

5. Sayı • Haziran 2024

■ e-ISSN: 2822-4809



ÇUKUROVA ÜNİVERSİTESİ HUKUK ARAŞTIRMALARI DERGİSİ

ÇUKUROVA UNIVERSITY
LAW STUDIES JOURNAL



ÇUKUROVA ÜNİVERSİTESİ

HUKUK ARAŞTIRMALARI DERGİSİ

CUKUROVA UNIVERSITY LAW STUDIES JOURNAL



Yıl 2024 Year 2024 • Sayı 5 Number 5 • e-ISSN: 2822-4809

ÇUKUROVA ÜNİVERSİTESİ

HUKUK ARAŞTIRMALARI DERGİSİ

CUKUROVA UNIVERSITY LAW STUDIES JOURNAL

Yıl 2024 Year 2024 • Sayı 5 Number 5 • e-ISSN: 2822-4809

Sahibi | Owner

Prof. Dr. Azime Aslı Bilgin Güvenç

Editör | Editor

Doç. Dr. Hakan Albayrak

Editör Yardımcıları | Co-Editors

Arş. Gör. Dr. Deniz Alkış Cemiloğlu
Arş. Gör. Esra Bulut
Arş. Gör. Yiğit Çelik
Arş. Gör. M. Zahid Doğanay
Arş. Gör. İdil Nur Gürbüz Gökberk
Arş. Gör. Ali Uçar Kaya
Arş. Gör. Tahsin Mavzer
Arş. Gör. Furkan Özdemir

Yabancı Dil Editörleri | Foreign Language Editors

Dr. Erman Ekingen (*İngilizce*)
Arş. Gör. Dr. Serhan Yıldırım (*Almanca*)
Arş. Gör. Dr. Yasin Sönmez (*Fransızca*)

İletişim | Contact

Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Balcalı Kampüsü, Sarıçam/ADANA
E-posta | E-mail: cuhad@cu.edu.tr

İnternet Adresi | Web Address: <https://hukuk.cu.edu.tr/cu/fakulte-dergisi>
DergiPark Sayfası | DergiPark Page: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/cuhad>

TARANILAN DİZİNLER



Yayın Kurulu | Editorial Board

Prof. Dr. Fatih BİLGİLİ (Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Zeki OKUR (Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ömer KORKUT (Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Azime Aslı BİLGİN GÜVENÇ (Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. İbrahim ERMENEK (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ertan DEMİRKAPI (Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Erdal YERDELEN (Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Süleyman YILMAZ (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mehmet DEMİR (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Aziz Serkan ARSLAN (Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Dursun Ali DEMİRBOĞA (Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Nurcihan ÖZDOĞAN (Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Cem Duran UZUN (Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Danışma Kurulu | Advisory Board

Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ - Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ender Ethem ATAY - Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa AVCI - Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN - Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR - Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Fatih BİLGİLİ - Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Azime Aslı BİLGİN GÜVENÇ - Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet DEMİR - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İsmail DEMİR - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ertan DEMİRKAPI - Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN - Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İbrahim ERMENEK - Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. M. Hakan HAKERİ - İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ - İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Cemil KAYA - İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İsmail KIRCA - TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ömer KORKUT - Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR - Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Zeki OKUR - Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Muharrem ÖZEN - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ahmet Hamdi TOPAL - Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. M. Fatih UŞAN - Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Gülriz UYGUR - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Erdal YERDELEN - Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM - Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Süleyman YILMAZ - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Aziz Serkan ARSLAN - Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Dursun Ali DEMİRBOĞA - Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Eşref KÜÇÜK - Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Nedim MERİÇ - Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Nurcihan ÖZDOĞAN - Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Cem Duran UZUN - Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi M. Fatih CENGİL - İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi

AMAÇ VE KAPSAM

Dergide hukuk ve/veya hukukla ilişkilendirilebilen disiplinler arası nitelikteki bilimsel çalışmalar, özellikle araştırma makaleleri, karar incelemeleri, mevzuat değerlendirmeleri, kitap incelemeleri ve çeviriler yayımlanmaktadır. ÇÜHAD ile hukuk alanında ulusal ve uluslararası literatüre katkı sağlanması amaçlanmaktadır.

Çukurova Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, yılda iki sayı (Haziran-Aralık) olmak üzere yalnızca elektronik ortamda yayımlanan en az iki kör hakem incelemesinin geçerli olduğu bir dergidir. Bu dergi adı “ÇÜHAD” kısaltmasını kullanmaktadır.

Çukurova Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi'nde, Türkçe hazırlanmış hukuk ve/veya hukukla ilişkilendirilebilen disiplinler arası nitelikteki çalışmalara ek olarak, Yayın Kurulu'nca uygun görülecek diğer yabancı dillerde (Almanca, İngilizce, Fransızca vb.) hazırlanmış bilimsel çalışmaların da yayımlanması mümkündür.

AIM AND SCOPE

The journal aims to enhance the national and international literature in the field of law by publishing a wide range of interdisciplinary scientific studies. These studies encompass research articles, decision reviews, legislative reviews, book reviews, and translations, all associated with law and/or legal topics. The objective of CUHAD is to make valuable contributions to the field of law through its diverse publications.

Çukurova University Law Studies Journal, abbreviated as "CUHAD", is a peer-reviewed electronic journal published twice a year (June-December) with at least two blind peer reviews.

This journal offers the opportunity to publish scientific studies in law and/or interdisciplinary studies related to law and other foreign languages such as German, English, French, and more. The Editorial Board evaluates and approves the inclusion of these studies, ensuring their appropriateness for publication in the journal.

YAYIN İLKELERİ

1. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
2. Makalenin Türk Dil Kurumu'nun kabul ettiği yazım kurallarına ve bu metinde yer verilen kurallara uygun hazırlanması zorunludur. Bunlara uyulmaması hâlinde Editörlük yazının ilgili kurallara uygun şekilde yeniden düzenlenerek gönderilmesini talep edebilir.
3. Yayın Komisyonunca ilk değerlendirmesi yapılan yazılar hakemlere gönderilecek, hakemlerden gelen raporlar doğrultusunda yazının yayımlanmasına, hakemden gelen raporlar çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve yazar durumdan en kısa sürede haberdar edilecektir. Hakem raporunda düzeltme istenmesi durumunda, yazar tarafından sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapılabilecektir. Dergide, çeviri, karar ve kitap incelemeleri, mevzuat değerlendirmeleri ve bilgilendirici notlara da yer verilecektir. Bu nitelikteki yazıların kabulü veya geri çevrilmesi, Yayın Komisyonu tarafından yapılacaktır. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, Çukurova Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere, tüm yayın haklarına sahiptir.
4. Yalnızca "Dergipark" sistemi üzerinden gönderilen makaleler değerlendirmeye esas alınacak olup, derginin iletişim adresinde yer alan e-posta adresine gönderilen makaleler dikkate alınmayacaktır.
5. Makale ve Kelime Sınırları: Gönderilen çalışmaların başına, makalenin Türkçe ve yabancı dildeki adı, en az 100, en fazla 300 kelimelik Türkçe ve yabancı dilde özetlerinin ve en az üç en fazla on adet anahtar kelimenin Türkçe ve yabancı dilde eklenmesi gerekmektedir. Anahtar kelimelerin ilk harfleri büyük olmalıdır.
6. Başlık ve Yazar Adı: Makale başlığının Times New Roman yazı tipi 12 punto tüm harfler büyük, kalın ve ortalanmış şekilde yazılması gereklidir. Konu başlığının sağ altında yazarın adı ve soyadı yer almalıdır. Yazar adı ve soyadı, ana başlığın altına, 12 punto, kalın, sağa yaslı olarak akademik unvanla beraber "Adı SOYADI" biçiminde yazılmalı, sonuna * işareti konularak dipnotta sırasıyla yazarın akademik unvanı, çalıştığı kurum, e-posta adresi ve ORCID numarası belirtilmelidir. Örnek: Doç. Dr., Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, yazar@cu.edu.tr, ORCID: 0000-0000-0000-0000.
7. Sayfa Yapısı: Sayfa yapısı üstten, alttan ve yanlardan 2,5 cm olmalıdır.

8. Metin: Çalışmaların, esas metni en az 4.500 en fazla 15.000 kelimedenden oluşmalıdır. Başlık 1 biçimi sadece yazının ana başlığı için kullanılmalıdır. Yazılarda Öz, Abstract, Giriş, Sonuç ve Kaynakça başlıkları Başlık 2 biçimine tanımlanmalıdır. Başlıkların numaralandırılması Romen rakamıyla I. ile başlamalıdır. Başlıkların tümünün ilk satırı 1,25 cm girintili olmalıdır.
9. Çalışmanın sonunda, çalışmada kullanılan kaynakların yazarlarının soyadlarına göre sıralandığı bir kaynakça bulunmalıdır.
10. Çalışmanın ana metni, Times New Roman yazı tipinde, 1,5 satır aralığı ve 12 punto, dipnotları ise, tek satır aralığı ve 10 punto olarak hazırlanmalıdır. Dipnotların 0,75 cm asılı ve aralarında 3 nk boşluk olması gerekir.
11. Atıflar dipnotta gösterilmelidir. Dipnot ve kaynakça yer alan eserler “APA” atıf sistemi ile gösterilmelidir.
12. Yargı Kararlarına Atıf: Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi kararlarına yapılan atıflar bu bölümde yer verilen şekilde düzenlemelidir. Yabancı mahkeme kararlarına atıf yapılırken Dergi tarafından özel bir usul öngörülmemekle birlikte, benimsenen usul yazının tamamında yeknesak olarak kullanılmalıdır.
Y. 17. HD, T. 08.09.2020, E. 2019/3192, K. 2020/4927: Yargı kararına ulaşılan kaynak, (E.T. 12.12.2021).
Ankara BAM 2. HD, T. 23.01.2017, E. 2016/113, K. 2017/21: Yargı kararına ulaşılan kaynak, (E.T. 12.12.2021).
13. Dergimize gönderilen makaleler intihal programından geçirilmektedir. İntihal programı olarak Turnitin veya İThenticate isimli programlardan biri kullanılmaktadır. İntihal oranının %30'dan aşağı olması gerekmektedir.

WRITING RULES

1. Manuscripts submitted to the journal must be original and should not have been previously published or under consideration for publication elsewhere.
2. The manuscript should adhere to British rather than American spelling, e.g., ‘recognise,’ not ‘recognize’; ‘labour,’ not ‘labor’; ‘analyse’ not ‘analyze.’ Place full points and commas inside quotation marks; place other punctuation marks outside quotation marks unless they are part of the quoted material. Footnote numbers should be placed outside quotation marks except when they are part of the exact quote. If there are any non-compliance issues, the Editorial Board may request the manuscript to be revised and resubmitted according to the relevant rules.
3. Once the manuscripts pass the initial evaluation by the Editorial Board, they will be forwarded to referees for review. CUHAD operates under a double-blind peer-review model. Based on the referees’ reports, the decision will be made to accept the manuscript for publication, request revisions based on the reports, or reject the manuscript. The author will be promptly informed of the outcome. If revisions are requested, the author may only make changes within the framework of the specified corrections. The journal also includes translations, decision reviews, book reviews, legislative evaluations, and informative notes. The final decision to accept or reject a manuscript of this nature lies with the Editorial Board. If the articles are accepted for publication, CUHAD holds all publication rights, including full-text publication in electronic format.
4. Only manuscripts submitted through the “Dergipark” system will be considered, and submissions sent via email to the journal’s contact address will not be reviewed.
5. Manuscript and Word Limits: The submitted work should include a title in both Turkish and foreign languages, abstracts of at least 100 and a maximum of 300 words in Turkish and foreign languages, and a minimum of three and a maximum of ten keywords in Turkish and foreign languages. The keywords should have the first letter capitalized.
6. Title and Author Name: The article title should be written in Times New Roman font, 12 points, with all letters capitalized, bolded, and centered. Below the title, the author’s full name should be provided. The author’s name, surname, academic title, institution, email address, and ORCID number should be listed as a footnote. The author’s name and surname should be written in size 12, bolded, and right-justified. The academic title, institution, email address, and ORCID number should be indicated sequentially with an asterisk (*) at the end. (Researchers without an ORCID number can obtain one from <https://orcid.org/>. Studies by researchers without an ORCID number will not be evaluated.)

Example: Assoc. Prof. Dr., Cukurova University Faculty of Law, Department of Civil Law, author@cu.edu.tr, ORCID: 0000-0000-0000-0000.

7. Page Layout: The page layout should have margins of 2.5 cm from the top, bottom, and sides.
8. Text: The main body of the study should contain a minimum of 4,500 words and a maximum of 15,000 words. The main heading of the article should be formatted as 'Heading 1'. Titles such as Abstract, Introduction, Conclusion, and Bibliography should be formatted as 'Heading 2'. Headings should be numbered using Roman numerals, starting with I. The first line of each heading should be indented by 1.25 cm.
9. A bibliography should be included at the end of the manuscript document, listing the sources used in alphabetical order based on the authors' surnames.
10. The main text of the study should be prepared in Times New Roman font, with a size of 12pt and 1.5 line spacing. Footnotes should be single-spaced with a font size of 10pt. The footnotes should hang 0.75 cm and have a 3.0 line spacing between them.
11. Citations should be presented in footnotes, following the "APA" citation system adopted for both footnotes and bibliographies.
12. Reference to Judgments: References to decisions from the Court of Cassation and the District Court of Justice should follow the format presented in this section. While the Journal prescribes no specific procedure for citing foreign court decisions, a consistent format should be used throughout the article.
Example citation for a Court of Cassation decision: Y. 17. HD, T. 08.09.2020, M. 2019/3192, K. 2020/4927: Source from which the judicial decision was reached, (Accessed 12.12.2021).
Example citation for a District Court of Justice decision: Ankara BAM 2. HD, T. 23.01.2017, E. 2016/113, K. 2017/21: Source from which the judicial decision was reached, (Accessed 12.12.2021).
13. All manuscripts submitted to CUHAD for publication will be examined by plagiarism software (Turnitin or Ithenticate). As a result of this examination, articles with a plagiarism rate exceeding 30% will not be evaluated.

MAKALELER | ARTICLES

Araştırma Makalesi | Research Article

Ünlü Göktürk Hükümdarı Kutluk (Elteriş) Kağan ve Eski Türk Orta – Asya Kamu Hukukundaki Yeri 1-15
The Famous Kok-Turk Sovereign Kutluq (Elterish) Kagan and his Status in the Ancient Turkish Middle Asian Public Law
Dr. Öğr. Üyesi Aybars PAMİR

Araştırma Makalesi | Research Article

Anayasa Değişikliklerinin Esas Bakımından Yargısal Denetiminin Koşulları: Kısa Bir İnceleme 16-42
The Conditions of Judicial Review of the Substance of Constitutional Amendments: A Brief Overview
Can CEYLAN

Araştırma Makalesi | Research Article

İmtiyaz Sözleşmeleri Çerçevesinde İdari Uyuşmazlıklarda Tahkime İlişkin Usuli Hukuksal Sorunlar..... 43-91
Procedural Legal Issues in Arbitration of Administrative Disputes within the Framework of Concession Agreements
Arş. Gör. Mehmet İNANÇ / Fatih AVCI

Araştırma Makalesi | Research Article

Elektrik Şebekesi İşletmecilerinin Elektrik Kesintilerinden Doğan Sorumluluğunun Hukukî Dayanağı..... 92-126
Legal Basis of Liability of Power System Operators Arising from Power Outages
Dr. Muhammet Ali ATEŞ

Araştırma Makalesi | Research Article

Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu Bakımından Whatsapp Kayıtlarının Boşanma Davasında Delil Olarak Kullanılması..... 127-166
Using Whatsapp Records as Evidence in Divorce Claims for the Crime of Violation of Confidentiality of Communication
Arş. Gör. Fatma Dilan TOPUZ

Araştırma Makalesi | Research Article

Bazı Ülkelerde Çocukların Gözetimsiz Kalmaları Sorunları..... 167-191
The Problems of Unattended Children in Some Countries
Dr. Gulzhar AKHMATALIEVA

Araştırma Makalesi | Research Article

Telif Hakkının Yapay Zekâ Ürünleri Açısından Değerlendirilmesi..... 192-235
Evaluation of Copyright in Terms of Artificial Intelligence Products
Dr. Öğr. Üyesi Emrah AKTÜRK



ÜNLÜ GÖKTÜRK HÜKÜMDARI KUTLUK (ELTERİŞ) KAĞAN VE ESKİ TÜRK ORTA – ASYA KAMU HUKUKUNDAKİ YERİ*

The Famous Kok-Turk Sovereign Kutluq (Elterish) Kagan and his Status in the Ancient
Turkish Middle Asian Public Law

Aybars PAMİR*

ÖZ

Orta-Asya Türk tarihinde çok önemli bir yeri olan Göktürk Devleti'nin tarihi iki bölümde incelenebilir. VI. yüzyılın ortalarında Bumin Kağan'ın kuruculuğunda karşı karşıya kaldığımız birinci kısım VII. yüzyılın ortalarına kadar gayet güçlü bir biçimde sürmüştür. Kuzeylelerinde güçlü bir Türk devletine tahammül edemeyen Çinliler çeşitli entrikalarla Göktürk Devleti'ne son vermişler, böylece Türkler için yarım yüzyıl kadar sürecek bir fetret dönemi başlamıştır. Bu süre zarfında birkaç kez Çin boyunduruğundan kurtulabilmek için isyan girişimi gerçekleşmiş, ancak bunlar başarıya ulaşamamıştır. Türkler'i Çinliler karşısında egemenliğine kavuşturan ve devleti ikinci kez ayağa kaldıran Kutluk olmuştur. Maiyetini kısa süre içinde büyütmeyi başaran Kutluk Çin asıllı büyük devlet adamı Tonyukuk'un da yardımlarıyla Çin esaretine son vermiş ve devlet teşkilâtını bütün unsurlarıyla yeniden oluşturmuştur. Kağan olduktan sonra etraftaki Türk boylarını itaat altına almayı başaran Kutluk, Tonyukuk ile birlikte gerçekleştirilen seferlerde kazandığı zaferlerle de egemenliğini pekiştirmiştir. Toplanan kurultay, Türk devletini yeniden canlandırdığı ve Türkler'in ilini (ülkesini) yeniden düzenlediği gerekçesiyle kendisine İlteriş (Elteriş) unvanını vermiştir. Bu, O'nun Türk halkı tarafından ne kadar çok sevildiğinin bir kanıtı sayılabilir.

Anahtar Kelimeler: Orta-Asya, Göktürk Devleti, Kutluk, Elteriş, Tonyukuk.

* **Gönderi:** 04.04.2023 - **Kabul:** 22.05.2023 | **Received:** 04.04.2023 - **Accepted:** 22.05.2023.

* Dr. Öğr. Üyesi, Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı, Bursa, Türkiye
✉ aybarspamir@hotmail.com • ORCID 0000-0002-0596-1340.

Atıf Şekli / Cite As: PAMİR, Aybars (2024). Ünlü Göktürk Hükümdarı Kutluk (Elteriş) Kağan ve Eski Türk Orta-Asya Kamu Hukukundaki Yeri. ÇÜHAD, (5), 1-15.

İntihal / Plagiarism: Bu makale bir intihal engelleme yazılımı aracılığıyla denetlenmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been checked via a plagiarism prevention software and reviewed by at least two referees.



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.
This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

ABSTRACT

Kok-türk State which has a very important place in the Middle-Asian Turkish history can be examined within two parts: The first part which can be seen with Bumin Kagan, the founder of the state in the middle of 6th Century, lasted so strongly until the middle of 7th Century. Chinese who did not want a powerful Turkish state in their north part ended the Kok-türk State with some tricks; so a slavery term which lasted for about 50 years started for Turks. During that period, a few uprising attempts were made for escaping from the Chinese yoke, but they were never successful. The person who brought freedom to Turks against the Chinese State and stood the state for the second time was Kutluq. He succeeded to widen his followers in a very short time, ended the slavery against Chinese with the help of the great statesman Tonyoquq and formed the state organization with its all instruments, again. After becoming kagan, Kutluq forced all the Turkish tribes around to live under Kok-türk State's sovereignty and then he reinforced his sovereignty with the victories he won in the wars that were made with Tonyuquq. After a while, an assembly gave him a very meaningful name, "Elterish" which meant that the one who founded his state and formed the state organization, again. It was the certain proof that Turkish people loved him so much.

Keywords: Middle-Asia, Kok-türk State, Kutluq, Elterish, Tonyuquq.

GİRİŞ

Büyük Hun Devleti'nden başlayarak pek çok medeniyete ev sahipliği yapan Orta-Asya, Türkler'in de ana yurdu olması bakımından ayrı bir önem taşımaktadır. Bu geniş coğrafyada incelenmeyi bekleyen çok sayıda bakir konu bulunmaktadır. Sözü edilen bölgede Türkler'in kurmuş bulunduğu devletler ve onların hukuk sistemleri ile ilgili kaynak sıkıntısı özellikle dikkat çekmektedir. Mevcut kaynaklar arasında da kimi zaman birbirini tutmayan bilgilerin var oluşu çalışmaları zorlaştırmaktadır.

Makalemiz, anılan zorluklara rağmen eski Orta-Asya Türk tarihinin çok merak edilen bir konusunu gün yüzüne çıkarmayı amaçlamıştır. Seçilen konu, Orta-Asya Türk tarihinin en önemli devletlerinden biri olan Göktürkler'in Çin egemenliğinden kurtularak devletlerini yeniden ayağa kaldırma yolundaki çabaları ile ilgilidir. VII. yüzyılın sonlarında tam 51 yıl süreyle Çin'in boyunduruğu altında yaşayan Türkler, başka bir devletin güdümünde olmaktan asla hoşlanmadıkları için Çin'e karşı bazı isyan hareketleri düzenlemişler, ancak bunlar bir şekilde Çin tarafından bastırılmıştır. Türkler'i aradıkları bağımsızlığa çıkaracak kişi, karizmatik liderleri "*Kutluk*" olmuştur.

Makalemizde ilk olarak Göktürk Devleti'nin genel tarihi ile ilgili bilgiler verilmiştir. Takip eden bölümde, Çin'in çeşitli entrikaları sonucunda Göktürkler'in bu devletin

egemenliğine girişi, Çin'in Türkler üzerinde uyguladığı sıkı politikalar ve bu sert yönetime karşı Türkler'in ilk isyan girişimleri ayrıntılarıyla anlatılmıştır. İlk isyan hareketlerinin başarısızlıkla sonuçlanması sonrasında Kutluk'un büyük devlet adamı Tonyukuk ile birlikte Göktürkler'i ayağa kaldırışı, kağan ilân edilişi, devlet teşkilâtında oluşturmaya çalıştığı düzen ve giriştiği seferler sonraki bölümlerin konularını oluşturmaktadır. Kutluk Kağan'ın dönemi asla Tonyukuk ile ayrı düşünülemez. Bu iki büyük devlet adamının devlet yönetimi ile ilgili konularda birbirlerini adeta bütünledikleri çok net bir biçimde görülebilmektedir.

Çalışma oluşturulurken, konuyla ilgili temel kaynaklardan azamî derecede istifade edilmiştir. Aslında, çoğunlukla Orhun Yazıtları ve Tonyukuk Yazıtı'nda yer aldığını gördüğümüz döneme ait bilgiler kimi yerlerde de Çin kaynaklarından yararlanılarak tamamlanmaya çalışılmıştır.

Makalemizin akademik çalışma dünyasına gereken katkıyı sunacağını umut etmekteyiz.

I. GENEL OLARAK GÖKTÜRK TARİHİ

Bilindiği gibi Göktürk Devleti M.S. VI. yüzyılda Orta Asya'da kurulmuştur. Bu yüzyılın ilk yarısında Orta-Asya'da yaşayan Türkler Juan Juan (Cü-Cen) adı verilen bir ulusun egemenliği altında bulunuyorlardı. 546 yılında büyük bir Kuzey Türk kabileleri birliği Juan Juan'lara saldırmış, bu saldırıyı Juan Juan'lara uyruk durumdaki Türkler'in reisi Tu-men (Bumin) savmayı başarmış ve 552'de devletini kurarak "kağan" unvanını almıştır. Göktürk Devleti VII. yüzyılın ortalarına kadar gayet güçlü bir biçimde yaşamış, o tarihte bölgede kendilerine rakip güçlü bir devlete asla tahammül edemeyen Çinliler'in entrikalarıyla zayıflatılarak ortadan kaldırılmıştır. Türkler'in egemenlik anlayışlarından kaynaklanan Doğu-Batı biçimindeki ayrılmayı ileri götürmek isteyen Çinliler, sonunda aradıkları fırsatı bularak 630 yılında Türkler'e önemli bir darbe vurmuşlardır. Nitekim Doğu Göktürk Kağanı Kie-Le Kağan Çinliler tarafından yenilerek Çin'e götürülmüş, çok geçmeden de Batı Göktürk Devleti'ne son verilmiştir (659). Böylece Göktürk Devleti'nde bir fetret dönemi yaşanmaya başlamıştır. VII. yüzyılın sonlarına kadar Çin'in egemenliği altında kalan Türkler 680-682 yıllarında Kutluk'un önderliğinde Çin'e karşı bir isyan hareketi başlatmışlar, sonuçta Göktürk Devleti'ni yeniden ayağa kaldırmayı başarmışlardır. Kutluk, imparatorluğu (ili) tekrar birleştirdiği, bir araya topladığı için kendisine İlteriş (Elteriş) unvanı verilmiştir¹.

¹ Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ÜÇÖK, MUMCU, BOZKURT, s. 25, 26.

Aslına bakılırsa, Kutluk'un Göktürkler'i Çin egemenliğinden kurtarması öncesinde Türkler Çin'e karşı bazı isyan girişimlerinde bulunmuşlardır. Bu bağımsızlık hareketleri ortaya konmadan Kutluk'un Göktürkler'i yeniden ayağa kaldırması ve devletini teşkilâtlandırması konuları tam olarak anlaşılabilir. Şu durumda, öncelikle Kutluk öncesi Çin'e karşı girişilen ilk isyan hareketlerinin incelenmesi gerekmektedir. Kutluk, yaşanan acı tecrübelerden gerekli dersleri çıkarmış ve kazandığı tecrübeleri isyan hareketinin başarısına yansıtmayı bilmiştir. Böylece Göktürkler'i ikinci defa ayağa kaldıran bu büyük hükümdar tarihteki yerini almıştır.

II. ÇİN HÂKİMİYETİNE KARŞI İLK BAĞIMSIZLIK HAREKETLERİ

Göktürkler'in Çin'e karşı bağımsızlık konusundaki ilk denemeleri 650'li yıllara doğru Ch'e-pi Kağan'ın Çin'e başkaldırışıyla ortaya çıkmıştır². Bu hareketin başarısızlığa uğraması sonrasında Doğu Göktürk boyları Çinliler tarafından kurulan toplamda 24 askerî valilik aracılığı ile büyük bir baskı altına alınmışlardır. Türkler bu baskı ortamında yaklaşık 30 yıl süreyle daha, oldukça ağır koşullar altında yaşamak zorunda bırakılmışlardır. Bu durum, Çin'deki T'ang Hanedanı'nın Genel Askerî Valilik Sistemi'ni aslında ne kadar başarıyla uyguladığının bir göstergesi sayılabilir³. Ancak alınan tüm sıkı tedbirlere rağmen Türkler arasındaki bağımsızlık ateşi asla sönmemiş, Türkler Çinliler'in boyunduruğundan kurtulabilmek için sürekli fırsat kollamışlardır. 679 yılının kış aylarında aradıkları fırsatı bulunca da büyük bir isyan hareketi başlatmışlardır. İsyân kıvılcımının çıktığı yer Göktürk hanedan üyelerinin bulunduğu Gobi Çölü'nün güneyindeki Büyük Genel Askerî Valilik olarak gözükmektedir. Çin İmparatoru Kaotsung bu valiliğe özel bir isim vermişti: "*Ch'an-yü Tu-hu-fu*". İmparator, Göktürk hanedan soyundan gelenlerin bu bölgede tutulmaları sebebiyle, Hun imparatorlarının kullandığı unvanı (Tan-hu = Şan-yu) çağrıştıran bir ismi şimdi bu valiliğe vermek suretiyle yüzyıllardır Türkler'e karşı aldıkları yenilgilerin bir nevi acısını çıkartmakta olduklarını anlatmaya çalışıyordu⁴.

İşte sözü edilen tarihte, anılan bölgedeki Çin yönetiminden hiç memnun olmayan (A-shih-te) Wen-fu ve (A-shih-te) Feng-chih isimli iki Türk kabile şefi kendilerine bağlı durumdaki boylarla birlikte büyük bir ayaklanma çıkarmışlardır. O sırada yaptıkları ilk iş Göktürk

² Ch'e-pi Kağan'ın bağımsızlık denemesi ile ilgili olarak bkz. TAŞAĞIL, Kök Tengri, s. 157.

³ Çin Hükümeti Türkler'den ele geçirdiği bölgelerde rahatlıkla kendi tarzına uygun yönetim bölgeleri oluşturmakta ve bunların başına bazen güvendiği Türk soylu beyleri de yönetici olarak getirebilmekteydi. Böylece, boyunduruk altına alınan Türk kabileleri üzerinde baskıcı bir idare kurulmak isteniyordu. GÖMEÇ, s. 111 vd. – Öte yandan, Çin esareti altında yaşanan fetret dönemi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. TAŞAĞIL, Ergenekon, s. 212 vd.

⁴ TAŞAĞIL, Gök-Türkler, s. 59.

Hanedanlığı'ndan gelen bir kişiyi bulup onu kağan seçmek olmuştur⁵. Böylece (A-shih-na) Ni-shu-fu kağan ilân edilmiştir. İsyan hareketi bir anda büyümüş, Çin Askerî Valiliği Ch'an-yü Tu-hu-fu'daki Türk boylarının şeflerinin de katılımlarıyla isyancı Türklerin sayısı kısa süre içinde 100.000'i bulmuştur. Bu durum, Türkler'in son derece organize biçimde bu hareketi bir süredir plânlamakta olduklarını bizlere göstermektedir.

Sözü edilen ayaklanma ilk yıllarda başarıyla devam etmiş, yukarıda adlarını zikrettiğimiz Wen-fu, Feng-chih ve Kağan Ni-shu-fu Çinliler'e karşı amansız mücadeleler vermişler, hatta kimi zaman Çin Ordusu'na karşı parlak zaferler de elde etmişlerdir. Ancak ilerleyen aylarda Çinliler Göktürkler üzerinde tekrar üstünlük kurmayı başarmışlardır. Çinliler, Türkler karşısında çoğu zaman uyguladıkları kimi entrikalı oyunları da sergilemekten geri kalmamışlardır. Çinliler'in uyguladığı entrikaların içinde en çarpıcı olanlarından biri, hiç kuşkusuz Göktürk Kağanı seçilen Ni-shu-fu'nun Çinliler karşısında alınan bir yenilgi sonrasında Göktürkler arasında çıkan bir karışıklık sırasında öldürülmesi ve kesik başının Çin'e götürülmesidir.

Ni-shu-fu'dan sonra kağanlığa getirilen (A-shih-na) Fu-nien ise, yine Çinliler'in sinsi oyunları sonucu (A-shih-te) Wen-fu ile karşı karşıya getirilmiş, yeni Kağan ile Wen-fu arasında çıkan savaşta Wen-fu'nun ani hücumu sonucunda yenilgiye uğrayan Fu-nien Çinliler'in de sıkıştırması sonucu onlara teslim olmak zorunda kalmıştır. Çinliler, Kağan'a teslim olması durumunda kendisini idam etmeyecekleri yönünde söz verdikleri halde sözlerinde durmamışlar, Kağan ile birlikte teslim olan 54 Göktürk kabile şefini Çin başkentinin doğu pazarında idam etmişlerdir. İdamın uygulanmasında P'ei Yen isimli bir vezirin İmparator'u etkilediğini Çin kaynakları bildirmektedir⁶.

III. KUTLUK'UN GÖKTÜRKLERİ AYAĞA KALDIRIŞI

Yukarıda sözü edilen başarısızlıkla sonuçlanan isyan girişimleri elbette ki bu noktada kalmış değildir. Türkler, kendilerine yeniden bağımsızlık kazandıracak karizmatik lideri çok geçmeden bulmuşlardır: "*Kutluk*". Göktürk hanedan soyundan gelen Kutluk ilk başlarda bir

⁵ "*A-Shih-te (A-shih-na)*" Göktürk hanedan soyunun Çin kaynaklarında geçen adıdır ve "*Arslanlar*" anlamına gelmektedir. Bilindiği gibi, eski Orta-Asya Türk devletlerinin kamu hukuku kurallarına göre, kağan seçilecek kişi mutlaka Gök-Tanrı tarafından belirlenen bu aileye mensup olmak zorundaydı. Ayrıntılı bilgi için bkz. PAMİR, s. 30-35.

⁶ TAŞAĞIL, Gök-Türkler, s. 62, 63.

boy şefi idi ve “*tudun*” unvanını taşıyordu. Aslında kendi dedesi ve babası da tudunluk görevini ifa etmişlerdi. Bu, vergi toplama işlerini yerine getiren kimselere verilen bir unvandı⁷.

Kutluk, kendisinden önceki isyan girişimlerinden gerekli dersleri çıkarmış görünmektedir; zira Çin’e karşı teşebbüse geçtiği andan itibaren asla Çin sınırlarına yakın yerlerde durmayı tercih etmemiş, aksine kendi atalarının yurduna giderek kendisine daha serbest ve rahat hareket edebilme imkânı yaratmıştır⁸.

İsyan hareketinin başlarında Göktürk Hanedan Ailesi’nden hiç kimsenin Kutluk’un yanında yer almaması ilginçtir. Bu kabilenin mensupları Kutluk’a ilerleyen dönemde katılmışlardır.

Kutluk tarafından Çin’e karşı bağımsızlık mücadelesi henüz başlatılmadan önce Türkler’in içinde buldukları duruma ilişkin Tonyukuk Yazıtı’nda yer alan “*Halkın boğazı tok olmakla beraber, etrafları düşman kaynamaktaydı*” ifadesi dikkat çekicidir⁹. Yine, Kültegin Yazıtı’nın Doğu Yüzü’nün 10 satırında da Türk isyanına ilâhî bir vasıf verilmeye çalışılmıştır. Nitekim sözü edilen satırda “*Bunca işi gücü çekip çevirdiğini düşünmeyip Çin İmparatoru, Türk Milleti’ni yok edeyim dediğinden, yukarıda Türk Tanrısı Türk’ün kutlu ülkesini bu şekilde düzenlemiş. Türk Milleti yok olmayıp millet olsun diye İteriş Kağan ve İl Bilge Katun’u halk içerisinde çekip yükseltmiş (Yani, Türk Milleti’nin ölüp gitmesini Gök Tanrı istemediğinden dolayı, Türk Milleti yok olmaktan kurtulmuştur)*”¹⁰ ifadelerine yer verilmiştir.

Kutluk, yukarıda izah edildiği üzere isyan hareketini rahat ve özgürce yürütebilmek adına Çin sınırına uzak bir bölgeyi tercih etmiş ve Çin’in kuzeyindeki Çogay Kuzı Dağı ve Karakum civarına yerleşmiştir¹¹. Ancak bölgeye geldiğinde yanında askerî gücünün oldukça yetersiz olduğu görülmektedir. Ne zaman ki Tonyukuk Çin’deki esaretinden kaçıp Kutluk’un

⁷ HACİFAZLIOĞLU, s. 142. Aslına bakılırsa, “*Kutluk*” ismi de kelime anlamı olarak “*Tanrı tarafından hükmetme yetkisi verilmiş*” anlamına geliyordu.

⁸ TAŞAĞIL, Türk Bilgeleri, s. 161.

⁹ AYDIN, T. Y., 1. Taş, Güney Yönü, sa. 1.

¹⁰ THOMSEN, (Anıt I, Doğu Yüzü, sa. 10), s. 94-96.

¹¹ Sözü edilen yer Çin askerî güçlerinin hareket alanının uzağında bulunması sebebiyle güvenli bir bölgeydi. İşte, Kutluk da bu dağa sığınanlar arasında yer almaktaydı. Kutluk, buradan Karakum adlı bir kaleye geçmiştir. Karakum, Göktürkler’in kışlık merkezi durumundaydı. Yazın Ötüken’de yaşayan Göktürkler kışın Hangay Dağları’nı aşarak Karakum taraflarına geliyorlardı. Kutluk burada Tonyukuk’un da yardımıyla Tola Irmağı civarında yaşayan Dokuz Oğuzlar’ın koyun sürülerini ve atlarını yağmalamak suretiyle önemli askerî ve ekonomik güç elde edecek ve ardından da, Ötüken’i merkez tutarak, tıpkı eskiden olduğu gibi Göktürkler’i kendi merkezinde canlandırma yolunda önemli adımlar atacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. TAŞAĞIL; Türk Bilgeleri, s. 164.

yanına gelmiştir, Göktürkler ciddî bir askerî güce o zaman kavuşmuşlardır. Nitekim Kutluk'un Tonyukuk'un yanına gelmesine çok sevindiği anlaşılmaktadır¹².

Kutluk'un Çin'e karşı isyan hareketini başlatması ile ilgili Orhun Yazıtları'nda Kutluk'un 17 erle dışarı çıktığı, sonra bu sayının 70 olduğu, böylece ihtilâli başlattığı, bunu duyan halkın şehirlerden ve dağlardan onun yanına geldiği, Tanrı güç verdiği için ordusunun kurt gibi, düşmanlarının ise koyun gibi oldukları, Doğu ve Batı'ya ordu gönderip taraftarlarını topladığı, kalabalıklaştıktan sonra ilsizleşmiş ve kağansızlaşmış, cariyeye ve kul olmuş, töresini kaybetmiş halkı atalarının yasaları gereğince yeniden ayağa kaldırdığı anlatılmaktadır.¹³ Görüldüğü üzere, başlangıçta çok az bir mevcutla yola çıkan Kutluk'un maiyeti gün geçtikçe artmıştır. A-shih-na Fu-nien öldüğünde dört bir tarafa dağılan ve çevrede kendi hallerinde yaşayan Türk boyları Kutluk'un bu mücadelesini duyar duymaz etrafında toplanmış ve onu kendilerine kağan seçmişlerdir. Kutluk kağanlık makamına halkın seçimi üzerine oturmuş, ancak Kutluk'un kağan olmasında Tonyukuk'un da payı büyük olmuştur¹⁴.

Tonyukuk bu olayı kendine ait yazıtta şöyle dile getirmiştir: *“Ormanda, taştta kalmış olanları toplanarak 700 oldu. Bunların üçte ikilik kısmı atlı, bir bölümü yaya idi. “Katıl” dedi, katılanı ben idim. Kendi kendime onu kağan mı yapayım deyip, düşündüm. İnsan zayıf ve semiz boğaları uzakta görse, hangisinin zayıf hangisinin kuvvetli olduğunu ayırt edemez. Bunu hatırlayıp Tanrı bilgi verdiği için, onu bizzat ben kağan yaptım”*¹⁵. Bu cümlelerden Tonyukuk'un kendisini biraz ön plâna çıkarmaya çalıştığı anlaşılmaktadır. Gerçekte, A-shih-te (Arslanlar) Ailesi de Kutluk'un yanında olduğu için, onun kağan seçilmesi işi kolaylaşmıştır.

Orhun Yazıtları ve Tonyukuk Yazıtı'nda karşılaştığımız 17, 70, 700 gibi rakamlar tamamen izafidir; gerçeği yansıtmamaktadır. 7 ve 7'nin katları Türkler'ce kutsal sayıldığından, cümleler bu şekilde kurulmuştur¹⁶.

¹² Kutluk'un bağımsızlık mücadelesi vermeye başladığı ilk zamanlarda Tonyukuk henüz Çin'de hapiste bulunuyordu. Kendisini hapiste tutan Çinli vali yardımcısı Wan Pen-li'den affını ve eski görevine dönmeyi isteyen Tonyukuk'un bu talebi kabul görmüştür. Pen-li, o sırada devam etmekte olan Göktürk isyanları yüzünden zor durumda kaldığı için Tonyukuk'u hapisten çıkarmış, onun kabilesi üzerinde oluşturacağı etki sayesinde ayaklanan Türk boylarının Kutluk'a katılmalarının önüne geçebileceğini düşünmüştür. Ama beklentileri boşa çıkmış, Tonyukuk esaretten kurtulur kurtulmaz boyunun bulunduğu yere giderek halkını bağımsızlık hareketi için örgütlemiş, ardından da Kutluk'un birliklerine katılmıştır. Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. DURMUŞ, s. 22.

¹³ THOMSEN, (K.T.Y., Doğu Yüzü), sa. 11-13.

¹⁴ LIU, MAU-TSAI, s. 158 – TOGAN, KARA, BAYSAL, s. 37.

¹⁵ AYDIN, (T.Y., 1. Taş, Batı Yüzü, sa. 4-6).

¹⁶ GÖMEÇ, s. 118. Eski Türkler'in başlangıçta kutsal sayısı 9 idi. Doğu Türkleri'nde 9 sayısının kutluluğu sürdürülürken, Batı Türkleri'nde 7 rakamı kutsal sayılmaya başlanmıştır. Çin kaynaklarından

Göktürk özgürlük hareketine, konuyla ilgili Çin kaynaklarında bir bilgi yer almamakla birlikte Kutluk ve Tonyukuk'un yanısıra Kutluk'un kardeşi Kapgan'ın da katıldığı söylenebilir. Nitekim Ongin Yazıtı'nda geçen "*Kapgan, İlteriş Kağan ülkesinde yaratıldım*" cümlesinden bu sonuca ulaşabilmekteyiz¹⁷. Buradaki Kutluk-Kapgan beraberliği bizlere I. Göktürk Devleti'nin kuruluş aşamasındaki Bumin – İstemi birlikteliğini hatırlatmaktadır¹⁸.

Orta-Asya Türk tarihi üzerine yaptığı çalışmalarla tanınan ünlü tarihçi Roux Göktürkler'in Çin esaretinden kurtularak yeniden ayağa kalkışını koyu bir milliyetçiliğin sonucu olarak ifade etmiştir. Roux'a göre, milliyetçilik duygusu zaman içinde azalmak şöyle dursun, daha da kabarmıştır. Yazar, Çin esaretine girişin asıl sebebinin beylerin ve soyluların milliyetçi değerlere yeterince sahip çıkmamaları olduğunu ve halkın da bu sebeple onları ihanetle suçladığını dile getirmiştir. O yüzden eskinin görkemli günlerini yeniden yaşamak isteyen halk, şimdi kendisine kurtarıcı bir lider aramaya başlamıştır¹⁹.

Sözü edilen beklenti Orhun Yazıtları'nda da içten bir yakınma ile şöyle dile getirilmiştir:

*"Ben il sahibi bir millet idim, şimdi ilim hani? Kimin için il kazanacağım? Ben kağanlı bir millet idim, kağanım hani? Kime hizmet edeceğim?"*²⁰. Bu ifadeler, Roux'un tezini doğrular niteliktedir.

IV. KUTLUK'UN KAĞAN SEÇİLMESİNDEN SONRA YAŞANAN GELİŞMELER

Kutluk kağan seçilir seçilmez ilk işi zekiliği, planlamacı kişiliği ve askerî işlerdeki tecrübe ve başarılarıyla ön plâna çıkan ve halkın da çok sevdiği Tonyukuk'u "*Apa Tarkan*" olarak görevlendirmek olmuştur. Böylece askerî işlerin ve atların idaresi tamamen Tonyukuk'un kontrolüne verilmiştir²¹.

öğrenebildiğimiz kadarıyla, 591 yılında Göktürk Kağanı Çin İmparatoru'na hediye olarak üzeri 7 değerli taşla süslü bir kâse yollamıştır. Bkz. LIU MAU-TSAI, s. 68.

¹⁷ Sözü geçen oluşumda Kutluk, Tonyukuk ve Kapgan'ın yanısıra, onların bazı yakın akrabalarının da bulunduğunu tahmin etmek hiç de zor değildir. Ama, bu kişiler ön plânda olmadıklarından belgelerde isimleri geçmemektedir. GÖMEÇ, s. 116.

¹⁸ Eski Orta-Asya Türk devletlerindeki egemenlik anlayışından doğan, ülkeyi hanedanın erkek üyeleri arasında paylaşırma geleneği ve bu şekilde karşımıza çıkan sağ-sol bölünmeleri ile ilgili geniş bilgi için bkz. ÜÇÖK, MUMCU, BOZKURT, s. 31, 201.

¹⁹ ROUX, s. 143.

²⁰ THOMSEN, s. 94.

²¹ DURMUŞ, s. 22. Sözü edilen görevin genel olarak hayvancılık ve ülkenin ekonomisi ile ilgili işleri karşılıyor olması ihtimal dahilindedir. TAŞAĞIL, Türk Bilgeleri, s. 166.

Kutluk ve Başkomutan olarak atadığı Tonyukuk birlikte ilk önce 681 yılında Çin'in Yün-chou Eyaleti'ne bir baskın düzenlemişler, bu baskında Türk süvarilerinin hızı karşısında şaşkına dönen Çin birlikleri kolayca dağıtılmıştır. Sonuçta çok sayıda esir, 30000 kadar da deve, at, sığır ve koyun ganimet olarak ele geçirilmiştir²². Bu başarılı seferlerin ardından Kutluk ve Tonyukuk'un Çin'e toplamda 11 akını daha olmuştur²³.

Kutluk, tüm bu başarılı Çin seferlerinden sonra kendisine katılan boyları bir düzene sokmuş ve kardeşlerinden Beg Çor (Kapgan)'u “Şad”, To-si-fu'yu da “Yabgu” atamıştır. Böylece Beg Çor Doğu, To-si-fu ise Batı tarafına komutan olarak getirilmiş bulunuyorlardı²⁴.

Bu idarî düzenlemeler yapılırken Tonyukuk, hemen yanbaşılarındaki Dokuz Oğuzlar'ın içinde bulunan bir casustan önemli bilgiler öğrenmiştir. Gelen bilgilere göre Dokuz Oğuzlar kendilerine “Baz Kağan” adında bir kağan seçmişlerdi ve bu hükümdar Çin'e gönderdiği General Ku ve Kıtınlar'a gönderdiği Tonra Eşim adlı elçiler aracılığıyla Göktürkler'e karşı güçlü bir ittifak oluşturulmasının peşindeydi. Elçilerin ifadelerine göre, aslında sayıları az olan Göktürkler giderek güçleniyorlardı. Kağanları Kutluk çok cesur, sözcüleri Tonyukuk da son derece akıllıydı. Onlar var olduğu sürece hem Çinlileri hem de Kıtınları (tabi ki Dokuz Oğuzları da) rahatlıkla öldürüp yok edebilirlerdi. Baz Kağan, bu girişimi ile üçlü ittifak Göktürkler'e karşı bir an önce harekete geçmeye zorlamaktaydı. Hazırlanan plana göre Baz Kağan Kuzey'den, Çinliler Güney'den ve Kıtınlar da Doğu'dan saldırıya geçecek, böylece Türk, *Sir Budun* ülkesinde hiç kalkınamayacaktı²⁵.

Çevrelerinde güçlü bir Türk devletini istemeyen Dokuz Oğuzlar, Kıtınlar ve Çinliler'in Göktürkler'e karşı gerçekleştirdikleri ittifak Kutluk Kağan'ın son derece gelişmiş haber alma teşkilâtının da dikkatinden kaçmamıştır. Göktürkler “Kargu” adını verdikleri ateş kuleleri vasıtasıyla düşman uluslar hakkında her türlü bilgiyi kolayca öğrenebiliyor ve bu bilgileri ilgili

²² DEGUIGNES, s. 392.

²³ Bu akınlar ve sıraları ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. LIU MAU TSAI, s. 437, 438.; KAFESOĞLU, s. 95.

²⁴ KAFESOĞLU, s. 95. Hunlar'ın son döneminde ve Göktürkler'in ilk yıllarında “Yabgu” kağandan sonra gelen bir unvan olarak kabul ediliyor ve mevcut kağan, kendisinden sonra tahta oturacak kişiye bu unvanı veriyordu. Ancak ilerleyen dönemde, Kağanın ardından tahta oturacak kişi olarak yabgu değil, “şad” konumundaki küçük kardeşler gösterilmeye başlanmıştır. Nitekim Kutluk'un ardından Göktürk tahtına Yabgu olan To-si-fu değil de, Şad olan Kapgan geçmiştir. Bu durum To-si-fu'nun silik bir şahsiyet veya ihtirassız bir kişi olduğunu göstermektedir. To-si-fu'nun isminin Göktürkler ile ilgili yerli kaynaklarda hiç geçmiyor oluşu da bu söyleneni doğruluyor gibidir. Bkz. GÖMEÇ, s. 120.

²⁵ AYDIN, (T.Y., 1. Taş, Güney Yüzü, sa. 2-5). Bu ifadelerde geçen “Sir” kelimesi Türkçe olmayıp Soğdça'da “iyi”, “güzel”, “kutlu” anlamlarına gelmektedir. Bkz. CLAUSON, S.G.; Notes on Some Early Turkish Tribes, 22th Congress of Orientalists, Vol. 2, Leiden, 1957, s. 373. Ögel ise, Tarduş Türkleri'nin kullanımından hareketle “Sir Budun”un anlamının “Birleşik Türk Milleti” olması gerektiğini savunmuştur. ÖGEL, s. 27.

yerlere çok kısa süre içinde ulaştırabiliyorlardı. Bu işlerle uğraşan kimselere “*Körüğ, Yamçı, Ulak ya da Tatar*” adı verilmekteydi²⁶.

Casusun getirdiği haber üzerine, Kutluk’un aynı zamanda danışmanı (aygucısı) olan Tonyukuk gece uyumadan, gündüz oturmadan plânlar yapıp düşmanlarını nasıl yeneceğini düşünmüş ve düşüncelerini Kağanı’na açıklamıştır. Tonyukuk Yazıtı’nda bu durum şu sözlerle ifade edilmektedir: “*Bu sözü işitip gece uyuyacağım, gündüz oturacağım gelmedi. Bundan dolayı kağanıma “Çin, Oğuz ve Kitan; bu üçü birleşirse kalakalacağız. Kendi içi, dışarıdan çevrilmiş gibiyiz. Yufka olanın delinmesi, incenin kırılması kolay; yufka kalın, ince yoğun olursa, kırmak zordur. Doğu’da Kitan’dan, Güney’de Çin’den, Kuzey’de Oğuz’dan iki-üç bin askerimiz gelecek mi? diye arz ettim. Kağanım, ben Tonyukuk’un sözlerine kulak verdi. Gönlümce orduyu yönetmemi söyledi*”²⁷. Son cümleden Kutluk’un Tonyukuk’a karşı büyük güven beslediği ve onun görüşlerine değer verdiği sonucu çıkmaktadır.

Sözü edilen gelişmelerden sonra Kutluk Kağan ve Tonyukuk komutasındaki Göktürk Ordusu Oğuzlar’ın üzerine yürümüş (687), Çinliler ve Kitanlar bu savaşta Oğuzlar’ı yalnız bırakmışlardır. Bilge Kağan ve Kültegin Yazıtları’nda değinilmeyen bu savaşta Oğuzlar’ın 6000 askerine karşı Göktürkler’in 2000 kişilik bir gücü bulunuyordu. Türk inancına göre, Tanrı izin verdiği için Oğuzlar mahvedilmişlerdir. Adı geçen savaşta Oğuzlar’ın Hükümdarı Baz Kağan da öldürülmüştür²⁸.

Bu zafer sonrasında Türklerce kutsal sayılan Ötüken ele geçirilmiş ve devlete merkez yapılmıştır. Öte yandan, toplanan kurultay Kutluk Kağan’a “*İl-teriş*” unvanını lâyük görmüştür. Bu unvanın, “*ülkesini, ilini toplayan, derleyen*” manasına geldiği bilinmektedir. Böylece, başta Oğuzlar olmak üzere çevrede bulunan çok sayıda boy gelerek Göktürkler’e bağlılıklarını bildirmişlerdir²⁹.

Tonyukuk’un büyük desteği ile büyük bir badireyi atlatan Kutluk Kağan için bir sonraki adım Çin’de esir kalan Türkler’in kurtarılması hedefi idi. Bu amaçla ilkin Çin’in Chan-yü Eyaleti’nde askerî valiliğin topraklarına bir akın tertip edilmiş, bunu Ping, Lan ve Ting Eyaletleri’ne düzenlenen seferler izlemiştir. Bu akınların hepsinde de Kutluk Kağan Tonyukuk ile birlikte hareket etmiş, Göktürkler bu seferlerde Çin’e büyük zararlar vermişlerdir. Elde edilen zaferlerde Çin içinden seçilmiş casusların da Göktürkler lehine çalıştıkları dikkat

²⁶ Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. GÖMEÇ, s. 122.

²⁷ AYDIN, (T.Y., 1. Taş, Güney Yüzü, sa. 5-8).

²⁸ AYDIN, (T.Y., 1. Taş, Güney Yüzü, sa. 8,9).

²⁹ GÖMEÇ, s. 125.

çekmektedir. Çin Devleti bu casuslardan bir kısmını idam etse de Göktürk akınları hız kesmeden, birbiri peşi sıra devam etmiştir.

Ancak arada Tonyukuk'un Çin Ordusu karşısında aldığı tek bir yenilgi göze çarpmaktadır. Çin kaynakları aslında bunun bir yanılgı üzerine oluştuğunu ifade etmişlerdir. Şöyle ki; Tonyukuk daha önce öldüğünü sandığı bir Çinli komutanı karşısında görünce çok şaşırılmış, onun ve diğerlerinin şaşkınlığından istifade eden Çinliler Göktürkler'e bir yenilgi tattırmışlardır. Bu savaşta tam 10000 Göktürk askerinin öldürüldüğü, 20000'den fazla kişinin tutsak alındığı ve 30000 civarında hayvanın da ele geçirildiği anlatılmaktadır. Çin kaynaklarında yer alan bu bilgilerin abartı içerdiği söylenebilir; gerçekte Göktürkler'in büyük bir kısmı geri çekilmiş, bu arada Çin Ordusu da Göktürkler'den çekindiği için onları takip edebilme cesaretini bile gösterememiştir.

Ardı arkası kesilmeyen Göktürk akınlarına karşı koyamayan Çinliler bir ara Göktürkler'den korkularına Feng Eyaleti'nin Göktürkler'e bırakılmasını bile gündeme getirmişler, ancak sonradan bu karardan cayılmıştır.

Çin eyaletlerine karşı Göktürk seferleri 684-686 yılları arasında da devam etmiş, Çinliler Göktürkler'i hiçbir biçimde defedememişlerdir. T'ang Hanedanı'nın her seferinde değişik komutanları ataması da durumu değiştirmemiş, sonuçta Türkler Dokuz Oğuzlar'dan sonra Çin'den de öçlerini almışlardır³⁰.

687 yılından itibaren, edinilen kimi tecrübelerle Türkler'le aralarında bir denge kurmayı başaran Çinliler, Göktürkler'e karşı oluşturdukları güçlü savunma duvarları sayesinde onların akınlarını bir nebze olsun azaltabilmişler, ama bu durum çok uzun süreli olamamıştır³¹. Sonuçta, VII. yüzyılın sonlarına gelindiğinde Çinliler için çok önemli bir gerçek ortaya çıkmış gözükmektedir: *“Bağımsızlıklarını kazanan Göktürkler'i bir daha boyunduruk altına alabilmek ve onları yenebilmek hiçbir şekilde mümkün değildir”*³².

Göktürkler karşısında bir türlü tutunamayan ve ağır yenilgiler alan Çin'in Kaotsung'dan sonraki hükümdarı İmparatoriçe Wu, çaresizlikten Kutluk Kağan için *“Kısa Ömürlü Kutluk”* unvanını vermiş ve onun derecesini düşürmek suretiyle kendilerini psikolojik açıdan

³⁰ Kutluk Kağan ve Tonyukuk'un Çin üzerine düzenlediği seferler ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. TAŞAĞIL, Türk Bilgeleri, s. 168-170.

³¹ TAŞAĞIL, Kök Tengri, s. 160.

³² TAŞAĞIL, Türk Bilgeleri, s. 172.

rahatlatmak istemiştir³³. Bu durum, Çinliler'in Türkler karşısında ne derece çaresiz kaldıklarını açık bir şekilde ortaya koymaktadır.

688 yılı Göktürkler için Çin'e herhangi bir saldırının yaşanmadığı bir yıl olmuştur. Bu sebeple Çin tarihlerinde de bu yıla ait Göktürkler ve Kutluk Kağan ile ilgili bir bilgi yer almamaktadır. Bir yıl sonra (689) ise, İmparatoriçe Wu Göktürkler'e karşı yeni bir saldırı için büyük bir ordu kurulması çabalarına girişmiş, ordunun başına da büyük isimli bir komutanını atamıştır. Oluşturulan büyük ordu, dört ay arayla iki kez Göktürk ülkesine seferler düzenlese de Göktürkler'le karşılaşmadığı için çekilme zorunluluğu ortaya çıkmıştır. O dönemde Göktürkler, artık Çin ile işleri kalmadığı için Batı'da Türkişler'le uğraşmakta idiler. O sebeple Çin kaynakları sözü edilen Çin Ordusu'nun seferleri ile ilgili fazla bir bilgi vermemektedirler. Zaten, bir karşılaşma olsaydı veya Çin ordusu galip gelseydi, herhalde kaynaklarda Çin Ordusu'nun zaferleri ile ilgili ayrıntılı ve abartılı bilgilerin yer alması gerekirdi³⁴.

Türkişler'e karşı girişilen Batı seferinde Göktürk Ordusu'na Tonyukuk'un komuta ettiği anlaşılmaktadır. Bu seferde Kutluk Tonyukuk'un yanında değildir. Bunun sebebi, Kutluk Kağan'ın yaşlanmış olması ve bazı hastalık belirtileri göstermesidir. Nitekim Türkiş Seferi'nden 2 yıl kadar sonra Kutluk Kağan vefat etmiştir³⁵. Bütün ömrü savaş meydanlarında geçen ve Göktürkler'i iç ve dış tehlikelere karşı korumak adına olağanüstü gayret sarfeden Kutluk, oğlu Bilge Kağan'ın Yazıtı'nda da belirttiği üzere Çinliler'le 17, Kıtınlar'la 7, Oğuzlar'la da 5 kez savaşmıştır. Yazıt'ta, çarpıştığı savaşların sayısının 47'den fazla olduğu belirtilmektedir. Kutluk Kağan bunların neredeyse tamamını kazanmıştır³⁶.

Kutluk Kağan vefat ettiğinde, hemen bütün Çin Göktürk hakimiyetine girmiş durumdaydı, ayrıca Ötüken ve çevresi ile Altay Dağları'na kadar uzanan geniş sahada yaşayan tüm Türk boyları da Göktürk egemenliği altına alınmış bulunuyordu³⁷. En son Türkişler'in de

³³ TAŞAĞIL, Ergenekon, s. 228.

³⁴ TAŞAĞIL, Türk Bilgeleri, s. 173.

³⁵ HACİFAZLIOĞLU, s. 145.

³⁶ Bilge Kağan ve Kültegin Yazıtları'nda Kutluk'un yaptığı işler ve ölümüyle ilgili bilgiler şu şekilde ifade edilmişlerdir: “*Babam Kağan 47 defa ordu sevk etmiş, 20 savaş yapmış. Tanrı izin verdiği için illiyi ilsizleştirmiş, kağanlığı kağansızlaştırmış, düşmanı tâbi kılmış, dizliye diz çöktürmüş, başlıya baş eğdirmiş. Babam Kağan bunca ili, töreyi kazanıp ölmüş. (Cennete girmiş.)*” THOMSEN, (K.T.Y., Doğu Yüzü, sa. 15,16) – (B.K.Y., Doğu Yüzü, sa. 13).

İlteriş Kağan'ın ölüm tarihi ise Yazıtlar'da yer almamaktadır. Çince kaynaklara göre, O'nun ölüm tarihi 690-692 yılları arasındadır. Bkz. LIU MAU-TSAI, s. 160.

Tonyukuk ise, kendine ait Yazıt'ta İlteriş'in seferlerinin sayısını 29 olarak belirtmektedir. Nitekim Tonyukuk Yazıtı'ndan öğrenilebildiği kadarıyla İlteriş Kağan Çin'e karşı 17, Kıtınlar'a karşı 7 ve Oğuzlar'a karşı 5 kez savaşmıştır. AYDIN, s. 135.

³⁷ KAFESOĞLU, s. 96.

itaat altına alınmalarıyla, ülkenin sınırları yaklaşık 18 milyon kilometrekareye ulaşmıştır³⁸. Böylece, iç siyasette devletin birliği sağlanmış, ayrıca askerî, ekonomik ve idarî açılardan Göktürk Devleti çok ileri bir seviyeye getirilmiştir. Bu muazzam başarılarıyla Kutluk Kağan Türk tarihinde kendisine özel bir yer edinmiştir.

SONUÇ

Orta – Asya Türk tarihi çok zengin konularıyla oldukça ilgi çekici bir alana sahip bulunmaktadır. Büyük Hun Devleti’nden başlayan süreçte, Türkler’in ana-yurdu denilen geniş coğrafyada çok sayıda medeniyet boy göstermiştir. Bunlar arasında Gökütürkler’in yeri bir başkadır. Kendilerinden “Türk” olarak bahseden bu büyük imparatorluk VI. yüzyıldan itibaren neredeyse tüm Orta – Asya’ya sahip olmuş, kurduğu medeniyet de tarih içerisinde bir çok uygarlığa örneklik teşkil etmiştir.

VI. yüzyılın ortalarına doğru Bumin Kağan tarafından temeli atılan Göktürk Devleti bir sonraki yüzyılın ortalarına kadar gayet kudretli bir biçimde yaşamış, ancak hemen yanbaşlarında güçlü bir Türk devletini istemeyen Çinliler’in entrikaları sonucu Türkler egemenliklerini yitirerek yarım yüzyıl kadar bu devletin egemenliğini tanımak zorunda kalmışlardır. Çin egemenliğinden kurtulabilmek üzere değişik zamanlarda teşebbüsler yaşansa da, Çinliler bu isyanları birer birer bastırmışlardır. Türkler’i Çin esaretinden kurtarmayı başaran ise, Göktürk hanedan ailesinden karizmatik bir lider olan Kutluk olmuştur. Böylece, Göktürk tarihinin ikinci dönemi açılmış sayılır.

İsyan hareketine başladığında çok az sayıda bir maiyeti bulunan Kutluk, zaman içerisinde büyük bir askerî güce ulaşmış, büyük devlet adamı Tonyukuk’un da yardımlarıyla bağımsızlık yeniden elde edilmiştir. Kendisinden önceki isyan hareketlerini dikkatle inceleyen ve onların başarısız sonuçlanmasından gerekli dersleri çıkaran Kutluk, isyan hareketini rahatça yönetebileceği, Çin sınırından oldukça uzak bir bölgeyi kendisine üs olarak seçmiştir. Kutluk’un stratejisindeki bir diğer önemli nokta ise, çok tecrübeli, ileri görüşlü, askerî kişiliği çok güçlü ve halk tarafından da çok sevilen Çin asıllı devlet adamı Tonyukuk’u derhal önemli bir göreve getirmesi ve devlet teşkilâtının oluşturulmasındaki karar mekanizmasını demokratik bir çizgiye taşımasıdır. Kutluk, gerek bağımsızlığın kazanılması aşamasında gerekse ilerleyen dönemlerde karar alma noktasında asla mutlak yetkili bir hükümdar gibi davranmamış, başta

³⁸ MERAM, s. 57.

Tonyukuk olmak üzere devletin ileri gelenlerinin görüşlerine her defasında yer vermiştir. Bu, onun ne kadar değerbilir bir kişi olduğunu kanıtlamaktadır.

Aslına bakılırsa, Kutluk'un dönemi asla Tonyukuk olmadan düşünülemez. Bu iki büyük devlet adamı atılan neredeyse her adımda birbirlerini tamamlamışlar ve Göktürk Devleti'nin ikinci kuruluşunda çok önemli kararlara birlikte imza atmışlardır. Bu durum Kutluk'un kağan seçilmesinden çıkılan seferlere ve onların plânlarının yapılmasına kadar pekçok noktada kendisini göstermektedir. Devletin tepesindeki bu uyum önce bağımsızlığı, ardından da çok başarılı bir siyaseti beraberinde getirmiştir. Tonyukuk, devlet yönetimindeki çaba ve yardımlarını sadece Kutluk Kağan ile paylaşmış değildir; Kutluk'tan sonra Göktürk tahtına geçen Kapgan Kağan ve Bilge Kağan dönemlerinde de bu büyük devlet adamının katkıları artarak devam etmiştir.

Kutluk, tüm Orta-Asya Türk devletlerinde kağanların temel görevleri arasında sayılan *“kabileleri bir araya getirmek”, “onlar arasında uyum sağlamak”, “halkına gece – gündüz hizmet etmek”* gibi onlarca görevi en baştan itibaren başarıyla yerine getirmiştir. Orhun Yazıtları O'nun bu sorumluluğunu gerçekleştirdiğine dair çok sayıda ifade ile doludur.

Sözü edilen görevlerini eksiksiz yerine getiren Kutluk, çıktığı başarılı seferlerle de adından söz ettirmiştir. Tonyukuk ile birlikte gerçekleştirilen bu seferlerde neredeyse hiç yenilgi yüzü görmeyen bu büyük hükümdar Çin'e karşı elde edilen peş peşe zaferler sayesinde de bu devlete karşı Türkler'in onurunu korumayı başarmıştır. Dönemin Çin kaynaklarının ardı ardına kazanılan Çin zaferleri sonrasında Göktürk Devleti'nden bahsederlerken onlar için *“Yenilmeleri ve bir daha boyunduruk altına alınmaları asla mümkün olmayan bir devlet”* tabirini kullanmaları hiç de boşuna değildir.

Kutluk, gerçekleştirdiği bunca hizmet ve savaşlarda elde ettiği zaferler sonrasında, Göktürkler'i ikinci defa ayağa kaldırarak kabileleri bir araya getirdiği ve devlet teşkilâtını yeniden düzenlediği için kendisine, toplanan kurultay tarafından İlteriş (Elteriş) unvanı lâyük görülmüştür. Bu unvan, onun halkı tarafından ne kadar sevildiğinin de bir göstergesi sayılmaktadır.

Bu büyük hükümdar, Türkler'i yeniden egemenliğine kavuşturduğu 682 yılından itibaren 10 yıl süreyle tahtta kalmış ve bir hastalık sonucu vefat etmiştir. Kurduğu devlet düzeni ve anlayışı kendisinden sonra başa geçen kağanlara ve ilerleyen dönemlerde de diğer Türk devletlerine bir model olmuştur.

KAYNAKÇA

- AYDIN, E. (2019). Türkler'in Bilge Atası Tonyukuk. İstanbul.
- CLAUSON, S.G. (1957). Notes on Some Early Turkish Tribes. 22th Congress of Orientalists, Vol. 2.
- DEGUIGNES, J.M. (1924). Hunların, Türklerin, Moğolların ve Daha Sair Tatarların Tarih-i Umumîsi (C. II). İstanbul.
- DURMUŞ, İ. (2012). Bilge Kağan, Köl Tigin ve Bilge Tonyukuk. Ankara.
- GÖMEÇ, S. (2011). Kök Türk Tarihi. Ankara.
- HACIFAZLIOĞLU, E. (2021). Göktürk İmparatorluğu. Ankara.
- KAFESOĞLU, İ. (1977). Türk Millî Kültürü. Ankara.
- LIU MAU-TSAI. (2006). Çin Kaynaklarına Göre Doğu Türkleri. (Çev. E. KAYAOĞLU, D. BANOĞLU). İstanbul.
- MERAM, A. K. (1974). Göktürk İmparatorluğu. 1974.
- ÖGEL, B. (1982). Türkler'de Devlet Anlayışı (C. II). Ankara.
- PAMİR, A. (2015). Eski Orta-Asya Türk Hukuku'nda Kurultay Müessesesi. Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 3, 11-50.
- ROUX, J. P. (2014). Orta-Asya Tarih ve Uygarlık (Çev. L. ARSLAN ÖZCAN). İstanbul.
- TAŞAĞIL, A. (2021). Türk Bilgeleri. İstanbul.
- TAŞAĞIL, A. (2016). Ergenekon'dan Kağanlığa. İstanbul.
- TAŞAĞIL, A. (1999). Gök – Türkler II. Ankara.
- TAŞAĞIL, A. (2013). Kök Tengri'nin Çocukları. İstanbul.
- THOMSEN, W. (1993). Çözülmüş Orhun Yazıtları. Ankara.
- TOGAN, İ., KARA, G., BAYSAL, C. (2006). Eski T'ang Tarihi. Ankara.
- ÜÇOK, C., MUMCU, A., BOZKURT, G. (2015). Türk Hukuk Tarihi. Ankara.



ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNİN ESAS BAKIMINDAN YARGISAL DENETİMİNİN KOŞULLARI: KISA BİR İNCELEME*

The Conditions of Judicial Review of the Substance of Constitutional Amendments: A Brief Overview

Can CEYLAN*

ÖZ

Anayasa değişikliklerinin esas bakımından yargısal denetimi, anayasa hukukunun en tartışmalı konularından biridir. Esas denetiminin iki koşulu vardır: İlk olarak, anayasa değişiklikleri için öngörülmuş açık veya örtülü sınırlar bulunmalıdır. İkinci olarak, yargı organı, anayasa değişikliklerini esas bakımından denetlemek için yetkilendirilmiş olmalıdır. Anayasa değişikliklerinin esas bakımından yargısal denetime tabi tutulduğu ülkelerde, yargısal denetim açık veya örtülü sınırlara dayandırılmaktadır. Anayasa değişikliklerinin esas bakımından yargısal denetiminin söz konusu olmadığı ülkelerde mahkemeler, anayasa değişikliklerini esas bakımından denetlemeye yetkili olmadıklarını kabul etmektedir. Bu makalede, mahkemelerin anayasa değişikliklerini esas bakımından denetleyebilmek için anayasa tarafından açıkça yetkilendirilmiş olmaları gerektiğine vurgu yapılmıştır. Bu bağlamda, anayasa ile açıkça yetkilendirilmediği halde anayasa değişikliklerini esas bakımından denetleyen mahkemeler eleştirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Anayasa Değişikliği, Esas, Usul, Yargısal Denetim, Açık Sınırlar, Örtülü Sınırlar, Yetki.

• **Gönderi:** 01.12.2023 - **Kabul:** 29.01.2024 | **Received:** 01.12.2023 - **Accepted:** 29.01.2024.

Türk Anayasası dışında, bu çalışmada adı geçen anayasaların İngilizce metinlerine <https://www.constituteproject.org/search?lang=en> adresinden ulaşılmıştır.

* Hazine Avukatı, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi, Ankara, Türkiye ✉ canceylan111@gmail.com • **ORCID** 0000-0001-9424-0125.

Atıf Şekli / Cite As: CEYLAN, Can (2024). Anayasa Değişikliklerinin Esas Bakımından Yargısal Denetiminin Koşulları: Kısa Bir İnceleme. ÇÜHAD, (5),16-42.

İntihal / Plagiarism: Bu makale bir intihal engelleme yazılımı aracılığıyla denetlenmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been checked via a plagiarism prevention software and reviewed by at least two referees.



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

ABSTRACT

Judicial review of the substance of constitutional amendments is one of the most controversial topics of constitutional law. There are two conditions of substance review: First, there has to be either explicit or implicit limitations placed upon constitutional amendments. Second, the judiciary must be authorized to review the substance of constitutional amendments. In those countries the substance of constitutional amendments is subject to judicial review, judicial review is grounded on either explicit or implicit limitations. In those other countries the substance of constitutional amendments is not subject to judicial review, courts indicate that they do not have the authority to review the substance of constitutional amendments. In this article, the requirement for courts to be explicitly authorized by the constitution to review the substance of constitutional amendments is emphasized. In this regard, courts that review the substance of constitutional amendments without an explicit authorization by the constitution are criticized.

Keywords: Constitutional Amendment, Substance, Form, Judicial Review, Explicit Limitations, Implicit Limitations, Authority.

GİRİŞ

Anayasa yargısı, anayasanın üstünlüğü ilkesini hayata geçirmek için tasarlanmıştır. Buna göre, anayasanın üstünlüğü ilkesi, yasama organının anayasaya aykırı kanunlar çıkarmamasını gerektirmektedir. Ancak konunun yasama organının inisiyatifine bırakılması anayasanın üstünlüğü ilkesinin bir temenniden öteye gidememesine neden olmaktadır. Bu nedenle, tarihi süreç içerisinde anayasaya aykırı kanunların geçerlilik kazanmasını önleyecek bir denetim mekanizmasına ihtiyaç duyulmuştur. İşte anayasa yargısı, yasama organının anayasaya aykırı kanunlar çıkarmamasını güvence altına almak üzere hukuk düzenlerine girmiştir. Fakat yasama organının halkın temsilcilerinden müteşekkil olması, anayasa yargısının meşruiyeti ile ilgili tartışmalara neden olmuştur. Çünkü halkı temsil etmeyen bir avuç hâkimin, halkın temsilcilerinin çıkardığı kanunların geçerliliği hakkında karar vermesini demokrasiyle bağdaştıramayanlar olmuştur. Alelade kanunlar ile ilgili bile durum böyleyken, bir de anayasa değişikliklerinin yargısal denetimi tartışmaları ortaya çıkmıştır. Anayasa değişikliklerinin çoğu ülkede parlamentonun nitelikli çoğunluğuyla ve bazı ülkelerde referandumla kabul edilmesinin öngörülmesi, meşruiyet ile ilgili tartışmaların anayasa

değişikliklerinin yargısal denetimi söz konusu olduğunda daha da alevlenmesini beraberinde getirmiştir¹.

Anayasa değişikliklerinin yargısal denetimi konusunda asli kurucu iktidar, tali kurucu iktidar ve kurulmuş iktidar kavramları önem taşımaktadır. Asli kurucu iktidar, hukuk düzeninin mimarı olan anayasa yapıcıya işaret etmektedir². Genellikle bir hukuk boşluğunda ortaya çıkan asli kurucu iktidarın bu nedenle hukukun dışında olduğu kabul edilmektedir³. Tali kurucu iktidar, anayasayı değiştiren gücü ifade etmek için kullanılmaktadır⁴. Asli kurucu iktidar hukuk ile bağlı olmamasına rağmen, tali kurucu iktidar asli kurucu iktidarın yaptığı anayasayla kayıtlıdır. Diğer bir anlatımla tali kurucu iktidar, anayasanın öngördüğü kurallar ışığında kullanılabilen sınırlı bir iktidardır⁵. Benzer şekilde, devletin anayasa ile yetkilendirilen temel organları da anayasayla mahduttur. Anayasa ile sınırlı olan iktidarların tamamı, anayasanın kurduğu kurulmuş iktidarlardır⁶. Bu bağlamda, devletin temel organlarının yanında tali kurucu iktidar da bir kurulmuş iktidardır⁷. Anayasa değişikliklerini yargısal denetime tabi tutan mahkemeler de genellikle tali kurucu iktidarın kurulmuş bir iktidar olmasına dayanmaktadır⁸.

Anayasa değişikliklerinin şekil ve usul bakımından denetlenmesi kabul edilebilirdir. Zira anayasa değişikliklerinin anayasada öngörülen usul kurallarına uygun bir şekilde yapıp yapılmadığı nispeten tartışmadan uzak bir şekilde değerlendirilebilir. Ancak aynı şey esas denetimi için geçerli değildir. Esas denetimi söz konusu olduğunda anayasanın bir parçası haline gelen anayasa değişikliklerinin anayasaya aykırılığının incelenmesi gibi paradoksal bir durumla karşılaşılmaktadır⁹. Ancak birçok ülkede anayasa değişiklikleri esas bakımından denetlenmektedir. Bu makalede, anayasa değişikliklerinin esas bakımından yargısal

¹ BARAK, A. (2011). Unconstitutional Constitutional Amendments. *Israel Law Review*, 44 (3), s. 335; ROZNAI, Y. (2017). *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers*. New York: Oxford University Press, s. 197-198.

² GÖZLER, K. (2016). Kurucu İktidar (2. b.). Bursa: Ekin Yayınevi, s. 10-11; ÖZBUDUN, E. (2019). *Türk Anayasa Hukuku* (19. b.). Ankara: Yetkin Yayınları, s. 167; TEZİÇ, E. (2020). *Anayasa Hukuku* (24. b.). İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 177; KABOĞLU, İ. Ö. (2020). *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)* (15. b.). İstanbul: Legal Yayıncılık, s. 22; ANAYURT, Ö. (2020). *Anayasa Hukuku Genel Kısım* (3. b.). Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 139-140.

³ GÖZLER, s. 23-28; ÖZBUDUN, s. 167-168; TEZİÇ, s. 178; ANAYURT, s. 142-144.

⁴ GÖZLER, s. 11-12; ÖZBUDUN, s. 168; TEZİÇ, s. 191; KABOĞLU, s. 22; ANAYURT, s. 177-178.

⁵ GÖZLER, s. 115; ÖZBUDUN, s. 168; TEZİÇ, s. 191; KABOĞLU, s. 29; ANAYURT, s. 177-178.

⁶ GÖZLER, s. 13-15; ÖZBUDUN, s. 167; TEZİÇ, s. 177; KABOĞLU, s. 22.

⁷ GÖZLER, s. 119; TEZİÇ, s. 191.

⁸ YAP, P. J. (2015). The Conundrum of Unconstitutional Constitutional Amendments. *Global Constitutionalism*, 4 (1), s. 116-118.

⁹ INGHAM, J. F. (1928). Unconstitutional Amendments. *Dickinson Law Review*, 33 (3), s. 161-162; ROZNAI, s. 6-7.

denetiminin koşulları incelenmektedir. Bu konuda iki koşulun varlığı aranmaktadır: İlk olarak, anayasa değişikliği ile dahi dokunulamayacak anayasal alanların bulunması gerekmektedir. Bu yasak alanlar açıkça anayasada ifade edilebileceği gibi anayasanın dolaylı bir yorumundan örtülü olarak da çıkarılabilir. Ancak tali kurucu iktidarın girmesi yasak olan alanların bulunması, doğrudan anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetlenmesini sağlamaz. Tali kurucu iktidar sınırlandırılmış olmasına rağmen yargı organı esas denetimi yapmaya yetkili olmayabilir. İşte yargı organının esas denetimi yapmaya yetkili olması ikinci koşuldur. Mahkemelerin anayasa değişikliklerini esas bakımından denetlediği ülkelere bakıldığında ya anayasada açıkça öngörülen sınırlara ya da anayasada öngörülme-yen örtülü sınırlara dayanıldığı görülmektedir. Esas denetimi yapılmayan ülkelerdeki mahkemeler ise anayasayla açıkça yetkilendirilmemiş olduklarından, anayasa değişikliklerinin esası açısından yetkili olmadıklarını kabul etmektedirler.

I. ESAS DENETİMİNİN ÖN KOŞULU

Anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetlenebilmesi için tali kurucu iktidarın esas yönünden tabi olduğu birtakım sınırların bulunması zorunludur¹⁰. Söz gelimi, yazılı bir anayasanın olduğu bir hukuk sisteminde, kanunların muhtevasının sınırı anayasadır. Kanunların içeriği anayasayla sınırlandırılmış olmasaydı, mahkemelerin kanunları esas bakımından denetlemesi mümkün olmazdı. Benzer şekilde tali kurucu iktidarın hiçbir sınırla bağlı olmadan anayasayı değiştirebileceği kabul edildiği takdirde, mahkemelerin anayasa değişikliklerini esas bakımından inceleyebilmesi mümkün değildir. Zira bu ihtimalde esas denetimine referans alınabilecek bir ölçü norm yoktur¹¹. Tali kurucu iktidarın bizatihi anayasa tarafından sınırlandırılması mümkündür. Anayasa hukukçuları bu durumu *açık sınırlar (explicit limitations)* olarak ifade etmektedir¹². Açık sınırların en sık rastlanılan örneği anayasanın, bazı hükümlerinin değiştirilemeyeceğini veya bazı hükümlerine aykırı anayasa değişikliği yapılamayacağını öngörmesidir. Örneğin 1949 tarihli Federal Almanya Anayasası'nın 79'uncu maddesinde, 1'inci ve 20'inci maddelerde yer alan ilkelere aykırı anayasa değişikliklerinin kabul edilemez olduğu hükme bağlanmıştır. 1958 tarihli Fransa Anayasası'nın 89'uncu maddesi, devletin yönetim şeklinin cumhuriyet olma özelliğini ortadan kaldıran bir anayasa değişikliği yapılamayacağını kurallaştırmıştır. Keza 1982 tarihli Türkiye Anayasası'nın 4'üncü

¹⁰ GÖZLER, K. (2008). *Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study*. Bursa: Ekin Press, s. 51 (<https://www.anayasa.gen.tr/jrca.pdf>, E.T: 26.10.2020).

¹¹ GÖZLER, *Judicial Review of Constitutional Amendments*, s. 77.

¹² GÖZLER, *Judicial Review of Constitutional Amendments*, s. 55, 67; ROZNAI, s. 15-16.

maddesi, ilk üç maddenin değiştirilmesini yasaklamıştır. Öte yandan, anayasa değişikliklerinin süre veya dönem bakımından sınırlandırılması da mümkündür. Süre bakımından sınırlama anayasanın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren belli bir süre içinde değiştirilememesi, dönem bakımından sınırlama ise olağanüstü dönemlerde anayasa değişikliği yapılamaması şeklinde olabilmektedir¹³.

Süre ve dönem bakımından getirilen sınırlara riayet edilip edilmediğinin incelenmesi usul denetimine girdiği için bununla ilgili açıklamalara çalışmada yer verilmemiştir. Anayasanın değiştirilmesi yasak alanlarının bulunması halinde ise yargı organı, anayasa değişikliklerini esas bakımından denetleyebilmektedir¹⁴. Ancak tali kurucu iktidarın esasa ilişkin birtakım sınırlara tabi olması, tek başına bu sınırlara riayet edilip edilmediğinin mahkemeler tarafından denetlenebilmesini sağlamamaktadır. Zira tali kurucu iktidar esas yönünden sınırlandırılmış olsa bile yargı organı bu sınırları gözetmek konusunda yetkili olmayabilir¹⁵. Bu husus, bir sonraki başlıkta izah edilmiştir.

Anayasanın içinde herhangi bir açık sınır bulunmasa dahi tali kurucu iktidarın (tabiatı gereği) riayet etmek zorunda olduğu *örtülü sınırların (implicit limitations)* var olduğu ileri sürülebilmektedir. Örtülü sınırlar, tali kurucu iktidarın doğası itibarıyla sınırlı bir güç olduğu ve “anayasa değişikliği” söz öbeğinin semantik olarak tadilin ötesine geçen bir yeniden inşaya (reconstruction) müsaade etmediği gibi argümanlara dayandırılmaktadır¹⁶. Örtülü sınırlar doğal hukuk ilkeleri, uluslararası hukuk kuralları veya anayasanın temel yapısı olarak karşımıza çıkabilmektedir. Örneğin, Hindistan Yüksek Mahkemesi, Hindistan Anayasası’nda tali kurucu iktidara yönelik açık bir sınır bulunmamasına rağmen anayasa değişikliklerinin anayasanın temel yapısını bozmayacağını içtihat etmektedir¹⁷. Keza Kolombiya Anayasa Mahkemesi,

¹³ ALBERT, R., ODER, B. E. (2018). The Forms of Unamendability, içinde: An Unamendable Constitution? Unamendability in Constitutional Democracies. (R. ALBERT, B. E. ODER, Düzenleyenler). Gewerbestrasse: Springer, s. 12-13; ANAYURT, s. 189-191.

¹⁴ GÖZLER, Judicial Review of Constitutional Amendments, s. 54; GARLICKI, L., GARLICKA, Z. A. (2012). Review of Constitutionality of Constitutional Amendments (An Imperfect Response to Imperfections?). Anayasa Hukuku Dergisi, 1 (1), s. 192; ABEBE, A. K. (2014). The Substantive Validity of Constitutional Amendments in South Africa. South African Law Journal, 131 (3), s. 673.

¹⁵ GÖZLER, Judicial Review of Constitutional Amendments, s. 54; ABEBE, s. 673. Aksi yönde düşünen *Roznai*’ye göre, tali kurucu iktidarın sınırlı olması ile yargısal denetimi birbirinden ayıramaz. Bkz. ROZNAI, Y. (2013). Unconstitutional Constitutional Amendments-The Migration and Success of a Constitutional İdea. American Journal of Comparative Law, 61 (3), s. 661.

¹⁶ MURPHY, W. F. (1995). Merlin’s Memory: The Past and Future Imperfect of the Once and Future Polity, içinde: Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment. (S. Levinson, Düzenleyen). New Jersey: Princeton University Press, s. 176-177; GÖZLER, Judicial Review of Constitutional Amendments, s. 68-69; YAP, s. 116-123.

¹⁷ ALBERT/ODER, s. 9-11.

anayasada bu yönde bir sınırlama olmamasına karşın anayasanın kimliğini oluşturan ilkelerin değiştirilemeyeceğini kabul etmektedir¹⁸. Yalnızca bu iki ülkeyi örnek olarak göstermek yeterli olsa da örtülü sınırlara verilebilecek örnekler bunlarla sınırlı değildir¹⁹. Mahkemeler, anayasada açıkça öngörülme-yen örtülü sınırlara pozitif anayasa hükümlerinin dolaylı bir yorumuyla ulaşmaktadır²⁰. Ancak bizatihi anayasa, anayasa değişikliklerinin insan onuru gibi doğal hukuk ilkelerine ya da uluslararası hukuk kurallarına aykırı olamayacağını veya anayasanın temel yapısına zarar veremeyeceğini öngördüğü takdirde, artık örtülü değil açık bir sınırdan bahsetmek gerekecektir²¹. Söz gelimi, 1814 tarihli Norveç Anayasası'nın 121'inci maddesi, anayasa değişikliklerinin anayasada yer alan ilkelere aykırı olamayacağını ve anayasanın ruhunun değişmesine yol açamayacağını hüküm altına almıştır. 1999 tarihli İsviçre Anayasası'nın 194'üncü maddesi, anayasa değişikliklerinin uluslararası hukukun bağlayıcı kurallarına aykırı olamayacağını kabul etmiştir²². Norveç hukuk düzeninde anayasanın ruhu, İsviçre hukuk düzeninde uluslararası hukuk kuralları anayasa değişikliklerinin açık sınırlarıdır.

II. YARGI ORGANININ YETKİSİ

Tali kurucu iktidarın sınırlandırılmış olması anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetlenmesi için gerekli olsa da yeterli değildir. Buna ilaveten yargı organının anayasa değişikliklerini esas bakımından denetlemeye yetkili olması lazım gelmektedir. Bu ikisi, birbiriyle yakından bağlantılı ama nihayetinde birbirinden farklı koşullardır. Bu çalışmada yargı organının yetkisi, *bu yetkinin* anayasada düzenlenip düzenlenmemesine göre ayrı alt başlıklarda incelenmiştir. Yanlış anlaşılmaya mahal vermemek için, burada esas alınan anayasal

¹⁸ BERNAL, C. (2013). Unconstitutional Constitutional Amendments in the Case Study of Colombia: An Analysis of the Justification and Meaning of the Constitutional Replacement Doctrine. *International Journal of Constitutional Law*, 11 (2), s. 340 vd; CAJAS-SARRIA, M. A. (2017). Judicial Review of Constitutional Amendments in Colombia: A Political and Historical Perspective, 1955–2016. *Theory and Practice of Legislation*, 5 (3), s. 253 vd.

¹⁹ *Roznai*'ye göre örtülü sınırlar konseptinin uygulandığı diğer ülkeler şunlardır: Bangladeş, Pakistan, Güney Kore, Japonya, Çin, Tayvan, Tayland, Sri Lanka, Malezya, Singapur, Kenya, Güney Afrika, Tanzanya, Arjantin, Kolombiya, Peru ve Karayipler. Bkz. ROZNAI, *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers*, s. 47-69.

²⁰ ALBERT/ODER, s. 9, 11.

²¹ *Roznai*, bu bağlamda, açık sınırlar ile örtülü sınırların zaman zaman birbirine karışabileceğini ifade etmektedir. ROZNAI, *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers*, s. 71-72.

²² İsviçre Anayasasının 139'uncu maddesinde en az 100.000 kişiden oluşan bir halk girişimi (populer initiative) ile anayasa değişikliği teklif edilebileceği, teklif edilen anayasa değişikliğinin uluslararası hukukun bağlayıcı kurallarına aykırı olamayacağı, aykırı olması halinde Federal Parlamento'nun (Federal Assembly) bu teklifi geçersiz kılacağı kayıt altına alınmıştır. Ayrıca İsviçre Anayasası, kısmi değişikliğin yanında 138'inci ve 193'üncü maddelerinde anayasanın bütünüyle değiştirilmesini de düzenlemiştir. Anayasanın bütünüyle değiştirilmesini Federal Parlamento'yu oluşturan iki meclisten biri veya halk teklif edebilir. Her halükârda anayasanın bütünüyle değiştirilmesi halinde uluslararası hukukun bağlayıcı kuralları gözetilmelidir.

düzenlemenin (anayasayı değiştirme yetkisinin sınırlarına ilişkin değil) yargı organının anayasa değişikliklerini esas bakımından denetleme yetkisine ilişkin olduğu tekrar edilmelidir. İzleyen alt başlıklarda yapılan açıklamalarda, tali kurucu iktidarın sınırlandırılmış olduğu varsayımı üzerinden hareket edilmiştir. Çünkü tali kurucu iktidar sınırlandırılmadığı takdirde anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetiminin ön koşulu gerçekleşmeyeceği için yargı organlarının yetkisini tartışmanın bir anlamı olmayacaktır.

A. Konunun Anayasada Düzenlenmemiş Olması Halinde

Anayasada herhangi bir düzenleme bulunmaması halinde, tali kurucu iktidara ve yargı organına yönelik bakış açısı, yargı organının yetkisinin belirlenmesinde etkili olmaktadır: Ağırlık noktası tali kurucu iktidarın sınırlı karakterinde görüldüğü takdirde, yargı organının anayasa değişikliklerini esas bakımından denetlemeye yetkili olduğu sonucuna varılabilmektedir (1). Ağırlık noktası yargı yetkisinin sınırlı yapısında görüldüğü takdirde ise yargı organının açıkça yetkilendirilmediği takdirde anayasa değişikliklerini denetlemeye yetkili olmadığı kabul edilebilmektedir (2).

1. Yargı Organının Yetkili Olduğu Görüşü

Tali kurucu iktidarın, sınırları kurucu iktidar tarafından belirlenmiş bir otorite olduğuna ve sınırları içerisinde tutulması gerektiğine vurgu yapılması, anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetiminin mümkün olduğu sonucuna varılmasına yol açabilmektedir²³. Buna göre, anayasayı değiştirme yetkisi anayasayı yok etmeyi veya yeni bir anayasa yapmayı kapsamamaktadır; bu yetkinin, asli kurucu iktidarın çizdiği sınırlar içerisinde kullanılması gerekir²⁴. Fakat tali kurucu iktidarın yetkisini aşmaması, salt onun sorumluluğuna bırakılamaz. Bunu temin edecek bir dışsal denetim mekanizmasına ihtiyaç vardır²⁵. Modern hukuk sistemlerinde politik organlardan bağımsız olan yargı organı, tarafsızlığını güvence altına alan yargısal usullerin de sağladığı güvenle bu görevi üstlenmiştir²⁶. O halde, tali kurucu iktidarın “sınırlı” karakteri ancak yargısal denetimle gerçekleştirilebilir²⁷. Bu nedenle, tali kurucu

²³ ROZNAI, Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers, s. 179-186.

²⁴ MARBURY, W. L. (1919-1920). Limitations upon the Amending Power. Harvard Law Review, 33 (2), s. 225-228; MURPHY, s. 177; KUMAR, V. (2007). Basic Structure of the Constitution: Doctrine of Constitutionally Controlled Governance. Journal of the Indian Law Institute, 49 (3), s. 372-373; ROZNAI, Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers, s. 180.

²⁵ KUMAR, s. 372, 395; ROZNAI, Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers, s. 181.

²⁶ ROZNAI, Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers, s. 181-182.

²⁷ ROZNAI, Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers, s. 182-183.

iktidara getirilmiş olan sınırların, esasında yargı organını zımni olarak yetkilendirmiş olduğu kabul edilmelidir.

Yukarıda işaret edilen görüşün pratikte çeşitli görünüşleri vardır. Bazı ülkelerde, anayasa değişikliklerinin kanun niteliğinde olduğu kabul edilerek yargısal denetim yetkisi tesis edilmektedir. Diğer bazı ülkelerde, anayasa değişikliklerinin esas bakımından yargısal denetimi ile ilgili bir anayasal düzenleme bulunmamasına rağmen, mahkemeler açık veya örtülü sınırlara istinaden anayasa değişikliklerinin esasını denetlemeye yetkili olduklarını kabul etmektedir. Bu farklı örnekler, aşağıda ayrı alt başlıklarda ele alınmıştır.

a. Anayasa Değişikliklerinin Kanun Niteliğinde Olduğu Kabul Edilerek Yapılan Denetim

Bazı ülkelerde, anayasa değişiklikleri, özü itibarıyla bir kanun olduğu kabul edilerek esas bakımından denetime tabi tutulmaktadır. Gerçi burada yargı organının yetkisi doğrudan değil, anayasa değişikliklerinin şekil bakımından kanunlarla aynı nitelikte olduğu kabul edilerek dolaylı bir yoldan savunulmaktadır.

Gözler'i takip ederek anayasa değişikliklerinin kanun niteliğinde olduğunu destekleyen argümanları ve buna karşılık zayıflatan argümanları sıralayabiliriz. Anayasa değişikliklerinin kanun mahiyetinde olduğunu destekleyen argümanlar şunlardır: Anayasa değişiklikleri, genellikle alelade kanunlar ile aynı usul takip edilerek kabul edilir ve şekil bakımından kanunlar ile aynıdır²⁸. Ayrıca kanun adı altında resmi gazetede yayımlanırlar ve birçok anayasa, anayasa değişikliklerinden anayasa değişikliği kanunu (law amending the constitution) olarak söz eder²⁹. Anayasa değişikliklerinin kanun niteliğinde olduğunu zayıflatan argümanlar ise şunlardır: İlk olarak, anayasa değişiklikleri, kanunlar ile aynı usullere tabi ve aynı şekle sahip olsa da normlar hiyerarşisinde kanunların üzerindedir³⁰. İkinci olarak, anayasa değişikliklerinin kanun mahiyetinde addedilmesi, kanun teriminin geniş yorumuna dayanmaktadır. Oysa Avrupa modelinde anayasa mahkemelerinin yetkileri genel değil, özel ve sınırlıdır. Bu nedenle, anayasa mahkemelerinin yetkisiz olması asıl, yetkili olması istisnadır. İstisnai hükümlerin dar yoruma tabi tutulması ilkesi, anayasa mahkemelerine yetki veren normların dar yorumlanmasını gerektirir. O yüzden, anayasa mahkemelerine kanunları denetleme yetkisi veren hükümler dar

²⁸ GÖZLER, *Judicial Review of Constitutional Amendments*, s. 20.

²⁹ GÖZLER, *Judicial Review of Constitutional Amendments*, s. 20.

³⁰ GÖZLER, *Judicial Review of Constitutional Amendments*, s. 21.

yorumlanarak anayasa değişikliklerinin bahse konu kanunların kapsamına girmediği kabul edilmelidir³¹.

Kanaatimizce anayasa değişikliklerinin kanun niteliğinde olduğunu zayıflatan argümanlar daha ağır basmaktadır. Bu argümanlara iki argüman daha ilave edebiliriz: İlk olarak, anayasa değişiklikleri şekil bakımından kanunlara benzese de usul yönünden genellikle kanunlardan ayrılmaktadır. Zira birçok ülkede, anayasa değişiklikleri için özel görüşme usulleri, parlamentoda nitelikli teklif ve/veya karar çoğunlukları ve/veya onay aşamasında devlet başkanının onayı ve/veya referandum aranmaktadır³². İkinci olarak, anayasa değişiklikleri kanun niteliğinde kabul edilerek anayasa yargısının denetim alanına sokulduğu takdirde, mantıksal olarak bütün anayasa değişikliklerinin iptal edilmesi gerektiği sonucuna ulaşılması mümkün hale gelir. Çünkü anayasa değişiklikleri, mevcut anayasanın belirli hükümlerinin değiştirilmesini veya ilga edilmesini amaçladığından doğası itibarıyla anayasaya aykırıdır³³. O yüzden, anayasa değişiklikleri kanun niteliğinde olsa dahi, bunların anayasa yargısının yetki alanına girmediği kabul edilmelidir. Zira aksi takdirde, anayasanın *hukuken* değiştirilememesi gibi bir tehlikeyle karşılaşılabilir. Sonuç olarak, bu nedenlerle anayasa değişikliklerinin kanun niteliğinde olduğu önermesinin ve buna istinaden anayasa değişikliklerinin esasının denetlenmesinin isabetli olmadığını düşünüyoruz.

Avusturya Anayasa Mahkemesi, kanun niteliğinde olduğunu kabul ederek anayasa değişikliklerini denetlemektedir³⁴. Ancak Avusturya Anayasa Mahkemesi, tali kurucu iktidar esas yönünden sınırlandırılmamış olduğundan anayasa değişikliklerini esas bakımından denetlemeye yetkili olmadığını, yalnızca usul denetimi gerçekleştirebileceğini kabul etmektedir³⁵. Almanya Anayasa Mahkemesi de anayasa değişikliklerini kanun niteliğinde kabul ederek usul ve esas yönünden denetim yapmaktadır³⁶. Keza Türk Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasası'nın yürürlüğe girişinden 1971 yılında yapılan anayasa değişikliğine kadar olan dönemde anayasa değişikliklerini aynı gerekçeyle usul ve esas bakımından denetlemiştir³⁷. Bu

³¹ GÖZLER, *Judicial Review of Constitutional Amendments*, s. 21.

³² TEZİÇ, s. 193-200; KABOĞLU, s. 29-33; ANAYURT, s. 184-187.

³³ ABEBE, s. 660.

³⁴ GÖZLER, *Judicial Review of Constitutional Amendments*, s. 23.

³⁵ TURHAN, M. (1976). *Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri*. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 33 (1), s. 77; ROZNAI, *Unconstitutional Constitutional Amendments-The Migration and Success of a Constitutional İdea*, s. 687.

³⁶ GÖZLER, *Judicial Review of Constitutional Amendments*, s. 22-23; TURHAN, M. (2010). *Halk Egemenliği ve Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi*. *Liberal Düşünce*, 15 (57-58), s. 50.

³⁷ GÖZLER, *Judicial Review of Constitutional Amendments*, s. 23-24.

konuda vereceğimiz son örnek, aynı yola başvurarak 1967 yılında verdiği kararında bir anayasa değişikliğini inceleyen Hindistan Yüksek Mahkemesidir³⁸.

b. Açık Sınırlara (Explicit Limitations) İstinaden Yapılan Denetim

Açık sınırları referans olarak denetim yapan ülkeleri görmeden önce, yargı organlarının açık sınırlardan örtülü sınırlar türetebildiklerini ifade etmemiz gerekmektedir. Söz gelimi, Almanya Federal Anayasa Mahkemesi, açık sınırları, anayasanın kimliğini ve iç bütünlüğünü kapsayacak şekilde genelleştirmektedir³⁹. Keza Türk Anayasa Mahkemesi, devletin değiştirilmesi yasaklanmış yönetim şekli olan cumhuriyeti, laikliği de içine alacak şekilde geniş olarak yorumlamaktadır. Bu nedenle, açık sınırları esas alan denetim ile örtülü sınırları esas alan denetimin birbirinden izole olduğu söylenemez. Birçok ülkede hem açık hem de örtülü sınırlara istinaden esas denetimi yapılmaktadır.

Açık sınırlara dayanarak denetim yapan ülkelere en sık verilen örnek Federal Almanya'dır. Federal Almanya Anayasası'nın 79'uncu maddesi, tali kurucu iktidarın sınırlarını göstermiştir. Federal Alman Anayasası, Federal Anayasa Mahkemesine anayasa değişikliklerini denetleme yetkisini açıkça vermemiştir. Ancak Federal Anayasa Mahkemesi, anayasanın dayandığı objektif değerlerin korunabilmesi için bu yetkinin varlığının kabul edilmesinin zorunlu olduğu sonucuna ulaşmıştır⁴⁰. Federal Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 79'uncu maddesinde belirtilen sınırlara ve anayasanın kimliği ile iç bütünlüğüne aykırı anayasa değişikliklerinin anayasaya aykırı olacağını kabul etmektedir⁴¹. Ancak Federal Anayasa Mahkemesi, bugüne kadar hiçbir anayasa değişikliğini iptal etmemiştir⁴².

