İş Kanununun kapsamıyla bağlı olmaksızın genel olarak ifade edilmiş olması nedeniyle diğer iş kanunları ile Borçlar Kanununa tabi olan işçi ve işverenler de bu Kanunun kapsamında olacaktır.*"

Kaldı ki Anayasa m.51'de kamu görevlileri dâhil tüm çalışanlar için sendika kurma ve sendikaya üye olma hakkı tanınmıştır. Bu nedenle 6356 sayılı Kanun'da, sadece İş Kanunu'na atıf yapıldığı gerekçesiyle iş sözleşmesi ile çalıştığı halde, İş Kanunu dışında kalanların sendikal haklardan yararlandırılmayacağı şeklinde yorum yapılması, Anayasa'ya da aykırı olacaktır.

Nitekim İş Kanunu m.4'de, İş Kanunu kapsamı dışında bırakılan işçilerin yaptığı işler ya özel bir kanunla düzenlenmiş ya da sporcular gibi, yapılan işin niteliği gereği farklı bir mevzuat düzenlemesine konu olmuştur. Yani bu kişilerin İş Kanunu kapsamı dışında bırakılmasının amacı farklıdır. Bu nedenle İş Kanunu kapsamı dışında olduğu için, İş Kanunu hükümlerinden yararlanamayan işçiler, bu hükümler toplu iş sözleşmesinin normatif bölümüne işçi lehine olacak şekilde veya nötr hüküm olarak konu edilmişse, bu düzenlemelerden yararlanabileceklerdir⁶.

3 Canbolat 'Yararlanamayacak İşçiler' (n 1) 12; Murat Kandemir, 'Toplu İş Sözleşmesinin Uygulama Alanı,' (2013) 4 (39) Çalışma ve Toplum Dergisi 167, 177; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 1) 235.

4 ibid, 87; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 1) 882; Turhan Esener ve Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Sendika Hukuku* (2.Bası, Vedat Kitapçılık 2017) 180; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 1) 236.

5 Tuncay ve Savaş Kutsal (n 1) 96-97; Sur (n 1) 138; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 1) 236.

6 Aynı yönde bkz. Fevzi Şahlanan, *Toplu İş Hukuku* (On İki Levha 2020) 435; Kandemir (n 3) 177.

Tüm bu gerekçeler ile İş Kanunu'na tâbi olmayıp, iş sözleşmesi ile çalışan kişiler de 6356 sayılı Kanun uyarınca sendika kurup, sendikaya üye olabileceklerdir⁷. Aynı şekilde bu kişiler için toplu iş sözleşmesinden yararlanma bakımından da bir engel bulunduğundan söz edilemez⁸. Nitekim Basın İş Kanunu'na tâbi gazeteciler, İş Kanunu kapsamı dışında kalsalar da, 6356 sayılı Kanun'a ekli cetvelde ayrı bir işkolu kapsamında sayılmışlardır. Gazeteciler, 8 nolu basın, yayın ve gazetecilik işkolunda örgütlenerek, sendikal haklarını kullanabilirler. Dolayısıyla Basın İşK, Deniz İşK veya Türk Borçlar Kanunu'na tâbi çalışan olsun, 6356 sayılı Kanun gereği işçidir ve sendikal tüm haklardan yararlanabilir⁹. Kanaatimizce aynı yorum, İş Kanunu m.4'de sayılan kişiler bakımından da geçerlidir. Bu kişiler de esasında iş görmekte olup, çeşitli gerekçelerle sadece İş Kanunu'nun uygulama alanı kapsamı dışında bırakılmışlardır. Dolayısıyla diğer şartları haiz iseler toplu iş hukukuna ilişkin haklardan yararlanabilirler.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin kararındaki uyuşmazlıkta, İş Kanunu m.4/g uyarınca, İş Kanunu kapsamı dışında kalan ve Türk Borçlar Kanunu'nun uygulama alanına giren bir sporcu işçi söz konusudur. Davacı işçinin Türk Borçlar Kanunu'na tâbi bir işçi olması, işyerinde uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesinden sendikaya üye olarak ya da dayanışma aidatı ödemek yoluyla yararlanmasına engel değildir. Dolayısıyla somut uyuşmazlıkta davacı işçi, Hizmet-iş Sendikası üyesi olarak işyerinde imzalanan toplu iş sözleşmesinden Türk Borçlar Kanunu'na tâbi işçi olarak yararlanabilecektir.

Bu çerçevede her ne kadar Türk Borçlar Kanunu'na tâbi işçiler kıdem tazminatı talep hakkına sahip olmasalar da, davacının üyesi olduğu sendikanın imzaladığı 28.03.2014-27.03.2017 yürürlük tarihli toplu iş sözleşmesinde yer alan kıdem tazminatına ilişkin düzenleme nedeniyle, kıdem tazminatı talep hakkından kanaatimizce söz edilebilir¹⁰. Dolayısıyla kararda yer aldığı üzere, toplu iş sözleşmesinin kıdem tazminatı başlıklı 29. maddesinde “*İşçilerin iş sözleşmelerinin iş kanunundaki kıdem tazminatının ödenmesi gerektiren hallerden birisi ile sona ermesi halinde işçiye her tam hizmet yılı için 60 gün ücreti tutarında kıdem tazminatı ödenir*” şeklinde yer alan düzenleme gereği davacı işçi, 1475 sayılı İş Kanunu m.14'e göre miktarı artırılmış olan kıdem tazminatı düzenlemesinin kendisine uygulanmasını mahkemeden talep edebilir.

C. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDAKİ İŞYERİNDE İŞÇİ OLARAK ÇALIŞMA

Toplu İş Hukuku bakımından işçi kavramı incelendikten sonra belirtelim ki; işçi olan herkes doğrudan bir toplu iş sözleşmesinden yararlanamaz. Taraf işçi sendikasına üye olan işçilerin toplu iş sözleşmesinden yararlanabilmeleri için, çalıştıkları işyerinin geçerli ve yürürlükte olan bir toplu iş

7 Şahlanan (n 6) 177-178; Tuncay ve Savaş Kutsal (n 1) 94-95; Sur (n 1) 150; Ünal Narmanlıoğlu, *İş Hukuku: Toplu İş İlişkileri* (3.Bası, Beta 2016) 430; Canbolat (n 1) 12; Kandemir, (n 3) 177; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 1)235.

8 Tuncay ve Savaş Kutsal (n 1) 96-97; Sur (n 1) 138.

9 Şahlanan (n 6) 177-178; Narmanlıoğlu (n 7) 430-431; Talat Canbolat, ‘Toplu İş Sözleşmesinin Kişiler Açısından Uygulama Alanı’ (Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi 1998) 24-25; Kandemir (n 3) 177; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 1) 236; Akyiğit (n 1) 205.

10 Kübra Doğan Yenisey, ‘İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı’ (yayınlanmamış eser) Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri'nin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2021 141, 252-253.

sözleşmesinin kapsamında olması gerekir¹¹. Hatta bu noktada, toplu iş sözleşmesinin türünün dahi bir önemi yoktur¹². Dolayısıyla toplu iş sözleşmesi kapsamında bulunan işyerinde/işletmede çalışan ve sözleşmeye taraf işçi sendikasına üye olan işçiler bu sözleşmeden yararlanabileceklerdir¹³.

Toplu iş sözleşmesinin kapsamına hangi işyeri/işletmenin girdiği hususu, yetki belgesinde gösterilir¹⁴. Toplu iş sözleşmesinden, yetki belgesi alındığı tarihte o toplu iş sözleşmesinin kapsamında bulunan işyerlerinde çalışan taraf işçi sendikası üyesi işçiler yararlanabileceklerdir¹⁵.

Toplu iş sözleşmesinden işçi olarak yararlanmaya ilişkin bir hususa daha dikkat çekilmelidir. Toplu iş sözleşmesinin işyerindeki çalışma düzenine ilişkin hükümlerinden sendikalı olup olmaması önemli olmaksızın, işyerinde çalışan bütün işçiler yararlanır. Bahsi geçen hükümler, toplu iş sözleşmesinin paraya ilişkin olmayan hükümleridir¹⁶. Bu hususa 6356 sayılı Kanun m.25/2'de dolaylı olarak dikkat çekilmiştir: “İşveren, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, çalışma şartları veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamaz. **Ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümleri saklıdır**”. Dolayısıyla 6356 sayılı Kanun'da, toplu iş sözleşmesinden yararlanmayı düzenleyen 39.madde, sadece toplu iş sözleşmesinin paraya ilişkin hükümlerinden yararlanmayı ele alır¹⁷. Bu halde toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinin yararlanma bakımından ikili bir ayırma tâbi tutulabileceğini ifade edebiliriz. Toplu iş sözleşmesinin çalışma düzeni ile çalışmaya son verilmesi ile ilgili normatif hükümlerinden sendikalı ve sendikasız işçi ayrımı yapılmaksızın toplu iş sözleşmesinin kapsamındaki işyerinde çalışan tüm işçiler yararlanır. Buna karşılık ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin normatif hükümler yalnızca toplu iş sözleşmesinden yararlanma şartlarını haiz olan işçilere uygulanır¹⁸.

- 11 M. Kemal Oğuzman, *Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri* (İstanbul Üniversitesi Yayını 1984) 60; Şahlanan, (n 6) 433-434; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 1) 1007; Adnan Tuğ, *Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi* (Çankaya Üniversitesi Yayını 1998) 151-152; Tuncay ve Savaş Kutsal (n 1) 301; Narmanlioğlu (n 7) 428-429; Sur (n 1) 345.
- 12 Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 1) 1007; Tuncay ve Savaş Kutsal (n 1) 301; Kandemir (n 3) 178; Tuğ, (n 11) 151.
- 13 Sur, (n 1) 366-367; Eyrenci, Taşkent, Ulucan ve Baskan (n 1) 623; Narmanlioğlu (n 7) 432-433; Canbolat, ‘Uygulama Alanı’ (n 9) 75 vd.; Kandemir (n 3) 178; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 1) 238 vd.; Akyiğit (n 1) 207 vd.
- 14 Tuğ (n 11) 152; Şahlanan (n 6) 434; Narmanlioğlu (n 7) 432; Kandemir (n 3) 178.
- 15 Şahlanan (n 6) 433-434; Narmanlioğlu (n 7) 432; Tuncay ve Savaş Kutsal (n 1) 317; Canbolat ‘Yararlanamayacak İşçiler’ (n 2) 172; Kandemir (n 3) 178.
- 16 Şahlanan (n 6) 432; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 1) 1001; Ömer Ekmekçi, *Toplu İş Sözleşmesiyle Düzenleme Yetkisi* (Yılmaz Ajans Matbaacılık 1996) 135-145; Narmanlioğlu (n 7) 426; Eyrenci, Taşkent, Ulucan ve Baskan (n 1) 621; Canbolat, ‘Uygulama Alanı’ (n 9) 87; Ercüment Özkaraca, ‘Toplu İş Sözleşmesinin Tüm İşçilere Uygulanacak Hükümleri’ (2017) 3 PressAcademia Procedia 576, 577 vd.. Bu hükme ilişkin bir eleştiri için bkz. Ekmekçi (n 1) 404.
- 17 Şahlanan (n 6) 432; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 1) 1001; Eyrenci, Taşkent, Ulucan ve Baskan (n 1) 621; Narmanlioğlu (n 7) 425-426; Ünal Narmanlioğlu, ‘Toplu İş Sözleşmesinin Sadece Taraf Sendika Üyelerine Uygulanan Hükümlerine Tabi Olma (Dayanışma Aidatı Ödeyerek Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma)’ (1991), *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi’nce Yayınlanan 15. Yıl Armağanı* 179, 188; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 1) 233-234; Akyiğit (n 1) 476-477; Nizamettin Aktay ve Olgu Özdemir Ertürk, *Toplu İş Hukuku* (3.Bası, Seçkin Yayıncılık 2022) 204.
- 18 Bu hükmün yorumlanmasında doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Öner Eyrenci, ‘Toplu İş Sözleşmesinin İşyerinde Çalışan Bütün İşçilere Uygulanacak Hükümleri’, (1988) *Kamu İş* 8, 8 vd.; Eyrenci, Taşkent, Ulucan ve Baskan (n 1) 621; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 1) 234; Hakan Keser, ‘Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma Kavramı ve Yararlanma Koşullarının Gerçekleşmemesine Rağmen İşverence İşçinin Haksız Olarak Toplu İş

D. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ İMZALAYAN SENDİKAYA ÜYE OLMAK

6356 sayılı Kanun m.39/1 uyarınca, işçiler bir toplu iş sözleşmesinden kural olarak sözleşmeye taraf işçi sendikasına üye olarak yararlanabilirler. Yararlanma hususunda esas kural bu budur. Taraf işçi sendikasına üye olan işçilerin toplu iş sözleşmesinden yararlanması için ayrıca bir irade açıklamasında bulunmaları gerekmez; zira kanun hükmü gereği toplu iş sözleşmesinden doğrudan yararlanırlar¹⁹. Bunun istisnası, toplu iş sözleşmesinin imzalanmasından sonra taraf sendikaya üye olan işçilerdir. Bu işçiler, üyeliklerinin taraf işçi sendikasıca işverene bildirildiği tarihten sonra toplu iş sözleşmesinden yararlanabilirler²⁰.

Çalışmamızın konu olarak kapsamının sınırlarını aşsa da, kısaca belirtelim ki Anayasa m.51'de yer alan bireysel olumsuz sendika özgürlüğünün korunması amacıyla, kanunda sendikaya üye olmayan işçilerin de toplu iş sözleşmesinden yararlanabilmesi için bazı olanaklar getirilmiştir. Bunlardan birisi, m.39/4 uyarınca dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma, diğeri m.26/4 uyarınca taraf işçi sendikasının yazılı onayı ile yararlanma, bir başkası ise m.40'da yer aldığı üzere bir toplu iş sözleşmesinin uygulanma alanının toplu iş sözleşmesi bulunmayan başka işyerlerine genişletilmesi, kısacası teşmil kurumudur.

E. 6356 SAYILI KANUN'UN 2. MADDESİNİN 4. FIKRASI KAPSAMINDA KALANLARIN DURUMU

1. GENEL OLARAK

Sendika kurmak ve üye olmak bakımından kural, bir iş sözleşmesine dayanarak çalışmaktır. Yani işçinin bağımlı çalışan bir kişi olması gerekir²¹. 6356 sayılı Kanun, her ne kadar işçi sıfatını haiz olmak için 4857 sayılı İş Kanunundaki tanıma atıf yapmış olsa da, 2.maddenin 4. fıkrası ile sınırlı olmak üzere sendikal haklara sahip olabilecek kişilerin kapsamı genişletilmiştir. Buna göre, “iş sözleşmesi dışında ücret karşılığı iş görmeyi taşıma, eser, vekâlet, yayın, komisyon ve adi şirket sözleşmesine göre bağımsız olarak mesleki faaliyet olarak yürüten gerçek kişiler de bu Kanunun ikinci ila altıncı bölümleri bakımından işçi sayılır.”

Görüldüğü üzere, 6356 sayılı Kanun bakımından işçi sayılanlar salt iş sözleşmesi ile çalışanlar değildir. İş sözleşmesinin önemli bir unsuru olan bağımlılık unsurunun zayıfladığı ya da hiç bulunmadığı kanunda sayılı sözleşmeler bakımından da yine bedensel veya zihinsel efor sarf edilmektedir. Dolayısıyla bu sözleşmelerle çalışan kişiler de bağımsız çalışanlar olmasına rağmen,

Sözleşmesinden Yararlandırılması' (1995) 9 (5) Çimento İşveren Dergisi 10, 12.

19 Kenan Tunçomağ ve Tankut Centel, *İş Hukukunun Esasları*, (9.Bası, Beta 2018) 376; Fevzi Şahlanan, *Toplu İş Sözleşmesi* (Banksis Yayınları 1992) 134; Haluk Hadi Sümer, *İş Hukuku* (Seçkin 2020) 262; Nizamettin Aktay, Kadir Arıcı ve Emine Tuncay Senyen Kaplan, *İş Hukuku* (Gazi 2013) 535; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 1), 259-260; Berrin Bosna, *Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma* (Yetkin, 2022).

20 Tuncay ve Savaş Kutsal (n 1) 321; Tunçomağ ve Centel (n 19) 376-377; Narmanlıoğlu (n 7) 429-430; Hakan Keser, 'İş Güvencesi Kapsamındaki İşçinin Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanması', (2011) 23 Sicil İş Hukuku Dergisi 143, 143 vd.

21 Ekmekçi (n 1) 42-43.

6356 sayılı Kanun bakımından bazı hakların kullanımı çerçevesinde işçi sayılmışlardır²². Böylelikle denilebilir ki 6356 sayılı Kanun bakımından işçi sayılanlar sadece İş Kanunu gereği iş sözleşmesi ile çalışanlarla sınırlı tutulmamıştır. İş görme borcu doğuran diğer sözleşmelerle çalışanlar da sendikaya ilişkin hükümlerin uygulanması bakımından işçi sayılırlar²³.

6356 sayılı Kanun'un 39. maddesinin birinci fıkrasına göre, toplu iş sözleşmesinden yararlanmanın ilk şartı işçi olmaktır. Bunun için ise toplu iş sözleşmesi kapsamındaki bir işyerinde işverenin işçisi olarak çalışmak beklenir. Buradan yola çıktığımızda, 6356 sayılı Kanun m.2/4'de iş sözleşmesi ile çalışmamalarına rağmen işçi sayılan kişiler toplu iş sözleşmesinden yararlanamayacaktır. Keza m.2/4'de zaten bu hususa yer verilmiştir. 6356 sayılı Kanun m.2/4'de sayılan sözleşmelerle bağımsız olarak faaliyet yürüten bu kişilerin hakları, sadece sendikaları düzenleyen hükümlerin uygulanması ile sınırlı tutulmuştur. Bu nedenle işçi sayılan bu kişiler, sendika kurabilecek, sendika üyesi olabilecektir. Fakat Kanunun ifadesi gereği toplu iş sözleşmesi ve grev hakkında yoksun kalacaklardır²⁴. Bununla birlikte belirtmeliyiz ki, bu tür sözleşmelerle çalışanların kuracağı sendikaların işkolu düzeyinde bir sendika mı yoksa meslek sendikası mı olarak kabul edilmesi gerektiği konusu dahi tartışmalıdır²⁵. Bununla beraber bu tartışma çalışmamızın konusunun sınırını aşmaktadır.

2. 6356 SAYILI KANUN'UN 2. MADDESİNİN 4. FIKRASI KAPSAMINDA KALANLARIN TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNDEN YARARLANMA OLANAĞI YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRME

Yargıtay'ın değerlendirme konusu karar metninde, Türk Borçlar Kanunu'na tâbi davacı işçinin, işyerinde uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesindeki kıdem tazminatı düzenlemesinden yararlandırılması gerektiği hususu gerekçelendirilirken, 6356 sayılı Kanun m.2/4'e yer verilmiştir. Karara sonuç itibarıyla katılmamıza rağmen, bu gerekçeyi gereksiz ve hatalı bulduğumuzu belirtmek isteriz. Nitekim profesyonel sporcular, İş Kanunu m.4/g gereği, İş Kanunu'nun kişi bakımından kapsamı dışında olup, Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tâbidirler. Fakat İş Kanunu'nun kişi bakımından uygulama alanı dışında olmaları, iş sözleşmesi ile çalışan işçi oldukları gerçeğini değiştirmez. Kaldı ki kararda, davacının alt işverene bağlı çalışan olduğu belirtilmiş ve kararın hiçbir yerinde işverenle aralarında iş sözleşmesi dışında bir sözleşme olduğuna yer verilmemiştir. Bu nedenle davacıyı, 6356 sayılı Kanun m.2/4'de yer alan iş sözleşmesi dışında ücret karşılığı iş görmeyi taşıma, eser, vekâlet, yayın, komisyon ve adi şirket sözleşmesine göre bağımsız olarak mesleki faaliyet olarak yürüten gerçek kişi olarak değerlendirmemizi gerektiren herhangi bir hukuki ilişki mevcut değildir.

22 Şahlanan (n 6) 178-179; Ekmekçi (n 1) 43; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 1) 882; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 1) 236-237; Aktay ve Özdemir Ertürk (n 17) 57-58.

23 Ekmekçi (n 1) 87; Kandemir (n 3) 177; Seza Reisoğlu, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi (Ankara Üniversitesi Yayınları 1986) 105; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 1) 237. Doktrinde bir görüşe göre SenTİSK m.2/4, sendikaya üye olma hakkı bakımından fıkrada sayılı sözleşmelerle çalışanların işçi sayılmalarını gerektirmez. Bkz. Akyiğit (n 1) 205-206.

24 Ekmekçi (n 1) 87; Kandemir (n 3) 177; Müjdat Şakar, *İş Hukuku Uygulaması* (8. Bası, Beta 2009) 327; Reisoğlu (n 23) 105; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 1) 237.

25 Doktrinde bu konuda savunulan görüşler için bkz. Şahlanan (n 6) 179; Tuncay ve Savaş Kutsal (n 1) 94-95.

Şunu da belirtelim ki; eğer davacı işçiyi İşK m.2/4 kapsamında “işçi sayılan” kişilerden biri olarak nitelendirseydik, Yargıtay’ın kararının aksine bu kişiyi işyerinde uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesinden yararlandırmamamız gerekirdi. Nitekim 6356 sayılı Kanun m.2/4, sayılı sözleşmelerle çalışanları, sadece sendikaya ilişkin hükümlerin uygulanması bakımından işçi saymaktadır. Bu kişiler sendika kurabilir ya da sendikaya üye olabilirler. Ancak sendika üyesi olsalar bile işyerinde uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesinden yararlanamazlar²⁶. Bu husus dayanışma aidatı ödemek suretiyle yararlanma bakımından da geçerlidir. Bu nedenle Yargıtay’ın kararını, Türk Borçlar Kanununa tâbi işçiyi sendika üyesi olarak toplu iş sözleşmesindeki kıdem tazminatı hükmünden yararlandırması yönünden isabetli bulsak da, İşK m.2/4 ile bağlantı kurulması yönünden isabetsiz bulduğumuzu vurgulamak isteriz.

Bu noktada karardan bağımsız olarak şu husus hakkında da yorum yapılması gerektiğini düşünüyoruz. İş Kanunu m.2/4’de sayılı sözleşmelerden biri ile çalışan bir kişi, hiçbir şekilde toplu iş sözleşmesinden yararlandırılmaz mı? Örneğin, toplu iş sözleşmesinde İşK m.2/4’e tâbi çalışanların da toplu iş sözleşmesinden yararlanma bakımından kapsama alındığı yönünde açık bir hüküm varsa, bu hüküm geçerli olur mu? Kanunda bu kişilerin sadece sendikaya ilişkin hükümlerin uygulanması bakımından işçi sayılması açıkça düzenlenmişken, toplu iş sözleşmesi tarafları iradeleri ile bu düzenlemenin aksini kararlaştırabilirler mi?

Her ne kadar böyle bir olasılıkla uygulamada karşılaşılması güç olsa da, teorik açıdan baktığımızda, kanaatimizce toplu sözleşme özerkliği gereği, toplu iş sözleşmesinde bu yönde bir hüküm olması halinde, m.2/4’de sayılı sözleşmelerle çalışan kişilerin toplu iş sözleşmesinin uygulama alanına alınması yorumu yapılabilir. Nitekim Anayasal toplu iş sözleşmesi hakkının genişletildiği böyle bir düzenleme, bu kişilerin işyerinde toplu iş sözleşmesi imzalayan sendikaya üyesi olması veya dayanışma aidatı ödemesi yoluyla toplu iş sözleşmesinden yararlandırılmasını mümkün kılabilir. Böyle bir kararlaştırma işyerinde işçi olarak ya da kanun gereği işçi sayılarak çalışan kişilerin haklarını yeknesak olarak düzenlediği için de yararlı olur. Zira kanunda işçi sayılan kişilerin toplu iş sözleşmesine ilişkin hükümlerin dışında tutulmasındaki amaç, meslek sendikasına yol açacak şekilde sendika kurmaları halinde, işyerinde toplu iş sözleşmesinin tekliği ilkesine halel getirecek şekilde toplu iş sözleşmesi imzalamalarına engel olmaktır. Yoksa işyerinde kurulu bir işçi sendikasına üye olarak, bu sendikanın imzaladığı toplu iş sözleşmesinden her ne şekilde olursa olsun yararlandırılmasının engellenmesi değildir. Aksi halin kabulü sendikaya üye olarak aidat ödeyen kişinin, sendikanın en önemli faaliyeti olan toplu iş sözleşmesinden yararlanamamasına yol açacak ve böylelikle diğer üye işçilerle arasında eşitliğe aykırı uygulama yapılmasına neden olabilecektir. Bu noktada tekrar belirtelim ki, iş sözleşmesi dışında bir sözleşme ile çalışıp kanun gereği işçi sayılan bu kişilerin, işyerinde örgütlü bir sendikaya üye olması ve toplu iş sözleşmesi kapsamına alınması olasılığı oldukça düşüktür.

26 Tuncay ve Savaş Kutsal (n 1) 97; Aktay, Arıcı ve Senyen Kaplan (n 19) 374-375; Bosna (n 19).

III. ALT İŞVEREN İŞÇİLERİNİN TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNDEN YARARLANMASI

Toplu iş sözleşmesi kapsamında olan işyerinde, işverenin işçisi olmayan kişiler de çalışıyor olabilir. Bunlar başka bir işverenle iş sözleşmesi imzalamış olmalarına rağmen, toplu iş sözleşmesi yapan işverenin işyerinde geçici iş ilişkisi ile çalışanlar veya alt işveren işçileri olabilir. İşte bu işçiler, işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinden kural olarak yararlanamazlar²⁷. Bu hale sadece sendika üyesi olarak yararlanamama hali değil, dayanışma aidatı ödese bile yararlanamama hali dâhildir. Nitekim toplu iş sözleşmesinden yararlanma, toplu iş sözleşmesi ile bağlı olan işverenin bu sözleşme kapsamındaki işyerinde kendisi ile iş sözleşmesi yapmış işçileri kapsamına alır. İşverenle arasında iş sözleşmesi bulunmayan kişilere karşı işverenin toplu iş sözleşmesinden doğan bir yükümlülüğü yoktur. Dolayısıyla geçerli bir alt işveren ilişkisi mevcut olduğunda, alt işverenin işçileri asıl işverenin imzaladığı toplu iş sözleşmesinden herhangi bir şekilde yararlanamazlar²⁸. Zira asıl işverenin alt işveren işçileri ile arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi yoktur. Bu işçiler, sadece iş görme edimlerini asıl işverene ait işyerinde yerine getirirler. Asıl işverene ait işyerinde iş görme borcu yerine getiriyor olsalar bile alt işveren işçilerinin çalıştığı işyeri bölümü, asıl işverenin işyerinden bağımsız kabul edilir (İşK m.3/2)²⁹.

Geçerli bir alt işveren ilişkisinin söz konusu olması halinde alt işveren işçileri, asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanamaz. Fakat bu işçiler tamamen toplu iş sözleşmesi düzeni dışında da bırakılmamıştır. Alt işveren, kendi işyeri için bir toplu iş sözleşmesi imzalamış ise alt işveren işçileri, toplu iş sözleşmesinin tarafı sendikaya üye olmaları halinde, bu sözleşmeden pekâlâ

27 Nuri Çelik, 'Asıl İşverenle Yapılan Toplu İş Sözleşmesinden Alt İşveren İşçilerinin Yararlanıp Yararlanamayacaklarına İlişkin Yargıtay Kararlarının Gelişimi', (2000) Prof. Dr. Nusret Ekin'e Armağan 783, 785; Şahlanan (n 6) 437; Tuncay ve Savaş Kutsal (n 1) 318-319; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 1) 1002-1003; Sur (n 1) 359-360; Narmanlioğlu (n 7) 432-433; Canbolat, 'Uygulama Alanı' (n 9) 201; Canbolat, 'Yararlanamayacak İşçiler' (n 1) 9; Kandemir (n 3) 175; Akyiğit (n 1) 475.

Geçmişte bu konu Yargıtay kararlarında tartışma konusu olmuştur. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 1986 tarihli kararında, alt işveren işçilerinin asıl işverenin tabi olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanabileceği yönünde karar vermiştir. Bu karar için bkz. Yargıtay 9 HD, E 1986/9505 K 1986/10485, 20.11.1986; ayrıca bkz. Yargıtay HGK, E 1987/9-166 K 1987/815, 4.11.1987 (Tekstil İşveren Dergisi, Ocak 1988), s. 18. Doktrinde bu kararlar isabetli olarak oldukça eleştirilmiştir. Bkz. Çelik (n 27) 785; Nuri Çelik, 'Alt İşveren İşçilerinin Asıl İşverenle Yapılan Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanamayacağı Konusundaki Yargıtay Kararı', (1997) Prof. Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan 71, 71 vd.; Münir Ekonomi, 'Asıl İşveren Alt İşveren İlişkileri ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar', (1991) Tekstil İşveren 4, 5 vd.; Aziz Can Tuncay, 'Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar', (1991) Uygulamada Toplu İş Sözleşmeleri Grev ve Lokavt Semineri 63, 63 vd.; Şahlanan (n 19) 101. Doktrindeki eleştiriler üzerine, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 1996 yılından itibaren verdiği kararlarda, alt işveren işçisinin asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanamayacağı yönünde içtihat değişikliğine gitmiştir. Bu kararlara örnek olarak bkz. Yargıtay HGK, E 2015/772 K 2015/1280, 29.04.2015, (Çevrimiçi) www.lexpera.com.tr, 07.11.2022; Yargıtay 9 HD, E 2005/30506 K 2005/1232, 24.01.2005, Çimento İşveren Dergisi, Mart 2005, s.49-50; Yargıtay 9 HD, E 1996/25540 K 1996/4851, 11.3.1996, (Çevrimiçi) www.kazanci.com., 04.08.2022; Yargıtay 9 HD, E 2003/23050 K 2004/8399, 13.4.2004, (Mustafa Kılıçoğlu, *Toplu İş Hukukundan Doğan Davalar ve Çözüm Yolları* (2007), 523.

28 Şahlanan (n 6) 437; Sarper Süzek, *İş Hukuku* (21.Bası, Beta 2021) 173; Tuncay ve Savaş Kutsal (n 1) 319 Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, (n 1) 1002-1003; Talat Canbolat, *Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri* (Kazancı Hukuk Yayınları 1992) 106-114; Akyiğit (n 1) 475.

29 Şahlanan (n 19) 130 vd.; Çelik (n 27) 71; Tuncay ve Savaş Kutsal (n 1) 302-303; Sur (n 1) 344; Tuğ (n 11) 157; Bosna (n 19).

yararlanabilirler³⁰. Bu durumda yetki tespiti, alt işverene ait işyeri ve işçi sayıları bakımından, asıl işverenden bağımsız olarak yapılır³¹. Bu işyeri ücret bordrosunun bulunduğu işyeri olabileceği gibi, alt işveren işçilerinin münhasıran çalıştığı işyeri de olabilecektir. Zira alt işveren, asıl işverenin işyerinde çalıştırdığı işçilerle bir iş üstlendiğinde, o işyeri alt işverenin de işyeri olarak kaydedilecektir (İŞK m.3/2). Bu halde ise alt işverenin bu işyerinde, asıl işverenden ayrı imzaladığı toplu iş sözleşmesinden kendi işçileri (*alt işveren işçileri*) yararlanacaktır³². Hatta bu hal göz önünde bulundurularak İŞK m.2'de asıl işverenin alt işverenle birlikte sorumluluğuna ilişkin de bir düzenleme getirilmiştir: “*asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak ...alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur*”.

Muvazaalı bir alt işveren ilişkisi söz konusu ise alt işveren işçileri, baştan itibaren asıl işveren işçisi sayılacaktır. Bu durumda alt işveren işçileri, asıl işverenin imzaladığı toplu iş sözleşmesinden yararlanabilirler mi sorusu gündeme gelir. Bu konu, gerek Yargıtay kararlarında gerekse doktrinde³³ oldukça tartışılmıştır. Çalışmamızın kapsamı gereği, bu tartışmanın ayrıntılarına girilmeyecektir. Bununla beraber Yargıtay'ın son dönemde verdiği kararlarda, muvazaalı alt işveren ilişkisinin varlığı halinde, alt işveren işçisinin asıl işverenin imzaladığı toplu iş sözleşmesinden yararlanabilmesi için taraf işçi sendikasına üye olma veya dayanışma aidatı ödemesi şartı aranmaktadır³⁴. Kanaatimizce de Yargıtay'ın söz konusu isabetli kararları gereği, eğer alt işverenlik ilişkisi muvazaalı ise işçi baştan itibaren asıl işverenin işçisi sayılacağından, asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden ancak üyelik ya da dayanışma aidatı ödeme yoluyla yararlanabilir³⁵.

Somut uyuşmazlıkta, davacı isteminden anlaşıldığı kadarıyla davacı işçi, asıl işveren Serik Belediyesi adına alt işveren Sin-Kar Ltd. Şti.'nde çalışmaktadır. Bu ilişkinin muvazaalı olup olmadığına dair

- 30 Şahlanan (n 6) 436; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 1) 1003; Aktay, Arıcı ve Senyen Kaplan (n 19) 537.
- 31 Ekonomi (n 27) 8; Şahlanan (n 6) 437; Sur (n 1) 361; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 1) 1003; Canbolat, 'Uygulama Alanı' (n 9) 241; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 1) 243; Akyiğit (n 1) 43-44; Aktay ve Özdemir Ertürk (n 17) 207-208.
- 32 Bu konuda ayrıca bkz. Ekonomi (n 27) 11-12; Şahlanan (n 6) 437; Tuncay ve Savaş Kutsal (n 1) 319; Sarper Süzek, 'Alt İşveren İlişkisinin Kurulması' (2010) 25 Legal İSGHD 12, 13; Canbolat, Asıl İşveren-Alt İşveren (n 28) 9; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, (n 1) 1003; Sur (n 1) 345; Narmanlioğlu (n 7) 433; Kandemir (n 3) 178; Aktay ve Özdemir Ertürk (n 17) 208;ERCÜMENT ÖZKARACA, 'Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtay'ın 2014 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi' (2016) Yargıtay'ın İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 195, 291.
- 33 Süzek (n 28) 188; Gülsevil Alpagut, 'İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2010 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi' (2012) Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1, 24-25; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 1) 244-245; Akyiğit (n 1) 45-46.
- 34 Yargıtay 9 HD, E 2018/11662 K 2018/857, 11.04.2018. Aynı yönde Gülsevil Alpagut, '4857 Sayılı İş Yasası ile Alt İşveren Kurumundaki Yeni Yapılanma' (2004) Yeni İş Yasasının Alt İşveren Kurumuna Bakışı 16, 14-15; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 1) 245.
- 35 Süzek (n 28) 188; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 1) 244-245; Akyiğit (n 1) 45-46. Muvazaalı alt işverenliğin tespitinden önceki dönemde, asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden, sendika üyeliğine rağmen yararlanamamış olan işçi, fark alacaklarına ilişkin olarak işverenden talepte bulunabilir. Bkz. Alpagut (n 35) 24-25. Buna karşılık muvazaalı alt işveren işçisi, muvazaalı tespitinden önce toplu iş sözleşmesi akdeden sendikaya üye değilse, geçmişe yönelik üye olma ya da dayanışma aidatı ödeme yoluyla yararlanma imkânı olmayacaktır. Bu halde doktrinde, işçinin zararının tazmini için asıl işverene başvurabileceği kabul edilmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Alpagut (n 35) 25; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 1) 245. Ayrıca bkz. Akyiğit (n 1) 45-46. Muvazaalı alt işverenlik halinde, alt işverenin taraf olduğu bir toplu iş sözleşmesi var ise işçi bakımından hukuki sonuçları hakkındaki tartışma için bkz. Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 1) 246.

herhangi bir iddia ya da değerlendirme olmadığından, geçerli bir alt işverenlik ilişkisi olduğu kabulüyle karar verildiği görülmektedir.

Geçerli bir alt işverenlik ilişkisi mevcut ise alt işveren işçisi, asıl işverenin taraf olduğu bir toplu iş sözleşmesinden yararlanamayacaktır. Fakat alt işverenin kendi işyeri için imzaladığı toplu iş sözleşmesinden, sendika üyesi olarak ya da dayanışma aidatı ödeyerek yararlanmasının mümkün olduğundan yukarıda bahsetmiştik. Olayda da davacının Hizmet-İş Sendikası üyesi olduğu belirtilmiştir. Aynı zamanda bu sendika ile alt işveren Sin-Kar Ltd. Şti., yürürlük süresi üç yıl olan bir toplu iş sözleşmesi imzalamıştır.

Anlaşılabileceği üzere davacı alt işveren işçisi, çalıştığı işyerini kapsamına alan ve alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesindeki haklardan üye sıfatı ile yararlanmak istemektedir. Geçerli bir alt işverenlik ilişkisinin mevcudiyeti halinde, alt işveren işçisi olan davacının toplu iş sözleşmesinden yararlanma talebi geçerlidir. Hatta İşK. m.2 gereği, asıl işveren, alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur.

SONUÇ

Yargıtay 9.Hukuk Dairesi'nin 2021/12399 sayılı kararı, Türk Borçlar Kanunu kapsamında çalışanların işyerinde yürürlükte olan toplu iş sözleşmesinden yararlanıp yararlanamayacağı konusu ile ilgilidir. Bu kapsamda söz konusu karardan yola çıkarak, toplu iş sözleşmesinden yararlanma hususunu ele aldığımız çalışmamızda vardığımız sonuçlar ise özetle şu şekildedir:

Karardan anlaşıldığı kadarıyla işçi, profesyonel sporcudur. Dolayısıyla İşK m.4/g kapsamında İş Kanunu hükümlerinin uygulanamayacağı kişilerdendir. Bu nedenle davacı işçi bakımından kural olarak uygulanması gereken kanun, 4857 sayılı İş Kanunu değil, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'dur.

Türk Borçlar Kanunu'nun 438. maddesinde, belirsiz süreli iş sözleşmesinin haklı neden olmaksızın feshedilmesi halinde, işçinin talep edebileceği tazminatlar düzenlenmiştir. Türk Borçlar Kanunu'na tâbi işçiler, 1475 sayılı İş Kanunu'nun kapsamında olmadığından kıdem tazminatı talep edemezler. Buna karşılık 438.maddenin son fıkrasında hâkime, uygulamadaki adıyla haksız fesih tazminatına hükmetme yetkisi verilmiştir. Kararda Yargıtay, toplu iş sözleşmesinde yer alan kıdem tazminatına karar verilmesi gerektiği, davacının talep etmediği halde TBK m.438/son uyarınca haksız fesih tazminatı hesabı yapılmasının hatalı olduğu gerekçesiyle kararı bozmuştur.

Toplu iş sözleşmesinden yararlanmak için 6356 sayılı Kanun'un 39.maddesinin 1.fıkrasına göre toplu iş sözleşmesi kapsamındaki işyerinde işçi olarak çalışmak ve toplu iş sözleşmesi imzalayan sendikaya üye olmak gerekir. 6356 sayılı Kanun'da kimlerin işçi sayılabileceği, 2.maddenin 3. fıkrasında, 4857 sayılı İş Kanunu'ndaki tanıma atıf yapılarak belirlenmiştir. Dolayısıyla bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişi, 6356 sayılı Kanun bakımından da işçi sayılmaktadır.

6356 sayılı Kanun m.2/3'deki işçi tanımına atıf, sadece genel bir işçi tanımı getirilmesi amacıyla yapılmıştır. 6356 sayılı Kanun bakımından işçi sıfatı, İş Kanunu'nda belirtilenden daha geniş yorumlanmalıdır. Bu nedenle iş sözleşmesine dayanarak çalışanlar belirlenirken, tüm iş mevzuatı anlaşılmalıdır. Davacı işçi ise İş Kanunu m.4 gereği, İş Kanunu kapsamı dışında kalır; fakat 6356 sayılı Kanunda, İşK m.4 kapsamında sayılan kişilerin, toplu iş sözleşmesinden yararlanmasına engel olacak nitelikte herhangi bir hüküm de yoktur. Bu nedenle aksine yapılacak yorum, Anayasal sendika ve toplu iş sözleşmesi hakkının ihlal edilmesi anlamına gelir. Dolayısıyla ister Basın İşK, Deniz İşK veya Türk Borçlar Kanunu'na tâbi çalışan işçi olsun ister İşK m.4'de sayılan diğer çalışanlardan olsun, 6356 sayılı Kanun gereği işçidir. Eğer diğer şartları haiz iseler sendikal tüm haklardan yararlanabilirler. Dolayısıyla Hizmet-iş Sendikası üyesi işçi, normal şartlarda kıdem tazminatı talep hakkına sahip olmasa da, işyerinde imzalanan toplu iş sözleşmesinde yer alan kıdem tazminatına ilişkin düzenlemeden, Türk Borçlar Kanunu'na tâbi işçi olarak yararlanabilecektir.

Karardan anlaşıldığı kadarıyla davacı işçi, alt işveren işçisidir. Toplu iş sözleşmesi kapsamında olan işyerinde, işverenin işçisi olmayan kişiler, örneğin geçici iş ilişkisi ile çalışanlar veya alt işveren işçileri, çalışıyor olabilir. İşte bu işçiler, işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinden kural olarak yararlanamazlar. Fakat bu işçiler tamamen toplu iş sözleşmesi düzeni dışında da bırakılmamıştır. Alt işveren, kendi işyeri için bir toplu iş sözleşmesi imzalamış ise alt işveren işçileri, toplu iş sözleşmesinin tarafı sendikaya üye olmaları veya dayanışma aidatı ödemeleri halinde, bu sözleşmeden pekâlâ yararlanabilirler. Bu halde asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur.

Yargıtay'ın karar metninde, Türk Borçlar Kanunu'na tâbi davacı işçinin, işyerinde uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesindeki kıdem tazminatı düzenlemesinden yararlandırılması gerektiği hususunu gerekçelendirilirken, 6356 sayılı Kanun m.2/4'e yer verilmiştir. Karara sonuç itibariyle katılmamıza rağmen, bu gerekçeyi gereksiz ve hatalı bulduğumuzu ifade etmek isteriz. Eğer davacı işçiyi, İşK m.2/4 kapsamında "işçi sayılan" kişilerden biri olarak nitelendirseydik, Yargıtay'ın kararının aksine bu kişiyi işyerinde uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesinden yararlandırmamamız gerekirdi. Nitekim 6356 sayılı Kanun'a göre bu kişiler sendika kurabilir ya da sendikaya üye olabilirler. Ancak sendika üyesi olsalar bile işyerinde uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesinden yararlanamazlar.

Kanaatimizce toplu sözleşme özerkliği gereği, işyerinde yürürlükte olan toplu iş sözleşmesinde bu yönde bir hüküm olması ihtimalinde, m.2/4'de sayılı sözleşmelerle çalışan kişilerin toplu iş sözleşmesinin uygulama alanına girdiği düşünülebilir. Bu ihtimal ile uygulamada karşılaşılmaması her ne kadar güç olsa da, teorik olarak aksi halin kabulü m.2/4'de sayılı sözleşmelerden biri ile çalışan ve işyerinde faaliyet gösteren sendikaya üye olan kişinin, sendikanın en önemli faaliyeti olan toplu iş sözleşmesinden yararlanamamasına yol açacak ve böylelikle diğer üye işçilerle arasında eşitliğe aykırı uygulama yapılmasına neden olacaktır.

KAYNAKÇA

- Aktay AN, Arıcı K ve Senyen Kaplan ET, *İş Hukuku* (Gazi 2013).
- Aktay AN ve Özdemir Ertürk O, *Toplu İş Hukuku* (3.Bası, Seçkin Yayıncılık 2022).
- Akyiğit E, *Toplu İş Hukuku* (2.Bası, Seçkin Yayıncılık 2020).
- Alpagut G, “‘İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2010 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi’ (2012) Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1-83.
- Alpagut G, ‘4857 Sayılı İş Yasası ile Alt İşveren Kurumundaki Yeni Yapılanma’ (2004) Yeni İş Yasasının Alt İşveren Kurumuna Bakışı, 16-24.
- Bosna B, *Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma* (Yetkin, 2022).
- Bozkurt Gümrükçüoğlu Y, *Toplu İş Sözleşmesinin Uygulama Alanı* (Vedat Kitapçılık 2018).
- Canbolat T, *Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri* (Kazancı Hukuk Yayınları 1992).
- Canbolat T, ‘Toplu İş Sözleşmesinin Kişiler Açısından Uygulama Alanı’ (Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi 1998).
- Canbolat T, Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanamayacak İşçiler’ (2002) 6 (4) Kamu-İş (Aydın Özku’la Armağan) 163-201.
- Çelik N, ‘Asıl İşverenle Yapılan Toplu İş Sözleşmesinden Alt İşveren İşçilerinin Yararlanıp Yararlanamayacaklarına İlişkin Yargıtay Kararlarının Gelişimi’, (2000) Prof. Dr. Nusret Ekin’e Armağan 783-788.
- Çelik N, ‘Alt İşveren İşçilerinin Asıl İşverenle Yapılan Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanamayacağı Konusundaki Yargıtay Kararı’, (1997) Prof. Dr. Kenan Tunçomağ’a Armağan 71 vd.
- Çelik N, Caniklioğlu N, Canbolat T ve Özkara E, *İş Hukuku Dersleri* (35. Bası, Beta Yayıncılık 2022).
- Doğan Yenisey K, ‘İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı’ (yayınlanmamış eser) Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri’nin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2021 141-266.
- Ekmekçi Ö, *Toplu İş Hukuku* (4.Bası, On İki Levha Yayıncılık 2021).
- Ekmekçi Ö, *Toplu İş Sözleşmesiyle Düzenleme Yetkisi* (Yılmaz Ajans Matbaacılık 1996).
- Ekonomi M, ‘Asıl İşveren Alt İşveren İlişkileri ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar’, (1991) Tekstil İşveren 161 4-12.
- Esener T ve Bozkurt Gümrükçüoğlu Y, *Sendika Hukuku* (2.Bası, Vedat Kitapçılık 2017).
- Eyrenci Ö, ‘Toplu İş Sözleşmesinin İşyerinde Çalışan Bütün İşçilere Uygulanacak Hükümleri’, (1988) Kamu İş 8 8-15.
- Eyrenci Ö, Taşkent S, Ulucan D ve Baskan E, *İş Hukuku* (10. Bası, Beta 2020).
- Kandemir M, ‘Toplu İş Sözleşmesinin Uygulama Alanı’, (2013) 4 (39) Çalışma ve Toplum Dergisi 167-214.
- Keser H, ‘İş Güvencesi Kapsamındaki İşçinin Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanması’, (2011) 23 Sicil İş Hukuku Dergisi 143-163.
- Keser H, ‘Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma Kavramı ve Yararlanma Koşullarının Gerçekleşmemesine Rağmen İşverence İşçinin Haksız Olarak Toplu İş Sözleşmesinden Yararlandırılması’ (1995) 9 (5) Çimento İşveren Dergisi 10-15.
- Narmanlıoğlu Ü, *İş Hukuku: Toplu İş İlişkileri* (3.Bası, Beta 2016).
- Narmanlıoğlu Ü, ‘Toplu İş Sözleşmesinin Sadece Taraf Sendika Üyelerine Uygulanan Hükümlerine Tabi Olma (Dayanışma Aidatı Ödeyerek Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma)’ (1991) İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi’nce Yayınlanan 15. Yıl Armağanı 179-237.

- Oğuzman MK, 'Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma'ya İlişkin Sorunlar' (1982) 1, Prof. Dr. Ümit Doğanay'ın Anısına Armağan 47-63.
- Oğuzman MK, *Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri* (İstanbul Üniversitesi Yayını 1984).
- Özkaraca E, 'Toplu İş Sözleşmesinin Tüm İşçilere Uygulanacak Hükümleri' (2017) 3 PressAcademia Procedia 576-581.
- Özkaraca E, 'Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtay'ın 2014 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi' (2016) Yargıtay'ın İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, 195-359.
- Reisoğlu S, *2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi* (Ankara Üniversitesi Yayınları 1986).
- Süzek S, *İş Hukuku* (21.Bası, Beta 2021).
- Süzek S, 'Alt İşveren İlişkinin Kurulması' (2010) 25 Legal İSGHD 12-29.
- Subaşı İ, 'Sendikalı Olmayan veya Taraf Sendika Üyesi Olmayan İşçilerin Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanması' (Haziran 2009) (14) Sicil İHD 172-207.
- Sur M, *İş Hukuku Toplu İlişkiler* (10. Bası, Turhan Kitabevi 2022).
- Sümer HH. *İş Hukuku* (Seçkin 2020).
- Şahlanan F, *Toplu İş Hukuku* (On İki Levha 2020).
- Şahlanan F, *Toplu İş Sözleşmesi*, (Banksis Yayınları 1992).
- Şakar M, *İş Hukuku Uygulaması* (8. Bası, Beta 2009).
- Tuğ A, *Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi* (Çankaya Üniversitesi Yayını 1998).
- Tuncay AC, 'Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar', (1991) Uygulamada Toplu İş Sözleşmeleri Grev ve Lokavt Semineri 84 vd.
- Tuncay AC ve Savaş Kutsal B, *Toplu İş Hukuku* (7.Bası Beta Yayınları 2019).
- Tunçomağ K ve Centel T, *İş Hukukunun Esasları*, (9.Bası, Beta 2018).

Kiracının Verilerinin Korunması

Protection of Tenant Data

Hasibe Sena AKKIŞLA* 

ÖZ

Günümüzde gelişen teknoloji ve dijitalleşme kişisel verilerin gizliliğinin ihlal edilme riskini arttırmaktadır. Kira hukuku bakımından sözleşme taraflarının kişisel verilerinin tehlikeye düşmesi mümkündür. Bu çalışma içerisinde kiracıların yapmış oldukları sözleşmeden dolayı kişisel verilerinin gizliliğinin korunması ele alınacaktır. Konu incelenirken Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 1982 Anayasası, Veri Koruma Tüzüğü (GDPR) ve 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu birlikte değerlendirilecektir. Konut ve çatılı işyeri kira sözleşmeleri bakımından önemli bir sorumluluk olan kişisel verilerin gizliliği kiracının olduğu kadar kiraya verenin de menfaatlerini korumaktadır. Kira sözleşmesi dolayısıyla işlenen verilerin sözleşme sona erdikten sonrada korunmaya devam etmesi ve veri işleme masrafları bakımından sorumluluğun kapsamının belirlenmesi gereklidir. Kiracının sözleşme dolayısıyla kullanım giderleri, temizlik ve bakım giderleri, şahsına ait bilgilerin kiralananın üzerinde yazılı isim, soyisim, unvan, işletme ismi ya da ruhsat bilgilerinin kullanılması, işlenmesi kişisel veri gizliliğinin korunması kapsamındadır. Çalışma içerisinde hem veri öznesinin haklarının korunması hem de ilkeleri kira hukuku kapsamında incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Kira Hukuku, Veri Koruma Kanunu, GDPR, Kişisel Verilerin Korunması

ABSTRACT

Today, developing technology and digitalisation increase the risk of breach of confidentiality of personal data. In terms of lease law, it is possible that the personal data of the contracting parties may be jeopardised. In this study, the protection of the confidentiality of the personal data of the tenants due to the contract they have made will be discussed. The European Convention on Human Rights, the 1982 Constitution, the Data Protection Regulation (GDPR), and the Law No. 6698 on the Protection of Personal Data will be evaluated together. Confidentiality of personal data, which is an important responsibility in terms of residential and roofed work-place lease agreements, protects the interests of the lessor as well as the lessee. It is necessary to continue to protect the data processed due to the lease agreement after the termination of the agreement and to determine the scope of responsibility in terms of data processing costs. The use and processing of the tenant usage expenses, cleaning and maintenance expenses, personal information, name, surname, title, business name, or licence information written on the leased property are with in the scope of the protection of personal data privacy. In the study, both the protection of the rights of the data subject and the principles will be examined with-in the scope of the lease law.

Keywords: Lease Law, Data Protection Law, GDPR, Personal Data Protection

* Doktor (Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), Avukat (Uşak Barosu Üyesi), senaakkisla92@gmail.com, ORCID: 0000-0002-0478-5904.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Hasibe Sena AKKIŞLA

E-posta/E-mail: senaakkisla92@gmail.com

Geliş Tarihi/Received: 25.08.2023

Kabul Tarihi/Accepted: 26.11.2023

GİRİŞ

Medeni dünyada gelişen teknoloji, dijitalleşme ve veri mahremiyetine dair bilinçsiz kullanım kişisel verilerin gizliliğinin karşılaşılabileceği riskleri arttırmaktadır. Kişilerin kendilerine dair bilgilerin veri olarak işlenmesine onay vermeleri ve bu verileri işlemekle sorumlu olanlar bakımından gerekli kontroller dijitalleşme sürecinin hızlı olması karşısında yetersiz kalmaktadır. Kişisel verilerin korunmasına dair yapılan çalışmaların tümünün odak noktası kişiliğin korunması hakkıdır. Bu hak günümüzde daha önemli hale gelmiştir çünkü artan dijital platformlar ve buralar üzerinden gerçekleştirilen hukuki işlemler oldukça yaygınlaşmıştır. Dijital dünyaya dair hesabı olan ya da bu platformlarda kullanıcıların okuyup, imzaladıkları ve kabul ettikleri koşullar ve bu platformlar içerisine yükledikleri verilerin de korunması şahıs hakları kapsamında önemlidir.

Kişisel verilerin korunması, özel yaşam gizliliğinin korunması hakkına ve kişi hakları temel yaşam haklarına hizmet eder. Kişi varlığının sağlıklı bir şekilde gelişebilmesi mümkün olur. Kişisel verilerin korunması için geniş kapsamlı çalışmalar yapmıştır. Ekonomik İş Birliği ve Kalkınma Teşkilatı (OECD) tarafından “*Özel Yaşamın Gizliliğinin ve Sınır Ötesi Kişisel Veri Dolaşımının Korunmasına İlişkin Rehber İlkeler*” 1980 tarihinde kabul edilmiştir¹. İlkeler uluslararası alanda kişisel verilerin korunması anlamında yapılmış ilk çalışmalardandır. İlkeler yalnızca tavsiye niteliğindedir. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi kişi haklarının korunmasına dair 12.maddesi ile “*hiç kimsenin özel hayatı, ailesi, meskeni veya yazışması konularında keyfi müdahaleye, şeref ve şöhretine karşı tecavüzlere maruz bırakılmayacaktır ve herkesin bu karışma ve tecavüzlere karşı kanun yoluyla korunmaya hakkı vardır*” düzenlemesinde bulunmuştur. 1950 tarihinde kabul edilen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kişisel verilerin korunmasını m.8 ile düzenlemiştir. Kişilerin özel hayatlarına ve aile hayatlarına saygı gösterilmesi kişilerin bir temel hakkı kabul edilmiştir. Kişilerin verilerinin mahremiyetinin korunmasına dair hak mutlak değildir ancak doğal niteliği gereği kişisel verilerin işlenmesi, kullanılması ve saklanmasına dair hukuki yollara ve korunması gereklidir.

108 No’lu Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabii Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi 1981 tarihinde Avrupa Konseyi tarafından kabul edilmiştir². Kişisel verilerin korunmasını uluslararası alanda koruyan ve bağlayıcı nitelik taşıyan ilk yasal çalışmadır. 108 No’lu Sözleşme hem kamu hem de özel anlamda hukuki koruma sağlamakta ve veri işleyenler bakımından sorumluluklar belirlemektedir. Örneğin: veri işleyicisi adil bir biçimde ve yasal yollarla elde ettiği verileri işleme alabilir ve kullanabilir. İlgili kişilerin kimliklerinin belirlenmesi, kaydedilmesi ve saklanması ancak işlemin gerçekleşme süresi ile doğrudan ilgili olmalıdır. Avrupa

1 OECD İlkeleri sekiz tavsiyeyi öngörmektedir: Veri toplamanın sınırlı olması, veri niteliği ilkesi, amacın belirli olması gerekliliği, kullanımın sınırlanması, veri güvenliği ilkesi, açıklık, bireyin katılımı ilkesi, hesap verme zorunluluğu ilkesi. Bilgin Metin, Sema Erkan, İdil Atasu, Enes Yılmaz, ‘Privacy Impact Assessment as a Tool for GDPR Compliance Preparation’ (2019) 1 (2) Kişisel Verileri Koruma Dergisi 75, 78. Andrew Guzman and Timothy Meyer, ‘International Soft Law’ (2010) 2 (1) Journal of Legal Analysis 171–72; Murat Volkan Dülger, ‘Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması’ (2019) 1 (2) Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 71, 74.

2 Council of Europe, Convention for the Protection of Individuals with Regard to the Automatic Processing of Individual Data, 28 Ocak 1981, ETS 108 (Convention 108).

Birliği tarafından 1995 tarihinde kabul edilen 95/47/EC Sayılı Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Serbest Dolaşımı Bakımından Bireylerin Korunmasına İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi Direktifi kişisel verilerin korunmasına dair kapsamlı bir uluslararası hukuki düzenlemedir³. Kapsamlı ve ayrıntılı olarak düzenlenmiş metnin yerini bugün daha modern ve ciddi yaptırımlar içeren 206/679 Sayılı Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR (*General Data Protection Regulation*)) almıştır⁴. 2016 tarihinde kabul edilen Tüzük veri koruma yaptırımları bakımından günümüz teknolojilerine uyum sağlamaktadır.

Türk Hukuku bakımından 6698 Sayılı Kişisel Verileri Koruma Kanunu 7 Nisan 2016 tarih ve 29677 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Kanun esas olarak Genel Veri Koruma Tüzüğünü kaynak almıştır. Kişisel verilerin korunması ve veri işlenmesine ilişkin olarak kapsamlı bir yasal düzenlemedir. Kanun, kişisel verilerin korunması hukuku alanında hazırlanmış ve ülkemizin Avrupa Birliği'ne uyum faaliyetleri kapsamında yürürlüğe girmiş olmakla birlikte veri mahremiyeti ve kişisel verilerin korunması hukukunun salt kaynağı değildir. Türkiye'de uluslararası ve ulusal anlamdaki kişisel verilerin korunması kanunu mevzuatlar ile birlikte uygulama alanı bulur.

Veri işleme ve veri koruma kavramları esasen kişisel verilerin kullanımının olduğu her sektör bakımından hizmetlerin güvenli gerçekleştirilmesi ve veri sahiplerinin memnuniyeti bakımından önemli stratejiler belirler⁵. Gizlilik, güvenlik ve veri koruması bir sisteme ve standarda bağlanması veri işleyenlere yüklenecek sorumlulukları ve hukuki işlemlerin güvenli dijital ortamlarda rahatlıkla gerçekleşmesini sağlar⁶. Elbette bu piyasadaki rekabetin artması ve veri işleyenler arasında bu sorumlulukları en iyi gerçekleştirenler bakımından avantajlı bir pazar ortamı oluşturmaktadır. Bu çalışma içerisinde öncelikle genel olarak veri koruma güvenliği hakkında genel bir bilgi verildikten sonra kira hukuku içerisinde bu sorumluluklar ele alınacaktır. Kira hukuku içerisinde özellikle konut, çatılı işyeri ve ürün kira sözleşmeleri bakımından işletme kiralarının kiracılarının yani veri öznesi kimselerin korunması bakımından değerlendirme yapılacaktır.

3 Ciddi yaptırımlara örnek olarak kişisel verileri işlemekle görevli şirketlerin bu Yönetmelikle belirlenen sorumluluklarına uymaması halinde 20 milyon Euro veya şirketin bir önceki finansal yıla ait dünya çapında yıllık cirosunun %4'üne kadar para cezası vermesi gösterilebilecektir. Jan Philipp Albrecht, 'How The GDPR Will Change The World' (2016) (3) *Europa Data Protect Law Review* 287, 287.

4 Comprehensive Approach on Personal Data Protection in the European Union, June 2011; Denis Kelleher and Karen Murray, *EU Data Protection Law* (Bloomsbury 2019) 23; Nicola Fulford and Peter Carey, 'Special Categories of Data' in *Data Protection A Practical Guide to UK and EU Law* (Oxford University 2018) 213. Tüzük taraf devletler tarafından bağlayıcı niteliktedir ancak düzenleme kamu ve özel sektör bakımından kapsayıcı nitelikte değildir. Yasal düzenleme esasen özel sektör bakımından düzenleme yapmıştır. Kişinin korunmasını amaçlayan ve onun varlığının çevresinde gelişimini hedefleyen bunun için uygun bir hukuki ortamın olması için düzenleme yapan Tüzük bugün pek çok devlet bakımından kaynak niteliği taşımaktadır.

5 Kelleher and Murray (n 4) 25; Maria Tzanou, *The Fundamental Right to Data Protection* (Bloomsbury 2017) 56; Onur Baskın, *Kişilik Hakkı Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması* (Seçkin 2021) 45; Furkan Güven Taştan, *Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması* (On İki Levha 2017) 72.

6 Tzanou (n 5) 56; Baskın (n 5) 45; Taştan (n 5) 72.

I. VERİ KORUMA GÜVENLİĞİ

A. GENEL OLARAK

Kişisel veri, bir gerçek veya tüzel kimsenin sahip olduğu ve hukuken korunmasında menfaat bulunan tüm bilgi ve belgeleri olarak düşünülebilir⁷. Genel Veri Koruma Tüzüğü (GPDR) m.4'e göre "kişisel veri, tanımlanmış veya tanımlanabilir bir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgidir". 6698 sayılı Kanun m.6'ya göre "kişilerin ırkı, etkin kökeni, dizi, mezhebi, dernek, vakıf veya sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, etkin kökeni, felsefi inancı, ceza mahkûmiyetleri ve haklarındaki güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel verilerdir". Örneğin: kişilerin dijital platformlarda kullandıkları hesap numaraları, banka şifreleri, kimlik numaraları, isim ve soyisimleri, fotoğraf ve e-izmaları birer kişisel veri kabul edilir⁸. Kişi ile ilişkilendirilebilecek bir verinin tespit edilmesi yani aralarında bir bağ olduğunun belirlenebilmesi halinde koruma sağlanacaktır⁹. Veri öznesinin, verilerinin mahremiyeti onun özel yaşamına duyulan saygının bir gereğini oluşturmaktadır.

Veri sahibi (öznesi) ise kişisel verilere sahip olan gerçek veya tüzel kişi olarak kabul edilir. Türk Medeni Kanunu kapsamında kişi olarak kabul edilenler, hak ehliyetine sahip varlıklar bakımından veri sahibi kabul edilir¹⁰. 6698 sayılı Kanununun 5. maddesinde düzenleme yapmıştır, buna göre "ad, soyad, vergi numarası, vatandaşlık kimlik numarası, adres, fotoğraf, video ve benzeri veriler kişisel nitelikli veridir ve bunların işlenmesi ancak ilgilinin açık rızası ile mümkündür". Veri öznesi, iradesinin sakatlanması sebebiyle gerçekleştirdiği eylemler bakımından TBK m.30 ve devam hükümlerine dayanması mümkündür¹¹.

Kişisel verilerin işlenmesi Genel Veri Koruma Tüzüğü m.4/II'ye göre "işleme faaliyeti, otomatik yöntemlerle olsun veya olmasın, kişisel veri veya kişisel veri setleri üzerinde gerçekleştirilen toplama,

7 Mesut Serdar Çekin, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku* (On İki Levha 2019) 46; Lothar Determann, *Kişisel Verilerin Korunması Uygulama Kılavuzu* (On İki Levha 2020) 10; Hayrünnisa Özdemir, *Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması* (Seçkin 2009) 12; Oğulcan Özkan, *Kişisel Verilerin Korunması* (Yetkin 2020) 45; Gamze Turan Başara, 'Kişisel Veri İşleme Sözleşmesi' (2020) 16 Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 54, 56.

8 Yargıtay HGK, E 2017/1340 K 2018/1622, 06.11.2018 <<http://www.lexpera.com.tr>> (Erişim Tarihi 12.08.2023).

9 Yargıtay 9 HD, E 2018/2487 K 2018/21148, 21/11/2018; Yargıtay 4 HD, E 2019/979 K 2019/2679, 08/05/2019 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> (Erişim Tarihi 12.08.2023). Özellikle QR kodları, IP adresleri, dijital arayüz ile oluşturulan fotoğraf ya da videolar bakımından kişisel verilerin tespit edilmesi ile koruma sağlanır.

10 Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk* (On İki Levha 2021) 30; Bilge Öztan, *Medeni Hukukun Temel Kavramları* (Turhan 2019) 75; Mustafa Dural ve Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku, C.I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri* (Filiz 2011) 25; Serap Helvacı, *Gerçek Kişiler* (Filiz 2012) 12. Veri sahibinin önemi kişisel verilerin işlenmesi bakımından onun onayının alınması şartı dolayısıyla ortaya çıkmaktadır. Kişisel verilerin tespit edilmesiyle birlikte kişinin bu verileri işlenmesi, kullanılması ya da saklanmasına dair bilgilendirilmesi ve gerekli onayları vermesi aranır.

