



The Boğaziçi Law Review

Volume I | No. 2 | Year 2023



The Boğaziçi Law Review

Biannual Peer-Reviewed Academic Journal | Yılda İki Kez Yayınlanan Akademik Dergi

Volume I No. 2 Year 2023 | Cilt I Sayı 2 Yıl 2023

ISSN: 3023-4611

Journal Boards | Dergi Kurulları

Advisory Board | Danışma Kurulu

Prof. Satvinder Juss - King's College London

Prof. Deryck Beyleveld - Durham University

Prof. Cevdet Yavuz - Istanbul Medipol University

Prof. Zekeriya Kurşat - Istanbul University

Prof. Mustafa Ateş - Istanbul Sabahattin Zaim University

Prof. Mehmet Akif Aydın - Istanbul Medipol University

Prof. Sezer Çabri - Istanbul Medeniyet University

Prof. Bülent Kent - Social Sciences University of Ankara

Prof. Melikşah Yasin - Istanbul University

Prof. İlhami Öztürk - Boğaziçi University

Assoc. Prof. Eda Şahin Şengül - Boğaziçi University

Dr. Vincenzo Bavoso - The University of Manchester

Dr. Mustafa Akgün - Boğaziçi University

Dr. Harun Muratoğulları - Boğaziçi University

Proprietor | İmtiyaz Sahibi

Prof. Dr. Mehmet Naci İnci

Editorial Board | Yayın Kurulu

Assoc. Prof. Ali Emrah Bozbayındır (Editor-in-chief)

Dr. Serkan Kaya (Editor)

Dr. Hasan Basri Bülbül (Editor)

Cansu Türkmen (Editorial assistant)

Sina Onur Andaç (Editorial assistant)

Contact Info | İletişim Bilgisi

Boğaziçi Üniversitesi Hukuk Fakültesi 34342 Bebek, İstanbul, Türkiye

+90 212 359 4770

bogazicilawreview.bogazici.edu.tr

blr@bogazici.edu.tr

CONTENT | İçindekiler

ARTICLES | Makaleler

Research Article | Araştırma Makalesi

Alternatif Uyuşmazlık özüm Usullerinin Telif Hakkı İhtilâflarına Uygulanabilirliği Üzerine Notlar

Notes on the Applicability of Alternative Dispute Settlement Methods to the Copyright Disputes in Türkiye
Mustafa Ateş 136

Research Article | Araştırma Makalesi

BM Terör Listeleri Bağlamında Ombudsperson Kurumu

Ombudsperson Institution Within the Context of the UN Terrorism Lists

Ali Emrah Bozbayındır, Mustafa Akgün 153

Research Article | Araştırma Makalesi

İmar Planındaki Değişikliğin veya İptalin Eser ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesine Etkisi

The Effect of Amendment or Cancellation in the Zoning Plan on the Contract for Work and Services and the Construction Contract in Return for Land Share

E. Sabâ Özmen, Müge Ürem 177

Research Article | Araştırma Makalesi

Celse Harcı ve Hukuki Niteliğine İlişkin Bir Değerlendirme

An Evaluation on the Hearing Fee and Its Legal Nature

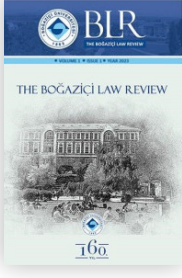
İlhami Öztürk, Serkan Kaya 206

Research Article | Araştırma Makalesi

Copyright Authorship in the Age of AI: Creativity Can Be Coded

Yapay Zeka Çağında Yazarlık Kavramı: Yaratıcılık Kodlanabilir

Abdulbaki Türkmenoğlu 232



The Boğaziçi Law Review

ISSN: 3023-4611

Journal homepage: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/blr>

Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Usullerinin Telif Hakkı İhtilâflarına Uygulanabilirliği Üzerine Notlar

Notes on the Applicability of Alternative Dispute Settlement Methods to the Copyright Disputes in Türkiye

Mustafa Ateş

To cite this article: Mustafa Ateş, 'Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Usullerinin Telif Hakkı İhtilâflarına Uygulanabilirliği Üzerine Notlar' (2023) 1(2) The Boğaziçi Law Review 136.

Submission Date: 23 December 2023

Acceptance Date: 17 January 2024

Article Type: Research Article



© 2023 Mustafa Ateş. Published with license by Boğaziçi University Publishing



Published online: February 2024




Submit your article to this journal [↗](https://dergipark.org.tr/tr/pub/blr)

Full Terms & Conditions of access and use can be found at
<https://dergipark.org.tr/tr/pub/blr>

ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM USULLERİNİN TELİF HAKKI İHTİLÂFLARINA UYGULANABİLİRLİĞİ ÜZERİNE NOTLAR

NOTES ON THE APPLICABILITY OF ALTERNATIVE DISPUTE SETTLEMENT METHODS TO THE COPYRIGHT DISPUTES IN TÜRKİYE

Mustafa Ateş 

Prof. Dr., İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.

ÖZ

Uyuşmazlıkları çözüm yetkisi devletin hükümranlık hakkının bir parçasıdır. Devlet yargı fonksiyonunu bunun için kullanır. Ancak bazı pratik mülahazalarla devlet, diğer fonksiyonları gibi bu işlevini de devlet olma vasfını haiz olmayan sülhlerle paylaşabilmektedir. Bu suretle uyuşmazlıkların daha hızlı çözülmesi hedeflenmektedir. Arabuluculuk, tahkim ve uzlaştırma gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri bu maksatla geliştirilerek kabul edilmiştir.

Pek çok alanda olduğu gibi, fikrî mülkiyet alanındaki ihtilafların çözümünde de alternatif uyuşmazlık mekanizmalarından yararlanılabilir. Bu makalede Türkiye’de telif hukuku alanında ortaya çıkan uyuşmazlıklarda tatbik olunabilir alternatif uyuşmazlık çözüm yolları üzerine bazı tespit ve değerlendirmeler yapılmaktadır. Kısaca ifade edilecek olursa; özel hukuk dahil telif uyuşmazlıklarının arabuluculuk ve tahkim yoluyla çözümü mümkün olduğu gibi, takibi şikâyete bağlı telif suçlarından kaynaklanan uyuşmazlıkların da uzlaştırma yoluyla çözümü mümkündür.

Anahtar Kelimeler: Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Metotları, Telif Hakları, Arabuluculuk, Tahkim, Uzlaştırma.

ABSTRACT

The power to settle disputes is a part of the right to the states’ sovereignty. The state uses the judicial function for this. However, with some practical considerations, the state can share this function, like other features, with subjects who do not qualify as a state. It is aimed to continue these decisive conflicts more quickly. Alternative solution methods such as mediation, arbitration and conciliation have been developed and accepted for this purpose.

As in many areas, alternative conflict mechanisms can be used to resolve intellectual property rights disputes. In this article, determinations and evaluations are made about alternative dispute resolution methods that can be applied in disputes arising in the field of copyright in Türkiye. To put it briefly; just as it is possible to resolve copyright violations, including private law, through mediation and arbitration, it is also possible to resolve disruptions resulting from copyright crimes related to follow-up complaints through mediation.

Keywords: Alternative Conflict Settlement Methods, Copyright, Mediation, Arbitration, Conciliation.

EXTENDED SUMMARY

The state’s sovereign rights and authority include three basic functions. These are the legislature, executive and judiciary. Legislation is the setting of the rules to be followed, executive is the implementation of the rules and other administrative functions, and the judiciary is the state functions

that ensure the resolution of disputes between individuals and as well as individuals and the state.

Indeed, the state has the authority and duty to resolve disputes that occur between individuals and individuals. The state fulfills this duty through judicial institutions established by law. Therefore, it is essential that legal disputes, regardless of their nature, are resolved by judicial institutions with public power.

However, the fact that cases take time and lead to delayed justice has led to the search for alternative ways to resolve disputes. For this purpose, some dispute settlement mechanisms such as arbitration, mediation and conciliation have been developed. Since the conditions, limits and procedures are determined by law, these methods, which constitute an alternative to state jurisdiction, do not eliminate the absolute jurisdiction of the state. By accepting these methods, it is aimed to ensure faster, easier and more economical settlement of disputes.

With this type of dispute settlement methods, the parties try to resolve the legal disputes between them by finding a middle ground in terms of their interests through mutual negotiations or the intervention of a third party. Disputes are resolved, in a sense, by the parties' own will or through the efforts of an impartial person or persons determined by their own will.

In our country *Türkiye*, as in other areas of law, the authority to settle disputes in the field of copyright law essentially belongs to the state courts. However, in Turkish Law, disputes arising from copyright law are also open to alternative dispute settlement methods such as mediation and arbitration. Likewise, the alternative dispute settlement method, called "conciliation" and applicable to disputes within the scope of criminal law, can also be applied in the field of copyright law. Among these, Law on Intellectual and Artistic Works No. 5846 (Turkish Copyright Code-TCC), which regulates copyrights, includes a special type of reconciliation process in terms of tariffs regarding the determination of license fees for intellectual and artistic works, such as works, performances, phonograms, radio-TV broadcasts and films.

Although there are other alternative dispute settlement methods in practice, here some general determinations and evaluations will be made about the legal basis of mediation, arbitration, and conciliation methods in terms of their applicability in resolving disputes arising from copyright law.

As can be seen from this analysis, framework for alternative dispute resolution mechanisms other than state courts, it is possible for disputes related with copyrights regarding intellectual products such as works, performances, phonograms, radio-television broadcasts, and cinematographic productions to be resolved within the scope of the TCC by persons who do not have the official title of judge. Additionally, it could be said that there is no specific legal provision providing for compulsory arbitration in the field of copyright law. On the other hand, it is understood that the provisions of Law No. 3533 dated 1938 regarding the resolution of disputes through arbitration between state departments and municipalities subject to general annexed and special budgets and departments and organizations whose capital belongs entirely to the state or municipalities are also valid. In some copyright law disputes, private administrations can also be applied to.

In Turkish law, it is possible to be applicable mediation and arbitration as alternative resolution methods in copyright disputes within the scope of private law. In fact, resorting to copyright disputes, which are the subject of absolute commercial litigation, is a necessity to file a lawsuit. In other words, in order for these cases to be filed, the parties must first apply to a mediator. If a lawsuit is filed without applying this method, the judge must reject the case because there is no lawsuit requirement. Which cases are absolute commercial cases are shown in Article 4 of the Turkish Trade Act. Although the law does not include disputes arising from intellectual and artistic law within the scope of absolute commercial litigation, it is mandatory to apply to a mediator before the lawsuit, since cases where both parties to the dispute are merchants are considered to be of this nature terms of copyright

disputes between merchants. It is also possible to settle copyright disputes within the scope of private law through arbitration. Depending on whether the dispute contains a foreign element or not, the provisions of the Law of Civil Procedure (LCP) or Law of International Arbitration (LIA) are applied in arbitration. While internal arbitration is subject to the provisions of the LCP, external arbitration is subject to the provisions of the LIA.

It is possible to resolve copyright disputes that fall within the scope of criminal law and constitute a crime through mediation. According to Article 253 of the Criminal Procedure Law (CPL), mediation can only be used in crimes whose investigation and prosecution are based on complaints. The prosecution of all crimes other than banded crimes within the scope of TCC and regulated in Article 81 is subject to complaint. If the conditions in the CPL are met, copyright crimes other than Article 81 are subject to mediation as a rule.

Another conciliation procedure is regulated in Articles 41 and 42/A of TCC. However this conciliation has the specific purpose of resolving disputes that arise between representatives of works and rights owners, namely collecting societies and representatives of copyright user institutions during the payment of license fees to be paid to those who have mutual rights in intellectual and artistic methods in public places and radio-television broadcasts. However, it is difficult to say that this mediation method is successful in practice, let alone that it can be worked in any way.

1. GİRİŞ

Devletin hükümranlık hak ve yetkisi üç temel fonksiyonu ihtiva eder. Bunlar yasama, yürütme ve yargıdır. Yasama uyulması gereken kanunların konulması, yürütme kurallarının tatbiki ve diğer yönetim işleri, yargı ise kişiler arasında ve kişilerle devlet arasındaki uyuşmazlıkların hâllini sağlayan devlet fonksiyonlarıdır.

Gerçekten de kişiler arasında vuku bulan ihtilafları çözüm yetki ve görevi devletindir. Devlet bu yetki ve görevini kanunlarla teşkil edilmiş yargı kurumları eliyle yerine getirir. O nedenle niteliği her ne olursa olsun hukukî ihtilâfların kamu gücüne sahip yargı kurumları ve her derecedeki mahkemelerce çözülmesi esastır.

Ancak devlet mahkemelerinde davaların zaman alması ve bunun geciken adalete yol açması, uyuşmazlıkların çözümü için alternatif yöntem ve yolların arayışını beraberinde getirmiştir. Bu maksatla tahkim, arabuluculuk, uzlaştırma gibi bir takım uyuşmazlık çözüm mekanizmaları geliştirilmiştir. Şartları, sınırları ve usulü yasalarla belirlendiği için devlet yargısına alternatif teşkil eden bahse konu yöntemler, devletin hükümranlık hakkından doğan mutlak yargı yetkisini ortadan kaldırmaz. Bu yolların kabulüyle uyuşmazlıkların daha çabuk, kolay ve daha ekonomik biçimde çözümünün sağlanması amaçlanmıştır.

Bu türden uyuşmazlık çözüm yollarıyla taraflar aralarındaki hukukî ihtilafları karşılıklı görüşmelerle veya bir üçüncü kişinin müdahalesi ile taraf menfaatleri bakımından bir orta yol bulunarak çözümlenmesine çalışılır. Uyuşmazlıklar bir nevi tarafların kendi iradeleri dahilinde veya kendi iradeleriyle belirledikleri tarafsız bir kişinin veya kişilerin çabalarıyla çözüme kavuşturulmaktadır.

Ülkemizde diğer alanlarda olduğu gibi telif hukuku alanındaki uyuşmazlıkları çözüm yetkisi de esas olarak mahkemelere aittir. Bununla birlikte Türk Hukukunda telif hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklar arabuluculuk ve tahkim gibi alternatif ihtilaf çözüm yön-

tem ve yollarına da açıktır.¹ Aynı şekilde “uzlaştırma” olarak adlandırılan ve daha ziyade ceza hukuku kapsamındaki ihtilaflara kabili tatbik olan alternatif uyuşmazlık çözüm yolu da telif hukuku alanında uygulanabilir. Bunların dışında ülkemizde telif haklarını düzenleyen 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK), fikir ve sanat ürünlerinin lisans bedellerinin tespitine ilişkin tarifeler bakımından özel bir uzlaştırma türüne yer verilmiştir.²

Uygulamada başka alternatif uyuşmazlık çözüm yolları bulunmaktaysa da, burada telif hukukundan doğan uyuşmazlıkların çözümünde tatbik edilebilirlikleri bakımından arabuluculuk, tahkim ve uzlaştırma yöntemlerinin yasal dayanakları hakkında genel bazı tespit ve değerlendirmeler yapılacaktır.

2. ARABULUCULUK

Türkiye’de alternatif bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak arabuluculuk özel bir kanunla düzenlenmiştir. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk adı altında 2012 yılında kabul edilen 6325 sayılı Kanun (HUAK), yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde tatbik olunmak üzere, hukukî uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümlenmesinde uygulanacak usul ve esasları düzenlemek amacıyla kabul edilmiştir.³ Bu Kanunun uygulanmasını sağlamak için bir de yönetmelik çıkarılmıştır.⁴

Kanun arabuluculuğu; sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak tarif etmiştir (HUAK 2/1-b). Arabuluculuğun amacı, uyuşmazlığı basit, ekonomik ve hızlı bir şekilde çözmektir; yoksa devletin yargı yetkisini kaldırmak veya paylaşmak değildir. Nitekim Kanunda tarafların arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbest olduğu hükme bağlanmıştır (HUAK 3/1).

Ancak serbestlik ilkesinin istisnaları vardır.⁵ Bu istisnalardan biri de dava şartı olarak arabuluculuktur (HUAK 18/A). Dava şartı olarak arabuluculuk kurumu, Türk Hukukuna ilk defa 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunuyla girmiştir. Daha sonra 7155 sayılı Abonelik Sözleşmelerinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun’un 20. maddesi ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanun’una (TTK) eklenen 5/A maddesi uyarınca 1.1.2019 tarihi itibarıyla Kanunun 4. maddesinde ve diğer kanunlarda

¹ İrem Toprakkaya, *Fikir ve Sanat Eserlerinden Doğan Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yolu ile Çözümü* (Oniki Levha 2021) 149.

² Fırat Öztan, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku* (Turhan 2008) 429.

³ Ejder Yılmaz, ‘Arabuluculuğun Yasa ile Düzenlenmesi’ (2012) Prof. Dr. Tuğrul Arat’a Armağan.

⁴ Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği için bkz. RG: 02.06.2018 – 30439.

⁵ Süha Tanrıver, *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk* (2. bası, Yetkin 2022) 65.

belirtilen ticarî davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulması dava şartı olarak kabul edilmiştir.⁶

TTK'nın 4. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendine “fikrî mülkiyete dair mevzuatta” öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri, tarafların tâcir olup olmadıklarına bakılmaksızın ticarî dava ve ticarî nitelikte çekişmesiz yargı işi sayılmıştır. TTK Madde 4'te tâdat edilen davalar “mutlak ticarî dava” olarak nitelendirilir. Bu hâllerde tarafların tâcir olup olmamasının ve uyuşmazlığın onların ticarî işletmelerine ilişkin bulunmasının önemi yoktur. Kanunun 5/A maddesine göre bu davalarda arabuluculuk zorunlu dava şartıdır. Bu davalardan konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır (TTK 5/A/1).

Bununla birlikte TTK'nın 4. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinde “Ancak, herhangi bir ticarî işletmeyi ilgilendirmeyen havale, vedia ve *fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan davalar* bundan istisnadır” denilmiştir. Bu suretle FSEK'ten kaynaklanan uyuşmazlıklarla ilgili davalar, mutlak ticarî davalar dışında mütâlâ edilmiştir. Hükümde “fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan” denilmiş ise de, bu ifadeyi sadece eserle sınırlı anlamamak, FSEK'in 80. maddesinde tanzim olunan bağlantılı haklarla ilgili davaları da bu kapsamda mütâlâ etmek gerekir.⁷

TTK, FSEK'ten doğan haklarla ilgili davaları mutlak ticarî davalardan hariç tutmuş ise de; FSEK'te öngörülen hukukî ilişkilerden kaynaklanan bazı davaların ticarî dava niteliğini taşıması mümkündür. Zira TTK'nın 4. maddesine göre her iki tarafın ticarî işletmesiyle ilgili hususlardan doğan ve iki tarafı da tâcir olan hukuk davaları ticarî dava sayılır. Bu tür davalara nisbi ticarî dava denir. Örneğin tâcir sıfatını haiz bir mimarlık ofisi ile bir müteahhit gerçek veya tüzel kişi tâcir arasında mimari proje çiziminden kaynaklanan dava ticarî dava olup, taraflar dava açılmadan önce arabulucuya başvurarak aralarındaki uyuşmazlığı arabulucu marifetiyle çözmeye çalışmalıdır. Bu yapılmaksızın doğrudan dava açılması hâlinde mahkeme, dava şartı yokluğundan davayı reddeder.⁸

Taraflardan biri tâcir değilse veya tâcir olmasına rağmen uyuşmazlığın ticarî işletmeyle ilgisi yoksa, ticarî davanın varlığından söz edilemez.⁹ Ticarî niteliği bulunmayan telif davalarında arabuluculuk dava şartı değildir. Örneğin bir icracı sanatçı ile fonogram yapımcısı firma arasında musikî icralarının tespitinden doğan veya bir yazarla tâcir niteliğinde olan yayınevi arasında yayım sözleşmesinden doğan uyuşmazlık için davadan önce arabulucuya

⁶ Bu konuda ayrıntı için bkz. İlker Koçyiğit ve Alper Bulur, *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk* (Adalet Bakanlığı Yayını 2019) 73 vd.; Nesibe Kurt-Konca, ‘Arabuluculukta Özel Uzmanlık Uygulamasına İlişkin Bazı Değerlendirmeler’ (2022) (68) Adalet Dergisi 367, 408.

⁷ Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (5. bası, Vedat 2012).

⁸ Hasan Kadir Yılmaztekin ve Zeliha İnce, ‘Dava Şartı Arabuluculuk Ekseninde Bazı Fikri Mülkiyet Hukuku Uyuşmazlıkları’ 2019 14(159) Terazi Hukuk Dergisi 2176.

⁹ Cafer Eminoğlu ve Ersin Erdoğan, *Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk* (Adalet 2020) 179.

başvurmak gerekmez.¹⁰ Keza bir yazarın başka bir yazara karşı, eserin kaynak gösterilmeden kullanılmak suretiyle telif hakkı ihlâline dayalı maddî veya manevî tazminat talepli telif davası bakımından da arabuluculuk zorunlu değildir. Çünkü uyuşmazlığın her iki tarafın da tâcir sıfatı yoktur. Ancak, her iki durumda ihtiyarî arabuluculuk yoluna başvurulması mümkündür.

Arabulucuya başvurulmuş olmasının dava şartı olarak kabul edildiği hâllerde davacı, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılmadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır. Buna uyulmaması hâlinde hâkim tarafından davacıya, son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması gerektiği, aksi takdirde davanın usulden reddedileceği ihtarını içeren davetiye gönderilir. İhtarın gereği yerine getirilmezse, dava dilekçesi karşı tarafa tebliğe çıkarılmaksızın davanın usulden reddine karar verilir. Arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması hâlinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilir (HUAK 18/A).

3. TAHKİM

3.1. GENEL OLARAK

Tahkim, kanunun tahkim yoluyla çözümüne izin verdiği konular kapsamında taraflar arasında doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların devlet yargısında çözümü yerine hakem adı verilen kişiler aracılığıyla çözülmesidir.¹¹ Mevcut veya muhtemel bir uyuşmazlığın tarafları, anlaşarak aralarında vuku bulan ihtilafların resmi sıfatı bulunmayan üçüncü kişi durumundaki şahıs veya şahıslar tarafından çözülmesini sağlayabilirler. Resmi sıfatı bulunmayan hakem kişiler uyuşmazlığı tıpkı bir mahkeme gibi muayyen bir usule göre çözüme kavuşturur. Verilecek karara baştan razı oldukları için taraflar da bu çözümü kabul etmiş sayılırlar. Bu yargılamaya “tahkim yargılaması”, yargılamayı yapanlara da “hakem mahkemesi” denilir.

Uyuşmazlığın tahkimde çözümünün iki şartı vardır: birincisi uyuşmazlığın tahkime elverişli olmasıdır; ikincisi ise tarafların uyuşmazlığı tahkimle çözüme hususunda anlaşmalarıdır.¹² Buna göre hukuken taşınmaz mallar üzerindeki aynî haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir (HMK 408). Aynı şekilde çekişmesiz yargı ve ceza yargısına konu uyuşmazlıklar da tahkime uygun değildir.

Tahkim esas itibarıyla tarafların devlet yargısı yerine kendi iradeleriyle aralarındaki uyuşmazlığı resmi sıfatı bulunmayan kişiler eliyle çözmelerine imkân veren alternatif bir uyuşmazlık çözüm yoludur. Ancak bazı uyuşmazlıkların mahkeme yerine hakem marifetiyle çözümü mecburiyeti vardır. Buna zorunlu tahkim denir. O nedenle tahkimi burada isteğe bağlı ve zorunlu tahkim başlıkları altında ele almakta yarar vardır.

¹⁰ İhsan Berkhan, ‘Fikri Mülkiyet ve Arabuluculuk’ (2019) 93(3) İstanbul Barosu Dergisi 185, 186.

¹¹ Tahkim konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Serdar Özbek, *Tahkim Hukuku* (Yetkin 2022) 139.

¹² Mustafa Serdar Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü* (5. bası, Yetkin 2022) 219.

3.2. İSTEĞE BAĞLI TAHKİM

Tahkim, nihaî tahlilde tarafların iradesine bağlı bir uyuşmazlık çözüm yoludur. Bu sebeple, taraflar ancak aralarında anlaşarak uyuşmazlığı tahkim yoluyla çözebilirler. Bu konuda taraf iradeleri uyuşmuyorsa, bir tarafın tercihine göre tahkime gidilemez. Taraflar arasındaki bu konudaki anlaşmaya “tahkim sözleşmesi” denir.

Tahkim sözleşmesi ile taraflar, sözleşmeden veya sözleşme dışındaki bir hukukî işlemde doğan veya doğması muhtemel uyuşmazlıkların tamamı veya bir kısmının çözümünü devlet mahkemesi yerine hakem veya hakem heyetine bırakırlar. Tahkim sözleşmesi belirli bir uyuşmazlığa ilişkin olmalıdır. İki taraf arasındaki “bütün uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözüleceği” şeklindeki anlaşmalar geçerli olmaz. Tahkim sözleşmesi bağımsız bir sözleşme veya temel ilişkiyi tesis eden sözleşmenin bir şartı (tahkim klozu) şeklinde de yapılabilir. Sözleşmenin her hâlde yazılı olarak yapılması gerekir (HMK 412). Yazılı şekil tahkim sözleşmesinin sıhhat şartıdır.

Fikir ve sanat hukukundan doğan uyuşmazlıklar kural olarak tahkime elverişlidir.¹³ Örneğin bir binanın mimari ve diğer projelerinin çizimi veya güzel sanat eseri vasfındaki bir yapının inşası hususunda yapılan sözleşme ile kurulan hukukî münasebetten doğan uyuşmazlıkların tamamı veya belirli bir kısmının tahkimle çözümü kararlaştırılabilir. Bunu, temel ilişkiyi tesis eden eser, hizmet, vekalet vb. sözleşmenin bir şartı olarak düzenlemek mümkün olduğu gibi, bu sözleşmeden bağımsız bir yazılı sözleşme şeklinde yapmak da mümkündür.¹⁴

Uyuşmazlığın tahkimle çözümünün kararlaştırıldığı hâllerde taraflar çözümü mahkemede arayamazlar. Tahkim sözleşmesi bağlayıcı olup, uyuşmazlığın çözümü amacıyla açılacak davanın mahkemede değil, hakem veya hakem heyeti nezdinde açılması gerekir.¹⁵ Buna rağmen davacı davasını hakem yerine mahkemede açarsa, mahkeme tahkim sözleşmesini re’sen dikkate alarak davanın reddine karar veremez. Bunun için davalı olan diğer tarafın tahkim itirazında bulunması gerekir.¹⁶ Hukuk Muhakemeleri Kanununa (HMK) göre tahkim itirazı ilk itirazlardandır (HMK 116/1-b). O nedenle davalının tahkim ilk itirazını cevap dilekçesinde ileri sürmesi gerekir (HMK 117/1). Cevap dilekçesini verdikten veya cevap süresini geçirdikten sonra yapılan tahkim itirazı dikkate alınmaksızın mahkemece davaya devam olunur. İtiraz hâlinde tahkim sözleşmesi hükümsüz, tesirsiz veya uygulanması imkânsız değil ise mahkeme tahkim itirazını kabul eder ve davayı usulden reddeder (HMK 413).

Tahkim yoluyla uyuşmazlıkların çözümü özel usule tabidir. Bu çerçevede hakemlerin seçimi, reddi, dava açılması, yargılama usulü, süresi, hakem kararlarının muhtevâsı, kararlara karşı başvuru yolları ve şartları gibi hususlar yabancılik unsuru içermeyen iç tahkim yönün-

¹³ Ali Demirbaş, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Eser Sahibinin Mali Haklarına Tecaviüz Halinde Hak Sahibine Sağlanan Hukuki Koruma* (Oniki Levha 2015).

¹⁴ Özbek (n 12) 223.

¹⁵ Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku* (4. bası, Yetkin 2021) 733.

¹⁶ Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes, *Medeni Usul Hukuku* (9. bası, Oniki Levha 2021) 1219.

den HMK'nın 407 – 444. maddelerinde düzenlenmiştir.¹⁷ Dış tahkim olarak adlandırılıp yabancılik unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar hakkında ise 21.6.2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK) hükümleri uygulanır. Dış tahkimin esas ve usulleri MTK'da ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.¹⁸

Hakem kararlarına karşı kural olarak ancak kanunda (HMK 439) belirtilen sebeplerden dolayı yalnızca iptal davası açabilirler. Hakem kararının iptali davası, tahkim yeri Bölge Adliye Mahkemesinde (BAM) açılır. Dava BAM'da öncelikle ve ivedilikle görülür. İptal davası, bir ay içinde açılabilir. Bu süre, hakem kararının veya tavzih, düzeltme ya da tamamlama kararının taraflara bildirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar.

Hakem kararına karşı iptal davası açılması kararın icrasını durdurmaz. Ancak taraflardan birinin talebi üzerine hükmolunan para veya eşyanın değerini karşılayacak bir teminat gösterilmek şartı ile kararın icrası durdurulabilir. İptal talebi, davaya bakan Bölge Adliye Mahkemesi aksine karar vermedikçe, dosya üzerinden incelenerek karara bağlanır.

İptal davası hakkında verilen BAM kararlarına karşı temyiz yoluna başvurulabilir. Temyiz incelemesi, kanunda yer verilen iptal sebepleriyle sınırlı olarak, öncelikle ve ivedilikle karara bağlanır. Temyiz, kararın icrasını durdurmaz.

3.3. ZORUNLU TAHKİM

Tahkim, uyuşmazlıkların tarafların tercihine bağlı ve iradi bir uyuşmazlık çözüm yoludur. Bununla birlikte bazı hâllerde uyuşmazlıkların çözümü için tahkim, başvurulması mecburi bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak gösterilmiştir. Zorunlu tahkim olarak adlandırılan bu gibi durumlarda, hangi uyuşmazlıkların tahkimle çözüleceği, taraf iradeleri ile değil kanunla tespit edilmiştir. Tüketici hukukuna dair uyuşmazlıklar ve toplu iş uyuşmazlıkları bunun örneğini teşkil eder.¹⁹

Ancak telif hukuku alanında zorunlu tahkimi öngören özel bir kanun hükmü mevcut değildir. Bununla birlikte umûmî mülhak ve husûsî bütçelerle idare edilen dâireler ve belediyelerle sermayesinin tamamı devlete veya belediye veya husûsî idarelere ait daire ve müesseseler arasındaki ihtilâfların tahkim yolu ile hâlli hakkında 1938 tarih ve 3533 sayılı Kanun hükümlerinin bazı telif hukuku ihtilâflarında da uygulanabileceği anlaşılmaktadır.²⁰

Nitekim Yargıtay, mülga Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü (TODAİE) ile Mersin Üniversitesi arasında bir fikir ve sanat eserinden doğan malî haklara tecavüz vakıasına dayalı olarak FSEK'in 66 vd. maddeleri hükümlerine dayalı taleplerle ihtisas mahkemesinde açılan davanın, 3533 sayılı Kanun uyarınca tahkim usulüne göre çözülmesi gerekmesinden dolayı, reddi gerekirken işin esasına yönelik karar tesisinin hukuka uygun olmadığına karar

¹⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Nuray Ekşi, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim* (2. bası, Beta 2019).

¹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7. bası, Beta 2019); Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (6. bası, Vedat 2021).

¹⁹ 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (md. 66-72); 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu (md. 49 vd.).

²⁰ Özbek (n 12) 502.

vermiştir.²¹ Bozma kararına karşı direnen bidayet mahkemesinin kararı da Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (YHGK) tarafından bozulmuştur.²²

3533 sayılı Kanuna göre, genel bütçeye dâhil daireler arasında ortaya çıkan ihtilâflar Cumhurbaşkanınca hakem olarak seçilecek bir Cumhurbaşkanı Yardımcısı veya bir Bakan tarafından çözülecektir (md. 2). Buna göre meselâ, Milli Eğitim Bakanlığı ile Kültür Bakanlığı arasında bir eser üzerindeki haklarla ilgili ihtilaf vuku bulursa, bu uyuşmazlığın hâlli için fikrî ve sınai haklar ihtisas mahkemesinde dava açılmaz.²³ Bunun için Cumhurbaşkanınca hakem olarak seçilecek bir Cumhurbaşkanı Yardımcısı veya Bakan uyuşmazlığı çözecektir. TBMM, Cumhurbaşkanlığı, bütün bakanlıklar ve Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay gibi yargı kurumları, Diyanet İşleri Başkanlığı, Türkiye İstatistik Kurumu, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü gibi pek çok kurum genel bütçeli daire statüsündedir.²⁴

Mezkûr Kanunun 3. maddesi ise katma bütçeli ve özel bütçeli idareler, sermayesinin tamamı devlete, belediyeye veya özel idarelere ait kurumlar arasında yahut bu kurumlar ile genel bütçeli kurumlar arasındaki uyuşmazlıkların mecburî tahkim yoluyla çözümünü düzenlemektedir. Bu uyuşmazlıklar, ilgili dairenin bulunduğu yerin veya taraflar farklı yerlerde bulunuyorsa davalı durumunda olan daire veya kurumun bulunduğu yerin, davalıların birden fazla olması hâlinde bunlardan herhangi birinin bulunduğu yerin yüksek dereceli hukuk mahkemesi başkanı veya hâkimi tarafından hakem olarak çözülür. Buna göre meselâ, Ankara Büyükşehir Belediyesi ile Kültür Bakanlığı veya Rekabet Kurumu ile Ankara Üniversitesi arasında çıkan uyuşmazlıklar, Ankara'da bulunan yüksek dereceli hukuk mahkemesi başkanı veya hâkimi tarafından hakem sıfatıyla çözülecektir.

3533 sayılı Kanunun şümulüne giren işlerin incelenebilmesi, taraflardan birinin vâki olacak yazılı müracaatına bağlıdır. Hakem, inceleme ve tahkikatın şeklini ve müddetlerini tayin eder ve hâkimin haiz olduğu bütün salahiyetleri kullanabilir. Lüzum gördüğü takdirde tarafları da dinleyebilir.

Genel bütçeli kurumlar hakkında Kanunun 2. maddesi kapsamında verilen kararlar hariç olmak üzere hakem kararlarına karşı, kararın tebliğinden itibaren iki hafta içinde 6100 sayılı HMK'nın ilgili hükümleri uyarınca istinaf kanun yoluna başvurulabilir. Bölge Adliye Mahkemesi, yapacağı inceleme sonucunda, hakem kararının usul ve esas yönünden hukuka uygun olduğu kanaatine varırsa, başvurunun reddine karar verir.

BAM hakem kararının usul veya esas yönünden hukuka aykırı olduğu kanaatine vardığı takdirde, gerekirse duruşma açarak yapılacak yargılama sonucunda yeniden esas hakkında kesin olarak karar verir.

İstinaf kanun yoluna başvurulması hakem kararının icrasını kendiliğinden durdurur. Ancak istinaf mahkemesi kararına karşı temyiz yolu kapalıdır.

²¹ Y.4.HD 26.05.2009 E. 2009/4279 K. 2009/7150 ; Levent Yavuz, Türkay Alica ve Fethi Merdivan, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu C. I* (Seçkin 2013) K. No. 38.

²² YHGK 15.12.2010 E. 2010/4-607 K. 2010/663, Yavuz, Alica ve Merdivan (n 21).

²³ Özbek (n 12) 1133.

²⁴ Ayrıntı için bkz. Hazine ve Maliye Bakanlığı <<https://hmb.gov.tr/genl-butce-kapsamindaki-kamu-idareleri>> Erişim Tarihi: 12 Aralık 2023.

4. UZLAŞTIRMA

4.1. GENEL OLARAK

Uzlaştırma, teknik olarak, ceza soruşturması ve davasında tarafsız bir kimsenin arabuluculuğuyla uyuşmazlığın çözülmesi için suçun mağduru ve failinin iletişim kurduğu süreçtir. 2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu (CMK) kapsamına giren bir suç nedeniyle şüpheli veya sanık ile mağdur, suçtan zarar gören veya kanunî temsilcisinin, kanun ve yönetmelikteki usul ve esaslara uygun olarak uzlaştırmacı tarafından anlaşıtırlmaları suretiyle uyuşmazlığın giderilmesi sürecine “uzlaştırma” denilir. Uzlaştırmaya ilişkin usul ve esaslar ile uzlaştırma bir yönetmelikte düzenlenmiştir.²⁵

FSEK’te tanzim olunan takibi şikâyete bağlı suçlarda uzlaşmaya başvuru imkanı mevcuttur. Bu hususa aşağıda değinilecektir.

Bunun dışında, fikir ve sanat ürünlerinin umumî mahallerde kullanımı ve iletilmesine ilişkin kullanım-lisans bedellerine ilişkin tarifelerin tespiti sırasında eser ve bağlantılı hak sahiplerini temsil eden meslek birlikleri ile kullanıcıları temsil eden kurumlar arasında husule gelen uyuşmazlıkların çözümüne yönelik olarak FSEK’in 42/A maddesine özel bir uzlaştırma usulü öngörülmüştür. Aşağıda bu konuya da temas olunmaktadır.

4.2. TELİF HUKUKUNDAN KAYNAKLANAN CEZAÎ UYUŞMAZLIKLARDA UZLAŞTIRMA

Türk hukukunda fikrî mülkiyet hukuku kapsamında korunan fikir ve sanat mahsulleri, marka, patent, tasarım ve diğer ürünler üzerindeki haklardan sadece ikisi için cezaî himâye öngörülmüştür. Bunlardan biri marka üzerindeki haklar olup; 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanununda (SMK) sadece markalar için cezaî himâye imkânı tanınmıştır. Mezkûr Kanun kapsamında bulunan diğer sınai hak konularıyla ilgili olarak yalnızca hukukî himâyeden yararlanılabilir. Kanunun 30. maddesi marka hakkına tecavüze ilişkin cezaî hükümlere hasredilmiştir.²⁶

Fikrî mülkiyet hukukunda cezaî himâye öngörülen diğer yasa 5846 sayılı FSEK’tir.²⁷ Bu kanun ile hukukî himâyenin yanı sıra cezaî himâyeye tanınmasının amacı fikrî ürün sahiplerinin haklarının korunmasında etkinliği sağlamaktır. Hukukumuzda fikir ve sanat ürünleri üzerindeki hakların cezaî himâyesi FSEK’in kabul edildiği 1951 yılından beri mevcuttur.

FSEK’in Beşinci Bölümünün ikinci ana başlığı “Ceza Davaları” olup bu kısımda suçlar himâye edilen hukukî değerlerin konularına göre, (i) manevî haklara tecavüz, (ii) malî haklara tecavüz ve (iii) diğer suçlar başlıkları altında 71, 72 ve 73. maddelerde düzenlenmiştir. Kanunun 74. maddesinde suçların faillerine ilişkin düzenlemelere, 75. maddesinde suçun

²⁵ Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliği için bkz. RG: 15.08.2017 – 30145.

²⁶ Bu konuda bkz. Cahit Suluk, Rauf Karasu ve Temel Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (7. bası, Seçkin 2023) 390 vd.

²⁷ Fikir ve sanat hukuku alanında cezai himaye ile ilgili ayrıntılı bilgi şu kaynaklara bakılabilir. Yılmaz Yazıcıoğlu, *Fikri Mülkiyet Hukukundan Kaynaklanan Suçlar - 5846 S. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’ndaki Suçlar* (Oniki Levha 2009) 159; İhsan Baştürk, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukukumuzda Cezai Koruma* (Oniki Levha 2022) 39; Selcen Turan, *Fikir ve Sanat Eserlerinin Cezai Himayesi* (Seçkin 2012).

kovuşturulmasına mahsus hükümlere, 76. maddede görevli mahkemeye ve 77. maddede de zabıt, müsadere ve imhaya ilişkin kurallara yer verilmiştir. Ancak daha sonra çıkarılan 5728 sayılı Kanunla FSEK'in 73, 74 ve 79. maddeleri ilga edilirken, malî ve manevî haklara tecavüz suçları 71 ve 72. maddede, bandrol suçları 81. maddede yeniden düzenlenmiştir. Dijital ortamdaki eserler üzerindeki hak sahipliği gibi konulara özgü bilgileri yok etme veya değiştirme suçu ile, internet ortamında telif hakkı ihlallerine matuf suçlar ise Ek madde 4'te tanzim olunmuştur.

Bunların hâricinde Kanunun eser dışındaki koruma konularını tanzim eden kısmında da bazı ceza normlarına yer verilmiştir. Buna göre mektuplar ve hatıra yazılarıyla ilgili 85. madde ile resim ve portrelerle ilgili 86. maddede 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun (TCK) bahse konu değerleri cezaî yönden himâyeye eden (Madde 132, 134, 139 ve 140) hükümlere atıfta bulunulmuştur. Dolayısıyla mektuplar; resim ve portreler eser vasfında ise, hem eseri koruyan FSEK hükümleri hem de şahsiyeti koruyan TCK hükümlerine göre, eser vasfında bulunmuyorlarsa, yalnızca şahsiyeti koruyan TCK hükümlerine göre cezaî korumadan yararlanır.

Türk hukukunda cezaî uyuşmazlıklar bakımından alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak uzlaştırma metodu CMK'da düzenlenmiştir.²⁸ Bu Kanunun 253. maddesinde uzlaştırmaya tabi suçları ve uzlaştırmaya dair usul ve esaslar, 254. maddesinde mahkeme tarafından uzlaştırma ve 255. maddesinde ise, aralarında iştirak ilişkisi olsun veya olmasın birden çok kişi tarafından işlenen suçlarda, ancak uzlaşan kişinin uzlaşmadan yararlanabileceği düzenlenmiştir.

İstisnaları olmakla birlikte CMK esas itibarıyla uzlaştırma yolunu, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlar bakımından açık tutmuştur (CMK 253/1-a). FSEK kapsamında yer alan suçlar incelendiğinde bunların büyük ölçüde takibi şikâyete bağlı oldukları görülmektedir. Kanun sadece bandrolle ilgili çeşitli suçları içeren Madde 81 kapsamındaki fiiller bakımından re'sen soruşturma ve kovuşturma yöntemini kabul etmiştir. Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olanlar hariç olmak üzere; diğer kanunlarda yer alan suçlarla ilgili olarak uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için, kanunda açık hüküm bulunması gerekir (CMK 253/2).

Sonuç olarak 81. madde kapsamında olmayan FSEK suçlarının CMK'da öngörülen şartların bulunması hâlinde uzlaştırma yoluyla çözülebilmesi mümkündür. Gerçi 2016 yılında yapılan değişiklik öncesinde CMK'nın 253/3. maddesinde "*soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olsa bile, etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlarda, uzlaştırma yoluna gidilemez*" hükmü sebebiyle FSEK'in 71/1. maddesi kapsamındaki suçlar için uzlaştırma yoluna başvurulması mümkün değildi. Zira mezkûr maddenin son fıkrasında "*Hukuka aykırı olarak üretilmiş, işlenmiş, çoğaltılmış, dağıtılmış veya yayımlanmış bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı satışa arz eden, satan veya satın alan kişi, kovuşturma evresinden önce bunları kimden temin ettiğini bildirerek yakalanmalarını sağladığı takdirde, hakkında verilecek cezadan indirim yapılabileceği gibi ceza vermekten de vazgeçilebilir.*" hükmü yer almaktadır.

²⁸ Bu konuda bkz. Kerim Çakır, 'Uzlaştırma Kapsamı ve Şartları' (2018) 24(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 446, 452.

Görüldüğü gibi mezkûr fıkra, 71. maddede yer alan bazı suçlar bakımından niteliği itibarıyla “etkin pişmanlık” olarak değerlendirilebilecek bir hüküm ihtiva etmektedir. Ancak 24.11.2016 tarihli ve 6763 sayılı Kanunun 34. maddesiyle yapılan değişiklikle “etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlar” ibaresi CMK’nın 253. maddesi metninden çıkarılmıştır. Dolayısıyla artık FSEK’in 71. maddesinin son fıkrasında düzenlenen etkin pişmanlık kapsamındaki eser sahibinin manevî ve malî hakları ile bağlantılı hak konuları üzerindeki haklara tecavüz suçları için de CMK’da öngörülen şartların gerçekleşmesi hâlinde uzlaştırmaya başvurulabilir.

Uzlaştırma usulüne ilişkin hükümlere CMK’nın 253. maddesinde ayrıntılı şekilde tanzim olunmuştur. Buna göre; soruşturma konusu suçun uzlaşmaya tâbi olması ve kamu davası açılması için yeterli şüphenin bulunması hâlinde, dosya uzlaştırma bürosuna gönderilir. Büro tarafından görevlendirilen uzlaştırmacı, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görene uzlaşma teklifinde bulunur. Şüphelinin, mağdurun veya suçtan zarar görenin reşit olmaması hâlinde, uzlaşma teklifi kanunî temsilcilerine yapılır. Uzlaştırmacı, uzlaşma teklifini açıklamalı tebligat veya istinabe yoluyla da yapabilir. Şüpheli, mağdur veya suçtan zarar gören, kendisine uzlaşma teklifinde bulunulduktan itibaren üç gün içinde kararını bildirmediği takdirde, teklifi reddetmiş sayılır. Uzlaşma teklifinde bulunulması hâlinde, kişiye uzlaşmanın mahiyeti ve uzlaşmayı kabul veya reddetmesinin hukukî sonuçları anlatılır.

Resmî mercilere beyan edilmiş olup da soruşturma dosyasında yer alan adreste bulunmama veya yurt dışında olma ya da başka bir nedenle mağdura, suçtan zarar görene, şüpheliye veya bunların kanunî temsilcisine ulaşılamaması hâlinde, uzlaştırma yoluna gidilmeksizin soruşturma sonuçlandırılır.

Birden fazla kişinin mağduriyetine veya zarar görmesine sebebiyet veren bir suçtan dolayı uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için, mağdur veya suçtan zarar görenlerin hepsinin uzlaşmayı kabul etmesi gerekir. Uzlaşma teklifinde bulunulması veya teklifin kabul edilmesi, soruşturma konusu suça ilişkin delillerin toplanmasına ve koruma tedbirlerinin uygulanmasına engel değildir.

Görevlendirilen uzlaştırmacıya soruşturma dosyasında yer alan ve Cumhuriyet savcısınca uygun görülen belgelerin birer örneği verilir. Uzlaştırma bürosu uzlaştırmacıya, soruşturmanın gizliliği ilkesine uygun davranmakla yükümlü olduğunu hatırlatır. Uzlaştırmacı, dosya içindeki belgelerin birer örneği kendisine verildikten itibaren en geç otuz gün içinde uzlaştırma işlemlerini sonuçlandırır. Uzlaştırma bürosu bu süreyi her defasında yirmi günü geçmemek üzere en fazla iki kez daha uzatabilir.

Uzlaştırma müzakereleri gizli olarak yürütülür. Uzlaştırma müzakerelerine şüpheli, mağdur, suçtan zarar gören, kanunî temsilci, müdafî ve vekil katılabilir. Şüpheli, mağdur veya suçtan zarar görenin kendisi veya kanunî temsilcisi ya da vekilinin müzakerelere katılmaktan imtina etmesi hâlinde, uzlaşmayı kabul etmemiş sayılır. Uzlaştırmacı, müzakereler sırasında izlenmesi gereken yöntemle ilgili olarak Cumhuriyet savcısıyla görüşebilir; Cumhuriyet savcısı, uzlaştırmacıya talimat verebilir. Uzlaşma müzakereleri sonunda uzlaştırmacı, bir rapor hazırlayarak kendisine verilen belge örnekleriyle birlikte uzlaştırma bürosuna verir. Uzlaşmanın gerçekleşmesi hâlinde, tarafların imzalarını da içeren raporda, ne suretle uzlaşıldığı

ayrıntılı olarak açıklanır. Uzlaştırma bürosu soruşturma dosyasını, raporu ve varsa yazılı anlaşmayı Cumhuriyet savcısına gönderir.

Uzlaşma teklifinin reddedilmesine rağmen, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören uzlaştıklarını gösteren belge ile en geç iddianamenin düzenlendiği tarihe kadar Cumhuriyet savcısına başvurarak uzlaştıklarını beyan edebilirler. Cumhuriyet savcısı, uzlaşmanın, tarafların özgür iradelerine dayandığını ve edimin hukuka uygun olduğunu belirlerse raporu veya belgeyi mühür ve imza altına alarak soruşturma dosyasında muhafaza eder. Uzlaştırmanın sonuçsuz kalması hâlinde tekrar uzlaştırma yoluna gidilemez.

Uzlaşma sonucunda şüphelinin edimini def'aten yerine getirmesi hâlinde, hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir. Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, takside bağlanması veya süreklilik arzetmesi hâlinde, 171 inci maddedeki şartlar aranmaksızın, şüpheli hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilir. Erteleme süresince zamanaşımı işlemez. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararından sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi hâlinde, 171. maddenin dördüncü fıkrasındaki şart aranmaksızın, kamu davası açılır. Şüphelinin, edimini yerine getirmemesi hâlinde uzlaşma raporu veya belgesi, 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 38 inci maddesinde yazılı ilam mahiyetini haiz belgelerden sayılır.

Uzlaştırma müzakereleri sırasında yapılan açıklamalar, herhangi bir soruşturma ve kovuşturmada ya da davada delil olarak kullanılamaz. Şüpheli, mağdur veya suçtan zarar görenden birine ilk uzlaşma teklifinde bulunduğu tarihten itibaren, uzlaştırma girişiminin sonuçsuz kaldığı ve en geç, uzlaştırmacının raporunu düzenleyerek uzlaştırma bürosuna verdiği tarihe kadar dava zamanaşımı ile kovuşturma koşulu olan dava süresi işlemez. Uzlaşma sonucunda verilecek kararlarla ilgili olarak bu Kanunda öngörülen kanun yollarına başvurulabilir.

CMK'nın 254. maddesi uyarınca; kamu davası açıldıktan sonra kovuşturma konusu suçun uzlaşma kapsamında olduğunun anlaşılması hâlinde, kovuşturma dosyası, uzlaştırma işlemlerinin 253. maddede belirtilen esas ve usûle göre yerine getirilmesi için uzlaştırma bürosuna gönderilir. Uzlaşma gerçekleştiği takdirde, mahkeme, uzlaşma sonucunda sanığın edimini def'aten yerine getirmesi hâlinde, davanın düşmesine karar verir. Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, takside bağlanması veya süreklilik arzetmesi hâlinde; sanık hakkında, 231. maddedeki şartlar aranmaksızın, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilir. Geri bırakma süresince zamanaşımı işlemez. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildikten sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi hâlinde, mahkeme tarafından, 231. maddenin onbirinci fıkrasındaki şartlar aranmaksızın, hüküm açıklanır.

4.3. ÜCRET TARİFELERİNİN TESPİTİ SÜRECİNDE UZLAŞTIRMA

FSEK'te eser, icra, fonogram, yapım ve yayınların umumî mahallerde kullanım (lisans) bedellerine ilişkin tarifelerin belirlenmesi safhasında çıkabilecek uyuşmazlıkta çözüm yolu olarak yalnızca tarife tespit sürecinde tatbik olunmak üzere özel bir uzlaştırma mekanizması düzenlenmiştir. Sözkonusu uzlaştırma prosedürüne kısaca temas edilmesinde fayda vardır.

Buna göre FSEK'in 41. maddesi uyarınca, giriş ücretli veya ücretsiz umuma açık mahal-

ler; eser, icra, fonogram, yapım ve yayınların kullanım ve/veya iletimine ilişkin 52. maddeye uygun sözleşme yaparak hak sahiplerinden veya üyesi oldukları meslek birliklerinden izin alır ve sözleşmelerde yazılı malî hak ödemelerini bu madde hükümlerine göre yaparlar. Eser, icra, fonogram, yapım ve yayınları kullanan ve/veya ileten umuma açık mahaller; mahallin bulunduğu bölgenin özelliği, mahallin nitelik ve niceliği, fikrî mülkiyete konu eser, icra, fonogram, yapım ve yayınların mahalde sunulan ürün veya hizmetin ayrılmaz bir parçası ve ürün veya hizmete katkısı olup olmadığı ve benzeri hususlar dikkate alınmak suretiyle sınıflandırılır veya sınıflandırma dışı bırakılır. Faaliyet gösterdikleri sektörlerde; eser sahipleri ve/veya bağlantılı hak sahipleri meslek birlikleri, yapılan sınıflandırmaya bağlı olarak eser, icra, fonogram, yapım ve yayınların kullanımından ve/veya iletiminden kaynaklanan ödemelere ilişkin tarifeleri tespit ederler. Meslek birlikleriyle umuma açık mahaller arasındaki sözleşmeler, bu tarife bedelleri veya taraflarca yapılabilecek müzakereler sonucu belirlenecek bedeller üzerinden yapılır. Tarifeleri her takvim yılı itibarıyla tespit ederler. Aynı sektörde kurulmuş meslek birliklerinin ortak tarife belirlemesi mümkündür. Ortak tarifeler protokole taraf meslek birlikleri açısından bağlayıcıdır.

Tarifelerin tespit edilmesinde ve uzlaşmazlıkların hâlinde, bu Kanunun 42/A maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan, tarife tespitine ilişkin esaslar dikkate alınır. Buna göre tarifelerin tespit edilmesinde; tarifelerin uluslararası uygulamaların ülkenin ekonomik ve toplumsal koşullarına uyarlanabilirliği göz önünde bulundurularak makul seviyede belirlenmesi ile teknolojik alandaki değişimlerin yanı sıra eser, icra, fonogram, yapım ve yayınların yaratıldığı ve kullanıldığı sektörlerin yapısını tahrip edici, üretimi ve kullanımı engelleyici ve genel kabul görmüş uygulamalara zarar verici bir etki yaratılmaması, rekabeti bozucu şartlar oluşturulmaması, yapılan sınıflandırma, ilgili sektörlerdeki ürün fiyatları ve bu sektörlerin gayrisafi millî hâsiladaki payı, eser, icra, fonogram, yapım ve yayınların kullanım ve/veya iletim sıklığı, birim fiyat veya götürü usulü ödeme, ödeme plânı ve benzeri hususlar esas alınır (FSEK 42/A-3).

Tarife belirleme hak sahipleriyle kullanıcılar arasında bir müzakere sürecidir. Müzakereler iki tarafın temsilcilerince yürütülür. Takvim yılının 10. Ayına kadar taraflar arasında bu müzakerenin uzlaşmayla sonuçlanması beklenir. Ancak bunun mümkün olmaması hâlinde 10. ayda umuma açık mahaller veya meslek kuruluşları ile meslek birlikleri arasında tarifeler veya ortak tarifeler üzerinde uzlaşma sağlanamaması ve sözleşme yapılamaması hâlinde, en geç bu ayın sonuna kadar, meslek birlikleri ve/veya meslek kuruluşları tarafından bu tarifelerin Bakanlıkça oluşturulacak uzlaştırma komisyonunda müzakere edilmesi talep edilebilir.

Uzlaştırma komisyonu, taraflardan birinin talebi ve Kültür Bakanlığının uygun görmesi hâlinde, tarifeleri müzakere etmek üzere, Bakanlık tarafından talep tarihinden itibaren 15 gün içinde oluşturulur. Komisyon Bakanlıktan bir, Rekabet Kurumundan iki temsilci ve ilgili meslek birlikleri ile kullanıcıları temsil eden meslek kuruluşlarının birer temsilcisinden oluşur. Bakanlık temsilcisi aynı zamanda komisyon başkanıdır. Aynı usulle, komisyon üye sayısı kadar yedek üye seçilir. Komisyonun sekretarya hizmetleri Bakanlık ilgili birimi tarafından yürütülür.

Uzlaştırma Komisyonu, oluşturulduğu tarihten itibaren 15 gün içinde, raporunu hazır-

layarak, Bakanlığa ve taraflara bildirir. Umuma açık mahaller ve meslek birlikleri, Komisyon raporunun açıklandığı tarihten itibaren 15 gün içinde, meslek birliklerinin açıklamış oldukları tarifeleri veya müzakereler neticesinde mutabakata vardıkları tarifeleri sözleşmeye bağlayabilirler. Görüldüğü gibi uzlaştırma komisyonun raporu bağlayıcı değildir. O nedenle meslek birliklerince belirlenen tarife veya ortak tarifeler üzerinden sözleşmenin yapılmaması hâlinde, taraflar yargı yoluna başvurabilirler. Mahkeme ihtisas mahkemesidir.

Yargılama sürecinde, bir önceki yıl sözleşme yapmış olan mahaller, ilgili meslek birlikleri aksini bildirmedikçe, dava konusu tarifenin 1/4'ünü dava sonuçlanıncaya kadar her üç ayda bir meslek birlikleri adına açılmış banka hesabına yatırmak suretiyle eser, icra, fonogram, yapım ve yayınları kullanabilir ve/veya iletebilirler. Bir önceki yıl sözleşme yapmamış umuma açık mahaller ile ilk defa sözleşme yapacak umuma açık mahallerin eser, icra, fonogram, yapım ve yayınları kullanabilmeleri ve/veya iletebilmeleri ise ilgili meslek birliklerinin iznine bağlıdır. Dava sonuçlanıncaya kadar bu şekilde ödenen miktar, mahkeme kararıyla tespit edilen tarife bedelinden mahsup edilir.

Kanun, aynı alanda ve/veya sektörde faaliyet gösteren meslek birliklerine tarife tespiti, sözleşme yapılması ve bu kanunun uygulanması ile ilgili diğer iş ve işlemlerde birlikte hareket imkânı vermiştir (FSEK 42/A-4). Meslek birliklerinin ortak tarife yapmaları hâlinde, aynı alanda faaliyet gösteren meslek birlikleri, tarifelere esas olmak üzere her takvim yılının başında, alandaki temsil kabiliyetleri ile temsil ettikleri eser, icra, fonogram, yapım ve yayınlara ilişkin kullanım oranlarını tespit ederek Bakanlığa bildirmek zorundadırlar.

Bu oranların tespitinde anlaşma sağlanamaması ve/veya bu oranların Bakanlığa bildirilmemesi hâlinde, Bakanlıkça oluşturulacak bir komisyon bu tespiti yapar. Komisyon Bakanlık, Rekabet Kurumu ve ilgili meslek birliklerini temsilen birer kişiden oluşur. Bakanlık temsilcisi aynı zamanda komisyon başkanıdır. Bu komisyon FSEK'in 41. maddesinde sözü edilen uzlaştırma komisyonu değildir. O nedenle bu komisyona bir nevi "zorunlu hakemlik" gibi bir fonksiyon yüklendiği anlaşılmaktadır. Komisyonun tarife belirlemede tarafları uzlaştırmak gibi bir işleve sahip olmadığı, temel görevinin yalnızca ortak tarife belirlenmesi hâlinde aynı alanda faal meslek birliklerinin temsil ettikleri eser, icra, fonogram, yapım ve yayınlara ilişkin kullanım oranlarının tespitinde anlaşma sağlanamazsa veya kullanım oranlarının Bakanlığa bildirilmemesi hâlinde bu oranları tespitten ibaret olduğu anlaşılmaktadır.

Kanun koyucu, kullanım oranlarının tespitinde yaşanabilecek gecikmeyi dikkate alarak, bunun birliklerce veya Bakanlıkça yapılınca kadar, sözleşme yapmış kullanıcılara, ödemeleri gereken meblağı, Bakanlığın talebi üzerine mahkemece belirlenmiş tevdi mahalline yatırma imkanı vermiştir. Burada toplanan meblağ, komisyon çalışma giderleri mahsup edildikten sonra, ilgili meslek birlikleri arasında, komisyonca tespit edilen orana ya da herhangi bir aşamada, birliklerin aralarında anlaşmaları hâlinde, mutabakata vardıkları kullanım oranına göre paylaşılır. Kanun bu komisyonun kararlarına karşı yargı yolunun açık olduğunu ifade etmiş ve görevli mahkemeyi ilgili ihtisas mahkemesi olarak işaret etmiştir (FSEK 42/A-5).

Bu bahisle ilgili uygulama bakımından kısaca ilave edilecek olursa; kanunda öngörülen uzlaştırma mekanizması etkili bir şekilde işletilemediği için, lisans bedellerine ilişkin tari-

feler nihai tahlilde ancak uzun zaman alan yargı süreçleri sonucunda belirlenebilmekte ve fakat yapılan tespitler tatminkâr bulunmamaktadır. O nedenle Kanunda değişiklik yapılarak telif ücreti tarifelerinin uygulanabilir bir tahkim usulünün benimsenmesi şarttır.²⁹

5. SONUÇ

Genel olarak ifade etmek gerekirse; yukarıdaki açıklamalardan da görüldüğü üzere eser, icra, fonogram, radyo-televizyon yayını ve sinematografik yapımlar gibi fikrî mahsuller üzerindeki telif haklarıyla ilgili uyuşmazlıkların devlet mahkemeleri dışında, muhtelif alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmaları çerçevesinde resmi yargıç sıfatı bulunmayan kişilerce çözülmesi mümkündür.

Buna göre Türk hukukunda özel hukuk kapsamındaki telif uyuşmazlıklarına alternatif çözüm metodu olarak arabuluculuk ve tahkimin tatbiki mümkündür. Esasen mahiyeti itibarıyla mutlak ticari davaya konu telif uyuşmazlıklarının çözümü için arabulucuya başvurulması dava şartıdır. Diğer bir ifadeyle bu davaların açılabilmesi için tarafların önce arabulucuya başvurmaları gerekmektedir. Bu yola başvurmadan açılan davanın dava şartı yokluğundan dolayı hakim tarafından reddi gerekir.

Hangi davaların mutlak ticari davalar olduğu TTK madde 4'te gösterilmiştir. Kanun fikir ve sanat hukukundan doğan uyuşmazlıkları mutlak ticari dava kapsamında göstermemiş ise de, uyuşmazlığın her iki tarafının da tacir olduğu davalar bu mahiyette sayıldığı için, tacirler arasındaki telif uyuşmazlıkları bakımından davadan önce arabuluculuğa müracaat zorunludur.

Özel hukuk kapsamına giren telif uyuşmazlıklarının tahkim yoluyla çözümlenebilir. Bunun için tarafların uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözüleceği hususunda anlaşmış olmaları gerekir. Tarafların bu hususla ilgili yazılı mutabakatı halinde uyuşmazlığın yabancı unsur içerip içermediğine göre tahkime HMK veya MTK hükümleri tatbik olunur. İç tahkim HMK'nın ve dış tahkim ise MTK hükümlerine tabidir. Hukukumuzda ayrıca uyuşmazlığın kamu kurumları arasında yaşanması halinde özel bir kanunla zorunlu tahkim yoluyla çözüm zorunlu kılınmıştır. Bu hususta 1938 tarih ve 3533 sayılı Kanun hükümleri tatbik olunur. Yukarıda ayrıntılı biçimde açıklandığı üzere, mezkûr Kanunun devlet ve kamu kurumları arasındaki bazı telif hukuku ihtilaflarına tatbiki de mecburidir.

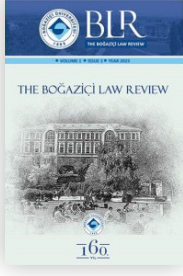
Ceza hukuku kapsamına giren ve suç teşkil eden bazı telif uyuşmazlıklarının uzlaştırma yoluyla çözümü imkân dâhilindedir. Ancak CMK'nın 253. maddesi uyarınca yalnızca soruşturma ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlarda uzlaştırma yoluna gidebilir. FSEK kapsamında yer alan ve madde 81'de düzenlenen bandrol suçları dışındaki bütün suçların takibi, şikâyete bağlıdır. O nedenle CMK'daki şartların gerçekleşmesi hâlinde 81. madde dışında kalan FSEK kapsamındaki diğer telif suçlarıyla ilgili uyuşmazlıkların kural olarak uzlaştırmayla çözülebilmesi mümkündür.

²⁹ FSEK'te muhtelif ek ve değişiklikler yapılması amacıyla bu satırların yazarının yönetiminde oluşturulan hazırlık komisyonunca önerilen Kanun Tasarı Taslağında lisans ücret tarifelerinin tespitinde çıkan uyuşmazlıklar için tasarımı yapılan zorunlu tahkim sürecinin hayata geçirilmesi halinde, bu konunun mesele olmaktan çıkacağı değerlendirilmektedir.

Diğer bir uzlaştırma usulü de FSEK'in 41 ve 42/A maddesinde düzenlenmiştir. Buradaki uzlaştırmanın, fikir ve sanat ürünlerinin umumî mahallerde ve radyo-televizyon yayınlarında kullanılması karşılığında hak sahiplerine ödenecek lisans bedellerinin tespiti sırasında eser ve hak sahiplerinin temsilcileri ile kullanıcıları temsil eden kurumlar arasında çıkan uyuşmazlıkları çözmek gibi özel bir amacı vardır. Ancak tatbikatta bu uzlaştırma yönteminin başarılı olduğunu söylemek bir yana herhangi bir şekilde işletilebildiğini söylemek dahi zordur.

