

Ankara Hacı Bayram
Veli Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi



Ankara Hacı Bayram
Veli University
Faculty of Law Review

ISSN 2651 - 4141

E-ISSN 2667 - 4068

Cilt XXVIII, Nisan 2024, Sayı 2

Vol. XXVIII, April 2024, No. 2

Ankara 2024

ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

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

Sahibi : Owner :

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

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü* : Editor in Chief ** :

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

Editörler* : Editors :**

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

Prof. Dr. Abdulkirim YILDIRIM Prof. Dr. Abdulkirim YILDIRIM

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

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

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

Editör Yardımcıları: Deputy Editors:

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

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

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

Arş. Gör. Nihan ÇITIR Res. Assist. Nihan ÇITIR

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

Yayın Kurulu* : Editorial Board :**

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

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

Doç. Dr. Abdulkirim YILDIRIM Assoc. Prof. Dr. Abdulkirim YILDIRIM

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

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

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

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

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

Arş. Gör. Nihan ÇITIR Res. Assist. Nihan ÇITIR

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

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

Yayın Sekreteri / Secretary of Publication

Yüksel ERKAN

ISSN-2651-4141 E-ISSN 2667-4068

Tasarım - Dizgi: Kemal ERDOĞAN

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

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

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

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

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

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

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

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



DANIŞMANLAR KURULU

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

ETİK İLKELER VE YAYIN POLİTİKASI

Yayın Etiği

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

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

Şeffaflık İlkesi

Dergi işleyişi şeffaftır ve önceden belirlenen usullere tabidir.

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

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

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

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

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

Açık Erişim İlkesi ve Telif Hakkı

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

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

Araştırma Etiği

Dergi, uluslararası araştırma etiği ilkelerini benimser.

Yazarların Sorumluluğu

Gönderilen makaleler derginin amaç ve kapsamına uygun olmalıdır.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Editörler ve Editör Yardımcılarının Sorumlulukları

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Hakemlerin Sorumlulukları

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

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

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

Kör hakemlik bağlamında hakemlerin kimlik bilgileri gizli tutulur.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Yazarlar ile İlişkiler

Editörlerin yazarlara karşı görev ve sorumlulukları aşağıdaki şekildedir:

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

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

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

Editörler Kurulu

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

Editörler kurulunun oluşumunda cinsiyetlerin eşit temsili esastır.

Danışma Kurulu

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

İntihal Kontrolü

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

Yazım Kuralları ve Şekil Şartları

Genişletilmiş Özet

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

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

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

• Bölüm Başlıkları:

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

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

Örnek:

GİRİŞ

I. AYNI İKAME İLKESİ

II. PAYLAŞMALI MAL AYRILIĞI REJİMİNDE AYNI İKAME İLKESİ UYGULAMASI

A. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejimi

1. Genel Olarak

2. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejiminin Başlaması

3. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejiminde Eşlerin Hakları ve Sorumlulukları

a. Eşlerin hakları

b. Eşlerin borçları

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

1. Genel Olarak

2. Eşlerin Kişisel Malları

3. Aileye Özgülenen Mallar

a. Ailenin ortak kullanımına ve yararlanmasına özgülenen mallar

b. Ailenin ekonomik geleceğini güvence altına almaya yönelik yatırımlar

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

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

(2) Aileye özgülenen mallar kapsamında aynı ikame ilkesi uygulaması

SONUÇ

• Sözcük Sayısı:

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

• Akademik Çalışmalarda Kullanılacak Dil:

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

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

- aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
- Times New Roman yazı karakterinde,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - Kalın,
 - Tümü büyük harflerle,
 - 1,5 satır aralığı ile,
 - Metne ortalanmış (ortalı) bir şekilde yazılmalıdır.
 - Başlığın yazımından sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
- o Özetin ve Anahtar Kelimelerin Türkçe ve İngilizce tercümelerinin yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
- Times New Roman yazı karakterinde,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - İtalik,
 - Soldan ve sağdan bloklanmış (iki yana yaslı) şekilde,
 - Tek satır aralığı ile yazılmalıdır.
 - Özetin ve anahtar kelimelerin yazımında, sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
 - Paragrafların ilk satırı içeriden başlamamalıdır.
 - Ayrıca, “ÖZET” ve “Anahtar Kelimeler” başlıkları kalın olarak yazılmalıdır.

• **Atıf Kuralları:**

- o Yararlanılan kaynaklara ilişkin atıflar, her bir sayfa sonunda, dipnot olarak gösterilmelidir.

- o **Yararlanılan kaynaklara yapılan ilk atıflar, dipnotlarda aşağıdaki şekillerde gösterilmelidir.** Aşağıda detayları belirtilen atıf usulünde kural bulunmayan durumlarda OSCALA (The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities) sistemi takip edilmelidir.
Kitaplar:

Ad Soyad, *Kitap Adı*, Kaçınıcı Bası Olduğu, Yayınevi, Yılı, Atıf Yapılan Sayfa.
Örnek: Rıza Ayhan, *Ticari İşletme Hukuku*, 2. Bası, Turhan Kitabevi, 2007, s. 89.
Kitap bölümleri:

Ad Soyad, “Eser (Bölüm) Adı”, Editörün (Editörlerin) Adı Soyadı (Ed.), *Kitap Adı*, Yayınevi, Yıl, Atıf Yapılan Sayfa.
Örnek: Hayrettin Çağlar, “Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Şirketle Borç İlişkisi”, Erol Ulusoy (Ed.), *Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları*, Bilge Yayınevi, 2016, s. 143.
Makaleler:

Ad Soyad, “Makale Adı”, *Dergi Adı*, Cilt (Sayı), Yıl, Atıf Yapılan Sayfa.
Örnek: Cumhur Şahin, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına İtirazda İncelemenin Kapsamı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, 19(2), 2013, s. 293.

İnternet ortamında bulunan kaynaklar:

Örnek: Abdülkerim Yıldırım, “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiracının

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

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

- Bir yazarın tek eserine yapılacak atıflarda:

Yazarın Soyadı, Sayfa Numarası.

Örnek: Ayhan, s. 90.

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

Örnek: Ayhan, Ticari İşletme, s. 213.

Ayhan, *Kâr Payı*, s. 100.

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

• Kaynakça

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

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

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

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

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

ETHICAL PRINCIPLES AND PUBLICATION POLICY

Publication Ethics

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

Transparency

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

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

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

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

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

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

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

Open Access Statement

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

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

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

Research Ethics

The journal adopts the principles of international research ethics.

Author's Responsibilities

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

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

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

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

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

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

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

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

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

experimental subjects has been obtained.

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

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

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

Responsibility of the Editors and Deputy Editors

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Responsibilities of the Reviewers

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

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

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

The identities of the reviewers are kept confidential.

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

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

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

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

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

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

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

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

unscientific evaluations are prevented.

Relations with Authors

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

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

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

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

Editorial Board

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

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

Advisory Board

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

Plagiarism Policy

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

WRITING RULES

Extended Summary

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

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

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

- Times New Roman font,
 - 12 pt font size,
 - Justify alignment,
 - 1.5 line spacing,
 - 6 pt paragraph spacing before and after paragraphs and headings,
 - 1.25 paragraph indent for the first line of paragraph.
- o Citations for referred resources should be added as footnotes at the end of each page.
- o The footnotes should be written in accordance with the following rules:
- In Times New Roman font,
 - 10 pt font size,
 - Justify alignment,
 - Single line spacing,
 - 0 pt paragraph spacing before and after paragraphs.
- **Chapter Titles:**
- o All headings should be written in accordance with the following rules:
- Times New Roman font,
 - 12 pt font size,
 - Left alignment (1.25 paragraph indent as the first line of paragraphs).
 - Bold,
 - The first degree headings - all uppercase;
 - The second and third degree headings - the first letter of each word is capitalized,
 - The fourth degree and other chapter headings - only the first letter of the first word is capitalized and the others lowercase.
- o The first degree headings should be numbered in capital Roman numerals (I, II, III, IV, V etc.);
- o The second degree headings should be numbered in capital letters (A, B, C, Ç, D etc.) in the Turkish alphabet (Latin alphabet);
- o The third degree headings should be numbered in Arabic numerals (1, 2, 3, 4, 5 etc.);
- o The fourth degree headings should be numbered in lowercase letters (a, b, c, ç, d etc.) in the Turkish alphabet (Latin alphabet);
- o The fifth degree headings should be numbered in Arabic numerals [(1), (2), (3), (4), (5) etc.] in parentheses.
- o How other headings will be numbered is optional.
- o “CONCLUSION” and (if any) “INTRODUCTION” headings should be written in accordance with the following rules:
- Times New Roman font,
 - 12 pt font size,

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

Example:

INTRODUCTION

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

A. Shared Separation of Goods Regime

1. Generally

2. Commencement of Shared Property Separation Regime

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

a. Rights of spouses

b. Spouses' debts

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

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

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

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

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

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

CONCLUSION

• Word Count:

- o The text of the academic papers sent to the journal should not exceed 15,000 words.
- o Abstracts and bibliography will not be included in the word limit for the text part.

• Language to be Used in Articles:

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

• Main Title, Abstract and Keywords:

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

- Times New Roman font,

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

• **Citations:**

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

Books:

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

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

Book chapters:

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

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

Articles:

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

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

Resources available on the Internet:

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

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

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

Example: Ayhan, p. 90.

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

Example: Ayhan, Commercial Enterprise, p. 213.

Ayhan, Dividend, p. 100.

• **Bibliography**

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

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

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

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

– Times New Roman font,

– 12 pt font size,

– Justify alignment,

– Single line spacing,

– 6 pt paragraph spacing after paragraphs,

– Hanging paragraph indent for the first line.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt XXVIII Nisan 2024

Sayı 2

İÇİNDEKİLER

MAKALELER*

ÖZEL HUKUK

- Sosyal Medya ve Sosyal Medya Kaynaklı
Haksız Rekabetten Doğan Sorumluluk
Hayri BOZGEYİK/ Zehra AVCI.....3-30
- Taşıyanın Gemiyi Denize Elverişli Bulundurma
Yükümlülüğünün İhlâli ve Denize Elverişsizliğe
İlişkin İspat Yükünün Değerlendirilmesi
Ahmet Batuhan OYAL..... 31-80
- Şeffaf ve Öngörülebilir Çalışma Koşulları: 2019/1152
Sayılı Avrupa Birliği Direktifi ve Türk İş Hukukunda İşverenin
Çalışma Koşulları Hakkında İşçilere Bilgi Verme Yükümlülüğü
Merve KUTLU MUTLUER.....81-136
- Kambiyo Senetlerinde Tahsil Cirosu
Ahmet Cemil ÜNAL..... 137-158
- Analık Haline Bağlı Olarak Sağlanan Hakların
ve Yardımların Temel Anayasal Haklar ve Eşitlik
İlkesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi
Kübra DEMİR.....159-206
- Kişisel Veri Koruma Hukuku İle Ticaret Sicilinin
Aleniyet Fonksiyonu Arasındaki Menfaat Dengesi
Nurdan BALKAN207-240
- 7405 Sayılı Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları
Kanunu'nun Getirdiği Sistem Hakkında Bazı Düşünceler
Eren ERKİN241-288

* Makaleler, yazarların unvanı ve soyadlarına göre sıralanmıştır.

Sır Saklama Yükümlülüğü Kapsamında Avukatın Sözleşmeden Doğan Ücret Alacağıın Devrinin Geçerliliğinin Değerlendirilmesi Banu ATLI DARCAN	289-334
---	---------

KAMU HUKUKU

İslâm Hukuku Kavramının İcadı Üzerine Ramazan ÇAĞLAYAN	337-366
12 Mart Dönemi'nde Hukuk: Tanıklık Edebiyatı Bağlamında Bir İnceleme Rıdvan DEĞİRMENCİ	367-398
Britanya Monarşisinin Varlığını Sürdürmesi: Mutlak Monarşiden Anayasal Monarşiye Geçiş Nurullah GÖRGEN	399-428
Özne, Hukuk ve Hak Yahya Berkol GÜLGEÇ	429-454
Cezaevinde Anneleriyle Birlikte Kalan Çocuklar Hakkında Değerlendirme Tülay KİTAPÇIOĞLU YÜKSEL	455-506
Sosyal Etik Bir Değerlendirme Olarak Cezai Sorumluluk ve Mevcut Hareket Teorileri Bakımından Yapay Zekânın Fail ve Sorumluluk Öznesi Olarak Değerlendirilmesi Hasan ÇATAKLI	507-544
İdari Yargıda Olağan Kanun Yollarına Getirilen Kanuni Sınırlar ve Kanuni Sınırların Anayasaya Aykırılığı Zehra KARAKUŞ IŞIK	545-588
Özel Hukuk Kişileri Arasında İdari Sözleşme Yapılabilmesi Olasılığına İlişkin Bir Değerlendirme Mehmet AKTAŞ	589-612

Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

Vol. XXVIII April 2024 Number 2

C O N T E N T S

ARTICLES*

PRIVATE LAW

Social Media And Liability Arising From Unfair Competition Based On Social Media Hayri BOZGEYİK/ Zehra AVCI	3-30
Carrier’s Violation Of His Obligation To Keep The Ship Seaworthy And The Burden Of Proof Regarding Unseaworthiness Ahmet Batuhan OYAL	31-80
Transparent And Predictable Working Conditions: The European Union Directive No. 2019/1152 And The Employers’ Obligation To Provide Information To Workers On Working Conditions In Turkish Labour Law Merve KUTLU MUTLUER	81-136
Endorsment For Collection In Bills Of Exchange Ahmet Cemil ÜNAL	137-158
Evaluation Of Rights And Benefits Provided In Connection With Motherhood In The Framework Of Fundamental Constitutional Rights And Equality Principle Kübra DEMİR	159-206
Balance Of Interest Between Personal Data Protection Law And The Publicity Function Of The Trade Registry Nurdan BALKAN	207-240
Some Thoughts About The System Brought By The Law No 7405 On Sports Clubs And Sports Federations Eren ERKİN	241-288

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

Evaluation Of The Validity Of The Assignment Of The Attorney's Contractual Remuneration Claim Within The Scope Of The Duty Of Secrecy Banu ATLI DARCAN	289-334
--	---------

PUBLIC LAW

On The Invention Of The Concept Of Islamic Law Ramazan ÇAĞLAYAN	337-366
---	---------

Law In The Era Of March 12: An Examination With Testimonial Literature Rıdvan DEĞİRMENCİ	367-398
---	---------

The Survival Of British Monarchy: Transition From Absolute Monarchy To Constitutional Monarchy Nurullah GÖRGEN	399-428
---	---------

Subject, Law And Right Yahya Berkol GÜLGEÇ	429-454
--	---------

Evaluation About Of Children Staying With Their Mothers In Prison Tülay KİTAPÇIOĞLU YÜKSEL	455-506
---	---------

Criminal Responsibility As A Social Ethical Evaluation And The Evaluation Of Artificial Intelligence As A Perpetrator And Subject Of Responsibility In Terms Of Existing Theories Of Action Hasan ÇATAKLI	507-544
---	---------

Legal Limits Introduced To Ordinary Legal Remedies In Administrative Judiciary And The Unconstitutionality Of Legal Limits Zehra KARAKUŞ IŞIK	545-588
---	---------

An Evaluation On The Possibility To Make Administrative Contracts Between Private Persons Mehmet AKTAŞ	589-612
---	---------

ÖZEL HUKUK >>

BOŞ

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

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVIII Nisan / April 2024 Sayı / No. 2

SOSYAL MEDYA VE SOSYAL MEDYA KAYNAKLI HAKSIZ
REKABETTEN DOĞAN SORUMLULUK

SOCIAL MEDIA AND LIABILITY ARISING FROM UNFAIR
COMPETITION BASED ON SOCIAL MEDIA

Hayri BOZGEYİK* 

Zehra AVCI** 

ÖZET

[10.34246/ahbvuhfd.1447512](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1447512) 

İnternetin yaygınlaşması, özellikle sosyal medyanın hızla büyümesiyle birlikte iletişimi kolaylaştırmış ve çeşitlendirmiştir. Bu platformlar kullanıcılara içerikleri paylaşma ve etkileşime geçme imkânı sunarak dünya genelinde yaygın bir etkileşim sağlamıştır. Fikri mülkiyet haklarına ve haksız rekabete yönelik ihlallerin meydana gelmesi de kaçınılmaz olmuştur. Çalışmada öncelikle sosyal medyanın tanımı ve unsurları ele alınacaktır. Haksız rekabetin genellikle istenmeyen e-posta gönderimi, alan adları, reklam araçları ve iletişim yoluyla meydana geldiği görülmüştür. Bu ihlaller, Türk Ticaret Kanunu'nun 55. maddesi kapsamında değerlendirilir. Sosyal medyada haksız rekabet durumunda sorumluluğun içerik sağlayıcıya mı yoksa yer, erişim veya toplu kullanım sağlayıcıya mı ait olduğu önem arz eder. İçerik sağlayıcılar sundukları içerikten sorumlu olup, bağlantı sağladıkları diğer içerik sağlayıcılarından sorumlu değildir. Ancak, içeriği benimsedikleri durumda genel hükümlere göre sorumluluk taşırlar. Yer ve erişim sağlayıcıların sorumluluğu, kullanıcının paylaştığı hukuka aykırı içerikleri belirli kurallar çerçevesinde yönetmekle sınırlıdır. Toplu kullanım sağlayıcılarının

* Prof. Dr., Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, e-posta: hbozgeyik@aybu.edu.tr, ORCID:0000-0002-9974-7459

** Arş.Gör., Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, e-posta: av-cifzehra@aybu.edu.tr, ORCID: 0000-0003-1071-9740

DOI: <https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1447512>

- **Atıf Şekli/ Cite As:** Bozgeyik H/ Avcı Z, “Sosyal Medya ve Sosyal Medya Kaynaklı Haksız Rekabetten Doğan Sorumluluk”, *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28(2), 2024, s.3-30.
- **İntihal / Plagiarizm:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



sorumluluğu ise ticari amaçlarına göre değişmektedir. Ticari olmayan sağlayıcılar sadece suç içeren içeriklere erişimi engellemekle sorumludur, ancak ticari amaçlı sağlayıcılar çocukların korunması ve suçların önlenmesi amacıyla belirlenen prosedürlere uymakla yükümlüdürler. Sorumluluklarını yerine getirmeyenler, belirli koşullar altında sorumlu tutulabilirler.

Anahtar Kelimeler: Sosyal medya, haksız rekabet, sorumluluk, haksız rekabet hukuku, internet hukuku.

ABSTRACT

The widespread use of the Internet, especially with the rapid growth of social media, has simplified and diversified communication. These platforms have provided users with the opportunity to share and interact with content and have enabled widespread interaction worldwide. Violations of intellectual property rights and unfair competition have also become inevitable. In this study, it is generally observed that unfair competition occurs through unsolicited emails, domain names, advertising tools, and communication. These violations are evaluated within the scope of Article 55 of the Turkish Commercial Code. In case of unfair competition in social media, it is important to determine whether the responsibility belongs to the content provider or the hosting, access, or collective use provider. Content providers are responsible for the content they provide and are not responsible for other content providers to which they provide links. However, if they adopt the content, they are liable according to the general provisions. Hosting and access providers are responsible for managing illegal content shared by users according to specific rules. The responsibility of collective use providers depends on their commercial objectives. Non-commercial providers are only responsible for preventing access to criminal content, but commercial providers are obliged to comply with the procedures determined for the protection of children and the prevention of offences. Those who fail to fulfil their responsibilities may be held liable under certain conditions.

Keywords: Social media, unfair competition, liability, unfair competition law, internet law.

EXTENDED ABSTRACT

Today, the internet has made communication easier, more diverse and faster. Social media has also rapidly become widespread, altering how people interact socially and their communication habits. However, it is important to note that the internet has both positive and negative impacts on society, including social, political, economic, scientific, and cultural aspects. It can also lead to various problems and disputes in these areas. The rise of social media has emphasised the importance of addressing intellectual property rights and unfair competition within this medium.

Unfair competition through social media advertising can also occur through personalized advertising and hidden brand advertising. In accordance with Turkish

law, in order to make personalized advertisements, the stored data must be processed within the framework of the principles set out in the Personal Data Protection Law (KVKK). Personalized commercial advertisements created contrary to these principles may be described as unfair competition on the grounds that they violate a regulation that constitutes a business condition. For a digital platform to be classified as social media, it must be accessible, facilitate communication, and support interaction between users. The components of social media can be classified as access, user, interaction, and communication.

Unfair competition in social media usually stems from spam emails, domain names, advertising tools, linking, and referrer codes. These practices are evaluated under Article 55 of the Turkish Commercial Code (TTK). An advertising tool that meets the conditions specified in the provision constitutes unfair competition.

In cases where violations of intellectual property rights or situations that constitute unfair competition arise from the use of social media, it is important to determine who can be held responsible for these acts. These behaviours constitute torts in the sense of private law, and those who commit them are subject to the provisions of the Turkish Code of Obligations (TBK) regarding torts and various sanctions imposed by special laws. In cases of violations, responsibility attribution between the content provider and the hosting, access, or public use provider has been addressed by regulating their liabilities separately.

It is legally possible for a person to share a work or industrial property right that they have created or have the right to use via social media sharing. However, using a right that belongs to someone else requires the permission of the owner of the work or right.

The content provider is responsible for all the content it offers on the internet. However, it is not responsible for the content originating from other content providers to which it links. Liability for hosting and access providers is only applicable according to general provisions when it is clearly evident that the content is intended to be adopted and the user has access to specific content.

The hosting and access provider bears no direct liability for the unlawful acts of the content provider. This is explicitly stated in the law, which also specifies that the hosting and access provider is not obligated to monitor the content provided or investigate the existence of any illegal activity. The responsibility of the hosting and access provider is limited to notifying the user of any unlawful content in accordance with relevant laws and removing it from publication or blocking access, as required.

The responsibilities of public use providers vary depending on whether they are established primarily for commercial purposes. Non-commercial public use providers are only liable for blocking access to criminal content in cases of intellectual property rights violations or unfair competition arising from social media use. However, providers who use public resources for commercial purposes are also responsible

for complying with regulations that protect families and children, prevent crime, and identify criminals. These individuals will be held accountable if they fail to take these measures.

The study explains the concept of social media, its definitions in various fields, and its subjects. It then examines intellectual property violations in social media. This text examines copyright and industrial property rights violations, unfair competition in social media, and the responsibilities of social media users in such cases.

GİRİŞ

İnternet günümüzde iletişimi oldukça kolaylaştırmış, çeşitlendirmiş ve hızlandırmıştır. Ancak internet, kişilerin günlük hayatına sağladığı katkı haricinde, sosyal, siyasi, iktisadi, bilimsel, kültürel vb. alanlarda çeşitli sorunlara ve uyuşmazlıklara da yol açmaktadır.

İnternetin geçen on yılda en çok gelişen ve büyüyen alanlarından biri de sosyal medyadır. Kişiler hem kendi ürettikleri içerikleri hem de başkaları tarafından üretilen içerikleri sosyal medya aracılığıyla paylaşma imkânı bulmaktadır. Bu karşımıza resim, fotoğraf, yazı, video vb. olabilmektedir. Sosyal medya, kişilerin paylaştığı içerikleri zaman ve mekân farkı olmaksızın dünyanın herhangi bir yerindeki başka bir kişinin erişmesine fırsat vermekte, yazarının kaleminden henüz çıkan bir metin, saniyeler içinde büyük kitlelere ulaşabilmektedir.

Kişinin kendi meydana getirdiği veya kullanım hakkı kendisine ait olan bir eser veya sınai mülkiyet hakkını, sosyal medya üzerinden paylaşması hukuki açıdan mümkün olmakla birlikte, başkasına ait bir hakkın paylaşılması veya kullanılması, eser veya hak sahibinin iznini gerektirmektedir.

Çalışmada öncelikle sosyal medya kavramı, bu kavramın çeşitli alanlar merkeze alınarak yapılan tanımlar ve sosyal medyanın sùjeleri açıklanacak, devamında ise sosyal medyada fikri mülkiyet ihlalleri ele alınacak, bu ihlaller eser sahipliği hakları ve sınai mülkiyet haklarından bazıları olmak üzere açıklanmaya çalışılacaktır. Daha sonra sosyal medyada haksız rekabet teşkil eden alanlar incelenecek ve son olarak söz konusu ihlallerin gerçekleşmesi halinde sosyal medya sùjelerinin sorumlulukları üzerinde durulacaktır.

I. SOSYAL MEDYA

A. Kavram

Yakın zamanda büyük bir hızla yaygınlaşarak oldukça yüksek kullanıcı sayısı ile insanların sosyal etkileşimlerini ve iletişimlerini değiştirmiş olan sosyal medya, gelişen teknolojinin bir ürünüdür. 2023 yılında dünya çapında sosyal medya kullanıcılarının sayısı 4,9 milyar kişiye ulaştığı belirlenmiş ve bu sayının 2027 yılına kadar yaklaşık 5,85 milyar kullanıcıya ulaşması beklenmektedir¹. Sosyal medyanın insanlar arasındaki yaygınlığı, fikri hakların ve haksız rekabetin de bu mecrada ele alınması gerekliliğini ortaya koymuştur.

Sosyal medya çok boyutlu bir kavram olduğundan, bunun teknoloji, iletişim, pazarlama, politik katılım ve benzeri alanlara yoğunlaşan tanımlarına rastlamak mümkündür. İletişim merkezli yaklaşımların sosyal medyayı *sosyal paylaşım* kavramı çerçevesinde “*kişilere karşılıklı paylaşım imkânı tanıyan, onları kişisel olarak veya çeşitli gruplar içinde içerikler oluşturmasına imkân veren teknolojiler*” şeklinde tanımlandığı görülmektedir².

İletişim merkezli diğer bir tanımda sosyal medya *çevrimiçi medyanın yeni bir türü³ veya kişiler arası etkileşimi öne çıkararak kişilere profil üretme, diğer kullanıcılarla paylaşımlar yapma ve onların paylaşımlarını görüntüleme ve takip etme esasına dayalı web tabanlı hizmetler⁴ şeklinde tanımlandığı da görülmektedir.*

Teknoloji merkezli bazı yaklaşımlarda sosyal medya, web 2.0 teknolojisi üzerine kurulu, kullanıcı kaynaklı içerik üretimine izin veren internet tabanlı uygulamalar şeklinde tanımlanmaktadır⁵. Bu tanımda kullanıcıların web

¹ Belle Wong/ Aashika Jain, “Top Social Media Statistics And Trends”, *Forbes Advisor*, <<https://www.forbes.com/advisor/in/business/social-media-statistics/#sources>> 2024, Erişim Tarihi 19 Şubat 2024.

² Sinan Sami Akkurt, *Sosyal Medyada Gerçekleşen İhlaller Karşısında Kişilik Hakkının Korunması*, 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2023, s. 97; Ceren Yegen, “Demokratik ve Yeni Bir Kamusal Alan Olarak Sosyal Medya”, *Anemon Muş Alparslan Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 1(2), 2013, s. 121.

³ Antony Mayfield, *What Is Social Media*, 1. Edition, Library House Books, United Kingdom, 2010, s. 6.

⁴ Danah M. Body / Nicole Ellison, “Social Network Sites: Definition, History and Scholarship”, *Journal of Computer – Mediated Communication*, 13, 2008, s. 211.

⁵ Andreas M. Kaplan / Michael Haenlein, “Users of The World, Unite! The Challenges and Opportunities of Social Media”, *Business Horizons*, 53(1), 2010, s. 61.

içerikleri ile tek taraflı olarak ekkileştiği *web 1.0 aksine*⁶, kullanıcıların kendi içeriklerini paylaşarak sisteme dâhil oldukları “*web 2.0*” teknolojisi üzerine⁷ bina edilmiş olması açısından tanımlanmıştır⁸. Sosyal medya araçları, sosyal ağlardan meydana gelir⁹. Web 2.0 teknolojisi ile oluşturulan sosyal medyadan kullanıcıların yararlanması sosyal ağlar aracılığı ile olur. Sosyal ağlar ise, kişilerin çevrimiçi isteğe bağlı olarak kapalı veya herkese açık şekilde şahsi profiller oluşturup diğer kullanıcılarla iletişime girebildikleri ve düşüncelerini paylaşabildikleri platformlardır¹⁰. Güncel olarak en yaygın kullanılan sosyal ağların *Facebook, X (eski adıyla Twitter), Whatsapp, Instagram, YouTube* vb. olduğu görülmektedir¹¹.

Sosyal medya kavramını medya temelli açıklayan yaklaşım ise bunu “*yeni medya*” olarak isimlendirmekte ve bunu ise kişinin yalnızca tüketici olduğu ve yayınlarda herhangi bir etkileşiminin bulunmadığı ve genellikle radyo, televizyon, gazete, dergi benzeri sınırlı ve belirli olan yayın organları

⁶ Bkz. Sarah Aghei/ Mohammad Ali Nematbakhsh/ Hadi Khosravi Farsani, “Evolution Of The World Wide Web: From WEB 1.0 To WEB 4.0”, *International Journal of Web & Semantic Technology*, 3(1), January 2012, s. 2-3.

⁷ Tim O’Reilly, “What Is Web 2.0 – Design Patterns and Business Models for The Next Generation”, *Communications & Strategies*, No. 1, California/USA, 2005, s. 9 vd.

⁸ Bkz., Z. Beril Akıncı Vural/ Mikail Bat, “Yeni Bir İletişim Ortamı Olarak Sosyal Medya: Ege Üniversitesi İletişim Fakültesine Yönelik Bir Araştırma”, *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, 5(20), 2010, s. 3354 vd.; Sinan Sami Akkurt, “Kişilik Hakkının Sosyal Medya Kullanıcıları Tarafından İhlâli Hâlinde Ortaya Çıkacak Cezaî Sorumluluğa Medenî Hukuk Bağlamında Bir Bakış”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 25(2), 2017, s. 335; Benzer diğer tanımlar için bkz. Mine Kaya, “Sosyal Medya ve Sosyal Medyada Üçüncü Kişilerin Kişilik Haklarının İhlali”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 119, 2015, s. 279 (Medya); Erkan Akar, *Sosyal Medya Pazarlaması: Sosyal Web’te Pazarlama Stratejileri*, 2. Baskı, Efil Yayınevi, Ankara, 2011, s. 17.

⁹ Beşjon Zenelaj, “Pazarlama Stratejisi Olarak Sosyal Medya İletişimi ile Kurumsal İtibarı Oluşturmak: İletişim Sektöründe Bir Araştırma”, *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2014, s. 60.

¹⁰ Alev Aslan, “Sosyal Ağlar ve Online (Çevrimiçi) Reklam Üzerine Bir Değerlendirme”, *1. Uluslararası İletişimde Yeni Yönelimler Konferansı*, 2017, <<http://acikerisim.ticaret.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/11467/1617/M00818.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>, Erişim Tarihi 12 Ocak 2024, s. 233; Ercüment Büyüksener, “Türkiye’de Sosyal Ağların Yeri ve Sosyal Medyaya Bakış”, *XIV. Türkiye’de İnternet Konferansı*, İstanbul Bilgi Üniversitesi, <https://inet-tr.org.tr/inetconf14/kitap/buyuksener_inet09.pdf> 2009, Erişim Tarihi 12 Ocak 2024; s. 21.

¹¹ Esteban Ortiz-Ospina, “The rise of social media” <<https://ourworldindata.org/rise-of-social-media>> 2019, Erişim Tarihi 16 Şubat 2024; Tuba Aksakallı, “Sosyal Medya Reklamlarının Tüketicilerde Oluşturduğu Algılar: Instagram Reklamları Üzerine Bir Uygulama”, *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Konya, 2018, s. 44.

aracılığıyla tek taraflı olan geleneksel medyadan farklı olarak, zaman ve mekândan bağımsız olarak interaktif etkileşimin mümkün olduğu sanal ortam şeklinde tanımlanmaktadır¹².

Ticari ve servis sağlayıcı ile kurumsal iş birliği içerisinde olan şirketler sosyal medyada reklamlar vasıtasıyla mal ve hizmetlerini tanıtarak satış ve sunumunu gerçekleştirmektedir. Bundan yola çıkan pazarlama temelli yaklaşımların sosyal medya tanımı ise, işletmeleri potansiyel müşterilerle doğrudan buluşturabilen ve geleneksel medya araçlarına göre nihai tüketiciyle iletişimi daha etkin sağlamasına rağmen daha düşük maliyet gerektiren interaktif bir pazarlama aracı şeklindedir¹³.

B. Unsurları

İnternette tabanlı dijital bir yazılımın sosyal medya olarak nitelendirilebilmesi için bu platformun erişilebilir olması, iletişime imkân tanınması ve kullanıcılar arasında etkileşimi destekliyor olması gerekir. Bu açıdan sosyal medyanın unsurları erişim, kullanıcı, etkileşim ve iletişim olarak sayılabilir.

Dijital bir platformun sosyal medya olarak nitelendirilebilmesi için öncelikle zaman ve mekân sınırı olmadan genel bir kitlenin internet tabanlı olarak erişiminin mümkün olması gerekir. İçerik üretmek, geleneksel medyadan farklı olarak çok özel veya teknik bilgi ve beceri gerekemediğinden, sosyal medyanın büyük kitlelerce erişilmesi ve kullanılması kolayca mümkün olmaktadır.

Sosyal medya içerikleri, kullanıcıların bu ortama oluşturdukları sanal kimlikler ile katılmaları ve ortamın içerik oluşturmaya elverişleri basit araçlarını kullanmaları sonucunda meydana gelir. Kullanıcıya sosyal medya platformlarında genellikle “*profil*” veya “*kullanıcı adı*” şeklinde adlandırılan ve kendisinin oluşturduğu bir sanal kimlik izafe edilir. Bu sanal kimlik, bazen kullanıcının isteğine göre resim, isim, cinsiyet, yaş, konum bilgisi, meslek gibi kişisel bilgileri de içerir. Bu şekilde kullanıcının kendisini temsili ve başka kullanıcılardan ayırt edilmesi sağlanmış olur¹⁴. Sanal kimlik bununla beraber,

¹² Ümit Sanlay, *Sosyal Medya Savaşları*, 1. Baskı, İstanbul, 2014, s. 28 vd.

¹³ Bkz. Akar; Kaplan / Haenlein, s. 61 vd.; Sisira Neti, “Social Media and its Role in Marketing”, *International Journal of Enterprise Computing and B International Journal of Enterprise Computing and Business*, 1 S. 2 July, < <https://www.ijecbs.com/July2011/13.pdf> > 2011, Erişim Tarihi 2 Aralık 2023, s. 1 vd.

¹⁴ Joshua Brunty/ Katherine Helenek, *Social Media Investigations of Law Enforcement*, 1. Edition, Anderson Publishing Ltd., Massachusetts, 2013, s. 2; Jan H. Kietzmann/ Kristopher

kullanıcıların sosyal medyada mevcut olmalarına hizmet eder ve aralarında sosyal ilişkiler kurmalarını sağlar¹⁵.

Geleneksel medyada, kitlelere genellikle tek yönlü bir iletişim modeli sunulur. Yani kitleler etkileşime giremez, iletişimin yalnızca alıcısı konumundadır. Buna karşılık sosyal medyada kitlelere çift yönlü bir iletişim imkânı sunulur. Kullanıcılar tarafından sosyal medyada paylaşılan duygular, düşünceler, fikir ve sanat eserleri, siyasi eğilimler, kişisel durumlar, fotoğraflar, videolar, yazılar, ticari ve mesleki faaliyetler gibi çeşitli içerikler ile kişisel veriler, etkileşimde buldukları materyaller olarak tanımlanır. İçerik paylaşımı ve bunların etkileşimi, sosyal medyanın temel amaçlarından birini oluşturur¹⁶.

Sosyal medya, geleneksel medyanın tek yönlü içerik aktarma ve yaymaya imkân sağlamasının aksine, kullanıcılarına anlık olarak erişim ve iletişim imkânı sağlamaktadır. Bahsedilen bu katılım, paylaşılmış içerikleri yeniden paylaşabilme ve yorum yapabilme şeklinde veya yazışmalar şeklinde karşımıza çıkabilir. Yazışmalar, her sosyal medya platformunda farklı olabilmekle birlikte, ikili veya çoklu diyaloglar, özel mesajlar, sesli veya görüntülü konuşmalar veya e-posta gönderilmesi ile gerçekleştirilebilir.

C. Süjeleri

Sosyal medyada fikri mülkiyet hakkı ihlali ve haksız rekabetten kaynaklanan sorumluluk açısından süjelerin belirlenmesi önemlidir. Bu nedenle konu aşağıda detaylı bir şekilde ele alınacaktır.

1. Yer Sağlayıcılar

Yer sağlayıcı kanunda “*hizmet içerikleri barındıran sistemleri sağlayan veya işleten gerçek veya tüzel kişi*” şeklinde tanımlanmıştır¹⁷. Sosyal medya içerikleri, çoğunlukla kullanıcılar tarafından oluşturulmaktadır. İnternet içeriklerini saklayan bu sistemleri sağlayan işletenler; bir başka deyişle, bu

Hermkens/ Ian P. McCarthy/ Bruno S. Silvestre, “Social Media? Get Serious! Understanding The Functional Building Blocks of Social Media”, *Business Horizons*, 54(3, 2011, s. 243 vd.

¹⁵ Crispin Thurlow/ Laura Lengel/ Alice Tomic, *Computer Mediated Communication: Social Interaction and The Internet*, 1. Edition, Sage Publications, London, 2004, s. 48; Kaya, (Medya), s. 281.

¹⁶ Kaya, (Medya), s. 280; Akkurt, (Sorumluluk) s. 337.

¹⁷ 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun (İYDHK) m. 2, 1/m.

içerikleri kendisine veya başkasına ait sunucu bir bilgisayarda bulut bilişim¹⁸ sistemlerinde veya veri tabanlarında depolamak suretiyle genellikle kendisinin işlettiği bir arayüz, yazılım veya internet sitesi aracılığıyla yayınlayanlar, internet yer sağlayıcılarıdır¹⁹.

Facebook, X, Instagram, Youtube ve sözlükler gibi sosyal medya platformlarının yer sağlayıcı niteliği taşıyıp taşımadığı ise öğretide tartışılmaktadır. Bir görüş, kanundaki yer sağlayıcı tanımı nedeniyle, bunların internet ortamında hizmet ve içerikleri değil, bunların üzerinde yürüdüğü sistemi sağlayan kişi kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır²⁰. Kanaatimizce sosyal medya arayüz yazılımları aslında *hizmet ve içeriği birlikte barındıran sistemler*dir.

Sistem, bir sonuç elde etmeye yarayan yöntemler düzeni²¹, yazılım ise bilgisayar donanımı üzerinde çalışan program ve yordamların tümüdür²². Bu iki kavram birlikte değerlendirildiğinde, yazılımın bilgi işlemi sağladığı, donanıma bir nevi hayat verdiği ve bir düzen içinde sıralanmış kodlardan meydana geldiği, dolayısıyla bir sistem niteliği taşıdığı sonucuna ulaşılabilir. Bu sebeple sosyal medya yazılımları da sistem olarak nitelenebilir²³. Bununla beraber, sosyal medya şirketleri büyük bir çoğunlukla işledikleri verileri kendilerine ait olan veya işlettikleri bilgisayarlarda, veri tabanlarında ya da bulut bilişimlerde depolamaktadır²⁴. Yani sosyal medya yazılımları “sistem” olarak nitelendirilemezse bile, İYDHK 2. maddesi 1/m kapsamında depolama faaliyetleri bakımından internet yer sağlayıcısı sayılabilir.

¹⁸ Bulut bilişimin (cloud computing) bir ürün değil, hizmet olduğu yönünde, bkz. Wikipedia Online Encyclopedia, <https://tr.wikipedia.org/wiki/Bulut_bili%C5%9Fim>, Erişim Tarihi 15 Ocak 2024; Eric Knorr/ Galen Gruman, “What Cloud Computing Really Means”, <https://archive.nytimes.com/www.nytimes.com/idg/IDG_002570DE00740E180025742400363509.html> 2008, Erişim Tarihi 15 Ocak 2024.

¹⁹ Akkurt, (Kişilik Hakkı), s. 137-138.

²⁰ İlker Atamer, “İkinci Nesil İnternet Sitelerinin Hukuki Statüsü”, <<https://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=2314>> 2008, Erişim Tarihi 15 Aralık 2023.

²¹ TDK Büyük Türkçe Sözlük, Erişim Tarihi 15 Aralık 2023.

²² TDK Bilişim Sözlüğü, Erişim Tarihi 15 Aralık 2023.

²³ Aynı yönde, Akkurt, (Kişilik Hakkı), s. 138.

²⁴ bu konuda bkz. Serhatlı, Serhat Serhatlı, “Facebook Verilerini Nasıl Tutuyor? Graf Veri Tabanı Neo4j ile Küçük Bir Sosyal Ağ Yapalım (How does Facebook store the data?)”, <<https://www.linkedin.com/pulse/facebook-verilerini-nas%C4%B1-tutuyor-graf-veri-taban%C4%B1-neo4j-serhatl%C4%B1/?originalSubdomain=tr>>, 2015, Erişim Tarihi 1 Aralık 2023.

İYDHK uyarınca yer sağlayıcı tanımını bakımından faaliyetlerin mutlaka kendisine ait bilgisayar veya depolama aracılığıyla yapılması gerekmemektedir. Hükümde “*hizmet içerikleri barındıran sistemleri sağlayan veya işleten*” kişilerden bahsedildiğine göre, hizmet ve içeriklerin bulunduğu yer ve bunun mülkiyetinin kime ait olduğu yer sağlayıcının tespitinde önem arz etmemektedir²⁵.

Sonuç olarak, Facebook, X, Instagram, Youtube ve sözlükler gibi sosyal medya platformları, kullanıcıların oluşturdukları içeriğe yer sağlamaları bakımından İYDHK kapsamında “yer sağlayıcı” olarak nitelendirilebilir²⁶. Yargıtay’ın da görüşü bu yöndedir²⁷. Ancak, söz konusu platformlar; kullanıcı içeriklerini seçip sınıflandırarak bunu kullanıcılara çeşitli algoritmalar içinde sunmaktadır. Buralara içerik yükleyen kullanıcılar ile, örneğin bir web hosting amaçlı yer sağlayan aynı durumda değildir. Hosting örneğinde yer sağlayıcı pasif durumda iken, burada içeriğe çeşitli şekillerde (seçme, sınıflandırma, alt yazılama vb.) bir tür müdahalede bulunulması ve yüklenen her içeriğin olduğu gibi gösterilmesinden ziyade, daha çok kullanıcı ve dolayısıyla geliri elde etmeye yönelik bir yöntemin izlenmesi konuyu tartışılmalı hale getirmektedir.

2. İçerik Sağlayıcılar

İçerik sağlayıcı, kullanıcılara internet üzerinden sunulan bilgi veya verileri üreten, değiştiren ve bunu sisteme temin eden kişilerdir (İYDHK m. 2, 1/f). Bu hüküm kapsamında sosyal medya kullanıcılarının içerik sağlayıcısı olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği tartışılmıştır. Bir görüşe göre, içerik sağlayıcısı sayılabilmek için yalnızca verinin üretilmesi veya değiştirilmesinin yeterli olmadığı, verinin o kişi tarafından sağlanması gerektiği savunulmuş, örneğin bir paylaşım sitesinde video paylaşan bir kullanıcının içerik sağlayıcısı olamayacağı belirtilmiştir²⁸.

²⁵ Ümit Gezder, *İçerik Sağlayıcının ve Yer Sağlayıcının Hukuki Sorumluluğu ve Sorumluluk Muafiyeti*, 1. Baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2017, s. 119.

²⁶ Oğuzhan Türe (2017), Yer sağlayıcısı nedir? Hukuken sorumlulukları nelerdir?, <<https://www.startupnedir.com/yer-saglayicisi-nedir-hukuken-sorumluluklari-nedir/>> 2017, Erişim Tarihi 15 Aralık 2023; Türkiye’de ticari amaçlı yer sağlayıcılarının listesi için bkz. <<https://www.btk.gov.tr/ticari-amacli-hizmet-verenler-yer-saglayici-listesi>> Erişim Tarihi 15 Aralık 2023.

²⁷ Yargıtay 19 CD, E 2015/12260, K 2017/7086, 20.09.2017 - Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi 10 Aralık 2023; Yargıtay 12 CD, E 2014/2502, K 2014/17838, 15.09.2014 Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi 12 Aralık 2023.

²⁸ Atamer, (İkinci Nesil İnternet Sitelerinin Hukuki Statüsü).

Yer sağlayıcının sorumluluğu, içerik kontrolü veya yasal olmayan bir faaliyetin varlığını araştırma gerekliliği olmaksızın, İYDHK'nın 5. maddesinin birinci fıkrasına göre belirlenir. Yer sağlayıcıların genellikle kullanıcıların paylaştıkları içeriklere yönelik bir ön inceleme veya müdahalelerinin olmadığı, kullanıcılar tarafından oluşturulan ve yüklenen içerikler için sadece arayüz, donanım ve yazılım sistemini sağladığı söylenebilir²⁹. Sosyal medya kullanıcıları, sağlayan ve değiştiren süljeler olmaları sebebiyle İYDHK anlamında içerik sağlayıcısı olarak nitelendirilebilir³⁰. Yargıtay da bu yönde kararlar vermiştir³¹.

3. Erişim ve Toplu Kullanım Sağlayıcılar

a. Erişim Sağlayıcılar

Erişim sağlayıcılar, kullanıcıların internet ortamına erişimini sağlar (İYDHK m.2/1-e). İnternet bireysel abonelerine ve toplu kullanım sağlayıcılarına internet bağlantısı için gereken hizmet ve servisleri sağlayan *TTNet, KabloNet, Turkcell* gibi kuruluşlar erişim sağlayıcılarıdır.

Kanunda erişim sağlayıcıların gerçek kişi olabileceği belirtilmiş olmakla birlikte ülkemizde bu faaliyet genellikle sermaye şirketleri tarafından yürütülmektedir. İlgili Yönetmeliğin³² 4. maddesindeki düzenlemeden, sadece sermaye şirketlerinin erişim sağlayıcı olabileceği anlaşılmamalıdır. Zira Erişim Sağlayıcıları Birliği Tüzüğü'nde³³ erişim sağlayıcı, "*kullanıcılarına internet ortamına erişim olanağı sağlayan her türlü gerçek veya tüzel kişi*" şeklinde tanımlanmıştır (m. 2 d)³⁴. Aynı tüzüğün 4. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan düzenleme nedeniyle, gerçek kişilerin erişim sağlayıcı olduğu hallerde bunların tacir olması gerektiği veya TTK anlamında tacir olmayan kimselerin de bu faaliyetleri nedeniyle tacir kabul edilebilecekleri sonucuna varılabilir.

²⁹ Şerife Öztürk, "Sosyal Medyada Etik Sorunlar", *Selçuk İletişim*, 9(1, 2015, s. 289.

³⁰ Gezder, s. 26 vd.; Akkurt, (Kişilik Hakkı), s. 244.

³¹ Yargıtay 19 CD, E 2015/12260, K 2017/7086, 20.09.2017 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi 10 Aralık 2023; Yargıtay 4 HD, E 2016/6124, K 2017/8370, 18.12.2017 Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi 11 Aralık 2023.

³² Telekomünikasyon Kurumu Tarafından Erişim Sağlayıcılara ve Yer Sağlayıcılara Faaliyet Belgesi Verilmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, RG 24.10.2007, 26680.

³³ Tüzük için bkz. <<https://www.esb.org.tr>> Erişim Tarihi 21 Şubat 2024.

³⁴ Erişim Sağlayıcıları Birliği için bkz. İYDHK'nın 6/A ve Geçici 3. maddesi.

b. Toplu Kullanım Sağlayıcılar

Toplu kullanım sağlayıcısı; üniversite, kütüphane, otel, lokanta, kafe, kara, hava veya deniz taşıtları gibi bağımsız bireysel kullanıcılara toplu internet bağlantısı sunan kişiler ile kamu veya özel kurumları, mekân veya işletmelerdir. Kavramda “*kişilere belli bir yerde ve belli bir süre internet ortamı kullanım olanağı*” sağlanmasına vurgu yapılmıştır (İYHDK m. 2 1/i). Tanım, kavramın çok geniş yorumlanmasına sebebiyet vereceği açısından eleştirilmiştir³⁵.

Toplu kullanım sağlayıcı kavramının tanımında, İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmelik’te³⁶ “ticari amaç güden toplu kullanım sağlayıcıları” için yapılmış olan tanımdan yararlanılabilir. Buna göre, toplu kullanım sağlayıcısı, erişim sağlayıcı tarafından kendisine sağlanan toplu kullandırma yetkisine dayanarak, iradi bir şekilde internet bağlantısını kamuya açık alanlarda, aynı evde yaşayanlar veya aile üyeleri dışında birden çok kişinin bireysel olarak erişimine imkân sağlayarak paylaştan gerçek veya tüzel kişi şeklinde tanımlamak mümkündür.

II. SOSYAL MEDYA VE HAKSIZ REKABET

A. Haksız Rekabet

Türk hukukunda haksız rekabet, Türk Borçlar Kanunu’nda ve bir borç kaynağı olarak haksız fiillerin düzenlendiği ikinci ayırmada düzenlenmiştir (TBK m. 57). Ancak, en kapsamlı ve uygulamada karşılığı en çok görülen düzenlemeler ise Türk Ticaret Kanunu’nda yer almaktadır. Bundan başka, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun 83 ve 84. maddeleri ile 3577 sayılı İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanun’da da haksız rekabete ilişkin düzenlemeler yer almaktadır.

Türk Ticaret Kanunu’nda haksız rekabet “*rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar*” şeklinde tanımlanmaktadır (TTK m. 54 2). Kavram, öncelikle kanuna, ahlaka ve dürüstlük kurallarına aykırı olan ve rakipleri ekonomik faaliyet alanından uzaklaştırmayı ve onlara zarar vermeyi amaçlayan fiilleri kapsamaktadır³⁷.

³⁵ Akkurt, (Kişilik Hakkı), s. 327.

³⁶ RG 11.04.2017, 30035.

³⁷ Rıza Ayhan, *Haksız Rekabet Münasebetiyle Elde Edilen Menfaatlerin İadesi*, 1. Baskı,

Haksız rekabet maddi ortam gibi elektronik ortamlarda ve bunun önemli bir boyutu olan sosyal medya ortamında da ortaya çıkabilmektedir. Aşağıda haksız rekabetin sosyal medyaya özgü görünüm şekilleri kısaca ele alınacaktır.

B. Haksız Rekabetin Sosyal Medyada Görünüm Şekilleri

1. İstenmeyen E-Postalar

“İstenmeyen e-posta” (*spam*), elektronik posta kutularına istek harici veya istenmediği halde gelen e-postalardır. Kişilere bu yolla gönderilen reklam ve ilan gibi pazarlama yöntemleri bir yandan tüketicilerin karar verme özgürlüğünü bir yandan da ticari hayatta rekabeti olumsuz etkileme özelliğine sahiptir.

Saldırgan satış yöntemleri, saldırgan reklamlar haricinde tüm saldırgan satış yöntemini kapsamaktadır (TTK m. 55, 1 (a)/8 gerekçesi). Kullanıcılara istenmeyen e-posta gönderilmesi, tüketici ve rakipler açısından bir saldırgan satış yöntemi niteliği taşıyabilir. Bu durum başlı başına bir haksız rekabet oluşturur.

İstenmeyen e-postanın başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yol açması veya gerçek dışı veya yanıltıcı bilgiler veya kötülemeler içermesi hallerinde de haksız rekabet söz konusu olacaktır³⁸.

2. Alan Adları

İnternet alan adı, sistem içinde yer alan bilgisayarları ve bilgisayarların bulunduğu ağın rakamlarla gösterilen IP (“*Internet Protocol*”) yerine tanımlanması için kullanılan adlardır³⁹. Alan adları bir web sitesine erişim

Selçuk Üniversitesi Basımevi, Konya, 1990, s. 2; Rauf Karasu/ Cahit Suluk/ Temel Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019, s. 447 vd.; Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 5. Baskı, Vedat, İstanbul, 2012, s. 37; Mehmet Özdamar/ İbrahim Ermenek, “Haksız Rekabet Kanunları ve Korunan Menfaat”, *Ankara Barosu Dergisi*, 7(2007/3), s. 45 vd.; Güzide Soydemir, *İnternette Haksız Rekabetin Önlenmesi*, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2015, s. 25.

³⁸ Hamdi Yasaman, *Haksız Rekabet ve Rekabet Yasağı*, 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2023, s. 440 vd.

³⁹ Sefer Oğuz, “İnternet Alan Adı Hakkının Hukuki Niteliğinin Değerlendirilmesi”, *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9(1), 2021, s. 14; Merve Ayşegül Kulular İbrahim, “Markanın Alan Adı Olarak Kullanılması: Türkiye, ABD ve Avustralya Örnekleri”, *Bilişim Hukuku Dergisi*, 1(1, 2019, s. 88; Doğan Coşgun, “İnternette Alan Adları ve Haksız Alan Adı Tescillerine Karşı Hukuksal Başvuru Yolları”, *Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2003, s. 4; Nurullah Bal, “İnternet Alan Adları ve İnternet Alan Adı Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözülmesi”, *Gazi Üniversitesi*

için kullanılan teknik bir araç olduğu gibi, ticari işletme ve şirketlerin, marka veya işletme adlarını tanıtmaya işlevi de görmektedir⁴⁰. Alan adlarının kişilerin ve işletmelerin isimlerinden oluşması ve TMK m. 26 uyarınca adın korunmasına ilişkin hükümden de faydalanabileceğine ilişkin görüşleri sürülmüştür⁴¹. Mal ve hizmetleri ayırt edici özelliği sebebiyle alan adlarıyla ilgili uyuşmazlıkların marka hakkı⁴² veya bir başka ticari adın ihlali şeklinde ortaya çıkması mümkündür.

İnternet alan adları, farklı kriterlere göre kodlanmış olsa da hangi ülkeye ait olursa olsun, özel veya kamu sektörü, uluslararası kuruluşlar veya bireyler tarafından kullanılsın, tüm Amerika merkezli internetin DNS ve IP adres sistemlerini denetleyen kâr amacı gütmeyen bir kuruluş olan ICANN ("*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*") tarafından koordine edilmektedir. Alan adı tescili ticari kurumlar tarafından yapılmakta ancak ICANN tarafından yetkilendirilmeleri gerekmektedir. Türkiye’de alan adları “tr” uzantısıyla belirtilmektedir ve 1993 tarihinden beri ODTÜ tarafından yönetilmektedir⁴³. Alan adı tahsisine ilişkin kurum ve kuruluşlar ile ilgili usul ve esaslar 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu m. 35 uyarınca verilen yetkiye dayanılarak Ulaştırma Bakanlığı tarafından 2010 yılında İnternet Alan Adları Yönetmeliği ile düzenlenmiştir.

İnternet Alan Adları Yönetmeliği m. 23 uyarınca alan adları ile ilgili uyuşmazlıkların çözümünde alternatif olarak Uyuşmazlık Çözüm Hizmeti Sağlayıcıları tarafından işletilen uyuşmazlık çözüm mekanizmasının işletilmesi mümkündür. Alan adının "*başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yol açması*" halinde TTK kapsamında haksız rekabet söz konusu olacaktır. Karıştırma ihtimalinin belirlenmesi bakımından alan adının bir bütün olarak dikkate alınması gerekir.

Hukuk Fakültesi Dergisi, XVII(1-2), 2013, s. 318.

⁴⁰ Berkay Kırıcı, *Markanın İnternet Yoluyla Haksız Kullanımı*, 1. Baskı, Turhan, Ankara, 2009, s. 76 vd.; Ezgi Öztürk "İnternet Yoluyla Markanın Haksız Kullanımı", *Terazi Hukuk Dergisi*, 5(45), 2010, s. 69-79

⁴¹ Tamer Soysal, *İnternet Alan Adları Hukuku (Domain Name Law)*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 332-334.

⁴² Kulular İbrahim, *Alan Adı*, s. 96 vd; Fatih Buğra Erdem, "Markanın Alan Adı Olarak Kullanılmasında Karşılaşılan Uyuşmazlıklarda Tahkim Mekanizmalarının Yeri", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 31(1), 2023, s. 276 vd.

⁴³ Oğuz, s. 12; Kulular İbrahim, *Alan Adı*, s. 90.

3. Reklam Araçları

Reklam kavramı mevzuatta çeşitli şekillerde tanımlanmıştır. Buna göre reklam kısaca “*pazarlama iletişimi niteliğindeki duyuru*” şeklinde tanımlanabilir (6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 61, 1) veya “*ücret veya benzeri bir karşılıkla yapılan her türlü duyuru ve tanıtım*” (6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanunu m. 3, 1) şeklinde tanımlanabilir.

Sosyal medya, reklamın büyük kitlelere etkili ve kolay bir şekilde ulaşmasını sağlayan bir mecradır. Bu sebeple ticari işletme ve şirketler açısından büyük önemi vardır. Sosyal medya, geleneksel medyadan daha kolay, hızlı ve ucuz iletişim olanakları sağladığından, işletmeler tarafından daha çok tercih edilmektedir⁴⁴.

Sosyal medyada, reklam yoluyla haksız rekabet, kişiselleştirilmiş reklamcılık ve gizli marka reklamcılığı yollarıyla da gerçekleştirilmektedir. Kişiselleştirilmiş reklamcılık (çevrimiçi davranışsal reklamcılık)⁴⁵ veya ilgi alanına dayalı reklamcılık, reklamla tüketici arasındaki ilgi seviyesini artırmak ve reklamın verimini yükseltmek için reklam içeriğinin belirlenmiş kişilere özel olarak üretilip sunulması şeklinde tanımlanabilir⁴⁶. Kişiselleştirilmiş reklamlar hazırlanırken tüketicilerin internet gezinmelerinden ve ilgi alanlarına ilişkin toplanan verilerden yararlanır. İşte tüketicilere ait bu verilerin toplanmasında sosyal medya platformları büyük önem arz etmektedir⁴⁷.

Türk hukuku uyarınca kişiselleştirilmiş reklamların yapılabilmesi için depolanan verilerin 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda

⁴⁴ <<https://www2.deloitte.com/tr/tr/pages/technology-media-and-telecommunications/articles/turkiyede-tahmini-medyave-reklam-yatirimlari-2019-ilk-6-ay-raporu.html>> 2019, Erişim Tarihi 25 Kasım 2023; Abdurrahman Hamza Tüzgen, “Reklam Hukuku Açısından Sosyal Medya Kullanıcı Davranışlarının Reklam Kabul Edilebilirliğinin Değerlendirilmesi”, *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 5(2), 2023, s. 885.

⁴⁵ International Chamber of Commerce'in (ICC) yayınladığı Reklam Uygulama Esasları'nda kişiselleştirilmiş reklamcılık, “*Online Behavioural Advertising (OBA)*” yani çevrimiçi davranışsal reklam olarak geçmektedir, bkz. <<https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2011/08/ICC-Consolidated-Code-of-Advertising-and-Marketing-2011-English.pdf>> Erişim Tarihi 25 Aralık 2024, s. 32.

⁴⁶ <<https://support.google.com/adspolicy/answer/143465?hl=tr>> Erişim Tarihi 25 Aralık 2024.

⁴⁷ Bu konuda bkz. Jiawei Han/ Micheline Kamber/ Jian Pei, *Data Mining: Concepts and Techniques*, 3. Edition, Elsevier, Waltham, 2012, s. 8; Semih Sırrı Özdemir/ M. Zahid Doğanay, “Bir Mecra Olarak Sosyal Medyanın Reklam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 7(13), 2019, s. 302.

belirlenen ilkeler çerçevesinde işlenmesi gerekir (KVKK 4)⁴⁸. Bu ilkelere aykırı olarak oluşturulan kişiselleştirilmiş ticari reklamlar, iş şartı niteliği taşıyan bir düzenlemeyi ihlal ettikleri gerekçesiyle⁴⁹ haksız rekabet olarak nitelenebilecektir (TTK 55 1 (e))⁵⁰.

Sosyal medya reklamlarının haksız rekabet oluşturması gizli marka reklamları açısından da söz konusu olabilmektedir. Tüketicilerin mal ve hizmetlere ilişkin bilgi edinmeleri, genellikle bunları temin ve tecrübe etmeleriyle mümkün olur. Bu her zaman mümkün olmadığından, kişiler tercihlerini, satın almayı düşündükleri mal veya hizmete ilişkin diğer kişilerin ağızdan ağıza dolaşan⁵¹ tecrübelerinden yararlanarak da yapabilirler⁵². Gizli markaların temsilcilerinin, temsil ettikleri işletmelerin faydasını sağlamak için yaptığı yanıltıcı ve gerçek dışı açıklamalar (TTK 55/a-2) veya bunların, söz konusu işletmelerin rakiplerine ilişkin yanlış, yanıltıcı veya gereksiz incitici beyanları (TTK 55/a-1) haksız rekabete sebep olacaktır⁵³.

Sosyal medyada reklamlardan kaynaklanan haksız rekabet halinde ilgililer TTK'nın haksız rekabete ilişkin hükümleri kapsamında öngörülen davaları açabilecektir. Haksız rekabetin meydana geldiği platformun

⁴⁸ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. İbrahim Korkmaz, "Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Hakkında Bir Değerlendirme", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 29(124), 2016, s. 99 vd.

⁴⁹ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Ömer Teoman, "İş Yaşamı Koşullarına Uymamaya Dayalı Haksız Rekabet Davası (TTK m. 57, Bent 10) Sadece Rakipler Tarafından mı Açılabilir?", *Tüm Makalelerim*, C. 1-2, İstanbul, 2012, s. 1096; N. Füsün Nomer Ertan, *Haksız Rekabet Hukuku*, 1. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2016, s. 339, Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, Batıder, Ankara, 2021, s. 360-361; Rıza Ayhan/ Hayrettin Çağlar, *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*, 14. Baskı, Yetkin, Ankara, 2021, s. 386 vd.; Vural Seven, "Sosyal Paylaşım Sitelerinin (youtube-facebook-twitter) Haksız Rekabet Karşısındaki Durumu", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16(Özel Sayı), Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, 2014, s. 3347.

⁵⁰ Yargıtay 11 HD, E 2014/8583, K 2014/16086, 21.10.2014; 11 HD, E 2003/5014, K 2003/11697, 09.12.2003; 11 HD, E 2004/12541, K 2005/11797, 01.12.2005, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi 15 Aralık 2023.

⁵¹ Paula Fitzgerald Bone, "Determinants of Word-of-Mouth Communications During Product Consumption", *Advances in Consumer Research*, John F. Sherry, Jr. & Brian Sternthal (ed.), 19, 1992, s. 579 vd.; Akar, Erkan Akar, "Pazarlama Bağlamında Geleneksel ve İnternette Ağızdan Ağıza İletişim: Kuramsal Bir Çerçeve", *Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, (32), 2009, s. 114 vd.

⁵² George Silverman, *The Secrets of Word-of-Mouth Marketing*, 2. Edition, Amacom, New York, 2011, s. 29.

⁵³ İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 14 HD, E 2018/12, K 2018/627, 07.06.2018, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi 13 Ocak 2024.

işleteni, açıklamayı yapan kullanıcının kayıt sırasında sunduğu bilgileri vermekle yükümlüdür (TTK 58 b). Bu kapsamda Yargıtay, tüketicilerin şikâyet oluşturdukları bir sitede kim tarafından yapıldığı bilinmeyen davacı aleyhine gerçeğe aykırı açıklamalar söz konusu olduğunda, açıklamada bulunanın kimliğini bildirmeyen söz konusu internet sitesi işletenine de dava açılacağına karar vermiştir⁵⁴.

4. İlişimler (*Link*)

İlişim (*link*) web sayfasının programında yer alan ve diğer bir internet sitesine ulaşmak için kullanıcının tarayıcısını tanımlayan bir komuttur⁵⁵. Bir ticari işletme veya şirket, internet sitesinde reklam veya ürün ve hizmetlerini tanıtmak amacıyla diğer internet sitelerine bağlantı verebilir.

Bir internet sitesi, birçok web sayfasından meydana gelir. Bir internet sitesi bir başka internet sitesine ilişim verdiği zaman, bu genellikle ana sayfaya değil, başka belli bir sayfaya olur (*deep link*)⁵⁶. Bu halde, söz konusu sitenin reklam içeren ana sayfası veya reklam içeren diğer sayfaları görüntülenmemiş olacaktır.

İlişimin içeriği ve bağlantının nasıl verildiğine bağlı olarak, internet kullanıcılarının, ilişim verilen materyallerin, bunların üzerinde yer aldığı internet sitesine değil de bağlantıyı içeren internet sitesine ait olduğu izlenimi edinmesi de mümkündür⁵⁷. Bu durum ve bağlantının meydana getirebileceği etik dışı kullanım, söz konusu marka için tüketici nezdinde kötü bir imaj oluşturabilecek, dolayısıyla haksız rekabet oluşturacaktır (TTK 55 1 a 4).

5. Yönlendirici Kodlar

Yönlendirici kod (metatag), bir internet sitesinin kaynak kodları arasında yer alır ve internet sitesine bakınca görünmeyen, sitenin internet

⁵⁴ Yargıtay 11 HD, E 2011/14366, K 2012/21009, 17.12.2012, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi 10 Kasım 2023.

⁵⁵ Veysel Başpınar/ Doğan Kocabey, *İnternette Fikri Hakların Korunması*, 1. Baskı, Yetkin, Ankara, s. 156; Tekin Memiş, *Fikri Hukuk Bakımından İnternet Ortamında Müzik Sunumu*, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2002, s. 134.

⁵⁶ Derin bağlantı ile ilgili pek çok uyumsuzluk örneği mevcuttur. Örneğin; Terrence P. Ross, *Intellectual Property Law: Damages and Remedies*, Law Journal Press, New York, 2005, s. 6-13, 14, dn. 22; Ayrıntılı bilgi için bkz. Joshua M. Masur, "Links, Liability, and the Law: The Strange Case of Ticketmaster v. Microsoft", *Columbia-VLA Journal of Law & the Arts*(23, 1999-2000, s. 419-438.

⁵⁷ Neval Okan, *Ağ Reklamları ve Haksız Rekabet*, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2011, s. 119.

arama motorları tarafından sınıflandırması gibi çeşitli işlevler gören anahtar kelimelerdir⁵⁸.

Yönlendirici kodlar, üçüncü bir kişinin internet sitesiyle karıştırmaya sebep olduğu veya başka bir işletmenin tanınımlılığında yararlandığı hallerde haksız rekabet oluşturabilir. Yine, kelime veya marka bir arama motorunda sorgulandığında, bu kelime veya markadan yönlendirici kod olarak faydalanılıyor veya başka bir internet sitesinin muhtemel müşterileri rakip site yerine bu kodu kullanan siteye yönlendiriliyorsa bir haksız rekabetten söz edilebilir.

III. SORUMLULUK

Sosyal medya kullanımından kaynaklanan fikri mülkiyet hakkı ihlalleri veya haksız rekabet hallerinde, kimlerin sorumlu olduğunun belirlenmesi önem taşımaktadır. Bahsedilen davranışlar, özel hukuk anlamında haksız fiil teşkil edeceğinden bu fiilleri işleyenler TBK'nın haksız fiillere ilişkin hükümleri ile özel kanunların bu fiiller için öngördüğü çeşitli müeyyidelere tabi olurlar. Bu ihlallerin meydana gelmesi halinde sorumluluğun içerik sağlayana mı yoksa yer, erişim veya toplu kullanım sağlayıcıya mı izafe edileceği ise İYDHK'da bu kişilerin yükümlülükleri ayrı ayrı düzenlenerek belirlenmiş olup aşağıda incelenecektir.

A. İçerik Sağlayıcıların Sorumluluğu

İçerik sağlayıcı, internette kullanıma sunduğu her türlü içerikten sorumludur (İYDHK 4). İçerik sağlayıcının, sunduğu bağlantılar aracılığıyla erişilen içerikten kaynaklanan bir sorumluluğu ise kanunda düzenlenmemiştir. Ancak, sunum tarzından bağlantı sağlanan içeriği onayladığı ve kullanıcının belirli içeriğe erişimini hedeflediği açıkça belirtilmişse, genel hükümler çerçevesinde sorumlu olabilir. “Her türlü içerik” ifadesi, içerik sağlayıcının telif haklarını ihlal eden veya haksız rekabet teşkil eden her fiilden sorumlu olacağı şeklinde de yorumlanabilir⁵⁹.

FSEK Ek Madde 4 (3)'te yer alan düzenlemeye göre, kendisinden izin alınmadan internet üzerinden eser sahipliği hakları ihlal edilen kişinin,

⁵⁸ Ömer Korkut, “Bir Markanın Web Sitelerinde Yönlendirici Kod (Meta Tag) Olarak Kullanılması Sorunu”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 14(1), 2007, s. 502; Okan, s. 87.

⁵⁹ Aynı yönde, Mustafa Ateş, “Sosyal Medya Aktörlerinin Hukuki Sorumluluğu ve Bilhassa Telif Haklarının İhlalinden Doğan Sorumlulukları”, *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2013*, (ed. Tekin Memiş), Ankara, 2013, s. 97.

öncelikle “*bilgi içerik sağlayıcısına*” müracaat etmesi gerekir. Hükümde geçen “*bilgi içerik sağlayıcısı*” ifadesi, İYDHK uyarınca “*içerik sağlayıcı*” olarak anlaşılmaktadır⁶⁰. Hüküm uyarınca içerik sağlayıcısının başvuru üzerine üç gün içerisinde ihlali durdurması gerekir. Aksi taktirde hak sahibinin Cumhuriyet savcısına başvurarak savcıdan yer sağlayıcıdan ilgili içeriğin kaldırılmasını talep hakkı doğacaktır. Söz konusu hükümde yalnızca ihlale konu olan içeriğin kaldırılması düzenlenmiş olup, içerik veya yer sağlayıcının hukuki veya cezai sorumluluğuna ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır.

B. Yer Sağlayıcıların Sorumluluğu

Yer sağlayıcı, kural olarak sunduğu içeriği denetlemek veya muhtevasında bir hukuka aykırılık bulunup bulunmadığını araştırmak zorunda değildir (İYDHK m. 5). Ancak, yer sağlayıcı, sunduğu hukuka aykırı içerik hakkında bilgilendirildiğinde, bunu yayından kaldırmakla yükümlüdür (İYDHK 8 ve 9). Yer sağlayıcılar ayrıca, sundukları hizmetlere ilişkin web trafik verilerini belli süre saklamak ve bunların doğruluk, bütünlük ve gizliliğini temin etmekle yükümlüdür.

İYDHK uyarınca içerik sağlayıcı üçüncü bir kişinin hukuka aykırı fiilinden dolayı yer sağlayıcının kural olarak doğrudan sorumluluğu bulunmamaktadır. Zira kanunda yer sağlayıcının sunduğu içeriği denetlemek veya hukuka aykırı bir eylemin varlığını araştırmakla yükümlü olmadığı açık bir şekilde belirtilmiştir. Yer sağlayıcının sorumluluğu, bir kullanıcının paylaştığı hukuka aykırı bir içeriği, İYDHK uyarınca haberdar edilmeleri ve teknik açıdan mümkün olduğu sürece yayından kaldırmak veya erişimi engellemekle sınırlıdır. Başka bir ifadeyle, sorumluluk için “*uyar-kaldır*” yönteminin izlenmesi gerekir. İYDHK kapsamında belirtilen usullerin izlenmesine rağmen bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde ise yer sağlayıcı da içerik sağlayıcı gibi sorumlu olur.

İYDHK kapsamında yer sağlayıcının yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde nasıl bir müeyyideyle karşı karşıya geleceği hakkında bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak eser sahipliği haklarından birinin ihlal edildiği durumlarda, FSEK. 71. maddesinin ilk fıkrasında gösterilen yaptırım (hapis ve para cezası) yer sağlayıcılarına da uygulanır⁶¹. Bu halde, fikri hakkı ihlal eden içeriği kaldırmayan veya erişimini engellemeyen yer sağlayıcı da

⁶⁰ Savaş Bozbel, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*, 1. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2012, s. 488.

⁶¹ Ateş, (Sosyal Medya), s. 98.

içerik sağlayıcı gibi hükümde belirtilen yaptırıma tabi tutulabilecektir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun marka hukuku açısından internet servis sağlayıcılarının sorumluluğuna yönelik önemli bir kararı mevcuttur⁶². Kararda, yer sağlayıcının sorumlu tutulabilmesinin hukuka aykırı içeriği bilerek buna rağmen yer sağlamış olması şartı aranmıştır. Aksi taktirde, yer sağlayıcı, içerik sağlayanla beraber bu hukuka aykırı içerikten sorumlu tutulamayacaktır. Yargıtay HGK'nın bu kararı, mülga 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye göre verilmiştir. 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu kapsamında marka hakkına tecavüze ilişkin iştirak veya teşvikin de bu kapsamda değerlendirileceğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla yürürlükte olan mevzuat açısından internet yer sağlayıcısının, sosyal medya içerik sağlayıcısı tarafından marka hakkına tecavüz fiili işlenmesi sebebiyle sorumluluğunun olduğunu kabul etmek güçtür.

C. Erişim Sağlayıcıların Sorumluluğu

Erişim sağlayıcı; kullanıcıları tarafından yayınlanan hukuka aykırı içeriğe ilişkin olarak İYDHK hükümlerine uygun olarak bilgilendirildiğinde erişimi engellemek, söz konusu içeriği belli süre saklamak ve bu bilgilerin doğruluk, bütünlük ve gizliliğini sağlamak, faaliyetine son verecekse en az üç ay öncesinden durumu ilgili kurumlara ve kullanıcılarına bildirmek, gerekli bilgileri ilgili yönetmeliklere uygun olarak teslim etmek, erişimi engelleme kararı alınan yayınlar için alternatif erişim yollarını engellemek yükümü altındadır (İYDHK m. 6). Erişim sağlayıcının, kendisi tarafından sağlanan bilgilerin içeriğinin yasa dışı olup olmadığı ile buna ilişkin sorumluluğu kontrol etme yükümlülüğu ise bulunmamaktadır.

İYDHK uyarınca içerik sağlayıcı üçüncü bir kişinin hukuka aykırı fiilinden dolayı erişim sağlayıcının kural olarak doğrudan sorumluluğu bulunmamaktadır. Zira kanunda erişim sağlayıcının erişim sunulan içeriğin denetlenmesi veya hukuka aykırı bir faaliyetin varlığının araştırılması gerektiği hususu açıkça belirtilmemiştir. Erişim sağlayıcının sorumluluğu, bir kullanıcının paylaştığı hukuka aykırı bir içeriği, İYDHK uyarınca haberdar edilmeleri ve teknik açıdan mümkün olduğu sürece yayından kaldırmak veya erişimi engellemekle sınırlıdır. İYDHK kapsamında belirtilen usullerin izlenmesine rağmen bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde ise erişim sağlayıcı da içerik sağlayıcı gibi sorumlu olur.

⁶² Yargıtay HGK, E 2013/1138, K 2014/16, 15.01.2014, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi 14.12.2023.

İYDHK kapsamında erişim sağlayıcının yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde nasıl bir müeyyideyle karşı karşıya geleceği hakkında bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak eser sahipliği haklarından birinin ihlal edildiği durumlarda, FSEK 71. maddesinin ilk fıkrasında gösterilen yaptırım, yer sağlayıcılarında olduğu gibi erişim sağlayıcıları açısından da uygulanır⁶³.

D. Toplu Kullanım Sağlayıcıların Sorumluluğu

Ticari amaç taşıyıp taşımadıklarına bakılmaksızın tüm internet toplu kullanım sağlayıcıları, suç unsuru içeren içeriklere erişimi engelleme ve erişim kayıtlarını tutma konusunda belli önlemleri almakla yükümlüdür (İYDHK 7).

Bunlardan ticari amaçla faaliyet gösterenler ise, aile ve çocukların korunması, suçun önlenmesi ve suçluların tespiti amacıyla belli nitelikte tedbirleri almak zorundadır. Mahalli mülki idare amirleri, söz konusu yükümlülükleri ihlal edenler hakkında, ihlalin ciddiyetine göre, belli usule bağlı olarak, uyarı, idari para cezası veya belli süre ticari faaliyetten men gibi yaptırımlar uygulayabilir.

Ticari amacı olan toplu kullanım sağlayıcılarına yukarıda belirtilen belli amaçlarla belli tedbirleri alma sorumluluğu yüklenmişken, ticari amacı olmayan toplu kullanım sağlayıcıların, sosyal medya kullanımından kaynaklanan fikri mülkiyet hakkı ihlali veya haksız rekabetten doğan sorumluluğu ise suç oluşturan içeriklere erişimin engellenmesi ile sınırlı tutulmuştur.

SONUÇ

Sosyal medya yakın zamanda büyük bir hızla yaygınlaşarak oldukça yüksek kullanıcı sayısı ile insanların sosyal etkileşim ve iletişim alışkanlıklarını değiştirmiştir. Sosyal medyanın insanlar arasındaki yaygınlığı, fikri hakların ve haksız rekabetin de bu mecrada ele alınması gerekliliğini ortaya koymuştur.

İnternet tabanlı bir dijital platformun sosyal medya olarak nitelendirilebilmesi için, erişilebilir olması, iletişime imkân tanınması ve kullanıcılar arasında etkileşimi destekliyor olması gerekir. Bu açıdan sosyal medyanın unsurları erişim, kullanıcı, etkileşim ve iletişim şeklinde sıralanabilir.

Sosyal medyada haksız rekabet, genellikle istenmeyen e-posta gönderimi, alan adları, reklam araçları, ilişim ve yönlendirici kod sebebiyle meydana

⁶³ Ateş, (Sosyal Medya), s. 98.

gelmektedir. Bunlar TTK'nın 55. maddesi kapsamında değerlendirilir ve hükümde geçen şartları sağlayan örneğin bir reklam aracı haksız rekabet teşkil eder.

Fikri mülkiyet hakkı ihlallerinin veya haksız rekabet teşkil eden hallerin sosyal medya kullanımından kaynaklanması durumunda, bu fiillerden kimlerin sorumlu tutulabileceği önem taşımaktadır. Bahsedilen davranışlar, özel hukuk anlamında haksız fiil teşkil edeceğinden bu fiilleri işleyenler TBK'nın haksız fiillere ilişkin hükümleri ile özel kanunların bu fiillere addettiği çeşitli müeyyidelere tabidirler. Bu ihlallerin meydana gelmesi halinde sorumluluğun içerik sağlayana mı yoksa yer, erişim veya toplu kullanım sağlayıcıya mı izafe edileceği konusu İYDHK'da bu kişilerin yükümlülükleri ayrı ayrı düzenlenmek suretiyle belirlenmiştir.

içerik sağlayıcı, sunduğu her türlü içeriğin internet ortamında sorumluluğunu üstlenirken, bağlantı sağladığı diğer içerik sağlayıcılardan kaynaklanan içeriklerden sorumlu değildir. Bununla birlikte, içeriği benimseme ve kullanıcının belirli bir içeriğe erişimini amaçladığı açıkça belli olduğunda, genel hükümlere göre sorumluluk taşır.

içerik sağlayıcının hukuka aykırı fiilinden dolayı yer ve erişim sağlayıcının doğrudan bir sorumluluğu bulunmamaktadır. Zira kanunda yer ve erişim sağlayıcının sunduğu içeriği denetlemek veya hukuka aykırı bir faaliyetin varlığını araştırmakla yükümlü olmadığı açıkça belirtilmiştir. Yer ve erişim sağlayıcının sorumluluğu, bir kullanıcının paylaştığı hukuka aykırı bir içeriği, ilgili kanuna göre haberdar etmek ve teknik açıdan mümkün olduğu sürece yayından kaldırmak veya erişimi engellemekle sınırlıdır.

Toplu kullanım sağlayıcıların sorumluluğu ise öncelikle ticari amaçla kurulup kurulmadıklarına göre değişiklik arz etmektedir. Ticari amacı olmayan toplu kullanım sağlayıcıların, sosyal medya kullanımından kaynaklanan fikri mülkiyet hakkı ihlali veya haksız rekabetten doğan sorumluluğu, ancak konusu suç oluşturan içeriklere erişimin engellenmesi ile sınırlı tutulmuştur. Fakat ticari amacı olan toplu kullanım sağlayıcıları, bununla birlikte ailenin ve çocukların korunması, suçun engellenmesi ve suçluların tespiti amacıyla konulmuş kurallara uygun tedbirleri almakla da sorumludurlar. Söz konusu kişiler, bu tedbirleri almadığı takdirde ve ölçüde sorumluluk altında olacaktır.

KAYNAKÇA

- <<https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2011/08/ICC-Consolidated-Code-of-Advertising-and-Marketing-2011-English.pdf>> Erişim Tarihi 25 Aralık 2024.
- <<https://support.google.com/adspolicy/answer/143465?hl=tr>> Erişim Tarihi 25 Aralık 2024.
- <<https://www.esb.org.tr>> Erişim Tarihi 21 Şubat 2024.
- <<https://www2.deloitte.com/tr/tr/pages/technology-media-and-telecommunications/articles/turkiyede-tahmini-medya-ve-reklam-yatirimlari-2019-ilk-6-ay-raporu.html>> 2019, Erişim Tarihi 25 Kasım 2023.
- Aghei S/ Nematbakhsh M A/ Farsani H K, “Evolution Of The World Wide Web: From WEB 1.0 To WEB 4.0”, *International Journal of Web & Semantic Technology*, 3(1), January 2012, s. 1-10.
- Akar E, “Pazarlama Bağlamında Geleneksel ve İnternette Ağızdan Ağıza İletişim: Kuramsal Bir Çerçeve”, *Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*(32), 2009, s. 114 vd.
- Akar E, *Sosyal Medya Pazarlaması: Sosyal Web’te Pazarlama Stratejileri*, 2. Baskı, Efil Yayınevi, Ankara, 2011.
- Akıncı Vural Z B/ Bat M, “Yeni Bir İletişim Ortamı Olarak Sosyal Medya: Ege Üniversitesi İletişim Fakültesine Yönelik Bir Araştırma”, *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, 5(20), 2010, s. 3348–3382.
- Akkurt S S, “Kişilik Hakkının Sosyal Medya Kullanıcıları Tarafından İhlâli Hâlinde Ortaya Çıkacak Cezaî Sorumluluğa Medenî Hukuk Bağlamında Bir Bakış”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 25(29), 2017, s. 329-373.
- Akkurt S S, *Sosyal Medyada Gerçekleşen İhlaller Karşısında Kişilik Hakkının Korunması*, 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2023.
- Aksakallı T, “Sosyal Medya Reklamlarının Tüketicilerde Oluşturduğu Algılar: Instagram Reklamları Üzerine Bir Uygulama”, *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Konya, 2018.
- Arkan S, *Ticari İşletme Hukuku*, 27. Baskı, Batider, Ankara, 2021.
- Aslan A, “Sosyal Ağlar ve Online (Çevrimiçi) Reklam Üzerine Bir

- Değerlendirme”, 1. Uluslararası İletişimde Yeni Yönelimler Konferansı, 2017, <<http://acikerisim.ticaret.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/11467/1617/M00818.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>, Erişim Tarihi 12 Ocak 2024.
- Atamer İ, “İkinci Nesil İnternet Sitelerinin Hukuki Statüsü”, <<https://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=2314>> 2008, Erişim Tarihi 15 Aralık 2023.
- Ateş M, “Sosyal Medya Aktörlerinin Hukuki Sorumluluğu ve Bilhassa Telif Haklarının İhlalinden Doğan Sorumlulukları”, *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2013*, (ed. Tekin Memiş), Ankara, 2013, s. 59-114.
- Ayhan R, *Haksız Rekabet Münasebetiyle Elde Edilen Menfaatlerin İadesi*, 1. Baskı, Selçuk Üniversitesi Basımevi, Konya, 1990.
- Ayhan R/ Çağlar H, *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*, 15. Baskı, Yetkin, Ankara, 2022.
- Bal N, “İnternet Alan Adları ve İnternet Alan Adı Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözülmesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XVII(1-2), 2013, s. 315-349.
- Başpınar V/ Kocabey D, *İnternette Fikri Hakların Korunması*, 1. Baskı, Yetkin, Ankara, 2007.
- Body D M/ Ellison N, “Social Network Sites: Definition, History and Scholarship”, *Journal of Computer – Mediated Communication*, 13, 2008, s. 210-230.
- Bone P F, “Determinants of WordOf-Mouth Communications During Product Consumption”, *Advances in Consumer Research*, John F. Sherry, Jr. & Brian Sternthal (ed.), 19, 1992, s. 579-583.
- Bozbel S, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*, 1. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2012.
- Brunty J/ Helenek K, *Social Media Investigations of Law Enforcement*, 1. Edition, Anderson Publishing Ltd., Massachusetts, 2013.
- Büyüksener E, “Türkiye’de Sosyal Ağların Yeri ve Sosyal Medyaya Bakış”, XIV. Türkiye’de İnternet Konferansı, İstanbul Bilgi Üniversitesi, <https://inet-tr.org.tr/inetconf14/kitap/buyuksener_inet09.pdf> 2009, Erişim Tarihi 12 Ocak 2024.

- Coşgun D, “İnternette Alan Adları ve Haksız Alan Adı Tescillerine Karşı Hukuksal Başvuru Yolları”, *Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2003.
- Erdem F B, “Markanın Alan Adı Olarak Kullanılmasında Karşılaşılan Uyuşmazlıklarda Tahkim Mekanizmalarının Yeri”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 31(1), 2023, s. 261-296.
- Gezder Ü, *İçerik Sağlayıcının ve Yer Sağlayıcının Hukuki Sorumluluğu ve Sorumluluk Muafiyeti*, 1. Baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2017.
- Han J/ Kamber M/ Pei J, *Data Mining: Concepts and Techniques*, 3. Edition, Elsevier, Waltham, 2012.
- Kaplan A M / Haenlein M, “Users of The World, Unite! The Challenges and Opportunities of Social Media”, *Business Horizons*, 53(1), 2010, s. 59-68.
- Karasu R/ Suluk C/ Nal T, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 7. Baskı, Seçkin, Ankara, 2023.
- Kaya M, “Sosyal Medya ve Sosyal Medyada Üçüncü Kişilerin Kişilik Haklarının İhlali”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 119, 2015, s. 277-306.
- Kırcı A, *Markanın İnternet Yoluyla Haksız Kullanımı*, 1. Baskı, Turhan, Ankara, 2009.
- Korkmaz İ, “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Hakkında Bir Değerlendirme”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 29(124), 2016, s. 81-152.
- Korkut Ö, “Bir Markanın Web Sitelerinde Yönlendirici Kod (Meta Tag) Olarak Kullanılması Sorunu”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 14(1), 2007, s. 501-519.
- Kulular İbrahim M A, “Markanın Alan Adı Olarak Kullanılması: Türkiye, ABD ve Avustralya Örnekleri”, *Bilişim Hukuku Dergisi*, 1(1), 2019, s. 85-112.
- Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi 12 Aralık 2023.
- Masur J M, “Links, Liability, and the Law: The Strange Case of Ticketmaster v. Microsoft”, *Columbia-VLA Journal of Law & the Arts*, (23), 1999-2000, s. 419-438.

- Mayfield A, *What Is Social Media*, 1. Edition, Library House Books, United Kingdom, 2010.
- Memiş T, *Fikri Hukuk Bakımından İnternet Ortamında Müzik Sunumu*, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2002.
- Neti S, “Social Media and its Role in Marketing”, *International Journal of Enterprise Computing and International Journal of Enterprise Computing and Business*, 1(2) July, < <https://www.ijecbs.com/July2011/13.pdf>> 2011, Erişim Tarihi 2 Aralık 2023.
- Nomer Ertan N F, *Haksız Rekabet Hukuku*, 1. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2016.
- O’Reilly T, “What Is Web 2.0 – Design Patterns and Business Models for The Next Generation”, *Communications & Strategies*, No. 1, California/USA, 2005, s. 17-37.
- Oğuz S, “İnternet Alan Adı Hakkının Hukuki Niteliğinin Değerlendirilmesi”, *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9(1), 2021.
- Okan N, *Ağ Reklamları ve Haksız Rekabet*, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2011.
- Özdamar M/ Ermenek İ, “Haksız Rekabet Kanunları ve Korunan Menfaat”, *Ankara Barosu Dergisi*, 7(2007/3), s. 43-71.
- Özdemir S S/ Doğanay M Z, “Bir Mecra Olarak Sosyal Medyanın Reklam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 7(13), 2019, s. 295-337.
- Öztürk E, “İnternet Yoluyla Markanın Haksız Kullanımı”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 5(45), 2010, s. 69-79.
- Öztürk Ş, “Sosyal Medyada Etik Sorunlar”, *Selçuk İletişim*, 9(1), 2015, s. 287–311.
- Ross T P, *Intellectual Property Law: Damages and Remedies*, Law Journal Press, New York, 2005.
- Sanlay Ü, *Sosyal Medya Savaşları*, 1. Baskı, İstanbul, 2014.
- Serhatlı S, “Facebook Verilerini Nasıl Tutuyor? Graf Veri Tabanı Neo4j ile Küçük Bir Sosyal Ağ Yapalım (How does Facebook store the data?)”, <<https://www.linkedin.com/pulse/facebook-verilerini-nas%C4%B1-tutuyor-graf-veri-taban%C4%B1-neo4j-serhatl%C4%B1/?originalSubdomain=tr>>, 2015, Erişim Tarihi 1 Aralık 2023.

- Seven V, “Sosyal Paylaşım Sitelerinin (youtube-facebook-twitter) Haksız Rekabet Karşısındaki Durumu”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16(Özel Sayı), Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, 2014, s. 3348-3382.
- Silverman G, *The Secrets of Word-of-Mouth Marketing*, 2. Edition, Amacom, New York, 2011.
- Soydemir G, *İnternette Haksız Rekabetin Önlenmesi*, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2015.
- Soysal T, *İnternet Alan Adları Hukuku (Domain Name Law)*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- TDK Bilişim Sözlüğü, Erişim Tarihi 15 Aralık 2023.
- TDK Büyük Türkçe Sözlük, Erişim Tarihi 15 Aralık 2023.
- Tekinalp Ü, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 5. Baskı, Vedat, İstanbul, 2012.
- Teoman Ö, “İş Yaşamı Koşullarına Uymamaya Dayalı Haksız Rekabet Davası (TTK m. 57, Bent 10) Sadece Rakipler Tarafından mı Açılabilir?”, *Tüm Makalelerim*, C. 1-2, İstanbul, 2012.
- Thurlow C/ Lengel L/ Tomic A, *Computer Mediated Communication: Social Interaction and The Internet*, 1. Edition, Sage Publications, London, 2004.
- Türe O (2017), Yer sağlayıcısı nedir? Hukuken sorumlulukları nelerdir?, <<https://www.startupnedir.com/yer-saglayicisi-nedir-hukuken-sorumluluklari-nedir/>> 2017, Erişim Tarihi 15 Aralık 2023.
- Türkiye’de ticari amaçlı yer sağlayıcılarının listesi <<https://www.btk.gov.tr/ticari-amacli-hizmet-verenler-yer-saglayici-listesi>> Erişim Tarihi 15 Aralık 2023.
- Tüzgen A H, “Reklam Hukuku Açısından Sosyal Medya Kullanıcı Davranışlarının Reklam Kabul Edilebilirliğinin Değerlendirilmesi”, *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 5(2), 2023, s. 883-928.
- ü Kietzmann J H/ Hermkens K/ McCarthy I P/ Silvestre B S, “Social Media? Get Serious! Understanding The Functional Building Blocks of Social Media”, *Business Horizons*, 54(3), 2011, s. 241-251.
- ü Ortiz-Ospina E, “The rise of social media” <<https://ourworldindata.org/rise-of-social-media>> 2019, Erişim Tarihi 16 Şubat 2024.

- Wikipedia Online Encyclopedia, <https://tr.wikipedia.org/wiki/Bulut_bili%C5%9Fim>, Erişim Tarihi 15 Ocak 2024; Eric Knorr/ Galen Gruman, “What Cloud Computing Really Means”, <https://archive.nytimes.com/www.nytimes.com/idg/IDG_002570DE00740E180025742400363509.html> 2008, Erişim Tarihi 15 Ocak 2024.
- Wong B/ Jain A, “Top Social Media Statistics And Trends”, Forbes Advisor, <<https://www.forbes.com/advisor/in/business/social-media-statistics/#sources>> 2024, Erişim Tarihi 19 Şubat 2024.
- Yasaman H, *Haksız Rekabet ve Rekabet Yasağı*, 3. Baskı, Seçkin, Ankara 2023.
- Yegen C, (2013), “Demokratik ve Yeni Bir Kamusal Alan Olarak Sosyal Medya”, *Anemon Muş Alparslan Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 1(2), 2013, s. 119-135.
- Zenelaj B, “Pazarlama Stratejisi Olarak Sosyal Medya İletişimi ile Kurumsal İtibarı Oluşturmak: İletişim Sektöründe Bir Araştırma”, *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2014.

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

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVIII Nisan / April 2024 Sayı / No. 2

**TAŞIYANIN GEMİYİ DENİZE ELVERİŞLİ BULUNDURMA
YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İHLÂLİ VE DENİZE ELVERİŞSİZLİĞE
İLİŞKİN İSPAT YÜKÜNÜN DEĞERLENDİRİLMESİ**
CARRIER'S VIOLATION OF HIS OBLIGATION TO KEEP THE
SHIP SEAWORTHY AND THE BURDEN OF PROOF REGARDING
UNSEAWORTHINESS

Ahmet Batuhan OYAL*  

ÖZET

[10.34246/ahbvuhfd.1385783](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1385783) 

Taşıyanın gemiyi denize elverişli hâlde bulundurma yükümlülüğü gerek Türk Ticaret Kanunu'nda gerekse Alman Ticaret Kanunu'nda özel olarak düzenlenmiştir. Türk hukukunda taşıyan, her türlü navlun sözleşmesinde geminin denize elverişsizliği nedeniyle meydana gelen zararlardan kural olarak sorumludur; ancak tedbirli bir taşıyanın harcamakla yükümlü olduğu dikkat ve özen göstermekle beraber, denize elverişsizliğe neden olan eksikliği yolculuğun başlangıcına kadar keşfetmesinin mümkün olmadığını ispat ederek söz konusu sorumluluğundan kurtulabilir. Alman hukukunda 25.04.2013 tarihinde yürürlüğe giren Deniz Ticareti Hukuku Reformu Kanunu'yla Alman Ticaret Kanunu'nun deniz ticaretine ilişkin hükümleri kısmen yeniden düzenlenmiştir. Yapılan değişiklikler sonrasında taşıyanın geminin denize elverişli hâlde bulundurmaya yükümlü olduğu öngörülmüştür. Ancak bu yükümlülüğün ihlâlinin yaptırımı meydana gelen zararın ve navlun sözleşmesinin türüne göre farklı şekilde düzenlenmiştir. Bu çalışmada her iki hukuk düzeninde denize elverişliliğe ilişkin düzenlemeler incelenecek ve ayrıca doktrinde ve yargı kararlarında kabul edilen esaslar üzerinden denize elverişsizliğin ispatı üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Denize elverişlilik, Denize elverişlilikte ispat yükü, Taşıyanın

* **Dr. Öğr. Üyesi,** Türk Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı/ İSTANBUL, **e-posta:** oyal@tau.edu.tr, **ORCID:** 0000-0002-3055-5870, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1385783

- **Atf Şekli/ Cite As:** Oyal A. B, "Taşıyanın Gemiyi Denize Elverişli Bulundurma Yükümlülüğünün İhlâli Ve Denize Elverişsizliğe İlişkin İspat Yükünün Değerlendirilmesi", *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28(2), 2024, s. 31-80.
- **İntihal / Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



sorumluluğu, Taşıyanın sorumluluktan kurtulması, Alman hukukunda denize elverişsizlik.

ABSTRACT

The carrier's obligation to keep the ship seaworthy is explicitly regulated in both the Turkish Commercial Code and the German Commercial Code. In Turkish law, the carrier is liable for the damages caused by the unseaworthiness of the ship in any type of freight contract, but the carrier can avoid this responsibility by proving that although due diligence is exercised it was not possible to discover the deficiency that causes the unseaworthiness until the beginning of the voyage. With the German Maritime Commercial Law Reform, which entered into force on 25.04.2013, the provisions of the German Commercial Code regarding maritime law were partially reformulated. After the amendments, the carrier is still obliged to keep the ship in a seaworthy condition. However, the sanction of the breach of this obligation is regulated differently according to the types of damage and the types of freight contract. In this study, the regulations regarding seaworthiness in both legal systems will be examined and also the burden of proof regarding seaworthiness will be emphasized on the basis of the principles accepted in the doctrine and judicial decisions.

Keywords: *Seaworthiness, Burden of proof regarding seaworthiness, Carrier's liability, Release of the carrier from liability, Seaworthiness in German law*

EXTENDED ABSTRACT

Historically, a carrier's obligation to keep the vessel in seaworthy condition has always held particular importance in maritime transport. In Turkish law, the carrier's obligation to keep the vessel in seaworthy condition has been regulated, taking into account the German Commercial Code Article 559 and the Hague Rules. However, in German law, the provisions of the German Commercial Code related to maritime trade were partially reformed by the Maritime Trade Law Reform Act.

In German law, the burden of proof for unseaworthiness is generally accepted to lie with the party claiming unseaworthiness. Nevertheless, in German legal doctrine and court decisions, it is acknowledged that the party claiming unseaworthiness can benefit from the rules of initial evidence in terms of this burden of proof. If the party claiming unseaworthiness has proven unseaworthiness within the framework of the rules of initial evidence, they must fulfill the required proof activity to benefit from the grounds of exoneration upon which the carrier relies.

In Turkish law, the carrier's obligation to keep the vessel seaworthy is regulated in Article 1141 of the Turkish Commercial Code No. 6102. The second paragraph of this provision explicitly establishes the carrier's liability for damages arising from the carrier's violation of this obligation. Therefore, unlike German law, there is no distinction made between damages arising from unseaworthiness, loss, or damage, and the carrier is liable for any and all damages arising from the vessel's

unseaworthiness.

However, a ground of exoneration has also been provided for the carrier. According to the second paragraph of Article 1141 of the Turkish Commercial Code, the carrier can be exonerated from the liability arising from the damage caused by the unseaworthiness of the vessel by proving that they acted with the necessary care and diligence required from a prudent carrier, but it was impossible to detect the deficiency causing the vessel's unseaworthiness until the beginning of the voyage.

In both German and Turkish law, it is accepted that the party claiming unseaworthiness is required to prove the unseaworthiness. In legal doctrine, it is also acknowledged that the party claiming unseaworthiness can benefit from the rules of initial evidence in terms of the burden of proof. When examining the decisions of the Court of Cassation, it can be seen that the 11th Chamber of the Court of Cassation ruled that in cases where the party claiming unseaworthiness, certificates obtained by the carrier from ship classification organizations and documents issued as a result of independent inspections at the loading port regarding the vessel's seaworthiness constitute evidence in favor of the carrier. However, the decision also points out that despite the carrier's diligence in discovering the deficiency causing unseaworthiness, it must be proven that it was impossible to detect this deficiency.

Additionally, the decision of the Plenary General Assembly of the Court of Cassation dated October 25, 2018, stated that certificates obtained from ship classification organizations and tests conducted by independent inspection organizations at the loading port serve as evidence in favor of the carrier regarding the seaworthiness of the vessel at the beginning of the voyage. Furthermore, it was ruled that the burden of proof for showing that these certificates and documents are contrary to the truth falls on the party claiming unseaworthiness.

Expecting a complete proof activity from the party claiming unseaworthiness regarding unseaworthiness turns the burden of proof into a probatio diabolica. Therefore, in cases where the compensation for damage caused by the initial unseaworthiness of the vessel is at issue, it should be sufficient for the party claiming unseaworthiness to reasonably and substantiatedly demonstrate (allege) that the damage resulted from the initial unseaworthiness of the vessel within the framework of the rules of initial evidence. Proving that the matter causing the damage does not result from the unseaworthiness of the vessel and shedding light on the event causing the damage, without imposing an unbearable burden on the carrier, is more in line with the balance of interests between the parties. This is because the legislator, in contrast to the carrier's general duty of care for the cargo, has separately regulated the carrier's liability for damages arising from the unseaworthiness of the vessel under the Turkish Commercial Code. Unlike the duty of care for the cargo, the carrier's obligation to compensate for damages caused by the initial unseaworthiness of the vessel is not limited to loss, damage, and delayed delivery of the cargo. Moreover, considering the system of the second paragraph of Article 1141 of the Turkish Commercial Code, it is

generally accepted that the carrier is liable for all damages arising from the initial unseaworthiness of the vessel, and only in the presence of the conditions envisaged in the second sentence of this provision, can the carrier be exempt from this liability.

GİRİŞ

Diğer taşıma türlerinden farklı olarak denizyoluyla yapılan taşımalarda, taşımanın yapıldığı geminin denize elverişli olmak zorunda olması geçmişten gelen genel bir kabuldür. Diğer taşıma türlerinde, taşımanın yapıldığı aracın söz konusu taşıma türüne göre, örneğin karayoluyla yapılan taşımalarda karayolu trafiğine veya havayoluyla yapılan taşımalarda söz konusu hava aracının uçmaya uygun olup olmadığına özel bir sonuç bağlanmamaktadır. Taşıma araçlarının genel olarak söz konusu taşımayı yapabilecek nitelikte olmaları gerekmektedir birlikte, taşıma aracının bir kusuru veya eksikliği nedeniyle taşınan yükün zarar görmesi durumunda ortaya çıkan zararın tazmini, ilgili taşımaya ilişkin genel sorumluluk hükümlerine göre gerçekleşir. Oysa denizyoluyla yapılan taşımalar bakımından gerek ulusal gerekse uluslararası düzeydeki mevzuat hükümlerinde ve yargı kararlarında geminin denize elverişliliğine ayrı bir vurgu yapılmaktadır.

Alman Ticaret Kanunu'nda deniz ticareti hukukuna ilişkin hükümler, 25.04.2013 tarihinde yürürlüğe giren Deniz Ticareti Hukuku Reformu Kanunu'yla yeniden düzenlenmiştir. Bu kapsamda taşıyanın gemiyi denize ve yüke elverişli hâlde bulundurma yükümlülüğü ve taşıyanın bu yükümlülüğüne aykırı davranmasının sonuçları yeniden ele alınmıştır. Bu çalışmamızda, Alman Ticaret Kanunu'nda Deniz Ticareti Hukuku Reformu Kanunu'yla yapılan değişikliklerden önce taşıyanın gemiyi denize elverişli hâlde bulundurma yükümlülüğü ve bu yükümlülüğün ihlâlinin sonuçları üzerinde durduktan sonra, Reform Kanunu'yla yapılan değişikliklerden sonra denize ve yüke elverişliliğin Alman hukukunda nasıl ele alındığı ve taşıyanın bu yükümlülüğünün ihlâlinin sonuçları irdelenecektir. Daha sonra Türk hukukunda taşıyanın gemiyi denize, yola ve yüke elverişli hâlde bulundurma yükümlülüğü üzerinde durulacaktır. Çalışmamızda özellikle geminin denize (veya yüke) elverişsizliğinin çekişmeli olduğu durumlarda, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun da konuya ilişkin içtihadı irdelenerek tarafların ispat ve delil ikame yükleri üzerinde durulacaktır.

I. ALMAN HUKUKUNDA TAŞIYANIN GEMİYİ DENİZE ELVERİŞLİ BULUNDURMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

A. Genel Olarak “Gemiye Denize Elverişli Bulundurma” Yükümlülüğü

Taşıyanın gemiyi denize elverişli halde bulundurma yükümlülüğünün temeli, M.Ö. 900'lü yıllara kadar uzanmaktadır. Rodos Kuralları'nda gemi malikinin gemisini sağlam şekilde bulundurması ve gerekli gemi adamı ve teçhizatla donatması gibi bir yükümlülüğü açıkça öngörülmemiş olmakla birlikte, gemi sahibinin bu yönde ahlakî bir yükümlülüğü olduğu kabul edilmekteydi¹. Geminin denize elverişliliğine ilişkin atıfta bulunulan en eski tarihli karar ise bir İngiliz mahkemesine aittir². *Lyon v Mells* davasında Yargıç Lord Ellenborough, geminin “amaca uygun” olması (*tight and fit for the purpose*) ve bu hususun “sözleşmenin temelini ve doğrudan özünü” (*the foundation and immediate substratum*) oluşturduğunu ifade etmiştir. Alman yargısında ise geminin denize elverişliliği bakımından hâlen en eski karar olarak Lübeck Üst Temyiz Mahkemesi'nin 1840 yılında verdiği bir karara atıf yapılmaktadır³. Anılan kararda geminin denize elverişli sayılabilmesi için, *yolculuğu sadece elverişli rüzgâr ve havada öngörülen sürede tamamlayacak nitelikte olması değil, daha uzun süren seyir hâlinde fırtına ve dalgalara da karşı koyabilecek nitelikte olması gerektiği* ifade edilmiştir⁴.

Taşıyanın geminin denize elverişliliğini sağlama yükümlülüğü, tarihsel gelişim süreci içerisinde bir garanti yükümlülüğünden (*warranty*) özen yükümlülüğüne evrilmiştir. 1861 tarihli Alman Ticaret Kanunu'nun (*Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch*) 560. maddesinde her türlü taşıma sözleşmesinde taşıyanın gemiyi denize elverişli şekilde teslim etmekle yükümlü olduğu ve taşıyanın, en yüksek özen gösterilse dahi keşfedilmesi mümkün olmayan kusurlar dışında, taşıyanın geminin kusurlu hâlde olmasından kaynaklanan her türlü zararından sorumlu olduğu düzenlenmişti. 1893 tarihli Amerikan Harter Kanunu (*US-Harter Act*) uyarınca taşıyan taşımayı denize

¹ B. S. Shah, “Seaworthiness — A Comparative Survey”, *Malaya Law Review*, 8 (1), 1966, s. 95.

² *Lyon v Mells* [1804] Court of the King's Bench, 102 E.R. 1134.

³ Bkz. Carl Ritter and Hans Jürgen Abraham, *Das Recht der Seeversicherung Bd. II*, 2. Aufl., De Gruyter Verlag, 1967, § 58 ADS, Anm. 8.

⁴ Rudolf Liesecke, “Die Seetüchtigkeit des Schiffs beim Frachtvertrag in der Rechtsprechung, Insbesondere des Bundesgerichtshofes”, Horst Baumann, Helmut Schirmer and Reimer Schmidt (Eds.) *Festschrift für Karl Sieg* Verlag Versicherungswirtschaft, 1976, s. 346.

elverişsiz bir gemiyle gerçekleştirmişse, geminin denize elverişsizliği zarara sebep olmamış olsa bile, sorumluluğunun sınırlandırılması veya kaldırılmasına ilişkin hükümlerden yararlanma hakkını kaybetmekteydi⁵. Fransız Ticaret Kanunu'nun ilga edilen 297. maddesi uyarınca taşıyan, denize elverişsiz bir gemi temin etmişse, yük boşaltma limanına zarar görmeden ulaşmış olsa bile navlun ücreti talep edememekteydi.

Denize elverişlilik bakımından özellikle Anglo-Amerikan hukukunda kabul gören bu katı sorumluluk anlayışı zaman içerisinde yumuşamış ve yolculuk başlamadan mevcut olan elverişsizlik hali ile yolculuk başladıktan sonra ortaya çıkan denize elverişsizlik arasında bir ayırım yapılarak, başlangıçtaki denize elverişsizliğe daha ağır sonuçlar bağlanmıştır.

B. Taşıyanın Gemiye Denize Elverişli Halde Bulundurma Yükümlülüğüne İlişkin Alman Ticaret Kanunu Hükümleri

1. 25.04.2013 Tarihinde Yürürlüğe Giren Deniz Ticareti Hukuku Reformu Kanunu'ndan Önceki Durum

Alman hukukunda taşıyanın gemiyi denize elverişli hâlde bulundurma yükümlülüğüne ilişkin hükümlerde, 25.04.2013 tarihinde yürürlüğe giren Deniz Ticareti Hukuku Reformu Kanunu'yla⁶ (*Gesetz zur Reform des Seehandelsrechts*) değişiklikler yapılmıştır.

Deniz Ticareti Hukuku Reformu Kanunu'yla yapılan değişikliklerden önce taşıyanın gemiyi denize elverişli hâlde bulundurma yükümlülüğü Alman Ticaret Kanunu'nun mülgâ 559. maddesinde düzenlenmişti. Anılan hükmün 1. fıkrası uyarınca her türlü navlun sözleşmesinde taşıyan, gemiyi denize elverişli ve yeterince donatılmış şekilde, yeterli sayıda teşkilata, gemi adamına ve stoka sahip ("denize elverişlilik") ve ayrıca soğutma ve dondurucu bölümleri de dahil olmak üzere ambarları yükü kabule, taşımaya ve saklamaya elverişli hâlde ("yüke elverişlilik") bulundurmakla yükümlüydü. Söz konusu bu hükümde denize ve yüke elverişliliğin kanunî tanımlarına

⁵ Anglo-Amerikan hukukunda denize elverişsizlik dahil her türlü durumda taşıyanın sorumluluğunu kaldırın veya sınırlandıran sözleşmesel düzenlemeler her ne kadar kamu düzenine aykırı görüldüğünden mahkemelerce geçersiz sayılsa da, uygulamada bu türden klozların kullanımının oldukça yaygınlaşması ve mahkemelerin geçersizlik yaptırımıyla bu tür klozların önüne geçememeleri nedeniyle bu hususta kanunî bir düzenleme yapılmasını zorunlu kılmıştır (Tahir Çağa and Rayegan Kender, *Deniz Ticareti Hukuku II – Navlun Sözleşmeleri*, 8. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2006, s. 134; Shah, s. 97-98).

⁶ BGBI., 24.04.2013, I Nr. 19.

yer verilmiş olsa da ayrıca bu hükmün yola elverişliliği de kapsadığı kabul edilmekteydi⁷. Ayrıca söz konusu hükmün 2. fıkrasında taşıyanın, tedbirli bir taşıyanın göstermesi gereken özen gösterilmiş olsa dahi eksikliği yolculuğun başlangıcına kadar keşfe imkân bulunmayan hâller istisna olmak üzere, yükle ilgililere karşı geminin “denize veya yüke elverişsizliğine ilişkin eksiklikten” (*Mangel der See- oder Ladungstüchtigkeit*) doğan zararlardan sorumlu olduğu düzenlenmişti.

Taşıyanın gemiyi denizle elverişli hâlde bulundurma yükümlülüğüne ilişkin mülgâ bu düzenlemenin kaynağı, 1924 tarihli Konişmentoya Müttaallik Bazı Kaidelerin Tevhidi Hakkındaki Milletlerarası Sözleşme⁸ (Lahey Kuralları) idi⁹. Lahey Kuralları’nın 3. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde nakliyecinin seferden önce, gemiyi seferin başlangıcında seyrüsefere müsait bir hale getirmek için gerekli özeni göstermesi gerektiği öngörülmüştür. Geminin “seyrüsefere müsait hâle getirilmesi”yle, geminin denize elverişli olması gerektiği kastedilmiştir. Lahey Kuralları’nın Almanca metninde, 3. maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde *seetüchtig* denilmek suretiyle, geminin denize elverişli hâle getirilmesi gerektiği açık bir şekilde ifade edilmiştir.

Lahey Kuralları’nın 4. maddesinin birinci fıkrasında geminin denize elverişsizliği nedeniyle ortaya çıkacak kayıp ve hasarlardan taşıyanın sadece, geminin sefere elverişli hâle getirilmesinde gereken dikkat ve özeni göstermemesi veya geminin üçüncü fıkra uyarınca gerekli donatım, teçhizat ve kumanyayı temin etmemesi veya gemide mevcut ambar ve soğuk hava mahallerini, yükün kabul, nakil ve muhafazasına hazırlamaması gibi sebeplerden doğmuşsa, sorumlu olacağı öngörülmüştür. Lahey Kuralları’nın 4. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde, taşıyanın -ve söz konusu düzenleme uyarınca sorumluluktan kurtulmasına imkân tanınan diğer kişilerin- geminin sefere elverişsizliği nedeniyle ortaya çıkan zıya veya hasardan doğan sorumluluklarından kurtulabilmeleri için gerekli dikkati ve özeni gösterdiklerini ispat etmek zorunda oldukları düzenlenmiştir.

⁷ Georg Schaps and Hans Jürgen Abraham, *Das Deutsche Seerecht Bd. II*, 3. Aufl., De Gruyter Verlag, 1962, § 559, Anm. 1.

⁸ RG, 22.02.1955, S. 8937.

⁹ Schaps/Abraham, § 559, Anm. 4; Hans Gramm, *Das neue Seefrachtrecht nach den Haager Regeln*, De Gruyter Verlag, 1938, § 559, Anm. I 2a; Franz Schlegelberger and Rudolf Liesecke, *Seehandelsrecht: zugleich Ergänzungsband zu Schlegelberger Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Vahlen Verlag, 1959, § 559, Anm. 12-16.

Böylece geminin denize elverişsiz olması nedeniyle taşınan yükte bir zararın meydana gelmesi durumunda taşıyanın veya taşıyan gibi sorumlu olanların bu sorumluluktan kurtulabilmeleri için, geminin seferin başlangıcında denize elverişli hâle getirilmesi için gerekli dikkati ve özeni göstermiş olduklarını ispat etmeleri gerekmekte olup, gerekli dikkat ve özenin gösterilmiş olduğu hususunda ispat yükü taşıyana yüklenmiştir¹⁰.

Lahey Kuralları'nda öngörülen düzenlemeler doğrultusunda, 10.08.1937 tarihli Alman Ticaret Kanunu'nun Deniz Taşıma Hukuku Hükümlerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun'la (*Gesetz zur Änderung von Vorschriften des Handelsgesetzbuchs über das Seefrachtrecht*)¹¹ Alman Ticaret Kanunu'nda değişiklikler yapılmıştır. Alman Ticaret Kanunu'nun denize ve yüke elverişliliği düzenleyen mülgâ 559. maddesinde Lahey Kuralları'nın 3. maddesinin birinci fıkrasından farklı olarak taşıyanın geminin denize ve yüke elverişli hâlde bulundurulması bakımından belirli bir özenin gösterilmesine ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Taşıyan, doğrudan geminin denize ve yüke elverişli hâlde bulundurulması sağlamakla yükümlü kılınmıştır. Dolayısıyla geminin denize veya yüke elverişli olmaması nedeniyle taşınan yükte bir zarar meydana gelmişse taşıyan, geminin denize veya yüke elverişsiz hâlde geldiği andan bağımsız olarak yükle ilgililere karşı sorumlu olmaktadır.

Öte yandan geminin denize veya yüke elverişsiz hâlde geldiği an, Alman Ticaret Kanunu'nun mülgâ 559. maddesinin 2. fıkrası uyarınca taşıyanın sorumluluktan kurtulması bakımından önem arz etmekteydi. Zira anılan düzenlemede, taşıyanın tedbirli bir taşıyanın göstermesi gereken özeni göstermesine rağmen denize veya yüke elverişsizliği yolculuğun başlangıcına kadar keşfetmesi mümkün olmamışsa, sorumluluktan kurtulacağı düzenlenmişti. Lahey Kuralları'nın 3. maddesinin birinci fıkrasında ise taşıyan, geminin denize ve yüke elverişli hâlde bulundurulmasıyla yükümlü

¹⁰ Fehmi M. Ülgener, "Obligations and Liabilities of the Carrier", M. Deniz Güner-Özbek (Ed.), *The United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea- An Appraisal of the "Rotterdam Rules"*, Springer Verlag, 2011, s. 143; Kübra Yetiş Şamlı, "Lahey-Lahey/Visby, Hamburg ve Rotterdam Kuralları'nda Sefere Elverişlilik", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 71 (2), 2013, s. 488; Venüs G. Cömert, *Taşıyanın Gemiye Denize, Yola Ve Yüke Elverişli Bulundurma Borcu*, On İki Levha Yayıncılık, 2022, s. 318. Lahey Kuralları'nın 4. maddesinin 1. fıkrasına göre denize elverişsizlik bakımından ispat yüküne ilişkin özellikle Anglo-Amerikan hukukundaki görüşler ve yargı kararları için bkz. Mustafa Yılmaz, "The Evolution Of The Obligation Of Seaworthiness From The Hague Rules To The Rotterdam Rules", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 29 (2), 2021, s. 892 vd.

¹¹ RGBL., 13.08.1937, Nr. 93, s. 891 vd.

kılınmış olup, Lahey Kuralları'nın 4. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi uyarınca taşıyanın sadece geminin denize veya yüke elverişsizliğinin kendi kusuruna, yani kusurlu davranışına veya ihmaline, dayanmadığını ispat ettiği ölçüde sorumlu olmadığı düzenlenmiştir.

Alman Ticaret Kanunu'nun mülgâ 559. maddesinin 2. fıkrasında ise taşıyanın geminin denize veya yüke elverişsizliği nedeniyle ortaya çıkan zarardan doğan sorumluluğundan kurtulabilmesi için söz konusu elverişsizliğin yolculuğa başlanmadan önce mevcut olması koşulu öngörülmüştür. Dolayısıyla denize veya yüke elverişsizliğin yolculuğa başladıktan sonra ortaya çıkmış olması hâlinde, taşıyan her halükârda Alman Ticaret Kanunu'nun mülgâ 559. maddesinin 2. fıkrası uyarınca geminin denize ve yüke elverişli hâlde bulundurulması yükümlülüğü bakımından sorumluluktan kurtulmaktaydı¹². Zira yolculuk başladıktan sonra ortaya çıkan bir denize veya yüke elverişsizlik durumunun, yolculuk başlamadan önce gerekli dikkat ve özen gösterilmiş olsa dahi keşfedilmesi mantıken mümkün değildir. Ancak bu durum, yolculuk başladıktan sonra geminin denize veya yüke elverişsiz hâlde gelmesi nedeniyle taşınan yükün zarara uğraması durumunda, taşıyanın herhangi bir şekilde sorumlu tutulamaması anlamına gelmemektedir. Bu gibi durumlarda taşıyanın yükte meydana gelen zarardan sorumluluğu, taşıyanın yükte meydana gelen zarardan doğan sorumluluğunu genel olarak düzenleyen Alman Ticaret Kanunu'nun mülgâ 606. maddesine¹³ göre belirlenmektedir.

Yükte meydana gelen zarar nedeniyle taşıyandan tazminat talep eden yükle ilgilinin; zararını, geminin denize elverişsiz olduğunu ve zarar ile geminin denize elverişsizliği arasındaki illiyet bağıını ispat etmesi gerektiği kabul edilmekteydi. Ancak Alman hukukunda doktrinde, geminin başlangıçtaki denize veya yüke elverişsizliğinin yükle ilgili tarafından ispat edilmesine ilişkin düzenleme eleştirilmiştir¹⁴. Zira gemiyi denize

¹² Schaps/Abraham, § 559, Anm. 4; Gramm, § 559, Anm. I 2a; Hans Wüstendörfer, *Neuzeitliches Seehandelsrecht*, 2. Aufl., Karl F. Wede Verlag, 1950, s. 240.

¹³ Alman Ticaret Kanunu'nun mülgâ 606. maddesi şu şekildeydi: "Taşıyan eşyanın yükletilmesi, istifi, elden geçirilmesi, taşınması, korunması, gözetimi ve boşaltılmasında tedbirli bir taşıyandan beklenen dikkat ve özeni göstermekle yükümlüdür. Taşıyan, eşyanın teslim alınmasından teslim edilmesine kadar olan süre içerisinde eşyanın zayı olması veya hasara uğramasından doğan zararlardan sorumludur, meğerki eşyanın zıyı veya hasarı, tedbirli bir taşıyanın göstermesi gereken özen gösterilmesine rağmen engellenmesi mümkün olmayan bir sebepten ileri gelmiş olsun.

¹⁴ Wolfgang Friedrich Lotter, *Beweislast im Seefrachtrecht*, De Gruyter Verlag, 1969, s. 25; Wüstendörfer, s. 242.

ve yüke elverişli hâlde bulundurma yükümlülüğünün taşıyanda olduğu ve yükle ilgiliye kıyasla taşıyanın gemiye olan yakınlığı gözetildiğinde, taşıyanın yolculuk başlamadan önce gemisini denize ve yüke elverişli hâlde bulundurduğunu ispat etmesinin yükle ilgiliye nazaran daha mantıklı olduğu, çünkü yükle ilgiliye nazaran geminin yolculuğa ve yüke elverişliliğini ispata yaracak bilgi ve belgelere ulaşmasının daha kolay olduğu vurgulanmıştır. *Wüstendörfer*, yükle ilgiliye yüklenen bu ispat yükünün kolaylıkla *probatio diabolicaya* (“şeytan beyyinesi”) dönüşebileceğini ifade etmiştir¹⁵. Bununla birlikte 1937 tarihli değişikliklerle Alman kanun koyucunun, “geminin başlangıçtaki elverişsizliği” (*anfängliche Schiffsuntüchtigkeit*) ifadesi yerine “denize veya yüke elverişsizliğe ilişkin eksiklik” (*Mangel der See- oder Ladungstüchtigkeit*) ifadesine yer vererek, yükle ilgililerin de ispat hukuku açısından kısmen dikkate alındığı ve korunduğu, bu değişiklik nedeniyle talepte bulunan yükle ilgililerin geminin başlangıçtaki elverişsizliğini değil; zararı, gemideki herhangi bir eksikliği ve bu eksiklikle zarar arasındaki illiyet bağımlı ispat etmekle yükümlü olduğu savunulmuştur¹⁶.

Alman medenî usûl hukuku kuralları çerçevesinde ispat yükü Alman Ticaret Kanunu’nun mülgâ 559. maddesinin 2. fıkrası uyarınca yükle ilgiliye yüklenmiş olduğundan, anılan hükümde öngörülmüş olan sorumluluk koşullarının gerçekleştiğine ilişkin iddia yükünün ve bu husustaki vakıalara ilişkin delil ikame yükünün yükle ilgilide olduğu kabul edilmekteydi. Bu nedenle ispatsızlık rizikosunu, yükle ilgililerdeydi¹⁷. Bununla birlikte geminin denize veya yüke elverişsizliği bakımından taşıyandan tam bir ispat faaliyeti yerine getirmesi beklenmemekte, geminin denize veya yüke elverişsizliğinin ilk görünüş ispatı¹⁸ kuralları çerçevesinde ortaya konması yeterli sayılmaktaydı¹⁹. Bu kapsamda (ampirik olarak olayın söz konusu şekilde meydana geldiği mutlak suretle ispatlanamıyor olsa bile) hayatın olağan akışına göre dış görünüş itibarıyla neden-sonuç ilişkisi içinde geminin denize veya yüke elverişsizliğe neden olduğu kanaatini uyandıran somut vakıalar ortaya konmuşsa, yükle

¹⁵ Wüstendörfer, s. 242.

¹⁶ Lotter, s. 25.

¹⁷ Lotter, s. 25.

¹⁸ Alman medenî usûl hukukunda, hukukumuzda olduğu gibi kesin delil-takdiri delil ayrımı yoktur. Alman hukukunda tüm deliller, takdiri delil niteliğindedir. Alman hukukunda ilk görünüş ispatına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Ahmet Başözen, *Medenî Usûl Hukukunda İlk Görünüş İspatı*, Adalet Yayınevi, 2010, s. 27 vd.

¹⁹ Schaps/Abraham, § 559, Anm. 17; Gramm, § 559, Anm. IV 1; Schlegelberger/Liesecke, § 559, Anm. 19.

ilgilinin bu husustaki delil ikame yükünü yerine getirdiği kabul edilmekteydi.

Alman hukukunda doktrinde *Lotter*, geminin denize veya yüke elverişsizliğinin ispatı bakımından ikili bir ayırım yapılması gerektiğini ifade etmiştir²⁰. Yazara göre, yükle ilgilinin ispat yükünü ne derece yerine getirdiğine göre taşıyanın karşı ispat faaliyetine girmesi mi yoksa sadece yükle ilgili davacının iddialarına karşı gerekçeli şekilde itiraz etmesinin yeterli mi olacağı değişiklik göstermekteydi. Eğer ilk görünüş ispatı ilkelerine göre dahi olsa hâkim, zararın geminin denize veya yüke elverişsizliği nedeniyle meydana geldiğine kanaat getirmişse, başka bir anlatımla yükle ilgili ispat yükünü yerine getirmişse, taşıyanın denize veya yüke elverişsizlikten doğan sorumluluğundan kurtulabilmesi için gemide ispat edildiği şekilde bir eksiklik olmadığını veya bu eksikliğin tedbir bir taşıyanın özeni gösterilse dahi keşfedilmesinin mümkün olmadığını veyahut denize veya yüke elverişsizliğe neden olan hususun yolculuk başladıktan sonra ortaya çıktığını ispat etmesi gerekmektedir²¹. Yazar, taşıyanın karşı ispat faaliyetini yerine getirdiğinden bahsedilebilmesi içinse, zararı doğuran nedeni somut bir şekilde ortaya koyması ve zararın neden meydana geldiğini şüpheye yer bırakmayacak şekilde aydınlatması gerektiğini ifade etmiştir. Zira ancak zararın nedeninin somut bir şekilde ortaya konduğu durumlarda, başlangıçtaki bir elverişsizliğin söz konusu olup olmadığı ya da başlangıçtaki bir elverişsizlik söz konusu ise, bunun tedbirli bir taşıyanın özeni gösterilmek suretiyle keşfedilebilmesinin mümkün olup olmadığı değerlendirilebilir. Öte yandan yazar, yükle ilgilinin zararının, geminin denize veya yüke elverişsizliğinden kaynaklandığına ilişkin iddia yükünü yerine getirmiş ve fakat bu iddialarını gerekçeleriyle ortaya koymuş olmakla birlikte hâkimde taşıyanın sorumluluğunun şartlarının oluştuğuna ilişkin kesin bir kanaat uyandıracak şekilde ispat edemediği hâlde, davalı taşıyanın sorumluluktan kurtulması için bir karşı ispat faaliyetine girişmesine gerek olmadığını, davacının iddialarına gerekçeli şekilde itiraz etmesinin (*qualifiziertes Bestreiten*) yeterli olacağını belirtmiştir.

Yükle ilgilinin: zararını, geminin elverişsizliğine neden olan bir eksikliğini ve bu hususlar arasındaki illiyet bağımlı ispat ettiği durumda, taşıyanın karşı ispat faaliyetine girerek kurtuluş karinesi getirmesi gerekmektedir. Örneğin geminin teknik aksamlarından birisinin bozulması durumunda, söz konusu arızanın gemi yolculuğa başlamadan önce de mevcut olup olmadığının

²⁰ *Lotter*, s. 30-37.

²¹ Aynı yönde bkz. *Liesecke*, s. 351; *Wüstendörfer*, s. 242.

zarar ortaya çıktıktan sonra uzman bilirkişilerce tespit edilmesi mümkün olmadığından, bu gibi durumlarda ispatsızlık rizikosunun taşıyanda olduğu kabul edilmekteydi²². Başka bir ifadeyle taşıyan, bu gibi durumlarda denize elverişsizliğin yolculuk başladıktan sonra ortaya çıktığını ispat edemediğinden, geminin denize elverişsiz olması nedeniyle sorumlu tutulmaktaydı.

2. Deniz Ticareti Hukuku Reformu Kanunu'yla Yapılan Değişiklikten Sonra Denize Elverişliliğe İlişkin Alman Ticaret Kanunu Hükümleri

Deniz Ticareti Hukuku Reformu Kanunu'yla geminin denize ve yüke elverişliliği, Alman Ticaret Kanunu'nun 485. maddesinde yeniden düzenlenmiştir. Alman Ticaret Kanunu'nun 485. maddesi uyarınca taşıyan, geminin denize elverişli ve yeterince donatılmış şekilde, yeterli sayıda teşkilata, gemi adamına ve stoğa sahip ("denize elverişlilik") ve ayrıca soğutma ve dondurucu bölümleri de dahil olmak üzere yükün içinde veya üzerinde taşındığı geminin diğer tüm bölümlerinin yükü kabule, taşımaya ve saklamaya elverişli hâlde ("yüke elverişlilik") bulunmasını sağlamakla yükümlüdür. Alman Ticaret Kanunu'nun 485. maddesi, denize ve yüke elverişlilik tanımları ve içeriği bakımından Alman Ticaret Kanunu'nun mülgâ 559. maddesinden alınmıştır. Ancak Alman Ticaret Kanunu'nun mülgâ 559. maddesinden farklı olarak, Alman Ticaret Kanunu'nun 485. maddesinde geminin denize veya yüke elverişsiz olması durumunda taşıyanın sorumluluğuna ilişkin özel bir düzenleme yapılmamıştır.

Alman Ticaret Kanunu'nun 560. maddesinin 2. cümlesinde, zaman çarteri sözleşmesinde tahsis edenin, özellikle geminin denize elverişli ve gemi yük taşınmasında kullanılacaksa, yüke elverişli hâlde bulundurulmasını sağlamakla yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Ancak zaman çarteri bakımından da geminin denize ve yüke elverişli hâlde bulundurulması, tahsis eden açısından bir yükümlülük olarak düzenlenmiş olmakla birlikte, bu yükümlülüğünün ihlâli durumunda tahsis edenin karşılaşıacağı yaptırım özel olarak düzenlenmemiştir.

Alman Ticaret Kanunu'nun 485. maddesinde, Alman Ticaret Kanunu'nun mülgâ 559. maddesinden farklı olarak geminin denize ve yüke elverişli hâlde bulundurulması yükümlülüğünün yerine getirilmesi gereken zaman dilimi ayrıca belirtilmemiştir. Denizde taşıma sözleşmesinin ifası devam ettiği sürece, yani eşya yükleme limanında teslim alınıp boşaltma limanında teslim edilinceye kadar, geminin denize veya yüke elverişli hâlde bulundurulması

²² Liesecke, s. 351.

gerekmektedir²³. Ayrıca taşıyan, yolculuğa başlamadan önce de geminin denize ve yüke elverişli hâlde olmasını sağlamakla yükümlüdür²⁴. Başka bir ifadeyle taşıyan, en geç yolculuğa başladığı anda geminin denize ve yüke elverişli hâlde olmasını sağlamak zorundadır.

Taşıyanın yüke özen borcunu düzenleyen Alman Ticaret Kanunu'nun 498. maddesi ve devamı hükümlerinde, denize veya yüke elverişsizlik nedeniyle ortaya çıkan zıya veya hasardan doğan sorumluluktan taşıyanın kurtulabilmesi için özel düzenlemeler yapılmıştır. Ancak Alman Ticaret Kanunu'nda denize elverişliliğe yer verilen hükümler, bunlarla sınırlı değildir. Alman Ticaret Kanunu'nun 531. maddesinin 1. fıkrasında, durumun gereğinden veya teamüllerden aksi anlaşılmıyorsa, eşyanın taşıtan tarafından yüklenmesi gerektiği, yüklemenin kim tarafından gerçekleştirildiğinden bağımsız olarak, taşıyanın yüklenmiş olan geminin denize elverişliliği bakımından sorumlu olduğu öngörülmüştür. Benzer bir yükümlülük zaman çarteri sözleşmesi kapsamında tahsis eden için de öngörülmüş olup, Alman Ticaret Kanunu'nun 563. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca tahsis eden, yapılan yüklemenin geminin denize elverişliliğini olumsuz şekilde etkilememesini sağlamakla yükümlüdür.

Denizde yolcu taşımaları bakımından ise yolcuların can kayıpları veya yaralanmaları ile bagajlarının zıyaı, hasarı veya geç teslimi bakımından, geminin denize elverişliliğine ya da geminin yolcu taşınması bakımından uygun olup olmadığına ilişkin Alman Ticaret Kanunu'nda taşıyan bakımından özel bir yükümlülük öngörülmemiştir.

C. Taşıyanın Eşyanın Zıyaı veya Hasarından Doğan Sorumluluğundan Kurtulması Bakımından Geminin Denize ve Yüke Elverişliliği

Deniz Ticareti Hukuku Reformu Kanunu'yla taşıyanın sorumluluğu Alman Ticaret Kanunu'nun 498. maddesi ve devamı hükümlerinde yeniden düzenlenmiştir. Alman Ticaret Kanunu'nun 498. maddesinin birinci fıkrası uyarınca taşıyan, eşyanın taşınmak üzere teslim alınmasından teslim edilmesine kadarki sürede eşyada meydana gelen zıyaı veya hasardan sorumludur²⁵.

²³ Rolf Herber and Christine Schmidt, *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch Bd. VII*, 4. Aufl., C. H. Beck Verlag, 2020, § 485, Kn. 13; Hartmut Oetker, *Handelsgesetzbuch - Kommentar*, 7. Aufl., C. H. Beck Verlag, 2021, § 485, Kn. 4; Martin Henssler, Beck-Online Großkommentar - HGB, C. H. Beck, 2022, § 485, Kn. 56.

²⁴ Paschke/Hansen, [BeckOGK-HGB], § 485, Kn. 56; Pascke, [OETKER-HGB], § 485, Kn. 4.

²⁵ Deniz Ticareti Hukuku Reformu Kanunu'yla yapılan değişikliklerden sonra taşıyanın

Alman Ticaret Kanunu'nun 498. maddesinin ikinci fıkrasında, taşımanın denize veya yüke elverişsiz bir gemiyle yapılması nedeniyle zıya veya hasarın ortaya çıkmasına ilişkin özel bir düzenleme yapılmıştır. Alman Ticaret Kanunu'nun 498. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca meydana gelen zıya veya hasar, tedbirli bir taşıyanın göstermesi gereken özen gösterilmesine rağmen kaçınılması mümkün olmayan bir sebepten ileri gelmişse, taşıyan birinci fıkraya uyarınca doğan sorumluluktan kurtulur. Eşya, denize veya yüke elverişsiz bir gemide taşınmışsa ve durumun şartlarına göre zıyan veya hasarın denize veya yüke elverişsizlikten ileri gelmiş olması muhtemelse, taşıyan birinci cümle uyarınca sorumluluğundan, ayrıca denize ve yüke elverişsizliğin tedbirli bir taşıyanın göstermesi gereken özen gösterilmiş olmasına rağmen yolculuk başlamadan keşfedilmesinin mümkün olmadığını ispat ederse kurtulabilir.

1. Taşıyanın Eşyanın Zıyaı veya Hasarından Doğan Sorumluluğu ve Bu Sorumluluktan Kurtulması

A. Genel olarak

Taşıyan, Alman Ticaret Kanunu'nun 498. maddesinin 1. fıkrası uyarınca eşyanın taşınmak üzere teslim alındığı andan teslim edildiği ana kadar eşyada meydana gelen zıya veya hasardan sorumludur. Dolayısıyla taşıyanın eşyanın zıyaından veya hasarından sorumlu tutulabilmesi için zıya veya hasarın, eşyanın taşıyan tarafından teslim alındığı andan teslim edildiği ana kadar gerçekleşmesi kural olarak yeterlidir. Eşyanın zayı olması veya hasarlanması nedeniyle tazminat talebinde bulunan yükü ile ilgilinin, eşyanın zayı olduğunu veya hasarlandığını ve söz konusu zararın eşya taşıyan tarafından teslim alındıktan sonra meydana geldiğini iddia ve ispat etmesi, taşıyanın yükte meydana gelen zarardan sorumlu tutulabilmesi için yeterlidir²⁶.

yüke özen borcunun ihlâlinden sorumluluğu, karayoluyla yapılan taşımalarda taşıyıcının sorumluluğuna benzer şekilde düzenlenmiştir. Karayoluyla yapılan taşımalarda da taşıyıcı, eşyayı teslim aldığı andan teslim ettiği ana kadar kural olarak eşyanın zıyaı, hasarı ve geç tesliminden sorumludur (TTK md. 875/I). Bununla birlikte taşıyıcının sorumluluktan kurtulmasına imkân veren özel hâller (TTK md. 878) ve taşıyıcının en yüksek özeni göstermesine rağmen kaçınmayacağı ve sonuçlarını önleyemeyeceği sebeplerden meydana zararlarından sorumlu olmaması (sorumluluğu kaldıran genel hâl, TTK md. 876) ayrıca düzenlenmiştir. Yapılan değişikliklerle denizyoluyla yapılan taşımalarda taşıyanın eşyayı teslim aldığı andan boşaltma limanında teslim ettiği ana kadar sorumlu olduğunu ve sorumluluğunu ortadan kaldıran özel hâller ile genel bir sorumsuzluk hâline yer verilerek, taşıyanın sorumluluğu bakımından da benzer bir sistem benimsenmiştir.

²⁶ Herber, [MüKo-HGB], §498, Kn. 63; Pascke, [OETKER-HGB], § 498, Kn. 8; Paschke, [BeckOGK-HGB], § 498, Kn. 102.

Alman Ticaret Kanunu'nun 498. maddesinin ikinci fıkrasında ve Kanun'un 499. maddesinde, taşıyanın yükte meydana gelen zarardan doğan sorumluluğundan kurtulmasına imkân tanıyan bazı hâller düzenlenmiştir. Sorumluluktan kurtulmak isteyen taşıyan, söz konusu sorumluluktan kurtulma hâllerinin varlığını ortaya koymak (ve ispat etmekle) yükümlüdür²⁷. Bu bağlamda ispatsızlık rizikosu taşıyanın üzerindedir.

Taşıyanın yükte meydana gelen zıya ve hasardan doğan sorumluluktan kurtulma hâlleri, sadece Alman Ticaret Kanunu'nun 498. maddesinin ikinci fıkrasında ve Kanun'un 499. maddesinde düzenlenmemiştir. Alman Ticaret Kanunu'nun 512. maddesinin 2. fıkrasında genel işlem koşulu niteliğinde anlaşmalarla taşıyanın, adamlarının sevk ve idare kusurundan veya yangın ya da patlamadan doğan zararlardan sorumlu olmayacağına kararlaştırılmasına cevaz verilmiştir. Ayrıca anılan hükmün birinci fıkrasında taşıyanın taşıtanla öncesinde müzakere etmek koşuluyla anlaşarak, Alman Ticaret Kanunu'nun 498. maddesi ve devamı hükümlerinde taşıyanın sorumluluğunu düzenleyen hükümlerden farklı anlaşmalar yapabileceği hükme bağlanmıştır. Ayrıca tehlikeli eşya bakımından Alman Ticaret Kanunu'nun 483. maddesinin ikinci fıkrasında da özel bir düzenleme bulunmaktadır. Anılan bu madde uyarınca taşıyan, kaptan veya gemi acentesi eşyayı teslim alırken, tehlikenin türünden haberdar değilse veya her hâlükârda bu kişiler tehlikeden haberdar edilmemişlerse, taşıyan taşıtana karşı tazminat ödeme yükümlülüğü doğmaksızın tehlikeli eşyayı boşaltabilir, depolayabilir, geri taşıyabilir veya gerekiyorsa yok edebilir ya da etkisiz hâle getirebilir.

B. Taşıyanın eşyanın zıyaı veya hasarından doğan sorumluluğundan kurtulmasına imkân veren özel hâller ve bu hâllerin denize elverişsizlikle ilgisi (AlmTK md. 499)

Alman Ticaret Kanunu'nun 499. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde eşyanın zıyaı veya hasarının aşağıda sayılan durumlardan birisinden ileri gelmesi durumunda taşıyanın meydana gelen zarardan sorumlu olmadığı düzenlenmiştir;

1) Denizin veya geminin işletilmesine elverişli diğer suların tehlike ve kazaları.

2) Harp olayları, karışıklık ve ayaklanmalar, kamu düşmanlarının

²⁷ Paschke, [BeckOGK-HGB], § 498, Kn. 106; Paschke, [OETKER-HGB], § 498, Kn. 8; Herber, [MüKo-HGB], §498, Kn. 70.

hareketleri, yetkili makamların emirleri veya karantina sınırlamaları,

3) Mahkemelerin el koyma kararları,

4) Grev, lokavt veya diğer çalışma engelleri,

5) Yükleten veya taşıyanın fiilleri veya ihmalleri ve özellikle eşyanın taşıtan veya yükleten tarafından yetersiz şekilde ambalajlanması veya işaretlenmesi,

6) Özellikle kırılma, paslanma, bozulma, kuruma, sızma, hacim veya ağırlık itibarıyla kendiliğinden eksilme gibi kolaylıkla zarar görmesine neden olan eşyanın kendisine özgü cins ve niteliği,

7) Canlı hayvan taşınması,

8) Denizde can kurtarmasına ilişkin alınan tedbirler,

9) Denizde kurtarma faaliyetleri.

Bununla birlikte Alman Ticaret Kanunu'nun 499. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde, tedbirli bir taşıyanın göstermesi gereken özen gösterilmiş olsaydı, zarar meydana gelmeyecektiye, birinci cümlenin uygulanmayacağı düzenlenmiştir. Başka bir ifadeyle taşıyan, tedbirli bir taşıyanın göstermesi gereken özeni göstermiş olsaydı, Alman Ticaret Kanunu'nun 499. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde sayılan sebeplere rağmen eşya zarar görmemiş olacaktıysa, taşıyanın anılan hükmün birinci cümlesinde sayılan ve zararın doğmasına neden olan sebeplere dayanarak sorumluluğundan kurtulması mümkün değildir.

Alman Ticaret Kanunu'nun 499. maddesinin ikinci fıkrasında ispat açısından taşıyan lehine bir karine düzenlenmiştir. Anılan bu hüküm uyarınca, eşyada meydana gelen zararın Alman Ticaret Kanunu'nun 499. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde sayılan sebeplerden birisinden ileri gelmiş olması muhtemelse, zararın bu sebepten kaynaklandığı kabul edilir. Başka bir ifadeyle, taşıyan Alman Ticaret Kanunu'nun 499. maddesinin birinci fıkrasındaki hâllerden birisinin varlığını ispat etmiş olmakla birlikte, söz konusu hâlin varlığı ile yükte meydana gelen zarar arasındaki illiyet bağıını ispat edemiyor olsa bile zararın bu hâlden ileri gelmiş olması muhtemelse, karine sonucu doğar. Yani taşıyan, sadece Alman Ticaret Kanunu'nun 499. maddesinin birinci fıkrasında sayılmış olan hâllerden birisinin varlığını ispat ederek ve yükte meydana gelen zararın bu hâlden kaynaklanmış olmasının muhtemel olduğunu ortaya koyarak, sorumluluktan kurtulabilir.

Her ne kadar Alman Ticaret Kanunu'nun 499. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde taşıyan lehine bir karine düzenlenmiş olsa da, söz konusu hükmün ikinci cümlesinde eşyanın denize veya yüke elverişsiz bir gemiyle taşındığı durumlarda, birinci cümlede düzenlenmiş olan karinenin uygulanmayacağı öngörülmüştür. Başka bir ifadeyle Alman Ticaret Kanunu'nun 499. maddesinin ikinci fıkrasında taşıyan lehine öngörülmüş olan karinenin aksinin ispatı mümkündür. Yükle ilgili kişi taşıyanın sorumluluğuna başvurmak istiyorsa, zararın Alman Ticaret Kanunu'nun 499. maddesinin birinci fıkrasında öngörülmüş olan ve somut olayda mevcut olduğu taşıyan tarafından ortaya konan özel hâlden değil, söz konusu hükümde sayılmamış olan başka bir durumdan kaynaklandığını ispat etmek zorundadır.

Taşıtan, zararın Alman Ticaret Kanunu'nun 499. maddesinin birinci fıkrasında öngörülmüş hâllerden birisinden meydana gelmediğini ispat edemiyorsa, taşımanın denize veya yüke elverişsiz bir gemiyle yapıldığını ispat ederek de taşıyanın sorumluluğuna gidebilir. Zira taşıma denize veya yüke elverişli olmayan bir gemiyle yapılmışsa, taşıyan Alman Ticaret Kanunu'nun 499. maddesinin ikinci fıkrasında lehine düzenlemiş olan karineye dayanamaz. Başka bir ifadeyle taşıtan, geminin denize veya yüke elverişsiz olduğunu ispat ederse, taşıyan sadece Alman Ticaret Kanunu'nun 499. maddesinin birinci fıkrasındaki hâllerden birisinin mevcut olduğunu ve zararın bu hâlden ileri gelmiş olduğunun muhtemel olduğunu ortaya koyarak sorumluluktan kurtulamaz²⁸.

Alman Ticaret Kanunu'nun 499. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinin kaleme alınış biçimden, geminin denize veya yüke elverişli olmadığını bu hususu ileri süren tarafın ispat etmesi gerektiği anlaşılmaktadır²⁹. Öte yandan anılan düzenlemede taşımanın yapıldığı geminin denize veya yüke elverişsizliği ile meydana gelen zarar arasında bir illiyet bağı aranmamıştır³⁰. Başka bir ifadeyle taşıyanın sorumluluktan kurtulma hâllerinden birisine dayanma hakkının düşmesi için, taşımanın yapıldığı geminin denize veya yüke

²⁸ Herber, [MüKo-HGB], § 499, Kn. 58.

²⁹ Herber, [MüKo-HGB], § 499, Kn. 7; Bahnsen, [RABE/BAHNSEN], § 499, Kn. 13; Paschke, [BeckOGK-HGB], § 499, Kn. 14; Klaus Ramming, "Zur See- und Ladungstüchtigkeit des Schiffes nach neuem Seefrachtrecht", *Recht der Transportwirtschaft*, H. 2, 2014, s. 45.

³⁰ Herber, [MüKo-HGB], § 499, Kn. 7; Paschke, [BeckOGK-HGB], § 499, Kn. 14; Ramming, *Ladungsuntüchtigkeit*, s. 45. Bahnsen, hükmün amaçsal yorumlanarak zarar ile denize veya yüke elverişsizlik arasında bir illiyet bağı bulunması gerektiğini, aksi hâlde Alman Ticaret Kanunu'nun 499. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesinin uygulanamayacağını ifade etmiştir (Bahnsen, [RABE/BAHNSEN], § 499, Kn. 13).

elverişsiz olması tek başına yeterlidir. Denize veya yüke elverişsizliğin, somut olayda meydana gelen zarara neden olması şart koşulmamıştır. Dolayısıyla taşıyan geminin denize veya yüke elverişsizliğiyle meydana gelen zarar arasında bir illiyet bağı olmadığını ispat etse bile, Alman Ticaret Kanunu'nun 499. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde kendi lehine öngörölmüş olan karineden yararlanamaz.

Eşyanın denize veya yüke elverişli olmayan bir gemide taşınması, taşıyanın Alman Ticaret Kanunu'nun 499. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde ispat açısından kendi lehine öngörölmüş olan karinenin uygulanıp uygulanmayacağı bakımından önem arz eder. Taşıyan, Alman Ticaret Kanunu'nun 499. maddesinin Hükümet Gerekçesi'nde de belirtildiği üzere³¹, zararın anılan hükmün birinci fıkrasında sayılmış olan muhtemel sorumsuzluk sebeplerinin birisinden kaynaklandığını ispat edebiliyorsa, yük denize veya yük elverişsiz bir gemide taşınmış olsa dahi, meydana gelen zarardan sorumluluğu doğmaz³². Dolayısıyla yük ile ilgili, geminin denize veya yüke elverişsiz olduğunu iddia ve ispat etmişse, taşıyanın sorumluluktan kurtulabilmesi için yükte meydana gelen zararın muhtemel sorumsuzluk sebeplerinden birisinden ileri geldiğini ispat etmesi gerekir. Yani sorumluluktan kurtulmak isteyen taşıyan, meydana gelen zarar ile somut olayda mevcut olan muhtemel sorumsuzluk sebebi arasındaki illiyet bağını ispat etmek zorundadır.

C. Tedbirli bir taşıyanın göstermesi gereken özen gösterilmesine rağmen kaçınılması mümkün olmayan zararlardan taşıyanın sorumluluğu ve denize elverişsiz bir gemiyle yapılan taşımının bu sorumluluğa etkisi

Taşıyanın eşyanın zıyayı ve hasarından doğan sorumluluğu genel olarak Alman Ticaret Kanunu'nun 498. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiştir. Anılan bu hüküm uyarınca taşıyan, eşyayı taşınmak üzere teslim aldığı andan teslim ettiği ana kadar eşyada meydana gelen zıya veya hasardan sorumludur.

Alman Ticaret Kanunu'nun 498. maddesinin ikinci fıkrasında ise taşıyanın, bu sorumluluktan kurtulmasına imkân veren genel bir hâl düzenlenmiştir. Alman Ticaret Kanunu'nun 498. maddesinin ikinci fıkrasının

³¹ BT-Drs. 17/10309, s. 81.

³² Paschke, [BeckOGK-HGB], § 499, Kn. 15; Ramming, *Ladungsuntüchtigkeit*, s. 45. Herber ise bu gibi durumlarda taşıyanın ancak eşyanın zıyayı veya hasarının tedbirli bir taşıyanın göstermesi gereken özene rağmen kaçınılması mümkün olmayan bir hâlden ileri geldiğini (AlmTK md. 498/II) ispat etmek suretiyle sorumluluktan kurtulabileceğini ifade etmiştir (Herber, [MüKo-HGB], § 499, Kn. 7).

birinci cümlesi uyarınca eşyanın zıyaı veya hasarı tedbirli bir taşıyanın göstermesi gereken özene rağmen kaçınılması mümkün olmayan bir hâlden ileri gelmişse, taşıyan birinci fıkradan doğan sorumluluğundan kurtulur. Başka bir anlatımla taşıyan, tedbirli bir taşıyanın göstermesi gereken özeni göstermiş olmasına rağmen somut olayda yükte meydana gelen zarardan kaçınılmasının mümkün olmadığını ortaya koyarak kural olarak zarardan doğan sorumluluğundan kurtulabilir.

Bununla birlikte Alman Ticaret Kanunu'nun 498. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde, eşyanın zararının denize veya yüke elverişsiz bir gemiyle taşınmasından kaynaklandığı durumlara ilişkin özel bir düzenleme yapılmıştır. Alman Ticaret Kanunu'nun 498. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi uyarınca eşya, denize veya yüke elverişsiz bir gemi ile taşınmış ve ortaya çıkan zararın geminin denize veya yüke elverişsizliğinden ötürü meydana gelmiş olması muhtemelse, taşıyan hükmün birinci cümlesi uyarınca sorumluluğundan ancak denize veya yüke elverişsizliğe neden olan eksikliğin tedbirli bir taşıyanın göstermesi gereken özen gösterilmesine rağmen yolculuğun başlangıcından önce keşfedilmesinin mümkün olmadığını da ispat etmek suretiyle kurtulabilir.

Taşımanın denize veya yüke elverişsiz bir gemiyle yapılmış olması, taşıyanın eşyada meydana gelen zıya veya hasardan doğan sorumluluğundan kurtulmasına imkân veren muhtemel sorumsuzluk sebeplerinin (AlmTK md. 499) yanı sıra taşıyanın sorumluluktan kurtulmasını mümkün kılan genel düzenleme bakımından da önem arz etmektedir. Geminin denize ve yüke elverişli olup olmadığı, denize ve yüke elverişliliğin kanunî tanımlarının yapıldığı Alman Ticaret Kanunu'nun 485. maddesine göre belirlenir. Geminin denize ve yüke elverişsiz olduğunu, zarar gören eşya nedeniyle taşıyandan talepte bulunan kişinin ileri sürmesi ve ispat etmesi zorunludur³³. Geminin denize veya yüke elverişsiz olduğunun sadece *ileri sürülmesi* veya geminin denize veya yüke elverişsizliğinin *muhtemel* olması yeterli değildir³⁴. Zira Alman Ticaret Kanunu'nun 498. maddesinin ikinci fıkrasında, sadece zararın geminin denize veya yüke elverişsizliğinden ileri gelmiş olması bakımından bir ispat kolaylığı öngörülmüştür. Öte yandan geminin denize veya yüke elverişsiz olmasının muhtemel olması yeterli görülmemiştir. Bununla birlikte zararın tazminini talep eden yükle ilgili, geminin denize veya yüke elverişsizliğinin

³³ Herber, [MüKo-HGB], § 498, Kn. 72; Ramming, *Ladungsuntüchtigkeit*, s. 45.

³⁴ Bahnsen, [RABE/BAHNSEN], § 498, Kn. 117; Ramming, *Ladungsuntüchtigkeit*, s. 45.

ispatında ilk görünüş ispatından yararlanabilir³⁵. Ayrıca bu bağlamda, taşıyanın zararın meydana gelme sebeplerini ne derece aydınlatılabildiğinin de dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir³⁶.

Alman Ticaret Kanunu'nun 498. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinin uygulanabilmesi için eşyanın zıyaı veya hasarının, geminin denize veya yüke elverişsizliğinden kaynaklanması gerekir. Başka bir ifadeyle eşyada meydana gelen zarar ile geminin denize ya da yüke elverişsizliği arasında uygun illiyet bağının olması gerekmektedir³⁷. Bununla birlikte kanun koyucu, bu illiyet bağının ispatı bakımından taşıyanın sorumluluğuna başvurmak isteyen kişi açısından bir ispat kolaylığı getirmiştir³⁸. Taşıyanın sorumluluğuna ilişkin davada davacının, yükte meydana gelen zararın geminin denize veya yüke elverişsizliğinden kaynaklanmış olmasının muhtemel olduğunu ortaya koyması, taşıyanın meydana gelen zarardan sorumlu tutulabilmesi için yeterli sayılmıştır.

Taşımanın denize veya yüke elverişsiz bir gemiyle yapılmış olduğu ispat edilmiş ve eşyanın zıyaı veya hasarının denize ya da yüke elverişsizlikten ileri gelmesinin muhtemel olduğu ortaya konmuş olsa dahi, taşıyanın bu zarardan doğan sorumluluktan kurtulmasına da imkân tanınmıştır. Başka bir anlatımla denize veya yüke elverişsiz gemiyle taşıma yapılması ve bu hususun taşınan eşyanın zararına sebep olmasının muhtemel olması, mutlak olarak taşıyanın sorumluluğunu doğurmaz. Somut olayın özelliklerine göre yükün zıyaı veya hasarının geminin denize ya da yüke elverişsizliğinden kaynaklanmış olması *muhtemelse*, taşıyanın bu zarardan doğan sorumluluğundan

³⁵ Hamburg Eyalet Yüksek Mahkemesi, 07.06.1973 tarihli ve 6 U 174/72 sayılı kararında geminin yolculuk sırasında alabora olması ve batması nedeniyle yükün zayı olması nedeniyle açılan tazminat davasında, gemi güvertesine aşırı yükleme yapılması nedeniyle geminin stabilitesinin bozulmasının, geminin alabora olup battığı gözetildiğinde başlangıçtaki yolculuğa elverişsizliğine ilişkin ilk görünüş ispatını sağladığına ve davacının elverişsizlik bakımından ispat yükünü yerine getirdiğine hükmetmiştir (MDR, 1973 s. 1024).

³⁶ Bahnsen, [RABE/BAHNSEN], § 498, Kn. 117.

³⁷ Ramming, *Ladungsuntüchtigkeit*, s. 45.

³⁸ Kanunda, ortaya çıkan zararın geminin denize veya yüke elverişsizliğinden kaynaklanmasının muhtemel olması gerektiğinden bahsedilmiştir. Ancak Alman hukukunda doktrinde haklı olarak zararın, denize veya yüke elverişsizlikten kaynaklanmış olmasının sadece uzak bir ihtimal olmasının yeterli olmayacağı, zira Alman Ticaret Kanunu'nun 498. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesinde denize veya yüke elverişsizlikle ilgili özel bir düzenleme yapıldığı gözetildiğinde, yükte meydana gelen zararın yüksek ihtimalle (*überwiegende Wahrscheinlichkeit*) denize ya da yük elverişsizlikten kaynaklanması gerektiği ifade edilmiştir (Bahnsen, [RABE/BAHNSEN], § 498, Kn. 117).

kurtulabilmesi için, geminin yolculuk başlamadan önce denize ve yüke elverişli hâlde bulundurulduğunu ve ayrıca yolculuk boyunca da denize ve yüke elverişliliğinin korunması için gereken özeni gösterdiğini ispat etmesi gerekir³⁹. Özellikle Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde geminin denize ve yüke elverişli hâlde bulundurulmasının taşıyanın temel yükümlülüğü olduğu (*overriding obligation, Kardinalpflicht*) kabul edildiğinden, Deniz Ticareti Hukuku Reformu Kanunu'yla Alman hukukunda da taşıyanın eşya üzerindeki hakimiyetinden kaynaklı sorumluluğu bakımından ikili bir ayrım gidilerek taşıyanın geminin denize ve yüke elverişliliğine ilişkin özen yükümlülüğü ile genel olarak yüke özen yükümlülüğü arasında bir ayırım yapılarak uluslararası düzenlemelere ve uygulamaya paralellik sağlanmıştır. Farklı hükümlerde denize ve yüke elverişliliğe vurgu yapılması (AlmTK md. 485, 499/II-2, 512), taşıyanın gemiyi denize ve yüke elverişli hâlde bulundurulması yükümlülüğüne özel bir önem atfedildiğini göstermektedir⁴⁰.

Taşıyan, geminin denize veya yüke elverişsizliğinin keşfedilebilirliği bakımından geminin yolculuğa başladığı ana kadar sorumlu tutulmuştur. Zira kanun koyucuya göre taşıyanın gemiyi denize veya yüke elverişsiz hâlde getiren hususu tespit etmesi ve ortadan kaldırması, geminin limanda bulunduğu sürece, yani geminin yolculuğa başladığı ana kadar mümkündür⁴¹. Gemiyi denize veya yüke elverişsiz hâlde getiren hususun yolculuk başladıktan sonra ortaya çıktığı konusunda bir tereddüt yoksa, söz konusu eksikliğin yolculuk başlayana kadar keşfedilmesi mantıken mümkün değildir. Gemi, yolculuk sırasında başka bir gemiyle veya sert bir objeyle çarpışması sonucunda denize veya yüke elverişsiz hâlde gelirse, yolculuk başlayana kadar keşfedilmesi mümkün olmayan bir elverişsizlik söz konusu olur.

Alman doktrininde ve yargı kararlarında, geminin sonraki elverişsizliği nedeniyle taşınan yükte zararın meydana gelmesi durumunda taşıyanın sorumluluktan kurtulabilmesi için hangi hususları ispat etmesi gerektiği tartışmalıdır. Hamburg Eyalet Mahkemesi, eşyanın denize elverişsiz bir gemiyle taşındığı durumda tedbirli bir taşıyanın göstermesi gereken özen gösterilmesine rağmen elverişsizlik yolculuk başlamadan keşfedilememişse,

³⁹ Bahnsen, [RABE/BAHNSEN], § 498, Kn. 68; Paschke, [BeckOGK-HGB], § 498, Kn. 75.

⁴⁰ Paschke, [BeckOGK-HGB], § 498, Kn. 76.

⁴¹ Paschke, [BeckOGK-HGB], § 498, Kn. 77; Herber, [MüKo-HGB], §498, Kn. 52; Bahnsen, [RABE/BAHNSEN], § 498, Kn. 70.

taşıyanın sorumluluktan kurtulacağına hükmetmiştir⁴². Ancak bu karara karşı yapılan istinaf başvuru kapsamında Hamburg Eyalet Yüksek Mahkemesi, denize elverişsizliğin yolculuk başlamadan önce keşfedilmesi mümkün olmasa bile taşıyanın eşyada meydana gelen zarardan doğan sorumluluğundan kurtulabilmesi için, zararın tedbirli bir taşıyanın göstermesi gereken özen gösterildiği hâlde kaçınılması mümkün olmayan bir hâlden ileri geldiğini ispat etmesi gerektiğini belirtmiştir⁴³.

Alman hukukunda doktrindeki bir görüşe göre, taşıyanın yüke özen borcundan doğan sorumluluğu bakımından Alman Ticaret Kanunu'nun 498. maddesinin ikini fıkrasında Lahey Kuralları'na paralel olarak ikili bir ayırım yapılmıştır⁴⁴. Bu görüşe göre, taşıyanın gemiyi yolculuk başlamadan önce denize ve yüke elverişli hâlde bulundurma yükümlülüğünü ihlâl etmesi durumunda, bundan kaynaklanan zarardan doğan sorumluluğundan kurtulabilmesi için tedbirli bir taşıyanın özeni gösterilmiş olsa dahi başlangıçtaki elverişsizliğe sebep olan hususun keşfedilmesinin mümkün olmadığını ispat etmesi gerekmektedir. Öte yandan yolculuk başladıktan sonra ortaya çıkan denize veya yüke elverişsizlik de dahil olmak üzere taşıyanın diğer bir özen yükümlülüğünün ihlâli nedeniyle yükte bir zarar meydana gelmişse, taşıyanın sorumluluğundan kurtulması, ancak Alman Ticaret Kanunu'nun 498. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi uyarınca zararın ileri geldiği sebebin tedbirli bir taşıyanın özeni gösterilmiş olsa da kaçınılması mümkün olmayan bir sebep olduğunu ispat etmesine bağlıdır.

Doktrindeki diğer bir görüşe göreyse, Deniz Ticareti Hukuku Reformu Kanunu'yla yapılan değişikliklerden sonra geminin denize veya yüke elverişsizliği bakımından yolculuğa başlamadan önce varolan veya yolculuk başladıktan sonra ortaya çıkan elverişsizlik arasında bir ayırım yapılmasına imkân yoktur⁴⁵. Alman Ticaret Kanunu'nun 498. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinin *ratio legis* dikkate alındığında, taşıyanın sorumluluktan kurtulması için sadece yolculuk başladıktan sonra geminin denize veya yüke elverişsiz hâlde geldiğini ispat etmesinin tek başına yeterli değildir. Reform Kanunu'yla taşıyanın yüke özen borcunun eşyanın yükleme limanında teslim alınmasından boşaltma limanında teslim edilmesine kadar devam ettiği açıkça

⁴² LG Hamburg, 29.01.2015, 409 HKO 66/14 (TranspR 2016, H. 7-8, s. 310, Kn. 69).

⁴³ OLG Hamburg, 02.03.2017, 6 U 86/16 (RdTW, 2017, H. 10, s. 393, Kn. 67).

⁴⁴ Bahnsen, [RABE/BAHNSEN], § 498, Kn. 52.

⁴⁵ Herber, [MüKo-HGB], §498, Kn. 74.

hükme bağlanmış olduğundan, taşıyanın yolculuk başladıktan sonra ortaya çıkan denize veya yüke elverişsizlikten doğan sorumluluğundan kurtulabilmesi için, elverişsizliğin kendisinin veya sorumlu olduğu kişilerin kusurundan kaynaklanmadığını ve ortaya çıkan elverişsizlik nedeniyle oluşan zarardan kaçınılması için tedbirli bir taşıyanın göstermesi gereken özeni gösterdiğini de ispat etmesi gerektiği kabul edilmektedir⁴⁶.

Gemiyi denize veya yüke elverişsiz hâle getiren hususun yolculuk başlayana kadar keşfedilebilirliğine bir sonuç bağlanmış olduğundan⁴⁷, söz konusu eksikliğin taşıyanın ve sorumlu olduğu kişilerin kusuru veya ihmaliyle ortaya çıkıp çıkmadığı önem arz etmez. Tesadüfen ortaya çıkan bir sebebin gemiyi denize veya yüke elverişsiz hâle getirmesi ve bu hususun yolculuk başlayana kadar keşfedilebilir nitelikte olması, Alman Ticaret Kanunu'nun 498. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinin uygulanması için yeterlidir⁴⁸.

D. Taşıyanın genel sorumsuzluk hâli bakımından denize elverişsizlikle ilgili ayrı bir düzenleme yapılmasına (AlmTKK md. 498/II-2) ilişkin Alman hukukunda doktrindeki bazı eleştiriler

Alman doktrinindeki bazı yazarlar Alman Ticaret Kanunu'nun 498. maddesinin ikinci fıkrasında, taşınan eşyada meydana gelen zıyayı veya hasarın geminin denize ya da yüke elverişsizliğinden kaynaklanması durumunda taşıyanın sorumluluktan kurtulmasına ilişkin özel bir düzenleme

⁴⁶ Herber, [MüKo-HGB], §498, Kn. 73; Paschke, [OETKER-HGB], §498, Kn. 10; Klaus Ramming, "Der Untergang des MV 'MOL Comfort' – Ein erster Stresstest für das neue Seehandelsrecht", *Recht der Transportwirtschaft*, H. 1, 2018, s. 13.

⁴⁷ Taşıyan eşyanın başka bir gemiye yüklenmesine izin vermişse (TTK md. 1150/1), Alman Ticaret Kanunu'nun 498. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesinin uygulanması için yapılacak her bir kısmî taşıma bakımından söz konusu geminin yolculuğa başlamadan önce denize veya yüke elverişsizliğine neden olan hususun keşfedilebilir olup olmadığına bakılır. Bu bakımından davacı, eşyanın taşımanın hangi kısmında zarara uğradığına ilişkin açıklamalarda bulunmalı ve bu kısmî taşımanın gerçekleştirildiği geminin denize veya yüke elverişsiz olduğunu ispat etmeli, zararın ise bu elverişsizlikten ileri gelmesinin muhtemel olduğunu ortaya koymalıdır. Sorumluluktan kurtulmak isteyen taşıyan ise söz konusu kısmî taşımanın gerçekleştirildiği geminin denize veya yüke elverişsizliğinin, tedbirli bir taşıyanın özeni gösterilmesine rağmen yolculuk başlamadan keşfedilmesinin mümkün olmadığını ispatla yükümlüdür. Öte yandan eşyanın ara limanda boşaltılması gerekmiş ve daha sonra eşya tekrar aynı gemiye yüklemişse, burada farklı iki kısmî taşımadan söz edilemez. Bu nedenle geminin denize veya yüke elverişsizliğinin yolculuğa başlamadan önce keşfedilebilir olup olmadığı incelenirken, eşyanın taşındığı gemiye ilk defa yüklendiği limandan ayrılarak yolculuğa başladığı anın esas alınması gerekir. Bu hususta bkz. Ramming, *Ladungsuntüchtigkeit*, s. 46.

⁴⁸ Paschke, [OETKER-HGB], §498, Kn. 10; Ramming, *Ladungsuntüchtigkeit*, s. 46.

yapılmış olması eleştirilmektedir⁴⁹. Zira doktrindeki bu yazarlara göre, Deniz Ticareti Hukuku Reformu Kanunu'yla taşıyan bakımından, karayoluyla gerçekleştirilen taşımalarda taşıyıcı bakımından olduğu gibi, olağan sebep sorumluluğu kabul edilmiştir. Teslim alınmasından teslim edilmesine kadar geçen süre içerisinde eşyanın zayı olması veya hasar görmesinden taşıyan sorumludur (AlmTK md. 485/I). Taşıyanın bu sorumluluğundan kurtulabilmesi için eşyanın zıyı veya hasarının, tedbirli bir taşıyanın göstermesi gereken özene rağmen kaçınılması mümkün olmayan bir hâlden ileri geldiğini ispat etmesi gerekmektedir (AlmTK md. 485/II-1). Doktrindeki anılan yazarlara göre, “tedbirli bir taşıyanın göstermesi gereken özen” kıstası⁵⁰, taşıyanın veya sorumlu olduğu kişilerin kusurları veya ihmalleriyle geminin denize veya yüke elverişsiz hâle getirilmemesi ve ayrıca yolculuk başlamadan geminin denize ve yüke elverişliliği bakımından devamlı olarak kontrol edilmesi hususlarını da kapsamaktadır. Başka bir ifadeyle geminin denize veya yüke elverişsizliğinin tedbirli bir taşıyanın göstermesi gereken özen gösterilse dahi yolculuğa başlamadan keşfedilmesi mümkün değilse, Alman Ticaret Kanunu'nun 498. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi uyarınca taşıyanın bu nedenle eşyanın zıyı veya hasarından sorumlu tutulması zaten mümkün değildir. Dolayısıyla söz konusu hükümün ikinci cümlesinde denize veya yüke elverişsizlik bakımından taşıyanın sorumluluktan kurtulmasını zorlaştıran fazladan bir koşul öngörülmemiş olup söz konusu ikinci cümle ayrıca lafzı itibarıyla yanlış anlaşılmaya müsaittir.

İspat hukuku açısından söz konusu hüküm değerlendirildiğinde⁵¹; taşıyan eşyanın zıyı veya hasarının geminin denize veya yüke elverişsiz olmasından kaynaklanmadığını ispat ederse, Alman Ticaret Kanunu'nun 498. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi uygulanamaz ve taşıyanın sorumluluktan kurtulabilmesi için, zararının tedbirli bir taşıyanın göstermesi gereken özen gösterilse dahi kaçınılması mümkün olmayan bir hâlden ileri gelmiş olduğunu ispat etmesi gerekir (AlmTK m. 498/II-1).

E. Taşıyanın Eşyanın Zıyı veya Hasarı Dışındaki Zararlardan Doğan Sorumluluğu Bakımından Geminin Denize ve Yüke Elverişliliği

Navlun sözleşmesi devam ettiği sürece taşıyan, Alman Ticaret

⁴⁹ Herber, [MüKo-HGB], §498, Kn. 74; Ramming, *Ladungsuntüchtigkeit*, s. 46-47.

⁵⁰ Özen yükümlülüğünün derecesine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Paschke, [BeckOGK-HGB], § 498, Kn. 56-73.

⁵¹ Bu hususta bkz. Herber, [MüKo-HGB], §498, Kn. 74.

Kanunu'nun 485. maddesi uyarınca gemiyi denize ve yüke elverişli hâlde bulundurmakla yükümlüdür. Taşıyanın bu yükümlülüğünün ihlâli, Alman Medenî Kanunu'nun 280. maddesinin birinci fıkrası uyarınca sözleşmenin müspet ihlâli olarak değerlendirilmektedir⁵². Dolayısıyla taşıyan, sözleşmesel yükümlülüğünün ihlâli nedeniyle oluşan zararları tazmin etmekle yükümlüdür. Sözleşmenin tarafı taşıtan olduğundan, sözleşmenin ihlâlini taşıtan ileri sürebilir. Ancak navlun sözleşmesi üçüncü kişi lehine sözleşme niteliğinde olduğundan, taşıtanın bu yükümlülüğünü ihlâl etmesi nedeniyle oluşan zararları gönderilenin de talep edebileceği kabul edilmektedir (AlmTK md. 494, AlmMK md. 328 vd.)⁵³.

1. Eşyanın Geç Teslimi Nedeniyle Oluşan Zarar

Deniz ticareti hukukunda eşyanın geç teslimine ilişkin kanun koyucu bilinçli olarak özel bir düzenleme yapmamıştır⁵⁴. Eşyanın tarafların anlaşarak belirledikleri süre içerisinde teslim edilmemesinin sonuçları, borçlu temerrüdü hükümlerine göre değerlendirilmektedir. Bununla birlikte geminin denize veya yüke elverişli olmaması nedeniyle eşyanın belirlenen süre içerisinde teslim edilmesi mümkün olmazsa, taşıyanın sorumluluğunun borçlunun temerrüdüne ilişkin genel hükümlere göre mi, yoksa Alman Ticaret Kanunu'nun 485. maddesinde düzenlenen yükümlülüğün ihlâli nedeniyle sözleşmenin müspet ihlâline göre mi değerlendirileceğine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrindeki baskın görüşe göre, geminin denize ve yüke elverişli hâlde bulundurulması yükümlülüğü Alman Ticaret Kanunu'nun 485. maddesinde özel olarak düzenlendiğinden, bu hükümden doğan yükümlülüğün ihlâli nedeniyle eşya süresi içerisinde teslim edilememişse, meydana gelen zararın sözleşmenin müspet ihlâlini düzenleyen Alman Medenî Kanunu'nun 280. maddesinin birinci fıkrasına göre tazmin edilmesi gerekir⁵⁵. Sözleşmesel bir yükümlülüğün ihlâli söz konusu olduğundan, taşıyanın söz konusu bu ihlâl bakımından kusurlu olmadığını ispat etmesi gereklidir⁵⁶.

⁵² Paschke/Hansen, [BeckOGK-HGB], § 485, Kn. 60; Paschke, [OETKER-HGB], §498, Kn. 5; Bahnsen, [RABE/BAHNSEN], § 485, Kn. 50; Ramming, s. 47.

⁵³ Paschke, [OETKER-HGB], §498, Kn. 5; Paschke/Hansen, [BeckOGK-HGB], § 485, Kn. 59; Ramming, *Ladungsuntüchtigkeit*, s. 47.

⁵⁴ Ramming, *Ladungsuntüchtigkeit*, s. 47.

⁵⁵ Bahnsen, [RABE/BAHNSEN], § 485, Kn. 51; Paschke/Hansen, [BeckOGK-HGB], § 485, Kn. 60; Ramming, *Ladungsuntüchtigkeit*, s. 47.

⁵⁶ Alman Medenî Kanunu'nun 280. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesinde, borçlunun kusuru olmadığını ispat etmesi durumunda sözleşmenin ihlâli nedeniyle tazminat ödemekle yükümlü

Tazminat yükümlülüğünün kapsamı bakımından borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlerle sözleşmenin müspet ihlâline ilişkin hükümler arasında bir fark olmamakla birlikte, borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı kabul edildiğinde, taşıtanın veya gönderilenin taşıyanı ihtarla temerrüde düşürmesine gerek kalmaz.

2. Yolculuğun Gecikmesi Nedeniyle Oluşan Zarar

Navlun sözleşmesi, gemi henüz yükleme limanına yanaşmadan yapılmış olabilir. Bu gibi durumlarda geminin denize veya yüke elverişsizliği nedeniyle tarafların anlaştıkları tarihte geminin yükleme limanına yanaşmamış olması nedeniyle taşıtanın zararı söz konusu olabilir. Örneğin, hafta içi yapılması planlanan yüklemenin söz konusu gecikme nedeniyle hafta sonuna kalması nedeniyle yüklemeyi yapan taşıtan daha yüksek mesai ücreti ödemek zorunda kalırsa, bunları taşıyandan talep edebilir. Ayrıca geminin belirlenen tarihten sonra limana gelmesinden ötürü başka bir demir yerine yanaşması nedeniyle yükün buraya taşınması için yapılan harcamalar da zarar kapsamında değerlendirilebilir. Yolculuğun gecikmesi nedeniyle bu tür zararlar oluşmuşsa, taşıtan sözleşmenin müspet ihlâline dayanarak (AlmTK m. 485, AlmMK m. 280/I) oluşan zararın tazminini taşıyandan talep edebilir⁵⁷.

F. Çarter Sözleşmeleri Bakımından Denize Elverişlilik

1. Yolculuk Çarteri Sözleşmesi Bakımından

Alman Ticaret Kanunu'nun 531. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde yolculuk çarteri sözleşmesinde durumun gereğinden veya teamüllerden aksi anlaşılmadıkça, yüklemenin taşıtan tarafından yapılacağı hükme bağlanmıştır. Anılan hükmün ikinci cümlesindeyse, yüklemenin taşıtan tarafından yapılmasının, taşıyanın yüklenmiş geminin denize elverişliliğinden sorumluluğunu etkilemediği düzenlemiştir.

Yolculuk çarteri sözleşmesinde taşıyan ve taşıtanın menfaatlerinin çatışması muhtemeldir. Taşıtan, geminin denize elverişsizliğine yol açacak nitelikte olsa bile eşyayı belirli bir şekilde yüklemek isteyebilir. Örneğin, geminin stabilitesini bozacak şekilde yükü istifleyebilir. Alman Ticaret Kanunu'nun 531. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde

olmayacağı düzenlenmiştir. Bu bakımdan söz konusu hüküm, Türk Borçlar Kanunu'nun 112. maddesinde öngörülmüş olan borçlunun borcu hiç veya gerektiği gibi ifa etmemesi nedeniyle doğan sorumluluğuna ilişkin düzenlemeye paraleldir.

⁵⁷ Herber, [MüKo-HGB], §485, Kn. 13; Ramming, *Ladungsuntüchtigkeit*, s. 7.

taşıyanın geminin denize elverişliliğine ilişkin sorumluluğunun devam ettiği öngörülerek, taşıyanın istif planını yükleme tamamlandıktan sonra geminin denize elverişliliğini etkilemeyecek şekilde yapmasını, yükleme ve istife nezaret etmesini ve gerekli durumlarda yüklemeye veya istiflemeye müdahale etmesini sağlamaya çalışılmıştır⁵⁸. Taşıyanın, taşıtanın yüklemeyi veya istifi yanlış yapmasının denize elverişsizliğe neden olduğunu ileri sürerek denize elverişsizlikten doğan sorumluluktan kurtulması mümkün değildir⁵⁹.

2. Zaman Çarteri Sözleşmesi Bakımından

Zaman çarteri sözleşmesi Alman hukukunda Deniz Ticareti Hukuku Reformu Kanunu'yla kanunen düzenlenmiştir. Zaman çarteri sözleşmesine ilişkin düzenlemeler, kırkambar sözleşmesi ve yolculuk çarteri sözleşmesinden bağımsız şekilde hükme bağlanmıştır.

Alman Ticaret Kanunu'nun 560. maddesinin ikinci cümlesinde tahsis edenin, geminin denize ve yüke elverişli hâlde bulunmasından sorumlu olduğu düzenlenmiştir. Tahsis edenin gemiyi denize ve yüke elverişli hâlde bulundurma yükümlülüğü, zaman çarteri sözleşmesi devam ettiği sürece devam eder⁶⁰. Geminin sözleşme süresi içerisinde denize veya yüke elverişsiz olması durumunda tahsis eden Alman Medenî Kanunu'nun 280. maddesinin birinci fıkrası uyarınca tahsis olunana karşı sorumlu olur⁶¹. Tahsis eden, geminin denize veya yüke elverişsiz hâlde gelmesinde kusurlu olmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir.

Yükün zıya ve hasarından doğan sorumluluğu düzenleyen Alman Ticaret Kanunu'nun 498. maddesi ve devamı hükümleri de zaman çarteri sözleşmesi bakımından uygulanmaz. Alman Ticaret Kanunu'nun 567. maddesinde, zaman çarteri sözleşmesine ilişkin Alman Ticaret Kanunu'nun ilgili maddelerinde bir hüküm olmadığı durumda, tarafların zaman çarteri sözleşmesinden doğan bir yükümlülüklerini ihlâl etmelerinin sonucunun Alman Medenî Kanunu'nun borç ilişkilerinin genel hükümlerine göre belirleneceği öngörülmüştür. Alman Medenî Kanunu'na yapılan bu atıf nedeniyle zaman çarteri sözleşmesinin ifası kapsamında yük denize veya yüke elverişsizlik nedeniyle zayi olursa

⁵⁸ Pötschke, [MüKo-HGB], § 531, Kn. 9; Rabe, [RABE/BAHNSEN], § 531, Kn. 8; Ramming, *Ladungsuntüchtigkeit*, s. 48.

⁵⁹ Rabe, [RABE/BAHNSEN], § 531, Kn. 6; Ramming, *Ladungsuntüchtigkeit*, s. 48.

⁶⁰ Sager, [MüKo-HGB], §560, Kn. 4; Paschke, [OETKER-HGB], §560, Kn. 1; Rabe, [RABE/BAHNSEN], § 560, Kn. 5; Ramming, *Ladungsuntüchtigkeit*, s. 48.

⁶¹ Rabe, [RABE/BAHNSEN], § 560, Kn. 11; Ramming, *Ladungsuntüchtigkeit*, s. 48.

veya hasarlanırsa, tahsis eden sözleşmenin müspet ihlâlinden ötürü (AlmMK md. 280/I) tahsis olunana karşı sorumlu olur⁶².

Alman Ticaret Kanunu'nun 563. maddesinin birinci fıkrası uyarınca tahsis olunan, gemiyi eşya taşımak için kullanıyorsa, eşyanın yüklenmesi ve boşaltılması tahsis olunan tarafından gerçekleştirilir. Aynı hükmün ikinci fıkrasında tahsis edenin, yüklemenin denize elverişliliği olumsuz şekilde etkilememesini sağlamakla yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Dolayısıyla yolculuk charteri sözleşmesi kapsamında ifade edildiği üzere, zaman charteri sözleşmesinde de tahsis edenin denize elverişliliği denetlemesi ve yüklemenin gemiyi denize elverişsiz hâle getirdiğini tespit etmesi durumunda ise gerekli müdahalede bulunması gerekmektedir. Aksi hâlde denize elverişsizlikten doğan zarardan sorumlu olur⁶³.

II. TÜRK HUKUKUNDA TAŞIYANIN GEMİYİ DENİZE ELVERİŞLİ HÂLDE BULUNDURMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

A. Genel Olarak

Hukukumuzda taşıyanın gemiyi denize, yola ve yüke elverişli hâlde bulundurma yükümlülüğü ve bu yükümlülüğünün ihlâlinden doğan sorumluluğu, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1141. maddesinde düzenlenmiştir⁶⁴. Türk Ticaret Kanunu'nun 1141. maddesinin birinci fıkrası uyarınca her türlü navlun sözleşmesinde taşıyan, geminin denize, yola ve yüke elverişli hâlde bulunmasını sağlamakla yükümlüdür. Anılan hükmün ikinci fıkrası uyarınca taşıyan, yükle ilgili olanlara karşı geminin denize, yola veya yüke elverişli olmamasından doğan zararlardan sorumludur; meğerki, tedbirli bir taşıyanın harcamakla yükümlü olduğu dikkat ve özen gösterilmekle beraber, eksikliği yolculuğun başlangıcına kadar keşfe imkân bulunmamış olsun.

⁶² Sager, [MüKo-HGB], §567, Kn. 5; Ramming, *Ladungsuntüchtigkeit*, s. 48.

⁶³ Sager, [MüKo-HGB], §563, Kn. 8; Rabe, [RABE/BAHNSEN], § 563, Kn. 10.

⁶⁴ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun taşıyanın sorumluluğuna ilişkin hükümleri düzenlenirken, mülgâ 6762 sayılı Türk Ticaret Hükümleri'nin 1979 Protokolü'yle değişik 1968 tarihli Visby Kuralları ve 1978 tarihli Hamburg Kuralları'ndan alınan hükümlerle değiştirilip tamamlanması amaçlanmış olsa da söz konusu milletlerarası sözleşmelerde öngörülmuş olan farklı sorumluluk sistemlerinden alınan hükümler arasında bir uyum sağlanmadığı ve bu bağlamda taşıyanın başlangıçtaki elverişsizlikten doğan sorumluluğu kapsamının bu açıdan belirsiz olduğu yönündeki eleştiri için bkz. Emine Yazıcıoğlu, *Kender - Çetingil Deniz Ticareti Hukuku*, 17. Bası, Filiz Kitabevi, 2022, s. 389.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1141. maddesinin Hükümet Gerekçesi'nde⁶⁵, hükmün mülgâ 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1019. maddesinden, mehaz Alman Ticaret Kanunu'nun 557. maddesi ve 1924 tarihli Brüksel Sözleşmesi'nin 3. maddesinin birinci fıkrasıyla 4. maddesinin birinci fıkrası karşılaştırılarak alındığı ifade edilmiştir. Denize, yüke ve yola elverişli gemi kavramı, Türk Ticaret Kanunu'nun 932. maddesinde tanımlandığı için söz konusu bu hükümde bir tanıma yer verilmemiştir. Geminin, denize, yola ve yüke elverişli olup olmadığı Türk Ticaret Kanunu'nun 932. maddesindeki tanımlardan yola çıkılarak değerlendirilir⁶⁶.

Geminin yolculuk başlamadan önce denize, yola ve yüke elverişli olup olmadığının belirlenmesinde Uluslararası Güvenlik Yönetim Kodu'nda (*International Safety Management Code*) öngörülmüş olan esaslar da dikkate alınır⁶⁷. Uluslararası Güvenlik Yönetim Kodu, yolculuk sırasında seyir güvenliğinin sağlanması, can ve mal kayıplarının meydana gelmemesi ve olası çevre zararlarının önlenmesine ilişkin teknik tedbirler içermektedir⁶⁸. Taşıyanın, Uluslararası Güvenlik Yönetim Kodu'nda öngörülmüş olan esasların sağlanması durumunda verilen "Uygunluk Belgesi" ve "Güvenlik Yönetim Sertifikası" belgelerine sahip olması, geminin denize ve yola elverişliliği bakımından gereken özeni gösterdiğine karine teşkil eder⁶⁹.

⁶⁵ TBMM, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/ 324), s. 343- 344.

⁶⁶ Ayrıca 4922 sayılı Denizde Can ve Mal Koruma Hakkında Kanun'un 1. maddesinde de söz konusu kanunun uygulanması bakımından denize elverişlilik kavramının bir tanımı yapılmıştır. Anılan bu hükümde denize elverişlilik, tüm ticaret gemileri ve deniz tesislerinin tekne, makine, genel donanım, can kurtarma, yangından korunma ve yangın söndürme durumu, seyir teçhizatı ve haberleşme sistemi, sağlık koşulları, yük ve yolcu taşıma kapasiteleri, deniz kirliliğini önleme donanımları ile diğer seyir emniyeti konuları bakımından tahsis olundukları hizmetin normal deniz tehlikelerine karşı koyabilecek durumda olmaları hâli olarak ifade edilmiştir.

⁶⁷ Yazıcıoğlu, s. 390; Bülent Sözer, Bülent, *Deniz Ticareti Hukuku C. I*, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, 2022, s. 475.

⁶⁸ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Özlem Gürses, *Uluslararası Güvenlik Yönetim Kodu'nun (ISM Code) Taşıyan ve Donatanın Sorumluluğuna Etkileri*, Arıkan Yayınları, 2005, s. 13 vd.

⁶⁹ Çağa/Kender, s. 18; Fahiman Tekil, *Deniz Ticareti Hukuku*, Ofset, 1970, s. 432; Adil İzveren, Nisim Franko, and Ahmet Çalık, *Deniz Ticaret Hukuku*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1994, s. 174; Pınar Akan, "Taşıyanın Gemiye Sefere Elverişli Bulundurma Yükümlülüğü", Rayegan Kender and Samim Ünan (Eds.), *Prof. Dr. Tahir Çağa'nın Anısına Armağan*, Ofset, 2000, s. 6; Nihat Taşdelen, "Deniz Yoluyla Yapılan Taşımalarda Taşıyanın Başlangıçtaki Elverişsizlikten Doğan Sorumluluğu", Arslan Kaya (Ed.), *Bilgi Toplumunda Hukuk - Ünal Tekinalp'e Armağan C. I*, Beta Yayınları, 2003, s. 942.

B. Taşıyanın Gemiye Denize Elverişli Bulundurma Yükümlülüğünü İhlâl Etmesinin Sonuçları

1. Denize Elverişsizlik Nedeniyle Yükle İlgililerin Uğradığı Zararı Tazmin Borcu

Taşıyan, geminin denize, yola ve yüke elverişsiz hâlde bulunması nedeniyle yükle ilgililerin uğradığı zararlardan sorumludur. Mülgâ 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda taşıyanın, geminin denize, yola ve yüke elverişli olmamasından doğan sorumluluğu Kanun'un 1019. maddesinde düzenlenmişti. Ancak taşıyanın sorumluluğunu düzenleyen mülgâ 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1061. maddesinde taşıyanın yükün zıyayı ve hasarından sorumlu olduğu açıkça belirtilmiş olduğu ve Kanun'un 1019. maddesinde zararın türü bakımından bir ayırım yapılmadığı için, taşıyanın geminin denize, yola veya yüke elverişsizliğinden kaynaklanan gecikme dahil tüm zararlardan sorumlu olduğu kabul edilmektedir⁷⁰.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda taşıyanın geminin denize elverişliliğinden doğan sorumluluğu, navlun sözleşmesini düzenleyen Türk Ticaret Kanunu'nun 5. kitabının üçüncü bölümünde "Genel Hükümler" altında düzenlenmiştir. Ancak mülgâ 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'ndan farklı olarak 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda taşıyanın yüke özen borcunun ihlâli durumunda yükün zıyayı ve hasarının yanı sıra bu ihlâlden doğan gecikme zararlarından da sorumlu olduğu Kanun'un 1178. maddesinin 2. fıkrasında hükme bağlanmıştır. Öte yandan geminin elverişsizliği nedeniyle ortaya çıkan zararlar bakımından bir ayırım yapılmadığından, ortaya çıkan her türlü zararın taşıyan tarafından tazmin edilmesi gerekir⁷¹. Örneğin elverişsiz gemiye yükleme yapılmasına rağmen elverişsizliğin henüz yolculuk başlamadan yükle ilgili tarafından tespit edilmesinden ötürü yükün tekrar boşaltılması nedeniyle yapılan masraflar veya elverişsizlik nedeniyle yüklemeyen imtina hâlinde ortaya çıkan zararın da Türk Ticaret Kanunu'nun 1141. maddesinin 2. fıkrasında anılan "zarar" kavramına dahil olduğu kabul edilmelidir⁷².

⁷⁰ Vural Seven, *Taşıyanın Yüke Özen Borcunun İhlalinden (Yük Zıya ve Hasarından) Doğan Sorumluluğu*, Yetkin Yayınları, 2003, s. 20; Çağa/Kender, s. 182.

⁷¹ İnci Deniz Kaner, *Deniz Ticareti Hukuku I-II*, 4. Bası, Filiz Kitabevi, 2021, s. 377.

⁷² Sami Akıncı, *Deniz Ticareti Hukuku Dersleri*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1961, s. 134; Tekil, s. 689. *Sözer*, yükün zıyayı ve hasarının yanı sıra elverişsizlik nedeniyle meydana gelen gecikme zararlarının da talep edilebileceğini ifade etmiştir (Bülent Sözer, *Taşıyanın Gemiye Sefere Elverişli Halde Bulundurma Borcu*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1975, s. 71).

Bununla birlikte Türk Ticaret Kanunu'nun 1141. maddesinin 2. fıkrasında taşıyan lehine bir kurtuluş beyyinesi öngörülmüştür. Tedbirli bir taşıyanın göstermekle yükümlü olduğu özen gösterilmesine rağmen gemiyi denize, yola veya yüke elverişsiz hâle getiren eksikliğin yolculuk başlayana kadar keşfedilmesinin mümkün olmadığı taşıyan tarafından ispat edilirse, taşıyan geminin başlangıçtaki elverişsizliğinden doğan zararlardan dolayı yükümlülere karşı sorumluluğundan kurtulur. Anglo-Amerikan hukuk sistemlerindeki garanti sorumluluğu (*warranty*) anlayışından farklı olarak hukukumuzda taşıyana kurtuluş beyyinesinden yararlanarak sorumluluk kurtulma imkânı tanındığından, taşıyanın gemiyi denize, yola ve yüke elverişli hâlde bulundurma yükümlülüğüne ilişkin sorumluluğu ağırlaştırılmış bir kusur sorumluluğudur⁷³.

Doktrinadaki katıldığımız görüşe göre, taşıyanın geminin başlangıçtaki elverişsizliği nedeniyle meydana gelen zararlardan doğan sorumluluğundan kurtulabilmesi için tedbirli bir taşıyanın göstermesi gereken özeni somut olayda göstermiş olduğunu ve ayrıca geminin elverişsizliğine sebebiyet veren eksikliğin yolculuk başlamadan önce keşfedilmesinin mümkün olmadığını ispat etmesi gerekir⁷⁴. Başka bir ifadeyle taşıyan, somut olayda tedbirli bir taşıyanın göstermesi gereken özeni göstermemişse, geminin elverişsizliğine neden olan eksikliğin tedbirli bir taşıyanın özeni gösterilmiş olsaydı dahi yolculuk başlamadan önce keşfedilmesinin mümkün olmadığını ispat ederek başlangıçtaki elverişsizlik nedeniyle meydana gelen zarardan doğan sorumluluktan kurtulamaz⁷⁵.

⁷³ Yazıcıoğlu, s. 390; Sözer, s. 482; Ergon Çetingil and Rayegan Kender, *Deniz Ticareti Hukuku Dersleri*, Filiz Kitabevi, 1978, s. 83; Hacı Kara, *Deniz Ticareti Hukuku*, On İki Levha Yayınları, 2020, s. 226; Barış M. Günay, *Hazırlık Çalışmaları Işığında Lahey/Visby Kuralları (Rotterdam Kuralları ile Karşılaştırmalı Olarak)*, Yetkin Yayınları, 2013, s. 91; Cömert, s. 163; Nil Kula Değirmenci, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu 5.Kitap Hükümleri Uyarınca Taşıyanın Sorumluluğu ve Akdedeceği Sorumsuzluk Anlaşmaları*, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 81; Hakan Şeker, *Taşıyanın Navlun Sözleşmesinden Sorumluluğu*, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 46-47.

⁷⁴ Sözer, s. 415; Sözer, *Elverişli Halde Bulundurmak Borcu*, s. 26; Safa Murat Tekin, *Navlun Sözleşmesinde Taşıyanın Sorumluluğu*, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 61.

⁷⁵ Alman hukukunda ise geminin denize ve yüke elverişsizliğini düzenleyen Alman Ticaret Kanunu'nun mülgâ 559. maddesinin 2. fıkrasının lafzı, soyut olarak tedbirli bir taşıyanın göstermesi gereken özen kriterine göre keşfi mümkün olmayan bir elverişsizlik sebebinin varlığının ispatı durumunda taşıyanın sorumluluktan kurtulabileceği şeklinde yorumlanmasına açıktır. Zira anılan hükümde *der Mangel bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Verfrachters* ifadesine yer verilmiştir. Taşıyanın sadece somut olayda tedbirli bir taşıyanın özenini göstermesine rağmen elverişsizliğe neden olan eksikliğin keşfedilememiş olması şartı öngörülmek istenseydi, *der Mangel trotz Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen*

2. Taşıtanın Geminin Elverişli Hâle Getirilmesini Talep Etme ve Yükün Tesliminden Kaçınma Hakkı

Taşıtan, geminin denize, yola veya yüke elverişli olmadığını yük henüz gemiye yüklenmeden önce tespit etmişse elverişsiz bir gemiye yüklenmesi için yükü teslim etmek zorunda değildir. Geminin denize, yola veya yüke elverişsiz olduğunu tespit eden taşıtan veya yükleten, taşıyandan denize, yola ve yüke elverişli bir gemi tahsis etmesini talep etme hakkına sahiptir. Bu hususta iki ihtimal söz konusu olabilir. Taşıtan veya yükleten, yükün tesliminden kaçınarak denize, yola ve yüke elverişli başka bir geminin tahsis edilmesini talep edebilir. Bir diğer ihtimalde, taşıyanın gemisini denize, yola veya yüke elverişsiz hâle getiren eksikliğin giderilmesi mümkünse, taşıtan veya yükleten, bu eksiklik giderilene kadar eşyayı yüklemekten imtina edebilir.

Taşıyanın gemisini denize, yüke ve yola elverişli hâlde bulundurma yükümlülüğü kanundan doğan bir borç olduğundan, taşıyan gemiyi denize, yüke veya yola elverişsiz hâle getiren eksikliği gidermediği veya denize, yola ve yüke elverişli bir gemi tahsis etmediği sürece borçlu temerrüdü söz konusu olur. Türk Ticaret Kanunu'nda bu hususta özel bir düzenleme yapılmadığından, borçlu temerrüdünün sonucu genel hükümlere göre belirlenir. Taşıtan, geminin denize, yola ve yüke elverişli hâle getirilmemesi durumunda navlun sözleşmesini feshedebilir⁷⁶.

C. Geminin Denize Elverişsizliği Nedeniyle Meydana Gelen Zararlar Bakımından İspat Yükü ve Yargıtay'ın Bu Konudaki İçtihadının Değerlendirilmesi

1. Geminin Denize Elverişsizliği Nedeniyle Meydana Gelen Zararlar Bakımından İspat Yüküne İlişkin Türk Doktrinindeki Görüşler

Türk Ticaret Kanunu'nda denize, yola ve yüke elverişsizlik hâlinde bu hususun kim tarafından ispat edilmesi gerektiğine ilişkin açık bir düzenleme yapılmamıştır. Türk hukukunda doktrinindeki baskın görüşe göre, yükle

Verfrachters ("tedbirli bir taşıyanın özeni gösterilmesine rağmen") ifadesine yer verilmiş olması gerekirdi.

⁷⁶ Aynı yönde bkz. İzveren/Franko/Çalık, s. 176. Alman hukukunda, taşıyan gemiyi denize, yola ve yüke elverişli hâle getirmezse, taşıtanın Alman Medenî Kanunu'nun 323. maddesi uyarınca navlun sözleşmesinden dönebileceği kabul edilmektedir. Öte yandan geminin denize veya yüke elverişsizliğine neden olan eksikliğin önemsiz olduğu ve taşımayı etkilemeyeceği durumlarda, taşıtanın bu eksiklik nedeniyle sözleşmeden dönmesinin, hakkın kötüye kullanılması kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olduğu da belirtilmiştir (Paschke/Hansen, [BeckOGK-HGB], § 485, Kn. 58).

ilgili geminin başlangıçtaki elverişsizliği nedeniyle bir zarara uğradığı için taşıyandan tazminat talep ediyorsa, yükle ilgilinin gemiyi elverişsiz hâle getiren herhangi bir eksikliğin varlığını, zararını ve elverişsizlikle zarar arasındaki illiyet bağıını ispat etmesi gerekir⁷⁷. Yükle ilgili geminin denize, yola ve yüke elverişliliğini ortadan kaldıran eksikliğin, aynı zamanda yolculuğun başında mevcut olduğunu ispat etmek zorunda değildir⁷⁸. Doktrindeki bazı yazarlar, kanaatimizce de haklı olarak, yükle ilgilinin ispat etmesi gereken hususlar bakımından *prima facie* ispatın yeterli olacağını belirtilmiştir⁷⁹.

Geminin denize, yüke veya yola elverişsizliğine neden olan bir eksikliğin varlığı, zarar ve bu iki husus arasındaki illiyet bağı ispat edilmişse, taşıyanın sorumluluğunu doğuran vakıalar ispat edilmiş olacağından, taşıyanın doğan sorumluluktan kurtulabilmesi için aksi ispat faaliyetine girmesi gerekir. Bu bağlamda taşıyanın doğan sorumluluktan kurtulabilmesi için ispat etmesi gereken hususlar, Türk Ticaret Kanunu'nun 1141. maddesinin 2. fıkrasında öngörülmüştür. Anılan bu hüküm uyarınca taşıyan, yolculuk başlamadan önce gemiyi denize, yüke ve yola elverişlilik bakımından tedbirli bir taşıyanın göstermesi gereken özeni göstermek suretiyle tetkik ettiğini ve geminin denize, yola ya da yüke elverişsizliğine neden olan eksikliğin keşfedilmesinin mümkün olmadığını veyahut geminin elverişsizliğine neden olan eksikliğin yolculuk başladıktan sonra meydana geldiğini ispat etmesi gereklidir.

2. Geminin Denize Elverişsizliği Nedeniyle Meydana Gelen Zararlar Bakımından İspata İlişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun Görüşü

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 25.10.2018 tarihli ve E. 2018/624, K. 2018/1566 sayılı kararında, geminin başlangıçtaki elverişsizliği nedeniyle ortaya çıkan zararlarda tarafların ispat yüküne ilişkin geniş değerlendirmelere yer vermiştir. Anılan karara konu olayda, Pendik/İstanbul'dan Trieste/İtalya'ya hareket eden UN Adriyatik gemisinde Hırvatistan açıklarında çıkan yangın sonucu taşınan 11 adet dorse ve çekici yanarak zayi olmuştur. Davacı, yangının geminin denize, yola ve yüke elverişsiz olması nedeniyle çıktığını ve yükün çıkan yangın nedeniyle zayi olduğunu ileri sürmüştür. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu anılan kararında, mülgâ 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun

⁷⁷ M. Sami Okay, *Deniz Ticareti Hukuku II*, 2. Bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1971, s. 189; Çağa/Kender, s. 181; Yazıcıoğlu, s. 392; Deniz Kaner, s. 376-377; Kara, s. 227; Akan, s. 8; Cömert, s. 323; Gürses, s. 65.

⁷⁸ Yazıcıoğlu, s. 392; Çağa/Kender, s. 181; Okay, s. 189.

⁷⁹ Deniz Kaner, s. 377; Çağa/Kender, s. 181. Aynı yönde ayrıca bkz. Okay, s. 189.

1019. maddesi uyarınca geminin denize, yola veya yüke elverişsizliği nedeniyle çıkan yangından doğan taşıyanın sorumluluğu bakımından ikili bir ayırımı gitmiştir. Anılan kararda geminin başlangıçtaki denize elverişliliği bakımından hem taşıyanın şahsi kusuruna hem de gemi adamlarının kusuruna ilişkin olarak gemi sınıflama kuruluşlarından alınan sertifikalar ile yükleme limanında bağımsız denetim kuruluşlarına yaptırılan testlerin, geminin denize elverişli hâlde olduğuna ilişkin taşıyan lehine bir karine oluşturduğu, geminin yolculuğun başında denize elverişli olmadığını ispat yükümlülüğünün ise yükülgilere ait olduğu ifade edilmiştir⁸⁰. Anılan kararda yükülgelinin,

⁸⁰ “[...] Yangın çeşitli sebeplerden ileri gelebilir: Yangın gemi adamlarının teknik kusurlarından ileri gelmişse (mesela kazan fazla ısıtma neticesinde patlamış ve yangın çıkmıştır); yangın gemi adamlarının ticari bir kusurundan, yani yüke gereği gibi özen göstermemelerinden ileri gelmişse (ambarda kibrit veya mum yakılmıştır) taşıyan sorumlu değildir. Ancak yangın gemi adamlarının, geminin yolculuk başında denize, yola ve yüke elverişli olmasına gereği gibi özen göstermemiş olmalarından ileri gelmişse (yangına yol açan kazan arızaları dikkatsizlik yüzün keşfedilmemiş veya tespit olduğu hâlde haber verilmemiş) taşıyan doğan zararlardan sorumludur. İspat yükümlülüğüne gelince, TTK’nın 1062’nci maddesinin ikinci fıkrasındaki şartların mevcut olduğunu, yani zararın adamlarının veya gemi adamlarının geminin sevkine veya başkaca teknik idaresine ait bir hareketleri veya yangın neticesi meydana geldiğini ve kendisinin de bir kusuru bulunmadığını taşıyan ispat etmek zorundadır. Adamlarını seçme ve denetlemede ihmal de kusurdur. Yangın sebebi olarak taşıyanın adamlarının veya gemi adamlarının kusurunu yükülgilere ilgili ispat etmekle yükümlüdür (Çağa, T./ Kender, R.: Deniz Ticareti Hukuku II, Navlun Sözleşmesi, 8. Baskı, İstanbul 2006, s.158-159). TTK’nın 1019’uncu maddesi gereği taşıyan, geminin yolculuk başlangıcındaki elverişsizliğinde kaynaklanan yangından dolayı sorumludur. Bu hâlde kusur unsurunu ikiye ayırarak incelemek gerekmektedir. a. Taşıyanın şahsi kusuru: 1062’nci maddede belirtilen taşıyanın şahsi kusuru hâli budur. Söz konusu hâl ancak geminin başlangıçtaki elverişsizliği şeklinde ortaya çıkabilecektir. Zira sefer başlangıcından sonra taşıyanın şahsi kusuru ile yangına sebep olabilmesi mümkün gözükmemektedir. Örneğin geminin elektrik donanımının bozuk olduğunu bile bile taşıyanın gemiyi yeni bir sefere çıkarması şahsi kusurunun olduğuna delalettir. Bu bakımdan önemli olan nokta taşıyanın gemide mevcut olan eksikliği bilmesi ya da bilmesinin gerekmesidir. Dolayısıyla tedbirli bir taşıyanın normal şartlar altında bilemeyeceği bir kusurun yolculuk başlangıcında bulunması kendisinin sorumluluğunu gerektirmemektedir. Taşıyan gemiyi denize elverişli bir şekilde gönderdiğini nasıl ispat edecektir? Bu konuda klas kurumlarından alınmış olan sertifikalar, yükleme limanında bağımsız denetim kuruluşlarına yaptırılan testler kuşkusuz taşıyan lehine karine teşkil edeceklerdir. Bu durumda söz konusu sertifika ve belgelerin gerçeğe aykırı olduğunu, diğer bir ifadeyle geminin yolculuk başlangıcında elverişli olmadığını ispat yükümlülüğü yükülgilere ait olacaktır. b. Gemi adamlarının kusuru: Madde metninde “zarar yangının neticesinde olduğu takdirde taşıyan yalnız kendi kusurundan mesuldür” denmektedir. Böyle bir durumda taşıyanın sorumluluğu her ne kadar şahsi kusura bağlanmış olsa da, La Haye Kurallarının gerekçeleri incelenecek olduğu takdirde görülmektedir ki yangın sorumsuzluğuna ilişkin hükmün geminin elverişsizliği konusundaki hükmü değiştirmek gibi bir amacı bulunmamaktadır. Bu sebeple taşıyan gemi adamlarının gemiyi sefer başlangıcında elverişsiz kılı kusurlarından dolayı sorumludur. Bu hususta da gemide bulunan elverişlilik sertifikaları ile diğer belgelerin taşıyan lehine karine yaratma kudreti bulunmaktadır. Bu sebeple yükülgilerin söz konusu karineyi çürütmeleri gerekmektedir [...]” (HGK, 25.10.2018, 624/1566 (Lexpera)).

gemi sınıflama kuruluşlarından alınan sertifikaların ve yükleme limanında bağımsız denetim kuruluşlarına yaptırılan testlerin sonuçlarının somut olayda gerçeğe aykırı olduğunu ispat etmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun geminin başlangıçtaki elverişsizliğinin ispatı bakımından ispat yüküne ilişkin bu değerlendirmesi, ispatsızlık rizikosunu yükle ilgiliye yüklemektedir. Başka bir ifadeyle anılan bu içtihat doğrultusunda taşıyan, gemi sınıflama kuruluşlarından gerekli sertifikaları almış ve yükleme limanında bağımsız denetim kuruluşlarına gerekli testleri yaptırmışsa, yükle ilgilinin meydana gelen zararın taşıyan tarafından tazmini için taşıyan lehine geminin başlangıçtaki elverişliliği bakımından karine teşkil eden bu hususları çürütmesi, bu bakımdan tam bir ispat faaliyetinde bulunması şartı aranmaktadır. Yükle ilgili bu ispat faaliyetini yerine getiremezse, meydana gelen zarar için taşıyanın geminin başlangıçtaki elverişsizliğinden doğan sorumluluğuna başvurma imkânı ortadan kalkmaktadır.

3. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Kendi Görüşümüz

Taşıyanın gemiyi denize, yola ve yüke elverişli hâlde bulundurma yükümlülüğü, her türlü navlun sözleşmesi bakımından kanundan doğan bir yükümlülüktür. Alman hukukunda da haklı olarak dile getirildiği üzere, özellikle kırkambar sözleşmeleri bakımından taşıtanın veya yükletenin gemiyi sefere başlamadan önce denize, yola ve yüke elverişlilik bakımından kontrol etmesi mümkün değildir. Kaldı ki, kırkambar sözleşmesinin niteliği itibariyle taşıtandan veya yükletenden böyle bir kontrolü gerçekleştirmelerini beklemek, katlanılabilirlik (*Zumutbarkeit*) sınırını aşar. Zaman çarteri ve yolculuk çarteri sözleşmeleri bakımından da benzer bir değerlendirme yapılmalıdır. Zira taşınan yükte bir zarar meydana gelmişse, bu zararın kaynağının tespiti ve/veya ispatı, yükle ilgiliye nazaran taşıyan için daha kolaydır. Taşıyan, zarara neden olan olayın aydınlatılması için gerekli bilgi ve belgelere sahiptir. Bu nedenle geminin denize, yola veya yüke elverişsizliğinin başlangıçta mevcut olduğuna ilişkin yükle ilgiliden tam bir ispat faaliyetinin yerine getirilmesini beklemek, ispat külfetini yükle ilgili bakımından, *Wüstendörfer* tarafından kanaatimizce haklı olarak ifade edildiği üzere, bir *probatio diabolicaya* çevirmektedir.

Zararı meydana getiren hususun, geminin denize, yola veya yüke elverişsizliğinden kaynaklanmadığını taşıyanın ispat etmesi ve zararı doğuran olayın taşıyan tarafından aydınlatılması, taşıyan bakımından katlanılması mümkün olmayan bir külfete yol açmayacağı gibi taraflar arasındaki menfaat

denmesine de daha uygundur. Çünkü kanun koyucu, taşıyanın geminin denize, yola ve yüke elverişsizliğinden doğan sorumluluğunu, genel hükümlerin altında, taşıyanın yüke özen borcundan ayrı bir şekilde düzenlenmiştir. Yüke özen borcundan farklı olarak taşıyanın geminin başlangıçtaki elverişsizliği nedeniyle tazmin etmesi gereken zararlar, sadece yükün zıyayı, hasarı ve geç teslimiyle de sınırlı değildir. Ayrıca Türk Ticaret Kanunu'nun 1141. maddesinin ikinci fıkrasının sistematığı göz önünde bulundurulduğunda, taşıyanın geminin başlangıçtaki elverişsizliğinden doğan tüm zararlardan kural olarak sorumlu tutulduğu, sadece anılan hükmün ikinci cümlesinde öngörülen şartların varlığı durumunda bu sorumluluğundan kurtulmasına imkân verildiği şeklinde yorumlanması hükmün amacına uygun olur. Dolayısıyla geminin başlangıçtaki elverişsizliğine dair yüküle ilgiliden tam bir ispat faaliyetini yerine getirmesi beklenirse, Türk Ticaret Kanunu'nun 1141. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülmüş olan sorumluluk hâlinin uygulama alanı fiilen hükmün amacına aykırı şekilde daraltılmış olur. Çünkü yüküle ilgili, gemiye ve yapılan sefere uzaklığı nedeniyle çoğu zaman başlangıçtaki elverişsizliğe ilişkin tam ispat faaliyetini yerine getirmesi için gerekli bilgi ve belgelere sahip değildir. Gemiye ve gerçekleştirilen sefere uzak olduğu için gemide ve/veya yükte meydana gelen bir zarardan, geminin başlangıçtaki elverişsizliğini ispat edebilmesi için gerekli delilleri toplayacak süre içerisinde haberdar olması ve delil tespiti için gerekli faaliyetleri yerine getirebilmesi mümkün değildir. Öte yandan taşıyan, meydana gelen zararın kaynağını çok daha kolay ve hızlı bir şekilde tespit edebileceği gibi, sorumsuzluğunu doğuran hususlara ilişkin gerekli bilgi ve belgeleri süresi içerisinde temin ederek, yapılacak yargılamada bunları ileri sürebilir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun kararı kanaatimizce eleştiriye açıktır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, Yargıtay'ın geminin başlangıçtaki denize elverişliliği bakımından gemi sınıflama kuruluşlarından alınan sertifikalar ile yükleme limanındaki bağımsız kurumlarca yapılan testlerin sonucunda düzenlenen belgelere maddî hukuk açısından mı yoksa usûl hukuku açısından mı bir önem atfettiği net olarak anlaşılamamaktadır. Gemi sınıflama kuruluşlarınca düzenlenen sertifikalar ile yükleme limanındaki bağımsız kurumlarca yapılan testlerin sonucunda düzenlenen belgelere taşıyanın sahip olmasının, geminin başlangıçtaki denize elverişliliği bakımından taşıyan "lehine bir karine oluşturduğu" ifade edilmiştir. Öte yandan yüküle ilgilinin bu belgeler karşısında geminin başlangıçtaki elverişsizliğini ispat edebilmesi için söz konusu belgelerin gerçeğe aykırı olarak düzenlenmiş olduğunu ispat etmeleri gerektiğine hükmetmiştir. Maddî hukuk bakımından karine, varlığı

bilinen bir olgudan varlığı bilinmeyen bir olgunun çıkarılması işlemidir⁸¹. Karineler, kanunî karineler ile fiili karineler olmak üzere ikiye ayrılır. Kanunî karine, kanun hükmünün bilinen belirli bir olay için öngörmüş olduğu düzenleme ile belirli olmayan başka bir olaya ilişkin olarak sonuca ulaşılmasını ifade eder. Fiili karine ise kanun tarafından öngörülmemiş olmakla birlikte ispat edilen bir olaydan, hâkimde kanaat oluşturmaya yarayan, hayat tecrübesi kurallarınca bir başka olayın varlığının veya yokluğuna ilişkin sonuca dayanan değer yargılarıdır⁸². Fiili karineler ispat yükünün yer değiştirmesine neden olmaz. Gemi sınıflama kuruluşlarından sertifika alınmış olmasının veya yükleme limanında bağımsız denetim şirketine test yaptırılmasının, geminin başlangıçtaki denize elverişliliğine ilişkin karina teşkil ettiğine dair kanunî bir düzenleme bulunmamaktadır. Söz konusu sertifikalara veya belgelere sahip olunmasının bir fiili karine olduğu varsayılsa dahi, geminin başlangıçtaki denize elverişliliği bakımından ispat yükü taşıyanda olduğundan, ancak yükle ilgilinin geminin başlangıçtaki denize elverişsizliğini ispat ettiği durumlarda, söz konusu sertifika ve belgelerin aksi ispat faaliyeti bakımından değerlendirilmesi mümkün olabilir. Oysa Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun anılan kararı incelendiğinde, denize elverişsizlik bakımından ispat yüküne doğrudan değinilmeksizin, taşıyanın geminin başlangıçta denize elverişliliğinin ispatı bakımından gemi sınıflama kuruluşlarından alınmış olan sertifikalara sahip olmasının ve yükleme limanında bağımsız kuruluşlarca test edilmesinin yeterli olduğunu ifade edilmektedir. Yine anılan kararda kanun hükümlerine atıf yapılması da taşıyanın, gemi sınıflama kuruluşlarından alınan sertifikalar ile test raporlarını ortaya koyması durumunda denize elverişsizlik nedeniyle talepte bulunan yükle ilgilinin, bu belgelerin gerçeğe aykırı düzenlendiğini ispat etmesi gerektiği belirtilmektedir. Geminin başlangıçtaki elverişsizliğinin sonuçlarına ilişkin maddî hukuk normları, mehaz Alman Ticaret Kanunu ve Lahey Kuralları göz önünde bulundurularak kaleme alınmıştır. Bununla birlikte ispat hukukumuz, mehaz Alman hukuku ile farklılık göstermektedir. Alman medenî usûl hukukunda, kesin delil ve takdiri delil ayrımı bulunmamaktadır. Alman Medenî Usûl Kanunu'nun 286. maddesinde hâkimin delilleri serbestçe takdir edeceği hükme bağlanmıştır. Her ne kadar Yargıtay Hukuk

⁸¹ Bilge Öztan, *Medenî Hukuk'un Temel Kavramları*, 45. Bası, Yetkin Yayınları, 2020, s. 224; Mustafa Dural, and Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku C. I*, 15. Bası, Filiz Kitabevi, 2020, s. 271; Gökhan Antalya and Murat Topuz, *Medeni Hukuk C. I*, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 561; Baki Kuru, *Medenî Usul Hukuku El Kitabı C. I*, Yetkin Yayınları, 2020, s. 625; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay and Muhammet Özkes, *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, 9. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 344.

⁸² Öztan, s. 225; Antalya/Topuz, s. 568; Kuru, s. 489; Pekcanitez/Atalay/Özkes, s. 345.

Genel Kurulu'nun anılan kararında açıkça dile getirilmese de yükümlülüğünün yerine getirmesi gereken ispat faaliyeti bakımından senede karşı senetle ispat kuralının uygulandığı anlaşılmaktadır. Zira kararda “[...] *sertifika ve belgelerin gerçeğe aykırı olduğunu, diğer bir ifadeyle geminin yolculuk başlangıcında elverişli olmadığını ispat yükü yükümlülüklerine ait olacaktır* [...]” ifadesine yer verilmiştir.

İspat yüküne ilişkin değerlendirmelerin yanı sıra Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun gemi sınıflama kuruluşlarından alınan sertifikalar ile yükümlülük limanında yapılan denetimler sonucu verilen belgelerin geminin başlangıçtaki denize elverişliliği bakımından taşıyan lehine karine teşkil ettiğinin kabulü de kanaatimizce isabetli değildir. Anılan kararda yükümlülük limanındaki bağımsız kuruluşlar tarafından yapılan testler ile neyin kastedildiği açık değildir. Bu nedenle gemi sınıflama kuruluşlarından alınan sertifikalar ile yükümlülük limanındaki bağımsız kuruluşlar tarafından yapılan testler bakımından ayrı ayrı değerlendirme yapılması gerekmektedir.

Ulusal mevzuat hükümleri incelendiğinde, gemilerin sefer yapabilmeleri için liman çıkış belgesi ve denize elverişlilik belgesi almalarının zorunlu tutulduğu görülmektedir. 4922 sayılı Denizde Mal ve Can Koruma Hakkında Kanun'un 3. maddesi uyarınca ticaret gemilerinin tahsis edildikleri işlere ve yapacakları yolculuklara göre tekne, makine, kazan, genel donanım, can kurtarma, yangından korunma ve yangın söndürme ve sair araç ve teferruatının yönetmeliği gereğince haiz olmaları lazımgelen durumları, yılda en az bir defa denetlenir. Ayrıca anılan hükmün ikinci cümlesinde, yolcu gemilerinden başka ticaret gemilerinin sualtı denetlemelerinin iki yılda bir yapılabileceği hükme bağlanmıştır. Anılan Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasında ise denetleme sonunda durumu yönetmeliğe uygun olduğu anlaşılan ticaret gemisine süreli bir “denize elverişlilik belgesi” verileceği düzenlenmiştir. Denize elverişlilik belgesi alınabilmesi için geminin yerine getirmesi gereken şartlar, Gemilerin Teknik Yönetmeliği'nin⁸³ 5. maddesinde düzenlenmiştir. Denize elverişlilik belgesi alınabilmesi için ilgili Yönetmelik'te öngörülmüş olan koşullar, geminin denize elverişliliğine ilişkin hususları kapsamaktadır. Bununla birlikte denize elverişlilik belgesi, anılan Kanun hükümlerinden de anlaşıldığı gibi her bir sefer öncesinde gerçekleştirilen bir denetime istinaden düzenlenmemektedir. Aksine periyodik olarak bazı kontrollerin yapılması öngörülmüş, bu kontroller sırasında ilgili Yönetmelik hükümlerinde öngörülmüş olan şartları sağlayan

⁸³ RG, 17.11.2009, S. 27409.

gemilere denize elverişlilik belgesi verilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Ancak önemle vurgulamak gerekir ki, gemi için denize elverişlilik belgesi alındıktan sonra geminin maruz kaldığı deniz tehlikeleri veya geçirdiği kazalar sonucunda denize elverişsiz hâle gelmesi mümkündür. Bahsedilen deniz tehlikeleri veya kazalar sonucunda geminin denize elverişsizliğine neden olan eksikliğin tespitinin yapılması, ancak bir sonraki denetimde söz konusu olacaktır. Dolayısıyla geminin denize elverişlilik belgesine sahip olması, söz konusu belge alındıktan sonra da bir sonraki denetime kadar geminin denize elverişli olacağı veya denize elverişli hâlde kalacağı anlamına gelmez. Kaldı ki, Denizde Mal ve Can Koruma Hakkında Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrası uyarınca milli ve milletlerarası tanınmış tasnif kurumlarınca verilen ve hükmü olan bir belgeyi haiz gemilere, belgesinde yazılı süre ve görev için, ayrıca denetleme yapılmadan, denize elverişlilik belgesi verileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla milli ve milletlerarası tanınmış tasnif kurumlarından verilen ve hükmü olan bir belgeye sahip gemilerde Denizde Mal ve Can Koruma Hakkında Kanun'un 3. maddesinde öngörölmüş olan denetleme dahi yapılmadan denize elverişlilik belgesi verileceği açıkça hükme bağlanmıştır. Bu nedenle denize elverişlilik belgesine sahip her gemi bakımından, Denizde Mal ve Can Koruma Hakkında Kanun'un 3. maddesinde öngörölmüş olan periyodik denetlemenin yapıldığından da bahsedilemez.