11 Oğuzman ve Barlas (n 9) 250; Hüseyin Can Aksoy, *Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakları Yönünden Kişisel Verilerin Korunması* (Çakmak 2010) 167; Dural ve Sarı (n 9) 104; Öztan (n 9) 88. Mustafa Tiftik, 'Borç Sözleşmesinin İrade Sakatlığı Sebebiyle İptalinde Uğranılan Zararların Tazmini' (2006) X (3-4) EÜHFD 397, 398. Kişisel verilerin paylaşılması üzerine yapılan rızanın sağlıklı bir irade ile verilmiş olması gereklidir. Rızanın özgür bir irade ile verilmemesi halinde kişisel verileri hukuka aykırı olarak işlenen veri sahibi kiracı TBK m.30 ve m.35 arasındaki irade sakatlıkları hükümlerine göre hakkını koruyabilir. Tiftik (n 10) 398; Nurcihan Dalcı Özdoğan, 'Sözleşmenin Yorumunda Gerçek İradenin Tespiti' (2017) 8 (1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 33, 36.

kaydetme, düzenleme, yapılandırma, saklama, uyarılma veya değiştirme, elde etme, danışma, kullanma, iletim yoluyla açıklama, yayma veya kullanıma sunma, uyumlaştırma ya da birleştirme, kısıtlama, silme veya imha gibi herhangi bir işlem veya işlem dizisidir” şeklinde tanımlanabilir. 6698 sayılı Kanun m.3 içerisinde bu kavram benzer biçimde tanımlanmıştır.

Veri sorumlusu 6698 sayılı Kanununun m.3 içerisinde tanımlanmıştır¹². Veri sorumlusu, verilerin işlenmesine ilişkin usul ve esasları belirler, verilerin kullanımını ve saklanmasını kendi tekelinde bulundurur. Ortak veri sorumluluğu da mümkündür bu halde en az iki veri sorumlusunun oluşturduğu bir yapı söz konusudur¹³. Bazı durumlarda veri sorumlusu ile veri işleyen aynı kişi olmayabilir bu durumda ayırımın yapılması önemlidir. Tüzük m.4/VIII ile veri işleyen kişinin tanımını yapmıştır, buna göre “*kontrolör adına kişisel verileri işleyen bir gerçek ya da tüzel kişi, kamu kuruluşu, kurumu veya diğer herhangi bir organdır*”.

Veri sorumlusu, verilerin işlenmesi ile yetkili kılınan ve sorumluluğu üzerine almış olan kurum, kişi veya devlet olabilir, veri sorumlusu verilerin işlenmesi ile ilgili olarak tekel konumdadır ancak bu yetkisini veri işleyen aracılığıyla kullanabilir. Veri işleyen, kendi başına verilerin işlenmesine dair karar alamaz ve bunları bir başkasına devredemez dolayısıyla yalnızca görevlendirildiği şekliyle veri işleme talimatlarına uygun hareket etmek durumundadır¹⁴. Veri sorumlusu ile veri işleyenin farklı olması halinde aralarında kurulan hukuki ilişkinin taraflar bakımından bağlayıcı olması, bu ilişkinin yaptırımlarının, süresinin, işletme faaliyetlerinin kapsamının ve konusunun açıkça düzenlenmiş olması gereklidir.

Kişisel verileri işleyen veri sorumlusu veya veri işleyenin uyması gereken kuralları denetleyen ve bunları objektif olarak değerlendirilmesini yapan Kişisel Verilerin Korunması Kurulu bulunmaktadır. Bu otoritenin varlığı kişisel verilerin, veri öznesinin haklarını koruma altına almaktadır ve veri

12 Buna göre “(ı) veri sorumlusu, kişisel verilerin işleme amaçlarını ve vasıtalarını belirleyen, veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olan gerçek veya tüzel kişidir”.

13 Ortak veri sorumluluğu (*jointcontrollers*), kişisel verilerin işlenmesine dair kuralları ve uygulamaları ortaklaşa belirleyen ve pek çok veri sorumlusunun oluşturduğu bir yapıdır. Tüzük m.26 ile bu yapıyı düzenlemiştir. Buna göre “*iki ya da daha fazla sayıda veri sorumlusu şayet verilerin işleme amaçlarını ve yöntemlerini birlikte belirlemişlerse, bu halde ortak veri sorumlusu olarak kabul edilir*”. Ortak veri sorumluluğunun amacı, ortak araç ve faaliyetlerle ortak amacı gerçekleştirmek için kişisel verilerin işlenmesini sağlamaktır. Bu amacın ortaklığı belli bir faaliyetin ya da eğitimin ya da sistemin geliştirilebilmesi olabileceği gibi yalnızca ulaşım, seyahat, haberleşme ve buna benzer aktiviteler bakımından da ortak kullanım amacını sağlamak olabilir. Ortak veri sorumlusu olmak isteyen taraflar bunu bir sözleşme ile gerçekleştirebilirler ve bu bir ortaklık sözleşmesi şeklinde hazırlanır. Murat Volkan Dülger, ‘GDPR’da Bulunan Ancak KVKK’da Yer Verilmeyen Bir Kavram: Ortak Veri Sorumlusu Kavramı ve Güncel Kararlar Işığında Değerlendirilmesi’ (2021) SSRN 3, < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3792323> (Erişim 13.08.2023); Miray Özer Deniz, ‘Kişisel Verilerin İşlenmesi Sözleşmesinin Türleri ve Hukuki Nitelikleri’ (2023) 6 (1) Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 97, 97. Veri sorumlusu kavramının tanımı şöyle yapılabilir; kişisel verilerin işlenmesine ilişkin amaç ve yöntemleri belirleme yetkisi olan kişiler veya kurumlardır. Hakan Üzeltürk, ‘Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Düzenlemesi’ (2018) 15 (2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 161, 161; Dülger, Korunma (n 1) 90. Veri işleyen ise veri sorumlusunun kendisine verdiği yetki ile onun adına kişisel verilerin işlenmesini gerçekleştiren kişi veya kurumlardır. Üzeltürk (n 13) 165; Dülger, Korunma (n 1) 79.

14 Tzanou (n 5) 30; Fulford and Carey (n 4) 45; Hüseyin Murat Develioğlu, *6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile Karşılaştırmalı Olarak Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Uyarınca Kişisel Verilerin Korunması Hukuku* (On İki Levha 2017) 123; Determann (n 6) 75; Nafiye Yücedağ, ‘Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Genel İlkeler’ (2019) I (1) Kişisel Verileri Koruma Dergisi 47, 62.

sorumlusunun denetimini sağlamaktadır. 108 No'lu Sözleşme ile 95/46/EC sayılı Direktifi kişisel verilerin işlenmesine ilişkin ilkelerin uygulanmasını izlemek ve yönlendirmek üzere bağımsız şekilde görev yapacak bu kurumun varlığını kabul etmiştir. Verilerin korunmasına dair belirlenen otoriteler bağımsız niteliktedir¹⁵. Kişisel Verileri Koruma Kurumu bu bağımsızlığın varlığının devamı için kurulmuştur ve bir karar organı olarak Kişisel Verileri Koruma Kurulu oluşturulmuştur. 6698 sayılı Kanun m.19 düzenlemesi ve devamındaki düzenlemeler Kurumun yetkilerinin neler olduğunu düzenlemiştir¹⁶.

B. AMAÇ VE KAPSAM

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve diğer ilgili yasal düzenlemelerin amacı en temelinde kişiyi ve kişi varlığını oluşturan unsurların korunması, gelişmesine olanak tanınmasını sağlamaktır. Kişinin özel hayatının gizliliği, sır alanının korunması ve kişisel verilerin işlenmesi faaliyetleri kapsamında veri sorumlusunun yükümlülüklerinin usul ve esasları bu Kanun ile belirlenir¹⁷. Kişisel verilerin korunması ve işlenmesine ilişkin bir standart getirmesi ve disiplin oluşturması kişinin korunan en temel hakkı olan özel hayatın gizliliğinin korunmasına hizmet eder. Gelişen teknoloji ile dijital yaşamın yaygınlaşması kişinin varlığının, özel yaşamının ve sır alanının korunmasına ilişkin daha dikkatli olunması ve korumaların gelişen dünyaya uyum sağlaması gereklidir.

Kişisel verilerin korunmasına dair 6698 sayılı Kanunun kapsamına ilişkim m.2 ile düzenlemiştir. Bu düzenlemeye göre *“bu Kanun hükümleri, kişisel verileri işlenen gerçek kişiler ile bu verileri tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla işleyen gerçek ve tüzel kişiler hakkında uygulanır”*. 6698 sayılı Kanun kapsamı bakımından geniş bir alana uygulama bulur. Kanunun uygulaması kamu kurumları ve kuruluşları ile tüm tüzel kişiler için geçerlidir¹⁸. Kapsam içerisinde özellikle veri sorumlusunun ve veri işleyen

15 Verilerin korunmasının denetimi, ilgili kuralların tutarlı olarak uygulanmasını sağlamakla görevli olan bu Kurum ve Kurul bağımsız niteliktedir ve herhangi bir talimata veya yetkiye ihtiyaç duymazlar. Dülger, Korunma (n 1) 89; Baskın (n 5) 68; Determann (n 6) 49; Serdar Çelikel, Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Kapsamında Veri Sorumlusu ve Veri Sorumlusunun Yükümlülükleri (Seçkin 2022) 23. Görevlerinin bazıları kendilerine yapılan şikâyetleri değerlendirmek, kişisel verilerin işlenmesine dair tavsiyelerde bulunmak, veri sorumlusunu denetlemek, kişisel verilere ilişkin kuralların tutarlı uygulanmasını sağlamaktır.

16 6698 sayılı Kanun m.19/I düzenlemesine göre *“bu Kanunla verilen görevleri yerine getirmek üzere, idari ve mali özerkliğe sahip ve kamu tüzel kişiliğini haiz Kişisel Verileri Koruma Kurumu kurulmuştur”*. Tüzük ise Avrupa Veri Koruma Kurulu'na ilişkin olarak m.68 düzenlemesini gerçekleştirmiştir. Bu düzenlemeye göre *“Avrupa Veri Koruma Kurulu bu Tüzük ile bir Birlik organı olarak kurulur ve tüzel kişiliğe sahiptir”*.

17 Determann (n 6) 32; Yücedağ (n 15) 67; Esra Tepe, *Özel Hukuk Açısından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Kişisel Verilerin Korunması* (Adalet 2021) 128. 6698 sayılı Kanun m.1 ile bu yasal düzenlemenin amacını belirtmiştir. Buna göre *“amaç, kişisel verilerin işlenmesinde başta özel hayatın gizliliği olmak üzere kişilerin temel hak ve özgürlüklerini korumak ve kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişilerin yükümlülükleri ile uyacakları usul ve esasları düzenlemektir”*. Kişisel verilerin bir kâğıt üzerine usul ve talimatlara uygun olmaksızın işlenmesi halinde 6698 sayılı Kanun kapsamında olmayacaktır. Ancak belirlenen şekil ve formlara uygun işlenmesi ve kaydedilmesi halinde Kanunun kapsamı dâhilindedir.

18 Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, Kanun Numarası: 6698, Kabul Tarihi: 24/3/2016, RG: 7/4/2016-29677. Bu Kanun m.2'ye göre *“bu Kanun hükümleri, kişisel verileri işlenen gerçek kişiler ile bu verileri tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla işleyen gerçek ve tüzel kişiler hakkında uygulanır”*.

nitelikleri fark etmeksizin dâhil olması önemlidir¹⁹. Tüzük, 6698 sayılı Kanundan farklı olarak tüzel kişilerin ve kamu kurumlarının faaliyetlerini, kamu güvenliğini korumak ve suç işlenmesini önlemek amacıyla kişisel verilerin işlenmesini kapsamı dışında bırakmıştır²⁰. Kişisel verilerin korunması kapsamı bakımından 6698 sayılı Kanunun uygulanmasının yanında Tüzük (GDPR) kurallarının da uygulama kapsamı geniş niteliktedir. Online otel rezervasyonları, seyahat planlamaları, emlak sektöründeki işlemler ve sosyal medya uygulamalarına dair kişisel verilerin korunması 6698 sayılı Kanunun ile birlikte Tüzük (GDPR) birlikte dikkate alınır²¹.

C. VERİ İŞLEME İLKELERİ

6698 sayılı Kanun m.4 ile genel ilkeleri düzenlemiştir²². Kişisel verilerin işlenmesinin usul ve esası bakımından veri sorumlusu ve veri işleyen bu ilkelere uyması gerekmektedir. Bu ilkeler genel nitelikli olmasından dolayı tavsiye niteliğindedir. Tüzük (GDPR) kişisel verilerin işlenmesine ilişkin belirlediği ilkeleri m.5 ile genel bir başlık halinde düzenlemiştir²³. Bu düzenlemeler incelendiğinde esasen üç unsurun vurgulandığı görülmektedir. Bunlar kişisel verilerin işlenmesinde hukuka uygunluk, adillik ve şeffaflık unsurudur.

Kişisel verilerin kullanılması, saklanması ve silinmesine dair yapılacak tüm işlemler denetim altındadır ve hukuka uygun olarak gerçekleştirilmelidir. Veri sorumlusunun bu yükümlülüğünün haricinde adil bir biçimde davranması gereklidir²⁴. Kişisel verilerin işleme faaliyetleri bakımından

- 19 6698 sayılı Kanun m.16'da düzenlemiştir "Kişisel Verilerin Korunması Kanunu kapsamında önce veri sorumluları siciline kayıt olma şartı vardır. Kayıt olmama durumunda ise oldukça yüksek miktarlarda cezalar verilir. Veri Sorumluları Siciline kayıt yükümlülüğünden muaf tutulanlar; yıllık çalışması 50'den az ve yıllık mali bilançosu 25 Milyon TL'den az olan gerçek veya tüzel kişi veri sorumlularından ana faaliyet konusu özel nitelikli kişisel veri işleme olmayanlar, 4458 sayılı Kanun uyarınca faaliyet gösteren gümrük müşavirleri ve yetkilendirilmiş gümrük müşavirleri, arabulucular olarak düzenlenmiştir".
- 20 GDPR m.2/II "Tüzük, kamu güvenliğine yönelik tehditlere karşı güvence sağlanması ve bu tehditlerin önlenmesi de dâhil olmak üzere suçların önlenmesi, soruşturulması, tespiti veya kovuşturulması ya da cezaların infaz edilmesiyle ilgili olarak yetkin makamlar tarafından kişisel verilerin işlenmesine uygulanmaz". General Data Protection Regulation (2016) The European Parliament and The Council of The European Union, 2016/679 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=EN>> (Erişim Tarihi 12.08.2023). Tüzük m.2/İ'e göre "bu Tüzük, kişisel verilerin tamamen ya da kısmen otomatik araçlarla işlenmesine ve kişisel verilerin otomatik araçlar haricinde bir dosyalama sisteminin parçasını oluşturan veya bir dosyalama sisteminin parçasını oluşturması amaçlanan araçlarla işlenmesine uygulanır".
- 21 Tüzük'ün m.3/İİb düzenlemesinde kapsam bakımından Avrupa Birliği dışında bir merkezi bulunan veri sorumlusunun işleyeceği verilere konu olan veri sahibinin gerçekleştireceği veri paylaşımı onayı, veri kullanımı ve diğer eylemleri bakımından veri sahibinin gerçekleştireceği eylemlerin konularına göre de uygulama alanı bulabileceğini düzenlemiştir. Bu verilerin işlenmesi esasen "veri sahiplerinin davranışlarının izlenmesi" olarak nitelendirilir. Otel rezervasyon uygulamaları, konut ya da işyeri kiralamalarına dair emlak siteleri, sosyal medya kullanımları (Twitter, Facebook, Instagram) ya da yapay zekâ programları (ChatGP, GoogleAssistant, Amazon Alexa) için paylaşılan verilerin de Tüzük kapsamında olması mümkündür. Bu olasılık veri sahibinin paylaşımları ve hareketlerinin izlenmesi ve değerlendirilmesi sonucunda ortaya çıkmaktadır.
- 22 6698 sayılı Kanun m.4/İİ'e göre genel ilkeler "hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olma, doğru ve gerektiğinde güncel olma, belirli, açık ve meşru amaçlar için işleme, işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma, ilgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilmedi".
- 23 Tüzük m.5/a'ya göre "kişisel veriler: (a) veri sahibi ile ilgili olarak hukuka uygun, adil ve şeffaf biçimde işlenir..".
- 24 K.H. ve Diğerleri v. Slovakya No. 32881/04, (AİHM, 28 Nisan 2009); Dülger, Korunma (n 1) 99; Turan Başara (n 6) 37; Aksoy (n 10) 57; Özer Deniz (n 12) 65.

vurgulanan diğer unsur veri sahiplerinin bilgilendirilmesi yükümlülüğüdür. Veri sorumlusu ve veri işleyen, veri sahibine şeffaf biçimde²⁵, anlaşılır ve kolay erişilebilen nitelikte, açık ve sade bir dille sorumluluğunu ve yapılan işleme faaliyetini açıklamalıdır²⁶. Kişisel verilerin işlenmesine ilişkin getirilen ilkeler veri sahiplerinin korunması amacıyla veri sorumlularına ve veri işleyenlere yükümlülükler yüklemiştir. Kişisel verilerin işlendikleri amaçla sınırlandırılması gereklidir²⁷ (*veri minimizasyonu*). Veri sorumlusunun işleme amacıyla belirlediği verilerin kategorisi üzerindeki amacın sınırlandırılması ve belirli bir alanda bu erişimin sağlanması önemlidir²⁸. Örneğin: Covid-19 pandemisi döneminde HES uygulaması ve HES kodunun kullanılması ile işlenen kişisel verilerin amacı kişi sağlığını ve toplum sağlığını korumaktır. Bu uygulama ile riskli enfeksiyon hastalarının tespit edilmesi ve sağlık önlemlerinin alınması amaçlanmıştır. Kişisel verilerin işlenmesiyle ilgili olan bir diğer ilke işlenen verilerin doğru ve güncel olması ilkesidir²⁹. Verilerin işlenmesine uygun amacın gerçekleşmesi için doğru ve güncel olmayan verilerin silinmesi ya da üzerinde düzeltme ve güncelleme yapılması gerekir³⁰.

II. KİRA HUKUKUNDA VERİ KORUMANIN UYGULANABİLİRLİĞİ

A. GENEL OLARAK

Kira sözleşmesinde konu olan konut ve çatılı işyeri kirası kapsamında her geçen gün teknolojinin nimetlerinden daha fazla yararlanılmaktadır. Online olarak kiralananın bilgilerine erişilebilmekte, dijital ortamda sözleşmeler yapılabilmekte veya gelişen emlak sektöründeki teknolojik gelişim ile

- 25 Şeffaflık ilkesine göre kişisel verilerin işlenmesi faaliyeti kapsamında kişiye bir bilgilendirme yapılması ve veri öznesinin bu bilgilendirme araçlarına erişiminin olması ile kişisel verilerin işlenmesinden sonraki zamanda da kişinin talebi üzerine gerekli bilgilendirmelerin yapılması veya bu araçların erişiminin sağlanması gereklidir. Böylece kişisel verilerin işlenmesine ilişkin riskler üzerine net ve açık bir uygulama yapılacaktır. Tzanou (n 5) 81; Yücedağ (n 15) 29; Özdemir (n 6) 52.
- 26 Dülger, Korunma (n 1) 103; Albrecht (n 3) 85. Kişisel verilerin işlenmesinin amacının açık ve meşru olması bakımından bu ilkeler önemlidir. Nitekim amacın sınırlandırılması ilkesi olarak kabul edilen kurallar bakımından da kişisel verilerin işlenmesi öngörülebilir, şeffaf ve meşru amaçlar doğrultusunda gerçekleşmelidir. Veri işleme faaliyetini gerçekleştiren kişilerin bu verilerin anonimleştirilmesine karşın ya da riskli bir durumda bulunmasına karşın şifreler ya da çeşitli kodlar, numaralar veya isimlerle uygun güvence biçimini sağlaması gerekmektedir.
- 27 Aydınlatma metni bu ilke bakımından önemlidir. Pek çok sosyal medya uygulaması ve dijital sayfa reklamcılık faaliyeti için ya da başka amaçlarla pek çok kişisel veriyi toplamayı amaçlar ve bunların kullanılması bakımından kendilerine sınırsız bir yetki tanırlar. Veri öznesi için bunun bilinebilmesinin ilk adımı aydınlatma metninin okunmasıdır. Kişisel verilerin toplanması bakımından ilgili işlem için gereksiz olan ama kişisel veri niteliği taşıyan bilginin toplanması, kullanılması ve silinmesine dair en açıklayıcı alan aydınlatma metnidir. Veri minimizasyonu bakımından veri sahiplerinin bu aydınlatma metinlerini kişisel verilerini paylaşmadan önce okumaları gerekirse daha detaylı bilgi talep etmeleri gerekmektedir. Fulford and Carey (n 4) 36; Paul Voigt and Axel von dem Bussche, *The EU GDPR: A Practical Guide* (Springer 2017) 75; Albrecht (n 3) 87. Peter Schneidreit and Anisja Porschke, 'Datenschutz Und Digitalisierung in Der Wohnungswirtschaft' (2019) (2) Report Und Technik 132, 135.
- 28 Yücedağ (n 15) 52; Üzeltürk (n 13) 69; Özer Deniz (n 12) 65. Veri kategorisi belirlenen verinin üzerinde denetiminin yapılması, başka bir alan için kullanılmamasının denetlenmesi ve ihlal halinde tespitinin kolay gerçekleştirilebilmesi mümkün olacaktır.
- 29 Kelleher and Murray (n 4) 167; Schneidreit and Porschke (n 27) 146; Elif Küzeci, *Kişisel Verilerin Korunması* (On İki Levha 2020) 17; Determann (n 6) 115; Yücedağ (n 15) 47.
- 30 Yücedağ (n 15) 48; Özer Deniz (n 12) 78; Aksoy (n 10) 84.

çeşitli olasılıklardan veri aktarımı ve hukuki işlemler gerçekleştirilebilmektedir. Örneğin: internet üzerinde pek çok emlak sayfası kiralık konut ve işyerleri hakkında ilgisine ulaşmak için reklam vermekte, sanal turlar düzenlemekte ya da potansiyel kiracılar ile dijital formlar üzerinden hukuki işlemler gerçekleştirmektedir. Sosyal medya uygulamalarından ya da diğer ortamlar üzerinden aktarılan pek çok veri toplanmakta, kullanılmaktadır. Örneğin: sahibinden, redfln, rightmove, zingat, airbnb, trovit emlak, emlakjet, coldwell banker. Araç kiralama amacıyla pek çok yaygın uygulama bulunur. Örneğin: getiraraç, 3.yoyo, tiktakdakikalık, moov, yolcu360. Gelecekte kiralama uygulamalarının çeşitleneceği kabul edilmelidir. Yaygınlaşan bu uygulamalar kişisel verilerin kullanımına ve ihlallerine sebep olabilir. Kira sözleşmesinin tarafları için kişisel ve hassas bilgilerin tehdit altına girmesi ya da tehlikeye düşmesi halinde veri korunmasına dair endişeleri bu çalışma bakımından ele almayı gerektirmiştir.

Alman Hukuku kiracının, konut ya da işyeri için gerekli kişisel verileri vermesini oldukça sıkı kurallar (*datenschutzrechtlichen*) ile korumaktadır. Konut ve işyeri kira sözleşmesi üzerine kiracının kişisel veri mahremiyetinin (*datenschutz*) muhafaza edilmesine yönelik çalışmalar yapılmaktadır. Bu çalışmalar norm olarak belirlenmiş ve veri sorumlusu tarafından nasıl işletileceğine dair sorumlulukları da belirlenmiştir. Kira sözleşmesi dolayısıyla veri mahremiyetinin korunması (*datenschutzrechtlichen*) sözleşme görüşmeleri ile başlamaktadır. Sözleşme sona erdikten sonra da sorumluluk devam etmektedir³¹. Sorumluluğun hukuki niteliği diğer davranış yükümlülüğüdür (özen yükümlülüğü). Veri mahremiyetinin muhafaza edilmesi için tutulan dijital dosyalar, belgeler ve diğer verilerin tutulması, saklanması kira sözleşmesinin taraflarının edim menfaatlerini korumayı amaçlar.

Kiraya veren, sözleşme yapacağı ve kiralanana devredeceği potansiyel kiracıdan kişisel veriler toplar. Verilerin toplanması kiracının kişiliğinin bir parçasını oluşturan bilgiler ile sır alanı bilgilerinin toplanması hakkında olamaz. Kişiliğin korunmasına yönelik olarak temel haklardan birisi rızası dışında kişisel verilerin toplanması ve kullanılmasıdır³². Kira sözleşmesinin bir tarafı olan kiracı için de kiraya veren ve kiralanana dair bilgileri edinir. Kişisel verilerin işlenmesine dair toplanacak bilgiler esasen kira sözleşmesinin kurulması ve devam ettirilmesini amaçlar. Kiraya verenin bu amaçla bilgilendirilmesi ve kiracının Anayasa tarafından korunan öz değerlerini ihlal etmeden Kişisel Verilerin Korunması Kanunu kapsamında bir veri işleme faaliyeti gerçekleştirmesi gereklidir.

Kiraya veren, potansiyel kiracıdan genel iletişim bilgilerini (telefon numarası, mail adresi, adres ve ikametgâh bilgileri, isim ve soyisim gibi) kiracının da onayını alarak hukuka uygun olarak işleyecektir³³. Taraflar sözleşme görüşmeleri esnasında kiracının mali durumu hakkında da veri

31 Fritz Schmidt and David Hummel, *Datenschutz in Der Wohnungswirtschaft: Vorschriften Rechtssicher Umsetzen* (Haufe-Lexware 2022) 25; Isabella Kranz, 'Die Datenschutz-Grundverordnung Und Ihre Auswirkungen Auf Die Immobilienwirtschaft' (Wien Universität 2019) 25; M. Kamps, 'Das Vernetzte Auto Als Herausforderung Für Den Datenschutz' (2014) 66 (2) Internationales Verkehrswesen 121, 125; M. Hansen, 'Art 35,36 DSGVO' in *Beck'scher Online-Kommentar Datenschutzrecht* (CHBeck 2016) 67.

32 Aksoy (n 10) 24; Taştan (n 5) 36; Canan İmançlı, *Kişisel Sağlık Verilerinin Korun(a)Mamasından Doğan Özel Hukuk Sorumluluğu* (On İki Levha 2020) 57; Schmidt and Hummel (n 31) 124.

33 Hansen (n 31) 26; Kranz (n 31) 18; Kamps (n 31) 36; Schneidreit and Porschke (n 27) 52; Schmidt and Hummel (n 31) 29.

paylaşımında bulunurlar. Kiraya veren, kiracının kredi raporlarını, gelir belgesini, kiralanan taşınacak kişi sayısını, meslek bilgisini, evcil hayvan bilgisi gibi bilgileri de talep edebilir. Kira sözleşmesi kurulması aşamasında öncelikle bu zamana kadar toplanmış ve işlenmiş kişisel verilerin korunması gerekir dolayısıyla kiraya veren kişisel verilerin gizliliği ile ilgili 6698 sayılı Kanun ve diğer ilgili yasal düzenlemeler kapsamında sorumlu olacaktır. Kiracı ile ilgili işlenen tüm bilgilerin saklanması, korunması bu düzenlemelerin belirlediği kurallar ve usuller çerçevesinde gerçekleşir. Özellikle kira sözleşmesinde yer alan kiracının banka hesap numarası, kullandığı bankacılık uygulaması ya da kişisel hesap bilgileri, garanti sözleşmeleri ve diğer verilerin toplanması, işlenmesi ve saklanması kiraya veren sorumludur. Kiraya veren gereken ilgili zamanlarda, kira sözleşmesinin yenilenme dönemlerinde bu verilerin doğru ve güncel olmasını sağlamalıdır.

Kiracının toplanacak ve işleme faaliyetine konu olacak bilgileri içerisinde girmeyecek öz bilgileri bulunmaktadır. Kiracının medeni hali, gebelik durumu, dine bağlılığı, etnik kökeni, uyuşu, cinsel yönelimi, siyasi yönelimi, sağlık bilgileri, adli sicil durum bilgileri, sendika, siyasi parti ya da derneklere üyelikleri, hobileri, sigara ve alkol kullanımına dair bilgiler kira sözleşmesinin kurulması amacına hizmet etmeyen kişisel veriler olup kiracının sır alanındaki bilgilerdir. Bunlara dair bir veri talep edilmesi hem hukuki işlem bakımından gereksizdir hem de veri minimizasyonu ilkesi bakımından hukuka uygun değildir. Veri sorumlusu ya da işleyen bu verileri talep etmesi hakkındaki gerekçelerini aydınlatma metni içerisinde veri sahibine bildirmek zorundadır. Nitekim kişilik hakkının özel alanında yer alan bu bilgilerin toplanması, kullanılması bakımından AİHS ve Anayasanın getirmiş olduğu düzenlemeler doğrultusunda kişinin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı bulunur bunun korunması gerekir.

B. VERİ ÖZNESİNİN HAKLARI

Veri öznesi, hukuken kişi olarak kabul edilenlerin kişisel bilgi ve verilerinin işlenmesi halinde ‘veri sahibi’ ismi olarak anılırlar. Gerçek kişiler ve tüzel kişiler veri sahibi/öznesi olabilirler. Kimlik bilgileri, işletme numaraları, işlem hayatları, ekonomik varlıkları, isimleri, marka değerleri ve birçok veri onların sahip oldukları ve hukuken koruma altında bulunan kişisel verileridir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.10’da düzenlenmiş olan özel ve aile hayatına saygı hakkı düzenlenmiştir. Kişilerin doğal bir hakkı kabul edilen özel ve aile hayatlarına saygı gösterilmesi, konutlarına ve yazışmalarına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir³⁴.

Gerçek ve tüzel kişilerin verilerinin işlenmesi amacıyla kullanılması ve paylaşılması onları çeşitli tehlikelere açık bırakmaktadır. Gerçek kişilerin kişisel yaşam alanları, özgürlükleri ve şahsi bilgilerinin risk altına girmesi halinde kişi varlığının zedelenmesi söz konusu olurken tüzel kişilerin veri gizliliğinin tehlikeye girmesi halinde sektördeki iş sırlarının ve işlem faaliyetlerinin sona ermesi tehlikesini doğurur. Kişisel verilerin gizliliğinin ihlal edilmesi ya da bu korumanın gereği gibi yerine getirilmemesi sebebiyle yalnızca sorumlu bulunan büyük emlak firmaları yanında bir mülkü kiraya veren özel şahıslar bakımından da ağır sonuçları bulunur.

34 Üzeltürk (n 13) 72; Develioğlu (n 15) 152; Tepe (n 17) 78; Dülger, Korunma (n 1) 101.

Kira sözleşmesi görüşmeleri ile başlayan ve sözleşmede kiracının, isim, soyisim, kimlik numarası, adres ve telefon numarası, medeni hali, mesleği, evcil hayvanı olup olmaması, kiralananda kimlerin kalacağına dair bilgiler dâhil olmak üzere pek çok bilgi bulunmaktadır. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu m.1 ile kişisel veri olarak kabul edilir nitekim kiracının şahsına dair bilgilerin varlığı GDPR m.9 ile özel olarak korunması gereken veriler kategorisinde yer almaktadır. Kira sözleşmesinde bu verilerin toplanması için yasal bir dayanak kabul edilmelidir. GDPR m.6/1'e göre "işleme faaliyeti, ancak aşağıdaki hususlardan en az biri geçerli olduğunda ve olduğu ölçüde, hukuka uygundur: (1) veri sahibinin bir ya da daha fazla sayıda spesifik amaca yönelik olarak kişisel verilerinin işlenmesine onay vermesi gerekir".

Veri sahibi (ilgili kişi, veri öznesi) haklarını kullanmadan önce onay vermesi ve kişisel verilerinin işleme faaliyetine konu edileceğine dair rızasını göstermesi gereklidir³⁵. Rıza yazılı, sözlü ya da dijital olarak verilebilir ve rızanın anlaşılır, açık, sade olması gereklidir. Rıza verilmesi gereken platformun dijital bir ortamda belirli kutucukların işaretlenmesi bir onay verme olarak yorumlanacaktır³⁶.

Avrupa Birliği Mevzuatı veya AB üyesi olan devletler bakımından taraflar Tüzük kurallarına uygun olarak bir veri sözleşmesi yapabilirler. Veri sorumlusunun kendi adına veri işleme faaliyetinin gerçekleştirilmesini istemesi durumunda veri öznesi ile bir veri işleme sözleşmesi yapmaktadır³⁷. Veri anlaşmasından dolayı veri öznesinin kişisel verilerin işlenmesine hizmet eden teknik tedbirlerin alınacağını, uzman bir çalışma yapılacağını, güvenilirliği ve işleme faaliyetlerinde yeterli güvenlik tedbirlerinin alınmasını talep edebilir³⁸.

Kira sözleşmesinin başlatılması bakımından sözleşme görüşmeleri esnasında kiracıya ulaşılabilmesi bakımından adresi, telefon numarası ya da diğer haberleşme bilgilerinin işlenmesi, isim ve soyisminin işlenmesi gereklidir³⁹. Tutulacak dosya sözleşmenin kurulması bakımından önemlidir. Otomatik olarak işlenecek veriler 6698 sayılı Kanun kapsamında koruma altındadır. Sözleşme görüşmeleri olumlu sonuçlanırsa kullanılması üzerine daha detaylı kişisel verilerin işlenmesi söz konusu olur. Kiracının gerekli bilgileri sözleşme kurulduktan sonra vermesi ve kişisel veri havuzunu genişletmesi mümkündür. Kiracının mesleği, işyeri çalıştırmaya dair ruhsatı, banka hesap bilgileri, evde kimlerle birlikte oturacağı, evcil bir hayvana sahip olup olmadığı gibi bilgilerin işlenmesi gerçekleştirilir. Tüzük (GDPR) uygulanması bakımından ise özellikle online emlak işlemlerinin günümüzde yaygın

35 6698 sayılı Kanun düzenlemesinde açık rıza kavramı kullanılmıştır. 6698 sayılı Kanun m.3/I-a'ya göre "belirli bir konuya ilişkin bilgilendirilmeye dayanan ve özgür iradeyle açıklanan rıza, açık rızadır". Rıza, kişisel verilerin işlenmesine ilişkin olarak veri öznesinin kişisel verilerinin işleme faaliyetlerinden nelerle karşılaşabileceğini bildiğini göstermektedir. Tüzük (GDPR) m.7 ile rıza kavramını düzenlemiştir buna göre "veri sahibinin bir beyan yoluyla ya da açık bir onay eylemiyle kendisine ait kişisel verilerin işlenmesine onay verdiğini gösteren özgür bir şekilde verilmiş spesifik, bilinçli ve açık göstergedir".

36 Dülger, Korunma (n 1) 105.

37 Turan Başara (n 6) 89 ; Dülger, Korunma (n 1) 112; Kelleher and Murray (n 4) 109; Fulford and Carey (n 4) 78 ; Tzanou (n 5) 56.

38 Develioğlu (n 15) 132; Üzeltürk (n 13) 73; Tepe (n 17) 82; Dülger, Korunma (n 1) 106.

39 Schneidereit and Porschke (n 27) 86; Hansen (n 31) 25; Kranz (n 31) 110; Schmidt and Hummel (n 31) 92; Kelleher and Murray (n 4) 72.

olarak gerçekleştirilmesi halinde kiracının kendisini doğrulayan ve niyetini ciddi olduğunu gösteren davranışlarla kişisel verilerinin veri sorumlusu tarafından işlenmesine erişilebilir kılacaktır.

Sözleşme görüşmeleri aşamasında Tüzük m.6/I-b düzenlemesi sözleşme görüşmeleri aşamasından tarafların kişisel verilerinin korunmasını sağlamaktadır. Bu düzenlemeye göre “işletme faaliyeti, ancak aşağıdaki hususlardan en az biri geçerli olduğunda ve olduğu ölçüde, hukuka uygundur: (b) veri sahibinin taraf olduğu bir sözleşmenin uygulanması veya bir sözleşme yapılmadan önce veri sahibinin talebiyle adımlar atılması için, işleme faaliyetlerinin gerekli olması”. Kiracının, dijital olarak yapacağı başvurular ya da kullandığı uygulamalarda henüz sözleşme görüşmelerindeyken çok fazla ve gereksiz bilgi vermesi istenebilir. Kişisel verilerin saklanması, işlenmesi bakımından veri sorumlusunun özen yükümlülüğü önem arz etmektedir⁴⁰. Kişisel verilerin işleme faaliyetleri bakımından yapılacak denetim bağımsız otoriteler tarafından titiz biçimde yapılmaktadır. Dolayısıyla veri sorumlusu bakımından sözleşme görüşmeleri aşamasında gereksiz ve detaylı bir veri işlenmesi esasen potansiyel bir risk oluşturmaktadır. Kiracının varlık durumu, hakkında icra dosyası, konutta kaç kişinin kalacağı ya da evcil bir hayvanın olup olmadığı gibi bilgilerin talep edilmesi sözleşmenin gerçekleşmesinden sonra talep edilebilecek bilgiler içerisinde olmalıdır⁴¹.

Kişisel verileri işlenen veri öznesinin haklarına ilişkin olarak 6698 sayılı Kanun m.11 ilgili kişinin hakları başlığı altında düzenleme yapmıştır. Bu düzenlemeye göre “herkes, veri sorumlusuna başvurarak kendisiyle ilgili; a) kişisel veri işlenip işlenmediğini öğrenme, b) kişisel verileri işlenmişse buna ilişkin bilgi talep etme, c) kişisel verilerin işleme amacını ve bunların amacına uygun kullanılıp kullanılmadığını öğrenme, ç) yurt içinde veya yurt dışında kişisel verilerin aktarıldığı üçüncü kişileri bilme, d) kişisel verilerin eksik veya yanlış olması halinde bunların düzeltilmesini isteme, e) 7.maddede öngörülen şartlar çerçevesinde kişisel verilerin silinmesini veya yok edilmesini isteme, f) (d) ve (e) bentleri uyarınca yapılan işlemlerin, kişisel verilerin aktarıldığı üçüncü kişilere bildirilmesini isteme, g) işlenen verilerin münhasıran otomatik sistemler vasıtasıyla analiz edilmesi suretiyle kişinin kendisi aleyhine bir sonucun ortaya çıkmasına itiraz etme, (ğ) kişisel verilerin kanuna aykırı olarak işlenmesi sebebiyle zarara uğraması halinde zararın giderilmesini talep etme haklarına sahiptir”. Veri öznesinin haklarını bilmesine karşın bu hakların veri sorumlusu veya işleyen tarafından yapılan işlemde aydınlatma metni olarak yer alması mümkündür. Veri sorumlusu, yükümlülüklerini ihlal etmiş olması halinde doğan zararlardan ve borçlarından sorumludur. Doğan zararları tazmin etmesi gereklidir. Veri öznesi de haklarının korunmasını talep edecektir ve ilgili Kuruma şikâyette bulunabilir.

C. VERİ KORUMA HAKKININ İHLALİ

Kişisel verilerin kira sözleşmesi kapsamında korunması için yeni uygulamalar geliştirilmektedir. Online (çevrimiçi) formda gerçekleştirilen hukuki işlemler bakımından sanal dünyada

40 Cevdet Yavuz, Faruk Acar, ve Burak Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler* (Beta 2021) 857; Betül Tiryaki, ‘Özen Yükümlülükleri İle Sözleşmeden Doğan Koruma Yükümlülüklerinin İspat Yükü Bakımından Karşılaştırılması’ (2008) 12 (3-4) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 267, 272; Özge Erbek Odabaşı, ‘Borç İlişkisinden Doğan Yan Yükümlülerin Edim Yükümlüleriyle Karşılaştırılması’ (2020) 85 (3) İzmir Barosu Dergisi 61, 132.

41 Orientierungshilfe zur ‘Einhaltung von Selbstauskünften bei Mietinteressentinnen’ DSK, 2.Schneiderei and Porschke (n.27) 133.

oluşturulmaktadır. Online platformlarda sanal profil oluşturan kiracıların kendileri hakkında kiraya verene bilgi vermektedir. Emlak siteleri, kiralama ile ilgili uygulamalar ve internet sayfaları kiracıların bilgilerini işlemektedir. Bilgiler işlenip, değerlendirilir ve tarafların sözleşme görüşmeleri için gereken yeterli bilgiyi aktarır. Tüzük (GDPR) Avrupa Birliği içerisinde pek çok ülkede kira sözleşmesine dair yapılan hukuki işlemler için m.6 kapsamında geniş bir koruma sağlar. Kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesi ya da yasal düzenlemelere uygun hareket edilmemesi kişisel veri mahremiyetine saygı hakkının ihlalini oluşturur.

Kişisel verilerin hukuka aykırı işlenmesi, toplanması, kullanılması halinde ceza hukuku yaptırımları bulunur⁴². Türk Ceza Kanunu m.135-140 arasındaki yasal düzenlemeler ceza hukuku bakımından suç olan halleri düzenleme altına almıştır. Çalışmamız bu kapsamdaki sonuçları dışarıda bırakmıştır. Kira sözleşmesi yapılması amacıyla işleme faaliyetine konu olan kişisel verilerin ihlal edilmesinin sonuçları kişisel verilerin 6698 sayılı Kanunu'na ve Tüzük'e aykırı işleme faaliyeti bu başlık altında ele alınmıştır. Kişisel verilerin işlenmesi kapsamında hukuka aykırı kullanımlar ile yapılan ihlaller bakımından veri sorumlusu ve veri işleyen sorumludur. Kişisel verilerin güvenliği, doğruluğu, güncelliğinin denetimini yapmaktadırlar.

Kişisel verilerin gizliliğinin ihlal edilmesine ilişkin Tüzük m.35/I düzenlemesine göre “*özellikle yeni teknolojiler kullanıldığında ve işleme faaliyetinin mahiyeti, kapsamı, bağlamı ve amaçları dikkate alındığında bir işleme türünün gerçek kişilerin hakları ve özgürlükleri açısından yüksek bir riske sebebiyet vermesinin muhtemel olduğu hallerde, kontrolör, işleme faaliyetinden önce, öngörülen işleme faaliyetlerinin kişisel verilerin korunmasına olan etkisine ilişkin bir değerlendirme yapar. Tek bir değerlendirmede benzeri yüksek riskler taşıyan bir dizi benzer işleme faaliyeti ele alınabilir*”. GDPR m.35, veri koruma etki değerlendirmesi başlığı ile veri gizliliğinin korunmasına dair sorumluluğun kapsamını ve amaçlarını belirler. Veriyi işleyen kimsenin sorumluluğu bilgileri muhafaza ettiği gibi örneğin gelecekte önemi kalmamış bir bilgi var ise bunu da ortadan kaldırır. Koruma olası riskleri de ileriye yönelik olarak önler.

Bağımsız otoriteler tarafından denetime tabi tutulan veri sorumlusu ve veri işleyen ilgili yasal düzenlemeler bakımından işleme faaliyetlerinin denetimi yapılmaktadır. Tüzük m.35/4 ile kişisel verilerin, veri koruma kapsamında olup olmadığını ve işleme faaliyetinin denetimini yapılacağını düzenlemiştir. Denetim kapsamında kıyaslanabilecek değerlendirme listelerinden yardım alınır⁴³. Örneğin: kredi derecelendirme raporları, kiralananın sahip olduğu özellikler, kiracının kişisel bilgilerinin gereğinden fazla toplanması ve kullanılması ile gizliliğin ihlal edilmesine yol açan davranışlar⁴⁴. Bunların pek çoğu Tüzük m.22 ile açıklanmış olan ve veri sahibinin bir profil

42 Ceza Hukuku bakımından Kişisel Verilerin Korunması hakkında bkz Hale Akdağ, *Türk Ceza Kanunu Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması* (Adalet 2013) 78; Güçlü Akyürek, 'Kişisel Veriler ve Özel Hayatın Gizliliği Hakkı' (2011) (3) Suç ve Ceza 43, 45; Köksal Bayraktar, 'Kişisel Verilerin Kaydedilmesi, Verilmesi, Ele Geçirilmesi ve Yok Edilmemesi' *Özel Ceza Hukuku III (On İyi Levha 2018)* 627; Uğur Orhan, 'Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Türk Ceza Hukuku Düzenlemeleri Üzerine Değerlendirmeler' (2022) 70 (4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1359, 1362.

43 Kelleher and Murray (n 4) 312; Fulford and Carey (n 4) 124; Tzanou (n 5) 97.

44 Voigt and von dem Bussche (n 27) 61; Hansen (n 31) 89.

oluşturmasına imkân tanımış verilerdir. Etki değerlendirmesi yapıldıktan sonra kişisel verilerin gizliliğinin ihlal edilmesi bağlamında bir sonuca varılacaktır.

Veri sorumlusu ve veri işleyenin, veri mahremiyetine dair gerçekleşen ihlallerin online platformlardaki hesaplar ya da sayfalardaki veri işlenmesinden dolayı da sorumlulukları bulunmaktadır. Tüzük m.26/I c.2 maddesi bunu düzenlemiştir. Buna göre “*ortak kontrolörler, kontrolörlerin ilgili sorumlulukları kontrolörün tabi olduğu Birlik veya üye devlet hukuku çerçevesinde belirlenmedikçe ve belirlendiği sürece, özellikle veri sahibinin haklarının kullanımı ve 13 ve 14. maddelerde atıfta bulunulan bilgi sağlama görevleri ile ilgili olarak bu Tüzük kapsamındaki yükümlülüklerle uygunluğa ilişkin sorumluluklarını aralarındaki bir düzenleme vasıtasıyla şeffaf bir şekilde belirler*”. Örneğin: Alışveriş Merkezi içerisindeki dükkânlarına kiracı olarak müşteri bulmak isteyen mülk sahibi kiraya veren Facebook ya da diğer uygulamalar içerisinde vereceği fan sayfalarındaki işleyeceği kişisel verilere dair sorumluluk bu uygulamaların da dâhil edilmesine sebep olmaktadır⁴⁵. Veri mahremiyetini koruması ile ilgili bu verilerin hukuka aykırı biçimde işleyen sosyal medya uygulamaları, online platformlar (Facebook, Instagram vs.) ve kişiler hak ihlali yaratan paylaşımları ve bilgi aktarımlarından sorumlu kabul edilir⁴⁶.

Kişisel verilerin işlenmesi ile ilgili yapılan sözleşme dolayısıyla veri sorumlusunun öncelikle veri öznesini aydınlatma yükümlülüğü bulunmaktadır⁴⁷. 6698 sayılı Kanun m.10 düzenlemesine göre “*kişisel verilerin elde edilmesi sırasında veri sorumlusu veya yetkilendirdiği kişi, ilgili kişilere; veri sorumlusunun ve varsa temsilcisinin kimliği, kişisel verilerin hangi amaçla işleneceği, istenen kişisel verilerin kimlere ve hangi amaçla aktarılacağı, kişisel veri toplamanın yöntemi ve hukuki sebebi, 11.maddede sayılan diğer hakları konusunda bilgi vermekle yükümlüdür*”. Veri sorumlusunun bu yükümlülüklerini ihlal etmesi özen yükümlülüğünün ihlalini oluşturmaktadır. Kira sözleşmesi bakımından bu amaca hizmet eden kişisel verilerin toplanması, kullanılması ya da işlenmesi bakımından veri sorumlusu kiraya veren ve veri işleme yetkisine sahip işletmeler, veri öznesine karşı aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmelidir. Aydınlatma metninin sunulması ve bilgilendirme yapılması veri işlenmesinin hukuka uygunluk nedenini oluşturan bir unsurdur.

Kişisel verileri hukuka aykırı olarak kullanılan veri öznesi hak ihlali sebebiyle 6698 sayılı Kanuna dayanarak veri mahremiyetinin ihlal edilmesi sebebiyle m.13’e göre başvuru ve şikâyet hakkını da kullanabilir. 6698 sayılı Kanun m.13/Te göre “*ilgili kişi, bu Kanunun uygulamasıyla ilgili taleplerini yazılı olarak veya Kurulun belirleyeceği diğer yöntemlerle veri sorumlusuna iletir*”. Veri sorumlusu kendisine yapılan bu başvuru üzerine en geç otuz gün içinde bir değerlendirme yaparak kararı ilgili veri öznesine bildirecektir⁴⁸. Bu süreçte yapılan tüm işlemler Kanun gereği ücretsizdir. Yapılacak başvuru değerlendirme sürecinde ek bir maliyetin işin niteliği gerektiriyorsa Kurulca belirlenmiş

45 Facebook bir sosyal medya uygulaması olmasına karşın aynı zamanda Tüzük m.26/I kapsamındaki kurallara uymakla yükümlü bir veri sorumlusudur. Kendisinin site anlaşmaları teklifi kapsamında veri işleyen olarak sorumlu olacağı düzenlenmiştir. <https://de-de.facebook.com/legal/terms/page_controller_addendum> (Erişim Tarihi 04.08.2023)

46 Kemal Atasoy, ‘Kişilik Hakkı Kapsamında Sosyal Medyada Kişisel Verilerin Korunması ve Veri Sahibinin Rızası’ (2016) in *Cevdet Yavuz’a Armağan* 270, 275; Dülger, Değerlendirilme (n 12) 145; Develioğlu (n 15) 133; Determann (n 6) 134.

47 Çekin (n 6) 97; İmançlı 78; Küzeci (n 29) 87; Çelikel (n 16) 125.

48 Baskın (n 5) 105; Çekin (n 6) 122; Develioğlu (n 15) 120; Aksoy (n 10) 156.

tarifeye göre ücretlendirilir. Veri sorumlusu, ilgili veri öznesinin talebini kabul ya da ret kararı verecektir ve bu kararın gerekçeli olması gereklidir. Başvuru talebi kabul kararı alması halinde ilgili işlem veri sorumlusu tarafından yerine getirilir. İhlal edilen kişisel verilerin silinmesi, hukuka uygun olarak düzeltilmesi gerçekleştirilir. Veri öznesi ek ödeme yapmış ise başvuru değerlendirilmesi için ve başvurusu kabul kararı almış ise bu durumda yapmış olduğu harcamalar tarafına iade edilir.

Kişisel verilerinin hukuka aykırı olarak işlenmesi, veri mahremiyetinin ihlal edilmesine dair veri öznesinin veri sorumlusuna yapmış olduğu başvuru reddedilir ise bu durumda 6698 sayılı Kanun m.14 düzenlemesi uygulama alanı bulacaktır. Bu yasal düzenlemenin birinci fıkrasına göre “*başvurunun reddedilmesi, verilen cevabın yetersiz bulunması veya süresinde başvuruya cevap verilmemesi hallerinde; ilgili kişi, veri sorumlusunun cevabını öğrendiği tarihten itibaren otuz gün ve her halde başvuru tarihinden itibaren altmış gün içinde Kurula şikâyette bulunabilir*”. Başvurusu reddedilen ve Kurula şikâyette bulunan veri öznesinin şikâyeti incelemeye alınacaktır bunun yanında şikâyet eğer ihlal iddiası öğrenilmişse Kurul tarafından resen incelemeye alınacaktır⁴⁹. Kurul yapacağı inceleme gereğince veri sorumlusundan konuya ilişkin bilgi ve belgeleri isteyebilir ve bunların veri sorumlusu tarafından on beş gün içerisinde gönderilmesi gereklidir. Kurul yapacağı değerlendirme sonucunda altmış gün içerisinde cevap verecektir aksi halde şikâyet reddedilmiş sayılır. Kurul yapacağı değerlendirme sonucunda kişisel verilerin hukuka aykırı kullanımını tespit ederse ya da veri mahremiyeti ihlalinin varlığına hükmederse veri sorumlusunun bunu düzeltmesini talep edecektir. Kurulun bu kararının tebliğinden itibaren en geç otuz gün içerisinde kararın yerine getirilmesi gerekir. Kurul yapacağı değerlendirme sonucunda kabul kararı alır ve ihlalin giderilmesine ilişkin işlemleri başlatabilir ancak veri öznesinin görmüş olduğu zararın tazminine dair bir değerlendirme ve işlem yapamayacaktır⁵⁰. Tazminat talebine ilişkin yargı yoluna gidilmesi gerekir.

Kişisel verilerin hukuka aykırı işlenmesi ya da veri mahremiyetinin korunmaması sebebiyle kişilik haklarının korunması bakımından gerekli tedbirlerin derhal alınması gereklidir. Bu önlemler durdurma veya iptal etme şeklinde olabilir. 6698 sayılı Kanun m.15/7 düzenlemesine göre “*kurul, telifsiz güç veya imkânsız zararların doğması ve açıkça hukuka aykırılık olması halinde, veri işlenmesinin veya verinin yurt dışına aktarılmasının durdurulmasına karar verebilir*”. Türk Medeni Kanunu kişilik haklarının korunması için alınacak önlemleri durdurma, önleme ya da işlemin tespit edilmesi biçiminde düzenlemiştir⁵¹. Kişisel verilerin ihlal edilmesi dolayısıyla veri öznesi kişilik hakkının ihlal edilmesinden dolayı tazminat talebinde bulunabilir. Örneğin: Araç kiralama uygulamasından bir

49 Dülger, Korunma (n 1) 109; Develioğlu (n 15) 78; Küzeci (n 29) 162; Çelikel (n 16) 156.

50 “*Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 16.01.2020 Tarihli ve 2020/41 Sayılı Karar Özeti, İlgili kişinin kişisel verilerinin hukuka aykırı işlendiği iddiası kapsamında veri sorumlusu bankadan talep ettiği tazminat talebinin karşılanmaması hakkında başvuruda, Kurul, “zarara uğradığı ve buna yönelik bir tazminat talebi söz konusuysa, Kanununun 14’üncü maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan “Kişilik hakları ihlal edilenlerin, genel hükümlere göre tazminat hakkı saklıdır.” hükmü çerçevesinde, söz konusu talebini genel mahkemeler huzurunda kullanması gerektiği, hususlarını göz önünde bulundurarak Kanun kapsamında yapılacak bir işlem bulunmadığına karar vermiştir.*” <<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6714/2020-41/>> (Erişim Tarihi 10.08.2023), Çelikel (n 16) 158; Özkan (n 6) 198; Aksoy (n 10) 56; Emel Badur ve Nesibe Kurt Konca, ‘Kişisel Verilerin Hukuka Aykırı İşlenmesinden Doğan Zararlarının Tazmini ve Görevli Mahkeme’ (2022) 13 (2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 476, 478.

51 Seyfullah Edis, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri* (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi 1977) 75; Oğuzman ve Barlas (n 9) 115; Aksoy (n 10) 121; Dural ve Sarı (n 9) 89; Öztan (n 9) 126.

araba kiralamak isteyen kişinin telefon numarası, iletişim bilgileri, kimliği ve banka kartı ile ilgili veri paylaşımının bu verilerin üçüncü kişilerle paylaşılmasıdır. Bu verilerin kullanılarak sahte kimlik oluşturulması, banka hesap bilgilerinin üçüncü kişilerle paylaşılması gibi hukuka aykırı kullanılması kişi özel yaşam hakkının ihlal edilmesi, veri mahremiyetini korunması hakkının ihlalini oluşturur. Kişisel verilerin ihlal edilmesi halinde veri öznesinin uğrayacağı zarar doktrinde tartışılmaktadır⁵². 6698 sayılı Kanun düzenlemesi bakımından kişisel verilerin ihlal edilmesi üzerine yapılan vurgu “*kişilik hakkının ihlal edilmesi*” şeklindedir. Veri öznesi olan kişinin verilerinin hukuka aykırı olarak işlenmesi sonucunda şahıs hakkının zarar görmesi mümkündür. Kişisel verilerin ihlali maddi zarara yol açabileceği gibi yapılan ihlalden duyulan üzüntü, acı ya da keder şeklinde manevi zarar olarak da ortaya çıkması mümkündür. Örneğin: kira sözleşmesi kurmak amacıyla emlak sayfasında yer alan formda fotoğrafını paylaşan veri öznesi kiracının bu fotoğrafının alenileştirilmesi sebebiyle duyduğu üzüntü manevi şahıs varlığı zararı kapsamındadır⁵³. Kira sözleşmesi yapmak amacıyla online olarak emlak web sayfalarında yapmış olduğu veri paylaşımlarının hukuka aykırı olarak üçüncü kişilerle paylaşılması ve banka hesap bilgilerinin çalınması sonucu uğranılan zarar ise maddi zarar olarak kabul edilir⁵⁴.

Türk Medeni Kanunu m.24'e göre “*hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldıran kimse, hâkimden saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir. Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel ya da kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır*”. Kiracının kişisel verilerinin ihlal edilmesi halinde uğrayacağı kişilik haklarına gelen zarar bakımından kiracı TMK m.25 uyarınca saldırı tehlikesi varsa bunun önlenmesini, durdurulmasını ya da sona ermiş ise hukuka aykırılığının tespit edilmesini talep edebilir. Kişisel verilerin ihlal edilmesi dolayısıyla kiracı maddi ve manevi olarak zarar görmüşse bunların tazmin edilmesini isteyebileceği gibi TMK m.25/III uyarınca “*zarar görenin maddi ve manevi tazminat talepleri ile hukuka aykırı saldırı nedeniyle elde edilen kazancın vekâletsiz iş görme hükümlerine göre iadesi istenecektir*” kazanç iadesini de talep edebilir. Türk Medeni Kanunu bu düzenleme ile kişisel veri ihlali halinde kişinin zarar görmesini kapsamına almaktadır. Çünkü kişisel veri, kişi bütünlüğünün bir parçasını oluşturmaktadır ve 6698 sayılı Kanun kişilik hakkı kapsamında korunan bir değer olarak düzenlemiştir.

Tüzük m.82 ile tazminat hakkı ve zarardan sorumluluğu düzenlemiştir. Tüzüğün 82.maddesinin birinci fıkrasına göre “*bu Tüzüğe ilişkin bir ihlal sonucu maddi veya manevi zarar gören herhangi bir kişi, yaşanan zarara ilişkin olarak kontrolör veya işleyiciden tazminat alma hakkına sahiptir*”.

52 Kişisel veri ile kişilik hakkı arasında fark bulunduğunu bu sebeple koruma bakımından farklı rejimlerin kabul edilmesi gerektiğini savunan bir görüş bulunmaktadır. Kişisel veri kavramının kişilik hakları bakımından malvarlığı hakkı (mülkiyet veya fikri mülkiyet hakkı) olduğunu kabul etmektedirler. Bu durumda kişisel verilerin temel bir insan hakkının korunması kapsamında olduğu kabul edilmektedir. Bunun yanında kişisel verilerin pratikte ekonomik bir değeri bulunması kabul edilmektedir ve ekonomik bir hak olarak korunabileceği de savunulmaktadır. Kişilik hakkı kapsamında kişisel sırrı ve alanı kapsamına alması bakımından bu verilerin kişisel alanın bir parçası olması ve kişilik hakkının korunması altında olduğu da kabul edilen bir diğer görüştür. İlgili görüşlere ilişkin bkz Aksoy (n 10) 38; Taştan (n 5) 51–52; Baskın (n 5) 46; Küzeci (n 29) 66; Özkan (n 6) 21; İmançlı 50; Tepe (n 17) 43–44; Badur ve Kurt Konca (n 50) 483.

53 Yargıtay 4 HD, E 2019/979 K 2019/2679, 08.05.2019 <<https://www.karartek.com.tr/>> (Erişim Tarihi 12.08.2023).

54 Yargıtay CGK, E 2012/12-1510 K 2014/331, 17.06.2014 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> (Erişim Tarihi 15.08.2023).

Tüzük kişisel verilerin işlenmesi kapsamında yaşanan ihlalin bir zarar doğurması halinde kişisel verileri ihlal edenlerin tazminattan sorumlu tutulacağını veri sorumlusu ile veri işleyenin kusurları sebebiyle doğan zararı tazmin etmesi gerektiğini düzenlemiştir. 6698 sayılı Kanun ile Tüzük arasında yapılacak bir değerlendirme Tüzük'ün daha ayrıntılı ve kapsamlı bir yasal düzenleme yapmış olduğudur. İlgili madde içerisinde zararın türü, zararın süjesi, zarardan sorumlu kişiler ve sorumluluklarının kapsamı düzenlenmiştir. Veri işleme faaliyetine katılan her veri sorumlusu doğmuş olan zarardan sorumlu tutulmuştur ancak veri işleyenlerin işleme faaliyetinde üstlendikleri görev ve yükümlülükler uymamasından doğan zararlardan sorumlu olduğu kabul edilmiştir⁵⁵. Tüzük m.82/3'e göre “zarara sebep olan olaydan hiçbir şekilde sorumlu olmadığını kanıtlaması halinde, bir kontrolör veya işleyici bu sorumluluktan muaftır”. Kusur sorumluluğu bu düzenleme ile açıkça belirtilmiştir ve veri sorumlusunun ya da işleyen tazminat yükümlülüğünden kurtulabilmeleri için kendi kusursuzluklarını kendilerinin ispat etmesi gereklidir. Düzenlemenin devamında birden fazla veri sorumlusu ya da işleyen bulunması halinde aynı işleme faaliyetini yapanlar birlikte (müteselsil) sorumlu tutulmuştur. Nitekim 6698 sayılı Kanun im.12/2'ye göre de “veri sorumlusu, kişisel verilerin kendi adına başka bir gerçek veya tüzel kişi tarafından işlenmesi halinde, birinci fıkrada belirtilen tedbirlerin alınması hususunda bu kişilerle birlikte müştereken sorumludur” şeklinde düzenleme yapılmıştır.

Kira ilişkisi kurulması amacıyla paylaşılan verilerin hukuka aykırı kullanımı ve veri mahremiyetinin ihlali sözleşmeden doğan borçların ihlal edilmesine de sebep olabilir. Nitekim kira sözleşmesi bakımından veri sorumlusu özen yükümlülüğünü ihlal etmiş ve zarara sebep olmuş ise kiracının zararını tazmin edecektir. Kira sözleşmesi içerisinde kişisel verilerin işlenmesine dair yükümlülükler diğer davranış yükümlülükleri içerisinde değerlendirilmelidir. Sözleşmeden doğan birincil yükümlülükler içerisinde edim menfaati taşımayan borçlar diğer davranış (özen) yükümlülükleridir⁵⁶. Diğer davranış yükümlülükleri yardımcı ve koruma yükümlülükleridir. Bunlar sözleşmede edim menfaatlerinin yerine getirilmesi bakımından önemlidir. Edim yükümlülüklerine bağımlıdırlar⁵⁷. Kişisel verilerin işlenmesi sebebiyle veri sorumlusunun yükümlülüğü koruma yükümlülüğü niteliği taşımaktadır. Sözleşme görüşmeleri ile başlayan ve sözleşme bittikten sonra da devam eden bu yükümlülük oldukça geniş bir kapsama sahiptir. Veri sorumlusu bu yükümlülüğünü hiç ya da gereği gibi getirmemesi halinde oluşan zarardan sorumludur. Bu durum sözleşmenin müspet ihlali olarak değerlendirilir ve doğan zararın tazmini gereklidir⁵⁸.

55 Kelleher and Murray (n 4) 257; Fulford and Carey (n 4) 31; Tzanou (n 5) 104; Badur ve Kurt Konca (n 50) 483; Dülger, Korunma (n 1) 103.

56 Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Turhan 2020) 34; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri* (Yetkin 2021) 56; Selahattin Tekinay et al., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Filiz 1993) 33; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Yetkin 2017) 26; Wolfgang Fikentscher and Andreas Heinemann, *Schuldrecht Allgemeiner Und Besonderer Teil* (Springer 2017), 18; Rolf Schmidt, *Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldverhältnisse, Leistungsstörungsrecht, Verbraucherschutzrecht* (Neuaufgabe 2016) 32.

57 Kılıçoğlu (n 56) 34; Eren (n 56) 32; Necip Kocayusufpaşaoğlu et al., *Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme C.1* (Filiz 2017) 29; Gümüş (n 56) 56; Tilman Bezenberger, *Schuldrecht Besonderer Teil I* (Vahlen 2020) 75; Frank Weiler, *Pflichten Aus Dem Schuldverhältnis in: Schuldrecht Allgemeiner Teil* (Nomos 2014) 35.