KAYNAKÇA

- Akıncı Z., *Milletlerarası Tabkim* (6. bası, Vedat 2021)
- Atalı M., Ermenek İ. ve Erdoğan E., *Medeni Usul Hukuku* (4. bası, Yetkin 2021)
- Baştürk İ., *Fikir ve Sanat Eserleri Hukukumuzda Cezai Koruma* (Oniki Levha 2022)
- Berkhan İ., 'Fikrî Mülkiyet ve Arabuluculuk' (2019) 93(3) İstanbul Barosu Dergisi 185.
- Çakır K., 'Uzlaştırma Kapsamı ve Şartları' (2018) 24(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 446.
- Demirbaş A., *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Eser Sahibinin Mali Haklarına Tecavüz Halinde Hak Sahibine Sağlanan Hukuki Koruma* (Oniki Levha 2015)
- Ekşi N., *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tabkim* (2. bası, Beta 2019)
- Eminoğlu C. ve Erdoğan E., *Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk* (Adalet 2020)
- Koçyiğit İ. ve Bulur A., *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk* (Adalet Bakanlığı Yayını 2019)
- Kurt-Konca N., 'Arabuluculukta Özel Uzmanlık Uygulamasına İlişkin Bazı Değerlendirmeler' (2022) (68) Adalet Dergisi 367.
- Özbek M. S., *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü* (5. bası, Yetkin 2022)
- Özbek M. S., *Tabkim Hukuku* (Yetkin 2022)
- Öztan F., *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku* (Turhan 2008)
- Pekcanitez H., Atalay O. ve Özkes M., *Medeni Usul Hukuku* (9. bası, Oniki Levha 2021)
- Suluk C., Karasu R. ve Nal T., *Fikri Mülkiyet Hukuku* (7. bası, Seçkin 2023)
- Şanlı C., *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7. bası, Beta 2019)
- Tanrıver S., *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk* (2. bası, Yetkin 2022)
- Tekinalp Ü., *Fikri Mülkiyet Hukuku* (5. bası, Vedat 2012)
- Toprakkaya İ., *Fikir ve Sanat Eserlerinden Doğan Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yolu ile Çözümü* (Oniki Levha 2021)
- Turan S., *Fikir ve Sanat Eserlerinin Cezai Himayesi* (Seçkin 2012)
- Yavuz L., Alica T. ve Merdivan F., *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu C. I* (Seçkin 2013)
- Yazıcıoğlu Y., *Fikri Mülkiyet Hukukundan Kaynaklanan Suçlar - 5846 S. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndaki Suçlar* (Oniki Levha 2009)
- Yılmaz E., 'Arabuluculuğun Yasa ile Düzenlenmesi' (2012) Prof. Dr. Tuğrul Arat'a Armağan.
- Yılmaztekin H. K. ve İnce Z., 'Dava Şartı Arabuluculuk Ekseninde Bazı Fikri Mülkiyet Hukuku Uyuşmazlıkları' 2019 14(159) Terazi Hukuk Dergisi 2176.



The Boğaziçi Law Review

ISSN: 3023-4611

Journal homepage: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/blr>

BM Terör Listeleri Bağlamında Ombudsperson Kurumu

Ombudsperson Institution Within the Context of the UN Terrorism Lists

Ali Emrah Bozbayındır, Mustafa Akgün

To cite this article: Ali Emrah Bozbayındır ve Mustafa Akgün, 'BM Terör Listeleri Bağlamında Ombudsperson Kurumu' (2023) 1(2) The Boğaziçi Law Review 153.

Submission Date: 14 December 2023

Acceptance Date: 1 February 2024

Article Type: Research Article



© 2023 Ali Emrah Bozbayındır, Mustafa Akgün. Published with license by Boğaziçi University Publishing



Published online: February 2024



Submit your article to this journal [↗](https://dergipark.org.tr/tr/pub/blr)

Full Terms & Conditions of access and use can be found at
<https://dergipark.org.tr/tr/pub/blr>

BM TERÖR LİSTELERİ BAĞLAMINDA OMBUDSPERSON KURUMU

OMBUDSPERSON INSTITUTION WITHIN THE CONTEXT OF THE UN TERRORISM LISTS

Ali Emrah Bozbayındır^a , Mustafa Akgün^b 

^a Doç. Dr., Boğaziçi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı

^b Dr. Öğr. Üyesi, Boğaziçi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı

ÖZET

Uluslararası mahkemelerin 11 Eylül 2001'e kadar yaşamış oldukları altın dönemin sona ermesi ile birlikte, uluslararası hukuk normlarından kaynaklanan sorunların çözümü için yargı kurumu benzeri veya yargısal nitelikte olmayan merciler ön plana çıkmaya başlamıştır. Söze konu mercilerin en tartışılabilirlerinden biri de DAEŞ ve Al-Kaide Yaptırım Komitesi'nin listeleme kararlarına karşı yapılan başvuruları incelemekle görevli Ombudsperson kurumudur. Bu makalede Ombudsperson kurumunun oluşumuna öncülük eden süreç ve mezkur kurumun yapısal çerçevesi incelenmektedir. İlk olarak, İrtibat Noktası uygulamasından Ombudsperson kurumuna geçişin listelenen gerçek ve tüzel kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması noktasında büyük bir ilerleme teşkil ettiği argümanı ilgili kurumun tarihsel gelişim süreci ve bahse konu süreçte Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın rolü de gözetilerek ortaya konmuştur. Akabinde, Ombudsperson kurumunun adil yargılama hakkı kapsamındaki yerini tespit amacıyla bu kurumun bağımsızlığı ve etkinliği incelenmiştir.

Anahtar kelimeler: Terör listeleri, 1267 sayılı Karar, Güvenlik Konseyi, Ombudsperson, Kadı

ABSTRACT

With the end of the golden era experienced by international courts until September 11, 2001, quasi- or non-judicial review mechanisms have begun to take a central place in addressing issues arising from international legal norms. One of the most controversial of these entities is the Ombudsperson institution tasked with examining appeals against the listing decisions of the Da'esh and Al-Qaeda Sanctions Committee. This article explores the process that led to the establishment of the Ombudsperson institution and the structural framework of the said institution. Firstly, the argument is presented that the transition from the Focal Point mechanism to the Ombudsperson institution represents significant progress in safeguarding the fundamental rights and freedoms of listed individuals and entities, taking into account the historical development of the relevant institution and the role of the European Court of Justice in this process. Subsequently, the independence and effectiveness of the Ombudsperson institution are examined to determine its place within the scope of the right to a fair trial.

Keywords: Terrorism Lists, Resolution 1267, Security Council, Ombudsperson, Kadı.

EXTENDED SUMMARY

The period between the end of the Cold War and September 11, 2001, was characterized by the prominence of international law and international courts. With the end of the golden era experienced by international courts, there has been a trend towards the emergence of quasi- or non-judicial review mechanisms to address issues arising from international legal norms. Some of the leading

non-judicial dispute resolution mechanisms may be listed as the World Bank Inspection Panel, World Bank Compliance Advisor/Ombudsman, International Labour Organization's Committee on Freedom of Association, Aarhus Convention Compliance Committee, and mechanisms established under United Nations (UN) agreements, one of which is the Ombudsperson investigating the listing decisions of the Da'esh and Al-Qaeda Sanctions Committee. This mechanism, established in 2009, was created somewhat reluctantly to respond to the *Kadı* jurisprudence of the European Union (EU) Court, aiming to respond to the lack of adequate legal protection for individuals and entities listed in international terror lists.

In response to the EU Court's decision that individuals and entities listed in international terror lists lacked sufficient legal protection, the UN Security Council, through Resolution 1267 of 1999, delegated the authority to review the sanctions regime to an Ombudsperson. However, the Ombudsperson institution is subject to criticism for its lack of independence and its inability to make binding decisions. Supporters argue that, given the highly political nature of decisions made by bodies like the UN Security Council, the current Ombudsperson model is the best solution for providing legal protection. Whilst, some others defend that only a judicial body can adequately ensure the desired legal protection. To evaluate these opinions that touch upon almost all disputes in the structure of international law and institutions, it is necessary to examine the decision-making process and current practices of the Ombudsperson institution.

The UN Security Council's decisions intervene in fundamental rights in two ways: targeted sanctions and security detentions in operations authorized by the UN. Targeted sanctions include freezing assets and travel bans, affecting individuals or legal entities and potentially violating fundamental rights such as the right to property, privacy, and freedom of movement. Despite being preventive and temporary, such measures face serious criticisms. Especially until the establishment of the Ombudsperson mechanism, individuals and entities subject to these sanctions sought remedies in local and regional courts, especially European courts, due to the lack of recognition of their rights at the UN. Indeed, when the sanctions regime was first implemented, it did not provide any legal protection for those targeted by the sanctions. Listed individuals were not informed in advance, and the reasons for listing were not communicated. The Focal Point mechanism, which came into operation in March 2007, facilitated communication between states reviewing the listing decision and the listed individual. However, it only served as an intermediary and did not offer substantial legal protection.

Justified criticisms of this sanctions regime, the most significant being the lack of an independent institution to effectively review decisions regarding the listening and listing of individuals, found reflection in the UN Security Council. The need to address these shortcomings in terms of the right to an effective legal remedy led to the initiation of discussions on the establishment of the current Ombudsperson mechanism. After its own examination, the Ombudsperson recommends the acceptance or rejection of the relevant petition to the 1267 Sanctions Committee.

This article first explains the process leading to the establishment of the Ombudsperson mechanism and the structural framework of this institution. In this context, three main arguments are presented. First, it will be shown that the transition from the Focal Point system to the Ombudsperson mechanism leads to significant progress in safeguarding the fundamental rights and freedoms of listed individuals, taking into account the historical development process of the relevant institution. Second, it will be defended that there are deficiencies in measures regarding the independence of the Ombudsperson institution. The examination of the independence of the Ombudsperson will focus on the independence standards mentioned in comparative law for the ombudsman institution and the specific conditions under which the Ombudsperson institution was established. Finally, it will be emphasized that, while the decisions of the Ombudsperson are not binding, they can produce effective results.

1. GİRİŞ

Soğuk Savaş'ın sona ermesi ve 11 Eylül 2001 arasındaki dönem uluslararası hukuk ve uluslararası mahkemelerin ön planda olduğu, bu nevi kurumların “geçici bir altın dönem” yaşadığı bir dönemdir. Bununla birlikte, 11 Eylül sonrası Dünya’da bu nevi uluslararası yargı kurumlarının ihdas edilmesi mevcut jeopolitik gerilimler ve çok kutuplu bir Dünya düzeni yapısı nedeniyle pek mümkün gözükmemektedir.¹ Bu da beraberinde, uluslararası hukuk normlarından kaynaklanan sorunların çözümü ihtiyacının karşılanması için yargı kurumu benzeri veya yargısal nitelikte olmayan mercilerin (quasi- or non-judicial review mechanisms) ön plana çıkması olgusunu getirmiştir.² Gerçekten, mahkemelerden farklı olarak daha yumuşak uyuşmazlık çözümü biçimlerine istinat eden bu tür mekanizmalar, günümüz uluslararası sisteminin siyasi yapısına daha uygun düşmektedir.³ Mahkeme niteliğinde olmayan uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının başında Dünya Bankası İnceleme Paneli (World Bank Inspection Panel), Dünya Bankası Compliance Danışmanı/Ombudsmanı (CAO), Uluslararası Çalışma Örgütü’nün Örgütlenme Hürriyeti Komitesi (CFA), Aarhus Sözleşmesi Compliance Komitesi ve Birleşmiş Milletler (BM) Anlaşmaları uyarınca kurulmuş mekanizmalar gelmektedir.

Çalışmamızın konusunu teşkil eden DAEŞ ve Al-Kaide Yaptırım Komitesi Ombudsperson mekanizması ise bu nevi başvuru mercilerinin en münakaşalı ve aynı zamanda önemlilerinden biridir. Bu başvuru mekanizması 2009 yılında, esasen Avrupa Birliği (AB) Mahkemesi’nin Kadı içtihadına bir cevap veya karşılık vermek gayesiyle biraz da pek de arzu edilmeden ihdas edilmiş bir mekanizma niteliğindedir.⁴ Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın uluslararası terör listelerinde yer alan kişi ve kuruluşların yeterince hukuki korumadan yararlanmadığı yolundaki kararı karşısında, BM Güvenlik Konseyi’nin 1999 tarih ve 1267 sayılı Kararıyla ihdas edilen yaptırım rejiminin kurtarılması amacıyla, belki de Dünyanın en güçlü uluslararası kurumu mahiyetindeki Güvenlik Konseyi kararlarını denetleme yetkisi, Ombudsperson olarak atanan bir kişiye verilmiş bulunmaktadır. Bununla birlikte, Ombudsperson kurumu bağımsızlığı noktasında eleştirilebilir bir noktada olup bağlayıcı karar verme yetkisini de haiz değildir.⁵ Kurumun bu yapısı ve niteliği nedeniyle mevcut modelin yerinde olduğunu savunan görüşler olduğu gibi aleyhinde olanlar da bulunmaktadır. Kurumun lehindeki görüşe göre BM Güvenlik Konseyi gibi son derece siyasi bir karar alma mercisinin aldığı kararlara karşı mahkeme muadili (court-equivalent) hukuki koruma sağlaması bakımından en iyi çözüm modeli mevcut Ombudsperson kurumudur.⁶ Bu sayede, evrensel

¹ Andrej Lang, ‘Alternatives to Adjudication in International Law: A Case Study of the Ombudsperson to the ISIL and Al-Qaida Sanctions Regime of the UN Security Council’ *The American Journal of International Law*, 117: 1 (2023), 48-49.

² ibid 49.

³ ibid.

⁴ ibid 50; Ombudsperson görevini üstlenen Bayan Kimberly Prost tarafından Avrupa Konseyi Uluslararası Hukuk Danışma Komitesi’nin 18 Mart 2011’de Strasbourg’da gerçekleşen 41. toplantısında sunulmuş olan döküman 11-31063 (F), 2.

⁵ Lang (n 1) 50.

⁶ Politik bir yaptırımlar rejiminde yargısal kontrolünün eleştirisi noktasında bkz. R. Wolfrum, ‘Judicial Control of Security Council Decisions’ *Yearbook of Institute of International Law*, Tallinn session, 12th Commission, 76, 482.

bir ideal model olarak yalnızca mahkemelerle sınırlı bir yapı kurmak yerine, ihtiyaca göre tasarlanmış Ombudsperson modelinin konsolide edilmesi ve geliştirilmesi yerinde olacaktır. Buna karşılık, kurumun aleyhindeki görüş ise yalnızca yargısal bir organın (judicial body) arzu edilen yeterli hukuki korumayı temin edebileceğini ileri sürmektedir. Bu görüşe göre bahse konu Ombudsperson modeli yalnızca mevcut yaptırım rejiminin istikrar ve sürekliliğine hizmet edecek, küresel güvenliği önceleyen bu yaptırım rejiminin hukukun üstünlüğü ilkeleriyle kabili tevil olmadığı gerçeğini ise değiştirmeyecektir.⁷ Uluslararası hukukun ve kurumların yapısına ilişkin münakaşaların neredeyse tamamına temas eden bu görüşler hakkında değerlendirme yapılabilmesi bakımından öncelikle, Ombudsperson kurumunun karar alma süreci ve mevcut uygulamaları değerlendirilmelidir.

Bu nedenle çalışmamız kapsamında öncelikle, BM Güvenlik Konseyi'nin hedef odaklı yaptırım modeline dayanan terör listeleri ana hatlarıyla izah edilecektir. BM Güvenlik Konseyi kararlarında, temel haklara iki şekilde müdahale edildiği görülmektedir. Bunlardan ilki, hedef odaklı⁸ (targeted sanctions) diğeri ise BM tarafından yetkilendirmenin sözkonusu olduğu operasyonlarda gerçekleşen güvenlik amaçlı alıkoymalardır (security detentions). Hedef odaklı yaptırımların başında malvarlığının dondurulması ve seyahat yasakları gelmektedir. Bu nevi yaptırımların muhatabı gerçek veya tüzel kişiler olabilmektedir. Bu nedenle bu türden yaptırımlar mülkiyet ve özel hayatın dokunulmazlığı hakkı ile seyahat hürriyeti gibi temel hak ve hürriyetlere müdahale anlamına gelebilmektedir.⁹ Zikredilen bu tedbirler, önleyici ve geçici mahiyette olsalar da belli bir süre sınırına tabi olmamaları ve bu yaptırımlar marifetiyle kara listeye alınan kişilerin kendilerini adeta mali bir Guantanamo'da bulmalarına sebebiyet vermeleri sebebiyle ciddi eleştirilerle karşılaşmaktadır.¹⁰ Özellikle Ombudsperson kurumu ihdas edilinceye değin, bu nevi yaptırımlara karşı, yaptırımın muhatabı olan kişi ve kuruluşların BM nezdinde haklarındaki karara karşı başvuru imkanının yeterince tanınmamış olması nedeniyle, başta Avrupa yargı mercileri olmak üzere bu yaptırımlara karşı yerel ve bölgesel mahkemelerde haklarını aradıkları görülmektedir.¹¹

Gerçekten, kara listeye alınan kişilerin temel hak ve hürriyetlerine derin müdahaleler ihtiva eden bu yaptırım rejimi, tatbik edilmeye başlandığı ilk yıllarda, bu yaptırımların muhatapları için herhangi bir hukuki koruma sağlamıyordu.¹² Listelenmiş kişilere ne önce-

⁷ Lang (n 1) 51.

⁸ Akıllı yaptırımlar, doğrudan gerçek failer ve bunlarla ilişki içinde olan gerçek ve tüzel kişileri hedef alan yaptırımlardır. Türkçe ve İngilizce literatürde akıllı yaptırımlar (smart sanctions) isimlendirmesi yaygın olarak kullanılmakta iken Fransızca literatürde hedef odaklı yaptırımlar (sanctions ciblées) ifadesi tercih edilmektedir. Yaptırımlar ve düzenlemeler için akıllı ifadesi diğer hukuk alanlarında yaygın bir kullanıma sahip değildir. İlgili terimde akıllı ifadesi ile verilmek istenen mesaj bu yaptırımların hedefleri net ve doğru olarak belirlenmek suretiyle orantılılığı sağlanan yaptırımlar olduğudur. Bu sebeple, özel hedefli yaptırımlar (targeted sanctions, sanctions ciblées) ifadesi kurumun amacı ve yerine dair daha doğru bir çerçeveye çizmektedir.

⁹ Kushtrim Istrefi, *European Judicial Responses to Security Council Resolutions: A Consequentialist Assessment* (Brill Nijhoff, Leiden 2018) 1.

¹⁰ ibid

¹¹ ibid 22.

¹² Ceren Karagözoğlu, "Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Bireye Yönelik Ekonomik Yaptırım Kararları ve İnsan Hakları İlişkisi" *Public and Private International Law Bulletin* 39:1 (2019) 230.

den bilgi veriliyor ne de listelemenin gerekçesi tebliğ ediliyordu. Bu kapsamdaki tek hukuki koruma mekanizması İrtibat Noktası (Focal Point) olarak tabir edilen, listelenen kişiyle listeleme kararını inceleyen devletler arasındaki iletişimi kolaylaştıran bir mekanizmaydı. Mart 2007 tarihinde faaliyete geçen Odak Noktası mekanizması, BM Genel Sekreterliği'nin bir cüzü olup, günümüzde 1267 sayılı DAEŞ ve El-Kaide yaptırım listesi dışındaki yaptırım listelerine karşı listeden çıkarılma müracaatların yapıldığı bir kurum hüviyetindedir.¹³

Bilhassa, 11 Eylül sonrası dönemde 1267 sayılı yaptırım rejimi komitesi özellikle ABD'den gelen listeleri noter gibi onaylayan bir merci niteliğindeydi. Aradan geçen zaman zarfında, Komite uygulamasının geliştiği ve yanlış listelemelerin sayısının tedricen azaldığı ifade edilmektedir.¹⁴ Bununla birlikte, üye devletlere listeleme konusunda getirilen usuli kurallara rağmen 1267 sayılı karar yaptırım Komitesi'nin daha ziyade diplomatlardan müteşekkil bir yapı olması nedeniyle, bir hukuki koruma mekanizmasının ihdası zorunluluğu ortaya çıkmıştır.¹⁵

Mezkur yaptırım rejimine getirilen haklı eleştiriler, Dünya'nın en güçlü devletlerinin daimi üyesi olduğu Güvenlik Konseyi'nde zamanla yansımaları bulmuştur. 1267 sayılı karar yaptırım rejiminin en büyük eksikliği olan listelenmiş kişilerin dinlenilme ve listeleme kararlarının bağımsız bir kurum tarafından etkin bir şekilde incelenmesi hakkı bakımından söz konusu olan eksikliklerin giderilmesi yolunda çalışmalar yapılması ihtiyacı, bugünkü Ombudsperson kurumunun oluşturulmasına ilişkin müzakerelerin başlamasının temel sebebidir.¹⁶ Gerçekten, kara listeye alınmaya karşı etkin bir hukuk yolunun bulunmaması meselesine getirilen kurumsal çözüm, Ombudsperson kurumunun ihdası olmuştur. Bu çerçevede Ombudsperson, kendisine gelen bir listeden çıkarılma dilekçesini (delisting petition) derecesi üçüncü alt başlıkta incelenecek ölçüde değerlendirmekte, başvuranın El-Kaide veya DAEŞ ile iltisaklı olup olmadığı konusunda kendi incelemesini müteakip, 1267 sayılı karar inceleme Komisyonu'na ilgili dilekçenin kabulü veya reddi yolunda tavsiyede bulunmaktadır.¹⁷

Bu makalede Ombudsperson kurumunun oluşumuna öncülük eden süreç ve mezkur kurumun yapısal çerçevesi açıklanacak, bu bağlamda üç temel yargı ortaya konacaktır. İlk olarak, İrtibat Noktası uygulamasından Ombudsperson kurumuna geçişin listelenen gerçek ve tüzel kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması noktasında büyük bir ilerleme teşkil ettiği argümanı ilgili kurumun tarihsel gelişim süreci de gözetilerek ortaya konacaktır. İkinci olarak, Ombudsperson kurumunun bağımsızlığına dair tedbirlerde mevcut eksikliklere dikkat çekilecektir. Ombudsperson kurumunun bağımsızlığına dair incelemede mukayeseli hukukta ombudsman kurumunun sahip olması gerektiği ifade edilen bağımsızlık standartlarına ve Ombudsperson kurumunun hangi şartlar altında kurulduğuna hususi vurgu yapılacaktır. Son olarak, Ombudsperson'un kararlarının bağlayıcı olmasa dahi pra-

¹³ Istrefi (n 9) 1.

¹⁴ Lang (n 1) 54.

¹⁵ ibid 55-56.

¹⁶ ibid 56.

¹⁷ ibid.

tikte etkin sonuç üretebildiği ortaya konacaktır.

2. BM GÜVENLİK KONSEYİ TERÖR LİSTELERİ

Ombudsperson kurumu, BM yaptırım rejiminin bir cüzü niteliğindedir. BM Güvenlik Konseyi'nin yaptırım uygulama yetkisinin dayanağı, BM Anlaşması'nın yedinci bölümünün 39. ve 41. maddeleridir.¹⁸ BM Güvenlik Konseyi yedinci bölümdeki yetkileri çerçevesinde devlet ve kişilere karşı bütün BM üyelerini bağlayan yaptırımlar uygulayabilmektedir. BM Güvenlik Konseyi yedinci bölümündeki bu geniş yetkileri çerçevesinde 1966 yılından bu tarafa otuz farklı yaptırım rejimi ihdas etmiş olup, bunların on dördü halen yürürlükte.¹⁹ Keza, bu yaptırım rejimlerinin her biri müstakil bir BM yaptırım komitesi tarafından yönetilmektedir.²⁰ Kronolojik sırayla yürürlükte olan bu yaptırım rejimleri şunlardır:

- BM Güvenlik Konseyi 751 (1992) sayılı ve 1907 (2009) kararları uyarınca Somali;
- BM Güvenlik Konseyi 1267 (1999) sayılı ve 1989 (2011) sayılı kararları uyarınca IŞİD (DAEŞ) ve El-Kaide;

¹⁸ 26 Haziran 1945'te yürürlüğe giren Birleşmiş Milletler Antlaşması ile kurulmuş olan Birleşmiş Milletler'in amaçlarından biri, Antlaşma'nın birinci maddesinde şu şekilde ifade edilmiştir:

“Uluslararası barış ve güvenliği korumak ve bu amaçla: barışın uğrayacağı tehditleri önlemek ve bunları boşa çıkarmak, saldırı ya da barışın başka yollarla bozulması eylemlerini bastırmak üzere etkin ortak önlemler almak ve barışın bozulmasına yol açabilecek nitelikteki uluslararası uyuşmazlık veya durumların düzeltilmesini ya da çözümlenmesini barışçı yollarla, adalet ve uluslararası hukuk ilkelerine uygun olarak gerçekleştirmek.”

Birleşmiş Milletler'in uluslararası barış ve güvenliğin korunmasında hızlı ve etkili hareket etmesini sağlamak için, uluslararası barış ve güvenliğin korunmasında başlıca sorumluluk Birleşmiş Milletlerin onbeş üyesinden müteşekkil Güvenlik Konseyi'ne bırakılmıştır. Üye ülkeler, Güvenlik Konseyi'nin kararlarını kabul etme ve uygulama konusunda görüş birliğine varmışlardır. Güvenlik Konseyi, daimi üye statüsünü haiz beş üye (Çin Cumhuriyeti, Fransa, Rusya Federasyonu, Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Krallığı ve Amerika Birleşik Devletleri) ile Genel Kurul'un Birleşmiş Milletler üyelerinin uluslararası barış ve güvenliğin korunmasına ve örgütün öteki amaçlarına katkılarını ve hakça bir coğrafi dağılımı gözetererek iki yıllığına seçtiği on adet geçici üyeden müteşekkildir.

Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 39. maddesi gereği Güvenlik Konseyi, hem uluslararası barışın tehdit edildiğini, bozulduğunu ya da bir saldırı eylemi olduğunu saptama hem de uluslararası barış ve güvenliğin korunması ya da yeniden kurulması için tavsiyelerde bulunma veya silahlı kuvvet kullanımını içermeyen veya askeri nitelikte önlemler alınmasını kararlaştırma yetkisini haizdir. Bütün terör eylemlerini kınama yönünde bir tutum sergileyen Güvenlik Konseyi, uluslararası nitelik taşıyan terör eylemlerinin uluslararası barışı tehdit ettiğini kabul etmektedir. Gerçekten de Güvenlik Konseyi'nin 1377 (2001) sayılı kararında uluslararası terörizmin uluslararası barış ve güvenliğe karşı 21. yüzyıldaki en büyük tehditlerden birini teşkil ettiği tespiti yer almıştır. BM Sözleşmesi'nin silahlı kuvvet kullanımını içermeyen önlemlere dair 41. maddesi şu şekildedir:

“Güvenlik Konseyi, kararlarını yürütmek için silahlı kuvvet kullanımını içermeyen ne gibi önlemler alınması gerektiğini kararlaştırabilir ve Birleşmiş Milletler üyelerini bu önlemleri uygulamaya çağırabilir. Bu önlemler, ekonomik ilişkilerin ve demiryolu, deniz, hava, posta, telgraf, radyo ve diğer iletişim ve ulaştırma araçlarının tümüyle ya da bir bölümüyle kesintiye uğratılmasını, diplomatik ilişkilerin kesilmesini içerebilir.”

Kollektif Tedbirler Komitesi, yukarıda alıntılanmış olan 41. madde kapsamındaki tedbirleri diplomatik yaptırımlar ve ekonomik yaptırımlar olarak ikiye ayırmaktadır.

¹⁹ Daniel Kipfer Fasciati, 'Due Process, Fairness, and Transparency – die Funktion der Ombudsperson für das Al-Qaida-Sanktionsregime der UN' recht (2021) 160.

²⁰ Lang (n 1) 53.

- BM Güvenlik Konseyi 1518 (2003) sayılı kararıyla Irak;
- BM Güvenlik Konseyi 1533 (2004) sayılı kararıyla Demokratik Kongo Cumhuriyeti;
- BM Güvenlik Konseyi 1591 (2005) sayılı kararıyla Sudan;
- BM Güvenlik Konseyi 1595 (2005) sayılı kararıyla Lübnan;
- BM Güvenlik Konseyi 1718 (2003) sayılı kararıyla Kuzey Kore;
- BM Güvenlik Konseyi 1970 (2011) sayılı kararıyla Libya;
- BM Güvenlik Konseyi 1988 (2011) sayılı kararıyla Afganistan;
- BM Güvenlik Konseyi 2048 (2012) sayılı kararıyla Guinea-Bissau;
- BM Güvenlik Konseyi 2127 (2013) sayılı kararıyla Merkezi Afrika Cumhuriyeti;
- BM Güvenlik Konseyi 2140 (2014) sayılı kararıyla Yemen;
- BM Güvenlik Konseyi 2206 (2015) sayılı kararıyla Güney Sudan;
- BM Güvenlik Konseyi 2374 (2017) sayılı kararıyla Mali.

Birleşmiş Milletlerin devletlerin yanı sıra kişi ve kurumlara karşı yaptırımlar uygulaması tamamıyla yeni bir olgu değildir. O zamanlar hala bir İngiliz kolonisi olduğundan devlet niteliğinde olmayan Güney Rodezya liderliğine uygulanan yaptırım bu bağlamda örnek olarak verilebilir. Keza, 1990'lı yılların başında devlet dışı aktörlere uygulanabilmiş yaptırımlar mevcuttur. Örneğin bu kapsamda, Kamboçya'daki Kızıl Kmerler'e uygulanan yaptırımlar ile uluslararası barış ve güvenliği ihlal veya tehdit eden siyasi lider veya isyancı gruplar (rebel groups) yer almaktadır.²¹ Bununla birlikte, 1267 sayılı yaptırım rejimi bu sahada bir dönüm noktası sayılabilir. Gerçekten, yukarıda sayılan yaptırım rejimleri arasında en detaylı ve münakaşalı olan hiç şüphesiz 1267 sayılı karara dayanılarak ihdas edilen yaptırım rejimidir. 1999 yılında, bireyleri hedef alan bu yaptırım türü, görüldüğü üzere halihazırda 11 Eylül 2001 saldırılarından evvel benimsenmiş bulunmaktaydı.²² Başlangıçta El-Kaide, sonra DAESH'e teşmil edilen bu rejim zaman, coğrafya, kapsam ve listelenebilecek kişilerin sayısı bakımından neredeyse sınırsızdır.²³ Günümüzde, bilhassa uluslararası terörizm gibi ulus devlet sınırlarını aşan yaygın şiddet eylemlerini ihtiva eden olgulara karşı, hedef odaklı yaptırımlar temel mücadele araçlarından biri haline gelmiştir.²⁴ İşte uluslararası yaptırımlar bakımından 1267 sayılı yaptırım rejimi, devletlere yönelik kapsamlı ticari yaptırımlar yerine doğrudan kişilere yaptırım uygulanması yolundaki dönüşümün başlangıç noktası olmuştur. Bu yeni yaptırım türü bir devletin bütün tebaasına dolayısıyla masum kişilere yaptırım uygulanmayıp, yalnızca kara listeye alınmış kişilere yaptırımlar öngörmesi bakımından daha yumuşak ve etkin bir yaptırım türü olarak değerlendirilmektedir.²⁵ Belirli ya da bütün malların ticaretinin yasaklanmasından ilgili devletin yabancı bankalardaki hesaplarına el

²¹ Istrefi (n 9) 12.

²² Fasciati (n 19) 159.

²³ Lang (n 1) 53.

²⁴ Istrefi (n 9) 12.

²⁵ Lang (n 1) 53.

konulmasına kadar geniş bir yelpazede uygulama alanı bulabilen ekonomik yaptırımların, uygulandığı devlet ve o devletin halkı üzerinde çok yıkıcı etkilerinin olabildiği Körfez Savaşı sonrası Irak örneğinde görülmüştür.²⁶ Körfez savaşı süresince ve sonrasında uygulanan ve orantısız olmakla da eleştirilen bu yaptırımlar süreci akıllı yaptırımlar kurumunun önemini ortaya koymuştur.

Buna mukabil, bu yeni rejimi marifetiyle BM Güvenlik Konseyi bir uluslararası güvenlik hukuku ihdas etmiş, bu yeni rejim aracılığıyla kişiler üzerinde doğrudan ve etkin bir şekilde uluslararası kamu erkini kullanmaya başlamıştır. BM Güvenlik Konseyi, kişileri konsolide liste olarak adlandırılan listeye doğrudan hedef olarak yaptırıma tabi tutmaktadır. Konsey, bu yetkisini 1267 Komitesi olarak adlandırılan bir organ marifetiyle icra etmektedir. Bu noktada dikkat çeken husus, Konsey'in böylelikle devletlerin uluslararası hukuk ve vatandaşları arasındaki aracı rolünü bertaraf etmek suretiyle, ulus devletin meclis ve yargı denetimine tabi olmayan bir yaptırım rejimini uyguluyor olmasıdır. BM Güvenlik Konseyi, kişilerin temel hak ve hürriyetlerine derin müdahaleler ihtiva eden bu yaptırım rejimini uluslararası terörizm düşmanına karşı bir önleyici meşru müdafaa hakkıyla temellendirmektedir.²⁷ Bu noktada vurgulanması gereken husus, bu rejim kapsamındaki yaptırımların önleyici mahiyette olup, bir yargılama neticesine hükmedilen bir mahkumiyet değil, listelenen kişiliğin tehlikeliliği esasına dayanmasıdır.²⁸ Bu rejim kapsamında yaptırıma tabi tutulan kişilerin tüm malvarlıkları dondurulmaktadır. Buna ilgili kişinin kirasını ödemek için kullandığı hesapları ile maaş hesapları da dahildir. Keza, kişiler bu kapsamda seyahat yasağına tabi tutulmakta ve aynı zamanda silah edinmeleri de yasaklanabilmektedir.²⁹ Mali yaptırımların bir cüzü olarak listelenmiş kişi veya yapıların malvarlıklarının dondurulması suretiyle fon, çek, banka hesapları, hisse senetleri, gayri menkul ve sair sermayelerine ulaşım, havale, satma veya kiralamalarının önüne yasaklar konmaktadır.³⁰ İstisnai hallerde, kişilerin yalnızca temel ihtiyaçlarını karşılayacak kaynakları yaptırım hükümleri dışında tutulabilmektedir.³¹

İlgili yaptırım rejimi çeşitli gelişmeler göstermiş, önde gelen değişikliklerden biri ise bir kişi, grup, örgüt veya şirketin, BM konsolide listesine dahil edilmesi sürecinde, ilgili vakanın detaylı bir izahı eklenmesi gerekliliği olmuştur. Bu talebe ilave olarak, ilgili kişi veya kuruluşun listeye eklenmesini talep eden devlet, listeye dahil etme talebinin gerekçesinin hangi kısmının yayınlanabileceğini de bildirmektedir. Bunun üzerine Yaptırım Komitesi, 1989 (2011) sayılı Karar'ın m. 4 hükmüne göre El-Kaide ile hakkında listelenme talebi getirilen kişi veya kuruluşun iltisaklı olup olmadığını incelemektedir. Bu noktada hakkında listeye dahil edilme talebinde bulunulana terörizmin finansmanı, terör eylemlerinin planlanması, kolaylaştırılması, hazırlanması veya icrası noktasındaki faaliyetleri değerlendirilmektedir.

²⁶ Save The Children UK (2002), *Iraq Sanctions: Humanitarian Implications and Options for the Future*, ch. 2; Ülkü Halatçı Ulusoy, *Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Kapsamında Birleşmiş Milletler Akıllı Yaptırımları* (Turhan, Ankara 2014) 41-42.

²⁷ Lang (n 1) 53.

²⁸ ibid 53-54.

²⁹ ibid 54.

³⁰ Fasciati (n 19) 159.

³¹ Istrefi (n 9) 13-14.

Buna ilave olarak, El-Kaide, alt örgütlerine ve hücrelerine askeri malzeme ve sair savunma sanayii ürünü satışı, terör örgütüne eleman kazandırma ve benzeri destek fiilleri ve faaliyetleri de değerlendirme kapsamına girmektedir. Komite listeye dahil etme kararını aldıktan sonra, hakkında bu yönde karar verilen kişinin veya örgütün vatandaşı olduğu veya ikamet ettiği devleti üç ay içerisinde bilgilendirmektedir.³²

3. TERÖR LİSTELERİNE KARŞI HUKUKİ KORUMA İHTİYACI: AVRUPA BİRLİĞİ MAHKEMESİ'NİN KADI İÇTİHADI

3.1. KADI I

Ombudsperson kurumunun ihdas edilmesinde en etkili hadiselerden biri, hiç şüphesiz Avrupa Birliği Mahkemesi'nin Yasin Abdullah Kadı hakkında vermiş olduğu karar olmuştur.³³ Başvuru döneminde, Yasin Abdullah Kadı Suudi Arabistan'da ikamet eden bir İsveç vatandaşıdır.³⁴ El-Kaide'ye finansal destek verdiği şüphesi nedeniyle, 11 Eylül 2001 saldırılarından sonra, evvela Amerika Birleşik Devletleri (ABD), akabinde de AB'deki malvarlıkları dondurulmuştur. Kadı, öncelikle kendisini terör listesine dahil eden BM Yaptırım Komitesi'ne müracaat etmiş, Komite ise bu başvuruyu gerçek kişilerin herhangi bir müracaat hakkı söz konusu olmadığı gerekçesiyle geri çevirmiştir. Anılan dönemde ne İrtibat Noktası (Focal Point) ne de Ombudsperson kurumu mevcut olduğundan, Kadı'nın BM nezdinde listeden çıkarılma talebinde bulunması mümkün olmamıştır.³⁵ Bunun üzerine Kadı, kendisine uygulanan bu yaptırımlara ve 11 Eylül saldırılarına iştirak ettiği yolundaki iddialara karşı yargı yoluna müracaat etmiştir.

Kadı hakkındaki şüphelerin dayanağını esas itibarıyla, daha sonra El-Kaide'ye dahil olan Muwafaq Vakfi'nin kurucu üyelerinden olması ve böylece Usame bin Ladin ile birlikte çalıştığı iddiaları teşkil etmiştir. Buna ilave olarak, Sarayevo'da bir bankada hissesi olması ve bu bankada toplanan paraların, Suudi Arabistan'da bulunan ABD'ye ait bir kuruma karşı yapılacak saldırıların hazırlığı için kullanılmış olması da Kadı'ya yönelik iddialar arasında yer almıştır. Keza, Kadı'nın, Arnavutluk'ta bir kısmı bin Ladin'i destekleyen aşırı görüşlü kişilerin şirket araçlarını kontrol ettiği şirketlerin sahibi olduğu da ileri sürülmüştür. Bu gerekçelerle Kadı'nın ismi 17 Ekim 2001 tarihinde, Usame bin Ladin ile bağlantılı bir kişi olmak vasfıyla Yaptırım Komitesi'nin konsolide listesine dahil edilmiştir.³⁶

Kadı, Avrupa Birliği'nde, 2062/2001 sayı ve 19.10.2001 tarihli Tüzük marifetiyle, 467/2001 sayılı Tüzüğün Ek I kısmında yer alan listeye eklenmiştir. Konuya ilişkin müte-

³² Stephan Beukelmann, 'Vermögenssanktionen auf Grund von „UN-Terrorlisten“' *Neue Juristische Wochen Schrift-Spezial* (2013) 504.

³³ Laurence Boisson de Chazournes, 'Des relations entre l'ONU et les organisations régionales à l'aune des tribulations de l'affaire Kadı' in: *Ombres et lumières du droit international - Mélanges en l'honneur du Professeur Habib Slim*. (Pedone, Paris 2016) 83.

³⁴ Martin Stricker, *Terrorlisten im Strafrecht* (Jan Sramek Verlag, Wien 2016) 100.

³⁵ ibid 100.

³⁶ Beukelmann (n 32) 504.

akip 881/2002 sayılı Tüzük EK I'de de Kadı'nın ismi yer almaya devam etmiştir. Kadı, bu listeleme kararına karşı 18.12.2001 tarihinde AB İlk Derece Mahkemesi (*EU Court of First Instance*) nezdinde dava açarak, kendisinin terör listesine eklenmesine dayanak teşkil eden AB 467/2001 ve müteakip 881/2002 sayılı Tüzüklerinin iptalini talep etmiştir.³⁷ Kadı iptal talebinde, bilhassa hukuki dinlenilme (fair hearing), mülkiyet hakkı ve etkin yargısal denetim haklarının ihlal edildiğini öne sürmüştür.³⁸ Buna ilave olarak Kadı, Birlik hukuk düzeninin Birleşmiş Milletler'den bağımsız olduğunu ve BM Güvenlik Konseyi kararlarının Birlik kurumlarına temel hakları ilga etme yetkisi vermediğini ileri sürmüştür.³⁹ 21.09.2005 tarihli kararında, Mahkeme Kadı'nın söz konusu talebini reddetmiştir. Kararın gerekçesinde, Kadı'nın listelenmesine dayanak teşkil eden Birlik mevzuatının BM Güvenlik Konseyi kararının uygulanması amacına hizmet ettiği, bu nedenle bu mevzuatın maddi bakımdan hukuka uygunluk denetimine tabi tutulmasının mümkün olmadığı ifade edilmiştir. Böylece Mahkeme bu nevi mevzuatın, yargı denetimi dışında olduğunu kabul etmiştir.⁴⁰ Buna mukabil Mahkeme, BM Güvenlik Konseyi kararlarının yalnızca emredici kuralları (jus cogens) ihlal etmeleri halinde denetlenebilecekleri yolunda bir istisna getirmiştir. Netice itibarıyla Mahkeme, Kadı'nın başvurusunda herhangi bir jus cogens norm ihlal edilmediğinden bu nevi bir denetimin söz konusu olamayacağına karar vermiştir.⁴¹

Kadı, ilk derece mahkemesi kararına karşı temyiz başvurusunda bulunmuş ve temyiz incelemesi neticesinde ilk derece mahkemesinin ilgili kararı bozulmuştur.⁴² Mahkeme, 3.09.2008 tarihinde verdiği kararında, BM ve AB hukuku arasındaki ilişki hususunda farklı bir yaklaşım benimsemiş, 881/2002 sayılı Tüzüğün Kadı'ya uygulanan hükümlerini iptal etmiştir. Mahkeme, AB kurumları tarafından kabul edilen mevzuatın kaynağı ne olursa olsun yargı denetimine tabi olduklarına hükmetmiştir. İlgili Birlik mevzuatının bir BM Güvenlik Konseyi kararını uygulama amacıyla çıkarılmış olmasının da bu hususta bir fark yaratmayacağına karar vermiştir.⁴³ Mahkeme bu nevi bir yargısal denetimin, AB'nin temellerini teşkil eden anayasal garantinin bir gereği olduğunu ifade etmiştir. Buna mukabil Mahkeme, burada denetime tabi olanın ilgili BM Güvenlik Konseyi kararı değil, onu hayata geçiren Birlik mevzuatı olduğunu vurgulamıştır.⁴⁴ Mahkeme, kararında ilgili BM Güvenlik Konseyi kararlarının hukukiliği konusunda bir değerlendirme yapmadığını ileri sürmüşse de bu nevi bir karar kaçınılmaz olarak Güvenlik Konseyi kararlarının uygulanması ile ilgili sonuçları beraberinde getirmiştir.⁴⁵

Mahkeme'nin 2008 yılında vermiş olduğu Kadı I kararı, 2009 yılında Ombudsperson kurumunun ihdas edilmesinde önemli rol oynamıştır. BM Güvenlik Konseyi 1989 sayılı

³⁷ ibid 505.

³⁸ Istrefi (n 9) 84.

³⁹ Ibid 84-85.

⁴⁰ Beukelmann (n 32) 505.

⁴¹ Istrefi (n 9) 86.

⁴² Stricker (n 34) 102.

⁴³ Istrefi (n 9) 91.

⁴⁴ ibid.

⁴⁵ ibid 92.

kararıyla, yaptırım rejiminin hayata geçirilmesindeki yerel ve bölgesel sorunların varlığını kabul etmiştir. Konsey, bilhassa Kadı I kararından sonra yaptırım sisteminin iyileştirilmesi noktasında adımlar atmak yoluna gitmiştir. Bu bağlamda Kadı I kararı, Ombudsperson kurumunun ihdas edilmesinin başlıca sebepleri arasında yer almaktadır. Bizzat davacı Kadı tarafından da ifade edildiği üzere, kendisi hakkında AB Mahkemesi'nin vermiş olduğu karar Ombudsperson kurumunun tesis edilmesi için gerekli siyasi ve diplomatik baskının oluşmasını sağlamıştır.⁴⁶ Keza ilk Ombudsperson Kimberly Prost da kurumun ihdasında Avrupa'da açılan davaların etkili olduğunu ifade etmiştir.⁴⁷

3.2. KADI II

Bir sonraki bölümde detaylı olarak ifade edileceği üzere Ombudsperson bir yargı organı niteliğinde değildir. Bu sebeple, Ombudsperson mekanizmasının tek başına adil yargılanma hakkı bağlamında yeterli olduğunu ifade etmek mümkün görünmemektedir. Binaenaleyh, AB Mahkemesi Kadı II kararında da Kadı I'deki içtihadından vazgeçmemiştir.

AB Mahkemesi'nin Kadı hakkındaki ikinci kararı, Ombudsperson kurumu ihdas edildikten sonra verilen bir karar niteliğindedir. Keza, karar verildiğinde Kadı BM'nin terör listesinden silinmişti.⁴⁸ Bununla birlikte AB Mahkemesi, Kadı I kararındaki yaklaşımını devam ettirmiştir. Mahkeme, ilk olarak Güvenlik Konseyi kararlarının, AB'nin anayasal garantilerinin birincil mevzuatına tabi olduğunu; ikinci olarak Güvenlik Konseyi terör listelerine karşı tam manasıyla bir mahkeme niteliğinde hukuki koruma temin edilmediği sürece, bu kararların tam yargısal denetime tabi olduğunu kabul etmiştir.⁴⁹ Bir başka deyişle Mahkeme, Ombudsperson kurumunu yeterli bir hukuki mekanizma olarak değerlendirmemiştir.

Öte yandan, ilgili mekanizmanın adil yargılanma hakkı bağlamında önemli bir adım teşkil ettiği yadsınamaz bir gerçektir. Bu hususun Kadı II kararına yansıdığını söylemek ise mümkün değildir. Prost, tam da bu sebeple Kadı II kararında Ombudsperson mekanizmasına hiç atıf yapılmamasını eleştirmektedir.⁵⁰ Prost, Ombudsperson mekanizmasının yargısal nitelikte olmadığı ve bağımsızlığı bağlamında kurumsal sorunlarla karşı karşıya olduğu gerçeğini reddetmemekte,⁵¹ ancak adil yargılanma hakkına daha geniş bir çerçeveden bakılması gerektiğini savunmaktadır. AB Adalet Divanı'nın Kadı II kararında adil yargılanma hakkını tam bir yargı denetimi olarak anladığını, ABD Columbia Bölgesel Mahkemesi'nin ise yine Kadı hakkında verdiği kararında Amerikan hukuku bağlamında adil yargılanma hakkını keyfi, hercai, takdir yetkisinin kötüye kullanımı teşkil eden veya açıkça hukuka aykırı olan bir karara tabi tutulmamış olmak olarak tanımladığını ifade eden Prost, Güvenlik Konseyi'nin Ombudsperson'un kuruluşunu sağlayan kararı bağlamında adil yargılanma hakkını

⁴⁶ ibid 150.

⁴⁷ ibid 150-151.

⁴⁸ Stricker (n 34) 104.

⁴⁹ Istrefi (n 9) 94-95.

⁵⁰ Kimberly Prost, 'The office of the Ombudsperson' in Jeremy Farrall, Hilary Charlesworth, *Strengthening the rule of law through the UN Security Council* (Routledge, 2016) 187

⁵¹ Prost (n 50) 189

BM Genel Sekreteri'nin açıklamalarını da gözeterek yeniden tanımlamaktadır.⁵² Bu bağlamda, adil yargılanma hakkı kapsamında beş husustan bahsetmektedir. Bunlar, hakkında listeleme kararı verilen kişinin kendisi hakkındaki karara dair mümkün olduğunca bilgi sahibi olma hakkı, hakkında listeleme kararı verilen kişinin kendisi hakkındaki kararı veren yetkili otorite tarafından dinlenilme ve kendisi hakkındaki iddialara bir cevap sunabilme hakkı, söz konusu kişinin etkin ve bağımsız bir incelemeye tabi tutulma hakkı, gerekçeli bir karar ile listeleme veya listelemeyen çıkarmaya karar veriliyor olması gerekliliği ve genel olarak kişilerin adil ve hızlı bir prosedüre tabi tutulma hakkı şeklinde sayılmıştır. Prost'un saymış olduğu bağlamda bu hakların ne oranda Ombudsperson kurumunca sağlandığı bir sonraki bölümde daha detaylı olarak incelenecektir. Belirtmek gerekir ki Prost'un yapmış olduğu tanım Ombudsperson kurumunu ve bu kurumun kuruluş aşamasında BM Genel Sekreteri'nin yapmış olduğu açıklamaları merkezine alan bir adil yargılanma hakkı tanımıdır. Yani, hakkı sağlamaya elverişliliği üzerinden kurumun incelendiği bir tanım olmaktan ziyade, kurum üzerinden hak tanımlanmaya çalışılmaktadır. Dolayısıyla, söz konusu tanımın geniş bir kabul gördüğünü söylemek mümkün değildir. Ancak, bir sonraki bölümde ifade edeceğimiz çekincelerimiz saklı kalmak kaydıyla, bu sayılan başlıkların Ombudsperson kurumunun adil yargılanma hakkı bağlamında meydana getirdiği ilerlemelerin genel bir listesi olarak kabul edilebileceğini düşünmekteyiz. Bu bağlamda, Lord Hope'un *HM Treasury v. Mohammed Jahar Ahmed and others*'de açıkça ortaya koymuş olduğu her ne kadar Ombudsperson mekanizmasının oluşturduğu sistemi temel haklar perspektifinden olumlu karşılamakta olsak da sadece bu mekanizmanın varlığını adil yargılanma hakkı bağlamında yeterli kabul edemeyiz yaklaşımına katılmaktayız.⁵³

4. OMBUDSPERSON KURUMU

4.1. OMBUDSPERSON KURUMUNUN TEORİK VE PRATİK NİTELİĞİ

Bu bölümde, BM Güvenlik Konseyi tarafından kurulmuş olan Ombudsperson kurumu, benzer bir amaçla ancak farklı bir çerçevede kurulmuş olan İrtibat Noktası (Focal Point) ve mukayeseli hukukta vücut bulmuş haliyle ombudsman kurumuyla olan benzerlik ve farklılıkları ile bahse konu Ombudsperson kurumunun pratik tezahürü gözetilerek yapısal bir çerçeveye oturtulacaktır. Bu bağlamda, Ombudsperson kurumuna dair üç temel husus ortaya konacaktır. Bu bağlamda ortaya konacak hususların ilki, İrtibat Noktası'nın eksiklikleri ve Kadı I kararının etkisiyle ihdas edilen Ombudsperson kurumunun, yargısal bir organ olmayıp yarı idari yarı yargısal olarak nitelendirilen ombudsman kurumunun bir uygulaması olduğudur. İkincisi, mukayeseli hukukta ombudsman kurumunun sahip olması gerektiği savunulan bağımsızlık standardı açısından değerlendirildiğinde incelemeye konu Ombudsperson kurumunun ciddi eksiklerinin mevcut olduğu gözlemi olacaktır. Son olarak, Ombudsperson'un kararları bağlayıcı nitelikte olmasa dahi ilgili kararların etkin sonuç

⁵² Prost (n 50) 183. Benzer yönde bkz. Bardo Fassbender, 'Targeted Sanctions and Due Process', Study commissioned by the United Nations Office of Legal Affairs, 20 March 2006, 12.10.

⁵³ *HM Treasury v. Mohammed Jahar Ahmed and others*, (2010) UKSC2 & UKSC5; ILDC 1535 (UK 2010) 78.

doğurabilmesi için gerekli normatif altyapı ve pratik kararlılığın mevcut olduğu tespitinde bulunulacaktır.

Ombudsperson kurumu ihdas edilinceye değin, terör listeleri konusundaki bütün başvurular BM İrtibat Noktası'na (*Focal Point*) yapılmakta idi. Günümüzde ise İrtibat Noktası kurumu, Ombudsperson kurumunun yetkisi dışında kalan listeden çıkarma taleplerini değerlendirmektedir. İrtibat Noktası'na, listeden çıkarma talepli başvuru başvuru kendisi veya mukim olduğu veya vatandaşı olduğu devlet aracılığıyla yapılabilmektedir. Bununla birlikte İrtibat Noktası kurumu, söze konu başvurularla ilgili kararı kendisi vermemekte, gelen başvuruları listeleme başvurusu yapmış olan devlet ve başvuranın vatandaşı olduğu ve ikamet ettiği devlete iletmektedir. Bu hususta irtibat tesis edildikten sonra, ilgili devlet listeden çıkarma teklifinde bulunabilmektedir. Şayet ilgili devlet, listeden çıkarma tavsiyesinde bulunmama kararı alırsa, başvurana listeden çıkarılma talebinin reddi kararı İrtibat Noktası tarafından tebliğ edilmektedir. Buna karşılık, ilgili devlet başvuranın listeden çıkarılması tavsiyesinde bulunacak olursa bu nevi bir tavsiye kararı, ilgili Yaptırım Komitesi'ne havale edilerek, Komite gündemine alınmaktadır. Bu hususta nihai karar verme yetkisi, ilgili Yaptırım Komitesi uhdesinde kalmaktadır. Bir başka deyişle, ilgili kişiyi listeye ekleme yetkisini haiz olan Komite, onun listeden çıkarılması yönündeki karar bakımından da yetkili olmaya devam etmektedir.⁵⁴ Öğretide, bu kurumun bağımsız ve şeffaf bir başvuru mekanizmasına ilişkin kıstasları karşılamadığı haklı olarak ifade edilmektedir.⁵⁵ Listedene çıkarılma süreçlerinin adil bir şekilde yürütülmesinden ziyade, yine öğretide ifade edildiği üzere, İrtibat Noktası taraflar arasında irtibatı tesis eden bir posta kutusu işlevi görmektedir.⁵⁶

İrtibat Noktası'nın eksiklikleri ve Kadı I kararının etkisiyle ihdas edilen Ombudsperson kurumu, BM Güvenlik Konseyi'nin 1904 sayılı kararıyla 2009 yılında kurulmuş, faaliyetlerine 2010 yılı ortası itibarıyla başlamıştır. Ombudsperson kurumunun yetkisi, yalnızca DAEŞ ve El-Kaide yaptırımlar listeleriyle mahduttur ve bu hususun öğretide tenkide uğradığı görülmektedir.⁵⁷ Bu sınırlandırmanın adı geçen örgüt üyelikleri ile ilgili listeleme kararlarında hata olması ihtimalinin yüksekliği ve bu örgütlere üyeliğin bünyesinde barındırdığı tehlikeliliğe mütenasip bir hukuki koruma sağlanması ihtiyacıyla izah edilmekte olduğu görülmektedir. Zaten, aksi yönde bir kabul, mezkûr örgütlerle iltisaklı olanlara bir ayrıcalık tanındığı şeklinde hatalı bir yaklaşıma sebebiyet verebilecektir.⁵⁸ Hem Ombudsperson hem bazı BM üyesi devletler, müteaddit defa kurumun yetkilerinin diğer yaptırım rejimlerine teşmil edilmesini talep etmiş olmalarına rağmen, Güvenlik Konseyi bugüne kadar bu yöndeki talepleri kabul etmemiştir.⁵⁹ Prost, bu bağlamda, Jim'ale dosyasını hususen vurgulamakta-

⁵⁴ Istrefi (n 9) 22.

⁵⁵ Bkz. Jared Genser and Kate Barth, 'When Due Process Concerns become Dangerous: The Security Council's 1267 Regime and the Need for Reform' 33:1 (2010) *Boston College International and Comparative Law Review* 5.

⁵⁶ Istrefi (n 9) 22.

⁵⁷ ibid 24; Fasciati (n 19) 160; Prost (n 50) 190.

⁵⁸ Istrefi (n 9) 25.

⁵⁹ ibid.

dır.⁶⁰ 2001'de Al-Qaida yaptırım listesine eklenen Jim'ale, Ombudsperson'un tavsiye kararı üzerine 17 Şubat 2012'de ilgili listeden çıkarılmış, ancak tam da aynı gün Ombudsperson'un inceleme yetkisini haiz olmadığı Somali-Eritre yaptırım rejimi listesine eklenmiştir. Ombudsperson'un yetki alanının kabul edilmediği yaptırım rejimleri adil yargılanma hakkı bağlamında ve Ombudsperson kararlarının etkinliği noktasında genel bir endişe konusu teşkil etmeye devam etmektedir.

Esas itibarıyla Ombudsperson kurumu, idare hukuku menşeli olan ve ilk uygulamaları İsveç'te görülen ombudsman kurumunun bir uygulamasıdır.⁶¹ 20. yüzyılın üçüncü çeyreğinde çok yaygın uygulamaya kavuşmuş olan ombudsman kurumunun mukayeseli hukukta kabul görmüş haliyle bir yargı organı niteliğinde olmadığını hususen belirtmek gerekir.⁶² Ombudsperson kurumu, BM Güvenlik Konseyi tarafından tarafsız ve bağımsız bir kurum olarak takdim edilmiştir. Kurumun işleyiş usulünde Güvenlik Konseyi'nin 1989 sayı ve 17 Haziran 2011 tarihli karar ile 2083 sayı ve 17 Aralık 2012 tarihli kararlar birlikte iyileştirme ve geliştirmeler yapılmıştır. Bu noktada, listeden çıkarma usulünün daha adil ve şeffaf bir kurumsal zemine kavuşturulması hedeflenmiştir.⁶³ Ombudsperson'un görevini bağımsız ve tarafsız bir şekilde yerine getirmesi, bilhassa hiçbir hükümetten emir almadan hareket etmesi gerekmektedir.⁶⁴ Genel olarak Ombudsperson, ilgili kişinin listelenmesine ilişkin kararı (ex tunc) tetkik etmemektedir. Bilakis bu usulde, ilgili kararın kaldırılmasına ilişkin talep (ex nunc) değerlendirilmektedir.

Başvurucular ile Komite arasında bir posta kutusu işlevi görmekte olan İrtibat Noktası'nın aksine, Ombudsperson'un kurumsal varlığı Komite kararlarının herhangi bir dış denetime tabi tutulamayacağı görüşünden düşünsel bir ayrılmayı temsil etmektedir. Öte yandan her ne kadar Ombudsperson kurumu, BM Güvenlik Konseyi'nin akıllı yaptırımlar rejimi üzerine kişilerin başta adil yargılanma hakkı olmak üzere temel hakları bağlamında ortaya çıkan ve bir önceki bölümde safahati irdelenmiş olan Mahkeme kararlarını takiben kurulmuş olsa da, bu kurum ilgili Komite kararlarının yargısal kontrole tabi tutulması gerektiği gibi bir yargıyı destekler nitelikte değildir. Dumoulin'in de ifade ettiği üzere, Ombudsperson kurumu, Komite kararlarının herhangi bir denetime tabi tutulamayacağı görüşü ile Komite kararları yargı denetimine açılmalıdır yaklaşımı arasında bir uzlaşma noktası teşkil etmektedir.⁶⁵

Çeşitli dönem ve bölgelerde farklı tanımlarla kurulmuş olsa dahi modern anlamda

⁶⁰ Prost (n 50) 190.

⁶¹ Stricker (n 34) 24.

⁶² 1800'lü yıllarda İsveç hukukunda yer alan ve ilk ombudsman mekanizması olarak kabul edilen *justitieombudsman* yargısal nitelikte bir kurum idi. Ancak, İkinci Dünya Savaşı sonrası dönemde İskandinav ülkelerine, 20. Yüzyılın üçüncü çeyreğinde de küresel ölçekte yayılan ombudsman kurumu, bir yargı organı olarak kabul edilmemesi yönüyle, bahsedilen *justitieombudsman* kurumundan ayrılmaktadır. Daha detaylı bir analiz için bkz. Jaume Saura-Estapà, 'The UN Security Council Ombudsperson: An Original Institution Still Under Construction' 54 (2017) *Revista Catalana de Dret Públic* 191.

⁶³ Istrefi (n 9) 23; Fasciati (n 19) 161 vd.

⁶⁴ Stricker (n 34) 25.

⁶⁵ Lisa Dumoulin, 'Black lists et gel des avoires: Bilan et perspectives du Médiateur du Comité 1267 des Nations unies' 1 (2013) *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 23.

ombudsman iki temel hususiyeti haiz bir kurum olarak tanımlanabilir. Bu hususiyetlerin ilki, ilgili kurumun yargısal bir organ olmasa dahi bağımsız bir dış denetçi teşkil etmesi gerekliliği olarak ifade edilebilir. İkincisi, ilgili kurumun bağlayıcı olmasa dahi etkin tavsiyelerde bulunabilme gücüne sahip olması gerekliliğidir. Bu iki özelliğin kazanılmasında, ilgili kurumun hukuki temelini en üst yasal normdan alması hususi önem arz etmektedir.⁶⁶

Mukayeseli hukukta kendine geniş yer bulan ve idarenin denetimi ile görevli olan ombudsman yukarıda arz edilmiş olduğu üzere yargısal bir organ değildir. Öte yandan, kendisine atfedilen bağımsızlık, bu kurumu idareden ayırmakta ve onu yargısal otoritelere yaklaştırmaktadır. Bu sebeple, ombudsman ulusal hukuk sistemlerinde yarı idari yarı yargısal bir otorite olarak nitelendirilmektedir.⁶⁷

Ombudsmanın organik, prosedürel ve kurumsal bağımsızlığa sahip olması bu kurumun işlerliği ve bağımsız bir dış denetleme organı teşkil etmesi açısından hayati önemi haizdir. Organik bağımsızlık, ombudsman olarak görev ifa edecek kişinin atanma prosedürü, görevden alınması veya görev süresi sonunda görevine devam etmesi ve özlük hakları bağlamında dış müdahalelerden korunmasını sağlayacak bağımsızlık önlemlerini ifade etmektedir. Prosedürel bağımsızlık, ombudsmanın eylem ve işlemlerini başkaca bir otoritenin etkisi altında kalmasına imkan tanımayan bir prosedürle sübuta erdirebilmesini ifade etmektedir. Kurumsal bağımsızlık ise ombudsmanın görevini diğer kurum ve kuruluşların etkisi altında kalmaksızın yürütebilmesini sağlayacak olan hukuki statü, mali güç ve personel kapasitesini haiz olmasını gerektirmektedir. Organik, prosedürel ve kurumsal bağımsızlık ile etkin karar verebilme gücü bağlamında kullanılan kriterleri mutlak manada birbirinden ayırmak mümkün değildir. Bu sebeple, bu bölümde Ombudsperson'a ait bazı hususiyetler bu sayılan kriterlerin her biri açısından incelenecek, her kriter için ayrı bir bölüm oluşturma yoluna gidilmeyecektir.

AB Adalet Divanı, kamu kurumları bağlamında bağımsızlığı, o organa verilen tam özgürlükle, her türlü dış baskı ve emirden münezzeh olarak karar alabilme yeti ve statüsü olarak tanımlamaktadır.⁶⁸ Bu tanımın literatürde de geniş destek bulunduğu görülmektedir.⁶⁹ Öte yandan, kamusal güç kullanan organların ilgili güç için gerekli politik meşruiyetlerinin kaynağını bağımlı oldukları ve politik meşruiyeti haiz başka bir organdan almaları veya söz konusu yetkinin kendilerine politik meşruiyeti temsil eden normca verilmesi gerekmektedir. Bu çerçevede, Marcou, bağımsız veya bağımlı nitelemelerinin nispi olduğunu, mutlak manada bağımsızlığın bir meşruiyet krizi doğurabileceğini ifade ettikten sonra, bağımlılık ve bağımsızlık konseptlerinin kime karşı ve ne oranda soruları sorulmadan tanımlanamaya-

⁶⁶ Saura-Estapà (n 62) 191.

⁶⁷ Detaylı bilgi için bkz. International Ombudsman Institute <<https://www.theioi.org/the-i-o-i>> Erişim tarihi: 2 Ocak 2024.

⁶⁸ CJUE, 9 mars 2010, C-518/07, Commission c. RFA, 6.

⁶⁹ S. Braconnier, « La regulation des services publics » 1 (2001), RFDA, 49; G. Cornu, *Vocabulaire juridique* (PUF, 10è éd., Paris 2014) 442.

çağını belirtmektedir.⁷⁰ Bu sebeple, ilk olarak BM Güvenlik Konseyi tarafından kurulmuş olan Ombudsperson'un kim veya kimlerden bağımsız olması gerektiğinin tespiti lazım gelir. Bu tespit, başta Ombudsperson'un fonksiyonu olmak üzere çeşitli hususlar gözetilmek suretiyle yapılmalıdır.