Gemilerin yükleme limanından ayrılabilmeleri için liman çıkış belgesi almaları zorunludur. 4922 sayılı Denizde Mal ve Can Koruma Hakkında Kanun'un 2. maddesinin 1. fıkrası uyarınca liman idari sınırlarını geçerek sefer yapacak her ticaret gemisinin limandan ayrılışı, liman başkanlığınca verilecek izne tâbidir. Bu hükümde, bu iznin liman çıkış belgesi ile verileceği açıkça düzenlenmiştir. Liman çıkış belgesi düzenlenebilmesi için, talep üzerine liman başkanlığınca yapılacak denetim sonucunda gemi adamları ile donatımı, yolcu sayısı ve yükün cinsi ve yükleme durumu hususları açısından geminin belgelerinde belirtilmiş durumlarına uygunlukları ile zorunlu belgelerinin geçerliğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Liman çıkış belgesi verilebilmesi için liman başkanlığının kontrol etmesi gereken hususlar, geminin denize elverişliliğinden ziyade yola elverişliliğine ilişkindir⁸⁴. Dolayısıyla liman çıkış belgesi verilmesi için yapılması gereken inceleme kapsamına denize elverişliliğe ilişkin hususlar girmediğinden, kanaatimizce liman çıkış belgesine denize elverişlilik bakımından herhangi bir delil değeri

⁸⁴ Cömert, s. 339.

atfedilmemesi gerekir⁸⁵.

Gemi sınıflama kuruluşlarından alınan sertifikalarla denize elverişlilik kavramı arasındaki ilişki incelenirken, söz konusu kuruluşlar tarafından düzenlenen belgelerin kapsamının ve hangi hususlara ilişkin olduğunun belirlenmesi önem arz eder. Gemi sınıflama kuruluşlarınınca düzenlenen belgeler, geminin tekne, kazan, makine ve genel donanım güvenliğine ilişkindir⁸⁶. Ancak geminin denize elverişliliği kavramı, bu hususların yanı sıra geminin işleme tarzı⁸⁷, yardımcı donanımı, yükün istifi, çalıştırılan gemi adamlarının sayısı ve yeterliliği gibi başka unsurları da kapsamaktadır⁸⁸. Ayrıca gemi sınıflama kuruluşlarının faaliyetleri ve bu faaliyetler sonucu verilen sertifikalar farklılık göstermektedir; geminin inşası sırasında yapılan denetleme ile geminin işletilmesi sırasında yapılan denetleme sonucunda verilen sertifikaların amacı ve kapsamı farklıdır⁸⁹. Geminin işletilmesi sırasında yapılan (ara veya yıllık sörveyler gibi) denetlemeler, periyodik aralıklarla yapılmakla birlikte denetimden sonra geminin denizde maruz kaldığı tehlikeler veya yaptığı kazalar nedeniyle denize elverişsiz hâle gelmesi mümkündür. Dolayısıyla bu durumda gemi, her ne kadar gemi sınıflama kuruluşundan işletilmesi sırasında yapılan denetleme sonucunda ilgili sertifikayı almış olsa da gerçekleşen bir deniz tehlikesi veya kaza nedeniyle geminin denize elverişsiz hâle geldiği ancak bir sonraki periyodik denetlemede ortaya çıkacaktır. Bu nedenle gemi sınıflama kuruluşları tarafından verilen sertifikaların, denetlemeden hemen sonra gerçekleştirilecek ilk sefer dışındaki diğer tüm seferler bakımından delil değeri belirlenirken ihtiyatlı davranmak gerekir⁹⁰.

⁸⁵ Ayrıca Gemilerin Teknik Yönetmeliği'nin 7. maddesinin 4. fıkrasında (a) ilâ (ğ) bentleri arasında sayılan durumlarda denize elverişlilik belgesi olan gemilere, herhangi bir denetim yapılmaksızın 60 gün süreli liman çıkış belgesi düzenleneyeceği hükme bağlanmıştır.

⁸⁶ İbrahim Serdar Koyuncu, *Gemi Sınıflama Kuruluşlarının Faaliyetleri ve Sorumluluğu*, On İki Levha Yayıncılık, 2008, s. 112.

⁸⁷ Gürses, s. 65.

⁸⁸ Koyuncu, s. 112; Cömert, s. 341. Ayrıca bkz. Çağa/Kender, s. 17; Tekil, s. 432-433. Yabancı doktrinde denize elverişliliğin bir üst kavram olarak geminin yüke ve yola elverişliliğini kapsadığı, bu kapsamda geminin taşınacak yüke ve geminin yolculuk güzergâhında ortaya çıkabilecek tehlikelerin üzerinden gelebilecek nitelikte olmasının da bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir (Nicolai Lagoni, *The Liability of Classification Societies*, Springer Verlag 2007, s. 56).

⁸⁹ Bu hususta bkz. Jürgen Basedow, Jürgen and Wolfgang Wurmnest, *Third-Party Liability of Classification Societies*, Springer Verlag 2005, s. 9 vd.; Koyuncu, s. 57 vd.

⁹⁰ Aynı yönde bkz. Okay, s. 190.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi bir kararında⁹¹, taşıyanın sadece geminin denize elverişliliğine ilişkin ilgili makamlardan alınan belgeleri ibraz etmesinin geminin denize, yola ve yüke elverişli hâlde bulundurulması yükümlülüğünü ifa ettiğinin ispatı bakımından tek başına yeterli olmayacağını, aynı zamanda somut olayda fiilen gerekli özeni göstermiş olduğunu da ispat etmesi gerektiğine hükmetmiştir. Yargıtay'ın 11. Hukuk Dairesi başka bir kararında⁹²,

⁹¹ “[...] Dava konusu olayda da, davacının sigortalısı tarafından taşınmak üzere donatan ve taşıyan sıfatlarını taşıyan davalının gemisine yüklendiği ve yolculuk sırasında makine dairesinde, elektrik donanımındaki bir arızadan kaynaklanan elektrik kontağı sonucu çıkan yangında davacının sigortalısına ait emtianın ziyaa uğramış bulunduğu anlaşılmaktadır. Davalı taşıyıcı, savunmasında geminin denize ve yola elverişli olduğunu açıklamış ve kurtuluş beyyinesinden yararlanmak amacıyla da geminin denize ve yola elverişli olduğuna ilişkin belgelerini ibraz etmiş bulunmaktadır. Yangın, gemi adamlarının, geminin yolculuk başında denize, yola ve yüke elverişli olmasına gereği gibi özen gösterilmemiş olmasından kaynaklanmışsa, bundan kural olarak taşıyan sorumludur. Aksini kanıtlamak yani, TTK. nun 1019/2 ve 1062/2. maddesindeki kurtuluş beyyinesinden yararlanma konusundaki ispat külfeti ise, taşıyana ait bulunmaktadır. Her ne kadar, yukarıda da değinildiği gibi davalı taşıyan bu bakımdan geminin denize ve yola elverişli olduğuna ilişkin belgelerini ibraz etmiş ise de, TTK. nun 817. maddesi uyarınca ilgili makamlardan alınan bu tür belgeler anılan maddenin gerekçesinde de açıkça belirtildiği gibi bu konuda sadece birer karine teşkil ederler. Taşıyan, gemisinin denize ve yola elverişli olduğu konusunda TTK. nun 20/2 ve 1019. maddesi uyarınca, kanun ve navlun mukavelesi gereği yapmakla yükümlü olduğu işleri azami dikkat ve özenle yapmaya zorunlu olduktan başka ayrıca, özen borcu icabı yapılması gerekli diğer tüm işleri de yapmaya mecburdur. İşte sırf bu özen borcunun gereği gibi yapılmamasından doğacak zararlardan taşıyıcı sorumlu olacaktır. Sadece geminin denize ve yola elverişli olduğuna ilişkin belgenin ibrazı, taşıyanı bu özen borcunu gereği gibi yerine getirdiğinin kabulü için yeterli bir delil olarak kabulü mümkün değildir. Taşıyan bu özen borcunun usulü dairesinde fiilen ifa edildiğini ayrıca kanıtlamak zorundadır. taşıyan, yukarıda da belirtildiği gibi, ancak bu özen borcunu usulü dairesinde ifa edilmiş olduğu halde ve buna rağmen görülememiş bir eksiklik veya hata var ise işte ancak bu halde sorumluluktan kurtulabilecektir (Bütün bu hususlar için Bkz. Prof. T. Çağa, Deniz Ticaret Hukuku, Cilt II. İst. 1979, s. 194-195; Dr. B. Sözer, Taşıyanın Gemiyi Sefere Elverişli Halde Bulundurma Borcu, Ankara -1975). Davalı delil listesinde özen borcunun yerine getirildiği hakkında sadece Denize ve yola elverişlilik belgelerine dayanmış, bunun dışındaki delilleri ise yangının oluş şekline ait olmasına ve dosya kapsamından da gemi donanımlarından olan elektrik tesisatındaki bir arıza nedeniyle yangının çıktığı ve bu taşınan mallarında bu sebeple ziyaa uğradığı anlaşılmış bulunmasına ve davalı durumda taşıyanın kendisine düşen kurtuluş beyyinesi bakımından ispat külfetini yerine getirmemiş olması da nazara alınarak davanın kabulüne karar verilerek gerekirken bu konuda yeterli incelemeyi içermeyen bilirkişi raporuna itibar edilerek tesis edilen hükmün bozulması gerekirken, bu hususlar gözden kaçırılarak hükmün onandığı anlaşıldığından davacı vekilinin karar düzeltme isteminin kabulüyle hükmün bozulması gerekmektedir [...]” (11. HD, 25.01.1985, 74/163 (Lexpera)).

⁹² “[...] Mahkemece iddia, savunma, toplanılan deliller, benimsenen bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, davalı fiili taşıyan ... ile davalı kaptan ...'ın her durumda gemiyi denize ve yola elverişli bulundurma yükümlü olduğu, geminin denize elverişlilik belgesinin bulunmasının denize elverişli olduğunu tek başına ispata yeterli olmadığı, donatan ve kaptanın geminin gerekli ve yeterli bakımını, servis hizmetlerinin zamanında yerine getirilmesini sağlamakla yükümlü bulunduğu [...]” (11. HD, 25.02.2015, 17455/2566 (Lexpera)).

denize elverişlilik belgesinin geminin denize elverişli olduğunun ispatı için tek başına yeterli olmadığına, ayrıca geminin bakımlarının zamanında yaptırıldığına ve servis hizmetlerinin zamanında alındığına da ispat edilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Kanaatimizce özel dairenin ispat yükü bakımından bu kararları, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun yukarıda anılan kararına göre daha isabetlidir.

Bu nedenle geminin başlangıçtaki elverişsizliği nedeniyle meydana gelen bir zararın tazmininin söz konusu olduğu durumlarda, yükle ilgilinin ilk görünüş ispatı kuralları çerçevesinde makul ve gerekçeli olarak zararın geminin başlangıçtaki elverişsizliğinden ileri geldiğini ortaya koyması (iddia etmesi), ispat faaliyetinin yerine getirilmiş sayılması için yeterli görülmelidir. Bu hâlde yükle ilgili, başlangıçtaki elverişsizlik bakımından Türk Ticaret Kanunu'nun 1141. maddesinin 2. fıkrası uyarınca kendisine düşen ispat faaliyetine yerine getirmiş kabul edileceğinden, anılan hükümde öngörülmüş olan kurtuluş beyyinesinin şartlarının varlığını taşıyanın ispat etmesi gerekecektir. Taşıyan;

- Geminin başlangıçta elverişli hâlde bulunduğunu, yani geminin elverişsizliğine neden olan eksikliğin yolculuk başladıktan sonra ortaya çıktığını veya,

- Geminin başlangıçtaki elverişsizliği ile meydana gelen zarar arasında bir illiyet bağı bulunmadığını veya,

- Tedbirli bir taşıyanın göstermesi gereken özeni somut taşıma bakımından göstermiş olmasına rağmen geminin başlangıçtaki elverişsizliğinin keşfedilebilir nitelikte olmadığını,

ispat ederek Türk Ticaret Kanunu'nun 1141. maddesinin ikinci fıkrasından doğan sorumluluğundan kurtulabilir. Anılan hüküm uyarınca aksi ispat faaliyetini yerine getiremeyen taşıyan, meydana gelen zarardan sorumlu olur. Böylelikle Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun görüşün aksine, ispatsızlık rizikosunu taşıyan yüklenmiş olur. Kanaatimizce bu durum, tarafların başlangıçtaki elverişsizliğe ilişkin delillere erişim imkânları gözetildiğinde hakkaniyete daha uygundur.

SONUÇ

Tarihsel gelişim süreci içerisinde taşıyanın gemiyi denize elverişli hâlde bulundurma yükümlülüğü, deniz yoluyla yapılan taşımalar bakımından her zaman özel bir önem sahip olmuştur. Taşıyanın gemiyi denize elverişli hâlde bulundurma yükümlülüğü ve geminin denize elverişsizliği nedeniyle meydana

gelen zararları gidermekle yükümlü olduğuna ilişkin gerek mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda, gerekse 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda açık düzenlemeler yer almaktadır. Türk hukukunda taşıyanın gemiyi denize elverişli hâlde bulundurma yükümlülüğü, Alman Ticaret Kanunu'nun mülgâ 559. maddesi ve Lahey Kuralları dikkate alınarak düzenlenmiştir. Ancak Alman hukukunda deniz ticareti hukukuna ilişkin Alman Ticaret Kanunu hükümleri, 25.04.2013 tarihinde yürürlüğe giren Deniz Ticareti Hukuku Reformu Kanunu'yla kısmen yeniden düzenlenmiştir. Reform Kanunu kapsamında taşıyanın gemiyi denize elverişli hâlde bulundurma yükümlülüğüne ilişkin düzenlemelerde de bazı değişiklikler yapılmıştır.

Alman Ticaret Kanunu'nun mülga 559. maddesinden farklı olarak Kanun'un 485. maddesinde taşıyanın gemiyi denize elverişli hâlde bulundurmaya yükümlü olduğu düzenlenmekle birlikte, taşıyanın bu yükümlülüğüne aykırı davranmasının yaptırımının ne olacağı düzenlenmemiştir. Bunu yerine taşıyanın yükün zıya ve hasarından doğan sorumluluğunu genel olarak düzenleyen Alman Ticaret Kanunu'nun 498. ve 499. maddelerinde taşımanın denize elverişsiz bir gemide yapılmasına bazı sonuçlar bağlanmıştır. Taşıyan, Alman Ticaret Kanunu'nun 499. maddesinde öngörülmüş olan ve eşyanın zıya ve hasarına neden olması muhtemel olan özel hâllerden birisinin (muhtemel sorumsuzluk sebeplerinin) varlığını ispat etmişse ve anılan hükmün ikinci fıkrasında öngörülen karine sonucundan yararlanmak istiyorsa, taşımayı denize elverişli bir gemiyle yapmış olmalıdır. Taşımanın denize elverişsiz bir gemide yapılması durumunda taşıyan, Alman Ticaret Kanunu'nun 499. maddesinin ikinci fıkrasında kendi lehine düzenlenen ve muhtemel sorumsuzluk sebeplerinin varlığı durumunda zıya veya hasarın bu sebeplerden ileri geldiğine ilişkin karineden yararlanma hakkını kaybeder.

Taşıyan, Alman Ticaret Kanunu'nun 498. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca taşıyan, tedbirli bir taşıyanın göstermesi gereken özen göstermesine rağmen yükte meydana gelen zıya veya hasarın kaçınılması mümkün olmayan bir sebepten ileri geldiğini ispat ederek zıya veya hasardan doğan sorumluluğundan kurtulabilir. Bununla birlikte yük, denize veya yüke elverişsiz bir gemi ile taşınmışsa ve ortaya çıkan zararın geminin denize veya yüke elverişsizliğinden ötürü meydana gelmiş olması muhtemelse, taşıyan sorumluluğundan ancak denize veya yüke elverişsizliğe neden olan eksikliğin tedbirli bir taşıyanın göstermesi gereken özen gösterilmesine rağmen yolculuğun başlangıcından önce keşfedilmesinin mümkün olmadığını da ispat etmek suretiyle kurtulabilir (AlmTK md. 498/II-2).

Gecikme nedeniyle oluşan zararlara ilişkin Alman Ticaret Kanunu'nda ayrıca bir düzenleme yapılmamıştır. Taşıyanın gemiyi denize ve yüke elverişli hâlde bulundurma yükümlülüğü kanundan doğan bir borç olduğundan, taşıyanın bu borcuna aykırı davranmasının yaptırımının borca aykırılığın sonuçlarını düzenleyen genel hüküm niteliğindeki Alman Medenî Kanunu'nun 280. maddesine göre belirleneceği kabul edilmektedir. Sonuç itibarıyla taşıyan, geminin denize elverişsizliği nedeniyle oluşan zıya ve hasar dışındaki zararları Alman Medenî Kanunu'nun 280. maddesinin birinci fıkrası uyarınca tazminle yükümlüdür.

Alman Ticaret Kanunu'nun 531. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yolculuk charteri sözleşmesinde yükleme ve istifin taşıtan tarafından yapıldığı durumlarda da taşıyanın geminin denize elverişli hâlde bulundurmasına ilişkinin yükümlülüğünün devam ettiği düzenlenerek taşıyanın, taşıtan tarafından yapılan yükleme veya istif nedeniyle geminin denize elverişsiz hâlde geldiğini ileri sürerek denize elverişsizlik nedeniyle doğan sorumluluktan kurtulması engellenmiştir. Zaman charteri sözleşmesi bakımından Alman Ticaret Kanunu'nun 560. maddesinin ikinci cümlesinde tahsis edenin, geminin denize ve yüke elverişli hâlde bulunmasından sorumlu olduğu düzenlenmiştir. Ancak zaman charteri sözleşmesini düzenleyen hükümlerde özel bir düzenleme olmadığı durumlarda borçlar hukukunun genel hükümlerine atıf yapıldığından, zaman charteri sözleşmesi kapsamında geminin denize elverişsizliği nedeniyle meydana gelen her türlü zararın tazmini Alman Medenî Kanunu'nun 280. maddesinin birinci fıkrasına göre yapılır.

Alman hukukunda denize elverişsizlik bakımından ispat yükünün, denize elverişsizlik nedeniyle talepte bulunan yükle ilgilide olduğu kabul edilmektedir. Bununla birlikte Alman hukukunda doktrinde ve yargı kararlarında, yükle ilgilinin söz konusu ispat yükü bakımından ilk görünüş ispatı kurallarından yararlanabileceğini kabul etmektedir. Yükle ilgili, ilk görünüş ispatı kuralları çerçevesinde denize elverişsizliği ispat etmişse, sorumluluktan kurtulmak isteyen taşıyanın dayandığı kurtuluş beyinelerinden yararlanması için gerekli olan ispat faaliyetini yerine getirmesi gerekir.

Türk hukukunda ise taşıyanın her türlü navlun sözleşmesi bakımından gemiyi denize, yola ve yüke elverişli hâlde bulundurma yükümlülüğü 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1141. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan hükmün ikinci fıkrasında taşıyanın bu yükümlülüğünü ihlâl etmesi nedeniyle doğan zararlardan sorumlu olduğu açıkça hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla

hukukumuzda, Alman hukukundan farklı olarak denize elverişsizlik nedeniyle ortaya çıkan zararlar bakımından zıya veya hasar gibi bir ayırım yapılmadığından, taşıyan geminin denize elverişsizliği nedeniyle ortaya çıkan her türlü zarardan sorumludur. Bununla birlikte taşıyan bakımından bir kurtuluş beyyinesi de düzenlenmiştir. Türk Ticaret Kanunu'nun 1141. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca taşıyan, geminin denize elverişsizliği nedeniyle meydana gelen zarardan doğan sorumluluğundan tedbirli bir taşıyanın harcamakla yükümlü olduğu dikkat ve özen gösterilmekle beraber geminin denize elverişsizliğine neden olan eksikliği yolculuğun başlangıcına kadar keşfe imkânı bulunmadığını ispat etmek suretiyle kurtulabilir.

Alman hukukunda olduğu gibi Türk hukukunda da geminin denize elverişsiz olduğunu, denize elverişsizlik nedeniyle talepte bulunan yükle ilgilinin ispat etmesi gerektiği kabul edilmektedir. Doktrinde yükle ilgilinin yerine getirmesi gereken ispat yükü bakımından ilk görünüş ispatı kurallarından yararlanabileceği kabul edilmektedir. Yargıtay'ın konuyla ilgili kararları incelendiğinde, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin geminin denize elverişsizliğinin yükle ilgili tarafından ispat edildiği durumlarda taşıyanın gemi sınıflama kuruluşlarından aldığı sertifikaların ve denize elverişlilik belgesinin geminin denize elverişli olduğuna ilişkin bir karine teşkil etmekle birlikte, somut olayda taşıyanın denize elverişsizliğe neden olan eksikliği keşfetmek için gereken özeni göstermesine rağmen bu eksikliği keşfetmesinin mümkün olmadığını ispat etmesi gerektiği yönünde karar verdiği görülmektedir. Bununla birlikte Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 25.10.2018 tarihli ve E. 2018/624, K. 2018/1566 sayılı kararında geminin başlangıçtaki denize elverişliliği bakımından hem taşıyanın şahsi kusuruna hem de gemi adamlarının kusuruna ilişkin olarak gemi sınıflama kuruluşlarından alınan sertifikalar ile yükleme limanında bağımsız denetim kuruluşlarına yaptırılan testlerin, geminin denize elverişli hâlde olduğuna ilişkin taşıyan lehine bir karine oluşturduğu, geminin yolculuğun başında denize elverişli olmadığını ispat yükümlülüğünün ise yükle ilgililere ait olduğu ifade edilmiştir. Yükle ilgilinin denize elverişsizlik nedeniyle talepte bulunabilmesi için gemi sınıflama kuruluşları tarafından verilen sertifikaların ve yükleme limanında yapılan testler sonucunda düzenlenen belgelerin gerçeğe aykırı olduğunu ispat etmesi gerektiğine karar verilmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun anılan kararında, gemi sınıflama kuruluşları tarafından verilen sertifikalar ile yükleme limanında bağımsız kuruluşlara yaptırılan testler sonucunda alınan belgelere dayanarak geminin

denize elverişli olduğunu kabul etmesi ve aksinin yüküle ilgililerce ispatlanması gerektiğine ilişkin yaklaşımı kanaatimizce eleştiriye açıktır. Anılan kararda yüküleme limanındaki bağımsız kuruluşlar tarafından yapılan testler ile neyin kastedildiği açık değildir.

Gemilerin sefer yapabilmeleri için liman çıkış belgesi ve denize elverişlilik belgesi almalarının zorunludur. Liman çıkış belgesi alınması için liman başkanlığı tarafından kontrol edilmesi gereken hususlar denize elverişlilikten ziyade yola elverişliliğe ilişkin olduğundan, denize elverişlilik bakımından bu belgeye delil değeri atfedilmesi doğru değildir. Denize elverişlilik belgesi ise 4922 sayılı Denizde Mal ve Can Koruma Hakkında Kanun'un 3. ilâ 5. maddelerinde düzenlemiştir. Denize elverişlilik belgesi, her bir sefer öncesinde gerçekleştirilen bir denetime istinaden düzenlenmemektedir. Aksine gemi Kanun'da öngörülen sürelerde periyodik olarak yapılan denetimler sonucunda Gemilerin Teknik Yönetmeliği'nde öngörülmüş şartları sağlıyorsa düzenlenmektedir. Denize elverişlilik belgesi alındıktan sonra maruz kalınan bir deniz tehlikesi veya kaza nedeniyle geminin denize elverişsiz hâle gelmesi mümkündür. Böyle bir durumda geminin denize elverişsizliğine neden olan bu eksiklik, ancak bir sonraki periyodik kontrolde ortaya çıkacaktır. Gemi sınıflama kuruluşlarınca düzenlenen belgeler, geminin tekne, kazan, makine ve genel donanım güvenliğine ilişkindir. Oysa geminin denize elverişliliği kavramı daha geniş olduğundan, gemi sınıflama kuruluşlarınca incelenmeyen hususlardaki eksiklikler denize elverişsizliğe neden olabilir. Geminin işletilmesi sırasında yapılan (ara veya yıllık sörveyler gibi) denetlemeler, periyodik aralıklarla yapıldığından, sertifika alındıktan sonra geminin kaza yapması veya maruz kaldığı bir deniz tehlikesi nedeniyle denize elverişsiz hâle gelmesi mümkündür. Denize elverişlilik belgesi bakımından söylenenler gemi sınıflama kuruluşlarınca verilen sertifikalar bakımından da geçerlidir. Sertifika alındıktan sonra geminin elverişsizliğine neden olan eksiklik ancak bir sonraki denetimde ortaya çıkacaktır. Bu nedenle gemi sınıflama kuruluşları tarafından verilen sertifikaların, kapsamı itibarıyla ve denetlemeden hemen sonra gerçekleştirilecek ilk sefer dışındaki diğer tüm seferler bakımından delil değeri belirlenirken ihtiyatlı davranmak gerekir.

Denize elverişsizlik bakımından yüküle ilgilinin tam ispat faaliyeti yerine getirilmesinin beklenmesi, ispat yükünü *probatio diabolica*ya çevirmektedir. Bu nedenle geminin başlangıçtaki elverişsizliği nedeniyle meydana gelen bir zararın tazmininin söz konusu olduğu durumlarda, yüküle ilgilinin ilk görünüş ispatı kuralları çerçevesinde makul ve gerekçeli olarak zararın geminin

başlangıçtaki elverişsizliğinden ileri geldiğini ortaya koyması (iddia etmesi), ispat faaliyetinin yerine getirilmiş sayılması için yeterli görülmelidir. Zararı meydana getiren hususun, geminin denize, yola veya yüke elverişsizliğinden kaynaklanmadığını taşıyanın ispat etmesi ve zararı doğuran olayın taşıyan tarafından aydınlatılması, taşıyan tarafından katlanılması mümkün olmayan bir külfete yol açmayacağı gibi taraflar arasındaki menfaat dengesine de daha uygundur. Çünkü kanun koyucu, taşıyanın geminin denize, yola ve yüke elverişsizliğinden doğan sorumluluğunu, genel hükümlerin altında, taşıyanın yüke özen borcundan ayrı bir şekilde düzenlenmiştir. Yüke özen borcundan farklı olarak taşıyanın geminin başlangıçtaki elverişsizliği nedeniyle tazmin etmesi gereken zararlar, sadece yükün zıyaı, hasarı ve geç teslimiyle de sınırlı değildir. Ayrıca Türk Ticaret Kanunu'nun 1141. maddesinin ikinci fıkrasının sistematığı göz önünde bulundurulduğunda, taşıyanın geminin başlangıçtaki elverişsizliğinden doğan tüm zararlardan kural olarak sorumlu tutulduğu, sadece anılan hükmün ikinci cümlesinde öngörülen şartların varlığı durumunda bu sorumluluğundan kurtulmasına imkân verildiği şeklinde yorumlanması hükmün amacına uygun olur. Aksi ispat faaliyetini yerine getiremeyen taşıyan, meydana gelen zarardan sorumlu olur. Böylelikle ispatsızlık rizikosu taşıyana yüklenebilir. Kanaatimizce hükmün bu şekilde yorumlanması, tarafların başlangıçtaki elverişsizliğe ilişkin delillere erişim imkânları gözetildiğinde hakkaniyete daha uygundur.

KAYNAKÇA

- Akan P, “Taşıyanın Gemiyi Sefere Elverişli Bulundurma Yükümlülüğü”, Rayegan Kender and Samim Ünan (Eds.), *Prof. Dr. Tahir Çağa'nın Anısına Armağan*, Ofset, 2000, s. 1-12.
- Akıncı S, *Deniz Ticareti Hukuku Dersleri*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1961.
- Antalya G and Topuz M, *Medeni Hukuk C. I*, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Basedow J and Wurmnest W, *Third-Party Liability of Classification Societies*, Springer Verlag, 2005.
- Başözen A, *Medenî Usûl Hukukunda İlk Görünüş İspatı*, Adalet Yayınevi, 2010.
- Çağa T and Kender R, *Deniz Ticareti Hukuku II – Navlun Sözleşmeleri*, 8. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2006.
- Çetingil E and Kender R, *Deniz Ticareti Hukuku Dersleri*, Filiz Kitabevi, 1978.
- Deniz Kaner İ, *Deniz Ticareti Hukuku I-II*, 4. Bası, Filiz Kitabevi, 2021.
- Dural M and Sarı S, *Türk Özel Hukuku C. I*, 15. Bası, Filiz Kitabevi, 2020.
- Gramm H, *Das neue Seefrachtrecht nach den Haager Regeln*, De Gruyter Verlag, 1938.
- Günay M B, *Hazırlık Çalışmaları Işığında Lahey/Visby Kuralları (Rotterdam Kuralları ile Karşılaştırmalı Olarak)*, Yetkin Yayınları, 2013.
- Gürses Ö, *Uluslararası Güvenli Yönetim Kodu'nun (ISM CODE) Taşıyan ve Donatanın Sorumluluğuna Etkileri*, Arıkan Yayınları, 2005.
- Henssler M, *Beck-Online Großkommentar - HGB*, C. H. Beck Verlag, 2022 (Yazar, [BeckOGK-HGB]).
- Herber R and Schmidt C, *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch Bd. VII*, 4. Aufl., C. H. Beck Verlag, 2020 (Yazar, [MüKo-HGB]).
- İzveren A, Franko, N and Çalık A, *Deniz Ticaret Hukuku*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1994.
- Kara H, *Deniz Ticareti Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Koyuncu İ S, *Gemi Sınıflama Kuruluşlarının Faaliyetleri ve Sorumluluğu*, On

İki Levha Yayıncılık, 2008.

Kula Değirmenci N, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu 5.Kitap Hükümleri Uyarınca Taşıyanın Sorumluluğu ve Akdedeceği Sorumsuzluk Anlaşmaları*, Seçkin Yayıncılık, 2021.

Kuru B, *Medenî Usul Hukuku El Kitabı C. I*, Yetkin Yayınları, 2020.

Lagoni N, *The Liability of Classification Societies*, Springer Verlag, 2007.

Liesecke R, “Die Seetüchtigkeit des Schiffs beim Frachtvertrag in der Rechtsprechung, Insbesondere des Bundesgerichtshofes”, Horst Baumann, Helmut Schirmer and Reimer Schmidt (Eds.) *Festschrift für Karl Sieg*, Verlag Versicherungswirtschaft, 1976, s. 345-367.

Lotter W F, *Beweislast im Seefrachtrecht*, De Gruyter Verlag, 1969.

Oetker H, *Handelsgesetzbuch – Kommentar*, 7. Aufl., C. H. Beck Verlag, 2021 (Yazar, [OETKER-HGB]).

Okay M. S, *Deniz Ticareti Hukuku II*, 2. Bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1971.

Öztan B, *Medenî Hukuk'un Temel Kavramları*, 45. Bası, Yetkin Yayınları, 2020.

Pekcanitez H, Atalay O and Özekes M, *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, 9. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2021.

Ramming K., “Der Untergang des MV ‘MOL Comfort’ – Ein erster Stresstest für das neue Seehandelsrecht”, *Recht der Transportwirtschaft*, H. 1, 2018, s. 7-18 (*Stresstest*).

Ramming K, “Zur See- und Ladungstüchtigkeit des Schiffes nach neuem Seefrachtrecht”, *Recht der Transportwirtschaft*, H. 2, 2014, s. 41-52 (*Ladungsuntüchtigkeit*).

Ritter C and Abraham H J, *Das Recht der Seeversicherung Bd. II*, 2. Aufl., De Gruyter Verlag, 1967.

Schaps G and Abraham H J, *Das Deutsche Seerecht Bd. II*, 3. Aufl., De Gruyter Verlag, 1962.

Schlegelberger F and Liesecke R, *Seehandelsrecht: zugleich Ergänzungsband zu Schlegelberger Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Vahlen Verlag, 1959.

- Shah B S, “Seaworthiness — A Comparative Survey”, *Malaya Law Review*, 8 (1), 1966, s. 95-116.
- Seven V, *Taşıyanın Yüke Özen Borcunun İhlalinden (Yük Zıya ve Hasarından) Doğan Sorumluluğu*, Yetkin Yayınları, 2003.
- Sözer B, *Deniz Ticareti Hukuku C. I*, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, 2022.
- Sözer B, *Taşıyanın Gemiyi Sefere Elverişli Halde Bulundurmak Borcu*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1975 (*Elverişli Halde Bulundurmak Borcu*).
- Şeker H, *Taşıyanın Navlun Sözleşmesinden Sorumluluğu*, Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Taşdelen N, “Deniz Yoluyla Yapılan Taşımalarda Taşıyanın Başlangıçtaki Elverişsizlikten Doğan Sorumluluğu”, Arslan Kaya (Ed.), *Bilgi Toplumunda Hukuk – Ünal Tekinalp’e Armağan C. I*, Beta Yayınları, 2003, s. 939-959.
- Tekil F, *Deniz Ticareti Hukuku*, Ofset, 1970.
- Tekin S M, *Navlun Sözleşmesinde Taşıyanın Sorumluluğu*, On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Ülgener F M., “Obligations and Liabilities of the Carrier”, M. Deniz Güner-Özbek (Ed.), *The United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea- An Appraisal of the “Rotterdam Rules”*, Springer Verlag, 2011, s. 139-153.
- Venüs C G., *Taşıyanın Gemiyi Denize, Yola ve Yüke Elverişli Bulundurma Borcu*, On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- Wüstendörfer H, *Neuzeitliches Seehandelsrecht*, 2. Aufl., Karl F. Wede Verlag, 1950.
- Yazıcıoğlu E, *Kender – Çetingil Deniz Ticareti Hukuku*, 17. Bası, Filiz Kitabevi, 2022.
- Yetiş Şamlı K, “Lahey-Lahey/Visby, Hamburg ve Rotterdam Kuralları’nda Sefere Elverişlilik”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 71 (2), 2013, s. 479-496.
- Yılmaz M, “The Evolution Of The Obligation Of Seaworthiness From The Hague Rules To The Rotterdam Rules”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 29 (2), 2021, s. 881-913.

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

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVIII Nisan / April 2024 Sayı / No. 2

ŞEFFAF VE ÖNGÖRÜLEBİLİR ÇALIŞMA KOŞULLARI: 2019/1152 SAYILI AVRUPA BİRLİĞİ DİREKTİFİ VE TÜRK İŞ HUKUKUNDA İŞVERENİN ÇALIŞMA KOŞULLARI HAKKINDA İŞÇİLERE BİLGİ VERME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

TRANSPARENT AND PREDICTABLE WORKING CONDITIONS:
THE EUROPEAN UNION DIRECTIVE NO. 2019/1152 AND THE
EMPLOYERS' OBLIGATION TO PROVIDE INFORMATION TO
WORKERS ON WORKING CONDITIONS IN TURKISH LABOUR LAW

Merve KUTLU MUTLUER*  

ÖZET

[10.34246/ahbvuhfd.1408482](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1408482) 

Bilgi ve iletişim teknolojilerindeki gelişmeler iş hukukunu önemli ölçüde etkilemiş ve atipik istihdam biçimlerinin yaygınlaşması ile iş hukukunun temel kavramlarını değişime uğratmıştır. Bu değişim sonucu, çalışma koşullarının “şeffaflığı” ve “öngörülebilirliği” önemli bir konu haline gelmiş ve Avrupa Birliği İş Hukukunda önemli tartışmalara sebep olmuştur. Bu gelişmeler sonucu 2019/1152 sayılı Avrupa Birliği’nde Şeffaf ve Öngörülebilir Çalışma Koşullarına İlişkin Direktif kabul edilerek yürürlüğe girmiştir. Direktif’in amacı şeffaf ve öngörülebilir çalışma koşulları oluşturulması, üye ülkelerde her işçi için geçerli olan çalışma koşullarına ilişkin asgari standartların belirlenmesidir. Çalışmamızda şeffaf ve öngörülebilir çalışma koşullarına ilişkin 2019/1152 sayılı Direktif detaylı olarak ele alınacak ve Türk İş Hukukunda işverenin çalışma koşullarına ilişkin bilgi verme yükümlülüğüne ilişkin değerlendirmelere de yer verilecektir.

* **Dr. Öğr. Üyesi**, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı/ESKİŞEHİR, **e-posta:** mervekutlu@anadolu.edu.tr, **ORCID:** 0000-0002-8327-6496, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1408482.

- **Atf Şekli/ Cite As:** Kutlu Mutluer M, “Şeffaf ve Öngörülebilir Çalışma Koşulları: 2019/1152 Sayılı Avrupa Birliği Direktifi ve Türk İş Hukuku’nda İşverenin Çalışma Koşullarına İlişkin Bilgi Verme Yükümlülüğüne İlişkin Değerlendirmeler”, *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28(2), 2024, s. 81-135.
- **İntihal / Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*



Anahtar Kelimeler: Şeffaflık, Öngörülebilirlik, Çalışma koşulları, Yazılı belge, İşverenin bilgi verme yükümlülüğü.

ABSTRACT

Developments in information and communication technologies have significantly affected labour law and atypical employment has increased and this led to change the basic concepts in labour law. “Transparency” and “predictability” of working conditions have become important discussions in European Union Labour Law. As a result of these developments, the Directive on Transparent and Predictable Working Conditions in the European Union No. 2019/1152 was adopted. The aim of the Directive is to create transparent and predictable working conditions and to determine the minimum standards that apply to every worker in member countries. In this research, Directive No. 2019/1152, which determines the minimum standards for transparent and predictable working conditions, will be discussed in detail and evaluations regarding the employers’ obligation to provide information about working conditions in Turkish Labour Law will also be elaborated.

Keywords: *Transperancy, Predictability, Working conditions, Written statement, Employers obligation to inform employees.*

EXTENDED ABSTRACT

Transparency is the fundamental principle of law. Developments in information and communication technologies have significantly affected labour law and atypical employment has increased and this led to a change in the basic concepts of labour law. “Transparency” and “predictability” of working conditions have become important discussions in European Union Labour Law. As a result of these developments, the Directive on Transparent and Predictable Working Conditions in the European Union No. 2019/1152 was adopted. The Directive aims to create transparent and predictable working conditions and to determine the minimum standards that apply to every worker in member countries. According to Directive 2019/1152, member states are under the obligation to regulate employers to inform workers about their working conditions. In the Directive, the minimum content of the obligation to provide information is regulated. The working conditions specified in the Directive will be provided to the worker in writing For doing this, the Directive has determined two separate periods: seven days and one month. Accordingly, the identities of the parties to the employment relationship, the workplace, the job description including the duties of the worker, the starting date of the employment relationship, the termination date or duration of the contract in cases where there is a fixed-term employment contract, the trial period and conditions, if any, and information regarding the wage and working arrangements from the first working day of the worker must be provided to the worker in writing starting from the beginning and on the seventh calendar day at the latest. Other information mentioned in the Directive must be provided to the worker within one month, starting from the working day. This information may be provided to the

worker individually in the form of one or more documents. In addition, in cases where the working order is completely or significantly predictable, the worker must be provided with regulations regarding changes in daily or weekly working hours, overtime pay, and in cases where shift work is in question, within seven days at the latest. In cases where it is accepted that the work pattern is not predictable, although the period is the same, the obligation to inform will be more comprehensive. The employer is obliged to provide each worker with the necessary information in writing by this Directive. It is accepted that the employer can provide information to the worker electronically, provided that it is accessible. The Directive also encourages member states to develop models or templates to ensure uniformity in practice. The Directive also brings important regulations regarding minimum requirements in working conditions, especially parallel employment and trial periods. As a current development regarding ensuring wage transparency and the right to information in the European Union, Directive No. 2023/970 on pay transparency entered into force. One of the rights introduced by Directive No. 2023/970, is the right to obtain information about the wage policy implemented in the workplace. The regulation regarding the right to information covers both workers currently working in the workplace and candidates or future workers. Labor Law No. 4857 has no general provision regulating the employer's obligation to provide information. Article 8 of Law No. 4857 obliges the employer to provide a written document to the worker in cases where a written contract is not made. According to the regulation only a limited part of the working conditions, considering the content of the article, should be included in this document. The employer's obligation to inform the worker about working conditions must also exist in cases where the employment contract is made in writing. Informing the worker about working conditions by giving a written document and making an employment contract in writing are different matters. For this reason, in our opinion, the employer needs to provide written information as a general obligation. However, in case of violation of the obligation to provide written documentation imposed by Law No. 4857, the sanctions to be imposed on the employer are far from a deterrent. The obligation to provide written documents and the related sanctions stipulated in the Labour Law, which is imposed only in cases where a written contract is not made, are far from protecting workers.

GİRİŞ

Şeffaflık, özel ve kamu hukukunun temel ilkelerinden biridir. Toplumsal hayatta devlet ve diğer kamu kuruluşlarının işlem ve işleyişlerinde şeffaf olması, hukuka aykırı keyfi işlemlerin engellenmesi ve hukukun üstünlüğünün sağlanması için hayata geçirilmesi önemli bir araçtır. Özel hukuk alanında da önem taşıyan şeffaflık ilkesi, iş ilişkilerinde çalışma koşullarının belirlenmesinde uygulama alanı bulmaktadır. Her ne kadar pozitif hukukta

“çalışma koşulları” sıklıkla kullanılmakta ise de 4857 sayılı İş Kanunu’nda çalışma koşullarına ilişkin bir tanıma yer verilmemiştir. İşçi ve işveren ilişkisinden doğan anayasa, kanun, toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi, işyeri iç yönetmeliği ve işyeri uygulaması ile oluşan kurallar bütünü çalışma koşulları olarak tanımlanabilir¹. Bir başka ifade ile çalışma koşulları, iş ilişkisinden doğan ve tarafların uyması gereken kurallar bütünüdür. Diğer hukuk dallarında olduğu gibi, iş hukukunda da çalışma koşullarının bir kısmı yasama, yürütme ve yargı kaynaklarından doğmaktadır. Bununla birlikte, iş hukuku diğer hukuk dallarından farklı olarak sosyal taraflarca oluşturulan kendine özgü kaynaklara da sahiptir. Bu kaynaklar; toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi, işyeri iç yönetmelikleri, işyeri uygulaması ve işverenin yönetim hakkıdır. İş hukukunun kendine özgü kaynakları olmasının bir sonucu da kaynaklar arasında hiyerarşi (öncelik-sonralık) sorununun diğer hukuk dallarından farklı şekilde çözümlenmesidir. İş ilişkileri bakımından şeffaflığı sağlayan bir diğer araç da hukuki işlemlerin şekle bağlanmasıdır. Sözleşme özgürlüğü ilkesinin bir sonucu, kural olarak iş sözleşmeleri özel bir şekil şartına bağlanmamıştır. Bahsi geçen kaynaklardan birçok çalışma koşulu doğabilmekte ve hatta birbiri ile çelişen düzenlemeler dahi yer alabilmektedir.

Çalışma koşullarının şeffaf ve öngörülebilir olması ve işçinin bu koşullar hakkında bilgi sahibi olması iş ilişkisi bakımından önem arz etmektedir. Zira işçi çalışma koşullarına uymaması sebebiyle disiplin cezasına, tazminat gibi yaptırımlara maruz kalabileceği gibi iş sözleşmesinin de işverence feshi dahi söze konu olabilecektir. Yine işverenin çalışma koşullarını uygulamaması da işçiye iş sözleşmesinin haklı nedenle derhal fesih hakkı veren bir durum olarak karşımıza çıkar. Aynı zamanda işveren çalışma koşullarında değişikliği ya tek taraflı olarak 4857 sayılı İş Kanunu m.22/1’deki usulü izleyerek veya karşılıklı anlaşma ile ya da değişiklik kayıtları aracılığıyla gerçekleştirebilir.

Bilgi ve iletişim teknolojilerindeki gelişmeler, iş hukukunu önemli ölçüde etkilemektedir. Teknolojinin ilerlemesi ile cep telefonları, dizüstü bilgisayarlar ve diğer elektronik araçlar hayatımızın bir parçası haline gelmiştir. Bu araçlar sayesinde bilgi alışverişi kolaylaşmış, haberleşme imkânları artmıştır. Teknolojinin ilerlemesi aynı zamanda, iş ilişkilerini de önemli ölçüde değiştirmiştir. Günümüz teknolojileri çalışanların dizüstü bilgisayar, akıllı telefon vb. elektronik araçlarını taşıyabildikleri her yerde ve istedikleri saatte çalışabilmesine olanak sağlamaktadır. Bu değişim sonucu,

¹ Levent Akın, “İşçinin Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Fesih Hakkı”, *Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası*, 27(2), 2013, s. 40.

atipik istihdam biçimleri ortaya çıkmış ve işyeri, çalışma süreleri gibi, iş hukukunun temel kavramları da önemli bir değişime uğramıştır. Söz konusu gelişmelerle çalışma koşullarının belirlenmesi; bu koşulların “şeffaflığı” ve “öngörülebilirliği” önemli bir konu haline gelmiş ve Avrupa Birliği İş Hukuku’nda önemli tartışmalara sebep olmuştur.

Bu gelişmeler sonucu 2017 yılında Avrupa Komisyonu, işverenin bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin 91/533 sayılı Direktifi² yürürlükten kaldırarak, Avrupa Birliği’nde şeffaf ve öngörülebilir çalışma koşullarına ilişkin geniş kapsamlı bir tasarı sunmuştur³. Teklif, Parlamento ve Konsey’de yapılan uzun müzakerenin ardından ve önemli değişikliklerle birlikte Haziran 2019’da 2019/1152 sayılı Avrupa Birliği’nde Şeffaf ve Öngörülebilir Çalışma Koşullarına İlişkin Direktif⁴ kabul edilerek yürürlüğe girmiştir. Direktif’in amacı şeffaf ve öngörülebilir çalışma koşulları oluşturulması, üye ülkelerde her işçi için geçerli olan asgari standartların belirlenmesidir. Çalışmamızda şeffaf ve öngörülebilir çalışma koşullarına ilişkin asgari standartları belirleyen 2019/1152 sayılı Direktif detaylı olarak ele alınacak ve Türk İş Hukukunda işverenin çalışma koşullarına ilişkin bilgi verme yükümlülüğüne ilişkin değerlendirmelere yer verilecektir.

I. 2019/1152 SAYILI AVRUPA BİRLİĞİNDE ŞEFFAF VE ÖNGÖRÜLEBİLİR ÇALIŞMA KOŞULLARINA İLİŞKİN DİREKTİF

A. Genel Olarak

İş hukuku, borçlar hukuku içinde embriyoner bir şekilde doğan ve zamanla bağımsızlaşan bir hukuk dalıdır⁵. İş hukukunun doğuş nedenlerinden belki de en önemlisi, borçlar hukukunun sözleşme özgürlüğü ilkesinin işçi bakımından adil olmayan sonuçlar doğurmasıdır. Sözleşme özgürlüğü ilkesi tarafların eşit

² EU, “Council Directive 91/533/EEC of 14 October 1991 on an employer’s obligation to inform employees of the conditions applicable to the contract or employment relationship” <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A31991L0533>>, Erişim Tarihi 13 Eylül 2023.

³ <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/HIS/?uri=CELEX:32019L1152>>, Erişim Tarihi 13 Eylül 2023.

⁴ EU, “Directive 2019/1152 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on transparent and predictable working conditions in the European Union” <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32019L1152>>, Erişim Tarihi 13 Eylül 2023.

⁵ Hamdi Mollamahutoğlu/ Muhittin Astarlı / Ulaş Baysal, *İş Hukuku*, 7. Bası, Lykeidon Yayınevi, 2022, s.9; Sarper Süzek, *İş Hukuku*, 18. Bası, Beta Yayınevi, 2019, s. 41.

olduğu ve sözleşme hükümlerini adil olarak belirleyeceğine ilişkin varsayımı iş hukukunda gerçeği yansıtmadığı ve işçinin emeğinin sömürülmesine yol açtığı zaman içinde görülmüştür. Sanayi devriminden gelen bu deneyimler, işçiyi koruyucu hükümlerin önce ulusal hukuklarda emredici olarak düzenlenmesi sonucunu doğurmuştur. Yine devamında da Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO) kurulmasıyla işçiyi koruyucu hükümler uluslararası düzenlemelere konu olmuştur. Hem ILO hem de Avrupa Birliği kuruluşlarından itibaren çalışma koşullarının şeffaf ve öngörülebilir olması, işçinin bilgilendirilmesini sağlamaya yönelik düzenlemeler getirmiştir.

Çalışma konumuz olan işverenin iş sözleşmesi veya diğer kaynaklardan doğan çalışma koşulları hakkında çalışanlara bilgi verme yükümlülüğüne ilişkin Avrupa Birliği'nin 14 Ekim 1991 tarihli 91/533 sayılı Direktifi,⁶ oldukça uzun bir süre değiştirilmeden yürürlükte kalmıştır. 91/533 sayılı Direktif özel hukukun şekil serbestisi ilkesinin işçi aleyhine doğurduğu sonuçları gidererek iş ilişkisinde şeffaflığı sağlamak amacıyla getirilmiş bir düzenlemedir⁷. Direktif m.3/1'de, iş sözleşmelerinin yazılı yapılmadığı hallerde işverenin işçiye esaslı çalışma koşulları hakkında bilgi verme yükümlülüğü getirilmiştir. Bununla birlikte gelinen süreçte işgücü piyasası yeni istihdam biçimleri ile önemli ölçüde değişmiştir⁸. Toplumsal değişimlerden belki de en çok etkilenen hukuk dalı, iş hukukudur. Bilgi ve iletişim teknolojilerindeki gelişmeler ve Endüstri 4.0 atipik olarak adlandırılan çalışma biçimlerini ortaya çıkarmıştır. Endüstri 4.0'ın çalışma hayatı üzerindeki etkileri ve izlenmesi gereken politikalara ilişkin birçok Avrupa ülkesinde ve Avrupa Birliği düzeyinde çalışmalar yapılmış ve işçi, işveren, hükümet ve sendikalar için çözüm önerileri üzerinde çalışılmıştır⁹. Bu çalışmaların sonucu 91/533 sayılı Direktif'in çağın gerisinde

⁶ Avrupa Birliği İş Hukukunda, "Yazılı Belge Direktifi" olarak da adlandırılan Direktif'e ilişkin değerlendirme raporu için bkz.; EU, <<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/3e06d83f-b600-11e6-9e3c-01aa75ed71a1>>, Erişim Tarihi 13 Eylül 2023.

⁷ Ertan İren, *Avrupa Birliği İş Hukuku Yönergeleri Karşısında 4857 sayılı İş Kanununun Durumu*, Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası Yayınevi, 1. Bası, 2008, s. 84 vd; Yusuf Yiğit, "İşverenin Çalışanlara İş Koşulları Hakkında Bilgi Verme Yükümlülüğü", *Çalışma ve Toplum*, 4, 2009, s. 91 vd.

⁸ Avrupa Birliği'nde yapılan bir çalışmaya göre, atipik istihdam biçimlerinin 2016 itibarıyla toplam istihdamın dörtte birinden fazlasını oluşturduğu görülmektedir. Bknz.; EU "Precarious Employment in Europe- Part 1: Patterns, Trends and Policy Strategy", Committee of the European Parliament, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 11, <[www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/587285/IPOL_STU\(2016\)587285_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/587285/IPOL_STU(2016)587285_EN.pdf)>, Erişim Tarihi 13 Eylül 2023.

⁹ Martin Risak, "Fair Working Conditions for Platform Workers" Possible Regulatory Approaches at the EU Level *Friedrich- Ebert- Stiftung*, 2017, s. 5. <<https://library.fes.de/>

kaldığı ve atipik çalışma biçimlerini kapsamadığı belirtilmiştir.

Atipik çalışma biçimleri, geleneksel çalışma ilişkisinden farklı düzenlemeler için kullanılan çatı kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu kavram geçici iş ilişkisi, kısmi süreli çalışma ve çağrı üzerine çalışma; alt işverenlik gibi üçlü ilişkileri de kapsamaktadır. Özellikle platform çalışmaları atipik istihdam biçimlerinin özelliklerini taşımaktadır. Atipik çalışma biçimleri, başta işçilerin temel hakları olmak üzere, ücret, iş sağlığı ve güvenliği, iş güvencesi gibi konularda işçi aleyhine birçok sonuç doğurabilecek niteliktedir¹⁰. Konumuz bakımından önemli olan husus ise, özellikle atipik çalışmalarda işçilerin esaslı çalışma koşulları hususunda bilgi sahibi olması gerekliliğidir. Atipik çalışma koşullarını karakterize eden en önemli olgu, belirsizliktir. Gerçekten de ücret, çalışma süreleri gibi esaslı çalışma koşulları çoğu zaman bu ilişkilerde muğlak bir şekilde belirlenmekte ve hatta belirli durumlarda önceden düzenlenmemektedir. Bu değişim ve gelişmelerin bir diğer sonucu olarak Avrupa Sosyal Haklar Sütunu (EPSR) olarak adlandırılan, güçlü sosyal bir Avrupa için pusula görevi görmek üzere Birlik tarafından 2017 yılında önemli ilkeler ortaya konulmuştur¹¹. EPSR, fırsat eşitliği ve işgücü piyasasına erişim, adil çalışma koşulları ve sosyal koruma olarak üç ana alanda yirmi ilke belirlemiştir. EPSR’da vurgulandığı üzere bunlar 21. yüzyıl Avrupa’sında adil ve iyi işleyen işgücü piyasası ve refah sistemi için gerekli olan ilke ve temel

pdf-files/id/ipa/14055.pdf>, Erişim Tarihi 13 Eylül 2023; ILO, “Digital Labour Platforms and Future of Work”, Towards Decent Work in the Online World” Geneva, 2018. <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_645337.pdf> , Erişim Tarihi 13 Eylül 2023; Dilek Dulay-Yangın, “Endüstri 4.0, Dijitalleşme ve İş Hukukunun Geleceği-Dijital Platformların Ortaya Çıkardığı Hukuki İlişkiler Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, *Istanbul Hukuk Mecmuası*, 78(3), 2020, s.1217.

¹⁰ Bknz.; Valerio De Stefano, “Introduction: Crowdsourcing, the Gig-Economy, and the Law” *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 37, 2016, s. 461-470; Valerio De Stefano, “The Rise of the “Just-In-Time Workforce”: On-Demand Work, Crowdwork, and Labor Protection in the “Gig- Economy” *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 37, 2016 , s. 471-504; Antonio Aloisi, “Commoditized Workers: Case Study Research on Labor Law Issues Arising from a Set of “On-Demanding/Gig Economy” Platforms” *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 37, 2016, s. 620-653; Jeremias Prassl, “*Humans as a Service: The Promise and Perils of Work in the Gig Economy*”, 1. Bası, OUP, 2018; Eurofound “New Forms of Employment” Luxembourg: Publications Office of the European Union., 2015. <<https://www.eurofound.europa.eu/en/publications/2015/new-forms-employment>>, Erişim Tarihi 13 Eylül 2023.

¹¹ EU, “Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Establishing a European Pillar of Social Rights”, 2017, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2017:0250:FIN>> , Erişim Tarihi 13 Eylül 2023.

haklardır. Bazı ilkeler, Birlik müktesebatında hâlihazırda mevcut olan hakları tasdik etmekte, diğerleri ise toplumsal, teknolojik ve ekonomik gelişmelerden kaynaklanan ilke ve amaçları açıkça ortaya koymaktadır.

EPSR’da belirtilen ilkelerin etkili bir şekilde uygulanması için de Avrupa Birliği’nce 2021 yılında Eylem Planı yürürlüğe konulmuştur. Konumuz bakımından önemi ise EPSR’ın II. Bölümü adil çalışma koşullarını düzenlemektedir. Burada güvenli ve iş gücü piyasasına uyulanabilir istihdam (İlke 5) ve çalışma koşulları, feshe karşı korunmaya ilişkin bilgilere erişime (İlke 7) ilişkin iki ilkede daha ayrıntılı olarak açıklanan adil çalışma koşullarına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Buna göre, işçiler, işe başlarken, deneme süresi de dahil olmak üzere, iş ilişkisinden doğan hak ve yükümlülükleri hakkında yazılı olarak bilgilendirilme hakkına sahiptir. Aynı zamanda işçilerin iş sözleşmelerinin feshinden önce sebepleri hakkında bilgilendirilme ve makul bir ihbar süresi talep hakkına sahip olduğu da açıkça belirtilmiştir. Bu değişimlere cevap vermek ve EPSR’da öngörülen ilkeleri gerçekleştirmek için 2017 yılında Avrupa Komisyonu, işverenin bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin 91/533 sayılı Direktifi yürürlükten kaldırarak, Avrupa Birliği’nde şeffaf ve öngörülebilir çalışma koşullarına ilişkin geniş kapsamlı bir tasarı sunmuş, uzun müzakerenin ardından ve önemli değişikliklerle birlikte 2019/1152 sayılı Avrupa Birliği Direktifi 2019 yılında kabul edilmiştir.

2019/1152 sayılı Avrupa Birliği Direktifi’nin amacı, şeffaf ve öngörülebilir çalışma koşulları oluşturulması ve böylece üye ülkelerde her işçiye uygulanacak asgari standartların belirlenmesidir. Direktif’in bir Birlik mevzuatı bakımından diğer önemi de EPSR’de belirtilen ilkelerin hayata geçmesi için çıkarılan ve bağlayıcı olan ilk hukuki düzenleme olmasıdır. EPSR, Avrupa Birliği Antlaşması ve Avrupa Birliği’nin İşleyişi Hakkındaki Antlaşma m.292 uyarınca yayınlanan tavsiye niteliğindeki bir düzenlemedir. Bu nedenle, Birliğe üye devletlere karşı zorlayıcı bir icra kabiliyetinden bahsetmek mümkün değildir. EPSR’nin hukuki niteliği daha sembolik bir değere sahip olmakla birlikte, Avrupa Adalet Divanı’nın şeffaf ve öngörülebilir çalışma koşullarına ilişkin 2019/1152 sayılı Direktif’in yorumlamasında katalizör görevi görebileceği de belirtilmektedir¹².

¹² Ane Aranguiz ve Bartłomiej Bednarowich, “Adapt or Perish: Recent Developments on Social Protection in the EU under a Gig Deal of Pressure”, *European Labour Law Journal*, 9(4), 2018, s. 336.

B. Hukuki Düzenlemeye Duyulan İhtiyaç

Avrupa Birliği Hukukunda işçilere bilgi verme yükümlülüğünün ilk kez 2019/1152 sayılı Direktif¹³le düzenlendiğini söylemek doğru olmaz. İşçilere bilgi verilmesine ilişkin işverenin yükümlülüğü birçok düzenlemede yer almakla birlikte, iş sözleşmesinin yazılı olarak yapılmadığı hallerde işçilere bilgi verme yükümlülüğü esas olarak 91/533 sayılı Avrupa Birliği Direktifi ile düzenlenmiştir. 1991 yılında kabul edilen bu Direktif'e göre, işverenler işe başlama tarihinden itibaren iki ay içinde işçiye esaslı çalışma koşulları hakkında yazılı bilgi vermekle yükümlüdür. 91/533 sayılı Direktif bilgi edinme hakkına ilişkin önemli bir araç olsa da hazırlandığı dönemin şartlarına uygun olarak kapsam bakımından klasik, tam ve belirsiz süreli iş sözleşmeleri esas olarak oluşturulmuş bir hukuki enstrümandır. 2019/1152 sayılı Direktif'in hazırlık çalışmalarında Avrupa Komisyonu'nca yapılan değerlendirme raporunda 91/533 sayılı Direktif'in iki nedenden dolayı günümüzde işlevsel olmadığı belirtilmiştir¹³. Öncelikle raporda iki aylık süre kötüye kullanılmaya, kayıtdışı istihdam ve işçilerin temel haklarının ihlaline olanak sağlayacak uzunlukta olduğu yer almaktadır. Yine 91/533 sayılı Direktif'in yürürlükten kaldırılmasına sebep olan en önemli neden, Direktif'te öngörülen yükümlülüklerle aykırılık halinde etkin bir yaptırım öngörülmemesidir. Aynı zamanda Direktif'te bilgi verme yükümlülüğü içinde çalışma sürelerinin belirlenmesine ilişkin hususların yer almaması önemli bir eksiklik olarak görülmüştür¹⁴. Bununla birlikte, Rapor'da belirtilen kanaatimizce de en önemli sorun, Direktif'in kapsadığı "işçi" tanımına ilişkin netlik olmamasıdır¹⁵. Raporda, "*Direktif'in Birliğe üye devletlerde çalışan tüm işçiler için aynı şekilde uygulanmadığı ve bunun da çalışma koşulları ve genel olarak koruma açısından eşitsizliklere yol açtığı*" açıkça yer almaktadır¹⁶. Belirtilen

¹³ EU Commission, "Staff Working Document REFIT Evaluation of the "Written Statement Directive" (Directive 91/533/EEC), 2017, <https://eur-lex.europa.eu/SWD_REFIT.,17.>, Erişim Tarihi 13 Eylül 2023.

¹⁴ Despoina Georgiou, "The new EU Directive on Transparent and Predictable Working Conditions in the context of new forms of employment", *European Journal of Industrial Relations*, 28(2), 2022, s. 200 vd.

¹⁵ Georgiou, s. 197 vd; EU Commission, "Staff Working Document REFIT Evaluation of the "Written Statement Directive" (Directive 91/533/EEC), 2017, <https://eur-lex.europa.eu/SWD_REFIT.,17.>, Erişim Tarihi 13 Eylül 2023.

¹⁶ EU Commission, "Staff Working Document REFIT Evaluation of the "Written Statement Directive" (Directive 91/533/EEC), 2017, <https://eur-lex.europa.eu/SWD_REFIT.,17.>, Erişim Tarihi 13 Eylül 2023.

gerekelere 91/553 sayılı Direktif'in ilga edilerek 2019/1152 sayılı Avrupa Birliği'nde Şeffaf ve Öngörülebilir Çalışma Koşullarına İlişkin Direktif kabul edilmiştir¹⁷. Avrupa Adalet Divanı'nın içtihatlarındaki değişimler de 91/553 sayılı Direktif'in günümüz işgücü piyasasının ihtiyaçlarını karşılamaktan uzak olduğunu ve işçilerin şeffaf ve öngörülebilir çalışma koşullarına erişmekte yeterli bir hukuki araç olmadığını işçilerin şeffaf ve öngörülebilir çalışma koşullarına erişmekte yeterli bir hukuki araç olmadığını göstermiştir¹⁸. Avrupa Adalet Divanı'nın "işçi" tanımını zaman içinde değişimi de 2019/1152 sayılı Direktif'in yürürlüğe girmesinde katalizör görevi gördüğünü söylemek yanlış olmayacaktır.

Avrupa Adalet Divanı'nın çalışma sürelerinin sınırlandırılmasına yönelik ilişkin Direktif'in yürürlüğe girmesinden kısa bir süre önce verdiği CCOO v. Deutsche Bank¹⁹ kararı da değinilmesi gereken önemli bir karardır. Kararda, İspanya'da faaliyet gösteren işçi sendikası CCOO, İspanya Yüksek Mahkemesi'nde Deutsche Bank aleyhine bir dava açmış ve Avrupa Birliği mevzuatında getirilen hükümleri de gerekçe göstererek, işverenin çalışma sürelerinin tespiti için çalışma sürelerini kaydeden bir sistem oluşturma zorunluluğu bulunduğunu ileri sürmüştür. İspanya Yüksek Mahkemesi ulusal hukukta yer alan ve fazla çalışmanın hesaplanabilmesi için her işçinin günlük çalışma süresinin kaydının tutulmasını öngören düzenleme ve 2003/88 sayılı Direktif²⁰'te yer alan haftalık çalışma süresinin kırk sekiz saat ile sınırlandırılmasına ilişkin hükümleri işverenin iş sağlığı ve güvenliği sağlama borcu yönünden yorumlamıştır. İspanya Yüksek Mahkemesi'ne göre hem ulusal hem de Avrupa Birliği 2003/88 sayılı Direktifi belirli durumlarda

¹⁷ Gerçekten de Direktif'in kabulü ile, müzakerelerden sorumlu İspanya Raportörü Calvet Chambon "Bu, çağrı üzerine çalışma sözleşmeleri, sıfır saat sözleşmeleri, Uber, Deliveroo, Cabify ve bu tür yeni işler için getirilmiş bir düzenlemedir. [...] Bu düzenleme sayesinde [...] hukuki statüsü belirsiz tüm bu çalışanlara asgari haklar tanınacak [ve] bundan sonra hiçbir işveren işgücü piyasasındaki esnekliği kötüye kullanamayacak" şeklinde ifade etmiştir. Bknz.; Multimedia Centre, <https://multimedia.europarl.europa.eu/en/workingconditions-european-union-vote_I161743-V>, Erişim Tarihi 14 Eylül 2023.

¹⁸ Avrupa Adalet Divanı'nın işçi tanımına ilişkin değişen yaklaşımı için bknz.; Emanuele Menegatti, "The Evolving Concept of "worker" in EU law", *Italian Labour Law e-Journal*, 12, 2019, s. 72-75.

¹⁹ Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO) v Deutsche Bank SAE, C-55/18, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62018CJ0055>>., Erişim Tarihi 13 Eylül 2023.

²⁰ EU, Council Directive 2003/88/EC of 4 November 2003 concerning certain aspects of the organisation of working time. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32003L0088>>, Erişim Tarihi 13 Eylül 2023.

işverene kayıt tutma yükümlülüğü getirmekte ise de normal çalışma süresinin kaydedilmesi yönünde genel bir yükümlülük getirmemektedir. Bununla beraber, her bir işçi için çalışılan sürenin kaydını tutma şeklinde genel bir yükümlülük getirilmesi çalışanların özel hayatının gizliliğine haksız bir müdahale oluşturacaktır. Mahkeme, ulusal hukuk mevzuatının Avrupa Birliği mevzuatına uygun olup olmadığı ve yeterli koruma sağlayıp sağlamadığı noktasında Divan'a çeşitli sorular yönelmiş ve konu, Büyük Daire'nin önüne gelmiştir. Divan Büyük Dairesi, 2003/88 sayılı Direktif md.3, m.5 ve m.6 ve 89/391 sayılı Direktif²¹ m.4/1, m.11/3 ve m.16/3 hükümleri kapsamında değerlendirmeler yapmıştır. Kararda üye devletlerin işverenlerden işçilerinin günlük çalışma sürelerini ölçmek için objektif, güvenilir ve erişilebilir sistemler kurmaları talep etmesi gerektiği belirtilmiştir. Yine, kararda 2003/88 sayılı Direktif hükümlerinin her bir işçiye, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı²² m.31/2 çerçevesinde değerlendirilebilecek, günlük çalışma süresinin sınırlandırılması, günlük ve haftalık dinlenme süresinin güvence altına alınması yönünde temel bir hak sağladığı ortaya konulduğunun tespiti de dikkat çekicidir. Günlük çalışma süresinin kaydını tutan objektif, güvenilir ve erişilebilir bir sistemin oluşturulmaması halinde işçilerin 2003/88 sayılı Direktif'te öngörülen haklardan yararlanması mümkün olmayacağı gibi işçilerin sağlık ve güvenliğinin daha etkin bir biçimde korunması da bu düzenlemelere bağlı olduğu kararda isabetle belirtilmiştir.

C. Direktif'in Amacı ve Kişi Bakımından Uygulama Alanı

Direktif'in temel amacı, m.1/1'de işgücü piyasasına uyum sağlarken, daha şeffaf ve öngörülebilir bir istihdamı destekleyerek çalışma koşullarını iyileştirmek olarak belirtilmiştir. Direktif'te de belirtildiği üzere 91/533 sayılı Direktif'in kabul edilmesinden bu yana, işgücü piyasaları, teknolojik gelişmeler sonucu ortaya çıkan yeni istihdam biçimlerinin yaygınlaşması nedeniyle önemli değişikliklere uğramıştır. Belirtilen yeni istihdam biçimleri, öngörülebilirlik açısından geleneksel istihdam ilişkilerinden önemli ölçüde farklılık göstermekte, ilgili işçilere sağlanacak haklar ve sosyal koruma bakımından belirsizlik yaratmaktadır. Bu nedenle işçilerin temel çalışma koşulları hakkında kolayca erişebilecekleri şekilde ve yazılı

²¹ EU, Council Directive 89/391/EEC of 12 June 1989 on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health of workers at work. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A31989L0391>>., Erişim Tarihi 13 Eylül 2023.

²² EU, Charter of Fundamental Rights of the European Union <https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf>., Erişim Tarihi 13 Eylül 2023.

olarak bilgilendirilmelerine artan bir ihtiyaç vardır. Bu ihtiyaca karşılık, Avrupa Birliği'nde şeffaf ve öngörülebilir bir istihdamı destekleyerek çalışma koşullarını ve şeffaflığı sağlayarak işçilerin asgari haklarını belirlemesi ihtiyacı doğmuştur.

Direktif'in temel amacını düzenleyen maddede yer alan "işgücü piyasasına uyum sağlama" ifadesi yabancı öğretide eleştirilmiştir²³. Avrupa Birliği mevzuatı incelendiğinde uyum sağlama veya esneklik kavramlarına atıfta bulunmasının alışılmadık bir durum olmadığı görülmektedir. Kısmi süreli çalışmaya ilişkin 97/81 sayılı Direktif ve belirli süreli çalışmaya ilişkin 1999/70 sayılı Direktif benzer şekilde hazırlanmıştır. Öte yandan şeffaf ve öngörülebilirliğin, istihdamın doğal bir parçası olduğu ve işgücü piyasasına uyum sağlamanın bu hususta nasıl bir etkiye sahip olabileceği de belirtilmemektedir. Bir başka ifade ile şeffaflık ve öngörülebilirliğin iş gücü piyasasına uyum ile herhangi bir ilgisi yoktur. Bu ifadenin kullanılması çalışma koşullarında şeffaflık ve öngörülebilirliğin iş gücü piyasasına uyum ile rekabet halinde kavramlar olduğu, hallerde işgücü piyasasına uygunluğun tercih edilmesini dolaylı olarak ifade edilmesi anlamına geleceği de öğretide ileri sürülmüştür²⁴.

2019/1152 sayılı Avrupa Birliği'nde Şeffaf ve Öngörülebilir Çalışma Koşullarına İlişkin Direktif m.1/2' ye göre, Direktif kural olarak birlik üyesi devletlerin yürürlükteki hukuk kurallarına göre bir iş sözleşmesi ya da iş ilişkisine taraf olan işçilere uygulanacaktır. O halde, Direktif'in öngördüğü işçiyi bilgilendirme yükümlülüğü, Birlik üyesi devletlerin hukukundan kaynaklanan iş ilişkilerini kapsadığı için, iş görme ediminin ifa edildiği yerin Birlik içinde bulunup-bulunmadığı önem taşımamaktadır. Direktif'te atipik çalışma biçimlerine ilişkin bir istisna hükmü öngörülmemiştir. O halde Direktif atipik çalışma biçimlerinin; sıfır saat sözleşmeleri (zero hours contract), geçici iş, evden çalışma gibi yeni çalışma biçimleri kupon usulüyle çalışma ve hatta platform çalışmasını dâhil tümünü kapsamaktadır. Komisyon tarafından sunulan Etki Değerlendirme Raporuna göre Direktif platform çalışanlarının %3'ü dâhil olmak üzere 2-3 milyon çalışan ile birlikte toplamda Birlikte iki yüz milyondan fazla çalışana kapsamına almaktadır²⁵. Direktif'in kişi bakımından

²³ Aranguiz ve Bednarowich, s. 336; Bartłomiej Bednarowich, "Delivering on the European Pillar of Social Rights: The New Directive on Transparent and Predictable Working Conditions in the European Union", *Industrial Law Journal*, 48(4), 2019, s. 611.

²⁴ Aranguiz ve Bednarowich, s. 336; Bednarowich, s. 611-612.

²⁵ EU Commission, (2017) "Commission Staff Working Document Impact Assessment

uygulama alanının bu şekilde belirlenmesi, Direktif'in temel amacı olan tüm çalışanların iş ilişkisinin başlamasından makul bir süre önce temel çalışma koşullarına ilişkin kapsamlı bilgi sahibi olma hakkı tanınması amacıyla da uyumludur. Direktif özellikle çağrı üzerine çalışma veya sıfır saat sözleşmeleri oldukça değişken çalışma düzenine sahip işçiler bakımından oldukça önemli bir adımdır. Daha da önemlisi Komisyon Avrupa Birliği Antlaşması ve Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkındaki Antlaşma 45. maddesinde yer alan işçilerin serbest dolaşımına ilişkin Avrupa Adalet Divanı'nın içtihatlarına göre işçi kavramını esas aldığından, tasarı kişi bakımından geniş bir uygulama alanına sahiptir. Direktif, iş sözleşmesi veya iş ilişkisi bulunduğu kabul edilen her işçi için geçerli olan asgari hakları belirlemiştir. Direktif'te işçi kavramın belirlenmesinde Avrupa Adalet Divanı'nın içtihatları göz önünde bulundurarak Birlikteki her üye devlette yürürlükte olan mevzuat, toplu sözleşmeler veya uygulamalar göz önüne alınacağı belirtilmektedir. Direktif m.1/2 Avrupa Adalet Divanı'nın içtihatları göz önünde bulundurmasına da atıf yaparak daha önce Birlik hukukunda karşılaşılmayan karma bir işçi tanımı getirmiştir. Bu sebeple işçi kavramının belirlenmesinde üye devletin yürürlükte olan mevzuatı, toplu sözleşmeleri veya uygulamaları ile birlikte Avrupa Adalet Divanı'nın işçi kavramına ilişkin içtihatlarının da dikkate alınmasını gerekecektir. Burada işçi tanımı yapılırken üye devletin ulusal hukuku ile Avrupa Birliği mevzuat ve içtihatlarıyla inşa edilen işçi tanımı farklı olması halinde hangi tanımın esas alınacağı sorunu ortaya çıkabilir. Prensip olarak, Avrupa Birliği hukuku ulusal hukuka göre öncelikli olmalıdır. Yine bu karma nitelikteki işçi tanımı, ulusal mahkemelere Avrupa Adalet Divanı'nın içtihatları hakkında bilgi sahibi olması, ulusal hukukta yer alan işçi kavramını daha esnek ve gelişmelere uygun yorumlama konusunda bir yükümlülük getirmektedir²⁶. Direktif'in kişi

Accompanying the Document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Transparent and Predictable Working Conditions in the European Union", 2017, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=CELEX:52017SC0478>>. 478>, Erişim Tarihi 13 Eylül 2023.

²⁶ Burada özellikle, iş hukuku mevzuatının çoğunlukla sosyal taraflarca düzenlendiği İskandinav ülkelerinde problemlere yol açabileceği belirtilmiştir. Bknz.; Annamaria Westregård, "Precarity of New Forms of Employment under Swedish Labour Law", J. Kenner, I. Florczak and M. Otto (Ed.), *Precarious Work: The Challenge for Labour Law in Europe*, Edward Elgar Publishing, 2019, s. 100 vd; Annamaria Westregård, "The Notion of "Employee" in Swedish and European Union Law. An Exercise in Harmony or Disharmony", L. Carlson, Ö. Edström and B. Nyström (Ed.), *Globalisation, Fragmentation, Labour and Employment Law – A Swedish Perspective*, Iustus Förlag, 2016, s. 190 vd; Bknz; Avrupa Adalet Divanı Viking ve Laval, C-438/05 ve The International Transport Workers' Federation and The Finnish Seamen's Union C-341/05.

bakımından uygulama alanına ilişkin Avrupa Adalet Divanı'nın içtihatlarının dikkate alınması oldukça önemli bir adımdır. Bununla birlikte belirtilmesinde fayda vardır ki Direktif'in hiçbir hükmü, çalışanın "işçi" veya "bağımsız çalışan" olarak sınıflandırılması hususuna değinmemektedir. Özellikle aslında işçi olarak sınıflandırılması gereken ve hatalı şekilde bağımsız çalışan olarak sınıflandırılan işçiler bakımından Direktif'in bir etkisi olmayacaktır.

Direktif'te işverenlerin belirlenen yükümlülüklerle tabi olmayacağını Birlik üyesi ülkelerce belirleneceği istisnalara da yer verilmiştir. İlk olarak, üye devletler önceden belirlenmiş ve fiili çalışma süresinin birbirini izleyen dört haftalık bir referans dönemi içinde haftalık ortalama üç saat ya da daha az süre ile çalışan işçiler için Direktif'te yer alan yükümlülüklerin uygulamamasına karar verebilecektir. Aynı şirket, grup ya da tüzel kişiyi oluşturan işverenler nezdinde yapılan çalışmalar bu sürenin belirlenmesinde hesaba katılacaktır. Bununla birlikte aynı maddenin üçüncü fıkrasında yer alan ve kanaatimizce getirilen en önemli düzenlemelerden biri de sıfır saat sözleşmeleri olarak adlandırılan herhangi bir ücretli çalışma güvencesinin kararlaştırılmadığı iş ilişkilerine, bu belirtilen istisnanın uygulanmayacağına ilişkin hükümdür. O halde sıfır saat sözleşmesi ile çalışanlar da Direktif'in uygulama alanındadır ve işverenler belirli bir saatin altında çalıştıklarını ileri sürerek bu kişilere bilgi verme yükümlülüklerinden imtina edemeyeceklerdir. Burada sıfır saat sözleşmelerine göre çalışan işçilerin iş güvencesi olmaması ve dolayısıyla düşük gelirlere çalışmasından hareketle işgücünün korunması gereken bir bölümünü oluşturduğu gözlemlenmektedir.

Direktif'in kişi bakımından uygulama alanında bir başka istisna ise, m.1/6'da belirtilmiştir. Buna göre üye ülkeler objektif bir gerekçeye dayanarak, Direktif'in III. bölümünde belirtilen hükümlerin kamu görevlileri, acil durum hizmetleri, silahlı kuvvetlerde çalışanlar, kolluk yetkilileri, hakimler, savcılar, müfettişler ve mevzuat hükümlerini uygulamakla yükümlü çalışanların istisna tutulmasına karar verebilecektir. Direktif m.1/7'ye göre de üye ülkeler ev hizmetinde çalışanlara m.12 ve 13 ve m.15/1-a bendinde belirtilen hakların uygulamamasına karar verebilirler. Yine Direktif m.4/2 m ve o bentleri ve m.7, m.9, m.10 ve m.12'de belirtilen yükümlülükler denizciler veya balıkçılara uygulanmayacaktır. Şeffaf ve öngörülebilir çalışma koşullarının kapsamına getirilen bu istisnalar, işçi örgütlerini temsil eden paydaşlar ve öğreti tarafından geniş çapta eleştirilmektedir²⁷. Gerçekten de amacının tüm işçileri

²⁷ CEEP, "Comments on the future proposal from the European Commission for revising the Written Statement Directive in the framework of the European Pillar of Social Rights",

kapsamına alarak şeffaf ve öngörülebilir çalışma koşullarının oluşturulması, en nihayetinde adil bir çalışma düzeni olan Direktif'e getirilen bu istisnalar hukuki düzenlemenin amacı ve etkinliği hususunda duraksamalara neden olmaktadır.

D. İşverenin Bilgi Verme Yükümlülüğü ve Sınırları

Direktif'e göre birlik üyesi devletler, işverenlerin bir iş sözleşmesi ya da iş ilişkisine taraf olan işçilere çalışma koşullarının hakkında bilgi vermelerini sağlama yükümlülüğü altındadır. İşverenlerin bilgi verme yükümlülüğü asgari olarak aşağıdaki hususları içermek zorundadır;

(a) iş ilişkisindeki tarafların kimlik bilgileri;

(b) işyeri adresi, sabit ya da ağırlıklı olarak çalışılan bir işyerinin yokluğu halinde, işçinin farklı yerlerde iş görme edimini gerçekleştireceği ya da işyerini belirleme serbestisine ilişkin kural ve aynı zamanda işyeri (tüzel kişiliğin) merkezi ya da gereklilik bulunduğu (gerçek kişi) işverenin ikametgâhı

(c) ya; (i) işçinin görev aldığı işin unvan, kademe, doğası ve kategorisi ya da

(ii) işin kısa bir tanımı veya özellikleri;

(d) iş ilişkisinin başlama tarihi;

(e) belirli süreli iş sözleşmesi olduğu durumlarda, sözleşmenin sona erme tarihi ya da süresi;

(f) geçici iş ilişkisi durumunda, öğrenilir öğrenilmez tarafların bilgileri;

(g) eğer varsa deneme süresi ve koşulları;

(h) eğer varsa işveren tarafından sağlanan eğitim hakları;

<https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/%20en/ip_22_6895>, Erişim Tarihi 13 Eylül 2023; European Trade Union Confederation, "Transparent and Predictable Working Conditions Directive: ETUC Urges All EU Member States to Extend Protection to Every Worker" <<https://www.etuc.org/en/pressrelease/transparent-andpredictable-working-conditions-directive-etuc-urges-all-eu-member>>, Erişim Tarihi 13 Eylül 2023.; European Public Service Union, "EPSU Disappointed by Loophole in Draft Law That Could Deny New Rights to Public Service Workers" <<https://www.epsu.org/article/epsudisappointed-loophole-draft-law-could-deny-new-rights-public-service-workers>>, Erişim Tarihi 13 Eylül 2023; European Youth Forum, "New EU Directive Adopted - A Flawed But Important First Step" <<https://www.youthforum.org/new-eu-directive-adopted-flawedimportant-first-step>>, Erişim Tarihi 13 Eylül 2023; Aranguiz ve Bednarowich, s. 336; Bednarowich, s. 612 vd.

(i) işçinin hak kazandığı yıllık ücretli izin miktarı veya bunun gösterilemediği hallerde bu iznin tahsisi ve belirlenmesine ilişkin prosedürler;

(j) resmi gereklilikler ve bildirim süreleri de dahil olmak üzere işveren ve işçi tarafından uyulması gereken prosedür veya yöntemler, iş ilişkisinin sona erdirilmesi halinde uyulması gerekli ihbar süreleri ya da bilgilendirme tarihinde bu bilginin verilmesinin olanaklı olmaması halinde bu sürelerin belirlenmesi usulleri;

(k) işçinin hak kazandığı temel ücret, ücretin diğer bileşenleri ve işçinin hak kazandığı ücretin ödeme sıklığı ve yöntemi;

(l) işçinin çalışma şekli tamamen veya çoğunlukla öngörülebilir nitelikte ise, işçinin günlük çalışma süresi veya haftalık çalışma süresi ve fazla çalışma ve ücreti ile ilgili düzenlemeler ve işin yapısı uygun olduğu hallerde vardiya değişiklikleri için düzenlemeler;

(m) işçinin çalışma şekli tamamen veya çoğunlukla öngörülemez nitelikte ise, işveren işçiyi aşağıdakiler hakkında bilgilendirecektir:

(i) çalışma programının değişken olması ilkesi, garanti edilen ücretli çalışma süresi ve garanti edilen çalışma süresine ek olarak yapılan çalışmanın ücreti;

(ii) işçinin çalışması gerekebilecek referans saatler ve günler;

(iii) işçinin işe başlamadan önce yapılmasının gereken çağrı için belirlenecek asgari süre ve uygulanabilir olduğu hallerde m.10/3'de belirtilen çağrının iptal edilebileceği sürenin bitimi;

(n) gerekli olduğu takdirde, işçinin çalışma koşullarını düzenleyen toplu iş sözleşmesi ya da sendikalarca imzalanmış bir toplu iş sözleşmesi söz konusu ise, yetkili organ veya kurum;

(o) işverenin sorumluluğu olduğu durumlarda iş ilişkisine [ilişkinine bağlı sosyal katkı payları veya primleri alan sosyal güvenlik kurumlarına ilişkin bilgiler ve işveren tarafından sağlanan sosyal güvenlikle alakalı herhangi bir koruma.

Direktif m.4/3'e göre m.4/2 (g), (l) ve (o)'da düzenlenen deneme süresi ve koşulları, çalışma modeli tamamen veya çoğunlukla öngörülebilir nitelikte çalışmalar bakımından, günlük veya haftalık çalışma süresi, fazla çalışma ve bunun ücretine ilişkin düzenlemeler ve uygulanabilir nitelikte ise vardiya

değişiklikleri için düzenlemeler, işverenin sorumluluğu olduğu durumlarda primler ve sosyal güvenlik kurumlarına ilişkin bilgiler, sosyal güvenlikle alakalı işverence sağlanan korumaya ilişkin bilgiler, mevzuata veya toplu sözleşmelere atıf şeklinde düzenlenebilecektir.

İşveren her çalışana 2019/1152 sayılı Direktif'te öngörülen bilgileri yazılı olarak sağlamak yükümlülüğündedir. Bilgi verme yükümlülüğünün yazılı olması koşulu getirilmiş ise de bu bildirim şekli, bir başka ifade ile elektronik iletişim araçlarından yararlanıp yararlanılmayacağı soru olarak karşımıza çıkmaktadır. İşverenin işçiye açık, şeffaf, erişilebilir ve ücretsiz olarak sağlaması koşuluyla elektronik ortamda bilgi verebileceği ve elektronik iletişim araçlarından ya da var olan çevrim içi portallardan yararlanabileceği kabul edilmiştir. Ancak burada önemli olan husus, bu imkândan faydalanan işveren iletildi ya da alındı belgesini elektronik olarak muhafaza etmekle yükümlüdür. Direktif'te üye devletlerin uygulamada yeknesaklığını sağlamak için söze konu belgeler için model ya da şablonlar geliştirmesi de teşvik edilmektedir. Genel olarak, şeffaf ve öngörülebilir çalışma koşullarını sağlama görevi büyük ölçüde işverene yüklenmiştir. Bununla birlikte, Direktif üye devletlerin yükümlülüklerin bir kısmının veya tamamının iş ilişkisinin tarafı olmayan gerçek veya tüzel kişiye devredilebilmesine karar verebileceği de m.1/5'te düzenlenmiştir.

Direktif'te belirten çalışma koşullarının hangi sürelerde işçiye yazılı olarak sağlanacağı hususu yedi günlük ve bir aylık olarak iki ayrı süre belirlemiştir. Buna göre iş ilişkisinde tarafların kimlikleri, işyeri, işçinin görevlerini de içeren iş tanımı, iş ilişkisine başlama tarihi, belirli süreli iş sözleşmesi olduğu durumlarda sözleşmenin sona erme tarihi veya süresi eğer varsa deneme süresi ve koşulları, ücret (ödeme zamanı ve kök ve geniş ücret) ve çalışma düzenine ilişkin bilgiler işçinin ilk iş gününden başlayarak, en geç yedinci takvim gününde işçiye yazılı olarak sağlanmak zorundadır. Direktif m.4/2'de yer alan diğer bilgiler ise, işçinin ilk iş gününden başlayarak bir ay içinde işçiye yazılı olarak sağlanmak zorundadır. Bu bilgiler işçiye bir veya daha fazla belge şeklinde verilecektir.

Çalışma düzenine ilişkin işçiye bilgi verme yükümlülüğü, Direktif'in varlık amacına uygun şekilde ikili bir ayrımla ele alınmıştır. Direktif, çalışma düzeninin tamamen veya önemli ölçüde öngörülebilir olup-olmamasına göre, bilgi verme yükümlülüğünün içeriği ve kapsamında farklı hükümler öngörmektedir. Buna göre, çalışma düzeninin tamamen veya önemli ölçüde öngörülebilir olduğu hallerde işçi günlük veya haftalık çalışma süresi ve fazla

çalışma, ücreti ve vardiyalı çalışma düzeninin söz konusu olduğu hallerde buna ilişkin bilgiler en geç yedi gün içinde işçiye sağlanmak zorundadır. Çalışma düzeninin öngörülebilir olmadığı kabul edilen hallerde ise bilgilendirme yükümlülüğü süre aynı olmakla birlikte, daha kapsamlı olacaktır. Buna göre çalışma düzeninin değişkenliği ilkesi, ücrete hak kazanacağı garanti edilen çalışma süresi, ücrete hak kazanacağı garanti edilen çalışma süresi hariç yapılacak çalışmanın ücreti, işçinin çalışmaya çağrılabilmesi referans gün ve saatler ve işçinin işe başlamadan önce, işçiden iş görme borcunu yerine getirmesini çağrı yoluyla talep edileceği asgari süre ve m.10/3'de belirtilen işverenin iş görmesi için işçiye yaptığı çağrıyla iptal edebileceği zamana ilişkin bilgileri içermek zorundadır.

Direktif çalışma sürelerinin asgari öngörülebilirliğini de özel olarak ele almaktadır. Direktif m.10'a göre üye devletler, bir işçinin çalışma düzeninin tamamen veya çoğunlukla öngörülemez olduğu durumlarda, iki koşul karşılanmadıkça, işçinin o işveren tarafından çalıştırılmamasını sağlamakla yükümlüdür. Bunlar; işçinin çalışması gerekebilecek referans saatler ve günler, işçinin işe başlamadan önce yapılması gereken çağrı için belirlenecek asgari süre ve uygulanabilir olduğu hallerde m.10/3'de belirtilen çağrının iptal edilebileceği süreye ilişkin bilgilerin sağlanmasıdır. Direktif m.10/1'de belirtilen bu iki koşuldan biri ya da her ikisinin yerine getirilmediği durumlarda, işçi herhangi bir olumsuz sonuca maruz kalmaksızın işi reddetme hakkına sahip olacaktır. Bu düzenlemeye paralel olarak Direktif m.10/3'e göre üye devletler mevzuat, toplu sözleşmelere veya uygulamalara uygun olarak, çağrı üzerine çalışmayı konu alan herhangi bir sözleşmede işveren çağrıyla gerçekleştirmiş ancak iş görme edimi ifa edilmeden önce makul bir süre içinde iptal edilmişse işçinin tazminat isteme hakkına sahip olmasını sağlamak için gerekli önlemleri almakla yükümlü kılınmıştır. O halde bu hükme göre sıfır saat sözleşmeleri ile veya başka bir şekilde çağrı üzerine çalışan işçiler, yalnızca işverene sundukları zaman dilimleri içinde işe çağrılabilirler. Belirlenen referans sürelerinin dışında çağrıldıkları takdirde bu işçiler, görevi reddedebilme hakkına sahiptir. Referans günleri dışında görevi reddettikleri hallerde, işçinin çalışma süresinin azaltılması veya iş sözleşmesinin feshi benzeri herhangi bir yaptırıma maruz kalmayacaklardır. İşverenin çağrıyla gerçekleştirdiği ve ancak makul sürede iptal ettiği durumlarda da işçiler tazminat hakkına da sahip olacaktır. Bu hüküm sıfır saat sözleşmeleri gibi güvencesiz ve öngörülebilir bir çalışma düzeni olmayan işçilerin korunması

için önemli bir adımdır²⁸. Ancak Direktif “*tamamen veya önemli ölçüde öngörülebilir*” olmayan çalışma düzenine ilişkin ölçütler getirmemiştir ve bu kavram oldukça belirsiz nitelikte olduğu da belirtilmelidir. Bu kavramların yorumlanması uygulamada farklılıklara yol açabileceği gibi, işverenlerin bu ek yükümlülüklerden kaçınmak amacıyla işçileri görünüşte tamamen veya önemli ölçüde öngörülebilir bir çalışma şekli sunması da söz konusu olabileceği Direktif’e getirilen en önemli eleştirilerden birisidir²⁹.

İşverenin işçiye iş ilişkisinin başlamasından itibaren bir ay içinde bilgilendirmekle yükümlü olduğu çalışma koşulları ise; özel istihdam büroları aracılığıyla geçici iş ilişkisinde büro ve işverene ilişkin bilgiler, işverence sağlanan ücretsiz eğitim hakları, ücretli izinler, iş sözleşmesinin sona ermesinde prosedür ve ihbar süreleri, toplu iş sözleşmeleri ve işverenin sorumluluğu olduğu durumlarda primler ve sosyal güvenlik kurumlarına ilişkin ve sosyal güvenlikle alakalı işverence sağlanan herhangi bir korumaya ilişkin bilgilerdir³⁰. Direktif’te bilgilendirme yükümlülüğü Birlik içindeki başka bir üye ülkede veya üçüncü bir ülkeye gönderilen işçiler için de ayrıca düzenlenmiştir. Üye ülkeler bir işçinin Birlik içindeki bir üye devlette veya üye devlet dışındaki üçüncü bir ülkede çalışmak üzere gönderilmesi halinde işverenin m.5/1’de bahsedilen belgeleri işçinin ülkeden ayrılışından önce sunmasını sağlama yükümlülüğündedir. Ancak Direktif’e göre m.5/1’de bahsedilen belgelerin işçinin ülkeden ayrılışından önce sunulması bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmiş sayılması için yeterli değildir. Bir başka ülkeye gönderilen işçilerin özellikle korunmaya ihtiyacı olduğu düşünüldüğünde bilgilendirmenin özel başka ek bilgileri de içermesi gerekeceği açıktır. Direktif m.7/1’e göre bu ek bilgiler; çalışmanın yürütüleceği ülke veya ülkeler ve işin tahmini süresi; ücretin ödenmesi için kullanılacak para birimi, uygulanabilir olduğu durumlarda nakdi ya da aynı yardım, gelirler ve ülkesine geri dönüşün sağlanıp sağlanmayacağı ve eğer sağlanacaksa, işçinin ülkesine geri gönderilmesine ilişkin koşullar hakkında bilgilerdir. Yine Birlik düzenlemeleri gereği üye devletler, 96/71 sayılı Direktif kapsamında görevlendirilmiş bir işçiye, ek olarak belirli bilgiler sağlamalıdır.

²⁸ Güvencesiz istihdama ilişkin görüşler için bkz; Lisa Rodgers, *Labour Law, Vulnerability and the Regulation of Precarious Work*, 1. Bası, Edward Elgar Publishing, 2016; Leah F. Vosko, *Managing the Margins: Gender, Citizenship and the International Regulation of Precarious Employment*, 1. Bası, OUP, 2010; Deirdre McCann ve Judy Fudge, “Unacceptable Forms of Work: A Multidimensional Model”, *International Labour Review*, 156(2), 2017, s. 147-184.

²⁹ Bednarowich, s. 617.

³⁰ EU Directive 2019/1152, Art 4(2)(f), (h) to (j), (n) to (o).

Bunlar; ev sahibi devletin yürürlükteki kanunlarına göre işçinin hak ettiği ücret, uygulanabilir olduğu durumlarda, görevlendirmeye özel ödenekleri seyahat, yemek ve konaklama harcamalarının geri ödenmesine yönelik düzenlemeler; sayılı Direktif m.5/2 uyarınca ev sahibi üye devlet tarafından geliştirilen tek resmi ulusal web sitesine bağlantı linkidir. Başka bir üye devlet veya üçüncü bir ülkeye gönderilen işçilere ilişkin bu hükümler, şeffaf çalışma koşullarını oluşturmayı ve 2014/67 sayılı Direktif ile uyum sağlamayı amaçlamaktadır. Bununla birlikte, bu tür bilgilerin bir kısmının sadece belirli yasal hükümlere atıf şeklinde verilmesi halinde çalışma koşullarında şeffaflığı sağlamayacağı açıktır. O halde bu hüküm, Direktif m.5/2 ile birlikte yorumlanarak detaylı ve anlaşılabilir belgeler için model ya da şablonlar geliştirmesini de teşvik edilmesini de gerektirmektedir. Bununla birlikte, bir hukuki düzenlemeye atıfta bulunulması, özellikle bu hükümler çalışanın bilmediği bir dilde olduğunda, işçilere hakları konusunda bilgi vermekten oldukça uzaktır. 2019/1152 sayılı Direktif ve 96/71 sayılı Direktif bilgilerin açık, şeffaf, kapsamlı ve kolay erişilebilir bir şekilde uzaktan ve elektronik yollarla ücretsiz olarak sağlanmasını şart koşmaktadır. O halde Birlik mevzuatı birlikte yorumlanarak, işveren bilgi verme yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılabilmesi için çalışma koşullarında şeffaflığı sağlayacak şekilde detaylı ve anlaşılabilir belgeleri işçiye sağlaması zorunludur. Kanaatimizce de özellikle Birlik içindeki başka bir üye ülkede veya üçüncü bir ülkeye gönderilen işçiler bakımından salt hukuki düzenlemeye atıfta bulunulması, işçinin bu dili bilemeyebileceği gerekçesi ile işverenin bilgi verme yükümlülüğünü yerine getirmedeği şeklinde kabulünü gerektirmektedir.

E. Direktif ile Getirilen Çalışma Koşullarına İlişkin Asgari Gereklilikler

Direktif üye devletlerin işverenlerin işçileri esaslı çalışma koşullarının hakkında bilgi vermeleri sağlama yükümlülüğünü düzenlemekle birlikte, III. bölümünde de çalışma koşullarına ilişkin asgari gerekliliklere ilişkin de hükümler getirmektedir. Direktif'e göre, üye devletler, iş sözleşmesinin deneme süresine tabi olduğu durumlarda, bu sürenin altı ayı geçmemesini sağlamakla yükümlüdür. Belirli süreli iş sözleşmelerinde ise deneme süresinin uzunluğunun, sözleşmenin beklenen süresi ve işin doğası ile orantılı olarak belirlenmelidir. Belirli süreli iş sözleşmelerinde aynı iş görme edimi için sözleşmenin süresinin uzatılması halinde yeni bir deneme süresine tabi tutulmayacağı da Direktif'de açık hüküm olarak yer almaktadır. Belirli süreli iş sözleşmelerinde belirlenen sürenin sonunda sözleşmenin devam etmesi

halinde yeni bir deneme süresi kararlaştırılmayacağı açıkça düzenlenmeseydi dahi, bu husus hakkın kötüye kullanılmasını teşkil edeceğinden mümkün olmayacaktır. Direktif’te iş sözleşmelerinde deneme süresinin altı ay ile sınırlanmasının istisnası öngörülmüştür. üye devletler, istisnai olarak, işin doğası gereği veya işçinin haklı bir menfaatinin varlığı halinde daha uzun deneme süreleri düzenleyebilmektedir. Direktif’e göre aynı zamanda işçinin deneme süresi boyunca işe gelmediği durumlarda; üye devletler, deneme süresini işe gelinmeyen süre ile orantılı olarak uzatılmasına ilişkin şartlar koşabilecektir.

Bir iş sözleşmesi çalışan işçilerin o işverenle belirlenen çalışma saatleri dışında, diğer işverenlerle çalışmaya başlamasının yasaklamamasını veya işçinin bu sebeple olumsuz muameleye maruz bırakılmaması olarak ifade edilen “*paralel/eşzamanlı istihdama*” (parallel employment) ilke olarak izin verilmesi gerektiği m.9’da düzenlenmiştir. Paralel istihdama ilişkin istisna yine m.9/2’de belirtilmiştir. Üye devletler; sağlık ve güvenlik, ticari sırların korunması, kamu hizmetinin bütünlüğü veya çıkar çatışmalarından kaçınma gibi objektif gerekçeler temelinde işverenler tarafından paralel istihdamın kısıtlanmasına ilişkin koşulları belirleyebilir³¹. Paralel istihdama ilişkin hüküm incelendiğinde işçinin başka bir işverenin yanında çalışmak için işvereninden izin/onay alması gerektiği mi yoksa sadece işvereni bilgilendirmesi anlamına mı geldiği net bir şekilde ifade edilmediği görülmektedir. Bununla birlikte, Direktif’in izlediği sosyal politika amaçları ışığında, iş sözleşmesinde aksine bir hüküm öngörülmedikçe, işçinin başka bir işveren yanında çalışması için işvereninden önceden onay almasının Direktif’in amacı ile uyumlu olmayacağı kanaatindeyiz. Direktif’in amacı öngörülebilirliğe ilişkin asgari standartları belirlemek ve özel olarak atipik çalışma biçimlerinin yaygınlaşması ile ortaya çıkabilecek suiistimal edici uygulamaları önlemektir. Bu sebeplerle kanaatimizce kısmi süreli bir iş sözleşmesi ile çalışan işçinin diğer işverenlerle çalışması halinde işverenini bilgilendirmesi yeterlidir. İşverenden herhangi bir onay alınması zorunlu değildir. Tabii iş sözleşmesinde paralel istihdamı kısıtlayıcı hükümler de yer alabilmektedir. Bu halde de paralel istihdamı yasaklayan hükümlerin m.9/2 hükmü ile düzenlenen objektif gerekçelere dayanmak zorunda olduğu da unutulmamalıdır. Objektif gerekçelere ilişkin m.9/2 hükmü istisna niteliğinde olduğundan dar yorumlanması gerekir.

³¹ Elif Seda Gürkan, “2019/1152 sayılı Avrupa Birliğine Üye Ülkelerde Şeffaf ve Öngörülebilir Çalışma Koşulları Hakkında Yönerge’de Yer Alan İşçinin Başka İşte Çalışmasına İlişkin Hükümün Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, 15(Özel Sayı), 2023, 357-402.

Direktif'in belki de en geniş kapsamlı hükmü, başka bir istihdam biçimine geçme konusunda işçilere talep hakkı vermesine ilişkindir. Direktif m.12/1'e göre, aynı işveren nezdinde altı aylık kıdemi olan ve varsa deneme süresini tamamlamış işçiler, daha öngörülebilir ve güvenli başka bir istihdam biçimine geçmeyi yazılı olarak talep etme hakkına sahiptir. Böyle bir talepte bulunan işçilerin işverenleri bu talebe bir ay içinde açık, gerekçeli ve yazılı yanıt vermek zorundadır. Yine Direktif'te daha önceki mevzuatla uyumlu olarak üye devletler, hukuki düzenlemeler veya toplu sözleşmeler uyarınca bir işverenin bir işçiye istihdam edildiği işi yapması için eğitim vermesinin gerektirdiği durumlarda, eğitimin işçiye ücretsiz olarak sağlanacağı da düzenlenmektedir. Bahsedilen eğitim süreleri çalışma süresinden sayılacak ve mümkün oldukça çalışma saatleri içinde gerçekleştirilecektir.

Direktif ayrıca, işçinin m.5/1 veya m.6'da belirtilen zorunlu bilgilerin tamamını veya bir kısmını zamanında almadığı durumlarda ilişkin üye devletlere iki yükümlülük yüklemektedir. Üye devletler bu yükümlülüklerden birini tercih edebileceği gibi ikisinin de ulusal mevzuatta yer almasını sağlayabilecektir. Direktif m.15'e göre işveren işçiye m.5/1 veya m.6'da belirtilen zorunlu bilgilerin tamamını veya bir kısmını zamanında sağlamadığı durumlarda mevzuatta işçi lehine bir karine getirilecektir. Ayrıca üye devletler işçinin etkili bir şekilde çözüm sağlayacak ulusal bir otorite ya da kuruluşa şikâyeti dile getirme imkânını da mevzuatta düzenleyecektir. Bu hükmün sonucu olarak da işçiler, şikâyet veya Direktiften kaynaklanan haklarını kullandıklarında olumsuz muameleye ya da bu eylemleri sonucu disiplin cezası veya fesih gibi sonuçlara karşı da korunacaktır. Bununla birlikte bir işçi sadece Direktif 'ten kaynaklanan haklarını kullandığı için sözleşmesi feshedilir veya olumsuz muamele görürse, feshin haksız olmadığını ve farklı gerekçelere dayandığını mahkeme önünde işveren ispat etmelidir. Üye Devletler, bu Direktif uyarınca kabul edilen ulusal düzenlemelerin veya bu Direktif kapsamındaki haklara ilişkin hâlihazırda yürürlükte olan ilgili hükümlerin ihlali durumunda uygulanacak cezalara ilişkin kuralları belirleyecektir. Direktif m.19'a göre, öngörülen cezalar etkili, orantılı ve caydırıcı olacaktır. Üye Devletler de işçilere hâlihazırda sağlanmış olan daha üst düzey bir koruma olması halinde işçiler için daha lehe olan mevzuat hükümleri veya uygulamalar ya da toplu iş sözleşmeleri uygulanacaktır³².

³² Üye devletler, Direktif m.21 gereği 1 Ağustos 2022 tarihine kadar Direktif'te sağlanan hak ve yükümlülüklerin yerine getirilmesi için gerekli adımları atacak ve bu hususta Komisyonu da bilgilendireceklerdir.

II. AVRUPA BİRLİĞİNİN ÜCRETE ŞEFFAFLIK VE DİĞER KORUMA MEKANİZMALARI ARACILIĞI İLE ÜCRETE EŞİTLİĞİN SAĞLANMASINA YÖNELİK 2023/970 SAYILI DİREKTİFİ

Avrupa Birliği ücrette şeffaflığın sağlanması ve bilgi edinme hakkına ilişkin güncel bir gelişme olarak Ücrette Şeffaflık ve Diğer Koruma Mekanizmaları Aracılığı ile Ücrette Eşitliğin Sağlanmasına Yönelik 2023/970 sayılı Direktifi oldukça yakın bir zamanda kabul etmiştir. Böylece işçinin bilgilendirilmesi hususunda konumuz bakımından önem arz eden bir gelişmeye de çalışmamızda yer verilmesi zorunluluğu doğmuştur. Eşit işe eşit ücret olarak ifade edilen kadın ve erkek arasında eşit değerdeki işe eşit ücret ödenmesi yükümlülüğü Avrupa Birliği'nin temel ilkelerinden olduğu kabul edilmektedir. Bu ilkenin hayata geçirilmesi için alınması gereken önlemler 2006/54 sayılı İstihdam ve Meslek Konularında Kadın ve Erkeklerle Eşit Fırsatlar ve Eşit Muamele İlkesinin Uygulanması Hakkında Direktif'te³³ özel olarak düzenlenmiştir. Direktif ile Birlik üyesi ülkelere, işgücü piyasasında kadın ve erkeklere eşit fırsatlar tanınması ve eşit muameleye tabi olması ilkesinin hayata geçirilmesi için gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü yüklenmiştir. Avrupa Komisyonu 2014/124 sayılı Tavsiye Kararı'nda³⁴ da üye devletlerce ücrette şeffaflığın sağlanması, kadın ve erkek arasında eşit işe eşit ücret ödenmesine ilişkin tedbir ve mekanizmaları da belirlemiştir. Ücrette cinsiyete dayalı ayırım günümüzde oldukça önemli bir sorun olarak varlığını sürdürmektedir. Avrupa Birliği istatistiklerine göre cinsiyetler arası ücret farkının (gender pay gap) %13 olduğu belirtilmektedir³⁵. Bu, kadınların saat başına erkeklerden ortalama %13 daha az kazandığı anlamına gelmektedir. Cinsiyetler arası ücret farkının kadınların yaşam kalitesi, yoksulluğa maruz kalma riski olmak üzere uzun vadeli etki gösterdiği de belirtilmektedir. Yaşlılık aylığına ilişkin istatistikler incelendiğinde ve Avrupa Birliği'nde kadın ve

³³ EU Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32006L0054>>, Erişim Tarihi 13 Eylül 2023.

³⁴ EU, 2014/124 Commission Recommendation of 7 March 2014 on strengthening the principle of equal pay between men and women through transparency <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32014H0124>>, Erişim Tarihi 13 Eylül 2023.

³⁵ EU, <<https://www.consilium.europa.eu/en/policies/pay-transparency/>>, Erişim Tarihi 13 Eylül 2023.

erkek arası yaşlılık aylığı farkının %30 civarında olduğu görülmektedir³⁶. İşte bu nedenlerle Avrupa Komisyonu 4 Mart 2021 tarihinde ücrette cinsiyet ayrımcılığının önlenmesi için ücrette şeffaflığın sağlanması konusunda bir tasarı hazırlanmış ve 17 Mayıs 2023 tarihinde Ücrette Şeffaflık ve Diğer Koruma Mekanizmaları Aracılığı ile Ücrette Eşitliğin Sağlanmasına Yönelik 2023/970 sayılı Direktifi Avrupa Birliği Resmi Gazetesinde yayınlanarak yürürlüğe girmiştir³⁷.

İşgücü piyasasında cinsiyet ayrımcılığı oldukça uzun süredir tartışılmakta, eşit değer için eşit ücret ödenmemesi, cam tavan sebebi ile kadınların erkeklere göre daha üst pozisyonlara erişme fırsatından yoksun kalması birçok ülkede kronik bir sorun olarak karşımıza çıkmakta ve çözümünü için talepler Avrupa Birliği'nin de gündemini oluşturmaktadır³⁸. Ücrette cinsiyet ayrımının önlenmesi için ücrette şeffaflık ilkesinin etkin şekilde uygulanmasının sağlanması zorunludur. Ücrette şeffaflığın sağlanması ile ücrette cinsiyete dayalı bir ayrımcılığın yapıp-yapılmadığı tespit edilebilmesi ispat hususunda ayrımcılığa uğrayan işçiye önemli bir kaynak sağlayacaktır. Yine ücrette şeffaflığın sağlanması ve bu hususta işçinin bilgi sahibi olması, farkındalığın artması ile baştan ayrımcılık önenebilecektir. Aynı zamanda Direktif'te belirtildiği üzere ücrette şeffaflığın sağlanması uzun vadede toplumsal cinsiyet eşitliğinin gerçekleştirilmesinde de rol oynayacaktır. Direktif m.2/1'e göre, Direktifle getirilen yükümlülükler özel ve kamu sektöründe işçi istihdam eden tüm işverenlere uygulanacaktır. Bu kapsamda ulusal düzenlemeler, toplu sözleşmelere ve uygulamalara göre iş sözleşmesine bağlı çalışan ya da iş ilişkisi içinde olan çalışanlar Direktif'in kişi bakımından uygulama alanı kapsamındadır. Yine Direktif'in kişi bakımından uygulama alanı belirlenirken Avrupa Adalet Divanı'nın içtihatlarının da dikkate alınacağı

³⁶ EU, <<https://www.consilium.europa.eu/en/policies/pay-transparency/>>, Erişim Tarihi 13 Eylül 2023.

³⁷ EU Directive, 2023/970 of the European Parliament and of the Council of 10 May 2023 to Strengthen the Application of the Principle of Equal Pay for Equal Work or Work of Equal Value Between Men and Women Through Pay Transparency and Enforcement Mechanisms. <<https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2023/970/oj>>, Erişim Tarihi 20 Eylül 2023.

³⁸ Bknz.; Kadriye Bakırıcı, *Uluslararası Hukuk AB ve ABD Hukuku ile Karşılaştırmalı İş Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı İlkesinin İstisnaları ve Objektif Haklı Nedenler* 1. Bası, Seçin Yayınevi, 2012; Dilek Dulay Yangın, "Ulusalüstü Hukukta Eşit Değerde İş İçin Eşit Ücret İlkesi", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 15(59), 2018, s. 829-864; İrem Yayvak Namlı, "Almanya'da Yürürlüğe Giren Ücrette Şeffaflık Kanunu", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 75(2), 2017, s. 741-764; Gaye Burcu Yıldız, *İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu* 1. Bası, Yetkin Yayınevi, 2008.

2019/1152 sayılı Direktif'e benzer şekilde düzenlenmiştir. Önemli olan aynı veya eşit değerdeki işler için cinsiyete dayalı ücret konusunda bir fark olmamasıdır. Ücrette Şeffaflık ve Diğer Koruma Mekanizmaları Aracılığı ile Ücrette Eşitliğin Sağlanmasına Yönelik 2023/970 sayılı Direktif ile getirilen ve çalışma konumuz bakımından önem taşıyan haklardan biri, işyerinde uygulanmakta olan ücret politikası hakkında bilgi edinme hakkıdır. Bilgi edinme hakkına ilişkin düzenleme hem işyerinde çalışmakta olan işçileri hem de o işyerine çalışma üzere başvuran aday işçileri kapsamaktadır. Bununla birlikte çalışanlara ücret seviyeleri ve kariyer ilerlemelerini hakkında bilgi edinme hakkı tanınması oldukça ilerici nitelikte bir düzenlemedir.

Direktif sadece işyerinde çalışan işçilerin bilgi edinme hakkını değil, işe alım başvurusunda bulunan aday işçilerinde ücret hususunda bilgi sahibi olmasını özel olarak düzenlemektedir³⁹. Direktif m.5'e göre, aday işçi ilgili pozisyon için nesnel ve cinsiyetten bağımsız ölçütlere dayalı, başlangıç ücret düzeyi veya aralığı hakkında müstakbel işverenden bilgi alma hakkına sahiptir. Yine toplu sözleşmede bu hususta uygulanabilecek hükümler varsa işveren buna ilişkin bilgileri de vermek yükümlülüğündedir. Direktif'in düzenlemesine göre, işveren aday işçiye talebe gerek olmaksızın ödenecek ücret miktarı ya da aralığı hususunda bilgi vermek yükümlülüğündedir. Yine bu bilgilerin ne zaman verileceği de aynı maddede düzenlenmektedir. Buna göre, bu bilgiler yayımlanan iş ilanında belirtilebileceği gibi başvuru sahibinin talebine gerek kalmaksızın iş görüşmesinden önce aday işçiye sağlanacaktır. Bu düzenlemenin temelinde, adaylar ve işveren arasında pazarlık gücündeki eşitsizliği gidermek ve adil koşullarla pazarlık yapılmasını sağlaması amacı vardır. Direktif m.5 ile aday işçiye iş mülakatında ücret hususunda sorulacak sorulara ilişkin de sınırlama getirmektedir. Buna göre, işveren kendisi veya bir temsilcisi aracılığı ile yazılı veya sözlü olarak aday işçiye ücret geçmişine ilişkin soru sormayacaktır. Böylece önceki iş ilişkilerinde cinsiyete dayalı ayrımcılık sebebi ile düşük ücret alan adaylara daha düşük ücret teklif edilerek ayrımcılığın devam etmemesinin önüne geçilmiş olabilecektir.

Direktif bir işyerinde çalışanların hem ücret seviyeleri ve kariyer ilerlemesi konusunda hem de ücret farkları konusunda bilgi edinme hakkı

³⁹ Direktif hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.; Hazal Tolu-Yılmaz ve Burak Sönmez, "Avrupa Birliği'nin 2021/0050 Sayılı Direktif Tasarısı Işığında Türk Hukukunda (Cinsiyetler Arasındaki) Ücrette Eşitlik ve Şeffaflık İlkesi" Zeynep Üskül Engin, Doğan Kara, Dilşad Kuşoğlu (Ed.), *Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk*, On İki Levha Yayınevi, s. 166-212; Ayşe Gül Kökkılınç ve Gözde Kaya, "AB Hukukunda Kadın Erkek Arasında Ücret Eşitliği İlkesi: Güncel Gelişmeler Üzerine Bir İnceleme", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 48, 2022, s. 84-106.

olduğunu düzenlemektedir. Direktif m.6'ya göre, çalışanlar ücret seviyelerinin ve kariyer ilerlemelerinin belirlenmesinde dikkate alınan ölçütler konusunda bilgi edinme hakkına sahiptir. Bir başka ifade ile işverenler ücret seviyelerinin ve kariyer ilerlemelerinin belirlenmesinde dikkate alınan kıstaslar hususunda işçileri bilgilendirmekle yükümlüdür. Bu yükümlülüğün nasıl yerine getirileceği hususunda ise işverenlere belirli bir takdir marjı tanınmıştır. İşverenler yazılı veya sözlü bir talep karşısında bu yükümlülüğü yerine getirebilecekleri gibi, işyerinde ilan etme gibi yolları da tercih edebileceklerdir. Direktif 'in belki de en önemli düzenlemesi işçilere işyerinde eşit iş ya da eşit değerde iş yapan diğer işçilerin ücretleri hususunda bilgi edinme hakkı tanınmasıdır. İşveren işçinin talebi üzerine işyerinde eşit iş ya da eşit değerde iş yapan diğer işçilerin ücretleri ve cinsiyete göre ayrılmış ortalama ücret konusunda işçinin talebi üzerine makul sürede ve en çok iki ay içinde yazılı olarak sağlamakla yükümlüdür. Yine Direktif m.7/5'e göre, işveren eşit işe eşit ücret ilkesinin sağlanması amacıyla işçilerin ücretlerini açıklamalarını yasaklayamaz.

Direktif ücrette cinsiyet eşitliğinin sağlanması amacıyla işverenlere işyerinde cinsiyetler arası ücret farkını raporlama yükümlülüğü getirmiştir. Buna göre,

“250 veya daha fazla çalışanı olan işverenler, 7 Haziran 2027 tarihine kadar ve bu tarihten sonra her yıl,

150 ila 249 çalışanı olan işverenler, 7 Haziran 2027 tarihine kadar ve bu tarihten sonra her üç yılda bir,

100 ila 149 çalışanı olan işverenler, 7 Haziran 2031 tarihine kadar ve bu tarihten sonra her üç yılda bir, m.7/1'de belirtilen bilgileri” sağlayacaktır.

Buna göre, en az 100 işçi çalıştıran işverenler Direktif'te öngörülen şekilde işyerinde cinsiyetler arası ücret farkını raporlamakla yükümlüdür⁴⁰. Görüldüğü üzere Avrupa Birliği kadın ve erkek arasında eşit değer işin eşit ücret ödenmesi ve cinsiyete dayalı ayrımcılığın önlenmesi amacıyla özellikle ücrette şeffaflık ve işçinin bu hususlarda bilgi almasına ilişkin oldukça önemli ve ileri nitelikte düzenlemeler getirmiştir.

⁴⁰ Üye Devletler, yüzden az çalışanı olan işverenlerin de 1. paragrafta belirtilen bilgileri gönüllü olarak sağlamasını engellemeyeceği gibi ulusal hukukları gereği, yüzden az çalışanı olan işverenlerin ücret konusunda bilgi vermesini talep edebilecektir.

III. TÜRK İŞ HUKUKUNDA İŞVERENİN BİLGİ VERME YÜKÜMLÜLÜĞÜNE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

A. Genel Olarak

Türk İş Hukukunda işverenin çalışma koşullarına ilişkin işçiye bilgi verme yükümlülüğüne ilişkin genel bir hüküm bulunmamaktadır. 4857 sayılı Kanun'da bu husustaki yegâne hüküm m.8'dir. Buna göre, işveren iş sözleşmesinin yazılı yapılmadığı hallerde işçiye yazılı bir belge vermekle yükümlü kılınmıştır. Madde gerekçesine bakıldığında belgenin içeriği ve verilme süresi bakımından Avrupa Birliği 91/533 sayılı Direktif'in göz önünde tutularak düzenleme yapıldığı yer almaktadır⁴¹. Şekil, karşılıklı ve uygun irade beyanlarının açığa vurulmasında kullanılan bir kalıptır. O halde şekil serbestisi ile anlatılan aslında şekilsizlik değil, aksine taraflara kendilerine uygun gördükleri vasıtayı seçme hakkının tanınmasıdır. Burada da tarafların seçimi yazılı veya sözlü olabileceğinden iradi şekil olarak karşımıza çıkar. Rızai sözleşmelerden olan iş sözleşmesi kural olarak hiçbir özel şekil gerektirmeksizin karşılıklı irade beyanlarının uyuşması sonucu kurulabilmektedir. İş sözleşmeleri yazılı, sözlü ve hatta örtülü şekilde dahi kurulmasında hukuken engel yoktur⁴². Türk Borçlar Kanunu'nda da aynı esas benimsenerek aksini öngören bir hüküm bulunmadıkça iş sözleşmeleri özel bir şekil şartına bağlanmamıştır. İş hukukundaki bu serbesti Türk Borçlar Kanunu m.12/1'de öngörülen “sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir” kuralının da tekrarı niteliğindedir. Bununla birlikte kanunkoyucu bazı iş sözleşmeleri için bu kurala istisna getirerek şekil şartı öngörmüştür. 4857 sayılı İş Kanunu'nda süresi bir yıl ve daha fazla olan belirli süreli iş sözleşmeleri, takım sözleşmeleri, uzaktan çalışma, çağrı üzerine çalışmayı konu alan iş sözleşmelerinin yazılı yapılması öngörülmüştür. Hukukumuzda ayrıca Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu'ndan doğan iş sözleşmeleri ve 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'ndan doğan iş sözleşmelerinde de yazılı yapılması şartı bulunmaktadır⁴³. Bununla birlikte belirsiz süreli iş sözleşmelerinin kural, diğer sözleşmelerin istisna

⁴¹ Nihat Seyhun Alp, “İşverenin İş Sözleşmesinin Veya İş İlişkinin Koşulları Hakkında Bilgi Verme Yükümlülüğüne Dair 1991 Tarihli Ve 91/533/ AET Sayılı Avrupa Birliği Direktifi Ve Bu Direktif'in Türk İş Hukukuna Etkisi”, *İzmir Barosu Dergisi*, 84(1), 2019, s. 88 vd.

⁴² Arzu Arslan Ertürk, *İş Sözleşmesinde Şekil*, 1. Bası, Vedat Yayınevi, 2017, s. 5 vd; Adnan Tuğ, *Türk Özel Hukukunda Şekil*, 2. Bası, Mimoza Yayıncılık, 1994, s. 8 vd.

⁴³ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 536-538; Süzek, s. 323; Nuri Çelik/Nurşen Caniklioğlu/Talat Canbolat/ Ercüment Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri*, 35. Bası, Beta Yayınevi, 2022, s. 278 vd.

olması sebebi ile iş hukukunda şekil serbestisinin egemen olduğu hususunu değiştirmemektedir⁴⁴.

F. Yazılı Belge Verme Yükümlülüğü

İş sözleşmelerinin kuruluşunda şekil serbestisi, yürürlükten kalkan 1475 sayılı Kanun tarafından da kabul edilen ve halen yürürlükte bulunan 4857 sayılı Kanun ile de benimsenmiş temel ilkedir. Bununla birlikte, iş sözleşmesinin herhangi bir şekle tabi olmaksızın akdedilebilmesi işçi için bazı olumsuz sonuçları da beraberinde getirmektedir. Bu sonuçlardan en önemlisi, işçinin çalışma koşulları hakkında bilgi sahibi olmasına ilişkindir. Gerçekten de uygulamada yazılı sözleşme yapıldığı hallerde dahi işçiye çalışma koşullarını öğrenme imkânı dahi tanınmadığı görülmektedir. İş hukukunun doğuş nedenlerinden biri taraflar arası eşitsizlik bir başka ifade ile güç asimetrisidir. İşveren iş sözleşmesinin yazılı yapılmadığı hallerde ücret, işyeri, çalışma süreleri gibi esaslı ve diğer çalışma koşullarında değişiklik yapmak istediğinde bunu daha kolay gerçekleştirebilecek ve hatta hukuka aykırı olarak işçiye bu koşulları kabul etmeye zorlayabilecektir. Yine çalışma koşullarının yazılı tespit edilemediği hallerde ispat önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. İş sözleşmesinin varlığını ispat yükü işçi üzerindedir. İşçi ile işveren arasındaki bir hukuki uyumsuzlukta ücret tutarı ihtilafı ise, ücretin miktarını işçi ispatla mükelleftir. Bu sakıncaları gidermeyi amaçlayan kanunkoyucu 4857 sayılı İş Kanunu m.8 ile işverene yazılı sözleşme yapılmayan hallerde işçiye yazılı bir belge verme yükümlülüğü getirmiştir. Kanaatimizce burada işverenin genel bir yükümlülük olarak çalışma koşulları konusunda bilgi vermesinden bahsetmek mümkün olmadığı gibi, maddenin içeriği dikkate alındığı çalışma koşullarından sadece oldukça sınırlı bir bölümünün bu yazılı belgede yer alması gerektiği görülecektir. 4857 sayılı İş Kanunu m.8'in uygulanabilmesi için, bir başka ifade ile işverenin işçiye yazılı belge verme yükümlülüğünden bahsedebilmek için belirli koşulların oluşması gerekmektedir. Gerçekten de düzenlemeye göre, işçinin 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında olması, yazılı sözleşme yapılmamış olması ve iş sözleşmesinin süresinin belirsiz veya bir aydan fazla olması gerekir. Bu bölümde 4857 sayılı İş Kanunu m.8'in uygulanma koşulları, içeriği, süresi ve şekli 2019/1152 sayılı Avrupa Birliği Direktifi ile karşılaştırmalı olarak ele alınacaktır.

⁴⁴ Ali Güzel/ Deniz Ugan/ Emre Ertan, “Avrupa Birliği ve Türk İş Hukukunda İşverenin Çalışma Koşulları Hakkında İşçileri Bilgilendirme Yükümlülüğü”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9, Özel Sayı, 2007, s. 61.

1. Koşulları

a. İşçinin 4857 sayılı İş Kanunu Kapsamında Olması

İşverenin istihdam ettiği işçilere ilişkin yazılı belge verme yükümlülüğünün ilk koşulu, işçinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun kapsamında olmasıdır. Buna karşın detaylı olarak incelenen 2019/1152 sayılı Avrupa Birliği Direktif'inin kişi bakımından uygulama alanı oldukça geniştir. Direktif üye devletin kural olarak birlik üyesi devletlerin yürürlükteki hukuk kurallarına göre bir iş sözleşmesi ya da iş ilişkisine taraf olan işçilere uygulanacaktır. Direktif'in öngördüğü işçiyi bilgilendirme yükümlülüğü, Birlik üyesi devletlerin hukukundan kaynaklanan iş ilişkilerini kapsadığı için, iş görme ediminin ifa edildiği yerin Birlik içinde bulunması da zorunlu bir unsur değildir. Direktif daha önce yürürlükte olan hukuki enstrümanlardan farklı olarak işçi tanımını daha da genişletmiş ve işçi kavramının belirlenmesinde Avrupa Adalet Divanı'nın içtihatlarının göz önünde bulundurulması gerektiğini de düzenlemiştir. Direktif'in uygulama alanı, atipik çalışma biçimlerini; sıfır saat sözleşmeleri, geçici iş, evden çalışma gibi yeni çalışma biçimleri kupon usulüyle çalışma ve hatta platform çalışmasını dâhil, kapsamaktadır. Direktif'te işverenlerin belirlenen yükümlülüklere tabi olmayacağını Birlik üyesi ülkelerce belirleneceği istisnalara sınırlı şekilde yer verilmiştir⁴⁵. Her ne kadar Direktif'de yer alan bu istisnalar kişi bakımından uygulama alanına ilişkin eleştiriler getirmekte ise de Direktif'in uygulama alanının Türk iş hukukuna kıyasla oldukça geniş olduğu görülmektedir. Direktif atipik çalışma biçimlerini ve değişen işgücü piyasasına uyum sağlamak adına önemli düzenlemeler getirmiş ve bu düzenlemeler çalışma koşullarının öngörülebilirliği hususunda somut adım niteliğindedir.

Bilindiği üzere Türk İş Hukukunda tüm iş ilişkilerini düzenleyen bir

⁴⁵ Bunlardan ilki, üye devletler önceden belirlenmiş ve fiili çalışma zamanının birbirini izleyen dört haftalık bir referans dönemi esas alınarak, haftalık ortalama üç saatte eşit ya da daha az süre ile çalışan işçilere bu Direktif kapsamında yer alan yükümlülüklerin uygulanmasına karar verebileceği düzenlenmiştir. Bununla birlikte aynı maddenin üçüncü fıkrasında yer alan ve daha önce de belirttiğimiz gibi kanaatimizce getirilen en önemli düzenlemelerden biri de sıfır saat sözleşmeleri olarak adlandırılan (zero hours contract), herhangi bir ücretli çalışma güvencesinin kararlaştırılmadığı iş ilişkilerine, bu belirtilen istisnanın uygulanmamasıdır. Direktif bazı çalışan grupları bakımından da istisnalara yer vermiştir. Üye ülkeler objektif bir gerekçeye dayanarak, Bölüm III'de belirtilen hükümlerin kamu çalışanları, acil durum hizmetleri, silahlı kuvvetler, kolluk yetkilileri, hakimler, savcılar, müfettişler ve hukuku uygulamakla görevli çalışanların istisna tutulmasına karar verebilecektir. Yine Üye ülkeler ev hizmetinde çalışanlara belirli hükümlerin uygulanmamasına karar verebilirler. Özel düzenleme gereği balıkçılar ve denizciler için m. 4(2)'nin (m) ve (o) bentleri ve m. 7, 9, 10 ve 12 belirtilen yükümlülükler uygulanmamaktadır.

İş Kodu bulunmamakta, iş hukukuna dair kurallar dağınık halde mevzuatta düzenlenmektedir. 4857 sayılı İş Kanunu tüm işçilere uygulanmamakta Kanun'un 4. maddesinde istisna olarak saydığı iş ve iş ilişkileri bulunmaktadır. İş Kanunu'na tabi olmayan işçilerin bir kısmının hukuki statüsü özel olarak Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu ile düzenlenmiştir. İş sözleşmesinin yazılı yapılmadığı hallerde işverenin işçiye yazılı belge verme yükümlülüğü diğer İş Kanun'larında düzenlenmemiştir. Bununla birlikte Basın İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu ve bu Kanunlardan doğan iş sözleşmelerinin yazılı olarak yapılmasını öngörmektedir. Deniz İş Kanunu m.5'e göre, iş sözleşmesi işveren veya işveren vekiliyle gemiadamı arasında yazılı olarak iki nüsha yapılır ve taraflardan her birine birer nüsha verilir. Yine Kanun'un 6. maddesinde yazılı sözleşmede yer alacak unsurlarda on iki bent olarak sıralanmıştır⁴⁶.

Basın İş Kanunu'nda ise, "*Gazeteci ile kendisini çalıştıran işveren arasındaki iş akdinin yazılı şekilde yapılması mecburi*" olduğu 4. madde ile düzenlenmektedir. Basın İş Kanunu'nda yazılı iş sözleşmesinde yer alacak hususlar ise, Deniz İş Kanuna kıyasla daha sınırlıdır. Buna göre, Basın İş Kanuna tabi bir iş sözleşmesinde yazılı olarak işin türü, ücret ve gazetecinin kıdeminin yer alması zorunludur. Türk Borçlar Kanunu'na tabi iş ilişkileri bakımından ise daha farklı bir sonuca ulaşılmaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu'na benzer şekilde Türk Borçlar Kanunu'nda iş sözleşmelerinde şekil serbestisi esasını benimsemiştir. Türk Borçlar Kanunu'na tabi iş ilişkileri bakımından

⁴⁶ Bu düzenlemeye göre, Deniz İş Kanunu'na tabi bir iş sözleşmesinde;

1. İşverenin adı ve soyadıyla ikametgâh adresi,
2. Gemiadamının adı, soyadı, doğum tarihi ve yeri, sicil numarası ve ikametgâh adresi,
3. Gemiadamının çalışacağı geminin ismi, sicil numarası, grostonilatosu ve kaydedildiği sicil dairesi (Gemiadamının aynı işverenin muhtelif gemilerinde çalışması ihtimali mevcutsa, bu hizmet aktinde ayrıca belirtilir.)
4. Aktin yapıldığı yer ve tarih,
5. Gemiadamının göreceği iş,
6. Gemiadamının hizmete başlayacağı başlayacağı tarih ve yer,
7. Hizmet aktinin belli bir süre için yapılmış olup olmadığı, belli bir süre için yapılmış ise süresi veya sefer üzerine ise hangi sefer olduğu,
8. Kararlaştırılan ücret esasları ile miktarı,
9. Ücretin ödeme zamanı ve yeri ile zorunlu tutulan işverenler için gemiadamının ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkakının ödeneceği banka özel hesap numarası,
10. Avans şartları,
11. Diğer iş şartları,
12. Tirimciler ve ateşçiler ile yapılacak hizmet akitlerinde 25/5/1959 gün ve 7292 sayılı kanunla onanan sözleşmenin özeti." bulunması zorunludur.

iş sözleşmesinin yazılı yapılmadığı hallerde yazılı belge verme yükümlülüğü düzenlenmemektedir. Her ne kadar Basın İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu bu kanunlardan doğan iş sözleşmelerinin yazılı olarak yapılmasını ve sözleşmede yer alacak hükümleri düzenlese de 2019/1152 sayılı Avrupa Birliği Direktif'ine göre, oldukça sınırlı bir içeriğe sahip olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

b. Yazılı Sözleşme Yapılmamış Olması

4857 sayılı İş Kanunu işverenin işçiye yazılı belge verme yükümlülüğünü iş sözleşmesinin yazılı yapılmadığı hallerle sınırlamıştır. 4857 sayılı Kanunda iş sözleşmesinin yazılı olarak yapıldığı hallerde bu sözleşmenin içeriğinde yer alacak çalışma koşullarına ilişkin bir düzenleme getirilmemiştir. 2019/1152 sayılı Direktif ise, 4. maddesinde yer alan bilgilerin yazılı belge ile işçiye bildirilmesi yükümlülüğü getirmektedir. O halde 2019/1152 sayılı Direktif'e göre, iş sözleşmesinin yazılı olarak yapılmış olması yeterli değildir, yazılı yapılmış sözleşmede m.4'de belirtilen hususlarda bilgi verilmesi zorunludur. Bir başka ifade ile Direktif bakımından yazılı bir iş sözleşmesi akdedilmişse, m.4'de yer alan hususların yer alması zorunludur. Aksi halde işverenin bilgi verme yükümlülüğünü yerine getirdiği söylenemeyecektir. Oysa 4857 sayılı İş Kanunu bakımından böyle bir zorunluluk bulunmamakta, sadece tarafların kimlikleri ve imzalarıyla işçinin ücretinin yazılı olduğu bir iş sözleşmesi yazılılık koşulunu sağlayacaktır⁴⁷. Bu husus öğretide haklı olarak eleştirilmekte ve 4857 sayılı Kanun'un yürürlükten kalkmış olan 1475 sayılı Kanun'dan dahi geri bir düzenleme içerdiği belirtilmektedir. Gerçekten de 1475 sayılı Kanun'un 11. maddesindeki düzenlemede yazılı şekilde yapılacak sözleşmelerde bulunması gereken asgari hükümler düzenlenmiştir. Buna göre, yazılı şekilde yapılacak sözleşmelerde tarafların isim ve kimliklerinin, yapılacak işin, işyerinin adresinin, ücretin, ücretin ödeme şekli ve zamanının, var ise tarafların ileri sürdükleri özel şartların, sözleşmenin yapıldığı gün ve tarafların imzalarının bulunması gerekli olduğu yer almaktadır.

c. Belirsiz Süreli Bir İş Sözleşmesi Bulunması veya Süresinin Bir Aydan Fazla Olması

4857 sayılı İş Kanunu m.8 uyarınca işverenin yazılı belge verme yükümlülüğünün doğması için işçi ve işveren arasında belirsiz süreli bir iş sözleşmesi veya süresi bir aydan fazla olan belirli süreli bir iş sözleşmesi bulunması zorunludur. Daha önce de ele alındığı üzere süresi bir yıl ve daha

⁴⁷ Güzel/Ugan/Ertan, s. 64.

fazla olan belirli süreli iş sözleşmelerinin yazılı olarak yapılması gerektiği aynı maddenin ikinci fıkrasında özel olarak düzenlenmiştir. Süresi bir ayı geçmeyen belirli süreli iş sözleşmelerinde bu fıkra hükmü uygulanmayacağı, işverenin söz konusu yazılı belgeyi düzenleme yükümlülüğü bulunmadığı m.8/3’de açıkça ifade edilmiştir. 2019/1152 sayılı Direktif’e göre üye devletler, işverenlerin işçileri esaslı çalışma koşullarının hakkında bilgi vermeleri sağlama yükümlülüğü altındadır. Direktif çok sınırlı olarak düzenlediği istisnalar hariç olmak üzere, işverenin her çalışana bu Direktif’e uygun olarak gerekli bilgileri yazılı olarak sağlamak yükümlülüğünde olduğunu düzenlemiş, Türk Hukukunda olduğu gibi sözleşmenin niteliğine göre bir ayrıma gitmemiştir.

d. İçeriği

4857 sayılı Kanun m.8’e göre, yazılı belgede aşağıda belirtilen hususların bulunması zorunludur;

- Genel ve özel çalışma koşulları,
- Günlük ya da haftalık çalışma süresi,
- Temel ücret ve varsa ücret ekleri,
- Ücret ödeme dönemi,
- Süresi belirli ise sözleşmenin süresi,
- Fesih halinde tarafların uymak zorunda oldukları hükümler.

4857 sayılı Kanun m.8’in yazılı belgenin asgari içeriğine ilişkin bu düzenlemesi 91/533 sayılı Direktif ile düzenlenen birçok hususu kapsamaktadır. Bu düzenlemenin 91/533 sayılı Direktif ’den hareketle düzenlendiği gerekçede belirtilmiş⁴⁸ ise de 91/533 sayılı Direktif’de yer alan en temel unsurlardan biri olan taraflarının kimliğinin ya da işyerinin 4857 sayılı Kanun m.8’deki düzenlemesinde yer alamadığı görülmektedir. Yine m.8’de yer alan genel ve özel çalışma koşulları ifadesinin oldukça muğlak olduğu da haklı olarak öğreti de eleştirilmiştir⁴⁹. 2019/1152 sayılı Direktif’e göre, işçinin iş tanımı unvanı, derecesi veya çalıştırıldığı işin niteliği ve türüyle iş sözleşmesinin başladığı tarih, geçici iş ilişkisi ise Direktif’te belirtilen bilgiler, varsa deneme süresi ve koşulları, varsa işverence sağlanan

⁴⁸ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 280.

⁴⁹ Güzel/Ugan/Ertan, s. 65.

eğitim hakları, işçinin hak kazanacağı yıllık ücretli izin miktarı ve buna ilişkin prosedürler hususunda da bilgilendirilmesi gerekmektedir. 2019/1152 sayılı Direktif ayrıca çalışma düzeninin öngörülebilir olup olmamasına göre de bilgi verme yükümlülüğü kapsamında çalışma süresi bakımından önemli düzenlemeler getirmektedir. Özellikle çalışma şeklinin öngörülebilir olmadığı hallerde yani atipik istihdam biçimlerinde çalışma düzeninin değişken olması ilkesi, garanti edilen ücretli çalışma süresi ve garanti edilen çalışma süresine ek olarak yapılan çalışmanın ücreti; işçinin çalışması gerekebilecek referans saatler ve günler; işçinin çalışmaya çağrılacağı referans gün ve saatler ve işçinin işe başlamadan önce, işçiden iş görme borcunu yerine getirmesini çağrı yoluyla talep edileceği asgari süre ve m.10/3’de belirtilen işverenin iş görmesi için işçiye yaptığı çağrıyı iptal edebileceği zamana ilişkin bilgileri de içermek zorundadır. 2019/1152 sayılı Direktif’e göre, işçinin yazılı olarak işverence bilgilendirileceği diğer konular; varsa işyerinde yürürlükte olan toplu iş sözleşmeleri ve bu sözleşmeleri akdeden kurumlar ve işverenin sorumluluğu olduğu durumlarda primleri alan sosyal güvenlik kurumlarına ilişkin bilgiler ve varsa işveren tarafından sağlanan sosyal güvenlikle alakalı herhangi bir korumadır. Sonuç olarak, İş Kanunu’nun 8. maddesinde yer alan yazılı belgenin içeriğine yer alması zorunlu hususlar oldukça sınırlı niteliktedir ve 2019/1152 sayılı Direktif’in düzenlemesi ile örtüşür nitelikte değildir.

1. Süresi ve Şekli

Yazılı sözleşme yapılmayan hallerde işveren işçiye iş sözleşmesinin kurulmasından itibaren iki ay içinde yazılı belge vermek yükümlülüğündedir. 2019/1152 sayılı Direktif’te bilgi verme yükümlülüğüne ilişkin 91/533 Direktif’te benimsenen iki aylık süreden farklı esaslar öngörülmüştür. Gerçekten de 2019/1152 sayılı Direktif’te eski düzenlemedeki süre kısaltılarak, yedi günlük ve bir aylık olarak iki ayrı süre belirlemiştir. İki aylık sürenin başlangıç tarihi işçinin fiilen işe başladığı tarih değil, iş sözleşmesinin kurulduğu tarihtir⁵⁰. Kanundaki düzenlemeye göre, iş sözleşmesi iki aylık süre dolmadan sona ermiş ise, bu bilgilerin en geç sona erme tarihinde işçiye yazılı olarak verilmesi zorunludur⁵¹. Her ne kadar bu hükümlerle iş sözleşmesi iki aylık süre dolmadan sona erdiğinde işverenin bu yükümlülüğe tabi olmaması amaçlanmışsa da işçinin en geç iş sözleşmesinin sona erdiği tarihte bu belgeyi edinmesinin sağlayacağı faydanın sınırlı olduğu açıktır. İş

⁵⁰ Mustafa Kılıçoğlu ve Kemal Şenocak, *İş Kanunu Şerhi*, Güncellenmiş 2. Bası, Legal Yayınevi, 2008, s. 241; Güzel/Ugan/Ertan, s. 65.

⁵¹ Arslan-Ertürk, s. 136.

sözleşmesinin bildirim süresi verilerek sona erdiği hallerde ise yazılı belgenin en geç ne zaman verilmesi gerekeceği önemli bir sorudur. Öğretide bir görüş ihbar süresini fesheden tarafın tanıdığı hallerde, ihbar süresinin bitimi iki aylık süreyi aşıyorsa belge önel içinde olsa da en geç iki ayın dolduğu gün verilmelidir⁵². Öğretideki diğer görüş ise iş ilişkisinin bildirim süresince devam ettiğinden hareketle bu görüşe katılmamaktadır⁵³. Kanaatimizce, burada yasal düzenlemenin temel amacından hareket etmek doğru olacaktır. Yazılı belge verilmesinin temel amacı işçinin çalışma koşullarından mümkün olan en kısa sürede haberdar olması ve şekil serbestisi ilkesinin işçi için doğacak olumsuz sonuçların önlenmesidir. Bildirim süresi içinde iş ilişkisi devam etmekte olup, iki aylık süre Kanunda en geç olarak ifade edilmiştir. Belirtilen sebeplerle kanaatimizce fesheden taraf tarafından bildirim süresi verilmişse ve süre iki aylık süreyi aşıyorsa belge önel içinde olsa da en geç iki ayın dolduğu gün verilmelidir. İş sözleşmesinin işçinin ölümü ile sona erdiği hallerde ise işverenin bilgilendirme için yazılı belge verme yükümlülüğü ortadan kalkmaktadır. Zira söze konu yazılı belge işveren veya yetkili işveren vekili tarafından işçiye verilecek olup, mirasçılarının bu belgeyi talep hakkı mevcut değildir⁵⁴.

Yazılı sözleşme yapılmayan hallerde işveren işçiye iş sözleşmesinin kurulmasından itibaren iki ay içinde vereceği belgenin yazılı olması gerekir. Yazılılık koşuluna ilişkin Kanun'da elektronik iletişim araçlarından yararlanıp yararlanılamayacağı hususunda açıklık yoktur. Direktif işverenin işçiye erişilebilir olması koşuluyla elektronik ortamda bilgi verebileceği ve işveren ileti ya da alındı belgesini elektronik olarak muhafaza etmek kaydıyla elektronik iletişim araçlarından yararlanabileceği kabul edilmiştir. Aynı esaslar hukukumuz bakımından da kabul edilebilir niteliktedir. Yazılı belgenin hukuki niteliği ve dolayısıyla işverenin imzasını taşımasının zorunlu olup olmadığına ilişkin öğretide farklı görüşler mevcuttur. Öğretideki bir görüşe göre bu belgede, işverenin imzasının bulunmasının zorunlu niteliktedir⁵⁵. Bir başka görüş ise burada bir sözleşme olmadığı işverenin imzasının zorunlu olmadığını işverenin adı, unvanı ve bu belgenin işverene ait olduğunu gösteren

⁵² Ercan Akyiğit, "4857 sayılı Kanunda İdari Para Cezaları", *Çimento İşveren Dergisi*, 5(19), 2005, s. 17-18.

⁵³ Güzel/Ugan/Ertan, s. 65-66; Hande Heper, *İş İlişkisinde İşçinin İradesi*, 1. Bası, Seçkin Yayınevi, 2022, s. 277.

⁵⁴ Akyiğit, s. 16-17; Arslan- Ertürk, s. 136; Güzel/Ugan/Ertan, s. 66.

⁵⁵ Akyiğit, s. 17.

bir kaşe veya işaret de yeterli olacaktır⁵⁶. Kanaatimizce de Kanunda açıkça belge ifadesi yer almakta ve burada bir sözleşme olmadığı için Türk Borçlar Kanunu'nda öngörülen adi yazılı şekle ilişkin kurallar uygulanmayacaktır. O halde işverenin imzasının zorunlu olmadığı kabul edilmesi isabetli görülmektedir.

2. Belgenin Verilmemesinin Yaptırımı

İş sözleşmesinin yazılı yapılmadığı hallerde işçiye iki aylık süre içinde yazılı belge verilmemesinin temel yaptırımlardan birisi idari para cezası olarak karşımıza çıkmaktadır⁵⁷. 4857 sayılı İş Kanunu m.99/c'ye göre; 8 inci maddesinin son fıkrasındaki belgeyi işçiye vermeyen işveren veya işveren vekiline bu durumdaki her işçi için idari para cezası uygulanacaktır. İdari para cezasına bağlanan davranış, iş sözleşmesinin yazılı yapılmadığı hallerde iki aylık süre içinde Kanun'da yer alan unsurları içeren yazılı belge verilmemesidir. Bu sebeple işverenin yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılabilmesi için belge Kanun'da öngörülen tüm unsurları içermek zorundadır⁵⁸. Aynı şekilde Kanunda öngörülen iki aylık sürenin dolmasından sonra yazılı belgenin işçiye verilmesi işvereni idari para cezasından kurtarmayacaktır⁵⁹. O halde idari para cezasının belgenin verilmemesi veya geç verilmesi ya da Kanundaki unsurları taşımaksızın eksik hazırlanması halinde başlıca yaptırımın idari para cezası olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

İşverenin yazılı belge verme yükümlülüğünü ihlal etmesinin tek yaptırımının idari para cezası olması düşünülemez. Aksinin kabulü yazılı belge vermenin işverence bir yükümlülük olması ve 4857 sayılı Kanun m.8'in amacına ters düşecek niteliktedir. Öğretide, işverenin yazılı sözleşme yapılmayan hallerde genel ve özel çalışma koşullarını içeren bir yazılı belge verme yükümlülüğünün işverenin kanundan kaynaklanan yan edim borçları içinde olduğu haklı olarak öne sürülmektedir⁶⁰. İşçi bu belgenin kendisine verilmesini işverenden talep edebileceği gibi, işverenin bu talebe yanıt vermemesi ya da reddetmesi halinde de işçinin eda davası açarak belge

⁵⁶ Güzel/Ugan/Ertan, s. 66; Heper, s. 277.

⁵⁷ Nurşen Caniklioğlu ve Talat Canbolat, (2004) "4857 Sayılı İş Kanunu'nda Para Cezasına Bağlanan Yükümlülükler ve Bu Para Cezalarının Özellikleri", Kamu-İş, 7(3), 2004, s. 232.

⁵⁸ Akyiğit, s. 17

⁵⁹ Akyiğit, s. 17

⁶⁰ Güzel/Ugan/Ertan, s. 67; Heper, s. 278.

düzenlemesi ve teslimini isteyebilecektir⁶¹. Mahkeme de belgenin teslimi hususunda işvereni aynen ifaya mahkum edebilecek ve yargı kararına rağmen belgenin düzenlenerek işçiye teslim edilmemesi halinde ilamlı icra yoluna başvurulabilecektir. Düzenlenen belgenin yanlış bilgiler içermesi halinde dahi dava edilebileceği ileri sürülmektedir⁶². Belge verme yükümlülüğünün ihlali sebebi ile işçi zarara uğramışsa bu zararın tazminini isteyebilecektir.

Daha önce de ele alındığı üzere 91/553 sayılı Direktif'in öngördüğü yükümlülükler aykırılık halinde etkin bir yaptırım öngörülmemesi, işverenin bilgi verme yükümlülüğünün hayata geçirilememesinin önemli sebeplerinden birisiydi. 2019/1152 sayılı Direktif'in ise yaptırımlar ve icra edilebilirlik hususunda 91/553 sayılı Direktif'den daha ileri düzenlemeler içermektedir. 2019/1152 sayılı Direktif işçiye m.5/1 veya m.6'da belirtilen zorunlu bilgilerin tamamının veya bir kısmının zamanında verilmediği durumlarda üye devletlere iki önemli yükümlülük getirmektedir. Üye devletler bu yükümlülüklerden birini tercih edebileceği gibi ikisinin de ulusal mevzuatta yer almasını sağlayabilecektir. 2019/1152 sayılı Direktif ile getirilen ilk önemli yükümlülük, m.15'e göre işçinin m.5/1 veya m.6'da belirtilen zorunlu bilgilerin tamamını veya bir kısmını zamanında almadığı durumlarda mevzuatta işçi lehine bir karine getirilmesidir. Bununla birlikte üye devletler işçinin etkili bir şekilde çözüm sağlayacak ulusal bir otorite ya da kuruluşa şikâyeti dile getirme imkânı da sağlayacaktır. 2019/1152 sayılı Direktif aynı zamanda işçilerin, şikâyet veya Direktiften kaynaklanan haklarını kullandıklarında olumsuz muameleye veya bu eylemleri sonucu disiplin cezası ve fesih gibi sonuçlara karşı korunacağı hususunu da açıkça düzenlemektedir. İşçi 2019/1152 sayılı Direktif'ten kaynaklanan haklarını kullanması sebebi ile işten çıkarılır veya olumsuz muamele görürse, feshin haksız olmadığını ve farklı gerekçelere dayandığını mahkeme önünde kanıtlamak artık işverenin yükümlülüğündedir. Görüldüğü üzere 2019/1152 sayılı Direktif ispat yüküne ilişkin önemli bir düzenleme getirmektedir. Üye Devletler, bu 2019/1152 sayılı Direktif uyarınca kabul edilen ulusal mevzuatın veya bu Direktif kapsamındaki haklara ilişkin hâlihazırda yürürlükte olan ilgili hükümlerin ihlali durumunda uygulanacak cezalara ilişkin kuralları belirleyecek yetkin otoritedir. Ancak Direktifte de belirtildiği üzere öngörülen cezalar etkili, orantılı ve caydırıcı olmak zorundadır. (m.19)

⁶¹ Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 240.

⁶² Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 240.

4857 sayılı Kanunla getirilen yazılı belge verme yükümlülüğünün ihlali halinde işverene uygulanacak yaptırımlar caydırıcılıktan oldukça uzak niteliktedir. Özellikle idari para cezası oldukça cüzi olup, Direktif’de öngörülen yaptırımlara kıyasla işçinin çalışma koşullarına ilişkin bilgi sahibi olmasını sağlayacak nitelikte değildir. 91/553 sayılı Direktif’in yürürlüğü döneminde ileri sürülen ve halen geçerliliğini koruyan öğreti görüşüne göre, 4857 sayılı İş Kanunu yazılı belge verme yükümlülüğünü yerine getirmeyen işverene karşı işçinin başvurabileceği özel bir prosedürü içerecek şekilde yeniden kaleme alınmalıdır⁶³. Bahsedilen görüşe göre, işçi yazılı belgeyi düzenlemek veya vermektan kaçınan işverene yazılı ihtarda bulunmalı ve işveren bu ihtara rağmen kaçınmayı sürdürürse iş mahkemesine başvurarak belgenin kendisine verilmesine hükmedilmesini isteyecektir. Yine bahse konu görüşe göre, caydırıcılığı sağlamak adına yazılı belge verme yükümlülüğünü yerine getirmeyen işverenin işçinin üç aylık ücreti tutarında bir tazminata mahkûm edilmesi gibi yaptırımlara yer verilebilecektir⁶⁴.

3. Yazılı Belgenin İspat Gücü

4857 sayılı İş Kanunu m.8’de düzenlenen yazılı belgenin aynı zamanda bir ispat aracı olarak da karşımıza çıkabilmektedir. Yargıtay yazılı belgeye ilişkin verdiği bir kararında; *“Usulünce düzenlenmiş olan bu tür belgeler, işçinin ücreti noktasında işverenden sadır olan yazılı delil niteliğindedir. Kişi kendi muvazaasına dayanamayacağından, belgenin muvazaalı biçimde işçinin isteği üzerine verildiği iddiası işverence ileri sürülemez. Ancak böyle bir husus ileri sürülsün ya da sürülmesin, muvazaa olgusunun mahkemece resen araştırılması gerekmele, mahkemenin belgeye değer vermeden önce muvazaa şüphesini ortadan kaldırması ve kendiliğinden gerekli araştırmaya gitmesi gerekir. Çalışma belgesinde yer alan bilgilerin gerçek dışı olmasının da yaptırıma bağlanmış olması, belgenin ispat gücünü arttıran bir durumdur.....Kural olarak ücretin miktarı ve ekleri gibi konularda ispat yükü işçidedir. Ancak, bu noktada 4857 sayılı İş Kanununun 8. ve 37. Maddelerinin işverene bu konuda bazı yükümlülükler de getirdiği göz ardı edilmemelidir. Bahsi geçen kurallar, iş sözleşmesinin taraflarının ispat yüküne yardımcı nitelikte olduğu gibi, çalışma yaşamındaki kayıt dışılığın önlenmesi amacına da hizmet etmektedir. Bu yönde belgenin verilmiş olması ispat açısından işveren lehine olmakla birlikte, belgenin düzenlenerek işçiye*

⁶³ Güzel/Ugan/Ertan, s. 67.

⁶⁴ Güzel/Ugan/Ertan, s. 68.

verilmemiş oluşu, işçinin ücret, sigorta primi, çalışma koşulları ve benzeri konularda yasal güvencelerini zedeleyebilecek durumdadır. Çalışma belgesi ile ücret hesap pusulasının düzenlenerek işçiye verilmiş olması, iş yargısını ağırlıklı olarak meşgul eden, işe giriş tarihi, ücret, ücretin ekleri ve çalışma koşullarının belirlenmesi bakımından da önemli kolaylık sağlayacaktır. Bu bakımdan ücretin ispatı noktasında taraf delillerinin değerlendirilmesi sırasında, işverence düzenlenmesi gereken bu tür belgelerin düzenlenmiş olup olmamasının da gözetilmesi gerekir” ifadeleri dikkat çekicidir⁶⁵. Yine Yargıtay’ın ücretin ispatına ilişkin bir uyuşmazlığa ilişkin bir kararında aynı ifadelere yer verildiği görülmektedir⁶⁶.

Yargıtay yazılı belgeyi delil niteliğinde olduğunu kabul etmekle burada işverenden sadır olan ispat aracı nitelenmesi yapmaktadır. Bununla birlikte söze konu kararlarda belgenin verilmiş olmasının işveren lehine olduğunu belirterek bir çelişki yaratmaktadır⁶⁷. 4857 sayılı İş Kanunu m.8 anlamında düzenlenen yazılı belge işverence tek taraflı olarak düzenlenen ve işçinin imzasını taşımayan bir belgedir. Bu sebeple bu belgenin işçiyi bağlamayacağı ileri sürüle bile, işveren açısından bağlayıcı niteliktedir⁶⁸. O halde işçi bu belgede yer alan ücretten daha yüksek ücret aldığını her türlü delille kanıtlayabilmelidir. Bu halde işveren belgede yazılı ücretten daha az bir ücret olduğunu ileri süremeyecektir. Yine iş hukukunun dinamik yapısı çalışma koşullarının zaman içinde değişebilmesi belgenin ispat gücüne ilişkin sorular oluşturabilmektedir. İşte belirtilen sebeplerle yazılı belgenin işçi aleyhine delil oluşturamayacağı öğretiler ileri sürülmüştür⁶⁹. Yine aynı görüş, belgede yer alan bilgilerin gerçek dışı olmasının idari para cezasına bağlanmasının da yazılı belgenin ispat gücünü arttıracığına ilişkin Yargıtay’ın görüşünü eleştirmektedir. Aynı görüş, yabancı öğretiler ileri sürülen ve yazılı belgenin ispat değerinin taraflardan hangisinin buna dayandığına göre değişebileceğini ve işçi tarafından bu belge delil olarak gösterildiği takdirde belgenin gerçek

⁶⁵ Yargıtay 9. HD. E. 2007/15966 K. 2008/7310, T. 03.04.2008, < <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/> Erişim Tarihi 23 Kasım 2023.

⁶⁶ Yargıtay 9. HD. E. 2011/45641 K.2012/29184, T. 12.09.2012< <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/> Erişim Tarihi 23 Kasım 2023, Yine yakın tarihli bir Yargıtay kararında aynı ifadelere yer verilmiştir. Yargıtay 9. HD. E.2021/5327; K.2021/9527, T. 25.05.2021. <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/>> Erişim Tarihi 23 Kasım 2023.

⁶⁷ Güzel/Ugan/Ertan, s. 69.

⁶⁸ Erdem Özdemir, *İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları*, 1. Bası, Beta Yayınevi, 2006, s. 134.

⁶⁹ Güzel/Ugan/Ertan, s. 69-70.

bilgiler içerdiğine ilişkin karine oluşturması gerekeceğini çözüm olarak sunmaktadır⁷⁰. İşverenin bu belgeye dayanması durumunda ise belgenin doğruluğu hususunda işveren lehine bir karine oluşmamaktadır. Gerçekten de bu yazılı belge iş sözleşmesindeki taraflar arasındaki güç asimetrisi sonucu işverence tek taraflı olarak ve hazırlanmaktadır. Yazılı belgeye işçi lehine ispat hususunda değer atfedilmesi 2019/1152 sayılı Direktif'in amacı ve düzenlemeleri ile de uyumludur. Gerçekten de 2019/1152 sayılı Direktif ile üye devletlere getirilen iki yükümlülükten birisi de işçinin m.5/1 veya m.6'da belirtilen zorunlu bilgilerin tamamını veya bir kısmını zamanında almadığı durumlarda mevzuatta işçi lehine bir karine getirilmesidir.

G. Genel İşlem Koşulları ile Getirilen Bilgi Verme Yükümlülüğü

1. Genel İşlem Koşulları Kavramı

Türk iş hukuku bakımından işverenin bilgi verme yükümlülüğüne ilişkin ele alınması gereken bir başka husus ise Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen genel işlem koşullarıdır. Sözleşme görüşmelerinin yapılması şekline göre sözleşmeler bireysel ve standart sözleşmeler olarak sınıflandırılabilir⁷¹. Sözleşme özgürlüğü ilkesinin tarafların eşit olduğu ve sözleşme hükümlerini eşit ve özgür iradeleri ile adil şekilde oluşturulduğuna ilişkin temel varsayımı çok uzun bir süre kabul edilmiştir⁷². Buna göre, eşit olan taraflar sözleşme görüşmelerinde pazarlık yapacak ve sözleşmeyi kendi menfaatlerine en uygun uygun şekilde düzenleyeceklerdir⁷³. Oysa çoğu zaman sözleşmenin tarafları arasında eşitsizlik söz konusudur ve güçlü taraf diğer tarafa önceden hazırladığı bir metni sunarak ve sözleşme hükümleri üzerinde pazarlık imkânı tanımamakta ve hatta okuma imkânı dahi sunmamaktadır⁷⁴. Tip sözleşmelerin ve genel işlem koşullarının kullanımının yaygınlaşması ile zayıf tarafın

⁷⁰ Güzel/Ugan/Ertan, s. 70-71.

⁷¹ Murat Aydoğdu, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı", Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, *Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi Özel Sayı*, 8, 2013, s. 573 vd; O. Ersun Civan, *Genel İş Koşulları*, 1. Bası, Beta Yayınevi, 2015, s. 65; Polat Soyer, *Genel İş Koşulları*, 1. Bası, Banka Sigorta İşçileri Sigortası Yayınları, 1987, s. 30 vd.

⁷² Aydoğdu, s. 574; M. Yeşim Atamer, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*, 2. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, 2001, s. 16 vd.

⁷³ Hüseyin Hatemi ve K. Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 4. Bası, Vedat Yayınevi, 2017, s. 63.

⁷⁴ Aydoğdu, s. 575.

korunması sözleşmeler hukukunda önemli bir sorun haline gelmiştir. Bu sorunun çözümü için, zayıf tarafın korunarak sözleşme adaleti ilkesine hizmet eden uygulamalardan birisi de genel işlem şartlarına ilişkin hukuki düzenlemelerdir⁷⁵. İşverenler çoğu zaman işçiye çalışma koşullarını içeren bu düzenlemeleri tümüyle kabul veya ret şeklinde iki seçenek sunmakta, işçi çoğu zaman bu koşulları okuma ve öğrenme imkânına dahi sahip olamamaktadır. Konumuz bakımından önemi ise Türk Borçlar Kanunu m.21’de düzenlenen genel işlem koşullarına ilişkin bağlayıcılık denetiminde bilgi verme yükümlülüğüne açıkça yer verilmesidir. Gerçekten de genel işlem koşulu niteliğindeki hükümlerin bağlayıcı olması işçinin bu koşullar hakkında bilgi sahibi olması ön koşuluna bağlanmıştır.

Genel işlem koşulları tek tarafça belirlenen ve karşı tarafça değiştirilmeden kabul edilmesi niyetiyle sunulan sözleşme hükümleridir⁷⁶. Türk Borçlar Kanunu m.20’de genel işlem koşulları “*Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir.*” şeklinde tanımlanmıştır. Bir hükmün genel işlem koşulu sayılabilmesi için gerekli unsurlar şunlardır: sözleşmenin bir tarafınca önceden tek yanlı olarak belirlenmesi, soyut ve genel nitelikte olması, çok sayıda benzer sözleşmede kullanılmak amacıyla hazırlanması, kullanan taraf tarafından karşı tarafa sunulması ve bireysel sözleşme konusu yapılmamış olmasıdır⁷⁷. Bireysel sözleşmenin varlığı halinde sözleşme özgürlüğü ilkesi gereği taraflar emredici hükümlere riayet etmek koşulu ile diledikleri gibi sözleşmenin içeriğini belirleyebilirler. Artık bu halde, tarafların ek bir korumaya ihtiyacı olduğu söylenemez. Hangi hallerde bireysel sözleşmenin varlığının kabul edileceği önemli bir soru olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu soruyu cevaplayabilmek için birden fazla kıstas değerlendirilmelidir. Bireysel sözleşmenin varlığından bahsedebilmek için kıstaslardan biri sözleşme içeriğine ilişkin işçi ve işveren arasında bir müzakerenin varlığıdır. Aynı zamanda bireysel sözleşmenin varlığı için sözleşmenin karşı tarafının yani işçinin sözleşmenin içeriğine etki edebilme imkânının olup olmamasının da

⁷⁵ Hatemi ve Gökyayla, s. 63 vd.

⁷⁶ Atamer, s. 61 vd; Civan, s. 17; Ayşe Havutçu, *Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması*, 1. Bası, Güncel Yayınevi, 2003, s. 71 vd; Hayriye Şen-Doğramacı, *Çerçeve Sözleşmeler, Yayınlanmamış Doktora Tezi*, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010, s. 135.

⁷⁷ Atamer, s. 62 vd; Aydoğdu, s. 13 vd; Civan, s. 27 vd; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 17.Bası, Yetkin Yayınevi, 2017, s. 219 vd.

değerlendirilmesi gerekir⁷⁸. Bu soruya vereceğimiz cevap olumlu olduğu takdirde bireysel sözleşmeden bahsedilebilecek ve genel işlem koşullarına ilişkin denetim bu hükümlere uygulanmayacaktır. Bireysel bir sözleşme hükmünün genel işlem koşulu niteliğindeki hükümleri bertaraf edeceği doktrinde belirtilmektedir⁷⁹. Bu nedenle işçinin iradesini ortaya koyabildiği ve üzerinde müzakere edilmiş bireysel iş sözleşme hükümlerinde işçinin lehine veya aleyhine olması değerlendirilmemelidir. Burada bireysel sözleşme işçi aleyhine koşullar içerirse de öncelikli olarak uygulanacaktır. Mevzuatımızda, Türk Borçlar Kanunu m.20-25 ile yapılan düzenlemelerle genel işlem koşulları tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanabilir hale gelmiştir. Böylece genel işlem koşullarına ilişkin denetim, tüm özel hukuk sözleşmeleri için uygulanabilir hale gelmiştir⁸⁰. Türk Borçlar Kanunu m.20-25 hükümleri emredici nitelik taşımaktadır ve taraflar bu hükümlerin uygulanmayacağını kararlaştıramazlar⁸¹.

İş kanunlarında çalışma yaşamına ilişkin tüm esaslar eksiksiz şekilde düzenlenmiş değildir. İş kanununda düzenlenmeyen bir konuda, bir başka deyişle düzenleme boşluğu bulunması halinde genel kanunların uygulanacağına ilişkin bir hüküm yer almamaktadır. Bununla birlikte özel kanunlarda hüküm bulunmayan hallerde genel nitelikteki kanunun uygulanacağı hukuki bir esastır. Yine bu sonuca Türk Medeni Kanunu m.5 gereği de ulaşmak mümkündür. Türk Medeni Kanunu m.5'e göre, "*Bu kanun ve Borçlar Kanunu'nun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır*". O halde, Türk Borçlar Kanunu genel bir kanun olarak iş hukukunun özel niteliğine uygun düşmediği sürece uygulama alanı bulacaktır. Yargıtay da İş Kanunu'nda uyuşmazlığı çözecek bir hüküm

⁷⁸ Atamer, 2001, s. 72-77; Aydoğdu, 2013, s. 31 vd.

⁷⁹ Atamer, s. 62 vd; Aydoğdu, s. 13 vd; Civan, s. 27 vd; Eren, s. 219 vd.

⁸⁰ Atilla Altop, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi" Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2007, s. 254-260; Atamer, s. 10; Murat Aydoğdu, *Genel İşlem Koşulları Şerhi*, 1. Bası, Adalet Yayınevi, 2018, s. 3; Civan, s. 12.

⁸¹ Türk Borçlar Kanunu gerekçesinde de bu durum şu şekilde açıklanmıştır: "*Genel işlem koşullarının tâbi olduğu geçerlilik kuralları ile bunlara aykırılığın yaptırımları ve genel işlem koşullarının yorumlanması gibi konular açıklığa kavuşturulmuş ve tüm sözleşmeleri kapsayacak şekilde, genel hükümler kısmında emredici biçimde düzenlenmiştir*". O. Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1*, 2. Bası, Legal Yayınevi, 2018, s. 402; Şükran Ertürk, (2013) "Genel İş Koşulları ve Genel İş Koşullarının Denetlenmesi" *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15, Özel sayı, 2013, s. 91 vd; M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1*, 13. Bası, Vedat Yayınevi, 2017, s. 163.

bulunmadığında Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanabileceğine kararlarında yer vermektedir⁸². Türk Borçlar Kanunu m.20 vd. öngörülen genel işlem koşulları düzenlemelerinin iş hukukunda uygulanıp uygulanmayacağına belirlenmesi önem arz eder. Öncelikle, 4857 sayılı İş Kanunu'nda genel işlem koşulu niteliğindeki düzenlemeler için herhangi bir hüküm öngörülmemiştir, genel işlem koşullarını düzenleyen hükümler Türk Borçlar Kanunu'nda yer almaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan düzenleme incelendiğinde ise kişi bakımından uygulama alanında bir sınırlama öngörülmemiştir. Başka bir ifade ile düzenleme işçi, tacir, tüketici gibi kişi gruplarını da içeren tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanabilir niteliktedir. Aynı şekilde bu hükümlerin iş hukukunda uygulanmayacağına ilişkin bir istisna hükmü Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiştir. Türk Borçlar Kanunu ve 4857 sayılı İş Kanunu arasında genel ve özel kanun ilişkisi vardır. Böylece Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlemeler iş hukukunun özel karakterine uygun düştüğü sürece uygulanmak zorundadır.

2. Türk Borçlar Kanunu m.21'de Öngörülen Genel İşlem Koşullarının Bağlayıcılık Denetimi ve Bilgi Verme Yükümlülüğü

Türk Borçlar Kanunu'nda öngörülen genel işlem koşullarına ilişkin denetimin ilk aşaması genel işlem koşulu niteliğindeki hükmün sözleşmenin içeriğine dâhil olup-olmadığının belirleneceği bağlayıcılık denetimidir. Çalışma konumuz bakımından önemi ise Türk Borçlar Kanunu m.21'de düzenlenen genel işlem koşullarına ilişkin bağlayıcılık denetiminde bilgi verme yükümlülüğüne açıkça yer verilmesidir. Genel olarak bağlayıcılık denetimi ile amaçlanan husus düzenleyen tarafından sunulan genel işlem koşulu niteliğindeki hükümlere ilişkin kabul eden tarafın bu hükümlere ilişkin iradesinin belirlenmesidir. Bu denetim sonunda, sözleşmenin zayıf tarafının bu hükümleri kabul hususunda iradesinin olmadığı anlaşılırsa genel işlem koşulları yazılmamış sayılacaktır. Türk Borçlar Kanunu m.21'e göre "*Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu*

⁸² Yargıtay HGK. E. 1964/848, K. 1964/598 T. 30.09.1964; Süzek, s. 38. Aynı yönde; Yargıtay İBK. E. 1973/4, K. 1973/6 T. 24.12.1973. "...Yalnız bu konuda Yasada açık bir hüküm yoktur. Buna rağmen şartların gerçekleşmesi durumunda, kıyas yolu ile Borçlar Yasasının 44. maddesinin uygulama olanağı kabul edilmelidir. Çünkü Borçlar Yasasının 44. maddesinin niteliği itibarıyla geniş bir uygulama alanı vardır. Nitekim, haksız eylemlerde akte aykırı eylemlerde uygulanan bu hükmün yasadan doğan sorumluluklarda da uygulanacağı doktrinde kabul edilmiş bulunmaktadır. <<http://www.kazanci.com>>, Erişim Tarihi 13 Eylül 2023.

koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır” şeklinde belirtilmiştir. O halde Türk Borçlar Kanunu m.21’e göre genel işlem koşulu niteliğinde bir hükmün bağlayıcılık kazanmasının iki koşulu vardır. Bunlar: işverence işçiye hüküm hakkında açıkça bilgi verilmesi, öğrenme imkânı sağlanması ve işçinin bu hükümleri kabul etmesidir. Doktrinde bir görüş burada genel işlem koşulları kullanan tarafın yani işverenin koşulların içeriği hakkında bilgi verme yükümlülüğü olmadığını sadece bu koşulların varlığı hakkında uyarıda bulunma ve öğrenme imkânının sağlanmasının yeterli olduğunu belirtmiştir⁸³. Bu görüşe göre burada işçinin genel işlem koşullarının içeriğini öğrenmesi şart kılınmamış sadece işverene öğrenme imkânının sağlanması yükümlülüğü getirilmiştir⁸⁴. Diğer bir görüş ise kanunda açıkça bilgi verilmesinin arandığını bu yüzden genel işlem koşulları kullanıldığına ilişkin ikazın yeterli olmayacağını savunmaktadır⁸⁵. Kanaatimizce genel işlem koşullarının bağlayıcılık denetimi için kanunda aranan unsur işverenin işçiye genel işlem koşullarının kullanıldığına ilişkin bir uyarıda bulunması ve bu koşulları öğrenme imkânını sağlamasıdır. İşverenin tüm genel işlem koşullarını işçiye açıklaması beklenebilir nitelikte değildir. Burada işverenin dürüstlük kuralına göre, genel işlem koşulları bulunduğuyla ilişkin bir uyarı yapılması ve işçiye makul bir zaman tanıyarak bunları öğrenme imkânı tanınması aranmalıdır.

Türk Borçlar Kanunu m.21’de bağlayıcılık denetiminin yaptırımının genel işlem koşulu niteliğindeki hükümlerin yazılmamış sayılmasıdır. Türk Borçlar Kanunu m.22’de ise yazılmamış sayılmanın sözleşmeye etkisi *“Sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar*

⁸³ Civan, s. 168; Esra Kaşak, “Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları (6098 sayılı TBK m. 21/2)”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3(1), 2012, s. 418-419.

⁸⁴ Kaşak, s. 418.

⁸⁵ Antalya, s. 421-422; Aydoğdu, Şerh, s. 167 vd; Ebru Ceylan, Genel İşlem Koşulları, Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansı I, İstanbul, *İstanbul Barosu Yayınları*, 2014, s. 177; Başak Görgeç, “Genel İşlem Koşullarının Kişilik Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 19(1), 2013, s. 415-416; Benzer şekilde, işverenin işçiye bilgi verme yükümlülüğünü yerine getirmesi gerektiği, işverenin verdiği bilgi ile işçinin aydınlatılması mümkün olmadığı takdirde işçiye hükümlerin içeriğini kendi imkanları ile öğrenme fırsatı vermesi, hatta belki bu sebeple makul bir süre tanınması gerektiğine ilişkin doktrin görüşü için bkz. Ertürk, s. 93; Umut Yeniocak, “Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 107, 2013, s. 83.

olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.” olarak belirlenmiştir. Yazılmamış sayılma yaptırımının borçlar hukukunda nasıl anlamlandırılması gerektiği hususunda ise öğretilerde farklı görüşler vardır. Bu görüşler yazılmamış sayılmanın bir geçersizlik türü mü yoksa yokluğa ilişkin bir kavram olup olmadığı hususunda ayrılmaktadır. Öğretilerde bir görüşe göre, yazılmamış sayılmada hükümsüzlük yokluktur, çünkü burada zaten bir kabul beyanının varlığından söz edilemez⁸⁶. Yine bu doğrultuda bir görüşe göre, burada kısmi yokluk mevcuttur. Kısmi yokluk ile kastedilen yazılmamış sayılan hükümler yok niteliğindedir, diğer hükümler ise geçerliliğini korumaktadır⁸⁷. Yazılmamış sayılma yaptırımının kesin hükümsüzlük olarak anlaşılması gerektiği yönünde de doktrinde farklı görüşler mevcuttur⁸⁸. Son olarak doktrinde bir görüş yaptırım türlerinin sözleşmeler için geçerli olduğu ve bu yüzden sözleşme hükümleri niteliğinde olan genel işlem koşulları ile örtüşmediği ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, yazılmamış sayılma kendine özgü ve sözleşme hükümleri için uygulanabilecek özel bir yaptırım türüdür⁸⁹. Kanaatimizce yazılmamış sayılma anlatılmak istenen yokluktur⁹⁰. Türk Borçlar Kanunu m.22 bağlayıcılık denetiminden geçemeyen genel işlem koşulları dışında kalan hükümlerin geçerli olduğunu belirtmektedir. O halde, yazılmamış sayılan koşullar dışındaki hükümlerle varlığını koruyacaktır.

Görüldüğü üzere Türk Borçlar Kanunu m.21’de genel işlem koşulu içeren sözleşmeler bakımından bilgi verme yükümlülüğü açıkça düzenlenmektedir. O halde genel işlem koşulu içeren iş sözleşmeleri, işyeri iç yönetmelikleri gibi kaynaklarda yer alan hükümlerin bağlayıcı olabilmesinin işçiye bu hususta açıkça bilgi verilmesine bağlıdır. Ele alındığı üzere Türk Borçlar Kanunu genel işlem koşullarına ilişkin düzenleme, işçinin çalışma

⁸⁶ Oğuzman ve Öz, s. 165; Muzaffer Şeker, *Yazılmamış Sayılma*, 1. Bası, On iki Levha Yayınevi, 2015, s. 100 vd.

⁸⁷ Eren, s. 222 vd.

⁸⁸ Yazılmamış sayılmanın kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olduğuna ilişkin görüş için bkz.; Şebnem Akipek-Öcal, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşulları Hükümlerinin Konu Bakımından Uygulama Alanı” *İzmir Barosu Dergisi*, 80(3), 2015, s. 196; Ertürk, s. 93; Süzek Sarper, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İş Koşulları” *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 24, 2011, s. 7-14; Yazılmamış sayılmanın kısmi hükümsüzlük olduğuna ilişkin görüş için bkz; Hatemi ve Gökyayla, s. 66. Ayrıca, bu hususta esnek geçersizlik görüşünü savunan yazar için bkz; Antalya, s. 429-430.

⁸⁹ Adem Yelmen, *Türk Borçlar Kanunu’na Göre Genel İşlem Şartları*, 1. Bası, Yetkin Yayınevi, 2014, s. 105.

⁹⁰ Merve Kutlu-Mutluer, *Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk İş Hukukunda İşyeri İç Yönetmelikleri*, 1. Bası, Yetkin Yayınevi, 2022, s. 108.

koşulları hakkında bilgi sahibi olması için önemli bir adım olmakla birlikte çalışmamızda ele alınan işverenin bilgi verme yükümlülüğüne ilişkin genel bir hüküm niteliğinde değildir. Türk Borçlar Kanunu'nda düzenleme sadece genel işlem koşulu içeren sözleşme hükümleri bakımından uygulanabilecek niteliktedir. Yine 2019/1152 sayılı Avrupa Birliği Direktifi'nin amacı şeffaf ve öngörülebilir çalışma koşullarının oluşturulması ve işçiye bu koşullar hakkında bilgi verilmesidir. Türk hukukunda yer alan hükümler şeffaf ve öngörülebilir çalışma koşullarının oluşturulması ve nihayetinde daha adil bir iş ilişkisi kurulması amacını karşılayacak nitelikte değildir. Oysa çalışma koşullarının şeffaflığı ve öngörülebilirliği insana yakışır çalışma koşullarının gerçekleştirilmesi için önemli bir basamak olarak görülmelidir.

SONUÇ

Bilgi ve iletişim teknolojilerindeki gelişmeler iş hukukunu önemli ölçüde etkilemiş ve atipik istihdam biçimlerinin yaygınlaşması ile işyeri ve çalışma saatleri gibi iş hukukunun temel kavramlarını değişime uğratmıştır. Söze konu gelişmeler sonucu özellikle atipik istihdam biçimlerinde çalışma koşullarının belirlenmesi ve bu koşulların “şeffaflığı” ve “öngörülebilirliği” daha önemli bir konu haline gelmiş ve Avrupa Birliği İş Hukuku'nda önemli tartışmalara sebep olmuştur. Bu tartışmalar sonucu, işverenin bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin 91/533 sayılı Direktifi yürürlükten kaldırılarak, 2019/1152 sayılı Avrupa Birliği'nde Şeffaf ve Öngörülebilir Çalışma Koşullarına İlişkin Direktif yürürlüğe girmiştir. 2019/1152 sayılı Direktif'in temel amacı işgücü piyasasına uyum sağlarken, daha şeffaf ve öngörülebilir bir istihdamı destekleyerek çalışma koşullarını iyileştirmek olarak belirlenmiştir. 2019/1152 sayılı Direktif'in en önemli düzenlemelerinden birisi kişi bakımından uygulama alanına ilişkindir. 2019/1152 sayılı Direktif m.1/2' ye göre, bu Direktif kural olarak birlik üyesi devletlerin yürürlükteki hukuk kurallarına göre bir iş sözleşmesi ya da iş ilişkisine taraf olan tüm işçilere uygulanacaktır. 2019/1152 sayılı Direktif sıfır saat sözleşmeleri, kupon usulüyle çalışma ve hatta platform çalışmaları da dâhil tüm atipik çalışma biçimlerini kapsamaktadır. 2019/1152 sayılı Direktif'in kişi bakımından kapsamına ilişkin bu düzenleme çağrı üzerine çalışma veya sıfır saat sözleşmeleri gibi işveren tarafından belirlenecek oldukça değişken çalışma düzenine sahip işçilerin çalışma koşullarının şeffaflığı ve öngörülebilirliği bakımından oldukça önemli bir adımdır.

2019/1152 sayılı Direktif'e göre üye devletler, işverenlerin işçilere çalışma koşullarının hakkında bilgi verme yükümlülüğü altındadır. Direktif'te

bilgi verme yükümlülüğünün içeriği asgari olarak belirlenmiştir. Direktif'te belirtilen çalışma koşullarının hangi sürelerde işçiye yazılı olarak sağlanacağı hususunda ise Direktif yedi günlük ve bir aylık olarak iki ayrı süre belirlemiştir. Buna göre, iş ilişkisinin taraflarının kimlikleri, işyeri, işçinin görevlerini de içeren iş tanımı, iş ilişkisine başlama tarihi belirli süreli iş sözleşmesi olduğu durumlarda sözleşmenin sona erme tarihi veya süresi eğer varsa deneme süresi ve koşulları, ücret ve çalışma düzenine ilişkin bilgiler işçinin ilk iş gününden başlayarak ve en geç yedinci takvim gününde işçiye yazılı olarak sağlanmak zorundadır. Direktif m.4/2'de bahsi geçen diğer bilgiler ise, iş gününde başlayarak bir ay içinde işçiye sağlanmak zorundadır. Bu bilgiler işçiye bireysel olarak bir veya daha fazla belge şeklinde sağlanabilecektir. Çalışma düzenine ilişkin bilgilerle ilgili Direktif düzenlemesinde ikili bir ayımla ele alındığı için özellik arz etmektedir. Buna göre, çalışma düzeninin tamamen veya önemli ölçüde öngörülebilir olduğu hallerde işçi günlük veya haftalık çalışma süresi, fazla çalışma ücreti ve vardiyalı çalışma düzeninin söz konusu olduğu hallerde değişikliklere ilişkin düzenlemeler en geç yedi gün içinde işçiye sağlanmak zorundadır. Çalışma düzeninin öngörülebilir olmadığı kabul edilen hallerde ise süre aynı olmakla birlikte, bilgilendirme yükümlülüğü daha kapsamlı olacaktır. Buna göre; çalışma düzeninin değişkenliği ilkesi, ücrete hak kazanılacağı garanti edilen çalışma süresi, ücrete hak kazanacağı garanti edilen çalışma süresi hariç yapılacak çalışmanın ücreti, işçinin çalışmaya çağrılacağı referans gün ve saatler, işçinin işe başlamadan önce, işçiden iş görme borcunu yerine getirmesini çağrı yoluyla talep edileceği asgari süre ve m.10/3'de belirtilen işverenin iş görmesi için işçiye yaptığı çağrıyla iptal edilebileceği zamana ilişkin bilgileri içermek zorundadır. Bu zorunlu bilgilerin tamamının veya bir kısmının zamanında işçiye sağlanmadığı durumlarda ise mevzuatta işçi lehine bir karine getirilmesi ve üye devletlerin işçiye etkili bir şekilde çözüm sağlayacak ulusal bir otorite ya da kuruluşa şikâyeti dile getirme imkânı sağlaması gerektiğini özel olarak düzenlemektedir. İşveren her çalışana bu Direktif'e uygun olarak gerekli bilgileri yazılı olarak sağlamak yükümlülüğündedir. Yine Direktif, paralel istihdam, deneme süresi başta olmak üzere çalışma koşullarında asgari gerekliliklere ilişkin de önemli düzenlemeler getirmektedir. Avrupa Birliği'nde ücrette şeffaflığın sağlanması ve bilgi edinme hakkına ilişkin güncel bir gelişme olarak Ücrette Şeffaflık ve Diğer Koruma Mekanizmaları Aracılığı ile Ücrette Eşitliğin Sağlanmasına Yönelik 2023/970 sayılı Direktif yürürlüğe girmiştir. 2023/970 sayılı Direktif ile getirilen ve çalışma konumuz bakımından önem taşıyan haklardan biri, işyerinde uygulanmakta olan ücret politikası hakkında bilgi edinme hakkıdır.

Çalışanlara ücret seviyeleri ve kariyer ilerlemeleri hakkında bilgi edinme hakkı tanınması oldukça ilerici nitelikte bir düzenlemedir.

4857 sayılı İş Kanunu'na bakıldığında ise, işverenin bilgi verme yükümlülüğünü düzenleyen genel bir hüküm bulunmamaktadır. 4857 sayılı Kanun m.8 ile işverene yazılı sözleşme yapılmayan hallerde işçiye yazılı bir belge verme yükümlülüğü getirmiştir. Burada işverenin genel bir yükümlülük olarak çalışma koşulları konusunda bilgi vermesinden bahsetmek mümkün olmadığı gibi, maddenin içeriği dikkate alındığı çalışma koşullarından sadece sınırlı bir bölümünün bu belgede yer alması gerektiği görülecektir. İşverenin çalışma koşullarına ilişkin olarak işçiyi bilgilendirme yükümlülüğü iş sözleşmesinin yazılı yapıldığı hallerde de mevcut olması gerekmektedir. Zira, çalışma koşullarına ilişkin işçiye yazılı bir belge verilerek bilgilendirme yapılması ve iş sözleşmesinin yazılı olarak yapılması farklı hususlardır. Bu sebeple işverenin genel bir yükümlülük olarak yazılı bir bilgilendirme yapması kanaatimizce oldukça önemlidir. Bununla birlikte 4857 sayılı Kanunla getirilen yazılı belge verme yükümlülüğünün ihlali halinde işverene uygulanacak yaptırımlar caydırıcılıktan oldukça uzak niteliktedir. Kanunda açıkça bir bilgi verme yükümlülüğüne atıfta bulunan bir başka düzenleme ise genel işlem koşullarına ilişkin Türk Borçlar Kanunu m.21'dir. Genel işlem koşulu niteliğindeki hükümlerin bağlayıcılık kazanmasının koşullarından biri de bu hükümler hakkında işverenin işçiye açıkça bilgi vermesi ve öğrenme imkânı sağlamasıdır. Ele alındığı üzere bilgi verme yükümlülüğü sadece genel işlem koşulu niteliğindeki hükümler için ve oldukça sınırlı olarak düzenlenmiştir.

Direktif ile getirilen bilgi verme yükümlülüğü, iş güvencesinden yoksun istihdam ve sosyal dışlanma ile mücadele konusunda yeterli olmaktan uzak olmakla birlikte, insana yakışır çalışma koşullarının ve adil çalışma koşullarının gerçekleştirilmesi amacına hizmet eden bir basamak olarak görülmelidir. Çalışma koşullarının şeffaf ve öngörülebilir hale gelmesi için Direktif'in kapsayıcı yaklaşımı özellikle Avrupa Adalet Divanı'nın içtihatları ile de şekillenecek ve uzun dönemde iş ilişkisinin adil olmasına katkı sağlayacak niteliktedir. Avrupa Birliği'ndeki güncel gelişmeler göstermektedir ki çalışma koşullarının şeffaflığı ve öngörülebilirliği hem işçi hem de işveren açısından oldukça önemlidir. Özellikle atipik çalışma biçimlerinde çalışma koşullarının belirsizliğinin yarattığı dezavantajlardan işçinin korunması gereklidir. Türk iş hukuku mevzuatında işverenin bilgi verme yükümlülüğünü düzenleyen genel bir hüküm bulunmamaktadır. İş Kanunu'nda öngörülen sadece yazılı sözleşme

yapılmayan hallerde getirilen yazılı belge verme yükümlülüğü ve buna ilişkin yaptırımlar değişen ve gelişen iş yaşamında işçileri korumaktan uzaktır. Bu sebeple 4857 sayılı İş Kanun'da 2019/1152 sayılı Direktif ile getirilen işverenin çalışma koşulları hakkında işçiye bilgi verme yükümlülüğü ilişkin esaslara paralel olarak genel bir düzenleme yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- Akın L, “İşçinin Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Fesih Hakkı”, *Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası*, 27(2), 2013, s. 38-50.
- Akipek-Öcal Ş, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Genel İşlem Koşulları Hükümlerinin Konu Bakımından Uygulama Alanı” *İzmir Barosu Dergisi*, 80(3), 2015, s. 187-205.
- Akyiğit E, “4857 sayılı Kanunda İdari Para Cezaları”, *Çimento İşveren Dergisi*, 5(19), 2005, s. 1-64.
- Aloisi A, “Commoditized Workers: Case Study Research on Labor Law Issues Arising from a Set of “On-Demanding/Gig Economy” Platforms”, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 37, 2016, s. 620-653
- Alp N S, “İşverenin İş Sözleşmesinin Veya İş İlişkinin Koşulları Hakkında Bilgi Verme Yükümlülüğüne Dair 1991 Tarihli Ve 91/533/ AET Sayılı Avrupa Birliği Direktifi Ve Bu Direktif’in Türk İş Hukukuna Etkisi”, *İzmir Barosu Dergisi*, 84(1), 2019, s. 83-133.
- Altop A, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’ndaki Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi” *Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2007, s. 254-260.
- Antalya O G, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1*, 2. Bası, Legal Yayınevi, 2018.
- Aranguiz A / Bednarowich B, “Adapt or Perish: Recent Developments on Social Protection in the EU under a Gig Deal of Pressure”, *European Labour Law Journal*, 9(4), 2018, s. 329-345.
- Arslan-Ertürk A, *İş Sözleşmesinde Şekil*, 1. Bası, Vedat Yayınevi, 2017.
- Atamer M Y, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*, 2.Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, 2001.
- Aydoğdu M, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı”, *Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi Özel Sayı*, 8, 2013, s.571-621.

- Aydoğdu M, *Genel İşlem Koşulları Şerhi*, 1. Bası, Adalet Yayınevi, 2018.
- Bakırcı K, Uluslararası Hukuk AB ve ABD Hukuku ile Karşılaştırmalı İş Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı İlkesinin İstisnaları ve Objektif Haklı Nedenler 1. Bası, Seçin Yayınevi, 2012.
- Bartłomiej B, (2019), “Delivering on the European Pillar of Social Rights: The New Directive on Transparent and Predictable Working Conditions in the European Union”, *Industrial Law Journal*, 48(4), s. 604-623.
- Canıklioğlu N / Canbolat T, “4857 Sayılı İş Kanunu’nda Para Cezasına Bağlanan Yükümlülükler ve Bu Para Cezalarının Özellikleri”, *Kamu-İş*, 7(3), 2004, s. 221-245.
- CEEP, “Comments on the future proposal from the European Commission for revising the Written Statement Directive in the framework of the European Pillar of Social Rights”, <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/%20en/ip_22_6895>, Erişim Tarihi 13 Eylül 2023.
- Ceylan E, “Genel İşlem Koşulları”, Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansı I, *İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları*, 2014, s. 172-189.
- Civan O. E, *Genel İş Koşulları*, 1. Bası, Beta Yayınevi, 2015.
- Çelik N / Canıklioğlu N / Canbolat T / Özkaraca E, *İş Hukuku Dersleri*, 35. Bası, Beta Yayınevi, 2022.
- De Stefano V, “Introduction: Crowdsourcing, the Gig-Economy, and the Law” *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 37, 2016, s. 461-470.
- De Stefano V, “The Rise of the “Just-In-Time Workforce”: On-Demand Work, Crowdwork, and Labor Protection in the “Gig- Economy” *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 37, 2016, s. 471-504.
- Directive” (Directive 91/533/EEC), 2017, <https://eur-lex.europa.eu/SWD_REFIT.,17.>, Erişim Tarihi 13 Eylül 2023.
- Dulay Yangın D, “Ulusalüstü Hukukta Eşit Değerde İş İçin Eşit Ücret İlkesi”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 15(59), 2018, s. 829-864.
- Dulay-Yangın D, “Endüstri 4.0, Dijitalleşme ve İş Hukukunun Geleceği- Dijital Platformların Ortaya Çıkardığı Hukuki İlişkiler Çerçevesinde

Değerlendirilmesi”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 78(3), 2020, s.1209-1237.

Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 17.Bası, Yetkin Yayınevi, 2017.

Ertürk Ş, (2013) “Genel İş Koşulları ve Genel İş Koşullarının Denetlenmesi” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15, Özel sayı, 2013, s.81-118.

EU “Precarious Employment in Europe - Part 1: Patterns, Trends and Policy Strategy”, Committee of the European Parliament, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 11, <[www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/587285/IPOL_STU\(2016\)587285_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/587285/IPOL_STU(2016)587285_EN.pdf)>, Erişim Tarihi 13 Eylül 2023.

EU Commission, “Staff Working Document REFIT Evaluation of the “Written Statement

EU Commission, (2017) “Commission Staff Working Document Impact Assessment Accompanying the Document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Transparent and Predictable Working Conditions in the European Union”, 2017, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=CELEX:52017SC0478.478>>, Erişim Tarihi 13 Eylül 2023.

EU, “Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Establishing a European Pillar of Social Rights”, 2017, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2017:0250:FIN>>, Erişim Tarihi 13 Eylül 2023.

EU, “Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Transparent and Predictable Working Conditions in the European Union” COM (2017) <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52017PC0797>>, Erişim Tarihi 13 Eylül 2023.

EU, <<https://www.consilium.europa.eu/en/policies/pay-transparency/>>, Erişim Tarihi 13 Eylül 2023.

Eurofound “New Forms of Employment” Luxembourg: Publications Office of the European Union., 2015. <<https://www.eurofound.europa.eu/en/publications/2015/new-forms-employment>>, Erişim Tarihi 13 Eylül 2023.

European Public Service Union, “EPSU Disappointed by Loophole in Draft Law That Could Deny New Rights to Public Service Workers” <<https://www.epsu.org/article/epsudisappointed-loophole-draft-law-could-deny-new-rights-public-service-workers>> , Erişim Tarihi 13 Eylül 2023.

European Trade Union Confederation, “Transparent and Predictable Working Conditions Directive: ETUC Urges All EU Member States to Extend Protection to Every Worker” <<https://www.etuc.org/en/pressrelease/transparent-andpredictable-working-conditions-directive-etuc-urges-all-eu-member>>, Erişim Tarihi 13 Eylül 2023.

European Youth Forum, “New EU Directive Adopted - A Flawed But Important First Step” <<https://www.youthforum.org/new-eu-directive-adopted-flawedimportant-first-step>>, Erişim Tarihi 13 Eylül 2023.

Georgiou D, “The new EU Directive on Transparent and Predictable Working Conditions in the context of new forms of employment”, *European Journal of Industrial Relations*, 28(2), 2022, s. 193–210.

Görgeç B, “Genel İşlem Koşullarının Kişilik Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 19(1), 2013, s. 403-440.

Gürkan E. S, “2019/1152 sayılı Avrupa Birliğine Üye Ülkelerde Şeffaf ve Öngörülebilir Çalışma Koşulları Hakkında Yönerge’de Yer Alan İşçinin Başka İşte Çalışmasına İlişkin Hükümün Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, 15, Özel Sayı, 2023, s. 357-402.

Güzel A / Ugan D / Ertan E, “Avrupa Birliği ve Türk İş Hukukunda İşverenin Çalışma Koşulları Hakkında İşçileri Bilgilendirme Yükümlülüğü”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9, Özel Sayı, 2007, s. 43-74.

Hatemi H / Gökyayla K E, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 4. Bası, Vedat Yayınevi, 2017.

Havutçu A, *Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması*, 1. Bası, Güncel Yayınevi, 2003.

Heper H, *İş İlişkisinde İşçinin İradesi*, 1. Bası, Seçkin Yayınevi, 2022.

- ILO, “Digital Labour Platforms and Future of Work”, Towards Decent Work in the Online World” Geneva, 2018. <[https:// www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_645337.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_645337.pdf)> Erişim Tarihi 13 Eylül 2023.
- İren E, *Avrupa Birliği İş Hukuku Yönergeleri Karşısında 4857 sayılı İş Kanununun Durumu*, 1. Bası, Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası Yayınevi, 2008.
- Kaşak E, “Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları (6098 sayılı TBK m. 21/2)”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3(1), 2012, s. 415-430.
- Kılıçoğlu M / Şenocak K, *İş Kanunu Şerhi*, Güncellenmiş 2. Bası, Legal Yayınevi, 2008.
- Kökkılınç A. G / Kaya G, “AB Hukukunda Kadın Erkek Arasında Ücret Eşitliği İlkesi: Güncel Gelişmeler Üzerine Bir İnceleme”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 48, 2022, s. 84-106.
- Kutlu-Mutluer M, *Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk İş Hukukunda İşyeri İç Yönetmelikleri*, 1. Bası, Yetkin Yayınevi, 2022.
- McCann D / Fudge J, “Unacceptable Forms of Work: A Multidimensional Model”, *International Labour Review*, 156(2), 2017, s. 147-184.
- Menegatti E, “The Evolving Concept of “worker” in EU law”, *Italian Labour Law e-Journal*, 12, 2019, s. 71-83.
- Mollamahmutoğlu H / Astarlı M / Baysal U, *İş Hukuku*, 7. Bası, Lykeidon Yayınevi, 2022.
- Multimedia Centre, <https://multimedia.europarl.europa.eu/en/workingconditions-european-union-vote_I161743-V>, Erişim Tarihi 14 Eylül 2023.
- Oğuzman M K / Öz M T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1*, 13. Bası, Vedat Yayınevi, 2017.
- Özdemir E, *İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları*, 1. Bası, Beta Yayınevi, 2006.
- Prassl J, *Humans as a Service: The Promise and Perils of Work in the Gig Economy*, 1. Bası, OUP, 2018.

- Risak M, “Fair Working Conditions for Platform Workers” Possible Regulatory Approaches at the EU Level” *Friedrich- Ebert- Stiftung*, 2017, <<https://library.fes.de/pdf-files/id/ipa/14055.pdf>>, Erişim Tarihi 13 Eylül 2023.
- Rodgers L, *Labour Law, Vulnerability and the Regulation of Precarious Work*, 1. Bası, Edward Elgar Publishing, 2016.
- Soyer P, *Genel İş Koşulları*, 1. Bası, Banka Sigorta İşçileri Sigortası Yayınları, 1987.
- Süzek S, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İş Koşulları” *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 24, 2011, s. 7-14.
- Süzek S, *İş Hukuku*, 18. Bası, Beta Yayınevi, 2019.
- Şeker M, *Yazılmamış Sayılma*, 1. Bası, On iki Levha Yayınevi, 2015.
- Şen-Doğramacı H, *Çerçeve Sözleşmeler*, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü *Yayımlanmamış Doktora Tezi*, 2010.
- Tolu-Yılmaz, H/ Sönmez B, “Avrupa Birliği’nin 2021/0050 Sayılı Direktif Tasarısı Işığında Türk Hukukunda (Cinsiyetler Arasındaki) Ücrette Eşitlik ve Şeffaflık İlkesi” Zeynep Üskül Engin, Doğan Kara, Dilşad Kuğuoğlu (Eds.), *Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk*, On İki Levha Yayınevi, 2022, s. 166-212.
- Tuğ A, *Türk Özel Hukukunda Şekil*, 2. Bası, Mimoza Yayıncılık, 1994.
- Vosko L. F, *Managing the Margins: Gender, Citizenship and the International Regulation of Precarious Employment*, 1. Bası, OUP, 2010.
- Westregård A, “Precarity of New Forms of Employment under Swedish Labour Law”, J. Kenner, I. Florczak and M. Otto (Ed.), *Precarious Work: The Challenge for Labour Law in Europe*, Edward Elgar Publishing, 2019, s. 99-113.
- Westregård A, “The Notion of “Employee” in Swedish and European Union Law. An Exercise in Harmony or Disharmony”, L. Carlson, Ö. Edström and B. Nyström (Ed.), *Globalisation, Fragmentation, Labour and Employment Law – A Swedish Perspective*, Iustus Förlag, 2016, s. 185-206.
- Yayvak Namlı İ, “Almanya’da Yürürlüğe Giren Ücrette Şeffaflık Kanunu”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 75(2), 2017, s. 741-

764.

Yelmen A, *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartları*, 1. Bası, Yetkin Yayınevi, 2014.

Yeniocak U, “Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 107, 2013, s. 75-96.

Yıldız G. B, *İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu* 1. Bası, Yetkin Yayınevi, 2008.

Yiğit Y, “İşverenin Çalışanlara İş Koşulları Hakkında Bilgi Verme Yükümlülüğü”, *Çalışma ve Toplum*, 4, 2009, s. 79-114.

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

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVIII Nisan / April 2024 Sayı / No. 2

KAMBIYO SENETLERİNDE TAHSİL CİROSU
ENDORSMENT FOR COLLECTION IN BILLS OF EXCHANGE

Ahmet Cemil ÜNAL* 

ÖZET

-10.34246/ahbvuhfd.1440352 

Kambiyo senedinin hamili; çeşitli sebepler nedeniyle, senet bedelini kendisi tahsil etmek isteyebilir veya tahsil edemeyecek durumda olabilir. Bu sebeplerden dolayı, hamil senede bağlı alacağını elde etmek için, senet bedelini tahsil etme yetkisini üçüncü bir kişiye devretmek isteyebilir. Bundan dolayı senedi temlik veya rehin cirosu yoluyla devretmesi pek çok sebeple senet hamili aleyhine sonuçlar yaratabilir. Bu bakımdan hamil yalnızca senedin tahsil edilmesi konusundaki yetkisini devrettiği ciro türü olan tahsil cirosu ile senedin tahsil edilmesini sağlayarak ortaya çıkması olası sakıncaları önleyebilecektir. TTK m.688/1'e göre; senedi tahsil cirosuyla devralan kişi, senetten doğan bütün hakları kullanabilir. Öğretide tahsil cirosuyla, hamilin yapacağı işlemlerin bir kısmı konusunda tartışma bulunmazken, bir kısım işlemler konusunda ise görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Tahsile ilişkin işlemlerde, buna bağlı hakları koruyucu işlemlerin yapılması konusunda bir tartışma bulunmamaktadır. Ancak hamilin senet bedeli üzerinde tasarrufta bulunup bulunamayacağı konusunda farklı görüşler ileri sürülmektedir.

Anahtar Kelimeler: *Ciro, Tahsil Cirosu, Kambiyo Senedi, Ciranta, Hamil.*

ABSTRACT

Holder of the bill of exchange; Due to various reasons, he may not want to collect the bill price himself or may not be able to collect it. For these reasons, the holder

* **Dr. Öğr. Üyesi,** Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı/ ANKARA, **e-posta:** acemilunal@yahoo.com, **ORCID:** 0000-0003-1206-1946, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1440352.

- **Atıf Şekli/ Cite As:** Ünal A. C., “Kambiyo Senetlerinde tahsil Cirosu”, *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28(2), 2024, s. 137-157.
- **İntihal / Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*



may wish to transfer his authority to collect the bill price to a third party in order to collect his receivables under the bill. Therefore, transferring the promissory note through assignment or pledge endorsement may create adverse consequences for the holder of the promissory note for many reasons. In this regard, the holder can only prevent possible drawbacks by ensuring that the bill is collected through a collection for endorsement, which is the type of endorsement in which the holder transfers his authority to collect the bill. According to TCC article 688/1; the person who transfers the bill with a collection endorsement can use all rights arising from the bill. While there is no debate in the doctrine about some of the transactions to be made by the holder with the collection for endorsement, there are differences of opinion about some transactions. In transactions related to collection, there is no discussion about taking actions to protect the rights related to this. However, different opinions are put forward as to whether the holder can make savings on the price of the bill.

Keywords: Endorsement, Endorsement for Collection, Bill of Exchange, Endorser, Holder.

EXTENDED ABSTRACT

When we look at the provisions of the Turkish Commercial Code regarding negotiable instruments, it can be seen that the bill of exchange is prepared in detail and in other matters, references are made to the relevant bills of exchange provisions to the extent that it is compatible with its content. Regarding endorsement, it is seen that the Law does not disrupt this systematic, and regarding the endorsement of bills and cheques, it is stated that the provisions regarding the endorsement of policies will be applied to the extent that they comply with their qualifications (TCC art. 718/1, art. 818/1).

In the Turkish Commercial Code, collection for endorsement is regulated as a single article (Art. 688). In order for this legal provision to be implemented and the endorsement transaction to be carried out, the bill must be in the nature of a bill of exchange. Otherwise, since the circulation feature of the promissory note cannot be mentioned, its transfer may only be possible in accordance with the provisions of the TCO on the assignment of receivables.

In the transfer by endorsement, a balance is established between the interest in transaction and circulation security and the interest of the real rights owner. Endorsement of promissory notes; It provides the circulation of bills of exchange, which are frequently used in commercial life. Because of this feature, endorsement has an important place in the continuity of commercial life. Due to this importance, it can easily be said that endorsement includes not only legal functions but also economic functions.

The issue of making the collection for endorsement as a white endorsement, which can be done with a full endorsement, is controversial in the doctrine. According to the first opinion, which we also agree with; the holder, who takes over the bill with a

collection for endorsement and is therefore appointed as a proxy to collect the rights arising from the bill on behalf of the endorser, can use all rights related to the bill for the purpose of collecting the bill. The endorser, who transfers the bill with a collection endorsement, also follows up on whether the attorney holder has collected the price of the bill. Because the attorney holder is responsible to his endorser for carrying out the necessary transactions for the collection of the bill, within the framework of the provisions of the power of attorney (or service) contract. In the same vein, the proxy holder is obliged to return the collected bill price to the principal holder endorser in case of non-payment. In a collection endorsement, the holder can only transfer the bill to someone else through a collection for endorsement, that is, by proxy. Therefore, it is necessary to know who holds the bill as proxy in the collection for endorsement.

It is controversial in the doctrine whether the agent-holder can dispose of the price of the promissory note, in other words, whether he is authorized to make peace, waiver and release. According to the first view, the authority of the holder of the collection for endorsement to exercise all rights arising from the promissory note is interpreted broadly, and it is stated that the agent-holder is authorized to make peace, waive and discharge. According to the second opinion, which we also agree with, since the purpose of the collection for endorsement is only to collect the bill price, it is not possible for the agent-holder to carry out the transactions in question that cause loss of rights without special authority. Because, in the collection for endorsement, the endorser does not want to collect the bill price himself, but through the person (agent-holder) to whom he endorses the bill for collection purposes. However, in the case of settlement, waiver and release, contrary to the purpose of collecting the price of the bill, there are certain legal dispositions that can only be made by the holder of the right on this price, and the proxy holder is not authorized to make peace, waiver and release in cases where he is not expressly authorized in this regard.

GİRİŞ

Makalemizde öncelikle kambiyo senetlerinde cironun tanımı yapılacak, sonra cironun hukuki niteliğine ilişkin teoriler incelenecektir. Daha sonra makalemizin esas konusunu oluşturan tahsil cirosunun tanımı, şekli, hamilin yetkileri, türleri ve defiler konularına değinilecek, son olarak da benzer kavramlarla karşılaştırılması ve sona ermesi konuları üzerinde durulacaktır.

Türk Ticaret Kanunu'nun kıymetli evraka ilişkin hükümlerine bakıldığında poliçenin ayrıntılı bir biçimde düzenlendiği, diğer konularda da içeriğine uygun düştüğü ölçüde ilgili poliçe hükümlerine atıf yapıldığı görülmektedir. Ciro konusunda da, Kanunun bu sistematiği bozmadığı görülmekte, bono ve çekin cirosuna ilişkin olarak da niteliklerine uygun düştüğü oranda poliçenin

cirosuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmektedir (TTK m.718/1, m.818/1).

Türk Ticaret Kanunu'nda tahsil cirosu tek madde (m.688) olarak düzenlenmiştir. Bu kanun hükmünün uygulanabilmesi ve ciro işleminin yapılabilmesi için senedin kambiyo senedi niteliğinde olması gerekir. Aksi takdirde senedin tedavül özelliğinden bahsedilemeyeceğinden ancak TBK'nın alacağın temliki hükümlerine göre devri mümkün olabilir.

Ciro ile devirde, işlem ve tedavül güvenliğine ilişkin menfaat ile gerçek hak sahibinin menfaati arasında bir denge kurulmaktadır. Ciro, emre yazılı senetlerin; özellikle de ticari hayatta sıklıkla kullanılan kambiyo senetlerinin tedavülünü sağlamaktadır. Bundan dolayı ciro, ticari hayatın hareketliliğinde önemli bir yere sahiptir. Bu önemi dolayısıyla, cironun sadece hukukî fonksiyonları değil, iktisadi fonksiyonları da içerdiği rahatlıkla söylenebilir.

I. CİRONUN TANIMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

İlk ciro uygulaması, XVI. yüzyılda İtalya'da ortaya çıkmıştır. Ciro ilk ortaya çıktığı dönemde sadece bir defa yapılabilirdi. Cironun zincir oluşturacak şekilde yapılması ve kabul görmesi de ilerleyen dönemlerde gerçekleşmiştir¹. Aynı şekilde cironun ilk uygulamalarının görüldüğü dönemlerde senede ilişkin beyanlar, senedin arka yüzüne yapılmaktaydı. Alacaklı, senet bedelinin kime ödenmesini istiyorsa o kişinin adını senedin arkasına yazdığı bir şerh ile belirtmekteydi. Bu şerhe, "indorse" veya "indosso" denilmekteydi. Senedin dolaşımını sağladığından, bu şerh için aynı zamanda, İtalyanca "devretmek" anlamına gelen "girare" fiilinden türeyen ciro kelimesi de kullanılmaktaydı. Türkçe'de kullanılan ciro kavramı, "girare" fiilinden türemiş olan "giro" (devretme) kelimesinin telaffuz şeklinin Türk imlasına uydurulmuş şeklidir². İngiliz hukukunda "endorsement", Alman hukukunda "Indossament", kelimeleri ciro kavramı için kullanılmaktadır.

İsviçre Borçlar Kanunu'nda (Obligationenrecht / OR) ciroya ilişkin hükümler için poliçede ciro hükümlerine (Art.1001 vd.) atıf yapılmıştır. Alman Ticaret Kanunu (Deutsches Handelsgesetzbuch / HGB) Art. 363/2'de makbuz

¹ Murat Alışkan, *Kambiyo Senetlerinde Temlik Cirosu*, 2.Baskı, Yaylım Yayınevi, 1998, s.54-55.

² Fırat Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 2. Baskı, Turhan Yayınevi, 1997, s.553; Hayri Domaniç, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 2.Baskı, Fakülteler Matbaası, 1975, s. 62; Abuzer Kendigelen / İsmail Kırca, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 7.Baskı, Oniki Levha Yayınları, 2023, s.199; H. Nalan Tüzel, *Kambiyo Senetlerinde Tahsil Cirosu*, Alp Yayınları, 2005, s.26; Alışkan, s.54-55.

senedi, varant ve konişmentonun ciro yoluyla devredilebileceği belirtilmiş, Art. 365/1'te poliçede ciro hükümlerine atıf yapılmıştır. Alman Pay Senetli Ortaklıklar Kanunu (Aktiengesetz) m. 68'de pay senetlerinin ciro yoluyla devri düzenlenmiş ve şekli konusunda poliçenin cirosuna ilişkin uygulanacak hükümlere atıf yapılmıştır.

Bir devir şekli olan cironun, kanun koyucular tarafından bulunmadığı, uygulamanın ihtiyaçlarını karşılamak üzere yine uygulamacılar tarafından meydana getirildiği görülmektedir. Uygulamadaki gereksinimlere karşılık vermek amacıyla ortaya çıkan ve gelişen ciro, daha sonra kanun koyucular tarafından tespit ve değerlendirme yoluna gidilmesiyle kanunlardaki yerini almıştır³.

Poliçe ve diğer tüm emre yazılı senetler, ciro ve senedin zilyetliğinin hamile nakledilmesiyle devredilebilmektedir. Ancak bazı istisnai durumlarda (senedin kanunen emre yazılı niteliğinin değişmesi halinde) TBK'da düzenlenen alacağın temlik hükümlerine tabi olur. Poliçede ciro denildiğinde, bu sadece poliçeyi değil, başta bono ve çek olmak üzere tüm emre yazılı senetleri de kapsamaktadır.

Ciro, emre yazılı senetten doğan hakları bir başka kişiye devir, rehin veya bu hakların tahsilini sağlamak amacıyla senet hamilinin yazı ile tespit ve imzasıyla teyit ettiği bir irade beyanıdır⁴. Ciro, çifte yetki veren bir hukuki işlemdir. Buna göre, senedin hamili ciro ile senet borçlusuna, borcu ciro edilene ödemek ve ciro edilene de senetteki alacağı tahsil etme yetkisi vermektedir. Bu nedenle ciro nitelikli bir havaledir⁵.

II. CIRONUN HUKUKİ NİTELİĞİNE İLİŞKİN TEORİLER

Emre yazılı senetlerde uygulanan bir devir şekli olan ciro, diğer devir şekillerinden farklı olarak kendine özgü özelliklere sahiptir. Bu devir şeklinin hukuki sonuçları, TTK m. 684/1'de gösterilmiştir. Anılan hüküm uyarınca, ciro ve zilyetliğin geçirilmesi sonucunda, poliçeden doğan bütün haklar ciro edilene devredilmiş olur. Cironun hukuki niteliği tartışmalıdır ve bu konuda çeşitli teoriler ileri sürülmüştür.

³ Alışkan, s.52.

⁴ Yaşar Karayalçın, *Ticaret Hukuku III, Ticari Senetler*, 4.Baskı, Sevinç Matbaası, 1970, s.133; Hasan Pulaşlı, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*, Adalet Yayınevi, 2023, s.172; Kendigelen / Kırca, s.206.

⁵ Karayalçın, s.133; Pulaşlı, s.172; Kendigelen / Kırca, s.206.

A. Klasik Teoriler

1. Havale Teorisi

Bu teoriyi savunanlar, poliçenin hukuki niteliğinin, nitelikli bir havale olduğunu kabul ederler. Poliçede ödeme, lehdara veya onun tarafından tespit edilecek kişiye yapılmaktadır. Ciro da, hamilin lehdar tarafından tespiti işlemidir. Bu teoriye göre, senedi ciro ile devralan kişi, cirantasının yaptığı havalenin alacaklısı konumundadır ⁶. Yapılan bu havale ile düzenleyen tarafından belirlenen ve muhatap tarafından yapılacak olan ödemenin lehdara değil, onun tarafından belirlenen başka bir kişiye yapılması istenmektedir. Ancak, poliçede ödemeyi yapacak olan muhatap ile birlikte düzenleyen de bazı durumlarda ödeme ile yükümlü olabilir. Bundan dolayı, bu havale sadece muhatap değil, düzenleyeni de ilgilendirmektedir. Ayrıca lehtar da kendi yapmış olduğu bu havaleden dolayı garanti borcu altına girmektedir ⁷. Bu havale ile lehine ciro yapılan kişiye senet bedelini borçludan tahsil etme, senet borçlusuna da senet bedelini söz konusu kişiye ödeme yetkisi verilmiş olmaktadır ⁸.

Havale teorisi klasik görüşler içerisinde, en önce ortaya çıkan ve konuyu basit bir şekilde açıkladığı için en çok desteklenen görüştür. Ancak bu teori, senedi ciro ile devralan yeni malikin, nasıl olup da kabul eden muhataba, müracaat yoluyla düzenleyene ve kendisinden önce gelen cirantalara karşı ileri sürebileceği bir talep hakkına sahip olacağı konusunu tatmin edici bir şekilde açıklayamamaktadır. Çünkü bu yeni malike, ciro edenin herhangi bir hakkı devrolmamıştır ⁹. TTK m.684/1'de ciro ve zilyetliğin geçirilmesi ile poliçeden doğan bütün haklar devredildiği düzenlenmesine karşılık, hakların nasıl olup da ciro edilen kişide yeniden oluşturulduğu konusu da teoride açıklanamamaktadır. Bundan dolayı, havale teorisini kanundaki düzenlemelerle bağdaştırmak zordur.

⁶ Öztan, s.555; Naci Kınacıoğlu, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Nobel Akademik Yayıncılık, 1999, s.138; Abdülhamid Oğuzhan Hacıömeroğlu, *6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Kıymetli Evrak Hukukunda Ciro*, Yetkin Yayınları, 2017, s.28; Karayalçın, s.101; Alışkan, s.81; Tüzel, s.29.

⁷ Öztan, s. 554-555; Hacıömeroğlu, s.28-29.

⁸ Halil Arslanlı, *Ticari Senetler Dersleri*, 3.Baskı, Sermet Matbaası, 1954, s.21; Tüzel, s.29.

⁹ Öztan, s.556-557; Hacıömeroğlu, s.29.

2. İcâp (Öneri) Teorisi

Havale teorisinin açıklığa kavuşturamadığı konu, sadece havale ile senedi devralan kişinin, o anda senetten dolayı borçlu olan kişilere karşı, nasıl olup da bazı talep haklarına sahip duruma geldiğidir. Çünkü havalenin böyle bir sonuç meydana getirmesi mümkün değildir. İşte, bu eksiklikleri gidermek üzere, icap teorisi ortaya atılmıştır. Teori, esas itibarıyla havale teorisini tamamlayıcı niteliktedir¹⁰. İcâp teorisine göre, gerek düzenleyen gerekse senedi ondan sonra imzalayan herkes, kendilerinden sonra senede hamil olacak kişilere karşı, senetten dolayı sorumlu olmak konusunda icapta bulunmaktadırlar. Senede hamil olanlarda bu icabı zımmen kabul etmektedirler¹¹. Bu zımnî kabulden sonra yeni malikler, poliçeden doğan hakları, cirantadan devir suretiyle değil, poliçe borçlularının beyanlarına istinaden aslen iktisap etmektedirler¹².

İcâp teorisi, senetten doğmuş olan hakların, ciro edilen kişi tarafından aslen iktisap edildiğini ileri sürmektedir. Böyle bir düşünce şekli, bir hakkın nasıl devredileceğini gösteren TBK m.183 vd. maddelerine aykırıdır. Kural olarak, ciroda hakkın geçmesi, senet mülkiyetinin lehine ciro edilen kimseye devri ile olur. Senet mülkiyetinin devri, devren iktisaptır. Teoride, bu konu göz ardı edilmiştir¹³.