58 Turan Başara (n 6) 85; Özkan (n 6) 107; Badur ve Kurt Konca (n 50) 482.

Sözleşmenin müspet ihlali sözleşme kapsamındaki yan edim yükümlülükleri ile diğer davranış yükümlülüklerinin ihlali bakımından önemli bir kurumdur. Tarafların sözleşme kurmak amacıyla kuracakları sosyal temas kuralları ve devamında kurulan sözleşmeden doğan yan edim yükümlülükleri ile karşılıklı devam eden yükümlülüklerin ihlal edilmesi halinde tarafların başvurabilecekleri önemli bir hukuki yoldur⁵⁹.

Sosyal temas dolayısıyla tarafların birbirlerine güven duymaları ve hukuki bir işlem yapacak olması taraflara yasal sorumluluklar yüklemektedir. Veri sorumlusu ve veri işleyen kiracının kişisel verilerin toplanması, kullanılması ve silinmesi ya da saklanması bakımından bu kurulan sosyal temas (işlemsel temas) itibariyle üstlendikleri sorumlulukları yerine getirmelidir. Kişisel verilerin işlenmesine ilişkin yasanın yüklediği davranış yükümlülükleri, koruma yükümlülüğü niteliğinde olduğundan sözleşme kurulmasından itibaren devam eder⁶⁰. Kira sözleşmesi sonlanmış olsa bile kiracının kira sözleşmesinin kurulması amacıyla paylaşmış olduğu kişisel verilerin korunmasına yönelik yükümlülük devam etmektedir. Kişisel verilerin işleme faaliyeti kapsamında gerçekleşen ihlal sözleşme sonrasında yaşanmış olabilir. Örneğin: kira sözleşmesi kurulması için paylaşılan kişisel veriler sözleşme sonra erdikten sonra veri sorumlusu kiraya veren ya da veri işlemekle yetkilendirilen tarafından alenileştirilmiş, saklanmış ya da kullanılmış olabilir, hukuka aykırı olarak işlenmeye devam edilmiş olabilir. Bu durumda culpa post contrahendum sorumluluğu söz konusu olacaktır⁶¹. Kiracı culpa in contrahendo sorumluluğunda olduğu gibi sözleşmenin ihlal edilmesinden dolayı tazminat talebinde bulunabilir⁶². Kişisel verilerin işlenmesinden doğan yükümlülükleri diğer davranış yükümlülükleri (özen) kapsamındadır ve sözleşmenin bitmiş olmasından sonra da devam eden koruma yükümlülüğü içerisinde ele alınmaktadır.

Veri sorumlusu ile veri öznesi arasında kurulan kira sözleşmesi kapsamında kişisel verilerin hukuka aykırı kullanılması ya da veri mahremiyetinin ihlal edilmesi halinde sözleşmeye aykırılıktan doğan zararın tazmin edilmesi bakımından TBK m.112 uygulama alanı bulacaktır. Bu düzenlemeye

59 Kişisel verilerin ihlal edilmesi dolayısıyla doğan sorumluluk haksız fiil kaynaklı olabileceği gibi bu çalışma içerisinde ele alınan kapsam sözleşmeden kaynaklı olmasıdır. Genel görünüş olarak haksız fiil hükümlerinin bu verilerin işlenmesinde hukuka aykırılık unsuru bulunması bakımından egemen olacağı düşünülse de tarafların bir sözleşmenin kurulması ve devam etmesi amacıyla bu verilerin işlenmesine onay vermeleri ve veri işleme faaliyetlerinin gerçekleştirilmesi esasen kapsamı tamamıyla sözleşmeden doğan borçlar içerisinde ele alınmasını gerektirir. Rona Serozan, 'Culpa in Contrahendo, Akdin Müspet İhlali ve Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlülerinden Bağımsız Borç İlişkisi' (1968) 2 (3) MHAD 108, 132.

60 Erbek Odabaşı (n 40) 168; Serozan (n 40) 171; Fülürü Yusufoglu, 'Borcun Yerine Getirilmesine Yönelik Olarak, Borçlanılan Edim Dışında Bir Şeyin Verilmesi' (2004) (1) GSÜHFD (Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan)142; Eren (n 56) 71; Murat Topuz, *İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukuku'nda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi* (Legal 2010) 135; Rudolf Von Jhering, 'Culpa in Contrahendo Oder Schadenersatz Bei Nichtigen Oder Nicht Zur Perfection Gelangten Vertagen' (1861) in *Jahrbücher Für Die Dogmatik Des Heutigen Römischen Und Deutschen Rechts* 10.

61 Topuz (n 60) 132; Peter Heinrich, *Handkommentar Zum Schweizer Privatrecht* (Genf 2012) 68; Jhering (n 60) 159; Susanne Hahnchen, *Rechtsgeschichte: Von Der Römischen Antike Bis Zur Neuzeit* (CFMüller 2016) 331; Heinrich Honsell, *Römisches Recht* (Springer 2001) 128; Türkan Rado, *Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku* (Filiz 2006) 68; Özcan Karadeniz Çelebicin, *Roma Hukuku* (Yetkin 2010) 46; Övünç Güvel, 'Roma Hukukunda Sorumluluk' (2017) 25 (2) Selcuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 375, 380.

62 Rado (n 61) 68; Topuz (n 60) 132; Güvel 71; Jhering (n 60) 159; Serozan (n 59) 110; Hahnchen (n 61) 331; Honsell (n 61) 87.

göre “*borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür*”. Kişisel verilerin ihlal edilmesine yönelik 6698 sayılı Kanun zararın tazmin edilmesi bakımından genel hükümlere gönderme yapmıştır. Zararın tespit edilmesi, hesaplanması ve tazmin edilmesi TBK m.112’ye göre gerçekleşecektir.

Sözleşmenin müspet ihlalinin kaynağını Alman Hukuku oluşturmaktadır. Borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi sözleşmenin müspet ihlali kapsamındaki bir ifa engeli olarak kabul edilmelidir. İmkânsızlık ve temerrüt dışında kalan bu alanda koruma yükümlülüklerinin de bulunduğu diğer davranış yükümlülüklerinin ihlal edilmesi kişisel verilerin mahremiyetinin korunmaması ya da hukuka aykırı kullanılması ile gerçekleşebilir. Ancak belirtmek gerekir ki sözleşme yalnızca müspet (olumlu) bir eylemle değil menfi (olumsuz) bir eylemle de gerçekleşebilir. Borcun hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemesi, kötü ifa ve ayıplı ifa kavramlarının bulunduğu sözleşmenin müspet ihlali bakımından tazminatın belirlenmesi ve zararın tazmin edilmesi esasen TBK m.112 hükmüne dayanacaktır.

Sözleşmenin müspet ihlalinin yaptırımı tazminattır. Sözleşmeden dönme, sözleşmeyi fesih, aynen ifa yaptırımları takdiri olarak sözleşmenin müspet ihlalinin sonucu olarak uygulama bulabilir⁶³. Kişisel verilerin ihlal edilmesi halinde asıl olan kiracının sözleşmeye aykırı hareket edilmesi sebebiyle doğan zararlarının tazmin edilmesini talep etmesidir. Burada kiracının uğradığı zarar sözleşmeye uygun hareket edilmemesinden doğan menfaatin zarar görmesidir. Borçlunun sözleşmeye uygun olarak davranmış olması halinde doğmayacak olan zararın tazmini müspet zarar olarak kabul edilir⁶⁴.

Kira sözleşmesinden doğan koruma yükümlülüklerinin ihlal edilmesi, sözleşmenin müspet ihlalinin oluşturur. Sözleşmenin müspet ihlalinin sonucunda doğan zararın tazmin edilmesi gereklidir. Kişisel verilerin mahremiyetinin ihlal edilmesi kişilik hakkının zarar görmesine neden olmuş ise bu sebeple doğan zararın tazmini talep edilecektir. Sözleşmeden doğan borçların ihlalinin sonucunda talep edilecek tazminat ile kişilik hakkının zarar görmesi sonucu talep edilecek tazminat sorumluluğu aynı değildir. Yarışan sorumluluk halinde TBK m.60 düzenlemesi uygulama alanı bulacaktır. TBK m.60 hükmü gereğince uğradığı zararın tazminini talep edebilir. Bu düzenlemeye göre “*bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabilir hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânını sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir*”.

Tazminatın hesaplanması bakımından ise çeşitli yöntemler savunulmaktadır⁶⁵. Doktrinde genel kabul görmüş olan ve sözleşmeye aykırılık sebebiyle hükmedilecek tazminatın belirlenmesinde esas

63 Kişisel verilerin ihlal edilmesi halinde sözleşmenin ilgili verinin yasal olarak kullanılmayan bir kişisel veri kullanımı halinde sözleşmenin feshedilmesi mümkündür. Veri sahibinin rızası olmaksızın kullanılan bir veri artık bir güvenlik açığı ortaya çıkarmaktadır bu durumda kiracının menfaatleri ihlal edilmiş olacaktır. Serozan (n 59) 35–36.

64 L. Müjde Kurt, ‘Zarar Görenin Zararı Azaltma Külfeti’ (2015) 64 (3) AÜHFD 775, 778; Eren (n 56) 1118; Ayşe Havutçu, *Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini* (Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları 1995) 37.

65 Fulya Erlüle, *Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat* (On İki Levha 2015) 123; Özlem Bal, ‘Manevi Tazminat Miktarının Belirlenmesi’ (2011) *Prof.Dr.Sarper Süzekè Armağan* 88; Osman Gökhan Antalya, *Manevi Zararın*

alınacak yöntem fark teorisi⁶⁶ (*Differenztheorie*). Bu teoriye göre kiracı, kiraya verenden talep edeceği tazminatın kapsamını kendisinin borçlandığı borcun değerini mahsup ederek geriye kalan kısmı talep edecektir⁶⁷. Sözleşme ile doğan borçların ifasına karşılık olarak bu borçların değeri hesap edilecek ve ödenecek tazminat bedelinden düşülecektir. Kira sözleşmesi dolayısıyla kişisel verileri ihlal edilen ya da bu sözleşmenin kurulması amacıyla paylaştığı verilerin hukuka aykırı olarak kullanılması sonucunda kiracının sözleşmenin müspet ihlalden dolayı talep edebileceği tazminat bu hukuka aykırı veya ihlalin gerçekleşmesine elverişli durumların öncelikle ortadan kaldırılmasıdır. Örneğin: abonman sözleşmeleri için kiracının telefon numarasının ya da mail adresinin kullanılması⁶⁸, kiracının apartman ziline yazan isminin alenileştirilmesi, kiracının iletişim bilgilerinin sosyal medya üzerinde reklam amaçlı rızasız paylaşılması kişisel veri mahremiyetinin ihlalinin oluşturmaktadır. Yapılan paylaşımların durdurulması ve yapılmış olanların iptal edilmesi, silinmesini talep edebilir. Kişisel verilerin ihlali dolayısıyla talep edebileceği tazminatın kapsamı içerisinde malvarlığı içerisinde yapmış olduğu maddi zararların aynen iadesi bulunmaktadır⁶⁹.

SONUÇ

Dijitalleşme konut ve işyeri sektörü bakımından büyük bir alanı kaplamaktadır. Karmaşık süreçlerin basit bir süzene ve sistematige konulması ve veri tabanlarının büyük bir ekonomik potansiyeli bulunmaktadır. Dijitalleşme sonucunda kullanılan uygulama ve sistemlerin basit bir kontrol ve denetime tabi tutulması yasal düzenlemelerle sağlanmaya çalışılmıştır. Veri koruma ve kişisel verilerin mahremiyetine dair düzenlemeler çeşitli ve karmaşık nitelikte olabilir. Bu kapsamda kira sözleşmesi imzalanmadan önce ve daha sonrası için ilgili tarafların ve özellikle kiracının kişisel veri mahremiyetinin korunması önemlidir. Veri sorumlusu ve veri işleyenin özen yükümlülüğü bu çalışma içerisinde incelemiştir. Yapılan değerlendirmeler 6698 sayılı Kanun ve Avrupa Genel Veri Koruma Tüzüğü kapsamında detaylandırılmıştır.

Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması (Legal 2017) 25; Hülya Atlan, *Manevi Zararı Tazmin Yolları* (On İki Levha 2015) 45. Rona Serozan, Başak Baysal, ve Kerem Cem Sanlı, *Serozan Borçlar Hukuku Genel Bölüm - İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme* (On İki Levha 2022) 136; Özkan Özyakışır ve Muhammed K Ganbari, 'Sözleşme Öncesi Görüşmelerin Kesilmesi Bağlamında Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Olumsuz Zarar' (2020) 28 (2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 745, 749; Zafer Zeytin, 'Alman Hukukunda Zarar Kavramı ve Gelişimi - I: Maddi Zarar Olarak Özel Kullanım Kaybı' (1999) XX (2) BATIDER 1300, 1310; Havutçu (n 64) 65.

66 "Müspet zararın hesaplanması bakımından iki tür teori doktrinde kabul görmektedir. Bu ayrımın sebebi sözleşmenin ortadan kalkmadan içeriğini değişmesi ve alacaklının müspet zararın tazminin talep ederken kendi edimini de ifa etmek zorunda olması ya da kendi ediminin değerini müspet zarardan çıkarıp geriye kalan miktarı talep etmesinin mümkün olmasıdır. Mübadele (*Austauschtheorie*) ile Fark (*Differentheorie*) bu ayrımın sonucunda ortaya çıkan tazminat yöntemleridir.", Friedrich Mommsen, *Beiträge Zum Obligationenrecht. 1: Die Unmöglichkeit Der Leistung in Ihrem Einfluß Auf Obligatorische Verhältnisse* (Schwetschke 1853) 57; Havutçu (n 64) 113; Nihat Yavuz, *Kira Sözleşmesinin Feshi, Bedelin Belirlenmesi, Alacağı ve Tazminat Davaları* (Adalet 2013) 58.

67 Eren (n 56) 1118; Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Vedat 2018) 517; Kılıçoğlu (n 56) 727.

68 Yargıtay 7 HD, E 2016/22931 K 2016/21376, 19.12.2016 <<https://www.corpus.com.tr/>> (Erişim Tarihi 19.08.2023).

69 Antalya (n 65) 32; Havutçu (n 64) 45; Badur ve Kurt Konca (n 50) 480.

Veri sorumlusu ve veri işleyen kişisel veri mahremiyetini korunmasına dair özen yükümlülüklerinin kapsamında kiracının bilgilendirilmesi ve aydınlatılması yükümlülüğü bulunur. Çalışma içerisinde kişisel verilerin işlenmesine dair ilgili tüm kayıtlar, bilgiler ve açıklamalar öz, şeffaf, anlaşılabilir ve kolay erişim olacak biçimde veri öznesi olan kiracıya sunulması gerektiği belirtilmiştir. Kira hukuku kapsamında konut ve işyeri kiralaması için araç kiralaması için kullanılan uygulamalar ve diğer dijital platformların önemine yer verilmiştir. Apartmanın zil panosunda sade isimlerin yazılı olması, sözleşme görüşmelerinde paylaşılan adres, telefon ya da mail gibi bilgilerin ve sözleşme sonrasında banka hesap bilgilerinin ve daha kira sözleşmesi kapsamında işlenen verilerin korunması, saklanması ya da silinmesinin hukuka uygun olarak gerçekleştirilmesi veri sorumlusu kiraya verendedir.

Sonuç olarak kira sözleşmesi kurulması amacıyla paylaşılan verilerin, veri sorumlusu ve veri işleyen tarafından hukuka uygun olarak işlenmesi gereklidir. Bunun denetimi bağımsız otoriteler tarafından yapılmaktadır ve ihlal halinde yaptırımları bulunur. Kişisel verilerin paylaşılması kapsamında tarafların hem kişilik haklarından hem de kira sözleşmesinden doğan haklarının korunması çerçevesinde genel yasal düzenlemeler bulunmaktadır ve bu düzenlemeler veri sorumlusu ile veri işleyen sorumluluklarını ciddi biçimde disipline etmektedir. Günümüzde gelişmekte olan ve artık pek çok işlemin çevrimiçi ortamlarda kolayca yapıldığını görmekteyiz. Yasaların ve bu yasaların uygulanmasının gelişimlere ayak uydurması gerekir. Kişisel verilerin işlenmesine dair sosyal farkındalığın oluşturulması dijitalleşen dünyanın bir gereğidir. Veri sahibinin kişilik haklarının korunması ve veri sorumlusunun borçlarını gereği gibi ifa etmesi umuyoruz ki gelişimle birlikte daha disiplinli bir biçimde gerçekleşir.

KAYNAKÇA

- Aksoy HC, *Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakları Yönünden Kişisel Verilerin Korunması* (Çakmak 2010).
- Albrecht JP, 'How The GDPR Will Change The World' (2016) (287) *Europa Dra Protect Law Review* 287-290.
- Antalya OG, *Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması* (Legal 2017).
- Atasoy K, 'Kişilik Hakkı Kapsamında Sosyal Medyada Kişisel Verilerin Korunması ve Veri Sahibinin Rızası' (2016) (Cevdet Yavuz'a Armağan) 270-303.
- Atlan H, *Manevi Zararı Tazmin Yolları* (On İki Levha 2015).
- Badur E ve Kurt Konca N, 'Kişisel Verilerin Hukuka Aykırı İşlenmesinden Doğan Zararlarının Tazmini ve Görevli Mahkeme' (2022) 13 (2) *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 476-90.
- Bal Ö, 'Manevi Tazminat Miktarının Belirlenmesi' (2011) (Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan) 1257-67.
- Baskın O, *Kişilik Hakkı Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması* (Seçkin 2021).
- Bezenberger T, *Schuldrecht Besonderer Teil I* (Vahlen 2020).
- Çekin MS, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku* (On İki Levha 2019).
- Çelikel S, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Kapsamında Veri Sorumlusu ve Veri Sorumlusunun Yükümlülükleri* (Seçkin 2022).
- Dalcı Özdoğan N, 'Sözleşmenin Yorumunda Gerçek İradenin Tespiti' (2017) 8 (1) *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 33-52.
- Determann L, *Kişisel Verilerin Korunması Uygulama Kılavuzu* (On İki Levha 2020).

- Develioğlu HM, 6698 sayılı *Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile Karşılaştırmalı Olarak Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Uyarınca Kişisel Verilerin Korunması Hukuku* (On İki Levha 2017).
- Dülger MV, 'Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması' (2019) 1(2) Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 71-175.
- — — 'GDPR'da Bulunan Ancak KVKK'da Yer Verilmeyen Bir Kavram: Ortak Veri Sorumlusu Kavramı ve Güncel Kararlar Işığında Değerlendirilmesi' (2021) SSRN < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3792323> .
- Dural M ve Sarı S, *Türk Özel Hukuku, C.I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri* (Filiz 2011).
- Edis S, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri* (Ankara Üniversitesi Yayınları 1977).
- Erbek Odabaşı Ö, 'Borç İlişkisinde Doğan Yan Yükümlülerin Edim Yükümlüleriyle Karşılaştırılması' (2020) 85 (3) İzmir Barosu Dergisi 61-155.
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Yetkin 2017).
- Erlüle F, *Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat* (Seçkin 2015).
- Fikentscher W and Heinemann A, *Schuldrecht Allgemeiner und Besonderer Teil* (De Gruyter 2017).
- Fulford N and Carey P, 'Special Categories of Data' (2018) Data Protection A practical Guide to UK and EU Law 120-200.
- Gümüş MA, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri* (Yetkin 2021).
- Güvel Ö, 'Roma Hukukunda Sorumluluk' (2017) 25 (2) *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 401-32.
- Guzman A ve Meyer T, 'International Soft Law' (2010) 2 (1) *Journal of Legal Analysis* 171-225.
- Hahchen S, *Rechtsgeschichte: Von der Römischen Antike bis zur Neuzeit* (CF Müller 2016).
- Hansen M. 'Art.35, 36 DSGVO' İçinde Beck'scher Online-Kommentar Datenschutzrecht (C.H.Beck 2016).
- Havuçtu A, *Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini* (Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları 1995).
- Heinrich P, *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (CHBeck 2012).
- Helvacı S, *Gerçek Kişiler* (Filiz 2012).
- Honsell H, *Römisches Recht* (Springer 2001).
- İmançlı C, *Kişisel Sağlık Verilerinin Korun(a)mamasından Doğan Özel Hukuk Sorumluluğu* (On İki Levha 2020).
- Jhering R 'Culpa in Contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Vertagen' (1861) İçinde *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Rechts* 1-112.
- Kamps M 'Das vernetzte Auto als Herausforderung für den Datenschutz' (2014) 66 (2) *Internationales Verkehrswesen* 1-19.
- Karadeniz Çelebican Ö, *Roma Hukuku* (Yetkin 2010).
- Kelleher D ve Murray K, *EU Data Protection Law* (Bloomsbury 2019).
- Kılıçoğlu A, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Turhan 2020).
- Kocayusufoğlu N, Hatemi H, Serozan R ve Arpacı A, *Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme C.1* (Filiz 2017).
- Kranz I, 'Die Datenschutz-Grundverordnung und ihre Auswirkungen auf die Immobilienwirtschaft' (Wien Universität 2019).
- Kurt LM, 'Zarar Görenin Zararı Azaltma Külfeti' (2015) 64 *AÜHFD* 775-814.
- Küzeci E, *Kişisel Verilerin Korunması* (On İki Levha 2020).
- Metin B, Erkan S, Atasu İ ve Yılmaz E, 'Privacy Impact Assessment as a Tool for GDPR Compliance Preparation' (2019) I (2) *Kişisel Verileri Koruma Dergisi* 75,-85.

- Mommsen F, *Beiträge zum Obligationenrecht. 1: Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse* (Schwetschke 1853).
- Oğuzman K ve Barlas N, *Medeni Hukuk* (On İki Levha 2021).
- Oğuzman K ve Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Vedat 2018).
- Özdemir H, *Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması* (Seçkin 2009).
- Özer Deniz M, 'Kişisel Verilerin İşlenmesi Sözleşmesinin Türleri ve Hukuki Nitelikleri' (2023) 6 (1) Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 97-114.
- Özkan O, *Kişisel Verilerin Korunması* (Yetkin 2020).
- Öztan B, *Medeni Hukukun Temel Kavramları* (Turhan 2019).
- Özyakışır Ö ve Ganbari MK, 'Sözleşme Öncesi Görüşmelerin Kesilmesi Bağlamında Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Olumsuz Zarar' (2020) 28 (2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 745-775.
- Rado T, *Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku* (Filiz 2006).
- Schmidt F ve Hummel D, *Datenschutz in der Wohnungswirtschaft: Vorschriften rechtssicher umsetzen* (Haufe-Lexware 2022).
- Schmidt R, *Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldverhältnisse, Leistungsstörungenrecht, Verbraucherschutzrecht* (Neuaufgabe 2016).
- Schneider P ve Porschke A, 'Datenschutz und Digitalisierung in der Wohnungswirtschaft' (2019) (2) *Report und Technik* 132-41.
- Serozan R, 'Culpa in Contrahendo, Akdin Müspet İhlali ve Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi' (1968) 2(3) MHAD 108-29.
- Serozan R, Baysal B ve Sanlı KC, *Serozan Borçlar Hukuku Genel Bölüm - İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme* (On İki Levha 2022).
- Taştan FG, *Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması* (On İki Levha 2017).
- Tekinay S, Akman S, Burcuoğlu H ve Altop A, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Filiz 1993).
- Tepe E, *Özel Hukuk Açısından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Kişisel Verilerin Korunması* (Adalet 2021).
- Tiftik M, 'Borç Sözleşmesinin İrade Sakatlığı Sebebiyle İptinde Uğranılan Zararların Tazmini' (2006) 10 (3-4) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 397-417.
- Tiryaki B, 'Özen Yükümlülükleri ile Sözleşmeden Doğan Koruma Yükümlülüklerinin İspat Yükü Bakımından Karşılaştırılması' (2008) 12 (3-4) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 267-79.
- Topuz M, *İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukuku'nda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi* (Legal 2010).
- Turan Başara G, 'Kişisel Veri İşleme Sözleşmesi' (2020) (16) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 57-90.
- Tzanou M, *The Fundamental Right to Data Protection* (Bloomsbury 2017).
- Üzeltürk H, 'Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Düzenlemesi' (2018) XV (2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 161-79.
- Voigt P and Bussche A, *The EU GDPR: A Practical Guide* (Springer 2017).
- Weiler F, *Pflichten aus dem Schuldverhältnis in: Schuldrecht Allgemeiner Teil* (Nomos 2014).
- Yavuz C, Acar F ve Özen B, *Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler* (Beta 2021).
- Yavuz N, *Kira Sözleşmesinin Feshi, Bedelin Belirlenmesi, Alacağı ve Tazminat Davaları* (Adalet 2013).

- Yücadeğ N, 'Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Genel İlkeler' (2019) 1 (1) Kişisel Verileri Koruma Dergisi 47-63.
- Yusufoğlu F, 'Borcun Yerine Getirilmesine Yönelik Olarak, Borçlanılan Edim Dışında Bir Şeyin Verilmesi' (2004) (1) GSÜHFD (Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan) 657-90.
- Zeytin Z, 'Alman Hukukunda Zarar Kavramı ve Gelişimi - I: Maddi Zarar Olarak Özel Kullanım Kaybı' (1999) XX (2) BATIDER 73-89.

Açık Kambiyo Senetlerinin Zayi Olması ve İptali

Loss and Cancellation of Open Bills Of Exchange

Bilge Utkan MERSİN* 

ÖZ

Türk Ticaret Kanununun 651 hükmü uyarınca kıymetli evrak zayi olduğu veya ziyam ortaya çıktığı anda senet üzerindeki hak sahibi, mahkemeye başvurarak senedin iptaline karar verilmesini isteyebilir. Kambiyo senetlerinin zayi olması durumunda ise TTK m. 757 ve devamı hükümleri uyarınca senet iptal edilebilir. Bununla birlikte açık senetlerin zayi olması durumunda senedin iptal edilip edilmeyeceği hususunda yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Öğretide ve yargı içtihatlarında ise genel olarak açık senedin zayi olduğu durumda iptal hükümlerinin uygulama alanı bulacağı görüşü hakim olsa da bu uygulamanın nasıl olacağı tartışmalıdır. Bu çalışmada, kambiyo senetlerinin iptaline ilişkin hükümlerin açık senetler bakımından uygulanıp uygulanmayacağı sorunu incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Kıymetli evrak, kambiyo senetleri, açık kambiyo senetleri, zayi olma, zıya ve iptal

ABSTRACT

In accordance with the article 651 of the Turkish Commercial Code (“TCC”), if a negotiable instrument is lost, the rightful owner of the negotiable instrument may apply to the court, and request the cancellation of the negotiable instrument. If a bill of exchange is lost, the bill of exchange can be canceled in accordance with the article 757 and subsequent provisions of TCC. On the other hand, there is no legal regulation regarding whether an open bill of exchange will be canceled in case of loss. In doctrine and case-law, the prevailing opinion is that in case an open bill of exchange is lost, the cancellation provisions may apply, although it is controversial how and what extent this application should be. This study aims to discuss whether the provisions regarding the cancellation of bills of exchange will be applied in terms of open bills of exchange.

Keywords: Bills of exchange, open bills of exchange, loss, loss and cancellation

* Ar. Gör., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, bmersin@marmara.edu.tr, ORCID: 0000-0002-1979-4029.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Bilge Utkan MERSİN

E-posta/E-mail: bmersin@marmara.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 30.09.2023

Kabul Tarihi/Accepted: 10.10.2023

I. GİRİŞ

Bir kıymetli evrakın zayi olması durumunda uygulanacak genel nitelikteki hükümler, Türk Ticaret Kanunu (“TTK”) m. 651 ila 653 arasında düzenlenmiştir. TTK m. 653 hükmü, “*Çeşitli kıymetli evraka ilişkin özel hükümler saklıdır.*” demekle, kambiyo senetleri bakımından TTK m. 757 ve devamı hükümlerinin uygulanmasının önünü açmıştır. Bir senedin kambiyo senetleri olan poliçe, bono ya da çek olarak kabul edilebilmesi için o senet türü bakımından TTK’da öngörülen şekil şartlarını haiz olması gerekmektedir. Bu şartları sağlamayan bir senet, şayet yasada aksi belirtilmemiş ise poliçe, bono veya çek olarak değerlendirilemez. Sonuç itibarıyla, şekil şartları tam olan bir kambiyo senedi zayi olduğunda, uygulanacak hükümler genel nitelikteki TTK m. 651-653 hükümleri ile poliçeye ilişkin TTK m. 757 ve devamı hükümleri olmaktadır. Açık kambiyo senedinin zayi olması durumunda TTK’daki iptal hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı meselesi konusunda ise TTK’da açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Farklı görüşlerin bulunduğu öğreti ve yargı kararları da bu konuda yeterli açıklığı sağlamamaktadır. İşte bu makale, öğretilerdeki farklı görüşleri de inceleyerek kambiyo senetlerinin iptaline ilişkin TTK hükümlerinin, açık kambiyo senetlerinin iptaline uygulanıp uygulanamayacağı sorununun ele almayı amaçlamaktadır.

Bu makale, giriş ve sonuç bölümü dahil olmak üzere dört ana bölümden oluşmaktadır. İkinci bölümde “açık kambiyo senedi” kavramı incelenecektir. Zira açık kambiyo senedinin zayi olması durumunda iptal hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı hususu, bu kavramın hukuki niteliği ve özellikleri ile doğrudan ilintilidir. Bu sebeple ikinci bölümde, açık kambiyo senedi kavramı, bu kavramın tanımı, eksik senetten farkı ve son olarak doldurma yetkisi üzerinde durulacaktır. Üçüncü bölümde ise açık kambiyo senetlerinin zayi olması durumunda kambiyo senetlerinde olduğu gibi iptal hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı meselesi üç alt başlık altında irdelenecektir. İlk olarak kambiyo senetlerinin zayi olması için gerekli koşullardan genel olarak bahsedildikten sonra, zayi ve iptal hükümlerinin açık kambiyo senetleri bakımından uygulanıp uygulanamayacağına ilişkin öğretilerdeki görüşler değerlendirilecektir. Son olarak konuya ilişkin görüşlerimiz senedin zayi olma hallerine göre ayrı başlıklar altında aktarılacaktır.

II. AÇIK KAMBİYO SENEDİ

A. KAVRAM

TTK m. 680, “*açık poliçe*” (*Blankowechsel*) başlığı altında, tedavüle çıkarılırken tamamen doldurulmamış bulunan bir poliçenin, aradaki anlaşmalara aykırı bir şekilde doldurulması durumunda, bu anlaşmalara uyulmadığı iddiasının, hamile karşı, hamilin poliçeyi kötüniyetle iktisap etmediği veya iktisabı sırasında kendisine ağır bir kusur isnadı mümkün bulunmadığı sürece ileri sürülemeyeceğini düzenlemiştir. Bono bakımından TTK m. 778/II (f) hükmü, çek bakımından ise TTK m. 818/I (c) hükmü ile TTK m. 680 hükmüne atıf yapılarak bu düzenlemenin tüm kambiyo senetleri bakımından uygulanacağı öngörülmüştür. Böylelikle bu makalede, genel olarak “açık kambiyo senedi” ya da daha kısa tabirle “açık senet” ifadeleri, birbirinin yerine geçer şekilde kullanılmıştır.

B. TANIM VE HUKUKİ NİTELİĞİ

TTK m. 680 hükmü dışında açık senetlere ilişkin TTK'da herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Anılan hüküm de açık kambiyo senetleri bakımından bir tanım öngörmemektedir. Öğretide açık poliçe, çeşitli şekillerde tanımlanmıştır. Öztan; açık poliçeyi, “verildiğinde şekil unsurları yönünden eksik olan ve bu eksikliklerin giderilmesi konusunda senedi veren tarafından senedi alanın yetkili kılındığı bir poliçe” türü olarak nitelemektedir.¹ Kıncıoğlu, benzer şekilde “tedavüle çıkarılırken tamamen doldurulmamış bulunan ve devreden devralana verdiği yetkiye uygun olarak tamamlanacak poliçe” şeklinde bir tanım getirmektedir. Yazara göre, düzenleyen kişi açık senet düzenleme iradesiyle hareket etmeli ve senedi devralan kişiye tamamlama yetkisini vermelidir.² Karayalçın, açık senetleri “ihdas ve tesliminde kanuni unsurları tam olarak ihtiva etmemekle beraber hususi anlaşmaya uygun olarak senedi doldurmak üzere salahiyet verilip teslim edilen ve hakkın dermeyanı zamanında tam bir poliçe (çek, emre muharrer senet) şeklini iktisap etmiş olan senetler” olarak tanımlamaktadır.³ Poroy ve Tekinalp, açık poliçe için “dolaşıma çıkarılırken unsurları tam olmayan; tarafların doldurma yetkisi anlaşmasına göre, lehtar veya daha sonraki hamiller tarafından tamamlanmasını uygun gördükleri; doldurunca baştan itibaren bütün unsurları tam bir poliçe gibi geçerli sayılan poliçe” şeklinde bir tanım getirmektedir.⁴ Son olarak Tüzemen Atik, monografisinde açık poliçeyi “senedi verenin, ileride unsurları tamamlanarak geçerli bir kambiyo senedi şeklinde ortaya çıkmak üzere, karşı tarafa bir doldurma yetkisi ile birlikte vermiş olduğu, imza dışındaki unsurların tamamı ya da bir kısmı boş bırakılmış olan kambiyo senedi” olarak nitelendirmektedir.⁵

Öztan; açık poliçe (senet) için tam bir poliçenin (senedin) “embriyon hali” tabirini kullanmaktadır.⁶ Eksik olan unsurların tamamlanmadığı sürece ortada geçerli bir poliçe (senet) olmayacağını, eksiklikler dolana kadar anılan belgenin “boş bir poliçe formu” gibi olduğunu, ancak bu formdaki boşlukların doldurulması durumunda geçerli bir poliçenin ortaya çıkacağını savunmaktadır. Eksik unsurlar doldurulduğunda, ortaya çıkan senedin sanki en baştan itibaren içeriği tammış gibi işlem göreceğini belirtmektedir.⁷ Bu görüşün öğretide genel olarak kabul gördüğü söylenebilir.⁸ Dolayısıyla senedin hukuken geçerli olması, senedin düzenlendiği anda ya da lehtara teslim anında şekli unsurlarının tam olarak içermesine bağlı değildir. Bu unsurların, hakkın ileri sürüldüğü an itibarıyla senette bulunması yeterlidir.⁹ Gerçekten de anılan senedin en geç ödeme için ibraz edildiği,

1 Fırat Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku* (2. Bası, Turhan 1997) 502; Halil Can ve Semih Güler, *Kıymetli Evrak Hukuku* (Siyasal 1999) 103.

2 Naci Kınacıoğlu, *Kıymetli Evrak Hukuku* (5. Bası, Nobel 1999) 131.

3 Yaşar Karayalçın, *Ticaret Hukuku III: Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri)* (4. Bası, Sevinç 1970) 119.

4 Reha Poroy ve Ünal Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları* (24. Bası, Vedat 2021) 169.

5 Ebru Tüzemen Atik, *Açık Kambiyo Senetleri* (Seçkin 2017) 28.

6 Öztan (n 1) 502.

7 Öztan (n 1) 502. Ayrıca bakınız Karayalçın (n 3) 120; Hasan Pulaşlı, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları* (9. Bası, Adalet 2021) 153-154; Hulusi Gürbüz, *Yargıtay Uygulaması Işığında Ticari Senetlerin İptal Davaları ve Ticari Senetlere Özgü Sorunlar* (Arpaz 1984) 509; Tüzemen Atik (n 5) 194; Sefer Oğuz, ‘Zayı Edilen Boş Çek Yapraklarının Mahkeme Tarafından İptaline Karar Verilip Verilemeyeceği Üzerine Bazı Düşünceler’ (2014) 90, *Bankacılar Dergisi* 33, 39.

8 Gürbüz (n 7) 509; Karayalçın (n 3) 120; Can ve Güner (n 1) 103; Zerrin Akgün, *İcra-İflas ve Ticaret Kanunlarına Göre Kıymetli Evrak Hukuku* (Güven 1966) 57.

9 Ergun Tuna, *Ticaret Hukuku Cilt III Kıymetli Evrak* (3. Bası, Yaylım 2020) 119; Ali Bozer ve Celal Göle, *Kıymetli Evrak*

yani hakkın ileri sürüldüğü anda¹⁰ ya da ödememe protestosunun düzenlendiği anda¹¹ unsurlarının tamamlanmış olması gerektiğine ilişkin görüşler mevcuttur.¹² Eksik unsurlar tamamlanmadıkça esasen ortada geçerli bir senet bulunmayacaktır.¹³ Doldurma yetkisi herhangi bir zamanaşımına bağlı değildir.¹⁴ Ancak iyiniyet kurallarıyla bu süre sınırlanabilir.¹⁵ Açık senet bakımından borç, tıpkı unsurları tam olan senette olduğu gibi örneğin senedin düzenleyen tarafından lehtara verilmesiyle ya da iyiniyetli üçüncü kişi tarafından iktisap edilmesiyle doğar.¹⁶

Açık senette kambiyo borcunun doğması için; tıpkı unsurları tam olan senette olduğu gibi, taraflar arasında verme (zilyetlik, kambiyo) sözleşmesinin (*Begebungsvertrag*) kurulması, bunun için de taraflar arasında karşılıklı irade beyanlarının uyuşması gerekmektedir.¹⁷ Senedin çalınması veya kaybedilmesi gibi bir sebebin varlığı sonucunda verme sözleşmesinin kurulmaması durumunda herhangi bir hakkın kazanılması söz konusu olmayacaktır.¹⁸ Ancak hemen belirtmek gerekir ki, iyiniyetli hamile karşı bu hususun ileri sürülmesi olanaklı değildir.¹⁹

Bir senedin açık senet olarak kabul edilebilmesi için gerekli asgari unsurun ne olduğu öğretide tartışılmıştır. Bir görüşe göre açık senet düzenlemek için gerekli ve yeterli tek unsur imzadır. İmza dışında diğer tüm şekil şartları tamamlanmaksızın açık senet düzenlenebilmesi olanaklıdır.²⁰ Öğreti²¹ ve Yargıtay²² içtihatlarındaki baskın görüş de bu yöndedir. TTK m. 680/I hükmü, açık senette bulunması gerekli asgari unsurlar bakımından herhangi bir kısıtlayıcı ifade ya da belirlemeye yer vermemektedir.²³ Buna karşın bazı yazarlar, geçerli bir açık senet düzenlenebilmesi için

Hukuku (10. Bası, Sözkese 2021) 100.

- 10 Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Abuzer Kendigelen ve Arslan Kaya, *Kıymetli Evrak Hukuku* (8. Bası, Oniki Levha 2013) 146; Bozer ve Göle (n 9) 79; Tuna (n 9) 119; Karayalçın (n 3) 119. Ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için bakınız Tüzemen Atik (n 5) 181 ve devamı.
- 11 Poroy ve Tekinalp (n 4) 173.
- 12 Tüzemen Atik (n 5) 181 ve devamı.
- 13 Gürbüz (n 7) 509.
- 14 Kınacıoğlu (n 2) 134; Gürbüz (n 7) 517; Öztan (n 1) 512; Poroy ve Tekinalp (n 4) 172; Ülgen, Helvacı, Kendigelen ve Kaya (n 10) 146. Ayrıca bakınız Yargıtay HGK., E 11-1609, K 26, 26.01.1983; Yargıtay 11. HD, E 1983/516, K 1983/601, 11.02.1983.
- 15 Öztan (n 1) 512.
- 16 Öztan (n 1) 502.
- 17 Kınacıoğlu (n 2) 132.
- 18 Ernst Jacobi, *Wechsel – und Scheck* (De Gruyter 1955) 481; Tüzemen Atik (n 5) 127.
- 19 Alfred Hueck and Claus-Wilhelm Canaris, *Rect der Wertpapiere* (11th edn, Vahlen 1977) 66; Kınacıoğlu (n 2) 132.
- 20 Öztan (n 1) 505; Kınacıoğlu (n 2) 131; Oğuz İmregün, *Kıymetli Evrak Hukuku* (3. Bası, Filiz 2007) 56; Bozer ve Göle (n 9) 79; Ülgen, Helvacı, Kendigelen ve Kaya (n 10) 146.
- 21 Gürbüz (n 7) 509, 511; Kınacıoğlu (n 2) 131; Öztan (n 1) 506; İmregün (n 20) 56-57; Poroy ve Tekinalp (n 4) 170-171; Pulaşlı (n 7) 154; Bozer ve Göle (n 9) 79; Ülgen, Helvacı, Kendigelen ve Kaya (n 10) 146. Ayrıntılı bilgi için bakınız Tüzemen Atik (n 5) 56 ve devamı.
- 22 “6102 Sayılı TTK’nın 778/2-f maddesi atfıyla bonolara da uygulanan TTK’nın 680. madde hükmü uyarınca bononun kısmen doldurulmuş ya da sadece imzalanmış olarak tedavüle çıkarılması mümkün olup, bu eksiklik senedin ibrazına kadar tamamlanabilir. Bu sebeple lehdar hanesi açık olan bononun doldurularak, zorunlu unsurları tamamlanarak kambiyo senedi vasfıyla işlem yapılması mümkün olduğundan, zayı sebebiyle iptal davasına konu edilmesi de mümkün olup” (Yargıtay 11. HD, E 2016/1016 K 2017/3929, 21.6.2017); Ayrıca bakınız Yargıtay HGK, E 12/1272, K 543, 01.05.1981; Yargıtay HGK, E 12-973 K 21, 13.01.1983.
- 23 Ülgen, Helvacı, Kendigelen ve Kaya (n 10) 146; Poroy ve Tekinalp (n 4) 171.

imzanın yanı sıra senedin türünün, yani o senedin poliçe, bono yahut çek olduğunun belirtilmesi gerektiğini savunmaktadır.²⁴ Dolayısıyla bu görüş uyarınca açık senet düzenlenmesi bakımından asgari unsurların *senedin türü ve düzenleyenin imzası* olduğu söylenebilir. *Kanaatimizce*, Yargıtay içtihatları ve öğretideki baskın görüşe itibar etmek, yani yalnızca imza unsurunun varlığı ile açık senet düzenlenebileceğini kabul etmek yerinde olacaktır.

Açık senedin iktisabında da unsurları tam olan senede ilişkin hükümler uygulanmaktadır. Senet herhangi bir şekilde hamilin elinden çıkmışsa, TTK m. 686/I anlamında düzgün ciro zincirine göre şeklen meşru hamil, ancak senedi kötüniyetle iktisap etmiş olduğu veya iktisabında ağır bir kusur bulunduğu taktirde açık senedi geri vermekle yükümlüdür.²⁵

TTK m. 680 hükmü; açık senedi, doldurulmuş veya doldurulmamış şekilde, o senedin açık senet olduğuna inanarak iktisap eden hamili korumaktadır.²⁶ Senedin ileride anlaşmaya aykırı olarak doldurulmasına ilişkin riziko bu senedi imzalayıp lehtara teslim eden düzenleyene aittir.²⁷ Senedi düzenleyen hem senedi verdiği kişinin hem de sonraki iyiniyetli hamillerin senedi doldurabileceği yönünde bir yetkilendirme yapmıştır. İyiniyetin, senedin iktisabı sırasında var olması gerekmektedir.²⁸

Açık poliçenin doldurma anlaşmasına aykırı olarak doldurulması durumu esasen bir nispi defidir. Bu defi, kural olarak yalnızca sözleşmenin tarafları arasında ileri sürülebilir. Senedin iktisabında kötüniyet ya da ağır kusurun varlığı söz konusu değil ise, sonraki hamillere karşı ileri sürülebilme olanağı bulunmamaktadır (TTK m. 680).²⁹ İspat yükü açığa senet düzenleyen kişidedir.³⁰

C. AÇIK SENET VE EKSİK SENET

Bir senette zorunlu unsurların bulunmaması ve bulunmayan unsurların yasa koyucu tarafından öngörülen alternatiflerinin (alternatif zorunlu unsurların) yer almaması durumunda, TTK'nın poliçe bakımından 672/I, bono bakımından 777/I ve çek bakımından 781/I maddelerinde öngörüldüğü üzere senet kambiyo senedi niteliğini yitirmektedir. Bu tür senetler *eksik senet (Fehlwechsel)* olarak adlandırılır.

Açık senet ile *eksik senet* arasında, dış görünüşleri itibariyle herhangi bir fark bulunmamaktadır.³¹ Ancak sonuçları bakımından *açık senet* ve *eksik senet* birbirinden oldukça farklıdır.³² Açık senette,

24 Ahmet Battal, 'Açık Poliçe ile Açığa İmzalı Adi Senetlerin Karşılaştırılması ve Bir Sonuç' (1994) 20 (1-2) Yargıtay Dergisi 93, 105-106. Tüzemen Atik (n 5) 46'dan naklen Ahmet Önder, Bir Açık (Beyaz) Poliçeyi Kabul Etmiş Bulunan Muhatabın Anlaşmaya Aykırı Doldurulması Halinde Mesuliyeti, (Münih Ludwig-Maximilians Üniversitesi'nde Sunulmuş) Yayınlanmamış Doktora Tezi (1996) 3-5; Poroy ve Tekinalp (n 4) 170-171, dn. 67. Dipnottaki ifadeye göre anılan eserin 11. basısında yer aldığı üzere *Poroy* bu görüştedir. Reha Poroy, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları* (11. Bası, Beta 1999).

25 Kınacıoğlu (n 2) 136; Poroy ve Tekinalp (n 4) 176.

26 Poroy ve Tekinalp (n 4) 174.

27 Karayalçın (n 3) 120; Hayri Domaniç, *TTK Şerhi IV – Kıymetli Evrak Hukuku* (Eskin 1990) 120.

28 Gürbüz (n 7) 517; Ülgen, Helvacı, Kendigelen ve Kaya (n 10) 147; Poroy ve Tekinalp (n 4) 174; Tuna (n 9) 121.

29 Karayalçın (n 3) 120, 122; Gürbüz (n 7) 517-518; Pulaşlı (n 7) 154; Ülgen, Helvacı, Kendigelen ve Kaya (n 10) 147; Tuna (n 9) 120.

30 Karayalçın (n 3) 123; Kınacıoğlu (n 2) 135.

31 Öztan (n 1) 503; Can ve Güner (n 1) 103.

32 Tüzemen Atik (n 5) 136 ve devamı.

düzenleyen ile lehtar arasında, senette yer almayan unsurların doldurulmasına ilişkin yetkiyi içeren bir anlaşma söz konusudur. Buna karşın eksik senette böyle bir yetki söz konusu değildir.³³ Eksik senedin yetkisiz olarak doldurulması eylemi, evrakta sahtecilik suçunun tipe uygun eylemi olarak değerlendirilebilmektedir.³⁴

Açık senedi düzenleyen kişi ile eksik unsurları tamamlayacak kişi arasındaki anlaşma açık ya da örtülü şekilde olabilir.³⁵ İmza unsuru dışında eksik şekil unsurları ile verilen bir senedin, senedi tamamlama (doldurma) hususunda verilen bir yetkinin varlığına “karine” olduğu kabul edilmektedir.³⁶ Bu halde iyiniyetli üçüncü kişinin, hukuki görünüş teorisi uyarınca korunması tercih edilmektedir.³⁷ Zira düzenleyen bu durumda, zorunlu unsurları içermeyen ve bu sebeple geçersiz olan bir senedi imzalayarak tedavüle sokmakta ve böylelikle açık senet görünümü doğmasında kusurlu davranmaktadır.³⁸ Bu nedenle şayet bir senet, imza dışında birtakım unsurları tamamlanmaksızın lehtara verilmişse, karine olarak bu senedi açık senet olarak kabul etmek gerekir.

Senedin açık senet olduğuna ilişkin karineyi çürütmek ise olanaklıdır.³⁹ Örneğin ilgililerin senedin unsurlarının bir hata, ihmal, bilgisizlik, unutkanlık gibi sebeplerle, senedin tam olduğu düşüncesiyle hareket ettiklerinin kanıtlanması durumunda senet eksik senet olarak değerlendirilecektir. HMK m. 190/II hükmü uyarınca senedin eksik kambiyo senedi olduğunu iddia eden kişi, taraflar arasında bir doldurma anlaşması bulunmadığını kanıtlamak durumundadır.⁴⁰ Bir senedin uygulamada eksik ya da açık senet olduğunun tespiti ispat hukukunun konusudur.⁴¹ Öğretide buradaki ispatın, *senede karşı tanıkla ispat yasağı* kuralı (HMK m. 200) uyarınca yazılı delil ile olabileceğine⁴² ya da menfaatler dengesine göre her olayın kendi koşulları içinde yorumlanarak bir sonuca varılması gerektiğine ilişkin görüşler bulunmaktadır.⁴³ *Kanaatimizce* burada düzenleyen birtakım unsurları eksik olan bir senedi oluşturarak tedavüle sokmakta ve bir hukuki görünüş yaratılmaktadır. Ortaya çıkan belgenin ispat hukuku açısından değerlendirmesine göre bir sonuca varmak gerekir. Buna göre şayet bu belge HMK m. 205/I bağlamında adi senet niteliğindeyse ispatın senede karşı tanıkla ispat yasağı kuralı çerçevesinde yapılması gerekir. Dolayısıyla burada bir sahtelik iddiası yoksa ve ortaya çıkan hukuki görünüş adi senet özelliklerini haiz ise açık senet karinesi ancak yazılı delil ile çürütülebilir.

33 Öztan (n 1) 503; Karayalçın (n 3) 117; Poroy ve Tekinalp (n 4) 172; Tüzemen Atik (n 5) 137.

34 Domaniç (n 27) 118; Öztan (n 1) 504.

35 Kınacıoğlu (n 2) 132; Gürbüz (n 7) 515; Poroy ve Tekinalp (n 4) 172; Ülgen, Helvacı, Kendigelen ve Kaya (n 10) 146; Öztan (n 1) 505; Tuna (n 9) 119; Can ve Güner (n 1) 104.

36 Öztan (n 1) 505; Kınacıoğlu (n 2) 134, 136; Poroy ve Tekinalp (n 4) 172; Tuna (n 9) 121; Tüzemen Atik (n 5) 146-147.

37 Hueck and Canaris (n 19) 124; Kınacıoğlu (n 2) 136; Tüzemen Atik (n 5) 151; Poroy ve Tekinalp (n 4) 174.

38 Hueck and Canaris (n 19) 124; Kınacıoğlu (n 2) 136; Tüzemen Atik (n 5) 152;.

39 Öztan (n 1) 505; Tüzemen Atik (n 5) 147-148.

40 Poroy ve Tekinalp (n 4) 169; Tüzemen Atik (n 5) 148.

41 Poroy ve Tekinalp (n 4) 169.

42 Karayalçın (n 3) 120-121; Kınacıoğlu (n 2) 135; Gürbüz (n 7) 517; Öztan (n 1) 508; Tüzemen Atik (n 5) 149; Can ve Güner (n 1) 104.

43 Ayrıntılı bilgi için bakınız Tüzemen Atik (n 5) 148-149.

D. DOLDURMA YETKİSİ

Yukarıda yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere açık kambiyo ile eksik kambiyo senedi ayrımının temel tutamak noktası senedi doldurma yetkisinin varlığıdır. Bu yetki, yasal dayanağını TTK m. 680 hükmünden almaktadır.⁴⁴ Bir senedi doldurma yetkisi ile devralan kişi, 680/II'deki koşullara uygun olarak bu senedi doldurmadan bir üçüncü kişiye devredebilir. Yani açık senedin tedavülü olanaklı olup bu yönüyle unsurları tam bir senede benzemektedir.⁴⁵ Senedin mülkiyetinin devri ile birlikte doldurma yetkisinin de devrolduğu savunulmaktadır.⁴⁶ Burada da bir karinenin varlığından bahsedilebilir. Senedi, örneğin lehtardan unsurları tamamlanmamış şekilde alan hamilin, boşlukları giderme hakkını da (doldurma yetkisi) iktisap edeceği karine olarak kabul edilmektedir.⁴⁷

Öğretide doldurma anlaşmasının hukuki niteliği tartışmalıdır. Yetki devri (delegasyon),⁴⁸ yenilik doğurucu haki⁴⁹ *sui generis* nitelikte vekalet⁵⁰ ve *sui generis* nitelikte temsil⁵¹ gibi görüşler öğretide savunulan başlıca görüşlerdir. Halihazırda bir fikir birliği bulunmamaktadır.⁵²

Öğretide doldurma yetkisinin yeni hamile geçişinin nasıl olduğu hususu da tartışmalıdır.⁵³ Medeni hukuk bağlamında *temlik* işlemi,⁵⁴ vekalet hükümlerinin kıyasen uygulanacağı *sui generis bir sözleşme*,⁵⁵ *temsil*,⁵⁶ *bağımsız varlığı olmayan ferî nitelikte bir hak*⁵⁷ veya *yenilik doğurucu hak*⁵⁸ niteliğinde olduğuna ilişkin görüşler söz konusudur. Bizim de katıldığımız görüş, senedin poliçe hukukuna özgü bir devir işlemi⁵⁹ ile devredildiği yönündedir. Zira doldurma yetkisinin içeriği incelendiğinde, açık senedi düzenleyen kişinin, sadece senedi ilk alanı değil, senede daha sonra hamil olacak herkesi yetkili kıldığı anlaşılmaktadır. Senede bağlı hakkın devri, açık senedin tamamlanması durumunun geçmişe etkili (*ex tunc*) özelliği sayesinde, poliçe hukukuna özgü bir devir işlemi olduğu söylenebilir.⁶⁰

44 Poroy ve Tekinalp (n 4) 176; Tuna (n 9) 119.

45 Kınacıoğlu (n 2) 134; Ülgen, Helvacı, Kendigelen ve Kaya (n 10) 147; Poroy ve Tekinalp (n 4) 173; Öztan (n 1) 509-510.

46 Kınacıoğlu (n 2) 134; Öztan (n 1) 510; Gürbüz (n 7) 515; Ülgen, Helvacı, Kendigelen ve Kaya (n 10) 147.

47 Kınacıoğlu (n 2) 134; Öztan (n 1) 510.

48 Öztan (n 1) 507; Tüzemen Atik (n 5) 127'den naklen Peter Jaggi, Jean Nicolas Druey and Chritoph Von Greyerz, *Wertpapierrecht unter besonderer Berücksichtigung von Wechsel und Check* (Helbing & Lichtenhahn 1985) 162-163.

49 Tüzemen Atik (n 5) 128'den naklen Jacobi (n 18) 482.

50 İmregün (n 20) 57-58.

51 Poroy ve Tekinalp (n 4) 170-171.

52 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bakınız Tüzemen Atik (n 5) 127 ve devamı.

53 Ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için bakınız Tüzemen Atik (n 5) 203 ve devamı.

54 Öztan (n 1) 510, dn. 63.

55 Poroy ve Tekinalp (n 4) 171.

56 Kınacıoğlu (n 2) 133.

57 Kınacıoğlu (n 2) 134; Öztan (n 1) 510, dn. 65; Poroy ve Tekinalp (n 4) 172.

58 Kınacıoğlu (n 2) 134; Öztan (n 1) 510, dn. 67. Poroy ve Tekinalp (n 4) 175. Ayrıca, Kınacıoğlu (n 2) 133 ve aynı eserden naklen Jacobi (n 18) 482 ve devamı.

59 Öztan (n 1) 511, dn. 71 uyarınca Adolf Baumbach and Wolfgang Hefermehl, *Wechselgesetz und Scheckgesetz* (18th edn, Beck 1995) 144.

60 Öztan (n 1) 511; Baumbach and Hefermehl (n 59) 144.

III. AÇIK KAMBİYO SENEDİNİN ZAYİ OLMASI VE İPTALİ

A. GENEL OLARAK KAMBİYO SENETLERİNİN ZİYAYI VE İPTALİ

Bir kambiyo senedi çalınma, kaybolma, yok olma gibi sebeplerle hamilin elinden rızası dışında çıktığında; örneğin yanmak suretiyle yok olduğunda yahut senet hamilin elinde olmasına karşın yırtılma, karalama gibi sebeplerle unsurları okunamayacak düzeyde zarar gördüğünde ve bu bağlamda ibrazı olanaksız hale geldiğinde senedin zayi olduğundan bahsedilir.⁶¹

Bir senedin zayi olma halleri bize göre “zilyetlik temelli ayırım” olarak da nitelendirilebilecek üç kategoride toplanabilir. Örneğin bir senet tamamen ortadan kalkmışsa (imha olmuşsa) ve artık bir senedin varlığından bahsedilemiyorsa *senet üzerinde zilyetlik kurulmasının olanaksız olması şeklinde zayi olma*; şayet senet hamilin zilyetliğinde olsa da örneğin yırtılma, karalanma gibi durumlar nedeniyle geçerli şekilde ibraz edilemiyorsa (kullanılamaz hale gelmişse) *senet zilyetliği kaybedilmeksizin zayi olma* ve son olarak senet zilyetliği irade dışı kaybedilmiş ve zilyetliğin bir üçüncü kişi tarafından kazanılması durumu mevcutsa *irade dışı elden çıkma şeklinde zayi olma* söz konusudur.

Bir kıymetli evrak zayi olduğunda uygulanacak genel nitelikli hükümler, TTK'nın 651 ila 653 hükümleridir. Aynı zamanda kıymetli evrak niteliğinde olan kambiyo senetleri bakımından ise TTK m. 653 hükmü yollamasıyla TTK m. 757 ve devamı hükümlerinde düzen özel hükümler uygulanır.

Zayi olan bir kambiyo senedinin iptalinin talep edilebilmesi için çeşitli koşulların varlığı aranmaktadır. Buna göre senedin iptali için; senedin zayi olması (TTK m. 651/I), senetteki hakkın varlığını sürdürüyor olması, talep sahibinin senet zayi olduğu anda ya da zıyayın ortaya çıktığında hak sahibi olması (TTK m. 651/II) ve zayi olan senedin zilyetliğinin yeniden kazanmanın olanaklı olmaması gerekmektedir.⁶² Senedin hamili, sayılan koşulların varlığı halinde mahkemeye başvurarak zayi olunan senedin iptaline karar verilmesini isteyebilir. Bu durumda TTK m. 757 ve devamı maddelerde yer alan emre yazılı senetlere özgü iptal usulü uygulanarak senedin iptaline karar verilir.

Açık kambiyo senetlerin zayi olması durumunda kıymetli evraka ilişkin zıya ve iptal hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı bakımından herhangi bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Bir açık kambiyo senedinin, doldurma yetkisinin kullanılmadığı ve senetteki unsurların henüz tamamlanmadığı bir aşamada zayi olması halinde, tam bir kambiyo senedi olmaması, kambiyo senetlerine özgü zıya ve iptal hükümlerinin bu senetlere uygulanabilirliğini tartışmalı kılmaktadır. Bu tartışma konusunda kendi görüşlerimizi sunmadan önce konu hakkında öğretilerdeki görüşlerin ele alınması faydalı olacaktır.

61 Mehmet Bahtiyar, Nihat Taşdelen, Levent Biçer ve Esra Hamamcıoğlu, *Kıymetli Evrak Hukuku* (Beta 2022) 36.

62 Bahtiyar, Taşdelen, Biçer ve Hamamcıoğlu (n 61) 37-38.

B. İPTAL HÜKÜMLERİNİN AÇIK SENEDE UYGULANMASI HAKKINDA ÖĞRETİDEKİ GÖRÜŞLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Bir açık kambiyo senedi zayı olduğunda, kıymetli evraka özgü zıya ve iptal hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı hususunda öğretilerde farklı görüşler söz konusudur.

Kınacıoğlu, Pulaşlı ile Kendigelen ve Kırca; açık kambiyo senetlerinin üçüncü kişilerce kötüye kullanılmasının yalnızca iptal hükümleri ile önenebileceği için, anılan senetlerin iptalinin olanaklı olması gerektiğini savunmaktadır. Ancak bu senetler iptal edilebilse de kambiyo alacağının henüz doğmaması ve ileride de doğma olasılığının “doldurma imkansızlığı” nedeniyle bulunmaması sebebiyle kambiyo alacağının ileri sürülmesinin olanaklı olmadığını belirtmektedirler.⁶³ *Kanaatimizce*, bu görüşün gerekçesine bir noktada katılmak olanaklı değildir. Zayı olma durumunda iptal kararı yerine TTK m. 652'deki olanaktan yararlanarak yeni bir senedin verilmesini isteme hakkı, kambiyo senetleri bakımından tartışmalı da olsa kabul edilmektedir.⁶⁴ Senedin teslimi ya da devri ile birlikte yeni hamile geçen doldurma yetkisinin, yeni bir senedin düzenlenmesi durumunda varlığını koruyacağı düşüncesindeyiz. Ayrıca kambiyo alacağı bakımından her zaman bir “doldurma imkansızlığı” olduğu söylenemez. Örneğin elden irade dışı çıkan senet, iyiniyetli hamil tarafından doldurulabilir. Yukarıda da belirtildiği üzere, açık senedi düzenleyen kişinin, sadece senedi ilk teslim ettiği kişiyi değil, senede daha sonra hamil olacak herkesi yetkili kıldığı kabul edilmektedir.⁶⁵ Dolayısıyla senedi açık senet olduğunu düşünerek alan ve dolduran iyiniyetli üçüncü kişilerin iyiniyetinin korunması gerektiği düşüncesindeyiz.

Karayalçın, açık kambiyo senetlerine zıya ve iptal hükümlerinin uygulanmasına şüpheyle yaklaşılmaması gerektiğini savunmaktadır. Yazar, senet henüz tamamlanmamış olduğundan, senedin zayı olduğu andaki hamil tarafından senedin iptal ettirilmesinin zorunlu olmadığını belirtmektedir. Senet borçlusunun mahkeme aracılığıyla ilan prosedürlerini gerçekleştirerek senedin kötüye kullanılmasını önlemeyi amaçlayabileceğini ifade etmektedir. Buna karşın yapılan ilanların üçüncü kişinin iyiniyetini ortadan kaldırmayacağını, yalnızca kötünüyetini ispat bakımından bazı kolaylıklar sağlayacağını savunmaktadır.⁶⁶

Karayalçın'ın bugünkü görüşüne çeşitli yönlerden katılmamaktayız. Yazar, buradaki senet borçlusunun mahkemeye başvurarak ilan yapılmasını talep etmesinden bahsetmektedir. Bu ilanın kıymetli evraka ilişkin zıya ve iptal hükümlerine ilişkin ilan prosedürü çerçevesindeki ilan olup olmadığı anlaşılammamaktadır. Bununla birlikte yazar, senet borçlusunun mahkemeye gidebileceğinden bahsetmiştir. Dolayısıyla senet zayı olduğunda senet borçlusunun iptal sürecini başlatma hakkı bulunmadığından hareketle yazarın iptal prosedüründeki ilanlardan bahsetmediği kanısı oluşmaktadır. Yani burada senet borçlusu, zıya ve

63 Kınacıoğlu (n 2) 71; Pulaşlı (n 7) 103; Abuzer Kendigelen ve İsmail Kırca, Kıymetli Evrak Hukuku Genel Esaslar Kambiyo Senetleri (6. Bası, Oniki Levha 2022) 58. Aynı yönde bakınız Tüzemen Atik (n 5) 220, dn. 757.

64 Kambiyo senetleri bakımından yeni senet düzenlenmesinin olanaklı olmadığına yönelik bakınız Kınacıoğlu (n 2) 77; Karayalçın (n 3) 373; Hanife Öztürk (Dirikkan), *Kıymetli Evrakın Zıyası ve İptali* (Ankara Üniversitesi Basımevi 1990) 88. Yeni bir senet düzenlenebilmesinin olanaklı olduğu yönünde bakınız Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Arslan Kaya ve N. Füsün Nomer Ertan, *Kıymetli Evrak Hukuku* (13. Bası, Vedat 2021) 81-82; Özkan Gültekin, *Kıymetli Evrakın Zıyası ve İptali* (9. Bası, Seçkin 2020) 176; Ramazan Turan, *Kambiyo Senetlerinin Zayı Olması ve Hak Sahibinin Başvurabileceği Hukuki Yollar* (Adalet 2020) 118.

65 Öztan (n 1) 511.

66 Karayalçın (n 3) 369. Aynı yönde Peter Jaggi, *Die Wertpapiere* (Schutless & Co Ag 1959), 372; Jacobi (n 18) 159.

iptal hükümlerinin dışında mahkemeye başvurmakta ve senedin kaybolduğuna dair ilan yapılmasını talep etmektedir. Bize göre düzenleyenin senedin iptali talebinde bulunamayacağı açıktır.⁶⁷ Nitekim TTK m. 651/II hükmü iptal talebinin senedin zayi olduğu veya ziyan ortaya çıktığı anda senet üzerinde hak sahibi olan kişi tarafından yapılabileceğini düzenlemiştir. Düzenleyenin, elindeyken zayi olan senedin unsurlarının ileride bir üçüncü kişi tarafından tamamlanması ve kendisine ödeme için ibraz edilmesi durumunda, yapılan ilanların, bu kişiye karşı açacağı olası bir menfi tespit davasında bile dikkate alınacağı şüphelidir. Kaldı ki senet iyiniyetli üçüncü kişinin elindeyse, bu kişinin iyiniyetinin korunması gerektiğini de belirtmek isteriz.