1267 rejimi bağlamında teşekkül eden Ombudsperson, 1267 Komitesi tarafından listeye alınan gerçek ve tüzel kişilerin listeden çıkarılma taleplerini incelemek ve ilgili Komite'ye söz konusu inceleme sonucunda görüş bildirmekle görevlidir. Yani, Ombudsperson'un varlık sebebi, BM'nin bir organı olan ve BM Güvenlik Konseyi üyesi ülkelerin temsilcilerinden müteşkil 1267 Komitesi'nin bütün ülkelerin bazı gerçek veya tüzel kişiler üzerinde tedbirler uygulamasını gerektiren kararlarının dış kontrolünü sağlamaktır. Binaenaleyh, Ombudsperson'un, 1267 Komitesi ve bu Komitenin görev alanı ile organik veya fonksiyonel açıdan doğrudan veya dolaylı olarak ilgisi olan BM Kurumları'ndan ve bu Komite'nin karar alma prosedüründe rol alan veya kararlarını uygulamakla yükümlü olan ülkelere bağımsız olması lazım gelmektedir.

Ombudsperson kurumunun hukuki statüsünü kuran Güvenlik Konseyi'nin 2009 tarihli ve 1904 sayılı Kararında, Ombudsperson'un vazifesini bağımsız ve tarafsız şekilde hükümetlerden herhangi bir talimat almaksızın ifa etmekle görevli olduğu ifade edilmiştir. Bu metinde talimat almama vurgusunun ülkeler üzerinde olması ve 1267 Komitesi'nden ve bu Komite'nin görev ve yetki alanında rolü olan BM organlarından talimat almama hususunun altının çizilmemiş olması iki yönden değerlendirilmelidir. İlk olarak belirtmek gerekir ki Ombudsperson'un hükümetlerden herhangi bir talimat almaksızın görevini ifa etmesi gerektiği yönündeki vurgu Ombudsperson'un bağımsız ve tarafsız olmasından ne murat edildiğinin kısıtlayıcı bir tarifi değildir. Yani, Ombudsperson'un bağımsız ve tarafsızlığının ülkelere emir almamaya indirgenmediği söylenemez. Öte yandan, Ombudsperson'un 1267 Komitesi ve bu Komitenin görev alanı ile doğrudan veya dolaylı olarak ilgisi olan BM Kurumları'ndan bağımsız görev ifa edebilmesi ülkelere bağımsız olarak görev ifa edebilmesi kadar gerekli olduğu için sadece ikincisinden emir almama hususunun vurgulanmış olması düzenlemenin yetersiz olduğu yorumlarına yol açmaya müsaittir. Bu bağlamda, neden bu denli ayrıntılı bir metinsel inceleme yapmakta olduğumuzu ifade etmemiz faydalı olacaktır. Yargısal bir otorite teşkil etmeyen ancak bağımsız olması arzu edilen, bağlayıcı karar verme gücünü haiz olmayan ancak etkin sonuçlar doğuran kararlar verebilmesi istenen bir otoritenin gücü, yüksek bir prestije sahip olmasından kaynaklanmak durumundadır.⁷¹ Bağımsızlığının detaylı ve kuvvetli şekilde vurgulanması, bu kurumun prestijini etkileyeceği için, ilgili vurgunun metinsel niteliği büyük önemi haizdir. AB hukukunda temel hak ve özgürlüklerin korunmasında rolü olan bazı bağımsız idari otoriteler için (eg. Kişisel verilerin korunması alanında yetkili ulusal otoriteler) sadece bağımsız nitelemesi ile yetinilmeyip tam veya tamamıyla bağımsızlık ifadesinin kullanılması ve AB Adalet Divanı'nın bu vur-

⁷⁰ G. Marcou, « Les autorités administratives « dépendantes » et « indépendantes » dans le domaine de l'intervention économique de la puissance publique. Une analyse sur des secteurs sélectionnés », in G. Marcou, J. Masing (dir.), *Le modèle des autorités de régulation indépendantes en France et en Allemagne* (Société de législation comparée, Paris 2011) 66.

⁷¹ Saura-Estapà (n 62) 191.

guya özel bir anlam bağlanması gerektiği yönündeki kararları, Mahkeme'nin bağımsızlık statüsünün tanındığı metindeki dile atfettiği önemi göstermesi açısından metinsel incelemeye atfettiğimiz ehemmiyeti açıklar niteliktedir.⁷² Hülasa, Ombudsperson'un, kararlarını denetlemekle görevlendirilmiş olduğu Komiteye ve bu Komite ile organik veya fonksiyonel açıdan bağlantılı olan diğer BM organlarına karşı bağımsızlığının daha kuvvetli bir şekilde ifade edilmesinde fayda mülahaza edilmektedir.

Ombudsperson'un bağımsızlık statüsünün metinsel analizi bağlamında esas eleştiri bu bağımsızlığın temelini teşkil eden kararın BM sistemindeki normatif yeri üzerinedir. Ombudsman kurumunun görev ve yetkileri ile bağımsızlığı birçok sistemde o normatif sistemde yer alan en üst normda düzenlenmektedir. Örneğin, Türk hukuk sisteminde bağımsız idari otoritelerin genel manada anayasal bir temeli olmamasına rağmen ombudsman karşılığı olan Kamu Denetçisi'nin bağımsızlığı ve görev alanına dair hususlar anayasal temele sahiptir. Bu husus, kural koyucunun ombudsmana yarı yargısal bir statü tanıma niyetinin bir yansıması olarak da okunabilir. Estapa bu argümanı daha ileri taşıyarak ombudsman kurumunun normatif temelini ilgili sistemdeki en üst normdan almasının ombudsman kurumunun karakteristik özelliklerinden biri olduğunu iddia etmektedir.⁷³ Öte yandan, 1267 rejimi bağlamında görev ifa eden Ombudsperson'un hukuki statüsü Ombudsperson'un kendisinden bağımsız olması gereken BM Güvenlik Konseyi'nin bir kararıyla belirli bir süreye mahsus olarak oluşturulmaktadır. Gerçekten de Ombudsperson, Güvenlik Konseyinin 2009 tarihli ve 1904 numaralı Kararıyla kurulmuş, görev süresi 2011 tarihli ve 1989 sayılı, 2012 tarihli ve 2083 sayılı, 2014 tarihli ve 2161 sayılı, 2015 tarihli ve 2253 sayılı, 2017 tarihli ve 2368 sayılı, 2021 tarihli 2610 sayılı kararlarıyla uzatılmıştır. Ombudsperson'un 2021 tarihli 2610 sayılı karardan kaynaklı görevi ise 17 Haziran 2024'te dolmaktadır. BM Güvenlik Konseyi, Ombudsperson'un görevi sona erdikten sonra o görevi uzatmak zorunda olmadığı gibi bu görev süresi bitmeden önce Ombudsperson kurumunun varlığına son verecek bir karar alma konusunda da özgürdür.⁷⁴ Benzer şekilde, Güvenlik Konseyi'nin mevcut Ombudsperson'un görevine son verip yeni bir atama ile başka bir Ombudsperson atamasının önünde de bir engel yoktur. Bu hususlar organik ve kurumsal anlamda bağımsızlık konsepti ile uyumlu değildir.

Kurumsal bağımsızlık açısından bakıldığında, yukarıda bahsedilmiş olan husus Ombudsperson'un kurumsal hukuki statüsü bağlamında bağımsızlığı için gerekli garantileri haiz olmadığını ve bağımsız idari otoriteler literatüründe çokça atıf yapılan "beklenen itaat" riski ile karşı karşıya olduğunu ortaya koymaktadır. Ulusal düzenlemelerde yasama organının anayasal statüsü olmayan bağımsız idari otoriteler karşısındaki ilgili otoritenin statüsünü değiştirmeyi ve ilgili statünün varlığına son vermeyi de kapsayan gücü, literatürde bir anda her şeyi yok edebilen bir nükleer silaha benzetilmektedir.⁷⁵ Bu bağlamda, AB Adalet Diva-

⁷² CJUE, 9 mars 2010, C-518/07, Commission c. RFA 6.

⁷³ Saura-Estapà (n 62) 191

⁷⁴ Böyle bir karar alınma imkanının varlığı ancak olasılığının pratikte çok düşük olduğu yönünde bkz. Dumoulin (n 65) 43.

⁷⁵ P. H. Conac, « Un exemple étranger, la SEC aux États-Unis », in H. de Charrette (éd.), *Le contrôle démocratique des autorités administratives indépendantes à caractère économique* (Economica, 2002) 36.

ni'nin 2014 tarihli kararından da bahsetmek gerekir. Macaristan'da, kişisel verileri korumakla yetkili olarak 2008'de altı yıllığına seçilen bağımsız kişinin görevine, henüz görev süresi bitmeden, kişisel verileri korumakla yetkili kişinin hukuki statüsünü değiştirmek suretiyle son verilmiş, yerine yeni düzenlemeye uygun olarak dokuz yıl görev yapmak üzere yeni bir kişi seçilmişti. AB Mahkemesi, bu yasal değişikliği o dönem yürürlükte olan ve tamamıyla bağımsız bir kişisel verileri koruma otoritesi kurulmasını gerektiren Kişisel Verilerin Korunmasına dair 95/46/CE Direktif'e, kurumun bağımsızlığının ihlal edilmesi sebebiyle, aykırı bulmuştur.⁷⁶ AB Adalet Divanı Savcısı Wathelet, söz konusu davada bağımsız idari otoritelere kanunla öngörülen ciddi ve objektif olarak denetlenebilir sebepler olmaksızın görevden alınamama garantisi tanınmasının bu kuruluşları beklenen itaat riskinden koruyacağını, ve bağımsız idari otoritelerin üyelerinin, üzerlerinde "demoklesin kılıcı" gibi duran görevden alınabilme riskinden kurtarılması anlamına geleceğini ifade etmiştir.⁷⁷ Dolayısıyla, BM Güvenlik Konseyi üyesi ülkelerin temsilcilerinden müteşekkil 1267 Komitesi'nin kararlarını denetlemekle vazifeli Ombudsperson'un hukuki varlığı ve devamlılığının BM Güvenlik Konseyi'nin kararlarına dayanması, ilgili kurumun bir ombudsman kurumu uygulamasına uygun nispette bağımsız olduğunu ifade etmeyi zorlaştırmaktadır. Bu sebeple, literatürde Ombudsperson'un kendisine BM sözleşmesinde yer bulmasının daha uygun olacağı savunulmaktadır.⁷⁸

BM Güvenlik Konseyi üyesi ülkelerin temsilcilerinden müteşekkil 1267 Komitesi'nin kararlarını denetlemekle vazifeli Ombudsperson'un hukuki varlığı ve devamlılığının BM Güvenlik Konseyi'nin kararlarına dayanması, Ombudsperson'un organik bağımsızlığı önünde de ciddi bir engel teşkil etmektedir. Bağımsız bir otoritenin karar organını teşkil eden kişi veya kişilerin atanması veya görevden alınması noktasında kendisinden bağımsız olması gereken kişi veya kurumlardan birine bağımlı olması bahse konu otoritenin bağımsızlık niteliği ile uyumsuzdur. Fransız Danıştay, 1989 tarihli bir kararında bağımsız idari otoritelerin karar organlarında yer alan kişilerin yargı kararı olmaksızın görevden alınamama garantisine sahip olmamalarının ilgili otoritenin bağımsız olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği noktasında kritik önemi olduğunu ifade etmiştir. (Conseil d'Etat, *Ordonneau*, 1989). Türk literatüründe de Sermaye Piyasası Kurulu'nun 25.12.1999 değişikliklerine kadar bağımsız bir otorite olarak kabul edilmemesinin sebebi üyelerinin görevden alınamama imtiyazını haiz olmamasıdır.⁷⁹ Ombudsperson'un sözleşmesel, geçici ve BM Güvenlik Konseyi'nin takdirine bırakılmış statüsü karşısında Ombudsperson'un organik bağımsızlığı için gerekli tedbirlerin alındığından bahsetmek mümkün değildir.⁸⁰ Prost da Ombudsperson olarak görev yaptığı dönemde bağımsız görev yapmış olmasının bağımsızlık için gerekli tedbirlerin alınmış olmasına değil kendi şahsi yaklaşımına bağlanması gerekti-

⁷⁶ CJUE, 8 avril 2014, C-288/12, Commission c. Hongrie.

⁷⁷ Conclusions de l'Avocat Général M. Melchior Wathelet, Commission européenne c. Hongrie, 10 décembre 2013, para 83.

⁷⁸ Saura-Estapà (n 62) 193.

⁷⁹ A. Ulusoy, *Bağımsız İdari Otoriteler* (Turhan Kitabevi, Ankara 2003) 62.

⁸⁰ Prost (n 50) 189.

ğini düşünmektedir.⁸¹ Oysa bağımsızlık sadece görevi ifa eden kişinin şahsi hususiyetlerine bağlı olmamalıdır. Bu bağlamda, söz konusu Ombudsperson kurumunun AB Adalet Divanı içtihadına göre bağımsız olarak nitelendirilebilmesi mümkün görünmemektedir.

BM Güvelik Konseyi kararı ile kurulmuş olan Ombudsperson'un, ilgili karar gereği BM Genel Sekreteri tarafından atanması gerekmektedir. Literatürde Ombudsperson'un Genel Kurul veya İnsan Hakları Konseyi tarafından atanmasının bağımsız, tarafsız ve yetkin bir atama için daha uygun olacağı ifade edilmektedir.⁸² Böyle bir atama yönteminin daha isabetli olacağını düşünmekle birlikte BM Güvenlik Konseyi ile doğrudan bir üst ilişki içinde olmayan Genel Sekreterlik makamınca yapılan atamanın bağımsızlık niteliği açısından bir sorun teşkil etmediğini düşünmekteyiz. Belirtmek gerekir ki ulusal sistemlerde mevcut bazı bağımsız idari otoritelerin karar organlarında yer alacak kişiler o sistemde yürütme organının başını temsil eden makam tarafından atanabilmektedir.

Daha önce ifade edilmiş olduğu üzere, bağımsız olarak nitelendirilen ve tarafsız ve bağımsız olarak görevini ifa etme yükümlülüğü altında olan bir kurumun pratikte bağımsız olup olmadığı organik, prosedürel ve kurumsal bağımsızlığı ile alakalı güvencelerin mevcudiyetine bağlıdır. Ombudsperson'un prosedürel bağımsızlığını incelemek için Ombudsperson'a başvuru sürecinin ve Ombudsperson'un karar alma aşamalarının detaylı olarak analiz edilmesi gerekmektedir.

Ombudsperson kurumunun işleyiş usulü başvuru ile başvurunun neticelendirilmesi arasında beş safhadan oluşmaktadır. Ombudsperson bir başvuruyu aldıktan sonra, bilgi toplamak için dört aylık süreye sahiptir. Bu aşamada Ombudsperson listeden çıkarılma talebini Yaptırım Komitesi, Analitik Destek ve Yaptırım İzleme Ekibi, ilgili BM Organları, başvurunun listeye alınması talebini ileten devlet ve başvuranın vatandaşı olduğu ve ikamet ettiği devlete bildirir. Bu bildirimde, adı geçen paydaşlardan başvuranın vakası hakkında bilgi talep eder. BM Güvelik Konseyinin 30 Ocak 2004 tarih 1526 sayılı kararıyla kurulmuş olan ve Yaptırım Komitesi'nin talimatları altında görev icra eden Analitik Destek ve Yaptırım İzleme Ekibi'nin Ombudsperson'un bilgi toplama süreci pratiğinde ciddi rolü olduğu görülmektedir. Ancak, belirtmek gerekir ki bilgi toplama süreci, diğer organlardan destek alınsa dahi, Ombudsperson'un görev ve sorumluluğundadır. Dolayısıyla, bilgi toplama sürecinde önemli rolü olan Analitik Destek ve Yaptırım İzleme Ekibi'nin Komite'ye bağlı olması Ombudsperson'un bağımsızlığının ihlali olarak görülmemelidir.

Ombudsperson, başvurunun listeye alınması talebini ileten devletten ve başvuranın vatandaşı olduğu ve ikamet ettiği devlet veya devletlerden bilgi alabilmek için etkin bir pratik kurmuştur. Bilgi talepleri, mektuplar, e-postalar, aramalar ve ziyaretler ile sıkı şekilde takip edilmektedir.⁸³ Ancak, gizlilik derecesini haiz bilgilere erişim noktasında sorunlar mevcuttur.⁸⁴ Belirtmek gerekir ki Ombudsperson kararını elde etmiş olduğu bilgiler üzerine şekillendirmek zorundadır. Dolayısıyla, gizlilik derecesini haiz olup Ombudsperson tara-

⁸¹ ibid.

⁸² Saura-Estapà (n 62) 193

⁸³ Prost (n 50) 184

⁸⁴ ibid.

findan erişim sağlanamayan bilgiler başvuru lehine veya aleyhine sonuç doğurmayacaktır. Prost bu bilgilerin her daim başvuru aleyhine olacağı varsayımıyla gizlilik derecesini haiz bilgilere erişilememesinin adil yargılanma açısından bir sorun teşkil etmeyeceğini ifade etmiş olsa da, söze konu bilgilerin başvuru lehine olabileceği ihtimali de göz ardı edilmemelidir.⁸⁵

Yukarıda bahsedilen bilgiler toplandıktan sonra, gizlilik şartı olmadığı takdirde bu bilgiler başvurucuya iletilmekte ve bu hususta başvuru gövüşü alınmaktadır. Bu aşama, diyalog aşaması olarak isimlendirilmektedir. Bu aşama genellikle toplantılar düzenlenmesi suretiyle gerçekleştirilmektedir.⁸⁶ Gizlilik derecesini haiz bilgiler başvuru ile paylaşılmakta olduğu için bazı eleştiriler mevcut olsa da incelenmiş olan ilk iki aşama, başvuru dosyası hakkında bilgi edinme ve cevap verme hakkı bağlamında büyük ilerleme kat edildiğinin göstergesidir.

Ombudsperson'un çalışma sürecindeki üçüncü safha kapsamlı bir rapor tanzimini ihtiva eder.⁸⁷ Bu safhada Ombudsperson, Yaptırım Komitesi'ne başvuru hakkında nasıl karar vermesi gerektiği üzerine tavsiyede bulunur. Nihayet dördüncü aşamada, Yaptırım Komitesi'nde başvuru dosyasının vakası değerlendirilir. Ombudsperson bu aşamada, Komite'nin ilave soruları varsa bunları cevaplar. Yaptırım Komitesi'nin kararı, Ombudsperson tarafından başvurucuya tebliğ edilir.⁸⁸ Bahsedilen prosedürel süreçte genel itibariyle Ombudsperson'un bağımsızlığı ile alakalı tedbirlerin alınmış olduğu görülmektedir.

Prosedürel bağımsızlık incelemesi bağlamında, Ombudsperson kararlarının etki gücünden de bahsetmek gerekir. Ombudsperson, Komite yerine geçerek bağlayıcı kararlar alma yetkisini haiz değildir. Ancak, Ombudsperson'un kararlarının etkinliği için gerekli normatif altyapı kurulmuştur. Ombudsperson, bir başvuru dosyasının listeden çıkarılmasını tavsiye ettiğinde Yaptırım Komitesi'nin bu talebi reddedebilmesi için 60 gün içinde oybirliği ile karar alması gerekmektedir. BM Güvenlik Konseyi'nin 1989 sayılı kararı ile getirilen bu tersine mutabakat (reverse consensus) kuralı, Komite'nin nihai karar mercii olma vasfını muhafaza ediyor olmasına rağmen Ombudsperson usulünü güçlendirmiştir.⁸⁹ Bu noktada vurgulanması gereken önemli bir husus da Ombudsperson'un listeden çıkarma taleplerinin, bugüne kadar hiçbir şekilde tersine mutabakat usulü ile işlenmek suretiyle reddedilmemiş olmasıdır.⁹⁰ Bu da Ombudsperson kararlarının uygulanması için pratik kararlılığın da var olduğunu göstermektedir. BM Güvenlik Konseyi'nin 2011 tarih ve 1989 numaralı kararı ile getirilen tersine mutabakat kuralı hem ilgili devletlere yöneltilen bilgi taleplerinin ciddiye alınmasını sağlamakta, hem de Ombudsperson'un prosedürel olarak etkin bir mekanizma haline gel-

⁸⁵ ibid.

⁸⁶ ibid.

⁸⁷ Beukelmann (n 32) 504.

⁸⁸ Istrefi (n 9) 23-24.

⁸⁹ Beukelmann (n 32) 504; Istrefi (n 9) 24. Komite içinde bireysel dosyalarda mutabakatın zorluğunun politik sebeplerine dair bkz. Thomas Dörfler (2023) 'Why Rules Matter: Shaping Security Council Sanctions Policy in Counterterrorism and Beyond' 8:1 (2023) *Journal of Global Security Studies* 1-19.

⁹⁰ Fasciati (n 19) 161.

mesini sağlamaktadır.⁹¹

Ombudsperson kurumun işleyiş usulünün getirdiği yenilik ve iyileştirilmelerin daha iyi anlaşılabilmesi bakımından İrtibat Noktası usulüyle kısaca karşılaştırılması yararlı olacaktır. Ombudsperson, İrtibat Noktası'nın aksine, başvuru sürecinin başından sonuna bütün usuli aşamaları yönetmektedir. Dahası, İrtibat Noktası usulünde başvuru, listeden çıkarılma konusundaki talebi bakımından bütün ispat külfetini üzerinde taşımakta iken, Ombudsperson usulünde ispat külfeti, listeleme talebinde bulunmuş olanlara terettüp etmektedir. Keza, Ombudsperson bir kişinin listeden çıkarılmasını tavsiye ettiğinde Yaptırım Komitesi'nin bu talebi reddedebilmesi için oybirliği ile karar alması gerekmektedir.

Ombudsperson'un kurumsal bağımsızlığı, ilgili kurumun gerekli ve yeterli bütçesel kaynaklara ve insan kaynağına da sahip olmasını gerektirmektedir. Hususen bilgi toplama ve diyalog aşamalarında, seyahat ve çeviri işlemleri bütçesel kaynak ve insan kaynağı ihtiyacını ortaya çıkarmaktadır.⁹² Kurumun imkan ve kabiliyetleri bazı yazarlarca eleştirilmekte olsa da⁹³ Ombudsperson olarak atanan kişilerin özverili çalışmaları ile kurumun çalışma prosedüründe belirtilen süreler uyulmakta olduğu gözlenmektedir.

Bu çerçevede, Ombudsperson kurumunun terör listelerine karşı hukuki müracaat ve adil bir usuli güvence temin etme bakımından eksiklikleri olsa da önemli bir adım olduğu değerlendirilmektedir.⁹⁴ Kurum bağımsızlığı bakımından sorunlar olsa da uygulamada Ombudsperson kurumunun, değerlendirdiği birçok vakada ilgili kişinin listeden çıkarılmasını temin etmesi de göz önüne alınarak etkin koruma sağladığı ifade edilmektedir. Buna mukabil, kurumun nevi şahsına münhasır niteliği ayrıca vurgulanmalıdır. Ombudsperson aynı anda müdafî, savcı, hakim ve diplomat rollerinin hepsini birden bünyesinde toplamaktadır.⁹⁵

Hülasa, Ombudsperson'un kurumsal çerçevesi çizilirken üç hususun vurgulanması gerekir. Birincisi, İrtibat noktasının eksiklikleri ve Kadı I kararının etkisiyle ihdas edilen Ombudsperson kurumu, yargısal bir organ olmayıp yarı idari yarı yargısal olarak nitelendirilen ombudsman kurumunun bir uygulaması teşkil etmektedir. İkincisi, mukayeseli hukukta ombudsman kurumunun sahip olması gerektiği savunulan bağımsızlık açısından değerlendirildiğinde Ombudsperson kurumunun eksiklerinin mevcut olduğu gözlenmektedir. Üçüncüsü, Ombudsperson'un kararları bağlayıcı nitelikte olmasa dahi ilgili kararların etkin sonuç doğurabilmesi için gerekli normatif ve pratik altyapı kurulmuştur.

4.2. ADİL YARGILANMA HAKKI BAĞLAMINDA OMBUDSPERSON KURUMU

Ombudsperson kurumu, Kadı I kararında yapılmış olan adil yargılanma hakkı bağlamındaki tespitlerin akabinde İrtibat noktasının eksiklikleri de gözetilerek ihdas edilmiş bir kurumdur. İrtibat noktası pratiğinden Ombudsperson'a geçiş adil yargılanma hakkının

⁹¹ Prost (n 50) 184.

⁹² Saura-Estapà (n 62) 195; Prost (n 50) 189.

⁹³ Dumoulin (n 65) 38.

⁹⁴ Istrefi (n 9) 24.

⁹⁵ Fasciati (n 19) 161.

sağlanması noktasında önemli ilerlemeler içermektedir. Prost, Ombudsperson kurumunun adil yargılanma hakkı bağlamında meydana getirdiği ilerlemeyi beş başlık altında incelemektedir. Bunlar, hakkında listeleme kararı verilen kişinin kararı ve gerekçesini öğrenme hakkının kuvvetlendirilmesi, bahse konu kişinin bu karar ve gerekçesine cevap verebilme hakkına kavuşması, ilgili sürecin bağımsız bir kontrole tabi tutulması imkanının oluşturulması, makul zamanda içinde ve gerekçeli olarak karar veren bir mekanizmanın kurulması ve genel manada etkili bir mekanizma ile adil yargılanma hakkının sağlanması için gerekli tüm vazgeçilmez hususları içeren bir mekanizmanın kurulmuş olması şeklinde ifade edilmiştir. Ombudsperson kurumunun prosedürel bağımsızlığı ve etkin karar verebilme kapasitesi bağlamında yapmış olduğumuz incelemede Prost'un saydığı husulardan üçüne (ie. hakkında listeleme kararı verilen kişinin kararı ve gerekçesini öğrenme hakkının kuvvetlendirilmesi, bahse konu kişinin bu karar ve gerekçesine cevap verebilme hakkına kavuşması, makul zamanda içinde ve gerekçeli olarak karar veren bir mekanizmanın kurulması) katıldığımızı ifade etmiş olduk. Ancak, Ombudsperson'un kurumsal ve organik bağımsızlığı bağlamındaki eksiklikler gözetildiğinde, ilgili prosedür ile adil yargılama hakkı için yeterli bağımsız bir dış denetim kurulduğu argümanına katılmamız mümkün değildir. Ayrıca, belirtmek gerekir ki, Ombudsman'ın klasik kurumsal yapısı düşünüldüğünde, adil yargılanma hakkına vurgu yapan Kadı kararlarının etkisi altında kurulmuş olan kurumun AB Adalet Divanı'nın tanımladığı şekliyle adil yargılanma hakkı bağlamında bir yargı organı olmadığı muhakkaktır.⁹⁶ Gerçekten de Güvenlik Konseyi ombudspersonu ne organik olarak yargı olarak nitelendirilmiş ne de kararlarına doğrudan bağlayıcı bir güç verilmiştir. Ancak, bu hususlar Ombudsperson kurumunun adil yargılanma hakkı bağlamında pozitif bir adım olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Kadı II kararında AB Adalet Divanı'nın Ombudsperson mekanizmasına karşı tavrı Prost tarafından talihsiz olarak nitelendirilmekte ise de bir önceki bölümde yapılmış olan tespitler AB Mahkemesinin bu kararında bir tutarsızlık olmadığını ortaya koymaktadır.⁹⁷

5. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Çalışmamızın girişinde, yargı kurumu benzeri uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının uygulamada gittikçe önem kazanmaya başladığını ifade etmiştik. Hiç şüphesiz, Ombudsperson bu nevi kurumların başında gelmektedir. Önceki Ombudspersonlardan Fasciati'nin yerinde tespitine göre ideal bir kanun koyucu belki 2009 yılında ihdas edilen bu kurumdan çok farklı yapıda bir kurum inşa edebilirdi. Buna mukabil Güvenlik Konseyi ve dönemin BM Genel Sekreteri Kofi Annan, aynı görüşte olan devletler grubunun ve AB adalet mekanizmalarının baskılarıyla günümüzdeki Ombudsperson kurumunu oldukça yaratıcı bir şekilde hayata geçirmiştir. Kurum bir mahkeme niteliğinde olmamakla ve yargısal denetime ilişkin bütün kistasları karşılamasa da siyasi bakımdan mümkün olanın sınırları dahilinde olması ve aynı zamanda fiiliyatta çok etkin olması bakımından öne çıkmaktadır. Bu nedenle, klasik yargısal kurumların bütün unsurlarını bünyesinde taşımayan olması, bu

⁹⁶ Benzer yönde bkz. J. I. Garvey, 'Targeted Sanctions: Resolving the International Due Process Dilemma' 50 (2016) 50 *Texas International Law Journal* 551, 557.

⁹⁷ Prost (n 50) 187.

kurumu başlı başına değersiz kılmamalıdır.⁹⁸ Bu çerçevede, bugüne kadar hiçbir bir listeden çıkarma teklifi BM Güvenlik Konseyi tarafından geri çevrilmeyen Ombudsperson kurumunu bir başarı hikayesi olarak değerlendiren görüş yabana atılmamalıdır. Öte yandan, AB Adalet Divanı'nın Ombudsperson'u adil yargılama hakkı bağlamında tek başına yeterli görmediği Kadı II kararındaki yaklaşımının da Mahkeme'nin Kadı I içtihadı ve adil yargılanma hakkı bağlamındaki diğer kararları ile uyumlu olduğu gözetilmelidir.

KAYNAKÇA

- Beukelmann S., 'Vermögenssanktionen auf Grund von „UN-Terrorlisten“' (2013) *Neue Juristische Wochen Schrift-Spezial* 504-505.
- Boisson de Chazournes L., 'Des relations entre l'ONU et les organisations régionales à l'aune des tribulations de l'affaire Kadi' in: *Ombres et lumières du droit international - Mélanges en l'honneur du Professeur Habib Slim*. (Pedone, Paris 2016).
- Braconnier S., « La regulation des services publics », (2001) 1 RFDA.
- Conac P. H., « Un exemple étranger, la SEC aux États-Unis », in H. de Charrette (éd.), *Le contrôle démocratique des autorités administratives indépendantes à caractère économique* (Economica, 2002).
- Cornu G., *Vocabulaire juridique* (PUF, 10^e éd., Paris, 2014).
- Document 11-31063 (F), 18 March 2011, Strasbourg.
- Dörfler T., 'Why Rules Matter: Shaping Security Council Sanctions Policy in Counterterrorism and Beyond' 8:1 (2023) *Journal of Global Security Studies* 1.
- Dumoulin L., 'Black lists et gel des avoirs: Bilan et perspectives du Médiateur du Comité 1267 des Nations unies' 1 (2013) *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 23.
- Fasciati D. K., 'Due Process, Fairness, and Transparency – die Funktion der Ombudsperson für das Al-Qaida-Sanktionsregime der UN' recht (2021) 158.
- Fassbender B., 'Targeted Sanctions and Due Process', Study commissioned by the United Nations Office of Legal Affairs, 20 March 2006.
- Garvey J. I., 'Targeted Sanctions: Resolving the International Due Process Dilemma' 50 (2016) 50 *Texas International Law Journal* 551.
- Genser J. and Barth K., 'When Due Process Concerns become Dangerous: The Security Council's 1267 Regime and the Need for Reform' 33:1 (2010) *Boston College International and Comparative Law Review* 1.
- Halatçı Ulusoy Ü., *Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Kapsamında Birleşmiş Milletler Akıllı Yaptırımları* (Turhan, Ankara 2014).
- International Ombudsman Institute <<https://www.theioi.org/the-i-o-i>> Erişim tarihi: 2 Ocak 2024.
- Istrefi K., *European Judicial Responses to Security Council Resolutions: A Consequentialist Assessment* (Brill Nijhoff, Leiden 2018).
- Karagözoğlu C., 'Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Bireye Yönelik Ekonomik Yaptırım Kararları ve İnsan Hakları İlişkisi' (2019) *Public and Private International Law Bulletin* 39:1 217.
- Lang A., 'Alternatives to Adjudication in International Law: A Case Study of the Ombudsperson to the ISIL and Al-Qaida Sanctions Regime of the UN Security Council' (2023) 117:1 *The American Journal of International Law* 48.
- Marcou G., « Les autorités administratives « dépendantes » et « indépendantes » dans le domaine de

⁹⁸ Fasciati (n 19) 170.

l'intervention économique de la puissance publique. Une analyse sur des secteurs sélectionnés », in G. Marcou, J. Masing (dir.), *Le modèle des autorités de régulation indépendantes en France et en Allemagne* (Société de législation comparée, Paris 2011).

Prost K., 'The office of the Ombudsperson' in Jeremy Farrall, Hilary Charlesworth, *Strengthening the rule of law through the UN Security Council* (Routledge 2016).

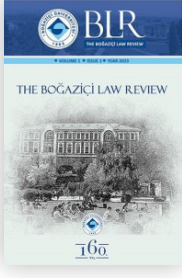
Saura-Estapà J., 'The UN Security Council Ombudsperson: An Original Institution Still Under Construction' (2017) 54 *Revista Catalana de Dret Públic* 185.

Save The Children UK (2002), *Iraq Sanctions: Humanitarian Implications and Options for the Future*, ch. 2.

Stricker M., *Terrorlisten im Strafrecht* (Jan Sramek Verlag, Wien 2016).

Ulusoy A., *Bağımsız İdari Otoriteler* (Turhan Kitabevi, Ankara 2003).

Wolfrum R., 'Judicial Control of Security Council Decisions' Yearbook of Institute of International Law, Tallinn session, 12th Commission.



The Boğaziçi Law Review

ISSN: 3023-4611

Journal homepage: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/blr>

İmar Planındaki Değişikliğin veya İptalin Eser ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesine Etkisi

The Effect of Amendment or Cancellation in the Zoning Plan on the Contract for Work and Services and the Construction Contract in Return for Land Share


E. Sabâ Özmen, Müge Ürem


To cite this article: E. Sabâ Özmen ve Müge Ürem, 'İmar Planındaki Değişikliğin veya İptalin Eser ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesine Etkisi' (2023) 1(2) The Boğaziçi Law Review 177.

Submission Date: 15 November 2023

Acceptance Date: 1 January 2024

Article Type: Research Article

 © 2023 E. Sabâ Özmen, Müge Ürem. Published with license by Boğaziçi University Publishing

 Published online: February 2024

 Submit your article to this journal 

Full Terms & Conditions of access and use can be found at
<https://dergipark.org.tr/tr/pub/blr>

İMAR PLANINDAKİ DEĞİŞİKLİĞİN VEYA İPTALİN ESER VE ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNE ETKİSİ

THE EFFECT OF AMENDMENT OR CANCELLATION IN THE ZONING PLAN ON THE CONTRACT FOR WORK AND SERVICES AND THE CONSTRUCTION CONTRACT IN RETURN FOR LAND SHARE

E. Sabâ Özmen^a , Müge Ürem^b 

^a Prof. Dr., Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı Başkanı.

^b Doç. Dr., İstanbul S. Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı.

ÖZET

Şehirleşme ve kentsel dönüşüm sebebiyle yapı gereksinimi artmış olduğundan eser sözleşmesinden veya arsa payı karşılığı eser sözleşmesinden kaynaklı uyuşmazlıklar sıklıkla karşımıza çıkmaktadır. Kamu düzenine ilişkin emredici imar mevzuatında imar engeli bulunmasına rağmen tarafların aksi yönde sözleşme hükmüne yer vererek, imar engelini yok sayan nitelikte eser meydana getirme borcu altına girdiği sıklıkla görülmektedir. Taraflar sözleşmenin kurulduğu esnada mevcut bir imar engeline aykırılık oluşturacak eser imalatını üstlenmekte, bununla birlikte yine sözleşmenin kurulduğu esnada veya ileride söz konusu olabilecek bir imar engelini ortadan kaldırmaya yönelik yasal girişimlerde bulunmayı ya da sözleşmenin kurulmasından önce açılmış bir davanın sonucuna bağlı olarak eser meydana getirmeyi taahhüt eden hükümler kararlaştırmaktadır. Yargıtay pek çok kararında eser imalatıyla ilgili olarak imara aykırılık halinde eser veya arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi bakımından “*imkânsızlık*”tan bahsetmekte ve bu halde “*geçici veya devamlı/süreklili imkânsızlık*” kavramlarını kullanarak sözleşmenin geçersizliğine hükmetmektedir. Halbuki bu noktada yapılması gereken, çeşitli olasılıklar açısından değerlendirme yapmaktır. Emredici hüküm niteliğindeki imar mevzuatına aykırı şekilde eser imalatının kararlaştırıldığı sözleşmeler elbette kanunun emredici hükümlerine aykırılık sebebiyle TBK m. 27/I hükmünce kendiliğinden kesin hükümsüz olacaktır; ancak sözleşmede mevcut imar engelini kaldırılması yönünde yasal yollara başvurulmasının kararlaştırılması, mevcut bir davanın sonucunun beklenmesi ve iptal kararının alınması halinde eserin meydana getirileceğinin kararlaştırılması gibi haller bakımından sözleşmeyi ayakta tutan yorum tercih edilmeli ve geciktirici koşul veya üçüncü kişinin fiilini üstlenme yönünden de değerlendirme yapılarak sözleşmenin geçerli olduğu kabul edilmelidir. Türk hukukunda imar planı değişikliğinin yapılması, imar planı teklifinin sunulması, iptal edilmesi mümkün olduğundan bu çalışma, imara aykırılık hususunda neden “*imkânsızlık*” olgusuna dayanmadığımızı ve hangi durumlarda sözleşmenin geçerli olduğunu değerlendirme amacını gütmektedir.

Anahtar Kelimeler: Eser Sözleşmesi, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İmar Planı, İptal, Değişiklik.

ABSTRACT

Since the need for building has increased due to urbanisation and urban transformation, disputes arising from the contract of work and services or the construction contract of work in return for land share are frequently encountered. Although there is a zoning obstacle under the mandatory zoning legislation related to public order, the parties have a contractual provision to the contrary; it is frequently observed that the parties undertake to produce works that ignore the zoning obstacle. The parties undertake to produce a piece of work that will constitute a contradiction of an existing zoning obstacle at the time of the conclusion of the contract; however, at the time of the conclusion of the

contract or in the future, to take legal initiatives to remove a zoning obstacle that may be in question, or the contract is concluded on the basis of the outcome of a lawsuit filed before the conclusion of the contract. In many decisions of the Court of Cassation, the Court of Cassation mentions “*impossibility*” in the case of violation of zoning in relation to the production of a work under the contract of work and services or the construction contract of work in return for land share. In this case, it judges the invalidity of the contract by using the term of “*temporary or permanent/continuous impossibility*”. However, what should be done at this point is to evaluate various possibilities. If the parties have agreed under the contract to produce a piece of work contrary to the zoning legislation, which is a mandatory provision, of course, it will automatically be null and void in accordance with Article 27/I of the Turkish Civil Code due to the violation of the mandatory provisions of the law. However, under the contract it can be agreed to take legal action to remove the existing zoning obstacle, to wait for the outcome of an existing lawsuit and to have a cancellation decision etc., in such cases *favor negotii* should be preferred, and the condition precedent or the guarantee of performance by a third party should be evaluated to accept that the contract is valid. Under Turkish law, it is possible to amend the zoning plan, submit a zoning plan proposal, and cancel the zoning plan; therefore, this study aims to evaluate why we do not rely on the “*impossibility*” in the case of zoning violation and in which cases the contract is valid.

Keywords: Contract For Work and Services, Construction Contract In Return For Land Share, Zoning Plan, Cancellation, Amendment.

EXTENDED SUMMARY

According to Article 683/I of the Turkish Civil Code, the person who is owner of a object has the right to use, benefit and dispose (*usus, fructus and abusus*) of that object as he/she sees fit within the limits of the law. However, Article 35/II of the Constitution titled “Right of Property” stipulates that the right of property can only be limited by law for the purpose of public interest, and it is clear that the right of property does not vest an unlimited right to the owner. Article 731/I of the Turkish Civil Code (“*Statutory restrictions on ownership exist irrespective of whether they are recorded in the land register.*”), which is the provision of Article 35/II of the Constitution related to property law, regulates that there may be restrictions arising from the law on immovable property. At this point, it is clear that the person cannot build structures as he/she sees fit within the scope of the authority to use, benefit and dispose depending on the land ownership.

Pursuant to Article 35/II of the Constitution and Article 731/I of the Turkish Civil Code, the Zoning Law is characterised as a “*limit of the common law*” on the ownership of immovable property registered in the land registry. Zoning plans are based on the Zoning Law and are binding on the administration and the owner. In zoning law, the principle of unamendability of plans is fundamental; in order to achieve the objectives set out in the plans, plans should be kept unamended as much as possible, and plans should not be amended unless it is very important, and the principle of longevity should not be violated. However, it may be necessary to amend zoning plans for reasons such as changes in public needs, protection of rights and freedoms, and prevention of restriction of property rights.

On the other hand, in practice, it is seen that the production of a piece of work contrary to mandatory zoning regulations is agreed in the contract of work and services or in the construction contract in return for land share. At this point, under the doctrine and the decisions of the Court of Cassation, the fact of “*impossibility*” is shown as a cause for the sanction of “*absolute nullity*” according to the Article 27/I of the Turkish Code of Obligations. However, in this case, the cause for the sanction of absolute nullity should not be impossibility, but the violation of mandatory provisions; because the zoning legislation consists of mandatory provisions and zoning plans can be subject to amendment. In other words, since it is not impossible to amend zoning plans, it is erroneous to rely on the cause

of impossibility. Therefore, this situation should be assessed within the scope of private law in terms of a contract of work and services or a construction contract in return for land share, and the cause of impossibility should not be relied upon when accepting the sanction of absolute nullity.

It is not the right approach to reach the same conclusion in every case. Although it can be concluded that the contract in which the obligation to produce a piece of work in violation of the zoning legislation is agreed upon is absolute null due to “*contradiction to the mandatory provision*” according to Article 27/I of the Turkish Code of Obligation, it is necessary to make a different assessment in some cases. Therefore, it is not sufficient to conclude that the sanction of absolute nullity should be accepted only in terms of contracts in which the obligation to produce a piece of work in violation of the existing zoning obstacle is agreed upon. At the same time, an assessment should be made in terms of different possibilities, and in some cases, the interpretation that makes the contract valid (*favor negotii*) should be preferred. This study discussed the four possibilities that are frequently seen in practice are discussed. The first of these is *agreeing on the obligation to build construction contrary to the existing zoning obstacle in the contract*. It is clear that the contract will be absolute null, not on the cause of impossibility, but on the cause of violation of the mandatory provision in accordance with Article 27/I of the Turkish Code of Obligation. The second possibility is *to agree on a provision to take a legal action to remove an existing zoning obstacle during the conclusion of the contract*. In this case, the parties undertake to take a legal action to carry out such preparations as he/she is obliged to make to remove the existing zoning obstacle pursuant to Article 106/I of the Turkish Code of Obligation. In this case, instead of the principle of “*Ab initio nullum semper nullum.*” accepted in Roman Law, it would be more appropriate to prefer the interpretation (*favor negotii*) that maintains the contract in some cases and to accept the validity of the contract. In the third possibility, *the parties agree on a provision in order to take a legal action to remove the zoning obstacle that may arise in the future*; in this case, we consider that the contract is valid. In such cases, there is no impossibility, because in this possibility, an assessment should be made to guarantee of performance by a third party regulated under Article 128 of the Turkish Code of Obligation and the condition precedent regulated under Article 170 of the Turkish Code of Obligation. Since these two institutions are regulated in Turkish law, the impossibility will no longer be an issue in terms of the third possibility in question. The last possibility is the case *where it is agreed during the conclusion of the contract that the obligation to build the construction will be fulfilled as a result of the cancellation decision to be rendered in the previously filed a lawsuit regarding the cancellation of the zoning plan*. In this case, there is no cause for the sanction of absolute nullity at the time the contract is concluded, and such contract is valid; because a condition precedent has been agreed in the contract in accordance with Article 170 of the Turkish Code of Obligation. Therefore, as the third possibility, the result relating to the condition precedent issue will not change.

1. KONUNUN SUNUMU

Arazi üzerinde eser imalatıyla ilgili olarak doktrinde ve bazı içtihatlarda imara aykırılık halinde “*imkânsızlık*”tan bahsedilmekte ve bu halde “*geçici veya devamlı/sürekli imkânsızlık*” kavramları kullanılmaktadır.¹ Çalışmamızda, eser meydana getirme edimi içeren sözleşmelerde imara aykırılık konusunda “*imkânsızlık*” olgusuna dayanan görüşler ve kararlar eleştirilecek, Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 27/I hükmüne göre kesin hükümsüzlük sebebi

¹ Örneğin doktrinde, 3194 sayılı İmar Kanunu m. 32/I,c. 2 hükmü gereğince inşaatı devam eden yapının mühürlenerek inşaatın derhal durdurulması halinde geçici imkansızlığın varlığı kabul edilmektedir. Bkz. Ş. Barış Özçelik, ‘Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukukî İmkânsızlık ve Sonuçları’(2014) (63-3) AÜHFD 569, 578; Mehmet Deniz Yener, ‘Yargıtay Kararları Kapsamında İmara Aykırı Yapılarda Tescil Ve Tazminat Talepleri’ (2016) (C.22,S.3,1) Cevdet Yavuz’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 2967, 2967-2976; Umut Ulusoy, *Türk Hukukunda Geçici İmkânsızlık* (Yetkin 2023) 95, 96.

kabul edilmekle birlikte bu yaptırımın “*sebebi*” olarak “*emredici hükümlere aykırılık*” gerekçesine dayanacağız. Bu noktada araştırmamızın amacı, sözleşme özgürlüğünün sınırları kapsamında kararlaştırılan imar uygulamasına aykırı hükümler bakımından doğru yorumlar yapabilmektir. Dolayısıyla imar planlarına aykırı hükümler içerdiği iddia edilen sözleşmelere dayalı olarak verilen mahkeme kararlarında özel hukuk bakımından varılan yanlışlıklar değerlendirilecek ve borçlar hukukunun genel hükümleri uyarınca neden “*imkânsızlıktan söz edilmeyeceği*”, sözleşmenin geçerli olup olmadığı hususu açıklanmaya çalışılacaktır.

2. ARAZİ-YAPI İLİŞKİSİ VE TAŞINMAZ MÜLKİYETİNİN KANUNDAN DOĞAN SINIRLAMASINA TABİ KATLANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Bu başlık altında öncelikle “*arazi/arsa*” terimleri arasındaki tercihimizi belirleyeceğiz. Bilinmelidir ki “*arsa*” terimi yerine Türk Medeni Kanunu² (TMK) m. 404/I, b.1 hükmü uyarınca taşınma mülkiyetinin konusu olarak “*arazi*” terimi tercih edilmiş; arazi teriminin tanımına ise TMK’da yer verilmemiştir. Arazi, Tapu Sicili Tüzüğü m. 9(1) hükmünde “*Arazi, sınırları hukukî ve geometrik yöntemlerle belirlenmiş yeryüzü parçasıdır.*” şeklinde (eski tabiri ile “*hudutları tefrika kafi vasıtalarla tahdit ve tayin edilmiş bilim sathı zemin*” şeklinde) tanımlanmıştır. Arsanın³ ise arazi tanımından farklılık göstermediğini ve İmar Kanunu⁴ hükümlerince arazinin üzerinde yapı imaline engel olmayan hal olduğunu söyleyebiliriz. Böylece artık taşınmaz mülkiyetinin asıl konusu olan arazi üzerindeki bütünleyici parça niteliğindeki yapı imaline yönelik kurulan sözleşmelerin tabi olduğu emredici kuralara bağlı hukuki sonuçları irdelemeye geçebiliriz.

Yapı ve arazi üzerindeki diğer eserler, TMK’da tanımlanmamış olsa da İmar Kanunu’nun 5. maddesinde “*yapı*” ve “*bina*” ayrı ayrı tanımlanmıştır. Buna göre:

“*Yapı; karada ve suda, daimi veya muvakkat, resmi ve hususi yeraltı ve yerüstü inşaatı ile bunların ilave, değişiklik ve tamirlerini içine alan sabit ve müteharrik tesislerdir.*”

“*Bina; kendi başına kullanılabilen, üstü örtülü ve insanların içine girebilecekleri ve insanların oturma, çalışma, eğlenme veya dinlenmelerine veya ibadet etmelerine yarayan, hayvanların ve eşyaların korunmasına yarayan yapılarıdır.*”

Dikkat edilirse hükümde “*yapı*”, üst kavram olarak anılmış, “*bina*” ise yapı kavramına giren tesislerden özgülleme içeriği bakımından ayrılmıştır. Kanımızca hükümdeki tanımlamanın başarısızlığı, TMK’ya dayanmamakla oluşmuştur. Şöyle ki İmar Kanunu’nda her iki kavramın da içeriğinde taşınır mülkiyetine konu olan bileşik eşya düzenlenmiş ve böylece TMK’nın temelinden ayrılmıştır. Örneğin İmar Kanunu’nda “*yapı*” kavramı içinde “*ekleni*” niteliğinde taşınır eşyalara “*müteharrik tesis*” olarak yer verilmişken “*bina*” kavramı ile de TMK m. 728 hükmünde düzenlenmiş “*taşınır yapı*” kavramı kapsama alınmıştır.

² Kanun Numarası : 4721, Kabul Tarihi : 22/11/2001, Yayımlandığı Resmî Gazete Tarihi : 8/12/2001, Sayı : 24607.

³ Arazi ve Arsa Düzenlemeleri Hakkında Yönetmelik m.4/b hükmünde arsa, “*İmar planı ve imar mevzuatına göre oluşmuş imar parselidir.*” şeklinde tanımlanmaktadır.

⁴ Kanun Numarası : 3194, Kabul Tarihi : 3/5/1985, Yayımlandığı Resmî Gazete Tarihi :9/5/1985, Sayı: 18749.

Ayrıca İmar Kanunu'nun "Umumi hizmetlere ayrılan yerlerde muvakkat yapılar" kenar başlıklı 33. hükmü uyarınca "muvakkat inşaat veya tesisat/muvakkat yapı"ların da bütünlüyci parça niteliği taşıyabileceğini ve fakat hükümdeki "on yıllık müddet için muvakkat inşaat veya tesisat" tabiri ile süreye bağlı olarak bileşik eşya arazide mevcudiyetine müsaade edildiğini anlamaktayız. İmar Kanunu m. 33 hükmünün "...normal şartlarla yapı izni verilmeyen ...parsellerde üzerinde yönetmelik esaslarına uygun yapı yapılması mümkün olanlarında sahiplerinin istekleri üzerine ...imar planı tatbikatına kadar muvakkat inşaat veya tesisata müsaade edilir ve buna dayanılarak usulüne göre yapı izni verilir. Bu gibi hallerde verilecek müddetin on yıl olması, ...on yıllık müddet için muvakkat inşaat veya tesisat olduğunun, lüzumlu ölçü ve şartlarla birlikte tapu kaydına şerh edilmesi gereklidir. Muvakkatlık müddeti tapu kaydına şerh verildiği günden başlar." şeklindeki ifadesi gereğince bütünlüyci parça niteliğinde olanların yapı ruhsatına tabi olduğunu, buna karşılık hükümden açıkça anlaşılmasa da TMK m. 728 hükmüne tabi taşınır yapıların ise böyle bir ruhsata tabi olmayacağını, hükmün aksiyle kanıtından sonuç çıkarmaktayız.

Bu araştırmada bu iki kavramdan uzaklaşarak ve araştırmayı eşya hukuku hükümleri çerçevesinde sınırlandırarak sadece "yapı" kavramını ve TMK m. 684 hükmüne "bütünlüyci parça" niteliğine dayalı hüküm ve sonuçları ele alacağız.

İmar Kanunu'nda (5. maddedeki "daimî tesis" ifadesiyle) bütünlüyci parça yapıların yapı ruhsatına tabi olmasına ilişkin açık bir kurala rastlamamaktayız. Ancak kanımızca İmar Kanunu'nun "Yapı" kenar başlıklı 20/son hükmü "İmar planı, yönetmelik, ruhsat ve eklerine uygun olarak yapılabilir." şeklinde olup hükümde yalnızca "yapı" kavramına yer verilmekle bu defa tanımlarda yer verilmiş "bina" tabirinin anılmamış olması, zaten binanın üst kavram olarak yapı tabiri içinde değerlendiriliyor olmasının sonucu olarak kabul edilmelidir.

TMK m. 683/I hükmüne göre bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahip olsa da TMK m. 731/I⁵ hükmünde taşınmaz mülkiyetine ilişkin kanundan doğan kısıtlamaların olabileceği düzenlendiğinden arazi mülkiyetine bağlı olarak kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisi kapsamında kişinin dilediği gibi yapı yapamayacağı da açıktır. Bu konuda İmar Kanunu ve ilgili mevzuat, emredici olma özelliğini, idarelerin bu alanda sahip olduğu denetim yükümlülüğü kapsamında kamu düzenini sağlama işlevinden almaktadır⁶.

⁵ "Taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan kısıtlamaları, tapu siciline tescil edilmeksizin etkili olur."

⁶ Bkz. Yargıtay 15. HD. E. 2001/4351, K. 2002/545, T. 31.1.2002: "...imar yasalarıyla buyurucu nitelikte hükümler getirilerek şehirleşmede kargaşanın, alt yapıda sıkıntının çevrede kirliliğin önüne geçilmesi kısaca toplum yararının korunması amaçlanmıştır. Kamu düzeninden olan hükümlerin mahkemeye doğrudan gözönünde tutulması zorunludur. ...Kamu düzenine aykırılığı mahkeme kararı ile saptanmış inşaata devam edilmesi yükleniciden beklenemez." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 01. 11. 2023)

3. İMAR PLAN VE NOTLARININ NORMLAR HİYERARŞİSİNDEKİ YERİ

“Mülkiyet hakkı” kenar başlıklı Anayasa m. 35 hükmü

“Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.

Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.

Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.”

şeklinde olup mülkiyet hakkının, hak sahibine sınırsız bir hak bahşetmediği açıktır. Bu hükmün taşınmaz mülkiyetine yansımaları niteliğinde olan TMK m. 731/I hükmü ise “*Taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan kısıtlamaları, tapu siciline tescil edilmeksizin etkili olur.*” şeklinde olup bu yönde kısıtlama getiren tüm emredici mevzuata yollama yapılmıştır ve imar mevzuatı, bu kısıtlamaların en önemlisi olarak sayılabilir.

İmar Kanunu, öncelikle TMK m. 731/I hükmü anlamında değerlendirilecek olursa, arazinin TMK m. 683/I hükmünce hangi içerikle kullanma, yararlanma ve tasarrufla bulunmaya konu edilebileceği hususunda sınırlandırmalar getirmekte ise de tapuya kayıtlı taşınmazlar üzerindeki mülkiyetin “*kamu hukuku kısıtlaması*” olarak TMK m. 1020/I⁷ hükmündeki “*tapu sicilinin açıklığı ilkesi*”nce tapuda uyarı anlamında yazım zorunluluğuna bağlanmıştır.

İmar planları, açık norm (*das Blankettnorm*) olarak dayanağını İmar Kanunu’nda bulmaktadır. İmar Kanunu’nun “*Tanımlar*” başlıklı 5. maddesinde “*nazım imar planı, uygulama imar planı*” gibi ayrıma tabi tutulan planlar arasında bir “*hiyerarşik ilişki*” bulunmakla farklı düzeylerdeki imar planlarının birbirine uyumu, imar hukukunda “*planların kademeli birlikteliği ilkesi*” çerçevesinde değerlendirilmektedir.

İmar planları, düzenleyici idari işlem olarak normlar hiyerarşisinde Anayasa’ya, kanunlara, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ve yönetmeliklere uygun hazırlanması gerekmekte olup üst derecedeki planlara bağlılık (*hiyerarşi*) ilkesi gereğince farklı kademelerde yer alan planların birlikte uygulanmasını sağlayan bir hiyerarşinin olması gerektiği kabul edilmektedir. İmar Kanunu m. 6/I hükmü “*Mekânsal planlar, kapsadıkları alan ve amaçları açısından Mekânsal Strateji Planlarına uygun olarak; “Çevre Düzeni Planları” ve “İmar Planları” kademelerinden oluşur. İmar planları ise nazım imar planı ve uygulama imar planı olarak hazırlanır. Her plan bir üst kademedeki plana uygun olarak hazırlanır.*” şeklinde olup bu hükümde de açıkça hiyerarşiden söz edilmektedir.

İmar hukukunda planlar arasında hiyerarşik ilişki bulunmakta olup imar planlaması ülke çapında bütünlüğün sağlanması için getirilmiştir. Bu ilişkinin amacı, en üst düzeyde alınan plan kararlarının, en alt düzeydeki planlara kadar inebilmesinin sağlanması ve böylece üst düzey kararların çeşitli aşamalardan geçerek mekâna indirilmesi aşamasında, her düzeydeki planlar arasında koordinasyon sağlanması ve alt düzeydeki bir planın kendisinden bir üst

⁷ “*Tapu sicili herkese açıktır.*”

düzeydeki plana uygun olarak hazırlanıp hazırlanmadığının denetim altına alınmasıdır.⁸ Başka bir deyişle planların kademeli birlikteliği ve alt düzeydeki planları yönlendirme zorunluluğu bulunmaktadır; zira planlamanın bütüncül bir plan anlayışı çerçevesinde yapılması gerekir.⁹ Buna göre alt ölçekli planlar, üst ölçekli planlarla alınan kararları detaylandırmakta ve bu kararların uygulamaya yansıtılmasını sağlayarak onları somutlaştırmakta; dolayısıyla her alt ölçekli plan, üst ölçekli plana göre daha somut nitelik taşımaktadır.¹⁰ Üst ölçekli planlarla alınan kararların uygulanmasının alt ölçekli planlarla sağlanması, alt ölçekli planların üst ölçekli planlara uygunluğu zorunlu olup bu ilke, her alt ölçek planlama kademesinin bir üst ölçekli planlama kademesinden daha fazla ayrıntı içermesini, kendisine özgün ölçeğin daha fazla bilgi içermesini, ancak bir üst ölçekli plandaki ana kararı da korumasını ifade etmektedir¹¹.

Bununla birlikte mekânsal planların değiştirilmezliği esas olup planlarla belirlenen hedefe ulaşabilmek için gerek nazım gerekse uygulama imar planında mümkün olduğunda değişiklik yapılmaması, çok önemli görülmedikçe değiştirilmemesi ve uzun süreli olma ilkesinin çiğnenmemesi gerekir. Ancak planın sonradan kentsel ihtiyaçları karşılayamaması ya da kat arttırma yoluyla veya yeşil alan, park, çocuk bahçesi gibi kullanımları oturma, ticaret, sanayi türü kullanımlarına dönüştürmek yoluyla yoğunluk artışına yol açan planlama işlemleri imar planı kapsamında kalan işlem olarak bu ihtiyaçlar uyarınca planların değiştirilmesi zorunlu hale gelebilir.¹² Özellikle de kamusal ihtiyaçlarda değişiklik, hak ve özgürlüklerin korunması, mülkiyet hakkının kısıtlanmasının önlenmesi gibi gerekçelerle imar planlarında değişiklik yapmak gerekebilir¹³.

İmar planları, idareyi ve de arazi ile ilgili hak sahibi olan herkesi bağlayıcı etkiye sahiptir. Arazi ile ilgili olarak “*hak sahibi*” ifadesini tercih etmemizin sebebi, sadece malik açısından değil, aynı zamanda (üst-intifa hakkı sahibi gibi) sınırlı aynı hak sahipleri ile örneğin kiracının da uygulamada “*yap işlet devret*”¹⁴ olarak anılan sözleşme uyarınca arazi üzerinde yapı yapma yükümlülüğünü üstlendiği hallerde de bu kuralların, emredici olarak kişileri bağlayıcı olmasından kaynaklanmaktadır.

Araştırmamızda “*imkânsızlık*” nitelendirmesinden ayrılarak TBK m. 27 hükmüncü “*emredici hukuk kurallarına aykırılık*” gerekçesine ulaşacağımız noktada özellikle belirt-

⁸ Halil Kalabalık, *İmar Hukuku Dersleri* (12. Baskı, Seçkin 2023) 185 vd.

⁹ Nusret İlker Çolak, *İmar Hukuku* (On İki Levha 2014) 113 vd.; Oğuz Sancaktar, *İmar Hukuku Genel Esaslar* (Soru Bankası Net 2020) 87.

¹⁰ Büşra Akdemir, ‘İmar Planlarında Hiyerarşi’ (2021) (1) Konya Barosu Dergisi 133, 169.

¹¹ Melih Ersoy ve Hüseyin Çağatay Keskinok, *Mekan Planlama ve Yargı Denetimi* (Yargı 2000) 37; Çolak (n 8) 104 vd.

¹² Kalabalık (n 7) 143.

¹³ Çolak (n 8) 283 vd.

¹⁴ Özel hukukta bu terimin yeri yoktur; çünkü 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun’a göre yat-işle-devret modelinin idare hukukuna özgü kamu hizmeti imtiyazı olduğu niteliğinde olduğu açık olup borçlar ve eşya hukuku kapsamına dahil edilmesi düşünülemez. Başkasının arazisine belirli bir süre yapı yapılması ve sonrasında yapı bütünüyle parça olarak doğal niteliği ile arsa malikine ait olmasına dayalı sözleşmeler eşya hukuku kurumu olarak üst ve intifa hakkıyla, borçlar hukuku açısından ise kira sözleşmesine veya isimsiz sözleşmelere konan hükümlerle gerçekleştirilebilir.

mek istediğimiz husus, güçler ayrılığı ilkesince en doğal sonucu ile imar planlarının “*mutlak ve değişmez*” bir nitelik arz etmemesidir. Şöyle ki idare hukuku teorisi uyarınca imar mercileri (*belediye/valilik vd. yetkilendirilmiş kamu tüzel kişilikleri*) işlemi geri alabilme veya ortadan kaldıracı yetkisine her zaman sahiptir. Böylelikle önceki planların hatalı yapıldığı veya artık ihtiyacı karşılamadığı hallerde “*ilave veya revizyon imar planı*” olarak planlar ile önceki planlar üzerinde değişikliğe gidilebilmekte ya da imar planı, iptal davalarıyla ortadan kaldırılabilir. Örneğin Mekânsal Planlar Yapım Yönetmeliği’nin¹⁵ 25. maddesi “İmar planlarının ihtiyaca cevap vermediği veya uygulamasının mümkün olmadığı durumlar ile üst kademe plan kararlarına uygunluğunun sağlanması amacıyla planın tamamının veya plan ana kararlarını etkileyecek bir kısmının yenilenmesi için bu *Yönetmelikte belirtilen ilke, esas ve standartlara uygun olarak imar planlarında revizyon yapılır. İmar planlarının ihtiyaca cevap vermediği durumlarda, mevcut plana bitişik ve mevcut planın genel arazi kullanım kararları ile süreklilik, bütünlük ve uyum sağlayacak biçimde, bu Yönetmelikte belirtilen ilke, esas ve standartlara uygun olarak ilave imar planı yapılabilir.*” şeklindedir.

İmar planı değişikliğinin, özel hukuk açısından “*imkânsızlık*” oluşturduğu yanılığına varılsa da her zaman imar planları, değiştirme, geri alma veya ortadan kaldırılma özelliğini bünyesinde barındırmakla özel hukuk ilişkilerine etkisi bakımından imar planlarının “*geçici/sürekli imkânsızlık*” olarak anılmasının mümkün olmadığı ve farklı bir nitelemeye tabi tutulması gerektiği kanaatindeyiz.

4. ARAZİDEN “YARARLANMAYA” İLİŞKİN İMAR PLANLARINA DAYALI KISITLAMALARIN EŞYA HUKUKU AÇISINDAN HUKUKİ KAYNAĞI

TMK m. 718/son hükmünün yollaması uyarınca TMK m. 684/II¹⁶ hükmünde tanımlanmış “*bütünleyici parça*”nın inşasına başlanmasından tamamlanmasına kadar kamu düzeyine ilişkin imar mevzuatı uyarınca yapı ruhsatı ile başlayan süreçte yapı kullanma izin belgesi ile tamamlanması gereken bağlayıcı normlar söz konusudur. Yapı ruhsatının alınabilmesi için daha ilk başta başvurunun tabi olduğu emredici normlar, inşa edilecek yapının nitelik olarak imar planlarına uygun yapılmasını zorunlu kılar; şöyle ki İmar Kanunu m. 3 hükmü gereğince “*Herhangi bir saha, her ölçekteki plan esaslarına, bulunduğu bölgenin şartlarına ve yönetmelik hükümlerine aykırı maksatlar için kullanılamaz.*”. Bu hükmün doğru yorumu için “*yerleşme amacı/kullanım fonksiyonu*” gibi ifadesinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. TMK’da “*yerleşme amacı/kullanım fonksiyonu*” tabirlerine rastlanmamakla birlikte eşya hukuku kitabında tercih edilen tabir, “*özümlenme*”¹⁷ olup kısıtlayıcı nitelikteki “*yerleşme amacı/kullanım fonksiyonu*” imar planlarına konu olarak arazinin malikleri tarafından hangi amaçla kullanılabileceğini belirlenmesinden ibarettir.