3. Şart (Koşul) Teorisi

Şart teorisi, cirantanın, ciro ile kendi sahip olduğu haklarını hamile devrettiğini kabul etmektedir. Fakat cirantanın bu devri, müracaat mekanizması işlemeye başladığında tekrar ödeme şartı altındadır. Burada ciranta, senedin ciro edildiği kişiye, bozucu şarta bağlı şekilde bir hak devretmekte; kendisi ise hakkını geciktirici şarta bağlı olarak devam ettirmektedir. Bu şart ise, cirantanın, senet bedelini müracaat hakkının kullanılması nedeniyle ödemesidir. Başka bir deyişle, ileride müracaat mekanizması işlemeye başladığında ve ciranta da başvuru üzerine senet bedelini ödediğinde bu şart gerçekleşir. Bu şekilde,

¹⁰ Öztan, s.557; Hacıömeroğlu, s.29-30.

¹¹ Halil Can / Semih Güner, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 2.Baskı, Siyasal Kitapevi, 2004, s.106; Kinacıoğlu, s.138; Tüzel, s.29; Hacıömeroğlu, s.29-30.

¹² Hüseyin Ülgen / Mehmet Helvacı / Arslan Kaya / N. Füsün Nomer Ertan: *Kıymetli Evrak Hukuku*, 11.Baskı, Vedat Kitapçılık, 2019, s.165; Alışkan, s.81; Tüzel, s.29; Hacıömeroğlu, s.30.

¹³ Öztan, s.558; Ülgen / Helvacı / Kaya / Nomer Ertan, s.165-166; Tüzel, s.30; Hacıömeroğlu, s.30-31.

cirantanın şarta bağı olan hakkı da tekrar kuvvet kazanmış olur¹⁴. Bu düşünce nin kökeninde ise, müracaat hakkının kullanılması nedeniyle senet bedelini ödediği takdirde, cirantayı tekrar eski hukuki durumuna sokmak amacı yatmaktadır¹⁵.

Şart teorisi, suni bir yapıya sahiptir çünkü cironun taraflarının, herhangi önemli bir noktada, TBK m.170 vd. hükümlerine göre bir şart üzerinde anlaşmaları söz konusu değildir. Müracaat borçlus u, senette yazılı olan hakkı geçerli olarak yaptığı ödeme sonucunda iktisap eder. Diğer bir deyişle, hakkın müracaat borçlusuna devrinde, tarafların iradesi rol oynamaz. Bu durum, kanun gereğince gerçekleşir. Ayrıca kanaatimize göre, bu teori, TTK m.682/1'de belirtilmiş olan cironun “şart kabul etmez” yapısı ile de bağdaşmaz¹⁶.

B. Modern Teori (Temlik Teorisi)

Modern teoriye göre, ciro ile senet alacağı kayıtsız ve şartsız olarak ciro edilene devredilmektedir. Ciro ile devir sonucunda, ciro edilen hak sahibi olurken, cirantanın hakkı ise sona ermektedir. Müracaat mekanizması işlemeye başladığında, kendisine yapılan başvuru üzerine senet bedelini ödeyen ciranta, yeniden senetten doğan hakkın alacaklısı durumuna gelmektedir. Gerçekten de ciro ile yeni bir alacak hakkı oluşmamakta, senetten doğan alacak hakkının sahipleri değişmektedir¹⁷.

Modern teoriye göre ciro; TTK m.687 ile belirlenmiş kurallar dahilinde, cirantanın haklarının, ciro edilene devrini gerçekleştirir. Bu hüküm, senet borçlusunun doğrudan ilişki içinde bulunduğu kişiye karşı ileri sürebileceği defileri, doğrudan ilişkisinin olmadığı senet alacaklısına karşı ileri sürmesini engeller¹⁸. Başka bir deyişle, kişisel defiler açısından kanun koyucu genel kuraldan ayrılmıştır. Bu defiler, devredilen senet alacağına bağı değildir. Çünkü kanun koyucu, TTK m.684'de, tek bir senet alacağı nın varlığından hareket etmiş ve ciro ile senetten doğan hakların devredileceği belirtilmiştir. Kişisel defilerin alacağı karşı ileri sürülebilmesi, hamil ile borçlu arasındaki ilişkiden ileri gelmektedir. Defilerin senet alacağına bağı olmaması nedeniyle,

¹⁴ Alışkan, s. 81-82; Kınacıoğlu, s. 139; Hacıömeroğlu, s.31.

¹⁵ Kınacıoğlu, s. 139; Hacıömeroğlu, s.30-31.

¹⁶ Öztan, s.559-560; Alışkan, s. 88; Kınacıoğlu, s.139-140; Tüzel, s.30; Hacıömeroğlu, s.30-31.

¹⁷ Öztan, s.561-562; Kınacıoğlu, s. 140; Alışkan, s.82; Hacıömeroğlu, s.32.

¹⁸ Öztan, s. 562; Alışkan, s. 89-90; Tüzel, s. 30; Kınacıoğlu, s. 140.

müracaat edilmesi durumunda senet bedelini ödemiş olan cirantaya karşı, bu cirantadan sonra gelen kişilere karşı sahip olunan kişisel defiler ileri sürülemez¹⁹. Bizim de katıldığımız bu teori, cironun hukuki niteliğini anlatmak açısından diğer teorilere göre daha başarılıdır.

III. KAMBIYO SENETLERİNDE TAHSİL CİROSU

A. Tanım

Kambiyo senedinin hamili; işlerinin yoğunluğu, senet borçlusu ile aralarındaki durum, hukuki veya teknik konulardaki bilgi eksikliğinin olması gibi nedenlerden dolayı senet bedelini kendisi tahsil etmek istemeyebilir veya tahsil edemiyor olabilir. Bu sebeplerden dolayı, hamil senede bağlı alacağını elde etmek için, senet bedelini tahsil yetkisini bir başka kişiye devretmek isteyebilir²⁰. Bu amaç doğrultusunda senedi temlik veya rehin cirosu yoluyla devretmesi pek çok açıdan senet hamili aleyhine sonuçlar meydana getirebilir. Bu bakımdan hamil yalnızca senedin tahsil edilmesi konusundaki yetkisini devrettiği ciro türü olan tahsil cirosu ile senedin tahsil edilmesini sağlayarak oluşması olası sakıncaların önüne geçebilecektir.

Tahsil cirosu, TTK m.688’de düzenlenmiştir. Bu kanun hükmünün uygulanabilmesi ve ciro işleminin yapılabilmesi için senedin kambiyo senedi niteliğinde olması gerekir. Aksi takdirde senedin tedavül özelliğinden bahsedilemeyeceğinden ancak TBK’nın alacağın temlik hükümlerine göre devri mümkün olabilir²¹. TTK m. 688’deki düzenleme sadece dış ilişkiye ilişkindir. İlişkinin temelinde ise hizmet sözleşmesi, şirket sözleşmesi ya da vekalet sözleşmesi olabilir. Senedi tahsil cirosuyla devreden ile devralan arasındaki hak ve borçlar da bu hukuki ilişkiye göre belirlenir²². Tahsil cirosu ile senedi devralan hamil, devreden temsilcisi veya vekili konumundadır. Bunun neticesinde muhatap, cirantaya karşı sahip olduğu defileri, senedi tahsil cirosuyla devralmış olan hamile karşı da ileri sürebilir. Buna karşılık, muhatap tahsil cirosu ile poliçeyi iktisap edenin şahsına karşı sahip olduğu defileri ileri

¹⁹ Alışkan, s. 90; Kınacıoğlu, s. 140; Hacıömeroğlu, s.33.

²⁰ Edip Şimşek, Tahsil Cirosu ve Bazı Sorunlar, Ankara Barosu Dergisi, S.2, Ankara 1977, s.268; Özge Ayan, “Kambiyo Senetlerinde Tahsil Cirosu”, *Legal Hukuk Dergisi*, (77), 2009, s.1462; Öztan, s.609; Tüzel, s.48; Hacıömeroğlu, s.113.

²¹ Konuya ilişkin karar için bkz. 12.HD 19.02.2002 E.2002/2266, K.2002/3556 (<https://app.e-uyar.com>); Tüzel, s.26, dn.117.

²² İbrahim Uğur Satıcı, *Tahsil Cirosu ve Gizli Tahsil Cirosunda Kişisel Defilerin İleri Sürülebilmesi*, HKÜHFD., Gaziantep 2020, C.10, S.19, s.206; Öztan, s. 615; Tüzel, s.64.

süremez (TTK m.687/1). Bu ilişki genellikle vekâlet sözleşmesidir²³. Ancak vekâlet sözleşmesinden farklı olarak senedi tahsil cirosuyla devralanın yetkisi TTK m. 688/3 uyarınca ölüm, medeni haklarını kullanma ehliyetinin kaybı gibi durumlarda sona ermez²⁴.

Poliçeden kaynaklanan hakları ciranta adına kullanma, poliçe bedelini tahsil ve buna ilişkin işlemleri yerine getirme amacıyla bir kişiye yetki vermek için yapılan ciroya tahsil cirosu denir. Başka bir deyişle tahsil cirosu, kambiyo hukukuna özgü bir temsilci atama işlemidir²⁵. Ciro, “bedeli tahsil içindir”, “kabz içindir”, “vekaleten”, “vekaletimdir”, “mutemedimdir”²⁶, “icra takibi için avukata cirolanmıştır”²⁷ veya sadece tahsili ifade eden başka bir kaydı taşımamalıdır²⁸. Uygulamada genellikle tahsil cirosu ile tahsil yetkisi, genellikle bir bankaya bırakılmaktadır. Bankacılık uygulamasında “tahsil senedi” adı verilen bu senetler, bankalar tarafından vadesi geldiği zaman senet borçlularından tahsil edilmekte ve senetteki hakkın sahibi olan banka müşterileri ile bu konuda yaptıkları sözleşmeye dayanarak çoğu zaman bedel üzerinden bir komisyon almaktadırlar²⁹.

TTK m.645 uyarınca; hak, senetten ayrı olarak ileri sürülemez. Bundan dolayı, senedi tahsil cirosu ile devreden hamil, artık senede zilyet olmadığı için, hukuken malik sayılsa bile, senetten doğmuş olan hakları kullanamaz³⁰. Başka bir deyişle, tahsil cirosunda devreden ciranta, mülkiyet ve alacaklılık hakkını korumakta ise de senet borçlusuna müracaat etmek suretiyle senet bedelinin kendisine ödenmesini isteyemez³¹. Ancak, senedi tahsil cirosu

²³ Ali Bozer / Celal Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 10.Baskı, Bankacılık Enstitüsü Yayınları, 2021, s. 110; Karayalçın, s. 151; Şimşek s.272; Tüzel, s.52,64; Hacıömeroğlu, s. 118

²⁴ 11. HD T. 26.04.2016, E. 2015/10197, K. 2015/4690; Abuzer Kendigelen / İbrahim Çağrı Zengin / F.Pelin Tokcan / Numan Sabit Sönmez / Zehra Güney, *Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin Türk Ticaret Kanunu'na İlişkin Kararları (2015-2016)*, 1.Baskı, Oniki Levha Yayınları, 2018, s. 497.

²⁵ Kendigelen / Kırca, s.226.

²⁶ Mertol Can, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 3.Baskı, İmaj Yayıncılık, 2015, s.91.

²⁷ 12.HD 24.11.2009 E.15383, K.23512, Gönen Eriş, *Kıymetli Evrak*, Seçkin Yayınevi, 2014, s.251; Halil Doğan Küçükaydın, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümleri Kapsamında Tahsil Cirosu Hamilinin Yetkileri”, *EBYÜHFD*, 23(1-2), 2019, s.147.

²⁸ Bozer/Göle, s.119-120.

²⁹ Tüzel, s.48; Hacıömeroğlu, s.96.

³⁰ Tüzel, s.49; Hacıömeroğlu, s.114.

³¹ Arslanlı, s.115; Hacıömeroğlu, s.114.

ile devreden ciranta, senedi elinde bulundurduğu takdirde, tahsil cirosuna rağmen, senetten doğan hakları kendisi kullanabilir³².

Tahsil cirosunda bir hak devri söz konusu olmadığından ve bu tür cironun yapılış amacı göz önünde bulundurulduğunda, temlik cirosundan farklı olarak tahsil cirosunun temlik ve teminat işlevi bulunmaz, yalnızca teşhis işlevine sahiptir³³.

B. Kuruluşu – Şekli

Tam ciro ile yapılması mümkün olan tahsil cirosunun beyaz ciro şeklinde yapılması konusu öğretilerde tartışmalıdır. Bizimde katıldığımız birinci görüşe göre³⁴ senedi tahsil cirosuyla devralan ve dolayısıyla senetten doğan hakları ciranta adına tahsil etmek amacıyla vekil tayin edilen hamil, senedin tahsili amacıyla senetle ilgili bütün hakları kullanabilir. Senedi tahsil cirosuyla devreden ciranta da vekil hamilin senet bedelini tahsil edip etmediğini takip eder. Zira vekil hamil senedin tahsili için gerekli işlemleri yapma konusunda cirantasına karşı vekâlet (veya hizmet) sözleşmesi hükümleri çerçevesinde sorumludur. Aynı doğrultuda vekil hamil, tahsil edilen senet bedelini, ödenmemesi halinde senedi, asıl hamil cirantasına geri vermekle yükümlüdür. Tahsil cirosunda hamil, senedi ancak tahsil cirosuyla, yani vekâleten bir başkasına devredebilir. Dolayısıyla tahsil cirosunda senedin vekâleten kimde olduğunun bilinmesine ihtiyaç vardır. Oysa beyaz ciro şeklinde yapılmış tahsil cirosunda, vekâleten devredilmiş senedin hamiline olarak elden ele dolaşmasının mümkün olması, vekâlet veren ile alan arasındaki güven ilişkisi dikkate alındığında, vekâlet hükümlerine aykırı bulunmuştur.

Diğer görüşe göre ise, tahsil cirosu beyaz ciro şeklinde de yapılabilir. Zira Kanunda tahsil cirosunun beyaz ciro ile yapılamayacağına veya mutlaka tam ciro ile yapılmasının gerektiğine dair bir hüküm yoktur. Ayrıca tahsil cirosunun beyaz ciro biçiminde yapılması vekâlet hükümlerine aykırılık da oluşturmaz. Dolayısıyla tahsil kaydının eklendiği bir beyaz ciroyu, aynı

³² Karayalçın, s. 149; Hacıömeroğlu, s.114.

³³ Mehmet Özdamar / Kürşat Göktürk / Mehmet Çelebi Can / Esra Kaşak, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Adalet Yayınevi, 2021, s.144; Öztan, s.611; Arslanlı, s.114-115; Kendigelen / Kırca, s.227; Tüzel, s.61; Hacıömeroğlu, s.126-127

³⁴ Öztan, s.576; Alışkan, 174-175; Tüzel, s.49; Hacıömeroğlu, s.114-115; Reha Poroy / Ünal Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 22.Baskı, Vedat Kitapçılık, 2018, s.198; Oğuz İmregün, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 3. Baskı, Filiz Kitapevi, 2003, s.78.

zamanda bir tahsil cirosu olarak kabul etmek kaçınılmazdır³⁵.

TTK m.683'e göre ciro, senet veya senede bağlı ve senedin arka yüzünün devamı niteliğinde sayılan ve alonj adı verilen bir kağıt üzerine yapılmalıdır. Tahsil cirosu da bu hükme tabidir. Ancak alonj olarak kullanılacak kağıtların başlığına, herhangi bir karışıklığa yol açmaması için alonj olduğunu gösteren bir ibarenin yazılması yerinde olacaktır³⁶.

C. Hamilin Yetkileri

Poliçeyi tahsil cirosu ile devralan hamil, poliçeden doğan tüm hakları kullanabilir. Bu çerçevede, poliçenin tahsili için gereken tüm işlemleri yapmalıdır. Başka bir deyişle poliçeyi kabul için muhataba arz veya ödenmek üzere ibraz edebilir. Ödendiği takdirde makbuz vermek, ödenmediği takdirde ödememe protestosu çekip, müracaat haklarının kullanılabilmesi için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Hatta hamil, borçlu aleyhine icra takibi yapabilir, davayı da ciranta adına temsilen açabilir. Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun vermiş olduğu bir kararda, kambiyo senedini tahsil cirosu ile iktisap eden hamilin, icra takibi yapamayacağı görüşündedir³⁷. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bu görüşüne katılmak mümkün değildir çünkü kanuna göre tahsil cirosu ile senedi iktisap eden, vekil-hamil konumunda olduğundan, poliçeden doğan tüm hakları kullanabilme yetkisine sahiptir (TTK m.688/1). Hamile tanınan bu yetkiyi sınırlamak yasal değildir. Ayrıca, poliçeyi tahsil cirosu ile devralan hamil, poliçenin zayi olduğu durumlarda da mahkmeden iptalini isteyebilir.

Vekil-hamilin, senet bedeli üzerinde tasarrufta bulunup bulunamayacağı, başka bir deyişle sulh, feragat ve ibraya yetkili olup olmadığı konusu, öğretide tartışmalıdır. Birinci görüşe göre, tahsil cirosu hamilinin, senetten doğan bütün hakları kullanabilmesi konusundaki yetkisi geniş yorumlanarak, vekil-hamilin sulh, feragat ve ibraya yetkili olduğu ifade edilmiştir³⁸. Bizimde katıldığımız ikinci görüşe göre ise, tahsil cirosunda amaç sadece senet bedelini tahsil için olduğundan, hak kaybına neden olan söz konusu işlemleri özel yetki olmadan

³⁵ Arslanlı, s.114-120; Bozer/Göle, s.111-329; Şimşek, s. 269; Kendigelen / Kırca, s. 226.

³⁶ Bozer / Göle, s.105.

³⁷ YHGK. 05.06.1985, 1983/12-792/559, Pulaşlı, s.193, Bozer / Göle, s.120; Özdamar / Göktürk / Can / Kaşak, s.145; Küçükaydın, s.170.

³⁸ Karayalçın, s.150; Kınacıoğlu, s.151; Şimşek, s.276

vekil-hamilin yapabilmesi mümkün değildir³⁹. Çünkü tahsil cirosunda ciranta, senet bedelini bizzat kendisi değil, senedi tahsil amacıyla ciro ettiği kişi (vekil-hamil) aracılığıyla tahsil etmek istemektedir. Oysaki sulh, feragat ve ibra da, senet bedelinin tahsili amacının aksine, bu bedel üzerinde sadece hak sahibi olanın yapabileceği bir takım hukuki tasarruflar söz konusu olduğundan, vekil-hamil bu konuda kendisine açıkça yetki verilmeyen hallerde sulh, feragat ve ibraya yetkili değildir.

Poliçeyi tahsil cirosu ile devralan hamil, poliçe bedelinin tahsili için gerekli tüm işlemleri kanunda belirtilen şekil ve usullere uygun olarak ve süresinde yapmak zorundadır. Aksi takdirde poliçeyi tahsil cirosu ile devreden kişiye karşı aralarındaki vekalet ilişkisi (TBK 502 vd.) kapsamında sorumlu olacak, bu anlamda örneğin tahsil edilemeyen poliçe bedelinin tamamı vekil konumundaki ciro edilenden talep edilebilecektir. Yargıtay böyle bir durumda zararın doğduğundan bahsedebilmek için senedi tahsil cirosu ile devreden öncelikle tüm hukuki yolları kullanmış ve buna rağmen senet bedelini tahsil edememiş olmasını bir şart olarak aramaktadır⁴⁰. Ayrıca, tahsil cirosu ile senedi elinde bulunduran hamil, tahsil ettiği senet bedelini yalnızca cirantasına veya cirantası tarafından görevlendirilen birine teslim edebilir. Bunun dışında başka bir kişiye yapılacak teslim hamilin sorumluluğunun oluşmasına neden olabilecektir⁴¹.

Senedi tahsil cirosu ile iktisap eden hamilin senet üzerinde gerçek anlamda hak sahibi olmamasının diğer bir sonucu da, hamilin senedi ancak yeni bir tahsil cirosu ile devredebilmesi, temlik veya rehin cirosu yapamamasıdır (TTK m.688/1). Çünkü bu kişi sadece tahsil için yetkili bir temsilcidir. Bundan dolayı, hiç kimse sahip olduğu haktan fazlasını devredemez (Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet). Hakkın sahibi olmadığı için de, hakkı devredemeyeceği gibi rehin cirosu da yapamaz⁴².

³⁹ Arslanlı, s.114; Pulaşlı, s.193-194; Tamer Bozkurt, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, 2022, s.246; Küçükaydın, s.153. Öztan, s. 612-613; Satıcı, s.205.

⁴⁰ Örnek karar olarak bkz. Y. 11.HD. T.16.05.2018,E.2016-11458, K.2016-3629; Y. 11.HD. T.20.12.2017, E. 2016-5097, K.2016-7453; Kendigelen / Kırca, s.228, dn.587.

⁴¹ Örnek karar olarak bkz. Y. 11. HD. T. 29.05.2007, E. 3992 K.8206; Küçükaydın, s.151-152, dn.38.

⁴² Öztan, s. 613; Kendigelen'e göre; tahsil cirosu ile senedi elinde bulunduran kişi bir temlik cirosu ile senedi bir başka kişiye devrederse bu ciro prensip itibarıyla bir tahsil cirosu olarak kabul edilir. Kendigelen / Kırca, s.227.

D. Çeşitleri (Türleri)

Tahsil cirosunun yapıma biçimi açısından iki çeşidi vardır. Bunlardan biri kanunda belirtilen şekilde yapılan, açık tahsil cirosu; diğeri ise, temlik cirosunun, taraflarca amacından uzaklaştırılması suretiyle yapılan gizli tahsil cirosudur.

1.Açık (Aleni) Tahsil Ciro su

Cironun “tahsil cirosu” sayılabilmesi için, bu amaçla yapıldığının ciro şerhinden anlaşılması gerekir. Aksi halde, senedin “temlik” amacıyla yapıldığı karinesi doğar. Bundan dolayı, senet üzerine bu durumu açıklamak için konulan kayıtları içeren ciroya “açık tahsil cirosu” denir. Başka bir deyişle, ciro edilenin temsilci veya vekil olarak açıkça belirtildiği cirolar, açık tahsil cirosudur⁴³.

2.Gizli (İnançlı, Örtülü) Tahsil Ciro su

Kanunda cironun türleri arasında gizli veya inançlı (fidusyer) tahsil cirosuna ilişkin herhangi bir düzenleme yoktur. Bu konuya ilişkin öğretide görüşler bulunmaktadır. Gizli tahsil cirosunda, poliçenin temlik cirosu ile devredilmesine ve dış görünüşte hamilin tam hak sahibi olarak görünmesine rağmen, gerçekte hamil hakları kendi adına ve fakat başkası (ciranta) hesabına ileri sürmektedir. Burada hamil, cirantanın bir tür mutemedi konumundadır. Bundan dolayı, gizli tahsil cirosuna “güvene dayanan ciro” veya “fidusyer” denilmektedir. Gizli tahsil cirosundaki amaç, ciro edilen kişiye aradaki anlaşmadan daha güçlü bir hak ve görünüm kazandırmaktadır. Başka bir deyişle, ciranta poliçeyi temlik cirosu ile devretmekte, ancak hamil ile aralarındaki anlaşma gereğince bu ciro tahsil amaçlı yapılmaktadır. Dış ilişki bakımından bu ciro işlemi, temlik cirosundan farksızdır, fakat iç ilişki açısından hamil, cirantanın temsilcisi durumundadır⁴⁴.

Gizli tahsil cirosunda iki sorun ortaya çıkabilir. Birinci sorun, senet temlik cirosu ile hamile devredildiği ve senedin mülkiyeti de hamile geçtiği için, herhangi bir uyuşmazlık durumunda ciranta bunu usulüne uygun şekilde kanıtlamak zorundadır. Aksi takdirde, senetten doğan haklarını kaybeder. İkinci sorun ise, poliçe temlik cirosu ile devredildiğinden, hamil görünüşte senedin maliki ve fakat iç ilişkide vekil-hamil durumundadır. Defiler

⁴³ Öztan, s.610-611; Hacıömeroğlu, s.116; Satıcı, s.207.

⁴⁴ Pulaşlı, s.194-195.

bakımından borçlunun, cironun gizli tahsil cirosu olduğunu ispat etmesi durumunda, cirantaya karşı ileri sürebileceği kişisel defileri hamile karşı da ileri sürebilecektir. Öğretideki hakim görüşe göre, borçlunun, cironun gizli tahsil cirosu olduğunu ispat etmesi şartıyla, ciro edene karşı ileri sürülebilen kişisel defileri hamile karşıda ileri sürebilir⁴⁵. Ancak uygulamada, borçlu tarafından bunun kanıtlanması oldukça zordur.

Gizli tahsil cirosunda hamil, dış ilişki bakımından senedin maliki konumunda olduğunda, ciro hem temlik hem de teminat işlevine sahiptir. Bu durumda hamil, poliçeyi bir başkasına ciro edip zilyetliğine geçirirse, TTK m.684/1 hükmü uyarınca, iyiniyetli üçüncü kişinin iktisabı korunur. Başka bir deyişle poliçeyi gizli tahsil cirosu ile devreden ciranta, iyiniyetli müktesip hamile karşı gizli tahsil cirosunu ileri süremez ve ciro hem temlik hem de teminat işlevlerini icra eder. Ancak senedi gizli tahsil cirosu ile devralan hamil, poliçeyi üçüncü kişiye ciro edip teslim ederse, tahsile ilişkin vekaleti kötüye kullandığından kusurlu sayılır. Bu durumda, gizli tahsil cirosunu yapan cirantanın uğradığı zararı tazmin etmekle yükümlü olduğu gibi, güveni kötüye kullanma nedeniyle de TCK m.155 hükmü gereğince cezalandırılır⁴⁶.

E. Defiler

Borçlu, senedi tahsil cirosu ile elinde bulunduran hamile karşı senet metninden anlaşılan defileri ileri sürebilir; çünkü bu defiler herkes tarafından herkese karşı ileri sürülebilir. Örneğin, kambiyo senedinde düzenleme tarihi yokluğu, senedi tahsil cirosu ile devralan kişiye karşı ileri sürülebilir⁴⁷.

Senetteki taahhüdün hükümsüzlüğüne ilişkin defiler bakımından da bir fark yoktur; örneğin düzenleyenin imzası sahte ise bu definin tahsil cirosu ile elinde tutan hamile karşı da ileri sürülebilir. Ayrıca tahsil cirosunun geçerli olması için öncelikle ortada şeklen geçerli bir kambiyo senedinin olması gerekir⁴⁸.

TTK m.688/2'ye göre poliçeden sorumlu olanlar, bu durumda ancak cirantaya karşı ileri sürebilecekleri defileri hamile karşı ileri sürebilir. Buradaki ciranta, senedi tahsil cirosu ile veren lehtar veya cirantadır. Tahsil cirosunda

⁴⁵ Mahmut Coşkun, Kıymetli Evrak Hukuku, 7.Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022, s.284; Pulaşlı, s.195; Tüzel, s.52.

⁴⁶ Pulaşlı, s.195; Tüzel, s.51.

⁴⁷ Bozkurt, s.247.

⁴⁸ Bozkurt, s.247.

borçlu, lehdara karşı sahip olduğu kişisel defileri senedi tahsil ciro su ile elinde bulundurana karşı da ileri sürebilir. Çünkü tahsil ciro su ile senedi alan, bir temsilcidir. Borçlar hukuku açısından bile temsil olunana karşı sahip olunan defiler, ilke olarak temsilciye karşı da ileri sürülebilir ⁴⁹.

Tahsil ciro su ile yetki verildikten sonra, bu yetkiyi verenin ölümü veya ehliyetini kaybetmesi ile verilen yetki sona ermez (TTK m.688/3). Senedin tahsil edilerek mirasçılara veya vasinin himayesindeki kısıtlıya verilmesini amaçlayan bu hüküm ile TBK'daki ölüm ve medeni hakları kullanma ehliyetinin kaybının vekâlet ilişkisini sona erdireceğine ilişkin hükme (m.43/1, m.513/1) istisna oluşturmaktadır ve bu hüküm ticari hayatın devamlılığı ile ilgilidir. Gizli tahsil ciro sunun söz konusu olduğu durumlarda, bu ilişkiyi ispatlayan senet borçlusu, hamile karşı kişisel defileri ileri sürebilir (TTK m.625/2). Ayrıca tahsil ciro su ile poliçeyi devralan kişi, henüz bono bedelini tahsil etmeden iflas ederse, devreden ciranta iflas masasından poliçenin iadesini isteyebilir (İİK m.188).

F. Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması

1. Temlik Ciro su ile Karşılaştırılması

Tahsil ciro sun da, kambiyo senedinin hamili çeşitli sebeplerle (iş yoğunluğu, fiili veya hukuki bir engel) senet bedelini bizzat tahsil etmek istemeyebilir. Bu sebeplerden dolayı, hamil senede bağlı alacağını elde etmek için, senet bedelini tahsil yetkisini bir başka kişiye devreder. Temlik ciro sun da ise senet, bir borcu ödenmesi ya da o borç yerine geçmesi üzerine verilmektedir ⁵⁰.

Tahsil ciro sun da senet mülkiyeti ciro eden kişide kalmakta, senedi tahsil ciro su ile devralan hamil ise, senetten doğmuş hakları devreden ciranta ad ve hesabına kullanmaktadır. Temlik ciro sun da ise, senet mülkiyeti hamile geçer ve böylece hamil, sentten doğan tüm hakları kendi nam ve hesabına kullanır.

Tahsil ciro sun da hamil, senetten doğan hakları ciranta nam ve hesabına kullandığından, devreden cirantaya karşı ileri sürülebilecek kişisel defileri hamile karşı da ileri sürebilir. Temlik ciro sun da ise, senet mülkiyeti hamile geçtiğinden kendisine müracaat edilen borçlu, düzenleyen ya da diğer cirantalar ile arasındaki kişisel defileri hamile karşı ileri süremez (TTK m.687).

⁴⁹ Bozkurt, s.247-248; Kendigelen / Kırca, s.228.

⁵⁰ Öztan, s.611; Tüzel, s.61.

Tahsil cirosunda, ciro edilen kişi, poliçeden doğan hakları kendi adına değil ciranta adına kullanmaktadır. Bu nedenle, temlik cirosunun aksine temlik ve teminat işlevi yoktur. Sadece, miras, iflas ve haciz yolları dışında ciro ile devredilmiş bir poliçede lehbara hamilin hak sahibini temsil yetkisini gösterdiğinden teşhis işlevine sahiptir. Temlik cirosu ise kural olarak temlik, teminat ve teşhis işlevlerine sahiptir ⁵¹.

Tahsil cirosunda senedi devralan hamil, senedi ancak yeni bir tahsil cirosu ile devredebilir. Senedi temlik cirosu ile devralan hamil ise poliçeden doğan bütün haklara sahip olur, vadesinde poliçe bedelini tahsil edebilir ya da senedi bir başkasına temlik, rehin ya da tahsil cirosuyla devredebilir.

2. Rehin Cirosu ile Karşılaştırılması

Tahsil cirosunda hamil, cirantanın nam ve hesabına senedin tahsilini istemektedir. Başka bir deyişle, tahsil cirosunda hamil temsilci konumundadır ve sadece tahsil cirosu yapabilir. Rehin cirosunda ise, lehine rehin cirosu yapılan hamil, kendi adına hareket etmektedir. Ancak poliçeyi temlik veya rehin cirosu ile devredemez, tahsil cirosu ile devredebilir (TTK m.689/1-son).

Tahsil cirosunda hamil, senedi devreden temsilcisi konumunda olduğundan, devreden cirantaya karşı ileri sürülebilecek kişisel defileri hamile karşı da ileri sürebilir. Rehin cirosunda ise hamil, senet üzerinde feri nitelikte de olsa, sınırlı bir aynı hak kazanmaktadır. Bundan dolayı, ciro edene karşı ileri sürülebilecek kişisel defilerin senedi rehin cirosuyla devralmış hamile karşı ileri sürülebilmesi kural olarak mümkün değildir. Ancak hamil poliçeyi iktisap ederken bilerek borçlunun zararına hareket etmişse bu takdirde kişisel defiler kendisine karşı ileri sürülebilir ⁵². Tabii ki bu durumda yapılan devrin kötüniyetli olarak yapıldığını, bunu ileriye süren poliçe borçlusunun ispat etmesi gerekmektedir.

Tahsil cirosunda temel ilişkinin sakatlığı ciroyu etkilemez. Rehin cirosunda ise, bir rehin hakkı söz konusu olduğu için rehin cirosu ile temin edilen borcun sakatlığı, rehin cirosunu da sakatlar ⁵³.

G. Sona Ermesi

Tahsil cirosu, senet bedelinin tahsili konusunda yetki verilmesini içerir.

⁵¹ Öztan, s.611; Tüzel, s.61.

⁵² Bozkurt, s.257.

⁵³ Bozkurt, s.257.

Bu amaçla verilen yetkinin geri alınması da mümkündür. Bu durumda, senedin iadesi için, vekil hamil tarafından yapılacak yeni bir ciroya gerek yoktur. Tahsil yetkisi, senet üzerine bu amaçla ciranta tarafından yazılacak bir beyanla veya ciro şerhinin çizilmesiyle sona erer. Tahsil ciro

TTK m.688/3'e göre, tahsil ciro

Tahsil cirosunda cirantanın iflası halinde, hamilin yetkilerinin sona erip ermeyeceği konusu Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmemiştir. Ancak öğretide genel kabul gören görüşe göre, cirantanın iflası halinde, iflas masasının, ciranta ile vekil hamil arasındaki hukuki ilişkiye uygun şekilde davranması gerekir. Başka bir deyişle iflas masası, cirantadan senet bedelini ne şekilde alacak idiyse, vekil hamilden de bedeli aynı şartlarda talep etmesi gerekir⁵⁶. Vekilin senet bedelini tahsil ettikten sonra iflas etmiş olması halinde, cirantanın, İİK m.228'e göre, bu bedeli iflas idaresinden istemesi mümkündür. Vekilin senet bedelini tahsil etmeden önce iflas etmesi durumunda ise, senedi tahsil ciro

Cirantanın gaipliğine karar verilmesi durumunda ne olacağına ilişkin Türk Ticaret Kanunu'nda bir düzenlenme bulunmamaktadır. Bu durumda, TTK m.688'de tahsil ciro

TBK m.512'ye göre; vekil hamil, senedi devreden cirantaya geri vererek istifa etmesi mümkündür. Ancak, vekil hamil bu hakkını uygun olmayan bir şekilde veya zamanda kullanırsa, senedi devreden cirantanın bundan dolayı uğramış olduğu zararları tazmin etmek zorunda kalır. Vekâlet sözleşmesinde

⁵⁴ Öztan, s.614-615; Hacıömeroğlu, s.130.

⁵⁵ Karayalçın, s.111; Öztan, s.615; Pulaşlı, s.194.

⁵⁶ Pulaşlı, s.194; Öztan, s.615; Hacıömeroğlu, s.130.

⁵⁷ Şimşek, s.276; Hacıömeroğlu, s.131.

olduğu gibi, tahsil cirosu da borcun ifa edilmesi ile sona erer. Burada ifa ile ifade edilmek istenen, senet bedelinin tahsil edilmesi ve bunun sonucunda tahsil olunan senet bedelinin devreden cirantaya verilmesidir. Ancak, uygulamada bankaların genellikle tahsil aşamasına geçilmeden, ödememe halinde protesto çekilmesinden sonra vekâlet ilişkisinin sona ermiş sayılacağına ilişkin anlaşmalar yaptıklarına rastlanmaktadır. Taraflar arasında bu şekilde bir anlaşma bulunması durumunda, ödememe halinde, protesto çekildikten sonra vekâlet ilişkisi ve dolayısıyla da tahsil cirosu sona ermiş olur⁵⁸.

SONUÇ

Tam ciro ile yapılması mümkün olan tahsil cirosunun beyaz ciro şeklinde yapılması konusu öğretilerde tartışmalıdır. Bizimde katıldığımız birinci görüşe göre; senedi tahsil cirosuyla devralan ve dolayısıyla senetten doğan hakları ciranta adına tahsil etmek amacıyla vekil tayin edilen hamil, senedin tahsili amacıyla senetle ilgili bütün hakları kullanabilir. Senedi tahsil cirosuyla devreden ciranta da vekil hamilin senet bedelini tahsil edip etmediğini takip eder. Zira vekil hamil senedin tahsili için gerekli işlemleri yapma konusunda cirantasına karşı vekâlet (veya hizmet) sözleşmesi hükümleri çerçevesinde sorumludur. Aynı doğrultuda vekil hamil, tahsil edilen senet bedelini, ödenmemesi halinde senedi, asıl hamil cirantasına geri vermekle yükümlüdür. Tahsil cirosunda hamil, senedi ancak tahsil cirosuyla, yani vekâleten bir başkasına devredebilir. Dolayısıyla tahsil cirosunda senedin vekâleten kimde olduğunun bilinmesine ihtiyaç vardır.

Vekil-hamilin, senet bedeli üzerinde tasarrufta bulunup bulunamayacağı, başka bir deyişle sulh, feragat ve ibraya yetkili olup olmadığı, öğretilerde tartışmalıdır. Birinci görüşe göre, tahsil cirosu hamilinin, senetten doğan bütün hakları kullanabilmesi konusundaki yetkisi geniş yorumlanarak, vekil-hamil sulh, feragat ve ibraya yetkili olduğu ifade edilmiştir. Bizimde katıldığımız ikinci görüşe göre, tahsil cirosunda amaç sadece senet bedelini tahsil için olduğundan, hak kaybına neden olan söz konusu işlemleri özel yetki olmadan vekil-hamilin yapabilmesi mümkün değildir. Çünkü tahsil cirosunda ciranta, senet bedelini bizzat kendisi değil, senedi tahsil amacıyla ciro ettiği kişi (vekil-hamil) aracılığıyla tahsil etmek istemektedir. Ancak sulh, feragat ve ibra da ise senet bedelinin tahsil edilmesi amacının aksine, bu bedel üzerinde ancak hak sahibinin yapabileceği bir takım hukuki tasarruflar söz konusu olduğundan, vekil hamil kendisine bu konuda açıkça yetki verilmeyen hallerde sulh, feragat ve ibraya yetkili değildir.

⁵⁸ Şimşek, s.276; Tüzel, s.79; Hacıömeroğlu, s.131.

KAYNAKÇA

- Alışkan M, *Kambiyo Senetlerinde Temlik Ciro su*, 2.Baskı, Yayılım Yayınevi, 1998.
- Arslanlı H, *Ticari Senetler Dersleri*, 3.Baskı, Sermet Matbaası, 1954.
- Ayan Ö, “Kambiyo Senetlerinde Tahsil Ciro su”, *Legal HD*, (77), 2009, s.1461-1483.
- Bozer A / Göle C, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 10.Baskı, Bankacılık Enstitüsü Yayınları, 2021.
- Bozkurt T, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 3.Baskı, Yetkin Yayınları, 2022.
- Can H / Güner S, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 2.Baskı, Siyasal Kitapevi, 2004.
- Can M, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 3.Baskı, İmaj Yayıncılık, 2015.
- Coşkun M, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 7.Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Domaniç H, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 2.Baskı, Fakülteler Matbaası, 1975.
- Eriş G, *Kıymetli Evrak*, Seçkin Yayınevi, 2014.
- Hacıömeroğlu AO, *6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Kıymetli Evrak Hukukunda Ciro*, Yetkin Yayınları, 2017.
- İmregün O, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 3.Baskı, Filiz Kitapevi, 2003.
- Karayalçın Y, *Ticaret Hukuku III Ticari Senetler*, 4.Baskı, Sevinç Matbaası, 1970.
- Kendigelen A/ Kırca İ, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 7.Baskı, Oniki Levha Yayınları, 2023.
- Kendigelen A/ Zengin İ Ç/ Tokcan F P/ Sönmez N S/ Güney Z, *Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin Türk Ticaret Kanunu'na İlişkin Kararları (2015-2016)*, 1.Baskı, Oniki Levha Yayınları, 2018.
- Kınacıoğlu N, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Nobel Akademik Yayıncılık, 1999.
- Küçükaydın HD, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümleri Kapsamında Tahsil Ciro su Hamilinin Yetkileri”, *EBYÜHFD*, 23(1-2), 2019, s.139-179.
- Özdamar M/ Göktürk K/ Can MÇ/ Kaşak E, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Adalet

Yayınevi, 2021.

Öztañ F, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 2. Baskı, Turhan Yayınevi, 1997.

Poroy R/ Tekinalp Ü, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 22.Baskı, Vedat Kitapçılık, 2018.

Pulaşlı, H, *Kıymetli Evrak Hukukununun Esasları*, Adalet Yayınevi, 2023.

Satıcı İU, “Tahsil Ciroşu ve Gizli Tahsil Ciroşunda Kişisel Def’ilerin İleri Sürülebilmesi”, *HKÜHFD*, 10(19), 2020, s.201-215.

Şimşek E, “Tahsil Ciroşu ve Bazı Sorunlar”, *Ankara Barosu Dergisi*, (2), 1977, s.268-280.

Tüzel H N, *Kambiyo Senetlerinde Tahsil Ciroşu*, Alp Yayınları, 2005.

Ülgen H/ Helvacı M/ Kaya Arslan/ Nomer NF, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 11.Baskı, Vedat Kitapçılık, 2019.

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

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVIII Nisan / April 2024 Sayı / No. 2

ANALIK HALİNE BAĞLI OLARAK SAĞLANAN HAKLARIN ve
YARDIMLARIN TEMEL ANAYASAL HAKLAR ve EŞİTLİK İLKESİ
ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

EVALUATION OF RIGHTS AND BENEFITS PROVIDED IN
CONNECTION WITH MOTHERHOOD IN THE FRAMEWORK OF
FUNDAMENTAL CONSTITUTIONAL RIGHTS AND EQUALITY
PRINCIPLE

Kübra DEMİR*  

ÖZET

[10.34246/ahbvuhfd.1425527](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1425527) 

Güvenli annelik ve sağlık bakımı hayatın merkezinde bulunan kavramlardır. Hem kadının insana yakışır işlerde çalışması ve verimliliklerinin sağlanması açısından hem de anne ve bebeğin hayatta kalması için büyük önemi olan kavramlar bugün esasen sayısız kadının ulaşamadığı bir durumdur. Benzer durum kişilerin bebeklerinin geçirecekleri sağlıklı bir çocukluk vaadi açısından da geçerlidir. Anneliğin korunması özünde annelerin ve ailelerin haklarını, sağlığını ve ekonomik güvenliğini sağlama yönündeki çabaların merkezini oluşturur. Anneliğin korunması hem annenin ve yeni doğmuş bebeğin sağlığının korunmasını hem de annenin iş güvencesinin (işten çıkarılma ve ayrımcılığa karşı korunması, doğumdan sonra yeniden işe başlama ve çalışma hayatı ile eşzamanlı yürütülen annelik hayatı sırasında ücret ve diğer ödemeleri) sürdürülmesini amaçlar. İş ve sosyal güvenlik hukukunda analık haline bağlı olarak sözü geçen tüm hakların insan varlığını sürdürme hakkı olan yaşam hakkı ile ilişkili olduğu kuşkusuzdur. Yaşam hakkının yanı sıra Anayasa ile güvence altına alınmış pek çok temel hakkı analık haline bağlı olarak gündeme gelecek pek

* Dr. Öğr. Üyesi, Sivas Cumhuriyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı/SİVAS, e-posta: koz@cumhuriyet.edu.tr, ORCID: 0000-0002-2073-5085, DOI: 10.34246/ahbvuhfd.1425527.

- **Atf Şekli/ Cite As:** Demir K, “Analık Haline Bağlı Olarak Sağlanan Hakların Ve Yardımların Anayasal Haklar ve İlkeler Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28(2), 2024, s.159-206.
- **İntihal / Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



çok hak ile ilişkilendirebiliriz.

Anahtar Kelimeler: *Analık haline bağlı kısmi çalışma, Analık ödenekleri, Analığa bağlı sosyal yardım, Sosyal hizmetler, Yaşam hakkı.*

ABSTRACT

Safe motherhood and health care are concepts at the centre of life. Of great importance both for women's decent work and productivity and for the survival of mother and baby, these concepts are today essentially beyond the reach of countless women. The same is true for the promise of a healthy childhood for their babies. In essence, maternity protection is at the centre of efforts to ensure the rights, health and economic security of mothers and families. Maternity protection aims not only to protect the health of the mother and her newborn baby, but also to maintain the mother's job security (protection against dismissal and discrimination, re-employment after childbirth, and wages and other benefits during maternity leave, which runs concurrently with working life). There is no doubt that all the rights mentioned in relation to maternity status are related to the right to life, which is the right to human existence. In addition to the right to life, we can associate many fundamental rights guaranteed by the Constitution with many rights that will come to the agenda depending on the maternity status.

Keywords: *partial work due to maternity, maternity allowances, maternity-related social assistance, social services, right to life.*

EXTENDED ABSTRACT

For women to take an active role in working life and simultaneously protect family unity, there are specific regulations stipulated by various laws. International and national rights that women can gain depending on their maternity status are regulated. Equal participation of women and men in the labor market supports the functioning of the welfare state. Although maternity is a situation that concerns women, it can be said that this situation directly concerns male employees as well.

Within the scope of this study, the rights and benefits provided by Turkish law, depending on the state of maternity, have been analyzed within the framework of labor and social security law. As a result of this examination, the rights and benefits provided are evaluated within the framework of fundamental constitutional principles and the principle of equality.

Due to maternity leave, many types of leave are granted to women under labor law. The right to benefit from some of these leaves is not exclusive to women. At the same time, male employees can also benefit from the leave provided by maternity leave, and those who have recently adopted a child under the age of 3 have been granted various leave rights by law. Social security law also provides various allowances to compensate for the loss of income of women who cannot work after giving birth.

The right to life is the right to sustain human existence. In this respect, the legal permits that women have both in the prenatal and postnatal periods serve the right to life. Similarly, the rights provided depending on the state of maternity are closely related to the right to protect and develop one's material and moral existence. Considering that human dignity is an integral part of human rights, the payments made by social security law depending on maternity serve this purpose. There is no doubt that the woman's income will be lost with the birth process. In this context, the social state tries to compensate the wage losses of the insured with various allowances to minimize the income losses of individuals.

Similarly, with the aids provided within the scope of social security and social services, it is tried to increase income to some extent. The right to work is another fundamental right enshrined in the Constitution. In this framework, women who give birth will inevitably be distanced from working life. Employers are less willing to work with women workers considering these situations. In order not to be deprived of the right to work, rights such as the right to partial work are regulated in the Labour Law. She can take unpaid leave for a certain period after birth and benefit from the right to part-time work until her child reaches a certain age. In this respect, the right to work obliges states to prepare legislation to ensure equal access to work and education. The right to health, another fundamental right, is one of the individual's basic needs to live a good life and continue their life. With this right, which is more meaningful for people in disadvantaged segments of society, people can protect their physical and mental health. In labor and social security law, maternity leave aims to preserve the right to health of the baby and the mother. The right to health is a goal to be achieved rather than a right.

Considering all these regulations, the state has a positive obligation to fulfill the fundamental rights in the Constitution. Even if there is no hierarchical relationship between fundamental rights, the right to life is the most fundamental human right. The rest of the leave provided due to maternity leave is regulated for both the woman and the baby to maintain the right to life in the best way.

It would be wrong to say that all these arrangements are only for female employees. In a workplace where women and men are expected to work under equal conditions, parental or maternity leave provides an equitable arrangement for both the mother and the father.

As a result, for women to take an active role in working life, the balance between work and family life must be ensured. The rights addressed within the scope of the study are closely connected. The rights and benefits provided depend on the maternity status and aim to ensure fundamental rights and freedoms.

GİRİŞ

Analık haline bağlı olarak çeşitli kanunlar ile öngörölmüş tüm düzenlemelerin amacının esasen aile birliğini koruyarak, kadın çalışanın çalışma hayatında aktif bir şekilde rol almasını sağlamak olduğu söylenebilir. Uluslararası alanda kabul edilmiş sözleşmeler kapsamında da kadının gerek doğum sürecinde gerekse doğum sonrası süreçte iş hayatında var olabilmesi hedeflenmektedir. Anılan hedefin gerçekleştirilmesine yönelik Uluslararası Çalışma Örgütü (*International Labour Organizaton* – ILO) tarafından hazırlanan 156 sayılı Aile Sorumlulukları Olan Kadın ve Erkek İşçilere Eşit Davranılması ve Eşit Fırsatlar Tanınması Hakkında Sözleşme¹, 183 sayılı Kadının Doğum ve Doğum Sonrası Çalışması Hakkında Sözleşme² ve 2019 yılında yürürlüğe giren 190 sayılı Şiddet ve Taciz Sözleşmesi³ gibi sözleşmelerin bireyin aile yaşamı ve çalışma yaşamı arasındaki uyumu sağlamayı hedeflediği ve söz konusu doğrultuda düzenlemeler içerdiği söylenebilir.⁴ ILO tarafından hazırlanan Sözleşmelerde temel meselenin, kadınların üreme ve üretme rollerini başarılı bir şekilde kaynaştırmayı sağlamak ve kadınları üreme rollerinden dolayı istihdamda ayrımcı davranışlara karşı korumak olduğu görölmektedir.⁵

Refah devleti işleyişi esasen kadın ve erkeğin işgücü piyasasına birlikte katılımı ile mümkündür. Bu katılımda ailedeki çocukların bakımı, iş ve aile yaşamının uzlaştırılması önemli sosyal politika önceliklerindedir.⁶

Analık hali biyolojik bir durum olarak her ne kadar kadınları dolayısıyla

¹ <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C156>, Erişim Tarihi 19 Ocak 2024.

² <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100::NO:12100:P12100_ILO_CODE:C183>, Erişim Tarihi 19 Ocak 2024.

³ <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C190>, Erişim Tarihi: 19 Ocak 2024.

⁴ ILO üyesi devletler tarafından anneliğin korunmasına yönelik üç Sözleşme kabul edilmiştir (No:3, No: 103 ve No: 183). Söz konusu Sözleşmeler ve ilgili tavsiye kararları ile çalışma hayatında anneliğin korunmasına yönelik hakların kapsamı genişletilmiş, ülke politikaları ve eylemlerini yönlendirecek ayrıntılı kılavuzlar sunulmuştur. <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@gender/documents/publication/wcms_120428.pdf>, Erişim Tarihi 15 Ocak 2024.

⁵ Geleceğin Korunması: Annelik, Babalık ve Çalışma, Uluslararası Çalışma Örgütü, s. 2.

⁶ Ahu Sumbas, “Toplumsal Cinsiyet Eşitlik Politikası Olarak Ebeveyn İzni”, *Hacettepe HFD*, 8 (2), 2018, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/659201>>, Erişim Tarihi 28 Ocak 2024, s. 169.

kadın çalışanları ilgilendirirse de hem uluslararası düzenlemeler de hem de Türk hukukunun analık sigortasına ilişkin hükümlerinde ve iş hukuku mevzuatlarında düzenlenen analık haline bağlı izinlerin kişi bakımından kapsamı yalnızca kadın çalışanlarla sınırlı değildir.

Sosyal sigortalar açısından fizyolojik bir risk olarak kabul edilen ve özel olarak düzenleme alanı bulan analık hali ve geniş anlamda doğum olayı, esasen sosyal hizmet sistemlerinde doğrudan sosyal bir sorun olarak kabul edilmemiştir. Ancak çoğu zaman çeşitli aktörler tarafından yürütülen sosyal yardım ve hizmetlerin kapsamında değerlendirilmiş ve ilgili durumun sosyal bir sorun ortaya çıkarmasına sebep olma ihtimali göz önünde bulundurularak primsiz rejim kapsamında değerlendirilmiştir. Söz konusu düzenlemelerin temelinde kadınlardan yani bireyden ziyade ailenin bilhassa çocuklu ailelerin odağa alınması bulunmaktadır.⁷

Kadın çalışanlar, iş hayatının dezavantajlı grupları içerisinde değerlendirilirken kadın çalışan olma durumuna eklenen analık hali ile kadınların iş hayatındaki durumu daha da dezavantajlı bir hal almaktadır. Analık hali 4857 Sayılı İş Kanunu'nda (İK)⁸ ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda (DMK)⁹ tanımlanmamıştır. 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda (SSGSK)¹⁰ ise analık haline ilişkin bir tanımlama bulunmaktadır. Kanuna göre "...sigortalı kadının veya sigortalı erkeğin sigortalı olmayan eşinin, kendi çalışmalarından dolayı gelir veya aylık alan kadının ya da gelir veya aylık alan erkeğin sigortalı olmayan eşinin gebeliğinin başladığı tarihten itibaren doğumdan sonraki ilk sekiz haftalık, çoğul gebelik halinde ise ilk on haftalık süreye kadar olan gebelik ve analık haliyle ilgili rahatsızlık ve engellilik halleri..." analık hali olarak tanımlanmıştır (m. 15/2). Sözü edilen tanımdan yola çıkılarak analık halinin yalnızca doğumdan sonraki süreci kapsadığı söylenemeyecektir. Analık hali;

⁷ Burcu Ezer, *Kişisel Durum Değişikliklerinin Sosyal Güvenlik Hukukunda Etkileri*, 1. Bası, Türk Metal Sendikası Araştırma ve Eğitim Merkezi Yayınları, 2021, s. 340., Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı (Çalışmanın yürütüldüğü dönem Aile Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı olarak adlandırılmaktaydı) tarafından hazırlanan 2019-2023 Stratejik Planda aile toplumun temel taşı olarak ön planda tutulmuş ancak ailenin yanı sıra birey de odağa alınmıştır. Söz konusu Planda Bakanlığın misyonu "ailenin güçlü bireyin mutlu olduğu bir Türkiye" şeklinde ifade edilmiştir. <https://aile.gov.tr/media/33674/acshb_2019-2023-stratejik-plan.pdf>, Erişim Tarihi 12 Ocak 2024.

⁸ RG. 10.06.2003, 25134.

⁹ RG. 23.07.1965, 12056.

¹⁰ RG. 16.06.2006, 26200.

gebelik ile başlayan ve doğum ile devam eden, kadının lohusalık ve emzirme dönemleriyle, çocuğun büyütülmesi ve bakımı için geçecek olan süreleri de kapsayan uzun bir süreçtir.¹¹

Analık halinin çalışsın ya da çalışmasın kadınlar açısından son derece önemli olduğu kuşkusuzdur. Sosyal güvenlik hukuku ve iş hukuku mevzuatı kapsamında getirilen düzenlemeler ile analık haline ilişkin koruma sadece çalışan kadınların korunması ve kadınların istihdamına yönelik düzenlemeler bağlamında ele alınmaz. Annenin korunması nihayetinde çalışan kadının korunması, çocuğun korunması, ailenin ve toplumun korunması olarak nitelendirilmelidir. Bu açıdan anneyi koruyucu hükümlerin getirilmesinin amacı anneden başka diğer anılan grupların da korunmasını sağlamaktır.¹²

Sosyal Güvenlik Hukukunda analık sigortasına ilişkin hükümler ile kadın çalışanlara, erkek çalışanlara, sigortalı olmayan kadın çalışanlara ve evlatlık edinen sigortalılara birtakım haklar sağlanmaktadır. Benzer şekilde İş Kanunu'nda da yalnızca kadın çalışanlara değil sözü edilen diğer kimselere de çeşitli izin haklarının tanındığı görülmektedir. Bu hükümlerin kişi bakımından kapsamının geniş tutulması ve sağlanan hakların temel anayasal haklar ve eşitlik ilkesi bağlamında değerlendirilmesi çalışmanın ana konusunu oluşturacaktır.

I. İŞ HUKUKU KAPSAMINDA ANALIK HALİNE BAĞLI DÜZENLEMELER

İş hukuku mevzuatında çalışan kadınlara yönelik hazırlanmış özel düzenlemeler ile kadınların koruma altına alınması amaçlanmıştır. Kadın-erkek eşitliği kavramının yanında kadınların korunması düşüncesi, çalışma hayatında kadın-erkek eşitliğinin istisnası olarak değerlendirilebilir. Dolayısıyla kadınları koruyucu düzenlemeler cinsiyet ayrımcılığı olarak değerlendirilemeyecektir.¹³

¹¹ Pelin Tuuç, "Analık Halinde İş ve Sosyal Güvenlik Hukukundan Doğan Haklar-6663 Sayılı Kanun ile Getirilen Yenilikler", *Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 32(1), 2007, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/627601>>, Erişim Tarihi 28 Ocak 2024, s. 203, 204.

¹² Ali Cengiz Köseoğlu, "Türk İş Hukukunda Analık", *İş ve Hayat Dergisi*, 2(4), 2016, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/299572>>, Erişim Tarihi 28 Ocak 2024, s. 98.

¹³ Arzu Arslan Ertürk, "Kadın İşçilerin Çalışma Şartlarına İlişkin Türk İş Mevzuatının Öngördüğü Düzenlemelere Genel Bir Bakış", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 23(1), 2017, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/331996>>, Erişim Tarihi 28 Ocak 2024, s. 347.

Kadın çalışanın doğumla beraber çalışma hayatından uzak kalacağı açıktır. Analık sürecinde dinlenme, kadın ve yeni doğan bebek için temel bir sağlık hakkıdır. Ancak çalışma hakkı da kadın açısından yaşamını sürdürebilmesi için temel nitelik taşıır. Sözü edilen hakların birbirine üstünlüğünden söz edilemez. Devlet için bahsi geçen temel hakları sağlamak bir yükümlülüktür. Bu açıdan İş Kanunu'nda kadın çalışanın hem çalışma hayatından uzak kalmaması hem de bebeğinin büyüme sürecine mümkün olduğu ölçüde eşlik etmesi için çeşitli düzenlemeler getirilmiştir.

A. Ücretsiz Doğum İzni

6663 sayılı Kanun¹⁴ ile yapılan değişiklikle beraber hem kadın işçiye hem de 3 yaşından küçük çocuğu evlat edinen erkek veya kadına ücretsiz doğum izni hakkı tanınmıştır. Düzenlemeye göre talep etmesi halinde işçiye 16 haftalık yasal doğum iznini (analık iznini)¹⁵ tamamlamasından sonra 6 aya kadar ücretsiz izin verilebilecektir. Çoğul gebelik söz konusu ise bu süre 18 haftanın sonunda başlayacaktır. 3 yaşından küçük çocuğu evlat edinen kadın veya erkek işçiye de ücretsiz doğum izni verilmektedir. Evli olarak evlat edinme halinde ücretsiz izin hakkından yalnızca eşlerden birisi yararlanabilecektir (4857 sayılı Kanun m. 74/VI). Ücretsiz iznin verilmesi zorunludur ve işverenin, işçinin ücretsiz izin talebi üzerinde herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır.¹⁶ Ancak ücretsiz doğum iznini talep etme hakkı olan işçi 6 aydan daha fazla bir süre ücretsiz izinden yararlanmak isterse, altı ayı aşan süreler konusunda işverenin izin verip vermeme konusunda takdir yetkisi vardır.¹⁷ Yargıtay 2017 yılında vermiş olduğu kararda uygulamanın emredici mahiyette olduğunu ve işçinin talep etmesiyle beraber yasal ücretli doğum izinlerinin kullanılmasından sonra işveren tarafından işçiye 6 aya kadar ücretsiz izin verilmesinin zorunlu olduğunu ve iznin verilmemesinin işçi açısından haklı nedenle fesih sebebi olduğunu belirtmiştir.¹⁸

¹⁴ Gelir Vergisi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG. 10.02.2016, 29620.

¹⁵ Analık izni hakkında bilgiye çalışmanın II. A. 1. başlıklı bölümünde ayrıca yer verileceği için bu bölümde bu izne ayrıntılı olarak değinilmemiştir.

¹⁶ Nuri Çelik/Nurşen Caniklioğlu/Talat Canbolat/Ercüment Özkaraca, "İş Hukuku Dersleri", Yenilenmiş 36. Bası, Beta, 2023, s. 844.

¹⁷ Talat Canbolat/Sema Deniz Özkan, "Doğum Borçlanması Yapılabilecek Süreler", *İş ve Hukuk*, 3(6), 2017, < <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/404427>>, Erişim Tarihi 25 Şubat 2024, s. 114.

¹⁸ Yargıtay 22. HD. 16.01.2017, E: 2015/14643, K: 2017/125. <www.kazanci.com>, Erişim Tarihi: 9 Ocak 2024. Yüksek Mahkeme tarafından verilen başka bir karara göre ise doğum

Ücretsiz doğum izni her ne kadar 4857 sayılı Kanun'da düzenlenmişse de bu haktan yalnızca bu Kanuna tabi olarak çalışanlar değil aynı zamanda iş sözleşmesi ile çalışan ve Kanunun kapsamına girmeyen her türlü işçi yararlanabilecektir.¹⁹

Esasen Türk hukukunda analık haline bağlı olarak kullanılacak izinlerin ya da diğer hakların ayrıca düzenlendiği münferit bir kanun bulunması konunun önemi itibarıyla daha isabetli olacaktır. Alman hukuku düzenlemeleri kıyasen ele alındığında konu ile ilgili olarak ayrı bir Kanunun bulunduğu görülmektedir. Bundeselterngehd- und Elternzeitgesetz (BEEG) adını taşıyan Kanun 1.1.2007'den itibaren kadın ve erkek işçileri kapsayacak şekilde yürürlükte olup, çocuklarının doğum tarihi 1.1.2007 ve sonrası işçiler için ebeveyn izinlerinden yararlanma koşullarını barındırmaktadır.²⁰ Kanunun 3. bölümünde ebeveyn izni düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeler çerçevesinde hakkın kullanımı, doğuma bağlı olarak işten çıkarmaya karşı koruma, ebeveyn izninin sonunda fesih gibi iş güvencesine ilişkin hükümler de bulunmaktadır.²¹

yapan kadın işçinin, ücretsiz doğum iznini kullanmak istemesi ve işveren tarafından buna izin verilmemesi halinde, kadın işçi tek başına alacağı karar ile işverene bildirimde bulunarak ücretsiz doğum iznine ayrılabilir. Böyle bir durumda sözleşmenin işveren tarafından geçersiz sebeple feshedildiğini kabul etmek ve işçinin işe iadesine karar vermek gerekir. Yargıtay 9. HD. 13.07.2009, E: 2008/36349, K: 2009/20734., <www.kazanci.com>, Erişim Tarihi 9 Ocak 2024., Aslı Çalışkan, "İş Hukukunda Analık ve Ebeveyn İzinleri", 1. Bası, On İki Levha, 2018, s. 63 vd.

¹⁹ Canbolat/Özkan, s, 114.

²⁰ BEEG'nin amacı hiçbir ebeveynin uzun vadede eşine veya hükümet desteğine bağımlı olmamasını sağlamak olarak ifade edilmiştir. Nora Reich, "Who Cares? Determinants of the Fathers' Use of Parental Leave in Germany", *Institute of International Economics Working Paper*, 2010, <https://ssrn.com/abstract=1619345>, Erişim Tarihi 14 Ocak 2024, s.2., Söz konusu Kanunda ebeveyn izni kadın ev erkek işçilerin sahip oldukları haklar olup çocuğun doğumundan sonra en fazla 3 yıllığına çocuğun evde bakımı ve yetiştirilmesi amacıyla kullanılabilir hak olarak düzenlenmiştir.

²¹ <https://www.gesetze-im-internet.de/beeg/>, Erişim Tarihi 16 Ocak 2024. Türk hukukunda bulunduğu üzere iş güvencesine ilişkin hükümler kapsamında doğuma bağlı feshine ilişkin olarak özel ve ayrı bir düzenleme bulunmaktaysa da İş Kanunu'nun 18. maddesinde doğum halinin iş sözleşmesinin feshinde geçerli bir neden sayılmayacağı ifade edilmiştir. İş Kanunu'nun 25. maddesinde işverenin iş sözleşmesini haklı sebeple feshedebileceği haller düzenlenirken sağlık sebepleri başlığı altında analık hali ile ilgili olarak şu düzenlemeye yer verilmiştir. "... (a) alt bendinde sayılan sebepler dışında işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde işveren için iş sözleşmesini bildirsiz fesih hakkı; belirtilen hallerin işçinin işyerindeki çalışma süresine göre 17 nci maddedeki bildirim sürelerini altı hafta aşmasından sonra doğar. Doğum ve gebelik hallerinde bu süre 74 üncü maddedeki sürenin bitiminde başlar. Ancak işçinin iş sözleşmesinin askıda kalması nedeniyle işine gidemediği süreler için ücret işlemez." Bunun dışında gebelik gibi haller cinsiyet ayrımcılığı kapsamında değerlendirilerek kişinin

B. Doğum Sonrası Yarım Çalışma İzni

Doğum sonrası yarım çalışma iznine ilişkin düzenleme özellikle kadınların iş hayatında var olabilmesi açısından oldukça önemli bir düzenlemedir. İlgili düzenleme yapılmadan önce konu yalnızca sağlık açısından ele alınarak doğum öncesi ve doğum sonrası izin ile çalışan kimsenin sağlığı korunması amaçlanmıştır. Ancak düzenlemeyle belirtilen sürelerde çalıştırma yasağının yanı sıra kadın ve erkek işçiye ve 3 yaşından küçük çocuğu evlat edinen kadın veya erkeklere yeni haklar tanımıştır.²² İlgili düzenlemenin yanı sıra 4857 sayılı Kanunun m.13/V hükmü ile doğum ve evlat edinmeye bağlı olarak kısmi çalışma imkânı getirilmiştir.²³

Doğum sonrasında çalışan annenin ya da 3 yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinmeleri halinde evlat edinen kadın veya erkek işçilerin talepleri halinde birinci doğumda 60 gün, ikinci doğumda 120 gün ve sonraki doğumlarda ise 180 gün süreyle haftalık çalışma sürelerinin yarısı kadar ücretsiz doğum izni verilir. Çoğul doğum halinde ilgili süreler 30’ar gün eklenir. Çocuğun engelli doğması halinde ise söz konusu süre 360 gün olarak uygulanır (4857 sayılı Kanun m. 74/II).²⁴

4857 sayılı Kanunun anılan hükümlerinin uygulama alanı yalnızca bu Kanun kapsamında kalan işçilerle sınırlı değildir. Nitekim 74. maddenin son hükmünde ilgili düzenlemenin iş sözleşmesi ile çalışan ve İş Kanunu kapsamında olup olmadığına bakılmaksızın tüm işçilere uygulanacağı düzenlenmiştir. Başka bir ifade ile Kanunun 74. maddesinde yer alan düzenlemeler İş Kanunu kapsamında çalışan işçilerin yanında Basın İş

gebeliğine bağlı olarak iş sözleşmesinin sona erdirilmesinde ayrıca ayrımcılık tazminatı da talep edilebilecektir (İK md. 5).

²² Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 840.

²³ Saim Ocak, “Doğum ve Evlat Edinme Nedeniyle Ücretsiz İzin ve Yarım Çalışma Ödeneği Uygulaması”, *İş ve Hayat*, 3(5), 2017, < <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/945270>>, Erişim Tarihi 28 Ocak 2024, s. 175.

²⁴ Kanunda yer alan düzenlemenin doğum için getirilmiş olmasının evlat edinme halinde de aynı artan miktarların uygulanması isabetli olacağı savunulmuştur. Öyle ki evlat edinenin daha önce kendi çocuğu da varsa bu çocukların sayısının da verilecek izin sürelerinin hesap edilmesinde dikkate alınması gerekliliği isabetli olarak ileri sürülmüştür. Ali Cengiz Köseoğlu, “Türk İş Hukukunda Analık”, *İş ve Hayat Dergisi*, 2(4), 2016, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/299572>>, Erişim Tarihi 28 Ocak 2024, s. 106., s. 182.

Kanunu²⁵, Deniz İş Kanunu²⁶ ve Türk Borçlar Kanunu (TBK)²⁷ kapsamında çalışan işçiler açısından da uygulama alanı bulacaktır²⁸. Söz konusu düzenleme ile analık haline bağlı olarak sağlanan böyle bir imkânın tüm işçilere ayırım yapılmaksızın uygulanması başka bir ifade ile iş sözleşmesine bağlı olarak çalışan işçiler arasında eşitlik ilkesinin sağlanması açısından oldukça isabetlidir.²⁹ Ancak düzenleme kapsamına yalnızca kadın işçilerin girmesi, annenin ölümü halinde babaya bu hakkın tanınmaması ise düzenlemenin eleştirilebilir yönünü oluşturmaktadır.

1. Düzenlemenin Kişi Bakımından Uygulanması

Doğum sonrası yarım çalışma iznine hak kazanabilmek için doğum yapan kadın işçi ya da üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen erkek veya kadın işçi olmak gerekir. Doğum yapan kadın işçi açısından söz konusu haktan yararlanmak için çocuğun hayatta olması aranır. Evlat edinme esnasında çocuğun 3 yaşından küçük olması yeterli olup talep sırasında bu yaşı tamamlamış olmasının önem taşımayacağını savunan görüşler bulunmaktadır.³⁰ Yarım çalışma iznine hak kazanacak kimseler doğum yapan kadın işçi ve evlat edinen kimselerle sınırlandırıldığından annenin ölmesi halinde baba bu izinden yararlanamayacaktır.³¹

Kanaatimizce 3 yaşından küçük çocuğu evlat edinen erkek veya kadın bakımından yarım çalışma iznini talep süresinin değerlendirilmesinde işverenin de işletmesel menfaatinin göz önünde bulundurulması gerekir. Dolayısıyla 3 yaşından küçük çocuğu evlat edinen kimsenin yarım çalışmayı

²⁵ RG. 20.06.1952, 8140.

²⁶ RG. 29.04.1967, 12586.

²⁷ RG. 4.2.2011, 27836.

²⁸ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 841.

²⁹ Düzenlemeyi isabetli bulan görüşlerin yanı sıra söz konusu düzenlemenin ilgili Kanunlarda değişiklik yapılmak suretiyle uygulanmasının daha yerinde olacağı belirtilmiştir. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 841.

³⁰ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 841., Alman hukukunda ebeveyn iznini kullanırken işçi çalışmak istediği takdirde işverene başvurarak kısmi süreli olarak çalışabilir. Ancak işçi, işverene başvururken çalışma saatlerinin nasıl düzenleneceğine ilişkin işveren ile anlaşmalıdır. İşverenin bu noktada takdir yetkisi bulunmaktadır ve işçinin kısmi süreli çalışma talebini olumsuz da karşılayabilir.

³¹ Şükriye Esra Baskan, “4857 sayılı İş Kanunu Kapsamında Analık İzni, Doğum Sonrası Ücretsiz İzinler ile doğum ve Evlat Edinme Nedeniyle Kısmi Süreli Çalışma Hakkı”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15(2), 2016, <https://www.jurix.com.tr/article/12640>, Erişim Tarihi 25 Şubat 2024, s, 97, 98.

talep edebileceği süre açısından sınırsız bir yoruma gidilmemelidir. Söz konusu durum işverenleri de öngöremeyecekleri bir yükümlülük altında bırakır böyle bir durum ise hukukî belirlilik ilkesi ile bağdaşmaz. Öğretide, düzenlemede üç yaşından önce çocuğun evlat edinilmesi ve bu yaştan önce izin kullanılmaya başlanmış olması halinde 3 yaşı doldurmayla beraber izin uygulamasına son verilip verilmeyeceğinin düzenlenmediği ancak çocuğun bu süreçte 3 yaşını aşmasının kullanılmaya başlanmış olan izni etkilemeyeceği sonucuna ulaşılması gerektiği ifade edilmiştir. 3 yaşından önce evlat edinilen çocuk açısından talepte bulunulabilecek süre bakımından kişilerin ne zamana kadar talepte bulunacağı belli olmadığından konuyla ilgili gelecekte yaşanacak uyumsuzlukların önlenmesi açısından yeni düzenleme yapılması gerekliliği belirtilmiş olup mevcut düzenleme açısından, evlat edinilen çocuğun 3 yaşını doldurduğu tarihten sonra izin talebinde bulunulmasının mümkün olmadığı isabetli bir şekilde savunulmuştur.³²

Konu ile ilgili düzenlemeler iş sözleşmesi ile çalışan kimseler hakkında uygulanacaktır. Dolayısıyla geçici iş göremezlik ödeneği veya emzirme ödeneğinde olduğu gibi bağımsız çalışanlar ilgili düzenlemelerden yararlanamayacaktır. Bunun gibi iş sözleşmesi dışında çalışan bağımlı çalışanlarda doğum sonrası yarım çalışma izninden faydalanamayacaktır. Sözü edilen durum gibi doğuma dayalı haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin hakkından çocuğun babası da yararlanamayacaktır.³³

3 yaşından küçük çocuğun evlat edinilmesine ilişkin düzenleme kapsamında ise Kanun hükmünde yer alan "...evlat edinen kadın veya erkek işçilere" ibaresi kullanıldığından çocuğun tek başına evlat edinilmesi veya çift olarak evlat edinilmesi halinde ilgili haktan tek bir kişinin yararlanabileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Düzenlemenin bu açıdan yerinde olduğu kuşkusuzdur. Üç yaşından büyük çocuğun evlat edinilmesi halinde ise söz konusu haktan yararlanılamayacağı açıktır.³⁴

2. Düzenlemenin Uygulanmasına İlişkin Koşullar

Doğum sonrası yarım çalışma iznine hak kazanabilmek için ya doğum yapan kadın işçi olmak ya da 3 yaşından küçük çocuğu evlat edinen kadın veya erkek işçi olmak gerekir. Doğum yapan kadın işçi açısından ise

³² Ocak, s. 179.

³³ Ocak, s. 177.

³⁴ Ocak, s. 178.

çocuğun hayatta olması şarttır.³⁵ Anılan şartların yanında doğum yapan işçi açısından çocuğun hayatta olması aranırken doğum yapan kimsenin hayatta olmaması ihtimalinde doğum yapan kişinin eşinin bu haktan yararlanıp yararlanamayacağına ilişkin bir husus düzenlemede bulunmamaktadır. İlgili düzenlemeden yararlanabilecek olanlar doğum yapan kadın çalışan ve evlat edinen erkek veya kadın işçi ile sınırlandırıldığından doğum yapan eşin ölmesi ihtimalinde izin uygulamasının son bulacağı belirtilmiştir.³⁶ Ancak düzenlemede gerçekleştirilecek değişiklik ile iznin kullanılması esnasında kadın işçinin ölümü halinde bahsi geçen izin hakkından iş sözleşmesine bağlı olarak çalışan erkek işçiye de tanınmasına dair bir hükmün eklenmesinin daha önce de ifade ettiğimiz gibi isabetli olacağı kanaatindeyiz.

Yarım çalışma izninin uygulanmasına ilişkin diğer şart evlat edinme halinde çocuğun 3 yaşından küçük olmasıdır. Kanun hükmünde yer alan 3 yaş sınırı yalnızca evlat edinme açısından değil iznin kullanılmasına ilişkin talep bakımından da dikkate alınması gereken bir süredir. Aksinin kabulü halinde evlat edinen kimselerin hangi süreye kadar söz konusu izni kullanmaya ilişkin talepte bulunabileceklerini belirlemek çok mümkün görünmemektedir. Dolayısıyla evlat edinilen çocuğun 3 yaşını doldurması itibariyle bu hakkın kullanılmayacağını kabulü daha isabetlidir.³⁷

Doğum sonrası yarım çalışma iznine hak kazanma açısından aranan koşullardan birisi de çocuğun bakımının yapıyor olmasıdır. Kanunun düzenlemesinde "...doğum sonrası analık hali izninin bitiminden itibaren çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi amacıyla ve çocuğun hayatta olması kaydıyla..." ifadesi kullanılmıştır. Cümlelerin kuruluşu açısından ilk etapta söz konusu durumun çocuğun hayatta olmasını kastettiği sonucuna ulaşılabilsen de düzenleme daha geniş bir çerçeveden ele alındığında çocuğun hayatta olmasının yanında farklı nedenlerle çocuk, Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı tarafından koruma altına alınmış ya da bir başkasınca evlat edinilmiş olabilir. Bunun gibi çocuğun velayeti de bir başkasına verilmiş olabilir. Anne ve baba arasında evlilik birliğinin sona ermiş olması gibi bir durum söz konusu olabilir. Anılan tüm durumlarda çocuğun bakımını üstlenmemiş olan kadının

³⁵ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 841.

³⁶ Ocak, s. 180.

³⁷ Ocak, s. 181. Aksi görüş için bkz: Çelik /Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 841. Resul Kurt, "Doğum Sonrası Yarım ve Kısmi Çalışma Hakkı", *Mali Hukuk Dergisi*, 14(159), 2018, <<https://legal.com.tr/Book/WdDM40n4gkuYxo11gLv77w/b17aaad4be5240789b3471a41544bba7?s=>>, Erişim Tarihi 28 Ocak 2024, s. 708.

Kanunda düzenlenen haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izni talep edemeyeceği açıktır.³⁸ Söz konusu açıdan çocuğun bakımını yapan kimsenin ilgili haktan yararlanabileceği koşulu önemli bir ayrıntıdır.

Ücretsiz izin uygulamasında olduğu gibi haftalık çalışma süresinin yarısı kadar çalışmaya ilişkin talepler de işverenin takdirine bağlı bir durum değildir. Anılan noktada işçinin tercihi ve işverenin kabul zorunluluğu bulunmaktadır. Kanun hükmünde de kullanılan ibarelerde “verilir”, “eklenir”, “uygulanır” ifadeleri ile söz konusu durumların işçi tarafından tercih edilmesi halinde işverenin izni vermeye zorunlu olduğu sonucuna ulaşılmalıdır.³⁹

Yarım çalışma izni ve ücretsiz doğum izni arasındaki ilişkinin değerlendirilmesinde birtakım görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Öğretide bir görüşe göre söz konusu haklar birbirinin alternatifi değil birbirinden bağımsız haklardır. Düzenlemenin tasarılması esnasında her iki hak birbirine alternatif olarak düzenlenmişti ancak kanunlaşma süreciyle beraber hem tasarıda öngörülen sürelerde değişiklik yapılmış hem de her iki hak birbirinin alternatifi olarak değil birbirinden bağımsız haklar olarak düzenlenmiştir.⁴⁰ Bir diğer görüşe göre ise İK m. 74/II ve VI hükümlerinde öngörülen izinler arasında bir bağlantı bulunmamaktadır. İşçi dilerse her iki izni de kullanabilir. Dolayısıyla yarım çalışma hakkını kullanmanın, altı aylık ücretsiz izin hakkından yararlanmadan mahrum kalınacağı sonucunu doğurmaması gerekir.⁴¹

Söz konusu görüşlerin aksini savunan görüşe göre ise her iki hak birbirinden bağımsız değil birbirine alternatif haklardır. Bir hakkın kullanımı diğer hakkın kullanımını sona erdirecektir. Yarım çalışma ödeneği kapsamında koşulları sağlanıyorsa İşsizlik Sigortası Fonundan sağlanacak bir ödenek söz konusu olduğundan bu hakkın, ücretsiz izin hakkı karşısında daha fazla tercih edilebileceği ifade edilmiştir.⁴²

³⁸ Ocak, s. 181.

³⁹ Ocak, s. 182.

⁴⁰ Tasarı hükmünde “Birinci fıkra uyarınca kullanılan doğum sonrası analık izninin bitiminden itibaren kadın işçi, evlat edinme halindeyse eşlerden biri veya evlat edinen 6 aya kadar ücretsiz izin ya da her doğumda 6 aya kadar haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin kullanılabilir bu izin taleplerden hangisini kullanılacağını izin talebinde bulunan belirlenir ve iznin kullanılacağı tarihten itibaren bir ay önce yazılı olarak işverene bildirir. Ocak, s. 194.

⁴¹ Köseoğlu, s. 107.

⁴² Münir Ekonomi, “Doğum veya Evlat Edinme Sonrası Çocuğun Bakımı ve Yetiştirilmesi Amacıyla Ücretsiz İzin ve Kısmi Süreli Çalışma Hakları”, *Legal İSGHD*, 14(53), 2017,

Her iki görüşün yanında söz konusu hakların tamamlayıcı ancak bir hakkın kullanılması esnasında diğer hakkın kısılacağı ifade edilmiştir. Analık izninin bitmesiyle beraber başlayacak olan yarım çalışma süresinin sona ermesi ile ücretsiz izin olan 6 aydan kalan bakiye süre kadar ücretsiz izin kullanılacaktır. Kanun ile getirilmiş hakların birbirinin kullanımını kaldırması yerine birbirinin tamamlayıcısı olması gerekliliği savunulmuştur.⁴³

Kanaatimizce her iki hakkın birbirinin alternatifi ya da birbirinin tamamlayıcısı olduğunu düşünmek yerine birbirinden bağımsız haklar olduğunu ve ayrı ayrı kullanılması gereken haklar olduğunu savunmak söz konusu hakkı kullanmak isteyenlerin içerisinde bulunduğu durumlar açısından daha isabetlidir. Dolayısıyla 6 aylık ücretsiz izin hakkını kullanan işçi söz konusu hakkın bitiminden sonra haftalık çalışma süresinin yarısı kadar izin talebinde bulunabilmelidir.

Yarım çalışma iznini kullanabilmek için esasen işçinin iş sözleşmesinin belirli süreli ya da belirsiz süreli olmasının herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Ancak sözleşme türünün kısmi süreli ya da tam süreli olması sözü edilen izni kullanma açısından önemlidir. Yarım çalışma ödeneğini düzenleyen hükümlerde ödeneğin süresinin haftalık çalışma süresinin yarısı kadar olduğu belirtilmiştir (4857 sayılı Kanun m. 63). Bu nedenle bu hakkın yalnızca tam süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilere tanınmış olduğunun kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir.⁴⁴ Sözü edilen durum ise kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler ve tam süreli işçiler arasında çalışan işçiler arasında ayrımı haklı kılan sebep olarak değerlendirilmeli ve eşitlik ilkesine aykırılık olarak yorumlanmamalıdır. İşyerinde kısmi süreli çalışan işçilerin bir kez daha çalıştıkları sürelerin yarısı kadar yarım çalışma ini almaları, işverenin işletmesel menfaatleriyle de örtüşmemektedir.

C. Kısmi Çalışma İzni

Çalışma kapsamında şimdiye kadar bahsedilen tüm izinlerin yanı sıra

<https://legal.com.tr/Book/WdDM40n4gkuYxo11gLv77w/9a3eebc361a14fc1a50a99ec70389490?s=>>, Erişim Tarihi 28 Ocak 2024, s. 46, 47. Aynı görüşü savunan Sümer'e göre doğum ya da evlat edinme halinde 8 haftalık çalışmanın yasak olduğu analık izninin bitiminde işçi seçim hakkına sahiptir. Dilerse çalışma süresinin yarısı kadar izin, dilerse 6 aya kadar ücretsiz izin hakkını kullanabilir. Haluk Hadi Sümer, "İş Hukuku", Gözden Geçirilmiş 26. Bası, Seçkin, 2022, s. 162.

⁴³ Kurt, s. 713.

⁴⁴ Başkan, s. 100.

bahsi geçen izin sürelerinin bitiminden itibaren 4857 sayılı Kanunun m. 13/V hükmünde tanınan kısmi süreli çalışma hakkı ebeveynlerden birisi tarafından kullanılabilir.⁴⁵ Söz konusu hakkın kullanımına ilişkin ayrıntılı hükümler Yönetmelikle düzenlenmiştir. Analık İzni veya Ücretsiz İzin Sonrası Yapılacak Kısmi Süreli Çalışmalar Hakkında Yönetmelik⁴⁶ (çalışmanın devamında Analık İznine İlişkin Yönetmelik olarak anılacaktır) hakkın talep şeklini, süresini ve hakkı kullanmanın şartlarını üçüncü bölümde düzenlemiştir. İlgili hak yalnızca doğum yapmış aileler için değil aynı zamanda evlat edinene de tanınmıştır.⁴⁷ Çalışmanın bütünlüğü açısından kısaca kısmi çalışma izninden de bahsedilecektir.

1. Kısmi Çalışma İzin Talebi

İş Kanunu'nda yer alan düzenlemeye göre 74. maddede öngörülmüş izinlerin bitiminden sonra mecburi ilköğretim çağının başladığı tarihe kadar ebeveynlerden birisi kısmi süreli çalışma talebinde bulunabilir. Söz konusu talep işveren tarafından karşılanır ve geçerli fesih nedeni sayılmaz (4857 sayılı Kanun m. 13/V, c. 1, 2). İlgili düzenlemenin Türk Hukukunda yer alması isabetli bulunmuş ve söz konusu değişikliğe kadar böyle bir düzenlemenin bulunmamış olması eleştirilmiştir.⁴⁸ Düzenlemeyi isabetli bulan bir diğer görüşe göre ise madde metninin kaleme alınış şeklinin pek çok

⁴⁵ 156 sayılı Aile Sorumlulukları Olan Kadın ve Erkek İşçilere Eşit Davranılması ve Eşit Fırsatlar Tanınmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme genel itibariyle kadın ve erkeklerin aile sorumluluklarından dolayı ekonomik faaliyete katılma konusunda karşılaştıkları zorlukları ortadan kaldırmak ya da en aza indirmek amacıyla hazırlanmıştır. Söz konusu Sözleşme, Türkiye tarafından onaylanmamıştır. Sözleşme cinsiyete bakılmaksızın yalnızca aile sorumlulukları olan kadın ve erkekler arasında değil diğer çalışanlar arasında da eşit davranılmasını ve eşit fırsatlar sunulmasını önermektedir. Doğum sonrası babaya da bakım izninin verilmesi gerektiğini düzenleyen Sözleşme hükümleri her ne kadar Türk mevzuatındaki izinlerle örtüşmese de ILO'nun 191 sayılı Tavsiye Kararı'nda yer alan belirli şartlar altında babanın da izin hakkına sahip olması gerektiğine ilişkin düzenleme Türk hukukunda öngörülmüş babalık izni ile kısmen örtüşmektedir. Asiye Şahin Emir, "İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Analık", 1. Bası, Adalet, 2019, s. 60.

⁴⁶ RG. 08.11.2026, 29882.

⁴⁷ Gizem Meral Kılınç, "Doğuma Bağlı İzinler ve Kısmi Süreli Çalışma Uygulaması", *Eskişehir Barosu Dergisi*, 8(1), 2023, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/3047677>>, Erişim Tarihi 28 Ocak 2024, s. 128., Senem Değer Ernumcu, "Doğum ve Evlat Edinme Sonrası Kısmi Çalışma ve Yarım Çalışma Hakkı Ödeneği", *D.E.Ü Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, 19(özel sayı), 2017, <<https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2017/11/11-SENEM-DEGER-ERMUMCU.pdf>>, Erişim Tarihi: 25 Şubat 2024, s. 2004 vd.

⁴⁸ Yasemin Taşdemir, "Ebeveyn İzni ve Yarım Çalışma Ödeneği", 1. Bası, On İki Levha, 2019, s. 83.

açıdan eleştiriye açık olduğu, birçok konuda duraksama ve sorun yaratacak bir düzenleme olduğu belirtilmiştir.⁴⁹

Söz konusu hakkı talep edebilecek kimse yalnızca çalışan kadın değildir. Hak ebeveynlere tanınmış bir hak olduğundan ilgili haktan yalnızca kadın işçiler değil erkek işçiler de yararlanabileceklerdir. 6663 sayılı Kanun ile getirilen bu düzenleme emredici nitelikte bir düzenlemedir dolayısıyla taraflar anlaşarak söz konusu hakkı kaldıramayacakları gibi hakkı sınırlandıramazlar.⁵⁰

2. Kısmi Çalışma İzninden Yararlanma Koşulları

İşçinin kısmi çalışma izninde yararlanabilmesi için ilköğretim çağına ulaşmamış çocuğunun bulunması, eşin çalışıyor olması ve işverenden talepte bulunması gerekir.⁵¹ İlk öğretim çağına ulaşmamış çocuğu bulunan ebeveynler açısından sözü edilen hakkı kullanabilmek için talepte bulunan işçinin de çalışıyor olması gerekir. Kanunda yer alan düzenlemede “ebeveyn” ifadesinin kullanılmış olması anne ve babanın evli bulunması zorunluluğu olarak değerlendirilmemelidir. Aksi durumda yalnızca evli kişiler için böyle bir hakkın bulunduğunu savunmak medeni hal temeline bağlı ayrımcılık olarak değerlendirilir. Boşanmış olup, velayeti kendisine verilmiş olan kişi de söz konusu haktan yararlanabilir.⁵² Bu durumda eşin çalışıyor olması koşulunun artık dikkate alınmaması gerekir.⁵³ Öğretide boşanmış kişiler açısından söz konusu haktan yararlanmak için velayetin hak talebinde bulunan işçide olmasının zorunlu bir koşul olmadığı savunulan görüşlerdendir.⁵⁴ Kanaatimizce böyle bir durumda velayetin talepte bulunan tarafta bulunması koşulu aranmamalıdır. Ancak böyle bir durumda velayet kendisinde olmayan kimsenin izin talebinde bulunabilmesi için çocukla görüşme sıklığı gibi durumların göz önünde bulundurularak karar verilmesi gerekir.

Kısmi çalışma izninden yararlanmak için ebeveynlerin her ikisinin de

⁴⁹ Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 218.

⁵⁰ Şahin Emir, s. 199.

⁵¹ İlköğretim ve Eğitim Kanununa göre ilköğretim çağı “İlkokulların birinci sınıflarına o yılın 31 Aralık tarihinde 72 ayını dolduran çocukların kaydı yapılır. Ancak çocuğun gelişim durumuna bağlı olarak okula erken başlaması veya kaydının ertelenmesi ile ilgili hususlar yönetmelikle düzenlenir” (md.3/c.2).

⁵² Taşdemir, s. 147.

⁵³ Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 219.

⁵⁴ Sevil Doğan, “İş Hukukunda İşçinin İş ve Aile Yaşamı Uyumunun Sağlanması”, 1. Bası, Seçkin, 2022, s. 185, 186.

çalışıyor olması ön koşuldur ancak Analık İznine İlişkin Yönetmelik'te bu şartın istisnaları da düzenlenmiştir (m. 10). Söz konusu istisnaların hakkın amacı ile bağdaştığı ifade edilerek, işçinin kısmi çalışma için başvurduğu esnada şartları taşıyor olmasının haktan yararlanmak için yeterli olduğu belirtilmiştir.⁵⁵

Üç yaşını doldurmamış bir çocuğu eşiyle beraber ya da tek başına evlat edinen kimseler de çocuğun kendilerine fiilen teslim edildiği tarihten itibaren söz konusu haktan yararlanabilirler.⁵⁶

Kısmi çalışma izninden faydalanabilmek için izin talebini en az 1 ay önceden işverene bildirmek gerekir (4857 sayılı Kanun m. 13/V- c.5). Kanun koyucu işverenin izin durumuna yönelik gerekli organizasyonu yapabilmesi amacıyla bu şekilde bir düzenleme yapmıştır. Kanun düzenlemesinde işçinin işverene yapacağı talebe ilişkin bir düzenleme bulunmakta ancak talebin içeriğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır.

İşçi doğum sonrası ücretsiz izin hakkını kullanmaktaysa bu izin süresini keserek de kısmi çalışma hakkından yararlanabilecektir.⁵⁷

Alman hukukunda işçi, talebinde kısmi süreli izin talebinin başlangıç zamanını bildirmek ve çalışma süresindeki azalmayı belirtmekle yükümlü tutulmuştur. Esasen böyle bir yükümlülük işverenin işletmesel menfaatlerinin korunması açısından da yerindedir yine Alman hukukunda işçinin kısmi çalışma talebinin işveren tarafından kabul edilmemesi ihtimali ve ret cevabına karşı işçinin başvurabileceği yol düzenlenmiştir. Alman hukukunda işçinin kısmi çalışma talebinden yararlanabilmesi için işyerinde en az 15 kişinin çalışması gerektiği ve işçinin en az 6 aylık kıdeme sahip olması gerekliliği düzenlenmiştir. Türk hukukunda işçinin söz konusu haktan yararlanması için işyeri düzeyinde ya da işçi kıdeminde herhangi bir şart öngörülmemiştir. Başka bir ifade ile işyerinde tek kişi çalışıyor olsa dahi söz konusu talepte bulunulması halinde işverenin takdir yetkisi bulunmamaktadır.⁵⁸ Anılan şekilde düzenleme getirilmemiş olmasının kadın istihdamını olumsuz yönde etkileyeceği açıktır. Hüküm özü itibarıyla kadınların çalışma yaşamında aktif bir şekilde bulunmasını ve aile birliğini korumayı hedeflese de çalışma

⁵⁵ Değer Ermumcu, s. 2006.

⁵⁶ Sümer, s. 45.

⁵⁷ Değer Ermumcu, s. 2005.

⁵⁸ Çelik/Caniklioglu/Canbolat/Özkaraca, s. 220.

hayatında işverenler söz konusu durumla karşılaşmamak için kadın işçi çalıştırmayı tercih etmeyeceklerdir. Böyle bir durum da halihazırda kadınların çalışma hayatında istihdam oranının daha da düşmesine neden olacaktır. Her ne kadar kısmi çalışmanın hangi işyerlerinde uygulanacağına ilişkin usul ve esasların Yönetmelik⁵⁹ hükümlerince belirleneceği belirtilmişse de küçük işyerlerinin korunması açısından konunun Kanunla düzenlenmesinin daha isabetli olacağı savunulmuştur.⁶⁰

II. SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU KAPSAMINDA ANALIK HALİNE BAĞLI DÜZENLEMELER

A. Analık Sigortası Hükümlerinin Kapsamındaki Kişiler

5510 sayılı Kanun kapsamında analık sigortası hükümleri çerçevesinde yapılacak yardımlardan yararlanabilecek sigortalılar Kanunun 4/I-a bendinde sayılan ve 4/I-b bendinde sayılan sigortalılar olarak sayılmıştır. Başka bir ifade ile 5510 sayılı Kanun kapsamında yer alan analık sigortasına ilişkin hükümler 5510 sayılı Kanunun 4/I-c bendinde sayılan sigortalıları kapsamayacaktır.⁶¹

Sigortalı kadın ya da sigortalı erkeğin sigortalı olmayan eşinin doğum yapması sosyal bir tehlikedir ve kişiyi gelir kaybına uğratabileceği gibi söz konusu durum gider artışına engel olarak da nitelendirilebilir. Esasen analık sigortasına ilişkin hükümler ülkemizde olduğu gibi pek çok ülkede hastalık sigortası programıyla aynı sigorta dalı içerisinde değerlendirilmektedir. Türk hukukunda analık sigortasına ilişkin hükümler 1946 yılında 4772 sayılı İş

⁵⁹ Analık İzni veya Ücretsiz İzin Sonrası Yapılacak Kısmi Süreli Çalışmalar Hakkında Yönetmeliğin 12. maddesinde kısmi süreli çalışma izninin kullanılabilmesi için düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre: (1) Kısmi süreli çalışma; a) Özel sağlık kuruluşlarında ilgili mevzuat uyarınca mesul müdür, sorumlu hekim, laboratuvar sorumlusu ve sağlık hizmetinden sayılan işlerde tam zamanlı çalışması öngörülenler tarafından yerine getirilen işlerde,

b) Nitelikleri dolayısıyla sürekli çalıştıkları için durmaksızın birbiri ardına postalar hâlinde işçi çalıştırılarak yürütülen sanayiden sayılan işlerde,

c) Nitelikleri dolayısıyla bir yıldan az süren mevsimlik, kampanya veya taahhüt işlerinde,

ç) İş süresinin haftanın çalışma günlerine bölünmesi suretiyle yürütülmesine nitelikleri bakımından uygun olmayan işlerde, işverenin uygun bulması hâlinde yapılabilir.

(2) Birinci fıkrada sayılmayan işlerde işverenin uygun bulma şartı aranmaksızın kısmi süreli çalışma yapılabilir.

⁶⁰ Şahin Emir, s. 204.

⁶¹ Müjdat Şakar, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku*, 14. Bası, Beta, 2021, s. 282.

Kazaları ve Meslek Hastalıkları ve Analık Sigortası Kanunu⁶² ile kurulmuş sonraki süreçte 1951 yılında 5502 sayılı Hastalık ve Analık Sigortaları Kanunu⁶³, 1965'te 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu⁶⁴ ve en son 5510 sayılı Kanunla kısa vadeli sigorta kollarından birisi olarak düzenlenmiştir.⁶⁵

Analık sigortası kişinin analık haliyle beraber uğrayacağı maddi kayıpları telafi etme amacı içerdiğinden anılan sigorta kapsamında kişilere birtakım yardımlar sağlanmaktadır. Söz konusu yardımlar geçici iş göremezlik ödeneği ve emzirme ödeneğidir. Bu ödeneklerin yanında kişilere Genel Sağlık Sigortası (GSS) kapsamında sağlık yardımları yapılmaktadır. Ancak, sağlık yardımları analık sigortası kapsamında değil, genel sağlık sigortası kapsamında yapılan yardımlardır. Sağlık yardımları da sosyal sigorta sistemi içerisinde değerlendirildiğinden ilgili başlık altında kısaca yer verilecektir.

1. Geçici İş Göremezlik Ödeneği

Analık sigortasında sigortalıya, analık haline bağlı olarak ortaya çıkan iş göremezlik süresince, günlük geçici iş göremezlik ödeneği verilir (m. 16). Söz konusu yardımın sağlanabilmesi için 5510 sayılı Kanunun 4/I-a ve 4/I-b kapsamında yer alan sigortalılar için ayrı şartlar öngörülmüştür. Düzenlemeye göre 4/I-a kapsamında yer alan sigortalı kadının geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlanabilmesi için doğumdan önceki 1 yıl içinde en az 90 gün kısa vadeli sigorta priminin bildirilmiş olması gerekir. Söz konusu halde kadın işçiye doğumdan önceki 8 hafta ve doğumdan sonraki 8 hafta boyunca -çoğul gebelik söz konusu ise bu süreler 2'şer haftanın eklenmesi ile- çalışmadığı her gün için geçici iş göremezlik ödeneği ödenir. Kadın çalışanın talebi ve hekimin onayı ile doğumdan önceki 8 haftalık sürenin en fazla 5 haftalık kısmı çalışarak geçirilebilir ve söz konusu süreler doğumdan sonra istirahat şeklinde de kullanılabilir. Erken doğum olması halinde ise kullanılmayan süreler, doğum sonrası sürelerle eklenir.⁶⁶ Evlat edinme halinde ise, çocuğun tesliminden itibaren 8 hafta analık izni bulunmaktadır.⁶⁷ Tüm bu süreler analık izni olarak adlandırılır. Doğum öncesi ve doğum sonrası için zorunlu olarak verilmesi gereken uygun dinlenme süreleri karşılığında gelir garantisi

⁶² RG. 27.6.1945, 6051.

⁶³ RG. 10.01.1950, 7402.

⁶⁴ RG. 29, 30, 31.7 1964-1.8.1964, 11766-11779.

⁶⁵ Şakar, s. 283.

⁶⁶ Şakar, s. 283.

⁶⁷ Değer Ermumcu, s. 2003.

sağlanmaktadır. Analık izninin kullanıldığı dönem içerisinde iş sözleşmesi askıda kalacağından tarafların sözleşmeden doğan asli edim yükümlülüklerini yerine getirme zorunlulukları bulunmamaktadır. Ancak bu dönemde Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından sağlanacak geçici iş göremezlik ödeneği ile işçinin karşılaşılabileceği olumsuzlukların bertaraf edilmesi sağlanmaya çalışılmaktadır.⁶⁸

Analık izni, doğum yapmış annenin ve yeni doğan bebeğin sağlığını korumak için getirilen ve doğum sonrası toparlanma izni olarak tanımlanan bir süreçtir. Doğum nedeniyle analık izni ilk defa 1952 yılında 103 No'lu Anelik Koruma Sözleşmesi ile uluslararası alanda hukukî güvenceye kavuşmuş ve Sözleşme 2000 yılında gözden geçirilerek (183 No'lu ILO⁶⁹) tekrar düzenlenmiştir.⁷⁰

Doğumda veya doğum sonrasında annenin ölümü halinde, doğum sonrasında kullanılmayan süreler babaya kullandırılır (4857 sayılı Kanun m. 74/I).⁷¹ Bu izin, ebeveynin kendisinin ve çocuğun bakım ihtiyacının karşılanması yönünden getirilmiş sürelerdir. Dolayısıyla eşin ölümü nedeniyle kullanılacak mazeret izninin ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Çocuğun ölü doğması halinde ise mevzuat kapsamında bir düzenleme bulunmamakla birlikte iznin devam edeceğinin kabulü gerekir. Söz konusu süreçte her ne kadar hamilelik süreci sona ermiş ve doğum gerçekleşmiş olsa dahi annenin psikolojik durumu, tıbbi süreçler gereği izin sürelerinin kullandırılmasının kabulü hem fizyolojik hem de psikolojik olarak sağlıklı bir yaşam açısından isabetlidir.⁷²

5510 sayılı Kanununun 4/I-b kapsamında yer alan sigortalılara ödenecek geçici iş göremezlik ödeneği için ise genel sağlık sigortası dahil prim ve primi

⁶⁸ Baskan, s. 91.

⁶⁹ <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:REV,en,C183,/Document>, Erişim Tarihi 23 Ocak 2024.

⁷⁰ Sumbas, 171.

⁷¹ Anne ve babayı beraber dikkate alan ebeveyn izni düzenlemelerinin ilk defa 1974'te İsveç'te yapıldığı, Norveç ve Finlandiya'nın onu izlediği ifade edilmiştir., Sumbas, 171.

⁷² Eda Manav Özdemir/Canan Erdoğan, "Türk İş Hukukunda Kadın Çalışanların Analığının Korunması", *Sicil*, Sayı: 45, 2021, <<https://search.trdizin.gov.tr/tr/yayin/detay/504895/turk-hukukunda-kadin-calisanlarin-analiginin-korunmasi>>, Erişim Tarihi 28 Ocak 2024, s. 106, 107., Kılınç, s. 124., Doğum yapan kadın işçinin ölmesi durumunda çocuğun bakımının baba tarafından yapılacağı düşüncesiyle kabul edilen bu hükmün isabetli olduğunu savunan diğer bir görüş için; Değer Ermumcu, s. 2003.

ilgilendiren her türlü borcun ödenmiş olması gerekir. Bu durumda yatarak tedavi süresince ya da yatarak tedavi sonrası bu tedavinin gereği olarak istirahat raporu aldıkları sürede geçici iş göremezlik ödeneği ödenir. Ancak anılan hallerde doğum öncesi ve doğum sonrası çalışılmayan sürelerde geçici iş göremezlik ödeneğinin ödenmesi için yatarak tedavi şartı aranmayacaktır.⁷³

Analık izni kapsamında kadın işçilere tanınan gelir desteği annenin ölümü halinde söz konusu izni kullanan babaya ya da evlat edinene tanınmamıştır. Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'ne⁷⁴ göre geçici iş göremezlik ödeneğinin sigortalı kadın işçiye verileceği öngörülmüştür (m. 40). Öğretide isabetli bir şekilde 5510 sayılı Kanun'da gerçekleştirilecek değişikliklerle babanın ve evlat edinenin de 74. madde de öngörülen izni kullandıkları süre için analık sigortası kapsamında geçici iş göremezlik ödeneğine hak kazanmalarına olanak tanınması gerekliliği belirtilmiştir.⁷⁵

2. Emzirme Ödeneği

Emzirme ödeneği, geçici iş göremezlik ödeneğinden farklı olarak hem sigortalı kadına hem de kadının çalışmaması halinde sigortalı olmayan eşinin doğum yapması nedeniyle erkek çalışana verilebilmektedir. 5510 sayılı Kanunun hem 4/I-a kapsamında yer alan hem de 4/I-b kapsamında yer alan sigortalılardan kendi çalışmaları nedeniyle geliri olan ya da ücret alan kadın sigortalılara ya da kadınların çalışmaması halinde eşlerine, her çocuk için çocukların hayatta olması şartıyla doğum tarihinde geçerli olan ve Kurum tarafından belirlenerek Bakanlıkça onaylanan tarife üzerinden emzirme ödeneği verilir. Kişilerin emzirme ödeneğinden yararlanabilmesi için 4/I-a kapsamında yer alan sigortalıların doğumdan önceki 1 yıl içinde en az 120 gün kısa vadeli sigorta kolları priminin bildirilmiş olması, 4/I-b kapsamında bulunan sigortalıların ise doğumdan önceki 1 yıl içinde en az 120 gün kısa vadeli sigorta kolları primi yatırılmış ve genel sağlık sigortası primi de dahil olmak üzere prim ve prime ilişkin herhangi bir borçlarının bulunmaması gerekir.⁷⁶

Emzirme ödeneğine hak kazanan sigortalıların, sigortalılığının 5510 sayılı Kanunun 9. maddesine göre sona ermesi halinde, bu tarihten başlamak

⁷³ Şakar, s. 283.

⁷⁴ RG. 12.05.2010, 27579.

⁷⁵ Baskan, s. 97.

⁷⁶ Şakar, 284.

üzere 300 gün içerisinde çocuklarının doğması halinde, sigortalı kadın ya da eşi çalışmayan sigortalı erkek; doğumdan önceki 15 ay içerisinde en az 120 gün prim ödemiş olmaları şartıyla emzirme ödeneğinden yararlanabileceklerdir (m. 16).

3. Doğum veya Evlat Edinme Sonrası Yarım Çalışma Ödeneği

Doğum veya evlat edinme sonrası kişilere ödenecek yarım çalışma ödeneği sosyal sigortalar kapsamında ele alınması gereken konudur. Yarım çalışma ödeneği; yarım çalışma iznine bağlı olarak gündeme gelecektir. Yarım çalışma izni hakkında bilgi çalışmanın önceki bölümlerinde verilmiştir.⁷⁷

Yarım çalışma talebi doğrultusunda hak sahiplerine verilen ücretsiz izin neticesinde gerekli şartları taşıyan sigortalılara başvurmaları halinde “Doğum ve Evlat Edinme Sonrası Yarım Çalışma Ödeneği” verilmektedir. Yarım çalışma ödeneği İşsizlik Sigortası Fonundan ödenmektedir ve haftalık çalışma süreleri dikkate alınarak ilgili sürelerin yarısının hesap edilmesi suretiyle ödenir. İlgili kimselerin bu ödenekten yararlanabilmesi için; işçi adına doğum ya da evlat edinme tarihinden önceki son 3 yılda en az 600 gün işsizlik sigortası priminin bildirilmiş olması, haftalık çalışma süresinin yarısı kadar fiilen çalışılması ve doğum ve evlat edinme hali sonrasında analık izninin bittiği tarihten itibaren 30 gün içerisinde Türkiye İş Kurumu’na doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma belgesi ile başvuruda bulunulması gerekir.⁷⁸

Yarım çalışma ödeneği verilmeyecek durumlar; geçici iş göremezlik ödeneği almaya hak kazananlara söz konusu durumların devamı süresince, çocuğun hayatını kaybetmesi ya da evlatlık ilişkisinin ortadan kalkması gibi durumlarda olayın meydana geldiği tarihi izleyen tarih itibarıyla, 4857 sayılı Kanununun 74. maddesi uyarınca haftalık çalışma izninin yarısı kadar çalışan işçilerin diğer yarısında başka bir işte çalışmaları halinde çalıştıkları süre şeklinde ifade edilmiştir.⁷⁹

1. Genel Sağlık Sigortası Çerçevesinde Sağlanan Sağlık Yardımları

Sağlık hakkının temel bir insan hakkı olması neticesinde sağlık hizmetleri, devlet tarafından sunulan sosyal hizmetlerin başında gelmektedir. Sosyal hizmetlerin bireylere sunulmasında kural olarak dikkate alınmayan

⁷⁷ Çalışmanın I. B. başlıklı bölümünün devamında konu ile ilgili bilgi verilmiştir.

⁷⁸ Kurt, s. 709.

⁷⁹ Kurt, s. 710.

maddi durum olgusu çoğu sosyal hizmetin aksine sağlık hizmetlerinin devlet tarafından sunulması bakımından önem taşımaktadır. Başka bir ifade ile sağlık hizmetlerinin, sosyal hizmet çerçevesinde sunulması bireylerin zorunlu ya da isteğe bağlı sigortalılıkları uyarınca GSS kapsamına alınmaması halinde söz konusudur.⁸⁰

Analık nedeniyle yapılacak tüm sağlık yardımları⁸¹ 5510 sayılı Kanunun m. 63/I-c hükmüne göre genel sağlık sigortası kapsamında düzenlenmiştir. Kanunda aynı zamanda analığa bağlı sağlık yardımları arasında normal yollardan çocuk sahibi olamayanlara bazı şartlarla yardımcı üreme teknikleri ile çocuk sahibi olma imkânı tanınmıştır.⁸²

III. ANALIK SİGORTASI DIŞINDA GERÇEKLEŞTİRİLEN SOSYAL YARDIMLAR VE SOSYAL HİZMETLER

Bir toplumu oluşturan kimselere yardım etmedeki kolektif sorumluluğu ifade eden karşılıklı dayanışma mekanizmaları, sosyal refah olarak ifade edilebilir. Sosyal refah, içerisinde sosyal hizmetler ve sosyal yardımlar kavramlarını barındıran hizmetler bütünüdür. Sosyal hizmetler ve sosyal yardımlar; sosyal sigortayla birlikte sosyal güvenlik sistemini oluşturan alt sistemlerdir.⁸³ Sosyal hizmetler; “doğrudan doğruya ve birinci derecede insanın korunmasına ve geliştirilmesine yönelmiş etkinlikler” olarak ifade edilmiştir.⁸⁴ Sosyal yardımlar ise ellerinde olmayan nedenlerle yoksul duruma düşmüş birey ya da gruplara insan onuruna yaraşır asgari bir yaşam seviyesi sağlamak amacıyla karşılıksız olarak yapılan aynı ve nakdi yardımlar olarak ifade edilmiştir.⁸⁵ Doğum yapan kadının çalışmaması nedeniyle gelirden

⁸⁰ Ezer, 346.

⁸¹ Ayakta veya yatarak hekim tarafından yapılacak muayene, hekimin göreceği gerek üzerine teşhis için gereken klinik muayeneler, doğum, laboratuvar tetkik ve tahlilleri ile diğer tanı şekilleri, konulan teşhise dayanarak gerçekleştirilecek tıbbi müdahale ve tedaviler, hasta takibi, rahim tahliyesi, tıbbi sterilizasyon ve acil sağlık hizmetleri, ilgili kanunları gereğince sağlık meslek mensubu sayılan hekimlerin kararı üzerine yapacakları tıbbi bakım ve tedaviler. Ali Güzel/Alı Rıza Okur/ Nurşen Canıklioğlu, “Sosyal Güvenlik Hukuku”, Yenilenmiş 19. Bası, Beta, 2021, s. 475.

⁸² Söz konusu yardımlardan yararlanabilmek için evli olmakla beraber çocuk sahibi olamayan genel sağlık sigortalısı olmak gerekir. Güzel/Okur/Canıklioğlu, s. 828.

⁸³ Hüsamettin Çetin. “Türkiye’de Sosyal Hizmetler ve Sosyal Yardımların Yeniden Yapılanması Üzerine Bir Değerlendirme”, *Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü: Doktora Tezi*, 2014, s. 12

⁸⁴ Çetin, s. 12, 13.

⁸⁵ Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı: Devlet Planlama Teşkilatı, Ankara: 2001, 51.

meydana gelecek azalma ile ya da kişinin çalışmasına bağlı olmasına bakılmaksızın hane halkının sayısında meydana gelen artış nedeniyle kişilerin giderlerinin artmasına bağlı olarak bireylerin birtakım yardımlara ihtiyacı olacağı kuşkusuzdur. Devlet, bireylerin asgari standartlarda onurlu bir yaşam sürdürmesini sağlamak zorundadır. Anılan açıdan devlet tarafından analık haline bağlı olarak kişilere birtakım sosyal yardımlar ve sosyal hizmetler sağlanmaktadır.

A. Doğum Yardımı

Doğuma bağlı merkezi sosyal yardımlardan olan doğum yardımı Aile ve Sosyal Hizmet Bakanlığı tarafından karşılanmaktadır. Sosyal Güvenlik Kurumunca yapılan emzirme ödeneği⁸⁶ ile karıştırılan yardım Türk hukukunda “genellik ilkesi” taşıyan sınırlı sosyal yardımlardan birisi olarak değerlendirilmiştir. Sözü edilen yardımdan faydalanabilmek için diğer sosyal yardımlardan farklı olarak muhtaçlık kriteri (kişinin maddi durumu) önem taşımayacaktır. Koşulları taşıyan herkes doğum yardımından faydalanabilir. Ayrıca bu yardımın sosyal sigortalardan yapılan diğer yardımlardan farkı, ilgili yardımın gerek sosyal sigortalar kapsamında anne ve/veya babaya yapılan ödemelerle (emzirme ödeneği, geçici iş göremezlik ödeneği) ya da diğer sosyal yardımlarla beraber ödenmesinin mümkün olmasıdır.⁸⁷

Doğum yardımından faydalanabilmek için doğumun 05.05.2015 yılından sonra gerçekleşmiş olması ve çocuğun sağ doğması gerekir (6637 sayılı Kanun m.26/1-b). Ancak çocuğun sağ doğduktan bir süre sonra vefat etmiş olması da söz konusu yardımdan faydalanmaya engel değildir. Doğum Yardımı Yönetmeliği’ne⁸⁸ (DYY) göre sözü edilen yardım, annenin ya da babanın ya da her ikisinin de Türk vatandaşı olması halinde yapılır (Doğum Yardımı Yönetmeliği m. 5/V). Yardımdan faydalanabilmek için çocuğun doğum kütüğüne kaydı zorunludur ve yardım almak için başvuru yerlerine usulüne uygun başvuru yapılması gerekir (Doğum Yardımı Yönetmeliği m. 5/I). İlgili yardıma ilişkin diğer husus ise doğumun Türkiye sınırları içerisinde gerçekleşme şartının aranmamasıdır. Doğum yardımı başvurusu, bu Yönetmelik kapsamına giren yurtdışında yaşayan kişiler tarafından, çocuğun KPS’ye (Kimlik Paylaşım Sistemi) kayıt işleminin tamamlanmasını müteakip,

⁸⁶ Emzirme ödeneği hakkında bilgi çalışmanın birinci bölümünün “B.” başlıklı kısmında verilmiştir.

⁸⁷ Ezer, s. 340, 341.

⁸⁸ RG. 23.05.2015, 29364.

büyükelçilik veya konsolosluklara şahsen ya da iadeli taahhütlü posta veya kargo yoluyla yapılabilir (Doğum Yardımı Yönetmeliği m. 11/I).

Doğum yardımı dışında Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'nca 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu⁸⁹ kapsamında çeşitli sosyal yardımlar yapılmaktadır. Çoklu doğum yardımı⁹⁰, şartlı doğum yardımı⁹¹, şartlı gebelik yardımı⁹² gibi yardımlar aileyi koruma amaçlı ödenen diğer sosyal yardım türleridir. Çoklu doğum yardımı ve şartlı doğum yardımının ödenmesi aynı anda söz konusu olabilir ve anılan yardımlar birbirlerinin ödenmesine engel olan yardımlar değildir. Konu ile ilgili son olarak çocuğun engelli doğması halinde engelli çocuğa sahip ailelere yapılacak özel nitelikli sosyal yardımlar da bulunmaktadır. Ancak söz konusu yardım sırf doğum olayı nedeni ile değil, engelli bir çocuğun doğumundan kaynaklı olarak gerçekleştirilmektedir.⁹³

B. Doğuma Bağlı Gerçekleştirilen Sosyal Hizmetler

Türk hukukunda doğuma bağlı sosyal hizmetler genellikle çalışan anneler üzerinden gerçekleştirildiğinden sosyal hizmet niteliğinde gerçekleştirilen pek çok düzenleme esasen iş hukuku mevzuatında düzenlenmiştir. Sözü edilen düzenlemelere hamile işçilere periyodik kontrol için verilen ücretli izinler, hamile işçinin sağlığına uygun daha hafif işlerde çalıştırılması ve gece çalıştırılmaması ya da fazla çalışma yaptırılmaması, çocuğu belirli yaşa gelinceye kadar kendisine süt izni verilmesi, kapsamda bulunan işyerlerinde emzirme odası bulunması zorunluluğu, çocuk bakım yurdu kurma yükümlülüğü gibi yükümlülükler örnek verilebilir. Ancak anılan tüm yükümlülüklerin muhatabı esasen devlet değil, çocuklu anneyi ya da hamile kadını çalıştıran

⁸⁹ RG. 14.06.1986, 19134.

⁹⁰ 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu kapsamında muhtaç olduğu tespit edilen ve çoklu doğum ile dünyaya gelen çocukların bulunduğu hanelerde; çocukların beslenme ve öz bakım ihtiyaçları için geliştirilmiş merkezi düzenli nakdi yardım programıdır.

⁹¹ Şartlı doğum yardımı, gebelik yardımından yararlanan ve doğumunu yetkili hastanelerde gerçekleştiren vatandaşlarımıza doğum belgelerini ikametgâhının bulunduğu il/ilçedeki Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma (SYD) Vakfına ilettiği takdirde tek sefere mahsus yapılan nakdi yardımdır.

⁹² Şartlı Gebelik Yardım Programı, hak sahibi gebe kadınların gebeliğin başlangıcından, doğum da dâhil olmak üzere, lohusalığın bitişine kadarki olan süreçlerinde Sağlık Bakanlığı'nca belirlenen sağlık kontrol aylarında takip ve izlemlerini düzenli olarak yaptırmaları koşuluyla, yardım almaya hak kazanılan bir şartlı nakit yardım programıdır.

⁹³ 2022 sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Gücsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun kapsamında konuya ilişkin düzenleme yapılmıştır. Ezer, s. 345.

işverendir. Bu nedenle tüm bu yükümlülükler devlet otoritesi dışında gerçekleştirilen diğer sosyal hizmetler kategorisinde değerlendirilebilir.⁹⁴ Ancak, her ne kadar işçinin yapmış olduğu sözleşme kapsamında muhatabı işverense de anılan düzenlemeler yasa koyucu tarafından Anayasal ilkeler çerçevesinde sosyal devlet olmanın bir gereği olarak düzenlenmektedir. Bu açıdan tüm bu yükümlülükler çerçevesinde devleti ilgili hizmetlerin yükümlüsü olmaktan dışlayamayız.

Türk hukukunda doğuma bağlı sosyal hizmetlerin; çocuklara kreş veya gündüz bakımevi hizmeti vermek üzerine kurulduğu görülmektedir. Doğuma bağlı gerçekleştirilen bir diğer sosyal hizmet ise çocuğun engelli doğması halinde söz konusudur. Bedensel, zihinsel, ruhsal, duygusal ve/veya sosyal yeteneklerini çeşitli derecelerde doğuştan kaybeden engelli çocuklar sosyal hizmet programlarının uygulanması açısından öncelikli gruplar arasında değerlendirilir (2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu⁹⁵ m.4/I-c). Doğum olayının engellilik hali ile birleşmesi halinde gerçekleştirilecek sosyal hizmetler açısından da doğrudan sonuçlar ortaya çıkar. Engelli olarak doğan çocukların yaşlılarından farklı muamele görmemesi ve ayrımcılığa maruz kalmaması adına günümüzde çok sayıda sosyal hizmet uygulamasından bahsedilebilir.⁹⁶ Bu uygulamalardan birini “makul düzenleme yapma yükümlülüğü” oluşturmaktadır. Makul düzenleme; 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanununda⁹⁷ tanımlanmıştır. Düzenlemeye göre “Engellilerin hak ve özgürlüklerini tam ve diğer bireylerle eşit şekilde kullanmasını veya bunlardan yararlanmasını sağlamak üzere belirli bir durumda ihtiyaç duyulan, mali imkânlar nispetinde, ölçülü, gerekli ve uygun değişiklik ve tedbirler” makul düzenlemelerdir (Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu m. 2/I,i).⁹⁸ Söz konusu

⁹⁴ Ezer, s. 348.

⁹⁵ RG. 27.05.1983, 18059.

⁹⁶ Ezer, s. 348, 349.

⁹⁷ RG. 20.04.2016, 29690.

⁹⁸ Kanunun görüşülmesi esnasında komisyon üyelerinden bazı kimseler tanımlama kapsamında yer alan engellilerle beraber pozitif ayrımcılık uygulanarak özel olarak korunması gereken grupların kadınlar, yaşlılar ve çocuklar olduğunu bu nedenle Kanun düzenlemesinde bunların hepsinin sayılması gerektiğini belirtmişlerdir. Ayrıca kanunda yer alan tanımdan “mali imkanlar nispetinde” ifadesinin çıkarılması gerektiği önerilmiştir. Mali imkanlar nispetinde ibaresi değerlendirilirken bu ifadenin yalnızca ekonomik bir kriter olarak değerlendirileceği düşünüldüğü eleştirilmiştir. Ulaş Karan, “Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, 1. Bası, On İki Levha, 2017, s. 310.

düzenlemenin amacı; kamusal alandaki hizmetleri engelliler açısından ulaşılabilir hale getirmek ve fırsat eşitliği ve pozitif ayrımcılık sağlamaktır.

Son olarak hamile ya da doğum yapmış kadının 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun⁹⁹ kapsamında koruma altına alınmış olması halinde doğum olayı sosyal hizmetler açısından sonuç doğuracak ve yeni doğan çocuk annesiyle beraber geçici korumadan yararlanarak, konukevinde istihdam edilebilecektir.¹⁰⁰

IV. ANALIK HALİNE BAĞLI DÜZENLEMELERİN TEMEL ANAYASAL HAKLAR VE EŞİTLİK İLKESİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Sosyal Güvenlik Hakkının Anayasalarda Yer Alması

Temel hak ve özgürlüklerin anayasalarda yer almasının nedeni bu hakların yasama, yürütme ve yargı makamlarına karşı korunmasının sağlanmasıdır. Sosyal güvenlik hakkının da anayasa kapsamında yer almasının temel nedeni sözü edilen durumdur. Başka bir ifade ile kanunlar düzeyinde tanınan sosyal güvenlik hakları neticede yasama organının takdirinde düzenlenen kurallardır. Oysaki anayasada yer alan sosyal güvenlik hakkının yasama ve yürütme organlarının takdir yetkisinin üzerinde olduğu söylenebilir. Anılan açıdan anayasalarda yer alan sosyal güvenlik hakları o ülkenin değişen hükümet politikalarından etkilenmez temel ve güçlü bir koruma kalkanına sahiptir.¹⁰¹

Sosyal güvenlik hakkı, ikinci dünya savaşından sonra hazırlanan hemen hemen tüm anayasalarda ve ülkelerin mevzuatlarında düzenlenmiştir. Yerel düzenlemelerin yanında ilgili hak Türkiye tarafından da onaylanmış bulunan

⁹⁹ RG. 20.03.2012, 28239.

¹⁰⁰ Ezer, s. 350., 6284 sayılı Kanuna İlişkin Uygulama Yönetmeliği'ne göre "Korunan kişi ve beraberindeki çocukların hayati tehlikesinin bulunması halinde konukevi, ilk kabul birimi veya diğer tesislere güvenli bir şekilde yerleştirilmesine kolluk tarafından refakat edilir. ŞÖNİM tarafından il içi ve il dışı nakillerde ulaşım için araç tahsis edilir ve ulaşım giderleri ile korunan kişinin zorunlu giderleri karşılanır" (m. 7/III).

¹⁰¹ Emrah Çetin, "Ulusal ve Uluslararası Hukuk Boyutuyla Sosyal Güvenlik Hakkı ve Etkinleştirilmesi", Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 2. Bası, Yetkin, 2021, s. 282. Öğretide sosyal ve ekonomik hakların tartışmalı yapısından ötürü anayasaların ciddiyeti ile bağdaşmayacağı ve bu durumun da anayasalara olan güveni zayıflatacağı ileri sürülerek genel itibarıyla sosyal ve ekonomik hakların dolayısıyla sosyal güvenlik hakkının anayasa metinlerinde yer almaması gerekliliği ileri sürülmüştür. Öyle ki temel bir insan hakkının başkalarının çalışması ya da eylemleriyle gerçekleşemeyeceği bir hakkın kişiye ancak kaçınma yükümlülüğü yükleyeceği bu açıdan klasik haklar ve sosyal hakların birbirleriyle çelişeceği belirtilerek sosyal hakların, klasik hakları tahrip edeceği belirtilmiştir. Nihat Bulut, "Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar" 1. Bası, On İki Levha, 2009, s. 63.

1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinde (m. 22, 25), 1952 tarihli 102 sayılı Sosyal Güvenliğin Asgari Normları Hakkında Uluslararası Çalışma Sözleşmesinde, 1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartında ve 1972 tarihli Avrupa Sosyal Güvenlik Sözleşmesinde düzenlenmiştir. Kişilerin geleceğe güvenle bakabilme ve tehlike risklerinden uzak kalma ihtiyacı kişinin en temel ihtiyaçlarındandır. Yaşamdan doğan risklerin üstesinden gelme kişilerin tek başına aşabilecekleri bir durum değildir. Hal böyleyken özellikle sosyal devlet kişileri toplumsal risklere karşı korumak ve kişilerin geleceğe güvenle bakması rolünü üstlenmiştir.¹⁰²

Sosyal güvenlik haklarının anayasalarda yer alması ile yargı makamları bu konuda devletin sorumluluğuna ilişkin birtakım kararlar vermeye mecbur kalacaklardır. Böyle bir durum ise devleti bu konuda daha çok sorumluluk almaya sevk edecektir ve anılan durum bireylerin sosyal güvenlik hakkının dava edilebilirliğini sağlamak açısından oldukça önemlidir.¹⁰³ Sosyal hakların subjektif hak olarak yargı önünde ileri sürülmesi, insan hakları söylemi ve insan hakları içtihadından ortaya çıkmıştır. Sosyal hak yargılamalarında verilen Kararlar hem geleneksel kişisel ve siyasi hakların hem de sosyal hakları ifadesi şemsiyesi altında verilmektedir. Karşılaştırmalı hukukta sosyal haklar alanında gerçekleştirilen yargılamaların incelenmesinde temel kriterin makul, olgun içtihat bulunması olduğu belirtilmiştir.¹⁰⁴

Sosyal haklar özellikle toplumun dezavantajlı kesimlerine yönelik temel sosyal ve ekonomik ihtiyaçların karşılanmasını temin etmeyi hedefler. Öğretide sosyal haklar için insan onurunu çiğneyen marjinalliğe ve ayrımcılığa karşı siper görevi gören haklar ifadesi kullanılmıştır. Her ne kadar sosyal haklar, uluslararası insan hakları hukuku mevzuatının önemli bir parçası olsa da bu haklara yönelik yargılama hem ulusal hem de uluslararası pek çok sistemde derin bir şekilde yerleşmemiştir. Bu durumun sebebini genellikle “yargılanabilir” medeni ve siyasi haklar ve “yargılanamaz” sosyal arasındaki ayrım oluşturur. Bu ayrım dışında sosyal hakların yargılanabilirliği karşısındaki esas çekinceyi, yargının seçimle iş başına gelen yasama organlarının alanına girme ve sosyal meselelerle ilgili alanlarda politika oluşturma görevini üstlenmek ve böylece kuvvetler ayrılığını ve demokratik yönetim ilkesini

¹⁰² Sarper Süzek, “İş Hukuku”, 21. Bası, Beta, 2021, s. 4.

¹⁰³ Çetin, s. 282, 283.

¹⁰⁴ Ayşen Seymen Çakar, “Sosyal Hakların Gerçekleştirilebilirliği”, *Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü: Yayınlanmış Doktora Tezi*, 2018, <<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>>, Erişim Tarihi 25 Şubat 2024, s. 90 vd.

dikkate alamayabileceği korkusu oluşturur.¹⁰⁵ Sosyal hakları yerine getirme yükümlülüğü ile ilgili davalar, devletin hizmet sunması için gerekli olan mevzuata ve idari düzenlemelere sahip olup olmadığını değerlendirme ile ilgilidir. Aslında yerine getirme yükümlülüğü, devlet tarafından pozitif eylem gerçekleştirilmesini gerektirdiğinden, davaların çoğunda yerine getirme yükümlülüğü konusunda ihlal iddialarının, devlet ihmallerinden kaynaklanması şaşırtıcı görülmemiştir.¹⁰⁶ Uluslararası alanda bu konuda örnek teşkil edecek davalardan birisini *Grootboom* davası oluşturmaktadır. Dava sosyal hakların aşamalı olarak gerçekleştirme yükümlülüğünün yargılanabilirliği temelini attığı için diğer pek çok Kararda emsal teşkil etmiştir.¹⁰⁷

1982 Anayasasına bakıldığında sosyal güvenlik hakkı, sağlık hakkı, yaşam hakkı ve kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakları arasında sıkı bir bağın olduğu görülmektedir. Anayasa Mahkemesi tarafından 1991 yılında verilen Kararda 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 34. maddesinde¹⁰⁸ yer alan iş kazası ve meslek hastalığı sigortası kapsamı dışında kalan sağlık yardımlarının süresini 18 ayla sınırlayan hükmünü kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkını zedeleyecek ya da ortadan kaldıracak nitelikte bulunduğu iptal edilmiştir. Kararda yer alan ifadelerle göre: “Kişinin yaşama hakkı maddi ve manevi varlığını koruma hakkı birbiriyle sıkı bağlantıları olan devredilemez, vazgeçilemez temel haklardandır. Bu haklara karşı olan her türlü engelin kaldırılması da devlete ödev olarak verilmiştir. Güçsüzleri güçlülere karşı koruyacak olan devlet, gerçek eşitliği sağlayacak, toplumsal dengeyi kuracak, böylece gerçek hukuk devleti niteliğine ulaşacaktır. Hukuk devletinin amaç edindiği yaşama hakkının korunması; sosyal güvenliğin sağlanmasıyla gerçekleşecektir. Sosyal güvenliği sağlayacak olan kuruluşların yasal düzenlemeleri yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlığını

¹⁰⁵ Engin Yıldırım, “Sosyal Hakların Dava Edilebilirliği/Edilemezliği ve Anayasa Mahkemele-ri: Türk Bakış Açısı”, *Anayasa Yargısı*, Sayı: 31, 2014, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/939460>>, s. 153.

¹⁰⁶ Seymen Çakar, s. 102.

¹⁰⁷ Government of the Republic of South Africa. & Ors v Grootboom & Ors 2000 (11) BCLR 1169. (CC)., <<https://www.escri-net.org/caselaw/2006/government-republic-south-africa-ors-v-grootboom-ors-2000-11-bclr-1169-cc>>, Erişim Tarihi 25 Şubat 2024.

¹⁰⁸ 506 sayılı Kanun madde 34: “Hastalık hallerinde yapılacak sağlık yardımları sigortalının iyileşmesine kadar sürer. Ancak, bu yardımlar sigortalının Kurumca tedavi altına alındığı tarihten başlayarak altı ayı geçemez. Şu kadar ki, tedaviye devam edilirse malullük halinin önlenebileceği veya önemli oranda azaltılabileceği Kurum sağlık tesisleri sağlık kurulu raporu ile anlaşılırsa, bu süre 18 aya kadar uzatılır.”

koruma haklarını zedeleyecek veya ortadan kaldıracak hükümler içermemesi gerekir.”¹⁰⁹

Kararda sosyal güvenlik hakkı, temel insan haklarından sayılarak, yaşam hakkı ile arasındaki sıkı bağ vurgulanmıştır. Sözü edilen açıdan sosyal hakları “ekonomik istikrarın korunması” ve “devletin mali kaynaklarının yeterliliği” ölçütleriyle sınırlayan Anayasanın 65. maddesinin itiraz konusu hükme uygulanamayacağını belirtmesi olarak ifade edilmiştir.¹¹⁰

1. Analık Haline Bağlı Olarak Sağlanan Hakların Yaşam Hakkı İle İlişkisi

Yaşam hakkının konusunu oluşturan hayat, Türk Dil Kurumu tarafından “doğum ile ölüm arasında geçen süre ve yaşam” olarak tanımlanmıştır.¹¹¹ İnsan yaşamı, temel hak ve özgürlükler doktrini açısından önem arz etmekte ve insan yaşamını koruyan yaşam hakkı, herkesin ayırım yapılmaksızın temel hakkıdır. Başka bir ifadeyle temel hak ve özgürlüklerin birincil unsuru yaşam hakkıdır.¹¹²

Yaşam hakkı, insanın varlığını sürdürme hakkıdır. Bu hakkın gerçekleştirilebilmesi ise yeterli ekonomik güvence, kirlenmemiş bir hava, yeterli ve temiz bir su, yeterli yiyecek, giyecek ve barınma olanağı, yeterli halk sağlığı hizmetleri gibi pek çok hakkı bünyesinde barındırır. Anılan tüm ihtiyaçlar bireyin sağlık içerisinde kalabilmesine ve yaşamını sürdürebilmesine hizmet eder.¹¹³

Bütün hak ve özgürlüklerin olmazsa olmaz koşulu olan yaşam hakkı, içerisinde hem devletin söz konusu hakka karşı olan müdahalelerini sınırlandırır hem de devlete; üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı koruma ödevi yükler. Bu açıdan devletin koruyucu ve destekleyici birtakım görevleri bulunmaktadır. Yaşam hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) kapsamında da ilk olarak beyan edilen haktır. Hakların en temeli olan yaşam hakkından kişileri keyfi olarak mahrum bırakma ile kişilerin diğer tüm hakları

¹⁰⁹ AYM. 17.01.1991, E: 1990/27, K: 1991/2.

¹¹⁰ Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 783 vd.

¹¹¹ <<https://sozluk.gov.tr/>>, Erişim Tarihi 23 Ocak 2024.

¹¹² Fatih Ulaşan, “Limits and Exclusions of the Right to Life Under the European Convention on Human Rights and Turkish Law”, *KHM*, 3(2), 2023, < <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/3328358> >, Erişim Tarihi 28 Ocak 2024, s. 527.

¹¹³ Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 782.

anlamsız kalacaktır. Bu hakkın temel olma özelliği hakkın “geri alınamaz” nitelikte olmasında da belirgindir.¹¹⁴

AİHS m.2 ile herkesin yaşam hakkı güvence altına alınmaktadır. Madde düzenlemesindeki yaşam ile insan hayatı kastedilmektedir. Yaşam hakkının kapsamı insan hayatı ile sınırlı tutulmuşken Sözleşmede “yaşam” kavramının ne olduğu ya da ne zaman başlayıp ne zaman sona erdiği hususu açıklığa kavuşturulmamıştır. Konu üzerinde Avrupa’da hukuki ve bilimsel bir uzlaşma bulunmadığı gibi bu durum Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından verilen kararlara da yansımıştır. Mahkemenin “*Vo-Fransa*” davasında verdiği kararda “...Yaşamın ne zaman başlayıp ne zaman sona erdiği konusu Mahkemenin genellikle devletlerin bu alanda tanıdığı takdir yetkisi ile gelmektedir, her ne kadar değerlendirici bir yorumu olsa dahi, Sözleşme “günün koşulları ışığında yorumlanması gereken bir yaşayan bir belgedir. Bu kanaat için sunulan nedenler ilk olarak şudur ki tartışma konusu olan böylesi bir güvence meselesi taraf Devletlerin kendileri tarafında bir çözüme kavuşturulmamıştır...” ifadeleri kullanılarak durumun muallâk oluşu üzerinde durulmuştur.¹¹⁵

“*Vo-Fransa*” davasında verilen kararda doğmamış bir çocuğun Sözleşmenin 2. maddesi anlamında kişi sayılıp sayılmayacağı gibi soyut bir soruya cevap vermek hem istenmemektedir hem de mümkün değildir. Bu açıdan tekdüze bir standardı kabul etmek yerine yaşamın başlangıcının ne olduğu hususunda devletlerin meseleye uygun bir şekilde yaklaşması ve özellikle çeşitli menfaatlere uygun önemi göstermesi ve menfaatler bakımından özenli bir şekilde dengeyi sağlaması şartıyla düzenlemeleri kendilerinin yapması için önemli bir serbesti tanımıştır.¹¹⁶

Bu aşamada embriyo ya da ceninin yaşam hakkının olup olmadığı

¹¹⁴ Korff, Douwe. Yaşam Hakkı-Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 2. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap. Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, No.8, Belçika: 2006, s. 6.

¹¹⁵ Vo-Fransa, 8 Temmuz 2004 tarihli karar. Mahkeme bu kararda Oviedo İnsan Hakları ve Biyomedikal İlaçlar Sözleşmesine ve bunun İnsan Klonlanmasını Yasaklayan Ek Protokolüne ve bunun biomedical araştırmalar ile ilgili taslak Protokolüne (§§ 35-39) ve 1998 yılında AB Bilimde ve Yeni Teknolojilerde Etik Avrupa Grubu tarafından kabul edilen insan embriyosunun kullanıldığı araştırmaların etik boyutları ile ilgili görüşe (§ 40) ve karşılaştırmalı hukuka (§ 41) kapsamlı bir şekilde atıfta bulunmuştur. Mahkemenin vurguladığı gibi sonraki Sözleşme ve Protokoller “insan” kavramını dikkate değer bir şekilde tanımlamamaktadırlar. Korff, s. 9.

¹¹⁶ Korff, s. 9.

sorusu gündeme gelecektir. Esas amacı “insan yaşamını korumak” olan yaşam hakkının kimleri kapsadığı sorusuna verilecek cevap hakkın koruyacağı kural alanını da belirleyecektir. Yaşamın doğumla başlayıp ölümle bittiğine ilişkin tanımdan yola çıkıldığında embriyonun yaşam hakkının olup olmadığı kuşkuyla görünmektedir.

Embriyonun ya da ceninin hukuken “kişi” olarak kabul edilmesi sorunu ile embriyo ya da ceninin hukuken koruma altına alınması esasen farklı durum ve sonuçlara işaret etmektedir. Embriyo ya da cenini kişi olarak kabul ettiğimizde doğal olarak anne karnındaki bebeğin yaşam hakkının olduğunu savunmamız gerekecektir. Çünkü yaşam hakkının öznesi hiçbir ayırım yapmaksızın kişidir. Ancak aynı durumda embriyo ya da cenini kişi olarak kabul etmediğimiz takdirde anne karnındaki bebeğin yaşam hakkının olup olmadığı sorusuna verilecek cevap noktasında embriyo ya da cenin yaşam hakkının öznesi olarak kabul edilemeyecektir.¹¹⁷ Çeşitli hukuk sistemlerinde ve uluslararası düzenlemelerde embriyo ya da cenini korumaya yönelik hukukî düzenlemeler bulunmaktadır.¹¹⁸ Ülke mevzuatlarında da özellikle gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin düzenlemelerde belirli süre konulması, embriyo ve ceninler üzerinde yapılacak bilimsel araştırmalara yönelik düzenlemeler embriyo ya da ceninin yaşam hakkının sınırlarının belirlenmesinde yol gösterici olmaktadır.¹¹⁹

Türk Medeni Kanunu¹²⁰ açısından kişilik anne karnından sağ ve tam doğumla başladığından embriyo kişi olarak dolayısıyla insan olarak kabul edilmemektedir. Ancak bu noktada dikkat edilmesi gereken sağ ve tam doğumla beraber kazanılan durumun hak ehliyeti olduğudur. Anılan açıdan hak ehliyetinin kazanılması ve yaşam alanının başlangıcı ve yaşam hakkının korunduğu alan aynı şeyleri ifade etmemektedir. Çalışma konusunun sınırlarını aşmamak adına embriyo veya ceninin hukukî niteliğinden ayrıntılı

¹¹⁷ Hamide Tacir, “Yaşama Hakkı Kapsamında Yaşamın Başlangıcı”, *Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 19(2), 2013, s. 1304.

¹¹⁸ Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi, Türkiye tarafından 1997 tarihinde imzalanmış, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından 2003 tarihinde onaylanmış ve “Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun adıyla 25311 sayılı Resmî Gazete’de 9.12.2003 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

¹¹⁹ Tacir, s. 1304.

¹²⁰ RG. 8.12.2001, 24607.

bahsedilmeyecektir.¹²¹ Ancak anne karnındaki bebeğin sağlığı ve yaşamı, anneyi doğrudan etkileyen olaydır. Dolayısıyla konu ile bağlantısı açısından analık hali yalnızca annenin yaşam hakkını ilgilendiren bir durum olarak değerlendirilmemelidir. Analık sigortası kapsamında verilen izinler kuşkusuz yalnızca annenin istirahat etmesini sağlama amacına yönelik değildir. Doğum öncesi süreçte anne karnında bebeğin sağlığı doğumdan sonra ise hem annenin hem çocuğun sağlıklarını iyileştirmek amacıyla verilen yasal doğum izinleri kaliteli yaşam hakkının sağlanması açısından isabetlidir yapılacak düzenlemeler henüz anne karnında olan bebeğin de sağlıklı bir yaşam hakkı açısından elzendir. Dolayısıyla doğmamış bir çocuğun yaşam hakkının olup olmadığı bir yana anne karnındaki bebeğin yaşamı annenin yaşamını doğrudan etkileyen bir olgudur. Bu açıdan analık izinleri hem annenin hem bebeğin sağlıklı yaşamını sürdürmesine hizmet eder.

2. Analık Haline Bağlı Olarak Sağlanan Hakların Kişinin Maddi ve Manevi Varlığını Koruma ve Geliştirme Hakkı İle İlişkisi

Kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkının temelinde insan doğası bulunur. İnsan doğası ise çoğu zaman insanın ihtiyaçları ile tanımlanmaya çalışılır. Başka bir ifade ile temel insan haklarının temel insan ihtiyacı olduğunu söylemek yanlış bir söylem olmayacaktır. Temel insan ihtiyaçlarından bir kısmı “geçim” ve “güvenlik” gibi iki genel kategoride toplanabilecek maddi ihtiyaçlardır.¹²²

Esasen bireyin kişiliği temel haklar ekseninde yer alan hakların sağlanması ve korunmasının da nihai gerekçesidir.¹²³ İnsan onuru, insan haklarının ayrılmaz bir parçasıdır ve hem insan haklarının temelini hem de kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkının temelini oluşturur.¹²⁴

Sosyal güvenlik hakkı idarenin yürütme fonksiyonu aracılığıyla gerçekleştirilmektedir. İdare tarafından yürütülen kamu hizmetleri ise kişilerin

¹²¹ Tacir, 1307 vd.

¹²² Ali Tarık Gümüş, “Türk Anayasasında Kişinin Maddi ve Manevi Varlığını Koruma ve Geliştirme Hakkı”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 13(2), 2005, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/262632>>, Erişim Tarihi 28 Ocak 2024, s. 136.

¹²³ Oğuz Şimşek, “Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü: Doktora Tezi*, 1999, <<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=JUcn3TUK9rJJe4PZ-MP3qA&no=JUcn3TUK9rJJe4PZ-MP3qA>>, Erişim Tarihi 28 Ocak 2024, s. 47, 48.

¹²⁴ Şimşek, s. 5.

maddi ve manevi varlıklarını geliştirebilmeleri, sosyal hak ve özgürlüklerin kâğıt üzerinde kalmaması açısından önemli araçlardır.¹²⁵ Sözü edilen durum açısından analık haline bağlı olarak gerçekleştirilen sosyal yardımların ve sosyal hizmetlerin kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirmeye katkısının varlığı şüphesizdir. Devletin gerçekleştirdiği hem sosyal hem kişisel kamu hizmetlerinin kaynağını ise Anayasanın m. 60/II hükmü oluşturur. “Devlet, sosyal güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar” ifadesi ile sosyal güvenlik hakkının sağlanması açısından devletin sorumluluk ve ödevleri kamu hizmetleri ile ilişkilendirilebilir.¹²⁶

Anayasal kamu hizmetleri bağlamında devletin sorumluluğundan bahsedebilmek için sözü edilen hizmetlerin somutlaştırılması gerekir. Ancak bu halde idarenin sunmak zorunda olduğu ancak sunmadığı bir hakkı yerine getirme zorunluluğundan söz edilebilecektir. Anılan durum sosyal haklar açısından da geçerlidir. Her ne kadar sosyal hakların Anayasa Mahkemesinin denetimi dışında olduğunu belirten görüşlere rağmen¹²⁷ AİHM sosyal güvenlik hakkının yalnızca savunulmasını değil geliştirilmesi gerekliliğine belirtmiştir. Geliştirilme gerekliliğini dinamik yorum yöntemi kullanarak amaçlayan AİHM, sosyal güvenlik hakkını denetim kapsamında kabul etmiştir. *Airey v İrlanda* kararında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin yalnızca medeni ve siyasi hakları kapsadığı fikrini reddetmiştir.¹²⁸ Anayasa Mahkemesi tarafından 2015 yılında verilen bir Kararda bireysel başvurunun incelenebilmesi için

¹²⁵ Çetin, s. 104, 105.

¹²⁶ Çetin, s. 104.

¹²⁷ 2012 yılından itibaren Türk anayasal düzeni açısından Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru dönüm noktası olarak kabul edilmiş ve bireysel başvuru “anayasa şikâyeti” Anayasa Mahkemesinin hak temelinde anayasal yoruma yaptığı nispi katkının sosyal haklar üzerinde herhangi bir etkisi olmadığı ifade edilmiştir. Mahkeme her ne kadar bireysel başvurunun başladığı 2012 yılından beri temel hakların korunmasına yönelik kararlar vermişse de sözü edilen koruma kişi hakları ve siyasi haklarla sınırlı kalmış, bireysel başvuru sosyal hakları korumaya yönelik bir imkân olarak görülmemiştir. Serkan Yolcu, “Anayasa Yargısında Sosyal Hakların Korunması”, *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü: Yayınlanmış Doktora Tezi*, 2018, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=5z6ZEShD0d_L37Ndp2KdHA&no=U_k-2rAiMOslzJoc8f3G3w>, Erişim Tarihi 28 Ocak 2024, s. 421.

¹²⁸ *Airey v İrlanda*, N. 6289/73, KT: 99.1973., Sözü edilen Kararda sosyal hak ihlallerinin, kişi hakkı veya siyasi hak ihlali olarak görülüp koruma altına alındığı ifade edilmişse de AİHM tarafından verilen başka kararlarda aksi yönde görüş sergilendiği görülmektedir. Sözleşme’nin ekonomik ve sosyal hakları güvence altına almadığı ifade edilen *Pançenko v Litvanya* Kararında ““Sözleşme ücretsiz gecekondü, çalışma hakkı, ücretsiz tıbbi bakım ya da devletten belirli bir yaşam seviyesi için gereken mali yardım talebinde bulunma hakkı gibi ekonomik ve sosyal hakları güvence altına almamaktadır” ifadeleri yer bulmuştur. *Pancenko-Latvia* (N. 40772. 98), Karar Tarihi: 28.10.1999.

kamu gücü tarafından müdahale edildiği iddia edilen hakkın Anayasa ile güvence altına alınmış olmasının yanı sıra AİHS ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerin kapsamına girmesi gerektiği, sosyal güvenlik hakkı her ne kadar Anayasa ile güvence altına alınmış bir hak olsa dahi Sözleşme ile düzenlenen bir hak olmadığından bireysel başvuru konusu yapılabilmesinin mümkün olmadığı ifade edilmiştir.¹²⁹

Kamusal hizmetlerin kurulması ve kaldırılması yasama organına ait bir görev olsa da mevcut bir kamu hizmetinin değiştirilmesi ve modernleştirilmesi idarenin takdir yetkisindedir. Sosyal kamu hizmetlerinden yararlanan kişiler hizmetin iyileştirilmesi için Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yoluyla iç hukuk yolunu tükettikten sonra başvurabilir. İdare uyarlama (değişkenlik) ilkesini gözeterek hizmetin uyarlanması talebini takdir yetkisini kullanarak kabul edebileceği gibi reddedebilir.¹³⁰ Anılan açıdan analık haline bağlı sosyal haklar, sosyal yardımlar ve sosyal hizmetler kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı bağlamında devletin ilgili alanda düzenleme yapma yükümlülüğünü ve bireylerinde sosyal güvenlik hakkı çerçevesinde taleplerini içeren haktır.

3. Analık Haline Bağlı Olarak Sağlanan Hakların Çalışma Hakkı İle İlişkisi

Türk Hukukunda Çalışma Hakkı, Anayasanın Temel Haklar ve Ödevler kısmının Üçüncü Bölümünde Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler başlığı altında 49. maddede düzenlenmiştir.

Çalışma hakkı herkesin arzu ettiği bir iş ve insan onurunu koruyacak bir gelir ile kişinin yaşamını sürdürmeyi güvence altına alan temel insan hakkıdır. Başka bir ifade ile çalışma hakkı, yaşama hakkı ile doğrudan bağlantılı bir haktır. Söz konusu hak kişinin yaşamını sürdürmeye yetecek bir iş ve gelir ile kişiliğinin gelişimine fayda sağlayacak toplumsal düzen içinde yaşamasını ve özgürleşmesini esas alan bir haktır.¹³¹

Çalışma hakkı içerisinde birden fazla boyutu barındıran bir haktır. Bir yönü

¹²⁹ AYM, Mehmet Hadi Tunç Başvurusu, Başvurma Tarihi: 2013/1958, KT: 7.7.2015, RG. 17.8.2015, 29448.

¹³⁰ Çetin, s. 109.

¹³¹ Pir Ali Kaya/Işın Ulaş Ertuğrul Yılmaz, "Uluslararası İnsan Hukukunda Çalışma Hakkı", *Sosyal Siyaset Konferansları*, Sayı: 70, 2016/1, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/432546>>, Erişim Tarihi 28 Ocak 2024, s. 57.

ile kişilerin çalışacak işe sahip olması anlamını ifade ederken diğer taraftan herkesin çalışma hakkının olması ve çalışma hakkının engellenmemesini güvence altına almayı amaçlar.¹³² Çalışma hakkını diğer hak ve özgürlüklerden ayıran bir özellik bu hakkın kullanılmasının kişinin dışındaki sebeplere bağlı oluşudur. Bu hak kişinin iş ve çalışma ortamı mevcutsa kullanılabilir bir haktır. Bunun yanı sıra çalışma hakkından bahsedebilmek için kişinin uygun çalışma koşullarının; iş güvenliği hakkının, işyerlerinin çalışma ve sağlık koşullarını uygun olmasını isteme hakkının ya da konu itibariyle çocuk, kadın ya da gençlerin özel olarak korunması ile ilgili hakların var olması gerekir.¹³³

Çalışma hakkı, devletlere koruma yükümlülüğü çerçevesinde işe ve eğitime eşit erişimi sağlamaya yönelik mevzuatı hazırlama yükümlülüğü de yükler. İşgücü açısından esnekliği artırmaya yönelik alınacak tedbirlerin işçilerin sosyal güvencelerinin azalmasına yol açmaması gerekir. Çalışma hakkını koruma yükümlülüğü bu açıdan zorla çalıştırma uygulamalarının engellenmesini de içerir.¹³⁴ Anayasa Mahkemesi tarafından 1989 yılında verilen Kararda; "...ferdi planda çalışmak bir hak ve ödevdir. Çalışma başlı başına ahlaki bir vazifedir... Çalışmanın bir hak olduğu noktasından hareket edilerek devletin çalışma imkanlarının, başka deyişle iş alanlarının dengeli gelişmesi için gerekli tedbirleri alması temel ödevlerindedir"¹³⁵ ifadeleri kullanılmıştır.

Çok sayıda kadın kendilerini yoksulluk sınırının üzerine çıkaracak ve güvenli koşullarda çalışmalarını sağlayacak "insana yakışır iş imkânından yoksundur. Pek çok kadın kendilerine destek olacak ve sağlık hizmetlerinden yararlanmalarını sağlayacak geleneksel hukuki korumalardan ve sosyal koruma sistemlerinden yoksundur. Benzer şekilde kadınların pek çoğu ayrımcılıktan, gebelik ve doğum gibi hallerde işini yitirme tehlikesinden korunamamaktadır."¹³⁶

¹³² Çetin, s. 267.

¹³³ İbrahim Ö Kaboğlu, "Anayasada Sosyal Haklar: Alanı ve Sınırları", Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu II Bildiriler. Pamukkale Üniversitesi 4-5-6 Kasım, Petrol İş, 2010, s. 46., Murat Şen, "İnsan Hakları Bağlamında Çalışma Hakkı", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 20(1), 2014, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/787329>>, Erişim Tarihi 28 Ocak 2024, s. 148.

¹³⁴ Çetin, s. 270.

¹³⁵ AYM. 17.111989, E: 1989/6, E: 1989/42.

¹³⁶ Geleceğin Korunması: Annelik, babalık ve çalışma, <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@gender/documents/publication/wcms_120428.pdf>, Erişim Tarihi 16 Ocak 2024.

Kadın işçinin ya da evlat edinen kimselerin çalışma hakkını sağlamaya yönelik düzenlemeler İş Kanunu'nda yapılan değişiklikler neticesinde daha da kuvvetlendirilmiştir. Çoğunlukla çocuk sahibi olduktan sonra işten ayrılmak zorunda kalan kadın işçilere getirilen yarım çalışma izni ve çocuğun mecburi ilköğretim çağına kadar kullanılabilir kısmı zamanlı çalışma hakkı esasen kadını iş hayatından uzak tutmamak adına getirilen düzenlemelerdir. Ancak amaç her ne kadar kadın çalışanın istihdamını artırmak olsa da çocuk sahibi olma ihtimali ve söz konusu haklardan yararlanma talebine yönelik ihtimaller işverenlerin işçi seçiminde kadın işçi adaylarını, erkek adaylara nazaran dezavantajlı konuma sürüklemektedir. Her ne kadar işverenin işletmesel kararlar kapsamında çalıştıracağı işçiyi seçme konusunda bir serbestisi kural olarak bulunsa da söz konusu serbestinin sınırlarını ayrımcılık yasakları ve İş Kanunu'nda öngörülmuş iş sözleşmesi yapma zorunluluğu bulunan haller oluşturmaktadır. Anılan açıdan Kanunlar ile öngörülmuş haklardan yararlanmak isteyen işçilere karşı ayrımcı bir muamele sergileyen işverenler hakkında caydırıcı yaptırımlar getirilmesi işverenlerin tutumunun değişmesinde bir nebze de olsa olumlu rol oynayabilir. Nitekim Alman hukukunda söz konusu duruma ilişkin hazırlanan Kanunda işçiyi feshe karşı koruyan özel düzenlemeler getirilmiştir. BEEG'nin 18. maddesinde ebeveyn izni sahiplerinin, feshe karşı korunması amaçlanmıştır. Ebeveyn izni kullanan kimsenin iş sözleşmesi; ebeveyn izninin başlamasından 8 hafta öncesinden başlayarak ebeveyn izni süresinde kural olarak feshedilemez. Fesih yasağı hem geçerli nedenlerle fesihle hem haklı nedenlerle fesihle söz konusudur.¹³⁷ İşçi ebeveyn izni esnasında iş sözleşmesini bildirim sürelerine uymak şartıyla sona erdirebilir.¹³⁸ BEEG'nin 19. maddesi ise işçinin fesih hakkını düzenlemiştir. İşçi üç aylık ihbar sürelerine uymak kaydıyla ebeveyn izninin sonunda iş sözleşmesini feshetme hakkına sahiptir. Ebeveyn izni döneminde işçinin fesih hakkı, ebeveyn izninden bağımsız olarak değerlendirilmelidir. İşverenin kabul etmesi durumunda ise 3 aylık feshi ihbar süreleri daha da kısaltılabilir. Ayrıca tarafların genel hükümlere göre fesih hakkı saklı olup, taraflar diledikleri zaman iş sözleşmelerini anlaşarak sona erdirebilirler.¹³⁹

¹³⁷ Taşdemir, s. 90., Geçerli fesih ve haklı fesih nedenleri dışında fesih yasağına ilişkin istisnai birkaç durum bulunmaktadır. Şirket iflası söz konusu duruma örnek verilebilir. Sözü edilen durumda dahi denetim makamın (Aufsichtbehörde) feshi onaylaması gerekir. <<https://handbookgermany.de/tr/parental-leave>>, Erişim Tarihi 19 Ocak 2024.

¹³⁸ <<https://handbookgermany.de/tr/parental-leave>>, Erişim Tarihi 19 Ocak 2024.

¹³⁹ Taşdemir, s. 91.

Analık ve ebeveyn izinleri; çocuk sahibi olan kadınların çalışma hayatına devam edebilmelerini ve istihdama dahil olabilmeleri için önerilmiş geçici/sürelili izin uygulamalarıdır.¹⁴⁰

Analık sigortası kapsamında işçiye sağlanan birtakım ödemeler (geçici iş göremezlik ödeneği, emzirme ödeneği) ayrıca işçinin çalışmadığı esnada da maddi bakımdan gelir kaybını telafi etmeyi amaçlayan düzenlemelerdir. Bu açıdan söz konusu ödenek miktarlarının yükseltilmesi onurlu bir yaşam sürme adına elzemdir. Emzirme ödeneği her bir çocuk için doğum anında yaşaması şartıyla (canlı doğum) doğum tarihinde geçerli olan ve Kurum Yönetim Kurulunca belirlenerek Bakanlık Makamınca onaylanan tarife üzerinden verilir. Söz konusu ödenek 2024 yılı için 857,00 TL olarak belirlenmiştir. Analık sigortasından sağlanan haklar dışında yapılan doğum yardımı çerçevesinde birinci çocuk için 300 TL, ikinci çocuk için 400 TL, üçüncü ve sonraki çocukları içinse 600 TL tutarında bir defaya mahsus doğum yardımı ödemesi yapılmaktadır. Bahsi geçen ödenekler ya da yardımlar kapsamında ödenen paraların miktarının değerlendirmeye tabi tutulamayacak kadar komik rakamlar içerdiği açıktır.

4. Analık Sigortası Kapsamında Sağlanan Hakların Sağlık Hakkı İle İlişkisi

Sağlık hakkı; iyi yaşam sürmek ve hayatını devam ettirmek için insanın en temel ihtiyaçlarından bir diğeridir. Yaşamın ayrılmaz parçası olan sağlık hakkı anayasal düzeyde ele alındığı gibi uluslararası insan hakları belgelerinde de düzenlenmiş bir insan hakkıdır. Sağlık hakkı içeriği itibariyle üç çekirdek hakkı barındıran bir haktır. Temel sağlık hakkı olan haklardan ilki koruyucu/önleyici sağlık hakkıdır. İkinci sağlık hakkı ise tıbbi kaynaklara ulaşma hakkıdır. Sağlık hakkı kapsamındaki üçüncü çekirdek hak ise sağlık hizmeti sağlayıcılarına karşı ileri sürülebilecek haklardır.¹⁴¹ Anayasa Mahkemesinin 2013 tarihli Kararında sağlık hakkının tanımı yapılmıştır. Karara göre; “kişinin toplumdan, devletten sağlığının korunmasını, gerektiğinde tedavi edilmesini, iyileştirilebilmesini, toplumun sağladığı imkanlardan faydalanabilmesini” ifade eder.¹⁴²

¹⁴⁰ Sumbas, s. 173.

¹⁴¹ Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, *Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı*, 1. Bası, Legal, 2012, s. 17, 18.

¹⁴² AYM 03.10.2013, E: 2012/103, K: 2013/105.

Hem anayasal düzeyde hem de uluslararası insan hakları belgelerinde düzenlenmiş sağlık hakkı; bireyin diğer haklardan hatta hakların en önemlisi sayılan yaşam hakkından tam anlamıyla yararlanabilmesi için oldukça önemlidir. Sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşamayı içerisinde barındıran sağlık hakkı; sosyal güvenlik hakkının hayata geçirilmesi ve onun tanımlanması açısından da oldukça önemlidir. Sağlık hizmetleri ve bu hizmetlerin araçlarının belirli bir ücret ya da bedel karşılığında sunulduğu ülkelerde; toplumun söz konusu bedeli karşılamaktan yoksun kalan kesimleri açısından sağlık hakkı ve sosyal güvenlik hakkının birbirinden ayrı düşünülmesi mümkün değildir. Sağlık haklarının anayasal düzeyde tanınmış olması, bu hakların anayasal kamu hizmeti şeklinde düzenlenmesi sonucunu doğurmuştur.¹⁴³

Sağlık hakkının diğer haklarla ilişkisi incelenirken, sağlık hakkının sosyal haklar kategorisinde yer alması ve çoğu zaman da devlete sorumluluk yükleyen pozitif statü hakkı olduğunun göz önünde bulundurulması gerekir. Sosyal hakların niteliği esasen sağlık hakkının sınırları ve gerçekleştirilmesi konusunda belirleyici olmaktadır.¹⁴⁴

Sağlık hakkı özellikle toplumun dezavantajlı kesimini oluşturan gruplar bakımından daha fazla anlam ifade etmektedir. Bu hakla beraber kişiler fiziksel ve ruhsal sağlıklarını koruyabilmekte bunun yanında toplum dışına itilme duygusundan arınabilmekte ve toplumsal yaşama katılabilme olanağı elde etmektedir.¹⁴⁵ Hal böyleyken analık sigortası ile sağlanan haklar çerçevesinde ve genel sağlık sigortası çerçevesinde bireylere birtakım sağlık yardımları yapılmakta ve söz konusu yardımlar devlet tarafından desteklenmektedir. Sosyal hakların ortak paydasının söz konusu hakların “devletlerin mali kaynakları elverdiği ölçüde sosyal iyinin sağlanması için adımlar atılmasını gerektirmeleri” olduğu göz önüne alındığında sağlık hakkının esasen hak olmaktan daha ziyade ulaşılmak istenen bir hedef olduğu ifade edilmiştir.¹⁴⁶

5. Analık Sigortası Kapsamında Sağlanan Hakların Eşitlik İlkesi İle İlişkisi

Sanayi devriminden sonraki süreçte çalışma koşulları göz önüne alındığında kadınların çalışma hayatına devam edebilmeleri için analık/

¹⁴³ Çetin, s. 260.

¹⁴⁴ Çetin, s. 264.

¹⁴⁵ Bulut, s. 204, 205.

¹⁴⁶ Çetin, s. 265.

ebeveyn izinlerinin kadınların pratik ve stratejik ihtiyaçlarına olumlu cevap verebilecek uygulamalar olduğu söylenebilir. Kadın ve erkeklerin eşit şartlarda istihdam edilebilmelerinin öngörüldüğü çalışma hayatında ve toplumsal cinsiyet eşitliğini temel edinmiş bir toplum arayışında, sözü edilen düzenlemelerin yalnızca kadınlara yönelik olarak algılanmasının miadını doldurduğu söylenebilir. Her geçen gün kadınların daha fazla sayıda çalışma hayatına dahil olması ve çocuk bakımında yalnızca kadını sorumlu gören izin uygulamaları kadınları daha fazla çifte yükün, eşitsizliğin ve ev içi emeğin sorumlusu ve mağduru konumu haline getirmektedir. Bu açılardan ebeveyn izinlerine yönelik getirilmiş düzenlemelerde ilk yaklaşım toplumsal cinsiyet eşitliğine dair zihniyetin tezahür etmesi bir diğeri ise kadınlar ve erkekler arasında çalışma hayatında fırsat eşitliğinin sağlanması ve ayrımcılığın önlenmesidir.¹⁴⁷

Kadınlar çalışma hayatının dezavantajlı grupları arasında sayılmaktadır. Öyle ki kadınların yalnızca kadın olması ve ileride hamile olma süreçlerine dair bir ihtimal olması dahi kadınların çalışma hayatında yer edinmemelerine ilişkin büyük bir sebeptir. Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) tarafından verilen *Dekker v VJV Centrum* kararı işçi adayının hamilelik nedeniyle işe alınmamasına ilişkin en önemli kararlardan birisidir. Başvuranın işin gerektirdiği nitelikleri taşımasına rağmen ve işveren tarafından uygun aday olarak nitelendirilmesine rağmen, hamile olması sebebiyle işe alınmaması cinsiyet temelinde doğrudan ayrımcılık olarak değerlendirilmiştir. Söz konusu ayrımcılığın işverenin ekonomik menfaati de dahil olmak üzere diğer menfaatlerle haklı ya da meşru gösterilemeyeceği ifade edilmiştir. ABAD söz konusu durumu şu şekilde ifade etmiştir “...hamilelik nedeniyle sadece kadınların istihdamının reddedilebileceği ve dolayısıyla böyle bir reddin cinsiyet temelinde doğrudan ayrımcılık teşkil ettiği göz önünde bulundurulmalıdır. Hamilelik nedeniyle işe gelmemenin mali sonuçları nedeniyle istihdamın reddedilmesi, esasen hamilelik olgusuna dayalı olarak değerlendirilmelidir. Bu tür bir ayrımcılık, hamile bir kadını işe alan bir işverenin doğum izni süresince uğrayacağı mali kayba ilişkin gerekçelerle haklı gösterilemez.”¹⁴⁸

¹⁴⁷ Sumbas, s. 173.

¹⁴⁸ 8 November 1990, Case C-177/88, Elisabeth Johanna Pacifica Dekker and Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV Centrum) Plus, <https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:61a79cb0-7c8e-4507-977c-bbbc20cf4c47.0002.03/DOC_1&format=PDF>, Erişim Tarihi 16 Ocak 2024, parag. 12.

Türkiye'nin de taraf olduğu Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nde (CEDAW), hamilelik ya da analık iznini kullanan işçilerin işten çıkarılması ve kendilerine karşı ayrımcılık yapılması yasaklanmıştır. Ayrıca, çocuk bakımevlerinin geliştirilerek anne-babaların aile yükümlülüklerini, kamu hayatına katılmayla birleştirmeyi amaçlayan destekleyici sosyal hizmetlerin sağlanmasının teşvik edilmesi gerekliliği belirtilmiştir. CEDAW ilgili hizmetleri devletin sorumluluk alanı içerisinde görmekte ve bu sorumluluğun profesyonel bakım hizmetleriyle sağlanmasını teşvik edici yaklaşım benimsemektedir.¹⁴⁹

Türk Hukukunda iş sözleşmesinin kurulması esnasında gebelikleri nedeniyle işe alınmayan işçilerin başvurusu neticesinde Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu tarafından verilen kararlarda¹⁵⁰ işverenler idari para cezası yaptırımına tabi tutulmuştur. Benzer şekilde çok yakın bir tarihte Kurul tarafından verilen 2023/456 sayılı Kararda da işe alımda memurluk sınavını kazanan başvuran işçi adayının hamile olduğunu Bankaya bildirmesinin ardından atama onayının iptal edilmesi neticesinde cinsiyet temelinde ayrımcılığa maruz kaldığı sonucuna varılarak muhatap işveren hakkında 89.571 Türk lirası idari para cezası uygulanmıştır.¹⁵¹

Eşitlik ilkesi açısından denilebilir ki; ebeveyn izninin ya da analık haline bağlı olarak öngörülen izinlerin amacı evrensel olarak kabul görmüş olan analık/doğum iznini tamamlayan ve anne ve babanın her ikisini de içine alan eşitlikçi bir düzenleme sunmak olmalıdır. Türkiye'nin taraf olduğu pek çok uluslararası antlaşma, çocuk bakımına dair izin düzenlemelerinin eşitlik ilkesine uygun yapılması gerekliliğini savunmaktadır. Sözü edilen duruma Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı m. 33 örnek verilebilir. Düzenlemede ebeveyn izni hakkı, sosyal bir hak olarak sınıflandırılmıştır. Benzer şekilde 1996 tarihli 34 sayılı Avrupa Birliği Ebeveyn İzni Sözleşmesi'nde de kadın-erkek arasındaki cinsiyetçi rollerin dönüşümü noktasında ebeveyn izinleri düzenlenirken toplumsal cinsiyet eşitliğine duyarlı uygulamalar teşvik edilmiştir.¹⁵² Analık haline bağlı olarak uygulanan doğum sonrası yarım

¹⁴⁹ CEDAW tam metni için; <<https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/>>, Erişim Tarihi 22 Ocak 2024.

¹⁵⁰ TİHEK 2020/176 Karar Sayılı Kararı ve 2020/8 Karar Sayılı Kararı., <www.tihek.gov.tr>, Erişim Tarihi 16 Ocak 2024.

¹⁵¹ <<https://www.tihek.gov.tr/public/images/kararlar/ois4s6.%20s>>, Erişim Tarihi 16 Ocak 2024.

¹⁵² Sumbas, 174.

çalışma izninin ve kısmi çalışma izninin ebeveynlerden yalnızca kadına tanınmamış olması eşitlik ilkesinin sağlanması açısından yerindedir. Bunun gibi düzenlemenin aynı zamanda evlat edinen eşlere ya da çocuğu tek başına evlat edinen kimselere sağlanmış olması cinsiyet temelinde ya da medeni hal temelinde ayrımcılığın gündeme gelmemesi açısından isabetlidir.

Analık haline bağlı olarak öngörülen zorunlu dinlenme izni olarak nitelendirilen analık izni süresince ödenen geçici iş göremezlik ödeneğinin ise yalnızca çalışan kadın sigortalıya tanınıp, kadının doğum esnasında ya da doğum sonrasında ölmesi halinde bu haktan babanın faydalanması durumunda veya analık izninden evlat edinenlerin faydalanması halinde bu kişilerin geçici iş göremezlik ödeneğine hak kazanamamaları ise eşitlik ilkesine aykırılık teşkil eden bir durumdur. Kanun ile verilmiş dinlenme hakkı bir anlamda karşılığında devlet tarafından yardımın sağlanmaması nedeniyle yalnızca kâğıt üzerinde kalan bir hak olarak nitelendirilebilir. Kişiler geçim kaygısıyla ücretlerinden mahrum kalmamak için bu izin sürelerini kullanamayacaklardır. 5510 sayılı Kanunda yapılacak değişikliklerle beraber analık iznini kullanan kişi her kim olursa olsun izni kullandığı süre içerisinde kendisine geçici iş göremezlik ödeneği verileceğinin kararlaştırılması Anayasal hakların kullanılması açısından yerinde olacaktır.

SONUÇ

Kadın çalışanın çalışma hayatında aktif bir şekilde rol alması için kadının aile yaşamı ve çalışma yaşamı arasında uyumun sağlanması gerekir. Bunun gibi refah devletten bahsedebilmek için kadın ve erkeğin işgücü piyasasına birlikte katılımı sağlanmalıdır. Kadının çalışma hayatından uzak kalmaması için onun lehine pozitif ayrımcılık teşkil eden birtakım düzenlemelerin yapılması zorunludur. Özellikle kadınların annelik süreciyle beraber çalışma hayatından uzaklaştıkları bir gerçektir. Ayrıca, analık süreciyle beraber kişinin giderlerinde meydana gelecek artış kaçınılmazdır. Kişilerin geleceğe güvenle bakabilmesi ve tehlikelerden uzak kalabilmesi için sosyal devlet tarafından toplumsal risklere karşı korunması gerekir. Bu kapsamda annenin hem gelir kaybını ya da gider artışını telafi etmek amacıyla sosyal sigorta sistemi kapsamında birtakım ödemeler gerçekleştirilmektedir. Emzirme ödeneği, geçici iş göremezlik ödeneği sosyal sigortalar sisteminde doğum yapan kadın işçiye ya da eşi çalışmayan erkek işçiye yapılan ödemelerdir. Sözü edilen ödemeler yanında Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı tarafından doğum yardımı yapılmakta ve analık haline bağlı olarak çeşitli sosyal hizmetler verilmektedir. İş Kanunu'nda da kadının iş hayatı ve aile hayatı arasındaki

uyumun sağlanması amacıyla çeşitli izin süreleri öngörülmektedir. Üstelik sözü edilen sürelerle ilişkin haklar yalnızca kadın çalışanlara değil aynı zamanda çocuk sahibi olan erkek çalışanlara ya da belirli yaş altında çocuğu evlat edinen kimselere de tanınan sosyal bir haktır. Doğum sonrası yarım çalışma izni ve mecburi ilköğretim çağı başlayana kadar kısmi süreli çalışma hakkı gibi doğum sonrası ücretsiz doğum izni gibi haklar anayasalarda yer alan temel hakları gerçekleştirme amacına yönelik haklardır.

Sosyal güvenlik hakkı; sağlık hakkı, yaşam hakkı ve kişinin maddi ve manevi bütünlüğünü koruma ve geliştirme hakkı ile sıkı bir bağlantı içerisindedir. Bireyi toplumsal risklere karşı koruma kapsamı içerisinde analık haline bağlı olarak gerçekleştirilen düzenlemeler esasen anayasalarda yer alan temel hak ve özgürlükleri sağlamak amacını da içermektedir. Bu açıdan yaşam hakkı, sağlık hakkı, çalışma hakkı ve kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkının analık düzenlemeleri ile bağlantısı kuşkusuzdur. Üstelik bu haklar kapsamında korunmak istenen yalnızca anne değil aynı zamanda çocuktur. Doğum öncesi süreçte anne karnında bebeğin sağlığı ve annenin sağlığı yine doğumdan sonra hem annenin hem çocuğun sağlıklarını iyileştirmek amacıyla verilen yasal doğum izinleri kaliteli yaşam hakkının sağlanması, sağlık hakkı, kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirmesi açısından olması gereken düzenlemelerdir. Sağlıklı bir toplum için annenin ve bebeğin fizyolojik sağlığı kadar psikolojik sağlığı da önemlidir. Çalışma hakkı kapsamında ise kadınların istihdam edilme oranlarının düşük olmasında en büyük etken kadının ev işinde esas sorumlu olarak görülmesi ve ev yaşamı ile çalışma yaşamı arasında uyum sağlayamayacağı düşünülen kadının istihdamda tercih edilmemesidir. Bu açıdan kısmi çalışma süreleri kadının ev yaşamından kopmadan çalışma yaşamına, çalışma yaşamından kopmadan da ev yaşamına odaklanmasını sağlayacaktır. Ayrıca cinsiyet temelinde ayrımcılığın önlenmesi açısından kadınların da istihdam da aktif bir şekilde var olabilmeleri için kadınlara yönelik pozitif düzenlemeler, sosyal bir devlet olmanın getirisi olarak devlet tarafından yapılması zorunlu olan düzenlemelerdir.

KAYNAKÇA

- Baskan Ş E, “4857 sayılı İş Kanunu Kapsamında Analık İzni, Doğum Sonrası Ücretsiz İzinlerle Doğum ve Evlat Edinme Nedeniyle Kısmi Süreli Çalışma Hakkı”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15 (2), 2016, <<https://www.jurix.com.tr/article/12640>>, Erişim Tarihi 25 Şubat 2024, s, 89-131.
- Bulut N, “Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar”, 1. Bası, On İki Levha, 2009.
- Canbolat T/ Özkan S D, “Doğum Borçlanması Yapılabilecek Süreler”, *İş ve Hayat*, 3 (6), 2017, < <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/404427>>, Erişim Tarihi 25 Şubat 2024, s, 105-136.
- Çakar A S, “Sosyal Hakların Gerçekleştirilebilirliği”, *Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü: Yayınlanmış Doktora Tezi*, 2018, <<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>>, Erişim Tarihi 25 Şubat 2024.
- Çalışkan A, “İş Hukukunda Analık ve Ebeveyn İzinleri”, 1. Bası, On İki Levha, 2018.
- Çelik N / Caniklioğlu N / Canbolat, T / Özkaraca E, *İş Hukuku Dersleri*, Yenilenmiş 36. Bası, Beta, 2023.
- Çetin E, “Ulusal ve Uluslararası Hukuk Boyutuyla Sosyal Güvenlik Hakkı ve Etkinleştirilmesi”, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 2. Bası, Yetkin, 2021.
- Doğan S, “İş Hukukunda İşçinin İş ve Aile Yaşamı Uyumunun Sağlanması”, 1. Bası, Seçkin, 2022.
- Ekonomi M, “Doğum veya Evlat Edinme Sonrası Çocuğun Bakımı ve Yetiştirilmesi Amacıyla Ücretsiz İzin ve Kısmi Süreli Çalışma Hakları”, *Legal İSGHD*, 14 (53), 2017, <https://legal.com.tr/Book/WdDM40n4gkuYxo11gLv77w/9a3eebc361a14fc1a50a99ec70389490?s=>>, Erişim Tarihi 28 Ocak 2024, s, 21-59.
- Ermumcu S D, “Doğum ve Evlat Edinme Sonrası Kısmi Çalışma ve Yarım Çalışma Hakkı Ödeneği”, *D.E.Ü Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan*, 19 (Özel Sayı), 2017, <<https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2017/11/11-SENEM-DEGER-ERMUMCU.pdf>>, Erişim Tarihi: 25 Şubat 2024, s, 1997-2027.

- Ertürk A. A, “Kadın İşçilerin Çalışma Şartlarına İlişkin Türk İş Mevzuatının Öngördüğü Düzenlemelere Genel Bir Bakış”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, (23)1, 2017, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/331996>>, Erişim Tarihi 28 Ocak 2024, 345-369.
- Ezer B, *Kişisel Durum Değişikliklerinin Sosyal Güvenlik Hukukunda Etkileri*, 1. Bası, Türk Metal Sendikası Araştırma ve Eğitim Merkezi Yayınları, 2021, s. 340.
- Gümüş A. T, “Türk Anayasasında Kişinin Maddi ve Manevi Varlığını Koruma ve Geliştirme Hakkı”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 13 (2), 2005, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/262632>>, Erişim Tarihi 28 Ocak 2024, s, 133-172.
- Güzel A / Okur A. R / Caniklioğlu N, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, Yenilenmiş 19. Bası, Beta, 2021.
- Kaboğlu İ. Ö, “Anayasada Sosyal Haklar: Alanı ve Sınırları”, Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu II Bildiriler. Pamukkale Üniversitesi 4-5-6 Kasım, Petrol İş, 2010.
- Karan U, “Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasası”, 1. Bası, On İki Levha, 2017.
- Kaya P. A / Ertuğrul Yılmaz I. U, “Uluslararası İnsan Hukukunda Çalışma Hakkı”, *Sosyal Siyaset Konferansları*, Sayı: 70, 2016/1, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/432546>>, Erişim Tarihi 28 Ocak 2024, s, 55-80.
- Kılınç G. M, “Doğuma Bağlı İzinler ve Kısmi Süreli Çalışma Uygulaması”, *Eskişehir Barosu Dergisi*, 8 (1), 2023, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/3047677>>, Erişim Tarihi 28 Ocak 2024, s, 121-135.
- Korff D, Yaşam Hakkı-Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 2. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap. Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, No.8, Belçika: 2006.
- Köseoğlu A. C, “Türk İş Hukukunda Analık”, *İş ve Hayat Dergisi*, 2 (4), 2016, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/299572>> Erişim Tarihi 28 Ocak 2024, s, 97-124.
- Kurt R, “Doğum Sonrası Yarım ve Kısmi Çalışma Hakkı”, *Mali Hukuk Dergisi*, 14 (159), 2018, <<https://legal.com.tr/Book/>

WdDM40n4gkuYxo11gLv77w/b17aad4be5240789b3471a41544bba7?s=>, Erişim Tarihi 28 Ocak 2024, s, 705-725.

Manav Özdemir E / Erdoğan C, “Türk İş Hukukunda Kadın Çalışanların Analığının Korunması”, *Sicil*, Sayı: 45, 2021, <https://search.trdizin.gov.tr/tr/yayin/detay/504895/turk-hukukunda-kadin-calisanlari-analiginin-korunmasi> Erişim Tarihi 28 Ocak 2024, s, 106-127.

Ocak S, “Doğum ve Evlat Edinme Nedeniyle Ücretsiz İzin ve Yarım Çalışma Ödeneği Uygulaması”, *İş ve Hayat*, 3(5), 2017, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/945270>> , Erişim Tarihi 28 Ocak 2024, s, 174-227.

Reich N, “Who Cares? Determinants of the Fathers’ Use of Parental Leave in Germany”, *Institute of International Economics Working Paper*, 2010, <<https://ssrn.com/abstract=1619345>>, Erişim Tarihi 14 Ocak 2024. 1-3.

Sumbas A, “Toplumsal Cinsiyet Eşitlik Politikası Olarak Ebeveyn İzni”, *Hacettepe HFD*, 8 (2), 2018, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/659201>>, Erişim Tarihi 28 Ocak 2024, s, 167-194.

Sümer H. H, “İş Hukuku”, Gözden Geçirilmiş 26. Bası, Seçkin, 2022.

Süzek S, “İş Hukuku”, 21. Bası, Beta, 2021.

Şahin Emir A, “İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Analık”, 1. Bası, Adalet, 2019.

Şakar M, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku*, 14. Bası, Beta, 2021.

Şen M, “İnsan Hakları Bağlamında Çalışma Hakkı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 20(1), 2014, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/787329>>, Erişim Tarihi 28 Ocak 2024, s, 143-162.

Şimşek O, “Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü: Doktora Tezi*, 1999, <<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=JUcn3TUK9rJJe4PZ-MP3qA&no=JUcn3TUK9rJJe4PZ-MP3qA>>, Erişim Tarihi 28 Ocak 2024.

Tacir H, “Yaşama Hakkı Kapsamında Yaşamın Başlangıcı”, *Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 19(2), 2013, s, 1301-1321.

- Tahmazoğlu Üzeltürk S, *Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı*, 1. Bası, Legal, 2012.
- Taşdemir Y, “Ebeveyn İzni ve Yarım Çalışma Ödeneği”, 1. Bası, On İki Levha, 2019.
- Tuaç P, “Analık Halinde İş ve Sosyal Güvenlik Hukukundan Doğan Haklar-6663 Sayılı Kanun ile Getirilen Yenilikler”, *Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 32(1), 2007, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/627601>> Erişim Tarihi 28 Ocak 2024, s, 21-53.
- Ulaşan F, “Limits and Exclusions of the Right to Life Under the European Convention on Human Rights and Turkish Law”, *KHM*, 3(2), 2023, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/3328358> >, Erişim Tarihi 28 Ocak 2024, s, 525-549.
- Yıldırım E, “Sosyal Hakların Dava Edilebilirliği/Edilemezliği ve Anayasa Mahkemeleri: Türk Bakış Açısı”, *Anayasa Yargısı*, Sayı: 31, 2014, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/939460>>, s, 153-159.
- Yolcu S, “Anayasa Yargısında Sosyal Hakların Korunması”, *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü: Yayınlanmış Doktora Tezi*, 2018, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=5z6ZEShD0d_L37Ndp2KdHA&no=U_k-2rAiMOslzJoc8f3G3w>, Erişim Tarihi 28 Ocak 2024.
- Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı: Devlet Planlama Teşkilatı, Ankara: 2001 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 9 Ocak 2024.
- <<https://www.gesetze-im-internet.de/beeg/>>, Erişim Tarih 16 Ocak 2024.
- <<https://sozluk.gov.tr/>> Erişim Tarihi 23 Ocak 2024.
- <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@gender/documents/publication/wcms_120428.pdf> Erişim Tarihi 16 Ocak 2024.
- <<https://handbookgermany.de/tr/parental-leave>>, Erişim Tarihi 19 Ocak 2024.
- <https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:61a79cb0-7c8e-4507-977c-bbbc20cf4c47.0002.03/DOC_1&format=PDF>, Erişim Tarihi 16 Ocak 2024.
- <<https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/>>, Erişim Tarihi 22 Ocak 2024.

<<https://www.tihек.gov.tr/public/images/kararlar/ois4s6.%20s>>, Erişim Tarihi 16 Ocak 2024.

<www.tihек.gov.tr>, Erişim Tarihi 16 Ocak 2024.

<https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@gender/documents/publication/wcms_120428.pdf> Erişim Tarihi 15 Ocak 2024.

<https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C156> Erişim Tarihi 19 Ocak 2024.

<https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100::NO:12100:P12100_ILO_CODE:C183> Erişim Tarihi 19 Ocak 2024.

<https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C190> Erişim Tarihi: 19 Ocak 2024.

<https://aile.gov.tr/media/33674/acshb_2019-2023-stratejik-plan.pdf> Erişim Tarihi 12 Ocak 2024.

<https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:REV,en,C183,/Document> Erişim Tarihi 23 Ocak 2024.

<https://aile.gov.tr/media/33674/acshb_2019-2023-stratejik-plan.pdf> Erişim Tarihi 12 Ocak 2024.

<https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:REV,en,C183,/Document> Erişim Tarihi 23 Ocak 2024.

<<https://www.escr-net.org/caselaw/2006/government-republic-south-africa-ors-v-grootboom-ors-2000-11-bclr-1169-cc>> , Erişim Tarihi 25 Şubat 2024.

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

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVIII Nisan / April 2024 Sayı / No. 2

KİŞİSEL VERİ KORUMA HUKUKU İLE TİCARET SİCİLİNİN
ALENİYET FONKSİYONU ARASINDAKİ MENFAAT DENGESİ

BALANCE OF INTEREST BETWEEN PERSONAL DATA PROTECTION
LAW AND THE PUBLICITY FUNCTION OF THE TRADE REGISTRY

Nurdan BALKAN* 

ÖZET

[-10.34246/ahbvuhfd.1396506](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1396506) 

TTK m.35/2 gereği, ticaret sicili alenidir. Bu nedenle herkes (ilgili sıfatı aranmaksızın), ticaret sicilinin içeriğini ve sicilde saklanan bütün senet ve belgeleri inceleyebilir; bunlardan onaylı suret alabilir ve bir hususun sicilde kayıtlı olup olmadığına ilişkin onaylı belge verilmesini isteyebilir. Ancak ticaret sicilinde gerçek kişilere ilişkin kişisel veriler bulunmaktadır. Faal bir şirketin yetkilisi ya da pay sahibi olarak gözükken bir kişinin, bu bilgiyi sicilde paylaşarak anonim hale getirdiği kabul edilir. Ancak şirket ile ilişkisi sona ermiş ya da şirketin faaliyetinin sona ermiş olması durumunda ticaret sicilinde gerçek kişilere ilişkin bilgilerin yer almasının, kişisel veri ihlali olup olmadığı tartışmaya değer bir konudur. Nitekim Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın (ABAD) bir kararında bu konu tartışılmıştır. ABAD kararında sicilin aleniyeti ile kişisel veri koruması arasındaki menfaat dengesini değerlendirmiştir. Bu değerlendirmeyi yaparken kişisel verilerin işleme şartları ve kişisel veri işlenmesi faaliyetinde uyulması gereken ilkeler incelenmiştir. Türk hukukunda da sicilden kaydı silinen bir şirkete ilişkin bilgilere elektronik ortamda erişim imkânı devam etmektedir. Aynı şekilde şirket ile ilişkisi sona ermiş pay sahibi ya da şirket yetkilisinin bu sıfatlarına ilişkin bilgilere ticaret sicilinden erişmek mümkündür. Çalışmamızda bu

* **Dr. Arş. Gör,** Marmara Üniversitesi İşletme Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı/ İSTANBUL, **e-posta:** nurdan.gurgen@marmara.edu.tr, **ORCID:** 0000-0001-5518-6656, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1396506.

- **Atf Şekli/ Cite As:** Balkan N, "Kişisel Veri Koruma Hukuku İle Ticaret Sicilinin Aleniyet Fonksiyonu Arasındaki Menfaat Dengesi", *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28(2), 2024, s. 207-240.
- **İntihal / Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



konunun Türk kişisel veri hukuku ve ticaret hukuku düzenlemeleri çerçevesinde nasıl değerlendirileceği incelenecektir.

Anahtar kelimeler: Ticaret sicili, Aleniyet, Kişisel veri, Meşru menfaat, Denge testi, Sınırlı süre saklama ilkesi.

ABSTRACT

According to Turkish Commercial Code Article 35/2, the trade registry is public. For this reason, anyone (regardless of the relevant title) can examine the contents of the trade registry and all bills and documents stored in the registry, obtain certified copies from them, and request a certified document indicating whether an issue is registered in the registry or not. However, the trade registry contains personal data about real persons. It is assumed that a person who appears as an officer or shareholder of an active company has voluntarily consented to sharing this information in the registry. However, it is a matter worth discussing whether the inclusion of information about real persons in the trade registry constitutes a personal data breach if the relationship with the company has ended or the company has ceased its activities. As a matter of fact, this issue was discussed in a decision of the European Court of Justice (ECJ). In its decision, the ECJ evaluated whether there was a legitimate interest over personal data protection, especially in the publicity of the registry. While making this evaluation, it examined the conditions of processing of personal data and the principles that must be followed in personal data processing activities. In Turkish law, it is still possible to access information electronically regarding a company whose registration has been deleted from the registry, and likewise, it is possible to access the information of a shareholder or company officer whose relationship with the company has ended, through the trade registry. In our study, we will examine how this issue will be evaluated within the framework of Turkish personal data law and commercial law regulations.

Keywords: Commercial registry, Publicity, Personal data, Legitimate interest, Balance test, Storage limitation.

EXTENDED ABSTRACT

The purpose of personal data protection law is to ensure that data subject can prevent third parties from accessing information about themselves under certain conditions. However, in order to meet the need for certainty and establish trust, especially in commercial law, it is necessary to record various information and transactions in a certain systematic and orderly manner. For this reason, it is stipulated in the article 35/2 of The Turkish Commercial Code numbered 6102 (TCC) that the trade registry is a registry open to everyone in line with its establishment purpose.

The trade registry is essentially a registry where information about companies and commercial enterprises is kept. Personal data of legal entities are not protected in The Personal Data Protection Law numbered 6698 ("PDPL"). Although it was

initially thought that the publicity of the trade registry and the protection provided by PDPL to real persons would not conflict, however, conflicts of interest occur because information about real persons is also registered in the trade registry. For this reason, it is important to determine whether the publicity of the trade registry will be limited due to PDPL.

Although the publicization of data that needs to be recorded in the trade registry may initially be appropriate for the purpose, after a certain period of time the legitimate purpose of accessing the data in question may be eliminated. Regarding this situation, the European Court of Justice (ECJ) has ruled that, in a dispute arising through preliminary rulings, the data controller may process personal data as long as the purpose of making personal data public continues (For the decision, see. ECJ, Case C-398/15, 09.03.2017 (Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Lecce v. Salvatore Manni). However, ECJ added that if it is no longer necessary to keep the information in the registry, the relevant persons may request the deletion or anonymization of the personal data in question. In this context, ECJ mentioned that since capital companies are only liable to third parties with their assets, the interests that need to be protected in the registration of information about capital companies in the trade registry are third parties. ECJ recommended that national legislation be examined regarding how long the personal data in question should be stored in the registry and accessible to third parties after the termination or cancellation of the company. However, ECJ found that there was no provision in this direction in the national legislation. It also mentioned that in this case, legal relations may continue after the termination of the company, statute of limitations may be long, and liability lawsuits may be filed against persons after the termination of the company. Ultimately, it concluded that it cannot be ruled that the relevant persons can request the deletion of the information in the registry.

In our study, we will first include a summary of the relevant decision. Afterwards, the reasons for compliance with the law mentioned in the decision and the principles to be taken into account in the protection of personal data will be examined comparatively within the framework of Turkish Law and European Union legislation (Directive 95/46/EC of the European Parliament and Regulation 2016/679 of The European Parliament And of The Council). However, particular emphasis will be placed on the reason for compliance with the law based on legitimate interest. We will end our study by sharing our opinion on how a solution can be found if a similar dispute occurs in our country.

GİRİŞ

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (AY) m.20/3 gereği, kişisel veriler ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızası ile işlenebilir.

Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir. Bu kapsamda, kişisel verilerin hangi hallerde işlenebileceğinin de belirlendiği 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu¹, 95/46 sayılı Direktif² esas alınarak hazırlanmış ve 7 Nisan 2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir³. Ancak 95/46 sayılı Direktif, 2016/679 sayılı Tüzük⁴'ün 25 Mayıs 2018 tarihinde yürürlüğe girmesi ile birlikte mülga olmuştur. Bu tarih itibari ile 2016/679 sayılı Tüzük, AB üye devletlerinde uygulama kabiliyeti bulmuştur⁵. Çalışmamızda 95/46 sayılı Direktif ve 2016/679 sayılı Tüzük'e yeri geldikçe birlikte atıfta bulunarak bir inceleme yapacağız⁶.

¹ RG 24.03.2016, S.29677. Bundan böyle "KVKK" olarak anılacaktır.

² Bu düzenleme Avrupa Birliği nezdindeki ilk düzenlemedir. Tam adı "Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Serbest Dolaşımı Bakımından Bireylerin Korunmasına İlişkin 24 Ekim 1995 tarihli 95/46/EC Sayılı Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi Direktifi" (*Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data*) olan düzenleme bu çalışmada "95/46 sayılı Direktif" olarak anılacaktır. Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanan "Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi" ise 28 Ocak 1981 tarihinde imzaya açılmış ve 1 Ekim 1985 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, 28.01.1981 tarihinde sözleşmeyi imzalamış, Sözleşmenin uygun bulunduğu dair ilgili Kanun ise 18.02.2016 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Avrupa Konseyinin işbu sözleşme ile kişisel veriler açısından sağladığı temel güvenceler hakkında bkz. Songül Atak, "Avrupa Konseyi'nin Kişisel Veriler Açısından Sağladığı Temel Güvenceler", *TBB Dergisi*, 87, 2010, s.96-97.

³ KVKK'nın 8 inci, 9 uncu, 11 inci, 13 üncü, 14 üncü, 15 inci, 16 ncı, 17 nci ve 18 inci maddeleri yayımı tarihinden altı ay sonra yürürlüğe girmiştir.

⁴ Tam adı "Kişisel verilerin işlenmesi ve bu tür verilerin serbest dolaşımına ilişkin gerçek kişilerin korunmasına ve 95/46/EC sayılı Direktifin yürürlükten kaldırılmasına ilişkin 27 Nisan 2016 tarihli 2016/679 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi" (*Regulation (EU) 2016/679 Of The European Parliament And Of The Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation)*) olan Tüzük bundan böyle "2016/679 sayılı Tüzük" olarak anılacaktır.

⁵ 2019-2023 yıllarını kapsayan On Birinci Kalkınma Planında, KVKK'nın 2016/679 sayılı Tüzük dikkate alınarak güncellenmesi öngörülmektedir. Bkz. <https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2022/07/On_Birinci_Kalkinma_Planı-2019-2023.pdf>, Erişim Tarihi 1 Ağustos 2023, s.110. 2024-2028 yıllarını kapsayan On İkinci Kalkınma Planında da 2016/679 sayılı Tüzük başta olmak üzere AB müktesebatına uyum sürecine yönelik çalışmaların tamamlanacağı ifade edilmiştir. Bkz. <https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2023/11/On-Ikinci-Kalkinma-Planı_2024-2028_17112023.pdf>, Erişim Tarihi 15 Ocak 2024, s.63.

⁶ Eklemek isteriz ki Avrupa Birliği hukuku aksine, Amerikan hukukunda genellikle kişisel veri işlenmesine izin verilir. Eyalet bazında farklı düzenlemeler mevcuttur. Konu ile ilgili bkz. Lars Hornuf/Sonja Mangold/Yayun Yang, *Data Privacy and Crowdsourcing A Comparison of Selected Problems in China, Germany and the United States*, Springer, 2023, s.32.

KVKK, “*kişisel verilerin işlenmesinde*⁷ *başta özel hayatın gizliliği olmak üzere kişilerin temel hak ve özgürlüklerini korumak ve kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişilerin yükümlülükleri ile uyacakları usul ve esasları düzenlemek*” amacıyla yasalaşmıştır (KVKK m.1). İlgili hükümde aslında kişisel verinin değil, kişisel verisi işlenen kişinin temel hak ve özgürlüklerinin korunduğu ifade edilmiştir⁸. Kişisel nitelikteki verilerin korunması, kişinin temel hak ve özgürlüğünün korunması amacına hizmet etse de aynı zamanda belirli şartlar dâhilinde kişisel verinin işlenmesinde menfaati bulunanlar olduğu için, bu verilerin işlenmesi bazı hallerde bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim bu nedenle Avrupa Birliği düzenlemelerinde (2016/679 sayılı Tüzük m.6 ve mülga 95/46 sayılı Direktif m.7) ve KVKK’da (m.5-6) hukuka uygunluk sebepleri düzenlenmiştir. Ancak hukuka uygunluk sebepleri sınırlı sayı ilkesine tabi olarak belirlenmiştir⁹. Bunun dışında KVKK

⁷ Belirtmek isteriz ki çalışmamızda “veri işleme” ile “veri işlenmesi” kavramları aynı anlama gelecek şekilde kullanılmıştır. KVKK incelendiğinde, Kanun metninde de bu iki kavramın birbirleri yerine kullanıldığı görülmüştür.

⁸ Kişisel veri koruma hakkının hukuki niteliğinin tespiti önemlidir. Zira hukuki niteliğe yönelik yapılacak olan tespit, kişisel verinin korunması ilkesinden hangi durumlarda vazgeçilebileceğini de gösterecektir. Ancak doktrinde bu konuda görüş birliği bulunmamaktadır. İlk görüş, “ekonomik yaklaşım”la kişisel verilerin korunması hakkının mülkiyet hakkı olduğunu ifade ederken; bir diğer görüş bireylerin kendilerine ait veriler üzerindeki hakkının telif hakkı niteliğinde olduğunu ve bu nedenle fikri mülkiyet hakkına dayalı olarak korunması gerektiğini ileri sürer. Ancak güncel görüş, kişisel verilerin korunması hakkının temel bir insan hakkı olduğu yönündedir. Görüşler için bkz. Ufuk Tekin, “Kişisel Veri Kavramının Ticaret Şirketleri Bakımından Düşündürdükleri”, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(1), 2020, s.3131; Sinan Sami Akkurt, “Kişisel Veri Kavramının Hukuki Niteliğine İlişkin Yaklaşımlara Mukayeseli Bir Bakış”, *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*, 2(1), 2020, s. 20-32. Kişisel veri ihlalinin aslında özel hayatın gizliliğini ihlal alt başlığı altında bir temel hak ihlali olduğuna ilişkin bkz. ABAD, C-362/14, 06.10.2015, (Maximillian Schrems v Data Protection Commissioner), para. 38 ve orada yer alan diğer içtihatlar. <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=76D953AAA2D3AEE40BCC6DAFCCBB38D3?text=&docid=169195&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3244472>> Erişim Tarihi 1 Eylül 2023. Bilgi güvenliği alanındaki düzenlemelerin amacının veri korumak olduğuna; kişisel verilerin korunması düzenlemelerinin amacının ise o verinin adreslediği bireyi korumak olduğuna ilişkin bkz. Mehmet Bedii Kaya, “Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Korunması Arasında Denge”, Ali Cem Bilgili, Leyla Keser Berber (Ed.), *Güncel Gelişmeler Işığında Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Marmara Hukuk Bilimsel Toplantılar Serisi*, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s.39. Kanaatimizce açık rıza olmaksızın dahi belirli şartlarla veri işlenmesine izin veren KVKK m.5 vd. hükümler gereği Türk hukukunda ekonomik yaklaşımın benimsendiği bir an için düşünülebilirse de AY m.20/ III hükmü ve mehzaz aldığımız AB düzenlemelerinin kişisel veri üzerindeki hakkı, temel insan hakları ve/veya kişilik hakkı kapsamında ele alması nedeniyle, hak sahibinin kişisel verisi üzerindeki hakkını temel bir insan hakkı olarak kabul etmek yerinde olacaktır.

⁹ Nur Buğçe Bakırel, *Veri Sorumlusu ve Veri İşleyen Arasındaki Sorumluluk Paylaşımı Avrupa*

m.28 hükmünde¹⁰, kanunun uygulanmayacağı haller yine sınırlı sayıda düzenlenmiştir.

Çalışmamızın özü, üçüncü kişileri korumaya yönelik olan aleniyet ilkesi ile kişisel veri sahibini korumaya yönelik düzenlemelerin çatışması halinde hangi koruma grubuna öncelik verilmesi gerektiği ile ilgilidir¹¹. Temel kanun

Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü ve Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 75.

¹⁰ KVKK m.28 uyarınca, “Bu Kanun hükümleri aşağıdaki hâllerde uygulanmaz:

a) Kişisel verilerin, üçüncü kişilere verilmemek ve veri güvenliğine ilişkin yükümlülüklerle uyulmak kaydıyla gerçek kişiler tarafından tamamen kendisiyle veya aynı konutta yaşayan aile fertleriyle ilgili faaliyetler kapsamında işlenmesi.

b) Kişisel verilerin resmi istatistik ile anonim hâle getirilmek suretiyle araştırma, planlama ve istatistik gibi amaçlarla işlenmesi.

c) Kişisel verilerin millî savunmayı, millî güvenliği, kamu güvenliğini, kamu düzenini, ekonomik güvenliği, özel hayatın gizliliğini veya kişilik haklarını ihlal etmemek ya da suç teşkil etmemek kaydıyla, sanat, tarih, edebiyat veya bilimsel amaçlarla ya da ifade özgürlüğü kapsamında işlenmesi.

ç) Kişisel verilerin millî savunmayı, millî güvenliği, kamu güvenliğini, kamu düzenini veya ekonomik güvenliği sağlamaya yönelik olarak kanunla görev ve yetki verilmiş kamu kurum ve kuruluşları tarafından yürütülen önleyici, koruyucu ve istihbari faaliyetler kapsamında işlenmesi.

d) Kişisel verilerin soruşturma, kovuşturma, yargılama veya infaz işlemlerine ilişkin olarak yargı makamları veya infaz mercileri tarafından işlenmesi.

(2) Bu Kanunun amacına ve temel ilkelerine uygun ve orantılı olmak kaydıyla veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğünü düzenleyen 10 uncu, zararın giderilmesini talep etme hakkı hariç, ilgili kişinin haklarını düzenleyen 11 inci ve Veri Sorumluları Siciline kayıt yükümlülüğünü düzenleyen 16 ncı maddeleri aşağıdaki hâllerde uygulanmaz:

a) Kişisel veri işleminin suç işlenmesinin önlenmesi veya suç soruşturması için gerekli olması.

b) İlgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş kişisel verilerin işlenmesi.

c) Kişisel veri işleminin kanunun verdiği yetkiye dayanarak görevli ve yetkili kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarınca, denetleme veya düzenleme görevlerinin yürütülmesi ile disiplin soruşturma veya kovuşturması için gerekli olması.

ç) Kişisel veri işleminin bütçe, vergi ve mali konulara ilişkin olarak Devletin ekonomik ve mali çıkarlarının korunması için gerekli olması.”

¹¹ “Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde açık bir şekilde ilan edilmeyen kişisel verilerin, talepleri üzerine kamu kurum ve kuruluşlarıyla paylaşılması” hususuna ilişkin Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 22/04/2020 tarihli ve 2020/307 sayılı Kararında, menfaat çatışması (ticaret sicilinin aleniliği ile kişisel veri koruması arasında) bulunduğu değerlendirilmiştir. Ancak kararda, aleniyet gereği herkes ticaret sicilinin içeriğini ve müdürlükte saklanan tüm senet ve belgeleri inceleyebilecek olsa da bu durumun anılan bilgilerin kişisel verilerin korunmasına ilişkin mevzuattan muaf olması anlamına gelmeyeceği; aynı şekilde, aleniyet kapsamında işlenen kişisel verilerin aleniyetin amacıyla örtüşmesi gerektiği ve aleniyet amacı dışında kalan durumlarda bu verilerin işlenmesinin hukuka aykırı olacağı yönünde değerlendirme

niteliğini haiz Türk Ticaret Kanunu (TTK) ile düzenlenmiş olan ticaret sicilinin aleniliği, ticaret hayatında belirlilik ihtiyacını karşılamak, güveni tesis etmek ve özellikle üçüncü kişileri korumaya yönelik olarak getirilmiş önemli bir imkândır¹². Ticaret sicili, devletin gözetim ve denetimi altında tutulan resmi sicil niteliğini haizdir. Ticaret sicili herkese açık bir sicildir.

yapılmıştır. Bkz. Yayımlanmış Kişisel Verileri Koruma Kurulu Kararları 2018 – 2021, KVKK Yayınları, No: 39, 2022, s. 257 (<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/7437/Yayimlanmis-Kisisel-Verileri-Koruma-Kurulu-Kararlari-2018-2021> Erişim Tarihi 17 Ağustos 2023).

¹² Sicildeki şirketlere ait bilgiler, şirketlerin yatırımcılara ve finansal kurumlara karşı şeffaf olduğunun da bir göstergesidir. Bu amacın tüm AB üyesi ülkeler arasında gerçekleşebilmesi için 2006-2009 yılları arasında yürütülen BRITE projesi için bkz. [Business Register Interoperability throughout Europe <<http://www.briteproject.eu/BRITE>> Erişim Tarihi 1 Eylül 2023. Bu projenin öngördüğü amacın gerçekleşmesi ile (şirketlere ait bilgilerin kolayca ulaşılabilir olması) yatırımcıların ve alacaklıların daha bilinçli karar alabileceği ifade edilmekteydi. Bkz. Delphine Goens, “The Exploitation Of Business Register Data From A Public Sector Information And Data Protection Perspective: A Case Study”, *Computer Law & Security Review*, 26(4), 2010, s.399. Yazar, üye ülkelerin sicilleri arasında bu yönde bir bağlantı kurulması ve bilgi paylaşımı yapılmasına imkan sağlayan bu projenin aynı zamanda 95/46 sayılı Direktifin ortaya çıkmasına neden olduğunu ifade etmiştir. Bkz. Goens, s.399. Daha önce proje olarak çalışılan bu konu, Business Registers Interconnection System (BRIS) kurulması ile hayata geçirilmiştir. 2017 yılının Haziran ayından itibaren şirketlerin başka bir üye devlette bir şube veya şirket kurarken yeniden bilgi sunmalarına gerek kalmamıştır. Bu sistem üzerinden herhangi bir AB ülkesinde, kayıtlı şirketler hakkında bilgiye ulaşılabilecektir. Ayrıca şirketlerin yurt dışı şubeleri ve sınır ötesi birleşmeleri hakkında bilgi de sunulacaktır. Bkz. <https://e-justice.europa.eu/content_business_registers_at_european_level-105-en.do> Erişim Tarihi 8 Ağustos 2023. Son olarak ise 29 Mart 2023 tarihinde Avrupa Komisyonun sunduğu teklif kabul edilmiştir. Bu teklifte AB şirketler hukukunda dijital araçların ve süreçlerin kullanımının daha da genişletilmesi, şirketlerle ilgili şeffaflığın ve üye devletler arasındaki güvenin artırılması ve kamu idareleri oluşturularak sınır ötesi durumlarda şirketler ve diğer paydaşlar için idari yükün azaltılmasının amaçlandığı ifade edilmiştir. Böylece şirketler için daha entegre ve dijitalleştirilmiş bir tek pazara katkıda bulunulacaktır. Bkz. <https://commission.europa.eu/publications/proposal-directive-further-expand-and-upgrade-use-digital-tools-and-processes-company-law-all_en> Erişim Tarihi 1 Eylül 2023. Söz konusu düzenlemede her ne kadar şirket bilgilerinin paylaşılacağı öngörülse de kişisel verilerin korunmasına yönelik kurallara uyulacağı da vurgulanmıştır. Bkz. Proposal for a Directive Of The European Parliament And Of The Council Amending Directives 2009/102/EC and (EU) 2017/1132 As Regards Further Expanding And Upgrading The Use Of Digital Tools And Processes in Company Law, s. 12-13. <https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:71568342-cf03-11ed-a05c01aa75ed71a1.0001.02/DOC_1&format=PDF> Erişim Tarihi 1 Eylül 2023.

Bu husus “Açıklık” kenar başlığı¹³ ile TTK m.35’de düzenlenmiştir. Resmi bir sicil olan ticaret sicilinin kamuya açık olması, herkesin sicil kayıtlarını inceleyebilmesini öngörür (TTK m.35/2).

Çalışmamızda KVKK’nın 95/46 sayılı Direktifi esas alınarak hazırlanan bir kanun olması ve ABAD kararlarının yol gösterici nitelikte olması nedeniyle, ABAD’ın yakın tarihli bir kararı üzerinden inceleme yaparak, benzer bir uyumsuzluğun ülkemizde yaşanması halinde uygulama kabiliyetini haiz düzenlemeleri inceleyecek ve bir değerlendirmede bulunacağız. Çalışmamızın temelini kişisel veri koruma hakkının diğer hukuki menfaatleri koruma amacıyla sınırlandırılmasının mümkün olup olmadığı ve böyle bir gereklilik durumunda bu dengenin nasıl tesis edileceği oluşturmaktadır.

Çalışmamızda öncelikle ilgili kararın özetine yer verilecektir. Sonrasında kararda değinilen hukuka uygunluk sebeplerinden bahsedilecek ve özellikle meşru menfaat temelli hukuka uygunluk sebebi üzerinde durulacaktır¹⁴. Özetine yer vereceğimiz ABAD kararında mahkeme, kişisel verilerin işlenmesi için 95/46 sayılı Direktif m. 7’de yer alan hukuka uygunluk sebeplerinin varlığının tek başına yeterli olmadığına ve mutlaka işleme faaliyetinin 95/46 sayılı Direktif m. 6’da yer alan ilkelere uygun olması gerektiğine değinmiştir¹⁵. Bu kapsamda, özellikle ilgili kararda değinilen ilkelere yönelik de bir inceleme yapılacaktır¹⁶.

Bu noktada belirtmek isteriz ki benzer bir uyumsuzluk Kişisel Verileri Koruma Kurumu’nun (KVKKur) önüne de gelmiştir. Ancak ilgili uyumsuzlukta başvuru doğrudan sicilde yer alan bilgilerin kişisel veri ihlali teşkil ettiğini

¹³ Kenar başlığının madde metnine dahil olduğu hususu TTK m.1534/1’de açıkça düzenlenmiştir.

¹⁴ Meşru menfaat temelli hukuka uygunluk sebebinin özel olarak incelendiği bir yüksek lisans tezinde farklı ülke ve kurum uygulamalarında karşılaşılan örnek olaylara ve kararlara yer verilmiştir. Kapsamlı bir çalışma için bkz. Şive Sepici Güleşgen, “Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Açısından Meşru Menfaat Kavramının Değerlendirilmesi”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Lisansüstü Programlar Enstitüsü, 2021, s. 82-106.

¹⁵ ABAD, Case C-398/15, 09.03.2017 (Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Lecce v. Salvatore Manni. Bkz. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=188750&pageIndex=0&doclang=en&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=290077> (Erişim Tarihi 15 Ocak 2024), para.41. Çalışmamızda ilgili davaya atıfta bulunmak için “Manni davası” ifadesi kullanılacaktır.

¹⁶ Benzer şekilde KVKKur da 04/2020 tarihli ve 2020/307 sayılı kararında KVKK m.4’de yer alan ilkelere uyumun gerekliliğine değinmiştir. Bkz. Yayınlanmış Kişisel Verileri Koruma Kurulu Kararları, s. 255-256 (<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/7437/Yayinlanmis-Kisisel-Verileri-Koruma-Kurulu-Kararlari-2018-2021> Erişim Tarihi 17 Ağustos 2023)

değil ileri sürmemiş; ticaret odasına bağlı internet sitesinde ilgili bilgilerin paylaşılmasının kişisel veri ihlaline sebep olduğu gerekçesi ile itirazda bulunmuştur. KVKKur özetle, ticaret sicil gazetesinde yer alan bir bilginin ticaret odasının sayfasında bulunmasındaki amacın ticaret sicil işlemlerine ilişkin bilginin daha kolay ulaşılabilir olmasını sağlamak olduğu, söz konusu bilgiye yalnızca ilgilileri tarafından ticaret odasının sayfasındaki bilgi bankası platformundan firma bilgileri girilmek suretiyle erişildiği gerekçesi ile kişisel veri işleme faaliyetinin Kanun'un Genel İlkeler başlıklı 4 üncü maddesinde yer alan "işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma" ilkesine de aykırılık teşkil etmediği, ilgili kanun hükümleri uyarınca ticaret odalarının görev ve yükümlülükleri kapsamında bu bilgilerin paylaşıldığı, internet sayfasındaki kişisel verileri işleme faaliyetinin KVKK m.5/2-a,ç'ye dayanılarak gerçekleştirildiği ve kişisel verilerin işlenmesini gerektiren sebeplerin ortadan kalkmadığı gerekçesi ile Kanun'un 7. maddesinin uygulanmayacağı yönünde karar tesis etmiştir¹⁷.

¹⁷ Bkz. Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 06/01/2022 tarih ve 2022/6 sayılı Kararı. Kararda özetle; "Başvurucu, sicil bilgilerinin yer aldığı internet sayfasında şirketin eski ortağı olduğuna ilişkin bilginin yer almasının kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesi fiilini meydana getirdiğini ve bu bilginin kaldırılması gerektiğini ticaret odasından talep etmiştir. Ticaret Odası, MERSİS üzerinden tescile tabi olan kayıt, değişiklik ve kayıt silme işlemlerinin yapıldığını, tescile ait ilan metinlerinin ise MERSİS'te üretilerek Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde yayımlandığını, şirket limited şirket olduğu için TTK m.587 gereğince ana sözleşmenin ve tüm ortakların tescilinin zorunlu olduğunu, TTK m.598 gereğince limited şirketlerde payların geçiş hallerinin tescilinin de zorunlu olduğunu, bu kapsamda Ticaret Sicil Gazetesindeki ilanlarda payı devir alan ortak ile payını devreden ortağa ait ad-soyad bilgisinin yer aldığını, kimlik numarası ve adres bilgisi gibi kişisel verilerin gizlenerek ilan edildiğini, bu nedenle bu bilgilerin aleni bilgi olduğunu, veri sorumlusunun internet sayfasındaki firma bilgileri içerisinde TTK m.35 ve TSY m. 15 gereği mevzuatın izin verdiği ve Ticaret Sicili Gazetesinde yayınlanarak üçüncü kişilerin incelemesine açık olan bilgilerin yer aldığını belirterek, özetle aleni olan bir bilginin internet sitesinde paylaşılmasında hukuka aykırılık bulunmadığını ifade etmiştir. KVKKur, Ticaret Odası'nın Bilgi Bankasından Şirket bilgilerine göre bir sorgulama yapılabildiğinin, ilgili kişinin eski ortağı olduğu Şirket hakkında ilgili sayfada sorgulama yapıldığında diğer bilgilerin yanı sıra sicil gazetesine tescil edilen işlemlere ilişkin bilgi ile ortaklar ve eski ortakların adı, soyadı, görevi ve sermaye miktarına ilişkin bilgilere yer verildiğinin görüldüğünü, TTK m.24, 35 ve 587 hükümleri ile Ticaret Sicili Yönetmeliği m.15, 28, 29, 30 gereği herkesin sicilini içeriğini ve müdürlükte saklanan tüm senet ve belgeleri inceleyebileceği ve bu incelemenin elektronik ortamda ve/veya müdürlükte yapılabileceği ile tescil edilmiş olgularda meydana gelen her türlü değişikliğin de tescil edileceği, ticaret sicil gazetesinde yer alan bir bilginin ticaret odasının sayfasında bulunmasındaki amacın yine ticaret sicil işlemlerine ilişkin bilginin daha kolay ulaşılabilir olmasını sağlamak olduğunu, bununla birlikte söz konusu bilgiye yalnızca ilgilileri tarafından ticaret odasının sayfasındaki bilgi bankası platformundan firma bilgileri girilmek suretiyle erişildiği gerekçesi ile kişisel veri işleme faaliyetinin Kanun'un Genel İlkeler başlıklı 4 üncü maddesinde yer alan "işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma" ilkesine de aykırılık teşkil etmediği, ayrıca ilgili kanun hükümleri uyarınca

I. MANNI v. CAMERA DI COMMERCIO LECCE KARAR ÖZETİ

Salvatore Manni (Başvurucu), 1992 yılında tek yöneticisi olduğu, 2005 yılında iflas eden şirkete ilişkin ticaret odasında yer alan kayıtlardan isminin çıkartılmasına yönelik talebini¹⁸ 2007 yılında Lecce Ticaret Odasına iletmıştır. Başvurucuya göre 2005 yılında tasfiye edilen şirkete ilişkin kayıtlarda kendisine ilişkin bilgilerin gözükmemesi ticari itibarını olumsuz yönde etkilemektedir. İlk derece mahkemesi başvurucuyu haklı bularak Lecce Ticaret Odası'nın söz konusu bilgileri anonimleştirmesine ve başvurucuya uğradığı zarar için tazminat ödemesine hükmetmiştir. Lecce Ticaret Odası ise kararı temyiz etmiştir ve temyiz ettiği üst mahkeme ön karar (*preliminary ruling*) için ABAD'a başvurmuştur.

ABAD ilk önce, uygulama kabiliyetini haiz düzenlemelere değinmiştir. Bu kapsamda ABAD, 68/151 sayılı Yönerge'yi¹⁹ modernleştiren 2003/58

ticaret odalarının ticaret ve sanayiye ilgilendiren bilgi ve haberleri derleyerek ilgililere ulaştırmak, ilgili kanunlar çerçevesinde resmî makamlarca istenecek bilgileri vermek ve özellikle üyelerinin mesleklerini icrada ihtiyaç duyabilecekleri her çeşit bilgiyi, başvuruları durumunda kendilerine vermek veya bunların elde edilmesini kolaylaştırmak gibi görev ve sorumlulukları bulunduğu hususu da gözetildiğinde internet sayfasındaki kişisel verileri işleme faaliyetinin KVKK m.5/2-a,ç'ye dayanılarak gerçekleştirildiği sonucuna varıldığından ve kişisel verilerin işlenmesini gerektiren sebeplerin ortadan kalkmadığı gerekçesi ile Kanun'un 7. maddesinin uygulanmayacağı yönünde karar tesis etmiştir". Bkz. <<https://kvkk.gov.tr/Icerik/7291/2022-6>> Erişim Tarihi 9 Eylül 2023.

¹⁸ Manni davası, unutulma hakkı (*right to be forgotten*) konusu kapsamında da incelenmesi gereken bir karardır. Ancak biz çalışmamızda, kişisel verilerin işlenmesi için hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlenen meşru menfaat konusu kapsamında ilgili kararı inceleyeceğiz. Manni davasına unutulma hakkı kapsamında atıf veren ve unutulma hakkı konusuna ilişkin bir çalışma için bkz. Tamer Soysal, "Unutulma Hakkının Avrupa Birliği'nin Genel Veri Koruma Tüzüğü Çerçevesinde İncelenmesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 0(13), 2019, s. 370. Unutulma hakkının kullanılmasının ilgili kişi açısından (kişisel verisi işlenen) bir takım meşru menfaatlerin korunmasına yardımcı olabileceği gibi bazı durumlarda diğer bir üçüncü kişinin haklarını kullanmasını engelleyebileceği veya meşru menfaatini tehlikeye atabileceğini ve Manni davası'nda bu dengenin sağlanması hususunun incelendiğini belirten çalışma için bkz. Emine Hizarci, *6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununun AB Veri Koruma Hukuku Işığında Değerlendirilmesi*, Yetkin Hukuk Yayınları, 2020, s.94-98.