İkinci örneğimiz, Türkiye'dir. Kanunların anayasaya uygunluğunu denetlemekle görevli Anayasa Mahkemesi, Türkiye'de 1961 anayasası ile kurulmuştur. Anayasa Mahkemesinin kurulmasından önce kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi söz konusu değildi. 1961 Anayasası'nın 9'uncu maddesi, devletin şeklinin cumhuriyet olduğunu hüküm altına alan 1'inci

³⁸ O'CONNELL, R. (1999). Guardians of the Constitution: Unconstitutional Constitutional Norms. *Journal of Civil Liberties*, 4 (1), s. 68; BUSS, A. (2004). Dual Legal Systems and the Basic Structure Doctrine of Constitutions: The Case of India. *Canadian Journal of Law and Society*, 19 (2), s. 36; KUMAR, s. 369; BARAK, s. 325-326; GARLICKI/GARLICKA, s. 216-217; ROZNAI, Unconstitutional Constitutional Amendments-The Migration and Success of a Constitutional İdea, s. 692.

³⁹ ALBERT, R. (2009). Nonconstitutional Amendments. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 22 (1), s. 29-30; GARLICKI/GARLICKA, s. 207.

⁴⁰ O'CONNELL, s. 54; HALMAI, G. (2012). Unconstitutional Constitutional Amendments: Constitutional Courts as Guardians of the Constitution?. *Constellations*, 19 (2), s. 183-184.

⁴¹ ALBERT, s. 31; GARLICKI/GARLICKA, s. 208-209; HALMAI, s. 184.

⁴² BARAK, s. 329; GARLICKI/GARLICKA, s. 209; ROZNAI, Unconstitutional Constitutional Amendments-The Migration and Success of a Constitutional İdea, s. 676.

maddenin değiştirilemeyeceği hükmünü haviydi. 1961 Anayasası, Anayasa Mahkemesine açıkça anayasa değişikliklerini denetleme yetkisini vermemişti. Ancak Anayasa Mahkemesi, anayasa değişikliklerini usul ve esas bakımından denetlemeye yetkili olduğunu kabul etmişti⁴³. Anayasa Mahkemesi, yalnızca devletin şeklinin cumhuriyet olduğunu kayıt altına alan 1'inci maddenin değiştirilmesinin değil, bu madde değiştirilirse bile cumhuriyetin temel ilkelerine aykırı anayasa değişikliklerinin de anayasaya aykırı olacağına karar vermişti⁴⁴. Ayrıca cumhuriyeti geniş yorumlayarak hukuk devleti, sosyal devlet, demokrasi ve laikliği de cumhuriyet içinde telakki etmiş, böylece bunlara aykırı anayasa değişikliklerinin de anayasaya aykırı olacağını içtihat etmişti⁴⁵.

1971 yılında yapılan anayasa değişikliğiyle 1961 Anayasası'nın 147'inci maddesi değiştirilerek Anayasa Mahkemesinin anayasa değişikliklerini yalnızca usul bakımından denetlemeye yetkili olduğu kurallandırılmıştı. Ancak Anayasa Mahkemesi, bu tarihten sonra verdiği kararlarda usul denetimini geniş yorumlamıştı. Bunun sonucunda, Anayasa'nın değiştirilemez maddesini konu alan anayasa değişikliği taleplerinin sunulmasının bile usul kurallarına aykırı olduğunu, bu aykırılığın ise usul denetimi kapsamında incelenebileceğini kabul etmişti⁴⁶. Yine, anayasanın değiştirilemez maddesini de geniş yorumlayarak yalnızca bir yönetim şekli olan cumhuriyeti değil, cumhuriyetin temel ilkelerini de bu maddenin kapsamında gördüğünü ifade etmişti⁴⁷.

1961 Anayasası, 1980 yılındaki askeri darbeyle birlikte mülga olmuş ve iki yıl sonra 1982 Anayasası yürürlüğe girmiştir. 1982 Anayasası'nın 148'inci maddesi, Anayasa Mahkemesinin anayasa değişikliklerini yalnızca şekil bakımından denetleyebileceğini, şekil denetiminin ise teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup

⁴³ Türk Anayasa Mahkemesinin 13.04.1971 tarih, 1970/41 Esas ve 1971/37 Karar sayılı kararı, AMKD (1970), s. 416-431 (Aktaran: GÖZLER, *Judicial Review of Constitutional Amendments*, s. 41-42).

⁴⁴ GÖZLER, *Judicial Review of Constitutional Amendments*, s. 65; ÖZBUDUN, E. (2019). *Judicial Review of Constitutional Amendments in Turkey: The Question of Unamendability*. *European Journal of Law Reform*, 21 (3), s. 282.

⁴⁵ GÖZLER, *Judicial Review of Constitutional Amendments*, s. 66; ÖZBUDUN, *Judicial Review of Constitutional Amendments in Turkey*, s. 282.

⁴⁶ Türk Anayasa Mahkemesinin 15.04.1975 tarih, 1973/19 Esas ve 1975/87 Karar sayılı kararı, AMKD (1975), s. 403-463; Türk Anayasa Mahkemesinin 23.03.1976 tarih, 1975/167 Esas ve 1976/19 Karar sayılı kararı, AMKD (1976), s. 118-141; Türk Anayasa Mahkemesinin 12.10.1976 tarih, 1976/38 Esas ve 1976/46 Karar sayılı kararı, AMKD (1976), s. 252-278; Türk Anayasa Mahkemesinin 27.01.1977 tarih, 1976/43 Esas ve 1977/4 Karar sayılı kararı, AMKD (1977), s. 106-119; Türk Anayasa Mahkemesinin 27.09.1977 tarih, 1977/82 Esas ve 1977/117 Karar sayılı kararı, AMKD (1977), s. 444-458 (Aktaran: GÖZLER, *Judicial Review of Constitutional Amendments*, s. 42-46). ÖZBUDUN, *Judicial Review of Constitutional Amendments in Turkey*, s. 282.

⁴⁷ GÖZLER, *Judicial Review of Constitutional Amendments*, s. 46.

uyulmadığı hususları ile sınırlı olduğunu öngörmüştür. Anayasa Mahkemesi, 2008 yılına kadar anayasa değişikliklerini esas bakımından denetlemeye yetkili olmadığını kabul etmişti. Ancak 2008 yılında verdiği “başörtüsü kararı” kararı ile 1961 Anayasası dönemindeki içtihadına geri dönerek Anayasa’nın değiştirilemez maddelerini değiştirmeyi konu alan anayasa değişikliği tekliflerinin sunulmasının bile usul kurallarını ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır⁴⁸. Bu nedenle, uyuşmazlık konusu anayasa değişikliğini incelemeye yetkili olduğuna karar vermiş ve Anayasa’ya aykırı bularak iptal etmiştir⁴⁹.

Ne Federal Almanya Anayasası ne de Türkiye Anayasası (1961 ve 1982 Anayasaları), yargı organına açıkça anayasa değişikliklerini esas bakımından denetleme yetkisi vermiştir. Üstelik Türkiye’de 1982 Anayasası, Anayasa Mahkemesinin anayasa değişikliklerini sadece bazı usuli yönlerden denetleyebileceğini düzenleyerek esas denetimini yasaklamıştır. Bu sebeplerle, her ne kadar tali kurucu iktidarın müdahale etmesinin yasak olduğu alanlar var olsa da bu ülkelerdeki yargı organlarının esas denetimi yapmaya yetkili olmadıkları kanaatindeyiz. Yargı organlarının, yetkisiz oldukları halde anayasa değişikliklerini esas bakımından denetlemeleri yargısal aktivizmin (judicial activism) belirtisidir. Hein’e göre mahkemeler iki kriteri yerine getirdiklerinde sınırlarını aşmamış (*judicial restraint*), dolayısıyla *yargısal aktivizme* (*judicial activism*) tevessül etmemiş olurlar: Usuli kriter, mahkemelerin yalnızca anayasa ile açıkça veya zımni olarak yetkilendirilmeleri halinde anayasa değişikliklerini denetleyebilmelerini ifade eder⁵⁰. Zımni yetkilendirme, niteliği itibarıyla kanun olmasından yola çıkılarak anayasa değişikliklerinin denetlenmesi şeklinde tezahür eder⁵¹. Usuli kriter, aynı zamanda anayasanın, anayasa değişikliklerinin yargısal denetimini yasaklaması veya yalnızca belli yönlerden denetlenebileceğini kabul etmesi halinde mahkemelerin bu yasağa veya kısıtlamaya uymasını gerektirmektedir⁵². Esasa ilişkin kriter ise anayasa değişikliklerinin yalnızca anayasada öngörülen usule aykırı şekilde yürürlüğe sokulması ya da anayasada öngörülen sınırlara aykırı hükümler içermesi halinde iptal edilebilmesidir⁵³. Her iki kriteri de yerine getiren bir mahkeme kararı, anayasa değişikliği sürecine sınırlı bir şekilde müdahale

⁴⁸ ÖZBUDUN, Judicial Review of Constitutional Amendments in Turkey, s. 283.

⁴⁹ Türk Anayasa Mahkemesinin 05.06.2008 tarih, 2008/16 Esas ve 2008/116 Karar sayılı kararı, (https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2008/116?Donemler_id=2&EsasNo=2008%2F16&KararAramaRaporu=1, E.T: 05.01.2021).

⁵⁰ HEIN, M. (2020). Do Constitutional Entrenchment Clauses Matter? Constitutional Review of Constitutional Amendments in Europe. International Journal of Constitutional Law, 18 (1), s. 87.

⁵¹ HEIN, s. 87.

⁵² HEIN, s. 87.

⁵³ HEIN, s. 87.

etmiş (restrained intervention) veya etmemiş (restrained non-intervention) olur⁵⁴. Bu kriterlerin biri veya her ikisinin hilafına bir anayasa değişikliğini iptal eden bir mahkeme ise aktivist bir müdahalede (activist intervention) bulunmuş olur⁵⁵. Hein'in görüşlerine katılmadığımız tek nokta zımnî yetkilendirmenin mümkün olmadığını, mahkemelerin yalnızca açıkça yetkilendirilebileceğini düşünüyor olmamızdır. Sonuç olarak, anayasa ile açıkça yetkilendirilmediği halde anayasa değişikliklerini esas bakımından denetlemeye yetkili olduğuna karar veren Almanya Federal Anayasa Mahkemesinin ve Türk Anayasa Mahkemesinin, aktivist bir postürle hareket ettiğini düşünüyoruz.

c. Örtülü Sınırlara (Implicit Limitations) İstinaden Yapılan Denetim

Örtülü sınırlar ile ilgili ismi en fazla zikredilen ülke olan Hindistan, *temel yapı doktriniyle (the basic structure doctrine)* anılmaktadır. Temel yapı doktrini, *Carl Schmitt*'in görüşlerine dayandırılmaktadır. *Schmitt*'e göre, anayasa iki katmandan oluşmaktadır: İlk katmanda, devletin dayandığı felsefeyi ve değerleri anlatan “çekirdek anayasa”, ikinci katmanda ise diğer anayasa kurallarını ifade eden “anayasal kanun” veya “teşkilat anayasası” bulunur⁵⁶. Anayasa değişikliklerine konu olma bakımından çekirdek anayasa ile teşkilat anayasası arasında bir ayırım yapılmalıdır. Buna göre çekirdek anayasaya müdahale etmek anayasayı ortadan kaldırmakla eş değerdir. Oysa anayasayı ortadan kaldırıp yeni bir anayasa yapmak asli kurucu iktidar olan halkın tekelindedir⁵⁷. Tali kurucu iktidar ise anayasayı ortadan kaldıramaz, yalnızca anayasada değişiklik yapabilir⁵⁸. Bu nedenle teşkilat anayasasında değişiklik yapılması mümkünken; çekirdek anayasa, anayasa değişikliklerine konu olamaz⁵⁹. Bu düşüncenin Hindistan'da yayılmasında Alman hukuk profesörü *Dietrich Conrad*'ın 1965 yılında Hindistan'da verdiği bir dersin etkili olduğu dile getirilmektedir⁶⁰. *Conrad*, bu derste Nazi rejimine dikkat çekerek, yargıcın görevinin hukuki kurumların gerçek doğasını ortaya

⁵⁴ HEIN, s. 87.

⁵⁵ HEIN, s. 87. Dördüncü bir ihtimal, mahkemelerin anayasa değişikliklerine aktivist bir şekilde müdahale etmemeleridir (activist non-intervention). Bununla, yetkili olduğu ve anayasaya aykırılığı iddia edilen anayasa değişikliği gerçekten de anayasaya aykırı olduğu halde anayasa değişikliğini geçersiz kılmaktan imtina eden mahkemelere işaret edilmektedir. Görüldüğü üzere, *Hein*'e göre yargısal aktivizm müdahaleci olmak zorunda değildir. Mahkemeler, hukukun gereğine aykırı olarak pasif kaldıkları takdirde görünüşte hiçbir şey yapmamalarına rağmen yine aktivist davranmış olurlar. Bkz. HEIN, s. 87.

⁵⁶ ANAYURT, s. 202.

⁵⁷ BUSS, s. 29.

⁵⁸ ANAYURT, s. 146-147.

⁵⁹ ANAYURT, s. 202.

⁶⁰ BUSS, s. 27; JACOBSON, G. (2006). An Unconstitutional Constitution - A Comparative Perspective. *International Journal of Constitutional Law*, 4 (3), s. 477, dn. 57; ROZNAI, Unconstitutional Constitutional Amendments-The Migration and Success of a Constitutional İdea, s. 692-693.

çıkaran ekstrem durumları öngörmek olduğunu, bu bağlamda anayasa değişiklikleri açısından cevaplandırılması gereken sorunun tali kurucu iktidarın anayasayı ilga ederek ülkeyi bir Moğol Hükümdarının veya İngiliz Kralının yönetmesini öngörüp öngöremeyeceği olduğunu ifade etmiştir⁶¹. Hindistan Yüksek Mahkemesi, *Conrad*'ın dersinden yalnızca temel yapı doktrininin öğrenmemiş, hiçbir şekilde kontrol edilmediği takdirde anayasa değişikliklerinin nelere yol açabileceği hakkında da bir fikir edinmiştir⁶².

1949 tarihli Hindistan Anayasası, anayasa değişikliklerini esas bakımından açıkça sınırlandırmadığı gibi anayasa değişikliklerinin yargısal denetimi ile ilgili bir hüküm de ihtiva etmemektedir. Ancak Hindistan Yüksek Mahkemesi, anayasa değişikliklerinin tabi olduğu birtakım örtülü sınırların bulunduğunu kabul etmektedir⁶³. Buna göre, parlamento, anayasanın temel yapısını zayıflatan, bozan veya ortadan kaldıran bir anayasa değişikliği yapamaz⁶⁴. Zira aksi kabul edildiği takdirde, parlamentonun yetkisi anayasaya tabi olmaktan çıkarak anayasanın üstüne geçer⁶⁵. Tali kurucu iktidarın anayasanın temel yapısına dokunamaması eşyanın tabiatı gereği olduğu için anayasada açıkça düzenlenmesine gerek yoktur. *Wright*, bu durumu organ nakli analojisiyle desteklemektedir. Buna göre, organ nakli yapıldığında bazen nakledilen organ hastanın vücuduna uyum sağlayamaz. Böyle bir durumda hastanın yaşayabilmesi için nakledilen organı vücuttan çıkarmaktan başka bir çare yoktur. İşte anayasa değişiklikleri söz konusu olduğunda da anayasal düzenin selameti için anayasanın bütünüyle telifi mümkün olmayacak derecede uyumsuz olan bir anayasa değişikliğinin yargısal denetim vasıtasıyla geçersiz kılınması gerekir⁶⁶.

Anayasanın temel yapısının hangi ilkelerden oluştuğu konusunda Yüksek Mahkeme hakimlerinin içinde bile görüş birliği bulunmamaktadır⁶⁷. Temel yapı doktrinine ilk defa 1973 yılında verdiği *Kesavananda Bharati v. State of Kerala* kararında başvurarak dava konusu anayasa değişikliğini iptal eden Hindistan Yüksek Mahkemesi, 1994 yılında verdiği *Bommai v. Union of India* kararına kadar anayasanın temel yapısı olarak pozitif anayasa hükümlerini

⁶¹ BUSS, s. 27.

⁶² BUSS, s. 28.

⁶³ O'CONNELL, s. 69; BUSS, s. 39; KUMAR, s. 367; MUKHERJEE, S. (2011). The Unconventional Dimensions of the Basic Structure Doctrine: An Insight. Nirma University Law Journal, 1 (1), s. 46.

⁶⁴ O'CONNELL, s. 69; BUSS, s. 39; KUMAR, s. 367; ALBERT, s. 22-24.

⁶⁵ JACOBSON, s. 479.

⁶⁶ WRIGHT, R. (1991). Could a Constitutional Amendment Be Unconstitutional?. Loyola University of Chicago Law Journal, 22 (4), s. 747, 764.

⁶⁷ O'CONNELL, s. 69; BUSS, s. 39-40; KUMAR, s. 366-368; ALBERT, s. 22; MUKHERJEE, s. 46, dn. 2; YAP, s. 123-124.

göstermiş; anılan kararda ise anayasanın temel yapısının anayasa hükümlerinin altında yatan ve bu hükümleri birbirine bağlayan ilkeler olduğu kanaatine ulaşmıştır⁶⁸.

Hindistan Yüksek Mahkemesi dışında Kolombiya Anayasa Mahkemesi de temel yapı doktrinine istinaden anayasa değişikliklerini esas bakımından denetlemektedir. 1991 tarihli Kolombiya Anayasası'nın 241'inci maddesi, Anayasa Mahkemesine anayasa değişikliklerini yalnızca usul bakımından denetleme yetkisi vermiştir. Kolombiya Anayasa mahkemesi, ilk olarak 2003 yılında verdiği bir kararla parlamentonun sadece anayasayı değiştirme yetkisine sahip olduğunu, yürürlükteki anayasayı yeni bir anayasa ile ikame edemeyeceğini ve yetkisini aşip aşmadığının incelenmesinin usul denetimi kapsamında olduğunu kabul etmiştir⁶⁹. Dava konusu anayasa değişikliğini anayasaya aykırı bularak iptal eden Kolombiya Anayasa Mahkemesi, kararını tali kurucu iktidarın asli kurucu iktidarın kurduğu anayasal düzeni alaşağı edemeyecek olmasına dayandırmıştır⁷⁰. Mahkeme, anayasanın kimliğini oluşturan ilkelerden herhangi birinin değiştirilmesi durumunda anayasanın ikame edilmiş olacağını belirtmiş, ancak hangi ilkelerin anayasanın kimliğini oluşturduğunu açıklamamıştır⁷¹. Kolombiya Anayasa Mahkemesinin bu içtihadı “*ikame teorisi (substitution theory)*” veya “*anayasal ikame doktrini (constitutional replacement doctrine)*” olarak isimlendirilmektedir⁷². Ancak içerik olarak temel yapı doktriniyle aynı olduğu söylenebilir. Zira temel yapı doktrini tali kurucu iktidarın anayasanın temel yapısına dokunamayacağını, ikame teorisi ise anayasanın kimliğini oluşturan ilkelerin değiştirilemeyeceğini iddia etmektedir. Anayasanın temel yapısıyla kimliği aynı şeyi ifade ettiği için aradaki fark bir adlandırma tercihidendir ibarettir.

Bir önceki alt başlıkta dile getirilen gerekçelerle, anayasa değişikliklerinin örtülü sınırlardan bahisle esas bakımından denetlenmesinin doğru olmadığı kanaatindeyiz. Örtülü sınırlar, genel olarak, her anayasanın bazı temel ilkelerden müteşekkil bir kimliğinin bulunduğu ve anayasa değişikliklerinin bu kimliğin yapısını bozmayacağı düşüncesinden ilham almaktadır. Ne var ki bu temel ilkelerin ve dolayısıyla anayasanın kimliğinin ne olduğu sorularına tartışmadan uzak bir yanıt verilemediğinden, örtülü sınırlar konsepti anayasa

⁶⁸ BUSS, s. 41.

⁶⁹ ROZNAI, Unconstitutional Constitutional Amendments-The Migration and Success of a Constitutional Idea, s. 683; BERNAL, s. 340; HALMAI, G. (2015). Judicial Review of Constitutional Amendments and New Constitutions in Comparative Perspective. Wake Forest Law Review, 50 (4), s. 960; CAJAS-SARRIA, s. 258.

⁷⁰ ROZNAI, Unconstitutional Constitutional Amendments-The Migration and Success of a Constitutional Idea, s. 683; BERNAL, s. 341; CAJAS-SARRIA, s. 258.

⁷¹ ROZNAI, Unconstitutional Constitutional Amendments-The Migration and Success of a Constitutional Idea, s. 684; BERNAL, s. 343-344; CAJAS-SARRIA, s. 258.

⁷² BERNAL, s. 339; CAJAS-SARRIA, s. 248.

değişikliklerinin esas bakımından denetimine referans olmak için elverişli değildir⁷³. Bu nedenle, tali kurucu iktidarın yalnızca anayasada açıkça belirtilen sınırlarla kayıtlı olduğu kabul edilmelidir. Daha da önemlisi yargı organları, ancak anayasayla açıkça yetkilendirildikleri takdirde anayasa değişikliklerini esas bakımından denetleyebilir. Hindistan Anayasası'nda ne dokunulması yasak olan bir alan çizilmiş ne de Yüksek Mahkemeye anayasa değişikliklerini esas bakımından denetleme yetkisi verilmiştir. Bu nedenle Hindistan Yüksek Mahkemesinin temel yapı doktrini, yargısal aktivizmin tipik bir örneğidir⁷⁴. Kolombiya Anayasa Mahkemesinin ikame teorisi için de farklı bir yorum yapmak mümkün değildir. Üstelik Kolombiya Anayasası, anayasa değişikliklerinin yalnızca usul bakımından denetlenebileceği yönündeki hükümlerle esas denetimini yasaklamıştır.

2. Yargı Organının Yetkili Olmadığı Görüşü

a. Genel Olarak

Yargı organının yetkili olduğu görüşünün karşısında, anayasada hüküm bulunmaması halinde yargı organının esas denetimi yapmaya yetkili olmadığı görüşü bulunmaktadır. Bu görüşe göre, yargı organı da dahil olmak üzere devletin hiçbir organı kaynağını anayasadan almayan bir yetki kullanamaz⁷⁵. Bu bağlamda, asli kurucu iktidar ile kurulmuş iktidarlar arasında bir ayırım yapılması zorunludur. Asli kurucu iktidar, hukuk düzeninin yaratıcısı olarak hukukun dışında bulunur. Kurulmuş iktidar mahiyetindeki devletin temel organları ise yetkilerini asli kurucu iktidarın yarattığı anayasadan alır. Bu nedenle, devlet organları, anayasa tarafından açıkça yetkilendirilmedikleri takdirde yetkisizdir. Bunun konumuzu ilgilendiren sonucu, anayasada bu yönde açık bir hüküm bulunmadıkça, bir kurulmuş iktidar olan yargı organının anayasa değişikliklerini esas bakımından denetleme yetkisine sahip olmadığıdır⁷⁶.

Esas denetimi yapılmayan ülkelerde, genellikle bu mülahazalar hakimdir. Konuyu örneklendirmek adına, izleyen alt başlıkta, bu ülkelere Fransa, Amerika ve İrlanda'daki

⁷³ TRIBE, L. H. (1983). A Constitution We Are Amending: In Defense of a Restrained Judicial Role, Harvard Law Review, 97 (2), s. 440; GÖZLER, Judicial Review of Constitutional Amendments, s. 69; YAP, s. 123.

⁷⁴ HEIN, s. 86.

⁷⁵ GÖZLER, Judicial Review of Constitutional Amendments, s. 12-13. Bazı yazarlar, anayasa, yargı organını açıkça yetkilendirmemişse anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetlenemeyeceğini, ancak usul bakımından denetlenebileceğini ileri sürmektedir. Bkz. TURHAN, Halk Egemenliği ve Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi, s. 34; ABEBE, s. 681. Biz, usul denetimi ile esas denetimi arasında bir ayırım yapılmasını doğru bulmuyoruz. Açıkça yetkilendirilmediği takdirde yargı organının ne usul ne de esas denetimi yapamayacağını düşünüyoruz.

⁷⁶ INGHAM, s. 165-166.

uygulamalara değinilmektedir. Bu açıklamaları, yargı organının anayasa değişikliklerini denetlemeye yetkili olmadığı görüşüne dair bir kısa bir değerlendirme takip etmektedir.

b. Esas Denetimi Yapılmayan Ülke Örnekleri ve Değerlendirme

Yargı organlarının anayasa değişikliklerini esas bakımından denetlemediği ülkelerin anayasaları, anayasa değişikliklerinin yargısal denetimi konusunu düzenlememiştir. Bu ülkelerdeki yargı organları, anayasa tarafından açıkça yetkilendirilmedikleri için anayasa değişikliklerinin yetki alanlarında bulunmadığı sonucuna varmışlardır. Fransa’da, 1958 Fransa Anayasası’nın 89’uncu maddesi, devletin şeklinin cumhuriyet olma özelliğini ortadan kaldıran bir anayasa değişikliği yapılamayacağını öngörmektedir. Ancak Fransa Anayasa Konseyi, 89’uncu maddedeki bu yasağın yaptırımını olmayan manevi bir yükümlülük teşkil ettiğini düşünmektedir⁷⁷. Bu nedenle, anayasa değişikliklerinin anayasallığını denetlememektedir. Şu kadar ki Anayasa Konseyi, tali kurucu iktidarın hukuki anlamda sınırlandırılmış olduğu kabul edilse bile kendisini anayasa değişikliklerinin anayasallığını denetleme konusunda yetkisiz görmektedir⁷⁸.

Amerika Birleşik Devletleri Anayasası’nın 5’inci maddesi, anayasa değişikliği ile hiçbir federe devletin rızası hilafına Senato’daki eşit oy hakkından mahrum bırakılamayacağını kurallaştırmaktadır. Bu hüküm, Amerika’da tali kurucu iktidar için öngörölmüş tek açık sınırdır. Fakat bazı yazarlara göre, bu açık sınırın yanında, insan onuru ve anayasanın temelini oluşturan hak ve özgürlüklere hanel getiren anayasa değişiklikleri de Anayasa’ya aykırıdır⁷⁹. Amerikan Yüksek Mahkemesi, anayasa değişikliğinin bir politik mesele (political questions) olduğunu, bu nedenle bu konuda yetkili olmadığını içtihat etmektedir⁸⁰. Amerika’da politik mesele, Kıta Avrupası’ndaki hükümet tasarruflarına yakın bir anlamda kullanılmaktadır⁸¹.

İrlanda’da anayasada açıkça öngörölmemiş olsa da 1921 yılında imzalanan İngiliz-İrlanda antlaşmasına (Anglo-Irish Treaty) aykırı anayasa değişikliği yapılamayacağı kabul edilmektedir⁸². İrlanda Yüksek Mahkemesi, yalnızca alelade kanunların anayasaya

⁷⁷ ANAYURT, s. 209.

⁷⁸ HALMAI, Judicial Review of Constitutional Amendments and New Constitutions in Comparative Perspective, s. 968; ANAYURT, s. 208.

⁷⁹ ROZNAI, Unconstitutional Constitutional Amendments-The Migration and Success of a Constitutional İdea, s. 711-713.

⁸⁰ TURHAN, Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri, s. 94; GÖZLER, Judicial Review of Constitutional Amendments, s. 32-34; BARAK, s. 330-331; ROZNAI, Unconstitutional Constitutional Amendments-The Migration and Success of a Constitutional İdea, s. 673.

⁸¹ TURHAN, Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri, s. 97, dn. 7.

⁸² O’CONNELL, s. 58.

uygunluğunu denetleme yetkisinin olduğunu, alelade kanunlardan farklı olan anayasa değişikliklerinin yetki alanına girmediğini benimsemektedir⁸³. Yüksek Mahkemeye göre, anayasa içi bir hiyerarşi olup olmadığı ve buna bağlı olarak anayasa değişikliklerinin geçerli olup olmadığı, yargıçların çözüme bağlayabileceği bir mesele değildir⁸⁴. Ancak Yüksek Mahkeme, bu konudaki kararlarını oy birliğiyle vermemiştir. Bu kararlara karşı, tali kurucu iktidarın anayasayı ortadan kaldırmasını yasaklayan örtülü sınırların bulunduğu ve Yüksek Mahkemenin bu sınırları gözetmesi gerektiği yönünde karşı oy yazıları yazılmıştır⁸⁵.

Anayasa ile açıkça yetkilendirilmeyen mahkemelerin anayasa değişikliklerini esas bakımından denetlemeye yetkili olmadığı yönündeki yukarıda kısaca örneklendirilen görüş, tali kurucu iktidarın da bir kurulmuş iktidar olmasından yola çıkılarak eleştirilebilir. Buna göre, tali kurucu iktidar, bütün kurulmuş iktidarlara gibi anayasanın çizdiği sınırlara riayet etmek zorundadır. Yargı organının anayasa değişikliklerini denetleyemeyeceğinin kabul edilmesi, tali kurucu iktidarı bir kurulmuş iktidar olmaktan çıkararak asli kurucu iktidar ile aynı seviyeye yerleştirir. Bu eleştirinin yerinde olmadığını düşünüyoruz. Tali kurucu iktidarın yargı denetiminden azade olması, asli kurucu iktidarın iradesi doğrultusunda olduğu takdirde, tali kurucu iktidarı asli kurucu iktidar haline getirmez. Tam tersine, anayasa ile açıkça yetkilendirilmemesine rağmen anayasa değişikliklerini esas bakımından inceleyebileceğinin kabul edilmesi, yargı organını asli kurucu iktidar mertebesine eriştirir. Çünkü anayasa değişikliğinin temel fonksiyonlarından biri, demokratik çoğunlukların mahkemelerin doğru bulmadıkları anayasal yorumlarını değiştirebilmelerine imkân tanınmasıdır⁸⁶. İşte açıkça yetkilendirilmeyen yargı organının anayasa değişikliklerini esas yönünden inceleyebileceğini kabul etmek, bu fonksiyonun yitirilmesine ve yargı organının tali kurucu iktidar tarafından dahi kontrol edilemeyen bir güç haline gelmesine yol açar. Bu ihtimalde yargı organı, anayasa hükümlerine istediği anlamı verip istediği anayasa değişikliklerini iptal ederek anayasal düzenin oyun kurucusu olabilir. Bu gerekçelerle yargı organının, anayasayla açıkça yetkilendirilmedikçe, anayasa değişikliklerini esas bakımından denetleyemeyeceği kanaatindeyiz.

⁸³ GÖZLER, s. 18-19.

⁸⁴ O'CONNELL, s. 58; GÖZLER, s. Judicial Review of Constitutional Amendments, 17-18; HALMAI, Judicial Review of Constitutional Amendments and New Constitutions in Comparative Perspective, s. 977.

⁸⁵ O'CONNELL, s. 59-60; HALMAI, Judicial Review of Constitutional Amendments and New Constitutions in Comparative Perspective, s. 976-977.

⁸⁶ VILE, J. R. (1985). Limitations on the Constitutional Amending Process. *Constitutional Commentary*, 2 (2), s. 382; DIXON, R., LANDAU, D. (2015). Transnational Constitutionalism and a Limited Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment. *International Journal of Constitutional Law*, 13 (3), s. 608.

Yukarıdaki paragrafta yapılan açıklamalarla bağlantılı olarak anayasa değişikliklerinin yargısal denetiminin işlevselliğine de temas etmek faydalı olabilecektir. Bu açıdan, anayasa değişikliklerinin demokrasiyi aşındırmak ve anayasal düzeni ortadan kaldırmak için kullanılabilme potansiyeline dikkat çekilmektedir⁸⁷. *Dixon/Landau*, bu tür *suistimalci anayasa değişikliklerine (abusive constitutional amendments)* karşı çözüm olarak anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetlenmesini önermektedir⁸⁸. Bu öneriye, iki sebeple kuşkuyla yaklaşıyoruz: İlk olarak, mahkemelerin kurumsal kapasitelerinin bu tür anayasa değişikliklerini ayırt etme konusundaki yeterliliği tartışmaya açıktır. Modern devletlerde yargı organının en büyük kurumsal avantajı addedilen politikadan bağımsızlık, bir başka perspektiften toplumsal ve politik gelişmelere karşı yabancılık olarak değerlendirilebilir⁸⁹. Bir dezavantaj olarak görülebilecek bu yabancılık, mahkemelerin suistimalci anayasa değişikliklerini bu nitelikte olmayan anayasa değişikliklerinden ayırt etme yetisine gölge düşürebilir. İkinci olarak, suistimalci anayasa değişikliklerinin yanında yargı organlarının anayasa değişiklikleri üzerinde esas denetimi yapmalarının demokrasi için teşkil ettiği tehlike de göz ardı edilmemelidir. Zira anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetimi, yargı organlarına açık dokulu (open-textured) anayasa hükümlerinin anlamını belirleme ve anayasa değişikliklerini belirledikleri bu anlama göre denetleme konusunda kontrolü mümkün olmayan bir süper yetki verir⁹⁰. Mahkemeler, böyle bir yetkiyle donatıldıkları takdirde bizzat bu yetkinin demokrasiyi aşındırmak için kullanılmayacağını bir garantisi yoktur⁹¹. Bu bağlamda, anti demokratik yönetimlerden kaçmak isterken yargıçların değer yargılarının egemen olduğu bir yargıçlar hükümetine (juristocracy) yol açılabilir⁹². Kaldı ki esas denetiminin anti demokratik anayasa değişikliklerini durdurabileceği de şüphelidir. Mesela *Vile*, halkın yozlaşarak despotik yönetimlere kapı aralamak istemesi gibi ekstrem ihtimallerde yargısal denetimin buna engel olamayacağını düşünmektedir. Yazara göre, bir emniyet vanası (safety-valve) olan yargısal denetimin, popüler duygular kaynama noktasına ulaştığında bu duyguları bastırabilmesi pek olası değildir⁹³. Hatta yargısal denetimin anti demokratik kısıtımları aleve dönüştürmesi bile ihtimal dahilindedir. Bundan kastımız, yargısal denetim nedeniyle anayasayı değiştiremeyen otoriter liderlerin anayasayı ilga etme veya olağanüstü yönetim ilan ederek etkisiz kılma yoluna

⁸⁷ DIXON/LANDAU, s. 612.

⁸⁸ DIXON/LANDAU, s. 608.

⁸⁹ YAP, s. 129.

⁹⁰ DIXON/LANDAU, s. 611.

⁹¹ VILE, s. 383; YAP, s. 130.

⁹² YAP, s. 131, 135.

⁹³ VILE, s. 382.

gitmeleri olasılığıdır⁹⁴. Bu nedenlerle anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetlenmesinin, hukukiliği bir kenara bırakılacak olursa işlevselliğine de kuşkuyla yaklaşıyoruz. Bu açıdan, anayasa değişikliklerinin esası ile ilgili uyuşmazlıkların çözümünün hukuktan ziyade siyasetin alanında kaldığının kabul edilmesi, yine ideal olmasa da yargısal denetime nazaran daha yerinde bir çözüm olabilir⁹⁵.

B. Konunun Anayasada Düzenlenmiş Olması Halinde

1. Genel Olarak

Hiçbir düzenlemenin bulunmamasının yanı sıra, anayasa, anayasa değişikliklerinin yargısal denetimini bir şekilde düzenlemiş olabilir. Burada üç ihtimalin varlığından söz edilebilir. Anayasa, ilk olarak, anayasa değişikliklerinin yargı organı tarafından denetlenemeyeceğini öngörmüş olabilir. İkinci olarak, ayırım yapmadan anayasa değişikliklerinin yargısal denetiminin mümkün olduğunu kurallandırmış olabilir. Üçüncü olarak, anayasa değişikliklerinin yargısal denetiminin mümkün olduğunu kurallandırmasına ilave olarak denetimin kapsamını da belirlemiş olabilir. Bu son ihtimal, yalnızca usul denetiminin mümkün olduğu belirtilerek esas denetiminin dışlanması olarak tezahür etmektedir. Esas denetimini kabul edip usul denetimini dışlamak teorik bir ihtimal olarak var olsa da bu ihtimalin gerçekleşme olasılığı oldukça düşüktür.

Anayasa, denetimin kapsamına işaret etmeden yalnızca anayasa değişikliklerinin yargı organı tarafından denetleneceği yönünde bir hüküm içeriyorsa, yargı organının hem esas hem de usul denetimi yapmaya yetkili olduğu söylenebilir. Çünkü yargısal denetim hem usul hem esas denetimini ihtiva eder. Bu konuda bir belirsizlik de yoktur. Belirsizlik olmadığı için yargı organının yetkili olmasının istisna olduğu dikkate alınarak “istisnalar dar yorumlanır” ilkesine de başvurulamaz. Başka bir ifadeyle, “yargısal denetimin” anlamının belirsiz olduğu öne sürülerek dar yoruma tabi tutulması gerektiği ve bunun sonucunda yalnızca usul denetimini kapsadığı iddia edilemez. Ancak tali kurucu iktidar hiçbir şekilde sınırlandırılmamışsa yargı organı, anayasa tarafından yetkilendirilmiş olsa bile esas denetimi yapamaz; yalnızca usul denetimi yapabilir. Örneğin, 1996 tarihli Güney Afrika Anayasası'nın 167'inci maddesi, Anayasa Mahkemesine anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğu konusunda karar verme yetkisi vermiştir. O halde Güney Afrika'da Anayasa Mahkemesi, kural olarak, anayasa değişikliklerini usul ve esas bakımından denetleme yetkisine sahiptir. Fakat Güney Afrika

⁹⁴ DIXON/LANDAU, s. 615.

⁹⁵ TRIBE, s. 436, 442-443.

Anayasası'nın 74'üncü maddesi, anayasa değişiklikleri için yalnızca usuli kriterler öngörmüş, esas bakımından ise herhangi bir sınır getirmemiştir. Dolayısıyla, Güney Afrika'da anayasa değişikliklerinin esas bakımından yargısal denetimine referans alınacak bir ölçü norm bulunmamaktadır. Bu durum karşısında, Güney Afrika'da Anayasa Mahkemesinin anayasa değişikliklerini usul bakımından denetlemeye yetkili, esas bakımından denetlemeye ise yetkili olmadığı söylenebilir⁹⁶.

Anayasa, anayasa değişikliklerinin yargısal denetimini bütünüyle yasaklamışsa yargı organının dolaylı yollardan giderek bu yasağı aşmaya çalışmaması gerekmektedir. Nihayetinde bir kanun olduğunu öne sürerek anayasa değişikliklerinin kanunlar gibi yargı denetiminden geçmesi gerektiğini iddia etmek, söz konusu dolaylı yolların en bariz örneklerinden biridir. Keza yargısal denetim yasağının yalnızca anayasada yapılan değişiklikleri kapsadığını, buna mukabil anayasanın bir başka anayasayla ikame edilmesinin yasak kapsamında olmadığını, bu nedenle anayasanın ortadan kaldırılmaya çalışılması halinde bunun yargı organı tarafından engellenebileceğini ileri süren görüş de söz konusu dolaylı yollara verilebilecek bir başka örnektir. Her ne gerekçeyle olursa olsun, anayasa tarafından yasaklanmasına rağmen anayasa değişikliklerini inceleyen bir mahkeme, hukuk düzeninin kendisine biçtiği sınırları aşarak aktivist bir tutum takınmış olur⁹⁷. Öte yandan anayasa, anayasa değişikliklerinin sadece usul bakımından denetlenebileceğini ilan etmişse mahkemelerin anayasa değişikliklerini esas bakımından denetlememeleri gerekmektedir. Ancak anayasanın farklı bölümlerinin farklı usullerle değiştirilebilmesi hüküm altına alınmışsa, usul denetiminin gerçekleştirilebilmesi için esas denetimi yapmak bir zorunluluktur. Bu zorunluluk, bizi usul denetimi ile esas denetimi arasındaki ilişkiye götürmektedir.

2. Usul Denetimi ile Esas Denetimi Arasındaki İlişki

Anayasa değişikliklerinin yargısal denetimi söz konusu olduğunda usul denetimi ile esas denetimi arasındaki ilişki sorunlu alanlardan biri olmaktadır. Zira farklı ülkelerdeki birçok yargı organının usul denetimi kisvesi altında esas denetimi yaptığı iddia edilmektedir. Anayasa değişikliklerinin usulü, anayasa değişikliği yapılırken izlenmesi gereken yöntemlere işaret etmektedir. Organik anlamda yasama işlemi niteliğinde olan anayasa değişiklikleri teklif, görüşme, kabul ve onay aşamalarından geçer⁹⁸. Birçok ülkede anayasa değişikliklerinin parlamentodaki siyasi parti gruplarından biri veya parlamento üyelerinin bir kısmı tarafından

⁹⁶ ABEBE, s. 664-665, 679.

⁹⁷ HEIN, s. 87.

⁹⁸ TEZİÇ, s. 193-200; KABOĞLU, s. 29-33; ANAYURT, s. 183.

teklif edilebilmesi öngörülmüştür. Çift meclisli parlamentolarda teklifin her iki meclis tarafından getirilmesi gerekebilir. Teklif, parlamentoda görüşülür. Teklifin parlamentoya sunulmasından belli bir süre geçtikten sonra görüşülmesi veya birden fazla görüşülmesi şart koşulabilir. Teklif görüşüldükten sonra genellikle parlamentonun nitelikli çoğunluğu tarafından kabul edilmesi aranmaktadır. Teklif kabul edildikten sonra yayımlanmasını müteakip yürürlüğe girebileceği gibi, teklifin onay için devlet başkanına veya referanduma sunulması da söz konusu olabilir⁹⁹. İşte teklif, görüşme, kabul ve onay aşamaları anayasa değişikliği işleminin usulünü oluşturur. Anayasa değişiklikleri usul bakımından denetlendiğinde incelenmesi gereken bahse konu aşamalarıdır. Söz gelimi, en az iki defa görüşülme şartının olduğu bir yerde yalnızca bir defa görüşülen bir anayasa değişikliği usule aykırıdır. Yargı organının, yetkili olduğu takdirde, anayasaya aykırılığı iddia edilen böyle bir anayasa değişikliğini iptal etmesi gerekir.

Anayasa değişikliklerinin esası ise onların içerikleri, taşıdıkları anlamdır. Aslında esasın usule ilişkin olmayan her şey şeklinde olumsuz bir tanımının yapılabilmesi de mümkündür. Genel olarak, anayasa değişikliği işleminin usulü ile esasını ayırmak konusunda bir güçlük olmadığını söylemek yanlış olmaz. Ancak buna rağmen bazı ülkelerde usul denetimi adı altında esas denetimi yapılmaktadır. Bahse konu ülkelerin en yakın örneği Türkiye'dir. Yukarıda açıklandığı üzere, Türk Anayasa Mahkemesi, usul denetimi yapabilmek için esas denetimine başvurmak zorunda olduğunu iddia etmektedir. Bu iddia, usul denetimi ile esas denetiminin iç içe cereyan ettiği, bu nedenlerle birbirlerinden ayıramayacakları düşüncesine dayanmaktadır. Ne var ki bütün anayasa hükümlerinin aynı usulle değiştirilebildiği bir yerde, usul denetimi ile esas denetimi birbirinden ayırt edilebilir¹⁰⁰. Türkiye'de Anayasa maddelerinin tamamı aynı usulle değiştirilebildiği için usul denetiminin esas denetimi yapılmasını zorunlu kıldığı bir ihtimal yoktur.

Anayasa, farklı maddelerinin veya bölümlerinin farklı usullerle değiştirilmesini öngörmüşse usul denetimi ile esas denetimi iç içe geçer¹⁰¹. İşte bu ihtimalde esas denetimine girişmeden usul denetimi yapabilmek mümkün değildir. Bu konuda verebileceğimiz bir örnek 1921 tarihli Avusturya Anayasası'dır. 1921 Avusturya Anayasası'nın 44'üncü maddesi, anayasanın kısmi değişikliği (partial revision) için parlamentonun nitelikli çoğunluğunu, toptan değiştirilebilmesi (total revision) için ise nitelikli çoğunluğa ilaveten referandumu şart koşturmaktadır. Avusturya Anayasa Mahkemesi, kısmi değişiklik söz konusu olduğunda,

⁹⁹ TEZİÇ, s. 195-200; KABOĞLU, s. 31-33; ANAYURT, s. 186-187.

¹⁰⁰ ABEBE, s. 689.

¹⁰¹ ROZNAI, Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers, s. 211.

parlamentonun isimlendirmesiyle bağlı kalmadan, gerçekten de bir kısmi değişiklik olup olmadığını belirlemek için anayasa değişikliklerinin içeriğine bakmaktadır. Anayasanın, bütün maddelerini olmasa da temel ilkelerinin herhangi birini değiştiren veya etkileyen anayasa değişikliklerinin toptan değişiklik olduğunu benimseyen Avusturya Anayasa Mahkemesi, referanduma sunulmamış olan toptan değişikliklerin anayasaya aykırı olduğu sonucuna varmaktadır¹⁰². Avusturya Anayasa Mahkemesi, her ne kadar anayasa değişikliklerinin içeriğini inceliyor olsa da bu yola usul denetimi yapmaya matuf olarak başvurmaktadır. Zira anayasa değişikliğinin içeriği incelenmeden ortada bir kısmi değişiklik mi yoksa toptan değişiklik mi olduğu anlaşılammakta ve dolayısıyla anayasa değişikliğinin hangi usule tabi olduğu saptanamamaktadır¹⁰³. Dolayısıyla Avusturya Anayasa Mahkemesi gerçekten de usul denetimi yapmaktadır¹⁰⁴. Ancak Avusturya Anayasa Mahkemesinin, anayasanın temel ilkelerinde yapılan değişikliklerin toptan değişiklik olduğu sonucuna varması eleştiriye açıktır. Zira, anayasanın temel ilkelerinin ne olduğu ve ne tür anayasa değişikliklerinin bu ilkelere halel getirdiği sorularına objektif bir yanıt vermek güçtür. Bu nedenle, yalnızca anayasanın bütün maddelerinin değiştirilmesi veya ilga edilmesi halinde toptan değişiklik yapıldığı kabul edilmelidir.

İkinci örneğimiz Güney Afrika'dır. 1996 Güney Afrika Anayasası'nın 74'üncü maddesi, anayasanın farklı bölümleri için farklı değiştirme usulleri belirlemiştir. Bu durumda, Güney Afrika Anayasa Mahkemesinin usul denetimi yapabilmesi için ilk önce anayasa değişikliklerinin muhtevasını inceleyerek Anayasa'nın hangi bölümünün değiştirildiğini tespit etmesi gerekmektedir. Zira ancak Anayasa'nın hangi bölümünün değiştirildiği tespit edildikten sonra, değiştirilen bölüm için öngörülen usul kurallarına riayet edilip edilmediği kontrol edilebilecektir. Burada da esas denetimi, Anayasa Mahkemesinin usul denetimi yapabilmesinin ön koşuludur¹⁰⁵.

¹⁰² TURHAN, Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri, s. 77-78; GÖZLER, Judicial Review of Constitutional Amendments, s. 35-39; ROZNAI, Unconstitutional Constitutional Amendments-The Migration and Success of a Constitutional İdea, s. 687.

¹⁰³ ROZNAI, Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers, s. 211.

¹⁰⁴ Anayasayla açıkça yetkilendirilmediği için Avusturya Anayasa Mahkemesinin usul denetimi yapmaya da yetkili olmadığını düşünüyoruz. Daha önce bu konuya ilişkin kanaatimizi açıklamış olduğumuzdan burada konuyu dağıtmamak için tekrar etmiyoruz.

¹⁰⁵ ABEBE, s. 689.

SONUÇ

Çalışmamızda ulaştığımız sonuçları, maddeler halinde şu şekilde sıralayabiliriz:

1) Anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetlenebilmesinin ön koşulu, tali kurucu iktidarın esas bakımından tabi olduğu sınırların bulunmasıdır. Bu sınırlar, anayasa tarafından açıkça ifade edilmişse açık sınır, anayasada yer almıyorsa örtülü sınır olarak isimlendirilir.

2) Tali kurucu iktidarın esas bakımından sınırlandırılması ile yargısal denetimi ayrı koşullardır. Mahkemeler, yalnızca anayasa tarafından açıkça yetkilendirildikleri takdirde anayasa değişikliklerini esas bakımından denetleyebilir. Anayasa, anayasa değişikliklerinin esas denetimine tabi tutulmasını yasaklamışsa yargı organlarının bu yasağın arkasından dolanmaya çalışmamaları gerekir. Keza usul denetimi kılıfı altında esas denetimi yapmamaları icap eder. Ancak anayasanın, farklı bölümleri için farklı değiştirme usulleri tespit etmiş olması ihtimalinde esas denetimi usul denetiminin ön koşuludur.

3) Anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetlendiği ülkelerin bir kısmında açık sınırlar, diğerlerinde ise örtülü sınırlar esas alınmaktadır. Çalışmamızda açık sınırları esas alan ülkelere Almanya ve Türkiye hakkında açıklama yapılmıştır. Örtülü sınırları uygulayan ülkelere ise Hindistan ve Kolombiya örnek verilmiştir. Açık sınırlara dayanarak denetim yapan Türk Anayasa Mahkemesinin ve Almanya Anayasa Mahkemesinin, anayasayla açıkça yetkilendirilmedikleri için yetkisiz oldukları sonucuna ulaşılmıştır. Aynı gerekçeyle Hindistan Yüksek Mahkemesi ve Kolombiya Anayasa Mahkemesinin de yetkili olmadığı belirtilmiştir. Anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetlenmesinin suistimalci anayasa değişikliklerine karşı etkili olamayacağı, ayrıca yargı organlarının böyle bir yetkiyle donatılmasının da en az suistimalci anayasa değişiklikleri kadar tehlikeli olduğu ifade edilmiştir.

4) Anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetlenmediği ülkelerdeki yargı organları, anayasayla açıkça yetkilendirilmedikleri için yetkili olmadıkları sonucuna ulaşmaktadırlar. Çalışmamızda örnek olarak Fransa, Amerika ve İrlanda'daki uygulamalara değinilmiştir.

KAYNAKÇA

- ABEBE, A. K. (2014). The Substantive Validity of Constitutional Amendments in South Africa. *South African Law Journal*, 131 (3), 656-694.
- ALBERT, R. (2009). Nonconstitutional Amendments. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 22 (1), 5-48.
- ALBERT, R., ODER, B. E. (2018). The Forms of Unamendability, içinde: *An Unamendable Constitution? Unamendability in Constitutional Democracies*. (R. ALBERT, B. E. ODER, Düzenleyenler). *Gewerbestrasse: Springer*, 1-26.
- ANAYURT, Ö. (2020). *Anayasa Hukuku Genel Kısım (3. b.)*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- BARAK, A. (2011). Unconstitutional Constitutional Amendments. *Israel Law Review*, 44 (3), 321-342.
- BERNAL, C. (2013). Unconstitutional Constitutional Amendments in the Case Study of Colombia: An Analysis of the Justification and Meaning of the Constitutional Replacement Doctrine. *International Journal of Constitutional Law*, 11 (2), 339-357.
- BUSS, A. (2004). Dual Legal Systems and the Basic Structure Doctrine of Constitutions: The Case of India. *Canadian Journal of Law and Society*, 19 (2), 23-50.
- CAJAS-SARRIA, M. A. (2017). Judicial Review of Constitutional Amendments in Colombia: A Political and Historical Perspective, 1955–2016. *Theory and Practice of Legislation*, 5 (3), 245-275.
- DIXON, R., LANDAU, D. (2015). Transnational Constitutionalism and a Limited Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment. *International Journal of Constitutional Law*, 13 (3), 606-638.
- GARLICKI, L., GARLICKA, Z. A. (2012). Review of Constitutionality of Constitutional Amendments (An Imperfect Response to Imperfections?). *Anayasa Hukuku Dergisi*, 1 (1), 185-222.
- GÖZLER, K. (2016). *Kurucu İktidar (2. b.)*. Bursa: Ekin Yayınevi.
- GÖZLER, K. (2008). *Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study*. Bursa: Ekin Press (<https://www.anayasa.gen.tr/jrca.pdf>, E.T: 26.10.2020).
- HALMAI, G. (2012). Unconstitutional Constitutional Amendments: Constitutional Courts as Guardians of the Constitution?. *Constellations*, 19 (2), 182-203.

- HALMAI, G. (2015). Judicial Review of Constitutional Amendments and New Constitutions in Comparative Perspective. *Wake Forest Law Review*, 50 (4), 951-984.
- HEIN, M. (2020). Do Constitutional Entrenchment Clauses Matter? Constitutional Review of Constitutional Amendments in Europe. *International Journal of Constitutional Law*, 18 (1), 78-110.
- INGHAM, J. F. (1928). Unconstitutional Amendments. *Dickinson Law Review*, 33 (3), 161-168.
- JACOBSON, G. (2006). An Unconstitutional Constitution - A Comparative Perspective. *International Journal of Constitutional Law*, 4 (3), 460-487.
- KABOĞLU, İ. Ö. (2020). *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar) (15. b.)*. İstanbul: Legal Yayıncılık.
- KUMAR, V. (2007). Basic Structure of the Constitution: Doctrine of Constitutionally Controlled Governance. *Journal of the Indian Law Institute*, 49 (3), 365-398.
- MARBURY, W. L. (1919-1920). Limitations upon the Amending Power. *Harvard Law Review*, 33 (2), 223-235.
- MUKHERJEE, S. (2011). The Unconventional Dimensions of the Basic Structure Doctrine: An Insight. *Nirma University Law Journal*, 1 (1), 45-60.
- MURPHY, W. F. (1995). *Merlin's Memory: The Past and Future Imperfect of the Once and Future Polity, içinde: Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment*. (S. Levinson, Düzenleyen). New Jersey: Princeton University Press, 163-190.
- O'CONNELL, R. (1999). Guardians of the Constitution: Unconstitutional Constitutional Norms. *Journal of Civil Liberties*, 4 (1), 48-75.
- ÖZBUDUN, E. (2019). *Türk Anayasa Hukuku (19. b.)*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- ÖZBUDUN, E. (2019). Judicial Review of Constitutional Amendments in Turkey: The Question of Unamendability. *European Journal of Law Reform*, 21 (3), 278-290.
- ROZNAI, Y. (2013). Unconstitutional Constitutional Amendments-The Migration and Success of Constitutional Idea. *American Journal of Comparative Law*, 61 (3), 657-720.
- ROZNAI, Y. (2017). *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers*. New York: Oxford University Press.

- TEZİÇ, E. (2020). Anayasa Hukuku (24. b.). İstanbul: Beta Yayıncılık.
- TURHAN, M. (1976). Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 33 (1), 63-104.
- TURHAN, M. (2010). Halk Egemenliği ve Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi. Liberal Düşünce, 15 (57-58), 33-59.
- TRIBE, L. H. (1983). A Constitution We Are Amending: In Defense of a Restrained Judicial Role, Harvard Law Review, 97 (2), 433-445.
- VILE, J. R. (1985). Limitations on the Constitutional Amending Process. Constitutional Commentary, 2 (2), 373-388.
- YAP, P. J. (2015). The Conundrum of Unconstitutional Constitutional Amendments. Global Constitutionalism, 4 (1), 114-136.
- WRIGHT, R. (1991). Could a Constitutional Amendment Be Unconstitutional?. Loyola University of Chicago Law Journal, 22 (4), 741-764.



İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİ ÇERÇEVESİNDE İDARİ UYUŞMAZLIKLARDA TAHKİME İLİŞKİN USULİ HUKUKSAL SORUNLAR*

Procedural Legal Issues in Arbitration of Administrative Disputes within the
Framework of Concession Agreements

Mehmet İNANÇ*

Fatih AVCI**

ÖZ

1990'larla başlayan tahkim-idare hukuku etkileşimi zaman içinde Anayasa Mahkemesi, Danıştay ve sonrasında yasa koyucunun müdahalesiyle tartışmalı aşamalardan geçmiş ve nihai olarak tahkim müessesesi imtiyaz sözleşmeleri kapsamında uygulamaya başlanmıştır. Ancak 1999 ve sonrasında oluşturulan yasal çerçevede imtiyaz sözleşmeleri kapsamındaki tahkim uygulamasında, tahkim-idari uyuşmazlık bağdaşmazlığı bu defa kendisini yargılama usulü sorunları olarak göstermiştir. 2000'li yıllarda aceleyle oluşturulan ve içerik olarak yetersiz olan yasal çerçevedeki tahkim uygulaması, idare hukuku öğretisinde ileri sürülen eleştirileri haklı çıkardığı gibi mevcut haliyle tahkim uygulanabilirliğini olumsuz etkilemekte ve tahkimden beklenen avantajların elde edilmesini de engellemektedir. Sorunun çözümü adına Fransa uygulamasından yararlanarak imtiyaz sözleşmelerine dair yasal çerçevede bazı düzenlemeler yapılması, tamamen olmasa da tahkim-idari uyuşmazlık birlikteliğini daha sürdürülebilir kılabilecektir.

Anahtar Kelimeler: İdari Uyuşmazlık, İmtiyaz Sözleşmesi, Kesin Hüküm, Tahkim, Tahkime Elverişlilik, Yabancı Sermaye, Yap İşlet Devret.

• **Gönderi:** 29.12.2023 - **Kabul:** 31.01.2024 | **Received:** 29.12.2023 - **Accepted:** 31.01.2024.

* Arş. Gör., Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, Adana, Türkiye
✉ minanc@cu.edu.tr • ORCID 0000-0002-9033-9213.

** Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi, Ankara, Türkiye
✉ fatihavci81@gmail.com • ORCID 0009-0004-8936-9177.

Atıf Şekli / Cite As: İNANÇ, Mehmet, AVCI, Fatih (2024). İmtiyaz Sözleşmeleri Çerçevesinde İdari Uyuşmazlıklarda Tahkime İlişkin Usuli Hukuksal Sorunlar. ÇÜHAD, (5), 43-91.

İntihal / Plagiarism: Bu makale bir intihal engelleme yazılımı aracılığıyla denetlenmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been checked via a plagiarism prevention software and reviewed by at least two referees.



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.
This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

ABSTRACT

The arbitration-administrative law interaction, which started in the 1990s, went through controversial stages over time, with the intervention of the Constitutional Court, the Council of State and later the legislature, and eventually the arbitration began to be implemented within the scope of concession agreements. After the legal framework established in 1999 and later, the incompatibility of arbitration and administrative disputes has now manifested itself as procedural problems in the arbitration within the scope of concession agreements. Legal framework of arbitration, established in a hurry in the 2000s, is inadequate in content and has led to these problems and also justified the criticisms claimed in the administrative law doctrine. Besides, these problems hamper the applicability of arbitration in administrative disputes and expected advantages of arbitration cannot be obtained. In order to solve the problem, by considering French experience, legal framework of arbitration regarding concession agreements to be revised. By this way, although a complete smooth practice of arbitration in administrative disputes may not be possible, comparing to existing situation, arbitration-administrative dispute association can be more sustainable and applicable.

Keywords: Administrative Dispute, Concession Agreement, Final Judgment, Arbitration, Arbitrability, Foreign Investment, Build Operate Transfer.

GİRİŞ

Türk İdare Hukukunda tahkim konusunda, özellikle, 1999 yılı öncesinde Anayasa Mahkemesi ve Danıştay Kararları ekseninde yoğun tartışmalar yapılmış olup¹, nihayetinde 13 Ağustos 1999 tarihli Anayasa Değişikliği ve sonrasında getirilen kanuni düzenlemeler ile tahkim müessesesinin idare hukuku alanında belirgin bir yer edinmesi söz konusu olmuştur. İdari uyuşmazlıklarda tahkim yoluna ilişkin 1999 öncesi akademik tartışmalar çoğunlukla idari sözleşme, imtiyaz sözleşmesi ve kamu hizmeti konuları ile tahkim yasağına dair anayasal sınırlar çerçevesinde yürütülmüştür. Bundan sonraki süreçte ise akademik tartışmaların 1999 öncesindeki kadar yoğun olmadığı görülmüştür. Oysa Anayasal düzeyde imtiyaz sözleşmelerine tahkim şartı getirilmesinin, imtiyaz sözleşmelerinin idari sözleşmeler olma niteliğini veya tahkime konu uyuşmazlığın idari bir uyuşmazlık olduğu gerçeğini değiştiren bir yönü bulunmamaktadır. Söz konusu Anayasal ve yasal düzenlemeler sonrasında ortaya çıkan hukuki duruma göre, yasa koyucunun kamu hizmetlerine dair sözleşmeleri özel hukuk sözleşmesi olarak niteleyebilme imkânı sağlanmasıyla, bu tür sözleşmelerde tahkim kurumunun idare hukuku yönüyle tartışma alanı kamu hizmeti yönüyle sınırlı olacak biçimde daraltılmıştır. Ancak kamu hizmetine dair imtiyaz sözleşmelerinde tahkim şartının öngörülmesiyle dahi

¹ Bkz. ARAT, TBB İdari, s. 3; SOYSAL, ERTUĞRUL, s. 5.

sözleşmenin idari niteliği değişmemekte, idari uyuşmazlık, kamu hizmeti ve imtiyaz kavramları ile tahkim kurumu arasında mecburi bir birliktelik ortaya çıkmaktadır. Nitekim 1990'lı yılların sonu ve 2000'li yıllarda akdedilen Telekomünikasyon alanındaki imtiyaz sözleşmelerinde önceleri tahkim şartlarına yer verilmiş olduğuna rastlanıyor olsa da yaşanan sorunlar ve ortaya çıkan tahkim uyuşmazlıklarındaki tecrübeler neticesinde daha sonraları akdedilen imtiyaz sözleşmelerinde tahkim uygulamasından vazgeçildiği görülmüştür. Aradaki süreç ise, aynı tip kamu hizmeti ve imtiyaz sözleşmelerinde hem tahkim yargılamasının hem de idari yargı uygulamalarının gözlemlenebildiği bir dönem olarak, adeta idari uyuşmazlıklarda tahkime elverişlilik meselesine dair deneysel bir ortam ve tecrübe sunmuştur. Bu dönemde, imtiyaz sözleşmelerinde tahkime dair uygulamada görülen sorunların, sanki yeterince planlanmadan aceleye getirilmiş izlenimi uyandıracak derecede eksik yasal düzenlemelerden kaynaklandığı da düşünülebilir. Zira bir yandan tahkimde bir idari uyuşmazlığın görülmesine olanak sağlayan, diğer yandan tahkime dair, taraf iradelerine bağlı yapısından kaynaklı ortaya çıkacak salt biçimsel yargılama usulü sorunlarını dahi içermeyen yasal düzenlemeler, tahkim süreçlerini boşluklarla dolu bir hukuksal çerçeveye sığdırmaktadır. Bundan dolayıdır ki, telekomünikasyon alanındaki uygulama örneklerinde, tahkim yargılama sürecinin farklı aşamalarında sorunlar çıkarmıştır. Nihayetinde, imtiyaz sözleşmelerinde tahkim şartına başvurmaya ilişkin eğilimin terkedildiği görülmüştür. Mesela, GSM şirketlerinin ikinci nesil GSM hizmetleri için 10.03.2006 tarihinde imzalamış oldukları “GSM-Pan Avrupa Mobil Telefon Sisteminin Kurulması ve İşletilmesi ile ilgili Lisans Verilmesine ilişkin İmtiyaz Sözleşmeleri” hükümleri içerisinde uyuşmazlıkların tahkimle çözüleceği öngörülmüşken, üçüncü nesil GSM hizmetleri olarak bilinen IMT-2000/UMTS altyapılarına ilişkin olarak 30.09.2009 tarihinde Bilgi Teknolojileri Kurumu ile ihaleyi kazanan GSM şirketleri arasında imzalanan imtiyaz sözleşmelerinde uyuşmazlıkların çözüm mercii olarak tahkim yolu öngörülmemiştir.

Belirtmemiz gerekir ki, tarihsel süreçte idare hukukunda tahkime dair tartışmalar yukarıda sayılan eksende yürütülse de idare hukuku alanında farklı kapsam ve içerikte tahkim uygulama örnekleri de vardır. Gerçi bu uygulamaların tipik bir tahkim yolu olarak kabul edilip edilmeyeceği ayrı bir tartışma konusu olsa da idare hukukunda doğrudan veya dolaylı şekilde tahkime temas eden örneklerin de olduğu ifade edilmelidir. Özellikle ikili yatırım anlaşmaları kapsamında yatırım/ICSID tahkimi doğrudan bir idari uyuşmazlığa dair tanımlanmış bir müessese değildir, fakat uluslararası bir yatırım kapsamında tahkime konu olabilecek kamusal müdahalenin, büyük olasılıkla bir idari işlem veya idari eylem neticesinde ortaya çıkması

muhtemeldir. Bu yönüyle olası idari uyuşmazlıkların yatırım tahkimi kapsamında da ele alınması olasıdır.

Buraya kadar ifade edilenlerle birlikte, çalışma içerisinde gösterilen yaklaşımın, tarihsel süreçlerin göz önünde tutulmasıyla idare hukuku alanında tahkimin varlığının ve işleyişinin ele alınması yerine, idari hukukunda mevcut uygulama ve müesseseler bakımından tahkimin konumlandırılmasına dair olduğunu da belirtmemiz gerekir. Bu çerçevede, çalışmanın amacı idari uyuşmazlıklar bakımından tahkimin yasal çerçevesini incelemek ve bu inceleme sürecinde tahkim kurumu ile imtiyaz sözleşmesi özelinde idari uyuşmazlık kavramı gibi idare hukuku kavramlarının birlikteliğinden doğan sorunlarını ele almaktadır.

I. TAHKİM VE İDARİ UYUŞMAZLIKLARDA TAHKİM YOLU

Tahkim yoluna ve bu yolun idari uyuşmazlıklarla olan uyumuna ilişkin bir çalışmanın amacının tahkime ilişkin genel bilgiler sağlamak olmadığı açık olsa da tahkim müessesesi hakkında genel bir kavramsal çerçeve çizilmesinin, çalışmanın odağında yer alan sorunların bağlamını daha iyi izah edebilmeye fayda sağlayacağı düşünülmüştür. Böylece, aşağıda görüldüğü üzere, öncelikle çalışma bakımından açıklanmasına ihtiyaç duyulan temel kavramların, faydasız ayrıntıları içermeyecek biçimde ve gerektiği düzeyde tanımlanmasına dikkat edilmiştir.

A. Hukuksal Bir Müessese Olarak Tahkim

Modern devletlerde uyuşmazlıkların çözümü görevi temel olarak yargı yetkisini kullanan mahkemeler tarafından yerine getirilir. Yargı, egemenliğin bir görünümü olarak devletin temel görevlerinden birisidir. Bu durumda uyuşmazlıkların yargı yoluna alternatif başka yollarla çözümünün öngörülmesi ilk bakışta bir çelişki algısı uyandırabilir. Oysa, alternatif uyuşmazlık yolları yargı sisteminin dışında işleyen yollar olsa da bizzat devletin koyduğu hukuk kurallarıyla oluşturulan, devlet denetiminde olan, hukuk düzeniyle çatışmayacak kurumlar olarak oluşturulmuştur². Tahkim yolu da bu alternatif uyuşmazlık yollarından birisi olarak, kişiler arasındaki uyuşmazlıkları çözmektedir.

² ABEL, s. 31.

Tahkim (arbitrage)³ en basit ifadesiyle anlaşmazlıkların sona erdirilmesi için uyuşmazlıkların hakem huzuruna götürülmesini içeren uyuşmazlık çözüm yöntemidir⁴. Diğer bir ifadeyle, tahkim, bir hak üzerinde uyuşmazlığa düşmüş olan iki tarafın anlaşarak, bu uyuşmazlığın çözümlenmesini özel kişilere bırakmaları ve uyuşmazlığın bu özel kişiler tarafından incelenip karara bağlamaları olarak tanımlanmaktadır⁵. Başka bir tanıma göre ise, tahkim, tarafların uyuşmazlık çıkmadan önce daha sonra aralarında çıkacak uyuşmazlıklar için ya da aralarında uyuşmazlık çıktıktan sonra bu uyuşmazlığın çözümü için kendi aralarında anlaşarak seçtikleri usul ve hukuka göre yine aralarında serbestçe kararlaştırdıkları özel kişilere müracaat ettikleri ve bu kişilerce alınacak karara uymayı riayet ettikleri kurumdur⁶. Daha ayrıntılı bir tanıma göre ise tahkim, tarafların aralarında bulunan ya da çıkması muhtemel uyuşmazlıkların, yargı mercileri yerine seçtikleri hakemlerce çözümlenmesi için başvuru, hakemlerce verilen kararları kesin hüküm niteliğinde olup mahkeme ilamları gibi icra edilebilen sahip olan ve devlet denetimine tabi tutulabilen alternatif bir uyuşmazlık çözüm yoludur⁷. Bu tanımlardan hareketle denilebilir ki, tahkim, bir hukuksal uyuşmazlığın, çözümlenmesi için yetkili mahkeme yerine özel yöntemlerle çalışan bir hakem ya da hakem kuruluna havale edilmesidir. Tahkimi niteleyen unsurlar da tahkimin hukuki bir ihtilafın çözümü için geliştirilmiş bir yöntem olması, devlet yargısı yanında ve bunun dışında bir alternatif yargı olması, tarafların uyuşmazlığın halli için başvurdukları hakemlerin uyuşmazlığı kesin karar bağlaması niyetiyle bu işe başladıkları için bu karara uymaları gerekliliği⁸ olarak sıralanabilir⁹. Ancak tahkimin temel unsurlarından bahsedilecek olursa, doktrinde iki ana unsurdan söz edilmektedir ki, bu unsurlar; hakemler tarafından yapılacak yargılamanın taraflar arasında geçerli bir tahkim sözleşmesine dayanması ve tahkim yargılamasını gerçekleştirecek hakemlerin tıpkı hakimler gibi görevlendirilmesidir¹⁰. Burada, tahkim sözleşmesinin unsurlarına da değinmek gerekir. Tahkim sözleşmesinin taraflar arasındaki belirli bir

³ Fransızca “arbitrage” teriminin, Türk hukukunda kullanılan “tahkim” terimiyle örtüşen bir işleme sahip olduğuna dair bkz. YILMAZSOY, s. 392.

⁴ Daha kısa olarak, “Herhangi bir ihtilafın hallini hakeme havale etmektir.”, bkz. TÜRK HUKUK KURUMU, s. 315.

⁵ Daha geniş bilgi için bkz. KURU, ARSLAN, YILMAZ, s. 933.

⁶ ASLAN, ARAT, s. 2.

⁷ PEKCANITEZ, ÖZEKES, KORKMAZ, s. 2594.

⁸ Uygulamada gerek nihai karar aleyhine olan tarafın kararı uygulamada kimi zaman isteksiz davranması, kimi zaman da yabancılik unsuru içermesi nedeniyle diğer bir ülkede tanınma ve tenfizi gereken kararların tenfiz aşamasında “kamu düzeni” engeline takılmalarının, bu özelliği, tahkimin bir niteliği olmaktan uzaklaştırdığı öne sürülmektedir. Bkz. ASLAN, ARAT, s. 3.

⁹ ASLAN, ARAT, s. 2-3.

¹⁰ ŞANLI, s. 19.

uyuşmazlığa dayanması¹¹, uyuşmazlığın tahkime elverişli olması¹², uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözülmesi hususunda tarafların iradelerinin olması¹³ ve yazılı olması¹⁴ gerekmektedir.

Tahkimde tarafların, tahkim yerini, yargılama usullerini belirleyebilme, hakemlerin sayısını, niteliklerini ve hatta hakemleri belirleyebilme konularında etkin role sahip olmaları, uyuşmazlığın taraflarına güven sağlamanın yanı sıra uyuşmazlıkların süratle sonuçlandırılmasına katkı sağlamaktadır¹⁵. Bu nedenle tahkim özellikle tacirler bakımından mahkemelere göre daha elverişli bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak görülebilmektedir.

B. Tahkime Elverişlilik

İdari uyuşmazlıklarla ilgili farklılaşan yönlerinin aşağıda açıklanması nedeniyle, burada, tahkim sözleşmesinin bir unsuru olan tahkime elverişlilik konusuna değinme ihtiyacı duyulmuştur. Tahkime elverişlilik tahkim yolu için önemli bir şarttır. Gerek iç tahkime gerekse milletlerarası tahkime ilişkin genel esaslara göre, tahkim yoluna başvurulabilecek bir uyuşmazlığın her şeyden önce üzerinde serbestçe tasarruf edilebilecek bir konuya ilişkin olması gerekmektedir¹⁶. Diğer bir ifadeyle, tarafların, özgürce karar verebileceği ve bu kararlarının geçerli olabilmesi için mahkeme kararına gereksinim duymayacağı konular tahkime elverişli konulardır¹⁷. Bunun haricinde, kamu düzenini ilgilendiren konular, taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin konular veya tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği konular tahkime elverişli değildir. Örneğin, iç tahkim bakımından, 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu kapsamındaki uyuşmazlıklar, avukatlık ücretinin tespitine yönelik davalar, kira bedel tespit davaları, şirket genel kurul kararlarının iptaline ilişkin davalar tahkime elverişli olarak kabul edilmemektedir¹⁸.

Tahkime elverişlilik meselesi iç tahkimi veya uluslararası tahkimi düzenleyen hukuksal çerçevede ele alınmaktadır. Türk hukukunda iç tahkim, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 407. ve 444. maddeleri arasında düzenlenmiş olup, gerçek ya da tüzel kişi tacirler arasındaki ilişkilerde "tarafların serbestçe belirleyebilecekleri her konuda" olanaklıdır. Türkiye'de

¹¹ Tarafların arasında muayyen bir hukuksal ilişkiye dayanmayan, gelecekte doğması muhtemel hukuksal ilişkiler için tahkim yolu öngören tahkim sözleşmeleri geçerli değildir. Bkz. ARSLAN, YILMAZ, TAŞPINAR AYVAZ, s. 767.

¹² Tahkime elverişli olmayan bir konuda yapılmış tahkim sözleşmeleri geçersizdir. Bkz. YILMAZSOY, s. 403.

¹³ AKINCI, Milletlerarası, s. 83.

¹⁴ Geçerlilik şartı olduğu için yazılı olmayan tahkim sözleşmeleri geçersizdir. YILMAZSOY, s. 404.

¹⁵ EROĞLU, s. 20-21.

¹⁶ Bkz. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, m. 408 ve Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 1/4.

¹⁷ KURU, s. 1872.

¹⁸ ULUKAPI, s. 517-518.

tartışılan konu bakımından en önemli tahkim türü “bir devletle, özel kişi arasındaki tahkim” dir. Bu türde, tahkimin bir tarafı bir devlet kuruluşu iken öteki tarafı da bir özel kişidir. Bu tahkim türünde, genellikle yabancı yatırımcılar, kendilerini güvence altına almak için, yatırım yapacakları ülke kuruluşuyla bağladıkları sözleşmeye bir “tahkim şartı” koydurmaktadırlar¹⁹. Türk Hukukunda uluslararası ticari tahkimi düzenleyen esas ve usuller ise tahkim yeri olarak Türkiye'nin belirlendiği tekmlil uluslararası ticari tahkim prosedürleri ile ilgili olarak 21/06/2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümünü öngören Anayasanın 125. maddesi, kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan tahkimlerde uyulması gereken ilkeleri düzenleyen 21/01/2000 tarihli ve 4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkeler Dair Kanun, yabancı ülkelerden verilen uluslararası hakem kararlarının ülkede tanınması ve tenfizini düzenleyen 20/05/1982 tarihli ve 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunu, 08/05/1991 tarihli ve 3730 sayılı Kanunla onaylanan Uluslararası Ticari Tahkime Dair Avrupa (Cenevre) Anlaşması, 08/05/1991 tarihli ve 373 sayılı Kanunla onaylanan Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki New York Anlaşması, merkezi New York'ta bulunan bir Uluslararası Yatırım İhtilaflarını Çözüm Merkezi (ICSID) kurulmasını öngören ve 27/05/1988 tarihli, 3453 sayılı Kanunla onaylanan Devletlerle Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Haline Dair Konvansiyon ve yatırım ihtilaflarının uluslararası tahkim yolu çözümünü öngören çeşitli taraflarla akdedilmiş Yatırımların Teşviki ve Korunması Anlaşmaları çerçevesinde geliştirilmiştir²⁰.

C. İdari Uyuşmazlıkların Tahkime Elverişliliği

İdari uyuşmazlık kavramı, idari davaya konu olabilecek nitelikte ve idarenin eylem ve işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkları içeren üst kavram niteliğindedir. İdari uyuşmazlık kavramını anlatmak için, bu kavramın içleminde yer alan idari eylem ve idari işlem kavramlarını da tanımlamak gerekir. İdari işlem ve eylemler yasalarda tanımlanmış değildir²¹. İdare, kamusal vazifelerini işlem ve eylemler ile yerine getirmektedir. Bu işlemler ve eylemlerin idari nitelikte olanlarını ayrı ayrı tanımlamanın kolay olmadığı söylenebilir. İdari eylem ve idari işlemleri ayırt etmenin zorluğuna rağmen, idare eylem, kendisini oluşturan kişilerin

¹⁹ AYBAY, s. 54.

²⁰ ŞANLI, s. 218-220.

²¹ TAN, s. 221.

hareketlerini aşan nitelikte kamu gücünü içeren icrai veya ihmali yolla tezahür eden iradesi ile hareketler, işlemler topluluğu olarak kamu hizmeti örgütlenmesi ve işleyişi olarak nitelendirilebilir²². İdari işlemler ise, tüzel kişilerin idare fonksiyonuna göre faaliyette bulunurken, rızaları aranmaksızın kişilerin hukuki statülerinde etki ve sonuçlar doğuran ve kamu gücüne dayanan tek yanlı irade açıklamaları olarak tanımlanabilir²³. İdari eylem ve işlemlerin hangilerinin idari davaya konu olabileceğine ilişkin olarak ise, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesine değinmekte yarar vardır. Söz konusu hükme göre, idari davalar terimi, menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan iptal davalarını, hakları ihlal edilenler tarafından açılacak tam yargı davalarını ve idari sözleşmelerden kaynaklanan tam yargı davalarını anlatmaktadır. İdari uyuşmazlık terimi de bu sayılan davalara konu olabilecek idari eylem ve işlemleri ifade etmektedir.

1999 yılında yapılan yasal değişiklikler sonrasında Anayasa'nın idareye sağladığı hareket alanı çerçevesinde tahkime elverişlilik meselesi, kamu hizmetine dair sözleşmeler açısından büyük oranda normatif bir tahkim yasağından ziyade, pratik yargılama usulü sorunlarına dönüşmüştür²⁴. Yine de somut bir uyuşmazlık karşısında tahkime elverişlilik tartışmasının yapılması tamamen önemini kaybetmemiş olup kamu düzeninin bir gereğidir. Bu çerçevede kural olarak, idarenin kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı nedenlerine dayanarak tesis ettiği işlemler nedeniyle doğan idari uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığı ifade edilebilir²⁵. Buna karşılık, 1999 yılında gerçekleşen değişikliklerle birlikte, imtiyaz sözleşmelerinin mali hükümleri gibi idare ile müzakere edilebilen konuların tahkime elverişli olduğu, sözleşmeden ayrılabilen işlemlerde ise idari yargının görevli kalmaya devam ettiği söylenebilir²⁶. Tahkim şartı olan bir imtiyaz sözleşmesinde taraf iradelerinin esas olduğu mali hükümler gibi bazı hususlar tahkime götürülebilirken, kamu hizmetinin gereklerinden kaynaklanan tek yanlı uyarlamalar gibi tahkime elverişli olmayan konularda idari yargı görevli olacaktır²⁷. Bu noktada ortaya çıkacak olası bir tereddüdü gidermek adına bir idari uyuşmazlığın tahkime elverişliliğinin nihai olarak yargısal denetime konu edilebileceği ve bu bakımdan tahkim kararının tenfizi aşamasının bir güvence oluşturduğu düşünülebilir²⁸. Bu

²² KARAHANOGULLARI, İdare Hukuku, s. 40-42.

²³ İNANÇ, s. 84.

²⁴ TAN, Tahkim, s. 23.

²⁵ SARI, s. 7.

²⁶ GÜLAN, s. 154; ULUSOY, İdare Hukuku s. 721; ULUSOY, Kamu Hizmeti, s. 157.

²⁷ GÜLAN, s. 153.

²⁸ ASLAN, ARAT, s. 23.

denetimin adli yargı yerlerince idari uyuşmazlıkların niteliklerinin yeterince gözetilemeyeceği gerçeği yanında²⁹, tahkim kararlarının tenfizi için açılan davalara adli yargı mercilerince bakılmasına karşın, tahkim şartı bulunmayan imtiyaz sözleşmelerine ilişkin yargısal denetimin idari yargıda gerçekleştirilmesi ile ortaya çıkan çelişik durumun kamu düzenine ilişkin olan görev konusunda sorun teşkil ettiğini de unutmamak gerekmektedir³⁰.

İdari uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığına dair görüşler çerçevesinde öne sürülen argümanlardan birisi tahkimin keyfi sonuçlar çıkarmaya müsait olduğu yönündeki itirazdır³¹. Zira egemen bir süje olan devletin böyle rastlantısal sonuçların doğduğu bir sistem içerisinde yargılanamayacağı kabul edilmiştir³². Diğer yandan, idari uyuşmazlıkların, tarafların rızalarına ve iradelerine dayanmayan, objektif statülere ilişkin olmaları dolayısıyla tahkime elverişli görülmemesi gerektiği söylenebilir³³. Tarafların serbestçe tasarrufta bulunamamasına ek olarak, kamu yararına dayanması da idari uyuşmazlıkların tahkime elverişli görülmemesine gerekçe oluşturabilir³⁴. Zira idari uyuşmazlık terimi idari davaya konu olabilecek kamu gücüne dayanan eylem ve işlemlerle ilgili olarak ortaya çıkan uyuşmazlıkları içermektedir. Bu bakımdan idari uyuşmazlıklar eşit hukuk özneleri arasındaki uyuşmazlıklardan oldukça farklı niteliktedir³⁵. Bu durum, tahkim yolunun bir alternatif uyuşmazlık yolu olarak, tıpkı özel hukuk kişileri arasındaki uyuşmazlıkları çözme işlevini yerine getirmekte olduğu gibi idare ile gerçek veya tüzel kişiler arasındaki kamu gücüne dayanan uyuşmazlıkların çözümünde de elverişli olup olmadığı konusunda şüphe uyandırmaktadır³⁶. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere tahkim yolunun elverişli olmadığı durumlar içerisinde kamu düzenini ilgilendiren konular gibi tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemediği durumlar söz konusudur. İdari uyuşmazlıklar da aslında tam da kamu gücünün olduğu ve tarafların serbest iradesinin olmadığı bir alanda ortaya çıkan uyuşmazlıklardır. Zaten “kamu gücü” kavramı muhatabının rızası aranmadan tek yanlı eylem ve işlem yapabilme ile gerektiğinde cebri icraya başvurabilme yeteneği olarak tanımlanmaktadır³⁷. O halde, idari uyuşmazlıkların tahkim yoluna ilişkin genel esaslar

²⁹ ARAT, İdari Uyuşmazlıkların, s. 892-894.

³⁰ GÜNDAĞ, Uluslararası Tahkim, s. 192.

³¹ Bu konudaki tartışma için bkz. KESKİN, s. 157.

³² ORAK, s. 88-93.

³³ ONAR, s. 1931.

³⁴ AZRAK, s. 36-37.

³⁵ İNANÇ, s. 81-83.

³⁶ Özellikle bağlı yetkinin bulunduğu durumlarda tahkimi de içerecek biçimde alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin idare hukukunun özellikleriyle örtüşmediği değerlendirilmektedir. Bkz. ARAT, “İdari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yöntemleri...”, s. 906.

³⁷ ÖZAY, s. 298.

çerçevesine göre elverişli görünmediği ifade edilebilir. Bu nedenle, üstün yetkiler kullanılarak yapılan eylem ve işlemlerin, idare hukuku ve idari sözleşmelerin yargılanmasında uzmanlaşmış idari yargı denetiminden uzaklaştırılması ve kamu hizmeti gereklerinin dikkate alınmasının şüpheli olduğu bir tahkim yoluna tabi kılınmasının hukuk devleti ilkesini zedelediği de göz önüne alınarak, idari uyuşmazlıkların esasında tahkime elverişli görülmemesi gerektiği kabul edilmelidir³⁸. Buna rağmen, bazı idari uyuşmazlıkların tahkim yoluna götürülebilmesine neden olanın bazı özel hukuki düzenlemeler olduğu düşünüldüğünde, tahkime elverişlilik konusunun genel olarak değil, özel düzenlemeler ışığında ele alınmasının daha yerinde olacağı değerlendirilmektedir. Aksi halde, bir imtiyaz sözleşmesine ilişkin uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığına ilişkin değerlendirmelerin söz konusu sözleşmenin şartnamesinin tahkime elverişli olup olmadığına ilişkin değerlendirmelerden farklılaşmasının nedeninin izahı oldukça güç olacaktır. İdari sözleşmeler bakımından da aynı yorumu yapabilmek mümkündür. Zira idari uyuşmazlık kavramı yalnızca idarenin tek yanlı irade açıklamalarını içermez. İdarenin yerine getirmekle yükümlü olduğu görevlerin niteliği ve tüm faaliyetlerinde kamu yararını izleme zorunluluğu tek yanlı idari işlemlerin yaygın kullanımına yol açsa da³⁹ idare bazen karşılıklı iradelerin uyuşumu sonucu oluşan sözleşmeler de yapabilir⁴⁰. Bu sözleşmeler ile idarenin tek yanlı iradesiyle ortaya çıkan idari işlemler, aynı hukuki rejime tabi kılınmamaktadır. Dolayısıyla, idari sözleşmelerin bu farklılaşan hukuki rejimi çerçevesinde tahkime elverişlilik veya kamu hizmetlerine ilişkin uyuşmazlıkların tahkime elverişliliği özel olarak ele alınması gereken bir meseledir. Bu nedenle, aşağıda çalışma bakımından tüm idari uyuşmazlıkların değil, kamu hizmeti sunumu çerçevesinde imtiyaz sözleşmelerinde tahkime elverişlilik konusu açıklanmıştır. Ancak öncesinde kamu hizmetlerinin sözleşme ile özel kişilere gördürülmesinin bir türü olarak gösterilen imtiyaz sözleşmelerinin mahiyetine değinilmiştir.

II. KAMU HİZMETİNİN ÖZEL KİŞİLERE GÖRDÜRÜLMESİNDE “İDARİ SÖZLEŞMELER” VE TAHKİM ŞARTI

Kamu hizmeti, kamu tüzel kişilerinin bizzat veya gözetim ve denetimi altında genel ve toplumsal ihtiyaçları karşılamak amacıyla kamuya sundukları devamlı ve muntazam faaliyetleridir⁴¹. Tanımdan da anlaşılacağı üzere, bir faaliyetin, kamu hizmeti sayılması için o

³⁸ ERGUVAN, s. 89.

³⁹ GÖZÜBÜYÜK, TAN, s. 515.

⁴⁰ GÜNDAY, İdare Hukuku, s. 183.

⁴¹ ONAR, s. 13.

faaliyetin mutlaka klasik idari kuruluşlarca yürütülmesi şartı aranmamakta, kamu hizmeti haline getirilmiş bazı iktisadi, sınai ve ticari faaliyetlerin de özel hukuk rejimine tabi tutulmaları mümkün olabilmektedir⁴². Zira modern idare hukukunda kamu hizmeti, kamu yararı içermesi ve özel faaliyet olarak gereği gibi yerine getirilmesinin mümkün olmaması nedeniyle, yasama organı tarafından özel faaliyetler için söz konusu olamayacak bir ayrıcalıklar ve yükümlülükler rejimine tabi tutulan ve sorumluluğu ile denetimi son tahlilde bir kamu otoritesi tarafından üstlenilen faaliyet olarak tanımlanmaktadır⁴³. Bu durumda her kamu hizmetinin sonuçta bir kamu otoritesi tarafından üstlenilmesi, kamu hizmetinin mutlaka o kamu otoritesi tarafından yürütülmesi ve işletilmesini gerektirmez. Hizmetin sahibi konumundaki kamu otoritesince yerine getirilmesi gereken yeni teknoloji, uzmanlık ve özellikle büyük yatırım gerektiren faaliyetler, idareye personel istihdamı, teknoloji üretimi ve yatırım için mali kaynak ayırma külfeti olmadan gerçekleştirebileceği fikriyle ve özel kişilerce hizmet sunumunun daha hızlı, düşük maliyetli ve kaliteli olacağı öngörüsüyle, özel hukuk kişileri tarafından idarenin denetimi altında yerine getirilebilmektedir. Bu durumda bir özel kişi tarafından yürütülen kamu hizmetinde, kamu hizmetinin nihai sorumlusu olan kamu otoritesinin kamu düzenini sağlama amaçlı olarak özel faaliyetler üzerinde idarenin uyguladığı kolluk denetimini aşan, içselleştirilmiş bir yakın gözetim ve denetimi söz konusudur⁴⁴. Buna karşın, kamu hizmetlerini sunumuna katılan özel kişilerin, kamu hizmetlerine sağlayacağı yatırım bakımından güvence sağlanmasına yönelik talepleri ve bu taleplerin karşılanması yönünde ihtiyaçlar da söz konusudur⁴⁵. Türkiye’de kamu hizmetlerinin özel kişilerce yerine getirilme usullerinin gelişim ve yaygınlaşmasıyla ortaya çıkan bu yöndeki taleplerin karşılanması amacıyla, 13.08.1999 tarih ve 4446 sayılı Kanun hükümleriyle yapılan Anayasa Değişikliği ile kamu hizmetlerine ilişkin önemli değişiklikler getirilmiştir. Bu değişiklikler içerisinde çalışmamız bakımından en fazla dikkate değer olanı şüphesiz, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar için ulusal ve uluslararası tahkim yolu öngörülebilmesine imkân tanınmasıdır. Bu değişikliğin kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinin ilk akla gelen sözleşmeli yöntemlerinden imtiyaz sözleşmeleri üzerinde etkileri oldukça büyüktür. Ancak bu etkilere değinmeden önce bir idari sözleşme türü olan imtiyaz sözleşmelerinin ayırt edici özellikleri de ifade edilmekle beraber, idari sözleşmelere ilişkin bilgiler bağlamında açıklanmasında yarar olduğu düşünülmüştür. Zira bir kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesinde özel hukuk sözleşmeleri de

⁴² GÜNDAY, İdare Hukuku, s. 332.

⁴³ ULUSOY, Kamu Hizmeti, s. 13.

⁴⁴ ULUSOY, Kamu Hizmeti, s. 31.

⁴⁵ ÖZAY, s. 394.

kullanılabilmekte ise de bu sözleşmelerden oldukça farklı nitelikte olan, idari sözleşmeler ile bu sözleşmelerin içerisinde imtiyaz sözleşmelerinin tanımlanmasının söz konusu farklıları görünür kılmaya giden yolda ilk basamak olduğu da bir gerçektir.

A. İdari Sözleşmeler

İdari sözleşmeler terimi, idarenin taraf olduğu sözleşmeler olarak bir çağrışım yapıyor olsa da yalnızca bu özelliği ile açıklanabilen bir terim değildir. Çünkü idarenin taraf olduğu her türlü sözleşme idari sözleşme sayılmamakta, idarenin sözleşmelerinden tamamen özel hukuk hükümlerine tabi olan ve idarenin sözleşmenin diğer tarafları ile eşit statüde olduğu sözleşmeler ile idarenin kamu yararının temsilcisi olarak katıldığı ve idare hukuku kural ve ilkelerine tabi olan idari sözleşmeleri birbirlerinden ayırt etmek gerekir⁴⁶. Diğer bir ifadeyle, idarenin yaptığı sözleşmeler, tabi olduğu hukuksal rejime göre özel hukuka tabi olan ve bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların adli yargı organları tarafından çözüldüğü özel hukuk sözleşmeleri ile kamu hukukuna tabi olan ve bu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların görüm ve çözümünde idari yargı organlarının görevli olduğu sözleşmeler olmak üzere iki türe ayrılmaktadır⁴⁷. Bunlardan, idari sözleşmeler, taraflarından en az birisi idare olan, konusu veya sözleşme ile kurulmak istenen ilişki bakımından özel hukuk dışında idareye özgü bir düzenlenişe gereksinim duyan, sözleşmenin karşı tarafının bir kamu hizmetini doğrudan doğruya ifa etmesini veya ifasına katılmasını öngören, idareye özel hukuku aşan bazı üstünlük ve ayrıcalıkları tanıyan, özel hukuku aşan hükümler içeren sözleşmelerdir⁴⁸.

Danıştay'ın güncelliğini koruyan ve yukarıda sunulan tanımlardaki ölçütlere benzer ölçütleri içeren tanımına göre, idari sözleşmeler, “Konusu doğrudan doğruya veya dolayısıyla bir kamu hizmetine ilişkin ve taraflardan biri idare olan ve idarenin diğer tarafa nazaran üstün hak veya yetkilerini içeren hükümler taşıyan sözleşmeler” niteliğindedir⁴⁹. Anayasa Mahkemesi'ne göre, “taraflardan birinin kamu tüzelkişisi olması, konunun kamu hizmeti ile ilgili bulunması düzenleme biçimi ve yürütme yöntemine ilişkin kuralların özel hukuk kurallarından çok kamu hukuku kuralları olması ve yönetime üstünlük tanınması, idari sözleşmelerin ana koşulları” olarak sayılmaktadır⁵⁰. Buraya kadar sunulan tanımlardan, idari

⁴⁶ GÜNDAY, İdare Hukuku, s. 183-184.

⁴⁷ TEKİNSOY, s. 183.

⁴⁸ GÜNDAY, İdare Hukuku, s. 184-187; ÖZAY, s. 510-511; GÖZÜBÜYÜK, TAN, s. 528-541; TEKİNSOY, s. 192-206.

⁴⁹ D. 12.D., T. 02.11.1976, E. 1974/1958, K. 1976/2141, DD, S. 26-27, s. 509. vd.

⁵⁰ AYM, T. 22.12.1988, E.1988/5, K.1988/55, RG. 25/07/1989, S. 20232, s. 54., AYM, T. 09.12.1994, E.1994/13, K.1994/42-2, RG. 24.01.1995, S. 22181, s.3., AYM, T. 28.06.1995, E.1994/71, K.1995/23, RG.20.03.1996, S. 22586.

sözleşmelerin bazı unsurlarına ulaşılmakta ve bunların idari sözleşmelerin özel hukuk sözleşmelerinden ayırt edilmesinde dikkate alındığı anlaşılmaktadır. Ancak ayırt edici unsurlara ilişkin denilebilir ki, bir sözleşmenin idari sözleşme olarak nitelendirilmesi, sözleşmenin düzenlediği ilişkinin idare hukuku ilişkisi olduğuna ilişkin bir tespit olup, sözleşmenin konusu, hükümleri ve sözleşmeyi ilgilendiren, düzenleyen sözleşme dışı kurallar bu ilişkiyi nitelendirmeye yarayan belirtiler demeti niteliğinde görülerek bir bütün olarak değerlendirilmelidir⁵¹.

B. İdari Sözleşme Olarak İmtiyaz Sözleşmeleri ve Tahkime Elverişliliği

İmtiyaz sözleşmeleri, idari sözleşmeler denilince belki de akla ilk gelen sözleşme türüdür. Elbette bu durum oldukça doğaldır. Zira Türkiye’de uzunca bir dönem, imtiyaz dışında bir idari sözleşme uygulamasının olmamasının da etkisiyle, idari sözleşme kategorisinin oluşturulmasında, kamu hizmeti imtiyazının önemli etkisi olmuş ve idari sözleşme kuralları, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin özelliklerinden çıkarım yapılarak oluşturulmuştur⁵². Hatta, yargı organlarının imtiyaza işlevsel bir anlam vererek, kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesinin özel kişiye devrine ilişkin sözleşmeleri imtiyaz sözleşmesi olarak niteledikleri⁵³, hatta kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesi yöntemlerini imtiyaz usulü ile özdeşleştirdikleri bilinmektedir⁵⁴. Aslında farklı isimlendirmelere rağmen bir kamu hizmetin özel kişilere gördürülmesine ilişkin sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi özelliklerini gösterdiği durumlarda bu yaklaşımın yanlış olmadığı düşünülmektedir. Mesela, Fransa’da 2016 yılından sonra bir yapım işinin ve kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesi usulünün Avrupa Birliği Hukukunda olduğu gibi “yetki devri” olarak adlandırılmaması, bu sözleşmelerin geleneksel haliyle “imtiyaz sözleşmesi” olarak ifade edilmesi gerektiği kabul edilmektedir⁵⁵.

Anayasa Mahkemesi’nin 01.12.1994 tarihli ve E.1994/43, K.1995/42-2 sayılı kararında imtiyaz usulü şu şekilde tanımlanmıştır: “Kamu hizmetinin, sermaye, kâr, hasar ve zararı özel hukuk kişisine ilişkin olarak idarenin gözetim ve denetimi altında çok uzun süreli bir ‘idari

⁵¹ TEKİNSOY, s. 224.

⁵² TEKİNSOY, s. 181.

⁵³ “İdarenin gerçek ve genel olarak sermaye şirketi olan bir tüzelkişiyle yaptığı bir sözleşmeyle, bir kamu hizmetinin belirli ve uzun bir süre içinde kurulması ve işletilmesinin karşılığında hizmetten yararlananlardan ücret ya da bedel alınmak ve giderleriyle kar ve zarar özel girişimciye ait olmak üzere idarenin kendi buyruğu ve sorumluluğu altında sağladığı bir yönetim biçimi...” D.İ.D., T. 24.09.1992, E.1992/232, K.1992/294, DD, S.87, s. 37.

⁵⁴ “Konusu kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesini bir özel kişiye devretmek olan sözleşmeler (kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri) olarak tanımlanmaktadır.” AYM, T. 28.06.1995, E.1994/71, K.1995/23, RG. 20.03.1996, S. 22586, s. 51.

⁵⁵ MORAND-DEVILLER, J., BOURDON, P., POULET, F., s. 436.

sözleşme' uyarınca özel hukuk kişilerince yürütülmesine imtiyaz denir..."⁵⁶. Bu kararda, konusu kamu hizmetinin kurulmasını ve/veya işletilmesini bir özel kişiye devretmek olan sözleşmeler "kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri" olarak tanımlanmışsa da bu tanım imtiyaz sözleşmelerinin kamu hizmetinin bir özel kişi tarafından yürütülmesini sağlayan tek sözleşme çeşidi olmamasından dolayı eleştirilmiştir⁵⁷. Benzer şekilde, "kamu hizmeti niteliği taşıyan bir görevin yerine getirilmesi, idari bir sözleşmeyle bir girişimciye devredilmişse kamu hizmetinin imtiyaz usulüyle yürütülmesi söz konusudur" şeklinde Danıştay'ın muhtelif kararlarında geçen ifadeler de⁵⁸ imtiyaz sözleşmesinin, kamu hizmetinin bir özel kişi tarafından yürütülmesini sağlayan tek idari sözleşme çeşidi olmamasından dolayı eleştirilmektedir⁵⁹. Nitekim idari sözleşme rejiminin kökeninde yer alan kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin, hem kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesinin tek yöntemi hem de idari sözleşmenin temel biçimi olarak anlaşılması, idari sözleşmeler için başkaca bir ölçüt aranmasını gereksiz kılacağından idari sözleşme ölçütlerine yönelik tartışmalara ilişkin tek boyutlu bir yaklaşım doğurma potansiyeli bakımından eleştirilmiştir⁶⁰.