¹⁵ Yönetmelik m. 3(1): “*Bu Yönetmelik, 3/5/1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Kanununun 5 inci, 8 inci ve 44 üncü maddeleri ile 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 97 nci maddesine dayanılarak hazırlanmıştır.*”

¹⁶ “*Bütünleyici parça, yerel âdetlere göre asıl şeyin temel unsuru olan ve o şey yok edilmedikçe, zarara uğratılmadıkça veya yapısı değiştirilmedikçe ondan ayrılmasına olanak bulunmayan parçadır.*”

¹⁷ TMK m. 696, 817, 827, 938.

Arazi, Kadastro Kanunu¹⁸ ile öncesinde tapusuz bir taşınmaz (*tapuya kayıtlı olmayan*) iken kadastro faaliyeti sonucu tapuya kayıtlı hale gelmekle, yani TMK m. 704 hükmüncüce üzerinde arazi mülkiyeti doğmakla artık üzerinde yapı yapılabilmesi emredici mevzuata tabi olur. Örneğin Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu¹⁹ m. 10/IV hükmü “*Tarım arazileri, bu Kanunda belirtilen istisnalar hariç olmak üzere, arazi kullanım plânlarında belirtilen amaçları dışında kullanılamaz.*” şeklinde olup bir tarım arazisinin imar planlarına konu olması, kamu yararı doğrultusunda bir karara dayanır.

Belirtmek gerekirse TMK’da taşınmaz mülkiyetinin konusu olarak (*TMK m. 704*) “*arazi*” tabiri tercih edilmiş ve “*arsa*” tabirine yer verilmemiştir. Uygulamadaki sınıflamayla ise kadastro parselinden imar parseline geçiş sonucu araziler, artık üzerinde ruhsatlı yapı inşası mümkün hale gelmiş olan “*arsa*” olarak anılmaktadır; yeter ki yerleşme amacı başta olmak üzere yapı kullanma izin belgesi alınıncaya kadar imar mevzuatının emredici kurallarına uyulmuş olsun.

Özellikle de depremin meydana gelmesi ve böylece konuta olan talebin artması veya ekonomik durum itibarıyla işyerine olan ilginin azalması gibi sebeplerle birlikte son zamanların güncel bir tartışması olarak, işyeri olarak belirlenmiş alanlarda kalan yapıların konut ihtiyacının artması nedeniyle imar planlarının bağlı olduğu mevzuata dayalı olarak değiştirilmesi her zaman gündeme gelecektir. Dolayısıyla araştırmamızın konusu, yalnızca yerleşme amacı doğrultusunda “*kısıtlama*” oluşturan imar planlarında ortaya çıkan değişikliklerin/iptallerin, eser meydana getirme edimini içeren sözleşmelere (*eser sözleşmesinde veya karma nitelikteki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gibi isimsiz sözleşmelerde*) dayalı olarak etkisine ilişkindir.

5. İMAR PLANI DEĞİŞİKLİĞİ YAPILMASININ, İMAR PLANI TEKLİFİNİN SUNULMASININ VE İMAR PLANININ İPTAL EDİLMESİNİN MÜMKÜN OLMASI

İdare, düzenleyici işlemini hukuki veya maddi koşullardaki değişiklik neticesinde her zaman değiştirebilir veya kaldırabilir; düzenleyici işlemin muhatabı kişiler de düzenleyici işlemin değiştirilmesini ya da kaldırılmasını idareden isteyebilir.²⁰ Başka bir deyişle idari işlemlerin kaldırılması, bununla birlikte idari işlemlerin dava açma süresi içinde geri alınabilmesi mümkündür.²¹ İmar Kanunu m. 8/V hükmüncüce onaylanmış planlarda yapıla-

¹⁸ 3402 Kabul Tarihi: 21/6/1987, Yayımlandığı Resmi Gazete Tarihi: 9/7/1987, Sayı: 19512.

¹⁹ Kanun Numarası: 5403, Kabul Tarihi: 3/7/2005, Yayımlandığı Resmi Gazete: Tarihi: 19/7/2005, Sayı: 25880.

²⁰ A. Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, *İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar* (13. Baskı, Turhan 2019) 416.

²¹ Bir idari işlemin hukuka uygun olmasına ya da hukuka aykırı olmasına göre ilgili işlemin geri alınma süresine ilişkin bkz. Kemal Gözler, *İdare Hukuku C. I* (3. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım 2019) 1214 vd.

cak değişiklikler de 8/I-II²² hükmündeki usullere tabi kılınmış olup değişiklik talebi Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından²³ gelebileceği gibi belediye, il özel idaresi gibi ilgili mahalli idarelerden veya özel hukuk gerçek ve tüzel kişisi tarafından da gelebilir.²⁴ Örneğin İmar Kanunu Ek m. 8/IV, c.1 hükmü “*Taşınmaz maliklerinin tamamının talebi üzerine ada bazında yapılacak imar planı değişikliği sonucunda ...*”; Mekânsal Planlar Yapım Yönetmeliği m. 31(4), c. 1 ise “*İmar planı teklifleri, planın kapsadığı alanın maliki veya maliklerinin yasal vekilleri tarafından sunulabilir.*” şeklindedir. Bu düzenlemelerden de anlaşılmaktadır ki idarelerin imar planları ile arazilere ilişkin oluşturdukları yapılaşma statüsüne ilişkin kararları her zaman geri alabilecekleri açıktır. Buna yönelik olarak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (HGK), “*Kadastro parseli olan bir taşınmazın, imara açık hale getirilmesi iş ve işlemlerinin zamana bağlı olarak yapılabileceği bilinen bir gerçektir. Zira bu durum sadece tarafların arzu etmeleri ile gerçekleşmez.*” yönündeki kararıyla²⁵ açık bir şekilde imar engelinin zaman içinde kalkmasının mümkün olduğunu kabul etmiştir.

Görüldüğü üzere özel hukuk gerçek veya tüzel kişilerinince sağlıklı ve düzenli bir şehirde yaşamın sağlanması açısından imar planı teklifinde bulunmaları; bununla birlikte imar planları düzenleyici idari işlem olduklarından imar planları ile menfaatlerinin ihlâl edildiğini düşünen kimselerce hukuki başvuruda bulunulması mümkündür.

İmar planlarının iptali veya plan değişikliği günlük yaşamın bir gerçeği olarak karşımıza

²² “Planların hazırlanmasında ve yürürlüğe konulmasında aşağıda belirtilen esaslara uyulur.

a) Bölge planları; sosyo-ekonomik gelişme eğilimlerini, yerleşmelerin gelişme potansiyelini, sektörel hedefleri, faaliyetlerin ve alt yapıların dağılımını belirlemek üzere hazırlanacak bölge planlarını, gerekli gördüğü hallerde Devlet Planlama Teşkilatı yapar veya yaptırır.

b) İmar Planları; Nâzım İmar Planı ve Uygulama İmar Planından meydana gelir. Mevcut ise bölge planı ve çevre düzeni plan kararlarına uygunluğu sağlanarak, belediye sınırları içinde kalan yerlerin nâzım ve uygulama imar planları ilgili belediyelerce yapılır veya yaptırılır. “Planlar, plan değişiklikleri ve plan revizyonları; kayıt altına alınmak ve arşivlenmek üzere Bakanlıkça oluşturulan elektronik ortama yüklenmek ve aynı sistem üzerinden Plan İşlem Numarası almak zorundadır.” “Planlar, belediye” meclisince onaylanarak yürürlüğe girer. “Bu planlar onay tarihinden itibaren belediye başkanlığınca tespit edilen ilan yerlerinde ve ilgili idarelerin internet sayfalarında bir ay süreyle eş zamanlı olarak ilan edilir.” Bir aylık ilan süresi içinde planlara itiraz edilebilir. Belediye başkanlığınca belediye meclisine gönderilen itirazlar ve planları belediye meclisi onbeş gün içinde inceleyerek kesin karara bağlar.

Belediye ve mücavir alan dışında kalan yerlerde yapılacak planlar valilik veya ilgisince yapılır veya yaptırılır. Valilikçe uygun görüldüğü takdirde onaylanarak yürürlüğe girer. “Onay tarihinden itibaren valilikçe tespit edilen ilan yerinde ve ilgili idarelerin internet sayfalarında bir ay süreyle eş zamanlı olarak ilan edilir.” Bir aylık ilan süresi içinde planlara itiraz edilebilir. İtirazlar valiliğe yapılır, valilik itirazları ve planları onbeş gün içerisinde inceleyerek kesin karara bağlar.”

²³ Örneğin İmar Kanunu m. 9/III hükmü “Bir kamu hizmetinin görülmesi maksadı ile resmi bina ve tesisler için imar planlarında yer ayrılması veya bu amaçla değişiklik yapılması gerektiği takdirde, Bakanlık, valilik kanalı ile ilgili belediyeye talimat verebilir veya gerekirse imar planının resmi bina ve tesislerle ilgili kısmını re’sen yapar ve onaylar.” ve 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi m. 97/1-h hükmü “Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan veya mülkiyeti Hazineye, kamu kurum veya kuruluşlarına veya gerçek kişilere veyahut özel hukuk tüzel kişilerine ait olan taşınmazlar üzerinde kamu veya özel sektör tarafından gerçekleştirilecek olan yatırımlara ilişkin olarak ilgililerince hazırlandığı veya hazırlatıldığı halde yetkili idarece üç ay içinde onaylanmayan etüt, harita, her tür ve ölçekteki çevre düzeni, nazım ve uygulama imar planlarını, parselasyon planlarını ve değişikliklerini ilgililerinin valilikten talep etmesi ve valiliğin Bakanlığa teklifte bulunması üzerine bedeli mukabilinde yapmak, yaptırmak ve onaylamak, ...” şeklindedir.

²⁴ Kalabalık (n 7) 144, 145.

²⁵ E. 2010/15-193, K. 2010/235, T. 28.4.2010 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 01.11.2023)

çıkarmakta olup meşru menfaate dayalı olarak imar planlarının iptalinin veya idareye başvuru ile değiştirilebilme²⁶ olasılığını, bunun sözleşmeye etkilerini irdelemeye çalışacağız. Bu yönde de idarenin re'sen hareket etme özelliği, mevcut imar planlarını iptal edilme veya değiştirilebilme özelliği ile Anayasa m. 125/I, c.1 hükmünce idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olması uyarınca iptal davaları sonucunda arazinin yeni plan ve plan kısıtlamalarına konu edilmesi irdelenecek olup böylece öncesinde mevcut plan kısıtlaması ve sınırlamalarına dayalı inşası mümkün olmayan yapılara kısıtlılık getiren imar planlarının kanuni yollarla değişmesi sonucu yapılacak arsa payı karşılığı inşaat veya eser sözleşmesi açısından sözleşme denetimi yapmaya çalışacağız. Ancak ayrıntılı açıklamalara geçmeden evvel önemle vurgulamak gerekir ki bu sonuçla da görüldüğü üzere mevcut imara aykırılığın imkânsızlık oluşturmadığı, eser meydana getirme borcunun ifasının mümkün olabileceği açıktır.

6. İMAR PLANINA AYKIRI EDİMLERİN KARARLAŞTIRILMASININ TBK m. 27 HÜKMÜNCE DEĞERLENDİRİLMESİ

6.1. GENEL OLARAK

İmar planlarına aykırı olarak bütünleyici parça yapının arazi üzerinde yapımına yönelik sözleşme hükümlerinin geçerliliği tartışılması gereken önemli bir konudur. Şöyle ki TMK m. 728²⁷ hükmü gereğince bir taşınır yapının İmar Kanunu m. 33 hükmünde düzenlenen muvakkat yapı olarak İmar Kanunu m. 3 hükmüne aykırı olarak arazi üzerinde konuşlandırılması mümkün değildir. Örneğin son yılların gözde yatırımı olan bungalov, tiny house gibi imalatlar, TMK m. 728 hükmüne tabi olarak tarım arazisi üzerine inşa edilecek olur ise bu halde taşınır özelliğine bağlı olarak araziden kaldırılmaları gerekecektir. TMK m. 728/I hükmünde başkasının arazisi üzerinde kalıcı olması amaçlanmaksızın yapılan kulübe, büfe, çardak, baraka ve benzeri hafif yapıların, taşınır yapı olduğu ve bunların malikine ait olduğu düzenlenmiş, hükümde “*kalıcı olması amaçlanmaksızın*” ifadesinden (*aksiyle kanıtı; argumentum e contrario*) yapıların, “*kalıcı*” ve “*taşınır*” yapı olarak ayrıldığı görülmekle imar mevzuatının emredici hükümlerine tabi olarak sözleşmelerde yerleşme amacının değiştirilmesine veya tarım arazisinin niteliğinin kaldırılmasına yönelik taahhütler irdelenecek olup çalışmamızda, uygulamada özellikle de kentsel dönüşümün artmasıyla birlikte sıklıkla karşımıza çıkan eser ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine ilişkin sonuçlar ele alınacaktır.

Bu noktada çalışmamızda çeşitli olasılıklar kapsamında değerlendirme yapmak gerektiğinden

- *sözleşmenin kurulması esnasında mevcut imar engelinin varlığına rağmen buna aykırı*

²⁶ 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun “Üst makamlara başvurma” kenar başlıklı 11. madde şöyledir: “1. İlgililer tarafından idari dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma süresi içinde istenebilir. Bu başvurma, işlemeye başlamış olan idari dava açma süresini durdurur.”

²⁷ Hükmün ilk fıkrası şöyledir: “Başkasının arazisi üzerinde kalıcı olması amaçlanmaksızın yapılan kulübe, büfe, çardak, baraka ve benzeri hafif yapılar, bunların malikine aittir.”

eser meydana getirme edimini içeren sözleşmenin kurulması,

- *sözleşmenin kurulması esnasında mevcut imar engelinin ortadan kaldırılmasına (İmar Kanunu m. 8 hükmüne göre itiraz edilmesine²⁸ veya geri alınmaması kapsamında idari yargıya iptal davası açmasına) yönelik yasal bir girişimde bulunulması yönünde hükme yer verilmesi,*
- *ileride ortaya çıkabilecek imar engelinin ortadan kaldırılmasına yönelik yasal bir girişimde bulunulması yönünde hükme yer verilmesi,*
- *sözleşmenin kurulması esnasında imar planının iptaline ilişkin önceden açılmış davada verilecek iptal kararı neticesinde imar engelini ortadan kalkmasıyla edimin ifa edileceğinin kararlaştırılması²⁹*

halinde neden sonuçların farklılaşacağı ve “*imkânsızlık*” tabirine yer olmadığı irdelenecektir.

6.2. MEVCUT İMAR ENGELİNE RAĞMEN SÖZLEŞMENİN KURULMASI VE YARGITAY KARARLARINDA DAYANILAN “İMKÂNSIZLIK” GEREKÇESİ

6.2.1. Genel Olarak

Normlar hiyerarşisinde “*asıl yürürlük kaynakları*” arasında yer alan ve kamu düzenine ilişkin emredici hüküm niteliği taşıyan yasal düzenlemelerin yanında özel hukuk bakımından sözleşmenin de bir hukuk kaynağı olup olmadığı değerlendirilmelidir. Türk hukukunda düzenlenmemiş olsa da Fransız Medeni Kanunu m. 1103/I³⁰ hükmünde kanuna uygun olarak kurulmuş bir sözleşmenin taraflar arasında kanunun yerini aldığı kabul edilmiş olup kanaatimizce de sözleşmenin, bir hukuk kaynağı olarak TBK m. 27 hükmünce kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olmadıkça kanunlarda düzenlenmiş yedek hukuk kurallarının yerine geçeceği açıktır.

Anayasa m. 48/I, c.1 hükmünde herkesin, sözleşme özgürlüğüne sahip olduğu düzenlenmiş olup bu özgürlüğün sınırsız bir özgürlük olmadığı da tartışmasızdır. Şöyle ki TBK m. 27/I hükmü sözleşme özgürlüğünün sınırlarını belirleyen genel hüküm olarak “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.*” şeklinde olup sözleşme özgürlüğünce emredici hükümlerin aksinin kararlaştırılması durumunda bu sözleşmenin TBK m. 27/I hükmünce kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olduğu açıktır. Sözleşme özgürlüğünün sınırlarının genel kural olarak düzenlenmiş olduğu TBK m. 27/I hükmü gereğince kanunun emredici

²⁸ İmar Kanunu m. 8,b: “...Bir aylık ilan süresi içinde planlara itiraz edilebilir.”.

²⁹ Bu yönde örnek olarak bkz. Yargıtay 6. HD. E. 2021/6164, K. 2022/5553, T. 29.11.2022: “*Dava konusu arsa, konut ve ticaret alanı olarak imar planında kayıtlıyken belediyece yapılan imar değişikliğiyle kapalı otopark haline dönüştürülmüştür. Davacı-arsa sahipleri imar değişikliğine karşı idare mahkemesinde iptal davası açtıktan sonra, yüklenici şirketle 05.01.2012 tarihinde arsa payı karşılığında inşaat sözleşmesi yapmışlardır. İmar durumu için açılan davada kapalı otopark olan imar durumu iptal edilmiş belediyenin arsa ile ilgili ikinci imar düzenlenmesinde bu kez açık otopark yapılmış bu karara karşı da açılan iptal davası neticesinde, 18.11.2016 tarihinde arsa inşaat yapılabilecek durumu gelmiştir.*” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 01.11.2023)

³⁰ “*Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits.*”.

hükümlerine aykırı olan sözleşmeler, baştan itibaren kendiliğinden “kesin hükümsüz” olup taraflarca emredici niteliğe sahip olan imar kurallarının aksi sözleşme özgürlüğünce kararlaştırıldığında bu hükümlerin bağlayıcılığı yoktur. Örneğin imar planında düzenleme konusu (İmar Kanunu m. 18 hükmünce arazi düzenlemesine konu olmuş) arsanın konut alanı olarak özgüleme içeriğine tabi tutulması halinde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin şu anda konut ihtiyacının varlığına dayalı olarak konut yapımını üstlenmesi geçerli olarak kararlaştırılabilirken -alt başlıkta değineceğimiz üzere- İmar Kanunu’nun ilgili hükmü uyarınca sözleşmede aynı arsa üzerinde bir fabrika inşası üstlenildiğinde bu hüküm emredici kurallara aykırılık teşkil edecektir.

Sonuç itibariyle kanaatimizce *sözleşmenin kurulması esnasında taraflarca mevcut imar engelinin varlığına rağmen buna aykırı eser meydana getirme edimini içeren sözleşmenin kurulması* durumunda imar mevzuatının emredici hüküm olması nedeniyle böyle bir sözleşme, TBK m. 27/I hükmünce emredici hükümlere aykırılık nedeniyle kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacaktır. Aşağıdaki başlıklarda buna ilişkin açıklamalarımıza yer vereceğiz.

6.2.2. Yargıtay’ın İmkânsızlık Olgusuna Dayanmasının Eleştirilmesi

6.2.2.1. İmkânsızlık Olgusunun Kabul Edildiği Örnekler

Yargıtay tarafından sözleşmenin kurulduğu sırada inşaatın imar mevzuatına aykırı olması nedeniyle inşaat ruhsatının alınamayacağı kamu düzeninden sayılan imar mevzuatı uyarınca açık olması halinde sözleşmenin TBK m. 27/I hükmü uyarınca baştan itibaren kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacağı yerinde olarak kabul edilmektedir.³¹ Bu yöndeki 2015 tarihli bir Yargıtay kararı³² da “Sözleşme kurulduğu tarihi itibariyle, inşaatın yapılacağı taşınmazlar tarımsal alan içerisinde kaldığından, bu parseller üzerinde inşaat yapılmasına kamu düzeninden olan imar mevzuatının cevaz vermemesi nedeniyle, sözleşmenin hukuken bir geçerliliği bulunmamaktadır.” şeklindedir. Görüldüğü üzere Yargıtay, bu kararında “imar mevzuatının cevaz vermemesi nedeniyle” sözleşmenin geçerli olmadığını yerine bir şekilde kabul etmekte ve fakat başka kararlarında ise -eleştirdiğimiz yönüyle- sözleşmenin geçerli olup olmadığı hususunu “*imkânsızlık*” kavramı ile açıklamaktadır.³³ Şöyle ki Yargıtay

- “...öncelikle araştırılması gereken husus, taşınmazın sözleşmedeki amaca uygun biçimde imara müsait duruma getirilip getirilemeyeceği olmalıdır. Bu konuda mutlak imkânsızlık olduğu saptanırsa, imar mevzuatı kamu düzenine ilişkin olmakla mahkemece durumun doğrudan dikkate alınması ve BK. 20. madde (TBK m. 27) hükmünce akdin

³¹ Bu yönde bkz. Turgut Öz, *İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat* (Vedat 2013) 187, dn.78; Zekeriya Kurşat, ‘İmkânsızlığın Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Üzerindeki Etkileri’ (2004) Ergun Özsunay’a Armağan 751, 760-761. Ayrıca örnek olarak bkz. Yargıtay 15. HD, T. 5.4.2006, E. 2005/1974, K. 2006/2012; Yargıtay 15. HD, T. 11.10.2001, E. 2001/2101, K. 2001/4508 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 01.11.2023)

³² 23. HD. E. 2014/6655, K. 2015/8277, T. 18.12.2015 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 01.11.2023)

³³ Doktrinde inşaatın yapılacağı arazi bakımından imar yasağının getirilmesi halinde imkânsızlıktan söz edileceği yönünde bkz. Fatih Gündoğdu, *Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İmkânsızlığı ve Hukuki Sonuçları* (On İki Levha 2014) 124, 128.

batıl olduğu gözetilerek davanın reddine karar verilmesi gerekir.”³⁴,

- “Sözleşme konusundaki ifa imkânsızlığı sözleşmenin kurulması sırasında da mevcut bulunması halinde, objektif yönden imkânsızlık bulunduğundan BK’nın 20. maddesi uyarınca borç ilişkisi esasen meydana gelmeyecektir.”³⁵,
- “...ortaya çıkan geçici imkânsızlık için icabında beklemeyi, süre uzatımını kabullenecek sözleşmeyi imzalamıştır. Sonuçta da geçici olan imkânsızlık iş sahibi kooperatifçe giderilmiştir. O halde mutlak imkansızlıktan söz edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle sözleşmenin BK.nun 20. (TBK m. 27) maddesince geçersiz olduğunun kabulü doğru olmamıştır.”³⁶,
- “...inşaat yapımı için gerekli ruhsat alınamamıştır. Yapım için komşu 5 ve 6 parsel sayılı taşınmazlarla birleştirme sağlanıp yeni imar parseli oluşmasından sonra inşaat yapılabilceği ortaya çıkmıştır. Yapılan imar çalışmaları sonucunda 4-5 ve 6 parsel sayılı taşınmazların tevhit edilip 23.03.2004 tarihinde 170 ada 13 nolu parsel meydana gelmiştir. Oluşan bu parsel itibariyle yapılaşma olağan hale gelmiştir. Davacılar ait 4 nolu parsel açısından işin başında, daha ...sözleşmenin yapıldığı aşamada objektif imkânsızlık bulunmaktadır. Bu haliyle sözleşme geçersizdir.”³⁷,
- “...sözleşme anında inşaat yapılacak taşınmazın imarsız olduğu taraflarca bilinmekte olup, iradeleri dışında ortaya çıkan bu imkansızlığın geçici ve objektif olduğu...”³⁸,
- “...tapu tahsis belgesinin konusu olan taşınmaza inşaat yapılması objektif olarak imkânsız olabilir. Ancak, bazı hallerde objektif imkânsızlık geçici olabilir. Somut olayda da; geçici objektif imkânsızlık, sözleşmenin yapıldığı tarihte vardır.”³⁹

şeklinde kararlar vermiştir.

Anılan kararlara benzer bir yönüyle İsviçre Mühendisler ve Mimarlar Derneği’nin (*Der Schweizerische Ingenieur- und Architektenverein*) tarafından yayınlanan SIA Norm 118 (*Allgemeinen Bedingungen für Bauarbeiten*) Art. 185⁴⁰ hükmünde de (*OR Art. 378’e benzer olarak*) işin sözleşmeye uygun olarak tamamlanmasının, yüklenici açısından tesadüfi bir olay nedeniyle (*örneğin kamulaştırma veya inşaat yasağı nedeniyle*) “imkânsız” hale gelmesi halinde sözleşmenin sona erdiği düzenlenmiştir. Bu düzenlemede kamu makamlarının iradesi ile alınan inşaat yasağının, sözleşmeyi sonlandırdığı, işin tamamlanmasında ortaya çıkan imkânsızlığın nedeninin iş sahibinin sözleşmesel risk alanında yer alması sebebiyle

³⁴ Yargıtay 15. HD. E. 1997/1995, K. 1997/2319, T. 1.5.1997 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 01.11.2023)

³⁵ Yargıtay 6. HD. E. 2022/1045, K. 2022/1268, T. 9.3.2022 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 01.11.2023)

³⁶ Yargıtay 15. HD. E. 1993/283, K. 1993/1515, T. 1.4.1993 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 01.11.2023)

³⁷ Yargıtay 15. HD. E. 2005/1974, K. 2006/2012, T. 5.4.2006 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 01.11.2023)

³⁸ Yargıtay 23. HD. E. 2016/1509, K. 2019/269, T. 4.2.2019 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 01.11.2023)

³⁹ Yargıtay 15. HD. E. 2011/7525, K. 2012/7157, T. 15.11.2012 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 01.11.2023)

⁴⁰ “Wird die vertragsgemässe Vollendung des Werkes durch einen beim Bauherrn eingetretenen Zufall unmöglich (z.B. wegen Enteignung oder Bauverbotes), so erlischt der Werkvertrag (Art. 378 OR).”

borcun imkânsız hale geldiği, ancak bu sonuç için söz konusu imkânsızlığın, kalıcı olması gerektiği⁴¹; zira geçici süreliğine varolan bir imkânsızlığın ileride ortadan kalkması mümkün olduğu⁴² kabul edilmiştir.⁴³

Görüldüğü üzere imar planına aykırı olarak inşaat yapımına yönelik sözleşmelerin kurulmasından önce varolan mevcut engelin (*Leistungshindernis*) neden “*imkânsızlık*” olarak kabul edildiği, ayrıca imar planlarının her zaman ortadan kaldırılabilmesi, iptal edilebilmesi mümkün olmasına rağmen neden mahkeme kararlarında bu hususun göz ardı edilerek ve gerekçe verilmeksizin neden “*geçici imkânsızlık*” tabirinin kullanıldığı anlaşılamamaktadır.

Kuşkusuz ki yukarıdaki başlıkta da açıkladığımız üzere sözleşmenin kurulmasından önce mevcut olan imar engeli, eser meydana getirme edimi içeren sözleşmenin TBK m. 27/I hükmünce kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olmasını gerektirmektedir. Bu noktada Yargıtay da yerinde bir şekilde katıldığımız yönde karar vermekle birlikte yukarıda da belirttiğimiz üzere bu sonucu “*imkânsızlık*” kavramı ile açıklamayı tercih etmekle görüşümüzden ayrılmaktadır. Dolayısıyla çalışmamızda “*imar kısıtlamalarının/imar planlarına aykırı eser imalatına yönelik taahhütlerin*” hangi sınıra tabi olacağına belirlenmesinin bu araştırmanın kaleme alınmasında büyük önemi olduğu ve hatalı gerekçe ile sonuca varılmaması gerektiği vurgulanacaktır.

6.2.2.2. *İmkânsızlık Olgusuna Dayanmaya Yönelik Eleştirilerimiz*

Günümüzde deprem ve kentsel dönüşüm sebebiyle işyeri olarak planlanan yerlerin konut amaçlı kullanılmasına yönelik gereksinim sıklıkla dile getirilmekle birlikte idarenin re’sen hareket ederek plan yapımında olduğu gibi gelişen ihtiyaçlarla planı değiştirmesi; başka bir ifadeyle planların yerleşme amacına yönelik kullanım fonksiyonlarının idari yargı denetimi ile ortadan kaldırılabilmesi, bu araştırmanın temel gerekçesini oluşturmaktadır. Bununla birlikte eser meydana getirme edimini içeren bir sözleşme henüz kurulmadan evvel mevcut olan imar planlarının sözleşmede kararlaştırılan eser imalatına uymaması halinde “*neden*” Yargıtay’ın kabul ettiği gibi “*imkânsızlık*” sonucuna varmadığımızı açıklamak gerekmektedir.

İdari işlem olarak imar planları, geçici nitelikte ve değiştirilemez özellikte işlemler olduğundan ve de yasal yollarla idarelerin üstün kamu yararı, değişen ihtiyaçlar, korunması

⁴¹ Peter Gauch ve Hubert Stöckli, *Kommentar zur SIA-Norm 118, Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten* (2. Auflage, Schulthess Verlag 2017) Art. 185, N. 1.2, 5.1.

⁴² Ulusoy (n 1) 92.

⁴³ Bkz. Yargıtay 15. HD. E. 2002/1412, K. 2002/2969, T. 3.6.2002: “Sözleşme yapılırken taşınmazın mevcut vasfı itibarıyla imara müsait olmadığı taraflarca bilinmektedir. Bunun içindir ki sözleşmenin 6.maddesinde inşaatın başlama tarihi olarak ilgili mercilerden bina yapılabilir anlamını taşıyan ön izin belgesinin alınması, imarla ilgili işlemlerin tamamlanması koşulu getirilmiştir. Bu koşulun tahakkukunun zamana bağlı olduğu kabul edilerek inşaata başlanması için belli bir tarih kararlaştırılmamıştır. Geçici imkansızlığın varlığı sözleşme anında kabul edildiğine göre istikrar kazanmış Yargıtay İçtihatlarında bu imkansızlığın ortadan kaldırılması için yanların makul bir süre bekleme peşinen göze aldıkları kabul edilmelidir. Uygulamada bu süre “tahammül süresi” olarak isimlendirilmektedir. Bunun olayın özelliğine göre takdiri gerekir. Kamu düzeninden olan imara müsait olma durumu ortaya çıkmadan inşaat öngörüldüğüne göre sözleşme yasaya aykırı değildir. Bu nedenle aksine kabul de isabet bulunmamaktadır.” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 01.11.2023)

gereken yararlar doğrultusunda önceki imar uygulamasının iptali mümkündür. Başka bir ifadeyle mevcut imar planlarına aykırılık, idarenin alacağı kararlarla sona erebilir ve arazi üzerinde ruhsatlı bir yapı yapma imkânı her zaman mümkün olduğundan yadsınamayacak boyutla mevcut imar planlarına aykırılığın sona erebilmesinin mümkün olması, imkânsızlık düşüncesini de ortadan kaldırmaktadır. Dolayısıyla kanaatimizce Yargıtay'ın “geçici imkânsızlık” olarak dayandığı gerekçe, yerinde değildir; zira imar planları geçici olarak yürürlüğe konmamakla birlikte yönetimin yasallığı ilkesince idare, gelecekte değişebilir veya sona erdirilebilir düşüncesiyle ilkesiz olarak imar planlarına icrai nitelikte yürürlük kazandırmaz.

İmar mevzuatını kamu düzenine ilişkin emredici hükümler oluşturur. Bu konuda verilmiş Yargıtay HGK'nın 2020 tarihli bir kararı⁴⁴ da “...imar mevzuatı, kamu düzenine ilişkindir ve mahkemece resen göz önünde bulundurulması gerekir. Zira sosyal devlet ilkesi gereği kamu sağlığı ve güvenliği, şehirleşme, etkin yerleşme politikası gibi prensipler çerçevesinde kamu yararının sağlanması amacıyla Devletin yapılaşmaya ilişkin faaliyetlere müdahalesi zorunludur.” şeklindedir. Bu halde sözleşmede TBK m. 1 hükmünce karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile imar mevzuatına ve kısıtlamalarına aykırı olacak şekilde eser imalatının kararlaştırılması halinde sözleşmenin TBK m. 27/I hükmünce “emredici hukuk kurallarına aykırılık” sebebiyle baştan itibaren kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacağı ve fakat anılan durum karşısında yine aynı hükümde sayılan “imkânsızlık” bulunmadığı açıktır. Eser meydana getirme edimini içeren sözleşmelerde ilerideki muhtemel imar planı değişikliğinin “öngörülerek” buna ilişkin yasal girişimde bulunulması kararlaştırıldığında artık mevcut emredici kurala aykırılık nedeniyle TBK m. 27/I hükmünce kesin hükümsüzlük yaptırımının söz konusu olacağı sonucuna varılmakla birlikte bu yönde hatalı olarak “geçici imkânsızlık”tan söz edilmesi ve geçici imkânsızlık olgusu ile sözleşmeyi ayakta tutan yorum, aşağıda da irdeleyeceğimiz gibi sonucu itibari ile doğru ve fakat gerekçesi hatalıdır.

Doktrinde katıldığımız görüşe göre Yargıtay gibi somut olayda geçici imkânsızlık olduğu kabul edilse bile geçici imkânsızlık borcu sona erdirmez.⁴⁵ Edimin ifası her ne kadar yürür-

⁴⁴ E. 2017/13-599, K. 2020/431, T. 17.6.2020 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 01.11.2023)

⁴⁵ Doktrinde borcun ifasının önünde engel olmakla birlikte ifanın daha sonraki bir zamanda ise mümkün hale gelebilecek olmasına “geçici imkânsızlık” (*vorübergehende Unmöglichkeit, temporary impossibility*) denmektedir. Bkz. Andreas von Tuhr ve Arnold Escher, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht, Band II* (3. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag 1974) 96; Rolf H. Weber ve Susan Emmenegger, *Berner Kommentar Art. 97-109 OR. Die Wirkung der Obligationen: Die Folgen der Nichterfüllung* (2. Auflage, Stämpfli 2020) Art. 97, N. 131; Hermann Becker, *Berner Kommentar Art. 1-183 OR. Allgemeine Bestimmungen Band IV: Obligationenrecht 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR* (Stämpfli 1945) Art. 97, N. 21; Aslı Çavuşoğlu, *Geçici İfa İmkânsızlığı ve Hukuki Sonuçları* (On İki Levha 2020) 87, 88; Başak Başoğlu, ‘Sözleşmenin Konusundaki İmkânsızlık’ (2011) Prof. Dr. Belgin Erdoğan’a Armağan 489, 489-517, 499; Seçkin Topuz ve Ferhat Canpolat, ‘Türk-İsviçre ve Alman Hukukunda İmkânsızlığın Düzenlenişi’ (2008) (C.57,S.3) AÜHFD 673, 679; Gündoğdu (n 33) 102; Leyla Müjde Kurt, *Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık* (Yetkin 2016) 169; Mustafa Dural, *Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık* (Fakülteler Matbaası 1976) 100. Buna göre geçici imkânsızlığın söz konusu olduğu durumlarda aynen ifa borcu sona ermeyip, bu borcun ifası hukukî engel var olduğu sürece ertelenmektedir. İmkânsızlığın aynen ifa borcu üzerindeki sona erdirici etkisinin söz konusu olabilmesi için borcun ifasını engelleyen olgunun “süreklî” nitelikte olması gerekmektedir birlikte TBK’da geçici imkânsızlığın borç üzerindeki etkisine ilişkin herhangi bir hüküm düzenlenmemiştir. Bkz. Fikret Eren ve Ünsal Dönmez, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt I, m. 1-48* (Yetkin 2022) m. 27, N. 48; Fikret Eren ve Ünsal Dönmez, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt III, m. 83-206* (Yetkin 2022) m. 136, N. 12.

lükteki hukuk kurallarına aykırılık teşkil ediyor ve hukuki imkânsız olarak anılıyor olsa da borcun ifası mümkündür; edimin ifasının bir hukuk kuralı ile yasaklanması durumunda bile bu yasağa rağmen ifa imkânsız değildir.⁴⁶ Kaldı ki ortadan kalkacağı tahmin edilen, ortadan kalkması hukuken mümkün bir engelin ne zaman ortadan kalkarak borçlanılan edimin ifasının emredici kurallara aykırılık teşkil etmeyeceği meselesinin sürekli imkansızlıkla açıklanması, sakıncalı ve gereksizdir; zira böyle bir sonuç, sözleşmenin baştan itibaren sona ermesini beraberinde getirir ki, bu keskin bir sonuçtur. Tarafların sözleşme ile bağlı olmama yolunda tanınan tek imkân, imkânsızlık gerekçesiyle sözleşmenin sona erdiğini kabul olmamalıdır.⁴⁷ Yerinde bir şekilde ifade edildiği üzere “*Sonradan giderilebilecek salt “geçici” bir ifa engeli ilke olarak, imkânsızlık potasına atılamaz.*”⁴⁸

Borcun doğumu esnasında imara aykırılık nedeniyle borcun ifasının mümkün olmadığı hallerde eser imali içeren sözleşmelerin “*emredici kurallara aykırılık*” nedeniyle TBK m. 27/I hükmü uyarınca kendiliğinden kesin hükümsüz olması, kural olarak bu araştırmanın temel saptamasını oluşturmakla bu yöndeki 2011 tarihli bir Yargıtay kararı⁴⁹ da “*3194 Sayılı İmar Kanunu’nun ilgili hükümleri de emredici niteliktedir. Emredici hukuk kurallarına aykırı olarak sözleşme ve hukuki işlemler yapılamaz ve yapılması halinde de yasal hale getirilemez ve kesin hükümsüz olur.*” şeklindedir. Bu olguyu kabul etmekle birlikte çalışma konumuzun özelliği gereği gerekçemizi neden imkânsızlık olgusuna dayandırmadığımızı, bu noktada farklı bir değerlendirme yapılması gerektiğini açıklamaya çalışacağız. Eser meydana getirme edimini içeren sözleşmelerde kamu düzenine ilişkin yönüyle mücavir alanlar içerisinde ruhsata tâbi olan herhangi bir yapının inşaatına başlanabilmesi için gereken yapı ruhsatı edinmenin mümkün “*olmadığı*” bir dönemde hukuki bir engelin söz konusu olduğunu ve fakat bir yaptırımla karşılaşılacak olmasının ifanın imkânsız olduğunu göstermeyeceğini öncelikle vurgulamak isteriz. Kanaatimizce tarafların mevcut imara aykırılığın “*sonradan ortadan kaldırılabilmek olasılığı*” nı öngörmeleri üzerine koşula bağlı veya üçüncü kişinin fiilini üstlenme niteliğiyle hüküm kararlaşmaları halinde kurulan sözleşme, TBK m. 27/I hükmünce kesin hükümsüzlük müeyyidesine tabi tutulmamalıdır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin imzalandığı tarihte halihazırda eserin meydana getirileceği arsaya ilişkin olarak mevcut imar uygulamasıyla oluşan bir kısıtlamanın bulunması halinde bu kısıtlamanın aksi yönünde bir eser meydana getirme borcu üstlenilmiş ise, örneğin on katlı binanın inşasına izin verilen bir yerde yirmi katlı binanın inşasının üstlenilmesi halinde, bu durumda imkansızlıktan değil, hukuki bir engelden söz edilmesi gerektiği

⁴⁶ Ivo G. Caytas, *Der unerfüllbare Vertrag: Anfängliche und nachträgliche Leistungshindernisse und Entlastungsgründe im Recht der Schweiz, Deutschlands, Österreichs, Frankreichs, Italiens, Englands, der Vereinigten Staaten im Völkerrecht und im internationalen Handelsrecht, Diss. Recht, Wilmington* (Morgan 1984) 23. Bu yönde verilmiş Yargıtay 15. HD. E. 2003/4184, K. 2004/1686, T. 25.3.2004 kararı da “*...imar mevzuatı açısından yeni bir hukuki statü kazanarak bu durum kesinleşmişe ortaya çıkan imkânsızlık geçici imkânsızlık sayılacağından borcun, dolayısı ile karşılıklı edimleri içeren sözleşmenin ifasında imkansızlığın bulunduğu düşünülemez.*” şeklindedir. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 01.11.2023)

⁴⁷ Kurt (n 40) 177.

⁴⁸ Rona Serozan, Başak Baysal ve Kerem Cem Sanlı, *Serozan Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (8. Bası, On İki Levha 2022) §14, N. 2.

⁴⁹ 15. HD. E. 2011/46, K. 2011/8014, T. 28.12.2011(Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 01.11.2023)

kanaatindeyiz.⁵⁰ Bu noktada “*hukuki engel*” tabirini kullanmamızın sebebi, araştırmamızın temel amacının “*bu engelin niteliğinin belirlenmesi*”ne ilişkin olmasıdır.

İmar uygulamasına aykırılık oluşturacak şekilde eser meydana getirme edimini içeren sözleşmelerde aynı zamanda taraflarca TBK m. 1 hükmünce karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklaması ile imar uygulamasında değişiklik yapılacağına yönelik taahhüdün varlığı halinde sözleşme, TBK m. 27/I hükmünce kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacaktır. Örneğin imar planında turizm amaçlı olarak belirlenmiş bir arazide yüklenici, günümüzde yaşanmakta olan konut krizi karşısında ihtiyaca yönelik olarak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile konut inşası kararlaştırıldığında -arazinin özgülediği amacın⁵¹ değiştirilmesi yolunda tarafların herhangi bir girişimde bulunmayı da taahhüt etmemeleri ihtimalinde- sözleşme TBK m. 27/I hükmünce baştan itibaren kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacak; eğer sözleşmede para borcu dışında bir karşı edim varsa bu halde mülkiyetin geçişinde illilik prensibi sonucu istihkak (*rei vindicatio*); eğer para borcu kararlaştırıldığında ise TBK m. 77 hükmünce sebepsiz zenginleşme (*condictio sine causa*) davası ile iade gündeme gelecektir.

İdarenin plan değişikliğine veya iptaline gitmesinden evvel örneğin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde (*veya eser meydana getirme edimi içeren diğer sözleşmelerde*) yüklenicinin imar planı değişikliği ile işyeri amacıyla ayrılmış arazi üzerinde konut amaçlı bağımsız bölümler inşa edeceği yolunda borç altına girmesi, TBK m. 106/I hükmü gereğince borçlu yüklenicinin işe başlaması bakımından “*ifaya hazırlık fiili*” niteliğiyle “*imar kısıtlılığını kaldırma taahhüdü*” olarak kabul edilmeli ve dolayısıyla da bu yönde yükleniciye verilecek temsil yetkisi geçerli olmakla birlikte sözleşme, mevcut imar planlarına aykırılık nedeniyle imkansızlık sebebiyle TBK m. 27/I hükmünce kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulmamalıdır. Sözleşmede yüklenicinin “*imar planlarını değiştirme yolunda fiil*” üstlenmesi halinde artık “*geçici imkânsızlık*”tan söz edilmesi, yerinde değildir. Şöyle ki idare tarafından imar planları, asla geçici nitelikte yapılmamakla birlikte meşru bir talebin varlığı halinde idarenin re’sen hareket ederek imar planlarını geri alma ve ortadan kaldırma işlemine vücut vermesi ya da idari yargılama makamlarınca verilen kararlara riayet yükümlülüğü ile yeniden plan yapmak zorunda kalması her zaman mümkündür. Örneğin yüklenicinin, imar planlarında işyeri inşası için ayrılmış arazi üzerinde konut inşa etmeyi taahhüt etmesi halinde eğer sonrasında imar planlarında değişikliği sağlayamaz ise bu halde artık eser meydana getirme borcunun konusunu işyeri imalatının aldığı savunulamaz; bu örnekten de anlaşılacağı üzere böyle bir durumda imkânsızlık değil, yüklenicinin bu edimini ifa etmemesine dayalı olarak TBK m. 112 hükmünce subjektif nitelikte kusurlu ifa imkansızlığı söz konusu olup olumlu (*müspet*) zararı ödeme yönünde tazminat sorumluluğunun doğacağı açıktır.

Son olarak her ne kadar araştırmamızın içeriğine dahil olmasa da belirtmek gerekirse imar planlarına aykırılığın “*borcun doğumundan/sözleşmenin kurulmasından sonra*” oluşması halinde ise bu defa karşımıza çıkan hüküm, TBK m. 136 hükmü olacaktır. Örneğin uygula-

⁵⁰ İmkânsızlık, ifa engelinin “*aşılabilirliğine*” yönelik bir yargıda bulunmayı gerektirmektedir. Bkz. Çavuşoğlu (n 40) 48.

⁵¹ TBK m. 692/I: “*Paylı malın özgülediği amacın değiştirilmesi, korumanın veya olağan şekilde kullanmanın gerekli kıldığı ölçüyü aşan yapı işlerine girişilmesi veya paylı malın tamamı üzerinde tasarruf işlemlerinin yapılması, oybirliğiyle aksi kararlaştırılmadıkça, bütün paydaşların kabulüne bağlıdır.*”

mada imar planlarının re'sen tapuya tescili ile gelinen süreçte alınan yapı ruhsatları ile inşaatların başlanmasına rağmen sonradan görülmekte olan imar planlarının iptali davalarının neticelenerek imar planların iptal edilmiş olması ihtimaline sıklıkla karşılaşılmaktadır. Bu durumda sözleşmenin kurulduğu esnada taraflarca kararlaştırılan bağımsız bölüm inşasına yönelik edimin ifası, kararlaştırılan niteliği ve niceliği ile mümkün iken sonradan iptal edilen planlar ile artık eser imalının sözleşmede kararlaştırılan hükümlerce ifasının mümkün olmaması halinde TBK m. 136/I hükmünün “*Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşır, borç sona erer.*” şeklindeki ifadesinde yer alan “*imkânsızlaşır*” ifadesinin “*mümkün olmaması*” şeklinde değiştirilmesi yolunda bir kanun değişikliğine gidilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Dolayısıyla sözleşmenin kurulmasından sonra imar planının iptal edilmesi ve değiştirilmesi ile ortaya çıkan “*engel*”, katıldığımız görüşe göre geçici ifa engeli (*vorübergehende Leistungshindernisse*) olup TBK. m. 27, 112, 136 hükümleri anlamında imkânsızlık sayılmamalıdır.⁵² Engel oluşturan olgunun sözleşmenin icrasını mümkün kılmaması, uygulamada imkânsızlık olarak nitelendirilse de bu husus, aşağıda gerekçeleriyle ele alınarak eleştirilecektir.

6.3. SÖZLEŞMENİN KURULMASI ESNASINDA MEVCUT İMAR ENGELİNİN ORTADAN KALDIRILMASINA YÖNELİK YASAL BİR GİRİŞİMDE BULUNULMASI YÖNÜNDE HÜKME YER VERİLMESİ

Sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan ve kararlaştırılan eser imalatının meydana getirilmesini engelleyici boyuttaki kamu engelleri nedeniyle, örneğin edimin ifa edilmesine ilişkin bir iznin veya ruhsatın iptali, kararlaştırılan inşaat miktarının artık yapılmasına engel bir durumun doğması, imar planının değişmesi halinde, yüklenicinin üstlendiği edimin ifasının TBK m. 112 veya 136 hükmüne “*imkânsız*” hale geldiği⁵³ yönünde görüş mevcut olsa da çalışmamızda bu durumda neden “*imkânsızlık*” olgusundan bahsedilemeyeceği vurgulanacaktır.

Uygulamada eser veya arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde TBK m. 1 hükmüne karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamasıyla açık bir şekilde “*mevcut imar kısıtlamalarının bulunduğu bilindiğine*” veya yükleniciye/arsa sahibine düşen (TBK m. 106/I hükmüne) “*ifaya hazırlık fiili*” olarak “*bu engelin kaldırılması için girişimde bulunulacağına*” ilişkin hükümlerin kararlaştırıldığı; örneğin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yapının inşasını üstlenen yüklenici, aynı zamanda “*mevcut imar kısıtlamasını yasal yollarla değiştirme*

⁵² von Tuhr ve Escher (n 45) 96; Vedat Buz, ‘Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkânsızlaşması’ (1994) (C.49,N.1-2) AÜSBFD Prof. Dr. İlhan Öztrak’a Armağan 23, 24; Eren ve Dönmez, Cilt I (n 40) m. 27, N. 48; Eren ve Dönmez, Cilt III (n 40) m. 136, N. 12.

⁵³ Özçelik (n 1) 579, 606; bu yönde bkz. Yargıtay 15. HD, T. 8.11.2012, E. 2011/7526, K. 2012/6981; Yargıtay 15. HD, T. 20.7.2007, E. 2007/2163, K. 2007/5035 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 01.11.2023). Yapımına başlanan inşaatın İmar Kanunu’nun 32. maddesi gereğince mühürlenerek durdurulması gibi hallerde, kural olarak edimlerin ifası bakımından geçici imkânsızlığın meydana geldiği; geçici imkânsızlık halinde, kural olarak TBK m. 112 ve 136 hükmüne imkânsızlığın değil, halen ifası mümkün bir edimin yerine getirilmesinde gecikme, yani temerrüdün söz konusu olduğu savunulmaktadır. Bkz. Mehmet Altunkaya, *Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı* (Yetkin 2005) 248; Özçelik (n 1) 584.

yönünde” taahhüt altına girdiği görülmektedir. Başka bir ifadeyle yukarıda ikinci olasılık olarak saydığımız yönde, *sözleşmenin kurulması esnasında mevcut imar engelinin ortadan kaldırılmasına (İmar Kanunu m. 8 hükmüne göre itiraz edilmesine veya geri alınmaması kapsamında idari yargıya iptal davası açmasına) yönelik yasal bir girişimde bulunulması yönünde hükme yer verilmesi* durumu karşımıza çıkabilmektedir.

Bu noktada sözleşmede mevcut imar engelinin yasal (*meşru*) yollarla kaldırılması için girişimde bulunulacağı yolundaki irade açıklamaları hakkında da değerlendirme yapmak gerekmektedir. Tarafların imar uygulamasının yasal yollarla değiştirilmesine ilişkin sürece katlanmayı göze almaları halinde, örneğin mevcut imar planının değiştirilmesine yönelik olarak arsa sahipleri tarafından dava açılacağına sözleşmede kararlaştırılması durumunda, Roma hukukundan beri gelen tabirle sözleşmeyi ayakta tutan (*favor negotii*) ve ona makul bir anlam verilmesini sağlayan yorum tercih edilmelidir. Başka bir deyişle bir sözleşme yorumlanırken o sözleşmeyi geçersiz kılacak yorum yerine onu geçerli hale getiren yorum tercih edilmeli⁵⁴ ve sözleşmeyi ayakta tutacak, ona makul anlam verecek bir yorum tarzına üstünlük tanınmalıdır⁵⁵; nitekim bu yöndeki bir karar⁵⁶ da “*Bir aktin hükümsüz olacak şekilde değil, fakat geçerli olacak şekilde manalandırılması, aktin tarafların ortaklaşa maksatlarına göre yorumlanmasını emreden Borçlar Kanununun 18. Maddesi (yürürlükteki TBK m. 19) hükmü gereğidir.*”, şeklindedir.

Yorum araçlarıyla değerlendirme neticesinde sözleşmede objektif olarak makul olmayan bir içeriğe ulaşıldığı anlaşılıyorsa, örneğin edim olarak bir insanın öldürülmesinin konu edildiği şekilde yorum yapılabiliyorsa, TBK m. 27/I hükmünce kesin hükümsüzlük yap-tırımına tabi sözleşmenin değiştirilmesi/düzeltilmesi de mümkün değildir. Ancak kimi hal-lerde sözleşme yorumlanırken tüm hükümlerine tutarlı bir anlam ve işlev kazandıran yorum tercih edilmesi yoluyla sözleşmenin ayakta tutulması, somut olayın tüm özelliklerine daha uygun düşebilir. Eş deyişle sözleşmede hüküm bulunmasa da TBK m. 19/I hükmünce tarafların gerçek irade açıklamasını yorumlamak gerektiğinden sözleşmeyi ayakta tutan ve amaçsal (*gai; teolojik*) yorumun tercih edilmesi ile kararlaştırılan sözleşme hükümlerinin, kimi hallerde TBK m. 27/I hükmünce sözleşmeyi kesin hükümsüz kılmadığı sonucuna varılması gerektiği kanaatindeyiz.

Tarafların imar uygulamasına dayalı olarak eser meydana getirme ediminin ifasına ilişkin engeli kaldırma yönünde “*ifaya hazırlık fiili (TBK m. 106/I)*” olarak yasal yollarla imar planında değişiklik yapmak için girişimde bulunmayı üstlenmesi geçerli olmakla birlikte niteliği bakımından irdelenmeye muhtaçtır. Roma hukukundan beri geçerli olan ile “*Başlangıçtan itibaren batıl (geçersiz) olan daima batıl (geçersiz) kalır.*” (*Ab inito nullum semper nullum*⁵⁷; “*Batıl olan, zamanın müruru ile sahih addolunamaz.*”); “*Başlangıcından itibaren*

⁵⁴ Bülent Tahiroğlu ve Belgin Erdoğan, *Roma Hukuku Dersleri* (15. Basım, Der 2021) 151; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri* (Yetkin 2021) 297.

⁵⁵ Necip Kocayusufoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. 1* (Tıpkı Bası, Filiz 2017), §32, N. 14; Eren ve Dönmez, Cilt I (n 40) m. 19, N. 28.

⁵⁶ Bkz. Yargıtay HGK 10.2.1960T, 416E., 188K., karar içeriğine Yargıtay 8. HD. E. 1997/4174 K. 1997/7956 T. 04.12.1997 kararından ulaşılmıştır. (Kazanıcı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 01.11.2023)

⁵⁷ Belgin Erdoğan, *Hukukta Latince Teknik Terimler Özlü Sözcükler* (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2011) 2.

geçersiz olan zamanla geçerli hale gelmez.” (Quod ab initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere.); “Hukuken başlangıçtan itibaren mevcut olmayan şey zamanın geçmesiyle tasdik edilemez, sıhhat kazanamaz. (Non firmatur tractu temporis, quod de iure ab initio non subsistit.)⁵⁸” ilkesi karşısında vardığımız sonuç nasıl değerlendirilecektir?

Sözleşmede kararlaştırılan edimin daha sonraki bir zaman diliminde yerine getirilmesi mümkün ise, yani edimin ifa edilebilmesi için zaman kararlaştırılmış ve bu zaman geldiğinde edimin ifası mümkün hale gelmiş ise sözleşmenin kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olmaması gerektiği akla gelse bile kanaatimizce bu noktada baştan itibaren kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olmuş bir sözleşmenin hiçbir zaman geçerlilik kazanamayacağı kuralının yerine kimi hallerde sözleşmeyi ayakta tutan (*favor negotii*) ve ona makul bir anlam verilmesini sağlayan yorumun tercih edilmesi, somut olayın özelliğine daha uygun düşecektir.

Sözleşmenin kurulduğu esnada imar planına aykırılığın oluşturduğu hukuki engel öngörülmemiş olsa bile tarafların sözleşmenin kurulmasından sonra TBK m. 1 hükmünce anlaşmasıyla imar planlarında sözleşmenin ifasını mümkün kılan değişikliğe ilişkin yasal bir girişimde bulunma taahhüdü söz konusu olduğunda, kanaatimizce arsa sahibinin veya yüklenicinin taahhüdünün ifaya hazırlık fiili olduğunun kabulü ile sözleşme ayakta tutulmalıdır. Bu yöndeki güçlü gerekçemiz, sözleşmenin baştan itibaren geçersizliğine dayalı sonradan geçerli kılınamayacağı ilkesini “*bertaraf eden yönü ile*” TBK m. 13 hükmünün eski hükmü olan BK m. 12 hükmünde yatmaktadır. Şöyle ki yürürlükteki TBK m. 13/I hükmü “*Kanunda yazılı şekilde yapılması öngörülen bir sözleşmenin değiştirilmesinde de yazılı şekle uyulması zorunludur. Ancak, sözleşme metniyle çelişmeyen tamamlayıcı yan hükümler bu kuralın dışındadır.*” şeklinde iken 818 sayılı BK m. 12 hükmü “*Kanunen tahriri olması lazım olan bir akdin tadili dahi tahriri olmak lazımdır. Şu kadar ki bu akdi nakız ve tadil etmiyen mütemmim ve fer’i şartlar bu hükümden müstesnadır.*” şeklinde olup vurgulanması gereken, eski metinde yer alan “*tadil etmeyen*”, yani “*değiştirmeyen*” şeklindeki ifadenin “*çelişmeyen*” olarak metne işlenmesidir. Bu değişiklik, amaçsal yorum ilkelerine bile gerek bırakmayan özelliğiyle son derece başarılı bir değişikliktir; çünkü bir sözleşmeyi geçersiz kılan değil, ayakta tutan ilkenin varlığı, tam anlamıyla yerini bulmuştur. Hal böyle olmakla amaçsal yorum ilkeleri açısından irdelendiğinde sözleşme içeriğine geciktirici koşulun dahil edilmesi ile sözleşme metniyle çelişmeyen, aksine istenen amacı yasal yollarla elde etmeye yönelik sonradan oluşmuş ortak irade olarak böyle bir tamamlayıcı yan hükümle birlikte sözleşmenin ayakta tutulması gerekecektir.⁵⁹

⁵⁸ O. Gökhan Antalya ve Murat Topuz, *Medeni Hukuk Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri Cilt I* (4. Baskı, Seçkin 2021) N. 975.

⁵⁹ Ayrıca bu gerekçe ile de belirtmemiz gerekir ki doktrinde örneğin kararlaştırılmış faiz oranının arttırılmasına veya ifa yerinin değiştirilmesine ilişkin anlaşmaların bulunması halinde bu yöndeki sözleşme değişikliğinin TBK m. 13/I,c.2 hükmüne göre ilk cümledeki kuralın dışında olduğu, sözleşme metniyle çelişmediği kabul edilmektedir. Bkz. Gümüş 287. birlikte çalışma konumuza ilişkin olarak sözleşme değişikliği yapılarak imar planının değişikliğine dayalı hükümler kararlaştırılması halinde artık arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin TBK m. 13 hükmünce değişikliğinin Noterlik Kanunu m. 60 hükmünce noterde yapılması dayatılmamalıdır. Sözleşmede değişiklik ile ifaya hazırlık fiili olarak imar planındaki değişikliğin taahhüt edilmesiyle veya yapı ruhsatının alınması yolunda işgörme edimlerinin sözleşmeye dahil edilmesiyle sözleşmenin geçerli kılındığını kabul etmek gerekmektedir.

Sonuç olarak eser meydana getirme edimini içeren sözleşmelerde imar planlarının oluşturduğu engelin kaldırılması yolunda kararlaştırılmış hükümlerin varlığına dayalı olarak TBK m. 27/I hükmüne göre emredici hükümlere aykırılık sebebiyle sözleşmenin baştan itibaren, kendiliğinden kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacağı yönündeki sonuca, andığımız yöndeki olasılıklarla varmamak gerekir. Kanaatimizce borçlunun borçlandığı edimin ifasının o an için mümkün olmamasına rağmen gelecekte mümkün olabileceği, yani emredici hukuk kurallarına aykırılığın yasal (*meşru*) yollarla gelecekte ortadan kalkabileceği ya da giderilmesinin söz konusu olabileceği; bu durumda aynen ifa borcunun sona ermeyip hukuki engel var olduğu sürece borcun ertelendiği⁶⁰ kabul edilmelidir.

Bu olasılıkta üstlenilen yasal girişimde bulunarak lehe sonuç elde etmenin altında hukuki nitelik olarak TBK m. 128 hükmünün varlığı gözlenmekte olup bu hususta aşağıda yapılacak açıklamalarla neden imkansızlıktan söz edilmeyeceği irdelenecek; ayrıca imar planlarının sürekli-mutlak olmaması gerçeği karşısında yasal yollarla bunların değiştirilebilmesini veya kaldırılabilmesini öngören ve buna ilişkin olarak taraflardan birinin bir taahhüt altına girdiği sözleşmeler açısından neden imkânsızlık olgusunun bulunmadığı açıklanacaktır. Sözleşme taraflarından birinin eser imaline dayalı edimlerin önündeki “engeli” kaldırma yolundaki taahhütlerinin nitelendirilmesi hususunda öncelikle iki farklı kurum akla gelmektedir. Bunlardan ilki, imara aykırılığı giderme yolunda girişimde (*teşebbüste*) bulunarak imar mercilerinin idari işlemlerine zorunlu hukuki bağlılık nedeniyle üçüncü kişinin fiilini üstlenme, diğeri ise koşul (*şart*) olup aşağıda bu yönlerden değerlendirmeye yer verilecektir.

6.4. İLERİDE ORTAYA ÇIKABİLECEK İMAR ENGELİNİN ORTADAN KALDIRILMASINA YÖNELİK GİRİŞİMDE BULUNULMASI YÖNÜNDE HÜKME YER VERİLMESİ

Bu olasılıkta sözleşmenin kurulması esnasında yüklenicinin eser meydana getirme ediminin ifasına yönelik bir imar engeli bulunmamaktadır; ancak örneğin İmar Kanunu m. 8/b hükmüne göre bir aylık ilan süresi⁶¹ içinde planlara itiraz edilmemiş olsa bile buna yönelik iptal davasının açılabilmesi nazara alınarak sözleşmede buna yönelik bir hükmün kararlaştırılması halinde kesin hükümsüzlük yaptırımından söz edilemeyecektir.

Doktrinde bir görüşe göre inşaatın imar mevzuatındaki değişiklik nedeniyle yasaklanması, arsanın kamulaştırılması gibi hallerde imkânsızlıktan bahsedilmekte⁶² ise de sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan imar engelinin kaldırılması için açılan dava sonucunda başarı sağlanarak sonrasında idare tarafından plan değişikliği yapılması halinde inşaatın yüklenici tarafından tamamlanacağını sözleşmede kararlaştırılması durumunda herkes için imkânsız olan bir durumun bulunmadığı; imar hukukunda imar uygulamasının yasal yollarla değiştirilmesinin mümkün olduğu; başka bir ifadeyle geçici süreliğine var olan

⁶⁰ O. Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. III (Legal 2017) 202.

⁶¹ Her ne kadar İmar Kanunu m. 8/b hükmünde ilan süresinin bir ay olduğuna yer verilmiş ise de Mekansal Planlar Yapım Yönetmeliği m. 33(1) hükmü “Çevre düzeni planı ve imar planları onaylandığı tarihten itibaren en geç on beş iş günü içinde otuz gün süreyle herkesin görebileceği şekilde idarelerce tespit edilen ilan yerlerinde asılmak suretiyle ... ilan edilir.” şeklinde olmakla hükümler arasında uyumsuzluk yaratılmıştır.

⁶² Kurşat (n 29) 762, 771; Buz 28; Emrah Kulaklı, *Eser Sözleşmesinde İfa İmkânsızlığı* (On İki Levha 2021) 52.

bir hukuki engelin ortadan kalkabileceği gerçeği karşısında imkânsızlıktan söz edilemeyeceği açıktır. Bu noktada neden imkansızlıktan söz edilemeyeceği hususunda, TBK m. 128 hükmünde düzenlenen üçüncü kişinin fiilini üstlenme ile TBK m. 170 hükmünde düzenlenen geciktirici koşul (*taliki şart*) göz önüne alınarak değerlendirme yapmayı tercih ediyoruz.

6.4.1. Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme Boyutu

Gerek sözleşmenin kurulma anında eser meydana getirme edimi içeren sözleşmede gerekse sözleşmenin kurulmasından sonra mevcut sözleşme ile çelişmeyen ve geçerlilik şekline bağlı olmayan bağımsız bir sözleşmede yasal yollarla imar planında değişiklik yapma/mevcut imar engelini ortadan kaldırma ve arzulanın inşaat imalatını tamamlama yönünde girişiminde bulunmak taahhüt edilebilir. Bu açıdan değerlendirilmesi gereken hüküm ise “Üçüncü kişinin fiilini üstlenme” kenar başlıklı TBK m. 128 hükmü olup hükmün ilk fıkrası “Üçüncü bir kişinin fiilini başkasına karşı üstlenen, bu fiilin gerçekleşmemesinden doğan zararı gidermekle yükümlüdür.” şeklindedir. Görüldüğü üzere hükümde bir kimsenin diğer kimseye üçüncü kişinin herhangi bir fiilini taahhüt ederek bu fiilin gerçekleşmemesi, yani üçüncü kişinin fiili neticesinde istenen sonucun sağlanamaması hâlinde uğranılan zararı gidermeyi üstlenmesi düzenlenmiş; bağımsız bir yükümlülük altına girilmiştir⁶³.