Gürbüz, açık senetlerin iptalinin olanaklı olduğunu kabul etmekle birlikte bunun ancak TTK m. 680 hükmü uyarınca yapılan doldurma (tamamlama) anlaşmasının varlığının belgelenip kanıtlanması halinde olanaklı olabileceğini belirtmektedir.⁶⁸ Yazarın bu gerekçesine katılmak olanaklı değildir. Yazar, iptal talebinde bulunan kişiye doldurma anlaşmasının varlığını ortaya koyarak senedin eksik senet olmadığını, ortada bir açık senedin bulunduğunu kanıtlama yükü getirmiştir. Yazarın görüşü kabul edildiğinde, başlatılan iptal yargılamasında davacının iptale konu senedin açık senet olduğunu ispatlaması ve bu ispat yükünü, HMK m. 201 hükmüne uygun şekilde yazılı delil ile yerine getirmesi gerekecektir.

Yukarıdaki açıklamalarda da vurgulandığı üzere, unsurları tamamlanmamış bir senedin eksik senet mi yoksa açık senet mi olduğuna ilişkin tartışma, bu senedin “karine” olarak açık senet niteliğinde kabul edildiği şeklinde çözümlenmektedir. Bununla birlikte, ortada adi senet olarak kabul edilebilecek bir senet var ise bu karinenin aksinin ancak yazılı delil ile kanıtlanması (çürütülmesi) olanaklıdır. Anılan karine ve mevcut koşullar ışığında; senedi kaybeden kişiye, karinenin yazılı delil ile kanıtlanması yükünü getirmek bize göre yerinde olmayıp karinenin getiriliş amacıyla da uyuşmamaktadır. Ayrıca aradaki doldurma anlaşmasının uygulamada genellikle yazılı şekilde yapılmadığı düşünüldüğünde, çoğu kez bu karinenin çürütülmesi usulen olanaklı olmayacaktır. Böylelikle, her ne kadar yazar açık senedin iptalinin olanaklı olduğunu belirtmiş ise de bu görüş kabul edildiğinde, aradaki anlaşmanın varlığının kanıtlanmasındaki güçlükler sebebiyle uyumsuzlukların büyük çoğunluğunda açık senedin iptali fiili olarak olanaklı olmayacaktır. Kaldı ki senedin iptali için aranan ispat ölçütü yaklaşık ispat iken bu yargılamanın en başında yazılı delil ile tam ispat koşulu öngörmek hükmün amacıyla da bağdaşmamaktadır. Kanaatimizce senedin karine olarak açık senet olarak düzenlendiği kabul edilmeli; iptal talebinde bulunan kişiye ek ispat külfeti getirilmemelidir.

Bozer ve Göle, açık bono, açık poliçe ve açık çekin iptalinin istenebileceğini belirtmektedir.⁶⁹ Ancak aynı eserde, çek hamilinin bir çekin iptalini mahkemeden isteyebilmesi için iptali istenen çekin TTK'nın aradığı tüm zorunlu unsurları kapsayan çek niteliğini taşıyan bir kıymetli evrak olması gerektiğini

67 Gürbüz (n 7) 772; Öztan (n 1) 271-272; Öztürk (Dirikkan) (n 64) 25; “Mahkemece, tüm dosya kapsamına göre, davacının iptalini istediği çekin keşidecisi olduğu, TTK'nın 651. maddesine göre çek iptali davasını çek hamilinin açabileceği, keşidecinin çek iptali davasını açma hakkı bulunmadığı, HMK'nın 114/h maddesi uyarınca dava açmakta hukuki yararı olmadığı gerekçesiyle, davanın usulden reddine karar verilmiştir.” (Yargıtay 11. HD, E 2014/5313, K 2014/12910, 4.7.2014); “(...) çek keşidecisinin TTK'nın 818/s. maddesi gereğince, aynı Kanun'un 757. maddesi delaleti ile iptal davası açmaya hakkının olmadığı, iptal davası açma hakkının borçlu durumunda olan keşide edene değil ancak çek üzerinde hak sahibi olan hamile ait olacağı, (...)” (Yargıtay 11. HD, E 2016/1259, K 2017/1116, 27.2.2017).

68 Gürbüz (n 7) 775.

69 Bozer ve Göle (n 9) 38.

belirtmektedir. Yazar, hamilin elinden rızası dışında çıkan senedin çek niteliğinde olmaması durumunda TTK'nın zıya ve iptale ilişkin hükümlerinin uygulama alanı bulmayacağını savunmaktadır.⁷⁰ Yazar, unsurları içermeyen ve çek niteliğini haiz olmayan bir senedin iptalinin söz konusu olamayacağı ancak sahte ve tahrif edilmiş çeklere ilişkin TTK m. 812 hükmünden yararlanabileceği düşüncesindedir.⁷¹ *Kanaatimizce*, anılan eserde açık çek bakımından bir çelişki söz konusudur. Olasılıkla çeki ilişkin yapılan değerlendirmeler “açık çek” dikkate alınmadan yapılmıştır. Düşüncemiz; unsurların eksikliği durumunda, şayet imza unsuru tam ise karine olarak açık çek olarak değerlendirme yapılması ve bu bağlamda zıya ve iptal hükümlerinin anılan çeklere uygulanması yönündedir.

Kalpsüz, boş bir çekin zayi olması durumunda zıya ve iptal hükümlerinin uygulanamayacağı görüşündedir. Yazar, bu görüşünü 11. Hukuk Dairesinin çeki ilişkin kararlarının incelendiği, *İnan ve Kıvanç* tarafından sunulan bir bildiri sonunda, tartışmalar kısmında ifade etmiştir.⁷² Bununla birlikte, ilgili kısımda görüşün gerekçesi yer almamaktadır.

Oğuz, zorunlu unsurları eksik ve fakat imzalanmış veya açığa imzalı çekin, teslim sözleşmesi ile ilk hamile teslim edilmeden zayi edilmiş olsa da iptal edilebileceği görüşündedir. Yazar, bu kurguda ortada tedavülüs yasak olmayan bir kıymetli evrakın bulunduğunu, ileride imza dışındaki zorunlu unsurların tamamlanması durumunda gerçek bir çekin ortaya çıkabileceğini belirtmektedir.⁷³ *Kanaatimizce*, burada senet henüz teslim edilmeden zayi olduğu için halihazırda düzenleyenin elindedir ve düzenleyenin kural olarak iptal talebinde bulunması olanaklı değildir.

Öğretide, açık senetlerin iptaline ilişkin en kapsamlı inceleme *Tüzemen Atik* tarafından açık kambiyo senetlerine ilişkin monografik çalışmada yer almaktadır.⁷⁴ Yazar, öncelikle senedin rıza dışı elden çıkması durumunun doldurma yetkisine etkisini irdelemekte, daha sonra ise anılan durumda TTK'nın zıya ve iptal hükümlerinin uygulama alanı bulup bulmadığını tartışmaya açmaktadır. Doldurma yetkisinin devredilmesi hususu incelendiğinde; yazara göre, öncelikle “hiç kimsenin sahip olduğu haktan fazlasını devredemeyeceği” ilkesinin kambiyo senetleri hukukuna özgü hukuki görünüşe güven ile iyiniyetin korunması ilkeleri ile yumuşatıldığı değerlendirilmektedir.⁷⁵ Açık senet devredildiğinde, senedin birtakım unsurlarının tamamlanmaksızın üçüncü kişinin eline geçmesinden dolayı oluşabilecek sorumluluk, o hukuki görünüşün oluşmasına katkı sağlayan kişilerdedir.⁷⁶ Bir başka söylemle açık senedin düzenleyeni ile senedi bu kişiden doldurma yetkisiyle birlikte devralan ve sonra iyiniyetli üçüncü kişiye devreden lehtar yahut cirantalar, yarattıkları bu hukuki görünüşten sorumlu olup senedi iyiniyetli olarak elinde bulunduran üçüncü kişinin iyiniyeti korunur.⁷⁷

70 Bozer ve Göle (n 9) 383.

71 Bozer ve Göle (n 9) 383.

72 Nurkut İnan ve Serpil Kıvanç, ‘Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin Çeki İlişkin Kararları (1979-1982)’ Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, (Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü 1984) 127, 165.

73 Oğuz (n 7). 42. Aynı yönde bakınız Poroy ve Tekinalp (n 4) 397.

74 Tüzemen Atik (n 5) 218 ve devamı.

75 Tüzemen Atik (n 5) 212.

76 Tüzemen Atik (n 5) 212.

77 Tüzemen Atik (n 5) 325.

Rıza dışı elden çıkan bir senet üzerinde, yeni hamilin herhangi bir hak kazanması kural olarak olanaklı değildir. Yazar doldurma yetkisinin de senedin kaybı veya çalınması gibi rıza dışı elden çıkma durumlarında sona ereceğini savunmaktadır.⁷⁸ Bu durumda, doldurma yetkisinin hak sahibi açısından devam ettiği ancak “*fiilen kullanılamaz durumda olduğu*” ileri sürülmektedir.⁷⁹

Tüzemen Atik, doldurma yetkisinin ancak iradi olarak devrinin olanaklı olduğunu, senedin henüz doldurulmadan rıza dışı elden çıkması durumunda iradi bir devrin söz konusu olamayacağını, senedi ele geçiren kimsenin senedi doldurma yetkisinin bulunmadığını ve buna rağmen senet bu kişi tarafından doldurulursa, imza sahibinin sorumluluğuna gidilemeyeceğini savunmaktadır.⁸⁰ Yazar ayrıca, senedin rıza dışı elden çıkması durumunun hukuken doldurma yetkisini sona erdirmeyeceğini, bu durumda aslında fiilen bu yetkinin kullanılmadığını; zira senet yeniden yetkili kişinin eline geçtiğinde, bu kişinin doldurma yetkisini kullanarak senedi doldurabileceğini belirtmektedir. Bununla birlikte senedin *mutlak suretle zıyar*⁸¹ halinde doldurma yetkisi fiilen sona erecektir.⁸²

Yazara göre, bir açık senedin eksik unsurları tamamlanmadan önce rıza dışı elden çıkarak zayı olması durumunda iptal edilebilmesi için iptali istenen senedin iptalinin olanaklı olması, bu bağlamda senedin kıymetli evrak niteliğini haiz olması gerekmektedir. Açık kambiyo senetlerinin gelecekte unsurlarının anlaşmaya uygun şekilde tamamlanması halinde kıymetli evrak niteliği kazanmak amacıyla düzenlenmiş senetlerdir. Açık senetler ciro, aval gibi birtakım kambiyo senetlerine has özelliklerden yararlanırsa da bu yararlanma, esasen ileride kambiyo senedi niteliği kazanmasının geçmişe etkili bir sonucu niteliğindedir. Senedin zayı olması durumunda ise unsurların tamamlanması ve senedin kambiyo senedi niteliği kazanması olanaklı olmayacaktır.⁸³ Yazara göre, her ne kadar bir açık senedin, unsurları tamamlanmamış olması sebebiyle kıymetli evrak niteliğini haiz olmadığı için zayı olması durumunda, kıymetli evraka özgü iptal hükümlerinden yararlanamasa da hükmün getiriliş amacı değerlendirildiğinde, açık senedin iptal edilebilmesi menfaatler dengesine uygun düşmektedir.⁸⁴

Yazar, senedin doldurma hakkı sahibinin elinden rızası dışında çıkması durumunda, senedin iyiniyetli olarak kazanılması söz konusu olmadıkça, doldurma hakkının gerçek sahibinin bu hakkının fiilen sona ermiş olacağını; ancak senedin iyiniyetli olarak kazanılması durumunda doldurma hakkının iyiniyetli hamil açısından devam edeceğini belirtmektedir.⁸⁵

Yabancı öğretilerde ise genel olarak açık senetlere kambiyo senetlerinin zıya ve iptal hükümlerinin uygulanabileceği, yani bu senetlerin iptalinin olanaklı olduğu yönünde görüşlere rastlanılmaktadır.⁸⁶

78 Jaggi, Druey and von Greyerz (n 48) 162; Tüzemen Atik (n 5) 218.

79 Tüzemen Atik (n 5) 218.

80 Tüzemen Atik (n 5) 218.

81 Bizim savunduğumuz görüş uyarınca “*senet üzerinde zilyetlik kurulmasının olanaksız olması şeklinde zayı olma*” şeklinde ifade edilebilir.

82 Tüzemen Atik (n 5) 218-219.

83 Tüzemen Atik (n 5) 221.

84 Tüzemen Atik (n 5) 222.

85 Tüzemen Atik (n 5) 226.

86 Jaggi (n 66) 372; Baumbach and Hefermehl (n 59) 406, 407; Adolf Baumbach, Wolfgang Hefermehl and Matthias Casper, *Wechselgesetz und Scheckgesetz* (23th edn, Beck 2008).

Baumbach ve Hefermehl göre açık kambyo senedinin iptali olanaklıdır; zira iptal kararı burada senedin suistimalini önlemekte, yetkisiz şekilde doldurulmasına engelleyici bir işlev görmektedir.⁸⁷ *Bülöw* ise benzer şekilde, açık senedin iptali bakımından hukuki yarar olmadığını, zayi olan senedin henüz tamamlanmadığı için hak doğurmadığını, ancak elden çıkan senedin suistimalini önlemek amacıyla iptal kurumunun işletilebilmesi gerektiğini savunmaktadır.⁸⁸

Öğretide birçok yazar, çoğunlukla gerekçe belirtmeden açık senedin zayi olması durumunda TTK'daki ziya ve iptal hükümlerinin uygulama alanı bulacağı görüşündedir.⁸⁹ Bu görüşü baskın görüş olarak nitelendirmek yerinde olacaktır. Yargıtay'ın son dönemdeki yerleşik kararları da açık senedin unsurları tamamlanmadan zayi olması durumunda iptal edilebileceği yönündedir.⁹⁰ Buna karşın, Yargıtay'ın ve Bölge Adliye Mahkemesi'nin farklı yönde kararları da mevcuttur.⁹¹

87 Baumbach and Hefermehl (n 59) 407.

88 Peter Bülöw, *Wechselgesetz Scheckgesetz* (5th edn, Beck 2013) 321

89 Öztan (n 1) 271; Poroy ve Tekinalp (n 4) 122; Ülgen, Helvacı, Kendigelen ve Kaya (n 10) 147; Pulaşlı (n 7) 92; Gürbüz (n 7) 775; Mertol Can, *Kıymetli Evrak Hukuku (Ders Kitabı)* (3. Bası, İmaj 2015) 41; Öztürk (Dirikkan) (n 64) 27; Bozer ve Göle (n 9) 45; Gönen Eriş, *Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Kıymetli Evrak* (Seçkin 2014) 203; Gültekin (n 64) 176; Can ve Güner (n 1) 44; Mehmet Bahtiyar, *Kıymetli Evrak Hukuku* (14. Bası, Beta 2016) 37; Ahmet Sezer, *Kıymetli Evrakın Zayi Olması ve İptal Davası* (4. Bası, Adalet 2007).138; Caner Gürühan, *Çekin Zayi Olması ve İptali* (2. Bası, Adalet 2014) 63; Umur Karakaya, *Kıymetli Evrakın Zayi Olması ve İptali* (Adalet 2014) 70; Burhaettin Esenkar, *Çekin Ziyai Özellikle Çalınma Hali* (3. Bası, Adalet 2007) 54; Göç Gürbüz (n 7) 97; Oğuz (n 7). 42.

90 “Davacı vekili, müvekkili çalışanın aracından muhtelif eşyaların yanısıra bayilerin birinden alınmış 30.000 TL bedelli, müvekkili namına keşide edilmiş, ancak tanzim ve vade tarihi henüz yazılmamış bononun da çalışıldığını ileri sürerek anılan bononun iptalini istemiştir. (...) Talep, zayi sebebiyle bono iptali istemine dair olup mahkemece davacı vekilinin davaya konu bonoda keşide tarihinin olmadığını belirttiği, keşide tarihi yazılmamış bononun kıymetli evrak vasfında bulunmadığı gerekçesiyle talebin reddine karar verilmiştir.

6102 Sayılı TTK'nın 778/2-f bendinin atfı ile bonolarda da uygulanması mümkün olan aynı Kanununun 680. maddesi uyarınca açık bono düzenlenebilecek olması karşısında anılan eksikliklerin sonradan doldurulması mümkün olup, belirtilen hususları eksik olarak kaybedilen bononun zayi edilmesi halinde, iptalinin istenmesi de olanaklı bulunmaktadır. Dairemiz'in istikrar kazanan kararları da bu yöndedir.

Bu itibarla, mahkemece, yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda, davaya konu bononun zayi edildiği iddiası üzerinde durularak, gerekli inceleme yapıp, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle davanın reddedilmesi doğru görülmemiş, kararın davacı yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir.” (Yargıtay 11. HD, E 2014/18986 K 2015/4772, 6.4.2015); “6102 sayılı TTK'nın 778. maddesi delaleti ile bonolar bakımından iptal davaları açısından uygulanması gerekli TTK'nın 759/2. maddesi uyarınca iptal isteminde bulunan kişi bono elinde iken zayi olduğuna dair inandırıcı bir şekilde gösteren delilleri mahkemeye sağlamak, senedin bir suretini ibraz etmek yahut da senedin esas içeriği hakkında bilgi vermekle yükümlüdür. Bu açıdan somut işe bakıldığında davacı dava dilekçesine, iptalini istediği bonolardan birinin fotokopisini eklemiş, dilekçede diğer bono hakkında da keşideci, meblağ ve vade tarihi hakkında beyanda bulunmuştur. Öte yandan Dairemiz'in 2010-4563 E. 2011-15716 K. emsal nitelikte ilamında da vurgulandığı üzere açık bono düzenlenmesi mümkün olup, zorunlu unsurların tedavüle çıkarılmadan önce tamamlanmasında yasaya aykırı bir durum bulunmadığından, mahkemenin yerinde olmayan gerekçe ile iptali istenen bonoların kambyo senedi vasfı bulunmadığından bahisle hukuksal yararı aşkar olan davanın reddine karar vermesi doğru olmamış, davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile yerel mahkeme kararının bozulması gerekmiştir.” (Yargıtay 11. HD, E 2014/1148 K 2014/7886, 28.4.2014); “Dava, zayi sebebiyle çek iptali istemine ilişkindir. 6102 Sayılı TTK'nın 818. maddesinin s bendinde; iptal hakkındaki 757 ilâ 763. maddelerle 764. maddenin birinci fıkrasının, aynı maddenin c bendinde ise açık poliçeye ait 677 ilâ 680. madde hükümlerinin çek hakkında uygulanacağı açıklanmıştır. 6102 Sayılı TTK'nın 680. maddesi gereğince, bir çekin tamamen doldurulmamış olarak tedavüle çıkarılma olanağı mevcuttur. Bu durumda, iptali istenen çekin sadece keşide tarihinin bulunmaması sebebiyle çek vasfını taşımadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi doğru olmamış kararın bozulması gerekmiştir.” (Yargıtay 11. HD, E 2015/10169 K 2016/4429, 20.4.2016); Ayrıca bakınız Yargıtay 11. HD, E 2007/11415 K 2009/82 12.1.2009; Yargıtay 11. HD, E 1974/436 K 1974/420, 11.02.1974; Yargıtay 11. HD, E 2012/5461 K 2013/5215, 02.12.2013.

91 “Dava, dava açmaya ehil hamil tarafından açılmış ise de, dava dilekçesinde belirtildiği üzere, dava konusu çeklerin keşide

C. GÖRÜŞÜMÜZ

Kanımızca, TTK'daki iptal hükümlerinin açık senetlerin zayi olmasına uygulanıp uygulanamayacağı sorusuna, tüm zayi olma halleri açısından geçerli olacak yeknesak bir cevap verilmesi doğru değildir. Bu soruna, senedin zayi olma hallerine göre ayrı ayrı yaklaşmak gerektiği düşüncesindeyiz. Bu nedenle konu hakkındaki değerlendirmelerimiz, aşağıda her bir zayi olma hali açısından ayrı bir başlık altında sunulmuştur. Bu noktada hemen belirtmek gerekir ki, açık senedin doldurulduktan sonra zayi olması ihtimali, aşağıda ayrıca değerlendirmeye konu edilmemiştir. Zira bu durumda, artık bir açık senetten bahsedilemez. Doldurma yetkisi kullanılarak eksik unsurlar tamamlanmış ve artık ortada unsurları tam ve hukuken geçerli bir senedin zayi olması durumu vardır. Kuşkusuz bu durumda kıymetli evraka özgü ziya ve iptal hükümlerinin uygulanmasında herhangi bir engel bulunmamaktadır.

1. Açık Senedin Düzenleyenin Elindeyken Zayi Olması İhtimali Açısından Değerlendirmeler

Düzenleyenin elindeyken çalınan ya da kaybolan bir senedin zayi olduğundan hareketle iptal hükümlerinin uygulanması olanaklı değildir. Bu konuya ilişkin olarak iki husus üzerinde durulabilir. İlk olarak, ortada bir kambiyo senedinin varlığından bahsedilmeyeceği, bu nedenle de TTK'nın ziya ve iptal hükümlerinin uygulama alanı bulamayacağı söylenebilir. Buna katılmak olanaklı değildir. Zira senedin, ele geçiren kişi tarafından tamamlanması ve bunun hukuki görünüş teorisi uyarınca korunması mümkün olabilecektir. İkinci olarak, senet düzenleyenin elindeyken zayi olmuştur.

yer ve tarihi bulunmamaktadır. Dava konusu belgeler keşide yer ve tarihini ihtiva etmediğinden TTK.nun 692 ve devam eden maddeleri uyarınca çek değildir ve TTK.nun 730/20. maddesi yollamasıyla aynı Yasa'nın 669. maddesi gereğince iptali istenemez. Açıklanan nedenlere ve dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile hükmün onanmasına karar vermek gerekmiştir.” (Yargıtay 11. HD, E 2002/7721 K 2003/96, 13.01.2003); “Davacı vekili dava dilekçesinde özetle; müvekkilinin ... Bankası .../... Şubesine ait ... numaralı 1 adet çeki kaybettiğini veya çalındığını, çekin keşidecisinin müvekkilinin babası ... olduğunu, çekin üzerindeki tüm unsurların boş olup sadece keşide yerinde imza bulunduğunu, çeki müvekkilin babası olan ...'un, lazım olan ödemelerde kullanması için imzalayıp verdiğini, çekin zilyedinin davacıda olduğunu, ancak çekin nerede, ne zaman ve nasıl elinden çıktığını bilmediğini, (...)

İlk derece mahkemesince yapılan yargılama sonucunda; “...Türk Ticaret Kanununun 780. Maddesinde çekin unsurları yani geçerlilik şartları açık olarak belirtilmiştir. 780. Maddede yazılı unsurların bulunmaması halinde bu belge çek sayılmayacaktır. Bu itibarla da ortada çek mahiyetinde bir belge de bulunmamaktadır. Bu nedenle iptali talep edilen çekin zorunlu unsurların yazılmaması sebebiyle T.T.K'nun da düzenlenen kıymetli evrak niteliği taşımadığından, (Yargıtay 11. Hukuk dairesinin 11/06/1019 Tarih 2018/3302 Esas 2019/4506 Karar sayılı ilamı da dikkate alındığında) davacının davasının reddine karar vermek gerektiği...” gerekçesiyle davacının davasının reddine, karar verilmiştir.(...)

Dairemizce yapılan inceleme sonucunda; dosyadaki belgelere, kararın dayandığı delillere, duruşma sürecini yansıtan tutanaklara ve gerçeğe içeriğine göre, mahkemece taraflar arasındaki uyumsuzluğun somut olayın özelliklerine uygun olarak belirlendiği, yargılamanın Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda belirtilen usullere uygun olarak yürütüldüğü, taraflarca gösterilen hükmeye etki edecek delillerin usulüne uygun olarak toplandığı, çekin zorunlu unsurlarının TTK 780/1. maddesinde düzenlendiği, zayi nedeniyle iptali talep edilen çekin keşidecisinin ... olduğunun bildirildiği, bunun dışındaki zorunlu unsurlarının bulunmadığı ve çekin boş olduğunun bildirildiği, açıklanan nedenlerle davacının ileri sürdüğü istinaf nedenlerinin yerinde olmadığı, mahkemece delillerin takdirinde ve yasa kurallarının olaya uygulanmasında bir isabetsizlik görülmediği, kararın usul ve esas yönünden hukuka uygun olduğu anlaşıldığından davacının istinaf başvuru talebinin HMK'nın 353/1.b.1 maddesi gereğince esastan reddine ilişkin aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.” (Konya Bölge Adliye Mahkemesi 6. HD, E 2023/458 K 2023/1036, 12.5.2023).

Senedi düzenleyenin kural olarak senedin iptalini isteme hakkı bulunmamaktadır. Böylelikle bu ikinci husus sebebiyle zıya ve iptal hükümlerine gidilemeyeceği görülmüştür.

2. Senet Zilyetliği Kaybedilmeksizin Zayi Olma İhtimali Açısından Değerlendirmeler

Senet hamilin zilyetliğindeyse ve fakat yırtılma, karalanma gibi sebepler nedeniyle senedin ibrazı olanaklı değilse (senet kullanılamaz hale gelmişse) *senet zilyetliği kaybedilmeksizin zayi olma* durumu söz konusu olur. Bu durumda senet, düzenleyen tarafından lehtara teslim edilmiş, lehtardayken ya da devredilmişse son hamilin zilyetliğindeyken ibrazı olanaksız şekilde kullanılamaz hale gelmiştir. Doldurma yetkisi ise senet zayi olmadan önce kullanılamamıştır. Bize göre bu kurguda, doldurma yetkisi, kullanılamaz hale gelen senet ile birlikte sona ermektedir. Nitekim yetkinin kullanılması fiili olarak da artık olanaklı değildir. Böylelikle açık senedin zayi olduğu anda, senedin kambiyo senedi niteliği bulunmamaktadır. Doldurma yetkisinin kullanılamayacak olması sebebiyle de açık senet hiçbir zaman geriye etkili olarak unsurları tam bir kambiyo senedi haline gelemeyecektir. Ayrıca, kullanılamaz hale gelen senet halihazırda hamilin elinde olduğu için, öğretilerde birçok yazar tarafından senedin iptaline gerekçe olarak sunulan senedin suisitimal edilmesi tehlikesi de bulunmamaktadır. Sonuç itibarıyla *kanaatimizce*, ortada unsurları tam bir kambiyo senedi olmadığından hareketle *senet üzerinde zilyetlik kurulmasının olanaksız olması şeklinde zayi olma* durumunda kıymetli evraka ilişkin iptal hükümlerinin uygulanması olanaklı değildir.

3. Senet Üzerinde Zilyetlik Kurulmasının Olanaksız Olması Şeklinde Zayi Olma İhtimali Açısından Değerlendirmeler

Açık senet tamamen ortadan kalkmışsa, bir senedin fiziki olarak varlığından artık bahsedilemiyorsa *senet üzerinde zilyetlik kurulmasının olanaksız olması şeklinde zayi olma* durumu söz konusudur. Bu durum, genellikle senedin yanma gibi bir sebeple tamamen ortadan kalkması yahut buzdağındaki bir kırığın içi ya da okyanusun dibi gibi bir daha hiç kimsenin ulaşamayacağı bir yere düşmesi şeklinde ortaya çıkar. Senedin mutlak olarak zayi olması olarak da nitelendirilebileceğimiz bu durumda başka hiç kimse artık senede zilyet olamaz. Dolayısıyla tıpkı açık senedin kullanılamaz hale gelmesi (*senet üzerinde zilyetlik kurulmasının olanaksız olması şeklinde zayi olma*) halinde olduğu gibi doldurma yetkisi artık fiili olarak kullanılamaz durumdadır. Sonuç olarak, *kanaatimizce*, açık senedin zilyetliğinin mutlak anlamda kaybedilmesi durumunda, açık senet henüz doldurma yetkisi kullanılarak tam senet haline getirilmemişse, kıymetli evraka ilişkin zıya ve iptal hükümlerinin anılan senet bakımından uygulama alanı bulamayacağı söylenebilir.

4. Senedin İrade Dışı Elden Çıkma Şeklinde Zayi Olma İhtimali Açısından Değerlendirmeler

Bir diğer zayi olma hali ise çalınma, kaybetme gibi *irade dışı elden çıkma şeklinde zayi olma* durumudur. Öğretilerdeki genel kabule göre senet zilyetliğinin “nispi” anlamda kaybedilmesi olarak da geçen bu zayi olma hali, diğer zayi olma hallerinden farklı olarak bir rizikoyu beraberinde getirmektedir. Gerçekten de senedin zilyetliğinin bir üçüncü kişi tarafından haklı ya da haksız şekilde kazanılması,

senedin zayı olduktan sonra da tedavüle devam edebilmesi ve sonuç olarak senedi elinde tutan kişi tarafından ibraz edilerek ödeme talep edilmesi söz konusu olabilir. Nitekim senedin zayı olması sonucu uygulanacak iptal hükümleri bilhassa bu kurgu için kaleme alınmıştır.

Açık senedin rıza dışı elden çıkması durumunda, aynı risk devam etmektedir. Yani senedin, senedi ele geçiren kişi ya da onun devrettiği bir üçüncü kişi tarafından doldurulma rizikosu bulunmaktadır. Bu noktada iki olasılıktan bahsetmek gerekir: Senet haksız zilyedin elinde olabilir ya da haksız zilyetten iyiniyetli olarak senedi iktisap eden bir üçüncü kişinin elinde olabilir.

Kural olarak senedi rıza dışı elde eden haksız zilyet doldurma yetkisine sahip değildir. Ancak kambiyo senetleri hukuku bağlamında değerlendirildiğinde, bu kişinin doldurma yetkisine sahip olmaması başka, bir şekilde bu kişinin senedi doldurması durumunda, bu hususun hukuken sonuç doğurması başka bir konudur. Yukarıda *Tüzemen Atik* tarafından belirtildiği ve bizim de katıldığımız görüş uyarınca, hiç kimsenin sahip olduğu haktan fazlasını devredemeyeceğine ilişkin ilke, kambiyo senetleri hukukunun temel ilkeler ile, özellikle de hukuki görünüşe güven ilkesi ile yumuşatılmaktadır. Bu durum, bilhassa tedavül amacına hizmet eden kambiyo senetleri düşünüldüğünde, tedavül güvenliğinin sağlanabilmesi için zorunlu niteliktedir. Bu bağlamda her ne kadar lehtarın yahut kötünietli zilyedin doldurma yetkisi olmasa da anılan senedi yetkisiz olarak doldurması durumunda, hukuki görünüşe güven ilkesi ve tedavül güvenliği dikkate alınarak konuya yaklaşılması lazım gelmektedir. Dolayısıyla bu durumda unsurları doldurulan senet, en baştan itibaren tam ve geçerli bir kambiyo senedi niteliğinde olacağı düşüncesindeyiz. Sonuç olarak, senedin zilyetliğinin nispi anlamda kaybı durumunda, senedi doldurma yetkisi her ne kadar hukuken sona ermiş ve yetki verilen kişi veya o kişinin devrettiği kişilerce kullanılması fiili olarak olanaksız olsa da bir şekilde haksız zilyet tarafından doldurulması olanaklıdır. Kıymetli evrak hukuku dışında bir alanda, bu işlem hukuk tarafından korunmasa da *yaratılan hukuki görünüşe güven ilkesi ve tedavül güvenliği* gibi prensipler dikkate alınarak açık senedin tamamlanması ve geçmişe dönük olarak unsurları tam bir senet haline gelmesi olanaklıdır.

Açık senedi sonradan devralan zilyet, senedi açık senet olduğuna inanarak devralmış olabilir. Bu durumda, haksız zilyet bakımından “kural olarak” sona ereceği öngörülen doldurma yetkisi, senedi iyiniyetli olarak devralan zilyet bakımından devam edecektir. Dolayısıyla bu kişilerin açık senedi tamamlayarak, en baştan geçerli olacak şekilde tam senet haline dönüştürmeleri de olanaklıdır. Sonuç itibariyle, açık senedin iyiniyetli hamilin elinden rıza dışı çıkması durumunda, kıymetli evraka özgü iptal hükümlerinin uygulanması mümkündür.

Görüşümüzü destekleyen bir başka husus ise, açık kambiyo senedinin zilyetliğinin kazanılmasına da unsurları tam bir senede uygulanan hükümlerin uygulanmasıdır.⁹² *Poroy ve Tekinalp*, bir senedin herhangi bir şekilde hamilin elinden çıkmış olduğu durumda TTK m. 686 hükmünün uygulanacağını belirtmektedir. Buna göre, TTK m. 686/I uyarınca düzgün ciro zincirine göre meşru hamil, TTK m. 686/II uyarınca bir kişinin açık kambiyo senedini kötünietli olarak iktisap etmiş olduğu veya

92 Poroy ve Tekinalp (n 4) 173.

iktisabında ağır bir kusur bulunduğu takdirde, anılan senedi geri vermekle yükümlüdür.⁹³ Buradan hareketle söylenebilir ki açık kambiyo senedinin kimde olduğu bilindiğinde poliçeye ilişkin TTK m. 686 hükmü uygulanabiliyorsa, paralel şekilde eğer zayi olan senedin kimde olduğu bilinmiyorsa, poliçeye ilişkin iptal hükümleri uygulanmalıdır.

IV. SONUÇ

Açık senetlerin zayi olması durumunda kıymetli evraka özgü iptal hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı hususunda yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Öğretide ve yargı içtihatlarındaki ağırlıklı görüş, açık senetlerin de zayi olmaları halinde tıpkı kambiyo senetlerinde olduğu gibi iptal edilebilecekleri yönündedir. Sonuç bu yönde olmakla birlikte yazarların gerekçeleri farklılık göstermektedir. Meseleye zayi olma halleri bakımından ayrı ayrı yaklaşmak gerekmektedir.

Senet hamilin zilyetliğindeyken yırtılma, karalanma gibi sebeplerle *senet zilyetliği kaybedilmeksizin zayi olma* durumunda açık senedi doldurma yetkisi, kullanılamaz hale gelen senet ile birlikte sona ermekte, yetkinin kullanılması fiili olarak olanaksız hale gelmektedir. Böylelikle zayi olduğu anda kambiyo senedi niteliği bulunmayan açık senet, doldurma yetkisinin sonradan da kullanılamayacak olması sebebiyle hiçbir zaman geriye dönük olarak (*ex tunc*) unsurları tam bir kambiyo senedi haline gelemeyecektir. Ayrıca senet halihazırda hamilin elinde olduğu için, üçüncü kişi tarafından suisitimal edilmesi tehlikesi bulunmadığına göre *senet üzerinde zilyetlik kurulmasının olanaksız olması şeklinde zayi olma* durumunda kıymetli evraka ilişkin iptal hükümlerinin uygulanması olanaklı değildir.

Açık senet bakımından *senet üzerinde zilyetlik kurulmasının olanaksız olması şeklinde zayi olma* durumu söz konusu ise, doldurma yetkisi fiili olarak kullanılamaz hale gelmiştir. Dolayısıyla zayi olduğu anda senedin kıymetli evrak niteliği bulunmadığı için kıymetli evraka özgü iptal hükümleri uygulama alanı bulmamaktadır.

Senedin rıza dışı elden çıkması durumunda, üçüncü kişilerin senede zilyet olma tehlikesi mevcuttur. Bu kazanım örneğin senedi çalan kişide olduğu gibi haksız zilyet şeklinde olabileceği gibi şayet bir kişi iyiniyetli olarak bu kişiden iktisap etmişse bu kişinin iyiniyeti korunur. Kural olarak haksız zilyedin senedi doldurma yetkisinin olmadığı kabul edilse de haksız zilyet tarafından senedin doldurulması durumunda tedavül güvenliği ve hukuki görünüşe güven ilkeleri de dikkate alınarak en baştan itibaren geçerli bir senedin olduğu kabul edilmelidir. Bununla birlikte senedi haksız zilyetten devralan iyiniyetli üçüncü kişinin iyiniyeti korunduğu için zaten doldurma yetkisi var kabul edilmelidir. Dolayısıyla bu kurguda da açık senet en baştan itibaren geçerli bir kıymetli evrak niteliği kazandığına göre kıymetli evraka özgü iptal hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

Açık senet henüz düzenleyenin elindeyken zayi olmuş ise düzenleyenin TTK m. 651/II hükmü uyarınca senedin iptalini talep hakkı bulunmadığına göre senedin iptali söz konusu olamayacaktır. Son olarak açık senedin eksik olan unsurları tamamlandıktan sonra zayi olması durumunda

93 Poroy ve Tekinalp (n 4) 173.

artık ortada unsurları tam bir senet olacağından, senedin iptal edilmesinde herhangi bir engel bulunmamaktadır.

KAYNAKÇA

- Akgün Z, *İcra-İflas ve Ticaret Kanunlarına Göre Kıymetli Evrak Hukuku* (Güven 1966).
- Baumbach A, Hefermehl W and Casper M, *Wechselgesetz und Scheckgesetz* (23th edn, Beck 2008)
- Baumbach A and Hefermehl W, *Wechselgesetz und Scheckgesetz* (18th edn, Beck 1995)
- Bahtiyar M, *Kıymetli Evrak Hukuku* (14. Bası, Beta 2016).
- Bahtiyar M, Taşdelen N, Biçer L ve Hamamcıoğlu E, *Kıymetli Evrak Hukuku* (Beta 2022).
- Battal A, 'Açık Poliçe ile Açığa İmzalı Adi Senetlerin Karşılaştırılması ve Bir Sonuç' (1994) 20 (1-2) *Yargıtay Dergisi* 93-107.
- Bozer A ve Göle C, *Kıymetli Evrak Hukuku* (10. Bası, Sözkese 2021).
- Bülöw P, *Wechselgesetz Scheckgesetz* (5th edn, Beck 2013).
- Can H ve Güler S, *Kıymetli Evrak Hukuku* (Siyasal 1999).
- Can M, *Kıymetli Evrak Hukuku* (Ders Kitabı) (3. Bası, İmaj 2015)
- Domaniç H, *TTK Şerhi IV – Kıymetli Evrak Hukuku* (Eskin 1990).
- Eriş G, *Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Kıymetli Evrak* (Seçkin 2014).
- Esenkar B, *Çekin Ziyatı Özellikle Çalınma Hali* (3. Bası, Adalet 2007).
- Göç Gürbüz D, *Öğreti Uygulama ve Yargı Kararları Işığında Kıymetli Evrakın Zayi Olması ve İptali* (Beta 2017).
- Gültekin Ö, *Kıymetli Evrakın ı ve İptali* (9. Bası, Seçkin 2020).
- Gürbüz H, *Yargıtay Uygulaması Işığında Ticari Senetlerin İptal Davaları ve Ticari Senetlere Özgü Sorunlar* (Arpaz 1984).
- Gürühan C, *Çekin Zayi Olması ve İptali* (2. Bası, Adalet 2014).
- Hueck A and Canaris C, *Rect der Wertpapiere* (11th edn, Vahlen 1977).
- İmregün O, *Kıymetli Evrak Hukuku* (3. Bası, Filiz 2007).
- İnan N ve Kıvanç S, 'Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin Çeke İlişkin Kararları (1979-1982)' *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu*, (Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü 1984) 127-174.
- Jacobi E, *Wechsel – und Scheck* (De Gruyter 1955).
- Jaggi P, *Die Wertpapiere* (Schutless & Co Ag 1959).
- Jaggi P, Druet J N and Von Greyerz C, *Wertpapierrecht unter besonderer Berücksichtigung von Wechsel und Check* (Helbing & Lichtenhahn 1985).
- Karakaya U, *Kıymetli Evrakın Zayi Olması ve İptali* (Adalet 2014).
- Karayalçın Y, *Ticaret Hukuku III: Ticari Senetler (Kambyo Senetleri)* (4. Bası, Sevinç 1970).
- Kendigelen A ve Kırcı İ, *Kıymetli Evrak Hukuku Genel Esaslar Kambyo Senetleri* (6. Bası, Oniki Levha 2022).
- Kınacıoğlu N, *Kıymetli Evrak Hukuku* (5. Bası, Nobel 1999).
- Oğuz O, 'Zayi Edilen Boş Çek Yapraklarının Mahkeme Tarafından İptaline Karar Verilip Verilemeyeceği Üzerine Bazı Düşünceler' (2014) 90, *Bankacılar Dergisi* 33-50.
- Öztan F, *Kıymetli Evrak Hukuku* (2. Bası, Turhan 1997).
- Öztürk (Dirikkan) H, *Kıymetli Evrakın ı ve İptali* (Ankara Üniversitesi Basımevi 1990).
- Poroy R, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları* (11. Bası, Beta 1999).
- Poroy R ve Tekinalp Ü, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları* (24. Bası, Vedat 2021).

- Pulaşlı H, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları* (9. Bası, Adalet 2021).
- Sezer A, *Kıymetli Evrakın Zayi Olması ve İptal Davası* (4. Bası, Adalet 2007).
- Tuna E, *Ticaret Hukuku Cilt III Kıymetli Evrak* (3. Bası, Yaylım 2020).
- Tüzemen Atik E, *Açık Kambiyo Senetleri* (Seçkin 2017).
- Ülgen H, Helvacı M, Kaya A ve Nomer Ertan N F, *Kıymetli Evrak Hukuku* (13. Bası, Vedat 2021)
- Ülgen H, Helvacı M, Kendigelen A ve Kaya A, *Kıymetli Evrak Hukuku* (8. Bası, Oniki Levha 2013).
- Turan R, *Kambiyo Senetlerinin Zayi Olması ve Hak Sahibinin Başvurabileceği Hukuki Yollar* (Adalet 2020).

Medeni Yargılamada İspat Faaliyetinde Taraf Beyanı İçeren İradi Taraf İşlemleri

Voluntary Party Proceedings Involving a Party Statement in the Evidential Activity in Civil Proceedings

Harika CANPOLAT 

ÖZ

Tarafın medeni yargılamada gerçekleştirebildiği işlemler genellikle usuli yük olarak belirtilmiştir. Usuli yükümlülüklerin yargılamanın ilerlemesini sağlamayan yaptırımlara bağlanması, işlemi gerçekleştiren tarafa yarar sağlamaması, kanunun bu işlemi taraftan beklemesi gibi kriterlerle usuli yüklerden ayrılması söz konusudur. Usuli yükümlülük ve usuli yükün ayrılmasında kullanılan kriterlerden yola çıkılarak üçüncü bir işlem türü iradi taraf işlemleri olarak belirlenmiştir. Medeni yargılamada ispat faaliyetinde taraf beyanı içeren iradi taraf işlemlerine temel üç işlem üzerinden örnek verilmiş ve bu işlemlerin Kanunda düzenlenmeyen yönleri üzerinde durulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Usuli Yük, Usuli Yükümlülük, İradi Taraf İşlemi, Tarafın Soru Sorması, Tahkikatın Sona Ermesi, Delillerin Değerlendirilmesine Katılma

ABSTRACT

The transactions that the party can perform in civil proceedings are usually specified as procedural burdens. Procedural obligations are separated from procedural burdens by specific criteria, such as the imposition of sanctions that do not ensure the progress of the proceedings, the absence of benefits for the party performing the transaction, and the law expecting this transaction from the party. Based on the criteria used in the separation of procedural obligation and procedural burden, a third type of transaction has been determined as voluntary party transactions. In civil proceedings, examples of voluntary party transactions involving party declarations in the proof activity are given through three basic transactions and the aspects of these transactions that are not regulated in the Law are emphasized.

Keywords: Procedural Burden, Procedural Obligation, Voluntary Party Transaction, Asking Questions by the Party, End of the Examination, Participating in the Evaluation of Evidence

* Ar. Gör., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0002-3779-5500.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Harika CANPOLAT

E-posta/E-mail: harika.koltas@marmara.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 09.10.2023

Kabul Tarihi/Accepted: 20.11.2023

GİRİŞ

Medeni usul hukukunda tarafın yargılamada gerçekleştirdiği işlemler genellikle usuli yük olarak nitelendirilmektedir. Medeni yargılamalarda usuli yükümlülükler, usuli yüklerle göre karşımıza oldukça seyrek çıkmaktadır¹. Usuli yük ve usuli yükümlülüğün ayrılmasında kullanılan kriterlerden yola çıkarak iradi taraf işlemi olarak nitelendirilen taraf işlemlerinin belirtilmesi, ispat faaliyetinde bu üçüncü kategoride yer alan ve taraf beyanını içeren usuli taraf işlemlerinin örneklendirilmesi çalışmanın amacını oluşturmaktadır. Usuli yükte tarafın işlemi gerçekleştirmemesi halinde muhakkak bir olumsuzlukla karşılaşılacağı üzerinde durularak iradi taraf işlemleri belirlenecektir. İspat faaliyetinde tarafın beyanları ile gerçekleştirebileceği ve usuli yük olarak nitelendirilemeyen işlemlere temel örnekler verilerek bunların ayrıntıları üzerinde durulacaktır.

I. USULİ YÜKÜMLÜLÜK VE USULİ YÜKÜN AYRILMASINDAN HAREKETLE İRADİ TARAF İŞLEMİNİN BELİRLENMESİ

A. USULİ YÜKÜMLÜLÜK VE USULİ YÜKÜN AYRILMASI

Usuli yük ve yükümlülükte temel ayrımın, işlemin sonucunun kimin yararına veya zararına doğduğuna göre yapılması görüşü bugün taraftar bulmasa da kısaca değinmekte fayda vardır. Yükümlülük olarak nitelendirilen taraf işlemleri karşı tarafın yararına işlemlerdir ve gerçekleştirilmemeleri halinde karşı tarafın durumunu kötüleştirirler². Tarafın kendi durumunu kötüleştiren ve aleyhine bir karara maruz kalma tehlikesi olan işlemler ise usuli yük olarak tanımlanmıştır³. Ayrıca bu görüşe göre usuli yük tam (*vollkommene*) ve hafif (*milder vollkommene*) olarak ikiye ayırmıştır. İlk halde yükü yerine getirmeyen tarafın kesinlikle bir olumsuzlukla karşılaşacağı, ikinci halde hâkimin takdirine bağlı bir olumsuzluk öngörülmüştür⁴.

Alman hukukunda usuli yük ve usuli yükümlülüğün tanımlanması ve ayrılmasında bugün baskın olarak kabul edilen görüş *Lent*'in bu konudaki bir makalesine dayanmaktadır. Buna göre yargılamada taraf genellikle usuli yükümlülüklerden ziyade usuli yükler altındadır. Lafzi yorum yapılarak Kanunda yer alan ifadelerden yük ve yükümlülük teşkil eden işlemler tespit edilemez zira tarafların zorunlu oldukları durumlar farklı cümle yapıları ile ifade edilebilmektedir. Ayrıca kanunda yükümlülük olarak geçen kimi işlemler yükümlülük özelliğinden ziyade yük niteliğini taşımaktadırlar⁵. Yükümlülükte yerine getirilmesi için bir yaptırım aranması, yükte sadece bir olumsuzlukla karşılaşılması ayrımı reddedilmektir, çünkü her yükümlülük için doğrudan bir zorlama öngörülmemiştir. Zorlama ile ilgili en uygun örnek Alman Medeni Usul Kanunu § 141'e göre davet edilen tarafın duruşmaya

1 Ramazan Arslan, *Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı* (S Yayınları 1989) 61.

2 James Goldschmidt, *Der Prozess als Rechtslage* (Springer 1925) 82; Benzer yönde, Kurt Schellhammer, *Zivilprozess* (16. Auflage, C.F. Müller, 2020) Kenar numarası (kn.) 371.

3 Goldschmidt (n 2) 336; Benzer yönde, Schellhammer (n 2) kn. 371.

4 Goldschmidt (n 2) 361.

5 Friedrich Lent, 'Zur Unterscheidung von Lasten und Pflichten der Parteien im Zivilprozess (1954) ZZZP 344, 348.

mazeretsiz gelmemesi halinde para cezası ile karşı karşıya kalmasıdır⁶. Kimi yükümlülüklerde böyle bir yaptırımın yer almaması nedeniyle yaptırım yük ve yükümlülüğün ayırımında kullanılmamalıdır⁷. Ayrıca bazı yükümlülükler için bir zorlamanın varlığı, yükümlülüğün niteliği ile bağdaşmaz. Örneğin doğruyu söyleme yükümlülüğünde tarafın objektif olarak doğruyu söylemediği tespit edilemedikçe yaptırımın bir anlamı yoktur. Doğru olmadığı tespit edildiğinde de zaten kendi kendine dikkate alınmama sonucu doğacaktır. Bu nedenle zorlamanın varlığı veya yokluğu yükümlülüğün tespiti için yeterli değildir⁸. Sonuç olarak kanunun yükümlülüğün veya yükün yerine getirilmemesi halinde verdiği tepki bunların ayrılmasında kriter olarak kabul edilmemektedir⁹.

Tarafın işlemi gerçekleştirilmesi için yaptırımların mevcudiyetinden yola çıkılamayacağı görüşü, yük ve yükümlülük arasındaki farkı belirlemek için dış reaksiyonlardan ziyade taraf davranışına verilen içsel değer dikkate alınması gerektiğini savunmuştur ve bunu içsel durum (*innere Moment*) olarak ifade etmiştir¹⁰. Kanunun yük olarak gördüğü taraf davranışı, tarafın inisiyatifine¹¹ bırakılmıştır. Yükün yerine getirilmemesi halinde bir olumsuzluk tehlikesi mevcuttur ancak bununla ilgili tercih tarafa bırakılmıştır ve yükün yerine getirilmemesi tercih edilebilir¹². Tarafın yükün öngördüğü davranışı gerçekleştirip gerçekleştirmemesi kanun bakımından farklılık arz etmemektedir, bu davranışın gerçekleştirilmesi için istek bulunmamaktadır, sadece seçenek sunulmaktadır. Karşı tarafın veya mahkemenin hakkı, çıkarı söz konusu değildir, sadece kişinin kendi çıkarı için zorunlu olmayan bir işlemden bahsedilebilir¹³. Örneğin delil gösterilmesi kanunda belirtilmekle beraber tarafın tercihinin bırakılmıştır, ikame edilmediği takdirde mahkeme mevcut duruma göre karşı tarafın getirdiği delilleri değerlendirir ve karara ulaşır¹⁴. Yükümlülük ise bunun zıttı olarak ifade edilmelidir ki yükümlülük ve taraf tercihi birbirine aykırı kavramlardır. Yükümlülük taraf için belli bir davranışın yerine getirilmesi gerekliliğini belirtir. Yükün söz konusu olduğu hallerde, taraf davranışının hukuka aykırı veya izin verilmeyen davranış olduğundan söz edilemezken, yükümlülükte belirtilen ve doğru olan bir davranış bulunmaktadır¹⁵. Yükün yerine getirilmemesi yasaya aykırı olmayacaktır, zira yasada bunun yerine getirilmesine yönelik bir talep bulunmamaktadır, yükümlülüğün yerine getirilmemesi yasaya aykırı olan ve izin verilmeyen bir davranıştır¹⁶.

Özet olarak usuli yük söz konusu olduğunda tarafın yapmakta özgür olduğu bir davranış, yapılmadığı takdirde bir olumsuzluk akla gelmektedir. Bir yaptırım veya zorlama ise yükte yer almamaktadır. Usuli yükümlülükte taraftan beklenen bir davranış söz konusudur, taraf bununla görevlendirilmiştir¹⁷.

6 ibid 348, 349.

7 ibid 349.

8 ibid 349, 350.

9 ibid 350.

10 ibid 350.

11 "Freies Belieben"

12 Lent (n 5) 350.

13 Hans-Joachim Musielak HJ, *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess* (Walter de Gruyter 1975) 49.

14 Lent (n 5) 351.

15 ibid 351.

16 ibid 354.

17 Horst, Konzen, *Rechtsverhältnisse Zwischen Prozessparteien* (Duncker&Humblot 1976) 57, 58; Wolfgang Brehm,

Diğer bir ifadeyle usuli yük ve usuli yükümlülük arasındaki ayırım usuli bir yaptırımın varlığına dayanamaz ancak yükün ve yükümlülüğünün gerçekleştirilmemesi halinde doğacak sonucun hedefi belirlenerek sonuca varılabilir¹⁸. Usuli yükün hedefi taraf davranışından bağımsız olarak yargılamanın ilerlemesidir. Taraf yükün gerektirdiği davranışı yerine getirmese de bir sonuç doğar ve yargılama bu sonuca göre devam eder. Yükün yerine getirilmemesinin sonucu yargılamanın amaçladığı şeyin dışında para cezası vb. yaptırımlar değildir. Tarafın durumunu kötüleştiren veya davayı kaybına neden olabilecek her şey usuli yükün yerine getirilmemesinin sonucudur, olumsuz sonuçtur¹⁹. Yargılamayı ilerletmeye ve sonuçlandırmaya yaramayan yaptırımlar ise usuli yükümlülüklerin yerine getirilmemesinin sonucudur; para cezası, hapis cezası, zorlama vb.²⁰.

Doğruyu söyleme ödevi – yukarıda belirtilen sebeplerden ötürü bir zorlamanın veya yaptırımın düzenlenmesi zorluk arz eder – bakımından Kanun, usulün amacının gerçekleşmesi²¹ için tarafların doğruyu söylemelerini istemektedir ve bu konuda taraflara bir seçim şansı tanımamaktadır. Bu sebeple doğruyu söyleme ödevinin kesinlikle bir usuli yükümlülük olduğu söylenmelidir²².

Hukukumuzda usuli yük ve usuli yükümlülükle ilgili benzer şekilde usuli yükü teşkil eden işlemin gerçekleştirilmesinin tarafın inisiyatifine bırakıldığı, gerçekleştirilmediği takdirde bir hakkın veya davanın kaybedilmesine neden olacağını belirtmiştir²³. Ödev olarak öngörülen işlemin zorlayıcı sonuçları ile yargılamanın teşvik edilmesi söz konusudur²⁴. Usuli yükümlülükte ise kanunun tarafın istediğine bırakmadığı bir davranış söz konusudur ve çeşitli yaptırımlar ile bu işlemin gerçekleştirilmesine zorlama vardır²⁵.

Diğer bir görüşe göre ise yükümlülüğün tespitinde yaptırımın varlığına dayanıldığı görülmektedir²⁶. Yükümlülüğün mevcudiyeti için zorlayıcı bir unsur (bir ceza veya kınama) ve yerine getirilmediğinde

‘Einleitung’ in Reinhard Bork and Hrebert Roth (eds), *Stein/Jonas Kommentar Zivilprozessordnung Band 1* (23. Auflage, Mohr Siebeck 2014) kn. 214; Leo Rosenberg, Karl Heinz Schwab and Peter Gottwald, *Zivilprozessrecht* (18. Auflage, C.H. Beck 2018) § 2, kn. 11 ve 14; Othmar Jauernig and Burkhard Hess, *Zivilprozessrecht* (30. Auflage, Verlag C.H. Beck 2011) § 26 kn. 2-4; Dieter Leipold, ‘Prozessförderungspflicht der Parteien und Richterliche Verantwortung’ (1980) ZJP 237, 240, 241; Masanori Kawano, ‘Wahrheits- und Prozessförderungspflicht als Verhaltenspflicht der Parteien Gegeneinander’ in Walter Gerhardt and Uwe Diederichsen (eds), *Festschrift für Wolfram Henckel* (Walter de Gruyter 1995 411, 413).

Objektif ispat yükünün gerçek anlamda bir usuli yük olmadığı, zira yükün tanımına göre olumsuzluğun bir taraf davranışının gerçekleşmemesine bağlı olduğu ancak ispat yüküne dayanılarak verilen aleyhe kararda bu tanım şartının mevcut olmadığına dair bakınız Hanns Prütting, ‘§ 286 Freie Beweiswürdigung’ in Thomas Rauscher and Wolfgang Krüger (eds), *Münchener Kommentar zur ZPO Band 1* (Verlag C.H. BECK München 2020) kn. 103.

18 Hans Prütting, *Gegenwartsprobleme der Beweislast* (Verlag C.H. Beck 1983) 31.

19 ibid 32.

20 ibid 32.

21 Arslan (n 1) 116. Lent, yükümlülük söz konusu olduğunda aksine davranışın usulün amacının gerçekleşmesini engellediğini belirtmiştir: Lent (n 5) 352.

22 Lent (n 5) 352; Arslan (n 1) 116.

23 Arslan (n 1) 61; Taner Emre Yardımcı, *Hukuk Yargılamasında Somutlaştırma Yükü* (On İki Levha 2017) 1; Oğuz Atalay, *Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı* (Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını 2001) 143; Levent Börü, *Medeni Usul Hukukunda İddia ve Somutlaştırma Yükü* (Yetkin 2016) 66, 67.

24 Güray Erdönmez, *Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrazi Mecburiyeti* (2. Bası, On İki Levha 2014) 98.

25 Arslan (n 1) 62; Erdönmez (n 24) 97.

26 Johann Braun, *Lehrbuch des Zivilprozessrechts* (Mohr Siebeck 2014) 489; Schellhammer (n 2) kn. 371; Yardımcı (n 23)

usuli olumsuzluktan farklı aleyhe bir durumun ortaya çıkması aranmıştır. Örneğin usuli yükümlülüğün ilgili tarafı, usuli kurallar çerçevesinde bir davranışa uymaya veya usuli işlemi gerçekleştirmeye zorladı²⁷, söz konusu yükümlülüğün yerine getirilmemesinin yaptırımının kanunda öngörüleceği ifade edilmiştir²⁸.

İfade edilen görüşlerden yola çıkılarak usuli yükümlülüğün belirlenmesinde davranışı zorlayan bir yaptırımın aranması isabetli değildir. Zira her yükümlülük için yaptırım düzenlenmesi mümkün görünmemektedir. Usuli yükümlülükte işlem kanunca beklenmektedir ve aksi davranış konusunda tarafa bir seçenek sunulmamaktadır. Bunun yanında usuli yük teşkil eden işlemin taraftan beklenmediğini söylemek mümkün değildir. İşlem yerine getirilmediğinde bir yaptırım ile karşılaşılması veya usuli bir olumsuzluk meydana gelmesi arasında kanunun bu işlemi taraftan beklemesi bakımından bir farklılık yoktur. Hem usuli yükümlülükte hem de usuli yükte kanun işlemi taraftan beklenmektedir²⁹. Öngörülen usuli olumsuzluk ile taraf işlemi gerçekleştirmesi için motive edilmektedir³⁰. Bu da işlemin taraftan beklendiğini göstermektedir. Tarafın bu işlemi gerçekleştirmeme konusunda seçim şansı bulunmakla birlikte davranış kanunca beklendiğinden işlemin gerçekleştirilmemesi halinde belli ve somut bir olumsuzlukla karşılaşılacaktır. Usuli yükler aracılığı ile yargılamanın ilerlemesi hedeflenmektedir, işlemin yapılması ile yargılama için bir sonuç doğacağı gibi işlemde kaçınılması ile de yargılamayı ilerleten veya objektif ispat yükünde olduğu gibi sona erdiren bir sonuç meydana gelecektir. Usuli yükün, usuli yükümlülük gibi taraftan beklendiğini gösteren yargılamayı ilerleten olumsuz bir sonuç öngörülmesi ve bu usuli olumsuzluğun her zaman meydana gelmesi iradi taraf işlemi kavramının açıklanmasında kullanılacaktır.

B. USULİ YÜKTE MECBURİ USULİ OLUMSUZLUK VE İRADİ TARAF İŞLEMİ

Usuli yükte muhakkak bir olumsuzluğun meydana gelip gelmeyeceği, usuli yük ve usuli yükümlülük olmayan iradi taraf işlemlerinin belirlenmesinde kriter olarak kullanılabilmesi nedeniyle önem taşımaktadır. İşlemin yerine getirilmemesi ile muhakkak bir olumsuzlukla karşılaşılması halinde usuli yükten, mutlaka olumsuz bir netice ile karşılaşılmasının söz konusu olmadığı işlemler iradi taraf işlemi olarak nitelendirilebilir³¹. Ancak gerçekten usulü yükün yerine getirilmemesi mutlaka olumsuz bir sonuç doğuracak mıdır? Bu soruya verilecek cevaba göre iradi taraf işlemlerinin belirlenmesi için kullanılacak kriterin usuli olumsuzluk olup olmadığı belirlenebilir.

Usuli yük ve usuli yükümlülüğe kanunun yüklediği anlamdan yola çıkılırsa her iki taraf işlemi de beklediği ifade edilmelidir. Aralarındaki fark gerçekleştirilmemeleri halinde doğan sonuçların

6, 7.

27 Börü (n 23) 67.

28 ibid 69.

29 Erdönmez (n 24) 98; Nicolas Wuillemin, *Beweisführungslast und Beweisverfügung nach der Schweizerischen ZPO* (Dike Verlag AG 2018) kn. 186.

30 Wuillemin (n 29) kn. 186.

31 “*freiwillige Parteihandlung veya Handeln in natürlichem Parteiinteresse*” Walter F. Lindacher, ‘Zur Mitwirkung der Parteien bei der Ermittlung ausländischen Rechts’ in Peter Gottwald and Herbert Roth (eds) *Festschrift für Ekkehard Schumann zum 70. Geburtstag* (Mohr Siebeck 2001) 283, 286.

yargılamadaki etkilerinde ve tarafa davranışın gerçekleştirilmesi konusunda tanınan özgürlüktedir. Usuli yükte yargılamayı ilerleten sonuçlar mevcutken, usuli yükümlülükte yargılamanın ilerlemesine ve sonuçlanmasına hizmet etmeyen neticeler doğacaktır³². Örneğin objektif ispat yükü bu anlamda usuli bir yüküdür. Usuli yükün mevcudiyeti, bu yükün yerine getirilmesi veya getirilmemesi halinde yargılamayı ilerleten bir sonucun oluşmasına bağlanmıştır. Usuli yükün tarafça dikkate alınmaması sonucu oluşan olumsuzluk, tarafın lehine sonuç almasını zorlaştıran her durum olabileceği gibi direkt olarak davanın aleyhine sonuçlanması da olabilir³³.

Usuli yükün gerçekleştirilmemesi halinde muhakkak bir olumsuzluk ile karşılaşılması gerektiği görüşü, aksi halde usuli yükün sınırlarının kaybolacağı endişesine dayanmaktadır³⁴. Buna karşılık usuli yükten söz edebilmek için mutlaka usuli bir olumsuzluğun şart olmadığını, tarafın yararına sonuç doğurabilecek bir işlemin yeterli olduğunu ifade eden görüşler de bulunmaktadır³⁵. Usuli yükün belirlenmesinde kriter olarak mutlaka bir olumsuzluğun mevcudiyetinin aranması, sadece olumsuzluğun doğduğu hallerde yükten söz edilmesine neden olacaktır³⁶. Örneğin iddia yükü veya delil ikame yükünün yerine getirilmemesi halinde dahi aydınlatma ödevi veya karşı tarafın delil ikamesi ile yükü yerine getirmeyen taraf olumsuz sonuç ile karşılaşmayabilir³⁷.

Usuli yükün kanun tarafından beklendiği, yargılamayı ilerleten bir olumsuzluğun öngörülmesinden çıkarılmaktadır. İradî taraf davranışının usuli yükten farkı da burada oluşmaktadır. Kanun, iradi taraf işlemini taraftan beklememektedir ve yargılamanın ilerlemesi için bu davranışa ihtiyacı yoktur³⁸. Zira usuli yükte somut ve öngörülebilir bir olumsuzluk bulunmaktayken iradi taraf işlemi için bu söz konusu değildir³⁹. Olumsuzluğun mecburi olmasından ziyade öngörülebilir bir sonucun bulunması yeterlidir.

Usuli yükte olumsuzluğun muhakkak meydana gelmeyeceği tespit edildiğinden usuli yük ve iradi taraf davranışı arasındaki fark davranışın yerine getirilmemesi halinde taraf için usuli bir olumsuzlukla karşılaşma tehlikesinin mevcudiyetidir. Usuli yükte taraf, davranışı gerçekleştirmediği takdirde her zaman olmasa da yüksek olasılıkla usuli durumunu olumsuz etkileyen bir sonuçla karşılaşacaktır. İradî taraf davranışında ise tarafın aksiyon alması lehine sonuç doğurabilecektir fakat hareketsiz kalması aleyhine neticelenmeyecektir, sadece edinebileceği yarardan mahrum kalacaktır⁴⁰. Somut ve öngörülebilir bir olumsuzluk tehlikesinin mevcut olmayışı bu iki kurumu ayırmaktadır. Bu olumsuzluk tehlikesinin mevcut olmayışı da kanunun iradi taraf işlemi beklemediğini

32 Prütting, *Beweislast* (n 18) 31; Lent, (n 5) 347.

33 Prütting, *Beweislast* (n 18) 32; Katja Hess, *Wahrheits – und Aufklärungspflicht im Zivil – und Arbeitsgerichtsprozess* (Verlag Alma Mater 2006) 122; Rosenberg, Schwab and Gottwald (n 17) § 2, kn. 11.