¹⁹ "Kurucu Antlaşmanın 58. Maddesinin 2. Paragrafı Kapsamındaki Şirketlerin Ortaklarının ve Üçüncü Kişilerin Menfaatlerinin Korunması İçin Üye Devletlerce Talep Edilen Teminatlar Benzeri Teminatların Topluluk Aracılığıyla Talep Edilmesi Amacıyla İşbirliği Hakkında 9 Mart 1968 Tarihli ve 68/151 Sayılı Birinci Konsey Yönergesi" (*First Council Directive 68/151/EEC of 9 March 1968 On co-ordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and others, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 58 of the Treaty, with a view to making such safeguards equivalent throughout the Community*) İlgili Yönerge 68/151 sayılı Şirketler Hukukuna İlişkin Birinci Konsey Yönergesi olarak bilinir. Çalışmamızda 68/151 sayılı

sayılı Yönergenin²⁰ 3 sayılı resitalinde bahsedildiği gibi Yönergenin amacının şirketlere ilişkin bilgilere, ilgili kişilerin erişimini kolaylaştırmak ve şirketlere ilişkin formaliteleri azaltmak olduğuna değinerek konuyu ele almaya başlamıştır. ABAD ayrıca, 68/151 sayılı Yönergede şirketlere ilişkin sicilde yer alması gereken bilgilerin neler olduğuna değinmiştir. İlgili Yönergenin 3. maddesinde şirketle ilgili bilgi ve belgelere erişim hakkı düzenlenmiştir²¹. ABAD, Avrupa Birliği düzeyindeki kişisel veri koruma düzenlemelerinin ilgili maddelerine ve İtalyan Medeni Kanunu'nun 2188. maddesinde ticaret sicilinin aleniyetinin düzenlendiğine de değindikten sonra uyuşmazlık konusunu incelemiştir.

Yönerge olarak ifade edilecektir. 68/151 sayılı Yönerge, 2009/101 sayılı Yönerge ile mülga olmuştur. Şu an için yürürlükte olan 2017/1132 sayılı Yönerge'de de en son 12.08.2022 tarihinde değişiklik yapılmıştır. Güncel versiyon için bkz. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02017L1132-20220812&qid=1694689314314>> Erişim Tarihi 9 Ağustos 2023. 2017/1132 sayılı Yönergenin 14. maddesinde “Belge ve Bilgileri Açıklama Yükümlülüğü” başlığı altında, şirketlerin açıklamakla yükümlü oldukları belge ve bilgiler yer almaktadır. Ayrıca eklemek isteriz ki 2017/1132 sayılı Yönergenin 16. maddesinde bilgi ve belgelerin kamuya açıklanmasına ilişkin hüküm, önemli bir değişikliğe uğramıştır. Değişiklik öncesinde ilgili belge ve bilgilerin kamuya açıklanması açısından ilan zorunlu iken; değişiklik ile birlikte doğrudan söz konusu belge ve bilgilere ilişkin sicil kayıtlarına elektronik olarak erişim yeterli görülmüş ayrıca ilan edilme şartı kaldırılmıştır. Konu ile ilgili kapsamlı bir çalışma için bkz. Funda Özdin, “2019/1151 sayılı AB Dijitalleşme Yönergesi ve Alman Hukuku (DİRUG) Uyarınca Bir İnceleme”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 3(80), 2022, s.744.

²⁰ Avrupa Birliği hukukunda ilk olarak 2003/58 sayılı Yönerge (*Tam adı: Directive 2003/58/EC of the European Parliament and of the Council of 15 July 2003 amending Council Directive 68/151/EEC, as regards disclosure requirements in respect of certain types of companies*) ile 68/151 sayılı Yönerge'de ticaret sicili kayıtlarının merkezi olarak ve elektronik ortamda tutulmasına ilişkin değişiklikler yapılmıştır. Bkz. Arslan Kaya, “Ticaret Sicili ve Sermaye Şirketlerinde Kamuya Aydınlatma”, *Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumu Özel Hukuk- Acquis Communautaire'in Alınması - Açıklamalar, Değerlendirmeler, Öneriler*, Arslan Kaya, Baki İlkay Engin, Ali Paşlı, Şehriban İpek Aşıkoğlu, Elif Oğuz (Ed.), İstanbul Üniversitesi Yayınevi, 2021, s.46.

²¹ ABAD içtihatlarında 68/151 sayılı Yönergenin 3. maddesindeki aleniyet ilkesinin üçüncü şahsın, herhangi bir hak veya çıkar tesis etmek zorunda kalmaksızın, sicilde yer alan konularda bilgi sahibi olmalarını sağlamayı amaçladığının açık olduğuna, dayanak Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET) Antlaşması'nın 54(3)(g) maddesinin lafzının, ayırım yapmadan ve genel olarak üçüncü şahısların çıkarlarını koruma ihtiyacına atıfta bulunduğu, üçüncü kişilerin, özellikle yalnızca ilgili şirketin alacaklıları ile sınırlandırılmayacağına dair bkz. ABAD, Case C-398/15, 09.03.2017, para. 51 ve orada yer alan ABAD'ın diğer kararları. <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=C8D1A38D9733863E88D208DF30844199?text=&docid=188750&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2497712>> Erişim Tarihi 3 Eylül 2023. Şirket faaliyetin sona ermesinden ve ilgili şirketin tasfiyesinden sonra da bu bilgilere erişilmesi gerektiğine ya da tam tersi erişilmemesi gerektiğine dair de bir hüküm bulunmadığına ilişkin Bkz. ABAD, Case C-398/15, 09.03.2017, para. 52.

Huzurdaki uyuşmazlık açısından temel konu, sicil yetkililerinin şirketin sona ermesi üzerinden belirli bir süre geçtikten sonra kişisel veriyi silmek ya da anonimleştirmek zorunda olup olmadığı ile ilgilidir. Bu nedenle ilk derece mahkemesi *preliminary ruling* yolu ile ilgili verilerin 95/46 sayılı Direktif m.6/1-e hükmü kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine yönelik ön değerlendirme talebinde bulunmuştur. Bu sorunun yanıtlanması için ABAD, ilgili sicile tescil amacının ne olduğunun tespitinin önemli olduğuna değindikten sonra özetle şu yönde açıklamalarda bulunmuştur:

i. 68/151 sayılı Yönergenin m.2/1-d hükmü gereği şirketlerin bazı bilgileri sicilde aleni olarak sunmaları zorunludur. Söz konusu ticaret sicil kayıtlarında, yalnızca işlemeye konu faaliyetle ölçülü ve oldukça sınırlı kişisel veriye yer verilmektedir²².

ii. Kişisel veri ihlali bir temel hak ihhalidir.

iii. Kişisel veri işleminin hukuka uygun olması için, işlemin 95/46 sayılı Direktifin 6. maddesindeki ilkelere uygun olması, ikinci olarak da 7. maddede sayılan şartları sağlaması gereklidir.

iv. Ticaret sicil görevlisinin 68/151 sayılı Yönerge gereği işlediği bilgiler 95/46 sayılı Direktifin m.7/c, e, f hükümleri kapsamındadır. Daha önceki kararlarda belirttiği üzere²³ kamu kurumlarının yükümlülüklerini yerini getirmek adına veri tabanlarında sundukları bilgiler 95/46 sayılı Direktifin m.7/e hükmü kapsamında yer alır ve bu verilerin işlenmesi kamu menfaati kapsamında sayılmaktadır.

v. Özellikle şirketle ilişkili üçüncü kişileri koruyan tek değer şirket malvarlığı olduğu için sicilin amacı bu kişileri korumaktır. Şirketle ticari ilişkide bulunmak isteyen diğer üye devletteki kişiler için sicildeki bilgiler önemlidir²⁴, ayrıca ilgili sıfatının ispatına gerek olmaksızın 68/151 sayılı

²² Ancak tapu sicilinde taşınmazın bedeli, sınırlı aynı haklara ilişkin kayıtlar (örneğin ipotek bedeli) gibi çok daha fazla bilgi yer alması nedeniyle, Manni davasındaki ticaret siciline ilişkin değerlendirmelerin tapu sicili açısından geçerli olmayacağına yönelik bkz. Anna Berlee, “Access To Personal Data in Public Land Registers: Balancing Publicity Of Property Rights With The Rights To Privacy And Data Protection”, *Doctoral Thesis, Maastricht University*, 2018, s.382-383.

²³ ABAD, C-138/11, 12.07.2012(Compass-Datenbank GmbH v Republik Österreich) <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62011CJ0138>> Erişim Tarihi 16 Eylül 2023, para.40, 41.

²⁴ Şirket temsilcisinin tek kişi olması durumunda da ilgili kişinin sicile tescil zorunluluğu bulunup bulunmadığına ilişkin *preliminary ruling* yolu ile önüne gelen uyuşmazlıkta ABAD

Yönerge m.3 gereği herkesin sicildeki bilgilere erişim hakkı bulunmaktadır.

vi. 68/151 sayılı Yönergenin 3. maddesindeki amacın gerçekleşmesi için m.2/1-d,j bentlerinde yer alan gerçek kişilere ilişkin bilgilerin şirket sona ermiş olsa dahi talep halinde erişilebilir olup olmaması gerektiğine ilişkin Yönergede açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak şirket sona ermiş olsa dahi şirket ile ilgili hukuki ilişki devam edebilir. Örneğin üçüncü kişiler görev süresi sona eren şirket organlarındaki üyelere veya tasfiye memurlarına karşı dava açabilir. Şirket sonra erdikten sonra ne kadarlık bir süre boyunca sicilde bilgilerin kalması gerektiğine ilişkin kesin bir süre tespiti yapmak mümkün değildir. Şirketlere ait eski bilgilerin ne kadar süre boyunca saklanacağına ilişkin ulusal düzenlemeler yapılabilir.

Bu nedenlerle ABAD, ilgili sicilden kişisel bilgileri işlenen kişilerin verilerinin silinemeyeceğine veya bilgilerin anonimleştirilemeyeceğine, bu durumun temel hak ihlali sayılmayacağına, sınırlı sayıdaki kişilere ilişkin ve sınırlı sayıda verinin işlendiğine, bu kişilerin ve bilgilerin şirketle işlem yapan üçüncü kişiler açısından önemli olduğuna²⁵, bu kişilerin kendilerinin şirkette görev üstlenerek sicilde bilgilerinin paylaşılmasını kabul ettiklerine değinmiştir. Ancak bazı özel durumlarda şirketin sona ermesinin üzerinden uzun zaman geçtikten sonra kişisel veri işlenmesinin gerekli olmayabileceğine karar vermiştir. Bu kapsamda ABAD, eğer kişisel veri sahibinin üçüncü kişilerin menfaatlerinden daha ağır basan menfaati var ise veya sicilde paylaşılan bilgilerin ilk yazılma tarihinin üzerinden uzun zaman geçmişse ulusal mahkemelerin işbu bu kararının aksi yönünde karar verebileceğini de özellikle eklemiştir.

II. KARARIN İNCELENMESİ VE DEĞERLENDİRİLMESİ

ABAD, Manni davasında, kişisel veri işleme şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği açısından bir inceleme yapmıştır ve netice olarak kişisel veri işleme faaliyetine ilişkin hukuka uygunluk sebeplerinin somut uyumsuzlukta bulunduğu

benzer şekilde, şirket ile ticari ilişki içine girmek isteyen üçüncü kişileri korumak adına tescil mecburiyeti olduğu yönünde değerlendirmede bulunmuştur. bkz. ABAD, C-32/74, 12.11.1974(Friedrich Haaga GmbH) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61974CJ0032> Erişim Tarihi 09 Eylül 2023).

²⁵ Sermaye ortaklıklarında geçerli olan sınırlı sorumluluk ilkesine karşı üçüncü kişileri korumak adına sicil kayıtlarının önemli olduğuna ilişkin bkz. Eleonora Carava, "Personal Data Kept in Companies Registers: The Denial of the Right to Be Forgotten", *European Data Protection Law Review*, 3(2), 2017, s. 288.

karar vermiştir. ABAD, Google davasında²⁶ olduğu gibi Manni davasında da 95/46 sayılı Direktif m.7/f gereği bir menfaat dengesi tesis etmeye yönelik değerlendirmede bulunmuştur. Başvurucunun eskiden çalıştığı şirketinin iflasıyla²⁷ ilgili sicilde bilgi paylaşılmasında, üçüncü kişiler açısından üstün tutulması gereken meşru menfaat bulunduğu sonucuna varmıştır²⁸.

Bu noktada özellikle belirtmek isteriz ki ABAD'ın ilgili uyuşmazlıkta karar tarihi 9 Mart 2017 olduğu için ABAD, o tarihte yürürlükte olan 95/46 sayılı Direktif kapsamında bir inceleme yapmıştır. Zira 2016/679 sayılı Tüzük 25 Mayıs 2018 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Giriş kısmında değindiğimiz üzere KVKK hazırlanırken temel alınan metin de yine 95/46 sayılı Direktif olduğu için ve Manni davasında da ABAD ilgili düzenleme kapsamında bir inceleme yaptığı için biz de çalışmamızda KVKK ve 95/46 sayılı Direktif'in ilgili hükümleri kapsamında konuyu ele alacağız. Ancak 2016/679 sayılı Tüzük'ün ilgili hükümlerine de karşılaştırma yapmak amaçlı değineceğiz.

Ticaret siciline yapılan kayıtlar üçüncü kişiler açısından oldukça önemli hukuki etkilere sahiptirler²⁹. TTK m. 35/2'ye göre herkes ticaret sicilinin

²⁶ Bkz. ABAD, C-131/12, 13.05.2014(Google Spain SL, Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González), para.74, 81, 86. (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62012CJ0131> (Erişim Tarihi 05 Eylül 2023)) Google davası ile Manni davası arasındaki önemli bir fark, Manni davasında, ticaret sicili, internet arama motorunun aksine, kanuni bir yükümlülük kapsamında veri paylaşımında bulunan ve veriyi ilk elden paylaşan kurumdur. Konu hakkında bkz. W. Gregory Voss/Céline Castets-Renard, "Proposal for an International Taxonomy on the Various Forms of the 'Right to Be Forgotten: A Study on the Convergence of Norms'", *Colorado Technology Law Journal*, 14(2), 2016, s.327.

²⁷ Gerçek kişi tacire ilişkin finansal veriler (örneğin kişinin iflas ettiğine ilişkin veri) gerek AB düzenlemelerinde gerek Türk hukuku düzenlemelerinde özel nitelikli veri (hassas veri) olarak kabul edilmemektedir. Ancak yapılan bir anket çalışmasında "finansal veriler" ankete katılanlar tarafından en yüksek oranda hassas veri olarak değerlendirilmiştir. Anket çalışmasının sonuçları hakkında bkz. Cemil Kaya, "Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas (Kişisel) Veriler ve İşlenmesi", *İÜHF*, 69(1-2), 2011, s. 320-321.

²⁸ ABAD, kamu sicilinde toplanan, yayımlanan ve arşivlenen bilgilerin değerini ve etkisini kabul etmiş ve bu kapsamda bir girişimcinin adil rekabetin sağlanması, alacaklıların ve tüketicilerin korunması amacıyla getirilen aleniyet ilkesinin belirli sonuçlar doğuracağını bilmesi gerektiğinin altını çizmiştir. Bkz. Eike Michael Frenzel, "Facilitating the Flow of Public Information: The CJEU in Favour of Distinctive Rule/Exception Regulations in Member States", *European Data Protection Law Review*, 3(2), 2017, s.285. *Bilge*, ticaret sicilinin aleniyetinin, güvenin korunmasının sağlanmasına ve işlem güvenliğine hizmet ederek üçüncü kişilerin menfaatini koruduğunu vurgulamıştır. Bkz. Mehmet Emin Bilge, *Ticaret Sicili*, Beta Yayınevi, 1999, s.13.

²⁹ Ticaret siciline tescilin etkileri, işleme ilişkin etkileri ve üçüncü kişilere ilişkin etkileri olmak üzere iki başlık altında incelenir. İşleme ilişkin etkiler, iç etkiler; üçüncü kişilere

içeriği ile müdürlükte saklanan tüm senet ve belgeleri inceleyebileceği gibi giderini ödeyerek bunların onaylı suretlerini de alabilir. Zira herkes, bilgi edinmek, yatırım kararı ve ticari ilişkileri konusunda karar almak vb. diğer amaçlarla ticaret sicili kayıtlarına ulaşabilmelidir. Ancak diğer sicil düzenlemelerinin³⁰ aksine ticaret sicilinden bilgi/belge talebinin ilgili sıfatının ispat edilmesi şartına bağlanmamış olması nedeniyle ticaret sicilinde bilgileri

etkiler ise dış etkiler olarak ifade edilir. İç etkiler, tescilin bildirici etkisi ve kurucu etkisidir. Dış etkiler sicil kayıtlarının üçüncü kişiler açısından olumlu ve olumsuz etkilerini ifade etmektedir. Ticaret siciline tescil, kural olarak bildirici niteliktedir. TTK m. 35/3’de de tescil edilen hususların Kanun veya Yönetmelikte aksine bir hüküm olmadıkça ilan olunacağı ifade edilmiştir. Olumlu etki TTK m.36/3’de düzenlenmiştir. Buna göre, üçüncü kişilerin kendilerine karşı sonuç doğurmaya başlayan sicil kayıtlarının bilmediklerine ilişkin iddiaları dinlenmez. TTK m.36/4 hükmünde de olumsuz etki düzenlenmiştir. Tescili zorunlu olduğu hâlde tescil edilmemiş veya tescil edilip de ilanı zorunlu iken ilan olunmamış bir hususun, ancak bunu bildikleri veya bilmeleri gerektiği ispat edildiği takdirde, üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi, olumsuz etkiyi ifade eder. Olumsuz etki her hüküm yönünden geçerli iken; tescilin olumlu etkisine, anonim ve limited şirketler açısından önemli bir istisna getirilmiştir (Bkz. TTK m.354, 371/II, 539/II). Ticaret sicilinin hukuki etkileri hakkında bkz. Bilge, s.165 vd.; Hüseyin Ülgen/Mehmet Helvacı/Arslan Kaya/Nedret Füsün Nomer Ertan, *Ticari İşletme Hukuku*, 6. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s.379-386; Duygu Demirel, *Ticaret Sicili*, Seçkin Yayıncılık, 2016, s.221-238. Ticaret sicilinin sınırlı olumlu etkisi açısından bkz. Kaya, 2021, s.39-41. İlanı gereken hususların belirsizliğine yönelik bir inceleme ve değerlendirme için bkz. Mehmet Bahtiyar, “6102 Sayılı TTK’da Ticaret Siciline Tescil Yanında İlanı da Gereken Hususlar Sorunu (m. 35/3)”, *REGESTA*, 0(2), 2013, s. 3-14. Alman, İngiliz ve İsviçre Hukukunda Ticaret siciline tescilin etkilerine ilişkin bkz. Fahri Özsungur, “Ticaret Siciline Tescil ve İlanının Etkileri Sorunu”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 22(2), 2014, s. 131- 155.

³⁰ TMK m. 1020/2 gereğince tapu sicili bakımından ilgisini inanılır kılan herkes, ilgili belgeleri görebilir veya bunların örneklerinin verilmesini talep edebilir. Tapu sicili bakımından “ilgisini inanılır kılama” hususunun nasıl yorumlandığı hakkında bkz. Mehmet Şengül, *Tapu Sicilinin Aleniyeti*, Adalet Yayınevi, 2013, s. 167 vd. Yazar, tapu sicilinin aleniyetini sağlamak bakımından ilginin inanılır kılınması koşulunun kaldırılması gerektiğini ifade eder. Bkz. Şengül, s. 126. vd. *Oktay-Özdemir* de TMK m. 1020/II düzenlemesini, eşya hukukunun temel prensipleri ve tapu sicilinin aleniyet fonksiyonu ile bağdaşmadığını ileri sürerek eleştirmektedir. Bkz. Saibe Oktay Özdemir, “Kişilik Hakları ve Bilgi Alma Hakkı Çerçevesinde Tapu Sicilinin Aleniliği (Kamuya Açıklığı) İlkesi”, *Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan*, Seçkin Yayıncılık, 2006, s. 524. Tapu sicilindeki gerçek kişilere ait kayıtların paylaşılmasının aleniyet ilkesi ile kişisel veri koruma hukuku açısından değerlendirildiği bir çalışma için bkz. Tuğçem Seçer, “Tapu Sicilindeki Gerçek Kişilere Ait Kayıtların Paylaşılmasının Aleniyet İlkesi, Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, Bilgi Edinme Hakkı ve Kişisel Veri Kavramı Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11(1), ss. 341-355. Rehinli Taşınır Sicil Yönetmeliği m. 26’da sicilden onaylı belge talebi, m. 30/1’de ise sorgulama işleminin ilgisini ispat eden kişiler tarafından yapılabileceği düzenlenmiştir. Ancak Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu (TİTRK) ve ikincil düzenlemelerde de ilgili sıfatına kimlerin dahil olduğuna ilişkin herhangi bir belirleme yapılmamıştır.

yer alan kişilerin daha korumasız olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır³¹ (TTK m.35/2 ve Ticaret Sicil Yönetmeliği (TSY) m.15).

A. Kişisel Verilerin İşlenme Şartları (Hukuka Uygunluk Sebepleri) Kapsamında İnceleme

Daha önce de belirtildiği üzere ABAD kararında, kişisel verilerin işlenme şartları açısından 95/46 sayılı Direktifin m.7/c,e,f hükümlerine değinmiştir. Veri işleme şartlarına uyulması aslında kişisel veri işleme faaliyetini hukuka uygun hale getirir³². Nitekim KVKK'da ilgili madde başlıkları “kişisel verilerin işlenme şartları” iken, 2016/679 sayılı Tüzük'te “işlemenin hukuka uygunluğu” başlığı tercih edilmiştir.

Bu kapsamda öncelikle ifade etmek isteriz ki KVKK, 95/46 sayılı Direktif esas alınarak hazırlanmış olmasına rağmen, 95/46 sayılı Direktifin ilgili hükümleri birebir iktibas edilmediği için özellikle hukuka uygunluk sebepleri açısından her iki düzenleme arasında bazı farklılıklar bulunmaktadır. 95/46 sayılı Direktifi yürürlükten kaldıran 2016/679 sayılı Tüzük'te ise hukuka uygunluk sebepleri daha farklı şekilde düzenlenmiştir.

KVKK m.5/2-ç hükmünde, kişisel veri işleme faaliyeti, veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için zorunlu ise bu durumun bir hukuka uygunluk sebebi teşkil edeceği düzenlenmiştir³³. 95/46 sayılı

³¹ *Ulusoy*, dinamik bir alanla ilgili kayıtları düzenleyen ticaret sicilinin incelenmesinin, düzenlediği alanın dinamizmine uygun bir şekilde kolaylaştırılmasının olağan bir sonuç olduğunu ifade etmiştir. Bkz. Erol Ulusoy, “Ticaret Siciline Tescilin Olumsuz Etkisine Veda Elektronik Ticaret Sicili- Ticaret Sicili Bilgi Bankası-İnternet Sayfası”, *Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan*, Vedat Kitapçılık, 2007, s.96. Yazar ayrıca, ticaret sicilinin elektronik ortamda tutulmasının alacaklıları korumak bakımından açıklık ilkesinin kalitesini arttıracakını ifade etmiştir. Bkz. Ulusoy, s.200.

³² KVKK'da hukuka uygunluk sebepleri özel olarak düzenlendiğinden, genel nitelikte olan TMK m. 24/2 ve TBK m. 63 ve 64 hükümlerinde yer alan hukuka uygunluk sebepleri kişisel veri işleme faaliyetinin hukuka uygunluk değerlendirmesinde dikkate alınmaz. Bkz. Nafiye Yücedağ, “Medeni Hukuk Açısından Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun Uygulama Alanı ve Genel Hukuka Uygunluk Sebepleri”, *İÜHFİM*, 75(2), 2017, s.771.

³³ Veri sorumlusunun meşru menfaat temelli hukuka uygunluk sebebine dayanabilmesi için aranan şartlara ilişkin bkz. Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 25/03/2019 tarihli ve 2019/78 Sayılı Karar Özeti. (<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5434/2019-78> Erişim Tarihi 09 Ağustos 2023) İlgili kararda veri sorumlusunun meşru menfaat temelli hukuka uygunluk sebebine dayanabilmesi için aranan şartlar oldukça ayrıntılı olarak açıklanmıştır. Buna göre, veri sorumluları tarafından;

- Kişisel verinin işlenmesi sonucunda elde edilecek menfaat ile ilgili kişinin temel hak ve hürriyetlerinin yarışabilir düzeyde olması,
- Söz konusu menfaate ulaşılabilmesi bakımından kişisel veri işlenmesinin zorunluluk arz

Direktif m.7/c ile 2016/679 sayılı Tüzük m.6/1-c hükmünde benzer şekilde düzenlenmiştir. Buna göre, ilgili hukuka uygunluk sebebinden faydalanabilmek için hukuki yükümlülüğün hukuki düzenleme ile veri sorumlusuna yüklenmiş olması gerekir. Bu nedenle veri sorumlusunun sözleşmesel yükümlülüğü ifa etmesi için gerekli olan haller bu hükmün kapsamı dışındadır. Ancak sadece kanun hükmü ile getirilen hukuki yükümlülükler değil; ikincil mevzuat ile getirilen hukuki yükümlülüklerin ifası için de veri sorumlusunun kişisel veri işlemesi hukuka uygunluk korumasından faydalanacaktır³⁴. Ayrıca veri sorumlusunun bu hukuka uygunluk sebebinden faydalanabilmesi için veri sorumlusunun başka bir tercih imkânı bulunmamalıdır (“Son çare olma ilkesi”)³⁵. Bir diğer ifade ile, veri işlenmesi ile elde edilebilmesi gereken hukuki menfaat başka yollarla sağlanamayacak olmalıdır.

2016/679 sayılı Tüzükte, kamu yararı için gerçekleştirilen bir görevin ifası veya veri sorumlusunun resmi yetkisinin kullanılması için gerekli olması halinde kişisel verilerin işlenmesi hukuka uygun kabul edilmektedir (m. 6/1-e). 95/46 sayılı Direktif m.7/e hükmü de benzer şekildedir. Ancak KVKK m. 5/2-ç’de daha geniş bir ifade kullanılmış, kamu yararı şartı aranmadan³⁶,

etmesi,

- Meşru menfaatin halihazırda mevcut, belirli ve açık olması,
- İlgili kişinin temel hak ve hürriyetleri ile yarışabilir nitelikte olan meşru menfaatin elde edilmesi halinde bir yarar sağlanacak olması ve kişisel veri işlenmeksizin başkaca bir yol ve yöntemle bu yararın ortaya çıkmasının mümkün olmaması,
- Meşru menfaat belirlenirken söz konusu yararın çok sayıda kişiyi etkilemesi, yalnızca kâr elde edilmesi ya da ekonomik yararın sağlanması amacına yönelik olmaması, iş süreçlerini ya da bir işleyişi kolaylaştırması (örneğin bir birim ya da az sayıda personel nezdinde değil, kurumsal olarak geneli etkileyecek şekilde) gibi şeffaf ve hesap verilebilir nitelikleri haiz kriterlerin esas alınması,
- Bu açıdan ilgili kişinin başta kişisel verilerinin korunması olmak üzere temel hak ve hürriyetlerinin zarar görmesini engellemek amacıyla öngörülebilir, açık ve yakın her türlü tehlikeden uzak tutulması,
- Kişisel verilerin bir veri kayıt sisteminde amaçla sınırlı olarak hukuka uygun işleyişinin temini ile zararı ve ihalleri engellemek için her türlü teknik ve idari tedbirin alınması,
- Kişisel verilerin işlenmesinde genel ilkelere uygunluğun sağlanması,
- Bu kapsamda, kişinin temel hak ve hürriyetleri ile veri sorumlusunun meşru menfaatinin karşılaştırılarak denge testinin yapılması, gereklidir.

³⁴ Yücedağ, 2017, s. 778.

³⁵ Yücedağ, 2017, s. 778.

³⁶ Kanuna ilişkin Komisyon Raporu’nda, örnek olarak “*kolluk tarafından bir suç soruşturması sebebiyle, 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanununun 5inci maddesi uyarınca şüphelilerin parmak izlerinin alınması; 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu uyarınca Adalet Bakanlığının kişilerin ceza mahkumiyetlerine ilişkin verilerini işlemesi*” verilmiştir. Bkz. Türkiye Büyük Millet Meclisi, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı (1/541) ve

veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirmesi için zorunlu olması halinde, işlemenin hukuka uygun olduğu kabul edilmiştir³⁷. ABAD kararında kamu kurumlarının kanuni yükümlülüklerini yerine getirmek adına veri tabanlarında³⁸ sundukları bilgilerin 95/46 sayılı Direktifin m.7/e hükmü kapsamında değerlendirilmesi ve bu verilerin işlenmesinin kamu menfaati kapsamında sayılması gerektiğine değinilmiştir. Türk hukuku açısından ise kamu kurumlarının hukuki yükümlülüklerini yerine getirmek için veri işlemlerinin hukuka uygun sayılıp sayılmayacağı KVKK m. 5/2-ç kapsamında değerlendirilecektir.

Meşru menfaat gereği veri işlemenin hukuka uygun sayılması hali

Adalet Komisyonu Raporu, s. 9 <<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss117.pdf>> Erişim Tarihi 15 Ocak 2024). Örnek kapsamında bir değerlendirme yaptığımızda, bir veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirmek için gerçekleştirdiği kişisel veri işleme faaliyetinde zaten “kamu yararı” bulunduğu sonucuna varıldığını düşünmekteyiz. Ancak kanaatimizce veri sorumlularının hukuki yükümlülüklerini yerine getirmeleri, direkt olarak kamu yararına bir işlem olarak değerlendirilmemelidir.

³⁷ Hüseyin Murat Develioğlu, *6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile Karşılaştırmalı Olarak Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Uyarınca Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s.65.

³⁸ TTK m.24/II uyarınca ticaret sicili kayıtları ile tescil ve ilân edilmesi gereken içeriklerin düzenli olarak depolandığı ve elektronik ortamda sunulabilen merkezi ortak veri tabanı (MERSİS), Gümrük ve Ticaret Bakanlığı ile Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği nezdinde oluşturulmuştur. Ticaret Sicil Yönetmeliği'nin tanımlar kenar başlıklı m.4/1-g hükmüne göre “*Merkezi Sicil Kayıt Sistemi (MERSİS): Ticaret sicili işlemlerinin elektronik ortamda yürütüldüğü, ticaret sicili kayıtları ile tescil ve ilan edilmesi gereken içeriklerin düzenli olarak depolandığı ve elektronik ortamda sunulduğu, “Ticaret Bakanlığı” ile TOBB nezdinde oluşturulan ve işletilen merkezi ortak veri tabanını da içeren bilgi sistemini*” ifade eder. MERSİS veri tabanına herkes üye olabilir ve sicil bilgilerini inceleyebilir. Şu an için MERSİS üzerinden tüm bilgilere erişim imkanı bulunmamaktadır. Ancak yine de kişisel verilerin korunmasını ve bilgi güvenliğini sağlayacak bir takım tedbirlerin alınması gerektiği ifade edilmiştir (TSY m.14, 15/III). Doktrinde her belgeye elektronik ortam üzerinden erişilebilmesinin bazı sakıncalar yaratabileceği ifade edilmiştir. Bkz. Necla Akdağ Güney, *Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Avrupa Birliği Mevzuatı Çerçevesinde Ticaret Sicili*, İstanbul Ticaret Odası, 2014, s. 57, 79. Elektronik tapu sicili açısından benzer bir görüş için bkz. Veysel Başpınar, “Elektronik Tapu Sicili Düzenlenirken, Tapu Sicilinin Aleniyeti ve Diğer Alanlarla İlgili Alınması Gereken Tedbirler”, *AÜHFD*, 57(3), 2008, s. 116 vd. MERSİS üzerindeki kayıtlar üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez. Bu nedenle MERSİS’e yapılan kayıtlar, sicil olumlu ve olumsuz etkisini haiz değildir. Bkz. Demirel, s.256-257. Doktrinde MERSİS’deki kayıtlara hukuki sonuç bağlanmamış olması eleştirilmektedir. Bkz. Reha Poroy/Hamdi Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 2022, s.240. Bunun dışında İstanbul Ticaret Odası internet sitesinde yer alan bilgi bankası aracılığı ile de firma bilgileri sorgulanabilmektedir. Ancak buradaki bilgiler de ilan niteliği taşımamaktadır. Bkz. Kaya, 2021, s. 35. İstanbul Ticaret Odası internet sitesinden bilgi sorgulamasının kişisel veri ihlali sebebi olmadığına ilişkin kurul kararı için bkz. Bkz. Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 06/01/2022 tarih ve 2022/6 sayılı Kararı.

ise 95/46 sayılı Direktif m.7/f’de³⁹, kişisel verilerin 95/46 sayılı Direktif m. 1/1 uyarınca ilgili kişinin temel hak ve özgürlüklerinden kaynaklı çıkarlarının baskın olduğu haller hariç olmak üzere, veri sorumlusu veya kişisel verinin açıklandığı üçüncü kişi veya kişilerin meşru menfaatinden kaynaklanan amaçlar için gerekli olması durumunda işlenebileceği şeklinde hükme bağlanmıştı. Bir diğer ifade ile “veri sorumlusu veya kişisel verinin açıklandığı üçüncü kişi veya kişilerin meşru menfaatleri için gerekli olduğu zaman” veri işlemesi hukuka uygun sayılacaktır⁴⁰. KVKK m.5/2-f’de “İlgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması” hali hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmiştir. 2016/679 sayılı Tüzük m.6/f’de ise kişisel verileri işlenen kişinin çocuk olması hâlinde, çocuğun kişisel verilerinin korunmasına ilişkin menfaatlerinin veya çocuğun temel haklar ve özgürlüklerinin veri sorumlusu veya üçüncü bir kişi tarafından gözetilen meşru menfaatlere karşı ağır basması durumu hariç, veri sorumlusu veya üçüncü bir kişinin meşru menfaatleri doğrultusunda işleme faaliyetinin gerekli olması hâli bir hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlenmiştir⁴¹. Önemle altını çizmek

³⁹ KVKKur tarafından, çalışma kapsamında incelenecek olan ve veri işlenmesinin hukuki dayanaklarından birisi olarak kabul edilen meşru menfaat kavramı tanımlanmıştır. Buna göre, “meşru menfaat ilgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla gerçekleştirecek işleme faaliyetinde, veri sorumlusunun elde edeceği faydanın meşru, etkin, belirli ve mevcut bir menfaatine ilişkin olması”dır. Bkz. Kişisel Verileri Koruma Kurumu, “Madde ve Gerekeşi ile Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (Bilgi Notu) ve Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Terimler Sözlüğü”, s. 114. Meşru menfaati düzenleyen 95/46 sayılı Direktif m.7/f’nin üye ülkelerdeki uygulamalarının çok farklı olduğu ve bu durumun uygulamada problemlere yol açtığı gerekçeleriyle veri sorumlusunun meşru menfaati kavramına ilişkin görüş için bkz. Article 29 Working Party Overview of results of public consultation on Opinion on legitimate interests of the data controller (Opinion 06/2014). https://ec.europa.eu/justice/article-29/press-material/public-consultation/notion-legitimateinterests/files/20141126_overview_relatng_to_consultation_on_opinion_legitimate_interest_.pdf Erişim Tarihi 29 Ağustos 2023) (Çalışmamızda “06/2014 Nolu Görüş” olarak anılacaktır).

⁴⁰ Bu durumun üye Devletlere, veri işlemeye izin verildiği zaman bunu belirleme konusunda dikkate değer bir esneklik sunduğuna ilişkin bkz. Nurullah Tekin, “Kişisel Verilerin Korunması ile İlgili Türkiye’deki Kanun Tasarısının Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Işığında Değerlendirilmesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2014, s.234.

⁴¹ 95/46 sayılı Direktif ile 2016/679 sayılı Tüzük arasındaki bir diğer farklılık, 95/46 sayılı Direktif m. 6/1-f’de, üye ülkelerin gerçek kişilerin temel hak ve özgürlüklerini, özellikle de kişisel veri işlemede gizlilik haklarını korumaları gerektiğini düzenleyen m. 1/1’e atıf yapılmaktayken; 2016/679 sayılı Tüzükte ise bu atıf yerine doğrudan “kişisel verilerin korunmasını gerektiren veri sahibinin menfaatleri veya temel hak ve özgürlükleri” ibaresine yer verilmiş olmasıdır. Böylece, 2016/679 sayılı Tüzük ile verisi işlenen kişiyi daha fazla korumak adına maddenin kapsamının daha geniş tutulduğuna ilişkin bkz. Irene Kamara/Paul De Hert, “Understanding the Balancing Act Behind the Legitimate Interest of the Controller

gerekir ki 2016/679 sayılı Tüzük ve 95/46 sayılı Direktif uyarınca hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilecek olan meşru menfaat sahibi çevresi veri sorumlusu ve üçüncü kişiler şeklinde geniş tutulmuştur. KVKK m.5/2-f’de ise sadece veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması hali bir hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlenmiştir⁴². Bu nedenle Türk hukuku açısından üçüncü kişilerin bu hükmün korumasından yararlanamayacak olması, sicil aleniyetinin üçüncü kişilere yönelik olması nedeniyle yerinde olmamıştır⁴³.

Meşru bir menfaatin varlığı her somut olay bazında dikkatle incelenmelidir⁴⁴. Meşru menfaatin konusu hukuki, ticari veya kişisel nitelikte olabilir⁴⁵. Veri sorumlusunun meşru menfaatine dayanarak ilgilinin rızası

Ground a Pragmatic Approach”, *Brussels Privacy Hub Working Paper*, 4(12), 2018, s. 11. KVKK’da ise 95/46 sayılı Direktif m.7/e ve 2016/679 sayılı Tüzük m.6/e aksine, kamu yararı gereği kişisel verinin işlenebileceğine açıkça yer verilmemiştir. KVKK’da yer verilen veri işleme faaliyetinin kanunlarda açıkça öngörülmesine dair hukuka uygunluk sebebi ise 2016/679 sayılı Tüzük’de bir hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlenmemiştir. Bkz. Elif Küzeci, *Kişisel Verilerin Korunması*, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s.396.

⁴² Yücedağ, 2017, s. 783. Ayrıca eklemek isteriz ki KVKK m.5/2-f’de “zorunluluk” kavramı kullanılmışken 2016/679 sayılı Tüzük ve 95/46 sayılı Direktif’te “gereklilik” kavramı kullanılmıştır. Bu farklılık hakkında bkz. Mesut Serdar Çekin / Ahmet Esad Berktaş/ Furkan Akıncı, *Veri Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, 2023, s.188-189.

⁴³ KVKK m.28’de Kanun hükümlerinin uygulanmayacağı haller yer almaktadır. Ancak ticaret sicilinde yer alan kayıtlara KVKK hükümlerinin uygulanmayacağı açıkça düzenlenmediğinden sicilde yer alan kayıtların istisna hükümlerinden faydalanması yerinde olmayacaktır. Tapu sicilindeki kayıtlar açısından aynı yönde bkz. Seçer, s. 348.

⁴⁴ Bkz. 2016/679 sayılı Tüzük, Gerekeç 47, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679> Erişim Tarihi 01 Eylül 2023). Ayrıca bkz. Christos Giakoumopoulos/Giovanni Buttarelli/Michael O’Flaherty, *Handbook on European Data Protection Law, Publications Office of the European Union*, Luxembourg, 2018, s.155. Özellikle sicilde yer alan kişisel veri niteliğini haiz her verinin işlenmesinde meşru menfaat olduğu yönünde bir tespit yapılmaması gerektiği, her somut olay özelinde incelenmesi gerektiğine ilişkin bkz. Alessandro Mantelero, “Right To Be Forgotten And Public Registers. A Request To The European Court Of Justice For A Preliminary Ruling”, *European Data Protection Law Review*, 2016/2, s. 234-235.

⁴⁵ Mesut Serdar Çekin, *Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kanun Çerçevesinde Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 72. Bu istisna halinin, AB veri koruma hukukunda üzerinde en fazla durulan hukuka uygunluk nedeni olduğunu söylemek mümkündür. ABAD’ın meşru menfaat temelli hukuka uygunluk sebebine dayanarak kişisel veri işlenmesinin hukuka uygun olduğu yönünde tesis ettiği kararlar bkz. C-468/10 ve C-469/10, 24.11.2011(Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito (ASNEF) ve Federación de Comercio Electrónico y Marketing Directo (FECEMD)/Administración del Estado). Kararlar ile ilgili bkz. Avrupa Veri Koruma Hukuku El Kitabı 2018 Baskısı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Bilişim ve Teknoloji Hukuku Enstitüsü Tarafından Türkçe’ye çevilmiş hali, 2020, <https://itlaw.bilgi.edu.tr/media/2020/3/30/Bilgi_

olmaksızın veri işlenmesinin hukuka uygun kabul edilebileceği durumları hassasiyetle irdelemek gerekir⁴⁶. Bu nedenle meşru menfaat temelli hukuka uygunluk sebebinin uygulama alanının tespitinde bir denge testi (*balancing test*) yapılması zaruri kabul edilir⁴⁷. Veri sorumlusunun/ilgili üçüncü kişinin meşru menfaati olup olmadığı belirlendikten sonra, kişisel veri işleme faaliyeti ile kişisel verisi işlenecek olan ilgili kişinin hangi temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edilme ihtimali olduğu incelenmelidir. Veri işleme faaliyeti için değerlendirilecek meşru menfaat mutlaka ciddi, önemli ve hali

Avrupa Veri Koruma Mevzuatı El Kitabı 2018_TR_v01_16022019.pdf> Erişim Tarihi 1 Eylül 2023, s.113-115. 95/46 sayılı Direktifte meşru menfaat kavramı tanımlanmasa da 30 numaralı gerekçede şirketler ve diğer organların meşru olağan iş faaliyetleri kapsamında kişisel verilerin işlenebileceğine değinilmiştir. Bkz. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A31995L0046>> Erişim Tarihi 17 Eylül 2023.

⁴⁶ Süleyman Yılmaz/ Gökçe Filiz Çavuşoğlu, *Kişisel Verileri Koruma Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s.92; Küzenci, s.401. Nitekim KVKK m.5/2-f hükmünün iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur. Ancak anılan hükmün Anayasa'ya aykırı olmadığı gerekçesiyle madde iptal edilmemiştir. Gerekçeli karar için bkz. AYM E. 2016/125, K. 2017/143, T. 28.09.2017, RG. 23.01.2018/30310. <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/01/20180123-15.pdf>> Erişim Tarihi 16 Ocak 2023.

⁴⁷ Yücedağ, 2017, s.783; Şehriban İpek Aşıkoğlu, “Kişisel Verilerin İşlenmesinde Hukuka Uygunluk Sebepleri”, *Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumlu Özel Hukuk - Acquis Communautaire'in Alınması - Açıklamalar, Değerlendirmeler, Öneriler*, Arslan Kaya, Baki İlkey Engin, Ali Paslı, Şehriban İpek Aşıkoğlu, Elif Oğuz (Ed.), İstanbul Üniversitesi Yayınevi, 2020, s.1067. ABAD, içtihatlarında “denge testi”ni detaylıca incelemiştir. ABAD’a göre, meşru menfaat temelli hukuka uygunluk sebebine dayanarak kişisel veri işlenmesinin gerçekleştirilebilmesi için şu üç şartın kümülatif olarak sağlanması zorunludur: (i) Kişisel verinin açıklanacağı üçüncü kişinin meşru bir menfaati bulunması, (ii) bu meşru menfaate ulaşmak için ilgili kişisel verinin işlenmesi zorunlu olması ve (iii) veri sahibinin temel hak ve özgürlüklerinin veri sorumlusunun veya üçüncü kişilerin meşru menfaatlerinden önemli olmamasıdır. Bkz. ABAD, C-13/16, 04.05.2017 (Valsts policijas Rīgas reģiona pārvaldes <Kārtības policijas pārvalde v. Rīgas pašvaldības SIA ‘Rīgas satiksme’) para.28. <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=B0383E26AD9B9C0BBFFAA55A8BF258BA?text=&docid=190322&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=61002>> Erişim Tarihi 10 Eylül 2023. İlgili kararın değerlendirmesi ve eleştirisi için bkz. Diana Dimitrova, “Rīgas satiksme: The Scope and Limits of Data Protection”, *European Data Protection Law Review*, 3(3), 2017, s. 418-422. Denge testinin nasıl uygulanması gerektiğine ilişkin ayrıntılı bir inceleme için bkz. Information Commissioner’s Office (ICO) (2018), Lawful basis for processing Legitimate interests, <<https://ico.org.uk/media/for-organisations/uk-gdpr-guidance-and-resources/lawful-basis/legitimate-interests-1-0.pdf>> Erişim Tarihi 10 Eylül 2023. Veri işleme faaliyeti şirketler topluluğu bünyesinde gerçekleşiyorsa, veri paylaşımı açısından meşru bir menfaatin söz konusu olabileceğine ilişkin bkz 2016/679 sayılı Tüzük, Dibaçe 48. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679>> Erişim Tarihi 15 Ocak 2024. İşçinin kişisel verisinin işlenmesinde dayanılabilecek bir hukuka uygunluk sebebi olarak meşru menfaat durumunun nasıl değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin bkz. Yasin Üstün/ Ayşe Nida Günel, “İş İlişkilerinde Kişisel Verilerin İşlenmesinde Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Meşru Menfaat”, *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*, 4(2), 2022, ss.1-18.

hazırda mevcut olmalıdır. Veri sorumlusunun veya üçüncü kişinin menfaatinin meşru sayılması için, hukuka uygun olması, yeterli derecede açık şekilde ortaya konması, gerçek ve güncel olması gerekir⁴⁸. Bir diğer ifade ile ilgili kişinin baskın bir menfaati olması⁴⁹, veri sorumlusunun veya üçüncü kişinin kişisel verileri işlemekteki menfaatinin işlemeyi hukuka uygun kılmamasını engeller⁵⁰. Meşru menfaat temelli hukuka uygunluk sebebine dayanabilmek için veri sorumlusunun, veri işlemeye ilişkin genel yükümlülüklerine özellikle, verinin amaçla orantılı ve ölçülü işlenmesi yükümlülüğüne uygun davranması gerekir⁵¹.

Ayrıca belirtmek gerekir ki; meşru menfaat temelli hukuka uygunluk sebebi, diğer hukuka uygunluk sebepleri somut durumda bulunmadığında başvurulacak son çare olarak düşünülmemelidir⁵².

Manni davasında Hukuk Sözcüsü, ticaret siciline yer alan verilerin işlenmesinde üçüncü kişilerin korunmaya değer meşru menfaatleri bulunduğuna dair değerlendirmede bulunmuştur⁵³. Zira sicil kayıtları üçüncü kişiler açısından şirketler ile ilgili merkezi bilgi sağlama işlevine sahiptir. Ayrıca sermaye şirketlerinde üçüncü kişilerin sadece şirket malvarlığına başvurabilmeleri nedeni ile üçüncü kişilerin şirketin temel belgelerine ve organlarına ilişkin temel bilgilere erişim sağlanmasının gerekliliği de Manni davasında vurgulanmıştır⁵⁴. Kararda şirketin faaliyetlerine son verdikten ve sicilden terkin edildikten sonra dahi özellikle organ üyelerine veya tasfiye memurlarına karşı açılacak davalar açısından verilere erişimin gerekli olabileceğine de değinilmiştir⁵⁵.

B. İkelere Uyum Kapsamında İnceleme

⁴⁸ Denge testinin aşamalarına ilişkin bkz. Çekin/Berktaş/Akıncı, s.189-192.

⁴⁹ Baskın menfaat kavramı, ilgili kişinin temel hak ve özgürlüklerinin daha ağır basması şeklinde yorumlanmalıdır. Bkz. Çekin/Berktaş/Akıncı, s. 189-191.

⁵⁰ Develioğlu, s. 66.

⁵¹ “06/2014 Nolu Görüş”, s. 41.

⁵² Faruk Bilir, “6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’na İlişkin Değerlendirme ve İnternet Çağında Kişisel Verilerin Korunması”, *Anayasa Yargısı*, 37(2), 2020, s. 328; Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Kişisel Verileri İşleme Şartları, <<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/4190/Kisisel-Verilerin-Islenme-Sartlari>> Erişim Tarihi 1 Eylül 2023, s.12-16. Benzer şekilde bkz. “06/2014 Nolu Görüş” s. 25.

⁵³ Bkz. Manni davası, para, 42.

⁵⁴ Bkz. Manni davası, para. 49.

⁵⁵ Bkz. Manni davası, para.52.

Kişisel verilerin hukuka uygun olarak işlenmesi için kişisel verilerin işlenmesinde esas alınması gereken ilkelere de uyulması gereklidir⁵⁶. Türk hukukunda kişisel verilerin korunmasına ilişkin ilkeler KVKK'nın 4. maddesinde,

(i) hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olma,

(ii) doğru ve gerektiğinde güncel olma,

(iii) belirli, açık ve meşru amaçlar için işlenme,

(iv) işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma ve

(v) ilgili mevzuatta öngörülen⁵⁷ veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilme, olarak beş bent hâlinde sayılmıştır. KVKK'da, 2016/679 sayılı Tüzük'te olduğu gibi bu ilkelere uyulmaması hâlinde veri sorumlusunun mesuliyetinin doğacağına dair açık bir hüküm bulunmasa da bu ilkelere uymaksızın yapılan işleme KVKK m.4/f.2 uyarınca kanuna aykırı olacaktır. Bu nedenle de KVKK m.11/ğ'ye dayanarak ilgili kişinin zararını veri sorumlusundan talep etmesi mümkündür⁵⁸.

ABAD kararında, özellikle sınırlı süre saklama ilkesine uyum açısından somut uyumsuzluğu incelemiştir. Kişisel verilerin korunmasının zaman yönünü ifade eden bu ilke, verilerin varsa ilgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre (*retention time*) kadar muhafaza edilmesini ifade eder. Bu ilke gereğince, belirlenen amaca ulaşılmasından sonra kişisel verilerin muhafaza edilmemesi gerekir⁵⁹. Veri sorumlusu, ilgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre geçtikten sonra verileri silmeli, yok etmeli ya da anonim hâle getirmelidir.

⁵⁶ Çekin, s.54.

⁵⁷ Örneğin, TTK m. 82'de tacirler tarafından saklanması gereken belgelerin mufaza süreleri yer alır. Bunun dışında 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu m.86 gereği, işveren tarafından özlük dosyalarının on yıl saklanması gerekir. İlgili mevzuatta verilerin saklanmasına ilişkin bir süre öngörülmemişse, her somut olay özelinde bir değerlendirme yapılması gereklidir. Ayrıca bkz. Veri Sorumluları Sicili Hakkında Yönetmelik, m. 9/1-f, 9/4. Burada bu sürelerin nasıl belirleneceğine ilişkin birtakım kıstaslar öngörülmüştür. Serdar Çelikel, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Kapsamında Veri Sorumlusu ve Veri Sorumlusunun Yükümlülükleri*, Seçkin Yayıncılık, 2022, s.99-100.

⁵⁸ Furkan Güven Taştan, *Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması*, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 48.

⁵⁹ Nilgün Başalp, *Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması*, Yetkin Hukuk Yayınları, 2004, s. 139; Aydın Akgül, *Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması*, Beta Yayınevi, 2014, s. 132.

95/46 sayılı Direktif m.6/1-e gereğince, kişisel verilerin toplandığı esnada veya sonrasında işlenme amacını sağlaması için makul süre boyunca, veri öznelinin tespitine izin veren biçimde tutulması gerekir. Üye Devletler, tarihsel, istatistiksel veya bilimsel kullanım amacıyla daha uzun süreli depolanan kişisel veriler için uygun koruma önlemleri alacaktır.

Sınırlı süre saklama ilkesi 2016/679 sayılı Tüzük m.5/1-e’de şu şekilde düzenlenmiştir:

“Kişisel veriler, işlendikleri amacın gerektirdiği süreyi aşmayacak şekilde ilgili kişinin belirlenmesine izin veren bir halde tutulacaktır; kişisel veriler, ancak, 89(1). madde kapsamında kamu yararı için arşivleme amacıyla, bilimsel veya tarihi araştırma amacıyla veya istatistiksel amaçlarıyla işlenecekleri zaman, ilgili kişilerin hak ve özgürlüklerini korumak üzere bu Tüzük tarafından aranan uygun teknik ve organizasyonel tedbirlerin alınmasına bağlı olarak daha uzun süre depolanabilir”⁶⁰.

2016/679 sayılı Tüzük giriş bölümünde kişisel verilerin gerekli olandan fazla saklanmaması için veri sorumlusu tarafından silme süreleri ya da düzenli gözden geçirme sürelerinin belirlenmesi gerektiğine değinilmiştir⁶¹.

KVKK m.4/1-e uyarınca da kişisel veriler ilgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilebilirler. Gerekli olan bu süreyi belirleyebilmeleri için veri sorumlularının, somut işlem hangi konuya ilişkinse o konunun ayrıntılarına ve düzenlendiği mevzuata bakmaları gerektiği doktrinde ifade edilmektedir⁶². Ancak AB hukukunda olduğu gibi Türk hukukunda da faaliyeti sona eren bir şirkete ilişkin kayıtların ne kadar süre sicilde kalacağına ilişkin bir kural bulunmamaktadır. TTK m.31/2 (ve TSY m.29/3) gereği tescilin dayandığı olgu veya işlemler tamamen veya kısmen sona erer ya da ortadan kalkarsa sicildeki kayıt da kısmen yahut tamamen silinmelidir (Ayrıca bkz. TTK m.31/2)⁶³. Ancak ilgili hükümden somut uyuşmazlığa benzer bir durum yaşandığında faydalanmak mümkün

⁶⁰ Çeviri için bkz. Develioğlu, s. 181.

⁶¹ Bkz. Giriş No. 39 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679>> Erişim Tarihi 15 Eylül 2023; benzer şekilde “Kişisel Verilerin Silinmesi, Yok Edilmesi veya Anonim Hale Getirilmesi Hakkında Yönetmelik” m. 11.

⁶² Murat Volkan Dülger, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, Hukuk Akademisi, 2019, s. 134.

⁶³ Ancak TSY m.19/1’de tescil işleminin dayanakları olan dilekçe, beyanname, senetler, belgeler ve ilanları içeren gazetelerin oluşturulan sicil dosyası içinde süresiz olarak saklanacağı hüküm altına alınmıştır.

değildir. Zira ilgili hükümde tescilin dayanağı olgunun ortadan kalkmasından bahsedilmektedir. Bu durumda tacirin iflas ettiğiine ilişkin kaydın sicilden kaldırılması ancak İcra İflas Kanunu m.182 gereği iflasın kaldırılması durumu gerçekleşmiş ise mümkün olur. Bir diğer ifade ile TTK m.31/2, faaliyeti sona eren bir şirkete ilişkin bilgilerin ticaret sicilinden silinmesini sağlamaya yönelik bir hüküm değildir.

TTK m.64 hükmünde ise tacirin defter tutma yükümlülüğü düzenlenmiştir. Aynı hüküm ile tacire işletmesiyle ilgili olarak gönderilmiş bulunan her türlü belgeyi de saklama yükümlülüğü getirilmiştir⁶⁴. TTK m.82’de bazı belgelerin saklanma süreleri belirlenmiştir. İlgili hükme göre her tacir; ticari defterlerini, envanterleri, açılış bilançolarını, ara bilançolarını, finansal tablolarını, yıllık faaliyet raporlarını, topluluk finansal tablolarını ve yıllık faaliyet raporlarını ve bu belgelerin anlaşılabilirliğini kolaylaştıracak çalışma talimatları ile diğer organizasyon belgelerini, alınan ticari mektupları, gönderilen ticari mektupların suretlerini ve TTK m.64/1’e göre yapılan kayıtların dayandığı belgeleri on yıl boyunca saklamakla yükümlüdür. İlgili belgelerde bazı kişisel verilerin yer alması da mümkündür. TTK’da sayılan ticari defter ve diğer belgeler için belirlenen on yıllık sürenin kanaatimizce ticaret sicil kayıtları için de uygulanması mümkün değildir. Zira ticari defterlerin saklanması ile korunan hukuki menfaatin gerekçesi ile ticaret sicil kayıtlarının aleni olmasının gerekçesi birbirinden farklıdır⁶⁵.

Mevzuatta öngörülen özel bir muhafaza süresi yok ise kişisel verilerin işlenme amaçlarının yerine getirilmesi için gereken makul süre kadar saklanabileceği her üç düzenlemede (KVKK, 2016/679 sayılı Tüzük ve 95/46 sayılı Direktif) de aynı şekilde ifade edilmiştir⁶⁶. Kişisel verilerin işlendikleri

⁶⁴ Ancak TTK’da sadece TTK m.82 hükmünde sayılan ticari defter ve diğer sayılan belgelere ilişkin saklama süresi öngörülmüştür.

⁶⁵ Nitekim Vergi Usul Kanunu m.253 hükmünde de TTK’da ifade edilen ticari defterlere ilişkin on yıllık saklama süresi, beş yıl olarak belirlenmiştir. VUK m.253 hükmünde ticari defterler için beş yıllık saklama süresinin öngörüme sebebi vergi alacaklarının beş yılda zamanaşımına uğramasıdır. Oysa genel zamanaşımı süresi Türk Borçlar Kanunu m.146 gereği on yıl olduğu için, TTK’da ticari defter ve belgeleri saklama süresi on yıl olarak belirlenmiştir. Bkz. Oruç Hami Şener, “Ticari Defterlerin ve Belgelerin Saklanması, Ziyai, Zayi Belgesi, Böyle Bir Belgenin Alınması ve Alınmamasının Hüküm ve Sonuçları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(1), 2004, s.241, 244.

⁶⁶ Nafiye Yücedağ, “Kişisel Verilerin İşlenmesinde Genel İlkeler”, *Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumu Özel Hukuk - Acquis Communautaire’in Alınması - Açıklamalar, Değerlendirmeler, Öneriler*, Arslan Kaya, Baki İlkay Engin, Ali Paslı, Şehriban İpek Aşikoğlu, Elif Oğuz (Ed.), İstanbul Üniversitesi Yayınevi, 2020, s. 1050.

amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilmesi konusu ise her somut olay özelinde yapılacak bir inceleme ile belirlenebilir. Bu kapsamda işleme amacının gerçekleşmiş olması ya da verinin işleme amacı ile ilgisini kaybetmesi ya da amacın ortadan kalkması verinin silinmesini gerektirecektir⁶⁷. Zira kişisel verilerin saklanması sadece erişilmek istenen amacın gerçekleşmesine kadar hukuka uygun olacaktır⁶⁸. Ticaret sicilinde üçüncü kişilere bilgi vermek amacıyla saklanan verilerin bu amaç ortadan kalktığı takdirde silinmesi kabul edilse de ticaret sicilindeki bilgilerin kamu ile paylaşılmasındaki amacın ne zaman sona ereceğini tespit etmek oldukça zordur⁶⁹.

Kanaatimizce sicilde yer alan verilere erişim süresi konusunda bir üst sınır belirlemenin zorluğu karşısında, menfaatini ispat eden kişiler açısından belirli bir süre ile sınırlandırılmaksızın verilere erişim imkânı sağlanmasının yerinde olacağı kanaatindeyiz. Nitekim ABAD da Manni davasında bu yönde bir değerlendirmede bulunmuştur⁷⁰. Bu noktada da yine menfaat dengesi testinden yararlanılarak, veri sahibinin verilere erişimin kısıtlanmasını haklı kılabilecek bir meşru menfaatinin bulunup bulunmadığı öncelikle tespit edilmelidir. Manni davasında ABAD'ın, somut uyuşmazlıkta başvurusunun sicildeki bilgilerinin ticari itibarını olumsuz yönde etkilendiği ve yeni işinin bu verilerden olumsuz etkilendiği yönündeki iddialarına itibar etmediğini söylemek mümkündür. Kanaatimizce de başvurusunun somut uyuşmazlıkta korunmaya değer bir hukuki menfaati bulunmamaktadır.

SONUÇ

Ticaret sicilinde yer alan gerçek kişilere ilişkin kayıtların kişisel veri niteliğini haiz olduğu ve KVKK gereğince korunması gerektiği kuşkusuzdur. Ancak hukukta belirlilik ihtiyacını karşılamak ve özellikle ticaret hayatında güven ve şeffaflığı sağlamak adına çeşitli bilgi ve işlemlerin belli bir

⁶⁷ Küzeci, s. 215; Nafiye Yücedağ, “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Genel İlkeler”, *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*, 1(1), 2019, s.60.

⁶⁸ Başalp, s. 39.

⁶⁹ Bu noktada çalışma konumuzla doğrudan bir bağlantısı olmasa da yorum faaliyetinde bulunabilmek adına faydalı olacağını düşündüğümüz Anayasa Mahkemesinin ihya davası açmada beş yıllık zamanaşımı süresinin kaldırılmasına ilişkin kararına atıf yapmak isteriz. Anayasa Mahkemesi'nin E. 2023/33, K. 2023/117 sayılı ve 22.06.2023 tarihli kararı uyarınca, ticaret sicilinden kaydı silinen şirket veya kooperatifin alacaklılarının ve hukuki menfaatleri bulunanların, haklı sebeplere dayanarak şirket veya kooperatifin ihyasını isteyebilmesine ilişkin dava açabilmesi için öngörülen beş yıllık süre sınırı iptal edildi.

⁷⁰ Bkz. Manni davası, para.62.

sistematik ve düzen içerisinde sicil kaydına geçirilmesi de özellikle üçüncü kişiler açısından oldukça önemlidir. Bu noktada da ticaret siciline hakim olan ilkelere aleniyet ilkesi ile kişisel veri korumasına ilişkin düzenlemelerin çatışması söz konusu olmaktadır. AB düzenlemelerinde ve Türk hukukunda bu iki menfaat grubunun çıkarlarının çatışması durumunda hangi menfaat grubuna korumada üstünlük tanınması gerektiğine ilişkin açık bir düzenleme mevcut değildir.

Faal bir şirketin yetkilisi ya da pay sahibi olarak gözüken bir kişinin, bu bilgiyi sicilde paylaşarak anonim hale getirdiği kabul edilirken⁷¹; şirket ile ilişkisi kesilen ya da sona eren bir şirkete ilişkin kayıtlarda halen daha bu kişilerin kişisel veri niteliğini haiz bilgilerinin paylaşılmasında korunması gereken menfaat grubunun üçüncü kişiler mi yoksa kişisel veri sahibi mi olduğu konusu ABAD'ın çalışmamızda değindiğimiz Manni davasında incelenmiştir. ABAD, özetle, söz konusu uyuşmazlıkta başvurusunun eski şirketinin iflasıyla ilgili bilgilerin kaldırılmasındaki ticari menfaati ile kamuoyunun bu bilgiye erişmedeki menfaatini karşılaştırmıştır. ABAD, bunu yaparken, şirketlerin ticaret sicilindeki kayıtlarının kanunen ve özellikle de şirket bilgilerine üçüncü şahıslar tarafından daha kolay erişilmesini amaçlayan bir AB Direktifi ile öngörüldüğünü öncelikle tespit ettikten sonra, söz konusu direktifte yer alan bilgilerin üçüncü kişilerle paylaşılmasında üçüncü kişilerin üstün tutulması gereken bir meşru bir menfaati olduğunu; zira sermaye şirketleri açısından malvarlığı ile sınırlı sorumluluk ilkesinin geçerli olduğunu vurgulamıştır. Ayrıca sicilden silinen bir şirkete ilişkin kayıtların en fazla ne kadar süre sicilde paylaşılmasına izin verileceğine ilişkin açık bir düzenleme bulunmadığına da değinmiştir. Sonuç olarak, ticaret sicilinde ilgili şirkete ve dolaylı olarak da başvurucuya ilişkin kişisel verilerin paylaşılmasına yönelik amacın devam ettiğine, bu durumun kişisel veri ihlali sayılmayacağına karar vermiştir.

Türk hukukunda ticaret sicili alenidir. Ticari hayatta güvenin sağlanması ve üçüncü kişileri korumak adına gerek kanunda gerek ikincil düzenlemelerde hangi hususların tescil ve ilan edileceği ayrıntıları ile düzenlenmiştir. Ticaret siciline işlenen bir kişisel verinin hukuka uygunluk gerekçesi ile kişisel veri korumasından faydalanamaması için KVKK m. 5 hükmünde sayılan koşullardan en az birinin somut olayda gerçekleşmesi aranır. ABAD'ın kararını tesis ederken temel aldığı düzenleme, KVKK'nın da esas aldığı 95/46

⁷¹ Ozan Can/İlgün Mağden Çamlı, "Türk Hukukuna Göre Anonim Şirketlerde Pay Sahiplerinin Kişisel Verilerinin İşlenmesi ve Korunması", *Batider*, 36(3), 2020, s.143.

sayılı Direktif'dir. Her ne kadar KVKK, 95/46 sayılı Direktif esas alınarak hazırlansa da KVKK ile 95/46 sayılı Direktif (ve 2016/679 sayılı Tüzük) arasında hukuka uygunluk sebepleri konusunda farklılık bulunmaktadır. Bu kapsamda örneğin meşru menfaat temelli hukuka uygunluk değerlendirmesi yaparken, 2016/679 sayılı Tüzük m. 6/f ve 95/46 sayılı Direktif m. 7/f uyarınca hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilecek olan meşru menfaat sahibi çevresi veri sorumlusu ve üçüncü kişiler olarak geniş tutulmuşken; KVKK m.5/2-f'de sadece veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması hali bir hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle, Türk hukukunda üçüncü kişilerin meşru menfaatini korumak adına kişisel veri işlenmesi bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilemez.

Benzer bir hukuki uyumsuzluk durumunda incelenmesi gereken hukuka uygunluk sebebinin KVKK m.5/2-a'da yer alan "*Kanunlarda açıkça öngörülme*" olarak ifade edilen hukuka uygunluk sebebi olabileceği kanaatindeyiz⁷². Zira Türk hukukunda ticaret sicil müdürlüklerinin KVKK m.3 kapsamında gerçekleştirdikleri veri işleme faaliyeti, dayanağını TTK ve ikincil düzenlemelerden alan bir kişisel veri işleme faaliyetidir. Nitekim daha önce ifade ettiğimiz üzere ikincil mevzuat ile getirilen hukuki yükümlülüklerin ifası için de veri sorumlusunun kişisel veri işlemesi, hukuka uygunluk korumasından faydalanacaktır. Bu kapsamda, Ticaret Sicil Müdürlüklerinin kanun (ve ikincil mevzuat) gereği veri işleme faaliyetini gerçekleştirdikleri göz önüne alınmalıdır. Ayrıca mevzuatımızda şirket ile ilişkisi kesilen ya da sona eren bir şirkete ilişkin kayıtlarda yer alan gerçek kişilere ilişkin kişisel veri niteliğini haiz bilgilerin ne kadar süre muhafaza edilmesi gerektiğine ilişkin de açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Mevzuatta öngörülen özel bir muhafaza süresi yok ise, KVKK m.4/1-e uyarınca kişisel verilerin işleme amaçlarının yerine getirilmesi için gereken makul süre kadar saklanabileceği ilkesine riayet edilmesi gereklidir. Nitekim TTK m.24/5 hükmünde ticaret sicili kayıt işlemlerinin elektronik ortamda yapılması için toplanması ve işlenmesi gerekli olan kişisel verilerin, kişisel verilerin korunması ve bilgi güvenliğinin sağlanmasına ilişkin mevzuata uygun bir şekilde korunacağı açıkça düzenlenmiştir (Aynı yönde bkz. TSY m.15/2-3). Bu gerekçelerle kanaatimizce, şirket ile ilişkisi uzun süre önce kesilen gerçek kişiye ilişkin bir verinin veya şirketin sona ermesinin üzerinden uzun süre geçmişse, gerçek kişilere ilişkin verilerin, ancak meşru menfaatini belgeleyen kişilerin erişimine sunulması yönünde açık bir düzenleme yapılması yaşanabilecek

⁷² Bkz. Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 06/01/2022 tarih ve 2022/6 sayılı Kararı.

hukuki ihtilafları bertaraf etmek adına yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA

- Akdağ Güney N, *Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Avrupa Birliği Mevzuatı Çerçevesinde Ticaret Sicili*, İstanbul Ticaret Odası, 2014.
- Akgül A, *Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması*, Beta Yayınevi, 2014.
- Akkurt S S, “Kişisel Veri Kavramının Hukuki Niteliğine İlişkin Yaklaşımlara Mukayeseli Bir Bakış”, *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*, 2(1), 2020, s. 20-32.
- Article 29 Working Party Overview of results of public consultation on Opinion on legitimate interests of the data controller Opinion 06/2014 (06/2014 Nolu Görüş)
- Aşıkoğlu Ş İ, “Kişisel Verilerin İşlenmesinde Hukuka Uygunluk Sebepleri”, *Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumu Özel Hukuk - Acquis Communautaire'in Alınması - Açıklamalar, Değerlendirmeler, Öneriler*; Arslan Kaya, Baki İlkey Engin, Ali Paslı, Şehriban İpek Aşıkoğlu, Elif Oğuz (Ed.), 2020, s.1057-1079.
- Atak S, “Avrupa Konseyi'nin Kişisel Veriler Açısından Sağladığı Temel Güvenceler”, *TBB Dergisi*, 87, 2010, s.90-120.
- Avrupa Veri Koruma Hukuku El Kitabı 2018 Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Bilişim ve Teknoloji Hukuku Enstitüsü Tarafından Türkçe'ye çevrilmiş, 2020, <https://itlaw.bilgi.edu.tr/media/2020/3/30/Bilgi_Avrupa_Veri_Koruma_Mevzuatı_El_Kitabı_2018_TR_v01_16022019.pdf> Erişim Tarihi 1 Eylül 2023.
- Bahtiyar M, “6102 Sayılı TTK'da Ticaret Siciline Tescil Yanında İlanı da Gereken Hususlar Sorunu (m. 35/3)”, *REGESTA*, (2), 2013, s. 3-14.
- Bakırel N B, *Veri Sorumlusu ve Veri İşleyen Arasındaki Sorumluluk Paylaşımı Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü ve Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi*, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Başalp N, *Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması*, Yetkin Hukuk Yayınları, 2004.
- Başpınar V, “Elektronik Tapu Sicili Düzenlenirken, Tapu Sicilinin Aleniyeti ve Diğer Alanlarla İlgili Alınması Gereken Tedbirler”, *AÜHFD*, 57(3),

2008, s.97-131.

Berlee A, *Access To Personal Data in Public Land Registers: Balancing Publicity Of Property Rights With The Rights To Privacy And Data Protection*, (Doctoral Thesis, Maastricht University), Eleven International Publishing, 2018.

Bilge M E, *Ticaret Sicili*, Beta Yayınevi, 1999.

Bilir F “6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’na İlişkin Değerlendirme ve İnternet Çağında Kişisel Verilerin Korunması”, *Anayasa Yargısı*, 37(2), 2020, s.305-342.

Can O/ Mağden Çamlı İ “Türk Hukukuna Göre Anonim Şirketlerde Pay Sahiplerinin Kişisel Verilerinin İşlenmesi Ve Korunması”, *Batider*, 36(3), 2020, s.129-161.

Carava E, “Personal Data Kept in Companies Registers: The Denial of the Right to Be Forgotten”, *European Data Protection Law Review*, 3(2), 2017, s.287-292.

Çekin M S, *Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kanun Çerçevesinde Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, 2018.

Çekin M S/Berktaş A E/Akıncı F, *Veri Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, 2023.

Çelikel S, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Kapsamında Veri Sorumlusu ve Veri Sorumlusunun Yükümlülükleri*, Seçkin Yayıncılık, 2022.

Demirel D, *Ticaret Sicili*, Seçkin Yayıncılık, 2016.

Develioğlu H M, *6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile Karşılaştırmalı Olarak Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Uyarınca Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, 2017.

Dimitrova D, “Rigas satiksme: The Scope and Limits of Data Protection”, *European Data Protection Law Review*, 3(3), 2017, s. 418-422.

Dülger M V, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, Hukuk Akademisi, 2019.

Frenzel E M, “Facilitating the Flow of Public Information: The CJEU in Favour of Distinctive Rule/Exception Regulations in Member States,”

European Data Protection Law Review, 3(2), 2017, s.283-286.

Giakoumopoulos C/Buttarelli G/O'flaherty M, *Handbook on European Data Protection Law*, 2018.

Goens D, "The Exploitation Of Business Register Data From A Public Sector Information And Data Protection Perspective: A Case Study", *Computer Law & Security Review*, 26(4), 2010, s. 398-405.

Hizarci E, *6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununun AB Veri Koruma Hukuku Işığında Değerlendirilmesi*, Yetkin Hukuk Yayınları, 2020.

Hornuf L/ Mangold S/Yang Y, *Data Privacy and Crowdsourcing A Comparison of Selected Problems in China, Germany and the United States*, Springer, 2023.

Kamara I/ Hert, P, "Understanding the Balancing Act Behind the Legitimate Interest of the Controller Ground a Pragmatic Approach", 4(12), *Brussels Privacy Hub Working Paper*, 2018.

Kaya A, "Ticaret Sicili ve Sermaye Şirketlerinde Kamuyu Aydınlatma", *Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumlu Özel Hukuk- Acquis Communautaire'in Alınması - Açıklamalar, Değerlendirmeler, Öneriler*; Arslan Kaya, Baki İlkay Engin, Ali Paslı, Şehriban İpek Aşıkoğlu, Elif Oğuz(Ed.), İstanbul Üniversitesi Yayınları, 2021, s. 24-52. (2021)

Kaya C, "Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas (Kişisel) Veriler ve İşlenmesi", *İÜHF*, 69(1-2), 2011, s.317-334. (2011)

Kaya M B, "Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Korunması Arasında Denge", *Güncel Gelişmeler Işığında Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Marmara Hukuk Bilimsel Toplantılar Serisi*, Ali Cem Bilgili, Leyla Keser Berber (Ed.), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s.36-42. (2020)

Kişisel Verileri Koruma Kurumu, "*Madde ve Gereği ile Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (Bilgi Notu) ve Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Terimler Sözlüğü*".

Küzeci E, *Kişisel Verilerin Korunması*, On İki Levha Yayıncılık, 2021.

Mantelero A, "Right to be forgotten and public registers. A request to the

European Court of Justice for a preliminary ruling”, 2016/2, *European Data Protection Law Review*, s. 231-235.

Oktay Özdemir S, “Kişilik Hakları ve Bilgi Alma Hakkı Çerçevesinde Tapu Sicilinin Aleniliği (Kamuya Açıklığı) İlkesi”, *Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan*, Seçkin Yayıncılık, 2006, s. 503-528.

Özdin F, “2019/1151 sayılı AB Dijitalleşme Yönergesi ve Alman Hukuku (DİRUG) Uyarınca Bir İnceleme”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 3(80), 2022, s.721-752.

Özşungur F, “Ticaret Siciline Tescil ve İlanının Etkileri Sorunu”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 22(2), 2014, s. 131- 155.

Poroy R/ Yasaman H, *Ticari İşletme Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 2022.

Seçer T, “Tapu Sicilindeki Gerçek Kişilere Ait Kayıtların Paylaşılmasının Aleniyet İlkesi, Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, Bilgi Edinme Hakkı ve Kişisel Veri Kavramı Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11(1), s. 341-355.

Sepici Güleşgen Ş, “Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Açısından Meşru Menfaat Kavramının Değerlendirilmesi”, İstanbul Bilgi Üniversitesi Lisansüstü Programlar Enstitüsü Bilişim Ve Teknoloji Hukuku Yüksek Lisans Programı, 2021.

Soysal T, “Unutulma Hakkının Avrupa Birliği’nin Genel Veri Koruma Tüzüğü Çerçevesinde İncelenmesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 0(13), 2019, s. 339-422.

Şener O H, “Ticari Defterlerin ve Belgelerin Saklanması, Ziyat, Zayi Belgesi, Böyle Bir Belgenin Alınması ve Alınmamasının Hüküm ve Sonuçları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(1), 2004, s.233-294.

Şengül M, *Tapu Sicilinin Aleniyeti*, Adalet Yayınevi, 2013.

Taştan F G, *Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması*, On İki Levha Yayıncılık, 2017.

Tekin N, “Kişisel Verilerin Korunması İle İlgili Türkiye’deki Kanun Tasarısının Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Işığında Değerlendirilmesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2014, s.222-264 (2014).

- Tekin U, “Kişisel Veri Kavramının Ticaret Şirketleri Bakımından Düşündürdükleri”, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(1), 2020, s. 3127 – 3140. (“2020”)
- Ulusoy E, “Ticaret Siciline Tescilin Olumsuz Etkisine Veda Elektronik Ticaret Sicili- Ticaret Sicili Bilgi Bankası-İnternet Sayfası”, *Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan*, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 89-123.
- Üstün Y/ Günel A N, “İş İlişkilerinde Kişisel Verilerin İşlenmesinde Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Meşru Menfaat”, *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*, 4(2), 2022, s.1-18.
- Voss W. G / Castets-Renard C, “Proposal for an International Taxonomy on the Various Forms of the ‘Right to Be Forgotten: A Study on the Convergence of Norms”, *Colorado Technology Law Journal*, 14(2), 2016, s. 281-344.
- Yılmaz S/Çavuşoğlu G F, *Kişisel Verileri Koruma Hukuku*, Yetkin Yayınları, 2020.
- Yücedağ N, “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Genel İlkeler”, *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*, 1(1), 2019, s. 47-63. (“2019”)
- Yücedağ N, “Kişisel Verilerin İşlenmesinde Genel İlkeler”, *Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumlu Özel Hukuk - Acquis Communautaire’in Alınması - Açıklamalar, Değerlendirmeler, Öneriler*, Arslan Kaya, Baki İlkay Engin, Ali Pahlı, Şehriban İpek Aşıkoğlu, Elif Oğuz (Ed.), İstanbul Üniversitesi Yayınları, 2020, s.1042-1055. (“2020”)
- Yücedağ N, “Medeni Hukuk Açısından Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun Uygulama Alanı ve Genel Hukuka Uygunluk Sebepleri”, *İÜHFİM*, 75(2), 2017, s.765-790. (“2017”)

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

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVIII Nisan / April 2024 Sayı / No. 2

**7405 SAYILI SPOR KULÜPLERİ VE SPOR FEDERASYONLARI
KANUNU'NUN GETİRDİĞİ SİSTEM HAKKINDA BAZI
DÜŞÜNCELER**

SOME THOUGHTS ABOUT THE SYSTEM BROUGHT BY THE LAW
NO 7405 ON SPORTS CLUBS AND SPORTS FEDERATIONS

Eren ERKİN*  

ÖZET

[-10.34246/ahbvuhfd.1338895](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1338895) 

Ülkemizde spor geçmişten günümüze devlet tarafından desteklenen bir faaliyet olarak varlığını sürdürmüş ve sporla ilgili hukuki düzenlemelerde günün ihtiyaçları doğrultusunda değişiklikler yapılmıştır. Spor kulüplerinin ve spor faaliyetinde bulunan şirketlerin yaşadığı mali sorunların Türk sporu üzerinde yaratacağı olumsuz etkilerden duyulan kaygı sebebiyle 7405 sayılı Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu 26.04.2022 tarihinde yürürlüğe konularak Türk sporunda yeni bir sayfa açılmıştır. Türk sporunun süjelerini çeşitli yönleriyle ilgilendiren geniş kapsamlı idari, hukuki ve cezai düzenlemeler yapılarak spor sistemi yeniden yapılandırılmıştır. Çalışmamızda, ilgili diğer kanun ve alt düzenlemelere de değinilerek Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu'nun getirdiği sistem hakkında bazı tespit ve önerilere yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Spor Kulübü, Spor Anonim Şirketi, Spor Federasyonu, Federasyon, Konfederasyon.

* **Arş. Gör.**, Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı/TOKAT, **e-posta:** erenerkin1923@gmail.com, **ORCID:** 0000-0001-5011-6835, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1338895.

• **Atf Şekli/ Cite As:** Erkin E, "7405 Sayılı Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu'nun Getirdiği Sistem Hakkında Bazı Düşünceler", *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28(2), 2024, s. 241-288.

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

ABSTRACT

In our country, sports have been continued to exist as an activity supported by the government from past to present, and changes have been made in the legal regulations regarding sports in line with the needs of the day. Due to the concerns about the negative effects of the financial problems experienced by sports clubs and companies engaged in sports activities on Turkish sports, the Law on Sports Clubs and Sports Federations No. 7405 was brought into force on 26.04.2022, and a new page was opened in Turkish sports. The sports system was re-established by making comprehensive administrative, legal and penal regulations that concern the subjects of Turkish sports in various aspects. In our study, some determinations and suggestions about the system brought by the Law on Sports Clubs and Sports Federations are given by referring to other relevant laws and sub-regulations.

Keywords: *Sports Club, Sports Joint Stock Company, Sports Federation, Federation, Confederation.*

EXTENDED ABSTRACT

The financial problems experienced by sports clubs and companies engaged in sports activities have prompted the implementation of the Sports Clubs and Sports Federations Law (SCSFL) to address these issues. This article discusses some determinations and suggestions for enhancing the new system introduced by the SCSFL. Since the new system can be improved with some arrangements within SCSFL.

The name of the SCSFL does not reflect its scope appropriately. In addition, the systematic aspect of the SCSFL is weak due to the placement of some regulations in accordance with the distinctions. The fact that some definitions are not made in compliance with the regulations regarding these definitions also poses a significant problem. The SCSFL should be transformed into a legal text in accordance with the law-making technique by eliminating these problems.

The SCSFL allows for the formation of federations and confederations, which are private law legal entities, but does not regulate their purposes. It is important to clearly define the purposes of these entities.

While the sub-regulations regarding the sports branch registration of sports clubs are prepared by sports federations, the sub-regulations regarding the sports branch registration of sports joint stock companies are prepared by the Ministry of Youth and Sports. We believe that sports federations, which oversee activities related to sports branches, should be responsible for preparing the sub-regulations regarding the registration of sports joint-stock companies in sports branches.

A distinction has been made in the SCSFL in terms of sports federations with and without an establishment law. However, no successful result has been achieved in determining the provisions applicable and inapplicable to sports federations having

an establishment law in SCSFL a. 1/2. In addition, since some provisions are regulated to be applied only to sports federations with or without an establishment law, serious differences have emerged in issues such as supervision and utilization of public resources. In the new period, these distinctions, which cannot be explained by autonomy or any other differences, should be eliminated.

The fact that the legislator regulates in SCSFL a. 5/4 that the duties of the members in the boards other than the general assembly of the sports clubs shall automatically terminate, and in SCSFL a. 47/16 that the duties of the people whose duties are terminated shall be terminated, creates uncertainty as to how the duties shall be terminated. In our opinion, a distinction between de jure and de facto termination of the duty should be interpreted in such a way that both provisions are applicable. In this context, finalized conviction decisions of the nature listed in SCSFL a. 5/4 legally terminate the duty, and if the people whose duties are terminated in this way continue their duties, their duties should be de facto terminated within the scope of SCSFL a. 47/16.

With the decision on the restoration of prohibited rights, the consequences of the person's inability to benefit from certain rights in various ways due to certain offences and under certain conditions are eliminated. The second sentence of this paragraph states that in the case of a restitution of prohibited rights the provisions of SCSFL a. 5/4 concerning criminal convictions shall not be applied. However, deprivation of rights is provided for in SCSFL a. 5/6 in the sense that people convicted pursuant to this paragraph may not be elected to bodies other than the general assembly of sports clubs and sports joint stock companies. Therefore, the sentence on the removal of the deprivation of rights by a decision on the restoration of prohibited rights should be moved to SCSFL a. 5/6.

In sports clubs with more than ten thousand members, the receivables referred to in SCSFL a. 20/4 may be transferred at a general assembly in which only one member participates and votes in favors. Since this jeopardizes the assets of the sports clubs, an appropriate meeting of quorum must be determined.

The transitional provisions of the SCSFL are inadequate on some issues concerning associations with the status of sports clubs and youth and sports clubs. Regulations should be made on the missing issues. In addition, unlike associations with the status of youth and sports clubs, there is no regulation on the continuation of the public benefit association status of associations with the status of sports clubs in the new period, and it is concluded that the public benefit status of these associations will not continue. We believe that it is not appropriate to discriminate between these associations, which are in the same situation in terms of carrying out sports activities.

GİRİŞ

Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu (SKSFK), Türk sporu hakkında son yıllarda yapılan en önemli yasama faaliyeti ürünüdür. Geçmiş yıllarda konuyla ilgili bazı kanun taslağı çalışmaları yapılmış olsa da bu yöndeki irade ancak yıllar sonra SKSFK ile başarıya ulaşabilmiştir¹. Her ne kadar kanunun esas amacı spor faaliyetlerinde bulunan spor kulüplerinin ve şirketlerin yaşadığı mali sorunlara çözüm getirmek olsa da kanunda idari, hukuki ve cezai yönleriyle başka birçok konuda düzenleme yapılmıştır. Yeni tüzel kişi türlerinin yaratılması, spor anonim şirketi statüsünün oluşturulması ve özel sorumluluk düzeninin getirilmesi bu doğrultuda atılan önemli adımlardan bazılarıdır. Mevzuatta yer alan diğer düzenlemeleri de dikkate alarak SKSFK'nin getirdiği sistem hakkında yaptığımız tespit ve önerilerle, bazı sorunlara dikkat çekmek ve yapılmasını muhtemel gördüğümüz değişiklik çalışmalarına katkı sağlamak hedeflenmiştir.

I. KANUNUN ADININ KAPSAMIYLA UYUMU

Kanunun adı, içeriği hakkında ilk fikirleri verir. Adından hareketle, SKSFK'nin spor faaliyetleriyle ilgili süje ve statüler hakkında düzenlemeler içerdiği anlaşılmaktadır. Mevzuat taslaklarının adlandırılması konusunda Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik (Mevzuat Yönetmeliği) m. 11'de bazı esaslar öngörülmüştür. Ancak milletvekilleri tarafından Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) Başkanlığı'na sunulan kanun teklifleri Mevzuat Yönetmeliği'ne tabi olmadığından bu esaslar SKSFK taslağı açısından bağlayıcı değildi². SKSFK'nin adı ve kapsamı hakkında değerlendirmeler yapmadan önce bazı terimlerin geçmişi ve bugünü hakkında açıklamalar yapılması gerekmektedir. Çalışmamızda aralarında sıklıkla kıyaslamaya başvurulacağından, SKSFK'nin yürürlüğe girmesinden önceki dönemi “*önceki dönem*” sonraki dönemi ise “*yeni dönem*” şeklinde ifade edeceğiz³.

¹ 2008 yılından itibaren yürütülen süreç hakkında açıklamalar için bkz. <<https://sporkanunu.gsb.gov.tr/>>, Erişim Tarihi 5 Şubat 2023; kanunlaşma sürecinde yapılan tartışmalar için bkz. Önder Ege, *Türk Medeni Hukuku'na Göre Spor Kulüpleri*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 48-54.

² SKSFK teklifi, yüz üç milletvekilinin imzasıyla 24.03.2022 tarihinde TBMM Başkanlığı'na sunulmuştur. Bkz. <<https://www.tbmm.gov.tr/yasama/kanun-teklifleri>>, Erişim Tarihi 13 Kasım 2022.

³ SKSFK'nin yürürlük tarihi 26.04.2022 olup bu tarihten önce yürürlükte olan düzenleyici işlemlerin SKSFK'ye aykırı olmayan hükümleri, çıkarılması öngörülen alt düzenlemeler yürürlüğe girinceye kadar geçerlidir.

Önceki dönemde gençlik ve spor kulüplerinin Dernekler Kanunu'na göre oluşacağı ve tescil edilerek Gençlik ve Spor Bakanlığı'na (GSB) dahil olacağı 3289 sayılı Gençlik ve Spor Hizmetleri Kanunu (GSHK) mülga m. 20/1'de düzenlenmişti⁴. 5253 sayılı Dernekler Kanunu (DK) mülga m. 14/1'e göre ise spor faaliyetlerinde bulunan dernekler Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü tarafından tutulan sicile tescil edilmekte ve spor kulübü adını almaktaydı⁵. Ayrıca spor kulüpleri bazı özellikleri sebebiyle ihtisas spor kulübü, okul kulübü, müessese kulübü ve askerî kulüp şeklinde sınıflandırılmaktaydı⁶. Spor kulüpleri, profesyonel takımlarını Türk Ticaret Kanunu'na (TTK) göre kuracağı veya kurulmuş olan bir şirkete devredebilmekte⁷ veya profesyonel futbol takımlarını kiralayabilmekteydi⁸ (GSHK mülga m. 24/3). Spor faaliyetlerinin yanı sıra boş zamanları geçirme amacı taşıyan dernekler ise ilgili sicillere tescil edilerek gençlik ve spor kulübü adını almaktaydı (DK mülga m. 14/1).

Hukuki anlamda “*statü*” bir hukuki durumu belirleyen kurallar bütünüdür⁹. Önceki dönemde spor kulübü ve gençlik ve spor kulübü, derneklerin kazandığı

⁴ Önceki döneme ilişkin olarak kanuni düzenlemeler buna izin vermese de vakıfların spor kulübü faaliyetlerinde bulunabilmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. Şeref Ertaş / Hasan Petek, *Spor Hukuku*, Genişletilmiş 3. Baskı, Yetkin Yayınları, 2017, s. 201-202; Türk sporuna çeşitli şekillerde destek vermek üzere kurulan vakıflar da bulunmaktadır. Bkz. Recep Gülşen, *Spor Hukuku (Genel Esaslar)*, Adalet Yayınevi, 2020, s. 74.

⁵ Çalışmamızda, önceki dönemde kurulan spor kulübü ifadesi dernek hukuki yapısıyla kurulan spor kulüplerini kapsayacak şekilde kullanılacaktır. Farklı özellik gösteren spor kulüplerine ise gereken hallerde değinilecektir.

⁶ Açıklamalar için bkz. Ahmet Faik İmamoğlu, Ercan Karaoğlu, Esin Esra Erturan, “Spor Kulüplerinin Yapısal Nitelikleri ve Temel Problemleri”, *Gazi Beden Eğitimi ve Spor Bilimleri Dergisi*, 12(3), 2007, s. 43-45; Burçak Akansel, “Türk Spor Kulüplerinin Yapılanması ve Güncel Sorunları”, Tacar Çağlar (Ed.), *Ankara Barosu Spor Hukuku Kurulu Av. Mustafa Kemal Kaya Armağanı*, Afşaroğlu Matbaası, 2015, s. 57.

⁷ Profesyonel takımların anonim şirketlere devredilerek profesyonelleşmenin ve kurumsallaşmanın sağlanması, yeni gelir yollarının oluşturulması ve vergi avantajları elde edilmesinin hedeflendiği yönünde bkz. Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Çalıştayı Sonuç Raporu, <<https://sporkanunu.gsb.gov.tr/dist/images/sonuc-raporu.pdf>>, Erişim Tarihi 5 Şubat 2023, s. 147; GSHK'de şirketleşme konusunda şirket türü bakımından sınırlama yapılmış olmasa da spor federasyonlarının bu imkânı anonim şirketle daralttığı yönünde bkz. Mehmet Aslan, *Spor Anonim Şirketleri*, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 20.

⁸ Futbol kulübü takımının devir veya kiralama yoluyla bir ticaret şirketine tahsis edildiği hallerde “*ticari şirket statüsü*” ile faaliyet gösterileceği yönünde bkz. Ural Aküzüm / Deniz Akbıyık, “Spor Kulübü Yöneticilerinin Mali Sorumluluğu: Kulüpler Yasası Tartışmaları”, Tacar Çağlar (Ed.), *Av. Türker Arslan Armağanı*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2021, s. 35-38.

⁹ Eyüp Sabri Yarmalı / Selçuk Alp, *Hukuk Terimleri Sözlüğü*, Türkmen Kitabevi, 2011, s. 645.

adlardan ibaret olmayıp aynı zamanda farklı birer statüyü ifade etmekteydi¹⁰. Bu statüleri haiz dernekler, müsabakalara katılma gibi diğer derneklerin gerçekleştiremediği spor faaliyetlerini gerçekleştirebilmekte ve özel kurallara tabi olmaktadır. Dernek hukuki yapısıyla kurulup spor kulübü veya gençlik ve spor kulübü statüsü kazanılarak spor faaliyetlerinde bulunma uygulaması yeni dönemde terk edilmiştir¹¹. Yeni dönemde “*ilk defa*” bir organizasyon kurarak spor faaliyetlerinde bulunmak isteniyorsa bu ancak yeni özel hukuk tüzel kişisi türü olan spor kulübü¹² veya spor anonim şirketi statüsünü kazanmak şartıyla anonim şirket hukuki yapısıyla mümkündür. Bu kapsamdaki spor faaliyetleri, GSB veya spor federasyonlarının düzenlediği ya da izin verdiği spor müsabaka ve yarışmalarıyla bunların hazırlık ve eğitim çalışmalarıdır (SKSFK m. 2/1;m). İdeal bir amaçla, örneğin sağlıklı yaşam için düzenli spor yapmak amacıyla bir araya gelinerek dernek faaliyetleri çerçevesinde genel anlamda spor faaliyetlerinde bulunulabilir¹³.

Önceki dönemde kurulan spor kulüpleri, SKSFK geçici m. 1/5'e göre 26.04.2022 tarihinden itibaren en geç bir yıl içinde “*tüzüklerini*” ve “*idari ve mali yapılarını*” SKSFK hükümlerine “*uygun hale getirmekle*” yükümlüydü¹⁴.

¹⁰ Bu yöndeki açıklamalar için bkz. Ramazan Çağlayan, *Spor Hukuku (Spor Hukuku Temel Metinleri)*, Asil Yayın Dağıtım, 2007, s. 70; Erkan Küçükgüngör / Barış Akgül, “Futbol Kulüplerinin Halka Açılması”, Tacar Çağlar (Ed.), *Ankara Barosu Spor Hukuku Kurulu Av.Ömer Remzi Arıkan Armağanı*, Matttek Matbaacılık, 2013, s. 561; ayrıca bkz. “*Kulüplerin statüsü ve türleri*” başlıklı Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Gençlik ve Spor Kulüpleri Yönetmeliği mülga m. 5/1; spor kulüplerinin hukuki yapısı açısından derneği statü olarak ifade eden görüş için bkz. Durmuş Ali Genç, “Spor Hukuku Bakımından Türk Medeni Kanunu ve Dernekler Kanunu Kapsamında Spor Kulüplerinin Değerlendirilmesi”, *Yargıtay Dergisi*, 39(1-2), 2013, s. 39.

¹¹ Öğretide Erdoğan da önceki dönemde kaleme aldığı makalede spor kulüplerinin “*hukuki yapısını*” ele alırken dernek ve anonim şirket şeklinde bir ayrıma gitmiştir. Bkz. Erdoğan, s. 368-370.

¹² Spor kulübü, GSB'nin ve spor federasyonlarının faaliyetlerine katılmak amacıyla GSB'ye tescilini yaptıran özel hukuk tüzel kişisidir (SKSFK m. 2/1;ö). Tanım hakkındaki bazı eleştiriler için bkz. Aslan, s. 27; spor kulübünden ve spor anonim şirketinden yeni tüzel kişi türü olarak bahsedilmesinin güç olacağı, bunların TTK ve DK ile ilişkilerinin devam etmesi sebebiyle yalnızca terminolojik değişikliğe gidildiğinden bahsedilmesinin yararlı olacağı yönünde bkz. Ümit Orhan / Emin Özkurt, *Spor Hukuku*, Adalet Yayınevi, 2023, s. 111.

¹³ Derneklerde ekonomik çıkarlarla hareket edilmeyen tüm amaçlar ideal amaç olarak kabul edilebilir. Bkz. Ömer Ergün, *Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinin Ehliyet Durumu*, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 61; sporun dernekler açısından gönüllü amaç çeşitleri arasında sayılabileceği yönünde bkz. Halil Berk Erdoğan, “Türk Hukukunda Spor Kulüplerinin Hukuki Yapısı ve Futbol Şubelerinin Şirketleşmesi”, Tacar Çağlar (Ed.), *Av. Türker Arslan Armağanı*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2021, s. 369.

¹⁴ Önceki dönemde kurulan spor kulüplerinin İçişleri Bakanlığı nezdindeki dosya ve kayıtları,

Bu işlemlerin yapılması için öngörülen süre GSB tarafından 26.10.2023 tarihine kadar uzatılmıştı. 25.10.2023 tarihli ve 7464 sayılı Konutların Turizm Amaçlı Kiralanmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun geçici m. 31 uyarınca eklenen SKSFK geçici m. 4/1'e göre ise bu tarih 26.10.2024 olarak yeniden belirlenmiştir¹⁵. Belirtilen süre içerisinde tüzüklerini, idari ve mali yapılarını SKSFK hükümlerine uygun hale getirmeyen spor kulüplerinin ve üst kuruluşların GSB nezdindeki tescilleri iptal edilir. SKSFK hükümlerine uygun hale getirilmekten anlaşılması gereken, önceki dönemde kurulan spor kulübü statüsündeki derneklerin spor kulübü tüzel kişisine dönüştürülmesi yani hukuki yapılarının değiştirilmesi değil; bu tüzel kişi için öngörülen niteliklere kavuşturulmasıdır¹⁶. Bunun sebebi ister önceki dönemde ister yeni dönemde kurulmuş olsun tüm spor kulüplerinin aynı hükümlere tabi tutulmasıdır. Önceki dönemde kurulan spor kulübü statüsündeki dernekler, yeni dönemin gereklerine uygun hale getirilerek dernek hukuki yapısıyla spor faaliyetlerine devam eder¹⁷. Spor kulübü statüsündeki dernekler uyum işlemleri doğrultusunda; örneğin tüzüklerinde gelir kaynaklarına (SKSFK m. 3/5) ve bütçenin uygulanmasına ilişkin hususlarla yürürlüğe konuluş usulüne (SKSFK m. 20/12) yer vermeli, denk bütçe şartlarına uymalıdır (SKSFK m. 18/1;c). Yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde bu derneklerin GSB nezdindeki tescilleri iptal edileceğinden spor kulübü statüsü sona erse de tüzel kişiliği devam eder. Bu dernekler, amaçları doğrultusunda mevzuatın izin verdiği diğer faaliyetlerde bulunabilir.

Gençlik ve spor kulüpleri, gençlik faaliyetlerinde de bulunduğundan yeni dönemde bu kulüpler için spor kulüplerinden farklı düzenlemeler yapılmıştır. SKSFK geçici m. 1/3'e göre önceki dönemde kurulan gençlik ve spor kulübü statüsündeki dernekler, 26.04.2022 tarihinden itibaren en geç iki

yeni dönemin başlangıcından itibaren en geç üç ay içinde GSB'ye devir ve teslim edilir (SKSFK geçici m. 1/2).

¹⁵ SKSFK geçici m. 1/5'in aksine SKSFK geçici m. 4/1'de GSB'ye ek süre verme yetkisi tanınmamıştır.

¹⁶ Spor federasyonlarının ise 26.04.2022 tarihinden sonra yapılacak ilk olağan genel kurul toplantılarında "hukuki yapılarını" SKSFK'ye uygun hâle getirmesi öngörülmüştür (SKSFK geçici m. 1/7).

¹⁷ SKSFK genel gerekçesi şu şekildedir: "Derneklerin kazanç paylaşma amacıyla kurulamayacağına ilişkin 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ve 5253 sayılı Dernekler Kanununda yer alan hükümler ve sporun bir endüstri haline geldiği gerçeği göz önüne alındığında; sporun en önemli aktörleri olan spor kulüplerinin dernek statüsünde devam etmelerinin artık mümkün olmadığı açıktır. Bu nedenle, spor kulüplerinin dernekler mevzuatından çıkarılıp farklı bir yasal düzenlemeye tabi tutulması zorunludur."

yıl içinde gençlik faaliyeti ve spor faaliyeti arasında seçim yaparak gençlik derneği veya spor kulübü olarak faaliyet göstereceklerini GSB'ye bildirir. Spor kulübü yönündeki tercihini süresinde GSB'ye bildiren gençlik ve spor kulübü statüsündeki dernekler SKSFK'ye tabi olarak spor faaliyetlerine devam edebilir.

Yeni dönemde spor kulübü, önceki dönemde kurulup tüzüklerini, idari ve mali yapılarını SKSFK hükümlerine uygun hale getiren spor kulübü statüsünü haiz dernekler ve spor kulübü tercihinde bulunarak bunu süresinde GSB'ye bildiren gençlik ve spor kulübü statüsünü haiz dernekler için bir "statüyü" ifade eder. Kanun koyucu, yeni dönemde kurulanlarla aynı hukuki yapıya sahip olmasalar da bu spor kulüplerine bir statü bahşederek onlarla aynı hükümlere tabi tutmuştur. Spor kulübü, spor faaliyetlerinde bulunmak amacıyla yeni dönemde kurulan süljeler açısından ise bir "özel hukuk tüzel kişisi türünü" ifade eder¹⁸. Bu spor kulüpleri doğrudan spor faaliyetlerinde bulunmak amacıyla kurulan tüzel kişiler olduğundan bir statüye ihtiyaç olmadan spor faaliyetlerinde bulunabilir.

Bazı özellikleri sebebiyle spor kulüpleri arasında önceki dönemde yapılan sınıflandırma SKSFK'de gözetilmiş ve özel hükümler öngörülmüştür. Milli Savunma Bakanlığı (MSB) bünyesindeki askerî spor kulüpleri¹⁹, spor faaliyetlerine katılım ve spor dalı tescili hakkındaki hükmü dışında SKSFK'ye tabi tutulmamıştır²⁰ (SKSFK m. 1/4). Kamu kurum ve kuruluşların bünyesinde kurulan ve tüzel kişiliği haiz olmayan müessese kulüplerinin, 26.04.2022 tarihinden itibaren bir yıl içinde SKSFK'de öngörülen şartları yerine getirerek tescil edilmeleri konusunda SKSFK geçici m. 1/4'te özel

¹⁸ Spor kulübü teriminin, eskimiş ve güncel hukuktan daha çok hukuk tarihiyle ilgili olduğu yönündeki görüş için bkz. Ege, s. 162; spor kulübü örgütlenmesinde dernek tüzel kişiliğinin esas alındığı yönünde bkz. Mustafa Dural / Tufan Ögüz, *Türk Özel Hukuku (Kişiler Hukuku), Cilt II*, 23. Baskı, Filiz Kitabevi, 2022, s. 285.

¹⁹ Türk Silahlı Kuvvetleri Spor Gücü bu nitelikteki spor kulüplerine örnek olarak gösterilebilir. Bkz. Çağdaş Yurt, *Spor ve Hukuk*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2023, s. 187.

²⁰ Askerî spor kulüplerinin diğer spor kulüpleri gibi kuruluş tesciline gerek olmadan MSB mevzuatına göre kurulacağı Spor Kulüpleri ve Spor Anonim Şirketleri Tescil Yönetmeliği (Tescil Yönetmeliği) m. 9/1'de öngörülmüştür. Ayrıca hükmüne göre askerî spor kulüpleri, kuruldukları tarihten itibaren otuz gün içerisinde isimlerini ve spor kulübü yetkililerinin isim ve iletişim bilgilerini merkezlerinin bulunduğu Gençlik ve Spor İl Müdürlüğü'ne bildirir ve spor kulüpleri siciline kaydedilir. Ancak Tescil Yönetmeliği'nde askerî spor kulüpleri hakkında herhangi bir düzenleme yapılması SKSFK m. 1/4'e aykırıdır. Çünkü bu yönetmeliğin dayanak hükümleri SKSFK m. 3/6, SKSFK m. 12/9 ve SKSFK m. 14/6 olup bu hükümler SKSFK m. 1/4'te açıkça askerî spor kulüplerine uygulanmayacağı öngörülen hükümlerdir.

düzenleme yapılmıştı. Daha sonra eklenen SKSFK geçici m. 4/3'e göre bu kulüplerin 26.10.2024 tarihine kadar şartları sağlayıp tescil edilmesi gerekir. Bu tarihe kadar uygunluk sağlayamayanların GSB nezdindeki tescilleri iptal edilir. En fazla iki spor dalında faaliyet göstermek üzere kurulan ve seçtikleri spor dalının bütün kategorilerinde faaliyet gösteren spor kulüpleri olarak tanımlanan ihtisas spor kulüplerinin kamu yararına çalışan spor kulübü sayılmasında ise özel koşul aranmıştır (SKSFK m. 11/2;ç). Okul spor kulüplerine, GSB ve spor federasyonları tarafından aynı ve nakdî yardım ile teknik eleman görevlendirme yardımı yapılması özel olarak düzenlenmiştir (SKSFK m. 21/4).

Yeni dönemde spor kulübüne alternatif tüzel kişi modeli olarak anonim şirket tercih edilmiştir²¹. Örgütlenmenin şeklini seçme özgürlüğü, bu modellerden birini seçerek spor faaliyetlerinde bulunulabilmesine imkân verir²². Bununla beraber spor federasyonları, kendi spor dallarıyla ilgili bazı liglerde sadece spor anonim şirketi şeklinde yer alınabileceğine karar verebilir (SKSFK m. 14/3). Bir anonim şirket spor faaliyetlerinde bulunmak istiyorsa spor anonim şirketi statüsünü haiz olmak zorundadır. Bu statü, spor anonim şirketi siciline yapılacak kurucu nitelikte bir tescil işlemiyle kazanılır²³. Bir spor kulübünün bağlı ortaklığı veya iştiraki niteliğinde ve spor kulübünden bağımsız olarak faaliyet gösteren spor anonim şirketi için SKSFK'de özel düzenlemelere gidilmiştir²⁴. Ayrıca SKSFK m. 1/3'te, SKSFK'nin spor anonim şirketleriyle ilgili hükümlerinin halka açık spor anonim şirketlerine sermaye

²¹ Spor faaliyetleri için zorunlu şirket tipi olarak anonim şirketin tercih edilmesinin çeşitli gerekçelerle yerinde olduğu yönünde bkz. Sıtkı Anlam Altay, "Spor Anonim Ortaklıklarına İlişkin İlk Düşünceler", Hatice Özdemir Kocasakal (Ed.), *Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu'nun Çeşitli Hukuk Disiplinleri Açısından Değerlendirilmesi*, Legal Yayıncılık, 2022, <www.legal.com.tr>, Erişim Tarihi 28 Ekim 2022, s. 36.

²² Bu yönde bkz. Altay, s. 36.

²³ Mahmut Can Büyükhatoğlu, "Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi Taslağı İle Düzenlenen Spor Anonim Şirketi Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunun Değerlendirilmesi", Tacar Çağlar (Ed.), *Av. Dr. Halük Burcuoğlu Armağanı*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2022, s. 157; spor anonim şirketi statüsünün kazanılması için tescil ve tescili için de şirketin kurulmuş olması şart olduğundan şirketin en başta spor anonim şirketi olarak kurulması mümkün değildir. Bkz. Aydın Alber Yüce, "7405 Sayılı Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu'na Göre Spor Anonim Şirketleri ve Bu Şirketlerin Diğer Anonim Şirketlerle Karşılaştırılması", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(2), 2022, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/2522460>, Erişim Tarihi 3 Kasım 2022, s. 486.

²⁴ Çalışmamızda bir spor kulübünün bağlı ortaklığı veya iştiraki olan spor anonim şirketleri "bağlı spor anonim şirket" diğer anonim şirketleri ise "bağımsız spor anonim şirket" olarak ifade edeceğiz.

piyasası mevzuatı hükümlerinden ayrılmadığı sürece uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Önceki dönemde spor faaliyetlerinde bulunan anonim şirketlerin yeni döneme uygun hale getirilmesi konusunda daha önce düzenleme yapılmıştı. Bu şirketlerin SKSFK geçici m. 1/6'ya göre 26.04.2022 tarihinden itibaren en geç bir yıl içinde spor anonim şirketi statüsünü kazanması gerekmekteydi. Bu süre GSB tarafından 26.10.2023 tarihine kadar uzatılmıştı. Daha sonra eklenen SKSFK geçici m. 4/2 hükmü ile bu tarih 26.10.2024 olarak belirlenmiştir. Bu tarihe kadar spor anonim şirketi statüsünü kazanamayan anonim şirketler spor faaliyetlerine katılamaz.

Önceki dönemde olduğu gibi yeni dönemde de federasyon ve konfederasyon adında üst kuruluş organizasyonlarına bazı şartlar altında izin verilmiştir²⁵. Her iki dönemde kurulanlar açısından da federasyon ve konfederasyon birer özel hukuk tüzel kişisidir. Ancak aynı isimde olsalar da farklı dönemlerde kurulan federasyon ve konfederasyonlar, farklı kanunlara ve şartlara göre kurulduklarından farklı özel hukuk tüzel kişileridir. Önceki dönemde kurulanlar halen derneklerin üst kuruluşlarıdır. Önceki dönemde kurulan federasyon ve konfederasyonlara ilişkin özel düzenlemeler²⁶, bunlara yeni dönemde kurulan federasyon ve konfederasyonlarla ilgili hükümler uygulanacağından yürürlükten kaldırılmıştır. SKSFK geçici m. 1/5 ve SKSFK geçici m. 4/1'ün ortak hükümler olması sebebiyle önceki dönemde kurulan spor kulüplerinin SKSFK hükümlerine uygun hale getirilmesi ve taşıdığı anlam hakkındaki açıklamalarımız o dönemde kurulan üst kuruluşlar açısından da geçerlidir²⁷. Yani bu üst kuruluşlar tüzüklerini, idari ve mali yapılarını SKSFK'nin üst kuruluşlar hakkındaki hükümlerine uygun hale getirerek faaliyetlerine devam eder. O halde SKSFK açısından federasyon ve konfederasyon, yeni dönemde kurulanlar açısından özel hukuk tüzel kişisi

²⁵ Önceki dönemdeki üst kuruluşlarla ilgili açıklamalar için bkz. Ahmet Nadi Günel / Erkan Küçükgüngör, *Türk Spor Hukukunun Genel Esasları ve İlgili Mevzuat*, Yetkin Yayınları, 1998, s. 70-71; Çağlayan, s. 81-82.

²⁶ DK mülga m. 14/2'de kulüplerin üst kuruluş oluşturmalarının usul ve esaslarının yönetmelikle düzenleneceği öngörülmüş, Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Gençlik ve Spor Kulüpleri Yönetmeliği mülga m. 21'de bu konu düzenlenmişti.

²⁷ Bir spor dalının bağlı olduğu spor federasyonunun yanı sıra o spor dalında faaliyet gösteren spor kulüplerinin üst kuruluş olarak federasyon kurması halinde, aynı adı haiz birden fazla federasyonun ortaya çıkma ihtimalinin bulunduğu yönünde bkz. Taner Ayanoğlu, "Spor Etkinlikleri Üzerinde Devletin Yetkileri ve Spor Federasyonları", Hatice Özdemir Kocasakal (Ed.), *Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu'nun Çeşitli Hukuk Disiplinleri Açısından Değerlendirilmesi*, Legal Yayıncılık, 2022, <www.legal.com.tr>, Erişim Tarihi 28 Ekim 2022, s. 93.

türlerini; önceki dönemde kurulanlar açısından ise statüleri ifade eder²⁸.

Temel amacı spor dallarıyla ilgili faaliyetler yürütmek olan spor federasyonları, önceki dönemde bağlı, bağımsız ve özerk spor federasyonları şeklinde sınıflandırılmaktaydı²⁹. Önceki dönemde kurulan bağlı ve bağımsız spor federasyonları SKSFK'ye göre kurulmuş sayılır ve diğer kanunlarda bu spor federasyonlarına yapılan atıflar geçerliliğini korur (SKSFK geçici m. 1/7). Yeni dönemde spor federasyonları arasında kuruluş kanunu bulunanlar ve bulunmayanlar şeklinde ayırım yapılmış; kuruluş kanunu bulunan spor federasyonları bazı hükümleri dışında SKSFK'ye tabi tutulmamıştır. Günümüzde Türkiye Futbol Federasyonu (TFF), kuruluş kanunu bulunan tek spor federasyonudur³⁰.

Spor kulübü ve spor federasyonu esas alınarak adlandırılan SKSFK'de spor anonim şirketi, federasyon ve konfederasyonlar hakkında da birçok düzenleme yapılmıştır. Kanunun adlandırılmasında, hakkında düzenleme yapılan tüzel kişilerin ve statülerin sadece bir kısmının esas alınıp diğerlerinin dışlanması yerinde olmamıştır. Bu sebeple kanunun adının, düzenleme yapılan tüzel kişilerin ve statülerin kapsamıyla uyumlu hale getirilmesi için “*Spor Kulüpleri, Spor Anonim Şirketleri, Spor Federasyonları, Federasyonlar ve Konfederasyonlar Kanunu*” şeklinde değiştirilmesi gerekir. Tüzel kişi türleri ve statüler ayrı ayrı belirtilmeden sadece tüzel kişiliğin esas alındığı “*Spor Tüzel Kişileri Kanunu*” şeklinde daha kısa ve genel bir adlandırma da önerilebilir³¹.

II. SİSTEMATİK ÖZELLİKLERİ

Kanunlar, içerdikleri hükümlerle bir bütün oluşturur ve bu hükümler, mantıklı bir sistem dahilinde düzenlenir³². Kanun koyucudan beklenen,

²⁸ SKSFK geçici m. 1/1'de önceki dönemde kurulan üst kuruluşlardan biri olan Türkiye Amatör Spor Kulüpleri Konfederasyonu'nun kamu yararına çalışma statüsü hakkında özel düzenleme yapılmıştır. Bu konfederasyon Ankara, Bursa, Trabzon ve Samsun Amatör Spor Kulüpleri Federasyonları tarafından kurulmuştur.

²⁹ Açıklamalar için bkz. Ertaş / Petek, s. 203-244.; Gülşen, s. 49-71; Hasan Fehim Üçışık, *Spor Hukuku*, Ötügen Neşriyat, 2017, s. 59 vd.; Cahit Özkan, *7405 Sayılı Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu Çerçevesinde Spor Hukuku*, Adalet Yayınevi, 2022, s. 65.

³⁰ Aslan, s. 51.

³¹ Spor kulüpleriyle ilgili bir kanun olduğundan hareketle, SKSFK'de spor federasyonlarına dair düzenlemelere yer verilmesinin uygun olmadığına ve birbiriyle doğrudan ilgisi olmayan bu tüzel kişilerin ayrı kanunlarda düzenlenmesinin kanun yapma yöntemi açısından daha yerinde olacağı yönünde bkz. Ayanoğlu, s. 91.

³² Mustafa Kemal Oğuzman / Nami Barlas, *Medenî Hukuk*, 27. Baskı, On İki Levha Yayıncılık,

kanunda ele alınan konuları sınıflandırarak bir düzen oluşturması ve hükümleri bu düzene uygun biçimde konumlandırmasıdır. Kanunun sistematığı, konumu ve diğer hükümlerle bağlantısı açısından hükmün değerlendirilmesinde; yapılan ayrımlar açısından hükmün ruhunun anlaşılmasında gözetilebilir³³. Birçok konunun düzenlendiği ve madde, fıkra, bent sayısının fazla olduğu hallerde kanunun sistematik yönü yol gösterici rol oynar. Kitap, bölüm, kısım ayrımları ve madde başlıkları bu rolü destekler³⁴.

Sistematik yönünün zayıf olması, SKSFK'nin olumsuz özelliklerinden biridir. Bu özelliği ortaya koyan bazı örnekler verilebilir. SKSFK'nin "*Spor Kulüpleri ve Spor Anonim Şirketleri*" başlıklı ikinci kısmı "*Spor Kulüpleri*", "*Spor Anonim Şirketleri*", "*Mali Hükümler*" ve "*Çeşitli Hükümler*" başlıklı bölümlerden oluşturulsa da hükümler, bu bölümlere uygun şekilde yerleştirilmemiştir. Özellikle spor anonim şirketleriyle ilgili hükümlere spor kulüplerine ayrılan bölümde yer verilmiştir. Kanun maddelerinin içeriği ve başlığı birbiriyle uyumlu olması gerekirken³⁵ bazı hükümlerin, ilgili oldukları bölüme yerleştirilmemesi başlık ve içerik uyumsuzluğunu da beraberinde getirmiştir³⁶. Örneğin "*Spor kulüplerinin organları*" şeklindeki başlığı sebebiyle SKSFK m. 5'te spor kulüpleriyle ilgili düzenlemeler yapıldığı düşünülse de maddenin son dört fıkrasında spor anonim şirketleriyle ilgili

2021, s. 68.

³³ Oğuzman / Barlas, s. 68-69.

³⁴ "Kural koyarken kanun yapma tekniği açısından, maddelerde genel kural ve istisna ilişkisine, maddenin fıkra ve bent şeklindeki yapısına, madde numara ve kenar başlıklarına, konunun genelden ayrıntıya doğru giden maddelerle düzenlenmesine, maddelerin sistematığına ve birbiriyle bağlantısına, maddelerin üç veya dört fıkradan fazla olmamasına ve istisnaların genel kuralı yok edecek derecede fazla bulunmaması ilkesine dikkat ve riayet etmek gerekir.". Bkz. İbrahim Kaplan, "Kanun Yapma San'atı ve Tekniği", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 47(1), 1992, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/36589>>, Erişim Tarihi 1 Temmuz 2022, s. 100-101.

³⁵ Erdin Bayram, "Kanun Sistematığında "Madde"", *Yasama Dergisi*, (8), 2008, s. 103.

³⁶ "(...) kanunun umumî başlıkları ile kenar başlıklarını hükümsüz addetmek, kanunları derli toplu, plânlı ve sistemli bir eser olmaktan çıkarmak ve ancak bazı hukuk kaideleri yığılı haline sokmak olur ki bu hal, hukukta asırlardanberi vukua gelen tekâmül ve sistematizasyonun inkârından başka bir şey olmaz.". Bkz. Ferit Hakkı Saymen, "Matlablar Kanun Mudur?", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 10(3-4), 2011, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/97128>>, Erişim Tarihi 7 Ağustos 2022, s. 578; maddeler başlıklandırılırken madde içeriğinin kısaca ortaya konulması, maddenin kavranmasının kolaylaştırılması ve kanunun düşünce düzeninin açıklanması hedeflenir. Bkz. Nuray Gökçek Karaca, "Kanunlarımızda Yer Alan Madde Başlıklarının Madde İçeriğiyle Uyumsuzluk Sorunu", *Afyon Kocatepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 2(2), 2001, s. 70.

düzenlemeler de yapılmıştır. Bu durum, spor anonim şirketleriyle ilgili hükümler incelenmek istendiğinde, spor kulüpleriyle ilgili maddelerde düzenleme yapıp yapılmadığı konusunda haklı bir tereddüt uyandırmaktadır. Öğretide *Aslan* spor kulüplerini ve spor anonim şirketlerini ilgilendiren ortak hükümlerin, ortak hükümler adlı bir başlık altında ele alınmasının yerinde olacağını belirtmektedir³⁷. Bu yönde atılacak adımın SKSFK'nin sistematığına katkı sağlayacağı açıktır. Ortak hükümlerin spor kulüpleriyle ilgili olarak kaleme alınması ve spor anonim şirketleriyle ilgili bölümde yer alacak bir maddede bu hükümlerin, spor anonim şirketlerine uygulanması yönünde düzenleme yapılması alternatif olarak önerilebilir. Kanunun sistematığından kaynaklanan başka bir sorun üst kuruluş düzenlemeleri açısından karşımıza çıkmaktadır. Federasyonlar, spor kulüpleri ve spor anonim şirketleri; konfederasyonlar, spor kulüpleri ve spor anonim şirketleri tarafından kurulan federasyonlar tarafından kurulabilmesine rağmen bunlarla ilgili çoğu düzenlemeye SKSFK'nin ikinci kısmının "*Spor Kulüpleri*" başlıklı birinci bölümünde "*Üst Kuruluş*" başlıklı 12'nci maddesinde yer verilmiştir. Spor kulüplerinin üst kuruluşlarla ilgisi spor anonim şirketleriyle eş düzeyde olduğundan bu düzenlemelere ne spor kulüpleriyle ne spor anonim şirketleriyle ilgili bölümde yer verilmesi uygun olur. Bu sebeple üst kuruluşlarla ilgili ayrı bir bölüm ihtiyacı bulunmaktadır. Bu doğrultuda SKSFK'nin ikinci kısmının başlığının "*Spor Kulüpleri, Spor Anonim Şirketleri ve Üst Kuruluşlar*" şeklinde değiştirilmesi ve bu kısma "*Üst Kuruluşlar*" başlıklı üçüncü bölüm eklenerek üst kuruluşlarla ilgili düzenlemelere bu bölümde yer verilmesi önerilebilir.

III. TANIM TERCİHİ VE HÜKÜMLERE YANSITILMASI

Mevzuat hazırlanırken onu oluşturan irade bazı tanımlar yapma ihtiyacı duyabilir. Bir kavram hakkında yapılan tanımla, ona mevzuatın diğer kaynaklarında yapılanlarla aynı veya onlardan tamamen farklı ya da kapsam bakımından daha dar veya geniş bir anlam yüklenebilir. Kanun koyucunun bir kavram veya kurumu tanımlamak için sevk ettiği hükümler emredici niteliktedir³⁸. Kanunda bir kavram için yapılan tanım, bu kanunun herhangi bir yerinde kavrama yüklenecek anlamın yegâne karşılığıdır. Bir kavramı,

³⁷ Bkz. *Aslan*, s. 204 dnt.

³⁸ Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, Son Değişikliklere Göre Hazırlanmış 27. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2021, s. 100; Rıza Ayhan / Hayrettin Çağlar / Mehmet Özdamar, *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 15. Baskı, Yetkin Yayınları, 2022, s. 74.

tanımda açıklanandan farklı anlamak veya değiştirmek mümkün değildir³⁹. Kanunun hükümleri, o kanunda yapılan tanımlar üzerine inşa edilir.

Üst kuruluş “*Spor kulüplerinin oluşturduğu tüzel kişiliği bulunan federasyonları ve bu federasyonların oluşturduğu konfederasyonları*” şeklinde tanımlanmıştır (SKSFK m. 2/1;ş). Üst kuruluşun tanımı, spor kulüpleri tarafından oluşturulma esasına dayandığı için kurucuları⁴⁰ veya üyeleri arasında spor anonim şirketlerinin yer aldığı federasyonlar ve bu federasyonların oluşturduğu konfederasyonlar üst kuruluş kavramına dahil değildir⁴¹. Üst kuruluşun tanımı, Tescil Yönetmeliği m. 4/1;1’de ve Spor Kulüpleri Tarafından Tutulacak Defter ve Kayıtlar Hakkında Yönetmelik m. 4/1;1’de ise bu soruna yer vermeyecek şekilde yapılmıştır⁴². Ancak normlar hiyerarşisi gereği bu yönetmeliklerde, üst hukuk normu niteliğindeki SKSFK’de yapılan tanıma aykırı düzenleme yapılamaz. Yani SKSFK’de yapılan bir hata yönetmelikle düzeltilemez. Bu sebeple SKSFK m. 2/1;ş’de yapılan üst kuruluş tanımı, spor anonim şirketleri tarafından oluşturulan federasyonları ve bu federasyonların oluşturduğu konfederasyonları da kapsayacak şekilde değiştirilmelidir.

Spor federasyonunun tanımında “*organları seçimle gelen*” nitelendirmesi yapılmıştır (SKSFK m. 2/1;n). Bu nitelendirmede kastedilen, spor federasyonlarının organlarını oluşturan üyelerin seçim yoluyla belirlenmesidir. Nitelendirmenin aksine spor federasyonlarının denetim kurulu üyelerinin tamamı seçimle göreve gelmemektedir. Denetim kurulunun beş üyesinden ikisi spor federasyonu genel kurulu tarafından seçilir, üç üyesi GSB tarafından görevlendirilir (SKSFK m. 33/2). Üyelerinin çoğu görevlendirmeye belirlenen spor federasyonu denetim kurulunun seçim yoluyla oluşturulmasından bahsedilemeyeceğinden bu yöndeki nitelendirme tanımdan çıkarılmalı ve tanımla hüküm arasındaki uyumsuzluk ortadan kaldırılmalıdır.

Kanun hazırlanırken mevzuatın konuyla ilgili tüm kaynakları

³⁹ Ayhan / Çağlar / Özdamar, s. 74.

⁴⁰ İl sınırları içerisinde amatör spor faaliyetlerinde bulunan en az on beş spor kulübü veya spor anonim şirketi bir araya gelerek federasyon, en az on beş federasyon bir araya gelerek konfederasyon kurabilir (SKSFK m. 12/1).

⁴¹ Tescil Yönetmeliği m. 30’da da spor kulüpleri federasyonu ve spor kulüpleri konfederasyonu şeklinde spor anonim şirketlerini dışlayan ve SKSFK ile uyumlu olmayan ifadeler kullanılmıştır.

⁴² Mevzuatın bu kaynaklarında üst kuruluş hakkında yapılan tanımlarda “ve” edatı yerine SKSFK m. 12/1 ile uyumlu şekilde “veya” bağlacının kullanılması yerinde olurdu.

incelenmeli⁴³ ve onlarla terim birliği sağlanmış bir hukuki metin ortaya konulmalıdır⁴⁴. Spor anonim şirketi statüsü SKSFK’de yaratılmış olsa da anonim şirketlerle ilgili düzenlemeler ağırlıklı olarak TTK’de yapılmıştır. TTK m. 365’e göre anonim şirketi yönetme ve temsil etme yetkisi kural olarak yönetim kuruluna aittir. Yönetim kurulu, yönetim yetkisini ve temsil yetkisini devredebilir⁴⁵. Ayrıca bu yetkiler birbirinden ayrılabilir niteliktedir⁴⁶. Temsil yetkisi devredilen kişi, yönetim kurulu üyesiye murahhas üye; değilse murahhas müdür olarak adlandırılır (TTK m. 370/2). Murahhas üyeliğin veya murahhas müdürlüğün yönetim yetkisinin devriyle mi yoksa temsil yetkisinin devriyle mi ilgili olduğu konusunda öğretide görüş birliği yoktur⁴⁷. Yargıtay ise murahhaslığı bir kararında hem yönetim hem temsil yetkisinin devriyle⁴⁸, bazı kararlarında sadece temsil yetkisinin devriyle⁴⁹ ilgili olarak kullanmıştır. Arapça’da izin vermek anlamına gelen “*terhis*” kelimesinden türeyen

⁴³ Kaplan, s. 100.

⁴⁴ Bahri Savcı, “Kanun Tekniği ile İlgili Meseleler Üzerine Bir Seminer”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 16(4), 1961, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/37493>>, Erişim Tarihi 2 Temmuz 2022, s. 211-212; Hirsh’in konuyla bağlantılı açıklamaları şu şekildedir: “(...) nasıl ki yürürlükte olan bir hukuk kaidesi, tarihteki gelişimine bakılmaksızın anlaşılamazsa aynı surette kanunların tadili ve ikmali hususunda tekliflerde bulunan kimse ilk önce yürürlükte olan kaidelerin muhtevasını tetkik etmeden vazifesini başaramaz.”. Bkz. Ernst Hirsh, “Hukuk Bir Bilim Kolu Mudur?”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2(1), 1944, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/635474>>, Erişim Tarihi 10 Temmuz 2022, s. 25.

⁴⁵ Anonim şirketlerde temsil ve yönetim yetkisinin devriyle ilgili bir karar olarak bkz. Yargıtay 11. HD. E. 2016/5382, K. 2017/3443, T. 06.16.2016, <www.corpus.com.tr>, Erişim Tarihi 3 Kasım 2022.

⁴⁶ Aslan, s. 202; Cem Veziroğlu, “7405 Sayılı Spor Kanunu Kapsamında Spor Anonim Şirketi Yöneticilerinin Tabi Oldukları Yasaklar ve Sorumluluk Rejimi”, Hatice Özdemir Kocasakal (Ed.), *Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu’nun Çeşitli Hukuk Disiplinleri Açısından Değerlendirilmesi*, Legal Yayıncılık, 2022, <www.legal.com.tr>, Erişim Tarihi 28 Ekim 2022, s. 51.

⁴⁷ Temsil ve/veya yönetim yetkisi devredilmesi halinde murahhas sıfatının kime ait olacağı konusunda öğretide yer alan görüşler için bkz. Aslan, s. 202 dpnt; Merve Sarıkaya, “Anonim Şirket Genel Kuruluna Katılmaya Yetkili ve Katılmak Zorunda Olanlar ile Katılmamanın Hukuki Sonuçları”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, (1), 2021, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1195848>>, Erişim Tarihi 2 Ağustos 2022, s. 420-421 dpnt.

⁴⁸ YHGK, E. 2017/2408, K. 2021/998, T. 14.09.2021, <www.karararama.yargitay.com.tr>, Erişim Tarihi 3 Kasım 2022; anonim şirket yöneticisinin murahhas üye olarak ifade edildiği bir karar olarak bkz. Yargıtay 11. HD., E. 2017/4424, K. 2019/1037, T. 11.02.2019, <www.karararama.yargitay.com.tr>, Erişim Tarihi 5 Kasım 2022.

⁴⁹ Yargıtay 11. HD. E. 2015/8681, K. 2015/9883, T. 01.10.2015, <www.corpus.com.tr>, Erişim Tarihi 5 Kasım 2022; Yargıtay 11. HD., E. 2016/2995, K. 2016/3579, T. 04.04.2016, <www.corpus.com.tr>, Erişim Tarihi 5 Kasım 2022.

murahhas; izin verilmiş, izinli anlamına gelir⁵⁰. Kelime, sözlükteki anlamıyla gerek temsil gerek yönetim yetkisinin devrinde kullanılmaya elverişli olsa da hukuki anlamıyla elverişli değildir. Çünkü murahhaslık TTK m. 370/2'de sadece temsil yetkisinin devriyle ilgili olarak kullanılmış, yönetim yetkisinin devriyle ilgili TTK m. 367/1'de murahhaslıktan bahsedilmemiştir⁵¹. Mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 319/2'de⁵² ise murahhaslık yönetim veya temsil yetkisinin devriyle ilgili olarak kullanılmıştır⁵³. Spor anonim şirketi yöneticisi ise yönetim kurulunca spor anonim şirketinin yönetim veya temsili hususunda murahhas üye veya müdür olarak yetkilendirilen gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanmıştır (SKSFK m. 2/1;j). Bu tanım, spor anonim şirketlerinde yönetim yetkisi devredilen kişilerin de murahhas sıfatını haiz olacağı izlenimini uyandırmaktadır. Öğretide *Veziroğlu* spor anonim şirketleri açısından murahhaslığı yönetim veya temsil yetkisinin devriyle ilgili olarak ele almaktadır⁵⁴. *Aslan* ise anonim şirketlerde temsil yetkisi olmadan sadece yönetim yetkisi devredilen kişilerin murahhas üye veya müdür sıfatını kazanamayacağına değinerek tanımın yarattığı farklılığa dikkat çekmektedir⁵⁵. Kanaatimizce kanun koyucu, temsil yetkisi devredilen kişileri spor anonim şirketi yöneticisi tanımına dahil ederek murahhaslık konusunda TTK'deki esaslardan ayrılmayı ve yönetim yetkisi devredilen kişilere murahhas üye veya müdür sıfatını kazandırmayı amaçlamamış, yönetim ve temsil yetkisi devredilen kişileri sorumluluk ve yaptırım açısından ortak hükümlere⁵⁶ tabi tutması sebebiyle onları ortak bir terimle ifade etmeyi amaçlamıştır. Bu sebeple SKSFK m. 2/1;j'nin, TTK hükümleriyle uyumlu olarak "*Spor anonim şirketi yönetim kurulunca spor anonim şirketinin temsili hususunda murahhas üye veya müdür ya da yönetimi hususunda yönetici olarak yetkilendirilen gerçek veya tüzel kişiyi*" şeklinde değiştirilmesi gerekir. Ayrıca spor kulübü yönetim kurulu üyeleri, spor kulübü yöneticisi tanımına dahil edilmişken (SKSFK

⁵⁰ İlhan Ayverdi, *Misalli Büyük Türkçe Sözlük*, Kubbealtı Neşriyatı, 2010, s. 852.

⁵¹ Bkz. Aslan, s. 202 dnt.

⁵² Hüküm şu şekildeydi: "*Esas mukavele ile temsil salahiyetinin ve idare işlerinin hepsini veya bazılarını idare meclisi azası olan murahhaslara veya pay sahibi olmaları zaruri bulunmayan müdürlere bırakabilmek için umumi heyete veya idare meclisine salahiyet verilebilir. Bu gibi kayıtlar bulunmadığı takdirde 317 nci madde hükmü tatbik olunur.*"

⁵³ Bu yönde açıklamalar içeren bir karar olarak bkz. Yargıtay 11. HD. E. 2004/15369, K. 2005/12681, T. 22.12.2005, <www.corpus.com.tr>, Erişim Tarihi 3 Kasım 2022.

⁵⁴ *Veziroğlu*, s. 51-52.

⁵⁵ Aslan, s. 202.

⁵⁶ Bkz. SKSFK m. 20/13 ve SKSFK m. 47/1.

m. 2/1;k); spor anonim şirketi yönetim kurulu üyeleri, spor anonim şirketi yöneticisi tanımına dahil edilmemiştir. *Veziroğlu* bu durumu itinasızlıkla açıklamakta ve yönetim kurulu üyelerinin zaten spor anonim şirketi yöneticisi kabul edildiğini belirtmektedir⁵⁷. Kanunun hükümlerini dilediği gibi şekillendirme yetkisi bulunan kanun koyucu, spor anonim şirketi yöneticisi tanımını tercihen yönetim ve temsil yetkisinin devrini esas alarak yapmıştır⁵⁸. Bu sebeple murahhaslar⁵⁹ ve yönetim yetkisi devredilenler dışındaki yönetim kurulu üyeleri, SKSFK açısından spor anonim şirketi yöneticisi kabul edilmez. Düzenlemeyle uyumlu olarak SKSFK m. 20/13'te ve SKSFK m. 47/1'de de spor anonim şirketi yönetim kurulu üyelerinden ve yöneticilerinden ayrı ayrı bahsedilmiştir⁶⁰.

IV. İFADE TERCİHİ

A. İfadelerin Eksikliği

Geçiş hükümleri, önceki dönemle yeni dönem arasındaki değişim sürecinin ne şekilde gerçekleşeceğini gösterir⁶¹. SKSFK'de hem dönemi hem önceki dönemi ilgilendiren konularda düzenleme yapıldığından hükümlerin hangi dönemde kurulan sùjeleri ilgilendirdiği açıkça ortaya konulmalıdır. SKSFK'de bu konuda bazı eksiklikler bulunmaktadır. Önceki dönemde kurulu spor faaliyeti yürüten anonim şirketlerini (SKSFK geçici m. 1/6, SKSFK m. geçici m. 4/2) ve gençlik ve spor kulùplerini (SKSFK geçici m. 1/3) ilgilendiren geçiş hükümlerinde bu husus açıkça ifade edilmiştir. Ancak spor kulùplerini ve üst kuruluşları (SKSFK geçici m. 1/5, SKSFK geçici m. 4/1) ve kamu kurum ve kuruluşları bünyesinde kurulan ve spor faaliyetinde bulunan ancak tüzel kişiliği bulunmayan müessese kulùplerini (SKSFK m. geçici m. 1/4, SKSFK geçici m. 4/1) ilgilendiren geçiş hükümlerinde, bunların önceki dönemde kurulduğuna işaret edilmemiştir. Geçiş hükümlerinde yer alması

⁵⁷ *Veziroğlu*, s. 52

⁵⁸ Spor anonim şirketi yöneticisi kavramının, anonim şirket yöneticisi için TTK'de benimsenen ve temsilcileri de içeren geniş anlamla eş olarak kullanıldığı yönünde bkz. *Aslan*, s. 202-203.

⁵⁹ *Aslan*, s. 202.

⁶⁰ Hukuki sorumluluğa ilişkin TTK m. 553/1'de de anonim şirket yönetim kurulu üyeleri ve yöneticileri ayrı ayrı ifade edilmiştir.

⁶¹ *Mevzuat Yönetmeliği* m. 16/3'te, geçiş hükümleriyle ilgili şu hüküm yer almaktadır: “*Yeni mevzuat metni ile getirilen düzenleme uygulanmaya başlayıncaya veya yürürlüğe girinceye kadar geçecek süre içinde yapılacak işlem ve düzenlemeler ya da uyulacak ilke ve kurallar ile daha önceki düzenlemelerden doğan hakların korunmasına ilişkin hususlar ve benzeri geçiş hükümleri geçici maddelerle düzenlenir. Geçici maddeler de ayrıca numaralandırılır.*”.

sebebiyle düzenlemelerin önceki dönemde kurulan süjeleri ilgilendirdiği anlaşılsa da bunun diğer sjelerle ilgili düzenlemelerde olduğu gibi açıkça ortaya konulması gerekir.

Spor kulüplerinin genel kurul, yönetim kurulu ve denetim kurulunun oluşumu, toplanması, görev ve yetkileri, tutulacak defterler ile kararları hakkında Türk Medeni Kanunu (TMK) ve DK'nin "*ilgili hükümlerinin*" uygulanacağı SKSFK m. 7/1'de ngrlmřtr⁶². İlgili hükümlerin hangi hükümler olduğu konusunda belirsizlik bulunmaktadır. Çünkü TMK'de spor kulüpleriyle ilgili herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Derneklerin, spor kulübü ve gençlik ve spor kulübü statüsüne ilişkin DK m. 14 hükmü ise SKSFK m. 58/2 ile yürürlükten kaldırılmıştır. SKSFK m. 7/1'de, ayrıca DK'ye atıf yapılması ve anılan konularda dernekler hakkında hükümler öngörülmesi sebebiyle ilgili hükümlerden kastedilenin dernek hükümleri olduğu anlaşılsa da bunun açıkça ifade edilmesi gerekir. Benzer şekilde SKSFK'de hüküm bulunmayan hallerde spor kulüplerine TMK ve DK, spor anonim şirketlerine ise TTK hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüştür (SKSFK m. 25). Bu hükümde de anılan kanunların derneklere ve anonim şirketlere ilişkin hükümlerine işaret edilmesi gerekir.

Üst kuruluşun genel kurul, yönetim kurulu ve denetim kurulunun oluşumu, toplanması, görev ve yetkileri, tutulacak defterler ile kararları hakkında TMK ve DK hükümleri uygulanır (SKSFK m. 12/8). Uygulanacak hükümlerin dernek hükümleri mi derneklerin üst kuruluşu olan federasyon ve konfederasyon hükümleri mi olduğu sorusu akla gelmektedir. Çünkü nceki dönemde de spor kulüplerinin üst örgütlenme şekli federasyon ve konfederasyonlar olarak üst kuruluştu. Anılan konularda, TMK ve DK'de dernekler hakkında düzenleme yapılrsa da bu kanunların derneklere ilişkin hükümlerinin uygulanacağının belirtilmesi gerekir. Alternatif olarak üst kuruluşlara ilişkin hükümlerin uygulanacağı da öngörülebilir. Çünkü bu

⁶² SKSFK'de, DK'den sıkça faydalanılması ve bazı yerlerde ona doğrudan atıf yapılması gözetildiğinde dernek tüzel kişisine çok benzeyen spor kulübünün yeni bir tüzel kişilik olarak yaratılmasının yerinde olup olmadığı noktasında tartışmalar doğabileceği yönünde bkz. Murat Develioğlu, "7405 Sayılı Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu erevesindeki Spor Kulüplerinin Hukuki Yapısı ve Menajerlik Sözleşmeleri", Hatice zdemir Kocasakal (Ed.), *Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu'nun çeşitli Hukuk Disiplinleri Açısından Değerlendirilmesi*, Legal Yayıncılık, 2022, <www.legal.com.tr>, Erişim Tarihi 28 Ekim 2022, s. 7.

konulardaki dernek hükümleri TMK m. 98/2⁶³ ve DK m. 36⁶⁴ uyarınca üst kuruluşlara doğrudan uygulanır.

Spor kulüplerinin ve bağlı spor anonim şirketlerinin genel kurul dışındaki kurullarındaki üyeliklerin sona ermesi konusunda SKSFK m. 5/5'te bazı hak mahrumiyeti cezalarından, bazı kurullardan ve spor federasyonlarının bağlı olduğu uluslararası kuruluşlardan bahsedilmiş ancak cezalar, kararların kesinleşmesiyle ilgili kısımda yalnızca kurullarla ilişkilendirilmiştir⁶⁵. Hükümün cezalarla ve cezalara hükmedeceklerle ilgili kısmının kaleme alınış biçimi, kararların kesinleşmesiyle ilgili kısımda uluslararası kuruluşlardan da bahsedilmesini gerektirdiğinden; bu kısmının "(...) haklarındaki kurul veya uluslararası kuruluş kararının kesinleştiği tarihte (...)" şeklinde değiştirilmesi gerekir.

Spor kulüplerine ve spor anonim şirketlerine ait bazı nitelikteki gelir ve alacakların devri konusunda SKSFK m. 20/4'te düzenleme yapılmıştır. Hükümde, üye sayısı on binden fazla olan spor kulüplerinin genel kurulları için özel bir toplantı yeter sayısı öngörülmeyip "(...) üyelerin, (...) katılacağı genel kurulda, spor kulüplerinde toplantıya katılanların en az dörtte üçünün, (...) olumlu oyu ile devredilebilir (...)" şeklinde düzenlemeye gidilmesi sebebiyle genel kurula katılan tek üyenin olumlu oyuyla dahi gelir ve alacakların devri yönünde karar alınabilir. Gelir ve alacakların bu şekilde kolayca devredilebilmesi, üye sayısı on binden fazla olan spor kulüplerinin malvarlığını tehlikeye atmaktadır. Kanun koyucunun genel olarak ideal bir mali düzen oluşturma amacında olduğu açıkken bu şekilde bir düzenlemenin neden yapıldığı anlaşılmamaktadır. Ancak bu konuda birtakım yorumlar yapılabilir. Spor anonim şirketlerinde sermayeyi temsil eden payların sahiplerinde ve temsilcilerinde olduğu gibi "üçte bir" oranı, bu spor kulüplerinin üyeleri

⁶³ TMK m. 98/2 şu şekildedir: "Federasyon ve konfederasyonlara ilişkin diğer hususlar hakkında bu Kanun hükümleri uygulanır."

⁶⁴ DK m. 36 şu şekildedir: "Bu Kanun hükümleri; derneklerin şubeleri, dernek ve vakıfların üst kuruluşları, merkezleri yurt dışında bulunan dernekler, vakıflar ve diğer kâr amacı gütmeyen kuruluşların Türkiye'deki şube veya temsilcilikleri ile Türkiye'de faaliyette veya iş birliğinde bulunma izinleri hakkında da ceza hükümleri ile birlikte uygulanır. Bu Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde Türk Medenî Kanunu hükümleri uygulanır."

⁶⁵ Süreli ve sürekli hak mahrumiyeti kararları açısından ayırım yapılmadığından kesinleşen tüm hak mahrumiyeti kararları, SKSFK'de öngörülen şartlar dahilinde görevi sona erdirir ve seçilme engeli yaratır. Ancak Spor Disiplin Yönetmeliği m. 57 ve Futbol Disiplin Talimatı m. 82'de olduğu gibi idari tedbir niteliğindeki verilen hak mahrumiyeti kararları ise bu sonuçları doğurmaz. Çünkü bu kararlar, belirli şartlar altında kesin bir ceza hükmü tesis edilene kadar uygulanan geçici yaptırımları konu alır.

açısından toplantı yeter sayısı olarak belirlenmek istenmiş olabilir⁶⁶. Ancak hükmün bu spor kulüpleri ve spor anonim şirketleri açısından virgülle ayrılması ve açıklanan orandan sonra anonim şirketlerle ilgili olarak pay sahiplerinden ve temsilcilerinden bahsedilmesi bu ihtimali ortadan kaldırmıştır. Bu sebeple SKSFK m. 20/4'te sayılan nitelikteki alacakların devrinde, üye sayısı on binden fazla olan spor kulüplerinin genel kurulları için toplantı yeter sayısının kanunun amacına uygun olarak belirlenmesi gerekir. Ayrıca SKSFK m. 20/4'te üye sayısı on bin olan spor kulüplerinin genel kurulları için toplantı yeter sayısı ile ilgili bir düzenleme de yapılmamıştır. Bu konuda özel bir düzenleme yapılmadıkça SKSFK m. 7/1 gereği dernek genel kurul toplantılarına ilişkin TMK m. 78/2 hükmü uygulama alanı bulur⁶⁷.

B. İfadelerin Gerekliliği

Spor kulüplerinin ve bağlı spor anonim şirketlerinin genel kurul dışındaki kurul üyeliklerinin sona ermesi konusunda SKSFK m. 5/4'te hapis cezalarından ve suçlardan bahsedilmiş, bu yöndeki kararlar “mahkeme” ve “ilgili kurul” ile ilişkilendirilmiştir. Hükmün, mahkûmiyet kararlarının görevi sona erdirmesiyle ilgili olması sebebiyle kararların sadece mahkemelerle ilişkilendirilmesi gerekir. Bu konuda mahkeme dışında herhangi bir kurulun karar vermesi söz konusu olamayacağından ilgili kurul ifadesi hükümden çıkarılmalıdır. Spor anonim şirketlerinin genel kurul dışındaki kurul üyeliklerinin sona ermesi konusunda Tescil Yönetmeliği m. 19/1 ve Spor Anonim Şirketlerinin Esas Sözleşmesinin Asgari İçeriği, Ortaklık Yapısı, Pay Sahipliği, Sermayesi ve Organlarına İlişkin Usul ve Esaslar Tebliği (SAŞ Tebliği) m. 9/4'te de aynı içerikte düzenleme yapılmış ve isabetli olarak sadece mahkeme kararından bahsedilmiştir.

Spor anonim şirketi statüsü tescili başvurusunda “mevzuata aykırılık”

⁶⁶ SKSFK m. 20/4'ün ilgili kısmı şu şekildedir: “(...) gelir ve alacaklarını üye sayısı on binden az olan spor kulüplerinde en az üye tam sayısının salt çoğunluğunun, üye sayısı on binden fazla olan spor kulüplerinde üyelerin, spor anonim şirketlerinde ise sermayenin en az üçte birini oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin katılacağı genel kurulda, spor kulüplerinde toplantıya katılanların en az dörtte üçünün, spor anonim şirketlerinde ise toplantıya katılan pay sahiplerinin veya temsilcilerinin sahip oldukları sermayenin en az dörtte üçünü oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin olumlu oyu ile devredebilir (...)”.

⁶⁷ TMK m. 78/2 şu şekildedir: “Genel kurul, katılma hakkı bulunan üyelerin salt çoğunluğunun, tüzük değişikliği ve derneğin feshi hâllerinde üçte ikisinin katılımıyla toplanır; çoğunluğun sağlanamaması sebebiyle toplantının ertelenmesi durumunda ikinci toplantıda çoğunluk aranmaz. Ancak, bu toplantıya katılan üye sayısı, yönetim ve denetim kurulları üye tam sayısının iki katından az olamaz.”.

veya “noksanlık” varsa anonim şirketten bunların otuz gün içerisinde giderilmesi yazılı olarak istenir. Bu süre içinde bu aykırılık veya noksanlığın giderilmemesi hâlinde başvuru reddedilir. Başvuruda mevzuata aykırılık veya noksanlık bulunmaz ya da bu aykırılık veya noksanlık giderilmiş olursa şirket spor anonim şirketi siciline tescil edilir. SKSFK m.14/2’de yer alan bu düzenlemelerde mevzuata aykırılığın yanısıra noksanlık ifadesi kullanılmıştır. Spor kulübü kuruluş başvurusu ve tesciliyle ilgili olarak SKSFK m. 3/3 ve SKSFK m. 3/4’te de bu ifadeler kullanılmıştır. Başvurudaki herhangi bir noksanlık onun zaten mevzuata uygun olmadığı, aykırı olduğu anlamına geldiğinden; noksanlıktan, noksanlığın bulunmamasından ve giderilmesinden ayrıca bahsedilmesine gerek yoktur. Bu sebeple açıklanan ifadeler çıkarılarak hükümler daha sade hale getirilebilir.

Bazı tartışmaları beraberinde getirecek şekilde kaleme alınan “*Davanın ihbarı ve ferî müdahale*” başlıklı SKSFK m. 22/3 hükmü “*Spor kulüpleri ve spor anonim şirketlerinde ibra kararı; davacı, Bakanlık ve ilgili spor federasyonunun bu madde kapsamında sahip olduğu dava ve ferî müdahale hakkını ortadan kaldırmaz.*” şeklindedir. Hükmün, haklar ve ibra kararı karşısında hakları korunan süjeler arasında bir ayırım yapılmadan kaleme alınması kanun yapma tekniği açısından yerinde olmamıştır. Çünkü hükme göre SKSFK m. 22’de hem dava hem fer’î müdahale hakkı tanınmış olması gerekirken⁶⁸ tanınmış bir dava hakkı yoktur⁶⁹. Bu sebeple kastedilenin, SKSFK m. 22/1’de işaret edilen TTK m. 549-557 ve SKSFK m. 20’ye dayanan davalar olduğu kabul edilmelidir⁷⁰. Yani sahip olduğuna işaret edilen hak, GSB ve ilgili spor federasyonunun fer’î müdahale hakkıdır⁷¹. Ayrıca hükmün kaleme alınmış şekli sebebiyle GSB ve ilgili spor federasyonuna SKSFK m. 22/1’de sayılan davaları açma hakkı tanındığı yönünde katılamayacağımız bir yorum ortaya çıkabilir⁷². Diğer yandan ibra kararı karşısında davacıların dava hakkı

⁶⁸ Fer’î müdahalenin; uyuşmazlığın daha iyi izah edilmesi, başka davaların açılmasını önleyip yargıdaki iş yükünü azaltarak lüzumsuz masrafların yapılmaması, çelişkili hükümlere mahal verilmemesi, davanın daha kısa sürede neticelenmesi, yanında yer alınan tarafın korunması gibi amaçlara hizmet ettiği yönünde açıklamalar için bkz. Hakan Pekcanitez / Nedim Meriç, *Medenî Usûl Hukukunda Fer’î Müdahale*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 26-32.

⁶⁹ Aslan, s. 216; Veziroğlu, s. 66.

⁷⁰ Bu yönde bkz. Aslan, s. 216.

⁷¹ Bu konudaki açıklamalar için bkz. Veziroğlu, s. 66.

⁷² Bu yönde izlenim yaratan hükmün dava ve fer’î müdahale hakkı açısından bir anlamının bulunmadığı yönünde bkz. Veziroğlu, s. 66; SKSFK m. 22/3’te yer alan belirsizliğe değinerek ibra kararının dava hakkı üzerindeki etkisi açısından TTK düzenlemelerinden ayrılan bir

korunuyorsa derdest dava koşulu sebebiyle GSB ve ilgili spor federasyonun fer'î müdahale hakkı da korunur⁷³. Yani imkân bakımından fer'î müdahale hakkı, dava hakkını takip ettiğinden ibra kararına karşı sadece dava hakkının korunması yeterlidir⁷⁴. Açıklanan sebeplerle SKSFK m. 22/3 hükmü “*Spor kulüpleri ve spor anonim şirketlerinde ibra kararı, 6102 sayılı Kanunun 549 uncu ilâ 557 nci maddeleri ile bu Kanunun 20 nci maddesi kapsamındaki dava hakkını ortadan kaldırmaz.*” şeklinde değiştirilerek daha belirli ve sade hale getirilebilir.

Spor anonim şirketi başkanı ifadesine SKSFK m. 20/13'te ve SKSFK m. 47/1'de rastlanmaktadır. Anonim şirket örgütlenmesinde yeri olmayan bu ifade hakkında SKSFK'de ayrı bir tanım da yapılmamıştır. Öğretide *Veziroğlu* bu kişinin yönetim kurulu başkanı olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir⁷⁵. *Aslan* da bu kişiyi spor anonim şirketi yönetim kurulu başkanı olarak ele alıp ifadede bu yönde değişiklik önermekte ve başkanın zaten yönetim kurulu üyesi olması sebebiyle başkan ifadesine ihtiyaç olup olmadığının sorgulanabileceğini, yönetim kurulu başkanının uygulamadaki öneminden dolayı vurgulama amacıyla bu kullanımın tercih edilmiş olabileceğini dile getirmektedir⁷⁶. Anılan hükümlerde yönetim kurulu üyelerinin de ayrıca ifade edilmesi ve yönetim kurulu başkanının zaten yönetim kurulunun bir üyesi olması sebebiyle bu ifadenin kullanılmasına gerek yoktur⁷⁷. Hiçbir katkısı ve özel anlamı bulunmayan bu ifade çıkarılarak ilgili hükümler sade hale getirilebilir.

C. İfadelerin Uyumluluğu

Spor anonim şirketlerinde SKSFK m. 20/4'te sayılan nitelikteki gelir ve

değişikliğe gidilmediği yönünde bkz. *Aslan*, s. 216.

⁷³ Genel olarak fer'î müdahalenin şartları derdest bir davanın varlığı ve tahkikatın sona ermemiş olması, müdahale talebinde bulunanın davanın tarafı olmaması, hukuki yararının bulunması, taraf ve dava ehliyetini haiz olması olarak sayılmaktadır. Bkz. *Murat Atalı / İbrahim Ermenek / Ersin Erdoğan, Medeni Usûl Hukuku*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, 2021, s. 265-266; bazı hallerde teminat gösterme yükümlülüğü de bulunmaktadır. Bkz. *Pekcanitez / Meriç*, s. 200-209.

⁷⁴ İbra kararı karşısında dava hakkı korunsu dahi davacı, dava açıp açmama konusunda serbesttir. Davacının dava hakkını kullanmadığı hallerde fer'î müdahaleden de bahsedilemez.

⁷⁵ *Veziroğlu*, s. 53 dpnt.

⁷⁶ *Aslan*, s. 209.

⁷⁷ Ayrıca anonim şirketlerde yönetim kurulu tek kişiden oluşuyorsa yönetim kurulu başkanı ve yönetim kurulu başkan vekili seçilmez. Bkz. *Metin Kıratlı, Yönetim Kurulu Başkanı*, Yetkin Yayınları, 2021, s. 24.

alacaklar, sermayenin en az üçte birini oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin katılacağı genel kurulda; toplantıya katılan pay sahiplerinin veya temsilcilerinin sahip oldukları sermayenin en az dörtte üçünü oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin olumlu oyuyla devredilir. SKSFK m. 20/4'te yer alan ve karar yeter sayısına esas alınacak payların aidiyetine işaret eden *“temsilcilerinin sahip oldukları”* şeklindeki ifade yerinde değildir. Çünkü temsilci, temsil görevi kapsamındaki payın sahibi olmadığı gibi paydan doğan hakları kendi adına ve hesabına da kullanmaz⁷⁸. Yani temsilci ve payın aidiyeti konusunda kullanılan ifade temsil göreviyle uyumlu değildir. Bu sebeple SKSFK m. 20/4'ün ilgili kısmının *“(…) gelir ve alacaklarını üye sayısı on binden az olan spor kulüplerinde üye tam sayısının en az salt çoğunluğunun, üye sayısı on binden fazla olan spor kulüplerinde ise üye tam sayısının en az (...) katıldığı genel kurulda, toplantıya katılanların en az dörtte üçünün olumlu oyuyla devredilebilir. Bu gelir ve alacaklar spor anonim şirketlerinde sermayenin en az üçte birinin temsil edildiği genel kurulda, temsil edilen sermayenin en az dörtte üçünü oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin olumlu oyuyla devredilebilir.”* şeklinde değiştirilmesi önerilebilir. Temsilciler açısından aynı gerekçeyle birleşme ve mal devri sözleşmeleri hakkındaki SKSFK m. 8/6'nın da *“Birleşme ve mal varlığının devri sözleşmeleri yazılı şekilde yapılır ve birleşme veya mal varlığı devrine katılan spor kulüpleri ve spor anonim şirketlerinin yönetim kurulları tarafından imzalanır. Bu sözleşmeler ayrıca spor kulüplerinde üyelerin en az dörtte üçünün temsil edildiği genel kurulda, toplantıya katılanların salt çoğunluğunun; spor anonim şirketlerinde sermayenin en az dörtte üçünün temsil edildiği genel kurulda, temsil edilen sermayenin salt çoğunluğunu oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin olumlu oyuyla onaylanır.”* şeklinde değiştirilmesi önerilebilir. Böylelikle bu hükümler, TTK hükümleriyle uyumlu hale getirilmiş olur.

Federasyon başkanı ifadesine SKSFK hükümlerinde sıkça rastlanmaktadır⁷⁹. Hükümler, konu bakımından incelendiğinde bu ifadenin spor federasyonu yönetim kurulu başkanı için kullanıldığı anlaşılmaktadır⁸⁰.

⁷⁸ TTK m. 425 şu şekildedir: *“Pay sahibi, paylarından doğan haklarını kullanmak için, genel kurula kendisi katılabileceği gibi, pay sahibi olan veya olmayan bir kişiyi de temsilcisi olarak genel kurula yollayabilir. Temsilcinin pay sahibi olmasını öngören esas sözleşme hükmü geçersizdir.”*

⁷⁹ Örnek hükümler olarak bkz. SKSFK m. 28/4;a, SKSFK m. 28/5;c, SKSFK m. 28/8, SKSFK m. 29/2; SKSFK geçici m. 1/8.

⁸⁰ SKSFK m. 31/2'de spor federasyonu yönetim kurulu üyelerinin genel kurul tarafından

Spor federasyonu yönetim kurulu başkanı için spor federasyonu başkanı ifadesinin kullanıldığı hükümler de bulunmaktadır⁸¹. Federasyon başkanı ifadesi, spor federasyonu yönetim kurulu başkanının yanısıra üst kuruluş türü olan federasyonun yönetim kurulu başkanı olarak anlaşılabilir. Yani bu kullanımlar SKSFK'de belirsizliğe ve uyumsuzluğa sebep olmaktadır. Bu sebeple federasyon başkanı ve spor federasyonu başkanı ifadeleri yerine “*spor federasyonu yönetim kurulu başkanı*” ifadesi kullanılarak düzenlemeler daha belirli ve uyumlu hale getirilebilir.

Spor kulüplerinin kuruluş tescili spor kulüpleri siciline (SKSFK m. 3/4), spor anonim şirketlerinin statü tescili spor anonim şirketi siciline (SKSFK m. 14/2) yapılır. Tescil edilecek sùjeler açısından spor kulüpleri sicilinde çoğul, spor anonim şirketi sicilinde tekil⁸² bir ifade kullanılması uyumsuzluk yaratmıştır. Siciller adlandırılırken çoğul ifadelerin kullanılmasına gerek yoktur. Diğer resmi sicillerde de genellikle tekil ifadenin tercih edildiği görölmektedir⁸³. Bu sebeple spor kulüpleri sicili yerine spor kulübü sicili ifadesi kullanılarak sicillerle ilgili ifadeler arasında uyum sağlanabilir.

V. TÜZEL KİŞİLİKLERE İLİŞKİN SORUNLAR

Üst kuruluşların amacının ne olduğu konusunda SKSFK'de düzenleme yapılmamıştır. SKSFK teklifinde “*Spor kulüpleri veya spor anonim şirketleri kaynak ve güçlerini birleştirmek, yardımlaşmak, ortaklaşa kullanabilecekleri spor merkezi, saha ve tesisleri kurmak ve kullanmak amacıyla (...)*” şeklinde devam eden 12'nci maddenin, üst kuruluşların amacını ortaya koyarak başlayan birinci fıkrası değişikliğe uğramış ve mevcut haliyle kabul edilmiştir⁸⁴. Böylece SKSFK ile amacı belirli olmayan tüzel kişi türleri yaratılmıştır⁸⁵.

seçilen “*federasyon başkanı*” dâhil on bir asıl ve on bir yedek üyeden oluştuğu ifade edilmiştir. Ayrıca SKSFK m. 34'ün başlığı da “*Federasyon başkanı, yönetim, denetim ve disiplin kurulu üyelerinde aranacak genel şartlar*” şeklindedir.

⁸¹ Bkz. SKSFK m. 43/2;ç ve SKSFK m. 47/3.

⁸² Tescil Yönetmeliği m. 37/1;b'de ise spor anonim şirketlerinin statü tescillerinin gerçekleştirileceği sicilden “*spor anonim şirketleri sicili*” olarak bahsedilmiştir.

⁸³ Örneğin ticaret sicili (TTK m. 24 vd.), tapu sicili (TMK m. 997 vd.), kişisel durum sicili (TMK m. 36 vd.).

⁸⁴ Ayanoğlu, s. 93

⁸⁵ Açıklamalar için bkz. Ayanoğlu, s. 93; üst kuruluş kavramının özellikle amatör ve mevcut olan federasyonların ve konfederasyonların faaliyetlerini sürdürebilmesi amacıyla getirildiğinin söylenebileceği yönündeki görüş için bkz. Hakkı Mert Doğu, *61 Soruda Spor Hukuku*, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2023, s. 83.

Çelişkili şekilde SKSFK m. 12/7’de ise üst kuruluşların amacı dışında faaliyet yürütemeyeceği düzenlenmiştir⁸⁶. Tescil Yönetmeliği m. 7/1;c’ye göre spor kulübünün amacı tüzükte yer alması gereken zorunlu konulardandır. Bu hüküm üst kuruluş tüzüğünün zorunlu içeriği hakkında da kıyasen uygulanır (Tescil Yönetmeliği m. 32). Üst kuruluşların amacı belirli olmadığından, hükmün kıyasen uygulanması amaç belirsizliğini ortadan kaldırmaz. Yani kıyas sadece üst kuruluşun tüzüğünde amacının yer alması gerektiğini ortaya koyar. Bununla beraber amaçlarının belirlenmemesi sebebiyle üst kuruluşlara amaç serbestisi tanındığı sonucuna da varılamaz. Federasyonların kurucuları olarak spor kulüplerinin ve spor anonim şirketlerinin amacının spor faaliyetlerinde bulunmak olduğu ve konfederasyonların federasyonlar tarafından kurulduğu göz önünde bulundurulduğunda üst kuruluşların amaçlarının spor faaliyetleriyle bağlantılı olması beklenir. Sürekli amaç tüzel kişiliğin zorunlu unsuru olması⁸⁷ sebebiyle federasyon ve konfederasyonun amaçlarını ayrı ayrı ortaya koyan düzenleme yapılması gerekir. Önceki dönemde kurulan üst kuruluşlar açısından farklı bir değerlendirme yapılabilir. Çünkü bu üst kuruluşlar belirli bir amacı gerçekleştirmek üzere kurulduğundan⁸⁸ ve üst kuruluşların amacı tüzüklerinde açıkça yer aldığından⁸⁹ amaç belirsizliği söz konusu değildir.

Spor federasyonlarının izni olmadan onlara ait görev ve yetkilerin üst kuruluşlar tarafından doğrudan veya dolaylı şekilde kullanılamayacağı SKSFK m. 12/7’nin ikinci cümlesinde açıkça düzenlenmiştir⁹⁰. Düzenlemeden, temel

⁸⁶ Aynı şekilde bkz. Tescil Yönetmeliği m. 34/1.

⁸⁷ Mustafa Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 21. Baskı, Filiz Kitabevi, 2022, s. 295; Dural / Öğüz, s. 215-216; Mustafa Erdem Can, *Özel Hukukta Tüzel Kişiler*, 1. Baskı, Ankara Basım Ofset LŞ., 2017, s. 19-20.

⁸⁸ Önceki dönemde kurulan üst kuruluşların amaçlarını ortaya koyan Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Gençlik ve Spor Kulüpleri Yönetmeliği mülga m. 21/1 şu şekildeydi: “*Kulüpler; kaynak ve güçlerini birleştirmek, yardımlaşmak, ortak kullanabilecekleri mekan, araç ve gereçlere sahip olmak, saha ve tesisler kurmak ve kullanmak, eğitim olanakları sağlamak amacıyla federasyon, federasyonlar da konfederasyon kurabilirler.*”.

⁸⁹ Örneğin Türkiye Amatör Spor Kulüpleri Konfederasyonu’nun amacı “*Ülkemizde spor kulüplerinin üst kuruluşu olarak illerde kurulup faaliyet gösteren Amatör Spor Kulüpleri Federasyonlarını bir çatı altında toplayarak amatör spor kulüplerinin, amatör sporcuların ve spor paydaşlarının bütünleşmesini, güçlenmesini ve gelişmesini sağlayarak ulusal ve uluslararası faaliyetlerde bulunmak.*” şeklinde ortaya konulmuştur. Bkz. Türkiye Amatör Spor Kulüpleri Konfederasyonu Tüzüğü m. 3, <<https://www.taskk.org.tr/taskk-tuzugu-205453-sayfasi>>, Erişim Tarihi 30 Aralık 2023.

⁹⁰ Görev ve yetkiyle ilgili olarak SKSFK m. 2’nin gerekçesi şu şekildedir: “*(...) federasyon*

amacı spor dalıyla ilgili faaliyetlerin yürütülmesi olan spor federasyonlarının görev ve yetkilerinin üst kuruluşlara devredilebileceği anlaşılmaktadır⁹¹. Herhangi bir sınırlama öngörülmediğinden görev ve yetkilerin tamamı veya bir kısmı, belirli veya belirsiz süreli şekilde bir veya birden fazla üst kuruluşa devredilebilir⁹². Öğretide *Özkan* görev ve yetki devrinin objektif ölçütlere dayanmayan, haksız rekabet teşkil edecek özellikte bir takdir yetkisi barındırdığını ifade etmektedir⁹³. Gerçekten görev ve yetki devri konusunda yeterli ve belirgin düzenlemeler yapılmaması ciddi sorunlar yaratabilir. Örneğin X spor federasyonu, kendisine bağlı spor dalında faaliyette bulunan spor kulüplerini ve spor anonim şirketlerini sportif yönden denetleme görev ve yetkisini (SKSFK m. 38/1;h), amatör spor dallarında faaliyet gösteren on beş spor kulübünün kurduğu Y federasyonuna devredebilir. Y federasyonu ise kurucuları dışındaki veya farklı illerde faaliyet gösteren spor kulüpleri ve spor anonim şirketlerinin denetiminde objektif esaslara göre hareket etmeyebilir. Bu şekilde bir uygulama, spor dallarında gerek kişi gerek faaliyet yeri bakımından gruplaşmayı ve ayrışmayı beraberinde getirebilir. Kanunda bir sınırlama yapılmaması sebebiyle tüm spor federasyonlarının görev ve yetkileri aynı üst kuruluşa da devredilebilir. Bu durumda tüm spor federasyonlarının görev ve yetkilerinin tek merkezde toplandığı bir yapı ortaya çıkabilir. Tüm görev ve yetkilerin üst kuruluşlara devredildiği hallerde spor federasyonları, herhangi bir fonksiyonu bulunmayan içi boş yapılar haline gelir. Açıklanan sebeplerle SKSFK'de spor federasyonlarının görev ve yetkilerinin üst kuruluşlara devredilmesi konusunda yeterli ve belirgin düzenlemeler yapılması gerekir.

VI. SPOR DALLARININ TESCİLİ

Spor kulüplerinin “*spor dalı tescilinin*” yapılması, başvuru şekli ve gerekli belgelere ilişkin usul ve esaslar hakkındaki⁹⁴ alt düzenlemeler “*spor*

ve konfederasyonların kanunla veya kanunun verdiği yetkiye dayanarak idari bir işlemle kurulan “spor federasyonları” gibi düzenleyici ve denetleyici herhangi bir görev ve yetkileri bulunmamaktadır.”.

⁹¹ Orkun Özkan, “7405 Sayılı Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu’na İlişkin Fenerbahçe Spor Kulübü’nün Değerlendirmeleri”, Hatice Özdemir Kocasakal (Ed.), *Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu’nun Çeşitli Hukuk Disiplinleri Açısından Değerlendirilmesi*, Legal Yayıncılık, 2022, <www.legal.com.tr>, Erişim Tarihi 30 Ekim 2022, s. 157.

⁹² Üst kuruluşların, spor federasyonlarından ayrı bir federasyon gibi ortaya çıktığı yönünde bkz. Doğu, s. 83.

⁹³ Özkan, O., s. 157.

⁹⁴ SKSFK m. 4/2 uyarınca düzenlenecek talimatın kapsamı, bazı konular sayılarak belirtilmişse

federasyonları” tarafından “*talimatla*” yapılır (SKSFK m. 4/2). İlgili spor federasyonunun yetkisine bırakılmasına ve talimatla düzenleneceği öngörülmesine rağmen GSB tarafından Tescil Yönetmeliği m. 8’de, spor dalı tescili konusunda çeşitli düzenlemeler yapılmıştır⁹⁵. Bu uygulamanın kanuni dayanağı bulunmadığından Tescil Yönetmeliği’nin dayanaklarını ortaya koyan üçüncü maddesinde SKSFK’nin bu konuyla ilgili bir hükmüne değinilememiştir. Spor kulüpleri açısından GSB’ye yönetmelikle düzenleme yapma yetkisi verilen tescil, spor dalı tescili değil kuruluş tescilidir (SKSFK m. 3/6). GSB’nin, kanunun açık hükmüne rağmen bu konuda düzenleme yapmasının altına yatan sebep talimatın yürürlüğe konuluş usulü olabilir. Talimat, spor federasyonu yönetim kurulu tarafından hazırlanır ve GSB’nin onayı üzerine GSB’nin internet sitesinde yayımlanarak yürürlüğe girer (SKSFK m. 2/1;r). SKSFK’de, talimatın hangi esaslara göre değerlendirileceği düzenlenmediğinden Tescil Yönetmeliği’nde spor dalı tescili konusunda düzenlemeler yapılarak değerlendirme ölçütleri ortaya konulmak istenmiş olabilir. Bu ölçütler, spor federasyonlarının talimatları hazırlarken uyması gereken esaslar anlamına gelir. GSB’nin spor kulüplerinin spor dalı tescilleriyle ilgili usul ve esasları belirleme yetkisi bulunmadığından bu uygulamayı desteklemek mümkün değildir. Ancak GSB’nin talimatı onaylama konusunda bir değerlendirme yapması gerektiği de açıktır. Kanaatimizce bu değerlendirme, talimatın mevzuata uygun hazırlanıp hazırlanmadığı konusunda yapılmalıdır. Örneğin bir limited şirketin spor dalı tesciline imkân veren talimat kanuna aykırılık sebebiyle onaylanmamalıdır. Çünkü anonim şirket dışında bir şirket, herhangi bir spor dalında spor faaliyetinde bulunamaz.

Spor anonim şirketlerinin spor dalı tescili, tescil edilecek spor dalıyla ilgili faaliyetleri yürüten spor federasyonu tarafından gerçekleştirilir (SKSFK m. 14/5). Kanun koyucu, SKSFK m. 14/6’da spor anonim şirketlerinde tescile ilişkin usul ve esasların GSB tarafından çıkarılacak “*yönetmelikle*” düzenleneceğini öngörmüştür. SKSFK m. 14’te hem “*spor anonim şirketi statüsü tescili*” hem “*spor dalı tescili*” düzenlendiğinden usul ve esasları belirlenecek tescilin hangisi olduğu sorusu akla gelmektedir. Bu doğrultuda

de spor dalı tesciliyle ilgili tüm usul ve esasların spor federasyonları tarafından talimatla düzenleneceği kabul edilmelidir. Spor anonim şirketlerinin spor dalı tescili açısından da “*Tescile ilişkin usul ve esaslar Bakanlık tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.*” denilerek konu bir bütün olarak ele alınmıştır (SKSFK m. 14/6).

⁹⁵ Tescil Yönetmeliği m. 8/10’da ise spor dalı tescili hakkında ancak bu yönetmelikte düzenlenmemiş diğer bazı konuların spor federasyonları tarafından talimatla düzenleneceği öngörülmüştür.

tescilin hem spor anonim şirketi statüsü tescili hem spor dalı tescili olduğu yönünde bir yorum yapılabilir. Çünkü kanun koyucu SKSFK m. 14/6'da bu konuda bir ayırım yapmamıştır. Spor anonim şirketi statüsü tescili GSB tarafından yapıldığından, bu tescile ilişkin usul ve esaslarla ilgili alt düzenlemelerin GSB tarafından yapılması yerinde olur. Ancak spor dalı tescili, ilgili spor federasyonu tarafından yapılmasına karşın bu konuda usul ve esaslarla ilgili alt düzenlemeleri yapma yetkisinin GSB'ye verilmesi eleştirilebilir. Başka bir yorum, SKSFK m. 14/6'da işaret edilen tescilin spor anonim şirketi statüsü tescili olduğu yani spor dalı tescilini kapsamadığı şeklinde yapılabilir. Ancak bu yorum, fıkraların konulara göre düzenleniş sırası gözetildiğinde kanunun düşünce düzenine uygun olmaz. Çünkü SKSFK m. 14'ün ilk dört fıkrasında “*spor anonim şirketi statü tescili*”, beşinci fıkrasında “*spor dalı tescili*”, altıncı fıkrasında “*tescile ilişkin alt düzenlemenin yapılması*” konusu işlenmiştir. Bu yorumda altıncı fıkra hükmü, haklı bir gerekçe bulunmadan beşinci fıkra atlanarak sadece ilk dört fıkrayla ilişkilendirilmiş olur. Bu sebeple SKSFK m. 14/6'nın hem spor anonim şirketi statüsü tescilini hem spor dalı tescilini kapsadığı kabul edilmelidir. Bununla beraber spor anonim şirketlerinin spor dalı tescili, spor dalının bağlı olduğu spor federasyonu tarafından yapıldığından, tescille ilgili usul ve esasları belirleyen alt düzenlemeleri yapma yetkisinin de spor dalının bağlı olduğu spor federasyonuna verilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

VII. SPOR FEDERASYONLARI ARASINDA YAPILAN AYRIM

Kanun koyucu, spor federasyonlarıyla ilgili hükümleri oluştururken kuruluş kanunu bulunan ve bulunmayan spor federasyonları arasında ayırım yapmıştır. Bu konuda iki yöntem izlenmiştir. Birinci yöntemde kuruluş kanunu bulunan spor federasyonları, SKSFK'nin 3 ilâ 20'nci maddeleriyle SKSFK m. 42/4 ve SKSFK m. 47/5 hükümleri dışında SKSFK hükümlerine tabi tutulmamıştır (SKSFK m. 1/2). İkinci yöntemde ise bazı hükümler sadece kuruluş kanunu bulunan veya bulunmayan spor federasyonlarında uygulama alanı bulacak şekilde düzenlenmiştir. Spor federasyonları arasında açıklanan şekillerde yapılan ayrımlar gerekçelendirmesi güç sonuçlar doğurmuştur.

Kuruluş kanunu bulunan spor federasyonları açısından SKSFK m. 1/2'de saklı tutulması gereken yani uygulanacak hükümler “*spor federasyonlarıyla*” ilgili hükümlerdir⁹⁶. Zaten spor federasyonlarına uygulanmayan, örneğin spor

⁹⁶ Ayrıca bkz. SKSFK m. 46 şu şekildedir: “*Spor federasyonları ile ilgili olarak bu Kanunda hüküm bulunmayan konularda, spor federasyonlarının kendi kuruluş kanunları, 21/5/1986*”

kulüpleriyle ilgili hükümlerin kuruluş kanunu bulunan spor federasyonlarına uygulanmayacak hükümlerin dışında tutulmaması gerekir. Bu durum, kuruluş kanunu bulunan veya bulunmayan spor federasyonlarıyla hiçbir ilgisi olmayan bazı hükümlerin kuruluş kanunu bulunan spor federasyonlarına uygulanacağı anlamına gelir. Örneğin SKSFK m. 1/2’de saklı tutulan spor kulüplerinin organları konusundaki SKSFK m. 5 hükmü, kuruluş kanunu bulunan spor federasyonlarına uygulanır. Halbuki kuruluş kanunu bulunan spor federasyonu olan TFF’nin organları, Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun’da ve bu kanun hükümlerine göre yürürlüğe konulan Türkiye Futbol Federasyonu Statüsü’nde düzenlenmiştir. Bu durum, kanun koyucunun sonraki tarihli genel nitelikte bir kanunla, önceki tarihli özel nitelikte bir kanunda düzenlenen konuda farklı düzenlemeye giderek uygulamayı açıkça değiştirmek istediği şeklinde yorumlanır. Bu sebeple SKSFK m. 1/2 hükmü gözden geçirilmeli ve spor federasyonlarıyla ilgili olmayan hükümler saklı tutulmamalıdır.

Spor federasyonlarına GSB tarafından ayni ve nakdi yardım yapılabileceği ve ihtiyaç duydukları sicile kayıtlı malların satın alınıp onların kullanımına tahsis edilebileceği SKSFK m. 40/2’de düzenlenmiştir⁹⁷. SKSFK m. 1/2’de saklı tutulmadığından bu hüküm kapsamında kuruluş kanunu bulunan spor federasyonlarına ayni veya nakdi yardımda ve mal tahsisinde bulunulamaz. Düzenlemenin amacı spor faaliyetlerinin yürütülmesine kamu kaynaklarından katkı sağlanması olduğuna göre kanaatimizce spor federasyonunun kuruluş kanununun bulunup bulunmaması yapılacak yardım ve tahsislerde bir ölçüt olmamalıdır. Her spor federasyonu, spor dalıyla ilgili faaliyetleri yürütürken kamu kaynaklarından yararlanmada eşit muameleye tabi tutulmalıdır. Bu sebeple SKSFK m. 40/2 hükmü, SKSFK m. 1/2’de saklı tutulmalıdır.

Bir kişi kural olarak üst üste veya aralıklı olarak aynı spor federasyonunda en fazla üç dönem spor federasyonu başkanlığı yapabilir (SKSFK m. 34/3). Bu kuralın istisnası 26.04.2022 tarihinden önce spor federasyonu başkanlığı yapmış olanlar ve bu tarihte spor federasyonu başkanlığı yapanlar açısından görev süreleri dikkate alınmaksızın en fazla üç dönem daha bu görevi üstlenebileceği şeklinde öngörülmüştür (SKSFK geçici m. 1/8). SKSFK m. 34/3 hükmü, SKSFK m. 1/2’de saklı tutulmadığından üç dönem kuralı kuruluş kanunu bulunan spor federasyonlarının başkanları açısından söz konusu

tarihli ve 3289 sayılı Gençlik ve Spor Hizmetleri Kanunu, 4721 sayılı Kanun ile 5253 sayılı Kanun hükümleri uygulanır.”.

⁹⁷ Tahsislerle ilgili başka bir hüküm olarak bkz. GSHK ek m. 11/1.

değildir. Hiçbir spor dalı, spor federasyonu ve spor federasyonu başkanlığı diğerlerinden ayrıcalıklı olmadığından SKSFK m. 34/3 hükmü, SKSFK m. 1/2'de saklı tutularak açıklanan ayırım ortadan kaldırılmalıdır.

Spor dalları, GSB tarafından belirlenir ve teknik ve idari açıdan spor federasyonlarına bağlanır. Spor dalının profesyonel olarak belirlenmesine, ilgili spor federasyonunun görüşünü alarak GSB karar verir (SKSFK m. 45/2). Kuruluş kanunu bulunan bir spor federasyonuna bağlı spor dalı profesyonel olarak belirlenirken spor federasyonunun görüşü alınmaz. Çünkü SKSFK m. 45/2 hükmü, SKSFK m. 1/2'de saklı tutulmamıştır. Bir spor dalı profesyonel olarak belirlenirken, bağlı olunan spor federasyonunun kuruluş kanunu bulunmuyorsa görüşünün alınması, bulunuyorsa görüşünün alınmaması gerekçelendirmesi güç bir ayırımdır. Bu sebeple SKSFK m. 45/2 hükmü, SKSFK m. 1/2'de saklı tutularak bu ayırım ortadan kaldırılmalıdır.

İlgili spor federasyonlarına ve GSB'ye, TTK m. 549-557 ve SKSFK m. 20 kapsamında açılan sorumluluk davalarına fer'i müdahil olarak katılma hakkı tanınmıştır (SKSFK m. 22/1). Kanun koyucu tazminatın kime ödeneceği, davanın kim tarafından açılacağı, zararın doğrudan veya dolaylı olduğu konusunda bir ayırım yapmaksızın bu davalara fer'i müdahil olarak katılma hakkı tanımıştır. İlgili spor federasyonu ve GSB, bu davalarda fer'i müdahil sıfatıyla davacı yanında yer alarak davayı kazanmasına yardım eder. Kanun koyucu, ilgili spor federasyonuna ve GSB'ye anılan davalara fer'i müdahil olarak katılma hakkı tanıyarak sorumluların yaptırımı uğraması ve spor kulüpleri, spor anonim şirketleri ve bunlarla bağlantılı menfaat gruplarının uğradığı zararların giderilmesi ihtimalini artırmayı amaçlamaktadır. SKSFK m. 22/1 hükmü, SKSFK m. 1/2'de saklı tutulmadığından, kuruluş kanunu bulunan spor federasyonlarının bu hüküm kapsamında, açıklanan davalara fer'i müdahil olarak katılması mümkün değildir⁹⁸. Kuruluş kanunu bulunmayan spor federasyonları için ise bu mümkündür. Spor federasyonları, farklı spor dallarıyla ilgili faaliyet yürüttüğünden bu durum spor dalları açısından da farklılık yaratmaktadır. Örneğin futbol faaliyetlerinde bulunan X spor anonim şirketi sorumlusuna karşı açılan davaya, kuruluş kanunu bulunan Türkiye Futbol Federasyonu, fer'i müdahil olarak katılamaz. Buna karşın aynı nitelikte bir dava, voleybol faaliyetlerinde bulunan Y spor anonim şirketi sorumlusuna karşı açıldığında kuruluş kanunu bulunmayan Türkiye Voleybol Federasyonu

⁹⁸ Kuruluş kanunu bulunan spor federasyonlarının, şartları varsa Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 66 vd. hükümleri uyarınca açıklanan davalara fer'i müdahil olarak katılması gündeme gelebilir.

bu davaya fer’i müdahil olarak katılabilir. Bu durum SKSFK ile Türk sporu üzerinde ulaşılmak istenen hedeflerle bağdaşmamaktadır. Çünkü SKSFK’nin genel gerekçesinde, faaliyet gösterilen spor dalları arasında özellikle “*futbol spor dalının*” mali sorunlar sebebiyle önemli tehlike altında bulunduğu ifade edilmiştir⁹⁹. Özellikle futbol faaliyetlerinde bulunan spor kulüplerinde ve spor anonim şirketlerinde sorumlulara karşı açılan davalara TFF’nin fer’i müdahil olarak katılarak spor kulüplerinin ve spor anonim şirketlerinin zararının giderilmesine ve mali durumlarının iyileştirilmesine katkı sağlaması gerekirken buna imkân verilmemesi yerinde olmamıştır. Bu sebeple SKSFK m. 22/1 hükmü, SKSFK m. 1/2’de saklı tutularak kanunun amacına uygun ve tutarlı bir düzen kurulmalıdır.

Spor kulüplerinde birleşme ve malvarlığı devri konusunda SKSFK m. 8/8’de bazı usul ve esasların, uluslararası federasyonların düzenlemeleri dikkate alınarak ilgili bakanlıkların ve kuruluş kanunu bulunan spor federasyonlarının görüşü alınarak GSB tarafından yönetmelikle düzenleneceği öngörülmüştür¹⁰⁰. Kuruluş kanunu bulunan spor federasyonunun bildireceği görüşün, faaliyet gösterdiği spor dalının bulunduğu duruma uygun ve onun menfaatlerine hizmet edecek şekilde olması beklenir. Halbuki birleşme ve devralmaya ilişkin usul ve esaslar bağlı olunan spor federasyonunun kuruluş kanunu bulunup bulunmadığına bakılmaksızın tüm spor dallarında uygulanır. Bu durum, kuruluş kanunu bulunmayan spor federasyonlarına bağlı olan spor dallarıyla ilgili ihtiyaç ve taleplerin göz ardı edilmesi anlamına gelir. Türk sporu açısından işlevleri aynı olan spor federasyonları arasında açıklanan şekilde ayrıma gidilmesi yerinde değildir. Açıklanan yönetmelik, kuruluş kanunu bulunsun veya bulunmasın tüm spor federasyonlarının görüşü alınarak şekillendirilmelidir. Bu sebeple hükmün “(...) *bakanlıkların ve spor federasyonlarının görüşü alınarak*” şeklinde değiştirilerek kuruluş kanunu bulunmayan spor federasyonları açısından da uygulanır hale getirilmesi

⁹⁹ Aynı yönde açıklamalar ve sebepleri için bkz. Mehmet Polat Kalafatoğlu, “Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu’nun Değerlendirilmesi: Spor Kulüplerinin Kanuna Bakışı”, Hatice Özdemir Kocasakal (Ed.), *Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu’nun Çeşitli Hukuk Disiplinleri Açısından Değerlendirilmesi*, Legal Yayıncılık, 2022, <www.legal.com.tr>, Erişim Tarihi 28 Ekim 2022, s. 136; SKSFK’nin mali hükümleriyle ilgili bazı değerlendirmeler için bkz. Hakan Üzeltürk, “7405 Sayılı Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu’nun Mali Hükümleri”, Hakan Üzeltürk (Ed.), *Spor Hukuku Yazıları*, Legal Yayıncılık, 2022, s. 20-21.

¹⁰⁰ Spor Kulüplerinin Birleşmesi ve Malvarlığı Devri Yapmalarına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, 14.09.2022 tarihli ve 31953 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

gerekir. Bu değişiklik sonrasında SKSFK m. 8/8 hükmü, SKSFK m. 1/2'de saklı tutulduğundan kuruluş kanunu bulunan spor federasyonları hakkında da uygulama alanı bulur.

Kuruluş kanunubulunansporfederasyonlarının denetimi, SKSFK m. 42/4'e göre *“Bakanlık tarafından yapılacak aynı ve nakdî yardımlar ile tahsislerin mevzuata ve amacına uygun olarak harcanması ve kullanımının tespiti”* ile sınırlı olarak yapılır. Kuruluş kanunu bulunmayan spor federasyonlarının denetimi ise SKSFK m. 42/1'ye göre *“her türlü iş ve işlemler ile harcamalar”* konusunda yapılır. Yani kuruluş kanunu bulunmayan spor federasyonları, kuruluş kanunu bulunan spor federasyonlarından daha geniş denetime tabi tutulmuştur. Maddenin gerekçesinde, TFF'nin ve gelecekte kuruluş kanununa sahip olma ihtimali bulunan spor federasyonlarının özerkliğine GSB tarafından müdahale edilmesinin istenmediği ifade edilmiştir¹⁰¹. Halbuki spor federasyonunun tanımında, bunların idari ve mali özerkliğe sahip olduğu açıkça belirtilmiştir (SKSFK m. 2/1;n). Spor federasyonlarının özerkliği açısından kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulmaları arasında fark yoktur¹⁰². Yeni dönemde tüm spor federasyonları tanımları gereği özerktir. Özerklik açısından kuruluş kanununun bulunmasını ölçüt kabul etmek ve özerk olmadıklarından hareketle kuruluş kanunu bulunmayan spor federasyonlarının her türlü iş, işlem ve harcamalarını GSB denetimine tabi tutarak geniş müdahalelere açık bırakmak spor federasyonunun tanımıyla bağdaşmaz. Bu yorum, kanuna aykırı olmasının yanısıra bir eşitsizlik sorununu da beraberinde getirir. Ayrıca önceki dönemde kurulan spor federasyonlarının özerkliği de SKSFK geçici m. 1/7'nin *“Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte; 3289 sayılı Kanun uyarınca kurulan bağlı ve bağımsız spor federasyonları, bu Kanuna göre kurulmuş spor federasyonu olarak kabul edilir.”* şeklindeki

¹⁰¹ Gerekeçe şu şekildedir: *“Maddenin dördüncü fıkrası ile Bakanlık denetiminin 5894 sayılı Kanun ile kurulan Türkiye Futbol Federasyonu ile ileride doğrudan kendi kanunlarıyla kurulma ihtimali bulunan spor federasyonları açısından sadece Gençlik ve Spor Bakanlığı tarafından yapılacak aynı ve nakdî yardımlar ile tahsislerin mevzuata ve amacına uygun olarak harcanması ve kullanımının tespiti ile sınırlı olacağı düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile kendi kanunlarıyla kurulan spor federasyonlarının özerk yapılarına herhangi bir Bakanlık müdahalesinin önüne geçilmesi sağlanmış aynı zamanda kamu kaynaklarının amacına uygun kullanılıp kullanılmadığının belirlenmesi amaçlanmıştır.”*

¹⁰² Spor federasyonlarının özerkliği konusundaki çeşitli değerlendirmeler için bkz. Erkan Küçükgüngör, *“Türkiye’de Spor ile İlgili Mevzuatın Değerlendirilmesi”*, Kısmet Erkiner (Ed.), *Spor Hukuku Dersleri*, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, 2007, s. 231-236; Suat Cem Abanazır, *Spor Hukukuna Giriş*, Adalet Yayınevi, 2022, s. 29-34; TFF'nin özerkliği ve buna bağlı sonuçlarla ilgili açıklamalar için bkz. Aytaç Özelci, *Türkiye Futbol Federasyonu'nun Türk Hukukundaki Yeri*, Seçkin Yayıncılık, 2010, s. 98-103.

ilk cümlesiyle tartışmasız hale gelmiştir¹⁰³. Bu sebeple spor federasyonlarının tamamının GSB tarafından aynı kapsamda denetlenmesi için ilgili hükümlerde değişikliğe gidilmelidir.

VIII. BAZI GÖREVLERİN SONA ERMESİ

Spor kulübünün ve bağlı spor anonim şirketinin genel kurul dışındaki kurullarında görev alıp haklarında, SKSFK m. 5/4'te öngörülen şekilde verilen mahkûmiyet kararı kesinleşen kişilerin görevleri başka hiçbir işleme veya karara gerek olmadan, kendiliğinden sona erer¹⁰⁴. Spor kulübü başkanı, yönetim kurulu üyeleri ve yöneticileri için SKSFK m. 47/16'da, görevleri bu şekilde sona ermesine rağmen spor kulübünün kurullarında görev alan kişilerin görevlerini sona erdirme yükümlülüğü öngörülmüştür.¹⁰⁵ Bu düzenlemeler, görevin mahkûmiyet kararının kesinleşmesiyle mi görevin sona erdirilmesi

¹⁰³ SKSKF'nin genel gerekçesinin konu ile ilgili kısmı şu şekildedir: "Ülkemizde 5894 sayılı Kanun ile teşekkül eden özerk Türkiye Futbol Federasyonu, 3289 sayılı Kanun ve 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile teşekkül eden 59 bağımsız spor federasyonu ve Gençlik ve Spor Bakanlığına bağlı 5 spor federasyonu olmak üzere toplam 65 spor federasyonu bulunmaktadır. Bağımsız spor federasyonları olarak addedilen federasyonların "bağımsız" olarak nitelendirilmesinin kaynağı 3289 sayılı Kanunun ek 9 uncu maddesinin başlığı olan "bağımsız spor federasyonları" ibaresidir. Ancak uygulamada "bağımsız spor federasyonları" olarak addedilen federasyonların bağımsızlığı konusu tartışmalara neden olmuştur. Anayasa Mahkemesi kararlarında da bağımsız spor federasyonlarının denetimleri, mali yapıları ve kararlarına karşı merkezi idare içerisinde oluşturulan Tahkim Kuruluna başvurulabilmesi gibi hususlar göz önünde bulundurularak, bunların hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları oldukları sonucuna varılmıştır. Bunun sonucunda Gençlik ve Spor Bakanlığına bağlı spor federasyonları ile bağımsız spor federasyonları ayırımı ortadan kaldırılarak tüm federasyonlar için "spor federasyonu" tanımı kullanılmaktadır."

¹⁰⁴ SKSFK m. 5/4 hükmü şu şekildedir: "Kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile; Devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama, terörün finansmanı, kaçakçılık, nefret ve ayrımcılık, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar; fuhuş, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılması veya uyuşturucu, kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmamak ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmak, şike veya teşvik primi, kanuna aykırı olarak spor müsabakalarına dayalı bahis ve şans oyunlarını oynatma, oynatılmasına yer ve imkân sağlama, reklamını yapma veya para nakline aracılık veya bu Kanunun 20 nci maddesine muhalefet etme suçlarından mahkûm olanların spor kulübü, spor anonim şirketi statüsündeki bağlı ortaklığı ve iştiraklerindeki yönetim, denetim, disiplin ve ihtiyari diğer kurul üyelikleri, haklarındaki mahkeme veya ilgili kurul kararının kesinleştiği tarihte, başkaca hiçbir işlem yahut karara gerek olmaksızın kendiliğinden sona erer. Yasaklanmış hakların geri verilmesi kararı verildiği takdirde bu fıkranın ceza mahkûmiyetine ilişkin hükümleri uygulanmaz."

¹⁰⁵ Bu konudaki açıklamalar için bkz. Veziroğlu, s. 58-59.

yönünde atılacak başka bir adımla mı sona ereceği konusunda bir tartışmayı beraberinde getirmektedir. Gerçekten kanun koyucu ayrıca görevin sona erdirilmesi konusunu düzenlediğine göre görevin, mahkûmiyet kararının kesinleşmesiyle sona ermemiş olması gerekir. Diğer yandan kanun koyucu, kesinleşmiş mahkûmiyet kararıyla görevin sona ermesi konusunda gayet açık ve vurgulayıcı bir dil kullanmıştır. Kanaatimizce bu sorunun çözümü için iki hükmün de uygulama alanı bulacağı bir yoruma ihtiyaç vardır. Bu yorum, SKSFK m. 47/16'nın uygulama alanı ve görevin sona ermesine yüklenecek anlamla şekillendirilebilir. SKSFK m. 47/16'nın uygulama alanı spor kulüpleriyle sınırlıdır. Yani spor anonim şirketlerinin genel kurul dışındaki kurullarında görev alıp haklarında kesinleşmiş mahkûmiyet kararı bulunan kişiler açısından görevi sona erdirme yükümlülüğü söz konusu değildir. SKSFK m. 5/4 hükmü ise hem spor kulüplerinde hem bağlı spor anonim şirketlerinde uygulama alanı bulur¹⁰⁶. Kesinleşmiş mahkûmiyet kararının görevi sona erdirmediği kabul edilirse bu hüküm bağlı spor anonim şirketleri açısından anlamsız hale gelir. Çünkü SKSFK m. 47/16, bağlı spor anonim şirketlerinde uygulama alanı bulmadığından görevin sona ermesi konusunda bir tartışma bulunmamaktadır. Bu sebeple mahkûmiyet kararının kesinleşmesiyle birlikte, başka bir işleme gerek olmadan görevin hukuken sona ereceği kabul edilmelidir. Bu durumda SKSFK m. 47/16 kapsamında görevi sona erdirme yükümlülüğü açısından da görevin sona ermesine ayrı bir anlam yüklenmesi gerekir. Kanaatimizce hükümde spor kulüplerinin genel kurul dışındaki kurullarındaki görevi sona eren kişilerin halen görev almasından bahsedildiğine göre; görev alma hukuken değil olsa olsa fiilen (şeklen) görev alma olabilir¹⁰⁷. Bu doğrultuda, görevin sona erdirilmesi de hukuken değil fiilen gerçekleşebilir. Çünkü mahkûmiyet kararının kesinleşmesiyle kurullardaki görevi sona eren kişiler artık hukuken o kurulların üyesi değildir. Bu kişilerin, spor kulübünün kurullarında fiilen görev alması yani üyemiş gibi davranarak kurul kararlarına katılıp oy kullanması hukuken bir etki yaratmaz. Bu kişilerin hukuken üyemiş gibi katıldığı kurul kararlarının sıhhati sorgulanır. SKSFK m. 47/16 uyarınca atılacak adım kişinin fiilen, örneğin güvenlik personeli marifetiyle görev aldıkları kurul faaliyetlerinden uzaklaştırılmasına yönelik olabilir. Böylelikle kişiyle kurul arasındaki fiili ilişki de ortadan kaldırılmış olur.

¹⁰⁶ Bağımsız spor anonim şirketleri açısından da aynı içerikli hüküm olarak bkz. SAŞ Tebliği m. 9/4.

¹⁰⁷ Düzenlemenin, kasten işlenen suçtan bir suçtan ceza almasına ve suçun mahkemede kesinleşmesine rağmen spor kulübünün organlarında görev alanlarla ilgili olduğu yönünde bkz. Hasan Gerçekker, *Spor Hukuku*, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2023, s. 425.

IX. YASAKLANMIŞ HAKLARIN GERİ VERİLMESİ UYGULAMASININ DÜZENLENİŞ ŞEKLİ

5352 sayılı Adli Sicil Kanunu (ASK) m. 13/A'da yasaklanmış hakların geri verilmesi kararının şartları ve ilgili diğer konular düzenlenmiştir¹⁰⁸. Bu kararın verilebilmesi için öncelikle Türk Ceza Kanunu (TCK) dışındaki bir kanunun belli bir suçtan dolayı veya belli bir cezaya mahkûmiyete bağladığı hak yoksunluğunun bulunması gerekir¹⁰⁹. Yargıtay kararlarında yasaklanmış hakların geri verilmesi kurumu, suç veya ceza mahkûmiyeti sebebiyle doğan sürekli bir hak yoksunluğunun belirli şartların sağlanması halinde ve talep üzerine mahkeme tarafından geleceğe yönelik olarak geri verilmesi şeklinde

¹⁰⁸ ASK m. 13/A şu şekildedir: “(1) 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu dışındaki kanunların belli bir suçtan dolayı veya belli bir cezaya mahkûmiyete bağladığı hak yoksunluklarının giderilebilmesi için, yasaklanmış hakların geri verilmesi yoluna gidilebilir. Bunun için; Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinin beşinci ve altıncı fıkraları saklı kalmak kaydıyla,

a) Mahkûm olunan cezanın infazının tamamlandığı tarihten itibaren üç yıllık bir sürenin geçmiş olması,

b) Kişinin bu süre zarfında yeni bir suç işlememiş olması ve hayatını iyi halli olarak sürdürdüğü hususunda mahkemede bir kanaat oluşması,

gerekir:

(2) Mahkûm olunan cezanın infazına genel af veya etkin pişmanlık dışında başka bir hukukî nedenle son verilmiş olması halinde, yasaklanmış hakların geri verilmesi yoluna gidilebilmesi için, hükmün kesinleştiği tarihten itibaren beş yıl geçmesi gerekir. Ancak, bu süre kişinin mahkûm olduğu hapis cezasına üç yıl eklenmek suretiyle bulunacak süreden az olamaz.

(3) Yasaklanmış hakların geri verilmesi için, hükümlünün veya vekilinin talebi üzerine, hükmü veren mahkemenin veya hükümlünün ikametgâhının bulunduğu yerdeki aynı derecedeki mahkemenin karar vermesi gerekir.

(4) Mahkeme bu husustaki kararını, dosya üzerinde inceleme yaparak ya da Cumhuriyet savcısını ve hükümlüyü dinlemek suretiyle verebilir.

(5) Yasaklanmış hakların geri verilmesi talebi üzerine mahkemenin verdiği karara karşı, hükümle ilgili olarak Ceza Muhakemesi Kanununda öngörülen kanun yoluna başvurulabilir.

(6) Yasaklanmış hakların geri verilmesine ilişkin karar, kesinleşmesi halinde, adli sicil arşivine kaydedilir.

(7) Yasaklanmış hakların geri verilmesi yoluna başvurulması nedeniyle oluşan bütün masraflar hükümlü tarafından karşılanır.”.

¹⁰⁹ Yasaklanmış hakların geri verilmesi kurumunun amacı ve işlemi hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Çetin Arslan, “Yasaklanmış Hakların Geri Verilmesi (5352 sayılı Adli Sicil Kanunu md.13/A)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 56(4), 2007, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/627343>>, Erişim Tarihi 2 Ocak 2023, s. 3-7; belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma, TCK’de güvenlik tedbiri olarak öngörülmüştür. Bkz. İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 953; Veli Özer Özbek / Koray Doğan / Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 645.

ifade edilmektedir¹¹⁰. Bu kararlarda kamu hizmetinden yasaklanma, seçme ve seçilme hakkından yoksun kılınma, memuriyetten mahrumiyet, emekli maaşından yoksun kılınma, yasal kısıtlılık altında bulundurulma, meslek ve sanatın tatili ve işyerinin kapatılması yasaklanmış hakların geri verilmesine konu olabilecek hak yoksunlukları olarak gösterilmektedir.

Birinci cümlesinde, bazı nitelikte kesinleşmiş mahkûmiyet kararı sebebiyle kurullardaki görevlerin hukuken sona ereceği; ikinci cümlesinde, yasaklanmış hakların geri verilmesi kararı verilmesi halinde “*bu fıkranın*” ceza mahkûmiyetine ilişkin hükümlerinin uygulanmayacağı öngörülen SKSFK m. 5/4 hükmünün yerindeliği, yasaklanmış hakların geri verilmesi kararı açısından tartışılabilir. Çünkü kesinleşmiş mahkûmiyet kararlarının bu fıkra ile ilgili tek sonucu spor kulüpleri ve bağlı spor anonim şirketlerinin genel kurul dışındaki kurullarındaki görevleri hukuken sona erdirmesidir¹¹¹. Düzenlemeye göre yasaklanmış hakların geri verilmesi kararı, görevin hukuken sona ermesine engel olur. Ancak yasaklanmış hakların geri verilmesi kararının verilebilmesi için infazın tamamlanmasından veya hükmün kesinleşmesinden itibaren birtakım sürelerin geçmesi gerekir. Yani bu karar, görevin hukuken sona ermesinin üzerinden birtakım sürelerin geçmesinden sonra verilebileceğinden görevin hukuken sona ermesine engel olamaz. SKSFK m. 5/4 hükmü, yasaklanmış hakların geri verilmesi kararıyla ortadan kaldırılabilecek bir hak yoksunluğu doğurmasa da SKSFK m. 5/6 hükmü, seçilme engeli şeklinde hak yoksunluğu doğurmaktadır. Bu kapsamda, haklarında SKSFK m. 5/4’te öngörülen şekilde kesinleşmiş mahkûmiyet kararı bulunan kişiler, spor kulüplerinin ve spor anonim şirketlerinin genel kurul dışındaki organlarında görev alamaz. Bu sebeple SKSFK m. 5/4’ün yasaklanmış hakların geri verilmesiyle ilgili ikinci cümlesine SKSFK m. 5/6’da yer verilmesi gerekir. Aynı gerekçeyle SAŞ Tebliği m. 9/5 hükmü de SAŞ Tebliği m. 9/4 ile değil mahkûmiyet cezasına işaret edecek şekilde SAŞ Tebliği m. 9/7 ile ilişkilendirilmelidir.

Seçilme engelinin kaldırılması yönünde SKSFK ve SAŞ Tebliği’nde bir hükme yer verilmesi dahi ASK m. 13/A’da yer alan şartların sağlanması

¹¹⁰ Yargıtay 8. CD. E. 2016/12373, K. 2017/12660, T. 13.11.2017, <www.karararama.yargitay.com.tr>, Erişim Tarihi 25 Aralık 2022; Yargıtay 8. CD. E. 2016/12045, K. 2017/6714, T. 08.06.2017, <>, Erişim Tarihi 25 Aralık 2022; Yargıtay 8. CD. E. 2016/12541, K. 2017/6403, T. 01.06.2017, <www.karararama.yargitay.com.tr>, Erişim Tarihi 25 Aralık 2022.

¹¹¹ Ayrıca TTK m. 359/4’e göre anonim şirketlerde yönetim kurulu üyeliğini sona erdiren sebepler aynı zamanda seçilmeye de engeldir.

halinde yasaklanmış hakların geri verilmesi kararıyla seçilme engeli ortadan kaldırılabılır. Yani SKSFK ve SAŞ Tebliği'nde yer alan hükümler bir yenilik getirmemektedir. Bu sebeple yasaklanmış hakların geri verilmesi kararıyla ilgili hükümlerin, seçilme engeliyle ilgili hükümlerle ilişkilendirilmesi gerekliliği, uyumsuzluğun giderilmesi açısından önemlidir.

Kesinleşmiş hak mahrumiyeti kararları sebebiyle ortaya çıkan seçilme engelini ortadan kaldıran bir uygulama SKSFK'de öngörülmemiştir¹¹². Öğretide *Aslan*, hak mahrumiyeti cezası alanların da yasaklanmış hakların geri verilmesi uygulamasından yararlanabilmesi gerektiği görüşündedir¹¹³. Yasaklanmış hakların geri verilmesi kurumu, ceza hukuku bağlamında belli bir suçtan dolayı veya belli bir cezaya mahkûmiyete bağlanan hak yoksunluklarıyla ilgili olduğundan bu görüşe katılmıyoruz. Bununla beraber kesinleşmiş hak mahrumiyeti kararlarının ortaya çıkardığı seçilme engelini ortadan kaldıran, tüm spor dallarında verilen hak mahrumiyeti kararları açısından ortak nitelikte bir uygulamaya ihtiyaç vardır. Bu yönde uygulamalar sadece bazı spor dallarında verilen birtakım hak mahrumiyeti kararları için öngörülmüştür¹¹⁴.

X. ÖNCEKİ DÖNEMDE KURULAN SPOR KULÜPLERİ VE GENÇLİK VE SPOR KULÜPLERİNİN YENİ DÖNEME TAŞINMASI

Önceki dönemde kurulan gençlik ve spor kulüpleri, yeni dönemde spor kulübü olarak mı gençlik derneği olarak mı faaliyetlerine devam edeceği konusundaki tercihlerini 26.04.2022 tarihine kadar GSB'ye bildirmelidir (SKSFK geçici m. 1/3). Bildirim yapılmamasının sonuçları SKSFK'de düzenlenmemiştir. Kanaatimizce bildirim yapılmaması halinde GSB nezdindeki tescillerin iptal edilmesi yönünde düzenleme yapılması gerekmektedir. Benzer şekilde geçiş hükümlerinde öngörülen yükümlülükleri yerine getirmeyen diğer kulüpler açısından da tescilin iptali, yaptırım olarak kullanılmıştır. Ayrıca yeni dönemde spor kulübü tercihinde bulunan gençlik ve spor kulübü statüsündeki derneklerin tüzüklerinin, idari ve mali yapılarının

¹¹² Çeşitli kanunlarda düzenlenen hak mahrumiyeti cezalarıyla ilgili açıklamalar için bkz. Zübeyt Aydın, "Sporda Adalet ve Hak Mahrumiyeti", Tacar Çağlar (Ed.), *Av. Türker Arslan Armağanı*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2021, s. 136-172.

¹¹³ Aslan, s. 205.

¹¹⁴ Örneğin Futbol Disiplin Talimatı m. 60/2'ye göre gerçek kişileri ilgilendiren süreli hak mahrumiyeti cezalarıyla sınırlı olarak infazın sona ermesinin üzerinden on yıl geçtikten sonra kişinin başvurusu halinde TFF Yönetim Kurulu, bu cezanın sonuçlarının ortadan kaldırılması yönünde karar alabilir.

SKSFK hükümlerine uygun hale getirilmesi bir gerekliliktir. Ancak SKSFK'de bu yönde bir düzenleme yapılmamıştır. Kanaatimizce bu yönde bir düzenleme yapılması ve gerçekleştirilecek işlemler için öngörülecek sürenin, spor kulübü yönündeki tercihin GSB'ye bildirildiği tarihten itibaren başlatılması gerekir. Çünkü spor faaliyetinde bulunulması konusunda henüz bir irade ortaya konulmadan spor kulübü statüsünün gereklerinin yerine getirilmesi beklenemez. Ayrıca yeni dönemde spor faaliyetlerinde bulunacak spor kulübü ve gençlik ve spor kulübü statüsündeki derneklerin spor kulüpleri siciline tescil edilmesini öngören bir hüküm de SKSFK'de yer almamaktadır¹¹⁵. Ancak Tescil Yönetmeliği geçici m. 1'de yer alan *“Bu Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten önce dernek statüsünde kurulmuş olan spor kulüpleri ve üst kuruluşlar ile spor faaliyetinde bulunmak üzere kurulmuş olan anonim şirketlere 39 uncu maddenin birinci fıkrasının (c) bendi hükmü, bunların kuruluş tarihleri esas alınarak uygulanır.”* şeklindeki düzenlemede sicil numaralarına işaret edildiğinden, önceki dönemde kurulup spor kulübü statüsünü kazanan derneklerin spor kulüpleri siciline tescil edileceği anlaşılmaktadır. SKSFK m. 3'te düzenlenen tescil, yeni dönemde kurulan spor kulübü tüzel kişilerinin kuruluş tescili olup SKSFK m. 3/6'da, yönetmelikte düzenleneceği öngörülen tescille ilgili konular kuruluş tesciliyle sınırlıdır. Yeni dönemde spor kulübü, önceki dönemde kurulup tüzüklerini, idari ve mali yapılarını SKSFK hükümlerine uygun hale getiren spor kulübü statüsünü haiz dernekler ve spor kulübü tercihinde bulunan gençlik ve spor kulübü statüsünü haiz dernekler açısından statüyü ifade ettiğinden, SKSFK'de bunların spor kulüpleri siciline tescil edilmesine imkân veren özel düzenleme yapılması gerekir¹¹⁶.

XI. ÖNCEKİ DÖNEMDE KURULAN SPOR KULÜPLERİNİN KAMU YARARINA ÇALIŞAN DERNEK STATÜSÜ

Önceki dönemde kamu yararına çalışan dernek statüsünü kazanmış gençlik ve spor kulüplerinin bu statüleri, ister spor kulübü ister gençlik kulübü şeklinde faaliyet gösterebilir yeni dönemde de devam eder¹¹⁷ (SKSFK geçici

¹¹⁵ Kamu kurum ve kuruluşları bünyesinde kurulan ve spor faaliyetinde bulunan ancak tüzel kişiliği bulunmayan müessese kulüplerinin ise spor kulüpleri siciline tescil edileceği, SKSFK geçici m. 1/4 ve SKSFK geçici m. 4/3'te açıkça öngörülmüştür. Jandarma Gücü Spor Kulübü, bu kapsamdaki spor kulüplerine örnek olarak gösterilebilir.

¹¹⁶ Tescil Yönetmeliği'nin dayanaklarından biri olan SKSFK 12/9 hükmü uyarınca önceki dönemde kurulan üst kuruluşların üst kuruluş siciline tescil edilmeleri yönünde ise Tescil Yönetmeliği'nde düzenleme yapılabilir.

¹¹⁷ Spor Hizmetleri Genel Müdürlüğü tarafından ilan edilen, SKSFK geçici m. 1/1 kapsamındaki

m. 1/1). Gençlik ve spor kulüplerinin aksine önceki dönemde kamu yararına çalışan dernek statüsünü haiz spor kulüplerinin bu statülerinin yeni dönemde devam edeceği SKSFK’de öngörülmemiştir. Maddenin gerekçesinde bu farklılığın altında yatan sebepler hakkında açıklama yapılmamıştır. TBMM Milli Eğitim, Kültür, Gençlik ve Spor Komisyonu Raporu’nda¹¹⁸ ise önceki dönemde kamuya yararlı dernek statüsünü haiz “*spor kulüplerinin*” statülerinin korunduğuna yönelik bazı açıklamalar yer almaktadır. Bu sebeple spor kulüplerinin kamu yararına çalışan dernek statüsünün yeni dönemde korunup korunmadığı konusunda iki görüş ileri sürülebilir. Bunlardan ilki “*bir şeyi zikretmek diğerlerini dışlamaktır*” yorum ilkesinden¹¹⁹ hareketle, önceki dönemde kamu yararına çalışan dernek statüsünü kazanmış spor kulüplerinin yeni dönemde bu statüye sahip olmadığı; ikincisi ise bu spor kulüplerinin kamu yararına çalışan dernek statüsünün ortadan kaldırıldığına yönelik “*açık bir düzenleme*” bulunmadığından statünün yeni dönemde devam ettiği şeklinde ileri sürülebilir. Öğretide *Kaplan*, SKSFK geçici m. 1/1’e işaret ederek önceki dönemde kamu yararına çalışan dernek statüsünü kazanmış spor kulüplerinin statülerinin yeni dönemde de devam ettiğini ifade etmektedir¹²⁰. Önceki dönemde yer alan hangi uygulamaların ne şekilde bir uyum sürecinden geçirileceği veya aynen devam edeceği konusunda açık düzenlemeler yapıldığı ve spor kulüpleri ve gençlik ve spor kulüpleri arasında net bir ayırım olduğu gözetildiğinde, önceki dönemde kamu yararına çalışan dernek statüsünü haiz spor kulüplerinin bu statülerinin yeni dönemde korunmadığı sonucuna varılmaktadır. Aksinin kabulü, gençlik ve spor kulüplerinin kamu yararına çalışan dernek statüsü açısından SKSFK geçici m. 1/1 hükmünün mevcut durumu teyit edip herhangi bir değişiklik getirmediğini kabul etmek ve kanun koyucunun yeni döneme ilişkin aksiyon alma çabasını görmezden gelmektir. Kanun koyucunun, birbirinden farklı iki şeyden birini zikredip diğerini zikretmemesi; onları aynı hükümlere tabi

kamu yararına çalışan spor kulüpleri ve gençlik ve spor kulüpleri için bkz. <<https://shgm.gsb.gov.tr/Sayfalar/4949/105/kamu-yararına-calisan-spor-kulupleri.aspx>>, Erişim Tarihi 25 Haziran 2023.

¹¹⁸ Emrullah İşler’in açıklamaları için bkz. TBMM Milli Eğitim, Kültür, Gençlik ve Spor Komisyonu Raporu, <<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss324.pdf>>, Erişim Tarihi 25 Ocak 2023, s. 35.

¹¹⁹ Açıklamalar için bkz. Kemal Gözler, *Hukuka Giriş*, 19. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2022, s. 346.

¹²⁰ Onur Kaplan, “7405 Sayılı Kanun Çerçevesinde Kamu Yararına Çalışan Spor Kulüpleri”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, (54), 2023, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/3049137>>, Erişim Tarihi 1 Haziran 2023, s. 90 dpnt.

tutmak istememesindedir¹²¹. Kanaatimizce spor faaliyetlerinde bulunmaları açısından gençlik ve spor kulüpleriyle arasında fark bulunmadığından spor kulüplerinin kamu yararına çalışan dernek statüsünün devam ettirilmesi gerekirdi. Dernekler arasında sadece statü farklılığına dayanan bu ayrımın haklı bir gerekçesi bulunmamaktadır. Bununla beraber önceki dönemde kamu yararına çalışan dernek statüsünü kazanmış spor kulüplerinin yeni dönemde statülerini kaybetmeleri, o statüye bağlı haklardan yararlanamayacakları anlamına gelmez. Yeni dönemde bu haklardan, DK m. 27 uyarınca “*kamu yararına çalışan dernek*” olarak değil SKSFK m. 11 uyarınca “*kamu yararına çalışan spor kulübü*” olarak belirlenmek suretiyle yararlanılabilir¹²². Kamu yararına çalışan spor kulüpleri, kamu yararına çalışan derneklere tanınan haklardan yararlanır¹²³ (SKSFK m. 11/4).

SONUÇ

Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu yürürlüğe konularak Türk sporuna yeni bir sistem kazandırılmıştır. Bu sistemi yaratan temel motivasyon Türk sporunun geleceğinden duyulan kaygıdır. Bu sebeple SKSFK’de başta mali sorunların çözümüne yönelik olmak üzere birçok konuda kapsamlı düzenlemeler yapılmıştır.

Kanunun adı, içeriği hakkında fikir sahibi olunması açısından önemlidir. SKSFK, spor faaliyetleriyle ilgili düzenlemelerin yapıldığı en geniş kapsamlı kanundur. Ancak SKSFK’nin adı, sadece spor kulüpleri ve spor federasyonlarıyla ilgili düzenlemeler yapıldığı izlenimini uyandırmakta, kapsamını tam olarak yansıtmamaktadır. SKSFK’nin adı, kapsamını tam olarak yansıtacak şekilde değiştirilmelidir.

Hükümlerin düzensiz şekilde konumlandırılması sebebiyle SKSFK’nin sistematik yönü zayıftır. Bazı hükümlerin konu bakımından dağınık halde bulunması sebebiyle konuyla ilgili hükümlerin tespit edilmesi güçtür. Bu durum, SKSFK’den verimli şekilde yararlanılmasını engellemektedir. Düzensizlik sorunu giderilerek kanunun sistematik yönü güçlendirilmelidir.

Emredici nitelikte olmaları sebebiyle tanımlara, kanunun lafzından

¹²¹ Gözler, s. 346.

¹²² Spor kulüplerine, SKSFK’de hüküm bulunmayan konularda TMK ve DK hükümleri uygulanabilir (SKSFK m. 25).

¹²³ Kamu yararına çalışan derneklere tanınan ayrıcalıklar hakkında açıklamalar için bkz. Dural / Ögüz, s. 280-281.

başka bir anlam yüklenmesi mümkün değildir. SKSFK’de üst kuruluşun, spor federasyonunun ve spor anonim şirketi yöneticisinin tanımı, mevzuat hükümleriyle uyumlu şekilde yapılmamıştır. Bu tanımlar, tanımları ilgilendiren hükümlerle uyumlu hale getirilmelidir.

Eksik, gereksiz ve uyumsuz ifadelerin kullanılması sebebiyle SKSFK hükümleri açısından bazı tereddütler doğmaktadır. Bu ifadelerde ekleme, çıkarma ve uyumlu hale getirme yönünde değişiklikler yapılarak SKSFK’ye, ihtiyaçlara uygun ifadeler kazandırılmalıdır.