Her ne kadar bu kurum “üçüncü kişinin fiilini üstlenme (*başkasının fiilini taahhüt*)” olarak anılsa da bu sözcüklerinin arkasında garanti kurumu yatmaktadır; bu sözleşme garanti sözleşmesinin bir türü olup üçüncü kişinin fiilini üstlenen kimse taahhütte bulunduğu kişiye karşı bir garanti vermektedir.⁶⁴ “Fiil” kavramı, üçüncü kişinin vücut verdiği hukuki işlemi, maddi fiili, hukuki işlem benzeri fiilleri ve bilgi açıklamasını kapsayacak şekilde geniş bir kavramdır.⁶⁵ Bu kapsamda üstlenilen edim, üçüncü kişinin kamu hukukuna bağlı bir fiiline ilişkin de olabilir; burada üçüncü kişinin bir harekete zorlanması değil de tam tersine edimin ifa edilmemesinin sonuçlarını üzerine alma söz konusudur.⁶⁶ Resmi mercilerce *-talih ve tesa-düfe bağlı boyutu ile-* üçüncü kişinin üstlenilen fiilinin neticesinin elde edilememesine bağlı olarak rizikoya dayalı ortaya çıkan ekonomik olumsuzluk, üçüncü kişinin fiilini üstlenmede olumlu (*müspet*) zararın tazmini olarak istenebilecektir.⁶⁷ Sözleşmede riziko, üçüncü kişinin

⁶³ Burada yanıltıcı olarak “başkasının edimini borçlanma”nın olduğu yönünde bkz. Yargıtay 21. HD. E. 2012/11883, K. 2012/17513, T. 16.10.2012 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 01.11.2023)

⁶⁴ Safa Reisoğlu, *Garanti Mukaveleleri* (Ajans Türk Matbaası 1963) 5; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Filiz 1993) 228; M. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 2 (18. Baskı, Vedat 2020) N. 1182; Eren, Dönmez, Cilt III (n 40) m. 128, N. 3; Melek Yüce Bilgin, *Garanti Sözleşmelerinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi* (Vedat 2007) 20; Haluk Nami Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (19. Baskı, Beta 2023) N. 216.1; Pierre Tercier, Pascal Pichonnaz ve H. Murat Develioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (On İki Levha 2016) §26, N. 1362; Sevgi Kayak, *Hukuki Gelişimi Açısından Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt* (Vedat 2010) 53 vd., 70; ayrıca bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2017/13-549, K. 2018/1360, T. 27.9.2018 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 01.11.2023).

⁶⁵ Gümüş (n 48) 980.

⁶⁶ Topuz ve Canpolat (n 40) 984, 985.

⁶⁷ TBK’da olumlu (*müspet*) veya olumsuz (*menfi*) zarar tabiri yer almamakla birlikte doktrin tarafından isimlendirilmiş bu tabirlerin altındaki olgular ayrıştırılmıştır. Olumlu zarar bakımından en yerinde ifadeyi TBK m. 125 hükmünde “borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesi” şeklinde görmekteyiz. Bu kapsamda bu talebe vücut verecek üçüncü kişinin fiilini üstlenme taahhütlerinin geçerli olacağı kanaatindeyiz.

davranışına dayalı olarak kararlaştırılabilir⁶⁸; bu kapsamda üçüncü kişinin fiilini üstlenme (*başkasının fiilini taahhüt*) sözleşmesi ile eser meydana getirme edimi içeren sözleşmesinin taraflarından birisi (*genellikle de yüklenici*), TBK m. 40 vd. hükümlerince sahip olduğu temsil yetkisi ile imar mercilerini harekete geçirerek (*imar planının iptali sebebi olan amaç, sebep, konu, yetki, şekil açısından*) imar planlarını geri alma, ortadan kaldırma yolunda sonuç alma konusunda taahhütte bulunması söz konusu olabilir. Bu durumda da eleştirdiğimiz aksi görüş, yüklenicinin imar planının değişikliğine karar verme mercii olmadığı, bunun için idareyi zorlayamayacağı ve dolayısıyla bu edim bakımından imkansızlığın olduğu şeklinde karşımıza gelebilecektir. Ancak belirtmek gerekir ki burada imkansızlıktan bahsedilmemelidir, zira üstlenilen borcun yerine getirilmemesi hali için tazminat sorumluluğu düzenlenmiş olup buna benzer bir olayda verilmiş Yargıtay 4. HD. 8.11.1950, 5287/5310 kararı "... davalı askerlik mükellefiyetini ifa için bir şahsın şubeye müracaatını temin etmeyi davacıya karşı taahhüt etmiştir. ... Bu kabil akitlerde mevzu itibariyle muhal ve bundan dolayı batıldır denebilmesi için üçüncü şahsın taahhüt olunan fiilin muhal olması lazımdır. Hiçbir şahıs cebren diğer birini bir fiil ifasına icbar edemeyeceğine ve kanunun 110uncu maddesinde fiil taahhüdüne müsaade etmiş bulunmasına göre ... taahhüdün batıl bulunduğu kabulü yolsuzdur." şeklindedir.⁶⁹ Görüldüğü üzere Yargıtay yerinde bir hüküm kurarak bir kimsenin, bir kimseyi askerlik şubesine götürmeyi taahhüdünü imkânsız (*muhal*) olarak görmemiş ve bu taahhüdün TBK m. 27 hükmünce kesin hükümsüz olduğunu kabul etmemiştir.

Bununla birlikte katıldığımız görüşe göre örneğin kamu hukuku tüzel kişisi olarak bir belediyenin anılan arsayı istimlak etmeyeceğinin bir başkası tarafından taahhüt edilmesi⁷⁰ veya takibin durdurulmasının üstlenilmesi⁷¹ geçerlidir; zira üçüncü kişinin taahhüt edilen ediminin yerine getirilememesi, kanunda da düzenleme konusu edilen bu taahhüdün geçerliliğini etkilemez. Dolayısıyla üçüncü kişinin fiili mümkün olsun veya olmasın bunun gerçekleşmemesi üzerine tazminatın ödenmesi, imkansızlıktan söz edilmesini mümkün kılmamaktadır.

Somut menfaatler incelendiğinde taahhütte bulunanın garanti sorumluluğunu haklı gösteriyorsa o taahhüdü imkânsızlık kavramının ve kesin hükümsüzlük yaptırımının dışına çıkarmak doğru olur; aksi yönde, hukuki imkânsızlık gerekçesiyle kesin hükümsüzlük yaptırımının kabulü, fırsatçıları tazminattan kurtaran tasfiye yoluna sapmak anlamına gelmektedir.⁷²

Son olarak belirtmek gerekir ki kanunda üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinin geçerlilik şekline tabi tutulmaması ve edim olarak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden bağımsızlığı dolayısıyla başlangıçta öngörülmemiş üçüncü kişinin fiilini üstlenme iradesinin, resmi şekilde düzenlenmiş arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin içeriğinde yer alması zorunluluğundan da söz edilemez. Örneğin resmi şekilde düzenlenmiş arsa payı

⁶⁸ Gümüş (n 48) 981.

⁶⁹ Karar özeti için bkz. Senai Olgaç, *Kaza Ve İlmî İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu Ve Hususi Kanunlar*, C. I (Hak Kitabevi 1959) 870.

⁷⁰ Oğuzman ve Öz, C. 2 (n 59) N. 1200, 1206, 1207.

⁷¹ Reisoğlu (n 59) 52-53.

⁷² Serozan, Baysal ve Sanlı (n 43) §14, N. 8.

karşılığı inşaat sözleşmesinin imzalanmasından sonra taraflarca üçüncü kişinin fiilini üstlenme yönünde TBK m. 1 hükmüncü karşılıklı irade açıklamaları birbiriyle uyduğunda bunun adi yazılı şekilde ve mevcut arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile bağlantı kurularak düzenlenmesinde hiçbir sakınca bulunmamaktadır; bu halde TBK m. 112 hükmüne dayalı olumlu zararın götürü bir miktarla TBK m. 179/I hükmüncü seçimlik ceza koşulu olarak kararlaştırılması halinde devletin vergi kaybına yol açtığı gerekçesiyle geçersizlik sonucuna bağlanmasına karşı çıkmaktayız. Zira bir sözleşmeyi kanuna uygun şekilde yapmakla taraflar hiçbir şekilde devletin vergi kaybına yol açmazlar; meğerki damga vergisi gibi adi yazılı şekildeki sözleşmeye bağlı kanuni ödeme yükümlülükleri yerine getirilmiş olsun.

6.4.2. İmar Uygulamasını Değiştirme Yönündeki Edimin Sözleşmede Geciktirici Koşul (Taliki Şart) Olarak Kararlaştırılması

Eser meydana getirme edimini içeren sözleşmede kararlaştırılan ve fakat edimin ifasına engel oluşturan imara aykırılığın giderilmesi gerekliliği karşısında “gelecekteki (atiye matuf) kuşkulu (meşkûk) bir olaya” ilişkin olarak üçüncü kişinin, yani idarenin fiilinin (örneğin imar değişikliğini) üstlenilmesi ile idarenin taahhüt edilen sonuca yönelik olarak işlem tesis edeceği olgusunun gerçekleşmesi amaçlanabilir.

Sözleşmelerde “koşul” veya eski tabiriyle “şart” tabiri kullanılsa bile tarafların gerçek ve ortak irade beyanları araştırılmalıdır. “*Falsa Demonstratio Non Nocet (Yanlış Niteleme Zarar Vermez)*”⁷³ kuralının yansıması olan TBK m. 19/I hükmü “Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır.” şeklinde olup hâkim, tarafların gerçek ve ortak iradelerinin yorumunda TMK m. 4 hükmüncü takdir yetkisini kullanarak uyuşmazlığı çözüme bağlayacaktır.

Uygulamada eser meydana getirme edimi içeren sözleşmelerde “her iki şirketin arsanın imar durumunun iyileştirilmesi için birlikte çalışacakları” şeklindeki ifadelerle sözleşmelerde hükümler kararlaştırıldığını görmekteyiz.⁷⁴ Her ne kadar eser meydana getirme edimini içeren bir sözleşmede taraflardan birinin hukuki/meşru yollarla mevcut imar planının değiştirilmesi, iptali yolunda taahhüt altına girmesi, aslında “idarenin harekete geçirilmesi fiilini” üstlenmesi halinde üçüncü kişinin fiilini üstlenme söz konusu olsa da bununla birlikte sözleşme özgürlüğü ilkesince TBK m. 1 hükmüne göre karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklaması ile önsözleşmede veya sözleşmede TBK m. 170 hükmüncü geciktirici (taliki) koşul kararlaştırılabilir ve “imar planlarının değişmesine, iptal edilmesine, yeni plan yapılmasına veya plan yapan imar merciinin değişmesine, mahkeme kararı alınarak plan değişikliği yapılmasına vb.” yönelik beklenti ile gelecekteki kuşkulu olgunun gerçekleşmesi (*conditio existit*) halinde üzerine eserin meydana getirilmesi/tamamlanması kararlaştırılabilir.

Bilindiği üzere geciktirici koşul, kararlaştırıldığı anda hiçbir zaman gerçekleşemeyecek

⁷³ Erdoğan (n 51) 56.

⁷⁴ Bkz. Yargıtay 6. HD. E. 2022/1566, K. 2023/1413, T. 13.4.2023 (Kazanıcı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 01.11.2023). Geciktirici koşul olarak inşaat izninin alınması için gerekli tüm girişimler bulunma her iki tarafça da taahhüt edilmiş olabilir, bkz. İlker Duman, *İnşaat Hukuku* (11. Baskı, Seçkin 2021) 81.

nitelikteyse bu durumda koşul, imkânsız bir koşuldur (*unmögliche Bedingung*); örneğin “*meşhur ressam A, benim resmimi yaparsa...*” şeklinde kararlaştırılmış koşula rağmen eğer işlemin yapılması esnasında ressam görme yeteneğini sürekli şekilde kaybetmişse bu halde imkânsızlık söz konusudur.⁷⁵ Ancak eser meydana getirme edimini içeren bir sözleşmede, sözleşmenin taraflarından birinin iradesi dışında meydana gelen olaylara bağlanan “*tesadüfi koşul*” olarak⁷⁶, örneğin üçüncü bir kişinin fiiline/iradesine bağlı olarak imar planının değişmesi, iptal edilmesi veya mahkeme kararı alınarak plan değişikliği yapılmasına vb. gibi gelecekte gerçekleşmesi kuşkulu bir olaya bağlı olarak inşaatın tamamlanacağı kararlaştırılmış ise bu geciktirici koşul, emredici hükümlere aykırılık nedeniyle TBK m. 176, 27 hükmüne kesin hükümsüzlük yaptırımına mı tabi tutulmalıdır? Bu noktada öncelikle belirtmek gerekir ki ölünün diriltilmesine yönelik koşulunu içeren bir sözleşmenin akdedilmesi halinde imkânsızlık nedeniyle kesin hükümsüzlükten bahsedileceğinden koşulun gerçekleşmeyeceğinden (*defectus condidonis, condicio deficit*) şüphe yoktur; ancak bu edimin ifasının sonradan mümkün olması halinde ise artık imkânsızlık nedeniyle kesin hükümsüzlükten bahsedilemeyecek ve sözleşme geçerli olacaktır.⁷⁷ Dolayısıyla Yargıtay 23. HD. E. 2016/464, K. 2018/5428, T. 22.11.2018 kararı “*İmarlı olmayan gayrimenkul üzerine inşaat yapılması mümkün değildir. Ancak taraflar imar işlemlerinin yapılması şartına bağlı olarak sözleşme yapabilirler.*” şeklinde olup yerindedir.

Bununla birlikte uygulamada, *sözleşmenin kurulmasından sonra imar planının iptaline ilişkin dava açılacağı ve bu davanın kesinleşmesi ile elde edilecek lehe karar neticesinde edimin ifa edileceğinin kararlaştırılması* da söz konusu olabilir. Bu olasılıkta sözleşmenin kurulmasından sonra imar planlarının kesinleşmesine dayalı olarak arsa sahibi ile yüklenici arasında eser meydana getirme edimlerine ilişkin engelin ortadan kaldırılması yolunda sözleşme taraflarından birinin iptal davası açması kararlaştırılabilir; bu halde sözleşmenin kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacağı söylenemez. Şöyle ki “*gelecekteki (atiye matuf) kuşkulu (meşkûk) bir olaya*” ilişkin olarak arsa sahibinin idari yargıda iptal davası açması ve bu dava sonucunda lehe karar alınması üzerine edimin ifa edileceğinin kararlaştırılması hukuka aykırı olmayıp bu noktada karma (*muhtelit*) koşul (*condicio mixta*) söz konusu olacaktır.⁷⁸ Karma koşul, gerçekleşmesi hem hukuki işlemin taraflarından birinin hem de üçüncü kişi-

⁷⁵ A.Lale Sirmen, *Türk Özel Hukukunda Şart* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1992) 83.

⁷⁶ Gerçekleşmesi üçüncü bir kişinin iradesine ya da tamamen dış etkenlere bağlı olan koşullar tesadüfidir. Bkz. Eren ve Dönmez, Cilt III, m. 170-177'nin Takdimi, N. 23; Özcan Karadeniz Çelebican, *Roma Hukuku* (18. Basım, Turhan 2020) 248. Örneğin “*Gemi Kartaca'dan gelirse sana 100 kilo buğday satarım.*” ifadesinde olduğu gibi gerçekleşip gerçekleşmeyeceği hususunda taraf iradelerinin bir etkisinin bulunmadığı hallerde koşulun gerçekleşmesi üçüncü kişinin iradesine veya tesadüfi olayların etkisine bırakılmış ise bu koşul türü, “*tesadüfi koşul*” olarak adlandırılmaktadır. Bkz. Hasan Pulaşlı, *Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları* (Dayınlarlı Hukuk Yayınları 1989) 47; Sirmen (n 75) 73; Tahiroğlu ve Erdoğan (n 48) 196; Sinan Okur, ‘Roma, Türk-İsviçre ve Avrupa Sözleşme Hukukunda Koşul (Şart) Kavramı ve Hukuki Sonuçları Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme’ (2019) (14-1) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 31, 49.

⁷⁷ Kemal Tunçoğlu, *Türk Borçlar Hukuku Genel Borç İlişkileri, C. I* (Sermet Matbaası 1977) 1010.

⁷⁸ Örneğin “*Sınavı kazanırsan sana bisiklet alacağım.*” ifadesini içeren bağışlama sözleşmesinde hem kişinin ifadesine bağlı hem de iradeden bağımsız bir koşul (*condicio mixta*) kararlaştırılmıştır. Bkz. Özlem Söğütlü, *Roma Özel Hukuku* (2. Baskı, Seçkin 2021) 290.

nin iradesine ya da dış etkenlere bağlı olan koşuldur.⁷⁹ Bu olasılıkta da varılan aynı sonuçla belirtmek gerekir ki karma koşula bağlanmış sözleşme bakımından imkânsızlık tabirinin söz konusu olmayacağı, buna ilişkin hükümler içeren sözleşmelerin de kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olmayacağı kanaatindeyiz.

6.5. SÖZLEŞMENİN KURULMASI ESNASINDA İMAR PLANININ İPTALİNE İLİŞKİN ÖNCEDEN AÇILMIŞ DAVADA VERİLECEK İPTAL KARARI NETİCESİNDE EDİMİN İFA EDİLECEĞİNİN KARARLAŞTIRILMASI

Son olasılıkta ise sözleşmenin kurulmasından evvel, imar planının iptali yönünde açılmış davada iptal kararının verilmesi halinde bu sonuca bağlı olarak sözleşmede hüküm tesisi ile kararı neticesinde yapılacak eser edimlerinin koşulları düzenlenebilir. Bu halde anılan sözleşmenin yapıldığı esnada kesin hükümsüzlük yaptırımına sebep olacak bir gerekçe söz konusu olmadığından sözleşme geçerlidir. Zira kanaatimizce bu noktada sözleşmede, tesadüfi koşula bağlı olarak TBK m. 170 hükmünce geciktirici koşul (*taliki şart*) kararlaştırılmıştır ve buna ilişkin yukarıda ele aldığımız üzere sözleşmede geciktirici koşulun kararlaştırılmasına bağlanan sonuç değişmeyecektir.

7. SONUÇ

Mülkiyet hakkının içeriğine ilişkin olarak TMK m. 683/I hükmü uyarınca bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir; ancak hükümde gözden kaçırılmaması gereken nokta “*hukuk düzeninin sınırları içinde*” şeklindeki ifadedir. Bu yönde Anayasa m. 35/II hükmü ile ilintili TMK m. 731/I hükmü “*Taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan kısıtlamaları, tapu siciline tescil edilmeksizin etkili olur.*” şeklinde olup kısıtlama getiren emredici hükümlerden en önemlisi de imar mevzuatıdır. Her ne kadar imar hukukunda mekânsal planların değiştirilmezliği esas olsa da özellikle de kamusal ihtiyaçlarda değişiklik, hak ve özgürlüklerin korunması, mülkiyet hakkının kısıtlanmasının önlenmesi gibi gerekçelerle imar planlarında değişiklik yapmak gerekebilir. Önceki planların hatalı yapıldığı veya artık ihtiyacı karşılamadığı hallerde “*ilave veya revizyon imar planı*” olarak planlar ile önceki planlar üzerinde değişikliğe gidilebilmekte ya da imar planı, iptal davalarıyla ortadan kaldırılabilir. İmar planı değişikliğinin ya da iptal edilmesinin özel hukuk açısından “*imkânsızlık*” oluşturduğu yanılığın varılsa da her zaman imar planları değiştirme, geri alma veya ortadan kaldırılma özelliğini bünyesinde barındırmakla özel hukuk ilişkilerine etkisi bakımından imar planlarının “*geçici/sürekli imkânsızlık*” olarak anılmasının mümkün olmadığı

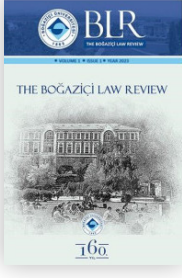
⁷⁹ Eren ve Dönmez, Cilt III, (n 40) m. 170-177'nin Takdimi, N. 24; Oğuzman ve Öz (n 59) N. 1488; Karadeniz Çelebican (n 71) 248. Bu bakımdan “*karmaşık*” kavramının kullanılması yönünde bkz. Sirmen (n 75) s.74; Pulaşlı (n 71) 48. A, B'nin C ile evlenmesi durumunda B'ye bilezik bağışlayacağını belirtmesi ve B'nin de bunu kabul etmesi durumunda bağışlama sözleşmesinde kararlaştırılan koşul, karma koşuldur; çünkü B ile C'nin evlenebilmesi, hem bağışlama sözleşmesinin tarafı olan B'nin hem bağışlama sözleşmesinin tarafı olmayan ve bu bakımdan üçüncü bir kişi olan C'nin iradesini gerektirmektedir. Bkz. Fahri Erdem Kaşak, ‘*Roma Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Şart (Koşul, Condicio)*’ (2019) (10-2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 548, 556; Tahir-roğlu ve Erdoğan (n 48) 196.

ve farklı bir nitelermeye tabi tutulması gerektiği kanaatindeyiz. Bu noktada eser veya arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin kurulması esnasında mevcut imar engelinin varlığına rağmen buna aykırı eser meydana getirme edimini içeren sözleşmenin kurulması olasılığında emredici hükme aykırılık sebebiyle TBK m. 27/I hükmü gereğince kesin hükümsüzlük yaptırımını söz konusu olmalıyken sözleşmenin kurulması esnasında mevcut imar engelinin ortadan kaldırılmasına yönelik yasal bir girişimde bulunulması veya ileride ortaya çıkabilecek imar engelinin ortadan kaldırılmasına yönelik yasal bir girişimde bulunulması yönünde hükme yer verilmesi veya son olasılık olarak sözleşmenin kurulması esnasında imar planının iptaline ilişkin önceden açılmış davada verilecek iptal kararı neticesinde imar engelini ortadan kalkmasıyla edimin ifa edileceğinin kararlaştırılması halinde sözleşme, geciktirici koşulun veya üçüncü kişinin fiilini üstlenme yönünden de değerlendirilerek imkansızlık olgusundan arındırılmalı, sözleşmeyi ayakta tutan yorum tercih edilerek sözleşmenin geçerli olduğu kabul edilmelidir.

KAYNAKÇA

- Akdemir B, “İmar Planlarında Hiyerarşi” (2021) (1) Konya Barosu Dergisi 133-173
- Altunkaya M, *Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı* (Yetkin Yayıncılık 2005)
- Antalya OG ve Topuz M, *Medeni Hukuk Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri Cilt I* (4. Baskı, Seçkin Yayınları 2021)
- Antalya OG, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. III* (Legal Yayıncılık 2017)
- Başoğlu B, “Sözleşmenin Konusundaki İmkansızlık” (2011) Prof. Dr. Belgin Erdoğan’a Armağan 489-517
- Becker H, *Berner Kommentar Art. 1-183 OR. Allgemeine Bestimmungen Band IV: Obligationenrecht 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR* (Stämpfli 1945)
- Buz V, “Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkansızlaşması” (1994) (C.49,N.1-2) AÜSBFD Prof. Dr. İlhan Öztrak’a Armağan 23- 40
- Caytas IG, *Der unerfüllbare Vertrag: Anfängliche und nachträgliche Leistungshindernisse und Entlastungsgründe im Recht der Schweiz, Deutschlands, Österreichs, Frankreichs, Italiens, Englands, der Vereinigten Staaten im Völkerrecht und im internationalen Handelsrecht, Diss. Recht, Wilmington* (Morgan 1984)
- Çavuşoğlu A, *Geçici İfa İmkansızlığı ve Hukuki Sonuçları* (On İki Levha Yayınları 2020)
- Çelebican ÖK, *Roma Hukuku* (18. Basım, Turhan Kitabevi 2020)
- Çolak Nİ, *İmar Hukuku* (On İki Levha Yayıncılık 2014)
- Duman İ, *İnşaat Hukuku* (11. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021)
- Dural M, *Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık* (Fakülteler Matbaası 1976)
- Erdoğan B, *Hukukta Latince Teknik Terimler Özlü Sözcükler* (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011)
- Eren F. ve Dönmez Ü, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt I, m. 1-48* (Yetkin Yayıncılık 2022)
- Eren F. Ve Dönmez Ü, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt III, m. 83-206* (Yetkin Yayıncılık 2022)
- Ersoy M. ve Keskinok HÇ, *Mekan Planlama ve Yargı Denetimi* (Yargı Yayınevi 2000)
- Gauch P. ve Stöckli H, *Kommentar zur SIA-Norm 118, Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten* (2. Auflage, Schulthess Verlag 2017)
- Gözler K, *İdare Hukuku C. I* (3. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım 2019)
- Gözübüyük AŞ. ve Tan T, *İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar* (13. Baskı, Turhan Kitabevi, 2019)
- Gümüş MA, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri* (Yetkin Yayınları 2021)
- Gündoğdu F, *Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İmkansızlığı ve Hukuki Sonuçları* (On İki Levha Yayınları

- 2014)
- Kalabalık H, *İmar Hukuku Dersleri* (12. Baskı, Seçkin Yayınları 2023)
- Kaşak FE, “*Roma Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Şart (Koşul, Conditio)*” (2019) (10-2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 548-562
- Kayak S, *Hukuki Gelişimi Açısından Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt* (Vedat Kitapçılık 2010)
- Kocayusufpaşaoğlu N, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. 1* (Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi 2017)
- Kulaklı E, *Eser Sözleşmesinde İfa İmkansızlığı* (On İki Levha Yayınları 2021)
- Kurşat Z, “İmkansızlığın Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Üzerindeki Etkileri” (2004) Ergun Özsunay’a Armağan 751-777
- Kurt L.M, *Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık* (Yetkin Yayınları 2016)
- Nomer HN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (19. Baskı, Beta Yayınları 2023)
- Oğuzman MK ve Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2* (18. Baskı, Vedat Kitapçılık 2020)
- Okur S, “Roma, Türk-İsviçre ve Avrupa Sözleşme Hukukunda Koşul (Şart) Kavramı ve Hukuki Sonuçları Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme” (2019) (14-1) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 31-101
- Olgaç S, *Kaza Ve İlmi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu Ve Hususi Kanunlar, C. 1* (Hak Kitabevi, 1959)
- Öz T, *İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat* (Vedat Kitapçılık, 2013)
- Özçelik ŞB, “Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukukî İmkansızlık ve Sonuçları” (2014) (63-3) AÜHFHD 569-621
- Pulaşlı H, *Şarta Bağlı İşlemler ve Hukukî Sonuçları* (Dayınlarlı Hukuk Yayınları 1989)
- Reisoğlu S, *Garanti Mukaveleleri* (Ajans Türk Matbaası 1963)
- Sancaktar O, *İmar Hukuku Genel Esaslar* (Soru Bankası Net Yayınları 2020)
- Serozan R, Baysal B ve Sanlı KC, *Serozan Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (8. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2022)
- Sirmen AL, *Türk Özel Hukukunda Şart* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1992)
- Söğütlü Ö, *Roma Özel Hukuku* (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021)
- Tahiroğlu B ve Erdoğan B, *Roma Hukuku Dersleri* (15. Basım, Der Yayınları 2021)
- Tekinay SS, Akman S, Burcuoğlu H ve Altop A, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Filiz Kitabevi 1993)
- Tercier P, Pichonnaz P ve Develioğlu HM, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (On İki Levha Yayınları 2016)
- Topuz S ve Canpolat F, “Türk-İsviçre ve Alman Hukukunda İmkansızlığın Düzenlenişi” (2008) (C.57,S.3) AÜHFHD 673-718
- Tunçomağ K, *Türk Borçlar Hukuku Genel Borç İlişkileri, C. 1* (Sermet Matbaası 1977)
- Ulusoy, U, *Türk Hukukunda Geçici İmkansızlık* (Yetkin Yayıncılık 2023)
- von Tuhr A ve Escher A, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht, Band II* (3. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag 1974)
- Weber RH ve Emmenegger S, *Berner Kommentar Art. 97-109 OR. Die Wirkung der Obligationen: Die Folgen der Nichterfüllung* (2. Auflage, Stämpfli 2020)
- Yener MD, “Yargıtay Kararları Kapsamında İmara Aykırı Yapılarda Tescil Ve Tazminat Talepleri” (2016) (C.22,S.3,1) Cevdet Yavuz’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 2967-2976
- Yüce Bilgin M, *Garanti Sözleşmelerinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi* (Vedat Kitapçılık 2007)



The Boğaziçi Law Review

ISSN: 3023-4611

Journal homepage: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/blr>

Celse Harcı ve Hukuki Niteliğine İlişkin Bir Değerlendirme

An Evaluation on the Hearing Fee and Its Legal Nature

İlhami Öztürk, Serkan Kaya

To cite this article: İlhami Öztürk ve Serkan Kaya, 'Celse Harcı ve Hukuki Niteliğine İlişkin Bir Değerlendirme' (2023) 1(2) The Boğaziçi Law Review 206.

Submission Date: 18 December 2023

Acceptance Date: 6 February 2024

Article Type: Research Article



© 2023 İlhami Öztürk, Serkan Kaya. Published with license by Boğaziçi University Publishing



Published online: February 2024



Submit your article to this journal [↗](https://dergipark.org.tr/tr/pub/blr)

Full Terms & Conditions of access and use can be found at
<https://dergipark.org.tr/tr/pub/blr>

CELSE HARCİ VE HUKUKİ NİTELİĞİNE İLİŞKİN BİR DEĞERLENDİRME

AN EVALUATION ON THE HEARING FEE AND ITS LEGAL NATURE

İlhami Öztürk^a , Serkan Kaya^b 

^a Profesör, Boğaziçi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Turkey.

^b Dr. Öğretim Üyesi, Boğaziçi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı

ÖZET

Kural olarak davayı açan tarafça ödenen yargı harçları, yargılama giderlerinin bir unsuru olarak davada haksız çıkan tarafa yükletilir. Ancak, celse harcı başvuru harcı, karar ve ilam harcından farklı olarak davada haksız çıkan tarafa yükletilmemektedir. Celse harcı, muhakeme tarafların talep ve muvafakatleri üzerine talik edilmiş ise taraflardan ve evvelce yapılması mümkün olan bir işlemin yapılmamış olmasından dolayı talik edilmişse talike sebebiyet veren taraftan alınır. Her iki halde talike vekiller sebebiyet vermişse celse harcı vekillere yüklenir. Vekil veya taraflara yüklenen celse harcının, yargılama gideri olarak davada haksız çıkan taraftan alınmasına karar verilmez. Bu itibarla, celse harcı hukuk yargılamasında yargılama giderlerinin davada haksız çıkan tarafa yükletilmesi kuralına bir istisna teşkil eder. Bu çalışmada, davanın görüm ve çözümü sürecinde yargılama gideri niteliği taşıyan ancak mahkeme hükmü ile diğer yargılama giderlerinden ve bilhassa yargılama giderlerinin bir unsurunu oluşturan yargı harçlarından farklı olarak davada haksız çıkan tarafa yükletilmeyen celse harcı irdelenmiştir. Celse harcının yasal dayanakları ve niteliği analiz edilerek uygulamada belirsizlik ve duraksamaya yol açan bazı hususlarda çözüm önerileri getirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Celse Harcı, Masraflar, Yargılama Giderleri, Yargılama Harçları

ABSTRACT

As a rule, judicial fees, which are paid by the party filing the lawsuit, are charged to the party who loses the lawsuit as an element of judicial expenses. However, unlike the application fee, decision and judgment fee, the hearing fee is not imposed on the party who loses the case. The hearing fee is collected from the parties if the proceedings are adjourned upon the request and consent of the parties and from the party causing the adjournment if the adjournment is due to the failure to perform a transaction that could have been performed before. In both cases, if the attorneys cause the adjournment, the hearing fee shall be charged to the attorneys. It shall not be decided to collect the hearing fee imposed on the attorneys or parties from the party who loses the case as a trial expense. In this respect, the hearing fee constitutes an exception to the rule of imposing the costs of the proceedings on the party who loses the case in civil proceedings. In this article, the hearing fee, which has the nature of a judicial expense during the trial and settlement of the case, but which is not imposed on the party who is wronged in the case, unlike other judicial expenses and especially judicial fees, which constitute an element of judicial expenses, is examined. By analysing the legal basis and nature of the hearing fee, solutions have been proposed for some issues that cause uncertainty and hesitation in practice.

Keywords: Hearing Fees, Costs, Trial Expenses, Trial Fees

EXTENDED SUMMARY

Hearing means a meeting or session held by a court, a board, or an assembly simultaneously without

a break. The period reserved for the parties to come together in court in the presence of the judge and for the judicial proceedings is called a hearing. During the judicial process, the judge hears the parties of the case in court in order to make a decision to end the dispute. Hearings are determined by the judge until the decision is reached.

The hearing fee is a financial obligation collected from the party/parties who caused the postponement of the hearing in the pending case or from the attorneys if the postponement was caused by the attorneys and is introduced as a mechanism to prevent the prolongation of the judicial process. This article delves into various aspects surrounding the introduction of hearing fees, including its purpose, relationship with the courts, payment procedures, tariff structure, and the parties responsible for payment. Recognizing the hearing fee as a judicial expense by its legal nature, the discussion revolves around the notion of assigning responsibility for covering fees associated with postponed hearings. It suggests reconsidering the practice of not imposing fees on the party wronged in the case but rather on the parties or their attorneys accountable for the postponement. Furthermore, the article addresses practical ambiguities and uncertainties arising from current legal regulations, proposing concrete solutions to resolve these issues.

The individual or their attorney responsible for causing the postponement is obligated to pay the hearing fee. Even if the rightful party in the case covers the fee, it is not reimbursed to them as trial expenses. This remains the case regardless of the case's outcome favoring or opposing the fee payer. The determination of the fee payer by law cannot be altered through administrative or judicial measures or contractual agreements. Consequently, the payer of the hearing fee is also deemed the ultimate bearer of this cost. The allocation of responsibility for the hearing fee to either the party or their attorney aligns with the underlying objective of the fee, which aims to discourage unnecessary prolongation of legal proceedings. The individual who fulfills the role of payer bears the ultimate obligation for this fee, regardless of whether they are the prevailing or opposing party in the lawsuit. Unlike other judicial charges, this method of determining the payer of the hearing fee is appropriate, considering the nature of judicial activities. It takes into account the possibility of both the claimant and the defendant instigating legal action through mutual agreement, while also ensuring that the fee is not unfairly imposed on the party wronged in the case as a trial expense.

The Law's basis of determining the amounts and rates of the hearing fee according to "courts of peace" and "courts of first instance" raises uncertainties regarding fee collection in courts falling under "other civil courts" established by special laws, such as civil enforcement courts, which do not fit within the categories of "civil courts of peace" or "civil courts of first instance". The mention of a hearing fee in civil courts within the legislation does not justify fee collection in courts not falling under "courts of peace" or "courts of first instance," nor does it provide guidance on determining fee rates and amounts. To address this, the tariff should be adjusted to encompass executive law courts or other civil courts established by special law when determining the amount and rate of the hearing fee based on "courts of peace" and "courts of first instance". Additionally, it is imperative, in line with the rule of law principles such as legality, legal trust, and certainty, to resolve the issue through legal regulations, ensuring clarity and consistency in practice regarding the imposition of hearing fees in tax courts.

1. GİRİŞ

Celse bir mahkeme, bir kurul veya meclisin bir defada aralık vermeden yaptığı toplantı, oturum anlamına gelmektedir.¹ Tarafların hâkim huzurunda mahkemede bir araya gelme-

¹ Kubbealtılıgati <<http://lugatim.com/s/CELSE>> Erişim Tarihi: 10 Aralık 2023.

leri ve yargılama işlemleri için ayrılmış zaman dilimi celse (oturum) olarak adlandırılır.² Yargılama faaliyeti sırasında hâkim uyuşmazlığı sona erdirecek kararı verebilmek için davanın taraflarını mahkemede dinler. Karar aşamasına gelinceye kadar hâkim tarafından celseler belirlenir.

492 sayılı Harçlar Kanunu'nun 12'nci maddesinde "*Hukuk ve ticaret mahkemelerinde celse harcı, muhakeme tarafların talep ve muvafakatleri üzerine talik edilmiş ise taraflardan ve evvelce yapılması mümkün olan bir işlemin yapılmamış olmasından dolayı talik edilmişse, talike sebebiyet veren taraftan alınır. Her iki halde talike vekiller sebebiyet vermişse celse harcı vekillere yüklenir.*" hükmü yer almaktadır.³ Buna göre celse harcı görülmekte olan davada duruşmanın ertelenmesine sebep olan taraf/taraflardan veya ertelemeye vekiller sebep olmuş ise vekillerden alınan ve yargılama sürecinin uzamasını engellemeye yönelik bir mekanizma olarak getirilen bir mali yükümdür.⁴

Bu çalışmada celse harcının getiriliş amacı, mahkemeler ile ilişkisi, ödenmesi, tarifesi, mükellefi gibi hususlar irdelenmiş; celse harcının hukuki niteliği itibarıyla bir yargılama gideri olduğu göz önünde bulundurularak, yargılama gideri olarak davada haksız çıkan tarafa yükletilmeyerek -ertelenmelerine sebebiyet verilen celseler için- ertelemeye sebebiyet veren taraflar veya vekillerine ödettirilmesi ve nihai olarak yükletilmesi hususu tetkik edilmiştir. Ayrıca, mevcut yasal düzenlemelerden kaynaklanan müphem, yoruma mütehammil, tereddüdü mucip hususların uygulamada yarattığı belirsizlik ve duraksamalar ele alınarak bunların çözümüne yönelik somut öneriler getirilmiştir.

² Hakan Pekcanitez, Muhammet Özkes, Mine Akkan ve Hülya Taş Korkmaz, *Pekcanitez Usül: Medeni Usul Hukuku*, (15. basım, On İki Levha 2017) 1340-1348.

³ "*Bilindiği üzere, yürürlükteki kanuna göre hukuk ve ticaret mahkemelerinde celse harcı muhakeme tarafların talep ve muvafakatleri üzerine talik edilmiş ise, taraflardan ve evvelce yapılması mümkün olan bir keyfiyetin yapılmamış olmasından dolayı talik edilmişse, talike sebebiyet veren taraftan alınır. Her iki halde talike vekiller sebebiyet vermişse celse harcı vekillere tahmil olunur.*" (492 sayılı Harçlar Kanunu gerekçesi). Harçlar Kanunu, Kanun Numarası: 492, Kabul Tarihi: 2.7.1964, RG.17.7.1964.

⁴ Pekcanitez, Özkes, Akkan ve Taş Korkmaz (n 2) 2390.

2. CELSE HARCININ GETİRİLİŞ AMACI

Kanun koyucu, Harçlar Kanunu ile ihdas edilen celse harcına yargılamanın gereksiz uzamasını⁵ önleyici bir işlev⁶ yüklemiştir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) “*Vekâletnamesiz dava açılması ve işlem yapılması*” başlıklı 77’nci maddesi⁷ uyarınca vekâletnamesinin aslını veya onaylı örneğini vermeyen avukat, dava açamaz ve yargılamayla ilgili hiçbir işlem yapamaz. “Şu kadar ki, gecikmesinde zarar doğabilecek hâllerde mahkeme, vereceği kesin süre içinde vekâletnamesini getirmek koşuluyla avukatın dava açmasına veya usul işlemlerini yapmasına izin verebilir. Bu süre içinde vekâletname verilmez veya asıl taraf yapılan işlemleri kabul ettiğini dilekçeyle mahkemeye bildirmez ise dava açılmamış veya gerçekleştirilen işlemler yapılmamış sayılır.”⁸ Vekâletnamesiz işlem yapmasına izin verilen ancak haklı bir sebep olmaksızın süresi içinde vekâletname ibraz etmeyen avukat, “celse harcı” ile diğer yargılama giderleri ve karşı tarafın uğradığı zararları ödemeye mahkûm edi-

⁵ 2503 sayılı (Mülga) Adliye Harç Tarifesi Kanunu’nda celse harcı: “Mahkemelerin görülmesi esnasında lüzumsuz telâkkilere mahal kalmamak için tarafların muvafakatile veya bir tarafın dermeyeran ettiği bir sebeple muhakemenin taliki halinde celse harcı namile bir paranın alınması pek yerinde bir tedbir olarak kabul ve tasvip edilmiştir.” (2503 sayılı Adliye Harç Tarifesi Kanunu’na ilişkin TBMM Adliye ve Bütçe encümenlerinden mürekkep muhtelit encümen 2 -VI -1934 tarih, Karar No: 1 Esas No: 1/358, 1054)

⁶ 5887 sayılı (Mülga) Harçlar Kanunu gerekçesinde “*Celse harçları mahkemelerin süratle cereyanını sağlamak üzere bilhassa artırılmıştır. Bugün mer’i hükümlere göre celse harçları 300 liraya kadar olan dâvalarda 100 kuruş ve fazlasında 300 kuruş olarak alınmaktadır. Hâlbuki 500 liralık bir dâvaya ait 3 lira celse harcının bir kıymet ifade edebileceği kabul olursa dahi 300 veya 500 bin liralık bir dâvada 3 liralık celse harcının ancak sembolik bir mahiyeti olabilir. Memleketimizde en basit bir dâvanın birkaç senede neticelenmediği düşünülecek olursa celse harçlarının yüksek tutulmasının zarureti kolayca, takdir olunabilir. Bu maksatla tarifenin 10 ve 11 sıra numaralarında celse harçları dâva edilen şeyin miktar veya kıymeti üzerinden binde 2 nispetinde harca tâbi tutulmuştur. Ancak harç miktarının 5 liradan az ve 200 liradan da çok olamayacağı tasrih edilmiştir. Kıymet tâyini mümkün olmayan dâvalarda harçlar yine aynı hadler dâhilinde kalmak şartıyla mahkeme tarafından takdir olunacaktır.*” açıklamasından söz konusu Kanun’un kabul edildiği 1952 tarihinde de davaların uzun sürmesinden şikâyet edildiği ve yargının hızlanması arayışları ile “celse harcı”nın bir çözüm olarak görüldüğü anlaşılmaktadır. Tasarı ile yargılama süreci üzerindeki kısaltıcı etkisini artırmak için celse harçları maktu değil nispi bir harç olarak önerilmiştir. Ancak, celse harcının kanunlaşması maktu harç şeklinde olmuştur. 5587 sayılı Harçlar Kanunu’nun 35’inci maddesindeki “*Vekil veya taraflara tahmil olunan celse harcı; mutaakip iki oturumda ödenmezse bir misli fazlası ile alınır ve harç bu miktar üzerinden tahsili için Maliyeye tezkere yazılmasına karar verilir.*” hükmü ile kanun tasarısında müteakip iki oturumda ödenmeyen celse harcının “üç” fazlası ile alınacağı şeklindeki öneri “bir” misli fazlası şeklinde kanunlaşmıştır. Kanun tasarısındaki “üç” misli fazlasıyla celse harcı alınması yönündeki önerinin, kanun gerekçesinde belirtilen *mahkemelerin süratle cereyanını sağlamak* beklentisinin etkisi ile hazırlandığını ifade etmek mümkündür. Günümüzde de yargının hızlandırılması konusunda ciddi eleştiri ve çalışmaların varlığı dikkate alındığında celse harcının mahkemelerin süratle cereyanı amacına hizmet etme noktasındaki etkinliği tartışmaya açıktır. Diğer taraftan, mahkemelerin süratle cereyanını sağlama misyonu yüklenen celse harcının bölge adliye mahkemeleri ve Yargıtay’da alınmamasına yönelik düzenleme, yargılama sürecinin sadece ilk derece mahkemelerinde yavaşladığı/hızlandırılması gerektiği yönünde tartışmaya açık bir kabulü de içermektedir.

⁷ Ayrıca anılan madde uyarınca bir tarafın avukat tutmak istemesi sebebiyle, yargılama hiçbir şekilde başka bir güne bırakılamaz. Avukatın istifa etmesi, azledilmesi veya dosyayı incelememiş olması sebebiyle yargılama başka bir güne bırakılamaz. Ancak, dosyanın incelenmemiş olması geçerli bir özre dayanıyorsa, hâkim bir defaya mahsus olmak üzere, kısa bir süre verebilir. Verilen süre sonunda, dosya incelenmemiş olsa bile davaya devam olunur. Tüm bu hükümler ile yargılamanın gereksiz ve haksız olarak uzatılmasının engellenmesi amaçlanmaktadır.

⁸ Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Kanun Numarası: 6100, Kabul Tarihi: 12.01.2011, RG. 04.02.2011/ 27836.

lir.⁹ Bunu kötüniyetle yapan avukat aleyhine, ceza ve disiplin soruşturması açılmasını sağlamak üzere, Cumhuriyet başsavcılığına ve vekilin bağlı olduğu baro başkanlığına durum yazıyla bildirilir.¹⁰

HMK'nın "*Haksız yere sahtelik iddiası*" başlığını taşıyan 213'üncü maddesinde yer alan "*Sahtelik iddiası sonunda haksız çıkan taraf kötüniyetli ise bu sebeple ertelenen her bir duruşma için celse harcına ve talep hâlinde bu sebeple diğer tarafın uğradığı zararları tazmin etmeye mahkûm edilir.*" hükmü ile de haksız yere sahtelik iddiası durumunda celse harcını doğuran olay ayrıca düzenlenmiştir.

HMK'nın yukarıda değinilen 77 ve 213'üncü maddelerinden de anlaşılacağı üzere; celse harcı HMK ile de Harçlar Kanunu'na koşut biçimde yargılama sürecinin gereksiz uzamasına ve bir hakkın kötü niyetli kullanımına engel olma vasıtası olarak ihdas edilmiştir.¹¹

⁹ HMK'nın 77'nci maddesi uyarınca vekâletname sunulmaması nedeniyle verilen davanın açılmamış sayılmasına kararında, yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılmasına ve/veya resmî yolla yapılan posta giderinin davacıdan tahsili için müzekkere yazılmasına karar verildiği izlenmiştir. 6100 sayılı Kanun'un 77'nci maddesinin 2'nci fıkrasında yer alan "Vekâletnamesiz işlem yapmasına izin verilen ancak haklı bir sebep olmaksızın süresi içinde vekâletname ibraz etmeyen avukat, celse harcı ile diğer yargılama giderleri ve karşı tarafın uğradığı zararları ödemeye mahkûm edilir." şeklindeki hüküm uyarınca vekâletname ibraz edilmemesi nedeniyle verilen davanın açılmamış sayılması kararlarında yargılama giderlerinin vekâletnamesiz işlem yapan avukat üzerinde bırakılması, müzekkere yazılması gereken hâllerde ise bu hususlara dikkat edilmesi gerektiğinin bilinmesi, (IX/32), (EK:7/8), (EK:8/9) Tavsiyeler Listesi, m. 32, 67-83 <<https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/301220211621idari-yargi-genel-tavsiyele-ri-30122021.pdf>> Erişim Tarihi: 10 Kasım 2023.

¹⁰ HMK m.77(3).

¹¹ "*lâyihada hukuk davaları için mahkûmübih üzerinden nisbî harç alınması ve bu harcın dörtte birinin peşin olarak istifası asıl kaide olarak kabul ve bu kaide icabatından olmak üzere davanın reddi halinde maktuan harç alınması esası tesbit edilmişse de davaların süratle intacına medar olmak üzere hukuk usulü muhakemelerine tevfikân celse harcı alınması esası da kabul olunmuştur.*" (2503 sayılı Adliye Harç Tarifesi Kanunu gerekçesi).

3. MAHKEMELER İTİBARIYLA CELSE HARCİ

Celse harcı ile mahkemeler arasındaki ilişkinin sağlıklı bir şekilde tespiti için Harçlar Kanunu ile mahkemelerin kuruluş ve görevlerine ilişkin çeşitli kanunların birlikte irdelenmesinde yarar vardır. Uyuşmazlık Mahkemesi¹² gibi duruşma yapılmaksızın dosya üzerinden karar veren mahkemeler, celse harcına konu teşkil etmeyeceği tartışmasıdır. Benzer şekilde tüketici mahkemeleri¹³ gibi yargı harçlarından ayrıklı¹⁴ tutulan mahkemelerde de celse harcı alınması söz konusu değildir.

¹² 2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanun'un 26'ncı maddesi uyarınca Uyuşmazlık Mahkemesinde incelemeler dosya üzerinde yapılır. Ayrıca anılan Kanun'un 34'üncü maddesinde yer alan "*Uyuşmazlık Mahkemesinde karar bağlanacak işler için verilecek dilekçeler, layihalar, yazılar veya belgelerden, mahkemenin işlemlerinden, kararlarından veya mahkemece yahut mahkemeden istenilecek belge veya karar örneklerinden herhangi bir vergi veya harç alınmaz.*" hükmü uyarınca da başka bir kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça Uyuşmazlık Mahkemesi işlemleri yargı harcına tabi değildir.

¹³ 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile kurulan tüketici mahkemeleri bu Kanun'un 73'üncü maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan; "*Tüketici mahkemeleri nezdinde Bakanlık, tüketiciler ve tüketici örgütleri tarafından açılan davalar 2/7/1964 tarihli ve 492 sayılı Harçlar Kanununda düzenlenen harçlardan muaftır.*" hükmü uyarınca tüketici mahkemelerinde celse harcından bahsetmeye imkân yoktur.

¹⁴ Ayrıklı teriminin kullanımına 4785 sayılı Orman Kanunu'na Bazı Hükümler Eklenmesine ve Bu Kanunun Birinci Maddesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 10'uncu maddesinde yer alan; "*Devletleştirilen ormanların ve dördüncü madde gereğince alınan yapı ve tesislerin Hazine adına tapuya kayıt ve tescili için yapılacak her türlü işlemler ve verilecek tapu senetleri her türlü vergi, resim ve harçlardan ayrıklıdır.*" şeklindeki hükümde rastlanılmıştır. Bu kullanım bağımsızlık, istisna, muafiyet, müstesna vs. ibareleri dışında Mali Hukuk alanında nadir bir kullanım olarak dikkat çekicidir. TDK sözlüğünde "ayrıklı" kelimesinin; *ayrı tutulmuş, benzerlerine uymayan, kural dışı olan, istisnai* anlamına geldiği belirtilmiş olup kelime anlamı itibarıyla da Mali Hukuk ve Maliye alanında kullanımının uygun olacağı düşünülmektedir. Gerek kanunlarda gerek doktrinde gerekse de günlük dilde "istisna" ve "muafiyet" terimlerinin birbirinin yerine ve hatalı kullanıldığı dikkate alınarak ayrıklı teriminin öğretilerde ve mevzuat yazımında "istisna" ve "muafiyet" terimleri yerine değil her iki terimi de kapsayacak şekilde "bağımsız" terimi yerine alternatif olarak kullanımı hem anlam karmaşasına sebebiyet vermeme hem de ifade zenginliği sağlama açısından uygun olduğu yönündeki görüş ve öneri için bkz. İlhami Öztürk, *Mahkeme Harçları*, (2. basım, On İki Levha) 271.

3.1. HUKUK MAHKEMELERİ

Harçlar Kanunu'nun 12'nci maddesinde celse harcının "hukuk" ve "ticaret"¹⁵ mahkemelerinde görülmekte olan davalar nedeniyle alınacağı belirtilmiştir. Buna karşılık, Harçlar Kanunu eki 1 sayılı tarifede ise celse harcı "sulh mahkemeleri" ile "asliye mahkemeleri"¹⁶ esas alınarak düzenlenmiştir.

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 2'nci maddesi ile adli yargı ilk derece mahkemeleri, "hukuk" ve "ceza" mahkemeleri olarak ikiye ayrılmıştır. Ceza mahkemelerinde celse harcı alınmayacağı hususu aşağıda ayrıntılı olarak irdelenecektir. 5235 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesi uyarınca "hukuk" mahkemeleri, sulh hukuk ve asliye hukuk mahkemeleri ile özel kanunlarla kurulan diğer hukuk mahkemeleridir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 5'inci maddesinde düzenlenen asliye ticaret mahkemelerinin "hukuk mahkemesi" niteliğinde olduğu tartışmasız olup Harçlar Kanunu'nun 12'nci maddesindeki celse harcına müteallik "hukuk" ve "ticaret" mahkemesi

¹⁵ "Ticaret mahkemelerinin tarihi Tanzimat öncesi döneme kadar uzanmaktadır. Kapitülasyonlarla birlikte yabancı tüccarların kendi aralarında çıkan ticari uyuşmazlıkları konsolosluk mahkemelerinde çözümlenmesi kabul edilmiştir. Yabancı tüccar ile Osmanlı vatandaşı arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde önce ticaret meclisleri devreye girmiştir. 1856 tarihli Islahat Fermanında Müslüman ve gayrimüslim vatandaşlar ile yabancılar arasında ticaret veya hukuk davalarının karma meclislerde çözümlenmesi hükmü yer almıştır. Daha sonra 1.5.1860 tarihinde, Fransız Ticaret Kanunu'nun dördüncü kısmı aynen alınarak 1850 tarihli Ticaret Kanunnamesine eklenmek suretiyle ticaret meclisleri ticaret mahkemesine dönüştürülmüştür. Ticaret mahkemeleri bir başkan ve iki üyeden oluşmaktadır. Ancak taraflardan birinin yabancı olduğu ticaret davalarında bu yabancının bağlı bulunduğu elçilik veya konsoloslukun göndereceği iki yabancı üye de mahkemeye katılmıştır. Asliye ticaret mahkemesi kurulan yerlerde bu mahkemelerde bir başkan ile yeteri kadar üye bulunur (5235 sayılı Kanun, md.5/3). Mahkeme heyeti ise bir başkan ve iki üyeden oluşur. 9.2.2011 tarih ve 6110 sayılı Kanun'un 13'üncü maddesiyle yapılan değişiklikle bu mahkeme toplu mahkeme olmaktan çıkarılarak tek hâkimli mahkemeye dönüştürülmesine karşın tarihi süreç ve uygulamada çıkan sorunlar dikkate alınarak 18.6.2014 tarih ve 6545 sayılı Kanun'un 45'inci maddesi değişikliği ile yeniden toplu mahkeme yapısına dönülmüştür. İş durumunun gerekli kıldığı yerlerde hukuk mahkemelerinin birden fazla dairesi oluşturulabilir. Bu daireler numaralandırılır. Özel kanunlarda başkaca hüküm bulunmadığı takdirde, ihtisaslaşmanın sağlanması amacıyla, gelen işlerin yoğunluğu ve niteliği dikkate alınarak, daireler arasındaki iş dağılımı Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından belirlenebilir. Bu kararlar Resmî Gazete'de yayımlanır. Daireler, tevzi edilen davalara bakmak zorundadır (5235 sayılı Kanun, md.5/5). Bir yerde asliye ticaret mahkemesi varsa, asliye hukuk mahkemesinin görevi içinde bulunan ve 4'üncü madde hükmünce ticari sayılan davalarla özel hükümler uyarınca ticaret mahkemesinde görülecek diğer işlere asliye ticaret mahkemesinde bakılır. Bir yerde ticaret davalarına bakan birden çok asliye ticaret mahkemesi varsa, iş durumunun gerekli kıldığı yerlerde Hâkimler ve Savcılar Kurulunca, asliye ticaret mahkemelerinden biri veya birkaçı münhasıran bu Kanundan ve diğer kanunlardan doğan deniz ticaretine ve deniz sigortalarına ilişkin hukuk davalarına bakmakla görevlendirilebilir. Asliye ticaret mahkemesi ile asliye hukuk mahkemesi ve diğer hukuk mahkemeleri arasındaki ilişki görev ilişkisi olup, bu durumda göreve ilişkin usul hükümleri uygulanır. Asliye ticaret mahkemesi bulunmayan yargı çevresindeki bir ticari davada görev kuralına dayanılmamış olması, görevsizlik kararı verilmesini gerektirmez; asliye hukuk mahkemesi, davaya devam eder" (6102 sayılı Kanun, md.5/2, 3, 4). (Öztürk (n 14) Ayrıntılı bilgi için bkz. Uğur Yiğit ve İlhami Öztürk, *Yargı Hukuku* (Adalet Yayınları, 2020) 198-201; Ekrem Buğra Ekinci, *Osmanlı Mahkemeleri (Tanzimat ve Sonrası)* (2. basım, Arı Sanat Yayınevi 2010); Uğur Yiğit ve İlhami Öztürk, *Yargı Örgütü*, (3. basım, Adalet Yayınları 2023) 147-148.

¹⁶ 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 24'üncü maddesi uyarınca kadastro mahkemeleri asliye mahkemesi sıfatını haizdir. 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 2'nci maddesi ile kurulan iş mahkemeleri, 6769 sayılı Sinai Mülkiyet Kanunu'nun 156'nci maddesi uyarınca kurulan fikri ve sinai haklar hukuk mahkemesi ve 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 2'nci mahkemesi ile kurulan aile mahkemeleri de anılan kanunlar uyarınca asliye mahkemesi derecesindedir.

ayrımı bugün yürürlükte olan kanunların tasnifine uygun düşmemektedir.

Harçlar Kanunu'nun 12'nci maddesi ile bu Kanuna ekli 1 sayılı Tarifede yer alan celse harcına ilişkin düzenlemelerin, 5235 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesi ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 5'inci maddesi hükümleri ışığında birlikte değerlendirilmesi neticesinde celse harcının hukuk mahkemelerinden (sulh hukuk ve ticaret mahkemeleri de dâhil olmak üzere asliye hukuk mahkemelerinden) alınacağı hususunda bir tartışma ve belirsizlik olmadığı görülmektedir.

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 4'üncü maddesi uyarınca hukuk mahkemeleri; "sulh hukuk" ve "asliye hukuk" mahkemeleri ile özel kanunlarla kurulan "diğer hukuk" mahkemeleridir.¹⁷ 2004 sayılı İcra İflas Kanunu ile kurulan icra hukuk mahkemeleri "sulh" ya da "asliye" mahkemesi niteliğinde olmayıp özel kanunla kurulan diğer hukuk mahkemesi niteliğindedir.¹⁸ Harçlar Kanunu eki 1 sayılı Tarifede ise celse harcının "sulh mahkemeleri" ile "asliye mahkemeleri" esas alınarak belirlenmiş olması nedeniyle icra hukuk mahkemelerinde celse harcı alınması hususu tartışmalıdır. Meselenin çözümü, Harçlar Kanunu eki 1 sayılı Tarife ile "sulh mahkemeleri" ile "asliye mahkemeleri" esas alınarak yapılan celse harcına ilişkin tutar ve oran belirlemesinin icra hukuk mahkemelerini ya da özel kanunla kurulan diğer hukuk mahkemelerini de içerecek şekilde yapılmasıdır. Bu noktada, celse harcının mükellefini düzenleyen Harçlar Kanunu'nun 12'nci maddesinde celse harcı alınacak mahkemeler arasında hukuk mahkemelerinin zikredilmiş olması ve icra hukuk mahkemelerinin de hukuk mahkemesi niteliğinin tartışmasız olması; asliye hukuk veya sulh hukuk mahkemesi niteliği açık olmayan bir mahkemede celse harcı alınmasına yeterli dayanak teşkil etmez. Zira Harçlar Kanunu eki 1 sayılı Tarife ile "sulh mahkemeleri" ile "asliye mahkemeleri" esas alınarak yapılan celse harcına ilişkin tutar ve oran belirlemesi bu iki mahkeme dışındaki mahkemelerde celse harcı alınmasında kıyas gerektirecektir. Oysaki vergilerin kanuniliği anayasal ilkesi ve hukuki güven ilkesi karşısında harç alınmasında kıyas mümkün değildir.

Harçlar Kanunu'nun 2'nci maddesinin birinci fıkrası uyarınca yargı işlemlerinden bu kanuna bağlı (1) sayılı tarifede yazılı olanları, yargı harçlarına tabidir. Buna göre, Harçlar Kanunu metninde ve 1 sayılı tarifede hukuk mahkemeleri dışında bölge adliye mahkemeleri¹⁹ ve Yargıtay'da²⁰ -hukuk yargılamasına müteallik- yapılacak duruşmaların taraflar veya vekilleri tarafından ertelenmelerine sebebiyet verilmesi durumunda celse harcı alınacağına ilişkin açık bir düzenleme yer almadığından bölge adliye mahkemeleri ve Yargıtay'da celse harcının alınamayacağını söylemek kanunilik ilkesine daha uygun olacaktır. Buradaki

¹⁷ Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, (6. basım, Demir 2001) 53-54.

¹⁸ İcra Mahkemesi (Sulh veya Asliye Hukuk Mahkemesi anlamında) bir hukuk mahkemesi olmayıp icra ve iflas işleri için kurulmuş özel bir mahkemedir (Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, E.2014/18693, K.2014/25464, 30.10.2014; Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 17.04.2014, E.2014/6960, K.2014/11395; Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, E.2003/6118, K.2003/7566, 26.05.2003)

¹⁹ 5235 sayılı Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 39/2, 40/4 ve 41/1 maddeleri uyarınca bölge adliye mahkemelerinin hukuk dairelerinde duruşma yapılmaktadır.

²⁰ 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 41/2-3, 60/3 ve 66'nci maddelerinden de anlaşılacağı üzere Yargıtay'da ilk derece mahkemesi ya da temyiz mercii olarak görülmekte olan davalarda duruşma yapılmaktadır.

kanunilik ilkesinden kastedilen hem Anayasanın 73'üncü maddesinde hem de 142'nci maddesindeki kanunilik ilkesidir. Daha açık bir ifade ile ilk derece mahkemesi olarak sulh hukuk ya da asliye hukuk mahkemesinde görülen bir davada celse harcı söz konusu olabileceği iken aynı uyuşmazlığın istinaf aşamasında bölge adliye mahkemesinde ya da temyiz aşamasında Yargıtay'da celse harcının alınabileceği ve alınacak harcın tutar ve oranı hususunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Harçlar Kanunu düzenlenirken Yargıtay'ın ilk derece mahkemesi sıfatıyla baktığı hukuk davaları da celse harcına konu edilmemiştir. Celse harcının getiriliş amacı dikkate alındığında ilk derece mahkemelerinde taraflar veya vekilleri tarafından ertelenmelerine sebebiyet verilen celseler için celse harcı alınıp bölge adliye mahkemeleri ve Yargıtay'da aynı şekilde ertelenen celseler için harç alınmamasının haklı ve makul bir gerekçesi bulunmamakta olup Harçlar Kanunu ile yapılacak bir düzenleme ile celse harcının bölge adliye mahkemeleri ve Yargıtay'daki taraflar veya vekilleri tarafından ertelenmelerine sebebiyet verilen celselere de teşmil ettirilmesi uygun olacaktır. Nitekim aşağıda belirtildiği üzere, idari yargıda celse harcı sadece idare mahkemelerinde değil bölge idare mahkemeleri ve Danıştay'da taraflar veya vekilleri tarafından ertelenmelerine sebebiyet verilen celselere de teşmil ettirilmiştir. İstinaf mahkemesi niteliğindeki bölge idare mahkemesinde celse harcı alınıp aynı nitelikteki bölge adliye mahkemesinde alınmamasını, benzer şekilde Anayasanın yüksek mahkemeler kısmında sayılan Danıştay'da alınıp Yargıtay'da alınmamasını haklı kılan bir gerekçe bulunmamaktadır. Tarafımızca, Harçlar Kanunu eki 1 sayılı Tarifede hukuk mahkemeleri dışında bölge adliye mahkemeleri ve Yargıtay'da hukuk dairelerinde yapılacak duruşmaların taraflar veya vekillerince ertelenmelerine sebebiyet verilmesi durumunda celse harcı alınmasına ilişkin açık bir düzenleme getirilmesi yönünde kanun değişikliği yapılması önerilmektedir.

3.2. İDARI YARGI MERCİLERİ

Celse harcının düzenlendiği Harçlar Kanunu'nun 12'nci maddesinde celse harcının alınacağı mahkemeler arasında "idare" ve "vergi" mahkemeleri sayılmamıştır. Ancak, yargı harçlarını düzenleyen Harçlar Kanunu eki 1 sayılı tarifenin "II – Celse harcı" başlıklı bölümünün 2'nci fıkrasında yer alan; taraflar veya vekilleri tarafından ertelenmelerine sebebiyet verilen celselerden "*idari yargı mercilerinde*" celse harcı alınacağı hükme ile Harçlar Kanunu'nun 5'inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan "*Bölge İdare Mahkemeleri ile Danıştay'da açılacak davalardan (1) sayılı tarife gereğince harç alınır.*" hükmünden hareketle Harçlar Kanunu'nun 12'nci maddesinde yer almasa da idari yargı mercilerinde celse harcı alınacağı sonucuna ulaşmak mümkündür.