34 Prütting, *Beweislast* (n 18) 25.

35 Musielak (n 13) 39 ve 49; Thomas Klicka, *Die Beweislastverteilung im Zivilverfahrensrecht* (Manzsche Verlags – und Universitätsbuchhandlung 1995) 286; Wullemin (n 29) kn. 175.

36 Lindacher (n 31) 286; Musielak (n 13) 39.

37 Wullemin (n 29) kn. 175.

38 *ibid* kn. 183.

39 *ibid* kn. 185.

40 *ibid* kn. 183.

göstermektedir. Tarafın katkı sağlayan bu iradi işlemleri tüm yargılamada farklı kurumlar aracılığıyla sağlanabilir. İspat faaliyetinde taraf beyanı içeren iradi taraf işlemleri tarafın tanıklara, bilirkişiye ve duruşmaya çağrılan diğer kişilere soru sorması (Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Kanun Numarası: 6100, Kabul Tarihi: 12.1.2011, RG 4.2.2011/27836 – HMK m. 152), tarafın keşfe katılması, tarafın delillerin değerlendirilmesine katılması (HMK m. 184) ve isticvapta tarafın soru sormasıdır.

II. İSPAT FAALİYETİNDE TARAF BEYANI İÇEREN İRADİ TARAF İŞLEMLERİNE ÖRNEKLER

TARAFIN SORU SORMASI

Tarafın ve vekilinin tanıklara, bilirkişilere ve duruşmaya çağrılan diğer kişilere⁴¹ soru sorabilmesi HMK m. 152'de düzenlenmiştir. Buna göre taraf hâkim aracılığı ile vekil ise doğrudan sorusunu yöneltebilecektir. Maddede sorulan sorulara itiraz edilebileceği ve bu itirazın hakimce değerlendirileceği hususunun dışında soru sorma zamanına, soruların kapsamına ve soru sorma biçimine dair bir açıklama bulunmamaktadır. Bu ayrıntılar üzerinde durulması kurumun iradi taraf işlemleri niteliğinin ortaya konması bakımından önemlidir. Usul ve doğacak sonuçlar değerlendirilerek tarafın soru sormasının usuli yük teşkil etmediği daha net şekilde görülebilir.

Mukayeseli hukukta Alman Medeni Usul Kanunu § 397 taraf ve vekilinin tanığa soru sorma hakkını tanımlar. Ayrıca Alman Medeni Usul Kanunu § 402'de ilgili bölümde aksi bulunmadıkça tanığa ilişkin hükümlerin bilirkişi delili için de uygulanacağı öngörüldüğünden, aynı şekilde bilirkişiye de taraf ve vekilinin soru sorması mümkündür⁴². İsviçre hukukunda tarafın veya vekilinin tanığa soru sorabilmesi İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu Art. 173'te, bilirkişiye soru sorabilmesi ise Art. 187/4'te düzenlenmiştir.

Ahrens, tarafın soru sormasını soru sorma yükümlülüğü olarak değil, soru sorma yükü olarak nitelendirmiştir⁴³. Tarafın veya vekilinin tanığa veya bilirkişiye soru sorabilmesi kanunda düzenlenmektedir ancak tarafın bu işlemi gerçekleştirmesi için kanunun bir beklentisi bulunmamaktadır zira soru sorulmaması halinde öngörülebilir bir usuli olumsuzluk söz konusu değildir. Bu işlemin yerine getirilmemesi delil gösterilmesinde olduğu gibi doğrudan bir usuli olumsuzluk tehlikesini de işaret etmemektedir. Soru sorulması tarafın yararına bir sonuç doğurabilir ancak sorulmaması halinde ikame edilen ve değerlendirilen deliller neticesinde bir sonuca ulaşılabileceği ve soru sorulmaması nedeniyle olumsuz bir sonuç öngörülmemektedir. Bu nedenlerle tarafın hâkim aracılığıyla soru sormasını iradi taraf davranışı olarak nitelendirmek uygun olacaktır⁴⁴.

41 Uzman bilirkişinin bu kapsamda olduğu kabul edilmektedir: Barış Toraman, *Medeni Usul Hukukunda Bilirkişi İncelemesi* (Yetkin 2017) kn. 199.

42 Alman hukukunda isticvapta da tarafın soru sorma hakkı bulunmaktadır, Alman Medeni Usul Kanunu § 451.

43 Hans-Jürgen Ahrens, '§ 397 Fragerecht der Parteien' in Bernhard Wieczorek and Rolf A. Schütze (eds), *Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Band 6* (4. Auflage, De Gruyter 2016); Ahrens HJ, *Der Beweis im Zivilprozess* (Otto Schmidt 2015) Kap 14 kn. 9.

44 Wuillemin (n 29) kn. 216.

Tarafın tanığa ve bilirkişiye soru sormasının meydana getirebileceği lehe sonuçlar çeşitli şekillerde örneklendirilebilir. Öncelikle soru sorulabilmesi, hukuki dinlenme hakkının gerçekleştirilmesini sağlama amacına dayanmaktadır⁴⁵. Tarafın tanığın ve bilirkişinin dinlenmesine etkide bulunabilmesi, tanık veya bilirkişi beyanlarındaki eksiklikleri veya çelişkileri tespit edebilmesi ve yararına sonuç alabileceği ispat malzemesinin toplanabilmesi amaçlarını barındırmaktadır⁴⁶. Sorulan soru ile tanığın beyanında veya bilirkişinin incelediği konuda ispat konusu vakıa için önemli hususların atlanması engellenebilir, hâkimde kanaat oluşturabilecek önemli noktaların vurgulanması sağlanabilir, eksik beyan veya değerlendirilmeye dikkat çekilebilir. Taraf veya vekil ispat faaliyetine doğrudan etkide bulunabilecektir. Böylece taraf sadece tanık veya bilirkişi delilini göstermekle kalmaz, delilin toplanması sırasında da aktif rol oynayabilir. Sadece delili ikame eden taraf değil, karşı taraf da delilin toplanmasına müdahil olarak oluşan kanaatin sarsılması amacını gerçekleştirebilir. Netice olarak tarafın vekilince soru sorulabilmesi gerçeğin ortaya çıkarılması için önemli usuli araçlardan birisi olarak kabul edilmektedir⁴⁷.

Tarafın soru sormasında soruların içeriği ve usulü üzerine Kanunda net olmayan noktalar bulunmaktadır. Hâkim tarafından sorulmayan ve eksik kalan soruların sorulması ve hakkında beyanda bulunulmakla birlikte açıklamaya ihtiyaç duyulan hususlar hakkında soru sorulması mümkündür. Tarafın sorabileceği sorular bu nedenle hâkimin sormadığı ancak ispat konusu için önem arz eden sorular (genişletici sorular/*Ergänzungsfragen*) ve hâkimin tanığı sorgusunda açıklama ihtiyacı hissedilen beyanlar için sorular olmak üzere ikiye ayrılabilir (bağlantılı sorular/*Anschlussfragen*)⁴⁸.

Vekilin aksine tarafın doğrudan değil ancak hâkim aracılığı ile soru sorabileceği düzenlenmiştir. Bunun nedeni tarafın çoğu zaman hukuk bilgisine sahip olmaması ve yargılamadaki genel durumu

45 Peter Higi, 'Die richterliche Zeugenbefragung im Zivilprozess – Technik und Praxis' 2006 Aktuelle Juristische Praxis 1093, 1102; Ahrens, '§ 397' (n 43) kn. 3; Christian Seiler, '§ 397 Fragerecht der Parteien' in Heinz Thomas and Hans Putzo (eds), *Zivilprozessordnung* (42. Auflage, Verlag C.H. Beck 2021) kn. 1; Christian Berger, '§ 397 Fragerecht der Parteien' in Reinhard Bork and Hrebert Roth (eds), *Stein/Jonas Kommentar Zivilprozessordnung Band 5* (23. Auflage, Mohr Siebeck 2015) kn. 1; Michael Huber, 'ZPO § 397 Fragerecht der Parteien' in Hans-Joachim Musielak and Wolfgang Voit (eds), *Zivilprozessordnung* (17. Auflage, Verlag Franz Vahlen München 2020) kn. 1; Muhammet Özkes, *Hukuki Dinlenme Hakkı* (Yetkin 2003) 148; Ayrıca ispat hakkına hizmet ettiğine dair, Sabina Kofmel, *Das Recht auf beweis im Zivilverfahren* (Verlag Stämpfli + Cie AG Bern 1992) 170; Toraman, (n 41) kn. 197; Thomas Weibel and Claudia Walz, 'Art. 173 Ergänzungsfragen' in Thomas Sutter-Somm, Franz Hasenböhler and Christoph Leuenberger (eds), *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung* (3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG 2016) kn. 2.

Tarafların karşılıklı olarak ispat faaliyetine etkide bulunabilme imkânının verilmesi aynı zamanda silahların eşitliği ilkesinin gereğidir: Emel Hanağası, *Medeni Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği* (Yetkin 2016) 396 ve devamı.

Yargıtay 2 HD, E 2016/9939 K 2018/964, 23.1.2018: "Mahkemece davacı tanıklarından daha önce talimatla dinlenen ...in 26/01/2016 tarihinde bırakılan duruşmadan önce, bizzat başvurarak ifade vermek istediğini beyan etmesi üzerine 09.12.2015 tarihinde tarafların yokluğunda ve bilgisi dışında celse açılarak duruşma günü beklenmeksizin aynı gün dinlendiği anlaşılmaktadır. Taraflarca gösterilen tanıkların tayin olunan duruşma gününde dinlenmeleri asıldır (HMK m.259). Tanığın talebi üzerine, önceden belirlenen duruşma günü haricinde duruşma açılarak tarafların yokluğunda tanığın dinlenmesi tarafların hukuki dinlenme hakkına (HMK m.27) ve soru sorma hakkına (HMK m.152/1) aykırı önemli bir usul hatası olup, hükmün bozulması gerekmıştır." (Lexpera).

46 Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku Cilt I* (4. Bası, Yetkin 2021) 774.

47 ibid 774.

48 Higi (n 45) 1102.

kavrayarak soruyu formüle edecek kapasitede olmaması sebebiyle yardıma ihtiyaç duyması gösterilmiştir⁴⁹. Ayrıca yargılamanın amacına hizmet etmeyen soruların tarafça sorulması tehlikesi de dolaylı soru sorulmasının nedeni olarak kabul edilmiştir⁵⁰. Aksi olarak hukuki dinlenilme hakkını gerçekleştirilebilmesi için tarafa da doğrudan soru sorabilme yetkisinin tanınması gerektiği ifade edilmiştir⁵¹. Alman hukukunda tarafın hâkim aracılığıyla soru sorabileceği, hâkimin takdir ettiği hallerde ise doğrudan da soru sorabileceği düzenlenmiştir (Alman Medeni Usul Kanunu § 397/2)⁵². Aynı şekilde İsviçre hukukunda taraflar hâkim aracılığıyla soru sorabileceği gibi hâkimin yetkilendirmesi ile doğrudan da sorularını sorabilmektedirler (İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu Art. 173). Bunun yanında uygulamada bir ara form olarak, tarafın sorularını sorması ve hâkimin soruları uygun bulması halinde tanığa cevap için söz vermesi şeklinde uygulama da dikkat çekmektedir⁵³. Kanaatimizce her yargılamadaki somut durumun ve taraflarla tanıklar arasındaki ilişkinin farklı olabileceği göz önünde bulundurularak doğrudan soru sorma imkânının Türk hukukunda da yer alması gerekmektedir.

Tanığın ve bilirkişinin dinlenmesi sırasında yargılamayı sevk ile görevli olan hâkimin çelişkili veya eksik hususları aydınlatmak için sorularını öncelikli olarak sorması kabul edilmelidir. Tanığın dinlenmesi ve beyanları hakkında soru sorulması hâkimin görevidir ve sadece taraflara bırakılamaz⁵⁴. Tanık ile hızlı bir iletişim içine girerek baskı görmeden beyanda bulunmasını sağlamak hâkimin görevidir. Tanık ve bilirkişi ile ilk teması gerçekleştirecek olan ve tarafsız olması nedeniyle daha sağlam bir iletişim kuracak olan hâkimin, ispat konusu ile ilgili gerekli bilgileri alabilmesi sağlanmalıdır⁵⁵. Kanunda m. 261/3 “*Hâkim, tanık sözünü bitirdikten sonra, ifade ettiği hususların açıklanması veya tamamlanması amacıyla başka sorular da sorabilir.*” dediği için de tanığın beyanlarından sonra ilk soruları hâkimin sorabileceği sonucunu çıkarabiliriz. Geçmişte yaşanan vakıayı hatırlaması ve kurguya göre değil olduğu gibi anlatması beklenen tanığın sorularla bölünmesi dinlemenin sonucunu tehlikeye sokabilir⁵⁶. Tanığın ve bilirkişinin dinlenmesinin bütüncül bir şekilde yapılması (HMK m. 261/2) adına ne zaman geleceği belli olmayan sorularla bölünmesi dikkat dağınıklığına sebep olacaktır ve dinleme sırasında belli bir usul, belki belli bir teknik izleyen hâkimin delili değerlendirilmesini olumsuz etkileyecektir. Tarafın soru sormasının hâkime göre ikinci planda kalması⁵⁷, bunun çapraz sorgu olmadığını da göstermektedir⁵⁸. Kaldı ki

49 Toraman (n 41) kn. 201.

50 Ejder Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi C. 3* (4. Baskı, Yetkin 2021) 3151.

51 Özokes, Hukuki Dinlenilme Hakkı (n 45) 148.

52 Uygulamada çoğunlukla doğrudan soru sorulduğu belirtilmiştir: Huber (n 45) kn. 1.

53 Heinrich Andreas Müller, ‘Art. 173 in Alexander Brunner, Dominik Gasser and Ivo Schwander (eds), *ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung*. (2. Auflage, Dike Verlag AG 2016) kn. 6; Karşılaştırınız Higi (n 45) 1102, 1103. Bu uygulama ile soruların hâkim incelemesinden geçmesi ile tanığın şaşırmadan ve tereddütte kalmadan sorulara yanıt vermesinin sağlanması olumlu karşılanmıştır: Weibel and Walz, ‘Art. 173’ (n 45) kn. 6.

54 Higi (n 45) 1101.

55 Berger (n 45) kn. 1; Jürgen Damrau and Alexander Weinland, ‘§ 397 Fragerecht der Parteien’ in Thomas Rauscher and Wolfgang Krüger (eds), *Münchener Kommentar zur ZPO Band 2* (Verlag C.H.BECK München 2020) kn. 2.

56 Reiner Hauehling von Lanzener, ‘Das Fragerecht der Partei im Zivilprozeß’ (1966) DRiZ, 223 223.

57 Daniel Schwander, ‘Befragungstechnik’ (2013) Haftpflichtprozess, 170, 108.

58 Ahrens, ‘§ 397’ (n 43) kn. 4; Reinhard Greger, ‘§ 397’ in Richard Zöller (ed), *Zivilprozessordnung* (33. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt KG 2020) kn. 1; Seiler (n 45) kn. 1; Berger (n 45) kn. 1. Tanığın güvenilirliğinin de test edilmesi gerekliliği

özellikle çapraz sorgu ile hedeflenmekte olan tanığın güvenilirliğinin sarsılması amacı, tarafın soru sorması kapsamında değerlendirilmemelidir⁵⁹.

Her iki taraf da tanığa soru sorabilir⁶⁰. Tanığa soru sorma hakkı ilk olarak tanığı gösteren tarafa ait olmalıdır⁶¹. Her iki taraf da aynı tanığı göstermişlerse, vakıanın ispatlanması yararına olacak taraf olan objektif ispat yükü altındaki tarafın önce sorması daha doğru olacaktır⁶².

Tarafın soru sorma talebinin kabul edilmesi veya reddedilmesi için gerekli şartlar Kanunda öngörülmemiştir. Ancak soru sorma hakkının karşı tarafın usuli hakları ve tanığın tanıklıkla ilgili hakları ile sınırlandırıldığı söylenebilir⁶³. Yargı kararlarından da hareketle bazı temel gereklilikler belirlenebilir. Öncelikle hâkimin kanaatinin oluşması veya sorulacak sorular ile kanaatinin değişmeyeceğini düşünmesi tarafın soru sorma talebini reddetmesi için yeterli bir sebep değildir⁶⁴. Sorunun kapsamı veya ulaşılmaması beklenen hedefin açıklanması taraftan beklenebilir. Tarafların sorularını önceden belirlemeleri ve formüle etmelerine gerek bulunmamakla birlikte hangi konuda ve hangi yönde bir açıklamaya ulaşmak istediklerini belirtmeleri gerekmektedir⁶⁵. Sorulmak istenen sorunun amacının anlaşılmasında halinde ise aydınlatma ödevi çerçevesinde açıklama talep edilmelidir, bu olmaksızın sorunun reddedilmesi hukuki dinlenme hakkına aykırılık teşkil eder⁶⁶. Genel olarak bir açıklama veya tedbir olarak soru sorulması gibi amaçlar kabul edilmemelidir⁶⁷. Kanaatimizce buna yargılamanın geciktirilmesi veya hakkın kötüye kullanılması şüphesinin mevcut olduğu hallerde başvurulmalıdır⁶⁸. Hayat olayına tarafın ve çoğu zaman tanığın daha vakıf oldukları için ve cevap almak için hâkimden daha fazla motivasyonlarının bulunduğu⁶⁹ göz önüne alınarak sorunun yönünün ve neyin amaçlandığının belirlenmesi sorunun sorulmasına engel olmamalıdır. Aynı zamanda bu hakimiyet nedeniyle hâkimin kanaatinin mevcut olması soruyu engellememelidir,

ve genişletici sorulardan ziyade daha geniş ve serbest çerçevede soru sorma hakkının tanınması gerektiğine dair bakınız Jutta Stoll, 'Überlegenheit des deutschen Zivilprozesses bei der Zeugenvernehmung' (2009) ZRP 46, 46-48. İsviçre hukukunda avukatın "çapraz sorgu" şeklinde soru sorabileceği bazı yazarlarca kabul edilmektedir: Sven Rüetschi, 'Art 173' in Heinz Hausheer and Hans Peter Walter (eds), *Schweizerische Zivilprozessordnung Band II* (Stämpfli Verlag AG 2012) kn. 8; Peter Guyan, 'Art. 173 ZPO' in Karl Spühler, Luca Tenchio and Dominik Infanger (eds), *Schweizerische Zivilprozessordnung* (3. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag 2017) kn. 4. Aksi yönde: Müller, 'Art. 173' (n 53) kn. 15.

59 Berger (n 45) kn. 1.

60 Weibel and Walz, 'Art. 173' (n 45) kn. 1. İspat faaliyetine etki ederken taraflar arasında eşitliğin sağlanması araçlarından bir tanesi de karşı tarafın tanıklarına diğer tarafça soru sorulabilmesidir, Hanağası (n 45) 409.

61 Müller, 'Art. 173' (n 53) kn. 9.

62 Hauehling von Lanzenauer (n 56) 223.

63 Higi (n 45) 1102.

64 Hauehling von Lanzenauer (n 56) 224; Norbert Pantle, *Die Beweismittelbarkeit im Zivilprozeß* (Peter Lang 1991) 78 ve 89; Ahrens, '§ 397' (n 43) kn. 4 ve 7; Seiler, (n 45) kn. 1; Berger (n 45) kn. 1; NJW-RR 2014, 295, 9.

65 Ahrens, '§ 397' (n 43) 8; Damrau ve Weinland, (n 55) kn. 2; NJW-RR 2014, 295, 9. Sorunun amacının belirtilmesinin yerinde olacağına aksinin hakkın kötüye kullanımını sonucunu doğuracağına, ancak karmaşık bilirkişilik konularında her zaman sorunun yönünün belirtilmesinin mümkün olmayacağı ve sadece bu sebeple de soru sorma isteği reddedilmemesi gerektiğine dair bakınız Pantle (n 64) 80.

66 Weibel and Walz, 'Art. 173' (n 45) kn. 8.

67 Ahrens, '§ 397' (n 43) kn. 8.

68 Kofmel (n 45) 171.

69 Schwander (n 57) 198.

zira sorunun sorulması da adil yargılanma hakkı ve dolayısıyla ispat hakkının gerçekleştirilmesi ile ilgilidir.

Yöneltile soruya itiraz edildiğinde, sorunun yöneltilmesinin gerekip gerekmediğine hâkim karar verecektir. Hangi soruların reddedilmesi gerektiği açık değildir. Soru sorma talebinin geç dile getirilmesi, yeterli gerekçelendirilmenin yapılmaması, yargılamayı geciktirme amacı taşıması veya hakkın kötüye kullanılması hallerinde soru sorma talebi reddedilecektir⁷⁰. Sorulan sorunun halihazırda cevaplanmış olması bir ret nedeni olabilir⁷¹, zira yargılamanın geciktirilmesi amacı söz konusudur ve delil ikamesine bir faydası bulunmamaktadır. Sorunun ispat konu ile ilgili olması gerekir, farklı bir iddianın yargılamaya taşınmasına sebep olacak soru ise reddedilmelidir⁷². Tarafın ispat konusu ve delillerle ilgili bilgisinin olmaması halinde bunlara erişebilmek için iddia ve delil ileri sürmesi söz konusu olabilir⁷³. Sorular yardımı ile bunun gerçekleştirilmesine de müsaade edilmemelidir.

Tarafların olayın, tanığın beyan ettiğinin aksine gerçekleştiğini uzun uzun anlatarak tanığa soru sormaları durumunda hâkim sadece sorunun içeriği ile değil ne şekilde sorulduğunuyla ilgili de uyarılarını yapmakla görevlidir. Bu şekilde soru sorulması ile dinlenen kişinin kendi açıklamasını yapmasını hedeflemekten ziyade belli bir cevabı almak amaçlanmaktadır. Bu da dinlenen kişiyi gerçek olmasa dahi kolayca verilecek bir cevaba yakınlaştırır. Yönlendirici (*Suggestivfragen*) soru olarak ifade edilen bu tarz soruların sorulması hakimce engellenmelidir⁷⁴. Yönlendirici sorunun varlığı halinde hâkim soruyu tekrar formüle ederek tanığa yöneltebilir⁷⁵. Dürüstlük kuralına aykırı şekilde karışık ve anlaşılmasız şekilde soru sorulmasına da müsaade edilmemelidir⁷⁶.

Tanığa HMK m. 246 kapsamında soru gönderilmesi veya bilirkişinin raporunu yazılı olarak mahkemeye iletmesi halinde tarafın soru sorması imkânı incelenmelidir⁷⁷. Beyanların veya bilirkişi raporunun yazılı olarak iletilmesi ve değerlendirilmesi tarafın soru sormasına engel olmamalıdır. Yazılı bilirkişi raporu veya yazılı tanık beyanının söz konusu olduğu durumlarda, tarafların soru sorma hakkını kullanmak istemeleri üzerine bir sonraki duruşmaya tanık veya bilirkişi davet edilmelidir⁷⁸. Bunun gerçekleştirilmemesi yargılamadaki bir eksiklik olarak anılacaktır⁷⁹. Soruların

70 Hauehling von Lanzenauer (n 56) 224; Pantle (n 64) 78, 79; Ahrens, '§ 397' (n 43) kn. 7.

71 Hauehling von Lanzenauer, (n 56); Ahrens, '§ 397' (n 43) kn. 11.

72 Hauehling von Lanzenauer (n 56) 224; Huber (n 45) kn. 2; Damrau ve Weinland (n 55) kn. 6; Greger, '§ 397', (n 58) kn. 3; Seiler (n 45) 1; Rüetschi (n 58) kn. 5; Bilge Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi* (2. Bası, Yetkin 2014) 476.

73 Rosenberg, Schwab and Gottwald (n 17) § 117, kn. 16.

74 Hauehling von Lanzenauer (n 56) 224; Seiler (n 45) kn. 2; Ahrens, '§ 397' (n 43) kn. 12; Huber (n 45) kn. 2; Damrau ve Weinland (n 55) kn. 6; Greger, '§ 397', (n 58) kn. 3; Weibel and Walz, 'Art. 173' (n 45) kn. 3; Umar (n 72) 476.

75 Weibel and Walz, 'Art. 173' (n 45) kn. 6. Uygun olmayan soru için tarafa tekrar uygun formüle ederek sorması için uyarı yapılması, hâkimin soruyu tekrar uygun bir şekilde formüle ederek tanığa kendisinin sorması, hâkimin düzelterek formüle ettiği soruyu tarafın onayını alarak tanığa yönelmesi ve sorunun reddedilerek taraftan diğer soruya geçmesinin istenmesi şeklinde farklı yöntemler kullanılmaktadır: Higi (n 45) 1103.

76 Müller, 'Art. 173' (n 53) kn. 13.

77 Alman hukukunda Alman Medeni Usul Kanunu § 377/3 de aynı şekilde tanığın yazılı beyan verebileceği şekilde davet edilmesini, ancak gerekli görülürse daha sonra duruşmaya çağrılacağını düzenlemiştir.

78 Toraman (n 41) kn. 201.

79 Hauehling von Lanzenauer (n 56) 224; NJW-RR 2014, 295, 9.

yine yazılı olarak cevaplanıp cevaplanamayacağı hususunda ise netlik bulunmamaktadır⁸⁰. Soru sorma hakkının öncelikle bilirkişinin ve tanığın sözlü olarak dinlenmesi halinde söz konusu olacağı⁸¹, ancak mümkün olmayan hallerde yazılı olarak gerçekleştirilmesi kabul edilmelidir.

Tarafça sorulan sorunun reddedilmesi halinde bu bir ara karar teşkil edecektir ve hükümlerle birlikte kanun yoluna gidilebilir⁸². Sorulması reddedilen sorunun kanun yolunda incelenebilmesi adına tutanakta yer alması gerekir⁸³. Tarafların soru sorma hakkı ilk derece mahkemesinde kullanılmazsa sona erer ve istinaf yargılamasında bu hak kullanılamaz, bu bir feragat olarak nitelendirilmiştir⁸⁴. Ayrıca yazılı tanık ve bilirkişi raporuna istinaden sözlü yargılama talep etmeyen taraf da daha sonra soru soramayacaktır.

TARAFIN KEŞFE KATILMASI

Keşif, hâkimin ispat konusu ve ilgili hususlar hakkında duyuları ile doğrudan algılaması ve bilgi edinmesidir⁸⁵. Takdiri delil olan keşfin, mahkeme dışında da toplanabilmesi, durumu doğrudan temsil eden bir delil olabilmesi, hâkimin birden çok duyusunun da delilin toplanmasında etkin olabilmesi bakımından diğer delillerden ayrılmaktadır. Bu özellikleri nedeniyle tarafın bu delilin toplanmasına ne şekilde etki edebileceği incelenmelidir. Tarafın keşfin mahkemede veya mahkeme dışında yapılması hallerinde gözlem ve soruları ile katılması usuli yükten ziyade iradi taraf işlemi olarak nitelendirilmelidir. Taraf, müdahalesi ile aleyhine doğacak sonucu önleyebilir, lehe neticeler alabilir ancak katılmaması halinde öngörülen bir usuli olumsuzluk söz konusu değildir.

Öncelikle keşfin mahkeme dışında yapılması halinde dahi bir tahkikat söz konusu olduğundan, duruşmada gerçekleştirilebilen tarafın dinlenmesi ve isticvap işlemleri gerçekleştirilebilir⁸⁶. Ancak tarafın dinlenmesi hâkimin başvuracağı bir kurumdur, isticvabın konusu ise ispat konusu olan vakiadır ve belli bir usule bağlı olarak gerçekleştirilmektedir. Bu nedenle tarafın keşif konusuyla ilgili açıklamada veya müdahalede bulunmak istemesi talebi incelenmelidir.

Tarafın ispat faaliyetine etkide bulunabilmesi, duruşmadaki veya yargılamadaki varlığından farklılık arz etmektedir. Delil ikamesine etkide bulunabilmesi ve ispat sonucu hakkında beyanının alınması ispat faaliyetine etkide bulunabilmesi için gereklidir⁸⁷. Delillerin toplanması ile ilgili

80 Ayrıntılı bilgi için bakınız Mine Akkan, 'Medeni Usul Hukukunda Tanığa Soru Kağıdı Gönderilmesi' (2014) 16 (Özel Sayı) DEÜHFD 555.

81 Toraman, (n 41) kn. 191.

82 Hauehling von Lanzenauer (n 56) 224; Umar (n 72) 477; Ahrens, '§ 397' (n 43) kn. 11 ve 13.

83 Rüetschi (n 58) kn. 11.

84 Hauehling von Lanzenauer (n 56) 223; Ahrens, '§ 397' (n 43) kn. 9.

85 Yavuz Alangoya, M. Kamil Yıldırım ve Nevhis Deren-Yıldırım, *Medeni Usul Hukuku Esasları* (8. Bası, Beta 2015) 370; Abdurrahim Karşlı, *Medeni Muhakeme Hukuku* (Filiz Kitabevi 2020) 624; Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku* (3. Baskı, Yetkin 2020) 537; Tanrıver (n 46) 1088. Diğer tanımlar için ayrıntılı bakınız İbrahim Aşık, *Medeni Usul Hukukunda Keşif* (Seçkin 2019) 17 ve devamı.

86 Aşık (n 85) 114; Alfred Bühler, 'Art 181' in Heinz Hausheer and Hans Peter Walter (eds), *Schweizerische Zivilprozessordnung Band II* (Stämpfli Verlag AG 2012) kn. 23.

87 Guyan (n 58) kn. 1; René Wiederkehr and Ivy Angelli Rosales-Geyer, 'Informationspflichten nach Art. 29 Abs. 2 BV'

birincil sorumluluğun hâkime ait olduğu delillerde dahi taraflara delil ikamesine katılma fırsatı verilmektedir⁸⁸. Taraflarca getirme ilkesi dikkate alındığında hayat olayına yakınlık ve uyumsuzluğun aydınlatılması için yararları ve dolayısıyla motivasyonları bulunan tarafların ispat faaliyetinin her aşamasında söz haklarının olması normaldir⁸⁹.

Senet ve kesin hüküm delillerine kıyasla tanık, keşif ve bilirkişi delillerinde tarafların ikame ettikleri delil üzerindeki hakimiyetleri daha kısıtlıdır. Delilin süjesini bir kişi ve bu kişinin beyanları oluşturabildiğinden veya tarafların kendilerinin de hâkim olmadıkları bir durum incelenerek sonuca varılacağından, tarafların bu delillerin ikamesinde aktif rol oynamaları önemlidir. Tarafın keşfe katılabilmesi kadar, keşifte açıklamada bulunabilmesi ve katılan üçüncü kişilere soru sorabilmesi de hukuki dinlenme hakkının bir gereğidir⁹⁰, aynı zamanda ispat hakkının gerçekleştirilmesi için de gereklidir⁹¹.

Kanaatimizce keşif sırasında HMK m. 152’de düzenlenen soru hakkının da kullanılabilmesi gerekir, zira “duruşmaya çağrılan kişiler” ifadesini keşifte yer alan üçüncü kişileri de kapsayacak şekilde anlamak gerekir. Keşifte bilirkişi yardımına başvurulabileceği düzenlenmiştir. Bilirkişinin bulunması halinde zaten HMK m. 152 uygulama imkânı bulacaktır. Burada dikkat edilmesi gereken keşfin tarafın yokluğunda da yapılabilmesidir. Bu halde taraf soru sorma hakkını kullanamayacaktır, ancak tarafların hazır bulunması da yine kendi tercihlerine bırakılmış gibi görünmektedir. Soru sorma hakkını kullanmak istemeleri halinde keşfe katılabileceklerdir.

Keşfin taraf yokluğunda gerçekleştirilebileceği HMK m. 290/1’de belirtilmiştir. Tarafın keşif kararından haberi olmaksızın ve keşif kararı tarafa bildirilmeksizin her koşulda keşfin gerçekleştirilebileceği anlamı çıkartılmamalıdır. Taraflardan gizli olarak keşfin yapılması mümkün değildir⁹². Tarafların duruşmada bulunması ile keşif kararını öğrenmeleri mümkündür ve bu halde aksi bir karar bulunmadıkça taraflar keşfe de katılabilir. Tarafın duruşmada bulunmaması nedeniyle keşif kararından haberdar olmaması halinde ise keşif yer zamanının tarafa bildirilmesi gerekmektedir⁹³. Hukuki dinlenme hakkı kapsamında bu davetin yapılmasının yanında zamanında

(2019) AJP 58, 64.

88 Schwander (n 57) 198.

89 ibid 198.

90 Thomas Weibel and Claudia Walz, ‘Art. 181 Durchführung’ in Thomas Sutter-Somm, Franz Hasenböhler and Christoph Leuenberger (eds), *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung* (3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG 2016) kn. 14; Bühler, (n 85) kn. 18; Richard Frank, Hans Sträuli, Georg Messmer, Niklaus Wiget and Gregor Wiget, ‘§ 169 Voraussetzung und Durchführung’ in Richard Frank, Hans Sträuli, Georg Messmer, Niklaus Wiget, Gregor Wiget (eds), *Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung* (3. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG 1997) kn. 3; Aşık (n 85) 33.

91 Annette Dolge, ‘Art. 181 ZPO’ in Karl Spühler, Luca Tenchio and Dominik Infanger (eds), *Schweizerische Zivilprozessordnung* (3. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag 2017) kn. 9.

92 Aşık (n 85) 33.

93 ibid 70; Oğuz Atalay, ‘§ 15 Deliller’ in Hakan Pekcanitez, Muhammet Özkes, Mine Akkan ve Hülya Taş Korkmaz (eds), *Pekcanitez Usûl Hukuku, C. II* (On İki Levha 2017) 1951. Bunun sağlanması için m. 290’da değişiklik yapılarak duruşmada hazır bulunmayanlara keşif kararının davetiye ile bildirileceğine dair düzenleme yapılması gerektiğine dair bakınız ibid (n 90) 71.

davet edilmeleri de önem taşımaktadır⁹⁴. Keşif tutanağı taraflara tebliğ edilir ancak mazeretsiz olarak keşif yerinde bulunmayan tarafa tutanağın tebliğ edilmeyeceği ve bu tarafın tutanağa itiraz hakkının da bulunmadığı belirtilmiştir⁹⁵. Bu sonucun doğabilmesi ve tarafın ispat hakkı çerçevesinde keşif delili için beyanda bulunabilmesi için zamanında bir davetin önemi bulunmaktadır.

Duruşmanın ve keşfin aleni olmaması yönünde bir karar alındığında ise tarafların keşfe katılımı kısıtlanabilir⁹⁶. İsviçre hukukunda tarafın keşfe katılımı ancak korunması gereken bir hukuki yarar söz konusu ise veya acil olarak keşfin yapılması önem arz ediyorsa veya keşif ancak tarafa haber vermeden yapılabilecekse (mesela ses yüksekliğinin belirlenmesi) kısıtlanabilmektedir⁹⁷. Bu halde dahi tarafların hukuki dinlenilme hakkı için delil ve sonucu hakkında beyanda bulunabilmeleri kabul edilmektedir⁹⁸.

TARAFLARIN DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİNE KATILMASI

Deliller gösterildikten ve toplandıktan sonra bunların hakimce bir bütün içinde değerlendirilmesi ve buna bağlı olarak karar verilmesi beklenmektedir (HMK m. 197). Delillerin gösterilmesi ve bazı delillerin toplanması taraflarca gerçekleştirilmektedir. Kimi delillerin toplanması ise hakimce gerçekleştirilmektedir ve bu aşamada tarafın sürece dahil edilmesi ispat faaliyetini ve dolayısıyla kararı etkilemesi bakımından önem taşımaktadır. Delillerin ikamesi ve değerlendirilmesi arasında bir süreç bulunmaktadır ki kararda önemli bir etkiye sahiptir⁹⁹. Bu sürece hukuki dinlenilme hakkı ve ispat hakkı kapsamında tarafın dahil edilmesi gerekmektedir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda deliller incelendikten sonra tarafa söz verileceği HMK m. 184'te düzenlenmiştir. Buna göre hâkim, tarafların iddia ve savunmalarıyla toplanan delilleri inceledikten sonra, duruşmada hazır bulunan taraflara tahkikatın tümü hakkında açıklama yapabilmeleri için söz verir. Tüm malzemeyi değerlendiren hâkimin sözlü yargılama aşamasına geçmeden önce malzemeyle doğrudan ilgili olan taraflardan eksikliği veya yanlışlığı hususunda bilgi alması veya uyarılması amacı bulunmaktadır.

Öncelikle taraflara söz verilmesiyle ilgili iki madde olmaları nedeniyle HMK m. 184 ile HMK m. 186 arasındaki farkın ortaya konmasının önemli olduğunu düşünmekteyiz. Sözlülüğün vurgulandığı iki madde olması sebebiyle tarafların ispat faaliyetine etkide bulunabildiği kurumlar olarak görünmeleri mümkündür. Ancak 184. madde tahkikat sona ermeden, tarafların veya hâkimin tahkikatla ilgili işlem yapma imkânının bulunduğu bir kesit için söz konusudur. Tarafların beyanı

94 Aşık (n 85) 69; Wiederkehr and Rosales-Geyer, (n 87) 64; Weibel and Walz, 'Art. 181' (n 90) kn. 13; Bühler (n 85) kn. 26. Heinrich Andreas Müller, 'Art. 181' in Alexander Brunner, Dominik Gasser and Ivo Schwander (eds), *ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung*. (2. Auflage, Dike Verlag AG 2016) kn. 16, 17.

Bir önceki günün sabahında keşif için davet yapılması yeterli süre olarak görülmemiştir: BGE 112 Ia 5, 2d.

95 Atalay, '§ 15 Deliller' (n 93) 1952.

96 ibid 1953.

97 Frank, Sträuli, Messmer, Wiget and Wiget, '§ 169' (n 90) kn. 5; Dolge (n 91) kn. 10; Bühler (n 85) kn. 20.

98 Wiederkehr and Rosales-Geyer (n 87) 65; Weibel and Walz, 'Art. 181' (n 90) kn. 14.

99 Reinhard Greger, 'Zwischen Beweisaufnahme und Beweismündigkeit – (k)ein prozessuales Niemandsland' (2016) MDR1057, 1057.

ile hâkim tahkikatın sona erdiğine veya ermediğine, belirtilen başka işlemlerin yapılması gerektiğine karar verebilecektir. Bu anlamda taraf beyanlarının delillerin değerlendirilmesini etkileme imkânı bulunmaktadır. Tahkikat sona erdikten sonra farklı bir kesit olan sözlü yargılama aşamasına geçilir ve burada tarafların sadece son sözlerini söyleme imkânları bulunmaktadır zira tahkikat sona erdiğinden başka bir işlem gerçekleştirilemez. Bu nedenle ispat faaliyetine etki edebilen iradi taraf davranışını HMK m. 184 kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

İsviçre ve Almanya hukukunda da aynı şekilde delillerin ikamesinden sonra tarafların delil ikamesinin sonucu ile ilgili beyanda bulunmaları imkânı bulunmaktadır (İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu Art. 232; Alman Medeni Usul Kanunu § 285). İsviçre’de delil ikamesinin bitiminden sonra tarafların bunun sonucu ve uyuşmazlık hakkında sözlü veya yazılı olarak değerlendirmede bulunabilmeleri söz konusudur. Bu değerlendirilmelerden sonra tahkikat devam etmektedir ve mahkeme veya taraflar farklı işlemleri gerçekleştirebilirler. Aynı şekilde Almanya’da birkaç maddede tarafların delil ikamesinin sonucu ve yargılama ile ilgili değerlendirmelerini yapabilecekleri düzenlenmiştir (Alman Medeni Usul Kanunu §§ 279/3, 285)¹⁰⁰. Söz konusu maddeler sözlü yargılama sonra ermeden taraflara beyan imkânı tanıdığından, bu beyanlara göre hareket edilmesi ve tahkikatın buna göre şekillenmesi mümkündür.

Willisegger, tarafların delil ikamesi hakkında beyanda bulunma haklarının niteliğini, usuli hakların kullanılması gerektiğinden¹⁰¹ usuli yük olarak belirlemiştir¹⁰². Bu görüş benimsendiğinde tarafın tüm işlemleri usuli yük olarak nitelendirilecektir. Ancak yukarıda açıkladığımız üzere tarafın işlemi gerçekleştirmemesinin öngörülebilir usuli olumsuzluk ile karşılaşma tehlikesi mevcut olmadığından tahkikatın bitiminden önce delil değerlendirmesi ile ilgili beyanda bulunması iradi taraf işlemi olarak nitelendirilmelidir.

Hâkimin tahkikatı bitirmeye karar vermeden önce taraflardan delil ikamesi ve tahkikatla ilgili beyanlarını talep etmesi, hukuki dinlenilme hakkı¹⁰³ ve ispat hakkının gerçekleştirilmesine hizmet

100 Bu maddeler belirgin bir şekilde birbirinden ayrılmamaktadır: Ahrens, *Beweis* (n 43) Kap 14 kn. 150. Her iki düzenleme arasındaki ilişkinin, düzenlemelerin birbiriyle örtüşmesi sebebiyle açık olmadığı ancak Alman Medeni Usul Kanunu § 279/3’ün hâkim için bir müzakere yükümlülüğü, § 285/2’nin de taraf için işlem yükümlülüğünü ifade ettiğine ancak her ikisinin konusunun da delil ikamesinin sonuçları olduğuna dair bakınız Greger, ‘Zwischen Beweisaufnahme und Beweismündigkeit – (k)ein prozessuales Niemandsland’ (n 99) 1057.

Alman Medeni Usul Kanunu § 370 in uygulaması § 297/2’nin uygulamasında daha geniştir, § 370 delil toplanmasının ayrı bir zamanda yapılması halinde kullanılabilir ve bunu direkt sözlü yargılamaya bağlayacağı, delil toplanmasının olduğu duruşmada direkt olarak sözlü yargılamayla devam edileceği anlamına gelmez. Ahrens, *Beweis* (n 43) Kap 14 kn. 154.

101 Max Guldener, *Schweizerisches Zivilprozessrecht* (Schulthess Polygraphischer Verlag AG 1979) 188 dipnot 3.

102 Daniel Willisegger, ‘Art. 232 ZPO’ in Karl Spühler, Luca Tenchio and Dominik Infanger (eds), *Schweizerische Zivilprozessordnung* (3. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag 2017) kn. 3.

103 Richard Frank, Hans Sträuli, Georg Messmer, Niklaus Wiget and Gregor Wiget, ‘§ 147 Stellungnahme der Parteien’ in Richard Frank, Hans Sträuli, Georg Messmer, Niklaus Wiget, Gregor Wiget (eds), *Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung* (3. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG 1997) kn. 1; Willisegger, (n 102) kn. 2; Ulrich Foerste, ‘ZPO § 285 Verhandlung nach Beweisaufnahme’ in Hans-Joachim Musielak and Wolfgang Voit (eds), *Zivilprozessordnung* (17. Auflage, Verlag Franz Vahlen München 2020) kn. 1; Klaus Bacher, ‘ZPO §§ 285’ in Volkert Vorwerk Christian Wolf C (eds), *BeckOK ZPO* (C.H.BECK München 2021) kn. 1; M. Kamil Yıldırım, *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi* (Kazancı Hukuk Yayınları 1990) 98; Yılmaz (n 50) 3481, 3483.

etmektedir. İspat hakkı tarafların ispat faaliyetine etki edebilmesini gerektirir. Tarafın delillerin değerlendirilmesine etki edebilmesi, açıklama hakkının kullanılarak davanın sonucuna etkide bulunabilmesidir¹⁰⁴. Delilleri göstermek ve bunların toplanmasına yardımcı olduktan sonra tarafların ispatla ilgili etkilerinin bulunmaması düşünülemez. Yargıtay kararlarında vurgulandığı üzere HMK m. 184 ve m. 186'ya aykırı hareket edilmesi hukuki dinlenilme hakkına aykırı kabul edilmiş ve bozma sebebi olarak kabul edilmiştir¹⁰⁵.

Delillerin değerlendirilmesi için hâkimin aydınlatma ödevi kapsamında aydınlatılmasına ihtiyaç gördüğü hususlar olabileceği gibi tarafların da eksik veya yanlış gördüğü noktalar olabilir. Tarafın delil ikamesi hakkında dinlenmesi bunların giderilmesi aracıdır. Delil ikamesiyle alakalı beyanda bulunulması ispat faaliyetindeki eksiklik veya yanlışlıklarla ilgili fark yaratabilir veya en azından kararı etkileyebilir. Taraf beyanının hâkimin kanaatini, kararı etkilemeye muktedir olup olmaması ise önem taşımamaktadır. Bu bakımdan taraflara kayıtsız şartsız bir imkân tanınmıştır¹⁰⁶.

Tarafların delil ikamesinin sonucu hakkında değerlendirmede bulunabilmelerinin içeriği düzenlemenin amacından yola çıkılarak belirlenebilir. Tarafın ispat faaliyetine etki edebilmesi amacıyla yapılan bu düzenleme kapsamında gerçekleştirilebilecek işlemlerin delillerin değerlendirilmesini etkileyebilmesi gerekir¹⁰⁷. Tarafların delil ikamesinin sonucu hakkındaki beyanlarının içeriği delillerle ilgili itirazlarının ileri sürülmesi, istisnalar kapsamında yeni delil gösterebilmeleri¹⁰⁸, karşı tarafın delillerinin tarafça kendisi için kullanılmasını talep etmesi¹⁰⁹, ispat konusunu oluşturan vakıanın çekişmesiz kılınması¹¹⁰ olabilir. Deliller ile ilgili itirazlar, delilin caiz olmadığı, delilin hukuka aykırı olduğu, ispat konusunu ortaya koymaya elverişli olmadığı şeklinde ortaya konabilir¹¹¹. Aynı zamanda ikame edilmiş deliller ve bunların incelenmesi ile ilgili görüş de bildirilebilir, ikame sonucu değerlendirilebilir ve yeni delil ikame edebilirler¹¹². Ancak bu taraflara

104 Özkes, Hukuki Dinlenilme Hakkı (n 45) 128, 129.

105 Yargıtay 11 HD, E 2019/964 K 2020/4130, 15.10.2020: “Oysa, HMK’nın 184. maddesi uyarınca, davalı vekili tahkikatın tümü hakkında yazılı olarak değerlendirme yapmak üzere süre talep etme hakkına sahiptir. HMK’nın 371/1-ç (HUMK 428/2) maddesi gereğince tahkikata etki etmeyen usul hataları bozma sebebi yapılamaz ise de, yukarıda açıklanan yasal düzenlemelere uyulmadan hüküm kurulması savunma hakkının kısıtlanması niteliğinde olduğundan, adil yargılanma hakkı ile HMK’nın 27. maddesi uyarınca hukuki dinlenilme hakkına aykırıdır. Mahkemece, bu hususlar nazara alınmadan yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Yargıtay 1 HD, E 2018/4392 K 2020/6531, 8.12.2020; Yargıtay 17 HD, E 2018/45 K 2020/6713, 9.11.2020; Yargıtay 4 HD, E 2020/128 K 2020/1758, 9.6.2020 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

106 Willisegger (n 102) kn. 2.

107 Greger, ‘Zwischen Beweisaufnahme und Beweiswürdigung – (k)ein prozessuales Niemandsland’ (n 99) 1059.

108 Laurent Killias, ‘Art 232’ in Heinz Hausheer and Hans Peter Walter (eds), *Schweizerische Zivilprozessordnung Band II* (Stämpfli Verlag AG 2012) kn. 5.

109 Hans-Jürgen Ahrens, ‘§ 285 Verhandlung nach Beweisaufnahme’ in Bernhard Wieczorek and Rolf A. Schütze (eds), *Zivilprozessordnung und Nebengezette, Band 4* (4. Auflage, De Gruyter 2013) kn. 2.

110 Ahrens, *Beweis* (n 43) Kap 14 kn. 159.

111 Willisegger (n 102) kn. 9.

112 Foerste (n 103) kn. 3; Bacher (n 103) kn. 2; Christoph Thole, ‘§ 279 Mündliche Verhandlung’ in Reinhard Bork and Hrebert Roth (eds), *Stein/Jonas Kommentar Zivilprozessordnung Band 4* (23. Auflage, Mohr Siebeck 2018) kn. 9; Yıldırım (n 103) 99; Eric Pahud, ‘Art. 232 Schlussvorträge’ in Alexander Brunner, Dominik Gasser and Ivo Schwander (eds), *ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung*. (2. Auflage, Dike Verlag AG 2016) kn. 1. Aksi yönde bakınız Karşı (n 85) 497.

doğrudan yeni delil gösterme imkânı vermemektedir¹¹³, teksif ilkesi ve buna bağlı olarak delillerin gösterilmesi için zaman sınırı ve buna ilişkin istisnalar geçerlidir. Hâkimin kendiliğinden ikame ettiği ve dikkate aldığı deliller olabilir. Bunlar konusunda da taraflar bilgilendirilmeli ve söz hakkı verilmelidir¹¹⁴.

Burada hâkimin delilleri değerlendirmesi neticesinde vardığı kanaatin değerlendirilmesi söz konusu değildir. Hâkimin ikame edilen delillerle ilgili vurguladığı hususlar değerlendirilecektir. Bu delilin caiziyetiyle ilgili olabileceği gibi delilin güvenilirliği ile ilgili de olabilir. Bu itirazlar sebebiyle veya bu itirazların gösterdiği başka sebeplerle eksiklik veya yanlışlığın mevcut olduğu hâkim tarafından tespit edilebilir¹¹⁵. Bu tespit taraf beyanı ile olabileceği gibi hâkim tarafından re' sen de gerçekleşebilir. Elbette bu itirazların ve beyanların yargılama içinde belirtilmemiş olması gerekir¹¹⁶. Tahkikat içinde ileri sürülen hususların bu aşamada tekrar ele alınması zaman kaybına yol açarak usul ekonomisi ilkesini ihlal edecektir.

Tarafların delil ikamesini değerlendirmeleri için hâkimin delilleri değerlendirilmesi sonucunu veya kanaatini taraflarla paylaşması gerekmemektedir. Hâkimin hangi vakıtalara hangi hukuki gerekçelerle dayanarak ne kanaate vardığını taraflara açıklaması beklenemez¹¹⁷. Hâkimin kanaatini önceden paylaşmakla ilgili genel olarak bir yükümlülüğü bulunmamaktadır¹¹⁸. Bununla birlikte mahkeme tarafların bilmedikleri veya haberdar olmadıkları hususlara dayanarak karar veremez, taraflar haberdar edilmeli ve üzerinde müzakere fırsatı tanınmalıdır¹¹⁹. Bu nedenle her ne kadar hâkimin kanaatini paylaşması söz konusu olmasa da tarafların deliller üzerinde değerlendirme yapabilmeleri ve buna göre işlem gerçekleştirebilmeleri için hâkimin kanaatini inşa edeceği kriterler hakkında

113 Greger, 'Zwischen Beweisaufnahme und Beweiswürdigung – (k)ein prozessuales Niemandsland' (n 99) 1059.

114 Özkes, Hukuki Dinlenilme Hakkı (n 45) 130.

Yargıtay 4 HD, E 2019/2791 K 2020/1399, 1.6.2020 :“Yukarıda açıkladığı üzere Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 27, 280, 281, 184 ve 186. maddelerinin açık ve emredici hükümlerine rağmen, davalıların duruşmalara katılımı, bilirkişi raporundan haberdar edilmesi sağlanmaksızın ve yine davalılara tahkikatın tümü hakkında açıklama yapma hakkı tanınmaksızın hukuki dinlenilme ve savunma hakkını sınırlar mahiyette yürütülen yargılama sonucunda yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya uygun düşmemiş, yargılama usul kuralları uygulanarak bir hüküm verilmek üzere kararın bozulması gerekmiştir.” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

115 Yargıtay 1 HD, E 2020/754 K 2021/3816, 7.9.2021:“Hemen belirtilmelidir ki, hangi yargılama usulü uygulanırsa uygulansın tarafların yargılamada sözlü olarak görüş ve değerlendirmelerini ifade etmeleri özel bir önem taşımaktadır. Yazılı Yargılama usulünde de tarafların hükümden önce son kez mahkeme huzurunda sözlü değerlendirme yapıp, açıklamada bulunmaları, doğru bir karar verilmesi bakımından önemlidir.

Hal böyle olunca, HMK'nin 184. maddesi hükmü gereğince, tahkikatın tümü hakkında açıklama yapabilmeleri için taraflara söz verilip tahkikatın bittiği tefhim edildikten sonra, tüm taraflara sözlü yargılama için duruşmanın başka bir güne bırakılmasını isteyip istemediklerinin sorulması, talep halinde başka bir gün tayin edilmesi; başka bir duruşma gününü istememeleri halinde sözlü yargılama aşamasına geçilerek aynı Kanunun 186. maddesi gereğince taraflara sözlü yargılama yoluyla beyanda bulunma hakkı verilmesi ve ondan sonra bir karar verilmesi gerekirken, değinilen yasal düzenlemeler gözardı edilerek yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir.” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

116 Willisegger (n 102) kn. 11; Ahrens, Beweis (n 43) Kap 14 kn. 161.

117 Holger Schulz and Gunnar Sticken, 'Die Erörterung der richterlichen Beweiswürdigung mit den Parteien' (2005) MDR 1, 2; Thole, '§ 279' (n 112) kn. 10; Greger, 'Zwischen Beweisaufnahme und Beweiswürdigung – (k)ein prozessuales Niemandsland' (n 99) 1059.

118 Schulz and Sticken (n 117) 2.

119 Özkes, Hukuki Dinlenilme Hakkı (n 45) 127.

tarafı bilgilendirmesi gerekmektedir¹²⁰. Delil ikamesi neticesinde delillerle ilgili değerlendirmeleri ve delillerin değerlendirilmesinde kullanacağı kıstasları taraflarla paylaşabilir, yoksa sonuç olarak yakın olduğu veya vardığı kanaati paylaşması beklenmemektedir. Örneğin çelişkili tanık, taraf veya bilirkişi beyanları, bir belgenin gerçekliği hakkında düşülen kuşku, keşiften farklı yorumlarla varılabilecek farklı sonuçlar gibi mahkemenin dayanabileceği ve tarafların etkileyebileceği sonuçlar paylaşılmalıdır¹²¹. Tarafların bunları (tanık beyanının neden güvenilir olmadığı, bilirkişi raporunun ikna edici olmadığı veya kaza alanının belirsiz olduğu vb.) ilk defa kararlar birlikte duyması hukuki dinlenilme hakkının gerçekleştirilmesine hizmet etmez, aksine taraflara düzeltme, teyit etme veya tamamlama imkânlarının verilmesi gerekir¹²².

Yukarıda belirtildiği gibi bu beyanlar bir şarta bağlanmadığından tarafların itirazlarının veya yorumlarının dikkate alınabilmesi için gerekçelendirme zorunlulukları bulunmamaktadır. Elbette sonuca ulaşılması adına gerekçelendirilen beyanlar hâkimin kanaatini etkilemekte daha başarılı olabilir ancak hukuku uygulamak çerçevesinde meydana gelen eksikliklere de sadece hâkimin dikkatinin çekilmesi yeterli olacaktır.

Delil ikamesinin sonucu hakkında tarafların dinlenmesi aynı zamanda doğrudanlık ve sözlülük ilkelerinin gerçekleştirilmesine hizmet etmektedir¹²³. Yargılamanın görüldüğü mahkeme tarafından ikame edilmeyen deliller açısından tarafların delil ikamesi ile ilgili yorumda ve talepte bulunabilmeleri önem taşımaktadır. Doğrudanlık ilkesinin istisnası olarak başka hakimce toplanan delilin sonucu hakkında taraflar bilgilendirilmeli ve beyanda bulunabilmelerine imkân verilmelidir. Nitekim Alman hukukunda davanın görüldüğü mahkeme dışında delilin toplanması halinde taraflara bununla ilgili beyan imkânı verileceği ayrıca düzenlenmiştir (Alman Medeni Usul Kanunu § 285/2). Temelinde yine hukuki dinlenilme hakkı bulunmaktadır ve doğrudanlık bakımından meydana gelen ihlalin yumuşatılması amaçlanmaktadır¹²⁴. Hukukumuzda istinabe ile delil toplanması sırasında tarafların bu mahkemede hazır bulunabileceği ve açıklama haklarını kullanabileceği düzenlenmiştir (HMK m. 197/3). Buradan hareketle tarafların delillerin incelenmesi duruşmasında hazır bulunmayan tarafların beyanlarının da daha sonradan davanın görüldüğü mahkemede alınması gerekir. Aynı zamanda taraflar istinabe mahkemesinde hazır bulunsalar dahi delillerin davanın görüldüğü mahkemeye aktarılması sırasında meydana gelebilecek aktarım hatalarının önüne geçmek için de tarafların söz haklarının olması gerekir¹²⁵.

Taraflara açıklama yapabilmeleri için söz verilmesi halinde tarafların yazılı beyanda bulunma talepleri veya bir süre sonra beyanda bulunmayı isteme taleplerinin nasıl karşılanacağı üzerinde durulmalıdır.

120 Bacher (n 103) kn. 6; Markus Gehrlein, 'Erste Erfahrungen mit der reformierten ZPO – Erstinstanzliches Verfahren und Berufungs' (2003) MDR 421, 423.

121 Greger, 'Zwischen Beweisaufnahme und Beweiswürdigung – (k)ein prozessuales Niemandsland' (n 99) 1059; Thole, '§ 279' (n 112) kn. 9.

122 Greger, 'Zwischen Beweisaufnahme und Beweiswürdigung – (k)ein prozessuales Niemandsland' (n 99) 1060.

123 Ahrens, *Beweis* (n 43) Kap 14 kn. 151; Ahrens, '§ 285' (n 109) kn. 1.

124 Hanns Prütting, '§ 285' in Thomas Rauscher and Wolfgang Krüger (eds), *Münchener Kommentar zur ZPO Band 1* (Verlag C.H.BECK München 2020) kn. 7.

125 Foerste (n 103) kn. 4.

İsviçre hukukunda taraflar anlaşarak veya her iki taraf da ayrı ayrı talep ederek, bu prosedürün sözlü yapılması yerine dilekçeler aracılığıyla yapılmasını isteyebilirler (İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu Art. 232/2 1. cümle). Taraflardan yalnızca birinin talebi reddedilecek ve beyanlar sözlü olarak alınacaktır¹²⁶. Her iki tarafın yazılı beyanda bulunma talebinde bulunması halinde hâkim belli bir süre belirleyecektir (İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu Art. 232/2 2. cümle). Tarafların yazılı olarak devam etmek istemeleri hâkimin takdirine bağlı değildir ve taraflar karar verdiği takdirde hâkim tarafından engellenemez¹²⁷. Alman hukukunda da gerektiği hallerde, mesela delilin çok karışık olması ve uzmanlık gerektiren bilgi içermesi halinde veya tanığın sürpriz bir beyanda bulunması halinde taraflara süre verilmesi ve duruşmanın ertelenmesi veya yazılı değerlendirmede bulunmaları imkânının verilmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir¹²⁸. Tarafların hazırlıksız olmaları nedeniyle hukuki dinlenilme haklarının ihlal edilmesini önlemek adına dinlenmelerini farklı bir zamana bırakmak yerinde olacaktır¹²⁹.

Hukukumuzda taraflara açıklama yapabilmeleri için söz verileceği düzenlenmiş ancak tarafların talebi halinde bunu yazılı olarak iletebileceklerine dair bir düzenleme yapılmamıştır. Kanaatimizce kanun koyucu burada doğrudanlık ilkesinin uygulanmasına önem vermiş ve tarafların veya vekillerinin sözlü olarak kendilerini ifade etmelerini istemiştir. İsviçre hukukunda da yazılı beyan imkânı iki tarafın da aynı talepte bulunması şartına bağlanmış, imkân sınırlı tutulmuştur. Ancak delil ikamesinin sonucunun karmaşık olduğu hallerde, özellikle bilirkişi delilinin uzmanlık gerektirmesi sebebiyle incelenmesi daha uzun sürecektir, taraflara hazırlanmaları için zaman verilmesi doğru olacaktır. Bilirkişi delili bakımından itiraz ve bunun için süreler ve sürelerin uzatılması ayrı olarak düzenlenmiştir (HMK m. 281) ancak diğer delillerin toplanmasından sonra da gerektiği hallerde taraflara süre tanınmalıdır.

Uyuşmazlığın aydınlanmadığı kanaatine varılırsa tahkikatın genişletilmesine ve bu kapsamda inceleme yapılmasına karar verilir¹³⁰. Nitekim HMK m. 146 uyarınca mahkeme, taraflarca gösterilmiş olan delillerin incelenmesinden sonra, davanın muhakeme ve hüküm için yeterli derecede aydınlandığı kanaatine varamazsa tahkikatı sonlandıramaz. Taraflara delil ikamesi hakkında beyanda bulunma imkânı verilmediği takdirde, delil ikamesinin hakimce değerlendirilmeye esas alınmaması gerekmektedir¹³¹. Son olarak bu aşamada tarafların beyanları tutanakta yer alacak ve kanun yolu aşamasında esas alınacaktır¹³².

126 Killias (n 108) kn. 9; Willisegger (n 102) kn. 23.

127 Willisegger (n 102) kn. 22.

128 Bacher (n 103) kn. 4; Ahrens, '§ 285' (n 109) kn. 5; Thole, '§ 279' (n 112) kn. 9.

129 Ahrens, *Beweis* (n 43) Kap 14 kn. 156.

130 Tanrıver (n 46) 764; Muhammet Özkes, '§ 13 Tahkikat' in Hakan Pekantez, Muhammet Özkes, Mine Akkan ve Hülya Taş Korkmaz (eds), *Pekantez Usûl Hukuku, C. II* (On İki Levha 2017) 1577.

131 Christoph Thole, '§ 285 Verhandlung nach Beweisaufnahme' in Reinhard Bork and Hrebert Roth (eds), *Stein/Jonas Kommentar Zivilprozessordnung Band 4* (23. Auflage, Mohr Siebeck 2018) kn. 1.

132 Yargıtay 2 HD, E 2021/3327 K 2021/4767, 14.6.2021: "Somut olayda; sözlü yargılamadan önce yapılan duruşmada taraflara tahkikata ilişkin sözleri sorulmuş ve kadın vekili açık olarak "Araştırılacak başka hususun kalmadığını" beyan etmiştir. Tahkikatın sona erdiği celsede açık olarak araştırılacak başka hususun kalmadığını beyan eden davalı-davacı kadının, kanun yolu aşamalarındaki delillerinin toplanmadığı iddiasına itibar edilemez." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

SONUÇ

Medeni yargılamada tarafın gerçekleştirebileceği işlemlerin usuli yük ve usuli yükümlülük olarak nitelendirilmesinin yanında üçüncü bir kategori olarak iradi taraf işlemlerinin belirlenmesi gerekmektedir. Kanunun taraftan gerçekleştirmesini beklediği işlemlerin, yani usuli yük ve usuli yükümlülüklerin yanında belirlediği farklı işlem imkânları bulunmaktadır. Bunların tespitinde kanunun bu işlemleri taraflardan beklemediği, zira neticesinde bir yaptırım veya usuli olumsuzluk öngörmediği ölçütü kullanılabilir. Bu işlemlerin tarafın durumunu iyileştirmesi, yargılamada işlemi gerçekleştiren taraf lehine sonuç vermesi mümkünken, gerçekleştirilmediği takdirde öngörülebilir bir olumsuz netice bulunmamaktadır.

Medeni yargılamada ispat faaliyetinde taraf beyanını içeren iradi taraf işlemleri tarafın tanığa, bilirkişiye ve yargılamaya katılan üçüncü kişilere hâkim aracılığı ile soru sorması, keşfe katılması ve delillerin değerlendirilmesine katılması olarak tespit edilmiştir. Bu işlemler ile ilgili düzenlemeler Kanunda yer almakla birlikte usulüne ilişkin bazı hususlarda netlik bulunmamaktadır. Bunların tespitinde öncelikle hukuki dinlenilme hakkı ve ispat hakkı dikkate alınmalıdır.

Tarafın tanığa, bilirkişiye ve örneğin keşfe katılan üçüncü kişi gibi yargılamaya katılan üçüncü kişiye soru sorabilmesi hâkim aracılığıyla mümkündür. Soru sorulmaması öngörülebilir şekilde usuli bir olumsuzluğa neden olmayacaktır, ancak soru sorulması tarafın yargılamanın lehine sonuçlanması ihtimalini arttırabilir. Tarafın bu kişilere soru sorması kanun tarafından beklenmemektedir, zira soru sorulmadığı takdirde davanın ilerlemesini sağlayacak bir sonuç doğmamaktadır. Belirli ve öngörülebilir usuli bir olumsuzluk söz konusu olmadığından tarafın soru sorması iradi taraf işlemi olarak nitelendirilmelidir.