Üye sayısı on binden fazla olan spor kulüplerinde, SKSFK m. 20/4’te sayılan nitelikteki alacakların devrine karar verilecek genel kurul toplantıları için özel bir toplantı yeter sayısı öngörülmediğinden genel kurul, tek üyenin katılımıyla dahi toplanabilir ve bu üyenin olumlu oyuyla SKSFK m. 20/4’te sayılan alacakları devredebilir. Üye sayısı on binden fazla olan spor kulüplerinin bu genel kurul toplantıları için kanunun amacına uygun toplantı yeter sayısı belirlenerek spor kulüplerinin malvarlığını tehlikeye atan bu durum ortadan kaldırılmalıdır.

Federasyon ve konfederasyonların amaçlarının ne olduğu SKSFK’de düzenlenmemiştir. Sürekli amaç tüzel kişiliğin zorunlu unsuru olduğundan bu önemli eksiklik giderilerek amaç belirsizliği ortadan kaldırılmalıdır. Ayrıca SKSFK m. 12/7’ye göre spor federasyonları, görev ve yetkilerini federasyon ve konfederasyonlara devredebilir. Devir konusunda belirgin ve yeterli düzenlemeler yapılmaması sebebiyle ciddi sorunların doğabileceği düşünülmektedir. Devredilen görev ve yetkilerin, federasyon ve konfederasyonlar tarafından kullanılmasından kaynaklanabilecek sorunlar da gözetilerek gereken düzenlemeler yapılmalıdır.

Spor anonim şirketlerinin spor dalı tesciliyle ilgili usul ve esasları düzenleme yetkisi GSB’ye aittir. Spor anonim şirketlerinde spor dalı tescilinin, spor dalının bağlı olduğu spor federasyonu tarafından yapılması sebebiyle tescille ilgili usul ve esasları düzenleme yetkisinin de spor dalının bağlı olduğu spor federasyonuna verilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

Kuruluş kanunu bulunan spor federasyonlarına uygulanacak ve uygulanmayacak SKSFK hükümleri belirlenirken başarılı bir sonuç ortaya konulamamıştır. Bu sebeple SKSFK m. 1/2’nin ulaşılmak istenen hedeflere uygun şekilde yeniden düzenlenmesi gerekmektedir. Ayrıca spor federasyonlarıyla ilgili bazı hükümlerin, sadece kuruluş kanunu bulunan veya sadece kuruluş kanunu bulunmayan spor federasyonlarına uygulanacak

şekilde düzenlenmesi sebebiyle spor federasyonları açısından çeşitli ayrımlar ortaya çıkmıştır. Haklı bir gerekçeye dayanmayan bu ayrımların ortadan kaldırılması gerektiğini düşünüyoruz.

Kanun koyucunun, SKSFK m. 5/4'te görevin kendiliğinden sona ermesini ve SKSFK m. 47/16'da görevi sona eren kişilerin görevlerinin sona erdirilmesini düzenlemesi sebebiyle spor kulübünün genel kurul dışındaki kurullarındaki görevin ne şekilde sona ereceği konusunda belirsizlik bulunmaktadır. Görevin hukuken ve fiilen sona ermesi şeklinde yapılacak ayırımın konuyu aydınlatacağını düşünüyoruz. Bu kapsamda, spor kulüplerinin genel kurul dışındaki kurullarında görev alan kişilerin görevi, SKSFK m. 5/4'te öngörülen şekilde verilen mahkûmiyet kararının kesinleşmesiyle hukuken sona erer. Bu kişiler, kurullarda fiilen görev almaya devam ederse SKSFK m. 47/16 uyarınca görevlerinin fiilen sona erdirilmesi gerekir.

Adli Sicil Kanunu m. 13/A uyarınca yasaklanmış hakların geri verilmesi kararıyla, spor kulüpleri ve spor anonim şirketlerinin genel kurul dışındaki kurul üyelikleri için ortaya çıkan seçilme engeli ortadan kaldırılabilir. SKSFK m. 5/4'ün yasaklanmış hakların geri verilmesi kararıyla ilgili ikinci cümlesinin, seçilme engeliyle ilgili olan SKSFK m. 5/6'ya taşınması gerekir. Ayrıca kesinleşmiş hak mahrumiyeti kararları sebebiyle ortaya çıkan seçilme engelini ortadan kaldırılmasına yönelik genel nitelikte bir düzenlemeye ihtiyaç olduğu düşüncesindeyiz.

Önceki dönemde kurulan ve spor faaliyetlerinde bulunan derneklerin yeni döneme taşınması konusunda SKSFK'nin geçiş hükümleri yetersizdir. Bu sebeple özellikle uygulamada bazı sorunların ortaya çıkabileceği düşünülmektedir. Ayrıca önceki dönemde kurulan gençlik ve spor kulüplerinin aksine spor kulüplerinin kamu yararına çalışan dernek statüsünün devam edeceği yönünde düzenleme yapılmaması sebebiyle bu dernekler, yeni dönemde kamu yararına çalışan dernek statüsünü haiz değildir. Spor kulübü ile gençlik ve spor kulüpleri arasında yapılan ve sadece statü farkıyla açıklanabilecek bu ayırım isabetli olmamıştır. Spor kulübü statüsünü haiz dernekler, kamu yararına çalışan spor kulübü olarak belirlenirse yeni dönemde de kamu yararına çalışan derneklerin sahip olduğu haklardan yararlanabilir.

KAYNAKÇA

- Abanazır S C, *Spor Hukukuna Giriş*, Adalet Yayınevi, 2022.
- Akansel B, “Türk Spor Kulüplerinin Yapılanması ve Güncel Sorunları”, Tacar Çağlar (Ed.), *Ankara Barosu Spor Hukuku Kurulu Av. Mustafa Kemal Kaya Armağanı*, Afşaroğlu Matbaası, 2015, s. 55-63.
- Aküzüm U / Akbıyık D, “Spor Kulübü Yöneticilerinin Mali Sorumluluğu: Kulüpler Yasası Tartışmaları”, Tacar Çağlar (Ed.), *Av. Türker Arslan Armağanı*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2021, s. 35-56.
- Altay S A, “Spor Anonim Ortaklıklarına İlişkin İlk Düşünceler”, Hatice Özdemir Kocasakal (Ed.), *Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu'nun Çeşitli Hukuk Disiplinleri Açısından Değerlendirilmesi*, Legal Yayıncılık, 2022, <www.legal.com.tr>, Erişim Tarihi 28 Ekim 2022, s. 31-48.
- Arkan S, *Ticari İşletme Hukuku*, Son Değişikliklere Göre Hazırlanmış 27. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2021.
- Arslan Ç, “Yasaklanmış Hakların Geri Verilmesi (5352 sayılı Adli Sicil Kanunu md.13/A)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 56(4), 2007, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/627343>, Erişim Tarihi 2 Ocak 2023, s. 1-53.
- Aslan M, *Spor Anonim Şirketleri*, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Atalı M / Ermenek İ / Erdoğan E, *Medeni Usul Hukuku*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, 2021.
- Ayanoğlu T, “Spor Etkinlikleri Üzerinde Devletin Yetkileri ve Spor Federasyonları”, Hatice Özdemir Kocasakal (Ed.), *Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu'nun Çeşitli Hukuk Disiplinleri Açısından Değerlendirilmesi*, Legal Yayıncılık, 2022, <www.legal.com.tr>, Erişim Tarihi 28 Ekim 2022, s. 83-93.
- Aydın Z, “Sporda Adalet ve Hak Mahrumiyeti”, Tacar Çağlar (Ed.), *Av. Türker Arslan Armağanı*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2021, s. 82-176.
- Ayhan R / Çağlar H / Özdamar M, *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 15. Baskı, Yetkin Yayınları, 2022.
- Ayverdi İ, *Misalli Büyük Türkçe Sözlük*, Kubbealtı Neşriyatı, 2010.

Bayram E, “Kanun Sistematiğinde “Madde””, *Yasama Dergisi*, (8), 2008, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1121376>>, Erişim Tarihi 1 Ağustos 2022, s. 102-123.

Büyükhatipoğlu M C, “Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi Taslağı İle Düzenlenen Spor Anonim Şirketi Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunun Değerlendirilmesi”, Tacar Çağlar (Ed.), *Av. Dr. Halûk Burcuoğlu Armağanı*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2022, s. 151-176.

Can M E, *Özel Hukukta Tüzel Kişiler*, 1. Baskı, Ankara Basım Ofset LŞ., 2017.

Çağlayan R, *Spor Hukuku (Spor Hukuku Temel Metinleri)*, Asil Yayın Dağıtım, 2007.

Develioğlu M, “7405 Sayılı Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu Çerçevesindeki Spor Kulüplerinin Hukuki Yapısı ve Menajerlik Sözleşmeleri”, Hatice Özdemir Kocasakal (Ed.), *Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu'nun Çeşitli Hukuk Disiplinleri Açısından Değerlendirilmesi*, Legal Yayıncılık, 2022, <www.legal.com.tr>, Erişim Tarihi 28 Ekim 2022, s. 3-30.

Doğu, H M, *61 Soruda Spor Hukuku*, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2023.

Dural M / Öğüz T, *Türk Özel Hukuku (Kişiler Hukuku)*, Cilt II, 23. Baskı, Filiz Kitabevi, 2022.

Ege Ö, *Türk Medeni Hukuku'na Göre Spor Kulüpleri*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022.

Erdoğan H B, “Türk Hukukunda Spor Kulüplerinin Hukuki Yapısı ve Futbol Şubelerinin Şirketleşmesi”, Tacar Çağlar (Ed.), *Av. Türker Arslan Armağanı*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2021, s. 367-380.

Ergün Ö, *Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinin Ehliyet Durumu*, On İki Levha Yayıncılık, 2010.

Ertaş Ş / Petek H, *Spor Hukuku*, Genişletilmiş 3. Baskı, Yetkin Yayınları, 2017.

Genç D A, “Spor Hukuku Bakımından Türk Medeni Kanunu ve Dernekler

Kanunu Kapsamında Spor Kulüplerinin Değerlendirilmesi”, *Yargıtay Dergisi*, 39(1-2), 2013, s. 29-66.

Gerçeker, H, *Spor Hukuku*, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2023.

Gökçek Karaca N, “Kanunlarımızda Yer Alan Madde Başlıklarının Madde İçeriğiyle Uyumsuzluk Sorunu”, *Afyon Kocatepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 2(2), 2001, s. 65-71.

Gözler K, *Hukuka Giriş*, 19. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2022.

Gülşen R, *Spor Hukuku (Genel Esaslar)*, Adalet Yayınevi, 2020.

Günel, A N / Küçükgüngör E, *Türk Spor Hukukunun Genel Esasları ve İlgili Mevzuat*, Yetkin Yayınları, 1998.

Hirsh E, “Hukuk Bir Bilim Kolu Mudur?”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2(1), 1944, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/635474>>, Erişim Tarihi 10 Temmuz 2022, s. 19-61.

İmamoğlu A F / Karaoğlu E / Erturan E E, “Spor Kulüplerinin Yapısal Nitelikleri ve Temel Problemleri”, *Gazi Beden Eğitimi ve Spor Bilimleri Dergisi*, 12(3), 2007, s. 35-61.

İnternet: <<http://www.karararama.yargitay.com.tr>>.

İnternet: <<https://sporkanunu.gsb.gov.tr>>, Erişim Tarihi 5 Şubat 2023.

İnternet: <<https://www.tbmm.gov.tr/yasama/kanun-teklifleri>>, Erişim Tarihi 13 Kasım 2022.

İnternet: <www.corpus.com.tr>.

İnternet: <www.legal.com.tr>.

İnternet:<<https://shgm.gsb.gov.tr/Sayfalar/4949/105/kamu-yararına-calisan-spor-kulupleri.aspx>>, Erişim Tarihi 25 Haziran 2023.

Kalafatoğlu M P, “Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu’nun Değerlendirilmesi: Spor Kulüplerinin Kanuna Bakışı”, Hatice Özdemir Kocasakal (Ed.), *Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu’nun Çeşitli Hukuk Disiplinleri Açısından Değerlendirilmesi*, Legal Yayıncılık, 2022, <www.legal.com.tr>, Erişim Tarihi 28 Ekim 2022, s. 133-143.

- Kaplan İ, “Kanun Yapma San’atı ve Tekniği”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 47(1), 1992, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/36589>>, Erişim Tarihi 1 Temmuz 2022, s. 99-101.
- Kaplan O, “7405 Sayılı Kanun Çerçevesinde Kamu Yararına Çalışan Spor Kulüpleri”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, (54), 2023, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/3049137>>, Erişim Tarihi 1 Haziran 2023, s. 77-96.
- Kıratlı M, *Yönetim Kurulu Başkanı*, Yetkin Yayınları, 2021.
- Küçükgüngör E / Akgül B, “Futbol Kulüplerinin Halka Açılması”, Tacar Çağlar (Ed.), *Ankara Barosu Spor Hukuku Kurulu Av.Ömer Remzi Arıkan Armağanı*, Matttek Matbaacılık, 2013, s. 553-596.
- Küçükgüngör E, “Türkiye’de Spor ile İlgili Mevzuatın Değerlendirilmesi”, Kismet Erkiner (Ed.), *Spor Hukuku Dersleri*, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, 2007, s. 225-236.
- Oğuzman M K / Barlas N, *Medenî Hukuk*, 27. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Oğuzman M K, Seliçi Ö, Oktay-Özdemir S, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 21. Baskı, Filiz Kitabevi, 2022.
- Orhan Ü / Özkurt E, *Spor Hukuku*, Adalet Yayınevi, 2023.
- Özbek V Ö / Doğan K / Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Özkan, C, *7405 Sayılı Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu Çerçevesinde Spor Hukuku*, Adalet Yayınevi, 2022.
- Özkan O, “7405 Sayılı Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu’na İlişkin Fenerbahçe Spor Kulübü’nün Değerlendirmeleri”, Hatice Özdemir Kocasakal (Ed.), *Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu’nun Çeşitli Hukuk Disiplinleri Açısından Değerlendirilmesi*, Legal Yayıncılık, 2022, <www.legal.com.tr>, Erişim Tarihi 30 Ekim 2022, s. 155-161.

- Özelçi A, *Türkiye Futbol Federasyonu'nun Türk Hukukundaki Yeri*, Seçkin Yayıncılık, 2010.
- Pekcanitez H / Meriç N, *Medenî Usûl Hukukunda Fer'i Müdahale*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Sarıkaya M, “Anonim Şirket Genel Kuruluna Katılmaya Yetkili ve Katılmak Zorunda Olanlar ile Katılmamanın Hukuki Sonuçları”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, (1), 2021, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1195848>>, Erişim Tarihi 2 Ağustos 2022, s. 415-460.
- Savcı B, “Kanun Tekniği ile İlgili Meseleler Üzerine Bir Seminer”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 16(4), 1961, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/37493>>, Erişim Tarihi 2 Temmuz 2022, s. 205-215.
- Saymen F H, “Matlablar Kanun Mudur?”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 10(3-4), 2011, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/97128>>, Erişim Tarihi 7 Ağustos 2022, s. 565-578.
- Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Çalıştayı Sonuç Raporu, <<https://sporkanunu.gsb.gov.tr/dist/images/sonuc-raporu.pdf>>, Erişim Tarihi 5 Şubat 2023.
- Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu Gerekçesi, <<https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-4331.pdf>>, Erişim Tarihi 20 Mayıs 2022.
- Türkiye Amatör Spor Kulüpleri Konfederasyonu Tüzüğü, <<https://www.taskk.org.tr/taskk-tuzugu-205453-sayfasi>>, Erişim Tarihi 30 Aralık 2023.
- Türkiye Büyük Millet Meclisi Milli Eğitim, Kültür, Gençlik ve Spor Komisyonu Raporu, <<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss324.pdf>>, Erişim Tarihi 25 Ocak 2023.
- Üçışık H F, *Spor Hukuku*, Ötüken Neşriyat, 2017.
- Üzeltürk H, “7405 Sayılı Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu'nun Malî Hükümleri”, Hakan Üzeltürk (Ed.), *Spor Hukuku Yazıları*, Legal Yayıncılık, 2022.
- Veziroğlu C, “7405 Sayılı Spor Kanunu Kapsamında Spor Anonim Şirketi

Yöneticilerinin Tabi Oldukları Yasaklar ve Sorumluluk Rejimi”, Hatice Özdemir Kocasakal (Ed.), *Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu'nun Çeşitli Hukuk Disiplinleri Açısından Değerlendirilmesi*, Legal Yayıncılık, 2022, <www.legal.com.tr>, Erişim Tarihi 28 Ekim 2022, s. 49-68.

Yarmalı E S / Alp S, *Hukuk Terimleri Sözlüğü*, Türkmen Kitabevi, 2011.

Yurt Ç, *Spor ve Hukuk*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2023.

Yüce A A, “7405 Sayılı Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu'na Göre Spor Anonim Şirketleri ve Bu Şirketlerin Diğer Anonim Şirketlerle Karşılaştırılması”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(2), 2022, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/2522460>>, Erişim Tarihi 3 Kasım 2022, s. 482-500.

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

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVIII Nisan / April 2024 Sayı / No. 2

SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ KAPSAMINDA AVUKATIN
SÖZLEŞMEDEN DOĞAN ÜCRET ALACAĞININ DEVRİNİN
GEÇERLİLİĞİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ*

EVALUATION OF THE VALIDITY OF THE ASSIGNMENT OF
THE ATTORNEY'S CONTRACTUAL REMUNERATION CLAIM
WITHIN THE SCOPE OF THE DUTY OF SECRECY

Banu ATLI DARCAN** 

ÖZET

[10.34246/ahbvuhfd.1394816](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1394816) 

Avukat ile müvekkili arasındaki ilişki güven üzerine inşa edilir. İki tarafın birbirine güvenmesi, hukuki yardım talep eden müvekkil için olduğu kadar, kendisini özellikle söz konusu davalarda etkin bir şekilde hukuki yardım sağlamaya ve adalet arayışını kolaylaştırmaya adanmış, gerçeğin ortaya çıkarılmasına yardımcı olma görevi olan avukat için de son derece önemlidir. Müvekkil, hukuki yardım için başvurduğu konuda avukatına tüm detayları aktarırken sır niteliğinde, gizli kalmasını arzu ettiği bilgilerini de paylaşır. Hatta bazı durumlarda hukuki yardımın gereği gibi yerine getirilmesi için bunların paylaşılması kaçınılmazdır. Bu çalışmada, avukatın sır saklama yükümlülüğünün, avukatlık ücretinin devredilmesine engel teşkil edip etmediği incelenecektir. Bu kapsamda öncelikle sır saklama yükümlülüğünün kapsamı açıklanacak, sonrasında avukatın sır saklama yükümlülüğünün hukuki dayanağı ile genel hatlarıyla yükümlülüğün ihlalinin sonuçları üzerinde durulacaktır. İsviçre,

* Bu makale, doktora mezuniyet şartının sağlanması amacıyla yazarın Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Programı kapsamında ve Prof. Dr. Serkan Ayan danışmanlığında hazırladığı “Vekilin (Özellikle Avukatın) Ücret Alacağı” başlıklı doktora tezinden üretilmiştir.

** **Arş. Gör.**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı/İZMİR, **e-posta:** atlibanu@gmail.com, **ORCID:** 0000-0002-0739-3308, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1394816

- **Atf Şekli/ Cite As:** Atlı Darcan B, “Sır Saklama Yükümlülüğü Kapsamında Avukatın Sözleşmeden Doğan Ücret Alacağıın Devrinin Geçerliliğinin Değerlendirilmesi”, *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28(2), 2024, s. 289-334.
- **İntihal / Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*



Alman ve Türk hukuklarında konuya ilişkin yaklaşım ve yargı kararları aktarıldıktan sonra görüşümüze yer verilecektir.

Anahtar Kelimeler: *Sır Saklama Yükümlülüğü, Gizlilik Yükümlülüğü, Mesleki Sır, Avukatlık Ücreti, Alacağın Devri*

ABSTRACT

The attorney-client relationship is founded upon trust. This trust is of equal significance for the client seeking legal assistance and the attorney, who is dedicated to delivering legal aid effectively and facilitating the pursuit of justice, and who has duty to aid the ascertainment of the truth particularly in the cases under consideration. The client may share with the attorney all pertinent details pertaining to the legal assistance sought, including confidential information intended to be held in trust. In certain instances, divulging such information is imperative for the proper execution of legal assistance. This article aims to assess whether the attorney's obligation of secrecy poses a hindrance to the assignment of the attorney's contractual remuneration. Within this framework, will be expounded initially the scope of the confidentiality obligation, followed by an examination of the legal foundation of the attorney's secrecy obligation and the general consequences of its breach After the approaches and judicial decisions in Swiss, German and Turkish law, our opinions and recommendations will be presented.

Keywords: *Duty of Secrecy, Duty of Confidentiality, Professional Secrecy, Attorney's Remuneration, Assignment of Claims*

EXTENDED ABSTRACT

In asserting or defending one's rights, a person often needs the assistance of a proficient attorney as an advisor or representative. The attorney's efficacy in providing the sought-after assistance to their client, who relies on their legal knowledge, hinges upon the establishment of mutual trust between the parties, especially the client's trust in the attorney. The client, entrusting confidential information to the attorney, confides the attorney's commitment to maintaining confidentiality. Through this obligation, the attorney guarantees that the entrusted secrets will not be disclosed or misused.

The aim of this article is to examine whether the obligation of secrecy, which is of utmost importance for the legal profession and which, if breached, entails various consequences in contract law, disciplinary law and criminal law, prevents the attorney from assigning their claim. This is due to the attorney's obligation, when assigning the claim, the attorney is obliged to furnish the assignee with the information and documents related to the claim (TCO Art. 190, OR Art. 170/2, BGB § 402). This provision serves the purpose of enabling the assignee to assert the claim against the debtor successfully. If the duty of secrecy is breached with the assignment of the claim, it becomes imperative to address the question of the validity of said assignment.

This question can be addressed in two distinct manners. Initially, it may be asserted that there is no provision prohibiting the assignment of claims under the Attorneyship Law No. 1136; therefore, the breach of the secrecy obligation does not render the assignment of the claim void; rather, the attorney incurs the repercussions of breaching the obligation. Secondly, it can be concluded that the assignment of the claim is invalid due to obstacles arising from the either law or the nature of the legal relationship (according to OR Art. 164/1, TCO Art. 183/1). In addition, from the protective purpose of the norms regulating the duty of secrecy, it can be said that it is not possible to accept the assignment of the claim as valid as a rule.

In the pursuit of an answer to this question, an initial examination involves an analysis of doctrinal perspectives and legal regulations in both Swiss and German law. The minority opinion in the Swiss doctrine accepts that in agency relationships with a duty of confidentiality, especially in contracts where the attorney or physician is a party, the remuneration claim cannot be transferred without the consent of the debtor, and that the nature of the legal relationship prevents the assignment. On the other hand, according to the prevailing opinion in Switzerland, the agent (and attorney) may assign the remuneration claim. However, if the agent is bound by a confidentiality obligation, the agent will only violate the confidentiality obligation by assigning the claim. While this does not invalidate the assignment per se, it may raise the liability of the agent under criminal or contract law.

In German law, the assignment of attorneys' remuneration claims is specifically regulated in the Federal Code for Lawyers (BRAO). According to BRAO § 49b/4: "The assignment of remuneration claims or the transferral of their collection to lawyers or to professional practice companies as defined in section 59b is permissible".

In Turkish law, according to one opinion, since there is no prohibition in the law, it is accepted that attorney's remuneration may be assigned, unless otherwise agreed by the parties in the contract. The Court of Cassation also has similar decisions. Another opinion accepts that a decision should be made according to the result by taking into account the characteristics of the concrete case in terms of the attorney's confidentiality obligation.

In our perspective, in the event of the attorney assigning the remuneration claim, the first consideration should be whether the obligation of secrecy has been breached. It is not tenable to assert that this obligation is violated in every instance. In the concrete case, unless the obligation of secrecy has been breached, the assignment of the claim may be deemed valid. Nevertheless, since the mandatory norms and the provisions of the criminal law aim to protect the debtor's desire for confidentiality, it would be more appropriate to consider the assignment of the claim as invalid as a rule, as long as the client does not consent and the obligation of secrecy is breached. In cases of breached duty of secrecy, we contend that it is also necessary to consider whether the debtor subsequently consents to the assignment. Indeed, if the client, despite the attorney's breach of the confidentiality obligation, subsequently provides approval

for the transfer of the claim, there is no significance in deeming the assignment of the claim as invalid. The subsequent consent by the client renders the assignment of the claim valid retroactively. Conversely, in instances of breached confidentiality and the absence of the client's consent to the assignment of the claim, the assignment should be considered invalid.

GİRİŞ

Sır saklama yükümlülüğü, avukatın temel mesleki yükümlülüklerinden biridir. Bu yükümlülük, haklarının korunması için kendisini tamamen avukatına emanet eden müvekkil ile avukat arasındaki özel güven ilişkisine dayanmaktadır¹. Müvekkil, menfaatlerini korumak için gerekli olan her şeyi avukatına emanet edebileceğinden emin olmalıdır². Nitekim yalnızca verdiği bilgilerin gizli kalacağından şüphe etmeyen müvekkiller avukatlarına güvenir ve suç veya kabahat dahi olsa yardım konusu olayın tüm detaylarını avukatlarına anlatır. Gizlilikten şüphe duyanlar ise, neyi açıklamaları ve neyi gizlemeleri gerektiğini her zaman zihninde tartmak zorunda kalır, verilen bilgiler de bu nedenle eksik olabilir³. Bu kapsamda bir avukatın hukuki yardımına başvuran müvekkil, avukatın kendisine emanet edilen veya mesleğin icrası vesilesiyle öğrenilen sırlar hakkında gizliliği korumasını bekler. Avukatlık mesleğinin çekirdek değerlerinden biri olan sır saklama yükümlülüğü, müvekkilin avukatına duyduğu güvenin temelini oluşturur ve sözleşme konusu işte emanet edilen sırların açıklanmayacağını veya kötüye kullanılmayacağını garanti altına alır. Ancak, avukat-müvekkil gizliliği sadece müvekkilin değil,

¹ Antje Jungk, “§ 24 Verschwiegenheitspflicht”, Brigitte Borgmann/Antje Jungk/Michael Schwaiger (Ed.), *Anwaltschaftung*, 6. Auflage, C.H. Beck, 2020, N. 172; Giovanni Andrea Testa, *Die zivil- und standesrechtlichen Pflichten des Rechtsanwaltes gegenüber dem Klienten*, Schulthess Juristische Medien AG, 2001, s. 135; Felix Wolfers, *Der Rechtsanwalt in der Schweiz – Seine Funktion und öffentlich-rechtliche Stellung*, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1986, s. 133; Bernhard F. Meyer-Hauser, *Anwaltsgeheimnis und Schiedsgericht*, Schulthess Juristische Medien, 2004, N. 40; Lorenz Lauer, *Das Anwaltshonorar*, Dike Verlag, 2023, N. 465.

² Walter Fellmann, “Der einfache Auftrag, Art.394-406 OR” *Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Band VI, 2.Abelteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse*, 4. Teilband, Bern, 1992, Art 398, N. 42; Michael Kull, *Die zivilrechtliche Haftung des Anwalts gegenüber dem Mandanten, der Gegenpartei*, Schulthess, 2000, s. 80; Alexander Brunner/Matthias-Christoph Henn/Kathrin Kriesi, *Anwaltsrecht*, Schulthess, 2015, s. 183; Nejat Aday, *Avukatın Sözleşmeden Doğan Hukuki Sorumluluğu*, Vedat Kitapçılık, 2016, s. 370.

³ Walter Fellmann, *Anwaltsrecht*, 2. Auflage, Stämpfli Verlag, 2017, N. 520.

aynı zamanda avukatın kendisinin ve yargının da yararınadır⁴. Gerçekten de adaleti tesis maksadına ulaşmak için gerekli iş birliğinin ön koşulu olan avukatın güvenilirliği, mesleki sırrın korunmasıyla ayakta durur veya düşer. Bu kapsamda bahsi geçen yükümlülük, aynı zamanda kamunun da yararına hizmet eder⁵.

Avukatın ücret alacağına devrine ilişkin 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nda bir yasak bulunmamasıyla birlikte, sır saklama yükümlülüğüne ilişkin mevzuatta yer alan hükümlerin amacından, devrin engellendiği sonucuna varılıp varılamayacağı bu çalışmanın cevabını aradığı sorudur. Bu minvalde öncelikle avukatın sır saklama yükümlülüğü incelenecek, İsviçre ve Alman hukuklarında avukatlık sözleşmesi bakımından öğreti ve içtihatları görüşlere yer verilecek, sonrasında Türk hukukunda konuya dair yaklaşım incelenerek nihayetinde değerlendirilmeleri sunulacaktır.

I. AVUKATIN SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE BU YÜKÜMLÜLÜĞÜN İHLALİNİN AVUKATLIK SÖZLEŞMESİ BAKIMINDAN SONUÇLARI

A. Avukatın Sır Saklama Yükümlülüğü ve Kapsamı

Avukatlık mesleği, deyim yerindeyse bir sığınak mesleği olarak kabul edilmektedir, zira avukat yardım arayan kişi için genellikle tek sığınak ve destek için son umuttur. Bu amaçla, müvekkil tarafından süreç veya davanın gerçeklerinin açıklanması mutlak bir şekilde gereklidir. Menfaatlerin en iyi ve etkili şekilde savunulması ancak avukatın tam olarak bilgilendirilmesiyle mümkündür, ne var ki bu bazen hoş olmayan, hassas ve gizli bilgileri de içerir⁶. İşte bu bilgilerin sır olması durumunda avukat tarafından büyük bir titizlikle saklanması gerekmektedir.

Sır, sahibinin açıklanmamasında yarar gördüğü ve başkaları tarafından daha önce bilinmeyen hususlardır⁷. Müvekkil sırrın sahibiyken, sırrın

⁴ Wolfers, s. 133; Testa, s. 135; Fellmann, *Anwaltsrecht*, N. 523; Lauer, N. 466.

⁵ Wolfers, s. 133; Fellmann, *Anwaltsrecht*, N. 523.

⁶ Jessica Enzmann, *Erbrechtliche Informationsansprüche und deren verfahrensrechtliche Durchsetzung, insbesondere die Stufenklage*, Schulthess Juristische Medien, 2023, N. 176.

⁷ Meral Sungurtekin Özkan, *Avukatlık Mesleği, Avukatın Hak ve Yükümlülükleri*, 3. Bası, Barış Yayınları, 2012, s. 500. Ayrıca bkz. İlker Tepe, "Ticari Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi veya Belgelerin Açıklanması Suçu, (TCK m. 239/1-3)", *Ceza Hukuku Dergisi*, (14), 2010, s. 103 vd.; Cengiz Topel Çiftçioğlu, *Sırrın Korunması Boyutuyla Ticari Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrının Açıklanması Suçu*, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 34 vd.

saklayıcısı ise sırrın kendisine emanet edildiği veya mesleğini icra ederken sırrı öğrenen avukattır. Sır sahibi ve sır saklayıcısı, sırrın taşıyıcılarıdır. Sırdan haberdar olan ve bunu kamuya açıklamak istemeyen veya buna izin verilmeyen üçüncü kişiler de sır taşıyıcısı olarak kabul edilir⁸.

Sır, birinin gizli tutmak istediği ve aslında gizli tuttuğu her şey anlamına gelir. Bu, sırrın subjektif yönüne işaret etmektedir. Anlaşılacağı üzere, sırrın mevcudiyeti için gerekli olan subjektif şart, sır sahibinin iradesidir⁹. Sır sahibinin iradesi, onun açıklamalarından ve davranışlarından anlaşılabilir¹⁰.

Sırrın mevcudiyeti için objektif unsur, sırrın aleni olmamasıdır¹¹. Herkesçe bilinen hususlar sır olmaz ancak burada sırrın hiç kimse tarafından bilinmemesi değil, herkes tarafından bilinmemesi önemlidir. Sır sahibi, belirli ve sınırlandırdığı kimselere sırrını söylemiş ve bunlar tarafından da sırrın gizli tutulması gerekiyorsa, bu kimseler de sır taşıyıcısıdır ve burada aleniyetten bahsetmek mümkün değildir. O hâlde, sır olarak nitelendirilecek olgu “*nispeten bilinmiyorsa*”, yani ne açık ne de genel olarak erişilebilirse, yalnızca sınırlı bir kişi çevresi tarafından biliniyorsa, objektif olarak sırrın varlığından söz edilebilir. Bunun tersine, aleni bir hususun varlığında sırdan söz edilemez, dolayısıyla bir olgunun gizlilik mührü altında iletilmiş olması sırrın varlığını zorunlu kılmaz¹².

⁸ Testa, s. 141; Meyer-Hauser, N. 42.

⁹ Testa, s. 141-142; Thomas Sprenger, *Anwaltsgeheimnis des Unternehmensjuristen*, Schulthess Juristische Medien, 2011, s. 60. Sırrın var olabilmesi için müvekkilin gizlilik konusundaki menfaatinin subjektif unsur olduğu yönünde bkz. Kaspar Schiller, *Schweizerisches Anwaltsrecht*, Schulthess, 2009, N. 435-436; Brunner/Henn/Kriesi, s. 186. Menfaatlerinin ne olduğuna karar verme ve genel olarak bilinmeyen bilgilerin gizli tutulup tutulmayacağını belirleme yetkisinin müvekkile ait olduğu yönünde bkz. Schiller, N. 435-436.

¹⁰ Sungurtekin Özkan, s. 501. Sırna yönelik herhangi bir subjektif menfaatin yeterli olduğu, bu nedenle hangi olguların sır teşkil edeceğini yalnızca müvekkilin belirleyeceği yönünde bkz. Testa, s. 142, dn. 970.

¹¹ Schiller, N. 426; Brunner/Henn/Kriesi, s. 186; Özcan Günergök, “Avukatın Sır Saklama Yükümlülüğü”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7(1-2), 2003, s. 656; Sungurtekin Özkan, s. 501. Aleni bir hususun sonradan sır hâline gelebileceğine ilişkin bkz. Faruk Erem, “Avukatlık Sırrı”, *Ankara Barosu Dergisi*, 1969, (5), s. 839. Genel olarak bilinen hususların zaman içinde unutulabilir olduğu ve tekrar gizli hâle gelebileceği yönünde bkz. Schiller, N. 433.

¹² Kamu kayıtları, kitaplar, gazeteler veya dosyalar gibi genel olarak erişilebilir belgelere dayanarak sınırsız olmasa da daha geniş bir çevre tarafından bilinen gerçekler sır olarak kabul edilmez. Bkz. Testa, s. 142 ve dn. 971.

Öğretide¹³, müvekkilin kişisel durumu veya müvekkilin üçüncü şahıslar hakkındaki değer yargıları, projeler ve buluşlar gibi mülkiyet hukuku kapsamında kullanılacak bilgiler sır çerçevesinde ele alınmaktadır. Hatta prensip olarak, bir müvekkilin avukatı aramış olması, müvekkilin nerede olduğu ve dosyaların tevdi edilmiş olması gibi hususların da sırrın içeriği olabileceği kabul edilmektedir¹⁴. Sır kapsamında gizli tutulması gereken bilgiler, sadece özel değil, aynı zamanda işletme ile ilgili, siyasi, ticari veya vergisel konuları da kapsamaktadır¹⁵.

Sır kapsamında gizli tutulması gereken olgu belirli bir öneme sahip olmalıdır¹⁶. Açıklanması itibar, haysiyet, onur gibi değerleri veya aile ilişkilerini etkileyebilecek gerçekler her zaman önemli kabul edilir ve bu nedenle kural olarak sır saklama yükümlülüğü kapsamında korunur. Önemlilik unsuru her zaman sır sahibinin bakış açısından değerlendirilmelidir. Bununla birlikte, neyin önemli olduğu yalnızca somut olay temelinde değerlendirilebilir. Bu nedenle bir durumda önemli olan, başka şartlar altında önemi haiz olmayabilir. Örneğin bir kişinin adı, yaşı, cinsiyeti ve kökeni prensipte sır değildir, ancak meşru olarak kimliğinin açıklanmasını istemeyen bir siyasi mültecinin durumunda bu gerçekler sır niteliği kazanabilir¹⁷. Avukatın mesleği ile bağlantılı olarak öğrendiği müvekkilin mali durumu, sağlık durumu, kişisel bilgileri, cinsel yönelimi, dini inancı, bazı hâllerde adresi gibi hususlar sır

¹³ Testa, s. 142; Günergök, *Sır Saklama*, s. 656.

¹⁴ Sadece bir avukata başvurulduğunun bilinmesi bile müvekkil için istenilmeyen sonuçlar doğuracaksa, avukata başvurunun da gizli tutulması gerektiği yönünde bkz. Georg Gautschi, "Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR", *Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. IV, Das Obligationenrechts, 2. Abteilung, Die Einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband, 3. Aufl., Stämpfli & Cie, 1971, Art. 398, n. 14b*; Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler*, 16. Baskı, Beta Yayıncılık, 2019, s. 671.

¹⁵ Jungk, N. 175; Günergök, *Sır Saklama*, s. 659.

¹⁶ Testa, s. 143; Günergök, *Sır Saklama*, s. 656.

¹⁷ Testa, s. 143. Sır niteliğinde olmasa da avukatın gizlilik yükümlülüğü kapsamında bu bilgileri de gizli tutması gerektiği yönünde bkz. Schiller, N. 425; Burada sır ile kişisel veri arasındaki ayrıma da dikkat çekmek gerekmektedir. Kişisel veri kavramının unsurlarından biri olan bilgi, kişinin adı, soyadı, fiziksel özellikleri gibi aleni bilgilerle birlikte, kredi kartı şifresi, e-mail adresi şifresi gibi gizli bilgileri içermektedir. Bu açıdan kişisel veri kavramı, sır kavramından daha geniştir. Örneğin kişinin kimlik bilgileri (yukarıdaki örnek gibi istisnai durumlar hariç) sır niteliğinde olmasa da kişisel veri niteliğindedir ve avukatın veri sorumlusu olarak 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'ndan kaynaklanan yükümlülükleri bulunmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Nilüfer Boran Güneysu/Burak Memiş, *Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Avukatın Yükümlülük ve Sorumlulukları, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(2), 2019, s. 321.

kapsamında yer alabilir¹⁸.

Avukatın sır saklama yükümlülüğü sadece mesleğinin icrası sırasında¹⁹ öğrenilen sırlar yönünden ortaya çıkar²⁰. Bilginin öğrenilmesi ile mesleğin icrası arasında uygun nedensellik bağı bulunmuyorsa avukatın mesleki sır kapsamında sır saklama yükümlülüğünden bahsedilemez. İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre, avukatın avukatlık mesleğine özgü faaliyet alanı, anonim şirketin yönetim kurulu üyeliğini²¹, varlık yönetimini²² veya icra takibi dışında alacak tahsilat yetkisi verilmesini²³ içermez. Ancak mesleğe özgü olmayan bir faaliyeti icra ederken dahi avukat, olağan vekil için geçerli olan sadakat yükümlülüğüne ve bu kapsamda sır saklama yükümlülüğüne riayet etmelidir²⁴. Türk hukukunda da haklı olarak avukatlık mesleğine özgü bir edimin üstlenilmediği işler bakımından aynı sonuca varılması gerektiği ifade edilmektedir²⁵.

Sır saklama yükümlülüğünün kapsamı, müvekkil tarafından beyan edilen veya müvekkilin bilinebilir menfaati²⁶ ve mevcut vekâletin onun için önemi

¹⁸ Günergök, *Sır Saklama*, s. 656; Sungurtekin Özkan, s. 505; Muhammed Ramazan Aksoy, *Vekilin Sır Saklama Yükümlülüğü*, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 300; Atilla Özen, *Avukatlık Hukuku*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2023, s. 266.

¹⁹ Zarife Şenocak, "Avukatın Akdi Sorumluluğunun Şartları", *Ankara Barosu Dergisi*, (2), 1998, s. 26. Avukatın bilgiyi mesleğin icrası sırasında mı yoksa müvekkiliyle sosyal ilişkilerinde mi edindiği açıkça ayırt edilemiyorsa, bu şüphe durumunda tanıklık etmeyi reddetme hakkına sahip olduğu kabul edilmektedir. Bkz. Jungk, N. 175.

²⁰ Bir mesleğin icrası sırasında öğrenilen sırlar, meslek sırrı (*Berufsgheimnis*) olarak telakki edilmektedir (Faruk Erem, "Ceza Hukukunda Meslek Sırrı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(1), 1943, s. 37; Aksoy, s. 132; Yargıtay 4. CD, T. 14.11.2011, E. 2009/19013, K. 2011/21017: "Avukatlık meslek sırrı, avukatın mesleğini icra ederken öğrendiği, herkes tarafından bilinmeyen, açıklanması halinde vekil edenin maddi ya da manevi zarara uğrayacağı, üçüncü kişilerden gizlenen özel yaşama dair bilgilerdir" (Kazancı). Her ne kadar bu şekilde kullanılagelmiş olsa da kanımızca meslek sırrı yerine, mesleki sır veya mesleki gizlilik terimi, içeriği daha iyi yansıtmaktadır.

²¹ BGE 115 1a 97; 114 III 105; 101 1b 245 (Kull, s. 81, dn. 328).

²² BGE 112 1b 606 (Kull, s. 81, dn. 329).

²³ BGE 120 1b 112 (Kull, s. 81, dn. 330).

²⁴ Fellmann, *Art. 398*, N. 49 vd.; Kull, s. 81.

²⁵ Günergök, *Sır Saklama*, s. 657-658; Aday, s. 374.

²⁶ Müvekkilin gizliliğe yönelik objektif bir menfaatini aramaya gerek olmadığı, prensip olarak, müvekkilin kendi menfaatlerini kendisinin belirleyeceği, müvekkilin bilgiyi gizli tutma iradesinin, gizlilik için yeterli bir menfaat ve neden teşkil ettiği, gizli bilgilerin müvekkilin iradesi hilafına, ancak gizliliğe ilişkin objektif bir menfaat bulunmadığı gerekçesiyle açıklanmasının, müvekkilin iradesinin egemenliği ilkesine aykırı olacağı görüşünde bkz.

ile ölçülür²⁷. Bununla birlikte, avukatlık mesleği için ortalama vekilden daha kapsamlı bir sır saklama yükümlülüğü beklenmektedir²⁸.

Sır saklama yükümlülüğünün yalnızca sır sahibine, yani müvekkile karşı mı olduğu meselesi öğretilerde tartışmalıdır. Bazı yazarlar²⁹, avukatın sır saklama yükümlülüğünün sadece müvekkile karşı olduğu görüşündedir. Diğer bazı yazarlar ise³⁰, mesleğin icrası dolayısıyla öğrenilen bilgiler arasında müvekkilin ilişki de bulunduğu üçüncü kişilerle ilgili olanlar da bulunuyorsa, yasağın sağladığı korumadan bunların da yararlanması gerektiğini kabul etmektedir. Avukatın birden fazla kişiye hukuki yardım sunması hâlinde ise, bir sözleşme hazırlanmasında olduğu gibi, yükümlülüğün hepsine karşı mevcut olduğunda tereddüt yoktur³¹.

Avukatın bu yükümlülüğü müvekkilin akrabalarına³², meslektaşlarına ve

Schiller, N. 441. Gizlilik konusunda fiili, ciddi veya objektif olarak korunabilir bir menfaatin olup olmadığını önemsiz kabul eden görüş için bkz. Fellmann, *Art. 398*, N. 64. Yazarın, “*sadece kapris veya keyfîlikten*” kaynaklansa bile müvekkilin sır saklama iradesinin belirleyici olduğu görüşü, kanaatimizce sağlanmak istenen korumanın ötesine geçmektedir.

²⁷ Ancak bilginin açıklanmasından müvekkilin zarara uğrayacak olup olmaması önem arz etmemektedir. Bu yönde bkz. Paul Wegmann, *Handbuch über die Berufspflichten des Rechtsanwaltes im Kanton Zürich*, 2. Aufl., 1988, s. 97; Aday, s. 375.

²⁸ Otto Kellerhals, *Die zivilrechtliche Haftung des Rechtsanwalts aus Auftrag*, Bern, 1953, s. 126; Kull, s. 82. Müvekkilin sırrını saklama yükümlülüğü, avukatın yardımcı kişileri hakkında da geçerlidir (Josef Hofstetter, “Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag”, Wolfgang Wiegand (Ed.) *Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht Besondere Vertragsverhältnisse Bd. 7, Teilbd. 6*, Helbing & Lichtenhahn, 2000, s. 86; Jungk, N. 173).

²⁹ Günergök, *Sır Saklama*, s. 657; Aksoy, s. 299. Günergök (*Sır Saklama*, s. 660), üçüncü kişinin, örneğin ileride tanıklık yapması muhtemel olan kişinin, avukata, onun sır saklama yükümlünü dikkate alarak yaptığı açıklamaların da avukat tarafından saklanması gerektiğini kabul etmektedir.

³⁰ Bu yönde bkz. Kellerhals, s. 126; Aday, s. 374. Üçüncü kişiye ilişkin öğrenilen bilginin açıklanması aynı zamanda müvekkilin durumunu da etkileyecekse, bu bilginin de saklanması gerektiği yönünde bkz. Şenocak, s. 26.

³¹ Jungk, N. 174; Schiller, N. 462.

³² Müvekkilin ölümünden sonra mirasçılardan bilgi edinme hakkı ile avukatın sır saklama yükümlülüğünün çatışması hakkında detaylı bilgi için bkz. Enzmann, N. 173 vd. Yazara göre, korumanın kapsamı, avukatın tipik faaliyeti sırasında elde ettiği bilgileri kapsamakta, bu nedenle varlık yönetimi, muhasebe veya yönetim kurulu yetkileri gibi faaliyetleri kapsamamaktadır. Ayrıca BGE 135 III 597 kararında Federal Mahkeme, avukatlık sırrının, mirasçılara karşı tamamen korunması gerektiği sonucuna varmıştır. Bundan başka Federal Mahkeme, avukatlık sırrının son derece kişisel niteliği nedeniyle, mirasçılardan, sırların yeni efendileri hâline gelmediğini kabul etmiştir (N. 178). Avukatın sır saklama yükümlülüğünü, mirasçılara karşı da ileri sürebileceği yönünde bkz. David Oser/Rolf H. Weber, “Art. 394-

adli veya idari makamlara karşı da geçerlidir³³. Fakat avukat belirli bir kişiyle ilişkilendirmeksizin dava konusunu üçüncü kişilerle, özellikle meslektaşlarıyla tartışabilir³⁴.

Sözleşmeden doğan sır saklama yükümlülüğü, avukatın yalnızca gerçeği gizli tutmasını gerektirir, ancak gerçeği gizlemek için gerçeğe aykırı beyanda bulunmasını gerektirmez³⁵.

Sır saklama yükümlülüğü, avukatlık sözleşmesinin³⁶ kurulmasıyla birlikte doğar³⁷. Ancak, sözleşme konusu yerine getirildikten sonra bile devam eder³⁸. Bu sonuç, avukatın sadakat yükümlülüğünden kaynaklanmaktadır³⁹.

406"; Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Ed.), *Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn, 2020, Art. 398, N. 14.

³³ Fellmann, *Art. 398*, N. 73 vd.; Testa, s. 26.

³⁴ Kull, s. 83; Testa, s. 27; Günergök, *Sır Saklama*, s. 659; Aday, s. 374.

³⁵ Fellmann, *Art. 398*, N. 85; Kull, s. 83; Aday, s. 372.

³⁶ Avukatlık sözleşmesini Türk hukukunda vekâlet sözleşmesi veya vekâlet sözleşmesinin bir türü niteliğinde kabul eden görüş için bkz. Tandoğan, s. 368; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı*, 4. Baskı, Filiz Kitabevi, 2019, s. 433; Murat Aydoğdu/Nalan Tuncer, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)*, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, 2023, s. 8; Yargıtay HGK, T. 1.4.2021, E. 2019/14, K. 2021/399. *Sui generis* sözleşme olduğu yönünde bkz. Sungurtekin Özkan, s. 231; Songül Karateke, *Avukatlık Sözleşmesinde Ücret*, Turhan Kitabevi, 2006, s. 30; Ferhat Cimbar, *Avukatlık Sözleşmesinde Ücret*, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 50. Tipik sözleşme olduğu yönünde bkz. Özcan Günergök, *Avukatlık Sözleşmesi*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2009, s. 28. Vekâlet sözleşmesinde sadakat yükümlülüğünü düzenleyen TBK m. 506/f. 2, sır saklama yükümlülüğüne dayanak kabul edilmektedir. Bu yönde bkz. Şenocak, s. 25; Yavuz/Acar/Özen, s. 670; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları Yayınevi, 2020, s. 742-743; Özen, *Borçlar Özel*, s. 449-450; Aydoğdu/Tuncer, s. 818; Tekben, s. 112.

³⁷ Sözleşmenin kurulmasından önce özellikle sözleşme müzakereleri aşamasında müvekkile ait sır teşkil eden bilgilerin öğrenilmesi üzerine bunların da saklanması gerekmektedir, bu yükümlülük ise dürüstlük kuralından doğmaktadır. Bkz. Suat Sarı, *Vekalet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi*, Beşir Kitabevi, 2004, s. 304.

³⁸ Testa, s. 26; Jungk, N. 179; Hofstetter, s. 114; Fellmann, *Art. 398*, N. 77; Brunner/Henn/Kriesi, s. 192; Oser/Weber, *Art. 398*, N. 11; Erem, *Avukatlık Sırrı*, s. 839; Halûk Tandoğan, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt: II, Dördüncü Tıpkıbasımdan Beşinci Tıpkıbasım*, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 407; Günergök, *Sır Saklama*, s. 660; K. Emre Gökyayla, *Avukatlık Sözleşmesinin Avukatın Azli ve İstifasıyla Sona Ermesi*, Seçkin Yayıncılık, 2007, s. 36; Aday, s. 377; Öznur Sevdiren, "Confidentiality of Correspondence with Counsel as a Requirement of a Fair Trial: Turkey—Quo vadis?", Lorena Bachmaier Winter/Stephen C. Thaman/Veronica Lynn (Ed.), *The Right to Counsel and the Protection of Attorney-Client Privilege in Criminal Proceedings*, Springer, 2020, s. 335.

³⁹ Fellmann, *Art. 398*, N. 77; Şenocak, s. 26. Sır saklama yükümlülüğünün devam etmesinin, sözleşmenin ard etkisi (*culpa post pactum perfectum*) teorisine dayandığı yönünde bkz.

Müvekkilin, avukatın sır saklama yükümlülüğüne olan menfaati, vekâletin sona ermesinden sonra, vekâletin ifası sırasında olduğundan daha az değildir⁴⁰.

Sahip olunan bilgilerin sır olma özelliğini kaybetmesi veya müvekkilin menfaatinin ortadan kalkmasıyla sır saklama yükümlülüğünün ortadan kalkması mümkündür⁴¹. Ayrıca sır saklama yükümlülüğünün bir kere ihlal edilmesiyle artık bu yükümlülük ortadan kalkar, zira sır bir kere ifşa olduktan sonra sır sahibinin borçludan borcuna uygun davranmasını istemesinin bir anlamı ve önemi olmaz.

Müvekkilin rızasının varlığı⁴², avukatın kendisini disiplin veya ceza soruşturması kapsamında sorumluluktan kurtarmak veya kendi hakkını ispat etmek gibi şahsi bir üstün menfaatinin bulunması⁴³ veya işlenmek üzere olduğu öğrenilen suçların ihbar edilmesi gibi⁴⁴ kamu yararına hizmet eden bir üstün menfaatin⁴⁵ varlığı hâlinde avukat sır kapsamındaki bilgileri açıklayabilir. Avukatın ücret alacağı için dava açması ihtimalinde sır saklama yükümlülüğünün o dava yönünden devam edip etmeyeceği ise hukukumuzda⁴⁶

Tandoğan, s. 450-451; M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, 16. Bası, Vedat Kitapçılık, 2018, s. 38; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, Yetkin Yayınları, 2021, s. 665. Vekâlet sözleşmesinin sona ermesinden sonra sır saklama yükümlülüğünün devam etmesini, edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi teorisi kapsamında ele alan görüş için bkz. Rona Serozan, “İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme” Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı (Ed.), *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt*, Filiz Kitabevi, 2014, s. 263.

⁴⁰ Fellmann, *Art. 398*, N. 77.

⁴¹ Sarı, s. 306.

⁴² Detaylı bilgi için bkz. Testa, s. 148-149; Kull, s. 85 vd.; Wolfers, s. 139; Gautschi, *Art. 398*, N. 16d; Brunner/Henn/Kriesi, s. 201; Fellmann, *Anwaltsrecht*, N. 571 vd.; Lauer, N. 468; Tandoğan, s. 454; Sungurtekin Özkan, s. 507 vd.; Günergök, *Sır Saklama*, s. 661 vd. Müvekkilin korunmasını istemediği bilginin sır olamayacağı, bilginin önemli ya da önemsiz olmasının fark etmeyeceği, bunun müvekkilin sırrın sahibi olduğu gerçeğinden kaynaklandığı yönünde bkz. Schiller, N. 435.

⁴³ Kapsamlı bilgi için bkz. Sungurtekin Özkan, s. 514 vd.; Günergök, *Sır Saklama*, s. 662 vd.

⁴⁴ 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun m. 2/bent d uyarınca, serbest avukatlar için de suç gelirlerinin aklanması ve terörizmin finansmanının önlenmesine dair yükümlülükler getirilmiştir. MASAK tarafından TBB’ye gönderilen yükümlülük rehberi için bkz. <https://d.barobirlik.org.tr/2021/tbb_20210406155548.pdf> Erişim Tarihi: 10 Kasım 2023. Ayrıca bkz. Büşra Doğan, Ceza Hukuku Boyutuyla Avukatın Sır Saklama Yükümlülüğü, *İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, 2023, s. 132-133.

⁴⁵ Testa, s. 152 vd.; Fellmann, *Anwaltsrecht*, N. 607 vd.

⁴⁶ Avukatın ücret alacağını kanıtlamak ve tahsil etmek için sırrı açıklayabileceği yönünde bkz. Tandoğan, s. 454-455; Günergök, *Sır Saklama*, s. 662, dn. 50; Aday, s. 378; Aksoy, s.

olduğu gibi İsviçre hukukunda⁴⁷ da tartışmalıdır.

B. Avukatın Sır Saklama Yükümlülüğünün Hukuki Dayanağı

Avukatın sır saklama yükümlülüğüne ilişkin hukuki dayanaklar genel

463. Aksi yönde Erem, *Meslek Sırrı*, s. 55. Ayrıca bkz. TBB Disiplin Kurulu, T. 20.2.2018, E. 2017/721, K. 2018/36: "...şikâyetli avukat, kendisine eşi ile boşanma evresinde olan şikâyetçinin anlattığı ve karı-koca arasında mahrem bilgi olarak nitelendirilebilecek bir bilgiyi, ileride uyuşmazlığın tarafı olacak kocaya mesaj atmak suretiyle açıklamış ve böylelikle görevi gereği öğrendiği bir bilgiyi paylaşmıştır. ... Dosyanın incelenmesinde şikâyetçilerin boşanma aşamasında şikâyetli avukata başvurdukları, bu sırada şikâyetçilerden Z.K. 'nın şikâyetliye geçimsizlik konuları ile özel bilgiler aktardığı, bilahare dava açılmadan şikâyetli avukat ile ilgili avukatlık sürecinin sonlandırıldığı anlaşılmaktadır. Şikâyetli avukat bu süreç sonucunda avukatlık ücretini tahsili amacı ile şikâyetçinin eşi diğer şikâyetçi H.K. 'ye dosya içindeki elektronik postaları gönderdiği görülmektedir. Gönderilen bu elektronik postalar içerik olarak avukatlık ücret alacağını tahsili içinde ise de avukatın özen yükümlülüğüne aykırılık teşkil eder." <<https://www.barobirlik.org.tr/DisiplinKararlariDetay/1158>> Erişim Tarihi 14 Kasım 2023.

⁴⁷ İsviçre hukukunda avukatın ücret alacağını kanıtlamak ve tahsil etmek için sırrı açıklayabileceği yönünde bkz. Gautschi, *Art. 398*, N. 18d; Hofstetter, s. 109; Sprenger, s. 61; Brunner/Henn/Kriesi, s. 186 (müvekkilin gizlilik menfaatlerini ileri sürmesinin çoğu durumda hakkın kötüye kullanılması olarak görüldüğü yönünde ayrıca bkz. s. 206). Aksi yönde bkz. Fellmann, *Anwaltsrecht*, N. 596; Schiller, N. 425. İsviçre kantonlarında avukat ücretini dava yoluyla talep etmeden önce sır saklama yükümlülüğünden muaf tutulmak için baro denetim makamına (*Aufsichtsbehörde*) başvurabilir. Detaylı bilgi için bkz. Testa, s. 149 vd.; Fellmann, *Anwaltsrecht*, N. 589 vd. İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararına göre ise, avukatın dava yoluyla bir ücret talep etmesi, avukatın gizlilik yükümlülüğünden önceden muaf tutulmasını gerektirir. Eğer müvekkil, avukatı gizlilik yükümlülüğünden kurtaracak rızayı açıklamayı reddederse, avukat denetim makamına başvurabilir. Sırrın açıklanmasındaki menfaat, müvekkilin gizlilik konusundaki menfaatinin açıkça daha ağır basıyorsa avukatın sırrı açıklamasına izin verilir. Bkz. BGer 2C_661/2011, 17.03.2012. BGer 2C_1127/2013, 07.04.2014 kararına göre ise, avukatın sır saklama yükümlülüğünden muaf tutulması kararıyla, başvuran avukatın disiplin ve ceza hukuku tarafından korunan sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmeden, ücret talebini yasal yollarla ileri sürmesine olanak sağlanır. Ne İsviçre Ceza Kanunu'nda ne de Avukatlık Kanunu'nda baro yetkililerinin ne zaman izin vermesi gerektiği ayrıntılı olarak belirtilmediğinden, yetkililerin somut olayın koşullarını değerlendirerek kararlarını vermeleri gerekmektedir. Avukatın gizlilik yükümlülüğünün önemi nedeniyle, bilgilerin açıklanması talebi yalnızca istisnai durumlarda, örneğin sırrın açıklanması talebinin bir suçu veya suçluyu önleyebileceği veya avukatın vekâletin yürütülmesiyle bağlantılı olarak ceza kanunu çerçevesinde bir suçlamayla karşı karşıya olduğu durumlarda izin verilmektedir. Bkz. Wegmann, s. 173; Wolffers, s. 139. Ancak, denetim makamının izni ikincil niteliktedir, yani avukat mümkün olduğunca önce müvekkilin rızasını almalıdır (Fellmann, *Anwaltsrecht*, N. 590). Denetim makamı burada menfaatler arasında bir karşılaştırma yapar. Mevcut tüm menfaatlerin (avukatın açıklamaya ilişkin menfaatinin, müvekkilin gizliliğe ilişkin menfaatinin ve üçüncü tarafların veya kamunun gizlilik yükümlülüğünden muaf tutulmayı haklı kılan menfaatlerinin) tartılması gerekmektedir. Bu yönde bkz. Testa, s. 149-150. Bern, Cenevre, Neuchâtel, Aargau, Zug ve Ticino kantonlarında ücret alacaklarının yargı yoluyla tahsili için mesleki gizlilikten muafiyet gerekli değildir (Brunner/Henn/Kriesi, s. 187).

ve özel kanunlarda, ayrıca ulusal ve uluslararası meslek kurallarında yer bulmaktadır. Bu kapsamda özel mevzuat hükümlerini incelemeye geçmeden öncelikle Türk Medeni Kanunu'nun 23 ve devamı maddelerinde kişiliğin korunmasını düzenleyen hükümler anılabilir. Kişilik hakkına dahil olan kişinin hayat alanı; kamuya açık alan, özel alan ve gizlilik (giz) alanı olarak üçe ayrılmaktadır. Özel alan ve gizlilik alanına yapılan her müdahale kural olarak hukuka aykırıdır. Avukatın da müvekkilinin gizlilik alanına dahil olan bilgileri açıklamaması gerekir, aksi hâlde kişilik hakkı ihlali gerçekleşir ve müvekkil TMK m. 24 ve m. 25'te yer alan korumalardan faydalanabilir⁴⁸.

Avukatın sır saklama yükümlülüğüne dayanak oluşturan bir diğer temel düzenleme 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nda yer almaktadır⁴⁹. Avukatlık Kanunu m. 36 “*Sır saklama*” başlığı ile şu şekilde kaleme alınmıştır:

“Avukatların, kendilerine tevdi edilen veya gerek avukatlık görevi, gerekse, Türkiye Barolar Birliği ve barolar organlarındaki görevleri dolayısıyla öğrendikleri hususları açığa vurmaları yasaktır.

Avukatların birinci fıkrada yazılı hususlar hakkında tanıklık edebilmeleri,

⁴⁸ İsviçre hukuku bakımından da federal hukuk düzeyinde, avukatın sır saklama yükümlülüğü en genel dayanağını İsviçre Medeni Kanunu'nun kişilik haklarının korunmasına ilişkin 27. ve 28. maddelerinde bulmaktadır. Bkz. Meyer-Hauser, N. 49; Sprenger, s. 179; Hans Nater/Gaudenz G. Zindel, *Kommentar zum Anwaltsgesetz*, 2. Aufl., Schulthess, 2011, s. 322.

⁴⁹ Avukatlık Kanunu m. 34: “*Avukatlar, yüklenedikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliğince belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler*”. Hüküm, avukatın özen yükümlülüğünün yanında, yan ve koruma yükümlülüklerini de düzenlemektedir. Bu yönüyle, TBK m. 506/f. 2'de düzenlenen vekilin sadakat ve özen yükümlülüğünden daha geniş kapsamlı bir hükümdür. Bkz. Mustafa Alper Gümüş, *Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu*, Beta Yayıncılık, 2001, s. 231. Avukatın özen yükümlülüğünden kaynaklanan diğer bazı yükümlülükleri mevzuatı, içtihatları, literatürü bilme yükümlülüğü; danışmanlık hizmeti verme ve bilgilendirme yükümlülüğü; süreler hakkında bilgi sahibi olma ve bunlara riayet; dava takibinde özenli davranma yükümlülüğü; büro organizasyonunda özen gösterme şeklinde sıralanabilir. Detaylı bilgi için bkz. Kull, s. 54 vd.; Fellmann, *Anwaltsrecht*, s. 514 vd.; Aday, s. 407 vd.; Veysel Başpınar, *(Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu*, Yetkin Yayınları, 2004, s. 132 vd. Avukatın mevzuatı, içtihatları, literatürü bilme yükümlülüğü ile ilgili olarak BGH (NJW 2011, s. 386), avukatın öğretilerdeki baskın görüş ve bir adet eyalet mahkemesine aykırı eylemde bulunmuş olmasını, hukuki sonuçlarda mazur görülemez bir yanılma kabul ederek avukatın sorumlu olduğuna karar kılmıştır (Karar için bkz. Barış Demirsatan, *Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Haksız Olarak Sona Erdirilmesi*, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 139, dn. 266). Özen yükümlülüğünden kaynaklanan avukatın talimata uyma yükümlülüğünün kapsamı ve sınırları hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz. Tuğçe Tekben, *Vekâlet İlişkilerinde Vekâlet Veren Talimatı ve Hukuki Sonuçları*, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 345 vd.

iş sahibinin muvafakatini almış olmalarına bağlıdır. Ancak, bu halde dahi avukat tanıklık etmekten çekinebilir. (Ek cümle : 2/5/2001 - 4667/24 md.) Çekinme hakkının kullanılması hukuki ve cezai sorumluluk doğurmaz.

Yukarıki hükümler, Türkiye Barolar Birliği ve baroların memurları hakkında da uygulanır.”

Görüldüğü üzere hükmün ilk fıkrasında avukatların sır saklama yükümlülüğü düzenlenmiştir. Hükmün ikinci fıkrasında ise müvekkilin rızasının olduğu durumlarda bile⁵⁰ avukata tanıklıktan kaçınma imkânı tanınmıştır⁵¹. Madde başlığına rağmen hükümde geçen “öğrendikleri hususlar” ibaresi, hükümle korunan menfaatin yalnızca sırlar (müvekkilin gizlilik alanı) olmadığına işaret etmektedir⁵². Bu nedenle avukatın sır

⁵⁰ Benzer düzenleme İsviçre’de Avukatların Serbest Dolaşımına İlişkin Federal Kanun (*Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte- BGFA*) m. 13/f. 1, son cümlede yer almaktadır. Sır niteliğindeki bilgilerin açıklanması için müvekkili rıza göstermiş olsa bile, avukat bilgileri gizli tutmanın doğru olduğunu düşünüyorsa açıklama yapmak zorunda değildir. Bu yönde bkz. Ernst Staehelin, “Die Entbindung vom Berufsgeheimnis darf nicht zur Preisgabe eines Geheimnisses verpflichten”, *Anwaltsrevue*, (1) 2016, s. 7. Ancak anılan düzenleme İsviçre öğretisinde eleştirilmektedir. Zira avukatı adeta müvekkilin vasisi hâline getirmek geçmiş zamanların bir kalıntısı olarak görülmektedir. Avukat tarafından uygun şekilde bilgilendirildikten sonra kararın sadece müvekkile ait olması gerektiği, müvekkilin açık iradesinin bile önüne geçen böyle bir tanıklık yapmayı reddetme hakkının tanınmasının objektif olarak gerekçelendirilemeyeceği, ayrıca İsviçre Ceza Kanunu m. 321’de sır saklama yükümlülüğü altında olan diğer kişilerin (örneğin hekimlerin) neden korunmaması gerektiğinin de açık olmadığı yönünde bkz. Fellmann, *Anwaltsrecht*, N. 582-584. İsviçre’de çocukların korunmasına ilişkin yeni düzenlemelerle birlikte avukatlara da iş birliği yükümlülüğü getirilmek istenmiştir. Yapılmak istenen değişikliğin eleştirisi için bkz. Staehelin, s. 8-9. İsviçre Medeni Kanunu’nun 1 Ocak 2019 tarihinden itibaren yürürlükte olan 314e maddesinin 3. fıkrasında, sırdan muafiyet sağlama hakkına sahip kişi tarafından yetkilendirilmişlerse veya çocuk koruma kurumunun talebi üzerine üst makam veya denetim makamı tarafından gizlilikten muaf tutulmuşlarsa ceza kanunu uyarınca sır saklama yükümlülüğüne tabi olan kişilerin iş birliği yapmakla yükümlü oldukları düzenlenmiştir. Ancak eklenen son cümle ile “23 Haziran 2000 tarihli Avukatlık Kanunu’nun 13. maddesi saklıdır” ifadesine yer verilmiştir. Böylece müvekkilin rızasına rağmen avukatın sırrı açıklamama yönünde karar alabilmesi, İsviçre Hukuku bakımından geçerliliğini sürdürmektedir.

⁵¹ Kamu görevlilerinin suçu bildirmemesini düzenleyen Türk Ceza Kanunu m. 279’un avukatın görevi ile bağlantılı olarak öğrendiği hususlarda uygulanmaması gerektiği, avukatın kendi müvekkilini ihbar etme yükümlülüğünün bulunmadığı yönünde bkz. Fatih S. Mahmutoglu/ Serdar Talas, “Avukatların Görev Suçları ve Yargılanması Rejimi”, *İstanbul Barosu Dergisi*, (Ceza Özel Sayı), 2007, s. 19; Orhan Emre Konuralp, “Avukatın Yargılamadaki Rolü Açısından Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Dürüstlük Kuralı ve Doğruyu Söyleme Yükümlülüğüne İlişkin 29’uncu Maddesinin Avukatlar Açısından Uygulanabilirliği” *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(1), 2020 s. 2109.

⁵² Alman hukukunda da avukatın sır saklama (*Verschwiegenheit*) yükümlülüğü Alman Federal

saklama yükümlülüğüyle birlikte, daha geniş anlamda avukatın gizliliği koruma yükümlülüğünden⁵³ de haklı olarak söz edilmektedir⁵⁴. Maddede avukatın, görevi sebebiyle öğrendiği hususları açığa vurması yasaklanmış, bu hususlarda tanıklık yapabilmesi yalnızca müvekkilin muvafakat vermesine bağlı kılınmıştır⁵⁵.

Avukatlık Kanunu (*Bundesrechtsanwaltsordnung- BRAO*) § 43a, fıkrası 2’de, avukatın mesleğini icra ederken öğrendiği hususlar için düzenlenmiştir. İlgili hükme göre, avukat sır saklama yükümlülüğü altındadır. Bu yükümlülük, mesleğini icra ederken kendisi tarafından bilinen tüm hususlar için geçerlidir. Bu yükümlülük, açık olan veya önemleri nedeniyle gizlilik gerektirmeyen olgular için ise geçerli değildir.

⁵³ Kıta Avrupası’ndan farklı olarak, İngiltere hukukunda “hukuki imtiyaz (*Legal Privilege*)” ve Amerikan hukukunda “avukat-müvekkil imtiyazı (*Attorney-Client Privilege*)” İngiliz ve Amerikan usul hukukunun önemli araçlarındandır. İngiltere ve ABD’de “*disclosure*” ve “*discovery*” usullerinde, davanın tarafları, diğer tarafa ve mahkemeye, davayla ilgili olabilecek çok sayıda yazışma ve belge sunmakla, yani yargılamanın tarafları ellerinde bulunan tüm delilleri açıklamakla yükümlüdür. Bu açıklama yükümlülüğüne ise sadece bazı hâllerde imtiyaz veya ayrıcalık (*privilege, Privilegien, Befreiungen*) denen istisnalar tanınmaktadır. Bu imtiyazların en önemlisi ve en eskisi avukat-müvekkil imtiyazıdır. Bu nedenle “gizlilik yükümlülüğü (*secrecy obligation, duty of confidentiality*)” olarak değil, ağırlıklı olarak “imtiyaz (*privilege*)” olarak adlandırılır. Avukat-müvekkil imtiyazı, müvekkile, hukuk davalarında, müvekkil ile avukatı arasındaki bir iletişimle ilgili olması ve bu iletişimin gizli ve hukuki tavsiye almak amacıyla yapılmış olması hâlinde, belirli beyanlarda bulunmayı reddetme ve belirli belgeleri açıklamayı reddetme hakkı verir Bkz. Meyer-Hauser, N. 53, N. 88, N. 93. İngiltere ve Amerikan hukuklarında “*disclosure*” ve “*discovery*” usulleri ve söz konusu imtiyazla ilgili detaylı bilgi için bkz. Fulya Teomete Yalabık, *İngiliz ve Amerikan Hukuklarında Vakaların Getirilmesi İle Delillerin Toplanması Hakimin Rolü ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi*, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 161 vd., 279 vd., 290 vd. Kanımızca *attorney-client privilege* ifadesinin avukat-müvekkil gizliliği olarak çevrilmesi, iki farklı kurumun birbiriyle karıştırılmasına sebebiyet vereceğinden tercih edilmemelidir. Nitekim avukat-müvekkil imtiyazı, avukat ve müvekkil arasındaki iletişim (*Kommunikation*) ile sınırlıyken, gizlilik yükümlülüğü avukatın mesleğiyle bağlantılı olarak edindiği tüm bilgileri kapsamaktadır (Meyer-Hauser, N. 81 vd.). *Legal privilege* teriminin delil ibraz muafiyeti veya delil ibraz ayrıcalığı şeklindeki çevirisi için bkz. Cemile Demir Gökyayla, “Milletlerarası Tahkimde İspat Hakkı ve Sınırlarına Uygulanacak Hukuk”, *Public and Private International Law Bulletin (PPIL)*, 40(2), 2020, s. 751.

⁵⁴ Fellmann, *Art. 398*, N. 43; Aday, s. 370. Çoğu durumda, Avukatların Serbest Dolaşımına İlişkin Federal Kanun (BGFA) m. 13 uyarınca mesleki hukuk kapsamındaki gizlilik yükümlülüğünün, OR m. 398/f. 2 uyarınca özel hukuk kapsamındaki gizlilik yükümlülüğünden daha ileri gittiği yönünde bkz. Nater/Zindel, s. 322.

⁵⁵ Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 249 ve Ceza Muhakemeleri Kanunu m. 46’da da benzer şekilde müvekkilin muvafakatine rağmen avukatın tanıklıktan çekilebileceği düzenlenmiştir. Ayrıca Vergi Usul Kanunu m. 151/b. 3 şu şekilde düzenlenmiştir: “*Avukatlardan ve dava vekillerinden kendilerine tevdi olunan işler veya görevleri dolayısıyla muttali oldukları ahval ve hususları bildirmesi istenemez; şu kadar ki, bu yasak müvekkil adlariyle vekalet ücretlerine ve giderlerine ayrıca avukatlık veya dava vekilliği sıfatı dışındaki sıfatları dolayısıyla muttali oldukları ahval ve hususlara şamil değildir*”.

Türkiye Barolar Birliği'nin belirlediği Meslek Kurallarının⁵⁶ 37. maddesinde avukatın meslek sırrı ile bağlı olduğu, avukatın, davasını almadığı kimselerin başvurması nedeniyle öğrendiği bilgileri de sır sayması gerektiği, avukatlık sırrının tutulmasının süresiz olduğu kabul edilmiştir.

Türkiye'nin de ortak üye statüsünde olduğu Avrupa Barolar Konseyi ve Hukuk Cemiyetleri (*Council of Bars And Law Societies Of Europe, CCBE*) tarafından kabul edilen Avrupa'da Avukatların Tabi Olduğu Meslek Kuralları (*Code of Conduct for European Lawyers*)'nın⁵⁷ “Sır Saklama” başlıklı 2.3. maddesinde ise sır saklama yükümlülüğü şu şekilde düzenlemiştir⁵⁸:

“2.3.1. İfa edilen hizmetin bir gereği olarak, müvekkilin başkalarına açıklamayacağı şeyleri avukatına açıklaması ya da avukatın kendisine duyulan güven temelinde mahremiyet taşıyan başka bilgilere erişmesi söz konusu olabilir. Sırların saklanacağından emin olunmadıkça güvenden bahsedilemez. Sır saklama yükümlülüğü, avukatın birincil ve temel hak ve görevidir. Avukatın sır saklama yükümlülüğü, müvekkilin çıkarına olduğu kadar

⁵⁶ Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları, Avukatlık Kanunu m. 117/7 hükmü gereğince TBB tarafından 8-9 Ocak 1971 tarihinde kabul edilmiş ve 26 Ocak 1971 tarihinde yürürlüğe girmiştir. <https://d.barobirlik.org.tr/mevzuat/avukata_ozel/meslek_kurallari/tbb_meslek_kurallari-2022.pdf> Erişim Tarihi 1 Kasım 2023.

⁵⁷ Avrupa'da Avukatların Tabi Olduğu Meslek Kuralları (CEEL), Avrupa Barolar Konseyi ve Hukuk Cemiyetleri (CCBE) tarafından kabul edilmiştir ve tüm üye ülkeler için (ister tam ister yedek ister gözlemci üye olsun) bağlayıcı niteliktedir. Türkiye de ortak üye statüsüyle bu kuruluşa üyedir. Kuruluşun tüzüğü için ayrıca bkz. <https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/STATUTS/EN_statutes.pdf> Erişim Tarihi 1 Kasım 2023.

⁵⁸ Orijinal metin için bkz. <https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/DEONTOLOGY/DEON_CoC/EN_DEON_CoC.pdf> Erişim Tarihi 1 Kasım 2023. Avrupa'da Avukatlık Mesleğine İlişkin Temel İlkeler Tüzüğü'ne İlişkin Şerh İlke (b)'ye göre; “Bir avukatın görevinin en önemli özelliği, müvekkilin başkalarına açıklamayacağı bilgileri avukatına sunması ve avukatın da bu bilgileri - özel kişisel bilgiler ve çok değerli ticari sırlar gibi- güven mahremiyet ve güven kavramı kapsamında taşımaktır. Gizlilikten emin olunmadıkça güvenden bahsedilemez. Bu Tüzük, söz konusu prensibin iki yönünü de vurgulamaktadır: gizliliğe riayet sadece avukatın görevi olmayıp, müvekkilin de temel hakkıdır. “Mesleki ayrıcalık” kuralları uyarınca; avukatla müvekkili arasındaki iletişimin müvekkil aleyhine kullanılmasını yasaklamaktadır. Bazı hukuki yetki alanlarında gizlilik hakkı sadece müvekkile ait bir hak olarak görülürken, diğerlerinde “meslek sırrı” bir avukatın karşı tarafın avukatı ile yaptığı iletişimi; kendi müvekkilinden mahremiyet kapsamında, gizli tutmasını gerekli klabilmektedir. İlke (b); mesleki ayrıcalık, gizlilik/sır ve meslek sırrı kavramlarını kapsamaktadır. Avukatın müvekkile karşı bu borç ve görevi vekaletten ayrılrsa da devam eder.” Türkiye Barolar Birliği tarafından yayımlanan Türkçe metin için bkz. <https://d.barobirlik.org.tr/mevzuat/avukata_ozel/meslek_kurallari/CCBE_avukatlik_meslek_kurallari.pdf> Erişim Tarihi 1 Kasım 2023.

adaletin gerçekleşmesine de hizmet eder. Bu yüzden, sır saklama yükümlülüğü devlet tarafından özel bir korunmaya tabidir. 2.3.2. Avukat, mesleğinin icrası esnasında edindiği bütün bilgilerin gizliliğine saygı göstermek zorundadır. 2.3.3. Sır saklama yükümlülüğü zamanla sınırlı değildir. 2.3.4. Bir avukat, hizmetin ifası süresince kendisiyle birlikte çalışan meslektaşlarının ve yanında çalıştırdığı herkesin sır saklama yükümlülüğüne uymalarını sağlar”.

Avrupa Konseyi Avukatlık Mesleğini İcrasındaki Özgürlükler Hakkında 9 Numaralı Tavsiye Kararı Prensip III 2’ye göre de “*Meslek sırlarına, iç hukuka, yönetmeliklere ve meslek standartlarına uygun olmaksızın açığa vurulması durumunda uygun yaptırımlar uygulanmalıdır*”⁵⁹.

Türkiye Barolar Birliği tarafından çıkarılan Bir Avukat Yanında, Avukatlık Ortaklığında veya Avukatlık Bürosunda Ücret Karşılığı Birlikte Çalışan Avukatların Çalışma Esaslarına İlişkin Yönetmelik⁶⁰ m. 10 kapsamında iş gören avukatların da sır saklama yükümlülüğü düzenlenmiştir⁶¹.

Yargıtay, avukata yüklenen sır saklama yükümlülüğünün, müvekkilin adli ve idari makamlar karşısında daha etkin, yerinde ve etraflıca iddiada bulunabilmesi ya da savunma yapabilmesi ile doğrudan bağlantılı olduğunu belirterek, avukatın meslek sırrını korumasının, anayasa ve uluslararası antlaşmalar ile güvence altına alınan “*özel yaşamın gizliliğinin*” bir sonucu olduğunu, ayrıca avukat tarafından ifa edilen kamu hizmetinin içeriği ve niteliği ile ilgili olduğunu kabul etmiştir⁶². Buna karşın Anayasa Mahkemesi, T. 10.7.2013, E. 2012/94, K. 2013/89 sayılı kararı ile “*Dava dilekçesinde, iptali istenen kuralla avukatların sır saklama yükümlülüğünün ihlal edildiği belirtilmiş ise de avukatın sır saklama yükümlülüğü anayasal bir ilke olmayıp, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 36. maddesinde düzenlenen meslek etiği ilkesidir. Öte yandan, sır saklama yükümlülüğü, mesleki faaliyet sırasında*

⁵⁹ <https://d.barobirlik.org.tr/mevzuat/avukata_ozel/meslek_kurallari/avr_konseyi_9_nolu_tavsiye_karari.pdf> Erişim Tarihi 1 Kasım 2023.

⁶⁰ RG, T. 26.12.2015, S. 29574.

⁶¹ Yönetmeliğin 10. maddesinin 5. fıkrası şu şekildedir: “*İşgören avukat, kendisine tevdi edilen veya avukatlık görevi nedeniyle öğrendiği meslek sırrı kapsamındaki hususları gerek sözleşme süresince, gerekse sözleşme sona erdikten sonra süresiz olarak açıklayamaz.*” Yönetmeliğin 10. maddesinin 6. fıkrası ise şu şekilde kaleme alınmıştır: “*İşgören avukatın, iş sırasında işyeriyle ilgili öğrendiği alenileşmemiş her türlü bilgi gizli bilgidir. İşgören avukata ait her türlü şahsi bilgi de gizli bilgi olup, taraflar gizli bilgiyi sözleşme süresince ve sözleşme sona erdikten sonra süresiz olarak açıklayamazlar ve olumsuz beyanlarda bulunamazlar.*”

⁶² Yargıtay 4. Ceza Dairesi, T. 14.11.2011, E. 2009/19013, K. 2011/21017 (Özen, *Avukatlık Hukuku*, s. 266).

öğrenilen bilgilerle sınırlı olup, sırrın mesleki faaliyet ile uygun nedensellik bağı içinde öğrenilmesi de gerekir” yönünde hüküm kurmuş ve avukatın sır saklama yükümlülüğünün meslek etiği ilkesi olduğunu belirtmiştir⁶³.

C. Sır Saklama Yükümlülüğünün İhlal Edilmesinin Avukatlık Sözleşmesi Bakımından Genel Olarak Sonuçları

Avukatın sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmesi hem sözleşme hukuku hem ceza hukuku hem de disiplin hukuku yönünden sonuçlar doğurur⁶⁴. Bu başlık altında yükümlülük ihlalinin ortaya çıkaracağı olası sonuçlar, yalnızca avukatlık sözleşmesi bakımından ve genel olarak ele alınacaktır.

Bahsi geçen yükümlülük ile avukata genel bir susma zorunluluğu yüklenmiştir. Dolayısıyla, asli edim yükümlülüğünden bağımsız bir amacı bulunan ve yapmama borcu şeklinde tezahür eden sır saklama, bir yan yükümlülüktür⁶⁵. Bu yükümlülüğün ihlali, avukatlık sözleşmesinin gereği gibi ifa edilmemesi sonucunu doğurur ve avukatın tazminat sorumluluğunu meydana getirir⁶⁶. Avukatın tazminat sorumluluğu, avukatlık sözleşmesi

⁶³ Karar için bkz. <<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2013-89-nrm.pdf>> Erişim Tarihi 7 Kasım 2023. Almanya Federal Anayasa Mahkemesi (BVerfG)’ne göre; Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası’nın 12. maddesinin 1. fıkrası kapsamında, serbest avukatlık ilkesi ile karakterize edilen avukatlık mesleğinin icrası, serbest avukatın özgür ve düzenlenmemiş kendi kaderini tayinine tabidir. Özellikle, avukat ve müvekkil arasındaki güven ilişkisi de korunmaktadır. Meslek mensubunun dürüstlüğü ve güvenilirliği ile sır saklama hakkı ve yükümlülüğü bu güvenin oluşması için temel koşullardır. Bu nedenle, sır saklama yükümlülüğü her zaman avukatın temel yükümlülüklerinden biri olmuştur; avukatlık mesleğini icra etmenin vazgeçilmez bir koşulu olarak, Anayasa’nın 12. maddesinin 1. fıkrası kapsamında korunmaktadır (BVerfG, 20.5.2010 - 2 BvR 1413/09. Karar için bkz. *NJW*, 2010 (4), s. 2937). İsviçre öğretisinde de bazı yazarlar avukatlık sırrının korunmasının İsviçre’de anayasal korumaya tabi olduğu görüşündedir (Bu yönde bkz. Schiller, N. 378). İsviçre hukukunda avukatlık sırrının korunmasına ilişkin özel bir temel hakkın bulunmadığı, yalnızca bazı temel haklarla dolaylı olarak avukatlık sırrının korunduğu görüşünde bkz. Nater/Zindel, s. 319; Fellmann, *Anwaltsrecht*, N. 525. İsviçre Federal Mahkemesinin avukatın sır saklama yükümlülüğünün hukuki yapısını ele alan kararı için ayrıca bkz. BGer, 2C_586/2015, 9.5.2016.

⁶⁴ Wegmann, 156; Testa, s. 135; Günergök, *Sır Saklama*, s. 665 vd. Ceza hukuku yönünden sonuçları için bkz. Doğan, s. 138 vd. Disiplin hukuku yönünden bkz. M. Haşım Mısırs, *Avukatlık Disiplin Hukuku*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2016, s. 341 vd.

⁶⁵ Fellmann, *Art. 398*, N. 37; Oser/Weber, *Art. 394*, N. 5; Gümüş, *Özen*, s. 157; Aday, s. 370-371; Aksoy, s. 197. Krş. Hofstetter, s. 32. Yazar, sır saklama yükümlülüğünün dayandığı sadakat yükümünü vekilin yan yükümü olarak kabul etmemektedir, zira bir başkasının menfaatinin korunması doğrudan vekâletin konusunu oluşturur. Oser/Weber, sadakat yükümlülüğünü, sözleşmenin tipini belirlemeyen esaslı yan yükümlülük olarak nitelemektedir (Bkz. *Art. 398*, N. 8).

⁶⁶ Fellmann. *Art. 398*, N. 341; Gümüş, *Özen*, s. 203; Gümüş, *Borçlar Genel*, s. 804; Aksoy, s.

vekâlet sözleşmesi niteliğinde yahut onun bir türü olarak kabul edildiğinde TBK m. 505/f. 2⁶⁷ ve TBK m. 112'ye aykırılığa dayanır. TBK m. 112'de yer alan kusur karanesi gereği, avukat sözleşmenin ihlalinde⁶⁸ kusuru olmadığını kanıtlamadıkça ortaya çıkan zarardan sorumludur⁶⁹. Sözleşmenin ihlal edilmesinde avukatın kastına çok sık rastlanmasa da sır saklama yükümlülüğünün ihlali kasten ortaya çıkabilir⁷⁰. Ancak müvekkile ait belgelerin ortada açık bırakılması veya dikkatsizlik nedeniyle kaybedilmesi hâlinde olduğu gibi sır saklama yükümlülüğünü ihlali istenmeden de ortaya çıkabilir⁷¹.

Sır saklama yükümlülüğünün ihlali nedeniyle müvekkilin maddi veya manevi⁷² bir zarara⁷³ uğramış olması ve sözleşme ihlali ile zarar arasında

523. Sadakat yükümlülüğünün ihlali durumunda, olumsuz zararın tazmin edilmesi gerektiği yönünde bkz. Oser/Weber, *Art* 398, N. 10. Maddi tazminat olarak, sırrın vekil tarafından saklanılacağına ilişkin duyulan güvenin boşa çıkmasından dolayı uğranılan zararın karşılanması gerektiği yönünde bkz. Gautschi, *Art*. 398, N. 19a; Tandoğan, s. 456; Sarı, s. 305.

⁶⁷ TBK m. 505/f. 2: “*Bunun dışındaki durumlarda vekil, talimattan ayrılırsa, bundan doğan zararı karşılamadıkça işi görmüş olsa bile, vekâlet borcunu ifa etmiş olmaz*”. Ayrıca bkz. Tandoğan, s. 455-456.

⁶⁸ Kusur sorunu her zaman meslekte alışlagelmiş özen yükümlülüğü ile de bağlantılı olduğundan, yükümlülük ve sözleşme ihlali ve kusur sorunları her durumda birbirinden net bir şekilde ayrılmaz. Esasen çoğu durumda, sözleşmenin ihlali ile kusur arasında kesin bir ayırım yapmak da gereksizdir, çünkü yükümlülük ihlalinin ispatı kural olarak, dolaylı şekilde kusurun da ispatını sağlar ve ikisi arasındaki ayırım sadece dogmatik açıdan önem arz etmektedir. Bu yönde bkz. Fellmann, *Art*. 398, N. 462; Kull, s. 126. Özen yükümlülüğünün, kusur ve sözleşme ihlali ile ilişkisi için bkz. Gümüş, *Özen*, s. 57 vd.

⁶⁹ Uzmanlığı gerektiren bir iş yürüten ve güvenilir insan konumunda olan avukatın ihmalinin belirlenmesinde hafif ya da ağır ihmal şeklinde ayırma gidilmemesi gerektiği yönünde bkz. Kellerhals, s. 37. Avukatın hafif ihmalinin de ağır olduğu yönünde bkz. Aday, s. 471. Avukatın sorumluluğunun tespiti için hafif ve ağır ihmal arasında ayırım önemli görülmesi de tazminat sorumluluğunun kapsamının belirlenmesinde bu ayırım önem taşır. Bu yönde bkz. Kull, s. 128.

⁷⁰ Kull, s. 127.

⁷¹ Testa, s. 145; Günergök, *Sır Saklama*, s. 667, dn. 69.

⁷² Sır saklama yükümlülüğünün ihlali, müvekkilin kişilik hakkına bir saldırı teşkil ederse manevi tazminatı gerektiren bir ihlal söz konusu olabilir. Bkz. Kellerhals, s. 23. Böyle bir ihtimalde müvekkil manevi tazminat talebini sözleşmeye dayandırabileceği gibi haksız fiile de dayandırılabilir (Yavuz/Acar/Özen, s. 671). Zarar hakkında detaylı açıklama için bkz. Kellerhals, s. 21 vd., 54 vd.; Kull, s. 98 vd.; Fellmann, *Anwaltsrecht*, N. 1458 vd., ayrıca N.1551 vd.; Aday, s. 477 vd.

⁷³ Testa, s. 135; Kull, s. 98 ve 103; Günergök, *Sır Saklama*, s. 666-667; Aday, s. 477 vd.

uygun nedensellik bağının bulunması⁷⁴ durumunda avukat tazminat ödemekle yükümlü olur. Avukatlık Kanunu m. 40'ta yer alan özel hükme göre, müvekkil tarafından sözleşmeye dayanılarak avukata karşı ileri sürülen tazminat istekleri, bu hakkın doğumunun öğrenildiği tarihten itibaren bir yıl ve her halde zararı doğuran olaydan itibaren beş yıl geçmekle zamanaşımına uğrar.

Tazminat sorumluluğu dışında, sır saklama yükümlülüğünün ihlali nedeniyle müvekkilinin avukata duyduğu güvenin boşa çıkması, haklı sebebe dayanarak azli gündeme getirebilir⁷⁵.

II. AVUKATIN SÖZLEŞMEDEN DOĞAN ÜCRET ALACAĞININ DEVRİNİN GEÇERLİ OLUP OLMADIĞININ SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Genel Olarak Alacağın Devrine Engel Olan Hâller

TBK m. 183/f. 1⁷⁶ gereğince bir alacak, kural olarak borçlunun rızasına ihtiyaç duymadan devredilebilir. Devir engeli teşkil eden hâller ise, kanundan kaynaklanan devir engelleri, işin (alacağın⁷⁷) niteliğinden kaynaklanan devir engelleri ve sözleşmeden kaynaklanan devir engelleri olmak üzere üç grupta toplanmaktadır.

Kanun koyucu, çeşitli hükümlerde alacağın devredilemeyeceğini (veya bazılarında ancak borçlunun rızasıyla devrin mümkün olduğunu) açıkça düzenlemiştir. Örneğin konut ve çatılı iş yeri kiracısının kullanma hakkı (TBK m. 322/f. 2), ürün kiracısının kullanma hakkı (TBK m. 366/f. 1)⁷⁸, ödünç alanın kullanma hakkı (TBK m. 380/f. 2), ölüncüye kadar bakma sözleşmesinde

⁷⁴ Detaylı bilgi için bkz. Kellerhals, s. 23 vd.; Kull, s. 113 vd.; Fellmann, *Anwaltsrecht*, N. 1539 vd.; Aday, s. 490 vd.

⁷⁵ Günergök, *Sır Saklama*, s. 665; Sarı, s. 305; Gökyayla, s. 24, 78.

⁷⁶ TBK m. 183/f. 1: “Kanun, sözleşme veya işin niteliği engel olmadıkça alacaklı, borçlunun rızasını aramaksızın alacağını üçüncü bir kişiye devredebilir”.

⁷⁷ İsviçre Borçlar Kanunu'nun 164. maddesinin Almanca metninde *hukuki ilişkinin niteliği* (*Natur des Rechtsverhältnisses*) ibaresi yer almaktadır. TBK'da yer alan *işin niteliği* yerine *alacağın niteliği* ifadesinin kullanılmasının daha doğru olacağı yönünde bkz. Baki İlkay Engin, *Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu*, Seçkin Yayıncılık, 2002, s. 27, dn. 76; Burcu Erbayraktar, *Alacağın Devrinin Sözleşme ile Engellenmesi (Pactum de non cedendo)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 30. *Hukuki ilişkinin niteliği* ifadesinin kullanımı için bkz. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 25. Baskı, Yetkin Yayınları, 2020, s. 1371; Halûk N. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 18. Bası, Beta Yayıncılık, 2021, N. 242

⁷⁸ Ayrıca bkz. Şeyhmus Darcan, *Ürün Kirası Sözleşmesi*, Adalet Yayınevi, 2020, s. 240 vd.

bakım alacaklısının hakkı (TBK m. 619) borçlunun rızası bulunmaksızın devredilemez⁷⁹. 31.5.2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 93. maddesinin 1. fıkrasında⁸⁰ ise borçlunun rızasıyla dahi devrin mümkün olmadığı bir devir yasağı düzenlenmiştir.

İşin niteliğinden kaynaklanan devir engelleri ise, alacak hakkı ile alacaklının kişisel özellikleri arasındaki yakın bağlılığın bulunduğu ve alacaklının değişmesinin bu alacağın içeriğinde esaslı değişikliğe yol açacağı durumlarda söz konusu olmaktadır⁸¹. Bu kapsamda edimin içeriği değiştirilmeden asıl alacaklıdan başka bir alacaklıya yapılamaması, alacağın amacının devir nedeniyle tehlikeye girmesi veya engellenmesi, alacaklının değişmesinin borçlunun durumunu önemli ölçüde katlanması beklenmeyecek derecede ağırlaştırması, alacak hakkının alacaklının şahsına sıkı surette bağlı bir hak olması alacağın niteliğinden doğan devir engelli olarak kabul edilmektedir⁸². Örnek olarak vekâlet sözleşmesinde vekâlet verenin vekilden iş görmesini isteme hakkı⁸³, yapmama borcunun ifasını talep hakkı, borçtan kurtarılmayı talep hakkı⁸⁴ gösterilebilir.

⁷⁹ Krş. Tolunay Ozanemre Yayla, *Alacağın Devri İşleminin Geçerliliği ve Sebep Olan İlişkisi (İlliliği)*, Turhan Kitabevi, 2019, s. 173. Kanundan kaynaklanan devir engelleri hakkında detaylı bilgi için bkz. Hermann Becker, *Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VI: Obligationenrecht, I. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183*, 2. Auflage, 1941, Art. 164, N. 26 vd.; Claire Huguenin, *Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil*, 3. Auflage, Schulthess, 2019, N. 1358; Daniel Girsberger/Johannes Lukas Hermann, "Art. 164", Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Ed.), *Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn, 2020, N. 28; Ozanemre Yayla, s. 170 vd.; Eren, *Borçlar Genel*, s. 1371 vd.; Gümüş, *Borçlar Genel*, s. 1097 vd.; Erbayraktar, s. 108 vd.

⁸⁰ "Bu Kanun gereğince sigortalular ve hak sahiplerinin gelir, aylık ve ödenekleri, sağlık hizmeti sunucularının genel sağlık sigortası hükümlerinin uygulanması sonucu Kurum nezdinde doğan alacakları, devir ve temlik edilemez."

⁸¹ Becker, *Art. 164*, N. 31 vd.; Huguenin, N. 1365; Engin, s. 27; Ozanemre Yayla, s. 209 vd.; Gümüş, *Borçlar Genel*, s. 1103.

⁸² Christoph Hurni/Isabelle Bank, "OR Art. 164", Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser (Ed.), *Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht (OFK - Orell Füssli Kommentar)*, 4. Auflage, 2023, N. 11; Girsberger/Hermann, N. 33.

⁸³ Engin, s. 27, dn. 76; M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2*, 13. Bası, 2017, s. 575; Erbayraktar, s. 70.

⁸⁴ Bu ve daha başka örnekler için bkz. Erbayraktar, s. 33 vd. Sözleşme yapma zorunluluğunun bulunduğu hâllerde, sözleşme kurma isteminde bulunan tarafın sahip olduğu "sözleşme kurmaya yönelik alacağın", niteliği gereği devredilemez sayılmasının isabetli olacağı yönünde bkz. Barış Demirsatan, *Türk Borçlar Hukukunda Sözleşme Yapma Zorunluluğu*, Filiz Kitabevi, 2022, s. 160.

Son olarak alacaklı ile borçlu aralarında yaptıkları bir anlaşmayla (*pactum de non cedendo*) alacağın devredilemeyeceğini kararlaştırabilir⁸⁵.

Hukukumuzda, avukatın ücret alacağının devrini yasaklayan bir hüküm bulunmamakla birlikte sır saklama yükümlülüğünün alacağın devrine engel teşkil edip etmeyeceği meselesinin çözüme kavuşturulması son derece önemlidir. Zira sır saklama yükümlülüğüne rağmen alacağın devri geçerli kabul edilirse, borçlu yani müvekkil sadece alacağı devreden avukattan sır saklama yükümlülüğünü ihlal ettiği gerekçesiyle ve ortada bir zarar olduğu takdirde tazminat talep edebilir. Ancak Avukatlık Kanunu ve Türk Ceza Kanunu'nda sır saklama yükümlülüğüne ilişkin düzenlenen hükümlerin koruma amacının devre engel teşkil ettiği veya alacağın niteliğinin devre engel oluşturduğu sonucuna varılırsa, müvekkil alacağın devrinin geçersiz olduğunu ileri sürebilir. Bu aşamadan sonra ise ivazlı bir alacak devri varsa, alacağı devralan kimsenin, avukatın garanti yükümlülüğüne gidip gidemeyeceği sorunu ortaya çıkar. Aşağıda öncelikle İsviçre ve Alman hukuklarındaki görüş ve içtihatlar aktarılacak, ardından Türk hukukundaki görüşler ile kendi değerlendirmelerimiz sunulacaktır.

D. İsviçre, Alman ve Türk Hukuklarında Avukatın Sözleşmeden Doğan Ücret Alacağını Devretmesinin Geçerliliği

1. İsviçre Hukuku

İsviçre'de avukatın mesleki sırrı⁸⁶ saklamasının temeli, bazıları özel hukukta, bazıları kamu hukukunda, bazıları federal düzeyde ve bazıları da kanton düzeyinde olmak üzere çeşitli hükümlere dayanmaktadır. Ayrıca İsviçre hukukunda avukatlık sözleşmesinin hukuki niteliği, vekâlet sözleşmesi olarak

⁸⁵ Detaylı bilgi için bkz. Becker, *Art. 164*, N. 44 vd.; Huguenin, N. 1360; Girsberger/Hermann, N. 32-32a; Ozanemre Yayla, s. 194 vd.; Gümüş, *Borçlar Genel*, s. 1100 vd.; Erbayraktar, s. 152 vd.

⁸⁶ İsviçre hukukunda literatür ve içtihatlarda (içeriğini daha iyi yansıtmaları bakımından) avukatın mesleki sırrı olarak çevirebileceğimiz *Anwaltsgeheimnis* teriminden söz edildiğinde, bu genellikle avukatın sır saklama yükümlülüğüne işaret etmektedir. Bu perspektiften bakıldığında, avukatın mesleki sırrı, mesleğin icrasına ilişkin gizli bir olgunun gizliliğini korumaya yönelik kanuni bir yükümlülük ya da mesleki sır saklama yükümlülüğü olarak tanımlanmaktadır. Ancak bu ve benzeri terimler mesleki, etik veya cezai sır saklama yükümlülükleri arasında ayırım yapmamakta, bu alanların her biri veya tümü için ilgili terim eşanlamlı olarak kullanılmaktadır (Bkz. Sprenger, s. 171). *Anwaltsgeheimnis* teriminin, bir müvekkilin avukatına açıkladığı gizli bilgilerin gizli kalmasını sağlayan bir dizi hüküm için kullanılan şemsiye terim olduğu yönünde bkz. Meyer-Hauser, N. 41.

kabul edildiğinden⁸⁷, avukatın ücret alacağını devredip devredemeyeceği özellikle vekâlet sözleşmesi ve vekilin sır saklama yükümlülüğü⁸⁸ ve Avukatların Serbest Dolaşımına İlişkin Federal Kanun (BGFA)⁸⁹ m. 13 kapsamında tartışılmaktadır⁹⁰.

İsviçre’de hâkim görüşe göre⁹¹, vekil ücret alacağını devredebilir. Ancak,

⁸⁷ Kellerhals, s. 11; Gautschi, *Art. 394*, N. 28; Wolffers, s. 17; Lorenz Höchli, *Das Anwaltshonorar; Analyse der zivilrechtlichen Aspekte beim Anwaltshonorar*, Schulthess Polygraphischer, 1991, s. 9; Kull, s. 5; Testa, s. 3; Fellmann, *Anwaltsrecht*, N. 1139; Nater/Zindel, s. 322; Jörg Schmid/Hubert Stöckli/ Frédéric Krauskopf, *OR BT Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil 2*. Auflage, Schulthess, 2016, N. 1872; Heinrich Honsell, *Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil*, 10. Auflage, Stämpfli Verlag, 2017, s. 303, 335.

⁸⁸ Vekâlet hukukunda vekilin sır saklama yükümlülüğü, OR m. 398/f. 2’de yer alan sadakat yükümlülüğünün içeriğinden çıkarılmaktadır. Bkz. Fellmann, *Art. 398*, N. 41; Wegmann, s. 157, 159; Sprenger, s. 60; Meyer-Hauser, N. 49; Schmid/Stöckli/Krauskopf, N. 1914; Honsell, s. 348.

⁸⁹ İsviçre’de BGFA m. 13’e göre, avukatlar, mesleklerinin bir sonucu olarak müvekkilli tarafından kendilerine tevdi edilen hususlarla ilgili olarak süreyle bağlı olmaksızın ve herkese karşı mesleki sırta tabidir. Benzer düzenleme, İsviçre Barolar Birliği tarafından çıkarılan Mesleki Etik (Deontoloji) Kuralları (*Schweizerische Standesregeln, SSR*) m. 4’te de yer almaktadır. Ayrıca sır saklama yükümlülüğünün ihlali İsviçre ceza hukukunda suç olarak düzenlenmiş, İsviçre Ceza Kanunu’nun 321. maddesinde sır saklama yükümlülüğünü ihlal eden avukatın cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. Bkz. Fellmann, *Anwaltsrecht*, N. 530-531. Ayrıca krş. BGFA m. 13/f. 1, son cümle.

⁹⁰ İsviçre Federal Mahkemesi yakın tarihli bir kararında, bankanın kara para aklama düzenlemesi alanında kendi yasal uyum ve kontrol görevlerini ve buna bağlı olarak şüpheli iş süreçlerini uygun şekilde belgeleme görevini, iç soruşturmayı yürüten bir hukuk firmasına devretmiş olması durumunda, avukat-müvekkil gizliliğinin ileri sürülerek belgelerin incelenmesine karşı çıkılmayacağına hükmetmiştir. Mahkeme, bankanın söz konusu yatırım şirketi ve müşterileriyle olan ticari faaliyetlerine ilişkin karmaşık olguların detaylı bir şekilde araştırılmasını avukatlara özgü olmayan, atipik bir faaliyet olarak değerlendirmiştir. Bkz. BGE 1B_85/2016, 20.9.2016.

⁹¹ Gautschi, *Art. 402*, N. 28a; Fellmann, *Art. 394*, N. 555; Carole Gehrler Cordey/Gion Giger, “Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, Art. 319-529 OR”, Claire Huguenin/Markus Müller-Chen (Ed.), *CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, Schulthess, 2016, N. 22. Gizlilik yükümlülüğünü ihlal edecek şekilde yargılamayı önemli ölçüde etkileyen belgeler teslim edilmeden avukatlık ücretinin devredileceği, zira bu hâlde içerik veya amaçta herhangi bir değişiklik olmadığı görüşünde bkz. Eugen Spirig, “Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme, Erste Lieferung, Art. 164-174 OR”, Peter Gauch (Ed.), *ZK - Zürcher Kommentar; Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR)*, 3. Auflage, Schulthess, 1993, Art. 164, N. 16. Avukatlık ücreti yönünden yine bu görüşte bkz. Girsberger/Hermann, N. 33. Avukatlık sözleşmesi bakımından Höchli de müvekkilin sırrının saklanmasındaki menfaati ile avukatın ücret alacağını elde etmesi menfaati tartıldığında, bir kişinin avukata belirli bir miktar borcu olduğu gerçeğinin korunmaya değer olmadığı sonucuna varmaktadır. Bununla birlikte, yazara göre, ücret

vekilin sır saklama yükümlülüğü mevcut ise, vekil alacağı devretmekle yalnızca gizlilik yükümlülüğünü ihlal etmiş olur. Bu durum devri geçersiz kılmasa da vekilin sözleşme, ceza veya disiplin hukuku kapsamında sorumluluğunu gündeme getirebilir. Dolayısıyla, vekâlet hukuku kapsamındaki salt sır saklama yükümlülüğü kendiliğinden alacağın devrini engellemez⁹². Öğretide⁹³ ücret alacağının devrinin mutlaka mesleki sır saklama yükümlülüğünün ihlali sonucunu doğurmayacağı da belirtilmektedir. Devrin geçersizliği, sır saklama yükümlülüğünün anlam ve amacından çıkarılamaz. Avukatın gizlilik yükümlülüğü nedeniyle ücret alacağını herhangi bir üçüncü kişiye devredememesi, alacağın bir anlamda *res extra commercium* (ticari işlemlere elverişli olmayan mal) niteliğinde olmasına yol açar⁹⁴.

Buna karşın İsviçre öğretisinde azınlıkta kalan görüş, sır saklama yükümlülüğü olan vekâlet ilişkilerinde, özellikle avukat veya hekimin taraf olduğu sözleşmelerde ücret alacağının borçlunun rızası olmadan devredilemeyeceğini, hukuki ilişkinin niteliğinin devre engel olduğunu kabul etmektedir⁹⁵. Bu görüşteki yazarlara göre, devrin hukuki sonucu sadece müvekkilin veya hastanın isminin açıklanması değil, aynı zamanda alacağı

talebini devrederken avukat her zaman özel mesleki yükümlülüklerinin, özellikle de sadakat yükümlülüğünün farkında olmalıdır, bu nedenle belirli bir sınırlama yapılması uygun olur (s. 121).

⁹² Gautschi, *Art. 402*, N. 28a; Fellmann, *Art. 394*, N. 555; Girsberger/Hermann, N. 33.

⁹³ A. Morf, “Die Zürcher Gerichte zur Abtretung von Honorarguthaben eines Rechtsanwalts”, *SJZ*, (20), 1959, s. 308 vd.

⁹⁴ Bu yönde bkz. Morf, s. 308, 310.

⁹⁵ Philipp Gmür, *Die Vergütung des Beauftragten, ein Beitrag zum Recht des einfachen Auftrages*, Universitätsverlag, 1994, N. 438, 440; Testa, s. 157-158; Hofstetter, s. 109, dn. 97 (Yazara göre istisna olarak, vekilin müvekkile karşı olan alacağının bir alt vekile veya ikame vekile devredilmesi kabul edilebilir, zira bu durumda yine yazara göre üçüncü kişilere herhangi bir bilgi aktarımı söz konusu değildir). Wieland Schmid, “Sind Honorarguthaben eines Rechtsanwaltes abtretbar?”, *SJZ*, (54), 1958, s. 369 vd. Son yazar, avukatın ücret alacağını bankaya devretmesine ilişkin görülmekte olan bir davadan örnek vermiş ve avukatın sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmeden devrin mümkün olmadığını ve bu nedenle devrin caiz olmadığını belirtmiştir. Söz konusu olayda, boşanma davasının reddedilmesi üzerine, davalı tarafın hak kazandığı yargılama gideri olan avukatlık ücretini davalı, kendi avukatına devretmiş ve avukat da bu ücreti bankaya devretmiştir. Bunun üzerine borçlu, alacağın devrinin geçersiz olduğu yönünde savunma yapmış, Zürih ilk derece mahkemesi (*Bezirksgericht*) de 14.10.1958’de devrin geçersiz olduğuna hükmetmiştir (Söz konusu davanın detaylı aktarımı için bkz. Morf, s. 308 vd.). İlk derece mahkemesinin bu kararına katılan görüş için bkz. Schmid, s. 369 vd. Ancak bankanın temyiz başvurusu üzerine davanın sonunda Zürih üst derece mahkemesi (*Obergericht*) ve temyiz mahkemesi (*Kassationsgericht*), sır saklama yükümlülüğünün ihlaline bakılmaksızın devrin geçerli olduğunu kabul etmiştir (Morf, s. 310).

mahkemede ileri sürmek de dahil tüm haklarla vekilin yerine bir üçüncü kişinin alacaklı konumuna geçmesidir. Eğer vekâlet veren, vekilin ücret alacağına kısmen ya da tamamen itiraz ederse, yeni alacaklı talebini kanıtlamak için vekâletin detayları hakkında yani avukat-müvekkil ya da hekim-hasta ilişkisi hakkında bilgi edinme ihtiyacı duyar, bu bilgiyi ise ancak vekil sır saklama yükümlülüğünü ihlal ederse edinebilir. Vekâlet veren yeni alacaklıya karşı savunma yapmak isterse, sadece güvendiği bir kişiyle (örneğin avukat veya hekim) paylaşmak istediği sırları açıklamak zorunda kalır. Bu bakımdan, borçlu olarak konumu alacaklının değişmesiyle daha da zorlaşır, bu gerekçelerle devrin geçerli olmadığı kabul edilmelidir⁹⁶. Ayrıca borçlunun kişiliğinin gizli kalmasına ilişkin menfaatinin bulunduğu ihtimalde işin niteliğinden doğan devir engelinin bulunduğunu ifade eden yazarlar bulunmaktadır⁹⁷.

2. Alman Hukuku

Alman Avukatlık Kanunu (BRAO) § 49b, 01.01.2000 tarihinde yürürlüğe girmeden önce, Alman Federal Mahkemesi, avukatlık ücretinin devrinin geçerli olmayacağı yönünde kararlar vermiştir⁹⁸.

BRAO § 49b/f. 4'ün 2000 yılında yürürlüğe giren orijinal versiyonuna göre, avukatın ücretini başka bir avukata devredebilmesi ancak alacağın kesinleşmiş olması, ilk icra girişiminin sonuçsuz kalması ve avukatın müvekkilinin açık yazılı rızasını almış olması hâlinde mümkündür⁹⁹.

⁹⁶ Gmür, N. 440.

⁹⁷ Alfred Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Band I*, 4. Auflage, Stämpfli Verlag, 2017, § 84, N. 67.

⁹⁸ Bu yönde bkz. BGH NJW 1993, 1638; BGH NJW 1993, 1912; BGH NJW 1993, 1335 (Günergök, *Avukatlık Sözleşmesi*, s. 139, dn. 522). Ancak, mesleği kapsamında konuyla ilgilenmiş olan bir avukata ücretin devredilmesinin (müvekkilin rızası olmasa bile) kabul edildiği eski tarihli karara da rastlanmaktadır (BGH 10.08.1995 – IX ZR 220/94, *NJW* (4), 1995, s. 2915, ayrıca bkz. Eva-Maria Kieninger, “BGB § 399 Ausschluss der Abtretung bei Inhaltsänderung oder Vereinbarung”, *Münchener Kommentar zum BGB*, 9. Auflage, 2022, N. 29. Devralan kişi aynı zamanda bir avukat olsa bile, müvekkilin rızası olmaksızın avukatın ücret alacağının devrinin, Alman Medeni Kanunu'nun 402. maddesi uyarınca kapsamlı bilgilendirme yükümlülüğü nedeniyle -kural olarak- Alman Medeni Kanunu'nun hem 134. maddesi hem de 138/f. 1 maddesi uyarınca hükümsüz kabul edilmesi, Alman Federal Avukatlık Kanunu'nun (BRAO) 49b/f. 4 hükmü yürürlüğe girmeden önce tutarlı görülmekteydi. Bu yönde bkz. Siegfried Mennemeyer “Honoraranspruch im Haftungsfall”, Klaus Fahrenndorf/Siegfried Mennemeyer (Ed.), *Die Haftung des Rechtsanwalts*, 10. Auflage, Wolters Kluwer, 2021, N. 87.

⁹⁹ BRAO § 49b (4) cümle 2'de yapılan değişiklik, 2004 yılından bu yana avukatların ücret taleplerinin satın alınmasını sağlayan ve özel sağlık takas kurumlarını model alan bir şirketin hukuk politikası çabalarına dayanmaktadır. 2007 yılının sonundan itibaren avukatlar, ilgili

Dolayısıyla, 18.12.2007'den önceki kanuni düzenlemeye göre, ücret alacağının avukattan başkasına devredilmesi veya tahsil için devredilmesi bakımından müvekkilin rızasının mevcut olması yeterli değildi. Aksine, kanun bir yandan alacağın hukuken kesinleşmiş olmasını, diğer yandan da ilk icra girişiminin sonuçsuz kalmasını kümülatif olarak arıyordu¹⁰⁰.

18 Aralık 2007 tarihinde değişikliğe uğrayan BRAO § 49b/f. 4'te avukatlık ücretinin avukatlara, mesleki icra ortaklıklarına¹⁰¹ veya üçüncü kişilere devrini farklı şekilde düzenlenmiştir. Hükme göre, bir avukata ya da BRAO § 59b uyarınca mesleki icra ortaklıklarına ücret alacağının devredilmesi veya tahsil için devredilmesi mümkündür (c. 1). Bunun dışında devir veya tahsil için devir sadece müvekkilin açık yazılı rızası veya alacağın kesinleşmiş olması hâlinde mümkündür (c. 2). Rıza verilmeden önce, avukatın yeni alacaklıyı veya alacak tahsildarını aydınlatma yükümlülüğü altında olduğu hususunda müvekkil bilgilendirilmelidir (c. 3). Yeni alacaklı veya yetkili alacak tahsildarı, vekâlet verilen avukatla aynı şekilde sır saklamakla yükümlüdür (c. 4)¹⁰².

Hükmün ilk cümlesinde avukatın ücret alacağının devrinin yanı sıra tahsilatının başka avukatlara devredilmesine de koşulsuz olarak izin verildiği düzenlenmiştir. Dolayısıyla artık avukatlara veya mesleki icra ortaklıklarına devir bakımından müvekkilin rızasına ihtiyaç bulunmamaktadır, ancak bunlar için de vekâlet verilen avukatla aynı şekilde sır saklama yükümlülüğü

rızanın varlığı hâlinde, ücret alacaklarını takas odasına (*Verrechnungsstellen*) satabilme imkanına sahiptir. Bkz. Matthias Kilian, "Factoring von anwaltlichen Vergütungsforderungen an Nicht-Anwälte", *AnwBl*, (8-9), 2012, s. 728-729.

¹⁰⁰ Kilian, s. 728; Julia v. Seltmann, "§ 49b BRAO", Reinhard Gaier/Christian Wolf/Stephan Göcken (Ed.), *Anwaltliches Berufsrecht*, 3. Auflage, Ottoschmidt, 2020, N. 59.

¹⁰¹ Hüküm yürürlüğe girdiğinde BRAO § 59a'da düzenlenen "avukatlık mesleki icra ortaklığına" (*rechtsanwaltliche Berufsausübungsgemeinschaft*) atıf yapılmaktaydı. 1.8.2022'de yürürlüğe giren BRAO § 59b maddesi ile mesleki icra ortaklığına (*Berufsausübungsgesellschaft*) yer verilmiştir. Avukatların mesleklerini ortaklaşa icra etmek üzere diğer meslek gruplarıyla güçlerini birleştirme olanakları önemli ölçüde genişletilmiş ve kolaylaştırılmıştır. BRAO § 59f'ye göre mesleki icra ortaklıklarının Baro tarafından yetkilendirilmeleri gerekmektedir.

¹⁰² Avusturya hukukunda, alacağı devralan avukatın, müvekkil tarafından vekâlet verilen avukatla aynı ölçüde gizliliği korumakla yükümlü olduğuna dair BRAO § 49b/f. 4 ile benzer bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle Avusturya hukuku bakımından borçlunun ve alacağın miktarının açıklanması, Avusturya Avukatlık Kanunu (*Rechtsanwaltsordnung-RAO*) § 9/f. 2 uyarınca gizlilik yükümlülüğünü ihlal ettiğinden avukatın ücret alacağının devri, kanuni bir yasağın ihlali nedeniyle Avusturya Medeni Kanunu (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch-ABGB*) § 879/f. 1 gereğince geçersiz kabul edilmektedir. Bu nedenle bir avukat ücret talebini ancak müvekkilinin rızası ile devredebilir. Bu durum başka bir avukata yapılan devir için de geçerlidir, zira devralan avukat gizliliği korumakla yükümlü değildir. Bkz. OGH, RS0114272, Karar Tarihi 25.09.2023.

geçerlidir. İkinci cümleye göre, üçüncü taraflara devir için müvekkilin açık yazılı rızası veya alacağın kesinleşmiş olması gerekmektedir. Dolayısıyla, ücret alacağının kesinleşmiş bir karara bağlanması, rızaya yalnızca bir alternatif olarak görülmektedir. Üçüncü cümlede, avukata bir aydınlatma yükümlülüğü getirmektedir. İrade açıklaması yapılmadan önce avukat, BGB § 402 uyarınca müvekkilini bilgilendirmelidir¹⁰³.

Mevcut durumda, müvekkilin açık yazılı beyanı, avukatın bir alacağı devretmesine veya tahsil için devretmesine izin vermek için yeterlidir. Avukat olmayan bir kişiye devretme yetkisinin uygulanabileceği her iki alternatif de müvekkille ilgili bilgilerin, müvekkilin açıklanmasına rıza göstermesi ya da hukuki bir ihtilafın ortaya çıkmasına izin vermesi nedeniyle, müvekkilin iradesi dışında öğrenilmemesi gerçeğiyle bağlantılıdır¹⁰⁴. Ayrıca müvekkil, avukatı sır saklama yükümlülüğünden ibra edebileceğinden, avukatın ücret alacağını avukat olmayan kişilere de devredip devredemeyeceğine karar vermeyi müvekkile bırakmak tutarlı görülmektedir¹⁰⁵.

Müvekkilin açık rızasına alternatif olarak, 2. cümleye göre alacağın kesinleşmiş olması yeterlidir. Bu durumda, devralan ya da tahsile yetkili kişi, alacağı ileri sürebilmek için artık korunmaya değer bilgilere bağımlı olmadığından, avukatın alacağını paraya çevirme konusundaki menfaati üstün gelir¹⁰⁶.

Avukatın, avukatlık sözleşmesi kapsamında doğan avukatlık ücret alacağını devretmesi anılan sınırlamalara tabidir. Alman Federal Mahkemesi'nin kararına göre de vasilik görevi yürüten avukatın vasilik

¹⁰³Rüdiger Brüggemann, "BRAO § 49b Vergütung", Dag Weyland (Ed.), *Bundesrechtsanwaltsordnung: BRAO*, 10. Auflage, 2020, N. 30.

¹⁰⁴ Kilian, s. 728. Avukatın ücret alacağını devretmesine ilişkin sınırlamanın yanı sıra, bir avukatın ücret talebi hakkında kapsamlı bilgi vermeyi taahhüt ettiği başka tür sözleşmelerin de geçersiz olduğu kabul edilmektedir. Örneğin bir avukatın danışmanlık yaptığı müvekkilinden yaklaşık 400.000 avroluk ücretinin ödenmesi için dava açmak istemesi, ancak dava riskini azaltmak için, bir dava finansörü ile bir sözleşme imzalaması ve sözleşme ile avukatın gizlilik yükümlülüğüne en azından kısmen tabi olan bilgileri açıklamayı taahhüt etmesi durumunda sözleşme BGB § 134 uyarınca geçersizdir. Bkz. Christoph Hirsch, *BGB Allgemeiner Teil*, 9. Auflage, Nomos, 2019, N. 721. Sır saklamakla yükümlü kişiler tarafından tazminat taleplerinin devrinin de benzer şekilde geçersiz olması gerektiği görüşünde bkz. Wolfgang Rosch, "§ 402 BGB Auskunftspflicht; Urkundenauslieferung", Maximilian Herberger/Michael Martinek/Helmut Rüßmann/Stephan Weth/Markus Würdinger (Ed.), *juris PraxisKommentar BGB*, 10. Auflage, 2023, N. 7.

¹⁰⁵ v. Seltmann, N. 59.

¹⁰⁶ v. Seltmann, N. 60.

nedeniyle bilgisine sunulan kişisel veriler, Alman Ceza Kanunu (StGB) § 203'teki sır saklama yükümlülüğü kapsamında değildir. Bu nedenle bir vasinin ücretine ilişkin yapılan devir, BGB § 134'ü ihlal etmez ve ilgili kişinin rızasını gerektirmez¹⁰⁷.

Avukatlar dışında sır saklama yükümlülüğü bulunan serbest meslek mensuplarının ücret alacaklarını devretmesi ise BGB § 402'deki bilgi verme yükümlülüğü¹⁰⁸ ve StGB § 203'teki sır saklama yükümlülüğüne dair hükümler gereğince caiz görülmemektedir¹⁰⁹. Örneğin hekimlik sözleşmesi bakımından Alman öğreti¹¹⁰ ve içtihatlarındaki¹¹¹ yaklaşım, hekimin hastanın rızası olmadan ücret alacağını devrettiği hâllerde, hekimin sır saklama yükümlülüğünü ihlal ettiği ve bunun BGB § 134 kapsamında bir kanuni yasak (StGB § 203 I 1) ihlali olması nedeniyle devrin geçersiz olduğu yönündedir. Zira devreden, BGB §

¹⁰⁷ BGH 19.6.2013 – XII ZB 357/11, *NJW*, (40), 2013, s. 2961 (Kieninger, N. 29).

¹⁰⁸ Alman Federal Mahkemesine göre, özellikle BGB § 402'ye ilişkin yapılan bir sözleşme yoluyla, devreden devralana herhangi bir bilgi açıklamak zorunda olmadığı ve açıklamayacağı güvence altına alınmışsa, sır saklama yükümlülüklerinin ihlali söz konusu değildir. Böyle bir anlaşma, devreden tahsilat yapma yetkisinin devam etmesi hâlinde kural olarak, en azından zımnen gerçekleşmiş kabul edilmelidir (Kieninger, N. 27). İlgili karar için bkz. BGH, 6.6.2019 – IX ZR 272/17 (BGH: Abtretungsermächtigung für Vergütungsforderung eines Kassenarztes, *NJW*, (30), 2019, s. 2156-2161).

¹⁰⁹ Hirsch, N. 719; Kieninger, N. 27. Bu nedenle, örneğin hasta alacağın devrine rıza göstermezse, devir kesin hükümsüzdür. Bkz. Rosch, N. 8. Hastanın rızasının yazılı ve açık olması gerektiği yönünde bkz. Hirsch, N. 719.

¹¹⁰ Kieninger, N. 27; Hirsch, N. 719. Hekimler, avukatlar, vergi danışmanları gibi cezai kovuşturmayaya tabi bir sır saklama yükümlülüğü (StGB § 203) söz konusu olduğunda, ücret alacağını devir yasağının BGB § 134'ten kaynaklandığı yönünde bkz. Filippo Ranieri, *Europäisches Obligationenrecht*, 3. Aufl., Springer, 2009, s. 1193, dn. 26.

¹¹¹ BGH, 10.10.2013 – III ZR 325/12 (BGH: Abtretung ärztlicher Honorarforderungen – Teilbare Klauseln, *NJW*, (3), 2014, s. 141-142). Karara konu olayda, hasta, tedavinin başında “Devir İçin Muvafakatname” başlıklı rıza beyanını içeren bir form imzalamıştır. Bu formda, diş hekiminin hastaya ait gerekli tüm belgeleri özellikle ad, adres, doğum tarihi, fatura tutarı, tedavi belgeleri, vb. belgeleri faturanın düzenlenmesi ve alacağın tahsil edilmesi ve gerekirse mahkemede ileri sürülmesi amacıyla Diş Hekimliği Takas Şirketi'ne (*Zahnärztliche Abrechnungsgesellschaft - ZAAG*) iletebileceğinin kabul edildiği; diş hekiminin sır saklama yükümlülüğünden açıkça muaf tutulduğu ve diş hekiminin tedaviden kaynaklanan alacağı ZAAG'a devretmesini açıkça kabul edildiği; ücret talebinin devredilmesinden sonra ZAAG'ın hastaya karşı talep sahibi olarak hareket ettiğinin bilindiği beyan edilmiştir. Diş hekimini, ücret alacağını ZAAG'a devretmiş, ilk derece mahkemesi davalı aleyhine karara hükmetmiş; davalı hasta istinaf aşamasında, ücret alacağının davacıya devredilmesinin, StGB § 203/f.1, c. 1 ile bağlantılı olarak BGB § 134 uyarınca geçersiz olduğunu iddia etmiştir. Alman Federal Mahkemesi ise hastanın her hâlükârda fatura belgelerinin devredilmesine yönelik (genel işlem koşulu mahiyetindeki) hükme geçerli şekilde rıza gösterdiğini, rıza beyanında devirle ilgili hukuki sonuçlar hakkında kapsamlı ve ayrıntılı bilginin verildiğini, bu nedenle StGB § 203/f.1, c.1'in ihlal edilmediğini belirterek davacı lehine hüküm kurmuştur.

402 uyarınca yeni alacaklıya alacağını ileri sürebilmesi için gerekli bilgileri sağlamak ve ona alacağı kanıtlar nitelikteki belgeleri, elinde buldukları ölçüde teslim etmekle yükümlüdür. Ancak öğretilerde bazı yazarlarca, korunmaya değer gizlilik menfaatlerinin gerçekten etkilenip etkilenmediğine dair somut olay bazında bir değerlendirmenin yapılması gerektiğine de işaret edilmektedir¹¹². Bu yöndeki bir başka görüş de sır saklama yükümlülüğünün bu şekilde bir devirle değil, daha sonra yalnızca ilgili bilgilerin somut olarak açıklanmasıyla ihlal edildiğini kabul etmektedir¹¹³.

Bankalar için ise öğretide¹¹⁴ ve içtihatlarda¹¹⁵ bankanın sır saklama yükümlülüğünün BGB § 134 kapsamında kanuni yasak olarak kabul edilemeyeceği, bankacılık sırrının veya verilerin korunmasına ilişkin kanunun alacağın devrini kendiliğinden engellemediği, bankanın müşterisinden olan

¹¹² Örneğin veteriner hekimler ve dış laboratuvarları söz konusu olduğunda ücret alacaklarının devredilemezliğinin ilke olarak reddedilmesinin mümkün olduğu yönünde bkz. Kieninger, N. 27. BGB § 402 uyarınca bilgi verme yükümlülüğünün gerçekten sırları açıklamakla sonuçlanıp sonuçlanmayacağına her bir vaka bazında incelenmesi gerekeceği yönünde ayrıca bkz. Rosch, N. 11. Yazara göre devir sonucunda, yalnızca daha önce kamuya açık olarak tartışılan, örneğin sözlü bir duruşma bağlamında tartışılan bilgilerin verilmesi gerekiyorsa, hâlihazırda gerçekleşmiş olan açığa vurmanın bir sonucu olarak, artık bilgiler gizli nitelikte değildir.

¹¹³ Jan Busche, “Einl. zu §§ 398 ff. BGB”, Julius von Staudinger (Ed.), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 397-432*, Otto Schmidt/de Gruyter, 2022, N. 44.

¹¹⁴ Kieninger, N. 33; Martin Fries/Reiner Schulze, “BGB § 399” *Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar* (Ed. Schulze), 11. Auflage, Nomos, 2021, N. 5. Türk hukuku bakımından detaylı bilgi için bkz. Pınar Çağla Kandıralıoğlu, *Türk Hukukunda Bankaların Sır Saklama Yükümlülüğü*, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s. 135 vd.; İlnur Kaya, *Banka Hukukunda Müşteri Sırrını Saklama Yükümlülüğü* (Fransız İsviçre ve Türk Hukukunda), *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi*, 2019, s. 221 vd.

¹¹⁵ BGH, 27.02.2007 – XI ZR 195/05, *Betriebs Berater (BB)*, (15), s. 793; BGH 30. 3. 2010 - XI ZR 200/09 (*NJW*, 2010, (23), s. 2041); BGH 9. 4. 2011 – XI ZR 256/10 (*NJW*, (41), 2011, s. 3024). Bankalar dışında, alacak tahsil şirketleri bakımından da bir istisnanın kabul edildiği görülmektedir. Tüm üye devletlerde doğrudan uygulanabilir olan ve 25 Mayıs 2018 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR) m. 9/f. 1, veri sahibi açıkça işleme için izni vermediği sürece (GDPR m. 9/f. 2, bent a), gerçek bir kişinin sağlık verilerinin işlenmesini genel olarak yasaklamaktadır. Öte yandan, GDPR m. 9/f. 2, bent f), “*hak taleplerinde bulunulması, bunların yerine getirilmesi veya savunulması için veya mahkemeler kendi yargı yetkisi çerçevesinde hareket ederken işlemenin gerekmesi*” hâlinde rıza olmadan dahi işlemeye izin verir. İşte bu hükmün, alacakların tahsili için yetkilendirilen borç tahsilat kurumlarına devri de içermesi gerektiği öğretilerde kabul edilmektedir. Bkz. Kieninger, N. 31. Bununla birlikte, GDPR m. 9/f. 4'e göre, üye devletler sağlık verilerinin işlenmesine ilişkin olarak kısıtlamalar da dahil olmak üzere ek koşullar getirebilir veya ek koşulları uygulamaya devam edebilir. Yargı dışı hukuki hizmet sağlama yetkisinin aşılması nedeniyle, alacağın devrine ilişkin yasaklar oldukça tartışmalıdır (Fries/Schulze, N. 5).

alacaklarını başka bir banka veya varlık yönetim şirketine devredebileceği kabul edilmektedir.

3. Türk Hukuku

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nda avukatın ücret alacağına devrini yasaklayan bir hüküm bulunmadığına daha önce işaret edilmişti. Bunu dayanak olarak gören öğretilerdeki bazı yazarlar¹¹⁶, kanunda bir yasak söz konusu olmadığı için sözleşmede de taraflarca aksi kararlaştırmadıkça, avukatlık ücretinin başkasına devredilebileceğini kabul etmektedir.

Diğer bazı yazarlar ise¹¹⁷, avukatın sır saklama yükümlülüğü bakımından somut olayın özellikleri dikkate alınarak alacağın devri ile sır saklama yükümlülüğünün ihlal edilmiş olup olmadığının incelenmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gerektiğini kabul etmektedir.

Buna karşın devre izin verilip verilmeyeceğinin somut olaya göre değerlendirilmesi görüşüne katılmayan ve işin niteliği gereği devrin mümkün olmadığı kanaatinde olan yazarlar¹¹⁸ da vardır. Nitekim somut olaya göre değerlendirmenin yapılması gerektiği görüşü kabul edilirse, avukat önce ücret alacağını devredecek, sonrasında devir uyuşmazlık konusu olduğunda işin mahiyeti gereği devrin sakıncalı olup olmadığı incelenecektir. Ancak bu inceleme sırasında müvekkilin başkalarının bilmesini istemediği sırları ortaya çıkacaktır. Üstelik devir işleminin sakıncalı olduğuna kanaat getirilirse devir işlemi de geçersiz olacağından devralan da mağdur olacaktır

¹¹⁶ Karateke, s. 138; Türker Yalçınduran, *Vekalet Sözleşmesinde Ücret*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, 2007, s. 205; Cimbar, s. 276; Furkan Eken, *Avukatlık Sözleşmesinde Ücretin Belirlenmesi*, Filiz Kitabevi, 2021, s. 93 vd.; Atilla Özen, *Avukatlık Sözleşmesi*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2023, s. 86.

¹¹⁷ Sungurtekin Özkan, s. 256; Günergök, *Avukatlık Sözleşmesi*, s. 139; Metin Polat, *Avukatlık Sözleşmesinde Ücret*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2017, s. 127-128. Ayrıca bkz. Yalçınduran, s. 205. Yazar, alacağın devrinin geçerli olup olmadığını, sır saklama yükümlülüğünün ihlali noktasında değerlendiren görüş kabul edilse bile, ücret alacağının devrinin serbest meslek icra edenlerin faaliyetleri ve bunların devamı için önem arz ettiğine, bu nedenle alacağın devrini ayakta tutacak şekilde yorum yapılması gerektiğine dikkat çekmektedir. Ayrıca bkz. Erbayraktar, s. 137 vd. Yazar, sır saklama yükümlülüğünün ihlalinde kural olarak alacağın devrine engel bir durum olmadığını belirtmiş, sır saklama yükümlülüğünün emredici bir hükümlerle düzenlendiği hâllerde hükmün koruyucu amacına bakılarak geçersizliğin olup olmadığını tespit edilmesi gerektiğini ifade etmiş ve alacağın üçüncü bir kişi tarafından ileri sürülmesinin, zorunlu olarak borçlunun sırlarını içeren kişiliğin özel alanına müdahale etkisi doğuracak olduğu hâllerde, TMK m. 23/f. 2 hükmünün, alacağın devrine engel oluşturduğu görüşünü ifade etmiştir.

¹¹⁸ Murat Aydın, *Avukatlık Ücreti*, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 119-120.

ve devrin yasaklanmasının bir anlamı kalmayacaktır. Hatta öğretide bazı yazarlar¹¹⁹, ücret alacağının tahsili için dahi sır koruma yükümlülüğünün ihlal edilemeyeceğini, zira ücret alacağının özel bir alacak olduğunu, buna karşılık sırrın korunmasının ise mesleğin yararına olduğunu, bu nedenle ücret alacağının sırrın açıklanması için gerekçe oluşturmayacağını ifade etmektedir.

Yargıtay'ın bu soruna ilişkin ne yazık ki yeterli sayıda kararına rastlanamamıştır. Ancak yakın tarihli karara konu bir olayda¹²⁰, avukat, müvekkili olan şirketten ücret alacağını bir başka şirkete devretmiş, müvekkil devir sözleşmesinin geçersiz olduğu yönünde itiraz etmiş ancak Yargıtay, Avukatlık Kanunu'nda avukatlık sözleşmesinden kaynaklanan alacakların devrini yasaklayan herhangi bir hüküm bulunmadığı gerekçesiyle avukatlık ücretinin devrini geçerli kabul etmiş, avukatın sır saklama yükümlülüğü yönünden ise herhangi bir değerlendirme yapmamıştır.

Yargıtay daha eski bir başka kararında¹²¹ ise yine alacağın devrine engel olup olmadığına ilişkin herhangi bir değerlendirme yapmadan hüküm kurmuştur:

“Davacı, avukat olan eşi davalının kendisine tarihsiz temlik belgesi vererek, müvekkili H. Ç.dan alacağı vekalet ücretini temlik ettiğini, fakat dava dışı Hüsrev'den aldığı vekalet ücretini kendisine ödemediğini belirterek, itirazın iptali talepli bu davayı açmıştır. Tarihsiz “Temlik Beyanı” başlıklı belge incelendiğinde, davalının müvekkili Hüsrev'den alacağı vekalet ücretinin tamamını, davacıya temlik ettiği anlaşılmaktadır. Temlik edilen bu alacağın içerisinde, Mahkemenin kabulünde olan H. Ç.'in açtığı Ankara 2.Asliye Hukuk Mahkemesinin 2004/517 Esas sayılı davasında karşı taraftan alınması gereken vekalet ücreti mevcut olduğu gibi, Hüsrev ile davalı arasında yapılan tarihsiz ücret sözleşmesi kapsamında bulunan vekalet ücreti de, bu alacağı dahildir. Mahkemece, dava dışı müvekkil ile davalı arasındaki ücret sözleşmesine dayanarak davalının alabileceği vekalet ücreti saptanmalı ve bu miktarın da temlik kapsamında olduğu kabul edilerek, sonucuna uygun bir karar verilmelidir”.

¹¹⁹ Erem, *Avukatlık Sırrı*, s. 839. Esasında yazar sır saklama yükümlülüğünün sır sahibini değil, kamu yararını koruduğunu savunduğundan (Erem, *Avukatlık Sırrı*, s. 838) bu sonuca varmaktadır. Ayrıca bkz. Şenocak, s. 25.

¹²⁰ Yargıtay 3. HD, T. 2.2.2021, E. 2020/8273, K. 2021/781 (Kazancı).

¹²¹ Yargıtay 13. HD, T. 29.11.2010, E. 2010/5848, K. 2010/15770 (Kazancı).

E. Değerlendirme

Buraya kadar açıklanan hususlardan da görüldüğü üzere çözümü gereken mesele, avukatlık sözleşmesinde avukatın (hatta daha geniş açıdan ele alınacak olursa vekâlet sözleşmesinde vekilin¹²²) sır saklama yükümlülüğünün, Türk Borçlar Kanunu'nun 190. maddesi¹²³ ile ele alındığında, alacağın devrine engel olup olmadığıdır; zira bu hükme göre devreden, alacakla ilgili tüm bilgi ve belgeleri yeni alacaklıya vermekle yükümlüdür. TBK m. 190 gereğince yeni alacaklının alacağı ileri sürebilmesi için gerekli olan örneğin borçlunun adresi, ifa yeri, ifa zamanı gibi tüm bilgilerin verilmesi gereklidir. Ayrıca diğer gerekli hususlarda alacaklının aydınlatılması, örneğin borçlunun ileri sürebilme ihtimalinin olduğu def'iler ve bunlara karşı yapılacak savunmalar hakkında devralanın bilgilendirilmesi şarttır, bu devreden için aydınlatma borcu teşkil etmektedir¹²⁴. Bu hükmün amacı, yeni alacaklının borçluya karşı devraldığı alacağı başarılı şekilde ileri sürebilmesidir. Nitekim alacakla ilgili bilgi ve belgeler olmadan devralanın alacağı tahsil etmesi kolay değildir. Devralan alacaklının menfaatini korumaya hizmet eden bu hükmün, emredici nitelikte olmadığı kabul edilmektedir¹²⁵.

¹²² Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının *Sır Saklama Yükümlülüğü* başlıklı 9. maddesi şöyledir: “(1) Hekim, hastasından mesleğini uygularken öğrendiği sırları açıklayamaz. Hastanın ölmesi ya da o hekimle ilişkisinin sona ermesi, hekimin bu yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. (2) Hastanın onam vermesi ya da sırrın saklanması hasta ya da öteki insanların yaşamını tehlikeye sokması durumunda, hastanın kişilik haklarının zedelenmemesi koşuluyla, hekim bu sırrı saklamakla yükümlü değildir. (3) Yasal zorunluluk durumlarında hekimin rapor düzenlemesi de, meslek sırrının açıklanması anlamına gelmez. (4) Hekim, tanık ya da bilirkişi olarak mahkemeye çağrıldığında olayın meslek sırrı olduğunu ileri sürerek bu görevlerinden çekilebilir”. Hekimlerin sır saklama yükümlülüğüne ilişkin ayrıca bkz. Adem Yelmen, “Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, Mehmet Ünal, Veysel Başpınar, Hasan Seçkin Ozanoğlu, Süleyman Yılmaz (Ed.), *Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan*, Seçkin Yayıncılık, 2009, s. 910. Vekâlet sözleşmesi niteliğinde olup olmadığı tartışmalı olan arabulucu sözleşmesi bakımından da arabulucunun gizlilik yükümlülüğü HUAK m. 4'te düzenlenmiştir: “(1) Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür. (2) Aksi kararlaştırılmadıkça taraflar ve görüşmelere katılan diğer kişiler de bu konudaki gizliliğe uymak zorundadırlar”. Kanunu'nun 5. maddesinde ise tanıklıktan kaçınma hakkı özel olarak düzenlenmiştir.

¹²³ TBK m. 190: “Devreden, devralana alacak senedi ile elinde bulunan ispatla ilgili diğer belgeleri teslim etmek ve alacağını ileri sürebilmesi için gerekli bilgileri vermekle yükümlüdür”. Bu yükümlülüğünün, yan edim yükümlülüğü olduğu hakkında bkz. Engin, s. 42.

¹²⁴ Engin, s. 42-43; Özcan Günergök, *Alacağın Devrinde Borçlunun Hukuki Durumu*, Vedat Kitapçılık, 2014, s. 110; Oğuzman/Öz, *Cilt 2*, s. 581.

¹²⁵ Becker, *Art. 170*, N. 4; Eugen Bucher, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*

Alacağı devreden, alacakla ilgili belgeleri ve alacak hakkının ispatına yarayacak bilgileri vermesi, devralanın alacağına kavuşması için önem arz etmektedir. Ancak bu yükümlülük yerine getirilirken alacağın ileri sürülebilmesi için bazı hâllerde, borçluya ait sırların da devralana söylenmesi gerekli olabilir. Oysa bir müvekkil veya hasta, hukuki ilişki gereğince güven duyarak kişisel ve özel bilgilerini, sırlarını yakınlık duyduğu avukat veya hekim ile paylaşır. Bir müvekkil veya hasta, avukata ya da hekime¹²⁶ emanet ettiği gerçeklerin muhakkak gizli tutulacağından emin olamazsa, müvekkil ile avukatı veya hasta ile hekim arasındaki güven ilişkisi tehlikeye girer. Sırları olan, bunların öğrenilmesini istemeyen ve bunda da haklı menfaati olan müvekkilin, mesleğini icra eden avukata bunları aktarmasının esas nedeni, bunların gizli kalacağına olan inancıdır. Böyle bir güven olmadan avukatlar, hukukun üstünlüğünün korunması için elzem olan hukuki yardım sağlama görevlerini layıkıyla yerine getiremezler¹²⁷. Ancak alacağı devreden, çoğunlukla devirle bağlantılı olarak veya devralanın bir ihtilaf durumunda alacağı başarılı bir şekilde ileri sürebilmesi ve tahsil edebilmesi için ücrete dayalı faaliyetin nedeni, niteliği ve kapsamı hakkındaki bilgiler de dahil olmak üzere temel ilişkiden kaynaklanan bilgileri vermek durumundadır¹²⁸.

Kanımızca güven unsuru nedeniyle sır saklama yükümlülüğünün mevcut olduğu hukuki ilişkilerde, özellikle güven ilişkisinin çok daha yoğun olduğu avukatlık sözleşmesi bakımından, bu yükümlülüğe aykırı davranılarak ücret alacağının devri ile borçluya ait sırların yeni alacaklıya açıklanması, kural olarak alacağın devrinin geçersizliği (hemen aşağıda belirtileceği üzere, esasında müvekkil onay verene kadar askıda hükümsüzlüğü) sonucunu doğurmalıdır. Zira bu ihtimalde yalnızca sır saklama yükümlülüğünün ihlali nedeniyle tazminat ya da cezai sorumluluğun doğacağını kabul etmek, sır saklama yükümlülüğünü koruyan ve ceza kanunu ile suç ihdas eden normların¹²⁹

ohne Deliktsrecht, Schulthess Polygraphischer, 1988, s. 573; Engin, s. 41, dn. 27.

¹²⁶ Hastanın rıza göstermedikçe hekimin veya dış hekiminin ücret talep etme hakkını başkasına devretmesinin, hekimin sır saklama yükümlülüğünü ihlal ettiği, bu nedenle de devrin hükümsüz olduğu görüşünde bkz. Yusuf Büyükay, "Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü", *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8(1-2), 2004, s. 394. Hekimin sır saklama yükümlülüğüne dair ayrıca bkz. Yelmen, s. 908 vd.

¹²⁷ Bkz. *Model Code of Conduct for European Lawyers*, 2021, s. 12 <https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/DEONTOLOGY/DEON_CoC/EN_DEONTO_2021_Model_Code.pdf>, Erişim Tarihi 16 Kasım 2023.

¹²⁸ Kieninger, N. 27.

¹²⁹ TCK m. 134, özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu düzenlemektedir. TCK m. 136, kişisel

koruyucu amacına aykırı düşer¹³⁰. Ayrıca, Hukuk Muhakemesi Kanunu'nun 249. maddesi ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 46. maddesi, sır nedeniyle tanıklıktan kaçınma hakkını tanımış, Avukatlık Kanunu m. 36'da müvekkilin sırrın açıklanmasına muvafakat vermesi durumunda dahi avukatın tanıklıktan kaçınmasının mümkün olduğu ve bu durumda avukatın hukuki veya cezai sorumluluğunun doğmayacağı düzenlenmiştir. Esasında tüm bu hükümler, avukatlık sözleşmesi bakımından avukat ile müvekkil arasındaki gizliliğin ve güvenin ne derece önemli, korunmaya değer olduğunu göstermektedir. Kaldı ki, avukatların müvekkillerine ait sır niteliğinde olmayan hususları da gizli tutmaları gerektiği, bu nedenle sır saklama yükümlülüğünden daha geniş kapsamlı yükümlülüklerinin bulunduğu belirtilmişti. Emredici normlar ve ceza kanunundaki hükümler, sırrının gizli kalmasını isteyen borçluyu koruma amacı güttüğünden, müvekkilin rızası olmadığı ve sır saklama yükümlülüğü ihlal edildiği sürece alacağın devrinin de kural olarak geçersiz sayılması kanımızca daha uygun olur.

Sır saklama yükümlülüğü ihlal edildiğinde, borçlunun devre sonradan

verileri hukuka aykırı olarak bir başkasına verilmesi, yayılması veya ele geçirilmesi suçunu düzenlemektedir. TCK m. 239, sıfat veya görevi, meslek veya sanatı gereği vakıf olduğu ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin yetkisiz kişilere verilmesi veya ifşa edilmesi suçunu düzenlemektedir. Detaylı bilgi için bkz. Tepe, s. 103 vd.; Çiftçioglu, s. 275 vd. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 198 (*Bir kimse resmi mevki veya sıfatı veya meslek ve sanatı icabı olarak işasında zarar melhuz olan bir sırta vakıf olup ta meşru bir sebebe müstenit olmaksızın o sırrı ifşa ederse üç aya kadar hapis ve elli liraya kadar ağır cezayı nakdiye mahkum olur*) avukatların sır saklama yükümlülüğünün ihlal edilmesi üzerine uygulama alanı bulmaktaydı. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ilgili maddenin karşılığı bulunmamaktadır ancak TCK m. 258 şu şekilde düzenlenmiştir: “Görevi nedeniyle kendisine verilen veya aynı nedenle bilgi edindiği ve gizli kalması gereken belgeleri, kararları ve emirleri ve diğer tebligatı açıklayan veya yayınlayan veya ne suretle olursa olsun başkalarının bilgi edinmesini kolaylaştıran kamu görevlisine, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası verilir. Kamu görevlisi sıfatı sona erdikten sonra, birinci fıkrada yazılı fiilleri işleyen kimseye de aynı ceza verilir.” Ayrıca bkz. Sevdiren, s. 339. Yazar, TCK m. 258'de düzenlenen suçun konusu resmi bir belge olduğu için, farklı yönleriyle avukat-müvekkil gizliliğinin kapsamına girmediği, ayrıca TCK m. 239'da (Alman Ceza Kanunu § 203/1, 3'ten farklı olarak) avukatlara özel bir atıfta bulunulmadığı ve avukat-müvekkil ilişkisinin niteliği göz önüne alındığında, bu maddenin avukatlar için uygulanmasının mümkün olmadığı görüşündedir. Yazar, Avukatlık Kanunu m. 62'nin “görevi kötüye kullanma” suçuna ilişkin TCK m. 257'ye açık atıfta bulunduğu için, mesleki gizliliğin ihlalinin bu hüküm kapsamında cezalandırılacağı kabul etmektedir.

¹³⁰ Avukatın sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmesinin göreve ilişkin sırrın açıklanması suçu (TCK m. 258), özel hayatın gizliliğini ihlal suçu (TCK m. 134), haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu (TCK m. 132), kişisel verinin hukuka aykırı olarak verilmesi suçu (TCK m. 136); ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması suçu (TCK m. 239) ve gizliliğin ihlali suçu (TCK m. 285) bağlamında değerlendirmesi için bkz. Doğan, s. 138 vd., ayrıca s. 185 vd.

rıza gösterip göstermediği de incelenmelidir. Nitekim avukatın sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmesine rağmen, müvekkil alacağın devrine sonradan onay verirse bu durumda alacağın devrini geçersiz saymanın bir anlamı yoktur. Müvekkil baştan avukat tarafından sırlarının açıklanmasına izin verebileceği gibi, sırlar açıklandıktan sonra da şayet yapılan işleme icazet verirse, bu borçlunun kanun tarafından kendine tanınan korumadan vazgeçtiği anlamına gelir¹³¹. O hâlde icazet verilene kadar alacağın devri askıda hükümsüz olur. Bu noktada sır saklama yükümlülüğünden doğan devir engelinin, kanundan doğan bir devir engeli¹³² mi, yoksa işin niteliğinden kaynaklanan bir engel¹³³

¹³¹ Müvekkilin geçmişe dönük olarak ifşa izni vermesi hâlinde, bu durum genellikle müvekkilin -izin verdiği ölçüde- gizliliği korumak için sübjektif bir irade gösterdiğine dair karineyi çürütür (Brunner/Henn/Kriesi, 203). Borçlunun kişiliğinin korunması amacının olduğu devir engeli bakımından, borçlunun kendisine sağlanan korumadan feragat etmesinin geçerliliğinin TMK m. 23/f. 2 kapsamında denetlenmesi gerektiği yönünde bkz. Erbayraktar, s. 149.

¹³² Kanundan doğan devir engeline rağmen alacağın devredilmesi işleminin geçerli olup olmayacağı öğretide tartışmalıdır. Kimi yazarlar, kanundan doğan devir engelinin bulunduğu tüm durumlar için alacağın devrinin kesin hükümsüz olduğunu kabul etmektedir. Bu yönde bkz. Bucher, s. 542; Spirig, *Art. 164*, N. 184; Günergök, *Alacağın Devri*, s. 34; Ozanemre Yayla, s. 191; Oğuzman/Öz, *Cilt 2*, s. 574; Eren, *Borçlar Genel*, s. 1372; İlhan Helvacı, *Turkish Contract Law*, Springer, 2017, s. 270. Bu ihtimalde sadece tasarruf işlemi niteliğindeki devir işleminin mi geçersiz olduğu, yoksa borçlandırıcı işlem olan alacağın devri taahhüdünün de geçersiz mi olması gerektiği konusunda yine farklı görüşler vardır. Borçlandırıcı işlemin geçerli olduğu, taahhütten doğan borcunu ifa edemeyen devreden TBK m. 112 (OR m. 97) kapsamında devralana karşı sorumlu olduğu yönünde bkz. Bucher, s. 542, dn. 24. Taahhüt işleminin TBK m. 27 (OR m. 20) kapsamında kesin hükümsüz olacağı yönünde bkz. Koller, § 84, N. 57; Ozanemre Yayla, s. 193. Kanundan doğan devir engeline rağmen yapılacak devrinde, garanti yükümlülüğünün söz konusu olmayacağı görüşünde bkz. Engin, s. 110-111; Oğuzman/Öz, *Cilt 2*, s. 592-593. Bu durumda şartları mevcutsa, devrin sebebini oluşturan taahhüt işleminin diğer tarafına karşı *culpa in contrahendo* çerçevesinde sorumluluğunun gündeme gelebileceği yönünde bkz. Ozanemre Yayla, s. 193, benzer yönde bkz. Oğuzman/Öz, *Cilt 2*, s. 593. Kanundan doğan devir engeline rağmen alacağın devredilmesi durumunda özellikle borçlunun menfaati dikkate alınarak getirilen yasaklarda, borçlunun rızasını önceden izin veya sonradan icazet şeklinde vermesi ile alacağın devrinin geçerli olacağına ilişkin katıldığımız görüş için bkz. Andreas von Tuhr/Arnold Escher, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II*, 3. Auflage, 1974, s. 348. Bu görüşte olmakla birlikte, borçlunun kişiliğinin korunması amacının olduğu yasaklar bakımından borçlunun kendisine sağlanan korumadan feragat etmesinin geçerliliğinin TMK m. 23/f. 2 kapsamında denetlenmesi gerektiği yönünde bkz. Erbayraktar, s. 138, 149.

¹³³ İşin niteliği gereği devredilemeyen bir alacağın engele rağmen devredilmesi durumunda, alacağın devrinin kesin hükümsüz olacağı görüşünde bkz. Spirig, *Art. 164*, N. 184; Helvacı, s. 270. Alacağın devrinin askıda hükümsüz olduğu ve borçlunun baştan izin veya sonradan icazet vererek alacağın devrini geçerli hâle getirebileceği görüşünde bkz. von Tuhr/Escher, s. 348; Bucher, s. 542; Girsberger/Hermann, N. 52; Koller, § 84, N. 70; Busche, § 399, N. 23; Günergök, *Alacağın Devri*, s. 34; Ozanemre Yayla, s. 215; Eren, *Borçlar Genel*, s. 1372. Bu durumda garanti yükümlülüğünün söz konusu olmayacağı görüşünde bkz. Engin, s. 110-111; Oğuzman/Öz, *Cilt 2*, s. 592-593. İşin niteliğinden doğan alacağın devri engelinin

mi olduğunun kabul ettiğimiz görüş kapsamında bir önemi yoktur¹³⁴. Zira sır saklama yükümlülüğünün ihlali ister kanundan kaynaklanan bir devir engeli sayılsın ister işin niteliği gereği alacağın devrine engel görülsün, iki durumda da borçlunun sonradan vereceği onay ile alacağın devri baştan itibaren geçerli hâle gelir. Sır sahibinin sırrın açıklanması sonucunu doğuracak devir işlemine sonradan onay vermesi ve alacağın devrinin geçerli olmasında artık borçlu bakımından bir sakınca bulunmamaktadır.

Sır saklama yükümlülüğünün ihlal edilmesi ve müvekkilin alacağın devir işlemine yönelik onayının bulunmaması durumunda, alacağın devri geçersiz olmalıdır. Bu ihtimalde müvekkil alacağın devrinin geçersiz olduğunu ileri sürdüğünde, gizli kalması gereken bilgiler önceden açıklandığı ve yükümlülük öncesinde ihlal edildiği için bu durum yalnızca mahkeme önünde açıklığa kavuşturulmuş olur. Avukat bakımından ise sözleşmeye aykırılık ve diğer mesleki veya cezai yaptırımlar gündeme gelebilir¹³⁵. Alacağı devralamayan ancak müvekkile ait sırları öğrenen kimsenin ise sır saklama yükümlülüğü bulunmamakla birlikte, TMK m. 23 vd. hükümleri dikkate alındığında, müvekkilin kişilik haklarına müdahale oluşturacak açıklamalardan kaçınması gerekmektedir. Ayrıca sırrın açıklanması aynı hakkı ihlal etmeden malvarlığı menfaatlerini doğrudan etkileyerek malvarlığının azalmasına yol açıyorsa, normun koruma amacına giren durumlarda sırrı açıklayan kimsenin haksız fiil hükümlerine göre sorumluluğu da gündeme gelebilir. Örneğin geçersiz alacağın devri işlemiyle bir şirketin mevcut davasına ilişkin sırları öğrenen kimse bunu duyurarak ticari itibara saldırının ötesinde şirketin borsadaki hisselerinin aniden düşmesine sebep olursa TBK m. 49 gereğince de sorumluluğu söz konusu olabilir.

sadece alacağın devri işlemi etkileyeceği, alacağın devri işleminin sebebini oluşturan taahhüt işleminin bu engelden etkilenmeyeceği, devir vaadi geçerli olduğundan borcunu yerine getiremeyen alacaklının TBK m. 112 kapsamında sorumlu olacağı yönündeki görüş için bkz. Ozanemre Yayla, s. 215. Devirden *sonra* ortaya çıkan bir sebeple alacağın sona ermesi durumunda alacağı devreden TBK m. 112 uyarınca sorumlu olabileceği yönünde bkz. Nomer, 243.6.

¹³⁴ Borçlunun kişiliğinin gizli kalmasına ilişkin menfaatinin bulunduğu hâllerde işin niteliğinden doğan devir engelinin bulunduğunu kabul eden görüş için bkz. Bkz. Koller, § 84, N. 67. Hükmün amacı gereği devrin engellendiği yorumu yapılabilen hâlleri, kanundan kaynaklanan devir engeli örneği olarak inceleyen görüş için bkz. Erbayraktar, s. 137 vd.

¹³⁵ Müvekkilin sübjektif iradesine göre sır saydığı hususlar alenileşmediği müddetçe hâlâ sır olarak kalmaya devam eder. Bu ihtimalde alacağı devralamayan kimsenin öğrendiği sırları açıklaması, müvekkilin kişilik hakkının ihlaline yol açacağından hukuka aykırılık bağının kurulmasıyla onun yönünden de haksız fiil sorumluluğunu gündeme getirir.

Sır saklama yükümlülüğünün ihlal edilmediği hâllerde ise, alacağın devri geçerli kabul edilebilir. Ancak bunun için somut olayın şartlarını ele alarak değerlendirme yapılması şarttır. Bu durum, öğretide belirtilenin aksine¹³⁶, müvekkilin gizli kalmasını istediği sırların herkes tarafından öğrenilmesi sonucunu doğurmaz. Zira, somut olay bakımından şayet sır saklama yükümlülüğü ihlal edilmeden alacak devri gerçekleşmişse, zaten bünyesinde herhangi bir geçersizlik sebebi barındırmayan devir işlemi geçerli olur, bunun mahkeme nezdinde araştırılması da farklı bir neticeye götürmez. Alacak devrinin sır saklama yükümlülüğünün ihlal edilmesi tehlikesini doğuracağı kabul edilebilirse de her durumda, mutlaka ihlalin gerçekleşeceğini söylemek doğru olmaz. Örneğin, kendisine sosyal medyadan hakaret eden kişiler hakkında şikâyet başvurusunda bulunan ünlü bir kimsenin avukatı, takip ettiği süreç nedeniyle hak kazanacağı avukatlık ücretini devrettiğinde, sır saklama yükümlülüğünün ihlal edildiğini söylemek mümkün değildir, zira şikâyete tabi hususlar zaten aleni ortamda gerçekleşmiştir.

Sonuç olarak, sır saklama yükümlülüğü alacağın devri anında veya sonrasında bilgi ve belgelerin verilmesi suretiyle ihlal edilirse, alacağı devraldığını ileri süren kişinin alacağın tahsili için açtığı davada, öncelikle müvekkilin savunmasına bakılmalıdır. Müvekkil alacağın devrine onayının olmadığı şeklinde savunma yaparsa, alacağın devri işlemi geçmişe etkili olarak geçersiz hâle gelir. Bu durumun mahkeme nezdinde tartışılması, aslında ifşa olmuş sırların ve avukat tarafından gerçekleştirilen yükümlülük ihlali ile alacağın devrinin geçersiz olduğunun tespiti niteliğindedir. Müvekkil alacağın devrine onay vermediğinde, avukat alacaklı olarak kalmaya devam eder¹³⁷.

¹³⁶ Aydın, s. 119-120.

¹³⁷ Sır saklama yükümlülüğünün ihlal edildiği gerekçesiyle müvekkil tarafından avukatın haklı sebeple azledilmesi, ücret yönünden de sonuçlar doğurur. Avukatlık Kanunu m. 174/f. 2 gereğince, avukat kusuru nedeniyle azledilmişse kendisine ücret ödenmez. Yargıtay, azle kadar kesinleşmiş işler için avukatın ücret talep edebileceğini, kesinleşmemiş işler bakımından ise ücret talep edemeyeceğini içtihatlarında kabul etmektedir (Bkz. Yargıtay 13. HD, T. 20.1.2016, E. 2014/43997, K. 2016/943; Yargıtay 13. HD, T. 8.10.2019, E. 2019/4443, K. 2019/9533; Yargıtay 3. HD, T. 7.6.2022, E. 2022/1500, K. 2022/5537, Kazancı). Bu ihtimalde, avukatın azli, kesinleşmemiş işler bakımından avukatın ücret alacağı talebini de ortadan kaldırır. Ücret alacağını ivazlı olarak devreden avukatın, garanti yükümlülüğü bulunmamaktadır ve bu sonuç sır saklama yükümlülüğü ister kanundan kaynaklanan ister işin niteliğinden kaynaklanan devir engeli olarak görülsün, değişmemektedir (Bkz. Engin, s. 110-111; Oğuzman/Öz, *Cilt 2*, s. 592-593). Ancak sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmenin bu devir engellerinden hangisine dahil olduğu, avukatın *culpa in contrehendo* kapsamında mı yoksa TBK m. 112 kapsamında mı sorumlu tutulacağı bakımından farklılık yaratmaktadır. Bu konuda bkz. 132 ve 133. dipnottaki açıklamalarımız.

Buna karşın sır saklama yükümlülüğü ihlal edilmediği sürece devralanın, borçludan alacağı talep etmesi ve mevcut şartlarda talebinde başarıya ulaşabilecek olması mümkünse, her durumda sırf sır saklama yükümlülüğünün bulunduğu gerekçesiyle alacağın devrini geçersiz kabul etmek ve avukatı ekonomik yaşamın olanaklarından mahrum bırakmak doğru değildir.

Kanımızca, Alman Avukatlık Kanunu'nda öngörülen hükmün benzerine 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nda da yer verilmesi uygun olur. BRAO § 49b'de düzenlendiği gibi avukat ücret alacağını, bir diğer avukata borçlunun rızası olmadan devredebilmelidir ve devralan avukatın da sır saklamakla yükümlü olduğuna ilişkin düzenlemeyle gizliliğin korunması güçlendirilmelidir. Bu çözüm makuldür, zira avukatlık bir güven mesleğidir, bir avukatın devraldığı alacak dolayısıyla öğrendiği sırları da taşıması kendisinden beklenebilir. Bunun yanında, devralan avukat bakımından bu yükümlülüğe kanunda yer verilmesi, buna aykırılığın ceza ve disiplin hukuku yönünden yaptırımlarla sonuçlanmasına ve güvencenin artmasına imkân tanır. Ayrıca Avukatlık Kanunu'nun 46. maddesinin 2. fıkrası¹³⁸ gereğince dosya inceleme yetkisi olan bir avukat dahi incelediği dosya kapsamındaki bilgilere vakıf olabilir. Bu durum göz önüne alındığında, meslektaşları tarafından kendisine bir alacak devredildiğinde, alacağı devralan avukatın da sır saklamakla yükümlü olduğu esas benimsenirse, müvekkilin menfaatini olumsuz etkileyecek bir durumun olmadığı kabul edilebilir.

SONUÇ

Avukatın sır saklama yükümlülüğü, avukatlık mesleğinin çekirdek değerlerinden biri ve aynı zamanda hukuk sisteminin korunması için vazgeçilmez bir unsurdur. Avukatın müvekkiline karşı mutlak sadakat yükümlülüğü tam olarak güvence altına alınmadığı takdirde avukatların mesleklerini icra etmesi imkânı neredeyse ortadan kalkar. Bu nedenle son derece önemli olan sır saklama ve daha geniş kapsamda gizlilik yükümlülüğü hukukumuzda da açıkça düzenlenmiştir. Bu yükümlülüğü ihlal etmenin mesleki, cezai ve sözleşmesel sorumluluğu doğurması mümkündür. Bu çalışmada ise sır saklama yükümlülüğünün önemi ve fonksiyonu dikkate alınarak, avukatın sözleşmeden doğan ücret alacağını devrettiğinde sır saklama yükümlülüğünü her zaman edip etmeyeceği, sır saklama yükümlülüğünün ihlalinin alacağın devrine engel olup olmayacağı ve müvekkilin alacağın

¹³⁸ Avukatlık Kanunu m. 46/f. 2: "Avukat ve stajyer vekaletname olmaksızın dava ve takip dosyalarını inceleyebilir. Bu inceleme isteğinin ilgililerce yerine getirilmesi zorunludur."

devrine sonradan onay vermesiyle geçmişe dönük olarak alacağın devrinin geçerli hâle gelip gelmeyeceği sorularına cevap aranmıştır.

Çalışma kapsamında ulaştığımız sonuçlara göre, avukatın ücret alacağını devrettiği ihtimalde, öncelikle sır saklama yükümlülüğünün ihlal edilip edilmediği somut olayın şartları dikkate alınarak incelenmelidir. Her durumda bu yükümlülüğün ihlal edildiğini söylemek mümkün değildir. Somut olayda sır saklama yükümlülüğü ihlal edilmedikçe, alacağın devri geçerli kabul edilebilir. Ancak emredici normlar ve ceza kanunundaki hükümler, sırrının gizli kalmasını isteyen borçluyu koruma amacı güttüğünden, müvekkilin rızası olmadığı ve sır saklama yükümlülüğü ihlal edildiği sürece alacağın devrinin de kural olarak geçersiz sayılması daha uygun olur.

Sır saklama yükümlülüğü ihlal edildiğinde, kanımızca borçlunun devre sonradan rıza gösterip göstermediğine de ayrıca bakmak gereklidir. Nitekim avukatın sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmesine rağmen, müvekkil alacağın devrine sonradan onay verirse bu durumda alacağın devrini geçersiz saymanın bir anlamı yoktur. Müvekkilin sonradan vereceği onay ile alacağın devri baştan itibaren geçerli hâle gelir. Sır saklama yükümlülüğünün ihlal edilmesi ve müvekkilin alacağın devir işlemine yönelik onayının bulunmaması durumunda, alacağın devri geçersiz olmalıdır.

KAYNAKÇA

- Aday N, *Avukatın Sözleşmeden Doğan Hukuki Sorumluluğu*, Vedat Kitapçılık, 2016.
- Aksoy M R, *Vekilin Sır Saklama Yükümlülüğü*, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Aydın M, *Avukatlık Ücreti*, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Aydoğdu M/Tuncer N, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)*, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, 2023.
- Başpınar V, *(Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu*, Yetkin Yayınları, 2004.
- Becker H, *Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VI: Obligationenrecht, I. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183*, 2. Auflage, 1941.
- Boran Güneysu N/Memiş B, “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Avukatın Yükümlülük ve Sorumlulukları”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(2), 2019, s. 313-337.
- Brunner A/Henn M-C/Kriesi K, *Anwaltsrecht*, Schulthess, 2015.
- Brüggemann R, “BRAO § 49b Vergütung”, Dag Weyland (Ed.), *Bundesrechtsanwaltsordnung: BRAO*, 10. Auflage, 2020.
- Bucher E, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht*, Schulthess Polygraphischer, 1988.
- Busche J, “Einl. zu §§ 398 ff. BGB, § 399”, Julius von Staudinger (Ed.), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 397-432*, Otto Schmidt/de Gruyter, 2022.
- Büyükay Y, “Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, *Atatürk Üniversitesi Erzurum Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8(1-2), 2004, s. 383-396.
- Cimbar F, *Avukatlık Sözleşmesinde Ücret*, On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Çiftçioğlu C T, *Sırrın Korunması Boyutuyla Ticari Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrının Açıklanması Suçu*, Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Darcan Ş, *Ürün Kirası Sözleşmesi*, Adalet Yayınevi, 2020.

- Demir Gökyayla C, “Milletlerarası Tahkimde İspat Hakkı ve Sınırlarına Uygulanacak Hukuk”, *Public and Private International Law Bulletin (PPIL)*, 40(2), 2020, s. 729-773.
- Demirsatan B, *Türk Borçlar Hukukunda Sözleşme Yapma Zorunluluğu*, Filiz Kitabevi, 2022.
- Demirsatan B, *Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Haksız Olarak Sona Erdirilmesi*, On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Doğan B, Ceza Hukuku Boyutuyla Avukatın Sır Saklama Yükümlülüğü, *İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, 2023.
- Eken F, *Avukatlık Sözleşmesinde Ücretin Belirlenmesi*, Filiz Kitabevi, 2021.
- Engin B İ, *Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu*, Seçkin Yayıncılık, 2002.
- Enzmann J, *Erbrechtliche Informationsansprüche und deren verfahrensrechtliche Durchsetzung, insbesondere die Stufenklage*, Schulthess Juristische Medien, 2023.
- Erbayraktar B, *Alacağın Devrinin Sözleşme ile Engellenmesi (Pactum de non cedendo)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- Erem F, “Avukatlık Sırrı”, *Ankara Barosu Dergisi*, (5), 1969, s. 838-841.
- Erem F, “Ceza Hukukunda Meslek Sırrı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(1), 1943, s. 35-72.
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 25. Baskı, Yetkin Yayınları, 2020. (Borçlar Genel)
- Eren F, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, 2020. (Borçlar Özel)
- Fellmann W, *Anwaltsrecht*, 2. Auflage, Stämpfli Verlag, 2017.
- Fellmann W, “Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR” *Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Band VI, 2.Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse*, 4.Teilband, 1992.
- Fries M/Schulze, R, “BGB § 399” *Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar* (Ed. Schulze), 11. Auflage, Nomos, 2021.

- Gautschi G, “Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR”, *Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. IV, Das Obligationenrechts, 2. Abteilung, Die Einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband, 3. Aufl.*, Stämpfli & Cie, 1971.
- Gehrer Cordey C/Giger G, “Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, Art. 319-529 OR”, Claire Huguenin/Markus Müller-Chen (Ed.), *CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, Schulthess, 2016.
- Girsberger D/Hermann J L, “Art. 164”, Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Ed.), *Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 7. Aufl.*, Helbing Lichtenhahn, 2020.
- Gmür P, *Die Vergütung des Beauftragten ein Beitrag zum Recht des einfachen Auftrages*, Universitätsverlag, 1994.
- Gökyayla K E, *Avukatlık Sözleşmesinin Avukatın Azli ve İstifasıyla Sona Ermesi*, Seçkin Yayıncılık, 2007.
- Gümüş M A, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı*, 4. Baskı, Filiz Kitabevi, 2019 (Borçlar Özel).
- Gümüş M A, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, Yetkin Yayınları, 2021 (Borçlar Genel).
- Gümüş M A, *Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu*, Beta Yayıncılık, 2001 (Özen).
- Günergök Ö, “Avukatın Sır Saklama Yükümlülüğü”, *Atatürk Üniversitesi Erzurum Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7(1-2), 2003, s. 655-667. (Sır Saklama)
- Günergök Ö, *Alacağın Devrinde Borçlunun Hukuki Durumu*, Vedat Kitapçılık, 2014. (Alacağın Devri)
- Günergök Ö, *Avukatlık Sözleşmesi*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2009 (Avukatlık Sözleşmesi).
- Helvacı İ, *Turkish Contract Law*, Springer, 2017.
- Hirsch C, *BGB Allgemeiner Teil*, 9. Bası, Nomos, 2019.
- Hofstetter J, “Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag”, Wolfgang

- Wiegand (Ed.) *Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht Besondere Vertragsverhältnisse Bd. 7, Teilbd. 6*, Helbing & Lichtenhahn, 2000.
- Honsell H, *Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil*, 10. Aufl., Stämpfli Verlag, 2017.
- Höchli L, *Das Anwaltshonorar, Analyse der zivilrechtlichen Aspekte beim Anwaltshonorar*, Schulthess Polygraphischer, 1991.
- Huguenin C, *Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil*, 3. Auflage, Schulthess, 2019.
- Hurni C/Bank I, “OR Art. 164”, Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser (Ed.), *Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht (OFK - Orell Füssli Kommentar)*, 4. Auflage, 2023.
- Jungk A, “§ 24 Verschwiegenheitspflicht”, Brigitte Borgmann/Antje Jungk/Michael Schwaiger (Ed.), *Anwaltshaftung*, 6. Auflage, C.H. Beck, 2020.
- Kandıralıoğlu P Ç, *Türk Hukukunda Bankaların Sır Saklama Yükümlülüğü*, On iki Levha Yayıncılık, 2011.
- Karateke S, *Avukatlık Sözleşmesinde Ücret*, Turhan Kitabevi, 2006.
- Kaya İ, Banka Hukukunda Müşteri Sırrını Saklama Yükümlülüğü (Fransız İsviçre ve Türk Hukukunda), *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2019.
- Kellerhals O, *Die zivilrechtliche Haftung des Rechtsanwalts aus Auftrag*, Bern, 1953.
- Kieninger E-M, “BGB § 399 Ausschluss der Abtretung bei Inhaltsänderung oder Vereinbarung”, *Münchener Kommentar zum BGB*, 9. Auflage, 2022.
- Kilian M, “Factoring von anwaltlichen Vergütungsforderungen an Nicht-Anwälte”, *AnwBl*, (8-9), 2012, s. 728-729.
- Koller A, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Band I*, 4. Aufl., Stämpfli Verlag, 2017.
- Konuralp OE, “Avukatın Yargılamadaki Rolü Açısından Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Dürüstlük Kuralı ve Doğruyu Söyleme Yükümlülüğüne

İlişkin 29'uncu Maddesinin Avukatlar Açısından Uygulanabilirliği”, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(1), 2020, s. 2091-2114.

Kull M, *Die zivilrechtliche Haftung des Anwalts gegenüber dem Mandanten, der Gegenpartei*, Schulthess, 2000.

Lauer L, *Das Anwaltshonorar*, Dike Verlag, 2023.

Mahmutoğlu F S/Talas, S, “Avukatların Görev Suçları ve Yargılanması Rejimi”, *İstanbul Barosu Dergisi*, (Ceza Özel Sayı), 2007, s. 13-38.

Mennemeyer S, “Honoraranspruch im Haftungsfall”, Klaus Fahrenndorf/Siegfried Mennemeyer (Ed.), *Die Haftung des Rechtsanwalts*, 10. Auflage, Wolters Kluwer, 2021.

Meyer-Hauser B F, *Anwaltsgeheimnis und Schiedsgericht*, Schulthess Juristische Medien, 2004.

Mısır M H, *Avukatlık Disiplin Hukuku*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2016.

Morf A, “Die Zürcher Gerichte zur Abtretung von Honorarguthaben eines Rechtsanwalts”, *SJZ*, (20), 1959, s. 308-311.

Nater H/Zindel G G, *Kommentar zum Anwaltsgesetz*, 2. Aufl., Schulthess, 2011.

Nomer, H N, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 18. Bası, Beta Yayıncılık, 2021.

Oğuzman M K/Öz, M T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, 16. Bası, Vedat Kitapçılık, 2018.

Oğuzman M K/Öz, M T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2*, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, 2017.

Oser D/Weber R H, “Art. 394-406”, Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Ed.), *Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn, 2020.

Ozanemre Yayla T, *Alacağın Devri İşleminin Geçerliliği ve Sebeple Olan İlişkisi (İlliliği)*, Turhan Kitabevi, 2019.

Özen A, *Avukatlık Hukuku*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2023.

- Özen A, *Avukatlık Sözleşmesi*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Polat M, *Avukatlık Sözleşmesinde Ücret*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2017.
- Ranieri F, *Europäisches Obligationenrecht*, 3. Aufl., Springer, 2009.
- Rosch W, “§ 402 BGB Auskunftspflicht; Urkundenauslieferung”, Maximilian Herberger/Michael Martinek/Helmut Rüßmann/ Stephan Weth/ Markus Würdinger (Ed.), *juris PraxisKommentar BGB*, 10. Auflage, 2023.
- Sarı S, *Vekalet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi*, Beşir Kitabevi, 2004.
- Schiller K, *Schweizerisches Anwaltsrecht*, Schulthess, 2009.
- Schmid J/Stöckli H/Krauskopf F, *OR BT Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil* 2. Auflage, Schulthess, 2016.
- Schmid W, “Sind Honorarguthaben eines Rechtsanwaltes abtretbar?”, *SJZ*, (54), 1958, s. 369-371.
- Serozan R, “İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme” Necip Kocayusufpaşaoğlu/ Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdulkadir Arpacı (Ed.), *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt*, Filiz Kitabevi, 2014.
- Sevdiren Ö, “Confidentiality of Correspondence with Counsel as a Requirement of a Fair Trial: Turkey—Quo vadis?”, Lorena Bachmaier Winter/ Stephen C. Thaman/Veronica Lynn (Ed.), *The Right to Counsel and the Protection of Attorney-Client Privilege in Criminal Proceedings*, Springer, 2020, s. 327-357.
- Spirig E, “Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme, Erste Lieferung, Art. 164-174 OR”, Peter Gauch (Ed.), *ZK - Zürcher Kommentar; Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR)*, 3. Auflage, Schulthess, 1993.
- Sprenger T, *Anwaltsgeheimnis des Unternehmensjuristen*, Schulthess Juristische Medien, 2011.
- Stahelin E, “Die Entbindung vom Berufsgeheimnis darf nicht zur Preisgabe eines Geheimnisses verpflichten”, *Anwaltsrevue*, (1), 2016, s. 7-9.

- Sungurtekin Özkan M, *Avukatlık Mesleği, Avukatın Hak ve Yükümlülükleri*, 3. Bası, Barış Yayınları, 2012, s. 500.
- Şenocak Z, “Avukatın Akdi Sorumluluğunun Şartları”, *Ankara Barosu Dergisi*, (2), 1998, s. 5- 33.
- Tandoğan H, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. II*, Dördüncü Tıpkıbasımdan Beşinci Tıpkıbasım, Vedat Kitapçılık, 2010.
- Tekben T, *Vekâlet İlişkilerinde Vekâlet Vereninin Talimatı ve Hukuki Sonuçları*, On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Teomete Yalabık, F, *İngiliz ve Amerikan Hukuklarında Vakıaların Getirilmesi ile Delillerin Toplanmasında Hakimin Rolü ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi*, On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- Tepe İ, “Ticari Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi veya Belgelerin Açıklanması Suçu, (TCK m. 239/1-3)”, *Ceza Hukuku Dergisi*, (14), 2010, s. 103-127.
- Testa G A, *Die zivil- und standesrechtlichen Pflichten des Rechtsanwaltes gegenüber dem Klienten*, Schulthess Juristische Medien AG, 2001.
- v. Seltmann J, “§ 49b BRAO”, Reinhard Gaier/Christian Wolf/Stephan Göcken (Ed.), *Anwaltliches Berufsrecht*, 3. Auflage, Ottoschmidt, 2020.
- von Tuhr A/Escher A, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II*, 3. Auflage, 1974.
- Wegmann P, *Handbuch über die Berufspflichten des Rechtsanwaltes im Kanton Zürich*, 2. Aufl., 1988.
- Wolffers F, *Der Rechtsanwalt in der Schweiz – Seine Funktion und öffentlich-rechtliche Stellung*, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1986.
- Yalçınduran T, *Vekalet Sözleşmesinde Ücret*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, 2007.
- Yavuz C/Acar F/Özen B, *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler*, 16. Baskı, Beta Yayıncılık, 2019.
- Yelmen A, “Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, Mehmet Ünal, Veysel Başpınar, Hasan Seçkin Ozanoğlu, Süleyman Yılmaz (Ed.), *Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan*, Seçkin Yayıncılık, 2009, s. 907-923.

KAMU HUKUKU >>

BOŞ

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

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVIII Nisan / April 2024 Sayı / No. 2

İSLÂM HUKUKU KAVRAMININ İCADI ÜZERİNE

ON THE INVENTION OF THE CONCEPT OF ISLAMIC LAW

Ramazan ÇAĞLAYAN*  

ÖZET

[-10.34246/ahbvuhfd.1402158](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1402158) 

İslâm âleminde, içtimaî düzen kurallarına “fıkıh”, “şeriat” yahut “şer-i şerîf” denilmektedir. Bu kavramlaştırma, başlangıçtan 19.yüzyıla kadar bu şekilde kullanılmıştır. “İslâm hukuku” kavramı dilimize 19.yüzyılın sonlarına doğru girmiştir. İslâm hukuku kavramı neredeyse hiç itirazsız kabul görmüş ve yaygın olarak kullanılmaya başlanmıştır. Asırlardır kullanılan “fıkıh” kavramı yerine, neden İslâm hukuku kavramının kullanılmaya başlandığı sorusu üzerinde pek durulmamıştır. Oysa bu kavram değişikliği kendiliğinden oluşan bir durum değildir. “İslâm hukuku” kavramı, Fransızcadaki “droit musulman” veya “droit islamique” İngilizcedeki “Islamic law” teriminin karşılığı olarak dilimize girdiği anlaşılmaktadır. Batılı bilim adamları, “fıkıh” ya da “şeriat” kavramlarını bildikleri halde, bilinçli şekilde “İslâm hukuku” kavramını tercih etmişler ve Müslümanlar tarafından kullanılması konusunda da ısrarcı olmuşlardır. Bu ısrarların altında da sömürgeci zihniyetin bulunduğu anlaşılmaktadır. Batı medeniyetinin üstünlüğünü, Müslümanlara kabul ettirme çabaları içinde, Müslümanları dönüştürme niyeti de bulunmaktadır. Müslümanları dönüştürmenin yolunun da fıkıhın dönüştürülmesinden geçtiğine kani olduklarından, öncelikle kavramın değiştirilmesi yoluna gitmişlerdir.

Anahtar Kelimeler: Fıkıh, Şeriat, Hukuk, İslâm hukuku, İcat.

* Prof. Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı/ANKARA, e-posta: caglayanhukuk@yahoo.com, ORCID: 0000-0003-1658-3178, DOI: 10.34246/ahbvuhfd.1402158.

- Atıf Şekli/ Cite As: Çağlayan R, “İslâm Hukuku Kavramının İcadi Üzerine”, *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28(2), 2024, s.337-365.
- İntihal / **Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



ABSTRACT

In the Islamic world, the rules of social order are called “fiqh”, “shaia” or “shar-i sharif”. This conceptualization was used in this way from the beginning until the 19th century. The concept of “Islamic law” entered our language towards the end of the 19th century. The concept of Islamic law has been accepted almost without objection and has begun to be widely used. The question of why the concept of Islamic law began to be used instead of the concept of “fiqh”, which has been used for centuries, has not been emphasized much. However, this conceptual change is not a spontaneous situation. It is understood that the concept of “Islamic law” entered our language in western languages as the equivalent of the term “droit musulman” or “droit islamique” in French and “Islamic law” in English. Although Western scientists knew the concepts of “fiqh” or “shariah”, they consciously preferred the concept of “Islamic law” and insisted on its use by Muslims. It is understood that there is a colonial mentality behind these insistences. In their efforts to make Muslims accept the superiority of Western civilization, there is also an intention to transform Muslims. Since they were convinced that the way to transform Muslims was to transform fiqh, they first tried to change its concept.

Keywords: *Fiqh, Sharia, Law, Islamic law, Invention.*

EXTENDED ABSTRACT

In the Islamic world, the rules of social order are called “fiqh”, “shaia” or “shar-i sharif”. This conceptualization was used in this way from the beginning until the 19th century. The concept of “Islamic law” entered our language towards the end of the 19th century. The concept of Islamic law has been accepted almost without objection and has begun to be widely used. The question of why the concept of Islamic law began to be used instead of the concept of “fiqh”, which has been used for centuries, has not been emphasized much. However, this conceptual change is not a spontaneous situation. It is understood that the concept of “Islamic law” entered our language in western languages as the equivalent of the term “droit musulman” or “droit islamique” in French and “Islamic law” in English. Although Western scientists knew the concepts of “fiqh” or “shariah”, they consciously preferred the concept of “Islamic law” and insisted on its use by Muslims. It is understood that there is a colonial mentality behind these insistences. In their efforts to make Muslims accept the superiority of Western civilization, there is also an intention to transform Muslims. Since they were convinced that the way to transform Muslims was to transform fiqh, they first tried to change its concept. After the French colonized Algeria, the British colonized India, and the Dutch colonized Malaysia, colonial administrations and scientists determined to change the understanding and laws of Muslims in cooperation. In this context, they primarily concentrated on efforts to make Muslims accept the inadequacy of Islamic law. The first is the dominationist approach, which aims to change the understanding and law of Muslims by using force. The second is the moderate understanding, which aims to achieve transformation by

convincing Muslims. The third understanding aims to realize this transformation by using Muslim concepts related to fiqh. In this context, they reinterpreted fiqh concepts such as ijihad and ijma with their own understanding and tried to impose them on Muslim jurists. They laid the concept of “fiqh”, the concept of Islamic law, as the basis of all these studies. Concept means defining an event or object. Whoever does the work of definition, that is, conceptualization, means that events will be perceived according to his perspective. As Muslims begin to use the concept of Islamic law instead of fiqh, they will also adopt the western understanding of law. This is exactly how events developed. Muslims first abandoned the concept of fiqh and began to use the concept of Islamic law instead. After this, a rapid transformation took place. The centuries-old tradition of fiqh was abandoned and a positive law approach was established within the framework of western medical law. Instead of the legal unit that had been formed for centuries, western-style legalizations were started. In our country, legalization movements that started primarily in the fields of commercial and criminal law continued mainly with civil law. While all these developments were taking place, there was no objection, even a weak one, from Muslim jurists. Without any evaluation, the concept of Islamic law was introduced instead of fiqh or sharia. Instead of the law made by Fuqaha (Muslim jurists), the understanding of law put into effect by the state dominated. In this study, we will focus on how and why the concept of Islamic law instead of fiqh emerged and how it was adopted by Muslims.

GİRİŞ

Günümüzde, “fıkıh” yerine yaygın şekilde “İslâm hukuku” terimi kullanılmaktadır. Bu alana ilişkin eserlerin başlığında yer aldığı gibi¹, Türk hukuk tarihi eserlerinde de yine “fıkıh” değil “İslâm hukuku” terimi tercih edilmektedir². Hatta Arapça kaleme alınmış eserin aslında “fıkıh” kelimesi bulunmasına rağmen, Türkçeye “İslâm hukuku” şeklinde tercüme edildiği de görülmektedir³. Türkiye’deki ilâhiyat fakültelerinin büyük bir çoğunluğunda

¹ İslâm hukuku ismini taşıyan çok sayıda eserlere birkaç misal: Ahmet Yaman / Halit Çalış, İslâm Hukukuna Giriş, *Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları*, 2022; Hamdi Döndüren, *İslam Hukukuna Giriş*, KTO Karatay Üniversitesi Yayınları, 2017; Abdullah Karaman, *İslâm Hukukuna Giriş*, Bilimsel Araştırma Yayınları (Bilay), 2019; Saffet Köse, *İslam Hukukuna Giriş*, Hikmet Yayınları, 2019; Talip Türcan, *İslam Hukuku El Kitabı*, Grafiker Yayınları, 2013; Hayrettin Karaman, *Anahatlarıyla İslam Hukuku*, 3 cilt, Ensar Neşriyat, 2019; Ekrem Buğra Ekinci, *İslâm Hukuku*, 3.Baskı, Arı Sanat Yayınevi, 2016.

² Türk hukuk târihi ismini taşıyan eserlerin hemen hepsinde “İslâm hukuku” başlığı bulunmaktadır. Birkaç örnek vermekle yetiniyoruz. M. Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 18.Baskı, Beta Yayınevi, 2021; Mustafa Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, 9.Baskı, Atlas Akademi, 2020; Halil Cin / Gül Akyılmaz, *Türk Hukuk Tarihi*, 14.Baskı, Sayram Yayınevi, 2022.

³ Mustafa Ahmed ez-Zerkâ’nın, “el-Medhalü’l-Fıkhıyyü’l-Âmm: el-Fıkhü’l-İslâmî fi Sevbihî’l-Cedîd” isimli eseri, Servet Armağan tarafından Türkçeye 1993 yılında “Çağdaş Yaklaşımla İslâm Hukuku” şeklinde tercüme edilmiştir.

“İslâm hukuku anabilim dalı” ismi yer almaktadır. İlâhiyat alanında açılan lisansüstü programları da yine “İslâm hukuku” adıyla açılmaktadır. Hukuk fakültelerinde de “İslâm hukuku anabilim dalı” açılmaya başlanmıştır.

“İslâm hukuku” kavramı, batı dillerindeki Fransızcadaki “*droit musulman*” veya “*droit islamique*” İngilizcedeki “*Islamic law*” teriminin karşılığı olarak dilimize girdiği kuvvetle muhtemeldir. İslâm tarihinin 800’lü yıllarından itibaren “fıkıh” (“şer’”, “şer’-i şerîf”, şeriat) kelime ve terimi kullanılırken, “İslâm hukuku” tâbiri dilimize ne zaman, niçin ve nasıl girmiştir? Bu çalışmanın asıl amacı bu sorulara cevap aramaktır.

I. BATIDA İSLÂM HUKUKU KAVRAMININ İCADI

A. İslâm Hukuku Kavramının Ortaya Çıkışı

Öncelikle ifade etmeliyiz ki, “İslâm hukuku”, Müslümanlar tarafından fıkıh ilmi çerçevesinde türetilen bir terim ve kavram değildir. Bilakis batılı bilim adamları tarafından icat edilmiştir. Batının ve batılı bilim adamlarının İslâm medeniyetine ve hukukuna ilgisi, birincisi ilmi tecessüs, ikincisi ve önemlisi ise sömürgecilik faaliyetleri sebebiyledir. Batılı devletlerin Müslüman ülkelerde (İngiltere-Hindistan, Malaya, Sahra altı Afrika; Fransa- Osmanlı toprakları ve Arap ülkeleri; Hollanda-Hint adaları...) sömürgecilik faaliyetlerine girişmiş olması, yerel halkın sosyal hayatına ve sosyal düzen kurallarının öğrenilmesine stratejik bir değer kazandırmıştır⁴. Bir yerin sömürgeleştirilmesi demek, sömürgeleştirilen ülkelerin halklarının yönetilmesi demektir. Sömürge yönetimini pekiştirmek ve sosyal düzeni sağlamak, yerel hukuk hakkında bilgi sahibi olmayı gerektirmiştir. Biryandan sömürge yöneticileri diğer yandan bilim adamları yerel halkı ve uygulanan hukuku anlamaya yönelik çalışmalar yürüttüler. Bu durum aslında Oryantalizm projesinin de bir parçasıydı⁵.

Avrupalı bilim adamlarının yakın doğu dilleri, Osmanlılar, Araplar ve İslâm medeniyeti üzerine çalışmaları 1600’lü yılların başlarına kadar uzanmaktadır. Leiden’de (Hollanda) doğu çalışmaları 1590’larda başlamıştır. Oxford 1636’da Edward Pococke’yi Arapça profesörü olarak atamıştır.

⁴ Leonard Wood, *Reception of European Law and Transformations in Islamic Legal Thought in Egypt, 1875-1952, Islamic Legal Revival*, Oxford University Press, 2016, s.97.

⁵ Léon Buskens / Baudouin Dupret, “L’invention du droit musulman : Genèse et diffusion du positivisme juridique dans le contexte normatif islamique”, *L’Orient créé par l’Orient*, Kart-hala, 2012, pp.71-92, 2012, <https://shs.hal.science/halshs-00743741>.

Fransa'dan François Pétis de la Croiz (1653-1713), Hollanda'dan Thomas Erpenius (1584-1624) doğu çalışmalarına başlamışlardır. Doğu hakkında çalışan akademisyenler 18. yüzyılın son çeyreğinde “oryantalist” (*orientaliste*) olarak isimlendirildiler⁶. Batılıların İslâm medeniyeti ve hukukuna ilgisinin yoğunlaşması sömürgecilik faaliyetleriyle birlikte özellikle 1800'lü yılların ortalarından itibaren yoğunlaşmıştır⁷.

Bu konuya ilişkin ilk eserlerde “İslâm hukuku” deyimini pek kullanılmamıştır. Bunun yerine İngilizcede “*Muhammedan law*”⁸, Fransızca “*loi musulmane*”⁹ kavramları kullanılmıştır.

Ignace Mouradja d'Ohsson'un 1787 tarihli üç cilt ve yaklaşık 1400 sayfadan oluşan *Tableau Général de l'Empire Othoman* isimli eserinde “*droit musulman*” kullanılmamaktadır. Eserin kapağında “*législation Mohamétane*” (Muhammedî mevzuat) ifadesi yer almaktadır. Eserin içinde ise fıkıh ilmine âit çok sayıda kavram yer almasına rağmen¹⁰, hukuku ifade etmek üzere “*législation religieuse*” (dinî mevzuat), 54. sayfasında ise “*jurisprudence*

⁶ Wood, s.95-96.

⁷ Oryantalistlerin ilk kuşak bilginlerinin öne gelenleri şunlardır: T. W. J. Juynboll (1802-1861), Aloys Sprenger (1813-1893), Reinhart Dozy (1820-1883), Alfred Freiherr Kremer (1828-1899), Michael Jan de Goeje (1836-1909), David Margoliouth (1858-1940), Christiaan Snouck Hurgronje (1857-1936), Eduard Sachau (1845-1930). Şeriatın tarihine, teorisine ve uygulamasına on dokuzuncu yılın sonlarında, yaklaşık olarak 1880-1900 yılları arasında ikinci kuşak oryantalistler tarafından yoğun ilgi gösterilmiştir. İkinci kuşak oryantalist bilim adamlarının başlıcaları: İgnác Goldziher (1850-1921) ve Hellmut Ritter (1892-1971), Louis Massignon (1883-1866), Hamilton Alexsander Gibb (1895-1971), Gustave Edmund von Grunebaum (1909-1972) Arendt Jan Wensinck (1882-1939), Joseph Schacht (1902-19669), Louis Milliot, Georges-Henri Bousquet, Octave Pesle (Wood,, s.96).

⁸ Hindistan'daki çalışmalardan ilki Merginânî'nin *Hidaye* isimli eserinin 1791 tarihli çevirisi (Charles Hamilton, *The Hedeya, or Guide: A Commentary on the musulman laws*, London 1791); Secâvendî'nin miras hukukuna ilişkin *Sirâciyye* adlı eserinin 1792 tarihli çevirisi (William Jones, *Al Sirâjiyyah, or, the Muhammedan Law of inheritance, with a Commentary*, Calcutta 1792; S. Rousseau, *A Dictionary of Muhammedan Law*, 1802; William Machagneten, *Principles and precedents of Moohummudan Law*, Calcutta, 1825; Firûzabâdî'nin *et-Tenbih* isimli eserinin çevirisi: Salomon Keijzer, *Handboek voor het mohammedaansch regt*, 1853; Osmanlı hukuku ile ilk ilgilenenlerden biri Ermeni kökenli Osmanlı Ignatius Mouredgea -Baron D'Ohsson (1740-1807), *Tableau général de l'empire othoman (1787-1820)*(Açıklamalar için bkz. Wood,, s.98-102).

⁹ Benjamin M. Vincet, *Études sur la loi musulmane: Legislation criminelle*, 1842 (Bkz. Wood,, s.96, dpn.6).

¹⁰ Kitapta yer alan fıkıh kavramlarından bazıları için bkz. s.biv: Şeriat (*Schér'y*); s.1:Kur'an (*Cour'ann*); s.5:Edille-i erbaa (*Edillê-y-erbéa*); s.8:İçma-ı ümmet (*İdjma-y-ummeth*); s.9: Kıyas (*Kiyas*); s.21:Fukahâ (*Fukahha*); s.32: Farz-ı ayn (*Farz-ayn*); s.33: Vacib (*Wadjib*); s.34: Mekruh (*Mekrouhh*).

Mohométane” (Muhammedî içtihat) deyimleri kullanılmaktadır¹¹. Yazarın “*législation religieuse*” terimi yanında “*Schér’y*” ifadesine yer vererek “şeriat” yerine, “*jurisprudence Mahoétane*” terimini de “fıkıh” yerine kullandığını söyleyebiliriz. Bundan, eserin yayınlandığı tarihte Fransızcada “*droit musulman*” deyiminin henüz kullanıma girmediği sonucuna ulaşabiliriz.

Arap asıllı Meursinge (1812-1850), Arap harfleriyle Malayca yazılmış bir eseri, 1844 tarihinde çeviri ders kitabı olarak kalem alırken, Müslümanların uyguladığı hukuka “*Mohammedaansche regt*” (Muhammedî hukuk) ismini vermiştir¹². Arkasından Salomo Keyzer’in (1823-1868), 1853 yılında Delf’teki öğrencilere yönelik kaleme aldığı ders kitabının adı da “*Handboek voor het Mohammedaansche regt*” (Muhammedî Hukuk Elkitabı) şeklindedir¹³.

Fransa’da 1841 yılında yayınlanan “*Mémoires de la Société Ethnologique*” isimli eserde ise “*musulman*” kelimesi bulunmakla beraber, “*Droit islamique*” veya “*droit musulman*” deyimleri yer almamaktadır¹⁴. Kitap dışındaki bir çalışmada (makale vs.) “*droit musulman*” kelimesinin ilk nerede kullanıldığını tespit edemedik. Kitap olarak ise Charles GILLOTTE tarafından kaleme alınan 1854 tarihli “*Traité de droit musulman*” isimli eser olduğunu tahmin etmekteyiz¹⁵. Bu tarihten itibaren ise yoğun şekilde “*droit musulman*” kavramının kullanıldığı görülmektedir¹⁶.

¹¹ Döhlsson M. De M., *Tableau Général de l’Empire Othoman, Divisé en Deux Parties, Dont l’une comprend la Législation Mahométane; l’autre, l’Histoire de l’Empire Othoman*, Tome Premier, Paris MDCCLXXXVII. (*législation religieuse* ifadesi için bkz. s.x, xxii, 1,44,58,1 66,274,278,285,326,330; *jurisprudence Mohométane* ifadesi için bkz. s.54).

¹² Albert Meursinge, *Handboek van het Mohammedaansche regt, in de Maleische taal; naar oorspronkelijke, Maleische en Arabische, werken van Mohammedaansche regtsgeleerden bewerkt door ...: Johannes Müller*, 1844 (Bkz. Buskens/Dupret, agm).

¹³ Salomo Keyzer, *Handboek voor het Mohammedaansche regt*, ‘s Gravenhage, Gebroeders Belinfante, 1853 (Bkz. Buskens/Dupret).

¹⁴ *Mémoires de la Société Ethnologique*, Tome Premier, Librairie orientale de Mme Ve Dondey-Dupré, 1841. (“*musulman*” kelimesi için bkz. s.244, 248, 252, 274).

¹⁵ Charles Gillotte, *Traité de Droit Musulman*, Bône 1854.

¹⁶ Nicolas Perron, *Précis de jurisprudence musulmane ou principes de législation musulmane civile et religieuse selon le droit malékite*, 1848-1954 (Sidi Halil’in (İbn-i İshak El-Cundî) “Muhtasar” isimli serinin altı ciltlik çevirisi); Gillotte Charles, *Traité de droit musulman*, 1854; Gillotte Charles/Cuerbonneau A., *Traité de droit musulman précédé du décret du 31 décembre 1859*, Deuxième édition 1860; Sautayra E./Cherbonneau E., *Droit musulman du statut personnel et des succession*, 1873; Heudas O./Martel F., *Traité de droit musulmane: La Tohfât d’Ebn Acem*, 1882 (Maliki âlimi İbni Âsim’in “Tuhfe” isimli eserinin tercümesi); Zeys Ernest, *Essai d’un traité méthodique de droit musulman (école malékite)*, Algiers 1884; Ernest Zeys, *Traité élémentaire de droit musulman Algér* 1885; Nicolas Perron, 1898, Ahmed

İslâm hukuku kavramı, Batılılar tarafından bilinçli olarak îcat edilmiştir. Batılı oryantalistler (şarkiyatçılar-müsteşrikler) tarafından kaleme alınan ilk dönem eserlere bakıldığında, Kur'an (*Qoran*), sünnet (*sounnah*), hadis (*hadith*), fıkıh (*fiqh*), fukahâ (*fouqâhâ*), şeriat (*shar*), içtihat (*idjtihâd*), icmâ (*idjmâ*), kıyas (*qiyâs*) gibi islâm bilimine ait kavramları bildikleri ve kullandıkları görülmektedir¹⁷. Müslümanların uyguladığı hukuk için “fıkıh” denildiğini bildikleri halde bilinçli olarak “İslâm hukuku” kavramını îcat edip kullanıma sokmuşlardır. Fransız yazarlar BUSKES/DUBRET bu hususu “İslâm hukukunun îcadı” (*L'invention du droit musulman*) isimli makalede şöyle açıklamaktadırlar. “İslam hukuku (*droit müsülman*), 19. yüzyılda batılıların ve batı pozitivist düşüncesinin îcat ettiği bir kavramdır. Ancak bu kavramın icadına doğulu işbirlikçiler de katkı sağlamıştır. Fıkıhî kuralların tespiti bu işbirlikçiler sayesinde mümkün olmuştur. Oryantalist bakış açısı, fıkıhî kuralları (*la normativité islamique*), “İslâm hukukuna” (*droit musulman*) dönüştürdü ve bu durum doğulu işbirlikçiler sayesinde tabii hâle geldi”¹⁸. İslâm hukuku deyimini, Batıda olduğu gibi Doğuda da yoğun şekilde kullanılmasından dolayı, hem araştırmacıların hem de Müslümanların gözünde öylesine doğallaştırılmıştır ki, artık “İslam hukukunun icadından” bahsetmek, bazıları için çok anlamsız gelebilmektedir¹⁹.

Fıkıh veya şeriat kelime ve kavramını bildikleri hâlde, “İslâm hukuku” kelime ve kavramını icat etmelerinin sebebinin İngiliz yazar Leonard WOOD açıklıkla belirtmektedir. Yazara göre “Avrupalılar İslâm hukukunu değiştirmek istediler. Avrupalılar reformist gözlerini, İslâm hukuk

eş-Şârânî'nin “el-Mizânü's-Suğrâ” isimli eserin tercümesi. (Le Cheik el-Chârânî/ Çev: Nicolas Perron, *Blance de la loi musulmane ou esprit de la législation islamique et Divercences des ses quatre rites jurisprudentiel*, 1898 (Ahmed eş-Şârânî'nin “el-Mizânü's-Suğrâ” isimli eserin tercümesi) (Bu bilgiler için bkz. Wood, s.109-110).

¹⁷ Bu kavramların kullanımı ile ilgili bkz. Lambert Edouard, “Etudes de droit commun législatif ou droit civil comparé, Première série, Le régime successoral. Introduction: La fonction du droit civil comparé, Tome I, 1903, s.279 vd.

¹⁸ Léon Buskens / Baudouin Dupret, “L'invention du droit musulman : Genèse et diffusion du positivisme juridique dans le contexte normatif islamique”, *L'Orient créé par l'Orient*, 2012, pp.71-92, 2012 (<https://shs.hal.science/halshs-00743741>, Erişim Tarihi 03 Kasım 2023. Ayrıca bkz. Buskens Léon/ Dupret Baudouin, “Qui a inventé le droit musulman? Une histoire des études occidentales de la normativité islamique et leur diffusion en Orient”, https://www.academia.edu/29558406/Buskens_and_Dupret_2012c_Who_a_invent%C3%A9_le_droit_musulman_Une_histoire_des_%C3%A9tudes_occidentales_de_la_normativit%C3%A9_islamique_et_leur_diffusion_en_Orient, Erişim Tarihi 03 Kasım 2023.

¹⁹ Buskens/Dupret, <https://shs.hal.science/halshs-00743741>, Erişim Tarihi 3 Kasım 2023.

*doktrininin teoride olduğu kadar pratikte de kalbine dikmişlerdi*²⁰. Peki neden? Bunun cevabını da yine Fransız yazar Jean-Philippe BRAS'ın, “*La Shari'a: Passé et devenir d'un corpus juridique*” isimli makalesinde bulmaktayız. Yazar Joseph Schacht'nın şu sözünü aktarmaktadır. “*İslam hukuku, İslâmî düşüncenin özeti, İslâmî yaşam tarzının en tipik tezahürü, kalbi ve İslâm'ın bizzat kendisidir*”²¹. BRAS devamla şöyle demektedir. “*Müslüman hukukunu ifade etmek üzere Arapça Şeriat teriminin uluslararası alanda kullanılması, onun kimliğini ve dinî ruhunu belirtmek için doğru olanıdır (Kelimenin etimolojisinde yörünge, bir yöne giden yol, özellikle su noktaları anlamı vardır)*”²². Bu yaklaşıma göre, fikhın dönüştürülmesi demek, İslâm'ın ve Müslümanların da dönüştürülmesi demektir.

Buraya kadarki açıklamalar muvacehesinde şu değerlendirmeleri yapabiliriz. Batılılar “İslâm'ı ve Müslümanları dönüştürmek için, İslâm'ın özü olan “fıkıh” veya “şeriat” kavramları yerine “İslâm hukuku” kavramını kullanıma sokmakla işe başlamışlardır. Yani önce kavramı değiştirdiler. Kavram (mefhum), “bir şey hakkında zihinde beliren genel düşünce, aynı cinsten bütün şeyleri temsil eden soyut ve genel fikir”²³, “bir şey hakkında sahip olunan umûmî fikir, genel düşünce”²⁴ veya “bir şeyin, bir nesnenin zihindeki ve zihne ait tasarımı; soyut düşünme faaliyetinde kullanılan ve belli bir somutluk ya da soyutluk derecesi sergileyen bir düşünce, fikir ya da ide”²⁵ demektir. “İhata, idrak, kavrama gücü” anlamlarını da içeren kavram, bir kelimeye, bir sözcüğe yüklenmiş yoğun bilgiyi ifade etmektedir. İnsanoğlu, bir nesneye bir olguya ait bilgileri kavramlar ile ayırt eder, tanır

²⁰ Leonard Wood, Reception of European Law and Transformations in Islamic Legal Thought in Egypt, 1875-1952, Islamic Legal Revival, Oxford University Press, 2016, s.93 (*In colonial Egypt, as in other colonies, Europeans wanted to change Islamic law. ... But Europeans also had their reformist sights set on the heart of Islamic legal doctrine, in its theory as well as its practice*).

²¹ Bras Jean-Philippe, “La Shari'a: Passé et devenir d'un corpus juridique”, <https://irel.ephe.psl.eu/ressources-pedagogiques/fiches-pedagogiques/sharia-passe-devenir-dun-corpus-juridique>, Erişim Tarihi 03 Kasım 2023. “*la loi islamique est le résumé de la pensée islamique, la manifestation la plus typique du genre de vie islamique, le cœur et le noyau de l'Islam lui-même*”)

²² Bras: “*L'usage internationalisé du terme arabe shari'a pour désigner le droit musulman marque bien tant sa vocation identitaire que son esprit religieux (l'étymologie du mot indiquant une trajectoire, un chemin vers un lieu, notamment les points d'eau)*.”

²³ <http://www.lugatim.com/s/KAVRAM>.

²⁴ D. Mehmet Doğan, *Doğan Büyük Türkçe Sözlük*, 15. Baskı, Vadi Yayınları, 2001, s.732.

²⁵ Ahmet Cevizci, *Büyük Felsefe Sözlüğü*, I. Basım, Say Yayınları, 2017, s.1121.

ve anlamlandırır. Böylece onu idrak eder, ihata eder. Kavramlar, o konuya ilişkin maddî (somut) ve manevî (soyut) özellikleri içerir. Düşünmenin temel taşlarını oluşturan kavramlarla dış dünya ve olaylar anlamlandırılır. Bir konuya ilişkin kavramla karşılaştığımızda, kavramın ait olduğu alanın temel özellikleri zihnimize canlanır. Kavramı ilk defa türeten kimse, o kavramdan ne anlaşılması gerektiğini de belirlemiş demektir. Bir olayı, bir nesneyi tanımlamak, kavramlaştırmak, bunu yapan nezdinde büyük bir güç oluşturur. Tanımlama ya da kavramlaştırma, onu yapanın bakış açısını ve kavrayışını, olaylara ve eşyaya bakışını içerir. Başkasının kavramlarıyla düşünmeye başlayan bir kişi ya da topluluk, baştan onun hâkimiyetini kabul etmiş ve onun bakış açısıyla olayları anlamlandırmaya başlamış demektir. “Fıkıh” ya da “şeriat”, İslâm medeniyetine âit bir kavramdır. Fıkıh denildiğinde, dinî, ahlâki ve beşerî boyutlarıyla bir bilgi Müslümanın zihninde canlanmaktadır. Batılılar, “fıkıh” kavramı ile Müslüman zihninde ve duygusunda canlanan anlamı, bilgiyi değiştirmek için “İslâm hukuku” kavramını türetmişlerdir. Bundan ne anlaşılması gerektiğini de yine onlar belirlemiştir. Yukarıda bahsettiğimiz üzere fıkıh, sadece pozitif kurallardan ibaret değildir. Fıkıhın dinî ve ahlâkî yönü de bulunmaktadır. Oysa “hukuk”, tamamen devlet gücü tarafından konulan kuralları ifade etmektedir. Bu anlamda “İslâm hukuku” deyimini de, dinî ve ahlâki unsurlarından soyutlanmış, devlet tarafından yapılan, kullanılan ve yönetilen bir denetim aracı, pozitif kanunlar bütünü demek olan batıdaki “hukuk” kavramıyla eşitlenmektedir²⁶. Fransızca’da “*droit musulman*” deyimini daha tercih edilmektedir. Aslında bu “Müslüman hukuku” demektir. Bize ise İslâm hukuku” olarak geçmiştir. Bu kullanımda vurgu “hukuk” üzerinedir.

Müsteşrikler, fikhî dönüştürme amaçlarına ulaşmak için öncelikle “mukayeseli hukuk” adıyla bir hukuk bilim alanı inşa ettiler ve fikhî da “İslâm hukuku” adıyla bu alanın içine dâhil ettiler. Dönüşümün fikrî altyapısını oluşturma açısından, İslâm hukukunun, Roma hukuku ve Yahudi hukukuna dayandığı fikri ortaya atılarak, Müslümanlara batı hukukunu benimsetmeyi hedeflediler²⁷.

Avrupalılar, İslâm hukuku hakkında bilgi sahibi oldukça, kendilerini bu

²⁶ Wood, *Reception of European Law and Transformations in Islamic Legal Thought in Egypt, 1875-1952, Islamic Legal Revival*, Oxford University Press, 2016, s.5.

²⁷ Wood, s.63-64. İslâm hukukunun Roma hukukundan kaynaklandığını savunanların önde gelenleri Ignaz Goldziher, Alfred von Kremer, Theodore Ion, Eduard Lambert gibi isimlerdir. Mısır mahkemesinde hâkim olarak çalışan İngiliz Sheldon Amos, bu düşüncüyü güçlendirmek için *History and Principles of the Civil Law of Rome (1883)* adlı eseri yayınlamıştır (Bkz. Wood, s.64).

hukuku eleştirmek ve geleceğine müdahale etmek için gerekli kapasite ve hakka sahip olarak gördüler. Avrupalı hukuk bilginleri, emperyalist ajanlar olarak İslâm hukukunu ortadan kaldıramasa bile en azından değiştirebilecekleri düşüncesinden hareketle İslâm hukukunu kodifiye etmeye başladılar. İslam hukuk kurallarını Avrupa kodları ve doktrinine göre yeniden düzenlemeye giriştiler. İslam hukuk teorisini (usûl-i fıkıh) eleştirdiler, fikhın maddî kurallarının uygunsuz, eksik, geri kalmış ve ahlâkî açıdan tiksindirici olduğu gibi ithamlarla saldırdılar²⁸.

B. Batının Dönüştürücü Sömürgeci Zihniyeti

Sömürgeci batılı ülkelere ilmî yönden destek veren batılı bilim adamlarının, fikhın dönüştürülmesi konusundaki yaklaşımlarını üç başlık altında toplayabiliriz.

1. Tahakkümcü Yaklaşım

Bu yaklaşım sahipleri, Batıyı üstün, İslâmı/Müslümanları aşağı görmekte, Müslümanların hukukunun güç kullanarak değiştirilmesi gerektiğini savunmaktadırlar. Fransız Charles GİLLOTTE, bu yaklaşımın en önde gelen temsilcisidir.

Fransa'nın Cezayir'i sömürgeleştirmesinden sonra, Müslümanların uyguladığı hukuk üzerine çalışmalar yapan ve bu konuda Fransız hükümetine raporlar hazırlayan GİLLOTTE, fikhın geleneksel tarzını değiştirmeye matuf olarak Sidi Halil'in "Muhtasar" isimli eserindeki hukuka dâir kuralları, Fransız Medeni Kanunu (*Code civil*) tarzına göre tasnif ederek 1854 tarihli "*Traité de Droit Musulman*" isimli eseri kaleme almıştır. Fransız medenî kanunundaki tasnife göre "kişiler", "mülkiyet", "sözleşmeler" olmak üzere üç kitap halinde düzenlemiş ve maddelerde Fransız medeni kanununun ilgili maddelerine referanslar vermiştir²⁹. Daha sonra A. CUERBONNEAU ile birlikte 1860 tarihli "*Traité de Droit Musulman Précédé du Décret du 31 Décembre*" isimli eseri yayınlamıştır.

²⁸ Wood, s.94-95. Domenico Gattesahi, *Manuale di diritto pubblico e privato ottomano* (1865). İslam pozitif hukukunu, *Code civil*'in sistemine göre Başlıklar, Bölümler ve Maddelerden oluşan hiyerarşisine göre ele alan ilk çalışmadır. Eser I. Kitap: Kişiler hukuku, II. Kitap: Eşya hukuku, III. Kitap: Borçlar hukuku şeklinde kaleme alınmış, kurallar sıralanmış ve onlara numaralar vermiştir. Bu durum klasik İslam hukuk kitaplarında olmayan bir yaklaşımdı ve Müslüman hukukçuları da etkilemiştir. Bu eserin bir diğer özelliği de Roma hukukuna (Institutes ve Digest) çapraz referanslar vermesidir (Wood, s.104).

²⁹ Charles Gillotte, *Traité de Droit Musulman*, 1854.

GİLLOTTE, Müslüman mahkemelerinin varlığına son verilerek tüm yargı yetkisinin Fransız mahkemelerince kullanılmasını savunmaktadır. Ona göre, Fransız mahkemeleri, kadı mahkemeleri üstünde temyiz merci olarak konumlandırılırsa, Fransız hukuku, islâm hukukunu yukarıdan bir baskıyla modernleştirebilir. Fransız hükümeti de bu şekilde bir uygulama yapmıştır. Yazar bu hususu şöyle ifade etmektedir: “Fetihten bu yana hükümetimiz, yerlileri, adli teşkilatımızı ve yargı sistemimizi kabul etmeye yavaş yavaş hazırlamıştır” “1854 kararnamesinden bu yana, hâkimlerimizin dürüstlüğünden, kararlarının adilliklerinden dolayı, Müslümanlar yargı birliğine boyun eğmeye isteklidirler”³⁰.

GİLLOTTE, islâm hukukunu küçümseyerek onun değiştirilmesi gerektiğini, 1960 tarihli kitabın önsözünde tahakkümcü bir tavırla şöyle belirtmektedir:

“Adalet, adaletsizliğe karşı koyan ortak bir güç olmalıdır. Düzen gibi o da güçle başlar. En güçlü biz olduğumuza göre, kurumlarımızın faydalarını mağlup ettiklerimize ve kendilerinden korunmamız gerekenlere dayatmaktan çekinmemeliyiz. Hukukumuzun fikirlerinin Müslümanlar arasında popüler hale getirilmesinin zor olduğu düşünülmemelidir. Roma hukuku, insanlığın ilham aldığı ortak bir kaynağı temsil etmektedir. İslam hukuku ve Fransız hukuku, onun silinmez izlerini taşımaktadır. Ahvali şahsiye ve bazı istisnalar dışında aynı kurallar geçerlidir. Cezayir’in kaderine hükmedenlerin bilgeliğinden aldığımız güvenle, hükümetin adalet temelinde, Arap toplumunu bizden ayıran her türlü engeli sonsuza dek ortadan kaldıracığı anı güvenle bekliyoruz”³¹.

³⁰ Charles Gilotte / A. Cuerbonneau, Traité de droit musulman précédé du décret du 31 décembre 1859, Deuxième édition 1860, p.XVI.

³¹ Gilotte/ Cuerbonneau, s.IX-XX: « La justice, doit être la force commune organisée pour faire obstacle à l'injustice; comme l'ordre, elle a commencé par la force. Nous sommes les plus forts; dès-lors, nous ne devons pas hésiter à imposer les bienfaits de nos institutions à ceux que nous avons vaincus et que nous devons protéger contre eux-mêmes. Il ne faut pas croire que les idées de notre droit seront difficiles à populariser chez les musulmans. Les lois romaines représentent la source commune où les peuple sont puisé leurs inspirations. Le droit musulman et le droit français en ont gardé l'ineffaçable empreinte et, à part les questions relatives à l'état des personnes et à derares exceptions près, les mêmes règles sont observées. Rassurés par la sagesse de ceux qui président aux destinées del'Algérie, nous attendons avec confiance le moment ou s'appuyant sur la justice, le Gouvernement fera disparaître à tout jamais la barrière qui separe la société arabe de la nôtre”).

2. İlmî ve İknacı Yaklaşım

Bu yaklaşım sahipleri de Batıyı üstün görmekte olup, Müslümanların ilerleyebilmesi için batı hukukuna yönelmesi gerektiğini, bunun Müslüman halkın da lehine olduğunu, inançlarının da bunu gerektirdiğini ileri sürmektedirler. Fransız Nicolas PERRON isimli hukukçuda bu yaklaşımı görmektediriz.

Cezayir’de çalışmalar yürüten Nicolas PERRON, Müslümanların hukukunun (fıkhın) tarihi, teorisi ve pratiği ile değiştirilmesi gerektiği görüşündedir. Bu konuya ilişkin ilk ve etkili çalışma PERRON’un, Sidi Halil’in (İbn-i İshak El-Cundî) “Muhtasar” isimli serinin altı ciltlik çevirisi olan “*Précis de Jurisprudence Musulmane ou Principes de Législation Musulmane Civile et Religieuse selon le Droit Malékite*”³² isimli eserdir. PERRON 1898’de ise Ahmed eş-Şârânî’nin “el-Mizânü’s-Suğrâ” isimli eserin tercümesi olan “*Balance de la Loi Musulmane ou Esprit de la Législation Islamique et Divercences des ses Quatre Rites Jurisprudentiel*”³³ isimli eseri yayınlamıştır.

PERRON, fıkhın dönüştürülmesi fikrini, Cezayir’in medenî hukukunun değiştirilmesiyle somutlaştırmak istemiştir. “Medenî hukuk” terimini bilinçli olarak seçmiştir. Bu sadece tasvir amaçlı değil “dönüştürme” amaçlı bir eylemdir. Müslümanlara, onların kavramları ile hitap ederek onları değişime ikna etmeye çalışmaktadır. PERRON, 1898 tarihli eserinin önsözünde şunları ifade etmektedir:

“İslam medenî hukukunun reforme edilmesi, genel olarak Müslümanlar ve özelde Cezayir halkı için derin bir fayda sağlayacaktır. Artık çağımızın yaşamı için yeterli olmayan bu yasa (fıkıh), aslında yönettiği tüm insanlara ilerleme ufkunu kapatmıştır. Bu ufkun önü açılmalıdır. Kendini genişletmelidir. Kendini bir daha kapatmamalıdır. Aksi halde Müslümanlar gelişmeci bir şekilde yaşayamazlar.