Bu noktada idari yargı mercileri ibaresinin neyi kastettiğinin irdelenmesinde yarar vardır. İdari yargı mercileri ibaresi 2575 sayılı Danıştay Kanunu, 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında

Kanun²¹ ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu²² uyarınca idare mahkemelerini, vergi mahkemelerini, bölge idare mahkemelerini ve Danıştay'ı içermektedir. Bu durumda Harçlar Kanunu'nun 2'nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan yargı işlemlerinden bu kanuna bağlı (1) sayılı tarifede yazılı olanların yargı harçlarına tabi olduğu yönündeki hüküm ile Harçlar Kanunu eki 1 sayılı tarifenin "II – Celse harcı" başlıklı bölümünün 2'nci fıkrasında yer alan taraflar veya vekilleri tarafından ertelenmelerine sebebiyet verilen celselerden "idari yargı mercilerinde" celse harcı alınacağı hükmü birlikte dikkate alındığında idare mahkemeleri, bölge idare mahkemeleri (idari dava daireleri) ve Danıştay'da (idari dava daireleri) taraflar veya vekilleri tarafından ertelenmelerine sebebiyet verilen celselerden celse harcı alınacağı sonucuna ulaşmak mümkündür. Harçlar Kanunu'nun 12'nci maddesinde celse harcının alınacağı mahkemeler arasında idare mahkemelerinin sayılmamış olması, 1 sayılı Tarifedeki açık düzenleme karşısında tek başına celse harcının alınmasına engel teşkil etmez. Nitekim adalet müfettişleri tarafından yapılan denetimlere istinaden Adalet Bakanlığı Teftiş Kurulu Başkanlığınca düzenlenen tavsiyeler listesinde de bu yönde öneride bulunulmuştur.²³

Burada, idari yargı mercileri arasında sayılmakla birlikte; vergi mahkemesi, bölge idare mahkemesinin vergi dava daireleri ile Danıştay'ın vergi dava dairelerinin celse harcı bakımından ayrıca irdelenmesinde yarar vardır. Vergi yargısı harçlarını düzenleyen, Harçlar Kanunu eki 3 sayılı Tarifede celse harcı yer almamaktadır. Vergi mahkemelerinde duruşma yapılmasına kanunla imkân tanınmış olup uygulamada da vergi mahkemelerinde duruşma yapılmaktadır.²⁴ Vergi mahkemelerinde yapılan duruşmaların da talik edilmesi mümkündür.²⁵ Buna karşılık, Harçlar Kanunu'nun vergi yargısı harçlarını düzenleyen 52 ila 56'ncı maddeleri ile Harçlar Kanunu eki 3 sayılı Tarifede celse harcı düzenlenmemiştir.

Vergi yargısı harçlarının Harçlar Kanunu'nun üçüncü kısmında "Vergi Yargısı Harçları" başlığı altında (md.52-56) ve 3 sayılı tarifede başvuru, nispi, maktu ve suret harcı şeklinde, yargı harçlarından ayrı düzenlenmesi ve bunlar arasında celse harcının yer almamasının, kanun koyucunun bilinçli bir tercihten mi yoksa Harçlar Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihte idare mahkemelerinden ayrı vergi mahkemelerinin olmamasından ve bunların yerine görev yapan vergi itiraz komisyonlarının bulunmasından mi kaynaklandığı hususu tartışmaya açıktır. Kanunun yürürlüğe giren ilk halinde Kanunun üçüncü kısmı ve 3 sayılı Tarife

²¹ 2576 sayılı Kanun'un 1'nci maddesi uyarınca "bölge idare mahkemeleri", "idare mahkemeleri" ve "vergi mahkemeleri" bu Kanunla verilen görevleri yerine getirmek üzere kurulmuş genel görevli bağımsız mahkemelerdir.

²² 2577 sayılı Kanun'un 17'nci maddesinin birinci fıkrası uyarınca, "Danıştay" ile "idare ve vergi mahkemelerinde" açılan iptal ve kanunla belirlenen tutarı aşan tam yargı davaları ile tarh edilen vergi, resim ve harçlarla benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezaları toplamı kanunla belirlenen tutarı aşan vergi davalarında, taraflardan birinin isteği üzerine duruşma yapılır. Aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca temyiz ve istinaflarda duruşma yapılması tarafların istemine ve "Danıştay" veya ilgili "bölge idare mahkemesi" kararına bağlıdır.

²³ Duruşmanın davacı vekilinin mazereti nedeniyle ertelenmesine karar verildiği hâlde idare mahkemesince celse harcının alınmadığı anlaşılmıştır. 492 sayılı Kanun'un 12'nci maddesi ve anılan Kanun'a ekli (1) Sayılı Tarife'nin A/II-2 maddesi hükmü gereğince taraflar veya vekillerince ertelenmelerine sebebiyet verilen celselerden harç alınması gerektiğinin unutulmaması, (IX/12), (EK:7/8), (EK:8/9) Tavsiyeler Listesi, md. 12, s. 62/83 <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/301220211621idari-yargi-genel-tavsiyeleri-30122021pdf.pdf> Erişim Tarihi: 10 Kasım 2023.

²⁴ Bkz. Hüseyin Karakum ve İlhami Öztürk, 'Vergi Yargısında Duruşma-1' (2007) 481 Maliye ve Sigorta Yorumları Dergisi 167, 174.

²⁵ Vergi mahkemelerinde duruşmanın yapılışı ve ertelenmesi hakkında bkz. Karakum ve Öztürk (n 24) 166, 175.

“Vergi itiraz harçları” başlığı altında düzenlenmişti. Sonradan vergi mahkemelerin kurulmasına paralel olarak Harçlar Kanununda değişiklik yapılarak 3 Sayılı Tarife bugünkü halini almıştır. Dolayısıyla önceki halinde komisyona ödenen harç sonradan mahkemeye ödendiği için böyle bir düzenlemeye gidilmiştir. Doğal olarak tarifenin ilk hali düzenlenirken ortada bir vergi mahkemesi bulunmadığından celse harcına ilişkin bir hüküm de sevk edilmemiştir.

Vergi yargısı harçları, Türk Hukuk Sisteminde istisna teşkil eden bir düzenlemedir. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere harçları düzenleyen 492 sayılı Harçlar Kanunu’nun 1 sayılı tarifesi yargı harçlarını düzenlemişken; 3 sayılı tarifede vergi yargısı harçları ayrıca düzenlenmiştir. Bu durum, 492 sayılı Kanunda 1982 yılında gerçekleştirilen idari yargı reformundan sonra vergi itiraz ve temyiz komisyonları yerine kurulan vergi mahkemelerinden ötürü mevcut harç düzeninin yeni idari rejime uyumlaştırılması çabalarının bir sonucu olarak 2588 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerden sonra oluşmuştur. 1982 yılından önce yani vergilendirme ve/veya vergisel işlemleri henüz bağımsız bir mahkemede yargılama imkânı yokken mükellefler, söz konusu işlemlere karşı mali idarenin içinde yer alan vergi temyiz/itiraz komisyonlarına başvurabilmekteydi. Bu başvurular ve sonrasında yapılan işlemler için 492 sayılı Kanun’un ilk halinde 3 sayılı tarife olarak yer alan “vergi itiraz harçları” alınmaktaydı. Bu harçlar üç ana başlık altında düzenlenmişti. Bunlar vergi itiraz komisyonu, vergi temyiz komisyonu ve Danıştay’a yapılacak başvurularda ilk anda maktu olarak alınan başvurma harcı; başvurular üzerine alınan kararlara göre ve belirli bir orana dayalı olarak alınan nispi harçlar ile değeri bulunmayan tarhiyatlara karşı yapılan itirazlarda alınan maktu harçlardı. Daha sonra Danıştay’ın yanı sıra yerel idari mahkemelerin oluşturulması ve vergi temyiz/itiraz komisyonlarının kaldırılarak bu kurumların görevlerinin vergi mahkemelerine devredilmesinden sonra yapılan başvurular artık idari başvurudan çıkarılarak birer dava hüviyetine kavuşturulmuş; itiraz üzerine alınan harçlar da vergi yargısı harcına dönüştürülerek 3 sayılı tarife buna göre değiştirilmiştir. Bu değişiklik 2588 sayılı Kanunun 16’ncı maddesi ile 3 sayılı tarifenin yeniden düzenlenmesi şeklinde değil, başlık ve içerikte yer alan bazı kavramların yeniden adlandırılması şeklinde olmuştur. Söz konusu yasal değişiklikle birlikte, vergi itiraz harçları olduğu şekliyle vergi yargısı harçlarına dönüştürülmüş ve bu tarifeye bir de “suret harçları” eklenmiştir. Diğer bir ifadeyle vergi itiraz harçları olan başvurma harcı, nispi harç ve maktu harca bir de suret harçları eklenmiş ve tarife dört ana başlık altında düzenlenmiştir. Tarifenin içeriğinde de bu harçların hangi makama yapılacak başvuru ve bu makamların hangi işlemlerinde ne miktar ve nispette alınacağı oluşturulan yeni sisteme uygun olarak yeniden adlandırılmıştır. Bu doğrultuda 492 sayılı Harçlar Kanunu’nun vergi yargısının düzenlendiği üçüncü kısım birinci bölümünde yer alan 2588 sayılı Kanunun 5’inci maddesi ile değişik “mükellef” başlıklı 53’üncü maddesinde, vergi yargısı harçlarının, harca mevzu olan işlemlerden dolayı Vergi Mahkemeleri, Bölge İdare Mahkemeleri ve Danıştay’a başvuranlar tarafından ödeneceği ifade edilmiştir. Harca mevzu işlemler ise aynı Kanunun 52’nci maddesinde, “Vergi yargısı işlemlerinden bu Kanuna ekli 3 sayılı tarifede yazılı olanlar” şeklinde düzenlenmiştir.²⁶ Bu değişiklikler yapılırken, suret harcı vergi yargısı harçlarına eklenmesine rağmen “celse harcı” vergi yargısı harçları sistemine dâhil edilmemiştir.

²⁶ Osman Sariaşlan, ‘Vergi Yargılamasında Harç Sorunu’ (2016) 7 (27) TAAD, 499, 500.

Harçlar Kanunu'nun 52'nci maddesinde yer alan; “*Vergi yargısı işlemlerinden bu Kanuna ekli (3) sayılı tarifede yazılı olanlar, vergi yargısı harçlarına tabidir.*” hükmüne dayanılarak 3 sayılı tarifede vergi mahkemelerinde celse harcına ilişkin açık bir hüküm olmaksızın 1 sayılı tarifede yer alan vergi mahkemelerinde celse harcı alınacağına ilişkin bir hükmün geçerli olamayacağını söylemek güçtür. 1 sayılı tarifede vergi mahkemelerinde alınacak bir harç açıkça düzenlenmiş ise sadece Harçlar Kanunu'nun 52'nci maddesi hükmüne dayanılarak bu harcın vergi mahkemelerinde alınamayacağı söylenemez. Harçlar Kanunu eki 1 sayılı Tarifede yer alan idari yargı mercilerinde celse harcı alınacağı yönündeki hüküm vergi mahkemelerinin de idari yargı mercileri arasında yer alması nedeniyle vergi mahkemeleri daha genel bir ifade ile vergi yargısı için de bağlayıcıdır. Burada “idari yargı mercileri” ibaresi yerine “idare, vergi, bölge idare mahkemeleri ve Danıştay” ibaresinin kullanılması tercih edilmiş olsaydı vergi mahkemelerinde celse harcı alınması gerektiği görüşü biraz daha güçlü bir zemine kavuşabilecekti. Bunun yerine idari yargı mercileri denilmek suretiyle vergi yargısı dışındaki idari yargı mercilerinin kastedildiği, vergi mahkemelerinin celse harcına dâhil edilmediği yönünde bir görüşün de ileri sürülebilmesine kapı aralanmıştır.²⁷ Harçlar Kanunu'nun 5'inci maddesinde yer alan “*Bölge İdare Mahkemeleri ile Danıştay'da açılacak davalardan (1) sayılı tarife gereğince harç alınır. Ancak, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümler ile bunlara bağlı zam ve cezalarla ilgili olup Bölge İdare Mahkemeleri ve Danıştay'ın görevi içinde bulunan işlemler (3) sayılı tarifeye göre harca tabidir.*” şeklindeki hüküm de 1 sayılı Tarifede düzenlenen ancak 3 sayılı Tarifede yer almayan celse harcının vergi yargılamasında geçerli olmadığı yönündeki kanaati güçlendirecek mahiyettedir. Aksi yönde bir görüşle, kanun koyucunun Harçlar Kanunu'nun 52'nci maddesi hükmü ve eki 3 sayılı Tarife'ye rağmen vergi mahkemeleri de dâhil tüm idari yargı mercilerini celse harcına dâhil etme amacıyla böyle bir düzenlemeye gittiğini söylemek de mümkündür. Bu düşüncenin de kendine göre haklı temelleri vardır. Celse harcının tüm idari yargı mercilerinde teşmil edilmesi amacına yönelik bir düzenlemenin 1 sayılı tarifede yer almasının vergi yargısı bakımından kanun sistematığına aykırılık dışında hükmün geçerliliği açısından olumsuz bir etkisinden bahsetmeye imkân yoktur. Kanaatimizce 1 sayılı tarifede yer alan “idari yargı mercileri” ibaresine, vergi yargısını dışlayacak şekilde dar bir anlam yüklemeye hukuken imkân yoktur. Celse harcının getiriliş amacı da dikkate alındığında aynı usul kanununa tabi idare mahkemelerinde celse harcının uygulanmasına karşılık vergi mahkemesinde uygulanmamasını haklı kılacak muteber bir gerekçe de bulunmamaktadır. Ancak meselenin kalıcı çözümünün, celse harçlarının vergi mahkemelerinde de alınacağı hususunun uygulamada tereddüt ve duraksama yaratmayacak şekilde yapılacak bir kanun değişikliği ile Harçlar Kanunu'nda açıkça yer almasında olduğu düşünülmektedir.

²⁷ Vergi mahkemelerinde davacıdan keşif, celse veya yürütmenin durdurulması harcı istenildiği veya alınan harcın iadesi yönünde hüküm kurulmadığı görülmüştür. 492 sayılı Kanun'a ekli (3) Sayılı Tarife'de keşif, celse ve yürütmenin durdurulması harcına yer verilmediğinden vergi mahkemelerinde bu harçların alınmaması, alınmış olması hâlinde ise iade edilmesi hususunda gerekli hassasiyetin gösterilmesi, (IX/8), (EK:7/8), (EK:8/9) < <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/301220211621idari-yargi-genel-tavsiyeleri-30122021pdf.pdf> > Erişim Tarihi: 10 Kasım 2023.

3.3. CEZA MAHKEMELERİ

Celse harcı, Harçlar Kanunu'nun "Ceza mahkemelerinde şahsi hukuka ait hakların hüküm altına alınması halinde de, celse harçları hariç olmak üzere (1) sayılı tarifeye göre harç alınır." hükmü uyarınca ceza mahkemelerinde şahsi hukuka ait hakların hüküm altına alındığı davalar için söz konusu değildir. Ceza davalarının harç mevzuu dışına çıkarılmış olduğu ceza yargılamasında şahsi hukuka ait davalar için de celse harcı istisnası getirilmiş olması nedeniyle, ceza yargılamasının tamamının celse harcından bağışık tutulduğunu söylemek mümkündür.²⁸

Harçlar Kanunu gerekçesinde ceza davalarından alınacak harçların bütün olarak harç mevzuu dışına çıkarıldığı belirtilmiştir. Harçlar Kanunu gerekçesinin umumi kısmında yer alan; "Ceza dâvalarından alınacak harçlar (şahsi haklarla ilgili dâvalar hariç) ile avukatlık işlerine mütaallik harçlar bütün olarak harç mevzuu dışına çıkarılmıştır.²⁹ Gerçekten ceza dâvalarının bir harç mevzuu ve sebebi yapılması harçların dayandığı prensip³⁰ ile bağdaştırılmamış, Devletin âmme menfaatine kullandığı ceza, tedip ve ıslah hakkının suçlulara yönelen bir harç mükellefiyeti meydana getiremeyeceği neticesine varılmıştır. Diğer taraftan ceza dâvası harçlarının gerçek bir fiskal değeri de bulunmamaktadır. Maliye idaresini fuzuli olarak işgal etmekte, küçük miktarlardan terekküb etmesine karşılık binlerce mükellefe taallük etmektedir. Bunlardan harcın takip ve tahsili güç, verimsiz ve çok düşük nisbetlidir. Bütün bu sebepler ile ceza dâvalarından alınacak harçların mevzu dışına çıkarılmasının uygun olacağı düşünülmüştür." şeklindeki açıklamadan da anlaşılacağı üzere "ceza davaları" harca konu değildir. Bunlara ek olarak Harçlar Kanunu gerekçesinde geçici ikinci maddeye ilişkin olarak yer alan; "Geçici 2 nci maddeyle, ceza dâvaları sebebiyle 5887 sayılı Harçlar Kanunu gereğince tahakkuk

²⁸ "Hemen ilâve etmek gerekir ki celse harçları münhasıran hukuk davaları ile ilgili mahkeme celseleri için geçerli olup ceza mahkemelerinde görülen ve şahsi hukuka ait hakların hüküm altına alınması sebebiyle cereyan edecek celseler için harç alınması bahis konusu olmamaktadır." (492 sayılı Harçlar Kanunu gerekçesi).

²⁹ "Ceza işlerinde mahkûmiyet derecesine göre tespit edilen nispetlere göre ilâm harcının alınması hakkındaki lâyihadaki esaslar muvafık görülmüştür. İlamsız ceza takiplerinde tahsil harcının bir kısmının peşin alınması encümenca münakaşa olunmuş ve bunun dava açılırken alınan peşin harçlar için düşünülen sebeplerle ekseriyetle kabulüne karar verilmiştir." (TBMM Adliye ve Bütçe encümenlerinden mürekkep muhtelit encümen 2 -VI -1934 tarih, Karar No: 1 Esas No: 1/358, 1054) 2503 sayılı Adliye Harç Tarifesi Kanunu'na ilişkin karma encümen mazbatasında yer alan ifadelerden de anlaşılacağı üzere ceza yargılamasının harca tabi kılındığı dönemler olmuştur. Vergilerin kanuniliği ilkesi kapsamında mevzu ceza yargılaması da olsa kanun koyucunun harç koymasında anayasal bir engel bulunmamaktadır.

³⁰ Yukarıda da belirtildiği üzere teoride harcı doğuran olay; ferdin bir kamu müessesesinden faydalanması, ferde kamu eliyle özel bir menfaat sağlanması ya da kamu idaresinin ferdin bir işiyle uğraşması şeklinde cereyan eden bir kamu hizmetidir. Bu esaslara göre harç, fertlerin, özel menfaatlerine ilişkin olarak, kamu müesseseleri ve hizmetlerinden faydalanmaları karşılığında yaptıkları ödemelerdir. Bu tarife nazaran, harç mükellefiyeti, yine teoride "masrafi karşılama" ve "faydalanma" prensiplerine dayandırılmaktadır. Oysaki ceza yargılaması ile şüpheli ya da sanığa yargı harcı yükletilmesi; tapu veya noter harcında olduğu gibi bir yararlanma ya da harcı doğuran olayın harç mükellefi tarafından talep edilmesi gibi bir duruma dayanmamakta, Harçlar Kanunu'nun 11'inci maddesinde yer alan, genel olarak yargı harçlarını davayı açan veya harca mevzu olan işlemin yapılmasını isteyen kişiler ödemekle mükelleftir şeklindeki mükellef tanımına da uymamaktadır.

etmiş³¹ olan fakat henüz tahsil edilmemiş bulunan harçların, bu tasarının kanunlaşmasından sonra terkin olunacağı nizamlanmıştır. Gerçekten bu tasarı ile ceza dâvaları harç mevzuu dışına çıkarıldığından tasarının kanunlaşması halinde, bu dâvalar sebebiyle tahakkuk edip de henüz tahsil edilmemiş harçların terkinin zaruretidir. Geçici madde bu sebebe müsteniden sevk edilmiş bulunmaktadır.” açıklaması da 492 sayılı Harçlar Kanunu’nun yürürlüğe girmesiyle artık ceza davalarının harca mevzu olmaktan çıkarıldığını bir kez daha ortaya koymaktadır.

Harçlar Kanunu’nun 2’nci maddesinin birinci fıkrasında “Yargı işlemlerinden bu kanuna bağlı (1) sayılı tarifede yazılı olanları, yargı harçlarına tabidir.” denilmiş, ikinci fıkrasında “Ceza mahkemelerinde şahsi hukuka ait hakların hüküm altına alınması halinde de, celse harçları hariç olmak üzere (1) sayılı tarifeye göre harç alınır.” hükmüne yer verilmiştir. Kanun gerekçesinin bölümlere ilişkin kısmında yer alan; “umumi kısımda açıklandığı üzere ceza mahkemelerinde görülen davalar sebebiyle, bundan böyle harç alınmayacaktır. Ancak ceza mahkemelerinde şahsi hukuka ait hakların da hüküm altına alınması halinde, bunlar hukuk mahkemelerinde görülen davalardan mahiyet itibarıyla farklı bulunmadıklarından mükellefiyette eşitlik sağlamak maksadıyla, bu nev’i davalardan da celse harcı hariç olmak üzere (1) sayılı tarife gereğince harç alınacağı 1. maddenin 2. fıkrasıyla hükme bağlanmıştır.” açıklamasından da ceza mahkemelerinde görülen ceza davalarının harç mevzuu dışında bırakıldığı, buna karşılık ceza mahkemelerinde görülen şahsi hukuka ait hakların hüküm altına alınmasına ilişkin davaların -celse harcı hariç- (1) sayılı tarife gereğince harca tabi tutulacağı sonucuna ulaşmak mümkündür.

Daha açık bir ifade ile ceza mahkemelerinde görülmekte olan tüm davalar değil “ceza davaları” yargı harcının mevzuu dışında tutulmuştur. Ancak yargı harcı mevzuu dışında tutulmayan ceza mahkemelerinde görülen şahsi hukuka ait hakların hüküm altına alınmasına ilişkin davalar³² da celse harcına tabi kılınmadığından bütün olarak ceza mahkemelerinde görülmekte olan tüm davalar -ceza davaları ve şahsi hukuka ait hakların hüküm altına alınmasına ilişkin davalar- celse harcına konu edilmemiştir.

3.4. ANAYASA MAHKEMESİ

Harçlar Kanunu metninde ve Kanuna ekli tarifede Anayasa Mahkemesinde celse harcı alınacağı yönünde bir hüküm yer almamaktadır. Kanun koyucu Anayasa Mahkemesine

³¹ 5887 sayılı Harçlar Kanunu’nun “Ceza davalarında alınacak harçlar” başlıklı Dördüncü Bölümünde (md.12-25) düzenlenen hükümler ile ceza davaları da harç mevzuuna dâhil edilmiş idi. Benzer şekilde 5887 sayılı Harçlar Kanunu’ndan önce yürürlükte olan 2503 sayılı Adliye Harç Tarifesi Kanunu’nun “Ceza davalarında alınacak harçlar” başlıklı İkinci Bap (md.47-67) ceza yargılamasına ilişkin harçları içermektedir.

³² Ceza mahkemelerinde hükme bağlanan “şahsi hak davası”, “kanun dışı yakalama ve tutuklama nedeniyle tazminat davası”, “koruma tedbirleri nedeniyle tazminat davası”, “hâkimler ve cumhuriyet savcılarının suç soruşturması veya kovuşturması sırasında, koruma tedbirleri dışında verdikleri tüm kararlar veya yaptıkları işlemler ile kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk hâlleri nedeniyle tazminat davası”, “infaz edilen mahkûmiyet kararının sonradan yargılamanın yenilenmesi sonucu kaldırılması nedeniyle tazminat davası” ve “internet ortamında yapılan yayınlar yoluyla kişilik haklarının ihlal edilmesi nedeniyle tazminat davası” şeklinde, mahiyetleri itibarıyla ceza davası niteliği taşımayan tazminat davaları ise şahsi hukuka ait hakların hüküm altına alınması kapsamında harca tabi olması gerekmektedir. Ceza mahkemelerinde görülmekte olan davalar ve bunların harca tabi olup olmadığı hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. İlhami Öztürk ve Arif Emre Sümer, ‘Ceza Mahkemelerinde Görülen Davaların Yargı Harcı Karşısındaki Durumu’ (2020) 1(2) İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 283, 318.

yapılan bireysel başvurular için başvuru harcı alınması hususunu kanun düzenlemesi ile açıklığa kavuşturmuş iken celse harcına ilişkin bir düzenleme yapılmamış olmasını Anayasa Mahkemesinde celse harcı alınmaması yönündeki iradesine dayandırmak mümkündür. Nitekim 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un "Harç istisnası" başlıklı 64'üncü maddesinde "Mahkemeye yapılacak bireysel başvurular dışındaki başvurular, alınacak kararlar ve bunlarla ilgili yapılacak işlemler harca tabi değildir." denilmek suretiyle bireysel başvurular dışındaki işlemlerin harca tabi tutulmadığı ifade edilmiştir. Kanun koyucu, celse harcı da dâhil olmak üzere bireysel başvurularda alınan başvurma harcı dışında bir yargı harcının Anayasa Mahkemesinde alınmaması yönünde bir irade ortaya koymuştur.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun uyarınca; bireysel başvuruların incelenmesinde³³ ve Yüce Divan sıfatıyla çalışırken³⁴ duruşma yapılması; iptal davaları ve itiraz başvurularında³⁵ ve siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin davalarda³⁶ sözlü açıklamaların³⁷ dinlenmesi mümkündür.

Başvuru harcına ilişkin olarak tarifede yapılan özel düzenleme ile Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvurular da harca tabi kılınmış olup Anayasa Mahkemesinde de celse harcı alınabilmesi ancak açık bir kanun düzenlemesi gerektirmektedir.

4. CELSE HARCININ TARİFESİ

Celse harcı, Harçlar Kanunu eki 1 sayılı tarife uyarınca taraflar veya vekiller tarafından ertelenmelerine sebebiyet verilen celselerden sulh mahkemelerinde konusu belli bir değerle ilgili davalarda 240,50-TL'den aşağı olmamak üzere dava konusu miktardan (Binde 2,27), belli değeri bulunmayan davalarda 240,50-TL; asliye mahkemelerinde ve idari yargı merci-

³³ 6216 sayılı Kanun'un 46/4 maddesi uyarınca Mahkeme, bireysel başvuruların incelemesini dosya üzerinden yapmakla birlikte, gerekli görürse duruşma yapılmasına da karar verebilir.

³⁴ 6216 sayılı Kanun'un 57'nci maddesi uyarınca Genel Kurul, Yüce Divan sıfatıyla çalışırken yürürlükteki kanunlara göre duruşma yapar ve hüküm verir. Yüce Divanda sorgusu yapılmış olan sanığın, sonraki oturumlara gelmemesi ve Yüce Divan tarafından da duruşmada hazır bulunmasına gerek görülmemesi hâllerinde, duruşmadan vâreste tutulma talebi olmasa dahi yokluğunda duruşmaya devam edilerek kamu davası sonuçlandırılabilir. Müdafî her zaman duruşmada hazır bulunabilir. Duruşma sırasında Başkanın uygun göreceği teknik araçlarla kayıt yapılır. Bu kayda dayanılarak düzenlenen duruşma tutanaklarının her sayfası Başkan ile tutanağı düzenleyenler tarafından imzalanır. Yüce Divanda savcılık görevini, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı veya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcivekili yapar. Yargıtay Cumhuriyet savcılarının görevlendirilenler de Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı veya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcivekiliyle birlikte duruşmaya katılabilir.

³⁵ 6216 sayılı Kanun'un 43/1 maddesi uyarınca iptal davaları ve itiraz başvurularında dosya üzerinden inceleme yapılır. Mahkeme ayrıca gerekli gördüğü hâllerde, sözlü açıklamalarda bulunmak üzere ilgilileri ve konu hakkında bilgisi olanları çağırabilir.

³⁶ 6216 sayılı Kanun'un 52/4 maddesi uyarınca Genel Kurul, gerekli gördüğü hâllerde sözlü açıklamalarını dinlemek için ilgilileri ve konu hakkında bilgisi olanları çağırabilir.

³⁷ 6216 sayılı Kanun'un 63'üncü maddesinde yer alan; "Başkan, Yüce Divan, siyasi parti kapatma davaları ve sözlü açıklamalarda duruşmanın gerekli kıldığı durumlarda, Devlet kurum ve kuruluşlarına ait araç, gereç, stenograf ve teknik personelden yararlanmak için istemde bulunabilir." hükmünden sözlü açıklamaların da duruşma ortamında yapıldığının/duruşma niteliği taşıdığı kabul edildiği sonucuna varmak mümkündür.

lerinde 427,60-TL'den az olmamak³⁸ üzere (Binde 2,27) nispetinde alınır.³⁹

492 sayılı Harçlar Kanunu'nun ilk yayımlandığı halinde ve bu kanundan önceki kanunlarda (2503 ve 5587 sayılı) celse harcı maktu olarak belirlenmiş iken 2345 sayılı Kanunla 1 sayılı tarifede yapılan değişiklikle maktu ve nispi olmak üzere karma hale dönüştürülmüştür.⁴⁰

5. CELSE HARCININ ÖDENMESİ

Harçlar Kanunu'nun 12'nci maddesi uyarınca hukuk ve ticaret mahkemelerinde celse harcı, muhakeme tarafların talep ve muvafakatleri üzerine talik edilmiş ise taraflardan ve evvelce yapılması mümkün olan bir işlemin yapılmamış olmasından dolayı talik edilmişse talike sebebiyet veren taraftan alınır. Her iki halde talike vekiller sebebiyet vermişse celse harcı vekillere yüklenir. Vekil veya taraflara yüklenilen celse harcı müteakip iki celsede ödenmezse bir misli fazlasıyla alınır. Ödenmediği takdirde harcın bu miktar üzerinden tahsili için Maliyeye tezkere yazılmasına karar verilir.

Bu hükümden de anlaşılacağı üzere celse harcının kesin bir ödeme zamanı bulunmamak-

³⁸ 30/12/2023 tarihli ve 32415 (2. Mükerrer) sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Hazine ve Maliye Bakanlığının (Gelir İdaresi Başkanlığı) 94 Seri Numaralı Harçlar Kanunu Genel Tebliği ile 1/1/2024 tarihinden itibaren uygulanacak maktu harç miktarları.

³⁹ 2503 sayılı Adliye Harç Tarifesi Kanunu'nun 14'üncü maddesinde yer alan; "*Muhakeme, tarafların talep ve muvafakatleri üzerine talik edilmişse taraflardan ve evvelce yapılması mümkün olan bir keyfiyeti yapmamış olmasından dolayı talika sebebiyet veren taraftan üç yüz liraya kadar olan (üç yüz dâhil) hukuk davalarında yüz ve fazlasından üç yüz kuruş celse harcı alınır. Kıymet tayini mümkün olmayan davalarda celse harcının miktarı yukarıdaki fıkrada yazılı hadler dairesinde mahkeme tarafından takdir olunur.*" şeklindeki hükümlerle celse harcı maktu olarak belirlenmiş olmakla birlikte uyumsuzluğun tutarına bağlı olarak iki ayrı tutar öngörülmüştür. Kıymet tayini mümkün olmayan davalarda ise celse harcı tutarını tayin etme kanunda belirlenen hadler dairesinde mahkemenin takdirine bırakılmıştır. Bu hükmün, anayasal ve evrensel bir ilke olan kanunilik ilkesine uygunluğu, ilkenin bugün için taşıdığı anlam ve önem göz önünde bulundurulduğunda irdelenmeye değer bir konudur.

⁴⁰ "*II- Celse Harçları bölümünde; sulh mahkemelerinde, asliye mahkemelerinde ve idari yargı mercilerinde konusu belli bir değerle ilgili olsun veya olmasın bugüne kadar maktu olarak alınmakta olan celse harçları, bundan sonra sulh mahkemelerinde; konusu belli bir değerle ilgili davalarda, dava konusu miktarlardan (250 liradan az olmamak üzere) binde 1, belli bir değer bulunmayan davalarda 250 lira maktu, asliye mahkemeleri ile idari yargı mercilerinde ise (500 liradan az olmamak üzere) binde 1 olarak alınacaktır.*" 8 Seri No'lu Harçlar Kanunu Genel Tebliği, RG:21.02.1981/17258.

tadır.⁴¹ Vekil veya taraflara yüklenilen celse harcı müteakip iki celsede ödenmezse bir misli fazlasıyla alınır. Bu durumda aynı tutarda ödemek için müteakip iki celse sonuna kadar bir ödeme zamanının varlığından bahsetmek mümkündür. Müteakip iki celse geçtikten sonra ödeme mümkün olmakla birlikte bir misli fazlası ile ödeme gerekecektir. İki celse geçtikten sonra bir misli fazlası ile ödenmeyen celse harcı için harcın bu miktar üzerinden tahsili için Maliyeye tezkere yazılmasına karar verilecektir.

Celse harcının ödenmemesi nedeniyle müteakip işlemlerin yapılmaması söz konusu değildir. Yargılama devam etmekte, ödenmeyen harç yargılama sürecini kesintiye uğratmamakta, sadece tahsilat için tahsil dairesi devreye girmektedir. Harcın tahsili artık mahkemenin değil Maliye İdaresinin görevi haline gelmektedir.

492 sayılı Harçlar Kanunu gerekçesinde “*Celse harçlarına taallük eden ve yukarda mahiyeti belirtilen bu harç nev'inin tatbikatının zor olması, celse harcının ödenmedikçe muhakemeye devam olunmaması adliyede işleri olan vatandaşları çok sıkması bu usulün kaldırılmasını ve daha kolay ve basit bir usulün kabul edilmesi neticesini intaç etmiştir.*” açıklamasından da anlaşılacağı üzere Harçlar Kanunu'nun 32'nci maddesi ile benimsenen “*Yargı işlemlerinden alınacak harçlar ödenmedikçe müteakip işlemler yapılmaz.*” şeklindeki genel prensip⁴² celse harçları için terk edilmiştir. Bu özelliğiyle celse harcı, kötü niyetli tarafların davayı gereksiz yere uzatmalarını engellemeyi amaçlamaktadır.⁴³

Harcın tahsilatı mahkemenin görevi olmaktan çıkarılmış, yargının hızlanması amacı taşıyan celse harcının ödenmemesi ya da geç ödenmesinin yargılamanın durmasına yol açma-

⁴¹ Harçlar Kanunu'nun “*Süresinde Ödenmeyen Harçlar*” başlıklı 37'nci maddesi “*Bu kanunda ödeme zamanı gösterilen harçlardan süresinde ödenmeyenleri, ilgili mahkeme ve daireler tarafından sürenin sonundan itibaren on beş gün içinde bir yazı ile o yerin vergi dairesine bildirilir ve harçlar vergi dairesince tahsil olunur.*” hükmünü amirdir. Anılan Kanun'un “*Kısımlar Arası Müşterek Hükümler*” başlıklı onuncu kısmında yer alan “*Zamanında ödenmeyen harçlar*” başlığını taşıyan 130'uncu maddesinde de “*Bu kanunda ödenmeleri için belli bir süre tesbit edilmiş olan harçlar süresi içinde ödenmemiş ise ilgili makam ve daireler tarafından sürenin sonundan itibaren 15 gün içinde bir müzekkere ile o yerin ilgili vergi dairesine bildirilir*” yönünde benzer mahiyette hüküm yer almıştır. Her iki madde hükmünün birlikte tetkikinden, Harçlar Kanunu ile “*ödeme zamanı gösterilen*” bir başka ifade ile “*ödenmeleri için belli bir süre tespit edilmiş*” yargı harçlarının bulunduğu anlaşılmaktadır. Söz konusu madde hükmünün mefhumu muhalifinden Harçlar Kanunu ile ödeme zamanı tespit edilmemiş ya da en azından kesin olarak tespit edilmemiş harçların da mevcut olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim Harçlar Kanunu'nun 27/2 maddesinde “*Mahiyetleri icabı için sonunda hesap edilip alınması gerekenler, harç alacağıının doğması tarihinden itibaren 15 gün içinde ödenir.*» ile 129'uncu maddesinde yer alan “*Kendi kısımlarında ödeme zamanı tespit edilmemiş olup da mahiyetleri icabı için sonunda alınması gereken harçlar; harç alacağıının doğması tarihinden itibaren 15 gün içinde ödenir*» hükümlerinden de ödeme zamanı kesin olarak tespit edilmemiş harçların mevcudiyeti anlaşılmaktadır. Kesin bir ödeme zamanının varlığı; gecikme zammı uygulaması, zamanaşımı süresinin başlangıcının tespiti ve cebri takibe başlama gibi hususlarda önem taşır.

⁴² Harçlar Kanunu'nun 30'uncu maddesinde yer alan “*Muhakeme sırasında tesbit olunan değer, dava dilekçesinde bildirilen değerden fazla olduğu anlaşılırsa, yalnız o celse için muhakemeye devam olunur, takip eden celseye kadar noksan değer üzerinden peşin karar ve ilam harcı tamamlanmadıkça davaya devam olunmaz.*” hükmü ile 127'nci maddesinde “*Bu kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, harçların tamamı peşin olarak ödenmeden harca mevzu olan işlem yapılmaz.*” hükümleri de harç ödenmeden harca konu hizmetin ifa edilmeyeceği yönündeki temel prensibi ortaya koymaktadır. Harçlar Kanunda bu prensibi yansıtan hükümler yargı harçları ile de sınırlı değildir. Bkz. md. 107, 116. Celse harcı ödenmese de muhakemenin devam yönündeki hüküm 127'nci maddedeki ifade ile “*aksine hüküm*” niteliğindedir.

⁴³ Leyla Akyol Aslan, ‘Anayasa Mahkemesinin 14.01.2010 Tarihli Kararı Çerçevesinde Yargı Harçlarına İlişkin Bazı Sorunlar ve Güncel Gelişmeler’ (2011) 1(1) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 32, 42.

ması sağlanarak kendi içinde tutarlı bir mahkeme harcı sistemi ihdasına çalışılmıştır.

6. CELSE HARCININ MÜKELLEFİ

Celse harcının mükellefi, yargı harçları için hatta genel olarak tüm harçlar için benimse- nen mükellef sisteminden farklılık arz etmektedir. Şöyle ki Kanun'un mevcut halinde celse harcının mükellefi, taraf ya da vekil, ertelemeye sebebiyet verendir. Bu hüküm ile yargı harcının davacı tarafından ödeneceği, daha açık bir ifade ile yargı harcının mükellefinin davacı olduğu genel kuralına istisna getirilmiş, yargı harçlarının bir türü olan celse harcının mükellefi olarak davacı dışında davalı veya vekilin belirlenebilmesi mümkün kılınmıştır.

Mükellef, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 8'inci maddesinde; vergi kanunlarına göre kendisine vergi borcu terettüp eden gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanmıştır.⁴⁴ Anayasa'nın 73'üncü maddesinde⁴⁵ dayanak bulan vergilerin kanuniliği ilkesi gereğince, mükellefin kanunla belirlenmesi⁴⁶ gerekir.

Harçlar Kanunu'nun "Mükellef" başlıklı 11'inci maddesinde, "Genel olarak yargı harçlarını davayı açan veya harca mevzu olan işlemin yapılmasını isteyen kişiler ödemekle mükelleftir. Vasinin hesabının görülmesi dolayısıyla alınacak harçlar, vesayet altındaki şahsa izafeten vasiden alınır. Herhangi bir istek olmaksızın resen yapılacak işlemlere ait harçlar, aksine hüküm yoksa lehine işlem yapılan kişilerden alınır." hükmü ile yargı harçlarının mükellefi belli edilmiştir. Buna göre yargı harcının mükellefi davayı açan kişi yani davacı veya harca mevzu işlemin

⁴⁴ Vergi kanunlarıyla kabul edilen haller müstesna olmak üzere, mükellefiyete veya vergi sorumluluğuna müteallik özel mukaveleler vergi dairelerini bağlamaz (Vergi Usul Kanunu, md.8). Burada, aslında kanuni mükellefin tarifi yapılmaktadır. Selahattin Tuncer, *Vergi Hukuku ve Uygulaması* (Yaklaşım 2003) 128. Vergi mükellefi olabilmek için herhangi bir vergi kanununa göre vergi mükellefi olarak sayılmak yeterli görülmüştür. Verginin mükellefi, verginin asli unsurlarındandır. Bu nedenle, vergi kanunları, vergi mükellefini açık bir şekilde belirler. Vergi yükümlülüğü, idari bir işlemle ihdas edilemez. Vergi borcu kanundan doğar ve vergi borcunun miktarı, ne zaman doğduğu, mükellefin kim olduğu kanunda belirtilir. Bir kişinin vergi mükellefi olabilmesi için iki şartın varlığını aramak gerekecektir. Bunlardan biri vergiyi doğuran olayın ilgilinin kişiliğinde gerçekleşmesi, diğeri ilgilinin vergiyi kendi mal varlığından ödeyecek olmasıdır.

⁴⁵ Vergi, resim harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır.

⁴⁶ Vergilendirme yetkisinin sınırı, aynı zamanda kişilerin hak ve özgürlüklerinin de sınırını oluşturduğundan, bu yetkinin keyfilğe kaçacak biçimde kullanılmasının önlenmesi, hukuk devleti olmanın gerekleri arasında öncelikli bir yere sahip bulunmaktadır. Vergilendirme alanında olası keyfi uygulamalara karşı düşünülen ilk önlem kuşkusuz yasallık ilkesidir. Anayasa koyucunun, her çeşit mali yükümlerin yasayla konulması, değiştirilmesi ve kaldırılmasını buyururken, keyfi, takdiri ve sınırsız ölçülere dayalı uygulamaları önleyecek ilkelerin yasada yer alması amacını güttüğünde kuşku yoktur. Yasa koyucunun, yalnızca konusunu belli ederek bir mali yükümlün ilgililere yükletilmesine izin vermesi, bunun, yasayla konulmuş sayılması ve Anayasa'ya uygunluğunun kabulü için yeterli değildir. Mali yükümlerin, konusu, yükümlüleri, matrah ve oranları, muaflik istisna ve indirimleri, mahsup ve iadesi, yükümü doğuran olay, tarh ve tahakkuku, tahsil usulleri, yaptırımları, zamanaşımı gibi çeşitli yönleri vardır. Bu bakımdan yükümlüklerin, belli başlı unsurları da açıklanarak ve temel hukuki çerçeveleri kesin çizgilerle belirtilerek yasayla düzenlenmeleri, vergi unsurlarının açık bir şekilde yasada yer alması ve uygulayanların anlayışına ve yorumuna bırakılmaması zorunludur (Anayasa Mahkemesi, E.2010/11, K.2011/153, 17/11/2011). Bir mali yükümlün matrahının, nispetinin ve bir de bununla kimlerin yükümlü tutulacaklarının kanunda gösterilmesi gerekir (Anayasa Mahkemesi, E.1965/25, K.1965/57, 26/10/1965). Malî yükümlerin, mükellefleri matrah ve oranları, tarh ve tahakkuku, tahsil usulleri, müeyyideleri, zamanaşımı gibi çeşitli yönleri vardır. Bunlar, kişilerin sosyal ve iktisadî durumlarını ve hatta temel haklarını etkileyecek uygulamalara yol açabilirler. Bu bakımdan kanunla düzenlenmeleri zorunludur (Anayasa Mahkemesi, E.1967/54, K.1968/12, 18/04/1968).

yapılmasını talep eden kişidir.

Kanunla, yargı harcının mükellefinin davacı olarak belirlenmiş olması, harçların oluşturduğu mali yükümlülüğü, teoride “ *faydalanma*” ilkesine dayandıran görüşle de uyumludur. Nitekim Harçlar Kanunu’nun 40’inci maddesinde; noter harçlarını harca mevzu olan işlemin yapılmasını isteyen kişilerin ödemekle mükellef oldukları, 73’üncü maddesinde; konsolosluk harçlarını, harca mevzu olan işlemin yapılmasını isteyen kişilerin ödemekle mükellef oldukları, 84’üncü maddesinde; pasaport, ikamet tezkeresi ve tasdik harçlarını, harca mevzu olan işlemin yapılmasını isteyen kişilerin ödemekle mükellef oldukları, 120’nci maddesinde; trafik harçlarını, harca mevzu olan işlemin yapılmasını isteyen kişilerin ödemekle mükellef oldukları hüküm altına alınmıştır. Bu itibarla, yargı harcının mükellefinin davayı açan veya harca mevzu olan işlemin yapılmasını isteyen kişi olarak belirlenmesi Harçlar Kanunu’nun genel sistematığı ile uyumludur.

Dava neticesinde, davacının haklı taraf olarak saptanmış olması kanunla belirlenmiş olan yargı harcı mükellefi olma vasfını ortadan kaldırmamaktadır. Yargı harçlarının yargılama gideri adı altında davada haksız bulunan tarafa yükletilmesi de yargı harcının kanuni mükellefini değiştirmemektedir.

Celse harcı, yargı harcının mükellefinin davacı olduğu yönündeki kurala bir istisna teşkil eder. Harçlar Kanunu’nun 11’inci maddesi uyarınca yargı harcının mükellefi⁴⁷ tartışmasız olarak davayı açan kişidir ve yargı harcının bu kişi tarafından mükellef sıfatıyla ödenmesi gerekir.

Harç kavramından⁴⁸ hareketle, yargı harçlarının, mükellefi tarafından özel menfaatlerine ilişkin olarak talep edilen, bir kamu hizmeti olan ve doğrudan kendisine sunulan adalet hizmetinden yararlanma karşılığı ödendiği sonucuna ulaşmak mümkündür. Oysaki diğer yargı harçlarından farklı olarak, celse harcı için; mükellefi tarafından talep edilen, doğrudan

⁴⁷ 2577 sayılı *İdari Yargılama Usulü Kanunu*’nun 6’ncı maddesinin 1’inci fıkrasında; ilgili yerlere verilen dava dilekçelerinin harç ve posta *ücreti* alındıktan sonra derhal deftere kayıtlarının yapılacağı ve davanın bu kaydın yapıldığı tarihte açılmış sayılacağı, 2’nci fıkrasında; *davacılar*a kayıt tarih ve sayısını gösteren imzalı ve mühürlü, pulsuz bir alındı kağıdı verileceği, 3’üncü fıkrasında; idare ve vergi mahkemesi bulunmayan yerlerde asliye hukuk hakimliklerine veya yabancı memleketlerde Türk konsolosluklarına verilen dilekçelerin en geç *üç* gün içinde Danıştay veya ait olduğu mahkeme başkanlığına taahhütlü olarak gönderileceği, bu yerlerde harç pulları bulunmadığı takdirde bunlara karşılık alınan paraların miktarı ve alındı kağıdının tarih ve sayısının dilekçelere yazılacağı, 4’üncü fıkrasında; herhangi bir sebeple harcı veya posta *ücreti* verilmeden veya eksik harç veya posta *ücreti* ile dava açılmış olması halinde durumun ilgiliye tebliğ olunacağı, tebligata rağmen gereği yerine getirilmediği takdirde bildirim aynı *şekilde* bir daha tekrarlanacağı, harç ve posta *ücreti* süresi içinde verilmez veya tamamlanmaz ise davanın açılmamış sayılmasına karar verileceği ve *davacıya* tebliğ olunacağı hükmü yer almaktadır. Görüldüğü üzere; idari yargıda, davanın bulunduğu aşamaya göre farklı süreçler *öngörülmiş* olmakla birlikte, yargı harçlarının *ödenmesindeki* bir eksiklik nihai anlamda davanın açılmamış sayılması gibi *önemli* ve ağır bir sonucu doğurabilmektedir. Ayrıca harcın *ödenmediği* tarih büyük *önem* taşımaktadır. Bu madde uyarınca yapılan işlemlerde harcın *ödenmesi*, eksik harcın tamamlanması ve tebligat hususunda muhatap alınan kişinin *davacı* olarak belirlenmiş olması da yargı harcının mükellefinin *davacı* olduğu yönündeki Harçlar Kanunu hükümlerine paralellik göstermektedir. Benzer *şekilde*, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 120’nci maddesinde yer alan; “davacının yargılama harçları ile her yıl Adalet Bakanlığı’na *çıkartılacak* gider avansı tarifesinde belirlenecek olan tutarı dava açarken mahkeme veznesine yatırmak zorunda olduğu” hükmü de kural olarak yargı harcının mükellefinin *davacı* olduğuna işaret etmektedir.

⁴⁸ Öztürk (n 14) 144-150.

mükellefine sağlanan ya da mükellefinin yararlandığı bir hizmetten bahsetmek güçtür.

Mahkeme harçlarına ilişkin genel kural, davayı açan, adalet hizmetinden yararlanmayı talep eden kişinin harcın mükellefi olması ve bu harcı ödemesidir. Davada haksız çıkarsa ödemiş olduğu bu harcın nihai yüklenici haline dönüşür. Dava neticesinde karşı taraf (davalı) haksız çıkarsa bu sefer davacı, mükellef sıfatıyla ödediği harcı, yargılama gideri olarak geri alır, yüklenmez. Ancak, bu harcı diğer yargılama giderleri ile birlikte geri alması kanunla belirlenen mükellef sıfatını değiştirmez.

Davanın açıldığı aşamada, davada hangi tarafın haklı çıkacağı belli değildir. Bu nedenle davanın açıldığı aşamada hatta dava açılmadan kanunla harç mükellefi olarak davayı açan davacının belirlenmiş olması doğaldır. Davanın, sonuçlanması bir başka ifade ile haklı tarafın belirlenmesi sonrasında da davacı haklı çıkmasına rağmen peşin ödemiş olduğu dörtte bir oranındaki nispi karar ve ilam harcından kalan dörtte üç oranındaki nispi karar ve ilam harcını da “mükellef” sıfatıyla yatıracaktır. Davacı, haklı çıkan taraf olup olmadığı henüz belli değilken dörtte birlik peşin nispi karar ve ilam harcını mahkeme veznesine “mükellef” sıfatıyla ödediği gibi haklı çıkan taraf olduğu belli olduktan sonra ödeyeceği/ödediği kalan dörtte üç oranındaki harcı da yine “mükellef” sıfatıyla öder.⁴⁹ Kanunla belirlenmiş olan harç mükellefi davanın sonucuna daha açık bir ifade ile haklı çıkan tarafa göre değişmez. Burada haklı çıkan tarafa bağlı olarak değişecek olan şey yargılama giderlerini nihai olarak kimin yükleneyeceğidir, harç mükellefi değildir. Zira kanunilik ilkesi bağlamında harç mükellefi kanunla belirlenmiştir.

Diğer taraftan, 492 sayılı Harçlar Kanunu tasarısı ile celse harcı mükellefinin; harcı ödeyen kişiden bağımsız olarak *haksız çıkan taraf* olduğu belirlenmiş, bu husus kanun gerekçesinde “*Celse harcının, mükellefi yürürlükteki (5587 sayılı) kanununun,⁵⁰ aksine ertelemeye ister taraflar ister vekiller sebebiyet versin, ileride haksız çıkan taraf olacaktır.*” şeklinde ifade edilmiş

⁴⁹ Harç, idarece yapılan bir hizmetten yararlananlardan bu hizmet dolayısıyla alınan para, diğer bir deyimle verginin özel ve ayrık bir türüdür. Bu nedenle diğer harçlarda olduğu gibi, yargı harçlarında da kural; harcın, davayı açan veya harca mevzu olan işlemin yapılmasını isteyen kişi tarafından ödenmesidir. Ancak yargı yoluna başvurmak, başvuran kişiye bir harç yükümlülüğü yüklediği gibi, başvuranın haklı çıkması halinde bu yükümlülük yer değiştirmekte ve davada haksız çıkan tarafa yükletilmektedir. Bu nedenle nisbi harca tabi davalarda, yargılama sonunda ödenecek harç miktarıyla birlikte, harcın gerçek sorumlusu da mahkeme kararıyla belirlenmektedir (Anayasa Mahkemesi, E.2009/27, K.2010/9, 14/01/2010). “İstikrar bulmuş Yargıtay ve Danıştay içtihatlarına göre yargılama sonucunda kısmen dahi olsa tazminata hükmedilmesi durumunda, karar ve ilam harcının tamamından davalı sorumlu olup karar ve ilam harcı yönünden haklılık oranına göre bir paylaşım yapılmamakta, ister nispi olsun ister maktu olarak hesaplınsın harcın tamamının davalı tarafından ödenmesine karar verilmekte, önceden davacı tarafından peşin olarak yatırılan tutarın da davalıdan alınarak davacıya verilmesine hükmedilmektedir. Bu durumda davalı aleyhine hükmedilen karar ve ilam harcının davacı tarafından yapılmış bir yargılama gideri olarak kabulü mümkün değildir. Bu, devletin harçlandırma yetkisi kapsamında, sunduğu yargı hizmeti karşılığında davalıdan aldığı bir katkı payıdır.” (Anayasa Mahkemesi, E.2016/195, K.2017/158, 16/11/2017). Her iki karardan da görüleceği üzere harcın kanunla belirlenen mükellefi, davanın haklı çıkan tarafı kim olursa olsun, değişmemektedir. Haklı çıkan tarafa göre, sadece harcın nihai yüklenicisi/ödeyicisi değişmektedir.

⁵⁰ 5887 sayılı Harçlar Kanunu (md.11) “Hukuk ve ticaret mahkemelerinde celse harcı, muhakeme tarafların talep ve muvafakatleri üzerine talik edilmiş ise, taraflardan ve evvelce yapılması mümkün olan bir keyfiyetin yapılmış olmasından dolayı talik edilmişse, talika sebebiyet veren taraftan alınır. Her iki halde talika vekiller sebebiyet vermişse celse harcı vekillere tahmil olunur.” hükmü ile celse harcının mükellefi olarak taraf ya da vekilleri belirlenmiştir.

idi. Ancak, tasarının kanunlaşması sırasında -kanun gerekçesinde ifade edildiği üzere- diğer tarafın sebebiyet verdiği erteleme dolayısıyla alınacak celse harcının ilerde haksız çıkan tarafa tahmili muhik görülmediğinden 5887 sayılı Harçlar Kanunu'nun bu konu ile ilgili 11 ve 35'nci maddeleri birleştirilmek suretiyle madde bugün yürürlükte olduğu şekliyle yeniden tedvin olunmuştur.⁵¹ Tasarıda yer alan "*Celse harcının mükellefi ertelemeye ister taraflar ister vekiller sebebiyet versin, ilerde haksız çıkan kişilerdir.*" şeklindeki metin kanunlaşmamıştır. Böylece celse harcı mükellefinin davada haksız çıkan taraf olması fikrinden vazgeçilmiştir. Harçlar Kanunu'nun bugün yürürlükte olan şekliyle celse harcı, talike sebebiyet veren taraftan alınması ve nihai olarak da talike sebebiyet veren tarafın üzerinde kalması sistemi benimsenmiştir. Talike vekiller sebebiyet vermişse celse harcı vekillere yüklenir.

7. CELSE HARCININ HUKUKİ NİTELİĞİ VE HARCIN NİHAİ YÜKLENİCİSİ

Bir davanın açılmasından sonuçlanmasına kadar ödenen paraların tümüne yargılama giderleri denir.⁵² Kanun koyucu yargılama giderlerine özel önem yüklemiş ve yargılama giderlerine ilişkin ayrıntılı düzenlemeler getirmiştir.⁵³ Yargılama giderleri; başvurma, karar, delil tespiti ve yürütmenin durdurulması, temyiz ve itiraz harçları, posta giderleri; resmi dairelerden istenilen belgenin asıl ve suretlerinin tasdik harçları; keşif giderleri; bilirkişi

⁵¹ Celse harçlarında mükellef başlığı altında Kanun'un 12'nci maddesinde yer alan hüküm 5887 sayılı Kanun'un 11 ve 35'inci maddelerine mütenazır olup tatbikatta herhangi bir değişikliği intaç etmeyeceğinden bu konuda izahat verilmesine lüzum görülmemektedir. (1 Seri No'lu Harçlar Kanunu Genel Tebliği).

⁵² Şeref Gözübüyük ve Güven Dinçer, *İdari Yargılama Usulü* (Turhan 1996) 528; Zekeriya Yılmaz, *Hukuk Davalarında Yargılama Harç ve Giderleri ile Vekalet Ücreti* (Seçkin 2010) 17-18.

⁵³ HMK'nın 73'üncü maddesinin birinci fıkrasında yer alan, "*Davaya vekâlet, kanunda özel yetki verilmesini gerektiren hususlar saklı kalmak üzere, hüküm kesinleşinceye kadar, vekilin davanın takibi için gereken bütün işlemleri yapmasına, hükmün yerine getirilmesine, yargılama giderlerinin tahsili ile buna ilişkin makbuz vermesine ve bu işlemlerin tamamının kendisine karşı da yapılabilmesine ilişkin yetkiyi kapsar.*" hükmü ile davaya vekâletin yargılama giderlerinin tahsili konusunda özel bir belirtme olmasa da vekilin yargılama giderlerini tahsil edebilmesine imkân tanınmış, ikinci fıkrasında yer alan bu yetkiyi kısıtlamaya yönelik bütün sınırlandırıcı işlemler, karşı taraf yönünden geçersizdir hükmü ile de yargılama giderlerini tahsil konusunda sınırlandırma işlemlerinin geçersiz kılınması daha açık bir ifade ile tahsilinin engellenmemesi yasal güvenceye kavuşturulmuştur. HMK'nın 86'ncı maddesi ile 84'üncü maddesinde belirtilmiş olan Türkiye'de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşının dava açması; davacı yanında davaya müdahil olarak katılması veya takip yapması; davacının daha önceden iflasına karar verilmiş, hakkında konkordato veya uzlaşma suretiyle yeniden yapılandırma işlemlerinin başlatılmış bulunması; borç ödemedi aciz belgesinin varlığı gibi sebeplerle ödeme güclüğü içinde bulunduğu belgelenmesi; davanın görülmesi sırasında teminatı gerektiren durum ve koşulların ortaya çıkması hâllerinde mahkeme kendiliğinden *yargılama giderlerini* karşılayacak uygun bir teminat gösterilmesine karar verilmesini zorunlu kılmış, 88'inci maddesinde hâkim tarafından belirlenen kesin süre içinde teminat gösterilmezse, davanın usulden reddedileceğini; müdahale talebinde bulunan kişi, kesin süre içinde istenen teminatı vermezse, müdahale talebinden vazgeçmiş sayılmasına karar verileceğini, 89'uncu maddesinde de teminat gösterilmesini gerektiren sebep ortadan kalktığı takdirde, ilgilinin talebi üzerine mahkeme, teminatın iadesine karar vereceğini hükme bağlamıştır. Mezkûr Kanun'un 124'üncü maddesinde taraf değişikliği ve davanın tarafı olmaktan çıkarılan ve aleyhine dava açılmasına sebebiyet vermeyen kişi lehine yargılama giderlerine hükmedilmesi; 125'inci maddesinde dava konusunun üçüncü bir kişiye devredilmesi durumunda dava konusunu devreden ve devralanın yargılama giderlerinden müteselsilen sorumlulukları; 178'inci maddesinde ıslah sebebiyle geçersiz hâle gelen işlemler için yapılan yargılama giderlerini karşılamak üzere teminat; 183'üncü maddesinde yazı veya hesap hatasını düzeltmesi sonucu yargılamanın uzaması durumunda yargılama giderlerinin belirlenmesinde bu durumun dikkate alınacağı hususları kurala bağlanmıştır.

ücret ve giderleri; duruşmaya katılanların buldukları günlere ait seyahat ve ikamet giderleri; duruşma erteleme harcı; davanın önemine göre yasa gereği takdir olunacak vekâlet ücretlerini kapsar.⁵⁴

Yargılama giderlerine ilişkin bu genel tanım kapsamına “celse harcı”nın da dahil olduğunu söylemek mümkündür. Yani bir davanın açılmasından hükme bağlanmasına kadar geçen sürede duruşmanın ertelenmesi sebebiyle ödenen celse harcı da gerçek mahiyeti itibarıyla bir yargılama gideridir.

HMK’nın “Yargılama giderlerinin kapsamı” başlıklı 323’üncü maddesi uyarınca yargılama giderleri şunlardır:

- a. Başvurma, karar ve ilam harçları.
- b. Dava nedeniyle yapılan tebliğ ve posta giderleri.
- c. Dosya ve sair evrak giderleri.
- d. Geçici hukuki koruma tedbirleri ve protesto, ihbar, ihtarname ve vekâletname düzenlenmesine ilişkin giderler.
- e. Keşif giderleri.
- f. Tanık ile bilirkişiye ödenen ücret ve giderler.
- g. Resmî dairelerden alınan belgeler için ödenen harç, vergi, ücret ve sair giderler.
- h. Vekil ile takip edilmeyen davalarda tarafların hazır buldukları günlere ait gündelik, seyahat ve konaklama giderlerine karşılık hâkimin takdir edeceği miktar; vekili bulunduğu hâlde mahkemece bizzat dinlenmek, isticvap olunmak veya yemin etmek üzere çağrılan taraf için takdir edilecek gündelik, yol ve konaklama giderleri.
- i. Vekille takip edilen davalarda kanun gereğince takdir olunacak vekâlet ücreti.
- j. Yargılama sırasında yapılan diğer giderler.

Buna göre başvurma, karar ve ilam harçları yargılama giderleri arasında açıkça sayılan harçlardır. Celse harcı bunlar arasında yer almaz. Ancak, anılan Kanun’un şu anda yürürlükte olan metninde yer almamakla birlikte daha önce mevcut olan ve kanun değişikliği ile metinden çıkarılan “celse” harcı ibaresinin; meselenin bütüncül bir bakış açısıyla ortaya konulabilmesi bakımından analiz edilmesinde yarar görüyoruz.

HMK’nın “Yargılama Giderlerinin kapsamı” başlıklı 323’üncü maddesinin 1’inci fıkrasının (a) bendinde “celse” ve “karar ve ilam harçları” yargılama giderleri arasında sayılırken başvurma harcına bu madde ile sayılan yargılama giderleri arasında yer verilmemiş idi. Umar bu durumu, “*Herhalde söz konusu harç, pek düşük tutarda olması nedeniyle bu bentte anılmaya değer sayılmamıştır.*” gerekçesi ile açıklamıştır.⁵⁵ Ancak, Harçlar Kanunu’nun ekinde yer alan (1) sayılı tarife ile başvurma harcının maktu karar ve ilam harcı ile aynı tutarda belirlenmiş olması, her davada alınması söz konusu olmayan celse harcının

⁵⁴ Turgut Candan, *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu* (13. basım Yetkin 2023) 431-465.

⁵⁵ Bilge Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi* (2. basım, Yetkin 2014) 943.

maktu olarak alınmasını gerektiren davalar için belirlenen tutarın başvurma harcı tutarından daha düşük olarak belirlenmiş olması karşısında, başvurma harçlarının yargılama gideri olarak kanunda yer almamasını bu gerekçe ile izah etmek güçtür. Uygulamada adli ve idari yargı kararlarında yargılama giderlerine ilişkin hesaplamalarda mahiyeti itibarıyla yargılama gideri olduğu tartışmasız olan “başvurma harcı”nın dikkate alındığı ve ayrı bir kalem olarak belirtildiği bilinmektedir.

22.07.2020 tarihli ve 7251 sayılı Kanun’un 32’nci maddesiyle, 323’üncü maddesinin 1’inci fıkrasının (a) bendinde yer alan “Celse” ibaresi “Başvurma” şeklinde değiştirilmiştir. Böylece Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun “Yargılama Giderlerinin Kapsamı” başlıklı 323’üncü maddesinin 1’inci fıkrasının (a) bendinde yargılama giderleri arasında “başvurma harcı”na yer verilmiş, bununla birlikte “celse harcı” bir yargılama gideri olmaktan çıkarılmıştır.

7251 sayılı Kanun’un 32’nci maddesi gerekçesinde “...birinci fıkranın (a) bendinde yer alan celse harcı kaldırılmakta ve bunun yerine başvurma harcı eklenmektedir. Düzenlemeyle, başvurma harcının yargılama gideri olduğu açıklığa kavuşturulmakta ve uygulamada oluşan tereddütlerin giderilmesi amaçlanmaktadır.” açıklamasına yer verilmek suretiyle başvurma harcının yargılama giderleri arasında sayılması suretiyle konuya ilişkin uygulamadaki tereddütlerin giderilmesinin amaçlandığı ifade edilmiştir. Kanun değişikliği ile başvurma harcına yargılama giderleri arasında yer verilmesinin gerekçesi tutarlı bir şekilde belirtilmiş olmakla birlikte yargılama giderleri arasında yer alan celse harcının yargılama giderleri arasından çıkartılmasının nedenine hiç değinilmemiştir. Kanaatimizce bu durum Harçlar Kanunu sistematigi içerisinde celse harcı mükellefinin davada haksız çıkan taraf değil duruşmanın talikine sebep olan taraf ya da taraf vekili olması ile izah edilebilir. Kanun gerekçesinde açıkça belirtilmese de Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun yürürlüğe girdiği 04.02.2011 tarihinden celse harcının yargılama giderleri kapsamına dâhil olmaktan çıkarıldığı 22.07.2020⁵⁶ tarihine kadar olan yaklaşık on yıllık dönem boyunca Harçlar Kanunu’nun 12’nci maddesine ve kanun gerekçesine aykırı olarak celse harcı yargılama gideri olarak davada haksız çıkan tarafa yargılama gideri olarak yükletilmiştir. Oysaki yukarıda zikredildiği üzere celse harcının mükellefi davada haksız çıkan taraf değil duruşmanın ertelenmesine sebep olana taraf veya taraf vekilidir.

Celse harcının yargılama giderleri arasından çıkarılmasına yönelik, yapılan kanun değişikliğinin gerekçesinde bu hususun açıklanamamış olmasını, on yıllık bir süreçte sistemin bütününe uyumsuz bir şekilde celse harcının yargılama gideri olarak davada haksız çıkan tarafa yükletilmesine sebebiyet verilmesinden kaynaklanan mahcubiyet ile izah edilebilir.