1. İmtiyaz Sözleşmelerinin Özellikleri

Bir kamu hizmetinin masrafları, kar ve zararı özel kişiye ait olmak üzere, özel bir kişi tarafından kurulması ve /veya işletilmesi usulü olan imtiyaz, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olarak adlandırılan idari bir sözleşme ile verilmektedir⁶¹. Konusu bir kamu hizmetinin yürütülmesi olan bir kamu hizmetinin bir özel kişi tarafından kurulmasını ve belli bir süre işletilmesini veya kurulmuş bulunan bir kamu hizmetinin belli süre işletilmesini içeren imtiyaz sözleşmeleri ile bir kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesi, kamu hizmetinin terki anlamına gelmediğinden⁶² ve kamu hizmetinin asli sahibi ve sorumlusu idare olduğundan dolayı, şartname ve sözleşmede açıkça belirtilmemiş olsa dahi, idarenin, imtiyaz sahibinin üstlendiği yükümlülükleri yerine getirişini denetleme ve gerektiğinde yaptırım uygulama yetkisine sahip olduğu kabul edilmektedir⁶³.

⁵⁶ AYM, T.01/12/1994, E.1994/43, K.1995/42-2, AYMKD, S. 31, C. 1, s. 303.

⁵⁷ GÖZLER, s. 420.

⁵⁸ D.1.D., T. 24.09.1992, E.1992/232, K.1992/294, Legalbank, (E.T. 28.12.2023); D.10.D., T. 29.04.1993, E.1991/1, K.1993/1752, Lexpera (E.T. 29.12.2023).

⁵⁹ GÖZLER, s. 424.

⁶⁰ TEKİNSOY, s. 225.

⁶¹ GÜNDAY, İdare Hukuku, s. 344.

⁶² GÖZLER, s. 437.

⁶³ GÜNDAY, İdare Hukuku, s. 347.

İmtiyaz sözleşmelerinin bir diğer özelliği, idari sözleşmelerin ayırt edici özelliklerinden birisi olarak, idari sözleşmelerin özel hukuku aşan şartlar içermekte olması ile ilgilidir. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, idari sözleşme niteliğinde olan ve özel hukuku aşan şartlar içeren sözleşmelerdir. Bu bağlamda, sözleşmelerin tarafı olan idarelerin, diğer taraflara göre hizmetin hangi koşullarda yürütüleceğini tek yanlı olarak belirleme, pazarlık yapma, yürütülen kamu hizmetinin zorunlu kılması halinde, sözleşmede yer almasa bile, sözleşmenin mali hükümleri dışındaki hükümlerinde tek yanlı değişiklikler yapma, bedelini ödeyerek sözleşmeyi satın alma (rachat) ve mahkmeden sözleşmenin feshini isteme gibi bir takım üstün ve ayrıcalıklı yetkiler kullanabilmesi söz konusudur⁶⁴. Ancak hemen belirtilmelidir ki, özel hukuku aşan şartların idareye sağladığı tek yanlı üstün ve ayrıcalıklı yetkilerin, idareye avantaj bahşeden görünümüne karşın, özel kişiler bakımından hukuki belirsizlik ve güvensizlik yaratması nedeniyle imtiyaz sözleşmeleri, genellikle kuşkuyla yaklaşılacak ve istenmeyen bir yöntem olarak görülmektedir⁶⁵.

İmtiyaz sözleşmelerinin başka bir özelliği ise içeriği nedeniyle maddi sınıflandırmaya göre “karma işlem” niteliğinde olmalarıdır. Aslında tüm idari sözleşmeler, teknik hususları düzenleyen “kural”, imtiyazcının haklarından ve sahip oldukları yetkilerden oluşan imtiyazları gösteren “koşul” ve belgeye asıl iki yanlı işlem niteliğini veren mali konulardaki “özel” hükümlerden oluşmaları nedeniyle “karma işlem” sayılmaktadırlar⁶⁶. İmtiyaz sözleşmeleri de teknik konuları kural olarak düzenlemenin yanında özel kişi olan akidinin hak ve yetkilerini gösteren koşul ve mali konulara ilişkin olarak özel hükümler içerdiklerinden, idarenin karma işlemlerindedir. Bu sözleşmeler, özel hukuk sözleşmelerinden farklı olarak, taraflar açısından hak ve borçlar yaratan sözleşme olmanın yanında, görülecek olan kamu hizmetinin kuruluşu ve buna ilişkin görev ve yetkileri belirleyen şartlaşma ve diğer belgelerden oluşur. Bu şartlaşma kamu hizmetinin görülmesine ilişkin kuralları belirlemesinden ötürü kural işlem özelliği gösterirken, bu hükümlerden imtiyaz sahibine ücret tahsili ve kamulaştırma isteme gibi yetkilerle donatırken koşul-işlem olmakta ve nihayet sözleşmenin mali hükümlerini düzenleyen kısımlar da sözleşme özelliği göstermektedir⁶⁷. Konu ile ilgili olarak, imtiyaz sözleşmelerin karma niteliğine ve iki bölümden oluştuğuna dikkat çeken Danıştay İdari İşler Kurulu’na göre, “imtiyaz verenin iradesini yansıtan ve düzenleyici işlem niteliğinde olan bölümde imtiyaz konusu, hizmetin koşulları, örgütlenmesi ve işleyişine ilişkin olarak idari ve teknik

⁶⁴ ULUSOY, Kamu Hizmeti, s. 35-36.

⁶⁵ ULUSOY, Kamu Hizmeti, s. 36.

⁶⁶ ÖZAY, s. 251.

⁶⁷ ASLAN, ARAT, s. 9-10.

şartnamelerde yer alan hükümlerin, imtiyaz veren idarenin isteklerini ve iradesini yansıtacak biçimde düzenlemesi kamu yararı açısından zorunludur”⁶⁸.

Sadece iki taraf arasında imzalanmış olduğu için sözleşme adını taşıyan bu işlemlerin aslında bir katılma-işlem olduğunu vurgulayan bir görüşe göre, maddi ayırım bakımından karma işlem niteliğini taşıyan idari sözleşmelerin hükümlerinin büyük bir bölümü yine maddi yönden kural işlemlerden oluşurken, sözleşme bu şartname ya da şartlaşma denilen kural işlemlerde öngörülen şekilde gerçekleşmektedir. Sözleşmenin konusu ve yapılacak iş saptandıktan sonra bu belgeye sadece öznel nitelikte olan mali hükümler iki taraf arasında varılan anlaşmaya göre saptanmaktadır. Bu nedenle idare ile sözleşme imzalayacak olan taraf, tüm yönleri idare tarafından belirlenmiş bir metne katılarak onu imzalamakta ve böylece sözleşme ortaya çıkmaktadır⁶⁹.

2. İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkime Elverişlilik

İmtiyaz sözleşmeleri, idarenin iki yanlı işlemi olarak ifade edilen “idari sözleşme” kategorisinde yer alan, konusu bir kamu hizmetinin gördürülmesini içeren sözleşmelerdir. İdare kamu hizmetlerini yalnızca bir idari sözleşme olan imtiyaz sözleşmesi ile değil özel hukuk sözleşmesi ile de özel kişilere gördürebilir. Kamu hizmetlerinin bir özel kişiye gördürülmesini içermenin yanı sıra imtiyaz sözleşmeleri, özel hukuku aşan şartlar (kamusal ayrıcalık ve yükümlülükleri) içeren ve bu bakımdan özel hukuk sözleşmelerinden ayrılan sözleşmelerdir. İmtiyaz sözleşmesi ile ilgili uyuşmazlıkların tahkim süreçlerinde göz önüne alınması gereken hukuk da esas olarak özel hukuk değil, idare hukukudur. Nitekim imtiyaz sözleşmelerine uygulanacak hukukun idare hukuku olduğuna dair milletlerarası tahkim kararları örneklerinin de göz önünde tutulmasıyla, Türk idari yargı mercilerince de sorunun aynı yönde yorumlamanın mümkün olduğu ve hatta gerektiği söylenebilir⁷⁰. İdare hukuku, taraflardan birisinin kamusal ayrıcalıklara sahip olması karşısında eşit olmayan bir hukuksal ilişkiyi kavrayacak nitelikte esaslar içerir⁷¹. İmtiyaz sözleşmeleri özelinde de bu kuralların, imtiyaz verene üstün yetkiler tanımlarken, imtiyazcıya kamu mallarından yararlanma, vergi bağışıklıklarından yararlanma, 3. kişi lehine kamulaştırma yapabilme yetkileri ile bazı kolluk yetkileri ve tekel olarak mal ve hizmet sunumu gibi bazı kamusal ayrıcalıklar sağlamaktadır⁷². Bu esaslar, şüphesiz kamu

⁶⁸ D. İDDK, T. 09.10.2000, E. 2000/107, K. 2000/76 (Yayımlanmamıştır.) (Nakleden GÖZÜBÜYÜK-TAN, s. 548.)

⁶⁹ ÖZAY, s. 511.

⁷⁰ GÜNEŞ, s. 562-564.

⁷¹ KARAHANOĞULLARI, s. 5.

⁷² GİRİTLİ, BİLGİN, AKGÜNER, BERK, s. 1214.

düzenine ilişkin sonuçlar doğurmaktadır. İmtiyaz sözleşmelerinin tahkime elverişliliği bakımından sorun yaratmaktadır. Çünkü tahkime elverişli konular, tarafların serbestçe belirleyebildikleri ve kamu düzenini ilgilendirmeyen konulardır⁷³. Fransa’da idari sözleşmeler alanında tahkime başvurulamayacağı genel bir kuraldır. Bu kurala kanunlar ve uluslararası sözleşmelerle istisnalar getirilerek, bazı imtiyaz sözleşmelerine ilişkin uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümünün öngörüldüğü bilinmektedir⁷⁴. Türkiye’de Fransa’dan farklı olarak, imtiyaz sözleşmeleri ile ilgili uyuşmazlıklar için tahkim yolu öngörülebileceği Anayasa’da öngörülen bir esastır⁷⁵. Böyle düşünüldüğü zaman imtiyaz sözleşmelerinin kategorik olarak tahkime uygun sözleşmeler olduğu ve elverişlilik hususunda özel hukuk sözleşmeleri bakımından yapılan tartışmaların yapılmasına gerek olmadığı sonucuna ulaşılabilir. Farklı bir ifade ile, tahkime elverişlilik konusunda HMK ve MTK hükümlerinin, Anayasa’da tahkim yolu öngörülebileceği açıkça ifade edilen imtiyaz sözleşmeleri bakımından sınırlandırıcı bir etkiye sahip olduğunun düşünülmesi hatalı olacaktır. Üstelik, bir idari sözleşme olan imtiyaz sözleşmesini kamu düzenine ilişkin konular içermesi bakımından tahkime elverişli görmemek bir yana, imtiyaz sözleşmelerine ilişkin hakem kararlarında idare hukuku kurallarının göz ardı edilmesinin kamu düzenine aykırılık teşkil edeceği bile düşünülebilir⁷⁶. Dolayısıyla, imtiyaz sözleşmelerinin yapısal olarak, tahkim yolu ile uyumsuz olmasına rağmen, hukuksal kabule göre tahkime elverişli sayıldığı söylenebilmektedir. Aralarındaki uyumsuzluğa rağmen kurulan zoraki bir ilişkiye benzetilebilecek bu durum ise pek çok hukuksal ve pratik sorunlara yol açmaktadır. Aşağıda ayrıntılarıyla açıklanan usulî sorunlar da aslında bir yönüyle bu sorunları ifade etmektedir.

III. İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİ İLE İLGİLİ TAHKİM YARGILAMA SÜRECİNDE YAŞANAN USULÎ SORUNLAR

Kamu hizmetinin gördürülmesine dair idarenin sözleşmeleri kapsamında imtiyaz sözleşmeleri çerçevesinde ve Yap-İşlet-Devret ve benzeri özel hukuk sözleşmeleri çerçevesinde tahkim yolunun öngörülmesine imkân tanınmaktadır. Ancak, imtiyaz sözleşmelerinin tesisi için en temel hukuki düzenleme olan 1910 yılından kabul edilen Menafii Umumiyye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun ile tahkim için 4501 sayılı Kanun tahkim yolu ile ilgili ihtiyaçları

⁷³ ATALI, ERDOĞAN, ERMENEK, s. 729.

⁷⁴ GÖZLER, s. 242.

⁷⁵ TAN, s. 407.

⁷⁶ GÜNEŞ, s. 563.

karşılaktan uzaktır⁷⁷. Bu nedenle imtiyaz sözleşmesinin hangi şartlarda tercih edileceği, imtiyazcının eşitlikçi ve rekabetçi bir ortamda seçimi gibi imtiyaz sözleşmesinin imza öncesi hazırlık aşamasına dair süreçler ve ilkelerin bir kanunla belirlenmesine duyulan ihtiyaç bugün de devam etmektedir. Diğer yandan, imtiyaz sözleşmelerine tahkim şartının konulması durumunda, 4501 sayılı Kanun çerçevesinde değerlendirme yapmak gerekmekte olduğu söylenebilir. Fakat, 4501 sayılı Kanun da imtiyaz sözleşmelerinde tahkim uygulaması açısından birçok noktayı cevapsız bırakmıştır. Söz konusu kanun hükümleri, imtiyaz sözleşmelerinin idari yönünü barındırmakla birlikte idari uyuşmazlıklarla tahkim yolunun uyumsuzluğunu giderecek veya azaltacak düzenlemeleri içermemektedir.

4501 sayılı Kanun hemen hemen tahkimin işleyişine dair tüm konularda milli ve milletlerarası ayrımı çerçevesinde çerçeve kanuni düzenlemelere yollamada bulunmuştur. Türk hukukunda da milli tahkime dair düzenlemeler 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 11. kısmında, uluslararası tahkim yargılama usulü ise 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda düzenlenmektedir. Söz konusu Kanun'un 17. maddesinde; "Bu Kanunda düzenlenen konularda, aksine hüküm bulunmadıkça, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanmaz" hükmüne yer verilmiştir.

Tahkimin doğası gereği tahkim yargılamasına dair hakemlerin seçiminden uygulanacak tahkim usulüne kadar birçok kural tarafların iradesiyle şekillenmektedir. Bu nedenle tahkime dair çerçeve kanuni düzenlemeler ve uluslararası kurumsal tahkim kuralları çoğunlukla tamamlayıcı ve yedek hukuk kuralları mahiyetindedir. Bu noktada tarafların iradesinin sınırı 4686 sayılı Kanun'un m. 8/A maddesinde ifade edildiği gibi emredici hükümleridir. Ancak, bunlar da tahkim alanında oldukça sınırlı sayıdadır. Bu durumda, söz konusu düzenlemeler taraf iradesinin esas olduğu özel hukuk ilişkileri açısından doğal karşılanabilir. Ancak ilk bölümde de ele aldığımız üzere idarenin takdir yetkisinin mutlak olmayıp yasalarla sınırlandırıldığı ve her durumda kamu yararını gözetmek zorunda oldukları, taraf eşitliğinin daha arka planda kaldığı idari sözleşmeler açısından bu durum birtakım sorunlar oluşturmaya müsaittir.

Bu başlık altında imtiyaz sözleşmeleri kapsamındaki tahkim yargıma süreci tüm ayrıntısı ile ele alınmayacak, sürece dair tahkim yolu ile idari uyuşmazlıkların arasındaki uyumsuzluğunun ciddi hukuksal sorunlara dönüştüğü noktalar değerlendirilecektir. Ancak ele aldığımız hususların kamu hizmetlerinin işletilmesine dair özel hukuk sözleşmeleri açısından da büyük oranda geçerli olduğunu belirtmek gerekir. İmtiyaz sözleşmelerinde tahkimle

⁷⁷ DURSUN, s. 97.

amaçlanan gayelerden birisi yabancı sermayeyi yatırım yapmaya teşvik olduğundan değerlendirmelerimizde aksine ihtiyaç duyulmadıkça 4686 sayılı Kanun hükümleri gözetilecektir. Kaldı ki milletlerarası tahkime olanak sağlayacak yabancı sermaye şartının da hemen her imtiyaz sözleşmesi ile sağlanabilmesi büyük olasılıktır.

A. Uluslararası-Ulusal Tahkim Ayrımında Yabancılık Unsurunun Objektifliği Sorunu

Anayasa koyucu Anayasa'nın 47/4. maddesi ile kamu hizmetlerinden hangilerinin özel hukuk sözleşmesiyle görüleceğini belirleme noktasında yasamayı yetkilendirmiştir. Ayrıca, Anayasa'nın 125/1 maddesi uyarınca da kamu hizmetlerinin görülmesinde imtiyaz sözleşmesi tercih edilse bile, idarelerin uyuşmazlıkların çözüm mercii olarak idari yargı⁷⁸ veya tahkimin tercih edebilmesine somut bir kriter belirlemeksizin olanak sağlanmıştır. Ayrıca, "yabancılık" unsurunun varlığına göre tahkimin milli veya milletlerarası mı olacağına karar verilecektir. Zira, iki tahkim türü farklı hukuki rejimlere tabidir.

4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun 1. maddesine göre kural olarak yabancılık unsuru bulunan ve tahkim yeri Türkiye olarak belirlenen uyuşmazlıklarda uygulanacaktır. Aynı maddenin son fıkrasında, 4501 sayılı Kanun çerçevesinde yabancılık unsurunun bulunduğu kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların milletlerarası tahkimle çözülmesi durumunda da 4686 sayılı Kanun'un uygulanacağı ifade edilmektedir. 4686 sayılı Kanun'un 2. maddesinde milletlerarası tahkim için aranan yabancılık unsuruna dair kriterler belirlenmiştir. Ancak 2. maddenin 4. fıkrasına göre, 4501 sayılı Kanun kapsamında tahkime gidilmesi durumunda söz konusu madde hükmü uygulanmayacak, 4501 sayılı Kanunda yer alan yabancılık unsurunun varlığına bakılacaktır.

Özetle, imtiyaz sözleşmeleri çerçevesinde milletlerarası tahkimin uygulanabilmesi için 4501 sayılı Kanuna göre yabancılık unsurunun bulunması gerekmektedir. 4501 sayılı Kanun çerçevesinde yabancılık unsuru bulunmazsa da uyuşmazlığın çözümünde milli tahkim ve bu çerçevede 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanun'un tahkime dair hükümleri devreye girecektir.

4501 sayılı Kanun'un 2. maddesine göre "yabancılık" unsurunun mevcudiyeti, yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre belirlenecektir. 4501 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte yabancı sermayeyi teşvik mevzuatı 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanuna

⁷⁸ 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 24/1. maddesi gereği Danıştay imtiyaz sözleşmeleri kapsamındaki uyuşmazlıklarda ilk derece mahkemesi olarak görevlidir.

çerçevesinde düzenlenmekteydi. Ancak 05.06.2003 tarih 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu, mülga olan Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu'nun yerini almıştır. Söz konusu Kanun'un "Tanımlar" başlıklı 2. maddesinde yabancılik unsuruna referans olabilecek kavramlara yer verilmiştir. Bu çerçevede; yabancı yatırımcı, Türkiye'de doğrudan yabancı yatırım yapan; yabancı ülkelerin vatandaşlığına sahip olan gerçek kişiler ile yurt dışında ikamet eden Türk vatandaşlarını ve yabancı ülkelerin kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişileri ve uluslararası kuruluşları kapsamaktadır. Sadece yabancı yatırımcı kavramı yabancılik unsuru için yeterli değildir. Ayrıca, doğrudan yabancı yatırımın kapsamına bakmak gerekmektedir. Doğrudan yabancı yatırım ise; yabancı yatırımcı tarafından, yurt dışından getirilen; Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'na alım satımı yapılan konvertibl para şeklinde nakit sermaye, şirket menkul kıymetleri (Devlet tahvilleri hariç), makine ve teçhizat, sınaî ve fikrî mülkiyet hakları ile yurt içinden sağlanan; yeniden yatırımda kullanılan kâr, hâsılat, para alacağı veya malî değeri olan yatırımla ilgili diğer haklar, doğal kaynakların aranması ve çıkarılmasına ilişkin haklar gibi iktisadî kıymetler aracılığıyla yeni şirket kurmayı veya şube açmayı ya da menkul kıymet borsaları dışında hisse edinimi veya menkul kıymet borsalarından en az % 10 hisse oranı ya da aynı oranda oy hakkı sağlayan edinimler yoluyla mevcut bir şirkete ortak olmayı, ifade etmektedir.

4875 sayılı Kanundaki tanımlara göre yabancılik unsuru için aranan yatırımın kapsamı çok geniş olup hemen hemen her düzeydeki yatırımda kolayca sağlanabilecek ve uluslararası tahkime gidilebilecektir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi tarihsel süreçte tahkim tartışmalarındaki en önemli argümanlardan birisi yabancı sermayeyi teşvik etmektir. Ancak gelmesi gereken yabancı sermaye için minimum bir oran veya tutar belirlenmemesi, bu amacın gerçekleştirilmesi noktasında isabetli olmamıştır. Yurtiçi işletmeler minimum bir yabancı yatırımcı hissesi ile muhtemel bir imtiyaz sözleşmesi kapsamındaki faaliyetlerini tamamen Türk yargı sisteminin etkisinden uzaklaştırabilecektir⁷⁹. Burada belki, yabancılik unsurunun varlığı için isabetli bir kriter belirlenmemiş olduğu da akla gelebilir. Zaten 4501 sayılı kanunun 2/c bendi ile 7. ve Geçici 1. maddelerinin Anayasa'nın 2, 10, 48, 125 ve 167. maddelerine aykırı olduğu iddiasıyla konu Anayasa Mahkemesine taşınmış, Anayasa Mahkemesi 20.07.2000 tarih ve 2000/16 E. ve 2000/17 K. sayılı kararında ilgili düzenlemeler noktasında yasa koyucunun takdirini vurgulayarak böylesi bir tercihle ilgili olarak anayasal bir sınırlama bulunmadığına hükmetmiştir. Bu kararın yorumuyla ilgili olarak, *Orak*'ın ifadesiyle Anayasa Mahkemesi 90'lı yıllarda tahkime karşı göstermiş olduğu duruşta değişikliğe giderek daha liberal bir bakış

⁷⁹ TAN, Tahkim, s. 23.

sergilemiştir⁸⁰. Zira Anayasaya uygunluk açısından bir sorun olmadığı kabul edilse bile mevcut düzenleme yerindelik açısından tahkimle güdülen amaçla örtüşmemekte olup uygulamada amaçla bağdaşmayan bir keyfiliğe imkân verecek niteliktedir.

Diğer yandan, 4875 sayılı Kanunun 3/e fıkrasında doğrudan yabancı yatırımlara ilişkin uyuşmazlıkların çözümüne dair ayrı bir düzenleme yer almaktadır: “Özel hukuka tabi olan yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü ile yabancı yatırımcıların idare ile yaptıkları kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan yatırım uyuşmazlıklarının çözümlenmesi için; görevli ve yetkili mahkemelerin yanı sıra, ilgili mevzuatta yer alan koşulların oluşması ve tarafların anlaşması kaydıyla, milli veya milletlerarası tahkim ya da diğer uyuşmazlık çözüm yollarına başvurulabilir.” Söz konusu madde imtiyaz sözleşmeleri kapsamındaki uyuşmazlıkları kapsar niteliktedir⁸¹. Kanaatimizce bu maddenin imtiyaz sözleşmeleri kapsamında ancak Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası yatırım anlaşmaları çerçevesinde kabul ettiği yatırım tahkimi ve imtiyaz sözleşmeleri ile doğrudan bağ kurulamayacak yabancı yatırımla ilgili uyuşmazlıklarla sınırlı bir uygulama alanı olacaktır. Örneğin, yabancı yatırımcının bir imtiyaz sözleşmesi çerçevesinde elde ettiği ticari kar üzerinden ayrımcılık yasağına rağmen ek bir vergi alınması durumunda bu maddenin uygulanabilirliği gündeme gelebilir. Ancak imtiyaz sözleşmeleri ilgili uyuşmazlıklarda yukarıda ele alınan tahkim düzenlemelerin özel düzenleme niteliğinde olduğunu, bu madde kapsamında ayrıca bir değerlendirme gerekmediğini düşünmekteyiz.

B. Tahkim Şartının Hukuki Statüsü: Görevsizlik veya Tahkim İlk İtirazı

İdari yargıda tahkim şartının varlığı çoğunlukla “görev” ekseninde tartışılmaktadır. Ancak, tahkim şartının varlığının yargılama usulü açısından göreve ilişkin bir konu olup olmadığı net görünmemektedir. Tahkim yolu öngörülmuş bir imtiyaz sözleşmesine ilişkin ihtilaf, Danıştay’ın önüne geldiğinde, Danıştay’ın 2577 sayılı Kanun’un 14/3-a fıkrası uyarınca ilk inceleme sırasında dava dilekçesini ele alıp aynı Kanun’un 15. maddesi uyarınca görevsizlik nedeniyle davayı reddedip reddetmeyeceği daha ayrıntılı bir analizi gerektirmektedir.

Öğretide, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 2/1-c maddesi ile 2575 sayılı Danıştay Kanunu 24/1. maddesinde 1999 yılında yapılan değişikliklerle kamu hizmetleriyle ilgili imtiyaz sözleşmelerinin tahkim yolu öngörülmemişse idari yargının görevine girdiği

⁸⁰ ORAK, s. 3.

⁸¹ ORAK, s. 4.

belirtilmektedir⁸². *Gözler*, imtiyaz sözleşmelerinde tahkim şartı öngörülmesi durumunda bu sözleşmeler kapsamındaki uyuşmazlıkların idare mahkemelerinin görevi dışına çıkartılacağını belirtmektedir⁸³. Bu noktada idari yargının mahfuz bir görev alanı olup olmadığı açısından konu öğretide tartışılmaktadır⁸⁴. Bahse konu anayasal tartışma, tahkim yolu ve görev tartışması açısından anlamını yitirse de tahkim kararlarının kanun yolu olarak idari yargı-adli yargı tercihi açısından geçerliliğini korumaktadır. Sonuç olarak aynı nitelikteki bir sözleşmede tahkim şartının konulup konulmadığına göre, görevli yargı yeri ilk aşamada tahkim ile Danıştay arasında, kanun yolu aşamasında da adli yargı yerleri (Bölge Adliye Mahkemesi-Yargıtay) ile idari yargı yeri (Danıştay-İDDK) şeklinde değişebilmesi tamamen sözleşmeciler tarafından tahkimi seçmesine bağlıdır⁸⁵. İmtiyaz sözleşmeleri açısından ortaya çıkan bu sonucun kamu düzeninin gereği olan görev ilkeleriyle çeliştiği ve Anayasa'ya aykırılığını değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁸⁶. Diğer bir ifadeyle, yasa koyucunun bu konudaki düzenlemeleri idari yargının görev alanına dair anayasal ilkelerle uyumsuz kabul edilmektedir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2/1-c maddesi ile Danıştay Kanunu 24/1. maddesinin 1999 yılındaki değişiklikten sonraki hallerinin gerçekten tahkim şartının varlığı halinde idari yargının görevsiz olduğunu düzenleyip düzenlemediği, birkaç noktadan daha ayrıntılı bir şekilde analiz edilebilir. Yasa koyucu tarafından imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklı uyuşmazlıkların çözümü için öngörülmüş olan Danıştay veya tahkim tercihinin göreve dair bir sorun olmadığı, mevcut yasal düzenlemeler çerçevesinde lafzi, amaçsal ve sistematik yorum yapıldığında, bu sorunun medeni usul hukukuna özgü "ilk itiraz" müessesesinin ayrıksı olarak imtiyaz sözleşmeleri çerçevesinde de uygulanması gerektiği düşünülebilir.

İlk olarak belirtmek gerekir ki, bir uyuşmazlıkta tarafların tahkime başvurma kararı tahkimin doğası gereği taraf iradelerinin üstünlüğüne verilen değer sonucudur. Bu önermenin mefhumu muhalifi, taraflar arasında tahkim yolu uyuşmazlık çözüm yolu olarak belirlense ve tahkim şartı sözleşmeye derç edilse de uyuşmazlık doğduktan sonra tarafların iradesi bu uyuşmazlığı tahkime götürmeme noktasında değişebilir. Yasa koyucu bu noktada taraf iradelerinin üstünlüğünü düşünerek, tahkim şartının varlığına rağmen bir uyuşmazlığın yargı yerlerine götürülmesi durumunu dava şartı (görev) konusu olarak düzenlememiş, onun yerine 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 413. maddesinde tahkim itirazına yer

⁸² TEKİNSOY, s. 187.

⁸³ GÖZLER, s. 245.

⁸⁴ GÜNDAY, İdari Yargının, s. 347-358.

⁸⁵ DURSUN, s. 125.

⁸⁶ Ayrıntılı bir değerlendirme için: GÜNDAY, İdari Yargının, s. 350 vd.

vermiştir. Tahkim şartına rağmen bir taraf mahkemede dava açarsa, karşı taraf tahkim ilk itirazında bulunabilecektir. Tahkim itirazına dair usul hükümleri HMK'nin 116. ve 117. maddelerinde "ilk itirazlar" başlığında düzenlenmiştir. HMK'nin 116. maddede tahkim şartı bir ilk itiraz olarak sayılmış, ayrıca mahkemenin re'sen ve her zaman göz önünde bulundurmamak zorunda olduğu dava şartlarından (HMK m. 114 ve m. 115) farklı olarak ilk itirazların ancak karşı tarafın bu durumu en geç cevap dilekçesinde ileri sürmesi durumunda, talebe ve süreye bağlı olarak incelenmesini öngörmüştür. Esasen bu düzenlemeler tahkimin taraf iradelerini önceleyen yapısı ile uyumludur.⁸⁷ Taraflar tahkimi kabul etseler bile uyuşmazlığı ortak iradeleri ile genel mahkemelere götürebilecekleridir. Nitekim bu düzenlemeler Anayasa 36. maddesi çerçevesinde yargı yerlerinin taraflarca getirilen bir uyuşmazlığa bakmaktan kaçınamayacağına dair hak arama hürriyeti kapsamındaki ilke ile de uyumludur. Yargıtay'ın konu hakkındaki değerlendirmesi de aynı yöndedir. Yargıtay 15. Daire'nin örnek bir kararında; "*Tahkim itirazında bulunulmaması halinde mahkemenin kendiliğinden tahkim itirazını gözetip görevsizlik kararı vermesi mümkün değildir*", şeklinde bu husus açıkça ifade edilmiştir.⁸⁸ Milletlerarası Tahkim Kanunu açısından konuyu değerlendirirsek, tahkim itirazının Kanun'un 5. maddesinde düzenlendiği görülecektir. Bu maddeye göre; tahkim itirazının ileri sürülmesi ve tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin uyuşmazlıkların çözülmesi, HMK'nin ilk itirazlara ilişkin hükümlerine tâbi olduğu belirtilmiştir. Yani milletlerarası tahkimde de tahkim ilk itirazı açısından HMK hükümleri uygulanacaktır.

Konunun milli ve milletlerarası tahkim yönü medeni usul hukuku kuralları çerçevesinde ortaya konulmuştur. Bu düzenlemeler çerçevesinde imtiyaz sözleşmeleri kapsamında tahkim şartı öngörülmesi durumunda, taraflar uyuşmazlığı tahkime götürmek istemezlerse uygulamanın nasıl olacağını ele almak olanaklı hale gelmiştir. Bu noktada 2577 ve 2575 sayılı Kanunlardaki düzenlemelerin amacının tahkim şartının varlığını mutlak olarak görevsizlik konusu olarak düzenlemek olmadığını, bu sonuca 4501 ve 4686 sayılı Kanun hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi yoluyla varılabileceğini belirtmek gerekir. Öncelikle, imtiyaz sözleşmelerindeki tahkim yargılama sürecine dair temel düzenlemenin 2577 ve 2576 sayılı Kanunlar olmadığı da ifade edilmelidir. Bu nedenle konu hakkındaki yasal düzenlemeleri öncelik-sonralık ve genellik-özellik incelemesine tabi tutmak mümkündür. Yukarıda da ele aldığımız üzere imtiyaz sözleşmeleri kapsamında tahkim uygulamasında 4501 sayılı Kanun hem özel kanun hem de 2577 sayılı Kanun'un 2. maddesindeki değişikliğe göre yeni kanundur.

⁸⁷ Tahkim İtirazına dair ayrıntılı bilgi için bakınız: ÖZBEK, s. 179-253.

⁸⁸ Y.15. HD, T. 28.09.2010, E. 2010/4198, K.2010/4827, Yargıtay (E.T. 28.12.2023).

Diğer yandan 4501 sayılı Kanun çerçevesinde imtiyaz sözleşmeleri kapsamındaki tahkimlerin yargılama usulü; milletlerarası tahkim için 4686 sayılı Kanun hükümleri ile milli tahkim için ise 4501 sayılı Kanun'un 6. Maddesindeki gönderme nedeniyle, HMK hükümlerine göre yürütülecektir. 4686 sayılı Kanun çerçevesinde de tahkim itirazı için HMK kurallarının uygulanacağını yukarıda ifade etmiştik. Özetle, imtiyaz sözleşmeleri çerçevesinde tahkim itirazının doğması durumunda, aynı özel hukuk alanındaki uyuşmazlıklarda olduğu gibi HMK'nın ilk itiraz kurallarının imtiyaz sözleşmeleri açısından da uygulanması yasal düzenlemeler gereğidir. Bu konuda yasa koyucu imtiyaz sözleşmeleri için ayrı bir düzenleme getirmemiş, tahkim usulü 4501 sayılı Kanundaki birkaç istisnai düzenleme hariç idari uyuşmazlık-adli uyuşmazlık açısından yine aynı tahkim kanunları çerçevesinde düzenlenmiştir.

Konuyu amaçsal bir yorumla ele aldığımızda, imtiyaz sözleşmelerinde tahkim şartının öngörülmesindeki temel niyetin imtiyazcı şirkete uyuşmazlığı olağan yol olan Danıştay yerine tahkime götürme imkânı sağlanması olduğunu söyleyebiliriz. Her ne kadar 2575 ve 2577 sayılı Kanun'da tahkim şartının varlığı sanki görevsizlik gibi algılsa da esasen pratikte tahkimin somut bir imtiyaz sözleşmesi kapsamında devreye girmesi, sözleşmeciler tarafının ortak iradesi ile yani idari bir işlemle kararlaştırılmaktadır. Sözleşmede tahkim şartının öngörülmediği bir durumda ise 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 24. maddesi uyarınca Danıştay imtiyaz sözleşmeleri çerçevesinde uyuşmazlıklarda görevli ve yetkili mahkeme olmaya devam etmektedir. Yani, somut bir imtiyaz sözleşmesinde tahkim şartının konulması o konuda imtiyaz sözleşmesi imzalamaya yetkili olan idarenin takdirindedir. Nitekim, bu konuda telekom alanındaki imtiyaz sözleşmeleri incelendiğinde bazıları için tahkim, bazıları için Danıştay yargısı benimsenmiştir⁸⁹. İmtiyaz sözleşmesi akdedilirken taraflara tahkimi belirleme iradesi verilmesine rağmen, sözleşmenin uygulanması aşamasında tarafların uzlaşmalar bile bu iradelerini artık kullanamayacaklarını söylemek tutarsızlık olacaktır. Diğer bir ifadeyle, görev konusunda olduğu gibi bir uyuşmazlığın muhakkak tahkimde çözüleceğini öngören emredici bir irade, özellikle yasa koyucunun iradesi yoktur⁹⁰. Aksine, yasa koyucu bu noktada tahkim ilk itirazını bir müessese olarak tanımlayarak, bu olasılığı kanuni bir kural haline getirmiştir. Bu nedenle, tahkim ilk itirazına dair kanuni düzenlemelerle birlikte idari yargılama hukukuna

⁸⁹ GSM Şirketlerinin ikinci nesil GSM hizmetleri (2G) için 10.03.2006 tarihinde imzalamış oldukları "GSM-Pan Avrupa Mobil Telefon Sisteminin Kurulması ve İşletilmesi ile ilgili Lisans Verilmesine İlişkin İmtiyaz Sözleşmeleri"nin 51. maddesinde de uyuşmazlıkların tahkimle çözüleceği öngörülmüşken, üçüncü nesil GSM hizmetleri olarak bilinen IMT-2000/UMTS altyapılarına ilişkin (3G) olarak 30.09.2009 tarihinde Bilgi Teknolojileri Kurumu ile ihaleyi kazanan GSM Şirketleri arasında üç adet yeni imtiyaz sözleşmesi imzalanmıştır. Söz konusu imtiyaz sözleşmelerinin 45. maddesinde uyuşmazlıkların çözüm mercii olarak tahkim yerine Danıştay öngörülmüştür.

⁹⁰ SADRULEŞRAFİ, s. 329.

ilişkin yukarıdaki düzenlemelerin birlikte değerlendirilmesiyle, esasen imtiyaz sözleşmeleri açısından da ortada gerçek manada bir görev düzenlemesi olmadığı söylenebilmektedir.

Aksi bir yaklaşım tahkim gibi ihtiyari bir aracın taraf iradelerinin aksine, sözleşme imzalandıktan sonra hiçbir şekilde değiştirilemeyecek zorunlu bir uyuşmazlık çözüm yoluna dönüştürür. Böylesi bir bakış açısı hem sözleşme teorisi açısından hem de anayasal kurallar açısından sorunludur. Bu yaklaşım Anayasa'nın 38. maddesine aykırılık teşkil edecektir. Dahası, idari uyuşmazlıklar açısından tarafların iradeleriyle tahkimi istemedikleri durumda, Anayasa'nın 125. maddesinde öngörülen idarenin her türlü işlemine karşı yargı yolunun açık olacağı ilkesiyle de örtüşmeyecektir. Üstelik, yasa koyucunun adli yargı alanındaki tahkimlerde tahkimi bir ilk itiraz, idari yargı alanındaki uyuşmazlıklarda ise tahkimi bir görev konusu olarak düzenlendiğini kabul etmek için mantıki ve haklı bir gerekçe de bulunmamaktadır. Bu açıdan Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesi de ihlal edilmiş olacaktır.

Sonuç olarak, HMK'da düzenlenen ilk itiraz müessesesi tahkim şartı öngörülen imtiyaz sözleşmeleri açısından bahse konu yasal atıflar çerçevesinde idari yargıda da uygulanmalıdır. Çünkü, başta tahkimi seçen imtiyaz sözleşmesi taraflarının daha sonra iradelerini karşılıklı olarak değiştirerek Danıştay yargısını kabul edebilme olasılığı mevcuttur. Söz konusu irade değişikliğinin kamu düzenine aykırı bir yönü olmadığı gibi oluşacak yeni durumda, Danıştay Kanunu m. 24 hükmüne göre görevli yargı yeri Danıştay olduğu için tarafların iradesine saygının gözetilmesi ve davanın Danıştayca görülmesine devam olunmasında hiçbir sakınca bulunmamaktadır. Ancak, tahkime gidilmesi hususunda taraflardan diğersinin iradesinin değişmediği durumlar bakımından aynı yorumu yapmaya imkân bulunmamaktadır. Mesela, GSM hizmetleri ile ilgili 10.03.2006 tarihli imtiyaz sözleşmesi kapsamındaki bir ihtilaf imtiyazcı şirket tarafından Danıştay'a götürülmüş, Danıştay 13. Dairesi 2577 sayılı Kanunun 15/1-b hükmü uyarınca ilk inceleme sonucunda davayı reddetmiştir⁹¹. Danıştay davayı görevsizlik nedeniyle reddetmemiştir. Davalı Kamu idaresi Bilgi Teknolojileri Kurumu tahkim itirazında bulunduğu için Danıştay davayı reddetmiştir. Bu örnekten yapılacak basit bir çıkarım sonucu olarak, böyle bir itirazda bulunulmamış olduğu bir varsayımda, Danıştay'ın davanın esası hakkında karar vermesinin bekleneceği söylenebilmektedir. Oysa, Danıştay'ın bu konuya ilişkin sonraki kararlarında, davalı idarelerin tahkim ilk itirazında bulunmadığı durumlarda dahi görevsizlik kararı verme yönünde eğilim gösterdiği görülmüştür.

⁹¹ D.13. D., T.19.07.2010, E. 2010/1915, K. 2010/6081, Lexpera (E.T. 28.12.2023).

C. Tahkim Sözleşmesinin Tarafları ve Üçüncü Kişilerin Konumu

İdari sözleşmelere dair açılacak davaların 2577 sayılı Kanun'un 2. maddesinde sayılan dava türleri açısından, tam yargı davası veya iptal davası ya da üçüncü bir dava türü olarak kabul edilip edilmemesi noktasında öğretide bir konsensüsün oluştuğu söylenememektedir⁹². Ancak ister iptal davası ister tam yargı davası olarak kabul edilsin, bu davaları açabilecekler açısından imtiyaz sözleşmesinin niteliği ve tahkim şartının varlığı çok farklı durumlar ortaya çıkarabilmektedir.

İmtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar sözleşme öncesi hazırlık aşamasına ilişkin olabileceği gibi sözleşme sürecine dair de olabilir. Sözleşmenin yapılmasından önceki ve sonraki aşamalarında sözleşmelerden ayrılabilir işlemlerin sözleşmeden bağımsız şekilde davaya konu edilmeleri imtiyaz sözleşmeleri açısından da mümkündür⁹³. Tahkim şartı öngörülmuş olsa bile sözleşme öncesi aşamadaki icrai işlemler idari yargıda dava edilebilecektir⁹⁴. Bu noktada imtiyaz sözleşmesinin hazırlık aşaması kamu ihale sözleşmeleri öncesindeki idari aşamayı anımsatmaktadır. Sözleşme öncesi aşamada, idari dava türleri için aranan sübjektif ehliyet şartının sağlandığı durumda, icrai nitelikteki işlemlere karşı sözleşmenin olası tarafları veya üçüncü kişilerin açacağı davalar idari yargıya götürülecektir.

Diğer yandan, imtiyaz sözleşmelerinin imzalanmasıyla uygulanması sürecinde ortaya çıkacak uyuşmazlıklarda durum daha karışıktır. Zira imtiyaz sözleşmeleri özel hukuk anlamındaki tipik sözleşmelerden farklıdır. Bu sözleşmeler taraflar arasındaki sübjektif ilişkinin yanında kamu hizmetine dair düzenlemeleri de içermektedir. Bu nedenle imtiyaz sözleşmeleri sözleşme ve hizmete dair şartların düzenlendiği iki kısımdan oluşmakta olup doktrinde karma nitelikte bir işlem olarak kabul edilmektedir⁹⁵. Ayrılabilir işlemler kuramı uyarınca sözleşmenin uygulanması aşamasında da üçüncü kişilerce ehliyet şartının sağlanması durumunda iptal davası açılabilir⁹⁶. Üçüncü kişiler, kamu hizmetinin iyi yürütülmemesi nedeniyle, hizmetin asli sahibi ve sorumlusu olan idarenin haiz olduğu denetim ve gözetim görevini gereği gibi yerine getiremediğini ortaya koyarak idarenin sorumluluğuna gidebilmekte ve uğradıkları zararın tazmini istemiyle idare aleyhine bir tam yargı davası açabilmektedir⁹⁷. Danıştay da

⁹² Bu konudaki farklı değerlendirmeler için bakınız: ÖZTÜRK, İmtiyaz, s. 100 vd.

⁹³ ÖZTÜRK, İmtiyaz, s. 102.

⁹⁴ KESKİN, s. 157.

⁹⁵ ASLAN, ARAT, s. 9.

⁹⁶ ÖZTÜRK, İmtiyaz, s. 110.

⁹⁷ GÜNDAY, İdare Hukuku, s. 352.

menfaati ihlal edilen üçüncü kişilerin davalarını incelemektedir⁹⁸. Bu noktada altını çizmek gerekir ki idari yargı tarafından verilecek iptal kararlarının sözleşmeler çerçevesinde uygulanmasında önemli sorunlar çıkacaktır⁹⁹.

Özetle ayrılabilir işlem kuramı çerçevesinde sözleşmenin akdi unsurları haricindeki konular sübjektif dava ehliyetinin varlığına göre taraflar veya üçüncü kişilerce idari yargıya götürülebilecektir. Salt sözleşmenin akdi niteliğindeki uyuşmazlıklar ise taraflarca tahkime götürülebilir¹⁰⁰. *Günday*'a göre tahkim ancak kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmesinin mali hükümlerinden doğan uyuşmazlıkların çözümlenmesinde veya sözleşmenin feshinin istenmesi halinde uygulama alanı bulabilir¹⁰¹. Bu konuda mobil telefon hizmetlerine dair imtiyazlar çerçevesinde bir örneği incelediğimizde, 2001-2004 yılları arasında, mobil telefon hizmetlerine ilişkin tahkim şartı olan üç farklı imtiyaz sözleşmesi kapsamında dokuz tahkim davası açılmıştır. Bu davaların beşinde hakem heyeti “görevsizlik” kararı vermiştir. Bu görevsizlik kararlarından dördünde, imtiyaz sözleşmesinde yer alan kural gereği imtiyazcının diğer operatörle “roaming” yapma noktasında serbesti sağlarken sonraki süreçte kanunla belirli şartlar altında roaming yapma yükümlülüğü getirilmesinden ve bu çerçevede tesis edilen idari işlemlerden çıkmıştır. Diğer bir ifadeyle, kamu hizmetin iyi işlemesi ve uyarlama ilkesi gereği imtiyazcı şirketlere ek yükümlülük getirilmesi söz konusu olmuştur. Hakemler roaming yükümlülüğü ile ilgili dört davada “görevsizlik” kararı vermiştir¹⁰². Hakem heyetleri kamu hizmetine dair getirilen yükümlülükleri sözleşme kapsamında tahkime elverişli bir durum olarak değerlendirmemişlerdir. Bu hakem kararları teknik açıdan isabetli görünmektedir.

Değinilmesi gereken bir diğer önemli husus da sözleşmenin akdi hükümlerinden doğan, ancak doğrudan sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişilerin tahkim yargılamasındaki durumudur. Örneğin, imtiyaz sözleşmesinin tarafı olmayan bir başka kamu idaresinin imtiyaz sözleşmesinden kaynaklı yetki ve sorumluluklara sahip olması ve bu kapsamda birtakım uyuşmazlıklar çıkması durumunda üçüncü kişi konumundaki kamu idaresinin konumu belirsizdir. Diğer bir ifadeyle, üçüncü kişi idarenin imtiyaz sözleşmesi kapsamındaki hukuki durumu borçlar hukukunda düzenlenen üçüncü kişi lehine sözleşmeyi anımsatmaktadır. Ancak bu idarenin tahkim yargılamasındaki statüsünü de ele almak gerekir. Uygulamada bu kapsamda da bir takım tahkim uyuşmazlıkları çıkmıştır. Mesela, mobil telefon hizmetleri kapsamında 2G

⁹⁸ D.10.D., T. 29.04.1993, E.1991/1, K.1993/1752, DD, S.88, s.465-466.

⁹⁹ ULUSOY, Kamu Hizmeti, s. 156.

¹⁰⁰ ÖZTÜRK, İmtiyaz, s. 110-111

¹⁰¹ GÜNDAY, İdare Hukuku, s. 355.

¹⁰² ÇAVUŞOĞLU, s. 210-216.

İmtiyaz sözleşmeleri çerçevesinde şirketlerin brüt satışlarının belirli bir yüzdesini hazine payı adı altında Hazine Müsteşarlığı'na ödeme yükümlülüğü getirilmiştir¹⁰³. İmtiyaz sözleşmesinin tarafı olmayan Hazine Müsteşarlığı, bahse konu hazine payı alacağının doğruluğu için denetleme ve alacağını takip etme yetkisine sahiptir. Hazine payına dair farklı yıllara ilişkin tahkim uyuşmazlıkları ortaya çıkmıştır. Bu tahkim davalarının bazılarında tahkim sözleşmesi yönüyle Hazine Müsteşarlığı'nın taraf sıfatına haiz olup olmayacağı sorunu gündeme gelmiştir. Bazı hakem heyetleri Hazine Müsteşarlığı'nın taraf vasfını kabul ederken, bazıları ise kabul etmemiştir. Ret gerekçeleri ise Hazine Müsteşarlığı'nın tahkim sözleşmesinin tarafı olmadığına ilişkindir¹⁰⁴. Hazine Müsteşarlığı'nın kanunla ve imtiyaz sözleşmesi ile hazine payını takip ve talep etmeye dair kanuni yetkileri, yani idare hukuku kuralları göz ardı edilmiştir. İmtiyaz sözleşmesinin tarafı olmasa da bir kamu idaresinin imtiyaz sözleşmesi çerçevesinde uyuşmazlığa esas olan işlemleri tesis ettiği, bu işlemlerin icrai nitelikte olduğu da ihmal edilmiştir. Tahkim yargılaması da bahse konu işlemi tesis eden idarenin katılımıyla değil, salt imtiyaz sözleşmesinin tarafı olarak bir başka idarenin katılımıyla yargılamayı yürütmüştür. Esasen böyle bir durumda, idare hukuku açısından Hazine Müsteşarlığı'nın uyuşmazlık kapsamındaki sorumluluğu ve imtiyaz sözleşmesi çerçevesindeki tahkim davalarında taraf olabilme kabiliyeti rahatlıkla değerlendirilebilirdi. Kaldı ki, tahkim anlaşmasının nisbiliğinin tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmiline bir engel teşkil etmediği, borçlar hukuku sözleşmelerinde olduğu gibi, tahkim anlaşmalarının nisbiliğinin üçüncü kişilere teşmil açısından istisna olacağı milletlerarası hukuk öğretisinde kabul edilmektedir¹⁰⁵.

D. Tahkim Yargılamasının Mücerretliği, Bağlantılı İdari Uyuşmazlıklar ve İçtihat Birliği

Somut bir uyuşmazlığı çözmeye dair taraflarca uyuşmazlığa özgü olarak bir hakem veya hakem heyetinin oluşturulması, tahkim yargılamasının en tipik özelliklerinden birisidir. Yani, hakem heyetleri kalıcı ve kurumsal bir yapıda olmayıp somut uyuşmazlık özelinde devreye girmektedir. Kurumsallaşmamış tahkim yargılamalarının sonucunda verilen kararların bağlayıcılığı da yalnızca söz konusu yargılama ile sınırlıdır. Diğer bir ifadeyle, ne devam eden diğer tahkim yargılamalarının ne de önceki veya sonraki tahkim yargılamalarının sonucunda, başka bir uyuşmazlık kapsamında görevlendirilmiş hakemleri mutlak surette bağlayan kararlar çıkmamaktadır. Ancak, konusu, sebebi ve tarafları aynı iki uyuşmazlıkla ilgili farklı tahkim

¹⁰³ 2G ve 3G İmtiyaz Sözleşmelerinin 8. maddesi.

¹⁰⁴ ÇAVUŞOĞLU, s. 189.

¹⁰⁵ Bu yöndeki değerlendirmeler için bkz. BİNGÖL, s. 115.

yargılamalarının yürütüldüğü bir durum için de farklı bir değerlendirme yapılmak gerekir. Konusu, sebebi ve tarafları aynı olan bir uyuşmazlığın iki farklı tahkim yargılamasına konu olduğunun anlaşılması üzerine hakemler, “Kompetenz-Kompetenz” ilkesi doğrultusunda kendi yargı yetkisine karar vermeye yetkilidirler¹⁰⁶. Bu noktada milletlerarası derdestlik kavramı da devreye girmektedir. Zira derdestlik, tarafları, konusu ve sebebi aynı olan iki veya daha fazla yargılamanın, eş anlı bir şekilde farklı yargılama mercileri (mahkemeler, hakemler vb.) önünde görülüyor olmasıdır¹⁰⁷. Ancak derdestlik anlamında aynı uyuşmazlık olmasa da bağlantılı davaların da tahkim ve mahkeme önüne gelmesi olasıdır. Tahkim hukukunda kurumsal tahkim merkezleri birbiriyle bağlantılı uyuşmazlıklar için çeşitli ilke ve mekanizmalar da geliştirmeye çalışmaktadır. Bu çerçevede bekletici mesele yapma gibi dava yönetim teknikleri, şemsiye klozlar, davaların birleştirilmesi vb. yöntemler akla gelmektedir. Ancak her bir yöntemin kendisine göre sorunları vardır. Özellikle, tarafları farklı olan tahkimler için davaların birleştirilmesi gibi yöntemler ticari sır ve gizlilik gibi nedenlerle sorunludur. Çoğu durumda, nihai çözüm yolu için taraf iradeleri esas belirleyici olacaktır¹⁰⁸. Taraflar açık veya örtülü bir birleştirme iradesi göstermedikleri durumda, tıpkı Hollanda örneğinde olduğu gibi ulusal kanunlarda birleştirmeye dair tamamlayıcı hukuk kurallarının devreye girmesi gerektiği savunulabilmektedir¹⁰⁹. Ne var ki, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda, farklı tahkim yargılamalarının birleştirilmesi için bir kural belirlenmemiştir¹¹⁰. Dahası, bağlantılı uyuşmazlık sorunu sadece tahkim yargılamaları arasında değil, tahkim ve mahkemeler arasında da gerekebilecektir ki, bu noktada tahkim hukukunda geliştirilen yöntemlerin uygulama kabiliyeti olmayacaktır.

Bu konudaki somut örnekleri imtiyaz sözleşmeleri özelinde incelemek gerekir. Bir kamu hizmetinin görülmesinde hizmetin tekel niteliği yoksa, birden fazla imtiyaz sözleşmesi ile farklı kişiler görevlendirilmesi söz konusu olabilmektedir. Elektronik haberleşme hizmeti kapsamında mobil iletişim; GSM altyapısının kurulması ve işletilmesine yönelik olarak üç, IMT 2000/UMTS hizmet ve altyapılarının kurulup işletilmesine ilişkin olarak da üç olmak üzere, üç farklı şirket tarafından altı farklı imtiyaz sözleşmesi ile yürütülmektedir¹¹¹. Mobil iletişim

¹⁰⁶ AĞAOĞLU, s. 13.

¹⁰⁷ GÜLER, s. IV.

¹⁰⁸ AĞAOĞLU, s. 17.

¹⁰⁹ KIYAK, s. 215.

¹¹⁰ KIYAK, s. 137.

¹¹¹ BEYDOĞAN, s. 126. Ayrıca, belirtmelidir ki, imtiyaz sözleşmelerinin yanı sıra sonraki yıllarda 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu (m. 9) çerçevesinde yetkilendirme rejimi uyarınca bu hizmetin özel kişilere gördürülmesinde başka yöntemlerle de kullanılmaya başlanmıştır.

İmtiyaz sözleşmelerinden ilk üçünde tahkim şartı öngörölmüşken, sonraki üçünde ise Danıştay yargısı benimsenmiştir. Bu imtiyaz sözleşmelerin hemen hemen her birbirinin aynı içeriğe sahip olduğunu söylemek mümkündür. Asıl önemli nokta bu imtiyaz sözleşmelerinin uygulanması sürecinde aynı nitelikteki uyuşmazlıklar farklı imtiyaz sözleşmeleri kapsamında ortaya çıkmaktadır. Hatta imtiyaz sözleşmesinin mali hükümleri çerçevesinde imtiyazcılarının her yıl devlete ödemek zorunda oldukları hazine payı hesaplamaları ile ilgili olarak gerek aynı sözleşmeciler arasında farklı yıllara ilişkin hem tahkime konu hem Danıştay'a konu farklı davalar, gerekse farklı sözleşmeciler arasında benzer nitelikte tahkim ve Danıştay nezdinde uyuşmazlıklar doğmuştur¹¹². Örneğin, hazine payı hesaplamasında imtiyazcı şirketlerin bir faaliyet türünde (ara-bağlantı gelirleri vb.) elde ettikleri gelirin dikkate alınıp alınmayacağı tipik bir uyuşmazlık türüdür. Ancak bu aynılık hukuki anlamda uyuşmazlık konusu işlemlerin aynı olduğu anlamına gelmediğinden derdestlik iddiasında bulunmak olanaklı değildir.

Bu durum, tahkim yargılaması açısından farklı usul sorunlarına neden olmaktadır. Dahası, bu sorunları çözmek adına başta kısaca ifade ettiğimiz tahkim hukukunda geliştirilen bağlantılı davalara dair usuller de çoğu durumda uygulama kabiliyeti bulamamıştır. Nitekim, bu önerilerin bahsettiğimiz senaryodaki altı farklı imtiyaz sözleşmesi kapsamında farklı yıllara dair hem farklı tahkim heyetleri hem de Danıştay tarafından çözölmeye beklenen uyuşmazlıklar için uygulanabilirliği de hukuki açıdan sorundur. Danıştay'ın tahkim kararını kendi uyuşmazlığı için referans yaparak bekletici mesele yapması veya tersi için tahkimin Danıştay'ın bekletici mesele yapması hukuken mümkün olmadığı gibi bu davalar arasında bağlantı kurulmasını sağlayacak bir hukuksal müessese de yoktur. Bu nedenle, Danıştay veya tahkim heyetlerinden birisinin ilk kararı vermesi durumunda, derdestlikle ilgili ifade ettiğimiz gibi konu hakkında kesin hüküm etkisi olanaklı gözükmemektedir. Ancak, buradaki meseleye ilişkin başka bir örneğe daha değinmek mümkündür. Mesela, telefon aboneliği için yapılan başvurularda 2G ve 3G imtiyazı kapsamında abone olunma hususunda bir tercih söz konusu değildir. Abonelerin hizmetten yararlanırken, kullandığı cihaza göre aboneliği kapsamında aldığı telefon hizmeti bazı durumlarda 2G imtiyazı çerçevesinde kurulan bazı istasyonları ve altyapıdan, bazı durumlarda da 3G imtiyazı kapsamındaki altyapıdan verilmektedir. Doğal olarak bu abone üzerinden elde edilen gelirlerin de muhasebeleştirilmesi aşamasında gerçek manada 2G imtiyazı geliri mi yoksa 3G imtiyazı geliri mi olduğunu tespiti imkân

¹¹² ÇAVUŞOĞLU, s.150 vd.

bulunmamaktadır¹¹³. Böylesi uygulama sorunları ortaya çıktığında problemin nihai olarak aynı yargı yerince çözüleceği bir varsayımda hukuki açıdan büyük sorun teşkil etmeyeceği düşünülebilir. Zira imtiyaz sözleşmesinde tahkim şartı bulunmadığı bir durum için bu tür uyuşmazlıkların tamamı aynı görevli yargı mercii olan Danıştay'da ilk derece mahkemesi sıfatıyla ele alınacaktır. Danıştay'ın içtihat birliğini sağlaması zor değildir. Hatta, istisnai olarak adli yargı-idari yargı arasında böyle sorunlar çıkması durumunda Uyuşmazlık Mahkemesi'nin de hüküm uyuşmazlığı müessesesi ile içtihat birliğini gerçekleştirmesine imkân vardır. Ancak tahkim şartı öngörülmuş bir imtiyaz sözleşmesi kapsamında gidilen tahkim yargılaması açısından ise bu tür sorunların nasıl çözüme kavuşturulacağı belirsizdir. Bir an için tahkim kararlarının iptal davası yoluyla kanun yolu incelemesinden geçirildiği, bu çerçevede bu sorunların kanun yolunda giderilebileceği düşünülebilir. Aşağıda bu hususu ayrıca ele alacak olmakla birlikte, şimdilik tahkim kararlarına dair kanun yolu incelemesinin şekli ve sınırlı bir inceleme olduğunu belirtmek gerekir. Üstelik söz konusu kanun yolu böylesi durumları çözecek şekilde tasarlanmamıştır. Gerçi, iptal sebeplerinden birisi olan kamu düzenine aykırılık çerçevesinde bu tür tahkim uyuşmazlıklarının içtihat birliğini sağlayacak şekilde çözüme kavuşturulması amaçlanabilir. Ancak Danıştay ile tahkim yerleri arasındaki uyuşmazlık açısından iptal davası ve kanun yolu dışında teknik olarak yeterli bir imkân bulunmamaktadır. Bu durumda konu hakkında ciddi bir hukuki boşluk bulunduğunu söylemek mümkündür.

Uygulamada elektronik haberleşme alanındaki imtiyaz sözleşmeleri çerçevesinde yukarıda özetlediğimiz biçimde uyuşmazlıkların ortaya çıktığı, bu uyuşmazlıkların farklı hakem heyetleri ve Danıştay nezdinde görüldüğü bilinmektedir. Üstelik bazı hakem heyetlerinin aynı konuda birbirine zıt kararlar verdiği de görülmüştür. Ancak bütüncül olarak bir çözüm üretme hususunda yasa koyucunun gereğince hareket etmediği de görülmüştür. Mesela, spesifik bazı sorunlar özelinde yasa koyucunun kanunla getirdiği bir uzlaşma imkânı ile çözüme yönelik devinimler olmuştur¹¹⁴. Ancak sorunun kaynağını ortadan kaldıracak

¹¹³ GSM Şirketlerinin ikinci nesil GSM hizmetleri için 10.03.2006 tarihinde imzalamış oldukları GSM-Pan Avrupa Mobil Telefon Sisteminin Kurulması ve İşletilmesi ile ilgili Lisans Verilmesine ilişkin İmtiyaz Sözleşmeleri'nin 51. maddesinde de uyuşmazlıkların tahkimle çözüleceği öngörülmüşken, üçüncü nesil GSM hizmetleri olarak bilinen IMT-2000/UMTS altyapılarına ilişkin olarak 30.09.2009 tarihinde Bilgi Teknolojileri Kurumu ile ihaleyi kazanan GSM Şirketleri arasında üç adet yeni imtiyaz sözleşmesi imzalanmıştır. Söz konusu imtiyaz sözleşmelerinin 45. maddesinde uyuşmazlıkların çözüm mercii olarak tahkim yerine Danıştay öngörülmüştür.

¹¹⁴ 7061 sayılı Bazı Vergi Kanunları ile Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. Maddesi ile 4/2/1924 tarihli ve 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun Ek 37. maddesi değiştirilmiştir. Bu kanun hükmü bu konudaki imtiyaz sözleşmelerinde yer alan hükümlere referans niteliğindedir. Dolaylı olarak imtiyaz sözleşmelerinde de değişiklik anlamına gelecek yasa hükmü, hazine payına dair tanımı yeniden yapılmış ve en önemlisi de tahkim öncesinde uyuşmazlıkları çözmek için uzlaşma müessesesi oluşturulmuştur. Uzlaşmanın da 213 sayılı Kanunun Ek 11. maddesinde yer alan tarhiyat öncesi uzlaşma hükümlerinin

hukuksal normlar ihdas etmek yerine palyatif bir çözüm niteliğinde atılan adımların yeterli olmadığı da açıktır. Zira sonucunda, imtiyazcılarının bahse konu uzlaşma yolunu kabul etmelerini sağlamak adına ciddi tavizler verilmesini içeren bir yasal düzenlemenin sorunu çözmekten ziyade gelecekte devam edeceği öngörüsünü pekiştirdiği dahi söylenebilmektedir. Ancak burada soruna ilişkin büyük resmi hatırlamak gerekmektedir. Buradaki sorunun, idari uyuşmazlıkların niteliği ve olası durumlar gözetilip kapsamlı bir yargılama usulü tanımlanmadan imtiyaz sözleşmelerinde tahkimin öngörülmesi sonucunda tahkimin meşruiyeti ve hukuka uygunluk denetimi bakımından ortaya çıkan sorunların bir parçasıdır. Bu sorunlara çözümler üretilmemesinin doğal sonucu da tahkim şartının uygulanabilirliğinin yitirilmesi olacaktır. Nitekim elektronik haberleşme alanındaki uygulamada da idare tahkimden vazgeçerek sonraki imtiyaz sözleşmelerinde tahkim şartına yer vermemiştir. Bu nedenle, tahkim yolunu, imtiyaz sözleşmeleri bakımından daha çok tercih edilebilir ve uygulanabilir kılmak için 4501 sayılı Kanun'da ayrıntılı düzenlemeler yapılmasına ilişkin ihtiyacın güncelliğini koruduğu söylenebilmektedir.

E. Tahkim Yargılamasında Hakemlerin Seçimi

Bir önceki başlıkta ele alınan konuyla alakalı olarak ele alınacak bir başka sorun da tarafların tekrarlı uyuşmazlıklarda hakem seçimine dairdir. Tahkim yargılamasında taraf iradesinin gereği olarak hakem seçiminde tarafların tercihi esas alınmaktadır. Milletlerarası tahkim için getirilen hukuksal düzenlemelerden 4686 sayılı Kanun'un 7. maddesine göre taraflar, tek sayıda olmak üzere hakemleri seçmede serbesttirler. Aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça üç hakem seçilmesi gerekmekte olup, her bir taraf bir hakem seçmekte, seçilen hakemler de başkan olarak görev yapacak üçüncü hakemi seçmektedir. Ayrıca, hakemlerin alacağı ücretler 4686 sayılı Kanun'un 16. maddesinde de belirtildiği gibi taraflarca tahkim yargılama giderleri kapsamında ödenmektedir. HMK'nin m. 415, m. 416 ve m. 440 hükümlerinde de benzer bir işleyişin öngörüldüğü söylenebilir. Diğer bir ifadeyle tipik bir tahkim heyeti oluşturulması sürecinde ayrıksı durumlar saklı kalmak üzere taraflar uyuşmazlıkları için kendi hakemlerini seçme şanslarına sahiptir ve hakemlerin de

uygulanacağı ifade edilmiştir. Esasen salt yasal değişiklikle kamu hizmetine dair olmayan, taraflar arasındaki sözleşmelerinin mali hükümleri değiştirilmesi, tahkime rağmen uzlaşma kurumunun getirilmesi ahde vefa ilkesi açısından ayrıca tartışılabilir (Anayasa Mahkemesi elektrik piyasasında imzalanmış olan imtiyaz sözleşmelerini düzenlemeye yönelik yapılan 22.2.1994 tarihli ve 3974 sayılı bir Kanuna ilişkin verdiği bir kararında "ahde vefa" ilkesi çerçevesinde Devletin kanunla dahi sözleşmedeki iradeye müdahaleyi yerinde görmemiştir. (AYM, T. 9.12.1994, E.1994/43, K.1994/42-2, R.G. 24.01.1995, S. 22181, s. 3 vd.) Ancak, 406 sayılı Kanunda yapılan değişiklikler imtiyazcı şirketler adına ek bir külfet getirmeyip yararlandırıcı hükümler içerdiği için bu yönde bir itirazın ortaya çıkmasında menfaatleri bulunmayacaktır.

seçilebilmeleri ve ücreti hakkedebilmeleri için kendilerini seçecek tarafın iradesine ihtiyaçları vardır. Bu noktada baş hakemin seçimi heyetin tarafsızlığı adına önemli bir kontrol mekanizmasıdır. Ama yine de hakemler için olası bir çıkar çatışması sistemin işleyişinde yer almaktadır.

Esasen tipik ve tek seferli bir özel hukuk uyuşmazlığında seçilen hakemlerin tarafsızlığını zedeleyecek bir ikilem kural olarak söz konusu değildir. Nitekim tarafsızlığa dair endişelere karşın 4686 sayılı Kanun'un 7. maddesinde hakemlerin reddine ilişkin düzenlenmeler de mevcuttur. Ancak elektronik haberleşme kapsamındaki imtiyaz sözleşmelerine dair tahkim uygulamalarında da gözlemlendiği gibi aynı taraflar arasında tekrarlayan uyuşmazlıklar olduğunda tarafların farklı tahkim heyetleri için hakemler seçmesi gerekmektedir. Bu uyuşmazlıklar kapsamında özellikle ilgili tarafın seçtiği hakem kendini seçen tarafın beklentisinin aksine karar vermesi durumunda, sonraki uyuşmazlıklarda tekrar hakem olarak seçilmesi çok da olası gözükmemektedir. Bu değerlendirme tarafların seçtiği hakemlerin seçilen taraf lehine hareket ettiği noktasında mutlak bir tespit anlamına gelmemektedir. Ama bu işleyişin en azından hakemler üzerinde bir baskıya neden olacağına, bu nedenle hakemlerin ister istemez kendini seçen taraf lehine hareket etme noktasında baskı altında kalacağı gerçeğinin de önemsiz bir endişe olarak görülemeyeceğine dikkat çekilmektedir.

Tipik bir tahkim yargılamasının doğrudan anayasal yargılama ilkeleriyle ne ölçüde bağdaştırılması gerektiği, taraf iradeleriyle şekillenen tahkim gerçeği karşısında çok da anlamlı görülmeyebilir. Ancak idari uyuşmazlıklarda taraf iradelerinin yanında, hatta onların da ötesinde uyuşmazlıkların kamusal niteliğinin bulunması bu yönde ciddi bir hukuki değerlendirme yapılmasını gerektirmektedir. Zira ele aldığımız endişeler karşısında tahkim yargılamasının Anayasa'nın 36. madde çerçevesinde adil yargılama hakkının gereklerini tam anlamıyla içerip içermediği, hakemlerin seçimindeki işleyişin Anayasa'nın 37. maddesi kapsamında "kanuni hâkim" ilkesiyle de bağdaşır bağdaşmadığı tartışılmalıdır. Bu tartışmaların, özel kişilerden farklı olarak, serbest iradeyle hareket etmediği için serbestçe tahkime başvurmuş olduğu kabul edilemeyecek olan idare bakımından değeri daha büyüktür. Bu husustaki endişeleri giderme bakımından ise 4501 sayılı Kanunda hakemlerin belirlenmesine ilişkin özel bir usulün tanımlanabilmesinin mümkün olduğu düşünülmektedir.

F. Uygulanacak Maddi Hukuk Sorunu

Kural olarak tahkimde uygulanacak hukuk tarafların iradeleri çerçevesinde belirlenmektedir. Nitekim 4686 sayılı Kanun'un 12. maddesinde yer alan, "...Tarafların uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk kurallarını kararlaştırmamış olmaları hâlinde, hakem veya hakem kurulu, uyuşmazlık ile en yakın bağlantı içinde olduğu sonucuna vardığı devletin maddî hukuk kurallarına göre karar verir" kuralı ile hakem heyeti de ikincil seviyede yetkilendirilmiştir. Öğretide, hakemlerin taraflarca seçilen maddi hukuk kurallarına göre karar verme zorunluluğu olduğu kabul edilmektedir¹¹⁵. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu da iç tahkim bakımından, tarafların tahkim şartı veya sözleşmesinde, uygulanacak maddi hukuk kurallarına ilişkin irade bildirmiş olmaları halinde, hakem ya da hakem kurulunun, tarafların iradesi hilafına karar veremeyeceğine hükmetmiştir¹¹⁶. İmtiyaz sözleşmeleri açısından durumun değerlendirilmesi bakımından, tahkim şartı öngörülse dahi imtiyaz sözleşmelerinin idari niteliğinin devam ettiğinin göz önünde tutulması değer taşımaktadır. Diğer bir ifadeyle, imtiyaz sözleşmelerinde geçerli maddi hukuk kurallarının idare hukuku kuralları olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Zira Anayasa'nın m. 125 ve m. 155/2 hükümleri karşısında, tarafların maddi hukuk belirleme adına imtiyaz sözleşmesinin içini boşaltarak tamamen bir özel hukuk sözleşmesine dönüştürmelerine imkân bulunmadığı gibi imtiyaz sözleşmesinde tahkim şartına ilişkin hükümler çerçevesinde uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun idare hukukunun dışında belirlenebilmesine de imkân yoktur. Diğer bir ifadeyle, imtiyaz sözleşmelerinde tahkim şartı öngörülse bile, sözleşmeciler tarafların maddi hukuk kurallarını belirlemede idare hukuku ilkelerini göz ardı etmemeleri gerekmektedir¹¹⁷. Bu noktada, tahkim yargılama usulündeki serbestinin imtiyaz sözleşmelerinin tarafları için aynı ölçüde geniş olmayacağı söylenebilmektedir. Hakem heyetinin maddi hukuk noktasında bir seçim hakkının olmadığı ise evleviyetle söylenebilmektedir. Örneğin, GSM İmtiyaz Sözleşmesi'nin 35. maddesinde işletmecinin, ulusal roaming yapabilmek amacıyla, Türkiye'deki diğer lisanslı GSM şebekeleriyle sözleşme yapabileceği serbesti içinde düzenlenmiş, ancak kamu hizmetinin gereği olarak uyarılma ilkesi doğrultusunda 27.01.2000 tarihinde 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nda yapılan bir değişiklikle şirketlere makul, ekonomik açıdan oranlı ve teknik açıdan imkân dahilinde olan roaming taleplerini karşılama yükümlülüğü getirilmiştir¹¹⁸. Bu değişikliğin ahde vefa ilkesi çerçevesinde değil ama bir kamu

¹¹⁵ DOLUNAY, s. 616.

¹¹⁶ Y. İBHGK, T. 28.01.1994, E.1993/4, K.1994/1, R.G. 13.04.1994, S. 21904, s. 5 vd.

¹¹⁷ ÖZTÜRK, İmtiyaz, s. 108.

¹¹⁸ ÇAVUŞOĞLU, s. 215.

hizmeti olarak iletişim hizmetinin değişen şartlara göre uyarlanması anlamında bir gereklilik olduğu söylenebilmektedir.

Bu konuda asıl sorunun uygulamada ortaya çıktığından da bahsedilmesi gerekir. Çünkü seçilen hakem heyetlerinin kamu hukuku alanında veya idare hukuku alanındaki uzmanlığının aranmadan belirlenebilmesi imkânı söz konusudur. Hatta Uluslararası Ticaret Odası Tahkimi (ICC) gibi milletlerarası tahkim kurallarına atıf uyarınca seçilen yabancı hakemler veya başhakemlerin, kamu hukukunda uzman olma şartı bir yana, Türk hukuku hakkında dahi yeterli bilgiye sahip olup olmadığı gözetilen bir koşul değildir. Çoğunlukla taraflar tahkim müessesine dair usul kurallarından etkin şekilde yararlanmak adına, Milletlerarası Usul Hukuku alanında ihtisaslaşmış kişileri hakem olarak atamaktadırlar. Bu durum normal şartlarda gayet ideal bir seçim olabilir, ancak, üç hakemin de kamu hukuku ve idare hukuku anlamında uzmanlığının bulunmadığı durumlar, tahkim yargılaması bakımından sorun yaratmaktadır. Böylesi durumlarda, imtiyaz sözleşmelerine dair uyuşmazlıklar, maddi hukuk olarak Türk İdare Hukuku yerine, ticari muamelelere saygı gibi uluslararası ticari örf ve âdet hukukuna ait muğlak ve idari sözleşmelerle ilgisi zayıf ilkeler çerçevesinde çözüme kavuşturulmaktadır.¹¹⁹ Aslında Milletlerarası Usul Hukuku'na göre "lex fori" ilkesi gereği egemen devletin hukuku olarak Türk hukuku uygulanmalıdır. Ancak hakemler, ulusal hukuku bypass etmek için, uyuşmazlığın ulusları bir ticari uyuşmazlık niteliğine sahip olduğunu, bu nedenle de uluslararası ticari örf ve âdet ile teamül hukukunun, yani "lex mercatoria" kurallarının uygulanması gerektiğini ifade edebilmektedir¹²⁰.

Tahkim yolu öngörülmuş imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklara ilişkin tahkim yargılamalarında esas hakkında maddi hukuk olarak Türk hukuk kurallarının tam manasıyla uygulanıp uygulanmadığının denetimi ise kanun yoluna kalmaktadır. 4686 sayılı Kanun'un 15. maddesinde düzenlenen iptal nedenleri incelendiğinde, doğrudan maddi hukuka aykırılık bir iptal nedeni olarak belirlenmemiştir. Dahası, ayrıntısı aşağıda yer almakla birlikte, kanun yolu denetiminin esasa yönelik maddi bir denetime olanak vermediğini, dolayısıyla maddi hukuka uygun hareket edilip edilmediğinin, ancak açık hataların kamu düzenine aykırılığı kapsamında değerlendirilerek mümkün olacağı ifade edilebilmektedir. Kaldı ki, böyle bir denetimin ancak adli yargı yerlerinin maddi hukuk olarak idare hukuku konusundaki bilgi ve tecrübeleri düzeyinde yapılabileceği de unutulmamalıdır. Bu durumda, ele alınan sorunla ilgili mevcut hukuksal çerçevede oluşan risklerin bertaraf edilmesine ihtiyaç duyulduğu

¹¹⁹ KARAHAN, s. 205.

¹²⁰ KÖSEOĞLU, s. 103.

ortadadır. Çözüm ise seçilecek hakemler için kamu hukuku veya uyuşmazlık konusunda belirli bir uzmanlık ve tecrübe şartı aranması hususunda getirilecek düzenlemelerle sağlanabilmektedir. Ayrıca, aşağıda açıklandığı üzere, kanun yolunun etkinliği bakımından görevli yargı yerinin adli yargı yerine, Danıştay olarak belirlenmesinin daha yerinde olacağı düşünülmektedir.

G. Taraflarca Getirilme İlkesi ve Kamusal Nitelikteki Uyuşmazlıkların Çözümü

İmtiyaz sözleşmeleri kamu hizmetinin gördürülmesinde kullanılan ve tarafların iradeleriyle vücuda getirilen bir araç olsa da söz konusu sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümüne giden yolda, özel kişilerin tersine imtiyazı veren idare için irade serbestisi olduğundan bahsedilemez. Şu kadar ki, kamu hizmetlerinin en iyi şekilde işlemesi için¹²¹ idareye tanınan takdir yetkisi dahi bir serbest iradeden farklı olarak sınırlı bir yetkidir. Zira, takdir yetkisinin bir serbestlik, keyfilik olmadığı ve kamu hizmetinin gerekleri ve kamu yararı ile sınırlı olduğu, Danıştay'ın yerleşik içtihatlarıyla da kabul edilmiştir¹²². Dolayısıyla, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesinde de kamu yararının gözetilmesi gerekmekte olsa da söz konusu tahkim yargılamasında kamu yararına aykırı durumlar da söz konusu olabilir¹²³. Nitekim imtiyaz sözleşmeleri çerçevesindeki tahkim uyuşmazlıkları da çoğu durumda kamu yararını ilgilendiren, salt taraf iradelerinin çok ötesinde etkisi olan niteliklere sahiptir. Mesela, mobil telefon imtiyaz sözleşmeleri kapsamındaki uyuşmazlıklar imtiyazcı şirketin devlete ödemek durumunda oldukları hazine payı ödemelerine dairdir. Bu ödemeler esasen imtiyazla sağlanan tekel niteliği ağır basan mobil haberleşme hizmetinden elde edilen gelirin paylaşılmasına dairdir. Hazine payı ödemeleri Hazine hesaplarına aktarılmakta olup büyüklük olarak da ilgili yıllardaki Hazine payı tutarları devlet bütçesi açısından çok önemli gelir kalemleridir. Yani, sadece üç imtiyaz sözleşmesi kapsamındaki imtiyazcı şirketlerin mali yükümlülükleri devlet bütçesinde birçok vergi kaleminden daha büyüktür. Böylesi bir durumda olası uyuşmazlıklar tipik bir vergi alacağı niteliğine bürünmektedir. Üstelik tahkim yargılamasında idari yargıda olduğu gibi re'sen araştırma ilkesi uygulanmamakta, tamamen taraf iradeleri esas alınmaktadır. Bir an için adli yargıda HMK'nın temel ilkelerinden birisinin taraflarca getirilmesi ilkesi olduğu ve bir takım idari nitelikteki uyuşmazlıkların bu çerçevede adli yargının görev alanına sokulduğu düşünüldüğünde bu sorunun tahkime özgü olmadığı söylenebilir. Bu argümanın

¹²¹ DERBİL, s. 45.

¹²² KARAHANOGULLARI, Takdir Yetkisi, s. 61.

¹²³ GÜNDAY, İdare Hukuku, s. 355.

haklılık payı olsa da bahse konu tarihsel süreçte, farklı kamusal menfaatler için adli yargının görev alanına bırakıldığı, önemli bir kısmı için de adli yargı kapsamında da re'sen araştırma ilkesinin uygulandığını söylemek gerekir¹²⁴.

İdari yargının amacı, sadece idare karşısında kişi hak ve menfaatlerini korumaktan ibaret olmayıp aynı zamanda idarenin hukukun sınırları içerisinde tutulması gibi hukuk devleti ilkesinin en önemli unsurlarından birinin gerçekleştirilmesini de sağlamaktır. Bu nedenle, idarenin özel kişilerle yaptığı tahkim şartını içeren sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların hakem kararıyla çözülmeye çalışılması, sadece idari rejimi zedelemekle kalmayıp, hukuk devleti ilkesine de zarar verecektir. Çünkü tahkim; idare uyuşmazlıklar için önemli olan hukuki istikrar, hukuki güvenlik, kamu hizmeti, kamu yararı gibi kavramlarının içini boşaltacaktır¹²⁵. İdari uyuşmazlığın kamusalılığı re'sen araştırma ilkesini zorunlu kılmaktadır. Kaldı ki, re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı, tarafların serbestçe tasarruf edemeyecekleri özel hukuk uyuşmazlıklarının bile tahkime elverişli olmadığı ifade edilmektedir¹²⁶. Oysa bu ilke kamu hukukuna dair benzer uyuşmazlıklar için yasa koyucu tarafından gözetilmemiştir.

H. Tahkim Kararlarına Karşı Kanun Yolları

Tahkim yolu, bir uyuşmazlığı nihai olarak çözmesi yönüyle diğer alternatif uyuşmazlık yöntemlerine göre ayrı bir öneme sahiptir¹²⁷. Tahkim yargılamasında verilen hakem kararları aynen mahkeme kararları gibi sonuç doğurmakta ve bu kararlar, kural olarak icraî kabiliyete sahip, nihai çözüm yolu olma özelliği taşıyor olsa da tahkim kararları bir kanun yolu aşamasından geçmektedir¹²⁸. 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu yürürlükteyken, iç tahkim için temyiz gibi kanun yolu belirlenmiş¹²⁹, 6100 sayılı HMK döneminde hakem kararlarına karşı gidilen kanun yolu değiştirilerek, iptal davası şeklinde bir yol öngörülmüştür. Milletlerarası tahkim yargılamaları sonunda verilen kararlara karşı da iptal davası adında bir davaya gidilebileceği kabul edilmiştir. Bu davada görevli mahkeme ise önceleri Asliye Hukuk Mahkemeleri iken, 4686 sayılı Kanun'un 15. maddesinde 28.2.2018 tarih ve 7101 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle Bölge Adliye Mahkemesi olarak belirlenmiştir. Tahkim kararlarına karşı değil ama iptal davası sonucundaki mahkeme kararına karşı temyiz yolu

¹²⁴ Medeni Usul Hukukunda re'sen araştırma ilkesi uygulanan uyuşmazlıklar için bkz. TAHİROĞLU, s. 41-49.

¹²⁵ YILDIZ, s. 295.

¹²⁶ TAHİROĞLU, s. 150.

¹²⁷ PAVİC, s. 132. <https://ssrn.com/abstract=1615333> (E.T. 07.12.2023).

¹²⁸ PAVİC, s. 131.

¹²⁹ 1086 sayılı HUMK döneminde hakem kararlarına karşı gidilebilen kanun yolları ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ALBAYRAK, s. 59-88.

açıktır¹³⁰. Bu nedenle, öğretilerde, iptal davasının tipik bir kanun yolu olmadığı ifade edilmektedir¹³¹. Nitekim iptal davası neticesinde hakem kararının iptal edilmesi üzerine, tarafların, ancak yeni bir tahkim süreci başlatabilmesi mümkün olabilmektedir. Diğer bir ifadeyle, söz konusu iptal davası sonucunda kararın bozulması ve dosyanın hakeme iadesi, hakemin ısrarı gibi usuller öngörülmemiştir. Hakem kararlarına yönelik açılan iptal davalarının, istinaf incelemelerinden ayrılan yönü, iptal sebeplerinin sınırlı tutulmuş olması ve maddi incelemenin öngörülmemiş olmasıdır. Temyiz incelemesinden farklı olarak iptal davalarında, esasa dair bir hukukilik denetimine cevaz verilmediği bakımından eleştirildiği de bilinmektedir.¹³² İptal davasında görevli mahkeme, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda belirtilen iptal sebeplerine dayalı olarak, esasa girmeden ve maddi inceleme yapmadan tahkim sözleşmesine ve hakem kararına bakarak tahdidi bir inceleme yapar. Hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığı veya hakem kararlarının gerekçeleri bu kapsamda incelenmez¹³³.

Tahkim kararlarının iptali, uluslararası tahkim açısından 4686 sayılı Kanun'un hazırlanmasında model alınan UNCITRAL Model Kanunu'nun Yedinci Bölümü'nde, iptal sebepleri ise 34. maddesinde düzenlenmiştir¹³⁴. Benzer şekilde, 4686 sayılı Kanun'un 15/A maddesi kapsamında iptal sebepleri sınırlı olarak sayılmıştır. HMK'nın 439. maddesinde ise iç tahkim bakımından iptal davası ve sebepleri düzenlenmektedir. İster milletlerarası tahkim ister iç tahkim olsun, mahkemenin iptal davasındaki görevi, taraflar arasındaki uyuşmazlığı ikinci derecede hukukilik denetime tabi tutarak çözmek değil, tahkim anlaşmasına uyulup uyulmadığını veya tahkim anlaşması ve yargılamasının şeklen hukuka uygun olarak yürütülüp yürütülmediğini denetlemek ile sınırlıdır¹³⁵.

Bu nedenle, gerçek manada iki dereceli bir yargılamaya olanak vermeyen tahkim yargılamasının Anayasa'nın 36. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi çerçevesinde adil yargılama hakkıyla ne derece örtüştüğü sorgulanabilir. Elbette, söz konusu hakkın mahkemelerde yapılan yargılamalarda geçerli olduğu, tahkimin ise Anayasa ve yasalara göre mahkeme niteliğinde olmaması nedeniyle, adil yargılanma hakkının tahkim yargılamalarında geçerli olmadığı da akla gelebilir. Fakat, bu yaklaşım doğru değildir. Zira Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi

¹³⁰ TUNA, s. 115.

¹³¹ YILDIRIM, s. 3007.

¹³² TUNA, s. 112

¹³³ YILDIRIM, s. 3010.

¹³⁴ https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration (E.T. 10/12/2023).

¹³⁵ YILDIZ, s. 295.

kapsamında bir değerlendirme için uyuşmazlığı çözen makamın mahkeme niteliğini iç hukuktan bağımsız olarak kendi geliştirdiği ölçülere göre belirlemektedir ve bu çerçevede tahkim yolunu mahkeme niteliğinde kabul etmenin gerekli olduğu söylenebilir.¹³⁶ Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, zorunlu tahkim yargılamalarında, adil yargılanma hakkının öngördüğü güvencelerin sağlanması gerektiğine hükmetmektedir¹³⁷. Bununla birlikte, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, adil yargılanma hakkı kapsamındaki güvencelerin ihtiyari tahkim için aranmayacağına dair bir yaklaşımı olduğu da bilinmektedir¹³⁸. Aslında tahkim yargılamasının, iradi olarak devletin yargı yetkisinin dışına çıkmayı sağlayan bir yol olduğu ve tipik bir ticari uyuşmazlıkta ihtiyari olarak tarafların iradeleriyle seçilen hakemlerle sağlandığı düşünüldüğünde, adil yargılanma hakkı çerçevesinde bir sorun olmadığı ve hatta tarafların tahkime giderek adil yargılanma hakkı çerçevesinde sağlanan güvencelerden zımni olarak feragat ettiği dahi düşünülebilir¹³⁹. Belki de burada imtiyaz sözleşmeleri kapsamında ortaya çıkan uyuşmazlıklar bakımından da bir değerlendirmede bulunmak gerekebilir. Çünkü yukarıda da ifade edilmiş olduğu üzere, idarenin karar süreçlerinin kamu yararı, kamu düzeni ve kamu hizmeti gerekleri ile sınırlandırılmış olması, tahkime ilişkin serbest iradenin doğurduğu hukuki etkilere ilişkin yorumları değersiz kılabileceği ileri sürülebilir. Burada anlatılmak istenen, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde, bu durumun ihtiyari tahkimi zorunlu tahkim niteliğine büründürülecek bir kriter olarak değerlendirilebileceğine ilişkin bir önerme değildir. Zaten buna gerek olmadan, adil yargılanma hakkına ilişkin güvencelerin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin konu olduğu tahkim yargılamalarında da gözetilmesine engel bir hukuksal durumun olmadığı görülmektedir. Üstelik muhtelif kararlarıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, tahkim yoluna başvurulmakla feragat edilenin tümüyle 6. madde olmadığı, bu bakımdan 6. madde kapsamında bulunan güvenceler arasında ayırım yapmak gerektiği ve bazı güvencelerin feragat edilemez nitelikte olduğuna ilişkin yaklaşım içinde olduğu da bilinmektedir¹⁴⁰. Bu durumda, imtiyaz sözleşmelerine ilişkin uyuşmazlıkların tahkim yargılaması sürecinde, bu sürecin sonunda doğabilecek kamusal hukuki sonuçlar da düşünülerek, adil yargılanma hakkına dair güvencelerin de olabildiğince dikkate alınmasına ihtiyaç duyulacağı değerlendirilebilir.

¹³⁶ ÖZTÜRK, Zorunlu Tahkim Yolu, s. 625.

¹³⁷ AİHM, T. 02/10/2008, Mutu ve Pechstein V. İsviçre, B. No:40575/10 ve 67474/10, Hudoc ECHR (E.T. 29.12.2023), s. 115.

¹³⁸ AİHM, T. 28/10/2010, Suda V. Çek Cumhuriyeti, B. No: 1643/06, Hudoc ECHR (E.T. 29.12.2023).

¹³⁹ Bkz. AİHM, Mutu ve Pechstein V. İsviçre, s. 100-103.

¹⁴⁰ VÍŠINSKYTĚ, s. 174.

Kanun yolu açısından değerlendirilmesi gereken bir diğer nokta da iptal sebeplerine dairdir. Tahkim kanun yolunda genel kabul gören iptal sebeplerinden birisi kamu düzenine aykırılıktır. Ancak “kamu düzeni” kavramının mahiyeti ve kapsamı noktasında bazı tartışmalar bulunmaktadır¹⁴¹. Bu kavramın anlamı ülkeye, zamana ve alt hukuk disiplinler yönüyle farklılık arz etmektedir¹⁴². Nitekim milletlerarası özel hukuk öğretisinde, kamu düzeni kavramının, muğlak ve tanımlanması zor bir kavram olması ve bu nedenle kamu düzenine aykırılıktan bahisle hakem kararlarına müdahale imkânının da bulunmaması göz önüne alınarak, özellikle milletlerarası tahkim yargılamalarında esasa girme yasağına aykırı yargısal yorum ve uygulamalardan kaçınılması gerektiği kabul edilmektedir¹⁴³. Ancak bazı kararları ile yargı mercilerinin uyuşmazlığın esası hakkında bir hukukilik denetimi yapmayı sağlayacak genişletici bir anlayışla hareket ettiği de görülmektedir. Örneğin, Yargıtay, GSM (2G) İmtiyaz Sözleşmeleri çerçevesindeki bir tahkim kararında, uyuşmazlığın esasına dair Türk hukuk sistemindeki muhasebe mevzuatının tahkim yerlerince gözetilmemesini, kamu düzenine aykırılık olarak değerlendirmiştir¹⁴⁴. Aslında bu tutum, tahkim hukuku açısından arzu edilen bir yaklaşım olmasa da aşağıda da ifade edildiği üzere, Conseil d’État tarafından tahkim kararlarının denetiminde geliştirdiği içtihadı oldukça yakındır.

Buraya kadar ifade edildiği biçimiyle ortaya çıkan sorunların, tahkimin ulusal yargı yerlerine alternatif bir yöntem olarak getirilişine yönelik politik nedenlerden olan tarafsızlık, meşruiyet ve güvenlik kaygıları ile uyumlu bir çözüm bulunmasına ihtiyaç duyulduğu söylenebilir. Bu bakımdan sorunun çözümü adına iki noktayı işaret edebiliriz. İlk olarak, gerçek manada bir iki dereceli bir tahkim yargılaması, farklı bir hakem heyeti veya tahkim mahkemesi kapsamında bir kanun yolu denetiminin sağlanması düşünülebilir. Aslında, bu konuda, yatırım uyuşmazlıkları için ICSID tahkimi çerçevesinde benzer endişeler daha önce de dile getirilmiş ve öğretilerde tahkim kararları arasında içtihat birliğinin sağlanamaması yanında, tahkim yargılamasına dair suiistimal ve manipülasyon iddiaları ile meşruiyet ve şeffaflık eksikliğinin ancak iki dereceli bir tahkim yargılaması ile çözülebileceği, bunun da en iyi çözümünün uluslararası yatırım mahkemesi adında bir üst tahkim mahkemesinin oluşturulması olduğu ileri sürülmüştür¹⁴⁵. ICSID için yaşanan sorunlar ve öneriler diğer tahkim uygulamaları için de düşünülebilir.

¹⁴¹ KONYALI, s. 4.

¹⁴² DÜRÜSTKAN, s. 109.

¹⁴³ TOPALOĞLU, s. 893.

¹⁴⁴ Y.13. H.D., T.17/04/2012, E.2012/8426, K.2012/10349, Lexpera (E.T. 28.12.2023).

¹⁴⁵ İLHAN, s. 203.

İmtiyaz sözleşmeleri açısından sorunun bir başka boyutu, daha önce ele aldığımız uyuşmazlıkların idari niteliğine rağmen tahkim yargılamalarında kamu hukukunun gözetilmesini zorunlu kılacak tedbirlerin bulunmayışı ile kanun yolu aşamasında da bu anlamda bir denetimin söz konusu olmayışıdır. Sorunun önemini ifade etmek için, imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanan idari uyuşmazlıkların görüm ve çözümünde idari yargı mercilerinin görevli olduğunu, idari yargının bu görev alanının Anayasa'nın muhtelif hükümlerince korunmakta olduğunu ifade ederek başlamak gerekir¹⁴⁶. Gerçekten de Anayasa'da idari yargının korunan bir görev alanı bulunmakta, ancak, istisnai durumlar için idari uyuşmazlıkların adli yargı mercilerince görüm ve çözümünün kanunla öngörülebileceği kabul edilmektedir¹⁴⁷. Bunun ötesinde, imtiyaz sözleşmelerine dair kanun yolu denetiminin ihtisaslaşmış bir yargı kolu olarak idari yargı yerlerince yapılmasının, hakkaniyete uygun yargılama yapmaya daha elverişli olduğu açıktır. O halde, imtiyaz sözleşmelerine ilişkin hakem kararlarına karşı gidilen kanun yolunda idari yargının değil de adli yargının görevli kılınmasını gerektirecek derecede haklı nedenler ve kamu yararını izah eden güçlü dayanakların ileri sürülmesi beklenebilir¹⁴⁸. Mesela, Fransa uygulamasında, bir takım idari sözleşmeler kapsamındaki tahkim kararlarının kanun yolu incelemesi, Conseil d'État tarafından yapılmaktadır. Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'ne göre bir tahkim kararının denetiminin Fransız kamu hukukunun emredici kurallarına uygunluğunu da kapsıyorsa, idari yargı tahkim kararları için kanun yolu olarak görevli kabul edilmektedir¹⁴⁹. 2001'de Fransa Gaz İdaresi'nin (Gaz de France) bir iştiraki olan Fosmax LNG bir gaz depolama işi çerçevesinde akdedilen sözleşmede uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözüleceğine, 2011 yılındaki sözleşme değişikliği ile karar vermiştir. Bu sözleşme kapsamında 2015 yılında çıkan bir uyuşmazlık hakkında verilen tahkim kararı, Conseil d'État'nın önüne iptal davası olarak gelmiş (annulment of arbitral award), ilk aşamada Conseil d'État konuyu görev yönünden değerlendirmesi için Fransız Uyuşmazlık Mahkemesine taşımış, Uyuşmazlık Mahkemesi ise Conseil d'État'ı görevli

¹⁴⁶ GÜNDAY, İdare Hukuku, s. 353-354.

¹⁴⁷ AYM, T. 16.02.2012, E. 2011/35, K. 2012/23, R.G. 19.05.2012, S. 28297. Farklı olarak GÖZLER'e göre; bir ülkede idari yargının görev alanı anayasayla belirlenmişse ve bu belirlemeyle idari sözleşmelerden doğan davalar idari yargının görev alanına giriyorsa, yasama organı kanunla idari sözleşmelerden doğan davaları adli yargının görev alanına sokamaz. Türkiye'de idari yargının görev alanı anayasal olarak belirlenmediğinden, Türkiye'de idari sözleşmelerden doğan davalar adli yargının görev alanına kanunla dahil edilebilir. Bkz. GÖZLER, s. 205.

¹⁴⁸ Bu beklenti, idari rejime tabi ülkeler bakımından doğaldır. Nitekim, idari uyuşmazlıkların niteliklerinin, dolayısıyla da idari yargının amacının adli yargının amacından farklılığı da düşünülerek, özel hukuk uyuşmazlıklarında olduğu gibi idari uyuşmazlıklarda tahkim gibi alternatif uyuşmazlık yöntemlerinin aynı şartlarda kullanılamayacağı söylenebilir. Bkz. ARAT, İdari Uyuşmazlıkların, s. 906.

¹⁴⁹ LİN, s. 393 vd.

bulunca, tahkim kararının kanun yolu incelemesi Fransız kamu hukukunun emredici hükümlerine uygunluğu yönüyle Conseil d'État tarafından yapılmış, netice olarak emredici kamu kurallarına aykırılık tespitinde bulunulmuştur¹⁵⁰.

Conseil d'État'nın imtiyaz sözleşmelerine ilişkin hakem kararlarına karşı kanun yolu mercii olarak görevlendirilmesi ve bu aşamada emredici hukuk kuralları yönüyle esas denetimi yapabilmesi bakımından Fransa örneği, Türkiye için oldukça önemlidir. Buna rağmen, başka bir çalışma kapsamında da incelenmeyi hak edecek kadar ayrıntılı bir kaynaklar da içermektedir. O nedenle şimdilik ayrıntılarına girilmeden, Fransız uygulamasına benzer bir işleyişin, 4501 sayılı Kanun'da yapılacak değişikliklerle Türkiye'de de fayda sağlayabileceğine kanaat getirildiğini ifade etmekle yetinilmektedir.

İ. Tahkim Öncesi Zorunlu İdari İtiraz

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde imtiyazcılar arasında ayırım yasağı ve eşit muamele ilkesi benimsenmektedir¹⁵¹. Yani bu ilke gereğince, imtiyazcı bir şirketin bir faaliyet türü üzerinden hazine payı ödemek durumunda kalabilirken, aynı idarenin, başka bir imtiyazcı şirketten böyle bir bedel talep etmemesi söz konusu olmamaktadır. İmtiyazcılarının aynı imtiyaz veren idare karşısında birbirini etkileyen statüleri söz konusu olmaktadır. Ancak imtiyaz sözleşmelerinde öngörülen bu ilkenin sözleşmenin sistematığı bakımından bazı sorunlu sonuçları olduğuna da değinmek gerekir. Mesela, bazı imtiyaz sözleşmelerinde tahkime gidilmeden önce uyuşmazlığın bir takım zorunlu uzlaştırma mekanizmalarına götürülmesi zorunlu tutulmuştur¹⁵². Ancak bu yola gidilmediği takdirde tahkim aşamasında ne yönde karar verileceğine dair düzenlemelere de rastlanmamıştır. Buradaki belirsizlik bir yana, söz konusu idari çözüm yolu olan BTK Lisans Koordinasyon Kurulu önünde uzlaştırmaya yönelik farklı imtiyazcılarca yapılan başvuru sonucunda farklı kararlar çıkma ihtimalinde, aynı hizmete dair farklı imtiyaz sözleşmelerinde eşit muamele ilkesine uygun bir uygulamanın nasıl sağlanacağı da belirsizdir.

Böylesi sorunlara, tahkim yargılamalarının hiç de ucuz sayılmayacak maliyetleri de eklenince, uygulamada imtiyazcılarının uyuşmazlık çözümleri hususunda birbirleri arasında sıkı

¹⁵⁰ CONSEIL D'ÉTAT (2010).

¹⁵¹ Mesela, 2G İmtiyaz Sözleşmelerinin 10. maddesinde, idarenin diğer işletmeciler lehine olan hükümlerin kendisi hakkında da uygulanmasını isteme hakkı olduğu düzenlenmiştir.