“Bu gün yeni bir yaşam tarzına ihtiyaç var. Eski, yıpranmış, kurt yeniği yükleri atmak gerekiyor. Müslüman halk, kanunlarını yapmış ancak uzun süre bunu geliştirememiş bir halktır. Bundan böyle bu hukukun aydınlanan

³² Nicolas Perron, “Précis de jurisprudence musulmane ou principes de législation musulmane civile et religieuse selon le droit malékite, Paris 1848-1954 (Not İlk baskısı 1855 olmasına rağmen 1848 olarak tarihlendirilmiştir).

³³ Le Cheik el-Chârânî/ Çev: Nicolas Perron, Blance de la loi musulmane ou esprit de la législation islamique et Divercences des ses quatre rites jurisprudentiel, 1898.

akla, daha adil bir adalet ve hakkaniyete kavuşması gerekir. İster bireyler isterse milletler arasında olsun, tüm hukukun hakkaniyetle yoğrulması, buna samimiyetle inanan insanlar tarafından iyileştirilmesi ve düzeltilmesi gerekmektedir.

“Bir yasama organının yüzyıllar boyunca neye hükmettiğini, neyi savunduğunu veya neyi hoş gördüğünü bilmek yeterli değildir. Hukukun daha ne sunabileceği de önemlidir. Hukuk, halkını geçmişle kıyaslanabilir bir seviyede tutamaz veya bu seviyeyi yeniden üretmez duruma geldiği andan itibaren –ki başlangıçta onları bu seviyeye getirmiş ve bu seviyede tutmaya söz vermişti- bu toplumsal düzen, yaşam, kitlelerin gelişimi ve refahı için, hukukun ve bu kitlelerin ahlakî, entelektüel ve fizikî düzeyinin iyileştirilmesi gerektiğinin bir göstergesi ve delilidir. Bu şekilde eski (ilkel) yasanın onları bıraktığı ve hala bırakmakta olduğu yerden açıkça daha yüksek bir seviyeye ilerleyebilirler ve ilerliyorlar. Dolayısıyla yasalar ve gelenekler değişmelidir. Tüm hukuk gelenekleri bununla yüzleşmiştir. Kapalı ve çıkmaz sokak haline gelmiş olan bir yasa mantıksız bir şey, bir canavarlık ve hatta bir küfürdür”³⁴.

3. İçten ve Fıkıh Kavramlarını Kullanan Yaklaşım

İslam hukukunun ve fıkıh usulünün güncellenmesi, günümüze uyarlanması, özünde var olan içtihadilik karakterinin canlandırılmasını savunan bu yaklaşımın en önemli temsilcisi, Fransız Édouard LAMBERT isimli hukukçudur.

Édouard LAMBERT (1866-1947), Fransız hukukçu ve mukayeseli hukuk dalının kurucusudur. Uzun süre Lyon Üniversitesinde çalışan yazar, 1921’de Fransa’da ilk mukayeseli hukuk enstitüsünü (l’Institut de Droit Comparé -IDCEL) kurmuştur. 1906-1907 arasında Mısır’da Kahire Hıdivlik Hukuk Okulu’nda dekan olarak görev yapmıştır. Sonra Lyon Üniversitesi’nde Mısırlı doktora öğrencilerine (Abdurrezzak es-Sanhûrî, Andusselam Dunhî, Muhammed Sâdık Fehmî gibi) danışmanlık yapmıştır. En bilinen öğrencisi, Abdurrezzak es-Sanhûrî’dir. Lambert ve Sanhûrî, Mısır Medenî Kanunu’nun yapılmasında önemli görevler üstlenmişlerdir. Yazarın ünlü çalışması 1903 tarihli kısaca “*La Fonction du Droit Civil Comparé*” şeklinde anılan eseridir³⁵.

³⁴ Le Cheik el-Chârâni/ Çev: Nicolas Perron, Blance de la Loi Musulmane ou Esprit de la Législation İslamique et Divercences des ses Quatre Rites Jurisprudential, 1898, s.XII-XIII.

³⁵ Edouard Lambert, “Etudes de droit commun législatif ou droit civil comparé, Première série, Le régime successoral. Introduction: La fonction du droit civil comparé”, Tome I, 1903.

Eserin ilk bölümünde mukayeseli hukukun tanımı ve temel ilkeleri, hedefleri ve yöntemi ortaya konulmaktadır. Tüm hukuk geleneklerini inceleyerek bunların uyguladığı yöntemleri ve ortaya koyduğu kuralları bulmaya ve aralarındaki benzerlikleri tespitte çalışmaktadır. Buna bağlı olarak bilinen hukuk sistemlerinin ortak tarihi köklere, öncüllere ve öze sahip olduğunu ispat etmeye çalışmaktadır. Ona göre tüm hukuk sistemleri, yerel geleneklerden doğmuştur. Bunun yanında siyasî otoritenin oluşturduğu hukuk gelişmiştir. Bu ikisi bazen iç içe geçerek uyuşmuş bazen de savaşımlardır. Hukuk, küçük insan grupları arasındaki geleneklerle başlayıp, kasabaları, şehirleri, eyaletleri ve nihayetinde imparatorlukları yöneten büyük bir sistem haline gelmiştir. Hukuk sistemi gelenek, içtihat (mahkeme kararlarıyla oluşan hukuk) ve doktrin (hukuk bilginlerin görüşleri) ile oluşmakta ve gelişmektedir. Bu gelişim devam ettirilirse tüm dünyada geçerli tek bir hukuk sistemi oluşturulabilir. Eserde devamla geleneklerin (örf adetlerin) hukuk kurallarına dönüşmesi ve bu bağlamda Roma hukuku ve İbrani (Yahudi) hukuku ele alınıyor³⁶.

LAMBERT'in konuya ilişkin yaklaşımı özet olarak şöyledir:

-Yahudi hukuku, Sami kökenli diğer toplulukların hukukunu, mesela İslam öncesi Arap toplumunun geleneklerini, oradan da İslam hukukunu da etkilemiştir. İslam'ın beşiği olan yerlerde çok sayıda Yahudi vardı ve Muhammed Medine'de onlarla ilişki içindeydi. Muhammed'e inen vahiy (Kur'an) İbrahim'e, Musa'ya ve İsa'ya inen vahiyden de bahsetmektedir³⁷.

-Roma hukukunun ilkeleri ile İslâm içtihadının ilkeleri iç içe girmiştir. Bu etki özellikle borçlar hukuku alanında görülmektedir. Suriye, Filistin, Mısır gibi yerlerdeki topluluklar uzun süre Roma hukuku uygulaması içinde yaşamışlardır. Roma-Bizans anlayışı Yahudi hukuku ile yayılmıştır. İslam'ın temel kaynağı olan Kur'an'a yüzeysel bakıldığında bile İbranilerin kitabı Tevrat ile aynı kökene sahip olduğu anlaşılmaktadır. Muhammed'e gelen vahiylerin önemli bir kısmı Tevrat'la aynıdır. Müslüman ve Batı kanunları aynı kökenden geldiği için, Müslümanların Batıdan kanun iktibas etmekten korkmamaları gerekir. Dinî hukuktaki kurallardan çok azı kutsaldır. Özellikle medenî hukuktaki kuralların çoğu, örften kaynaklanmakta olup, kutsal bir yönü bulunmamaktadır. Tüm örf adetler birleştirilerek "medenî" âlemde tek hukuk sistemi kurulabilir. Hayatta olmayan hukukçular, vahiy kaynağı

³⁶ Lambert, s.173-208.

³⁷ Lambert, s.279.

hakkında otorite olamazlar ve olmamalıdır. Yaşayan hukukçular kendi anlayışları ve kavrayışları ile hukuk üretimine yönelmelidirler³⁸.

-İslam'ın ta başından itibaren, gelişen şartlara göre hukuk kuralları değiştiriliyordu. Nitekim yeni bir vahiy, önceki bir vahiy düzeltiyor veya kaldırıyor. Kelamcıların çalışmalarının önemli kısmı, nesh edilmiş ayetlerin listesini oluşturmaya hasredilmiştir. Mut'a nikâhı meselesinde olduğu gibi bazı hukukî konularda Peygamberin içtihadı çelişkili veya belirsiz kalmıştır³⁹.

-İslam hukuk sistemindeki "icmâ", İngiliz hukukundaki *cas-law*'a benzer bir hukuk oluşturma yöntemidir. Hukuk oluşturma konusunda, Müslümanlardaki fukahâ, İngilizlerdeki mahkemeler gibidir. İslam hukukunun kaynaklarını incelemek bizi İngiliz hukukunun kaynaklarına götürmektedir⁴⁰. Hukuk kaynakları bakımından, Yahudi hukuku ile İslam hukuku benzeşmektedir⁴¹. Müslüman fakihler (ulema), Yahudi âlimlerine veya hukukî görüş veren Roma hukukçularına benzemektedir⁴².

-Ebû Hanife'nin yöntemi, kurguya dayalı (*spéculatif*) yönüyle diğerlerinden ayrılmaktadır. O, insan aklının ve zekâsının rolünü, vahyin rolünün aleyhine genişletmiştir. Bilimin yaratıcı yönünü, hukuk üretiminde kullanmıştır. Kıyas, rey, kanaat, insanın düşünme yetisi, kısaca hakkaniyete ve toplumun ihtiyaçlarına neyin uygun olduğunun ilmî yönden araştırılmasıdır⁴³. Hanefî ekolü, liberal bir bakış açısı benimsemiştir. Hoşgörülü, insani ve ilerici bir bakışla hareket ediyordu⁴⁴. Ebu Hanife, İslam hukukunda devrim gibi bir etki doğurmuştur. İslam'ın en büyük hukukçusu olarak kabul edilir⁴⁵.

-Müslümanlarda içtihat geleneği, sonraki nesillere aktarılmış olmasına rağmen, etkisi ve yoğunluğu giderek azalmıştır. Hicretin X. yüzyılının sonunda fıkıh üretkenlik dönemini tamamen kapatmıştır. Herkes için aralık

³⁸ Lambert, s.282-285.

³⁹ Lambert, s.303.

⁴⁰ Lambert, s.337-339.

⁴¹ Yazılı vahiy bakımından İslam'da Kuran-Yahudilikte ise Eski Ahid; Peygamberden sözlü aktarılan vahiy (hadis) benzerdir; hukuk bilgilerinin görüşü bakımından İslam'daki icmâ, Yahudilikteki İbrani doktorlarının işlevine benzemektedir.

⁴² Lambert, s.339-341

⁴³ Lambert, s.352.

⁴⁴ Lambert, s.354.

⁴⁵ Lambert, s.356.

olan içtihat kapısı tamamen kapanmıştır. Artık mukallidin dönemi başlamıştır. Mukallidinin bir kısmı, eski hukuk âlimlerinin görüşlerine sıkı şekilde uyulmasını savunmakla yetinmiyorlardı. Böylece Kur'an ve Hadis metinlerinin özgürce ele alınması da engellenmiş oluyordu. Hatta önceki âlimlerin eserlerini yorumlama yeteneği de kaybolmuştur. Fukahâ, fikhî çevreye bağlayan bütün köklerinden koparmıştır. İslam, yaklaşık beş yüz yıldır, hukuk sistemi açısından, *tam ve kesin bir sükûnet halinde varlığını sürdürmektedir*"⁴⁶.

-Bilimin yaratıcı faaliyeti sona ererek fikhî durma noktasına gelince, devlet tarafından teorik olarak vahye aykırı olmayan kanunnameler ortaya çıkmaya başladı. Bu hukuk yavaş yavaş bağımsız bir hukuk dalı haline gelerek ilâhî hukukun yerini almaya başlamıştır⁴⁷. Sömürge altındaki ülkelerdeki Avrupalı görevliler, bazı alanlarda fikhînin ölü bir metin haline geldiği, yerini yerel uygulamalara bıraktığı tespitini yapmaktadırlar⁴⁸.

-Geleneksel inançlarından kopuk, Batılılaşmış iki üç doğulu (Müslüman) yazar tarafından savunulan « çağdaş medeniyetin hukuk alanındaki ürünlerinin İslâm'a entegre edilebileceği » düşüncesi, İslâm'ın güncel ruhunu daha iyi tanıyan yazarlar tarafından büyük bir sapkınlık, anakronizm ve gerçekleştirilmesi mümkün olmayan bir hayal olarak görülmektedir. Bunlara göre, İslam hukuku uzun zamandır "*mezarlık sessizliğini andıran*" tam ve nihai bir istirahatate bürünmüştür. Fikhînin bu uzun sükûnet ve durağanlığa bürünmesinin nedeni peyderpey hayatın dışında kalmış olmasıdır (veya) hayatın peyderpey fikhînin damarlarından çekilmiş olmasıdır. Hukuku sabitleme yönündeki her çaba; teori ile pratik arasında, pozitif hukuk ile yaşayan hukuk arasında uzaklaşmaya yol açmıştır. Roma'da kanun hukuku ile içtihat hukuku arasında, İngiltere'de *common law* ve *equity* arasında yaşanan; Fransa'da kanun ile doktrin arasında baş gösteren bu sorun İslam dünyasında da içtihat kapısının kapatılmış olmasına bağlı olarak her geçen gün daha net bir şekilde müşahede edilmektedir⁴⁹.

Tüm değerlendirmeler sonunda LAMBERT⁵⁰, fikhînin dönüştürülmesi

⁴⁶ Lambert, s.372-377.

⁴⁷ Lambert, s.384.

⁴⁸ Lambert, s.386.

⁴⁹ Lambert, s.377.

⁵⁰ Bu bilgiler için bkz. Lambert Édouard, *Etudes de droit commun législatif ou droit civil comparé, Première série, Le régime successoral. Introduction: La fonction du droit civil comparé*, Tome I, Paris 1903, s.283-389.

konusunda, yine fıkıh geleneği içinde kalarak ve fıkıh kavramlarını kullanarak özetle şu teorik alt yapıyı kurmaya çalışmıştır⁵¹:

(1) *İslam hukuku, özgün bir özelliğe sâhiptir*: İslam hukuku otantik bir öze sahiptir. Bu otantik çekirdeğin bir kısmı kaybolmasına rağmen diğer kısmı restore edilebilir ve yeniden canlandırılabilir. İslâm hukukunun bu otantik özü, analitik açıdan önemlidir. Bu otantik öz, hukuktaki modern reformların otantik inanç ve uygulamanın yeniden canlandırılması olarak sunulabilir. Böylece öze sadık kalınarak dinin dışına çıkılmamış olunacaktır. Başka bir ifadeyle İslâm hukukunda reform yapmak, dindışı bir yenilik yapmak değil, aksine dinin ve hukukun otantik özüne bir dönüş olacaktır.

(2) *İslam hukuku, evrensel niteliğe sâhiptir*: İslam hukuku evrenseldir. Bu yönüyle insanlık tarafından paylaşılan daha kapsayıcı evrensel değerler bütününe dâhildir. Bu bakımdan İslâm, dünyadaki hukukî ve etik değerlerin bir kaynağı olmakla beraber ilk, tek ve son kaynağı da değildir. Kaynaklardan birisidir. Hukukun tümü bakımından, hatta Müslümanlar için bile hukukun tek kaynağı İslâm değildir.

(3) *İslâm hukuku, diğer hukuk sistemleri ile ortak kökenlerden gelmektedir*: İslâm hukukunun evrenselliğinin bir görünümü olarak, İslâm hukukunun kuralları büyük ölçüde Roma ve Yahudi hukukundan, yöntemleri de Yunan mantığından gelmektedir. Bunlar birbirlerine yabancı hukuk sistemleri değildir. Bu nedenle Müslüman hukukçuların, yalnız eski ve ortak hukukun yöntemlerinin ve içeriğinin geliştirilmesine hizmet eden çağdaş batı kanunlarının etkisinden korkmalarını gerektirecek bir durum yoktur.

(4) *İslâm hukukunun içtihadilik yapısıyla esneklik özelliği bulunmaktadır*: İslâm hukuku, tarihî itibariyle esnektir ve yapısı gereği esnek olmak zorundadır. Buna rağmen son yüzyıllarda sabit ve aşırı şekilci hale gelmiştir. Bu durağanlığın sebebi ise bağımsız hukukî muhakeme demek olan içtihat kapısının kapanmasıdır. İctihat kapısının yeniden açılması, bağımsız hukukî muhakemeye işlerlik kazandırılması İslâm'ın özüne dönülmesi demektir.

(5) *İslâm hukukunun toplum ihtiyaçlarına göre şekillenmesi esastır*: İslâm'ın ilk dönemlerde yapılan içtihat, ortaya çıkan toplumun hukukî ihtiyaçlarına çözüm sunmakta ve bu ihtiyaçlara göre gelişip şekillenmekteydi. İctihat, sosyal reform zorunluluklarını ele alan bir tür akıl yürütmedir. Gerçek içtihat, toplumun güncel hukukî ihtiyaçlarına çözüm arayan içtihatdır.

⁵¹ Buradaki tasnif için bkz. Wood, s.139 vd.

(6) *Fıkıh usûlî yöntem ve kaynaklarının yenilenmesi gerekir*: İslâm hukuk metodolojisi (usûl-i fıkıh) reforme edilmelidir. Ancak bu reform din dışı şekilde değil, fıkıhın kaynakları olan icmâ, örf, hadis şüpheciligi ve antimezhebîlik yöntemleriyle, sahih inanç ve uygulamaya dönülerek olmalıdır. Hukukun İslâmleştirilmesi gerekir. Hukukun İslamleştirilmesi demek, hukukî muhakemede esnekliğin sağlanması, pratik fikirli ve yeniliğe açık olunması, hukukçuların hukuku toplumsal ihtiyaçlara cevap verecek şekilde geliştirmesi, faydalı hukukî reformlara açık olunması demektir.

(7) *İcmânın yeniden hukukun birincil kaynağı hâline getirilmesi gerekir*: Geleneksel sunnî görüşün itiraz etmediği ve hukukçuların fikir birliği etmesi demek olan “icmâ”, bir zamanlar hukuk kurallarının belirlenmesinde önemli bir kaynaktı. Oysa sonraki yüzyıllarda “icmâ”, hukukun birincil kaynağı olma vasfını yitirmiştir. Bu durum Müslümanlar açısından “dindarca yorumlanmış bir dinsizlik, talihsiz ve yanlış bir şekilde dindarca ve ilâhî olarak onaylanmış bir olay ve tarih kazasıdır. Bu nedenle “icmâ”, hukukun etkin bir kaynağı olarak yeniden canlandırılmalı, müslüman hukukçuların hukuk metodolojisine geri döndürülmelidir. Bu husus, İslâmın özüne dönüş niteliğinde bir tavır olacaktır.

(8) *Örf ve âdetin (teâmülün) tekrar hukukun kaynağı hâline getirilmesi gerekir*: Tüm toplumlar için örf ve âdet (teamül), hukukun önemli bir kaynağıdır. Örf ve âdet, sürekli değişen şartlar ve ihtiyaçlar karşısında toplumun kendini yukarıya doğru çekmesinin bir yansımasıdır. Örf, İslâm hukûkunun da önemli bir kaynağı ve esnekliğinin bir garantörüdür. İslâm hukuk târihinde ve teolojisinde kabul edilen örf, bu gün artık fıkıhın temel kaynağı olarak görülmemektedir. Bunun yeniden canlandırılması gerekir.

(9) *Hukukçular kanonik hadis kısıtlamalarından kurtulmalıdırlar*: İslâm hukukunun kaynaklarından ikinci olan “hadis”in büyük çoğunluğu uydurma olup müşterek Arap uygulamasını meşrulaştırmak için ihdas edilmiştir. Bu hadis uydurmaları, dindarca oluşturulmuş başka bir dinsizlik ve tarih kazasıdır. Müslüman hukukçuların kendilerini, bu kanonik hadis literatürünün kısıtlamalarından kurtarması gerekir.

(10) *Müslüman hukukçular mezhep hegemonyasından kurtulmalıdırlar*: Dört sunnî ekolün (mezhep) birlikte hukukçular üzerinde hegemonya kurması, dindarca bir niyetle de olsa, İslâmın özgünlüğünü bozan bir tarih kazasıdır. Bu hegemonyadan kurtulmak için, her bir mezhebin etrafındaki sınırlar kaldırılmalıdır. Bu yaklaşım günümüz hukukçularının, mezheplerin bilgeliğine saygı duymamaları anlamına gelmemektedir. Sadece günümüz

hukukçularının, önceki hukukçuların ve tek bir mezhebin kuralları tarafından sınırlandırılmaması gerektiği anlamına gelmektedir.

II. İSLÂM HUKUKU KAVRAMININ DİLİMİZE GİRİŞİ

“İslâm hukuku” ya da eski deyimiyile “hukuk-ı islâmiyye” deyimi dilimize ne zaman girmiştir? Yukarıda, “İslâm hukuku” kavramının ilk önce batıda kullanılmaya başlandığını ve ilk kullanım tarihinin de 1850’li yıllar olduğunu ifade etmiştik. Müslümanların icat ettiği bir kavram olmadığına, dilimize batıdan girdiğine göre bizdeki kullanımı da 1850’lerden sonra olması gerekir.

Hâlim Sabit idaresinde yayınlanan “*İslâm Mecmuası*” isimli derginin 1914 yılı 2. sayısında Gökalp (Ziya) tarafından kaleme alınan “*Fıkıh ve İçtima’iyyat*” isimli makalede şöyle denilmektedir:

“İnsanın amellerini hüsn ve kubh (iyilik ve kötülük) nokta-i nazarından tedkik ve takdir eden ilme-İslâm âleminde- Fıkıh’ nâmı verilir. Hüsn’ü yâhud kubh’u hâiz olan amelleri, dinî ibâdetler ve hukûkî muâmeleler diye ikiye ayırabiliriz. O halde Fıkh-ı İslâm, Menâsik-i İslâmiyye ve Hukuk-ı İslâmiyye namlarıyla iki mebhas-i müstakili müştemeldir. Son asırda Fıkıh tahsîsan ikinci manada kullanıldığı için âdetâ, Hukuk-ı İslâmiyye tabirinin müterâdifi olmuştur”⁵².

Görüldüğü üzere Ziya GÖKALP, “fıkıh” yerine “İslâm hukuku” deyiminin son asırda yaygın şekilde kullanıldığını ifade etmektedir. GÖKALP’in bu makalesi 1914 tarihli olduğuna göre, bu tarihten önce kavramın bilginler ve diğer yazarlar tarafından benimsenerek eserlerinde kullanılmış olması gerekir. GÖKALP’in makalesinden önceye tekabül eden yaklaşık yirminin üzerinde dergi⁵³ nüshaları ve dergiler hakkındaki çalışmalar üzerinde yaptığımız

⁵² Ziya Gökalp, “Fıkıh ve İçtima’iyyat”, *İslâm Mecmuası*, (2), H.13 Şubat 1329/R.13 Şubat 1329/ M. 26 Şubat 1914, s.40-44.

⁵³ Makale başlıkları ve kısmen içerikleri üzerinden tarama yapılan dergiler şunlardır: **1.** Münif Paşa’nın kurduğu Cemiyet-i İlmiye-i Osmaniye Derneği’nin yayım organı 1962 tarihli “Mecmua-ı Fünûn”. **2.** Mustafa Refik tarafından 1863 yılında çıkarılan “Mir’at”. **3.** Cemiyet-i Kitâbet tarafından 1863 tarihinde çıkarılan “Mecmua-ı İber-i İntibah”. **4.** Harbiye Nezâreti tarafından 1864’te çıkarılan “Cerîde-i Askeriye”. **5.** Berlin Sefiri Jean Aristarchi, Constantin Calliady, Georg Guarracino ve Alexandre Caratheodory tarafından 1866’de yayımlanan “Takvîm-i Ticâret”. **6.** Ali Suavî tarafından 1869’da Fransa’da çıkarılan Türkçe dergi “Ulûm”. **7.** Ahmet Mithat Efendi tarafından 1872 yılında çıkarılmaya başlanan “Dağarcık”. **8.** Ebuzziya Tevfik tarafından çıkarılan ve 1880-1912 seneleri arasında yayımlanan “Mecmua-ı Ebuzziya”. **9.** Menemenlizâde Mehmed Tahir ve Beşir Fuat tarafından 1884’te dört sayı olarak yayımlanan “Haver”. **10.** Mızancı Murad tarafından 1886’da yayımlanan “Mizan”. **11.**

araştırma sonucunda dilimizde “İslâm hukuku” kavramının kullanımına ilişkin ulaştığımız sonuçlar şöyledir.

(1) Ebu'l-Âlâ Zeynelâbidin/H. Eşref Edip/Mehmed Akif /Eşref Edib tarafından 1908 senesinde çıkarılmaya başlanan “*Sırat-ı Müstakim*” [1912’den sonra “*Sebilürreşad*” adını almıştır] adlı mevkutenin 29 Ağustos 1908 tarihli 1. sayısında yayınlanan Âdil Bey’in “*Hikmet-i Hukuk-ı İslâmiyye*” başlıklı makalesinin içeriğinde de “*Hukuk-ı İslâmiyye*” ifadesi kullanılmaktadır. Dört sayı devam eden makalede sadece makalenin başlığında ve 15. sayfada yer alan “*Usûl-i fıkıh, hikmet-i hukuk-i islâmiyye demektir. Ahkâm-ı şer’iyyenin edille ve esbabını gösterir*” şeklindeki cümlede “İslâm hükûku” ifadesi geçmekte ve “*ahkâm-ı şer’iyye*” (şeriat veya fıkıh) karşılığı olarak kullanılmaktadır⁵⁴.

(2) Ahmed Taceddin ve Yakup Kemal tarafından çıkarılan “*Teârûf-i Müslimin*” dergisinin 11 Haziran 1910 tarihli birinci cildinin beşinci sayısında yayınlanan “*Duma ve Hukuk-u İslâmiyye*” başlıklı makalede “*Hukuk-ı İslâmiyye*” terimi geçmektedir. Ancak burada kastedilen “İslâm hukuku” değil, Rusya’da yaşayan Müslümanların haklarıdır. Zira, Rusya meclisi Duma’nın, Müslümanların haklarını kısıtlayan kararlarından bahsedilmektedir⁵⁵.

Edebiyat-ı cedide topluluğu tarafından 1891’de yayınlanmaya başlanan “*Servet-i Fünûn*”. 12. Ahmed Rıza tarafından yurt dışında 1895 çıkarılmaya başlanan “*Mechvéret supplément français*”, (Meşveret). 13. Jöntürk’ler tarafından 1897 senesinde Cenevre’de yayımlanan “*Osmanlı*”. 14. İttihat ve Terakkî Cemiyeti’nin yayın organı olarak 1902-1910 yılları arasında Paris’te yayımlanan “*Sûrâ-yı Ümmet*”. 15. Abdullah Cevdet tarafından 1904’te İsviçre’de (sonra Kahire’de) çıkarılan “*İçtihad*”. 16. Prens Sabahattin tarafından 1906 senesinde Paris’te çıkarılan “*Terakkî*”. 17. Cemiyet-i İlmîye-i İslâmiyye’nin yayın organı olan 1908 tarihli “*Beyan’ül Hak*”. 18. Hadimi Sami ve Hersekli İsmail tarafından çıkarılan 1908 tarihli “*Sadâ-yı Hak*”. 19. Ebu'lula Zeynel Âbidin/ H. Eşref Edip tarafından 1908’de çıkarılmaya başlanan “*Sırat-ı Müstakîm*” (Sebilürreşat). 20. Fedâkârân-ı Millet Cemiyeti’nin yayın organı olan ve 1908’de yayınlanmaya başlanan “*Hukûk-ı Umûmiye*”. 21. Şehbenderzâde Ahmed Hilmi tarafından 1910’da yayınlanmaya başlanan “*Hikmet*”. 22. Şehsuvarzâde Mehmed Behçet tarafından 1913’te çıkarılmaya başlanan “*El-Medâris*”. 23. Cemiyet-i Hayriyye-i İslâmiyye tarafından 1914 yılında çıkarılmaya başlanan “*Cihân-ı İslâm*” (Bu dergilerden bazıları hakkındaki değerlendirmeler için bkz. Demir Kenan, “Osmanlı’da Dergiciliğin Doğuşu ve Gelişimi (1849-1923)”, *İğdır Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, (9), 2016, s.71-112; Atık Hasan, “Takvim-i Ticaret Gazetesine Göre Osmanlıların Ticaret Anlayışı ve Osmanlı Dış Ticareti (1866-1867)”, *Düşünce ve Toplum Sosyal Bilimler Dergisi*, (2), 2020, s.67-107; Demir Şerif, “Beyan’ül-Hak Mecmuası ve Hamdi Efendi”, *Selçuk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Dergisi*, (32), s. 309-325; Kerimoğlu Hasan Taner, “II. Meşrutiyet Döneminde Genel Haklar Savunusu Yapan Bir Gazete: Hukuk-ı Umumiye”, *Çağdaş Türkiye Araştırmaları Dergisi*, 8(18), s.21-38).

⁵⁴ Adil Bey, “Hikmet-i Hukuk-ı İslâmiyye”, *Sırat-ı Mustakîm*, 1(1), H.30 Recep 1326/R.14 Ağustos 1324/ M.28 Ağustos 1908, s.14 [Makale, 2, 3 ve 4. sayı da devam etmektedir].

⁵⁵ Troyskili Ahmed Taceddin, “Duma ve Hukuk-u İslâmiyye”, *Tearûf-i Müslimin*, I(5), H.2

(3) Hâlim Sabit idaresinde yayınlanan “İslâm Mecmuası” isimli derginin 1914 yılı 4. sayısında Hâşim (Seyyid Hâşim Bey) tarafından kaleme alınan makalenin başlığı “İslâm Hukuku-Hükm-i Şahsiyet I” şeklindedir. Makaleye şu cümlelerle giriş yapılmaktadır: “İslâm hukukunda hukukî şahsiyet nazariyesinin mevcut olup olmadığını tetkik edeceğiz. Son zamanlarda ‘eşhas-ı hükmiye’ meselesi şayan-ı kayıt bir ehemmiyet kesbettiği cihetle İslâm hukûku buna âit bir bahsi şâmil midir? Bu cihetin araştırılması lüzum hâsıl oluyor”⁵⁶.

-Yine “İslâm Mecmuası”nın 1914 yılı 9. sayısında Aydın Meb’usu Veliyüddin Bey tarafından kaleme alınan “Fıkıh” ana başlığı altında “Hukuk-ı İslâm” başlıklı makale yer almaktadır. Makalenin giriş cümleleri şöyledir: “Hukûk-ı İslâmın menbaları semâvîdir. Kitabullaha mencedir. Denilebilir ki dinî asıllara müstenid ‘hukûkun tarihinde en şâmilî, hâzırda en zindesi hukuk-ı İslâmıdır”⁵⁷.

Tanzimat Fermanı’ndan sonra gerçekleşen modernleşme çalışmaları kapsamında hukuk alanında da gelişmeler yaşanmıştır. Medreseler yanında batı tipi hukuk okulları kurulması da gündeme gelmiştir. Bir yandan medreselerde fıkıh okutulmaya devam edilirken, diğer yandan kurulan hukuk mekteplerinde de batı devletlerindeki benzer şekilde hukuk öğretimine geçilmeye çalışılmıştır. Bu bağlamda 1868 yılında idadî (lise) dengi bir okul olarak kurulan Galatasaray Mekteb-i Sultânîsi⁵⁸ bünyesinde Sava Paşa’nın idaresinde 1874’te kurulan Dârülfünûn-ı Sultânî Hukuk Şubesi ders müfredatı içinde “Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye” yer almaktadır⁵⁹. 1881’de öğretime başlayan Mekteb-i Hukuk dersleri arasında Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye” “Medhal-i Hukuk”ve “Usûl-i Fıkıh” isimlerinde dersler bulunmaktadır⁶⁰.

Dâru’l-Fünûn-ı Şahane’nin 1912’de kurulan “Ulûm-ı Âliye-i Dîniyye”

Cemaziyelahir 1328/R.27 Mayıs 1326/M.11 Haziran 1910, s.80-82.

⁵⁶ Seyyid Haşim Bey, “İslâm Hukuku-Hükm-i Şahsiyet I”, *İslâm Mecmuası*, 1(4), H.28 Rebiü’lâhir 1332/R.13 Mart 1330/M. 26 Mart 1914, s.101-104 [“İslam Hukuku – Hükmî Şahsiyet 2”, *İslam Mecmuası*, Sayı.5, H.13 Cemaziye’l-evvel 1332/R.27 Mart 1330/M.9 Nisan 1914, s.130–133].

⁵⁷ Veliyüddine Efendi, “Hukuk-ı İslâm”, *İslâm Mecmuası*, (9), H.10 Recep 1332/R.22 Mayıs 1330/M. 4 Haziran 1914, s.258.

⁵⁸ Adnan Şişman, “Galatasaray Mekteb-i Sultânîsi”, *İslam Ansiklopedisi*, <https://islamansiklopedisi.g.tr/galatasaray-mekteb-i-sultani>

⁵⁹ Ali Adem Yörük, Mekteb-i Hukuk’un Kuruluşu ve Faaliyetleri (1878-1900), Yüksek Lisans Tezi, *Marmara Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü*, 2008, s.69.

⁶⁰ Yörük, s.73, 85.

şubesinde okutulan dersler arasında (1912-1924) “fıkıh”, “usûl-i fıkıh”, “tarih-i fıkıh” gibi dersler bulunmaktadır⁶¹. 1924’de adı İlahiyat Fakültesi olarak değiştirildiğinde ise dersler arasında “*fıkıh tarihi*” var, ancak “*fıkıh*” yer almamaktadır. 1959 yılında kurulan Yüksek İslam Enstitüsü ders programları içinde yine “İslâm hukuku” değil, “fıkıh” yer almaktadır. Bu durum 1982 yılına kadar devam etmiştir.

Tespit edebildiğimiz kadarıyla fakültelerde okutulan ders olarak “İslâm hukuku” ilk defa 1949’da açılan Ankara İlahiyat Fakültesi dersleri arasında yer almıştır.⁶² 22 Haziran 1982 tarih ve 41 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile Yüksek İslâm Enstitüleri, İlâhiyat Fakültesi’ne dönüştürülürken, ders müfredatında Ankara İlahiyat Fakültesi ders müfredatı esas alınarak “fıkıh” değil, “İslâm hukuku” müfredata konulmuştur⁶³. Bu gün ilahiyat fakültelerinin (veya İslâmî İlimler Fakültesi) çoğunda “İslam Hukuku” anabilim dalı bulunmakta, çok azında “fıkıh” adında dersler bulunmaktadır⁶⁴.

Yine tespit edebildiğimiz kadarıyla kitap ismi olarak ülkemizde yayımlanan ilk eser Sabri Şakir ANSAY tarafından kaleme alınan 1946 tarihli “Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku” isimli eserdir⁶⁵. İkinci olarak da Ömer Nasuhi BİLMEN’in telif ettiği 1949 tarihli “Hukuk-ı İslamiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu” isimli eserdir⁶⁶.

“Fıkıh” yerine “İslâm hukuku” kavramının kullanılması bizde nasıl karşılanmıştır? İslâm hukuku tabirinin dilimize girmeye başladığı 1800’ün ikinci yarısından bu yana bu isimlendirmeye itiraz edildiğine ilişkin bir bilgiye rastlayamadık. Hatta dilimize 19. yüzyılın sonlarına doğru giren “*İslâm hukûku*” teriminin, “*müslüman araştırmacılar cephesinde ise, bir itirazla karşılaşmamış ve hatta herhangi bir çekince dahi serdedilmeden*

⁶¹ Fatma Eren, Tanzimat Sonrası Dârülfünûnda Tefsir Dersleri: 1900-1914 Arası Bir inceleme, Yüksek Lisans Tezi, *İstanbul Üniversitesi SBE*, 2017, s.49.

⁶² <http://www.divinity.ankara.edu.tr/tarihce/>

⁶³ Mürteza Bedir, “Fiqh to Law: Secularization through Curriculum”, *İslamic Law and Society*, 2004, c. XI, sy. 3,s.382.

⁶⁴ Kırıkkale Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi ders programında “Fıkıha Giriş, “Fıkıh” ve Fıkıh Usûlü” isimlerinde dersler bulunmaktadır. Bunun yanında “Mukayeseli İslam hukuku” isimli bir ders de bulunmaktadır.

⁶⁵ Sabri Şakir Ansay, *Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku*, 1. Baskı, Yeni Cezaevi Basımevi, 1946.

⁶⁶ Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu*, 6 cilt, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1949-1952.

kabul görmüştür” değerlendirmesi yapılmaktadır⁶⁷.

Kimi müellifler “hukuk” ile “fıkıh” arasında menşe, mahiyet ve içerik (kapsam) açısından farklar olduğunu belirtmekle yetinmekte⁶⁸, kimileri de farkları belirtmekle beraber “İslâm hukuku” şeklindeki isimlendirmeyi îtirazsız kullanmaya devam etmektedirler⁶⁹.

Murtaza BEDİR ise 2004 tarihli “Fıkıh’tan Hukuk’a: Eğitim Programı Yoluyla Laikleşme” isimli makalesinde⁷⁰, “Şeriat”, “fıkıh”, “hukuk”, “kanun” kavramları ve bunların klasik eserlerdeki kullanımları üzerinde durmakta, Tanzimat sonrası ulemanın “hukuk” kelimesini “fıkıh” karşılığında itirazsız kullanmaya başladığını belirtmektedir. Yine kanunlaştırma faaliyetlerinde fikhin, yapılan batı tipi kânunların meşrulaştırılması için kullanıldığını ifade etmektedir. Müellif, ilâhiyat fakültelerinin ders programlarında “fıkıh” ve “İslâm hukuku” isimlendirmesinin seyrini aktardıktan sonra, Hayrettin KARAMAN’ın “Mukayeseli İslam Hukuku” isimli eseri üzerinden fikhin, batı hukuk anlayışı ve terminolojisi ile ele alındığı, bu durumun Müslümanlardaki fıkıh anlayışını değişime uğrattığı, fikhin alanını daraltıldığı gibi eleştirilerde bulunmaktadır⁷¹.

İbrahim Kâfi DÖNMEZ, Arapça “Usûlü’l-fıkhi’l-islâmî” isimli eseri Türkçeye “İslam Hukuk İlminin Esasları-Usûlü’l-fıkıh” şeklinde tercüme etmekte ve “*İslâm hukukunun Esasları denmediğine dikkat edilmelidir*” notunu düşmektedir⁷². Ancak yazar herhangi bir açıklamada bulunmamaktadır. “*İslâm hukuk ilmi*” şeklindeki isimlendirmenin, “İslâm hukuku” yerine mi yoksa “usûl-i fıkıh” yerine mi kullanıldığı açık değildir. Bu şekildeki isimlendirmenin gerekçesini de ortaya koymamaktadır. Şayet “İslâm hukuku”

⁶⁷ Talip Türcan, “Fıkıhdan İslâm Hukukuna: Fikhin İslâm Hukukuna Evrilme Süreci Üzerine Bazı Düşünceler”, *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi*, (6), 2005, s.16-17.

⁶⁸ Talip Türcan, “Fıkıhdan İslâm Hukukuna: Fikhin İslâm Hukukuna Evrilme Süreci Üzerine Bazı Düşünceler”, *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi*, (6), 2005; Türcan Talip, “Fıkıh, Hukuk ve İslâm Hukuku”, in Talip Türcan (ed.), *İslâm Hukuku*, Grafiker, 7. Baskı, 2018.

⁶⁹ Hayrettin Karaman, *Anahatlarıyla İslâm Hukuku I-Giriş ve Amme Hukuku*, Ensar Neşriyat, 1984, s.21-23; Hayrettin Karaman, “Fıkıh”, <https://islamansiklopedisi.org.tr/fikih#1>.

⁷⁰ Mürteza Bedir, “Fiqh to Law: Secularization through Curriculum”, *Islamic Law and Society*, 2004, c. XI, sy. 3, s.378-401 (Makalenin Türkçe çevirisi: Murtaza Bedir/Çev.Oğuzhan OLAŞ/Ahmet Zeki OLAŞ, “Fıkıh’tan Hukuk’a: Eğitim Programı Yoluyla Laikleşme”, *RIHLE Dergisi*, (13), 2011, s.18-32).

⁷¹ Bedir, s.18-32.

⁷² İbrahim Kâfi Dönmez, *İslâm Hukuk İlminin Esasları (Usûlü’l-Fıkıh)*, 20.Baskı, Diyanet Vakfı Yayınevi, 2014, s.19.

deyimi yerine “İslâm hukuk ilmi” isimlendirmesini öneriyorsa, sebebini ve iki deyim arasında ne gibi fark ya da farklar olduğunu da ifade etmiş olsaydı daha faydalı olurdu.

Tespit edebildiğimiz kadarıyla “İslâm hukuku” isimlendirmesine günümüz müelliflerinden Ali BARDAKOĞLU itiraz etmekte ve şöyle demektedir: “*Fıkıh yerine ‘İslâm Hukuku’ tabirinin kullanılması ise, modern dönemde batı ile karşılaşma sonucu ve zimnen ona alternatif olma iddiasını da taşıyan nev-zuhur bir adlandırma olup, son derece isabetsiz bir adlandırma olmuştur. İslâm Hukuku tabiri, fikhin özünde içerdiği ahlâkî duyarlılığın ve derin dindarlık hislerinin göz ardı edilmesine ve fikhin kurallar yığını olarak algılanmasına, hatta fikhin zayıf tarafının öne çıkıp onun asıl güçlü yönünün gizlenmesine yol açtığı için ciddi bir algı sapmasına da yol açmaktadır*”⁷³.

SONUÇ

İslâm hukuku kavramının icadı ile ilgili buraya yukarıda aktardığımız bilgiler muvacehesinde şu değerlendirmeleri yapabiliriz:

(1) Kavram (mefhum), bir olay, bir nesne, bir bilgi hakkında zihinde beliren genel düşünce, aynı cinsten bütün şeyleri temsil eden soyut ve genel fikir veya bir şeyin, bir nesnenin zihindeki tasarımı demektir. Olayları ve nesnelere kavramlarla algılanır. Zira kavramlaştırma, tanımlama temektir. Bir olayı ya da nesneyi tanımlamak, onu yapan elinde önemli bir güç oluşturur. Kavramlaştırmayı ya da tanımlamayı kim yapmışsa, onun bakış açısı ile olaylar ve nesnelere algılanır. Başkalarının kavramlarını kullananlar, kavramlaştırmayı yapanın fikrî üstünlüğünü kabul etmiş olur ve onun bakış açısı ile olayları değerlendirir.

(2) Batılılar “İslâm’ı ve Müslümanları dönüştürmek için, İslâm’ın özü olan “*fıkıh*” yerine “*İslâm hukuku*” kavramını kullanıma sokmakla işe başlamışlardır. Böylece yüzyıllardır Müslümanların oluşturduğu kavram olan “*fıkıh*” yerine, batılıların icadı olan “*İslâm hukuku*” kavramının kullanılması demek, toplumdaki düzen kurallarına, Müslüman bakış açısıyla değil, batı bakış açısıyla bakmaya başlamak demektir. Bu ise insanın, toplumun, toplumdaki insanî olayların, toplumun benimsediği değer yargılarının, giderek medeniyetin tüm unsurlarının batılı bir gözle algılanması sonucunu doğurmaktadır.

⁷³ Ali Bardakoğlu, *İslâm Işığında Müslümanlığımızla Yüzleşme*, 4. Baskı, KURAMER Yayınları, 2019, s.140.

(3) Müslüman toplumlarda, toplumdaki düzen kurallarının oluşumunda fukahânın (hukuk bilginleri) önemli bir etkinliği bulunmaktadır. Bu gün hukuk diye tabir ettiğimiz fıkıh kurallarının büyük bir ekseriyeti, devletten bağımsız olarak fukâha eliyle (içtihat) ortaya konulmaktadır. “Fıkıh” kavramı, asıl olarak kuralların bu yönünü ifade etmektedir. Oysa batı ‘icadı olan “hukuk” ve “İslâm hukuku”, doğrudan devlet tarafından konulan düzen kurallarını ifade etmektedir. Fıkıh yerine, hukuk ve İslâm hukuku kavramlarının kullanıma girmesi, artık fukahânın oluşturduğu kuralların terk edilerek, yerine devletin koyduğu kuralların ikame edilmesi anlamına gelmektedir.

(4) Fıkıh, devletten ziyade, fukahâ (hukukçular) tarafından oluşturulan kurallar bütünüdür. Hukuk ve buna bağlı olarak İslâm hukuku ise, devlet tarafından ihdas edilen kurallar bütünü ifade etmektedir. Bu durum, toplumdaki düzen kurallarının devlet tekeline geçmesi demektir. Fıkıhın geçerli olduğu bir sistemde, devlet dışında gelişen ve devletin de uyması gereken bir kurallar bütünüdür. Hukuk kavramı ise, kural koyma işlevini devlet tekeline vermektedir. Devlet, kişilerin uyması gereken kurallar yanında, kendisinin de uyması gereken kuralları da koyma yetkisine sâhip olmaktadır. Bu önemli ve büyük güç devlete, koyduğu hukuk kuralları yoluyla kişilerin te’dir edilmesi ve devlete mu’î vatandaşlar oluşturması imkânını da sağlamaktadır.

(5) Fıkıh yerine “İslâm hukuku” kavramının kullanılmasının bu denli önemli sonuçlarına rağmen, Müslüman çevrelerde, özellikle Müslüman aydınlar nezdinde, hiç itirazsız ya da çok cılız bir tepkiyle karşılanması da hayli yadırgatıcıdır.

KAYNAKÇA

- Adil Bey, “Hikmet-i Hukuk-ı İslâmiyye”, Sırat-ı Mustakîm,1(1), H.30 Recep 1326/R.14 Ağustos 1324/ M.28 Ağustos 1908, s.14.
- Ansay S Ş, *Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku*, 1. Baskı, Yeni Cezaevi Basımevi, 1946.
- Atik H, “Takvim-i Ticaret Gazetesine Göre Osmanlıların Ticaret Anlayışı ve Osmanlı Dış Ticareti (1966-1867)”, *Düşünce ve Toplum Sosyal Bilimler Dergisi*, (2), 2020, s.67-107.
- Avcı M, *Türk Hukuk Tarihi*, 9.Baskı, Atlas Akademi, 2020.
- Aydın M A, *Türk Hukuk Tarihi*, 18.Baskı, Beta Yayınevi, 2021.
- Bardakoğlu A, *İslâm Işığında Müslümanlığımızla Yüzleşme*, 4. Baskı, KURAMER Yayınları, 2019.
- Bedir M, “Fiqh to Law: Secularization through Curriculum”, *İslamic Law and Society*, 2004, c. XI, sy. 3, s.378-401 (*Makalenin Türkçe çevirisi: Murtaza Bedir/Çev.Oğuzhan OLAŞ/Ahmet Zeki OLAŞ*, “Fıkıh’tan Hukuk’a: Eğitim Programı Yoluyla Laikleşme”, *RIHLE Dergisi*, (13), 2011, s.18-32).
- Bilmen Ö N, *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istilahat-ı Fıkhiyye Kamusu*, 6 Cilt, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1949-1952.
- Bras JP, “La Shari’a: Passé et devenir d’un corpus juridique”, <https://irel.ephe.psl.eu/ressources-pedagogiques/fiches-pedagogiques/sharia-passe-devenir-dun-corpus-juridique>, Erişim Tarihi 03 Kasım 2023.
- Buskens L/Dupret B, “Qui a inventé le droit musulman? Une histoire des études occidentales de la normativité islamique et leur diffusion en Orient”, https://www.academia.edu/29558406/Buskens_and_Dupret_2012c_Qui_a_invent%C3%A9_le_droit_musulman_Une_histoire_des_%C3%A9tudes_occidentales_de_la_normativit%C3%A9_islamique_et_leur_diffusion_en_Orient, Erişim Tarihi 03 Kasım 2023.
- Buskens L/Dupret B, “L’invention du droit musulman : Genèse et diffusion du positivisme juridique dans le contexte normatif islamique”, *L’Orient créé par l’Orient*, 2012, pp.71-92, (<https://shs.hal.science/halshs-00743741>), Erişim Tarihi 03 Kasım 2023.

- Cevizci A, *Büyük Felsefe Sözlüğü*, I. Basım, Say Yayınları, 2017.
- Cin H/Akyılmaz G, *Türk Hukuk Tarihi*, 14.Baskı, Sayram Yayınevi, 2022.
- Demir K., “Osmanlı’da Dergiciliğin Doğuşu ve Gelişimi (1849-1923)”, *Iğdır Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, (9), 2016, s.71-112.
- Demir Ş., “Beyan’ül-Hak Mecmuası ve Hamdi Efendi”, *Selçuk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Dergisi*, (32), s.309-325.
- Doğan D M, *Doğan Büyük Türkçe Sözlük*, 15. Baskı, Vadi Yayınları, 2001.
- Dohsson M. de M., *Tableau Général de l’Empire Othoman, Divisé en Deux Parties, Dont l’une comprend la Législation Mahométhane; l’autre, l’Histoire de l’Empire Othoman*, Tome Premier, Paris MDCCLXXXVII.
- Döndüren H, *İslam Hukukuna Giriş*, KTO Karatay Üniversitesi Yayınları, 2017.
- Dönmez İ K, *İslâm Hukuk İlminin Esasları (Usûlü’l-Fıkıh)*, 20.Baskı, Diyanet Vakfı Yayınevi, 2014.
- Ekinci E B, *İslâm Hukuku*, 3.Baskı, Arı Sanat Yayınevi, 2016.
- Eren F, *Tanzimat Sonrası Dârülfünûnda Tefsir Dersleri: 1900-1914 Arası Bir inceleme, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE*, 2017.
- Gillotte C, *Traité de Droit Musulman*, 1854.
- Gillotte C, *Traité de Droit Musulman*, 1854.
- Gillotte C/Cuerbonneau A., *Traité de droit musulman précédé du décret du 31 décembre 1859, Deuxième édition* 1860.
- Gökalp Z, “Fıkıh ve İçtima’iyyat”, *İslâm Mecmuası*, (2), H.13 Şubat 1329/R.13 Şubat 1329/ M. 26 Şubat 1914, s.40-44.
- Heudas O/Martel F., *Traité de droit musulmane: La Tohfât d’Ebn Acem*, 1882.
- Karaman A, *İslâm Hukukuna Giriş*, Bilimsel Araştırma Yayınları (Bilay), 2019.
- Karaman H, “Fıkıh”, <https://islamansiklopedisi.org.tr/fikih#1>.
- Karaman H, *Anahatlarıyla İslâm Hukuku I-Giriş ve Amme Hukuku*, Ensar Neşriyat, 1984.
- Karaman H, *Anahatlarıyla İslam Hukuku*, 3 cilt, Ensar Neşriyat, 2019.

- Kerimoğlu H T, “II. Meşrutiyet Döneminde Genel Haklar Savunusu Yapan Bir Gazete: Hukuk-ı Umumiye”, *Çağdaş Türkiye Araştırmaları Dergisi*, 8(18), s.21-38.
- Keyzer S, *Handboek voor het Mohammedaansche regt*, ‘s Gravenhage, Gebroeders Belinfante, 1853.
- Köse S, *İslam Hukukuna Giriş*, Hikmet Yayınları, 2019.
- Lambert E, “Études de droit commun législatif ou droit civil comparé, Première série, Le régime successoral. Introduction: La fonction du droit civil comparé, Tome I, 1903.
- Mémoires de la Société Ethnologique, Tome Premier, Librairie orientale de Mme Ve Dondey-Dupré, 1841.
- Meursinge A., *Handboek van het Mohammedaansche regt*, in de Maleische taal; naar oorspronkelijke, Maleische en Arabische, werken van Mohammedaansche regtsgeleerden bewerkt door ..., Johannes Müller, 1844.
- Perron N, *Blance de la loi musulmane ou esprit de la législation islamique et Divercences des ses quatre rites jurisprudentiel*, 1898 (Ahmed eş-Şârânî'nin “el-Mizânu's-Suğrâ” isimli eserin tercümesi).
- Perron N, *Précis de jurisprudence musulmane ou principes de législation musulmane civile et religieuse selon le droit malékite*, 1848-1954.
- Sautayra E/Cherbonneau E, *Droit musulman du statut personnel et des succession*, 1873.
- Seyyid Haşim Bey, “İslâm Hukuku-Hükm-i Şahsiyet 1”, *İslâm Mecmuası*, 1(4), H.28 Rebiü'lâhir 1332/R.13 Mart 1330/M. 26 Mart 1914, s.101-104.
- Şişman A, “Galatasaray Mekteb-i Sultânîsi”, *İslam Ansikloedisi*, <https://islamansiklopedisi.g.tr/galatasaray-mekteb-i-sultani>.
- Troyskili Ahmed Taceddin, “Duma ve Hukuk-u İslâmiyye”, *Tearüf-i Müslimin*, 1(5), H.2 Cemaziyelahir 1328/R.27 Mayıs 1326/M.11 Haziran 1910, s.80-82.
- Türcan T, “Fıkıh, Hukuk ve İslâm Hukuku”, in Talip Türcan (ed.), *İslâm Hukuku*, Grafiker, 7. Baskı, 2018.

- Türcan T, “Fıkıhdan İslâm Hukukuna: Fıkhın İslâm Hukukuna Evrilme Süreci Üzerine Bazı Düşünceler”, *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi*, (6), 2005.
- Türcan T, İslam Hukuku El Kitabı, *Grafiker Yayınları*, 2013.
- Veliyüddine Efendi, “Hukuk-ı İslâm”, *İslâm Mecmuası*, (9), H.10 Recep 1332/R.22 Mayıs 1330/M. 4 Haziran 1914, s.258.
- Vincet M B, Études sur la loi musulmane: Legislation criminelle, 1842.
- Wood L, *Reception of European Law and Transformations in Islamic Legal Thought in Egypt, -1875-1952, Islamic Legal Revival*, Oxford Universty Press, 2016.
- Yaman A/ Çalış H, *İslâm Hukukuna Giriş*, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 2022.
- Yörük A A., Mekteb-i Hukuk’un Kuruluşu ve Faaliyetleri (1878-1900), Yüksek Lisans Tezi, *Marmara Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü*, 2008.
- Zeys E, Essai d’un traité méthodique de droit musulman (école malékite), 1884.
- Zeys E, Traité élémentaire de droit musulman Algér 1885.

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


ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVIII Nisan / April 2024 Sayı / No. 2

12 MART DÖNEMİ'NDE HUKUK: TANIKLIK EDEBİYATI
BAĞLAMINDA BİR İNCELEME

LAW IN THE ERA OF MARCH 12: AN EXAMINATION WITH
TESTIMONIAL LITERATURE

Rıdvan DEĞİRMENÇİ* 

ÖZET

10.34246/ahbvuhfd.1403099 

Türk hukuk zihniyeti ve kültüründe yaşanan değişimin edebi eserler dışında bırakılarak tam olarak anlaşılması mümkün değildir. Türk hukukunun Türk toplumu ile birlikte yaşadığı derin kriz zamanlarından birisi olan 12 Mart darbe dönemine dair edebi eserler; dönemin hukuk atmosferine dair izler barındırmaktadır. Çalışmada, 12 Mart romanları çerçevesinde işkence tanıklıkları, hukukun amacı ve işlevi ile politik şiddetin hukuka etkileri başlıkları incelenmektedir. Türk üniversitelerinin uzun yıllar fikir ve ifade hürriyeti bakımından gereken iklimden uzak kalması, Türk fikir hayatında edebiyatın önemli bir işlev görmesine sebep olmuştur. Bu sebeple işkence tanıklıklarını, sınıf mücadelesi bağlamında hukukun eleştirisi, politik şiddet ile birlikte ortaya çıkan sorunları tartışmak, edebi eserleri merkeze almayı gerektirmektedir. Edebi tanıklıklar; toplumun geçirdiği dönüşümleri mühürlemektedir; bu sebeple hukuk zihniyetine dair çalışmalarda edebiyat eserlerinden yararlanmak zaruridir. 12 Mart Dönemi'nde yaygınlaşan şiddet hareketleri sebebiyle özgürlük ve güvenlik dengesinin bozulması, hukuku ilkeler zemininde tartışma imkanını ortadan kaldırmıştır. 12 Mart Dönemi'nde, sol tandanslı silahlı terör örgütleri ile mücadelede işkence ve insanlık dışı muamele yaygın şekilde uygulanmıştır. İnsanlık dışı muamelenin fertler üzerinde yarattığı tahribat ve psikolojik etkiler 12 Mart romanlarında işlenmiştir. 12 Mart romanlarında

* **Dr. Öğr. Üyesi**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı/ANKARA, **e-posta:** ridvan.degirmenci@hbv.edu.tr, **ORCID:** 0000-0002-8408-1033, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1403099.

- **Atf Şekli/ Cite As:** Değirmenci R, “12 Mart Dönemi'nde Hukuk: Tanıklık Edebiyatı Bağlamında Bir İnceleme”, *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28(2), 2024, s. 367-397.
- **İntihal / Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*



hukukun amacı ve işlevine yönelik sorgulamalara da geniş yer verilmiştir. 12 Mart romanlarında hukuk, iktidar ve sermaye sahiplerinin lehine işlemekle itham edilmiştir. Son olarak politik şiddetin hukukla ilişkisi, 12 Mart romanlarında görülebilir. Şiddetin politikada bir araç olarak benimsenmesi, sol düşüncede yarattığı dönüşüm ve sağın şiddet motivasyonu romanlarda müşahede edilebilir. Tanıklık edebiyatı bağlamında 12 Mart romanları, hukukun otoriter yönetimlerce temel hak ve hürriyetlere nazaran devlet güvenliğini öncelemeyle ortaya çıkan etkileri ve dönemin hukuk zihniyetini bugüne aktarmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Hukuk ve edebiyat, İşkence, Kanunlaştırma, Darbe, Devrim.

ABSTRACT

By omitting literary works, it is impossible to properly comprehend the shift in the legal attitude and culture of Turkey. The legal atmosphere of the March 12 coup era, one of the profoundly crisis-ridden periods in Turkish law and society, is referenced in literary works from the times. In this study witness of torture, the aim and the function of law and effects of political violence on law are all examined in the context March 12 novels. Inasmuch as Turkish universities have been unable to supply academic staff at the required level of freedom of opinion and expression for many years, literature has played an important role in Turkish intellectual life. As a result, criticizing systematic torture, the relevance of legality in class struggle, and the issues caused by the violence that has grown with the romanticism of the revolution necessitates putting literary works at the forefront. Since literary testimony seal societal shifts, sociology of law studies must benefit from sociology of literature. The disruption of the balance of freedom and security due to the widespread violent movements during the March 12 period eliminated the possibility of discussing the law on the basis of principles. During the March 12 period, acts of torture and inhuman treatment were widely used in the fight against leftist armed terrorist organizations. The destruction and psychological effects of inhumane acts on individuals are widely featured in the March 12 novels. In March 12 novels, discussions about the purpose and function of law are also widely included. In the March 12 novels, the law was accused of working in favor of the government and capitalists. Finally, the relationship between political violence and law can be seen in the novel March 12. The adoption of violence as a political device, the transformation it created in leftist thought, and the right's motivation for violence can be observed in novels. In the context of testimonial literature, the March 12 novels evoke the effects of the law prioritizing state security over fundamental rights and freedoms by authoritarian governments and the legal mentality of the period to the present day.

Key words: Law and literature, Torture, Legalization, Coup, Revolution.

EXTENDED ABSTRACT

The strength of literature lies in its ability to express the problems of the individual

and in the fact that we can find traces of our issues in these works in every reading activity. Contemplating over the law, on the other hand, is essentially partaking in a search for a solution to problems in our lives. Since both fields are related to human beings, insights into law are frequently marked in literary works. For this reason, literary works can be used as a data source to investigate the impact of cultural change on law. The novels of the March 12 Period account for a particular phase in Turkish legal history. In addition to their high literary value, the fact that they are written by people who actively took part in the events or witnessed them increases the importance of these novels. Women writers are remarkably predominant in the literature of March 12. The reason for women writers' superior quantity and quality of literary works is two-fold. First, women actively took a role in mass political organizations, and second, they could adeptly express women's subjective experience in the political atmosphere. Like love and passion, law is an unchanging aspect of human social nature. As such, it is always the subject of literature. However, expecting literature to teach jurists legal techniques would not be sensible. Literary works of the March 12 period are specifically crucial for evaluating the impact of law on social life and intellectuals and the problems that come across in applying law within the framework of literary testimonies. The events that took place with the March 12 Memorandum do not bear all the aspects of a typical military coup. During the March 12 Period, in fact, the closure of all political parties and the dissolution of the parliament were not in question. However, martial law was invoked, and semi-military rule was practiced in the country. In this case, the increased military influence on the National Security Council and, thus, on governmental actions is observable. The constitutional amendments of the March 12 Period led to quite extensive changes in the 1961 Constitution, transforming the regime of limitation of fundamental rights and freedoms and the powers and duties of autonomous institutions, all set out in the 1961 Constitution, as well as the relations of military powers with the government and the judiciary. This article analyses torture testimonies, the purpose and function of law, and the effects of political violence on law within the framework of March 12 novels. Literature played a crucial function in Turkish intellectual life since Turkish universities were not in a condition to flourish freedom of thought and expression for many years. Therefore, addressing the torture testimonies, the criticism of the law in the context of class struggle, and the problems that emerged with political violence during the March 12 period requires centering on literary works. The deterioration of the balance between freedom and security due to the widespread acts of violence during the March 12 Period eliminated the possibility of discussing the law based on principles. Torture and inhuman treatment were widely used in the fight against left-wing armed terrorist organizations during the March 12 Period. The devastation and psychological effects of inhuman treatment on the individuals were depicted in the novels of this era. Public indifference to allegations of torture has delayed for many years the organized pursuit of these allegations and the raising of a loud public voice against acts of torture and ill-treatment. The 12 March novels widely covered the questioning of the purpose and function of the law as well. In the March 12 novels,

the law was accused of functioning in favor of the owners of power and capital. The most prominent reason for left-wing figures to contemplate over revolution during this era was the perception that the law was organized in favor of capital and against the people. After the 1960 Coup, the relationship between capital and power, incentives and economic growth strengthened the relationship between law and power. Finally, the relationship between political violence and law can be seen in the novels of March 12. Idealized revolutionism was replaced by self-criticism with the coup d'état of March 12 and the following executions, persecutions, and arrests. The adoption of violence as a tool in politics, the transformation in leftist thought, and the motivation for violence on the right can be observed in the novels. The novels of March 12, as part of witness literature, shed light on the effects of the authoritarian prioritization of state security over fundamental rights and freedoms and the legal mentality of the period.

GİRİŞ

Türk ekonomisinin ve şehirlerinin geliştiği, siyasi yelpazenin genişlediği 1970'li yıllar bir askeri müdahale ile başladı. Bu müdahalenin neticesinde gerçekleştirilen cezai takibatlar, sorgular, işkenceler, yasaklar bir dönemin ruhunu yansıtmaya açısından önemlidir. Edebiyata konu olan hâliyle bir dönemin zihniyetini anlama çabası, hukukta ve kültürdeki değişimlere dair işaretler barındırmaktadır¹. 12 Mart Dönemi'ni öncesinden ayıran husus, daha evvel Türkiye'de devlet eliyle bu denli kitlesel bir takibat başlatılmamış olmasıdır. Elbette Cumhuriyet'in ilk dönemleri veya 1960 Darbesi sonrasında çok sanıklı yargılamalar yapılmıştır. Ancak yaygınlığı, etkilenen kişi sayısı ve etkisi bakımından 12 Mart Dönemi takibatları geçmişten ayrılmaktadır.

Hukuktaki değişimleri edebi metinler üzerinden takip etmenin ehemmiyetine ayrıca değinmek gerekir. Türk hukukunda hukukçular, kamu hukuku perspektifi ile hukuk değişimine yaklaşırken 12 Mart Dönemi'ni, siyasi pozisyonların anayasa ile olan ilişkisi ve demokratikleşme bağlamında incelemişlerdir. Darbelerle birlikte en ağır hasarı alan kurumlar olmasının yanı sıra; hukuk fakültelerinin darbe sonrası atmosferde, anayasa ve yasa hazırlıklarında öncü rol oynamaları da gözden kaçırılmamalıdır².

¹ Murat Belge, *Militarist Modernleşme, Almanya, Japonya ve Türkiye*, 2. Baskı, İletişim Yayınları, 2012, s. 638.

² 1961 Anayasası'nın hazırlanmasında Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, Tarık Zafer Tunaya; 1982 Anayasası'nın hazırlanmasında Orhan Aldıkaçtı, Turgut Tan gibi öncü hukukçuların görev aldığı hatırdı tutulmalıdır. <Cilt4.pdf (tmm.gov.tr)> Erişim Tarihi 12 Nisan 2023.

Türk hukuk fakültelerinde uzun yıllar, çoğulculuğun sağlanamadığı, akademik istihdama ilişkin pek çok mesele ile karşılaşıldığı ifade edilebilir³. Türkiye’de üniversiteler, siyasal iktidara ve topluma karşı bağımsız olma ve özerkliklerini kazanma konusunda kifayet edemediğinden özellikle şehirli entelektüeller üniversite dışı kamusal alanda varlığını sürdürmüşlerdir⁴. 12 Mart Dönemi hukuk eserlerinde işlenmiş olsa da; hukukun kültürel görünümünü incelemek amacıyla başka veri kaynaklarına başvurunun gerekli olduğu düşünülmüştür.

Türk edebiyatında edebi eserlerin yapısına dair eleştirilerde diğer dillerdeki örneklerine nazaran roman türlerinin entelektüel vasfının zayıflığından yakınılmaktadır. Cemil Meriç, Tanpınar’ın Türk Romanının diğer dillerdeki örneklerine nazaran zayıf kalmasını diğer alanlarda birikim eksikliğine, düşünce hürriyetinin yokluğuna ve düşünce hayatının gazetelerde yürütülmesine bağlamasını haklı bulmaktadır⁵. Türk Romanı karşılaştırmalı dillerdeki edebi örneklerden zayıf kalsa da bize ait olanı anlattığı için önemlidir. Bu sebeple Tanpınar, en faydalı olanın bizzat romanlarımızın ve romancılarımızın üstünde konuşmak olduğuna inandığını belirtmektedir⁶.

Edebi tenkitler saklı tutularak ifade edilebilir ki romanların tarihi hafızamızı mühürlemesinin yanında Türk entelijansiyası için ayrı bir önemi vardır⁷. Türk üniversitelerinin kurumsallaşmasında görülen dalgalı seyir, hukuka dair entelektüel kavrayışın edebiyat sahasından hareketle takip edilmesin gerekli kılmaktadır. Türkiye’nin sosyal, siyasal ve ekonomik değişimi, akademik eserler bağlamında incelendiğinde hukuki gerçeklik ve sosyal

³ Akademik istihdama getirilen eleştiriler için bkz. Kemal Gözler, “Hukuk Eğitiminde Arz ve Talep”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 24, 2008, s.175-194, < www.anayasa.gen.tr/arz-talep > Erişim Tarihi 12 Nisan 2023

⁴ Akademik aklın Türkiye’deki görünümüne dair eleştiri İnam tarafından dile getirilmiştir. Ahmet İnam, “Akademisyen mi, Ak- Adam- İsyan mı?”, *Doğu Batı Dergisi*, 7, 1999, s. 155.

⁵ Cemil Meriç, *Kırk Ambar Cilt 1*, 10. Baskı, İletişim Yayınları, 2008, s. 326.

⁶ Ahmet Hamdi Tanpınar, *Edebiyat Üzerine Makaleler*, 2. Bası, Dergah Yayınları, 1977, s. 52.

⁷ “Her edebî eser sosyal bir olaydır. Ferdin eseridir, ama ferdin içtimaî eseri. Edebî eserin ana özelliği, kişiyle toplum arasında bir bildirişim (“communication”) aracı olmasıdır. Sosyolog Hirn’ün “püblük’siz sanat olmaz” sözü ile Tolstoy’un “sanat bir dildir” yargısı aynı hakikatin ifadesi. Her kitapta iki insan var: yazar ve okuyucu; fert olarak değil, maşerî bir varlık olarak okuyucu. Edebiyat eseri yazarın düşüncesini okuyucuya ulaştırır. Ama unutmayalım ki eserde daha önce vardır bu okuyucu. Yazar, belli bir okuyucuya seslenir, söyleyeceklerini ona göre seçer ve ayarlar. Yazmak, bir davete icabet etmektir. Eseri okuyucu ısmarlar, farkında olmadan ısmarlar. Yazarın amacı sükse değildir her zaman, idealist yazarlar da vardır, şöhrete aldırış etmezler.” Meriç, s. 448-449.

dinamikler arasındaki ilişkilere yönelik anlamlandırma eksikliği yaşanabilir. Ancak edebiyat eserlerinde bu kopukluğun yerini fikri devamlılığın aldığı söylenebilir.

Edebiyat, Türkiye'nin sorunlarının etraflıca tartışıldığı, görece fikri derinlik ve çeşitlilik barındıran bir sahadır. Bu sebeple hukuk zihniyetinin ve kültür değişiminin edebiyat dışarda tutularak incelenebilmesi mümkün değildir. 12 Mart Dönemi'nin romanları, Türk hukuk tarihinin özel bir zaman dilimini anlatmaktadır. Edebi olarak güçlü olmalarının yanında, yaşanan olaylar içerisinde aktif olarak yer alan veya bunlara bizzat tanıklık eden kişilerin kaleme alması bu dönem romanlarının önemini artırmaktadır. 12 Mart, bir darbe dönemi olması sebebiyle hukukun sert yönünün toplumda hissedildiği zamanlardır. Yükselen sol hareketin gençlik liderleri idam edilmiş, çatışmada öldürülmüş, diğerleri topluca hapse mahkûm edilmiştir. Sol literatür açısından bu hayal kırıklığı ve yenilmişlik hissini ağır bastığı bir dönemde hukuk, devlet, cebir ve hukuk adamlarına dair romanlardaki çözümlemeler bir dönemin tanıklığı için oldukça mühimdir. Tanpınar, Müslüman şarkın psikolojiyi pek az tanıdığını belirterek, bu durumu sanatın bazı yönlerinin gelişmemesine sebep olarak göstermektedir. 12 Mart edebiyatı bu bakımdan diğer romanlardan ayrılarak psikolojik öğeleri fazlaca işlemiş, böylece insanı merkezde tutarak olayları aktarabilmiştir⁸.

İnsan hakları ve hak arama kurumlarının geldiği noktada Türk hukukunun geçmişle arasında önemli mesafe kat ettiği her zaman dile getirilir. Bu mesafenin ölçümünde esas alınacak değerler kişisel tecrübelerden başka edebi eserlerin tanıklığıyla belirlenebilir. Tanıklık edebiyatı dünyada yaşanan hukuk ihlallerinin eleştirisi ve kaydı için vazgeçilmezdir⁹. Türk hukukunu ve siyasetini derinden etkileyen 12 Mart Dönemi edebiyatı, yasanın adillliğini, hayatın içinde bulunan adaletsizliği, çatışmaları ve haksızlıkları bizlere anlatmaktadır. Bu duruma sebep olan önemli hususlardan birisi, 12 Mart Dönemi'nin pek çok kesimi etkilemekle birlikte entelektüeller üzerindeki tesirinin son derece yüksek olmasıdır¹⁰.

Sanat eseri, kimi zaman sanatın dışındaki disiplinlere konu olabilir.

⁸ Tanpınar, s. 58-59.

⁹ Kıvılcım Turanlı Yücel, "Edebiyatın İyi ve Kötü Tanıklığı", Cemal Bali Akal, Yalçın Tosun (Ed.), *Edebiyat Hukuk ve Sair Tuhaflıklar*, Dost Kitabevi, 2015, s. 145 v.d.

¹⁰ Sina Akşin (Ed.), *Türkiye Tarihi 4 Çağdaş Türkiye 1908-1980*, Cem Yayınevi, 6. Baskı, 2000, s. 261.

Esasında sanat eserinden teorik ve tarih bilgisi vermesi veya doğrulanabilir hukuk bilgisi vermesi beklenemez. Sanat eseri bu bilgi türlerini kullanarak aslında hiçbir disiplinin yapamadığını yapar ve teorik bilgiyi hayatla pekiştirir¹¹. 12 Mart Dönemi'ne, ajitasyon ve propaganda yönüyle değil, güçlü edebî niteliğiyle Türk edebiyatında müstesna bir yer edinen 12 Mart romanlarından bakmak, hukuktaki değişimi edebî yaklaşımlardan hareketle kavramaya imkan sağlayacaktır.

12 Mart romanlarını hukuk için mühim kılan unsurların başında Belge'nin ifade ettiği üzere, meselenin içinde olan sanatçılar tarafından kaleme alınması gelmektedir. 12 Mart Dönemi, toplu tutuklamalarında hapse giren, hapse girmese de dönemin atmosferini yakından müşahede eden yazarların anlattıkları, hukukun işlediği sahada yaşananların gerçeklikle olan bağını kuvvetlendirmektedir¹². 12 Mart Dönemi romanları denince pek çok eserden söz edilebilir¹³. Bu eserlerin hemen hepsinde hukuka dair bir tartışma alanı görülebilir. Çalışmada, özellikle döneme yakından tanıklık eden ve politik çekişmelerin içerisinde konumlanan kadın yazarlar özelinde inceleme yapılmıştır. Çalışmaya konu olan eserler, Füzuran'ın *47'liler*, Sevgi Soysal'ın *Şafak* ve *Yenişehir 'de Bir Öğle Vakti*, Adalet Ağaoğlu'nun *Bir Düşün Gecesi* ile Emine Işınsoy'un *Sanıcı* adlı romanlarıdır. Kadın yazarlar, diğer 12 Mart Dönemi edebiyatçıları gibi, 12 Mart Dönemi'nde aktif olarak siyasi hareketin içerisinde yer almış, entelektüel çevreleri ile Türkiye'nin dönüşüm çağını eserlerinde işlemişlerdir¹⁴.

12 Mart edebiyatında dikkat çeken ölçüde kadın yazarların ağırlığı söz konusudur. Kanaatimizce kadın yazarlarca kaleme alınan edebî eserlerinin sayıca ve nitelikçe ağırlık kazanmalarının belirli sebepleri vardır. İlki, kadınların kitleleşen siyasi örgütlenme içerisinde aktif rol almalarıdır. Bu anlamda, kadın duyarlılığı ve aktif politik aktör olarak kadınların görünür olması edebî ortamda kadın anlatılarının gelişmesine imkân sağlamıştır.

Kadın yazarların edebî eserlerinin ehemmiyet kazanmasını sağlayan

¹¹ Murat Belge, *Edebiyat Üstüne Yazılar*, 1. Baskı, İletişim Yayınları, 1998, s. 114.

¹² İçerdekiler, dışardakiler metaforu bağlamında yaptığı değerlendirme için bkz. Belge, *Edebiyat Üstüne Yazılar*, s. 115.

¹³ Erdal Öz, *Yaralımsın* (1974); Çetin Altan, *Bir Avuç Gökyüzü* (1974); Füzuran, *47'liler* (1974); Tarık Dursun K., *Gün Doğdu* (1974); Sevgi Soysal, *Şafak* (1975); Samim Kocagöz, *Tartışma* (1976); Adalet Ağaoğlu, *Bir Düşün Gecesi* (1979), Emine Işınsoy, *Sanıcı* (1974), Melih Cevdet Anday *İsa'nın Güncesi*...

¹⁴ Berna Moran, *Türk Romanına Eleştirel Bir Bakış* 3, 19. Baskı, İletişim Yayınları, 2018, s. 13.

ikinci bir unsur ise politik atmosferde kadınların özneliğini anlatma becerileridir. İdeolojik gruplaşmaların keskin, eylemlerin sert olduğu bir atmosferde kadınların olaylar karşısında hisleri, büyük anlatıların içerisinde insana dair meseleleri incelemeleri 12 Mart romanları içerisinde dönem atmosferini gayet sarıh biçimde aktarmalarını sağlamıştır. Edebi olarak ideolojik örgütlenmelerin içerisinde insan portrelerini gerçekçi biçimde, düşünsel ve eylemsel gelgitlerle aksettirmeleri, özellikle ideolojik tartışmaları kahramanların psikolojik tahlilleri ile birlikte işlemeleri etkileyicidir.

Bu romanlar bağlamında incelenecek başlıklar ise dönemin atmosferinde yaşanan üç meseleye odaklanmıştır. 12 Mart Dönemi hukuk uygulamasında en dikkat çekici husus, şiddetin kitleselleşmesi ve yaygınlaşmasıdır. Öncelikle değinilmesi gereken husus örgütlü suçlarla mücadele kapsamında devletin kolluk ve istihbarat görevlilerinin sistematik olarak işkenceye varan kötü muameleyi terörle mücadele biçimi olarak uygulamasıdır. Nitekim, devlet görevlilerinin sistematik işkence eylemleri, 1970-1980 arası devam etmiş, 12 Eylül rejiminde ise ideolojik tutumu ayırt edilmeksizin tüm mahpuslara uygulanmıştır. İşkence ve kötü muamele ile hukuki olarak mücadele edilmesi, bir yöntem olarak terk edilmesi 2000'li yıllardan sonra mümkün olmuştur. Bununla birlikte, 12 Mart Dönemi romanlarında işkence ve kötü muamele fiillerinin tema olarak işlenmesi, bu hususta yaygınlığı ve yatkınlığı gözler önüne sermektedir. Bu itibarla, işkence ve kötü muamele, uzun yıllar kamu görevlileri ve işkenceye uğrayanlar arasında mesele olarak kalmış, AİHM içtihatları ve uluslararası normların kabulüyle önlenmesi gereken insanlık dışı suç kapsamında görülmüştür. 12 Mart Dönemi'nde uygulanan işkence ve kötü muamele fiilleri hukukçulara nazaran edebiyatçılar tarafından işlenmiştir.

Yaygınlaşan şiddet olayları hakkında değinilmesi gereken ikinci mesele ideolojik gruplar arasında veya örgüt içi mücadelelerde kullanılan şiddettir. Burada esas olarak devrim yoluyla iktidarı değiştirmek isteyen grupların şiddeti bir siyaset aracı olarak görmeleri, örgüt içi kopmaları ihanet olarak değerlendirmeleri, şiddetin yaygınlaşmasını ve siyasi zeminin fikirler çerçevesinde değil eylem çerçevesinde ilerlemesini zaruri kılmıştır. Yaygın şiddet hareketlerinin sonucunda barışçıl ortam kaybolmuş, aradan geçen zaman zarfında iyileşme olmaması 12 Eylül Darbesi'nin gerekçelerinden biri olarak gösterilmiştir.

İkinci olarak bizzat hukuk sistemine getirilen eleştirilere değinmek gerekir. 12 Mart Dönemi'nde, bir tarafta sol diğer tarafta sağ gruplar, siyasi etki uyandırmak amacıyla faaliyet yürütmekteydi. Türkiye Cumhuriyeti'nin

kuruluşundan itibaren, hukuk müesseselerine yüklediği anlam, halkın medeni memleketlere yaşar hayata sürmesine imkân sağlamasıdır. Özellikle sol düşüncede, Cumhuriyet'in emperyalizme karşı duruşu benimsenmiş, bu sebeple hukuka yüklenen araçsal anlamın değişmesi gerektiği savunulmuştur. Kanunların amacı, işlevi, sınıf mücadelesindeki yeri, devletin kanunların uygulanmasındaki rolü, hukukçulara dair tartışmalar, sol düşünce içerisinde yoğun şekilde ortaya konulmuştur. Bu tartışmaların iz düşümü edebi eserlerde de görülmektedir.

Son olarak hukuk ve devlet sisteminin tamamen dönüşümünü amaçlayan hareketlerin şiddeti politik bir araç olarak görmeleri sonucu oluşan sosyal ve siyasi durumun ortaya çıkardığı hayal kırıklığı, bireyler üzerindeki psikolojik etkileri ve hukukun dönüşümüne olan etkileri incelenmek istenmiştir. 12 Mart Dönemi'nde ordu içerisinde var olan yapılarla Türkiye Cumhuriyeti'nin anayasal ve yasal düzenini değiştirme amacını hayata geçirmeye çalışan bir dizi eylem devlet güçlerince bastırılmıştır. Bu sırada gelişen tutuklama ve şiddet dalgası, devrin olayları içerisindeki aktörlerde radikallikten pesimistliğe giden bir yol açmıştır. Bu itibarla yaşanan hayal kırıklığı, hukukun değerlendirilmesi, dönüşümü, demokratik ortamda siyasi mücadele olgunluğuna dair endişelerin kaybolmasına sebep olmuştur. Neticede, Tanzimat Dönemi'nden itibaren hukuka dair tartışmaların belirli bir seviyede görüldüğü Türkiye'de entelektüellerin sosyal, siyasi ve hukuki meselelerde sağduyulu değerlendirmelerinin akim kalmasının nedenlerine dair çözümlenmeler 12 Mart romanlarında görülebilecektir.

I. EDEBİYAT VE HUKUK İLİŞKİSİ

Edebiyat, dönem tanıklığı, birey iktidar ilişkilerine doğrulttuğu perspektifle pozitif hukuktan farklı olarak kültürün hukukla ilişkisini yansıtmaktadır. Hukukçular için edebiyat okumalarında listenin üst sıralarında yer alan eserler, kurmaca bir dünyada modern hukuk ve birey ilişkisini konu edinmektedir.

Romanların gelişen bir tür olarak edebiyat sahnesinde yerini almasıyla ulus devlet, modern anayasacılık ve hukukun gelişimi arasındaki eş anluluk dikkate değer. Akal'ın ifade ettiği üzere esasında hukuk, bir kurgu türüdür. Hukuki kişilik, egemenlik, birey ve iktidar ilişkisi gibi hukukun temel kavramları bir kurgunun kabulü neticesinde anlam kazanırlar¹⁵. İnsanın yeni

¹⁵ Cemal Bali Akal, "Kurgu ve Hukuk", Cemal Bali Akal, Yalçın Tosun (Ed.), *Edebiyat Hukuk ve Sair Tuhaflıklar*, Dost Kitabevi, 2015, s. 76.

bir anlatı inşa edebildiği seküler hukuk sistemi ile alternatif gerçeklik olarak tasarladığı roman, modern bireyin devlet ve hukuk eliyle oluşturulan yeni düzendeki yerini (veya yersiz yurtsuzluğunu) anlatan bir tür olarak gelişmiştir.

Dünya çapında klasik romanların hukuk gözüyle okunması, hukukun gelişimine dair önemli fikirler verecektir. Hukukun temel sorusu ile felsefe ve sanatın sorularının keşiştiği yerde eserin türü ne olursa olsun muhataplarının imgeleminde sedasını bulacaktır. Edebi eserler, hukukçular tarafından yazılmış olsa dahi, hukuku da içeren her şeyden önce edebi eser olan ve sayısız yoruma kapı açan metinlerdir¹⁶.

Anlatım tekniği olarak imgelem gücü sayesinde edebiyat, özellikle ifade özgürlüğünün sınırlandırıldığı zamanlarda toplum ve iktidarın hassas olduğu meseleleri aktarmak bakımından, önemli bir kaynaktır. Edebiyat, görünen gerçekliğin okuyucunun imgeleminde yeniden yaratılması, karakterler ve olayların yazarın anlatımıyla mühürlenmesidir. Okuyucu bu sanat faaliyetine katılarak yazarın dünyasındaki karakterleri kendi imgeleminde tekrar oluşturur. Yazar kadar değilse de, tahayyül etme, dikkat kesbetme ve önem verme noktasında özgür olan okur, eserin adeta yeniden yaratıcısıdır.

Edebiyatın hukuk için önemi, sanatçının yüksek bir kültürel gözlemlerle insan ilişkilerini, iktidarı, toplumu okuyucuya sunabilmesidir. Bu sebeple felsefe metinleri gibi, hukuk ve insana dair soruların çoğaltılmasında, cevapların aranmasında başvurulan metinlerdir. 20'nci yüzyıldan itibaren hukukçular için edebi metinler listelerinin yapılmasına sebep olan, esasında edebî metinlerin hukukçunun ufkunu genişleterek kişileri ve olayları farklı boyutlarda değerlendirebilmesine yardımcı olmasıdır¹⁷. Holmes'un ifade ettiği üzere, hukuk yaşamının özü mantığa değil deneyime dayanır. Hukukçu, kararını, sosyal hareketleri gözlemleyerek ve deneyimiyle harmanlayarak vermektedir¹⁸.

Hukuk, tıpkı aşk ve ihtiras gibi insanın toplumsal doğasının değişmeyen

¹⁶ Akal, bu sözleri Kafka'nın "Dava" adlı eseri için kaleme aldığı yazıda dile getirmiştir. Cemal Bali Akal, *Hukuk ya da Kukla Tiyatrosu*, 1. Baskı, Dost Kitabevi, 2014, s. 61.

¹⁷ Martin Škop, "Law and Literature – a Meaningful Connection", *Filozofia Publicznai Edukacja Demokratyczna* 4(1), 2015, s. 12.

¹⁸ Wendy Nicole Duong, "Law is Law And Art is Art And Shall The Two Ever Meet? — Law And Literature: The Comparative Creative Processes", *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, 15(1), s. 7.

bir yönüdür¹⁹. Böyle olması sebebiyle edebiyatın her zaman konusu olmaktadır. Bununla birlikte hukuktaki edebiyatın hukukçulara hukuk tekniği belletmesini beklemek anlamsızdır. Pound'a göre edebi metinlerin bağlamsal ele alınışı ve yorumlamadaki teknikler hukukçuya yorum konusunda yeni yollar gösterebilecektir²⁰. Bu sebeple çalışmada, hukukun gelişim ve değişimini izlemek, hukukun sistem ve uygulayıcılarına getirilen eleştirileri görmek amacıyla edebiyatın hukukla ilgisi ele alınmaktadır.

Türk romanı, modernleşen Türkiye'de bireyin iktidarla olan ilişkisini, toplumun değişimini izleyebileceğimiz kaynaklardandır. 1970 dönemi romanı, diğer sanat dallarından farklı olarak, anlamın kapalı olmaması, anlatıcının gücünün metinde yer alması sebebiyle anlatılmak istenilen meselelerin başka yönlerine dikkat çekebilmektedir. Resim ve şiir hukukun anlatılması açısından kapalı anlamlar ihtiva etmektedir. 1970'ler sineması anlatım tekniği ve konuların sıkışmışlığı nedeniyle melodram havasından öte bir sunum vermekte güçlük çekmektedir. Edebi metinlerin izinde 1970'ler hukuk zihniyetinin çözümlenmesinin sebebi Türkiye'nin ağır ideolojik buhranlar yaşadığı çağın başında edebiyatçıların bu meselelere kulak kabartmasıdır.

II. 12 MART DÖNEMİ'NDE HUKUKUN GÖRÜNÜMÜ

12 Mart Dönemi, hukuk tarihimizin müstesna yerindedir. 68 kuşağının sol bir darbe hazırlığında olan cunta tarafından sokaklarda örgütlenerek eylemler yapmaya, bununla yetinmeyip silahlı mücadele söylemi ile terör eylemlerinde bulunmaya teşvik edilmeleri Türkiye tarihinin kırılma anlarındandır. 12 Mart'ta, 9 Mart sol cuntası tasfiye edilmiş, bununla birlikte tehlikeyi bertaraf edemeyen hükümet askerler tarafından istifaya zorlanmıştır²¹. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi profesörlerinden Nihat Erim hükümeti kurulmuş, sol terör örgütleriyle mücadele edilmiştir²².

¹⁹ "Richard A. Posner, Law and Literature: A Relation Reargued", *Virginia Law Review*, 72(8), 1986, s. 1356.

²⁰ Posner, 1359-1360

²¹ Sol cuntanın darbe hazırlığının anlatımı için bkz. Tefvik Çavdar, *Türkiye'nin Demokrasi Tarihi II*, 5. Baskı, İmge Kitabevi, 2013, s. 192 v.d.

²² Erim'in muhalefette iken öğrenci olaylarını hükümetin baskısına karşı öfke olarak yorumlaması Demirel'in tepkisini çekmişti. Nihat Erim darbe sonrası Başbakanlık koltuğuna oturduğunda anarşiye izin vermeyeceğini, ihtilal, devrim diyen zihniyete devletin boynunu uzatmayacağını, seni öldürürüm tehdidi içinde olanları önce davranarak öldüreceğini ve bunun şakasının olmadığını dile getirmiştir. Cüneyt Arcayürek, *Demirel Dönemi 12 Mart Darbesi*, 3. Baskı, Bilgi Yayınevi, 1992, s. 242.

12 Mart Dönemi'nde, 9 Mart cuntasının bileşenlerinin çözülmesi amacıyla yapılan sert müdahaleler sol içi bölünmeleri, sorgulamaları ve fraksiyonları beraberinde getirmiştir. Milli Demokratik Devrimciler'in karşısında kesintisiz devrimi savunan Mahir Çayan ve arkadaşları, emperyalistlerle iş tutan devlet yönetimi ile demokratik yollarla mücadele edilemeyeceğinden bahisle silahlı mücadeleye başladığını duyurmuştur²³. Böylelikle demokratik imkanlar etrafında örgütlenmek yerine bazı sol gruplar radikalize olmuş, kurulan cephelerle silahlı mücadele ile devrimin yapılacağı zannına varılmıştır²⁴. Bunun karşılığında devlet otoritesi, varlığını sürdürmek ve sosyalist devrime geçit vermemek için çok sert müdahalelerde bulunmuştur.

12 Mart Muhtırası ile birlikte gerçekleşen hadiseler tipik bir askeri darbenin tüm yönlerini taşımamaktadır. 12 Mart Dönemi'nde esasında partilerin tasfiyesi ve parlamentonun feshedilmesi söz konusu değildir. Ancak ülke, sıkıyönetim ve yarı askeri idare ile yönetilmiştir²⁵. Bu durumda, askerlerin Milli Güvenlik Kurulu üzerinde ve dolayısıyla hükümet tasarruflarında etkisinin arttığı gözlenmektedir²⁶. Diğer taraftan yargının siyaset üzerindeki denetim işlevi sınırlandırılmış, yürütmenin güçlendiği anayasa değişiklikleri kabul edilmiştir. Ülkede “Devlet Güvenlik Mahkemeleri” ihdas edilerek, anarşinin önüne geçilmesi amaçlanmışsa da yargılamaların adil ve hukukiliği yönünde tereddütlerin artmasına sebep olmuştur²⁷. Bu itibarla Eroğul, 12 Mart Dönemini boğucu bir baskı düzeni olarak adlandırmaktadır²⁸.

²³ Tanıl Bora, *Cereyanlar Türkiye'de Siyasi İdeolojiler*, 2. Baskı, İletişim Yayınları, 2017, s. 659 v.d.

²⁴ Alper, 1970'lerde sosyalist sol içerisinde radikalleşme eğilimlerinin arttığını, merkezin pasifizme suçlandığını ve kampüs solculuğunun küçümsenerek sol teorisinin silahlı gruplarla pratiğe geçtiğini belirtmektedir. Emin Alper, *Student Movement in Turkey From A Global Perspective 1960-1971*, Boğaziçi Üniversitesi, Atatürk İlkeleri ve İnkılap Tarihi Enstitüsü, Doktora Tezi, 2009, s. 461.

²⁵ Bülent Tanör, *Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri*, YKY Yayınları, 2012, s. 407.

²⁶ George S. Harris, “The Role of the Military in Turkey in the 1980s: Guardians or Decision-Makers?” Metin Heper, Ahmet Evin (Ed.), *State, Democracy and the Military in the 1980s*, WdeG, 1988, s. 187.

²⁷ Tanör, 2012, 414-418.

²⁸ Cem Eroğul, *Anatüzeğe Giriş*, İmaj Kitabevi, 2016, s. 287. Eroğul, “Cemil E. Seçkin” mahlasıyla “La division de la gauche a favorisé la chute de la démocratie” (Solun bölünmüşlüğü demokrasinin çöküşüne katkıda bulunmuştur) başlıklı yazısını *Le Monde Diplomatique*'de yayınlamıştır. Yazının Türkiye'den gönderildiği anlaşılmasın diye mahlas kullanılmış ve yazarın Paris'te yaşadığı iddia edilmiştir. Yazıda Türk demokrasisinin akamete uğramasında sol siyasetin bölünmüşlüğü'nün etkisi tartışılmaktadır. Cem Eroğul, La division de la gauche a favorisé la chute de la démocratie, *Le Monde Diplomatique*, 3 Mart 1973,

Sancılı dönemlerin yeniden hatırlanmasının sebebi aslında Soğuk Savaş'ın sert ikliminde Türkiye'nin ideolojik ve siyasi kamplarının bölünmesi ve etkisinin devam etmesidir. Bugün dahi etkisini gösteren kamplaşma ve demokratik hukuk devleti ile ilişkiler, hukuka dair kültürel bakışla hatırlanmalıdır. 1970'ler ile günümüz hukuku arasında oldukça geniş makas olduğu açıktır. Planlı kalkınma ve devletçi ekonomiden serbest piyasaya geçilmesi, özel teşebbüslerin artması hukukun ekonomiyle birlikte geçirdiği dönüşümü göstermektedir. Öte yandan, sol özgürlükçü ütopya ile katı devletçi vesayet terk edilerek, insan hakları teorisi çerçevesinde özgürlüklerin korunması gerekliliği hukukta kabul edilmiştir. Akal'ın hukuk eğitimi ile ilgili sempozyumunda sunduğu bildiride 1970'lerden beri hukuk eğitiminin istikrarlı olarak muhafazakâr biçimde yürütüldüğünü ironik biçimde ifade ettiği²⁹ gibi tüm değişimlere rağmen Türkiye'de hukuka ve hukukçuya bakış, henüz toplumsal dinamiklerin yakaladığı ivmeden uzaktır.

1970'lerde sosyolojik dönüşüm, hukuk sahasında yeni arayışları zaruri kılmıştır. Uluslararası iş birliği ve ticaretin artması, bilgi kanallarının çeşitlenmesi toplumun değişimini hızlandırmıştır. Bununla birlikte özgürlüklerin genişletilmesi ve korunması bağlamında aynı değişimi gözlemlemek güçtür. En geniş özgürlüklerin düzenlendiği ifade edilen 1961 Anayasası'nın ülkemize uygun olmadığı vurgulanmaktadır³⁰. 12 Mart muhtırasını hoş karşılayanlar, 1961 Anayasası'nın sağladığı özgürlük alanında görülen laubali ortamın tasfiyesinden memnun olmuştur³¹. Ayrıca çok partili hayatın silahlı kuvvetler denetiminde gerçekleştiği ifade edilmektedir³². Diğer taraftan 12 Mart sonrası uygulanan sıkıyönetim kapsamında 18 Mayıs- 17 Haziran arasında yaklaşık 2000 kişi tutuklanmıştır. Özgürlüğünden mahrum olanlar arasında dönemin ünlü anayasa hukukçuları ve siyaset bilimcileri yer almaktadır. Bunun yanı sıra siyasi temsil alanı Millî Nizam Partisi ve Türkiye İşçi Partisi kapatılmasıyla birlikte sınırlandırılmıştır³³.

cemerogul.files.wordpress.com/2012/04/diplomatik.pdf Erişim Tarihi 11 Mart 2024.

²⁹ Akal, *Hukuk ya da Kukla Tiyatrosu*, s. 141- 142.

³⁰ Tanıl Bora, Y. Bülent Peker, Mithat Sancar, "Hakim İdeolojiler, Batı, Batılılaşma ve İnsan Hakları", Tanıl Bora, Murat Gültekingil (Ed.), *Modern Türkiye'de Siyasi Düşünce Cilt 3 Modernleşme ve Batıcılık*, İletişim Yayınevi, 2007, s. 322.

³¹ Bayar, özgürlük azgınlığından şikayet etmektedir. Bora ve diğerleri, s. 322. Diğer taraftan 12 Mart Dönemi Başbakanı Nihat Erim bir siyasi gafla anayasanın bol geldiğini dile getirmiştir. Hale, s. 173.

³² Aldıkaçtı'dan aktaran; Bülent Tanör, *Anayasal Gelişme Tezleri*, 4. Baskı, 2018, s. 52-53.

³³ William Hale, *1789'dan Günümüze Türkiye'de Ordu ve Siyaset*, (Çev. Ahmet Fehmi), Hil

12 Mart Dönemi'nde anayasa değişiklikleri de büyük önem taşır. 1961 Anayasası'nda yapılan değişiklikler oldukça kapsamlı olup; değişikliklerin Anayasa'nın dörtte birlik bölümünü kapsamıştır. 1971-1973 değişiklikleri, 1961 Anayasası'nda düzenlenen temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırma rejimini, özerk kurumların yetki ve görevini, askeri güçlerin hükümet ve yargı ile ilişkilerini dönüştürmüştür³⁴. Soysal, bu dönüşümü ifade ettiği eserinde, 1971 ve 1973 yıllarında gerçekleşen anayasa değişiklikleriyle 1961 anayasal düzeninde elde edilen haklar ve özgürlüklerin, kurumlarla korunması rejiminin pasifize edilerek, yerleşik düzeni korumanın amaçlandığını ifade etmektedir³⁵. Bununla birlikte Hale, yapılan değişikliklerin anayasal düzende ortaya çıkan krizlere çözüm üretecek mahiyette olmamasını ileride karşılaşılabilecek yetki ve usul sorunlarının temel sebeplerinden birisi olarak göstermektedir³⁶.

12 Mart Dönemi'nde ortaya çıkan kültürel ve toplumsal sorunlara otoriter ve disiplinci bir tavırla yaklaşılmıştır³⁷. Bu durum politik şiddetin yükselmesine ve siyasette merkezden ziyade periferide kalan aşırı uçların güç kazanmasına sebep olmuştur³⁸. 12 Mart rejimi sonrası kurulan hükümetler, askeri muhtırayı hazırlayan güçlerle iş birliği içerisinde olmakla birlikte, demokratik temsil ve meşruiyet hususunda büyük sorunlar yaşamıştır. Tunaya'nın ifadesiyle hiçbir siyasi rejimle bağdaşmayan hükümet yapıları³⁹ oluşan krizlere çözüm bulmakta zorlanmıştır. Bu itibarla 12 Mart Dönemi'nin sosyal ve siyasi iklimine etkisinin yanında hukuk müesseseleri ve uygulamalarında ortaya çıkardığı dönüşüm, 12 Mart Dönemi romanlarında müşahede edilebilir⁴⁰.

Yayınları, 1. Baskı, 1996, s. 171-172.

³⁴ Mümtaz Soysal, *100 Soruda Anayasa'nın Anlamı*, Gerçek Yayınevi, 11. Baskı, 1997, s. 77-82.

³⁵ Soysal, 1997, s. 82.

³⁶ Hale, s. 173.

³⁷ Hale, s. 181.

³⁸ Dönemin eleştirisi için bkz. Hale, s. 183.

³⁹ Tarık Zafer Tunaya, *Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 3. Baskı, 1975, s. 265.

⁴⁰ "Türk romanlarında gerçek anlamda politik türe dahil edilebilecek örneklerin ortaya çıkışının miladı 12 Mart'tır. O zamana dek görülmedik bir baskı ve şiddeti içeren bu siyasi tarih, romanların, öykülerin, şiirin ve müziğin içerisine yerleşiverdi." Ömer Türkeş, "Solun Romani", Tanıl Bora, Murat Gültekin (Ed.), *Modern Türkiye'de Siyasi Düşünce Cilt 8 Sol*, İletişim Yayınevi, 2008, s. 1060.

III. 12 MART EDEBİYATI'NDA HUKUK

A. Ana Tema Olarak İşkence Tanıklığı

İşkence ve kötü muamele uzun yıllar mahpusların disiplininin sağlanması, cezalandırılmasının bir parçası olarak kabul edilmiştir. Yine de Türkiye Cumhuriyeti tarihinin ilk yıllarında mahpuslara sistematik kötü muamelenin yaygın olarak görülmediği, ilerleyen zamanlarda rejimin kendisini tehlikede hissetmesiyle sistematik kötü muamele ve işkence tanıklıklarına daha fazla rastlandığı söylenebilir. 1944 olaylarında, 1950'lerin mahpusluk anılarında, Yassıada'da yapılan yargılamaların tümünde sistematik işkence ve kötü muamele örnekleri görülmüştür.

12 Mart Dönemi tutuklamalarında ise işkence ve kötü muamelenin farklı bir görünüme kavuştuğu söylenebilir. Foucault, geleneksel işkence metotlarını işkencecinin profesyonelliği ile tasvir etmektedir. İşkenceci, kişisel hınc veya öfke ile değil cezalandırmanın bir parçası olan işkenceyi duygusuz ve profesyonel şekilde icra etmektedir. İşkence edilen kişinin ölmemesi ve idam edilemeyecek noktaya getirilmemesi gerekmektedir⁴¹.

12 Mart işkencelerini önceki kötü muamele örneklerinden ayıran en önemli özelliği sistematik ve profesyonel olmasıdır⁴². Sol terör örgütlerinin kapalı örgüt yapısı, örgüt faaliyetlerine ilişkin bilgi almada örgüt üyelerinin yegâne kaynak olarak görülmesine sebep olmuş, insanlık dışı muamelelerle örgüt üyelerinden bilgi almak bir yöntem olarak benimsenmiştir. Burada işkence yapanın profesyonelliği karşısında işkenceye uğrayan kişinin örgütsel bağlı ve işkence karşısındaki tutumu şiddetin dozunu belirlemektedir⁴³.

İşkencenin faileri, sol terör örgütü üyelerinin aralarında bağlarını çözmeyi ve böylece örgütlerin zayıflamasını hedeflemiştir. Bununla birlikte izlenen sert yöntemler, sol örgütler içerisinde faaliyet gösteren kişilerin halkın vicdanında devlet gadrine uğramış gençler olarak yer almalarına sebep olmuştur. Nitekim, 1974 yılında 1803 sayılı Cumhuriyet'in 50'nci Yılı Nedeniyle Bazı Suç ve Cezaların Affı Hakkında Kanun'un 5'inci maddesinde bazı suçların kapsam dışında bırakılması Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'ya usul bakımından aykırı bulunmuştur⁴⁴. Böylelikle sol

⁴¹ Michel Foucault, *Hapishanenin Doğuşu*, 6. Baskı, İmge Kitabevi, 2015, s. 50.

⁴² Belge, *Edebiyat Üstüne Yazılar*, s. 127-128.

⁴³ Sevgi Soysal, *Şafak*, Bilgi Yayınevi, 1980, s. 116.

⁴⁴ Anayasa Mahkemesi Kararı, Esas 1974/34, Karar 1974/50, Karar Tarihi: 21/1/1975.

örgüt faaliyetleri kapsamında suçlu bulunan kişiler, terör örgütü üyesi olarak girdikleri hapisshaneden kamuoyunca “talihsiz gençler” şeklinde adlandırılarak çıkmışlardır. 12 Mart Dönemi, büyük umutlarla başlayan devrim hareketinin ileri kolda yer alan gençlerin ölümüyle, diğer siyasi ve askeri destekçilerin hayatlarına devam etmesiyle sonuçlanmıştır.

1971 darbesi sonrası yapılan tutuklamalar, solcu gençlerin idamı ve operasyonlarda ölü ele geçirilmesi ile birlikte, halkta genel af beklentisini artırmıştır. Nitekim çıkan af ile birlikte halkın devlet şiddetine uğrayan devrimcilere sempatisi artmıştır. Ayrıca propaganda ve örgütlenme motivasyonunda artış görülmektedir. Anarşi ve şiddet ortamının artması ile birlikte işkence ve kötü muamelede kullanılan yöntemler, örgüt mensuplarınca benimsenmiş, iç hesaplaşma ve düşmanı yıldırma amacıyla silahlı örgütler tarafından kullanılmıştır.

İşkencelerden mustarip olan yalnızca solcular değildir. Sol devrimci güçlerin örgüt içi infazlarının yanı sıra sağcı gençlere yaptığı işkence ve eziyetlere değinilmelidir. Dursun Önkuzu'nun ciğerleri patlatılarak öldürülmesi⁴⁵, kaçırılan İsrail konsolosunun öldürülmesi eylemleri solun “devrimci şiddet” olarak romantikleştirdiği şiddet hareketlerinin yaygınlığını göstermektedir. Sol düşüncenin şiddet ile olan ilişkisinin dürüstçe sorgulanmaması etnik ayrılmacı Marksist-Leninist terör örgütlerinin eylemlerini gerekçelendirme ve anlaşılır kılma hususunda destek sağlamaktadır. Bu durum devrim romantizmine kapılan zihinlerin şiddetin kamusal alandan dışlanarak demokratik bileşenlerle siyaset yapılmasına dair sorgulama yapmasına imkân sağlamamaktadır. Tersine, “devrim” adı altında şiddetin en vahşi gösterileri sergilenmekte ve meşrulaştırılmaktadır⁴⁶.

Devletin resmi görevlilerinin kötü muamelesinin yanında illegal sol örgütlerin içerisinde kötü muamele örnekleri görülmektedir. Sol örgütlerin örgüt içi illegal yapılanmaları polis veya istihbarat sızmalarına karşı tedbirli olunmasını gerektirmektedir. Nitekim sol hareketin önde gelen isimlerinden Gün Zileli, bu olaylara pek az şahitlik ettiğini ancak daha sonra özellikle kadın mensuplara karşı yapılan kötü muamelelerden haberdar olduğunu ifade

⁴⁵ Emine İşınsu'nun *Sanıcı* romanının konusu, Dursun Önkuzu'nun katledilmesinden evvel başından geçen hadiseler ve dönemin politik iklimidir.

⁴⁶ 1974 sonrası şiddet hareketinin yaygınlaştığını Mahir Çayan ve arkadaşlarının öldürüldüğü operasyonda tek sağ kurtulan Ertuğrul Kürkçü de ifade etmektedir. Ertuğrul Kürkçü, Türkiye Sosyalist Hareketine Silahlı Mücadelenin Girişi, Tanıl Bora, Murat Gültekingil (Ed.), *Modern Türkiye'de Siyasi Düşünce Cilt 8 Sol*, İletişim Yayınevi, 2008, s. 508.

etmiştir⁴⁷.

12 Mart işkenceleri sadistçe bir uygulamadan ötedir. Devrimcilerin devrim bilinciyle oluşturdukları “devrimci konuşmaz” gibi söylemleri kırmak, örgütsel motivasyonu azaltmak amacıyla yapılmaktadır. İşkence ve işkenceci arasındaki bağ, sadizmden öte örgütsel bağın çözülmesi amacını taşımaktadır. Soysal’ın *Şafak* romanında belirttiği üzere işkence, sol örgütler içerisinde yer alan kişilerin hazırlıksız olduğu bir eylem türüdür. Ölmek, mesela çokça zikredilen ve kabul edilen bir olayken; işkence, tasavvur edilememiş, hesaplanamamış, öğrenilememiştir⁴⁸. Yaygın ve sistematik şiddet sarmalında işkence ve kötü muamele olağan bir tedbir, sorgulama yöntemi, hatta cezalandırma aracı olarak görülmektedir. *Şafak* romanında işkencenin ağırlığından bahsedilirken devrimci bir gencin ölümü dahi göze almasına rağmen işkenceyi göz ardı edışı betimlenmektedir. İşkence tahayyül edilemez boyuttadır ve maruz kalan tarafından hesap edilebilir bir olgu değildir⁴⁹.

Soysal, dönemin “işkenceci” profilini *Şafak* romanında işlemektedir. İnsanlık dışı eylemlerin failleri olmalarının yanı sıra günlük yaşantılarında sıradan insanlar olan memurlar, üstlerinden aldıkları emirleri yerine getiren kişi konumundadır⁵⁰. Arendt’in *Kötülüğün Sıradanlığı*’nda işlediği biçimde işkenceci memurlar sıradan hayat yaşayan, amirlerinin emirlerini yerine getiren kişilerdir⁵¹. Acaba bu kişilerin sorumluluğundan bahsetmek mümkün müdür? Günümüz şartlarında bu soruya içtenlikle “elbette” yanıtını verebiliriz. Soysal’ın meseleyi tüm soğukkanlılıkla bir öfkeden ziyade sorumluluk temelinde insan manzarası çerçevesinde aktarması onun edebi derinliğini göstermektedir.

⁴⁷ Gün Zileli, *Havariler (1972-1983)*, 7. Baskı, 2011, s. 329.

⁴⁸ Sevgi Soysal, *Şafak*, s 22.

⁴⁹ Sevgi Soysal, *Şafak*, 23.

⁵⁰ Çimen Günay Erkol, *Yaralı Erkekler: 12 Mart Romanlarında Yalnızlık, Yabancılaşma ve Öfke*, 1. Baskı, Ayizi Kitap, 2019, s. 164.

⁵¹ Arendt, bir sanık olarak Adolf Eichman’ın portresini anlatırken esasında sistemli kötülüğün içerisinde failerin sorumluluğuna dair sorgulamalar yapmaktadır. “Nazi Almanyasında **kötülük, insanların görür görmez kötülük olduğunu anlamalarını sağlayan bir niteliğini -baştan çıkancılığını kaybetmişti**. Muhtemelen pek çok Alman ve pek çok Nazi, ezici bir çoğunluk, cinayet işlememenin, soygunculuk yapmamanın, o zamanki komşularını makus talihleriyle baş başa bırakmamanın (pek çoğu her ne kadar işin dehşet verici ayrıntılarından haberdar olmasa da, Yahudilerin makus talihlerinin kucağına gönderildiğini elbette gayet iyi biliyorlardı çünkü) ve bu durumdan yararlanarak bütün bu suçlara ortak olmamanın baştan çıkancılığına kapılmıştı. Ama, Tanrı biliyor ya, belki de bu baştan çıkarıcılığa nasıl karşı koyacaklarını da öğrenmişlerdi. “ Hannah Arendt, *Kötülüğün Sıradanlığı*, 2. Baskı, Metis Yayınları, 2012, s. 157.

İşkence iddialarının uluslararası destek bulması amacıyla yurt dışına taşınması ve uluslararası kamuoyu baskısı oluşturulması fikri *Bir Düşün Gecesi* romanında işlenmektedir. Hapishanede işkence gören kişiler yaşadıklarını kaleme almış, devrimci bir kadından bunu İngiltere'de medya aracılığıyla yayımlaması rica olunmuştur⁵². Özellikle yazarın tepkisini çeken husus, halkın işkence iddialarına karşı kayıtsızlığıdır⁵³. Yaygın ve sistematik hak ihlalleri 1980 darbesi sonrasında devam etmiş, işkencenin insanlık dışı, tolerans gösterilemez bir hak ihlali olduğunun kabulü 2000'li yıllardan sonra oluşmuştur. Burada özellikle uluslararası kamuoyu baskısı, kolluk yetkilerinin sınırlandırılması ve yargı mercilerinin işkence iddialarının üstüne gitme kararlılığı göstermesi etkili olmuştur. Kamuoyunun işkence iddialarına karşı kayıtsızlığı, örgütlü bir şekilde bu iddiaların takip edilmesini, işkence ve kötü muamele fiillerine karşı halkın içinden gür bir sesin yükselmesini uzun yıllar geciktirmiştir.

İşkence ve kötü muamele fiillerine maruz kalan sol fikir akımları, ideolojik olarak insan haklarını kapitalist üretimin meşrulaştırma araçları olarak gördüğünden insan hakları zemininde işkence ile hesaplaşma yoluna gitmemiştir⁵⁴. Bu itibarla şiddet hareketlerinin yaygınlaşması, insan haklarına dair teorik yetersizlik 12 Mart sonrası siyasi düzende şiddet hareketlerinin yaygınlaşmasına sebep olmuştur.

Şiddetin meşruiyeti ve yaygınlığına dair sorgulamalar *Sanıcı* romanında görülmektedir. Emine Işınso 12 Mart Dönemi'nde ülkücü öğrencilerin sol örgütlerle mücadelesinde kamu görevlilerinin anayasal düzeni korumak ve asayiş sağlamaya görevlerini yerine getirmemelerinden ötürü şiddet hareketlerine mecbur bırakıldığını işlemektedir. Sol örgütlerin insan kaçırma eylemlerine misilleme olarak ülkücüler de sol örgüt mensuplarını kaçırmaktadır. Şiddet hareketlerine maruz kalmaları sonucu aynı şekilde karşılık vermektedirler. Bu şiddet sarmalı 12 Eylül rejiminde yaygın şiddetin bastırılması amacıyla işkencenin 12 Mart'tan daha yaygın şekilde uygulanmasına sebep olmuştur.

⁵² Adalet Ağaoğlu, *Bir Düşün Gecesi*, içinde "Dar Zamanlar Üçlemesi", Everest Yayınları, 2020, s. 447.

⁵³ "Çevremde tek kişi yok. Bir tek kişi bulunsun da, "Arkadaşlarından ne haber?" diye sorsun. "Sen ne yapıyorsun? Nasılsın?" desin. Tek kişi olsun da, "Boynu altında kalsın bu faşistlerin, işkencecilerin" desin. Birlikte yaşadıklarımın içinde, şu andaki çevremde böyle diyecek tek kişi yok." Ağaoğlu, s. 662.

⁵⁴ Ercan Kanar, "Türkiye Solunun İnsan Haklarına Bakışı", Tanıl Bora, Murat Gültekinçil (Ed.), *Modern Türkiye'de Siyasi Düşünce Cilt 8 Sol*, İletişim Yayınevi, 2008, s. 1044-1047.

B. Hukukun Amacı ve İşlevi Problemi

12 Mart Dönemi'nde devletin fiillerini engellemek istediği 68 kuşağının Türkiye'deki yansımasıyla bir devrim yapmak isteyen gençlerdi. Bu gençler büyük ölçüde şehirli, iyi eğitim almaya aday ve ülkedeki gelişmelere duyarlı olmalıydılar. Yine de hepsinin silahlı bir eylemle hükümeti devirebilecek güçte olduğunu düşünmeleri zor. Nitekim devrimin esas planlayıcılarının farklı meslek örgütlerinde bulunan, yaşları nispeten ileri bir grubun olduğuna yönelik tespitler, yargulamalar kamuoyu ile paylaşıldı. Yönetimin alaşağı edilerek bir grup entelektüel ve asker önderliğinde Devrim Genel Konseyi'nin iktidara getirilmesi düşünülmekteydi⁵⁵. Bu sebeple asker ve sivil iş birliği ile gerçekleştirilmesi planlanan devrim girişiminin akamete uğraması, bu fikrin sorgulanmasını, hukuka ve devlete dair perspektiflerin tartışılmasını gerektirmiştir. 12 Mart romanında bu türden sorgulamalara sıkça rastlanmaktadır.

Bununla birlikte devrimci zihnin kanun anlayışını görmek açısından *Şafak* romanındaki temalar önem arz etmektedir. Romanda emekli Albay Muzaffer Bey karakteri ile işlenen burjuva sınıfına göre kanun, sermayedarların çıkarını korumalıdır. Kanunun görev verdiği kamu görevlileri de keza sermaye sahiplerinin çıkarlarına hizmet etmelidir. Olur da onların niyetlerine aykırı bir söz söylerlerse kaba bir biçimde kendisine haddi bildirilir. Esas korunması gereken işçi hakları veya kanunun verdiği özgürlük alanı değil, sermayenin çıkarıdır.

Zekai Bey karakterinde tespit edildiği üzere kamu görevlisi sermaye sınıfından gördüğü kötü muamelenin hıncını hakkını arayan alt sınıftan çıkarmaktadır. Alt sınıfa karşı kanun kendisidir. Alt sınıfın kanuni hakları kamu görevlilerinin izin verdiği kadardır. Kanun, onu yorumlayacak olan kamu görevlisinin niyetinden ibarettir.

Kanunların ne anlama geldiğine dair kamu kurumları arasında uyuşmazlık olduğunda hangi yorumun esas alınacağına tereddüt bulunmamaktadır. Askeri otorite, kurumların her birinden hatta siyasetten üstte yer almaktadır. Gözaltına kimin alınacağını, kime hangi cezanın verileceğini belirleyecek olan askeri otoritedir. Bu otorite zaman zaman geri çekilse de sonraki darbelerde yine kendisini hatırlatacaktır⁵⁶.

⁵⁵ Hale, 1996, s. 163.

⁵⁶ Soysal, Şafak, s. 114.

Sermaye ve iktidar arasındaki ilişki, eleştirel bir okumayla sunulmaktadır. Soysal'ın *Şafak* romanında işlediği şekliyle, zengin olmanın kolay yolu müteahhitliktir çünkü şişirme faturalarla yüksek maliyet gösterilerek kamudan alınan ücretler zengin olmak için en güvenli yoldur. Zira beklediği ödemenin gerçekleşmesi için gerekli belgede en yüksek kamu görevlilerinin imzaları bulunmaktadır. Soysal iktidarın sermaye ile iş birliğini, sermaye lehine çalışan, ondan emir alan ve onun hizmetinde bir idare perspektifinden sunsa da, bunun gerçekliği şüphe uyandırır. Devlet yetkililerinin olağanüstü hale karar verme kapasiteleri, sermayenin sürekli boyun eğen bir tavırda olması, darbecilere duyulan sempati dikkate alındığında sermayedar lehine bir hiyerarşik ilişkiden söz etmek mümkün değildir. Bu ilişkide de devlete vaziyet eden erk üstün konumdadır. Kanun ise onun yasaklama aracıdır, bir hakkı koruyan değil, gücü yetenlerin onu çiğnemelerine imkân tanımak amacıyla vardır⁵⁷.

Sevgi Soysal'ın *Yenişehir'de Bir Öğle Vakti* adlı eserinde bir hukuk akademisyeni yer almaktadır. Yoksul bir aileden gelen bu profesör, küçüklüğünde yoksulluğun bıraktığı izleri silmeye çalışmaktadır. Yoksulluğunu aşmasında düzenin makbul evladı olması büyük pay sahibidir. Çok titiz ve düzenlidir, girdiği tüm sınavları derece ile kazanmıştır. Ayrıca hukuk fakültesinde çok başarılı olmuştur. Zira derslerini çok iyi ezberlemektedir. Dersi bellediğinden emin olmak için kitabı beş kez okuyup beş kez anlatmaktadır. Rastgele seçilen bir sözcüğün arkasını getiremediğinde tekrar kitaba çalışmaya dönmektedir. Sevgi Soysal akademisyen Salih Bey üzerinden Türk hukuk eğitimini eleştirmektedir. Salih bey düzenin kurallarını ve anlatıları iyi ezberlemekte ve yaşamını onlara uygun olarak sürdürmektedir. Bir CHP milletvekilinin kızıyla evli olmakla toplumsal statüsünü sağlamlaştırmaktadır. Çocukları devrim hayali kursa da o, bunlara anlam verememekte, hayattaki mücadelenin kendi şahsi ikbalinin kazanılmasına yönelik olması gerektiğini düşünmektedir.

Oğlu da babası gibi hukuk fakültesinde öğrenim görmektedir. Bununla birlikte asıl isteği film yapmaktır. Hukuk fakültesini “arzuhalci okulu” olarak nitelendirmekte ve gereken önemi vermemektedir. Oğulun bakışı profesör babayı oldukça sinirlendirmektedir. Bir kere profesörün oğlu okumayacaksa kim okuyacaktır? Burada aslında 1970 dönemi gençliğinin Cumhuriyet'in kültürel değerleri ile uyumsuzluğu görülmektedir. Oğulun babası gibi sınıf atlama ve yoksulluktan kurtulma amacı bulunmamaktadır. Esas isteği toplumcu gerçekçi filmler yapmaktır. Baba ise gerçek hayat mücadelesi

⁵⁷ Belge, s. 225.

içerisinde oğlunun elinde olan ayrıcalıkları fark etmesini ve ona uygun hedefler belirlemesini istemektedir. Tıpkı 12 Mart Dönemi devlet yöneticilerinin öğrencilere gösterdiği hedefler gibi rasyonel ve beklentilerle uyumlu hedefler olmalıdır.

Memleket bir süreçten geçerken kendi alanı içerisine hapsolmuş ve müesses nizamın savunucusu olarak resmedilen hukukçu akademisyen, kendisinden umut kesilmiş bir profildir. Bir teorinin içinden değil ezberden konuşan hukuk akademisyeni, düzenle problemi olan evlatlarını anlamamaktadır. Ayrıca halka karşı öfkeli ve sınıf atlamanın getirdiği öz güvenle halkın yoksulluğuna, umutsuzluğuna, ülkedeki hukuksuzluğa kayıtsızdır. Ezberlemenin ötesine geçemeyen hukuk eğitimiyle hayatını anlamını kavramakta zorlanmaktadır.

12 Mart Dönemi'nde büyük şehirlerde ortaya çıkan muhalefete hukuk sert yüzünü göstermektedir. Öte yandan taşrada durum nasıldır? Hukuk orada da etkisini ve zor gücünü gösterebilmekte midir? Bununla ilgili panoramayı Soysal, *Yenişehir'de Bir Öğle Vakti* romanında Günseli Öğretmen üzerinden anlatmaktadır. Köylülerin kendi aralarında kurduğu mahkemede yargılanan kadınların kazılan çukura atıldığından bahsetmektedir. Neyse ki Günseli, aklın ve irfanın temsilcisi olarak jandarmayı aramakla kız çocuğunu makus sondan kurtarmaktadır.

12 Mart Dönemi'nde sol düşünceli kişilerin devrim hususunda fikir yürütmelerinin en önemli sebebi hukukun sermaye lehine, halk aleyhine işler şekilde düzenlendiğine dair algıdır. 1960 Darbesinden sonra sermaye ve iktidar ilişkisi, teşvikler ve ekonomik büyüme hukuk ve iktidar arasında ilişkiyi güçlendirmektedir. Füzuran'ın *47'liler* romanında hukukçulara bakışında bu fikrin yansıması daha net görülmektedir. Hukuktan ve hukukçu olarak görev alan kişilerden umut kesilmiştir. İşkence iddiaları uluslararası kamuoyu ile paylaşılmaktadır⁵⁸. Mahkemelerde görev alan kişilerden adil bir karar beklenmemektedir. Zira hukuk, 1960 darbesinden sonra sermaye lehine

⁵⁸ “— Türkiye değişiyor Emine can, diyordu, hem de nasıl. Kurtuluş savaşının acele ortaya çıkardıkları, sınırlı bilgileriyle eriyip gittiler. Artık işadamları, bunların vazgeçilmez danışmanları, sanayi kapitalizmine yönelmiş bir ülkenin dış, iç ilişkilerini yürütecek hukukçuları, elbette Malraux'dan da, Marx'dan da Keynes'den de söz açılabilir. İşimiz küçümsenemez derken kastımız budur. Osmanlılarda, bu sınıfın geride kalmış adamlarının hâlâ andığımız incelikleri, beğenileri, kültür birikimleri, yaşama terbiyeleri vardı biliyorsun. Elbette enişten de öyle olacak, tam bir batı tipi entellektüel iş adamı. Her sınıf kendi güzelliğini de çirkinliğini de yaratır. Bizim çabamız aslolan güzelliği savunmak, emeğin getirdiği, getireceği güzellik için çalışmaktır. Hiç şaşma. Enişten gibi adamlar bizlerin daha iyi hazırlanıp, daha dikkatli olmamızı gerektiriyor” Füzuran, *47'liler*, s. 116.

işlemektedir. Hukukun gerçekten adil olabilmesi için emekçilerin getirdiği düzenin işlenmesi gerekecektir⁵⁹.

1970'ler hukuk literatüründe, baskıcı rejimin ve hukuk uygulamasında insan hakları ihlallerinin özgürlükleri gerileteceği fikri çok geniş olmasa da işlenmiştir. Fikir ve düşünce hürriyetine dair ölçsüz müdahalelerin Devleti, uluslararası camiada itibarsızlaştıracağı kaygısı dile getirilmiştir⁶⁰. Sıkıyönetim uygulamalarının asayiş olaylarını önlemekte yetersiz devlet adamları sebebiyle yaygınlaştığını dile getiren Arsel, asayiş bozulmalarını sebep göstererek demokrasiyi geriletan uygulamalara sebebiyet vermenin kaygı verici olduğunu ifade eder. Anayasal düzenin iktidara vaziyet eden siyasilerin güç arzusuna set çekmekle kurulabileceği, halkı mutlu edebileceği belirtilmiş, özgürlük ve güvenlik dengesinde iktidara ağırlık veren zihniyette değişimin gerekliliği vurgulanmıştır⁶¹.

12 Mart Dönemi'nde, devlet görevlileri, yaygın şiddet hareketlerinin bertaraf edilmesi amacıyla hareket etmişlerdir. Ordunun aktif olarak sosyal ve siyasi olayları kendi perspektifinden değerlendirmesi, kurumlara müdahalesi söz konusudur. Sıkıyönetim mahkemelerinde yapılan yargılamalarla verilen cezalar, halkın vicdanında yer bulmamıştır. Bununla birlikte 12 Mart romanlarında yazarlar, 68 hareketinin neticesi olarak hukuk düzenini liberal tezleri de içinde barındıran sınıfsal okumalarla eleştirmişlerdir. Bu anlayışa göre, özgürlükler kısıtlanmıştır; zira otorite ve sermaye iş birliği halindedir. Hukuk komprador rejim lehine hareket ederken artık amacından sapmıştır. Bu itibarla başvurulacak yöntem müesseselerin ihyası değil, devrimdir. Bu anlayışın tezahürü kendisini politik şiddet olarak göstermiştir. 12 Mart romanlarında politik şiddetin bireyler üzerinde oluşturduğu etki, katı otorite karşısında ferdin savunmasızlığı, buhranı, örgüt içerisindeki sorgulamalar sıkça işlenmiştir.

C. Politik Şiddet ve Hukuk

12 Mart Dönemi'nde sol düşüncenin en önemli iddialarından birisi

⁵⁹ Zekâ, araçların ereklere uyarlanmasını sağlayınca değer kazanır, der ikide bir. Bizi ereğimize yeterince yatkınlaştıran araçlar, eylem ve tutum demek istiyorum, kullanabiliyor muyuz? Çağımızdaki özgürlük ve hukuk anlayışına kökten getirilecek yenilikler ancak emekçi kitlenin yönetimindeki ağırlığıyla gerçekleşebilir." Füzuzan, 47'liler, s. 232.

⁶⁰ İlhan Arsel, "Devletin Haysiyetini Çiğneten Zihniyet", *AÜHFD*, 31(1), 1974, s. 26.

⁶¹ İlhan Arsel, "Asayiş-Anarşi- Despotizm veya İktidar ile Hürriyet Arası Denge", *AÜHFD*, 29(1-2), 1972, s. 104.

silahlı bir devrimle yönetimi alaşağı edeceklerine duydukları inançtı. Bu öylesine güçlenmiş bir durumdu ki sol içinde fraksiyonlara ayrışmanın önemli bir veçhesini oluşturuyordu. Çin Kültür Devrimi'ne inanan kitle ile Sovyetler usulü bir devrimi arzulayanlar arasındaki çatışma oldukça şiddetliydi. Devrimin kırdan mı kentten mi başlatılacağı önemli bir meseleydi. Öte yandan sosyalist düşüncüyü demokratik zeminde temsil ederek sistem içerisinde kalmaya çalışan Mehmet Ali Aybar ve arkadaşları makbul görülmemiştir.

Aybar'a göre Batı'daki temel çelişki burjuva ve emekçiler arasında iken Türkiye'de devlete sahip olanlar ile emekçiler arasındadır. Milli Demokratik Devrimciler, köylüler, emekçiler, küçük burjuva, aydın bürokratlar iş birliği ile devrim gerçekleştirerek temel çelişkiyi oluşturan kapitalist iktisat ve devlet düzenini ortadan kaldırma amacındadır. Bu yöntemi Milli Demokratik Devrim olarak adlandıran Mihri Belli'nin Türkiye İşçi Partisi içerisinde etkin bir rol üstlenmesi Aybar tarafından engellenmiştir. Aybar, Belli'den farklı olarak TİP başkanlığı sırasında halkın oylarıyla iktidara gelen sosyalistlerin Amerikancı bürokrasi, ağa ve burjuva üçlüsünden müteşekkil sömürü düzenini değiştireceğini ifade eder. Bunun için gerekli olan, demokratik yollarla iktidara gelmektir, devrim ancak bu şekilde işlerlik kazanabilecektir⁶². Sosyalist Devrim tezi olarak adlandırılan bu tezde şiddete yer yoktur.

Aybar'ın şiddeti politik bir argüman olarak sunmayarak demokratik yollarla iktidara gelme yaklaşımı, radikal sol hareketlerce "pasifizm" olarak nitelendirilmiştir. İlk etapta Türkiye İşçi Partisi ile yakın temasta olan gençlik örgütlenmesi Fikir Kulüpleri Federasyonu⁶³ Dev-Genç'e dönüşmüş, orada başlayan yöntem tartışmaları farklı örgütlerin ve şiddet biçimlerinin doğmasına sebep olmuştur⁶⁴. Nitekim 1971 Muhtırası ardından sol üzerinde sert bir takibat, gözaltı ve cezalandırma işlemleri uygulanmıştır. Demokratik siyaset yapma saikiyle hareket eden Türkiye İşçi Partisi'nin kapatılması

⁶² Aylin Özman, "Mehmet Ali Aybar", Tanıl Bora, Murat Gültekingil (Ed.), *Modern Türkiye'de Siyasi Düşünce Cilt 8 Sol*, İletişim Yayınevi, 2008, s. 382.

⁶³ Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Fikir Kulübü etrafında, DTCF, Fen Fakültesi ve diğer fakültelerden katılan temsilcilerle fikir kulüpleri federasyonu 1965 yılında kurulmuştur. Ardından 1969 kongresinde FKF, Türkiye Devrimci Gençlik Federasyonu'na (Dev-Genç) dönüşmüştür. Ali Yıldırım, *FKF Dev Genç Tarihi (1965-1971)*, Doruk Yayınları, 2008, s. 48, s. 337.

⁶⁴ Dev- Genç içerisinde solun tüm fraksiyonlardan temsilciler bulunsa da; devrim pratiğinde farklı arayışlar, THKO, MDD, THKP-C, TİKKO gibi farklı yapılanmaların ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Bu yapılar daha sonra "silahlı mücadelenin" odağı olacak, sol terör örgütlerinin nüvesini teşkil edeceklerdir.

politik sahada örgütlenen sol düşünce için önemli bir kırılma noktası olmuştur⁶⁵. 12 Mart romanlarında özellikle şiddet olayları içerisinde yer alan kişilerin ruh halleri, farklı tutumları, örgüt içerisindeki yapılarla iş birliği ve yalnızlığı tema olarak işlenmektedir. Diğer taraftan politik şiddetin başarıya ulaşması durumunda oluşacak boşluğun hangi hukuki, idari mekanizmalarla doldurulacağına dair spekülasyonlar ve belirsizliklerin sol düşünce içerisinde bulunan kişiler üzerindeki etkisi işlenmektedir.

İdealize edilmiş devrimcilik, 12 Mart darbesi ve arkasından gelen idamlar, takipler ve tutuklamalarla yerini öz eleştiriye bırakmaktadır. Gerçekten devrim isteyen gençler halkı ne kadar tanımaktadır? Soysal, *Yenişehir'de Bir Öğle Vakti* adlı romanında Doğan, Ali ve Olcay karakterleri ile bu konuyu işlemektedir. Doğan, hukuk fakültesi akademisyeninin oğlu olmakla görece refah içerisinde bir hayat sürmektedir. Babasının gençliğinden farklıdır, halkın genel sorunlarına uzaktır. Ama bir o kadar da devrimci eylemler için isteklidir. Ali de devrimcidir ama daha alt sınıftandır, halkın sorunlarını bizzat yaşamaktadır, Doğan gibi havai değil, dürüst olgun ve halkla iletişim kurabilecek bir kişidir⁶⁶. Birbirleri ile diyaloglarında ideal ile gerçeğin çatışması görülmektedir.

Bir Düşün Gecesi romanında ise devrimcilikten doğan hayal kırıklığının izleri daha yoğun hissedilmektedir. Öncelikle roman bir düşün gecesini Tezel'in gözünden bize aktarmaktadır. Düşün bir burjuvanın kızı ile generalin oğlu arasındadır. Esasında bu düşünle, inşa edilen askeri vesayet ve sermayenin birlikte hegemonyasını inşa etmesini betimlenmektedir. Tezel'in kocası Oktay'a babası bir araba almıştır, araba sahibi olması oğlunu zararlı akımlardan koruyacaktır. Oktay da arabayla gezip tozmasını devrime hizmet kılıfıyla örtmektedir. Oktay hapishaneye girdiğinde ise ortaya çıkan tablo çok üzücüdür. Dayanışmadan eser kalmamıştır, hapishanedeki tutuklular dışarıda olanların onca fedakâr çabalarını görmezden gelerek dışarıda olanlara hapse girmedikleri için öfkelidirler. Bu öfkelerine maruz kalmak istemeyip kendi kendisini ihbar ederek hapse girenler söz konusudur. Baskı ve otoriterlik yalnızca devlet kurumlarından gelmemekte örgütler içerisinde benzer davranışlar görülmektedir⁶⁷.

⁶⁵ Türkiye İşçi Partisi'nin misyonu ve karşılaştığı sorunların analizi için bkz. Cem Eroğul, "Tip Sorunsalı", Ahmet Alpay Dikmen (Ed.), *Cumhuriyet Döneminde Siyasal Düşünce ve Modernleşme (7. Ulusal Sosyal Bilimler Kongresi)*, İmaj Yayıncılık, 2002, s. 201-206.

⁶⁶ Belge, s. 91.

⁶⁷ Ağaoglu, s. 431-432.

Öğretim üyesi Ömer'in öğrencileri "burjuva piçlerinin" işi olarak gördükleri eğitimi reddetmektedirler. Eğitim düşük bir iştir, esas olan eylemdir. Devrim sonrası dünyayı kuracak kadroların yetişmesi için eğitime teşvik eden solcu hocalar, korkaklıkla suçlanmaktadır. Diğer taraftan nüfuzlu ailesinin girişimi ile tutuklama ve hapis hayatından kurtulan solcular dışlanmaktan kurtulamamışlardır. Ressam Tezel ise devrimci gençler sergisini bastığında; içi fabrika temalı resimler yapmadığı gerekçesiyle tokat ve tükürük yemek zorunda kalmıştır.

Sol düşüncede hukuk, devrime ant içen zihinlere yönelik bir baskı aracı olarak tanımlanmıştır. Aynı zamanda evrensel insan hakları çerçevesinde bazı hakların var olduğu kamu görevlilerine zikredilmektedir. Esasında keskin ideolojik kamplaşma bireylerin özgürlük alanını genişletmeye çalışan bir hareketin doğmasına imkân tanımamış, daha ilerici, enternasyonal olduğu zannıyla otorite karşısında özgürlük talep eden kitlelerin sol içerisinde konumlanması gerekmiştir. Bununla birlikte sol düşüncenin pratikte silahlı eylem ve örgütlü şiddeti siyasi yöntem biçimi olarak belirlemesi sebebiyle örgüt hiyerarşisi katı olan parti ve cephe örgütlenmeleri, özgürlük bahsi üzerine düşünülecek vasatı ortadan kaldırmıştır.

Devrimin hayal kırıklığının yanı sıra 12 Mart Dönemi'nin baskısı altında erkeklik ve kadınlık hallerinde oluşan tuhaf durumlar da romanlara konu olmaktadır. Darbe sonrası takibatlar hapisane sonrası hayatın paranoya içerisinde geçmesine sebep olmaktadır. Otoritenin gizli ve sert nefesi bilinmez bir zaman diliminde yeniden hissedilebilecektir. Sol düşüncenin pratikte kadın erkek eşitliğini sağlayamaması, kültürel olan bariyerleri aşamaması genel tema olarak işlenmektedir. Kadınların devrim ve sonrasındaki rollerine dair belirsizlik 12 Mart takibatlarının ardından kadınların hayal kırıklığının artırmıştır. Kadınların hayal kırıklığının artması olağandır, zira kadın erkek eşitliğinin hukuki olarak sağlanabilmesi için 2000'li yıllar beklemek durumundadır. Döndü kızın öyküsünde köye giremeyen hukuk, sorgularda yapılan işkenceleri önlemekte yetersizdir. Ayrıca kadınlara karşı yapılan işkencelerin cinsel organlarına cebren cop sokmakla gerçekleştiğine dair temalar kadınların erkeklerden daha fazla eziyete maruz kalma ihtimali olduğunu göstermektedir⁶⁸. Sol bir devrim arzulansa da yöntemi, içeriği, mahiyetine dair tartışmalar ve beklentilerin bulanıklığının getirdiği zihni karmaşa; hukuku, devleti, bireyi sağlıklı bir zeminde tartışabilecek entelektüel

⁶⁸ Soysal, Şafak, s. 85.

vasata imkân sağlamamıştır.

Ülkücülerin politik tutumları ve şiddet eylemleri vatanın ve milletin savunulması olarak görülmekte, sol düşüncede olduğu gibi devrimci bir pratiğe yaslanmamaktadır. Esas mesele anayasal düzenin korunması, devletin bağımsızlığına hanel gelmemesi, komünist/anarşist rejimin oluşmasına imkân tanınmamasıdır. Bu sebeple üniversite, yurt, sokak ve semtlerde hakimiyet mücadelesinde uygulanan şiddet yöntemleri komünist düşüncenin iktidarını önlemektir⁶⁹. 12 Mart sonrası yaşanan gelişmeler, şiddet hareketlerini yaygınlaştırırken ülkücülerin şiddetle olan ilişkisi *Sanıcı* romanında açıklanmaktadır. Ülkücüler, vatan savunması olarak gördükleri mücadelede şiddet unsurunu dini ve milli gerekçelendirmelerle meşrulaştırmaktadır.

SONUÇ

Türk hukukunda sosyal değişimin ivmesine bağlı olarak anayasal, yasal ve diğer düzenleyici işlemler bakımından dönüşüm yaşanmaktadır. Bu dönüşüm toplumun değişim ivmesi azalmadığından hızını korumaktadır. Türk toplumunun Cumhuriyet tarihinde kırılma anlarının başında 1970'li yıllar gelmektedir. İdeolojik olarak pek çok çatışmanın içtimai düzeyde yürüdüğü, Cumhuriyet'in ellinci yıl dönümüne yakın gerçekleşen 12 Mart darbesi ve oluşturduğu hukuk atmosferi hukuka dair algılardaki farklılıkların incelenmesi bakımından önem arz etmektedir.

12 Mart Dönemi, 68 kuşağının ideolojik örgütlenmesi ile devletin sert şekilde mücadele ettiği yıllardır. Devrimci sol örgütlerin silahlı mücadeleye varan eylemleri devletin şiddet tekeli hakkını kullanma gerekliliğini ortaya çıkarmış, silahlı eylemleri bastırmak için örgütlü devlet şiddetinin kullanılması gerekmiştir. Öte yandan örgütlerin yapısı ve işleyişini çözümlemek için yapılan tahkikatlarda işkence ve kötü muameleye başvurulduğu bilinmektedir.

12 Mart Dönemi'nin en önemli özelliklerinden birisi edebiyatçıların roman türüyle bu zaman diliminde yaşanan sosyal, siyasi ve hukuki meseleleri derin ve estetik bir kavrayışla işlemeleridir. Yazarların 12 Mart Dönemi'nde

⁶⁹ “Senin aklın ermez bu işlere anacığım,” demişti. “Şimdi, meselâ Zile'nin kalabalığı Hristiyan oluverse, sen de olur musun? Onlar kalabalık diye, peki der misin anne?” Annesinin gözlerinin dehşetle irileştiğini: “Tövbe... tövbe nasıl da gâvur olurmuş Zile'nin kalabalığı, tövbe de oğlum, günaha giriyorsun.” deyişini hatırlıyordu... Ne cevap vermişti kendisi?.. “İşte bu bizim dövüşüklerimiz gâvurdan da beter anne, gâvurun bir Allah'ı, bir peygamberi var hiç olmazsa, bunlar tümünden imansız!” Emine Işınso, *Sanıcı*, Bilge Kültür Sanat, 2012, s. 26.

bizatihi devlet şiddetini müşahade etmeleri, devrimci sol örgütler içerisindeki çalkantıyı gözlemlemeleri birinci elden tanıklıkların olduğu edebi metinlerin oluşmasına imkân sağlamıştır. Çalışmada 12 Mart Dönemi, kadın ediplerinin romanlarında işlenen işkence tanıklıkları, hukukun amacı ve işlevi ve politik şiddetle ilişkisi konularına değinilmiştir.

Türk hukukunun değişimini anlamak için hukuk araştırmacısının edebiyat eserlerini bir veri kaynağı olarak kullanmaya yaklaşması gerekmektedir. Üniversite kurumsallaşmasını geç tamamlamış, düşünce ve ifade özgürlüğünün her dönemde sorunlu olduğu ülkemizde sanat yapıtları, meseleleri kamuoyu ile paylaşma noktasında daha cesur olabilmektedir.

12 Mart Dönemi romanlarında işkence temasına yer verilmiş ve işkencenin insanlık dışı yönüyle birlikte, insan onurunu zedelediğine dikkat çekilmiştir. Bununla birlikte 12 Mart Dönemi'nden sonra dahi işkence sistematik olarak uygulanmış, 12 Eylül Dönemi ve sonrasında daha yaygın ve ağır işkence vakaları görülmüştür. Edebiyatta işkenceye dikkat çekilmesi, kamuoyunun keskin bir şekilde işkence karşıtı tutum almasına imkan sağlamamıştır. Nitekim işkence ve kötü muamele ile mücadelede sıfır tolerans ilkesinin benimsenmesi uluslararası insan hakları anlaşmalarının uygulanmasındaki kararlılığın sağlanması ile 2000'li yıllarda mümkün olabilmektedir.

12 Mart Dönemi romanlarında hukukun sınıfsal eleştirisi görülmektedir. 1970'li yıllarda uluslararası literatürde yükselen sol dalganın etkisiyle, hukukun üst sınıfın çıkarlarını koruduğuna dair eleştiriler getirilmektedir. Buna rağmen Türk hukuk düşüncesinde, eleştirel bir söylem var olmakla birlikte, eleştirel hukuk teorisinin gelişmediği görülmektedir. Gerçekten hukuk, çoğu zaman sermayenin çıkarlarına hizmet eden araçsal bir konumda değerlendirilebilir. Buna mukabil, yükselen popülizmle hukukun yoksulların lehine ancak kamu yararına aykırı olarak işlenmesine de sebep olduğu iddia edilebilir. Bu eleştirel okuma o yıllarda hukuk literatüründe teori olarak nitelendirilebilecek bir sistematige ve yaygınlığa ulaşmamışsa da; 12 Mart romanlarında hukuk ve ekonomik sınıflarla ilişkisine dair değerlendirmelere yoğun şekilde değinilmektedir.

12 Mart'ın genel ruh halini oluşturan devrim yanlılığı ve devrim karşıtlığı ikilemi esasında devleti varlık/yokluk çelişmesine düşürmüştür. Entelektüel faaliyetlerin devrim yanlısı ve karşıtlığı şeklinde oluşması, hukukun koruması gereken değerlere dair tartışmaları dışarıda bırakmıştır. İnsan hakları, temel hak ve özgürlüklerin genişletilmesi, devletin yükümlülükleri

ve sınırlılığı tartışmaları olağanüstü şartlarda gündeme gelememiştir. Devrim romantizminden doğan hayal kırıklığı hukuka dair tartışmaları bağlamından kopuk, ideolojik tutuculuğa mahkûm etmiştir. 70'li yıllardaki katı otoriter tutum ile etnik ayrılıkçı veya sol terör destekçiliği arasındaki salınım, hukukun özü ve koruması gereken değerlerin tartışılmasını geciktirmiştir. Ancak 12 Mart Dönemi romanlarındaki insan manzaraları, hukuk ve insan haklarına dair meselelerin edebiyat eserlerinde daha cesur ve yalın şekilde ifade edildiğini göstermesi bakımından önemli bir kaynak niteliği taşımaktadır.

KAYNAKÇA

- Ağaoğlu A, *Bir Düşün Gecesi*, içinde “Dar Zamanlar Üçlemesi”, Everest Yayınları, 2020.
- Akal C B, “Kurgu ve Hukuk”, Cemal Bali Akal, Yalçın Tosun (Ed.), *Edebiyat Hukuk ve Sair Tuhaflıklar*, Dost Kitabevi, 2015.
- Akal C B, *Hukuk ya da Kukla Tiyatrosu*, 1. Baskı, Dost Kitabevi, 2014.
- Akşin S (Ed.), *Türkiye Tarihi 4 Çağdaş Türkiye 1908-1980*, Cem Yayınevi, 6. Baskı, 2000.
- Alper E, *Student Movement in Turkey From A Global Perspective 1960-1971*, Boğaziçi Üniversitesi, Atatürk İlkeleri ve İnkılap Tarihi Enstitüsü, Doktora Tezi, 2009.
- Arcayürek C, *Demirel Dönemi 12 Mart Darbesi*, 3. Baskı, Bilgi Yayınevi, 1992.
- Arendt H, *Kötülüğün Sıradanlığı*, 2. Baskı, Metis Yayınları, 2012.
- Arsel İ, “Asayiş-Anarşi- Despotizm veya İktidar ile Hürriyet Arası Denge”, *AÜHFD*, 29(1-2), 1972.
- Arsel İ, “Devletin Haysiyetini Çiğneten Zihniyet”, *AÜHFD*, 31(1), 1974.
- Belge M, *Edebiyat Üstüne Yazılar*, 1. Baskı, İletişim Yayınları, 1998.
- Belge M, *Militarist Modernleşme, Almanya, Japonya ve Türkiye*, 2. Baskı, İletişim Yayınları, 2012.
- Bora T, *Cereyanlar Türkiye’de Siyasi İdeolojiler*, 2. Baskı, İletişim Yayınları, 2017.
- Bora T, Peker Y B, Sancar M, “Hakim İdeolojiler, Batı, Batılılaşma ve İnsan Hakları”, Tanıl Bora, Murat Gültekingil (Ed.), *Modern Türkiye’de Siyasi Düşünce Cilt 3 Modernleşme ve Batıcılık*, İletişim Yayınevi, 2007.
- Çavdar T, *Türkiye’nin Demokrasi Tarihi II*, 5. Baskı, İmge Kitabevi, 2013.
- Duong W N, “Law is Law And Art is Art And Shall The Two Ever Meet? — Law And Literature: The Comparative Creative Processes”, *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, 15(1), s. 7.

- Erkol Ç G, *Yaralı Erkekler: 12 Mart Romanlarında Yalnızlık, Yabancılaşma ve Öfke*, 1. Baskı, Ayizi Kitap, 2019.
- Eroğul C, *Anatüzeğe Giriş*, İmaj Kitabevi, 2016.
- Eroğul C, “La division de la gauche a favorisé la chute de la démocratie”, *Le Monde Diplomatique*, 3 Mart 1973, <cemerogul.files.wordpress.com/2012/04/diplomatik.pdf > Erişim Tarihi 11 Mart 2024.
- Eroğul C, “Tip Sorunsalı”, Ahmet Alpay Dikmen (Ed.), *Cumhuriyet Döneminde Siyasal Düşünce ve Modernleşme (7. Ulusal Sosyal Bilimler Kongresi)*, İmaj Yayıncılık, 2002.
- Foucault M, *Hapishanenin Doğuşu*, 6. Baskı, İmge Kitabevi, 2015.
- Hale W, *1789'dan Günümüze Türkiye'de Ordu ve Siyaset*, (Çev. Ahmet Fehmi), 1. Baskı, Hil Yayınları, 1996.
- Harris G S, “The Role of the Military in Turkey in the 1980s: Guardians or Decision-Makers?” Metin Heper, Ahmet Evin (Ed.), *State, Democracy and the Military in the 1980s*, WdeG, 1988.
- Işınsu E, *Sanclı*, Bilge Kültür Sanat, 2012.
- İnam A, “Akademişyen mi, Ak- Adam- İsyancı mı?”, *Doğu Batı Dergisi*, 7, 1999.
- Kanar E, “Türkiye Solunun İnsan Haklarına Bakışı”, Tanıl Bora, Murat Gültekingil (Ed.), *Modern Türkiye'de Siyasi Düşünce Cilt 8 Sol*, İletişim Yayınevi, 2008.
- Kürkcü E, Türkiye Sosyalist Hareketine Silahlı Mücadelenin Girişi, Tanıl Bora, Murat Gültekingil (Ed.), *Modern Türkiye'de Siyasi Düşünce Cilt 8 Sol*, İletişim Yayınevi, 2008.
- Meriç C, *Kırk Ambar Cilt 1*, 10. Baskı, İletişim Yayınları, 2008.
- Moran B, *Türk Romanına Eleştirel Bir Bakış 3*, 19. Baskı, İletişim Yayınları, 2018.
- Özman A, “Mehmet Ali Aybar”, Tanıl Bora, Murat Gültekingil (Ed.), *Modern Türkiye'de Siyasi Düşünce Cilt 8 Sol*, İletişim Yayınevi, 2008
- Posner RA, “Law and Literature: A Relation Reargued”, *Virginia Law Review*, 72(8), 1986.

- Škop M, “Law and Literature – a Meaningful Connection”, *Filozofia Publicznai Edukacja Demokratyczna*, 4(1), 2015, s. 12.
- Soysal M, *100 Soruda Anayasa'nın Anlamı*, Gerçek Yayınevi, 11. Baskı, 1997.
- Soysal S, *Şafak*, Bilgi Yayınevi, 1980.
- Tanpınar A H, *Edebiyat Üzerine Makaleler*, 2. Bası, Dergah Yayınları, 1977.
- Tanör B, *Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri*, YKY Yayınları, 2012.
- Tanör B, *Anayasal Gelişme Tezleri*, 4. Baskı, 2018.
- Tunaya T Z, *Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku*, 3. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1975.
- Türkeş Ö, “Solun Romanı”, Tanıl Bora, Murat Gültekingil (Ed.), *Modern Türkiye'de Siyasi Düşünce Cilt 8 Sol*, İletişim Yayınevi, 2008.
- Yıldırım A, *FKF Dev Genç Tarihi (1965-1971)*, Doruk Yayınları, 2008.
- Yücel K T, “Edebiyatın İyi ve Kötü Tanıklığı”, Cemal Bali Akal, Yalçın Tosun (Ed.), *Edebiyat Hukuk ve Sair Tuhaflıklar*, Dost Kitabevi, 2015.
- Zileli G, *Havariler (1972-1983)*, 7. Baskı, 2011.

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

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVIII Nisan / April 2024 Sayı / No. 2

**THE SURVIVAL OF BRITISH MONARCHY: TRANSITION FROM
ABSOLUTE MONARCHY TO CONSTITUTIONAL MONARCHY**

**BRİTANYA MONARŞİSİNİN VARLIĞINI SÜRDÜRMEŞİ: MUTLAK
MONARŞİDEN ANAYASAL MONARŞİYE GEÇİŞ**

Nurullah GÖRGEN*  

ABSTRACT

[-10.34246/ahbvuhfd.1398216](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1398216) 

With the death of Queen Elizabeth II, the British monarchy has come under scrutiny, sparking debates about its role in the British government, the future of the Royal family, and the potential transition to a republican system. This article aims to contribute to these discussions by examining the position of the constitutional monarchy in the United Kingdom and making a case for its continued existence in the near future. To accomplish this, the paper will delve into the unique transition from absolute monarchy to constitutional monarchy in the UK, illustrating how today's British monarchy has evolved within the bounds of law and democracy. Subsequently, the article will explore the concept of the British Constitutional Monarchy during its early stages, providing a foundation for understanding its contemporary meaning and significance and how it differs from the past. Finally, the article will assess the current position and role of the British monarch, considering their functions, powers, impartiality, and accountability. By doing so, the article aims to demonstrate that the constitutional monarchy within the British constitution poses no significant threat to the country; instead, it offers several benefits, particularly its unifying role.

* **Dr. Öğr. Görevlisi**, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı/İSTANBUL, **e-posta:** nurullah.gorgen@medeniyet.edu.tr, **ORCID:** 0000-0002-7713-8273, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1398216.

- **Atıf Şekli/ Cite As:** Gorgen N, "The Survival of British Monarchy: Transition from Absolute Monarchy to Constitutional Monarchy", *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28(2), 2024, s.399-428.
- **İntihal / Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*



Keywords: *The British Monarchy, Transition period, The Constitutional Monarchy, The Position of Monarchy, The British Government.*

ÖZET

Kraliçe II. Elizabeth'in ölümüyle birlikte Britanya monarşisi, monarşinin Britanya hükümetindeki rolü, Kraliyet ailesinin geleceği ve cumhuriyetçi sisteme olası geçiş hakkındaki farklı görüşler nedeniyle tartışmaların merkezi oldu. Bu makale, Birleşik Krallık'ta anayasal monarşinin konumunu inceleyerek ve yakın gelecekte de Anayasal monarşinin varlığını sürdüreceğini iddia ederek bu tartışmalara katkıda bulunmayı amaçlamaktadır. Bunu başarmak için, bu makale Birleşik Krallığın kendine özgü mutlak monarşiden anayasal monarşiye geçişini ele alacak ve günümüz Britanya monarşisinin hukuk ve demokrasi sınırları içinde nasıl geliştiğini göstermeyi açıklamaktadır. Daha sonra bu makale, Britanya Anayasal Monarşisi kavramını günümüzdeki anlam ve önemini ve geçmişten nasıl farklılaştığını anlamaya yardımcı olacak bir temel oluşturmak için Anayasal monarşi kavramını erken dönemde ele alacak. Son olarak, bu makale Britanya hükümdarının işlevlerini, güçlerini, tarafsızlığını ve hesap verebilirliğini inceleyerek onun mevcut konumunu ve rolünü değerlendirecek. Bunu yaparak, bu makale Britanya anayasasındaki anayasal monarşinin ülkeye ciddi bir tehdit oluşturmadığını; aksine, başta birleştirici rolü olmak üzere çeşitli faydalar sunduğunu göstermeyi amaçlıyor.

Anahtar Kelimeler: *Britanya Monarşisi, Geçiş dönemi, Anayasal Monarşi, Monarşinin konumu, Britanya Hükümeti.*

INTRODUCTION

Queen Elizabeth II (1926 –2022), the longest-reigning monarch (over 70 years) in British history, passed away on September 8, 2022, leading to debates on the monarchy's future and the new King Charles III's role in the British government.¹ These debates encompass topics like whether the monarchy should be abolished in favour of a republic, the role of the new king in the British government and whether the position of the British monarch in other states would change.

This article aims to clarify that the current British monarchy is a constitutional monarchy devoid of significant powers, constrained by legal (such as conventions, Acts of Parliament, and judicial decisions) and non-legal instruments (such as people and the media). The monarch serves as the head of state with various roles but plays

¹ Ed Owens, *After Elizabeth: Can the Monarchy Save Itself?*, Bloomsbury Continuum, 2023; Robert Jobson, *King Charles: The Man, the Monarch, and the Future of Britain*, Diversion Books, 2019; RM Morris, "The Future of the Monarchy: The Reign of King Charles III" in Robert Hazell ed, *Constitutional Futures Revisited*, Palgrave Macmillan UK, 2008, <http://link.springer.com/10.1057/9780230595088_9> Accessed 6 November 2023.

a symbolic, non-political figure with some benefits. Consequently, the succession of a new monarch will not disrupt the functioning of the British government, irrespective of the individual characteristics of the monarch. The article argues that to comprehend the current and future position of the monarch in the UK, it is crucial to delve into the historical evolution of the monarchy. The role of the monarch in the British government system, developed over an extended period, requires historical analysis.

Examining the historical transition from absolute monarchy to constitutional monarchy is essential, as it elucidates the formation and operation of today's British government system and the continued existence of the monarchy. British political and constitutional history has significantly influenced both the nation and the world from a political and legal standpoint. Thus, the article's first section delves into the transformation from absolute monarchy to constitutional monarchy, dissecting pivotal political and constitutional events such as the Magna Carta, the Civil War, and the Glorious Revolution. The second section seeks to clarify the meaning of the British constitutional monarchy in its early stages. While the term has been used in the 19th and 20th centuries, its contemporary meaning and position differ. This exploration will consider the viewpoints of prominent constitutional law authorities during that period regarding the constitutional monarch. Finally, the article delineates the current position and role of the constitutional monarch, addressing functions, powers, impartiality, and accountability. Consequently, it underscores that the British monarch, as the present head of state, poses no legal or democratic issues; instead, their neutral and unifying characteristics allow them to continue as a valuable part of the British government system.

I. CONCEPTUAL BACKGROUND

The British Monarchy serves as a foundational point for delving into the historical development of executive power in the United Kingdom. Understanding the transition from 'Absolute Monarchy' to 'Constitutional Monarchy' is crucial for comprehending the current British government and why the monarchy endures in the UK. At First, it is essential to provide explanations for both concepts.

In the words of Bogdanor, 'Monarchy is a state ruled by a single absolute hereditary ruler.' An absolute monarch, as the hereditary ruler, may exercise their powers without constraints, either alone or through appointed servants. On the other hand, a constitutional monarchy, often referred to as a 'limited monarchy,' is a state led by a sovereign who governs in accordance with the constitution.²³ In this arrangement, the constitutional monarch cannot

² Vernon Bogdanor, *The Monarchy and the Constitution*, Oxford University Press, 1998, p. 1.

³ In the same vein, another way to illustrate this distinction is through the concepts of 'the

wield powers arbitrarily, as specific instruments, such as the constitution, conventions, or laws, impose limits upon their authority.

The transformation from an absolute monarchy to the present-day constitutional monarchy in the UK holds significant historical and political importance. This extended period of change has not only shaped the governance of the United Kingdom but has also influenced political and legal institutions worldwide, including the development of parliamentary systems, legislatures, cabinets, and the office of the prime minister.

While republicanism is the prevailing form of government in Europe today, it is worth noting that monarchy was the dominant system until the First World War. The British monarchy, one of the oldest in Europe,⁴ owes its continued existence to the transition from absolute monarchy to constitutional monarchy. During this transition, the monarch voluntarily relinquished or was compelled to surrender powers, initially to the cabinet and later to the office of the prime minister. These developments have significantly shaped the executive branch of government in the UK.

II. HISTORICAL EVOLUTION: FROM ABSOLUTE MONARCHY TO CONSTITUTIONAL MONARCHY

During the Anglo-Saxon and Norman periods,⁵ the monarch in England held nearly absolute power, wielding legislative, executive, and judicial

crown' and 'the monarch.' The former signifies that the monarch exercises executive power either personally or through servants acting on their behalf. Additionally, 'the crown' refers to the King in his official or personal capacity. The latter, on the other hand, implies that the person serves as the head of state and only carries out specific functions.

See more information:

Philip Norton, *The Crown*, in Bill Jones and Philip Norton eds, *Politics UK* 8th edn, Pearson, 2013 p. 277; Adam Tomkins, *Public Law*, Oxford University Press USA, 2003 p. 61; Peter Leyland, *The Constitution of the United Kingdom: A Contextual Analysis*, Fourth edition, Hart Publishing, an imprint of Bloomsbury Publishing, 2021, p. 93.

⁴ Bogdanor, p. 1–2.

In 1914, only three European countries had republican governments: France, Switzerland, and Portugal.

⁵ Anglo-Saxons: A Brief History / Historical Association, <<https://www.history.org.uk/primary/resource/3865/anglo-saxons-a-brief-history>> Accessed 6 November 2023; United Kingdom - Normans, 1066-1154, Monarchy | Britannica, <<https://www.britannica.com/place/United-Kingdom/The-Normans-1066-1154>> Accessed 6 November 2023.

The historical era known as the Anglo-Saxon period in Britain spanned nearly six centuries, from 410 to 1066 AD, while the Norman period lasted from 1066 to 1154.

authority. Nonetheless, even in these early eras, there were certain principles and practices that placed limits on the monarch's unrestricted exercise of power. For instance, the coronation oath required the monarch to pledge to 'forbid all rapine and injustice to men of all conditions.' Additionally, there was a prevailing belief that the king should consult with prominent figures before imposing extraordinary taxes or enacting laws.⁶

In Anglo-Saxon times, a body known as the 'Great Council,' composed of knights, earls, archbishops, and barons, played a role in advising the king on state matters. This council laid the groundwork for what would later become the House of Lords.⁷ These wise men offered their advisory counsel to the king, who initially exercised power without significant limitations.

Over time, the landscape began to change. According to Norton, three pivotal constitutional events emerged to curtail the absolute powers of the monarch: the Magna Carta, the Civil War, and the Glorious Revolution.⁸ These events hold immense significance in understanding the structure of the executive within the unique framework of the British Constitution.

Firstly, the Magna Carta, signed between King John and his barons in 1215, stands as the first major document to curtail the power of the monarch.⁹ This historic agreement arose when the Barons raised grievances about unjust tax collection and the unfair treatment they were subjected to by the king. The Magna Carta introduced specific rights for English freemen while imposing restrictions on the king's authority. Notably, Clause 39 of the Magna Carta states:

'No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgment of his equals or by the law of the land.'

Additionally, Clause 40 states:

⁶ Norton, *The Crown*, p. 274–6.

⁷ Moyra Grant, *UK Parliament*, Edinburgh University Press, 2009 p. 2 <<http://ebookcentral.proquest.com/lib/kcl/detail.action?docID=434303>> Accessed 11 November 2018.

⁸ Philip Norton, "The Glorious Revolution Of 1688 Its Continuing Relevance", 42 *Parliamentary Affairs* 135, 1989, p. 135.

⁹ Tomkins, p. 40.

‘To no one will we sell, to no one deny or delay right or justice.’¹⁰

In addition, the Magna Carta set forth various conditions governing the king’s ability to collect taxes and explicitly prohibited arbitrary financial exactions. The Magna Carta marked a crucial milestone in the development of constitutional limitations on the monarchy’s power. The document granted substantial rights and freedoms to English freemen. However, it faced annulment at the request of King John, following intervention by the Pope, mere months after its creation.¹¹ Despite its annulment, the Magna Carta played an essential role in the advancement of constitutional governance and in curbing the absolute authority of the executive, both in England and globally.

The Magna Carta introduced the ground-breaking principle that the sovereign must govern the state in compliance with the law, rendering them accountable to the law. In essence, this established the concept that the sovereign is not above the law and is subject to legal constraints.¹² Moreover, the document safeguarded the rights of free individuals against the overreach of the monarch. Although the scope of such rights did not extend to all people at the time, it still represented a significant step forward.¹³

Over subsequent generations, the Magna Carta became regarded as a pivotal turning point in securing additional rights and freedoms. It was recognized as an acquired right upon which future demands could be founded. In the 17th century, the Magna Carta was wielded by parliamentarians as a powerful tool against Stuart Kings who asserted divine rights bestowed upon them.¹⁴

After the Magna Carta, the notion that the King was required to seek the consent and consultation of representatives from local groups, including burgesses and knights, for increasing expenditures gradually gained prominence. Consequently, in the 13th century, Parliament began to take

¹⁰ Tom Bingham, *The Rule of Law*, Penguin Books, 2011, p. 20.

¹¹ Owens.

¹² Bogdanor, p. 4.

¹³ Bingham, p. 21.

¹⁴ Ivor Jennings, *Cabinet Government*, 3 Edition, Cambridge University Press, 1969, p. 372–374.

shape as two distinct groups: the ‘Lords’ and the ‘Commons.’¹⁵ This division solidified in the 14th century, with each group represented by different actors in the parliament. Over time, the influence and importance of the Commons grew, especially in response to the King’s recurring demands for revenue, often related to the financing of wars. This shift in the balance of power between the Lords and Commons became particularly pronounced as the nation approached the 17th century.¹⁶ However, during the Stuart Kings’ reign,¹⁷ notably King James I and later King Charles I, a significant departure from the previous collaborative approach with Parliament emerged. Unlike the Tudor monarchs,¹⁸ the Stuarts contended that their authority and powers were divinely ordained, based on the divine right of kings. According to this perspective, the monarch’s authority was bestowed by God rather than by Parliament. Consequently, they maintained that Parliament’s origin and authority derived from the King’s grace, allowing the King to convene and dissolve Parliament at will, with no imposed constraints. The primary point of contention lay in King Charles I’s ambition to rule the country without reliance on Parliament.

Religious differences between Parliament and the King further exacerbated tensions.¹⁹ This culminated in the outbreak of the English Civil War (1642-1649). The conflict reached its zenith when King Charles I personally entered Parliament with his troops and arrested some members, intensifying hostilities.²⁰ Ultimately, the Parliamentarians emerged victorious in the struggle, leading to the execution of the King in 1649.

The period following the King’s execution saw the Parliamentarians,

¹⁵ Norton, p. 276; Grant p. 2.

¹⁶ Grant, p. 2–3.

¹⁷ The first monarchs of the United Kingdom were the Stuart dynasty, who ruled over England and Scotland from 1603 to 1714.

The Stuarts | The Royal Family <<https://www.royal.uk/stuarts>> Accessed 6 November 2023.

¹⁸ The Tudor Monarchs ruled England from 1485 to 1603.

An Introduction to Tudor England | English Heritage <<https://www.english-heritage.org.uk/learn/story-of-england/tudors/>> <Accessed 6 November 2023.

¹⁹ He married a Roman Catholic, Henrietta Maria of France, which caused considerable offense among English Protestants.

Charles I, r. 1625-1649, | The Royal Family, <<https://www.royal.uk/charles-i>> Accessed 6 November 2023.

²⁰ Peter Leyland, *The Constitution of the United Kingdom: A Contextual Analysis*, 3. Revised Edition, Hart Publishing, 2016, p. 16.

led by Oliver Cromwell, governing the country without a monarch and the House of Lords from 1649 to 1660. Following Cromwell's death in 1658, the monarchy was reinstated within two years, and Charles II, from the Stuart dynasty, was reinstated as the monarch. However, Parliament did not restore to him the extensive political, religious, and military powers he enjoyed in previous reigns.²¹ This shift in the balance of power between the monarch and Parliament was a direct outcome of the Civil War.

The English Civil War had a profound influence on the emergence of the constitutional monarchy. During the period from 1649 to 1660, England was governed without a monarch, demonstrating that the country could function without a king. When the monarchy was eventually restored, it was done so by Parliament rather than the King, further reinforcing Parliament's superior position over the monarchy. In essence, the absolute powers of the King underwent a significant reduction in favor of Parliament.²²

Catholic King James II, like his Stuart predecessors, also staunchly adhered to the doctrine of divine rights. As a result, he harbored the ambition to govern England without the need for parliamentary involvement, akin to the monarchs who preceded him. The religious conflict between the King and Parliament further intensified these tensions.²³ This conflict ultimately favored the Parliamentarians, leading to James II's expulsion from the country in 1688. Subsequently, the throne was offered to William of Orange, who was married to Mary, James II's Protestant daughter. This pivotal phase in English history is commonly referred to as the Glorious Revolution.²⁴

The Glorious Revolution held immense importance for the English constitutional system. It marked a turning point in multiple dimensions. Firstly, the longstanding struggle for authority between the monarch and Parliament now decisively swung in favor of the latter. Parliament emerged as the supreme authority in the country, wielding power over finance, religion, and political

²¹ Tomkins, p. 43.

²² Tomkins, p. 43.

²³ During his reign, there was widespread anti-Catholic sentiment and opposition to the concept of a standing army led by Roman Catholic officers in Parliament. Consequently, in 1685, James prorogued Parliament and ruled during its prorogation.

James II, r.1685-1688, <<https://www.royal.uk/james-ii>> Accessed 25 October 2023.

²⁴ Norton, "The Glorious Revolution Of 1688 Its Continuing Relevance", p. 137.

matters.²⁵ Secondly, when William and Mary ascended to the throne, their rule was subject to the conditions set by Parliament. They accepted the Bill of Rights in 1689, signifying their commitment to uphold the principles of constitutional monarchy. As Trevelyan aptly observed, ‘James had forced the country to choose between royal absolutism and parliamentary government,’ and the resounding choice was in favor of parliamentary governance.²⁶ This established the principle of parliamentary supremacy, giving Parliament the authority to determine the future monarch and the power to act when the monarch challenged or opposed it. As it well stated: ‘The Glorious Revolution not merely altered the succession; it also fundamentally changed the basis on which the sovereign reigned.’²⁷ Thirdly, the gradual erosion of the monarch’s powers commenced, with monarchs increasingly reliant on ministers for matters of state. This marked the beginning of the monarch as a symbolic figurehead, as highlighted by the statement, ‘From 1689 onwards, the supreme power in the state no longer lay with the sovereign alone, but with the sovereign in parliament.’²⁸ As Schwoerer aptly noted, the Glorious Revolution is among the most significant events in the constitutional and political history of both Eastern and Western Europe.²⁹

In the 18th century, despite earlier constitutional developments, monarchs still retained certain significant powers that they could exercise without parliamentary approval, including the right to appoint and dismiss ministers. This situation persisted until the ascension of George I³⁰ to the throne in 1714. Prior to this point, successive monarchs continued to play important roles in state affairs, albeit primarily through their appointed ministers.³¹ Notably, George I had limited proficiency in English and was more comfortable with

²⁵ Norton, “The Glorious Revolution Of 1688 Its Continuing Relevance”, p. 136.

²⁶ Norton, “The Glorious Revolution Of 1688 Its Continuing Relevance”, p. 137.

²⁷ Bogdanor, p. 5–8.

²⁸ Bogdanor, p. 8.

²⁹ Lois G Schwoerer, *The Declaration of Rights 1689*, Johns Hopkins University Press, 1981.

³⁰ When Queen Anne died in 1714 without an heir (all her children had died), another monarch was brought in from the continent, this time George, Elector of Hanover, under the Act of Settlement of 1701. Approximately fifty Roman Catholic relatives had stronger claims to the throne, which underscores the parliament’s power to determine who will be the king.

George I, r. 1714-1727, | The Royal Family, <<https://www.royal.uk/george-i>> Accessed 6 November 2023.

³¹ William R Anson, *The Law and Custom of the Constitution Volume 2*, Oxford University Press, 1935.

German and French. He had also little interest in the politics and affairs of state, and he opted not to attend cabinet meetings as the presiding authority. This significant development in the king's absence allowed ministers to convene without royal presence. This arrangement set the stage for the emergence of the prime minister's office, which gained prominence under the stewardship of senior minister Robert Walpole, who held the title of the First Lord of the Treasury. During Walpole's tenure, he wielded substantial authority compared to other ministers, effectively considering the first prime minister. The distinction between the head of state and the head of government became increasingly evident during this period, and it laid the necessary foundations for the establishment of the office of the prime minister.³²

Similarly, George II, who shared his predecessor's disinterest in politics, remained an ineffective figure in the executive branch. The influence of the Cabinet and its key ministers grew during the reigns of George I and George II. George II himself acknowledged this shift by stating in 1744, 'Ministers are the kings in this country.'³³

During the 18th century, as new political institutions and actors such as the prime minister, political parties, and the Cabinet came to the forefront, the political authority and powers of the monarchy continued to decline.³⁴ Notably, the personal choices made by monarchs played a significant role in shaping the position of the monarch within the executive branch. An illustrative example can be found during the reign of George III, which spanned from 1760 to 1820. George III made a deliberate effort to become actively involved in the affairs of the state. His active participation in Cabinet meetings allowed him to regain some monarchic powers and play a significant role in decision-making.³⁵ He also succeeded in appointing ministers of his preference and exerting influence over the House of Commons for an extended period.³⁶ However, over time, his powers were substantially diminished due to various factors, including periods of mental instability and the loss of the American colonies to the ministers.³⁷

³² Philip Norton, "The Core Executive: The Prime Minister and Cabinet" in Bill Jones and Philip Norton eds, *Politics UK*, 8. Edition, Pearson, 2013, p. 375.

³³ John Cannon and Ralph Alan Griffiths, *The Oxford Illustrated History of the British Monarchy*, Oxford University Press, 1988.

³⁴ Grant, p. 3.

³⁵ Stephen Buckley, *The Prime Minister and Cabinet*, Edinburgh University Press, 2006, p. 27.

³⁶ Norton, p. 276.

³⁷ Buckley, p. 27.

Consequently, beginning in the early 19th century, with few exceptions such as George III, the decline in the powers of the monarch—reflecting the transition from an absolute monarchy to a constitutional monarchy—continued.

In the 19th century, the emergence of pressure groups representing various ideological viewpoints led to their increased role as representatives of the public. These groups could broadly be categorized into two main factions: Reformers and Conservatives.³⁸ This evolving landscape of organized interests significantly contributed to diminishing the monarch's involvement in determining the government, as these pressure groups began to exert greater influence.

Notably, the watershed moment came with the passage of the 1832 Reform Act, which introduced substantial changes and marked a turning point in favor of parliamentary supremacy over the monarchy. This act brought about reforms to the electoral system, the abolition of seats in many boroughs, and an expansion of the franchise, even though the electorate remained relatively limited.³⁹ The period up to 1867 was characterized by a restricted number of voters, enabling the House of Commons to hold full authority in shaping the government. This further reduced the role of the monarch and the electorate as determinants of government formation during this period, often referred to as 'the golden age of Commons.'⁴⁰ In addition to diminishing the influence of the monarchy, the Reform Act of 1832 played a crucial role in shaping the contemporary party system. The expansion of the electorate, the development of a new party system, and changes in the electoral process collectively contributed to limiting the monarch's political influence, particularly during general elections.⁴¹

In 1837, Queen Victoria ascended to the throne, commencing a lengthy reign that lasted until 1901. At the outset of her reign, Queen Victoria exhibited a strong desire to actively exercise the powers of the sovereign.

³⁸ John B Owen, George II Reconsidered in Lucy Stuart Sutherland and others eds, *Statesmen, scholars and merchants: essays in eighteenth-century history presented to Dame Lucy Sutherland*, Clarendon Press, 1973.

³⁹ For instance, the 1832 Reform Act effectively prohibited women from participating in Parliamentary elections, as the definition of a voter was strictly limited to males.

Reformact1832, <<https://www.parliament.uk/about/livingheritage/evolutionofparliament/houseofcommons/reformacts/overview/reformact1832/>> Accessed 6 November 2023.

⁴⁰ Grant, p. 4.

⁴¹ Bogdanor, p. 16.

She perceived the government and ministers as her personal government and ministers, even taking the initiative in appointing the prime minister, making her the last monarch to do so based on her personal choice.⁴² During the early years of Queen Victoria's reign, she expressed support for specific politicians, including Prime Minister Lord Melbourne, and sought to play an active role in politics. However, as her reign unfolded and various political and social challenges emerged, combined with the influence of her husband, Prince Albert, Queen Victoria adopted a more impartial stance, distancing herself from political partisanship. This transition marked a crucial step in her acceptance of the role of a constitutional monarch. By the end of her reign, Queen Victoria no longer possessed the authority to make or veto ministerial appointments, nor could she compel the government to act in alignment with her personal preferences. This transformation signified the evolution of the sovereign into an impartial figure who remained above political parties and acted as 'nothing but a mandarin figure who has to nod its head in assent or shake it in denial, as his Minister pleases.'⁴³

From the early 20th century onwards, it becomes evident that the monarch held no significant political power or influence over government policies in the United Kingdom. The monarch lacked the authority to control Parliament, appoint ministers, or select the prime minister in accordance with personal preferences. Instead, these powers shifted to other key political actors and institutions, including the electorate, the cabinet, and elected politicians. In this transition, the cabinet and prime minister assumed an increasingly central role, wielding authority on behalf of the monarch. The monarch's role underwent a profound transformation, evolving from a position of active political engagement to that of a unifying and dignified figurehead, representing the nation. This role held moral significance, serving to unify the country.

III. THE CONSOLIDATION OF THE BRITISH CONSTITUTIONAL MONARCHY

As mentioned earlier, a constitutional monarch is a ruler who governs the state in accordance with the constitution and established rules. In contrast to an absolute monarch, a constitutional monarch does not possess unlimited

⁴² Frank Hardie, *The Political Influence of the British Monarchy, 1868-1952*, Harper & Row, 1970.

⁴³ Robert Blake, *The Crown and Politics in the Twentieth Century* in Jeremy Murray-Brown ed, *The Monarchy and its future*, Allen & Unwin, 1969.

powers and cannot rule the country arbitrarily. The UK monarchy serves as a prime example of this system. While the UK constitution is not codified and rigid (which might suggest that the monarch has significant powers), the monarch is primarily bound by constitutional sources, including conventions, Acts of Parliament, and judicial decisions, as well as non-legal sources such as public opinion and the media. This means that the survival of the monarchy today depends on its adherence to these sources.

In summary, a constitutional monarch is restricted in two ways. First, the constitution itself limits the monarch. If the monarch does not adhere to the constitution, they may be accused of acting unlawfully. The second limitation is that the constitutional monarch typically exercises most of their powers through ministers, a concept known as prerogative power, as discussed below. In essence, the constitution does not permit the constitutional monarch to effectively govern the country. In other words, they are often described as ‘a sovereign who reigns but does not rule.’⁴⁴ As evident, the King does not have the right to rule as a constitutional monarch. This raises the question that needs analysis: ‘What is the role of the monarch in the British system of government today?’ By addressing this question, the article aims to understand the position of the monarch as the head of state in the UK and analyse the extent to which the monarch’s presence is beneficial or not to the United Kingdom. To achieve this, the article will begin by discussing prominent constitutional authorities to analyse early literature’s discussions of the constitutional monarch. It will then focus on the current position of the monarch.”

A. The Early Stage of the British Constitutional Monarchy: Constitutional authorities

This section will explore the viewpoints of two notable figures in British constitutional law from different time periods: Walter Bagehot (1826-1877) and William Ivor Jennings (1903-1965). This exploration will help us understand the evolving relationship and changes in the position of the monarch from the early period to the present day.

Bagehot emphasized the vital role of the monarchy, situated in the dignified part of the constitution, within the English constitutional framework. He argued that the absence of a monarch could result in the downfall of the

⁴⁴ Vernon Bogdanor, “The Monarchy and the Constitution”, 1996, 49 Parliamentary Affairs 407, p. 407.

English government.⁴⁵ Bagehot offered several reasons to support the idea that the monarch still significantly influences the British constitution, government, and its people. The first reason he presented is the certainty and simplicity of monarchy. Many individuals are often unaware of who governs them and may struggle to comprehend the intricacies of the governmental system. The nature of the constitution, the roles of political actors, the dynamics of political parties, and the complex relationships within politics all contribute to this difficulty in understanding the governing authorities. The monarch serves as a straightforward and unifying figure that people can easily identify. Bagehot argued that the monarchy provides a comprehensible point of reference for the public. To illustrate this, he compared the British monarchy to republican governments like that of France. Bagehot asserted that many individuals find it challenging to grasp the structure of a republic with its complex institutions and actors. Therefore, the fact that the monarch is embodied in a single person makes it more accessible for people to offer their support and trust. Bagehot asserted that the second reason for the monarch's utility lies in its association with religion.⁴⁶ Religion is a fundamental societal element, and the monarch embodies a religious aspect. The sanctity of religion and loyalty to the king are interconnected, strengthening the British government by fostering trust, loyalty, and obedience among the people. Thirdly, the monarch serves as the head of English society, which comprises diverse classes. The monarch is the most suitable figure to represent all segments of society. Bagehot argued that if the monarch were not the head of state, the prime minister would assume this role. However, this scenario would bring certain disadvantages to English politics and society. The potential for the prime minister to change after elections every four or five years, coupled with their role as a political party leader, makes it challenging for them to be the head of the entire society. It is evident that a politically partisan prime minister will always draw attention based on their political affiliations, rather than being a monarch with political independence. This could lead to people's support for the head of state being determined by their political views, potentially dividing society along these lines. Bagehot argued that the British community requires a head of society who should represent all societal classes, remain politically neutral, and maintain an equal distance from political actors, making the monarch the best choice for this position. Fourthly, Bagehot noted that the monarch also

⁴⁵ Walter Bagehot, *The English Constitution*, p. 61 <<https://socialsciences.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/bagehot/constitution.pdf>> Accessed 23 April 2019.

⁴⁶ Bagehot, p. 64.

embodies the head of morality.⁴⁷ Lastly, the constitutional monarch acts as a disguise. It allows for the replacement of individuals unfit for participation in elective government without causing undue disruption. Particularly when the government faces challenges and weaknesses, the monarch plays a role in effecting necessary changes.⁴⁸

Bagehot emphasized that there were two misconceptions about the sovereign during his time in constitutional theory. Firstly, the sovereign was regarded as an ‘Estate of the Realm’ and a separate, co-ordinate authority with the House of Lords and the House of Commons. In the past, he noted that the monarch had such power, but it had become clear that the monarch no longer possessed such authority. The only power recognized as the monarch’s prerogative was the legislative veto, which was practically unenforceable. Even if both houses of parliament approved the monarchy’s death warrant, the monarch was obligated to accept it. The second misconception was that the sovereign served as the executive. In contrast to the past when the monarch held an active role as the executive organ, Bagehot argued that the sovereign now played no active part in the executive branch. Instead, other actors, particularly the prime minister, had active roles in the executive.⁴⁹

Bagehot stated that sovereignty could be highly beneficial when used appropriately, wisely, and at the right time. To achieve this, certain considerations needed to be taken into account. For instance, the monarchy should remain detached from political life; otherwise, it would become political and lose its ability to contribute effectively and maintain its respected position. This could also negatively impact its other roles. For example, in a hung parliament, the monarch’s personality might influence the decision regarding the appointment of the prime minister.⁵⁰

Bagehot also mentioned that a constitutional monarch possesses three key rights: “the right to be consulted, the right to encourage, and the right to warn.”⁵¹ The monarch does not have the authority to make government decisions, a responsibility that belongs to the ministers. However, the monarch can fulfil their role by offering advice and warnings, highlighting the

⁴⁷ Bagehot, p. 72.

⁴⁸ Bagehot, p. 73.

⁴⁹ Bagehot, p. 74–75.

⁵⁰ Bagehot, p. 75–84.

⁵¹ Bagehot, p. 85.

advantages and disadvantages of various decisions. Bagehot emphasized that the monarch's sagacity and character are crucial for using this right effectively. He also noted that if the monarch lacks these qualities, it is better for them not to express their opinion to prevent situations like the reign of George III. In fact, he went as far as to state that "Constitutional royalty under an active and half-insane king is one of the worst of governments."⁵²

Another the prominent scholar who analysed the British monarch and constitutional law is Jennings. He pointed out that the most significant advantage of the constitutional monarch is their impartiality and lack of affiliation with political parties. Unlike an elected president, the monarch has no political party connections, which means they hold no loyalty or indebtedness to any specific party. This impartiality is crucial in gaining the trust of all actors, and monarch's ideas could be effective in government.⁵³ The monarch can serve as a mediator, leveraging their prestige to resolve disagreements and reduce tensions among political parties and actors. The effectiveness of this role depends on the monarch's impartiality.⁵⁴ Another role of the monarch, as emphasized by Bagehot, is as a social figure. The monarch embodies not only the political but also the social aspect. They are easily understood by the public, representing the people and expressing their unity. This role helps prevent political parties from exploiting the nation's 'national' identity for political purposes.⁵⁵ Finally, the monarch also plays a role in the 'international governmental system of Great Britain.'⁵⁶ It is worth noting that the monarch rules not only in England but also in other countries, giving them influence beyond national borders.

Jennings also explored Lord Esher's concept of the dual personality of the constitutional monarch. According to this idea, the monarch can express and defend their opinions to ministers, striving to influence them. They can use delay tactics to impact ministerial decisions, even rejecting ministerial advice until they are left with a choice between accepting it and risking the loss of their services. In other words, when the monarch rejects ministerial advice, there are two possible outcomes: the minister can agree with the monarch,

⁵² Bagehot, p. 85–93.

⁵³ Jennings, p. 328–9.

⁵⁴ Jennings, p. 382–387.

⁵⁵ Jennings, p. 390–391.

⁵⁶ Jennings, p. 392.

justifying the decision, or the minister can persist in their advice, compelling the constitutional monarch to comply with it. Jennings noted that in these instances, the monarch has exercised free will, employing prerogatives of criticism, delay, personal influence, and remonstrance.⁵⁷ The limit for the constitutional monarch is reached when the prospect of losing their ministers becomes imminent. This limit reflects the principle that ‘the King can do no wrong.’ If the monarch were free to decide and insist on their ideas, they would become a ‘free agent’ with the potential to err.⁵⁸

Furthermore, the monarch will not act unconstitutionally as long as they follow the advice of ministers supported by a majority in the House of Commons. Ministerial responsibility is therefore essential to the preservation of the monarch’s existence and their avoidance of active involvement in political debates and desires. Jennings argued that, even though the monarch lacks the power to make the final decision and override ministerial advice, they do have the right to remonstrance. The monarch uses this right for two purposes: to address their own conscience and to place the entire responsibility for the advice provided squarely on the shoulders of the Ministry.⁵⁹ Jennings also claimed that personal prerogatives, such as the appointment of the prime minister, may be exercised by the monarch without the advice of ministers.

Jennings pointed out several disadvantages of being a monarch. Firstly, the monarch never assumes responsibility because doing so invites criticism. The monarch lacks the right to criticize as they must remain impartial and free from direct involvement in political matters. Secondly, the monarch cannot take an active position without becoming embroiled in political discussions, placing them in a very vulnerable position. Lastly, the monarch is often isolated from the general population. Their thoughts cannot be publicly expressed and are only shared with specific authorities and individuals. Consequently, being a monarch limits their freedom and necessitates living within a defined structure.⁶⁰

Similar to Bagehot, Jennings emphasized that the influence of sovereignty depends on the personality and ability of the current monarch. He provided Queen Victoria as an exemplary case, illustrating how her personality

⁵⁷ Jennings, p. 337.

⁵⁸ Jennings, p. 337.

⁵⁹ Jennings, p. 338.

⁶⁰ Jennings, p. 341.

significantly impacted British political history. She wielded influence over ministers, the prime minister, and the cabinet, shaping decisions. In contrast, King Edward, due to his different personality, had less influence on political life. Jennings also cited the example of King George V, who had connections with political parties and was considered a less favourable model.⁶¹

In essence, the influence of the monarch relies on their capacity for hard work, powers of perception, and their personality. It is essential to note that the monarch doesn't possess decision-making power but offers advice and attempts to guide decision-makers, including the prime minister and ministers.⁶² Therefore, the personalities of both the monarch and these individuals are pivotal.

IV. THE CURRENT POSITION OF MONARCHY

To comprehend the current role of the British Monarch, it is essential to explore their functions, powers, impartiality, and accountability. This article aims to demonstrate that the monarchy operates as a constitutional monarchy with no signs of absolute rule. As such, it continues to exist without posing a significant problem and offers several benefits.

A. Functions of Monarch

In the UK constitution today, the monarch serves various crucial functions. Firstly, as the constitutional head of state, the monarch performs essential constitutional duties that are vital for the establishment and functioning of the British government. These include specific formalities carried out exclusively by the monarch, such as granting Royal Assent to legislation, appointing the prime minister, forming a government, and dissolving Parliament. These functions are often referred to as constitutional functions.⁶³ Indeed, the monarch has the right to decide these matters according to their wishes, in practice, they act in accordance with established conventions. For instance, while the monarch possesses the formal right to refuse Royal Assent to legislation, this authority has not been practically exercised for centuries. The most recent instance of Royal Assent being declined occurred back in 1707 when Queen Anne withheld her assent from a bill related to the militia in

⁶¹ Jennings, p. 372–374.

⁶² Jennings, p. 378.

⁶³ Bogdanor, p. 410.

Scotland.⁶⁴ As seen today, it is merely a constitutional formality. The second role is the ceremonial function, in which the monarch undertakes various ceremonial duties. For instance, the annual Queen's/King's Speech during the state opening of Parliament is one of the most well-known ceremonial tasks. The third function is symbolic. The monarch not only holds the position of head of state but also symbolizes the nation itself. The monarch represents the unity of the nation and embodies the authority of the state. As a result, they actively participate in national ceremonies and commemorations as the head of the nation.⁶⁵ In 2019, Queen Elizabeth II engaged in approximately 300 public events, while Prince Charles participated in around 520. Notably, a total of 15 individuals from the royal family were collectively involved in 3,567 public engagements during the same year.⁶⁶ Additionally, in the capacity of head of state, the monarch represents the nation at the international level, enhancing the UK's presence on the global stage.⁶⁷

Another significant function of the British monarch lies in their role in international relations and diplomatic affairs. The monarch frequently appears on both national and international platforms and is often associated with recollections of 'imperial glory.' This distinctive characteristic sets the British monarchy apart from its counterparts in the Netherlands, Belgium, and Scandinavia.⁶⁸ Currently, British King Charles III serves two vital roles in foreign affairs. Firstly, as the head of state not only in the United Kingdom but also in some other countries (comprising 15 countries including the UK), including Canada, Jamaica, New Zealand, and Australia, which were former colonies of the British Empire. These countries have retained the UK monarch as their head of state, and the monarch carries out formal duties for them. In these nations, the monarch appoints governor-generals who represent the monarch and exercise specific powers on their behalf. For example, in Canada, the office of the governor general involves significant responsibilities, such as representing Canada abroad, signing treaties and declarations of war, summoning, proroguing, and dissolving Parliament, granting Royal Assent,

⁶⁴ Yann Allard-Tremblay, "Proceduralism, Judicial Review and the Refusal of Royal Assent", 33 *Oxford Journal of Legal Studies*, 2013, p. 379.

⁶⁵ Bogdanor, p. 410.

⁶⁶ UCL, What Is the Role of the Monarchy?, *The Constitution Unit*, 2021, <<https://www.ucl.ac.uk/constitution-unit/explainers/what-role-monarchy>> Accessed 6 November 2023.

⁶⁷ Leyland, p. 90.

⁶⁸ Leyland, p. 81.

and undertaking various ceremonial tasks that contribute to fostering a sense of identity and receiving foreign dignitaries.⁶⁹ Governor-generals are typically appointed by the monarch on the advice of the prime minister of the respective country and serve for five years. Secondly, the monarch serves as the head of the modern Commonwealth, comprising 56 countries, formed in 1949.⁷⁰ Although this position holds no constitutional function and is purely symbolic, it still plays an influential role in international relations.⁷¹

There are also other functions, such as the monarch serving as the commander in chief of the armed forces, calling elections, making appointments and granting honors, following ministerial advice and adhering to collective responsibility, and serving as the Head of the Church of England. As can be seen, the monarch is a vital part of the constitution.

B. The Powers of the Monarch: Royal Prerogative

The powers of the monarch, with their historical origins extending into the present day, play a fundamental role in defining the monarch's position within the British government. To grasp this concept, it is crucial to refer to legal scholars like Dicey, who described it as 'the residue of discretionary or arbitrary authority, which at any given time is legally left in the hands of the Crown.'⁷² Another notable definition comes from Blackstone, it is in its nature 'singular and eccentric; that it can only be applied to those rights and capacities which the King enjoys alone, in contradistinction to others, and not to those he enjoys in common with any of his subjects.'⁷³ In the modern context, the concept of prerogative remains highly relevant in facilitating the efficient operation of government.⁷⁴

Royal prerogative is typically divided into two categories: political

⁶⁹ The Governor General - Canada.Ca, <<https://www.canada.ca/en/canadian-heritage/services/crown-canada/governor-general.html>> Accessed 6 November 2023.

⁷⁰ Our History | Commonwealth, <<https://thecommonwealth.org/history>> Accessed 6 November 2023.

⁷¹ Robert Blackburn, *King and Country: Monarchy and the Future King Charles III*, Politico's Publishing Ltd, 2006, p. 10–12.

⁷² Albert V Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Roger E Michener ed, 8Rev Edition, Liberty Fund Inc, 1982, p. 282.

⁷³ Sir William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England in Four Books*, George Sharswood ed, Liberty Fund, Inc, 1893, 162 <https://files.libertyfund.org/files/2140/Blackstone_1387-01_EBk_v6.0.pdf>.

⁷⁴ Leyland, p. 83.

prerogative (or general) and personal prerogative.⁷⁵ Political prerogative encompasses powers exercised by the government, including the prime minister, ministers, and other officials on behalf of the monarch. These prerogatives primarily concern how the state is governed, such as declarations of war and peace, issuing passports, defence of the realm, and prerogative of mercy. The monarch is not authorized to exercise these prerogatives independently. They are exclusively employed based on the advice of ministers, thus rendering the monarch's role non-accountable and non-political. On the other hand, personal prerogative refers to prerogatives that only the monarch can personally exercise.⁷⁶ While the monarch possesses considerable powers in this realm, such as appointing the prime minister, appointing and dismissing ministers, and granting Royal Assent to legislation, these powers are no longer exercised freely or arbitrarily. Various elements, including constitutional conventions, Acts of Parliament, constitutional principles (particularly the rule of law), restrict the monarch's use of these personal powers. Furthermore, non-political factors such as the media, non-governmental organizations, and public opinion also serve as checks on the monarch.

For instance, the prerogative power associated with the appointment of a prime minister plays a pivotal role in the relationship between the head of state and the head of government. Under normal circumstances and even in exceptional situations, the appointment of a prime minister follows different procedures, leading to debates about the extent of the sovereign's prerogative in this matter. Under typical circumstances, the leader of the majority party, determined through the general election results, is invited to the palace by the sovereign. In this scenario, the sovereign doesn't possess the authority to select the prime minister. Instead, the sovereign must appoint the party leader who holds the overall majority in the House of Commons as the prime minister.⁷⁷ Similarly, in the event of a prime minister's death or resignation, a new party leader is chosen through the party's electoral process and subsequently called to the palace by the sovereign for appointment as the prime minister. In cases of a hung parliament, where a single-party majority government isn't established after a general election, a debate arises about the monarch's discretion in appointing the prime minister. This situation has occurred five times in the UK during the 20th and 21st centuries (1923, 1929, 1974, 2010 and 2017).

⁷⁵ Leyland, p. 84.

⁷⁶ Leyland, p. 87–89.

⁷⁷ Blackburn, p. 86; Bogdanor, p. 84.

Some argue that the monarch can actively participate in appointing the prime minister during a hung parliament. Proponents of this view, such as Jennings, claim that the monarch can exercise their prerogative power to appoint a prime minister in such situations by stating that ‘There is no controversy that she need not accept advice as to the appointment of a prime minister’.⁷⁸ The argument is based on the absence of a clear rule for government formation during a hung parliament. However, it is quite difficult to accept this approach today. An opposing view holds that there is a regular procedure for appointing a prime minister even in a hung parliament. According to Blackburn, the process involves ‘the incumbent prime minister having the first opportunity to continue in office and form an administration.’ If they are unable to do so (and resigns or is defeated on the Address at the meeting of Parliament), the leader of the largest opposition party is appointed as the prime minister.⁷⁹

It is worth noting that prerogative powers, including political ones, are subject to various constraints imposed by parliament, judicial decisions (as demonstrated in the GCHQ Case), and established conventions. Therefore, the monarch does not have real powers that they can freely exercise, but instead, they serve as a symbolic figure that helps the system to continue functioning.

C. Impartiality and Accountability of the Monarch

As explained above, the modern constitutional monarchy in Britain mandates that the monarch refrains from taking an active role in the executive functions. As Bagehot aptly noted, the monarch’s involvement lies primarily in the dignified part of the constitution, not the effective part.⁸⁰ Thus, the monarch fulfils the vital duty of representing and uniting the entire nation by remaining impartial and abstaining from active participation in politics. This impartiality of the head of state in the United Kingdom is widely recognized as a significant asset.

In countries with republican parliamentary or semi-presidential government systems, the head of state (often called the president) and the head of government are typically separate roles. However, the task of representing the entire nation is more challenging in such countries compared to monarchical parliamentary systems. The main reason for this is that the

⁷⁸ Jennings, p. 394.

⁷⁹ Blackburn, p. 88.

⁸⁰ Bagehot, p. 44.

head of state in republican systems is usually elected, either directly by the people or indirectly through a representative body, typically the legislature.⁸¹ In such cases, presidential candidates are often former political figures or individuals supported by political parties, as securing their support is essential for election. This can lead to the elected president engaging in conflicts with other state actors, such as the prime minister or the government, justifying their involvement based on the direct mandate from the public.⁸² Irish, Polish, Lithuanian, and Romanian Presidents are examples of such cases.⁸³ In some instances, indirectly elected presidents also actively participate in political affairs, as seen in countries like Turkey and Italy.⁸⁴

It should be noted that the impartiality and non-political stance of the head of state depend on various factors, including constitutionally granted presidential powers, the personality of the president, and their relationships with other state institutions, particularly the legislature and the government. In a monarchical system, the head of state's position is determined through hereditary succession, making it easier for constitutional monarchs to maintain impartiality, as they cannot claim their decisions are legitimized by direct or indirect election. Nevertheless, there is still a possibility for an elected head of state to represent the entire nation impartially and avoid political affiliations. This can be achieved through constitutional provisions, such as the requirement for the president to sever ties with political parties after election, such as before the 2017 Constitutional amendments in Turkey, Article 101 of the 1982 Constitution.⁸⁵ Despite such measures aimed at ensuring impartiality and staying inactive in politics, the ability of representing the nation as the head of state remains controversial in republican parliamentary systems. There are many examples of this, such as Italy, Turkey, and Ireland.

Impartiality in political relations is a critical criterion for maintaining a

⁸¹ Margit Tavits, *Presidents with Prime Ministers: Do Direct Elections Matter?*, Oxford University Press, 2008, p. 1.

⁸² Maurice Duverger, "A New Political System Model: Semi-Presidential Government", 8 *European Journal of Political Research*, 1980, p. 165; Octavio Amorim Neto and Kaare Strøm, "Breaking the Parliamentary Chain of Delegation: Presidents and Non-Partisan Cabinet Members in European Democracies", 36 *British Journal of Political Science*, 2006, p. 619.

⁸³ Tavits.

⁸⁴ Tavits, p. 13.

⁸⁵ The Constitution of the Republic of Turkey 1982.

constitutional monarchy.⁸⁶ To ensure this in the UK, the monarch exercises most of their powers based on the advice of ministers. It is important to note that the term ‘advice’ here has a specific meaning. While the individual receiving the advice has the freedom to accept or reject it, in the context of a constitutional monarchy, it means that the monarch has no choice but to accept the advice of the ministers. These advisories are usually accepted, unless they clearly violate an Act of Parliament or the constitution.

A recent example of the significance of this principle is the case of *R (Miller) v The Prime Minister and Cherry v Advocate General for Scotland* (2019), also known as *Miller II*. In this case, Prime Minister Boris Johnson advised Queen Elizabeth II to prorogue Parliament under the prerogative power, for an unusually extended period, in an attempt to avoid further debates in Parliament regarding Brexit. This advice was met with controversy, with claims that the government was using prorogation to bypass parliamentary oversight. The UK Supreme Court ultimately declared the prime minister’s advice as unlawful.⁸⁷ Even in this case, Queen Elizabeth II accepted the advice of the prime minister to maintain her impartiality and non-political role. This allowed the prime minister to take responsibility for the decision, aligning with the principle of non-accountability of the monarch.

In essence, the monarch is not in a position to express political opinions or engage in political affairs. The monarch understands that rejecting ministerial advice could lead to irreparable consequences, including the resignation of the government or questions regarding the monarch’s role. Originally, the principle of acting on ministerial advice aimed to prevent the monarch from exercising powers arbitrarily and to safeguard the rights of Parliament and individuals. It was a means of balance. Today, its purpose is to shield the monarch from political influences and disputes, thereby upholding their impartiality. As a natural consequence of not possessing discretionary power, the monarch is not held accountable for their actions. Instead, responsibility lies with the ministers who provide advice and hold real power, answering to Parliament and the people.⁸⁸

⁸⁶ Bogdanor, p. 414.

⁸⁷ *R, on the application of Miller; Appellant v The Prime Minister; Respondent, Cherry and others, Respondents v Advocate General for Scotland, Appellant, Scotland*, The Supreme Court.

⁸⁸ The monarch’s liability in contract (section 1) and tort (section 2) was regulated by the Crown Proceedings Act of 1947.

See more information: Crown Proceedings Act 1947.

According to Anson, this principle imposes three key duties on the monarch:

a) The monarch should not seek advice from anyone but ministers on state affairs unless ministers' consent. b) The monarch should not make public statements on state affairs without consulting ministers. c) The advice of the cabinet should be accepted by the monarch and supported as long as the cabinet remains in office, as the monarch's servants.⁸⁹

All of these tasks are essential to keep the monarchy free from political influences and controversies.

CONCLUSION

In conclusion, the difference between constitutional monarchy and absolute monarchy is evident. The transition from absolute monarchy to constitutional monarchy in England occurred over an extended period, resulting in a monarchy that aligns with the constitution and poses no threats to the country, offering several benefits, as mentioned earlier. In contemporary practice, legislative, executive, and judicial powers are no longer exercised by the monarch. The executive authority that the monarch once wielded has transitioned to the cabinet and the prime minister's office, with various factors influencing the exercise of executive power, including the prime minister's personality, party's parliamentary strength, ability to control the party, cabinet members, political parties, parliament, and public opinion.

Over time, the monarchy has faced criticism in the media and public,⁹⁰ often focusing on issues like royal marriages (particularly, the death of Princess Diana⁹¹ and the tensions between Harry and Meghan and the rest of the royal family⁹²), economic costs to taxpayers, promotion of a class-based system, and scandals involving royal family members (particularly,

⁸⁹ Anson ; Bogdanor, p. 414.

⁹⁰ Leyland, p. 95–96.

⁹¹ See more information:

Robert Worcester, "The Power of Public Opinion: Diana, Princess of Wales", 39 Market Research Society. Journal, 1997, p.1.

⁹² See more information:

Ben Quinn, Prince Harry and Meghan v the Palace: Timeline of a Royal Crisis, *The Guardian*, 5 March 2021, <<https://www.theguardian.com/uk-news/2021/mar/04/sussexes-v-buckingham-palace-timeline-of-a-royal-crisis>> Accessed 7 November 2023.

allegations regarding Prince Andrew, such as profligacy and sexual abuse⁹³). Nonetheless, the monarchy remains a widely supported institution, particularly Queen Elizabeth II.⁹⁴ The British monarchy holds significant importance in the realm of constitutional affairs, as the reigning monarch, whether a King or Queen, symbolically embodies the nation as the head of state, strengthening the connection with the country's historical constitutional heritage.⁹⁵

It is worth noting that the British monarchy continues to evolve in response to changing laws and contemporary societal demands. This adaptability prevents it from becoming obsolete and contributes to its enduring support. A prominent example of this evolution is the Succession to the Crown Act of 2013, which marked a significant departure from the traditional male primogeniture system. Under the previous system, younger sons could supersede elder daughters in the order of succession to the throne. The Act also eliminated provisions that had previously disqualified individuals who married Roman Catholics from the line of succession.⁹⁶ As a result of the Act, the primogeniture principle now dictates that the eldest offspring, regardless of gender, is entitled to ascend to the throne.

As a result, it is highly likely that the British monarchy will continue to exist in the near future.

⁹³ Prince Andrew, Settles Sexual Abuse Lawsuit With Virginia Giuffre - The New York Times, <<https://www.nytimes.com/2022/02/15/nyregion/prince-andrew-virginia-giuffre-settlement.html>> Accessed 7 November 2023.

⁹⁴ The Most Popular Royalty in the UK | Politics | YouGov Ratings, <<https://yougov.co.uk/ratings/politics/popularity/royalty/all>> Accessed 6 November 2023.

⁹⁵ Leyland, p. 97.

⁹⁶ Succession to the Crown Act 2013; Succession | The Royal Family, <<https://www.royal.uk/succession>> Accessed 26 April 2021.

References

- Allard-Tremblay Y, Proceduralism, Judicial Review and the Refusal of Royal Assent, 33 Oxford Journal of Legal Studies 379, 2013.
- An Introduction to Tudor England | English Heritage <<https://www.english-heritage.org.uk/learn/story-of-england/tudors/>> Accessed 6 November 2023.
- Anglo-Saxons: A Brief History / Historical Association, <<https://www.history.org.uk/primary/resource/3865/anglo-saxons-a-brief-history>> Accessed 6 November 2023.
- Anson WR, *The Law and Custom of the Constitution Volume 2*, Oxford University Press, 1935.
- Bagehot W, The English Constitution, <<https://socialsciences.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/bagehot/constitution.pdf>> Accessed 23 April 2019, p. 44-93.
- Bingham T, *The Rule of Law*, Penguin Books, 2011.
- Blackburn R, *King and Country: Monarchy and the Future King Charles III*, Politico's Publishing Ltd, 2006, p. 10-88.
- Blackstone SW, *Commentaries on the Laws of England in Four Books*, George Sharswood Edition, Liberty Fund, Inc 1893, <https://files.libertyfund.org/files/2140/Blackstone_1387-01_EBk_v6.0.pdf>
- Blake R, "The Crown and Politics in the Twentieth Century" in Jeremy Murray-Brown (ed), *The Monarchy and its future*, Allen & Unwin, 1969.
- Bogdanor V, "The Monarchy and the Constitution", 49 Parliamentary Affairs 407, 1996, p. 407-414.
- *The Monarchy and the Constitution*, Oxford University Press, 1998, p 1-16.
- Buckley S, *The Prime Minister and Cabinet*, Edinburgh University Press, 2006.
- Cannon J and Griffiths RA, *The Oxford Illustrated History of the British Monarchy*, Oxford University Press, 1988.

- Charles I, r. 1625-1649, | The Royal Family <<https://www.royal.uk/charles-i>> Accessed 6 November 2023.
- Dicey AV, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Roger E Michener ed, 8Rev Ed edition, Liberty Fund Inc, 1982.
- Duverger M, “A New Political System Model: Semi-Presidential Government”, 8 *European Journal of Political Research* 165, 1980.
- George I (r. 1714-1727) | The Royal Family <<https://www.royal.uk/george-i>> Accessed 6 November 2023.
- Grant M, *UK Parliament*, Edinburgh University Press 2009 p. 2-4, <<http://ebookcentral.proquest.com/lib/kcl/detail.action?docID=434303>> Accessed 11 November 2018.
- Hardie F, *The Political Influence of the British Monarchy, 1868-1952*, Harper & Row 1970.
- James II, r.1685-1688 <<https://www.royal.uk/james-ii>> Accessed 25 October 2023.
- Jennings I, *Cabinet Government*, 3 edition, Cambridge University Press, 1969, p. 328-394.
- Jobson R, *King Charles: The Man, the Monarch, and the Future of Britain*, Diversion Books, 2019.
- Leyland P, *The Constitution of the United Kingdom: A Contextual Analysis*, 3. Revised Edition, Hart Publishing, 2016 p. 16-89.
- , *The Constitution of the United Kingdom: A Contextual Analysis*, 4. Edition, Hart Publishing, an imprint of Bloomsbury Publishing, 2021, p. 83-97.
- Morris RM, “The Future of the Monarchy: The Reign of King Charles III” in Robert Hazell (ed), *Constitutional Futures Revisited*, Palgrave Macmillan UK, 2008, <http://link.springer.com/10.1057/9780230595088_9> Accessed 6 November 2023.
- Neto OA and Strøm K, “Breaking the Parliamentary Chain of Delegation: Presidents and Non-Partisan Cabinet Members in European Democracies”, 36 *British Journal of Political Science*, 619, 2006.

- Norton P, “The Glorious Revolution Of 1688 Its Continuing Relevance”, 42 *Parliamentary Affairs* 135, 1989, p. 135-137.
- , “The Core Executive: The Prime Minister and Cabinet” in Bill Jones and Philip Norton (eds), *Politics UK*, 8. Edition, Pearson, 2013, p. 375.
- , “The Crown” in Bill Jones and Philip Norton eds, *Politics UK*, 8. Edition, Pearson, 2013, p. 274-277.
- “Our History | Commonwealth” <<https://thecommonwealth.org/history>> Accessed 6 November 2023.
- Owen JB, George II Reconsidered, in Lucy Stuart Sutherland and others eds, *Statesmen, scholars and merchants: essays in eighteenth-century history presented to Dame Lucy Sutherland*, Clarendon Press, 1973.
- Owens E, *After Elizabeth: Can the Monarchy Save Itself?*, Bloomsbury Continuum, 2023.
- Prince Andrew Settles Sexual Abuse Lawsuit With Virginia Giuffre - The New York Times <<https://www.nytimes.com/2022/02/15/nyregion/prince-andrew-virginia-giuffre-settlement.html>> Accessed 7 November 2023.
- Quinn B “Prince Harry and Meghan v the Palace: Timeline of a Royal Crisis” *The Guardian* (5 March 2021) <<https://www.theguardian.com/uk-news/2021/mar/04/sussexes-v-buckingham-palace-timeline-of-a-royal-crisis>> Accessed 7 November 2023.
- Reformact1832 <<https://www.parliament.uk/about/living-heritage/evolutionofparliament/houseofcommons/reformacts/overview/reformact1832/>> Accessed 6 November 2023.
- Schwoerer LG, *The Declaration of Rights 1689*, Johns Hopkins University Press, 1981.
- Succession | The Royal Family <<https://www.royal.uk/succession>> Accessed 26 April 2021.
- Tavits M, *Presidents with Prime Ministers: Do Direct Elections Matter?*, Oxford University Press, 2008, p.1-13.
- The Governor General - Canada.Ca, <<https://www.canada.ca/en/canadian-heritage/services/crown-canada/governor-general.html>> Accessed 6 November 2023.

The Most Popular Royalty in the UK | Politics | YouGov Ratings <<https://yougov.co.uk/ratings/politics/popularity/royalty/all>> Accessed 6 November 2023.

The Stuarts | The Royal Family <<https://www.royal.uk/stuarts>> Accessed 6 November 2023.

Tomkins A, *Public Law*, Oxford University Press USA, 2003, p. 40-61.

UCL, What Is the Role of the Monarchy?, *The Constitution Unit*, 8 November 2021, <<https://www.ucl.ac.uk/constitution-unit/explainers/what-role-monarchy>> Accessed 6 November 2023.

United Kingdom - Normans, 1066-1154, Monarchy | Britannica, <<https://www.britannica.com/place/United-Kingdom/The-Normans-1066-1154>> Accessed 6 November 2023.

Worcester R, The Power of Public Opinion: Diana, Princess of Wales, 39 Market Research Society, Journal. 1, 1997.

Ron the application of Miller, Appellant v The Prime Minister, Respondent, Cherry and others, Respondents, v Advocate General for Scotland, Appellant, Scotland, The Supreme Court.

Crown Proceedings Act 1947.

Succession to the Crown Act 2013

The Constitution of the Republic of Turkey 1982.

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

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVIII Nisan / April 2024 Sayı / No. 2

ÖZNE, HUKUK VE HAK*

SUBJECT, LAW AND RIGHT

Yahya Berkol GÜLGEÇ** 

ÖZET

[-10.34246/ahbvuhfd.1423032](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1423032) 

“Bilen varlık” ve “eyleyen varlık” olmak üzere iki tip özne tanımı olduğun söyleyebiliriz. Saf “eyleyen varlık” anlamıyla hukukun öznesi yalnızca asli kurucu iktidar olabilir. Bütün diğer hukuk özneleri “hukuku bilip ona göre eylemek” kapasitesine sahip olmaları gerektiği için aynı anda hem bilen hem eyleyen özne olmak durumundadır. Gerçek kişilerden bağımsız bir bilme ve eyleme kapasitesi olamayacağı için tüzel kişilerin ayrı birer hukuk öznesi olarak kabul edilmesi için bir sebep bulunmamaktadır. Hayvanların hukukun öznesi olup olamayacağı tamamen onların bilişsel kapasitesiyle ilgilidir. Bu anlamda, insan dışındaki çoğu canlı varlık hukukun öznesi olamaz. Yapay zekâ dışındaki cansız varlıkların da yine bilişsel kapasite eksikliği dolayısıyla hukukun öznesi olamayacağını söyleyebiliriz. Haklar açısından ise durum farklı olacaktır. Hak normları genellikle hak sahibi dışındakilere yükümlülük yükleyen normlar olarak anlaşılabilir. Bir başka deyişle, her hak tanyan normu yükümlülük yükleyen bir norm olarak ve eksiksiz biçimde yeniden ifade edebiliriz. Bundan ötürü, hak sahibi olacak olan varlığın hukuku bilme veya hukuka göre eyleme kapasitesine sahip olması hak normlarının deontik yapısı nedeniyle şart değildir. Bu durumda, hukukun öznesi olamayacağına hükmettiğimiz cansız

* Bu çalışmanın ilk hâli 1-5 Şubat 2023 tarihleri arasında Antalya’da Türkiye Felsefe Kurumu tarafından düzenlenen “Cumhuriyetin 100. Yılında Türkiye’de Felsefe Kongresi”nde sunulmuştur.

** **Dr. Öğr. Üyesi**, Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı/BURSA, **e-posta:** ybgulgec@uludag.edu.tr, **ORCID:** 0000-0002-2577-5799, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1423032.

- **Atf Şekli/ Cite As:** Gülgeç Y. B., “Özne, Hukuk ve Hak”, *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28(2), 2024, s.429-453.
- **İntihal / Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*



varlıkların ve hayvanların hak sahibi olabileceklerini söyleyebiliriz.

Anahtar Kelimeler: Öznelik, Hukukun öznesi, Hak sahibi, Hak teorisi, Yükümlülük.

ABSTRACT

There are two types of subjects: the “knowing entity” and the “acting entity”. The subject of law in its meaning as the pure “acting entity” can only be the primary constituent power. All other subjects of law must be simultaneously the knowing and the acting subject because they must possess the capacity to know and act according to the law. Whether animals could qualify as subjects of law depends entirely upon their cognitive capacities. It is obvious that living creatures other than human beings will likely fail to qualify as subjects of law. Similarly, inanimate entities other than artificial intelligence would also fail to qualify as subjects of law due to their lack of cognitive capacities. However, the situation is different with respect to rights. Right norms can generally be understood as norms obligating those other than the right holder. In other words, each right norm could be perfectly re-expressed as an obligating norm. Therefore, due to the deontic structure of right norms, the right holders do not have to possess the capacity to know and act according to the law. Consequently, those entities that cannot qualify as subjects of law can perfectly be designated as right holders.

Keywords: Subjectness, The subject of law, Right holder, Theory of rights, Obligation.

EXTENDED SUMMARY

The subject is an entity that possesses either the capacity to “know” or to “act”. The subject of law could be both, the entity that can know the law and the entity that has the capacity to create (by means of acting) or to act in accordance with the law. Let us elaborate on the acting subject of the law. In law, the convergence between the actual act and the norm-act, that is, the act that is required by a legal norm, can appear either as conformance or compliance. Compliance requires that the act of the agent converges with the norm-content because the agent acts by taking the relevant norm into consideration. This seems to be the proper meaning of an acting legal subject. The peculiar result of this is that the acting subject of the law is also required to be the knowing subject of the law: It is impossible for an agent to be the acting subject without this agent also being capable of knowing the content of the norm. The only exception to this, i.e. the only purely acting subject of the law, can only be the primary constituent power.

Based on this framework it can be evaluated whether different categories of entities can qualify as legal subjects. Legal persons do not possess a capacity for knowledge or action distinct from the capacities of individuals involved in the constitution of those legal persons. Therefore, they cannot have a separate status of legal subjectness. Living entities other than human beings must be judged according to their individual capacities. Known plants lack the capacity to qualify as legal subjects. The situation

with regard to animals is more complicated. For, all that is required to qualify as a legal subject is the capacity to know and to act in accordance with legal norms. It is not required that the subject is at least as intelligent or as capable of comprehending complex norm structures as human beings. Depending on the individual capacities of the members of a species, it may be possible for an animal to qualify as the subject of the law. The decision regarding the mental capacities of animals falls outside the scope of this paper. On the other hand, extraterrestrial living beings should be judged exactly in the same manner. Whether they can or cannot qualify as legal subjects depends on their capacity to know and act in accordance with legal norms. It is obvious that inanimate objects cannot be legal subjects. Mountains, plains, rivers, and the like cannot be the subjects of the law. The only suitable candidate in this category provided that it is sufficiently sophisticated, seems to be artificial intelligence. Once sufficiently developed, there is no reason to think that inanimate entities with artificial intelligence cannot be legal subjects.

This rather restrictive picture regarding the candidates of legal subjectness has no bearing on legal right-holding. Right-norms are deontic equivalents of obligating norms: they impose obligations on legal subjects other than the right holder (and, sometimes, simultaneously on the right holder as well). Therefore, it is not required for a right holder to qualify as a legal subject. This opens the possibility of mountains, rivers, and unintelligent animals, that cannot qualify as legal subjects to be legal right holders: If it is an entity other than the right holder that is obligated by a right-norm, it is this entity that needs to qualify as a legal subject, not the right holder. The subject of a right-norm, on the other hand, would be the entity obligated by the right-norm, not the right holder.

This initial argument faces two problems. The first relates to an assumption of this paper that legal rights are legally protected interests. Accordingly, only living beings can have interests. The paper calls this supposed objection “biological fetishism” and argues against it. The second objection propounds that the capacity to claim the right is a necessary quality of the subjects of right-norms and that obligated entities cannot be the subjects of right-norms. I present a counter-argument based on the distinction between the subject of the right-norm and the subject of the norm that grants the power of claiming a right. Ultimately, the paper defends that the presented distinction between right holders and the subjects of right-norms holds.

GİRİŞ

Georges Burdeau'nun “insan, insana itaat etmemek için devleti icat etti”¹ sözünden ilham alan Kemal Gözler, kanımca Türkçe hukuk literatüründe

¹ Georges Burdeau, *L'État*, Seuil, 1970, s. 15.

yazılmış en iddialı eserlerden biri olan “Yorum İlkeleri”nde şöyle demektedir: “*İnsan, insana itaat etmemek için hukuku icat etti*”². Bir başka deyişle, insan insana değil, hukuka itaat etmelidir.