HMK’da yapılan değişiklik ile celse harcının yargılama gideri adı altında davada haksız çıkan tarafa yükletilmemesi, Harçlar Kanunu ile celse harcının mükellefi olarak belirlenen talike sebebiyet veren taraf veya taraf vekilinin aynı zamanda harcın nihai yüklenicisi olması Harçlar Kanunu sistematigi ile daha uyumludur.

HMK’nın 326’ncı maddesi uyarınca, kanunda yazılı hâller dışında, yargılama giderleri-

⁵⁶ 22/7/2020 tarihli ve 7251 sayılı Kanun’un yürürlük tarihi.

nin, aleyhine hüküm verilen taraftan alınmasına karar verilir. Davada iki taraftan her biri kısmen haklı çıkarsa, mahkeme, yargılama giderlerini tarafların haklılık oranına göre paylaşır. Aleyhine hüküm verilenler birden fazla ise mahkeme yargılama giderlerini, bunlar arasında paylaşırabileceği gibi, müteselsilen sorumlu tutulmalarına da karar verebilir. Bu hüküm uyarınca yargılama giderlerinin aleyhine hüküm verilen taraftan alınması gerekir. Örneğin davanın açılması sırasında davacı sıfatıyla ödenen başvuru harcının mükellefi davacı olmakla birlikte mahkeme kararı ile bu harç davada haksız çıkan davalı tarafa yükletildiğinde, ödemiş olduğu başvurma harcı davalıdan alınarak davacıya ödenir. Böylece yargılama gideri niteliğindeki başvurma harcı aleyhine hüküm verilen taraftan alınmış olur. Ancak kanunla belirlenen haller ile “yargılama giderlerinin aleyhine hüküm verilen taraftan alınması” kuralına istisna⁵⁷ getirilmesi mümkündür. Celse harcının da kanunla getirilen bu istisnalar arasında olduğunu söylemek mümkündür. Harçlar Kanunu uyarınca celse harcının mükellefi sıfatı ile bu harcı ödeyen talike sebebiyet veren taraf davada haklı çıkan taraf olsa da ödemiş olduğu bu celse harcını HKM’nin 323’üncü maddesinin yürürlükteki hükmü uyarınca davada haksız çıkan taraftan alamamaktadır. Bu düzenleme, HMK’nin “Dürüstlük kuralına aykırılık sebebiyle yargılama giderlerinden sorumluluk” başlıklı 327’nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan, “Gereksiz yere davanın uzamasına veya gider yapılmasına sebebiyet vermiş olan taraf, davada lehine karar verilmiş olsa bile, karar ve ilam harcı dışında kalan yargılama giderlerinin tamamını veya bir kısmını ödemeye mahkûm edilebilir.” hükmü ile de uyumludur.

Nitekim, celse harcının mükellefi yani duruşmanın talikine sebebiyet veren taraf ya da taraf vekili davanın gereksiz uzamasına sebebiyet vermektedir. Dava da haklı çıkan taraf olması bu gerçeği değiştirmemektedir.

8. SONUÇ

Yargılamanın gecikmesine sebebiyet veren taraf veya taraf vekillerinden alınan celse harcı yargılama sürecinin uzamasını ve hakkın kötüye kullanılmasını engelleme amacıyla ihdas edilen bir mali yükümdür.

Celse harcının mükellefi, ertelemeye sebebiyet veren taraf veya taraf vekili olup celse harcını ödeyen mükellef davada haklı görülen taraf olsa da ödemiş olduğu celse harcı yargılama gideri adı altında da kendisine ödenmemektedir. Davanın lehine ya da aleyhine sonuçlanması bu durumu değiştirmemektedir. Kanun ile belirlenmiş olan celse harcının mükellefinin idari ya da yargısal bir tasarrufla veya sözleşmeyle değiştirilmesi mümkün değildir. Celse harcının mükellefi ödemiş olduğu bu harcın aynı zamanda nihai yüklenicisi niteliğine bürünmektedir.

⁵⁷ HMK’nin 35’inci maddesinde “Çekinme kararına karşı üst mahkemeye başvurulabilir. Yasaklama sebebinin doğduğu tarihten itibaren, o hâkimin huzuru ile yapılan bütün işlemler, üst mahkemenin kararı ile iptal olunabilir. Hüküm ve kararlar ise herbâlde iptal olunur. Bu durumda, hâkim yargılama giderlerine mahkûm edilebilir.” düzenlemesi yer almaktadır. Bu hüküm uyarınca hâkimin yargılama giderlerine mahkûm edilmesi de yargılama giderlerinin davada haksız çıkan tarafa yükletilmesi kuralına istisna teşkil etmektedir. HMK’nin 312’nci maddesi uyarınca feragat veya kabul beyanında bulunan taraf, davada aleyhine hüküm verilmiş gibi yargılama giderlerini ödemeye mahkûm edilir. Feragat ve kabul beyanında bulunan tarafın yargılama giderlerini ödemeye mahkûm edilmesi de yargılama giderlerinin davada haksız çıkan tarafa yükletilmesi kuralının bir başka istisnasını teşkil eder.

Celse harcının mükellefi olarak talike sebebiyet veren taraf ya da vekilinin belirlenmiş olması, yargılama sürecinin gereksiz uzamasının engellenmesi şeklindeki celse harcının getiriliş gayesiyle uyumludur. Celse harcını mükellef sıfatı ile ödeyen kişi, bu harcın nihai yüklenicisi durumunda olup dava sonucunda haklı çıkan taraf ya da haksız çıkan taraf olması bu durumu değiştirmemektedir. Diğer yargı harçlarından farklı olarak davacı ve davalı her iki tarafın mutabakatıyla da talike sebebiyet verilebileceği hususu gözetilerek celse harcının mükellefinin bu şekilde belirlenmiş olması ve yargılama gideri olarak davada haksız çıkan tarafa yükletilmemesi yargı faaliyetinin doğasına uygun doğru bir yöntemdir.

Harçlar Kanunu eki 1 sayılı Tarifede celse harcına ilişkin tutar ve oranların “sulh mahkemeleri” ile “asliye mahkemeleri” esas alınarak belirlenmiş olması, “sulh hukuk” ya da “asliye hukuk” mahkemesi niteliği taşımayan icra hukuk mahkemeleri gibi özel kanunlarla kurulan “diğer hukuk mahkemeleri” kapsamına giren mahkemelerde celse harcı alınması hususunda tereddüt ve belirsizlik yaratmaktadır. Harçlar Kanunu’nun 12’nci maddesinde hukuk mahkemelerinde celse harcı alınacağı belirtilmiş olması, hukuk mahkemesi niteliğini haiz olmakla birlikte sulh hukuk ya da asliye hukuk mahkemesi niteliği taşımayan mahkemelerde celse harcı alınmasına yeterli dayanak teşkil etmediği gibi alınacak celse harcının oran ve tutarını da tespite imkân sağlamamaktadır. Bu itibarla, Harçlar Kanunu eki 1 sayılı Tarife ile “sulh mahkemeleri” ile “asliye mahkemeleri” esas alınarak yapılan celse harcına ilişkin tutar ve oran belirlemesinin icra hukuk mahkemelerini ya da özel kanunla kurulan diğer hukuk mahkemelerini de içerecek şekilde yapılması gerekmektedir. Benzer şekilde vergi mahkemelerinde celse harcı alınıp alınmayacağı hususunda kanunilik, hukuku güven ve belirlilik ilkelerine uygun olarak, uygulamada karşılaşılan tereddüt ve duraksamaları önleyecek ve uygulama birliği sağlayacak şekilde yasal bir düzenleme yapılarak meselenin çözüme kavuşturulması hukuk devleti olmanın bir gereğidir. Ayrıca, bölge adliye mahkemeleri ile Yargıtay’da da celse harcı alınması isteniyor ise bu konuda da bir kanun düzenlemesi yapılarak bölge idare mahkemeleri ve Danıştay ile koştut bir sistemin benimsenmesinde isabet olduğu düşünülmektedir.

KAYNAKÇA

- Akyol Aslan L, ‘Anayasa Mahkemesinin 14.01.2010 Tarihli Kararı Çerçevesinde Yargı Harçlarına İlişkin Bazı Sorunlar ve Güncel Gelişmeler’ (2011) 1(1) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 32
- Candan T, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu (13. basım, Yetkin 2023)
- Ekinci EB, Osmanlı Mahkemeleri (Tanzimat ve Sonrası) (2. basım, Arı Sanat Yayınevi 2010)
- Gözübüyük Ş ve Dinçer G, İdari Yargılama Usulü (Turhan 1996)
- Karakum H ve Öztürk İ, ‘Vergi Yargısında Duruşma-1’ (2007) 481 Maliye ve Sigorta Yorumları Dergisi 167
- Kuru B, Hukuk Muhakemeleri Usulü, (6. basım, Demir 2001)
- Lugatım (2023) <http://lugatim.com/s/CELSE> Erişim Tarihi: 10 Kasım 2023
- Osman Sariaslan, ‘Vergi Yargılamasında Harç Sorunu’ (2016) 7 (27) TAAD, 499
- Öztürk İ ve Sümer EA, ‘Ceza Mahkemelerinde Görülen Davaların Yargı Harcı Karşısındaki Durumu’ (2020) 1(2) İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 283
- Öztürk İ, Mahkeme Harçları (2. basım Oniki Levha, 2023)
- Pekcanitez H, Özkes M, Akkan M ve Taş Korkmaz H, Pekcanitez Usül: Medeni Usul Hukuku”, (15. basım,

On İki Levha 2017)

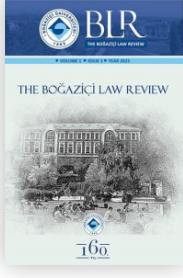
Tuncer S, Vergi Hukuku ve Uygulaması (Yaklaşım 2003)

Umar B, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi (2. basım, Yetkin 2014)

Yılmaz Z, Hukuk Davalarında Yargılama Harç ve Giderleri ile Vekalet Ücreti (Seçkin 2010)

Yiğit U ve Öztürk İ, Yargı Hukuku (Adalet 2020)

Yiğit U ve Öztürk İ, Yargı Örgütü (3. basım, Adalet 2023)



The Boğaziçi Law Review

ISSN: 3023-4611

Journal homepage: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/blr>

Copyright Authorship in the Age of AI: Creativity Can Be Coded

Yapay Zeka Çağında Yazarlık Kavramı: Yaratıcılık Kodlanabilir


Abdulkaki Türkmenoğlu


To cite this article: Abdulkaki Türkmenoğlu, 'Copyright Authorship in the Age of AI: Creativity Can Be Coded' (2023) 1(2) The Boğaziçi Law Review 232.


Submission Date: 15 January 2024

Acceptance Date: 6 February 2024

Article Type: Research Article

 © 2023 Abdulkaki Türkmenoğlu. Published with license by Boğaziçi University Publishing


 Published online: February 2024

 Submit your article to this journal 

Full Terms & Conditions of access and use can be found at
<https://dergipark.org.tr/tr/pub/blr>

COPYRIGHT AUTHORSHIP IN THE AGE OF AI: CREATIVITY CAN BE CODED

YAPAY ZEKA ÇAĞINDA YAZARLIK KAVRAMI: YARATICILIK KODLANABİLİR

Abdülbaki Türkmenoğlu 

Dr., Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı, Öğretim Görevlisi.

ABSTRACT

Throughout recent history, the development and advancement of machines has constantly challenged the concept of intellectual property and its foundational principles. The mass production of works of authorship through machines led to the emergence of copyright law as a means of protecting the rights of creators. As technology continues to evolve, the development of new forms of machine, such as artificially intelligent systems, has sparked discussions of the concept of authorship in copyright law. Can these advanced machines be deemed creative and produce original works? If so, who should be recognised as the author of these outputs – the creator of the program, the user or the machine itself? With the realisation that artificial intelligence systems, which have flourished in recent years, can produce unique works that are indistinguishable from those created by humans, these questions highlight the need for a careful reconsideration of the fundamental concepts of authorship like creativity and originality in copyright law. In this regard, this article primarily aims to explore the concept of creativity in copyright laws and discuss the arguments against AI creativity. By delving into various theories and approaches to creativity in the fields of psychology, philosophy and neuroscience; it argues that creativity can be coded, and artificial intelligence systems can be creative.

Keywords: Copyright, Intellectual Property, Artificial Intelligence, Creativity, Authorship

ÖZET

Yakın tarihte, makinelerin gelişimi ve ilerlemesi sürekli olarak fikri mülkiyet kavramına ve onun temel ilkelerine meydan okumuştur. Yazarların eserlerinin makineler aracılığıyla kitlesel üretimi, yaratıcıların haklarını korumak amacıyla telif hakkı kanunlarının ortaya çıkmasına yol açmıştır. Teknoloji geliştikçe, yapay zekâ sistemleri gibi yeni makine türlerinin gelişimi, telif hakkı kanununda yazarlık kavramının yeniden tartışılmasını tetiklemiştir. Bu ileri düzey makineler yaratıcı olarak kabul edilebilir ve özgün eserler üretebilirler mi? Eğer öyleyse, bu çıktıların yazarı kim kabul edilmelidir: yapay zekâ yazılımının yaratıcısı mı, onun son kullanıcısı mı yoksa yapay zekânın kendisi mi? Özellikle son yıllarda gelişen yapay zekâ sistemlerinin, insanlar tarafından yaratılanlardan ayırt edilemeyecek derecede özgün eserler üretebildiğinin anlaşılması, telif hakkı hukukunda yaratıcılık ve özgünlük gibi temel kavramların dikkatlice yeniden değerlendirilmesini gerektirmektedir. Bu bağlamda, bu makale öncelikle telif hakkı kanunlarında yaratıcılık kavramını incelemeyi ve yapay zekâ sistemlerinin yaratıcılığına karşı sunulan argümanları tartışmayı amaçlamaktadır. Psikoloji, felsefe ve sinirbilimi alanlarında bazı yaratıcılık teorilerini ve yaklaşımlarını derinlemesine inceledikten sonra; yaratıcılığın kodlanabileceğini ve yapay zekâ sistemlerinin yaratıcı olabileceğini savunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Telif Hakları, Fikri ve Sınai Haklar, Yapay Zeka, Yaratıcılık, Yazarlık

1. INTRODUCTION

Creativity has long been seen as something that makes humans different from other animals and machines.¹ It is often linked to artistic expression, new ideas, and finding solutions to problems, and it is thought to be important for culture and technological growth.² But as artificial intelligence and computer systems get ever more intelligent, there has been more and more discussion about whether creativity can be coded and whether AI systems are deemed creative.³

On the one hand, some contend that incomparable human characteristics prevent machines from duplicating or simulating creativity. They contend that sophisticated cognitive processes associated with creativity, such as inspiration, emotional expression, and intuition, are outside the capabilities of present AI technology. In addition, they note that creativity frequently involves taking risks, making errors, and breaking the norms, which may not be possible or desirable for an AI system programmed to follow predetermined algorithms. Others, on the other hand, contend that, given the proper algorithms and information, creativity is a process that a computer can model and imitate. They highlight instances when AI systems have created works of art, music, and even poetry that have received high appreciation for their uniqueness and aesthetic worth. They also contend that creativity is not intrinsic to humans or their experiences, but rather is a process of coming up with new and beneficial ideas within established constraints and with the achievement of certain ends in mind.

The question whether creativity can be coded and whether AI systems can be considered creative has important implications not only for our understanding of creativity and AI, but also for issues related to copyright law. If AI systems can indeed be creative, this raises questions about who or what should be credited or held responsible for their creative output, and whether AI-generated works should be eligible for copyright protection. Some argue that AI systems should be treated as tools or instruments, and that the human creators or users of these systems should be credited or held responsible for any creative output.

The debate about the creative potential of AI systems has also sparked broader discussions about the role and value of creativity in society. Some worry that the increasing reliance on AI systems for creative tasks could lead to a loss of human creativity and a degradation of

¹ Roland T Rust and Ming-Hui Huang, 'The Feeling Economy' in Roland T Rust and Ming-Hui Huang, *The Feeling Economy* (Springer International Publishing 2021) 139 <https://link.springer.com/10.1007/978-3-030-52977-2_4> accessed 24 December 2022.

² See M Csikszentmihalyi and M Csikszentmihalyi, *Creativity: Flow and the Psychology of Discovery and Invention* (HarperCollinsPublishers 1996) <<https://books.google.co.uk/books?id=K0buAAAAMAAJ>>.

³ See Jane C Ginsburg and Luke Ali Budiardjo, 'Authors and Machines' (2019) 34 *Berkeley Technology Law Journal* 343; Daniel J Gervais, 'The Machine as Author' (2020) 105 *IOWA L. REV.* 2053; Annemarie Bridy, 'Coding Creativity: Copyright and the Artificially Intelligent Author' (2012) 5 *Stanford Technology Law Review* 1; Rosa Maria Ballardini, 'AI-Generated Content: Authorship and Inventorship in the Age of Artificial Intelligence' in Taina Pihlajarinne, Juha Vesala and Olli Honkkila, *Online Distribution of Content in the EU* (Edward Elgar Publishing 2019) <<https://www.elgaronline.com/view/edcoll/9781788119894/9781788119894.00015.xml>> accessed 17 March 2019.

cultural diversity. Others argue that AI systems can augment and enhance human creativity, by providing new sources of inspiration and by enabling the creation of more complex and sophisticated works than would be possible for a single human to produce.

Because the standards for creativity in copyright laws are generally quite low, and even now, generative AI systems are capable of generating works that cannot be distinguished from ones created by humans,⁴ these works may exhibit a level of novelty and originality that exceeds the standards set by current copyright laws. This raises questions about whether the current standards for creativity in copyright are sufficient to capture the full range of creative potential, both human and non-human. Therefore, it may be time for copyright law to reconsider the term ‘creativity’ and the role it plays in determining who or what should be credited or held responsible for creative works.

In this context, this article first examines the current approaches to creativity in US, EU and UK copyright laws and considers the legal implications of these approaches for AI-generated works. It then discusses arguments in favour of the view that creativity is a human trait and non-humans cannot be creative. In the last section, the author of this article argues that creativity can be coded, and machines can be creative by examining theories and approaches to creativity in the fields of psychology, philosophy and neuroscience.

2. CONTEMPORARY APPROACHES TO CREATIVITY IN COPYRIGHT

Copyright is an automatic right that covers a wide range of creative works in physical form.⁵ It gives the creators of original works the right to control how other people use their work for a certain amount of time.⁶ In this respect, creativity and originality lie at the heart of copyright law. In copyright law’s terminology, creators are called authors, but most of the regulations do not provide a clear definition of ‘author’.⁷ Accordingly, what counts as ‘creativity’ and the answer to the question who could be a creator in terms of issues related to copyright law is very important. Internationally, the Berne Convention says that ‘protection shall operate for the benefit of the author’ but it does not define what makes an author

⁴ Russ Pearlman, ‘Recognizing Artificial Intelligence (AI) as Authors and Inventors under U.S. Intellectual Property Law By’ (2018) 24 *Richmond Journal of Law & Technology* 42.art, writings, recipes, and potentially patentable inventions. However, common-law, along with the policies and procedures of the U.S. Copyright Office and the U.S. Patent and Trademark Office, rejects the idea of non-human authorship or inventorship. These doctrines are not based off statutory requirements but on assumptions about computer capabilities stemming from an analysis done in the midtwentieth century, almost 40 years ago.”container-title:”Richmond Journal of Law & Technology”,issue:”2”,language:”en”,note:”4 Stars”,page:”42”,source:”Zotero”,title:”RECOGNIZING ARTIFICIAL INTELLIGENCE (AI)

⁵ Hal R Varian, ‘Copying and Copyright’ (2005) 19 *Journal of Economic Perspectives* 121, 124.

⁶ Lyman Patterson, ‘Copyright and the Exclusive Right of Authors’ (1993) 1 *J. Intell. Prop. L.* 1.

⁷ According to Copyright, Designs and Patents Act 1988 (CDPA) author ‘in relation to a work, means the person who creates it’. However, US Copyright Act of 1976 and directives of the European Parliament and of the Council do not provide a definition for author in relation to copyright.

creative.⁸ In the USA, a work must ‘possess at least some minimal degree of creativity’⁹ to merit copyright protection and it is considered that only human beings can be creative,¹⁰ but the law refrains from defining ‘creativity’. Similarly, case law in the EU recognises creativity as a human trait and protects only the outputs of human creation.¹¹ This assumption is mirrored in the national legislation of civil law nations such as France, Germany and Spain, which require works to contain the author’s personality mark.¹² Even though copyright protection of a work in the UK depends mainly on the author’s ‘skill, labour, and judgement’ and a work originating from an author, interpretations in case law and the provisions of UK copyright law demonstrate the importance of an author’s creativity.¹³ This section examines the current approaches to creativity in the US, EU and UK copyright laws.

2.1. CREATIVITY REQUIRES CREATIVE CHOICES TO BE MADE BY A HUMAN

The US Constitution gives the Federal Government the power to create laws relating to copyrights and patents: ‘The Congress shall have Power... To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries...’¹⁴ In line with this authorisation, the Copyright Act of 1976 supports creativity by stating that ‘original works of authorship fixed in any tangible medium of expression’ are protected by copyright.¹⁵ Legal support for creativity is associated with economic incentives that grant temporary, monopoly-like rights to the authors of works.¹⁶ This economic incentive, imposed by the Congress to protect authors and their creations, was based on the belief that encouraging individual effort through personal gain is the most effective approach to improve public welfare through the talents of authors expressed in useful arts.¹⁷ In this context, since 1790 – when Congress passed the first copyright laws – one fundamental question in US copyright law has been how far Congress may go in safeguarding the ‘writings’ of ‘authors’.¹⁸ Early cases examining the Constitutional limitations of Congressional authority tended to divide that question into two different but connected Constitutional inquiries: who may be counted as a creator, and what can be counted as a creation for the purpose of copyright protection?¹⁹

In the *Trade-Mark Cases*, for example, the Supreme Court defined ‘writings’ as ‘only

⁸ Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, Sept. 9, 1886, as revised in Paris on July 24, 1971 and amended in 1979, S, Treaty Doc. No. 99-27 (1986), Art. 2.6.

⁹ *Feist Publ’ns, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co.*, 499 U.S. 340, 348 (1991) (*Feist*) 357–8.

¹⁰ US Copyright Office, *Compendium*, §101 313.2.

¹¹ *Infopaq International v. Danske Dagblades Forening* [2009] ECDR 16 (Case C-5/08) (*Infopaq*) [37]–[39].

¹² See Section 2.2.

¹³ See Section 2.3.

¹⁴ U.S. Constitution, art. I, § 8, cl. 8.

¹⁵ The Copyright Act of 1976, S 102 (a).

¹⁶ Craig Joyce (ed), *Copyright Law* (8th ed, LexisNexis 2010) 20.

¹⁷ *Mazer v. Stein*, 347 U.S. 201, 219 (1954).

¹⁸ Bridy (n 3) 4.

¹⁹ *ibid* 5.

those that are original and are grounded in the creative faculties of the mind'.²⁰ Unlike trademark insignia, works eligible for copyright protection, according to the Court, are restricted to 'the fruits of intellectual labour' and 'rely on brain function'.²¹ Later, in *Burrow-Giles*, an author is defined as 'he to whom anything owes its origin; originator; maker; one who completes a work of science or literature'; and copyright is 'the exclusive right of a man to the production of his own genius or intellect'.²² The Court determined that 'author' may also be interpreted in terms of causation: the author is 'the cause of the picture' and 'the man who... gives effect to the idea, fancy, or imagination'.²³ A photo was taken by a camera, but the composition was created by the person behind the lens.²⁴ The camera was only used as a tool to help the human operator realise his or her creative vision, which is the basis for copyright in the final work.²⁵

Justice Holmes, in *Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.*, proposed an authorship approach based on the fundamental uniqueness of human personality: 'The copy is the personal reaction of an individual upon nature. Personality always contains something unique... something irreducible, which is one man's alone. That something he may copyright'.²⁶ Although this more modest view of authorship-as-personality does away with the language of genius and intelligence, it emphasises individual authorship and the human aspect that the court stressed in *Burrow-Giles*.²⁷ From *Burrow-Giles* to *Bleistein*, the legal construction of authorship evolved – or, rather, devolved – from genius or creativity to mere personhood.²⁸ The Court in *Bleistein* ruled that for the purpose of copyright protection a creation does not require a connection to the arts or high culture; it simply requires the mark of a unique personality.²⁹ This democratising recalibration of the originality threshold marks the jurisprudential moment when copyright protection became almost assured for every work produced by a human hand with some creativity, regardless of perceived ingenuity or artistic value.³⁰

Later rulings using the *Bleistein* approach for copyright protection established a low-water mark: 'The artistic work must be "original", but this means no more than that the work must not be copied from another artistic work of the same character'.³¹ In *Bell*, creations worth copyright protection were defined as 'a marked departure from the past', not 'startling, novel or unusual'.³² The court stated that such a high creative bar is reserved for patent

²⁰ See *Trade-Mark Cases*, 100 US 94.

²¹ *ibid.*

²² *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony* 111 US 53 (1884) (*Burrow-Giles*).

²³ *ibid* 58–59, 61.

²⁴ *ibid* 61.

²⁵ *ibid.*

²⁶ *Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.*, 188 US 239 (1903), 250 (*Bleistein*).

²⁷ *ibid* 6.

²⁸ *ibid.*

²⁹ See *Bleistein* (n 26).

³⁰ *Bridy* (n 3) 6.

³¹ *Ansehl v. Puritan Pharm. Co.*, 61 F.2nd 131 (8th Cir. 1932), 136.

³² *Alfred Bell & Co. v. Catalda Fine Arts, Inc.*, 191 F.2nd 99 (2nd Cir. 1951), (*Bell*), 102.

law.³³ However, the court had argued in *Sony* that the privileges of copyright are ‘intended to motivate the creative activity of authors and inventors by the provision of a special reward, and to allow the public access to the products of their genius.’³⁴ By demanding the mark of creativity rather than the effort, time or money involved in the creation process, the Supreme Court underlined the necessity for a creative consideration that society can anticipate from its deal with the author, and explained that copyright is not an investment protection scheme.³⁵

Similarly, the Seventh Circuit in *Baltimore Orioles, Inc. v. Major League Baseball Players Association* stated that not being a copy is not enough to qualify a work as a creation worth copyright protection.³⁶ According to the Court originality, creativity and novelty are three characteristics that must be distinguished. If a work is created independently by its author, it is considered ‘original’.³⁷ If some intellectual labour has gone into a work, it is considered ‘creative’, and it is ‘novel’ if it varies from previous works in any significant way.³⁸ A work must be original and creative, but not necessarily novel, to be copyrightable. (As a result, unlike patent law, a work created independently by two writers can be copyrighted by both.)³⁹

According to the Supreme Court in *Feist*, a work ‘is copyrightable only if it satisfies the originality requirement... the originality requirement applies to all works’.⁴⁰ Then the Court explained the meaning of originality: ‘Original, as the term is used in copyright, means only that the work was *independently created by the author* (as opposed to copied from other works), and that it possesses *at least some minimal degree of creativity*’.⁴¹ In other words, *creative choices* observable in *selection and arrangement* were required to establish substantial originality and deserve copyright protection.⁴² According to the *Feist* concept of choices, a choice is creative if:

- *made independently by the author* and
- *not dictated by the function of the work, the method or technique used, or by applicable standards or relevant good practice* (‘practical inevitability’) (because there is no opportunity for creativity when function determines the path to be taken) and
- *selection that is just random, arbitrary, or meaningless is inadequate*.⁴³

³³ *ibid.*

³⁴ *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 US 417 (1984), 429.

³⁵ Gervais (n 3) 2090. See also *Feist* (n 9), 357–8.

³⁶ *Baltimore Orioles, Inc. v. Major League Baseball Players Ass’n*, 805 F.2nd 663-668 (7th Cir. 1986), (*Baltimore Orioles*).

³⁷ *ibid.*

³⁸ *ibid.*

³⁹ *ibid.*

⁴⁰ *Feist* (n 9) 344-6.

⁴¹ *ibid* 345.

⁴² *ibid* 348.

⁴³ Gervais (n 3) 2090–91.

Until the *Feist* judgment, creativity had taken an unclear place in the copyright debate.⁴⁴ However, the Court's subsequent statement emphasised the importance of creativity in the copyright protection analysis: 'As a constitutional matter, copyright protects only those constituent elements of a work that possess more than a *de minimis* quantum of creativity'.⁴⁵ Nonetheless, the Court was ambiguous on the meaning of creativity in copyright law and its categorical rejection of the routine and the mechanical tacitly places the work done by machines beyond the scope of copyright, reaffirming the long-held *Burrow-Giles* view that simple mechanical labour is not creative: 'As mentioned, originality is not a stringent standard; it does not require that facts be presented in an innovative or surprising way. It is equally true, however, that the selection and arrangement of facts cannot be so mechanical or routine as to require no creativity whatsoever.'⁴⁶

In a more recent case,⁴⁷ the US District Court of the Northern District of California addressed the issue of animal ownership in photographic works, in which a monkey used a photographer's camera to take an image of itself.⁴⁸ The monkey's claim for authorship was rejected by the court because copyright law mostly refers to a 'person' involved in the creation of the work, and for a work to qualify for copyright protection, it has to be created by a person.⁴⁹ Even though People for the Ethical Treatment of Animals (PETA),⁵⁰ on behalf of Naruto, filed an appeal, the dispute was subsequently resolved without going to court.⁵¹ This case is consistent with the United States Copyright Office's *Compendium*,⁵² which clearly prohibits protection of non-human creations.⁵³

In sum, under US copyright law, a work is considered a creation meriting copyright protection if it is made independently by an author and possesses at least some degree of creativity. Creativity refers to the choices made in the selection and arrangement of elements in a work that are not determined by the purpose of the work, the methods or techniques used, or by established standards or best practices. For a work to be considered creation, the final condition is creation by a human being.

⁴⁴ Alfred C Yen, 'The Legacy of *Feist*: Consequences of the Weak Connection Between Copyright and the Economics of Public Goods' (1991) 52 Ohio St. Law Journal 1343, 1344, 1344.","plainCitation": "Alfred C Yen, 'The Legacy of *Feist*: Consequences of the Weak Connection Between Copyright and the Economics of Public Goods' (1991

⁴⁵ See *Feist* (n 9).

⁴⁶ *Feist* (n 9) 362.

⁴⁷ *Naruto v. David John Slater et al.*, No. 3:2015cv04324 – Document 45 (N.D. Cal. 2016), settled out of court.

⁴⁸ *ibid.*

⁴⁹ *ibid* 6.

⁵⁰ A non-profit animal rights organisation. See 'About PETA' (PETA) <<https://www.peta.org/about-peta/>> accessed 24 September 2023.

⁵¹ Zachary Toliver, 'The "Monkey Selfie" Case Has Been Settled — This Is How It Broke Ground for Animal Rights' (PETA, 11 September 2017) <<https://www.peta.org/blog/settlement-reached-monkey-selfie-case-broke-new-ground-animal-rights/>> accessed 25 December 2022.

⁵² 'To qualify as a work of "authorship" a work must be created by a human being.' The US Copyright Office, *Compendium of US Copyright Office Practices* (3rd edn, 2021), Chapter 300 <https://www.copyright.gov/comp3/chap300/ch300-copyrighable-authorship.pdf> 313.2.

⁵³ Jani Ihalainen, 'Computer Creativity: Artificial Intelligence and Copyright' (2018) 13 Journal of Intellectual Property Law & Practice 724, 726.

2.2. CREATIVITY AS AUTHOR'S PERSONALITY

The reference to creativity in EU copyright law can be found in Directive 96/9/EC on the legal protection of databases (Database directive), Directive 2006/116/EC on the term protection of copyright and certain related rights regarding photographs (Term directive) and Directive 2009/24/EC on the legal protection of computer programs (Software directive). Under Article 3(1) of the Database directive, 'databases which, by reason of the selection or arrangement of their contents, constitute *the author's own intellectual creation* shall be protected as such by copyright. No other criteria shall be applied to determine their eligibility for that protection.'⁵⁴ Similarly, the Term directive's Article 6 states that '[p]hotographs which are original in the sense that they are the *author's own intellectual creation* shall be protected in accordance with Article 1. No other criteria shall be applied to determine their eligibility for protection.'⁵⁵ Even though this article states that only works that are the author's own intellectual creation will be protected, Recital 16 of the directive's preamble explains that a photographic work is deemed original if it is the author's own intellectual production representing his 'personality'.⁵⁶ Similar wording can also be found in Article 1(3) of the Software directive: '[a] computer program shall be protected if it is original in the sense that it is the *author's own intellectual creation*. No other criteria shall be applied to determine its eligibility for protection.'⁵⁷

One of the first examples of the 'author's own intellectual creation' condition for works to be protected by copyright can be seen in German Act on Copyright and Related Rights. According to Article 69a (3) of the German Act on Copyright and Related Rights, 'computer programs shall be protected if they represent individual works in the sense that they are the result of *the author's own intellectual creation*. No other criteria, especially qualitative or aesthetic criteria, shall be applied to determine its eligibility for protection.'⁵⁸ According to a 1985 ruling of the German Federal Supreme Court in *Inkassoprogram*,⁵⁹ a computer program may only be protected by copyright in Germany if it exhibits a degree of creativity above the ordinary ability prevalent in works of this kind.⁶⁰ Similarly, the Italian copyright laws grant copyright to intellectual works with a creative character.⁶¹ According to the Italian courts, the creative character condition is met when a work is 'the result of the expressive endeavour of the author, mirroring the author's personal way of representing facts,

⁵⁴ Directive 96/9/EC on the legal protection of databases ('Database directive'), Art. 3(1).

⁵⁵ Directive 2006/116/EC on the term protection of copyright and certain related rights regarding photographs (Term directive), Art. 6.

⁵⁶ Term directive, Recital 16.

⁵⁷ Directive 2009/24/EC on the legal protection of computer programs (Software directive), Art. 1(3).

⁵⁸ Translation can be found at https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_urhg/englisch_urhg.html.

⁵⁹ BGH GRUR 1985, 1041/1047.

⁶⁰ Frederick M Abbott, Thomas Cottier and Francis Gurry, *International intellectual property in an integrated world economy* (2nd edn, Wolters Kluwer Law & Business, 2011) 610–11.

⁶¹ Art. 1(1), Legge 22 April 1941, No 633 – Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio ('Protection of copyright and other rights connected to its exercise') and Art. 2575, Codice Civile ('Civil Code').

ideas, situations and feelings'.⁶²

For copyright protection in both France and Spain, the source of creativity must be human. This is reinforced by the French Code, which defines protected subject matter as 'œuvres de l'esprit'.⁶³ The term 'esprit' (mind) refers to human, not artificial, authors: 'the part of a person that makes them able to be aware of things, to think and to feel'.⁶⁴ When it comes to copyright protection in Spain, the fundamental elements of the law are defined as '... the rights that correspond to the author, that is the person who realised the purely human and personal effort of creating the work and that, for that reason, constitute the essential nucleus of the subject matter'.⁶⁵ Additionally, Spanish law establishes that a natural person who produces a work is the author.⁶⁶

Although numerous formulations have been adopted in civil law countries, seeing copyright protection as being provided for 'the author's own intellectual creation' may be recognised as a valid assumption on the continent.⁶⁷ In the current continental understanding, to merit copyright protection a work does not need to demonstrate a specified level of novelty, but the personality of the author must be apparent in the process of creating the final product.⁶⁸ In *Infopaq*, the Court of Justice of the European Union (CJEU) harmonised the complex conceptions of 'originality' and 'creativity'. While the EU legislative has harmonised the originality criterion only for computer programs, databases and photos, the CJEU held in *Infopaq* that the meaning of originality provided in Database, Term and Software directives also applies under the InfoSoc directive (2001/29).⁶⁹ In this regard, the Court harmonised the originality requirement in three steps, and established a link between the act of generating a copyrightable creation and the human being who creates it, so that where there is no natural person behind a work, there is no creation subject to copyright protection.⁷⁰

[C]opyright within the meaning of Article 2(a) of Directive 2001/29 is liable to apply only in relation to a subject-matter which is original in the sense that it is

⁶² Tribunal of Milan, Sezione specializzata in materia di impresa, ordinanza February 4, 2015, AIDA 1743, 1745 (2016). See also Enrico Bonadio and Nicola Lucchi, *Non-Conventional Copyright* (Edward Elgar Publishing 2018) 387 <<https://www.elgaronline.com/view/edcoll/9781786434067/9781786434067.xml>> accessed 4 November 2021.

⁶³ In the French government's English translation, 'works of the mind'. See Art. L112-1, French Code de la Propriété Intellectuelle. English text at: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/fr/fr467en.pdf>.

⁶⁴ See 'Mind_1 Noun - Definition, Pictures, Pronunciation and Usage Notes | Oxford Advanced Learner's Dictionary at OxfordLearnersDictionaries.Com' <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/mind_1?q=mind> accessed 24 September 2023.

⁶⁵ See Art. 5, Ley de Propiedad Intelectual (BOE 1996, 8930).

⁶⁶ Bonadio and Lucchi (n 62) 387–388.

⁶⁷ Andreas Rahmatian, 'Originality in UK Copyright Law: The Old "Skill and Labour" Doctrine Under Pressure' (2013) 44 IIC – International Review of Intellectual Property and Competition Law 4, 7.

⁶⁸ *ibid* 18.

⁶⁹ Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society.

⁷⁰ Eleonora Rosati, 'Originality in a Work, or a Work of Originality: The Effects of the *Infopaq* Decision Part I: Articles' (2011) 58 Journal of the Copyright Society of the USA 795, 802.

its author's own intellectual creation.

As regards the parts of a work, it should be borne in mind that there is nothing in Directive 2001/29 or any other relevant directive indicating that those parts are to be treated any differently from the work as a whole. It follows that they are protected by copyright since, as such, they share the originality of the whole work...

[T]he various parts of a work thus enjoy protection under Article 2(a) of Directive 2001/29, provided that they contain elements which are the expression of the intellectual creation of the author of the work.⁷¹

In later judgments, the CJEU went into greater depth on the concept 'author's own intellectual creation'. It stated in *BSA*, for instance, that 'the graphic user interface can, as a work, be protected by copyright if it is its author's own intellectual creation...'⁷² A similar statement can also be found in the *FAPL* decision: 'To be so classified, the subject-matter concerned would have to be original in the sense that it is its author's own intellectual creation'.⁷³ The *Painer* decision provides another step by pointing out that a work is protected by copyright only if it is original in the sense that it is its author's own intellectual creation and represents the author's personality.⁷⁴ According to the Court this would be the case 'if the author was able to express his creative abilities in the... production of the work by making *free and creative choices*'.⁷⁵ This shows that to be protected by copyright creations must entail some level of human creativity as Advocate-General Trstenjak said in his Opinion in *Painer*: 'only human creations are... protected'.⁷⁶

In sum, according to the CJEU's reasoning in these judgments, copyright protection should only arise if a work is a result of the 'author's own intellectual creation' and if its human creator made 'free and creative choices' during its creation. The CJEU determined additionally that a work that is completely dictated by its technological functionality, meaning that it had only been made to accomplish a given technical result, cannot be protected by copyright law.⁷⁷ In this regard, the Court state that 'Where the expression of [...] components [of a work] is dictated by their technical function, the criterion of originality is not met, since the different methods of implementing an idea are so limited that the idea and the expression become indissociable.'⁷⁸ As a result under EU copyright law creativity can be described as a human author's personality.

⁷¹ *Infopaq* (n 11) [37]–[39].

⁷² *Bezpečnostní softwarová asociace — Svaz softwarové ochrany v. Ministerstvo kultury* C-393/09, [2011] E.C.D.R. 3 (2010), (*BSA*) para. 46.

⁷³ *Football Association Premier League Ltd v QC Leisure* (C-403/08) [2011] E.C.D.R. 11 (03 February 2011) (*FAPL*) para. 97.

⁷⁴ Case C-145/10 *Eva-Maria Painer v. Standard Verlags GmbH, Axel Springer AG, Süddeutsche Zeitung GmbH, SPIEGEL-Verlag Rudolf AUGSTEIN GmbH & Co. KG and Verlag M. DuMont Schauberg Expedition der Kölnischen Zeitung GmbH & Co. KG*, [2013] ECR I-138 [85–88].

⁷⁵ *ibid* [89] (emphasis added).

⁷⁶ *ibid* Opinion of Advocate-General Verica Trstenjak, 12 April 2011.

⁷⁷ *ibid* para. 92, and Case C-604/10 *Football Dataco/Yahoo* [2012] para. 38.

⁷⁸ *BSA* (n 72) para. 49.

2.3. CREATIVITY AS MORE THAN SKILL, LABOUR AND JUDGEMENT

Even though conditions for copyright protection in copyright law in the European Union have been developed around authors and their personality, a more impersonal test of ‘labour and skill’ has been adopted in the United Kingdom, which requires less connection to a human being for works to be copyrightable. Under section 1(1)(a) of the Copyright, Designs and Patents Act 1988 (c.48) (CDPA) copyright protection is not given to literary, dramatic or musical works that are not original. Although a clear definition of the term ‘original’ is not provided in the Act, a distinct understanding of originality has arisen in UK case law, which has historically interpreted it to mean ‘originating’ from the author.⁷⁹

In *Dick v. Yates*, one of the earliest cases dealing with copyrightability of a work, Lord Justice Lush stated it ‘to be established law that to be the subject of copyright the matter must be original, it must be a composition of the author, something which has grown up in his mind, the product of something which if it were applied to patent rights would be called invention. Nothing short of that would entitle a man to copyright.’⁸⁰ *Walter v. Lane* took a step further by holding that a work merits copyright protection when a sufficient level of skill, labour or judgement is discovered.⁸¹ Following adoption of the requirement for originality under statutory copyright law in 1911, Peterson J held in *University of London Press Ltd v. University Tutorial Press Ltd* that:

“[t]he word ‘original’ does not in this connection mean that the work must be the expression of original or inventive thought. Copyright Acts are not concerned with the originality of ideas, but with the expression of thought... The originality which is required relates to the expression of the thought. But the [Copyright] Act does not require that the expression must be in an original or novel form, but that the work must not be copied from another work – that it should originate from the author.”⁸²

Since 1911, this idea of originality has remained mostly unchanged, and it continues to be used to justify the need for originality in UK legislation.⁸³ The court in *Ladbroke (Football) Ltd v. William Hill (Football) Ltd*, for example, stated that ‘... originality is a matter of degree depending on the amount of skill, judgement or labour that has been involved in making the compilation’.⁸⁴ In another case, a sufficient level of skill (above the minimum), labour or judgement was deemed to satisfy the criterion of originality.⁸⁵ However, as

⁷⁹ Rosati (n 70) 803.

⁸⁰ (1881) 18 Ch D 76. This case was however distinguished in *Walter v. Lane*, cit.

⁸¹ *Walter v Lane* [1900] A.C. 539; [1900] 8 WLUK 11 (HL). For detailed analysis of *Walter v. Lane* see Nigel P Gravells, ‘Authorship and Originality: The Persistent Influence of *Walter v. Lane*’ (2007) 3 Intellectual Property Quarterly 267.

⁸² *University of London Press Ltd v. University Tutorial Press Ltd*. [1916] 2 Ch 608.

⁸³ See Garnett, Davies and Harbottle, *Copinger and Skone James on copyright*, Vol. I, 141.

⁸⁴ *Ladbroke (Football) Ltd v. William Hill* [1964] 1 WLR 273 at 291.

⁸⁵ *Express Newspapers plc v. News (UK) Ltd* 1990.

Lord Oliver of Aylmerton stated in *Interlego v. Tyco Industries*,⁸⁶ ‘skill, labour, or judgement merely in the process of copying cannot confer originality’.⁸⁷ In the same way, it was stated in *Football Dataco Ltd and Others v. Brittens Pools Ltd and Others* that ‘to be original, the work must not be a mere copy of a pre-existing work: it must originate with the author rather than anyone else’.⁸⁸ Hence, historically, in the United Kingdom a work was deemed to be original if it was the outcome of the author’s ‘skill, labour and judgement’.

Section 9(3) CDPA, however, clearly provides an exception to the criterion of originality as it has traditionally been understood by UK courts: ‘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’. A computer-generated work, under the CPDA, is one that is created by a computer in a situation where no human author is involved.⁸⁹ Section 9(3) effectively creates a legal fiction. According to this definition, the author is a person who has not actually created the work, but has just established the necessary preparations for its production to take place. The underlying reason for this ‘deemed author’ approach is the adoption of the idea that only human beings can be considered author in copyright law. Section 9(3) broadens the definition of author by considering the objective production of the output and then determining the most likely proximate ‘author’ (and owner).⁹⁰

In sum, under UK copyright law, a work deserves copyright protection if it was created independently by the author’s own skill, mental labour or judgement and not simply copied. If a work is generated without a human author involved, the author is the person closest to the creation process who employs ‘skill, labour or judgement’, even though that person has not actually created the work. In this regard, the current approach to creativity in UK copyright law can be defined as a human being’s ‘skill, labour and judgement’, but mere ‘skill, labour or judgement’ in the process of creation is not enough for a work to merit protection by copyright; a bit more than that is needed. And case law requires that to originate with the author rather than anyone else. This additional condition can be considered as creativity needed for a work to be ‘original’ in UK law.

As demonstrated in this section, while common law copyright systems are concerned with the work and its potential economic worth, author’s rights regimes are concerned with the author and seek to preserve that person’s work on the grounds that it contains signs of their personality. In the EU, it is not the work itself that protects the author (or the person who made it): it is the author’s identity as a person that protects the works that come from

⁸⁶ [1989] AC 217, (*Interlego*).

⁸⁷ *ibid.*

⁸⁸ *Football Dataco Ltd & Ors v. Brittens Pools Ltd (In Action 3222) & Ors* [2010] EWHC 841 (Ch) (23 April 2010) para. 53.

⁸⁹ CDPA Section 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 Timothy Butler, ‘Can a Computer be an Author?’ (1982) 4 *Hastings Comm. & Ent. L.J.* 707, 744–5.

that person.⁹¹ As a result, while in the USA creativity in copyright can be described as creative choices observable in the selection and arrangement, and as a bit more than mere skill, labour and judgement in the UK, it can be defined as a human being's personhood for the purpose of copyright protection in the EU. In any case, for now, it seems that creativity in copyright requires the author to be a human being.

3. CREATIVITY IS A HUMAN FACULTY

The primary requirement for obtaining copyright in these jurisdictions is that the work of authorship must be original and originality in copyright law requires creativity.⁹² In other words, creative choices observable in selection and arrangement are required to establish originality deserving of copyright protection.⁹³ Should human creativity, however, be required under copyright law? As mentioned in Part 1 of this Article, this question can easily be answered affirmatively in the EU and the USA. A work produced without 'any creative input or intervention from a human author' is not protected by the US Copyright Office and,⁹⁴ to be considered copyrightable, that work needs to demonstrate the personality of the author in the process of creating the final product under EU copyright law.⁹⁵ The presumption that authorship is synonymous with human authorship, motivated by practical and historical concerns, can also be seen in both US and EU case law.⁹⁶ The 1965 Annual Report of the Register of Copyrights addresses the issue explicitly in terms of a human–computer gap.⁹⁷ If a work is created by a human being, it is copyrighted.⁹⁸ If it is created by a machine, it is not.⁹⁹ The Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works (CONTU) report concludes the same way: without some degree of human creative endeavour, there is no protection.¹⁰⁰

Since the 1980s, experts in copyright law have been debating whether machines may be creative for the purpose of copyright and whether their creations can be legally protected under existing copyright regimes.¹⁰¹ Many examples of 'creation by machines' may be found, from news reports¹⁰² to musical compositions¹⁰³ and works of visual art that are fas-

⁹¹ Eleonora Rosati, *Originality in EU Copyright: Full Harmonization through Case Law* (Edward Elgar Publishing Limited 2013) 69.

⁹² See Section 2.

⁹³ *Feist* (n 9) 348.

⁹⁴ US Copyright Office, *Compendium* (n 14) §101 313.2.

⁹⁵ See *Infopaq* (n 11); *Painer* (n 74) [89] and Opinion of AG Trstenjak.

⁹⁶ See *Naruto v. Slater*; *Infopaq*, para. 45; *BSA*, para. 50; *Painer*, para. 89; and *Funke Medien NRW GmbH v Bundesrepublik Deutschland* C-469/17 [2019] para. 20.

⁹⁷ Register of Copyrights, *Sixty-Eighth Annual Report of The Register of Copyrights* (1966) 5.

⁹⁸ *ibid.*

⁹⁹ *ibid.*

¹⁰⁰ National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works, Final Report.

¹⁰¹ *Bridy* (n 3) 21–27. See also *Ginsburg and Budiardjo* (n 3) 394–7.

¹⁰² 'RADAR AI Generated News Stories - from PA Media' (RADAR AI generated news stories - from PA Media : PA Media) <<https://pa.media/radar/>> accessed 25 December 2022.

¹⁰³ 'AIVA - The AI Composing Emotional Soundtrack Music' <<https://www.aiva.ai/>> accessed 25 December 2022.

hioned after the work of famous artists.¹⁰⁴ Accordingly, numerous experts have stated that copyright is experiencing a ‘digitally induced crisis’ as a result of the emerging issue of AI creativity and procedurally generated works produced by computers programmed to create works that replicate human creativity.¹⁰⁵ However, others argue that modern AI is ‘not really like human intelligence at all’.¹⁰⁶ It is widely accepted that creativity is a human faculty and only human beings can be creative.¹⁰⁷ Even the most advanced AI systems are intricate logical labyrinths meant to replicate tiny slices of human intellect using ‘brute-force computational strength’ and they cannot be considered creative in the context of copyright law.¹⁰⁸ This section examines arguments in favour of the view that creativity is a human trait and non-humans cannot be creative.

3.1. THE PROCESS MATTERS, NOT THE PRODUCT

For some commentators, copyright is a legal instrument intended to assist in the production of works that are the outcome of a human creative process; the motivation is for people to participate in the process regardless of whether the outcome is a blank sheet or *The Tragedy of Hamlet*.¹⁰⁹ According to them, ‘creativity is a positive virtue, not just because of its results but because of how the process of making meaning contributes to human flourishing’.¹¹⁰ It is thought to be ‘the natural human process of becoming sensitive to problems, deficiencies, gaps in knowledge, missing elements, disharmonies, and so on; identifying the difficulty; searching for solutions, making guesses, or formulating hypotheses about the deficiencies; testing and retesting these hypotheses and possibly modifying and retesting them; and finally communicating the results’.¹¹¹ For this reason, it can be argued that creating a unique work is irrelevant since copyright does not need novelty and is interested

¹⁰⁴ ‘The Next Rembrandt’ (The Next Rembrandt) <<https://www.nextrembrandt.com>> accessed 25 December 2022.

¹⁰⁵ Bridy (n 3) 69; Enrico Bonadio and Luke McDonagh, ‘Artificial Intelligence as Producer and Consumer of Copyright Works: Evaluating the Consequences of Algorithmic Creativity’ (2020) 2 *Intellectual Property Quarterly* 112; Kalin Hristov, ‘Artificial Intelligence and the Copyright Survey’; Kyung Hee Kim, ‘The Creativity Crisis: The Decrease in Creative Thinking Scores on the Torrance Tests of Creative Thinking’ (2011) 23 *Creativity research journal* 285; Nina I Brown, ‘Artificial Authors: A Case for Copyright in Computer-Generated Works’ (2018) 20 *Colum. Sci. & Tech. L. Rev.* 1.

¹⁰⁶ Ron Miller, ‘Artificial Intelligence Is not as Smart as You (or Elon Musk) Think’, *Techcrunch* (25 July 2017), <https://techcrunch.com/2017/07/25/artificial-intelligence-is-not-as-smart-as-you-or-elon-musk-think/> [perma.cc/BUR8-T7GH]; Nick Ismail, ‘True AI Doesn’t Exist Yet... It’s Augmented Intelligence’, *Info. Age* (11 September 2017), <http://www.information-age.com/true-ai-doesnt-exist-augmented-intelligence-123468452/>. [perma.cc/4P9V-6Y5Z].

¹⁰⁷ Dahlia W Zaidel, ‘Creativity, Brain, and Art: Biological and Neurological Considerations’ (2014) 8 *Frontiers in Human Neuroscience* 389, 6.

¹⁰⁸ Ginsburg and Budiardjo (n 3) 401.

¹⁰⁹ Gervais (n 3) 2092–2094.

¹¹⁰ Rebecca Tushnet, ‘Economies of Desire: Fair Use and Marketplace Assumptions’, (2009) 51 *Wm. & Mary L. Rev.* 513, 537.

¹¹¹ EP Torrance, ‘Scientific Views of Creativity and Factors Affecting Its Growth’, (1965) 94 (3) *Creativity and Learning* 663, 663–4.

chiefly in outcome; it requires the independent production of works of authorship.¹¹²

In this view, creativity is mostly a process; it is a method of self-expression. People create because doing so is fundamental to their existence and being. Spirituality, world view, moral values, aesthetic ideals and orientations may all be revealed via creativity. If individuals use their imagination and ingenuity, they can create something that did not previously exist and thereby alter the world.¹¹³ Creative process is diverse and heterogeneous; it encompasses both self-knowledge and cognition, and can rethink the world; it might be focused on discovering new solutions to problems or refining known ones; it can foster existing societal trends or work against them.¹¹⁴ Based on this reasoning, only human beings can create works meriting copyright; only direct human creations can be considered as creation subject to copyright protection.¹¹⁵ As a result, any non-human entities such as artificial intelligence systems cannot be creative. They may generate original content, but this is irrelevant from a copyright standpoint since novelty does not merit copyright; rather, copyright protects the independent human production of works of original authorship.¹¹⁶

The process by which computers generate works can be divided into three main phases. By defining the potential types and amounts of human participation at each stage, AI creations may be protected by copyright law.¹¹⁷ The first step is *the selection and categorisation of training data* for the AI. Human intellectual effort may be involved in this stage in selecting and possibly also categorising the input data. The second step is *generation of the work*. Here, an AI system may generate a work with the help of instructions provided by a human, or create the work itself. The final phase is *quality assurance and delivery of the completed work*. A human may get involved in checking and/or delivering the final product to the end-user.¹¹⁸

If human involvement is confined to selecting and categorising data, the final work may not be considered to merit protection since it does not entail a human creator's independent creative effort. In contrast, when independent human intellectual effort is provided to lead the AI system through the second step in the production process, this would be enough to prove that the work is the outcome of creative process. Lastly, human labour such as element selection, digital manipulation, the use of filters and similar human actions at the final step, might meet the creativity standards for copyright protection in this view.¹¹⁹ In sum, only works in which a human being has made a significant contribution to the creation

¹¹² *Feist* (n 9), 345: 'Original, as the term is used in copyright, means only that the work was independently created by the author (as opposed to copied from other works), and that it possesses at least some minimal degree of creativity'.

¹¹³ Anna Shtefan, 'Creativity and Artificial Intelligence: A View from the Perspective of Copyright' (2021) 16 *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 720, 721.

¹¹⁴ *ibid.*

¹¹⁵ *ibid* 723.

¹¹⁶ *Feist* (n 9) 345.

¹¹⁷ Niloufer Selvadurai and Rita Matulionyte, 'Reconsidering Creativity: Copyright Protection for Works Generated Using Artificial Intelligence' (2020) 15 *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 536, 538–9.

¹¹⁸ *ibid.*

¹¹⁹ Selvadurai and Matulionyte (n 117) 538–39.

process should be protected by copyright.¹²⁰

One might think that AI systems make decisions through a creative process, whether human intellectual effort is involved or not. Why cannot those choices be considered creative? Because to be creative, in this view of creativity, decisions should not be too confined, e.g. governed by efficiency, functionality, external standards or practices.¹²¹ Besides, most copyright systems require human labour to have been invested in creating a work,¹²² and AI conception and execution may not meet the requirements for creativity and authorship. Although their outputs may look ‘creative’ and even artistically comparable to works created by humans, current machines are primarily composed of human-designed processes that perform certain operations.¹²³ They are constrained by encoded functions and unable to execute operations not specified in their programming code.¹²⁴ By analysing and comparing particular data, the computer executes algorithmic computations and produces a decision that results in text, graphics, music and other outputs.¹²⁵ This action depends on works already created or other data, as AI is incapable of creating outputs without data to draw on.¹²⁶ It is unable to think or invent. It can only make choices based on the data it already has access to.¹²⁷

However, the idea of protecting creative process without any outcome seems less than ideal since copyright needs an expression of an idea fixed in tangible medium. An expression obviously cannot occur spontaneously; it is always preceded by human creative activity. A person can work hard to make something, but nothing is copyrightable without an outcome. As a result, the ‘creativity is a process’ perspective does not meet current requirements for copyright, as it only addresses the preconditions for the creation of a work that may merit legal protection, not the work itself. At present, the law seems to consider creativity in copyright as a result of a symbiotic relationship between process and outcome, with an emphasis on outcome.

3.2. TOOLS CANNOT BE CREATIVE

The other main argument in favour of creativity as a human faculty is the idea that machines are just tools for human use.¹²⁸ Anything created by artificial intelligence is the outcome of synthesising data after analysis. Although AI is improving and getting more

¹²⁰ According to Miller, there is a human being ‘behind every robot’ because machines are developed, programmed and directed by human beings. See Arthur R Miller, ‘Copyright Protection for Computer Programs, Databases, and Computer-Generated Works: Is Anything New Since CONTU’ (1993) 106 *Harvard Law Review* 977, 1045.

¹²¹ *Feist* (n 9) 345.

¹²² *ibid* 359–60. The *Infopaq* and *Painer* decisions imply a human creativity: see M. De Cock Buning, ‘Autonomous Intelligent Systems as Creative Agents under the EU Framework for Intellectual Property’ (2016) *European Journal of Risk Regulation* 310, 314.

¹²³ *Shtefan* (n 113) 727.

¹²⁴ *ibid*.

¹²⁵ *ibid*.

¹²⁶ *ibid*.

¹²⁷ *ibid* 727.

¹²⁸ Miller (n 120).

complex in its operation and ability to mimic human brain functions, its activity is considered to be entirely mechanical, and so unlike human creativity in several respects.¹²⁹ While a person may develop a work from start to finish without employing a template or a sample, a machine is incapable of executing tasks comparable to such fundamental human creativity. In the absence of comparator data, it is unable to generate an output. Besides, an AI can only produce works that its programme code can envisage. Its ability to generate work of its own choosing is limited and it cannot produce something that does not come with built-in coding. Moreover, a person might pick a field of creativity without previous instruction, for purely internal reasons. Conversely, for AI to generate a distinct type of output, new computer code must first be written.¹³⁰

All of these indicate that an AI's creative process is purely mechanical. The AI, like a camera or a typewriter, is a tool that can only work when it is triggered, either directly or indirectly, by a human. When activated, it is only capable of doing the tasks that have been assigned to it in the way they have been assigned.¹³¹ For these reasons, it is argued that no machine can be creative in itself and any output of an AI that appears creative should be directly attributed to the programmers who developed and train it, or to the users who run it.¹³² People who programme, train or use an AI may be surprised by the machine doing something they did not expect, but that does not mean that the machine is able to make the creative choices required by copyright law.¹³³

Besides, it may be argued that even though today's computers have significantly more memory and processing capacity than their forerunners, they still rely on people to set the rules by which they operate. As with the photographer behind the camera, every artificially intelligent machine is backed by an intelligent programmer or team of programmers. People make rules, and machines obey them. The creator of the machine may develop a complicated network of code instructing it to analyse a data set, 'learn' patterns and then use those patterns to generate outputs.¹³⁴ However, even if the final product is singular and appears random, it is a direct outcome of the machine's process, which was in turn created by some human creator or user.¹³⁵

Therefore, according to this view, a work created by an AI represents the programmer's original intellectual conception because it can be imagined and generated within the confines of the programmer's creative space; and this occurs because the programmer is frequently able to impose sufficient constraints and limits on both the final user's and the machine's creative action.¹³⁶ In other words, the programmer creates the critical algorithm(s)

¹²⁹ Shtefan (n 113) 727.

¹³⁰ *ibid.*

¹³¹ National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works, Final Report (n 141).

¹³² Miller (n 120) 1045.

¹³³ Ginsburg and Budiardjo (n 3) 398.

¹³⁴ *ibid.* 402.

¹³⁵ *ibid.*

¹³⁶ Samantha Hedrick, 'I Think, Therefore I Create', (2019) 8 NYU J. Intell. Prop. & Ent. L. 324, 346. See also Dan Rosen, 'A Common Law for the Ages of Intellectual Property', (1984) 38 U. Miami L. Rev. 769, 803–4.

and makes creative choices in picking the model and preparing the parameter, selecting and allocating data, deciding and double-checking other processes such as monitoring and modifying an algorithm once it come into operation. As a result, it is argued in the context of artificial intelligence that programmers are the ‘authors’ that generate programmes as a tool for creative humans,¹³⁷ and that people who build programmes that create art are the authors of the art their programmes create.¹³⁸

Others claim that the programmer or designer of a machine makes decisions about how the machine should be used, but it is the user who actually initiates the production of the final output.¹³⁹ According to this idea, programmers generate just the ‘potential for a creation’, not the actual creation.¹⁴⁰ In this perspective, programs and machines are seen as tools that help users create works.¹⁴¹ The user often sets the parameters and provides the data for the algorithm, which can significantly affect the final result and, in some cases, the user may even influence how the algorithm operates.¹⁴² Additionally, the same program can produce different sets of output when used by different people, depending on the creative choices made by each user, which supports the idea that users have a more direct connection to the generation of the final output.¹⁴³ Either way, whether the creator is considered a programmer or an end-user does not change the idea that the machine is a tool.

Even though the UK’s case stands out in comparison to others by providing copyright protection to computer-generated works in the CDPA 1988, it does not entirely eliminate the human element; instead, it relocates it to a different stage of the creation process: ‘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.’¹⁴⁴ Although the human element does not really conduct the cognitive process of creation, (s)he nonetheless presses the enter button or offers the necessary input. As a result, it can be claimed that the generative machine was a tool and the human who made the arrangements may be considered the creator of the work.¹⁴⁵

One of the primary justifications for these arguments is the requirement for originality in creative works, which must be specific to the individual work rather than a general capa-

¹³⁷ Annemarie Bridy, ‘The Evolution of Authorship’ (2016) 39 *Colum. J. L. & Arts* 395.

¹³⁸ Pamela Samuelson, ‘Allocating Ownership Rights in Computer-Generated Works’ (1985–6) 47 *U. Pitt. L. Rev.* 1185, 1205.

¹³⁹ ‘The pragmatic answer to the AI authorship puzzle is the user who is responsible for generating the outputs’: Pamela Samuelson, ‘AI Authorship?’ (2020) 63 *Communications of the ACM* 20, 22; Shlomit Yanisky-Ravid, ‘Generating Rembrandt: Artificial Intelligence, Copyright, and Accountability in the 3a Era—the Human-Like Authors Are already Here—a New Model’, (2017) *Mich. St. L. Rev.* 659, 725. See also, National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works, Final Report (1979).

¹⁴⁰ Samuelson (n 138) 1209.

¹⁴¹ *ibid.*

¹⁴² Hedrick (n 136) 344–6.

¹⁴³ *ibid.*

¹⁴⁴ CDPA Section 9(3).

¹⁴⁵ Jesus Manuel Niebla Zatarain, ‘The Role of Automated Technology in the Creation of Copyright Works: The Challenges of Artificial Intelligence’ (2017) 31 *International Review of Law, Computers & Technology* 91, 97.

bility. In other words, the issue is not whether a particular artificial intelligence machine can produce works that resemble original creations in general, but rather whether it can make the necessary decisions to produce a specific creation that is deemed an original work of authorship.¹⁴⁶ Commentators not accepting AI creativity say the choices included in the machine's output are made by human programmers or end-users and not by the AI, so may be considered creative; the production may be protected as a human work and these choices make the AI a tool.¹⁴⁷

It is true that by integrating aspects of randomness into their processing, AIs may be programmed to produce unexpected outcomes.¹⁴⁸ If unpredictability is a surrogate for creativity, then instructing computers to make some choices unpredictably may be enough to constitute creativity. However, some authors argue that just programming AIs to generate disorder or break the rules would never be sufficient to make machines genuinely creative, as creativity is believed to require human consciousness.¹⁴⁹ From this perspective artificial intelligence creativity will always be an oxymoron, and no substitute for genuine creativity will ever exist.¹⁵⁰

It is also argued that the progress of advanced AIs via the use of machine learning techniques such as 'deep learning' does not alter this conclusion.¹⁵¹ Learning models are meant to seek patterns in data, experiment with alternative procedural pathways, generate general pattern-based principles and apply these to enhance their capacity to complete specific tasks like producing artworks.¹⁵² In other words, the machine is fundamentally self-programming. Instead of designing machines with carefully designed processes, the developers of these AIs frequently prioritise accuracy over explainability, programming the machines to develop their own processes and generalisations in ways that rapidly become too complex and multi-dimensional for human programmers to comprehend.¹⁵³ This leads to the 'black-box dilemma', a term used by certain AI researchers to describe how the algorithms' models become 'so complicated' that 'even the algorithm's creators have little understanding of just how or why the created model' may be so accurate at doing its tasks.¹⁵⁴ However, it is argued that 'deep learning' models that are neither exactly intelligible nor supervised (as opposed to fully coded and interpretable 'expert systems') do not alter the conclusion that AIs are just tools for humans and cannot be 'creative', because the AI is still controlled by

¹⁴⁶ Gervais (n 3) 2098.