Soruların hangi sırada, ne şekilde sorulabileceği ve hangi durumlarda sorulan sorulara itiraz edilebileceği ve soruların sorulmasının reddedilebileceği iradi taraf işleminin ayrıntılarını oluşturmaktadır. Sorulacak soruların konusunun önceden belirtilmesi, yönlendirici sorular sorulmaması, hali hazırda hâkimin kanaatinin olduğu konularda soruların reddedilmesi önemlidir. Hukukumuzda çapraz sorgu kabul edilmemekle ve soruların çoğu durumda hukuk bilgisi olmayan taraf yerine hakimce sorulması yerinde olmakla birlikte, hâkimin tarafın doğrudan soru sormasına izin verme yetkisinin bulunması yerinde olacaktır.

Tarafın keşfe katılması imkânı tanınmalıdır. Tarafın keşif kararından haberdar olması ile birlikte keşfin yapılacağı duruşmaya katılması konusunda bir zorunluluk bulunmamaktadır. Ancak keşfe katılması gözlem yapabilmesi ve gerektiğinden soru sorabilmesi ile lehine neticeler doğurabilir. Bu nedenle tarafın keşfe katılması usuli yük veya usuli yükümlülük değil iradi taraf işlemi olarak nitelendirilmelidir. Keşfin mahkeme dışında yapılsa dahi duruşma içinde yapıldığının kabul edilmesi keşifte üçüncü kişiye soru sorulabilmesi imkânını vermektedir. Ayrıca keşif sırasında bilirkişi bulundurulabilmesi de yine tarafın bilirkişiye soru sorma hakkını hatırlatmaktadır. Tarafın keşfe katılması zorunlu olmamakla birlikte iradi taraf işlemini gerçekleştirebilmeleri için keşif yeri, zamanı ve konusundan mutlaka haberdar edilmeleri gerekmektedir.

Son olarak delillerin değerlendirilmesine katkı sağlama ve beyanda bulunma imkânı tahkikat aşaması sona erdirilmeden önce tarafa tanınmaktadır. Hukukumuzda delillerin incelenmesinden sonra ancak tahkikat sona ermeden önce tarafa tahkikat ile ilgili değerlendirme imkanı verilmesi bu kapsamdadır (m. 184). Deliller ve değerlendirilmesi konusunda beyanda bulunma ispat hakkının gerçekleştirilmesine hizmet etmektedir ve tarafın lehine sonuç almasına yarayabilmektedir. Tüm bu beyanda bulunma işlemleri, öngörülebilir usuli olumsuzluğun bulunmaması ve usuli yük ve usuli yükümlülükte olduğu gibi kanunun bu işlemi taraftan beklememesi nedeniyle iradi taraf işlemi olarak ifade edilmiştir.

Delillerin değerlendirilmesine katkı sağlama işleminin kapsamı delillerle ilgili itirazlarının ileri sürülmesi, istisnalar kapsamında yeni delil gösterilmesi, karşı tarafın delillerinin tarafça kendisi için kullanılmasını talep etmesi, ispat konusunu oluşturan vakıanın çekişmesiz kılınması gibi olabilir. Bu işlemler hakim in oluşan kanaati hakkında değerlendirme yapmak anlamına gelmemektedir. Ancak kanaati tesis eden unsurlar hakkında tarafların lehlerine netice alabilmek için vurgulamak istedikleri noktalar üzerinde durulabilir.

KAYNAKÇA

- Ahrens HJ, '§ 285 Verhandlung nach Beweisaufnahme' in Bernhard Wieczorek and Rolf A. Schütze (eds), *Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Band 4* (4. Auflage, De Gruyter 2013).
- Ahrens HJ, '§ 397 Fragerecht der Parteien' in Bernhard Wieczorek and Rolf A. Schütze (eds), *Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Band 6* (4. Auflage, De Gruyter 2016).
- Ahrens HJ, *Der Beweis im Zivilprozess* (Otto Schmidt 2015).
- Akkan M, 'Medeni Usul Hukukunda Tanığa Soru Kağıdı Gönderilmesi' (2014) 16 (Özel Sayı) DEÜHFD 555-609.
- Alangoya Y, Yıldırım MK ve Deren-Yıldırım N, *Medeni Usul Hukuku Esasları* (8. Bası, Beta 2015).
- Arslan R, *Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı* (S Yayınları 1989).
- Aşık İ, *Medeni Usul Hukukunda Keşif* (Seçkin 2019).
- Atalay O, '§ 15 Deliller' in Hakan Pekcanitez, Muhammet Özekes, Mine Akkan ve Hülya Taş Korkmaz (eds), *Pekcanitez Usul Hukuku, C. II* (On İki Levha 2017).
- Atalay O, *Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı* (Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını 2001).
- Atalı M, Ermenek İ ve Erdoğan E, *Medeni Usul Hukuku* (3. Baskı, Yetkin 2020).
- Bacher K, 'ZPO §§ 285' in Volkert Vorwerk Christian Wolf C (eds), *BeckOK ZPO* (C.H.BECK München 2021).
- Berger C, '§ 397 Fragerecht der Parteien' in Reinhard Bork and Hrebert Roth (eds), *Stein/Jonas Kommentar Zivilprozessordnung Band 5* (23. Auflage, Mohr Siebeck 2015).
- Börü L, *Medeni Usul Hukukunda İddia ve Somutlaştırma Yükü* (Yetkin 2016).
- Braun J, *Lehrbuch des Zivilprozessrechts* (Mohr Siebeck 2014).
- Brehm W, 'Einleitung' in Reinhard Bork and Hrebert Roth (eds), *Stein/Jonas Kommentar Zivilprozessordnung Band 1* (23. Auflage, Mohr Siebeck 2014).
- Bühler A, 'Art 181' in Heinz Hausheer and Hans Peter Walter (eds), *Schweizerische Zivilprozessordnung Band II* (Stämpfli Verlag AG 2012).
- Damrau J and Weinland A, '§ 397 Fragerecht der Parteien' in Thomas Rauscher and Wolfgang Krüger (eds), *Münchener Kommentar zur ZPO Band 2* (Verlag C.H.BECK München 2020).
- Dolge A, 'Art. 181 ZPO' in Karl Spühler, Luca Tenchio and Dominik Infanger (eds), *Schweizerische Zivilprozessordnung* (3. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag 2017).

- Erdönmez G, *Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrazı Mecburiyeti* (2. Bası, On İki Levha 2014).
- Foerste U, 'ZPO § 285 Verhandlung nach Beweisaufnahme' in Hans-Joachim Musielak and Wolfgang Voit (eds), *Zivilprozessordnung* (17. Auflage, Verlag Franz Vahlen München 2020).
- Frank R, Sträuli H, Messmer G, Wiget N and Wiget G, '§ 147 Stellungnahme der Parteien' in Richard Frank, Hans Sträuli, Georg Messmer, Niklaus Wiget, Gregor Wiget (eds), *Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung* (3. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG 1997).
- Frank R, Sträuli H, Messmer G, Wiget N and Wiget G, '§ 169 Voraussetzung und Durchführung' in Richard Frank, Hans Sträuli, Georg Messmer, Niklaus Wiget, Gregor Wiget (eds), *Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung* (3. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG 1997).
- Gehrlein M, 'Erste Erfahrungen mit der reformierten ZPO – Erstinstanzliches Verfahren und Berufungs' (2003) MDR 421-430.
- Goldschmidt J, *Der Prozess als Rechtslage* (Springer 1925).
- Greger R, '§ 397' in Richard Zöllner (ed), *Zivilprozessordnung* (33. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt KG 2020).
- Greger R, 'Zwischen Beweisaufnahme und Beweiswürdigung – (k)ein prozessuales Niemandsland' (2016) MDR1057-1061.
- Guldener M, *Schweizerisches Zivilprozessrecht* (Schulthess Polygraphischer Verlag AG 1979).
- Guyan P, 'Art. 173 ZPO' in Karl Spühler, Luca Tenchio and Dominik Infanger (eds), *Schweizerische Zivilprozessordnung* (3. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag 2017).
- Hanağası E, *Medeni Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği* (Yetkin 2016).
- Haehling von Lanzenauer R, 'Das Fragerecht der Partei im Zivilprozess' (1966) DRiZ, 223.
- Hess K, *Wahrheits- und Aufklärungspflicht im Zivil- und Arbeitsgerichtsprozess* (Verlag Alma Mater 2006).
- Higi P, 'Die richterliche Zeugenbefragung im Zivilprozess – Technik und Praxis' 2006 Aktuelle Juristische Praxis 1093-1105.
- Huber M, 'ZPO § 397 Fragerecht der Parteien' in Hans-Joachim Musielak and Wolfgang Voit (eds), *Zivilprozessordnung* (17. Auflage, Verlag Franz Vahlen München 2020).
- Jauernig O and Hess B, *Zivilprozessrecht* (30. Auflage, Verlag C.H. Beck 2011).
- Karlı A, *Medeni Muhakeme Hukuku* (Filiz Kitabevi 2020).
- Kawano M, 'Wahrheits- und Prozessförderungspflicht als Verhaltenspflicht der Parteien Gegeneinander' in Walter Gerhardt and Uwe diederichsen (eds), *Festschrift für Wolfram Henckel* (Walter de Gruyter 1995) 411-422.
- Killias L, 'Art 232' in Heinz Hausheer and Hans Peter Walter (eds), *Schweizerische Zivilprozessordnung Band II* (Stämpfli Verlag AG 2012).
- Klicka T, *Die Beweislastverteilung im Zivilverfahrensrecht* (Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung 1995).
- Kofmel S, *Das Recht auf Beweis im Zivilverfahren* (Verlag Stämpfli + Cie AG Bern 1992).
- Konzen H, *Rechtsverhältnisse Zwischen Prozessparteien* (Duncker&Humblot 1976).
- Leipold D, 'Prozessförderungspflicht der Parteien und Richterliche Verantwortung' (1980) ZZZP 237-265.
- Lent F, 'Zur Unterscheidung von Lasten und Pflichten der Parteien im Zivilprozess (1954) ZZZP 344 – 356.
- Lindacher WF, 'Zur Mitwirkung der Parteien bei der Ermittlung ausländischen Rechts' in Peter Gottwald and Herbert Richter (eds) *Festschrift für Ekkehard Schumann zum 70. Geburtstag* (Mohr Siebeck 2001) 283-326.
- Musielak HJ, *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess* (Walter de Gruyter 1975).
- Müller HA, 'Art. 173' in Alexander Brunner, Dominik Gasser and Ivo Schwander (eds), *ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung*. (2. Auflage, Dike Verlag AG 2016).

- Müller HA, 'Art. 181' in Alexander Brunner, Dominik Gasser and Ivo Schwander (eds), *ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung*. (2. Auflage, Dike Verlag AG 2016).
- Özekes M, '§ 13 Tahkikat' in Hakan Pekcanitez, Muhammet Özekes, Mine Akkan ve Hülya Taş Korkmaz (eds), *Pekcanitez Usûl Hukuku, C. II* (On İki Levha 2017).
- Özekes M, *Hukuki Dinlenilme Hakkı* (Yetkin 2003).
- Pahud E, 'Art. 232 Schlussvorträge' in Alexander Brunner, Dominik Gasser and Ivo Schwander (eds), *ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung*. (2. Auflage, Dike Verlag AG 2016).
- Pantle N, *Die Beweismittelbarkeit im Zivilprozeß* (Peter Lang 1991).
- Prütting H, '§ 285' in Thomas Rauscher and Wolfgang Krüger (eds), *Münchener Kommentar zur ZPO Band 1* (Verlag C.H.BECK München 2020).
- Prütting H, '§ 286' in Thomas Rauscher and Wolfgang Krüger (eds), *Münchener Kommentar zur ZPO Band 1* (Verlag C.H.BECK München 2020).
- Prütting H, *Gegenwartsprobleme der Beweislast* (Verlag C.H. Beck 1983).
- Rosenberg L, Schwab KH and Gottwald P, *Zivilprozessrecht* (18.Auflage, C.H. Beck 2018).
- Rüetschi S, 'Art 173' in Heinz Hausheer and Hans Peter Walter (eds), *Schweizerische Zivilprozessordnung Band II* (Stämpfli Verlag AG 2012).
- Schellhammer K, *Zivilprozess* (16. Auflage, C.F. Müller, 2020).
- Schulz H and Sticken G, 'Die Erörterung der richterlichen Beweiswürdigung mit den Parteien' (2005) MDR 1-5.
- Schwander D, 'Befragungstechnik' (2013) Haftpflichtprozess, s. 170-210.
- Seiler C, '§ 397 Fragerecht der Parteien' in Heinz Thomas and Hans Putzo (eds), *Zivilprozessordnung* (42. Auflage, Verlag C.H. Beck 2021).
- Stoll J, 'Überlegenheit des deutschen Zivilprozesses bei der Zeugenvernehmung' (2009) ZRP 46-48.
- Tanrıver S, *Medeni Usul Hukuku Cilt I* (4. Bası, Yetkin 2021).
- Thole C, '§ 279 Mündliche Verhandlung' in Reinhard Bork and Hrebert Roth (eds), *Stein/Jonas Kommentar Zivilprozessordnung Band 4* (23. Auflage, Mohr Siebeck 2018).
- Thole C, '§ 285 Verhandlung nach Beweisaufnahme' in Reinhard Bork and Hrebert Roth (eds), *Stein/Jonas Kommentar Zivilprozessordnung Band 4* (23. Auflage, Mohr Siebeck 2018).
- Toraman B, *Medeni Usul Hukukunda Bilirkişi İncelemesi* (Yetkin 2017).
- Umar B, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi* (2. Bası, Yetkin 2014).
- Weibel T and Walz C, 'Art. 173 Ergänzungsfragen' in Thomas Sutter-Somm, Franz Hasenböhler and Christoph Leuenberger (eds), *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung* (3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG 2016).
- Weibel T and Walz C, 'Art. 181 Durchführung' in Thomas Sutter-Somm, Franz Hasenböhler and Christoph Leuenberger (eds), *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung* (3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG 2016).
- Wiederkehr R and Rosales-Geyer IA, 'Informationspflichten nach Art. 29 Abs. 2 BV' (2019) AJP 58-66.
- Willisegger D, 'Art. 232 ZPO' in Karl Spühler, Luca Tenchio and Dominik Infanger (eds), *Schweizerische Zivilprozessordnung* (3. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag 2017).
- Wuillemin N, *Beweisführungslast und Beweisverfügung nach der Schweizerischen ZPO* (Dike Verlag AG 2018).
- Yardımcı TE, *Hukuk Yargılamaında Somutlaştırma Yükü* (On İki Levha 2017).
- Yıldırım MK, *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi* (Kazancı Hukuk Yayınları 1990).
- Yılmaz E, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi C. 3* (4. Baskı, Yetkin 2021).

Türk Hukukunda İnançlı İşlemler

Fiduciary Transactions in Turkish Law

Hayreddin Fırat MEHMETOĞLU* 

ÖZ

İnançlı işlem, Türk hukukunda yasal bir düzenlemeye sahip olmamakla beraber uygulamada sıklıkla karşılaşılan bir kurumdur. Bugün gerek doktrin gerekse yargı uygulaması inançlı işlemlerin köken olarak Roma hukukundaki “fiducia” kurumuna dayandığını ve geçerli hukuki işlemler olduğunu kabul etmektedir. Bu makalede, inançlı işlemlere ilişkin çeşitli sorunların doktrinindeki görüşler ve yargı uygulaması kapsamında detaylı bir şekilde incelenmesi amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: İnançlı İşlem, İnanç Sözleşmesi, Teminat, Mülkiyet Devri, Lex Commisoria, Muvazaa.

ABSTRACT

Although fiduciary transaction does not have a legal regulation in Turkish law, it is an institution that is frequently encountered in practice. Today, both doctrine and judicial practice accept that fiduciary transactions are based on the “fiducia” institution in Roman law and are valid legal transactions. This article aims to examine in detail various problems related to fiduciary transactions in the context of the doctrine and judicial practice.

Keywords: Fiduciary Transaction, Fiduciary Contract, Guaranty, Transfer of Ownership, Lex Commisoria, Collusion.

* Avukat Arabulucu, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Bölümünde Doktora Öğrencisi, ORCID: 0000-0001-7359-3386.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Hayreddin Fırat MEHMETOĞLU

E-posta/E-mail: firatmehmetoglu34@gmail.com

Geliş Tarihi/Received: 10.09.2023

Kabul Tarihi/Accepted: 14.11.2023

GİRİŞ

Bugün pozitif hukuk düzenlemeleri bazı durumlarda kişilerin çeşitli ihtiyaçlarını karşılamakta yetersiz kalmaktadır. Uygulamada bu ihtiyaçların karşılanması için çoğu kez inanca işlem adı verilen kuruma başvurulduğu görülmektedir. Özellikle alacaklıya daha iyi bir güvence oluşturmak için başvuru bu kurum bakımından hukukumuzda doğrudan bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte doktrinde inanca işlemlerin, Türk Borçlar Kanunu (TBK) madde (m) 26 hükmünde düzenlenen sözleşme özgürlüğü çerçevesinde geçerli olarak yapılabileceği genel olarak kabul edilmektedir¹. Yine Yargıtay da inanca işlemin geçerliliğini kabul etmektedir².

I. TARİHSEL KÖKENİ (FIDUCIA)

İnanca işlemin temelleri Roma hukukundaki *fiducia* kurumuna dayanmakta olup bugün bu iki kavram birbirini karşılamaktadır³. *Fiducia*, Latince inanmak (güvenmek) anlamına gelen ve sözlük anlamıyla verilen sözü zorlama olmaksızın yerine getirmeyi ifade eden *fides* kelimesiyle aynı kökten gelmektedir⁴.

Fiducia kurumunun Roma hukukunun hangi döneminde ortaya çıktığı kesin olarak bilinmemekle birlikte bu kuruma ilişkin ilk izlenimlere Milattan Önce (MÖ) 254 – 184 yılları arasında Plautus'un komedyelerinde rastlanmış olup bu komedyalarda *fiducia* için bir dava veya yaptırım öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Bununla birlikte bu kurum için bir dava veya yaptırım öngörülmemiş olan önceki dönemlerde de bu kurumun Roma örf ve adetlerinde bulunma ihtimalinin olduğu ifade edilmektedir⁵.

- 1 Ergun Özsunay, *Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnanca Muameleler* (1. Baskı, Cezaevi Matbaası 1968) 80-81; Eraslan Özkaya, *İnanca İşlem ve Muvazaa Davaları* (7. Baskı, Seçkin 2017) 37-38; Elif Berktaş Yüksel, *Türk Hukukunda Saf İnanca İşlemler* (1. Baskı, Onikilevha 2022) 19; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (23. Baskı, Yetkin 2018) 383; Hüseyin Altaş ve Leyla Müjde Kurt, 'İnanca İşlemler' (2011) 2(2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, 1; Süleyman Yılmaz ve Hamdi Pınar, 'İnanca İşlemlerin Muvazaa İşlemlerle Karşılaştırılması Üzerine Bir Değerlendirme' (2019) 68(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 959, 962; Saibe Oktay Özdemir, 'Teminat Amaçlı Mülkiyet Devri Sözleşmeleri' (1999) 19(1-2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 657, 657; Şafak Parlak Börü, 'Mülkiyetin Teminat Amacıyla İnanca İşlemler Devri' (2017) 29 (128) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 231, 232-233; Şirin Aydıncık, 'Bir İnanca İşlem Türü Olarak Alacağın Teminat Amacıyla Temlik' (2006) 64(1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 132, 135; Atiye Uygur, 'Teminat Amaçlı İnanca İşlemler' (2006) 10(1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 171, 172.
- 2 Yargıtay HGK (Hukuk Genel Kurulu), E (Esas) 2021/483 K (Karar) 2023/218, 15.03.2023 sayılı kararına göre: "...Bilindiği üzere Türk Hukukunda inanca işlemleri doğrudan düzenleyen bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Ancak uygulama ve öğretide, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 26 ncı (mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 19.) maddesinde yer alan "sözleşme özgürlüğü" ilkesi kapsamında inanca sözleşmelerin düzenlenebileceği ve geçerliliği kabul edilmektedir..." <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 08 Eylül 2023.
- 3 Özsunay (n 1) 9; Özkaya (n 1) 37; Berktaş Yüksel (n 1) 3; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (n 1) 382; Fikret Eren, *Mülkiyet Hukuku* (5. Baskı, Yetkin 2020) 229-230; Yılmaz ve Pınar (n 1) 962; Erdal Özsunar, 'Roma Hukukunda Rehin Hakkı' (2005) 7(2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 137, 139; Parlak Börü (n 1) 233; Aydıncık (n 1) 132 dnp 9; Uygur (n 1) 172; Melih Şeker, *Roma Hukuku'nda Fiducia (İnanca İşlem) ve Türk Hukuku Üzerindeki Etkisi* (1. Baskı, Onikilevha 2019) 1.
- 4 Berktaş Yüksel (n 1) 3; Özsunar (n 3) 140; Şeker (n 3) 5.
- 5 Şeker (n 3) 8 vd.

Roma hukukunda çok çeşitli alanlarda uygulama alanı bulunan *fiducia* kurumunun “*cum creditore*” ve “*cum amico*” olmak üzere iki türü bulunmaktadır⁶. *Cum creditore*, rehin sözleşmesinin tanınmadığı dönemlerde temelinde bir borç ilişkisi bulunan ve borcun ödenmesini teminat altına almak amacıyla bir malın mülkiyetinin alacaklıya devredilmesi olarak ortaya çıkmıştır⁷. *Cum creditore*, kökeni rehin sözleşmesinden çok daha eskiye dayanan ve rehin sözleşmesinin gelişmesini sağlayan bir kurumdur. Yine *lex commisoria* anlaşmalarının da ilk olarak *cum creditore* ile gündeme geldiği *cum creditore*'nin yerini yavaş yavaş rehin sözleşmelerine bırakmasıyla *lex commisoria* yasağının da hukuk dünyasında yerini bulmaya başladığı ifade edilmektedir⁸. *Cum amico* ise genellikle dostlar arasında yapılan ve ariyet, vedia ve vekâlet sözleşmelerinin tanınmadığı dönemlerde bir malın korunması, saklanması veya yönetilmesi için güvenilen bir kişiye bu malın mülkiyetinin devredilmesi olarak ortaya çıkmıştır⁹. *Cum creditore*'nin hukukumuzdaki karma (teminat amaçlı) inançlı işlemlere, *cum amico*'nun ise yine hukukumuzdaki saf (yönetim amaçlı) inançlı işlemlere karşılık geldiği kabul edilmektedir¹⁰.

Fudicia'nın her iki türünde de bir malın devredilmesi (*mancipatio*) ve inanç sözleşmesi (*pactum fiduciae*) olmak üzere iki unsur bulunmaktadır¹¹. İnanç konusu bir malın inanılana devredilmesiyle inanılan, bu mal üzerinde tam hak sahibi olur ve her türlü tasarrufta bulunabilir, dilerse bu malı üçüncü kişilere geçerli bir şekilde devredebilir. İnanç sözleşmesindeki şartların gerçekleşmesiyle inananın inanılana karşı sahip olduğu iadeyi talep etme hakkı sadece borçlar hukukundan doğan bir alacak hakkından ibaret olup inanç konusunun üçüncü kişilere devri halinde onlara karşı ileri sürebileceği herhangi bir hakkı bulunmamaktadır¹².

İnanç sözleşmesinden kaynaklanan iki tür davanın bulunduğu ifade edilmektedir. Bunlardan biri *actio fiduciae directa* olup inanan tarafından inanç sözleşmesine aykırı davranan inanılana karşı açılan ancak inanç konusu malın iadesini değil inananın dürüst bir insan gibi davranıp davranmadığının tespitini hüküm altına alan bir davadır¹³. Diğeri ise *actio fiduciae contraria* olup bu dava inanılanın inanç konusu malı elinde bulundurmasından kaynaklı zararlarını (inanç konusu kölenin inanılandan bir şey çalması, ona zarar vermesi, inanç konusu için zorunlu ve yararlı masraflar yapılması, vergi borçlarının ödenmesi gibi) inananın tazmin etmesini amaçlayan bir davadır¹⁴.

Roma hukukunda MÖ 3. veya 4. yüzyıllara gelindiğinde rehin sözleşmesinin ortaya çıkışıyla *cum creditore*'nin; ariyet, vedia ve vekâlet sözleşmelerinin ortaya çıkışıyla da *cum amico*'nun kullanımı hukuk hayatından yavaş yavaş çıkmaya başlamış olup Iustinianus döneminden sonra bu kuruma

6 Özsunay (n 1) 9; ibid 38.

7 Özsunay (n 1) 9-10; Berktaş Yüksel (n 1) 3-9; Şeker (n 3) 41 vd.

8 Şeker (n 3) 41 vd.

9 Özsunay (n 1) 10; Berktaş Yüksel (n 1) 3-9; ibid 46 vd.

10 Berktaş Yüksel (n 1) 7; Şeker (n 3) 90.

11 Özsunay (n 1) 9-10; Berktaş Yüksel (n 1) 3-4; Şeker (n 3) 49.

12 Özsunay (n 1) 11; Şeker (n 3) 66-67.

13 Özsunay (n 1) 12; Berktaş Yüksel (n 1) 7-8; Özsunay (n 3) 142; Buna karşılık doktrinindeki diğer bir görüşe göre bu dava inanılanın “şerefsizliğini” tespit etmek yanında inanç konusunun inananın iadesini de hüküm altına alır. Şeker (n 3) 82 vd.

14 Özsunay (n 1) 13; Berktaş Yüksel (n 1) 7-8; Özsunay (n 3) 142; Şeker (n 3) 84 vd.

rastlanmamıştır. Fiducia kurumu Alman hukukunda 19. yüzyılın ortalarına kadar bilinmeyen bir kurum olmuş ve rehin hükümlerinden kurtulmak için başvuru muvazaalı işlemler olarak kabul edilmiştir. Buna karşılık 19. yüzyılın ortalarından sonra Alman hukukunda muvazaa ile inancılı işlem ayrımı yapılmaya başlanmış, sebepten soyut işlem kavramı inancılı işlem kurumundaki gelişimleri hızlandırmış ve rehin konusu taşınırın alacaklıya tesliminin şart olması durumu da kişileri inancılı işlemler yapmaya yöneltmiştir. Alman Yüksek Mahkemesi'nin bir kararında inanılanın iflası sonrasında, inanana inancılı konusu malı iflas masasından çıkarma hakkını tanıması da inancılı işlemlerin gelişimini hızlandırmış ve bu kurumun günümüze kadar ulaşmasını sağlamıştır¹⁵.

II. İNANÇLI İŞLEMİN TANIMI

Hukukumuzda inancılı işleme ilişkin doğrudan yasal bir düzenleme bulunmadığı için bu kurumun sınırlarının belirlenmesi ve tanımının yapılması doktrin ve uygulamaya kalmıştır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu inancılı işlemi “*bir kimsenin menfaatinin başkası tarafından korunması veya teminat sağlamak amacıyla ona bazı hakları ciddi olarak devrettiği, ancak hakları iktisap edenin bunlardan doğan bazı yetkileri hiç kullanmaması, bazılarını da ancak önceden hak ve halen menfaat sahibi olanın gösterdiği biçimde kullanmak zorunda olması hususunda tarafların anlaşığı işlem*” olarak tanımlamaktadır¹⁶. Yargıtay Daireleri ise inancılı işlemi “*inanılanın teminat oluşturmak veya yönetilmek üzere mal varlığı kapsamındaki bir şey veya hakkını, inanılana devretmesi ve inanılanın da inancılı anlaşmasındaki koşullara uygun olarak inancılı konusu şeyi kullanmasını, amaç gerçekleştiğinde ise belirlenen şekilde inanana iade etmesini içeren işlem*” olarak tanımlamaktadır¹⁷.

Kanaatimizce inancılı işlemi inanılanın inanandan elde ettiği bir hakkı yine aralarında kararlaştırdıkları amaca uygun olarak kullanmayı ve gerektiğinde inanana veya üçüncü bir kişiye devretmeyi taahhüt etmesi ve inanılanın da bu taahhüde güvenerek hakkını inanılana devretmesi olarak tanımlamak mümkündür. Yine doktrinde inancılı işleme ilişkin buna benzer çeşitli tanımlar yapılmaktadır¹⁸.

15 Özsunay (n 1) 13-26; Şeker (n 3) 8 vd.

16 Yargıtay HGK, E 2017/1829 K 2021/635, 27.05.2021 sayılı kararı <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 08 Eylül 2023.

17 Yargıtay 7 HD (Hukuk Dairesi), E 2022/617 K 2023/1848, 30.03.2023 sayılı kararı <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 08 Eylül 2023; Yargıtay 14 HD, E 2018/5401 K 2019/711, 24.10.2019 sayılı kararı <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 08 Eylül 2023; Yargıtay 15 HD, E 2018/3698 K 2018/339, 25.09.2018 sayılı kararı <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 08 Eylül 2023; Yargıtay 8. HD E 2016/13307 K 2018/1697, 06.02.2018 sayılı kararı <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 08 Eylül 2023.

18 İnançlı işleme ilişkin çeşitli tanımlar için bkz Necip Kocayusufoğlu, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan ve Abdulkadir Arpacı, *Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme* (4. Basıdan 7. Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi 2017) 363; M Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku* (23. Baskı, Filiz Kitabevi 2021) N. 1447; M Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler: Cilt-1* (18. Bası, Vedat Kitapçılık 2020) N. 423; Özsunay (n 1) 1; Özkaya (n 1) 37 dñn 1; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (n 1) 382; Gökhan Antalya, *Marmara Hukuku Yorumu Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1* (2. Baskı, Seçkin 2019) 361; Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (23. Bası, Turhan Kitabevi 2019) 245; Mehmet Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (10. Baskı, Mimoza Yayınları 2015) 182-183; Eren, *Mülkiyet Hukuku* (n 3) 229; Lale Sirmen, *Eşya Hukuku* (8. Baskı, Yetkin 2020) 356; Ahu Ayanoğlu Morali, ‘Mülkiyet Hakkının Teminat Amaçlı Devrine Yönelik İnançlı İşlemler’ (Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi, 2006) 15-16; Altaş ve Kurt (n 1) 2; Yılmaz ve Pınar (n 1) 962; Haluk Nami Nomer, ‘Teminat Amaçlı Vefalı Satışlar İle İnanç Sözleşmeleri ve Lex Commisoria Yasağı’ (2016) 22(3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 2007,

III. İNANÇLI İŞLEMLERİN YAPILMA AMACI

Uygulamada inanca işlemlere kişilerin yasal düzenlemelerle karşılanamayan bazı ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla başvurulduğu görülmektedir. İnançlı işlemlere başvurulmasındaki temel amaç genellikle teminat sağlamak, gizlenmek, yönetmek, alacaklılardan mal kaçırmak veya kanunun elverişsiz hükümlerini dolanmaktır¹⁹.

A. TEMİNAT SAĞLAMA AMACI

İnançlı işlemlere sıklıkla alacaklıya şahsi veya aynı teminatlardan daha güçlü bir teminat sağlamak için başvurulduğu görülmektedir. Bilindiği üzere borçlunun malvarlığı yanında şahsi veya aynı teminatlar da alacaklının alacağını güvence altına alma amacı taşır. Ancak bu teminatların varlığı dahi bazı durumlarda alacaklının alacağını tahsil edememe riskini bertaraf edemeyebilir. Özellikle şahsi teminatlar bakımından üçüncü kişinin malvarlığının değişkenliği, aynı teminatlar bakımından ise rehnin paraya çevrilmesi gibi süreçlerin uygulamada zorluk arz etmesi sebebiyle çoğu zaman alacaklılar, borçluları alacaklarını teminat altına almak için kendilerine inanca işlem yoluyla mülkiyet devri yapmaya zorlar²⁰.

Uygulamada özellikle nakit para ihtiyacı bulunan ancak kredi kuruluşları tarafından kendisine çeşitli sebeplerle istenilen kredi sağlanmayan kişilerin “tefeci” olarak bilinen kişilerden borç para aldığı görülür. Tefeci olarak bilinen bu kişilerin ise sıklıkla borç verdikleri kişilerden inanca işlem ile mülkiyet devraldığı ve bu şekilde alacaklarını teminat altına aldığı görülmektedir²¹.

İnanca işlem ile kendisine mülkiyet devredilen alacaklı borcun vadesinde ödenmesi durumunda mülkiyeti devreden kişiye iade eder buna karşılık borcun vadesinde ödenmemesi durumunda ise

2009; Tufan Ögüz, ‘İnanca Temlike Konu Taşınmazın İadesi Talebinin Dayandığı Hukuki Esasların Değerlendirilmesi’ (2005) 4(1-2) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 119, 121; Parlak Börü (n 1) 232; Aydınçık (n 1) 131; Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, ‘Taşınmaz Mülkiyetinin İnanca İşlemlerle Devri ve Buna İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi’ (2018) 17(1) Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 87, 88-89; Uygur (n 1) 172-173.

19 Ayanoğlu Morali (n 18) 30; Yılmaz ve Pınar (n 1) 970; Aydınçık (n 1) 133. Yargıtay HGK, E 2013/376 K 2014/49, 29.01.2014 sayılı kararına göre “...İnanca işlemler, kişinin kendisini gizlemek amacıyla, teminat amacıyla veya alacaklıdan mal kaçırmak amacıyla da yapılabilecek işlemlerdir...” <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 08 Eylül 2023. Yine Yargıtay 1 HD, E 2010/1003 K 2010/2330, 03.03.2010 sayılı kararına göre de “...İnanca sözleşmelerdeki amaç gizlenmek, teminat, alacaklıdan mal kaçırmak, kanunların elverişsiz hükümlerinden kaçınmak, bir alacağın tahsili, malın idaresi gibi nedenler olabilmektedir...” <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 08 Eylül 2023.

20 Özsunay (n 1) 34 vd; Özkaya (n 1) 38-39; Özgür Güvence, *Taşınmazların İnanca İşlemlerle Devri* (1. Baskı, Yetkin 2014) 27; Ayanoğlu Morali (n 18) 33-36; Yılmaz ve Pınar (n 1) 970-971; Oktay Özdemir (n 1) 659-660; Parlak Börü (n 1) 237; Aydınçık (n 1) 134-135; Uygur (n 1) 177.

21 Yargıtay 1 HD, E 2010/1003 K 2010/2330, 03.03.2010 sayılı kararına göre “...Uygulamada kredi sağlayan kurum ve kuruluşların istenilen miktarda ve süratte kredi vermemesi ihtiyaç sahiplerini bu kurum ve kuruluşların dışında kredi teminine zorlamakta ve verilen krediyi teminat altına alacak kefalet, ipotek, rehin gibi şahsi ve aynı teminatlar kredi veren kişi veya kişilerce yeterli görülmediğinden bu tür özel kişilerden alınan borç karşılığında taşınmazların teminat maksadıyla devredilmesi yoluna başvurulmaktadır...” <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 08 Eylül 2023. Yine Yargıtay 1 HD, E 2016/17669 K 2021/1158, 03.03.2021 sayılı kararına göre “...davalı ... ’nün sanık olarak yargılandığı ceza dosyasında, davaya konu taşınmazın tefecilik suretiyle teminat olarak adı geçen davalının eşi olan davalı ... ’ye devredildiği hususu yapılan yargılama ... ile sabit olmuştur. Bu durumda davacı ile davalılardan ... arasında inanca işlemin varlığı kesinleşmiştir...” <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 08 Eylül 2023.

şahsi veya aynı teminatlarda sıklıkla karşılaşılan alacağın tahsil edilememesi gibi risklere maruz kalmadan kendisine devredilen şeyi paraya çevirerek alacağını satış bedelinden tahsil edebilir²².

B. GİZLENME AMACI

İnançlı işlemlerin yapılmasındaki bir diğer amaç da kişilerin kendini gizleme isteğidir. Kişiler bazen hukuki ilişki içine girmek istedikleri kişilere veya üçüncü kişilere çeşitli sebeplerle (karşı tarafın işlem yapmaktan kaçınacağı veya işlem için daha yüksek bir bedel talep edeceği gibi düşüncelerle) kimliklerini ya da ekonomik durumlarını açıklamak istemez. Böyle bir durumda yapmak istedikleri hukuki işlemleri ise kukla şahıs olarak adlandırılan kişiler (inanılan) vasıtasıyla yapar²³.

Gizlenme amacıyla yapılan inanca işlemlerin iki farklı şekilde yapıldığı ifade edilebilir.

İlk şeklinde inanan, inanılan ile anlaşarak üçüncü kişilerle yapmak istediği hukuki işlemi ona yaptırır ve sonrasında belli şartların gerçekleşmesi halinde onun elde ettiği hakkın kendisine devredilmesini amaçlar²⁴.

İkinci şekilde ise inanan, önce bir hakkını inanılana devrederek üçüncü kişilerle yapmak istediği hukuki işlemi inanılana yaptırır daha sonra ise bu hakkın tekrar kendisine iade edilmesini amaçlar²⁵. İkinci şekilde yapılan gizlenme amacı taşıyan inanca işlemlerin diğer bir görünümü de yönetim amaçlı inanca işlemlerdir²⁶.

C. YÖNETME AMACI

Yukarıda da belirttiğimiz üzere gizlenme amacı taşıyan inanca işlemlerin bir kısmı inananın malvarlığına dâhil bir unsurun belli şartlar çerçevesinde inanılan tarafından yönetilmesi amacıyla yapılmaktadır. Bu bakımdan inanan, önce bir hakkını inanılana devrederek üçüncü kişilerle yapmak

22 Oktay Özdemir (n 1) 681; Aydıncık (n 1) 136; Uygur (n 1) 177. Yargıtay 13 HD, E 2014/39590 K 2015/11888, 13.04.2015 sayılı kararına göre "...*tarafklar arasında yapıldığı anlaşılan ve imzası davalı tarafça inkâr edilmeyen 2.2.2006 tarihli sözleşmenin inanca işlem niteliğinde olduğu ve sözleşmeye konu iki adet taşınmazın davacının borcuna karşılık teminat olarak devredildiği ... inanca işleme konu teminat amaçlı olarak davacı tarafından davalıya devredilen taşınmazların, borcun ödenmemesi üzerine davalı tarafından dava dışı üçüncü kişilere satış yoluyla devredildiği ... başka bir deyişle, davalı teminat için kendisine temlik edilen taşınmazları "ifa uğruna edim" olarak satışını gerçekleştirip, satış bedelinden alacağını karşıladığı dosya kapsamından sabittir...*" <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 08 Eylül 2023.

23 Kocayusufoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı (n 18) 379; Özsunay (n 1) 27 vd; Özkaya (n 1) 38; Berktaş Yüksel (n 1) 65; Ayanoğlu Morali (n 18) 31; Güvenç (n 20) 30 vd; Yılmaz ve Pınar (n 1) 971; Parlak Börü (n 1) 234; Uygur (n 1) 175.

24 Özkaya (n 1) 38; Parlak Börü (n 1) 234; Yargıtay 14 HD, E 2016/10611 K 2017/320, 17.01.2017 sayılı kararındaki karşı oyda açıklandığı üzere "...*Dava inanca sözleşmesinden kaynaklanan tapu iptal ve tescil istemine ilişkindir ... davacı ... bağımsız bölümü satın aldığı, satış bedelinin bir kısmını banka kredisi ile ödediğini, bankanın yeterli kredi açmaması nedeniyle kredinin işvereni olan davalı adına çekildiğini, bu nedenle taşınmazın tapusunun da davalı adına olduğunu, banka kredisi ödemelerinin kendisi tarafından yapıldığını, taşınmazda iyileştirmeler yaptığını, evde kendisinin oturduğunu, davacının tapuyu devirden kaçındığını, iptali ile adına tesciline karar verilmesini talep etmiştir...*" <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 08 Eylül 2023.

25 Özsunay (n 1) 25; Özkaya (n 1) 38; Berktaş Yüksel (n 1) 65; Güvenç (n 20) 30 vd; Ayanoğlu Morali (n 18) 31; Parlak Börü (n 1) 234; Uygur (n 1) 175.

26 Güvenç (n 20) 30 vd; Uygur (n 1) 178.

istediği hukuki işlemi inanılana yaptırır daha sonra ise bu hakkın tekrar kendisine iade edilmesini amaçlar²⁷.

Bu duruma borçluyla muhatap olmak istemeyen kıymetli evrak alacaklısının alacağını tahsil etmesi için üçüncü kişiye tahsil cirosu yerine temlik cirosu yapması²⁸, adli yardımdan yararlanamayan alacaklının icra takibi veya dava için alınması gereken harç ve diğer giderlerden kurtulmak için alacağını adli yardım talebi kabul edilebilecek bir üçüncü kişiye devretmesi²⁹ veya kiracısını tahliye ettirmek isteyen kiraya verenin taşınmazını tahliye ettirebilmek için üçüncü kişiye devretmesi³⁰ örnek olarak verilebilir.

D. ALACAKLILARDAN MAL KAÇIRMA AMACI

Uygulamada aleyhinde icra takibi başlatılan veya başlatılma ihtimali bulunan borçlular çoğu zaman mal veya haklarının satışına engel olmak için bu mal veya haklarını bir üçüncü kişiye devreder ve daha sonra satılma tehlikesi ortadan kalktığında bunları devrettikleri üçüncü kişilerden geri alır. Borçlu ile üçüncü kişi arasında mal kaçırma amacıyla yapılan bu tür işlemlerin inançlı işlem mi yoksa muvazaalı işlem³¹ mi olduğu konusu doktrinde tartışmalıdır.

Doktrindeki bir görüşe göre alacaklıdan mal kaçırma amacıyla üçüncü kişilere yapılan devirler muvazaa değil inançlı işlem olarak kabul edilmelidir³². Yargıtay da vermiş olduğu çeşitli kararlarında

27 Özsunay (n 1) 25; Özkaya (n 1) 38; Berktaş Yüksel (n 1) 65; Güvenç (n 20) 30 vd; Ayanoglu Morali (n 18) 31; Parlak Börü (n 1) 234; Uygur (n 1) 175.

28 Yargıtay 19 HD, E 2013/7119 K 2013/10691, 10.06.2013 sayılı kararına göre "...Davacı dava konusu çekin davalıya temlik cirosu ile verildiğini ve bu nedenle çeke dayanarak kendi adına hak talep edemeyeceğini ileri sürerek menfi tespit davası açmıştır. Çekte tahsil cirosu ile verildiğine ilişkin bir kayıt bulunmadığına göre çekin temlik cirosu ile verildiğinin kabulü gerekir. Bu karinenin aksini davacı yazılı delil ile kanıtlamalıdır. İddianın ispatı için (yazılı) delil başlangıcı bulunması halinde tanık dinlenebilir..." <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 08 Eylül 2023.

29 Özsunay (n 1) 28; Parlak Börü (n 1) 234.

30 Yargıtay 1 HD, E 2012/1755 K 2012/4135, 09.04.2012 sayılı kararına göre "...davacının kiracısının tahliyesini sağlayabilmek ve sonrasında iade edilmek üzere taşınmazını temlik ettiğini ileri sürdüğüne göre taraflar arasındaki çekişmenin inançlı işlemden kaynaklandığı..." <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 08 Eylül 2023.

31 Tarafların yaptıkları bir sözleşmenin kendi aralarında hiçbir hüküm doğurmayıp sadece dışarıya karşı bir görünüş oluşturması konusunda anlaşmaları mutlak muvazaa olarak tanımlanmaktadır ve böyle bir anlaşma kesin hükümsüzlükle geçersizdir. Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7. Baskı, Filiz Kitabevi 1993) 407 ve 412; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (n 1) 370; Safa Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (24. Bası, Beta Yayınları 2013) 105-106; Antalya (n 18) 348; Kılıçoğlu (n 18) 238; Ayan (n 18) 184-185.

32 Andreas von Tuhr, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı C I-II, çev Cevat Edege* (Olgaç Matbaası 1983) 276; Cenk Akil, "Tasarrufun İptaline Konu Olabilecek İşlemlerin Hukuki Niteliği" (2014) 1(1) Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi 79, 95. Bu görüşün savunucusu von Tuhr'a göre alacaklılardan mal kaçırmak amacıyla yapılan bu tür işlemlerin TBK m 27 hükmü kapsamında ahlaka aykırı olduğu da kabul edilemez. Zira alacaklılara zarar verilmesi kanunun ahlaka aykırı olarak kabul ettiği bir durum sayılmaz. Kaldı ki alacaklıdan mal kaçırma amacı taşıyan bu tür işlemler için tasarrufun iptali davası açma imkânı bulunmakta olup bu davalar ise temelinde geçerli olarak yapılmış olan işlemleri konu alan davalardır. Nitekim von Tuhr bu durumu eserinde aynen şu şekilde açıklamıştır: "Faydalandırıcı muameleyi yapan kimsenin hile kasdı ne kadar fazla ise bahis mevzuu şeyi de hakikaten devir ve ferağ etmeyi o nisbette istemiş olduğunu kabul etmek lazımdır, bu kimse gayeyi arzu etmiş ise vasıtayı da arzu etmiştir" von Tuhr (n 32) 276.

alacaklıdan mal kaçırma amacıyla yapılan işlemlerin muvazaalı değil inançlı işlem olduğunu kabul etmiştir³³.

Doktrindeki diğer bir görüşe göre alacaklıdan mal kaçırma amacı taşıyan işlemlerin inançlı işlem değil muvazaalı olarak yapılan geçersiz işlemler olduğu kabul edilmelidir³⁴.

Doktrinde bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre ise alacaklıdan mal kaçırma amacıyla yapılan işlemleri bütünüyle inançlı işlem ya da muvazaalı işlem olarak nitelendirmek yerine her somut olayda tarafların devir konusundaki gerçek iradesini yorumlayarak bir değerlendirme yapmak daha uygun bir çözümdür. Bu bakımdan alacaklılardan mal kaçırma amacıyla bir hak veya mal devri durumunda bu devrin taraflar arasında hüküm doğurup doğurmadığı hususunun açıklığa kavuşturulması gerekir. Eğer taraflar alacaklılardan mal kaçırma amacıyla bir hakkın veya malın devrini gerçekleştirirken gerçek bir devrin sonuçlarının doğmasını istememiş ve devredilen hak veya mal üzerindeki hâkimiyeti devredilene bırakmayıp tasarruf ve idare yetkisini devredene bırakmışsa işlemin muvazaalı olduğunu kabul etmek gerekir. Buna karşılık taraflar her ne kadar alacaklılardan mal kaçırma amacı taşıyor olsalar da gerçek bir devrin sonuçlarının doğmasını istemiş ve devredilen hak veya mal üzerindeki hâkimiyeti devredene bırakıp ona tasarruf ve idare yetkisini de gerçekten tanımışsa işlemin inançlı işlem olduğunu kabul etmek gerekir³⁵.

E. KANUNUN ELVERİŞSİZ HÜKÜMLERİNİ DOLANMA AMACI

Uygulamada kanunun çeşitli hükümlerini dolanma amacıyla inançlı işleme başvurulduğu da sıkça görülmektedir. Kişiler kimi zaman amaçlarına ulaşmayı engelleyen kanun hükümlerinden kaçınmak

33 Yargıtay HGK, E 2013/224 K 2013/1478, 23.10.2013 sayılı kararına göre "...Öncelikle belirtilmelidir ki, kanun koyucu ilke olarak borçlunun alacaklısından mal kaçırma amacı ile yaptığı işlemleri ne muvazaalı nedeniyle; ne de mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu(BK)'nın 20. maddesi gereğince hükümsüz kabul etmemiştir. Zira kanun, mal kaçırma suretiyle alacaklılara zarar verilmesini, ahlak ve adaba aykırı saymamış; sadece bu tip devirleri bazı özel hükümlere tabi kılmakla yetinmiştir ... Bu tür işlemlerin muvazaalı olarak değil, fakat inançlı olarak kabulü gerekir. Çünkü cebri icra tehlikesinden kurtulmak, ancak mülkiyetin devrini ciddi olarak istemekle kabildir..." <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 08 Eylül 2023. Yine Yargıtay 1 HD, E 2011/12531 K 2011/12571, 08.12.2011 sayılı kararına göre "...Dava, tapu iptal ve tescil isteğine ilişkindir ... davada çekişmeli taşınmazdaki payın alacaklılardan mal kaçırma amacıyla dava dışı Z'e temlik edildiği, sonra cebri icra ve satışlara konu edildiği iddia edildiğine göre, ilk işlem itibarıyla olayda inançlı işlem hukuksal nedenine dayanıldığı açıktır ... inançlı işlemin varlığının kabul edilmesi halinde ... Esas sayılı ceza davasının inançlı işlemin varlığı yönünden delil oluşturabileceğinin gözetilmesi ve hasıl olacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken..." <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 08 Eylül 2023.

34 Bu görüşteki yazarlara göre alacaklılardan mal kaçırma amacıyla yapılan bu tür işlemlerde borçlu devrettiği hak veya mal üzerindeki tasarruf ve idare yetkisini gerçekte devretmemekte bu yetkileri kendi üzerinde bırakarak sadece üçüncü kişilere göstermelik bir devir durumu oluşturmaktadır. Bu durum ise muvazaalı işlemlerin en belirgin özelliği olup alacaklıdan mal kaçırma amacı taşıyan bu tür işlemleri inançlı işlem olarak kabul etmek mümkün değildir. Özsunay (n 1) 29 dpn 14; Özkaya (n 1) 40; İlhan Postacıoğlu, 'Namı Müstear Meselesi: Vekâlet ve İtimat Mukaveleleri ile Muvazaanın Karşılıklı Münasebetleri' (1947) 13 (3) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 1011, 1028-1030.

35 Parlak Börü (n 1) 235; Uygur (n 1) 175-176. Nitekim Yargıtay HGK, E 2017/2249 K 2021/146, 23.02.2021 sayılı kararına verilen karşı oyda yapılan şu tespit de oldukça önemlidir: "...ortada bir inanç anlaşması var ise anlaşma gereğince mülkiyet geçerli şekilde karşı tarafa geçeceği için tasarrufun iptali davası açılır. Bu olayda alacaklıya zarar verme kastı vardır. Bu anlamda alacaklı borçlunun iradesini göz önüne alır. Aslında malı borçlu devretmek istemiyor mu, yoksa alacağın tahsilini önlemek için mi devretti? Alacaklının bu soruya vereceği cevaba göre ya BK 19. maddesine dayalı dava ya da İİK 277 ve devamı maddelerine dayalı dava açar. Muvazaalı olmadan da salt alacaklıları zarara uğratmak için devir yapılabilir..." <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 08 Eylül 2023.

için kimi zaman ise başka kişilere çeşitli avantajlar sağlayan kanun hükümlerinden yararlanmak için inançlı işlemlere başvurabilir³⁶.

Özellikle yabancılık unsuru sebebiyle Türkiye’de mal edinemeyen kişilerin³⁷, emeklilikleri sebebiyle kendi adlarına ticari plaka satın alamayan kişilerin³⁸ veya başkaları lehine getirilen çeşitli vergi indirimlerinden veya muafiyetlerden yararlanmak isteyen kişilerin³⁹ üçüncü kişiler vasıtasıyla mal edinip daha sonra şartların değişmesi halinde bu malları kendilerine devrettirmeyi amaçladığı görülmektedir.

Bu noktada emredici bir kanun hükmünü dolanma amacıyla bir hakkın veya malın devredilmesi işleminin kanuna karşı hile⁴⁰ mi yoksa inançlı işlem mi olduğunun tespiti büyük önem taşır.

Kanaatimizce emredici bir kanun hükmünü dolanma amacıyla yapılan bir hak veya mal devri işleminin inançlı işlem mi yoksa kanuna karşı hile mi olduğunun tespitinde esas alınması gereken ölçüt kanunun lafzına uygun olarak yapılan işlemin elde edilmek istenen yasak amacı gerçekleştirmeye elverişli olup olmadığıdır. Bu bakımdan yabancılık unsuru sebebiyle üçüncü bir kişiye mal indirilip şartlar değiştiği zaman malın esas kişiye devredilmesinin amaçlandığı işlemlerde yasak mevcut olduğu sürece yabancı kişinin yasağı ihlal ederek mal edinebilmesi mümkün olmadığından bu işlemin kanuna karşı hile değil inançlı işlem olduğu ifade edilebilir. Buna karşılık avukatlık sıfatı bulunmayan kişiye adli işlemleri yürütmesi amacıyla bir alacak devri yapılması ya da lex commissoria yasağını aşmak için rehin sözleşmesi yerine alacaklıya mülkiyet devri yapılması kanuna karşı hile teşkil eder ve geçersizdir.

36 Özsunay (n 1) 30; Özkaya (n 1) 40; Parlak Börü (n 1) 236; Uygur (n 1) 176.

37 Parlak Börü (n 1) 236; Uygur (n 1) 176; Yargıtay HGK, E 2013/671 K 2014/441, 02.04.2014 sayılı kararına göre “... Davacı, yabancı uyruklu olmasından dolayı satın aldığı aracı davalı adına tescil edildiğini ve bu hususta taraflar arasında sözleşme akdedildiğini, istemine rağmen araç devrinde yapılmadığını belirterek eldeki davayı açmıştır ... tarafların gerçek iradelerinin davaya konu aracın davacıya ait olduğunu gösteren inançlı işlem sözleşmesi yapmak olduğu açıkça anlaşılmaktadır...” <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 08 Eylül 2023.

38 Yargıtay HGK, E 2011/14 K 2011/189, 15.04.2014 sayılı kararına göre “...Davacı, otobüs satın aldığını, ancak emekli olması nedeniyle ticari plaka satın alamayacağından aracın oğlu olan davalı adına tescil edildiğini, ileride bu engel ortadan kalktığında, aracın kendi üzerine devredileceği konusunda anlaştıklarını, ancak engel ortadan kalktığı halde davalının otobüsü kendisine devretmediğini ileri sürerek, otobüse ödediği bedel(in) tahsiline karar verilmesini istemiştir ... Hukuk Genel Kurulu’nda yapılan görüşmeler sırasında ... uyuşmazlığın inançlı sözleşme hukuksal nedenine dayandığı oyçokluğu ile kabul edilmiştir...” <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 08 Eylül 2023.

39 Yargıtay 13 HD, E 2013/27666 K 2014/28787, 25.09.2014 sayılı kararına göre “...Davacı, davalının oğlu olduğunu ... taksit plakası satın aldığını, o dönem kendisi adına başka bir plaka bulunduğundan fazla vergi ödememek için davalı adına tescilinin yapıldığını ... senetlerini kendisinin ödediğini ancak ... oğlunun plakaya ilişkin hakkını geri vermediğini bildirerek plakanın adına tescilini istemiştir... Mahkemece, davanın dayanağı inançlı işlem olarak değerlendirilmiştir... inançlı işleme dayalı bir dava, ancak yazılı delille kanıtlanabilir...” <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 08 Eylül 2023.

40 Kanuna karşı hile, emredici bir hukuk kuralıyla yasaklanan bir amacın kanunun lafzına uygun hareket etmek suretiyle başka yollardan elde edilmeye çalışılmasıdır. Kanuna karşı hilenin; “yapılmak istenen bir işlemin emredici hukuk kurallarıyla yasaklanmış olması”, “aynı amaca ulaşmak için kanunun lafzına uygun başka bir işlemin yapılması” ve “yapılan işlemin elde edilmek istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olması” olmak üzere üç unsuru bulunmaktadır. Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 31) 420-422; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (n 1) 389-391; Antalya (n 18) 370 vd; Ayan (n 18) 183.

Doktrinde kabul edildiği üzere kanunun çeşitli hükümlerini dolanma amacı taşıyan inançlı işlemler de geçerli hukuki işlemler olup kanuna karşı hile sayılmaz. Nitekim kanuna karşı hilede emredici bir kanun hükmü ihlal edilmekteyken inançlı işlemde kanunun çeşitli hükümlerinden kaçınmak için yapılan geçerli bir hukuki işlem söz konusudur⁴¹.

IV. KONUSU

İnançlı işlemin temelinde bir hak devri söz konusu olduğu için kural olarak devredilmesi mümkün bütün haklar inançlı işlemin konusu olabilir⁴². Buna karşılık devri mümkün olmayan ve kişiye sıkı sıkıya bağlı olan kişilik hakları ile aile hukukundan ve miras hukukundan doğan hakların inançlı işleme konu olması mümkün değildir⁴³.

Taşınır ve taşınmaz eşya üzerindeki mülkiyet hakkı uygulamada inançlı işlemin temel konusunu teşkil eder. Bu bakımdan inançlı işlemlerin daha çok bir taşınır veya taşınmaz eşya üzerindeki mülkiyet hakkının üçüncü kişilere devredilmesi şeklinde gerçekleştiği görülmektedir⁴⁴.

Taşınır veya taşınmaz eşya üzerindeki sınırlı ayni haklar da inançlı işlemin konusunu teşkil edebilir. Üst hakkı, geçit hakkı, kaynak hakkı, mecra hakkı gibi devredilmesi mümkün olan irtifak haklarının üçüncü kişilere devredilmek suretiyle inançlı işlemlere konu olması mümkünken intifa hakkı ve oturma hakkı gibi devredilmesi mümkün olmayan irtifak hakları inançlı işlemlere konu olması bunların ancak üçüncü kişilere tesisen kazandırılması suretiyle mümkün olabilir⁴⁵. Bununla birlikte sınırlı ayni hakların inançlı işlemlere konu olmasına uygulamada sık rastlanılmadığı, özellikle intifa hakkı tesisi işleminin inançlı işlemde ziyade muvazaalı işlem olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁴⁶. Yine doktrinde ve uygulamada kabul edildiği üzere alacak hakkı, ortaklık hakkı, eser bakımından telif, yayım, çoğaltma veya tercüme etme gibi haklar da inançlı işleme konu olabilir⁴⁷.

V. TÜRLERİ

Doktrinde inançlı işlemin türlerine ilişkin farklı ayrımlar yapılmakla beraber bunlardan en yaygın olanı tarafların yararlanma durumuna ve amacına göre yapılandırılır. Bu ayrıma göre inançlı işlemler saf (yönetim amaçlı) inançlı işlemler ve karma (teminat amaçlı) inançlı işlemler olarak ikiye ayrılır⁴⁸.

41 Özkaya (n 1) 40; Güvenç (n 20) 32; Ayanoğlu Morali (n 18) 32-33; Uygur (n 1) 176-177.

42 Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 18) N. 1448; Özsunay (n 1) 102; Özkaya (n 1) 47; Berktaş Yüksel (n 1) 95; Ayanoğlu Morali (n 18) 36; Altaş ve Kurt (n 1) 4; Yılmaz ve Pınar (n 1) 968; Aydınçık (n 1) 155.

43 Özsunay (n 1) 102; Özkaya (n 1) 47; Yılmaz ve Pınar (n 1) 968; Aydınçık (n 1) 156 dph 133.

44 Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 18) N. 1448-1449; Özsunay (n 1) 102-103; Özkaya (n 1) 47; Berktaş Yüksel (n 1) 95; Ayanoğlu Morali (n 18) 37; Altaş ve Kurt (n 1) 4; Yılmaz ve Pınar (n 1) 968; Oktay Özdemir (n 1) 663-664; Parlak Börü (n 1) 257.

45 Özsunay (n 1) 104; Özkaya (n 1) 48; Berktaş Yüksel (n 1) 95-96; Güvenç (n 20) 34 vd; Oktay Özdemir (n 1) 669; Parlak Börü (n 1) 260.

46 Özkaya (n 1) 48.

47 Özsunay (n 1) 105-107; ibid 48; Berktaş Yüksel (n 1) 97-101; Ayanoğlu Morali (n 18) 37; Altaş ve Kurt (n 1) 4; Alacak hakkının teminat amacıyla inançlı işlemlere konu olması bakımından detaylı bir inceleme için bkz Aydınçık (n 1).

48 Özkaya (n 1) 49; Berktaş Yüksel (n 1) 26; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (n 1) 383; Eren, *Mülkiyet Hukuku* (n 3)

A. SAF (YÖNETİM AMAÇLI) İNANÇLI İŞLEMLER

İnanan ya da onun belirlediği üçüncü kişinin menfaatinin ön planda olduğu ve yönetim amacı taşıyan inançlı işlemler saf inançlı işlem olarak adlandırılır. Bu tür inançlı işlemlerde inanılan, inanç konusu hakkı veya şeyi inanan ya da onun belirlediği üçüncü kişinin menfaatine ve talimatlarına uygun olarak elinde bulundurur. Bir alacağın tahsil amacıyla üçüncü kişilere devredilmesi, yine bir kambiyo senedinin tahsil amacıyla inançlı olarak üçüncü kişilere ciro edilmesi veya çeşitli sebeplerle bizzat idare edilemeyen bir taşınmazın yönetim amacıyla üçüncü kişilere devredilmesi uygulamada sıkça karşılaşılan saf inançlı işlemlere örnek olarak gösterilebilir⁴⁹.

B. KARMA (TEMİNAT AMAÇLI) İNANÇLI İŞLEMLER

İnanılanın menfaatinin ön planda olduğu inançlı işlemler ise karma inançlı işlem olarak adlandırılır. Bu tür inançlı işlemlerde inanılan, bir alacağını teminat altına almak için inanç konusu hak veya şey üzerinde rehin hakkı kurmak yerine daha güçlü bir teminat sağlamak üzere hak veya şeyin kendisine devrini sağlar. Borç vadesi geldiğinde ifa edilirse inanılan, hak veya şeyi inananı iade eder. Buna karşılık borç vadesi geldiği halde ifa edilmezse inanılan, hak veya şeyi paraya çevirerek alacağını tahsil eder ve paradan fazla bir miktar kaldıysa bunu inananı iade eder⁵⁰.

VI. UNSURLARI

İnançlı işlemle bir hak veya şey kazanılmasında iki temel unsur bulunmaktadır. Bunlardan ilki borçlandırıcı işlem olarak inanç sözleşmesi diğeri ise tasarruf işlemi olarak hak veya şeyin devredilmesidir⁵¹.

A. BORÇLANDIRICI İŞLEM (İNANÇ SÖZLEŞMESİ)

İnançlı işlemin borçlandırıcı işlem unsurunu oluşturan inanç sözleşmesinin üç fonksiyonu bulunmaktadır. Bunlardan ilki bir hak veya şeyin inançlı işlemle kazanılması bakımından bir hukuki

230; Sirmen (n 18) 356; Altaş ve Kurt (n 1) 7; Yılmaz ve Pınar (n 1) 968; Parlak Börü (n 1) 240; Aydıncık (n 1) 133; Vardar Hamamcıoğlu (n 18) 89; Uygur (n 1) 178.

49 Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 31) 417; Özsunay (n 1) 45 vd; Özkaya (n 1) 50; Berktaş Yüksel (n 1) 26-27; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (n 1) 383; Antalya (n 18) 363; Eren, *Mülkiyet Hukuku* (n 3) 230; Sirmen (n 18) 356; Altaş ve Kurt (n 1) 7; Yılmaz ve Pınar (n 1) 968-969; Parlak Börü (n 1) 241; Aydıncık (n 1) 133; Vardar Hamamcıoğlu (n 18) 89; Uygur (n 1) 178-179.

50 Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 31) 417; Özsunay (n 1) 56 vd; Özkaya (n 1) 51-53; Ayanoğlu Morali (n 18) 66 vd; Berktaş Yüksel (n 1) 27-28; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (n 1) 383; Antalya (n 18) 364; Eren, *Mülkiyet Hukuku* (n 3) 230; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı (n 18) 368; Oktay Özdemir (n 1) 658-659; Altaş ve Kurt (n 1) 8-9; Yılmaz ve Pınar (n 1) 969-970; Vardar Hamamcıoğlu (n 18) 90-91; Uygur (n 1) 179-180.

51 Özsunay (n 1) 85; Özkaya (n 1) 41; Güvenç (n 20) 75; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (n 1) 383; Eren, *Mülkiyet Hukuku* (n 3) 231; Sirmen (n 18) 357; Altaş ve Kurt (n 1) 4; Yılmaz ve Pınar (n 1) 964; Oktay Özdemir (n 1) 674; Parlak Börü (n 1) 254; Aydıncık (n 1) 160; Vardar Hamamcıoğlu (n 18) 92; Uygur (n 1) 173.

sebepe teşkil etmesi, ikincisi inanan ve inanılan arasındaki hak ve borçları düzenlemesi ve üçüncüsü ise inanç sözleşmesinin sona erme ve inanç konusunun iadesine ilişkin durumları belirlemesidir⁵².