¹⁵² 2G İmtiyaz Sözleşmelerinin 51. maddesinde uyuşmazlığın çözümü düzenlenmiştir. Bu madde uyarınca uyuşmazlık tahkime götürülmeden önce Lisans Koordinasyon Kurulu önünde çözülmeye çalışılacaktır. Sözleşmelerin 48. maddesinde ise Lisans Koordinasyon Kurulu'nun oluşumu düzenlenmiştir.

takip geliştirdiği ve buna göre tavır takındığı görülmektedir. Mesela, imtiyazcı şirketler, bir konuda diğer bir imtiyazcı firma tahkime gittiği zaman yukarıda bahsettiğimiz “eşit muamele ilkesi” gereğince, bahse konu tahkim kararının neticesinden zaten yararlanacağını düşünerek, avans vb. tahkim giderlerine katlanmamak için aynı nitelikte kendi uyuşmazlığı için tahkime gitmemektedir. Bunun yanı sıra, ileride olası bir hak kaybı yaşamamak için kendi uyuşmazlığı ile ilgili olarak idari yargıda dava açabilmektedirler. İmtiyaz sözleşmeleri konu olduğunda tahkim yargılamasının ucuz bir yol olmaması nedeniyle uygulamada gelişen bu tavrı anlamak zor değildir. Zira bu konuda yapılan anketlere göre, 5-10 milyon ABD Doları değerindeki bir uyuşmazlık konusuna dair orta zorlukta bir tahkim yargılamasının 2-3 yıl arasında sürdüğü ve tarafların her birine 1 Milyon ABD Dolarında masraf ortaya çıktığı bu ifade edilmiştir¹⁵³. Örneğin, mobil telefon hizmetlerine dair imtiyaz sözleşmeleri (2G) kapsamındaki tahkimler ICC kurallarına göre yürütülmektedir. Bu kapsamda ICC Divanına ödenen bedeller oldukça yüksektir¹⁵⁴. Hakem ücretleri, prestijli otellerdeki duruşmalar, taraflar ve hakemlerin çoğunluğu da Türk de olsa tahkim dilinin İngilizce seçilmesinden kaynaklı çeviri ve dokümantasyon giderleri gibi kalemler dikkate alındığında, idari yargıdaki tipik bir iptal davasına göre kat kat daha fazla bir yargılama gideri ortaya çıkmakta olduğu gayet anlaşılabilir olmaktadır. Kısaca ifade etmek gerekirse, imtiyaz sözleşmelerinde tahkim yolu söz konusu olduğunda tahkimin ucuz ve hızlı bir yol olduğuna dair bilgilerden oldukça uzaklaşmaktadır.

SONUÇ

İdare hukuku alanında, 1990’lardan bugüne, tartışma konusu olan tahkim müessesesi, 1999 sonrası dönemde uygulama alanı bulduğu imtiyaz sözleşmelerine ilişkin uyuşmazlıklar bakımından önemli bir çözüm yolu olarak görülmüştür. 1999 yılında, Anayasa’da yapılan değişiklik, sonrasında da tahkime dair yasal çerçevenin oluşturulma süreciyle, tahkimin idari uyuşmazlıklara uygulanıp uygulanamayacağı tartışmasının önemsizleştirildiği düşünülebilirse de idari uyuşmazlıkların daha çok özel kişiler arasındaki problemleri çözme amacıyla dizayn edilmiş tahkim yolu ile uyumsuz yapısı, çokça tartışılmayan yeni problemler de doğurmuştur. Çünkü imtiyaz sözleşmelerinde tahkim şartının varlığı, ne imtiyaz sözleşmesinin idari sözleşme niteliğini, ne de tahkime konu uyuşmazlığın idari bir uyuşmazlık olduğu gerçeğini ve bunun doğurduğu hukuksal sonuçları tümüyle değiştirebilmiştir. Aslında 90’lı yıllarda daha çok birer sav olarak ileri sürülen eleştiri ve uyarıların, imtiyaz sözleşmelerine ilişkin uyuşmazlıkların

¹⁵³ MORTON, s. 19.

¹⁵⁴ ÇAVUŞOĞLU, s. 211.

tahkim yargılama süreçlerinde, nasıl somut sorunlara dönüştüğü de bu durumu açıklayıcı niteliktedir. Zira *Ulusoy*'un belirttiği üzere hiçbir objektif kritere bağlı olmaksızın imtiyaz sözleşmelerinin özel hukuk hükümlerine bağlı olabilmesi, Türk pozitif hukukunda idari sözleşmelerin ölçütünü ortadan kaldırmış, kamu hizmetlerinin temel ilkeleriyle çelişmiş ve kamu hukuku ile özel hukuk arasındaki hassas denge” bozulmuştur¹⁵⁵. İşte bu çalışmada, söz konusu hassas dengeyi bozan ve somut uygulama sorunlarının gerisinde yatan usûlî problemler üzerinde durularak, bu sorunlara bazı çözüm önerilerinde bulunulmasına çalışılmıştır.

Nihai olarak denilebilir ki, mevcut haliyle imtiyaz sözleşmelerinde tahkime ilişkin hukuksal rejim, oldukça çok sayıda belirsizlik içeren ve yapısal usûlî sorunlar barındıran bir görünüme sahiptir. Bu sorunlar imtiyaz sözleşmesinin taraflarında tahkim yargılamasına karşı haklı bir meşruiyet kaygısı oluşturmaktadır. Sorunun çözümü ise, tahkimin avantajlarının ve tahkime duyulan ihtiyaçların haklı gerekçeleri karşısında, tahkimin idari uyuşmazlık alanından tamamen çıkarılması ile değil, başta 4501 sayılı Kanun olmak üzere birçok konuda tahkimi temel yapısı muhafaza edilerek idari uyuşmazlıkların nitelikleriyle uyumlu bütüncül bir tahkim yargılama süreci ve usul müesseseleri tanımlanmakla mümkündür. Bu kapsamda, idari bir uyuşmazlığı çözecek nitelikte hakemlerin seçimine imkân tanınması, bu hakemlerin mükerrer davalarda görev alması ihtimaline binaen çıkar çatışmasını engelleyecek bir çözüm bulunması, bağlantılı davalara dair hukuksal olanakların tanımlanması, kanun yolu merciinin Danıştay olarak belirlenmesi gibi somut çözümler tahkim yargılamalarının, idari uyuşmazlık birlikteliğini daha sürdürülebilir bir zemine taşıyabilir.

¹⁵⁵ ULUSOY, Kamu Hizmeti, s. 69-74.

KAYNAKÇA

- AĞAOĞLU, C. (2018). Uluslararası Ticari Tahkimde Aynı veya Birbiriyle Bağlantılı Uyuşmazlıklardan Kaynaklanan Paralel Yargılamalar. Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 4 (7), 187-220.
- ABEL, R. L.(1980). Delegalization. in Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht. BLANKENBURG, E., KLAUSA, E., ROTTLEUTHNER, H. (Eds.), 27-47. Wiesbaden.
- AKINCI, Z. (2007). Milletlerarası Tahkim. (2. b.). Ankara.
- ALBAYRAK, H. (2008). Tahkimde Kanun Yolları. Terazi Hukuk Dergisi, 3(18), 59-88.
- ARAT, N. (2011). İdari Uyuşmazlıkların Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri ile Halli Önündeki Engeller. İÜHFİM, LXIX(1-2), 891-906.
- ARAT, T. (1999). TBB İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim Paneli Tebliği - 16 Temmuz 1999. Ankara.
- ARSLAN, R., YILMAZ, E., TAŞPINAR AYVAZ, S. (2016). Medenî Usul Hukuku. (2. b.). Ankara.
- ASLAN, Z., ARAT, N. (2005). Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tahkim Usulü. İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 4(8), 1-25.
- ATALI, M., ERDOĞAN, E., ERMENEK, İ. (2019). Medeni Usul Hukuku (2. b.). Ankara.
- AYBAY, R. (1999). Kamu Hizmeti Alanında Tahkime Yer Yoktur. Mülkiye, XXIII (217), 51-56.
- AZRAK, A. Ü. (1999). TBB İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim Paneli Tebliği - 16 Temmuz 1999. Ankara.
- BEYDOĞAN, A. (2011). Türk Hukukunda İmtiyaz Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği: 406 Ve 5809 Sayılı Kanunlar Açısından Değerlendirilmesi. Ankara Barosu Dergisi, (4), 112-135.
- BİNGÖL, H. (2023). Milletlerarası Ticari Tahkimde Grup Şirketler Doktrini Çerçevesinde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili. Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- CONSEIL D'ÉTAT (2016). The Council of State Specifies the Features of Its Review of an

- International Arbitration Award, Press Release, 10 November, 2016, <https://www.conseil-etat.fr/en/news/administrative-courts-and-international-arbitration> (E.T. 07/12/2023).
- ÇAVUŞOĞLU, A. E. (2007). Telekomünikasyon Hizmetlerine İlişkin İmtiyaz Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim. Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- DERBİL, S. (1959). İdare Hukuku. (5. b.). Ankara.
- MORAND-DEVILLER, J., BOURDON, P., POULET, F. (2021). Droit Administratif: Cours, Réflexions et Débats. (17. b.). Paris.
- DOLUNAY, A. (2018). Son Değişiklikler Kapsamında Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri Uyuşmazlıklarında Tahkim. *Journal of History Culture and Art Research*, 7(2), 600-623.
- DURŞUN, H. (2016). Yeni Bir Yetkilendirme (İmtiyaz) Sözleşmeleri Kanunu Yapılmasına Mutlak Bir Gereksinim Vardır. *TBB Dergisi*, (125), 85-146.
- DÜRÜSTKAN, S. (2016). Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni. Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- ERGUVAN, D. D. (2003). İdare Hukukunda Tahkim Yolu. Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir.
- EROĞLU, O. (2022). Tahkimde Yargılamanın Yenilenmesi. Ankara.
- GİRİTLİ, İ., BİLGİN, P., AKGÜNER, T., BERK, K. (2013). İdare Hukuku. İstanbul.
- GÖZLER, K. (2019). İdare Hukuku Cilt II. Bursa.
- GÖZÜBÜYÜK, Ş., TAN, T. (2018). İdare Hukuku Cilt 1. (12. b.). Ankara.
- GÜLAN, A. (2001). Kamu Hizmetinin Dönüştürücü Etkisi Karşısında Tahkimin Geleceği. ULUSOY, A. (Ed.). *Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti içinde*, 140-154. Ankara.
- GÜLER, E. S. (2019). Milletlerarası Derdestlik. Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir.
- GÜNDAY, M. (1997). İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları. *Anayasa Yargısı*, (14), 347-358.

- GÜNDAY, M. (2001). Uluslararası Tahkim Alanında Türkiye'de Gerçekleştirilen Yasal Düzenlemeler. Ekonomik İstikrar, Büyüme ve Yabancı Sermaye. Ankara: TCMB Yayını.
- GÜNDAY, M. (2011). İdare Hukuku. (10. b.). Ankara.
- GÜNEŞ, B. S. (2017). İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim. MHB, 37 (2), 537-571.
- İŞIKTAÇ, N. C. (2021). Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Seri Tahkim Yoluyla Çözümü. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- İLHAN, E. D. (2022). Yatırım Uyuşmazlıklarında Temel Sorunların Çözümü: Uluslararası Yatırım Mahkemesi ve Diğer Seçenekler. Doktora Tezi, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- İNANÇ, M. (2018). Özel Hukuk Tüzelkişilerinin İdari İşlemleri. İstanbul
- KARAHAN, A. (2011). İmtiyaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar ve Çözüm Yolları. Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- KARAHANOĞULLARI, O. (2013). İdarenin Yargısal Denetimine Yönelik Anayasa Değişiklikleri ve Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi. Mülkiye Dergisi, 35(270), 43-64.
- KARAHANOĞULLARI, O. (2022). İdare Hukuku. Ankara.
- KESKİN, B. (2019). Kamu Hizmetinin Görülmesine İlişkin Sözleşmelerde Uluslararası Tahkim. (2. b.). Ankara.
- KIYAK, Z. D. (2021). Uluslararası Tahkimde Davaların Birleştirilmesi. Doktora Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Lisansüstü Programlar Enstitüsü, İstanbul.
- KONYALI, S. C. (2017). Milletlerarası Ticari Tahkimde Kamu Düzeni. Yüksek Lisans Tezi, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Bursa.
- KÖSEOĞLU, Ö. (2015). Uluslararası Ticari Tahkimde Uyuşmazlık Çözümünün Uygulanacak Hukuk Açısından İncelenmesi. Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Dış Ticaret Enstitüsü İstanbul.
- LIN, C. (2014). Arbitration in Administrative Contract: Comparative Law Perspective. PHD Thesis in Public Law, Science Po Law School, Paris. <https://theses.hal.science/tel-03512739>, (E.T. 05/12/2023).
- ONAR, S. S. (1966). İdare Hukukunun Umumî Esasları. (3. b.). İstanbul.

- ORAK, C. Ç. (2006). Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim. Ankara.
- ORAK, C. Ç. (2023). 4501 Sayılı Kanun Kapsamında Yabancılık Unsuru, <https://cakmak.av.tr/wp-content/uploads/2019/07/1-4501-Sayili-Kanun-Kapsaminda-1.pdf>, (E.T. 04/12/2023)
- ÖZAY, İ. H. (2004). Günışığında Yönetim. İstanbul.
- ÖZBEK, M. S. (2019). Tahkim İlk İtirazı Üzerine Tahkim Sözleşmesi Üzerinde Yapılan Mahkeme Denetimi. ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, (2), 179-253.
- ÖZTÜRK, K. B. (2000). Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri. Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.
- ÖZTÜRK, K. B. (2011). İdarenin Denetlenmesinde Zorunlu Tahkim Yolu. Zabunoğlu Armağanı içinde, 603-632. Ankara.
- PAVIC, V. (2010). Annulment of Arbitral Awards in International Commercial Arbitration. KNAHR, C., KOLLER, C., RECHBERGER, W., REINISCH, A. (Eds.), in Investment and Commercial Arbitration - Similarities and Divergences, 131-152. Netherlands. <https://ssrn.com/abstract=1615333> (E.T. 07/12/2023)
- PEKCANITEZ, H., ÖZEKES, M., AKKAN, M., KORKMAZ, H. T. (2017). Medeni Usul Hukuku (15. b.). İstanbul.
- SADRULEŞRAFİ, H. (2011). Türk ‘Milletlerarası Tahkim Kanunu’na İlişkin Düzenlemeler ile Uygulamalar Hakkında Görüşler. Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 25(1-2), 315-366.
- SARI, M. (2009). Tahkime Elverişlilik. Terazi Hukuk Dergisi. 4(32), 145-172.
- SOYSAL M., ERTUĞRUL, İ. (1999). Kamu Hizmeti ve Tahkim. Ankara.
- ŞANLI, C. (1986). Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk. Ankara.
- ŞANLI, C. (2002). Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları. (2. b.). İstanbul.
- TAHİROĞLU, F. (2021). Medenî Usûl Hukukunda Re’sen Araştırma İlkesi. Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- TAN, T. (1999). İdare Hukuku ve Tahkim. Amme İdaresi Dergisi. 32(3), 3-23.
- TAN, T. (2019). İdare Hukuku. (8. b.). Ankara.

- TEKİNSOY, M. A. (2006). İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 55(2), 181-227.
- TOPALOĞLU, M. (2013). Tahkimde Kamu Düzeninin Etkisi. SARI, S., GENCER, A. H., SÖZEN, İ (Ed.). International Conference On Eurasian Economies - Session 2d içinde, 890-893. İstanbul.
- TUNA, E. (2015). Milletlerarası Ticarî Tahkim Hukukunda İptal Davası. Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.
- TÜRK HUKUK KURUMU (1991). Türk Hukuk Lügatı (3. b.). Ankara.
- ULUKAPI, Ö. (2014). Medeni Usul Hukuku. Konya.
- ULUSOY, A. D. (2004). Kamu Hizmeti İncelemeleri. İstanbul.
- ULUSOY, A. D. (2021). Türk İdare Hukuku. (4. b.). Ankara.
- VIŠINSKYTĖ, D. (2020). Arbitration Agreements and Protection of the Right to a Fair Trial. Baltic Journal of Law & Politics, 13(2), 159-180.
- YILDIRIM, F. (2016). Tahkimde İptal Davası ve, İptal Davasının Amaçları Bakımından Bazı Değerlendirmeler. Cevdet Yavuz'a Armağan. Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 22 (3), 3005-3026.
- YILDIZ, H. (2014). Kamu Hukuku İle Özel Hukukun Kesiştiği Yer: Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim Yolu. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 26(111), 279-296.
- YILMAZSOY, E. (2020). Tahkim ve Hakem Sözleşmeleri. TAAD, 11(41), 389-426.



ELEKTRİK ŞEBEKESİ İŞLETMELERİNİN ELEKTRİK KESİNTİLERİNDEN DOĞAN SORUMLULUĞUNUN HUKUKİ DAYANAĞI*

Legal Basis of Liability of Power System Operators Arising from Power Outages

Muhammet Ali ATEŞ*

ÖZ

Elektrik enerjisi, günümüzde hayatın her alanında kullanılmakta olup, elektrik olmaksızın bir yaşam sürdürülmesi düşünülemez hâle gelmiştir. Elektrik enerjisinin, sosyo-ekonomik hayat açısından arz ettiği bu büyük önem, onun tüketicilere sürekli ve olabildiğince kesintisiz bir biçimde sunulması gerekliliğini ortaya çıkarmaktadır.

Bununla birlikte, kesintisiz bir elektrik şebekesi düşünmek mümkün değildir. Bir elektrik şebekesi ne kadar iyi tasarlanmış ve ne kadar iyi işletiliyor olsa da elektrik kesintilerini tamamen önleme olanağı yoktur. Önemli olan kesinti sayısı ve sürelerinin, mümkün mertebe düşük seviyelere indirilmesidir.

Elektrik şebekelerinin bir gerçeği olan elektrik kesintileri, elektriği kullanan tüketiciler açısından arzu edilen bir durum değildir. Elektrik kesintileri, kimi zaman elektrik tüketicilerinin zarara uğramasına da sebep olabilmektedir. Bu tip durumlarda, sorumluluk hukukunun öngördüğü sorumluluk sebeplerinin şartları gerçekleşmişse, ilgili şebeke işletmecisinin kullanıcıya karşı hukukî sorumluluğu gündeme gelebilecektir. Bu makalede, elektrik şebekesi işletmecilerinin elektrik kesintilerinden

- **Gönderi:** 23.01.2024 - **Kabul:** 21.02.2024 | **Received:** 23.01.2023 - **Accepted:** 21.02.2024.

Bu çalışma, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalında kabul edilen “*Elektrik Tesisatı İşletenin Tehlike Sorumluluğu*” başlıklı doktora tezinden üretilmiştir.

Bu çalışmada ileri sürülen görüşler yazarın mensubu olduğu kurumu bağlamaz, sorumluluğu yazara aittir.

- * Dr., Enerji Uzmanı, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (EPDK), Ankara, Türkiye ✉ muhaates@gmail.com
• ORCID 0000-0002-3353-4231.

Atıf Şekli / Cite As: ATEŞ, Muhammet Ali (2024). Elektrik Şebekesi İşletmecilerinin Elektrik Kesintilerinden Doğan Sorumluluğunun Hukukî Dayanağı. ÇÜHAD, (5), 92-126.

İntihal / Plagiarism: Bu makale bir intihal engelleme yazılımı aracılığıyla denetlenmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been checked via a plagiarism prevention software and reviewed by at least two referees.



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

kaynaklanan hukukî sorumluluğunun hangi sorumluluk sebeplerine dayandırılabilceği inceleme konusu yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Elektrik Kesintileri, Elektrik Şebekesi, Şebeke İşletmecisi, Zarar, Hukukî Sorumluluk.

ABSTRACT

Today, electrical energy is used in every aspect of life, and living without electricity has deemed unimaginable. This great importance of electrical energy in terms of socio-economic life reveals the necessity of providing it to consumers continuously and as uninterruptedly as possible.

However, it is not possible to imagine an uninterrupted power system. No matter how well a power system is designed and operated, it is not possible to completely prevent power outages. The important thing is to reduce the number and duration of outages to as low levels as possible.

Power outages, as the reality of power systems, are not a desirable situation for consumers using electricity. Power outages can sometimes cause damages to electricity consumers. In such cases, if the conditions of the liability reasons stipulated by the liability law are met, the legal liability of the relevant system operator towards the user may come to the fore. This article examines which liability grounds can be applied in power outage cases.

Keywords: Power Outages, Power System, System Operator, Damage, Legal Liability.

GİRİŞ

Elektrik şebekesi işletmecilerinin elektrik kesintilerinden kaynaklanan hukukî sorumluluğu denince, başta sözleşme sorumluluğu olmak üzere kusura dayanan veya dayanmayan pek çok sorumluluk sebebi akla gelmektedir. Bu anlamda, akdî sorumluluktan sonra ilk akla gelen haksız fiil sorumluluğudur. Keza şebeke işletmecisinin yardımcılarının ve çalışanlarının eylemleri nedeniyle de elektrik kesintileri meydana gelebileceğinden, şebeke işletmecisinin, bunların eylemlerinden doğan sorumluluğu da akla gelen diğer bir ihtimâl olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bunların haricinde, elektrik gibi tehlikeli bir metayı bünyesinde barındıran elektrik şebekelerinin, önemli ölçüde tehlike arz eden işletmelerden olduğu göz önünde bulundurulduğunda, elektrik kesintilerinde tehlike sorumluluğu hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı sorusu da akla gelmektedir. Bunun gibi, elektrik tesislerinin ve bu tesislerden oluşan elektrik şebekelerinin, aynı zamanda yapı eseri mahiyetinde tesisler olması, elektrik kesintilerinde yapı eseri malikinin sorumluluğunun tatbik edilip edilemeyeceğinin incelenmesi gereğini de doğurmaktadır. Nihayet elektrik enerjisinin, son tahlilde bir taşınır mal

ve ürün olarak nitelendiriliyor olması, elektrik kesintilerinde ürün sorumluluğu hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağına da tartışılmasını gerektirmektedir.

Elektrik enerjisi, gündelik hayatın idamesinde ve sosyo-ekonomik yaşamın sürdürülmesinde vazgeçilmez bir öneme sahiptir. Özellikle ticarî ve sınaî sahalardaki hemen hemen bütün süreçlerde elektrik enerjisinin temel bir girdi olarak kullanılıyor olması, elektriği, katma değeri çok yüksek bir meta hâline getirmektedir. Elektrik enerjisinin yüksek katma değer arz eden bir ürün olması, elektrikten mahrum kalındığı zamanlarda önemli zararlara yol açabilmekte, dolayısıyla elektrik kesintileri yüksek zarar risklerine sebebiyet verebilmektedir.

Elektrik kesintilerinin, yüksek zarar risklerine sebebiyet veriyor olması, elektrik kesintilerine uygulanacak sorumluluk hukuku kurallarının tespitini daha da önemli bir konu hâline getirmektedir. Elektrik kesintilerinde hangi sorumluluk sebeplerinin uygulama alanı bulabileceğinin net bir biçimde belirlenmesi gerekir. Böyle bir belirlemeye gidilmeksizin, elektrik kesintilerinde, yukarıda sayılan akla gelen tüm sorumluluk sebeplerinin uygulanabileceği kabul edilirse, elektrik şebekesi işletmecilerinin sırtına sınırsız ve çok ağır bir mesuliyet yüklenmiş olur. Fakat, bu mesuliyetin sadece şebeke işletmecilerinin üzerinde kalacağını düşünmek de hata olur. Şebeke işletmecisinin, kendi mâli gücünü aşan tazminat talepleriyle karşı karşıya kalması durumunda, iflâsı gündeme gelecek, bu takdirde zarar görenlerin zararı tam olarak giderilememiş olacaktır. Şebeke işletmecisinin sorumluluk sigortası yaptırarak bu riskleri yönetebileceği akla gelse de, sigorta sektörünün bu derece yüksek ve sınırları belirsiz bir riski sigortalayıp sigortalamayacağı ayrı bir tartışma konusudur. Sigorta şirketi sadece belirli bir tutara kadar sigorta yapmayı; yani, sözleşmede belirtilen teminat tutarına kadar olan riskleri üstlenmeyi kabul ettiği takdirde, zarar görenlerin zararları yine tam olarak karşılanamamış olacaktır. Bu derece yüksek ve sınırları belirsiz bir risk için sigortacıya ödenecek yüksek sigorta primlerinin veya doğrudan doğruya zarar görene ödenecek tazminat tutarlarının, şebeke işletmecisi tarafından sunulan hizmetin (elektrik iletim ve dağıtım hizmeti) fiyatlarına eklenmesine izin verildiği takdirde ise, bu durum elektrik fiyatlarının artışı anlamına gelecek ve buradaki uçsuz bucaksız sorumluluk riskinin maliyeti bütün toplum kesimlerinin üzerine yüklenmiş olacaktır. Elektrik enerjisinin, hem gündelik hayatın her alanında kullanıldığı, hem de ticarî ve sınaî faaliyetler açısından en temel girdilerden biri olduğu düşünüldüğünde, böyle bir yaklaşım sonucunda elektrik fiyatlarında meydana gelen artışın sebep olabileceği toplumsal maliyetler daha iyi anlaşılacaktır. Özetle, elektrik şebekesi işletmecilerinin elektrik kesintilerinden kaynaklanan hukukî sorumluluğunun kapsamı ve sınırları net bir biçimde belirlenmediği takdirde bu durum, sadece şebeke işletmecisi açısından

değil, aynı zamanda zarar görenler ve tüm toplum kesimleriyle beraber ülke ekonomisi açısından da ciddi maliyetlere sebep olacaktır. Bu bakımından, elektrik kesintilerinde hangi sorumluluk sebeplerinin uygulama alanı bulabileceğinin net bir biçimde belirlenmesi ve buna göre şebeke işletmecisinin sorumluluğunun kapsam ve sınırlarının ortaya konması büyük önem arz etmektedir.

Bu çerçevede, bu makalede, elektrik şebekesi işletmecilerinin elektrik kesintilerinden kaynaklanan hukukî sorumluluğunun hangi sorumluluk sebeplerine dayandırılacağı ve hangilerine dayandırılmayacağı inceleme konusu yapılmıştır. Makalede, elektrik kesintilerine uygulanabilecek sorumluluk sebeplerinin tespitiyle ve bunlara ilişkin temel hususlara temas edilmesiyle yetinilmiştir. Bu sorumluluk sebeplerinin unsurları itibarıyla ayrıntılı olarak incelenmesi, makale boyutundaki bir çalışmanın kapsamını aşacağı için, bu husus makalenin kapsamı dışında bırakılmıştır.

Bu kapsamda makalenin birinci bölümünde öncelikle, makalenin esas konusuna temel olmak üzere, elektrik piyasasının işleyişi kısaca açıklanmıştır. İkinci bölümde, elektrik piyasası, regülasyona tâbi bir piyasa olduğundan, söz konusu regülasyonun konumuza temas eden noktaları izah edilmiştir. Üçüncü bölümde, şebeke işletmecilerinin elektrik kesintilerinden doğan sorumluluğunun, hangi sorumluluk sebepleri çerçevesinde ele alınabileceği ayrı başlıklar altında tartışılmıştır. Nihayet dördüncü bölümde, elektrik kesintilerinden kaynaklanan sorumluluğun sınırlandırılması konusu üzerinde durulmuş ve sonuç bölümünde ise makalede ulaşılan görüş, öneri ve kanaatler özetlenmiştir.

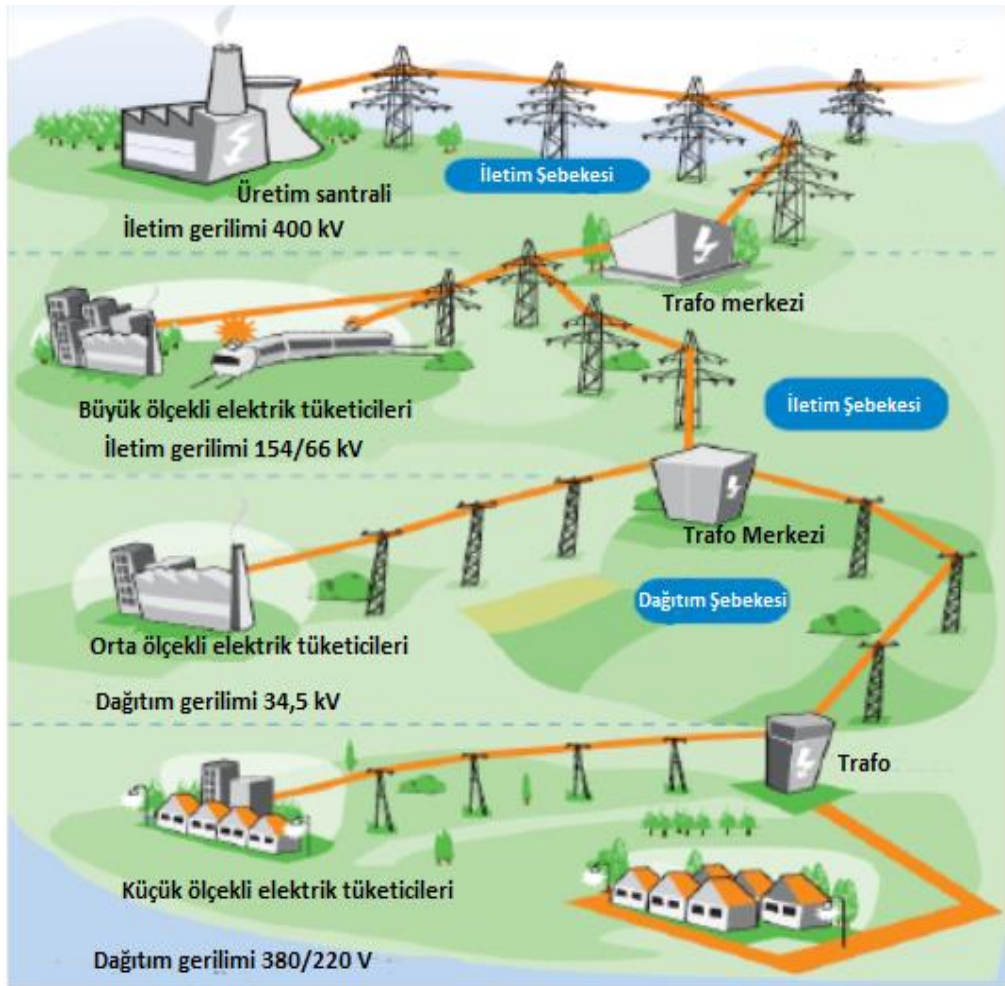
I. ELEKTRİK PİYASASININ İŞLEYİŞİ

Elektrik piyasası dikey olarak dört fizikî aşamadan oluşur. Bunlar; üretim, iletim, dağıtım ve tüketimdir. Üretim santrallerinde üretilen elektrik, yüksek gerilimli iletim hatları vasıtasıyla uzak mesafelerdeki tüketicilerin¹ yoğun olarak yaşadığı merkezlere nakledilir. Elektrik bu merkezlerden de daha düşük gerilimli dağıtım hatları vasıtasıyla tüketicilerin tüketim noktalarına ulaştırılır. Elektrik piyasasının fizikî işleyişi, çok temel düzeyde bu şekildedir².

¹ Bu makale kapsamında tüketici kavramı, 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu (EPK)'nda geçtiği şekliyle en geniş anlamda kullanılmaktadır: "Tüketici: Elektriği kendi kullanımı için alan kişiyi ifade eder (EPK m. 3/b. mm)". Buna göre, hangi amaçla kullanıyor olursa olsun, elektriği kullanan herkes tüketici kavramına dahildir.

² Elektrik piyasasının işleyişi hakkında geniş bilgi için bkz. HUNT, s. 17 vd.

Elektriğin yüksek miktarda ve uzak mesafelere taşınmasında elektrik iletim hatları tercih edilmektedir. Zira elektriğin daha düşük gerilimli dağıtım hatlarıyla uzak mesafelere taşınması enerji kaybına sebep olur³. Bu itibarla, iletim hatları genellikle uzak mesafelerdeki yerleşim birimlerine yüksek miktarlarda elektrik enerjisi nakletmek amacıyla kullanılır. Dağıtım hatları ise, esas itibarıyla, iletim hatlarıyla yerleşim birimlerine getirilen elektriğin, yerleşim birimi içerisindeki tüketim tesislerine ulaştırılması amacıyla kullanılır. Bu çerçevede elektrik sistemini, karayolları sistemi ile kıyaslayacak olursak, iletim hatlarının elektrik sisteminin otoyolları, dağıtım hatlarının ise cadde ve sokakları olduğunu belirtmek yanlış olmayacaktır⁴. Aşağıdaki Şekil 1’de elektrik sisteminin işleyişini gösteren basit bir elektrik şebekesi görünümüne yer verilmiştir.



Şekil 1: Elektrik şebekesinin genel ve sistematik görünümü⁵

³ SHIVELY, FERRARE, s. 55 vd.; UYAROĞLU, s. 40.

⁴ HUNT, s. 22; SHIVELY, FERRARE, s. 63.

⁵ Şeklin orijinali, Dr. Jürgen Kroneberg’in “Entflechtung, Vorlesung Energierecht, Köln, 27.04.2007” künyeli Almanya enerji piyasasındaki ayrıştırma uygulamalarına ilişkin sunumundan alınmış ve şekle, tarafımızca Türkiye elektrik sisteminin özellikleri işlenerek son hâli verilmiştir.

Elektrik santrallerinde üretilen elektrik enerjisinin tüketicilere ulaştırılması amacıyla kullanılan bütün elektrik iletim ve dağıtım tesislerine *elektrik şebekesi* adı verilir. Elektrik enerjisinin yüksek gerilimli hatlarla tüketim bölgelerine iletilmesini sağlayan tesislere *iletim şebekesi*, bu bölgelerde daha düşük gerilimli hatlarla dağıtımını sağlayan tesislere de *dağıtım şebekesi* adı verilir⁶. Ülkemizde iletim ve dağıtım şebekesinin gerilim sınırı 36 kV (36.000 V) olarak belirlenmiş olup iletim şebekesi 36 kV üzerindeki gerilim seviyesine sahip tesislerden oluşurken; dağıtım şebekesi ise 36 kV ve altındaki gerilim seviyesine sahip tesislerden oluşmaktadır (EPK m 3/ f. 1, b. ç ve k).

Bu noktada elektrik şebekesinin, bütün elektrik piyasasının işleyişini temelden etkileyen bir özelliğinden de söz etmek gerekir. Elektrik şebekesi, “doğal tekel (*natural monopoly*)” karakteristiği gösterir. Bir bölgede, bir iletim veya dağıtım şebekesi oluşturulmuşsa, o bölgeye ikinci bir iletim veya dağıtım şebekesi kurmak ekonomik açıdan makul değildir. Elektrik iletim ve dağıtım yatırımları, yüksek sermaye gerektiren maliyetli işlerdir⁷. Bir bölgede hâlihazırda bir elektrik şebekesi mevcutken, başka bir yatırımcının gelip aynı bölgeye ikinci bir şebeke kurması ekonomik açıdan makul değildir. Bu durum elektrik şebekelerini, doğal tekel konumuna getirmektedir⁸.

Bununla birlikte elektrik şebekelerinin doğal tekel özelliği göstermesi, bütün elektrik endüstrisinin de tekel yapıda olmasını gerektirmemektedir. Tekel yapısına sahip olanlar sadece elektrik iletim ve dağıtım tesisleridir. Elektrik üretim tesislerinin, sadece bir kişi veya kurumun inhisarında olması gibi bir durum söz konusu değildir. Elektrik üretim tarafında, birbirinden bağımsız ve birbiriyle rekabet eden çok sayıda yatırımcı bulunabilir. Bunun gibi yatırımcıların, kendilerine ait herhangi bir elektrik üretim tesisi bulunmasa bile piyasada salt elektrik enerjisinin ticaretiyle iştigal etmesi de mümkündür. Elektrik üretimiyle ve ticaretiyle iştigal eden elektrik tedarikçileri, doğal tekel konumundaki mevcut iletim ve dağıtım şebekelerinin altyapısından yararlanarak faaliyetlerini yürütürler.

Ülkemizdeki tüm elektrik iletim tesislerinin sahibi ve işletmecisi Türkiye Elektrik İletim Anonim Şirkettidir (TEİAŞ). Bu anlamda Türkiye’deki tüm iletim şebekesi, iletim şirketi TEİAŞ tarafından işletilmektedir. TEİAŞ’ın tek fonksiyonu, iletim şebekesini işletmek olup elektrik enerjisinin ticaretiyle iştigal etmesi mümkün değildir.

⁶ UYAROĞLU, s. 36.

⁷ SHIVELY, FERRARE, s. 111.

⁸ Doğal tekel kavramı hakkında bilgi için bkz. HUNT, s. 25; OĞUZ, s. 134.

Ülkemiz elektrik dağıtımını açısından ise 21 dağıtım bölgesine bölünmüştür. Her bir bölge için ayrı olmak üzere birer dağıtım şirketi görevlendirilmiştir⁹. Her dağıtım şirketi, münhasıran kendi bölgesindeki dağıtım şebekesinin işletilmesinden sorumludur. Dağıtım şirketlerinin görevi, sorumluluk alanında bulunan dağıtım şebekesini işletmektir. Dağıtım şirketleri, elektrik enerjisinin ticaretiyle iştigal edemez.

Elektrik üretimi tarafı ise rekabete açık olduğundan, ülkemizde elektrik üretim faaliyetiyle iştigal eden çok sayıda üretim şirketi bulunmaktadır. Üretim şirketleri, mevcut iletim ve dağıtım şebekelerinden yararlanarak ürettikleri elektrik enerjisinin toptan veya perakende satışını gerçekleştirebilirler. Bu anlamda üretim şirketleri, toptan satış maksadıyla, diğer üretim şirketlerine veya tedarik şirketlerine satış yapabilecekleri gibi, doğrudan doğruya elektrik tüketicilerine (perakende) satış yapma yetkisine de sahiptir. Güncel rakamlarla, Türkiye elektrik piyasasında faaliyet gösteren üretim şirketi sayısı 1242'dir¹⁰.

Bunların dışında piyasada bir de elektrik enerjisinin yine toptan veya perakende satışını yapmak üzere elektrik tedarik şirketleri bulunur. Tedarik şirketleri, faaliyetlerini, mevcut iletim ve dağıtım şebekelerinden yararlanarak yürütürler. Elektrik tedarik şirketlerinin, kendilerine ait üretim tesisi bulunmama ile birlikte, bunlar, üretim şirketleri ve diğer tedarikçilerden satın aldıkları elektrik enerjisini, başka tedarikçilere (toptan) ve doğrudan doğruya tüketicilere (perakende) satma yetkisine sahiptir. Güncel rakamlarla, Türkiye elektrik piyasasında faaliyet gösteren tedarik şirketi sayısı 246'dır¹¹.

II. ELEKTRİK PİYASASININ REGÜLASYONU VE ELEKTRİK KESİNTİLERİ

A. Elektrik Piyasasının Regülasyonu

Elektrik şebekesi, yukarıda da ifade edildiği üzere, “doğal tekel (*natural monopoly*)” karakteristiği gösterir. Buna karşılık elektrik üretimi ve elektrik ticareti faaliyetlerinin, sadece bir kişi veya kurumun inhisarında olması gibi bir durum söz konusu değildir. Elektrik üretim

⁹ Türkiye’de elektrik dağıtım faaliyeti esas itibarıyla EPDK’dan dağıtım lisansı almış 21 dağıtım şirketi tarafından yürütülmekte ise de bazı kanun ve düzenleyici işlemlerle dağıtım şirketleri haricinde başka kişilere de elektrik dağıtım yetkisi verilmiştir. Buna göre organize sanayi bölgeleri, endüstri bölgeleri ve serbest bölgeler tâbi oldukları mevzuat hükümlerine istinaden, kendi bölge sınırları içindeki elektrik altyapısını kurma ve işletme yetkisine sahip olabilmektedirler. Bu haliyle, anılan kuruluşlar, yukarıda zikredilen 21 dağıtım bölgesi içerisinde küçük dağıtım bölgecikleri oluşturmaktadırlar.

¹⁰ <https://seffaflik.epias.com.tr/electricity/electricity-markets/general-data/participant-count-based-upon-license-type>, (E.T. 12.12.2023).

¹¹ <https://seffaflik.epias.com.tr/electricity/electricity-markets/general-data/participant-count-based-upon-license-type>, (E.T. 12.12.2023).

faaliyeti ve elektrik ticaret faaliyeti rekabete açıktır. Bununla birlikte, elektrik üretimi ve ticaretiyle iştigal etmek isteyenlerin, piyasada rekabetçi bir ortamda varlık gösterebilmeleri için, doğal tekel konumundaki mevcut iletim ve dağıtım şebekelerine erişim imkânına sahip olması gerekir. Bu ise, şebekeye erişimin, düzenlenmesi ve regülasyonu ile mümkün olur.

Doğal tekel konumunda olan bir işletme (iletim/dağıtım şirketi şirketi), kârını maksimize etme güdüsüyle hareket edeceği için, sunduğu hizmetlerin fiyatını yüksek seviyelerde belirleme eğiliminde olacaktır. Bunun gibi, doğal tekel konumunda olan işletmenin, pazarın tekel konumunda olmayan üst ve alt segmentlerinde (elektrik üretim ve ticareti pazarlarında) de faaliyeti bulunabilir. Böyle bir durumda, tekel konumundaki işletme, pazarın üst ve alt segmentlerinde faaliyet gösteren kendi şirketlerini koruma refleksiyle hareket edecek, bu alanlarda rekabetin oluşmasını istemeyecek, bu alanlara yatırım yapmak isteyen olası rakip teşebbüslerin önüne sudan sebeplerle engel çıkarma yoluna gidebilecektir.

Doğal tekelin, aşırı kâr etme ve pazarın rekabete açık olan kısımlarındaki rekabeti sınırlandırma motivasyonunun önüne geçebilmek için doğal tekel konumundaki işletmeler regülasyona tâbi tutulurlar. Elektrik iletim ve dağıtım şebekeleri de doğal tekel karakteristiği gösterdiğinden bu şebekeleri işleten elektrik iletim ve dağıtım şirketleri de regülasyona tâbi tutulmaktadır.

Regülasyonunun temel düzeyde iki veçhesi vardır. Birincisi, tekel konumundaki altyapı tesislerinin üçüncü tarafların erişimine (*third party access*) açılması zorunluluğudur. Buna göre, tekel konumundaki iletim ve dağıtım şirketleri, teknik ve ekonomik açıdan haklı bir gerekçeye sahip olmadıkları sürece, iletim ve dağıtım şebekelerini, başvuran herkesin erişimine açmakla yükümlüdür¹². Regülasyonun ikinci boyutunu ise şebeke ücretlerinin belirlenmesi, yani tarifeler oluşturmaktadır. Doğal tekel konumundaki bir işletme (elektrik iletim/dağıtım şirketi), sahip olduğu altyapıyı üçüncü kişilerin erişimine açmaya mecbur bırakılsa bile altyapıyı kullanırmak karşılığında isteyeceği ücreti kendi başına belirleme yetkisine sahip olursa, bu yetkisini kötüye kullanabilecektir. Bunu önlemek için, bu işletmeler fiyat regülasyonuna tâbi tutulur. Bu nedenle iletim ve dağıtım şirketleri, şebeke kullanıcılarından isteyeceği şebeke

¹² EPK m. 8/f. 2, b. (f): “TEİAŞ’ın görev ve yükümlülükleri şunlardır: ... iletim sistemine bağlı veya bağlanacak olan serbest tüketiciler dâhil tüm sistem kullanıcılarına şebeke işleyişine ilişkin mevzuat hükümleri doğrultusunda eşit taraflar arasında ayırım gözetmeksizin iletim ve bağlantı hizmeti sunmak.” EPK m. 9/f. 2: “Dağıtım şirketi, lisansında belirtilen bölgedeki dağıtım sistemini elektrik enerjisi üretimi ve satışında rekabet ortamına uygun şekilde işletmek, bu tesisleri yenilemek, kapasite ikame ve artırım yatırımlarını yapmak, dağıtım sistemine bağlı ve/veya bağlanacak olan tüm dağıtım sistemi kullanıcılarına ilgili mevzuat hükümleri doğrultusunda eşit taraflar arasında ayırım gözetmeksizin hizmet sunmakla yükümlüdür.” İletim ve dağıtım şirketlerinin bu yükümlülüğe riayet edip etmedikleri ise regülasyon kurumu (EPDK) tarafından denetlenmektedir. Bu konuda ayrıca bkz. KENT, s. 74.

ücretlerini kendileri belirleyemez; bu ücretlerin belirlenmesinde regülasyon kurumu EPDK çok büyük bir rol oynar (EPK m. 16). İletim ve dağıtım şirketlerinin bütün gelir ve giderleri, düzenleyici kurumun kontrolündedir. Bu şirketlerin, ne kadar yatırım yapacakları, bunun için ne kadarlık bir bütçe harcayacakları regülatörün onayına tâbidir. Düzenleyici kurum, iletim ve dağıtım şirketlerinin uygulacağı şebeke ücretlerini, bu harcamaların karşılanması ve bunun üzerine eklenen mâkul bir kâr oranını esas alarak belirler.

Düzenleyici kurumun, elektrik şebeke işletmecilerine yönelik fiyat regülasyonunda, elektrik kesintileri de önemli bir faktör olup bu konuya aşağıdaki başlıkta değinilmektedir.

B. Elektrik Kesintileri

Elektrik, enerjinin bir türüdür. Enerji, “*bir cisim veya sistemin iş yapabilme/üretebilme yeteneği*” olarak tanımlanmaktadır¹³. Enerjinin bir türü olan elektrik akımı ise “*elektronların, bir iletken vasıtasıyla akışı*”nı ifade etmektedir¹⁴. Buradan hareketle elektrik enerjisi de “*bir iletken üzerinde akan elektronların iş yapabilme yeteneği*” olarak tanımlanabilir. Elektrikle ile yapılan iş ise bir ışık, ısı, ses, güç, hareket şeklinde ya da başka şekillerde tezahür eder. Bu anlamda, elektrikli alet ve makinalarla üretilen mal ve hizmetlerin çeşitliliği ve ekonomik boyutu göz önünde bulundurulduğunda, elektrik enerjisinin sağladığı “*iş yapabilme yeteneği*” daha iyi anlaşılacaktır.

Elektrik enerjisi, günümüzde hayatın her alanında kullanılmakta olup, elektrik olmaksızın bir yaşam sürdürülmesi düşünülemez hâle gelmiştir. Elektrik bugün, gündelik hayatın ve ticarî ve sınaî faaliyetlerin olmazsa olmaz bir unsuru hâline gelmiş, ekonomik ve sosyal hayatla öylesine iç içe geçmiştir ki; artık, elektriğin varlığı ve değeri -tıpkı bir hava, su gibi- ancak ondan mahrûm kalındığı anlarda idrak edilebilir olmuştur.

Elektrik enerjisinin, sosyo-ekonomik hayat açısından arz ettiği bu büyük önem, elektrik enerjisinin tüketicilere sürekli ve mümkün mertebe kesintisiz bir biçimde sunulması gerekliliğini ortaya çıkarmaktadır. Nitekim bu nedenledir ki, elektrik şebeke işletmecilerine yönelik fiyat regülasyonunda, elektrik kesintileri de önemli bir faktör olarak dikkate alınmakta, kesinti süresinin ve sıklığının (adedinin) azaltılması ve olabildiğince asgarî seviyeye indirilmesine matuf bir düzenleyici politika izlenmektedir.

Bu anlamda, Elektrik Piyasasında Dağıtım ve Perakende Satış Faaliyetlerine İlişkin Kalite Yönetmeliği hükümlerinde, elektrik kesintileri, tedarik sürekliliği kalitesi başlığı altında

¹³ TURAN, s. 3 vd.

¹⁴ SHIVELY, FERRARE, s. 9.

ele alınmaktadır (Kalite Yönetmeliği m. 7 vd.)¹⁵. Kalite Yönetmeliği kapsamında iletim ve dağıtım şirketlerine, elektrik kesinti sürelerini ve sıklığını azaltmaya yönelik bir takım hedefler konmuş olup, şirketlerin bu hedefleri tutturması beklenmektedir. Hedefleri tutturamayan şirketlerin, kesintilerden etkilenen tüketicilere, Yönetmelikte öngörülen ve bir nev’i “medenî ceza” mahiyetinde olan tazminat tutarlarını ödemesi gerekmektedir (Kalite Yönetmeliği m. 18)¹⁶. Diğer taraftan, söz konusu tazminat tutarlarından bağımsız olarak, dağıtım şirketlerinin her yıl kesinti performansını önceki yıllara göre iyileştirmesi beklenmekte olup, kesinti süresi ve sıklığı konusunda önceki yıllara göre daha iyi veya kötü performans gösterilmesi, ilgili şirketin gelir düzenlemelerini (tarifelerini) de doğrudan etkilemektedir. Kesinti performansını iyileştiren şirketler, gelir düzenlemesinde pozitif etkilenirken; kesinti performansı kötü olan şirketler, gelir düzenlemesi kapsamında gelir kaybına uğramaktadır. Kalite Yönetmeliği’nde öngörülen bu düzenleyici çerçeve, şirketleri, elektrik kesintilerini azaltmaya ve asgarî seviyeye indirmeye yöneltmektedir.

Anılan düzenlemeler, elektrik şebekesi işletmecilerini, elektrik kesintilerini azaltmaya teşvik etse de elektrik kesintileri elektrik sistemlerinin bir gerçeğidir. Kesintilere pek çok sebep yol açabilmektedir. Elektrik şebekelerinde periyodik olarak bakım ve onarım çalışmaları yapıldığı gibi, zaman zaman yenileme ve genişletme yatırımları da yapılabilmektedir. Bu çalışmalar esnasında, elektrik tesisatına doğrudan müdahale etmek durumunda olan çalışanların can güvenliği için tesisattaki elektrik akımının kesilmesi gerekir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, elektrik şebekesine ait unsurlar (enerji nakil hatları, direkler, trafolar vs.) açık alanlardan geçtiği için tabiat olaylarının etkisine ve yetkisiz üçüncü kişilerin müdahalelerine çok açıktır. Bu nedenle, elektrik şebekelerinde, tabii kuvvetlerin etkisi (yıldırım düşmesi, fırtına, buz yükü vs.) veya yetkisiz üçüncü kişilerin müdahaleleri sebebiyle de arıza ve kesintilere sıkça rastlanabilmektedir. Diğer taraftan, bazı durumlarda elektrik sisteminin ayakta tutulması ve çökmesinin önlenmesi için, daha büyük olumsuz sonuçların önüne geçebilmek amacıyla, ilgili mevzuatın verdiği yetki çerçevesinde elektrik sistem işletmecisi TEİAŞ tarafından bir önleyici tedbir olarak da lokal elektrik kesintilerine başvurulması ihtimal dahilindedir¹⁷. Nihayet elektrik

¹⁵ RG: 29.12.2020 - 31349 (1. mükerrer).

¹⁶ Medenî ceza kavramını, karşılığında bir somut bir zarar meydana gelmemiş olsa bile, işlenen fiilin gelecekte de tekrar edilmesini önlemek (caydırmak) ve cezalandırmak üzere, failin muhatabına ödemek zorunda olduğu bedel olarak tanımlayabiliriz. Söz konusu kavram hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GÜL, s. 181 vd.

¹⁷ Söz konusu acil durum önlemleri için bkz. Elektrik Piyasası Şebeke Yönetmeliği (RG: 28.05.2014 - 29013 mükerrer) m. 63 vd.

bazen de, tüketicinin kullandığı elektrik enerjisinin bedelini ödememesi sebebiyle, bir ödemezlik def'i mahiyetinde olmak üzere kesilir¹⁸.

Şu hâlde, kesintisiz bir elektrik şebekesi düşünmek mümkün değildir. Bir elektrik şebekesi ne kadar iyi tasarlanmış ve ne kadar iyi işletiliyor olsa da elektrik kesintilerini tamamen önleme olanağı yoktur. Önemli olan kesinti sayı ve sürelerinin, mümkün merteye düşük seviyelere indirilmesidir. Nitekim bu husus, elektriğin tüketicilerin kullanımına sunulurken taşınması gereken nitelik ve özellikleri belirleyen Kalite Yönetmeliği hükümlerinde de şu ifadelerle vurgulanmıştır: “Tedarik sürekliliği kalitesi, dağıtım sistemi kullanıcılarına düşük maliyetle ve *mümkün olan asgari kesinti süresi ve sıklığı* ile elektrik enerjisi sunabilme kapasitesidir (m. 7)”.

Elektrik şebekelerinin bir gerçeği olan elektrik kesintileri, elektriği kullanan tüketiciler açısından arzu edilen bir durum değildir. Elektrik kesintileri, kimi zaman elektrik tüketicilerinin zarara uğramasına da sebep olabilmektedir. Bu tip durumlarda, sorumluluk hukukunun öngördüğü sorumluluk sebeplerinin şartları gerçekleşmişse, ilgili şebeke işletmecisinin kullanıcıya karşı hukukî sorumluluğu gündeme gelebilecektir. Aşağıdaki başlık altında, elektrik şebekesi işletmecilerinin elektrik kesintilerinden kaynaklanan hukukî sorumluluğunun hangi sorumluluk sebeplerine dayandırılacağı incelenmiştir.

III. KESİNTİLERDEN DOĞAN SORUMLULUĞUNUN DAYANAĞININ TESPİTİ VE DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Sözleşme Sorumluluğu Açısından

1. Taraflar Arasındaki Sözleşme İlişkileri

Elektrik şebekesi işletmecisinin tüketiciye karşı, elektrik kesintilerinden kaynaklanan sözleşme sorumluluğunun esasına geçmeden evvel, öncelikle taraflar arasındaki sözleşme ilişkilerinin ortaya konması gerekir.

Elektrik piyasasının serbestleştirilmesiyle birlikte, tüketicinin, elektriğe erişim için birden fazla muhatapla hukukî ilişki içerisine girmesi gerekmiştir. Serbestleşme öncesi dönemde elektrik tüketicisinin, esas itibarıyla, tek bir muhatap söz konusu idi. Tüketicinin elektriğe erişim için bölgesinde görevli dağıtım şirketi (şebeke işletmecisi) ile muhatap olması yeterliydi. Dağıtım şirketi, tüketiciye ait elektrik tüketim tesisini (örn. mesken, fabrika vs.)

¹⁸ Borç sebebiyle elektrik kesintileri hakkında bkz. AKER, s. 1-22. Ayrıca bkz. Elektrik Piyasası Tüketici Hizmetleri Yönetmeliği (RG: 30.05.2018 - 30436) m. 35 ve m. 52.

elektrik şebekesine bağlar, tüketiciye elektrik enerjisi satmayı taahhüt eder ve işlettiği şebeke üzerinden de satmayı taahhüt ettiği elektrik enerjisini tüketiciye nakil ve teslim ederdi. Buna karşılık, elektrik piyasasının serbestleştirilmesiyle birlikte, tüketiciye karşı üstlenilen edimler birbirinden ayrıştırmış ve bunlardan elektrik şebekesiyle ilgili olanlar yine şebeke işletmecisi tarafından yerine getirilmeye devam ederken; elektrik enerjisinin satışı, piyasanın serbestleştirilmesiyle birlikte ortaya çıkan yeni piyasa oyuncuları olan elektrik tedarikçileri tarafından yerine getirilmeye başlanmıştır. Böylece elektrik piyasasının serbestleştirilmesiyle birlikte, tüketicinin, elektrik enerjisine erişim için iki farklı muhatapla sözleşme ilişkisi içerisine girmesi gerekmiştir.

Tüketiciye elektrik enerjisini satan kuruluşlar, elektrik piyasasında faaliyet gösteren elektrik tedarikçileridir. Tedarikçi, tüketiciyle yaptığı elektrik tedarik sözleşmesiyle, bir bedel karşılığında tüketiciye elektrik enerjisi satma yükümlülüğü altına girer.

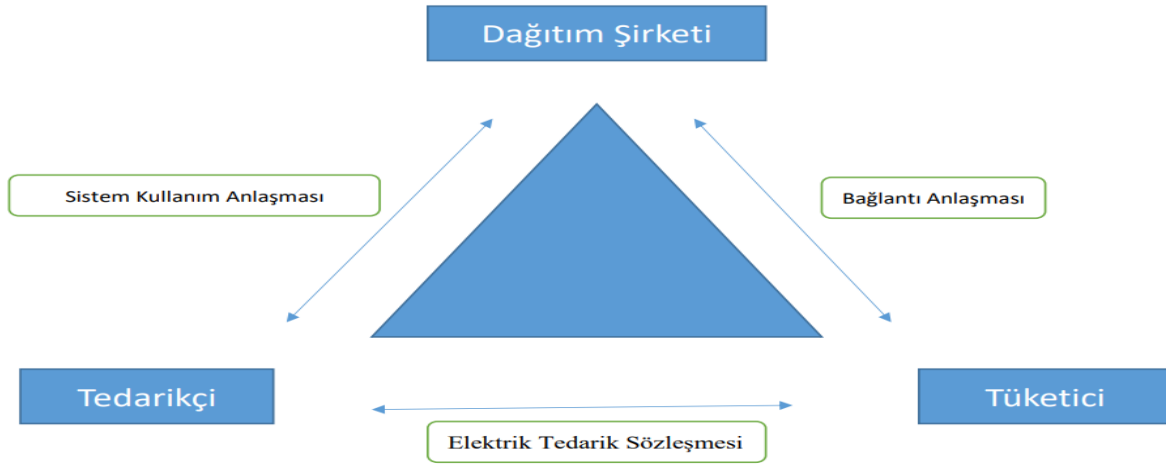
Buna karşılık, elektrik tedarik sözleşmesi, tüketicinin elektriğe erişimi bakımından tek başına bir anlam ifade etmez. Bu sözleşmenin hükümlerinin uygulanabilmesi için, tüketiciye ait tüketim tesisi ile elektrik şebekesi arasında bir fizikî irtibat (bağlantı) bulunması gerekir. Elektrik tüketicisi, şebekeye iletim veya dağıtım seviyesinden bağlı olabilir. Tüketici, şebekeye hangi seviyeden bağlı ise, tüketicinin muhatabı da o şebekeden sorumlu olan şebeke işletmecisidir. Tüketicilerin çok büyük bir kısmı şebekeye dağıtım seviyesinden bağlıdır ve bu nedenle bunların muhatapları, bölgelerinde görevli olan dağıtım şebekesi işletmecisidir. Çok yüksek miktarda enerji tüketen büyük tüketiciler ise doğrudan iletim şebekesine bağlı olabilmektedir. Bunların muhatabı iletim şebekesi işletmecisi TEİAŞ'tır.

Tüketici ile şebeke işletmecisi arasında, tüketicinin tüketim tesisinin şebekeye fizikî olarak bağlanmasını öngören bir “bağlantı anlaşması (*Netzanschlussvertrag*)” yapılır (EPBSKY m. 6 ve 12). Şebeke işletmecisi, bu anlaşmayla, işlettiği şebekeden belirli bir miktar kapasiteyi tüketiciye tahsis eder ve ona ait tüketim tesisi ile elektrik şebekesi arasındaki fizikî irtibatı kurar.

Tüketiciye ait tüketim tesisi ile elektrik şebekesi arasındaki fizikî irtibat, bağlantı anlaşmasıyla tesis edildikten sonra, elektrik enerjisinin tüketiciye nakil ve teslim edilmesine yönelik olarak adına “sistem kullanım anlaşması (*Netznutzungsvertrag*)” denilen bir anlaşmanın daha yapılması gerekir (EPBSKY m. 6 ve 12). Bu anlaşma dağıtım seviyesinde, dağıtım şebekesi işletmecisi ile tüketici lehine olmak üzere tüketicinin tedarikçisi arasında;

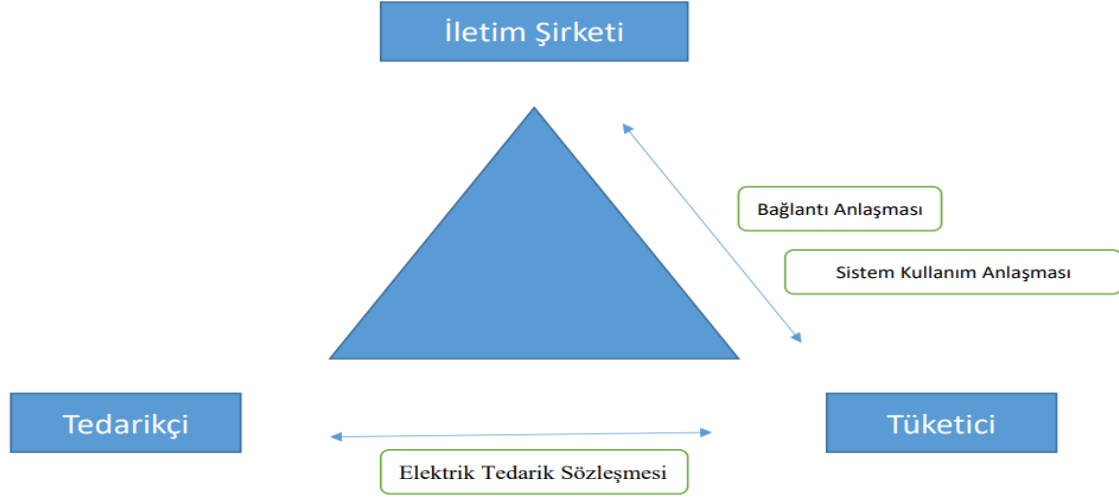
iletim seviyesinde ise, iletim şebekesi işletmecisi ile doğrudan tüketici arasında yapılır¹⁹. İlgili şebeke işletmecisi, sistem kullanım anlaşmasıyla, anlaşmaya konu tüketiciye ait tesise elektrik nakil ve teslim borcunu yükümlenir.

Tüketicinin, elektrik tedarikçisi ve bağlı olduğu şebekeye göre dağıtım veya iletim şirketi ile arasındaki sözleşme ilişkileri aşağıdaki Şekil 2 ve 3'te şematik olarak gösterilmiştir.



Şekil 2: Tüketici-Dağıtım Şirketi-Tedarikçi Sözleşme İlişkileri

¹⁹ EPBSKY m. 12/f. 9: “Dağıtım sistemine bağlanması uygun bulunan tüketicilere ilişkin sistem kullanım anlaşması, bu tüketicilerin tedarikçileri ile yapılır.” Bu nedenle dağıtım seviyesinde dağıtım şirketi ile tedarikçi arasında yapılan sistem kullanım anlaşmasının tam üçüncü kişi yararına sözleşme niteliğinde olduğu da söylenebilir. Aynı yönde bkz. HARTMANN, BLUMENTHAL-BARBY, § 18 NAV Rn. 22. [Alman hukukunda konuyu bu yönde izah eden ilgili Yönetmelik hükmünün (§ 6 StromGKV) gerekçesi için bkz. BR-Drs. 306/06, s. 29]. Türk hukukunda benzer bir görüş için bkz. YAVUZ, s. 236. Buna karşılık İsviçre hukukunda, tüketici-tedarikçi-dağıtım şirketi üçgenindeki ilişkiler bakımından, tüketici ile tedarikçi arasındaki tedarik sözleşmelerinde tüketici tarafından tedarikçiye dağıtım şirketiyle sistem kullanım anlaşması yapılması konusunda temsil yetkisi verildiği, dolayısıyla tedarikçi-dağıtım şirketi arasında yapılan sistem kullanım anlaşması bakımından tüketicinin de anlaşmanın doğrudan doğruya tarafı hâline geldiği belirtilmektedir. Bu konuda bkz. JACQUEMOUD, s. 575.



Şekil 3: Tüketici-İletim Şirketi-Tedarikçi Sözleşme İlişkileri

2. Kesintilerden Kaynaklanan Sözleşme Sorumluluğu

Elektrik tedarikçileri, mevcut iletim ve dağıtım altyapısını kullanarak tüketicilere elektrik enerjisi satışı yapmaktadırlar. Bununla birlikte elektrik tedarikçilerinin bu altyapı (elektrik şebekesi) üzerinde herhangi bir fiilî tasarrufu bulunmamaktadır. Şebekeyi ilgili iletim ve dağıtım şirketi işletmekte; şebekenin nizamî durumda bulundurulmasından, şebekenin gerektirdiği bakım ve onarımın yapılmasından ve şebekenin iyileştirilmesi ve genişletilmesinden yine ilgili iletim ve dağıtım şirketi sorumlu olmaktadır (EPK m. 8/f. 2; m. 9/f. 2 ve 5). Bu itibarla, tüketicilere sunulan elektrik enerjisinin sürekliliğinin ve kalitesinin sağlanması ve korunmasından, elektrik tedarikçileri değil, elektrik iletim ve dağıtım şebekesi işletmecileri mesuldür²⁰.

Elektrik iletim ve dağıtım şebekesi işletmecileri ile elektrik tüketicileri arasındaki bağlantı ve sistem kullanım anlaşmaları, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisini oluşturmaktadır. Bu anlamda, elektrik kesintilerinden dolayı tüketicinin bir zarara uğraması durumunda, şartları varsa söz konusu sözleşme ilişkileri kapsamında ilgili iletim veya dağıtım şirketinin sözleşme sorumluluğu gündeme gelebilecektir²¹.

²⁰ BARTSCH, WOM WEGE, s. 153.

²¹ HERMANN, RECKNAGEL, SCHMIDT-SALZER, Vorbemerkung vor § 6 N. 30-31; BÜDENBENDER, N. 905 vd. TAUPITZ, s. 769; WEBER, KRATZ, § 10, Rn. 109 vd.; JAGMETTI, s. 839 vd.

Elektrik şebekesi işletmecisinin sözleşme sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, sözleşme sorumluluğuna ilişkin şartların somut olayda gerçekleşmiş olması gerekir. Bunlar; borca aykırı davranış (sözleşmenin ihlâli), zarar, illiyet bağı ve kusurdur²².

Elektrik kesintileri, sözleşme ilişkisinin konusu olan edimin ifa edilmemesi olarak nitelendirilebilecek borca aykırı bir davranıştır. Bununla birlikte, sözleşme hükümleri veya sözleşme kapsamında sunulan edimin nitelik ve özelliklerini belirleyen hukuk kuralları uyarınca kesintiye izin verilen hâllerde, bu hüküm ve kurallara uygun olarak yapılan kesintiler, borca aykırı davranış niteliğinde sayılmaz²³.

Borca aykırı davranış niteliğindeki kesintiler, sözleşme kapsamındaki edimin ifa edilmemesi hâlini oluştur ve sözleşme sorumluluğunun diğer şartları da gerçekleşmişse borçlu şebeke işletmecisinin sorumluluğunu gerektirir. Bir sözleşme ilişkisinde edimin süresinde ifa edilmemesi durumunda, gerekli şartların bulunması hâlinde, temerrüt veya imkânsızlık hükümlerinin uygulaması gündeme gelir. Temerrütten söz edebilmek için, edimin süresinde ifa edilmemesi ve fakat sonradan ifa edilebilmesinin mümkün olması gerekir. Elektrik enerjisinin nakli ve teslimine ilişkin sözleşmeler, sürekli borç ilişkisi niteliği taşır. Buna göre şebeke işletmecisi, tüketicinin enerji ihtiyacını karşılamaya her an hazır durumda olmalıdır. Tüketicinin enerji ihtiyacının bir süreliğine karşılanmamış olması durumunda, o dönemki ihtiyaç artık karşılanmamış olur. Sonradan sağlanan enerji, sağlandığı dönemin ihtiyacını karşılamaya yöneliktir; daha önce karşılanmayan ihtiyacı karşılama imkânı yoktur. Bu nedenle, elektrik enerjisinin nakli ve teslimine ilişkin sözleşmeler kapsamındaki edimin ifa edilmemesi durumlarında kural olarak, temerrüt hükümleri değil, imkânsızlık hükümleri uygulanır²⁴.

Elektrik şebekesi işletmecisinin, kesintiler nedeniyle sözleşme sorumluluğundan bahsedebilmek için, borca aykırı davranış niteliğindeki elektrik kesintisine kusuruyla sebep olması gerekir. Bu anlamda TBK m. 112 hükmü uyarınca borçlu (şebeke işletmeci) aleyhine bir kusur karanesi söz konusu olup, şebeke işletmecisi borca aykırı davranışın meydana gelmesinde kusurunun bulunmadığını ispat etmedikçe, alacaklının (tüketicinin) zararını

²² Ayrıntılı bilgi için bkz. EREN, s. 1051 vd.; KILIÇOĞLU, s. 636 vd.

²³ HERMANN, RECKNAGEL, SCHMIDT-SALZER, Vorbemerkung vor § 6 N. 18 vd.; BÜDENBENDER, N. 905 vd.; KLEIN, s. 27 vd.; TAUPITZ, s. 770; HARTMANN, BLUMENTHAL-BARBY, § 18 NAV Rn. 29. Bu konuda bkz. Elektrik Piyasası Bağlantı ve Sistem Kullanım Yönetmeliği (RG: 28.1.2014 – 288969) m. 27; Elektrik Piyasası Şebeke Yönetmeliği (RG: 28.5.2014 - 29013 mükerrer) m. 63 vd.

²⁴ HERMANN, RECKNAGEL, SCHMIDT-SALZER, Vorbemerkung vor § 6 N. 30-31; SCHWEERS, s. 114; KLEIN, s. 47; TAUPITZ, s. 770; BÜDENBENDER, N. 905; AYRANCI, s. 159. Bununla birlikte bazı özellikli durumlarda, bilhassa elektrik enerjisinin şebekeden çekilip depolanabildiği istisnaî hâllerde, edimin ifası sonradan da mümkün olabilecek, bu tip durumlarda temerrüt hükümlerinin uygulanması da olanaklı hâle gelebilecektir.

gidermekle yükümlüdür. Şebeke işletmecileri, hemen her zaman tüzel kişiliği haiz kuruluşlar olarak karşımıza çıktığından, bunların (tüzel kişilerin) organlarının kusurlarıyla sebep olduğu haksız fiillerden TBK m. 50/f. 2 hükmü uyarınca şebeke işletmecisi bizzat sorumlu olur²⁵. Bunun gibi şebeke işletmecisi, borcun ifası için yararlandığı yardımcı kişilerin tüketicilere verdiği zarardan da sorumludur (TBK m. 116/f. 1)²⁶. Borçlu şebeke işletmecisi ancak, borç yardımcı kişi tarafından değil de bizzat kendisi tarafından ifa edilmiş olsaydı, borca aykırılıktan kusurlu sayılamayacağını ispat ederek sorumlu olmaktan kurtulabilir²⁷.

Elektrik şebekesi işletmecisi, sözleşme ilişkisi kapsamında, esas itibarıyla sözleşmenin diğer tarafı olan elektrik tüketicisine karşı yükümlülük altındadır. Bununla birlikte, sözleşmenin sağladığı korumadan, sözleşmenin koruyucu etkisi altında bulunan başka kimseler de yararlanır. Bu kapsamda sözleşmenin tarafı olan tüketicinin aile üyelerinin, kiracısının ve çalışanların da sözleşmenin koruyucu etkisi altında olduğu belirtilmekte ve bunların uğradığı zararların da tüketicinin tarafı olduğu sözleşme hükümlerine istinaden talep edilebileceği kabul edilmektedir²⁸. Buna karşılık bunların dışında kalan kişiler, örneğin bir soğuk hava deposunun elektriğinin kesilmesine bağlı olarak, müşteriler tarafından depoya tevdi edilen ürünlerin çürümesi durumunda soğuk hava deposu işletmecisinin müşterileri, sözleşmenin koruyucu etkisinde olmadıklarından, bunların şebeke işletmecisine sözleşme sorumluluğu hükümlerine istinaden başvurması mümkün değildir.

B. Haksız Fiil Sorumluluğu Açısından

Elektrik kesintileri, sözleşme sorumluluğuna yol açabileceği gibi, şartların varlığı hâlinde TBK m. 49 hükmü çerçevesinde dar anlamda haksız fiil sorumluluğuna da vücut verebilir. Bu anlamda bu iki sorumluluk sebebi arasında, TBK m. 60 anlamında bir yarışmanın varlığından da söz edilebilir²⁹. Haksız fiil hükümlerinin uygulanması, özellikle taraflar arasında bir sözleşme ilişkisinin bulunmadığı durumlarda önem kazanır. Örneğin, elektrik kesintisi, tüketicinin bağlı olduğu elektrik şebekesinden değil de o şebekenin bağlı olduğu diğer bir elektrik şebekesinden kaynaklanmışsa durum böyledir.

²⁵ BÜDENBENDER, N. 909; JAGMETTI, s. 841. Tüzel kişilerin organın fiillerinden doğan sorumluluğu hakkında ayrıca bkz. ÖZTAN, s. 111 vd.; ALTINOK ORMANCI, s. 1265 vd.

²⁶ HERMANN, RECKNAGEL, SCHMIDT-SALZER, Vorbemerkung vor § 6 N. 83 vd.; BÜDENBENDER, N. 909; KLEIN, s. 67; TAUPITZ, s. 772.

²⁷ EREN, s. 1082; KILIÇOĞLU, s. 646.

²⁸ BÜDENBENDER, N. 913, dpn. 100; TAUPITZ, s. 771.

²⁹ HERMANN, RECKNAGEL, SCHMIDT-SALZER, Vorbemerkung vor § 6 N.63; KLEIN, s. 56; BÜDENBENDER, N. 913; TAUPITZ, s. 771; SCHREIBER, SALMEN, s. 66; WEBER, KRATZ, § 10, Rn. 119; JAGMETTI, s. 840.

Haksız fiil sorumluluğunun şartları, sözleşme sorumluluğunun şartlarıyla büyük ölçüde örtüşmektedir. Haksız fiil sorumluluğundan söz edebilmek için gerekli olan unsurlar; fiil, zarar, illiyet bağı, kusur ve hukuka aykırılıktır³⁰. Haksız fiil sorumluluğunda, sözleşme sorumluluğundaki borca aykırı davranış unsurunun yerine, hukuka aykırı fiil unsuru aranmaktadır. Bu anlamda, sözleşme sorumluluğundaki borca aykırı davranış unsurunun tespitine yönelik olarak belirlenmiş kriterler, özellikle ilgili yönetmeliklerde elektrik kesintisine izin verilen hâller, haksız fiil sorumluluğundaki hukuka aykırılık unsurunun tespitinde de belirleyici rol oynar³¹. Sözleşme sorumluluğundan farklı olarak, haksız fiil sorumluluğunda zarar verenin (şebeke işletmecisinin) kusurunu ispat yükü, zarar gören tarafa (tüketiciye) aittir.

Sözleşme sorumluluğunda, salt malvarlığı zararları dâhil, her tür zararın tazmini mümkün iken; haksız fiil sorumluluğunda kural olarak sadece kişiye ve eşyaya ilişkin zararlar tazmin edilmektedir³². Elektrik kesintileri bağlamında, muhafazası elektriğin teminine bağlı şeylerde elektrik kesintisi nedeniyle meydana gelen zararlarda, ezcümle dondurulmuş ürünlerin eriyip bozulması, bitkilerin soğuktan donması, kümes hayvanlarının havasızlıktan telef olması gibi durumlarda, zarar görenin mülkiyetindeki eşyaya yönelik doğrudan bir zarar ikası söz konusu olduğundan, bu gibi zararların haksız fiil hükümlerine göre tazmini mümkün görülmektedir³³. Buna karşılık, elektrik kesintisinin, zarar görenin mülkiyetindeki eşyada doğrudan bir zarar meydana getirmeksizin, sadece zarar görenin icra ettiği üretim sürecini akamete uğratması durumunda, örneğin zarar görenin fabrikasında üretilen otomobillerin üretim sürecinin elektrik kesintisi sebebiyle durması hâlinde, bu suretle meydana gelen zararların haksız fiil sorumluluğu hükümlerine göre tazmini mümkün görülmemektedir³⁴.

³⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. EREN, s. 516 vd.; KILIÇOĞLU, s. 270 vd.

³¹ HERMANN, RECKNAGEL, SCHMIDT-SALZER, Vorbemerkung vor § 6 N. 71; KLEIN, s. 58; SCHWEERS, s. 127; TAMKE, s. 97; HARTMANN, BLUMENTHAL-BARBY, § 18 NAV Rn. 29.

³² TAUPITZ, s. 771.

³³ HERMANN, RECKNAGEL, SCHMIDT-SALZER, Vorbemerkung vor § 6 N. 70; BÜDENBENDER, N. 914; KLEIN, s. 57; TAUPITZ, s. 771.

³⁴ HERMANN, RECKNAGEL, SCHMIDT-SALZER, Vorbemerkung vor § 6 N. 70; BÜDENBENDER, N. 914; KLEIN, s. 57; TAUPITZ, s. 771. Ayrıca bkz. ERTAŞ GÜVEN, s. 135. Bu konuda İsviçre Federal Mahkemesi'nin 3.3.1976 tarihli bir kararında (BGE 102 II 85), elektrik kesintisine bağlı olarak yaşanan üretim kaybının talep edildiği davada Federal Mahkeme, kamu hizmetlerinin engellenmesine ilişkin olarak İsviçre Ceza Kanunu'nun 239. maddesinde düzenlenen ceza normunun, bir koruma normu olduğundan bahisle, davada talep edilen üretim kaybı zararlarının tazmin edilebileceğine hükmetmiştir. Buna karşılık Federal Mahkeme'nin bu kararı doktrinde haklı olarak eleştiri konusu olmuştur. Bu konuda bkz. TANDOĞAN, Hukuka Aykırılık Bağı, s. 5 vd.; ÇAĞLAYAN AKSOY, s. 292 vd.

C. Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu Açısından

Elektrik kesintisine, elektrik şebekesi işletmecisinin bir çalışanın sebep olduğu durumlarda, şebeke işletmecisinin TBK m. 66 hükmü kapsamında adam çalıştırın sıfatıyla sorumluluğu da gündeme gelebilecektir³⁵. Şebeke işletmecisi ile elektrik kesintisi dolayısıyla zarar gören kimse arasında önceden var olan bir borç ilişkisi söz konusu ise şebeke işletmecisi, çalışanın (yardımcı kişilerin) sebep olduğu zararlardan TBK m. 116/ f. 1 hükmüne göre sorumlu tutulurken, şebeke işletmecisi ile zarar gören kimse arasında önceden bir borç ilişkisinin bulunmadığı durumlarda TBK m. 66 hükmü uygulama alanı bulacaktır³⁶.

Şebeke işletmecisinin adam çalıştırın sıfatıyla TBK m. 66/f. 1 hükmü kapsamında sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, çalışanın, kendisine verilen işin görülmesi sırasında başkalarına bir zarar vermiş olması gerekir. Buna karşılık adam çalıştırın şebeke işletmecisi, TBK m. 66/f. 2 hükmündeki kurtuluş kanıtını getirebilirse sorumluluktan kurtulur. Buna göre adam çalıştırın; çalışanın seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz (TBK m. 66/f. 2).

Bunun yanı sıra TBK m. 66/f. 3 hükmünde de adam çalıştırının bir işletme faaliyeti yürütmesi durumundaki “organizasyon sorumluluğu” düzenlenmiştir³⁷. TBK m. 66/f. 3 hükmüne göre: “Bir işletmede adam çalıştırın, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür.” TBK m. 66/f. 3 kapsamında sorumluluğun süjesi esas itibarıyla işletmelerdir. Bununla birlikte hükümde “işletmede adam çalıştırın”dan bahsedildiği için, hükmün uygulanabilmesi için ilgili işletmede en az bir kimsenin bağımlı bir çalışma ilişkisi çerçevesinde istihdam edilmesi gerektiği kabul edilmektedir³⁸. İşletmenin çalışanlarından,

³⁵ HERMANN, RECKNAGEL, SCHMIDT-SALZER, Vorbemerkung vor § 6 N. 90; BÜDENBENDER, N. 917; KLEIN, s. 60; TAUPITZ, s. 772; SCHWEERS, s. 129; WEBER, KRATZ, § 10, Rn. 119; JAGMETTI, s. 841.

³⁶ TANDOĞAN, s. 79

³⁷ İsviçre sorumluluk hukukunun yeniden düzenlenmesine ilişkin taslak çalışmadan esinlenerek kabul edilen bu hüküm, İsviçre’de yasalaşma imkânı bulamamıştır. Alman hukukunda ise organizasyon sorumluluğu, genel haksız fiil sorumluluğu hükmü (BGB § 823 I) bağlamında ele alınmaktadır. Adam çalıştırının sorumluluğu hükmü (BGB § 831) bağımlı bir çalışma ilişkisi kapsamında çalışan kimsenin, üçüncü kişilere verdiği zararlarda uygulanmakta iken; işin, özellikle bağımlı bir çalışma ilişkisi olmaksızın bir yükleniciye gördürülmesi durumunda, bağımsız yüklenicinin ve onun çalışanlarının, üçüncü kişiye verdiği zararlarda genel haksız fiil sorumluluğu hükmü (BGB § 823 I) kapsamındaki organizasyon sorumluluğu uygulama alanı bulabilmektedir. Alman hukukunda organizasyon sorumluluğunun söz konusu olduğu durumlar için bkz. KLEIN, s. 67; SCHWEERS, s. 131 vd.

³⁸ ÜNLÜTEPE, s. 246.

işletmeye ait eşyalardan ve bunların sevk ve idaresindeki eksiklerden kaynaklanan zararlar organizasyon sorumluluğuna sebebiyet verebilmektedir³⁹. Bununla birlikte, TBK m. 66/f. 3 hükmünde işleten için kurtuluş kanıtı getirme imkânı tanınmıştır. İşleten, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat ettiği takdirde sorumluluktan kurtulmaktadır.

D. Tehlike Sorumluluğu Açısından

Tehlike sorumluluğu TBK m. 71’te düzenlenmiştir. TBK m. 71/f. 1’de tehlike sorumluluğunun dayandığı olgu, “önemli ölçüde tehlike arz eden işletmenin faaliyeti” olarak gösterilmiştir. Aynı hükümde sorumluluğun süjesinin de “işleten” ve “işletme sahibi” olduğu düzenlenmiştir. TBK m. 71/f. 2’de ise bir işletmenin, önemli ölçüde tehlike arz edip etmediğinin hangi kıstaslara göre tespit edileceği gösterilmiştir. Buna göre bir işletmenin; mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılırsa, bunun önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme sayılacağı hükme bağlanmıştır. Bu bağlamda, herhangi bir kanunda benzeri tehlikeler arz eden işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğu öngörülümüşse, bu işletmelere benzer özellikler gösteren işletmelerin de önemli ölçüde tehlike arz eden işletme sayılacağı kabul edilmiştir. TBK m. 71/f. 3’te ise belirli bir tehlike hâli için öngörülen özel sorumluluk hükümleri saklı tutulmuştur. Nihayet m. 71/f. 4’te, önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin bu tür faaliyetine hukuk düzenince izin verilmiş olsa bile zarar görenlerin, bu işletmenin faaliyetinin sebep olduğu zararlarının uygun bir bedelle denkleştirilmesini isteyebilecekleri düzenlenmiştir.

Tehlike sorumluluğu, önemli ölçüde tehlike arz eden işletmelerin sebep olduğu her tür zararlı olayda değil, sadece işletmenin tipik tehlikesinin gerçekleşmesiyle ortaya çıkan zararlarda söz konusu olur. Bu anlamda tehlike sorumluluğu hâllerinde zararın, kanun koyucunun böyle bir sorumluluk hâlini ihdas etmesine neden olan özel işletme tehlikesinin (*spezifische Betriebsgefahr*) gerçekleşmesiyle meydana gelmesi gerektiği kabul edilmektedir⁴⁰.

³⁹ TÜRKMEN, s. 264; ÜNLÜTEPE, s. 451. İhlal edilmesi durumunda işletmenin sorumluluğunu gerektiren organizasyon yükümleri hakkında genel bilgi için bkz. DEMİR, s. 246 vd.; ÜNLÜTEPE, s. 405 vd.; KILINÇ, s. 24 vd.

⁴⁰ OFTINGER/STARK, § 28, Rn.134; MOLL, s. 16; BIENSTOCK, s. 32; FELLMANN, § 20, Rn. 1329 vd.; JAGMETTI, s. 835; WEBER, KRATZ, § 10, Rn. 66; ÇEKİN, s. 241; YÜCEL, s. 137.

Elektrik tesisatı işletmelerinin tipik tehlikesi elektrik akımıdır. Buna göre, sorumluluk için zarara, elektrik tesisatları bakımından özel işletme tehlikesi teşkil eden “elektrik akımı” sebep olmalıdır⁴¹. Örneğin elektrik tesisatına temas veya yaklaşmak dolayısıyla meydana gelen elektrik çarpması olaylarında ve elektrik tesisatının sebep olduğu yangınlarda durum böyledir. Elektrik kesintisinde ise ortada bir elektrik akımı bulunmamaktadır. Elektrik kesintisi, elektrik tüketicisine yapılan elektrik arzının durmasını ifade eder. Elektrik kesintisinde ortada elektriğin tipik tehlikesi olarak kabul edilen elektrik akımı mevcut olmadığından, elektrik kesintileri tehlike sorumluluğunun konusunu oluşturmaz. Bu nedenle, elektrik kesintilerinin sebep olduğu zararların tehlike sorumluluğu kapsamında tazmini istenemez⁴².

E. Yapı Eseri Malikin Sorumluluğu Açısından

TBK m. 69/f. 1’de “*Bir binanın veya diğer yapı eserlerinin maliki, bunların yapımındaki bozukluklardan veya bakımındaki eksikliklerden doğan zararı gidermekle yükümlüdür.*” hükmüne yer verilmiştir. Bu hükümle, bina ve diğer yapı eserlerinin malikine objektif bir özen ödevi yüklenmektedir. Bina veya diğer yapı eserinin yapımındaki bozukluk ve bakımındaki eksiklerden ötürü bir zarar meydana gelmişse malikin, özen ödevini ihlal ettiği ve oluşan zarardan kusursuz olarak sorumlu tutulacağı kabul edilmektedir⁴³.

TBK m. 69’de sorumluluğun bağlandığı olgu, bina ve diğer yapı eserleri, yani kısaca “yapı eserleri”dir. Yapı eseri, doğrudan veya dolaylı bir şekilde toprağa bağlı, sabit, insan ve hayvan gibi canlıların barınmasına, eşya gibi cansız şeylerin saklanması ya da korunmasına ayrılmış, etrafı veya üstü az çok kapalı, insan gücüyle yapılmış ve düzenlenmiş her şeydir⁴⁴. Bu anlamda elektrik direği, trafo ve hatları da yapı eseri sayılmaktadır⁴⁵.

Yapı eseri malikin sorumluluğundan söz edebilmek için, yapı eserinin yapımında, yani inşasında bir bozukluk veya bakımında bir eksiklik bulunmalıdır. Yapı eserinin yapımındaki bozukluktan kasıt gerek proje gerek inşaat sırasında teknik ve fennin gereklerine uygun olmayan bir yapı yöntemi uygulanması, bu gereklere uygun olmayan malzeme ve

⁴¹ OFTINGER/STARK, § 28, Rn.134; MOLL, s. 16; BIENSTOCK, s. 32; FELLMANN, § 20, Rn. 1330; JAGMETTI, s. 835; WEBER, KRATZ, § 10, Rn. 66.

⁴² FILTHAUT, PIONTEK, KAYSER, § 2 Rn. 23; WUSSOW/RÜGE, Kap. 16, Rn. 12; GEIGEL/KAUFMANN, Kap. 26, Rn. 78; HOFMANN, 1.10 Rn. 48; KLEIN, s. 63; SCHREIBER, SALMEN, s. 64; SCHUMACHER, Kap. 6, Rn. 20; BIENSTOCK, s. 90; OFTINGER/STARK, II/ 3, § 28, Rn. 118; JAGMETTI, s. 841; WEBER, KRATZ, § 10, Rn. 66; KOZIOL, APATHY, KOCH, A3, Rn. 5.

⁴³ TANDOĞAN, s. 163.

⁴⁴ EREN, s. 649.

⁴⁵ FELLMANN/KOTTMANN, Rn. 921; TANDOĞAN, s. 170; EREN, s. 649; KILIÇOĞLU, s. 345.

personelin kullanmasıdır⁴⁶. Yapı eserin bakımındaki eksiklikten kasıt ise yapı eserin bozulmuş, tamire muhtaç hâle gelmiş olması, malikin çevredeki kişilerin mal ve kişi varlıklarını koruyucu gerekli tedbirleri almaması, onarımları zamanında yapmamasıdır⁴⁷.

Malikin özen ödevini yerine getirip getirmediği, eserin özgülenme amacı ve alınması gerekli tedbirlerin niteliği göz önünde tutularak değerlendirilir. Malikin alması gereken tedbirlerin, teknik açıdan mümkün ve ekonomik açıdan ondan beklenebilir nitelikte olması gerekir⁴⁸.

Hukumumuzda elektrik tesisatlarına yönelik özel veya genel nitelikte bir tehlike sorumluluğu normu bulunmadığı dönemlerde Yargıtay, elektrik tesisatının tipik tehlikelerinin doğurduğu zararlı sonuçlara ilişkin talepleri, uzun yıllar, yapı eseri malikin sorumluluğu (mBK m.58-TBK m.69) hükmü çerçevesinde ele almış, bu hükmü bir tehlike sorumluluğu normuymuş gibi uygulamış ve aslında hâlâ da TBK m. 71 hükmünden ziyade bu hükmü uygulamaya devam etmektedir. Yargıtay bu anlamda, özellikle elektrik tesisatına temas veya yaklaşmak neticesinde ortaya çıkan elektrik çarpma olayları ile elektrik tesisatlarının yol açtığı yangın hadiselerinin neden olduğu zararların tazmini taleplerini, yapı eseri malikin sorumluluğu hükmü (mBK m.58-TBK m.69) çerçevesinde çözüme kavuşturmaktadır.

Yargıtay'ın elektrik tesisatı işletenlerin sorumluluğunu, yapı eseri malikin sorumluluğu hükmü (mBK m.58-TBK m.69) çerçevesinde ele almasındaki ana saik, zarar görenlere elektrik tesisatının tipik tehlikelerine karşı daha güvenceli bir hukukî koruma sağlamaktır. Konuyla ilgili olarak genel veya özel nitelikte bir tehlike sorumluluğu normunun bulunmadığı dönemde, Yargıtay'ın hakkaniyet prensibi çerçevesinde zarar görenleri önceleyen bu uygulaması gerçekten de takdir edilmeye değerdir⁴⁹. Bununla birlikte, bu uygulamanın elektrik tesisatının tipik tehlikesinin söz konusu olmadığı hâllere teşmil edilmemesi gerekir.

Yukarıda tehlike sorumluluğu başlığı altında da açıklandığı üzere, elektrik tesisatının tipik tehlikesi elektrik akımıdır. Elektrik akımının bulunmadığı durumlarda, yani elektrik kesintilerinde, elektrik tesisatının tipik tehlikesinin varlığından da söz edilemez. Bu nedenle elektrik kesintileri konusunda, tehlike sorumluluğu veya ona ikame olarak yapı eseri malikin sorumluluğu hükümlerinin uygulanması mümkün görünmemektedir.

⁴⁶ EREN, s. 652.

⁴⁷ EREN, s. 652.

⁴⁸ FELLMANN/KOTTMANN Rn. 943; EREN, s. 653.

⁴⁹ Bununla birlikte, TBK m. 71 hükmü yürürlüğe girdikten sonra, bu pratiğin aynı şekilde sürdürülüp sürdürülemeyeceği ayrı bir tartışma konusudur.

Buna karşılık Yargıtay, elektrik kesintisine bağlı olarak ortaya çıkan zararların tazmini taleplerini de zaman zaman yapı eseri malikinin sorumluluğu (mBK m.58-TBK m.69) hükmü çerçevesinde ele almaktadır. Örneğin Yargıtay HGK, uzun süreli elektrik kesintileri sebebiyle çalıştırılmak zorunda kalınan jeneratörün yakıt masraflarının talep edildiği davada, elektrik kesintilerinin sebep olduğu zararın kusursuz sorumluluk ilkelerine göre tazmin edilmesi gerektiğine karar vermiştir⁵⁰. Yargıtay 3. HD'nin incelediği diğer bir olayda ise pamuk tarlasındaki su kuyusunu çalıştıran dalgıç pompanın, elektrik kesintileri nedeniyle yeterince çalıştırılmamasına bağlı olarak düşen mahsul veriminden kaynaklı zararların tazmininin TBK m. 69 hükmü çerçevesinde mümkün olabileceğine hükmedilmiştir⁵¹. Yargıtay 3. HD başka bir uyuşmazlıkta da kış dönemindeki ısıtmanın klima sistemiyle yapıldığı bir domates serasında, uzun süreli bir elektrik kesintisi sebebiyle ısıtılamayan serada, domateslerin donmasıyla meydana gelen zararın tazmininin istendiği davada, davalı elektrik şebekesi işletmecisinin kusurunun bulunup bulunmadığına dair herhangi bir değerlendirme yapmaksızın, elektrik kesintileri ile meydana gelen zarar arasında uygun illiyet bağının bulunduğunu belirterek, yani kusursuz sorumluluk düşüncesiyle, zararın tazmin edilmesi gerektiğine hükmetmiştir⁵². Bunun gibi Yargıtay 3. HD, elektrik kesintisi sebebiyle havalandırma sistemi çalışmayan tavuk çiftliklerindeki kümes hayvanlarının telef olmasından kaynaklanan zararların tazmini taleplerine de TBK m. 69 hükmü çerçevesinde olumlu cevap vermiştir⁵³.

TBK m. 69 hükmü, yapı eseri malikleri için yapının özgülendiği amacı ve fonksiyonu her daim yerine getirmesine yönelik bir davranış yükümü öngörmemektedir. Bu nedenle, yapı eseri mahiyetindeki bir elektrik tesisatı, salt fonksiyonunu icra etmiyor (belirli bir süre için elektrik nakletmiyor) diye bu tesisatın malikine TBK m. 69 hükmü kapsamında bir sorumluluk yüklenemez. Diğer taraftan TBK m. 69 hükmünün amacı, taraflar (malik/şebeke işletmecisi ile tüketici) arasındaki sözleşmesel bir edim yükümlüğünün kapsam ve sınırlarını belirlemek de değildir. Yapı eseri malikinin sorumluluğu, bir durum sorumluluğudur (*Zustandshaftung*)⁵⁴. Yapı eseri maliki, yapı eserindeki (yapım bozukluğu ve bakım eksikliğinden kaynaklanan) ayıbın bu eseri tehlikeli duruma getirmesiyle ortaya çıkan zararlardan sorumlu tutulmaktadır⁵⁵.

⁵⁰ Y. HGK, 17.10.2019, E. 2017/444, K. 2019/1083, <https://www.yargitay.gov.tr/> (E.T. 10.11.2023).

⁵¹ Y. 3. HD, 16.04.2016, E. 2016/16542, K. 2018/4028. Aynı yönde ayrıca bkz. Y. 3. HD, 02.10.2017, E. 2016/2703, K. 2017/13116, <https://www.lexpera.com.tr/> (E.T. 10.11.2023).

⁵² Y. 3. HD, 06.10.2015, E. 2015/4025, K. 2015/15182. Aynı yönde ayrıca bkz. Y. 3. HD, 09.04.2015, E. 2015/3232, K. 2015/5963, <https://www.lexpera.com.tr/> (E.T. 10.11.2023).

⁵³ Y. 3. HD, 01.03.2016, E. 2015/5367, K. 2016/2897; Y. 3. HD, 25.03.2016, E. 2015/6149, K. 2016/4594; Y. 3. HD, 04.07.2018, E. 2016/20940, K. 2018/7643, <https://www.yargitay.gov.tr/> (E.T. 10.11.2023).

⁵⁴ FELLMANN, KOTTMANN, Rn. 899; MÜLLER, s. 394.

⁵⁵ MÜLLER, s. 394.

Elektrik kesintileri, yapı eseri mahiyetindeki elektrik tesisatını tehlikeli duruma sokmaz. Bilâkis elektrik tesisatı, yüksüz vaziyetteyken, yani elektriğin kesik olduğu zamanlarda başkaları için daha az tehlike arz eder. Bu itibarla, elektrik kesintisi hadiselerinde, yapı eseri malikinin sorumluluğu hükümlerine başvurulması mümkün görünmemektedir. Nitekim karşılaştırmalı hukukta, Alman ve İsviçre hukukunda da elektrik kesintilerinden kaynaklı talepler, yapı eseri malikinin sorumluluğu kapsamında ele alınmamaktadır⁵⁶.

F. Ürün Sorumluluğu Açısından

Ürün sorumluluğu, 7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu'nun 6 vd. maddelerinde düzenlenmektedir. Söz konusu düzenlemede, Avrupa Birliği'nin 25.7.1985 tarihli ve 85/374/EEC sayılı "Hatalı Ürünlerden Dolayı Sorumluluğa İlişkin Üye Ülkelerin Hukukî ve İdarî Düzenlemelerinin Uyumlaştırılmasına Hakkında Direktifi"⁵⁷ esas alınmış olmakla birlikte, bu iki düzenleme arasında tam bir uyum olduğundan söz edilemez⁵⁸.

7223 sayılı Kanuna göre, ürün sorumluluğunun konusunu oluşturan ürün kavramı, her türlü madde, müstahzar veya eşyayı ifade etmektedir (m. 3/f. 1, b. s). Elektrik enerjisi de taşınır eşya hükmünde olduğundan ürün sayılmaktadır. Ürün sorumluluğunun süjesi, ürünün imalatçı ve ithalatçılarıdır (m. 6/f. 1).

Elektrik enerjisi, üretim santrallerinde üretilmekle beraber, elektrik enerjisinin kalitesinin ve sürekliliğinin sağlanmasında esas itibarıyla elektriğin iletimini ve dağıtımını yapan şebeke işletmecileri belirleyicidir. Esasında herhangi bir ürünün dağıtımını (ve iletimi), yani bir yerden bir yere nakli, normal olarak üretim faaliyeti olarak kabul edilmez. Zira dağıtım faaliyeti ürünün üretim sürecinin bir parçası değildir; burada bir hizmet edimi (*Dienstleistung*) söz konusu olur. Saf hizmet edimi niteliğindeki edimler ise ürün sorumluluğunun konusunu oluşturmaz⁵⁹. Ancak ürüne eklenen hizmet edimi, ürünün "mahiyetini (*Beschaffenheit*)" ve ürünün "güvenlik özelliklerini (*Sicherheitseigenschaft*)" önemli ölçüde değiştiriyorsa bu edim,

⁵⁶ Bu konuda, İsviçre doktrinde sadece *Jacquemoud*'un makalesinde elektrik kesintilerinden kaynaklı tazminat taleplerinin, yapı eseri malikinin sorumluluğu hükmüne (İBK m. 58) de dayandırılacağı belirtilmiş ise de, yazarın, bu başlık altında örnek olarak vermiş olduğu İsviçre Federal Mahkemesi kararının (BGE 102 II 85) İBK m. 58 hükmüyle bir ilgisi bulunmamaktadır. Federal Mahkemenin anılan kararı, adam çalıştırmanın sorumluluğu hükmü (İBK m. 55) ile alakalıdır. Bkz. JACQUEMOUD, s. 578.

⁵⁷ OJ L 210, 7.8.1985, s. 29 vd.

⁵⁸ 7223 Kanunla düzenlenen ürün sorumluluğu hükümlerinin eleştirisi için bkz. ATAMER, KURTULAN GÜNER, s. 543-588; KANIŞLI, s. 1413-1468. Ayrıca söz konusu Kanun'un yasalaşmadan önceki tasarı hükümlerine ilişkin eleştiriler için bkz. ÜNAL, KALKAN, s. 45-82.

⁵⁹ TASCHNER, FRIETSCH, § 2 ProdHaftG N. 8 ve § 4 ProdHaftG, N. 12; MünchK-WAGNER, § 4 ProdHaftG, N. 7.

ürün sorumluluğu anlamında üretim sayılır ve edimi yerine getiren kişi “üretici” kabul edilir.⁶⁰ Elektrikte, tüketiciye sunulan ürünün niteliğini ve kalitesini doğrudan dağıtım ve iletim faaliyeti belirler. Bu nedenle elektriğin iletim ve dağıtımının ürün sorumluluğu anlamında bir “üretim” faaliyeti olarak kabul edilmesi, elektrik iletim ve dağıtım şirketlerinin de bu anlamda üretici/imalatçı sayılması gerekir⁶¹.