¹⁴⁷ *ibid.*

¹⁴⁸ See Ben Goertzel, *The Structure Of Intelligence: A New Mathematical Model Of Mind* (Springer, 1993), 12. See also David Levy, *Robots Unlimited: Life In A Virtual Age* (AK Peters/CRC Press, 2019) 150–51.

¹⁴⁹ Selmer Bringsjord and David A Ferrucci, *Artificial Intelligence And Literary Creativity: Inside The Mind Of Brutus, A Storytelling Machine* (Psychology Press, 2000) xxvi.

¹⁵⁰ See John R. Searle, 'Minds, Brains, and Programs', (1980) 3 *Behavioral & Brain Sciences* 417.

¹⁵¹ Ginsburg and Budiardjo (n 3) 405.

¹⁵² Michael L. Rich, 'Machine Learning, Automated Suspicion Algorithms, and the Fourth Amendment', 164 *U. Pa. L. Rev.* 871, 886 (2016).

¹⁵³ Will Knight, 'The Dark Secret at the Heart of AI', *MIT tech. Rev.*, Apr. 11, 2017, <https://www.technologyreview.com/s/604087/the-dark-secret-at-the-heart-of-ai/> [perma.cc/3QV2-LZQJ].

¹⁵⁴ Rich (n 152) 886.

its programmers, who decide what the machine should do (define problems for it), what it should look for (input parameters and output variables), how it should try to improve itself (its ‘loss function’) and when it should start working.¹⁵⁵

For these reasons, it is argued that AIs are only tools for their programmers or users and the author may control a tool without understanding or being able to explain what it does.¹⁵⁶ Concerns about AI creativity may be best addressed by looking at the long-standing copyright position on tools, which disregards the generative function of technologies like cameras and recognises the authorship claims of the human ‘masterminds’ who stand behind them.¹⁵⁷ The underlying premise behind the ‘mastermind’ idea of authorship is acknowledgement that an author may ‘outsource’ execution to a machine or another person and yet retain her authorship so long as she retains primary control over the process in question.¹⁵⁸ A principal/exclusive author’s authorship is unaffected even where an agent/amanuensis physically executes the creative process on the principal’s behalf since the principal has defined responsibilities for the agent in ‘specific detail’¹⁵⁹ and exercised a ‘high degree of control’ over the process of creation.¹⁶⁰ It is only when the agent or tool begins a ‘frolic of [her/its] own’, operating totally without the influence of the principal author, that she/it is recognised as an author.¹⁶¹

Overall, it can be argued that every action, step or calculation performed by AI ultimately has a human origin, whether the originator is the programmer or the end-user. AI systems that are designed and utilised by humans can be considered extensions of their creators and users, as they are unable to deviate from the instructions they have been given and therefore require supervision. As a result, AI can be viewed as the perfect tool for humans since it lacks the ability to engage in independent actions or create original works.

3.3. NO PERSONALITY, NO CREATIVITY

While it is unknown at what level of technological sophistication a machine will be capable of embarking on a ‘frolic of its own’ and producing work ‘entirely without’ the instructions of a human programmer, it is argued that today’s machines, and those of foreseeable futures, are completely subservient to the humans who define their instructions and tasks,¹⁶² because machines do not have the ability to think creatively like humans. They only seek to identify particular characteristics prior to processing them in order to generate new

¹⁵⁵ See David Lehr and Paul Ohm, ‘What Legal Scholars Should Learn About Machine Learning’, (2017) 51 U.C. Davis L. Rev. 653.

¹⁵⁶ Miller (n 120) 1045.

¹⁵⁷ Ginsburg and Budiardjo (n 3). Discussion of ‘mastermind’ theory can be found in Sections I.A and I.B.

¹⁵⁸ James Grimmelman, ‘There’s No Such Thing as a Computer-Authored Work- And It’s a Good Thing, Too’ (2016) 39 Columbia Journal of Law & the Arts 403, 408.

¹⁵⁹ See *Andrien v. S. Ocean Cty. Chamber of Commerce*, 927 F.2nd 132, 135 (3rd Cir. 1991).

¹⁶⁰ *Lindsay v. The Wrecked and Abandoned Vessel R.M.S. Titanic*, 1999 WL 816163, at *4–5 (SDNY, 13 October 1999).

¹⁶¹ Ginsburg and Budiardjo (n 3) 398.

¹⁶² *ibid.*

works.¹⁶³ Without understanding precisely what their role is in the replication of creativity, AIs just search for features that will enable them to engage with a piece of work. They are unaware of what they are doing and have no internal comprehension of it.¹⁶⁴ Machines do not catch the *Zeitgeist*, analyse social and cultural perceptions, or become subconsciously inspired.¹⁶⁵ Artificial neural networks (ANNs) mimic the functions of human consciousness, yet AI will never be able to experience emotions or the urge to express itself.¹⁶⁶ Individuals have a spiritual world, ambitions, sentiments and experiences that they express via creativity; each work has the author's unique mental and emotional input, which represents their personality.¹⁶⁷ While a machine can execute orders, only a human being can be inspired, comprehend, realise and develop ideas and bring them to life.¹⁶⁸

It is believed that these are critical factors in determining whether a work is a result of creative processes under copyright law.¹⁶⁹ As well as originality, creativity demands a meaningful goal, some level of knowledge, a degree of judgement and a capacity to evaluate the situation in which one finds oneself.¹⁷⁰ Additionally, the author's personal experiences and characteristics have an effect on their creative output.¹⁷¹ These abilities are still beyond the reach of machines. Because AIs are incapable of thinking spontaneously or mimicking improvised cognitive processes, they fall outside the legal definition of creator. Besides, it is argued that the capacity of AI technology to surprise audiences, even those who designed and trained the AI, should not imply that it could be creative, because copyright still safeguards the human being's status as the only creature capable of meeting the cognitive qualifications required to be labelled a 'creator' (in the strict sense).¹⁷² To authors holding this view, whether seen as a natural right or as an economic incentive, a creation of the human intellect has always been at the heart of copyright policy.¹⁷³ Consequently, to be considered creative and gain copyright protection, there must be a significant element of human personality in the production process.

In conclusion, according to authors who deny AI creativity, creation meriting copyright serves two purposes: the author's desire for personal expression,¹⁷⁴ and the needs of other

¹⁶³ Nycum, 'Legal Protection for Computer Programs', I Computer/Law J. 1, 11-12 (1978).

¹⁶⁴ Yanisky-Ravid (n 139) 724.

¹⁶⁵ Patrick Zurth, 'A Case Against Copyright Protection for AI-Generated Works', (2021) 25 UCLA Journal of Law & Technology 20, 11.

¹⁶⁶ Shtefan (n 113).

¹⁶⁷ *ibid.*

¹⁶⁸ *ibid* 727-8.

¹⁶⁹ See *Feist* (n 9).

¹⁷⁰ Madeleine de Cock Buning, 'Autonomous Intelligent Systems as Creative Agents under the EU Framework for Intellectual Property' (2016) 7 European Journal of Risk Regulation 310, 316.

¹⁷¹ Zurth (n 165) 12.

¹⁷² Zatarain (n 145) 98.

¹⁷³ Gervais (n 3) 2079.

¹⁷⁴ Chapter 1 (Works), note 7 to Art. 1.1.(1), 'Wittem International Network Project on a European Copyright Code' (IVIR) <<https://www.ivir.nl/copyrightcode/european-copyright-code/>> accessed 25 December 2022."plainCitation": "Wittem International Network Project on a European Copyright Code' (IVIR

individuals seeking cultural, aesthetic, spiritual or further growth via art.¹⁷⁵ Anyone who has created anything has a strong interest in that work, regardless of who inspired them to do so or what aim they sought to accomplish with it. The nature of AI production, on the other hand, is distinct from human creativity. AI activity does not even attempt to replicate human creativity since it is not motivated by the factors that drive humans to create. AIs create items just to pique the attention of particular individuals, having no interest in or necessity for this activity. They operate on fundamentally different principles and are wholly mechanical in nature. They only exist to meet particular human demands, such as those of a programmer or a user, and hence serve as a tool in the hands of humans. Each item formed by AIs is entirely the consequence of algorithmic, calculation-based decisions. As a result, the items obtained in this manner cannot be deemed works of creativity, even if they are of tremendous societal worth. As long as computers do not have the ability to think, feel or express themselves, creativity will remain a human trait.

4. A HUMAN IS A CREATIVE MACHINE AND CREATIVITY CAN BE CODED

As mentioned before, to be protected by EU copyright law a work needs to demonstrate the personality of the author in the process of creating the final product,¹⁷⁶ and a work produced without ‘any creative input or intervention from a human author’ is not protected by the US Copyright Office.¹⁷⁷ Both US and EU case law presume that authorship is synonymous with human authorship. Requiring a bit more than mere skill, labour and judgement indicates that human creativity is also a condition for copyright protection in the UK.¹⁷⁸ To assert that authorship must be human may not impose a condition favouring human-produced products over machine-made ones; instead, it may assert that human communication is central to creativity as a social activity.

Initially, creativity was a way for humans to communicate.¹⁷⁹ Later, communication from a human to a machine became considered a creative act and copyright protection was provided to computer software as literary works, because the inclusion of a set of human expressions in a program written for a machine to complete a task implies that the machine’s execution of that program might transmit that expression to human users.¹⁸⁰ Now, we are witnessing a third, unprecedented situation in which a machine communicates with humans by creating works independently without any human intervention.¹⁸¹ To decide whether there is a communication meriting copyright protection in this case, the term ‘creativity’ in copyright law needs to be revisited and reshaped comprehensively.

People, as they have always been, are already creative machines, learning from previously

¹⁷⁵ Shtefan (n 113) 728.

¹⁷⁶ See *Infopaq* (n 11); *Painer* (n 74) [89], Opinion of AG Trstenjak.

¹⁷⁷ USCO, *Compendium*, § 101 313.2;

¹⁷⁸ See Section 2.3.

¹⁷⁹ Gervais (n 3) 2085; Carys Craig and Ian Kerr, ‘The Death of the AI Author’ (2020) 52 *Ottawa L. Rev.* 31.

¹⁸⁰ Gervais (n 3) 2085. See also, See Dan L. Burk, ‘Patenting Speech’, (2000) 79 *Tex. L. Rev.* 99, 127.

¹⁸¹ Gervais (n 3), 2085, Bridy (n 3), 12.

created works and analysing them, extrapolating principles from their precedents and then applying those laws to the work of composition.¹⁸² Does human creativity really take place within the framework of certain rules and methods? Can it be precisely defined, and be computational or algorithmic? Humans and machines may not be as dissimilar as we are conditioned to assume when we examine the rule-bound nature of their respective outputs and the existing models they often emulate.¹⁸³ Maybe it is time to look at how humanisation of the author figure stops us from facing both the rule-based nature of human creativity and the potential unruliness of machine production.¹⁸⁴ As explained in section 1 of this article, human authors are required to demonstrate little creativity in order to be protected by copyright law. Besides, with the recent advancement in machine learning and AI technology, it is increasingly impossible to tell whether a work was created by a person or generated procedurally by a computer code. Accordingly, when it comes to creativity for copyright protection, it is now time to consider whether it makes sense to require more from machines than from humans.

The question whether AI systems will ever be creative in the same way that humans are creative is hotly debated. The answer is almost completely determined by how creativity is defined. What is the best way to describe creativity? One new idea might be creative and merit copyright protection, while another is not. What is the difference between the two? Unpredictability is a feature of creative ideas. They even seem to be improbable at times, yet they do occur. How is it possible to be creative? If creativity is considered as a distinctively human ability, then no matter how advanced AI systems get, they will never be able to accomplish it *ex vi termini*.¹⁸⁵ This is one of the main arguments deployed by legislation, courts and commentators against AI creativity, as surveyed in section 2 of this article. However, if it is characterised as a combination of features or behaviours, it may be coded.

Although competing definitions can be found in psychology, philosophy and neuroscience literature, legislations and courts require minimal standards for creativity in return for copyright protection and avoid providing a clear definition for the term. Without a doubt, courts are aware that creativity entails more than choosing between two alternatives. Although they employ terms like ‘true artistic skill’,¹⁸⁶ ‘intellectual invention’,¹⁸⁷ ‘creative judgment’,¹⁸⁸ ‘intellectual production’,¹⁸⁹ and ‘intellectual conception’,¹⁹⁰ to characterise

¹⁸² Italo Calvino, *The Uses of Literature: Essays* (Houghton Mifflin Harcourt 1987) 15.

¹⁸³ See Alison James, ‘Automatism, Arbitrariness, and the Oulipian Author’, 31 *French Forum* 111, at 122 (2006) (arguing that Calvino ‘divides the process of creation into mechanical and human components, suggesting that the author... can work both with and against the automatism of the machine’).

¹⁸⁴ See Bridy (n 3).

¹⁸⁵ See Roger Schank & Christopher Owens, The Mechanics of Creativity, in *The Age of Intelligent Machines* 394 (Raymond Kurzweil ed., 1991), 394 (arguing that that machines can never truly be creative because creativity is fundamentally mysterious and cannot be reduced to rules and procedures.)

¹⁸⁶ *L. Batlin & Son, Inc. v. Snyder*, 536 F.2d 486, 491 (2nd Cir. 1976).

¹⁸⁷ *Burrow-Giles* (n 22) 59.

¹⁸⁸ *Rogers v. Koons*, 960 F.2d 301, 304 (2nd Cir. 1992).

¹⁸⁹ *Feist* (n 9) 347.

¹⁹⁰ *Burrow-Giles* (n 22) 59.

creativity,¹⁹¹ they make every effort to avoid examination of the creativity criterion in detail, finding quickly that the bare minimum amount of required creativity exists and then moving on to other legal matters. They are also extraordinarily generous in their assessment of the creative value of works that are the result of even a small number of intellectual decisions. It does not matter whether a work is completely conventional or entirely accident-driven; it gets copyright protection from the courts.¹⁹²

In legally establishing a creativity barrier for copyright protection, the Supreme Court of the US, for instance, stated that the work must ‘entail a minimal degree of creativity’.¹⁹³ According to the Court, ‘the requisite level of creativity is extremely low; even a slight amount will suffice. The vast majority of works make the grade quite easily, as they possess some creative spark, “no matter how crude, humble or obvious” it might be.’¹⁹⁴ According to EU case law, anything produced by a human expressing creative ability in generating the work by making free and creative choices seems enough.¹⁹⁵ To be considered creative under UK copyright law, the work must be created independently by the author’s own skill, mental labour or judgement and not simply copied.¹⁹⁶ There is a point at which an individual’s endeavour to create is not sufficiently creative to deserve copyright protection, but this point is simply the ‘narrowest and most obvious limits’.¹⁹⁷

Even rigorous copyright law is extraordinarily generous in the assessment of the creative value of works deserving of copyright protection; the assumption behind such law, particularly in the United States and the European Union, is that creativity meriting copyright protection is a human trait. Not only does copyright law look at the work produced to determine the level of creativity, but it also looks at the creator’s contribution to the work of art; was there a reasonable amount of human creative effort and was it the author’s own intellectual creation? As a result, if the generator of the work is devoid of human creativity, it is most likely incapable of creating copyrightable works. In this context, it is possible to assess the creativity by looking at creators, creation itself or the process of creation. What makes a creation original is not being a copy; and the creative process itself. And a person who creates a work that is not a copy, meriting copyright protection as a result of the creative process, is defined as a creator. There is a reasonable number of decisions and arguments that can be found in case law and literature regarding the characteristics of a ‘creator’ and the creative conditions for a work to be protected by copyright.¹⁹⁸ However, without disregarding the importance of the other two, the key factor in the assessment of copyright protectability is the process of creation since it is a bridge between the creator and the crea-

¹⁹¹ Mark Bartholomew, ‘Copyright and the Creative Process’ (2021) 97 *Notre Dame Law Review* 61.

¹⁹² *Bell v. Catalda*, 105: ‘[h]aving hit upon... a variation unintentionally, the “author” may adopt it as his and copy-right it’; *Time Inc. v. Bernard Geis Assocs*, 293 F. Supp. 130, 143 (SDNY 1968).

¹⁹³ *Feist* (n 9) 348-50.

¹⁹⁴ *ibid.*

¹⁹⁵ *Painer* (n 74) [89].

¹⁹⁶ See *University London Press* (n 82).

¹⁹⁷ See *Bell v. Catalda*, 105; *Time v. Geis*, 143.

¹⁹⁸ See Sections 2 and 3.

tion, and it directly impacts both. Nevertheless, with the recent developments in generative artificial intelligence, the legal boundaries of creativity in the context of copyright law do not adequately take into account philosophical, psychological and neuroscientific theories and studies, which causes inconsistency regarding copyright authorship. To be future-proof, the creativity concept in copyright law needs to be comprehensively reconsidered in the context of these theories and research, as this section aims.

4.1. PSYCHOLOGICAL VIEW

The dominant theories of the creation process in psychology see creativity mainly as (1) problem-solving process,¹⁹⁹ (2) problem-finding process,²⁰⁰ (3) cognitive process²⁰¹ and (4) componential process.²⁰²

Following this categorisation, the creative process is distinguished by the presence of ill-defined goals and problems, in contrast to traditional problem-solving, where the problem is understood but the solution is not.²⁰³ While there may be instances where there is no clear problem to be solved, it is often possible to break down poorly defined problems into more clearly defined subproblems that can be approached using traditional problem-solving methods.²⁰⁴ This theory places equal emphasis on both the creative process and the individual engaged in it, with the former receiving attention because it is concerned with standard cognitive psychology methods such as ‘problem representation’ and ‘heuristic searching’, and the latter receiving attention because of the emphasis placed on the author’s need for domain-specific knowledge.²⁰⁵ This approach sees creativity occurring in three main, recursive stages.²⁰⁶ The first is a filtering stage, in which the author’s attention is focused on a particular input.²⁰⁷ In the following stage, cognition, the author works out what the problem is and how to describe it.²⁰⁸ At this point, the author’s cognition is receptive to extra environmental inputs.²⁰⁹ The subsequent phase is production, when prospective solutions to the problem are generated.²¹⁰ Then, a new cycle of the phases of cognition and production emerges; new information is learned and new possible approaches are developed.²¹¹

¹⁹⁹ Aaron Kozbelt, Ronald A Beghetto and Mark A Runco, ‘Theories of Creativity’ in James C Kaufman and Robert J Sternberg (eds), *The Cambridge Handbook of Creativity* (Cambridge University Press 2010) 33 <<https://www.cambridge.org/core/books/cambridge-handbook-of-creativity/theories-of-creativity/D114418F37F6C5DFB13C-BA5557ED197F>> accessed 26 December 2022.

²⁰⁰ *ibid.* See also Jacob W Getzels and Mihaly Csikszentmihalyi, *The Creative Vision: A Longitudinal Study of Problem Finding in Art* (John Wiley & Sons 1976).

²⁰¹ Kozbelt, Beghetto and Runco (n 199) 31.

²⁰² G Wallas, *The Art of Thought* (Harcourt, Brace 1926) <<https://books.google.co.uk/books?id=ZIF9AAAAMAAJ>>.

²⁰³ Kozbelt, Beghetto and Runco (n 199) 33.

²⁰⁴ *ibid.*

²⁰⁵ *ibid.*

²⁰⁶ Joy Paul Guilford, *The Nature of Human Intelligence* (McGraw-Hill Inc., US 1967) 313–16.

²⁰⁷ *ibid.*

²⁰⁸ *ibid.*

²⁰⁹ *ibid.*

²¹⁰ *ibid.* 313–16.

²¹¹ *ibid.*

This cycle concludes when one possible approach proves well matched with the underlying problem.²¹² There is an intermediate, evaluative step between each of these phases, during which the author verifies the accuracy of the input, the structure of the problem and potential solutions.²¹³ The author's stored memory, including visual-figural, symbolic, semantic and behavioural information, serves as the basis for the entire process and feeds each of the these phases.²¹⁴

However, as a response to the problem-solving approach to creativity, which does not adequately explain how authors identify problems and begin the actions necessary to facilitate problem solving, some argue that identifying the problem is an essential initial stage in the problem-solving process, and is not necessarily independent of the solution itself.²¹⁵

Seeing creativity as a cognitive process, which is divided into divergent and convergent thinking, is another approach.²¹⁶ Divergent thinking is unfocused, associative thinking that goes in different directions and could lead to an original idea that is useful for the task at hand.²¹⁷ In contrast, convergent thinking happens when cognition seeks an accurate, useful and useable answer that conforms to task-relevant rules, primarily through deduction.²¹⁸ In this context, creativity is defined as the capacity to repackage previously absorbed ideas in order to solve novel problems.²¹⁹ To do that, there is extensive utilisation of stored memory,²²⁰ which has an impact on the creative result, and a high level of intellect and cognitive inhibition must be present to manipulate previously absorbed material efficiently.

The fourth approach to creativity in psychology as a componential process is defined by Wallas four main phases: preparation, incubation, illumination and verification.²²¹ Amabile developed his approach on the basis of Wallas' stage theory and defined this stages as presentation, preparation, response generation and response validation.²²² The presentation of the task or problem is the first phase.²²³ This phase occurs when the author is motivated to recognise a problem or complete a task, or when an outside source presents the task or problem.²²⁴ The second phase, preparation, consists of the author constructing or activating a knowledge database that is specific to the work at hand.²²⁵ This phase may be greatly

²¹² *ibid.*

²¹³ *ibid.*

²¹⁴ *ibid.*

²¹⁵ Getzels and Csikszentmihalyi (n 200) 89–106.

²¹⁶ Kozbelt, Beghetto and Runco (n 199) 31; Guilford (n 206) 138.

²¹⁷ Guilford (n 206) 138.

²¹⁸ *ibid.* 171.

²¹⁹ Divya Sadana and others, 'The Neuropsychology of Creativity: A Profile of Indian Artists.' (2017) 15 *Acta Neuropsychologica* 145.

²²⁰ Guilford (n 206) 313–15.

²²¹ Wallas (n 202) 80.

²²² T Amabile, *Creativity In Context: Update To The Social Psychology Of Creativity* (Avalon Publishing 1996), 95.

²²³ *ibid.*

²²⁴ *ibid.*

²²⁵ *ibid.*

accelerated when the author has adequate task-relevant knowledge and experience.²²⁶ The third phase is response generation, during which the author produces potential answers to the task or problem by exploring consciously or subconsciously for potential routes to a solution.²²⁷ Response validation is the fourth phase, during which knowledge and abilities relevant to the task play a key role.²²⁸ At this stage, the possible answers to the problem(s) defined in the first phase are analysed using what is already known and put together in a way that fits the problem(s) satisfactorily and works.²²⁹

Each phase also involves three cognitive components: domain-relevant skills, creativity-relevant abilities and task motivation.²³⁰ Domain-relevant skills contain all responses the author can perceive.²³¹ From this pool of potential responses, a new response is developed and then confirmed using task-relevant information and expertise.²³² The author's previous factual knowledge of the task domain, which comprises facts, principles, paradigms, aesthetic standards and the technical skills required for the task, forms part of this component.²³³ The manner in which task-relevant knowledge is saved and coded is of critical relevance; material coded by general principles will be more beneficial to the author than a collection of facts with limited application.²³⁴ This component can be found as mostly occurring during the phases of preparation and response validation.²³⁵

The 'something extra' needed for creative activity is referred to as creativity-related skills.²³⁶ The extent to which the new concept improves upon its predecessors is determined by this component.²³⁷ Even the most talented authors are unlikely to create something new if they lack the creativity-related skills to do so.²³⁸ This component involves the ability to transcend established ways of thinking, to devise novel cognitive systems for solving problems, to comprehend complex situations, to maintain a diverse array of potential responses over time, to temporarily set aside the need for response validation, to utilise the broadest categories possible, to have a highly accurate memory and to possess the capacity for creative conception of works in the world.²³⁹ This component is related to the generation of responses.²⁴⁰

²²⁶ *ibid.*

²²⁷ *ibid* 55–6.

²²⁸ *ibid* 96.

²²⁹ *ibid.*

²³⁰ Teresa M Amabile, 'A Model of Creativity and Innovation in Organizations' (1988) 10 *Research in Organizational Behavior* 123, 137; Åke E Andersson and Nils-Eric Sahlin, *The Complexity of Creativity* (Springer 2011) 118.

²³¹ Amabile (n 222) 85.

²³² *ibid.*

²³³ Amabile (n 230) 139.

²³⁴ *ibid.*

²³⁵ *ibid.*

²³⁶ Amabile (n 222) 86.

²³⁷ *ibid.*

²³⁸ *ibid* 88–9.

²³⁹ *ibid.*

²⁴⁰ *ibid* 94.

Task motivation may be internal (the author's interest in a particular activity) and/or external (a social or professional limitation that obliges the author to participate in a specific task).²⁴¹ Unlike internal motivation, external motivation restricts the author's creative abilities.²⁴² The task motivation component influences both task presentation and response validation.²⁴³

According to all four theories, previous knowledge includes a variety of types of information that might serve as the foundation for a work of authorship.²⁴⁴ Previous knowledge includes both ideas (in their legal sense) and more abstract elements, such as techniques and procedures, that are central to the creative process.²⁴⁵ These theories also recognise the role of knowledge components that reflect tangible and explicit expressions (in the legal context) derived from works that are retained in the author's memory in determining the relevance of knowledge to the task at hand.²⁴⁶ Cognitive psychology sees both sorts of knowledge as possible bases for creative action.²⁴⁷ Under copyright law, the 'previous knowledge' used in the first stages of the creative process may be any sort of knowledge that the theories take into account, such as the preparation and response creation phases of the componential process theory. Copyright law only concerns itself with the final outcome of the creative process, rather than the early stages of creation. This focus on the output means that copyright law allows for the use of ideas or unprotected expressions as the basis for creativity in the final product, but prohibits the use of copyrighted expressions, with certain exceptions (such as the doctrine of fair use).

In all four theories, the creative process can be divided into two main subprocesses and described as follows. The first process, which all theories of creativity have in common, is an unfocused period during which the abstract ideas that will eventually lead to the creative activity are shaped.²⁴⁸ The second process, again shared by all four theories, is dependence on past, task-relevant, information and memory at various phases of the creative process.²⁴⁹ This process involves the crystallisation of disorganised thinking into a tangible, perceptible, creative result, which is mostly controlled by task-relevant knowledge and memory stored in the author's brain.²⁵⁰ While the first subprocess is relevant to the originality criterion of copyright law, which centres on the author's ability to make an original and independent contribution to the final creative result, the second subprocess is pertinent to the idea/expression dichotomy.²⁵¹

²⁴¹ Mark A. Runco & Ivonne Chand, *Cognition and Creativity* (1995) 7 *EDUC. PSYCHOL. REV.* 243, 245.

²⁴² *ibid.*

²⁴³ *ibid.*

²⁴⁴ Omri Rachum-Twaig, 'Recreating Copyright: The Cognitive Process of Creation and Copyright Law' (2016) 27 *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. Law Journal LJ* 287, 304.

²⁴⁵ *ibid.*

²⁴⁶ *ibid.*

²⁴⁷ *ibid.* 304.

²⁴⁸ *ibid.* 319.

²⁴⁹ *ibid.*

²⁵⁰ *ibid.* 320.

²⁵¹ *ibid.*

Psychological theories mentioned in this part of the article have described the complex mechanisms that form the basis of the human creative process. These theories frequently portray it as a sophisticated interaction between problem-solving, cognitive involvement, and componential factors. They explain the process of going from a vague problem to the development of a creative solution, emphasising the need of specialised knowledge, cognitive processes, and motivation. The current progress in the field of artificial intelligence, strongly supports the inclusion of these components in AI frameworks.

Generative artificial intelligence systems exhibit proficiency in problem definition, a fundamental stage in the creative process that entails identifying or formulating a challenge to be resolved. They create comprehensive databases of task-specific information, like the 'preparation' stage of psychological models in which an individual's knowledge base is engaged. These systems can retain large quantities of data and use this information to produce new and innovative results, demonstrating their cognitive ability to creatively utilise existing knowledge.

The ability of AI systems to explore alternative solutions also reflects the cognitive processes of divergent and convergent thinking. Algorithms enable artificial intelligences to engage in divergent thinking, exploring several alternatives, and subsequently using convergent thinking to identify the most viable options. This digital cognition process aims to achieve uniqueness while adhering to task-specific standards. Besides, AI systems' ability to analyse and improve produced replies is consistent with the evaluation and verification processes described in psychological theories. Generative AI systems can evaluate their generated outputs based on a predefined set of criteria. They then refine their outputs through a process of iteration, aiming to provide solutions that are not only original but also practical and successful.

The alignment of these capabilities with contemporary AI technology implies that AI systems can not only imitate creativity but also be seen as active contributors in the creative process. AIs can exhibit the psychological aspects of creativity by successfully completing the steps of problem definition, preparation, response generation, and response validation. Under the existing frameworks of copyright law, which prioritise fixation and originality without explicitly considering the source, it is possible for generative AIs to be recognised as 'creators' from a legal standpoint. By establishing connections between the phases of the creative process as defined in human psychology and the capabilities of generative AI systems, we can fill the logical gap and support the assertion that AI has the capacity for creativity within the confines of copyright law. This not only enhances the correlation between psychological theories and the capacities of AI, but also establishes generative AI as a valid hub of creativity in the digital era.

4.2. PHILOSOPHICAL VIEW

From ideas like scientific hypotheses or jokes to objects like origami, sculpture and many more, creativity is found in almost every part of existence. It is not limited to artists and creators, but can be found in every aspect of our cognitive abilities such as conceptual thinking and memory retention skills. As a result, it is more reasonable to ask 'how creative is

that idea?’ than ‘is that idea creative?’ This will assist in appreciating the complexities of an individual’s creativity and provide insight into how they came up with unusual ideas in the first place. In this context, it is argued in philosophy that creativity is the ability to generate ideas or artefacts that are new, surprising and valuable.²⁵²

The term ‘new/novel’ has two distinct meanings in this context. The idea may be new merely to the individual or, as far as we know, in history. ‘Psychological creativity (P-creativity)’ describes the first kind of new idea generation, and ‘historical creativity (H-creativity)’ the second.²⁵³ H-creativity requires an idea to be developed for the first time in human history and not previously encountered by anybody else.²⁵⁴ It is H-creativity that matters most to historians of the arts, sciences and technology.²⁵⁵

P-creativity, on the other hand, is critical for understanding the psychology of creativity. It entails coming up with an unexpected, beneficial idea that is novel to the individual who comes up with it.²⁵⁶ The fact that an idea is brilliant but not novel does not make less creative the people who develop similar ideas later.²⁵⁷ P-creativity, which emphasises the novelty of an idea only in relation to the individual who has it, is consistent with the copyright law’s originality standard and with the requirement for independent creation rather than absolute novelty in copyright law.²⁵⁸ Work may still be deemed original under copyright law even where another author has previously produced similar work, so long as the second work does not imitate the first.²⁵⁹

Simply creating something out of nothing and coming up with ‘surprising’ new ideas seems magical at first glance. It is, however, impossible for humans because people need inputs to generate an output. By examining the many instances of human creativity that surround us, it is argued that ‘surprising’ creativity occurs in three distinct ways. Surprising ideas may only be generated by a process of ‘combination’, ‘exploration’ or ‘transformation’.²⁶⁰ Combinational creativity generates novel combinations of existing ideas through establishing linkages between previously unconnected concepts. Analogy is a kind of combinational creativity that makes use of common conceptual structure and is extensively employed in science and art.²⁶¹ Combinational creativity may occur either purposefully or unintentionally. Making a novel combination, however, requires a significant store of

²⁵² Margaret A Boden, ‘Music, Creativity, and Computers’ in Jordan BL Smith, Elaine Chew and Gérard Assayag, Lecture Notes Series, Institute for Mathematical Sciences, National University of Singapore, vol 32 (co-published with Imperial College Press 2016) 75 <http://www.worldscientific.com/doi/abs/10.1142/9789813140103_0005> accessed 28 February 2021.

²⁵³ Margaret A Boden, ‘Creativity and Artificial Intelligence’ (1998) 103 *Artificial intelligence* 347, 348.

²⁵⁴ *ibid.*

²⁵⁵ *ibid.*

²⁵⁶ Boden (n 252) 76.

²⁵⁷ *ibid.*

²⁵⁸ *Feist* (n 9) 345–6.

²⁵⁹ *ibid.*

²⁶⁰ Margaret A Boden, ‘Computer Models of Creativity’ [2009] *AI Magazine* 23, 23.

²⁶¹ Boden (n 260) 24–5.

information in the person's mind, as well as a variety of methods to move about inside it.²⁶² Novel combinations are valued because the ideas have some intelligible conceptual pathway between one another for the combination to 'make sense'. Therefore, combinational works which result from random matching rarely achieve value.

Exploratory creativity is based on a culturally acceptable thinking style, or 'conceptual space'.²⁶³ A collection of generative rules is used to define and confine the space. These norms are usually, perhaps always, implicit.²⁶⁴ Each work created in accordance with them will be compatible with the style in question.²⁶⁵ In exploratory creativity, the individual wanders across space, discovering what is there (including previously undiscovered locations) – and, in the most exciting circumstances, discovering both the possibilities and the limitations of the conceptual space.²⁶⁶ Exploratory creativity is a well-known and recognised vocation for many people, including scientists, painters and musicians who work within an established way of thinking and investigate its contents, bounds and possibilities, and sometimes superficially tweaking these.²⁶⁷

In transformative creativity, one or more of the distinguishing aspects of the space or style are changed (or dropped).²⁶⁸ Consequently, ideas that could not have been formed before the alteration may now be generated.²⁶⁹ This is the most exciting of the three forms of creativity, since it may generate ideas that are not just novel but fundamentally different from those that have come before. As a result, they often seem paradoxical. Humans sometimes change or remove one or more of the dimensions of a recognised conceptual space, or create a new space. Such change allows thoughts to be generated that previously were unthinkable (in that conceptual space). The more profound the alteration and/or the modified dimension, the more diverse the newly conceivable structures may be.²⁷⁰

Apart from being 'novel' and 'surprising', a work must also be 'valuable' to qualify as creative.²⁷¹ However, it is difficult to identify aesthetic standards, and much more difficult to express them in a precise manner. Because creativity, by definition, entails not just novelty (on some level) but also value, and because values vary widely, many debates regarding creativity are based on value conflicts.²⁷² For this reason, copyright law avoids evaluating the work from an aesthetic point of view while assessing its originality. The fact that a work is created outside a random or mechanical process and does not resemble another work makes its originality valuable in the context of copyright. Taking these together, processes for gene-

²⁶² Boden (n 252) 77–8.

²⁶³ Boden (n 260) 25.

²⁶⁴ *ibid.*

²⁶⁵ *ibid.*

²⁶⁶ *ibid.*

²⁶⁷ *ibid.*

²⁶⁸ Boden (n 260) 25.

²⁶⁹ *ibid.*

²⁷⁰ Boden (n 252) 80.

²⁷¹ *ibid.* 85.

²⁷² *ibid.*

rating new and surprising ideas (that constitute creativity) can be coded, which means AI can also be creative.

Within the realm of artificial intelligence, it can be argued that AI systems employ algorithms and neural networks to replicate combinational creativity by discerning patterns and connections across diverse information, resulting in unique ideas or creations that have potential value within certain settings. AI's capacity for exploratory creativity is demonstrated by its skill in operating within predetermined restrictions and producing outputs that are both consistent and innovative within those limitations. This can be seen in large language models that produce music emulating the style of a specific composer or generate artwork belonging to a specific genre. Transformative creativity in AI is demonstrated when algorithms autonomously adjust their own rules or generate whole new frameworks for problem-solving, similar to what happens in deep learning systems. This exemplifies the utmost depth of creativity, where the machine's output is not only creative and unexpected but also represents a deviation from known patterns.

Moreover, the evaluative dimension of creativity, which is essentially subjective and varies significantly among different cultures and circumstances, poses a distinct difficulty. Nevertheless, copyright law does not make aesthetic judgements. It considers originality to be determined by the originality and independence of creation, rather by its artistic worth. AI's capacity to produce outputs that are unique and non-derivative enables it to meet the criteria of originality as defined by copyright law.

AI systems demonstrate their capacity in the creative process by digitally emulating combinational, exploratory, and transformational forms of creativity, resulting in new and unexpected outputs. Hence, when contemplating the conceptual foundations of creativity, it is possible that AI demonstrates capabilities that closely resemble human creativity. This realisation expands the discussion on creativity to include artificial intelligence, indicating that AI systems can be considered as the main actor behind the creative processes within the philosophical and legal framework of the term.

4.3. NEUROSCIENTIFIC VIEW

As well as the psychological and philosophical theories, recent neuroscientific research shows that the human creative process can be objectively studied. Researchers can now study the biological characteristics of creative thought via electroencephalography (EEG), positron emission tomography (PET) and functional magnetic resonance imaging (fMRI) technologies that can show neuronal processes in real time.²⁷³ EEG detects fast changes in the brain's electric and magnetic fields.²⁷⁴ PET identifies areas of the brain with increased chemical activity by using a radioactive tracer,²⁷⁵ while fMRI measures changes in brain oxygenation and blood flow, indicating which brain areas and networks are active in response

²⁷³ Nora D Volkow, Bruce Rosen and Lars Farde, 'Imaging the Living Human Brain: Magnetic Resonance Imaging and Positron Emission Tomography' (1997) 94 *Proceedings of the National Academy of Sciences* 2787.

²⁷⁴ *ibid.*

²⁷⁵ *ibid.*

to certain stimuli.²⁷⁶

Rather than relying on self-reporting, neuroscientists assess the brain activity of individuals engaged in creative tasks to evaluate their creativity.²⁷⁷ In these tests, professionals in the relevant creative discipline independently assess the artistic works' relative creativity. The specialists' creativity ratings are regarded as legitimate if their assessments show a significant level of agreement. It is thus possible to score the outputs on a scale ranging from low to high levels of creativity and compare them to each creator's brain activity.²⁷⁸ Examining the creative process through analysis provides empirical support for the existence of mental phenomena that are beyond our conscious awareness or incapable of being articulated. As we do not possess the means to concretely define the creative process as it occurs within the human mind, neuroscientific research offers a valuable method for investigating this phenomenon.

Some of these studies find that the 'alpha' EEG frequency band is more active when people are engaged in creative thinking.²⁷⁹ One such study found that college students who were considered highly creative by their instructors exhibited stronger alpha signals during the inspiration phase of a creative writing task, whereas those who were less creative did not show this distinction.²⁸⁰ According to a more recent study, the broad alpha range may be divided into multiple subfrequencies, providing a finer-grained picture of creative ideation.²⁸¹ It has been observed that lower frequencies within this range are more often associated with general task-related needs, such as attentiveness and focus, while higher frequencies may be linked to specific task demands, such as retrieving relevant phrases or images from memory.²⁸² Other research has also identified a connection between specific types of alpha activation and an individual's subjective evaluation of their own thoughts as original.²⁸³ While these studies do not fully encompass the complexities of the creative thinking process, the consistent and reliable association between alpha frequencies and creative ideation suggests that it may be possible to objectively assess certain elements of creative thought.²⁸⁴

Neuroscience allows us to differentiate between the utilisation of internal images for

²⁷⁶ *ibid.*

²⁷⁷ Andreas Fink and others, 'Creativity Meets Neuroscience: Experimental Tasks for the Neuroscientific Study of Creative Thinking' (2007) 42 *Methods* 68, 68.

²⁷⁸ See Genevieve M. Cseh and Karl K. Jeffries, 'A Scattered CAT: A Critical Evaluation of the Consensual Assessment Technique for Creativity Research', (2019) 13 *Psych. Aesthetics, Creativity & Arts* 159, 159. This assessment method has been described as the 'gold standard' for reliable creativity research.

²⁷⁹ Mark A Runco, '*Creativity: Theories and Themes: Research, Development, and Practice*', 78 [2007] *Development and Practice*. Amsterdam: Elsevier 92.

²⁸⁰ Andreas Fink, Barbara Graif and Aljoscha C Neubauer, 'Brain Correlates Underlying Creative Thinking: EEG Alpha Activity in Professional vs. Novice Dancers' (2009) 46 *NeuroImage* 854.

²⁸¹ Andreas Fink and Mathias Benedek, 'EEG Alpha Power and Creative Ideation' (2014) 44 *Neuroscience & Biobehavioral Reviews* 111, 113.

²⁸² *ibid.*

²⁸³ Aljoscha C Neubauer and Andreas Fink, 'Intelligence and Neural Efficiency' (2009) 33 *Neuroscience & Biobehavioral Reviews* 1004, 1010.

²⁸⁴ Fink and Benedek (n 281) 119.

creative and non-creative purposes.²⁸⁵ Intuitively, people link the creative process with the generation of mental imagery.²⁸⁶ It turns out that creating such imagery is important for both visual and non-visual creativity.²⁸⁷ Although not all usage of imagery is creative, scientists believe that the brain's ability to imagine new images 'certainly represents a crucial capacity underlying creative thought'.²⁸⁸ Moreover, neuroscience indicates that the more robust the interaction between three distinct brain systems, the more creative the individual.²⁸⁹ When the connections a person makes in this neural network are assessed, their strength has a substantial correlation with how well that person scores on an originality test.²⁹⁰ As researchers have discovered, 'a person's capacity to generate original ideas can be reliably predicted from the strength of functional connectivity within this network, indicating that creative thinking ability is characterised by a distinct brain connectivity profile'.²⁹¹ These results suggest that creativity is not necessarily ineffable and that it is possible to gain insight into the creative process through objective measures such as alpha waves, mental imagery and network connections. While these measurements may not provide a complete understanding of creativity, they do offer objective evidence that can inform decisions on copyright, which have traditionally treated creativity as an enigmatic phenomenon. In this context, neuroscience has highlighted three critical variables in the creative process: motivation, domain and field.

An individual's motivation is substantially connected with creative success: in order to develop anything creative, an author must desire to make something creative.²⁹² Although courts do not examine authors' motivations, scientists researching creativity believe that motivation is a critical prerequisite for creativity.²⁹³ The deliberate pursuit of novelty is essential for creative achievement,²⁹⁴ and motivation is the most important condition for human creativity.²⁹⁵

²⁸⁵ Anna Abraham, 'Creative Thinking as Orchestrated by Semantic Processing vs. Cognitive Control Brain Networks' (2014) 8 *Frontiers in Human Neuroscience* 95, 1.

²⁸⁶ *ibid* 2.

²⁸⁷ Laura M Pidgeon and others, 'Functional Neuroimaging of Visual Creativity: A Systematic Review and Meta-analysis' (2016) 6 *Brain and Behavior* e00540, 1–2.

²⁸⁸ M Benedek, 'Internally Directed Attention in Creative Cognition' in Rex E Jung and Oshin Vartanian (eds), *The Cambridge Handbook of the Neuroscience of Creativity* (Cambridge University Press 2018), 180.

²⁸⁹ Roger E Beaty, Paul Seli and Daniel L Schacter, 'Network Neuroscience of Creative Cognition: Mapping Cognitive Mechanisms and Individual Differences in the Creative Brain' (2019) 27 *Current Opinion in Behavioral Sciences* 22, 22–4.

²⁹⁰ *ibid*.

²⁹¹ Roger E Beaty and others, 'Robust Prediction of Individual Creative Ability from Brain Functional Connectivity' (2018) 115 *Proceedings of the National Academy of Sciences* 1087, 1087.

²⁹² See Runco (n 279).

²⁹³ Carmen Fischer, Charlotte P Malycha and Ernestine Schafmann, 'The Influence of Intrinsic Motivation and Synergistic Extrinsic Motivators on Creativity and Innovation' (2019) 10 *Frontiers in Psychology* 137, 1.

²⁹⁴ Chrysikou EG, "The Costs and Benefits of Cognitive Control for Creativity" in Jung and Vartanian (eds), *The Cambridge Handbook of the Neuroscience of Creativity* (Cambridge University Press 2018), 305.

²⁹⁵ Antonio R Damasio, 'Some Notes on Brain, Imagination and Creativity' [2001] *The Origins of Creativity* 59, 64–5.

Two motivational characteristics have a substantial relationship with creative production: focus and continuous effort. Focus, which can be identified via neuroscientific techniques, is an important component of artistic creation.²⁹⁶ Creativity necessitates the capacity to tune out external influences.²⁹⁷ According to academics studying creativity, creativity involves the ability ‘to stay deeply absorbed in self-generated thoughts, despite the constant exposition of potentially interfering sensory stimulation’.²⁹⁸ Neuroimaging studies also demonstrate a link between concentrated attention and success in creating novel ideas.²⁹⁹ Not only must artists be able to focus on the work at hand, but they must also be willing to make continuous effort in pursuit of a creative purpose. According to several psychologists, the creative process is divided into phases and begins with ‘an early “preparation” phase’ that is ‘difficult and time-consuming’, rather than spontaneous and uncomplicated.³⁰⁰ ‘[C]reativity isn’t a burst of inspiration; it’s mostly conscious hard work.’³⁰¹

Secondly, it is vital to comprehend what has come before, since creativity necessitates an examination of the expressive output in question in relation to the previous work and common practices of the relevant creative community. This emphasises that without domain-specific reference, there is no foundation for distinguishing what constitutes creativity and what does not. Therefore, highly creative people are more likely to be creative in one field than many, because ‘it takes a lot of experience, knowledge, and training to be able to identify good problems’.³⁰²

According to some psychologists, creativity is a dual process in which artists cycle between producing ideas and appraising concepts against a set of norms.³⁰³ It is beneficial to acquire domain training in order to learn these standards. ‘In general, creative individuals are exceptionally informed about a certain topic. It’s not impossible to come up with a brilliant concept without ever having worked in a field of study, but it’s highly unlikely.’³⁰⁴ Before you begin creating, it is critical to familiarise yourself with the conventions, techniques and history of your chosen discipline.³⁰⁵ Even for individuals who wish to push boundaries, it is vital to understand what they are challenging.

²⁹⁶ Joseph Kasof, ‘Creativity and Breadth of Attention’ (1997) 10 *Creativity Research Journal* 303, 310. Arguing that ‘breadth of attention is positively related to creative performance’.

²⁹⁷ DL Zabelina, ‘Attention and Creativity’ in Jung and Vartanian (eds), *The Cambridge Handbook of the Neuroscience of Creativity* (Cambridge University Press 2018), 164.

²⁹⁸ M Benedek, ‘Internally Directed Attention in Creative Cognition’ in Jung and Vartanian (eds), *The Cambridge Handbook of the Neuroscience of Creativity* (Cambridge University Press 2018), 189.

²⁹⁹ Mathias Benedek and others, ‘To Create or to Recall Original Ideas: Brain Processes Associated with the Imagination of Novel Object Uses’ (2018) 99 *Cortex* 93, 99.

³⁰⁰ Ulrich Kraft, ‘Unleashing Creativity’ (2005) 16 *Scientific American Mind* 16, 22.

³⁰¹ R Keith Sawyer, *Explaining Creativity: The Science of Human Innovation* (2nd edn, Oxford University Press 2012) 387.

³⁰² *ibid* 65.

³⁰³ Oded M Kleinmuntz, Tal Ivancovsky and Simone G Shamay-Tsoory, ‘The Two-Fold Model of Creativity: The Neural Underpinnings of the Generation and Evaluation of Creative Ideas’ (2019) 27 *Current Opinion in Behavioral Sciences* 131, 131.

³⁰⁴ Carlos Blanco, ‘Philosophy, Neuroscience, and the Gift of Creativity’, (2017) *Argumenta Philosophica* 1, 95, 108.

³⁰⁵ Chetan Walia, ‘A Dynamic Definition of Creativity’ (2019) 31 *Creativity Research Journal* 237, 242.

It is important to note that domain-specific expertise alone does not guarantee creativity. There must also be the development of innovative approaches to combining materials in unconventional or unexpected ways. However, domain-specific knowledge is a crucial component of creative achievement. Without understanding what has already been accomplished, an individual lacks the foundation upon which to build their creative work. As a result, it is essential to start the creative process by thoroughly familiarising oneself with previous works and internalising the symbols and traditions of the relevant domain.

Finally, specialists may reliably recognise and appreciate creative activity in a field that is not their own, where those with expertise in the topic (but a lower level of expertise) do not. The law assumes that everyone is equally capable of being creative, notwithstanding evidence of authorial knowledge and experience. However, in reality, people's creative capacities vary. Recent neuroscientific research demonstrates the uneven distribution of creative potential.³⁰⁶ According to research, expertise is significantly correlated with the ability to produce creative output.³⁰⁷ Even a basic familiarity with an art form can result in substantial physiological changes during the creative process. In an experiment, neuroscientists examined the brain activity of professional comedians and aspiring comedians, as well as a group of individuals with the same high intelligence as the other participants but no experience as comedians.³⁰⁸ Every participant was asked to create a caption for a blank *New Yorker* cartoon.³⁰⁹ While the perceived quality of humorous creations may seem subjective, it has been found that individuals generally agree on what is funny to a significant extent, allowing captions to be evaluated based on rankings and audience reactions such as spontaneous laughter.³¹⁰ The experts' brains functioned differently from those of the other participants while creating captions, according to the study.³¹¹

Scientists believe that both production and judgement are unconscious brain processes,³¹² and that chemical processes drive all of our activities.³¹³ To clarify, when faced with several possibilities, the brain undergoes a series of chemical events, which cause neurons to activate. The option that causes the greatest number of neurons to activate is the one we pick instinctively.³¹⁴ If that decision is effective, humans will unconsciously recall it for its efficacy and will continue to make that choice in the future, in a Pavlovian way.³¹⁵ In other

³⁰⁶ Kai Zhou, 'What Cognitive Neuroscience Tells Us about Creativity Education: A Literature Review' (2018) 5 *Global Education Review* 20, 24.

³⁰⁷ Ioanna Zioga and others, 'From Learning to Creativity: Identifying the Behavioural and Neural Correlates of Learning to Predict Human Judgements of Musical Creativity' (2020) 206 *NeuroImage* 116311, 17.

³⁰⁸ Ori Amir and Irving Biederman, 'The Neural Correlates of Humor Creativity' (2016) 10 *Frontiers in Human Neuroscience* 597, 2.

³⁰⁹ *ibid.*

³¹⁰ *ibid.*

³¹¹ *ibid.* 10.

³¹² Eddy Nahmias, 'Your Brain as the Source of Free Will Worth Wanting: Understanding Free Will in the Age of Neuroscience' 137.

³¹³ Yuval Noah Harari, *Homo Deus: A Brief History of Tomorrow* (Random House 2016) 292–6.

³¹⁴ Nahmias (n 312). (Manuscript at 5)

³¹⁵ Harari (n 313) 42.

words, it is possible to claim that a human's creative potential is exclusively dependent on intelligence, experience and subsequent training in the confines of a particular field, such as theoretical physics.³¹⁶ As a result, the difference between Hawking and the rest of humankind, at least in terms of creative ability, is a difference in the degree of problem-solving skills obtained via experience, memorised knowledge, hard training and the high capacity of his brain to process information.³¹⁷ It is clear that computers are faster than humans at information processing and may have greater capacity. By understanding human creativity via neuroscientific studies, all the other critical variables, such as focus, continuous effort, domain and field, can be coded by programmers and processed by the neural network of today's intelligent machines.

5. CONCLUSION

Throughout this article the author examined current perspectives on creativity within US, EU and UK copyright laws. In doing so he explored legal implications for AI-generated works as well as perspectives on whether or not humans are inherently unique creative beings. In the final section, the author argued that creativity can be coded and machines can be creative, by depending on research, theories and approaches to creativity in the fields of psychology, philosophy and neuroscience.

By integrating insights from the fields of psychology, philosophy, and neuroscience, this article has initiated an examination into the concept of creativity that encompasses both the inner workings of the human intellect and the binary operations of artificial intelligence. The exploration of these fields of study unveils a common theme: creativity is not a mystical inspiration that speaks exclusively to selected individuals; rather, it is a capacity constrained by specific mechanisms and constituents that are comprehensible, quantifiable, and, indeed, replicable. From a psychological standpoint, creativity is conceptualised as a componential and cognitive process that combines heuristic exploration, domain-specific knowledge, and problem-solving. According to philosophical perspective, creativity can be defined as the origin of novel, unexpected, and valuable ideas or artefacts, which may be generated by means of combination, exploration, or transformation. Neuroscience provides an empirical foundation for these theories, demonstrating how creative cognition connects with certain patterns of neural activity.

Upon synthesising these insights, a profound realisation emerges: should creativity be possible to disassemble into its component parts and processes, then artificial intelligence, which demonstrates exceptional proficiency in data processing, pattern recognition, and iterative learning, could, in fact, exhibit creative capabilities. This is already being demonstrated by the capacity of AI systems to generate original concepts, resolve intricate challenges, and produce work that elicits an aesthetic response from humans. As a result, this article reaches the pinnacle of its investigation with a startling but unavoidable conclusion: AI is capable of creativity. Contemporary AI not only replicates creativity, but actively enga-

³¹⁶ Marvin L Minsky, 'Why People Think Computers Can't' (1982) 3 *AI Magazine* 3, 5.

³¹⁷ *ibid.*

ges in the fundamental aspects of the creative process. It outlines problems applies domain-specific knowledge and develops unique and valuable solutions. It exhibits the capacity to focus, work continuously, and explore domains with an ever-expanding bank of information, much like the neural networks seen in the human brain.

The subject of AI's creative potential is more than just an intellectual one in the legal sphere; it is a problem of defining authorship and originality in the digital era, especially in the context of copyright. If creativity is defined as the capacity to generate original, non-derived works that are fixed in a tangible medium, then AI-generated artworks are well-suited to fulfil this definition. As AI advances, it blurs the distinction between human and machine creations, forcing us to re-evaluate concepts like creativity, originality and authorship. In this regard, theories, concepts and arguments from a variety of fields provided in this article provide credence to a daring claim: AI can be creative. In this pivotal moment of transition, it is crucial to recognise and fully embrace the creative capabilities of artificial intelligence. This acceptance not only broadens our understanding of creativity but also signals a future where human and computer creativity merge, creating new opportunities for innovation and creative expression.

BIBLIOGRAPHY

- Abraham A, 'Creative Thinking as Orchestrated by Semantic Processing vs. Cognitive Control Brain Networks' (2014) 8 *Frontiers in human neuroscience* 95
- Amabile TM and others, *Creativity In Context: Update To The Social Psychology Of Creativity* (Avalon Publishing 1996)
- Amir O and Biederman I, 'The Neural Correlates of Humor Creativity' (2016) 10 *Frontiers in human neuroscience* 597
- Andersson ÅE and Sahlin N-E, *The Complexity of Creativity* (Springer 2011)
- Ballardini RM, 'AI-Generated Content: Authorship and Inventorship in the Age of Artificial Intelligence' in Taina Pihlajarinne, Juha Vesala and Olli Honkkila, *Online Distribution of Content in the EU* (Edward Elgar Publishing 2019)
- Bartholomew M, 'Copyright and the Creative Process' (2021) 97 *Notre Dame Law Review* 61
- Beaty RE and others, 'Robust Prediction of Individual Creative Ability from Brain Functional Connectivity' (2018) 115 *Proceedings of the National Academy of Sciences* 1087
- Beaty RE, Seli P and Schacter DL, 'Network Neuroscience of Creative Cognition: Mapping Cognitive Mechanisms and Individual Differences in the Creative Brain' (2019) 27 *Current opinion in behavioral sciences* 22
- Benedek M and others, 'To Create or to Recall Original Ideas: Brain Processes Associated with the Imagination of Novel Object Uses' (2018) 99 *Cortex* 93
- Boden MA, 'Computer Models of Creativity' [2009] *AI Magazine* 23
- Boden MA, 'Music, Creativity, and Computers' in Jordan BL Smith, Elaine Chew and Gérard Assayag, *Lecture Notes Series, Institute for Mathematical Sciences, National University of Singapore*, vol 32 (CO-PUBLISHED WITH IMPERIAL COLLEGE PRESS 2016)
- Bonadio E and Lucchi N, *Non-Conventional Copyright* (Edward Elgar Publishing 2018)
- Bonadio E and McDonagh L, 'Artificial Intelligence as Producer and Consumer of Copyright Works: Evaluating the Consequences of Algorithmic Creativity' (2020) 2 *Intellectual Property Quarterly* 112

- Bridy A, 'Coding Creativity: Copyright and the Artificially Intelligent Author' (2012) 5 Stanford Technology Law Review 1
- Brown NI, 'Artificial Authors: A Case for Copyright in Computer-Generated Works' (2018) 20 Colum. Sci. & Tech. L. Rev. 1
- Calvino I, *The Uses of Literature: Essays* (Houghton Mifflin Harcourt 1987)
- Cock Buning M de, 'Autonomous Intelligent Systems as Creative Agents under the EU Framework for Intellectual Property' (2016) 7 European Journal of Risk Regulation 310
- Craig C and Kerr I, 'The Death of the AI Author' (2020) 52 Ottawa L. Rev. 31
- Csikszentmihalyi M and Csikszentmihalyi M, *Creativity: Flow and the Psychology of Discovery and Invention* (HarperCollinsPublishers 1996)
- Damasio AR, 'Some Notes on Brain, Imagination and Creativity' (2001) The origins of creativity 59
- Fink A and others, 'Creativity Meets Neuroscience: Experimental Tasks for the Neuroscientific Study of Creative Thinking' (2007) 42 Methods 68
- Fink A and Benedek M, 'EEG Alpha Power and Creative Ideation' (2014) 44 Neuroscience & Biobehavioral Reviews 111
- Fink A, Graif B and Neubauer AC, 'Brain Correlates Underlying Creative Thinking: EEG Alpha Activity in Professional vs. Novice Dancers' (2009) 46 NeuroImage 854
- Fischer C, Malycha CP and Schafmann E, 'The Influence of Intrinsic Motivation and Synergistic Extrinsic Motivators on Creativity and Innovation' (2019) 10 Frontiers in psychology 137
- Gervais DJ, 'The Machine as Author' (2020) 105 IOWA L. REV. 2053
- Getzels JW and Csikszentmihalyi M, *The Creative Vision: A Longitudinal Study of Problem Finding in Art* (John Wiley & Sons 1976)
- Ginsburg JC and Budiardjo LA, 'Authors and Machines' (2019) 34 Berkeley Technology Law Journal 343
- Grimmelmann J, 'There's No Such Thing as a Computer-Authored Work- And It's a Good Thing, Too' (2016) 39 Columbia Journal of Law & The Arts 403
- Guilford JP, *The Nature of Human Intelligence*. (McGraw-Hill Inc, US 1967)
- Harari YN, *Homo Deus: A Brief History of Tomorrow* (random house 2016)
- Hristov K, 'Artificial Intelligence and the Copyright Survey'
- Ihalainen J, 'Computer Creativity: Artificial Intelligence and Copyright' (2018) 13 Journal of Intellectual Property Law & Practice 724
- Joyce C (ed), *Copyright Law* (8th ed, LexisNexis 2010)
- Kasof J, 'Creativity and Breadth of Attention' (1997) 10 Creativity Research Journal 303
- Kim KH, 'The Creativity Crisis: The Decrease in Creative Thinking Scores on the Torrance Tests of Creative Thinking' (2011) 23 Creativity research journal 285
- Kleinmintz OM, Ivancovsky T and Shamay-Tsoory SG, 'The Two-Fold Model of Creativity: The Neural Underpinnings of the Generation and Evaluation of Creative Ideas' (2019) 27 Current Opinion in Behavioral Sciences 131
- Kozbelt A, Beghetto RA and Runco MA, 'Theories of Creativity' in James C Kaufman and Robert J Sternberg (eds), *The Cambridge Handbook of Creativity* (Cambridge University Press 2010)
- Kraft U, 'Unleashing Creativity' (2005) 16 Scientific American Mind 16
- Miller AR, 'Copyright Protection for Computer Programs, Databases, and Computer-Generated Works: Is Anything New Since CONTU' (1993) 106 Harvard Law Review 977
- Minsky ML, 'Why People Think Computers Can't' (1982) 3 AI magazine 3

- Nahmias E, 'Your Brain as the Source of Free Will Worth Wanting: Understanding Free Will in the Age of Neuroscience'
- Neubauer AC and Fink A, 'Intelligence and Neural Efficiency' (2009) 33 *Neuroscience & Biobehavioral Reviews* 1004
- Patterson L, 'Copyright and the Exclusive Right of Authors' (1993) 1 *J. intell. Prop. l.* 1
- Pearlman R, 'RECOGNIZING ARTIFICIAL INTELLIGENCE (AI) AS AUTHORS AND INVENTORS UNDER U.S. INTELLECTUAL PROPERTY LAW By' (2018) 24 *Richmond Journal of Law & Technology* 42
- Pidgeon LM and others, 'Functional Neuroimaging of Visual Creativity: A Systematic Review and Meta-analysis' (2016) 6 *Brain and behavior* e00540
- Rachum-Twaig O, 'Recreating Copyright: The Cognitive Process of Creation and Copyright Law' (2016) 27 *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. LJ* 287
- Rahmatian A, 'Originality in UK Copyright Law: The Old "Skill and Labour" Doctrine Under Pressure' (2013) 44 *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law* 4
- Rosati E, 'Originality in a Work, or a Work of Originality: The Effects of the Infopaq Decision Part I: Articles' (2011) 58 *Journal of the Copyright Society of the USA* 795
- , *Originality in EU Copyright: Full Harmonization through Case Law* (Edward Elgar Publishing Limited 2013)
- Runco MA, 'Creativity: Theories and Themes: Research' [2007] *Development and Practice*. Amsterdam: Elsevier
- Rust RT and Huang M-H, 'The Feeling Economy' in Roland T Rust and Ming-Hui Huang, *The Feeling Economy* (Springer International Publishing 2021) <https://link.springer.com/10.1007/978-3-030-52977-2_4> accessed 24 December 2022
- Sadana D and others, 'The Neuropsychology of Creativity: A Profile of Indian Artists.' (2017) 15 *Acta Neuropsychologica*
- Samuelson P, 'Allocating Ownership Rights in Computer-Generated Works' (1985) 47 *U. pitt. L. rev.* 1185
- , 'AI Authorship?' (2020) 63 *Communications of the ACM* 20
- Sawyer RK, *Explaining Creativity: The Science of Human Innovation* (2nd ed, Oxford University Press 2012)
- Selvadurai N and Matulionyte R, 'Reconsidering Creativity: Copyright Protection for Works Generated Using Artificial Intelligence' (2020) 15 *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 536
- Shtefan A, 'Creativity and Artificial Intelligence: A View from the Perspective of Copyright' (2021) 16 *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 720
- Toliver Z, 'The "Monkey Selfie" Case Has Been Settled — This Is How It Broke Ground for Animal Rights' (*PETA*, 11 September 2017) <<https://www.peta.org/blog/settlement-reached-monkey-selfie-case-broke-new-ground-animal-rights/>> accessed 25 December 2022
- Varian HR, 'Copying and Copyright' (2005) 19 *Journal of economic perspectives* 121
- Volkow ND, Rosen B and Farde L, 'Imaging the Living Human Brain: Magnetic Resonance Imaging and Positron Emission Tomography' (1997) 94 *Proceedings of the National Academy of Sciences* 2787
- Walia C, 'A Dynamic Definition of Creativity' (2019) 31 *Creativity Research Journal* 237
- Wallas G, *The Art of Thought* (Harcourt, Brace 1926)
- Yanisky-Ravid S, 'GENERATING REMBRANDT: ARTIFICIAL INTELLIGENCE, COPYRIGHT, AND ACCOUNTABILITY IN THE 3A ERA—THE HUMAN-LIKE AUTHORS ARE ALREADY HERE—A NEW MODEL' 68
- Yen AC, 'The Legacy of Feist: Consequences of the Weak Connection Between Copyright and the Economics

- of Public Goods' (1991) 52 Ohio St. LJ 1343
- Zaidel DW, 'Creativity, Brain, and Art: Biological and Neurological Considerations' (2014) 8 *Frontiers in human neuroscience* 389
- Zatarain JMN, 'The Role of Automated Technology in the Creation of Copyright Works: The Challenges of Artificial Intelligence' (2017) 31 *International Review of Law, Computers & Technology* 91
- Zhou K, 'What Cognitive Neuroscience Tells Us about Creativity Education: A Literature Review' (2018) 5 *Global Education Review* 20
- Zioga I and others, 'From Learning to Creativity: Identifying the Behavioural and Neural Correlates of Learning to Predict Human Judgements of Musical Creativity' (2020) 206 *NeuroImage* 116311
- Zurth P, 'A CASE AGAINST COPYRIGHT PROTECTION FOR AI-GENERATED WORKS' (2021) 25 *UCLA Journal of Law & Technology* 20