1. Tanımı

Doktrinde yapılan tanımlar göz önünde bulundurulduğunda inanç sözleşmesi; inananın inanılana bir hakkını veya şeyini aralarında anlaştıkları amaçla devretmeyi ve inanılanın da bu hak veya şeyi yine bu amaca uygun şekilde kullanıp şartları gerçekleştiğinde inananı iade etmeyi taahhüt ettiği sözleşme olarak tanımlanabilir⁵³. Yine Yargıtay da inanç sözleşmesine ilişkin benzer bir tanım yapmaktadır⁵⁴.

2. Tarafları

İnanç sözleşmesinin tarafları genel olarak kullanılan ifadeyle inanan ve inanılındır. İnanan, sahip olduğu hak veya şeyi yönetmesi ya da teminat sağlaması amacıyla inanılana devretmeyi taahhüt eden kişidir. Buna karşılık inanılan, kendisine hak veya şeyin devredilmesi taahhüt edilen kişi olup karma (teminat amaçlı) inançlı işlemlerde temel borç ilişkisindeki alacaklı sıfatına da sahiptir⁵⁵.

3. Hukuki Niteliği

İnançlı işlem hukukumuzda yasal bir düzenlemeye kavuşturulmadığı için inanç sözleşmesinin hukuki niteliğinin belirlenmesi de yine doktrin ve uygulamaya kalmıştır.

Doktrindeki bir görüşe göre inanç sözleşmesi hukuki niteliği gereği vekâlet sözleşmesi veya vekâlet benzeri nitelikte bir ilişkidir⁵⁶. Doktrindeki ağırlıklı görüşe göre ise inanç sözleşmesi kendine özgü

52 Özsunay (n 1) 121; Özkaya (n 1) 41-42; Berktaş Yüksel (n 1) 67-68; Yılmaz ve Pınar (n 1) 965; Aydınçık (n 1) 163; Vardar Hamamcıoğlu (n 18) 93; Uygur (n 1) 173. Buna karşılık tasarruf işleminin hukuki sebebinin teşkil etmesi ve tarafların hak ve borçlarını düzenlemesi yönüyle iki temel fonksiyonu bulunduğu görüşü için bkz Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükmümler* (n 1) 384; Eren, *Mülkiyet Hukuku* (n 3) 231; Oktay Özdemir (n 1) 674; Parlak Börü (n 1) 255.

53 Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 31) 416-417; Özkaya (n 1) 41; Berktaş Yüksel (n 1) 67; Güvenç (n 20) 75; Ayanoğlu Morali (n 18) 99; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükmümler* (n 1) 383; Antalya (n 18) 361; Eren, *Mülkiyet Hukuku* (n 3) 230; Sirmen (n 18) 357; Oktay Özdemir (n 1) 662; Altaş ve Kurt (n 1) 4; Vardar Hamamcıoğlu (n 18) 93.

54 Yargıtay HGK, E 2017/1254 K 2019/1197, 14.11.2019 sayılı kararına göre: "...inanç sözleşmesi, inananla inanılan arasında yapılan, onların hak ve borçlarını belirleyen, inançlı muamelelerin sona erme sebeplerini ve devredilen hakkın, inanılan taraftan inananı geri verme (iade) şartlarını içeren borçlandırıcı bir muameledir..." <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 08 Eylül 2023. Yine aynı tanımın yapıldığı başka bir karar için bkz Yargıtay 1 HD, E 2016/16778 K 2020/409, 23.01.2020 sayılı kararı <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 08 Eylül 2023.

55 Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 31) 416; Berktaş Yüksel (n 1) 68; Güvenç (n 20) 76; Oktay Özdemir (n 1) 679 ve 682; Parlak Börü (n 1) 260-261; Aydınçık (n 1) 131-132; Vardar Hamamcıoğlu (n 18) 91. İnanan için "güvenen", inanılan içinse "güvenilen" deyiminin kavramları daha iyi ifade ettiği görüşünde Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı (n 18) 366; Antalya (n 18) 361. Yargıtay 7 HD, E 2022/1262 K 2023/2183, 13.04.2023 sayılı kararına göre "...İnançlı işlemin taraflarını, inanan ve inanılan oluşturur. Bir hakkı ya da nesneyi, güvendiği bir kişiye inançlı olarak devreden kimseye "inanan" adı verilir. Devredilen hak veya nesneyi, kendisine ait bir hak olarak kendi yararına, doğrudan doğruya ve dolaylı olarak kullanan kişiye de "inanılan" denir ... İnançlı bir işlemde, kazandırıcı işlemin tarafları ile borç doğuran anlaşmanın tarafları aynıdır..." <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 08 Eylül 2023.

56 Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt: II* (5. Tıpkı Basım, Vedat 2010) 358.

(sui generis) nitelikte sözleşmeler⁵⁷ olup bunlara bünyesine uygun ölçüde vekâlet veya rehin sözleşmesine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması gerekir⁵⁸. Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlar da bu yöndedir⁵⁹.

Kanaatimizce de gerek saf inanç sözleşmeleri gerekse karma inanç sözleşmeleri kanunda düzenlenmiş belirli tipteki sözleşmelerden herhangi birinin unsurlarından tamamını ya da bir kısmını bünyesinde barındıran bir sözleşme değildir. İnançlı sözleşmelerde inanana bir hakkın veya malın inanılana devredilmesi yükümlülüğü getirilmesi yine saf inançlı sözleşmelerde inanılana inananın bir işini görme yükümlülüğü getirilmesi bu sözleşmelerin satış sözleşmesi ve vekâlet sözleşmesinin unsurlarını içeriyor olduğunu düşündürebilir. Buna karşılık inanç sözleşmesiyle inanılanına getirilen inanç konusunu idare edip şartlar gerçekleşince inanana iade etme yükümlülüğü (saf inançlı işlemlerde) ve bir alacağı teminat altına almak için kendisine devredilen inanç konusunu borç ödenince inanana iade etme yükümlülüğü (karma inançlı işlemlerde) satış sözleşmesine de vekâlet sözleşmesine de yabancılaşma teşkil eden unsurlar olup bu unsurlar kanunda düzenlenmiş herhangi bir sözleşme tipinin unsuru da değildir. Bu bakımdan inançlı sözleşmeler kanaatimizce de, kanunda düzenlenmiş sözleşmelerden herhangi birinin unsurlarından tamamını ya da bir kısmını bünyesinde bulundurmayıp kendine özgü unsurları bulunan sui generis (kendine özgü) nitelikte bir sözleşmedir.

4. Geçerliliğe İlişkin Sorunlar

a. Hukuki Sebep Sayılıp Sayılmayacağı Bakımından

Bir kazandırıcı işlemde kazandırmada bulunan, karşı taraftan ya alacak elde etmek ya teminat sağlamak ya ona bağışlamada bulunmak ya da borcunu ifa etmek gibi birtakım amaçlarla hareket eder ve tarafların üzerinde anlaştıkları bu amaç kazandırmanın hukuki sebebini teşkil eder⁶⁰.

57 Kendine özgü (sui generis) nitelikte sözleşmeler bünyesinde kanunda düzenlenmiş sözleşmelerin unsurlarından tamamını veya bir kısmını bulundurmayıp kendine özgü unsurları bulunan sözleşmelerdir. Bu sözleşmelere kanunda düzenlenen ve en çok benzerlik gösteren sözleşme tipine ilişkin hükümler kıyasen uygulanır. Eğer kanunda kıyasen uygulanabilecek bir sözleşme tipi yoksa hâkim bu sözleşmelere uygulanacak hükümler bakımından TMK m 1 uyarınca hukuk yaratır. Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler* (13. Baskı, Beta Yayınları 2014) 15-16; Aydın Zevkililer ve Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (18. Bası, Turhan Kitabevi 2018) 12; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt-I* (3. Bası, Vedat Kitapçılık 2013) 8-9 ve 11-12.

58 Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 31) 417; Özsunay (n 1) 122 ve 135-143; Özkaya (n 1) 41-43; Berktaş Yüksel (n 1) 75; Ayanoğlu Morali (n 18) 115; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (n 1) 384; Antalya (n 18) 365; Eren, *Mülkiyet Hukuku* (n 3) 232; Altaş ve Kurt (n 1) 7-9; Yılmaz ve Pınar (n 1) 966; Oktay Özdemir (n 1) 671; Parlak Börü (n 1) 256; Aydınçık (n 1) 170-171; Vardar Hamamcıoğlu (n 18) 90-91; Uygur (n 1) 173-174.

59 Yargıtay 1 HD, E 2016/7179 K 2019/5173, 10.10.2019 sayılı kararına göre "...Meri hukuk sistemimizde her hangi bir düzenleme olmamasına karşın, inanç sözleşmelerinin yukarıda değinilen ilkeler çerçevesinde uygulama yeri bulan kendine özgü bir müessese olduğu, öğreti ve uygulamada kabul edilegelen bir olgudur..." <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 08 Eylül 2023. Yine Yargıtay 14 HD, E 2021/1296 K 2021/3089, 27.04.2021 sayılı kararına göre "...sözleşmelere ilişkin zaman aşımı hükümlerinin inançlı işlemlere de uygulanacağı, bu sürenin inançlı işlemin türüne göre kıyasen tatbik edilecek vekalet ve rehin hükümlerine göre belirleneceği gerek uygulamada gerekse doktrinde baskın görüş olarak benimsenmektedir..." <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 08 Eylül 2023.

60 Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 31) 50; Oğuzman ve Öz (n 18) N. 647; von Tuhr (n 32) 195 vd; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (n 1) 184-185; Ayanoğlu Morali (n 18) 147; Aydınçık (n 1) 161; Vardar Hamamcıoğlu (n 18) 93 dpn 15. Hukuki sebep kavramına ilişkin kapsamlı bir çalışma için bkz Ege Türel Eren, 'Kazandırmanın Hukuki Sebebi' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi 2019).

İnanç sözleşmesi doktrinde tüm hukuki işlemlerin tabi olduğu sınırlamalara tabi olmak şartıyla geçerli bir hukuki işlem ve alacağın ya da taşınır veya taşınmaz mülkiyetinin devrini sağlayan başlı başına bir hukuki sebep olarak kabul edilmektedir⁶¹. Yine Yargıtay da inanç sözleşmelerini hem geçerli bir hukuki işlem olarak⁶² hem de alacağın ya da mülkiyetin devrini sağlayan bir hukuki sebep olarak⁶³ kabul etmektedir.

Bununla birlikte tapu uygulamasında 3907 sayılı Tapu Sicil Tüzüğü m. 16, fıkra (f) 2'deki “*İstem, tescili bozucu veya hükümsüz kılıcı kayıt ve şarta bağlanamaz*” hükmü gerekçe gösterilerek taşınmaz mülkiyetinin devrini konu alan inanç sözleşmeleri tescili şarta bağladığı gerekçesiyle düzenlenmemektedir. Doktrinde haklı olarak belirtildiği üzere ilgili hüküm inanç sözleşmelerinin tapuda resmi olarak düzenlenmesine hukuki bir engel teşkil etmez. Nitekim inanç sözleşmesinde taşınmazın iadesine ilişkin şartın gerçekleşmesi tescili kendiliğinden bozup taşınmazı inanana döndürmez sadece inanılana taşınmazın devrini sağlamaya yönelik bir borç doğurur⁶⁴. Yargıtay da inançlı işlemde kaynaklanan taşınmaz mülkiyetinin iadesine ilişkin davaların yolsuz tescile değil inanç sözleşmesinden doğan kişisel hakka dayalı olduğunu kabul etmekte olup⁶⁵ kanaatimizce Tapu Sicil Tüzüğü m. 16, f. 2 hükmünün inançlı sözleşmelerin tapuda düzenlenmesi bakımından hukuki bir engel oluşturmadığı görüşündedir.

- 61 Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı (n 18) 375; Özsunay (n 1) 98-99; Özkaya (n 1) 47; Ayanoğlu Morali (n 18) 148-149; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (n 1) 384; Eren, *Mülkiyet Hukuku* (n 3) 231; Altaş ve Kurt (n 1) 12; Yılmaz ve Pınar (n 1) 973; Oktay Özdemir (n 1) 666; Ögüz (n 18) 126-127; Parlak Börü (n 1) 255; Aydıncık (n 1) 162; Vardar Hamamcıoğlu (n 18) 93.
- 62 Yargıtay 1 HD, E 2016/7179 K 2019/5173, 10.10.2019 sayılı kararına göre “...*İnanç sözleşmeleri, tarafların karşılıklı iradelerine uygun bulunduğu için onlara karşılıklı borç yükleyen ve alacak hakkı veren geçerli sözleşmelerdir... Buna dair akit hükümleri de TBK'nin 26 ve 27. maddelerine aykırılık teşkil etmediği sürece geçerli sayılır...*” <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 08 Eylül 2023. Yine aynı yönde Yargıtay HGK, E 2017/1254 K 2019/1197, 14.11.2019 sayılı kararı <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 08 Eylül 2023.
- 63 Yargıtay 1 HD, E 2016/16778 K 2020/409, 23.01.2020 sayılı kararına göre “...*İnanç sözleşmesi, inanana inanılan arasında yapılan, onların hak ve borçlarını belirleyen, inançlı muamelelerin sona erme sebeplerini ve devredilen hakkın, inanılan taraftan inanana geri verme (iade) şartlarını içeren borçlandırıcı bir muameledir. Bu sözleşme, tarafların hak ve borçlarını kapsayan bağımsız bir akit olup, alacak ve mülkiyetin naklinin hukuki sebebinin teşkil eder...*” <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 08 Eylül 2023. Yine aynı yönde Yargıtay HGK, E 2017/1254 K 2019/1197, 14.11.2019 sayılı kararı <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 08 Eylül 2023.
- 64 İlgili hüküm tapudaki tescillerin sicil dışında kendiliğinden bozulmasını engellemeyi amaçlamakta olup inançlı işlem bakımından sözleşmedeki şartın gerçekleşmesi üzerine taşınmazı iade borcunun doğması tescili şarta bağlayan veya sicil dışında kendiliğinden bozan bir durum değildir. Nitekim bir satış sözleşmesinde tanınan geri alım hakkı nasıl tapudaki tescili sicil dışında kendiliğinden bozmayıp sadece taşınmaz mülkiyetinin devri bakımından bir borç doğurmaktaysa; inanç sözleşmesi bakımından da taşınmazın iadesi şartının gerçekleşmesi tescili şarta bağlamayıp sicil dışında kendiliğinden bozmamakta sadece taşınmaz mülkiyetinin devri bakımından bir borç doğurmaktadır. Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı (n 18) 375; Oğuzman, Selici ve Oktay Özdemir (n 18) N. 1452-1454; Ayanoğlu Morali (n 18) 202 vd; Sirmen (n 18) 357-358; Altaş ve Kurt (n 1) 12-13; Oktay Özdemir (n 1) 664-667; Ögüz (n 18) 124-125; Parlak Börü (n 1) 258; Vardar Hamamcıoğlu (n 18) 94.
- 65 Yargıtay HGK, E 2016/16778 K 2020/409, 23.01.2020 sayılı kararına göre “...*İnançlı işlemler ile yapılan temlikler geçerli olup mülkiyet hakkı karşı tarafa geçmektedir. Bu itibarla inançlı işlem nedeniyle açılan davalarda davacı yolsuz tescile, başka bir anlatımla aynı hakka değil inanç sözleşmesinden kaynaklanan kişisel hakka dayanmaktadır. O halde davanın konusu taşınmaz olsa dahi bu dava aynı hakkı koruyan bir dava sayılmaz...*” <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 08 Eylül 2023.

b. Geçerlilik Şekli Bakımından

Alacağın devri borcu doğuran sözleşmeler TBK m. 184, f. 2 uyarınca herhangi bir şekle tabi değildir. Bu bakımdan bir alacağı devir borcu içeren inanç sözleşmeleri de kural olarak herhangi bir geçerlilik şekline tabi değildir⁶⁶.

Taşınır mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmeler kural olarak herhangi bir geçerlilik şekline tabi değildir⁶⁷. Bu bakımdan bir taşınır mülkiyetini devir borcu içeren inanç sözleşmeleri de kural olarak herhangi bir geçerlilik şekline tabi değildir⁶⁸.

Taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmelerin geçerliliği kural olarak Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 706, f. 1 uyarınca resmi şekilde düzenlenmesine bağlı olmakla birlikte taşınmaz mülkiyetinin devrini konu alan bir inanç sözleşmesinin resmi şekle tabi olup olmayacağı kanaatimizce taşınmazın inanandan ya da üçüncü kişiden kazanılmasına göre değişiklik gösterir. Taşınmazın inanılan tarafından doğrudan inanandan kazanılması durumunda taşınmaz mülkiyetini devir borcu içeren inanç sözleşmesi tapu sicil görevlileri⁶⁹ tarafından resmi şekilde düzenlenmelidir⁷⁰. Bununla birlikte taşınmaz mülkiyetinin üçüncü kişiden kazanılması durumunda inanan ile inanılan arasında taşınmazın inanan devrini amaçlayan inanç sözleşmesi dolaylı temsil yoluyla gerçekleşen bir vekalet sözleşmesi niteliğinde olacağından ve inanılanın inanç konusu taşınmazı inanan devretme borcu TBK m. 508, f. 1 uyarınca dolaylı temsilci veya vekilin kanundan doğan bir borcu olduğundan herhangi bir şekle tabi değildir⁷¹.

66 Berktaş Yüksel (n 1) 83; Altaş ve Kurt (n 1) 16; Aydıncık (n 1) 162. Buna karşılık alacak devir borcu içeren inanç sözleşmelerinin şekle tabi tutulması gerektiği görüşü için bkz Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (n 1) 384; Antalya (n 18) 364; Ayan (n 18) 183; Parlak Börü (n 1) 255.

67 Bununla birlikte TBK m 253, f. 2 uyarınca taksitle satış sözleşmesi ile TBK m 264, f. 2 uyarınca ön ödemeli satış sözleşmesi yazılı şekilde yapılmadıkça ve KTK m 20, f. 1/d uyarınca sicile tescil edilmiş motorlu araçların devrine ilişkin sözleşmeler noter tarafından düzenlenmedikçe geçerli olmaz. Mehmet Serkan Ergüne, *Taşınır Mülkiyeti* (1. Baskı, Onikilevha 2017) N. 193-197.

68 Özkaya (n 1) 42; Altaş ve Kurt (n 1) 14; Oktay Özdemir (n 1) 674; Parlak Börü (n 1) 255. Yine Yargıtay HGK, E 2011/14 K 2011/189, 15.04.2014 sayılı kararına göre "...İnanç sözleşmesinin geçerliliği kural olarak, herhangi bir biçim koşuluna bağlı değildir..." <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 08 Eylül 2023.

69 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nda, 28.06.2022 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 7413 sayılı kanun ile bazı değişiklikler yapılmış ve kanuna taşınmaz satış sözleşmelerinin noterler tarafından da yapılabileceği hükmü eklenmiştir. Yapılan değişikliklerle noterlere taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmelerden sadece taşınmaz satış sözleşmesi yapma yetkisi tanınmış ancak diğer taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmeleri yapma yetkisi tanınmamıştır. Bu bakımdan yapılan değişikliklerle taşınmaz satış sözleşmeleri artık hem noterler hem de tapu sicil müdürü veya memurları tarafından; inanç sözleşmesi gibi diğer taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmeler ise kanaatimizce kural olarak sadece tapu sicil müdürü veya memurları tarafından yapılabilecektir.

70 Ayanoğlu Morali (n 18) 188; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (n 1) 384; Antalya (n 18) 364; Reisoğlu (31) 115-116; Ayan (n 18) 183; Eren, *Mülkiyet Hukuku* (n 3) 231; Sirmen (n 18) 357; Nomer (n 18) 2010; Ögüz (n 18) 123; Parlak Börü (n 1) 255; Vardar Hamamcıoğlu (n 18) 94; Uygur (n 1) 174.

71 Yavuz, Acar ve Özen (n 57) 667-668; Berktaş Yüksel (n 1) 83 vd; Sirmen (n 18) 357 dnp 318; Nomer (n 18) 2010. Yargıtay HGK, E 2000/888 K 2000/885, 17.05.2000 sayılı kararına göre "...Uygulamada, inanç konusunun "üçüncü kişi"den edinilmesi, özellikle bir "dolaylı temsil" ilişkisi içinde gerçekleştirilmektedir ... dolaylı temsil yetkisi veren iç ilişki söz konusu olduğundan dolayı bunun resmi vekalet sözleşmesi ile düzenlenmesine gerek kalmaz ... mülkiyeti davacı adına geçirme borcu vekillik sözleşmesinin yasal bir sonucu olduğu için ayrıca resmi şekilde geçirim söz vermesi de gerekmez..." <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 08 Eylül 2023.

c. Muvazaa Bakımından

Yukarıda değindiğimiz üzere uygulamada bir taşınmazın mülkiyetini inanç sözleşmesine dayalı olarak devretmek isteyen taraflar tapu uygulaması, hukuki bir engel bulunmadığı halde, buna izin vermediği için bu taşınmazı genelde tapuda resmi şekilde satış sözleşmesi yaparak devredip inanç sözleşmesini ise kendi aralarında ya adi yazılı şekilde ya da sözlü olarak yapmaktadır⁷².

Doktrindeki bir görüşe göre; kural olarak taşınmaz mülkiyetinin devrini konu alan bir sözleşmenin tapuda satış olarak gösterildiği halde gerçekte inanç sözleşmesi olduğu durumlarda görünüşteki satış sözleşmesi nispi muvazaa sebebiyle taraflar arasındaki gizli inanç sözleşmesi ise resmi şekle aykırılık sebebiyle kesin hükümsüzdür⁷³. Doktrindeki diğer görüşe göre ise inanç sözleşmesi kavramının bilinmemesi veya tapu uygulamasında inanç sözleşmelerine izin verilmemesi sebebiyle tapuda inanç sözleşmesi yerine satış sözleşmesi yapıldığı durumlarda TBK m. 19 hükmü uyarınca yanlış belirtme zarar vermez ilkesine üstünlük tanınmalı ve tapuda sözleşme türünün “satış” olarak nitelendirmesiyle bağlı kalınmadan tarafların gerçek ve ortak iradeleri esas alınarak sözleşmenin inanç sözleşmesi olduğu kabul edilmelidir⁷⁴.

Yargıtay eski tarihli kararlarında görünürdeki satış sözleşmesinin muvazaa sebebiyle, gizli inanç sözleşmesinin ise şekle aykırılık sebebiyle kesin hükümsüz olduğu görüşündeydi⁷⁵. Buna karşılık Yargıtay sonraki tarihli kararlarında eski görüşünden dönmüş; inançlı işlem kurumuna işlerlik kazandırmak amacıyla bu sözleşmelerin muvazaalı olmadığına, konunun TBK m. 19 hükmü çerçevesinde ele alınması gerektiğine ve bu sebeple resmi şekil veya senet tartışmalarının da gündeme gelmeyeceğine karar vermeye başlamıştır⁷⁶.

72 Sirmen (n 18) 358; Vardar Hamamcıoğlu (n 18) 94. Yargıtay 1 HD, E 2016/16778 K 2020/409, 23.01.2020 sayılı kararına göre “...Dava, inançlı işlem hukuksal nedenine dayalı tapu iptali ve tescil isteğine ilişkindir. Davacı, adına kayıtlı ... parsel sayılı taşınmazdaki ... nolu bağımsız bölümü...teminat teşkil etmek üzere davalıya satış suretiyle temlik ettiğini... ileri sürerek dava konusu taşınmazın tapu kaydının iptali ile adına tescilini istemiştir...” <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 08 Eylül 2023.

73 Kocayusufoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı (n 18) 375; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 31) 417; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 18) N. 1454 dpn 422; Oğuzman ve Öz (n 18) s. 134; Ayanoğlu Morali (n 18) 197-198; Sirmen (n 18) 358; Ögüz (n 18) 123; Uygur (n 1) 174.

74 Bu görüşteki yazarlar hukuki güvenliğin sağlanması için inanç sözleşmelerinin taşınmaz mülkiyet devrini sağlayan bağımsız bir hukuki sebep olduğu yönünde bir yasal düzenleme yapılması gerektiğini savunmaktadır. Altaş ve Kurt (n 1) 13; Vardar Hamamcıoğlu (n 18) 96.

75 Yargıtay HGK, 04.10.1944, E 4 K 182 sayılı kararı ve Yargıtay HGK, 14.12.1949, E 1/243-173 K 122 sayılı kararı için bkz Özkaya (n 1) 52 dpn 40. Satış vaadi yönünden Yargıtay HGK, E 2004/14-464 K 2004/588, 10.11.2004 sayılı kararına göre “...Satış vaadinin gerçek anlamda satış vaadi olmadığı, satış vaadinin davacının oğlunun borcunun teminatı olmak üzere düzenlendiği anlaşıldığından; görünürdeki satış vaadi muvazaa, gayrimenkul rehini ise resmi şekilde yapılma hükmü yerine getirilmediği için batıldır...” <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 08 Eylül 2023.

76 Yargıtay 1 HD, E 2018/5527 K 2020/4386, 23.09.2020 sayılı kararına göre “...5.2.1947 tarih 20/6 sayılı İçtihadı Birleştirme kararında) ... gerek taşınmaz, gerek taşınmaz mallara ilişkin olsun nam-ı müstear hadiselerinde, meselenin bir istihkak ve mülkiyet davası niteliğini geçemeyeceğinden, ne resmi senet, ne de şekil meselesinin bahse konu olamayacağı, meselenin akitte ve isimde muvazaaya kapsamına alan TBK'nin 19.maddesi kapsamında düşünülmesinin kanunun amacına uygun düşeceğine, değinildikten sonra sonuçta, nam-ı müstear davalarının dinlenebilir ve yazılı delil ile ispatının mümkün olduğuna, hükmolunmuştur ... Nam-ı müstear için düzenleme getiren 1947 tarihli kararın, teminat amacıyla temlike dair inanç sözleşmelerini kapsadığı da kuşkusuzdur...” <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 08 Eylül 2023. Yine aynı yönde Yargıtay 1 HD, E 2014/191 K 2014/14624, 22.09.2014 sayılı kararı <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 08 Eylül 2023.

Kanaatimizce tapuda inanç sözleşmesi yerine satış sözleşmesi yapılması durumunu yanlış belirtme olarak nitelendirmek mümkün değildir. Nitekim taraflar sadece tapuda sözleşme türünü “satış” olarak yanlış nitelendirmemiş aynı zamanda bu sözleşmede satış bedeli olarak bir miktar belirlemiş ve dahası bu sözleşmenin inanç sözleşmesi olduğunu ortaya koyacak hiçbir hükme de yer vermemiştir. Bu bakımdan tapuda inanç sözleşmesi yerine satış sözleşmesi yapıldığı durumlarda kanaatimizce TBK m 19 hükmünün uygulanması mümkün olmayıp görünürdeki satış sözleşmesi muvazaa sebebiyle gizli inanç sözleşmesi ise şekle aykırılık sebebiyle kesin hükümsüzlükle geçersiz olur. Bununla birlikte benimsediğimiz görüşün mutlak şekilde kabul edilmesinin inançlı işlem kurumunu tamamen işlevsiz bir hale getireceği de açıktır. İnanç sözleşmelerinin tapuda yapılmasını engelleyecek herhangi bir hukuki düzenleme bulunmasa da bakanlık tarafından tapu müdürlüklerine inanç sözleşmelerinin tapuda yapılmasına ilişkin esasların belirlendiği bir genelge yazılarak yıllardan beri süregelen bu soruna çözüm getirilebilir. Böyle bir çözüm bulununcaya kadar Yargıtay’ın da benimsemiş olduğu yanlış belirtme zarar getirmez görüşünün kabul edilmesi hatalı tapu uygulamasının meydana getirdiği sakıncaları gidermek açısından daha adil ve pratik bir çözüm olarak görünmektedir.

d. Lex Commisoria Yasağı Bakımından

Lex commisoria yasağı⁷⁷, borç muaccel olmadan önce yapılan ve rehin konusu malvarlığı değerinin borç ödenmediği takdirde alacaklıya geçirilmesinin kararlaştırılmasını geçersiz kılan bir kuraldır. Bu yasakla amaçlanan husus alacaklının borçlunun zor durumundan yararlanarak alacağı olan miktardan çok daha yüksek değere sahip bir malvarlığı unsurunu ahlaka aykırı olarak ele geçirmesini engellemektir⁷⁸.

İnançlı işlemlerde lex commisoria yasağına ilişkin belirtilmesi gereken hususlardan ilki bir malvarlığı değerinin teminat amaçlı inançlı işlemle alacaklıya devredilmesi ve borç vadesinde ödenmeyince inanç konusunun paraya çevrilmesi yönünde bir inanç sözleşmesinin başlı başına lex commisoria yasağına aykırılık teşkil etmediğidir⁷⁹. Nitekim teminat amaçlı inançlı işlemler, taraflar özel olarak kararlaştırmadıkça, borcun vadesinde ödenmemesi halinde inanç konusu malvarlığı değerinin alacaklıda kalmaya devam edeceğine dair bir hüküm içermez⁸⁰.

Bununla birlikte teminat amaçlı inançlı işlemle alacaklıya devredilen bir malvarlığı değerinin borç vadesinde ödenmediği takdirde alacaklıda kalmaya devam edeceği yönündeki bir anlaşmanın lex

77 Lex commisoria yasağı hukukumuzda; taşınmaz rehni bakımından TMK m 873, f. 2 hükmünde, taşınır rehni bakımından TMK m 946 hükmünde ve alacak rehni bakımından TMK 954, f. 2 hükmünde taşınır rehnine yapılan yollama gereğince TMK 946 hükmünde düzenlenmiştir. Nevzat Boztaş, ‘Lex Commisoria Yasağının İnançlı İşlemler ve İcra Sözleşmeleri Bağlamında Değerlendirilmesi’ (2017) 4(2) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 209, 218. Lex Commisoria yasağına ilişkin kapsamlı inceleme için bkz İlhan Helvacı, *Türk Medeni Kanununa Göre Lex Commisoria (Mürtehinin Merhunu Temellük) Yasağı* (1. Baskı, Alfa 1997).

78 Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 18) N. 3369 ve 3684; Sirmen (n 18) 676 ve 732; Zevkliler ve Gökyayla (n 57) 708-709 ve 714; Ayanoglu Morali (n 18) 221; Parlak Börü (n 1) 263; Vardar Hamamcıoğlu (n 18) 111; Uygur (n 1) 188; Halil Ahmet Yüce, ‘Lex Commisoria Yasağı’ (2017) 5(2) Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 191, 193-194.

79 Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 18) N. 1455 dpn 427; Ayanoglu Morali (n 18) 229-230; Oktay Özdemir (n 1) 670; Vardar Hamamcıoğlu (n 18) 112; Yüce (n 78) 201-202.

80 Özsunay (n 1) 140; Helvacı (n 77) 119; Ayanoglu Morali (n 18) 230; Yüce (n 78) 201-202.

commisoria yasağına aykırılık teşkil edip etmediği diğer bir deyişle teminat amaçlı inançlı işlemlerde lex commisoria yasağının kıyasen uygulanıp uygulanmayacağı olup bu konu tartışmalıdır.

Doktrindeki bir görüşe göre; lex commisoria yasağı teminat amaçlı inançlı işlemlere de kıyasen uygulanır. Bu bakımdan inanç sözleşmesinde borcun vadesinde ödenmemesi halinde inanç konusu eşyanın mülkiyetinin ya da alacak hakkının inanılarda kalacağına dair bir hüküm lex commisoria yasağına engel teşkil ettiği için geçersizdir⁸¹. Kanaatimizce de inanç sözleşmesinde böyle bir hükmün kararlaştırılması lex commisoria yasağını dolanmak için yapılmış bir kararlaştırma olup kanuna karşı hile teşkil eder ve bu kararlaştırma kesin hükümsüzdür.

Doktrindeki diğer bir görüşe göre teminat amaçlı inançlı işlemlerde lex commisoria yasağı uygulanmaz. Nitekim inançlı işlemlerde alacaklının malvarlığı değerini hileli bir şekilde ele geçirme niyeti olmayıp bu malvarlığı değeri daha baştan alacaklıya geçirilmiş ve taraflar arasında borç ödenmezse bu malvarlığı değerinin alacaklıda kalacağı yönünde geciktirici şarta bağlı bir ifa yerini tutan eda anlaşması yapılmıştır⁸².

Yargıtay'ın lex commisoria yasağının inançlı işlemler bakımından uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin her iki görüşü kabul eden kararları da bulunmakta olup bu anlamda kararlar arasında bir görüş birliği bulunmamaktadır. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, eski tarihli bir kararında⁸³ lex commisoria yasağının inançlı işlemler bakımından da uygulanacağını kabul etmiştir. Yargıtay 14. Hukuk Dairesi ise eski tarihli bazı kararlarında⁸⁴ lex commisoria yasağının inançlı işlemler

81 Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 18) N. 1455 dph 427; Hatemi, Serozan ve Arpacı (n 6) 321-322; Özsunay (n 1) 140; Özkaya (n 1) 62-63; Helvacı (n 77) 121 vd; Ayanoglu Morali (n 18) 232-233; Altaş ve Kurt (n 1) 18 dph 69; Oktay Özdemir (n 1) 681; Vardar Hamamcioğlu (n 18) 112; Uygur (n 1) 188-190; Boztaş (77) 232; Yüce (n 78) 201-202. Helvacıya göre; borcu için bir malvarlığı değerini alacaklıya rehin veren ve borcu vadesinde ödeyemezse bunun alacaklıda kalacağını kabul eden borçlunun psikolojik durumuyla borcu için bir malvarlığı değerini inanılarda alacaklıya devreden ve borcu vadesinde ödeyemezse bunun alacaklıda kalmaya devam edeceğini kabul eden inananın psikolojik durumu birbirinden farklı değildir. Helvacı (n 77) 121 vd.

82 Nomer (n 18) 2014; Uygur (n 1) 189. İsviçre Federal Mahkemesi de eski tarihli bir kararında lex commisoria yasağının teminat amaçlı inançlı işlemler bakımından uygulanamayacağını kabul etmiştir. Karara göre inançlı işlemin borçlusuna daha inançlı işlem yapılırken malvarlığı değerinden vazgeçip bunu alacaklıya devretmişken rehin veren borçlu sözleşme kurulurken daha durumun ciddiyetini kavrayamamıştır. Bu sebeple bir malvarlığı değerini inançlı olarak alacaklıya devreden borçlunun bir malvarlığı değerini alacaklıya rehin veren borçlu kadar korunmasına gerek yoktur.

83 Yargıtay HGK, 23.05.1990, E 1990/1-202 K 1990/315 sayılı kararına göre: "...Borç ödendikten sonra iade edilmek üzere taşınmaz temlikini öngören sözleşmeler dahi öзде inanç sözleşmeleri olarak nitelendirilebilir. Borçlu borcunu ödemediği takdirde alacaklıya taşınmazın mülkiyetini edindirme hakkı içeren her türlü koşul geçersizdir..." İlgili karar için bkz Uygur (n 1) 190.

84 Yargıtay 14 HD, E 2011/15066 K 2012/2536, 24.02.2012 sayılı kararına göre "...Davada dayanılan ... "protokol" başlıklı belge bir inançlı temlik işlemidir ... Sözleşmenin 4.maddesi hükmüne göre borç ... tarihinde ödenecek, aksi takdirde davalı ... bu dairelerin mülkiyetini alacağına karşılık sayacaktır ... Türk Medeni Kanununun 873. maddesi hükmü(nün) ... alacaklının borçlunun ödememe halinden yararlanarak taşınmazı elde etmesini önlemek amacıyla getirildiği kuşkusuzdur ... Ne var ki, başlangıçtaki temlik "inançlı temlik" olarak yapılmışsa yapılan bu temlik geçerlidir. Zira inançlı temlikte alacaklının borçlunun borcunu ödeyememesi halinde temlik edilen taşınmazı hileli bir şekilde ele geçirmek gibi bir amacı yoktur. Bu gibi işlemlerde mülkiyet daha baştan alacaklıya geçirmekte borç ödendiği takdirde borçluya mülkiyeti iade hakkı tanımakta ve fakat bu şart gerçekleşmezse mülkiyet alacaklı tarafta kalmaktadır. Böyle bir sözleşme ifa yerini tutan edim ile borcun ödenmesi niteliği taşır. Soruna Türk Medeni Kanununun 873. maddesi ve az önce sözü edilen "... yasağı" çerçevesinde bakılırsa davalıya hem başlangıçta yapılan inançlı temlik işlemi ve hem de dayanılan "protokol" başlıklı sözleşme geçerlidir..." <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 08 Eylül 2023. Yine aynı yönde Yargıtay 14 HD, E 2011/10403

bakımından uygulanmayacağını kabul etmişken yakın tarihte verdiği bir kararda⁸⁵ eski görüşünden dönmüş ve bu yasağın inançlı işlemlerde de uygulanacağını kabul etmiştir. Yargıtay 1. Hukuk Dairesi ise daha önceki tarihli kararlarında⁸⁶ lex commisia yasağının inançlı işlemler bakımından uygulanacağını kabul etmişken sonraki tarihli kararlarında⁸⁷ ise bu görüşünden dönmüş ve bu yasağın inançlı işlemler bakımından uygulanmayacağını kabul etmiştir.

e. Yeni Bir Aynı Hak Yaratılıp Yaratılmadığı Bakımından

Hukukumuzda aynı hakların sınırlı sayıda olması ilkesi egemen olup tarafların anlaşarak yeni bir aynı hak yaratması mümkün değildir⁸⁸. Belirtmek gerekir ki teminat amaçlı inançlı işlemlerin varlığı da hukukumuzda egemen olan aynı hakların sınırlı sayıda olması ilkesine aykırılık teşkil etmez. Nitekim teminat amaçlı inançlı işlemler bakımından mülkiyet hakkının devrinin temelinde her ne kadar teminat sağlama amacı bulunmaktaysa da burada yeni bir aynı hak kurulmamaktadır. Zira inançlı işlem sonucu inanılana devredilen hak tam anlamıyla bir mülkiyet hakkı olup inanç sözleşmesiyle yeni bir aynı hak kurulmamakta aksine bu mülkiyet hakkının kurulması, devri ve sona erme sebepleri düzenlenmektedir⁸⁹.

B. KAZANDIRICI İŞLEM (HAKKIN DEVRİ)

1. Genel Olarak

Kazandırıcı işlem doktrinde bir kişinin diğer bir kişiye malvarlığı değeri sağlaması işlemi olarak tanımlanmaktadır⁹⁰.

İnançlı işlem bakımından kazandırıcı işlem ise inanç konusu hakkın inanan ya da üçüncü bir kişi tarafından inanılana devredilmesi olarak tanımlanabilir. Bu işlem sonucunda inanan ya da üçüncü kişinin malvarlığında eksilme meydana gelirken inanılanın malvarlığında aynı oranda zenginleşme

K 2011/13431, 03.11.2011 sayılı kararı <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 08 Eylül 2023.

85 Yargıtay 14 HD, E 2021/1296 K 2021/3089, 27.04.2021 sayılı kararına göre "...kararlaştırılan süre içerisinde borcun ödenmemesi halinde inanç konusunun inanılana geçeceği, inananın dava açamayacağı yönünde inananın müzayakasından yararlanılarak sözleşmeye konulan böyle bir koşul T.M.K.nun 873 ve 863 maddelerinin buyurucu hükümlerine aykırı düşeceğinden geçersiz olup, sözleşme serbestisi kuralına dayanılmaz..." <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 08 Eylül 2023.

86 Yargıtay 1 HD, E 2015/12726 K 2018/11036, 05.06.2018 sayılı kararı <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 08 Eylül 2023.

87 Yargıtay 1 HD, E 2016/7179 K 2019/5173, 10.10.2019 sayılı kararına göre "...taşınmazın mülkiyeti inanılana (alacaklıya) geçmiştir. Taşınmazda inanarak satanın (borçlu) mülkiyet hakkı kalmadığı gibi, alıcının bu mülkiyet hakkı üzerinde kurulmuş olan bir rehni hakkından da söz edilemez. Bu durumda; gayrimenkul rehni bakımından geçerliliği olan 4721 s. Türk Medeni Kanununun (TMK) 873. maddesinin inanç sözleşmelerine dayalı temlike konu taşınmazlar bakımından uygulama yeri olmadığı da kuşkusuzdur..." <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 08 Eylül 2023.

88 Ayanoğlu Morali (n 18) 233-234; Parlak Börü (n 1) 265.

89 Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı (n 18) 375; Ayanoğlu Morali (n 18) 236; Altaş ve Kurt (n 1) 11-12; Oktay Özdemir (n 1) 670-671; Parlak Börü (n 1) 263.

90 Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 31) 48-49; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (n 1) 173; Özsunay (n 1) 85.

meydana gelir. İnanan ya da üçüncü kişi tarafından inanılana hak veya mülkiyet devredilmesi inançlı işlemin borçlandırıcı işlemi olan inanç sözleşmesinin ifası niteliğindedir⁹¹.

2. Kazandırma Şekilleri

İnanç konusu hakkın inanılana devredilmesi iki şekilde söz konusu olabilir⁹². Bunlardan ilkinde inanç konusu hak inananın malvarlığından inanılanın malvarlığına devredilmek veya inanan tarafından inanılan lehine bir sınırlı aynı hak tesis edilmek suretiyle kazanılabilir⁹³. Diğerinde ise inanç konusu hak üçüncü kişinin malvarlığından inanılanın malvarlığına geçmek ya da üçüncü kişi tarafından inanılana bir sınırlı aynı hak kazandırılmak suretiyle kazanılabilir⁹⁴. İnanç konusunun üçüncü kişiden kazanılması üçüncü kişiyi inanç sözleşmesinin tarafı haline getirmez⁹⁵.

3. Geçerlilik Şekli

İnanç konusu hakkın devri için hangi hukuki işlemlerin yapılması gerekiyorsa inanç sözleşmesinin ifası niteliğindeki kazandırıcı işlem için de o hukuki işlemlerin yapılması gerekir. Bu bakımdan inanç konusunun inanılana geçerli bir şekilde devredilebilmesi için alacak hakkının devri konusunda tarafların anlaşması (TBK m. 184, f. 1), taşınır için zilyetliğin hükmen tescil harici bir yolla inanılana devredilmesi (TMK m. 763, f. 1), taşınmazlar için tapu sicilinde inanılan adına tescil yapılması (TMK m. 705, f. 1) ve kambiyo senedi için inanılana ciro ve teslim yoluyla devir yapılması (Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 593 vd.) gerekir⁹⁶.

VII. HÜKÜM VE SONUÇLARI

A. UYGULANACAK HÜKÜMLER

Doktrindeki ağırlıklı görüşe göre inanç sözleşmeleri sui generis (kendine özgü) nitelikte sözleşmelerdir⁹⁷. İnançlı işlemde kaynaklanan bir uyumsuzluğun söz konusu olması durumunda

91 Özsunay (n 1)85-86; Özkaya (n 1) 43; Berktaş Yüksel (n 1) 91; Eren, *Mülkiyet Hukuku* (n 3) 232; Altaş ve Kurt (n 1) 5; Parlak Börü (n 1) 256; Aydıncık (n 1) 164; Vardar Hamamcıoğlu (n 18) 100-101; Uygur (n 1) 174.

92 Uygulamada inançlı kazandırmalar inanç konusunun ya inananın ya da üçüncü bir kişiden kazanılması şeklinde görülmekteyken doktrinde bunların yanında farklı kazandırma şekilleri de olabileceği ifade edilmektedir. Teorik olarak incelenen bu kazandırma şekilleri için bkz Özsunay (n 1) 109 vd.

93 Özsunay (n 1) 109-110; Özkaya (n 1) 48-49; Berktaş Yüksel (n 1) 91; Uygur (n 1) 174.

94 İnanılan; inanan ile üçüncü kişinin yaptığı sözleşmenin (inanılan lehine sözleşme) ifası yoluyla, inananın inanılanın doğrudan temsilcisi sıfatıyla onun adına ve hesabına hareket etmesi yoluyla, inananın dolaylı temsilcisi sıfatıyla kendi adına ve inananın hesabına hareket etmesi yoluyla, inananın devraldığı bir şahsi hakka dayanması yoluyla veya üçüncü kişinin inananın edim borcunu inanılana ifa etmesi yoluyla (bu ihtimalde inanan üçüncü kişiyi edimi inanılana ifaya ve inananı ise edimi kabule yetkilendirmiş olmalıdır) üçüncü kişiden kazanabilir. Özsunay (n 1) 110 vd; Özkaya (n 1) 62-63; Berktaş Yüksel (n 1) 91; Uygur (n 1) 174.

95 Berktaş Yüksel (n 1) 91.

96 Özsunay (n 1) 87; Özkaya (n 1) 44-45; ibid 91 vd; Eren, *Mülkiyet Hukuku* (n 3) 232; Altaş ve Kurt (n 1) 5-6; Oktay Özdemir (n 1) 675; Uygur (n 1) 175. Taşınmazlar yönünden Vardar Hamamcıoğlu (n 18) 100-101. Taşınır ve taşınmazlar bakımından Parlak Börü (n 1) 256. Alacaklar bakımından Aydıncık (n 1) 162.

97 Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 31) 417; Özsunay (n 1) 122; Özkaya (n 1) 41; Berktaş Yüksel (n 1) 87; Ayanoğlu Morali (n 18) 115; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (n 1) 384; Antalya (n 18) 365; Altaş ve Kurt (n 1) 5; Oktay

bu uyuşmazlığa öncelikle taraflar arasındaki inanç sözleşmesinde emredici hukuk kurallarına aykırı olmayan bir düzenleme varsa bu düzenleme uygulanır. Eğer taraflar inanç sözleşmesinde bu konuya ilişkin bir düzenleme yapmamışsa ve uyuşmazlığın çözümü konusunda anlaşamazsa hâkim, kanunda inanç sözleşmeleri için doğrudan uygulanabilecek bir hüküm bulunmadığı için uyuşmazlığı TMK m. 1 uyarınca hukuk yaratmak suretiyle çözer⁹⁸.

Bu bakımdan bünyesine uygun olduğu ölçüde vekâlet ilişkisine benzeyen sui generis nitelikteki saf inançlı işlemlere TBK m. 502, f. 2 uyarınca vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin⁹⁹ rehin ilişkisine benzeyen sui generis nitelikteki karma inançlı işlemlere ise hem vekâlet sözleşmesine hem de rehin sözleşmesine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanacağı kabul edilmektedir¹⁰⁰.

B. TARAFLARIN HAKLARI VE BORÇLARI (İÇ İLİŞKİ)

İnançlı işlemin borçlandırıcı işlem unsuru olan inanç sözleşmesinin taraflara tanıdığı haklar ve yüklediği borçlar bulunmaktadır. Tarafların hakları ve borçları inançlı işlemin yapılış amacına göre değişiklik göstermekte olup konunun daha iyi anlaşılması için saf ve karma inançlı işlemler bakımından ayrı ayrı incelenmesi gerekir.

1. Saf İnançlı İşlemlerde

Saf inançlı işlemlerde tarafların hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesinde öncelikle inanç sözleşmesindeki hükümlerin, eğer sözleşmede bir hüküm yoksa büyük ölçüde vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin göz önünde bulundurulması gerekir¹⁰¹.

a. İnanılan Bakımından

aa. İnanılanın Hakları

İnanılan, aralarındaki inanç sözleşmesi uyarınca inananın inanç konusu eşyanın zilyetliğinin kendisine devredilmesini talep edebilir¹⁰².

Özdemir (n 1) 671; Parlak Börü (n 1) 262; Aydınçık (n 1) 170-171; Uygur (n 1) 174. Buna karşı inanç sözleşmesinin hukuki niteliğinin vekâlet sözleşmesi olduğu yönünde bkz Tandoğan (n 56) 358. Yargıtay 1 HD, E 2016/7179 K 2019/5173, 10.10.2019 sayılı kararına göre "...Meri hukuk sistemimizde her hangi bir düzenleme olmamasına karşın, inanç sözleşmelerinin yukarıda değinilen ilkeler çerçevesinde uygulama yeri bulan kendine özgü bir müessese olduğu, öğreti ve uygulamada kabul edilegelen bir olgudur..." <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 08 Eylül 2023.

98 Özsunay (n 1) 134; Berktaş Yüksel (n 1) 87-88; Ayanoğlu Morali (n 18) 122-123; Altaş ve Kurt (n 1) 17; Oktay Özdemir (n 1) 676; Parlak Börü (n 1) 267. Saf inançlı işlemler yönünden Özkaya (n 1) 51.

99 Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı (n 18) 368; Özsunay (n 1) 135-137; Özkaya (n 1) 51; Berktaş Yüksel (n 1) 87 vd; Ayanoğlu Morali (n 18) 56 vd; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (n 1) 384-385 Altaş ve Kurt (n 1) 7-8; Vardar Hamamcıoğlu (n 18) 90. Yine Yargıtay 14 HD, E 1981/5910 K 1981/6806, 24.11.1981 sayılı kararına göre "...inanç sözleşmesi ... akidler arasında bir vekaletin hukuki sonuçlarını doğurur..." <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 08 Eylül 2023.

100 Özsunay (n 1) 137-143; Özkaya (n 1) 53; Ayanoğlu Morali (n 18) 124-130; Altaş ve Kurt (n 1) 9; Oktay Özdemir (n 1) 676-679; Parlak Börü (n 1) 267; Aydınçık (n 1) 171-172; Vardar Hamamcıoğlu (n 18) 91; Uygur (n 1) 192.

101 Özsunay (n 1) 135-136; Özkaya (n 1) 51; Altaş ve Kurt (n 1) 7-8.

102 Berktaş Yüksel (n 1) 113.

İnanılan, inaç sözleşmesinde kararlaştırılmışsa veya teamül ücret almayı gerektiriyorsa inaç konusunu idare etmesi sebebiyle ücrete hak kazanır (TBK m. 502, f. 3)¹⁰³.

İnanılan, inaç konusunu idare etmesi sebebiyle yaptığı giderler ile verdiği avansların ödenmesini, yüklendiği borçlardan kurtarılmasını ve uğradığı zararların giderilmesini inananan isteyebilir (TBK m. 510)¹⁰⁴.

bb. İnanılanın Borçları

İnanılan, inaç konusunu inananın menfaati doğrultusunda idare ettiği için inananın açık talimatlarına uymak ve inananı inaç amacına uygun olarak kullanmakla yükümlüdür (TBK m. 505)¹⁰⁵. Kanaatimizce inananın, inananın açık talimatlarına aykırı hareket etmesi sebebiyle doğan zararları gidermedikçe inaç konusunu idare etmiş olsa bile inaç sözleşmesinden doğan borcunu ifa etmiş olmaz.

İnanılan, inaçlı işlemin temeli güvene dayalı olduğu için kendisine kazandırılan inaç konusunu bizzat kullanmak veya idare etmekle yükümlüdür (TBK m. 506, f. 1)¹⁰⁶. Yine inanan kendisine idare etmesi için kazandırılan inaç konusunu idare ederken benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken özeni göstermek ve sadakat yükümlülüğü kapsamında belirli ölçüde sır saklamakla yükümlüdür (TBK m. 506, f. 2 ve 3)¹⁰⁷. Bu bakımdan idare edilen inaç konusunun taşınmaz olması durumunda inananın, taşınmazın kira bedellerini ve ürünlerini toplamak, taşınmazı sigortalamak, satış amacıyla devralınmışsa taşınmazı parselleyerek satmak ve taşınmazın inaçlı işlemin amacı doğrultusunda idare edilmesi için yapılması gereken diğer bütün işleri yapmakla yükümlüdür¹⁰⁸.

İnanılan, inaç konusunu idare etmesiyle ilgili olarak inananın hesap vermekle yükümlü olup inananı idare işleriyle ve inaç konusunun durumuyla ilgili bilgilendirmekle yükümlüdür. Yine inanan inaç konusunu idare etmesi sebebiyle elde ettiği semereleri ve inaç sözleşmesinin sona ermesi halinde inaç konusunu veya inaç konusu yerine geçen değeri inananın devretmekle yükümlüdür (TBK m. 508)¹⁰⁹.

103 Özsunay (n 1) 148; Özkaya (n 1) 61; ibid 113-114; Altaş ve Kurt (n 1) 17.

104 Özsunay (n 1) 148; Özkaya (n 1) 61; Berktaş Yüksel (n 1) 113-114; Altaş ve Kurt (n 1) 17.

105 Özsunay (n 1) 146; Berktaş Yüksel (n 1) 114-115; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (n 1) 385; Eren, *Mülkiyet Hukuku* (n 3) 232. Yargıtay HGK, E 2011/14 K 2011/189, 15.04.2014 sayılı kararına göre "...İnaçlı işlem, inananın (itimat edenin) bir hakkını ... inananına geçirmeyi, inananın da inananın emir ve talimatlarına göre kullanıp ... tekrar inananın devretmeyi yüklediği sözleşmeler olarak tanımlanabilir..." <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 08 Eylül 2023.

106 Özsunay (n 1) 147; Özkaya (n 1) 59; Berktaş Yüksel (n 1) 114-115.

107 Özsunay (n 1) 145-146; Özkaya (n 1) 61; Berktaş Yüksel (n 1) 114-115; Altaş ve Kurt (n 1) 17; Uygur (n 1) 190.

108 Özsunay (n 1) 145-146; Özkaya (n 1) 61.

109 Özsunay (n 1) 146-147; Özkaya (n 1) 60-61; Berktaş Yüksel (n 1) 114-115; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (n 1) 385; Kılıçoğlu (n 18) 249; Antalya (n 18) 363; Eren, *Mülkiyet Hukuku* (n 3) 232; Altaş ve Kurt (n 1) 17.

b. İnanan Bakımından

aa. İnananın Hakları

İnanan, inanılandan vermiş olduğu açık talimatlara uymasını ve inancın konusunu inancın amacına uygun olarak kullanmasını talep edebilir (TBK m. 505)¹¹⁰.

İnanan, inanılandan inancın konusunun idaresiyle ilgili kendisine hesap ve bilgi verilmesini talep edebilir. Yine inanan, inanılandan inancın konusunu idare etmesi sebebiyle elde ettiği semerelerin ve inancın sözleşmesinin sona ermesi halinde inancın konusunun veya inancın konusu yerine geçen değerlerin kendisine devredilmesini talep edebilir (TBK m. 508)¹¹¹.

bb. İnananın Borçları

İnanan, inanılan ile aralarındaki inancın sözleşmesi uyarınca inancın konusu eşyanın zilyetliğini inanılan devretmekle yükümlüdür¹¹².

İnanan, inancın sözleşmesinde kararlaştırılmışsa veya teamül ücret almayı gerektiriyorsa inancın konusunu idare etmesi sebebiyle inanılan ücret ödemekle yükümlüdür (TBK m. 502, f. 3)¹¹³.

Yine inanan, inanılan inancın konusunu idare etmesi sebebiyle yaptığı giderler ile verdiği avansları ödemek, onu yüklediği borçlardan kurtarmak ve onun uğradığı zararları gidermekle yükümlüdür (TBK m. 510)¹¹⁴.

2. Karma İnançlı İşlemlerde

Karma inancın işlemlerde tarafların hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesinde öncelikle inancın sözleşmesindeki hükümlerin, eğer sözleşmede bir hüküm yoksa rehin sözleşmesine veya vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin niteliğine uygun olduğu ölçüde göz önünde bulundurulması gerekir. Bununla birlikte rehin ilişkisinden farklı olarak hak veya şey üzerinde inanılan sınırlı değil de tam hak sahipliği tanındığı için rehin sözleşmesine ilişkin bazı hükümlerin inancın işlemlere kıyasen dahi olsa uygulanması mümkün olmayıp her durum için ayrı değerlendirme yapılması gerekir¹¹⁵.

110 Özsunay (n 1) 149; Berktaş Yüksel (n 1) 113-114; Eren, *Mülkiyet Hukuku* (n 3) 232. Yine Yargıtay HGK, E 2011/14 K 2011/189, 15.04.2014 sayılı kararına göre "...İnançlı işlem, inananın (itimat edenin) bir hakkını ... inanılan devretmeyi, inanılanın da inananın emir ve talimatlarına göre kullanıp ... tekrar inanan devretmeyi yüklediği sözleşmeler olarak tanımlanabilir..." <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 08 Eylül 2023.

111 Özsunay (n 1) 149-150; Özkaya (n 1) 60-61; Berktaş Yüksel (n 1) 113-114; Kılıçoğlu (n 18) 249; Antalya (n 18) 363; Altaş ve Kurt (n 1) 17.

112 Berktaş Yüksel (n 1) 113.

113 Özsunay (n 1) 149; Özkaya (n 1) 61; ibid 113-114; Altaş ve Kurt (n 1) 17.

114 Özsunay (n 1) 149; Özkaya (n 1) 61; Berktaş Yüksel (n 1) 113-114.

115 Özsunay (n 1) 137-138; Özkaya (n 1) 53; Altaş ve Kurt (n 1) 9; Yılmaz ve Pınar (n 1) 970; Oktay Özdemir (n 1) 676-677; Parlak Börü (n 1) 261; Aydıncık (n 1) 170 vd.

a. İnanılan Bakımından

aa. İnanılanın Hakları

İnanılan, aralarındaki inanç sözleşmesi uyarınca inananın inanç konusu eşyanın zilyetliğinin kendisine devredilmesini talep edebilir¹¹⁶.

İnanılan, inanç konusunu idare etmesi sebebiyle yaptığı giderlerin (inanç konusunun bakımı, korunması ve sigorta edilmesi gibi masrafların) ödenmesini inananın talep edebilir¹¹⁷.

İnanılan, inananın borcunu ödememesi halinde inanç konusunu bizzat kendisi doğrudan doğruya paraya çevirerek alacağını tahsil edebilir¹¹⁸. Elde edilen para inananın alacağını karşılamaya yetmezse inananın, genel hükümler uyarınca inananın malvarlığına başvurabilir¹¹⁹.

bb. İnanılanın Borçları

İnanılan, kendisine teminat sağlamak üzere devredilen inanç konusunu kullanırken ve saklarken gerekli özeni göstermekle yükümlüdür. İnanılanın göstermesi gereken özenin derecesi inanç konusunun türüne ve sahip olduğu özelliklere göre değişiklik gösterir¹²⁰.

İnanılan, inanç amacına aykırılık teşkil etmediği ölçüde inananın açık talimatlarına uymak ve inananın inanç amacına uygun olarak kullanmakla yükümlüdür¹²¹.

İnanılan, inanç konusu üzerinde inanç sözleşmesine ve dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecek tasarruflarda bulunmamakla yükümlüdür. Örnek olarak inananın, inanç konusu eşyayı veya alacağı üçüncü bir kişiye devretmemeli, inanç konusu alacak bakımından borçluyu ibra etmemeli, inanç konusu eşya veya alacak üzerinde sınırlı ayni hak veya rehin hakkı tesis etmemelidir. Bununla birlikte inananın inanç konusu üzerinde inanç sözleşmesine aykırı olarak gerçekleştireceği bu tasarruflar geçersiz olmayıp sadece TBK m. 112 hükmü uyarınca inananın tazminat sorumluluğunu doğurur¹²².

116 Özsunay (n 1) 152; Ayanoğlu Morali (n 18) 239; Altaş ve Kurt (n 1) 17-18; Parlak Börü (n 1) 262; Aydıncık (n 1) 183.

117 Özsunay (n 1) 153; Ayanoğlu Morali (n 18) 242.

118 Özsunay (n 1) 152-153; Özkaya (n 1) 61; Ayanoğlu Morali (n 18) 245 vd; Altaş ve Kurt (n 1) 17-18; Oktay Özdemir (n 1) 681; Parlak Börü (n 1) 261; Aydıncık (n 1) 184; Uygur (n 1) 191.

119 Özsunay (n 1) 152-153; Ayanoğlu Morali (n 18) 245 vd; Aydıncık (n 1) 186.

120 Özsunay (n 1) 150; Ayanoğlu Morali (n 18) 249; Altaş ve Kurt (n 1) 17; Oktay Özdemir (n 1) 680; Parlak Börü (n 1) 261; Aydıncık (n 1) 177; Uygur (n 1) 190.

121 Özsunay (n 1) 153; Ayanoğlu Morali (n 18) 249; Eren, *Mülkiyet Hukuku* (n 3) 232; Oktay Özdemir (n 1) 680; Aydıncık (n 1) 177-178. Yine Yargıtay HGK, E 2011/14 K 2011/189, 15.04.2014 sayılı kararına göre "...İnançlı işlem, inananın (itimat edenin) bir hakkını ... inananın geçirmeyi, inananın da inananın emir ve talimatlarına göre kullanıp ... tekrar inananı devretmeyi yüklediği sözleşmeler olarak tanımlanabilir..." <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 08 Eylül 2023.

122 Özsunay (n 1) 150-151; Ayanoğlu Morali (n 18) 249; Antalya (n 18) 364 ve 366; Eren, *Mülkiyet Hukuku* (n 3) 232-233; Altaş ve Kurt (n 1) 17-18; Oktay Özdemir (n 1) 680; Aydıncık (n 1) 177-178.

İnanılan, borcun ödenmemesi durumunda inananın diğer mallarına karşı takip yollarına başvurmadan önce kendisine teminat sağlamak amacıyla devredilen inanç konusunu paraya çevirmekle yükümlüdür. Taraflar bu hususu genelde inanç sözleşmesinde açıkça kararlaştırmaktadır¹²³. Tarafların bu hususu inanç sözleşmesinde kararlaştırmamış olması durumunda dahi inananın, inanç konusunu paraya çevirmeden inananın diğer mallarına el atması, TMK m. 2 hükmü uyarınca hakkın kötüye kullanılması teşkil eder¹²⁴.

İnanılan, borcun ödenmemesi durumunda inanç konusunu paraya çevirirken gerekli özeni göstermekle yükümlüdür. İnanılanın bu yükümlülüğü inanç sözleşmesinde açıkça kararlaştırılabileceği gibi bu yükümlülük, TMK m. 2 hükmü uyarınca dürüstlük kuralının da bir gereğidir¹²⁵.

İnanılan, borcun ödenmemesi sebebiyle inanç konusunu paraya çevirdikten sonra elde edilen paranın alacak miktarını aşan kısmını inanç konusunu edindiği inanan veya üçüncü kişiye iade etmekle yükümlüdür¹²⁶.

İnanılan, borcun tamamının ödenmesi veya inanç sözleşmesinde öngörülen sürenin sona ermesi durumunda inanç konusunu ya da ikame değerini inanç konusunu edindiği inanan veya üçüncü kişiye iade etmekle ya da inanç konusunun üzerinde bulunan inançlı intifa gibi yükleri kaldırmakla yükümlüdür¹²⁷.

İnanılan, inanç sözleşmesinde aksi kararlaştırılmamışsa kural olarak inanç konusu kendisinde kaldığı süre boyunca inanç konusundan elde edilen yararları inanç konusunu edindiği inanan veya üçüncü kişiye iade etmekle yükümlüdür. Yine inanan, inanç sözleşmesinde aksi kararlaştırılmamışsa inanç konusunun kendisinde kaldığı süre boyunca uğradığı hasardan da sorumludur¹²⁸.

b. İnanan Bakımından

aa. İnananın Hakları

İnanan, inanç amacına aykırılık teşkil etmediği ölçüde inanç konusuna ilişkin inanılana talimat verebilir¹²⁹.

123 Özsunay (n 1) 151; Oktay Özdemir (n 1) 680.

124 Özsunay (n 1) 151.

125 İbid 152; Özkaya (n 1) 61; Ayanoglu Morali (n 18) 256; Aydınçık (n 1) 180; Uygur (n 1) 191.

126 Özsunay (n 1) 152; Özkaya (n 1) 61; Altaş ve Kurt (n 1) 18; Oktay Özdemir (n 1) 681; Parlak Börü (n 1) 261; Aydınçık (n 1) 181; Uygur (n 1) 191.

127 Özsunay (n 1) 152; Özkaya (n 1) 61; Ayanoglu Morali (n 18) 252 vd; Kılıçoğlu (n 18) 249; Eren, *Mülkiyet Hukuku* (n 3) 232; Altaş ve Kurt (n 1) 17-18; Oktay Özdemir (n 1) 681-682; Parlak Börü (n 1) 266; Aydınçık (n 1) 181; Uygur (n 1) 190-191.

128 Özsunay (n 1) 152; Oktay Özdemir (n 1) 680. Buna karşılık sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa elde edilen yararların inanılana ait olacağı görüşü için bkz Aydınçık (n 1) 184.

129 Özsunay (n 1) 153; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (n 1) 385; Eren, *Mülkiyet Hukuku* (n 3) 232; Aydınçık (n 1) 177-178. Yine Yargıtay HGK, E 2011/14 K 2011/189, 15.04.2014 sayılı kararına göre "...İnançlı işlem, inananın (itimat edenin) bir hakkını ... inanılana geçirmeyi, inananın da inananın emir ve talimatlarına göre kullanıp ... tekrar inananı devretmeyi yüklediği sözleşmeler olarak tanımlanabilir..." <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 08 Eylül 2023.