7223 sayılı Kanunda sorumluluğun bağlandığı olgu “uygunsuz ürün” kavramıyla açıklanmış ve uygunsuzluk, ürünün ilgili teknik düzenlemeye veya genel ürün güvenliği mevzuatına uygun olmama hali olarak tanımlanmıştır. Uygunsuzluğun teknik düzenlemelere ve ilgili mevzuata uygun olmama şeklinde tarif edilmesi ürün sorumluluğunun mahiyetiyle bağdaşmamaktadır. Ürün güvenliği düzenlemeleriyle üründen kaynaklanabilecek kaza riski azaltılsa bile bu ihtimalin sifira indirilmesi mümkün değildir⁶². Diğer taraftan, her ürünle ilgili mer’i bir teknik düzenlemenin veya mevzuatın bulunması da mümkün değildir. Bu nedenle, Kanundaki uygunsuzluk kavramının, AB Direktifindeki hata (*defect, Fehler*) kavramına verilen anlam çerçevesinde yorumlanması isabetli olacaktır⁶³. Direktif m. 6’ya göre, tüm hâl ve şartlar göz önünde bulundurulduğunda ve özellikle; ürünün sunumu, makûl kullanım şekli ve piyasaya sürüldüğü zaman dikkate alındığında bir kimsenin ondan haklı olarak bekleyebileceği güvenliği sağlamayan ürün hatalı sayılır. Buna göre hatalı ürün kısaca, haklı güvenlik beklentilerini karşılamayan üründür. Buradaki haklı güvenlik beklentisinden kasıt, bir ürünün sözleşmeye uygun veya onun normal fonksiyonunu yerine getirmesine ilişkin bir beklenti değil, ürünün kişinin can ve mal güvenliğini tehlikeye sokmayacak özelliklere sahip olması beklentisidir⁶⁴. Direktif mutlak bir güvenlik beklentisi öngörmemektedir⁶⁵. Direktifin öngördüğü, bir üründen objektif ve haklı olarak beklenebilecek olan güvenlidir⁶⁶. Haklı güvenlik beklentisinin ölçüsü belirlenirken somut olayın tüm şartları göz önünde bulundurulur.

⁶⁰ MünchK-WAGNER, § 4 ProdHaftG, N. 7; PALANT/SPRAU, § 4 ProdHaftG, N. 2; TASCHNER, FRIETSCH, § 4 ProdHaftG N. 13; KERMEL, KLINDT, WENDE, s. 281; KIRCA, s. 205; DÖĞERLİOĞLU İŞIKSUNGUR, S. 118.

⁶¹ Alman Federal Mahkemesi’nin bu yöndeki kararı için bkz. BGH, 25.2.2014 - VI ZR 144/13 - BGHZ 200, s. 242 vd.

⁶² ATAMER, KURTULAN GÜNER, s. 560.

⁶³ Bu sonucu dolaylı olarak ve fakat sınırlı bir biçimde Genel Ürün Güvenliği Yönetmeliği’nin (RG: 11.3.2021 - 31420) m. 5 hükmünden de çıkarılabileceği hakkında bkz. ATAMER, KURTULAN GÜNER, s. 562.

⁶⁴ KIRCA, s. 127; PRESLMAYR, s. 61.

⁶⁵ TASCHNER, FRIETSCH § 3 ProdHaftG N. 9; KIRCA, s. s. 132.

⁶⁶ TASCHNER, FRIETSCH § 3 ProdHaftG N. 10.

Elektriğin gerilim ve frekansındaki dalgalanmaların elektriği uygunsuz/hatalı hâle getirebileceği kabul edilmektedir⁶⁷. Elektrik kesintilerinin ürün sorumluluğunun konusuna girip girmeyeceği konusunda ise farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bazı yazarlar elektrik kesintilerini, hatalı ürün olarak değerlendirmektedir⁶⁸. Buna göre elektriğin kesilmemesi bir haklı güvenlik beklentisi oluşturduğu sürece, elektrik kesintileri de hata sayılır. Bu görüşü savunan yazarlara göre, tüketicinin zaviyesinden bakıldığında, örneğin bir bilgisayarın veya bir derin dondurucunun içindeki yiyeceklerin gerilim dalgalanması ya da elektrik kesintisi nedeniyle zarar görmesi arasında bir fark bulunmamaktadır. Buna karşılık, bizim de iştirak ettiğimiz doktrindeki hâkim görüşe göre elektrik kesintisi hâlinde, bir ürünün varlığından bahsedilemez. Ortada bir ürünün bulunmadığı bu durumda ürün sorumluluğu anlamında bir uygunsuzluğun veya hatanın varlığından da söz edilemez⁶⁹.

Diğer bir görüş ise, elektrik kesintilerini, etkisiz ürünler (*wirkungslose Produkte*)⁷⁰ ile karşılaştırmakta ve etkisiz ürünlerde, tüketicinin ürünün etki doğuracağına ilişkin haklı bir beklenti içerisine girmesi durumunda etkisiz ürünlerin de ürün sorumluluğuna yol açacağını gerekçe göstererek, elektrik kesintilerinin de tıpkı etkisiz ürünler gibi ürün sorumluluğunun kapsamına girmemesi için bir neden olmadığını ileri sürmektedir⁷¹. Bu görüşe katılmak mümkün gözükmemektedir. Etkisiz üründe, herhangi bir etki doğurmasa bile ortada etki doğuracağına inanılan somut bir ürün vardır. Oysaki elektrik kesintisinde ortada hiçbir ürün yoktur. Mevcut olmayan, piyasaya sürülmemiş bir ürünün, ürün sorumluluğuna yol açacağı

⁶⁷ VON STAUDINGER/OECHSLER, § 2 ProdHaftG, N. 45; MünchK-WAGNER, § 2 ProdHaftG, N. 3; PALANT/SPRAU, § 2 ProdHaftG, N. 1; PRODUKTHAFTUNGSHANDBUCH/GRAF VON WESTPHALEN, § 47, N. 26; SCHWIMANN, POSCH, § 5 PGH, N. 21; POTT, FRIELING, § 3 ProdHaftG N. 83; LEINSCHIEDT, s. 67; SEILER, , § 19, N. 36; KIRCA, s. 187; DÖĞERLİOĞLU İŞIKSUNGUR, s. 113.

⁶⁸ HONSELL, s. 211; PRODUKTHAFTUNGSHANDBUCH/GRAF VON WESTPHALEN, § 47, N. 26; BSK OR I - FELLMANN, Art. 4 PrHG, N. 29; FELLMANN, KOTTMANN, N. 1172; KIRCA, s. 187; DÖĞERLİOĞLU İŞIKSUNGUR, s. 113.

⁶⁹ KLEIN, Produkthaftung, s. 920; SCHWEERS, s. 140 vd.; OECHSLER, s. 2081; VON STAUDINGER/OECHSLER, § 2 ProdHaftG, N. 45; MünchK-WAGNER, § 2 ProdHaftG, N. 3; TASCHNER, FRIETSCH Art. 6 Richtl., N. 26; WELSER, RABL, § 5, N. 41; KULLMANN, § 2 ProdHaftG, N. 5; PALANT/SPRAU, § 2 ProdHaftG, N. 1; SCHWIMANN, POSCH, § 5 PGH, N. 21; ERMAN/SCHIEMANN, § 2 ProdHaftG, N. 2; POTT, FRIELING, § 3 ProdHaftG N. 83; ROLLAND, Teil I, § 1 ProdHaftG, N. 42; LEINSCHIEDT, s. 67; SEILER, § 19, N. 36;

⁷⁰ Belirli bir hastalığın tedavisi için üretilen bir ilacın hasta üzerinde herhangi bir tesir göstermemesi; duman ve koku hassasiyetine sahip olacak şekilde üretilen bir yangın alarmının ortamda oluşan duman ve kokuya rağmen çalışmaması; yıldırım düşmesinin etkilerini bertaraf üzere tasarlanan paratonerin yıldırım düşmesi anında çalışmaması durumları etkisiz ürünlere örnek olarak gösterilebilir (Bkz. KOZIOL, APATHY, KOCH, N. B/199 vd.; BSK OR I - FELLMANN, Art. 4 PrHG, N. 28; FELLMANN, KOTTMANN, N. 1171.).

⁷¹ BSK OR I - FELLMANN, Art. 4 PrHG, N. 29; FELLMANN, KOTTMANN, N. 1172.

düşünülemez⁷². Bu nedenle elektrik kesintileri, ürün sorumluluğunun konusunu oluşturmamaktadır.

IV. ELEKTRİK KESİNTİLERİNDEN DOĞAN SORUMLULUĞUN SINIRLANDIRILMASI

Elektrik enerjisi, gündelik hayatın idamesinde ve sosyo-ekonomik yaşamın sürdürülmesinde vazgeçilmez bir öneme sahiptir. Özellikle ticarî ve sınaî sahalardaki hemen hemen bütün süreçlerde elektrik enerjisinin temel bir girdi olarak kullanılıyor olması, elektriği, katma değeri çok yüksek bir meta hâline getirmektedir. Elektrik enerjisinin yüksek katma değer arz eden bir ürün olması, elektrikten mahrum kalındığı zamanlarda önemli üretim kayıplarına yol açabilmekte, dolayısıyla elektrik kesintileri yüksek zarar riskine sebebiyet vermektedir. Öyle ki, yapılan bazı çalışmalar, kayıp yük değeri (*Value of Lost Load - VoLL*) olarak adlandırılan ülke çapındaki bir elektrik kesintisinin maliyetinin, teslim edilen elektriğin ortalama toplam maliyetinden 100-200 kat daha fazla olabileceğini göstermektedir⁷³. Bu nedenle, istenildiğinde erişilemeyen elektrik enerjisinin oluşturabileceği zararlı sonuçlara dikkat çekmek için denilebilir ki, en pahalı elektrik olmayan elektriktir!

Elektrik kesintileri, yüksek zarar riskine yol açabilmekte ise de, bütün elektrik sistemlerinin bir gerçeğidir. Özellikle elektrik şebekelerindeki bakım-onarım çalışmaları, tabiat olayları ve yetkisiz üçüncü kişilerin müdahaleleri sebebiyle elektrik şebekelerinde zaman zaman kesintilerle karşılaşması kaçınılmaz bir durumdur. Bunun gibi, bazen de elektrik şebeke işletmecisinin veya yardımcılarının (çalışanlarının vs.) gerekli dikkat ve özeni göstermemesi sebebiyle elektrik kesintileri yaşanması ihtimâl dâhilindedir.

Elektrik kesintilerinin yüksek zararlara yol açabilmesi, elektrik şebekesi işletmecisinin sorumluluğunu gerektiren durumlarda, sorumluluğun kapsamının belirlenmesini önemli bir konu hâline getirmektedir. Elektrik kesintilerinin şebeke işletmecisine isnat edilebildiği durumlarda, oluşan tüm zararlardan şebeke işletmecisi mi sorumlu tutulmalıdır, yoksa burada zarar gören tarafın da payına düşen bir yük var mıdır?

Elektrik kesintilerinin, borca aykırı davranış veya hukuka aykırı fiil sayılmayacak bir biçimde şebekede bakım-onarım çalışması yapılması ihtiyacı gibi sebeplerle, illiyet bağıını

⁷² FITZ, PURTSCHHELLER, REINDL, § 5, N. 42.

⁷³ Kayıp yük değeri (VoLL), ülkelerin gelişmişlik seviyesine göre değişkenlik gösterir. Tükettiği elektrikle daha yüksek katma değerli ürün ve hizmetler üreten gelişmiş ülkelerde bu değer daha yüksek seviyede iken; ekonomik gelişmişlik düzeyi az olan ülkelerde daha düşük seviyelerdir. Bu konuda AB genelinde yapılan bir çalışma için bkz. ACER, Study on the Estimation of the Value of Lost Load of Electricity Supply in Europe.

kesecek nitelikteki tabii kuvvetlerin etkisiyle veya yetkisiz üçüncü kişilerin müdahaleleriyle gerçekleştiği durumlarda elektrik şebekesi işletmecisine herhangi bir sorumluluk yüklenemeyecektir. Şebeke işletmecileri, tüketicilerin bu gibi durumlarda uğrayabileceği zararlardan sorumlu olmayacaklarından, özellikle elektrik kesintilerine duyarlı tüketicilerin tedbirli ve öngörülü bir biçimde hareket ederek, bu gibi durumlar için ihtiyaca göre yedek güç sistemleri (jeneratör) ve/veya kesintisiz güç kaynağı (*UPS - Uninterruptible Power Supply*) gibi cihazları hazır bulundurulmaları ve kullanmaları gerekecektir. Aksi takdirde, şebeke işletmecisinin hukukî sorumluluğu için gereken unsurların tamamlanmamış olduğu bu gibi olaylarda, elektrik arzının devamını sağlayan bu ekipmanların bulunmaması nedeniyle ortaya çıkan zararlara, zarar görenin kendisinin katlanması gerekecektir.

Elektrik kesintilerinin, şebeke işletmecisine isnat edilebildiği ve hukukî sorumluluğunun şartlarının bulunduğu olaylar bakımından ise şebeke işletmecisinin sorumluluğu doğacak olmakla birlikte, bu gibi durumlarda da, özellikle elektriği kullanan kişinin niteliği ve kullanım amacına göre, zararı azaltma külfeti kapsamında birtakım tedbirlerin alınmış olması beklenebilecek, aksi takdirde TBK m. 52/f.1 hükmü kapsamında tazminatın tenkisi veya kaldırılması gündeme gelebilecektir⁷⁴.

Bunun haricinde, karşılaştırmalı hukukta, elektrik kesintilerinin ve elektrik şebekesinin işleyişinden kaynaklanan diğer düzensizliklerin sebep olabileceği yüksek zarar riski karşısında, şebeke işletmecilerinin sorumluluklarının doğrudan doğruya kanunla veya kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan düzenlemeler ve sözleşmelerle sınırlandırılması yoluna gidildiği de bilinmektedir.

Bu anlamda, Alman kanun koyucusu elektrik şebekesi işletmecilerinin, müşterilerine yönelik sözleşme ve haksız fiil sorumluluğunu (ifa yardımcılarının ve istihdam edilenlerin eylemlerinden doğan sorumlulukları dâhil olmak üzere) sınırlandırmıştır. Gerçekten EnWG⁷⁵ § 11/f. 3 hükmünde “Elektrik (ve doğal gaz) şebekesi işletmecilerinin sözleşme ve haksız fiil sorumluluğu hâllerine ilişkin olarak, enerji tedarikinin kesilmesi veya enerji tedarikindeki düzensizlikler nedeniyle müşterilerin uğradığı eşya zararları ile salt malvarlığı zararlarında sorumluluğun sadece kasıt ve ağır ihmal durumlarında söz konusu olabileceği ve tazminat miktarı için azamî bir sınır getirilebileceği yönünde” Alman hükûmetine yönetmelik çıkarma

⁷⁴ HERMANN, RECKNAGEL, SCHMIDT-SALZER, Vorbemerkung vor § 6 N. 51 vd.; WEBER, KRATZ, § 10, Rn. 113 vd.; JACQUEMOUD, s. 578; SCHULZE, S. 198.

⁷⁵ Energiewirtschaftsgesetz vom 24.4.1998, BGBl. I S. 730.

yetkisi verilmiştir⁷⁶. Bu yetkiye istinaden konu, Alçak Gerilimli Elektrik Tedariğinde Şebekeye Bağlantı ve Şebekenin Kullanılmasına İlişkin Genel Şartlar Hakkında Yönetmeliğin (NAV)⁷⁷ § 18 hükmünde düzenlenmiştir. Söz konusu hükümle elektrik şebeke işletmecilerinin enerji tedariklerinin kesilmesi veya enerji tedarikindeki düzensizliklere bağlı olarak sözleşme ve haksız fiil sorumlulukları kapsamındaki eşya zararlarından ve salt malvarlığı zararlarından doğan mesuliyetlerine sınırlama getirilmiştir⁷⁸. İlave etmek gerekir ki, söz konusu hükümler elektrik şebekesi işletmecisinin sorumluluğunu sınırlandırmakla birlikte, zarar görenler lehine, şebeke işletmecisi için bir kusur karinesi de öngörmektedir⁷⁹.

NAV § 18'e göre elektrik şebeke işletmecisi salt malvarlığı zararlarından sadece kasıt veya ağır ihmali nedeniyle sorumlu tutulabilecektir. Şebeke işletmecisinin hafif ihmaliyle neden olduğu salt malvarlığı zararlarından sorumluluğu bulunmamaktadır (NAV § 18/f. 1). Ayrıca salt malvarlığı zararlarında şebeke işletmecisinin ağır ihmaliindeki sorumluluğu, zarar gören kullanıcı başına 5.000 € ile sınırlıdır⁸⁰; kasıt durumunda ise herhangi bir üst sınır öngörülmemiştir (NAV § 18/f. 4).

Eşya zararlarında ise şebeke işletmecisi hafif ihmalden de sorumlu olmakla birlikte, hafif ihmalde sorumluluk kullanıcı başına 5.000 € ile sınırlıdır (NAV §18/f. 2). Eşya

⁷⁶ Söz konusu hükümde ayrıca şebeke işletimi bakımından katlanılamaz ekonomik risklerden kaçınılmasının gerekli olduğu hâllerde, sorumluluğun tamamen ortadan kaldırılacağı de düzenlenmiştir (EnWG § 11/f. 3, son cümle). Burada, elektrik sisteminin kısmen veya tamamen çökmesini önlemeye yönelik olarak alınabilecek tedbirler kapsamında meydana gelen zararlardan sorumluluğun kast edildiği anlaşılmaktadır. Elektrik iletim sistemi işletmecisinin, elektrik sistemini böylesi büyük tehlikelere karşı koruma çabası içindeyken, tazminat sorumluluğu endişesinden berî olması sağlanmaya çalışılmıştır. Bu konuda bkz. BerlKommEnR/KÖNIG, § 11 EnWG, Rn. 95; THEOBALD, § 11 EnWG, Rn. 35-36.

⁷⁷ Verordnung über Allgemeine Bedingungen für den Netzanschluss und dessen Nutzung für die Elektrizitätsversorgung in Niederspannung (Niederspannungsanschlussverordnung - NAV) vom 1. November 2006 (BGBl. I S. 2477). Yönetmelik her ne kadar, şebekeye esas itibarıyla alçak gerilimden bağlanan tüketiciler için hükümler öngörmekte ise de sorumluluğun sınırlandırılmasına ilişkin bu kuralların orta, yüksek ve en yüksek gerilimden bağlanan tüketiciler için de sözleşmeyle geçerli olarak kararlaştırılabileceği kabul edilmektedir (NAV § 18/f. 2, c. 3). Keza hukukî sorumluluğa ilişkin söz konusu hükümler, "Verordnung über den Zugang zu Elektrizitätsversorgungsnetzen vom 25. Juli 2005 (BGBl. I S. 2243) (Stromnetzzugangsverordnung - StromNZV)" § 25a gereğince, şebekeye bağlı üreticiler için de kıyasen uygulanmaktadır. (BerlKommEnR/KÖNIG § 11 EnWG, Rn. 93-94; HARTMANN, BLUMENTHAL-BARBY, § 18 NAV Rn. 80-82; TAMKE, s. 179). Ayrıca bkz. Bundesnetzagentur, Positionspapier v. 10. 8. 2007 – BK6 p-07-013.

⁷⁸ NAV § 18 hükmünün kapsamı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BerlKommEnR/KÖNIG, § 11 EnWG, Rn. 88 vd.; HARTMANN, BLUMENTHAL-BARBY § 18 NAV, Rn. 1 vd.; TAMKE, s. s. 136 vd.; HEMPEL, FRANKE, § 6 N. 1 vd.; HERMANN, RECKNAGEL, SCHMIDT-SALZER, § 6 N. 1 vd.

⁷⁹ Şebeke işletmecisinin, neden olduğu eşya ve salt malvarlığı zararlarında kasıt veya ağır ihmalle hareket ettiği varsayılmaktadır. Şebeke işletmecisi, sorumluluktan kurtulmak için eşya zararlarında hiçbir kusurunun bulunmadığını; salt malvarlığı zararlarında ise kasıt veya ağır ihmalinin bulunmadığını ispat etmelidir (NAV § 18/f. 1).

⁸⁰ Bunun yanı sıra aynı olay nedeniyle birden fazla kullanıcının zarar gören sıfatıyla talepte bulunabileceği göz önünde bulundurularak, zarar verici olay başına, şebekeye bağlanan kullanıcı sayısına göre değişkenlik gösteren üst sınırlar belirlenmiştir (NAV § 18/f. 2-4).

zararlarında ağır ihmal ve kasıt hâli için kullanıcı başına bir üst sınır belirlenmemiştir. Buna karşılık ağır ihmal durumunda aynı olay nedeniyle birden fazla kullanıcının zarar gören sıfatıyla talepte bulunabileceği göz önünde bulundurularak, zarar verici olay başına, şebekeye bağlanan kullanıcı sayısına göre değişkenlik gösteren üst sınırlar belirlenmiştir (NAV § 18/f. 2, 3). Ancak zarar verici olay başına öngörülen bu üst sınırlar kasten verilen eşya zararları için geçerli değildir; kasıt hâlinde herhangi bir tazminat üst sınırı bulunmamaktadır.

Nihayet, EnWG § 11/f. 3 hükmüyle verilen yönetmelik çıkarma yetkisine uygun olarak, NAV § 18'de kişi zararlarına yönelik herhangi bir sınırlama öngörülmemekte olup kişi zararları, kusurun her derecesinde tümüyle tazmin edilebilir niteliktedir⁸¹.

Alman kanun koyucusunun doğrudan doğruya kanunun verdiği yetkiye dayanarak yönetmelikle yapmış olduğu sorumluluğun sınırlandırılmasına yönelik düzenlemeye benzer bir uygulama İsviçre'de de söz konusudur. İsviçre Borçlar Kanunu'nun (İBK) m. 100 ve 101 hükümleri, borçlunun idare tarafından verilen bir izinle faaliyet gösterdiği durumlarda, borçlunun kendisinin ve ifa yardımcılarının hafif kusurundan dolayı sorumluluğunun sınırlandırılmasına veya kaldırılmasına kural olarak izin vermekte ve fakat bu anlaşmanın hâkim tarafından geçersiz sayılabileceğini öngörmektedir. Bu yetkiye istinaden İsviçre'de, elektrik şebekesi işletmecilerinin, şebeke kullanıcılarıyla yaptığı standart sözleşmelerde, şebeke işletmecisinin hafif kusurundan dolayı sorumluluğunun kaldırılmış olduğu belirtilmektedir⁸².

Türk hukuku açısından ise mülga BK hükümleri, İBK m. 100 ve 101 hükümlerine paralel olarak hafif kusurdan dolayı sorumsuzluk anlaşmasına izin vermekteyken; yeni TBK m. 115-116 hükümlerinde yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebilen faaliyetlerde - ki, elektrik şebekesi işletmeciliği böyle bir faaliyettir- borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşmaların kesin olarak hükümsüz sayılacağı öngörülmüştür. Bu nedenle, yürürlükteki hukuka göre, ülkemizde elektrik şebekesi işletmecilerinin sorumluluğunun bu şekilde bir sözleşmeyle sınırlandırılması veya kaldırılması mümkün görünmemektedir.

Elektriğin özellikle ticarî ve sınaî alanlarda çok temel bir girdi olarak kullanılması ve yüksek katma değer arz eden bir meta olması, elektrik kesintilerinde büyük zararlara sebebiyet

⁸¹ HARTMANN, BLUMENTHAL-BARBY, § 18 NAV, Rn. 44.

⁸² WEBER, KRATZ, § 10, Rn. 113 vd; JACQUEMOUD, s. 578. Hafif kusurdan sorumluluk her ne kadar sözleşmeyle sözleşme hukuku çerçevesinde kaldırılmakta ise de böyle bir sözleşmenin, talep haklarının yarışmasına istinaden haksız fiil sorumluluğu hükümlerinin uygulandığı durumlarda da uygulanacağı kabul edilmektedir. Bu konuda bkz. ERTAŞ GÜVEN, s. 64; BAŞALP, s. 125 vd.

verecek niteliktedir. Diğer taraftan, özellikle elektrik şebekelerinin ana hatlarında meydana gelebilecek bir sorunda, elektrik kesintilerinin çok geniş bir alanı etkileyecek olması, zarar riskini daha da yükseltmektedir. Böyle bir sonucun, şebeke işletmecisinin çalışanlarının çok basit hatalarından kaynaklanması bile uzak bir ihtimal değildir. Hafif bir kusur sebebiyle ortaya çıkabilecek devasa boyuttaki zararlı sonuçlarının tümüyle şebeke işletmecisinin sırtına yüklenmesi hakkaniyetle bağdaşmayacağı gibi; yukarıda da izah edildiği üzere⁸³, böyle bir ihtimal, toplumsal açıdan da ciddi maliyetlere sebep olabilecektir. Oysaki, özellikle elektrik kesintilerine duyarlı ticarî ve sınaî amaçlarla elektrik kullanan tüketicilerin, kendi bünyelerinde alabilecekleri tedbirlerle, oluşabilecek zararlı sonuçları asgarî seviyeye indirmeleri mümkündür. Elektrik kesintileri sebebiyle ortaya çıkabilecek yüksek toplumsal maliyetlerle karşılaştırıldığında, sorunun bu şekilde hâlli, ekonomik olarak çok daha düşük bir toplumsal maliyete sebep olacaktır.

Bu itibarla, karşılaştırmalı hukuktaki örneklerde olduğu gibi ülkemizde de özellikle ticarî ve sınaî amaçlarla elektrik tüketen elektrik kesintilerine duyarlı tüketiciler açısından, şebeke işletmecisinin hafif kusuruna dayalı sorumluluğunu sınırlandıran ve bu arada yine Almanya'daki düzenlemeye benzer şekilde, şebeke işletmecisi aleyhine kusur karinesi öngören bir yasal düzenlemeye gidilmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz.

SONUÇ

Elektrik enerjisi, günümüzde hayatın her alanında kullanılmakta olup, elektrik olmaksızın bir yaşam sürdürülmesi düşünülemez hâle gelmiştir. Elektrik enerjisinin, sosyo-ekonomik hayat açısından arz ettiği bu büyük önem, elektrik enerjisinin tüketicilere sürekli ve olabildiğince kesintisiz bir biçimde sunulması gerekliliğini ortaya çıkarmaktadır.

Bununla birlikte, kesintisiz bir elektrik şebekesi düşünmek mümkün değildir. Elektrik şebekelerinin bir gerçeği olan elektrik kesintileri, elektriği kullanan tüketiciler açısından arzu edilen bir durum değildir. Elektrik kesintileri, kimi zaman elektrik tüketicilerinin zarara uğramasına da sebep olabilmektedir. Bu tip durumlarda, sorumluluk hukukunun öngördüğü sorumluluk sebeplerinin şartları gerçekleşmişse, ilgili şebeke işletmecisinin kullanıcıya karşı hukukî sorumluluğu gündeme gelebilecektir.

Gündelik hayatın idamesinde ve sosyo-ekonomik yaşamın sürdürülmesinde vazgeçilmez bir öneme sahip olan elektrik enerjisinin, özellikle ticarî ve sınaî sahalardaki hemen hemen bütün süreçlerde temel bir girdi olarak kullanılıyor olması, elektriği, katma değeri

⁸³ Bu konuda yukarıda Giriş kısmındaki açıklamalara bakınız.

çok yüksek bir meta hâline getirmektedir. Elektrik enerjisinin yüksek katma değer arz eden bir ürün olması, elektrikten mahrum kalındığı zamanlarda önemli zararlara yol açabilmekte, dolayısıyla elektrik kesintileri yüksek zarar risklerine sebebiyet verebilmektedir. Diğer taraftan, özellikle elektrik şebekelerinin ana hatlarında meydana gelebilecek bir sorunda, elektrik kesintilerinin çok geniş bir alanı etkileyecek olması, zarar riskini daha da yükseltmektedir. Elektrik kesintilerinin, yüksek zarar risklerine sebebiyet veriyor olması, elektrik kesintilerine uygulanacak sorumluluk hukuku kurallarının tespitini daha da önemli bir konu hâline getirmektedir. Elektrik kesintilerinde hangi sorumluluk sebeplerinin uygulama alanı bulabileceğinin net bir biçimde belirlenmesi gerekir. Böyle bir belirlemeye gidilmeksizin, elektrik kesintilerinde akla gelen tüm sorumluluk sebeplerinin uygulanabileceği kabul edilirse elektrik şebekesi işletmecilerinin sırtına sınırsız ve çok ağır bir mesuliyet yüklenmiş olur. Ancak bu mesuliyetin sadece şebeke işletmecilerinin üzerinde kalacağını düşünmek de hatadır. Böyle bir yaklaşım, en nihayetinde ciddi toplumsal maliyetlere yol açabilecek sonuçlar doğurabilecektir.

Elektrik şebekesi işletmecilerinin elektrik kesintilerinden kaynaklanan hukukî sorumluluğu denince, başta sözleşme sorumluluğu olmak üzere kusura dayanan veya dayanmayan pek çok sorumluluk sebebi akla gelmektedir. Bununla birlikte, bunların hepsi elektrik kesintilerinde uygulanabilir nitelikte değildir. Şebeke işletmecilerinin elektrik kesintilerinden kaynaklı sorumluluğu, esas itibarıyla sözleşme sorumluluğu (TBK m. 112 vd.), kusura dayanan haksız fiil sorumluluğu (TBK m. 49) ve adam çalıştırmanın sorumluluğu (TBK m. 66) hükümlerine dayandırılabilir. Buna karşılık elektrik kesintilerinden kaynaklı taleplerin, tehlike sorumluluğu (TBK m. 71), yapı eseri malikinin sorumluluğu (TBK m. 69) ve ürün sorumluluğu (7223 sayılı Kanun m. 6) hükümlerine dayandırılması mümkün görünmemektedir. Nitekim karşılaştırmalı hukukta da konu bu çerçevede ele alınmaktadır.

Diğer taraftan, karşılaştırmalı hukukta, şebeke işletmecilerinin elektrik kesintilerinden kaynaklanan sorumluluklarının, doğrudan doğruya kanunla veya kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan düzenlemeler ve sözleşmelerle sınırlandırılması yoluna gidilmiştir. Ülkemizde, TBK m. 115-116 hükümleri kapsamında, şebeke işletmecilerinin sorumluluklarının sınırlandırılması mümkün görünmemektedir. Bununla birlikte elektrik kesintilerinin sebep olabileceği yüksek zarar riski ve bunun oluşturacağı büyük toplumsal maliyetler göz önünde bulundurulduğunda, Almanya ve İsviçre hukuklarındaki yöntemlere benzer şekilde ülkemizde de elektrik şebekesi işletmecilerinin sorumluluğunun, belirli koşullar altında sınırlandırılmasına yönelik bir yasal düzenleme yapılmasında fayda görülmektedir.

KAYNAKÇA

- ACER (2018). Study on the Estimation of the Value of Lost Load of Electricity Supply in Europe. Final Report.
- ALTINOK ORMANCI, P. (2021). Tüzel Kişilerde Fiili Organ Kavramı ve Fiili Organın Hukuka Aykırı Fiilleri ile Hukuki İşlemlerinin Doğurduğu Sonuçlar. İHM, 79 (4), 1261-1283.
- AKER, H. (2017). Perakende Elektrik Satımıyla İlgili Mevzuata Genel Bir Bakış ve Borcunu Ödemeyen Abonenin Elektrığının Kesilmemesine İlişkin Bazı Yargıtay Kararları Hakkında Değerlendirmeler. TFM, 3(2), 1-22.
- ATAMER, Y. M., KURTULAN GÜNER, G. (2021). Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu ile İmalatçının Sorumluluğu Konusu Türk Hukuku Açısından Çözülmüş Müdür?. AÜHFD, 70 (2), 543-588.
- AYRANCI, H. (2010). Enerji Sözleşmeleri. Ankara.
- BARTSCH, A., WOM WEGE, J. H. (2014). Die Haftung des Netzbetreibers – Rechtliche Grundlagen und aktuelle Rechtsprechung. Zeitschrift für das gesamte Recht der Energiewirtschaft, 4/2014, 152-158.
- BAŞALP, N. (2011). Sorumsuzluk Anlaşmaları. İstanbul.
- BerlKommEnR/KÖNIG. (2014). Berliner Kommentar zum Energierecht (3. Auflage, Band I, HBand 1). Berlin. (F. J. SÄCKER, Hrsg.).
- BIENSTOCK, G. (1912). Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit nach dem Bundesgesetz über die elektrischen Stark- und Schwachstromanlagen vom 24 Juni 1902. Zurich.
- BSK OR I - FELLMANN, W. (2007). Basler Kommentar Obligationenrecht I (4. Auflage, Art. 1-529 OR). Basel. (H. HONSELL, N. P. VOGT, W. WİEGAND, Hrsg.).
- BÜDENBENDER, U. (1982). Energierecht. München-Köln.
- ÇAĞLAYAN AKSOY, P. (2016). Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini. İstanbul.
- ÇEKİN, M. S. (2016). 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde 71 Çerçevesinde Tehlike Sorumluluğu. İstanbul.
- DEMİR, M. (2010). Tıbbî Organizasyon Kusuru Açısından Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu. Ankara.
- DÖĞERLİOĞLU İŞIKSUNGUR, Ö. (2011). AB Elektrik Piyasasında Tüketicinin Ayıba Karşı Korunması. DEÜHFD, C. 13, S. 1, 95-125.
- EREN, F. (2012). Borçlar Hukuku Genel Hükümler (14. Baskı). Ankara.
- ERMAN/SCHIEMANN, G. (2014). Bürgerliches Gesetzbuch (14. Auflage, Band II). Köln.

- ERTAŞ GÜVEN, K. (1994). Enerji Sağlama Sözleşmeleri, Hüküm ve Sonuçları. Ankara.
- FELLMANN, W., KOTTMANN, A. (2012). Schweizerisches Haftpflichtrecht (Band I). Bern.
- FELLMANN, W., (2015). Schweizerisches Haftpflichtrecht (Band III). Bern.
- FILTHAUT, W., PIONTEK, S., KAYSER, A. (2019). Haftpflichtgesetz - Beck'sche Kurz-Kommentare (10. Auflage). München.
- FITZ, H., PURTSCHELLER, M., REINDL, P. (1998). Produkthaftung. Wien.
- GEIGEL/HAFTPFLICHTPROZESS (2020). Der Haftpflichtprozess mit Einschluss des materiellen Haftpflichtrechts (28. Auflage). München. (K. HAAG, Hrsg.).
- GRAF VON WESTPHALEN, F., FOERSTE, U. (2012). Produkthaftungshandbuch (3. Auflage). München.
- GÜL, İ. (2012). Türk ve ABD Hukukunda Medenî Ceza (Doktora Tezi). İstanbul.
- HARTMANN, T. C., BLUMENTHAL-BARBY, C. (2016). Energierecht. Kommentar (Band 2 Verlag C. H. Beck). München. (W. DANNER, C. THEOBALD, Hrsg.).
- HEMPEL, D., FRANKE, P. (2012). Recht der Energie- und Wasser- versorgung (Band 5). Köln.
- HERMANN, H. P., RECKNAGEL, H., SCHMIDT-SALZER, J. (1981). Kommentar zu den Allgemeinen Versorgungsbedingungen für Elektrizität, Gas, Fernwärme und Wasser (Band 1, §§ 1-9). Heidelberg.
- HOFMANN, E. (1989). Haftpflichtrecht für die Praxis. München.
- HONSELL, H. (1995). Produkthaftungsgesetz und allgemeine Deliktshaftung. Juristische Schulung, Heft 3, (Produkthaftungsgesetz), 211-215.
- HUNT, S. (2002). Making Competition Work in Electricity. New York.
- JACQUEMOUD, P. (2008). Zur Haftung des Netzbetreibers und deren Wegbedingung. SZW/RSDA, 6/2008, 574-580.
- JAGMETTI, R. (2005). Energierecht. Basel.
- KANIŞLI, E. (2020). Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu (ÜGTDK) Uyarınca Üreticinin Sorumluluğu. İHM, 78 (3), 1413-1468.
- KENT, B. (2012). Türk ve Alman Hukukunda Elektrik Piyasasının Düzenlenmesi ve Düzenleyici Kurumları. Ankara.
- KERMEL, C., KLINDT, T., WENDE, S. (2015). Die Haftung des Verteilnetzbetreibers für Überspannungsschäden: Energiewirtschaft trifft auf Produkthaftung. RdE, 281-286.
- KILIÇOĞLU, A.M. (2012). Borçlar Hukuku Genel Hükümler (16. Bası). Ankara.
- KILINÇ, A.N. (2017). Adam Çalıştıranın Organizasyon Sorumluluğu (Doktora Tezi). Ankara.
- KIRCA, Ç. (2007). Ürün Sorumluluğu. Ankara.

- KLEIN, W. (1988). Die Haftung der Versorgungsunternehmen für Störungen in der Versorgungszufuhr. Düsseldorf.
- KLEIN, W. (1991). Die Haftung von Versorgungsunternehmen nach dem Produkthaftungsgesetz. BB, 917-294. (Produkthaftung).
- KOZIOL, H., APATHY, P., KOCH, A. B. (2014). Österreichisches Haftpflichtrecht - Gefährdungs-, Produkt- und Eingriffshaftung (Band III, 3. Auflage). Wien.
- KULLMANN, H. J. (2010). ProdHaftG – Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte (6. Auflage). Berlin.
- LEINSCHIEDT, C. (1992). Das neue Produkthaftungsrecht (2. Auflage). Herne - Berlin.
- MOLL, W. T. (1945). Die Haftpflicht der Betriebsinhaber elektrischer Anlagen. Bern.
- MÜLLER, C. (2016). Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen (3. Aufl., Art. 1-183 OR). Zürich - Basel – Genf. (A. FURRER, A.K. SCHNYDER, Hrsg.).
- MünchK-WAGNER, G. (2013). Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (6. Auflage, Band 5). München.
- OECHSLER, J. (2014). Die Haftung des Niederpannungsnetzbetreibers nach dem Produkthaftungsgesetz. NJW, 2080-2083.
- OFTINGER, K., STARK, E. W. (1991). Schweizerisches Haftpflichtrecht (4. Auflage, Besonderer Teil, Übrige Gefährdungshaftungen, Band II/3). Zürich.
- OĞUZ, F. (2011). Devlet ve Piyasa - Regülasyon Ekonomisine Giriş. Ankara.
- ÖZTAN, B. (1970). Medenî Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Doğan Sorumluluk. Ankara.
- PALANT/SPRAU, H. (2015). Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen (74. Auflage). München.
- POTT, W., FRIELING, G. (1992). Produkthaftungsgesetz Kommentar. Essen.
- PRESLMAYR, M. (1993). Handbuch des Produkthaftungsgesetzes. Wien.
- ROLLAND, W. (1990). Produkthaftungsrecht. Köln.
- SCHREIBER, K., SALMEN, D. (2017). Die allgemeine gesetzliche Haftung von Netzbetreiber und –eigentümer. RdE, 2/2017, 62-68.
- SCHULZE, O. (2000). Die Haftung der Versorgungsnetzbetreiber und deren Drittschädiger bei Schädigung von Netzkunden durch Verursachung von Störungen und Unterbrechungen der Elektrizitätsversorgung durch die Drittschädiger. ZNER, Heft 3, 194-199.
- SCHUMACHER, H. (2015). Handbuch der Kommunalhaftung (5. Auflage). Hürth.
- SCHWEERS, E. (2001). Vertragsbeziehungen und Haftung im novellierten Energiewirtschaftsrecht. Baden-Baden.

- SCHWIMANN, M., POSCH, W. (2005). ABGB Praxiskommentar (3. Auflage, Band 7). Wien.
- SEILER, H. (1999). Handbücher für die Anwaltspraxis (Band V, Schaden-Haftung-Versicherung). Basel- Genf-München. (T. GEISER, P. MÜNCH, Hrsg.).
- SHIVELY, B., FERRARE, J. (2010). Understanding Today's Electricity.
- TAMKE, M. (2014). Die Haftungsprivilegierung für Netzbetreiber bei Störungen der Anschlussnutzung– Eine Untersuchung unter Berücksichtigung der ökonomischen Analyse des Rechts. Berlin.
- TANDOĞAN, H. (1981). Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku. Ankara.
- TANDOĞAN, H. (1979). Hukuka Aykırılık Bağı. Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 10 (1), 1-22 (Hukuka Aykırılık Bağı).
- TASCHNER, H.C., FRIETSCH, E. (1990). Produkthaftungsgesetz und EG-Produkthaftungsrichtlinie –Kommentar (2. Auflage). München.
- TAUPITZ, J. (1982). Haftung der Versorgungsunternehmen für Folgen einer Energieleiterunterbrechung. Betriebs-Berater, Heft 13, 769-776.
- THEOBALD, C. (2019). Energierecht (104. Ergänzungslieferung). München. (C. THEOBALD, J. KÜHLING, Hrsg.).
- TURAN, E. (2012). Elektrik Enerjisi Üretimi. Anadolu Üniversitesi AÖF Yayını. Eskişehir. (S. DEMİR, Düzenleyen).
- TÜRKMEN, A. (2012). 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Organizasyon Sorumluluğu (TBK m. 66/III). İÜHFİM, C. LXX, S. 2, 2012, 257-284.
- UYAROĞLU, Y. (2013). Elektrik Enerjisi İletimi ve Dağıtımını. Anadolu Üniversitesi AÖF Yayını. Eskişehir. (S. DEMİR, Düzenleyen).
- ÜNAL, A., KALKAN, A. (2019). Türk Hukukunda Ürün Sorumluluğu Üzerine Olan Ve Olması Gereken Hukuka Dair Genel Düşünceler. TAAD, Y. 11, S. 39, 45-82.
- ÜNLÜTEPE, M. (2016). Organizasyon Sorumluluğu (TBK m. 66/III). İstanbul.
- VON STAUDINGER, J., OECHSLER, J. (2014). Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (Buch 2 - Rech der Schuldverhältnisse, §§ 826- 829, ProdHaftG). Berlin.
- WEBER, R.H., KRATZ, B., (2005). Elektrizitätswirtschaftsrecht. Bern.
- WELSER, R., RABL, C. (2004). Produkthaftungsgesetz Kommentar. Wien.
- WUSSOW, W. (2014). Unfallhaftpflichtrecht – Gesamtdarstellung (16. Auflage). Köln.
- YAVUZ, M. (2011). Elektrik Tedarik Sözleşmeleri: Özellikle İkili Anlaşma. İstanbul.
- YÜCEL, Ö. (2014). Türk Borçlar Kanununa Göre Genel Tehlike Sorumluluğu. Ankara.



HABERLEŞMENİN GİZLİLİĞİNİ İHLAL SUÇU BAKIMINDAN WHATSAPP KAYITLARININ BOŞANMA DAVASINDA DELİL OLARAK KULLANILMASI*

Using Whatsapp Records as Evidence in Divorce Claims for the Crime of Violation of
Confidentiality of Communication

Fatma Dilan TOPUZ*

ÖZ

Evlilik birliğinin bozulması durumunda eşlerin birbirinden ayrılması ve boşanması ihtimali gündeme gelir. Boşanma davası sürecinde çeşitli boşanma sebeplerine bağlı olarak tarafların, kendi taleplerinin karşılanması amacıyla iddialarını ispatlamaya yönelik birçok delil getirmesi mümkündür. Bu süreçte, boşanma sebebini ispat amacıyla getirilen delillerin elde edilmesi çoğu zaman kolay olmamaktadır. Aldatıldığını düşünen ya da sadakat yükümlülüğüne aykırı davranıldığı kanaatinde olan eşin açtığı boşanma davalarında genellikle davacı taraf, delil elde etme yöntemleri açısından birtakım hukuka aykırı yöntemlere başvurmakta ve sonucunda ceza hukuku bakımından çeşitli suç isnatlarıyla karşı karşıya kalmaktadır. Esasen bu meselenin çözüme kavuşturulması gereken iki yönü vardır: Bunlardan ilki gizlice elde ettiği verileri veya mesaj kayıtlarını sunan eşin haberleşmenin gizliliğini ihlal suçundan sorumlu tutulup tutulamayacağı meselesidir. Diğer boyutu ise boşanma davasını gören hukuk mahkemesinde bu delillerin kullanılmasının hukuka aykırı olup olmadığı meselesidir. Bu

• **Gönderi:** 15.09.2023 - **Kabul:** 11.03.2024 | **Received:** 15.09.2023 - **Accepted:** 11.03.2024.

Bu çalışma, 13-15 Mayıs 2022 tarihleri arasında düzenlenen Uluslararası Necmettin Erbakan Hukuk Kongresi'nde yazar tarafından sunulan tebliğin genişletilmiş şeklidir.

Bu çalışma, İnönü Üniversitesi BAP Koordinasyon Birimi tarafından 2469 kodlu araştırma projesi kapsamında desteklenmiştir.

* Arş. Gör., İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Malatya, Türkiye ✉ fatma.celebi@inonu.edu.tr • ORCID 0000-0002-7872-1823.

Atıf Şekli / Cite As: TOPUZ, Fatma Dilan (2024). Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu Bakımından Whatsapp Kayıtlarının Boşanma Davasında Delil Olarak Kullanılması. ÇÜHAD, (5), 127-166.

İntihal / Plagiarism: Bu makale bir intihal engelleme yazılımı aracılığıyla denetlenmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been checked via a plagiarism prevention software and reviewed by at least two referees.



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

makalenin konusu, boşanma davalarında elde edilen bu delillerin hem hukuka aykırı olup olmadığı hem de bu delillerin kullanılmasının ceza hukuku açısından suç oluşturup oluşturmadığıdır. Makalede ayrıca böyle bir durumda yasal bir düzenlemeye ihtiyaç olup olmadığı tartışılarak mevcut düzenlemeler ile pratikteki çözümlerin çelişip çelişmediği sorusu üzerinde durulacaktır. Çalışmamızda bu sorunlara çözüm üretilmeye çalışılmış ve konuya ilişkin yargı kararları değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Boşanma Davası, Hukuka Aykırı Delil, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu.

ABSTRACT

In the event of the breakdown of the marriage union, the possibility of separation and divorce of the spouses comes to the fore. It is possible for the parties to bring a lot of evidence to prove their claims in order to meet their demands, depending on various reasons for divorce in the divorce case process. In this process, it is often not easy to obtain the evidence brought to prove the reason for the divorce. In divorce cases filed by the spouse who thinks that he/she has been deceived or who believes that he/she has acted against his duty of loyalty, the plaintiff usually resorts to some unlawful methods in terms of obtaining evidence, and as a result, one of the spouses faces various criminal charges in terms of criminal law. Essentially, two aspects of this issue need to be resolved. The first of these is whether the spouse who secretly obtained data or message records can be held responsible for the crime of violating the confidentiality of communication, and the other dimension is whether the use of these evidences in the civil court that hears the divorce case is against the law. The subject of this article is both whether such evidence obtained in divorce cases is against the law and whether the use of such evidence will constitute a crime in terms of criminal law. The article will also focus on the question of whether the existing regulations and the solutions in practice conflict or not by discussing whether a legal regulation is required in such a situation. While we trying to find answers to these questions in our study, we will also evaluate the judicial jurisprudence on this issue.

Keywords: Divorce Case, Unlawful Evidence, Crime of Violating the Confidentiality of Communication.

GİRİŞ

Hukuk devleti, bireylere kişiliklerini geliştirebilmeleri için özel bir alan tanımalıdır. Bu özgür yaşam alanı onun haysiyet sahibi bir varlık olarak kabul edilmesinin bir gereği ve göstergesidir. Devletin pasif şekilde bireylerin kendilerine ait özgür alanlarının var olduğunu belirtmesi yani negatif yükümlülüğe riayet etmesi gerekli¹ ancak yeterli değildir. Zira bu alana dışarıdan birçok müdahalenin olması kuvvetle muhtemeldir. Devletin aynı zamanda bu müdahaleleri engelleyecek mekanizmalara da sahip olması gerekir. Yani özel hayat hakkının

¹ ÜZELTÜRK, s. 105.

kullanılmasını sağlama konusunda devletin pozitif bir yükümlülüğü vardır². Hukuk devleti olmak, devlete bu yükümlülüğü getirmektedir.

Anayasanın “kişilik hakları ve ödevleri”ni düzenleyen ikinci bölümünde “özel hayatın gizliliği ve korunması” başlığı altında, özel hayatın gizliliği (Ay. m. 20), konut dokunulmazlığı (Ay. m. 21) ve haberleşme hürriyeti (Ay. m. 22) hakları düzenlenmiş ve bu haklara müdahalenin sınırları belirlenmiştir. Devlet, yalnızca bu hakları tanımak ve buna müdahale etmekten kaçınmakla bu yükümlülüğünü yerine getirmiş olmaz. Aynı zamanda bireyler tarafından özel hayata saygı gösterilmesini sağlayacak ve bu haklara yönelik saldırıları önleyecek tedbirleri almalıdır³.

Bireyin korunması gereken özel hayatının önemli kısımlarından birini haberleşme özgürlüğü oluşturur. Birey, özgür bir şekilde ve kimsenin müdahale etmeyeceğine inanarak çeşitli haberleşme yollarını kullanabilmelidir. Bu müdahaleleri önlemek ve cezalandırmak adına 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK)’nun 132. maddesinde “haberleşmenin gizliliğini ihlal” suçu düzenlenmiştir.

Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu ile kişiler arasında gerçekleşen haberleşmenin gizliliğinin ihlal edilmesi, haberleşme içeriklerinin kaydedilmesi ve bu içeriklerin hukuka aykırı şekilde ifşa edilmesi cezalandırılmaktadır. Aynı zamanda kişinin kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini karşı tarafın rızası olmaksızın hukuka aykırı olarak alenen ifşa etmesi de aynı maddede düzenlenen bir diğer suçu oluşturmaktadır (TCK m. 132).

Bireyin belirtilen temel ihtiyacının dışında evlenmek ve aile kurmak gibi başka temel ihtiyaçları mevcuttur. Kurduğu ailenin hukuk devletinde korunması bir gerekliliktir⁴. Aile, toplumun çekirdeğini oluşturan temel birimdir. İnsan sosyal bir varlıktır ve toplum hayatına gereksinim duyduğu ölçüde aile kurumu önem kazanır. Anayasanın 41. maddesinde, ailenin toplumun temeli olduğu düzenlenmiş ve ailenin korunması için gereken düzenlemeleri yapma ve teşkilatları kurma yükümlülüğü devlete yüklenmiştir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK)’nun 185. maddesinin 1. fıkrasında evlenme ile birlikte eşler arasında evlilik birliğinin kurulmuş olacağı düzenlenmiştir. Evlilik birliği, bütün bir hayatı içine alan büyük bir ortaklığı ifade eden kurumdur⁵. Evlenme ile kurulan birlik,

² ÜZELTÜRK, s. 105.

³ AKTAŞ, s. 6.

⁴ AKTAŞ, s. 8.

⁵ KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 5; ZEVLİLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 671.

tafirlara, devamı boyunca kişisel ve mali olmak üzere birtakım yükümlölükler yükleyen hükümlere tabidir. Bu hükümler, eşlere karşılıklı sorumluluklar getirmektedir.

Evlilik birliğinin bozulması durumunda eşlerin birbirinden ayrılması ve boşanması ihtimali gündeme gelir. Boşanma davası sürecinde çeşitli boşanma sebeplerine bağlı olarak tarafların, kendi taleplerinin karşılanması amacıyla iddialarını ispatlamaya yönelik birçok delil getirmesi mümkündür.

Boşanma sebeplerinin en önemlilerinden birini TMK'nın 161. maddesinde düzenlenen zina oluşturur. Zina, eşlerden birinin evlilik birliği içinde eşi dışında, karşı cinsle isteyerek cinsel ilişkiye girmesi şeklinde tanımlanmaktadır⁶.

Zina olmamakla birlikte, eşlerin başka biriyle bir gönül ilişkisine girmesi, TMK'nın 166. maddesinde düzenlenen ve genel bir boşanma sebebi olarak kabul edilen "evlilik birliğinin sarsılması" sebebine dâhil edilebilir. Aldatılan⁷ eşin bu durumu öğrendiğinde boşanmak istemesi ve aldatıldığını kanıtlamaya çalışması pek tabiidir.

Boşanma davası sürecinde, boşanma sebebini ispat amacıyla getirilen delillerin elde edilmesi çoğu zaman kolay olmamaktadır. Bu sebeple, özellikle aldatılan eş, delil elde etmek amacıyla hukuki olmayan yollara başvurabilmektedir. Sonuçta ise özel hayatı ihlal eden bazı suçlar işlenmiş olmakta ve elde edilen delil hukuka aykırı delil özelliği kazanmaktadır.

İdeal olandan bahsetmek gerekirse, hukuk sistemi bir bütündür ve hukuk yargılaması veya ceza yargılaması ayrımı olmaksızın bir yerde hukuka aykırı olarak kabul edilen delilin diğer yargı sistemleri açısından da hukuka aykırı delil olarak kabul edilmesi gerekir. Dolayısıyla hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin hem ceza hem de hukuk muhakemesi açısından kullanılamaz olması gerekir.

Aile birliği bozulan ve haksızlığa uğrayan eşin, uğradığı haksızlığı, hukuka aykırı kabul edilen bir yola başvurmadan ispatlaması çoğu zaman oldukça zordur. Bu durum özellikle aldatma hususunda aldatılan eşin elini kolunu bağlayacak, aldatan eşi ise, bu hareketinin ispatlanamaması dolayısıyla alması gereken sorumlulukları almayarak adeta mükafatlandırarak ve eylemlerine devam etmesi için cesaretlendirecektir. Aldatılan eş ise aldatılmasının yanı sıra

⁶ KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 151; TEKİNAY, s. 198.

⁷ "Aldatılan eş" ifadesi yaygın olarak kendisine karşı sadakat yükümlölüğüne aykırı davranılmış olan eşi ifade etmek için kullanılmaktadır. Söz konusu sadakat yükümlölüğünden kastımız yalnızca cinsel anlamda sadakat olmamakla birlikte, bu çalışmada aldatılan eş tabiriyle genel olarak kendisine karşı cinsel sadakat yükümlölüğü ihlal edilmiş olan eş kastedilmiştir. Evlilikte, eşler arasındaki sadakat yükümlölüğünün daha geniş anlamları için bkz. BADUR, TURAN BAŞARA, s. 106 vd.

uğradığı haksızlığı ispatlamaya çalışırken bir de ceza soruşturması ve kovuşturmasıyla karşı karşıya kalacak ve belki de mağduriyeti ikiye katlanacaktır.

Boşanma davalarında hukuk mahkemelerini ve bu delillerin elde edilme şekli nedeniyle de ceza mahkemelerini meşgul eden ve her iki yargı alanını da adil bir çözüm bulmaya iten bu meselenin uygulamada nasıl çözüme kavuşturulduğu ve mevcut düzenlemelerle mahkemelerce bulunan çözümlerin çatışıp çatışmadığı ve bunlara ilişkin yapılması gereken hukuki düzenlemelerle çözüm önerileri bu makalenin konusunu oluşturmaktadır.

I. HABERLEŞMENİN GİZLİLİĞİNİ İHLAL SUÇU VE WHATSAPP KAYITLARI

A. Genel Olarak

Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu ile korunan hukuki değer, haberleşmenin gizliliğidir. Anayasanın 22. maddesine göre herkes, haberleşme özgürlüğüne sahiptir ve haberleşmenin gizliliği esastır. Buna dayanarak TCK'nın 132. maddesinde haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu düzenlenmiş ve bu suçla haberleşmenin başkalarının müdahalesinden uzak bir şekilde gerçekleştirilmesi koruma altına alınmıştır⁸. Bu madde ile korunmak istenen hukuki yararın ne olduğu konusunda farklı görüşler olmakla birlikte⁹, genel olarak kişilerin özel hayatlarına saygı duyulmasını isteme hakkı çerçevesinde, diğer bireylerle haberleşmelerinin dışarıdan müdahaleye uğramayacağına ilişkin duydukları güvenin korunmak istendiğini belirtmek gerekir.

Haberleşme, en az iki kişi arasında, bir araç kullanılarak gerçekleştirilen iletişim sürecini ifade etmektedir. Diğer bir deyişle haberleşme bireyin başkalarıyla paylaşmayıp belli kişilerle bir araç vasıtasıyla duygu, düşünce ve bilgilerini birbirine aktardıkları süreçtir¹⁰. Anayasa'da (Ay. m. 22, 31) ve Türk Ceza Kanunu'nda (TCK m. 105, 123/A, 142, 152, 124, 132, 285, 297, 298) "haberleşme" kelimesi kullanılmakla birlikte 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda "iletişim" kelimesi kullanılmıştır (CMK m. 37, 44, 94, 128, 135, 137, 138, 176, 180, 187, 196, 233, 245). Türk Ceza Kanunu'nda haberleşme kelimesinin yanında iletişim

⁸ BİRTEK, s.155.

⁹ Bu madde ile korunan hukuki yararın "haberleşme özgürlüğü, haberleşmenin gizliliği veya haberleşmenin gizliliğinin korunmasıyla elde edilecek olan kamusal yarar" olduğu konusunda bkz. TAŞKIN, s. 231; KIZILARSLAN, s. 67.

¹⁰ AKTAŞ, s. 6.

kelimesine de ayrıca yer verilmiştir (TCK m. 6, 123/A). Kanunlar arasında yeknesaklığın sağlanmamış olması, iki terimin anlamlarının farklı olması sebebiyle eleştirilmiştir¹¹.

Günümüzün gelişen teknolojisinin de etkisiyle kişilerin birbiriyle iletişim kurma yöntemleri her geçen gün daha da farklılaşmakta ve bireyler en hızlı şekilde karşı tarafla iletişime geçmek istemektedir. Bunun bir yansıması olarak da internet üzerinden anlık mesajlaşma programları oldukça popüler olarak tüm dünyada yaygın şekilde kullanılmaktadır. Bireyler daha hızlı mesaj iletimi sağladığı için çoğu kez “SMS” atma yöntemini dahi tercih etmemekte, internet üzerinden gerçekleştirilen mesajlaşma uygulamalarını kullanmaktadır. Dünyada en yaygın kullanılan mesajlaşma uygulamalarından birisi de “WhatsApp” uygulamasıdır.

WhatsApp uygulaması internet üzerinden erişim sağlanan bir haberleşme aracıdır. Ağların ağı anlamına gelen internet ise teknik bir iletişim aracıdır ve küresel çapta milyonlarca bilgisayarı birbirine bağlar. İnternet, televizyon gibi tek taraflı bir sunum değil; çift taraflı bir iletişim imkânı sağlar. Diğer bir deyişle alıcı ve verici arasındaki kanal, her iki tarafın etkileşimine imkân sağlar¹².

İnternetin ve gelişen teknolojinin sağladığı imkanlardan biri WhatsApp’ın da arasında bulunduğu mobil anlık mesajlaşmadır (MAM; Mobile Instant Messaging- MIM)¹³. Mobil anlık mesajlaşma, iki veya daha fazla kullanıcı tarafından elektronik araçlar vasıtasıyla metin, ses, resim veya görüntü tabanlı mesajları karşılıklı olarak alıp gönderebildikleri eşzamanlı bir iletişim, haberleşme şeklidir¹⁴. Anlık mesajlaşma ile karşılıklı konuşur gibi ve SMS ücreti ödmeden internet üzerinden gerçek zamanlı bir haberleşme sağlanabilmektedir.

Birçok mobil anlık mesajlaşma uygulaması bulunmaktadır. Bunlar arasında en bilinenleri WhatsApp Messenger, Facebook Messenger, Instagram (Direct Message- DM), Twitter (DM), Snapchat, Telegram, Bip sayılabilir. Mobil uygulamalara dair detaylı ve geniş kapsamlı veriler toplayan mobil uygulama analiz servisi AppAnnie’nin, yeni adıyla data.ai’nin, analiz raporlarına göre, 2010-2019 yılları arasında en çok indirilen mobil uygulamalar arasında Facebook Messenger ikinci, WhatsApp Messenger üçüncü, Instagram dördüncü, Snapchat beşinci ve Twitter onuncu sırada yer almaktadır.

¹¹ BİRTEK, s. 30-33; KALINOĞLU, s. 146-147.

¹² YAZICI, s. 1105.

¹³ YAPRAKLI/ALTAY, s. 200.

¹⁴ YAZICI, s. 1107.

Bu makalede, haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu bakımından eşler arasındaki boşanma davalarında WhatsApp mesaj içeriklerinin delil olarak kullanılması incelenmekle birlikte; esasen yapılan açıklamalar, yukarıda zikredilen diğer sosyal medya mesajlaşma programları için de geçerlidir.

B. Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu

1. Genel Açıklamalar

Haberleşmenin gizliliğini ihlal başlıklı TCK m. 132, üç fıkra şeklinde kaleme alınmıştır. Maddenin her bir fıkrasında, birbirinden bağımsız, üç ayrı suç tipi tanımlanmıştır¹⁵.

TCK'nın 132. maddesinde üç ayrı suç bulunmaktadır¹⁶. Maddede düzenlenen suç tipleri kısaca şu şekilde ifade edilebilir: (f.1) Kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğinin ihlal edilmesi, (f. 2) Kişiler arasındaki haberleşme içeriklerinin ifşa edilmesi, (f.3) Kişinin kendisiyle yapılan haberleşmenin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın alenen ifşa etmesi veya bu içeriklerin basın veya yayın yoluyla yayımlanması. Maddede üç ayrı suç tipi bulunmakla birlikte konumuz açısından birinci ve ikinci fıkralar önem arz etmektedir. Bu sebeple yalnızca ilk iki fıkra üzerinden inceleme yapılacaktır:

a. Kişiler Arasındaki Haberleşmenin Gizliliğinin İhlal Edilmesi (TCK m. 132/1)

TCK m. 132/1 şu şekildedir: “*Kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal eden kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu gizlilik ihlali haberleşme içeriklerinin kaydı suretiyle gerçekleşirse, verilecek ceza bir kat artırılır.*”

TCK m. 132/1'de kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğinin ihlal edilmesi suç olarak tanımlanmıştır. Gizlilik başkasından saklamak, gizli olma hali, mahremiyet anlamlarına gelir¹⁷. Burada bahsedilen gizliliğin ihlal edilmesi, haberleşme içeriklerinin başkaları tarafından öğrenilmesini ifade eder. Haberleşme içeriklerinin özel hayata ilişkin olmasına gerek yoktur. Önemli olan iki kişinin bir haberleşme aracı vasıtasıyla herhangi bir konuda iletişime geçmiş olmasıdır¹⁸. Konuşulan konu o gün haberlerde verilmiş bir olayın anlatılması bile olabilir. Konuşulan dilin anlaşılması ya da haberleşme içeriğinin, ihlali gerçekleştiren tarafından anlaşılması gerekmez, önemli olan serbest hareketlerden herhangi biriyle haberleşmenin

¹⁵ KOCA, ÜZÜLMEZ, Ceza Özel, s. 591.

¹⁶ Bu maddede iki ayrı suç olduğu konusundaki görüş için bkz. TAŞKIN, s. 231.

¹⁷ <https://sozluk.gov.tr/> (E.T. 20.06.2023).

¹⁸ AKYÜREK, Özel Hayatın, s. 222; YILMAZ, s. 313; ALDEMİR, s. 17.

gizliliğinin ihlal edilmiş olmasıdır¹⁹. Haberleşmenin kendisi bizatihi özel hayata ilişkin bir eylem olduğu için buna yönelik ihlal, içerik özel olmasa ya da anlaşılmasa da söz konusu suç oluşturacaktır²⁰.

Gizliliğin hangi şekilde veya hareketle ihlal edildiği önemli değildir, serbest hareketlidir²¹ Haberleşme araçları dikkate alındığında okunarak, dinlenerek²² ya da görülerek²³, izlenerek gizlilik ihlal edilebilir. İnternet üzerinden yapılan bilgi alışverişi yani karşılıklı kurulan iletişim de haberleşme kapsamındadır²⁴. Bir mektubun, e-postanın²⁵ veya mesajlaşma içeriklerinin okunması, telefon görüşmesinin dinlenmesi²⁶, bir zarftaki fotoğrafın görülmesi²⁷ ya da gönderilen bir videonun izlenmesi ile ihlal gerçekleşebilir. Suç, sırf hareket suçu olduğu için gizliliğin ihlali yeterlidir ve başka bir hareket veya neticenin gerçekleşmesi aranmaz²⁸. Bu suçla özel hayatın gizliliğinin ve haberleşmenin gizliliğinin korunmasının yanında, haberleşmenin güven içinde yapılmasını sağlayarak haberleşme araçlarına olan güvenin de korunması amaçlanmaktadır²⁹.

Bu suçta kişiler arasındaki haberleşme engellenmemekte, yapılan haberleşmenin içeriği öğrenilerek mahremiyeti ihlal edilmektedir. Örneğin, posta kutusundaki mektubu alma, yırtma, saklama, telefon hattını kesme, e-postalara erişimi engelleme ya da e-posta gelen kutusunu açılmaz hâle getirme haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunu değil TCK'nın 124. maddesinde düzenlenen haberleşmenin engellenmesi suçunu oluşturur³⁰.

WhatsApp, internet üzerinden iletişim sağlama imkânı veren bir mobil uygulamadır. “WhatsApp ve Bip” gibi anlık mesajlaşma uygulamalarının “Instagram, Facebook ve Twitter” uygulamalarından farkı ise; ancak bir mobil telefon numarası ile kullanıma açılabilmesidir.

¹⁹ YILMAZ, s. 313.

²⁰ AKYÜREK, Özel Hayatın, s. 222; Yazar, TCK m. 132/1'de cezalandırılan eylemin sadece kayıt olmadığını; görüşmenin varlığının tespit edilmesinin veya görüşmenin zaman ve/veya süresinin tespitinin de bu suç oluşturacağını belirtmiştir. Bkz. AKYÜREK, Özel Hayatın, s. 223.

²¹ YURTCAN, s. 1; ALDEMİR, s. 24.

²² KOCA, ÜZÜLMEZ, Ceza Özel, s. 592.

²³ ZAFER, Özel Hayat, s. 99.

²⁴ YOKUŞ SEVÜK, Haberleşme Hakkının, s. 204.

²⁵ İş yeri tarafından çalışanlara tahsis edilmiş e-postaların önceden haber verilmeksizin işveren tarafından denetlenmesinin AİHS m. 8 anlamında özel yaşama ve haberleşme özgürlüğüne müdahale niteliği taşıdığı belirtilmiştir. AİHM kararı değerlendirmesi için bkz. TEZCAN, s. 1160 vd.

²⁶ KOCA, ÜZÜLMEZ, Ceza Özel, s. 592; YAŞAR, GÖKCAN, ARTUÇ, Cilt III, s. 4080; YURTCAN, s. 1; ALDEMİR, s. 24.

²⁷ ZAFER, Özel Hayat, s. 99; KOCA, ÜZÜLMEZ, Ceza Özel, s. 593.

²⁸ KOCA, ÜZÜLMEZ, Ceza Özel, s. 594; ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, Ceza Özel, s. 561.

²⁹ YILMAZ, s. 314.

³⁰ KOCA, ÜZÜLMEZ, Ceza Özel, s. 594; YOKUŞ SEVÜK, Haberleşme Hakkının, s. 209.

Bu özelliğiyle temelde bir mobil telefon iletişim aracıdır. Günümüz teknolojisi mobil uygulamaların yalnızca mobil cihazlarda değil bunun yanı sıra, bu uygulamaların tablet, bilgisayar gibi diğer cihazlarda da kullanımına imkan tanımaktadır. Yani internete erişim sağlanan herhangi bir cihazda da WhatsApp veya Bip uygulamaları kullanılabilir. Cep telefonunda kullandığımız WhatsApp uygulaması internete erişimi olan bir masaüstü bilgisayarından WhatsApp Web internet sitesi ile rahatlıkla kullanılabilir³¹.

WhatsApp ile mesaj gönderilebilmekte ve sesli veya görüntülü arama yapılabilmektedir. Uygulama ile metin, ses kaydı, video kaydı, fotoğraf, çeşitli uzantılarda belge ve konum bilgisi gönderilip alınabilmektedir³². Bütün bu kayıtlar kullanıcının isteğine bağlı olarak çeşitli sürelerde uygulama hesabında kayıtlı kalmaktadır. Kullanıcı eğer isterse mesajların yedeğinin başka bir bulut hesabında kayıtlı kalmasını da tercih edebilir.

WhatsApp mesajlarının okunması, ses kayıtlarının dinlenmesi, fotoğraflara bakılması, video kayıtlarının izlenmesi ve gönderilen belge ve konum bilgilerinin okunması kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal fiilini oluşturur.

Haberleşmenin gizliliğini ihlal, söz konusu haberleşme içeriklerinin kayda alınması ile de gerçekleştirilebilir. Bu fiil, birinci fıkradaki haberleşmenin gizliliğini ihlal fiilinin nitelikli hali olarak aynı fıkarda düzenlenmiştir³³. Kayda alma suretiyle gizliliğin ihlali durumunda verilecek ceza bir kat artırılır.

WhatsApp uygulamasında sesli veya görüntülü konuşma hariç olmak üzere bahsettiğimiz diğer bütün mesajlaşma içerikleri zaten kayıtlı kalmaktadır. Kaydetme fiili elektronik veya manyetik herhangi bir araç kullanmak suretiyle veya internet üzerinden³⁴ ulaşılan bulut depolama alanları gibi çeşitli yerlere çok çeşitli araçlar kullanılarak yapılabileceği gibi, klasik bir şekilde kâğıt üzerine kalemle yazma, çizme³⁵ gibi yöntemlerle de gerçekleştirilebilir³⁶. Örneğin kayıt, konuşmanın ses kayıt cihazıyla tespiti şeklinde olabileceği gibi mektubun kopyasının yapılması mektup içeriğinin ses veya görüntü kaydının alınması biçiminde de yapılabilir³⁷. Sesli veya görüntülü konuşmanın bu tür cihazlar kullanılarak

³¹ <https://web.whatsapp.com> (E.T. 04.01.2023).

³² <https://www.whatsapp.com/about/> (E.T. 04.01.2023).

³³ YURTCAN, s. 2.

³⁴ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, s. 288.

³⁵ Aksi görüş için bkz. ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, Ceza Özel, s. 561.

³⁶ KARAGÜLMEZ, s. 447-448; ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, Ceza Özel, s.561.

³⁷ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, Ceza Özel, s. 599; ŞEN, s. 712; ZAFER, Özel Hayat, s. 102; KOCA, Haberleşmenin, Konuşmanın, s. 76.

kaydedilmesi veya zaten kayıtlı olan mesajların yeniden başka bir yere kopyalanması, gönderilmesi veya dökümünün çıkarılması kaydetme fiilini oluşturur.

Haberleşmenin kayda alınması, haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun nitelikli hali olduğu için ihlalin kayda almak suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda temel halden ceza verilmez yalnızca kayda almaktan dolayı ceza artırılarak verilir³⁸.

b. Kişiler Arasındaki Haberleşme İçeriklerinin İfşa Edilmesi (TCK m. 132/2)

Kişiler arasındaki haberleşme içeriklerini ifşa etme fiili bakımından TCK m. 132/2 şu şekildedir: “*Kişiler arasındaki haberleşme içeriklerinin hukuka aykırı olarak ifşa eden kimse, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*”

Bu suç, haberleşmeye dair içeriklerin hukuka aykırı bir şekilde ifşa edilmesi ile oluşur. İfşa etmek, gizli bir şeyi ortaya çıkarmak, açığa vurmak, yaymak anlamındadır. Haberleşmeye dair içeriğin yetkisiz üçüncü kişilere aktarılmasıyla veya onlara içerik hakkında bilgi verilmesi ile bu suç oluşur. İfşanın aleni olması bu suç bakımından aranmamaktadır. Bu sebeple içeriğin yalnızca tek bir kişiye açıklanması halinde de söz konusu suç oluşur³⁹. İfşanın ne şekilde yapıldığının bir önemi yoktur. Yazılı, sözlü, konuşarak ya da herhangi bir haberleşme yoluyla, basın ve yayın yoluyla da gerçekleştirilebilir⁴⁰.

İfşa edilen haberleşme içeriğinin ele geçirilme şeklinin hukuka uygun ya da aykırı olması arasında bir fark bulunmaz⁴¹. Diğer bir deyişle içerikler, hukuka uygun olarak elde edilmiş olabileceği gibi, birinci fıkrada düzenlenen suçun işlenmesi ile de elde edilmiş olabilir. Burada önemli olan, ifşa edilen haberleşme içeriğinin ele geçirilme şeklinin değil; ifşa etme fiilinin hukuka aykırı olmasıdır.⁴²

Haberleşmenin içeriği açıklanmadan, yalnızca haberleşen kişilerin, hangi gün ve saatte haberleştiklerinin bildirilmesi halinde söz konusu suç oluşmaz⁴³. İfşanın tamamen veya kısmen olması arasında bir fark yoktur⁴⁴; ayrıca herhangi bir zarara yol açması da aranmaz⁴⁵.

³⁸ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, Ceza Özel, s. 599.

³⁹ KOCA, ÜZÜLMEZ, Ceza Özel, s. 595.

⁴⁰ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, Ceza Özel, s. 600; YURTCAN, s. 2.

⁴¹ YOKUŞ SEVÜK, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal, s. 179.

⁴² KOCA, ÜZÜLMEZ, Ceza Özel, s. 595.

⁴³ ZAFER, Özel Hayat, s. 103; KOCA, ÜZÜLMEZ, Ceza Özel, s. 595.

⁴⁴ ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, Ceza Özel, s. 562; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, Ceza Özel, s. 600; KOCA, Haberleşmenin, Konuşmanın, s. 73.

⁴⁵ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, Ceza Özel, s. 600; KOCA, ÜZÜLMEZ, Ceza Özel, s. 593.

Haberleşmenin ifşasından bahsedilebilmesi için yalnızca haberleşme içeriklerinin değil aynı zamanda haberleşen kişilerden en az birinin de açıklanması gerekir⁴⁶. Bu bakımdan haberleşen kişinin doğrudan adının değil; bu ifşayı öğrenenin, içeriğin kime ait olduğunu anlamasını sağlayacak şekilde açıklanması da yeterlidir.

İçerikler hukuka uygun yolla elde edilmiş olabileceği gibi hukuka aykırı yollarla da elde edilebilir. Örneğin, CMK m. 135 ve devamı uyarınca verilen bir iletişimin denetlenmesi kararına dayanarak elde edilen bir konuşmanın içeriğinin mahkeme dışında başka kişilere ifşası durumunda kişiler arasındaki haberleşme içeriklerinin ifşa edilmesi suçu oluşur. Eğer içerikler hukuka aykırı yolla elde edilmiş ve bu sebeple aynı maddenin birinci fıkrasındaki “kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal” suçu da işlenmişse bu durumda her iki fıkra birbirinden ayrı suçları düzenlediği için hem birinci fıkra hem de ikinci fıkranın birlikte uygulanması ve cezalandırmanın da bu şekilde yapılması gerekir⁴⁷. Diğer bir deyişle, her iki fıkra arasında gerçek içtima uygulanacaktır. Nitekim gizliliğin ihlali, ifşa suçunun icrası bakımından zorunlu bir hareket değildir⁴⁸.

WhatsApp kayıtlarını elde eden kişi eğer bunları kayıtların sahibinin rızası dışında herhangi bir yerde ifşa edecek olursa haberleşme içeriklerinin ifşası suçu gündeme gelir. Zira daha evvel de bahsettiğimiz gibi WhatsApp bir haberleşme aracıdır ve buna ilişkin herhangi bir içerik, haberleşme içeriği kapsamındadır. Az evvel de ifade edildiği gibi kayıtların hukuka uygun ya da hukuka aykırı bir biçimde elde edilmiş olmasının suçun oluşumu açısından bir farkı bulunmamaktadır. Örneğin, WhatsApp’ını kullanması için ya da okuması için izin veren kişinin, kullanan kişiye herhangi bir yerde bu kayıtları ifşa etmesi için izin vermemiş olması durumunda söz konusu suç oluşacaktır.

WhatsApp uygulamasında metin yazışmaları dışında ayrıca fotoğraf, video, belge ve ses kaydı gönderilebilmektedir. Uygulamanın mobil bir telefonda kullanımında, gönderilen bu fotoğraf, video ve diğer belgeler mobil cihaza indirilmekte ve söz konusu belgenin türüne göre cihazın ona uygun bir depolama programında WhatsApp kayıtları adı altında depolanmaktadır. Örneğin, WhatsApp'tan karşı taraftan alınan ya da kullanıcının karşı tarafa WhatsApp programı üzerinden fotoğraf çekerek gönderdiği fotoğraflar kullanıcının telefonundaki fotoğraf galerisinde “*WhatsApp fotoğrafları*” adı altında bir dosyada otomatik olarak kaydedilmektedir.

⁴⁶ ZAFER, Özel Hayat, s. 103; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, Ceza Özel, s. 600; YOKUŞ SEVÜK, s. 179.

⁴⁷ Aynı yönde bkz. TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, Ceza Özel, s. 608; KOCA, ÜZÜLMEZ, Ceza Özel, s. 602; ZAFER, Özel Hayat, s. 130.

⁴⁸ KOCA, ÜZÜLMEZ, Ceza Özel, s. 602, dipnot 42.

Eğer WhatsApp programından değil de galerideki bu dosyadan fotoğraflar elde edilmiş veya ifşa edilmiş ise söz konusu suçlar oluşacak mıdır? Bu durumda da kayıtların açıkça WhatsApp uygulamasından elde edildiği belli olduğu için haberleşme içeriği olduğu çok açıktır. Bu sebeple, kişinin uygulamanın kendisinden değil de uzantısı dolayısıyla mobil telefonun fotoğraf galerisinden içerikleri elde etmesi veya ifşa etmesi durumunda haberleşmenin gizliliğini ihlal ve haberleşme içeriklerinin ifşa edilmesi suçları oluşacaktır.

2. Mağdur

Haberleşmenin gizliliğini ihlal ve haberleşme içeriklerinin ifşası suçlarında mağdur, gizliliği ihlal edilen veya içerikleri ifşa edilen kişilerdir⁴⁹. Diğer bir deyişle söz konusu suçların mağduru haberleşmeyi gerçekleştiren kişilerdir.

Kitle iletişim araçlarıyla aleni olarak yapılan haberleşmeler bu suçun konusunu oluşturmaz. Yani haberleşme, belli kişiler arasında gerçekleştiriliyor olmalıdır⁵⁰. Belli kişilerin sayısının bir sınırlaması bulunmasa da kapalı bir grup olması ve bu grubun üyelerinin kimler olduğunun belli olması yeterlidir.

Gizliliğin ihlali ve ifşa ile kişiler haksızlığa uğramakta ve haberleşme mahremiyetleri ihlal edilmektedir⁵¹. Haberleşmenin bütün tarafları bu suçun mağdurdur. Haberleşme doğal olarak en az iki kişinin varlığını gerektirir. Bununla birlikte teknolojinin sağladığı imkanlardan biri de aynı anda birden fazla kişiyle sesli veya görüntülü konuşma yapabilme ve mesajlaşabilmedir. Aynı şekilde aile fertlerinin tamamına hitaben yazılan bir mektubun varlığı durumunda da suçun mağduru aile fertlerinin tamamıdır⁵².

WhatsApp uygulamasının birden fazla kişiyle aynı anda mesajlaşabilmeyi ve herkesin birbirinin mesajlarını ortak şekilde görebilmesini sağlayan “grup kurma” özelliği mevcuttur. Bu özellik sayesinde gruba eklenen kişiler gruptaki herhangi bir kişinin gönderdiği haberleşme içeriklerini aynı anda ve ortak şekilde görebilmekte ve bunları cevaplandırabilmektedir. Grupta paylaşılan herhangi bir içeriğin ihlali veya ifşası durumunda grupta bulunan herkes suçun mağduru olacaktır.

⁴⁹ ZAFER, Özel Hayat, s. 92; ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, Ceza Özel, s. 560;

⁵⁰ ALDEMİR, s. 23.

⁵¹ YAŞAR, GÖKCAN, ARTUÇ, Cilt III, s. 4079; KOCA, ÜZÜLMEZ, Ceza Özel, s. 592.

⁵² ZAFER, Özel Hayat, s. 92.

3. Hukuka Aykırılık Unsuru

a. İlgilinin Rızası

TCK'nın madde 26/2'de düzenlenen ilgilinin rızası, bir hukuka uygunluk sebebidir. Ancak kişinin rızasının geçerli olabilmesi için üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkının bulunması gerekir.

Haberleşmenin gizliliği, kişinin üzerinde tasarruf edebileceği bir haktır⁵³. Haberleşmenin gizliliğini ihlal ve içeriklerinin ifşası suçlarında, rızası gereken "ilgili kişiler" haberleşmenin tarafları yani ihlalin gerçekleşmesi ile mağdur olacak kişilerdir. Bu durumda haberleşmenin bütün taraflarınca dinleme, okuma, kaydetme gibi fiiller veya ifşa bakımından rıza gösterilmiş olması gerekir⁵⁴.

WhatsApp uygulamasında mesajlaşan taraflar veya grup halinde ise grubun bütün üyeleri veya çoklu görüntülü veya sesli konuşma taraflarının tamamı ihlale veya ifşaya rıza göstermelidir. Herhangi birinin rızasının bulunmaması, diğerleri rıza göstermiş olsa bile yalnızca rıza göstermeyen kişi açısından suçun oluşmasına neden olacak ve rıza göstermeyen suçun mağduru konumunda bulunacaktır.

b. Hakkın Kullanılması

TCK'nın 26. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen hakkın kullanılması bir hukuka uygunluk nedenidir. Hukuk düzeninin tanıdığı bir hakkı sınırları içinde kullanan kişinin fiili artık hukuka aykırı nitelendirmesinden uzak olur⁵⁵.

Hukuka uygunluk nedeni olan hakkın kullanılmasının varlığının kabul edilebilmesi için, öncelikle hukukun tanımış olduğu subjektif bir hakkın varlığı ve bu hakkın hak sahibi tarafından hiçbir merciin aracılığına ihtiyaç duymaksızın doğrudan doğruya kullanılabilmesi gerekir⁵⁶.

TCK'nın 132. maddesinin ilk fıkrasında düzenlenen haberleşmenin gizliliğini ihlal ve 2. fıkrasındaki kişiler arasındaki haberleşme içeriklerinin ifşa edilmesi suçları yalnızca haberleşmenin tarafı olmayan kişilerce işlenebilir⁵⁷. Haberleşmenin taraflarından birinin bu

⁵³ KOCA, ÜZÜLMEZ, Ceza Özel, s. 598.

⁵⁴ ZAFER, Özel Hayat, s. 112.

⁵⁵ DÖNMEZER, ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II, s. 29-30; ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 315.

⁵⁶ DÖNMEZER, ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II, s. 31.

⁵⁷ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, Ceza Özel, s. 598; TAŞKIN, s. 232; KOCA, ÜZÜLMEZ, Ceza Özel, s. 591; YOKUŞ SEVÜK, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal, s. 172.

suçları işlemesi mümkün değildir. Zira haberleşen kişilerin haberleşme içerikleri birbirlerine karşı gizli değildir⁵⁸. Ancak bu içerikler taraflardan birince herhangi bir yerde alenen ifşa edilmiş ise, bu durumda TCK'nın 132. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen kendisiyle yapılan haberleşme içeriğini diğer tarafın rızası olmadan ve alenen ifşa etme suçu söz konusu olur.

Haberleşen kişi, haberleşme içeriğinin bir suç teşkil etmesi durumunda, bunu karşı tarafın rızası olmadan yargı mercileri veya idari makamlara yazılı veya sözlü başvuru, iddia ve savunmalar kapsamında açıklayabilir. Zira TCK'nın 128. maddesinde iddia ve savunma dokunulmazlığı hakkının kullanılması imkânı tanınmıştır. Örneğin, kişi, WhatsApp'tan kendisine hakaret içerikli ifadeler kullanan veya tehdit eden kişinin gönderdiği bu mesajları, gönderenin rızası olmaksızın adli makamlara sunabilir. Bu içeriklerin yalnızca bir suçla ilişkin olması gerekmez. Nitekim hukuka aykırı bir fiilin varlığını kabul eden bir mesaj içeriğinin, idari veya adli makamlara başvuruda sunulması herhangi bir suç teşkil etmez.

Eşini aldattığını kabul ve itiraf eden mesaj içeriklerini eşine gönderen kişinin bu mesajları, aldatılan eş tarafından boşanma davasında kullanılabilir. Onu aldattığını itiraf eden eşinin mesajlarını mahkemede ifşa eden eş bu durumda hukuka aykırı bir hareket içinde sayılamaz. Zira aldatılan eş artık iddia ve savunma dokunulmazlığı hakkını kullanmaktadır. Ama burada dikkat edilmesi gereken husus, aldatma itirafı içeren mesajlar, aldatan eş tarafından aldatılan eşe doğrudan gönderilmiştir. Yani bu mesajları mahkemede ifşa eden eş, haberleşmenin taraflarından biridir.

Hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni kapsamında eşlerin sadakat yükümlülüğünün değerlendirilmesi ve bu hususta kanunun tanıdığı bazı hakların sınırlarının çizilmesi gerekmektedir.

Aile hukukunda, eşler arasında sadakat yükümlülüğünün bulunduğu dair temel düzenleme, Türk Medeni Kanunu'nun "*evliliğin genel hükümleri*" başlıklı 3. bölümünde 185. maddenin 3. fıkrasında düzenlenmektedir. Buna göre, "*eşler birlikte yaşamak, birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar.*"

Evlilik birliğine ilişkin yükümlülüklerden biri olan sadakat yükümlülüğü, evliliğe ilişkin diğer yükümlülüklerde olduğu gibi emredici bir normdur ve aksinin kararlaştırılması mümkün değildir⁵⁹. Sadakat yükümlülüğü, evliliğin kurulmasıyla başlar ve evlilik birliğinin herhangi bir nedenle sona ermesine kadar devam eder. Bu süreç içinde eşler arasında ayrılık kararı verilmesi

⁵⁸ KOCA, ÜZÜLMEZ, Ceza Özel, s. 591.

⁵⁹ BADUR, TURAN BAŞARA, s. 105.

ya da boşanma davası açılmış olması sadakat yükümlülüğünün ortadan kalktığı anlamına gelmez.

Sadakat yükümlülüğü eşlere birden fazla yükümlülük getirmekle birlikte, bu yükümlülüklerin en önemlisi ve ilk akla geleni cinsel sadakattir⁶⁰. Sadakat yükümlülüğünün kapsamına cinsel sadakatin yanı sıra duygusal ve ekonomik sadakat de dahildir⁶¹. Ayrıca fiziksel sadakat (şiddet uygulamamak) ve sosyal sadakatin (giyiminde zorlamamak ve tıbbi tedavi ihtiyaçlarını karşılamak gibi) de bulunduğu ifade edilmektedir⁶².

Cinsel sadakatin her ihlali, zina anlamına gelmemektedir. Zira zinada eşi dışındaki bir karşı cinsle cinsel ilişki yaşanması zorunlu iken, sadakat yükümlülüğü, ilişki niteliği taşımayan yakınlaşmalar, duygusal ilişkiler veya aynı cinsle yaşanan cinsel ilişkileri⁶³ de kapsayan bir yükümlülüktür⁶⁴.

Eşlerin birbirlerine dürüst davranmaları, birbirlerinden gizli işler yapmamaları ve birbirlerine yalan söylememeleri gibi davranışlar, evlilik ilişkisinden doğan birtakım zorunluluklardır. Bu ve benzeri davranışlar aynı zamanda sadakat yükümlülüğünün kapsamındadır⁶⁵.

Eşlerin birbirlerine karşı sadakat yükümlülüğü bulunmakla birlikte bu yükümlülük sınırsız nitelikte değildir. Aksi halde bireyin özü itibari ile sahip olduğu kişilik haklarının ihlali söz konusu olur.

Kişilik hakkı, kişinin kişiliğini oluşturan, kendisini insan kılan maddi ve manevi değerlere, yaşamına, beden bütünlüğüne, sağlığına, onur ve şerefine, özel yaşamının gizliliğine, sözüne, resmine, adına, eserine, özgürlüğüne ve ekonomik hareket serbestliğine ilişkin bir haktır⁶⁶.

Kişilik hakları Anayasada da düzenlenmektedir. Anayasanın 12. maddesine göre, “herkes kişiliğine bağlı, dokunulmaz devredilmez vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.” denilmiştir. Bu kapsamda Anayasanın 20-40. maddeleri arasında temel hak ve

⁶⁰ SARI FİDAN, s. 1280; BADUR, TURAN BAŞARA, s. 106; DEMİRCİOĞLU, s. 688.

⁶¹ DEMİRCİOĞLU, s. 688; ARAS, s.15; SARI FİDAN, s. 1280; BAŞALP, s. 226.

⁶² BAŞALP, s. 226.

⁶³ ARAS, s. 16.

⁶⁴ BADUR, TURAN BAŞARA, s. 106.

⁶⁵ BADUR, TURAN BAŞARA, s. 107.

⁶⁶ SEROZAN, s. 93.

hürriyetlere yer verilmiştir. Kişilik haklarını oluşturan bu temel hak ve hürriyetlerin arasında özel hayatın gizliliği (Ay. m. 20) ve haberleşme hürriyeti (Ay. m. 22) açıkça düzenlenmiştir.

Eşlerin birbirlerine karşı olan sadakat yükümlülüğü, birbirlerinin haberleşme içeriklerinin gizliliğine müdahalesini hukuka uygun hale getirmeyecektir. Zira temel kişilik haklarından olan haberleşme hürriyeti eşlere karşı da korunmak durumundadır. Öğretiye göre⁶⁷ de evlilik birliğinden doğan yükümlülükler, kişilerin şahsi alanlarının yok olması anlamına gelmez.

Eşlerin sadakat yükümlülüğü ile bağdaşması şartıyla kendilerine ait sır alanları bulunabilir. Dolayısıyla da eşlerden birinin başkalarıyla haberleşmesine diğer eşin müdahale hakkı bulunmamaktadır.

II. HUKUKA AYKIRI DELİL KAVRAMI KAPSAMINDA WHATSAPP KAYITLARININ BOŞANMA DAVASINDA DELİL OLARAK SUNULMASI

A. Hukuka Aykırı Delil Kavramı

Delil ve ispat çok geniş kavramlardır. Bir delilin bir davada ispat vasıtası sayılabilmesinin birçok şartı bulunur. Bu şartlar her muhakeme alanı için de aynı değildir. Örneğin, hukuk muhakemelerinde kanuni delil sisteminden doğan sınırlamalardan dolayı bazı hususlar ancak senetle ispat edilebilirken ceza muhakemesinde böyle bir sınırlama kural olarak getirilemez⁶⁸. Hülasa bir delil, elde edilmesi, değerlendirilmesi gibi birçok yönden, getirilen kurallara uygun olması durumunda ispat sebebi sayılabilecektir. Delil ve ispata ilişkin bu kuralların tümü için getirilen kurallardan herhangi birine aykırılık halinde söz konusu delil artık bir yasak delildir⁶⁹.

Yasak delil kavramı hukuka aykırı delil kavramından çok daha geniş ve onu kapsayan bir kavramdır. Hukuka aykırı deliller, değerlendirme açısından veya elde edilmesi açısından yasak delil kavramının yalnızca bir kısmını oluşturur⁷⁰.

Hukuka aykırılık kavramı ise geniş bir kavramdır. Pozitif hukuk metinlerine ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin evrensel hukukun ilkelerine aykırılık da hukuka aykırılığın kapsamındadır. Buna göre, Anayasa'ya, usulüne uygun şekilde onaylanmış uluslararası sözleşmelere, kanun hükmünde kararnamelere, tüzüklere, yönetmeliklere, içtihadı birleştirme

⁶⁷ YAŞAR, GÖKCAN, ARTUÇ, s. 4320; ZAFER, Özel Hayat, s. 123; OKAY, s. 854.

⁶⁸ YENİSEY, NUHOĞLU, s. 92;

⁶⁹ ŞAHİN, GÖKTÜRK, s. 471.

⁷⁰ ÜNVER, HAKERİ, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 619; ŞAHİN, GÖKTÜRK, s. 471-472.

kararlarına, teamül hukukuna ve genel hukuk ilkelerine aykırılık hukuka aykırılık kavramına dâhildir⁷¹. Bu bakımdan hukuka aykırılık yazılı ve yazısız olan bütün hukuk normlarını ve mahkeme içtihatlarını kapsar. Dolayısıyla hukuka aykırılık kavramı bir bütündür ve bir hukuk dalına veya kanuna aykırı olan, diğer hukuk dalları ve kanunlara uygun sayılamaz⁷². Aynı zamanda hukuka aykırılığın azlığından ve çokluğundan bahsedilerek derecelendirmeye tabi tutulması da sonucu değiştirmez⁷³.

Anayasa'nın 38. maddesinin 6. fıkrasında "*Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.*" denilmek suretiyle hukuka aykırı delilin kullanılamayacağı açıkça düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin yalnızca ceza yargılaması için değil, bütün yargılamalar için getirilmiş bir düzenleme olduğu hususunda bir tartışma yoktur. Hatta disiplin soruşturmaları⁷⁴ ve kabahatlerin muhakemesi açısından da geçerli bir kuraldır⁷⁵.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 217. maddesinin 2. fıkrasında yüklenen suçun, hukuka uygun şekilde elde edilmiş olan her türlü delille ispat edilebileceği açıkça düzenlenmiştir. Ayrıca CMK'nın 206. maddesinin 2. fıkrasının a bendinde delilin, kanuna aykırı şekilde elde edilmesi halinde reddedileceği hükmüne yer verilmiştir.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 189. maddesinin 2. fıkrasına göre, hukuka aykırı şekilde elde edilen herhangi bir delil, bir vakanın ispatında mahkeme tarafından dikkate alınmaz.

Anayasa tarafından getirilen genel kural hem ceza yargılaması hem de hukuk yargılaması açısından söz konusu kanunlarda açıkça düzenlenmiştir. Hukuka aykırı delillerin kullanılması yasağı, aynı zamanda idari yargıda da kabul edilen bir kuraldır⁷⁶.

Anayasa ve usul kanunlarındaki hukuka aykırı delillere ilişkin hükümlerde söz konusu yasak, kesin bir şekilde düzenlenmiş ve hukuka aykırı delillerin kullanımına dair hiçbir istisnai durum bırakılmamıştır. Hukuk devletinde bu yasak olumlu, gerekli ve tabiidir. Ancak hukuk

⁷¹ CENTEL, ZAFER, s. 824.

⁷² SOYASLAN, s. 15.

⁷³ KOCA, Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller, s. 224; SOYASLAN, s. 15.

⁷⁴ ÜNVER, HAKERİ, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 619.

⁷⁵ CENTEL, ZAFER, s. 833; ALTUNKAŞ, s. 212.

⁷⁶ İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda, ceza muhakemesi hukuku ve medeni usul hukukunda olduğu gibi hukuka aykırı delillerin değerlendirilemeyeceğine ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak Anayasa'daki hukuka aykırı delillerin değerlendirilemeyeceğine ilişkin kesin şekilde getirilen yasak diğer hukuk dallarını olduğu gibi idari yargılama hukukunu da bağlamaktadır. Bu yönde bkz. YAYLAK, s. 97 vd.

kuralları, fen bilimlerinin sahip olduğu kesinlikte kurallara sahip değildir, zira sosyal ve beşerî bir bilim olan hukuk, toplumun ihtiyaçlarına göre şekil alır, gelişir ve değişir.

Kanunlar, getirilen düzenlemeler, toplum yaşamına birebir uyan ve değiştirilmesi imkânsız kurallar değildir. Özellikle teknoloji alanındaki gelişmeler toplumun yapısını önemli ölçüde etkilemekte; buna bağlı olarak ticari hayat, aile hayatı hatta işlenen suç şekilleri değişmektedir. Örneğin, teknolojik aletlerin kullanımının yaygınlaşması ile eşlerin sadakat yükümlülüğünü ihlali oldukça kolaylaşmıştır.

İnternet, sosyal medya kullanımı ve akıllı telefonlar sayesinde insanlar, normal hayatlarında hiç tanışamayacakları birçok kişiyle saniyeler içinde tanışmakta ve iletişimini devam ettirebilmektedir. Eşlerden biri diğerinin yanında bulunurken dahi akıllı telefonu sayesinde sadakat yükümlülüğünü ihlal eden konuşmaları gerçekleştirebilmektedir.

Yükümlülüklerin bu kadar kolay ihlal edilebildiği bir dünyada, aldatılan eşin, klasik yöntemlerle delil elde etmesini; örneğin, dışarıda takip etmesini ya da tesadüfi bir tanık bulmasını beklemek adil bir yöntem olmayacaktır. Bu durum kişileri, sırf delil toplamak maksadıyla hukuka aykırı yollara başvurmaya mecbur bırakmak olur.

Bahsedilen sebepler dolayısıyla kesin ve aşılabilir kurallar koymak yerine, mukayeseli hukukta da örnekleri olduğu gibi, temel prensibi belirledikten sonra içtihatların bu sorunun çözümüne yön vermesine izin vermek ve yargılama sistemine, hakimlerin vicdani kanaatine güvenmek daha doğru olacaktır. Zira hem hukuk yargılamalarında hem de ceza yargılamalarında somut olaya göre çok istisnai durumlar olabilmekte ve getirilen delilin ihlal ettiği hakkı korumak isterken beri yanda çok daha büyük bir ihlale sebebiyet verilebilmektedir.

Hakkı ihlal edilen ve bunu ispat edemeyen taraf, bulunduğu durumla baş başa kalmakta ve hatta çoğu ihtimalde özellikle özel hayata karşı bir suç işlediği gerekçesiyle suç soruşturması ve kovuşturmasıyla karşı karşıya kalmaktadır. Burada yarışan iki menfaat arasında bir dengenin kurulması gerekir. Özellikle Yargıtay içtihatları hukuka aykırı deliller konusunda birbiriyle çelişir niteliktedir. Hem hukuk daireleri hem ceza daireleri açısından hukuka aykırı deliller hususunda farklı kararlar mevcuttur.

Hukuka aykırı deliller konusunda mukayeseli hukukta getirilen sistemleri incelediğimizde, Anglo-Amerikan ceza adalet sisteminde de Türk hukukundaki gibi hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş delillerin kullanılmayacağına dair mutlak bir yasak söz konusudur. Bu yasağın amacı ise Anglo-Amerikan hukuk sisteminde kolluğu disipline

etmektedir⁷⁷. Ancak Türk hukukunda kolluğun disiplinsiz davranışları dolayısıyla disipline edilmesi en büyük ihtiyaç⁷⁸ değildir. Kaldı ki Amerikan hukukunda bile amaç her ne kadar kolluğun disipline edilmesi olsa bile yasak zaman içinde yargı kararlarıyla yumuşatılmış ve anayasal nitelikteki hakların ihlal edilmesi halinde uygulanacağı ön koşul olarak kabul edilmeye başlanmıştır⁷⁹.

Kıta Avrupası hukuk sisteminde ise asıl amaç bireysel hakları koruma altına almaktır. Bu hakları zedelememek koşuluyla, elde edilen delillerin kullanılması mümkündür. Bu sebeple hukuka aykırı delil elde edilirken hangi hakların ihlal edildiği önemlidir⁸⁰.

Hukuka aykırı delillerin hangi hallerde kullanılıp hangi hallerde kullanılmayacağı hususunda birçok teori öne sürülmüş olmakla birlikte, Alman içtihatları ve yaygın görüşün kabul ettiği teori hakların dengelenmesi (hakların karşılaştırılması) teorisidir. Bu teoriye göre her somut olayda ayrı bir değerlendirme yapılmalı ve sanığın ihlal ettiği haklar ile muhakeme kuralının ihlalinin etkilediği çıkar arasında bir değerlendirme ve dengeleme yapılmalıdır⁸¹.

Alman hukukunda ceza usul yasasında veya başka herhangi bir yasada delil değerlendirme yasaklarıyla ilgili herhangi bir düzenleme bulunmamakta, yalnızca bazı delillerin kullanılmaması gerektiğine dair birkaç istisnai düzenleme bulunmaktadır. Bu sebeple de delil yasakları konusunu uygulamanın değerlendirip çözüme kavuşturması gerekmektedir⁸².

⁷⁷ CENTEL, ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 829; BOSTANCI BOZBAYINDIR, Karşılaştırmalı Hukukta, s. 1759; YAYLAK, s. 15; YENİSEY, NUHOĞLU, s. 581; GÖKCEN, BALCI, ALŞAHİN, ÇAKIR, s. 348; KOCA, Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilleri, s. 11-19.