Oysa yalnızca iradesi olan varlıklara itaat edilebilir. Bunun dışındaki herhangi bir itaat ancak metafor niteliği taşıyabilir³. Burada hukukun kişileştirilmesi başka bir amaca daha hizmet eder: Hukukun aracılığına ve koşulları iyileştirici etkisine rağmen insanın insana itaatının devam ettiği gerçeğinin gizlenmesi. Gizlenmek istenen hâlâ var olduğu ve insanların itaat ettiği hukuk normlarının içeriğini gerçek anlamda belirleyen bir irade sergilediği için, hukukun öznesi, hak ve yükümlülüklerin öznesi gibi temel teorik konulardaki çıkarımları, gizlenen üzerinden yapmanın daha sağlıklı olduğu kanısındayım. Bu tür konularda hukuk diline yerleşmiş birtakım ifadelerle esasen ne kastettiğimizi irdelemeli ve görünüşteki ifadenin göndermede bulunduğu bir “asıl ilişki” veya “asıl durum” mevcutsa, bu asıllara göre çıkarımlarda bulunmalıyız.

Hukuk söz konusu olunca kimin kime itaat ettiği, birinin bir başkasına itaat edip etmediği gibi hususlar aynı zamanda hukukun öznesine ilişkin tartışmalarla da ilgilidir. Özne felsefesinin temel kavramlarından biriyken hukukbilimin (*jurisprudence*) ilgisini yeterince çekmemiştir. Hukukbilim özne kavramındansa muhatap kavramına odaklanmıştır. Bu kısa çalışmada hukukun öznesinin ne gibi nitelikler taşıyabileceğini irdeleyeceğim. Ardından “hakların öznesi”ne ilişkin bazı tartışmalar yürüteceğim. Neticede hak tanıyan hukuk normlarının öznesinin “hak sahipleri” olmadığını, en nihayetinde hakların öznesi tartışmasının hukukun öznesi tartışmasından tamamen bağımsız olduğunu ve hukukun öznesi niteliği taşımayan varlıkların da “hak sahibi” statüsü taşıyabileceğini iddia edeceğim.

² Kemal Gözler, “Yorum İlkeleri”, Ozan Ergül (Ed.), *Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaştırması*, KHP-TBB, 2013, s. 15.

³ Benzer bir durum Joseph Raz ve Robert Alexy’nin teorilerinde örneğine rastladığımız hukuk sisteminin bir iddiada bulunduğu fikri açısından da söz konusudur (örn. bkz. Joseph Raz, *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford University Press, 2009, s. 111-112; Robert Alexy, *The Argument From Unjustice: A Reply to Legal Positivism*, Oxford University Press, 2004, s. 34). İddia bir konuşma edimi olarak hukuk sistemi tarafından dile getirilemez. Burada ya hukukun kişileştirilip, iddianın bir metafor olarak kullanılması söz konusudur ya da basit bir biçimde hukuk sistemindeki yetkililerin reel iddialarından bahsediliyordu (bkz. Neil MacCormick, “Why Law Makes No Claims”, George Pavlakos (Ed.), *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, 2007, s. 59).

I. ÖZNE KAVRAMI VE HUKUKUN ÖZNESİ

Bu kısımda öncelikle hukukun aktif ve pasif özne ismini vereceğim iki tür öznesi olabileceğinden bahsedecek ve bu iki özne türü arasındaki ilişkiye değineceğim. Bu açıklamalar ışığında farklı varlık kategorilerinin hukuk öznesi olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ilişkin bazı çıkarımlarda bulunacağım. Bu bağlamda tüzel kişiler, insan dışındaki canlı varlıklar ve cansız varlıkları dikkate alacağım.

A. Hukukun İki Öznesi

Özne en genel ifadesiyle eyleyen veya bilen varlığı ifade eder. Bu anlamda öznenin pratik ve epistemolojik açıdan iki farklı anlamı olduğunu söyleyebiliriz. Bu durumda “hukukun öznesi” ile ifade edilen nedir? Hukukun eyleyeni veya hukukun bileni. “Hukukun eyleyeni” kimdir? Akla iki olasılık geliyor. Bunlardan ilki hukuku yaratan öznedir: iradesiyle hukuku ortaya çıkaran. Buna şimdilik aktif özne diyelim. Hukukun eyleyeninden anlaşılacak bir diğer husus ise “hukuka göre eyleyen”dir. Hukuku değiştirmeden ona göre eyleyen özneye “pasif özne” diyelim. Pasif özne aşağıda ele alacağım muhatap kavramına yaklaşan bir anlam kazanır: Eylemi hukuka uyması gereken/eylemi hukuka uygun olan. Bu ikinci anlam üzerinde biraz daha duralım.

Uygun davranmak ve uymak fiilleri arasında bir ayırım gözetmek mümkündür. Raz bunu İngilizce “*comply*” ve “*conform*” fiilleri arasında yapar⁴. Bu ayrımı Normativite ve Pozitivizm’de sırasıyla uymak ve uygun davranmak ile karşılamışım⁵. Buna göre, uyma eylemi uyanın bilinçli bir eylemini gerektirir. Uyan varlık⁶ normun gereğinin farkındadır ve eylemini bilinçli bir biçimde norma göre ayarlar. Uygun davranma ise uymaktan daha geniştir. Muhatap bilerek veya bilmeyerek bir norma uygun davranabilir. Anayasa öyle gerektirdiği için değil, böylesinin daha adil olduğunu düşündüğü için kararlarını salt çoğunlukla alan bir parlamento anayasaya uymaz; ona uygun davranır. Yani eylem ile normun gerektirdiği arasındaki salt örtüşmeye uygunluk diyebiliriz.

⁴ Joseph Raz, *Practical Reason and Norms*, Oxford University Press, 1999, s. 184.

⁵ Bkz. Yahya Berkol Gülgeç, *Normativite ve Pozitivizm*, On İki Levha, 2020, s. 79, dn. 190.

⁶ Burada kasten “kişi” kavramı yerine “varlık” kavramını tercih ediyorum. Bunun nedeni “kişi” kavramının hukuk düzeni tarafından belirlenen bir statüyü çağrıştırmasıdır. Özne ve muhatap kategorilerini ayırmak birincil önceliğim olduğu için hukukun öznesi için özellikle “varlık” ifadesini tercih edeceğim.

Hukuka göre eyleyecek olan öznenin uygun davranan varlık olduğunu kabul edersek özne, en azından bazı muhataplar açısından, nesneleşecektir. Hukuku bilmeden ve dikkate almadan eyleyen varlık eylemi en nihayetinde eylemi hukukun gerektirdiği eylem olsa dahi niçin hukukun öznesi olarak kabul edilsin? Başka bir şeyin (eyleme hangi normatif düzen gerekçe teşkil ediyorsa onun) öznesi olabilecekse dahi hukuktan bihaber varlığın hukukun öznesi olarak kabul edilmesi için bir sebep görünmüyor. Hukukun pasif öznesinin hukuka uyan muhatap olduğunu düşünmek gerekir. Bunun ön koşulu ise hukuku, yani hukuk normunun varlığını ve içeriğini bilmektir.

Bu noktada öznenin iki anlamı, eyleyen ve bilen varlık arasında bir köprü kurulmuş oluyor. Hukukun pasif öznesi hukuk bilerek ona uyan varlık olmak zorunda. Bir başka deyişle, söz konusu hukuk olduğunda, pasif özne açısından pratik ve epistemolojik öznelik iç içe geçmektedir. Benzer bir tespiti aktif özne açısından da yapabiliriz: Aktif özne eylemiyle hukuku değiştiren öznedir. Bununla birlikte, aktif öznenin eylemi de salt pratik bir nitelik taşımaz. Hukuk rastgele eylemlerle oluşturulamaz. Arkasında her zaman bir irade bulunması gerekir. Söz konusu irade belli bir hukuki içeriği ifade ederek ve belli prosedürlere uygun biçimde açıklanarak hukuku yaratır. İradenin hukuk normuyla içeriğinin en zayıf olduğu örf ve âdet hukuku alanında dahi söz konusu içeriğin bağlayıcı olduğuna ilişkin inanç unsurunun bulunması (*opinio juris*) hukukun ancak bilinçli bir varlık tarafından oluşturulabileceğini ortaya koymaktadır.

Aktif özneye ilişkin ilginç bir husus bu özne türünün de çoğun pasif olmasıdır: Hukuk hukuka göre eylemek suretiyle yaratılır. Şununla başlayalım: Hukuk sisteminde ister ilkeler isterse kurallar biçiminde olsunlar normlar dışında hiçbir şey bulunmaz. Bu normların istisnasız hepsinin ardında ise sarih yahut zımnî bir irade bulunur. Hukuk normlarını yaratan iradeler içinde başka bir norma göre açıklanması icap etmeyen tek norm o hukuk sisteminin hiyerarşik olarak en üstünde yer alan ve asli kurucu iktidar tarafından konulduğu söylenebilecek olan normdur. Dolayısıyla, aktif özne hukuk normuna göre eylemeden hukuku eyleyen (yaratan) iradeden müteşekkilsen, bir tek asli kurucu iktidarın aktif özne olduğunu, hukukun diğer bütün öznelere ise pasif özne olarak nitelendirilmesi gerektiğini söylemeliyiz. Kanunu koyan da ona uyan da en nihayetinde “hukuka göre eyleyen” statüsündedir. Hukuka göre eyleyen olduklarına göre, hukuk normunun varlığını ve içeriğini bilebilecek varlıkların hukukun öznesi olabileceğini söyleyebiliriz.

Burada aktif öznenin, yani asli kurucu iktidarın detaylı bir tartışmasını sunmayacağım. Bu konuya ilişkin tartışmalar anayasanın geçerliliğini açıklamak için kullanılabileceğini düşündüğüm aksiyolojik-olgusal geçerliliğe dair başka bir çalışmada ele alınacaktır⁷. Ancak, şunu tartışmamız gerekmektedir: Pasif öznenin hem eyleyen hem de bilen olması gerekliliği aktif özne açısından da geçerli midir? Kuşkusuz, asli kurucu iktidarı teşkil eden kişilerin de bilmesi gerekenler, asli kurucu iktidar olabilmenin epistemolojik ön şartları bulunur. *Argumentum ad absurdum*: Hiçbir şeyi bilemeyecek bir varlığın asli kurucu iktidar olması mümkün değildir. Bununla beraber, bizim konumuz açıkça hukukun öznesi olduğuna göre, mühim olan tartışma da asli kurucu iktidarın aktif özne konumuna yerleşmek için “hukuku” bilmesinin gerekip gerekmemesidir. Tabii olarak asli kurucu iktidara ilişkin benimsenen yaklaşıma göre bu sorunun yanıtı değişecektir. Asli kurucu iktidarın da hukukla bağlı olduğu yönündeki fikirler bilme unsurunu aktif öznenin de bir parçası olarak görmekten çekilmeyeceklerdir. Bununla birlikte, hukukun insan yapısı olduğu kabul edildiği sürece⁸ bir noktada hukuku bilmeden hukuku eyleyebilecek (yani yaratabilecek) bir öznenin varlığını kabul etmek durumunda kalırız⁹. Zaten bu durumda da asli kurucu iktidar bir ulusal hukuk düzenini tesis eden iktidar değil, hukuku bilmeden eyleyebilecek olan iktidar olarak tanımlanacaktır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, ahlaki özne olmak gerekliliği aktif öznenin de pasif özne olduğunu ileri sürmek için kullanılamaz. Çünkü bu bilme şartı hukuku bilme şartı olarak görülemez¹⁰.

Netice olarak, hukukun aktif öznesinin saf bir eyleyen olacağını kabul etmek gerekir. Aktif özne, hukuku (hukuk normunu) yoktan var edendir. Buradaki tespitimiz daha önce aktif özne açısından dile getirdiğim bilinçli bir irade sahibi olma şartının çeliştiği düşünülmemelidir. Bilinçli irade şartı eylemiyle yarattığını bilme şartıdır. Var olan hukuk normunu bilerek eyleme şartı değil.

⁷ Aksiyolojik-olgusal geçerliliğe ilişkin bir giriş niteliği taşıyabilecek hususlar için bkz. Gülgeç, ss. 582-591.

⁸ Esasen hukukun insan yapısı olduğu fikrini bir nebze yumuşatmak icap eder. Hukukun aktif öznesi olabilmek için insan olmak değil, beşeri davranış hakkında olması gereken ifade edebilecek bir irade açıklamasında bulunabilmek ön şarttır. İnsan dışındaki varlıklar bu kapasiteyi sergileyebildiği sürece pekâlâ hukukun aktif öznesi konumunda olabilirler.

⁹ Bir başka deyimle, asli kurucu iktidar uluslararası hukuka dayanarak ulusal hukuk sisteminin ilk normunu koymak mecburiyetinde olsa bile uluslararası hukukun ilk normunu başka bir hukuka uymadan kurabilecek bir aktif özneye ihtiyaç duyarız.

¹⁰ Esasen bu konuya ilişkin ilginç bir tartışmayı muhatap kavramına tartışırken yer verecek; dolaylı olarak ahlaki bilme yetisinin niçin hukukun aktif öznesi için bir ön şart olmadığını açıklamaya çalışacağım.

B. Hukuk Öznesi Kategorileri

Bu genel açıklamalar doğrultusunda hukukta hangi özne kategorilerinin kabul edilebilir olduğuna değinmek isterim. Sırasıyla, tüzel kişilerin, insan dışındaki canlıların ve cansız varlıkların hukuk öznesi olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğini tartışacağım.

1. Tüzel Kişiler

Tüzel kişilerin; derneklerin veya şirketlerin hukukun öznesi olup olamayacağı hukuk teorisinde oldukça eskiden bu yana tartışılmıştır. Bu konuda özellikle Léon Duguit, Friedrich Carl von Savigny, Otto Friedrich von Gierke gibi yazarların fikirleri ön plana çıkmıştır. Burada bu görüşlerin detayına girmeye vaktim yok. Bununla birlikte, özellikle Duguit'nin görüşlerinden yararlanarak ve yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda tüzel kişilerin niçin hukukun öznesi olarak görülmemesi gerektiğini vurgulamak istiyorum.

Duguit ne devletin ne de aldığı şekillerden bağımsız olarak toplulukların objektif hukukun öznesi olamayacağını bu toplulukların kendilerini oluşturan bireylerden ayrı ve bağımsız bir iradeleri olmamasından yola çıkarak açıklar¹¹. Duguit şöyle yazar: “*Bir emrî hükmün kendi varlığını bilen iradelere başkasına hitap edemeyeceği meydandadır*”¹². Emrin hitap ettiği kişilerden bahsettiğine göre, Duguit'nin aklında pasif özne vardır. Emrin varlığının bilinmesi gerekliliğine yapılan vurgu da bizi “hukuku bilip ona göre eyleyen özne” anlayışına yöneltmektedir. Ayrıca Duguit'nin öznesiyle muhatap kavramı arasında bir örtüşme olduğunu da söyleyebiliriz. Öznenin kim olduğu, hukuk normunun kime hitap ettiğinden hareketle belirlenmektedir.

Duguit'nin bu fikrine karşı çıkmak zordur. Toplulukların kendilerini oluşturan bireylerden ayrı bir bilince veya iradeye sahip olduğu düşüncesi ancak doğruluğu şüpheli bazı metafizik varsayımlara dayanılarak savunulabilir. Ayrı bir bilince sahip olmayan varlıkların ve oluşumlarınsa hukukun öznesi niteliği taşıması mümkün değildir. Bu nedenle de tüzel kişilerin hukukun öznesi olabileceği fikri reddedilmelidir.

Bu ret aynı zamanda şu fikirle de uyumludur: Genel olarak normlar, özelde ise hukuk normları beşeri davranışı konu edinir ve beşeri davranış hakkında bir olması gereken ifade eder. Tüzel kişilikler yönetim organlarındaki gerçek

¹¹ Léon Duguit, *Kamu Hukuku Dersleri*, AÜHF Yayınları, 1954, s. 47.

¹² Ibid. s. 46.

kişilerin fiilleri olmaksızın eyleyemezler. Hatta bir tüzel kişinin eyleminden bahsetmek ya düpedüz absürttür ya da başka ve kolektif bir eylemin kısayolu olarak, bir metafor olarak kullanılmaktadır. Kastedilen tüzel kişinin bir eylemde bulunması değil, yönetim organındaki gerçek kişilerin belli bir işin veya işlemin gerçekleştirilmesi yönünde karar almış/eylemiş olduğudur.

Yaklaşımım, en azından söz konusu özne sorunu olduğunda, metodolojik bireycilikle (*methodological individualism*) uyumludur. Bununla birlikte, toplulukların, derneklerin, şirketlerin ve tüzel kişilerin gerçek kişilerininkine indirgenemeyen menfaat, ilişki veya stratejilere sahip olabileceği fikri kimi yazarlarca savunulmaya devam etmektedir¹³. Elbette tüzel kişinin menfaati, stratejisi veya iradesinden bahsetmek *anlamsız* değildir. Bir tüzel kişinin belli bir yönde irade gösterdiğinden bahsetmek söz konusu tüzel kişinin yetkili organındaki belli gerçek kişilerin belli bir yönde irade gösterdiği anlamına gelir. Bu ikincisi olmadan ilki olamaz. Elbette, tüzel kişinin iradesi, yetkili organdaki bütün gerçek kişilerin iradesine indirgenemeyebilir. Ancak, “tüzel kişinin iradesi” ifadesinin bir kısayol ve metafordan ibaret olduğunu iddia edebilmek için ikincinin ilkine indirgenebilmesi gerekmez. İkinci olmadan ilkinin olamayacağını gösterilmesi yeterlidir. Tüzel kişinin iradesi gerçek kişilerin iradesine asalaktır.

2. İnsan Dışındaki Canlı Varlıklar

Burada “insan dışındaki hayvanlar” veya “hayvanlar” yerine “insan dışındaki canlı varlıklar” ifadesi bilinçli bir tercihi yansıtmaktadır. Yukarıda belirttiğim gibi, aktif özne olmanın ön şartı beşeri davranışa dair gereklilik ifade edebilecek bir irade açıklamasında bulunabilme yetisidir. Pasif özne olmak içinse hukuk normunun varlığını ve içeriğini bilebilmek; ve dolayısıyla hukuka göre eyleyebilmek kapasitesi ön şarttır. Bu şartın insan dışındaki hayvanlarda mevcut olup olmayacağı ayrı ve uzmanı olmadığı bir tartışma konusudur. İnsan dışındaki hayvanlar arasında da liderler ve eylemiyle diğerlerinin eylemlerini belirleyebilenler mevcut olabilir. Eylemi belirleyen, liderin gazabına uğrama korkusu olmadığı sürece, hayvanlar arasında da bir tür hukuk düzeninin bulunduğu hayal edilebilir. Bununla birlikte, insanların hukuk düzeni açısından bir özne konumunda olabilmenin şartı insanların koyduğu

¹³ İşin nasıl ve niçinini tam anlamıyla açıklamamakla birlikte toplulukların menfaat, ilişki ve stratejilerinin gerçek kişilerininkine indirgenemeyeceğini vurgulayan yazarlardan biri de Teubner'dir (bkz. Gunther Teubner, “Rights of Non-Humans? Electronic Agents and Animals as New Actors in Politics and Law”, *Journal of Law and Society*, 33 (4), 2006, s. 505). Ancak, yazar bu hususun tartışmalı olduğunu kabul etmektedir (bkz. *ibid.*, dn. 33).

kuralların varlığının ve içeriğinin bilincinde olmaktır. Pek çok hayvanın bu kapasitede olmadığı aşikar olmalı diye düşünüyorum. Dolayısıyla, çoğu hayvan açısından insanların yarattığı hukuk düzeninin öznesi olmak mümkün olmayacaktır.

Bununla birlikte, varlığının bilincinde olmadığımız ve insan yapısı hukuk düzeninin varlığını ve gereklerini kavrayabilecek zihinsel kapasitede, dünya dışı canlı varlıklar mevcut olabilir. Bu durumda bu varlıkların hukukun (insan hukukunun) öznesi olabileceğini söyleyebilir miyiz?

Buradan itibaren şu soruyu sormak gerekir: İnsan yapısı hukuk spesifik olarak insanlara mı hitap eder? Yanıt evetse bir soru daha eklemeliyiz: Muhatap olmak hukukun öznesi olmak için şart mıdır? Bu sorunu ileride, muhatap kavramını inceledikten sonra ele alacağım. Burada şimdilik şu sonuca varmamız gerekir: Hukuk normunu bilme ve ona göre eyleme şeklindeki zihinsel kapasiteye sahip hiçbir canlı varlığın hukukun öznesi olmaktan dışlanması için bir sebep yoktur; meğerki muhatap olmak özne olmanın ön koşulu olsun.

Muhataplık ve öznellik hakkında ise şunları söyleyebiliriz: Muhatap olmak özne olmanın değil, öznellik muhatap olmanın ön şartıdır. Öznellik bir potansiyel olarak anlaşılmalıdır¹⁴. Öznenin eyleyebilecek ya da bilebilecek durumda olması yeterlidir; somut durumda eyleyor veya biliyor olması aranmaz. Muhatap hukuk normunun kendisine hitap ederek eylemi hakkında gereklilik yarattığı varlıktır. Ancak, hukukun pasif öznesi muhatap olabilir. Nitekim aksi durumun kabulü hâlinde muhatapın hukuk normunu bilip ona göre eylemesi mümkün olmayacak, “hukuk normu” olarak addedilen şey ise *impossibilium nulla obligatio est* ilkesi gereği geçersiz olacaktır. Bu anlamda muhatap olma potansiyeli taşıyan varlık, hukukun pasif öznesi olacaktır. Muhatapın kimliği hukuk tarafından belirlenecekse de muhatap potansiyelinin hukukun kendisi tarafından belirlenmesine olanak yoktur. Bu anlamda hukukun öznesinin kimliği hukuk dışında tespit edilmek zorundadır.

3. Cansız Varlıklar

Özne kavramına ilişkin genel tanımdan cansız varlıkların *çok büyük bir kısmının* özne konumunda olamayacağı açıkça anlaşılmaktadır: Bilme kapasitesi pasif özne açısından, irade sahibi olmak ise aktif özne açısından şarttır. Cansız varlıkların *çok büyük bölümünde* ise bu kapasiteler mevcut

¹⁴ Bkz. Emre Şimşek, *Hukuk Öznesi Olarak Sivil Toplum*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020, s. 11.

değildir. Dolayısıyla, ormanların, nehirlerin, dağların, ovaların veya çevrenin hukuk öznesi olması mümkün değildir. Bu varlıklara “haklar” tanınması dolayısıyla bunların da hukuk öznesi hâline geldiği iddiasını aşağıda ayrıca değerlendirip reddedeceğim.

Bununla birlikte, söz konusu kapasitelere sahip olmaya aday en azından bir cansız varlık kategorisi vardır: Yapay zekâ. Hukuk ve yapay zekâ ilişkisi son dönemin en gözde konularından birisidir. Bununla birlikte, geleneksel hukuk teorisi çalışan araştırmacılar açısından konunun henüz yeterince ilgi çektiğini söylemek güç görünüyor. Zekâ bağımsız ve artımlı öğrenme yetisi olarak tanımlanabilir¹⁵. Yapay zekâ bu çalışma kapsamında bu nitelikte öğrenme yetisine sahip insan yapımı sistemleri ifade edecektir. Yapay zekâ otonomlaştıkça ve kendi başına hukuk normlarının varlığını ve gerektirdiğini kavrayabilecek hâle geldikçe hukukun öznesi olmasının önündeki engeller kalkacaktır. Dikkat edilecek olursa özneyi tanımlarken yetinin kaynağına değinmedim. Bunun niçin yerinde olmayacağını ayrıca açıklayacağım. Ancak, görünen o ki yapay zekânın hukuku bilme ve ona göre eyleme kapasitesi ortalama bir insaninkine yaklaştıkça yapay zekâ hukukun pasif öznesi hâline gelebilecektir. Aktif özne olması için şart olan irade açıklaması için de aynı hususu dile getirebiliriz: İrade açıklayarak etkili bir toplumsal düzen kurma yetisi kazandığında yapay zekâ hukukun aktif öznesi hâline de gelebilecektir.

Yetinin kaynağından hareketle insanı özne kabul etmeye devam etmek, bununla birlikte yapay zekâyı dışlamak niçin yerinde olmayacaktır? Öznellik açısından kritik olan hususu bir çeşit bilme ve eyleme kapasitesi olarak belirledik. Bu bilme ve eyleme kapasitesi otonom olduğu sürece, kaynağının ne olduğunu sorgulamanın bir anlamı olmayacaktır. Yapay zekâ insanla özdeş veya ona çok yakın biçimde hukuku bilme ve ona göre eyleme kapasitesine sahip olduğu sürece söz konusu kapasitenin başlangıçta bir insan ediminden kaynaklanıp kaynaklanmadığı önemini yitirir. Aksi takdirde iki faaliyet arasında (insanın hukuku bilme ve hukuka göre eylemesi ile yapay zekânın hukuk bilme ve ona göre eylemesi) özü itibarıyla hiçbir ayırım olmamasına karşın ilgisiz bir kriter aracılığıyla bir ayırım gözetmiş oluruz. Böyle bir ayırım, aşağıda başka bir bağlamda tekrar değineceğim, biyolojik fetişizme örnektir.

¹⁵ Cassio Pennachin ve Ben Goertzel, “Contemporary Approaches to Artificial General Intelligence”, Cassio Pennachin ve Ben Goertzel (Editörler) *Artificial General Intelligence*, Springer, 2007, s. 8.

II. HAK, SAHİBİ VE ÖZNESİ

Hayvanlara ve cansız varlıklara haklar tanındığından bahisle bu varlıkların hakların öznesi hâline geldiğinden bahsedilir¹⁶. Bu bahis yukarıda hukukun öznesine ilişkin yaptığımız açıklamalar ve çıkarımlarla çatışmakta gibidir. Bu kısımda kısaca hakların deontik yapısını inceleyip, hakların öznesinin olup olamayacağını tartışacağım. Ancak öncelikle Duguit'nin konuyla ilgili fikirlerine değinmek isterim.

Duguit haklardan “sübjektif hukuk” adı altında bahseder ve şu tespitlerde bulunur:

“1. --Eğer varsa, sübjektif hukuk bir irade kuvvetidir, bir irade kuvvetinden başka bir şey olamaz; 2. --Her ne zaman hukuk bakımından himaye edilmiş bir durum karşısında kalırsak bu durumun arkasında sübjektif hukuk mevcut olmalıdır; 3. – Öznesi olabilecek bir varlık mevcut olmadıkça sübjektif hukuk mevcut olamaz”¹⁷.

Bu açıklamalara dayanarak Duguit'nin ulaştığı sonuç şudur: “... *ancak kendi varlığını bilen irade sahibi kimseler sübjektif hukuk sahibi olabilirler... bunun için de insanların bilinçli bir irade sahibi olmaları gerektir. Bundan dolayı henüz olgunluk çağına gelmemiş olan çocuklar ile ihtiyarlık veya sakatlık yüzünden anlayışlarını kaybetmiş olanlar sübjektif hukuk sahibi olamazlar.*”

Duguit'nin bu ifadelerinin birkaç açıdan sorunlu olduğu kanaatindeyim. Her şeyden önce, irade sahibi olmakla irade sahibi olarak kabul edilmek arasında bir ayırım yapmak gerekir. Aksi hâlde hukuk normu tarafından belirlenen muhatap ile hukukun, yani nesnenin, belirlemesinden bağımsız özne arasındaki ayırım ortadan kalkacaktır¹⁸. Daha önce de Duguit'nin bu iki kategoriye karıştırmak eğilimi taşıdığını görmüştük. Dolayısıyla, hukuk sisteminin belirlediği yaşa erişmemiş insanların irade sahibi olmadığı için

¹⁶ Örn. bkz. Danielle Celermajer ve Alexandre Lefebvre, “Introduction: Bringing the Subject of Human Rights into Focus”, in *The Subject of Human Rights*, Stanford, Stanford University Press, 2020, s. 2; Mark Goodale, “The Misbegotten Monad: Anthropology, Human Rights, Belonging”, Danielle Celermajer ve Alexandre Lefebvre (Editörler), *The Subject of Human Rights*, Stanford University Press, 2020, s. 53-54.

¹⁷ Duguit, ss. 47-48.

¹⁸ Muhatap veya hukuk kişisi, hukuk tarafından kurulur ve bir varsayımdan ibarettir (bkz. Gökçe Çataloluk, “Hukuk Çalışmaya Devam Etmeli Miyiz? Sistemik Bir Analiz”, *Hukuk Kuramı*, 5 (1), 2018, s. 14). Hukukun öznesi ise hukuki kişilikten daha geniş bir kapsama sahiptir (bkz. Şimşek, s. 11). Bununla kastettiğim şudur: Hukukun kişi olarak kurgulamadığı hukuki özneler mevcut olabileceği gibi hukuki kişi olarak kurgulanan varlıkların da özne olmayabilir. Dolayısıyla, iki kategori arasındaki ilişkiyi bir kapsama ilişkisi olarak görmemek gerekir.

hak sahibi olamayacağını iddia etmemek gerekir. Benzer bir çıkarım yaşlılık, sakatlık veya hastalık gibi nedenlerle irade kuvvetinden yoksun olduğu varsayılan kişiler için de geçerlidir. Ancak, daha önemli olan sorun “hak sahibi” ifadesinin anlamına ilişkindir. Hak normunun deontik çözümlenmesi, bu normların da özneleri olabileceğini gösterecektir.

A. Haklar ve Yükümlülük

Bu çalışmada detaylı bir tartışma yürütmeden hak dediğimiz hukuki kavramın hukuk düzeni tarafından korunan bir tür menfaat olduğunu kabul edeceğim. Burada açıklayamayacağım sebeplerle “korunan menfaat” teorisini reddeden görüşlere katılamıyorum. İzleyen açıklamaları “korunan menfaat olarak hak” anlayışı üzerinden gerçekleştirdiğim unutulmamalıdır. Bir kimseye hak tanıyan bir normun normatif fonksiyonu nedir? Burada negatif ve pozitif haklar açısından bir ayırım yapabiliriz. Negatif haklar hak sahibi olan kişi dışındakilerin (dikey-yatay etki tartışmalarına bağlı olarak devlet organları ve/veya diğer özel kişiler) hak sahibinin belli şekilde eylemesini engellenmeye yükümlülüğü altında olduğunu ifade eder. Pozitif haklar ise hak sahibi dışındaki devlet organları ve/veya özel kişilere belli bir eylemde bulunma yükümlülüğü yükler. Hukuk düzeni içinde hak tanıyan herhangi bir hukuk normunun fonksiyonu bundan ibarettir: Belli kimselere bazı eylemlerden kaçınma veya belli eylemlerde bulunma yükümlülüğü yüklemek¹⁹. Hiçbir hak yoktur ki belli kişilere bir yükümlülük yüklemesin. Bu nedendir ki hukuk sistemindeki hakların yükümlendirici normlar olarak tekrar ifade edilmesi mümkündür. Hatta bu gerçekleştirildiğinde hukuk sisteminde hangi eylemin serbest, hangisinin gerekli veya yasak olduğuna dair yapacağımız tespitlerde hiçbir değişiklik olmayacaktır. Kısacası, hak normları (aynı zamanda) yükümlendirici normlardır²⁰. Esasen bu düşünce Hohfeld korelatiflerinden²¹ bu yana bilinen, ancak şu veya bu sebeple hukuki tartışmaların geneline yayılmayı başaramamış bir düşüncedir.

¹⁹ Bkz. Robert Audi, *Practical Reasoning and Ethical Decision*, Londra, Routledge, 2006, s. 155. Kimi durumlarda hem kaçınma hem de belli eylemlerde bulunma yükümlülüğü yükleniyor olabilir. Örneğin, eğitim hakkının hem negatif hem de pozitif bir hak olarak düzenlenmesi mümkündür.

²⁰ Başka yerlerde de daha önce ifade ettiğim görüşe göre (örn. bkz. Gülgeç, s. 190-192, 448-449, 485-486), esasen yetki veren bütün normların yükümlendirici bir içeriğe sahip olması gerektiği ve hak normlarının da en nihayetinde yetki/izin veren normlar niteliği taşıdığı iddia edilebilir.

²¹ Bkz. Wesley Newcomb Hohfeld, “Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning”, *The Yale Law Journal*, 23 (1), 1913, s. 31.

Hak normlarının en nihayetinde yükümlendirici olduğu düşüncesi genel olarak yetki veren normların yükümlülük arz eden normlar olarak yeniden ifade edilebileceği yönündeki düşünceye dayanır. Bu kısa çalışmada bu kapsamlı iddiayı detaylı biçimde işleyemem. Yine de fikrin ana hatlarını aktarmakta yarar olduğunu düşünüyorum. Hukuk normları arasındaki en temel ayrımlardan biri yetki veren ve yükümlendiren normlar arasındadır. Hans Kelsen genellikle gerekliliklere atıfta bulunan “*ought*” ifadesinin, söz konusu hukuk olduğunda yetkileri ve izinleri de içeren bir anlama sahip olduğunu düşünmüştü²². H.L.A. Hart, teorisinde hukuk sisteminin teşkili için büyük önem arz eden birincil ve ikincil kurallar arasında gözettiği ayrımda birincil kuralların tamamen yükümlendirici²³, ikincil kuralların ise yetkilendirici olduğunu vurgulamıştı²⁴. Kuşkusuz yetki diye bir şey vardır ve hukuk düzenleri belli kimse veya organları yetkilendirir. Benim reddettiğim yetkinin mevcudiyeti değil, saf anlamda yetki (veya izin) veren bir normun mevcut olabileceği düşüncesidir. Verilen her yetkiye karşılık bir yükümlülük mevcut olmak zorundadır. Eğer “her vatandaş fikirlerini serbestçe ifade edebilir” şeklindeki bir ifade, en azından bir muhatapın vatandaşların fikirlerini serbestçe ifade etmesine müdahale etmeme yükümlülüğü bulunduğunu ima etmiyorsa, bu ifadenin bir hukuk normunun taşıyıcısı olma ihtimali yoktur. Gramatik açıdan kapasiteye ilişkin ifadeler (-ebilmek), ancak kapasitesi dile getirilen veya onun dışındaki bir muhatap açısından gereklilik ifade ediyorsa normatif bir anlama sahip olabilir. Normatif anlam taşımayan ifadeler ise hukuk normu niteliği taşıyamaz. Bunlar olsa olsa yetkinliğe ilişkin bildirici önermeler niteliği taşırlar. Örneğin, “Ayşe tek başına trafiğe çıkabilir” ifadesi, eğer polis memurlarının tek başına trafiğe çıkan Ayşe’ye ceza yazmaması gerektiği anlamını taşıyorsa, Ayşe’nin tek başına araç kullanabilme yetisine ilişkin bir tespit niteliği taşıyan, hukuken ilgisiz bir önermedir.

Hak normu hak sahibinin belli şekilde eyleme özgürlüğünü sınırlara tâbi kılmak dolayısıyla hak sahibini de yükümlendirebilir. Örneğin, “Herkesin ilgili valilik veya kaymakamlıklara önceden bilgi vermek kaydıyla protesto ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı vardır” şeklinde ifade edilen bir norm, bir

²² Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, 5. Baskı, The Lawbook Exchange, 2009, s. 4-5.

²³ Bkz. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 3. Baskı, Clarendon, 2012, s. 91.

²⁴ Bkz. Joseph Raz, “The Identity of Legal Systems”, *California Law Review*, 59 (3), 1971, s. 807-807, dn 24. Bununla birlikte, ikincil kurallardan tanıma kuralının yetki veren değil yükümlendiren bir kural olduğu da ileri sürülmüştür. Bkz. Scott J. Shapiro, “What is the Rule of Recognition (And Does It Exist?)”, Matthew D. Adler ve Kenneth Einar Himma (Editörler), *The Rule of Recognition in the U.S. Constitution*, Oxford University Press, 2009, s. 240.

yandan devletin kolluk kuvvetlerine önceden bildirilmiş protesto ve gösteri yürüyüşlerini engellememe yönünde bir yükümlülük yüklemekte, diğer yandansa protesto veya gösteri yürüyüşü düzenleyecek olan kişilerin önceden valilik veya kaymakamlıklara bildirimde bulunmasını gerektirmektedir. Bu durumda, bu sınırlar bağlamında hak normunun bir öznesi de hak sahibi olacaktır. Hak sahibi eyleyken, hak normu tarafından öngörülen sınırları bilmek ve ona göre eylemek durumundadır. Herhangi bir sınır öngörmeksizin eyleme özgürlüğü tanıyan hak normları açısından hak sahibinin özne olmadığını söylemek gerekir²⁵. Bu tür normların öznesi yükümlülüğün muhatabı olan devlet organları ve/veya diğer özel kişiler olacaktır.

B. Hak Sahibi ve Özne: Biyolojik Fetişizmin Reddi

Şimdi, hak hakkı öngören norm değil de korunan menfaatin kendisiyse “hukukun öznesi” başlığı altında hakkın öznesi olup olamayacağını tartışmak anlamsızdır. Korunan menfaatin kendisi hukuk değildir; ancak menfaati koruyan normlar hukuk olarak değerlendirilebilir. Bu normlarınsa yukarıda tanımlandığı şekilde öznelerinin bulunduğu açıktır. Duguit’in tespitlerine sunulması icap eden reddiye ise şöyle olabilir: Madem hak sahiplerinin hak normunun öznesi olması icap etmiyor; öznellik için şart koştuğumuz “bilme ve ona göre eyleme” kapasitesi hak sahipleri açısından aranmamalıdır. Bu kapasite hak normlarının muhatabı konumunda olan ve hak sahibi dışında kalan²⁶ kişiler ve varlıklar açısından aranmalıdır. Dolayısıyla, irade kuvvetinden yoksun olduğunu varsaydığımız kişilerin de (bu varsayımın doğruluğu yahut yanlışlığından bağımsız olarak) hak sahibi olabileceğini kabul etmeliyiz.

Bu sonuç ise daha önce hukukun öznesine ilişkin başlıklar altında yaptığımız tartışmayla ilişkilendirilince şu anlama gelir: Öznede aranan rasyonel kapasiteden mahrum olmaları nehir ve dağ gibi cansız varlıkların; hayvanların; insan zekâsına yakınlıklarından bağımsız olarak yapay zekâların hak sahibi olabilmesinin önünde engel olamaz. Bu varlıkların hak sahibi olabilmesinin önünde bir engel mevcut olacaksa bu öznellikten değil, menfaatin kavramsal sınırlarından kaynaklanacaktır. Farzımsal,

²⁵ Krş. Çataloluk, s. 13; Şimşek, s. 8. Yazarlar hak tanınan hayvanın nesnelikten özneliğe geçtiğini savunmaktadır.

²⁶ Bu ifadeden hak normlarının hak sahibi açısından bir yükümlülük öngöremeyeceği değil, her hak normunun zorunlu olarak hak sahibi dışındaki kişiler açısından bir yükümlülük öngörmesi gerektiği anlaşılmalıdır. Yukarıda belirttiğim gibi, bir hak normunun hak sahibi dışındaki kişilere ek olarak hak sahibinin kendisi açısından da belli yükümlülükler ifade etmesi mümkündür.

yalnızca rasyonel varlıkların menfaatinden bahsetmenin anlamlı olduğu, diğer varlıkların “menfaati”nden kastın ancak bir metafor niteliği taşıyacağı, dolayısıyla, rasyonellik potansiyeline sahip olmayan varlıkların hakkın sahibi de olamayacağı ileri sürülebilir. Menfaat kavramına dayanmasa dahi Patrick Lee benzer bir kanıdadır. Yazara göre, hak sahibi olmanın ön şartı rasyonel bir akıl yürütme yetisine sahip olmaktır. Dahası, hakkın öznesi olan varlığın söz konusu yetiye yaşamının herhangi bir anında sahip olması önemli değildir; bu yetiye sahip olabilecek potansiyele sahip olması yeterli olacaktır²⁷.

Hangi varlıkların menfaat sahibi olabileceği menfaat kavramına ilişkin detaylı bir çalışmayı gerektirir. Bu kısa çalışmada bu konuda nihai bir sonuca ulaşmam mümkün değil. Bununla birlikte, “menfaati olmak” ve “menfaatini bilmek” arasındaki ayırmadan ve ikincinin birincinin şartı olmadığını vurgulayarak rasyonel kapasitesinden bağımsız olarak canlı varlıkların ve hatta cansız varlıkların menfaat sahibi olabileceğinin gösterilebileceğini düşünüyorum. Kuşkusuz cansız varlıkların menfaat sahibi olduğu tespiti daha radikaldir. Sezgisel olarak canlı varlıkların menfaatini kabul etmek daha kolayken, cansız varlıklar söz konusu olduğunda ortada bir metaforun bulunması gerektiğini düşünebiliriz. Şu kadarı açıktır: Cansız varlıklara hak tanınmasında bu varlıkların insanların menfaatinin bir aracısı olarak hareket etmesi mümkündür. Çevrenin korunmasında insan menfaati söz konusuysa, doğanın kirletilmemesi en nihayetinde doğanın değil, insanın menfaati ve dolayısıyla da hakkı olarak görülebilir. Bu gibi durumlarda cansız varlıkların gerçek anlamda hak sahibi olduğundan bahsetmek doğru olmaz. Cansız varlığın hakkı ancak başka bir şeyin menfaatine hizmet etmediğinde de anlam ifade ediyorsa mevcuttur. Şimdi kısaca canlı varlıkların menfaatine göz atalım ve bunun üzerinden cansız varlıkların hakları hakkında bir çıkarımda bulunmaya çalışalım.

Bir ekosistemde artan sinek nüfusu ve azalan tilki nüfusunun en azından kısa vadede kurbağaların menfaatine hizmet edeceğini bizler rasyonel varlıklar olarak tespit edebiliriz. Kurbağanın besin ve düşmanlarının nüfusundaki bu değişimin bilincinde olması gerekmez. Gereken söz konusu menfaatin rasyonel olarak belirlenebilir olmasıdır; rasyonel kapasitenin sahibi ilgisizdir. Ayrıca, söz konusu nüfus değişimlerinin kurbağanın menfaatine olması başka bir canlının menfaati için kullanılan bir kısayol niteliği taşımaz: Kurbağanın

²⁷ Patrick Lee, “The Basis for Being a Subject of Rights: The Natural Law Position”, John Keown ve Robert P. George (Editörler), *Reason, Morality, and Law: The Philosophy of John Finnis*, Oxford University Press, 2013, s. 236-238.

menfaatine olan bu durum pekâlâ insanların aleyhine olabilir. Esasen, bir varlığın hâlihazırda mevcut olduğu formu kolayca devam ettirmesine elverişli her türlü olgusal değişim söz konusu varlığın menfaatindedir. Varlığın bu değişimin menfaatine olduğunu bilmesi gerekmez. İnsan dışındaki canlı varlıkların menfaati olabileceğini kabul etmenin pek de güç olmadığını düşünüyorum. Cansız varlıkların menfaat (ve dolayısıyla da hak sahibi) olabileceğini kabul etmek niçin daha zor olsun?

Sanıyorum bunun nedeni “menfaat” ve “hayatta kalma” arasında ilk bakışta fark edilebilen bir paralellik. Ayn Rand’ın “Atlas Silkindi” (*Atlas Shrugged*) başlıklı eserinde John Galt’ın ağzından ifade ettiği şu sözleri ele alalım:

“Evrende tek bir temel alternatif vardır: var olmak veya olmamak. Bu da bir tek tür kimliği ilgilendirir; canlı organizmaları. Cansız maddelerin varlığı koşulsuzdur, hayatın varlığı öyle değildir. Belli bir eylem rotasına bağlıdır. Madde yok edilemez, biçim değiştirebilir ama varlığı ortadan kaldırılamaz. Sürekli bir alternatifle, ölüm kalım alternatifiyle karşı karşıya olan yalnızca canlı organizmadır. Hayat, kendi varlığını sürdürme yolunda, kendinin başlattığı bir süreçtir. Bir organizma bu süreçte başarısız olursa, ölür. Kimyasal bileşenleri kalır, ama hayatı yok olur. Değer kavramını mümkün kılan yalnızca hayattır. Her şey ancak canlı bir varlık için iyi ya da kötü olabilir”²⁸

Bu pasajda dikkatimizi çekmesi gereken ilk husus değer ve menfaat özdeşliğidir. Bir canlının hayatta kalmasına yarayan şeyler onun menfaatine olup, aynı zamanda değerlidir. Elbette, her felsefe değeri menfaatle özdeş tutmaz; hatta yaygın kanı değer ve menfaatin farklı kavramlar olduğu yönündedir. Bununla birlikte, bizim amacımız için menfaat ve hayatta kalma arasındaki bağlantı yeterlidir. Görüleceği üzere, ancak canlı varlıkların menfaatinin olabileceği, çünkü ancak onların hayatta kalmasının mümkün olduğu vurgulanmaktadır.

Tartışma için önem teşkil eden ve reddedeceğim bir başka tespit “*Her şey ancak canlı bir varlık için iyi ya da kötü olabilir*” ifadesinde saklıdır. İlerleyen kısımda geçen “*Rasyonel bir varlığın hayatına uygun her şey iyidir; onu yok edecek her şey kötüdür*”²⁹ tespitiyle birlikte menfaat ve canlılık arasındaki ilişki daha da daraltılmakta, rasyonel kapasite iyi ve kötünün varlığı için şart

²⁸ Ayn Rand, *Atlas Vazgeçti*, 3. Cilt, Pegasus, 2021, s. 465.

²⁹ Rand, s. 467.

koşulmaktadır. Elbette, menfaat her zaman bir şeyin menfaatidir. Bununla birlikte, daha önce de vurguladığım gibi bu “bir şey için olma” durumu, şeyin menfaatin bilincinde olmasını gerektirmez. Rasyonel bir şekilde herhangi bir varlık tarafından tespit edilebilir bir menfaat mevcut olduğu sürece, bir durumun bir şeyin menfaatine olduğunu söyleyebiliriz.

Bununla birlikte, belli bir varlığın menfaatlerinin olması, söz konusu varlığın eylem (canlı varlık) veya hareketlerinin (cansız varlık) değerlendirilmesi için menfaatin bir ölçüt olarak kullanılabilmesi anlamına gelmez. Belli bir varlığın menfaatinin olması ayrı bir husus, bu menfaatlerin söz konusu varlığın eylem veya hareketlerinin yargılanmasında kullanılması ayrı bir husustur. Menfaatlerini bilerek ona göre eyleme kapasitesi rasyonel varlıklara özgüdür. Dolayısıyla, söz konusu rasyonel kapasiteden yoksun canlıların menfaati olsa da bir sülüşü menfaatlerine aykırı davrandığı için suçlayamayız. Ceza hukuku alanında yaş küçüklüğünün bir cezazsızlık sebebi olmasının ardında da benzer bir düşünüş yatar: Küçüğün eylemi suç teşkil eder/yanlıştır. Bununla birlikte, bu nedenle rasyonel eyleme kapasitesine tam anlamıyla sahip olmadığı *varsayılan* küçüğü cezalandırmaya kalkmayız. Bu çalışmanın sorunsalı açısından hak sahibi olduğu iddia edilecek canlı varlıkların menfaati doğrultusunda eyleyebilmesi gerekmez: En nihayetinde, hak normunun eylemi üzerinde gereklilik arz ettiği muhataplar hayvanlar değil, söz konusu rasyonel kapasiteye sahip olduğunu düşündüğümüz insanlardır.

Cansız varlıkların da menfaat sahibi olabileceğini iddia edebilmek için yukarıda pasajın yazarının bir tür “biyolojik fetişizm” içerisinde olduğunu görebilmemiz gerekir. Tespitlerin dayanağında canlıların varlığının, bedeni oluşturan maddesel bileşenli sistemlerin uyumlu çalışmasından öte ve farklı bir şey olduğu varsayılmaktadır. “*Kimyasal bileşenleri kalır, ancak hayatı yok olur*” ifadesi de bunu doğrulamaktadır. Canlılığın maddesel olmayan bir bileşeni olduğu düşüncesine şüpheyle yaklaşmak gerekir. Organizma geriye kalan kimyasal bileşenler arasında artık var olmayan bazı tepkimelerden dolayı ölüdür artık. Kısacası yaşam, belli bir maddesel düzen ve sistemin devamından ibarettir. Elbette, tam da bu maddesel düzen ve sistem dolayısıyla canlı varlıkların en azından bir kısmının rasyonel seçime muktedir olduğunu düşünürüz. Ancak, bu seçme kudretinin varlığın menfaati olup olmadığı sorusuna yanıt vermekte işe yaramayacağını, çünkü menfaatin varlığının menfaati bilerek eyleme kapasitesine bağlı olmadığını görmüştük. Bu nedenle de canlılık ve cansızlık arasındaki ayrımın ancak canlı varlıkların menfaati olabileceğini iddia etmek için kullanılmayacağı kanısındayım.

Esasen, madem canlılık belli bir maddesel sistemin varlığıyla ve menfaat de bu sistemin devamlılığını olumlu etkileyebilecek durumlarla açıklanabiliyor, cansız varlıkların mevcut oldukları hâllerleriyle var olmaya devam etmelerinin lehindeki her durum da onların menfaati olarak görülebilir. Bu anlamda otomobillerin periyodik bakımlarının yapılması onların menfaatinedir: otomobilin mevcut mekanik ve elektronik sistemlerinin muhafazasına yarar. Dikkat edileceği üzere burada söz konusu olan bir metafor değildir. Artan besin popülasyonu kurbağanın, düzenli bakım ise otomobilin varlıklarının oldukları hâliyle devamına katkı sağlayan menfaatlerdir. Burada menfaatin her iki durumda gördüğü fonksiyonlar arasında metaforun ön şartı olan bir benzerlik değil, özdeşlik söz konusudur. Menfaat sahibinin menfaatin bilincinde olması da şart olmadığına göre, cansız varlıkların menfaatlerinden bahsetmemek için ortada bir sebep kalmadı gibi görünüyor. Menfaat sahibi olabilmeleri, cansız varlıkların da hak sahibi olabileceğini göstermektedir.

Burada “hak sahipliği” üzerinde biraz daha durmak isterim. Bunun nedeni “hakkın öznesi” ile kastedilenin “hakkın sahibi” olmasıdır. İhtimal, hakkın öznesiyle kastedilen hakkın teşkil ettiği menfaatin sahibi ve söz konusu menfaati bilip ona göre eyleyebilecek olan varlık olabilir. Pozitif hakların tarihsel bir devinim içinde olduğu yadsınamaz. Bununla kastettiğim şudur: Kabul edilen ve tanınan hakların içeriği tarihsel süreç içinde değişmektedir. Bu değişimin ardında toplumsal hareketler, hak iddia ve talepleri, siyasi mücadeleler ile bu hareket, iddia, talep ve mücadelelerin failleri olduğu açıktır. Bu anlamda, hakların öznesi mevcut olabilir: Hakları eyleyen özne, belli menfaatlerin belli normatif düzenler tarafından korumasını sağlayan, hakların benimsenmesinde rol oynamış kişilerdir. Bununla birlikte, bu anlamda hakkın öznesiyle sahibinin örtüşmek zorunda olmadığına dikkat çekelim. Özne pekâlâ başka bir hak sahibinin lehine eyleyebilir. Benzer biçimde, hiçbir şekilde hakkı ortaya çıkaran hak öznesi olmadığı hâlde hak sahibi konumunda bulunan kişiler de olabilir. Bu nedenle de hak sahipliği doğrudan özneliği gerektirmez. Hak sahiplerinin hakkın bu anlamda öznesi olması şart değildir.

Şu hâliyle, “hukukun öznesi” bağlamında “hakkın öznesi” ya tarihsel süreç içerisinde hakların hukuk düzenleri tarafından benimsenmesini sağlayan kişiler, sınıflar ve topluluklardır ya da hakkın gereğini yerine getirmesi gereken ve çoğun hak sahibinin dışında kalan kişiler ve kamu organlarıdır. Hakkı yaratan kişi/sınıf/topluluk ile sonrasında hak sahibi olacak olan kişi/sınıf/topluluk arasında tam bir örtüşmenin kavramsal olarak gerekli olmadığını gördüğümüze göre, “hakkın öznesi” ifadesinden anlaşılması gerekenin “hak

sahibi” olduğunu söylemek ne aktif özne açısından ne de pasif özne açısından doğru olur.

C. Hak ve Talep

Hakların öznesine ilişkin burada söylediklerime şu şekilde itiraz edilebileceğini tahmin ediyorum: “Hak sahipleri hukuk sistemi nezdinde tamamen pasif nesnelere ibaret değildir. Her hak aynı zamanda bir talep yetkisi verir. Dolayısıyla da hakkın öznesi hukuk sisteminin cebri mekanizmaları aracılığıyla hakkın gereğinin yerine getirilmesini talep etme yetkisine sahip olan kişiler olarak görülmelidir”. Bu itiraz ilk bakışta güçlü bir itirazdır. Yine de bu itirazın aşılabilir bazı teorik güçlüklerle geber olduğu kanısındayım. Bu güçlüğü hakkın kendisi ve hakkı talep yetkisi arasındaki bağı kırmak vesilesiyle ortaya koymak mümkündür.

Hukuki gereklilikleri, ihlal durumunda harekete geçirilebilecek cebri mekanizmalarla birlikte anlayan hukuk teorileri mevcut olmuştur. Örneğin, Kelsen’in hukuk teorisi, her hukuk normunun mutlak suretle ihlal durumunda uygulanacak bir yaptırımla ilişki içinde olması gerektiğini iddia ederek hukuki gereklilik ve cebri mekanizmalar arasında zorunlu bir ilişki kurar³⁰. Kelsen öncesinde John Austin’in yazınında da hukuk kuralları “yaptırım tehdidi içeren emirler” olarak anlaşılmıştır³¹. Bununla birlikte, çağdaş teoriler Hart’ın Austinci teoriye yönelik eleştirilerinin ardından yaptırımı hukuk normunun zorunlu unsuru olarak gören anlayıştan uzaklaşmıştır³². Ayrıca,

³⁰ Kelsen, s. 52

³¹ John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, 2. Baskı, Cambridge University Press, 2001, s. 32.

³² Frederick Schauer yaptırımların hukuk sistemi açısından oynadığı role ilişkin bir çalışmada hukuk teorisinin görevinin bir kavramın (hukuk) zorunlu unsurlarının belirlenmesi mi olduğu yoksa gerçekliğin isabetli bir tasvirini mi sunmak olduğunu sorarak gerçekliğin tasvirine yönelik bir teori açısından yaptırımların hukuk sistemi açısından önemli bir rol oynamaya devam ettiğini vurgulamaktadır (bkz. Frederick Schauer, “Was Austin Right After All? On the Role of Sanctions in a Theory of Law”, *Ratio Juris*, 23 (1), 2010, s. 1-18). Önceki bazı çalışmalarımda yaptırımın hukuk normunun zorunlu bir unsuru olmadığını savunmuştum (örn. bkz. Yahya Berkol Gülgeç, “Interrelationship Between Validity, Efficacy and Coerciveness”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 66 (4), 2017, s. 711-721). Bu iddiam yaptırımın bir hukuk normunun varlığının zorunlu şartı olamayacağı şeklinde anlaşılmalıdır. Genel itibarıyla, hukuk sistemlerinin varlığı ve bu sistemlerin cebri niteliği arasında ilginç ilişkiler tespit edilmesi, hukuk teorisinin bu ilişkileri aydınlatmasının gerektiği konusunda Schauer’den farklı düşündüğümü söyleyemem. Bu çalışmada da yaptırımın hukuk normunun (kavramsal açıdan) zorunlu unsuru olmadığı düşüncesiyle hareket ediyorum. Yaptırımsız bir hukuk normunun dikkate değer, önemli veya etkili olup olmadığı gibi sorularla ilgilenmiyorum.

cebrî mekanizmaların varlığını normun varlığı için zorunlu tutmaya kararlı olan bir hukukçu özellikle de anayasaya uygunluk denetimine ilişkin tartışmalı bazı hususları kabul etmek zorunda kalacaktır: Anayasa Mahkemesi'nin anayasaya uygun davranması gerektiğini, olağanüstü hâl dönemlerinde çıkarılabilen istisnâ ve anayasaya uygunluk denetiminden bağışık normların yine de anayasal sınırlara uyularak çıkarılması gerektiğini savunmak isteyen hukukçular, cebrî mekanizmanın varlığını hukuki gerekliliğin varlığı için şart koşamayacaklardır.

Kanımcı hukuk teorisindeki çağdaş çoğunluğa uyarak, cebrî mekanizma öngörmeyen hukuk normlarının mevcut olabileceğini kabul etmek gerekir. Özellikle de temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından yaptırımsız normların mevcudiyetinin bir olumsuzluk olarak nitelendirilmesi mümkün olsa da “uygunluk” temelindeki tespitlerin “zorunluluk” temelindeki tespitleri belirlemesine müsaade etmemek gerekir. Bununla birlikte, yeri gelmişken bu sorunun hukukun en nihayetinde cebrî bir toplumsal düzen olup olmamasından bağımsız olduğunu da belirtmek isterim. Yaptırım hukuk normunun zorunlu unsuru olmasa da hukuk sisteminin belli bir zorlayıcılık niteliğine sahip olması gerektiği iddia edilebilir.

Burada andığım ve hakkın öznesine dair açıklamalarıma yönelen itiraz hakkın olduğu her yerde onu koruyacak cebrî mekanizmaların var olduğunu varsayar gibidir. Kuşkusuz, özellikle de temel hak ve hürriyetler arasında hukuk sistemlerinin durumu çok büyük ölçüde bu varsayımla uyumludur. Ancak, dikkat çekmek istediğim husus bunun olgusal bir durum olduğu ve bu durumdan yola çıkarak hakkın öznesinin kim olduğu gibi kavramsal bir soruna yanıt verirken acele etmememiz gerektiğidir. Öyle ki, dünya üzerindeki bütün hukuk sistemleri öngördükleri her hak için bir koruma mekanizması kurmuş olsa dahi hak normunun öznesi ile hakkı talep etme yetkisi veren normun öznesini birbirinden ayırmak gerekir. Bu gerekliliğin en basit kanıtı hak sahibi ile vasisi veya velisi arasındaki ayırmadır. Küçüğün haklarının savunulması için dava açma yetkisinin vasisine verilmiş olması hak sahibinin küçük olduğu gerçeğini değiştirmez. Her hakkın mutlak suretle hakkı talep yetkisiyle birlikte geldiğini varsaysak dahi, hak sahibi ile hakkı talep yetkisi olan kişiyi birbirinden ayırmak gerektiğini kabul etmek zorunda kalırız.

Hakkı talep yetkisine sahip olan kişinin hakkın öznesi olmadığını göstermek ise başlangıçta ortaya koyduğumuz aktif ve pasif özne tanımları doğrultusunda pek de güç değildir. Hakkın talep edilmesi kendi başına yeni bir hukuk veya hak normuna yol açmadığına göre, hakkı talep etme yetkisine

sahip olan kişi ancak pasif özne konumunda olabilir. Ancak, bu mümkün değildir. Çünkü söz konusu yetki kullanılmak zorunda olan bir yetki değildir. Bir başka deyişle, talep yetkisinin tanınmasıyla yetkinin verildiği kişinin eylemi üzerinde herhangi bir gereklilik yaratılmamaktadır. Söz konusu gereklilik, talebin bulunması durumunda hakkın gereğinin yerine getirilmesine hükmetmesi gereken mahkemeler üzerinde ortaya çıkacaktır. Sonuç olarak, talep yetkisi veren normu bilip ona göre eyleyecek olan yetkinin sahibi değil, mahkemelerdir³³.

SONUÇ: BİR ADIM GERİ, İKİ ADIM İLERİ

Bu çalışma benim için hukukun ve hakkın öznesi konuları açısından kavramsal bir çerçeve çiziyor. Bu çerçevenin içeriğini temkinli bir biçimde doldurmaya çalıştım. Bununla birlikte, yeterince açık sonuçlara ulaşabilmek için üstüme vazife olmadığını düşündüğüm bazı konularda kesin yargılara varmam gerekecekti. Özne olabilmek için yeterli ve şart olan rasyonel kapasitesinin nasıl belirlenebileceği konusunu kapsam dışında bıraktım. Kuşkusuz, hangi varlıkların hukukun öznesi olduğunun belirlenebilmesi için bu konuda elle tutulur bir kritere sahip olmak gerekir. Ben, varsa, bu konudaki ilk izlenimlerimi iletmekle yetindim. Buna rağmen, öznenin belirlenebilmesi için değinilen minimum kavramsal çerçevenin bu konuda çalışan araştırmacılara yararlı olacağını umuyorum.

Hak sahiplerinin hakkın öznesi olamayacağına dair tespitim “ilerici” okuyucularda olumsuz bir hava yaratabilir. Yazdıklarımın eylem alanının hak sahiplerine kapatıldığı ve kamu organlarına açıldığı izlenimi edinilebilir. Çalışmanın sonuç kısmında bu meşum havayı dağıtmak ve hukukun öznesine dair tespitlerle birlikte değerlendirildiğinde hakkın öznesine dair yapılan tespitlerin yeni hak kategorilerine alan yarattığını kısaca açıklamak niyetindeyim.

Hakkın sahibi hakkın öznesi değildir. Hakkın öznesi hak normunun öznesi olabilir. İlk bölümde görüldüğü gibi, hukuk normunun öznesi olabilmek içinse belli düzeyde (insana yakın) rasyonel bir kapasiteye sahip olmak şarttır. Bu nedenle de hukukun öznesi olamayacağına kanaat getirdiğimiz (yapay zekâ

³³ Elbette, yetki sahibinin yetkiyi kullanırken uyması gereken usul kuralları mevcut olabilir ve bu kurallar bakımından bazı gerekliliklerin muhatabı olması mümkün olabilir. Ancak, bu durum hak normunun kimi zaman hak sahibini yükümlendirmesinden farklı değildir. Nasıl hak normlarının zorunlu muhatabı (yani bu normlara göre eylemesi gereken özne) hak sahibi dışındakilerse, hakkı talep yetkisi veren normların zorunlu muhatapları da yetki sahibi dışında kalan kişi veya organlardır.

dışındaki cansız varlıklar, bitkiler) veya getirebileceğimiz (insan dışındaki hayvanlar) varlıklar hakkın da öznesi olamazlar. Bununla birlikte, hak sahibi ve hakkın öznesi arasında özdeşlik veya zorunlu bir ilişki bulunmadığı ve hakkın sahibi açısından rasyonel bir kapasiteyi şart koşturmak gerekmediği için hukukun ve hakkın öznesi olamayacak bu varlıkların hak sahibi olmasının önünde herhangi bir engel görünmemektedir.

Her varlığın hak sahibi olabilmesinin önündeki bir başka engel de menfaat kriteridir. Rasyonel kapasite şart değilse dahi, en azından bu çalışmada benimsenen perspektife göre, menfaat sahibi olabilmek hak sahipliğinin ön şartıdır. Eğer cansız varlıkların da menfaati olabileceğine dair yukarıda ileri sürülen argümanlar başarılıysa, her türlü varlığa hak tanınması mümkün hâle gelecektir. Böylelikle, insan ürünü hukuk sisteminin evrensel menfaatleri koruyabilecek potansiyele sahip olduğu görülebilecektir.

KAYNAKÇA

- Alexy R, *The Argument From Unjustice: A Reply to Legal Positivism*, Oxford University Press, 2004.
- Audi R, *Practical Reasoning and Ethical Decision*, Routledge, 2006.
- Austin J, *The Province of Jurisprudence Determined*, 2. Baskı, Cambridge University Press, 2001.
- Burdeau G, *L'État*, Seuil, 1970.
- Celenmajer D ve Lefebvre A, "Introduction: Bringing the Subject of Human Rights into Focus", in *The Subject of Human Rights*, Stanford, Stanford University Press, 2020, s. 1-25.
- Çataloluk G, "Hukuk Çalışmaya Devam Etmeli Miyiz? Sistemik Bir Analiz", *Hukuk Kuramı*, 5 (1), 2018, s. 1-24.
- Duguit L, *Kamu Hukuku Dersleri*, AÜHF Yayınları, 1954.
- Goodale M, "The Misbegotten Monad: Anthropology, Human Rights, Belonging", in *The Subject of Human Rights*, Stanford University Press, 2020, s. 48-63.
- Gözler K, "Yorum İlkeleri", in *Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaştırması*, KHP-TBB, 2013, s. 15-119.
- Gülgeç Y B, "Interrelationship Between Validity, Efficacy and Coerciveness", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 66 (4), 2017, s. 677-729.
- Gülgeç Y B, *Normativite ve Pozitivizm*, On İki Levha, 2020.
- Hart H L A, *The Concept of Law*, 3. Baskı, Clarendon, 2012.
- Hohfeld W N, "Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", *The Yale Law Journal*, 23 (1), 1913, s. 16-59.
- Kelsen H, *Pure Theory of Law*, 5. Baskı, The Lawbook Exchange, 2009.
- Lee P, "The Basis for Being a Subject of Rights: The Natural Law Position", in *Reason, Morality, and Law: The Philosophy of John Finnis*, Oxford University Press, 2013, s. 236-248.
- MacCormick N, "Why Law Makes No Claims", in *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, 2007, s. 59-67.

- Pennachin C ve Goertzel B, “Contemporary Approaches to Artificial General Intelligence”, in *Artificial General Intelligence*, Springer, 2007, s. 1-30.
- Rand A, *Atlas Vazgeçti*, 3. Cilt, Pegasus, 2021.
- Raz J, *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- Raz J, *Practical Reason and Norms*, Oxford University Press, 1999.
- Raz J, “The Identity of Legal Systems”, *California Law Review*, 59 (3), 1971, s. 795-815.
- Schauer F, “Was Austin Right After All? On the Role of Sanctions in a Theory of Law”, *Ratio Juris*, 23 (1), 2010, s. 1-18.
- Shapiro S J, “What is the Rule of Recognition (And Does It Exist?)”, in *The Rule of Recognition in the U.S. Constitution*, Oxford University Press, 2009, s. 235-268.
- Şimşek E, *Hukuk Öznesi Olarak Sivil Toplum*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020.
- Teubner G, “Rights of Non-Humans? Electronic Agents and Animals as New Actors in Politics and Law”, *Journal of Law and Society*, 33 (4), 2006, s. 497-521.

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

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVIII Nisan / April 2024 Sayı / No. 2

**CEZAEVİNDE ANNELERİYLE BİRLİKTE KALAN ÇOCUKLAR
HAKKINDA DEĞERLENDİRME**

EVALUATION ABOUT OF CHILDREN STAYING WITH THEIR
MOTHERS IN PRISON

Tülay KİTAPÇIOĞLU YÜKSEL*  

ÖZET

[-10.34246/ahbvuhfd.1430787](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1430787) 

Cezaevinde anneleriyle birlikte kalan çocukların koşulları ve sorunları, pek çok farklı disiplin tarafından incelenmişse de, infaz hukuku ve çocuk hakları açısından henüz bir araştırmaya konu olmamıştır. Çocuğun ileride suç alanından uzak kalması için olumsuz koşulları haiz cezaevi ortamı içerisinde mümkün olduğu kadar sağlıklı bir şekilde gelişimini sürdürebilmesi son derece önemlidir. Ayrıca uluslararası ve ulusal düzenlemelerin gereklerinin uygulamada tam olarak yerine getirilip getirilmediği sorunu, normatif düzenleme eksikliklerinin belirlenmesi, uygulamadaki problemlerin tespit edilmesi ve çözüm önerilerinin sunulması da önemli ihtiyaçlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu bağlamda, çalışmamızda, kadın hükümlülerin durumu, uluslararası ve ulusal düzenlemeler, çocukların cezaevinde anneleri ile birlikte kaldıkları süreç ve kurumdan ayrılma süreçleri, karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeler ve uygulamalar; örnek uygulamalar, uygulamadaki problemler ve neler yapılabileceğine dair çözüm önerilerimiz sunulmuştur. Bu inceleme, Türk infaz hukuku sistemi ve uygulaması, karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeler ve uygulamalar çerçevesinde yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Cezaevinde anneleri ile birlikte kalan çocuklar, İnfaz hukuku, Çocuk hakları, Hükümlü/tutuklu anne, Cezaevi.

* **Dr. Öğr. Üyesi,** Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı / KIRKLARELİ, e-posta: tulaykitapcioglu@hotmail.com, **ORCID:** 0000-0001-6631-1109, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1430787.

- **Atf Şekli/ Cite As:** Kitapçioğlu Yüksel T, “Cezaevinde Anneleriyle Birlikte Kalan Çocuklar Hakkında Değerlendirme”, *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28(2), 2024, s. 455-506
- **İntihal / Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*



ABSTRACT

Although the conditions and problems of children staying with their mothers in prison have been analysed by many different disciplines, they have not yet been the subject of research in terms of the law of execution and children's rights. It is highly important for the child to continue his/her development as healthy as possible in a prison environment with unfavourable conditions in order to stay away from the field of crime in the future. In addition, the problem of whether the requirements of international and national regulations are fully fulfilled in practice, the determination of normative regulation deficiencies, the identification of problems in practice and the presentation of solution proposals are also important needs. In this context, in our study, the situation of female convicts, international and national regulations, the process of children's stay with their mothers in prison and the process of leaving the institution, regulations and practices in comparative law, sample practices, problems in practice and our solution suggestions on what can be done are presented. This examination has been made within the framework of the Turkish law of execution system and practice, regulations and practices in comparative law.

Keywords: *Children staying with their mothers in prison, Law of execution, Children's rights, Convicted/detained mother, Prison.*

EXTENDED ABSTRACT

In our country, it is important to examine the situation and conditions of children between the ages of 0-6 who are staying with their mothers in prison from the perspective of execution law and children's rights. Because there is no study on this subject in the Turkish legal literature yet. This issue has been examined from the perspective of disciplines such as child development, pre-school education and health. There are also reports, discussions and interviews showing that there are many problems regarding this issue in practice. We believe that there is an important need to identify these problems and develop methods on how to solve them from a legal perspective.

Determining the approach to this issue is quite difficult, considering both the inadequacy of prison conditions for children and the high need for children between the ages of 0-6 to grow up with their mothers. For this reason, our study benefits from research and evaluations of other disciplines on the subject, and offers solution proposals that take into account the regulations foreseen by the execution law and the rights of the child, considering the best interests of the child.

The first of the important issues in terms of the subject of our study is what should be done to prevent the child from being dragged into crime in the future due to the fact that the child has been in prison with his/her mother at an early age. The second issue is that the child should not be punished indirectly for the crime his mother committed. The third issue is to improve prison facilities, taking into account the child's rights and best interests, so that the child's physical and mental health is not affected by the

negative conditions of the prison as much as possible.

The aim of our study is to reveal the conditions of children staying with their mothers in prison and their mothers, to examine the problems and deficiencies in this regard within the framework of execution law and to offer solutions. In this regard, we aim to contribute to the betterment of the present and future of children staying with their mothers in prisons by revealing and discussing international regulations, legal regulations related to this issue in our current legal system, and problems that arise in practice, and by offering solutions.

In our study, first of all, the situation of female convicts was examined, the situation of children staying with their mothers in prison was discussed within the framework of international and national regulations, within the scope of the period during which children stayed in prison and the process of leaving the institution, the healthy nutrition and development of children, the processes of separation from their mothers in prison and the opportunities for children to go to nursery in the institution were examined, and continued our research on regulations and practices in comparative law is included, then the sample practices we have identified and the problems in practice are explained, and finally, our solution suggestions on what can be done in this regard are presented. Within the scope of this review, a literature research and an interview with an expert were conducted regarding the Turkish execution law system and practice and the regulations and practices in comparative law.

However our suggestions are explained in relevant places within the scope of the entire study, we essentially have two suggestions. If the first of these proposals cannot be realised for various reasons, we believe that we should work in cooperation for the realisation of the second one.

Firstly, we propose the construction of mother-child homes where convicted/detained mothers with children between the ages of 0-6 can stay with their children. We think that the staff should not wear uniforms in these facilities, that there should be a kindergarten, a playground, sports fields, so that both children and mothers can be in social relations together, and that an environment where both the physical and psychological needs of the child can be met should be provided. Thus, the child will be removed from the tendency to commit offences and will be able to grow up with his/her mother in an environment other than prison conditions.

Secondly, if this recommendation cannot be realised, we suggest that the current situation be improved by taking into account the shortcomings and problems in practice. The necessary physical and psychological conditions should be provided for the child's normal life in prison. All of these recommendations should be legally secured through amendments to be made to the law on the execution of sentences and security measures. We are of the opinion that an institutional structure should be established after these recommendations are legally secured. In this context, a committee consisting of authorized from the Ministry of Justice, the Ministry of Health,

the Ministry of Family and Social Services and the Ministry of National Education and specialised academics in the fields of Criminal Law, Execution Law, psychology and sociology should be established. We recommend that this board should plan and organize the fulfilment of the requirements of the legal regulations and that a supervisory board should be established for their implementation.

GİRİŞ

Cezaevinde anneleriyle birlikte kalan 0-6 yaş aralığındaki çocukların durumu, bir yandan ceza infaz kurumlarının çocuklar bakımından uygun olmaması ve bir yandan da bu yaş aralığındaki çocukların annelerine duydukları ihtiyacın yoğun olması sebebiyle karmaşık bir konudur.

Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü'nün 09.03.2021 tarih ve 2021/01 Basın No'lu basın açıklamasında, 08.03.2021 tarihi itibarıyla 317 kadın hükümlü/tutuklunun yanında 0-6 yaş grubundan toplam 345 çocuğun bulunduğu ifade edilmiştir¹.

0-6 yaş aralığındaki çocuğun anneye olan ihtiyacından dolayı anneyle kalması, çocuğun menfaati açısından en uygun olan seçenek ise de, bu halde infaz kurumunun koşullarının mümkün olduğunca çocuğun sağlıklı gelişimini sürdürebilmesine elverişli olması gereklidir. Bu gereklilik, çocuğun beden ve ruh sağlığının iyi bir şekilde sürmesi, dolaylı şekilde cezalandırılmamış olması ve ileride suça sürüklenmesine zemin hazırlamaması yönlerinden son derece önemlidir.

Çocuğun cezaevinde annesi ile birlikte kalması konusu, çocuk gelişimi, okul öncesi eğitim, sağlık gibi disiplinlerin bakış açısı ile incelenmiş olmakla birlikte hukuki açıdan bugüne kadar incelenmemiştir. Bu konuyu hukuk perspektifiyle inceleyen bir çalışma olmamakla birlikte, uygulamada çok fazla problem bulunduğuna ilişkin rapor, tartışma yahut röportajlara rastlanmaktadır. Bu problemlerin tespit edilmesi ve hukuki açıdan nasıl çözümlenebileceğine ilişkin yöntemlerin geliştirilmesinin önemli bir ihtiyaç olduğu düşüncesindeyiz.

Bu çalışmadaki amacımız, cezaevinde anneleriyle birlikte kalan çocukların ve annelerinin koşullarını ortaya koymak, bu konudaki problemleri

¹ <<https://cte.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/basin-aciklamasi09032021045708>>,Erişim Tarihi 24 Ocak 2024.

ve eksiklikleri, infaz hukuku çerçevesinde incelemek ve çözüm önerileri sunmaktır. Bu doğrultuda, uluslararası düzenlemeleri, mevcut hukuk sistemimizde, bu konuya ilişkin olan yasal düzenlemeleri ve uygulamada ortaya çıkan problemleri ortaya koyup tartışarak ve çözüm önerileri sunarak cezaevlerinde anneleriyle birlikte kalan çocukların bugününün ve geleceğinin daha iyi olmasına katkı sunmayı amaçlamaktayız.

Bu bağlamda, çalışmamızda, öncelikle kadın hükümlülerin durumu incelenecek, cezaevinde anneleriyle birlikte kalan çocukların durumu uluslararası ve ulusal düzenlemeler çerçevesinde ele alınacak, çocukların cezaevinde kaldıkları süreç ve kurumdan ayrılma süreçleri kapsamında çocukların sağlıklı beslenmesi ve gelişimi, cezaevinde annelerinden ayrılma süreçleri ve çocukların kurumda kreşe gidebilme imkânları incelenecek, devamında karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeler ve uygulamalara ilişkin araştırmalarımıza yer verilecek, sonrasında tespit ettiğimiz örnek uygulamalar ve uygulamadaki problemler izah edilecek ve son olarak, bu konuda neler yapılabileceğine ilişkin çözüm önerilerimiz sunulacaktır. Bu inceleme kapsamında, Türk infaz hukuku sistemi ve uygulaması ile karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeler ve uygulamalara ilişkin olarak literatür araştırması ve bir uzman ile görüşme yapılmıştır.

I. KADIN HÜKÜMLÜLERİN DURUMUNUN İNCELENMESİ

Cezaevinde anneleriyle birlikte kalan çocukların durumunun incelenmesinden evvel, konuya daha genel ve bütüncül bir bakış açısıyla bakılabilesinin sağlanması için cezaevinde kadın hükümlülerin durumunu anlamak gerektiği düşüncesindeyiz.

Kadın hükümlülerin sayısının az olması, işledikleri suçların erkekler tarafından işlenen suçlara göre toplumu daha az tehdit ettiğinin düşünülmesi, mahkûm kadınların sorunlarını yeteri kadar ifade edememeleri², kadınların “*unutulan hükümlüler*” olarak nitelendirilmesine³ ve cezaevlerinin erkek bakış açısıyla yapılanmasına⁴ sebep olmuştur.

Yapılan araştırmalara göre, kadın mahkûmların pek çoğu, mahkûmiyet

² Veli Özer Özbek, *İnfaz Hukuku*, Anadolu Üniversitesi Yayını, 2019, s.75; Çiğdem Bilge, Aytuğ Türk, Nevin Akdolun Balkaya, Nezihe Bulut Uğurlu, “Kadın Mahkûmların Yaşadığı Zorluklar”, *Social Sciences Studies Journal*, 4(16), s. 1204.

³ Özbek, s. 75.

⁴ Bilge/Türk/Akdolun Balkaya/Bulut Uğurlu, s. 1204.

öncesinde fiziksel, duygusal yahut cinsel şiddete maruz kalmışlardır. Bu durum ise, kadınların suç işlemeye yönelmesine sebep olmaktadır⁵.

Kadını suç işlemeye yönelten sebepler, mahkûmiyetin kendi yaşamına ve ailesinin yaşamına etkileri, infaz sonrası toplum ve ailesi tarafından kabul görebilmesi ve yaşamına devam edebilmesi, yeniden suç işlememesi, sağlıklı bireyler yetiştirebilmesi ve dolayısıyla sağlık bir toplumun inşası için son derece önemlidir.

Kadın hükümlüler, cezaevi koşullarını erkek hükümlülere göre daha ağır hissetmektedirler. Ailelerini, evlerini kaybetme korkusunu ve erkeklere kıyasla daha ağır duyguları yaşamaktadırlar⁶. Kadınların infaz sonrası toplumsal yaşama karışmaları da oldukça zordur. Özellikle yerleşim yeri ve iş bulma, aile ile birlikte yaşama, yeniden eş bulma, anne rolü, toplumsal damgalama, başlıca zorluk oluşturan etmenler arasındadır⁷. Toplumsal damgalamaya maruz kalmış kadınlar, sosyal çevrelerinde kabul görmekte zorlanmakta ve toplumla, toplumsal değerlerle ilişkisi bozulmaktadır⁸.

Toplumsal yaşantımızın bir uzantısı olarak kadının sorumlulukları, erkeğe göre daha fazla olduğundan kadın infazın sonuçlarını erkeklere kıyasla daha ağır yaşar. Evin düzeni, çocukların bakımı, ailede bakıma ihtiyacı olan kişilerin bakımı ve tüm bunlarla birlikte çalışma zorunluluğu gibi önemli etmenler, kadının cezaevinde erkeklere göre çok daha fazla zorluk ve yoksunluk yaşamasına sebep olur. Bu nedenledir ki, kadınların gerek cezaevindeki infaz koşullarının gerek cezaevinden çıktıktan sonra toplumla yeniden barışmalarının ve uyum sağlamalarının kolaylaştırılması için ayrıca imkânlar sağlanmalıdır.

II. CEZAEVİNDE ANNELERİYLE BİRLİKTE KALAN ÇOCUKLARIN DURUMUNUN ULUSLARARASI VE ULUSAL DÜZENLEMELER ÇERÇEVESİNDE İNCELENMESİ

A. Uluslararası Düzenlemeler

Mahpuslara Muameleye Dair Birleşmiş Milletler Asgari Standart Kuralları⁹ m. 28'e göre, kadın cezaevlerinde hem doğum öncesine hem de

⁵ Bilge/Türk/Akdolun Balkaya/Bulut Uğurlu, s. 1204.

⁶ Özbek, s. 75.

⁷ Bilge/Türk/Akdolun Balkaya/Bulut Uğurlu, s. 1204.

⁸ Bilge/Türk/Akdolun Balkaya/Bulut Uğurlu, s. 1206.

⁹ <<https://tihv.org.tr/wp-content/uploads/2020/04/nelson-mandela-kurallari-mahpuslara->

doğum sonrasına yönelik bakım ve tedavi için özel birim bulunmalı ve imkân var ise cezaevi dışında doğum için gerekli düzenlemeler yapılmalı, eğer çocuk cezaevinde doğmuş ise, doğum belgesinde bu bilgi yer almamalıdır. 29. maddeye göre, çocuk cezaevinde ebeveyni ile birlikte kalmakta ise, ebeveynin bakımı altında olmadıkları zamanlarda, bırakılabilecekleri içeride ya da dışarıda bir çocuk bakım evi ve çocuğa özel sağlık bakım hizmetleri sağlanmalıdır. Ayrıca cezaevinde ebeveyni ile kalan çocuklara, hükümlü gibi davranılmamalıdır.

Birleşmiş Milletler Kadın Mahkûmlara Yönelik Muameleye Dair Kurallar ve Kadın Suçlulara Yönelik Hapis Dışı Tedbirler (*Bangkok Kuralları*)'nın 42 ve 52. maddeleri arasında, anne olan mahkûmlar için kapsamlı kurallar öngörülmüştür. 42. maddeye göre, cezaevi rejimi, hamile, emziren ve çocuklu kadınların ihtiyaçlarına cevap verebilecek esneklikte olmalıdır. Kadın mahkûmların, cezaevi faaliyetlerine katılımlarının sağlanabilmesi için cezaevlerinde çocuk bakım tesisleri oluşturulmalıdır. Psikososyal desteğe ihtiyacı olan kadın mahkûmlara özellikle de fiziksel, ruhsal ya da cinsel istismara maruz kalmış olan yönelik uygun hizmetlerin sağlanması için özel çaba gösterilmelidir. 43. maddeye göre, cezaevi yetkilileri, kadın mahkûmların ruh sağlıklarının iyi olması ve topluma yeniden kazandırılmalarının önemli bir ön koşulu olarak ziyaretleri mümkün olan hallerde kolaylaştırmalı ve teşvik etmelidir. 45. maddeye göre, cezaevi yetkilileri, kadın mahkûmların cezaevinden özgürlüğe geçişlerini kolaylaştırmak, damgalanmalarını azaltmak ve mümkün olan en erken aşamada aileleriyle ilişkilerini yeniden kurmak için ev izni, açık cezaevi ve toplum temelli programlar ve hizmetler gibi seçenekleri, mümkün olan azami ölçüde kullanmalıdır. 48. maddeye göre, hamile veya emziren kadın mahkûmlar, sağlıkları ve beslenmeleri konusunda nitelikli bir doktor tarafından bir programın hazırlanması ve izlenmesi konusunda tavsiye almalıdırlar. Hamile kadınlar, bebekler, çocuklar ve emziren anneler için yeterli ve zamanında gıda, sağlıklı bir çevre ve düzenli egzersiz olanakları ücretsiz olarak sağlanmalıdır. Kadın mahkûmlar, özel bir sağlık sebebi olmadıkça, çocuklarını emzirmekten caydırılmamalıdır. Yeni doğum yapmış, ancak bebekleri cezaevinde olmayan kadın mahkûmların tıbbi ve beslenme ihtiyaçları, programlarına dâhil edilmelidir. 49. maddeye göre, çocukların cezaevinde anneleriyle kalmalarına ilişkin kararlar, çocuğun en yüksek menfaatine göre verilmelidir. 50. maddeye göre, çocukları

muameleye-dair-birlesmis-milletler-asgari-standart-kurallari-turkce.pdf>, Erişim Tarihi 29 Ocak 2024.

kendileriyle birlikte cezaevinde bulunan kadın mahkûmlara, çocuklarıyla birlikte zaman geçirmeleri için azami imkân sağlanmalıdır. 51. maddeye göre, cezaevinde anneleriyle birlikte yaşayan çocuklara, sürekli sağlık hizmeti sağlanmalıdır ve onların gelişimi, toplum sağlığı hizmetleri ile işbirliği içinde uzmanlar tarafından izlenmelidir. Bu çocukların yetiştirilmesi için sağlanan ortam, mümkün olduğu sürece cezaevi dışında yaşayan çocuğunkine yakın olmalıdır. 52. maddeye göre, bir çocuğun annesinden ne zaman ayrılacağına ilişkin kararlar, bireysel değerlendirmelere dayanmalıdır ve ilgili ulusal kanunlar kapsamında çocuğun en yüksek menfaati gözetilmelidir. Çocuklar annelerinden ayrıldıktan sonra, aile, akraba yanında ya da diğer alternatif bakımlarda, kadın mahkûmlara, çocuğun en yüksek menfaatine olduğunda ve kamu güvenliği tehlikeye atılmadığında, çocuklarıyla görüşmeleri için azami fırsat ve imkân sağlanmalıdır¹⁰.

BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 3. maddesine göre, çocuğa ilişkin kamusal yahut özel sosyal yardım kurumları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organı tarafından gerçekleştirilen tüm işlemlerde, "*çocuğun yüksek menfaati*" öncelikli olarak göz önüne alınmalıdır. Çocuk Hakları Komitesi Genel Yorum No. 14'e göre, çocuğun yüksek menfaati kavramının tam olarak uygulanması, haklara dayalı bir yaklaşımı gerektirmekte ve bu yaklaşımda ilgili tüm aktörler, çocuğun fiziksel, psikolojik, ahlaki ve manevi gelişimini ve insan olarak saygınlığını geliştirmek için seferber olmalıdır¹¹.

Avrupa İşkencenin ve İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Ceza veya Muamelenin Önlenmesi Komitesi (CPT), 1987 Avrupa Konseyi Konvansiyonu kapsamında kurulmuştur¹². Raporun "*Özgürlüğünden Mahrum Edilen Kadınlar*" başlıklı kısmının "*Giriş*" bölümünde, Avrupa Konseyi'ne üye devletlerde kadınların özgürlüğünden mahrum insanların görece olarak küçük bir grubunu temsil ettiğini, bu durumun devletlerin gözaltındaki kadınlar için özel düzenlemeler yapmasını maliyetli hale getirdiğinden dolayı kadınların çoğunlukla (*bazen evlerinden ve bakmakla yükümlü oldukları çocuklardan uzakta*) erkek tutuklular için hazırlanmış (*bazen erkek tutuklularla paylaşılan*)

¹⁰ <https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok_Rules_ENG_22032015.pdf>, Erişim Tarihi 16 Ocak 2024.

¹¹ <<https://www.unicef.org/turkiye/media/7941/file/ÇHDS%20ve%20İhtiyari%20Protokoller,%20Usul%20Kuralları%20ile%20Çocuk%20Hakları%20Komitesi%20Genel%20Yorumları.pdf>>, Erişim Tarihi 01 Ekim 2023.

¹² <https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/07/31/CPT_Standards.pdf>, Erişim Tarihi 11 Ocak 2024, s. 4.

tesislerde tutulduğunu, özgürlüğünden mahrum kadınların güvenli ve makul gözetim koşullarında olmasını sağlamak için çaba gösterilmesi gerektiği ifade edilmiştir¹³. CPT raporunun “*Cezaevlerinde Sağlık Hizmetleri*” başlıklı kısmının “*İnsani Yardım*” bölümünde, anne ve çocuğun ihtiyaçlarına, özel önem verilmesi gerektiği, anne ve çocuğun en azından belli bir süre birlikte olmalarına izin verilmesi gerektiği, eğer cezaevinde birlikterlese, kreş, doğum sonrası bakım ve emzirme konusunda uzman personelin desteğinin sağlanması gerektiği ifade edilmiştir. Ayrıca çocuğun annesinden ayrılarak topluma nakledilmesi ile ilgili kararların, pedo-psikiyatrik ve medikososyal unsurlar ışığında ayrı ayrı incelenmesi hususu vurgulanmıştır¹⁴. Raporun “*Özgürlüğünden Mahrum Edilen Kadınlar*” başlıklı kısmının “*Doğum Öncesi ve Sonrası Bakım*” başlıklı bölümünde, hamile kadınların özel beslenme ihtiyaçlarının karşılanması, hamile mahkûmların zamanı geldiğinde dışarıdaki hastanelere sevk edilmesi gerektiği, ancak zaman zaman hamile kadınların muayene veya doğum sırasında zincire vurulduğunun yahut yataklarına bağlandığının görüldüğü, bu yaklaşımların insanlık dışı muamele olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca çocuğun iyiliğinin esas alınması gerektiği, çocukların sosyal hizmet ve çocuk gelişim uzmanları tarafından izlenmesi ve amacın hapsin üniforma gibi unsurlarından uzak ve çocuk odaklı bir ortam olması gerektiği ifade edilmiştir. Önem taşıyan bir diğer husus ise, cezaevlerindeki bebeklerin hareket ve bilişsel becerilerinin normal şekilde gelişmesini sağlayacak düzenlemelerin yapılması gerektiğine, özellikle cezaevi içinde çocuklara yeterli oyun ve hareket etme imkânının ve mümkün olduğunca kurumdan çıkarılarak dışarıdaki hayatı deneyimleme imkânının sağlanması gerektiğine işaret edilmesidir¹⁵.

Herhangi Bir Şekilde Tutuklu ya da Hapiste Olan Bütün Kimselerin Korunmasına İlişkin İlkeler Demeti İlke 5 (2)'ye göre, sadece kadınların, özellikle de gebe olan veya çocuk emzirmekte olan kadınların, çocukların, küçük yaşta olan kişilerin, yaşlıların, hastaların ve engellilerin haklarını ve özel statüsünü korumak için öngörülen önlemler ayrımcı değildir¹⁶.

¹³ <https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/07/31/CPT_Standards.pdf>, Erişim Tarihi 11 Ocak 2024, s. 78.

¹⁴ <https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/07/31/CPT_Standards.pdf>, Erişim Tarihi 11 Ocak 2024, s. 34.

¹⁵ <https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/07/31/CPT_Standards.pdf>, s.80 (Erişim Tarihi 11 Ocak 2024).

¹⁶ Andrew Coyle, *Cezaevi Yönetimine İnsan Haklarını Göz Önüne Alan Bir Yaklaşım, Cezaevi Görevlileri İçin Elkitabı*, International Centre for Prison Studies, 2002, s. 133.

Mahkûmlara Uygulanacak Muameleye İlişkin Standart Asgari Kuralların 23. maddesine göre, cezaevlerinde kadınlar doğum öncesi ve sonrası bakım için uygun özel barınma olanaklarının bulunması gerektiği, mümkün ise çocukların cezaevi dışında bir hastanede doğmalarının sağlanması, ancak cezaevinde doğmuş ise bu durumun kimliğinde belirtilmemesi gerektiği ifade edilmiştir. Emzirilen bebeklerin anneleriyle birlikte cezaevinde kalmasına izin verildiğinde, anneleri tarafından bakılmadıkları zamanlarda kalabilecekleri, nitelikli çocuk bakıcılarının bulunduğu çocuk odalarının olması gerektiği de ifade edilmiştir¹⁷.

Özgürlüğü Elinden Alınmış Küçük Yaşta Kimselerin Korunmasına İlişkin Kuralların 85. maddesine göre, cezaevi personeline eğitim, özellikle de çocuk psikolojisi, çocuk sağlığı ve güvenliği, insan ve çocuk haklarına ilişkin uluslararası kurallar hakkında eğitim verilmelidir¹⁸.

Bakanlar Komitesi'nin Cezaevlerindeki Etik ve Örgütsel Özelliklerine İlişkin R (98) 7 No'lu Tavsiyesi'nin "*Sağlık Bakım Özel Programları*" başlıklı bölümünde, 69-71. maddeler arasında anne ve çocuğa ilişkin düzenleme bulunmaktadır. Bu düzenlemeye göre, tutuklu annelerin, küçük çocukları ile birlikte kalmaları imkânı, iyi bir sağlık durumunu sürdürmeleri ve psikolojik bağlarını koruma ihtiyacı dikkate alınarak, annelerin kendilerine özen göstermesine izin verilmesi sağlanmalı, çocukları ile birlikte kalan anneler için kreş, gündüz bakım evi gibi özel tesisler sağlanmalı, belirli yaştaki çocukların annelerinin yanlarından ayrılmasına ilişkin kararlara doktorlar müdahale etmemelidir¹⁹.

Avrupa Cezaevi Kuralları Hakkında (2006) 2 Sayılı Tavsiye Kararı'nın "*Kadınlar*" başlıklı 34. maddesine göre, kadın mahkûmların sosyal, psikolojik, bedensel ve mesleki ihtiyaçlarına dikkat edilmeli, bedensel, ruhsal veya cinsel istismara uğramış mahkûmların ihtiyaçları halinde, bu alandaki özel servislere erişimleri için özel çaba gösterilmeli, kadın mahkûmların cezaevi dışında doğum yapmalarına izin verilmeli, ancak çocuğun cezaevinde doğması halinde yetkililer, gerekli tüm destek ve kolaylığı sağlamalıdır²⁰.

¹⁷ Coyle, s. 133.

¹⁸ Coyle, s. 26.

¹⁹ Ata Soyer, *Cezaevi ve Sağlık*, Türk Tabipleri Birliği, 1999, s. 106.

²⁰ <https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/29120200936251982019151705tavsiye_kararlari.pdf>, Erişim Tarihi 17 Ocak 2024.

B. Ulusal Düzenlemeler

Anayasa'nın "Özel hayatın gizliliği" başlıklı 20. maddesinin 1. fıkrasına göre;

"Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz".

Anayasa'nın "Ailenin korunması ve çocuk hakları" başlıklı 41. maddesine göre;

"Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır.

Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar.

Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir.

Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır".

5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'da çocukların anneleriyle birlikte cezaevinde kalmasına ilişkin koşullar düzenlenmiştir.

Kanunun "hükümlünün bakıma muhtaç çocuklarının barındırılması" başlıklı 65. maddesine göre;

"(1) Anaları hükümlü olup da dışarıda korumasına bırakılacak kimsesi bulunmayan sıfır-altı yaş grubundaki çocuklar, analarının yanında kalabilirler. Bu çocuklar gündüzleri ceza infaz kurumunu bünyesindeki veya Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu veya diğer kurum ve kuruluşlara ait kreş ve gündüz bakımevlerinde barındırılırlar.

(2) Analarının yanında kalan çocuklara, yaş ve durumlarına ve ihtiyaçlarına göre yiyecek ve içecek verilir.

(3) Üç yaşını doldurmuş çocuklar, hâkim kararıyla çocuk yuvalarına veya yetiştirme yurtlarına yerleştirilebilirler. Bu çocukların belirlenecek bir program ve usule göre zaman zaman analarıyla temasları sağlanır".

Kanunun “*hükümlünün beslenmesi*” başlıklı 72. maddesinin 4. fıkrasına göre;

“(4) Kurumda annesiyle birlikte kalan çocuklara ve süt emziren annelere durumlarına uygun gıda verilir”.

Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yönetmeliğin “*Psiko-sosyal yardım servisi*” başlıklı 12. maddesinin 1. fıkrasının son cümlesine göre;

“*Psiko-sosyal yardım servisinde; psikolog, sosyal çalışmacı, sosyolog ve çocuk gelişimi uzmanı görev yapar*”.

Yönetmeliğin 12. maddesinin 5. fıkrasına göre;

“*Ceza infaz kurumunda anaları ile birlikte kalan sıfır-altı yaş grubundaki çocukların psiko-sosyal gelişimleri psiko-sosyal yardım servisi görevlilerince takip edilir*”.

Yönetmeliğin “*Hükümlünün bakıma muhtaç çocuklarının barındırılması*” başlıklı 58. maddesine göre;

“(1) *Anaları hükümlü olup da dışarıda korumasına bırakılacak kimsesi bulunmayan sıfır-altı yaş grubundaki çocukların barındırılması, 5275 sayılı Kanunun 65 inci maddesi gereğince yerine getirilir. Üç yaşını doldurmuş çocuklar hakkında 5395 sayılı Kanun kapsamında koruyucu ve destekleyici tedbirlerin alınması için ilgili kurumlara bilgi verilir. Bu çocukların belirlenecek bir program ve usule göre zaman zaman analarıyla temasları sağlanır.*

(2) *Altı yaşını doldurmuş çocukların menfaati de göz önünde tutularak kurum dışında barındırılacakları yerler, ilgili mevzuat hükümlerine göre belirlenir.*

(3) *Altı yaşını dolduran çocuğun dışarıda bırakılacak kimsesi bulunmadığı takdirde durum ceza infaz kurumu idaresince Aile ve Sosyal Hizmetler İl Müdürlüğüne bildirilir. Bu çocukların görevliler aracılığı ile Aile ve Sosyal Hizmetler İl Müdürlüğüne belirlenen kuruluşa teslimi sağlanır”.*

Yönetmeliğin “*Dışarıdan gönderilen hediyeleri kabul etme hakkı*” başlıklı 77. maddesinin 4. ve 5. fıkralarına göre;

“(4) *Çocuk ve altmış beş yaşını tamamlamış hükümlüler ile beraberinde*

çocuğu bulunan kadın hükümlülere, idare ve gözlem kurulu tarafından alınacak karar doğrultusunda, belirtilen zaman dilimi dışında ve kurumlara girmesi yasak olmayan, kurum ve kişi güvenliği ile genel sağlığı tehlikeye düşürmeyen nitelikteki eşya hediye olarak verilebilir; idare ve gözlem kurulu bu kişiler bakımından zaman kısıtlamasını kaldırabilir.

(5) Kurumda anasıyla birlikte kalan çocuklara; kurum güvenliğini tehlikeye sokmayan ve çocuk gelişimine uygun olan oyuncak veya diğer eşya ile sağlıklı gıda maddesi hediye olarak her zaman gönderilebilir”.

Yönetmeliğin “Hükümlülerin nakillerinde dikkat edilecek hususlar” başlıklı 127. maddesinin 1. fıkrasına göre;

“ (1) f) Analarının yanında kalmakta olan çocukların sağlık nedeniyle kurum dışına sevk edilmesi halinde, cezaevi tabibi tarafından verilen raporda anasının kendisine refakati zorunlu görülmüşse refakat edebilir. Çocuğun sağlık giderleri 102 nci madde hükümlerine göre karşılanır”.

Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzükte de, Kanun ve Yönetmeliğe benzer şekilde, çocukların anneleriyle barındırılması, hediyelerin kabul edilmesi, hastalık nedeniyle nakil konuları düzenlenmiştir.

Türk İnfaz Hukuku sisteminde, annelere yönelik infaz kurumuna girişlerine yönelik bir kısım istisnai düzenlemeler öngörülmüştür.

Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun “Özel İnfaz Usulleri” başlıklı 110. maddesine göre,

“(4) Doğurduğu tarihten itibaren altı ay geçen ve toplam üç yıl veya daha az süreli hapis cezasına mahkûm olan ya da adli para cezası infaz sürecinde hapis cezasına çevrilen hükümlü kadınların cezasının konutunda çektirilmesine infaz hâkimi tarafından karar verilebilir. Bu fıkra uyarınca talepte bulunulabilmesi için kadının doğurduğu tarihten itibaren bir yıl altı ay geçmemiş olması gerekir. Konutta infaza karar verdikten sonra çocuk ölmüş veya anasından başka birine verilmiş olursa infaz hâkimi konutta infaz uygulamasına ilişkin kararını kaldırır”.

110. maddenin 9. fıkrasında, bu madde hükümlerinin uygulanmayacağı suçlar düzenlenmiştir. Ancak üçüncü ve dördüncü fıkra hariç tutulduğu için bu istisnai hüküm, çocuğu olan mahkûm anneler bakımından uygulanmayacaktır.

Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin

İnfazı Hakkında Yönetmeliğinin “*Özel infaz usulleri*” başlıklı 40. maddesinin 4. fıkrası da aynı düzenlemeyi içermektedir.

Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun “*Hapis cezasının infazının hastalık nedeni ile ertelenmesi*” başlıklı 16. maddesinin 4. fıkrasına göre,

“Hapis cezasının infazı, gebe olan veya doğurduğu tarihten itibaren bir yıl altı ay geçmemiş bulunan kadınlar hakkında geri bırakılır. Çocuk ölmüş veya anasından başka birine verilmiş olursa, doğumdan itibaren iki ay geçince ceza infaz olunur”.

14.04.2020 kabul tarihli 7242 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda değişiklik yapılmasına dair Kanunun 19. maddesi ile bu fıkranın ilk cümlesine “*itibaren*” sözcüğünden sonra gelmek üzere “*bir yıl*” ifadesi eklenmiştir. Bu değişiklikte birlikte, “*altı ay*” olan hapis cezasının ertelenme sınırı, “*bir yıl altı ay*”a kadar uzatılmıştır. Bu değişiklikte birlikte, annenin çocuğuyla ceza infaz kurumu dışında geçireceği vakit uzatılmış ve çocuğun ceza infaz kurumu ile tanışması da geciktirilmiştir. Bu kapsamda olan çocuk, cezaevine girmemiş olacak ve annesi ile toplumsal yaşam içerisinde yaşamaya devam edebilmiş olacaktır. Ancak bu süre de, çocuğun annesine en çok ihtiyacının bulunduğu zamanın hayatının ilk üç yılı olduğu düşünüldüğünde, yeterli değildir. Düşüncemize göre, çocuk için önemli olan ilk üç yılı annesi ile geçirebilmesi için bu süre, üç yıla çıkarılmalıdır. Bu hüküm, takdiri değil, zorunlu bir düzenlemedir. Dolayısıyla istisnasız şekilde tüm anneler için uygulanması gereklidir.

Aynı zamanda bu hüküm, Kanunun 116. maddesinin 1. fıkrası gereğince, tutuklular bakımından uygulanmalıdır.

Bu hükmün istisnası, maddenin 5. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu hükme göre;

“(5) Kapalı ceza infaz kurumuna girdikten sonra gebe kalanlardan koşullu salıverilmesine altı yıldan fazla süre kalanlar ile eylem ve tutumları nedeniyle tehlikeli sayılanlar hakkında dördüncü fıkra hükümleri uygulanmaz. Bu kişilerin cezasının dördüncü fıkrafta öngörülen kısmı, ceza infaz kurumlarında kendileri için düzenlenen uygun yerlerde infaz olunur”.

Bu düzenlemede yer alan “*tehlikeli sayılanlar*” ifadesi, oldukça belirsiz ve subjektif olup, yoruma ve değerlendirmeye açıktır. Dolayısıyla mahkûm anneler arasında eşitlik ilkesine aykırı hükümler verilmesine yol açabilecek

niteliktedir. Aynı zamanda bu düzenleme, hükmün düzenlenme amacına da aykırılık taşımaktadır. Çocuğun yüksek menfaatini koruma, annesiyle cezaevi dışında vakit geçirebilmesini sağlama ve olabildiğince geç ceza infaz kurumuna girmesini amaçlayan düzenleme ile çelişmektedir. Bu istisnayı, hâkime tanıdığı geniş takdir yetkisi, hükmün düzenlenme amacına aykırı olması ve eşitlik ilkesine aykırı uygulamaların doğması riski sebebi ile uygun bulmamaktayız.

Bu konu hakkında Anayasa Mahkemesi tarafından verilen bir karar oldukça önemlidir. Başvurunun konusu, ceza infaz kurumunda iki küçük çocuğu ile kalan bir annenin infazın ertelenmesi talebinin reddinin aile hayatına saygı hakkını ihlal ettiği iddiasına ilişkindir²¹. Başvuru konusu olayda, başvuru, 02.01.2014 ve 12.02.2016 tarihinde doğan iki çocuğu ile birlikte cezaevinde kalmaktadır. Başvurucu anne, bir aylık bebeğinin bakım ve ihtiyaçlarını karşılamak için infazın ertelenmesini talep etmiş, ancak reddedilmiştir.

Kararda, “başvurucunun 25.07.2013 tarihinde 0-6 yaş grubunda çocuğu bulunması nedeniyle hakkında denetimli serbestlik uygulanmak suretiyle tahliyesine karar verildiği, farklı ceza yargılamalarından kesinleşen hapis cezaları nedeniyle 12.04.2014 tarihinde tekrar ceza infaz kurumuna gönderildiği, 15.04.2014 tarihinde ise gebe olması nedeniyle infaza ara verilerek tahliye edildiği belirtilmiştir. Ancak başvurucunun ara verme kararına uymayarak 15.04.2014 tarihinde teslim olmadığı, çok sayıda ceza kararı nedeniyle hakkında arama kararlarının mevcut olduğu, ayrıca resmi olarak evli olmadığı, doğum raporunu ibraz etmediği, gebeliğini cezaların infazını engellemek amacıyla kullandığı ifade edilmiştir. Başvurucu hakkında 21 yıl 65 ay 7 gün kesinleşmiş hapis cezasının olduğu vurgulanarak başvurucunun eylem ve tutumları nedeniyle 13.12.2014 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’un 16. maddesinin (5) numaralı fıkrasında düzenlenen tehlikeli hükümlülerden sayılması gerektiği ve aynı Kanun maddesinin (4) numaralı fıkrası hükümlerinin uygulanamayacağı vurgulanmıştır”.

Başvurucunun bu karara itirazına ilişkin olarak İnfaz Hâkimliği tarafından 30.03.2016 tarihinde karar verilmesine yer olmadığına hükmedilmiştir. Kararda, Kanunun 17. maddesi gereğince infazın ertelenmesi taleplerine ilişkin kararlarda Cumhuriyet savcısının takdir yetkisinin bulunduğu ve

²¹ <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/8660>>, Erişim Tarihi 26 Aralık 2023.

Kanun'da itiraz yolunun öngörülmediği ifade edilmiştir. Başvurucunun bu karara itirazı da, Ağır Ceza Mahkemesi tarafından reddedilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvuru neticesinde Mahkeme verdiği kararda, çocuğun yüksek menfaati doğrultusunda kamusal makamların ebeveyn ile çocuk arasındaki aile bağının devam etmesini sağlamak ve çocuğun zihinsel ve fiziksel gelişimini sürdürebileceği bir ortamda yaşamasını sağlayacak önlemleri almakla yükümlü olduklarını ifade etmiştir. Ayrıca, infaz kurumundaki uygulamalarda idarenin geniş takdir yetkisi bulunmakla birlikte, bu yükümlülüğün mahkûm anneler ile birlikte cezaevinde kalan çocuklar yönünden de bulunmaktadır. Mahkeme, başvurucunun nitelikli hırsızlık suçundan hapis cezalarının bulunduğu ve tehlikeli hükümlü kabul edilmesine dair yeterli gerekçe sunulmadığını ve ayrıca sadece mahkûm annenin durumu ile ilgili kuralların hükme esas alındığını, çocuğun koşulları ve gereksinimlerinin değerlendirilmediğini de ifade etmiştir. Mahkûm annenin cezası ile bağlantı kurulan kararlarda, aile hakkına saygı hakkı kapsamında çocuğun yüksek menfaatinin göz önüne alınmadığı, mahkûmun cezaevinde tutulması ile çocuğun yüksek menfaati arasında bir dengeleme yapılmadığı ve çocuğun ceza infaz kurumunun koşullarından asgari seviyede etkilenmesini sağlayacak uygun koşulların sağlanmadığının anlaşıldığı ifade edilmiştir. Mahkeme, bu sebeplerle aile hayatına saygı hakkının öngördüğü pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmesi ve Anayasa m. 20'de güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi tarafından verilen bu karar, uygulama açısından oldukça önemli ve yol gösterici nitelikte olup, karara katılmaktayız. Bununla birlikte, başvuruya konu kararlarda üzerinde durulması gereken hukuken hatalı bulduğumuz hususlar da bulunmaktadır. Şöyle ki;

Cumhuriyet savcısı tarafından verilen infazın ertelenmesinin reddine ilişkin kararda, mahkûm annenin evli olmamasına ilişkin ifadenin başvurucunun özel hayatına dair tespit olduğu ve karara konu talep ile bu talebin hukuki dayanağına ve gerekliliğine uygun olmadığı düşüncesindeyiz. İkinci olarak, mahkûmun gebeliğini cezaların infazını engellemek amacı ile kullandığına ilişkin görüş subjektif bir yoruma dayanmaktadır. Üçüncü olarak, çocuğun annesi ile birlikte ceza infaz kurumu dışında kalmasına olanak sağlayan erteleme hükmü, çocuğun yüksek menfaatini göz önüne almakta ve bu karar, hükmün amacına aykırılık teşkil etmektedir. Dördüncü olarak, Kanununun 16. maddesinin 5. fıkrasında bulunan istisnai hüküm kapsamında ele alınmasına sebep olan "*tehlikeli hükümlü*" sıfatının, başvuru olan mahkûm

anne tarafından sağlanmasının gerekçesi belirtilmemiş ve neden tehlikeli hükümlü olarak kabul edildiği anlaşılmamıştır. Son olarak, İnfaz Hâkimliği tarafından verilen kararda, Kanunun 17. maddesi kapsamında Cumhuriyet savcısının takdir yetkisinin bulunduğu ifade edilmişse de, başvurusunun talebinin dayanağı bu hüküm değil, 16. maddedir ve 16. maddede de, emredici hüküm öngörülmüştür. Bu sebepler ile Cumhuriyet savcısı ve İnfaz Hâkimliği tarafından verilen kararları hukuka aykırı bulmaktayız ve Anayasa Mahkemesi kararının, bu konuya ilişkin uygulamada göz önünde alınması gereken önemli bir karar olduğu düşüncesindeyiz.

İnfaz Kanunu'nun *“Denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazı”* başlıklı 105/A maddesinin 3. fıkrasının a bendine göre;

“Sıfır-altı yaş grubunda çocuğu bulunan ve koşullu salıverilmesine iki yıl veya daha az süre kalan kadın hükümlüler” denetimli serbestlik tedbirinden faydalanabilirler.

7242 sayılı Kanunun 52. maddesi ile 5272 sayılı Kanunun geçici 6. maddesinin 2. fıkrasında yapılan değişiklik ile birlikte sıfır-altı yaş çocuğu bulunan kadınlar bakımından denetimli serbestlikten faydalanma imkânı genişletilmiştir. Böylece koşullu salıverilmesine *“iki yıl”* kalma süresi, *“dört yıl”* olarak uzatılmıştır. Bu hükme göre;

“30.03.2020 tarihine kadar işlenen suçlar bakımından Türk Ceza Kanununun kasten öldürme suçları (madde 81, 82 ve 83), cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar (madde 102, 103, 104 ve 105), özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar (madde 132, 133, 134, 135, 136, 137 ve 138) ve İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ile Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar hariç olmak üzere; Sıfır-altı yaş grubu çocuğu bulunan kadın hakkında 105/A maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan ‘iki yıllık’ süre, ‘dört yıl’ olarak uygulanır”.

Sıfır-altı yaş aralığında çocuğu olan mahkûm anneler bakımından sürenin uzatılmış olmasının olumlu bir değişiklik olduğu düşüncesindeyiz. Ancak bir kısım suçların hariç tutulması, denetimli serbestlik tedbirinin amacı ile bağdaşmamaktadır. Burada suç değil, suçlunun özellikleri ön planda olmalıdır. Kaldı ki, böyle bir düzenleme ile suçun ağırlığından, niteliğinden çocuk etkilenmiş olmakta, bunun cezasını çocuk çekmiş olmaktadır. Bu sebeple bir kısım suçların istisna olarak öngörülmesine katılmamaktayız. Diğer bir husus da, özel infaz usullerinin düzenlendiği İnfaz Kanununun 110. maddesinde

öngörülen katalog suçların anneler bakımından uygulanmaması düzenlenmiş iken, denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasına ilişkin hükümden annelerin hariç tutulması, hem sistematik hem de tutarlılık açısından sorunlu olmalıdır.

Bir görüşe göre de, bazı suçların bu düzenlemenin kapsamı dışında bırakılması, çocuk açısından ayrımcılığa neden olmaktadır. Suçun neticeleri, annesi ile birlikte cezaevinde kalan çocuğa da yüklenmiş olmaktadır ve bu durum, çocuğun üstün menfaatine uygun değildir²².

Doktrinde bir görüşe göre de, belirli suçlar bakımından katalog oluşturularak bu suçları işleyen kişilerin özel infaz usullerinden faydalanmasını engellemek doğru değildir. Mahkûmiyetten sonra kişinin işlediği suçtan ayrı bir şekilde hükümlü olarak kabul edilmesi gereklidir. Hükümlüler bakımından da, işlenen suçtan ziyade, işlenen suçun ortaya çıkardığı tehlikelilik durumu, mükerrerlik olup olmadığı, bir örgüte mensup olup olmadığı, itiyadi suçluluk, cinsiyet, yaş, sağlık durumu ve doğum gibi özel durumlar dikkate alınmalıdır. Bu görüşe göre, bir kısım suçlardan mahkûm olanların bu imkânlardan faydalanmasına yönelik istisna öngörmek yerine, infaz hâkiminin özel infaz usullerinin uygulanmasında göz önüne alacağı hususların düzenlenmesi daha doğru olurdu²³.

İnfaz Yönetmeliği'nin "*Hapis cezasının infazının hastalık nedeni ile ertelenmesi*" başlıklı 42. maddesinin 4. fıkrasına göre;

"(4) Hapis cezasının infazı, gebe olan veya doğurduğu tarihten itibaren bir yıl altı ay geçmemiş bulunan kadınlar hakkında geri bırakılır. Çocuk ölmüş veya anasından başka birine verilmiş olursa doğumdan itibaren iki ay sonra ceza infaz olunur".

Tüm bu ulusal düzenlemeler göz önüne alındığında, çocuğun annesi ile birlikte cezaevinde kaldığı sürecin çocuğun en yüksek menfaatine uygun şekilde geçirmesine olanak sağlayacak yeterlilikte hükümlerin öngörülmediğini görmekteyiz. Bu sebeple, çocuğun yüksek menfaatinin, sağlıklı bir ortamda kalmasını ve gelecekte suç alanından uzak, sağlıklı bir birey olmasına imkân sağlayacak kapsamlı düzenlemelerin öngörülmesi ve

²² "*Çocuk Hakları' Çerçevesinde Türkiye'de Cezaevinde Büyüyen Çocuklar*", İnsan Hakları ve Mazlumlar İçin Dayanışma Derneği (Mazlumder), Çocuk Hakları Komisyonu, 2020, s. 15, 16.

²³ Mahmut Koca, İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2022, s. 597.

bu düzenlemelerin annesinin işlediği suçtan bağımsız olarak tüm çocuklar bakımından eşit ve adil bir şekilde uygulanmasını sağlayan bir denetim mekanizmasının da öngörülmesini önermekteyiz.

III. ÇOCUKLARIN CEZAEVİNDE ANNELERİYLE BİRLİKTE KALDIKLARI SÜRECİN VE KURUMDAN AYRILMA SÜREÇLERİNİN İNCELENMESİ

A. Çocukların Sağlıklı Beslenmesi ve Gelişimi

Çocukların cezaevinde kalması, başlı başına gelişimleri açısından olumsuzdur. Ancak anneleriyle birlikte olmaları, çocuklar bakımından daha yüksek menfaat sağlamakta ise, erken çocukluk döneminde anneleriyle birlikte cezaevinde kalmalarının mümkün kılınması gerekir. Cezaevi koşulları, tek başına, çocuklar için olumsuzluklar içerdiği için sürecin olabildiği kadar çocuklar açısından sağlıklı geçmesi ve ileride suç alanından uzak kalmalarına imkan sağlamaya elverişli olması gerekir.

Çocukların sağlıklı gelişimi için gün içerisinde yeteri kadar güneş ışığından faydalanabilmeleri, sağlıklı beslenebilmeleri, diğer çocuklarla sosyal ilişki içerisinde bulunabilmeleri, okul öncesi eğitim imkânından faydalanabilmeleri ve psikolojik, fiziksel olarak uzman desteğinden faydalanabilmeleri gereklidir.

İnfaz Kanunu m. 65/2’de, annelerinin yanında kalan çocuklara yaş, durum ve ihtiyaçlarına göre yiyecek verilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Kanununun 72. maddesinin 4. fıkrasında da, kurumda annesiyle birlikte kalan çocuklara ve emziren annelere uygun gıda verilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Ayrıca Ceza İnfaz Kurumlarında Bulundurulabilecek Eşya ve Maddeler Hakkında Yönetmeliğin 4. maddesinde de, çocuklara ve emziren annelere, cins ve miktarı doktor tarafından belirlenen ihtiyaç duydukları gıda maddelerini buldurmalarına izin verileceği düzenlenmiştir.

Cezaevinde anneleriyle kalan çocukların sağlıklı beslenmelerinin yanı sıra uzman kişilerden psikolojik destek almalarının, gelişimlerinin psikolog ve sosyal gelişim uzmanları tarafından takip edilmesi de son derece önemlidir.

Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yönetmelik m. 12/5’te, cezaevinde anneleriyle kalan çocukların psiko-sosyal gelişimlerinin psiko-sosyal yardım servisi görevlileri tarafından takip edilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Çocukların psikolojik ve bilişsel becerilerinin gelişimi açısından kurum içerisinde uygun oyuncak ve materyallerin bulunması ve bunları kullanma imkânının da sağlanması gerekir.

Yönetmelik m. 77/4 ve 5'te, kurum ve kişi güvenliği ile genel sağlığı tehlikeye düşürmeyen nitelikteki eşya hediye olarak verilebilir, çocuk gelişimine uygun olan oyuncak veya diğer eşya ile sağlıklı gıda maddesinin hediye olarak her zaman gönderilebileceği düzenlenmiştir.

Çocuk infaz kurumu içerisinde hasta olduğunda, hem gerekli tıbbi desteğin sağlanması hem de annesinin yanında olmasının sağlanması gereklidir.

Bu bağlamda, Yönetmelik m. 127/1'de, çocuğun sağlık nedeniyle kurum dışına sevki gerekmekte ise, cezaevi doktoru raporda annesinin refakatini zorunlu görmüş ise, refakat edebileceği öngörülmüştür. Düşüncemize göre, bu düzenleme, annesinin çocuğunun yanında olmasını doktorun zorunlu görmesine bağladığı için uygun değildir. 0-6 yaş grubundaki çocuk hastalandığında ve kurum dışına sevk edildiğinde, güvenle ve sevgiyle kendisine eşlik edecek annesinin her durumda bulunması gereklidir. Bu konuda, gerekli ve makul tedbirler alınabilir. Düşüncemize göre, bu hükümde değişiklik yapılarak her durumda annenin çocuğuna refakat etmesinin öngörülmesi gerekmektedir.

Ulusal mevzuatımızda yer verdiğimiz bu hükümlerin, istisnasız ve eşit uygulanmasının sağlanması ve adil bir şekilde uygulanıp uygulanmadığının denetlenmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

Uluslararası düzenlemelerde de, cezaevinde kalan çocukların infaz kurumunun olumsuz koşullarından asgari düzeyde etkilenmeleri için koruyucu ve önleyici hükümler öngörülmüştür. Bu düzenlemelerde, ulusal düzenlemelerden farklı olarak öngörülen ve bizim de iç hukukumuzda dâhil etmemiz gereken hükümler bulunmaktadır. Şöyle ki;

Mahpuslara Muameleye Dair Birleşmiş Milletler Asgari Standart Kuralları m. 29'da, cezaevinde ebeveyni ile birlikte kalan çocuklara hükümlü gibi davranılmamalıdır. Birleşmiş Milletler Kadın Mahkûmlara Yönelik Muameleye Dair Kurallar ve Kadın Suçlulara Yönelik Hapis Dışı Tedbirler (Bangkok Kuralları) 48. maddeye göre, hamile kadınlar, bebekler, çocuklar ve emziren anneler için yeterli ve zamanında gıda, sağlıklı bir çevre ve düzenli egzersiz olanakları ücretsiz olarak sağlanmalıdır. Yeni doğum yapmış, ancak bebekleri cezaevinde olmayan kadın mahkûmların tıbbi ve beslenme

ihtiyaçları programlarına dâhil edilmelidir. 51. maddeye göre, cezaevinde anneleriyle birlikte yaşayan çocuklara, sürekli sağlık hizmeti sağlanmalıdır ve onların gelişimi, toplum sağlığı hizmetleri ile işbirliği içinde uzmanlar tarafından izlenmelidir. Bu çocukların yetiştirilmesi için sağlanan ortam, mümkün olduğu sürece cezaevi dışında yaşayan çocuğunkine yakın olmalıdır.

Avrupa İşkencenin ve İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Ceza veya Muamelenin Önlenmesi Komitesi (CPT) Raporu'nda, "*Özgürlüğünden Mahrum Edilen Kadınlar*" başlıklı kısmının "*Doğum Öncesi ve Sonrası Bakım*" başlıklı bölümünde, çocuğun iyiliğinin esas alınması gerektiği, çocukların sosyal hizmet ve çocuk gelişim uzmanları tarafından izlenmesi ve amacın hapsin üniforma gibi unsurlardan uzak ve çocuk odaklı bir ortam oluşturulması olması gerektiği ifade edilmiştir. Önem taşıyan bir diğer husus ise, cezaevlerindeki bebeklerin hareket ve bilişsel becerilerinin normal şekilde gelişmesini sağlayacak düzenlemelerin yapılması gerektiğine, özellikle cezaevi içinde çocuklara yeterli oyun ve hareket etme imkânının ve mümkün olduğunca kurumdan çıkarılarak dışarıdaki hayatı deneyimleme imkânının sağlanması gerektiğine işaret edilmesidir.

Mahkûmlara Uygulanacak Muameleye İlişkin Standart Asgari Kuralların 23. maddesinde, emzirilen bebeklerin anneleriyle birlikte cezaevinde kalmasına izin verildiğinde, anneleri tarafından bakılmadıkları zamanlarda kalabilecekleri, nitelikli çocuk bakıcılarının bulunduğu çocuk odalarının olması gerektiği de ifade edilmiştir.

Özgürlüğü Elinden Alınmış Küçük Yaşta Kimselerin Korunmasına İlişkin Kuralların 85. maddesine göre, cezaevi personeline eğitim, özellikle de çocuk psikolojisi, çocuk sağlığı ve güvenliği, insan ve çocuk haklarına ilişkin uluslararası kurallar hakkında eğitim verilmelidir.

Bu hükümlerin de iç hukukumuzda dikkate alınması, gerekli düzenlemelerin İnfaz Kanunu'na eklenmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

"*Cezaevinde Annesi ile Birlikte Kalan Çocukların Gelişimlerinin Karşılaştırmalı Olarak Değerlendirilmesi*" başlıklı 2019 yılına ait bir araştırma makalesinde, kapalı kadın cezaevinde annesi ile birlikte kalan çocuklar ile dışarıda ailesi ile birlikte yaşayan sağlıklı gelişim gösteren çocukların gelişimleri karşılaştırılmıştır²⁴. Bu araştırma neticesinde, annesi ile

²⁴ Alev Şahinöz, Nesil Sağın Küçük, Bahar Çuhacı Çakır, Aysun Kara Uzun, Ender Durualp, "Cezaevinde Annesi ile Birlikte Kalan Çocukların Gelişimlerinin Karşılaştırmalı Olarak

birlikte cezaevinde kalan çocukların bilişsel-dil, ince ve kaba motor, sosyal-duygusal ve genel gelişimlerinin cezaevinde kalmayan çocuklara göre daha geri olduğu ve risk teşkil ettiği sonucuna ulaşılmıştır. Bu kapsamda, annesi ile birlikte cezaevinde kalan çocuklara destek programlarının hazırlanması, çocuk gelişim uzmanı ve okul öncesi öğretmeni istihdamının sağlanması, aile ve yakın çevresiyle iletişim kurma imkânının sağlanması, annelere çocuklarının gelişimleri hakkında eğitimler verilmesi ve olumsuz fiziki koşulların iyileştirilmesi önerilmiştir²⁵. Bu araştırma kapsamında, küçük bir çocuğun annesi ile birlikte cezaevinde kalmasının, çocuğun yüksek yararına da olsa, hiçbir cezaevinin, çocuğun gelişimi ve eğitimi için uygun ortam sunmadığı ifade edilmiştir. Cezaevi koşulları, yeterli ve dengeli beslenme, düzenli sağlık takibi, oyun, hareket, uyku, sosyal çevre, aile üyeleri ve diğer insanlar ile iletişim içerisinde olma gibi temel ihtiyaçları karşılamamaktadır²⁶.

“Kadın Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda Anneleriyle Kalan 3-6 Yaş Aralığında Çocuklar ile Ailesiyle Yaşayan Çocukların Sosyal Beceri Düzeylerinin İncelenmesi” başlıklı 2021 yılına ait bir araştırma makalesinde, kadın kapalı cezaevinde annesiyle kalan 3-6 yaş aralığındaki çocuklar ile ailesiyle yaşayan çocukların sosyal beceri düzeyleri karşılaştırılmıştır²⁷. Bu araştırma kapsamında incelenen her iki gruptaki çocuklar da, okul öncesi bir kuruma düzenli olarak devam etmektedir²⁸. Bu çalışmada, çocukların başlangıç becerileri, akademik destek becerileri, arkadaşlık becerileri, duyguları yönetme becerileri incelenmiştir. Bu araştırma neticesinde, çocukların cezaevinde anneleriyle yaşamalarının sosyal beceri düzeyleri üzerinde önemli etkisi olduğu tespit edilmiştir. Ailesi ile birlikte yaşayan çocukların sosyal beceri düzeylerinin ise daha yüksek olduğu ortaya çıkmıştır²⁹. Bu araştırma kapsamında, cezaevlerinde çocuk gelişim uzmanlarının istihdam edilmesi, annelere yönelik eğitimlerle bilinçlendirilmelerinin sağlanması, cezaevlerinde bulunan okul öncesi kurumların sayılarının artırılması ve tüm kapalı kadın cezaevlerinde olmasının mümkün kılınması, okul öncesi eğitim kurumlarının

Değerlendirilmesi”, *Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Mecmuası*, 2019, 72 (1), s. 66-75.

²⁵ Şahinöz/Sağın Küçük/Çuhacı Çakır/Kara Uzun/Durualp, s. 74.

²⁶ Şahinöz/Sağın Küçük/Çuhacı Çakır/Kara Uzun/Durualp, s. 67, 68.

²⁷ Feryal Savcı, Aysel Köksal Akyol, “Kadın Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda Anneleriyle Kalan 3-6 Yaş Aralığında Çocuklar İle Ailesiyle Yaşayan Çocukların Sosyal Beceri Düzeylerinin İncelenmesi”, *International Social Sciences Studies Journal*, 7(88), 2021, s.4071.

²⁸ Savcı/Köksal Akyol, s. 4073.

²⁹ Savcı/Köksal Akyol, s. 4078.

sosyal beceri düzeyi üzerindeki olumlu etkileri göz önüne alınarak cezaevindeki çocukların daha erken yaşta başlamaları imkânının sağlanması önerilmiştir³⁰. Cezaevinde annesi ile birlikte yaşayan çocuklar, oyun, hareket gibi temel ihtiyaçlarını karşılayacak mekânlardan, yaşlılarıyla iletişim içinde olabilecekleri ve rol model olabilecek yetişkinlerin bulunduğu ortamlardan yoksun olmaları sebebiyle gelişimleri olumsuz etkilenmektedir³¹. Anneleriyle birlikte cezaevinde kalan çocukların, gelişimsel açıdan risk altında olmaları sebebiyle gelişimsel ihtiyaçlarının tespit edilmesi ve ilk aşamada müdahale edilmesinin, ihtiyaçlarının karşılanmasının son derece önemli olduğu da ifade edilmiştir³².

Cezaevlerinde, yüksek sağlık standartlarına erişebilmek için yeterli bilgiyi haiz uzman halk sağlığı hemşireleri istihdam edilmelidir³³. Cezaevi hemşiresi, anne psikolojisine, güvenli ebeveyn bebek bağlanması geliştirilmesine özel önem göstererek kadınların sağlıklı yaşam sürdürmelerine destek olmalıdır. Aynı zamanda kadınların sağlıklarının korunması, geliştirmesi ve hastalıkların önlenmesi konusunda sağlık sorumluluklarını almaları için cesaretlendirilmelidir³⁴. Sağlıklı bir çocuğun gelişimi için sağlıklı bir annenin olması gerekliliğinden hareketle cezaevi hemşiresinin bulunmasının hem anne hem de çocuk sağlığı açısından kritik olduğu düşüncesindeyiz.

Mazlumder tarafından hazırlanan “‘Çocuk Hakları’ Çerçevesinde Türkiye’de Cezaevinde Büyüyen Çocuklar” isimli raporda, çocuğun sağlıksız bir ortamda büyümesinin, kişilik oluşumunu, zihinsel gelişim ve motor gelişimini olumsuz etkilediği, annesi ile birlikte cezaevinde kalan çocukların, cezaevi sistemine ve koşullarına uygun olmadığı, sert ve cezalandırıcı ortamın, çocukların psikolojik gelişimlerine ve akıl sağlıklarına ciddi zararlar verebildiği ifade edilmiştir³⁵. Cezaevinde anneleri ile birlikte yaşayan çocukların, ihtiyaçlarının yaşlarına uygun şekilde karşılanmadığı, güvenli olmayan ve şiddet içeren bir ortamda gelişimlerinin olumsuz etkilendiği, oyundan uzak büyüdükleri, suçların konuşulduğu bir ortamda annesine

³⁰ Savcı/Köksal Akyol, s. 4080.

³¹ Savcı/Köksal Akyol, s. 4079.

³² Savcı/Köksal Akyol, s. 4073.

³³ Mehtap Budak, Bahar Türkmenoğlu, Nuran Güler, “Ceza ve Tutukevi Sağlık Hizmetleri; Cezaevi Hemşireliği”, *Socrates Journal of Interdisciplinary Social Studies*, 20, 2022, s. 118.

³⁴ Budak/Türkmenoğlu/Güler, s. 114.

³⁵ “‘Çocuk Hakları’ Çerçevesinde Türkiye’de Cezaevinde Büyüyen Çocuklar”, s. 8, 9.

dahi güvenemediği belirtilmiştir. Raporunda, cezaevinde yaşayan çocuklara ilişkin yasal değişikliklerin yapılarak çocukların koşulları yasal güvenceye bağlandığında, mevcut olumsuzlukların önemli ölçüde azaltılabileceği ifade edilmiştir³⁶.

Cezaevinde anneleri ile birlikte kalan çocukların koşullarının hem yasal düzenleme ile iyileştirilmesini hem de uygulanma sürecinin kurulacak bir denetim mekanizması ile denetlenmesini önermekteyiz.

B. Çocukların Kreşe Gidebilmesi

Ceza infaz kurumlarında kreşin bulunmasının çocuğun gelişimi açısından çok büyük önemi bulunmaktadır. Kurumun olumsuz koşulları altında bulunan çocuğun olabildiğince sağlıklı gelişim gösterebilmesi için buradan uzaklaşabildiği, eğitim alabildiği, yaşlıları ile bir araya gelip sosyal ilişkiler kurabildiği bir kreş ortamının olması, zaruri bir ihtiyaçtır.

Mahpuslara Muameleye Dair Birleşmiş Milletler Asgari Standart Kuralları 29. maddeye göre, çocuk cezaevinde ebeveyni ile birlikte kalmakta ise, ebeveynin bakımı altında olmadıkları zamanlarda, bırakılabilecekleri içeride ya da dışarıda bir çocuk bakım evi ve çocuğa özel sağlık bakım hizmetleri sağlanmalıdır.

Birleşmiş Milletler Kadın Mahkûmlara Yönelik Muameleye Dair Kurallar ve Kadın Suçlulara yönelik Hapis Dışı Tedbirler (Bangkok Kuralları) 51. maddeye göre, cezaevinde anneleriyle birlikte yaşayan çocuklara, sürekli sağlık hizmeti sağlanmalıdır ve onların gelişimi, toplum sağlığı hizmetleri ile işbirliği içinde uzmanlar tarafından izlenmelidir. Bu çocukların yetiştirilmesi için sağlanan ortam, mümkün olduğu sürece cezaevi dışında yaşayan çocuğunkine yakın olmalıdır.

Avrupa İşkencenin ve İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Ceza veya Muamelenin Önlenmesi Komitesi (CPT) Raporunun , “*Cezaevlerinde Sağlık Hizmetleri*” başlıklı kısmının “*İnsani Yardım*” bölümünde, anne ve çocuğun ihtiyaçlarına, özel önem verilmesi gerektiği, anne ve çocuğun en azından belli bir süre birlikte olmalarına izin verilmesi gerektiği, eğer cezaevinde birliktelerse, kreş, doğum sonrası bakım ve emzirme konusunda uzman personelin desteğinin sağlanması gerektiği ifade edilmiştir. Raporun “*Özgürlüğünden Mahrum Edilen Kadınlar*” başlıklı kısmının “*Doğum Öncesi*

³⁶ “Çocuk Hakları’ Çerçevesinde Türkiye’de Cezaevinde Büyüyen Çocuklar”, s. 9.

ve *Sonrası Bakım*” başlıklı bölümünde, çocuğun iyiliğinin esas alınması gerektiği, çocukların sosyal hizmet ve çocuk gelişim uzmanları tarafından izlenmesi ve amacın hapsin üniforma gibi unsurlardan uzak ve çocuk odaklı bir ortam oluşturulması olması gerektiği ifade edilmiştir. Önem taşıyan bir diğer husus ise, cezaevlerindeki bebeklerin hareket ve bilişsel becerilerinin normal şekilde gelişmesini sağlayacak düzenlemelerin yapılması gerektiğine, özellikle cezaevi içinde çocuklara yeterli oyun ve hareket etme imkânının ve mümkün olduğunca kurumdan çıkarılarak dışarıdaki hayatı deneyimleme imkânının sağlanması gerektiğine işaret edilmesidir.

Bakanlar Komitesi’nin Cezaevlerindeki Etik ve Örgütsel Özelliklerine İlişkin R (98) 7 No’lu Tavsiyesi’nin “*Sağlık Bakım Özel Programları*” başlıklı bölümünde, 69-71. maddeler arasında anne ve çocuğa ilişkin düzenleme bulunmaktadır. Bu düzenlemeye göre, tutuklu annelerin, küçük çocukları ile birlikte kalmaları imkânı, iyi bir sağlık durumunu sürdürmeleri ve psikolojik bağlarını koruma ihtiyacı dikkate alınarak, annelerin kendilerine özen göstermesine izin verilmesi durumu içinde sağlanmalı, çocukları ile birlikte kalan anneler için kreş, gündüz bakım evi gibi özel tesisler sağlanmalıdır.

İnfaz Kanunu m.65/1’de, çocukların gündüzleri infaz kurumu bünyesindeki veya Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu veya diğer kurum ve kuruluşlara ait kreş ve gündüz bakımevlerinde barındırılacakları düzenlenmiştir.

Ülkemizde bulunan tüm ceza infaz kurumlarında kreşin bulunması için gerekli çalışmaların zaman kaybetmeksizin yürütülmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Yukarıda yer vermiş olduğumuz uluslararası ve ulusal düzenlemeler ile yapılan bilimsel araştırmalar da, bu gerekliliğin hukuki dayanaklarını oluşturmaktadır.

C. Çocukların Cezaevinde Annelerinden Ayrılma Sürecinin İncelenmesi

Çocuk ile annesi arasındaki ilişki çok önemli olduğundan çocuğun mümkün olduğu kadar uzun süre annesi ile birlikte kalması sağlanmalıdır. Ancak bir yandan da cezaevindeki ortam, normalin dışında olduğundan çocuğun gelişimini olumsuz etkileyebilmesi de mümkündür. Bu sebeple çocuğun birkaç aydan uzun süre annesinin yanında kalmaması gerektiğine ilişkin görüş bulunmaktadır³⁷.

³⁷ Coyle, s. 135.

Türkiye’de pek çok sivil toplum örgütü ve muhalefet partileri tarafından annelerinin cezalarının çocukları en az 6 yaşına gelene kadar ertelenmesi yönünde düzenleme yapılması önerilmiştir³⁸.

Uluslararası düzenlemelerde de, çocuğun cezaevinden ayrılmasına ilişkin hükümler bulunmaktadır. Şöyle ki;

Birleşmiş Milletler Kadın Mahkûmlara Yönelik Muameleye Dair Kurallar ve Kadın Suçlulara Yönelik Hapis Dışı Tedbirler (Bangkok Kuralları) m. 52’ye göre, bir çocuğun annesinden ne zaman ayrılacağına ilişkin kararlar, bireysel değerlendirmelere dayanmalıdır ve ilgili ulusal kanunlar kapsamında çocuğun en yüksek menfaati gözetilmelidir. Çocuklar annelerinden ayrıldıktan sonra, aile, akraba yanında ya da diğer alternatif bakımlarda, kadın mahkûmlara, çocuğun en yüksek menfaatine olduğunda ve kamu güvenliği tehlikeye atılmadığında, çocuklarıyla görüşmeleri için azami fırsat ve imkân sağlanmalıdır.

Avrupa İşkencenin ve İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Ceza veya Muamelenin Önlenmesi Komitesi (CPT) raporunun “*Cezaevlerinde Sağlık Hizmetleri*” başlıklı kısmının “*İnsani Yardım*” bölümünde, çocuğun annesinden ayrılarak topluma nakledilmesi ile ilgili kararların, pedopsikiyatrik ve medikososyal unsurlar ışığında ayrı ayrı incelenmesi hususu vurgulanmıştır.

Bakanlar Komitesi’nin Cezaevlerindeki Etik ve Örgütsel Özelliklerine İlişkin R (98) 7 No’lu Tavsiyesi’nin “*Sağlık Bakım Özel Programları*” başlıklı bölümünde, 69-71. maddeler arasında anne ve çocuğa ilişkin düzenleme bulunmaktadır. Bu düzenlemeye göre, belirli yaştaki çocukların annelerinin yanlarından ayrılmasına ilişkin kararlara doktorlar müdahale etmemelidir.

İnfaz Kanunu m. 65/1’de yer alan 0-6 yaş grubundaki ifadeden çocukların cezaevinde anneleriyle en fazla 6 yaşına kadar kalabileceğinin öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Maddenin 3. fıkrasında ise, 3 yaşını doldurmuş çocukların hâkim kararı ile çocuk yuvalarına veya yetiştirme yurtlarına yerleştirilebileceği ve zaman zaman anneleri ile ilişki kurmalarının sağlanacağı ifade edilmiştir.

Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yönetmeliğin 58. maddesinde, 3 yaşını doldurmuş çocuklar ile

³⁸ “*Anneleriyle Birlikte Mahpus Olan Çocuklar*”, Yaşam Hakları Derneği, 2021, s. 6. <<https://etkiniz.eu/wp-content/uploads/2021/12/Anneleriyle-Birlikte-Mahpus-Çocuklar-Raporu.pdf>>, Erişim Tarihi 17 Ekim 2023.

ilgili olarak koruyucu ve destekleyici tedbirlerin alınması için ilgili kurumlara bilgi verileceği, 6 yaşını doldurmuş çocukların dışarıda bırakılacak kimsesi bulunmamakta ise Aile ve Sosyal Hizmetler İl Müdürlüğüne bildirileceği ve Aile ve Sosyal Hizmetler İl Müdürlüğüne belirlenen kuruluşa teslim edileceği ifade edilmiştir.

Altı yaşına kadar cezaevinde annesiyle kalmış bir çocuğun altı yaşını doldurmasıyla birlikte bir anda dış dünya ile tanışması, sağlıklı gelişimi açısından uygun değildir. Hükümlülerin dış dünyaya alışmaları için pek çok enstrüman var iken, çocukların bu konuda gerekli psikolojik destekten mahrum kalması ve bir anda kurumdan ayrılması, önemli bir problem olarak karşımıza çıkmaktadır. İnfaz Kanunu ve Yönetmeliğinde, 3 yaşını doldurmuş çocuklar hakkında çocuk yuvalarına ya da yetiştirme yurtlarına yerleştirilebileceği ifade edilmekle birlikte, tüm çocuklar bakımından daha erken dönemden itibaren düzenli şekilde dışarı çıkma, sosyal yaşamın içerisinde bir görevli ve yakını ile birlikte bulunma imkânının açık bir şekilde düzenlenmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

Bebek ve çocukların cezaevinde annelerinin yanında kalabilecekleri süreye ilişkin diğer ülkelerin durumu incelendiğinde, yaş bakımından farklı kuralların öngörüldüğü görülmektedir. Şöyle ki;

Norveç'te çocukların cezaevinde kalması uygun görülmemektedir. Bazı anneler, cezalarının bir kısmını, cezaevi dışındaki özel “*anne ve çocuk evlerinde*” geçirebilmektedirler. Bu kurumlar, başka kuruluşlar tarafından yönetilmekte ve suçlulara özel değildir. Hollanda'da, 6-9 ayın cezaevinde, 4 yıl üstünün ise anne çocuk evinde geçirilebilmesi öngörülmüştür. Kadınların yeniden sosyalleştiği, yeniden başlamayı öğrendiği ve çocuklarıyla ilişkilerini yeniden geliştirdikleri evler açıktır. İrlanda'da, çoğunlukla 12 aya kadar bebekler annelerinin yanında kalabilmektedirler. Doktor raporunda aksi belirtilmedikçe, bu durum, genellikle 9 aya kadar ve emzirmeye bağlıdır. Almanya'da, üç yıl cezaevinde, 6 yıla kadar ise açık evlerde kalabilecekleri öngörülmüştür. Genel olarak annelerin çocuklarını 3 yaşına kadar yanlarında tutmalarına izin verilmektedir³⁹.

Almanya'da, çocuğun annesiyle birlikte kalma yaşına ilişkin farklı düzenleme ve uygulamalar bulunmaktadır. Federal Ceza İnfaz Kanunu'nun uygulama alanı olan Bavyera, Hessen, Aşağı Saksonya ve Kuzey-Ren

³⁹ “*Children of Imprisoned Parents*”, European Perspectives on Good Practice, Kate Philbrick, Liz Ayre, Hannah Lynn (Ed.), Second Edition, 2014, s. 123, 124.

Vestfalya'da, henüz okul çağı gelmemiş çocuklar; Hamburg'da sadece beş yaşın altındaki çocuklar; Baden-Württemberg, Berlin, Brandenburg, Bremen, Mecklenburg-Batı Pomeranya, Rhineland-Pfalz, Saarland, Saksonya-Anhalt ve Thüringen'de sadece üç yaşın altındaki çocuklar ve Saksonya'da üç yaşını doldurduktan sonra altı aya kadar çocuklar, anneleriyle birlikte cezaevinde kalabilir⁴⁰.

Ebeveyni hükümlü olan çocuklara ilişkin Avrupa Konseyi tavsiyelerine göre, küçük çocuğun cezaevindeki ebeveyninin yanından ne zaman ayrılacağına ilişkin karar, bireysel değerlendirmeye ve yürürlükteki ulusal hukuk çerçevesindeki çocuğun yüksek yararına dayanmalıdır⁴¹.

IV. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAKİ DÜZENLEMELER VE UYGULAMALAR

Avrupa Mahkûmların Çocukları Ağı (*The Children of Prisoners Europe/ COPE Network*), tarafından yayımlanan bir araştırmada, her bireyin benzersiz olduğu ve ebeveynlerin hapsedilmesinin çocukların iyi halini etkileyebilecek birçok yolu olduğunun farkında oldukları ifade edilmiştir. Her durum farklıdır ve ideal olarak, ebeveynlerinin hapsedilmesinden etkilenen çocuklara yönelik destek, her bir çocuğun yüksek menfaatine göre bireyselleştirilmelidir⁴².

Birleşmiş Milletler Kadın Mahkûmlara Yönelik Muameleye Dair Kurallar ve Kadın Suçlulara Yönelik Hapis Dışı Tedbirlere İlişkin Kurallar (*Bangkok Kuralları*), hapsedilen kadınlara yönelik uluslararası standartların gerekliliğine ağırlık vermiştir. Bu standartlar, kadınların ve aslında onların çocuklarının ihtiyaçlarını açıklamaktadır⁴³.

Avrupa'daki cezaevi sistemlerinin çoğu, bebeklerin mahkûm anneleriyle birlikte yaşamaları için yer sağlamaktadır. Pek çok ülkedeki ulusal düzenleme, mahkûm annelerin, hapsedilmeden önce yahut hapis süresince dünyaya gelen çocukları ile birlikte yaşamalarına izin vermektedir. Ancak bu durumun doğasında pek çok zorluk bulunmaktadır. Çocuğu cezaevinde annesiyle bırakılmasının doğru olup olmadığı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır.

⁴⁰ Klaus Laubenthal, *Strafvollzug*, 8. Auflage, Springer Verlag, 2019, s. 585, kn. 683.

⁴¹ Patrick Manzoni, Dirk Baier, Samuel Keller, vd., *Die Situation von Kindern mit einem inhaftierten Elternteil in der Schweiz*, Schlussbericht zu Handen des Bundesamts für Justiz, ZHAW Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften, 2022, s. 18.

⁴² "Children of Imprisoned Parents", s. 14.

⁴³ "Children of Imprisoned Parents", s. 113.

Avrupa Konseyi tarafından, temas sürdürme ihtiyacından dolayı, çocuğun cezaevi deneyiminin kötü etkilerine maruz bırakılmaması gerekli olduğu kabul edilmektedir⁴⁴.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, hükümlü anne ile bebeğinin ayrılması, 8. maddeyi ihlal etmemekte, çocuğu annesi ile birlikte cezaevinde tutmak için herhangi bir özel önlem alınması gerekmekte ve sonuç olarak ne annenin ne de çocuğun otomatik olarak birlikte kalma hakkı bulunmamaktadır⁴⁵.

Çocukların özellikle de kritik önem taşıyan 0-3 yaş arasındaki bağlanma döneminde, çoğunlukla anne olan birincil bakım verenlerinden ayrılmalarının olumsuz etkileri olabileceği uzun süreden beri düşünülmektedir. Çoğu Avrupa ülkesindeki yasal düzenleme, onların çıkarları açısından en iyi olmak kaydıyla, hükümlü annelerin hapsedilmeden önce ya da hapis süresince doğan çocuklarıyla birlikte yaşamalarına izin vermektedir⁴⁶.

Avrupa Mahkûmların Çocukları Ağı, asıl cezaevinden ayrılan özel anne çocuk evlerinin çocukların ihtiyaçlarını daha iyi karşılayacağını ve böylece büyük olasılıkla çocuğun yüksek menfaatine olacağını ifade etmiştir. Bu evlerin, hapishane benzeri bir ortamının olmaması, açık bir planının olması, profesyonel denetim ve özel eğitilmiş personelinin olmaması, açık kuralları olan bir topluluk yaşamının olması ve günlük görevlerin dağıtımı, yeniden entegrasyon planı ve annelere yönelik eğitim, kreş ve okul öncesi kurumlara çocukların düzenli katılımı, baba ve diğer aile üyeleri ile düzenli iletişim koşullarını taşıması gerektiği belirtilmiştir⁴⁷.

Ebeveyni hükümlü olan çocuklara ilişkin Avrupa Konseyi tavsiyelerine göre, çocuğun en yüksek sağlık standardına sahip olma hakkını güvence altına almak için annelere uygun doğum öncesi ve doğum sonrası sağlık bakımı, destek ve bilgi sağlanmalıdır. Hamile kadınların, cezaevi dışındaki bir hastanede doğum yapabilmeleri gerekir. Bebekler, ancak ilgili bebeğin yüksek menfaatine uygun olması ve iç hukuka uygun olması halinde, ebeveyninin yanında cezaevinde kalabilir. Ebeveynleriyle birlikte hapsedilen küçük çocuklar, mahkûm muamelesi görmemeli ve tüm çocuklarla aynı haklara,

⁴⁴ “*Children of Imprisoned Parents*”, s. 112.

⁴⁵ “*Children of Imprisoned Parents*”, s. 113.

⁴⁶ “*Children of Imprisoned Parents*”, s. 113.

⁴⁷ “*Children of Imprisoned Parents*”, s. 131.

mümkün olduğunca aynı özgürlük ve imkânlarla sahip olmalıdırlar. Yaşam ve uyku odaları dâhil olmak üzere, ebeveynleriyle birlikte cezaevinde kalan küçük çocukların bakımına ilişkin düzenlemeler, çocuğa uygun olmalıdır. Bu kapsamda, küçük çocukların iyi hali ve güvenliğinin yanı sıra, onların gelişme, oyun oynama, ayrımcılığa maruz kalmama ve dinlenme hakları da dâhil olmak üzere haklarının öncelikle dikkate alınması sağlanmalıdır⁴⁸.

Alman Cezaların İnfazı Hakkında Kanunun (Strafvollzugsgesetz) 76. paragrafında, hamilelik ve anneliğe ilişkin özel düzenleme yapılmıştır. Bu hükme göre;

“(1) Hamile ya da yakın zamanda doğum yapmış bir mahkûmda, mahkûmun durumu dikkate alınmalıdır. Çalışan Anneleri Koruma Kanunu'nun iş yeri düzenine ilişkin hükümlerinin buna uygun şekilde uygulanması gereklidir.

(2) Mahkûmun hamilelik sırasında, doğum sırasında ve sonrasında, cezaevinde tıbbi bakım ve ebelik yardımından yararlanma hakkı bulunmaktadır. Hamilelik sırasındaki tıbbi bakım, özellikle hamileliğin belirlenmesine yönelik muayenelerin yanı sıra, laboratuvar testleri dâhil olmak üzere, önleyici muayeneleri içermektedir.

(3) Hamile bir kadının doğum yapması için cezaevi dışındaki bir hastaneye götürülmesi gereklidir. Özel bir sebep bildirilmedikçe, doğum, doğumhanesi olan bir cezaevinde yapılmalıdır. Doğum sırasında, ebe ve gerekirse doktor tarafından yardım sağlanır”.

Kanunun 80. paragrafında, çocuklu annelere ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Bu hükme göre;

“(1) Mahkûmun çocuğu, henüz okul çağına gelmemişse, oturum iznine sahip kişinin rızasıyla, çocuğun menfaatine uygun ise annesinin bulunduğu cezaevine yerleştirilebilir. Yerleştirmeden önce gençlik kurumuna danışılmalıdır.

(2) Yerleştirme masrafları, çocuğa bakmakla yükümlü kişiye aittir. Anne ve çocuğun birlikte kalmalarının riskli olduğu hallerde, masrafların geri ödenmesi talebinden feragat edilebilir”.

Bu hükme göre, çocuklar okul çağına gelene kadar ebeveyni ile birlikte

⁴⁸ Manzoni/Baier/Keller, s. 17, 18.

cezaevinde kalabilir.

Kanunun 142. paragrafında, çocuklu annelere yönelik tesis imkânı düzenlenmiştir. Bu hükme göre;

*“Kadınlara yönelik kurumlar, annelerin çocuklarıyla birlikte barınabilecekleri imkânlar öngörmelidir”*⁴⁹.

İnfaz Kanunu § 142, örgütsel düzeyde, kadın kurumlarına yönelik farklılaşma gerekliliğinin bir göstergesi olarak, annelerin çocuklarla birlikte barınabileceği tesislerin oluşturulmasını norm olarak düzenlemektedir. İlgili annenin yanında, onların bağlanmaları aracılığı ile çocuğun sosyal sorumluluğunun güçlendirilmesi amaçlanmaktadır⁵⁰.

Çocukların ebeveyni ile birlikte cezaevine yerleştirilmesinin nedeni, bebeklik döneminde yakın temasın engellenmemesi gerekliliğidir. Bu değerlendirmeye rağmen, cezaevinin bir çocuğun büyümesi için meşru bir yer olup olmadığı sorgulanabilir. Almanya’da yaklaşık her yıl 60 çocuk cezaevinde doğmaktadır. Ülke genelinde yaklaşık 90 anne-çocuk gözaltı merkezi bulunmaktadır ve burada küçük çocukların genellikle üç yaşına kadar yaşamasına izin verilmektedir. Kapasite kullanımı, özellikle kapalı cezaevlerinde yüksektir⁵¹.

Alman Adalet Bakanlığı’nın Gençlikten ve Kadınlardan Sorumlu Senato İdaresi’nin ortak yönergesinde, anne ve çocuğun cezaevinde birlikte kalmasına ilişkin standartlar düzenlenmiştir. Bu yönergede, Ceza İnfaz Kanunu’nun 80. paragrafı ve Berlin Gençlik Ceza İnfaz Kanunu’nun 27. paragrafında yer alan düzenlemeler ile annenin çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi konusundaki anayasal hakkının desteklendiği ifade edilmektedir. Ayrıca, anne cezaevindeyken bile her şeyin önünde, anne çocuk ilişkisinin korunması ve geliştirilmesinin yer aldığı belirtilmiştir. Anne ve çocuğun cezaevine birlikte yerleştirilmesinin ön koşulu, annenin hapsedilmesinin zorunlu olmasıdır. Mümkün olduğu ölçüde, çocuğun bakım ve gözetimi netleştirilinceye kadar, cezanın infazının başlangıcı ertelenmelidir⁵².

⁴⁹ <<https://www.gesetze-im-internet.de/stvollzg/BJNR005810976.html>>, Erişim Tarihi 22 Kasım 2023.

⁵⁰ Laubenthal, s. 584, kn. 683.

⁵¹ <<https://tatort-zukunft.org/fakten/kinder-von-gefangenen/>>, Erişim Tarihi 22 Kasım 2023.

⁵² Gemeinsame Richtlinie der Senatsverwaltung für Justiz; der für Jugend zuständigen Senatsverwaltung sowie der für Frauen zuständigen Senatsverwaltung : “Standards der

Çocuğu annesinden ayırmanın zararlı sonuçlarının cezaevine yerleştirilmesinin etkilerine göre ağır basıp basmadığı hususunda, çocuğun yüksek menfaati belirleyici faktördür⁵³. Özellikle anne-çocuk tesisleri onaylanmakta, çünkü anne çocuk ilişkisini sürdürerek çocukta ayrılığa bağlı sosyalleşme hasarını engellemekte ve aynı zamanda annede yeniden sosyalleşmeyi teşvik edici bir etkiye sahip olmaktadır⁵⁴.

Almanya'da yapılan bir pilot çalışmada, bir cezaevinin anne-çocuk tesislerindeki günlük yaşamın çeşitli ayrıntılarına içeriden bir perspektifle bakılmıştır⁵⁵. Çocukların büyüdüğü diğer özel ortamların aksine, çocuklarla etkileşimde, farklı kurumsal statüye sahip aktörlerin olduğu ve bu nedenle çalışmada, ilgili aktörlerin (*hükümlü anneler, cezaevi personeli, kurumun eğitim personelleri ve gönüllü personeller*) ortak görevi olarak belirli bir kurumda çocukların gelişiminin nasıl ele alındığına odaklanıldığı ifade edilmiştir⁵⁶. Bu çalışmada, cezaevinde anne ve çocuklarının birlikte kalmasının, özellikle anneler için özel ve mantıksız talepler içerdiği ifade edilmiştir. Onların yüklerinin hafifletilmesi için özellikle eğitim konularına odaklanan ve cezaevinden bağımsız olan tavsiyelerin verilmesi gerekir. Ancak danışmanlar, kapalı cezaevine gelemedikleri için bu sadece açık cezaevi için mümkündür. Ayrıca çalışmada, eğitimciler ve anneler arasındaki ilişkinin eğitim danışmanlığı yükünden arındırılması önerilmiştir⁵⁷. Anne-çocuk evlerinin, hem gençlik yardım tesisi hem de özel cezaevi tesisi kurumu olduğu ifade edilmiştir. Bu nedenle anne-çocuk evleri, hem hükümlü anneler için cezaevi hem de anne ve çocuklar için yuva olma gibi çift fonksiyona sahiptir. Anne-çocuk evlerinin ikili işlevi farklı düzeylerde önemlidir: İlk olarak, idari ve örgütsel düzeyde anne ve çocukların sorumlulukları ayrılmıştır. İkinci olarak, cezaevi ve ev, farklı hedeflere ulaşmak için tasarlanmıştır. Cezaevi sistemi, hükümlü annelerin yeniden sosyalleşmesini hedeflemekte; ev ise, çocukların sosyalleşmesine, anne-çocuk ilişkisinin yanı sıra, çocuğun motor,

gemeinsamen Unterbringung von Müttern und Kindern im Strafvollzug/Jugendstrafvollzug/Untersuchungshaftvollzug”, in der aktualisierten Fassung vom 01.09.2013, s. 1, 2.

⁵³ Laubenthal, s. 586, kn. 683.

⁵⁴ Laubenthal, s. 586, kn. 685.

⁵⁵ Marion Ott, *Klein(st)kinder mit ihren Müttern in Haft. Eine ethnographische Studie zu Entwicklungsbedingungen im (offenen und geschlossenen) Strafvollzug*, Frankfurt am Main, 2012 (<<https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0111-opus-57680>>, Erişim Tarihi 05 Aralık 2023, s.40).

⁵⁶ Ott, s. 3, 4.

⁵⁷ Ott, s. 42.

duygusal, sosyal ve bilişsel gelişimine odaklanmaktadır. Üçüncü olarak, cezaevi ve evin sembolik temsillerinin örtüşmesi, tesislerin (*anne-çocuk evlerinin*) çifte fonksiyonundan kaynaklanmaktadır⁵⁸.

Anne-çocuk tesisleri, cezaevi içinde veya dışında bağımsız evler şekilde (*Frankfurt-Preungesheim*), standart cezaevi kurumları olarak (*Regelvollzug-Mevcut hapis cezası infaz edilmeden evvel en az üç ay hapis cezası çekmiş olan mahkûma uygulanan hapis cezası şekli*) veya cezaevi hastanelerine bağlı (*Justizvollzugskrankenhaus*) olarak (*Fröndenberg/Nordrhein-Westfalen*) bulunmaktadır. Hem açık hem de kapalı cezaevi tesisleri olarak bulunmaktadırlar⁵⁹. Ceza infaz kurumlarının sadece birkaç kadın kurumu veya bölümünde, anne-çocuk tesisi bulunmaktadır. Aichach, Berlin, Chemnitz, Frankfurt-Preungesheim, Fröndenberg, Hahnöfersand, Münih, Neustrelitz, Schwaebisch Gmünde, Vechta'daki cezaevlerinde bulunmaktadır⁶⁰.

Anne-çocuk tesisleri, gençlik yardım tesisleridir. Bu sebeple tasarım sırasında, çocuk ve gençlik yardımına ilişkin kanuni düzenlemelere uyulmalıdır⁶¹.

İsviçre'de bulunan “Çocuk ve Yetişkin Koruma Kurumu” (*KESB - Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde*) tarafından, çocuklu anneler, özellikle de büyük çocukları olan anneler için cezaevi yerlerinin genişletilmesi önerilmektedir⁶².

V. ÖRNEK UYGULAMALAR

Ülkemizde çocuklarıyla birlikte ceza infaz kurumlarında kalmakta olan kadın hükümlüler ve çocukları bakımından örnek niteliğinde olan bir kısım uygulamaların ve bu uygulamaların faydalarının incelenmesi, tüm kurumlarda yeknesak bir uygulamanın sağlanması açısından son derece önemlidir.

Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı 2012 yılına ilişkin faaliyet raporunda, “Uçurtmayı Vurmasınlar Uygulaması” projesi kapsamında, Adalet Bakanlığı ile imzalanan protokol ile ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlü ve tutukluların 0-12 yaş grubundaki çocuklarının, cezaevinin

⁵⁸ Ott, s. 7.

⁵⁹ Laubenthal, s. 585, kn. 683.

⁶⁰ Laubenthal, s. 587, kn. 686.

⁶¹ Laubenthal, s. 585, kn. 683.

⁶² Manzoni/Baier/Keller, s. 86.

olumsuz koşullarından bir nebze olsun uzaklaştırılması amacı ile 18 çocuğun özel kreş ve gündüz bakımeviden yararlandırıldığı ifade edilmiştir⁶³.

“Adalet Bakanlığı ve Milli Eğitim Bakanlığı arasında Eğitim ve Öğretim İşbirliği Protokolü”, 09.03.2020 tarihinde imzalanmıştır⁶⁴. Bu Protokolün 3. maddesinde amaç, tutuklu, hükümlü, yükümlü, eski hükümlü ve annesinin yanında kalan 3-6 yaş grubu çocukların iyileştirme çalışmaları kapsamında, kişisel, sosyal ve mesleki gelişimlerinin sağlanması amacıyla okuryazar olmayanların okuryazar hale getirilmesi, örgün eğitim dışında kalanların eğitimlerine devam etmelerinin sağlanması, kurum bünyesinde okul öncesi, lise, mesleki eğitim merkezi veya şubelerinin açılması, mesleki eğitim merkezlerinde lise diplomasına erişim programlarına katılımın sağlanması ve halk eğitim merkezleri tarafından kurslar ve sosyal etkinlikler düzenlenmesi olarak ifade edilmiştir. Protokolün 6. maddesinde yer alan protokol kapsamında yapılacak işler incelendiğinde, bu hedeflerin hemen hepsinin yetişkin olan hükümlü/tutuklulara yönelik eğitim, öğretim, mesleki faaliyet ve kurs olduğu görülmektedir. Yalnızca kurumlarda açılacak olan okul öncesi kurumlarda görev yapanlar dışında, diğer MEB öğretmenlerinden ders durumu uygun olanların görevlendirilmesi hükmü bulunmaktadır. Tarafların yükümlülüklerinin düzenlendiği Protokolün 7. maddesinde, MEB yükümlülükleri kapsamında, anaokulu bulunmayan kurumlarda, anaokulu açılmasını sağlama ve ihtiyaç duyulan öğretmen ve idarecilerin görevlendirilmesini sağlama yükümlülükleri ifade edilmiştir.

Protokol 0-6 yaş çocukların ihtiyaçlarının karşılanması konusunda yeterli hedefler içermemekle birlikte, protokol kapsamında yapılması hedeflenen işlerin uygulamada gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği, hedeflerin ne oranda gerçekleştiğinin hususunda denetimin sağlanması gerektiği düşüncesindeyiz.

“Adalet Bakanlığı ile Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı Arasında Tutuklu, Hükümlü veya Yükümlüler ile Çocuklarının Sosyal Hizmetlerden Yararlandırılması Hakkında İş Birliği Protokolü” 26.07.2021 tarihinde yapılmıştır⁶⁵. Bu protokolün 1. maddesinde, hükümlü veya tutukluların

⁶³ <https://www.aile.gov.tr/media/127904/aspb_-2012-yili-faaliyet-raporu.pdf>, Erişim Tarihi 25 Ocak 2024.

⁶⁴ <<https://cte.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/1032020092633ABveMEB.pdf>>, Erişim Tarihi 25 Ocak 2024.

⁶⁵ <<https://cte.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2972021105709P-72.pdf>>, Erişim Tarihi 24 Ocak 2024.

yanında kalmakta olan 0-6 yaş grubu aralığındaki çocukların ruh ve beden sağlıklarının korunması, psikososyal gelişimlerinin desteklenebilmesi, topluma uyum süreçlerine destek olunabilmesi amacı ile çocukların barınma, eğitim, ulaşım ve benzeri ihtiyaçlarının giderilmesinin amaçlandığı ifade edilmiştir. Protokolün 6. maddesinde, kurumların yükümlülükleri düzenlenmiştir. Bu bağlamda, Ceza İnfaz Kurumu Müdürlüğü'nün yükümlülükleri kapsamında, kurumda görev yapan psikososyal yardım servisi görevlilerinin, 0-6 yaş grubu çocukları ile birlikte kalan hükümlü/tutuklular ile görüşme yapacağı, hükümlü/tutukluların talepleri olması halinde, rapor hazırlayacağı ve uygun sosyal hizmet modelinden faydalanmaları için rapor ile il müdürlüğüne gönderileceği ifade edilmiştir. Ayrıca, Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'na (ASHB) bağlı çocukların kreş ve gündüz bakımevlerine ulaşmalarının sağlanacağı, bu çocuklardan bakım tedbiri veya acil korunma kararı alınanların il müdürlüklerine tesliminin sağlanacağı ifade edilmiştir. Bu hususların yanı sıra, aynı veya nakdi yardıma ihtiyaç duyanların belirlenerek uygun hizmetlerden faydalanmaları için SYDV'ye bildirileceği ifade edilmiştir. Aile ve Sosyal Hizmetler İl Müdürlüğü'nün yükümlülükleri kapsamında, bu yükümlülüklerden farklı olarak, kurumlarda annesi ile kalan 3-6 yaş grubu çocukların, velisi veya hukuki sorumluluğu bulunan kişinin izni alınarak kurum dışında yapılacak sosyal kültürel faaliyetlerden yararlandırılmalarının sağlanacağı ifade edilmiştir. Ortak yükümlülükler kapsamında, 0-6 yaş grubundaki çocuklara yönelik oluşturulan emekleme ve oyun alanları için gerekli olan eğitici materyallerin imkân dâhilinde bağış yoluyla temin edileceği, annelere yönelik eğitimlerin koordineli olarak düzenleneceği ifade edilmiştir.

Adalet Bakanlığı ve Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı arasında imzalanan bu protokol, cezaevinde annesiyle birlikte kalan çocuğun bir kısım ihtiyaçlarının karşılanması bakımından önem taşımaktadır. Bu protokolün, *-eksiklikleri bulunmakla birlikte-* uygulanıp uygulanmadığının araştırılması ve denetiminin sağlanması da, tüm çocuklara eşit şekilde bu hizmetlerin sunulması bakımından gereklidir.

Sincan Cezaevinde bulunan tutuklu ve hükümlü annelerin çocuklarına, *"Anne Çocuk Ünitesi"*nde eğitim verilmektedir. Bu infaz kurumunda bulunan *"Anne Çocuk Ünitesi"*nin amacı, cezaevinin çocuklar üzerindeki olumsuz etkilerini en aza indirmek ve gelişimlerine destek olmaktır. Bu infaz kurumunun her bir bölümünde açık ve kapalı çocuk oyun alanının bulunduğu, çocukların akranları ile vakit geçirdikleri bu bölümde özgüvenlerinin,

sosyal ve dil gelişimlerinin arttığı, çocuklara dışarıdaki eğitimin aynısının sunulduğu ve buradaki annelerin de koşullardan çok memnun olduğu ifade edilmiştir⁶⁶. Bu bağlamda, Sincan Cezaevindeki bu uygulama, hem anne hem de çocuk yönünden sağladığı olumlu etkiler dolayısıyla örnek bir uygulama niteliğindedir.

“Gökyüzü Senindir” isimli topluma hizmet uygulaması da, örnek uygulamalar arasındadır. Bu proje, anneleri ile birlikte cezaevinde kalan 0-6 yaş çocuklar için anaokulu kurulması projesidir. Bu proje ile 0-6 yaş aralığındaki çocukların gelişimlerine uygun eğitim ortamı oluşturmak, bu çocukların yaşlıları ile birlikte aynı eğitim ortamında birlikte olmalarına imkân sağlamak, bedensel, ruhsal, sosyal, bilişsel ve dil gelişimlerini desteklemek, toplum ile uyumlarını sağlamak ve yetenekleri, ilgi ve ihtiyaçları doğrultusunda eğitim almalarını sağlamak amaçlanmıştır⁶⁷. Projenin sonucunda, okul öncesi eğitim programının ilkelerine uygun olarak, çocukların bir arada oynayabileceği ve öğrenebileceği 20 çocuk için uygun bir eğitim ortamı oluşturulmuştur. Sınıf alanında, matematik, fen, kitap okuma, dramatik oyun, kukla ve sanat olmak üzere 6 öğrenme merkezi kurulmuştur⁶⁸.

Türkiye Çocuklara Yeniden Özgürlük Vakfı tarafından yürütülen “İçeride Çocuk Var” isimli proje, “Kadın Ceza İnfaz Kurumlarında gözetim altındaki anneleri ile kalan 0-6 yaş grubu çocuklar için kreş iyileştirme” projesidir. Bu proje ile cezaevinde annesi ile kalan çocukların diğer çocuklar ile eşit nitelikte bir eğitim şansına sahip olmalarını sağlamak, konuya ilişkin toplumda farkındalık oluşturmak ve çocukların cezaevindeki koşullarının iyileştirmek amaçlanmıştır. Bu proje kapsamında, mevcut anaokullarının fiziki koşullarının iyileştirilmesi ve anaokulu olmayan kadın cezaevlerinde anaokullarının inşa edilmesine yönelik çalışmalar yürütülmüştür⁶⁹. Projenin amacı, çocukların cezaevindeki en önemli ihtiyacı olan kreş ihtiyacının sağlanması bakımından örnek bir çalışma niteliğindedir.

Anıttepe Leo Kulübü tarafından 2015 yılında gerçekleştirilen “Ver Elini Güneşe” projesi sayesinde, anneleri ile birlikte cezaevinde kalan 3-6

⁶⁶ <<https://www.aa.com.tr/tr/yasam/hukumlu-annelerinin-yaninda-kalan-cocuklara-psikososyal-destek/2578045>>, Erişim Tarihi 06 Ekim 2023.

⁶⁷ “Gökyüzü Senindir” İsimli Topluma Hizmet Uygulaması, <<https://www.yyu.edu.tr/images/files/PROJEE.pdf>>, Erişim Tarihi 16 Ekim 2023, s. 3.

⁶⁸ “Gökyüzü Senindir” İsimli Topluma Hizmet Uygulaması, s. 35.

⁶⁹ <<http://www.tcyov.org/iceride-cocuk-var/>>, Erişim Tarihi 06 Ekim 2023.

yaş grubundaki 50 çocuk, hayatlarında ilk kez cezaevi dışına çıkmıştır. Normal hayat ile ilgili pek çok deneyimi ilk kez bu şekilde elde etme fırsatı yakalamışlardır⁷⁰. Bu proje, ayda bir kez çocukların dışarı çıkarılması şeklinde bir yıla yakın bir süre devam etmiştir. Cezaevindeki psikolog ve çocuk gelişim uzmanları, dışarı çıkarılan çocukların neredeyse tüm duyu organları ile düşünebilir ve hissedebilir duruma geldiklerini gözlemlediklerini ifade etmiştir⁷¹.

Arzu Arslan tarafından gerçekleştirilen bir anaokulu projesi de bulunmaktadır. Kendisi, 2008 yılında ilk kez cezaevi anaokulu açmıştır⁷². *Arzu Arslan* tarafından yürütülmekte olan ve Milli Eğitim Bakanlığı tarafından desteklenen projede gönüllü olarak görev alan ve bu kapsamda anaokulunda felsefe dersleri veren P4C Türkiye Eğitimci *Özlem Tavus* ile yapmış olduğum görüşmede, kendisi, projenin içeriğini ve faydalarını anlatmıştır⁷³. Çocuklara anaokulunda felsefe eğitimi veren *Özlem Tavus*, düşünme, eleştirel bakma, kitap okuma gibi pek çok faaliyetin gerçekleştirildiğini, dış dünyada deneyimleyebilecekleri şeylerin cezaevi içerisindeki anaokulu bünyesinde deneyimleme imkânlarının olduğunu, kendisinin çocuklara kitap okuduğunu, kitap okurken sorular sorma ve düşünme becerilerinin geliştiğini ifade etmiştir. Ayrıca davranışsal anlamda sabretme, bekleme gibi becerilerinin de geliştiğini, saygıyı, el kaldırmadan konuşmamayı, özenli dil kullanmayı öğrendiklerini ifade etmiştir. Aynı zamanda bu proje kapsamında, çocukların zaman zaman dışarı çıkabildiğini, örneğin ata binmeye gittiklerini, hamburger yemeye gittiklerini anlatmıştır. Çocukların cezaevinde gidebilecekleri bir anaokulunun olması gerektiğini ve çocukların en çok ihtiyaç duyduğu şeyin oyun ve oyuncak olduğu, kendi yaşlıları ile burada bir araya gelebilecekleri, mevsim değişikliklerini, doğanın değişimini öğrenebilecekleri, gerçek yaşam deneyimini elde edebilecekleri ve tüm bu imkânların anaokullarında sağlanabileceğini ifade etmiştir. Bu dönem çocukları için sanat terapisinin çok önemli olduğunu, uzman bir psikolog eşliğinde sürdürülmesinin, çocuklarla felsefe ve yaratıcı drama derslerinin, sporun, özellikle jimnastik alanının

⁷⁰ <<https://anittepeleo.blogspot.com/2015/12/ver-elini-gunese-onediada.html>>, Erişim Tarihi 25 Ocak 2024.

⁷¹ <<https://www.hurriyet.com.tr/yazarlar/aysegul-domanic-yelce/ver-elini-gunese-40110724>>, Erişim Tarihi 25 Ocak 2024.

⁷² <https://sehitibrahimiyilmazanaokulu.meb.k12.tr/icerikler/arzu-arslan_10613716.html>, Erişim Tarihi 25 Ocak 2024.

⁷³ Özlem Tavus ile Çevrimiçi Görüşme, 16.01.2024.

olmasının, matematik, okuma yazmaya giriş derslerinin olmasının gerekli olduğunu ifade etmiştir. Gün içerisinde çocuğun anaokulunda olması gereken yerdeyken gün sonunda yetişkinlerle birlikte infaz kurumunda olmasının doğru olmadığını ifade etmiştir. Çocukların okulu çok sevdiğini, hatta oryantasyon sürecinin dahi olmadığını, çok mutlu olduklarını ifade etmiştir. Bu proje kapsamında, herkesin büyük bir özveri ile çalıştığını, her gün yeni bir sürpriz yapıldığını, dışarıdan desteklerin de sağlandığını ifade etmiştir.

VI. UYGULAMADAKİ PROBLEMLER

Anneleriyle birlikte cezaevinde kalan çocukların yaşadığı sorunlar çok ciddi boyuttadır. Bebeklik ve erken çocukluk dönemini cezaevinde geçirmek, başlı başına önemli bir sorun iken, sağlıklı gelişimlerinin önüne başkaca eksiklik ve hatalar da eklendiğinde, çocuğun ileride suç alanından uzakta kalması ve sağlıklı, topluma faydalı bireyler olmaları oldukça zorlaşmaktadır.

Çocuğun gelişiminin en önemli evresinde, çeşitli suçlara karışmış insanlarla aynı ortamlarda bulunması, bu tür bir ortamda büyümesi, ileride suç işlemelerine de etki edecek önemli bir olumsuz etmendir. Dolayısıyla bu sürecin mümkün olan en sağlıklı şekilde sürmesi için gerekli adımların atılması zorunludur.

Çocukların tıpkı hükümlü gibi anneleri ile birlikte cezaevi koşullarında yaşaması, cezaların şahsiliği ilkesi ile çelişmektedir⁷⁴. Bu durum göz önüne alınarak, çocuğun olabildiğince olumlu bir ortamda büyümesine yönelik çalışmaların yapılması gereklidir.

Uygulamada çocuk bakımından pek çok ciddi problemlerin varlığı dile getirilmektedir. Şöyle ki;

İlk olarak, ayrı yatağının olmaması, yetersiz beslenme, her cezaevinde kreş olmaması, sağlık sorunu olduğunda annenin çocuğuna refakat edememesi, koğuşlarda halının olmaması, koltuk olmaması, başlıca problemler arasındadır⁷⁵.

İkinci olarak, çocuklar cezaevindeki fiziki koşullardan dolayı emeklemeyi öğrenememekte, üç yaşında dahi yürümekte zorlanmakta, erkek çocukların baba modelinden yoksun olması ve sürekli kadınların arasında olmasından

⁷⁴ “Çocuk Hakları’ Çerçevesinde Türkiye’de Cezaevinde Büyüyen Çocuklar”, s. 35.

⁷⁵ <https://www.insamer.com/tr/cezaevlerinin-mahkum-cocuklari_3327.html>, Erişim Tarihi 05 Ekim 2023.

dolayı cinsel kimliğin gelişimi açısından sıkıntılar yaşamakta, oyuncuğun yasak olmasından dolayı oyuncaksız büyümekte ve bir koğuştta bir anne bebek olmasından dolayı diğer çocuklarla etkileşim içerisinde olamamaktadırlar⁷⁶.

Üçüncü olarak, cezaevinde ebeveyni ile birlikte kalan çocuğa yönelik kurum personelinin uyması gereken kuralların olmaması önemli bir eksikliktir⁷⁷. Ceza infaz kurumundaki personellerin, çocuklara, hükümlü/tutuklu yetişkinlere olduğu gibi davranması, çocuk olduklarının dikkate alınmaması ve buna ilişkin hukuki bir düzenlemenin de bulunmaması, üzerinde durulması gereken önemli bir sorundur. Düşüncemize göre, infaz kurumlarında çalışan personellerinin yükümlülüklerinin düzenlediği tüzüğe (*Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük*), annesi ile birlikte cezaevinde kalan çocuklara yönelik tutum ve davranışlara ilişkin yükümlülükler de eklenmelidir.

Dördüncü olarak, Bakırköy Kadın Kapalı Cezaevinde 2014 yılında anneler ile yapılan röportajda anneler, toplam 53 çocuğun bulunduğu, çocukların anneleriyle aynı yatakta uyumak zorunda oldukları, kadınlar arasındaki yaralama olaylarına tanık oldukları, her koğuştta bir çocuk olduğu için çocukların birbirlerini görmedikleri, kreşin çocukların sınırlı zamanlarda bir araya gelmesini sağladığını, beslenme konusundaki eksikliklerin ve oyuncak olmamasının hem anne hem de çocuk açısından zorluklar meydana getirdiğini, çocukların güneşe çıkmadıkları için vitamin eksikliklerinin olduğu, çocuklara yemek pişiremediklerini, doktora erişimin sınırlı olduğunu ve altı yaşından sonra çocuğu bırakacak kimseleri olmaması sebebiyle yaşadıkları endişeleri anlatmışlardır⁷⁸.

Beşinci olarak, uygulamada, cezaevinde anneleriyle kalan çocukların beslenmesi ile ilgili sorunların bulunduğu, beslenmeleri ile ilgili yeterli özenin gösterilmediği ifade edilmiştir⁷⁹.

⁷⁶ Meryem Öymen, “Çocuk Hapiste Büyümez ki”, *Alt Sosyal Dergisi*, s. 3-5.

⁷⁷ Çetin Arslan, Murat Kayañççek, “*Ceza İnfaz Kurumlarında Annelerinin Yanında Kalan 0-6 Yaş Grubu Çocuklar (İK m.65)*”, s.2, 2022, <<https://www.cetinarslan.com.tr/ceza-infaz-kurumlarında-annelerinin-yanında-kalan-0-6-yas-grubu-cocuklar-ik-m-65/>>, Erişim Tarihi 01 Ekim 2023.

⁷⁸ <<https://www.haberturk.com/gundem/haber/1006029-cezaevinde-buyuyen-cocuklar>> Erişim Tarihi 11 Ekim 2023.

⁷⁹ Mehmet Kurt, “*Türkiye’de Ceza İnfaz Kurumlarının Sorunları*”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2006, s.90.

Altıncı olarak, uygulamada, anne olan hükümlülerin, çocuğuna mama yapmak için sıcak suya erişemedikleri, çocukların hasta olmasına rağmen soğuk havalarda zorla çıkarıldıkları, bu sırada tuvaletleri gelse de içeri alınmadıkları, infaz koruma memurlarının kötü söz ve davranışlarına maruz kaldıkları, 2.5 yaşındaki çocuğun haftada sadece bir saat oyun odasına gidebildiği, terör örgütü üyeliği isnadıyla tutuklu olan anneye ayda bir kavanoz mama verildiği, farklı marka mama talebine 2 ay sonra karşılık bulduğu, bu süreçte çocuğuna pirinç unu ile mama yaptığını, oyuncak verilmediğini, çocuğunun parmağını demir kapıya sıkıştırdığını, ancak 15 gün sonra cezaevi doktoruna götürüldüğü gibi sorunları ifade etmişlerdir⁸⁰.

Yedinci olarak, uygulamada, çocuklara kurum içi sağlık hizmetlerinin bile çoğu cezaevinde anneleri yanlarında olmadan verildiğinin, bu yaş grubu çocukların doktorlardan, işneden korkabildiği ve çocuğun doktora infaz koruma memuru tarafından götürüldüğü, çocuk bakımından travmaya dönüşebileceği ifade edilmiştir⁸¹.

Sekizinci olarak, Yaşam Hakları Derneği tarafından hazırlanan “*Anneleriyle Birlikte Mahpus Olan Çocuklar*” isimli raporda, uygulamadaki koşulların uluslararası sözleşmelerle belirlenen standartlara uygun olmadığı, annelere ve çocuklarına yönelik uygulamaların cezaevi yönetiminin inisiyatifine bırakıldığı, çocukların anneleriyle birlikte kapasitenin çok üstünde olan koşullarda kaldıkları, çocuklara yönelik sağlık hizmeti, beslenme, oyun alanı, yaşlarına uygun eğitim, psikolojik destek gibi uygulamaların söz konusu olmadığı, annelerin sağlık hizmetine erişiminde esnekliğin olmadığı, onların ihtiyaçlarını karşılayan herhangi bir destek sisteminin olmadığı ifade edilmiştir. Bu araştırma kapsamında, 2021 yılında 0-6 yaş aralığındaki çocuklarıyla birlikte cezaevinde kalan 13 kadınla ve tutukluluk sürecinde düşük yapan 1 kadınla görüşülmüştür⁸². Çalışmaya katılan kadınlardan ikisinin yargılandıkları dönemde altı aylık bebekleri olmasına ve bir katılımcının da hamile olmasına rağmen, cezanın ertelenmesi kurumunun uygulanmadığı ve tutuksuz yargılama yapılmadığının anlaşıldığı, hamile kadınların ve emziren annelerin sağlık kontrollerinin yapılmadığı, ilaçlarını almalarına izin verilmediği, beş aylık bir hamile kadının bu nedenle düşük yaptığı, kimi annelerin kendilerine ve çocuklarına çıplak arama yapıldığını ve kendilerine

⁸⁰ “‘Çocuk Hakları’ Çerçevesinde Türkiye’de Cezaevinde Büyüyen Çocuklar”, s. 22, 23.

⁸¹ “‘Çocuk Hakları’ Çerçevesinde Türkiye’de Cezaevinde Büyüyen Çocuklar”, s. 18.

⁸² “*Anneleriyle Birlikte Mahpus Olan Çocuklar*”, s. 7, 8.

arama yapılırken çocuklarının buna tanık olduklarının, çocuklar için ayrı yatağın verilmediğinin ve kalabalık, rutubetli, ışık almayan koşullarda çocuklarıyla kalmak zorunda kaldıklarının ortaya çıktığı, çocuklara ayrı yemek verilmediği, çocuk doktorunun bulunmadığı, sağlık hizmetlerine erişimin zor ve yıpratıcı olduğu, sabah sayımlarında gardiyanların demir kapılara vurmasının bebekler için korkutucu olduğu, oyuncakların, boyama kitap ve kalemlerinin bulunmadığı, çocuk parkı olsa dahi annesiyle değil, bir gardiyan eşliğinde çocuğun haftada bir iki saat parka çıkarıldığı ifade edilmiştir⁸³. Bu araştırma neticesinde, hapis cezasının infazının çocuk en az altı yaşına gelene kadar ertelenmesi, anneler için hapis cezasına alternatif bir çözüm bulunamıyorsa gün ışığı alan, açık havada vakit geçirilebilen, oyun alanları olan anne çocuk evlerinin tasarlanması, çocuklarla iletişim içerisinde olan memurların üniforma giymemesi ve silahsız olması, hamile kadınlar, emziren anneler ve çocukların sağlıklı beslenmelerinin sağlanması, çocuk gelişim uzmanı ve psikolog desteğinin sağlanması, oyuncaklara izin verilmesi, kreş uygulamalarının geliştirilmesi önerilerinde bulunulmuştur⁸⁴.

Dokuzuncu olarak, bir başka araştırma kapsamında, eski tutuklu ve eski hükümlü kadın katılımcılarla yapılan görüşmelerin sonucunda, cezaevinde anne olmanın dışarıda anne olmaktan çok daha zor bir durum olduğu anlaşılmıştır⁸⁵. Katılımcı bir anne, çocukları yanındayken de yanında olmadığı zamanlarda da ayrı zorluklarla karşılaştıklarını, yeterli besin sunulmadığını ve diğer hükümlülerin çocuğun susturulması konusunda ikazlarda bulduklarını ifade etmiştir⁸⁶. Araştırma neticesinde, açık cezaevinde kalan annelerin çocuklarının kreşe gidebildiği, ancak kapalı cezaevinde kalan annelerin çocuklarının kreşe gidemediği, diğer hükümlü kadınlar ile sosyalleşebildikleri ve gelişimlerinin olumsuz etkilendiği ortaya konulmuştur⁸⁷.

Onuncu olarak, “*Cezaevinde Anne Olmak*” isimli, cezaevinde çocuklarıyla birlikte kalan 24 anne ile yapılan araştırmada, kadın hükümlülerin annelik rolünü nasıl deneyimledikleri, hangi koşullarda

⁸³ “*Anneleriyle Birlikte Mahpus Olan Çocuklar*”, s. 27, 28.

⁸⁴ “*Anneleriyle Birlikte Mahpus Olan Çocuklar*”, s. 29, 30.

⁸⁵ Hülya Sönmez, “*Eski Tutuklu ve Eski Hükümlülerin Cezaevindeki Gündelik Hayat Deneyimleri*”, Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Sosyoloji Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2021, s. 162.

⁸⁶ Sönmez, s. 163.

⁸⁷ Sönmez, s. 198.

buldukları hakkında inceleme yapılmıştır⁸⁸. Bu araştırma neticesinde, annelik kavramına ilişkin olarak katılımcıların anneliğin keyifli taraflarını, zorluklarını ve sorumluluklarını ifade ederken, cezaevinde gerçek bir anne olduklarını hissettiklerini, anneliğin zorluklarının yanında güzelliklerini de yaşadıklarını ifade etmişlerdir. Annelerin cezaevinde çocuğuyla birlikte kalma nedeninin dışarıda çocuğuna bakacak kimsenin olmamasından kaynaklandığı görülmüştür. Ayrıca, hem erkek hem kadının ebeveyn olmasına rağmen, kadınların birincil ebeveyn oldukları, çocukların baba modeli ile çok az iletişimde olduğu ortaya çıkmıştır⁸⁹. Bu araştırma neticesinde, annelere duygusal destek sunulması konusunda cezaevi görevlilerine eğitim verilmesi, annelerin cezaevindeki ihtiyaçlarının karşılanması konusunda çaba gösterilmesi, çocukların daha sağlıklı beslenmesi ve gelişimlerinin takibi hususunda sağlık hizmeti almaları için sivil toplum kuruluşlarıyla çalışmalar yapılması, annelerin koğu koşullarının iyileştirilmesi önerilmiştir⁹⁰.

Uygulamada ileri sürülen bu problemlere karşılık olarak Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü'nün 09.03.2021 tarih ve 2021/01 no'lu basın açıklamasında özetle, çocuklara annelerinin işlerinden bağımsız olarak annelerin işlerinin iki katı günlük işe bedeli ödendiği, kurumdaki oyun alanlarından ve anaokullarından faydalanabildikleri, anaokullarında ücretsiz olarak eğitimlerine devam ettikleri, psiko-sosyal gelişimlerinin takip edildiği ve 08.03.2021 tarihi itibarıyla 0-6 yaş aralığında toplam 345 çocuğun annesi ile birlikte cezaevinde kaldığı ifade edilmiştir⁹¹.

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu (TİHEK) tarafından hazırlanan raporda, Ulusal Önleme Mekanizması (UÖM) raporları aracılığıyla, cezaevlerinde annesi ile birlikte kalan 0-6 yaş aralığındaki çocuklar için ulusal ve uluslararası standartlar ölçüsünde ilgililere önerilerde bulunduğu ifade edilmiştir. Antalya L Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu'na yapılan ziyarete ilişkin rapora göre, anneleri ile birlikte kalan çocuklara hiçbir şekilde "hükümlü" muamelesi yapılmaması, Kurum yönetimine tavsiye edilmiştir. Bu hususun yanı sıra, anneleri ile kalan çocuklara yemek, emziren annelere uygun beslenme sağlanmasına önem verilmesi, ücretsiz bez temin edilmesi

⁸⁸ Nuran Tuncer, Neslihan Avcı, "Cezaevinde Anne Olmak", Kafkas Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, (27), 2021, s. 179.

⁸⁹ Tuncer/Avcı, s. 201, 202.

⁹⁰ Tuncer/Avcı, s. 208.

⁹¹ <<https://cte.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/basin-aciklamasi09032021045708>>, Erişim Tarihi 06 Ekim 2023.

konusunda işbirliğine devam edilmesi, çocuk oyun parklarının kurulması, çocuklara yönelik etkinlikler düzenlenmesi, çocuklara oyuncak, kitap, boya gibi gelişimlerine uygun materyallerin sağlanması konusunda da resmi kurumlara tavsiyelerde bulunulmuştur⁹².

Uygulamada var olduğu iddia edilen, araştırmalarda ifade edilen problemlere karşılık, Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü'nün açıklaması, birbirine zıt iki farklı durumun varlığını ortaya koymaktadır. Bu sebeple düşüncemize göre, iddiaların ve savunmanın, çocuğun üstün menfaati göz önüne alınarak objektif bir komisyon kurularak bu kurum tarafından araştırılması ve var olan eksiklerin tespit edilerek çözülmesi gerekmektedir.

VII. NELER YAPILABİLİR?

Uluslararası ve ulusal düzenlemeler kapsamında yükümlülüklerin yerine getirilebilmesi ve çocukların haklarının cezaevindeki çocuklar bakımından tam bir şekilde uygulanabilmesi için uygulamada yapılması gereken pek çok şey bulunmaktadır. Bu anlamda esas olarak başlıca iki önerimiz bulunmaktadır. Bu önerilerimizden ilki çeşitli sebeplerle gerçekleştirilemez ise, ikincisinin muhakkak suretle gerçekleştirilmesi için işbirliği içerisinde çalışılması gerektiği düşüncesindeyiz.

İlk olarak, 0-6 yaş grubu aralığında çocuğu olan hükümlü/tutuklu annelerin çocuklarıyla birlikte kalabilecekleri, anne-çocuk evlerinin inşa edilmesini önermekteyiz. Bu tesislerde personellerin üniforma giymemesi, kreşin, oyun parkının, spor alanlarının bulunması, böylece hem çocukların hem annelerin bir arada sosyal ilişki içerisinde bulunabilecekleri, çocuğun hem fiziksel hem psikolojik ihtiyaçlarının karşılanabileceği bir ortamın sağlanması gerektiği düşüncesindeyiz. Böylece çocuk, suç işleme eğiliminden uzaklaştırılmış olacak ve annesi ile birlikte cezaevi koşulları dışında bir ortamda büyüyebilmiş olacaktır.

İkinci olarak, eğer yukarıdaki önerimiz gerçekleştirilemez ise, uygulamadaki eksiklik ve problemler göz önüne alınarak mevcut durumun iyileştirilmesini önermekteyiz. Çocuğun cezaevindeki yaşantısının normal şekilde sürmesi için gerekli fiziki ve psikolojik koşullar sağlanmalıdır. Bu

⁹² “Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumunun (TİHEK) Çocuk Hakları Komitesi 93. Oturumu ‘Birleştirilmiş Dördüncü ve Beşinci Dönemsel Ülke Raporu’na Katkısı”, s. 11 (<<https://www.tihek.gov.tr/public/editor/uploads/TİHEKCHKKatkisi.pdf>>, Erişim Tarihi 17 Ekim 2023.

kapsamda;

a. Ebeveyni ile birlikte cezaevinde kalan çocuğa, diğer çocuklar ile bir araya gelebileceği, oyun oynayabileceği ve gelişimine uygun bir yöntemin uygulandığı kreş bulunmalıdır. Kreş imkânı, sadece birkaç ceza infaz kurumunda bulunmamalı yahut gönüllü çalışmaların inisiyatifine bırakılmamalı, ülkemizde 0-6 yaş grubunda çocuğun bulunduğu tüm ceza infaz kurumlarında istisnasız şekilde sağlanmalıdır.

b. Kreş bünyesinde, felsefe, okuma-yazma, sanat, matematik, yabancı dil ve spor dersleri bulunmalıdır. Dışarıda okul öncesi eğitime devam bir çocuktan okul ortamı olarak bir eksiğinin bulunmaması sağlanmalıdır.

c. Çocuklar, çocuk gelişim uzmanı, psikolog ve doktorlar tarafından izlenmeli ve ihtiyaçlarına göre gerekli destek verilmelidir. Bu uzman desteği de, ülkemizde 0-6 yaş grubunda çocuğun bulunduğu tüm ceza infaz kurumlarında istisnasız şekilde sağlanmalıdır.

d. Çocuğa güvenliği tehdit etmeyen oyuncakların sağlanması gereklidir. Çocuğun sağlıklı gelişimi için oyuncakların önemli bir araç olduğu unutulmamalıdır.

e. Çocuklu annelerin birbirinden farklı koşullarda değil, aynı koşušta kalmaları sağlanmalıdır. Böylece çocuklar, kendi yaş grupları ile sosyal ilişki içerisinde bulunabilir, anneler birbirine destek olabilir ve kimi hükümlülerin çocukların sesinden rahatsız olması ve sorun çıkması da engellenebilir.

f. Çocuklu annelerin havalandırma hakkı ve süresi, diğer hükümlülerden farklı olarak çocuğun ihtiyaçlarına göre belirlenmelidir. Diğer hükümlüler ile çocuklu annelerin havalandırma süresinin aynı olmaması, eşitlik ilkesine de aykırılık teşkil etmez. Çünkü her iki grubun özellikleri ve koşulları birbirinden farklıdır.

g. Çocukların 6 yaşını doldurduktan ve ebeveyninin yanından ayrıldıktan sonra bir anda dış dünya ile tanışmamaları, böyle bir zorluğu bir anda yaşamamaları için henüz ceza infaz kurumundayken aile ve yakın çevresi ile düzenli olarak ilişki kurmasının ve sosyal, kültürel etkinliklere katılmasının, doğayı tanımalarının sağlanması gereklidir. Bunun da belirli bir düzen içerisinde ve istisnasız tüm ceza infaz kurumlarında gerçekleştirilmesini önermekteyiz.

h. Ceza infaz kurumu personellerine, çocuk ile olan iletişimleriyle ilgili eğitim verilmesi ve kurum personellerinin çocuğa olan yaklaşımlarının

hükümlülerden farklılık taşıması gereklidir. Bu konuda hem tüzükte düzenleme yapılması hem de standart uygulamanın sağlanması gereklidir.

i. Kadın hükümlü/tutuklunun, hem cezaevinde olması hem de cezaevi ortamında çocuk büyütmesinin zorluğu karşısında, psikolojik destek almalarının ve çocuklarının gelişimi konusunda uzman görüşlerinden faydalanmalarının sağlanması ve kendilerine düzenli eğitim verilmesi gereklidir.

j. Cezaevinde, çocuk hakları ve çocuğun yüksek menfaatinin gözetildiği bu şekilde bir sistem kurulmalı, ancak bununla yetinilmemelidir. Bu sistemin, istisnasız ve eşit bir şekilde tüm kurumlarda uygulanıp uygulanmadığı da denetlenmelidir. Bunun için bir komisyon kurulmalı ve komisyon dönem dönem uygunluk denetimi yapılmalıdır.

k. Bu önerilerimizin tümü, İnfaz Kanunu'nda yapılacak olan düzenlemeler ile yasal güvenceye kavuşturulmalıdır. Bazı hükümlerin, Kanun'da, yönetmelik ve tüzükte öngörüldüğü halde uygulanmasının tam olarak sağlanamadığı göz önüne alındığında, bu konudaki düzenlemelerin İnfaz Kanunu'nda yer almasının önemi ve gerekliliği ortaya çıkmaktadır.

l. Bu önerilerimiz yasal güvenceye kavuşturulduktan sonra, kurumsal bir yapının oluşturulması gerektiği düşüncesindeyiz. Bu bağlamda, Adalet Bakanlığı, Sağlık Bakanlığı, Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı ve Milli Eğitim Bakanlığında yetkililerden ve Ceza Hukuku, İnfaz Hukuku alanlarında ve psikoloji, sosyoloji alanlarında uzman akademisyenlerden oluşan bir kurul tesis edilmelidir. Bu kurulun yasal düzenlemelerin gereklerinin yerine getirilmesi için plan ve organizasyon yapmasını ve uygulanması için de bir denetleme kurulu oluşturulmasını önermekteyiz.

Tüm bu önerilerimizin örnek bazı cezaevlerindeki uygulamalar ile sınırlı kalmayarak tüm cezaevlerinde aynı standartlarda sağlanması önemli bir gerekliliktir.

Doktrinde de uygulamaya yönelik pek çok öneri bulunmaktadır. Şöyle ki;

İlk olarak, annenin çocuğunun yanında aranmaması, sayım sırasında çocuğu korkutabilecek nitelikte demir kapılara vurulmaması, sakıncalı olmayan oyuncaklar ve eğitici araçların verilmesinin engellenmemesi, annenin bebeğini emzirirken emzirmesini kesmesinin istenmemesi, çocuğa yaşına uygun ayrı yatak verilmesi, kreşe yahut etkinliğe giderken üniformasız

personel tarafından götürülmesinin gerekli olduğu ifade edilmektedir⁹³.

İkinci olarak, cezaevine gelen ziyaretçilerin aranmasındaki süreçte, çocuklara, kadınlara ve zayıf durumda olan diğer gruplara karşı duyarlı olunması gerektiği ifade edilmektedir⁹⁴.

Üçüncü olarak, gebe kadınların olağanüstü durumlar ile sınırlı olarak cezaevine gönderilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Eğer bu durum gerekli olduysa, gebe kadının hastanede doğumunu yapması sağlanmalıdır. Bu, hem kadının sağlık hizmetinden faydalanmasına hem de çocuğun cezaevinde doğmuş olma damgasından kurtulmasına imkân tanıyacaktır. Eğer çocuk cezaevinde doğmuş ise, nüfus kaydında başka bir adres bilgisi verilmelidir⁹⁵.

Dördüncü olarak, annelerle bebeğin sürekli olarak birlikte olabileceği, emziren anneler için gerekli imkânların bulunduğu bir ünite olması gerektiği ifade edilmektedir⁹⁶.

Beşinci olarak, anne olan hükümlüler hakkında alternatif infaz usullerinin uygulanması gerektiği ifade edilmektedir⁹⁷.

Altıncı olarak, kadınlar, yaşlılar, çocuklar ve farklı hükümlü gruplarının ruh sağlığı ihtiyaçlarının karşılanması gerektiği ifade edilmektedir. Aynı zamanda, mahkûmun infaz kurumuna girmeden evvel gördüğü tedavinin devamı ve infazın sona ermesinden sonra da sürdürülmesi oldukça önemlidir⁹⁸.

Yedinci olarak, çocuk bezi ihtiyacının ücretsiz olarak sağlanması gerektiği ifade edilmektedir⁹⁹.

Sekizinci olarak, “‘Çocuk Hakları’ Çerçevesinde Türkiye’de Cezaevinde Büyüyen Çocuklar” başlıklı raporda, cezaevi yönetiminin vicdanına bırakılan çocukların haklarının yeniden düzenlenmesi, çocuğun cezaevi sisteminden ayrı olarak konumlandırılması ve aile ortamından ayrılmasızın gelişimini

⁹³ Arslan/Kayançiçek, s. 2.

⁹⁴ Coyle, s. 64.

⁹⁵ Coyle, s. 134.

⁹⁶ Coyle, s. 135.

⁹⁷ Kurt, s. 90, 91.

⁹⁸ Zeynep Sedef Varol, “Hapishanelerde Birinci Basamak Sağlık Hizmetleri”, *Toplum ve Hekim Dergisi*, Cilt: 37, Sayı: 6, 2022, s.448-465, s.454.

⁹⁹ Varol, s. 464.

yaşına uygun tamamlayabilmesinin amaçlandığı ifade edilmiştir¹⁰⁰. Bu rapor kapsamında, cezanın infazının ertelenmesi kurumunun ve denetimli serbestlik hükümlerinin istisnasız şekilde uygulanması, anneler için tutuklamanın son çare olması ve tutuklamaya alternatif tedbirlerin uygulanması, anneler bakımından hapis cezasına alternatif infaz yöntemlerinin uygulanması, çocuğun annesinin işlediği suçtan bağımsız olarak görülmesi, sadece çocuk ve annelerinin bulunduğu anne-çocuk ünitelerinin oluşturulması, çocuğun annesi ile kaldığı koğuştta sadece çocuklu kadınların olması önerileri sunulmuştur¹⁰¹.

SONUÇ

Cezaevinde anneleriyle birlikte kalan çocukların infaz kurumu içerisinde sağlıklı bir süreç geçirebilmesi, çocuğun beden ve ruh sağlığının iyi bir şekilde gelişmesi, çocuğun yüksek menfaatinin ve haklarının gözetilmesi, çocuğun dolaylı şekilde cezalandırılmamış olması ve çocuğun ileride suça sürüklenmesine zemin hazırlamaması yönlerinden son derece önemlidir.

Bu bağlamda, çalışmamızda, ilk olarak, kadın hükümlülerin durumu incelenmiş; ikinci olarak, cezaevinde anneleriyle birlikte kalan çocukların durumu uluslararası ve ulusal düzenlemeler çerçevesinde ele alınmış; üçüncü olarak, çocukların cezaevinde kaldıkları süreç ve kurumdan ayrılma süreçleri kapsamında çocukların sağlıklı beslenmesi ve gelişimi, çocukların kurumda kreşe gidebilme imkânları ve cezaevinde annelerinden ayrılma süreçleri incelenmiş; dördüncü olarak, karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeler ve uygulamalar kapsamındaki araştırmalarımıza yer verilmiş; beşinci olarak, tespit ettiğimiz örnek uygulamalar ve altıncı olarak, uygulamadaki problemler izah edilmiş ve son olarak, bu konuda neler yapılabileceğine ilişkin çözüm önerilerimiz sunulmuştur. Bu inceleme, Türk infaz hukuku sistemi ve uygulaması, karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeler ve uygulamalar çerçevesinde yapılmıştır.

Önerilerimiz tüm çalışma kapsamı içerisinde ilgili yerlerde izah edilmiş olmakla birlikte esas olarak iki önerimiz bulunmaktadır. Bu önerilerimizden ilki çeşitli sebeplerle gerçekleştirilemez ise, ikincisinin muhakkak suretle gerçekleştirilmesi için işbirliği içerisinde çalışılması gerektiği düşüncesindeyiz.

İlk olarak, 0-6 yaş grubu aralığında çocuğu olan hükümlü/tutuklu annelerin çocuklarıyla birlikte kalabilecekleri, anne-çocuk evlerinin inşa

¹⁰⁰ “‘Çocuk Hakları’ Çerçevesinde Türkiye’de Cezaevinde Büyüyen Çocuklar”, s. 4.

¹⁰¹ “‘Çocuk Hakları’ Çerçevesinde Türkiye’de Cezaevinde Büyüyen Çocuklar”, s. 30-32.

edilmesini önermekteyiz. Bu tesislerde personellerin üniforma giymemesi, kreşin, oyun parkının, spor alanlarının bulunması, böylece hem çocukların hem annelerin bir arada sosyal ilişki içerisinde bulunabilecekleri, çocuğun hem fiziksel hem psikolojik ihtiyaçlarının karşılanabileceği bir ortamın sağlanması gerektiği düşüncesindeyiz. Böylece çocuk, suç işleme eğiliminden uzaklaştırılmış olacak ve annesi ile birlikte cezaevi koşulları dışında bir ortamda büyüebilmiş olacaktır.

İkinci olarak, eğer bu önerimiz gerçekleştirilemez ise, uygulamadaki eksiklik ve problemler göz önüne alınarak mevcut durumun iyileştirilmesini önermekteyiz. Çocuğun cezaevindeki yaşantısının normal şekilde sürmesi için gerekli fiziki ve psikolojik koşullar sağlanmalıdır. Bu önerilerimizin tümü, İnfaz Kanunu'nda yapılacak olan düzenlemeler ile yasal güvenceye kavuşturulmalıdır. Bu önerilerimiz yasal güvenceye kavuşturulduktan sonra, kurumsal bir yapının oluşturulması gerektiği düşüncesindeyiz. Bu bağlamda, Adalet Bakanlığı, Sağlık Bakanlığı, Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı ve Milli Eğitim Bakanlığında yetkililerden ve Ceza Hukuku, İnfaz Hukuku alanlarında ve psikoloji, sosyoloji alanlarında uzman akademisyenlerden oluşan bir kurul tesis edilmelidir. Bu kurulun yasal düzenlemelerin gereklerinin yerine getirilmesi için plan ve organizasyon yapmasını ve uygulanması için de bir denetleme kurulu oluşturulmasını önermekteyiz.

KAYNAKÇA

- “Anneleriyle Birlikte Mahpus Olan Çocuklar”, Yaşam Hakları Derneği, 2021, s.6.<<https://etkiniz.eu/wp-content/uploads/2021/12/Anneleriyle-Birlikte-Mahpus-Çocuklar-Raporu.pdf>>, Erişim Tarihi 17 Ekim 2023.
- Arslan Ç/Kayançiçek M, “Ceza İnfaz Kurumlarında Annelerinin Yanında Kalan 0-6 Yaş Grubu Çocuklar (İK m.65)” <<https://www.cetinarslan.com.tr/ceza-infaz-kurumlarinda-annelerinin-yaninda-kalan-0-6-yas-grubu-cocuklar-ik-m-65/>>, Erişim Tarihi 01 Ekim 2023).
- Bilge Ç/Türk A/Akdolun Balkay N/Bulut Uğurlu N, “Kadın Mahkumların Yaşadığı Zorluklar”, *Social Sciences Studies Journal*, 4(16), s.1204-1208, s.1204.
- Budak M/Türkmenoğlu B/Güler N, “Ceza ve Tutukevi Sağlık Hizmetleri; Cezaevi Hemşireliği”, *Socrates Journal of Interdisciplinary Social Studies*, 20, 2022, s.108-122.
- Coyle A, *Cezaevi Yönetimine İnsan Haklarını Göz Önüne Alan Bir Yaklaşım, Cezaevi Görevlileri İçin Elkitabı*, International Centre for Prison Studies, 2002.
- “Children of Imprisoned Parents”, European Perspectives on Good Practice, Kate Philbrick, Liz Ayre, Hannah Lynn (Ed.), Second Edition, 2014.
- “Çocuk Hakları’ Çerçevesinde Türkiye’de Cezaevinde Büyüyen Çocuklar”, İnsan Hakları ve Mazlumlar İçin Dayanışma Derneği (Mazlumder), Çocuk Hakları Komisyonu, 2020.
- Gemeinsame Richtlinie der Senatsverwaltung für Justiz; der für Jugend zuständigen Senatsverwaltung sowie der für Frauen zuständigen Senatsverwaltung : “Standards der gemeinsamen Unterbringung von Müttern und Kindern im Strafvollzug/Jugendstrafvollzug/Untersuchungshaftvollzug”, in der aktualisierten Fassung vom 01.09.2013.
- “Gökyüzü Senindir” İsimli Topluma Hizmet Uygulaması, <<https://www.yyu.edu.tr/images/files/PROJEE.pdf>>, Erişim Tarihi 16 Ekim 2023.
- Koca M /Üzülmez İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2022.

Kurt M, “Türkiye’de Ceza İnfaz Kurumlarının Sorunları”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2006.

Laubenthal K, *Strafvollzug*, 8. Auflage, Springer Verlag, 2019.

Manzoni P/ Baier D/ Keller S, vd., *Die Situation von Kindern mit einem inhaftierten Elternteil in der Schweiz*, Schlussbericht zu Handen des Bundesamts für Justiz, ZHAW Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften, 2022.

Özbek VÖ, *İnfaz Hukuku*, Anadolu Üniversitesi Yayını, 2019.

Öymen M, “Çocuk Hapiste Büyümez ki”, *Alt Sosyal Dergisi*, s.3-5.

Savcı F/Köksal Akyol A, “Kadın Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda Anneleriyle Kalan 3-6 Yaş Aralığında Çocuklar İle Ailesiyle Yaşayan Çocukların Sosyal Beceri Düzeylerinin İncelenmesi”, *International Social Sciences Studies Journal*, 7(88), 2021, s.4071-4082.

Soyer A, *Cezaevi ve Sağlık*, Türk Tabipleri Birliği, 1999.

Sönmez H, “Eski Tutuklu ve Eski Hükümlülerin Cezaevindeki Gündelik Hayat Deneyimleri”, Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Sosyoloji Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2021.

Şahinöz A/ Sağın Küçük N/ Çuhacı Çakır B/ Kara Uzun A/ Durualp E, “Cezaevinde Annesi ile Birlikte Kalan Çocukların Gelişimlerinin Karşılaştırmalı Olarak Değerlendirilmesi”, *Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Mecmuası*, 72 (1), 2019, s.66-75.

Tuncer N/Avcı N, “Cezaevinde Anne Olmak”, *Kafkas Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, (27), 2021, s.179-214.

“Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumunun (TİHEK) Çocuk Hakları Komitesi 93. Oturumu ‘Birleştirilmiş Dördüncü ve Beşinci Dönemsel Ülke Raporu’na Katkısı”, <<https://www.tih.gov.tr/public/editor/uploads/TİHEKCHKKatkisi.pdf>>, Erişim Tarihi 17 Ekim 2023, s.11.

Varol ZS, “Hapishanelerde Birinci Basamak Sağlık Hizmetleri”, *Toplum ve Hekim Dergisi*, 37(6), 2022, s.448-465.

Özlem Tavus ile Çevrimiçi Görüşme, 16.01.2024.

İnternet Kaynakları

- <<https://www.unicef.org/turkiye/media/7941/file/ÇHDS%20ve%20İhtiyari%20Protokoller,%20Usul%20Kuralları%20ile%20Çocuk%20Hakları%20Komitesi%20Genel%20Yorumları.pdf>>, Erişim Tarihi 01 Ekim 2023.
- <https://www.insamer.com/tr/cezaevlerinin-mahkum-cocuklari_3327.html>, Erişim Tarihi 05 Ekim 2023).
- <<https://cte.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/basin-aciklamasi09032021045708>>, Erişim Tarihi 06 Ekim 2023.
- <<http://www.tcyov.org/iceride-cocuk-var/>>, Erişim Tarihi 06 Ekim 2023.
- <<https://www.aa.com.tr/tr/yasam/hukumlu-annelerinin-yaninda-kalan-cocuklara-psikososyal-destek/2578045>>, Erişim Tarihi 06 Ekim 2023).
- <<https://www.gesetze-im-internet.de/stvollzg/BJNR005810976.html>>, Erişim Tarihi 22 Kasım 2023.
- <<https://tatort-zukunft.org/fakten/kinder-von-gefangenen/>>, Erişim Tarihi 22 Kasım 2023.
- <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/8660>>, Erişim Tarihi 26 Aralık 2023.
- <https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/07/31/CPT_Standards.pdf>, Erişim Tarihi 11 Ocak 2024).
- <https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok_Rules_ENG_22032015.pdf> , Erişim Tarihi 16 Ocak 2024.
- <https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/29120200936251982019151705tavsiye_kararlari.pdf>, Erişim Tarihi 17 Ocak 2024.
- <<https://cte.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/basin-aciklamasi09032021045708>>, Erişim Tarihi 24 Ocak 2024.
- <<https://cte.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2972021105709P-72.pdf>>, Erişim Tarihi 24 Ocak 2024.
- <<https://cte.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/1032020092633ABveMEB.pdf>>, Erişim Tarihi 25 Ocak 2024).

<https://www.aile.gov.tr/media/127904/aspb_-2012-yili-faaliyet-raporu.pdf>, Erişim Tarihi 25 Ocak 2024.

<<https://www.hurriyet.com.tr/yazarlar/aysegul-domanic-yelce/ver-elini-gunese-40110724>>, Erişim Tarihi 25 Ocak 2024.

<https://sehitibrahimyilmazanaokulu.meb.k12.tr/icerikler/arzu-arslan_10613716.html>, Erişim Tarihi 25 Ocak 2024.

<<https://tihv.org.tr/wp-content/uploads/2020/04/nelson-mandela-kurallari-mahpuslara-muameleye-dair-birlesmis-milletler-asgari-standart-kurallari-turkce.pdf>>, Erişim Tarihi 29 Ocak 2024.

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

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVIII Nisan / April 2024 Sayı / No. 2

SOSYAL ETİK BİR DEĞERLENDİRME OLARAK CEZAI
SORUMLULUK VE MEVCUT HAREKET TEORİLERİ
BAKIMINDAN YAPAY ZEKÂNIN FAİL VE SORUMLULUK ÖZNESİ
OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ

CRIMINAL RESPONSIBILITY AS A SOCIAL ETHICAL EVALUATION
AND THE EVALUATION OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE AS A
PERPETRATOR AND SUBJECT OF RESPONSIBILITY IN TERMS OF
EXISTING THEORIES OF ACTION

Hasan ÇATAKLI* 

ÖZET

-10.34246/ahbvuhfd.1431854 

Kullanıma başlandığı alanlarda insandan kaynaklı hataları olabildiğine azaltmayı hedefleyerek geliştirilen, karmaşık hesaplama süreçlerini ihtiva eden algoritmaların kendileri de yeni bir risk potansiyelidir. Nitekim yapay zekânın kullanımı insanların ölümü ile sonuçlanan kazalara sebebiyet vermiş ve bireylerin şeref ve saygınlığını sarsıcı nitelikte ifadelere muhatap olmasına yol açmıştır. Cezai sorumluluk bakımından kullanıcı, üretici ve programlayıcı ile yapay zekânın kendisinin de cezai sorumluluğu tartışılmaktadır. Bu bakımdan insanın gerçekleştirdiği cezaya değer haksızlıklardan sorumluluğunun tespiti için geliştirilmiş hali hazırda savunulan hareket teorileri açısından yapay zekânın fail olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorusu önemlidir.

Anahtar Kelimeler: Yapay zekâ, Ceza hukuku, Hareket teorileri, Özgür irade, Sosyal etik sorumluluk.

* Dr. Öğr. Üyesi, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı/İSPARTA, e-posta: hasancatakli@sdu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-5631-3343, DOI: 10.34246/ahbvuhfd.1431854.

- Atıf Şekli/ Cite As: Çatakli H, “ Sosyal Etik Bir Değerlendirme Olarak Cezai Sorumluluk ve Mevcut Hareket Teorileri Bakımından Ceza Hukukunda Yapay Zekânın Fail ve Sorumluluk Öznesi Olarak Değerlendirilmesi ”, AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, 28(2), 2024, s. 507-543.
- İntihal / **Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



ABSTRACT

In terms of criminal liability for the use of artificial intelligence, the user, producer and programmer come to the agenda as potential subjects of liability, but the artificial intelligence itself, which has autonomy in the digital sense, is also discussed in terms of whether it will be criminally liable. In this respect, the study focuses on the question of whether artificial intelligence can be considered as the perpetrator in terms of the theories regarding the determination of the concept of action suitable for the evaluation to be made in terms of criminal law, which is currently defended in the criminal doctrine developed for the determination of the responsibility of human beings for the criminally punishable wrongs committed by their actions. In this direction, the concept of fault and other concepts related to the criminal doctrine will be mentioned to the extent necessary to explain the evaluations on the subject.

Keywords: *Artificial intelligence, Criminal law, Theories of action, Free will, Social ethical responsibility.*

EXTENDED ABSTRACT

It is already a reality that algorithms that digitally autonomously undertake the tasks they were created to perform, popularly known as artificial intelligence, have begun to be used extensively in many fields such as medicine, chemistry, transportation sector, social media, finance, human resources and so on. Complicated algorithms that include numerous parameters and calculation processes, developed to serve the goal of reducing human errors as much as possible in the areas where they are used and making processes optimal and much faster, also pose a unique new risk potential. As a matter of fact, the use of artificial intelligence has caused accidents that resulted in the death of people and caused individuals to be subjected to statements that shake their honor and dignity. In this context, the user, producer and programmer come to the fore as potential problematic subjects in terms of criminal liability, but artificial intelligence itself, which has autonomy in digital understanding, is also discussed in terms of whether it will be criminally responsible. In this respect, the study focuses on the question of whether artificial intelligence can be considered as a perpetrator in terms of theories regarding the determination of the concept of action suitable for evaluation in terms of criminal law, which is currently defended in the criminal doctrine developed to determine the responsibility of the human being for the punishable injustices committed by his actions. In this regard, the concept of fault and other concepts related to the doctrine of crime will be mentioned to the extent necessary to explain the evaluations on the subject.

It is clear that the concept of autonomy used for systems with artificial intelligence differs from the concept of autonomy used for humans as a concept that has a meaning technically exclusive to these systems. Within technical systems with artificial intelligence, the concept of autonomy appears as the ability of artificial intelligence to act on its own within the boundaries of the specific field of activity in which it is

programmed by humans to perform the behaviour algorithm. For these reasons, we will prefer the terms “digital autonomy” or “autonomy in the digital sense” when we use the concept of autonomy in relation to artificial intelligence in order to draw attention to this very important difference.

The concept of learning and intelligence has a very broad meaning in terms of capacity, which is static and mechanical compared to human intelligence, but much faster and much wider in terms of capacity thanks to its hardware with high processing power, exclusive to the field in which it is developed in systems with artificial intelligence. In this respect, we think that the concept of intelligence can be accurate in terms of language logic only when used in a sense exclusive to artificial intelligence systems. This concept should be considered separately from the concept of real intelligence as a general cognitive ability that makes it possible to develop abstract, consistent and goal-oriented behaviours. For this reason, we find it correct to express the intelligence referred to in systems with artificial intelligence as “intelligence in the digital sense”.

Considering the development of the doctrines of movement in terms of criminal law, it is seen that movement has evolved from a natural and deterministic context devoid of value to a concept defined in the context of axiological, teleological and normative meaning under the influence of modern psychology and sociology. The direction of this development process was determined by the definition of the concept of movement based on human beings and human behaviour.

In the context of the theories of action put forward on this intellectual ground, it does not seem possible to evaluate artificial intelligence, which acts deterministically on the basis of a behavioural algorithm in order to achieve the most optimal result with the aim of achieving the purpose for which it is programmed, as a subject of responsibility that can be taken into account in terms of criminal law as of its current stage.