İnanan, borcun tamamını ödedikten veya inanc sözleşmesindeki süre sona erdikten sonra inanc konusunun veya ikame değerini kendisine iade edilmesini ya da inanc konusunun üzerinde bulunan inancılı intifa gibi yüklerin kaldırılmasını talep edebilir¹³⁰.

İnanan, borcun ödenmemesi sebebiyle inanc konusu paraya çevrildikten sonra elde edilen paranın borç miktarını aşan kısmının kendisine iade edilmesini talep edebilir¹³¹.

İnanan, inanc sözleşmesinde aksi kararlaştırılmamışsa kural olarak inanc konusu inanılana kaldığı süre boyunca inanc konusundan elde edilen yararların iadesini talep edebilir¹³².

bb. İnananın Borçları

İnanan, inanılan ile aralarındaki inanc sözleşmesi uyarınca borcuna teminat teşkil etmek üzere inanc konusu eşyanın zilyetliğini inanılana devretmekle yükümlüdür¹³³.

İnanan, inanılanın inanc konusunu idare etmesi sebebiyle yaptığı giderleri (inanc konusunun bakımı, korunması ve sigorta edilmesi gibi masrafları) inanılana ödemekle yükümlüdür¹³⁴.

İnanan, inanc konusunun paraya çevrilmesiyle karşılanmayan borç miktarının kalan kısmını inanılana ödemekle yükümlüdür¹³⁵.

C. ÜÇÜNCÜ KİŞİLER BAKIMINDAN HÜKÜM VE SONUÇLARI (DIŞ İLİŞKİ)

1. İnanç Konusunu İnanılardan Devralan Üçüncü Kişiler Bakımından

İnanılan, inanc konusu üzerinde tam hak sahibi olması sebebiyle her türlü tasarrufta bulunabilme hakkına sahip olup geçerli bir şekilde inanc konusunu üçüncü kişiye devredebilir veya inanc konusu üzerinde üçüncü kişi lehine sınırlı aynı hak tesis edebilir¹³⁶.

İnanan, inanc konusunun inanc sözleşmesine aykırı olarak üçüncü bir kişiye devredilmesi durumunda TBK m. 112 kapsamında inanılardan inanc sözleşmesine aykırılık sebebiyle tazminat talebinde bulunabilir. Bununla birlikte üçüncü kişiye yapılan devrin muvazaalı olduğu durumlar ve TBK m. 49, f. 2 kapsamında inanılan ile üçüncü kişinin inanana zarar vermek kastıyla hareket ettiği

130 Özsunay (n 1) 153; Özkaya (n 1) 61; Kılıçoğlu (n 18) 249; Antalya (n 18) 364; Eren, *Mülkiyet Hukuku* (n 3) 232; Altaş ve Kurt (n 1) 17-18; Oktay Özdemir (n 1) 681-682; Parlak Börü (n 1) 266; Aydıncık (n 1) 189.

131 Özsunay (n 1) 153; Özkaya (n 1) 61; Altaş ve Kurt (n 1) 18; Parlak Börü (n 1) 261; Aydıncık (n 1) 189.

132 Özsunay (n 1) 152; Oktay Özdemir (n 1) 680. Buna karşılık sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa elde edilen yararların inanılana ait olacağı görüşü için bkz Aydıncık (n 1) 184.

133 Özsunay (n 1) 152; Altaş ve Kurt (n 1) 17-18; Parlak Börü (n 1) 262; Aydıncık (n 1) 186.

134 Özsunay (n 1) 153.

135 İbid 153; Altaş ve Kurt (n 1) 18; Aydıncık (n 1) 188.

136 Özsunay (n 1) 179; Özkaya (n 1) 63; Ayanoğlu Morali (n 18) 154; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (n 1) 385; Reisoğlu (31) 115; Antalya (n 18) 363; Eren, *Mülkiyet Hukuku* (n 3) 233; Sirmen (n 18) 359; Altaş ve Kurt (n 1) 16-17; Yılmaz ve Pınar (n 1) 971; Oktay Özdemir (n 1) 679; Parlak Börü (n 1) 265; Aydıncık (n 1) 189; Vardar Hamamcıoğlu (n 18) 101; Uygur (n 1) 191.

durumlar hariç olmak üzere, üçüncü kişinin inanç sözleşmesini biliyor olması dahi yapılan işlemin geçerliliğini etkilemez¹³⁷. Yine Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlar da bu yöndedir¹³⁸.

2. İnançlı İşlemden Yararlanan Üçüncü Kişiler Bakımından

Özellikle saf inançlı işlemlerde yararı gözetilen kişi inanan değil de bir üçüncü kişi ise inanan ile inanılan arasındaki ilişki üçüncü kişi yararına sözleşmedir¹³⁹. Bu durumda inanan ile inanılan arasındaki inançlı işleme niteliğine uygun olduğu ölçüde öncelikle TBK m. 128 ve 129'da yer alan üçüncü kişi yararına sözleşme hükümlerinin, bu hükümlerin yetersiz kalması durumunda ise TBK m. 502 ve devamında yer alan vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması gerekir¹⁴⁰.

3. İnananın Borçlusu Olan Üçüncü Kişiler Bakımından

Bir alacağın inançlı işlem sonucu inanılana devredildiği inançlı işlemlerde borçlunun durumu ile alacağın devrindeki borçlunun durumu benzerlik gösterir. Bu bakımdan üçüncü kişi borçlu, alacağın inanılana devredildiği inanılan veya inanan tarafından kendisine bildirilmemişse, inanana iyi niyetle ifade bulunarak borcundan kurtulur (TBK m. 186). Yine üçüncü kişi borçlu, inançlı işlemle inanılana devredilen alacağın kime ait olduğu hususunda çekişme varsa ifadan kaçınabilir ve alacağını mahkemenin belirleyeceği yere tevdi ederek borcundan kurutulur (TBK m. 187). Son olarak üçüncü kişi borçlu, devri öğrendiği sırada inanana karşı sahip olduğu ödemelik defî veya borcun ifa edildiği itirazı gibi savunmaları, inanılana karşı da ileri sürebilir (TBK m. 188)¹⁴¹.

Buna karşılık poliçe veya bono gibi bir kıymetli evrakın inançlı işlem sonucu inanılana ciro edildiği inançlı işlemlerde üçüncü kişi borçlunun durumu adi bir alacağın devrindeki borçlunun durumundan farklıdır. Nitekim üçüncü kişi borçlu, inanılanın bir poliçeden veya bonodan dolayı kendisine başvurusu durumunda, inanan veya kendinden önceki diğer hamiller ile kendi arasındaki ilişkilerden doğan defîleri inanılana karşı

137 Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 18) N. 1457; Özsunay (n 1) 179; Özkaya (n 1) 63-64; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (n 1) 385-386; Reisoğlu (31) 115; Antalya (n 18) 366; Eren, *Mülkiyet Hukuku* (n 3) 233-234; Sirmen (n 18) 358; Altaş ve Kurt (n 1) 18-19; Yılmaz ve Pınar (n 1) 971-972; Oktay Özdemir (n 1) 679-680; Öğüz (n 18) 131; Parlak Börü (n 1) 267; Aydıncık (n 1) 190; Vardar Hamamcıoğlu (n 18) 101-102.

138 Yargıtay 14 HD, E 2014/3490 K 2014/7336, 03.06.2014 sayılı kararına göre "...İnananın inanç sözleşmesinden doğan hakkı şahsî hak niteliğinde olduğundan inanç konusunun üçüncü kişilere devredilmesi halinde inananın üçüncü kişilerden isteyebileceği bir hakkının varlığından söz edilemez. Ancak, inanılan ile üçüncü şahıs, inananın inanılana müraacaat edip inanç konusunu alma hakkını ortadan kaldırmak amacıyla, el ve düşüncü birliği içerisinde muvazaalı bir işlem yapmışlarsa, inanan muvazaa nedeniyle sözleşmenin geçersiz olduğundan bahisle üçüncü kişiye karşı dava açabilir. Bunun dışında, üçüncü kişinin kötü niyetinden, yani inançlı işlemi bildiğinden söz etmek suretiyle üçüncü kişiye karşı dava açıp son temlikin iptalini isteyemez. Zira inanılan o mal veya hakkın gerçek sahibidir..." <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 08 Eylül 2023. Yine Yargıtay 1 HD, E 2013/18846 K 2014/6120, 20.03.2014 sayılı kararına göre "...Dava, inanç sözleşmesi hukuksal nedenine dayalı tapu iptal ve tescil isteğine ilişkindir. Davacı, ... teminat olarak ... taşınmazını satış göstermek suretiyle bedel almadan Kaan'a devrettiğini ve ... Kaan'ın ... taşınmazı diğer davalı Engin'e muvazaalı olarak aktardığını ileri sürerek eldeki davayı açmış(tır)... taşınmazın kısa sürelerle el değiştirdiği, gerçek değerinden düşük bedelle temlik edildiği gözetildiğinde davalı Kaan ile davalı Engin'in el ve işbirliği içerisinde hareket ettikleri ... kabul edilmelidir ... davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken..." <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 08 Eylül 2023.

139 Özsunay (n 1) 136; Vardar Hamamcıoğlu (n 18) 92.

140 Özsunay (n 1) 136.

141 İbid 179-181; Aydıncık (n 1) 190-191.

ileri süremez. Buna karşılık inanılan, poliçe veya bonoyu üçüncü kişi borçlunun zararına hareket etme kastıyla iktisap etmişse üçüncü kişi borçlu bu defileri de inanılana karşı ileri sürebilir (TTK m. 687)¹⁴².

4. İnananın Alacaklısı Olan Üçüncü Kişiler Bakımından

İnananın alacaklarının inançlı işleme karşı korunduğu durumlardan ilki inanç konusu taşınırın hükmen teslim yoluyla inanılana devredilmesidir. İnanan, bir taşınırını teminat amacıyla inançlı olarak inanılana devreder ancak bu taşınırın zilyetliğini korursa bu inançlı devir inananın alacaklarına karşı sonuç doğurmaz (TMK m. 766). Diğer bir deyişle inananın alacaklıları, inançlı işlemle inanılana devredilen ancak inananın zilyetliğinde bulunan taşınırdan alacaklarını tahsil edebilir¹⁴³.

İnananın alacaklılarının korunduğu diğer bir durum, İİK m. 277 ve devamındaki hükümler uyarınca inananın karşı iflas yoluna başvuran veya elinde aciz vesikası bulunan alacaklıların inançlı işlem için tasarrufun iptali davası açma imkânına sahip olduğu durumlardır. Belirtmek gerekir ki alacaklıdan mal kaçırmak amacıyla yapılan devir inançlı olarak değil de muvazaalı olarak yapılmışsa alacaklılar bu devrin geçersizliğinin tespiti için dava açıp devre konu mal borçlunun malvarlığından hiç çıkmamış gibi bu maldan alacaklarını tahsil edebilir¹⁴⁴.

VIII. SONA ERMESİ

A. İNANÇ SÖZLEŞMESİNİ SONA ERDİREN SEBEPLER

1. Tarafların Bozma (İkale) Sözleşmesi Yapması

Bozma (ikale) sözleşmesi tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanında bulunarak mevcut bir sözleşmeyi sona erdirmesi olup inanan ve inanılan da her zaman bir bozma (ikale) sözleşmesi yaparak inanç sözleşmesini sona erdirebilir¹⁴⁵.

2. Aşırı Yararlanma veya İrade Bozukluğu Hallerinin Varlığında Sözleşmeyle Bağlı Olunmadığının Bildirilmesi

İnanç sözleşmesi de her sözleşme gibi geçerlilik şartlarını sağlamalıdır¹⁴⁶. Bu bakımdan aşırı yararlanma (TBK m. 28) veya yanıltma, aldatma, korkutma (TBK m. 39) gibi durumların varlığı halinde kanunda öngörülen süreler içinde inanç sözleşmesi sona erdirilebilir¹⁴⁷.

142 Özsunay (n 1) 181-182.

143 İbid 182; Özkaya (n 1) 64; Oktay Özdemir (n 1) 672.

144 Özsunay (n 1) 182-183; Özkaya (n 1) 63-64.

145 Ayanoğlu Morali (n 18) 291.

146 Belirtmek gerekir ki inanç sözleşmesinde ehliyetsizlik (TMK m 15), yasal temsilcinin rızasının bulunmaması (TMK m 16), şekle aykırılık (TBK m 12), muvazaa (TBK m 19), hukuka, ahlaka aykırılık ve sözleşmenin yapıldığı sıradaki imkânsızlık (TBK m 27) gibi durumların söz konusu olması halinde sözleşmenin sona ermesi değil sözleşmenin geçersizliği söz konusu olur.

147 Özsunay (n 1) 186; Özkaya (n 1) 59; Altaş ve Kurt (n 1) 21-22.

3. İnanç Sözleşmesinde Kararlaştırılan Amacın Gerçekleşmesi

İnanç sözleşmesinde kararlaştırılan amacın gerçekleşmesi inanç sözleşmesini sona erdirir. Bu bakımdan teminat amaçlı inançlı işlemlerde borcun tamamıyla ödenmesiyle veya alacaklının başka şekilde tatmin edilmesiyle, tahsil amaçlı inançlı işlemlerde alacağın inanan tarafından tahsil edilmesiyle ve diğer saf inançlı işlemlerde ise elde edilmek istenen amacın gerçekleşmesiyle inanç sözleşmesi sona erer¹⁴⁸.

4. İnanç Sözleşmesinde Kararlaştırılan Sürenin Dolması

İnanç sözleşmesini sona erdiren diğer bir sebep de inanç sözleşmesinde kararlaştırılan sürenin dolmasıdır. Özellikle idare amacıyla yapılan inançlı işlemlerde taraflar sözleşmede kararlaştırılan süre boyunca inananın inanç konusunu idare etmesi konusunda anlaşır ve kararlaştırılan süre dolunca inanç sözleşmesi sona erer¹⁴⁹.

5. Vekâlet Sözleşmesine Özgü Sona Erme Sebepleri

Saf inançlı işlemlerin temelinde vekâlet sözleşmesi bulunduğu için vekâlet sözleşmesinin sona ermesine ilişkin hükümleri bünyesine uygun olduğu ölçüde bunlara da kıyasen uygulanır¹⁵⁰.

Bu bakımdan saf inançlı işlemlerde inanan ve inananın, TBK m. 512 uyarınca kural olarak her zaman inanç sözleşmesini tek taraflı olarak sona erdirebilir¹⁵¹. Buna karşılık karma inançlı işlemlerde TBK m. 512 uyarınca tarafların inanç sözleşmesini her zaman tek taraflı olarak sona erdirme hakkının bulunmadığı genel olarak kabul edilmektedir¹⁵².

Yine özellikle inananın bizzat ifade bulunması gereken saf inançlı işlemlerde inananın ölümü, iflası ya da ayırt etme gücünü kaybetmesi durumunda inanç sözleşmesi TBK m. 513 uyarınca kendiliğinden sona erer. Buna karşılık saf inançlı işlemlerde inananın ölümü ya da karma inançlı işlemlerde inanan veya inananın ölümü inanç sözleşmesini kendiliğinden sona erdirmez. Bu durumda ölenin mirasçıları inanç sözleşmesine taraf olur ve inanç sözleşmesi bu şekilde devam eder¹⁵³.

148 Özsunay (n 1) 185; Özkaya (n 1) 59; Altaş ve Kurt (n 1) 22; Aydınçık (n 1) 192. Doktrindeki aksi bir görüşe göre ise inanç sözleşmelerinde amacın gerçekleşmesiyle inançlı işlemin sona erdiği söylenemez. Nitekim amaç gerçekleştikten sonra inananın inanç konusunu inananı iade borcu sona ermeyip devam etmektedir. İnançlı işlem inanç sözleşmesindeki bütün borçların ifasıyla ve inanç konusunun inananı iade edilmesiyle son bulur. Bu yöndeki görüş için bkz Ayanoğlu Morali (n 18) 290.

149 Özsunay (n 1) 185; Özkaya (n 1) 59; Ayanoğlu Morali (n 18) 291; Altaş ve Kurt (n 1) 22.

150 Özkaya (n 1) 59; Ayanoğlu Morali (n 18) 291.

151 Özsunay (n 1) 187; Ayanoğlu Morali (n 18) 291; Altaş ve Kurt (n 1) 22. Buna karşılık inançlı işlemin üçüncü kişi yararına yapılması durumunda taraflara tek taraflı sona erdirme hakkının tanınmaması gerektiği görüşünde Özsunay (n 1) 187; Altaş ve Kurt (n 1) 22.

152 Ayanoğlu Morali (n 18) 292; Altaş ve Kurt (n 1) 22; Oktay Özdemir (n 1) 678.

153 Özsunay (n 1) 187-188; Özkaya (n 1) 59; Ayanoğlu Morali (n 18) 293-296; Altaş ve Kurt (n 1) 23. Karma inançlı işlemler bakımından Aydınçık (n 1) 192.

B. İNANÇ KONUSUNUN İADESİ

İnanç sözleşmesi herhangi bir sebeple sona erince saf inanca işlemlerde TBK m. 508 uyarınca, karma inanca işlemlerde ise TMK m. 944 uyarınca inanılanın inanca konusunu veya inanca konusu yerine geçen değeri iade etme yükümlülüğü doğar¹⁵⁴.

İnanç sözleşmesi sona erdiğinde, inanca konusu kendiliğinden inanana geri dönmez diğer bir deyişle inanılanın iadeyi istemeye yönelik bir aynı hakkı değil sadece bir alacak hakkı vardır. Bu sebeple inanılan inanca konusunu sözleşmeye aykırı olarak inanan ile inanılan arasındaki inanca ilişkiyi bilen bir üçüncü kişiye devretse dahi inanan kural olarak sadece inanılanı karşı sözleşmeden kaynaklanan bir tazminat talebinde bulunulabilir, üçüncü kişiden ise inanca konusunun iadesini isteyemez¹⁵⁵. Bununla birlikte üçüncü kişiye yapılan devrin muvazaalı olduğu durumlar ve TBK m. 49, f. 2 kapsamında inanılan ile üçüncü kişinin inanana zarar vermek kastıyla hareket ettiği durumlarda inanan üçüncü kişiden inanca konusunun iadesini TBK m. 51, f. 1 uyarınca aynen tazmin olarak talep edebilir¹⁵⁶. Nitekim Yargıtay da eski tarihli bir kararında TBK m. 49, f. 2 kapsamındaki zarar verme kastıyla hareket etme halini iyi niyet kavramı olarak değerlendirerek benzer bir sonuca varmıştır¹⁵⁷.

Uygulamada teminat amaçlı inanca işlemlerden kaynaklanan taşınmaz iade davalarında TBK m. 97 hükmü uyarınca inanılanın teminata konu olan borcu ifa etmiş olması bir dava şartı olarak kabul edilmekte ve bu borç ifa edilmemişse yargılama devam ederken inanılanın borcunu ifa etmesi için ona bir süre verilmektedir¹⁵⁸.

154 İnanılan, inanca konusu kendisine hangi tasarruf işlemiyle (tescil, teslim, alacağın temliki, ciro gibi) devredildiyse sözleşme sona erdiğinde de aynı tasarruf işlemi yapmak suretiyle onu iade etmelidir. Özsunay (n 1) 188; Özkaya (n 1) 61; Ayanoglu Morali (n 18) 296; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (n 1) 385; Altaş ve Kurt (n 1) 18-19; Oktay Özdemir (n 1) 681-682; Vardar Hamamcıoğlu (n 18) 102.

155 Özkaya (n 1) 61-62; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (n 1) 386; Reisoğlu (31) 115; Antalya (n 18) 366; Altaş ve Kurt (n 1) 18-19; Oktay Özdemir (n 1) 679; Ögüz (n 18) 131; Parlak Börü (n 1) 266 dph 141; Vardar Hamamcıoğlu (n 18) 103. Yargıtay 14 HD, E 2014/3490 K 2014/7336, 03.06.2014 sayılı kararına göre "...İnanılanın inanca sözleşmesinden doğan hakkı şahsi hak niteliğinde olduğundan inanca konusunun üçüncü kişilere devredilmesi halinde inanılanın üçüncü kişilerden isteyebileceği bir hakkının varlığından söz edilemez ... üçüncü kişinin kötü niyetinden, yani inanca işlemi bildiğinden söz etmek suretiyle üçüncü kişiye karşı dava açıp son temlikin iptalini isteyemez. Zira inanılan o mal veya hakkın gerçek sahibidir..." <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 08 Eylül 2023.

156 Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 18) N. 1457; Özsunay (n 1) 191; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (n 1) 386; Antalya (n 18) 366; Eren, *Mülkiyet Hukuku* (n 3) 233-234; Sirmen (n 18) 359; Altaş ve Kurt (n 1) 18-19; Oktay Özdemir (n 1) 679-680; Ögüz (n 18) 131; Parlak Börü (n 1) 267; Vardar Hamamcıoğlu (n 18) 103.

157 Yargıtay 1 HD, E 2007/9485 K 2007/11149, 21.11.2007 sayılı kararına göre "...Davacı ... davalı H...nin taraflar arasındaki inanca sözleşmesini bilerek devraldığını, davalıların kötüniyetli olduklarını ileri sürüp tapu kaydının iptali ile adına tescilini ... istemiştir ... inanılan ile devralan kişi, el ve işbirliği içerisinde ve yalnızca dava konusu taşınmazın inanana (davacıya) iadesini imkansızlaştırmak, inanca sözleşmesinin ifasını engellemek amacıyla hareket etmişlerse devralanın (Hatice) iyiniyetinden söz edilemeyeceği ... kabul edilmelidir. Hal böyle olunca ... davalı H...nin iyiniyetli sayılıp sayılmayacağına saptanması, hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken..." <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 08 Eylül 2023.

158 Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 18) N. 1456; Özkaya (n 1) 62; Güvenç (n 20)155 vd; Sirmen (n 18) 358 dph 322; Oktay Özdemir (n 1) 667-668; Ögüz (n 18) 128-129; Parlak Börü (n 1) 259; Vardar Hamamcıoğlu (n 18) 103 dph 50; Uygur (n 1) 190 vd. Yargıtay 1 HD, E 2015/16784 K 2018/14156, 07.11.2018 sayılı kararına göre "...Dava, inanca işlem hukuksal nedenine dayalı tapu iptal ve tescil, mümkün olmadığı takdirde bedel isteğine ilişkindir ... TBK. nun 97. maddesi hükmü ile taraflar ... arasındaki alacak ve borç miktarının açıklıkla saptanması, kredi borcunun tamamının davacı tarafından ödenip ödenmediğinin araştırılması, ödenmemiş ise saptanacak miktarın mahkeme veznesine depo ettirilmesi için davacıya önel verilmesi ve bu husus yerine getirildiğinde sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken..."

IX. İSPATI

İnançlı işlem sebebiyle inanç konusunun iadesini, tazminat ödenmesini veya inanç sözleşmesinin feshini talep eden taraf Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 190 ve TMK m. 6 uyarınca inanç sözleşmesinin varlığını ispatla yükümlüdür¹⁵⁹.

İnançlı işlemin ispatına ilişkin herhangi bir yasal düzenleme bulunmadığı için kural olarak genel ispat kuralları uygulanır¹⁶⁰. Bununla birlikte Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun nam-ı müstear davaları için 1947 yılında vermiş olduğu bir içtihadı birleştirme kararı bugün inançlı işlemlerin ispatı için de uygulanmaktadır¹⁶¹.

A. ALACAK HAKKI BAKIMINDAN

Bir alacak hakkının inançlı olarak devri TBK m. 184 uyarınca yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlıdır. Bu bakımdan alacak hakkının devrini konu alan bir inançlı işlem HMK. M. 201 uyarınca, *HMK m. 203, f. 1-a hükmündeki yakın akrabalar arasında yapılmış olsa dahi*, sadece tanıkla ispat olunamaz, yazılı belgeyle (senetle)¹⁶² ispat olunmalıdır¹⁶³.

Alacak hakkının yazılı bir belgeyle devredilmesi bakımından bu hakkın devrine karşı ileri sürülen inançlı işlem senet, ikrar ya da yeminle bunların bulunmaması halinde HMK m. 202 uyarınca delil

<www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 08 Eylül 2023.

- 159 Mahkemeye dava ile talep edilen bir hakkın dayandığı vakıaların gerçekte var olup olmadığı hususunda kanaat verilmesi işlemine ispat denir. Kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça ispat yükü HMK m 190 ve TMK m 6 hükümleri uyarınca kendi lehine hak iddia eden taraftadır. Baki Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (2. Baskı, Yetkin Yayınları 2018) 232-235; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz ve Sema Taşpınar Ayvaz, *Medeni Usul Hukuku* (2. Baskı, Yetkin Yayınları 2016) 370 ve 375; Hakan Pekcanitez, Muhammet Özkes, Mine Akkan ve Hülya Taş Korkmaz, *Medeni Usul Hukuku Cilt II* (15. Bası, Onikilevha Yayıncılık 2017) 1585 ve 1696.
- 160 Özkaya (n 1) 53. Yargıtay 14 HD, E 2015/3199 K 2017/3739, 04.05.2017 sayılı kararına göre "...İnançlı işlemi doğrudan düzenleyen bir kanun hükmü bulunmadığından, ispatı hakkında da kanunlarımızda bir hüküm yer almış değildir ... inançlı işlemin ispatında genel hükümlerin uygulanması gerekir. Buna göre, inançlı işlem nedeniyle iade, tazminat veya sözleşmenin feshini isteyen taraf 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK)'nin 6. maddesi uyarınca iddiasını ispat etmek zorundadır..." <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 08 Eylül 2023.
- 161 Özkaya (n 1) 54; Vardar Hamamcıoğlu (n 18) 98 dpn 36. Yargıtay 1 HD, E 2016/18190 K 2019/5303, 16.10.2019 sayılı kararına göre "...Nam-ı müstear için düzenleme getiren 1947 tarihli kararın, teminat amacıyla temlike dair inanç sözleşmelerini kapsadığı da kuşkusuzdur..." <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 08 Eylül 2023.
- 162 Senetle ispat zorunluluğuyla ifade edilmek istenenin kesin delille ispat zorunluluğu olduğu bu bakımdan kuralın esasında tanıkla ispat yasağı olarak da ifade edilebileceği kabul edilmektedir. Bu bakımdan senetle ispatı zorunlu olan bir hususun kesin delillerden ikrar ve yemin ile de ispatlanması mümkündür. Kuru (n 159) 266 ve 281; Arslan, Yılmaz ve Taşpınar (n 159) 407-408; Pekcanitez, Özkes, Akkan ve Korkmaz (n 159) 1836.
- 163 Taraflar arasındaki akrabalık ilişkisi senet düzenlenmesini imkânsız kılıyor olsa dahi taraflar bu manevi imkânsızlığa rağmen aralarında daha önce bir senet düzenlemişse artık aralarında senet düzenlenmesini ortadan kaldıracak bir manevi imkânsızlık bulunduğundan bahsedilemez ve mevcut senede karşı ancak senetle ispat mümkün olur. Kuru (n 159) 270; Arslan, Yılmaz ve Taşpınar (n 159) 411; Pekcanitez, Özkes, Akkan ve Korkmaz (n 159) 1866.

başlangıcı¹⁶⁴ ile birlikte bunu destekleyen tanık dâhil diğer delillerle ispatlanabilir. Aynı ispat kuralı inançlı olarak devredilen kambiyo senetleri bakımından da uygulanır¹⁶⁵.

B. TAŞINIRLAR VE TAPUSUZ TAŞINMAZLAR BAKIMINDAN

İnançlı işlemin konusu bir taşınır veya tapusuz taşınmaz olup inanılana yazılı bir belge (senet) düzenlenerek devredilmişse inançlı işlem HMK m. 201 uyarınca, *HMK m. 203, f. 1-a hükmündeki yakın akrabalar arasında yapılmış olsa dahi*, sadece tanıkla ispat olunamaz, yazılı belgeyle (senetle) ispatlanmalıdır¹⁶⁶.

Yazılı belge bulunmaması halinde inançlı işlem, HMK m. 202 uyarınca delil başlangıcı ile birlikte bunu destekleyen tanık dâhil diğer delillerle ispatlanabilir¹⁶⁷. Taraflar arasında ne yazılı belge ne de delil başlangıcı niteliğinde bir belge bulunmuyorsa dahi inanç sözleşmesi, HMK m. 188 uyarınca ikrar deliline ve delil listesinde açıkça dayanılmışsa HMK m. 225 uyarınca yemin deliline dayanılmak suretiyle de ispatlanabilir¹⁶⁸.

Bununla birlikte inanç konusu taşınır veya tapusuz taşınmaz inanılana yazılı bir belge (senet) düzenlenmeden devredilmişse dava konusunun HMK m. 200 hükmündeki parasal sınırı geçip geçmediğine bakmak gerekir. Dava değeri parasal sınırı geçmiyorsa inançlı işlem, tanık dâhil her türlü delille ispatlanabilir. Buna karşılık dava değeri parasal sınırı geçiyorsa senetle (yazılı belgeyle) veya HMK m. 202 uyarınca delil başlangıcı ve bunu destekleyen tanık dâhil diğer delillerle ispatlanabilir¹⁶⁹.

164 Delil başlangıcı HMK m 202, f 2 hükmünde tarif edildiği üzere “*iddia konusu hukuki işlemin tamamen ispatına yeterli olmamakla birlikte, söz konusu hukuki işlemi muhtemel gösteren ve kendisine karşı ileri sürülen kimse veya temsilcisi tarafından verilmiş veya gönderilmiş belgedir*”.

165 Altaş ve Kurt (n 1) 16. Senede karşı kesin delil bulunmayıp delil başlangıcının bulunduğu hallerde tanık ve diğer delillerle ispatın mümkün olduğu yönünde Kuru (n 159) 280; Arslan, Yılmaz ve Taşpınar (n 159) 414 ve 423; Pekcanitez, Özkes, Akkan ve Korkmaz (n 159) 1841.

166 Özkaya (n 1) 55; Altaş ve Kurt (n 1)14-15. Akrabalar arasında senet düzenlenmesi halinde bu senede karşı tanıkla ispatın mümkün olmadığı yönünde Kuru (n 159) 270; Arslan, Yılmaz ve Taşpınar (n 159) 411; Pekcanitez, Özkes, Akkan ve Korkmaz (n 159) 1866. Yargıtay HGK, E 2010/394 K 2010/395, 14.07.2010 sayılı kararına göre “...*Konusu menkul ve tapusuz olan inançlı devirler ... yazılı bir sözleşme ile gerçekleştirilmiş ve açılan davada da o sözleşmenin aksi iddia edilmekte veya açılan dava o yazılı ... sözleşmenin niteliği, tarafları gibi bazı unsurlarını değiştirmekte ise, davanın Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 290.maddesine göre yazılı delil ile ispatı gerekmektedir...*” <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 08 Eylül 2023.

167 Senede karşı kesin delil bulunmayıp delil başlangıcının bulunduğu hallerde tanık ve diğer delillerle ispatın mümkün olduğu yönünde Kuru (n 159) 280; Arslan, Yılmaz ve Taşpınar (n 159) 414 ve 423; Pekcanitez, Özkes, Akkan ve Korkmaz (n 159) 1841. Yargıtay HGK, E 2010/394 K 2010/395, 14.07.2010 sayılı kararına göre “...*Uygulama ... yazılı delil başlangıcı sayılabilecek belge ve vakıaların tamamlayıcı kanıtlarla (HUMK.m.292), inanç sözleşmesinin varlığını kanıtlayabileceğini kabul etmiştir...*” <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 08 Eylül 2023.

168 Senetle ispatı zorunlu olan bir hususun kesin delillerden ikrar ve yemin ile de ispatının mümkün olduğu yönünde Kuru (n 159) 266 ve 281; Arslan, Yılmaz ve Taşpınar (n 159) 407-408; Pekcanitez, Özkes, Akkan ve Korkmaz (n 159) 1836. Yargıtay HGK, E 2010/394 K 2010/395, 14.07.2010 sayılı kararına göre “...*yazılı şeklin, kanıtlama aracı olduğu ilkesinden hareketle uygulamada, yine ispat vasıtası olarak yemin (HUMK.m.337), ikrar ve kabul, tarafı bağlayıcı kabul edilmiş davanın (iddianın) kanıtlanabileceği sonucuna varılmıştır...*” <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 08 Eylül 2023.

169 Özkaya (n 1) 53-54; Altaş ve Kurt (n 1) 14-15. Miktar ve değeri senetle ispat sınırını aşan hususların tanıkla ispatının mümkün olmadığı, ispat sınırını aşmayan hususların ise tanıkla ispatının mümkün olduğu yönünde Kuru (n 159) 269;

C. TAPUYA KAYITLI TAŞINMAZLAR BAKIMINDAN

Tapu uygulaması tapuya kayıtlı taşınmazlar bakımından inanç sözleşmesini mülkiyet hakkının devrine esas bir hukuki sebep olarak kabul etmediği için taraflar genellikle inançlı olarak devretmek istedikleri taşınmazı tapuda satış yapmak suretiyle devretmektedir. Yargıtay'ın artık yerleşmiş uygulamasına göre tarafların birbirlerine karşı inançlı işleme dayalı birtakım taleplerde bulunabilmesi için öncelikle tapuda resmi şekilde yaptıkları satış sözleşmesinin aslında bir inanç sözleşmesi olduğunu ispatlaması gerekir. Bu bakımdan taraflar tapuda resmi şekilde yapılmış satış sözleşmesinden ayrı geçerliliği resmi şekilde yapılmasına bağlı olan bir inanç sözleşmesinin varlığını değil tapuda resmi şekilde yaptıkları satış sözleşmesinin TBK m. 19 hükmü uyarınca aslında bir inanç sözleşmesi olduğunu ispatlamalıdır¹⁷⁰.

Bu bakımdan tapuda resmi senetle düzenlenmiş olan satış sözleşmesinin TBK m. 19 hükmü uyarınca aslında inanç sözleşmesi olduğu iddiası ise HMK m. 201 uyarınca tarafların getirecekleri ve onların imzalarını taşıyan yazılı bir belgeyle ispatlanabilir¹⁷¹. Taraflar arasında bu şekilde yazılı bir belge olmaması halinde eğer inançlı işlemi ispatlamaya yeterli olmamakla beraber bunu muhtemel gösteren ve kendisine karşı ileri sürülen kişi veya temsilcisi tarafından verilmiş veya gönderilmiş delil başlangıcı niteliğinde bir belge varsa inanç sözleşmesi HMK m. 202 uyarınca tanık dâhil her türlü delille ispatlanabilir¹⁷². Nitekim bu husus 1947 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında da açıkça vurgulanmıştır¹⁷³.

Arslan, Yılmaz ve Taşpınar (n 159) 408-409; Pekcanitez, Özekes, Akkan ve Korkmaz (n 159) 1836-1837. Yargıtay HGK, E 2010/394 K 2010/395, 14.07.2010 sayılı kararına göre "...Konusu menkul ve tapusuz olan inançlı devirler ... hiçbir şekle bağlı olmaksızın zilyetliğin devri suretiyle gerçekleştirildiğinden, dava değeri (inançlı işlemin konusu) Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 288.maddesinde öngörülen miktarı geçmediği sürece, inançlı işlem, tanık dahil her türlü delil ile ispat edilebilir..." <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 08 Eylül 2023.

170 Altaş ve Kurt (n 1) 15.

171 Özkaya (n 1) 53-54; Kılıçoğlu (n 18) 247; Antalya (n 18) 364; ibid 15-16; Yılmaz ve Pınar (n 1) 987; Parlak Börü (n 1) 260. Resmi senede karşı ileri sürülen bir iddianın adı senetle ispatının mümkün olduğu yönünde Arslan, Yılmaz ve Taşpınar (n 159) 419; Pekcanitez, Özekes, Akkan ve Korkmaz (n 159) 1865.Yargıtay 14 HD, E 2019/711 K 2019/6595, 14.10.2019 sayılı kararına göre "...İnanç sözleşmesi, 5.2.1947 tarihli ve 20/6 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca ancak, yazılı delille kanıtlanabilir. Bu yazılı delil, tarafların getirecekleri ve onların imzalarını taşıyan bir belge olmalıdır..." <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 08 Eylül 2023.

172 Özkaya (n 1) 57; Reisoğlu (31) 116; Kılıçoğlu (n 18) 247; Altaş ve Kurt (n 1) 16; Parlak Börü (n 1) 260; Vardar Hamamcıoğlu (n 18) 96-99. Senede karşı kesin delil bulunmayıp delil başlangıcının bulunduğu hallerde tanık ve diğer delillerle ispatın mümkün olduğu yönünde Kuru (n 159) 280; Arslan, Yılmaz ve Taşpınar (n 159) 414 ve 423. Yargıtay 1 HD, E 2019/1073 K 2019/2827, 18.04.2019 sayılı kararına göre "...inançlı işlem iddialarının ... yazılı bir belgesi yok ise ancak taraflar arasında gerçekleştirilen mektup, banka dekontu, yazışma, gibi birtakım belgeler var ise ancak bunların delil başlangıcı sayılacağı ve iddianın tanık dahil her türlü delille kanıtlanmamasının olanaklı hale geleceği açıktır..." <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 08 Eylül 2023.

173 Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, E 1945/20 K 1947/6, 05.02.1947 sayılı kararına göre "...Gerek menkule gerek gayrimenkule taalluk etsin namı müstear hadiselerinde mesele bir istihkak ve mülkiyet davası mahiyetini geçmeyeceğinden ne resmi senet ne de şekil meselesi bahis mevzuu olamaz namı müstear davalarının mesmu ve yazılı delil ile ispatı caiz olduğuna ... karar verilmiştir..." <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 08 Eylül 2023.

Taraflar arasında ne yazılı belge ne de delil başlangıcı niteliğinde bir belge bulunmuyorsa dahi inanç sözleşmesi, HMK m. 188 uyarınca ikrar deliline ve delil listesinde açıkça dayanılmışsa HMK m. 225 uyarınca yemin deliline dayanılmak suretiyle de ispatlanabilir¹⁷⁴.

Belirtmek gerekir ki tapuya kayıtlı bir taşınmazı konu alan inanç sözleşmesi, HMK m. 203, f. 1-a hükmünde sayılan yakın akrabalar arasında yapılmış olsa dahi sadece tanıkla ispat olunamaz. Nitekim yakın akraba sayılan bu kişiler tapuda resmi şekilde bir satış sözleşmesi yapmış olup taraflar arasında yazılı belge alınması yönündeki manevi imkânsızlık da bu suretle ortadan kalkmıştır¹⁷⁵.

X. ZAMANAŞIMI

İnançlı işlemde tarafların birbirlerine karşı sahip olduğu haklar¹⁷⁶ aynı değil kişisel nitelikte olup zamanaşımı süresine tabidir. Kanunlarımızda inançlı işlemde doğan alacak haklarının tabi olacağı zamanaşımı süresiyle ilgili herhangi bir yasal düzenleme bulunmadığı için bu alacaklar TBK m. 146 hükmü uyarınca on yıllık zamanaşımı süresine tabidir¹⁷⁷. İnançlı işlemde tarafların alacakları bakımından zamanaşımı süresi alacağın muaccel olduğu tarihten itibaren işlemeye başlar. Bu bakımdan özellikle inananın inanılana karşı ileri sürebileceği inanç konusunun iadesi talebi veya inanç konusu üçüncü kişiye devredilmişse tazminat talebi inanç konusunun inananı iade edilmesi gerektiği tarihten itibaren işlemeye başlar¹⁷⁸.

174 Özkaya (n 1) 55. Senetle ispatı zorunlu olan bir hususun kesin delillerden ikrar ve yemin ile de ispatının mümkün olduğu yönünde Kuru (n 159) 266 ve 281; Arslan, Yılmaz ve Taşpınar (n 159) 407-408; Pekcanitez, Özkes, Akkan ve Korkmaz (n 159) 1841. Yargıtay 1 HD, E 2016/4760 K 2019/2590, 11.04.2019 sayılı kararına göre "...ilk el konumundaki ... maddi vakayı kabul etmiş bir başka deyişle kendisine temlikin bedelsiz olarak kredi kullanılması amacıyla yapıldığını ifade etmiştir. İlk el bakımından bu beyan HMK'nin 188. maddesi uyarınca ikrardır. Dolayısıyla, yazılı delile ve yemin deliline gerek olmaksızın davacı ile ilk el ... arasındaki inançlı işlem kanıtlanmıştır..." <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 08 Eylül 2023. Yine Yargıtay 14 HD, E 2015/10500 K 2018/2493, 29.03.2018 sayılı kararına göre "...Yazılı delil veya "delil başlangıcı" yoksa inanç sözleşmesinin ikrar (HMK m.188) yemin (HMK m.225 vd) gibi kesin delillerle de ispat edilmesi olanaklıdır. Davacının yemin deliline dayanması halinde hakimin davacıya bu hakkını hatırlatması gerekir..." <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 08 Eylül 2023.

175 Özkaya (n 1) 55. Akrabalar arasında senet düzenlenmesi halinde bu senede karşı tanıkla ispatın mümkün olmadığı yönünde Kuru (n 159) 270; Arslan, Yılmaz ve Taşpınar (n 159) 411; Pekcanitez, Özkes, Akkan ve Korkmaz (n 159) 1866. Yargıtay 14 HD, E 2010/14952 K 2011/3732, 23.03.2011 sayılı kararına göre "...Taraflar arasında ... yazılı bir inanç sözleşmesi bulunmadığı gibi, yazılı delil başlangıcı niteliğinde bir delil de yoktur. Bu tür davalarda taraflar baba-oğul da olsalar tanık dinlenemez..." <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 08 Eylül 2023. Yine Yargıtay 14 HD, E 2016/12188 K 2017/2047, 16.03.2017 sayılı kararına göre "...davacı ve davalı ... kardeş oldukları için taşınmazın tapu kaydının davalı üzerine yapıldığının tanık beyanları ile sabit olduğundan bahisle davanın kabulüne karar verilmiştir ... 05.02.1947 tarihli ve 20/6 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı karşısında inanç sözleşmesinin sadece tanık beyanları ile ispat edilmesi mümkün olmadığından davanın reddine karar verilmesi gerekirken..." <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 08 Eylül 2023.

176 İnançlı işlemde tarafların hak ve borçları için bkz VII, B.

177 Özkaya (n 1) 57; Kılıçoğlu (n 18) 249; Yılmaz ve Pınar (n 1) 986; Vardar Hamamcıoğlu (n 18) 103-104. Yargıtay HGK, E 2017/1750 K 2019/321, 19.03.2019 sayılı kararına göre "...inanç konusunun iadesine, inanç konusu üçüncü kişiye devredilmiş, inanılan elinden çıkmışsa tazminat talebine ilişkin dava hakkının 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun (BK) 125. maddesindeki 10 yıllık zamanaşımına tabi olduğu kabul edilmektedir..." <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 08 Eylül 2023.

178 Özkaya (n 1) 58; Kılıçoğlu (n 18) 249; Vardar Hamamcıoğlu (n 18) 103. Yargıtay HGK, E 2017/1750 K 2019/321, 19.03.2019 sayılı kararına göre "...Zamanaşımı ... inanç konusu şeyin iadesi gerektiği tarihte işlemeye başlar. İade tarihi

Zamanaşımı bir itiraz değil defi olduğu için davalı tarafından cevap süresi içerisinde ileri sürülmelidir. Yine davalı tarafından ileri sürülmedikçe hâkim tarafından resen dikkate alınmaz¹⁷⁹. Belirtmek gerekir ki inaçlı işlemin geçerliliği aşırı yararlanma ya da yanılma, aldatma veya korkutma gibi sebeplerle etkilenmişse TBK m. 28 ya da TBK m. 39 hükümlerindeki hak düşürücü süreler uygulanır¹⁸⁰. Yine inaçlı işlem muvazaa sebebiyle geçersizse inanan, hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık teşkil etmemek şartıyla, herhangi bir süre sınırına tabi olmaksızın inaç konusunun kendisine iade edilmesini talep edebilir¹⁸¹.

SONUÇ

Temelleri Roma hukukundaki “*fiducia*” kurumuna dayanan inaçlı işlemler hakkında Türk hukukunda doğrudan bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte gerek doktrin gerekse Yargıtay inaçlı işlemlerin sözleşme özgürlüğü kapsamında geçerli işlemler olduğunu kabul etmektedir.

İnaçlı işlem, inanılanın inanandan elde ettiği bir hakkı yine aralarında kararlaştırdıkları amaca uygun olarak kullanmayı ve gerektiğinde inananı veya üçüncü bir kişiye devretmeyi taahhüt etmesi ve inananın da bu taahhüde güvenerek hakkını inanılanı devretmesi olarak tanımlanabilir.

İnaçlı işlemlere uygulamada genellikle teminat sağlamak, gizlenmek, yönetmek, alacaklılardan mal kaçırmak veya kanunun elverişsiz hükümlerini dolanmak amacıyla başvurulur.

İnaçlı işlemlerin konusu devredilmesi mümkün olan her türlü haktır. Bu bakımdan taşınır veya taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkı ve sınırlı ayni haklar inaçlı işlemlere konu olabilir. İntifa hakkı ve oturma hakkı gibi devredilmesi mümkün olmayan sınırlı ayni hakların ise tesisen kurulmak suretiyle inaçlı işlemlere konu olabileceği doktrinde kabul edilmektedir. Yine alacak hakkı, ortaklık hakkı, eser bakımından telif, yayım, çoğaltma veya tercüme etme gibi haklar da inaçlı işleme konu olabilir. Bununla birlikte devri mümkün olmayan ve kişiye sıkı sıkıya bağlı olan kişilik hakları ile aile hukukundan ve miras hukukundan doğan haklar inaçlı işleme konu olamaz.

İnaçlı işlemler saf (yönetim amaçlı) inaçlı işlemler ve karma (teminat amaçlı) inaçlı işlemler olarak ikiye ayrılır. İnanan ya da onun belirlediği üçüncü kişinin menfaatinin ön planda olduğu ve yönetim amacı taşıyan inaçlı işlemler saf inaçlı işlem olarak adlandırılırken inanılanın menfaatinin ön planda olduğu inaçlı işlemler ise karma inaçlı işlem olarak adlandırılır.

henüz gelmemiş inanılan, inaç konusunu elinde tutmakta haklı ise zamanaşımının başlamasına imkân yoktur... <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 08 Eylül 2023. Yine Yargıtay 14 HD, E 2015/16551 K 2018/4382, 04.06.2018 sayılı kararına göre “...zamanaşımı ... süre(si)nin başlangıcı, inaç gösterilenin borcunu yerine getirmeyeceği konusundaki tavrının ortaya çıkması ile başlar. Diğer bir anlatımla, inaç gösteren kişinin hakkına yargısız ulaşabileceği umudunun tükendiği tarih zamanaşımı süresinin başlangıcını teşkil eder...” <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 08 Eylül 2023.

179 Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 31) 1073; Özkaya (n 1) 58.

180 Özkaya (n 1) 58.

181 Vardar Hamamcıoğlu (n 18) 95-96.

İnançlı işlemin borçlandırıcı işlem unsurunu oluşturan inanç sözleşmesi, inananın inanılana bir hakkını veya şeyini aralarında anlaştıkları amaçla devretmeyi ve inanılanın da bu hak veya şeyi yine bu amaca uygun şekilde kullanıp şartları gerçekleştiğinde inananı iade etmeyi taahhüt ettiği sözleşme olarak tanımlanabilir.

İnanç sözleşmeleri gerek doktrin gerek Yargıtay tarafından hem bir alacağın hem de taşınır ve taşınmaz mülkiyetinin devrini sağlayan geçerli bir hukuki sebep olarak kabul edilmektedir. Tapu uygulaması Tapu Sicil Tüzüğü m. 16, f. 2'deki "İstem, tescili bozucu veya hükümsüz kılıcı kayıt ve şarta bağlanamaz" hükmünü gerekçe göstererek inanç sözleşmelerini tapuda resmi olarak düzenlemekten kaçınsa da inanç sözleşmesi tescili şarta bağlamamakta sadece sözleşmedeki şartlar gerçekleşince inanılana taşınmaz mülkiyetini iade konusunda bir borç yükler.

İnanç sözleşmeleri kural olarak herhangi bir geçerlilik şekline tabi değildir. Bununla birlikte taşınmaz mülkiyetinin devrini konu alan inanç sözleşmeleri için bir ayırım yapmak gerekir. Taşınmazın inanılan tarafından doğrudan inananın kazanılması durumunda taşınmaz mülki-yetini devir borcu içeren inanç sözleşmesi tapu sicil görevlileri tarafından resmi şekilde düzenlenmelidir. Buna karşılık taşınmaz mülkiyetinin üçüncü kişiden kazanılması durumunda inanan ile inanılan arasında taşınmazın inananı devrini amaçlayan inanç sözleşmesi dolaylı temsil yoluyla gerçekleşen bir vekâlet sözleşmesi niteliğinde olduğundan TBK m. 508, f. 1 uyarınca herhangi bir şekle tabi değildir.

Tapu uygulaması inanç sözleşmelerini tapuda resmi olarak düzenlemediği için taraflar yapmak istedikleri inanç sözleşmelerini tapuda satış sözleşmesi olarak düzenlemektedir. Bu durumda doktrindeki bir görüş görünürdeki satış sözleşmesinin nispi muvazaa ve taraflar arasındaki inanç sözleşmesinin ise resmi şekle aykırılık sebebiyle kesin hükümsüz olduğu görüşündedir. Doktrindeki diğer görüş ise bu durumda TBK m. 19 hükmü uyarınca yanlış belirtme zarar vermez ilkesinin uygulanması ve tapuda sözleşme türünün "satış" olarak nitelendirmesiyle bağlı kalınmadan tarafların gerçek ve ortak iradelerinin esas alınarak sözleşmenin inanç sözleşmesi olduğunun kabul edilmesi gerektiği görüşündedir. Yargıtay eski tarihli kararlarında ilk görüş doğrultusunda kararlar vermekteyken yeni tarihli kararlarında ikinci görüş doğrultusunda kararlar vermeye başlamıştır.

Bir malvarlığı değerinin teminat amaçlı inançlı işlemle alacaklıya devredilmesi ve borç vadesinde ödenmeyince inanç konusunun paraya çevrilmesi yönünde bir inanç sözleşmesi başlı başına lex commisoria yasağına aykırılık teşkil etmez. Bununla birlikte inançlı işlemle alacaklıya devredilen bir malvarlığı değerinin borç vadesinde ödenmediği takdirde alacaklıda kalmaya devam edeceği yönündeki bir anlaşmanın lex commisoria yasağına aykırılık teşkil edip etmediği doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde lex commisoria yasağının inançlı işlemler için uygulanmayacağını savunan görüşe göre inançlı işlemde alacaklının bir malvarlığı değerini hileli bir şekilde ele geçirme niyeti olmayıp bu malvarlığı değeri daha baştan alacaklıya geçirilmiş ve taraflar arasında borç ödenmezse bu malvarlığı değerinin alacaklıda kalacağı yönünde geciktirici şarta bağlı bir ifa yerini tutan eda anlaşması yapılmıştır. Buna karşılık doktrindeki diğer görüşe göre lex commisoria yasağı inançlı işlemler bakımından kıyasen uygulanır. Yargıtay'ın lex commisoria yasağının inançlı işlemler

bakımından uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin her iki görüşü kabul eden kararları da bulunmakta olup bu anlamda kararlar arasında bir görüş birliği bulunmamaktadır.

İnançlı işlemin ikinci unsuru olan hakkın devri için alacak hakkının devri konusunda tarafların yazılı olarak anlaşması, taşınır için zilyetliğin hükmen tescil harici bir yolla inanılana devredilmesi, taşınmazlar için tapu sicilinde inanılan adına tescil yapılması ve kambiyo senedi için inanılana ciro ve teslim yoluyla devir yapılması gerekir.

İnanç sözleşmeleri genel olarak kabul edildiği üzere kendine özgü (sui generis) nitelikte sözleşmelerdir. İnançlı işlemlere öncelikle taraflar arasındaki inanç sözleşmesinde emredici hukuk kurallarına aykırı olmayan bir hüküm varsa bu hüküm uygulanır. İnanç sözleşmesinde hüküm bulunmadığı durumlarda hâkim TMK m. 1 uyarınca hukuk yaratır. Bu bakımdan saf inançlı işlemlere vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler, karma inançlı işlemlere ise hem vekâlet sözleşmesine hem de rehin sözleşmesine ilişkin hükümler kıyasen uygulanır.

Saf inançlı işlemlerde inanılan, inanandan inanç konusu eşyanın zilyetliğinin kendisine devredilmesini talep edebilir. İnanılan, inanç sözleşmesinde kararlaştırılmışsa veya teamül ücret almayı gerektiriyorsa inanç konusunu idare etmesi sebebiyle ücrete hak kazanır. İnanılan, inanç konusunu idare etmesi sebebiyle yaptığı giderler ile verdiği avansların ödenmesini, yüklendiği borçlardan kurtarılmasını ve uğradığı zararların giderilmesini inanandan isteyebilir. İnanılan, inananın açık talimatlarına uymak ve inanılanı inanç amacına uygun olarak kullanmakla yükümlüdür. İnanılan inanç konusunu idare ederken gereken özeni göstermek ve sadakat yükümlülüğü kapsamında belirli ölçüde sır saklamakla yükümlüdür. İnanılan, inananı idare işleriyle ve inanç konusunun durumuyla ilgili bilgilendirmekle yükümlüdür. İnanılan inanç konusunu idare etmesi sebebiyle elde ettiği semereleri ve inanç sözleşmesinin sona ermesi halinde inanç konusunu veya inanç konusu yerine geçen değeri inanana devretmekle yükümlüdür.

Karma inançlı işlemlerde inanılan, inanandan inanç konusu eşyanın zilyetliğinin kendisine devredilmesini talep edebilir. İnanılan, inanç konusunu idare etmesi sebebiyle yaptığı giderlerin ödenmesini inanandan talep edebilir. İnanılan, inananın borcunu ödememesi halinde inanç konusunu bizzat kendisi doğrudan doğruya paraya çevirerek alacağını tahsil edebilir. Elde edilen para inanılanın alacağını karşılamaya yetmezse inanılan, genel hükümler uyarınca inananın malvarlığına başvurabilir. İnanılan, inanç amacına aykırılık teşkil etmediği ölçüde inananın açık talimatlarına uymak ve inanılanı inanç amacına uygun olarak kullanmakla yükümlüdür. İnanılan, borcun ödenmemesi durumunda inananın diğer mallarına karşı takip yollarına başvurmadan önce kendisine teminat sağlamak amacıyla devredilen inanç konusunu paraya çevirmekle yükümlüdür. İnanılan yine borcun ödenmemesi durumunda inanç konusunu paraya çevirirken gerekli özeni göstermekle yükümlüdür. İnanılan, borcun ödenmemesi sebebiyle inanç konusunu paraya çevirdikten sonra elde edilen paranın alacak miktarını aşan kısmını inanç konusunu edindiği inanana veya üçüncü kişiye iade etmekle yükümlüdür. İnanılan, borcun tamamının ödenmesi veya inanç sözleşmesinde öngörülen sürenin sona ermesi durumunda inanç konusunu ya da ikame değerini inanç konusunu

edindiği inanana veya üçüncü kişiye iade etmekle ya da inanç konusunun üzerinde bulunan inançlı intifa gibi yükleri kaldırmakla yükümlüdür.

İnanılan, inanç konusu üzerinde tam hak sahibi olduğu için inanç konusunu geçerli bir şekilde üçüncü kişiye devredebilir veya inanç konusu üzerinde üçüncü kişi lehine sınırlı aynı hak tesis edebilir. Üçüncü kişinin inançlı işlemin varlığını biliyor olması dahi bu işlemlerin geçerliliğini etkilemez. Üçüncü kişiye yapılan devrin muvazaalı olması veya TBK m. 49, f. 2 kapsamında inanana zarar vermek kastıyla yapılması durumları hariç olmak üzere inanan sadece inanılandan TBK m. 112 kapsamında tazminat talebinde bulunabilir.

İnanç sözleşmesi, tarafların bozma (ikale) sözleşmesi yapması, inanç sözleşmesinde aşırı yararlanma veya irade bozukluğu hallerinin varlığında sözleşmeyle bağlı olunmadığının bildirilmesi, kararlaştırılan amacın gerçekleşmesi veya sürenin dolması, saf inançlı işlemlerde tarafların sözleşmeyi tek taraflı sona erdirmeye hakkını kullanması, inanılanın ölümü, iflası ya da ayırt etme gücünü kaybetmesi durumunda sona erer. İnanılan, inanç konusu kendisine hangi tasarruf işlemiyle devredildiyse inanç sözleşmesi sona erdiğinde de aynı tasarruf işlemi yapmak suretiyle onu iade etmelidir. İnanç konusunun inanç sözleşmesine aykırı bir şekilde üçüncü kişiye devredilmesi durumunda inanan üçüncü kişiden herhangi bir talepte bulunamaz. Bununla birlikte üçüncü kişiye yapılan devrin muvazaalı olduğu durumlar ve TBK m. 49, f. 2 kapsamında inanılan ile üçüncü kişinin inanana zarar vermek kastıyla hareket ettiği durumlarda inanan üçüncü kişiden inanç konusunun iadesini TBK m. 51, f. 1 uyarınca aynen tazmin olarak talep edebilir.

İnançlı işlemlerin ispatı bakımından Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun nam-ı müstear davaları için 1947 yılında vermiş olduğu içtihadı birleştirme kararındaki esaslar uygulanmaktadır. İnançlı işlemin konusu olan taşınır veya tapusuz taşınmaz taraflar arasında yazılı bir belge düzenlenmeden devredilmişse ve dava değeri parasal ispat sınırını geçmiyorsa inançlı işlem, tanık dâhil her türlü delille ispatlanabilirken taraflar arasında yazılı bir belge düzenlenerek devredilmişse inançlı işlem, yakın akrabalar arasında yapılmış olsa dahi sadece tanıkla ispat olunamaz. Bu durumda inançlı işlem yazılı belgeyle veya HMK m. 202 uyarınca delil başlangıcı ile birlikte bunu destekleyen tanık dâhil diğer delillerle ispatlanabilir. İnançlı işlemin konusu olan tapuya kayıtlı taşınmaz için taraflar arasında bir inanç sözleşmesi olduğu iddiası HMK m. 201 uyarınca tarafların getirecekleri ve onların imzalarını taşıyan yazılı bir belgeyle ispatlanabilir. Taraflar arasında böyle bir yazılı belge yoksa inanç sözleşmesi delil başlangıcı ve bunu destekleyen tanık dâhil diğer delillerle ispatlanabilir. Taraflar arasında ne yazılı belge ne de delil başlangıcı niteliğinde bir belge de bulunmuyorsa inanç sözleşmesi, ikrar deliline ve delil listesinde açıkça dayanılmışsa yemin deliline dayanılmak suretiyle de ispatlanabilir.

İnançlı işlemde tarafların birbirlerine karşı sahip olduğu haklar aynı değil kişisel nitelikte olup TBK m. 146 hükmü uyarınca on yıllık zamanaşımı süresine tabidir ve zamanaşımı süresi alacağın muaccel olduğu tarihten itibaren işlemeye başlar.

KAYNAKÇA

- Antalya OG, *Marmara Hukuku Yorumu Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1* (2. Baskı, Seçkin 2019).
- Arslan R, Yılmaz E ve Taşpınar Ayvaz S, *Medeni Usul Hukuku* (2. Baskı, Yetkin Yayınları 2016).
- Akil C, ‘Tasarrufun İptaline Konu Olabilecek İşlemlerin Hukuki Niteliği’ (2014) 1(1) Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi 79-102.
- Altaş H ve Kurt L M, ‘İnançlı İşlemler’ (2011) 2(2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-28.
- Ayan M, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (10. Baskı, Mimoza Yayınları 2015).
- Ayanoğlu Morali A, ‘Mülkiyet Hakkının Teminat Amaçlı Devrine Yönelik İnançlı İşlemler’ (Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi, 2006).
- Aydıncık Ş, ‘Bir İnançlı İşlem Türü Olarak Alacağın Teminat Amacıyla Temlik’ (2006) 64(1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 131-194.
- Berktaş Yüksel E, *Türk Hukukunda Saf İnançlı İşlemler* (1. Baskı, Onikilevha 2022).
- Boztaş N, ‘Lex Commisoria Yasağının İnançlı İşlemler ve İcra Sözleşmeleri Bağlamında Değerlendirilmesi’ (2017) 4(2) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 209-252.
- Eren EG, ‘Kazandırmanın Hukuki Sebebi’ (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi 2019).
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (23. Baskı, Yetkin 2018).
- Eren F, *Mülkiyet Hukuku* (5. Baskı, Yetkin 2020).
- Ergüne MS, *Taşınır Mülkiyeti* (1. Baskı, Onikilevha 2017).
- Gümüş MA, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt-I* (3. Bası Vedat Kitapçılık 2013).
- Güvenç Ö, *Taşınmazların İnançlı İşleme Devri* (1. Baskı, Yetkin 2014).
- Helvacı İ, *Türk Medeni Kanununa Göre Lex Commissoria (Mürtehinin Merhunu Temellük) Yasağı* (1. Baskı, Alfa 1997).
- Kılıçoğlu A, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (23. Bası, Turhan Kitabevi 2019).
- Kocayusufoğlu N, Hatemi H, Serozan R ve Arpacı A, *Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme* (4. Basıdan 7. Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi 2017).
- Kuru B, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (2. Baskı, Yetkin Yayınları 2018).
- Nomer HN, ‘Teminat Amaçlı Vefalı Satışlar İle İnanç Sözleşmeleri ve Lex Commisoria Yasağı’ (2016) 22(3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 2007-2015.
- Oğuzman MK, Seliçi Ö ve Oktay Özdemir S, *Eşya Hukuku* (23. Baskı, Filiz Kitabevi 2021).
- Oğuzman MK ve Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler: Cilt-1* (18. Bası, Vedat Kitapçılık 2020).
- Oktay Özdemir S, ‘Teminat Amaçlı Mülkiyet Devri Sözleşmeleri’ (1999) 19(1-2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 657-683.
- Öğüz T, ‘İnançlı Temlike Konu Taşınmazın İadesi Talebinin Dayandığı Hukuki Esasların Değerlendirilmesi’ (2005) 4(1-2) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 119-133.
- Özkaya E, *İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları* (7. Baskı, Seçkin 2017).
- Özsunar E, ‘Roma Hukukunda Rehin Hakkı’ (2005) 7(2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 137-164.
- Özsunay E, *Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler* (1. Baskı, Cezaevi Matbaası 1968).
- Parlak Börü Ş, ‘Mülkiyetin Teminat Amacıyla İnançlı İşleme Devri’ (2017) 29(128) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 231-272.
- Pekcanitez H, Özkes M, Akkan M ve Taş Korkmaz H, *Medeni Usul Hukuku Cilt II* (15. Bası, Onikilevha Yayıncılık 2017).

- Postacıoğlu İ, 'Namı Müstear Meselesi: Vekâlet ve İtimat Mukaveleleri ile Muvazaanın Karşılıklı Münasebetleri' (1947) 13(3) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 1011-1037.
- Reisoğlu S, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (24. Bası, Beta Yayınları 2013).
- Sirmen L, *Eşya Hukuku* (8. Baskı, Yetkin 2020).
- Şeker M, *Roma Hukuku'nda Fiducia (İnançlı İşlem) ve Türk Hukuku Üzerindeki Etkisi* (1. Baskı, Onikilevha 2019).
- Tandoğan H, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt: II* (5. Tıpkı Basım, Vedat 2010).
- Tekinay SS, Akman S, Burcuoğlu H ve Altop A, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7. Baskı, Filiz Kitabevi 1993).
- Uygur A, 'Teminat Amaçlı İnançlı İşlemler' (2006) 10(1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 171-195.
- Vardar Hamamcıoğlu G, 'Taşınmaz Mülkiyetinin İnançlı İşleme Devri ve Buna İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi' (2018) 17(1) Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 87-120.
- von Tuhr A, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı C I-II*, çev. Cevat Edege (Olgaç Matbaası 1983).
- Yavuz C, Acar F ve Özen B, *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler* (13. Baskı, Beta Yayınları 2014).
- Yılmaz S ve Pınar H, 'İnançlı İşlemlerin Muvazaalı İşlemlerle Karşılaştırılması Üzerine Bir Değerlendirme' (2019) 68 (4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 959-998.
- Yüce HA, 'Lex Commisoria Yasağı' (2017) 5(2) Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 191-203.
- Zevkliler A ve Gökyayla E, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (18. Bası, Turhan Kitabevi 2018).