⁷⁸ “Uzun sayılabilecek Amerikan tecrübesi bize göstermiştir ki, delil yasakları yoluyla kolluğu terbiye etmek mümkün değildir. Anglo- Amerikan ceza muhakemesi sisteminin bizden çok farklı olduğu, örneğin orada bizim anladığımız manada bir savcılığın olmadığı, kolluk teşkilatının da bizden çok farklı olduğu, açılan ceza davasıyla o davanın açılmasına katkıda bulunmuş kolluk arasında sıkı bağlantı bulunduğu, polisin şahsi sorumluluğunun bulunduğu dikkate alınır, bu söylenenlerin önemi daha iyi anlaşılır. (...) Amerikan sisteminde, hazırlık soruşturması sırasında kolluk tarafından yapılan ve herhangi bir temel hak ve hürriyeti zedelemeyen basit bir hukuka aykırılık, muhakemenin kilitlenmesine neden olabilmektedir. Ülkemizin gerçekleri dikkate alındığında bunun sakıncası daha da büyükmektedir.” Bkz. GÖKPINAR, s. 201-202. Yargılamanın işleyişi üzerinden kolluğu disipline etmeye çalışmanın yanlışlığı konusunda bkz. AKYÜREK, Ceza Yargılamasında, s. 73.

⁷⁹ ŞENOL, Teori ve Uygulamada Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin Kullanılması ve Değerlendirilmesi Yasağı, Türk Hukuku-İngiliz-Amerikan-Alman Hukuku-Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Yaklaşımı, Yargı Uygulamaları, <https://www.lexpera.com.tr/literatur/kitaplar/teori-ve-uygulamada-ceza-muhakemesinde-hukuka-aykiri-delillerin-kullanilmasi-ve-degerlendirilmesi-8/1>, ISBN: 9786051523040.

⁸⁰ CENTEL, ZAFER, s. 829.

⁸¹ CENTEL, ZAFER, s. 830; BOSTANCI BOZBAYINDIR, Karşılaştırmalı Hukukta, s. 1752.

⁸² ŞENOL, Teori ve Uygulamada Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin Kullanılması ve Değerlendirilmesi Yasağı, Türk Hukuku-İngiliz-Amerikan-Alman Hukuku-Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Yaklaşımı, Yargı Uygulamaları, <https://www.lexpera.com.tr/literatur/kitaplar/teori-ve-uygulamada-ceza-muhakemesinde-hukuka-aykiri-delillerin-kullanilmasi-ve-degerlendirilmesi-8/1>, ISBN: 9786051523040.

Hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi konusunda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde açık bir hüküm bulunmamaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre bu konu, her ülkenin kendi iç hukukuyla düzenlenmesi gereken bir husustur. Her hukuk sisteminin birbirinden oldukça farklı olması sebebiyle de bu konuda genel bir kural getirilemez. Bu nedenle Mahkeme mutlak veya nispi değerlendirme yasakları arasında bir tercih yapmamış, iç hukuk organlarının temyiz mahkemesi olarak görev yapmadığını belirtmiştir⁸³.

Mahkeme'ye göre Sözleşme'de düzenlenen haklar açıkça ihlal edilmedikçe, Mahkeme hukuka uygunluk denetimi yapmaya yetkili değildir. Delilleri sınıflandırarak örneğin, hukuka aykırı şekilde elde edilmiş delilleri kabul edilebilirlik bakımından değerlendirmek Mahkeme'nin görevi değildir. Bu kapsamdaki deliller ancak taraf devletlerin kendi mahkemeleri tarafından kabul edilebilir ya da kabul edilemez bulunacaktır⁸⁴ ⁸⁵. Özellikle üzerinde durulması gereken konu, yargılamanın bir bütün halinde adil olup olmadığıdır⁸⁶. Hukuka aykırı yollardan elde edilmiş delillerin bir ilke gibi soyut bir biçimde dışlanmaması gerektiğine dikkat çekmiştir⁸⁷.

B. Hukuk Yargılamasında Hukuka Aykırı Deliller

Anayasanın 38. maddesindeki hüküm ve HMK m. 189/6'daki düzenleme, hukuk yargılamalarında ileri sürülen hukuka aykırı delillerin kullanılmasını açıkça ve mutlak şekilde yasaklamaktadır. Bu hususta doktrindeki hâkim görüş de yasağın mutlak olduğu yönündedir.

⁸³ ŞENOL, Teori ve Uygulamada Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin Kullanılması ve Değerlendirilmesi Yasağı, Türk Hukuku-İngiliz-Amerikan-Alman Hukuku-Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Yaklaşımı, Yargı Uygulamaları, <https://www.lexpera.com.tr/literatur/kitaplar/teori-ve-uygulamada-ceza-muhakemesinde-hukuka-aykiri-delillerin-kullanilmasi-ve-degerlendirilmesi-8/1>.

19.11.2013 tarihli Nedim Mısırlı/Türkiye kararı: “Mahkeme, başvuranın şikayetlerinin öncelikli olarak, ulusal mahkemeler tarafından delillerin değerlendirilmesi ve iç hukukun uygulanmasıyla ilgili olduğunu gözlemlemektedir. Bu nedenle Mahkeme, söz konusu şikayetleri Sözleşme'nin 6/1 maddesi açısından inceleyecektir. Mahkeme, yerel mahkemeler tarafından hukuki veya maddi hatalar gerçekleştirildiğini iddia eden bir başvuruyu inceleme konusunda yetkili olmadığını; ancak bu tür hataların Sözleşme'de öngörülen herhangi bir hak veya özgürlüğü ihlâl ettiği kanısına varması durumunda, incelemeye yetkili olacağını hatırlatmaktadır. Delillerin ve ilgili hususların kabul edilebilirliği, iç hukukta yer alan düzenlemelerin konusu olup; ilke olarak, delilleri değerlendirmek ulusal mahkemelerin görevidir. Mahkeme'nin görevi, başvuranın mahkûm edildiği suçla ilgili olarak suçlu veya masum olup olmadığını değerlendirmek değil; yargılamaların, delillerin toplanma şekli de dâhil olmak üzere, bir bütün olarak adil olup olmadığını belirlemektir.” [https://hudoc.echr.coe.int/tur#{"itemid":\["001-140424"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{) Başvuru No. 35199/07 (E.T. 14.01.2021). Bu konuda ayrıca bkz. Schenk / İsviçre, 12 Temmuz 1988, prg. 46. García Ruiz/İspanya [BD], Başvuru No. 30544/96, § 28.

⁸⁴ CENTEL, ZAFER, s. 831.

⁸⁵ P.G ve J.H/ Birleşik Krallık, 25.9.2001, Başvuru No. 44787/98.

⁸⁶ CENTEL, ZAFER, s. 832

⁸⁷ Khan/ Birleşik Krallık, 12.5.2000, Başvuru No. 35394/97.

Hukuk yargılamasında delil ikamesi hususunda hukuka aykırılıkları üçe ayırmak mümkündür. Bunlar; delilin kendisinin caiz olmaması, delil dermeyanının caiz olmaması ve hukuka aykırı yollarla elde edilen delil⁸⁸. Hukuk yargılaması açısından belli deliller, bazı davalar bakımından kullanılamaz, bu durum delilin kendisinin caiz olmamasına örnektir. Örneğin senetle ispat edilmesi gereken bir davanın tanıkla ispatlanmaya çalışılması. Öne sürülmek istenen delilin belirlilikten yoksun olması hali, delil dermeyanının caiz olmaması durumunu oluşturur. Örneğin, tanığın adının ve adresinin hiç verilmeden tanık delilin öne sürülmesi gibi⁸⁹. Konumuz açısından önemli olan üçüncü ve son ayırım olan hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan delillerdir.

Pekcanitez/Özekes/Akkan/Korkmaz'a göre hukuka aykırı şekilde elde edilen deliller, Anayasada güvenceye alınmış olan temel haklar, özel yaşam alanı veya kişilik hakları ihlal edilerek elde edilmiş ise mahkemede delil olarak değerlendirilemez. Hukuka aykırı olarak elde edilen deliller hususunda dürüstlük kuralı esas alınarak karar verilmeli ve her somut olayda ayrıca değerlendirme yapılmalıdır. İhlal edilen kanun hükmü ile ispat edilmeye çalışılan menfaat arasında amaca uygunluk esas alınmalıdır⁹⁰. Bu bakımdan yazarlar yasağın kesin olduğunu ve hukuka aykırı yollarla elde edilen delillerin kullanılamayacağını⁹¹ belirtmektedir. Fakat söz konusu bu değerlendirmeler esasında hakların dengelenmesi ve Anayasadaki temel hakların ihlali durumunda hukuka aykırı delillerin kullanılmaması gerektiğine dikkat çekmektedir.

Kuru/Arslan/Yılmaz'a göre ispat hakkı, taraflarca usulüne uygun olarak ileri sürülmüş olan delillerle kullanılabilir ve bu hakkın kullanılması pahasına hukuka aykırı delillerin kullanılmasına izin verilemez. Yasağın kanunda da (HMK m. 189/2) açıkça düzenlenmesi dolayısıyla hukuka aykırı delilin varlığı tespit edildiğinde diğer taraf kullanılmasına itiraz etmese dahi mahkemece değerlendirmeye alınmaz⁹².

Budak/Karaaslan'a göre yargılamanın temel amacı her ne kadar maddi gerçeğe ulaşmak olsa da yargılama faaliyeti ancak hukuk devletinin çizmiş olduğu sınırlar içinde yürütülebilir. Hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin kullanımı, Anayasa ve HMK'daki düzenlemeler dolayısıyla mutlak bir biçimde yasaklanmıştır⁹³. Yazarlara göre ilk bakışta bu düzenleme

⁸⁸ AKİL, s. 1225.

⁸⁹ AKİL, s. 1225.

⁹⁰ PEKCANITEZ, ÖZEKES, AKKAN, TAŞ KORKMAZ, s. 1596.

⁹¹ PEKCANITEZ, ÖZEKES, AKKAN, TAŞ KORKMAZ, s. 1596.

⁹² KURU, ARSLAN, YILMAZ, s. 369.

⁹³ BUDAK, KARAASLAN, s. 238.

yerinde gözükse de sakıncaları mevcuttur. Hukuka aykırılığın tespiti ile delil elde edilirken ihlal edilen menfaat ve delili ibraz edenin korunması gereken menfaati arasında ayrı bir değerlendirme yapılması daha uygundur. Zira bazı hallerde hukuka aykırı delilden başka bir delille iddia edilen vakıanın ispatı mümkün olmayabilir⁹⁴.

Akil'e göre, medeni yargılamada, mahkemelerin, kararlarını hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan herhangi bir delile dayandırmaları mümkün değildir. Zira, Anayasa'nın 38. maddesi çok açık şekilde hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan delillerin kullanılmayacağını belirtmiştir. Ancak bu kadar katı bir ifadenin Anayasa'da yer alması Akil'e göre çok isabetli değildir. Bu kural mutlak olarak değerlendirilecek olursa⁹⁵ resmî kurumlar veya resmi sıfatı bulunmayan herhangi biri tarafından, hukuka aykırı herhangi bir fiil sonucu ele geçirilmiş bir delilin kullanılması imkânsız hale gelmiş olur. Bunun sonucu olarak muhakeme kanunlarının üstünde yeni bir bozma sebebi meydana getirilmiş olur. Bu durumda muhakeme hukuklarında yer alan bozma sebeplerinin hiçbir anlamı kalmayacaktır⁹⁶. Aynı zamanda HMK m. 189 ile getirilen hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin yargılamada kullanılmayacağı ifadesi de isabetli olmamıştır. Bu düzenleme de çok katı şekilde hukuka aykırı delilin kullanımını yasakladığı için alelade hukuka aykırılıkların varlığında bile bozma kararı verilecek ve yargılamalar gereksiz yere uzayacaktır. Bu konuda olması gereken hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan delilin ihlal ettiği değer ile delili sunanın korunmasını istediği menfaati arasında bir haklar dengesi tahlilinin yapılarak delilin kullanılıp kullanılmayacağına karar vermektir. Bu karşılaştırma sonucunda şu iki şartın bir arada olması durumunda hukuka aykırı delilin mahkeme tarafından değerlendirmeye alınması daha uygun olur: İlk olarak, korunması istenen menfaat, delil kabul edilmezse, ihlal edilen hukuki değerden çok daha yüksek bir zararla karşı karşıya olmalıdır. İkinci olarak, hukuka aykırı delili getiren tarafın başka türlü delil elde etme olanağı çok güç veya imkânsız denebilecek ölçüde zor olmalıdır⁹⁷.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi boşanma davalarında özellikle hukuka aykırı şekilde elde edilen ses veya görüntü kayıtlarını hukuka aykırı delil olduğu gerekçesiyle reddetmekte ve

⁹⁴ BUDAK, KARAASLAN, s. 238.

⁹⁵ Öğretide hükmün lafzı dikkate alınarak "mutlak delil yasağı" getirildiği ifade edilmiştir. Bkz. ALAGONYA, YILDIRIM, YILDIRIM, s. 301.

⁹⁶ AKİL, s. 1248.

⁹⁷ AKİL, s. 1249.

yalnızca bu delillere dayanan iddiaları ispatlanmamış kabul etmektedir. Bu kapsamda bu delilleri esas alan yerel mahkeme kararlarını bozmaktadır⁹⁸.

Doktrinde de savunulduğu üzere bir delilin hukuka aykırı yollardan elde edilmesi ile hukuka aykırı yollardan kurgu sonucu oluşturulması arasında ayırım yapılmalı ve hukuka aykırı oluşturulan delil hiçbir suretle kullanılmamalıdır⁹⁹. Ancak kişinin iddiasını başka yollarla ispat edememesi durumunda, daha üstün bir menfaati mevzu bahis ise, hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin kullanılması mümkündür¹⁰⁰. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun da bu yönde içtihatları mevcuttur¹⁰¹. Ancak bunun tam tersi Yargıtay kararları da bulunmaktadır¹⁰².

C. Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Deliller

Ceza muhakemesinde hukuka aykırı delillerin kullanılması Anayasanın 38. maddesinin 6. fıkrası ve CMK'nın 217/2 ve 206/2-a maddelerindeki düzenlemelerle açıkça yasaklanmıştır. Bu konuda daha evvel de belirtildiği gibi bu yasak mutlak değerlendirme yasağı kapsamındadır.

⁹⁸ “Mahkemece davacı-karşı davalı kadın tarafından dosyaya delil olarak sunulan CD hükme esas alınarak davalı-karşı davacı erkeğe sadakatsiz davrandığı vakiası kusur olarak yüklenilmişse de, CD'nin erkeğin “Özel hayatının gizliliği” ihlal edilmek suretiyle hukuka aykırı yolla elde edildiği anlaşılmaktadır. Hukuka aykırı delil hükme esas alınmaz. CD'nin hukuka aykırı delil niteliğinde olması sebebiyle davalı- karşı davacı erkeğe sadakat yükümlülüğüne aykırı davranış vakiasının kusur olarak belirlenmesi doğru görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 2. HD., 24.06.2020, E.2020/2359, K.2020/3302; Yargıtay 2. HD., 03.11.2020, E.2020/3466, K.2020/5276; Yargıtay 2. HD., 03.04.2019, E.2018/1268, K.2019/3978. karararama.yargitay.gov.tr.

⁹⁹ BUDAK, KARAASLAN, s. 238.

¹⁰⁰ PEKCANITEZ, ÖZEKES, AKKAN, TAŞ KORKMAZ, s. 1602.

¹⁰¹ “Vurgulanmalıdır ki, bir delilin usulsüz olarak elde edilmesi ayrı, usulsüz olarak yaratılması ayrı bir olaydır. Usulsüz olarak elde edilen bir delil somut olayın özelliğine göre değerlendirilebilir de; usulsüz olarak yaratılan bir delilin hiçbir şekilde delil olarak kabulü olanaklı değildir.” Yargıtay HGK., 15.02.2012, 2-703/70. karararama.yargitay.gov.tr; Aynı yönde bkz. Yargıtay HGK., 26.11.2014, 4-1183/960; Yargıtay 3. HD., 21.01.2013, E.2012/23195, K.2013/698, karararama.yargitay.gov.tr.

¹⁰² “6100 sayılı HMK öncesindeki yargısal uygulamalarda somut olayın özelliğine göre farklı yaklaşımlar olmakla birlikte temelinde bir delilin hukuka aykırı olarak elde edilmesi ile hukuka aykırı olarak yaratılmasının farklı olarak ele alındığı, hukuka aykırı yaratılan delilin hiçbir şekilde yargılamada kabul edilmemesine karşın, hukuka aykırı olarak elde edilen delil konusunda olayın özelliğine göre farklı değerlendirmelerde bulunduğu görülmektedir. Ancak, Anayasanın 2. maddesindeki Hukuk Devleti ilkesi ile Anayasanın 38/6. maddesindeki hukuka aykırı yol ve yöntemlerle elde edilen delillerin hiçbir şekilde yargılamada kullanılmayacağı yolundaki düzenleme ve yukarıda açıklanan 6100 Sayılı HMK'nun 189/2. maddesi birlikte değerlendirildiğinde; açıkça hukuka aykırı olarak elde edilmiş delillerin ispat gücü olmayacağı kabul edilmiştir. Dolayısıyla, hukuka aykırı (yaratılmış veya elde edilmiş) delillerin hiçbir şekilde ispat aracı olarak kullanımı artık mümkün değildir.

Bir delilin mahkemece kabul edilmesi için, o delilin usulsüz ve hukuka aykırı olarak yaratılmamış olması ve hukuka aykırı biçimde elde edilmemesi şarttır. Yasak delilin kapsamına hukuka aykırı bir şekilde yaratılan deliller ile hukuka aykırı yol ve yöntemlerle elde edilen deliller girdiğinden artık bu kapsamda kabul edilen deliller hiçbir şekilde hukuka uygun ve meşru bir delil olarak kabulü olanaklı değildir.” Yargıtay 3. HD., 07.03.2017, E.2016/14742, K.2017/2577, karararama.yargitay.gov.tr.

Centel/Zafer'e göre, yasa koyucu Anglo-Amerikan hukukuna benzer şekilde mutlak değerlendirme yasağını kabul etmiştir¹⁰³. Ancak Anayasada ve CMK'da hukuka aykırı delillerin sanığın lehine veya aleyhine olması durumlarında açık bir ayırım yapılmamıştır. CMK m. 217'de ise "yüklenen suçun ispatı" ifadesine yer verilmiştir. Bu ifade, suçun işlendiğinin ispatını kast etmektedir. Dolayısıyla sanığın lehine olan hukuka aykırı delillerin kullanılması hususunda açık bir yasak bulunmamaktadır ve bu delillere dayanılarak beraat kararı verilmesi mümkündür¹⁰⁴.

Ünver/Hakeri'ye göre, Anayasa ve kanunlardaki düzenlemeler çok açıktır ve hukuka aykırı delillerin kullanılması hiçbir koşulda ve şartta kabul edilebilir değildir¹⁰⁵. Hukuk devleti ilkesi gereği hukuka aykırı bir ispat aracının kullanılması başlı başına bir haksızlık teşkil eder. Bir hukuk devletinde hukuksal kurum olan yargılamanın hukuka aykırı bir araçla gerçekleştirilmesi mantık ve hukuk kurallarına aykırıdır, kabul edilemez¹⁰⁶.

Şahin/Göktürk'e göre, hukuk devletinde gerçekleştirilen bütün eylem ve işlemlerin hukuka uygun, insan haklarına dayalı, Anayasa ve diğer yasalarla uyumlu ve yargı denetimine açık olması gerekir. Hukuk devleti esaslarına tabi bir ceza muhakemesinde de maddi gerçeği her ne pahasına olursa olsun elde etme maksadı güdülemez. Zira delillerin sınırsız bir yöntemle elde edilmesi ve uyuşmazlıkların bu delillere dayanılarak çözümlenmesi birçok hukuk kuralının ihlali anlamına gelir. Bu bakımdan Anayasa ve CMK'nın düzenlemeleri açıktır ve hukuka uygun olmayan yollarla elde edilen deliller hiçbir şekilde kullanılamaz¹⁰⁷.

Yenisey/Nuhoğlu'na göre, hukuka aykırı delilin değerlendirilemeyeceğine ilişkin Anayasa'daki hükmün adil yargılanma ilkesi ile birlikte ele alınması gerekir. Buna göre, adil yargılanma ilkesini ihlal etmeyen herhangi bir delilin kullanılması, kanunda söz konusu delilin kullanılmasını tümden yasaklayan ayrıca bir hüküm yoksa, mümkün olmalıdır¹⁰⁸.

Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır'a göre, hukuka aykırı delilin sonuçta ve kaçınılmaz olarak elde edileceği kesinse, o delilin kullanılması işkence ve insanlık dışı herhangi bir muameleyle elde edilmemiş olması ve AİHS'de yer alan hakların da ihlal edilmemiş olması şartlarıyla

¹⁰³ CENTEL, ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 835.

¹⁰⁴ CENTEL, ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 835.

¹⁰⁵ ÜNVER, HAKERİ, s. 620; aynı yönde bkz. BOSTANCI BOZBAYINDIR, Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda, s. 1936.

¹⁰⁶ ÜNVER, HAKERİ, s. 620.

¹⁰⁷ ŞAHİN, GÖKTÜRK, s. 470-471.

¹⁰⁸ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 599-602.

mümkün olmalıdır. Bu istisnai durumların dışında hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan delillerin kullanılması mümkün değildir¹⁰⁹.

Koca'ya göre, Anayasa m. 38 hükmü açıktır ve hüküm sadece hakimi değil, aynı zamanda savcı, kolluk, mağdur ve müdafî dahil olmak üzere bütün ceza muhakemesine katılan sùjeleri kapsamaktadır. Buna göre, ceza muhakemesinin hiçbir aşamasından hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan delillerin kullanılması mümkün değildir¹¹⁰. Bu yasak ceza mahkemelerinin yanında diğerk mahkemeleri de bağlamaktadır¹¹¹.

Özkul, bu konuda Anayasa ve CMK hükümlerinin açık olduğunu ve Türk hukuk sistemi açısından mutlak değerkendirme yasağının bulunduğunu belirtmekle birlikte bunun sakıncalı bir sistem olduğunu ifade etmektedir. Bu konuda özellikle ceza yargılamaları bakımından hakime takdir yetkisi tanınmalı ve sanığın ihlal edilen hakları ile toplumun uğradığı zarar arasında kıyaslama yapılarak delilin kullanılıp kullanılmayacağına karar verilmelidir¹¹².

Yargıtay, hukuka aykırı delillerin ceza yargılamasında kullanılması açısından nispi değerkendirme yasağını benimsemektedir¹¹³. Usulüne uygun bir arama kararı olmadan elde edilen delillerin hukuka aykırı olduğuna ve kesinlikle kullanılamayacağına ilişkin içtihatları¹¹⁴ bulunmakla birlikte, kişilerin kendisine karşı işlenmekte olan ve bir daha ispat etme olanağı bulunmayan ve ani gelişen durumlarda karşı tarafla yaptığı konuşmaları kayda almasının hukuka uygun olduğunu belirtmektedir¹¹⁵. Yargı kararlarına ayrıntılı şekilde bakıldığında yeknesaklığın olmadığı görülebilmektedir¹¹⁶.

¹⁰⁹ GÖKCEN, BALCI, ALŞAHİN, ÇAKIR, s. 348.

¹¹⁰ KOCA, Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller, s. 222.

¹¹¹ KOCA, Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller, s. 222; SOYASLAN, s. 13.

¹¹² ÖZKUL, s. 417-418.

¹¹³ AKYÜREK, Ceza Yargılamasında, s. 71.

¹¹⁴ Yargıtay 11. CD., 24.09.2020, E.2018/3576, K.2020/4969; Yargıtay 8. CD., 08.07.2020, E.2018/2639, K.2020/15098, karararama.yargitay.gov.tr; Yargıtay CGK., 25.11.2014, E.2014/166, K.2014/514, karararama.yargitay.gov.tr.

¹¹⁵ Yargıtay CGK., 21.05.2013, E.2012/5, K.2013/248, karararama.yargitay.gov.tr; “*tarafklar arasında ailevi geçimsizlik olup, çocuklara bakım konusunda sorunlar olduğu, aralarında çok sayıda telefon görüşmesi bulunduğu, telefon görüşmesi dışında da tehditlerde bulunduğu belirtilmesi, telefon görüşmelerinin önceden bir plan yapılmadan ve sanığı böyle bir görüşme ve konuşmaya yöneltmeyen katılan tarafından gizlice kaydedilmesi, kanıtların kaybolması ve bir daha elde edilememesi tehlikesini ortadan kaldırmaya yönelik zorunlu bir önlem niteliğinde olup, telefon görüşmesinin, sanık tarafından da doğrulanması, konuşmayı tahrik altında yaptığını savunması, aramanın sabit olması karşısında, hukuka uygun biçimde elde edildiği saptanan bu ses kaydının delil olarak kabulü ile sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerekirken,*” Yargıtay 4. CD., 20.01.2020, E.2015/27061, K.2020/2010, karararama.yargitay.gov.tr.

¹¹⁶ Aynı yönde değerkendirmeler için bkz. ÖZKUL, s. 411.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, nispeten eski tarihli bir kararında, delilin elde edilmesine yönelik şekle ilişkin herhangi bir hukuka aykırılığın delili hukuka aykırı hale getirmeyeceğini; ancak sanığın haklarını koruyan esasa ilişkin kurallara aykırılığın bulunması halinde hukuka aykırı delilin varlığının kabul edilebileceğini belirtmiştir¹¹⁷. Fakat Anayasa Mahkemesi'nin, arama yapılırken ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişinin bulunmaması halinde yapılan aramadan elde edilen delillerin hukuka aykırı delil niteliğinde olacağı ve hükme esas alınmasının adil yargılanma hakkını ihlal edeceğine ilişkin 19.11.2014 tarih 2013/6183 başvuru numaralı kararına istinaden, Yargıtay Ceza Genel Kurulu şekle yönelik ihlallerin delili hukuka aykırı hale getirmeyeceğine ilişkin içtihadından vazgeçtiğini açıkça belirtmiştir:

“Her ne kadar daha önceki kararlarda, sırf arama sırasındaki şekle ilişkin bu koşulun ihlal edilmesine dayanılarak aramanın hukuka aykırı sayılamayacağı ve ele geçen delillerin de 'hukuka aykırı biçimde elde edilmiş delil' olarak nitelenemeyeceği sonucuna ulaşılmış ise de, Anayasa Mahkemesi, konutta arama tanıkları hazır bulundurulmadan yapılan arama ile Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verdiğinden, CMK'nun 119/4. maddesinin amir hükmüne aykırı olarak kapalı alanlarda yapılan aramalarda o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi hazır bulundurulmadan icra edilmişse aramanın hukuka aykırı olduğunun

¹¹⁷ Yargıtay CGK., 26.06.2007, E.2007/147, K.2007/159. Benzer yönde Yargıtay 7. CD'nin yeni tarihli kararları da mevcuttur; “Sanığın ikametinde ve bakkal dükkanında Sulh Ceza Hakimliğince verilen arama kararına istinaden kolluk güçleri tarafından mahalle muhtarı refakatinde yapılan aramada suçta konu kaçak sigaraların ele geçirildiği olayda; Dairemizce de kabul gören Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 26.06.2007 tarihli, 2007/7-147 Esas, 2007/159 Karar sayılı kararında ayrıntıları belirtildiği gibi; CMK'nun 119/4. maddesindeki düzenlemenin yasaya nispi aykırılık olduğu gözetilerek, usul ve yasaya uygun olan arama sonucu ele geçen delillere dayanılarak sanığın müsnet suçtan mahkumiyetine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile beraatine karar verilmesi...” Yargıtay 7. CD., 21.10.2021, E.2021/5435, K.2021/13427; benzer yönde bkz. Yargıtay 7. CD., 12.01.2022, E.2021/15641, K.2022/332; Yargıtay 7. CD., 10.03.2022, E.2021/15993, K.2022/4696; benzer şekilde Yargıtay 8. CD'nin kararı mevcuttur: “Anayasa Mahkemesinin 15.04.2015 tarihli ve 2013/2392 Bireysel Başvuru sayılı kararında belirtildiği üzere, arama esnasında şekle ilişkin bir koşulun ihlal edilmesine dayanılarak aramanın hukuka aykırı sayılamayacağı, kaldı ki olayımızda sanığın da arama esnasında hazır olduğu ve bu kapsamda bir itirazının da bulunmadığı anlaşılmalı Tebliğnamedeki bozma düşüncesine iştirak edilmemiştir.

Yapılan yargılamaya, dosya içeriğine, toplanıp karar yerinde gösterilen ve değerlendirilen delillere, oluşa ve mahkemenin soruşturma sonucunda oluşan inanç ve takdirine, suçun oluşumuna ve niteliğine uygun kabul ve uygulamasına, hukuka uygun, yasal ve yeterli olarak açıklanan gerekçeye göre sanık müdafinin aramalarının usule aykırı olduğuna ilişkin temyiz itirazları yerinde görülmediğinden, reddiyle hükmün ONANMASINA” Yargıtay 8. CD., 07.11.2022, E.2020/12763, K.2022/16031, karararama.yargitay.gov.tr.

ve arama sonucu elde edilen suça konu eşyanın hukuka aykırı yöntemle elde edilmiş delil niteliğinde bulunduğu kabulü gerekir”¹¹⁸.

Anayasa Mahkemesi'nin kararından ve buna dayanarak Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun açıkça içtihat değiştirdiğini belirtmesinden sonra yukarıda açıklandığı üzere, şekle yönelik ihlallerin delili hukuka aykırı hale getirmeyeceğine ilişkin Yargıtay Ceza Dairelerinin yakın tarihlerde vermiş oldukları kararlar düşündürücüdür ve eleştiriye açıktır. Bu hususta aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye'ye yönelik ihlal kararı mevcuttur¹¹⁹.

D. WhatsApp İçeriklerinin Boşanma Davasında Delil Olarak Sunulması ve Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu

Eşlerden biri, diğer eşin 3. kişilerle olan WhatsApp veya diğer mesajlaşma içeriklerini ele geçirerek boşanma davasında delil olarak kullanmak isteyebilir. Bu eylemin iki açıdan tartışılması gerekir. Bunlardan ilki, bu delilin hukuk mahkemeleri tarafından hukuka aykırı delil olarak kabul edilip edilmeyeceği meselesidir. Diğeri, mesajlaşma içerikleri ele geçirilerek mahkemeye delil olarak sunulan eş veya mesajlaşmanın diğer tarafı olan 3. kişi, TCK m. 132 ve 139'a dayanarak şikâyetçi olursa, bu eylemi gerçekleştiren eş bakımından haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun gündeme gelip gelmeyeceği meselesidir¹²⁰.

Eşlerden birinin diğerinin hesaplarının şifresini kırmak suretiyle başka biriyle olan mesajlaşma içeriklerini elde etmesi halinde, Yargıtay'ın yerleşik içtihadına göre iki ihtimal söz

¹¹⁸ Yargıtay CGK., 28.04.2015, E.2013/464, K.2015/132. Benzer yönde birçok Yargıtay içtihadı mevcuttur: “Anayasa Mahkemesi, 19/11/2014 tarih ve 2013/6183 başvuru numaralı kararda aramada ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulmadan yapılan arama sonucunda elde edilen hukuka aykırı delillerin hükme esas alınarak adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verdiği gibi Yargıtay CGK da 28.04.2015 tarih, 2013/464, 2015/132 sayılı kararda arama işleminin, arama tanıkları (komşu veya ihtiyar heyetinden) kimseler hazır edilmeden yapılması sonucu elde edilen delillerin hukuka aykırı olduğunu belirtmiştir.

Açıklanan pozitif hukuk normları, Anayasa Mahkemesi ve CGK kararları karşısında; “hukuka aykırı biçimde” elde edilen deliller hükme esas alınamaz. Bu husus, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde yer alan ve Anayasamıza da eklenen (m. 36) adil yargılanma hakkının gereğidir. Somut olayda, sanığın düğme üretim ve satışı yapılan işyerinde hakim kararıyla 02.12.2010 günü kolluk tarafından yapılan arama sonucunda suça konu 3 paket düğme, 2 paket perçin bulunup el konulmuş ise de arama işlemi, CMK'nın 119/4. maddesi hükmüne aykırı olarak ihtiyar heyetinden veya komşulardan kimse bulundurulmadan gerçekleştirildiği için, el konulan ve mahkumiyete esas alınan eşya hukuka aykırı yöntemle elde edilen delil niteliğindedir. Bilirkişi raporu ise, aramada ele geçen delillerin değerlendirilmesine yönelik bir araçtır. Sanık yüklenen suçu kabul etmediğinden, mahkumiyet hükmü, arama işlemi sonucunda elde edilen maddi delillere ve bilirkişi raporuna dayandırılmıştır. Bu delillerin değerlendirme dışı tutulması halinde, sanığın cezalandırılmasına imkân bulunmadığı gözetilmeden yazılı şekilde hüküm tesisi,” Yargıtay 19. CD., 29.06.2015, E.2015/5974, K.2015/3338; Yargıtay 19. CD., 05.02.2018, E.2016/15472, K.2018/398.

¹¹⁹ Aydemir /Türkiye, 24.05.2011, Başvuru No: 17811/04. Söz konusu içtihat değişikliğine ilişkin ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. TANER, ÖNTAN, s. 2245 vd.

¹²⁰ Benzer yönde değerlendirmeler için bkz. BOSTANCI BOZBAYINDIR, Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda, s. 1934-1935.

konusu olmaktadır: İlk ihtimalde içerikleri elde eden eş bu içerikleri başka herhangi bir yerde paylaşmış ise (bu paylaşım aleni olmak zorunda değil, tek bir kişiyle paylaşması yeterlidir) Yargıtay'a göre böyle bir eylem yalnızca TCK'nın 132. maddesindeki “haberleşmenin gizliliğini ihlal” suçu kapsamında cezalandırılmalıdır. Bu durumda doktrindeki çoğunluk görüşü ise 132. maddenin ilk fıkrasındaki “haberleşmenin gizliliğini ihlal” ile ikinci fıkrasındaki “haberleşme içeriklerini ifşa etmek” fiillerinin iki ayrı suç olduğu ve bunlar arasında gerçek içtimanın uygulanması gerektiği yönündedir¹²¹. Yargıtay'ın yalnızca haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu bakımından olayı değerlendirdiği bir kararına göre;

“Dosya kapsamına göre; resmi nikahlı eşi olan mağdur Neslihan'ın sadakatinden kuşkulanan ve aldatıldığını düşünen sanık Ferhat'ın, henüz boşanma davası açılmadığı ve mağdurla fiilen birlikte yaşadıkları dönemde, ortak konutun mutfak kısmına ses kayıt cihazı yerleştirip, mağdurun başka bir erkekle yaptığı telefon görüşmesinin içeriğini gizlice kayıt altına alarak, şüphelerini doğrular nitelikteki bu kaydı, eşine dinletip ailevi sorunlarını çözmek ya da boşanma davası açıp iddialarına delil olarak mahkemeye sunmak yerine, önce kayınvalidesine gizlice dinletip, ona, dinlediklerini kimseye anlatmamasını, daha önce açılan boşanma davasından vazgeçilmesi için mağdurun hesabına yatırdığı paranın tarafına verilmesi ve çocuğunun velayetinin kendisinde kalması halinde eşinden sorunsuz şekilde boşanacağını; aksi takdirde, ses kaydını herkese dinleteceğini söyledikten sonra, kayınvalidesinin aralarında geçen konuşmaları ve dinlediklerini kayınpederine aktarmasını müteakip, telefonla görüştüğü kayınpederine, tarafına 20.000,00 TL tutarında para verilmemesi halinde ses kaydını çoğaltarak, ortak tanıdıklarına ve akrabalarına dağıtıp kendilerini rezil edeceği tehdidinde bulunmasından dolayı üzerine atılı TCK'nın 132/2. maddesindeki haberleşmenin gizliliğini ihlal ve aynı Kanun'un 107/2. maddesindeki şantaj suçlarının sübut bulduğuna ve eylemlerin hukuki nitelendirmesine yönelik yerel mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik görülmemiştir”¹²².

İkinci ihtimalde, içerikleri elde eden eş bunu yalnızca dava dosyasında delil olarak kullanmak üzere sunmuş ve başka herhangi bir yerde kullanmamışsa, bu durumda hukuka

¹²¹ YOKUŞ SEVÜK, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal, s. 185; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, Ceza Özel, s. 608.

¹²² Yargıtay 12. CD., 2.12.2015, E.2015/4267, K.2015/18746; benzer yönde bkz. Yargıtay 12. CD., 03.02.2021, E.2020/1053, K.2021/1105, karararama.yargitay.gov.tr

aykırılık bilinci bulunmamaktadır, bu sebeple herhangi bir suç oluşmaz şeklindedir. Bu yöndeki Yargıtay kararı şu şekildedir:

“Sanık ...'nın, katılan ... tarafından aleyhine açılan boşanma davasında, boşanmayı gerektirecek kusurlu bir davranışının bulunmadığını, aksine, geçimsizliğin kaynağının katılanın bir başka kadınla duygusal boyutta arkadaşlık ilişkisi içerisine girmesi olduğunu belirtip, iddialarına ispat olarak, katılanın rızası dışında ele geçirdiği katılanla ... isimli bir kadının elektronik ortamda geçen yazışmalarını ve bu yazışmalar esnasında birbirlerine gönderdikleri fotoğrafları, boşanma davasının görüldüğü mahkemeye 07.11.2013 tarihli delil listesine ekli olarak vekili aracılığıyla sunduğu olayda; İddianamede ifade edilen ve dosyada örnekleri bulunan katılana ait haberleşme içerikleri ile fotoğrafları, üçüncü kişi ya da kişilerle paylaştığı ve/veya çoğaltarak dağıttığına ilişkin hakkında bir iddia ileri sürülmeyen sanığın, kendisine ve aile birliğine yönelen, onurunu zedeleyen, haksız bir saldırı altında ve başkaca şekilde ispatlanması mümkün olmayan bir hal içerisinde iken, kaybolma olasılığı bulunan delillerin muhafazasını sağlayıp, aleyhine açılan boşanma davasına sunarak, aile içi geçimsizliğin kaynağının, katılanın güven sarsıcı olumsuz tutum ve davranışları olduğunu ispatlama amacını taşıyan eylemlerinde, hukuka aykırı hareket ettiği bilinciyle davranmadığı anlaşıldığından, sanık hakkında haberleşmenin gizliliğini ihlal ve özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarından dolayı beraat kararı verilmesine dair yerel mahkemenin kabulünde dosya kapsamına göre bir isabetsizlik görülmemiştir.”¹²³

Yargıtay'ın bir diğer kararında başka şekilde delil elde etme olanağının bulunmaması ve ani gelişen durumlarda kanıtların kaybolmasını engellemek ve yetkili makamlara başvuru imkanını güvenceye almak maksadıyla haberleşme içeriklerinin okunabileceği, kayda alınabileceğini belirtmiştir;

“Kişiye bağlı ve onun kişisel gelişimiyle ilgili olan özel hayatın gizliliği hakkı, evlilikle tamamen ortadan kalkmaz. Tarafların evli olmaları ve aynı konutu paylaşmalarından dolayı birbirlerinin kişisel eşyalarına ve özel yaşam alanına giren hususlara kolayca

¹²³ Yargıtay 12. CD., 15.5.2019, E.2018/8187, K.2019/6202, karararama.yargitay.gov.tr; aynı yönde bkz. Yargıtay 12. CD., 3.7.2019, E.2018/8259, K.2019/8081, karararama.yargitay.gov.tr ; “sanığın, eşi olan katılan ile ortak kullanımlarında bulunan bilgisayardan katılana ait mesajlaşma içeriklerini alıp, katılan ile arasındaki boşanma davasına delil olarak sunması şeklinde gerçekleşen olayda; Katılanın tarafı olduğu haberleşme içeriklerini üçüncü kişi ya da kişilerle paylaştığı ve/veya çoğaltarak dağıttığına ilişkin hakkında bir iddia ileri sürülmeyen sanığın, katılan ile arasındaki davada iddialarını ispatlama amacını taşıyan eyleminde, hukuka aykırı hareket etme bilinciyle davranmadığı gözetildiğinden yerel mahkemenin beraate ilişkin kabulünde bir isabetsizlik görülmemiştir.” Yargıtay 12. CD., 3.4.2019, E.2018/8128, K.2019/4464, karararama.yargitay.gov.tr.

ulaşabilme imkanına sahip bulunmaları, eşlerin hiçbir sınır olmaksızın birbirlerini sürekli gözetleyebileceği ve denetleyebileceği şeklinde yorumlanamaz. Ancak, kişinin, bir daha kanıt elde etme olanağının bulunmadığı ve yetkili makamlara başvurma imkanının olmadığı ani gelişen durumlarda, örneğin; kendisine karşı işlenmekte olan (cinsel saldırı, hakaret, tehdit, iftira veya şantaj gibi) bir suç söz konusu olduğunda ya da kendisine veya aile birliğine yönelen, onurunu zedeleyen, haksız bir saldırıyı önlemek için, kaybolma olasılığı bulunan kanıtların kaybolmasını engelleyip, yetkili makamlara sunarak güvence altına almak amacıyla, saldırıyı gerçekleştiren tarafın bilgisi ve rızası dışında, özel hayata ait bilgileri okuma, konuşma ve haberleşme içeriklerini veya özel hayata ilişkin ses ve görüntüleri dinleme, izleme ya da kaydetme, kişisel verileri kaydetme, ele geçirme ve yayma eylemlerinin hukuka aykırı olduğunu kabul etmek mümkün olmadığı gibi, esasen bu hallerde, kişinin hukuka aykırı hareket ettiği bilinciyle davrandığından da söz edilemez”¹²⁴.

Boşanma davasında kullanmak amacıyla elde edilen kayıtlar konusunu da Yargıtay, haberleşmenin gizliliğini ihlal ve özel hayatın gizliliğini ihlal suçları bakımından cezadan kurtarma eğiliminde kararlar vermektedir. Konuyu, faillerin hukuka aykırılık bilinciyle hareket etmedikleri ve bu sebeple de kınanamayacaklarından hareketle ele almaktadır¹²⁵. Bu şekilde

¹²⁴ Yargıtay 12. CD., 11.9.2019, E.2019/4369, K.2019/8633, karararama.yargitay.gov.tr (Erişim: 14.01.2021); “resmi nikahlı eşi olan mağdurun sadakatinden kuşkulanan ve aldatıldığını düşünen sanığın, henüz boşanma davası açılmadığı ve mağdurla fülen birlikte yaşadıkları dönemde, mağdurun rızası dışında cep telefonunu alıp, şifresini kırarak elde ettiği mağdura ait MSN, GSM görüşmelerini ve elektronik iletileri, daha sonra açtığı boşanma davasına delil olarak sunmak suretiyle haberleşmenin gizliliğini ihlal, özel hayatın gizliliğini ihlal ve bilişim sistemine girme suçlarını işlediğinin iddia edildiği olayda, Kişinin, bir daha kanıt elde etme olanağının bulunmadığı ve yetkili makamlara başvurma imkanının olmadığı ani gelişen durumlarda, örneğin; kendisine karşı işlenmekte olan (cinsel saldırı, hakaret, tehdit, iftira veya şantaj gibi) bir suç söz konusu olduğunda ya da kendisine veya aile birliğine yönelen, onurunu zedeleyen, haksız bir saldırıyı önlemek için, kaybolma olasılığı bulunan kanıtların kaybolmasını engelleyip, yetkili makamlara sunarak güvence altına almak amacıyla, saldırıyı gerçekleştiren tarafın bilgisi ve rızası dışında, özel hayata ait bilgileri okuma, konuşma ve haberleşme içeriklerini veya özel hayata dair ses ve görüntüleri dinleme, izleme ya da kaydetme, kişisel verileri kaydetme, ele geçirme ve yayma eylemlerinin hukuka aykırı olduğunu kabul etmek mümkün olmadığı gibi, esasen bu hallerde, kişinin hukuka aykırı hareket ettiği bilinciyle davrandığından da söz edilemeyeceği nazara alındığında, Şikayete konu belge örneklerini, üçüncü kişi ya da kişilerle paylaştığı ve/veya çoğaltarak dağıttığına dair hakkında bir iddia ileri sürülmeyen sanığın, boşanma davasındaki iddiasını ispatlama amacını taşıyan eylemlerinde, hukuka aykırı hareket ettiği bilinciyle davranmadığı anlaşılacakla, sanık hakkında atılı suçlardan beraat kararı verilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir.” Yargıtay 12. CD., 15.6.2015, E.2015/439, K.2015/10716; Yargıtay 12. CD., 5.2.2020, E.2019/995 K.2020/1113, karararama.yargitay.gov.tr.

¹²⁵ “Katılanın tarafı olduğu haberleşme içeriklerini, üçüncü kişi ya da kişilerle paylaştığı ve/veya çoğaltarak dağıttığına ilişkin hakkında bir iddia ileri sürülmeyen sanığın, kendisine ve aile birliğine yönelen, onurunu zedeleyen, haksız bir saldırı altında ve başkaca şekilde ispatlanması mümkün olmayan bir hal içerisinde iken, kaybolma olasılığı bulunan delillerin muhafazasını sağlayıp, boşanma davasına sunarak, aile içi geçimsizliğin kaynağının, katılanın güven sarsıcı ve olumsuz davranışları olduğunu ispatlama amacını taşıyan eylemlerinde, hukuka aykırı hareket ettiği bilinciyle davranmaması nedeniyle sanığa yüklenen sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme ve haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarından dolayı

elde edilen delillerin başka yerde kullanılmayıp yalnızca boşanma davasında mahkemeye sunulmasını hukuka aykırılık bilincinin bulunmadığı yönünde yorumlamıştır. Fakat deliller, başka yerde kullanılmış veya mahkeme dışında biriyle paylaşılmış, ifşa edilmiş ise fiili, hukuka aykırı ve faili kusurlu bulmuştur.

Belirtmek gerekir ki, failin hukuka aykırı yollarla elde ettiği delili, herhangi bir yerde paylaşmadan mahkemeye sunmuş olması hukuka aykırılık bilincinin diğer bir ifadeyle haksızlık yanılığının¹²⁶ bulunmadığı anlamına gelmez. Hatta gerçekleştirdiği fiilin hukuka aykırı olduğunun bilincinde hareket eden biri, elde ettiği delilleri başka yerde paylaşmayarak işlediği suçu mazur görülemez hale getirmemek için özel bir çaba ve gizlilik içinde de hareket edebilir. Kaldı ki teknolojinin gelişimi, eğitim seviyesi ve sosyal yaşam sebebiyle de kişilerin böylesi durumlarda hukuka uygun olmayan bir alan içinde bulduklarını bilmediklerinden¹²⁷ bahsetmek günümüz gerçekleriyle pek bağdaşmaz.

Söz konusu delillerin elde edilmesi için örneğin, WhatsApp kayıtlarının elde edilmesi için akıllı telefonların kullanımı, WhatsApp uygulamasının kullanımı konularında bilgi sahibi olmak gerekir. Bunları kullanabilen; ancak başka birinin mesajlaşma içeriklerinin elde edilmesinin, ses veya görüntü kaydının o kişiden habersiz alınmasının hukuka aykırı olduğunu bilmeyen birinden bahsetmek gerçek hayata ve mantık kurallarına uygun düşmez.

Hukuka aykırılık bilincinin varlığı için kişilerin, gerçekleştirdikleri fiillerin hangi kanunun hangi maddesini ihlal ettiklerini bilmeleri gerekmez ve hatta hukuk alanında çalışan bir kişi değilse bilmeleri beklenemez¹²⁸.

Hukuka aykırılık bilincinin varlığı için kişinin, hukuka uygun olmayan bir fiil gerçekleştirdiği, hukuk dışı bir alanda bulunduğu bilincinin veya hissini varlığı yeterlidir¹²⁹. Dolayısıyla Yargıtay'ın, söz konusu davalarda hukuka aykırılık bilincinin bulunmamasından kaynaklı kusur atfedilemeyeceği hususundaki içtihadının isabetli olmadığını belirtmek gerekir.

Bununla birlikte Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun daha yeni tarihli bir kararında boşanmak üzere olduğu eşinin facebook hesabındaki yazışmalarına, eşinin şifresini kullanarak

sanık hakkında CMK'nın 223/2-a madde, fıkra ve bendi gereğince beraat hükümleri kurulması gerekirken..."
Yargıtay 12. CD., 24.3.2021, E.2019/5470 K.2021/3094.

¹²⁶ SOYER GÜLEÇ, s. 70.

¹²⁷ Failin kendi ahlaki, dini veya siyasi görüşleri sebebiyle işlediği fiilde kendini haklı görmesi, bunu işlemek bakımından kendini yükümlü görmesi veya fiilini bu sebeplere dayanarak doğru sanması durumlarında hukuki yanılığın bulunduğu bahsedilemez. Bkz. SOYER GÜLEÇ, s. 70-75.

¹²⁸ AKBULUT, s. 782-783.

¹²⁹ ARTUK, GÖKCEN, ALŞAHİN, ÇAKIR, s. 667; AKBULUT, s. 782-783; SOYER GÜLEÇ, s. 75;

ulaşması ve bu yazışmalara eriştiğini ve boşanma davasında kullanacağını göstermek için söz konusu yazışmaları ilgili eşin mailine gönderdiği davada haksızlık yanlılığı bulunmadığına karar vermiştir. Aksine bunun boşanma davasında delil olarak kullanılmadığını tespit etmiş ve kullanılmış olsaydı bile yine de haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun oluşacağını belirtmiştir. Aynı zamanda başka türlü delil elde etme imkanının yokluğu gibi bir durumun da söz konusu olmadığını ifade etmiştir. Ayrıca boşanma aşamasında eşlerin artık birbirlerinin facebook şifresini kullanarak hesaplarına giriş yapılması hususunda bir rızalarının bulunmayacağını da belirtmiştir¹³⁰.

Özellikle boşanma davalarında eşlerden birinin sadakat yükümlülüğüne aykırı davranmak suretiyle eşi dışında başka biriyle gönül ilişkisi kurduğunu, görüştüğünün, cinsel ilişkide bulunduğunun ispatlanması oldukça zordur. Zira bu tarz ilişkiler çoğunlukla gizli yaşanır. Aldatılan eşin bu konuda delil elde edebilmesi için çok büyük olasılıkla TCK'nın "özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar" bölümünde yer alan suçlardan en az birini işlemesi gerekir.

Aldatılan ve haksızlığa uğrayan eş, iddiasını ispat edememesi durumunda boşanma davası sonunda maddi ve manevi zararlarını tazmin edemeyecektir. Bu durumu yaşamak istemeyen eşin, söz konusu bölümde yer alan suçlardan özellikle haberleşmenin gizliliğini ihlal (TCK m. 132), kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması (TCK m. 133) ve özel hayatın gizliliğini ihlal (TCK m. 134) suçlarını işlediğini görmekteyiz. Söz konusu delillerin elde edilmesi, boşanma davalarında, hukuka aykırı addedilsin veya addedilmesin, hukuk mahkemelerinin kararlarından bağımsız olarak başlı başına suç teşkil etmektedir. Bu

¹³⁰ "Sanığa atılı haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun genel kastla işlenebilen suçlar arasında yer alması, somut olayda sanığın, katılan ile annesi arasındaki yazışmaları bilerek ve isteyerek öğrenip kaydettiği hususunda bir kuşku bulunmaması, her ne kadar sanık suça konu yazışma içeriklerini katılanın rızası ile kendisine verdiği şifreyi kullanmak suretiyle öğrendiğini savunmuş ise de sanığın facebook hesabına girebileceğini bilebilecek durumda olan katılanın, hayatın olağan akışına göre bu mesajları ya hiç yazmayacağı ya da yazmış olsa bile sileceği gözetildiğinde, sanığın suçtan kurtulmaya yönelik savunmasına değil katılanın aşamalarda değişiklik göstermeyen sanığa şifresini vermediği yönündeki beyanlarına itibar edilmesinin gerekmesi, kaldı ki katılanın bir şekilde facebook hesabının şifresini katılana vermiş olduğu kabul edilmiş olsa dahi bu durumun katılanın facebook mesaj içeriklerine her zaman ulaşılmasına rıza gösterdiği şeklinde yorumlanamaması ve sanığın suça konu mesaj içeriklerinden haberdar olması konusunda katılan ve annesinin birlikte rıza göstermemeleri nedeniyle somut olayda bir hukuka uygunluk sebebinin bulunmaması, öte yandan sanığın söz konusu mesajları boşanma davasına ilişkin yargılamada delil olarak sunduğuna ilişkin dosyaya yansıyan bilgi ve belge bulunmadığı gibi sanığın da bu yönde bir savunmasının bulunmaması, sanığın mesajları delil olarak kullanması halinde dahi, ayrıntıları Ceza Genel Kurulunun 21.06.2011 tarihli ve 187-131 sayılı kararında da belirttiği üzere sanığın kendisine karşı işlenmekte olan bir suçla ilgili olarak, bir daha kanıt elde etme ve yetkili makamlara başvurma imkanının olmadığı ani gelişen bir olaydan da söz edilememesi hususları birlikte değerlendirildiğinde, sanığa atılı TCK'nın 132. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde düzenlenen nitelikli haberleşme gizliliğini ihlal suçunun tüm unsurlarıyla oluştuğu kabul edilmelidir." Yargıtay CGK., 03.11.2020, E.2016/868, K.2020/442.

durumda gizliliği ihlal edilen tarafların şikâyeti üzerine (TCK m. 139), delili elde eden eş suç soruşturması ve kovuşturmasıyla karşılaşacaktır.

Boşanma davasında delil olarak haberleşmesinin içerikleri sunulan eşin şikâyeti üzerine, delilleri sunan eş, TCK m. 132 dolayısıyla soruşturma ve kovuşturmaya karşı karşıya kalacaktır. Ancak aldatılan eşin, bu durumunu ispata yönelik çabasının yaşadığı hukuki ve psikolojik sürecin doğal bir tepkisi olabileceğini göz önüne almak gerekir.

Hukuk kuralları, halkın yaşadığı sosyal durumlarla bağlantılı şekilde, ihtiyaca göre oluşur ve değişir. Toplumsal yaşayış, insanların yaşadıkları haksızlıklara verdikleri tepkiler vs. zamanla bu kuralları oluşturur ve şekillendirir. Toplumda sıkça işlenmeye başlanan, düzeni bozan fiillerin zamanla suç olarak tanımlanması gibi bazı eylemlerin de bazı özel durumlarda, örneğin bir şahsi cezasızlık sebebi oluşturması pek tabii bir gelişmedir.

İnceleme konumuz açısından bakacak olursak, aldatılan bir eşin, aldatıldığını ispatlama çabası olağandır. Bu durumu tanık bulmak dışında ispat etmesi oldukça zordur. Aynı zamanda zinanın kimsenin bulunmadığı bir ortamda gerçekleştirileceği de göz önüne alınır, hukuka uygun yollarla ispatlanması pek de mümkün gözükmemektedir.

Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş deliller açısından Anayasamız ve kanunlarımızın oldukça katı bir tutumu mevcuttur. Hukuka aykırı delillerin kullanılması hukuk düzenimiz açısından kabul edilebilir değildir. Bu sebeple boşanma davasında sunulan söz konusu hukuka aykırı delillerin kabul edilmesi mümkün değildir. Buna karşılık, mağduriyetini ispatlamaya çalışan eşin, ceza yargılamasıyla karşı karşıya kalarak ceza almaması için bir düzenleme yapılması söz konusu olabilir. Bu husus için önerilebilecek hukuki çözüm yolu; malvarlığına karşı işlenen suçlar bölümünde TCK m. 167'de düzenlenen şahsi cezasızlık sebebine¹³¹ benzer bir düzenlemenin burada da ihdas edilebileceği şeklindedir. Söz konusu maddenin düzenlemesi şu şekildedir:

“(1) Yağma ve nitelikli yağma hariç, bu bölümde yer alan suçların; a) Haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin, b) Üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlatlığın, c) Aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birinin, Zararına olarak işlenmesi halinde, ilgili akraba hakkında cezaya hükmolunmaz. (2) Bu suçların, haklarında ayrılık kararı verilmiş olan eşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamayan

¹³¹ Şahsi cezasızlık sebebi, suç işlenirken var olması gereken ve failin cezalandırılmasına engel olan, failde bulunan bazı şahsi nitelik, durum veya fail ile mağdur arasındaki ilişkiler gibi kişiye özgü sebepler şeklinde tanımlanabilir. Tanım için bkz. ARTUK, GÖKCEN, ALŞAHİN, ÇAKIR, s.671; KOCA, ÜZÜLMEZ, s. 378.

kardeşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamakta olan amca, dayı, hala, teyze, yeğen veya ikinci derecede kayın hısımlarının zararına olarak işlenmesi halinde; ilgili akraba hakkında şikayet üzerine verilecek ceza, yarısı oranında indirilir”.

Yukarıdaki maddenin eşlerle ilgili kısmının bir benzerinin, haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun bulunduğu bölümde yer alan suçlar bakımından getirilmesi, aldatılan eşin boşanma davası sürecinde ve sonrasında yaşadığı mağduriyetin giderilmesi bir çözüm olabilir. Buna göre, “haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşler” düzenlemesi sadece “eşler”¹³² olarak düzenlenmeli ve “özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar” bölümündeki suçlar için geçerli bir şahsi cezasızlık sebebi olarak getirilmelidir.

Bölümde yer alan suçlar şunlardır: haberleşmenin gizliliğini ihlal (TCK m. 132), kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması (TCK m. 133), özel hayatın gizliliğini ihlal (TCK m. 134), kişisel verilerin kaydedilmesi (TCK m. 135), verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme (TCK m. 136), nitelikli haller (TCK m. 137), verileri yok etmeme (TCK m. 138).

Söz konusu suçlar hakkında TCK m. 137’deki nitelikli haller ve TCK m. 138’deki verileri yok etmeme suçlarının eşler açısından bir şahsi cezasızlık sebebi olarak düzenlenmesinin hukuki herhangi bir yararı bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu iki düzenleme hariç tutulmak üzere diğer suçlar açısından “eşler tarafından, birbirlerine karşı, boşanma davasında kullanılmak üzere mahkemeye sunulması durumunda ilgili eş hakkında cezaya hükmolunmaz.” şeklinde bir şahsi cezasızlık sebebi ihdas edilmesi uygun olacaktır.

TCK m. 167’nin gerekçesi, söz konusu şahsi cezasızlık sebebinin, izlenen suç politikası gereği, bazı akrabalık ilişkileri içinde bulunanların cezalandırılmamalarının sosyal hayatın düzeni açısından daha uygun olacağı şeklindedir. Buna karşılık önerilen düzenleme, özel hayata karşı suçlar açısından, aldatılmış olan eşin mağduriyetinin azaltılması ve güvenlik duygusu içinde hukuk devletinde yaşamını sürdürmeye devam ederek sosyal yaşama adapte olabilmesi için gerekli bir düzenleme olacaktır.

¹³² Zira konumuz açısından boşanma davası sürecine girmiş olan eşler ele alındığı için bu süreçte eşler hakkında ayrılık kararının verilmiş olması da mümkündür.

SONUÇ

Boşanma davalarında delil olarak sunulmak üzere eşlerden biri, diğerine ait WhatsApp veya diğer mesajlaşma içeriklerine ilişkin kayıtları elde edebilmektedir. Bu durumda haberleşmenin gizliliğini ihlal ve özel hayatın gizliliğini ihlal suçları gündeme gelebilecektir.

Yargıtay, bu fiillerin oluşumu açısından, söz konusu olaylarda kişinin, haberleşme içeriklerini, üçüncü kişi ya da kişilerle paylaşıp ve/veya çoğaltarak dağıtıp dağıtmadığına dikkat etmektedir. Kişi, elde ettiği bu delilleri, yalnızca görülmekte olan dava dosyasına sunarak, aile içi geçimsizliğin kaynağının, karşı tarafın güven sarsıcı ve olumsuz davranışları olduğunu ispatlama amacıyla hareket etmiş olabilir. Bu durumda, Yargıtay, kişinin hukuka aykırı hareket ettiği bilinciyle davranmadığını belirtmektedir.

Yüksek Mahkeme, kararlarında açıkça belirtmese de böyle bir durumda failin, TCK m. 30/4'te düzenlenen haksızlık yanılığında faydalanacağına ve cezalandırılmayacağına karar vermektedir. Oysa bu yaklaşım her somut olayda isabetli olmayacaktır. Öncelikle kişinin yaptığı eylem dolayısıyla TCK m. 30/4'te düzenlenen haksızlık yanılığında yararlanıp yararlanamayacağı her somut olayın özelliklerine göre araştırılmalıdır.

Boşanma davalarında delil elde etmek maksadıyla “özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar” bölümünde yer alan suçlardan birini işleyen eşler, uğradıkları haksızlığı ispat etmeye çalışırken ceza davalarıyla karşılaşabilmektedir. Yargıtay'ın bu durumlarda aldatılan eşin söz konusu suçlardan ceza almaması yönündeki içtihadı eğilimini ve haklar dengesini de göz önüne alacak olursak, bu kişiler hakkında bir şahsi cezasızlık halinin düzenlenmesi daha âdil ve hukuk kurallarına uygun bir çözüm olacaktır. Zira Yargıtay'ın bu olayları haksızlık yanılığında değerlendirerek cezadan kurtarma eğilimi, her somut olayda hukuka uygun bir çözüm olmamaktadır. Bu hususta, malvarlığına karşı suçlar bölümünde düzenlenen TCK m. 167'deki şahsi cezasızlık sebebi benzeri bir düzenlemenin, TCK m. 138'deki “*verileri yok etmeme*” suçu hariç olmak üzere, bu bölümdeki suçlar için de getirilmesi uygulamadaki bu sorunun çözümü açısından makul olacaktır.

TCK m. 167'deki “*şahsi cezasızlık sebebi veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep*” maddesinin gerekçesinde şu şekilde bir açıklama mevcuttur: İzlenen suç politikası gereği, belli akrabalık ilişkisi bulunan kişilerin, söz konusu suçlardan dolayı cezalandırılmamaları, sosyal yaşam açısından daha uygundur. Aynı açıklama, aldatılan eşlerin, boşanma davası sürecinde, birbirlerine karşı işledikleri “özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar” için de geçerli olmalıdır.

Aldatılan eşin bunu ispatlamak maksadıyla, hukuka aykırı yollarla elde ettiği delilleri, başka yerde kullanmadan yalnızca mahkemede ileri sürmesi durumunda, eş hakkında “özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar” açısından bir şahsi cezasızlık sebebinin ihdas edilmesi gerekir. Ancak bu bölümde yer alan TCK m. 138’deki “*verileri yok etmeme*” suçu, konunun dışında kaldığı için şahsi cezasızlık sebebine dahil edilmemelidir.

Şahsi cezasızlık sebebinin ihdası durumunda elde edilen delillerin ve işlenen fiillerin hukuka aykırılıkları devam edecektir. Böylece hukuka aykırı bir davranış, hukuka uygun hâle gelmeyecek ve kanuni düzenlemeler arasında bir çelişki oluşmayacaktır. Hukuka aykırı delillerin kullanılması hususundaki görüşümüz yukarıda açıklanmakla birlikte bahsedilen şahsi cezasızlık sebebinin ihdası ayrı bir konudur. Zira şahsi cezasızlık sebebinin ihdası ile hukuka aykırı fiiller işlenerek elde edilen delillerin mahkemede kullanılması mevcut kanuni düzenlemelerle hala mümkün değildir. Ayrıca hukuka aykırı fiilin haksızlık içeriği devam ettiği için özel hayatının veya haberleşmesinin gizliliği ihlal edilen kişilerin herhangi bir zararları söz konusu ise özel hukukta tazminat talep etme hakları saklı kalacaktır.

KAYNAKÇA

- AKBULUT, B. (2023). Ceza Hukuku Genel Hükümler (10. b.). Ankara.
- AKINTÜRK, T. (2008). Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku (11 b., II. Cilt). İstanbul.
- AKİL, C. (2012). “Yargıtay Kararları Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Hukuka Aykırı Biçimde Elde Edilmiş Delillerin Değerlendirilip Değerlendirilemeyeceği Meselesi”. AÜHFD, 61(4), 1223-1270.
- AKTAŞ, B. (2017). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Açısından Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu. İstanbul.
- AKYÜREK, G. (2021). Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu (3. b.). Ankara.
- AKYÜREK, G. (2012). “Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu”. TBB Dergisi, (101), 61-82.
- ALAGONYA, Y., YILDIRIM, K., YILDIRIM, D. (2006). Medeni Usul Hukuku Esasları (6. b.). Ankara.
- ALDEMİR, H. (2022). Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçların Soruşturulması ve Kovuşturulmasında Dikkat Edilecek Hususlar. Ankara.
- ALTUNKAŞ, A. (2006). Hukuka Aykırı Delil Teorisi Işığında İfade Alma ve Sorgu. (Yüksek Lisans Tezi). İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- ARAS, B. (2016), “Sadakat Yükümlülüğünün İhlal Edilmesi Halinde Eşin ve Üçüncü Kişinin Manevi Tazminat Sorumluluğu”. Terazi Hukuk Dergisi, 11(116), 14-23.
- ARTUK, M. E., GÖKCEN, A., ALŞAHİN, M. E., ÇAKIR, K. (2022). Ceza Hukuku Genel Hükümler (16. b.). Ankara.
- BADUR, E., TURAN BAŞARA, G. (2016). “Aile Hukukunda Sadakat Yükümlülüğü ve İhlalinden Kaynaklanan Manevi Tazminat İstemi”. AÜHFD, 65(1), 101-136.
- BAŞALP, N. (2014). “Aile İçi Şiddet ve Özel Hukuk Yaptırımları”. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 20(3), 206-246.
- BİRTEK, F. (2012). Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçları (TCK m. 132). Ankara.
- BOSTANCI BOZBAYINDIR, G. (2019), “Karşılaştırmalı Hukukta Delil Değerlendirme Yasakları”. Terazi Hukuk Dergisi, 14(157), 1746-1765.
- BOSTANCI BOZBAYINDIR, G. (2019). “Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Değerlendirme Yasağı”. Terazi Hukuk Dergisi, 14(158), 1926-1937.
- BUDAK, A., VAROL K. (2019). Medeni Usul Hukuku (3. b.). Ankara.
- CENTEL, N., ZAFER H. (2020). Ceza Muhakemesi Hukuku (17. b.). İstanbul.
- ÇAKIR, H., TOPÇU H. (2005). “Bir İletişim Dili Olarak İnternet”. EÜSBED, 1(19), 71-96.

- DEMİRCİOĞLU, H. R. (2016). “Aldatılan Eş Tarafından Üçüncü Kişiye Yöneltilen Manevi Tazminat Taleplerinde Hukuka Aykırılık Unsuru”. AÜHFD, 65(3), 687-722.
- DÖNMEZER, S., ERMAN S. (1997). Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku (10. b., Cilt II). İstanbul.
- GERAY, H. (2002). İletişim ve Teknoloji. Ankara.
- GÖKCEN, A., BALCI, M., ALŞAHİN, M. E., ÇAKIR, K., (2022). Ceza Muhakemesi Hukuku (6. b.). Ankara.
- GÖKPINAR, M. (2011). Disiplin Hukukunda Yasak Hukuka Aykırı Deliller (1. b.). İstanbul.
- GÜNEY, Z. (2006). Etkileşimli Reklam Planlama ve Yaratım Süreci. (Yüksek Lisans Tezi). Marmara Üniversitesi SBE. İstanbul.
- HAFIZOĞULLARI, Z., ÖZEN M. (2016). Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler-Kişilere Karşı Suçlar (5. b.). Ankara.
- KALINOĞLU, D. (2022). “Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçları”. Suç ve Ceza Dergisi, 15(1), 135-193.
- KARAGÜLMEZ, A. (2014). Bilişim Suçları ve Soruşturma - Kovuşturma Evreleri (5. b.). Ankara.
- KIZILARSLAN, D. (2019). Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçları. (Yüksek Lisans Tezi). İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- KOCA, M., ÜZÜLMEZ İ. (2022). Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (8. b.). Ankara.
- KOCA, M. (2010). “Haberleşmenin, Konuşmanın ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu”. Ceza Hukukunun Güncel Sorunları Kolokiyumu. Erzurum.
- KOCA, M. (2000). “Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı”. AÜEHFD, IV(1-2), 105-146.
- KOCA, M. (2006). “Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller”. Ceza Hukuku Dergisi, 1 (2), 207-225.
- KÖPRÜLÜ, B., KANETİ S. (1989). Aile Hukuku. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- KURU, B., ARSLAN R., EJDER Y. (2011). Medeni Usul Hukuku (22. b.). Ankara.
- OKAY, S. (1954). “Haberleşme Hürriyetine Karşı İşlenen Suçlar”. Adalet Dergisi (7), 849-862.
- ÖZBEK, V. Ö., DOĞAN K., BACAKSIZ P. (2022). Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (Ceza Özel). (17. b.). Ankara.
- ÖZGENÇ, İ. (2022). Ceza Hukuku Genel Hükümler. (18. b.). Ankara.
- ÖZKUL, F. (2017), “Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Şekilde Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu”. Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, (9), 397-425.

- PEKCANITEZ, H., ÖZEKES M, AKKAN M, TAŞ KORKMAZ, H. (2017). Medeni Usul Hukuku (15. b., Cilt 2). İstanbul.
- SARI FİDAN, Ö. (2022). “Yargıtay Kararları Işığında Boşanma Davası Açıldıktan Sonra Eşlerin Sadakat Yükümlülüğünün Değerlendirilmesi”. ASBÜHFD, 4 (2), 1275-1311.
- SEROZAN, R. (1977). “Kişilik Hakkının Korunması ile İlgili Bazı Düşünceler”. İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 11 (14), 93-112.
- SOYASLAN, D. (2003). “Hukuka Aykırı Deliller”. AÜEHFD, VII (3-4), 9-26.
- SOYER GÜLEÇ, S. (2008). “Türk Ceza Kanununda Haksızlık Yanılgısı”. DEÜHFD, 10 (1), 59-91.
- ŞAHİN, C., GÖKTÜRK N. (2023). Ceza Muhakemesi Hukuku (14. b.). Ankara.
- ŞEN, E. (2005). “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Özel Hayata Karşı Suçlar”. İBD, 79(3), 707-720.
- ŞENOL, C. (2015). Teori ve Uygulamada Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin Kullanılması ve Değerlendirilmesi Yasağı, Türk Hukuku-İngiliz-Amerikan-Alman Hukuku-Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Yaklaşımı, Yargı Uygulamaları. <https://www.lexpera.com.tr/literatur/kitaplar/teori-ve-uygulamada-ceza-muhakemesinde-hukuka-aykiri-delillerin-kullanilmasi-ve-degerlendirilmesi-8/1>, ISBN: 9786051523040.
- TANER, F. G., ÖNTAN, Y. (2016). “CMK’nın 119/4 Maddesi Uyarınca Adli Aramada Bulundurulması Gereken Tanıklar Konusunda İçtihat Dönüşüm”. AÜHFD, 65(4), 2445-2469.
- TAŞKIN, Ş. C. (2010). “Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu”. TBB Dergisi, (90), 213-247.
- TEKİNAY, S, S. (1990). Türk Aile Hukuku. İstanbul.
- TEZCAN, D. (2013). “Özel Hayatın Gizliliğini İhlal ve Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu ile İlgili Bazı Gözlemler”. İÜHFM, LXXI (1), 1159 – 1164.
- TEZCAN, D., ERDEM M. R., ÖNOK, R. M. (2023). Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku (21. b.). Ankara.
- ÜNVER, Y., HAKERİ, H. (2022). Ceza Muhakemesi Hukuku (19. b.). Ankara.
- ÜZELTÜRK, S. T. (2008). “Özel Hayatın Korunmasına İlişkin Başlıca Sorunlar”. GSÜHFD, 7 (1), 95-130.
- YAPRAKLI, T. Ş., ŞAFAK, A. (2017). “Mobil Anlık Mesajlaşma Servislerinin Kullanımı Üzerinde Etkili Faktörlerin İncelenmesi: Ardahan Üniversitesi Öğrencileri Üzerinde Bir Saha Araştırması”. Marmara Üniversitesi Öneri Dergisi, 12 (48), 199-216.

- YAŞAR, O., GÖKCAN H. T., ARTUÇ, M. (2014). Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Hukuku (2. b., Cilt III). Ankara.
- YAYLAK, C. (2018). İdari Yargılama Usulünde Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi (1. b.). İstanbul.
- YAZICI, T. (2015). “Kişilerarası İletişimde Anlık Mesajlaşma Uygulamalarının Yeri: WhatsApp Uygulaması ile İlgili Üniversite Öğrencileri Üzerine Bir İnceleme”. International Journal of Sciences and Education Research, 1 (4), 1102-1119.
- YENİSEY, F., NUHOĞLU, A. (2023), Ceza Muhakemesi Hukuku (11. b.). Ankara.
- YILMAZ, H. (2002). “Haberleşme Hürriyetinin Engellenmesi ve Ceza Hukuku”. Yargıtay Dergisi, 28(3), 303-322.
- YOKUŞ SEVÜK, H. (2008). “Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu”. DÜHFD, 12-13(16-17-18-19), 159-195.
- YOKUŞ SEVÜK, H. (2008). “Haberleşme Hakkının Kullanımının Türk Ceza Kanunu Hükümleri ile Korunması”. DÜHFD, 12-13(16-17-18-19), 197-227.
- YURTCAN, E. (2016). Yargıtay Kararları Işığında Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar. Ankara.
- ZAFER, H. (2010). Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması. İstanbul: Beta Yayınevi.
- ZEVKLİLER, A., ACABEY M. B., GÖKYAYLA, K. E. (2000). Medeni Hukuk (6. b.). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- <https://www.whatsapp.com/about/>



BAZI ÜLKELERDE ÇOCUKLARIN GÖZETİMSİZ KALMALARI SORUNLARI*

The Problems of Unattended Children in Some Countries

Gulzhar AKHMATALİEVA*

ÖZ

Günümüzde bazı ülkelerde sorun teşkil eden konulardan biri de maugli sendromudur. Maugli sendromuna göre çocuklar vahşi bir ortamda yaşayarak insana özgü bütün gelişmelerden geri kalmaktadırlar. Bu çocuklara “maugli” (orman çocuğu) denmektedir. Çocuk mauglilerin yetişmesine sebep olan nedenler, aile içi her türlü fiziksel ve psikolojik şiddettir; bu şiddet nedeniyle çocukların evi bırakıp kaçmalarıdır. Çocuklar bu durumlarda gidebilecekleri bir yer olmaması veya geçinemeyecek halde bulunmaları sebebiyle hayvanlara sığınmaktadırlar. Evde zorla tutulan çocuklar da ev hayvanlarıyla birlikte kalmaktadırlar. Bu süreçte çocuklar, ilgili hayvanların alışkanlıklarını benimsemekte ve insana özgü özelliklerini kaybetmektedirler. Ebeveynlerin çocukları kapalı bir ortamda tutmaları sonucu, çocukların yanında herhangi bir hayvan olmasa bile, çocuklar birer vahşiye dönüşmektedirler. Maugli sorunu, herhangi bir coğrafi ve ulusal niteliğe bakılmaksızın bazı ülkelerde görülebilmektedir. Ancak bu olaylar son zamanlarda Rusya’da sık yaşanmaktadır. Rusya Federasyonu Ceza Kanunu’nda bu konuda düzenlemeler yer almaktadır. Bu fiiller Kanunda “reşit olmayan çocuğu terbiye etmede görevini yerine getirmeme (RFCK m. 156)” suçunu oluşturmakta ve görevlerini yerine getirmeyen veya görevlerini uygunsuz bir şekilde yerine getiren ebeveynlere fiilin niteliğine ve ağırlığına göre cezalar verileceği öngörülmektedir. Fakat var olan cezai düzenlemeler

Gönderi: 21.08.2023 - **Kabul:** 17.04.2024 | **Received:** 21.08.2023 - **Accepted:** 17.04.2024.

Bu çalışma, 25-27 Haziran 2019 tarihlerinde Nevşehir Hacı Bektaş Veli Üniversitesi tarafından düzenlenen III. Eğitim Bilimleri ve Sosyal Bilimler Sempozyumu’nda sunulan tebliğin genişletilmiş şeklidir.

* Dr., Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, Bişkek, Kırgızistan ✉ riasnet@mail.ru • ORCID 0000-0002-0217-3744.

Atıf Şekli / Cite As: AKHMATALİEVA, Gulzhar (2024). Bazı Ülkelerde Çocukların Gözetimsiz Kalmaları Sorunları. ÇÜHAD, (5), 167-191.

İntihal / Plagiarism: Bu makale bir intihal engelleme yazılımı aracılığıyla denetlenmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been checked via a plagiarism prevention software and reviewed by at least two referees.



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

yetersiz kalmaktadır. Bu çalışmada, modern toplumda yaşanmakta olan çocuk mauglilerin ortaya çıkış nedenleri incelenmiş, bu sorunun önüne geçilmesi için gerekli tedbirler önerilmiş ve kanuni düzenlemelerin yeniden oluşturulması gerekliliği üzerinde durulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Çocuk, Çocuk Maugli, Maugli Sendromu, Ebeveyn, Hayvan.

ABSTRACT

Today the Mowgli Syndrome is one of the problematic question in some countries. According to Mowgli Syndrome children live in a wild environment and fall behind from all human specific developments. These children are called “Mowgli” (Feral Child). The reasons of the appearance of Mowgli Children are, all kinds of physical and psychological domestic violence in the family; the children running away from home because of this domestic violence in the family. And in these situations, the children take shelter to animals, because they have no place to go or they are unable to make a living. The children who are forcibly kept at home also staying with their pets. In this process, the children getting the habits of animals and losing their specific human characteristics. As a result of the parents keeping their children in a closed environment, even there no animals near them, these children turn into the feral children. The Mowgli problem can be seen in some countries despite of any geographical and national kinds. However, these events have been seeing often in Russia lately. There are regulations on this issue in the Criminal Code of the Russian Federation. In the law, these acts constitute the crime such as, “No Execution the Duty of Upbringing the Underage Child (article 156 of Russian Federation Criminal Code)”. And parents who do not execute their duties or execute their duties improperly, will be punished according to the type and degree of the act. However, the existing criminal regulations remain insufficient. In this study were researched the reasons of the appearance of Mowgli Children in modern society. Were taken the necessary measures to prevent this problem. And were emphasized the necessity of the re-forming the legal regulations.

Keywords: Child, Mowgli Child, The Mowgli Syndrome, Parents, Animal.

GİRİŞ

Rusya Federasyonu Anayasası'nın 38. maddesine göre; anne, çocuk ve aile devlet koruması altına alınmıştır. Maddeye göre çocukların bakımı ve onların terbiyesi ebeveynlerin eşit hak ve görevidir. Rusya Federasyonu Aile Kanunu'nun 63. maddesine göre, ebeveynler kendi çocuklarının terbiyesi ve gelişimleri için sorumludurlar. Eğitim almalarını sağlamalıdır. Çocuklarının sağlığı, fiziksel, zihinsel, manevi ve ahlaki gelişimi ile ilgilenmelidir.

Her çocuğun fiziksel ve psikolojik gelişimi önemli faktörlerdendir. Dolayısıyla ebeveyn çocuğun fiziksel ve psikolojik sağlığına özen göstermelidir. Özellikle çok küçük yaştaki

çocukların psikolojisi daha hassastır. Bu yaşlarda çocuklar sevgi ve güvenlik ortamında yetiştirilmelidir. Fiziksel ve psikolojik sağlığına zarar verilmemelidir.

Çocuklar hakkında Çocuk Hakları Beyannamesi'nde de düzenlemelere yer verilmiştir. Beyannamenin 2. ilkesine göre, çocuk kanun ve diğer yöntemlerle özel korumaya alınmalıdır. Özgürlük ve onur içinde fiziksel, zihinsel, ahlaki ve manevi gelişimleri pekiştirilmelidir. Aynı ilkeye göre, çocuğun sosyal açıdan sağlıklı ve normal yetiştirilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Ancak günümüzde ebeveynlerin çocuklara yönelik ebeveynlik görevleri yeterince yerine getirilmediği veya görevleri uygunsuz bir şekilde yerine getirildiği sıkça görülmektedir. Bu sorunun büyümesiyle, çocuklar ebeveynlerin gözetimi dışında kalmaktadırlar. Aile içi her türlü fiziksel ve psikolojik şiddete maruz kalarak dışlanmakta, sosyal hayattan geri kalmakta ve giderek vahşi çocuklara dönüşmektedirler. Ebeveynler ebeveynlik haklarından yoksun bırakılarak, kanuni düzenlemelere göre cezalandırılmaktadırlar. Çocuklar ise ilgili kurumlara yerleştirilmektedirler.

Toplumda “çocuk maugli” olarak algılanan bu vahşi çocuklar hem fiziksel hem de psikolojik açıdan geride kalan ve kişiliği gelişmeyen bir yaratığı yansıtmaktadırlar. Günümüz psikoloji ve tıp biliminde ise “maugli sendromlu” olarak adlandırılmaktadırlar. Sendroma göre, çocuklar vahşi bir ortamda yetiştirilmektedirler. Aile içi her türlü fiziksel ve psikolojik şiddet yanı sıra, dış dünyadan izole edilmektedirler. Evde evcil hayvanlar varsa, o hayvanların alışkanlıklarını benimseyerek vahşileşmektedirler. Ancak hayvan olmadan da çocuklar izole bir hayatta vahşileşmektedirler. Açlık, bitkinlik ve ilgisizlik nedeniyle çocuklar agresifleşmektedirler. Sorunlu tarafı ise insan ortamına döndüklerinde, sosyalleşebilme halleri imkânsız olmaktadır. İnsana ait alışkanlıkları örneğin; yeme, içme, oturma, yürüme, kalkma, gülme, ağlama v.b yeniden öğrenmek onlar için mümkün olmamaktadır. Olayın trajik tarafı, bazı çocuklar sosyal hayata alışmadan hayatını kaybetmektedirler. Bazıları ömür boyu psikiyatri hastanelerine veya rehabilitasyon merkezlerine gönderilmektedirler.

Çocuk maugli olayları eski zamanlarda da yaşanmıştır. Hâlâ da günümüzde yaşanmakta olup sosyal bir sorunu teşkil etmektedir. Çocukların hakları zedelenmektedir. Rusya'da bu sorunun önüne geçilmesi için ilgili organlarca mücadeleler yapılsa da sorun hâlâ çözülememektedir.

Özellikle, Rusya Federasyonu'nda velayet kurumlarının yetersizliği, ailelerle çalışabilen profesyonellerin ve “aile terapisi” profilinde uzmanların eksikliği, ebeveynlik

görevlerini yerine getirmeyen veya görevlerini uygunsuz bir şekilde yerine getiren ebeveynler için cezanın az verilmesi ilgili sorunun çözülmemesine neden olmaktadır.

Bu çalışmada, Rusya Federasyonu'nda çocukların gözetimsiz kalmalarına neden olan sosyo-psikolojik sebepler belirtilecektir. Ardından Rusya Federasyonu'nda ve diğer ülkelerde rastlanan çocuk maugli olayları örneklerle verilecektir. Maugli sendromu ve bu sendroma yakalanan çocuklardaki fiziksel ve psikolojik belirtiler incelenecektir. Çocukların gözetimsiz kalmalarının ceza hukuku boyutu açıklanacaktır. Sorunun çözümü için kanuni ve diğer düzenlemelerin yeniden değerlendirilmesi ve düzeltilmesi gerektiği ele alınacaktır.

I. RUSYA FEDERASYONUNDA ÇOCUKLARIN GÖZETİMSİZ KALMALARINA NEDEN OLAN SOSYO-PSİKOLOJİK SEBEPLER

Rusya'da yapılan çalışmalarda çocukların gözetimsiz kalmalarına neden olan sebepler belirlenmeye çalışılmıştır. Buna göre, çocukların kötü ve sağlıksız şartlar altında tutulmaları; ebeveynleri tarafından sebepsiz bir yere bırakılmaları veya atık görülmeleri¹; finansal bir araç olarak kullanılmaları²; ailede anne ve babanın alkol³ veya uyuşturucu madde kullanmaları⁴ veya psikolojik hastalığı; zihinsel hastalıkla doğmuş çocuğa, ebeveyni tarafından yeterince bakım gösterilmemesi⁵; aile içi her türlü fiziksel veya psikolojik şiddet nedeniyle⁶ çocukların dışlanması veya izole edilmesi⁷ gibi konular yer almaktadır⁸. Ancak en yaygın türü,

¹ Dvoih Detey-Maugli Nashli V Ulyanovskoy Kvartire. News.Ru 03.08.2021, <https://news.ru/regions/dvoih-detey-maugli-nashli-v-ulyanovskoy-kvartire> (E.T. 22.06.2023); Gryaz, Plesen, Gnilaya Eda: V Krasnoyarske Troe Detey Jili Sredi Bomjey. İa Regnum 05.07.2019, <https://regnum.ru/news/2660506> (E.T. 22.06.2023).

² ROMANOVA, V., STARİTSKAYA, A. Otkloneniya V Psihike İ Ravnodushie. Pochemu V Rossii Uvelichivaetsya Chislo Detey Maugli. 360tv.ru 21.05.2019, <https://360tv.ru/tekst/obschestvo/pochemu-velichivaetsja-chislo-deteymaugli> (E.T. 22.06.2023).

³ Bilgi için bkz. Mat Rebyonka-Maugli İz Bashkirii Lishili Roditelskih Prav. News. Ru 24.05.2020, <https://news.ru/society/mat-rebyonka-maugli-iz-bashkirii-lishili-roditelskih-prav/> (E.T. 22.06.2023).

⁴ Delo Vozbuzhdeno Posle Obnaruzheniia Devochki-Maugli V Moskve. Ren. Tv 30.05.2020, ren.tv/news/v-rossii/704785-delo-vozbuzhdeno-posle-obnaruzheniia-devochki-maugli-v-moskve (E.T. 22.06.2023).

⁵ Delo Nijegorodskogo Maugli Zakryto: Vinovnaya Ushla Ot Nakazaniya. Komsomolskaya Pravda 19.09.2013, www.nnov.kp.ru/daily/26135.4/3025878/ (E.T. 22.06.2023); Sluchaii Nahojdeniya Detey-Maugli V Rossii V 2008-2013 Godah. Ria Novosti 10.09.2013, <https://ria.ru/20130910/962257375.html> (E.T.22.06.2023).

⁶ Sosedi Rasskazali O Semie İzbitogo Malchika-Maugli. Ren. Tv 20.04.2020, <https://ren.tv/news/v-rossii/688647-stoial-izbityi-sosedki-o-semie-izbitogo-malchika-maugli> (E.T. 22.06.2023).

⁷ GNEDİNSKAYA, A. El İz Odnoy Miski S Sobakoy. Vospominaniya Vyrosshyh Maugli O Detstve. Ria Novosti 21.05.2019, <https://ria.ru/20190521/1553632646.html> (E.T. 22.06.2023); STEWART, W. Girl, 3, Raised By Dogs In Her Home After Her Alcoholic Mother Neglected Her. Daily Mail 25.02.2009, www.dailymail.co.uk (E.T.22.06.2023).

⁸ Bilgi için bkz. Mat-Alkogolichka 12 Let Derjala Dochku V Sunduke. Newsler. Ru 02.03.2017, <https://www.newsler.ru/society/2017/03/02/12-let-v-sunduke-v-muryiginskoy-internate> (E.T. 22.06.2023).

ebeveynlerin alkol⁹ veya uyuşturucu madde kullanmaları veya psikolojik hastalığı¹⁰ ve son günlerde artan yoksulluk sebep olmaktadır. Diğer taraftan, çocukların gözetimsiz kalmalarına dış etkenler de neden olmaktadır. Bunlar, velayet kurumlarının bugüne dek hâlâ¹¹ yeniden reform edilememeleridir¹².

II. RUSYA FEDERASYONUNDA ÇOCUK MAUGLİ OLAYLARI

Rusya’da çocuk maugli olaylarını 1991-2022 yılları arasında incelemek mümkündür. Yerel basın ve internet kaynaklarında yer almış olayları aşağıdaki gibi örneklerle verebiliriz.

Reutov bölgesinde sokak köpekleri sürüsünde hayat geçiren 4 yaşındaki erkek çocuk maugli¹³, Sankt-Peterburg bölgesi Primorskiy ilçesinde ev köpekleriyle kalan 6 ve 4 yaşlarında kız çocuk maugliler¹⁴, Nijniy Novgorod bölgesinde zihinsel hastalığı nedeniyle gözetimsiz bırakılan 13 yaşındaki erkek çocuk maugli¹⁵, Çita bölgesinde ev köpekleri ve kedileri arasında büyüyen 5 yaşındaki kız çocuk maugli¹⁶, Ufa bölgesinde sokak köpekleri arasında yetişen 3 yaşındaki kız çocuk maugli¹⁷, Volgograd bölgesinde “çocuk-kuş” isimli ve ev kuşlarıyla

⁹ Politsiia İziala Piatorykh Detey-Maugli U Ushedshei V Zapoi Zhenshchiny. Ren. Tv 27.06.2020, <https://ren.tv/news/v-rossii/716101-politsiia-iziala-piatorykh-detei-maugli-u-ushedshei-v-zapoi-zhenshchiny> (E.T. 22.06.2023); Bilgi için bkz. V Bashkirii Spasli Semiletnego Rebyonka-Maugli. Ufa1. Ru 24.05.2020, <https://ufa1.ru/text/incidents/2020/05/24/69276316/> (E.T.22.06.2023).

¹⁰ HANOVA, O. Syndrom-Maugli. <https://www.krasotaimedicina.ru/diseases/children/Mowgli-syndrome> (E.T. 25.06.2023).

¹¹ Bilgi için bkz. V Rossii Utverdili Poryadok Monitoringa Raboty Organov Opeki. Ria Novosti 19.04.2021, <https://ria.ru/20210419/opeka-1728874811.html> (E.T. 22.06.2023); Bilgi için bkz. Anna Kuznetsova Oboznachila Napravleniya Sovershenstvovaniya Deyatelnosti Organov Opeki İ Popechitelstva. дума.gov.ru/news/54071/ (E.T.22.06.2023).

¹² LOSHİHİN, A. Yavliaiutsia Li Deti-Maugli Novoi Bolezni Obshchestva. Deti Maugli Novaya-Bolezn Obshchestva? Rossiyskaya Gazeta 21.03.2019, <https://rg.ru/2019/03/21/iavliaiutsia-li-deti-maugli-novoj-bolezniu-obshchestva> (E.T. 22.06.2023); Kuznetsova Prizvala Reformirovat Sistemu Organov Opeki V Rossii. İzvestiya 17.06.2022, <https://iz.ru/1320/2022-06-17/kuznetsova-prizvala-reformirovat-sistemu-organov-opeki-v-rossii> (E.T. 22.06.2023); Detskiye Ombudsmeny Budut Dobivatsya Reformirovaniya Organov Opeki. RAPSİ 27.01.2022, https://rapsinews.ru/human_rights_protection_news/20220127/307690186 (E.T. 22.06.2023).

¹³ Deti-Maugli. 1 Tv. Ru 12.04.2017, <https://www.1tv.ru/shows/muzhskoezhenskoe/vypuski/deti-maugli-muzhskoe-zhenskoe-vypusk-ot-12-04-2017> (E.T. 22.06.2023); NEWTON, M. Savage Girls And Wild Boys: A History Of Feral Children By Michael Newton. The Guardian 19.01.2002, www.theguardian.com (E.T. 23.06.2023).

¹⁴ İ Takih Detey-Maugli U Nas Ne Malo... Nevskoe Vremya 01.12.2011, <https://nvspb.ru/2011/12/01/i-takih-detey-maugli-u-nas-nemalo-46990> (E.T. 23.06.2023).

¹⁵ Bkz. <https://ria.ru/20130910/962257375> (E.T. 22.06.2023).

¹⁶ SAZANOV, E. V Chite Nashli Devochku-Maugli: V Svoi Pyat Let Rebyonok Umeyet Tolko Layat İ Myaukat. Komsomolskaya Pravda 02.04.2018, www.kp.ru (E.T.23.06.2023); Russian Police Find Feral Girl In Siberia. Reuters 27.05.2009, www.reuters.com (E.T. 23.06.2023); Bkz. PRİTCHARD, N. Born To Be Wild. We Meet Real-Life Mowglis Who Were Raised By Wild Dogs, Cats And Even Chickens After Girl Raised By Monkeys İs Rescued From The Jungle. The Sun 07.04.2017, www.thesun.co.uk (E.T. 23.06.2023).

¹⁷ LYUBİNETSKAYA, A. V Ufe Nashli Devochku-Maugli. Komsomolskaya Pravda 24.02.2009, www.ufa.kp.ru (E.T. 23.06.2023).

büyüyen 6 yaşındaki erkek çocuk maugli¹⁸, İvanovsk bölgesinde, izole bir ortamda ev kedisiyle yetişen 3 yaşındaki erkek çocuk maugli¹⁹, Tatarstan'da küçüklüğünden beri sokak köpekleri sürüsünde hayat sürdüren 14 yaşındaki kız çocuk maugli²⁰, Moskova'nın Podolsk ilçesinde doğduğundan beri izole edilmiş bir odada ve bahçe köpeğiyle hayat geçiren 6 yaşındaki erkek çocuk maugli²¹, Moskova bölgesinde kötü ve sağlıksız şartlar altında tutulan 5 yaşındaki kız çocuk maugli²² ve Mitişi şehrinde aynı şartlar altında tutulan 2-8 yaşlar arası 4 kardeş çocuk maugliler²³ bulunulmuştur²⁴.

Burada zikredilen örnekler bazı örneklerdendir. Gün geçtikçe Rusya'da bu olayların sayısının arttığı gözlenmektedir. İstatistik bilgilere göre, dünya genelinde en son bulunan 70 çocuk mauglilerin çoğu Rusya Federasyonu'na aittir²⁵. Bulunan çocukların çoğunda fiziksel ve psikolojik bozukluklar tespit edilmektedir. Agresif davranma, ürkme, insanlardan korkma ve gözlerine dik bakamama, konuşamama ve hayvanca davranıp ses çıkarma; örneğin dört ayak üzerinde hareket etme, havlama, yeme ve içme, uyuma gibi hareketler görülmektedir. Bazı çocuklar kötü ve sağlıksız şartlar altında zorla odada tutulmaktadırlar; bazıları ebeveynin alkol veya uyuşturucu madde kullanımı veya psikolojik hastalığı nedeniyle ya da aile içi her türlü fiziksel ve psikolojik şiddet nedeniyle sokağa kaçmaktadırlar. Ayrıca sokakta sokak hayvanlarını bir koruyucu görerek, onlara sığınmaktadırlar.

¹⁸ KUPRİNA, Y. Malchik-Ptitsa: 6-Letnyy Malysh Ne Govorit, A Chirikaet İ Mashet Rukami-Krylyami. Komsomolskaya Pravda 29.02.2008, www.msk.kp.ru (E.T. 23.06.2023); First Pictures Of The 'Bird-Boy' Who Was Raised As A Pet And Can Only Communicate By Chirping. Daily Mail 29.02.2008, www.dailymail.co.uk (E.T.23.06.2023).

¹⁹ PLESHAKOVA, S. Maugli Vyhodyat V Lyudi. Moskovskiy Komsomolets 16.07.2009, www.mk.ru (E.T.23.06.2023).

²⁰ Bkz. ARNOLD, O. (2016). Pro Maugli İ Tarzanov. Biologiya. Uchebno-Metodicheskiy Jurnal Dlya Prepodovateley Biologii, Ekologii İ Estestvoznaniya, 1(982), s. 47; V Staye Brodyachih Sobak Nayden Ocherednoy Rebyonok-Maugli. İa Regnum 13.07.2005, https://regnum.ru/news/483712 (E.T. 23.06.2023).

²¹ VOYNİTSKAYA, A. Maugli İz Podolska, Kotorogo Vospityvala Sobaka Okanchivaet Kolledj. Komsomolskaya Pravda 03.04.2019, www.kp.ru (E.T. 23.06.2023); Bkz. STEWART, W. Man Raised By A Pack Of Stray Dogs As A Child Reveals How They Saved His Life By Keeping Him Warm And Sharing Their Food With Him-Before Russian Officials Killed The Animals. Daily Mail 23.05.2019, www.dailymail.co.uk (E.T.23.06.2023).

²² KOROLEVA, E. Ona Zagovorila: Chto İzvestno O Stolichnoy Devochke Maugli. Gazeta. Ru 12.03.2019, www.gazeta.ru (E.T. 23.06.2023); Rebyonok-Maugli V Moskovskoy Kwartire: Devochka Jila Bez Edy İ Vody Po Poyas V Musore. Vesti Ru 11.03.2019, www.vesti.ru (E.T.23.06.2023).

²³ BALANDİNA, A. Rylas V Pomoyke: Deti Maugli Obnarujeny V Podmoskovye. Gazeta. Ru 09.04.2019, www.gazeta.ru (E.T. 23.06.2023).

²⁴ Bilgi için bkz. Ocherednye Deti-Maugli Naydeny V Sankt-Peterburge. Vesti Ru 03.05.2019, www.vesti.ru (E.T. 23.06.2023).

²⁵ ARNOLD, O. s. 44.

III. DİĞER ÜLKELERDE RASTLANAN ÇOCUK MAUGLİ OLAYLARI

Dünya tarihinde ilk çocuk maugliler olarak, Roma şehrinin kurucuları Romulus ve Remus olduğu belirtilmektedir. Efsaneye göre, Romulus ve Remus isimli ikiz erkek çocuk Tibr nehrine atılır. İkiz çocukları bir çoban bulana kadar, bir dişi kurt onları nehirden çıkarıp emzirir. Bu olay Roma’da birçok heykele konu olur²⁶.

Çocuk maugli olaylarını eski dönem ve yakın dönem olarak iki yönde incelemek mümkündür. Örneğin eski dönemde; 1801 yılında Güney Fransa’da “Averonlu vahşi çocuk” ismiyle bilinen 12 yaşındaki erkek çocuk maugli²⁷; 1845 yılında Meksika’da kurtlarla birlikte büyümüş “Lobo” isimli kız çocuk maugli²⁸; benzer olay 1872 yılında Hindistan’da kurtlarla birlikte büyümüş “Dina Saniçar” isimli 6 yaşındaki erkek çocuk maugli ve aynı ülkede 1920 yılında, kurtlarla birlikte büyümüş, 1,5 ve 8 yaşlarındaki “Amala” ve “Kamala” isimli kardeş kız çocuk maugliler bulunulmuştur²⁹.

Yakın dönemde ise 1937 yılında, Türkiye’de ayı ile birlikte büyümüş³⁰ “Adana” isimli kız çocuk maugli³¹; 1954 yılında Kolombiya’da maymunlar arasında hayat geçiren “Marina Çapman” isimli kız çocuk maugli³²; 1970 yılında şiddet altında ve kapalı bir ortamda büyümüş “Amerikalı Cin” isimli kız çocuk maugli³³; 1980 yılında Fiji’de tavuk kümesinde büyümüş

²⁶ ARNOLD, s. 48; Samyye İzvestnye Deti-Maugli: Kak Slojilas Sudby Malyshey, Kotoryye Vyrosli Sredi Jivotnyh. Jurnal Kulturologiya, <https://kulturologia.ru/blogs/040416/29040/> (E.T. 24.06.2023); NEWTON, M. (1996). The Child Of The Nature: The Feral Child And The State Of The Nature. A Phd. Thesis, University College. London, s. 27-28; RADFORD, B. Feral Children:Lore Of The Wild Child. LiveScience 28.11.2013, www.livescience.com (E.T. 24.06.2023).

²⁷ NEWTON, s. 177; Bkz. SHATTUCK, R. The Wild Boy Of Aveyron. The New York Times 16.05.1976, www.nytimes.com (E.T.24.06.2023).

²⁸ Bilgi için bkz. Devochka-Volk İ Drugie Realnye Geroi İstoriy O Detyah-Maugli. Novyi Ochag 11.06.2021, www.novochag.ru (E.T.24.06.2023); MATSKEVİCH, İ. Deti-maugli. Soyuz Kriminalistov İ Kriminologov 21.06.2017, <https://crimescience.ru/news/Deti-maugli>. (E.T. 24.06.2023); ARNOLD, s. 49.

²⁹ Bkz. DEGREGORY, L. Feral Children Through The Ages. Tampa Bay Times 03.08.2008, <https://projects.tampabay.com> (E.T. 24.06.2023); SHİN, Jun-Hao Rosalyn. Daughters Of The Wild: The Feral And Human Perspective. The Morningside Review, Vol.5(2009), May1, 2009, s. 64. journals.library.columbia.edu (E.T. 24.06.2023); ARNOLD, s. 43.

³⁰ Bilgi için bkz. Vahşi Çocuklar (Feral Children). Doğaya Kaçış. Seawolfmete 15.09.2014, <https://dogayakacis.com/2014/09/15vahsi-cocuklar-feral-childs/> (E.T. 24.06.2023).

³¹ ARNOLD, s. 45.

³² HATTENSTONE, S. Was Marina Chapman Really Brought Up By Monkeys? The Guardian 13.04.2013, www.guardian.com (E.T. 24.06.2023); CHAPMAN, M. Kidnapped, Dumped In The Jungle And Raised By Monkeys: The Story Of A Little Girl Wrenched From Her Family And Brought Up In The Wild Who Only Revealed Her Tale 50 Years Later As A Bradford Housewife. Daily Mail 30.03.2013, www.dailymail.co.uk (E.T.24.06.2023).

³³ VİLLARREAL, D. Genie Wiley: The Feral Child. American Studies Biographical Stories Cultural History Linguistics Science & Engineering, March 29, 2019. <https://stmuscholars.org/> (E.T. 24.06.2023); Bkz. CAROL, R. Starved, Tortured, Forgotten: Genie, The Feral Child Who Left A Mark On Researchers. The Guardian 14.07.2016, www.theguardian.com (E.T. 24.06.2023); HARKOV, A. Syndrom Maugli. Deti

erkek çocuk maugli³⁴; 1991 yılında Uganda’da maymunların arasında büyümüş “Jon Ssebuni” isimli erkek çocuk maugli³⁵; ve aynı yıllarda köpekler tarafından büyütülmüş Ukraynalı “Oksana Malaya” isimli kız çocuk maugli halde bulunmuştur³⁶.

Bulunan çocukların bazıları, çocuktaki herhangi bir fiziksel veya psikolojik hastalık nedeniyle ebeveyni tarafından terkedilmiştir. Bazıları vahşi hayvanlar tarafından kaçırılmıştır. Bazılarına herhangi bir şiddet uygulanarak, dış dünyadan izole edilmiştir. Bu nedenle giderek vahşileşmişlerdir. Bazıları, ebeveynlerin alkol kullanımı ve herhangi bir şiddet uygulanması sonucu, aileyi terk edip kaçmışlardır. Gidebilecekleri bir yer olmaması veya geçinemeyecek halde bulunmaları sebebiyle, hayvanlara sığınmışlardır. Sığındığı hayvanların arasında büyüyüp, giderek vahşileşmişlerdir.

IV. MAUGLİ SENDROMU

A. Genel Olarak

Maugli sendromu hem modern psikolojide³⁷ hem tıpta da belirtilen bir sendromun olduğu söz konusudur. Bu sendromun adı, yazar P.D. Kipling’in “Orman Kitabı”ndan alınmıştır³⁸. Kitaba göre baş kahraman Maugli erken yaşlardan beri ormanda kurtlar tarafından yetiştirilir. Zekâsı gelişmiş; dik yürüme, aletleri kullanma gibi insanlara has fiziksel becerilere ve her türlü duygulara sahip bir çocuk olarak çıka gelir. Ancak, günümüzde gerçek maugliler, kitaptaki kahramandan farklı olup, herhangi bir hayvanların davranışlarını benimseyerek vahşileşmiş veya izole hayatta vahşileşmiş ve zekâ gelişimi epey geri kalmış, bir “çocuk maugli” olarak karşımıza çıkmaktadır³⁹. Ayrıca, sosyal hayata tekrar kazandırılmaları için

Kotoryh Vospitali Jivotniye. Deti-Maugli. Fb 09.10.2016, <https://fb.ru/article/270208/sindrom-maugli> (E.T.24.06.2023).

³⁴ ARNOLD, s. 44; Bkz. FORSYTH, J. Four Years Locked In A Poultry Coop, The Next 20 Tied In A Bed. The Boy Who Was Brought Up As A Chicken. The Guardian 11.07.2004, www.theguardian.com (E.T.24.06.2023).

³⁵ FERGUSON, E. He Was A Child. Really Child. John Ssebunya. The Guardian 10.10.1999, www.theguardian.com (E.T.24.06.2023); ARNOLD, s. 45.

³⁶ MAKDONALD, F. Dikie İstorii Detey-Maugli. BBC News Ukraina 15.10.2015, bbc.com/ukrainian/ (E.T.24.06.2023); HUSSELBEE, R. Part Of The Pack I Walked On All Fours & Barcked After Being Raised By Wild Dogs From The Age Of Three When Parents Locked Me Outside. The Sun 15.10.2022, www.thesun.co.uk (E.T. 24.06.2023); GORBUNOV, Y. Oksana Malaya: Devochka-Maugli, Kotoruyu Vospitala Sobaka. Russkaya Semyerka 21.01.2023, <https://russian7.ru/post/oksan-malaya-devochka> (E.T. 24.06.2023); ARNOLD, s. 47.

³⁷ Bilgi için bkz. Deti maugli: Vozmojno Li Vosstanovlenie? Mnenie Eksperta. Ria Novosti 20.02.2007, <https://ria.ru/20070120/59423658.html> (E.T. 26.06.2023).

³⁸ Bkz. NEWTON, s. 294, 306, 307.

³⁹ Bkz. KOJEVNİKOVA, M. (2013). Problemy Prirody Cheloveka V Kontekste Razvitiya Biotekhnologii. Dissertatsiya Na Soiskanie Uchenoy Stepeni Kandidata Filosofskih Nauk, Federalnoe Gosudarstvennoe

yoğun bir çalışmalar (psikolojik, pedagojik, tıbbi, eğitsel) ve yoğun bir ilgi yürütülse bile, çocuk normal hayatına⁴⁰ dönemmemektedir⁴¹. Bunlardan bazıları ise sosyal adaptasyona alışmadan, en kısa sürede hayatlarını kaybetmektedirler⁴². Zira çocuk, sosyal hayata yeni adım atmaya başlayınca, yalnız fizyolojik değil, kültürel bir şoka uğramaktadır. Ancak bazı yazarlar, çocuk ölümünün nedenini, çocuğun yetiştiği doğadan direkt bir şekilde kesilmesiyle bağlantılı olduğunu dile getirmektedirler. Hayatta kalanlar ise psikiyatri hastanelerine veya rehabilitasyon merkezlerine gönderilerek, bütün hayatlarını bu kurumlarda geçirmektedirler⁴³.

B. Çocuklarda Fiziksel ve Psikolojik Belirtiler

Çocuklarda maugli sendromunun gelişmesine neden olan sebepler, yukarıdaki paragraflarda açıklanmıştır. Dolayısıyla bu kısımda, maugli sendromlu çocukların fiziksel ve psikolojik belirtileri incelenecektir. Bu belirtiler aşağıda ifade edildiği gibidir.

Maugli sendromlu çocuklar, hayvanlar gibi hareket ederler, sadece çiğ yiyecekleri yerler. Duygularını havlama, kükreme, çığlık, tıslama, uluma gibi seslerle ifade ederler ve konuşamamaktadırlar⁴⁴. Ürkek ve insanlardan korkarlar. Hayvanlarla yan yana kaldıkları süreçte, vücutları da etkilenmektedir. Örneğin iskeletleri, özellikle bacakları deformasyon olmakta ve tamamen düzeltilememektedir. Tıpkı hayvanlar gibi dört ayak üzerinde koştukları için dizlerinde büyük nasırlar oluşmakta ve çeneleri orantısız şekilde gelişmektedir. Büyük bir hızda hareket edebilmektedirler. İşitme, görme, koku gibi duyu organları keskinleşmektedir. Problemler nokta ise parazitli hastalıklardan dolayı, vücutta yaralar oluşmaktadır. Bu da

Uchrejenie Nauki İstitut Filosofii Rossiyskoy Akademii Nauk. Moskva, s. 62-63; ARNOLD, s. 42-49; Bkz. <https://www.krasotaimedicina.ru/diseases/children/Mowgli-syndrome> (E.T. 25.06.2023).

⁴⁰ KOJEVNİKOVA, s. 63-65; KİSELYOV, N. (1998). İnformatsionnaya Potrebnost Kak Faktor Sotsializatsii Lichnosti. Dissertatsiya Na Soiskanie Uchenoy Stepeni Kandidata Sotsiologicheskikh Nauk, Sibirskaya Gosudarstvennaya Akademia Telekomunikatsii i İnformatiki. Novosibirsk, s. 7-8.

⁴¹ Ancak diğer bir bilgilere göre; yoğun bir tedavi, terapi ve ilgi sonucu nadiren de olsa bazılarının sosyal hayata adapte olabildiklerini ve insana özgü bazı gelişmeleri tekrar kazanabildiklerini görmek mümkün olduğu belirtilmektedir. Bilgi için bkz. <https://www.1tv.ru/shows/muzhskoezhenskoe/vypuski/deti-maugli-muzhskoe-zhenskoe-vypusk-ot-12-04-2017> (E.T. 22.06.2023); NOVİTSKAYA, İ. Lutshie Druzya-Dvorovye Sobaki: Kak Slojilas Jizn Ufimskoy Devochki-Maugli, Kotoruyu Otnyali U Mamy 11 Let Nazad. Komsomolskaya Pravda 04.02.2021, www.ufa.kp.ru (E.T. 23.06.2023); VOYNİTSKAYA, kp.ru (E.T. 23.06.2023); Realnye İstorii Detey-Maugli, Kotoryh Vospityvali Zveri. Chelmami. Ru, <https://chelmami.ru/obzory/v-mire-zhivotnyh-samye-izvestnye-i-zhutkie-istorii-detey-maugli-kotoryh-vospityvali-zveri-a-ne-lyudi.html> (E.T. 22.06.2023).

⁴² Bkz. <https://ria.ru/20070120/59423658.html> (E.T. 25.06.2023); KOJEVNİKOVA, s. 66; KİSELYOV, s. 7; ARNOLD, s. 48.

⁴³ Chelovecheskiy Detyonysh. Tengri News 28.05.2009, <https://tengrinews.kz/accidents/chelovecheskiy-detyonysh-10335> (E.T. 25.06.2023); <https://ria.ru/20070120/59423658.html> (E.T. 25.06.2023); ARNOLD, s. 48; KOJEVNİKOVA, s. 65-66.

⁴⁴ BOLDYCHEVA, V.A. (2009). Traditsiya İ Yazık Kak Sposoby Translyatsii Kultury. RGPU İm. A.İ. Gertsena, 12(90), s. 19.

çocuklara çok acı çektirmektedir. Çocukların kas-iskelet sisteminde geri dönüşümsüz değişiklikler meydana gelmektedir. Ekstra bir tedavi uygulanmazsa iki ayak üzerinde yürümek imkânsız hale gelmektedir⁴⁵.

Günümüzde, maugli sendromunun ana tedavi yöntemi psikolojik-pedagojik yöntemdir. Aşağıdaki gibi unsurlardan oluşmaktadır:

1. *Geliştirme yöntemleri*: Dersler psikologlar, oligophrenipedagoglar ve defektologlar tarafından yürütülmektedir.

2. *İlaç tedavisi*: İlaçlar nörolog ve psikiyatristler tarafından seçilmektedir.

3. *Rehabilitasyon yöntemi*: Amacı çocukları takıma adapte olmasını sağlamaktır⁴⁶.

V. ÇOCUKLARIN GÖZETİMSİZ KALMALARININ CEZA HUKUKU BOYUTU

A. Rusya Federasyonu Aile Kanunu (RFAK m. 69, m. 123).

Rusya Federasyonu Aile Kanunu'nun, "Ebeveynlik haklarından yoksun bırakma" başlıklı 69. maddesine göre; eğer ebeveyn veya bunlardan birisi, ebeveynlik görevlerini yerine getirmekten kaçınırlarsa, ayrıca kasıtlı olarak nafaka ödemekten kaçınırlarsa (f. 1); kendi çocuğunu doğum evinden veya bölümünden veya başka bir sağlık kurumundan, eğitim kurumundan, sosyal hizmet kurumundan veya benzeri kurumlardan mazereti olmaksızın almayı reddederlerse (f. 2); kendi ebeveynlik haklarını kötüye kullanırlarsa (f. 3); çocuklara acımasız muamele yaparlarsa, ayrıca onlar üzerinde fiziksel veya psikolojik şiddet uygularlarsa, cinsel dokunulmazlığına teşebbüs ederlerse (f. 4); kronik alkolizm veya uyuşturucu bağımlılığı hastaları olurlarsa (f. 5); kendi çocuklarının hayatına veya sağlığına karşı veya çocukların başka bir ebeveyninin hayatına veya sağlığına karşı veya eşinin hayatına veya sağlığına karşı kasıtlı olarak suç işlemiş olurlarsa, ayrıca çocukların ebeveyni olmayan birisinin hayatına veya sağlığına karşı veya ailenin başka bir üyesinin hayatına veya sağlığına karşı kasıtlı olarak suç

⁴⁵ Bkz. <https://www.krasotaimedicina.ru/diseases/children/Mowgli-syndrome> (E.T. 26.06.2023); ARNOLD, s. 47-48; KOJEVNIKOVA, s. 63, 64, 66.

⁴⁶ <https://www.krasotaimedicina.ru/diseases/children/Mowgli-syndrome> (E.T. 26.06.2023); Bilgi için bkz. Rebyonok V Bede: Otkuda Berutsya Deti-Maugli İ Kak İm Pomoch. Ria Novosti 02.04.2019, <https://ria.ru/20190402/1552314384.html> (E.T. 26.06.2023); Bkz. <https://ria.ru/20070120/59423658.html> (E.T. 26.06.2023).

işlemiş olurlarsa (f. 6), ebeveynlik⁴⁷ haklarından yoksun bırakılırlar⁴⁸. Bu kişiler Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'na göre reşit olmayan çocuğu terbiye etmede görevini yerine getirmeme suçuyla cezalandırılırlar (RFCK m. 156). Çocuklar ise Aile Kanunu'na göre, ilgili kurumlara yerleştirilir (RFAK m. 123).

Rusya Federasyonu Aile Kanunu'na göre (RFAK m. 123)⁴⁹, öksüz kalan çocukların veya ebeveynin gözetimi dışında kalan çocukların yerleştirilmesi için dört tür belirtilmiştir. Bu türler; evlat edinme, velayet ve vesayet, koruyucu aile, devlet kurumlarıdır. Devlet kurumları söz konusu olduğu takdirde çocuklar, öksüz kalan çocukların ve ebeveynin gözetimi dışında kalan çocuk kurumlarına yerleştirilmektedir. Ancak Rusya'da reşit olmayan çocukları yerleştirmenin en yaygın türü velayet ve vesayettir. Örneğin yüzde 50%'ye yakın öksüz kalan veya ebeveyninden gözetimsiz kalan çocuklar velayet ve vesayete bağlı olmaktadır⁵⁰. Yalnız velayet ile vesayet birbiriyle benzer fonksiyonlara sahip olsa da bazı farklılıkları bulunmaktadır. Birbiriyle karıştırılmaması gerekmektedir.

Rusya Federasyonu Medeni Kanunu'nun 32. maddesine göre (f. 1, f. 2) velayet⁵¹, 14 yaşını doldurmamış reşit olmayan çocuklar için uygulanmaktadır. Reşit olmayan çocukların bütün hukuki işlemleri çocukların adına velisi tarafından gerçekleştirilmektedir⁵².

Rusya Federasyonu Medeni Kanunu'nun 33. maddesine göre (f. 1, f. 2) vesayet⁵³, 14 yaşından 18 yaşına kadar reşit olmayan çocuklar için uygulanmaktadır. Reşit olmayan çocukların vasisi çocuklara sadece yardımcı fonksiyonunu üstlenmektedir⁵⁴.

⁴⁷ İstatistik bilgilere göre, 2008 yılında 74 492, 2009 yılında 72 012, 2010 yılında 64 584, 2011 yılında 58 791, 2012 yılında 52 206, 2013 yılında 46 753, 2014 yılında 42 901, 2015 yılında 40 025, 2016 yılında 41 302, 2017 yılında 37 966, 2018 yılında 28 676, 2019 yılında 28 543, 2020 yılında 22 370, 2021 yılında 25 372 ebeveyn, ebeveynlik haklarından yoksun bırakılmıştır. Federalnaya Slujba Gosudarstvennoy Statistiki. rosstat.gov.ru (E.T. 30.06.2023); MİSHİNA, V. Na Spade Pandemii Vyroslo Chislo Roditeley, Lishennyh Roditelskih Prav. www.vedomosti.ru (E.T. 30.06.2023).

⁴⁸ Semeyni Kodeks Rossiyskoy Federatsii Ot 29.12.1995 №223-F3 St.69 (Red.Ot 28.04.2023). Zakonodatelstvo Rossiyskoy Federatsii. Sbornik Osnovnyh Federalnyh Zakonov RF. <https://fzrf.su/kodeks/> (E.T.30.06.2023).

⁴⁹ Semeyni Kodeks Rossiyskoy Federatsii, <https://fzrf.su/kodeks/sk/st-69.php> (E.T.30.06.2023).

⁵⁰ KUZNETSOVA, E.M. (2010). Organizatsiya Opeki Popechitelstva Nad Nesovershennoletnimi Na Munitsipialnom Urovne. Omskiy Gosudarstvennyi Tehnicheskiy Universitet. UDK, 352+364(75), s. 58.

⁵¹ Bkz. Grajdanskiy Kodeks Rossiyskoy Federatsii (Chast Pervaya) Ot 30.11.1994 №51-F3 (Red. Ot 14.04.2023). Zakonodatelstvo Rossiyskoy Federatsii. Sbornik Osnovnyh Federalnyh Zakonov RF. <https://fzrf.su/kodeks/gk-1/> (E.T. 30.06.2023).

⁵² MAKSİMOV, İ.N. (2013). Opeka İ Popechitelstvo Kak Vid Sotsialnoy Zaboty Gosudarstva. UDK, (364), s. 3.

⁵³ Bkz. Grajdanskiy Kodeks Rossiyskoy Federatsii, <https://fzrf.su/kodeks/gk-1/> (E.T. 30.06.2023).

⁵⁴ MAKSİMOV, s. 3.

B. Rusya Federasyonu Ceza Kanununda, Reşit Olmayan Çocuğu Terbiye Etmede Görevini Yerine Getirmeme Suçu (RFCK m. 156).

1. Genel Olarak

Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'nun 156. maddesine göre; ebeveyni tarafından reşit olmayan çocuğu terbiye etme görevleri yerine getirilmemişse veya uygunsuz bir şekilde yerine getirilmişse veya bu görevleri yüklenen başka kişi tarafından gerçekleştirilmişse, bunun yanı sıra eğitim kurumunun pedagojik çalışanı tarafından veya bu kurumun başka çalışanı tarafından, sağlık kurumunun çalışanı tarafından, sosyal hizmet kurumunun çalışanı tarafından veya reşit olmayan çocuğun gözetiminden sorumlu olan başka kurumun çalışanı tarafından da gerçekleştirilmişse ve eğer bu fiil reşit olmayan çocuğa acımasız muamele yapılmasıyla gerçekleştirilmişse, kanunda bu kişiler için suç karşılığında uygulanan yaptırım olarak en az adli para cezası veya en çok hapis cezası öngörülmektedir.

Yani bu kişiler; 100.000 rubleye kadar para cezasıyla cezalandırılmakta veya maaş miktarına göre cezalandırılmakta veya hükümlü bir yıla kadar başka geliriyle cezalandırılmaktadır (f. 1) veya 440 saate kadar zorunlu işlerle cezalandırılmaktadır (f. 2) veya 2 yıla kadar ıslah işleriyle cezalandırılmaktadır (f. 3) veya 3 yıla kadar mecburi işlerle cezalandırılmakla beraber 5 yıla kadar belli bir işte çalışmamak veya belli bir mesleki uğraşından uzaklaştırılmakta veya sadece 3 yıla kadar mecburi işlerle cezalandırılmaktadır (f. 4) veya 3 yıla kadar özgürlükten mahrumiyet cezasıyla beraber 5 yıla kadar belli bir işte çalışmamak veya belli bir mesleki uğraşından uzaklaştırılmakta veya sadece 3 yıla kadar özgürlükten mahrumiyet cezasıyla cezalandırılmaktadır (f. 5)⁵⁵.

2. Suçun Unsurları

a. Maddi Unsurlar

Suçun faili çocuğun ebeveyni⁵⁶ veya reşit olmayan çocuğu terbiye etme görevleri yüklenen başka kişilerdir. Bu kişiler, evlat edinen aile, koruyucu aile, çocuğu velayeti ve

⁵⁵ Uголовnyi Kodeks Rossiyskoy Federatsii Ot 13.06.1996 №63-F3 St.156. (Red.13.06.2023). Sbornik Osnovnyh Federalnyh Zakonov RF. <https://fzrf.su/kodeks/uk/st-156.php> (E.T. 01.07.2023).

⁵⁶ Doktrinde, "ebeveyn" ifadesi yazarlar tarafından farklı açıklanmaktadır. Yazarlardan: PROZUMENTOV, INOGAMOVA-HEGAY, RAROG ve CHUCHAEV çocuğun ebeveyni (annesi ve babası) olarak; Yazar BATYCHKO çocuğun öz annesi ve babası olarak; Yazarlardan KRUGLIKOV, VOLJENKIN, GALIAKBAROV, GORELIK, JEVLAKOV, MALKOV, TENCHOV, SUNDUROV ve TALAN çocuğun ebeveyni veya onun yerine geçen kişi olarak; Yazarlardan KUDRYAVTSEV, LUNEYEV ve NAUMOV çocuğun ebeveyni veya ebeveynlik görevleri yüklenmiş diğer kişiler olarak ifade etmektedirler. Dolayısıyla, suçun faili çocuğun öz annesi ve babası ya da çocuğun üvey annesi veya babası da olabilmektedir. Bkz. PROZUMENTOV, L.M. (2019). Uголовnoe Pravo. Osobennaya Chast. Tomsk, s. 145; INOGAMOVA-HEGAY, L.V., RAROG, A.İ., CHUCHAEV, A. İ. (2008). Uголовnoe Pravo Rossiyskoy Federatsii. Osobennaya Chast, İNFRA-M. Moskva, s. 177; BATYCHKO, V.T. (2006). Uголовnoe Pravo.

vesayeti altında tutan kişilerdir⁵⁷. Bunun yanı sıra, eğitim kurumunun pedagojik çalışanı veya bu kurumun başka çalışanı, sağlık kurumunun çalışanı, sosyal hizmet kurumunun çalışanı veya reşit olmayan çocuğun gözetiminden sorumlu olan başka kurumun çalışanıdır (RFCK m. 156).

Suçun mağduru 18 yaşını doldurmamış reşit olmayan çocuktur⁵⁸. Çocuk, doğduğundan beri sağlıklı bir çocuk olabileceği gibi herhangi bir fiziksel veya psikolojik hastalıkla da doğmuş olabilir.

Suçun konusu, reşit olmayan çocuğun psikofizyolojik normal gelişimidir⁵⁹. Suçun ek konusu reşit olmayan çocuğun sağlığıdır⁶⁰.

Suçtu oluşturan fiilde, reşit olmayan çocuğu terbiye etme görevleri yerine getirilmemektedir⁶¹ veya uygunsuz bir şekilde yerine getirilmektedir⁶². Hareketle beraber aynı anda reşit olmayan çocuğa acımasız muamele yapılmaktadır⁶³. Diğer ifadeyle, suçun oluşması için kanuna aykırı bir şekilde, reşit olmayan çocuğu terbiye etme görevlerini yerine getirmeme veya uygunsuz bir şekilde yerine getirme fiilinde acımasız muamelenin⁶⁴ de yer alması söz konusudur⁶⁵.

Obshaya İ Osobennaya Chast. Kurs Lektzii. Taganrogskiy Gosudarstvennyi Radiotekhnicheskiiy Universitet, s. 134; KRUGLİKOV, L.L., VOLJENKİN, B.V., GALİAKBAROV, R.R., GORELİK, A.S., JEVLAKOV, E.N., MALKOV, V.P., TENCHOV, E.S. (1999). Ugolovnoe Pravo Rossii. Chast Osobennaya (2. b.). Moskva, s. 107; SUNDUROV, F.R., TALAN, M.V. (2012). Ugolovnoe Pravo Rossii. Osobennaya Chast. Moskva, s. 187; KUDRYAVTSEV, V.N., LUNEYEV, V.V., NAUMOV, A.V. (2005). Ugolovnoe Pravo Rossii. Osobennaya Chast. Moskva, s. 141.

⁵⁷ PROZUMENTOV, s. 145-146; Bkz. BATYCHKO, s. 134; Bkz. İNOGAMOVA-HEGAY, RAROG, CHUCHAEV, s. 177; KRUGLİKOV, VOLJENKİN, GALİAKBAROV, GORELİK, JEVLAKOV, MALKOV, TENCHOV, s. 107-108; Bkz. KUDRYAVTSEV, LUNEYEV, NAUMOV, s. 141; Bkz. SUNDUROV, TALAN, s. 187.

⁵⁸ KRUGLİKOV, VOLJENKİN, GALİAKBAROV, GORELİK, JEVLAKOV, MALKOV, TENCHOV, s. 106; SUNDUROV, TALAN, s. 186.

⁵⁹ KOMİSSAROV, V.S. (2008). Rossiyskoe Ugolovnoe Pravo. Osobennaya Chast. Moskva Sankt-Peterburg Nijniy Novgorod Voronej Rostov-Na-Donu Ekaterinburg Samara Novosibirsk Kiev Harkov Minsk, s. 184; PROZUMENTOV, s. 143.

⁶⁰ İNOGAMOVA-HEGAY, RAROG, CHUCHAEV, s. 176; PROZUMENTOV, s. 143; Bkz. SUNDUROV, TALAN, s. 186.

⁶¹ KUDRYAVTSEV, LUNEYEV, NAUMOV, s. 141; İNOGAMOVA-HEGAY, RAROG, CHUCHAEV, s. 176.

⁶² KOMİSSAROV, s. 184.

⁶³ KUDRYAVTSEV, LUNEYEV, NAUMOV, s. 140; SUNDUROV, TALAN, s. 186-187; Bkz. REVİN, V.P. (2010). Ugolovnoe Pravo Rossii. Osobennaya Chast. (2.b.). Moskva, uristinfo.net (E.T.01.07.2023).

⁶⁴ PROZUMENTOV, s. 144-145.

⁶⁵ KRUGLİKOV, VOLJENKİN, GALİAKBAROV, GORELİK, JEVLAKOV, MALKOV, TENCHOV, s. 107; Bkz. BATYCHKO, s. 134.

Acımasız muamelede çocuğa dayak, işkence, bedensel eziyet⁶⁶, ısıdan, yeme-içmeden, konuttan, giyimden, özgürlüğünden yoksun bırakma⁶⁷, sürekli sövme, aşağılayıcı cezalar, alay edici⁶⁸ ve benzeri hareketler uygulanmaktadır⁶⁹. Bu hareketler sistematik bir şekilde devam etmektedir⁷⁰.

Terbiye etme, çocuğa yönelik maksatlı ve sistematik bir geliştirme sürecidir. Onu kamu, üretim ve kültürel hayatın aktif katılımına hazırlamak demektir⁷¹. Ancak çocuk, terbiye edilirken bu hareketler yerine getirilmemekte veya uygunsuz bir şekilde yerine getirilmektedir. Çocuğa ihmalkâr davranılmakta ve acımasız muamele yapılmaktadır. Diğer yandan kaba olma, hakaret etme ve onurunu aşağılama gibi hareketler uygulanmaktadır⁷².

b. Manevi Unsur

Doktrinde suçun manevi unsuru ile ilgili farklı görüşler yer almaktadır. Örneğin bazı yazarlara göre, suç doğrudan kastla işlenmektedir⁷³. Fail, reşit olmayan çocuğu terbiye etme konusunda hukuki görevlerini ihlal etmekte ve bunun farkındadır. Çocuğa acımasız muamele yapmakta ve bu tür hareketlerin gerçekleştirilmesini istemektedir⁷⁴. Diğer taraftan, fail hukuki görevlerini uygunsuz bir şekilde yerine getirmekte ve bununla beraber çocuğa acımasız muamele yapmaktadır⁷⁵.

Bazı yazarlara göre, suç bilinçsiz taksirle ve kastla işlenmektedir. Ancak kastın hangi türünden olduğu bahsedilmemektedir. Suçun bilinçsiz taksirle işlenmesi için failin hukuki

⁶⁶ KURMANOV, K.S., SYDYKOVA, L.Ch., SHARSHENALİEV, A.S., KURMANOV, Z.K., ABDİEV, K.M., OSMONALİEV, K.M., ARTSYBASHEV, P.Y., BODOBAEV, K.A., OKENOVA, R.A. (2001). Ugolovnoe Pravo Kyrgyzskoy Respubliki. Osobennaya Chast. Bishkek, s. 38.

⁶⁷ BATYCHKO, s. 134; Bkz. KOMİSSAROV, s. 184.

⁶⁸ INOGAMOVA-HEGAY, RAROG, CHUCHAEV, s. 176.

⁶⁹ AKHMATALİEVA, G. (2019). Kırgızistan'da Telekomünikasyon Ağları Aracılığıyla İntihar Olayları. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 27(3), s. 639.

⁷⁰ BATYCHKO, s. 134; İGNATOV, A.N., KRASİKOV, Y.A. (2000). Ugolovnoe Pravo Rossii. Osobennaya Chast. Moskva, s. 106.

⁷¹ INOGAMOVA-HEGAY, RAROG, CHUCHAEV, s. 176.

⁷² BATYCHKO, s. 134; SUNDUROV, TALAN, s. 187; KRUGLİKOV, VOLJENKİN, GALİAKBAROV, GORELİK, JEVLAKOV, MALKOV, TENCHOV, s. 107.

⁷³ BATYCHKO, s. 134; SUNDUROV, TALAN, s. 187; KUDRYAVTSEV, LUNEYEV, NAUMOV, s. 141; KRUGLİKOV, VOLJENKİN, GALİAKBAROV, GORELİK, JEVLAKOV, MALKOV, TENCHOV, s. 108; REVİN, s. 9; INOGAMOVA-HEGAY, RAROG, CHUCHAEV, s. 176.

⁷⁴ KUDRYAVTSEV, LUNEYEV, NAUMOV, s. 141; INOGAMOVA-HEGAY, RAROG, CHUCHAEV, s. 176-177; MOROZOVA, Y.V. (2020). Prestupleniya Protiv Semyi İ Nesovershennoletnih (st.st.150-157 UK RF). Sankt-Peterburg, s. 68.

⁷⁵ SUNDUROV, TALAN, s. 187.

görevlerini ihmal etmesi ve kastla işlenmesi için çocuğa acımasız muamele yapılması gerektiği ifade edilmektedir⁷⁶.

Bazı yazarlar suçun doğrudan kastla ve olası kastla işlenebileceğini dile getirmektedirler. Yani suçun doğrudan kastla işlenmesinde fail, reşit olmayan çocuğu terbiye etme konusunda hukuki görevlerini yerine getirmemektedir ve bunun farkındadır. Diğer taraftan, fail kendi içindeki sadistik bir güdülerinden dolayı veya çocuğa karşı belirgin bir antipati duygularından dolayı çocuğa acımasız muamele yapmaktadır ve bu tür hareketlerin gerçekleştirilmesini istemektedir. Suçun olası kastla işlenmesinde ise fail hukuki görevlerini uygunsuz bir şekilde yerine getirmektedir ve bunun farkındadır. Çocuğa gerekli gözetimi sağlamamaktadır. Diğer taraftan, fail çocuğa acımasız muamele yapmaktadır ve bu yaptıklarını doğru olarak kabul etmektedir. Ancak uyguladığı bu hareketlerine önem vermemektedir⁷⁷.

Bazı yazarlar ise failin hukuki görevlerini uygunsuz bir şekilde yerine getirdiğini, o hukuki görevleri umursamadığını veya o görevleri vicdansız ve özensiz bir şekilde yerine getirdiğini dile getirerek, suçun doğrudan kastla işendiğini ifade etmektedirler⁷⁸.

Yukarıdaki örneklerde görüldüğü gibi, suçun manevi unsuru doktrinde tartışmalıdır. Ancak yazarların çoğu ilgili suçun sadece doğrudan kastla gerçekleştirilebileceğini kabul etmektedirler.

Bu bağlamda suçun doğrudan kastla işlenebilmesi için, failin reşit olmayan çocuğu terbiye etme konusunda hukuki görevlerini ihlal etmesi ve bunun farkında olması; çocuğa acımasız muamele yapması ve bu tür hareketlerin gerçekleştirilmesini istemesi; diğer taraftan, hukuki görevlerini uygunsuz bir şekilde yerine getirmesi ve bununla beraber çocuğa acımasız muamele yapması şarttır.

Ayrıca suçun oluşması için, yazarlar RFCK'nın 156. maddesinde yer alan "reşit olmayan çocuğu terbiye etmede görevini yerine getirmeme" hükmünde, acımasız muamelenin kesinlikle yer alması gerektiğini ifade etmektedirler. Acımasız muamelede yer alan hareketler, bir defaya mahsus şekilde değil, kesintisiz surette gerçekleştirilmesi gerektiği söz konusudur.

Bu konuda bazı mahkeme kararlarında, suçun doğrudan kastla işlenebileceğine dair örnekler de bulunmaktadır. Örneğin, Staropoltava İlçe Mahkemesi 22.08.2016 tarih ve №1-50/2016 sayılı kararında hakim; failin reşit olmayan çocuğu terbiye etme görevlerini uygunsuz

⁷⁶ PROZUMENTOV, s. 146.

⁷⁷ İGNATOV, KRASI KOV, s. 106.

⁷⁸ KOMİSSAROV, s. 184.

bir şekilde yerine getirdiğini, çocuğun sağlığı, fiziksel, zihinsel, manevi ve ahlaki gelişimi ve eğitimi ile ilgilenmediğini, sürekli hakaret ettiğini, çocuğun huzurunda sürekli alkol kullandığını ve onu azarladığını, acımasız muamele yaptığını, skandalları düzenlediğini, çocuğu döverek fiziksel şiddet uyguladığını, ayrıca failin tüm bu fiilleri bilerek, öngörerek ve isteyerek gerçekleştirdiğini belirtmektedir⁷⁹.

İvanovsk İlçe Mahkemesi 29.04.2016 tarih ve №1-33/2016 sayılı kararında hakim; failin reşit olmayan çocuğu terbiye etme görevlerini uygunsuz bir şekilde yerine getirdiğini, çocuğa hem fiziksel hem de psikolojik zarar verdiğini, sistematik bir şekilde çocuğa saygısızca davrandığını, dövdüğünü, yeme-içmeden ve giyimden yoksun bıraktığını, acımasız muamele yaptığını, çocuğun gelişmesiyle ve bakımıyla ilgilenmediğini, kendisinin hiçbir yerde çalışmadığını ve çocuğun engelli maaşıyla geçinerek sürekli alkol kullandığını, çocuğun engelli olmasına rağmen gerekli tıbbi bakım sağlamadığını, ayrıca failin tüm bu fiilleri bilerek, öngörerek, isteyerek ve kasıtlı olarak gerçekleştirdiğini belirtmektedir⁸⁰.

Başka bir örnek, Oriçi İlçe Mahkemesi 19.05.2017 tarih ve №1-35/2017 sayılı kararında hakim; failin reşit olmayan çocuğu terbiye etme görevlerini yerine getirmediğini, diğer yandan uygunsuz bir şekilde yerine getirdiğini, çocukları evde defalarca tek başlarına gözetimsiz bıraktığını, sistematik olarak yemeksiz bıraktığını ve bunun sonucu çocukların sürekli açlık hissi yaşadıklarını, çocukların fiziksel, zihinsel, manevi ve ahlaki gelişimi ile ilgilenmediğini, fiziksel ve psikolojik acı çektirdiğini, ayrıca failin tüm bu fiilleri bilerek ve kasıtlı olarak işlediğini⁸¹ belirtmektedir⁸².

Eğer acımasız muamele veya işkence sonucu reşit olmayan çocuk intihar etmişse veya sağlığına kasten ağır veya orta ağırlıkta zarar getirilmişse, failin daha ağır neticeleri meydana

⁷⁹ Sudebnye İ Normativnye Akty Rossiyskoy Federatsii: **Prigovor** Ot 22 Avgusta 2016 g. Po Delu №1-50/2016, sudact.ru/magistrate/doc/tMTDev4cXtYj/, (E.T.06.12.2023).

⁸⁰ Sudebnye İ Normativnye Akty Rossiyskoy Federatsii: **Prigovor** Ot 29 Aprelya 2016 g. Po Delu №1-33/2016, sudact.ru/magistrate/doc/iz7fjv9cd15n/, (E.T.06.12.2023).

⁸¹ Sudebnye İ Normativnye Akty Rossiyskoy Federatsii: **Prigovor** Ot 19 Maya 2017 g. Po Delu №1-35/2017, sudact.ru/magistrate/doc/3eI6tZAnECQp/, (E.T.06.12.2023).

⁸² Bu yönde diğer örnek mahkeme kararlarına bakınız. Sudebnye İ Normativnye Akty Rossiyskoy Federatsii: **Prigovor** Ot 27 Sentyabrya 2016 g. Po Delu №1-56/2016, sudact.ru/magistrate/doc/W2yaU7QbBQVW/; **Prigovor** Ot 4 Fevralya 2016 g. Po Delu №1-7/2016, sudact.ru/magistrate/doc/sPITJjAmuXlt/; **Prigovor** Ot 11 Oktyabrya 2016 g. Po Delu №1-44/2016, sudact.ru/magistrate/doc/sAYz5ZbrmGWT/; **Prigovor** Ot 26 İyulya 2016 g. Po Delu №1-30/2016, sudact.ru/magistrate/doc/fT1wgx3VkubQ/; **Prigovor** Ot 24 Maya 2016 g. Po Delu №1-56/2016, sudact.ru/magistrate/doc/otGIK3PPPiUq/; **Prigovor** Ot 31 Maya 2017 g. Po Delu №1-26/2017, sudact.ru/magistrate/doc/xt5ZLFdg8cNw/; **Prigovor** Ot 26 Aprelya 2017 g. Po Delu №1-1/2017, sudact.ru/magistrate/doc/AaT5aDvICTHj/; **Prigovor** Ot 4 Aprelya 2017 g. Po Delu №1-14/2017, sudact.ru/magistrate/doc/5pAjMakysHgN/; **Prigovor** Ot 6 Marta 2017 g. Po Delu №1-8/2017, sudact.ru/magistrate/doc/sWMTWiaYoxZg/; **Prigovor** Ot 14 Oktyabrya 2020 g. Po Delu №1-244/2020, sudact.ru/regular/doc/5PjjsLJpUQw/ (E.T.06.12.2023).

getirmesinden dolayı, kanunda başka suçlar söz konusu olabilmektedir (RFCK m.110 intihara götürme, m.111 sağlığa kasten ağır zarar getirme, m.112 sağlığa kasten orta ağırlıkta zarar getirme, m.117 işkence)⁸³. Ancak çalışmamız 156. madde olup, söz konusu başka suçlara değinilmeyecektir.

SONUÇ

Ailede her çocuğun, mutlu, sağlıklı ve güvenli bir yaşam sürme hakkı vardır. Ne yazık ki, bu hakların ebeveynler tarafından zedelendiği söz konusudur. Ebeveynler çocuklara yönelik ebeveynlik görevlerini yerine getirmemektedirler veya uygunsuz bir şekilde yerine getirmektedirler. Bu hareketler sonucu çocuklar gözetimsiz kalmaktadırlar.

Rusya başta olmak üzere, bazı ülkelerde çocuklar aile içi her türlü kötü faktörlerden dolayı, fiziksel ve psikolojik travmaya maruz kalmaktadırlar. Çocuktaki bu travma, onun normal bir çocuk olarak gelişmemesine ve maugli sendromuna yakalanmasına neden olmaktadır.

Rusya’da çocuk mauglilerin artması, en çok ebeveynin alkol veya uyuşturucu madde kullanımı veya psikolojik hastalığı veya son günlerde artan yoksulluk (örneğin ekonomik sıkıntılar, işsizlik) neden olmaktadır. Özellikle, Covid-19 Pandemi Dönemi ve sonrası bu sayının daha da arttığı hiç şüphesizdir.

Sorunun artmasına yalnız iç faktörler değil, dış faktörler de etki göstermektedir. İlk önce, velayet kurumları bugüne kadar yeniden reform edilmemişlerdir.

İkincisi yardıma ve bakıma muhtaç fakir aileler için maddi, manevi ve sosyal desteği ve eğitim desteğini sağlayabilecek uzmanlar yeterli derecede yetiştirilmemiştir. Üçüncüsü, kanunca ebeveynlik görevlerini yerine getirmeyen veya görevlerini uygunsuz bir şekilde yerine getiren ebeveynler için ceza az verilmiştir. Rusya Federasyonu Ceza Kanunu’nun 156. maddesine göre ebeveynler için maksimum 3 yıla kadar özgürlükten mahrumiyet cezası öngörülmüştür.

Kanımızca, özgürlükten mahrumiyet cezasının artırılması gerekir. Çünkü ebeveynler, çocuklarının haklarını zedelemekten başka, çocuklarını hem sağlık hem sosyal açıdan yaşam boyu sürecek iyileşmez bir ağır travmaya sokmaktadırlar. Çocuğun sağlıklı büyümesi ve gelişmesi aksatılmaktadır.

⁸³ INOGAMOVA-HEGAY, RAROG, CHUCHAEV, s. 176; KUDRYAVTSEV, LUNEYEV, NAUMOV, s. 141-142; PROZUMENTOV, s. 145.

Üstelik, çocuk ilgili kurumlardan zamanında yardım alamamaktadır. Bu olayı daha da zorlaştırmaktadır. Çocuk giderek, adeta bir “maugli”ye dönüşmektedir.

Sorunun çözümü için, Rusya Federasyonu’nda velayet kurumlarının yeniden reform edilmeleri gerekir. Yoksul ailelerle çalışabilen profesyonellerin ve “aile terapisi” profilinde uzmanların yetiştirilmesi şarttır. Özellikle Rusya Federasyonu Ceza Kanunu’nda, reşit olmayan çocuğu terbiye etmede görevini yerine getirmeme suçunun (RFCK m. 156) yeniden gözden geçirilmesi ve ebeveynler için cezanın arttırılması gerekir. Diğer taraftan, maugli sendromuna yönelik bilimsel çalışmaların yapılması ve bu konuya özen gösterilmesi lazımdır. Çünkü bu konuyla ilgili, bilimsel çalışmalar çok az gözükmektedir. Konunun yeteri kadar ciddiye alınmadığını fark etmekteyiz.

KAYNAKÇA

- AKHMATALİEVA, G. (2019). Kırgızistan'da Telekomünikasyon Ağları Aracılığıyla İntihar Olayları. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 27(3), 625-647.
- ARNOLD, O. (2016). Pro Maugli İ Tarzanov. Biologiya.Uchebno-Metodicheskiy Jurnal Dlya Prepodovateley Biologii, Ekologii İ Estestvoznaniya, 1(982), 42-49.
- BATYCHKO, V.T. (2006). Ugolovnoe Pravo. Obshaya İ Osobennaya Chast. Kurs Lektzii. Taganrogskiy Gosudarstvennyi Radiotekhnicheskii Universitet.
- BOLDYCHEVA, V.A. (2009). Traditsiya İ Yazık Kak Sposoby Translyatsii Kultury. RGPU İm. A.İ. Gertsena, 12(90), 16-19.
- IGNATOV, A.N., KRASİKOV, Y.A. (2000). Ugolovnoe Pravo Rossii. Osobennaya Chast, Moskva.
- INOAMOVA-HEGAY, L.V., RAROG, A.İ., CHUCHAEV, A. İ. (2008). Ugolovnoe Pravo Rossiyskoy Federatsii. Osobennaya Chast, İNFRA-M. Moskva.
- KİSELYOV, N. (1998). İnforsionnaya Potrebnost Kak Faktor Sotsializatsii Lichnosti. Dissertatsiya Na Soiskanie Uchenoy Stepeni Kandidata Sotsiologicheskikh Nauk, Sibirskaya Gosudarstvennaya Akademia Telekommunikatsii İ İnforsmatiki. Novosibirsk.
- KOJEVNİKOVA, M. (2013). Problemy Prirody Cheloveka V Kontekste Razvitiya Biotehnologii. Dissertatsiya Na Soiskanie Uchenoy Stepeni Kandidata Filosofskih Nauk, Federalnoe Gosudarstvennoe Uchrejdenie Nauki İ Institut Filosofii Rossiyskoy Akademii Nauk. Moskva.
- KOMİSSAROV, V.S. (2008). Rossiyskoe Ugolovnoe Pravo. Osobennaya Chast. Moskva Sankt-Peterburg Nijniy Novgorod Voronej Rostov-Na-Donu Ekaterinburg Samara Novosibirsk Kiev Harkov Minsk.
- KRUGLİKOV, L.L., VOLJENKİN, B.V., GALİAKBAROV, R.R., GORELİK, A.S., JEVLAKOV, E.N., MALKOV, V.P., TENCHOV, E.S. (1999). Ugolovnoe Pravo Rossii. Chast Osobennaya (2. b.). Moskva.
- KUDRYAVTSEV, V.N., LUNEYEV, V.V., NAUMOV, A.V. (2005). Ugolovnoe Pravo Rossii. Osobennaya Chast. Moskva.
- KURMANOV, K.S., SYDYKOVA, L.Ch., SHARSHENALİEV, A.S., KURMANOV, Z.K., ABDİEV, K.M., OSMONALİEV, K.M., ARTSYBASHEV, P.Y., BODOBAEV, K.A., OKENOVA, R.A. (2001). Ugolovnoe Pravo Kyrgyzskoy Respubliki. Osobennaya Chast. Bishkek.

- KUZNETSOVA, E.M. (2010). Organizatsiya Opeki Popechitelstva Nad Nesovershennoletnimi Na Munitsipialnom Urovne. Omskiy Gosudarstvennyi Tehnicheskiy Universitet. UDK, 352+364(75), 58-61.
- MAKSİMOV, İ.N. (2013). Opeka İ Popechitelstvo Kak Vid Sotsialnoy Zaboty Gosudarstva. UDK, (364), 1-4.
- MOROZOVA, Y.V. (2020). Prestupleniya Protiv Semyi İ Nesovershennoletnih (st.st.150-157 UK RF). Sankt-Peterburg.
- NEWTON, M. (1996). The Child Of The Nature: The Feral Child And The State Of The Nature. A Phd. Thesis, University College. London.
- PROZUMENTOV, L.M. (2019). Ugolovnoe Pravo. Osobennaya Chast. Tomsk.
- SUNDUROV, F.R., TALAN, M.V. (2012). Ugolovnoe Pravo Rossii. Osobennaya Chast. Moskva.
- REVİN, V.P. (2010). Ugolovnoe Pravo Rossii. Osobennaya Chast. (2.b.). Moskva.

İnternet Kaynakları

- Anna Kuznetsova Oboznachila Napravleniya Sovershenstvovaniya Deyatelnosti Organov Opeki İ Popechitelstva. duma.gov.ru/news/54071 (E.T.22.06.2023).
- BALANDİNA, A. Rylas V Pomoyke: Deti Maugli Obnarujeny V Podmoskovye. Gazeta.Ru 09.04.2019, www.gazeta.ru (E.T. 23.06.2023).
- CAROL, R. Starved, Tortured, Forgotten: Genie, The Feral Child Who Left A Mark On Researchers. The Guardian 14.07.2016, www.theguardian.com (E.T. 24.06.2023).
- CHAPMAN, M. Kidnapped, Dumped In The Jungle And Raised By Monkeys: The Story Of A Little Girl Wrenched From Her Family And Brought Up In The Wild Who Only Revealed Her Tale 50 Years Later As A Bradford Housewife. Daily Mail 30.03.2013, www.dailymail.co.uk (E.T. 24.06.2023).
- Chelovecheskiy Detyonysh. Tengri News, <https://tengrinews.kz/accidents/chelovecheskiy-detyonysh-10335> (E.T. 25.06.2023).
- DEGREGORY, L. Feral Children Through The Ages. Tampa Bay Times 03.08.2008, <https://projects.tampabay.com> (E.T. 24.06.2023).
- Delo Nijegorodskogo Maugli Zakryto: Vinovnaya Ushla Ot Nakazaniya. Komsomolskaya Pravda 19.09.2013, www.nnov.kp.ru/daily/26135.4/3025878/ (E.T. 22.06.2023).

- Delo Vozbuzhdeno Posle Obnaruzheniia Devochki-Maugli V Moskve. Ren.Tv 30.05.2020, ren.tv/news/v-rossii/704785-delo-vozbuzhdeno-posle-obnaruzheniia-devochki-maugli-v-moskve (E.T. 22.06.2023).
- Deti Maugli: Vozmojno Li Vosstanovlenie? Mnenie Eksperta. Ria Novosti 20.02.2007, <https://ria.ru/20070120/59423658.html> (E.T. 26.06.2023).
- Deti-Maugli. 1Tv.Ru 12.04.2017, <https://www.1tv.ru/shows/muzhskoezhenskoe/vypuski/deti-maugli-muzhskoe-zhenskoe-vypusk-ot-12-04-2017> (E.T. 22.06.2023).
- Detskiye Ombudsmeny Budut Dobivatsya Reformirovaniya Organov Opeki. RAPSİ 27.01.2022, https://rapsinews.ru/human_rights_protection_news/20220127/307690186 (E.T. 22.06.2023).
- Devochka-Volk İ Drugie Realnye Geroi İstoriy O Detyah-Maugli. Novyi Ochag 11.06.2021, www.novochag.ru (E.T. 24.06.2023).
- Dvoih Detey-Maugli Nashli V Ulyanovskoy Kvartire. News.Ru 03.08.2021, <https://news.ru/regions/dvoih-detej-maugli-nashli-v-ulyanovskoj-kvartire> (E.T. 22.06.2023).
- Federalnaya Slujba Gosudarstvennoy Statistiki. rosstat.gov.ru (E.T.30.06.2023).
- FERGUSON, E. He Was A Child. Really Child. John Ssebunya. The Guardian 10.10.1999, www.theguardian.com (E.T. 24.06.2023).
- First Pictures Of The ‘Bird-Boy’ Who Was Raised As A Pet And Can Only Communicate By Chirping. Daily Mail 29.02.2008, www.dailymail.co.uk (E.T. 23.06.2023).
- FORSYTH, J. Four Years Locked In A Poultry Coop, The Next 20 Tied In A Bed. The Boy Who Was Brought Up As A Chicken. The Guardian 11.07.2004, www.theguardian.com (E.T. 24.06.2023).
- GNEDİNSKAYA, A. El İz Odnoy Miski S Sobakoy. Vospominaniya Vyrosshyh Maugli O Detstve. Ria Novosti 21.05.2019, <https://ria.ru/20190521/1553632646.html> (E.T. 22.06.2023).
- GORBUNOV, Y. Oksana Malaya: Devochka-Maugli, Kotoruyu Vospitala Sobaka. Russkaya Semyerka 21.01.2023, <https://russian7.ru/post/oksana-malaya> (E.T. 24.06.2023).
- Grajdanskiy Kodeks Rossiyskoy Federatsii (Chast Pervaya) Ot 30.11.1994 №51-F3 (Red. Ot 14.04.2023). Zakonodatelstvo Rossiyskoy Federatsii. Sbornik Osnovnyh Federalnyh Zakonov RF. <https://fzrf.su/kodeks/gk-1/> (E.T. 30.06.2023).
- Gryaz, Plesen, Gnilaya Eda: V Krasnoyarske Troe Detey Jili Sredi Bomjey. İa Regnum 05.07.2019, <https://regnum.ru/2660506> (E.T. 22.06.2023).

- HANOVA, O. Syndrom-Maugli. <https://www.krasotaimedicina.ru/diseases/children/Mowgli-syndrome> (E.T. 25.06.2023).
- HARKOV, A. Syndrom Maugli. Deti Kotoryh Vospitali Jivotniye. Deti-Maugli. Fb 09.10.2016, <https://fb.ru/article/270208/sindrom-maugli> (E.T. 24.06.2023).
- HATTENSTONE, S. Was Marina Chapman Really Brought Up By Monkeys? The Guardian 13.04.2013, www.guardian.com (E.T. 24.06.2023).
- HUSSELBEE, R. Part Of The Pack I Walked On All Fours & Barcked After Being Raised By Wild Dogs From The Age Of Three When Parents Locked Me Outside. The Sun 15.10.2022, www.thesun.co.uk (E.T. 24.06.2023).
- İ Takih Detey-Maugli U Nas Ne Malo... Nevskoe Vremya 01.12.2011, <https://nvspb.ru/2011/12/01/i-takih-detey-maugli-u-nas-nemalo-46990> (E.T. 23.06.2023).
- KOROLEVA, E. Ona Zagovorila: Chto İzvestno O Stolichnoy Devochke Maugli. Gazeta.Ru 12.03.2019, www.gazeta.ru (E.T. 23.06.2023).
- KUPRINA, Y. Malchik-Ptitsa: 6-Letniy Malysh Ne Govorit, A Chirikaet İ Mashet Rukami-Krylyami. Komsomolskaya Pravda 29.02.2008, www.msk.kp.ru (E.T. 23.06.2023).
- Kuznetsova Prizvala Reformirovat Sistemu Organov Opeki V Rossii. İzvestiya 17.06.2022, <https://iz.ru/1351320/2022-06-17/kuznetsova-prizvala-reformirovat-sistemu-organov-opeki-v-rossii> (E.T. 22.06.2023).
- LOSHĪHĪN, A. Yavliaiutsia Li Deti-Maugli Novoi Bolezniu Obshchestva. Rossiyskaya Gazeta 21.03.2019, <https://rg.ru/2019/03/21/iavliaiutsia-li-deti-maugli-novoj-bolezniu-obshchestva> (E.T. 22.06.2023).
- LYUBĪNETSKAYA, A. V Ufe Nashli Devochku-Maugli. Komsomolskaya Pravda 24.02.2009, www.ufa.kp.ru (E.T. 23.06.2023).
- MAKDONALD, F. Dikie İstorii Detey-Maugli. BBC News Ukraina 15.10.2015, bbc.com/ukrainian (E.T. 24.06.2023).
- Mat Rebyonka-Maugli İz Bashkirii Lishili Roditelskih Prav. News.Ru 24.05.2020, <https://news.ru/society/mat-rebyonka-maugli-iz-bashkirii-lishili-roditelskih-prav/> (E.T. 22.06.2023).
- Mat-Alkogolichka 12 Let Derjala Dochku V Sunduke. Newsler.Ru 02.03.2017, <https://www.newsler.ru/society/2017/03/02/12-let-v-sunduke-v-muryiginskoy-internate> (E.T. 22.06.2023).
- MATSKEVĪCH, İ. Deti-Maugli. Soyuz Kriminalistov İ Kriminologov 21.06.2017, <https://crimescience.ru/news/Deti-maugli> (E.T. 24.06.2023).

- MISHINA, V. Na Spade Pandemii Vyroslo Chislo Roditeley, Lishennyh Roditelskih Prav. www.vedomosti.ru (E.T. 30.06.2023).
- NEWTON, M. Savage Girls And Wild Boys: A History Of Feral Children By Michael Newton. The Guardian 19.01.2002, www.theguardian.com (E.T. 23.06.2023).
- NOVITSKAYA, İ. Lutshie Druzya-Dvorovye Sobaki: Kak Slojilas Jizn Ufimskoy Devochki-Maugli, Kotoruyu Otnyali U Mamy 11 Let Nazad. Komsomolskaya Pravda 04.02.2021, www.ufa.kp.ru (E.T. 23.06.2023).
- Ocherednye Deti-Maugli Naydeny V Sankt-Peterburge. Vesti Ru 03.05.2019, www.vesti.ru (E.T. 23.06.2023).
- PLESHAKOVA, S. Maugli Vyhodyat V Lyudi. Moskovskiy Komsomolets 16.07.2009, www.mk.ru (E.T. 23.06.2023).
- Politsiia İziala Piaterykh Detey-Maugli U Ushedshei V Zapoi Zhenshchiny. Ren.Tv 27.06.2020, <https://ren.tv/news/v-rossii/716101-politsiia-iziala-piaterykh-detei-maugli-u-ushedshei-v-zapoy-zhenshzhiny> (E.T. 22.06.2023).
- PRITCHARD, N. Born To Be Wild. We Meet Real-Life Mowglis Who Were Raised By Wild Dogs, Cats And Even Chikens After Girl Raised By Monkeys Is Rescued From The Jungle. The Sun 07.04.2017, www.thesun.co.uk (E.T. 23.06.2023).
- RADFORD, B. Feral Children: Lore Of The Wild Child. LiveScience 28.11.2013, www.livescience.com (E.T. 24.06.2023).
- Realnye İstorii Detey-Maugli, Kotoryh Vospityvali Zveri. Chelmami.Ru, <https://chelmami.ru/obzory/v-mire-zhivotnyh-samy-izvestnye-i-zhutkie-istorii-detey-maugli-kotoryh-vospityvali-zveri-a-ne-lyudi.html> (E.T. 23.06.2023).
- Rebyonok V Bede: Otkuda Berutsya Deti-Maugli İ Kak İm Pomoch. Ria Novosti 02.04.2019, <https://ria.ru/20190402/1552314384.html> (E.T. 26.06.2023).
- Rebyonok-Maugli V Moskovskoy Kvartire: Devochka Jila Bez Edy İ Vody Po Poyas V Musore. Vesti Ru 11.03.2019, www.vesti.ru (E.T. 23.06.2023).
- ROMANOVA, V., STARITSKAYA, A. Otkloneniya V Psihike İ Ravnodushie. Pochemu V Rossii Uvelichivaetsya Chislo Detey Maugli. 360 Tv.Ru 21.05.2019, <https://360tv.ru/tekst/obschesto/pochemu-uvelichivaetsja-chislo-deteymaugli> (E.T. 22.06.2023).
- Russian Police Find Feral Girl İn Siberia. Reuters 27.05.2009, www.reuters.com (E.T. 23.06.2023).

- Samyye İzvestnye Deti-Maugli: Kak Slojilas Sudby Malyshey, Kotoryye Vyrosli Sredi Jivotnyh. Jurnal Kulturologiya RF, <https://kulturologia.ru/blogs/040416/29040/> (E.T. 24.06.2023).
- SAZANOV, E. V Chite Nashli Devochku-Maugli: V Svoi Pyat Let Rebyonok Umeyet Tolko Layat İ Myaukat. Komsomolskaya Pravda 02.04.2018, www.kp.ru (E.T.23.06.2023).
- Semeynyi Kodeks Rossiyskoy Federatsii Ot 29.12.1995 №223-F3 St.69 (Red.Ot 28.04.2023). Zakonodatelstvo Rossiyskoy Federatsii. Sbornik Osnovnyh Federalnyh Zakonov RF. <https://fzrf.su/kodeks/sk/st-69.php> (E.T. 30.06.2023).
- SHATTUCK, R. The Wild Boy Of Aveyron. The New York Times 16.05.1976, www.nytimes.com (E.T. 24.06.2023).
- SHİN, Jun-Hao Rosalyn. Daughters Of The Wild: The Feral And Human Perspective. The Morningside Review, Vol.5 (2009), May 1, 2009. journals.library.columbia.edu (E.T. 24.06.2023).
- Sluchaii Nahojdeniya Detey-Maugli V Rossii V 2008-2013 Godah. Ria Novosti 10.09.2013, <https://ria.ru/20130910/962257375.html> (E.T. 22.06.2023).
- Sosedi Rasskazali O Semie İzbitogo Malchika-Maugli. Ren.Tv 20.04.2020, <https://ren.tv/news/v-rossii/688647-stoial-izbityi-sosedki-o-semie-izbitogo-malchika-maugli> (E.T. 22.06.2023).
- STEWART, W. Girl, 3, Raised By Dogs İn Her Home After Her Alcoholic Mother Neglected Her. Daily Mail 25.02.2009, www.dailymail.co.uk (E.T. 22.06.2023).
- STEWART, W. Man Raised By A Pack Of Stray Dogs As A Child Reveals How They Saved His Life By Keeping Him Warm And Sharing Their Food With Him-Before Russian Officials Killed The Animals. Daily Mail 23.05.2019, www.dailymail.co.uk (E.T. 23.06.2023).
- Sudebnye İ Normativnye Akty Rossiyskoy Federatsii, www.sudact.ru (E.T. 06.12.2023).
- Ugolovnyi Kodeks Rossiyskoy Federatsii Ot 13.06.1996 №63-F3 St.156. (Red.13.06.2023). Sbornik Osnovnyh Federalnyh Zakonov RF. <https://fzrf.su/kodeks/uk/st-156.php> (E.T. 01.07.2023).
- V Bashkirii Spasli Semiletneho Rebyonka-Maugli. Ufa1.Ru 24.05.2020, <https://ufa1.ru/text/incidents/2020/05/24/69276316> (E.T. 22.06.2023).
- V Rossii Utverdili Poryadok Monitoringa Raboty Organov Opeki. Ria Novosti 19.04.2021, <https://ria.ru/20210419/opeka-1728874811.html> (E.T. 22.06.2023).
- V Staye Brodyachih Sobak Nayden Ocherednoy Rebyonok-Maugli. İa Regnum 13.07.2005, <https://regnum.ru/news/483712> (E.T. 23.06.2023).

Vahşi Çocuklar (Feral Children). Doğaya Kaçış. Seawolfmete 15.09.2014,
<https://dogayakacis.com/2014/09/15vahsi-cocuklar-feral-childs/> (E.T. 24.06.2023).

VİLLARREAL, D. Genie Wiley: The Feral Child. American Studies Biographical Stories
Cultural History Linguistics Science & Engineering, March 29, 2019.
<https://stmuscholars.org/> (E.T. 24.06.2023).

VOYNİTSKAYA, A. Maugli İz Podolska, Kotorogo Vospityvala Sobaka Okanchivaet Kolledj.
Komsomolskaya Pravda 03.04.2019, www.kp.ru (E.T. 23.06.2023).



TELİF HAKKININ YAPAY ZEKÂ ÜRÜNLERİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ*

Evaluation of Copyright in Terms of Artificial Intelligence Products

Emrah AKTÜRK*

ÖZ

Teknoloji ve yapay zekâ alanındaki gelişmeler, geçmişe nazaran çok daha hızlı ilerlemektedir. Bu kapsamda yapay zekânın etkilediği alanlar artmakta, yeni durumların ortaya çıkardığı belirsizlikler çoğalmaktadır. Hukuk da bu alanlardan birisi olmakla birlikte yapay zekânın hukuki statüsünün, yasal ve etik açıdan sonuçlarının kurallara bağlanması ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Bu durum yasama organlarının; yapay zekâ, yapay zekâ ürünleri ve yapay zekâ ürün sahiplerinin hak ve yetkileri ile sorumluluklarının belirlenmesi noktasında çalışma yapmalarını zorunlu kılmaktadır. Genel olarak hukukun teknolojik gelişmelerin gerisinden geldiği, mevcut düzenlemelerin teknolojik gelişmeler karşısında mevcut ihtiyacı karşılayamadığı ve hukuki boşluklar oluştuğu görülmektedir. Bu makalemizde bu boşluklardan birisi olan yapay zekâ ürünlerinin eser niteliğine haiz olup olmadıkları ve telif hakkı kapsamındaki durumları incelenmiş, güncel tartışmalara yeni bir yorum getirilmesi amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Yapay Zekâ, Telif Hakkı, Hususiyet, Eser, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu.

* **Gönderi:** 11.03.2024 - **Kabul:** 17.04.2024 | **Received:** 11.03.2024 - **Accepted:** 17.04.2024.

Dr. Öğr. Üyesi, Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye
✉ eakturk@dogus.edu.tr • ORCID 0000-0002-5374-8341.

Atıf Şekli / Cite As: AKTÜRK, Emrah (2024). Telif Hakkının Yapay Zekâ Ürünleri Açısından Değerlendirilmesi. ÇÜHAD, (5), 192-235.

İntihal / Plagiarism: Bu makale bir intihal engelleme yazılımı aracılığıyla denetlenmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been checked via a plagiarism prevention software and reviewed by at least two referees.



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.
This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

ABSTRACT

Developments in technology and artificial intelligence are advancing much faster than in the past. In this context, the areas affected by artificial intelligence are increasing and the uncertainties arising from new situations are increasing. Law is one of these areas and the legal status of artificial intelligence and its legal and ethical consequences need to be regulated. This situation necessitates legislative bodies to work on determining the rights, powers and responsibilities of artificial intelligence, artificial intelligence products and artificial intelligence product owners. In general, it is seen that the law lags behind technological developments, the existing regulations cannot meet the current needs in the face of technological developments and legal gaps are formed. In this article, it is aimed to bring a new interpretation to the current discussions by examining whether artificial intelligence products, which are one of these gaps, are works of authorship and their status within the scope of copyrights.

Keywords: Artificial Intelligence, Copyright, Confidentiality, Work, Law on Intellectual and Artistic Works.

I. ESER VE TELİF HAKKI KAVRAMI

A. Eser ve Telif Hakkı Kavramının İncelenmesi

1. Türk Hukuku Bakımından İnceleme

Ülkemizde; eser, eser olmanın koşulları ile telif haklarına ve korunmasına ilişkin düzenleme Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) içerisinde yer alır¹. FSEK, 1952 yılında yürürlüğe girmiş, ortaya çıkan ihtiyaç ve eksikliklerin karşılanması amacıyla 1983, 1995, 2001 ve 2004 yıllarında değişikliklere uğramıştır.

FSEK tanımlar başlığı altında 1-b fıkrasında; “*sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulleri...*” olarak ifade edilen eserin, eser olarak kabul edilebilmesi için birtakım koşullar bulunmaktadır. Bunlar; eser sahibinin hususiyetini taşımak², biçimlenmiş olmak³, FSEK'te

¹ <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.3.5846.pdf>, (E.T. 4.12.2023).

² TEKİNALP, s. 113; BOZBEL, s. 34; MAMAN, s.8; MEYDANCI, s. 67; ATEŞ, Fikri Hukukta Eser, s. 72-73; MEYDANCI, s. 69; KÜÇÜKALİ, s. 105.

³ Bir fikrin eser olarak korunabilmesi için somutlaşmış, biçimlenmiş olarak sahibinin hususiyetlerini taşıyarak şekilde ortaya çıkması gerekmektedir. FSEK kapsamında sağlanan koruma da bu yönde bir korumadır. Buradaki amaç, soyut olan fikirlerin korunması değil, bu fikirlerin biçimlenmiş, bir şekle bürünmüş ve bir hal almış ifade şekillerinin korunmasıdır. BOZGEYİK, s. 178; MAMAN, s. 52-53.

Bir fikri eserin somutlaşmış/biçimlenmiş olması eserin özgünlüğü ve sahipliğinin korunması açısından da önemlidir. Somutlaşma, yazılı veya görsel olabilir. Kalıcı veya geçici olarak da gerçekleşmesi kabul edilebilir.

belirtilen eser türlerinden birisi olmak⁴ ve fikri çaba sonucu oluşmak⁵ olarak sayılmaktadır.⁶ Yargıtay'ın eser koşullarına ilişkin genel yaklaşımı da bu yöndedir. Nitekim Hukuk Genel Kurulu konuya ilişkin bir kararında⁷ Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku'nun temel kavramının eser olduğunu, eserin evvela temellüğe, tasarrufa elverişli maddi bir varlık olarak var olması gerektiğini, daha sonra da sübjektif unsur olan sahibinin özelliğini taşıyan bir fikir ve sanat eseri olması gerektiğini ifade etmiştir.

Yargıtay'ın Kanun'da öngörülen eser türlerinden birisi olma ve hususiyet koşulunu açıkça aradığı, bu koşulları temel koşul olarak saydığı, diğer iki koşulu ise hususiyet koşuluna bağlı olarak incelediği⁸ görülmektedir. Buna göre de fikri ürünün bir çaba sonucunda şekillenerek ortaya çıkmasının hususiyet koşulunun içinde arandığını söylemek mümkündür. Bu sebeple ayırt edici unsur olan hususiyet koşulunun Türk Hukuku ve Uluslararası Hukuk açısından ayrı ayrı detaylı olarak irdelenmesi gerekmektedir.

a. Türk Hukukuna Göre Hususiyet

Kanunda açıkça belirtildiğine göre bir ürünün eser mahiyetini kazanabilmesi için mutlak suretle sahibinin hususiyetini taşıması gerekir⁹. Bu kavramın ilerleyen bölümde de bahsedilecek olan uluslararası sözleşmelerde orijinallik olarak ifade edildiği anlaşılmaktadır.

⁴ FSEK m. 2 ve devamında eser çeşitleri; ilim ve edebiyat eserleri, müzik eserleri, güzel sanat eserleri, sinema eserleri, işleme eserler ve derlemeler olarak belirlenmiştir. Bir fikri ürünün eser sayılabilmesi için bu kategorilerden birisinin içinde yer alması gerekir. Aksi halde eser olarak kabul edilemez. Çünkü kanunda belirlenen kategoriler sınırlı sayıda belirlenmiştir. Bunların; yorum, içtihat veya doktrin tarafından genişletilmesi, yeni bir ek yapılması söz konusu değildir. İşleme ve derleme eserler, diğer eser türlerinin dönüştürülmesi suretiyle elde edilen eserlerdir. Kanundaki şartları taşıyorlarsa eser sayılan fikri ürünlerdir. MEYDANCI, s. 67.

⁵ Fikri çaba sonucu oluşma şartı, bir eserin sadece insan tarafından oluşturulabileceğini ortaya koymaktadır. Çünkü fikir üretme, düşünme, akıl etme gibi yeteneklerin sadece insana özgü olduğu kabul edilmektedir. Fikir sahibinin çabası ile oluşan bir şey eser olarak kabul edilebilir ve koruma altına alınabilir. TEKİNALP, s. 113; BOZBEL, s. 34; MAMAN, s.8; MEYDANCI, s. 67; "...dilekçenin eser olarak kabulü için gerekli görülen, ilk defa savunuluyor olma, kamusal alana girmeme, fikri bir yaratıcılığı ortaya koyma gibi koşulları taşımadığı, dilekçenin orijinal olması koşulu aranmasa da belli bir düzeyde hususiyeti taşıyor olma şartını gerçekleştirmediğinden eser niteliğine haiz olmadığı...", Y. 11. HD, T. 9.5.2017, E. 2015/12923, K. 2017/2724, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/11-hukuk-dairesi-e-2015-12923-k-2017-2724-t-9-5-2017>, (E.T. 03/12/2023).

⁶ HIRSCH, s. 130; GÖKYAYLA, s. 69-74; ÖZTRAK, s. 15-18; ÖZTAN, s. 82; TEKİNALP, s. 108; USLU, s. 34; BOZBEL, s. 29, BOZGEYİK, s. 177-181.

⁷ Y. HGK, T. 18.11.2009, E. 2009/15-459, K. 2009/541: <https://www.kazanci.com.tr/gunluk/hgk-2009-15-459.htm>, (E.T. 15/11/2023)

⁸ İSTANBUL BAROSU BİLİŞİM HUKUKU KOMİSYONU YAPAY ZEKÂ ÇALIŞMA GRUBU, s. 2-11.

⁹ BOZGEYİK, s. 170 vd.; TEKİNALP, s. 105; EREL, s. 52-53.

Hususiyet; herkes tarafından yerine getirilemeyen¹⁰, eser sahibinin kendine has özelliklerinin esere yansması¹¹, eserin tamamında ve tek tek materyallerinin seçiminde ve kullanılmasında,¹² eser sahibinin ruhunun ve şahsiyetinin damgası¹³, sıradan olmama, eser sahibinin fikri çabasını ortaya koyan çalışma şekli¹⁴, kelimelerin birleştirilme biçimi¹⁵, eserde sahibine özgü kopya edilmemiş anlatım, biçim¹⁶, biçimde orijinallik, fikirde yoğunluk¹⁷ gibi özellikler barındırma gibi yaklaşımlara ek olarak; içtihatlarda ve uluslararası kabullerde tanımlandığı üzere; asgari düzeyde yaratıcılık, özellik, yenilik, özgünlük, orijinallik, başka hiçbir kaynaktan kopya edilmemiş olma, yaratıcı özellik taşıma gibi kavramlarla¹⁸ açıklanmaya çalışılan ve her somut olay bakımından ayrıca değerlendirilmesi gereken bir koşuldur. Bu koşulun aslında değişken olabildiği, değişen şartlar ve imkanlarla birlikte farklı görünüm kazandığı, yeni kavram ve gelişmelerle birlikte de değerlendirilmesi gerektiği düşünülmektedir. Kanun koyucunun da bu ifadenin tanımını bu sebeplerle belirlemediği anlaşılmaktadır. Nitekim hukukumuzda ve uluslararası uygulamalarda hususiyette mutlak bir yenilik aranmamakta, sıradan olmayan belirli bir yaratıcılık¹⁹ olması esas alınmaktadır.

Yargıtay da yerel mahkemece yapılan hususiyet yorumunu kararında²⁰; "... *“hususiyet” unsurunun, “kopya olmayan minimum yaratıcılık” şeklindeki yorumu da; yukarıda açıklanan ilkeler gözetildiğinde ve her somut olayın özelliklerine göre, 5846 sayılı FSEK ile getirilen eser tanımının yorumuna ilişkin Yargıtay uygulaması (Yargıtay 11.HD. 27.05.2005 tarih ve 8577/5602 sayılı kararı), öğretilde öne sürülen görüşler ve ülkemizin taraf olduğu Bern Sözleşmesi ve TRIPS ile çelişmemektedir.”* denilerek, yapılan yorumun hem Yargıtay içtihatları ile hem de taraf olunan uluslararası sözleşmelerle uyumlu olduğuna vurgu yapmıştır. Bu kararda açıkça görüldüğü üzere hususiyet kavramı kendisine ait bir hususiyet içermektedir. Her somut olayda hakkın korunması bakımından özgülenebilir bir özellik taşımaktadır. Bu kararın ve daha pek çok benzer kararın Yargıtay'ın yaklaşımını ortaya koyması

¹⁰ HIRSCH, s. 131.

¹¹ ÖZTRAK, s. 16; ARSLANLI, s. 6.

¹² SULUK, KARASU, NAL, s. 39.

¹³ ÖZTAN, s.92.

¹⁴ BOZGEYİK, s. 170 vd.

¹⁵ TEKİNALP, s. 105.

¹⁶ BEŞİROĞLU, s.71 vd.

¹⁷ YARSUVAT, s. 53.

¹⁸ GÖK, s. 69-70.

¹⁹ TEKİNALP, s. 105.

²⁰ Y. 11. HD, T. 13.03.2007, E. 2006/934 K. 2007/4555: <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/11-hukuk-dairesi-e-2006-934-k-2007-4555-t-13-03-2007>, (E.T. 4.12.2023).

açısından uluslararası sözleşme ve yargı organlarının bu husustaki yaklaşımlarıyla örtüştüğü görülmektedir²¹.

b. Uluslararası Hukuku Göre Hususiyet

Uluslararası literatürde de hususiyet ile ilgili soyut ifadeler kullanılarak belirgin bir tanım yapılmamış, açıklama ve yorumlama aşamaları mahkemelere ve öğretiyeye bırakılmıştır²².

Alman Telif Kanunu'na göre; sadece kişisel fikri yaratımlar koruma altına alınmıştır²³. Kişisel yaratım, fikri içerik, bireysellik ve algılanabilir somut şekil olarak belirtilen dört şart, hususiyetin bileşenleri olarak ifade edilmiştir. Alman hukukunda yaratıcılık unsurunun sadece gerçek kişiler tarafından ortaya konulabileceği kabul edilmiştir²⁴.

Avrupa Birliği (AB) Hukukunda AB Bilgisayar Yönergesi (m. 1/3)²⁵, Veri Tabanı Yönergesi (m. 3/1)²⁶ ve Koruma Süreleri Yönergesi²⁷ (m. 6) olmak üzere yalnızca üç yönerge de orijinallik unsuruna yer verilmiştir^{28,29}. Bu yönergelerde eserin, eser sahibinin kendi fikri yaratımı olma unsuru üzerinde durulmuştur³⁰. ABAD'ın Infopaq³¹ kararında orijinallik kriterinin sadece bilgisayar programı, veri tabanları ve koruma süreleri yönergelerinde belirtilen

²¹ “...Bilimsel eserlerde hususiyet muhtevadan ziyade ifade şeklidir. Eserin özünü oluşturan muhteva çoğu zaman uzun deney ve gözlemler sonucu elde edilir. Başka bir deyişle bilimsel eserlerin muhtevası oluşturulurken aynı alanda daha önce yapılan bilimsel çalışmalardan ve uzun süreli deney ve gözlemlerden büyük ölçüde yararlanır. Bilimin ortaya koyduğu bulgular üzerinde kural olarak mülkiyet hakkı söz konusu değildir. Zira bunlar insanlığın ortak malı sayılır. Bu nedenle bilimsel eserlerde hususiyet tayini yapılırken içerikten çok şekle bakılır. Bilimsel eserlerde şekil ise; olguların, tabloların, formüllerin, sonuçların, düşüncelerin açıklanışı, yorumlanışı, sunulduğu yani bunların ifade ediliş biçiminde oluşur (Ateş, Mustafa: Fikri Hukukta Eser, Ankara, 2007, s. 132). Başka bir deyişle bilimsel eserlerde korumanın kapsamını yorum ve düşüncelerin açıklanış şekli, stili ve dilin kullanışı gibi unsurlar teşkil eder. Bununla birlikte bilimsel eserde yer alan resim, şekil, tablo, grafik ve şema gibi unsurlar hususiyet taşımaları kaydıyla eserin ayrılmaz parçası sayılır ve eser kapsamında korunur...” Y. HGK, T. 20/2/2020 E.2017/7, K.2020/185: <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hgk-e-2017-7-k-2020-185-t-20-2-2020>, (E.T. 03.12.2023).

²² MAMAN, s. 47.

²³ <https://www.gesetze-im-internet.de/urhg/BJNR012730965.html#BJNR012730965BJNG000501377> (E.T. 4.4.2024)

²⁴ MAMAN, s. 48.

²⁵ DIRECTIVE 2009/24/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 23 April 2009 on the legal protection of computer programs (Codified Version)

²⁶ DIRECTIVE 96/9/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 11 March 1996 on the legal protection of databases

²⁷ DIRECTIVE 2006/116/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 12 December 2006 on the term of protection of copyright and certain related rights (codified version)

²⁸ MAMAN, s. 48.

²⁹ ROSATI, s. 976; YILMAZTEKİN, s. 87.

³⁰ MAMAN, s. 48.

³¹ Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening, Case C-5/08, EU:C:2009: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=c-5/08> (E.T. 21.11.2023).

eserler için değil, Bilgi Toplumu Yönergesinde³² de sayılan eserler açısından da aranması gerektiği vurgusu yapılmıştır³³. ABAD incelediği bu kararda³⁴; bir eser bulunup bulunmadığını, bu aşamada Bern Sözleşmesi kapsamında orijinallik şartının eser sahibinin fikri yaratıcılığı sonucunda oluşması gerektiğini belirtmiş, bu hususun aynı zamanda AB Bilgisayar, Veri Tabanı ve Koruma Süreleri Yönergeleri kapsamında da öngörülen standartlardan olduğunu ifade etmiştir³⁵.

Söz konusu yönergeler tüm AB üyesi devletler tarafından uygulandığı için ABAD'ın orijinallik şartı ile ilgili getirdiği yorum ve tespitler ulusal mahkemeler tarafından da takip edilmektedir³⁶.

İngiliz hukuk sisteminde de hususiyet kavramı orijinallik terimi ile ifade edilmiştir³⁷. Bununla birlikte; yetenek, emek, muhakeme gibi ifadeler ile de açıklanmıştır. Bu yaklaşıma bağlı olarak AB'nin kişisel fikri üretimi ön planda tutması eleştirilmiştir³⁸. Infopaq davasından önce İngiltere orijinallik koşulu; eseri meydana getirenden kaynaklanma, başka bir eserden kopya edilmeme ve emek, yetenek ve muhakemenin eserde önemsiz sayılmayacak şekilde var olması gerektiği kabul edilmiştir³⁹.

Amerikan hukukunda orijinallik yaklaşımı yeterli çabanın gösterilmiş olması şeklindedir. Feist⁴⁰ davasında mahkeme orijinallik açısından bir eserin asgari düzeyde orijinallik taşımasının yeterli olduğu yorumunu yapmıştır.

2. Uluslararası Hukuk Bakımından İnceleme

Telif hakkı kapsamında Türkiye'nin taraf olduğu; Bern, TRIPS, Marakeş, Stockholm gibi birden fazla sözleşme bulunmaktadır. Bu sözleşmeler, telif hakkının uluslararası alanda korunmasını sağlayan çerçeve mahiyetinde düzenlemelerdir. Bir yazarın yazdığı yazısını, dünya çapında koruyan uluslararası telif hakkı şeklinde bir kavram bulunmadığından,

³² Directive 2001/29/Ec Of The European Parliament And Of The Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32001L0029> (E.T. 25.11.2023).

³³ ROSATI, s.976.

³⁴ Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening, Case C-5/08, EU:C:2009: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=c-5/08> (E.T. 21.11.2023).

³⁵ MAMAN, s. 50.

³⁶ MAMAN, s. 49.

³⁷ MAMAN, s. 50.

³⁸ MAMAN, s. 50.

³⁹ YILMAZTEKİN, s.30.

⁴⁰ Feist Publ'ns, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co., 499 U.S. 340, 346 (1991) (supreme.justia.com) (ET. 14.12.2023).

uluslararası telif anlaşmaları ile bu koruma sağlanmaktadır. Böylece pek çok ülkede belirli koşullar altında yabancı eserler koruma altına alınmıştır⁴¹.

Bern Sözleşmesi⁴², eserlerin korunması ve eser sahiplerinin hakları ile ilgili uluslararası bir sözleşmedir. TRIPS, fikri mülkiyet haklarının ticaretle bağlantılı yönlerine ilişkin bir anlaşma olup Dünya Ticaret Örgütü tarafından yürütülmektedir⁴³. Marakeş Anlaşması⁴⁴; kör, görme engelli veya başka suretle yazdırma engelli kişilerin yayınlanmış eserlere ulaşmasını ve erişmesini kolaylaştırmak için yapılmış, telif hakkı anlaşmaları kapsamında olan insani ve sosyal kalkınma özelliği taşıyan bir düzenlemedir. WIPO (Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü) Telif Hakkı Anlaşması ise; Bern Sözleşmesi kapsamında eserlerin ve eser sahiplerinin dijital ortamdaki haklarının korunmasını düzenleyen özel bir anlaşmadır.⁴⁵

Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD)⁴⁶, telif hakkına ilişkin uluslararası sözleşmelerin uygulanmasını ve uyuşmazlıkların çözümünü sağlamaktadır. Avrupa Birliği telif hukuku kapsamında ABAD'ın bir fikri ürünün eser olarak kabul edilmesi ve korunması için orijinal olma ve ifade edilmiş olma (biçimlenmiş, görsel ve işitsel olarak algılanabilir olma) koşullarını⁴⁷ aradığı görülmektedir. Bu yönleriyle; edebiyat, ilim ve sanat alanlarından bir ürün olma, orijinal olma, fikri çaba sonucu meydana gelme ve somutlaşmış olma koşullarının hem FSEK hem de Yargıtay⁴⁸ yaklaşımıyla benzer olduğu görülmektedir

II. YAPAY ZEKÂNIN VE YAPAY ZEKÂ ÜRÜNLERİNİN ESER NİTELİĞİ İLE YAPAY ZEKÂDA ESER SAHİPLİĞİ

A. Yapay Zekânın Eser Niteliği

1. Bilgisayar Programları Bakımından Değerlendirme

Bern Sözleşmesinde bilgisayar programlarına ilişkin özel bir düzenleme bulunmamakla birlikte 2. maddede “edebiyat ve sanat eseri” deyiminin, ifade şekli ne olursa olsun, edebiyat,

⁴¹ MAMAN, s.280.

⁴² https://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/summary_berne.html, (E.T. 29.11.2023).

⁴³ https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/trips_e.htm, (E.T. 29.11.2023).

⁴⁴ https://www.wipo.int/treaties/en/ip/marrakesh/summary_marrakesh.html, (E.T. 29.11.2023).

⁴⁵ https://www.wipo.int/treaties/en/ip/wct/summary_wct.html, (E.T. 29.11.2023).

⁴⁶ https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/institutions-and-bodies/search-all-eu-institutions-and-bodies/court-justice-european-union-cjeu_en, (E.T. 29.11.2023).

⁴⁷ GÖK, s. 52.

⁴⁸ Y. 11. HD, T. 13.03.2007, E. 2006/934 K. 2007/4555: <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/11-hukuk-dairesi-e-2006-934-k-2007-4555-t-13-03-2007>, (E.T. 4.12.2023).

bilim ve sanat alanındaki bütün ürünleri kapsadığı belirtilmektedir⁴⁹. TRIPS m. 9'da ise anlaşmaya üye ülkelerin, Bern Sözleşmesi'nin 1 ila 21. maddeleriyle bağlı oldukları vurgulanarak 10. maddede kaynak kodunda/nesne kodunda kabul edilen bilgisayar programlarının Bern Sözleşmesi kapsamında edebi eser olarak korunacağı düzenlenmiştir⁵⁰. WIPO Telif Hakları Sözleşmesi ise TRIPS Anlaşması hükümlerini takip eden, genişleten bir yaklaşımla, genel olarak bilgisayar programlarının edebi eser olarak korunmasını, veri tabanlarının korunmasını düzenlemektedir⁵¹.

Avrupa Parlamentosu ve Konseyin 2009/24/Ec Direktifi,⁵² 23 Nisan 2009, bilgisayar programları ve bununla ilgili kavram ve aşamalara ait üye devletler tarafından sağlanan koruma ve düzenlemeler noktasında uyumun sağlanması amacıyla düzenlenmiş olup, bu hususu; *"Bu Yönergenin amaçları doğrultusunda, 'bilgisayar programı' terimi, donanıma dahil edilmiş olanlar da dahil olmak üzere, her türlü biçimdeki programları içerecektir. Bu terim aynı zamanda, hazırlık çalışmasının niteliğinin daha sonraki bir aşamada bir bilgisayar programı oluşturabilecek nitelikte olması koşuluyla, bir bilgisayar programının geliştirilmesine yol açan hazırlık tasarım çalışmalarını da kapsar."* ifadeleriyle ortaya koymuştur. Diğer yandan 1. maddesinde Koruma Nesnesi başlığı altında⁵³ ayrıntılı ifadeler yer vermiştir.

Bilgisayar programlarının FSEK kapsamına alınmadan önce patent hukuku kapsamında korunması gerektiği düşünülürken, fikir ve sanat eserleri hukuku kapsamında korunması gerektiği yaklaşımı daha uygun görülerek FSEK kapsamına alınmıştır⁵⁴.

⁴⁹ MAMAN, s. 50.

⁵⁰ TRIPS metni için bkz: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf (E.T. 10.12.2022).

⁵¹ WIPO Telif Hakları Anlaşma metni için bkz. https://www.telifhaklari.gov.tr/resources/uploads/2012/03/18/2012_03_18_550148.pdf (E.T. 04.11.2022).

⁵² <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32009L0024>, (E.T. 10.12.2023).

⁵³ "1. Bu Direktifin hükümlerine uygun olarak Üye Devletler, bilgisayar programlarını, Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Bern Sözleşmesi anlamında edebi eserler olarak telif hakkıyla koruyacaklardır. Bu Direktifin amaçları doğrultusunda 'bilgisayar programları' terimi, bunların hazırlık tasarım materyallerini de içerecektir.

2. Bu Direktif uyarınca koruma, herhangi bir bilgisayar programındaki ifadeye uygulanacaktır. Arayüzlerin temelini oluşturanlar da dahil olmak üzere, bir bilgisayar programının herhangi bir ögesinin temelini oluşturan fikir ve ilkeler, bu Direktif uyarınca telif hakkı kapsamında korunmaz.

3. Bir bilgisayar programı, yazarın kendi fikri eseri olması anlamında orijinal ise korunur. Korumaya uygunluğunun belirlenmesinde başka hiçbir kriter uygulanmayacaktır.

4. Bu Direktifin hükümleri, 1 Ocak 1993 tarihinden önce oluşturulan programlara da, bu tarihten önce akdedilen tasarruflara ve edinilen haklara halel getirmeksizin uygulanacaktır."

⁵⁴ MAMAN, s. 50.

FSEK, 1995 yılında yapılan değişik sonucunda bilgisayar programlarını eser olarak kabul etmiş ve koruma altına almıştır⁵⁵. FSEK m. 2’de herhangi bir şekilde dil ve yazı ile ifade olunan eserler ve her biçim altında ifade edilen bilgisayar programları ve bir sonraki aşamada program sonucu doğurması koşuluyla bunların hazırlık tasarımlarının ilim ve edebiyat eserleri olarak kabul edildiği ifade edilmiştir. Söz konusu düzenlemenin son fıkrasında ise ara yüzüne temel oluşturan düşünce ve ilkeleri de içine almak üzere, bir bilgisayar programının herhangi bir ögesine temel oluşturan düşünce ve ilkelerin eser olarak kabul edilemeyeceği ifade edilmiştir⁵⁶. Bu haliyle FSEK kapsamında uluslararası sözleşmelerle genel olarak uyumlu şekilde bilgisayar programlarının eser olarak kabul edildiğini ifade etmek yanlış olmaz.

FSEK m. 13’de bilgisayar programı sahibinin eser sahibi olarak mali ve manevi hakları, 27. maddede ise bilgisayar programlarına sağlanan hukuki koruma programı geliştirenin yaşamı boyunca ve vefatından itibaren 70 yıl devam ettiği, bu sürenin sona ermesiyle eser niteliğinde korunan programın alenileşerek herkesin telif hakkına riayet etmeden kullanabileceğini düzenlemektedir.

FSEK m. 2/f.1 bendine göre “her biçim altında ifade edilen bilgisayar programları ve bir sonraki aşamada program sonucunu doğurması koşuluyla bunların hazırlık tasarımları” eser olarak kabul edilmiştir. Daha sonraki aşamada bilgisayar programına dönüşebilecek hazırlık tasarımları, akış şeması ile kaynak ve nesne kodlarının da eser olarak korunabileceği ifade edilmektedir⁵⁷. Eğer oluşturulan içerik; ara yüze temel oluşturan düşünce ve ilkeleri de içine almak üzere bir bilgisayar programının herhangi bir ögesine temel oluşturan düşünce ve ilkelerden oluşuyorsa bu durumda eser sayılmaz ve korumadan yararlanamaz.

2. Yapay Zekâ Bakımından Değerlendirme

Bilgisayarla üretilen bir eserin telif hakkı konusunda belirsizlik bulunmamaktadır. Nitekim FSEK ve yukarıda sözü geçen uluslararası sözleşmelere göre bilgisayar programlarına ilişkin yapılan açıklamalar doğrultusunda, yazılım başlığı altında kabul edilen bilgisayar programlarının eser olarak kabul edildiği ve telif hakkından yararlandığı anlaşılmaktadır. Yapay zekâ, bilgi işlem ve bilgisayar programlarının aynı kaynaktan beslendikleri ve birbirleri

⁵⁵ MAMAN, s. 53.

⁵⁶ DALYAN, s. 74.

⁵⁷ DALYAN, s. 74.

ile olan ilişkileri ortadadır. Bir yazılım türü olan yapay zekâ ve yapay zekâ sistemlerinin de kanaatimizce bu kapsamda telif hakkından yararlanması gerekmektedir⁵⁸.

Makine ve derin öğrenme yöntemlerini kullanan yapay zekâ⁵⁹ sistemlerinin korunabilmesi için FSEK'te yer alan şartları yerine getirmesi gerekmektedir. FSEK ile uluslararası sözleşmelerin de uyum içinde olduğu göz önüne alındığında bu konudaki bir korumanın diğer ulusal korumalardan da yararlanacağı açıktır. Nitekim FSEK'te eser türleri sınırlı olarak sayılmış olsa da sayılan başlıkların altında aynı durum söz konusu değildir⁶⁰. Yani ilim ve edebiyat eseri niteliği başlığı altında yapay zekânın olmayacağına dair bir durum söz konusu değildir⁶¹.

Bu ölçüler ışığından yapay zekâ üreticisi olan gerçek kişinin eser sahibi olarak kabul edilmesi gerektiği düşünülmektedir. Yapay zekânın eser olarak kabul edilmesi ve yapay zekâyı üreten gerçek kişinin eser sahibi olarak kabul edilmesinin doğal sonucu olarak da yapay zekâ sisteminin meydana getirilmesi sürecinde kullanılan algoritma ve yazılım kodlarının da hazırlık tasarımı olarak kabul edilmesi ve telif hakkı korumasına dahil edilmesi gerekmektedir⁶². Çünkü bu algoritmalar bir bilgisayar programına dönüştürülebilir nitelikte olup yapay zekânın oluşmasını sağlamıştır.

Fikir ürünü olarak ortaya çıkma ve biçimlenmiş olma şartlarını bu şekilde gerçekleştiren yapay zekânın hususiyet şartının da incelenmesi gerekmektedir. Burada FSEK kapsamında hususiyet ve uluslararası sözleşmeler kapsamında orijinallik olarak kabul edilen şartın diğer şartların gerçekleşmesi karşısında tek başına var olması ile eser niteliğinin kazanıldığını ifade etmek gerekir. Bu nedenle yapay zekâ bakımından hususiyet şartının nasıl gerçekleştiğini ortaya koymak gerekmektedir.

Hususiyet koşulu yapay zekâ bakımından incelenirken başka eserlerde olduğu gibi katı bir yaklaşım gösterilmemektedir. Yukarıda ifade edilen uluslararası sözleşmelerden

⁵⁸ WANDTKE, BULLINGER, s. 13.

⁵⁹ Yapay zekâ kavramını ilk kez 1956 yılında John McCarty isimli bir akademisyen kullanmış ve “zeki makineler ve özellikle bilgisayar programları yapma bilimi ve mühendisliği...” olarak tanımlamıştır. Detaylı bilgi için bkz. KAPLAN, s. 57. Genel olarak yapay zekâ en yalın ifadesiyle; bilgisayar ortamında oluşturulan yazılım programıdır. Günümüzdeki teknolojik gelişmelere bağlı olarak ortaya çıkan çok çeşitli alanlardaki ihtiyaçları karşılamaya yönelik geliştirilmiş program yazılımlarının yapay zekânın kaynağı olduğu söylenebilir. Zira insana özgü bilişsel özelliklerin yazılım ve programlama yoluyla bilgisayarlara veya bilgisayarlar aracılığıyla oluşturulan daha kompleks yapılara aktarılması suretiyle insanın yapacağı işleri bu sistemlere yaptırma marifetidir. Bir başka deyişle doğrudan insan ürünü olan, temelinde bilgisayar olan ve bilgisayarın da unsuru olduğu farklı yapı sistemleridir.

⁶⁰ ATEŞ, Fikri Hukukta Eser, s. 72-73.

⁶¹ MEYDANCI, s. 69.

⁶² KÜÇÜKALİ, s. 105.

anlaşılabilirliği üzere orijinallik koşulu daha basit aranmaktadır. Program belirli bir amaç için yapıldığından bir başkasından kopyalanmamış olması yeterli görülmektedir⁶³.

Yapay zekânın ve yapay zekâ sistemlerinin eser olarak kabul edildiği, yapay zekâyı/yapay zekâ sistemini üreten gerçek kişinin ise eser sahibi olabileceği kabul edilmekte ve uygulama da bu yönde gelişmektedir⁶⁴.

B. Yapay Zekâ Ürünlerinin Eser Niteliği

Yapay zekâ tarafından yapılan bir ürünün hukuki niteliğinin çok daha sorunlu bir alan olduğu, tartışmaların bu alanda daha fazla yoğunlaştığı görülmektedir. Hem yukarıda açıklanan yasal metinler hem aşağıda tartışılacak olan mahkemelerin vermiş oldukları kararlar incelendiğinde, tartışmanın temel noktasının hususiyet/orijinallik koşulunda yapıldığı, mevcut yasal düzenlemelerin hususiyet şartının gerçekleşmesinin ancak bir gerçek kişi yani insan tarafından yapılan eserler için oluşabileceğini düzenlemeleridir⁶⁵.

Yapay zekâ tarafından ortaya çıkarılan eserlerde genel olarak insan müdahalesinin olduğu görülmektedir. İnsan müdahalesi olmadan yapay zekânın bir eser ortaya koymasının mümkün olmadığı ileri sürülmektedir. Bu kapsamda yapay zekânın eseri oluşturmak için araç olarak⁶⁶ kullanıldığı söylenebilir. Ancak yapay zekânın hızlı gelişmesi, ürünlerin insan tarafından yapılıp yapılmadığını ayırt edememe durumuyla karşı karşıya kalındığını göstermektedir⁶⁷. Edmond Belamy⁶⁸ portresi, The Next Rembrandt⁶⁹ isimli bir portrede olduğu gibi yepyeni bir eserin ortaya çıkarılması da söz konusu olabilmektedir. Bu projede ressamın tüm çalışmaları ve teknikleri veri olarak sisteme girilmiş, yapay zekâ bu verileri ve derin öğrenme tekniğini kullanarak ressamın izlerini taşımayan bir ürün ortaya çıkarmıştır⁷⁰. Yepyeni bir portrenin ortaya çıkarılmasının yapay zekânın geldiği ilerleme noktası açısından önemli olduğu düşünülmele birlikte sisteme verilerin girilmesi noktasında insan müdahalesinin devam ettiği görülmektedir. Bu portrenin ortaya çıkması yapay zekâ ürünlerinin telif hakkı

⁶³ MAMAN, s. 43; MEYDANCI, s. 71.

⁶⁴ MAMAN, s. 46; MEYDANCI, s. 74.

⁶⁵ BALTA, s. 113; SULUK, KARASU, NAL, s. 44; TEKİNALP, s. 113; YILMAZTEKİN, s. 198 ; ÖZTAN, s. 83.

⁶⁶ DORNIS, s.786.

⁶⁷ MAMAN, s. 59.

⁶⁸ Portre için bkz. <https://www.christies.com/features/A-collaboration-between-two-artists-one-human-one-amine-9332-1.aspx> (E.T. 16.12.2023)

⁶⁹ Bir Sonraki Rembrandt: Bir ustanın eserini yapay zekâ ile yeniden yaratmak (microsoft.com): (E.T. 10.12.2023).

⁷⁰ YILMAZTEKİN, s. 265.

tartışmalarını hızlandırmıştır. Bu noktada portrenin yapay zekâya ait bir eser olarak kabul edilebilmesi için gereken biçimlenmiş olma, fikri bir çaba sonucu ortaya çıkma ve hususiyet şartları bakımından incelenmesi sonucunda ilk iki şartı taşıdığı ancak hususiyet şartı bakımından şartı yerine getirmediği söylenebilir⁷¹. Çünkü yapay zekâ gerçek kişi değildir ve mevcut koşullar ve mevzuat bakımından inceleme yapıldığında eser sahibi olamaz. Başka bir ifadeyle, yapay zekâ zaten böyle bir resmi ortaya çıkarmak için programlanmış ve amacına ulaşmak için gerekli olan derin öğrenme yöntemiyle donatıldığından araç konumundadır ve bu araç niteliğinde olma sebebiyle de hususiyet koşulu gerçekleşmemiştir⁷².

Yapay zekâ tarafından hususiyet/orijinallik koşulunun da sağlanarak eser ortaya çıkartılabileceğini kabul eden Birleşik Krallık Patent Ofisi değerlendirmeleri olduğu gibi yaratıcılık unsurunun sadece insana ait olduğunu kabul eden Amerika yasaları ile yapay zekânın buluşçu olabileceğini kabul eden Güney Afrika'nın böyle bir deneyimi⁷³de bulunmaktadır. Türk hukuk sisteminde, Avrupa birliği hukuku ve Amerikan hukuk sistemlerinde eser sahibi kavramı açısından insan olma şartı aranmaktadır.

Her ne kadar derin öğrenme yöntemiyle ve insanın sinir ağlarından esinlenilerek üretilen yapay sinir ağlarının kullanması ile belirli ölçüde makinenin kendi kendisine öğrenmesi mümkün olsa da hususiyet koşulunun temelinde insan faktörü ve insan müdahalesinin öncül olmaya devam ettiği anlaşılmaktadır⁷⁴. Yani yapay zekâ sistemleri, insan faktörü olmadan bir eser meydana getirememektedir. Bu nedenle bu hukuk sistemleri tarafından fikri eserlere ilişkin eser hakları ve korunmanın temelini bir gerçek kişi tarafından ortaya konulan fikri çaba⁷⁵ oluşturmaktadır.

WIPO Sekreterliği tarafından hazırlanan, fikri mülkiyet politikası ve yapay zekâya ilişkin 21 Mayıs 2020 tarihli yenilenmiş beyana göre; insan müdahalesini içermeyen ve bu nedenle işlem sırasında davranışını değiştirmeye açık olan "yapay zekâ tarafından üretilen ürün" ayrımı yapmak uygun olacaktır⁷⁶.

⁷¹ ÇAKIR, s. 18-42.

⁷² ÇAKIR, s. 18-42.

⁷³ 16-ZA2021/03242 numaralı patent başvurusunun kabulüne ilişkin ilgili ilan için bkz. https://iponline.cipc.co.za/Publications/PublishedJournals/E_Journal_July%202021%20Part%202.pdf (E.T. 04.04.2024)

⁷⁴ MAMAN, s. 60.

⁷⁵ TEKİNALP, s. 105.

⁷⁶ YÜKSEL, s. 42.

Avrupa Birliği ile ilgili olarak, Avrupa Parlamentosu tarafından Şubat 2017'de kabul edilen Delvaux raporu, yapay zekâ tarafından oluşturulan çalışmalara nevi şahsına münhasır fikri mülkiyet koruması verilmesini ve "bilgisayarlar veya robotlar tarafından oluşturulan telif hakkıyla korunan eserler için geçerli olan kendi entelektüel yaratım kriterlerinin" dikkate alınmasını önermiştir⁷⁷.

Yapay zekâ ürünlerinin eser niteliği tartışmaları devam etmekte ve çeşitlenmektedir. Zira kimi programlar şiir yazarken kimileri de beste yapabilmektedir. Yapay zekâ ürünleri için geçerli sayılabilecek bir şekil şartının olmadığını ifade etmek gerekir⁷⁸. Farklı ulusal mahkemelere de konu olan davalarda güncel mevzuata göre farklı kararlar da çıkabilmektedir.

Mevcut fikir ve sanat eserleri hukukuna göre yapay zekâ ürünlerinin hususiyet koşulu açısından tespiti yapay zekânın değişken yapısı nedeniyle karmaşık bir durum teşkil etmektedir. Yapay zekâ ürünlerinin hususiyet koşulunun farklı hukuk sistemleri göz önünde bulundurularak ayrıntılı olarak değerlendirilmesinde fayda görülmektedir.

1. Karşılaştırmalı Hukuk Kapsamında Yapay Zekâ Ürünlerinin Hususiyet Koşulu Bakımından Değerlendirilmesi

a. İngiliz Hukuku

İngiliz hukukunda hususiyet kavramı "*orijinallik*" deyimini ile ifade edilmektedir⁷⁹. İngiliz Telif Kanunu⁸⁰ m. 1/a'ya göre bir fikri ürünün eser olarak kabul edilebilmesi için orijinal olması gerekmektedir. İngiliz hukukuna göre hususiyet koşulu emek harcanarak oluşturulan ve az bir miktarda da olsa yaratıcılık taşıyan ürün eser sayılmaktadır⁸¹. Yaratıcı düşünce ve emek neticesinde orijinallik ortaya çıkmaktadır. Emek ile yeteneğin⁸² de etkisiyle sıradan ürünlerden ayırt edilebilir bir ürünün ortaya çıkması⁸³ gerekmektedir.

İngiliz hukuku yapay zekâ kaynaklı ürünler açısından orijinallik tespiti için bazı yenilikçi kurallar benimsemiştir⁸⁴. İngiliz Telif Kanunu m. 9/3'e göre bilgisayar kaynaklı fikri

⁷⁷ MEYDANCI, s. 25.

⁷⁸ ÇOBAN, s.199.

⁷⁹ MEYDANCI, s. 128.

⁸⁰ İngiliz Telif Kanunu, Copyright, Designs and Patents Act 1988 (CDPA).

⁸¹ MEYDANCI, s. 128.

⁸² DANIEL J., JUDGE, s. 395.

⁸³ HARIANI, HARIANI, s. 494.

⁸⁴ MEYDANCI, s. 128.

ürünler eser olarak kabul edilmektedir⁸⁵. Yapay zekâ tarafından ortaya konulan ürünler de bu kapsama dahildir. Bu kapsamda yapay zekâ ürünlerinin başka hiçbir şarta bağlı olmaksızın İngiliz hukukuna göre telif korumasından yararlandığını söylemek mümkündür. Eserin meydana gelmesi için gerekli ayarlamaları yapan kişi de eser sahibi olarak ifade edilmektedir⁸⁶.

Burada yapay zekânın ürünlerinin eser olarak kanun koyucu tarafından kabul edildiği, hak sahipliğinin ise verilen emek neticesinde gerçek kişiye tanındığı görülmektedir. Orijinallik tespitinin belirsiz⁸⁷ olduğu, insanın hangi aşamada yaratıcılık kattığının tespiti zorluk göstermektedir⁸⁸.

İngiliz Telif Kanunu m. 178'e göre ise bilgisayar müdahalesinin herhangi bir kişinin eser sahipliğini üstlenmesine imkân veremeyecek seviyede yoğun olduğu eserlere bilgisayar tarafından meydana getirilen eser olarak düzenleme getirilmiştir⁸⁹. Bu düzenleme farklı bir bakış açısı geliştirmemizi sağlamaktadır. Nitekim insan müdahalesi olmasa da bilgisayarın meydana getirdiği ürün orijinal kabul edilerek eser sayılmaktadır. Bu durum yapay zekâ ürünlerinin İngiliz kurallarına göre orijinallik taşıdıklarını ve eser olarak kabul edildiklerini, kendilerine özgü bir koruma sağlandığını ortaya koymaktadır⁹⁰.

Dr. Stephen Thaler, Dabus'un⁹¹ ürettiği ürünler ile ilgili olarak; "Yaratıcılık makinesi Dabus'un mülkiyetine aittir." ifadesiyle Birleşik Krallık Fikri Mülkiyet Ofisine başvurmuş ve verilen kararda⁹²; DABUS'un yasaların gerektirdiği bir kişiyi tanımlamadığını ifade etmiştir⁹³. Kararda insan olmayan mucit, kanun kapsamında bir mucit olarak kabul edilebilir mi? Buluşun

⁸⁵ Copyright, Designs and Patents Act 1988 (CDPA) S. 9 (3) "In the case of a literary, dramatic, musical or artistic work which is computer-generated, the author shall be taken to be the person by whom the arrangements necessary for the creation of the work are undertaken."

⁸⁶ Çalışma teorisine göre eser sahipliği sıfatı belirlenmektedir.

⁸⁷ KRETSCHMER, s. 322.

⁸⁸ MEYDANCI, s. 129.

⁸⁹ Copyright, Designs and Patents Act 1988 (CDPA) sec. 178 "“computer-generated”, in relation to a work, means that the work is generated by computer in circumstances such that there is no human author of the work”.

⁹⁰ Bkz. Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü, WIPO Conversation on Intellectual Property (IP) and Artificial Intelligence (AI) Second Session, 21.05.2020, s. 8, (https://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/wipo_ip_ai_2_ge_20/wipo_ip_ai_2_ge_20_1_rev.pdf, (E.T. 14.02.2023); GÖZÜBÜYÜK, s. 68.

⁹¹ DABUS, buluş meydana getiren yapay zekâ sistemlerindedir. https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2019/06/article_0002.html (ET. 03.12.2023)

⁹² Birleşik Krallık Mülkiyet Ofisi Kararı, BL O/741/19, 4/12/2019, <https://www.ipo.gov.uk/p-challenge-decision-results/o74119.pdf>, (E.T. 03.12.2023)

⁹³ MEYDANCI, s. 189.

mucidine veya asıl geliştiricisine ait olan patentin verilmesi hakkı Dabus adına başvuran Thaler'e nasıl verilmiştir? Thaler DABUS'un sahibi midir? sorularının cevaplarını aramıştır⁹⁴.

DABUS'un başvurularında belirtilen buluşları yarattığını kabul etmiştir⁹⁵. Bununla birlikte bir makinenin mucit olarak kabul edilmesi durumunda hiç kimsenin gerçek mucit olarak kabul edilemeyeceğine dikkat çekilmiştir⁹⁶. Ayrıca kanun yapılırken gerçek kişiler dışındaki mucitlerin düşünülmediği belirtilmiştir. Bu nedenle mucit ifadesinden bir yapay zekâ makinesinin değil insanın anlaşılması gerektiği vurgulanmıştır. Tüzel kişilerin mucit olamayacaklarına dair yerleşik yasa ve uygulamaların olduğu, Thaler'in de DABUS'un bir insan olmadığını ve bu nedenle de Kanun gereğince kişi olarak kabul edilemeyeceğini kabul ettiği açıklanmıştır⁹⁷.

Ofis sonuç olarak DABUS'un Kanun'da öngörüldüğü gibi bir kişi olmadığını belirterek red kararı verdiği, Tasarımlar ve Ticari Markalar Genel Denetçisi, Thaler v Patentler, EWHC 2412 (Pat), 21/9/2020 tarihli kararında⁹⁸ özetle bir patent başvurusunun bir mucit, kişi tarafından yapılması gerektiğini, DABUS'un bir kişi yada bir mucit olmadığı için başvuru yapamayacağını belirtilerek Birleşik Krallık Fikri Mülkiyet Ofisinin önceki kararını onadığı, devamında İngiltere ve Galler Temyiz Mahkemesi (Yüksek Adalet Mahkemesi), Stephen Thaler -Patent Ticari Markaları ve Tasarımları Genel Denetçisi, 2021, EWCA Civ 1374, Vaka No: A3/2020/1851, dosya ile ilgili verdiği kararında⁹⁹ Thaler'in Kanun'da belirtilen şartların hiçbirine uymamış olması nedeniyle başvuruların geri çekilmiş sayılmasına karar verilmesinin doğru olduğuna karar verdiği görülmektedir¹⁰⁰

⁹⁴ MEYDANCI, s. 189.

⁹⁵ Thaler v Comptroller General of Patents Trade Marks and Designs [2021] EWCA Civ 1374, 13 (www.supremecourt.uk) (E.T. 7.12.2023).

⁹⁶ ÇINAR, s. 393; MEYDANCI, s. 191.

⁹⁷ Thaler v Comptroller General of Patents Trade Marks and Designs [2021] EWCA Civ 1374, 13 (www.supremecourt.uk) (E.T. 7.12.2023).

⁹⁸ Tasarımlar ve Ticari Markalar Genel Denetçisi, Thaler v Patentler, EWHC 2412 (Pat), 21/9/2020: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Patents/2020/2412.html>, (E.T. 3.12.2023).

⁹⁹ İngiltere ve Galler Temyiz Mahkemesi (Yüksek Adalet Mahkemesi), Stephen Thaler -Patent Ticari Markaları ve Tasarımları Genel Denetçisi, 2021, EWCA Civ 1374, Vaka No: A3/2020/1851: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2021/1374.html>, (E.T. 3.12.2023).

¹⁰⁰ Tasarımlar ve Ticari Markalar Genel Denetçisi, Thaler v Patentler, EWHC 2412 (Pat), 21/9/2020: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Patents/2020/2412.html>, (E.T. 3.12.2023).

b. Amerikan Hukuku

Amerikan hukukunda da hususiyet kavramına karşılık orijinallik kavramı kabul edilmiştir¹⁰¹. *Feist* davasında¹⁰² verilen karar kapsamında asgari yaratıcılık olması orijinallik şartı bakımından yeterli görülmektedir. Az da olsa orijinallik taşıyan ürünlerin koruma gördüğü anlaşılmaktadır. Diğer taraftan yeni bir nitelik taşıması gereken eserin tamamen yeni bir eser olması şartı aranmamaktadır¹⁰³. Netice itibariyle sınırlı derecede de olsa yaratıcılık ve yenilik içeren ürünler eser olarak kabul edilmektedir¹⁰⁴.

Orijinallik önce sanatçının zihninde ortaya çıkmaktadır ancak zihinsel süreçler koruma görmemektedir¹⁰⁵. *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony* kararına göre, mekanik süreçler sonucunda meydana getirilen bir ürün, sahibinin entelektüel düşünce biçimini ifade ediyorsa eser olarak kabul edilmelidir¹⁰⁶.

Amerikan hukukunda orijinallik sadece gerçek kişiye atfedilmektedir¹⁰⁷. Bu nedenle yapay zekâ tarafından ortaya konulan ürünler orijinal olarak görülmemekte ve eser olarak kabul edilmemektedir¹⁰⁸. Ayrıca Patent hukuku kapsamında da başvurular yapılmış, orjinallik değerlendirmesi yapan Amerika Birleşik Devletleri Patent ve Ticari Marka Ofisi 16/524,350 No'lu başvuruya ilişkin 27/4/2020 tarihli kararında¹⁰⁹; "*buluş sahibi*" terimini "*buluş konusunu icat eden veya keşfeden kişi veya ortak bir buluş ise ortaklaşa kişiler*" olarak açıklamıştır. *Dr. Thaler*, İngiltere dışında, ABD'de benzer bir patent başvurusunda bulunmuştur. Başvuruda *DABUS* tek buluş sahibi olarak belirtilmiştir¹¹⁰. Ancak İngiltere'de verilen karara benzer şekilde, bu karar da icat sahibinin gerçek kişi olması gerektiği yönündeki görüşünü tekrarlayarak bu iddianın da geçerli olmadığını belirtmiştir¹¹¹.

¹⁰¹ GÖZÜBÜYÜK, s. 68; MEYDANCI, s. 130; MAMAN, s. 67.

¹⁰² *Feist Publ'ns, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co.*, 499 U.S. 340, 346 (1991) (supreme.justia.com) (E.T. 14.12.2023).

¹⁰³ *Feist Publ'ns, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co.*, 499 U.S. 340, 346 (1991) (supreme.justia.com) (E.T. 14.12.2023).

¹⁰⁴ GÖZÜBÜYÜK, s. 68; MEYDANCI, s. 130; MAMAN, s. 67.

¹⁰⁵ MEYDANCI, s. 130.

¹⁰⁶ *Burrow-Giles Lithographic Company v. Sarony*, 111 U.S. 53 (1884): (supreme.justia.com), (E.T. 13.1.2024).

¹⁰⁷ GÖZÜBÜYÜK, s. 68; MEYDANCI, s. 130; MAMAN, s. 62.

¹⁰⁸ ABD gibi Kanada'da yapay zekâ ürünlerinin eser olmadığı görüşüne katılmaktadır. Bu kapsamda yapay zekâ ürünlerinin eser olarak kabul edilmemesi gerektiği sonucuna ulaşılarak, kanunda yapılacak değişikliklerle yapay zekâ ürünlerini eser kapsamından çıkarma önerisi yapılmıştır. MAMAN, s. 67.

¹⁰⁹ https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/16524350_22apr2020.pdf, (E.T. 03.12.2023).

¹¹⁰ MEYDANCI, s. 193.

¹¹¹ *Thaler v. Vidal*, No. 2021-2347 (Fed. Cir. 2022), 10 (uscourts.gov) (E.T. 03.12.2023).

c. Çin Hukuku

Çin Telif Kanuna göre gerçek kişilerden başka tüzel kişiler de eser sahibi olabilmektedir¹¹². Çin mahkemeleri yapay zekâ tarafından üretilen ürünleri eser olarak görmekte ve eser sahipliğinde, yapay zekâ yatırımcısına mali haklardan yararlanma hakkı vermektedir¹¹³.

"Balonların Peşinde Yaramaz Çocuk" Telif Hakkı Davası¹¹⁴ (İkinci Derece Kararı) olarak da bilinen davada mahkeme bir insan tarafından hava balonuna bağlanan ve dünyanın videosunu otomatik olarak çeken kameranın çektiği görüntülerin kayıt işlemi sırasında kameranın insan kontrolü dışında olmasına rağmen; video kayıt modu, video görüntüleme formatı, hassasiyet ve videonun diğer parametreleri ile ilgili ayarlamaların yapılması aşamasında bir insan müdahalesinin mevcut olduğuna karar vermiştir. Netice itibariyle parametrelerin önceden ayarlandığını, bu sebeple kameranın çektiği videolardan -otomatik modda çekilmiş olsa bile- elde edilen fotoğrafların eser niteliğini taşıdığını, bu resimlerin başkaları tarafından izinsiz kullanılmasının ise fotoğraf eserinin telif hakkının ihlali anlamına geldiğini ifade etmiştir.

Çin'in Shenzhen Nashan Halk Mahkemesi ise verdiği bir kararda¹¹⁵, algoritmik bir program tarafından oluşturulan çalışmanın telif hakkı korumasına uygun olduğuna karar vermiştir. Tencent şirketi, reklamcılık alanında faaliyet gösteren bir şirket olup, web sitesinde bir dizi veri ve algoritmalara dayalı akıllı yazma destek sistemleri tarafından yazılan, "Tencent Robot Dreamwater" isminde bir mali rapor yayınlamıştır. Daha sonra Shanghai Yingxun Technology şirketinin bu makaleyi izinsiz çoğalttığından bahisle davacı olmuş, yapay zekâ tarafından üretilen bir eserin telif hakkına sahip olup olamayacağı tartışmasının yapıldığı mahkemede algoritmik bir program kullanılarak oluşturulan bir eserin biçimsel özelliklere sahip olduğunu, düzgün ve açıkça ifade edildiğini, belirli bir orijinallik içerdiğini belirtmiş, makalenin yapım aşamasında kişisel seçimlerin, becerilerin ve yargı tercihlerinin yaratıcı ekip

¹¹² Beijing Internet Court Civil Judgment (2018) Jing 0491 MinChu No. 239 (Feilin) Karar metni için bkz: [https://www.chinadaily.com.cn/specials/BeijingInternetCourtCivilJudgment\(2018\)Jing0491MinChuNo.239.pdf](https://www.chinadaily.com.cn/specials/BeijingInternetCourtCivilJudgment(2018)Jing0491MinChuNo.239.pdf), (E.T. 14.1.2024).

¹¹³ MAMAN, s. 64.

¹¹⁴ Pekin Fikri Mülkiyet Mahkemesi (2017) Jing 73 Min Zhong No. 797 Hukuk Kararı. 2 Nisan 2020, http://www.iprdaily.cn/article_24815.html, (E.T. 3.12.2023); MAMAN, s. 64-66.

¹¹⁵ <https://www.dreyfus.fr/2021/12/13/oeuvre-creee-par-une-intelligence-artificielle-une-protection-par-le-droit-dauteur-est-elle-envisageable/>, (E.T. 9.12.2023).

tarafından yapıldığını değerlendirmiştir. Bu sebeplerle makalenin telif hakkının korunmasına yönelik karar vermiştir.

Tencent ve Shanghai Yingxun Technology arasındaki anlaşmazlık bu alanda verilen ilk karar olma özelliğine sahiptir. Mahkeme özgün olduğuna karar verilen yazının anlatım biçimine, içeriğine ve yapısına dikkat çekmiş, oluşturulma sürecini incelemiş ve yaratıcı sürecin yazılı eserlerin sıradan yaratıcı sürecinden farklı olduğunu tespit etmiş, yapay zekânın bireysel seçimlerini, yargılarını ve gerekli becerilerini gösteren faktörlerin varlığını sağladığını kabul etmiştir. Bu karar, yapay zekâ tarafından üretilen eserlerin telif hakkı korumasının uluslararası alanda kabul görmesi bakımından destekleyici bir özelliğe sahiptir. Ancak, şimdiye kadar gelinen noktada yapay zekâ ürünlerinin telif hakkı koruması altında olmasını sağlayacak yasal bir düzenlemenin olduğu söylenemez.

d. Alman Hukuku

Alman hukukunda orijinallik ve hususiyet kavramlarını içeren ancak hususiyet kavramına daha yakın bir anlam taşıyan “individualität” ifadesi kullanılmaktadır¹¹⁶. Buna göre bir ürünün hususiyet bakımından kabul görmesi için tamamen yenilikçi olması gerekmez¹¹⁷. Sınırlı bir yenilik barındıran fikri ürünler eser olarak koruma görmektedir. Mevcudun temelleri üzerine yeni bir şey oluşturulması da yeterli olup aynı sonuca ulaşmak için farklı yolların kullanılması olarak görülmektedir¹¹⁸. Yaratıcı düşüncenin var olması gerektiği, çok emek verilse dahi hiç yaratıcılık taşımayan¹¹⁹, sanatsal süreci olmayan¹²⁰ bir ürün eser olarak kabul edilmemektedir.

Sanatsal bir üretim süreci sonucunda ortaya çıkan ürünler eser olduğu için yapay zekâ ürünleri bakımından da yapılması gereken değerlendirme bu noktada ortaya çıkmakta, sadece mekanik şekilde ortaya konulan ürünler eser olarak değer kazanmamaktadır¹²¹. Sanatsal süreç ise eseri ortaya koyan kişinin yaratıcı özelliğini ortaya koymasını ifade etmektedir. Eser ortaya çıktığında eser sahibinin müdahalesi var ise yapay zekâ kullanılmasının bir önemi yoktur.

¹¹⁶ MEYDANCI, s. 74.

¹¹⁷ MEYDANCI, s. 132.

¹¹⁸ DREIER, SCHULZE, s. 18.

¹¹⁹ WANDTKE, BULLINGER, s. 21.

¹²⁰ GRAFE, KAHL, s. 125.

¹²¹ RONSBERG, s. 245.

Bununla birlikte tamamen makinelerin meydana getirdiği ürünün hem eser niteliği hem de sanatsal süreci yani yaratıcı özelliği bulunmamaktadır¹²².

Bu bilgiler ışığında Alman hukukunda yapay zekâ aracılığıyla insan müdahalesi ile şekillenen ürünler eser olarak korunmaktadır. Tamamen yapay zekâ ürünleri ise eser kabul edilmemektedir.

e. Avrupa Birliği Hukuku

AB hukukunda yapay zekâ ürünlerinin fikri olarak korunması ile ilgili çalışma yapılmamıştır. Yapay zekânın sosyal ve ekonomik açıdan yasalaştırılması yoluna gidilmiştir¹²³. AB hukukunda telif, sanatçının hakları ile ilgili bir konu olup sanatçı eseri meydana getiren kişi olarak kabul edilmekte ve orijinallik sanatçının düşüncesini bir nesneye aktarması suretiyle ortaya çıkmaktadır. Orijinallik sanatçının eseri meydana getiren sanatçı olarak değerlendirilmekte ve hayvanlar dahil olacak şekilde insan harici varlıklar tarafından oluşturulan şeyler eser olarak kabul edilmemektedir¹²⁴. Orijinallik ile ilgili değerlendirmede yukarıda ifade edilen ABAD'ın *infopaq kararı*¹²⁵ değerlendirmesi geçerli olmakla birlikte yapay zekâ bakımından ürünün orijinalliğine vurgu yapılmıştır¹²⁶.

ABAD *Painer*¹²⁷ kararında ise bir portre fotoğrafının orijinalligi ile ilgili olarak ürün sahibinin kişiliğini yansıtmak, özgür ve yaratıcı tercihlerini yansıtmak şartıyla orijinal kabul edilmesine hükmetmiştir. ABAD düşük seviye de olsa yaratıcılık özelliğinin bulunmasını orijinallik bakımından yeterli görmektedir.

2. Türk Hukuku Kapsamında Yapay Zekâ Ürünlerinin Hususiyet Koşulu Bakımından Değerlendirilmesi

Yukarıda ifade edildiği üzere FSEK'e göre esere hususiyetini aktaran ve eseri meydana getiren kişi aynı kişidir ve eser sahibi olarak ifade edilmiştir¹²⁸. Sadece gerçek kişiler esere hususiyetlerini dercedebilirler. Her ne kadar kanun koyucu tarafından FSEK m. 1/B hükmünde yer alan “gerçek” ibaresi 3.3.2004 tarihli ve 5101 sayılı Kanunun m. 28 hükmü ile yürürlükten

¹²² MEYDANCI, s. 131-133.

¹²³ HUGENHOLTZ, QUINTAIS, s. 719.

¹²⁴ ROSATI, s. 976.

¹²⁵ Judgment of the Court (Fourth Chamber) of 16 July 2009, Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening Case, C-5/08 (curia.europa.eu) (E.T. 15.1.2024).

¹²⁶ MEYDANCI, s.75.

¹²⁷ Judgment of the Court (Third Chamber) of 1 December 2011, Eva-Maria Painer v Standard VerlagsGmbH and Others, C-145/10 (curia.europa.eu), (E.T. 13.1.2024).

¹²⁸ MEYDANCI, s.136.

kaldırılmış olsa da bu durum tüzel kişilerin ya da diğer varlıkların eser sahibi olarak kabul edileceği anlamına gelmemektedir. Nitekim Yargıtay'ın konuya ilişkin daha önce ifade edilen kararları da benzer niteliktedir¹²⁹. Yalnızca gerçek kişiler tarafından meydana getirilen ürünler eser sayılmaktadır.

Türk hukukunda İngiliz hukukunun aksine, ne kadar emek ve zaman harcanırsa harcanırsa bir üründe hususiyet yoksa eser olarak koruma göremez. Türk doktrininde hususiyetin tespitinde öznelliğe ağırlık veren görüşlerin Alman Hukuku'nun etkisinde kaldığını görebiliriz¹³⁰. Bir eserdeki hususiyetin yansıtılma şekli açısından Türk hukukundaki hususiyet yaklaşımının; Alman, AB ve Amerikan hukuku ile benzer olduğu görülmektedir¹³¹.

Doktrinde de yapay zekâ bakımından yapılan değerlendirmelerde; yapay zekâ üreticisi/kullanıcısının hususiyetini taşıyan ve yapay zekâ aracılığıyla yapılan ürünlerin eser olabileceği belirtilmektedir¹³². Aksi halde; yapay zekâ hususiyeti içeren ürünler FSEK kapsamında korunmamaktadır¹³³.

3. Değerlendirme ve Görüşümüz

Genel olarak bakıldığında farklı gelenek ve ülkelere ait olsa da hukuk sistemlerinin eser ile insan arasında hususiyet koşulunu teşkil edecek bir bağ, bir aitlik oluşturdukları anlaşılmaktadır. Oluşturulan sistemlerin sadece insana, insanın zihinsel ve sanatsal süreçlerine ve bunların fiziki dünyaya yansımaları olarak ortaya çıkan eserlerine özgü olduğu görülmektedir. İnsanlar sadece kendileri tarafından ortaya konulan eserlerin korunmasına yönelik kurallar koymuşlardır. Bu nedenle hayvanların, suyun, rüzgârın ya da yapay zekânın oluşturduğu ürünleri eser olarak kabul etmemişlerdir.

Yapay zekânın temelinde insan beyninin çalışma sisteminin taklit edilmesi yatmaktadır. Bunun neticesinde ise yapay zekânın ortaya koyduğu ürünler, mekanik süreçlerin ve sistemlerin oluşturduğu ürünlerdir. Derin öğrenme metodu ile ortaya çıkan ürünlerin ise bazı aşamalarının nasıl gerçekleştiği hala tespit edilememiştir. Tamamen mekanik bir işleyiş neticesinde ortaya çıkan ürünler söz konusudur. Sanatsal bir süreç ya da yaratıcı bir özelliğin yansımaları bulunmamaktadır.

¹²⁹ YHGK, 05.10.2012 E. 2014/107, K. 2016/957, (lexpera.com.tr) (ET. 20.12.2023).

¹³⁰ TEKİNALP, s. 104.

¹³¹ MEYDANCI, s.135-136; MAMAN, s. 48-51.

¹³² YILMAZTEKİN, s. 198; GÖZÜBÜYÜK, s. 64; GÜÇLÜTÜRK, s. 1899-1918.

¹³³ BALTA, s. 124.

Yapay zekânın hukuki statüsünün belirlenmesi veya kişilik tanınması, yapay zekânın da eser sahibi olmasını sağlamayacaktır. Zira bu gelişmeler yaşansa dahi yapay zekânın hususiyetini bir esere aktarması söz konusu olmayacaktır. Eser, insanın sadece bilişsel ya da zihinsel süreçlerinin yansımaları olmayıp, insanın amaçlarını, hatıralarını ya da duygularını da yansıttığı bir unsurdur. Yapay zekânın ise insanın sahip olduğu bu özelliklere sahip olmaması nedeniyle hususiyet koşulunun asla tamamlanamayacağı açıktır.

Diğer taraftan yapay zekâ ürünlerinin telif hukuku açısından çözümlenmesi gerekmektedir. Bunun için kanunlarda açık düzenlemeler yapılması gerektiği, İngiliz hukukundaki gibi bir düzenlemenin yapılması, en azından yarı otonom yapay zekâ ürünleri açısından eser ve eser sahipliği kavramlarının netleştirilerek, şimdilik sorunun çözülebileceği düşünülmektedir. Bilgisayar kaynaklı eserler, bir hususiyet değerlendirmesine tabi tutulmaksızın eser olarak kabul edilebilmektedir. Buna ek olarak; insanlar tarafından meydana getirilen eserler ile yapay zekâ tarafından meydana getirilen eserler ayrı ayrı koruma altına alınmalıdır. Yani yapay zekâyâ özgü bir hususiyet kuralı benimsenebilir. Ayrıca yapay zekâ ürünlerinin bir süre eser korumasından faydalandırılıp daha sonra topluma ait olarak kabul edilmesinin yolu açılabilir. Buradaki süre ise FSEK ve diğer düzenlemelerdeki gibi uzun yıllara nazaran çok daha kısa bir süre olarak belirlenmelidir.

Kanaatimizce, hususiyet koşuluna ilişkin hem öğreti hem de Yargıtay kararları nezdinde bir tanımlama yapılmış, yaratıcılığın yeterli olduğu ve sahibinden izler taşınması gerektiği noktasında fikir birliği ortaya çıkmıştır. Bu sebeple her eser türünde hususiyetin farklı noktalar ve özellikler göz önünde tutularak aranması gerektiği ve burada uzman bilirkişiler desteğiyle eser, eser sahipliği ile telif hakkı hususlarındaki hususiyetin yarattığı belirsizliğin çözülebileceği kanaatindeyim.

C. Yapay Zekânın Eser Sahipliği

Eser üzerindeki mali ve manevi haklar eser sahipliği ile ilişkilidir. Yapay zekânın sürekli gelişen ve değişen yapısı eser sahipliği tespit ve değerlendirmelerini tartışılır yapmaktadır. Farklı hukuk sistemlerinde sorunun çözümüne ilişkin yaklaşımları incelemek gerekir.

1. Karşılaştırmalı Hukuk Kapsamında Yapay Zekânın Eser Sahipliği

a. İngiliz Hukuku

İngiliz Telif Kanunu eseri meydana getiren kişinin eser sahibi olacağını ifade etmiştir. Diğer hukuk sistemleri ile benzer bir yaklaşım söz konusudur. Bununla birlikte yapay zekâ ürünlerinin eser sahipliği ile ilgili olarak ayrı bir değerlendirme yapılmıştır. Kanuna göre

bilgisayar tarafından meydana getirilen edebi eserler, tiyatro ürünleri ya da güzel sanat eserleri telif hukuku kapsamındadır ve korunmaktadır. Ürünün tamamen yapay zekâ tarafından meydana getirilse dahi koruma görmektedir ve eserin meydana getirilmesi için gerekli ayarlamaları yapan kişi eser sahibi olarak belirtilmiştir (CDPA, m. 9/3)¹³⁴.

Bu düzenlemeye göre kanun koyucunun hem yapay zekâyı hem de yapay zekâ ürünlerini eser olarak kabul ettiği, gerekli ayarlamaları yapan kişinin de eser sahibi olarak düzenlediği tartışmasız olarak ortaya konulmuştur. Eser sahibi ise sadece gerçek kişidir. Yapay zekânın ya da bilgisayar programının eser sahipliği söz konusu değildir.

Yukarıda ifade edildiği üzere Kanun'un 178. maddesi hiçbir insan müdahalesi olmasa dahi ortaya çıkan eserin koruma altında olduğunu düzenlemiştir. Esere yaratıcı katkı sağlamayan kişiler de eser sahibi olarak kabul edilebilmektedir¹³⁵. Zihinsel katkı sağlayan kişinin eser sahipliğinde önceliği bulunmaktadır. Diğer bir deyişle kişi hiçbir aktif rol alamasa da bazı iş ve işlemleri yapmak suretiyle eser sahibi olabilmektedir¹³⁶. Bilgisayar kaynaklı eserlerde eser sahipliği kavramının geniş değerlendirildiği anlaşılmaktadır¹³⁷.

Yapay zekâ ve bilgisayara kaynaklı eserler, kendilerine özgü bir hususiyet taşımakta ve kendilerine özgü bir koruma konusu oluşturdukları için eser sahipliğinin de bu ürünler bakımından kendine özgülenmesi gerekmektedir

b. Amerikan Hukuku

Eseri meydana getiren kişi eser sahibi olarak kabul edilmiştir¹³⁸. Ancak istisnai olarak *work made for hire* kuralı kapsamında, eseri meydana getirmek için kişi tutulması veya çalıştırılması söz konusu olabilmekte ve bunun için tutulan veya çalıştırılan kişi ile işveren

¹³⁴ MEYDANCI, s. 147.

¹³⁵ GUADAMUZ, s. 176.

¹³⁶ MEYDANCI, s. 148.

¹³⁷ MEYDANCI, s. 148.

¹³⁸ GÖZÜBÜYÜK, s. 68; MEYDANCI, s. 130; MAMAN, s. 62. Bir maymunun özçekiminin dava konusu olduğu Naruto & Staler Kararı burada önemli bir tartışmayı da gündeme taşımıştır. İngiliz fotoğrafçı David Slater, 2011 yılında Endonezya'daki Tangkoko doğal koruma alanında çalışırken, bir kara şebek olan Naruto'nun kamerasını çalarak kendi fotoğraflarını çektiğini fark etmiştir. Slater daha sonra "maymun selfie'si" adını verdiği bu fotoğrafın da yer aldığı bir kitap yayınlamıştır. Kitabın yayınlanması üzerine harekete geçen PETA (Hayvanlara Etik Muamele İçin Mücadele Edenler), Naruto'yu temsilen Slater'a dava açmış ve söz konusu fotoğrafın şebeğe ait olduğunu iddia etmiştir. San Francisco Federal Mahkemesi Ocak 2016'da Naruto'nun bir insan olmadığı için mahkemede taraf olamayacağını belirtmiştir. ABD Federal 2. Derece Mahkemesi, ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır. Federal Mahkeme, ABD Patent ve Marka Kurumu'nun; "Fotoğrafların Naruto tarafından çekildiği için Slater'a ait olmadığını ancak Naruto'nun da insan olmadığı için hak talep edemeyeceği..." görüşünü benimseyerek hususiyet ve eser sahipliği husularında hak talep edilemeyeceğinden söz konusu fotoğrafların telif haklarının saklanamayacağını açıklamıştır. Detay için bkz. PEHLİVANOĞLU, s. 1767-1768.

arasında sözleşme esaslarına göre eser sahipliği belirlenebilmektedir¹³⁹. Eser sahipliği işverenin ya da adam tutanın olmaktadır¹⁴⁰. Ayrıca sözleşmeye kural konularak FSEK'te olduğu gibi eseri oluşturan sanatçı eser sahibi olarak kabul edilebilirken ayrıca FSEK ile benzer olarak eserin birden fazla kişi tarafından meydana getirilebilmesi mümkün olabilmektedir¹⁴¹.

Teknolojinin ve özellikle yapay zekânın öncü ülkelerinden olması nedeniyle yapay zekâ ve yapay zekâ ile ilgili uyumsuzluklarda Amerikan yargı sisteminde diğer sistemlere nazaran daha çok dava bulunmaktadır. Buna bağlı olarak da yapay zekâ ile ilgili hukuki tartışmalar ve uygulamalar sıklıkla görülmektedir. Ancak Amerikan hukuk sisteminde yapay zekâ ile ilgili özel düzenlemeler bulunmamaktadır. Bu nedenle yapay zekâ ile ilgili uyumsuzluklar genel hükümler çerçevesinde ele alınmaktadır¹⁴².

USCO yapay zekâ ürünleri hakkında tavsiye niteliğinde bir rehber yayınlamıştır¹⁴³. Rehber yapay zekânın sanatsal eserler üretmeye başlaması nedeniyle oluşturulmuştur. Metin şeklinde veri girişi yapılan makinenin verileri işleyerek resim, ses gibi farklı ürünler ortaya çıkarması yaratıcı yapay zekânın sanatsal ürünlerinin sayısını arttırmıştır¹⁴⁴. USCO rehberinin amacı; yaratıcı yapay zekâ eserlerine ve eser sahipliğine ilişkin tartışmaların bir neticeye ulaşmasını sağlamaktır.

Amerikan hukukunda bir eserin telif korumasından yararlanabilmesi için daha önce açıklanan mahkeme kararlarında¹⁴⁵ olduğu gibi gerçek kişi tarafından meydana getirilmesi gerekmektedir¹⁴⁶. İnsanın zihinsel çabası ve entelektüel çabasının izlerini taşımayan ürünler eser olarak kabul edilmemektedir. Bu noktada eser sahibi ise esere orijinalliği katan ve onu ortaya çıkaran gerçek kişi olarak belirtilmiştir¹⁴⁷. USCO rehberi de paralel bir niteliktedir ve

¹³⁹ TEKİNALP, s. 144.

¹⁴⁰ MEYDANCI, s. 149.

¹⁴¹ MEYDANCI, s. 149.

¹⁴² MEYDANCI, s. 149.

¹⁴³ USCO, Copyright Registration Guidance: Works Containing Material Generated by Artificial Intelligence, 88 FR 16190 <https://www.federalregister.gov/documents/2023/03/16/2023-05321/copyright-registration-guidance-works-containing-material-generated-by-artificial-intelligence> (ET. 14.01.2024).

¹⁴⁴ MEYDANCI, s. 149.

¹⁴⁵ Trademark Cases, 100 U.S. 82 (1879) (<https://supreme.justia.com>), (ET. 24/12.2023).

¹⁴⁶ MEYDANCI, s. 149.

¹⁴⁷ Burrow-Giles Lithographic Company v. Sarony, 111 U.S. 53 (1884) (<https://supreme.justia.com>), (ET. 24.12.2023). Söz konusu karar 1884 yılında çekim sonucu ortaya çıkan fotoğrafın eser olarak korunup korunamayacağına yönelik olmakla birlikte günümüzde yapay zekâ kaynaklı ürünlere bağlı olarak meydana gelen uyumsuzluklar için yol gösterici olarak kullanılmaktadır.

hiçbir insan müdahalesi içermeyen yapay zekâ ürünlerinin eser olarak kabul edilemeyeceğini ifade etmektedir.

İnsan müdahalesinin olduğu ürünler bakımından yaratıcı insan katkısı aranmakta, veri girişi yapılan yaratıcı yapay zekânın ortaya çıkardığı ürünlere de bu şekilde yaklaşılmalıdır¹⁴⁸. Bu kapsamda günümüzde de çokça kullanılmaya başlanan Chatgpt, Dall-E2 gibi yaratıcı yapay zekânın ürünleri olan eserler, gerçek kişilerin hususiyetini taşıdıkları sürece eser olarak kabul edileceğinden, gerçek kişi katkısı olsa dahi eserde yaratıcı özellik yani yenilik bulunmalıdır¹⁴⁹. Amerikan hukukunun yapay zekâ ürünlerini eser olarak kabul etmediği anlaşılmaktadır¹⁵⁰. Telif hukuku kapsamında da koruma görmemektedirler¹⁵¹. Eser olarak kabul görmedikleri için eser sahipliği de söz konusu olmamakta ve eserler sahipsiz kabul edilmektedir¹⁵². Yaratıcı yapay zekâda eser sahibi olarak görülmemektedir¹⁵³. Yapay zekâ tarafından oluşturulan ürünler ise toplumun kullanımına açık durumdadır¹⁵⁴.

c. Çin Hukuku

Çin hukuku açısından yapay zekâ ürünlerinin eser sahipliği hususunun değerlendirilmesinde yukarıda bahsettiğimiz¹⁵⁵ yine 2019 yılında Çin Pekin internet Mahkemesi'nin vermiş olduğu Feilin v. Baidu (Feilin) kararı ile Çin Bölge Mahkemesi'nin Shenzhen Tencent v. Shanghai Yingxun (Tencent) kararı yol gösterici olmaktadır. Bu her iki kararda da mahkeme yapay zekâ ile üretilen ürünlerin eser olarak kabul edilebilmesinin yolunu açtığı gibi eser sahipliği hususunda orijinalliğin gerçek veya tüzel kişi tarafından sağlanabileceğini de kabul etmiştir. Amerikan telif hukukunda da tüzel kişiye sağlanan eser sahipliği¹⁵⁶, Çin hukukunda da görülmektedir. Pekin İnternet Mahkemesi, Feilin davasında yazılım kullanıcısı olan tüzel kişiye eser sahipliği verirken, Shenzhen Nanshan Bölge Halk

¹⁴⁸ ABD gibi Kanada'da da telif hukuku kapsamında yapay zekâ tarafından üretilen ürünlerin eser niteliğinin kabul edilmemesi yönünde bir bakış açısı oluşturduğundan, orijinallik şartına bağlılık hususunda eser sahipliğinde, yaratıcılığın öznel olarak ortaya çıkması gerektiği vurgulanmıştır. Bu sebeple; yaratıcılığı ortaya koyanın eser sahibi olabileceği genel kabul edilen görüştür-USCO, *Copyright Registration Guidance: Works Containing Material Generated by Artificial Intelligence*, 88 FR 16190, <https://www.federalregister.gov/d/2023-05321> (E.T. 24.12.2023).

¹⁴⁹ MEYDANCI, s. 151.

¹⁵⁰ MEYDANCI, s. 151.

¹⁵¹ MEYDANCI, s. 151.

¹⁵² MEYDANCI, s. 151.

¹⁵³ USCO, *Copyright Registration Guidance: Works Containing Material Generated by Artificial Intelligence*, 88 FR 16190, <https://www.federalregister.gov/d/2023-05321> (E.T. 24.12.2023).

¹⁵⁴ MEYDANCI, s. 152.

¹⁵⁵ Dn. 93-94.

¹⁵⁶ “*Work made for hire*” kuralının uygulanması durumunda Amerika'da tüzel kişiler eser sahibi olabilir. Bkz. MEYDANCI, s. 149.

Mahkemesi yazılımın lisans ile telif hakkına sahip olan tüzel kişi davacıyı eser sahibi olarak belirlemiştir. Bu iki karar arasındaki temel ayrım, Feilin davasında nesnel bir yaklaşımla orijinallik, bağımsız bir gereklilik olarak görülmekte iken, Tencent davasında öznel bir model belirlenip insan yaratımının orijinalliğın bir parçası olduğuna vurgu yapılmıştır. Feilin kararının nesnel bir orijinallikten bahsetmesi kanaatimizce yapay zekâ ürünlerinin eser niteliğine haiz olması ve korunabilmesi açısından daha olumlu bir değerlendirme olacaktır.

d. Alman Hukuku

Alman hukukunda kişinin entelektüel düşüncelerinin sonucunda meydana gelen ürünler eser olarak kabul edilmekte ve koruma altına alınmaktadır¹⁵⁷. Eser sahibi ise eseri meydana getiren kişi olarak kabul edilmiştir¹⁵⁸. Eserin meydana getirilme süreci Alman hukukunda daha önemlidir. Eseri ortaya çıkaran kişi de eserin sahibi olarak esere bağlı tüm hakları kullanabilmektedir.

Entelektüel katkı sadece insanların yapabildiği bir şeydir. Bu nedenle tüzelkişiler, şirketler ya da işverenler eserin sahibi olarak kabul edilemezler¹⁵⁹. Bir kişi bir eser sözleşmesi ile ortaya bir metin çıkarsa bile eser sahibi metnin bizzat yazarı olan kişidir. İsmi eserde yazıp yazmamasının bir önemi yoktur¹⁶⁰.

Hem eser hem de eser sahipliği konusunda yapay zekâ açısından özel bir düzenleme bulunmayan Alman hukukunda yapay zekâyâ dair sorunlar genel hükümler çerçevesinde ele alınmaktadır¹⁶¹.

İnsan müdahalesi olmayan, insanın zihinsel yansımını, entelektüel katkısını içermeyen ürünler eser olarak kabul edilmemektedir¹⁶². Tamamen yaratıcı yapay zekânın oluşturduğu ürünler eser olarak değerlendirilmemektedir. Yapay zekâ sanatsallık içermeyen mekanik ve algoritmik bir süreçten ibarettir¹⁶³.

Son gelinen noktada Midjourney gibi yaratıcı yapay zekâ sistemlerinin girdi olarak aldıkları verilerle estetik nitelikte ses, resim, yazı gibi ürünler oluştursalar da Berlin Yüksek

¹⁵⁷ MEYDANCI, s. 152; MAMAN, 53.

¹⁵⁸ DREIER, SCHULZE, s. 5; MEYDANCI, s. 152; MAMAN, 53.

¹⁵⁹ “*Work for hire*” anlayışı Alman hukukunda yer almamaktadır.

¹⁶⁰ DREIER, SCHULZE, s. 5.

¹⁶¹ LAUBER-RÖNSBERG, s.244.

¹⁶² LAUBER-RÖNSBERG, s.244; DORNIS, s.1251.

¹⁶³ MEYDANCI, s. 153.

Mahkemesi'ne göre yaratıcı yapay zekâ sistemler insan düşüncesini esere yansıtabilecek özelliklere sahip değildir¹⁶⁴.

Süreci insan zihninin ürünü olan yapay zekâ tarafından yapılan ürünler ise koruma altına alınabilmektedir¹⁶⁵. Ürünü yapan her ne kadar yaratıcı yapay zekâda olsa, zihinsel süreç insana aittir. Bunun içinse insanın ürünün ortaya çıkış sürecine hem zihinsel hem de sanatsal dünyasını yansıtmayı gerekir. Yani eser tesadüflerle, yaratıcı yapay zekânın yaptığı ancak nasıl yaptığı tespit edilemeyen işlemler ile oluşmamalıdır¹⁶⁶. Bu insanın entelektüel katkısını esere ulaştırabilmesinin yoludur.

Netice itibariyle Alman hukukunda da yalnızca gerçek kişi eser sahibi olarak kabul edilmektedir¹⁶⁷. Yapay zekânın eser sahibi olması söz konusu değildir. Yaratıcı yapay zekânın insan müdahalesi ile, insanın sanatsal ve zihinsel sürecinin katkısıyla ortaya koyduğu ürün eser olabilmektedir. Eser sahibi ise yine gerçek kişidir.

e. Avrupa Birliği Hukuku

Bern Sözleşmesi eser sahibi kavramı ile ilgili açıklamayı akit devletlere bırakmıştır. Bununla birlikte genel kapsamı ve tarihi özelliği dikkate alındığında eser sahibi kavramını gerçek kişi yani insan olarak kabul etmiştir¹⁶⁸. Sözleşmenin 7/1. maddesinde eseri koruma süresini; eser sahibinin ömrü süresince ve ölümünden sonra da elli yıl devam edecek şekilde düzenlemesi eser sahibi olarak gerçek kişileri yani insanı kabul ettiğini göstermektedir. Bununla birlikte ürüne entelektüel katkı veren kişinin eserin sahibi olduğu, entelektüel katkı denilen şeyin ise sadece insandan geldiği kabul edilmektedir. Bu kapsamda gerçek kişinin eserin varlığı için zorunlu olduğunu söylemek mümkündür. Gerçek kişi dışındaki şirket ya da diğer tüzel kişiler, işveren ve adam çalıştıran konumunda bulunsalar da eser sahibi olarak kabul edilmemektedir¹⁶⁹.

¹⁶⁴ KG, Urt. v. 16.1.2020 – 2 U 12/16.Kart, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 122/3 (2020), 280, MEYDANCI, s. 153.

¹⁶⁵ GOTTING, LAUBER-RONSBERG, RAUER, s. 8.

¹⁶⁶ GOTTING, LAUBER-RONSBERG, RAUER, s. 8.

¹⁶⁷ LAUBER-RÖNSBERG, s. 244.

¹⁶⁸ MEYDANCI, s. 154.

¹⁶⁹ HUGENHOLTZ, QUINTAIS, s. 1195.

Yapay zekâ için de bu durum geçerli olup yapay zekânın ortaya koyduğu ürünler insanın entelektüel katkısını içermedikleri için eser olarak kabul edilmemektedir¹⁷⁰. Bu nedenle yapay zekânın eser sahipliği de söz konusu olmamaktadır.

Sahibinin gerçek kişiliğini yansıtan yapay zekâ ürünleri ise koruma görebilmektedir. Bu durumda dahi eser sahibi gerçek kişi olarak kabul edilmektedir. Yapay zekâ tarafından gerçek kişinin entelektüel katkısını taşıyacak şekilde ortaya konulan ürünlerin ise eser sahibinin nasıl belirleneceği belirsizdir¹⁷¹.

Avrupa hukuku yapay zekâ çalışmalarına özen gösteren ve sürekli olarak tartışan bir yapıdır. Bu sebeple hazırlanan bir raporda; kodlama, yazılım ve donanımda dengeli hareket edilmesi gerektiği ile inovasyonun korunması hususu düzenlenmeye çalışılmıştır¹⁷². Bununla birlikte diğer hukuk sistemleri gibi yapay zekâ ve ürünleri hakkında düzenleme yapma konusunda geriden gelmektedir. Zira teknoloji ve özellikle yapay zekâ günden güne katlanarak büyüyen bir hızda ilerlemektedir. Ancak AB'nin bu gelişmeler karşısında mevzuat ve incelemelerini hızlandırması beklenirken, hala “aceleci olmama” bakış açısını devam ettirdiği görülmektedir.

2. Türk Hukuku Bakımından Değerlendirme

Eser sahibi olarak ifade edilen kavram; FSEK m. 1-b fıkrasında “*eseri meydana getiren kişi*”¹⁷³ olarak geçmektedir. FSEK m. 8'de ise bir eserin sahibinin onu meydana getiren olduğu ifade edilmiş, bir işlenmenin ve derlemenin sahibinin; asıl eser sahibinin hakları mahfuz kalmak şartıyla işleyenin olduğu belirtilmiştir. FSEK m. 9'da birden fazla kişi tarafından birlikte oluşturulan eserin, kısımlara ayrılabilmesi durumunda her birinin oluşturduğu kısmın sahibi sayıldığını, FSEK m. 10'da ise birden fazla kişinin iştirakiyle oluşturulan eserin ayrılmaz bir bütün teşkil etmesi durumunda, eserin sahibinin eseri meydana getirenlerin birliği olduğunu ifade edilmiştir¹⁷⁴. Bu açıklamalara göre eser sahipliği tek kişinin eser sahipliği, birden fazla kişinin eser sahipliği ve işleme eser sahipliği olarak incelenebilir¹⁷⁵.

¹⁷⁰ HUGENHOLTZ, QUINTAIS, s. 1201.

¹⁷¹ MEYDANCI, s. 154.

¹⁷² EU, *Report with Recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics*, 27.01.2017, 2015/2103(INL), https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_EN.html (E.T. 28.01.2023).

¹⁷³ ‘gerçek’ ibaresi, 03.03.2004 tarihli ve 5101 sayılı Kanunu m. 28 ile çıkarılmıştır.

¹⁷⁴ EREL, s. 94

¹⁷⁵ YILMAZTEKİN, s. 288.

Eseri meydana getiren kişi; eser sahibi olarak karşımıza çıkmaktadır. Eser sahipliği eserin meydana getirilmesi ile kendiliğinden oluşmaktadır. Hukuk sistemimizde eser sahipliği bakımından bir işlem yapılması ya da bir sicile kaydettirilmesi söz konusu değildir. Yargıtay bu hususa bir kararında¹⁷⁶ hakkın doğumu için tescil gerekmediğini, tüzel kişilerin ise eser sahibi olamayacakları için manevi haklardan faydalanamayacaklarını¹⁷⁷ ifade etmiştir.

FSEK eser sahibine hem maddi hem de manevi açıdan telif hakkı kapsamında haklar sağlamıştır¹⁷⁸. Pek çok hukuk sisteminde ve uluslararası sözleşmelerde de bu yönde eser sahibine tanınan haklar söz konusudur. Maddi haklar ile manevi haklar birbirinden bağımsız olarak kullanılabilir. Bu haklar eser sahibinin telif hakkının korunması noktasında birbirlerini tamamlayıcı özelliğe sahiptirler. Genellikle birisi etkilendiğinde diğeri de etkilenmiş olmaktadır.

FSEK'e göre eser, meydana getirmemiş olsalar da gerçek kişiler tarafından meydana getirilen eserler üzerinde mali hakları kullanma yetkisi olan kişileri ifade edilmektedir¹⁷⁹. Mali hakları kullanma yetkileri vardır ancak eser sahibi değildirler. Tüzel kişiler, yapımcılar ve yayıncılar bu kapsamdadır.

Türk hukukunda hususiyet koşulu esere yalnızca gerçek kişiler tarafından aktarılabilir. Yukarıda ifade edilen bilgiler kapsamında da tüzel kişilerin ya da şirketlerin hususiyet koşulunu esere aktarmaları ve eser sahibi olması söz konusu değildir. Eser sahipliği açısından Türk hukukunun AB ve Alman hukuklarıyla benzer olduğu görülmektedir¹⁸⁰.

Yapay zekâ bakımından ise; tamamen yaratıcı yapay zekâ tarafından insan müdahalesi olmaksızın ortaya konulan ürünlerde eser ve eser sahipliği söz konusu olmamaktadır. FSEK sadece gerçek kişilerin eser sahibi olarak kabul edilebileceği şekilde düzenlenmiştir. Diğer bir

¹⁷⁶ Y. 11. HD, E. 2007/5265, K. 2007/9282: <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/11-hukuk-dairesi-e-2007-5265-k-2007-9282-t-18-06-2007>, (E.T. 3/12/2023), "...hukukumuzda , patent marka ve tasarımda farklı olarak fikir ve sanat eserleri bakımından tescil ilkesi kabul edilmemiştir. Eserin meydana getirilmesi maddi bir fiildir. Eserin meydana getirilmesiyle birlikte hak da kendiliğinden doğar. Hakkın doğumu için kamuya sunmak veya tescil gibi herhangi bir eylem veya işleme gerek yoktur. (md.20/1) Eser sahipliği her türlü delille ispatlanabilir...".

¹⁷⁷ Y. 11. HD, T. 27/4/2015, E. 2014/18533, K. 2015/5899: <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/11-hukuk-dairesi-e-2014-18533-k-2015-5899-t-27-4-2015>, 3/12/2023 "...şirketin eser üzerinde mali hak sahibi olarak davacı olduğunu ve manevi hak talep edildiğini, 5846 sayılı FSEK'nun 70/1. maddesi uyarınca manevi hak tazminatı talep edilebilmesi için, talepte bulunan kişinin eser sahibi olması gerektiğini, tüzel kişilerin ise eser sahibi olamayacaklarından manevi hak tazminatı talep etme haklarının da bulunmadığını hükme bağlamıştır".

¹⁷⁸ MAMAN, s. 69.

¹⁷⁹ MAMAN, s. 69.

¹⁸⁰ MEYDANCI, s. 156.

açından ise ürün ortaya koyan yapay zekânın eser sahibi olarak programcısının, eser sahibinin eser sahibi olabileceği¹⁸¹ de değerlendirilmektedir¹⁸².

Kanaatimizce FSEK'e göre ortak ve iştirak halinde gerçek kişiler bakımından eser sahipliği söz konusu olsa da yapay zekâ hakkında bu hükümlerin uygulanması olanaksızdır. Girdi şeklinde verilen verileri kullanıp bir resim çizen yaratıcı yapay zekâ iştirak halinde eser ortaya koyma kapsamında değerlendirilmemektedir. Yapay zekânın gerçek kişi sıfatı olmaması nedeniyle insanla yapay zekâ ortaklaşa eser de ortaya çıkarsa, iştirak halinde eser sahipliği kabul edilmemektedir. Çünkü iştirake katılanların hepsinin gerçek kişi olmaları gerekmektedir¹⁸³.

3. Eser Sahipliğine İlişkin Çeşitli Görüşler

a. Kamunun Hak Sahibi Olması

Yapay zekânın ürettiği ve ticarileşen¹⁸⁴ eserlerin kamuya ait olması düşüncesi, konu ile ilgili pek çok tartışmayı ortadan kaldıracabilecek nitelikte olsa da böyle bir durumun kabul edilmesi yapay zekâ teknolojisi üreten/yatırım yapan şirketlerin elde ettikleri/edecekleri kazançların kaybolmasına neden olabileceğinden yatırımların azalması/ yok olması riski söz konusu olabilir¹⁸⁵. Mevcut durumda yapay zekâ sistemlerinin ortaya çıkardığı ürünlerin insan eliyle mi ortaya çıktığı ya da tamamen yapay zekâ ürünü mü olduğu tespit edilememekte ise de ilerleyen zamanlarda yapay zekânın çok daha nitelikli ürünler ortaya çıkarması muhtemel görünmektedir¹⁸⁶.

Yapay zekânın çizdiği Edmond de Belamy portresinin açık arttırmada 432.500 dolara satılması¹⁸⁷, Warner Müzik şirketinin yapay zekâ şarkıcısı Noonouri ile anlaşarak albüm yapması¹⁸⁸ düşünüldüğünde, ekonomik büyümenin hızı ve rakamsal boyutu, yapay zekâyâ yatırımın artacağı ve kamunun hak sahibi olmasının zorlaşacağı görüşünü ortaya çıkarmıştır. Ancak, son yıllarda bu görüş tamamen değişmeye başlamıştır. Chat-GPT ile Dall-E gibi yapay zekâ sistemlerini geliştiren şirketler, artık ilgili yapay zekânın tüm kamuya açık olarak

¹⁸¹ BRIDY, s. 1-28, BURSTYN, s. 306.

¹⁸² MEYDANCI, s. 157.

¹⁸³ MEYDANCI, s. 157.

¹⁸⁴ WHITE, MATULIONYTE, s. 2.

¹⁸⁵ HRISTOV, s. 438, GUADAMUZ, s. 17.

¹⁸⁶ GÖZÜBÜYÜK, s. 69; MAMAN, s. 80.

¹⁸⁷ <https://anamedblog.com/post/181451706493/yapay-zeka-ve-sanat-edmond-belamynin-portresi> (E.T. 08.03.2024).

¹⁸⁸ <https://www.donanimhaber.com/bir-ilk-yapay-zekali-pop-sarkicisi-ile-album-anlasmasi-imzalandi--168518> (E.T. 08.03.2024).

kullanılmasına izin vermektedir. Kullanıcılarından küçük abonelik ücretleri alan bu şirketler, yapay zekâ sistemine yüklenecek verilerin artmasının, alt yapı olarak yapay zekâ sistemini geliştireceği ve bu gelişimin çok daha değerli olacağı fikrinde birleşmişlerdir. Hatta bu şirketler, kullanıcıların yükledikleri veriler ile ortaya çıkan ürünlerden hiçbir hak talebinde bulunmamakta, kullanıcıyı ürün sahibi olarak tanımakta ve korumaktadır. Bu şirketlerden OpenAI şirketine, Microsoft tarafından yapılan yatırım 10.000.000.000 dolardan fazladır. OpenAI şirketinin toplam değeri ise yalnızca birkaç yılda 29.000.000.000 doları aşmıştır¹⁸⁹. Bu nedenle kamuya ait olma düşüncesi başlangıçta isabetsiz gibi görünse de insanların yapay zekâ ürünlerine ulaşması, yapay zekâ şirketlerinin de yararına olabilir.

b. Gerekli Ayarlamaları Yapan Kişinin Hak Sahibi Olması

İngiltere, İrlanda ve Yeni Zelanda gibi ülkelerde bilgisayar tarafından meydana getirilen ürünlerde hak sahibi olarak eserin meydana getirilmesi için gereken ayarlamaları yapan kişileri eser sahibi olarak kabul etmek olanaklıdır¹⁹⁰. 2000 tarihli İrlanda Telif Hakları ve Bağlantılı Haklar Kanunu m. 21; 1994 tarihli Yeni Zelanda Telif Hakları Kanunu m. 5/2-a ve İngiliz Telif Kanunu m. 9/3 bilgisayar tarafından meydana getirilen eserler için gerekli ayarlamaları yapan kişi eser sahibi olarak ifade edilmiştir¹⁹¹. Ayarlamaları yapan kişi net olarak belirtilmemekle birlikte somut olay kapsamında; programcı, yatırımcı gibi kişilerin hukuk sisteminde hakimler/mahkemeler aracılığıyla içtihadî olarak tespit edileceği anlaşılmaktadır. Bu durum esnek bir hukuk sistemi olan Common Law hukuk sistemine daha uygun bir yöntemdir¹⁹².

Kanaatimizce; ülkemizin de dahil olduğu Kara Avrupası Hukuk Sistemi'nin uygulanması ve yargının bu derece esnek olmaması nedeniyle yapay zekâ ile ilgili yapılacak yasal düzenlemelerin net ifadeler içermesi elzemdir. Bu sebeple; yapay zekâ ürününün ortaya çıkması için gerekli işlemleri ve ayarlamaları yapan yazılımcı, programcı gibi kişilerin açık bir şekilde ifade edilmesi gerektiği düşünülmektedir¹⁹³.

¹⁸⁹ <https://openai.com>, <https://markets.businessinsider.com/news/stocks/chatgpt-openai-valuation-bot-microsoft-languagegoogle-tech-stock-funding-2023-1>, (E.T. 14.1.2024).

¹⁹⁰ GÖZÜBÜYÜK, s. 69.

¹⁹¹ GÖZÜBÜYÜK, s. 70.

¹⁹² GÖZLER, s.139, BİLGE, s. 71; GÖZÜBÜYÜK, s. 70.

¹⁹³ GÖZÜBÜYÜK, s. 70.

c. Yapay zekâ Sistemini Oluşturan Kişilerin Hak Sahibi Olması

Yapay zekânın temelini yazılım oluşturduğundan, bu yazılımın oluşmasını sağlayan kişi veya kişilerin hak sahibi olması hayatın olağan akışına uygun gibi görülebilir¹⁹⁴. Bu bağlamda yapay zekâ yazılımı bilgisayar programı olarak kabul edilip FSEK kapsamında eser olarak korunma alabilir, yazılımcı ise eser sahibi olarak kabul edilebilir¹⁹⁵. Bununla birlikte yapay zekânın kendisinin ürettiği ürünler üzerinde yazılımcının bir hakkı söz konusu olabilir mi sorusunun cevabı FSEK'te yoktur. Derin öğrenme metoduna sahip yapay zekâ geleneksel algoritmalar gibi çalışmamakta, başlangıçta sahip olduğu algoritmaları değiştirebilmekte, yeni algoritmalar üretebilmektedir¹⁹⁶. Değişen hatta tamamen ortadan kalkan algoritmalar söz konusudur. Öğreti; yapay zekâ sisteminin kurulmasında, yazılımcının ilk geliştirdiği kaynak kodun sonrasında değişmesi durumunda, ortaya çıkan yapay zekâ ürünüde ilk kaynak kodun bulunmaması gerekçesiyle yazılımcının eser sahibi olamayacağı kanaatindedir¹⁹⁷. Kanaatimizce de uygun olan bu görüşe göre; kullanılan yapay zekânın oluşturacağı ürün, öğrenme türleri ve veri girişleriyle, ilk kodun oluşturabileceği üründen çok daha farklı olarak meydana gelecektir. Bu sebeple yazılımcısının hususiyetini taşımayan bir ürün meydana geldiğinden, bu ürünün eser niteliği ayrıca belirlenmesi koşuluyla, yazılımcıya eser sahipliği tanınmamasının isabetli olacağı kanısındayız.

d. Yapay Zekânın Hak Sahibi Olması

Yapay zekânın kendisinin eser sahibi olarak hak elde edebilmesi için yasal olarak kişilik hakkı sahibi olması gerekmektedir¹⁹⁸. Mevcut yasalarda sadece gerçek kişilerin yani insanların eser sahibi olabilecekleri belirtilmiştir. Dolayısıyla tüzel kişilik benzeri bir yapı tanınarak kişilik hakkı verilse bile gerçek kişi kapsamına giremediği sürece yapay zekâ sistemlerinin eser hakkı sahibi kılınması mümkün görünmemektedir.

Hukuk dünyasına adım atmanın en temel ve asgari şartı¹⁹⁹ hak ehliyetine haiz olabilmektir. Günümüzde bazı ülkelerde milli parkların ya da nehirlerin kişi olarak kabul edildiği görülmektedir²⁰⁰. Gelinen aşamada teknolojik gelişmelerin sonucunda yapay zekânın

¹⁹⁴ ERSOY, s. 67.

¹⁹⁵ GUADAMUZ, s. 17; ERSOY, s. 67.

¹⁹⁶ GÖZÜBÜYÜK, s. 70.

¹⁹⁷ GÖZÜBÜYÜK, s. 71.

¹⁹⁸ BALTA, s. 118.

¹⁹⁹ SEROZAN, s. 415.

²⁰⁰ <https://www.nytimes.com/2016/07/14/world/what-in-the-world/in-new-zealand-lands-and-rivers-can-be-people-legally-speaking.html>, (E.T. 25.1.2024).

da kişi olarak tanınması ya da hukuki statüsünün net olarak belirlenmesi gerekmektedir. Bunun için şirketler için oluşturulan ticaret siciline benzer bir kurumun yapay zekâ için de yapılabileceği, yapay zekâyâ tüzel kişilik verilebileceği²⁰¹, diğer taraftan tüzel kişilerin gerçek kişilerle faaliyette bulunabildikleri için yapay zekâ bakımından bunun mümkün olmadığı²⁰² da ifade edilmektedir. Başka bir açıdan yapay zekânın üçüncü kişilere verdiği/vereceği zararlar bakımında sorumluluğunun aşılması için yapay zekânın sigortalanması²⁰³ önerisi de ortaya konulmuştur.

Avrupa Parlamentosu tarafından kabul edilen 16.02.2017 tarihli Robotik Tavsiye Raporu 59/f²⁰⁴ maddesi ile robotlar için özel bir hukuki statü tanınması ve otonom özelliklere sahip olan robotlara elektronik kişilik verilmesi, böylece robotların verdikleri kararlardan veya üçüncü kişilerle olan ilişkilerinden doğan zararlardan sorumlu tutulmalarının mümkün olabileceği belirtilmiştir. AB, yapay zekâyâ elektronik kişilik verilmesi ile yeni bir kişilik kavramı oluşturmaktadır. Yapay zekâ elektronik kişi olarak kabul edilirse ve üye ülkeler bu duruma uyarlırsa gerçek kişi, tüzel kişi kavramlarına elektronik kişi kavramı da eklenecek ve böylece üç farklı kişilik hukuken kabul edilmiş olacaktır. Kanaatimizce tüzel kişilere eser sahipliği veren (ABD, Çin vs.) ülkelerde, elektronik kişilik verilmesi bir çözüm yolu olsa da bu durum manevi hakların kullanılamaması, yaratıcılığı teşviki ve geliştirilmesi açısından olumsuz etki doğuracaktır.

e. Üçüncü Kişilerin Hak Sahibi Olması

Yapay zekânın ürettiği Edmond de Belamy portresinin 432.500 dolara satılması ve Warner Müzik Şirketinin yapay zekânın ürettiği Noonoori şarkıcıyla sözleşme imzalaması gibi olayların kültürel faaliyetleri arttırdığı ve bu faaliyetlerin ticarileştiğini göstermektedir²⁰⁵.

²⁰¹ BAYAMLIOĞLU, s. 139.

²⁰² YÜKSEL, s. 52.

²⁰³ SOLUM, s. 1231-1287.

²⁰⁴ 27 Ocak 2017 tarihli Avrupa Parlamentosu Hukuk İşleri Komisyonu- Robotlar Hakkında Medenî Hukuk Kuralları Tavsiye Raporu m. 59/f: “*creating a specific legal status for robots in the long run, so that at least the most sophisticated autonomous robots could be established as having the status of electronic persons responsible for making good any damage they may cause, and possibly applying electronic personality to cases where robots make autonomous decisions or otherwise interact with third parties independently*”.

²⁰⁵ COHN, AI Art at Christie's Sells for \$432,500: <https://www.nytimes.com/2018/10/25/arts/design/ai-art-sold-christies.html> E.T. (01.11.2023).

Yapay zekânın yatırımcının bir çalışanı olarak kabul edilebileceği ve işveren-çalışan ilişkisi kurulabileceği²⁰⁶ de belirtilmektedir. FSEK m. 18 ile FSEK m. 80 hükümlerinin birlikte uygulanması²⁰⁷ da düşünülebilecek bir seçenek olarak karşımıza çıkmaktadır.

aa. Yapay Zekânın Ürettiği Ürünün Eser Sayılması Halinde Üçüncü Kişilerin Bağlantılı Hak Sahibi Olarak Tanınması

Bağlantılı haklar eserin korunmasını ve daha çok kişiye hak verilmesini sağlayan bir yöntemdir ve FSEK kapsamını genişletmekte de kullanılmaktadır. Bu bağlamda yatırımcı eser sahibi olmasa da tıpkı fonogram yapımcıları ya da film yapımcıları gibi hak sahibi olabilmektedir²⁰⁸. Eser sahibi olmasa da yatırımcının eserin oluşmasına katkısı söz konusudur. Eserin ortaya çıkarılması için gereken ortamın oluşturulması, eserin tanıtılması ve yaygınlaşması gibi durumlarda katkı sunmaktadır. Yapay zekâ yatırımcısı için de aynı koşulların varlığı söz konusudur. Nitekim bağlantılı hak olabilmesi için hem bir eserin hem de eser sahibinin olması gerekmektedir. Yapay zekâ eser sahibi kabul edildiği durumda yatırımcının da bağlantılı hak sahibi olması mümkündür.

FSEK'te eser sahibinin net olarak belirtilmesi; yazar, yatırımcı gibi kişilerin eser sahibi olabilmelerine yönelik kanunda özel veya genel tanımlamalar yapılarak belirsizliğin ortadan kaldırılması gerekmektedir. Zira yalnız gerçek kişilerin eser sahibi olabilecekleri²⁰⁹ düşünülürse yapay zekâyı tasarlayan, geliştiren, yazan veya yatırım yapan kişilerin de eser sahibi olarak düşünülmeleri mümkün olabilir. Daha önce ifade edildiği üzere derin öğrenme metoduna sahip yapay zekâ geleneksel algoritmalar gibi çalışmamakta, başlangıçta sahip olduğu algoritmaları değiştirebilmekte, yeni algoritmalar üretebilmektedir. Bunun neticesinde de bu işlemleri ve dolayısıyla ortaya koyduğu ürünlerin yapay zekânın kendisi tarafından mı yoksa yazar tarafından mı ortaya konulduğu kolaylıkla tespit edilememektedir. Nitekim bu durumda kaynak kodlarının değişmesi söz konusudur²¹⁰. Dolayısıyla bu belirsizliğin eserin ortaya çıkması aşamasında hususiyet koşulu bakımından yazar, yatırımcı gibi kişilerin etkilerinin yitirildiği anlamını taşıdığı düşünülmektedir.

Tam otonom sistemlerde yapay zekâ ile kullanıcı arasındaki ilişki bakımından eser üzerindeki kontrol ve ortaya çıkış aşamasında bir bağlantı yoktur. Yazarın durumuna

²⁰⁶ ÇATAKLAR, s. 163.

²⁰⁷ KARACA, KARATAŞ, s. 43.

²⁰⁸ TEKİNALP, s. 270.

²⁰⁹ TEKİNALP, s. 201.

²¹⁰ ERSOY, s. 67.

benzer bir durum olmakla birlikte yapay zekânın çalıştırılması ve hatasız olarak işlemeye devam etmesi için programcının gerekliliğine, kullanıcının da katıldığı ancak neticenin ortaya çıkması ve eserin oluşması için bir etkilerinin olmadığı değerlendirilmektedir²¹¹.

bb. Yapay Zekânın Ürettiği Ürünün Eser Sayılmaması Halinde Üçüncü Kişilerin Sui Generis Hak Sahibi Olarak Tanınması

Üçüncü kişiler açısından yapay zekânın eser sahipliği noktasında bir düzenleme yapılması da mümkündür. Tartışmaları nihayete erdirecek bir özelliği olan yatırımcının eser sahipliği kendisine özgü sui generis bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır²¹². Yapay zekâyâ ve yapay zekânın ürünlerine kendine özgü yeni bir statü kazandırılması fikri ürünler üzerinde yatırımcı için de kendine özgü yeni bir koruma sağlayabilir.

Ancak burada önemli olan FSEK kapsamında belirtilen sürenin kişinin menfaatinin kamu menfaatinden üstün tutularak yapılmasıdır. Aynı durumun yapay zekâ açısından da kabul edilmesi, yapay zekânın karakteristik ve sürekli gelişen yapısı ile uyumlu olmayacaktır²¹³. Kanaatimizce; FSEK Ek m. 8/3'de veri tabanı sağlayıcısı için sağlanan koruma süresinin on beş yıl olarak düzenlendiğinden, bu sınıfa dahil ederek bir koruma süresi ve sui generis bir koruma sistemi sağlanabilir.

4. Değerlendirme ve Görüşümüz

İncelenen hukuk sistemlerinde yapay zekânın kişiliği ile ilgili, yapay zekânın ortaya koyduğu ürünler hakkında bir düzenleme bulunmamaktadır. Sadece İngiliz hukukunda yapay zekâ ile ilgili ayrı bir değerlendirme ve konumlandırma yapılmıştır.

Yapay zekâ ile ilgili telif haklarına dair de yeterli ve açıklayıcı düzenlemelerin olmadığı görülmektedir. Yapay zekâ çalışmalarının temelinde yenilikçi olma ve ekonomik sebepler bulursa da gelinen noktada kimsenin kontrol edemediği ve giderek gelişen ve dönüşen bir yapı ortaya çıkmaktadır. Bu noktada ya yeni yasal düzenlemelerin yapılması ya da mevcut yasal zeminde özellikle eser ve eser sahipliği bakımından çözümler üretilmesi gerekmektedir.

Yapay zekânın ürünlerinin eser sahipliği konusunda öncelikle yapay zekânın hukuki nitelik durumunun çözülmesi gerekir. FSEK ve diğer düzenlemelere göre eser sahibi eseri

²¹¹ GRIMMELMANN, s. 410.

²¹² GÖZÜBÜYÜK, s. 75.

²¹³ GÖZÜBÜYÜK, s. 76.

meydana getiren kişidir. Tamamen yaratıcı yapay zekâlar tarafından ortaya konulan ürünler eser kabul edilmemekte ve eser sahipliği de söz konusu olmamaktadır.

Genel olarak kabul edilen en önemli husus hiçbir insan müdahalesi olmayan ürünlerin eser olarak kabul edilmediğidir. Eser olarak kabul edilmeyen bir ürünün de eser sahibi doğal olarak olmayacaktır. Türk hukukunda ve diğer hukuk sistemlerinde mevcut durum bu şekildedir. Genel olarak eser sahipliği üzerinde durulduğu bunun neticesinde de gerçek kişilerin temel alındığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle yapay zekânın ürettiği bir ürünün hususiyet koşulunu taşısa dahi eseri ortaya çıkaran gerçek kişi yani insan olmadığı için eseri meydana getiren yapay zekâ sisteminin eser sahibi olmadığı kabul edilmektedir.

Burada üzerinde durulması gereken diğer nokta ise yapay zekânın ürünü tek başına üretmediği şeklindeki kabuldür. Ancak günümüzde yapay zekâ tarafından üretilen öyle ürünler var ki bunların insan tarafından mı yoksa yapay zekâ tarafından mı üretildiği ayırt edilememektedir. Yani hususiyet koşulu bakımından yeni durumlar oluşmaktadır ve yeni yaklaşımlar belirlenmesi gerektiği görülmektedir.

İngiliz hukukunda İngiliz Telif Hakkı Kanunu m. 9/3 sayesinde ayarlamaları yapan kişinin bile eser sahibi olabileceği ayrıca 178. maddeye göre bilgisayar üretimi ürünlerin eser olarak kabul edileceği hüküm altına alınmıştır. Girdilerin insan tarafından yapay zekâyâ verildiği gerçeği vurgulanarak bu süreçleri de kapsadığı ifade edilmektedir. Buna göre de insan müdahalesi olmaksızın tamamen yapay zekâ tarafından ortaya konulan ürünlerin durumu ise yine belirsiz kalmakta ve eleştirilmektedir.

FSEK'te bu istisnai duruma benzer bir düzenleme yapılması mümkündür. Ancak yarı otonom şekilde yapay zekâ tarafından ortaya konulan ürünler açısından da geçerli olmalıdır. Yapay zekâ kavramının da açıkça belirtilmesi gerektiği, kavram ve kapsam belirsizliğine ilişkin gereksiz tartışmaların da önüne geçilebileceği düşünülmektedir.

Bu bağlamda, “Yapay zekânın yarı otonom biçimde hareket ederek meydana getirdiği fikri ürünler eserdir.” şeklinde yapılacak bir düzenleme isabetli olabilir. Böylelikle, yapay zekânın yarı otonom biçimde hareket ederek meydana getirdiği fikri ürünlerin eser olarak kabul edilmesi mümkün olacaktır.

AB mevzuatında bu yönde bir düzenleme bulunmadığı, karşılaştırmalı hukukta yeterince olgunlaşmayan bir konu olmasından kaynaklanan güçlükler rağmen, yapay zekânın meydana getirdiği fikri ürünlerin eser olarak değerlendirilmesinin önünü açacak yasa değişikliklerinin Türk hukukunda yapılması öncü ve isabetli olacaktır.

Diğer bir yaklaşım yapay zekânın fikri ürünlerinin işleme eser olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. FSEK 1/B (c)'de "Diğer bir eserden istifade suretiyle vücuda getirilip de bu esere nispetle müstakil olmayan ve işleyenin hususiyetini taşıyan fikir ve sanat mahsulleri" olarak ifade edilen işlemenin yapay zekâya uygulanma noktasında kodlama denilen yazılım ile yapay zekânın ortaya koyduğu fikri ürün arasında bağ olması gerekmektedir. Bu ise yapay zekânın başlangıçta sahip olduğu algoritmaları da değiştirebileceği özelliğinden dolayı mümkün görünmemektedir. Yapay zekâ ürünlerinin işleme eser olarak kabul edilmesi kanaatimizce mümkün değildir.

Yapay zekânın hukuki kişiliği, fikri ürünler bakımından hak sahipliği gibi tartışmalı konulara son verecek bir yol olarak kamunun hak sahipliği üzerinde durulabilir. Ancak yapay zekâ ile ilgili çalışmaları genellikle özel şirketlerin ve kişilerin yapması, bu çalışmalardan elde edecekleri gelirlerin azalacak olması yapay zekâ için gerekli olan kaynakların azalmasına ve çalışmaların yapılamamasına neden olacaktır. Ancak yukarıda bahsedilen değişen bakış açısıyla ilerde çözüm olarak sunulabilir²¹⁴.

Fikri ürünün meydana getirilmesi için yapay zekâda gerekli ayarlamaları yapan kişi bazı sistemlerde eser sahibi olarak kabul edilmiştir. Bu kabul edişin temelinde ise bilgisayar programı ile yapılan ürünlerin eser kabul edilmesi söz konusudur. Aslında bilgisayar için yapılan düzenlemeler yapay zekâ için de uygulanmaktadır. İngiliz Telif Kanunu m. 9/3 daha önce ifade edildiği üzere bilgisayar tarafından meydana getirilen edebi, dramatik, müzikal veya güzel sanatlarla ilgili çalışmalar bakımından eser sahibinin eserin meydana getirilmesinde gerekli ayarlamaları yapan kişi olarak kabul edilmesini hükme bağlamıştır.

Yapay zekâda hak sahibi olabilecek programcı, yatırımcı, kullanıcılar gibi kişilerin her durumda ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. Aslında hiçbirisinin tek başına eser sahibi olmadığı düşünülmektedir. Yatırımcı olmadan programcı çalışmalarını, programcı olmadan da kullanıcı işlemlerini gerçekleştiremez. Ancak programcı da programlamayı yaptıktan sonra değişiklik yapmamakta, kullanıcının verilerine göre yapay zekâ kendini şekillendirmektedir.

Yazılımcı bilgisayar programının mevcut düzenlemelere göre korumadan faydalanması göz önüne alındığında aslında ödülünü almış olmaktadır. Nitekim İngiltere'deki Nova

²¹⁴ Bkz. s. 31.

davasında²¹⁵ mahkeme programcıyı eserin meydana getirilmesi noktasında gerekli katkıyı yapan kişi olarak kabul etmiştir.

Amerika'da Telif Eserlerinin Yeni Teknolojide Kullanılması Ulusal Komisyonu (CONTU), 1978 yılında yayınladığı raporda, bilgisayar tarafından üretilen eserde telif hakkına sahip olacak kişiyi bilgisayar kullanıcısı olarak tanımlamıştır²¹⁶. Eserin şekillenmesine sürekli önemli derecede katkıda bulunacak kişinin kullanıcı olduğu, esere yansıyan yaratıcı katkının varlığı vurgulanmıştır. Benzer bir yaklaşımla eserin oluşumuna en hızlı ve doğrudan katkı sunduğu için kullanıcının eser sahibi olması gerektiği de ifade edilmiştir²¹⁷. Çin'de görülen Feilin²¹⁸ davasında da mahkeme kullanıcı şirkete telif hakkı tanımış, eser sahibi olmasa da ilgili hak ve menfaatlere sahip olabileceğini hükme bağlamıştır.

SONUÇ

Yapay zekânın meydana getirdiği ürünlerin, eser ve eser sahipliği hususlarındaki belirsizliğinin hukuki nitelendirmesinin yapılamaması, teknolojinin gelişmesiyle artan uyuşmazlıklarda, çözülmesi gereken en ivedi problemlerden biri haline gelmiştir.

FSEK, yürürlükteki hükümleri nezdinde bu belirtilen sorunu çözmekte yetersizdir. Çünkü yeni gelişen ve günden güne kendini değiştirerek karşımıza çıkan yapay zekâ ürünleriyle ilgili FSEK içinde bir hüküm yoktur. Aslında tüm Dünya'da, yapay zekâ teknolojilerine ilişkin çalışmalarda geç kalınmıştır. Bu sebeple öncelikle, yapay zekâ ürünlerinin eser ve eser sahipliği hususuna bağlı hukuki nitelendirme yapılması, koruma yollarının tespit edilmesi ve bu nitelendirme ile ortaya çıkan sorunların çözümlenmesi gerekmektedir.

Çalışmamızda; karşılaştırmalı hukuk nezdinde sorunun esasına girilerek, diğer hukuk uygulayıcılarının sorunu nasıl ele aldıkları ve Türk hukuku bakımından da konunun nasıl ele alınması gerektiği yönünde bir tavsiye oluşturulmaya çalışılmıştır. Ayrıca; yapay zekâ ürünlerinin eser niteliği üzerinde durulmuş ve özellikle hususiyet koşulu hakkında detaylı bir araştırma yapılmıştır. Bu koşul, “eser” kavramı açısından nerdeyse tüm karşılaştırmalı hukuk öznelerinin temel ayırım kıstasıdır. Diğer yanda eser sahipliği kavramı da karşılaştırmalı hukuk

²¹⁵ Nova Productions Ltd v. Mazooma Games Ltd, Neutral Citation Number: [2007] EWCA Civ 219, Case No: A3/2006/0205. <https://www.5rb.com/wp-content/uploads/2013/10/Nova-Productions-Ltd-v-Mazooma-Games-Ltd-CA-14-Mar-2007.pdf>, (E.T. 14.1.2024).

²¹⁶ Final Report of the National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works, July 31,1978.

²¹⁷ SAMUELSON, s. 1200.

²¹⁸ Beijing Internet Court Civil Judgment (2018) Jing 0491 MinChu No. 239 (Feilin) Karar metni için bkz: [https://www.chinadaily.com.cn/specials/BeijingInternetCourtCivilJudgment\(2018\)Jing0491MinChuNo.239.pdf](https://www.chinadaily.com.cn/specials/BeijingInternetCourtCivilJudgment(2018)Jing0491MinChuNo.239.pdf), (E.T. 14.1.2024).

nezdinde incelenmiş, aynı zamanda kamunun, yatırımcının, yapay zekânın kendisinin eser sahiplikleri tartışılmıştır.

Yapay zekâ ürünlerinin eser olup olmadığı ile eser sahipliği sorununa ilişkin çözüm önerilerimizden ilki; öz konusu ürünlerin eser niteliği kabul edilirse, bu ürünlerin kendine özgü eserler olduğu tespit edilerek, bunlara uygun olan sui generis koruma sistemi ile sorunların çözüme kavuşturulmasıdır. Eser ve hak sahipliği nezdinde ikinci çözüm tavsiyemiz; İngiliz Telif Kanunu m. 9/3 ile m. 178 benzeri bir düzenleme yapılarak, en azından yarı otonom olarak üretilen yapay zekâ ürünlerinin eser niteliğini kabul etmek ve eserin ortaya çıkmasında emeği olan kim varsa/ayarlamaları yapan dahil olmak üzere, onu da eser sahibi olarak kabul olacaktır. Bu bağlamda, *“Yapay zekânın yarı otonom biçimde hareket ederek meydana getirdiği fikri ürünler eserdir.”* şeklinde yapılacak bir düzenleme isabetli olabilir. Böylelikle, yapay zekânın yarı otonom biçimde hareket ederek meydana getirdiği fikri ürünlerin eser olarak kabul edilmesi mümkün olacaktır. Türk Hukuku’nun temel aldığı ve etkilendiği ABD, AB ve Alman Hukukunda böyle bir düzenleme yoktur. Her ne kadar bu çözüm yolu tarafımızdan önerilse de eser sahibinin ve eserin özgünlüğünün tespiti noktasında uygulamada problemler çıkabilir. Anglo Sakson Hukuk uygulamasında içtihadi süreçte bu tespitler daha kolay olabilirken, Türk hukukunun dahil olduğu Kıta Avrupası Hukuk Sistemi’nde tespit zordur. Bu sebeple, FSEK kapsamında eser ve eser sahipliği hususlarında net tespitler yapılmalıdır. En azından bu tavsiyenin geçiş sürecinde denenmesi ve eksiklerin zamanla giderilmesi sağlanabilir.

Diğer bir çözüm yolu ise; yapay zekâ ürünlerinin tamamının telif korumasına tabi olmaması, bu ürünlerin kamunun kullanımına açılmasına ilişkin öneridir. Günümüzde yapay zekâ şirketlerinin gelişmesi ve büyümesi para odaklı değil, veri girişi odaklı olduğundan, kamuya ait olabileceği fikri de FSEK nezdinde değerlendirilebilir. Zira yapay zekâ sistemlerinin ücretsiz olması, kişilerin daha fazla veri yüklemesine ve teknoloji şirketlerinin de bu sayede alt yapısının zenginleşmesine sebep olacağından, bu ürünlerin telif korumasına tabi olmaması ve kamunun serbestçe yararlanmasının sağlanması bir çözüm önerisi olarak kabul edilebilir. Ayrıca yatırımcının ürün sahipliğinin kabul edilmesi hususunda da ek önerimiz; ürünün eser sayılması halinde bağlantılı haklar nezdinde korumanın gerçekleşeceği, ürünün eser niteliğinde olmaması halinde ise FSEK EK m. 8/3 nezdinde veri tabanı sağlayıcısına eşdeğer bir koruma yolu ve süresi belirlenebileceği yönündedir.

Görüldüğü üzere; değişen ve gelişen yapay zekâ teknolojisi, beraberinde birçok hukuki problemle karşımıza çıkmaktadır. Telif hukuku nezdinde tarafımızca yapılan değerlendirmeler, günümüz itibarıyla uygun görülse de yakın bir zaman sonra değerini kaybedebilir. Yapay zekâ

sistemlerindeki hızlı gelişmeler bu sonucu doğurmaktadır. Bu sebeple; karşılaştırmalı hukuk özneleri olan devletlerin, ilerde çok daha büyük hukuki problemlerle karşımıza çıkacak olan yapay zekâ sistemlerine ilişkin sorunlara karşı acilen çözüm yolları üretmeleri, bu yolları tüm hukuk öznelerine entegre etmeleri ve hukuki nitelendirmeyi netleştirerek hakların korumasını sağlamaları ivedilikle gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- AKSU, M. (2006). Bilgisayar Programlarının Fikrî Mülkiyet Hukukunda Korunması. İstanbul: Beta.
- AKSU, M. (2023). Yapay Zekâ ve Hukuk. İstanbul: On İki Levha.
- ASLANLI, H. (1954). Fikri Hukuk Dersleri II: Fikir ve Sanat Eserleri. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası.
- ATEŞ, M. (2006). Veri Tabanlarının Hukukî Koruması. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 55(1), 47.
- ATEŞ, M. (2007). Fikri Hukukta Eser. Ankara: Turhan.
- BALTA, B. K. (2021). Eser Kavramı ve Yapay Zekâ Ürünleri. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- BAYAMLIOĞLU, E. (2008). Akıllı Yazılımlar ve Hukuki Statüsü: Yapay Zekâ ve Kisilik Üzerine Bir Deneme. d. M. Inceoglu içinde, Ugur Alacakaptan'a Armagan (1 b., Cilt 2, s. 139). İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.
- BEŞİROĞLU, A. (2006). Fikir Hukuku Dersleri. İstanbul: Arıkan.
- BİLGE, N. (2010). Hukuk Başlangıcı, Hukukun Temel Kavram ve Kurumları (28. b.). Ankara: Turhan Kitapevi.
- BOZBEL, S. (2015). Fikri Mülkiyet Hukuku (1. b.). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- BOZGEYİK, H. (2009). Fikir ve Sanat Eserlerinde Hususiyet. Fikir ve Sanat Eserlerinde Hususiyet Banka ve Ticaret Hukuku, 25(3), 170-222.
- BRIDY, A. (2012). Coding Creativity: Copyright and the Artificially Intelligent Author. Stanford Technology Law Review, 21.
- BURSTYN, N. F. (2015). Creative Sparks: Works of Nature, Selection, and the Human Author. Columbia Journal of Law & the Arts(39/2), 306.
- COHN, G. (2018). <https://www.nytimes.com/2018/10/25/arts/design/ai-art-sold-christies>. The Newyork Times: <https://www.nytimes.com/2018/10/25/arts/design/ai-art-sold-christies>.
- ÇAKIR, B. (2021). Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Bakımından Yapay Zekânın Eser Sahipliği (YL). İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi, Lisansüstü Programlar Enstitüsü.
- ÇATAKLAR, E. (2022). Çalışanların Eserleri İş Sözleşmesinin Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Doğurduğu Sonuçlar. İstanbul: On İki Levha.

- ÇINAR, S. B. (2023). Fikri Mülkiyet Hukukunun Dabus'la İmtihanı: Yapay Zekâ Sistemleri Buluş Sahibi Olarak Kabul Edilebilir mi? İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 14 (2), 387-400.
- ÇOBAN, Y. T. (2022). Türk Fikri Mülkiyet Hukuku Çerçevesinde Yapay Zekâ Ürünleri. Hukuk Perspektifinden Yapay Zekâ (E. BÜYÜKSAĞIŞ, Derleyen). İstanbul: On İki Levha, 181-226.
- ÇOLAK, U. (2005). Topluluk ve Türk Hukukunda Veri Tabanlarına Sağlanan Sui Generis Koruma ve Spin Off Teori. Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, 5(1), 21.
- DALYAN, Ş. (2008). Bilgisayar Programlarının Fikri Hukukta Korunması (Doktora Tezi). Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- DANIEL J. G., JUDGE, E. F. (2009). Of Silos and Constellations: Comparing Notions of Originality. *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*(27/2), 395.
- DORNIS, T. W. (2021). Die Schöpfung ohne Schöpfer “Klarstellungen zur KI-Autonomie“ im Urheber und Patentrecht. *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 786.
- DREIER, T., SCHULZE, G. (2022). *Urheberrechtsgesetz Kommentar*. München: C.H. Beck.
- EREL, Ş. (2009). *Türk Fikir ve Sanat Hukuku* (3. b.). ANKARA: YETKİN.
- ERSOY, Ç. (2019). *Robotlar Yapay Zekâ ve Hukuk* (4. b.). İstanbul: On İki Levha.
- GOTTING, H. P., LAUBER-RONSBERG, A., RAUER, N. (2023). *Beckok Urheberrecht*. München: C.H. Beck.
- GÖK, B. (2022). *Yapay Zekâ Sistemleri Tarafından Üretilen Fikri Ürünlerin Telif Hakkı* (Yüksek Lisans Tezi). İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Lisansüstü Programlar Enstitüsü.
- GÖKYAYLA, K. E. (2001). *Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi*. Ankara: Yetkin Yayıncılık.
- GÖZLER, K. (2015). *Hukuka Giriş* (12. b.). Bursa: Ekin.
- GÖZÜBÜYÜK, B. (2021). *Yapay Zekânın Meydana Getirdiği Fikri Ürünlere İlişkin 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunundaki Sorular ve Çözüm Önerileri*. Kırıkkale Hukuk Mecmuası.
- GRAFE, H. C., KAHL, J. (2021). KI-Systeme zur automatischen Texterstellung Urheber- und Medienrechtliche Einordnung von Textgeneratoren in Journalismus und E-Commerce. *Multi Media und Recht Zeitschrift für IT-Recht und Digitalisierung*(24/2), 125.

- GRIMMELMANN, J. (2016). There's No Such Thing as a Computer-Authored Work-And It's a Good Thing, Too. *Columbia Journal of Law & the Arts*(39/3), 410.
- GUADAMUZ, A. (2017). Artificial Intelligence and Copyright. *WIPO MAGAZINE*, 14-20.https://www.wipo.int/export/sites/www/wipo_magazine/en/pdf/2017/wipo_pub_121_2017_05.pdf.
- GÜÇLÜTÜRK, O. G. (2022). Chatgpt İle Üretilen İçeriklerin Eser Niteliğinin 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi. *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*(2), 1899-1919.
- HARIANI, K., HARIANI, A. (2011). Analyzing Originality in Copyright Law: Transcending. *IDEA: The Law Review of the Franklin Pierce Center for Intellectual Property*(51/3), 494.
- HIRSCH, E. E. (1948). *Fikri ve Sınai Haklar*. Ankara: Ar Basımevi.
- HRISTOV, K. (2017). Artificial Intelligence and the Copyright Dilemma. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2976428.
- HUGENHOLTZ, P. B., QUINTAIS, J. P. (2021). Copyright and Artificial Creation: Does EU Copyright Law Protect AI-Assisted Output? *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law*(52/9), 1193.
- İSTANBUL BAROSU BİLİŞİM HUKUKU KOMİSYONU YAPAY ZEKÂ ÇALIŞMA GRUBU (SELİN ÇETİN, P. S. (2021). *Yapay Zekâ Çağında Hukuk*. İstanbul: İstanbul Barosu.
- KAPLAN, J. (2016). *Artificial Intelligence: What Everyone Needs To Know*. USA: Oxford University Press.
- KARACA, U., KARATAŞ, E. (2022). Yapay Zekâ Tarafından Meydana Getirilen Fikri Ürünlerin 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununa Göre Korunması. *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (1), 17-50.
- KAYA, A. (2000). Bilgisayar Programlarının Şahsen Kullanmaya Mahsus Olarak Çoğaltılması Mümkün müdür? Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan. İstanbul: Beta, 431-458.
- KAYPAKOĞLU, S. (1997). *Bilgisayar Programlarının Hukukî Korunması*. İzmir: İpekçi.
- KOÇ, E. G. (2023). Yapay Zekânın Hukuki Statüsüne Yönelik Yaklaşımlar ve Genel Bir Değerlendirme. *Yapay Zekâ ve Hukuk* (M. AKSU, Editör). İstanbul: On İki Levha, 303-334.

- KRETSCHMER, M. (2022). Artificial Intelligence and Intellectual Property: Copyright And Patents AResponse by the CREATE Centre to the UK Intellectual Property Office’s Open Consultation. *Journal of Intellectual Property Law & Practice*(17/3), 322.
- KÜÇÜKALİ, C. (2019). Bilgisayar Programlarının Fikri Mülkiyet Kapsamında Korunması. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* (37-Covid-19 Özel Sayısı), 104-127.
- LAUBER-RÖNSBERG, A. (2019). Autonome “Schöpfung” Urheberschaft und Schutzfähigkeit. *Gewerblicher Rechtschutz und Urheberrecht*, s. 244-253.
- MAMAN, A. (2023). Telif Hakkı Kapsamında Yapay Zekâ Ürünlerinin Eser Niteliği. Ankara: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- MEMİŞ, T. (2009). Fikri Hukuk Bakımından Kaynak Kodların Korunması. *Fikri Mülkiyet Yıllığı* (T. MEMİŞ, Editör). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- MEYDANCI, B. (2023). Yapay Zekâ Ürünlerinin Fikri Mülkiyet Hukukunda Korunması (Doktora Tezi). Bursa: Bursa Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- ÖZTAN, F. (2008). *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*. Ankara: Turhan Kitapevi.
- ÖZTRAK, İ. (1971). *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar*. Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları.
- PEHLİVANOĞLU, M. C. (2019). *Naruto v. Slater Davasının Türk Fikir ve Sanat Eserlerinin Hukuki Açısından Değerlendirilmesi*. *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1757-1789.
- RONSBERG, A. L. (2019). Autonome “Schöpfung“ Urheberschaft und Schutzfähigkeit. *GewerblicherRechtschutz und Urheberrecht*, 245.
- ROSATI, E. (2017). The Monkey Selfie Case and the Concept of Authorship: an EU Perspective. *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 976.
- SAMUELSON, P. (1986). Allocating Ownership Rights in Computer-Generated Works. *University of Pittsburgh Law Review*(47), 1200.
- SARI, O. (2020). Yapay Zekânın Türk Fikri Mülkiyet Hukukuna Göre Korunması. *İzmir Barosu Dergisi*, 85(1), 71.
- SAY, C. (2019). *50 Soruda Yapay Zekâ*. İstanbul: Bilim ve Gelecek Yayınevi.
- SEROZAN, R. (2015). *Medeni Hukuk Genel Bölüm, Kişiler Hukuku* (6 b.). İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- SOLUM, L. B. (1992). Legal Personhood for Artificial Intelligences. *North Carolina Law Review*, 70(4), 1231-1287.

- SULUK, C., KARASU, R., NAL, T. (2022). Fikri Mülkiyet Hukuku. Ankara: Seçkin.
- TAULLI, T. (2024). Artificial Intelligence Basics: A Non-Technical Introduction. Kaliforniya: Apress.
- TAYMUR, İ., TÜRKÇAPAR, M. H. (2012). Kişilik: Tanımı, Sınıflaması ve Değerlendirmesi. *Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar*, 4(2), 154-177.
- TEKİNALP, Ü. (2012). Fikri Mülkiyet Hukuku (5. b.). İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- USLU, R. (2003). Türk Fikir ve Sanat Hukuku'nda Eser Kavramı (Cilt I). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- WANDTKE, A. A., BULLINGER, W. (2022). Praxiskommentar Urhberrecht. München: C.H. Beck (7), 16.
- WHITE, C., MATULIONYTE, R. (2019). Yapay Zekâ Telif Hakkı Sahipliğine İlişkin Büyük Resmi Çiziyor. <https://ssrn.com/abstract=3498673> veya <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3498673>.
- YARSUVAT, D. (1984). Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi.
- YILMAZ, A., KAYA, U. (2021). Derin Öğrenme (3. b.). İstanbul: Kodlab.
- YILMAZTEKİN, H. K. (2021). Telif Hakları ve Yapay Zekâ. İstanbul Barosu. İstanbul: İstanbul Barosu Bilişim Hukuku Komisyonu Yapay Zekâ Çalışma Grubu.
- YÜKSEL, A. E. (2020). Buluşçu Yapay Zekâ ve Patent Hukuku (1. b.). İstanbul: Aristo Yayınevi.