GİRİŞ

Yerine getirmek için oluşturuldukları görevleri dijital anlamda otonom bir şekilde üstlenen algoritmaların¹, meşhur adlarıyla yapay zekânın tıp,

¹ Bugün yapay zeka sistemlerinin üzerine inşa edildiği öğrenme yöntemi olarak karşımıza çıkan kavram belli bir problemin çözümünde Arap rakamları kullanılarak izlenen aritmetik yöntem (sıralı komutlar) anlamına gelmektedir. Kavramın kökeni tarihte bilinen ilk algoritma koleksiyonunun yazarı fars matematikçi Ebû Ca’fer Muhammed bin Mûsâ el-Hârîzmî’ye dayanmaktadır. Matematik aliminin ismini düzgün telaffuz edemeyen avrupalılar adını „algorizm“ olarak telaffuz edip söz konusu disipline adını vermişler ve kavram süreç içerisinde „algorithms“/„alorithm“ olarak ifade edilmiştir bkz., <<https://tr.wikipedia.org/wiki/Algoritma>>, Erişim Tarihi 21 Eylül 2023; „Algoritmaların çalışma şeklini etkin kılan husus, sunulan veriler arasında bağ („correlation“) kurabilmeleri ve bu bağları hatırlayarak

kimya, ulaşım sektörü, sosyal medya, finans, insan kaynakları ve benzeri gibi çok sayıda alanda yoğun bir şekilde kullanılmaya başlandığı halihazırda bir gerçeklik olarak karşımızda durmaktadır. Kullanıma başlandığı alanlarda insandan kaynaklı hataları olabildiğine azaltma, süreçleri optimal ve çok daha hızlı bir hale getirme hedefine hizmet etmek için geliştirilen, çok sayıda parametreyi barındıran, hesaplama süreçlerini ihtiva eden komplike algoritmalar aynı zamanda kendine özgü yeni bir risk potansiyeli teşkil etmektedirler. Nitekim yapay zekânın kullanımı insanların ölümü ile sonuçlanan kazalara sebebiyet vermiş² ve bireylerin şeref ve saygınlığını sarsıcı nitelikte ifadelerle muhatap olmasına yol açmıştır³. Bu bağlamda cezai sorumluluk bakımından potansiyel sorumluluk sükeleri olarak kullanıcı, üretici ve programlayıcı gündeme gelmekte, fakat dijital anlamada otonomiye sahip yapay zekânın kendisi de cezai sorumluluğunun söz konusu olup olmayacağı bakımından tartışılmaktadır. Çalışma bu bakımdan insanın eylemleri ile gerçekleştirdiği cezaya değer haksızlıklardan sorumluluğunun tespiti için geliştirilmiş suç öğretisinde hali hazırda savunulan ceza hukuku bakımından yapılacak değerlendirmeye elverişli hareket kavramı tespitine ilişkin teoriler bakımından yapay zekânın fail olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorusuna odaklanmaktadır. Bu doğrultuda suç öğretisine ilişkin kusur kavramına ve diğer kavramlara konuya ilişkin değerlendirmeleri açıklamak bakımından gerekli olduğu ölçüde değinilecektir.

I. YAPAY ZEKÂ

Yapay zekânın hem spesifik olarak yazılım mühendisliğine ilişkin literatürü hem de hukuki metinleri dikkate aldığımızda üstüne mutabakat sağlanmış bir tanımından bahsetmek mümkün gözükmemektedir. Buna rağmen Avrupa Komisyonu ve Avrupa Komisyonu tarafından Avrupa Yapay Zekâ Stratejisine tavsiyelerde bulunmak üzere atanan Yapay Zekâ Yüksek Seviye Uzman Grubu (AI HLEG)⁴ tarafından ortaya konulan tanımlara

kendi kendine öğrenebilir hale gelmeleridir“. Irmak, Erdoğan, *Yapay Zeka ve Profilleme Teknolojilerinin Ceza Muhakemesinde Kişisel Veri İşlenmesine Etkileri*, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 27- 29; Kangal, *Yapay Zeka ve Ceza Hukuku*, s. 27,28.

² Kunkel, Tödlicher Unfall: Robotaxi hatte Software-Fehler, Erişim Tarihi 18 Ocak 2024 <<https://www.sueddeutsche.de/auto/uber-unfall-robotaxi-amerika-ursache-1.4670087>>

³ Beuth, Twitter-Nutzer machen Chatbot zur Rassistin, Erişim Tarihi 18 Ocak 2024 <<https://www.zeit.de/digital/internet/2016-03/microsoft-tay-chatbot-twitter-rassistisch>>

⁴ <<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/expert-group-ai>>Erişim Tarihi 1 Kasım 2023

değınmek faydalı gözükmeıktedir. Avrupa Komisyonu yapay zekâyı “*belli hedeflere ulaşmak için çevresini analiz eden ve önemli ölçüde otonom hareket eden sistemler*”⁵ olarak tanımlamaktadır. Yapay Zekâ Yüksek Seviye Uzmanlar Grubu ise yapay zekâyı “*insanlar tarafından tasarlanan, veriler toplamak suretiyle çevresini algılayarak kompleks hedefler doğrultusunda fiziki veya dijital olarak hareket eden, toplanan yapılandırılmış veya yapılandırılmamış verileri yorumlayan, bilgiyi yeniden değerlendirerek veya verilerden kazanılan bilgileri işleyerek kendisine verilen hedefe ulaşmak için en iyi davranış şekline karar veren yazılım veya donanımlar*” olarak tanımlamakta ve yapa zekânın “*sembolik kuralları kullanan veya numerik modelleri öğrenen ve daha önceki davranışlarının çevreyi nasıl değiştirdiğini analiz ederek davranışlarını uyarlayan*” sistemler olduğunu belirtmektedir. Her iki tanımında ortak yönleri dikkate alındığında yapay zekânın kendisine verilmiş hedeflere ulaşmak için halihazırda yazılımında var olan veya çevresini analiz ederek edindiği bilgileri algılayarak ve yorumlayarak kayda değer ölçüde otonom hareket edebilen sistemler olduğu ifade edilebilir. Bu bakımdan yapay zekâ kavramının “otonom” hareket etme kabiliyeti ve verileri işleyip, yorumlayarak davranış geliştirme kabiliyeti, diğer bir anlamda “zekâ” olmak üzere iki belirleyici özelliği ortaya çıkmaktadır. Bu söz konusu iki özellik aynı zamanda insana ait özellikler olarak da karşımıza çıkmaktadır. İnsanın davranışlarından kaynaklı cezai sorumluluğunun tespiti için geliştirilmiş suç öğretisi kavramlarının yapay zekâ bakımından uygulanabilirliğini değerlendirmeden önce otonomi ve zekâ kavramlarının yapay zekâ özelinde ne anlama geldiğinin ortaya konulması ve insan davranışları bakımından geçerli olan otonomi ve zekâ kavramlarından ne bakımdan ayrıştığının belirtilmesi gerekmektedir.

A. Dijital Anlamda Otonomi

Otonomi kavramı, kökeninin uzandığı Yunan dilinde “autonomos” olarak ifade edilmekte “kendi yasası olan/kendi yasalarını takip eden” (*Selbstgesetzlichkeit*) anlamını taşımaktadır.⁶ Söz konusu kavram insan davranışına ait bir hususiyet olarak zikredildiğinde, dış dünyadaki koşulların zecri, diğer bir ifade ile zorlayıcı etkisi olmaksızın insanın gerçekleştirdiği davranışın asıl sebebinin insanın bızatıhi kendi iradesi olması

⁵ Avrupa Komisyonunun Avrupa Parlamentosuna, Avrupa Konseyine, Avrupa Ekonomik ve Sosyal Konseyine ve Bölgeler Konseyine Bildirisi, S. 1: <[https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM\(2018\)237&lang=de](https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM(2018)237&lang=de)>Erişim Tarihi 1 Kasım 2023.

⁶ Christian, Haagen, *Verantwortung für Künstliche Intellegenz*, Nomos Verlag, 2021, s. 50.

anlamına gelmektedir.⁷ Özellikle etik ve ahlaki sorumluluk bakımından otonomi kavramının temel taşı olarak değerlendirilen *Kant*'ın ifadesi ile “*iradenin kendine ait düsturlar vasıtasıyla kendisi için yasa koyan olarak değerlendirilebileceği*”⁸ davranışlar otonom olarak değerlendirilmektedir. Davranışın gerçekleşmesinde asıl sebep insanın kendi iradesi dışında başkaca bir faktörün zorlayıcı etkisi ise, diğer bir ifade ile davranışın ortaya çıkışında insanın iradesi dışında dışarıdan bir faktör belirleyici olmuşsa, davranış otonom kavramının zıttı olarak heteronom olarak adlandırılacaktır.⁹ Toplumsal anlamı bakımından değerlendirdiğimizde ise kavramın insanın kendi kurallarını ve yasalarını koyma, hali hazırda var olan kurallara uyma veya uymama noktasında karar verebilme ve var olan kuralları değiştirebilme veya kaldırmayı hususundaki kararları kendi iradesi ile özgürce verebilme yeteneği anlamını taşıdığı ifade edilebilecektir.¹⁰

Otonom hareket kabiliyeti yapay zekâ kavramının ayrılmaz bir parçası olarak karşımıza çıkmaktadır. Fakat bu otonomi kavramının yapay zekâ bakımından ne anlama geldiğini kavrayabilmek için teknik anlamda yapay zekâyâ sahip bir sistemin nasıl çalıştığını ve bu sistem içerisinde otonom hareket etmenin ne anlama geldiğini anlamak gereklidir. Öncelikle yapay zekânın otonom olarak nitelendirilmesinin dayanak noktasının, insana ait olarak kullanıldığında taşıdığı irade özgürlüğü, ahlaki bağımsızlık, davranışlarından kendi sorumlu olması ve kendi kurallarını kendi koyabilme anlamına gelen otonomi kavramından¹¹ farklı olduğunu belirtmemiz gerekmektedir. Yapay zekâ alanında otonomi, yapay zekânın bir donanım ve yazılımdan oluşan bir sistem olarak kurulup yerine getirmesi gerekli spesifik görevine yönelik olarak yazılmış davranış ve varsa öğrenme algoritmaları çerçevesinde bir kere işlemeye başlatıldıktan sonra hedefe yönelik olarak dışarıdan başkaca bir müdahale gerekmeksizin çevre şartlarına, karşılaştığı

⁷ Tanımlarda insan davranışını anlamaya yönelmiş psikoloji biliminin çıkarımları önemli derece etkili olmaktadır; Anna Lohmann, *Strafrecht im Zeitalter von künstlicher Intelligenz*, Nomos Verlag, 2021, s. 29; Michael Pauen/ Harald, Welzer, *Autonomie*, S. Fischer, 2015, s. 21.

⁸ Immanuel Kant, *Kritik der praktischen Vernunft*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, in: Weischedel, Wilhelm (Hrsg.), *Kritik der praktischen Vernunft. Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. Werksausgabe, Cilt VII, Shurkamp, 2008, s. 67.

⁹ Lohmann, s. 30; Pauen/ Welzer, s. 15.

¹⁰ Haagen, s. 51.

¹¹ Haagen, s. 53.

koşullara uygun davranışlarda bulunabilmesi anlamında kullanılmaktadır.¹² Klasik yapay zekâ sistemleri algoritmik ve fonksiyonel kurallara dayanan yüksek hesaplama kabiliyeti¹³ çerçevesinde, programında önceden belirlenmiş çok spesifik problem alanları bakımından çözüm üretecek kurallara dayalı olarak çalışan sistemlerdir. Kendilerinin yeni hedefler belirlemesi mümkün değildir. Deterministik olarak belirlenmiş algoritmaları çerçevesinde kendileri için belirlenmiş hedefe ulaşmak için sonuçlar üretirler.¹⁴ Bu bakımdan insan davranışlarına hasredilen anlamda bir otonomiye sahip değillerdir.

Klasik anlamda yapay zekâ sistemleri başarılı sonuçlara ulaşmak için teorik olarak çok sayıda ihtimalin tasavvur edilmesini gerektiren alanlarda yeterli değildirlir.¹⁵ Bu durumdan kaynaklı sorunların salt kurala dayalı sistemler içerisinde çözülmesi tercih edilmeyip, bunun yerine otomatik olarak belirlenen matematiksel fonksiyona dayalı olarak işleyen makinesel öğrenme süreçleri geliştirilmiştir.¹⁶ Yapay zekânın “en kritik ve değerli alt alanı” olarak ifade edilen makine öğrenmesi “*bir problemin bilinen sonuçlarından yola çıkılarak, çeşitli değişkenlerin optimize edilmesi suretiyle problem örüntüsünü tanımlayabilme ve böylelikle karşılaşılmamış, yeni durumlara çözüm üretme süreçleri*” gerçekleştirilebilme olarak tanımlanmaktadır.¹⁷ Makine öğrenmesinin yapay zekânın gelişimi bakımından bir paradigma değişimine tekabül ettiği ifade edilebilir. Makine öğrenmesinde yazılımcının bilgiyi tastamam bir şekilde yazılıma aktarması zorunluluğu söz konusu değildir. Makine öğrenmesi özelliği olan bir yapay zekâ yazılımına sahip sistem kendisinin üretilme amacı olan görevi ve faaliyeti işleyişi sırasında edindiği verilerden yola çıkarak öğrenebilmektedir. Yazılımcı programın yazılımını görevine yönelik olarak kategorizasyon yapabilecek şekilde

¹² Haagen, s. 54

¹³ Peter Buxmann/Holger Schmidt, “Grundlagen der Künstlichen Intelligenz und des Maschinellen Lernens”, Peter Buxmann/Holger Schmidt (edt.), *Mit Algorithmen zum wirtschaftlichen Erfolg*, Springer Verlag, 2019, s. 6.

¹⁴ Florian Hope, “Technische Grundlage”, in: *KI & Recht Kompakt Matthias Hartmann* (Edt.), Springer Verlag, 2020, s. 7; 1997 yılında Büyük Satranç Ustası Kasparow’u alt eden IBM’in geliştirdiği güçlü bir hesaplayıcı olan “Deep Blue” klasik bir yapay zeka sistemi idi, bkz.: <[https://en.wikipedia.org/wiki/Deep_Blue_\(chess_computer\)#Deep_Blue_versus_Kasparov](https://en.wikipedia.org/wiki/Deep_Blue_(chess_computer)#Deep_Blue_versus_Kasparov)>, Erişim Tarihi 4 Kasım 2023.

¹⁵ Hope, s. 8.

¹⁶ Hope, s. 9.

¹⁷ Utku Köse, “Yapay Zekâ Etiği Çerçevesinde Geleceğin İşletmeleri: Dönüşüm ve Paradigma Değişiklikleri”, *Mühendislik Bilimleri ve Tasarım Dergisi* 8(5), 2020, s. 290, 292.

kurgulamaktadır. Yazılım algoritması görevini yerine getirebilmesi için gerekli bilgiyi, işleyeceği diğer verileri analiz ederek edinmektedir.¹⁸

Makine öğrenmesinin genel olarak üç farklı türde gerçekleştiği belirtilmektedir. Bunlardan ilki olan danışmanlı makine öğrenmesi (***Supervised Machine Learning***) tekniği “Yeniden yapılandırma (Regression)” ve “Klasifikasyon (Klassifikation)” adında iki işlem sürecinden oluşmaktadır. Sistemin, belirli bir asgari verinin sistem içerisine dahil edilerek oluşturulan öğrenme algoritması üzerinden tamamlanan eğitim sürecinden sonra,¹⁹ yeni verilere ulaşımı sağlar. Sistem programlanmış formülü sayesinde bu yeni veri girdilerinden içerisinde mevcut olmayan yeni veri çıktıklarına ulaşmaktadır.²⁰ Danışmanlı makine öğrenmesinde öğrenme algoritmasının yeni verileri işleyerek ulaştığı yeni veri çıktıklarına bakılarak öğrenme algoritması tarafından yapılan kategorizasyonun doğru yapıp yapılmadığının bilgisi sisteme verilmekte ve sistem bu sayede yeni verileri kullanarak yapması gereken doğru veri çıktıklarını adeta doğru cevapları bilen bir öğretmen eşliğinde²¹ öğrenmektedir.²²

Danışmansız öğrenmede (***Unsupervised Machine Learning***) sisteme veri çıktıklarının doğru olup olmadığının bilgisini geri yansıtan bir “öğretmen” söz konusu değildir.²³ Yine bu sistemde danışmanlı öğrenmede olduğu gibi bir eğitim süreci söz konusu değildir. Giriş verileri sistem içerisinde önceden yapılandırılmış olarak gözükmez, sistem kendisi verileri yapılandırmalı ve kendisi bir model bulmalıdır. Sistem, verilerin arasındaki benzerlikleri ve farklılıkları kendisi tanımalı ve buna uygun olarak sınıflandırmalıdır.²⁴ Örneğin sistem yazılımında tüketici davranışlarını analiz için kimin neyi aldığını bulması amacına hizmet eden bir algoritma tasarlanır ve sisteme tüketicilerin

¹⁸ Buxmann/Schmidt, s. 9-10.

¹⁹ Başarılı bir şekilde endüstriyel bir kullanımının mümkün hale gelmesi için sistemin milyonlarca alıştırma, eğitim örneği kullanarak, kullanılacağı alana ilişkin geliştirilmiş simülasyon ortamında öğrenme algoritmasının geliştirilmesinin zorunlu olduğu ifade edilmektedir, Hope, s. 11.

²⁰ Miriam Leis/Henning Petzka/Stefan Rüping/Angelika Voss, „Maschinelles Lernen- Einordnung, Konzepte, Methode und Grenzen“, in: *Machinelles Lernen- Kompetenzen, Anwendungen und Forschungsbedarf*, Fraunhofer- Gesellschaft, s. 9, 26; Lohmann, s. 58.

²¹ Hope, s. 10

²² Buxmann/Schmidt, s. 11; Leis/Petzka/Rüping/Voss, s. 25.

²³ Hope, s. 16.

²⁴ Lohmann, s. 59; Elmas, Çetin, *Yapay Zeka Uygulamaları*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 124.

satın alma bilgilerine ilişkin veri girişi sağlanır. Sistemden, burada aslında var olan tüketicilerin alışverişlerindeki (örnek: erkeklerin veya bayanların çoğunluklu olarak neyi tercih ettiği gibi) davranış modellerini keşfetmesi beklenir.²⁵ Bu türdeki algoritmalar önceden sistem yazılımında var olmayan, denetlenmeyen ve tam olarak nasıl olacağı tahmin edilemeyen bir model keşfine yönelmeleri sebebi ile bazen çok başarılı bazen de tamamen anlamsız sonuçlar ortaya koyabilirler.²⁶

Bir makine öğrenmesi türü olan pekiştirmeli öğrenmede²⁷ (**Reinforcement Learning**) ise yapay zekâ sistemi bir öğrenme senaryosu içerisinde bir davranış stratejisi geliştirme amacına yönelik olarak hedeflenen doğru sonuca ulaşması için ödül-ceza sistemi (rial-and-eror-Basis) ile takviye edilmiştir. Hedeflenen doğru sonuçtan uzak sonuçlara düşük puanlama yapılarak sistemin bu hareketleri terk etmesi, yüksek puanlama ile ödüllendirilen hareketlere yoğunlaşarak davranış stratejisini hedeflenen doğru sonuç istikametinde mükemmel hale getirmesi hedeflenmektedir.²⁸

Bütün makine öğrenmesinde sistemin yapacağı kategorizasyon, yeni veri girdilerinden yapacağı veri çıktıları, diğer bir ifade ile neyi öğreneceği en başında yazılımcı tarafından geliştirilen, belirli matematik bir fonksiyon olan, öğrenme algoritması tarafından belirlenmektedir.²⁹ Yine danışmansız öğrenme yöntemine sahip yapay zekâ sistemlerinde sonuçların öngörülemez olması, sistemin deterministik hareket etmediği anlamına gelmeyecektir. Bu durum sisteme sağlanan veri girişine bağlı olarak, sistemin işleyeceği verilerin ne olacağı ve buna bağlı olarak sistemin ne tür bir kategorizasyon yapacağı hususunda ortaya çıkacak sonucuna ilişkin bir bilinmezliktir. Yoksa sistem geliştirilmesindeki amaç doğrultusunda kendi algoritmasına bağlı olarak sonuçlara ulaşacak veya davranış stratejisi geliştirecektir. Makine öğrenmesine odaklı yapay zekâ'nın başarılı olup olamayacağının “*ele alınan örnek problem veri setinin tutarlı, doğru ve bütün olmasıyla doğru orantılı*” olduğu belirtilmektedir.³⁰ Bu sebeple söz konusu belirsizlik, insan için geçerli olan özgür iradeye dayalı tercihlerinden kaynaklı olarak

²⁵ Hope, s. 16.

²⁶ Hope, s. 17.

²⁷ Takviyeli öğrenme olarak da ifade edilmektedir, Köse, s. 293

²⁸ Hope, s. 13, Lohmann, s. 59; Köse, s. 293.

²⁹ Hope, s. 9.

³⁰ Köse, s. 292.

davranışlarının indeterminist olduğu doğrultusundaki kabulde olduğu anlamı ile paralel değildir. Dolayısıyla mekanik öğrenme sistemlerinin insana dair olarak kullanılan, onu ahlaki, etik ve aynı zamanda Ceza Hukuku bakımından sorumluluk öznesi yapan anlamıyla özgür iradesi çerçevesinde otonom hareket edebilme kabiliyetinden bahsetmek mümkün değildir.

Ele aldığımız veriler ışığında yapay zekâya sahip sistemler için kullanılan otonomi kavramının teknik olarak söz konusu sistemlere münhasır bir anlam taşıyan bir kavram olarak insan için kullanılan otonomi kavramından farklılaştığı açık bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Yapay zekâya sahip teknik sistemler içerisinde otonomi kavramı yapay zekânın insanlar tarafından davranış algoritmasını gerçekleştirmek için programlandığı spesifik faaliyet alanı sınırları içinde kendi başına hareket edebilme kabiliyeti olarak ortaya çıkmaktadır.³¹ Bu sebeplerde biz bu çok önemli farklılığa dikkat çekmek amacıyla otonomi kavramını yapay zekâya dair olarak kullandığımızda “dijital otonomi” veya “dijital anlamda otonomi” kavramlarını tercih edeceğiz.³²

B. Dijital Anlamda Zekâ

Bir sistemin “yapay zekâ” kavramı altında değerlendirilmesi için üzerinde mutabakat sağlanmış diğer bir özelliğin çevresel şartlara uygun davranışlar geliştirmesini ifade eden “zekâ” olduğunu bildirmiştik. Bu bakımdan zekâ kavramının yapay zekâya sahip sistemler içerisinde ne anlamda kullanıldığını ve zekâ kavramının insana ait bir hususiyet olarak ele alındığında nasıl bir anlam bağlamına sahip olduğunu açıklığa kavuşturma gereği ortaya çıkmaktadır.

Zekâ kavramının üzerinde anlaşılması belirgin bir tanımı bulunmamaktadır. Genel olarak her insanda mevcut ve çocukluktan itibaren gelişen bir bilişsel iş görme yeteneği olarak adlandırılabilir. Zekânın tam olarak ne olduğu ifade edilmese de neyi kapsadığına veya varlığının göstergelerine ilişkin olarak soyut düşünebilme, yeni öğrenilenleri kullanabilme, karşılaşılan problemlere çözüm üretebilme ve çevreye ve çevresindeki değişikliklere uyum sağlayabilme yeteneklerinin ifade edildiği görülmektedir.³³ Yine insanın bilişsel yeteneklerinin toplamı olarak zekânın spesifik olarak belirli

³¹ Krş. Lohmann, s. 34.

³² Lohmann, s. 59.

³³ Lohmann, s. 42, 43; Özokes, Mustafa, “Peabody Resim Kelime Testi 3.01-3.12 Yaş Aralığı İzmir Bölgesi Standardizasyonu Çalışması”, *Ege Eğitim Dergisi* (14) 1, 2013, s. 90, 92.

alanlara göre çok yönlü olarak (görsel zekâ, duygusal zekâ gibi) tanımlandığı ve adlandırıldığı görülmektedir.³⁴

İnsana ait bir hususiyet olarak zekâ kavramını tanımlayan bir diğer yaklaşım zekâ kavramını akıcı ve kristalize olarak kategorize ederek ele almaktadır. Bu yaklaşım içerisinde akıcı zekâ sorunları çözme yeteneği ve daha önce karşılaşılmamış, bilinmeyen durumlara uyum sağlama yeteneği olarak tanımlanmaktadır. Kristalize zekâ ise çocukluktan itibaren söz konusu olan gelişim sürecinde yeni öğrenilen bilgilerin kullanımı olarak ele alınmaktadır. Kristalize zekâ yaş faktöründen bağımsız olarak sabit kalırken, özellikle yüksek hafıza kuvveti gerektiren akıcı zekâ ise ergenlik döneminden itibaren zamanla zayıflamaktadır. İnsana ait zekâ bakımından özellikle söz konusu yaklaşım içerisinde akıcı zekâ olarak tanımlanan kabiliyet dinamik bir olgu olarak, farklı, karşılaşılmamış yeni alanlara uyum sağlamayı mümkün kılmaktadır.³⁵ İnsanda bulunan zekânın dinamik yapısı zihninde daha önce bilgisi var olmayan birçok farklı alanda sıfırdan başlayarak öğrenmeyi mümkün kılmaktadır.

Zekâ kavramı dijital otonomiye sahip algoritmalar için ilke defa 1955 yılında John McCarty tarafından Dortmund konferansındaki bildiriye Yapay Zekâ (Artificial intelligence) olarak kullanılmıştır. Kavram, proje kapsamında sunulan bildiriye tanımlanmamıştır. Daha sonrasında Minsky tarafından “*insanlar tarafından yapıldığında zekâ gerektiren işlerin makinelere yaptırılması bilimi*” olarak tanımlanmıştır.³⁶ Yine belirtilmelidir ki zekâ kavramı enformatik alanına ilişkin bir anlam bağlamında kullanılmaktadır. Bu bağlamda “bilginin toplanması, değerlendirilmesi ve bilinir hale getirilmesi” olarak anlaşılmaktadır.³⁷ Yapay zekâ kavramı klasik informatikten farkını kullanıcıya sadece kendi sistemi içerisinde bulunan bilgi dışında, sisteminde bulunmayan bilgiyi edinebilmesinde kendini göstermektedir.³⁸ İnsana ait bir

³⁴ Lohmann, s. 43.

³⁵ Detlef H. Rost, *Handbuch Intelligenz*, Beltz Verlag, 2013, s. 43; Lieselotte, Ahnert, *Theorien in Entwicklungspsychologie*, Springer Verlag, 2014, s. 179; Lohmann, s. 43.

³⁶ Herberger, Maximilian, “Künstliche Intelelgenz und Recht”, NJW 2018, s. 2825, 2826; Benzer perspektiften birden fazla tanım için bkz. Ercan, Cannur, “Robotların Fiillerinden Doğan Hukuki Sorumluluk”, *TAAD*, (40) 2019, s. 19, 20; Benzer bir tanım için bkz., Elmas, s. 26; “insan davranışlarının ve bilişsel süreçlerin bir bilgisayardaki simülasyonu”, Zeynel Temel, Kangal, Yapay Zeka ve Ceza Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 21

³⁷ Lohmann, s. 47.

³⁸ Lohmann, s. 48, 49.

özelliik olarak yukarıda ele aldığımız zekâ kavramını ile dijital anlamda otonom yapay zekâyâ sahip sistemler için kullanılan zekâ kavramını arasındaki farkı anlamak için zekânın bir göstergesi olan öğrenme olgusunun yapay zekâyâ sahip sistemler içerisinde ne anlama geldiğini irdelemek gerekliliği söz konusudur.

Yapay zekâyâ sahip sistemler, sistem yazılımı içerisinde kesin olarak tanımlanmayan, geliştirildiği görev alanına göre bazen bir davranış bazen de yeni bilgi olarak çıktı ortaya koyan sistemler olarak tanımlanmaktadır. Yazılımcı tarafından sistemin her durumda nasıl hareket edeceği sistemin yazılımı içerisinde kesin olarak belirlenmemiştir. Bunun yerine sistem içerisine gerekli olan asgari bilgi verisi girilir ve sisteme karşılaşılan somut problemleri çözebilmesini mümkün kılan stratejiler sistemin davranış algoritmasında programlanır.³⁹ Örnek olarak içerisinde ne bulunduğunun bilgisi ile birçok fotoğraf sisteme veri olarak tanımlanır ve sistemden, sisteminde tanımlanmamış yeni fotoğraflar içerisinde daha önce sisteminde tanımlanmış olarak yer alan nesnelere tanınması beklenir.⁴⁰

Bir diğer örnek ise insansı robotların (Android) kendi kendine dengeli ve çevresine zarar vermeden hareket etmeyi öğrenmesi bakımından verilmektedir. Bu bağlamda insansı robotların yapay zekâ sistemindeki aktüel pozisyonunun doğru davranıştan saptığı ölçüde geri dönüş sinyallerinin sarsıcı gücü artırılmaktadır. Bu sayede insansı robotun, bacakları bakımından stabil olmayan pozisyonları veya çevresi bakımından zararlı yönlendirme komutlarını öğrenerek kaçınması hedeflenir. Yapay zekâyâ sahip sistemin kendi davranışlarıyla sisteminde tanımlanmamış yeni veri çıktılarına ulaşması için davranış algoritmasına çözüm stratejilerinin ve hedeflerinin önceden tanımlanmış olması gerekmektedir.⁴¹

Klasik yapay zekâ sistemleri bakımından kullanılan ‘zekâ’ kavramı gerçek anlamı ile zekâyâ sahip bir sistemden ziyade yüksek hesaplama kabiliyeti sayesinde mantıklı gözükten bütün ihtimalleri dikkate alarak çıkarımlarda bulunan bir yazılımı ihtiva etmektedir.⁴² Bu açıdan insana ait bir vasıf olarak kullanılan zekâ kavramına kıyasla çok önemli ölçüde daha dar bir anlama sahip olduğunu kabul etmek gerekir.

³⁹ Hope, s. 5.

⁴⁰ Hope, s. 5.

⁴¹ Hope, s. 5.

⁴² Buxmann/Schmidt, s. 6; Ercan, s. 21.

Teorik açıdan çok güçlü bir yapay zekâ öğrenme paradigması olan takviye edilmiş/pekiştirmeli (Reinforcement Learning) öğrenmede yapay zekâ sisteminin önceden öğrenme algoritmasında tanımlanmış olan belirli bir davranış stratejisini öğrenmesi amaçlanmaktadır. Sistemin öğrenme algoritması çok boyutlu kompleks bir puanlama sistemi içerisinde yapay zekâ sisteminin ideal davranma biçimlerini öğrenmesini hedeflemektedir. Sistem yine deterministik olarak programlanmakta ve geliştiricisi tarafından belirlenmiş bir “özgürlük” alanına sahiptir ve öğrenme algoritması gibi gerekli bileşenler hatasız programlandığı takdirde söz konusu sınırları aşamayacaktır.⁴³ İdeal davranış şeklinin öğrenilmesinde sistem içerisinde belirleyici unsurlardan biri olan ödül fonksiyonu, öğrenme senaryosundaki kontekse bağlı olarak dinamik durumlarda sistemin doğru reaksiyonlar göstermesi için periyodik sinyaller gönderen derecelendirilmiş bir puanlama sistemine sahiptir. Robotik bacaklara sahip bir sistemin çok yüksek sayıdaki muhtemel dengeli duruş şekillerini bulması için 20 saniyede bir pozisyonun doğruluğuna ilişkin sinyaller alması örnek olarak verilebilecektir.⁴⁴ Pekiştirmeli öğrenme paradigmaları gerçek dünyadan ziyade simülasyonlarda yüksek derecede başarılı sonuçlar vermektedir. Bu noktada sanal dünyada gerçek dünyaya kıyasla çok kısa sürede çok daha fazla muhtemel senaryonun denenmesi imkanının olması önemli bir rol oynamaktadır.⁴⁵ Bunun yanında gerçek dünyada istenmeyen sonuçlardan kaçınmak için gerekli izole bir ortamın oluşturulması oldukça zordur.⁴⁶ Eğer ödül fonksiyonu yanlış davranış şekillerini doğru olarak puanlarsa istenmeyen sonuçlar meydana gelebilecektir.⁴⁷ Söz konusu hususlar elbette ki cezai sorumluluk bakımından da oldukça önemlidir. Fakat çalışmanın bu noktasında değindiğimiz zekâ kavramı bakımından yorumladığımızda öğrenme algoritmasına ve ödül fonksiyonuna oldukça bağımlı, doğru programlandığı takdirde geliştiricisinin sisteme tanımladığı hedeflere yönelik olarak onun tarafından sınırlanmış çerçeveyi aşması mümkün olmayan ve ancak spesifik olarak programlandığı alana ilişkin başarılı davranış şekilleri geliştirmesi mümkün olan bir sistemden bahsetmekteyiz.⁴⁸ Bu noktada bilinçli bir algılama

⁴³ Hope, s. 13.

⁴⁴ Hope, s. 14.

⁴⁵ Hope, s. 15.

⁴⁶ Hope, s. 14.

⁴⁷ Hope, s. 15.

⁴⁸ Pekiştirmeli öğrenme modelinin yapay zeka öğrenmesi bakımından geliştirilen en güçlü model olduğu düşünüldüğünde mevcut durumu itibari ile yapay zekanın “programlamasında, davranış algoritmasında veya problem veri setinde hiç bulunmayan bir senaryo ihtimalinde

dahilinde sayısız farklı alanda kompleks öğrenme ve öğrendiklerini uygulama kabiliyetine sahip insan zekâsı ile kıyaslanmanın çok mümkün olmadığını düşünmekteyiz.⁴⁹

Genel olarak yapay zekâya sahip sistemler içerisinde öğrenme kavramı çoğunlukla belirli bir spesifik alana yönelik olarak karşımıza çıkmaktadır. Sisteme spesifik olarak belirli bir alana ilişkin olarak veri girişi yapılmaktadır. Sistemden yine bu alana yönelik olarak karşılaştığı ancak sisteminde mevcut bulunmayan durumlarda sisteminde mevcut bulunan verileri dikkate alarak ve kategorize ederek yeni veri çıktısı yapması beklenir. Sistemde mevcut bulunmayan durumlar karşısında sistem yine davranış algoritmasında mevcut çözüm stratejileri dahilinde bir davranışta bulunur. İnsan zekâsı ile kıyaslandığında yapay zekâya sahip sistemlerdeki öğrenme, daha çok sistemin davranış algoritmasının geliştirilmesi aşamasında kendisine tanımlanan veri ve çözüm stratejileri kapsamında yeni veri çıktılarını ulaşmasını kapsar. Bu bağlamda ulaştığı sonuçlar, daha çok kendisine “öğretilmiş” davranış modellerini yine kendi programına tanımlanmış davranış stratejileri dahilinde, kendisine verilmiş hedeflerine ulaşmak için kullanırken ortaya çıkan ve sisteminde var olmayan yeni veriler olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu durum yine tam olarak benzemiyor olsa da daha çok öğrenilen bilginin kullanılmasını ifade eden kristalize zekâ kavramını çağrıştırmaktadır. Yine bu noktada belirtilmesi gerekir ki öğrenme algoritmaları sadece sunulan veriler arasında benzerlik ve korelasyonları belirleyerek, günlük veri kümelerinin insanlar tarafından kullanılabilir hale getirilmesi için kategorizasyonunu sağlamak anlamında bir fonksiyon göstermektedirler.⁵⁰ Bu bağlamda yapay zekâya ilişkin en gelişmiş öğrenme modeli olarak karşımıza çıkan makine öğrenmesi kavramı, sisteminde işlediği veriler arasındaki korelasyonları tespit edebilmektedir. Makine öğrenmesinin hali hazırdaki en gelişmiş versiyonu olan ve yeni makine öğrenmesi olarak adlandırılan yöntemde ise makine öğrenmesindeki özelliğe ilave olarak, verileri kategorize etmek için

öğrenme yetisi dahilinde doğru işlev gösterebileceği” söyleminin gerçekçi olmadığı söylenebilecektir, Onur, Sarı, “Yapay Zekanın Sebep Olduğu Zararlardan doğan Sorumluluk, *TBB*, (20), sy: 147, s. 251, 254; Erdoğan, Yapay Zeka ve Profilleme Teknolojilerinin Ceza Muhakemesinde Kişisel Veri İşlenmesine Etkileri”, s. 22, 26; Kangal, s. 24.

⁴⁹ Neden insan zekası ile kıyaslanmayacağına ilişkin hususlardan biri olan insan zekasının sadece beyne indirgenemeyeceği ve bir bütün olarak bütün vücut ile bağıntılı olduğu argümanı için, Gaede, Karsten, *Künstliche Intelligenz- Rechte und Strafen für Roboter?*, Nomos Verlag, 2019, s. 20.

⁵⁰ Erdoğan, s. 30.

veriler arasındaki korelasyondan yola çıkarak kendi sistemlerinde mevcut olmayan yeni modeller geliştirmeye imkân sağlayan bir algoritmaya sahip olmaktadır. Fakat yaptıkları işlemin anlam ve içeriğini algılayan bir bilince sahip değildirler. Bu algoritmalar için gerçek hayata dair veriler, matematiksel olarak kurgulanan formül ve fonksiyonlar kapsamında sadece istatistiksel bir veridir. Söz konusu verilerin toplumsal anlam ve sonuçlarını idrak etmeleri mevzu bahis değildir.⁵¹ Bu açıdan yapay zekâ sistemleri, henüz kendi sistemi içerisinde veri girdisi ve özgü çözüm stratejileri bulunmayan alanlara ilişkin olarak veri edinimi veya dijital öğrenme kabiliyetine sahip olmadıkları belirtilmelidir. Diğer bir ifade ile akıcı zekâ kavramı açısından henüz insanla kıyaslanabilecek durumda değildirler. Bu noktada kendi kendine öğrenen sistemlerde mevcut kendi kendine öğrenme yeteneği insana münhasır olan rahatlıkla birçok farklı alanda yeni şeyler öğrenmeyi mümkün kılmaz.⁵² Öğrenme ve zekâ kavramı, yapay zekâyâ sahip sistemler içerisinde geliştirildiği alana münhasır olarak insan zekâsına kıyasla statik ve mekanik, fakat yüksek işlem gücüne sahip donanımı sayesinde çok daha hızlı ve kapasite bakımından oldukça geniş bir anlam ifade eder. Bu bakımdan zekâ kavramının dil mantığı açısından sadece yapay zekâ sistemlerine münhasır bir anlamda kullanıldığında isabetli olabileceğini düşünmekteyiz. Bu kavramın soyut, tutarlı ve hedefe yönelik davranışlar geliştirmeyi mümkün kılan genel bilişsel kabiliyet olarak gerçek zekâ kavramından ayrı olarak düşünülmesi gerekmektedir. Bu sebeple biz yapay zekâyâ sahip sistemlerde atf yapılan zekâyı “dijital anlamda zekâ” olarak ifade etmeyi doğru buluyoruz.

II. AKTÜEL DURUMU İTİBARI YAPAY ZEKÂNIN CEZA HUKUKUNDA SORUMLULUK ÖZNESİ OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Hukukun Öznesi Olarak Yapay Zekâ

Yapay zekânın hukuki açıdan özne olması hususunda hukuk literatüründeki tartışmaların ayrı olarak değerlendirilmesi gereken iki farklı tartışma zemininde gerçekleştiğini ifade edebiliriz. Söz konusu tartışma zeminlerinden bir tanesi ortaya çıkacak hukuki sorumluluğa ilişkin boşluklardan kaynaklı hukuki güvenliğin zedelenmesi tehlikesini dikkate alan özel hukuk kapsamında yapay

⁵¹ „otomatlaşmış istatistiksel öğrenme“, Erdoğan, s. 33, 40; Bu perspektifi dikkate alarak yapay zekâ özelliğine sahip algoritmaların “öğretilmiş (ve öğrenebilen) algoritmalar” olarak adlandırılması önerilmektedir, Ercan, s. 23.

⁵² Hope, s. 21, 22.

zekâya sahip sistemlere hukuki kişilik tanınmasına ilişkin olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu bağlamda yapay zekâya sahip sistemlerin neden olacağı zararlara ilişkin olarak tazminat sorumluluğuna gidilebilmesi için “elektronik kişi” olarak özel bir statüde kendilerine özgü bir sicile kaydı sağlanması ve yapay zekâya sahip sisteme ait adeta bir malvarlığı olarak oluşturulacak bir fonun tesisi gündeme gelmektedir. Söz konusu tartışmaların medeni hukuk kapsamında yapay zekâya kişilik tanınması ve sorumluluğunun kabulünün risk yönetimi ve kusursuz sorumluluk gibi kavramlar bağlamında tartışıldığı görülmektedir. Bu kavramların ceza hukukunda bir fiile ceza verilebilmesinde gerekli bir şart olarak ve verilecek cezanın belirlenmesinde sınırlayıcı olarak çok önemli fonksiyona sahip kusur prensibi⁵³ ile bağdaştırılması oldukça güç kavramlar olduğunu belirtmek gerekir.⁵⁴ Yine ayrıca belirtmek gerekir ki özel hukuk alanında yapay zekânın hukuk öznesi kabul edilmesi ve bu bağlamda bir şekilde hak ehliyetinin tanınması durumu dahi ceza hukuku açısından ceza ehliyetinin varlığı için yeterli olmayacaktır.⁵⁵

Ceza hukuku, modern sosyal kontrol sistemi içerisinde hukuki değerlere saldırı gündeme geldiğinde ancak diğer hukuk alanlarında var olan zarar tazmini gibi yaptırım türlerinin, barış ve refaha dayalı toplumsal hayatın devamının sağlanması için yetersiz kaldığı durumlarda devreye girmesi söz konusu olmaktadır. Söz konusu son çare olma ilkesi çerçevesinde ceza hukuku, bilhassa toplumsal birlikteliği şiddetli biçimde zedeleyen davranışları önleme ve hukuki değerleri temelinden sarsan davranışlara karşı hukuki değerleri koruma amacı ile hürriyeti bağlayıcı cezaya başvurmaktadır.⁵⁶ Toplumsal hayat içerisinde örgütlenmiş meşru siyasal mekanizma olarak devletin bireye en ağır müdahalesini teşkil eden hürriyeti bağlayıcı cezaya muhatap olmayı içeren cezai sorumluluk öznesi olabilmek, bu sebeple diğer hukuk dallarındaki sorumluluk öznesi olabilmek bakımından niteliksel farklılıklar göstermektedir. Ceza hukukunun varlığını meşrulaştıran amacı, hukuki güven duygusunun teminini sağlayan ve toplumsal refahın gerçekleşmesini mümkün

⁵³ Johannes, Kaspar, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Baskı, Nomos Verlag, 2023, § 2 Kn. 19, 20.

⁵⁴ Ercan, s. 47,48; Kangal, s. 49-51; Bacaksız, Pınar/Sümer, Seda Yağmur, Robotlar, *Yapay Zeka ve Ceza Hukuku*, Adalet Yayınevi, 2021, s. 154.

⁵⁵ Lohmann, *Strafrecht im Zeitalter*, s. 105.

⁵⁶ Roxin, Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Cild: I, 4. Baskı, Verlag C.H. Beck, 2006, §2 Kn. 97, § 3 Kn. 1; Meier, Bernd-Dieter, *Strafrechtliche Sanktionen*, 4. Baskı, Springer Verlag, 2015, s. 3.

kılan hukuki değerlerin korunmasıdır.⁵⁷ Söz konusu hukuki değerlerin çıkış noktası ve temel dayanağı toplumun sosyal etik değer tasavvurlarıdır ki bu sebeple ceza normları ve suç tipleri de bu sosyal etik değer tasavvurlarında dayanağını bulurlar.⁵⁸ Bu bağlamda ancak bu sosyal etik değerleri idrak eden, anlamını bilerek kavrayan ve bu bilinçle onları dikkate alarak hareketlerini özgürce yönlendirme yeteneği sahip kişiler ancak ceza hukuku bakımından sorumluluk süjesi olarak değerlendirilebileceklerdir. Ceza hukukunun bu sosyal etik boyutu kaçınılmaz olarak ceza hukukundaki sorumluluk öznesi olabilmek için etik bakımdan yükümlülük yüklenebilecek bir özne olabilmeyi gerekli kılar. Etik açıdan ise sadece ahlaki hareket edebilme yeteneğine sahip bireylere yükümlülük getirilebileceği kabul edilmektedir. Ahlaki hareket edebilme ise idrak ve muhakeme yeteneğine sahip kişilerin bir özelliği olarak kabul edilmektedir.⁵⁹ Söz konusu hususlar suç öğretisi çerçevesinde özellikle kusur değerlendirmesinin konusu ile kesişmektedirler.

Diğer yandan ceza hukuku başlığı altında gündeme gelen yaptırım hukuku kapsamında failin kusurunun aranmadığı, toplumsal bakımdan tehlikeliliğinin dikkate alındığı güvenlik tedbiri olarak adlandırılan yaptırımlar da söz konusudur. Fakat hakkında güvenlik tedbiri uygulanabilir olması sebebi yaptırım hukukunun konusu teşkil edebiliyor olmak, tek başına ceza hukuku bakımından sorumluluk öznesi olarak kabul edilmek için yeterli olmadığı kabul edilmektedir.⁶⁰

⁵⁷ Johannes, Wessels/ Werner, Beulke, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 42. Baskı, C.F. Müller, 2012, § 1 Kn. 6 ; Kaspar, § 1 Kn. 6.

⁵⁸ Wessels/Beulke, § 1 Kn. 9.

⁵⁹ John Locke, *Über den menschlichen Verstand*, Cilt 1, s. 419 vd., aktaran Haagen, s. 88, 89.

⁶⁰ Özbek, Veli Özer, *Ekonomi Ceza Hukuku Birinci Kitap*, Genel Hükümler, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2023, s. 72; Özgenç, İzzet, *Ceza Genel Hükümler*, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2023, s. 216; Akbulut, Berrin, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, 2022, s. 429 v.d.; Baş, Eylem, *Ceza Hukukunda Fail ve Mağdur*, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 240 v.d; Ceza kanunda düzenlenen yaptırım bir tüzel kişiyi konu edinebilir. Fakat tüzel kişilerin gerçek kişilerden bağımsız bir iradesi ve irade yeteneği yoktur. Gerçek kişilerden oluşan organlarının kararları doğrultusunda faaliyet gösterirler. Bu sebeple uygulanan yaptırımların dayanağı kendi işledikleri haksızlıklar değil, bir gerçek kişi bireyin suç tipini gerçekleştirilmesine dayalı olarak gündeme gelen gerçek bir kişinin işlediği haksızlık olduğunu düşünmekteyiz, Carsten Momsen/Adja Lea Niang/Philipp Bruckmann/Sebastian Laudien, *Wirtschaftsstrafrecht*, Springer Verlag, 2023, s. 61; Tüzel kişilerin faaliyetleri gerçek kişilerden oluşan organların kararları doğrultusunda iş bölümüne dayalı olarak yine gerçek kişiler tarafından yerine getirilmektedir. Bu gerçeklik dikkate alınmadan tüzel kişilerin söz konusu gerçek kişilerden bağımsız olarak müstakil bir cezai sorumluluk öznesi olarak değerlendirilmesi kusur prensibi ile çeliştiğini düşünmekteyiz, Wessels/Beulke, § 3 Kn. 94.

İzahına çalıştığımız ceza hukukuna özgü bu yaklaşım bağlamında yapay zekânın ceza hukukunda sorumluluk öznesi olarak kabulünün mümkün olup olmadığının ceza hukukuna özgü prensipler, kavram ve kurumlar bağlamında tartışılması gerekmektedir. Yine yaptırım hukuku bakımından yapay zekâyâ yaptırım uygulanıp uygulanamayacağı ve olası bir kabulde hangi yaptırım türlerinin gündeme gelmesinin makul olacağı tartışılmalıdır. Yukarıda belirttiğimiz sebeplerle çalışmanın devamında sadece ceza hukukuna ve güncel suç dogmatğine ilişkin kabuller, kavram, kurum ve prensipler bağlamında yapay zekânın sorumluluk öznesi olarak değerlendirilmesini, çalışmanın bir makale olması sebebi ile sadece suç öğretisi kapsamında savunulana hareket öğretileri bakımından değerlendireceğiz.

B. Ceza Hukukunda Cezai Sorumluluğun Genel Olarak İncelenmesi

Cezai sorumluluk, varlığı sorumluluğun yükleneceği kişi bakımından özne olmayı ve cezai ehliyetin varlığının yanında tipik, hukuka aykırı ve kusurlu bir fiilin varlığını gerektirmektedir. Tartışmalı olmakla birlikte hukuki açıdan yapay zekânın bir özne olarak kabulü durumunda kullanımıyla ortaya çıkan ve bir suç tipinin gerçekleşmesi ile sonuçlanan bir olay meydana gelmesi durumunda yapay zekânın fail olup olmayacağı ve cezalandırılıp cezalandırılmayacağı soruları gündeme gelecektir. Bu bağlamda yerleşik suç öğretisinde kabul edilen cezai sorumluluk inceleme şablonu, savunulan hali hazırdaki görüşler çerçevesinde yapay zekânın cezai sorumluluk öznesi olmasının mümkün olup olmadığı, cezalandırılmasının veya en azından yaptırım uygulanmasının anlamlı olup olmayacağı veya ne ölçüde anlamlı olacağı değerlendirmelerinin ele alınması gerekmektedir. Fakat biz yapa zekanın algoritmik aksiyonlarının çalışmanın kapsamı bakımından ceza hukuku bakımından cezai sorumluluğun inceleme şemasının ilk basamağını teşkil eden, değerlendirmeye elverişli bir zemin teşkil edecek anlamda bir fiil olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ve bu bağlamda ceza hukuku bakımından fail olarak değerlendirilmesi mümkün olup olmayacağı sorusunun cevabına odaklanacağız.

1. Hareket Teorileri Bakımından Yapay Zekânın Davranışı

Cezai sorumluluğun somut olaylarda incelemesi öncelikli olarak somut olayda ceza hukuku bakımından yapılacak metodolojik incelemeye elverişli bir hareketin olup olmadığı sorusu ile başlamaktadır. Modern ceza hukuku fiil ceza hukuku olarak da adlandırılmaktadır. Bu adlandırmanın arkasında hareket kavramının cezai sorumluluğun odak noktası olduğu vurgusu

yatmaktadır. Hareket kavramının önemi modern ceza hukukunun suçu tipik, hukuka aykırı ve kusurlu fiil olarak tanımlaması ile bir kavramın bir başka açıdan görmesi gereken fonksiyon bakımından kendini ortaya koymaktadır. Ceza hukuku bakımından fail hakkında yapılacak normatif değerlendirmenin mümkün olabilmesi, ortaya koymuş olduğu fillin ceza hukukunda sahip olması gereken fonksiyonlar açısından gerekli muhtevaya sahip bir hareketin varlığını gerektirir. Ceza hukuku bakımından bu fonksiyonlar kasıtlı, taksirli ve ihmali suçların hepsinin temel unsuru (*Grundelement*) olması, suçun unsurları bakımından yapılacak metodolojik değerlendirme aşamalarının bağlayıcı unsuru (*Verbindungselement*) görevini görmesi ve cezai hüküm bakımından önem arz etmeyen hareketleri kavramsal içerik bakımından dışarıda bırakması (*Abgrenzungsfunktion*)dır. Belirtilen vasıflara sahip bir hareket kavramı geliştirilmesi için ceza hukuku dogmatığı içerisinde oldukça çaba gösterilmiş ve bu bağlamda farklı hareket teorileri geliştirilmiştir.⁶¹ Bu hareket teorileri bakımından yapay zekânın kullanımı neticesinde ortaya çıkan durumlarda yapay zekânın ceza hukuku bakımından aksiyon merkezi olarak kabul edilip, dijital otonomi kapsamında ortaya koyduğu hareketin ceza hukuku bakımından önemli hareket olarak kategorizasyonun mümkün olup olmadığı değerlendirilmelidir.

a. Natüralistik nedensel hareket öğretisi

19. yüzyıl pozitivizminin mekanik deterministik dünya görüşüne dayanan natüralistik-nedensel hareket öğretisi⁶² iradi bir karara dayanan bir davranış dış dünyada nedensel bir süreç başlatmış ve değişikliğe neden olmuşsa hareketin varlığını kabul eder. Hareketi normatif alanın dışında tamamen ontolojik ve değerden yoksun tanımlayan bu yaklaşım, ihmali suçları açıklayamayışı ve gerekli sınırlama fonksiyonunu yerine getiremeyişi sebebi ile eleştirilmektedir.⁶³

Doğal-nedensel hareket teorisi bağlamından yapay zekânın hareket edebildiğinin kabulü için belli bir davranışta bulunma iradesi oluşturabilmesi gerekmektedir. Yapay zekâ sistemlerinin sahip olduğu otonomiye “dijital

⁶¹ Wesels/Beulke, § 3 Kn. 92; Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, 5. Baskı, Duncker&Humblot 1996, s. 219.

⁶² Ernst-Joachim Lampe, *Das Perspnale Unrecht*, Duncker & Humblot, 1967, s. 40; Mattihas Wachter, *Das Unrecht der versuchten Tat*, Mohr Siebeck, 2015, s. 23.

⁶³ Claus Roxin/ Luis Greco, *Strafrecht AT*, Cilt 1, Verlag C.H. Beck, 2020, § 8 Kn. 13; Özgenç, s. 161; Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, *Ceza Genel Hükümler*, 16. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2023, s. 94.

anlamada otonomi” olarak tanımlarken insana atfedilen otonomiden farkını vurgulamak amacını taşıdığımızı belirtmiştik. Yapay zekâ sistemlerinin kendi kurallarını kendi koyabilmelerinin mümkün olmaması, çevresel faktörlere karşı göstermiş oldukları reaksiyonların algoritmalarına dayalı bir biçimde deterministik olarak belirlenmesi bir sorumluluk süjesi olmak bakımından gerekli otonomiye sahip olmadıklarını ortaya koymaktadır. Topladıkları veriler dahilinde davranış algoritmalarına, denklem veya fonksiyona dayalı algoritmik programlara bağlı olarak hareket etmeleri sebebi ile ortaya koydukları reaksiyonların belirli bir şekilde davranma iradesi olarak tanımlanması ve bu reaksiyonun kendilerine ait bir bilinçle oluşturdukları bir iradi davranış olarak nitelendirilmesi mümkün gözükmemektedir.⁶⁴ Bu sebeple doğal-nedensel hareket öğretisi bağlamında algoritmalarına dayanan reaksiyonlarının yapay zekâ sistemine ait bir hareket olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığını düşünmekteyiz.⁶⁵ Bu çerçevede yapay zekânın davranış algoritmasındaki problemin veri setine ilişkin bir eksikliğin sonucu olarak değerlendirilebilecek ve hedeflenen sonuçların dışında, anlamsız birtakım sonuçlar ortaya koyması durumunda bu yazılımsal hatayı irade olarak nitelemenin mümkün olmadığını düşünmekteyiz.⁶⁶

aa) Hilgendorfun analojisi geçerliliği bağlamında insana atfedilen özgür irade postulatının değerlendirilmesi ve yapay zeka bakımından neden savunulamaz olduğunun gerekçelendirilmesi

Doktrinde *Hilgendorf* hareket kavramının irade tarafından yönlendirilen davranış olarak tanımlandığında yapay zekâ programı temelinde hareket eden robotların dışarıdan müşahede edilebilir davranışlarının hareket olarak değerlendirilebileceğini ifade etmekte, programında yer alan kurallar çerçevesinde hareket eden makinanın davranış algoritmasında yer alan komutların insan iradesine benzer bir fonksiyon gördüğünü savunmaktadır. İnsanın da davranışlarını öngörülebilir kurallar dahilinde yönlendirdiğini, aksi takdirde insan davranışının hiçbir şekilde tahmin edilemez olduğunu ifade etmektedir. Ayrıca insan davranışında iradenin yönlendirici etkisinin nasıl olduğu sorusunun güncel bir bilimsel tartışma olarak açıklığa kavuşmadığını

⁶⁴ Bkz. Erdoğan, s. 39, 40; Yavuz Köroğlu, *Yapay Zeka'nın Teorik ve Pratik Sınırları*, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, 2017, s. 3 vd.

⁶⁵ Krş. Lohmann, s. 111.

⁶⁶ Bu görüşümüze karşıt görüşlere değinen çalışmalar için bkz., Kangal, s. 57, 58; Berrin, Akbulut, “Yapay Zeka ve Ceza Hukuku Sorumluluğu”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 27(4), 2023, s. 267, 291.

belirtmektedir. Bu sebeplerle “insan ve makine kıyasının” kabul edilebilir olduğunu belirterek, yapay zekâya sahip makineler tarafından programları çerçevesinde ortaya konulan davranışların da irade tarafından oluşturulan davranış olarak kabul edilebileceği çıkarımında bulunmaktadır.⁶⁷

Hilgendorf'u yapay zekâya sahip makinelerin davranışlarının iradi davranış olarak kabulü çıkarımına ulaştıran akıl yürütmenin (Anaolgie) aşamalarını ortaya koymak, yaptığı kıyasın neden geçerli bir kıyas olmadığını açıklamak için oldukça faydalı gözükmektedir.

1. Öncül: İnsanların davranışları üzerinde kendi iradi etkilerinin nasıl gerçekleştiği tartışmalıdır. Modern nörobilimsel gelişmeler insan davranışlarının önceden belirlenmiş (determine) olmadığı, bilakis kişinin kendisi tarafından özgürce alınmış bir karar (özgür irade) ile gerçekleştirildiği kabulünü oldukça tartışmalı hale getirmiştir. Tartışmalar dikkate alındığında insan davranışlarının önceden belirlenmiş ve insanın özgür iradesince alınmış olmayan kararlara dayanması ihtimal dahilindedir.

Uygulama söz konusu tartışmada açık bir pozisyon belirlemeden, karşı konulamaz fiziki veya psikolojik zorlama durumları dışında insan davranışını iradi olarak kabul etmekte ve bu davranışları ceza hukuku bakımından elverişli hareket saymaktadır.⁶⁸

2. Yapay zekâya sahip robotlar da kurallar dahilinde karar vermekte ve davranışlarını gerçekleştirmektedir. Robotların belirli kurallar dahilinde gerçekleşen davranışları, prensip olarak belirli kurallar dahilinde gerçekleşen insan davranışları ile benzerlik göstermektedir.⁶⁹

3. İnsan davranışlarının kurallara dayalı olması ve kendi özgür kararlarına dayalı iradeye dayanmasının tartışmalı olması, belirli durumlar dışında, davranışlarının iradi olduğu kabulüne engel olmamaktadır. O zaman yapay zekâya sahip “dijital anlamda otonom” hareket eden robotların davranışlarının iradi olduğu kabul edilebilir.⁷⁰

Hilgendorf'un yaptığı kıyasın geçerli olmayışının sebebi uygulamada

⁶⁷ Eric Hilgendorf, “Können Roboter Schuldhaft handeln?”, in: (Edt. Susanne Beck) *Jenseits von Mensch und Maschine*, Nomos Verlag, 2012, s. 119, 125- 128.

⁶⁸ Hilgendorf, s. 126.

⁶⁹ Hilgendorf, s. 125.

⁷⁰ Hilgendorf, s. 126, 127.

insan davranışları ile yapay zekâya sahip robotlarının davranışları arasında kurduğu yanlış benzerlik durumudur. Hukuki kıyas bakımından asla ilişkin hükmün fere uygulanabilmesi için illetin diğer bir ifade ile asıl ile fer arasında benzerliğin bulunmasıdır.⁷¹ Mevzu kıyasın iki temel noktası olarak insan davranışlarının kurala mı yoksa özgür bir iradeye mi dayalı olduğu tartışmalı olmasına rağmen iradi olarak kabulüdür. Yapay zekâya sahip robot davranışları ile insan davranışları arasında yazarın belirttiği hususlar benzer değildirler.

İnsan davranışlarının anlaşılması aldıkları kararların dayandığı motivasyonun (duygusal, rasyonel) anlaşılması ile mümkündür. Davranışların anlaşılması önceden katı determine bir şekilde tahmin edilebileceği anlamına gelmez. Eğer insanın belirli bir pozisyondan örneğin finansal veya siyasi perspektiften rasyonel bir karar alacağını kabul edersek davranışı hakkında bir tahminde bulunabiliriz. Fakat söz konusu kişi öngörülemez bir şekilde duygusal bir karara dayalı davranışta da bulunabilir. İnsan davranışlarının anlaşılabilir olması kesin bir biçimde öngörülebileceği anlamına gelmemektedir. Keza insanlar toplumsal yaşamda belirli kurallara uyma yükümlülüğü içerisinde. Fakat toplumsal kurallardan sapan davranışlar⁷² sosyolojik bir olgu olarak karşımızdadır. İnsanlar toplumsal kurallara, kuralların varlığını bilmesine ve mahiyetini anlayabiliyor olmasına rağmen uymayabilmektedir.

Yapay zekâya sahip bir sistemin davranış algoritmasında yer alan kuralın dışına çıkması mümkün değildir. Çalışmada daha önce de değindiğimiz gibi burada söz konusu olan belirsizlik, yapay zekâ modeline göre değişen bir şekilde karşılaşılan yeni durumun programında yer alan hangi kategori içerisinde değerlendirileceğidir.⁷³ Söz konusu kategorizasyondan sonra sistem davranış algoritmasında söz konusu kategori için belirlenmiş reaksiyonu/ çıktıyı ortaya koyacaktır.⁷⁴

Bu bağlamda insan davranışlarının belirli kurallar çerçevesinde açıklanabilir olması, yapay zekâya sahip bir sistem ve davranışları

⁷¹ Fuat Altuntaş, *Hukukta Akıl Yürütme Yöntemi Olarak Kıyas*, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 46- 48.

⁷² Normdan sapan bir davranış olarak suçu belirli bir deterministik ilişkide açıklayabilen bir model söz konusu değildir, Timur Demirbaş, *Kriminoloji*, 6. Bası, Seçkin Yayınevi, 2016, s. 174.

⁷³ Hope, s. 9

⁷⁴ Köse, s. 292.

arasında olduğu gibi, zorunlu bir neden sonuç ilişkisi bulunduğu anlamına gelmemektedir. Kuralları dikkate alarak davranışlarını yönlendirebilen insanın davranışı ile davranış algoritmasına göre çevresel faktörleri sadece bir veri olarak algılayıp davranış algoritmasına zorunlu bir bağlılık içinde çıktıya ulaşan yapay zekâya sahip sistemin⁷⁵ reaksiyonunun kurallara göre hareket etmek bakımından benzerlik göstermediği ortadadır.

Yazarın bu noktadaki dayanağı, insanın davranışlarını kendi özgür iradesi ile yönlendirdiği tartışmalı olmasına rağmen uygulamada insan davranışlarının iradi olduğunun kabul ediliyor olmasıdır. “İnsan davranışları kendi özgür iradesine dayalı olarak aldığı kararların bir gerçekleştirilmesidir” kabulüne ceza hukuku insanın cezai sorumluluğunun dayanak noktası olarak sonuç bağlamaktadır.⁷⁶ Söz konusu kabulü modern nörolojik araştırmalar neticesinde ortaya çıkan birtakım bulguları dayanak yaparak sorgulamamız gerektiğini savunan yaklaşımlar mevcuttur. Bu yaklaşımların dayanak noktalarının “insanın özgür iradesi yoktur” çıkarımı açısından gerekçe teşkil edip edemeyeceği veya ceza hukuku bakımından insanın davranışları sebebi ile sosyal etik bir sorumluluk öznesini olmasını mümkün kılacak ölçüde özgür bir iradenin varlığına engel teşkil edip etmediği soruları çalışmanın doğrudan konusu değildir. Fakat mevcut durumun insan davranışlarında özgür iradenin bulunmadığını doğrudan ve aksi savunulamaz bir sonuç olarak ortaya koymaya yeterli olmadığı aşikardır.

İnsanın özgür iradesinin olmadığı noktasında sıklıkla ortaya konulan dayanak noktalarından biri de *Libetin* çalışmalarının ortaya koyduğu insanın bir davranışına karar vermeden 0,8 saniye kadar önce hareketin beyin tarafından insana telkin ediliyor oluşunu ifade eden hazır bulunma potansiyelidir.⁷⁷ Modern nörolojik araştırmalara göre bu husus insanın verilen davranış kararını idrak etmeden iki saniye kadar önce kararın çoktan verilmiş olduğuna işaret etmektedir. Bu nöral ön yönlendirme özgür iradenin olmadığına dayanağı

⁷⁵ Krş. Lohmann, s. 112; Erdoğan, s. 40.

⁷⁶ Özgür irade insan için bir illüzyon ise, devlet bu bir illüzyona dayanarak özgür olmayan insana kusur ithaf edemez, Thomas Hillenkamp, “Strafrecht ohne Willensfreiheit”, JZ 2005, s. 313, 320; Osman Isfen, Schuldprinzip, *Schuldprinzip im Strafrecht*, Verlag C.H. Beck, 2008 s. 115.

⁷⁷ Söz konusu hazır bulunma potansiyelinin muhtemel davranışlara hazırlandığını gösteren bir nörolojik aktive olduğunu, hangi hareketin gerçekleştirileceğinin tamamen hazır bulunma potansiyeli tarafından belirlenmediği ortaya koyan Pauen'nin çalışmalarına Libet'in deneylerinin eleştiriyeye açık yanları olarak değinilmektedir, Isfen, s. 111.

olarak gösterilmektedir.⁷⁸

Söz konusu araştırmalarda *henüz* pozitif bilimsel yöntemlerle insanın irade oluşumuna kendisinin katkısı olduğunun ortaya konulamamış olması insanların özgür iradesi olmadığıнын nörolojik dayanak noktası yapılmaktadır. Oysaki pozitif bilimsel yöntemler deterministik veya en azından istatistiksel verilere dayalı korelasyon üzerinden olasılıksal ilişkilerle ilgilenmektedir. Sadece bunları ortaya koyan pozitif bilimsel yöntemlerden yola çıkarak iradenin oluşumuna insanın bizatihi nasıl etki ettiğinin ortaya konulamamış olmasını dayanak yaparak özgür iradenin olmadığı çıkarımına ulaşmak mümkün değildir. Özgür iradenin pozitif bilimsel açıdan ispatlanamadığı çıkarımı literatürde mantıksal açıdan bir “totoloji” olarak da vasıflandırılmaktadır.⁷⁹

Libetin çalışmalarının ortaya koyduğu üzere; hazır bulunma potansiyelinin, henüz kanıtlanmamış olmakla birlikte, deterministik bir mekanizma olduğunu kabul etmemiz ihtimalinde dahi insanın hareket dürtüsüne karşı koyabilme, söz konusu dürtünün aksine hareket edebilme anlamında bir veto hakkının varlığı ortadadır. Bu nedenle negatif anlamda irade özgürlüğünün varlığı hususunda bir tartışma söz konusu değildir. Diğer yandan mevcut nörolojik araştırmalar sadece basit insan hareketlerini (el hareketleri vb.) konu edinmektedir. Kompleks ve ahlaki kararlar araştırmalara konu edilmemiştir. Bu sebeple sosyal etik bir değerlendirme ihtiva eden ve normun içeriğini anlayarak davranışlarını bu bağlamda yönlendirebilen insanı muhatap alan ceza hukukunun özgür iradeyi reddetmesi ve kişisel kusura dayalı ceza anlayışından vazgeçmesi için modern nörolojik araştırmaların yeterli bir dayanak noktası ortaya koyduğunu söylemek güç gözükmektedir.⁸⁰

⁷⁸ Christian Jäger, “İrade Özgürlüğü, Nedensellik ve Determinasyon Modern Nörolojik Araştırmalar Neticesinde Modern Kusur Ceza Hukuku’nun Sonu mu Geliyor?”, (Çev. Hasan Çataklı), Hukuk Köprüsü, Sayı:9 Nr: 9, 2015, s. 57, 60, 61.

⁷⁹ Jan Schuhr, *Willensfreiheit, Roboter, Auswahlaxiom*, in: (Edt. Susanne Beck), *Jenseits von Mensch und Maschine*, Nomos Verlag, 2012, s. 43, 52. *Seher* insan davranışının nörolojik olarak determine edilebiliyor oluşu kabul edilse dahi bu nöral iradenin yine normatif emirler tarafından insanın emirleri ve sosyal anlamın idrak edebilmesi sayesinde yönlendirilebileceğini belirtmektedir. İnsan normun içeriğini ve anlamını kavrayabiliyor olması sebebi ile normun muhatabıdır. Deterministik nöral iradenin kabulü insanın davranışlarını normlara göre yönlendirebilmesine engel olmayacağı için hala sorumluluk öznesi olması mümkündür, Gerhard Seher, “Intelligente Agenten als Personen im Strafrecht?”, in: (edt. Sabine Gleß/ Kurt Seelman), *Intelligente Agenten und das Recht*, Nomos Verlag, 2016, s. 45, 49, 50.

⁸⁰ Jäger, İrade Özgürlüğü, Nedensellik ve Determinasyon Modern Nörolojik Araştırmalar Neticesinde Modern Kusur Ceza Hukuku’nun Sonu mu Geliyor?, s. 64, 65. 67; Winfried Hasshamer, “Grenzen des Wissens im Strafprozess: Neuvermessung durch die empirischen Wissenschaften vom Menschen?“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol.

İnsanın davranışları kendi özgür iradesiyle belirlediğinin kabulü bir postulat⁸¹ olarak insana cezai sorumluluk atfedilebilmesinde mevcut suç öğretisi içerisinde kusur prensibi bakımından olmazsa olmaz bir dayanak noktası teşkil etmektedir. Kusur kavramının ceza hukuku bakımından kompakt bir biçimde tanımlanması gerekirse; potansiyel olarak davranışının haksızlığının bilincinde olan insanın hukukun beklentilerine uygun davranma imkanına sahip olmasına rağmen hukukun beklentilerine aykırı davranışı sebebi ile kınanabiliyor olması olarak ifade edilebilmektedir.⁸² Bir diğer önemli görüşe göre ise bu durum insanın normun muhatabı olabilme kabiliyetine sahip olmasına rağmen hukukun uygun gördüğü davranışı gerçekleştirilmeyip, bunun yerine cezaya değer haksızlığı gerçekleştirilmesi olarak da ifade edilmektedir.⁸³ İfade ettiğimiz iki farklı görüşün empirik ve normatif içerikleri farklılık arz etmekle⁸⁴ birlikte insanın iradesinin özgür olduğuna ilişkin postulata dayanmaktadırlar.

İnsanı davranışlarından sorumlu kılmamızın temel gerekçesi olarak kabul ettiğimiz insanın davranışlarını kendi özgür iradesine dayalı olarak gerçekleştirdiği postulatını reddeden görüşler yukarıda açıkladığımız üzere özgür iradenin reddi için yeterli değildir. İnsan davranışlarının özgür iradeye dayandığı kabulü uygulama bakımından makul gözükmemektedir. Ayrıca sosyal bilimler bakımından insanın özgür iradesinin varlığı ve bu bağlamda yaptığı tercihlerden sorumlu tutulabilmesinin dayanağıdır. İnsan davranışları deterministik kabul ettiğimizde başka türlü davranma olanağı olmayan bir varlığa sorumluluk atfetmek oldukça çelişkili gözükmemektedir. İnsanların toplumsal hayatta gösterdiği davranışlardan başka türlü davranma imkanları olmadığını bir gerçeklik olarak kabul etmesi ise topyekûn olarak sosyal bilimler alanında geçerli kendini kendi iradi kararları ile inşa edebilen özgür insan tasavvurunun değişmesi ile sonuçlanacaktır. Bu yeni tasavvur insan olgusunun top yekun olarak özne olmaktan çıkıp deterministik bir süreç içerisinde yer alan davranışları önceden belirlenmiş bir obje olarak nesneleşmesi anlamına

121 (Issue 4), s. 829, 840.

⁸¹ "Postulatlar, doğruluğunu kesin bir biçimde ispatlanamadığımız, fakat rasyonel davranış öznesi olarak bizlerin kendimize ilişkin idrakimizin zorunlu bir şartı olması sebebi ile mantıksal açıdan tutarlı olarak gerçek kabul ettiğimizdir tasavvurlar/ teorik bilgilerdir", Marcus Willascheck *Rationale Postualte, Zum Status metaphysischer Sätze Anschluss an Kant*, yayınlanmamış örneğinden aktaran Isfen, Schuldprinzip, s. 129.

⁸² Wessels/Beulke, § 10 Kn. 407.

⁸³ Isfen, s. 121.

⁸⁴ Bkz. Isfen, s 120, 121.

gelmesi ile sonuçlanacaktır. İnsanlardaki ahlaki ve toplumsal normlara uyma ve yükümlülüklerini yerine getirmeye ilişkin sorumluluk duygusu özgürlük bilinci ile ilintilidir.⁸⁵ İnsanlar davranışlarında özgür olmadıklarını bir bilinç olarak içselleştirmeleri durumunda normlara dayalı sosyal düzenin devamı açısından sadece bir tane sakıncasına değinmek gerekirse; İradesinin özgür olmaması sebebi ile zaten başka türlü davranma imkanına sahip olmadığını düşünen insanların sosyal hayatı düzenleyen normlara uyma motivasyonunu yitirecek olmasıdır.⁸⁶ Nihayetinde insanın özgür iradesi olmadığını kabulü anlamlı ve yaşanabilir bir sosyal yaşamın devamı için makul bir teklif olarak gözükmemektedir. Özgür irade postulatı daha anlamlı bir insan tasavvuru ortaya koyduğu gibi, daha anlamlı ve yaşanabilir bir toplumsal hayat bakımından çok daha makul bir teklif ihtiva etmektedir.

Buna karşın yapay zekâya sahip sistemlerin deterministik olarak reaksiyonlarda buldukları kesindir. Kıyaslanan iki olgu arasında benzerlik söz konusu değildir.⁸⁷ Bu açıdan bakıldığında da insan davranışını iradi olarak kabul etmemizin dayanağının (illet) yapay zekâya sahip robot davranışları bakımından bulunmadığı sonucuna ulaşılmalıdır. Dolayısıyla insan davranışlarının iradi gerçekleştiği kabulünün yapay zekâya sahip robot davranışlarının iradi olarak gerçekleştiği kabulü için makul bir dayanak teşkil edemeyeceğinin kabulü gerekir.

Yine derin öğrenme özelliğine sahip yapay zekânın karşılaştığı yeni verileri yazılımı bağlamında ne şekilde kategorize edeceği ve buna bağlı olarak ne şekilde hareket edebileceğinin kesin bir biçimde öngörülemediği olgusunu dikkate alarak yapay zekânın davranışlarının deterministik olmadığı yönünde yaklaşımı da makul bulmadığımızı belirtmemiz gerekir. Buradaki öngörülemezlik sistemin karşılaştığı bir durumu yazılımında yer alan davranış algoritması zemininde var olan hangi kategorisel bağlamda ele alacağına ilişkindir. Yapay zekâ yazılımında yer alan amaca bağlı olarak karşılaştığı yeni veriyi yine yazılımında yer alan bir kategoride değerlendirecek ve bu bağlamda davranış algoritmasında yer alan bir şekilde aksiyon ortaya

⁸⁵ Wolfgang Prinz, "Der Mensch ist nicht Frei, Ein Gespräch", in: Christian Geyer (edt.) *Hirnforschung und Willensfreiheit Zur Deutung der neuesten Experimente*, Shurkamp, 2004, s. 20, 24.

⁸⁶ Franz Streng, "Herausforderung des strafrechtlichen Schuld begriffs durch die Hirnforschung?", in: Leonidis Kotsalis, (edt.), *Willensfreiheit, Determinismus- Indeterminismus*, Verlag Athen, 2005, s. 61, 78; Isfen, 116.

⁸⁷ Hukuk alanında uygulanan kıyasta benzerliğin tespitine ilişkin, Altuntaş, s. 57- 60.

koyacaktır. Buradaki öngörülemezlik bu sebeple yapay zekânın ortaya koyacağı reaksiyonunun deterministik olduğu gerçeğini değiştirmeyecektir.

b. Final hareket öğretisi

Final hareket öğretisi bakımından kabul edilen hareket tanımının belirleyici unsuru, insan hareketinin önce failin zihninde bir gaye olması ve hareketini bu gayeye ulaşma maksadına matuf olarak gerçekleştirmesidir. İnsan davranışının bu erekselliği/niyetliliği (*Intentionalität*) ceza hukuku bakımından dikkate alınması gereken hareket tanımında da belirleyici husus olarak dikkate alınmıştır. Bu bakış açısıyla ceza hukukunda hareket final hareket teorisinde bir amaca yönelmiş irade ve bu bağlamda amacın gerçekleştirilmesi için icra edilmiş davranış olarak tanımlanmıştır.⁸⁸

Yapay zekâ güncel gelişme aşaması itibarı ile davranış algoritması zemininde deterministik olarak hareket etmekte, sistemine dahil ettiği yeni verileri de yine bu algoritmik yazılıma bağlı olarak kategorize etmekte ve bu bağlamda aktivite ortaya koymaktadır. Davranış algoritmasında yer alan hedefleri kendisi değil davranış algoritmasını yazan yazılımcı belirlemektedir. Final hareket öğretisi bakımından hareket olarak değerlendirilecek bir aksiyon ortaya koyması mümkün gözükmemektedir.⁸⁹ Çalışmada en gelişmiş yapay zekâ öğrenme yöntemlerinin (Makine Öğrenmesi/Danışmansız Öğrenme/Pekiştirmeli Öğrenme) dahi yazılımcı tarafından geliştirilen bir fonksiyon dahilinde yine yazılımsal olarak belirlenmiş amaçlara dayalı olarak gerçekleştiğini belirttik. Bu sebeple yapay zekâyâ özgü ve ona ait olarak tanımlanmış bir hedefi/amacı, kendine özgü bir ereksel eğilim olarak görmeyi ve bunun gerçekleşmesine yönelen kendine ait bir davranışının olduğunu söylemeyi mümkün görmemekteyiz. Bu yaklaşım final hareket öğretisinin dayanağını bulduğu insan davranışının erekselliğini dikkate alan ve bir gayeye matuf gerçekleştirilme olarak tanımlayan psikolojik hareket yaklaşımını⁹⁰ hiç

⁸⁸ Ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Hasan Çatakli, “Kişisel Haksızlık Öğretisini İkna Edici Kılan Suç Dogmatığı ve Norm Teorisine İlişkin Argümanlar”, *EBYÜHFD*, 23(3-4), 2019, s. 279, 292, 293.

⁸⁹ Krş. Lohmann, s. 112; Tuba Kelep Pekmez, “Otonom Araçların Kullanımından Doğan Ceza Sorumluluk: Türk Hukuku Bakımından Genel Bir Değerlendirme”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, (2), 2018, s. 173, 84.

⁹⁰ *Welzel* insan davranışlarının ne sadece nedensel ne de mantıklı olduğunu, bilakis bir anlama yönelik olarak gayesel olduğunu (*Sinnintentional*) ve gayenin gerçekleşmesinin bir anlamsal bütünlük içinde alınan karar sonrasında iradi bir yönelim ile neticeyi ortaya çıkardığını ifade etmektedir, Hans Welzel, “Kausalität und Handlung”, *ZStW* 51, 1931, s. 703, 712, 719; Hasan Çatakli, *Versuch im deutschen und türkischen Recht Eine Rechtsvergleichende Untersuchung*

dikkate almamak anlamında gelecektir ki, bu durumun final hareket öğretisini esas aldığı düşünsel zeminden koparıp, başka bir hareket kavramı olarak yeniden tanımlamak anlamına geleceğini düşünmekteyiz.⁹¹

Yapay zekâya sahip bir sistem çevreyi sensörleri ile tarayıp bunu davranış algoritmasına dayalı bir şekilde kategorize edip, yine algoritmasına bağlı bir şekilde, bir diğer ifadeyle algoritmik bağlamda deterministik olarak reaksiyon gösterir. Yapay zekânın “bilmesi” dediğimiz husus sensörler vasıtası çevresinde elde ettiği verileri davranış algoritması kapsamında yer alan matematiksel formül/fonksiyon içerisinde kategorize etmesi anlamına gelmektedir. Zihinsel bir faaliyet olarak insana ait bir unsur olan “bilme” ile kıyaslanamaz.⁹² Yine bu deterministik yapı kendisine ait bir hedef ve amacı olduğu kabulünü engellediği için insan hareketi bakımından gündeme gelen ereksellik (*Intentionalität*) olgusunun yapay zekâ bakımından söz konusu olamayacağı da açıktır. Yapay zekâya sahip sistemin programlandığı çerçevedeki hareketini, amaçlama veya hedefleme unsuru bakımından kastın iradi yönelim olarak isteme unsuru ile kıyaslamak da mümkün değildir. Çünkü bahse konu hedef ve amaç yapay zekâya sahip sistem bakımından yalnızca algoritmik bir bağlamda deterministik bir kategorizasyon sonucu husule gelen bir aktivitedir. Ancak bu aktivitedeki amaç ve hedef yazılımcı veya yazılımcılarına isnat edilebilecek bir olgu olarak değerlendirilebilir.⁹³

Final hareket öğretisinin insan hareketinin anlamsal bir bütünlük içinde bir gayeye matuf taşınması olduğunu belirtmesi oldukça önemli bir gelişmedir. Diğer yandan bu çıkarım teorisinin geliştirildiği zamanki geçerli psikoloji anlayışında mevcut insan hareketini açıklayan yaklaşımın ceza hukukuna taşınması anlamına gelmektedir. Final hareket öğretisinin tanımının salt psikolojik zeminde kalması onun değerden yoksun ontolojik bir mahiyette olması sonucuna yol açmıştır. Ceza hukukunun merkezi kavramı olan hukuki değerlerin sosyal etik kökenleri gereği fail hareketini aksiyolojik

unter besonderer Berücksichtigung der personalen Unrechtslehre und rechtshistorischen Perspektive, Verlag Dr. Kovac, 2020, s. 160; Roxin/Greco, Cilt 1, § 8 Kn. 17, dpnt. 37.

⁹¹ Söz konusu görüşler için bkz. Kangal, Yapay Zekâ ve Ceza Hukuku, s. 60, 61; Yapay zekaya sahip sistemlerin kast benzeri bir dürtü ile suç işleyebileceği ifade edilmektedir; Koray Doğan, “Sürücüsüz Araçlar, Robotik Cerrahi, Endüstriyel Robotlar ve Cezai Sorumluluk”, *DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, 21(Özel S), 2019, s. 3219. Fakat biz hali hazırdaki durum itibarı ile yapay zekânın aksiyon ortaya koyma biçiminin insanla kıyaslanabileceğini çalışmada belirttiğimiz gerekçelerle düşünmemekteyiz.

⁹² Karşıt görüş için bkz. Doğan, s. 3219, 3229.

⁹³ Karşıt görüş için bkz. Doğan, s. 3239.

bir değerlendirmenin konusu haline getirmektedir. Final hareket öğretisinin psikolojik natüralizm zemininde yaptığı hareket ve kast tanımı ceza hukukunun bu sosyal ve normatif boyutunu dışlamıştır. Söz konusu bu salt ontolojik zemin özellikle bilinçsiz taksirde olduğu gibi cezai sorumluluğun gerekçesi olan haksızlığın failin ereksel yönelimi ile değil, ancak belirli bir normdan sapan, onu dikkate almayan bir davranış olması ile açıklanabilmesinin mümkün olması nedeni ile yetersiz kalmaktadır.⁹⁴ Bu yetersizlik final hareket öğretisinin yaygın kabul görmesini engellemiş⁹⁵ ve yeni hareket teorileri geliştirilmeye devam etmiştir.

c. Sosyal hareket öğretisi

Sosyal hareket teorisi hareketi insanın iradi olarak hakimiyet kurduğu veya kurabildiği sosyal bakımdan önem arz eden davranış olarak tanımlamaktadır. Bu bakımdan teori ceza hukukunun hareket kavramında aradığı normatif boyutu, suçun görünüm şekillerinin hepsinin bir sosyal fenomen olduğu kabulünden yola çıkarak belirlemiştir⁹⁶. Ceza hukuku bakımından ehemmiyet arz eden bir davranışın varlığı için kişinin sosyal açıdan önemli sonuçlara yol açacak bir davranış gerçekleştirdiği bilinci ile hareket etmesi gerekir. Yapay zekâli sistemler sensörler kapsamında çevreye ilişkin edindiği bilgileri veri olarak algılayıp davranış algoritmasına bağlı olarak bu girdileri kategorize edip deterministik olarak bir çıktıya ulaşarak aktivite göstermektedir. Yapay zekanın bu aktivitesini sosyal açıdan önemli bir sonucu olacağını bilerek irade edilmiş bir hareket olarak değerlendirmek mümkün gözükmemektedir. Yapay zekânın algoritmasına bir sosyal önem değerlendirmesi eklemek veya pekiştirmeli öğrenmede olduğu gibi (*Reinforcement Learning*) sistemin davranışların iyi ya da kötü olduğunu bir ödül/ceza sistemi üzerinden göstermesi durumunda da hareketin sosyal önemini kavramış bir iradi yönelimden yapay zekâ bakımından bahsetmek mümkün olmaz. Bu durumlarda da yapay zekâyâ

⁹⁴ Ayrıntılı değerlendirmeleri için bkz. Çatakli, Kişisel Haksızlık Öğretisini İkna Edici Kılan Suç Dogmatığı ve Norm Teorisine İlişkin Argümanlar, s. 293, 294; Karl Lackner/ Kiristian Kühl, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 28. Baskı, Beck, 2014, vor § 13 Kn. 7; Carl-Friedrich Stuckenberg, “Vorsatz, Unrechtsbewusstsein, Irrtumslehre”, in: Wolfgang, Frisch/Jakobs, Günther/Kubiciel, Michael/Pawlik, Michael/Stuckenberg, Carl- Friedrich Stuckenberg (Edt.), *Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels*, Mohr Sobieck, 2015, s. 100, 106- 109; Walter Gropp, *Strafrecht AT*, Springer Verlag, 2015, § 2 Kn. 102, 102.

⁹⁵ Çatakli, Kişisel Haksızlık Öğretisini İkna Edici Kılan Suç Dogmatığı ve Norm Teorisine İlişkin Argümanlar, s. 295.

⁹⁶ Roxin/Greco, Cilt 1, § 8 Kn. 27; Wessels/Beulke, § 3 Kn. 91, 93; M. Emin Artuk/Ahmet Gökçen/M. Emin Alşahin/Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. Baskı, Adalet, 2023, s. 96.

sahip sistem bütün bu durumları sadece bir veri olarak algılayıp davranış algoritmasına bağlı olarak bir çıktıya ulaşacaktır. Kendine ait bilinç, irade ve bu bağlamda bir çıktı olarak ortaya koyacağı aktiviteye ilişkin anlam bilgisi söz konusu değildir.⁹⁷

Sosyal hareket teorisinin benimsediği hareket kavramının da zayıf yönleri bulunmaktadır. En önemli gördüğümüz zayıf yönü hareketin sosyal bakımından ehemmiyet arz eden davranış olarak tanımlanmasının, ceza hukukunun değerlendirme alanına giren suç tiplerini kapsamakla birlikte onların dışında çok daha geniş kapsamlı bir hareket kavramı içeriyor olmasıdır. Teori sosyal hayat bakımından ortaya çıkan normun muhataplarının davranışlarını düzenleyici etkisi ile gündeme gelen iletişimsel boyutu itibari ile isabetli bir zemine işaret etmektedir. Fakat ceza hukuku bakımından önem arz eden ve yapılacak değerlendirmeye elverişli zemin teşkil eden davranış ile sosyal bakımdan önem arz eden davranışın tespitinde ortaya çıkan farklılık teorisinin zayıf yönünü ortaya koymaktadır.⁹⁸ Çok basit bir örnekle verilen selamı nedensiz yere almamak sosyal açıdan nezaket kurallarına aykırı, münasip görülmeyen bir davranış olarak görülmesi itibari ile önem arz ederken, kategorik olarak ceza hukukunun ilgi alanı dışındadır.

d. Hareketi kişiliğin dışı vurumu olarak gören görüş

Öğretide savunulan bir başka görüş de kişisel hareket öğretisidir. Kişisel hareket öğretisine göre hareket “kişiliğin dışı vurumu” (**Persönlichkeitäußerung**) olarak anlaşılmaktadır. Bu bağlamda teori, bir insanı duyuşal-düşünsel (**seelisch-geistiges Aktionszentrum**) eylem odağı olarak değerlendirilmesini mümkün kılan her şeyin hareket olarak değerlendirileceğini kabul etmektedir. İrade ve bilinç tarafından hâkim olunmayan ya da olunamayan dışı vurumların bireyin duyuşal ve düşünsel boyutunun etki ettiği, şekillendirdiği bir davranış olarak değerlendirilmesinin mümkün olmaması sebebi ile kişiliğin dışı vurumu olarak kabulleri olanaklı değildir.⁹⁹ Yapay zekâ bakımından meseleyi ele aldığımızda bir iradeden bahsetmenin mümkün olmadığı hali hazırdaki durumda, yapay zekâli sistemin bilinçli bir davranış bağlamında kişiliğin dışı vurumu olarak bir hareketin öznesi olabilmesi çok uzak görünmektedir. Bu teori bakımından yapay zekânın

⁹⁷ Krş. Lohmann, s. 112.

⁹⁸ Krş. Urs Kindhäuser, *Strafrecht AT*, 7. Baskı, Nomos Verlag, 2015, § 5 Kn. 12; Roxin/Greco, Cilt 1, § 8 Kn. 31, Grop, § 2 Kn. 120, 121.

⁹⁹ Roxin/Greco, § 8 Kn. 44.

algoritmik aktivitesini hareket olarak kategorize etmek mümkün değildir.

Kişisel hareket öğretisi de teleolojik bir zeminde hareketin bir anlam taşıyıcısı olarak failliği kişiliğinin dışı vurumu olarak tanımlamıştır. Fakat kişiliğin dışı vurumu ölçütü ceza hukuku bakımından elverişli bir değerlendirme zemini teşkil etmesi için gerekli hareket kavramı ortaya koymak için yetersiz gözükmektedir. Bir sanat eseri, bir şarkı da eserin sahibinin kişiliğinin ortaya konulması/ dışı vurulmasıdır. Ancak bir suç tipinin unsurlarını gerçekleştirmediğçe ceza hukuku bakımından önem arz etmezler.¹⁰⁰

e. Failin hukuki değerleri tanımadığının göstergesi olarak hareket

Ceza hukuku bakımından yapılacak değerlendirmeye elverişli zemin teşkil edecek hareket kavramını bulma çabaları kapsamında geliştirilen bir diğer konsept ise hareketi teleolojik ve iletişimsel bir bağlamda ele alarak failin “hukuki değerlerin geçerliliğini tanımadığını ortaya koyması”¹⁰¹ olarak kabul etmektedir. Bu görüşe göre hareket failin düşüncesinin, hukuki değerleri tanımıyor oluşunun ifadesi olması itibari anlam taşıyıcısı olarak görülmekte ve hukuki değerler karşısındaki pozisyonu itibari ile hareket hakkında bir değerlendirme yaparak hareketi normatif ve sosyal etik bir zeminde tanımlamaktadır. Bu bakımdan kastın yanında ihmali ve taksirli suçları da açıklayabilmektedir. Taksirli suçlarda fail hukuki değerlerin ihlali ile sonuçlanması objektif olarak öngörülebilir bir duruma dikkat ve özen kurallarına riayetsiz davranarak neden olmuştur. Bu durum dikkate alındığında görüş açısından fail dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışı ile hukuki değerleri hukukun gerekli kıldığı ölçüde dikkate almadığını ortaya koymuştur. İhmali suçlar bakımından ise aktif davranış yükümlülüğünün muhatabı olan garantörün hareketsiz kalması, hukuki değerlerin geçerliliğini tanımadığını ortaya koymaktadır.¹⁰² Teorinin ceza hukuku bakımından yapılacak değerlendirmeye elverişli hareketi belirlemek noktasında formülünü isabetli bulmakla birlikte bir ek yapılması gerektiğini düşünmekteyiz. Kanaatimizce failin hukuki değerlere saygı göstermediğini ve tanımadığını ortaya koyuşunun sadece kendi zihninde gerçekleşen bir olgu olmaması gerektiği açık bir şekilde vurgulanmalıdır. Bu bağlamda ceza hukukunun sosyal anlamı dikkate alınmalı, failin dışı yansıyan boyutu günlük sosyal anlam şablonları

¹⁰⁰ Akbulut, Ceza Genel Hükümler, s. 292.

¹⁰¹ Gropp, § 2 Kn. 142; Akbulut, Ceza Genel Hükümler, s. 292, 293.

¹⁰² Gropp, § 2 Kn. 139, 140, 141.

bakımından değerlendirilmelidir. Belirttiğimiz husus bir ekle şu şekilde formüle edilebilir: “Failin sosyal bakımdan anlaşılabilir ve algılanabilir bir şekilde hukuki değerlerin geçerliliğini tanımadığını ortaya koyan hareket.”

Söz konusu görüş hareket kavramının sıkı bir şekilde suç tipi ile ilişkilendirmesi sebebi ile eleştirilmektedir.¹⁰³ Fakat kanaatimizce bu nokta hareketin ceza hukuku bakımından önemli davranışları önemli olmayan davranışlardan ayırma fonksiyonunu gereği gibi üstlenmesi gereğinin zorunlu bir sonucudur. Ceza hukukunun hukuki değerler üzerinden aksiyolojik olarak insan davranışlarını değerlendiren¹⁰⁴ ve günden güne kendine özgü olarak şekillenmesi itibarıyla normatif, hüküm verici bir mahiyete kavuşmakta olan dilini, bu kendi amaç ve ihtiyaçları doğrultusunda evrilme sürecinin bir parçası olarak görmek gerektiğini düşünmekteyiz.¹⁰⁵

Teori söz konusu hareketi gerçekleştirecek failin hukuki değerlerin anlamını günlük sosyal anlam şablonları bakımından bilebilmesini ve kendi iradesi ile onları ihlal edici mahiyette davranışlar sergileyebilmesini gerektirmektedir. Bu bakımdan söz konusu görüşün teleolojik ve normatif bağlamının halihazırdaki yapay zekâ teknolojilerinin fail olarak tanımlanmasını mümkün kılmayacağı aşıkardır.

SONUÇ

Ceza hukuku bakımından hareket öğretilerinin gelişimi dikkate alındığında hareketin değerden yoksun, natürel ve deterministik bağlamdan ayrılıp, modern psikoloji ve sosyolojinin etkisi altında aksiyolojik, teleolojik ve normatif bir anlam bağlamında tanımlanan bir kavrama evrildiği görülmektedir. Bu söz konusu gelişim sürecinin yönünü, hareket kavramının insanı ve insan davranışını esas alarak tanımlanması belirlemiştir. Elbette ki sosyal etik bir kökene sahip ceza normlarının muhatabının ancak hareketini iradi olarak ve sosyal etik bakımından ne anlama geldiğini bilerek gerçekleştirebilen insan olabileceği düşünüldüğünde söz konusu durum gayet anlaşılabilir olmaktadır.

¹⁰³ Roxin/Greco, , § 8 Kn. 48.

¹⁰⁴ Özgenç, , s. 176,177.

¹⁰⁵ Ceza hukukunun 19. yüzyıl pozitivizminin mekanik ve determinist dünya görüşünün ürettiği betimleyici dilden ayrılarak kendine özgü hüküm veren bir dile evrilme sürecinin başlangıcı olarak objektif isnadiyet teorisinin kabulü ve gelişimi mühim bir aşama teşkil etmektedir, Wachter, s. 47, 48 ; “betimleyen dille hüküm veren dil birbirinden ayırt edilmelidir” Stuckenberg, s. 87, 108; Çataklı, “Kişisel Haksızlık Öğretisini İkna Edici Kılan Suç Dogmatığı ve Norm Teorisine İlişkin Argümanlar”, s. 294; Hasan Çataklı, “Cezaya Değer Haksızlığın Tespitinde Parça Hareket Teorisi”, *TAAD*, (55), 2023, s. 23, 33, 34.

Sosyal etik bakımından ahlaki bir sorumluluk öznesi olabilmenin gerekliliklerinden biri de davranışlarını belirli bir gerçek veya ideal hedefe yöneltebilme yeteneğidir. Ahlaki sorumluluk bakımından sorumluluk öznesi olarak kabul edilebilmek için kişinin kendisinin bilinçli ve amaca yönelik hareket edebilen bir aktör olduğunun idrakinde olması yeterli değildir. Ahlaki bakımdan aynı zamanda diğer aktörlerin de aynı idrake sahip olarak hareket eden aktörler olarak kategorize edebilmesi gereklidir. Ahlaki bakımdan bu iki aşamalı yönelimsellik (*Intentionalität der zweiten Stufe*) de sorumluluk öznesi olarak değerlendirilmek için yeterli değildir. Aynı zamanda üçüncü bir aşama olarak diğerlerinin de kendisini bilinçli hareket eden bir aktör olarak kabul etmesi ve bu bağlamda diğerleri ile ahlaki açıdan bir iletişim kurmanın mümkün olması gereklidir.¹⁰⁶

Söz konusu bu düşünsel zeminde ortaya atılan hareket teorileri bağlamında, programlandığı amacı gerçekleştirmek hedefiyle en optimal sonuca ulaşmak için davranış algoritması temelinde deterministik olarak hareket eden yapay zekânın hali hazırda bulunduğu aşama itibarı ile ceza hukuku bakımından dikkate alınabilecek bir sorumluluk öznesi olarak değerlendirilmesi mümkün gözükmemektedir.¹⁰⁷ Dolayısıyla mevcut ceza hukuku bakımından yapay zekâ yazılımına sahip robotların da fail olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Yapay zekâ kullanımının söz konusu olduğu ceza hukukunu ilgilendiren somut olaylarda programının yazılımcısı ve üreticisinin ceza hukuku bakımından sorumluluk süjesi olarak değerlendirilmesi gerekecektir. Uzun vadeli bir projeksiyonda ise teknolojik gelişmenin nereye varacağı ve yapay zekâ teknolojisinin kuantum bilgisayarlar gibi çok yüksek işlem gücüne sahip sistemlerin kullanımı ile hangi seviyelere ulaşacağını kestirmek tam olarak mümkün değildir. Fakat yapay zekâyâ sahip sistemlerin henüz insana ait bir hususiyet olarak dahi tanımlamakta güçlük çektiğimiz bir bilince sahip olması ve kısmen de olsa programından bağımsız kendine ait bir irade geliştirmesi hali hazırdaki durum itibarı yakın ve orta vadede mümkün gözükmemektedir.¹⁰⁸ Bu sebeple isabetli olarak bilim kurgu literatürü içerisinde değerlendirilmeleri makuldür.¹⁰⁹

¹⁰⁶ Christian Neuhäuser, „Künstliche Intelligenz und ihr moralischer Standpunkt“, in: Eric Hilgendorf/Susanne Beck (edt.), *Robotik und Recht*, Nomos Verlag, 2012, (23), 28; Haagen, s. 89, 90.

¹⁰⁷ Krş. Haagen, s. 98 vd., Lohmann, s. 112.

¹⁰⁸ Hope, s. 26, 27

¹⁰⁹ Hope, s. 6; Lohmann, s. 130.

KAYNAKÇA

- Altuntaş F, *Hukukta Akıl Yürütme Yöntemi Olarak Kıyas*, On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Akbulut B, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, 2022.
- Akbulut B, “Yapay Zekâ ve Ceza Hukuku Sorumluluğu”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 27(4), 2023, s. 267.
- Artuk M E/Gökçen A/Alşahin M E/Çakır K, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. Baskı, Adalet Yayınevi, 2023.
- Bacaksız P/Sümer S Y, *Robotlar, Yapay Zeka ve Ceza Hukuku*, Adalet Yayınevi, 2021.
- Baş E, *Ceza Hukukunda Fail ve Mağdur*, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Buxmann P/Schmidt H, “Grundlagen der Künstlichen Intelligenz und des Maschinellen Lernens“, in: *Künstliche Intelligenz*, Peter Buxmann/Holger Schmidt (edt.), *Mit Algorithmen zum wirtschaftlichen Erfolg*, Springer Verlag, 2019.
- Çataklı H, “Kişisel Haksızlık Öğretisini İkna Edici Kılan Suç Dogmatığı ve Norm Teorisine İlişkin Argümanlar“, *EBYÜHFD*, 23(3–4), 2019, s. 279.
- Çataklı H, *Versuch im deutschen und türkischen Recht Eine Rechtsvergleichende Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der personalen Unrechtslehre und rechtshistorischen Perspektive*, Verlag Dr. Kovac, 2020.
- Çataklı H, „Cezaya Değer Haksızlığın Tespitinde Parça Hareket Teorisi“, *TAAD*, (55), 2023, s. 23.
- Doğan K, „Sürücüsüz Araçlar, Robotik Cerrahi, Endüstriyel Robotlar ve Cezai Sorumluluk“, *DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, 21(Özel S), 2019, s. 3219.
- Elmas Ç, *Yapay Zekâ Uygulamaları*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Ercan C, „Robotların Fiillerinden Doğan Hukuki Sorumluluk“, *TAAD*, (40), 2019, s. 19.
- Erdoğan I, *Yapay Zekâ ve Profillemeye Teknolojilerinin Ceza Muhakemesinde*

Kişisel Veri İşlenmesine Etkileri, Seçkin Yayıncılık, 2022.

Demirbaş T, *Kriminoloji*, 6. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2016.

Gropp W, *Strafrecht AT*, Springer Verlag, 2015.

Haagen C, *Verantwortung für Künstliche Intelligenz*, Nomos Verlag, 2021.

Hilgendorf E, „Können Roboter Schuldhaft handeln?“, in: (Edt. Susanne Beck), *Jenseits von Mensch und Maschine*, Nomos Verlag, 2012, s. 119

Hope F, Technische Grundlage, in: KI & Recht Kompakt Matthias Hartmann (Edt.), Springer, 2020.

Isfen O, *Schuldprinzip im Strafrecht*, Verlag C.H. Beck, 2008.

Jäger C, „İrade Özgürlüğü, Nedensellik ve Determinasyon Modern Nörolojik Araştırmalar Neticesinde Modern Kusur Ceza Hukuku'nun Sonu mu Geliyor?“, (Çev. Hasan Çatakli), Hukuk Köprüsü, Sayı:9 Nr: 9, Aralık 2015, s. 57.

Jescheck H/Weigend T, *Lehrbuch des Strafrechts*, 5. Baskı, Duncker&Humblot 1996.

Kangal Z T, *Yapay Zeka ve Ceza Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, 2021.

Kant I, *Kritik der praktischen Vernunft. Grundlegung zur Metaphysik der Sitten. Werksausgabe*, Cilt VII, Shurkamp, 2008.

Karsten G, *Künstliche Intelligenz- Rechte und Strafen für Roboter?*, Nomos, 2019.

Kaspar J, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Baskı, Nomos Verlag, 2023.

Kindhäuser U, *Strafrecht AT*, 7. Baskı, Nomos Verlag, 2015.

Koca M/Üzülmez İ, *Ceza Genel Hükümler*, 16. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2023.

Köroğlu Y, *Yapay Zeka'nın Teorik ve Pratik Sınırları*, Boğaziçi Üniversitesi Yayın Evi, 2017.

Köse U, Yapay „Zekâ Etiği Çerçevesinde Geleceğin İşletmeleri: Dönüşüm ve Paradigma Değişiklikleri“, *Mühendislik Bilimleri ve Tasarım Dergisi*, 8(5), 2020, s. 290.

Lackner K/Kühl K, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 28. Baskı, Verlag C.H. Beck,

2014.

Lampe E J, *Das Perspnale Unrecht*, Duncker & Humblot, 1967.

Lieselotte A, *Theorien in Entwicklungspsychologie*, Springer Verlag, 2014.

Locke J, *Versuch über den menschlichen Verstand*, Cilt 1, Meiner, 2006.

Lohmann, *Strafrecht im Zeitalter von künstlicher Intellegenz*, Nomos Verlag, 2021.

Meier B D, *Strafrechtliche Sanktionen*, 4. Baskı, Springer Verlag, 2015.

Momsen C/Niang A L/Philipp Bruckmann P/Laudien S, *Wirtschaftsstrafrecht*, Springer Verlag, 2023.

Neuhäuser C, “Künstliche Intelligenz und ihr moralischer Standpunkt“, in: Eric Hilgendorf/Susanne Beck (edt.), *Robotik und Recht*, Nomos Verlag, 2012, s. 23.

Pauen M/Welzer H, *Autonomie*, S. Fischer, 2015.

Pekmez Kelep T, „Otonom Araçların Kullanımından Doğan Cezai Sorumluluk: Türk Hukuku Bakımından Genel Bir Değerlendirme“, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, (2), 2018, s. 173.

Prinz W, “Der Mensch ist nicht Frei, Ein Gespräch“, in: Christian Geyer (edt.) *Hirnforschung und Willensfreiheit Zur Deutung der neuesten Experimente*, Shurkamp, 2004, s. 20.

Rost S H, *Handbuch Intellegenz*, Beltz, 2013.

Roxin C, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Cild: I, 4. Baskı, Verlag C.H. Beck, 2006.

Roxin C/Greco L, *Strafrecht AT*, Cilt 1, 5. Baskı, Verlag C.H. Beck, 2020.

Sarı O, “Yapay Zekanın Sebep Olduğu Zararlardan doğan Sorumluluk“, *TBBD*, (20), s. 252-312.

Schuur J, „Willensfreiheit, Roboter, Auswahlaxiom“, in: (Edt. Susanne Beck) *Jenseits von Mensch und Maschine*, Nomos Verlag, 2012, s. 43.

Seher G, Intelligente „Agenten als Personen im Strafrecht?“, in: (edt. Sabine Gleß/Kurt Seelman) *Intelligente Agenten und das Recht*, Nomos Verlag, 2016, s. 45.

- Stuckenberg C F, „Vorsatz, Unrechtsbewusstsein, Irrtumslehre“, in: Wolfgang, Frisch/Jakobs, Günther/Kubiciel, Michael/Pawlik, Michael/Stuckenberg, Carl- Friedrich (Edt.) *Lebendiges und Totes in der Verbrechenlehre Hans Welzels*, Mohr Sobeieck, 2015.
- Streng F, “Herausforderung des strafrechtlichen Schuldbegriffs durch die Hirnforschung?”, in: Leonidis Kotsalis, (edt.), *Willensfreiheit, Determinismus- İndetereminismus*, Verlag Athen, 2005, s. 61
- Özbek V Ö, *Ekonomi Ceza Hukuku Birinci Kitap: Genel Hükümler*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- Özgenç İ, *Ceza Genel Hükümler*, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Özekes M, „Peabody Resim Kelime Testi 3.01-3.12 Yaş Aralığı İzmir Bölgesi Standardizasyonu Çalışması“, *Ege Eğitim Dergisi* 2013 (14) 1, s. 90-107.
- Wachter M, *Das Unrecht der versuchten Tat*, Mohr Siebeck, 2015.
- Welzel H, “Kausalität und Handlung“, *ZStW*, 51, 1931, s. 703.
- Wessels J/ Beulke W, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 42. Baskı, C.F. Müller, 2012.

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

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVIII Nisan / April 2024 Sayı / No. 2

İDARİ YARGIDA OLAĞAN KANUN YOLLARINA GETİRİLEN
KANUNİ SINIRLAR VE KANUNİ SINIRLARIN ANAYASAYA
AYKIRILIĞI

LEGAL LIMITS INTRODUCED TO ORDINARY LEGAL REMEDIES IN
ADMINISTRATIVE JUDICIARY AND THE UNCONSTITUTIONALITY
OF LEGAL LIMITS

Zehra KARAKUŞ IŞIK* 

ÖZET

[-10.34246/ahbvuhfd.1437862](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1437862) 

İdari yargıda yüksek mahkemelerin iş yükünün azaltılması ve uyumsuzlukların daha kısa sürede nihai olarak çözümlenmesi amacıyla olağan kanun yollarına başvuru sınırlandırılmıştır. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda kanun yollarına başvuru dava konusu bakımından sınırlanırken diğer yandan dava konusu belli bir miktar tutarı aşmayan tam yargı davaları ve idari işlemler hakkında verilen kararlara karşı kanun yollarına başvurulamayacağı öngörülmüştür. Bu bağlamda çalışmada öncelikle idari yargılama usulünde kanun yollarına başvurulması bakımından 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu' nun getirdiği sınırlardan bahsedilecektir. Sonrasında bu konuda verilen Anayasa Mahkemesi kararları adil yargılanma hakkına uygunluğu bakımından incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Parasal Sınır, Mahkemeye Erişim Hakkı, Adil Yargılanma Hakkı, Kanuni Hâkim Güvencesi, Olağan Kanun Yolları.

* **Dr. Öğr Üyesi,** Ondokuz Mayıs Üniversitesi Ali Fuad Başgil Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı/SAMSUN, e- **posta:** zehra.karakus@omu.edu.tr, **ORCID:** 0000-0003-2637-4273, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1437862.

- **Atf Şekli/ Cite As:** Karakuş Işık Z, “İdari Yargıda Olağan Kanun Yollarına Getirilen Kanuni Sınırlar ve Kanuni Sınırların Anayasaya Aykırılığı”, *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28(2), 2024, s. 545-587.
- **İntihal / Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*



ABSTRACT

In the administrative judiciary, ordinary legal remedies are limited in order to reduce the workload of the higher courts and to resolve disputes in a shorter period of time. Administrative Jurisdiction Procedure Code No. 2577 limits the application for legal remedies in terms of the subject matter of the lawsuit, while on the other hand, it is stipulated that legal remedies cannot be applied against decisions rendered on full judicial cases and administrative actions whose subject matter does not exceed a certain amount. In this context, this study will firstly explain the limits imposed by Code No. 2577 in terms of the application of legal remedies in administrative proceedings. Subsequently the Constitutional Court decisions on this issue will be examined in terms of their compliance with the right to a fair trial

Keywords: *Moneray Limit, Right to Access to Court, Right to a Fair Trial, Principle of Natural Judge, Ordinary Legal Remedies.*

EXTENDED ABSTRACT

In administrative jurisdiction procedure, ordinary remedies are divided into two categories: Appellate and appeal. Administrative Jurisdiction Procedure Code No.2577 stipulates a monetary limit for the application of ordinary legal remedies. This limitation aims to reduce the workload of the courts and resolve disputes in a shorter period of time. In administrative jurisdiction procedure, the proceedings are, as a rule, three-tiered. However, some disputes are finalised without going to the appellate stage and some disputes are finalised without appeal.

The main criticism about the monetary limit for the application to ordinary legal remedies is that the law doesn't clearly and unambiguously regulate the date on which the monetary limit will be applied in the application to the legal remedy of appellate or appeal. Due to this uncertainty, as monetary limits increase at the revaluation rate, some courts base the decision date and some courts base the date of lawsuit on the application of monetary limits. Thus, it becomes possible for disputes with similar litigation matter to be subject to different legal remedies.

The closure of the appeal or appellate for some cases by setting a monetary limit and the limitation of the application to the legal remedies against the final decision by changing the monetary limit when the final decision is rendered in a dispute where the legal remedy as of the date of the lawsuit causes serious loss of rights. In this context, the Constitutional Court, which examined the allegations of unconstitutionality, decided with its decision dated 26.07.2023 to annul the provision in subparagraph (b) of the first paragraph of Article 46 of the Administrative Jurisdiction Procedure Code No. 2577, which stipulates a monetary limit for the application for appeal: “Tax actions, full remedy actions and actions filed about the administrative procedures that exceeds one hundred Turkish Liras.” Subsequently, with its decisions dated 26.10.2023, it decided to annul the provision “However, the decisions taken by administrative and tax courts about tax actions, full remedy actions and the actions

of annulment filed against administrative procedures that does not exceed five thousand Turkish Liras shall be final and no appellate request can be made against these decisions” in the second sentence of Article 45, which introduced a monetary limit for the appellate examination. It has further decided to annul the provision “The monetary limits stipulated in this Act shall be applied by increasing the monetary limits applied in the previous year in proportion to the re-valuation rate determined and announced every year by the Ministry of Finance pursuant to the provisions of the repeating Article 298 of the Tax Procedural Law no. 2013 for that year. The parts of the limitations determined in such way, not exceeding one thousand Turkish Liras, shall not be taken into account.” in the additional Article 1 regulating the revaluation rate of the monetary limits.

Further, the Constitutional Court postponed the entry into force of the aforementioned annulment decisions. However, with the postponement of the entry into force date of the annulment decisions, the legal regulations that are ruled to be contrary to the Constitution continue to be implemented. As a result, although it is aimed to reduce the workload of the council of state by limiting the appeal legal remedy against disputes not exceeding a certain monetary amount, it cannot be said that this limitation provides the expected benefit. In our opinion, application for legal remedies is directly related to fundamental rights and freedoms thus the date to be taken as basis in determining the decisions that can be appellate or appealed within the framework of the principle of legal certainty should be the date of the lawsuit.

GİRİŞ

İdari yargılama usulünde yargılama kural olarak üç derecelidir; ancak bazı uyuşmazlıklar kanun yoluna gitmeden, bazı uyuşmazlıklar ise temyiz yoluna gitmeden kesinleşmektedir. İdarenin yargısal denetimi ile idarenin hukuka aykırı işlemlerinin tespiti ve işlem veya eylemlerinden doğan zararların karşılanması amaçlanmaktadır. İlk derece yargılamasında verilen kararın istinaf aşamasına gitmeden kesinleşmesi kişilerin hak arama hürriyetini sınırlamaktadır. Diğer yandan, parasal sınır belirlenmesi suretiyle bazı davalara temyiz yolunun kapatılması ve dava açıldığı tarih itibarıyla kanun yolu açık olan uyuşmazlıkta, nihai kararın verildiği zaman parasal sınırın değişmesi ile nihai karara karşı kanun yoluna başvurulmasına izin verilmemesi ciddi hak kayıplarına sebep olmaktadır. Bu sebeple, kendisine yapılan Anayasa’ya aykırılık iddialarını inceleyen Anayasa Mahkemesi 26.07.2023 tarihli kararıyla temyiz incelemesi için parasal sınır getiren 2577 sayılı Kanun’un 46. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin ve 26.10.2023 tarihli kararlarıyla da istinaf incelemesi için parasal sınır getiren 45. maddenin

ikinci cümlesi ile parasal sınırların yeniden değerlendirme oranını düzenleyen ek 1. maddesinin iptaline karar vermiştir. Kararlarda kanun yoluna başvuru açısından hangi tarihteki parasal sınırın uygulanacağı hususunun açık ve net bir şekilde belirlenmesi gerektiği vurgulanmıştır. Ancak kararların yürürlük tarihinin ertelenmesi, hali hazırda devam etmekte olan davalarda Anayasa'ya aykırı bulunan hükmün nasıl uygulanacağı tartışmalarını beraberinde getirmiştir. Bu çalışmada öncelikle idari yargılama usulünde istinaf ve temyiz yoluna başvuruda 2577 sayılı Kanun'un getirdiği sınırlardan bahsedilecek ve kanun yollarına getirilen sınırlama Anayasa Mahkemesinin kararları çerçevesinde ve adil yargılanma hakkı açısından incelenecektir.

I. İDARİ YARGILAMA USULÜNDE OLAĞAN KANUN YOLLARINDA YAPILAN İNCELEMENİN KAPSAM VE SINIRLARI

İdari yargılama usulünde olağan kanun yolları “*istinaf*” ve “*temyiz*” olarak ikiye ayrılmaktadır.¹ İstinaf, “*iki dereceli bir yargılama ile ilgililere hukuki güvenlik sağlayan, maddi ve hukuki gerçekliğe ulaşma konusunda tarafları tatmin etmesi öngörülen bir kanun yolu*”² olarak tanımlanmaktadır. İstinafın bu tanımı aslında temyiz denetiminden farkını ortaya koyar. İstinaf mercii somut olay denetimini yaparken; temyiz kanun yolunda hukuk kurallarının doğru uygulanıp uygulanmadığı denetlenir. Bu bakımdan temyizde hukuk birliğini koruma düşüncesi daha baskındır.³ Bu kapsamda davanın maddi ve hukuksal yönlerden incelenmesiyle isabetli kararlar verilmesine ve adaletin sağlanmasına katkı sunulması amaçlanmıştır.⁴

Bir işe yeniden başlamak, bir işi yeniden ele almak anlamında kullanılan istinaf kelimesi⁵ kanun yolu anlamında “dar anlamda” ve “geniş

¹ Metin Günday, *İdari Yargılama Hukuku*, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Eylül, 2022, s. 495; Bahtiyar Akyılmaz/ Murat Sezginer/ Cemil Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, 7. Baskı, Savaş Yayınevi, 2022, s. 798; Ali Ulusoy, *İdari Yargılama Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayıncılık, 2022, s. 205; Gürsel Kaplan, *İdari Yargılama Usulü Hukuku*, 8. Baskı, Ekin Yayıncılık, 2022, s. 535; Onur Karahanoğulları, *İdari Yargı İdarenin Hukuka Zorlanması (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, Turhan Kitabevi, 2019, s. 711; Ramazan Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 799.

² Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 804.

³ Cenk Akil, *İstinaf Kavramı*, Yetkin Yayıncılık, 2010, s. 204. Bu konuda ayrıca bkz. Tolga Akkaya, *Medeni Usul Hukukunda İstinaf*, Yetkin Yayıncılık, 2009, s. 69-73.

⁴ Ali Akyıldız, “İstinafa İlkesel Bakmak”, *147. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu*, Ankara, 12 Mayıs, 2015, s. 19. Benzer açıklamalar için bkz. Akil, s. 205; Ulusoy, s. 205-206.

⁵ Hakan Pekcanitez/ Oğuz Atalay/ Muhammet Özeker, *Medeni Usul Hukuku*, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, 2011, s. 591. İstinafın kelime anlamı için bkz. Muhammet Özeker, *Pekcanitez*

anlamda” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.⁶ Dar anlamda istinafta yeniden yargılama yapılmamakta sadece maddi vakıalar ile sınırlı olarak uyuşmazlık incelenmektedir. Geniş anlamda istinafta ise ilk derece yargılaması aşamasında yapılan her türlü usul işlemi bir kez daha yapılarak adeta yargılama yeniden yapılmaktadır.⁷ 2577 sayılı Kanun’da istinafin düzenleme şekline ve mahkeme uygulamalarına bakıldığında, sadece maddi vakıalar ile sınırlı olarak uyuşmazlığın incelenmesi anlamına gelen dar anlamda istinaf sisteminin kabul edildiği anlaşılmaktadır.⁸ Zira kanunda ilk derece yargılama aşamasında yapılan işlemlerin aynen tekrar edileceğine dair bir düzenleme olmaması⁹ istinaf incelemesinin olağan sınırları olarak kabul görmüştür.

2577 sayılı Kanun’un 45. maddesinin 3.¹⁰, 4.¹¹ ve 5.¹² fıkraları incelendiğinde kanun koyucunun istinaf aşamasında ilk derece mahkemesi kararının; “görev ve yetki dışındaki bir davaya bakılmış olup olmadığı”, “ilk inceleme konularından biri yönünden bir aykırılık bulunup bulunmadığı” ve

Usul Medeni Usul Hukuku, (Edt: Hakan Pekcantez/ Muhammet Özkes/ Mine Akkan/ Hülya Taş Korkmaz), C. III, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 2202; Ramazan Arslan/ Ejder Yılmaz/ Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, *Medeni Usul Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, 2020, s. 604; Kaplan, s. 535.

⁶ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 604; Akkaya, s. 96-102; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 798; Kaplan, s. 536-537. Bu konuda ayrıca bkz. Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku*, C. II, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, Yetkin Yayıncılık, 2022, s. 42-43.

⁷ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 798-799. İstinaf türleri hakkında ayrıntılı bilgi için Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 604-606; Akkaya, s. 96-102; Akil, s. 44-45. Ayrıca bkz. Serkan Çınarlı, *İdari Yargılama Hukukunda İstinaf ve Bölge İdare Mahkemeleri*, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2020, s. 56.

⁸ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 799.

⁹ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 799.

¹⁰ “Bölge idare mahkemesi, yaptığı inceleme sonunda ilk derece mahkemesi kararını hukuka uygun bulursa istinaf başvurusunun reddine karar verir. Karardaki maddi yanlışlıkların düzeltilmesi mümkün ise gerekli düzeltmeyi yaparak aynı kararı verir.”

¹¹ “Bölge idare mahkemesi, ilk derece mahkemesi kararını hukuka uygun bulmadığı takdirde istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar verir. Bu hâlde bölge idare mahkemesi için esas hakkında yeniden bir karar verir. İnceleme sırasında ihtiyaç duyulması hâlinde kararı veren mahkeme veya başka bir yer idare ya da vergi mahkemesi istinabe olunabilir. İstinabe olunan mahkeme gerekli işlemleri öncelikle ve ivedilikle yerine getirir.”

¹² “Bölge idare mahkemesi, ilk inceleme üzerine verilen kararlara karşı yapılan istinaf başvurusunu haklı bulduğu, davaya görevsiz veya yetkisiz mahkeme yahut reddedilmiş veya yasaklanmış hâkim tarafından bakılmış olması hâllerinde, istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar vererek dosyayı ilgili mahkemeye gönderir. Bölge idare mahkemesinin bu fıkra uyarınca verilen kararları kesindir.”

“kararın hukuka uygun olup olmadığı” yönlerinden incelenmesi¹³ yönleriyle sınırladığı görülmektedir.

Danıştay, temyiz incelemesine konu olan kararın sonucunu hukuka uygun bulmakla birlikte mahkemenin gösterdiği gerekçeyi doğru bulmadığında veya eksik bulduğunda kararın gerekçesini değiştirerek (md. 49/1/a) onamaktadır. Bu kapsamda, “istinaf mahkemelerinin de ilk derece mahkemesinin gerekçesini değiştirerek onaması mümkün müdür?” sorusu akla gelebilir. Bu soruya Danıştay 4. Dairesinin kararından yola çıkarak olumlu yanıt verilmesi mümkündür. Zira şirketin vergi borçlarının tahsilini güvence altına almak amacıyla banka hesabına uygulanan ihtiyati haczin kaldırılması talebiyle açılan bir davada; vergi incelemesi sonuçlanıp tarhiyat yapıldıktan sonra ihtiyati haciz uygulanamayacağından, dava konusu işlemin iptaline karar veren ilk derece mahkemesinin kararı bölge idare mahkemesi tarafından gerekçesi değiştirilerek onanmıştır.¹⁴ İdari yargıda içtihat farklılıklarının bulunması hukuki güvenlik ve belirlilik ilkeleri ile doğrudan ilgilidir. Temyiz mercii olarak uyuşmazlıkları kesin olarak çözümleyen Danıştay’ın, nasıl ki içtihat farklılıklarını ortadan kaldırması bekleniyor ise iki dereceli bir yargılama sürecinde kararları kesin olan bölge idare mahkemelerinin idare ve vergi mahkemeleri arasındaki içtihat farklılıklarını gidermesi yaklaşımının da benimsenmesi mümkündür. Ancak 2577 sayılı Kanun’da bölge idare mahkemesinin ilk derece mahkemesinin kararında maddi yanlışlıklarla sınırlı olarak düzeltme yapıp aynı kapsamda karar verebileceğinin (md. 45/3) düzenlendiği düşünüldüğünde bölge idare mahkemesinin, ilk derece mahkemesi kararının gerekçesinin değiştirerek aynen onayabileceği yaklaşımı kabul görmeyebilir.

2577 sayılı Kanun’un 46. maddesinin beşinci fıkrasına göre bölge idare mahkemesi, ilk inceleme üzerine verilen kararlara karşı yapılan istinaf başvurusunu haklı bulduğu, davaya görevsiz veya yetkisiz mahkeme yahut reddedilmiş veya yasaklanmış hâkim tarafından bakılmış olması hâllerinde, istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar vererek dosyayı ilgili mahkemeye göndermektedir. Bu sayılan hallerle

¹³ Ayrıca Günday 2577 sayılı Kanun’da açıkça yer almıyor olsa da istinaf merciinin, usul kurallarının uygulanmasında ilk derece mahkemesinin kararını etkileyebilecek şekilde hata yapıp yapılmadığını da inceleyebileceğini ifade etmektedir. (Günday, 2022, s. 506).

¹⁴ Danıştay 4. D. 31.01.2023, E. 2020/1676, K. 2023/425, Lexpera, Erişim Tarihi 3 Kasım 2023. Ancak bu karara yazılan karşı görüşte, “*istinaf temyiz şekil ve usullerine tabidir*” (2577 md. 45/2) hükmünün bölge idare mahkemesine, ilk derece mahkemesinin kararının gerekçesini değiştirerek onama yetkisi vermediği ifade edilmektedir.

ilgili olarak herhangi bir sorun olmadığı takdirde bölge idare mahkemesi, ilk derece mahkemesi kararını hukukilik yönünden incelemektedir. Bu aşamada asıl sorun ilk derece mahkemesinin kararının hukuka aykırı olup olmadığı yönünden yapılan incelemede ortaya çıkmaktadır.

Bölge idare mahkemeleri istinaf denetimi yapmanın yanında uyuşmazlığın esası hakkında da hüküm vererek iki temel işlevi yerine getirmektedir.¹⁵ Kararın hukuka uygun olmadığı hallerde istinaf mahkemeleri, ilk derece mahkemesi kararını kaldırıp işin esası hakkında yeniden bir karar verdiğinde dar istinaf modeli çerçevesinde tekrarına gerek olmayan işlemleri yeniden yapmayacak, ilk derece mahkemesinin yanlış veya eksik yaptığı hususlarla sınırlı olarak denetim yapacaktır.¹⁶ Bu halde kamu düzenine ilişkin olanlar ve ilk derece yargılaması tamamlandıktan sonra ortaya çıkan hususlar haricinde ilk derece yargılaması aşamasında ileri sürülmeyen taleplerin, delillerin, maddi vakıaların ve hukuki sebeplerin ileri sürülemeyeceği kabul edilmektedir. Bu görüş davanın değişmezliği ve istinafın ikinci derece yargılama olması hususlarıyla gerekçelendirilmektedir.¹⁷

Her ne kadar dar anlamda istinaf modeli çerçevesinde yeniden yargılama yapılmıyor olsa da¹⁸ bölge idare mahkemesi; dava konusu uyuşmazlıkla ilgili ilk derece mahkemesinin, maddi vakıaları saptamasında ve maddi vakıaların hukuki nitelendirmesinde hataya düşüp düşmediğini, davaya yol açan uyuşmazlığın çözümüne yanlış hukuk kuralını uygulayıp uygulamadığını veya seçtiği hukuk kuralının doğru olmakla birlikte yanlış yorumlayıp yorumlamadığını inceleme konusu yapabilmektedir.¹⁹

Burada haklı olarak kanun yolları aşamasında re'sen araştırma yetkisinin bulunup bulunmadığının ve sınırlarının irdelenmesi gerekir. 2577 sayılı Kanun'un 20. maddesinin birinci fıkrasında yer alan: "*Danıştay, bölge idare mahkemeleri ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her türlü incelemeyi kendiliğinden yapar. Mahkemeler belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler.*" şeklindeki hüküm uyarınca istinaf ve temyiz incelemesi aşamalarında yargı organları re'sen araştırma

¹⁵ Kaplan, s. 536.

¹⁶ Kaplan, s. 536-537.

¹⁷ Kaplan, s. 536.

¹⁸ Kaplan, s. 537; Akylmaz/Sezginer/Kaya, s. 798-799.

¹⁹ Günday, 2022, s. 507.

yetkisini kullanabilirler.

İstinaf aşamasında ilk incelemesi tamamlanmış davalar incelenirken ilk derece mahkemesinin, bilirkişi ve keşif incelemesi yapılması gerektiği durumlarda bu incelemeler yapılmamış ise dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi gerektiği ancak bilgi veya belge eksikliği bulunuyor ise bu eksikliklerin istinaf aşamasında tamamlanabileceği ifade edilir. Bu noktada doktrinde, istinaf incelemesinin ilk derece mahkemesinin yargılama yetkisinin yerini alamayacağından hareketle temel araştırma eksikliklerinin olması halinde dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi gerektiği vurgulanır.²⁰

Bölge idare mahkemeleri hukuka aykırı bulduğu kararı kaldırmakla birlikte uyuşmazlığın esası hakkında karar verdiği durumlarda²¹ temyiz incelemesinde Danıştay kural olarak kararı bozmakla birlikte dosyayı yeniden karar vermek üzere mahkemeye gönderir. Ancak 2577 sayılı Kanun 20/A/2/i ve 20/B/1/h maddeleri uyarınca²² ivedi yargılama usulünde ve merkezi ve ortak sınavlara ilişkin yargılama usulünde Danıştay da bölge idare mahkemeleri gibi uyuşmazlığın esası hakkında karar verir.²³

Diğeryandan 2577 sayılı Kanun'un 49. maddesinin ikinci fıkrasında temyiz incelemesi yapan Danıştayın "görev ve yetki dışında bir işe bakılmış olması", "hukuka aykırı karar verilmesi" ve "usul hükümlerinin uygulanmasında kararı etkileyebilecek nitelikte hata veya eksikliklerin bulunması"²⁴ sebeplerinden

²⁰ Karahanoğulları, s. 716. Bu kapsamda bölge idare mahkemesinin, "uyuşmazlığın tüm hukuksal nitelendirilmesinin değiştirilmesi ve yeni nitelermeye uygun yeni bir inceleme başlatılması gereken durumlarda; işlemin yetki ve biçim ögesindeki dış hukuka aykırılıktan neden, konu ve amaç ögelerindeki iç hukuka aykırılığın araştırılmasına geçilmesi gereken durumlarda; araştırılma açılmasına hiç geçilmemiş kararların kaldırılmasında ya da temel araştırma eksikliklerinde" dosyayı yeniden yargılama yapılması için ilk derece mahkemesine göndermesi kanaatindedir. (Karahanoğulları, s. 716).

²¹ "Bölge idare mahkemesi, ilk derece mahkemesi kararını hukuka uygun bulmadığı takdirde istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar verir. Bu hâlde bölge idare mahkemesi işin esası hakkında yeniden bir karar verir." (2577 sayılı Kanun md. 45/4).

²² "Danıştay evrak üzerinde yaptığı inceleme sonunda, maddi vakalar hakkında edinilen bilgiyi yeterli görürse veya temyiz sadece hukuki noktalara ilişkin ise yahut temyiz olunan karardaki maddi yanlışlıkların düzeltilmesi mümkün ise işin esası hakkında karar verir. Aksi hâlde gerekli inceleme ve tahkikatı kendisi yaparak esas hakkında yeniden karar verir. Ancak, ilk inceleme üzerine verilen kararlara karşı yapılan temyizi haklı bulunduğu hâllerde kararı bozmakla birlikte dosyayı geri gönderir. Temyiz üzerine verilen kararlar kesindir."

²³ Kaplan, s. 551.

²⁴ Çağlayan bu bozma sebebini, "dosyanın tekemmülünde usulsüzlük", "duruşma kurallarında

dolayı incelediği kararı bozabileceği düzenlenmiştir.

2575 sayılı Kanun'un 23. maddesinde yer alan: “*Danıştayın temyiz mercii olarak görevi, bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması şeklinde ortaya çıkan hukuka aykırılıkların denetimini yapmakla sınırlıdır.*” hüküm ile temyiz hukuku sınırları belirginleşmiştir.²⁵ Bu hükümle birlikte hukuka aykırılık denetimi yaparken temyiz mercisinin yetkilerine işaret edilmiştir. Danıştay, mahkemenin dava konusu uyuşmazlığı doğru belirleyip belirlemediğini, yargılama usulüne ilişkin kuralların dava konusu olaya doğru uygulanıp uygulanmadığını ve uyuşmazlığa uygulanacak mevzuat hükmünün tespitinde hata olup olmadığını inceler.²⁶ Bu bağlamda 2577 sayılı Kanun'un 50. maddesi uyarınca Danıştay, kararın hukuka aykırı olduğu kanaatinde ise dosyayı bozup ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verdiğinde mahkemenin bu karara uyması halinde nihai kararın temyiz incelemesini bozma kararına uygunlukla sınırlı yapar.

2577 sayılı Kanun'un 49. maddesinde yer alan bozma sebepleri dikkate alındığında hukuka uygunluk incelemesinin sınırlarının belirgin olmadığı görülür. Bu haliyle maddi vakianın veya hukuki uyuşmazlığın tespitinde hata olabildiği gibi delillerin hukuki nitelendirilmesinde de hata yapılması mümkündür.

Öte yandan 2016 yılında 2575 sayılı Kanun'un 23. maddesine eklenen hükümden sonra Danıştay temyiz mercii olarak bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması şeklinde ortaya çıkan hukuka aykırılıkları denetlemekte ve uyuşmazlık konusu maddi vakıa²⁷ ile ilgili olarak

usulsüzlük”, “toplanma ve karar alma kurallarında usulsüzlük”, “kararda bulunması gereken hususlarda usulsüzlük” şeklinde kategorize etmiştir. (Ramazan Çağlayan, İdari Yargı Kararlarına Karşı Başvuru Yolları (Fransa- Türkiye Mukayeseli Bir Deneme), Seçkin Yayınevi, 2017, s. 400-406).

²⁵ Benzer bir hüküm 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 288. maddesinde: “*Temyiz, ancak hükmün hukuka aykırı olması nedenine dayanır. Bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması hukuka aykırılıktır.*” şeklinde yer almaktadır.

²⁶ Karahanoğulları, s. 722.

²⁷ Olayın özü temyiz incelemesinde vakıa incelemesinin yapılıp yapılmayacağına ilişkindir. Doktrinde bu konuda benzer kavramlar kullanılmakla birlikte davaya konu vakıa bir olay olabileceği gibi durum veya hal şeklinde de dış dünyaya yansiyabilir. (Burhan Gürdoğan, “Temyiz Mahkemesinin Kontrolü Bakımından: Vakıa ve Hukuk”, *AÜSBFD*, 11, 1956, s. 260, <<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/37778>>, Erişim Tarihi 3 Kasım 2023). Doktrinde ayrıca: “*Bir fiilin, eylemin yapılması şeklinde olumlu (müspet) bir vakıa söz konusu olabileceği gibi yapılmaması, ihmal edilmesi şeklinde olumsuz (menfi) bir vakıada olabilir. Aynı şekilde, geçmişte olmuş, sonuçlarını doğurmuş bir vakıa olabileceği gibi süregelen,*

hukuka aykırılık iddialarını temyiz aşamasında dikkate almamaktadır.²⁸

Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için öncelikle yargılama süreci aşamalarının açıklığa kavuşturulması gerekir. Yargılama sürecinde hâkim davaya konu vakıanın incelemesini ve tespitini yaptıktan sonra uyuşmazlığa uygulanacak hukuk kuralını tespit eder. Bir sonraki aşamada dava konusu uyuşmazlık kapsamında tespit edilen somut vakıa ile hukuk kuralında yer verilen soyut vakıanın karşılaştırılmasını yapar ve nihayetinde hâkim vicdani kanaatine göre hüküm verir.²⁹ Hukuki uyuşmazlığın çözümlenebilmesi için vakıanın doğru tespit edilebilmesi gerektiğinden³⁰ temyiz aşamasında da dava konusu uyuşmazlığa ilişkin vakıanın incelenip incelenemeyeceği tartışılmaktadır. Ulusoy, maddi olayın varlığında veya değerlendirilmesinde hataya düşülmesi hallerinde mahkemenin vermiş olduğu karar hukuka uygun olmayacağından maddi olayın doğruluğunun araştırılması ile hukukilik denetiminin arasında ayrılmaz bir ilişki olduğunu ileri sürmektedir.³¹ Akyılmaz, vakıaların (olgu veya olay) ortaya çıkarılmasında hukuk kurallarının bir rolü bulunmadığını ifade etmektedir.³² Ancak yine de yazar, temyiz incelemesinde de vakıanın tespiti ile hükmün nitelendirilmesinin birleştiği durumlarda Danıştayın vakıa incelemesi de yapabileceğini ifade etmektedir.³³ Gürdoğan, hakimın vakıayı belirlerken kanunu ihlal etmiş olması, tespitin dosya içeriği ile çelişmesi ve maddi olarak tespiti mümkün olmayan bir konuya ilişkin olması hallerinde temyiz incelemesinde vakıaların da incelenebileceğini ileri sürmektedir.³⁴

Kanaatimizce vakıanın var ya da yok olduğu konusunda her ne kadar hukuk kurallarının bir etkisi olmasa da var olan maddi olayın veya olgunun

etkisi devam etmekte olan bir vakıa da söz konusu olabilir. Hatta kişilerin iç dünyasına ait vakıalar (kasıt, ihmal gibi) da söz konusu” olabileceği ifade edilmektedir. Akyılmaz/Kaya/Sezginer, s. 824.

²⁸ Akyılmaz/Kaya/Sezginer, s. 815; Baki Kuru, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, Yetkin Yayıncılık, 2019, s. 493. Bu konuda ayrıca bkz. Çağlayan, 2017, s. 345.

²⁹ Akyılmaz, 2017, s. 158-162.

³⁰ E. Ernest Hirsch, *Pratik Hukukta Metot*, 7. Tıpkı Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2012, s. 7; Akyılmaz/Sezginer/ Kaya, s. 823.

³¹ Ulusoy, s. 225-226.

³² Akyılmaz, 2017, s. 159; Gürdoğan, s. 263. Ayrıca bu yönde Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 823-824.

³³ Akyılmaz, 2017, s. 162.

³⁴ Gürdoğan, s. 275-279.

nitelendirilmesinde hukuk kuralları yanlış yorumlanmış olabilir. Dolayısıyla hukukun ilgi alanına girmeyen vakıanın dava konusu edilebileceği düşünülmemeyeceğinden idari yargılama usulünde vakıa incelemesi ve hukuki incelemenin birbirinden kesin sınırlar ile ayrılabilceğini savunmak güç gözükmektedir.

Anayasa Mahkemesi, “...hükümün denetlenmesini talep etme hakkına ilişkin kanuni düzenlemelerde bu denetimin sadece hukuk kurallarının doğru uygulanıp uygulanmadığı hususuyla mı sınırlı olacağı yoksa bunun yanında maddi olguların değerlendirilmesini kapsayıp kapsamayacağı” hususunun kanun koyucunun takdir yetkisinde olduğunu kabul etmektedir. Bu bakımdan Anayasa Mahkemesi, temyiz merciinin hukuk kuralının doğru uygulanıp uygulanmadığı ile sınırlı bir denetimi anayasal yükümlülüğün yerine getirilmesi bakımından yeterli gördüğünü ifade etmek gerekir.³⁵ Bu anlayışın aksinin de savunulması mümkündür. Danıştayın bir kararının karşı oy gerekçesinde, idari işlemlerin hukuka uygunluk denetiminin maddi olayı da kapsadığı vurgulanmış ve dava konusu idari işlemlerin dayandığı olaydan soyutlanmış olarak yargılamaya konu edilemeyeceği ve birçok idari uyuşmazlıkta maddi olayla hukuki olay arasında bir ayırım yapılmasının mümkün olmadığı açıkça ifade edilmiştir.³⁶ Doktrinde 2575 sayılı Kanun’un 23. maddesi kapsamında Danıştayın, ilk derece mahkemesi tarafından belirlenen vakıanın gerçeğe uygun olup olmadığını denetleyemeyeceği ileri sürülürken³⁷ aksi görüşte olan yazarlar, Danıştayın olayın maddi yönüne ilişkin ek araştırma yapabileceği³⁸ ve dava konusu olayın nitelendirilmesinde belirgin bir şekilde hata yapılmış ise bozma kararı verebileceğini de ifade ederler.³⁹

Nihayetinde, 2575 sayılı Kanun’un 23. maddesi kapsamında yapılan değişiklik irdelendiğinde kanun koyucunun niyetini açıkça ortaya koyduğunu

³⁵ AYM 27.12.2018, E. 2018/71, K. 2018/118 § 16, RG 15.02.2019-30687; AYM 16.02.2023, E. 2022/135, K. 2023/30, § 19, RG 05.04.2023-32154.

³⁶ Danıştay 4. D. 31.01.2023, E. 2020/1676, K. 2023/425; Danıştay 3. D. 27.10.2021, E. 2018/809, K. 2021/4751, Lexpera, Erişim Tarihi 1 Kasım 2023, Karşı Oy Gerekeşi. Maddi mesele-hukuki mesele ayırımı kabul eden ve eleştiren görüşler hakkında bkz. Akil, s. 205-213.

³⁷ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 815; Kaplan, s. 550.

³⁸ Karahanoğulları, s. 721-722.

³⁹ Çağlayan, 2017, s. 397. Bu konudaki açıklamalar için ayrıca bkz. Murat Sezginer, “İdari Yargıda İstinaf İncelemesinin Esasları ile İstinaf Uygulamasında İçtihat Ayrılıkları Sorunu ve Çözüm Yolları”, *Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu 150. Yıl*, 10-11 Mayıs Ankara, 2018, s. 115-121.

ifade edebiliriz. Ancak ilk derece mahkemesinin dava konusu maddi olaya ilişkin tespit veya değerlendirme hatası yaptığı durumlarda 2577 sayılı Kanun'un 20. maddesinde yargı merciiilerine verilen re'sen araştırma yetkisi kapsamında temyiz merciinin de maddi olayı inceleyebileceği kanaatindeyiz.⁴⁰

II. OLAĞAN KANUN YOLLARINDA BELİRLENEN PARASAL SINIRLARIN ADİL YARGILANMA HAKKI BAKIMINDAN İNCELENMESİ

Parasal sınırların ne zaman geçerli olacağına göre kanun yollarına başvurulup başvurulamayacağı veya hangi kanun yoluna başvurulması gerektiği tespit edileceğinden parasal sınırlar idari yargıda görevli kanun yolu merciiini işaret eder.⁴¹ Bu bakımdan idari yargıda parasal sınırların, kamu düzenine ilişkin olduğu da kabul edilir⁴² ve davanın her aşamasında idari yargı yerlerince re'sen dikkate alınır.

2577 sayılı Kanun'un 45. maddesinin birinci fıkrasında ilk derece mahkemesince verilen konusu belli bir tutarın altında olan uyuşmazlıkların istinaf yoluna gitmeden kesinleşeceği, anılan Kanun'un 46. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde de yine kanun koyucu tarafından belirlenen parasal tutarın altında kalan bazı uyuşmazlıklara karşı temyiz kanun yolunun kapalı olduğu düzenlenmiştir. İdari yargılama usulünde kanun yollarına getirilen parasal sınırların bireylerin kanun yoluna başvurma hakkını sınırlandırdığından uyuşmazlık konusunun, miktar üzerinden değerlendirip kanun yolu incelemesinden muaf tutulması yaklaşımının adil yargılanma hakkı çerçevesinde incelenmesi gerekir.

Anayasa'nın "hak arama hürriyeti" kenar başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrasında: "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil*

⁴⁰ Karahanoğulları da temyiz merciinin re'sen araştırma yetkisine sahip olduğunu ve bu kapsamda maddi verilerle ilgili araştırma yapılabileceğini ifade etmektedir (Karahanoğulları, s. 721-723).

⁴¹ Yasin Söyler/Muhammet Yılmaz, "Temyiz Kanun Yolunda Uygulanan Parasal Sınırın Her Yıl Artırılmasının Görülmekte Olan İdari Davalara Etkisi", *SÜHFD*, 29 (3), 2021, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1802937>>, Erişim Tarihi 15 Kasım 2023, s. 2136.

⁴² Söyler/Yılmaz, s. 2136. İlgili karar için bkz. Danıştay 3. D. 05.03.2019, E. 2019/808, K. 2019/1570 (Aktaran: Söyler/Yılmaz, s. 2136). Yargıtay'da benzer şekilde kesinlik sınırının kamu düzenine ilişkin olduğunu ifade etmektedir (Yargıtay 11. H.D. 09.01.2017, E. 2016/108, K. 2017/108, Aktaran: Baki Kuru/Burak Avcı, *Medeni Usul Hukuku*, El Kitabı, C. II, Yetkin Yayınevi, 2022, s. 1341, 48 nolu dipnot).

yargılanma hakkına sahiptir” hükmü yer almaktadır. Hak arama hürriyeti kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı ile yakından ilgili olduğundan bu hakkın teminini sağlamak amacıyla kanun koyucu tarafından çeşitli hukuki yollar öngörülmüştür. Anayasa’nın 74. maddesinde⁴³ bir hak arama yolu olarak dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma haklarına yer verilmiş olsa da⁴⁴ hakların korunmasının en etkin ve güvenceli yolu yargı merciileri önünde hak arama hürriyetine sahip olabilmektir.⁴⁵

Kişilerin kanun yollarına başvurma hakkı genel olarak mahkemeye erişim hakkı ve hak arama hürriyeti kapsamında değerlendirilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (AİHS) 6. maddesinin birinci fıkrasında, mahkemeye erişim hakkı ile ilgili olarak bir ibare bulunmuyorsa da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), bu hakkı adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak kabul etmektedir.⁴⁶ AİHM, iç hukuk sisteminde üst dereceli mahkemelerin varlığı halinde kanun yoluna başvurma hakkını mahkemeye erişim hakkı içinde incelerken⁴⁷ istinaf veya temyiz yoluna başvurabilmeyi AİHS’nin 6. maddesi kapsamında zorunlu hukuki bir güvence olarak kabul etmemektedir.⁴⁸ Ancak AİHM, iç hukukta istinaf veya temyiz gibi kanun yolları bulunmasına rağmen bu başvuru yollarının kapatılmasını mahkemeye başvurma hakkı kapsamında inceleyerek ihlal kararı verebilmektedir.⁴⁹ Bu kapsamda yapılan incelemede kanun yollarına başvuru hakkına getirilen sınırlamanın, meşru bir amaca hizmet edip etmediğine veya mahkemeye başvurma hakkının özüne

⁴³ “Vatandaşlar ve karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye’de ikamet eden yabancılar kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahiptir. Kendileriyle ilgili başvuruların sonucu gecikmeksizin, dilekçe sahiplerine yazılı olarak bildirilir. Herkes, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkına sahiptir.” (md. 74/1/2/3).

⁴⁴ AYM 27.12.2018, E. 2018/71, K. 2018/118, & 6, RG 15.02.2019-30687.

⁴⁵ AYM 27.12.2018, E. 2018/71, K. 2018/118, & 7, RG 15.02.2019-30687.

⁴⁶ Sezin Aktepe Artık, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı*, Seçkin Yayınevi, 2014, s.75. Hak arama özgürlüğü ile adil yargılanma hakkı ilişkisine ilişkin AİHM kararı için bkz. Sibel İnceoğlu, *İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı (Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler)*, 4. Baskı, Beta Yayıncılık, 2013, s. 115-116.

⁴⁷ Aktepe Artık, s. 80 (İlgili karar: AİHM Sommerfeld V. Germany 08.07.2003, 31871/96, <<https://hudoc.echr.coe.int/tur#>>, Erişim Tarihi 8 Kasım 2023).

⁴⁸ İnceoğlu, s. 117. (İlgili Karar İçin Bkz. AİHM Sommerfeld V. Germany 08.07.2003, 31871/96, <<https://hudoc.echr.coe.int/tur#>>, Erişim Tarihi 8 Kasım.2023).

⁴⁹ İnceoğlu, s. 117.

zarar verip vermediğine ve ayrıca sınırlamayla ulaşılmak istenilen amaç ile kullanılan araç arasında makul bir orantılılık ilişkisi bulunup bulunmadığına bakılmaktadır.⁵⁰ Dolayısıyla iki dereceli veya üç dereceli yargılamanın öngörüldüğü hukuk sistemlerinde, bazı dava türleri bakımından kanun yolu kapatılmış ise AİHM'nin, somut olayın özelliklerinden hareketle adil yargılanma hakkının ihlali yönünde karar verebileceği anlaşılmaktadır.

Üst mahkemeye erişim hakkına iç hukukta doğrudan bir hükümde işaret edilmemiş ancak bu hak, hak arama özgürlüğü ile ilişkilendirilmiştir.⁵¹ Anayasa Mahkemesi hak arama hürriyetinin, hakkaniyete uygun yargılama yapılmasını amaçlayan adil yargılanma hakkını da içeren geniş kapsamlı bir düzenleme olduğunu ifade etmektedir.⁵² Mahkeme, dava açan kişilerin mahkemelerce verilen hükmün bir başka yargı mercii tarafından denetlenmesini talep etme hakkını hak arama özgürlüğü kapsamında değerlendirmekte⁵³ ancak hükmün denetlenmesi hakkını mutlak bir hak olarak kabul etmemekte ve kanun koyucunun Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ölçütlere uymak koşuluyla sınırlama yapabileceğini kabul etmektedir.⁵⁴

Bu çerçevede çalışmamızın konumuz itibarıyla hak arama hürriyetinin, mahkeme tarafından verilen hükmün bir başka yargı mercii tarafından denetlenmesini talep etme hakkını içerip içermediğinin Anayasa Mahkemesi'nin içtihatları çerçevesinde netleştirilmesi gerekmektedir.

A. Tek Hakimli Davalarda Öngörülen Parasal Sınır ve Tek Dereceli Yargılama

İdari yargılama usulünde esas olan idarenin işlem ve eylemlerinin etkin

⁵⁰ İnceoğlu, s. 117-118.

⁵¹ Aktepe Artık, s. 79. Bu konudaki açıklamalar için ayrıca bkz. Hilal Yıldız, "Mahkemeye Erişim Hakkı Kapsamında İdari Yargıda Parasal Sınırların Değerlendirilmesi", *TBB D*, 2023, (168), <<https://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2023-168-2142>>, Erişim Tarihi 13 Şubat 2024, s. 205-207.

⁵² AYM 27.12.2018, E. 2018/71, K. 2018/118, & 5, RG 15.02.2019-30687. Bu konuda açıklamalar için bkz. Gökhan Çayan, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mahkemeye Erişim Hakkı", *TADD*, Y. 7, S. 28, Ekim 2016, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/981932>>, Erişim Tarihi 3 Kasım 2023, s. 236-240; F. Ebru Gündüz/ Hakan Gündüz, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hükmün Denetlenmesini Talep Etme Hakkı", *TAAD*, 13(49), Ocak 2022, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/2183682>>, Erişim Tarihi 3 Kasım 2023, s. 15-17.

⁵³ AYM 27.12.2018, E. 2018/71, K. 2018/118, §10, RG 15.02.2018-30687; AYM 01.10.2020, E. 2020/21, K.2020/53, § 15, RG 17.11.2020-31307. Doktrindeki benzer açıklamalar için bkz. Akil, s. 225.

⁵⁴ AYM 27.12.2018, E. 2018/71, K. 2018/118, &17, RG 15.02.2019-30687.

bir şekilde denetlenmesinin sağlanmasıdır. İdare hukukunda özel hukukta olduğu gibi eşit iradeler söz konusu değildir. İdari işlemler icraidir ve hukuka uygunluk karinesinden yararlanırlar. Bu haliyle idareye verilen bu üstün ve ayrıcalıklı yetkilerin iki dereceli bir yargılama sistemi ile denetlenmesi hukuk devletinin gereğidir.⁵⁵ İki dereceli yargılamanın Anayasal temeli olup olmadığı hususundaki değerlendirmeler yüksek mahkemelerin görev alanına ilişkin maddeler çerçevesinde yapılmaktadır.

Yargıtayın görev alanına ilişkin Anayasa'nın 154. maddesinden hareketle dereceli yargılamanın Anayasal temeli olduğu ifade edilmekte ve eşitler arası ilişkilerin olduğu medeni yargılamada dahi iki dereceli yargılama savunulmaktadır.⁵⁶ Anayasa'nın 154.⁵⁷ ve 155. maddeleri⁵⁸ çerçevesinde Yargıtay ve Danıştayın kararların son inceleme mercii olarak görevlendirildiği anlaşılıyor olsa da adli ve idari yargı mahkemelerince verilen hükümlerin denetlenmesi görevinin anılan mahkemeler dışında başka yargı yerlerine bırakılabileceği ifade edilir. Bu bağlamda Anayasa'nın 36., 154. ve 155. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde Anayasa'da güvence altına alınan hak arama hürriyeti kapsamında idare mahkemelerince verilen hükmün bir üst yargı yeri tarafından denetlenmesi gerektiği söylenebilir.⁵⁹

İki dereceli yargılamanın hukuki temelinin bulunduğu varsayımından hareket edildiğinde bu sefer iki dereceli yargılama sisteminin kabul edilmesi ile ilk derece mahkemelerinin “nasıl olsa istinaf var” diye daha kolay karar verebilecekleri görüşü ileri sürülmektedir.⁶⁰ Bu ihtimale katılmak

⁵⁵ Akyıldız, s. 24.

⁵⁶ Akil, s. 229-231.

⁵⁷ “Yargıtay, adliye mahkemelerince verilen ve kanunun başka bir adli yargı merciiine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar.” (md. 154/1).

⁵⁸ “Danıştay, idari mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idari yargı merciiine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar.” md. 155/1.

⁵⁹ AYM 27.12.2018, E. 2018/71, K. 2018/118, RG 15.02.2019-30687.

⁶⁰ Özdemir Özok, “(İstinaf Mahkemeleri) “Bölge Adliye Mahkemeleri” Ya Da “Üst Mahkemeler” Açılırken Duyulan Kimi Kaygılar”, *TBBD*, Y. 19, S. 63, Mart-Nisan 2006, <<https://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2006-63-205>>, Erişim Tarihi 1 Kasım 2023, s. 26. Benzer görüşte olan Pekcanitez ilk derece mahkemelerinin, verdikleri kararların bozulması halinde bölge idare mahkemelerinin nasıl olsa yeniden yargılama yaparak karar vereceklerini bildiklerinden hukuk aykırı karar verirken vicdani sorumluluklarının hafiflediğini ifade etmiştir. (Hakan Pekcanitez, “Yargı Güvenliği Açısından İstinaf”, *İdari Yargıda İstinaf Semineri*, Antalya, Mayıs, 2009 s. 134). Aksi görüşte olan Akyılmaz, bölge idare

mümkün değildir. Zira bu düşünce yargılama faaliyetinin işlevi ve amacı ile bağdaşmamaktadır. Temel işlevi, bireyleri ve toplulukları idarenin hukuka aykırı işlem ve eylemlerden korumak olan idari yargı kolunun, adli yargıya nispeten daha etkili bir denetim yapılabilmesi hukuk devletinin gereğidir.⁶¹ Kanaatimiz istinaf sisteminin ilk derece mahkemelerini delilleri toplama ve değerlendirme aşamalarında ve nihayetinde karar aşamasında daha dikkatli davranmaya yönelteceği yönündedir.⁶²

İdari yargılama usulünde bir diğer sorun tek hakimle verilecek kararların azımsanmayacak sayıda olmasıdır. 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun'un 7. maddesinde, uyuşmazlık miktarı yirmi beş bin Türk lirasını aşmayan; konusu belli parayı içeren idarî işlemlere karşı açılan iptal davaları ve tam yargı davaları, idare mahkemesi hâkimlerinden biri tarafından çözümleneceği düzenlenmiştir. 2577 sayılı Kanun'da öngörülen parasal sınırlar ve 2576 sayılı Kanun'un 7. maddesinde öngörülen sınır; her takvim yılı başından geçerli olmak üzere, önceki yılda uygulanan parasal sınırların, o yıl için 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca Maliye Bakanlığınca her yıl tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında artırılması suretiyle uygulanmaktadır.⁶³ 2024 yılı için tek hâkim sınırı 270.000 TL'ye ve istinaf incelemesi yönünden sınır 31.000 TL'ye yükseltilmiştir.⁶⁴

2577 sayılı Kanun'un 45. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde, idare ve vergi mahkemelerinin kararlarına karşı, başka kanunlarda farklı bir kanun yolu öngörülmüş olsa dahi, mahkemenin bulunduğu yargı

mahkemelerinin yapacağı maddi ve hukuki yönden denetimin ilk derece mahkemelerini karar verirken daha dikkatli olmaya sevk edeceğini ileri sürmektedir. Bahtiyar Akyılmaz, "Yargı Kararlarının Temyiz Öncesi Kesinleşmesi", *İdari Yargıda İstinaf Semineri*, Antalya, Mayıs, 2009, s. 170. Bu yöndeki görüş için ayrıca bkz. Mustafa Avcı, "İdari Yargıda İstinaf", *TBB*, 2011 (96), <<https://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2011-96-1139>>, Erişim Tarihi 1 Aralık 2023, s. 189.

⁶¹ Metin Günday, "İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları", *Anayasa Yargısı*, (14), 1997, s. 347, <https://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg14/metingunday.pdf>, Erişim Tarihi 1 Kasım 2023.

⁶² Ramazan Yıldırım, "Türkiye'de İstinaf Uygulamasının İdari Yargıya Etkileri", *147. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu*, Ankara, 12 Mayıs, 2015, s. 19; Akkaya, s. 69.

⁶³ İlgili maddeler 2577 sayılı Kanun Ek madde 1 ve 2576 sayılı Kanun Ek md. 1.

⁶⁴ Parasal sınırlar için bkz. <<https://www.bitlisbarosu.org.tr/Print.aspx?ID=6810&Tip=>>>, Erişim Tarihi 13 Şubat 2024.

çevresindeki bölge idare mahkemesine, kararın tebliğinden itibaren otuz gün içinde istinaf yoluna başvurulabileceği düzenlenmiştir. Bu haliyle aslında idari yargılama usulünde en az iki dereceli bir yargılama sisteminin amaçlandığı anlaşılmaktadır. Ancak kanun koyucu, yargı mercilerinin iş yükünün azaltılması ve uyuşmazlıkların makul sürede sonuçlanabilmesi için 2577 sayılı Kanun'un 45. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde, konusu beş bin Türk lirasını geçmeyen vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemlere karşı açılan iptal davaları hakkında idare ve vergi mahkemelerince verilen kararlar kesin olup, bunlara karşı istinaf yoluna başvurulamayacağını düzenlemiştir. Bu haliyle 2576 sayılı Kanun'un ek 1. maddesi uyarınca yapılan yeniden değerlendirme uyarınca 2024 yılı için konusu 31.000 TL'yi aşmayan idarî işlemlere karşı açılan iptal davaları ve tam yargı davaları tek hakimle görülecek ve bu kararlar hakkında istinaf kanun yoluna başvurulamayacaktır. Ayrıca dava tarihi itibarıyla istinaf yolu açık olan bir karar, davanın nihai olarak karara bağlandığı zaman yapılan yeniden değerlendirme uyarınca istinaf yolu için öngörülen parasal sınırın altında kaldığında uyuşmazlık istinaf yolu kapalı hale gelmekteydi. Bu bağlamda kişilerin kanun yollarına gidip gidemeyeceği yönünde hukuki belirlilik bulunmamaktaydı. Kanun koyucudan beklenen yerleşik uygulamanın aksine dava tarihindeki parasal sınırların özellikle davacının lehine olacak şekilde açık ve net bir şekilde belirlenmesiydi.

Uygulamada ayrıca tek hakimle çözümlenecek davaların belirlenmesinde dava tarihi mi yoksa karar tarihi mi olacağı hususunda hukuki belirsizlik yaşanmaktaydı. Örneğin, uyuşmazlık konusunun belli bir tutarı içerdiği uyuşmazlıklarda Danıştay, davacıya ödenecek miktarın karar tarihi itibarıyla Kanun'da öngörülen parasal sınırı aşmadığından bahisle dava konusu uyuşmazlığın tek hakimle görülmesi gerekirken heyet halinde görülmesini bir bozma nedeni olarak kabul etmiştir.⁶⁵ Hatta ilk derece mahkemelerinde davanın açıldığı tarih itibarıyla heyet halinde karara bağlanması gereken uyuşmazlıkların, karar tarihi itibarıyla 2577 sayılı Kanunun ek 1. maddesindeki parasal sınırın altında kalması halinde uyuşmazlık hakkında tek hakimle karar alınması yerleşik uygulama halini almıştı.⁶⁶ Bu konuda yapılan başlıca eleştiri tek hakimle karar verilen bir uyuşmazlıkta hâkimin hata yapma

⁶⁵ Danıştay 12. D. 15.04.2013, E. 2012/12021, K. 2013/2666; Danıştay 12. D. 11.06.2015, E. 2015/2223, K. 2015/3936, Danıştay 12. D. 22.04.2015, E. 2013/7112, K. 2015/2623, Lexpera, Erişim Tarihi 1 Kasım 2023.

⁶⁶ Bu yönde kararlar için bkz. Danıştay 3. D. 11.05.2015, E. 2013/9939, K. 2015/3058; Danıştay 3. D. 05.02.2013, E. 2012/4753, K. 2013/316; Danıştay 3. D. 03.06.2014, E. 2014/3998, K. 2014/2614, Lexpera, Erişim Tarihi 1 Kasım 2023.

ihtimali düşünülmeden davanın taraflarını korumak için herhangi bir hukuki mekanizma öngörülmemiş olmasıdır.⁶⁷

Bu kapsamda tek hâkim tarafından hukuka ve içtihatlarla aykırı bir şekilde karar verilmesi durumunun taraflara yükleyebileceği ağır külfet gözetilerek 2577 sayılı Kanun'un 45. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi ve parasal sınırların düzenlendiği 2577 sayılı Kanun'un ek 1. maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülmüş ve Anayasa Mahkemesine itiraz yoluna başvurulmuştur. Başvuruda istinaf yolu kapalı olarak verilen kararlarda, maddi hatayı aşacak şekilde açık ve bariz bir hata olması halinde dahi bu aykırılığı giderecek bir mekanizma olmamasının davanın tarafları bakımından ağır hak ihlallerine sebep olabileceği vurgulanmıştır. Diğer yandan bu hükmün, mahkemeye erişim hakkına ve Anayasa'nın 40. maddesinde yer verilen etkili başvuru hakkına aykırı olduğu ifade edilerek, istinafa ilişkin parasal tutarın dava açıldığı tarihte mi yoksa karar tarihindeki tutar olduğu konusunda bir netlik olmamasını hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerini ihlal ettiği ileri sürülmüştür.⁶⁸

Nihayetinde 2577 sayılı Kanun'un 45. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinin ve parasal sınırların düzenlendiği ek 1. maddesinin Anayasa'ya aykırılık iddialarını inceleyen Anayasa Mahkemesi, istinaf yoluna başvurulması konusunda hangi tarihteki parasal sınırların esas alındığının açık, net ve tereddüde yer vermeyecek şekilde düzenlenmemesi nedeniyle 26.10.2023 tarihinde anılan düzenlemelerin iptaline karar vermiştir.⁶⁹ Ancak Anayasa Mahkemesi kararının gerekçesinde dikkat çekici olan, tek dereceli yargılamaya yönelik itirazların dikkate alınmamış olmasıdır. Mahkeme anılan Kanun'da yer alan parasal sınırların, hangi tarihte geçerli olacağını öngörülebilir şekilde belirtilmemiş olmasını iptal gerekçesi olarak ön plana çıkarmıştır.⁷⁰

“Yargı Hizmetlerinin ‘Etkinliğinin Artırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi Taslağı” ile 2576 sayılı Kanun'un ve 2577 sayılı Kanun'un bazı maddelerinde değişiklik yapılması

⁶⁷ Gündüz/Gündüz, s. 19; Bige Açımız, *İdari Yargılama Hukukunda Olağan Kanun Yollarına Başvurunun Sınırlanması*, Adalet Yayınevi, 2023, s. 72.

⁶⁸ AYM 26.10.2023, 2023/81, 2023/184, Başvuru Kararı/Dava Dilekçesi, <<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>>, Erişim Tarihi 22 Aralık 2023.

⁶⁹ AYM 26.10.2023, E. 2023/81, 2023/184, RG 21.12.2023- 32406.

⁷⁰ AYM 26.10.2023, E. 2023/81, 2023/184, &15-16, RG 21.12.2023- 32406.

planlanmaktadır. Taslağa bakıldığında, 2576 sayılı Kanun'un ek 1. maddesinin ikinci fıkrasına, tek hâkimle çözümlenecek davaların belirlenmesinde dava tarihindeki, miktar artırımı yapılan hallerde artırımın yapıldığı tarihteki parasal sınırın esas alınmasına yönelik düzenlemenin eklendiği görülmektedir.⁷¹ Bu değişiklikte heyet halinde bakılan davalarda, dava devam ederken tek hakimle bakılacak davalara ilişkin parasal sınırın artması sebebiyle davaya tek hakimle bakılmasının engellenmesi planlanmıştır.⁷²

Parasal sınırların belirlendiği bu maddede dikkat çekici olan bir diğer husus kanun koyucunun maddi ve manevi tazminat bakımından bir ayırım gözetmediğidir. Oysa, 6100 sayılı Kanun'un 341. maddesinin ikinci fıkrasında, miktar veya değeri üç bin Türk lirasını geçmeyen malvarlığı davalarına ilişkin kararların kesin olduğu ve manevi tazminat davalarında verilen kararlara karşı, miktar veya değere bakılmaksızın istinaf yoluna başvurulabileceği düzenlenmiştir. Maddenin hükümet gerekçesinde, “*maddi hukuka ilişkin açılan tüm tazminat davalarının kişinin zedelenen haklarının azami seviyede korunması amacıyla istinaf kanun yolunun denetlenmesine imkân tanımakta bu konuda miktar veya değer sınırlanmasına gidilememektedir.*” ifadelerine yer verilmiştir.⁷³ Danıştay manevi zararın, “*kişinin fizik yapısının ve iç huzurunun bozulmasını, yaşama gücünün ve sevincinin azalmasını, kişilik haklarının zedelenmesini, şeref ve haysiyetinin rencide edilmesini, duyulan acı ve ızdırabı, kişinin günlük yaşamını zorlaştıran her türlü üzüntü ve sıkıntıyı ifade etmekte*” olduğunu ifade ederek⁷⁴ aslında tazminat hukukunda manevi zararın tazmininin önemine dikkat çekilmiştir. İdare hukukunda taraflar arasındaki ilişki özel hukuktaki eşitler arasındaki hukuki ilişkiden farklıdır. İdare hukukunda idare, kamu gücü ve ayrıcalıkları kullanabilen taraftır.⁷⁵ Hukuk

⁷¹ Beyza Kuver, 8. Yargı Paketi Taslağında İdare ve İdari Yargılama Hukuku Bakımından Öngörülen Değişiklikler, <<https://sen.av.tr/tr/makale/8.-yargi-paketi-taslaginda-idare-ve-idari-yargilama-hukukunda-ongorulen-degisiklikler>>, Erişim Tarihi 12 Şubat 2024). Söz konusu kanun teklifi taslağında yer alan 2576 ve 2577 sayılı Kanun hükümleri hakkında yapılması öngörülen değişiklikler henüz TBMM'nin internet sayfasında yayınlanmadığından, makalenin yazıldığı tarihlerde taslak metin ile ilgili bilgilere kişisel internet siteleri veya haber sitelerinden erişimin mümkün olduğunu ayrıca ifade etmek gerekir.

⁷² Madde gerekçesi için bkz. Kuver, <<https://sen.av.tr/tr/makale/8.-yargi-paketi-taslaginda-idare-ve-idari-yargilama-hukukunda-ongorulen-degisiklikler>>, Erişim Tarihi 12 Şubat 2024.

⁷³ Kuru/Avcı, s. 1340, dipnot 45.

⁷⁴ Danıştay 15. D. 08.06.2016, E. 2016/399, K. 2016/4145, Lexpera, Erişim Tarihi 1 Kasım 2023.

⁷⁵ Bahtiyar Akyılmaz/ Çınar Can Evren/ Kamile Türkoğlu Üstün/ Begüm İsbir/ Emine Karagöz Cin/ Hilal Albal/ Halim Alperen Çıtak, “İnsan Zararları Mahkemelerinin Kuruluş

devleti ilkesi gereğince idare her türlü işlem ve eyleminden sorumludur ve idarenin özel hukuktaki sorumluluk anlayışından farklı olarak hukuka uygun hareket etmesinde kamu yararı bulunmaktadır.⁷⁶ Bu bağlamda özel hukuk uyumsuzluklarında dahi kanun yollarına ilişkin manevi zararın karşılanması yönünde özel bir düzenleme yapılmışken, idari yargılama usulünde böyle bir hükmün olmaması büyük bir eksiklik olarak göze çarpmaktadır.

İlk derece mahkemelerinin hükmünün üst derece mahkemesi tarafından denetlenmesi ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesinin de çelişkili ifadeler kullandığına ayrıca değinmek gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi hâkimin vakıaları değerlendirmesinde veya hukuk kurallarını uygulamasında yanılığa düşmesini ve buna bağlı olarak hukuka aykırı hüküm vermesini ihtimal olarak kabul etmektedir.⁷⁷ Bu bağlamda hakimin hukuka aykırı karar vermesi durumunda buna toplumun katlanmasının istenmesini adalete ve hukuk devletine olan inancı zedeleyeceğini ifade eden Mahkeme, *hak arama hürriyetinden yararlanılabilmesi bakımından adil ve isabetli olmadığı düşünülen bir hükmün başka bir yargı mercii tarafından denetlenmesini bir gereklilik olarak*⁷⁸ görmektedir. Diğer yandan Anayasa'nın 36. maddesinde teminat altına alınan hak arama hürriyetinin kişinin aleyhine verilen bir hükmün başka bir yargı mercii tarafından gözden geçirilmesi ve denetlenmesini isteyebilmesini teminat altına aldığını vurgulayan Mahkeme,⁷⁹ bu yönde düzenleme yapılması hususunda kanun koyucunun takdirinin bulunduğunu kabul etmekte⁸⁰ ve hükmün denetlenmesini talep etme hakkının mutlak bir hak olmadığını ve hakkın bazı sınırlamalara tabi tutularak Anayasa'nın 13.

ve Görevlerine Dair Kanun Teklifine Eleştirel Bakış”, *GÜHFD*, C. XIX, S. 2, 2015, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/789089>>, Erişim Tarihi 15 Mart 2024, s. 184.

⁷⁶ Metin Günday, “*Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İdari Yargıda Uygulanma Alanı*”, İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü Danıştay Sempozyumu 133. Yılı, 2001, s. 79.

⁷⁷ AYM 27.12.2018, E. 2018/71, K. 2018/118, § 8, RG 15.02.2019-30687. Bu yöndeki açıklamalar için bkz. Haluk Konuralp/ Emel Hanağası, “Fransız Hukuku’nda İptal Amaçlı İstinaf Yolu” *Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, Legal Yayıncılık, 3(6), 2007, s. 15-16; Akkaya, s. 68-69; Akil, s.41.

⁷⁸ AYM 27.12.2018, E. 2018/71, K. 2018/118, § 8, RG 15.02.2019-30687; AYM 01.10.2020, E. 2020/21, K.2020/53, § 13, Lexpera, Erişim Tarihi 1 Kasım 2023.

⁷⁹ AYM 01.10.2020, E. 2020/21, K. 2020/53, § 19, Lexpera, Erişim Tarihi 1 Kasım 2023.

⁸⁰ AYM 01.10.2020, E. 2020/21, K. 2020/53, § 20, Lexpera, Erişim Tarihi 1 Kasım 2023. Mahkeme kararında açıkça “kişilerin ne şekilde bu haktan yararlanacakları ve bu hakkın temini bakımından nasıl bir sistemin kurulacağı hususunda kanun koyucunun geniş takdir yetkisi” bulunduğunu ifade eder (§20).

maddesinde yer alan ölçütlere göre yapılması gerektiğini ifade etmektedir.⁸¹ Bu bağlamda hükmün bir başka yargı mercii tarafından denetlenmesi hakkına getirilen sınırlamaların; kanuni düzenleme ile yapılması, hakkın özünü zedelememesi ve Anayasa’da öngörülen sınırlama sebeplerine ve ölçülülük ilkesine uygun olması öngörülmektedir.⁸²

Anayasa Mahkemesi, kabahat eylemlerine uygulanan idari yaptırımlara ilişkin uyuşmazlıkların ve suç isnadına ilişkin uyuşmazlıkların Anayasa’nın 36. ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesinin koruma alanı içinde yer aldığını kabul etmektedir.⁸³ Ancak istinaf yolu kapalı olarak verilen adli para cezalarında hükmün üst mahkemelerce denetlenmesinin engellendiğine yönelik başvurular hakkında adil yargılanma hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir. Mahkeme adli para cezalarına getirilen bu sınırlamanın istinaf yükünün azaltılması amacına ulaşılması bakımından elverişli araç olduğunu kabul etmektedir.⁸⁴

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne ek 7 Numaralı Protokol’ün ikinci maddesinde cezai bir suçtan mahkûm edilenlerin haklarında verilen hükmü yeniden inceletme hakkı güvence altına alınırken maddenin ikinci fıkrasında önem derecesi düşük olan suçlar bakımından istisna öngörülebileceği düzenlenmiştir.⁸⁵ Söz konusu hüküm kapsamında Anayasa Mahkemesinin önem derecesi düşük suçlara ilişkin para cezalarından mahkûmiyet hükümlerine karşı üst mahkemeye başvurma imkânı tanınmaması nedeniyle hükmün denetlenmesini talep etme hakkının ihlal edilmediği yönünde kararlar

⁸¹ AYM 27.12.2018, E. 2018/71, K. 2018/118, § 17, RG 15.02.2019-30687; AYM 01.10.2020, E. 2020/21, K. 2020/53, § 22, RG 17.11.2020-31307.

⁸² AYM 27.12.2018, E. 2018/71, K. 2018/118, § 24, RG 15.02.2019-30687.

⁸³ AYM Hasan Cihan, 24.10.2019, B. No: 2016/14869, § 26. Ayrıca bkz. AYM Remzi Durmaz, 02.10.2023, B. No: 2013/1718, § 26, Lexpera, Erişim Tarihi 1 Kasım 2023; AYM 01.10.2020, E. 2020/21, K. 2020/53, § 36, RG 17.11.2020- 31307.

⁸⁴ AYM Mahir Şahap Bostan, 02.06.2020, B. No: 2017/19906; AYM Erkan Sancaklı 03.06.2020, B. No: 2017/23602, Lexpera, Erişim Tarihi 1 Kasım 2023. Aksi görüş için bkz. Gündüz/Gündüz, s. 18.

⁸⁵ “1. Bir mahkeme tarafından cezai bir suçtan mahkûm edilen her kişi, mahkûmiyet ya da ceza hükmünü daha yüksek bir mahkemeye yeniden inceletme hakkını haiz olacaktır. Bu hakkın kullanılması, kullanılabilme gerekçeleri de dahil olmak üzere, yasayla düzenlenir. 2. Bu hakkın kullanılması, yasada düzenlenmiş haliyle önem derecesi düşük suçlar bakımından ya da ilgilinin birinci derece mahkemesi olarak en yüksek mahkemede yargılandığı veya beraatini müteakip bunun temyiz edilmesi üzerine verilen mahkûmiyet hallerinde istisnaya tabi tutulabilir.” (RG 08.04.2016-29678).

verdiğini ifade etmek gerekir.⁸⁶

Kanun yoluna başvuru hakkını sınırlayan düzenlemelere başka kanunlarda da rastlamak mümkündür. Örneğin, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 341. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde: “*Miktar veya değeri üç bin Türk Lirasını geçmeyen malvarlığı davalarına ilişkin kararlar kesindir.*” hükmü yer almaktadır. Bu hükmün “ön alım hakkından kaynaklanan davalar” yönünden Anayasa’ya aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Anayasa Mahkemesine başvuran İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 22. Hukuk Dairesi, ilk derece mahkemelerinin yanlış karar verdiği için ön inceleme aşamasında anlaşılmasına rağmen yasanın öngördüğü parasal sınır nedeniyle istinaf başvurularının kabul edilmemesinin kişilerin mülkiyet hakkını ihlal ettiğinden sözü edilen ibarenin iptalini talep etmiştir.⁸⁷ Bu davada dikkat çekici olan iş yükünün azaltılması ve gereksiz yere meşgul edilmemesi gerektiği gerekçesi ile davalara bakılması bakımından sınırlanan mahkemenin başvuruda bulunuyor olmasıdır. İzmir Bölge Adliye Mahkemesi, iptal konusu kural bağlamında başka davalarda da benzer hukuka aykırılıkları gördüğünü ve bu durumun kişilerin hukuki dinlenilme hakkı, hak arama özgürlüğü ve mülkiyet hakkını sınırladığını ifade etmiştir.⁸⁸

Anayasa Mahkemesinin somut norm denetimi yoluyla incelediği benzer

⁸⁶ AYM Mahir Şahap Bostan, 02.06.2020, B. No: 2017/19906; AYM Erkan Sancaklı 03.06.2020, B. No: 2017/23602, Lexpera, Erişim Tarihi 2 Aralık 2023. Anayasa Mahkemesinin bu yaklaşımında atif yaptığı AİHM'nin Luchaninova/Ukrayna kararının etkili olduğunu söylenebılır. Söz konusu kararda AİHM, hafif hırsızlık suçundan ceza alan ve yaklaşık on euro kadar para cezası ödeyen başvurucunun bir üst mahkemeye başvurma hakkının engellendiğine ilişkin itirazını değerlendirirken suçun ek 7 No.lu Protokol'ün 2. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen hafif karakterli suçlardan olduğunu belirterek ek 7 No.lu Protokol'ün 2. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir. (AYM Mahir Şahap Bostan, 02.06.2020, B. No: 2017/19906, & 15, AYM Erkan Sancaklı 03.06.2020, B. No: 2017/23602, & 18, Lexpera, Erişim Tarihi 1 Kasım 2023). Ayrıca bkz. AİHM Luchaninova/Ukrayna, 09.06.2011, B. No: 16347/02, <<https://hudoc.echr.coe.int/tur>>, Erişim Tarihi 1 Kasım 2023. Bir diğer uyuşmazlıkta ise ceza yargılaması neticesinde adli para cezası ödemeye mahkûm edilen başvurucuların ödemiş oldukları miktar temyiz sınırı altında kalmış ve temyiz yoluna başvuramamışlardır. AİHM somut olaydaki suçu hafif suçlar kapsamında sınıflandırmamış ve mahkemeye erişim hakkının orantısız şekilde sınırlandığını kabul etmiştir. (AİHM Bayar/Gürbüz, 27.11.2012, B. No: 37569/06, <<https://hudoc.echr.coe.int/tur>>, Erişim Tarihi 1 Kasım 2023). Bu konuda ayrıca bkz. Çayan, s. 239-240.

⁸⁷ AYM 16.02.2023, E. 2022/135, K. 2023/30, RG 05.04.2023-32154. Mahkeme bu kararıyla ön alım hakkına konu mal varlığının miktarının veya değerinin belirli bir meblağı geçmediği davaların ilk derece mahkemesi kararıyla kesinleşmesini Anayasa’ya aykırı bulmamıştır.

⁸⁸ AYM 16.02.2023, E. 2022/135, K. 2023/30, Başvuru Kararı/Dava Dilekçesi, Lexpera, Erişim Tarihi 1 Kasım 2023.

bir hükme 4708 sayılı Yapı Denetim Hakkında Kanun'da rastlanmaktadır. Anılan Kanun'un 8. maddesinin dördüncü fıkrasının dördüncü cümlesinde idari para cezasına karşı on beş gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebileceği ve itiraz üzerine verilen kararların kesin olduğu düzenlenmiştir. Anılan hükümdeki, "itiraz üzerine verilen mahkeme kararları kesindir" ifadesinin Anayasa'nın 2., 36. ve 155. maddelerine aykırılığını inceleyen Mahkeme, idari para cezalarının nispi olarak belirlendiği ve somut olaya göre değişiklik gösterdiğinden ceza miktarının önceden bilinmesinin mümkün olmadığı itirazlarını yerinde bulmuştur. Böylece itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 13. ve 36. maddelerine aykırı olduğuna karar vermiştir. Bu bağlamda, hükmün denetlenmesini talep etme hakkının sınırlamasının Anayasa aykırılığını incelerken yapılan sınırlamayla ulaşılmak istenilen amaç ile aleyhine hüküm kurulan kişinin menfaati arasında makul bir orantı kurulup kurulmadığına bakan Mahkeme, verilecek idari para cezalarının yüksek meblağlara ulaşabileceği ve bu durumun kişilerin mali durumu üzerinde yarattığı etki itibarıyla ağır ve ciddi bir yaptırım olduğundan bu nitelikteki bir hükmün denetlenmesinin gerektiğini ifade etmiştir.⁸⁹ Görüldüğü üzere, Anayasa Mahkemesi önemli veya önemsiz miktarı kişilerin geliri üzerinden belirlememektedir. Kimileri için otuz bir bin Türk lirası önemli bir tutar olarak değerlendirilirken kimileri için iki yüz bin Türk lirası önemsiz bir miktardır. Dolayısıyla Mahkemenin kanaatine göre önemsiz sayılabilecek bir tutar en düşük memur maaşı ile kıyaslandığında kişilerin, muhatap olduğu idari para cezalarına karşı istinaf yoluna başvuramamalarının hükmün denetlenmesini talep etme haklarını ziyadesiyle ihlal ettiğini söylemek mümkündür. Her şeyden önce bu yaklaşımın, sosyal devlet ilkesi ile bağdaşmadığı ve parasal bakımdan daha güçlü ve kanunun belirlediği parasal sınırların üzerinde bir meblağı rahatlıkla karşılayabilecek kişiler ile bu meblağı karşılayamayacak kişiler arasında eşitlik ilkesini zedeleyecek sonuçlar doğurabileceği ifade edilebilir.⁹⁰ İstinaf yoluna başvurunun dava konusu uyuşmazlığın parasal değer ile sınırlanmasıyla uyuşmazlıkların makul sürede çözümlenmesi amaçlanıyor olsa da⁹¹ nihayetinde yargılamada asıl önemli olan yargılamanın kısa olmasından ziyade adil ve güvenilir olmasıdır.⁹²

⁸⁹ AYM 01.10.2020, E. 2020/21, K. 2020/53, § 36, RG 17.11.2020- 31307.

⁹⁰ Söyler/Yılmaz, s. 2135-2136.

⁹¹ Akkaya, s. 67.

⁹² Oğuz Sancakdar, "İdari Yargıda İstinaf Sistemi Üzerine Düşünceler", *Yaşar Üniversitesi E- Dergi*, 8 (Özel Sayı), 2013, <<https://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/4-O%C4%9Fuz-SANCAKDAR.pdf>>, Erişim Tarihi 3 Kasım 2023, s. 2247; Gül Üstün, "İdari

Anayasa Mahkemesinin sadece bazı kararlara karşı istinaf yolunun kapalı olduğu gerekçesiyle bireysel başvurular hakkında ihlal kararı vermediğini ifade etmek gerekir. Örneğin, işçilik alacaklarına karşı idare mahkemesinde açılan davanın süre aşımından reddine istinaf yolu kapalı karar verilmesini hukuka aykırı bulan davacı istinaf yoluna başvurmuştur. Davacı başvurusunda ıslah müessesesiyle talep ettiği tazminat miktarını nihai karar verilinceye kadar arttırma hakkının olduğunu ve bu nedenle fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak dava açtığını ileri sürmüştür. Bölge idare mahkemesi ise davanın 5000 TL'lik istinaf sınırının altında kaldığı gerekçesiyle davacının istinaf isteminin incelenmeksizin reddine karar vermiştir. Bunun üzerine davacı, istinaf isteminin reddine karar verilmesinin mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiğini ileri sürerek Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. Uyuşmazlık konusu olayda aslında ilk önce iş mahkemesinde dava açılmış ve mahkeme ilgiliye 12, 521 TL kıdem ve 3,881 TL ihbar tazminatının ödenmesine karar vermiş olsa da Yargıtayın görevsizlikten bozma kararı vermesi üzerine idare mahkemesinde fazlaya ilişkin haklar saklı tutularak yeniden dava açılmıştır. Olağan kanun yollarını tüketmesine rağmen istediği hukuki neticeyi alamayan başvurucunun talebini inceleyen Anayasa Mahkemesi kişinin adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.⁹³ Söz konusu karar incelendiğinde Anayasa Mahkemesinin, ilk derece mahkemesinin istinaf yolu kapalı karar vermesinin mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiği değerlendirmesini yapmadan doğrudan ilk derece mahkemesi kararını idari yargılama usulünün süreye ilişkin hükümleri kapsamında değerlendirerek dava konusu uyuşmazlıkta süre aşımı bulunmadığı kanaatine vardığı görülmektedir.

Buradan hareketle açık kanun hükmünün öngörülemez biçimde yorumlandığından davanın süre aşımından reddine karar verildiğini gözetten Mahkeme, uyuşmazlığın esasının incelenmemesi nedeniyle başvurucunun mahkemeye erişim hakkına yönelik bir müdahalenin bulunduğunu kabul etmiştir. Böylece dosya yeniden karar verilmek üzere ilk derece mahkemesine gönderilmiştir.⁹⁴ Anayasa'nın 148. maddesinin dördüncü fıkrasında, bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamayacağına ilişkin hüküm yer almasına rağmen somut olayda Anayasa

Yargıda İstinaf Kanun Yolu Üzerine Bir Değerlendirme", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 22(2), 2016, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/275221>>, Erişim Tarihi 3 Kasım 2023, s. 24.

⁹³ AYM Yasin Şimşek, 29.09.2021, B. No: 2017/37390, RG 08.12.2021-31683.

⁹⁴ AYM Yasin Şimşek, 29.09.2021, B. No: 2017/37390, RG 08.12.2021-31683.

Mahkemesi, istinaf mahkemesinin yapması gereken hukuki denetimi gerçekleştirmiştir.

İdari yargıda, istinaf yolu kapalı olarak karar verilmesiyle bölge idare mahkemelerinin iş yükünün azaltılması amaçlanıyor olsa da hali hazırda olağan kanun yollarını tüketen ilgililerin bireysel başvuru yolunu denemekten başka hukuki çarelerinin kalmadığı ve bu durumun Anayasa Mahkemesinin iş yükünü arttırdığı görülmektedir.

Yukarıda yer verilen örnekten de anlaşılacağı üzere kanun yollarına erişimin sınırlanmasının olumsuz sonuçlarından biri de idari yargıdaki ilk inceleme aşamasında kendini göstermektedir. İlk inceleme aşamasında mahkemenin davanın reddine karar vermesi durumunda davacının, davanın ilerleyen aşamalarında davasını ıslah etmesine imkân kalmadığından dava konusu uyuşmazlık istinaf sınırı altında kalabilmektedir.⁹⁵ İki dereceli yargılama hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir.⁹⁶ Bu bağlamda idarenin eylem ve işlemlerinde kamu gücü ve takdir yetkisi kullandığı düşünüldüğünde bu işlem ve eylemler üzerinde yargı denetiminin etkili bir şekilde yerine getirilmesi gerekir.

İdari yargıda ilk derece yargılamasında bazı uyuşmazlıklar kesinlik sınırı altında kaldığından tarafların istinaf yoluna başvuramaması bireylere tanınan hukuki güvenceleri ortadan kaldırır niteliktedir.⁹⁷ Bu bağlamda tek dereceli yargılama sisteminin kaldırılmamış olması daha çok davacı bakımından ağır hukuki sonuçlar doğurmakta ve idari yargıya duyulan güvene zarar vermektedir. Bireysel hakları korumakta yetersiz kalan bu sisteme son verilerek hukukun yanlış uygulanması ihtimali gözetilerek⁹⁸ iki dereceli yargılamanın önünün açılması gerekmektedir.

B. Temyiz Yoluna Başvurulmasında Öngörülen Parasal Sınır

Danıştay dava dairelerinin nihai kararları ile bölge idare mahkemelerinin

⁹⁵ Bu yöndeki açıklamalar için bkz. AYM 27.12.2018, E. 2018/71, K. 2018/118, RG 15.02.2019-30687. Medeni hukuk yargılamasında istinaf kesinlik sınırı belirlenirken yalnız asıl alacağın dikkate alınacağı ifade edilmiştir (Kuru/Aydın, s. 1341).

⁹⁶ Tanrıver, s. 44.

⁹⁷ Akyıldız, s. 24; Kamile Türkoğlu Üstün, *İdari Yargılama Usulüne Hâkim Olan İlkeler*, Seçkin Yayınevi, 2019, s. 319-320; Çağlayan, s. 804; Murat Batı, *Vergi Reformları ve Öneriler*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 417, Eylül 2023, s. 95-97, <<http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/676.pdf>>, Erişim Tarihi 7 Aralık 2023.

⁹⁸ Açımız, s. 71-73.

2577 sayılı Kanun'un 46. maddesinde tahdidi olarak sayılan davalar bakımından verilen kararları hakkında temyiz yoluna başvurulabilmektedir.⁹⁹ 2575 sayılı Kanun'un 25. maddesinde de idare mahkemeleri ile vergi mahkemelerince verilen nihai kararlar ve ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülen uyuşmazlıklarla ilgili nihai kararların Danıştay'da temyiz yoluyla incelenip karara bağlanacağı düzenlenmiştir. 2577 sayılı Kanun'un 46. maddesinde yer alan, "konusu yüz bin Türk lirasını aşan vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemler hakkında açılan davalar" ibaresiyle kanun yollarına başvuru hakkının parasal tutarlarla sınırlanması ve mahkemelerin parasal tutar

⁹⁹ "Danıştay dava dairelerinin nihai kararları ile bölge idare mahkemelerinin aşağıda sayılan davalar hakkında verdikleri kararlar, başka kanunlarda aksine hüküm bulursa dahi Danıştayda, kararın tebliğinden itibaren otuz gün içinde temyiz edilebilir:

- a) Düzenleyici işlemlere karşı açılan iptal davaları.
- b) Konusu yüz bin Türk lirasını aşan vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemler hakkında açılan davalar.
- c) Belli bir meslekten, kamu görevinden veya öğrencilik statüsünden çıkarılma sonucunu doğuran işlemlere karşı açılan iptal davaları.
- d) Belli bir ticari faaliyetin icrasını süresiz veya otuz gün yahut daha uzun süreyle engelleyen işlemlere karşı açılan iptal davaları.
- e) Müşterek kararnameyle yapılan atama, naklen atama ve görevden alma işlemleri ile daire başkanı ve daha üst düzey kamu görevlilerinin atama, naklen atama ve görevden alma işlemleri hakkında açılan iptal davaları.
- f) İmar planları, parselasyon işlemlerinden kaynaklanan davalar.
- g) Tabiat Varlıklarını Koruma Merkez Komisyonu ve Kültür Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulunca itiraz üzerine verilen kararlar ile 18/11/1983 tarihli ve 2960 sayılı Boğaziçi Kanununun uygulanmasından doğan davalar.
- h) Maden, taşocakları, orman, jeotermal kaynaklar ve doğal mineralli sular ile ilgili mevzuatın uygulanmasına ilişkin işlemlere karşı açılan davalar.
- ı) Ülke çapında uygulanan öğrenim ya da bir meslek veya sanatın icrası veyahut kamu hizmetine giriş amacıyla yapılan sınavlar hakkında açılan davalar.
- i) Liman, kruvaziyer limanı, yat limanı, marina, iskele, rıhtım, akaryakıt ve sıvılaştırılmış petrol gazı boru hattı gibi kıyı tesislerine işletme izni verilmesine ilişkin mevzuatın uygulanmasından doğan davalar.
- j) 8/6/1994 tarihli ve 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapılması Hakkında Kanunun uygulanmasından ve 16/7/1997 tarihli ve 4283 sayılı Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanunun uygulanmasından doğan davalar.
- k) 6/6/1985 tarihli ve 3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanununun uygulanmasından doğan davalar.
- l) 3/7/2005 tarihli ve 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun uygulanmasından doğan davalar.
- m) Düzenleyici ve denetleyici kurullar tarafından görevli oldukları piyasa veya sektörle ilgili olarak alınan kararlara karşı açılan davalar."

bakımından davanın açıldığı tarihi değil de uyuşmazlığın karara bağlandığı tarihi esas alması doktrinde eleştirilmiştir. Bu yöndeki eleştiriler AİHS'nin 6. ve Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamında zikredilen mahkemeye erişim hakkına dayandırılmıştır.¹⁰⁰ Nitekim AİHM somut olay üzerinden yaptığı değerlendirmelerde parasal sınırların altında kaldığından bahisle temyiz hakkının sınırlandırıldığı uyuşmazlıklarda adil yargılanma hakkının ihlal edildiği yönünde karar verebilmektedir.¹⁰¹

Anayasa Mahkemesi ise mahkemeye erişim hakkının, “*sadece ilk derece mahkemesinde dava açma hakkını değil eğer iç hukukta itiraz, istinaf veya temyiz gibi kanun yollarına başvurma imkânı tanınmış ise üst mahkemelere başvurma hakkını da*” içerdiğini söylemektedir.¹⁰² Ancak gereksiz yere yapılan başvuruları önlemek ve davaların makul sürede bitirilmesini sağlamak için mahkeme kararlarına karşı temyiz yolunun kapalı tutulmasını bir hak ihlali olarak kabul etmemektedir.¹⁰³ Ayrıca hakimlerin, maddi vakıaları değerlendirmede veya hukuk kurallarını somut olaya uygulamada hataya düşmeleri ve buna bağlı olarak hatalı hüküm tesis etmelerinin mümkün olduğunu kabul eden Mahkeme,¹⁰⁴ hükmün denetlenmesini talep etme hakkını

¹⁰⁰ Söyler/Yılmaz, s. 2154-2156. Benzer yönde açıklamalar için bkz. Nilay Arat, *Madde Sistematiği ile İdari Yargılama Hukuku* (Edt. Zehreddin Aslan), Seçkin Yayıncılık, 2023, s. 469.

¹⁰¹ AİHM, özel yetkili ceza mahkemesinin vermiş olduğu adli para cezasının temyiz sınırı altında kaldığından bahisle temyiz edememesi sebebiyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri süren başvuruçunun itirazını haklı bulmuştur. Mahkeme, somut olay bakımından yapmış olduğu değerlendirmede, “*mahkemeye erişim hakkının orantısız biçimde engellendiği ve bu nedenle Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasıyla güvence altına alınan mahkemeye erişim hakkının özü itibarıyla ihlal edildiği*”ne karar vermiştir. (Bayar/Türkiye (No. 4), 25.03.2014, 2512/07, <<https://hudoc.echr.coe.int/tur>>, Erişim Tarihi 1 Kasım 2023). Bir diğer kararda AİHM, tıbbi müdahale hatası nedeniyle açılan davada talep edilen tazminat miktarının öngörülen parasal sınırların altında kaldığından bahisle temyiz yoluna gidemeyen başvuruçunun mahkemeye başvuru hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir. (AİHM Canbaz/Türkiye, 13.09.2011, 3464/06) Bu konuda bkz. Nurcan Yılmaz Özel, *Adil Yargılanma Hakkı Kriterlerinin Türk İdari Yargılama Hukuku Açısından Muhtemel ve Gerçekleşen Etkileri*, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 212-213.

¹⁰² AYM Ali Atlı, 20.03.2015, B. No: 2013/500, § 49, <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>>, Erişim Tarihi 1 Kasım 2023.

¹⁰³ AYM Abdurrahman Şanda, 07.12.2016 B. No: 2014/3907, § 32, <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>>, Erişim Tarihi 1 Kasım 2023. Örneğin bir dava konusu uyuşmazlıkta dava dilekçesinde 10.000 TL gösterilen uyuşmazlığın temyiz kesinlik sınırının altında kalması nedeniyle temyiz yolunun kapalı tutulmasına ilişkin tutarın adalet duygusunu rencide edecek boyutta olmadığına karar vermiştir.

Söz konusu sınırın adalet duygusunu rencide edecek boyutta olmadığı anlaşılmaktadır.

¹⁰⁴ AYM 27.12.2018, E. 2018/ 71, K. 2018/ 118, §8, RG 15.02.2019-30687.

mutlak bir hak olarak kabul etmemektedir.¹⁰⁵

Anayasa Mahkemesi bireyin temel hak ve özgürlüklerine daha ağır müdahalelerin olduğu ceza hukukunu alanını kapsam olarak diğer alanlardan farklı tutmaktadır.¹⁰⁶ Örneğin, 5276 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 286. maddesinin ikinci fıkrasının (d) bendinde yer alan: “*İlk derece mahkemelerinin görevine giren ve kanunda üst sınırı iki yıla kadar (iki yıl dâhil) hapis cezasını gerektiren suçlar ve bunlara bağlı adli para cezalarına ilişkin her türlü bölge adliye mahkemesi kararları*” temyiz edilemeyeceğine ilişkin hükmün iptaline karar vermiştir. Mahkeme gerekçesinde hürriyeti bağlayıcı cezaya ilişkin mahkûmiyet hükmünün denetlenmesiyle elde edilecek bireysel yararın, makul sürede yargılanma hakkına ve usul ekonomisi ilkesine feda edilemeyeceğini ifade etmiştir.¹⁰⁷

Öte yandan, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 362. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde, miktar veya değeri kırk bin Türk lirasını (bu tutar dâhil) geçmeyen davalara ilişkin kararlar hakkında temyiz yoluna başvurulamayacağı düzenlenmiştir. Anılan Kanun'un ek madde 1 hükmü uyarınca parasal sınırlar her yıl tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranı uyarınca arttırılacaktır.¹⁰⁸ Anılan Kanun'un ek madde 1'in ikinci fıkrasında: “*200 üncü ve 201 inci maddelerdeki parasal sınırların uygulanmasında hukuki işlemin yapıldığı, 341 inci, 362 nci ve 369 uncu maddelerdeki parasal sınırların uygulanmasında hükmün verildiği tarihteki miktar esas alınır.*” ibareleriyle özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklarda parasal sınırların ne zaman uygulanacağı hususunda belirlilik sağlanmıştır.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, idari yargılama usulünde, “*konusu yüz bin Türk lirasını aşan vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemler*

¹⁰⁵ AYM 16.02.2023, E. 2022/135, K. 2023/30, §20, RG 05.04.2023-32154.

¹⁰⁶ “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.” (AY md. 13). AYM, 27.12.2018, E. 2018/71, K. 2018/118, § 18, RG 15.02.2019-30687.

¹⁰⁷ AYM 27.12.2018, E. 2018/71, K. 2018/118, § 33, RG 15.02.2019-30687.

¹⁰⁸ “*200 üncü, 201 inci, 341 inci, 362 nci ve 369 uncu maddelerdeki parasal sınırlar her takvim yılı başından geçerli olmak üzere, önceki yılda uygulanan parasal sınırların; o yıl için 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca Maliye Bakanlığınca her yıl tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında artırılması suretiyle uygulanır. Bu şekilde belirlenen sınırların on Türk lirasını aşmayan kısımları dikkate alınmaz.*”

hakkında açılan davalar” bakımından temyiz yoluna başvurulamamaktaydı. Bu miktar 2024 yılı için yapılan yeniden değerlendirme uyarınca 920.000 TL¹⁰⁹ olarak güncellenmiş ve bu hüküm kapsamında yapılan başlıca eleştiri iptal davaları özelinde olmuştur. İdari yargılama usulünde de parasal sınırların her yıl yeniden değerlendirme oranında artış yapılmasında bir tereddüt bulunmamakla birlikte 6100 sayılı Kanun’dakine benzer parasal sınırların hangi tarihten itibaren uygulanacağı yönünde bir açıklık bulunmadığından özellikle dava açan kişi bakımından hukuki güvenlik ve belirlilik ilkesi ihlal ettiği ifade edilmekteydi.¹¹⁰ Doktrinde iptal davalarının parasal miktara göre sınıflandırmanın hukuki bir yaklaşım olmadığı, eğer davalar arasında istinaf veya temyize tabi olması bakımından bir ayırım yapılacaksa bunun dava konusu uyuşmazlığa göre yapılması gerektiği ileri sürülmüştür.¹¹¹ Aslında İYUK md. 46 hükmüne bakıldığında temyize tabi davaların konu itibarıyla belirlendiği, parasal sınıra dayalı sadece bir ibare konulduğu görülmektedir.¹¹² Anılan Kanun’da parasal sınırın uygulanmasında hükmün verildiği tarihteki değer mi yoksa davanın açıldığı tarihteki parasal değer mi dikkate alınacağı hususunda bir açıklık olmadığından mahkemeler farklı yönde kararlar vermişlerdir.¹¹³ Temyiz yoluna başvurulması bakımından dava tarihi ve karar tarihi yönünden oluşan bu farklılığın hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerini ihlal ettiği ve hükmün denetlenmesi hakkına getirilen bu dolaylı sınırlamanın kanunla yapılmadığından Anayasa’nın 13. maddesine aykırılık teşkil ettiği ifade edilmekteydi.¹¹⁴

Nihayetinde Samsun Bölge İdare Mahkemesi 2. Vergi Dava Daireleri Kurulunun Anayasa’nın 2., 10., 13., 36. ve 37. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle 2577 sayılı Kanun’un 46/1/b ibaresinin iptali talebiyle yaptığı

¹⁰⁹ Parasal sınırlar için bkz. <<https://www.bitlisbarosu.org.tr/Print.aspx?ID=6810&Tip=>>, Erişim Tarihi 13 Şubat 2024.

¹¹⁰ Söyler/Yılmaz, s. 2156-2157.

¹¹¹ Söyler/Yılmaz, s. 2135, 3 nolu dipnot; Zeynep Nihal Aydınoglu, “İstinaf Kanun Yolunun İdari Yargılama Usulüne Başlıca Etkileri”, *TAAD*, 9(34), 2018, <<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/980845>>, Erişim Tarihi 3 Kasım 2023, s. 402. Aslında İYUK md. 46 hükmüne bakıldığında davaların konu itibarıyla belirlendiği sadece bir tane parasal sınıra dayalı bir ibare konulduğu görülmektedir.

¹¹² Söyler/Yılmaz, s. 2138.

¹¹³ Söyler/Yılmaz, s. 2142.

¹¹⁴ Yunus Emre Yılmazoğlu, “72577 sayılı Kanun’un 46. Maddesinin Birinci Fıkrasının “B” Bendinin İptaline Yönelik Anayasa Mahkemesi Kararı Nedeniyle Oluşan Hukuki Durum ve Kanun Değişikliği Önerileri”, *Vergi Sorunları Dergisi*, (423), 2023, s. 36.

başvuru üzerine Anayasa Mahkemesi, ibarenin Anayasa'nın 13. ve 36. maddelerine aykırı olduğuna karar vermiştir.¹¹⁵ Anayasa Mahkemesi, 13. ve 14. madde kapsamında yapılan başvurunun 2. maddeyi de kapsadığını ifade ederek, 2., 10. ve 37. maddeleri kapsamında ayrıca bir inceleme yapmaya gerek görmemiştir.

İtiraz gerekçesinde haklı olarak iptal konusu ibarelerin Anayasa'nın 37. maddesinde¹¹⁶ yer verilen kanuni hâkim güvencesi çerçevesinde incelenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Ayrıca kanuni hâkim ilkesinin olay anında mevcut olmayan mahkemenin sonradan kurulamayacağı ile sınırlı olarak anlaşılması gerektiği vurgulanmıştır. Bu bağlamda ilkenin davanın açıldığı tarih itibarıyla uyumsuzluğa bakacak olan mahkemenin ve nihai karara karşı başvurulacak kanun yolunun önceden belirlenebilir olmasını kapsayacak şekilde yorumlanmasının hukuka ve hakkaniyete uygun olduğu ifade edilmiştir.¹¹⁷ Anayasa Mahkemesinin bu kararında hareketle kanun koyucunun temyiz kanun yoluna başvurulması bakımından dava tarihindeki parasal sınırların dikkate alınacağı yönünde bir düzenleme yapması beklenmekteydi.

Ancak yargı hizmetlerinin etkinliğinin artırılması amacıyla yapılması planlanan değişiklik 2577 sayılı Kanun'un ek 1. maddesinin son fıkrasına: “...45. ve 46. maddeler uyarınca istinaf veya temyiz yoluna başvurulabilecek kararların belirlenmesinde ise ilk derece mahkemesi veya bölge idare mahkemesince nihai kararın verildiği tarihteki parasal sınır esas alınacağı” şeklinde bir ifade eklenmesidir.¹¹⁸ Kanaatimizce hükmün denetlenmesini talep etme hakkı temel hak ve özgürlükler ile doğrudan ilgili olduğundan kanun

¹¹⁵ AYM 26.07.2023, E. 2023/36, K. 2023/142, RG 13.10.2023-32336.

¹¹⁶ “Hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemededen başka bir merci önüne çıkarılamaz. Bir kimseyi kanunen tabi olduğu mahkemededen başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz.”

¹¹⁷ AYM 26.07.2023, E. 2023/36, K. 2023/142, Başvuru Kararı/Dava Dilekçesi, <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>> Erişim Tarihi 30 Ekim 2023. Ayrıca bkz. Mustafa Balcı, “Vergi Yargısında Parasal Tutar Olarak Kesin Kararlar ve Kanuni Hâkim Yönünden Bazı Sakıncalı Durumlar”, <<https://vergialgi.com/vergi-yargisinda-parasal-tutar-olarak-kesin-kararlar-ve-kanuni-hakim-yonunden-bazi-sakincali-duruml/>>, Erişim Tarihi 4 Kasım 2023.

¹¹⁸ Taslak metni için bkz. <<https://sen.av.tr/tr/makale/8.-yargi-paketi-taslaginda-idare-ve-idari-yargilama-hukukunda-ongorulen-degisiklikler>>, Erişim Tarihi 13 Şubat 2024. Yılmaz, bu önerinin şeklen kanunilik şartını taşıdığını ancak özü itibarıyla hukuki belirliliği sağlamadığını ifade etmektedir. (Serdar Yılmaz, “İdari Yargıda “Parasal Sınırlar” ın Konu ve Zaman Bakımından Uygulanması Sorunu”, *AÜHFD*, 72(4), 2023, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/3727405>> Erişim Tarihi 20 Mart 2024, s. 1982).

yollarına başvurulara ilişkin düzenlemelerin geniş yorumlanarak istinaf veya temyiz yoluna başvurulabilecek kararların belirlenmesinde esas alınacak tarihin dava tarihi olması gerekmektedir.¹¹⁹

Anayasa Mahkemesi 26.07.2023 tarihli kararında, konusu beş yüz seksen bir bin Türk lirasının altında kalan davalarda bölge idare mahkemelerinin ilk derece mahkemesinin kararını kaldırıp¹²⁰ işin esası hakkında vermiş olduğu kararlara karşı temyiz yoluna başvurulamaması hususunu anılan hükmün iptal gerekçesi olarak vurgulamıştır.¹²¹ Bu gerekçeye uyumlu olarak hazırlanan kanun teklifi taslağında 2577 sayılı Kanun'un 46. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendine “*konusu yüz yetmiş bir bin Türk lirasını aşır beş yüz seksen bir bin Türk lirasını aşmayan vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemler hakkında açılan ve istinaf kanun yolu incelemesinde kaldırma kararı üzerine yeniden karar verilen davalar hakkında verilen davalar*” hükmünün eklendiği ancak Anayasa Mahkemesinin 26.07.2023 tarihli iptal kararına rağmen istinaf yoluna başvurulmasına parasal sınır getiren 2577 sayılı Kanun'un 46. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin¹²² aynen muhafaza edildiği görülmektedir.

Ayrıca yargı hizmetlerinin etkinliğinin artırılması amacıyla hazırlanan kanun teklifi taslağında, 2577 sayılı Kanun'un ek 1. maddesinin son fıkrasına eklenen hükümde, nihai karar tarihinden sonra parasal sınırlarda meydana gelen artışın bölge idare mahkemesinin kaldırma veya Danıştayın bozma kararı üzerine yeniden bakılan davalarda uygulanmayacağı¹²³ düzenlenmiştir. Ancak bu değişiklikte bölge idare mahkemesinin¹²⁴ ilk derece mahkemesinin

¹¹⁹ Turgut Candan, “İdari Yargı’da Kanun Yollarında Parasal Sınırın Anayasa Mahkemesince İptal ve Sonuçları”, <<https://turgutcandan.com/2023/10/27/idari-yargida-kanun-yollarinda-parasal-sinirin-anayasa-mahkemesince-iptali-ve-sonuclari/>>, Erişim Tarihi 1 Aralık 2023. Kanun yollarına başvuruda davanın açıldığı tarihteki parasal sınırların esas alınmasına ilişkin görüşler için bkz. Ulusoy, s. 212; Candan, “Parasal Sınırlar”; Yılmazoğlu, s. 40; Yılmaz, s. 1987-1988.

¹²⁰ “*Bölge idare mahkemesi, ilk derece mahkemesi kararını hukuka uygun bulmadığı takdirde istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar verir. Bu hâlde bölge idare mahkemesi işin esası hakkında yeniden bir karar verir.*” (İYUK md. 45/4).

¹²¹ AYM 26.07.2023, E. 2023/36, K. 2023/142, &22, RG 23.10.2023-32338.

¹²² Taslak metni için bkz. <<https://sen.av.tr/tr/makale/8.-yargi-paketi-taslaginda-idare-ve-idari-yargilama-hukukunda-ongorulen-degisiklikler>>, Erişim Tarihi 13 Şubat 2024.

¹²³ Taslak metni için bkz. <<https://sen.av.tr/tr/makale/8.-yargi-paketi-taslaginda-idare-ve-idari-yargilama-hukukunda-ongorulen-degisiklikler>>, Erişim Tarihi 13 Şubat 2024.

¹²⁴ 2577 sayılı Kanun’a göre istinaf incelemesi yapan bölge idare mahkemelerinin istinaf talebi-

kararını bozup esas bakımından karar verilmek üzere geri gönderdiği dosyalardan yeniden bölge idare mahkemelerinin önüne gelen dosyaları kapsayıp kapsamadığı hususunda bir düzenleme yapılmamıştır.

Kanun koyucunun gerek temyiz yoluna başvurulabilecek kararlar bakımından getirdiği sınırlardaki gerekse parasal sınırın belirlenmesinde karar tarihinin esas almasındaki maksadının temyiz kanun yoluna başvuruları sınırlamak olduğu açıktır. Temyiz kanun yolunun işlevinin içtihat birliğini sağlamak olduğu şeklindeki ön kabul belki de kanun koyucunun temyiz yoluna gidilebilecek kararların sınırlanmasının da temel gerekçesini oluşturmaktadır.

Her ne kadar bu başlık altında temyiz kanun yoluna getirilen parasal sınırın üzerinde durulmuş olsa da yaşam hakkı, sağlık hakkı, kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı, çalışma ve örgütlenme özgürlüğü ile ilişkilendirilebilecek uyuşmazlıklarda da temyize başvurma hakkının sınırlandığı görülmektedir.¹²⁵

III. KANUN YOLLARINA GETİRİLEN PARASAL SINIRLAR BAKIMINDAN 26.07.2023 VE 26.10.2023 TARİHLİ ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

İdari işlemlerin hukuka uygun oldukları nasıl bir varsayım ise kanunların da Anayasa'ya uygun oldukları bir varsayımdır.¹²⁶ Yargı organları bu varsayımdan hareket ediyor olsalar da Anayasa'nın 152. maddesi uyarınca, bir davaya bakmakta olan mahkemenin, uygulanacak kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğu kanaatindeyse doğrudan veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiası üzerine Anayasa Mahkemesine başvurması ve Mahkemenin de bu

nin reddi dışında iki farklı karar vermesi mümkündür. Bölge idare mahkemesi 45. maddenin dördüncü fıkrasına göre, ilk derece mahkemesi kararını hukuka uygun bulmadığı takdirde istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar verir. Bu halde bölge idare mahkemesi işin esası hakkında yeniden bir karar vermektedir. Diğer yandan 2577 sayılı Kanun'un 46. maddesinin beşinci fıkrasına göre ise ilk inceleme üzerine verilen kararlara karşı yapılan istinaf başvurusunu haklı bulduğu, davaya görevsiz veya yetkisiz mahkeme yahut reddedilmiş veya yasaklanmış hâkim tarafından bakılmış olması hâllerinde, istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar vererek dosyayı ilgili mahkemeye gönderir. Her iki halde de bölge idare mahkemesinin vermiş olduğu karar kesindir.

¹²⁵ Açımız, s 75-76.

¹²⁶ Yıldırım Uler, "Anayasa Mahkemesi İptal Kararları Geri Yürür", *Bahri Savcı'ya Armağan*, Mülkiyeliler Birliği Yayınları 7, 1988, s. 529.

düzenlemenin iptaline karar vermesi mümkündür.¹²⁷

Anayasa Mahkemesinin 26.07.2023 tarihli kararıyla 2577 sayılı Kanun'un 46. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde yer alan, “*konusu yüz bin Türk lirasını aşan vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemler hakkında açılan davalar*” ibaresinin ve 26.10.2023 tarihli kararıyla 2577 sayılı Kanun'un 45. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinin ve ek 1. maddesinin iptaline karar verilmesi ve bu kararların Resmi Gazete’de yayımlanmalarından başlayarak dokuz ay sonra yürürlüğe girmesine karar verilmesi üzerine hem Mahkeme gerekçeleri hem de yürürlüğü erteleme kararları doktrinde tartışma konusu olmuştur.¹²⁸

Anayasa Mahkemesi bir kanun hükmünün iptaline karar verdiğinde kanun, iptal kararının Resmî Gazete’de yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir (AY md. 153/3).¹²⁹ Uler, bu erteleme süresinin yasama organına yönelik olduğunu, yürütme ve yargı organlarının iptal kararını gözeterek hareket etmeleri gerektiğini ileri sürerken, Anayasa’ya aykırılığı tespit edilmiş bir hükmün henüz karara bağlanmamış davalara uygulanmaya devam etmesinin Anayasa’nın üstünlüğü ilkesi ile bağdaşmadığını ifade etmektedir.¹³⁰ Benzer şekilde Danıştay da, Anayasa’ya

¹²⁷ “*Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır. Mahkeme, Anayasaya aykırılık iddiasını ciddi görmezse bu iddia, temyiz merciince esas hükmüyle birlikte karara bağlanır. Anayasa Mahkemesi, işin kendisine gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını verir ve açıklar. Bu süre içinde karar verilmezse mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır. Ancak, Anayasa Mahkemesinin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkeme buna uymak zorundadır. Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz.*” (AY md. 152/1). Bu konuda bkz. Uler, s. 529.

¹²⁸ Candan, “Parasal Sınırlar”; Yılmazoğlu, s. 36 vd.

¹²⁹ “*Kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez.*” Bu konudaki tartışmalar için bkz. Yılmaz Aliefendioğlu, Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi, Yetkin Yayınları, 1996, s. 204-205; Erdoğan Teziç, Anayasa Hukuku (Genel Esaslar), 20. Baskı, Beta Yayıncılık, 2020, s. 263; Uler, s. 527. Bu konudaki tartışmalar için ayrıca bkz. Candan, “Parasal Sınırlar”; Yılmazoğlu, s. 36 vd.

¹³⁰ Uler, s. 527.

aykırılığı tespit edilmiş hükümlerin yürürlüğe girmesi ertelenmiş olsa dahi bu hükümlere dayanarak karar verilmesinin Anayasa'nın üstünlüğü ve hukuk devleti ilkesine aykırı olacağı vurgulamaktadır.¹³¹

26.07.2023 tarihli Anayasa Mahkemesinin iptal kararının derhal uygulanması halinde konusu beş yüz seksen bir bin Türk lirasını aşan vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemler hakkında açılan davalar bakımından ilgililer temyiz yoluna başvuramayacaklardır. Mahkemenin iptal kararının gerekçesi ile bağdaşmayan bir sonuç ortaya çıktığı için bu olasılığın kabul edilmesi mümkün değildir.¹³² Diğer yandan istinaf yoluna başvurulmasına ilişkin parasal sınırlar getiren ve yeniden değerlendirme oranına ilişkin hükümlerin iptaline karar veren 26.10.2023 tarihli Anayasa Mahkemesi kararının iptal gerekçesi gözetilerek derhal uygulandığı takdirde ise idari yargıdaki tüm kararlara karşı istinaf kanun yoluna başvurulması mümkün hale gelebilecektir. Yargı hizmetlerinin etkinliğinin artırılması amacıyla hazırlanan kanun teklifi taslağında ortaya konulan hukuki tercihlere bakıldığında her iki kararın derhal uygulanması halinde doğuracağı hukuki sonuçlar göz önüne alındığında yasama organına ilgili düzenlemeleri yapmak için süre verilmesinin haklılığı anlaşılmaktadır.

Soyut hukuk kurallarının somut olaylara uygulanmasındaki sorunların hakkaniyete uygun şekilde çözümlenmesi hukukun gelişimine yardımcı olur. Yüksek mahkemelerin, hukuki sorunlara ilişkin yorumları ve kararlarını gerekçelendirirken kullandığı ifadeler mahkemelere yol göstericidir. Bu bağlamda kanaatimizce özellikle Anayasa Mahkemesinin itiraz konusu norm hakkında vermiş olduğu kararlar benzer hukuka aykırılıkların ortadan kaldırılması bakımından kanun koyucuya da yol gösterici olması gerekmektedir.¹³³

Anayasa Mahkemesinin her iki kararı incelendiğinde, istinaf ve temyiz yoluna başvuracaklar açısından hangi tarihteki parasal sınırın uygulanacağı hususunda açık, net ve tereddütte yer vermeyecek şekilde bir düzenleme olmaması kararların iptal gerekçeleri olarak ön plana çıkmıştır. Her iki kararda da Mahkeme hangi tarihteki parasal sınırların dikkate alınacağı hususuna 2577 sayılı Kanun'da yer verilmemesini kanunilik ilkesine aykırı bulurken bu

¹³¹ Danıştay VDDK 05.12.2013, E. 2018/192, K. 2018/976; Danıştay 12. D. 22.6.2023, E. 2019/2161, K. 2023/3702 (Aktaran: Yılmazoğlu, s. 37).

¹³² Bu konudaki tartışmalar için bkz. Yılmazoğlu, s. 37.

¹³³ Akkaya, s. 72.

tarihin dava tarihi olması gerektiği ile ilgili bir ifadeye yer vermemiştir.

2577 sayılı Kanun'un 46. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde yer alan, “*konusu yüz bin Türk lirasını aşan*” ve 45. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan, “*konusu beş bin Türk lirasını geçmeyen*” ibareleri aslında mahkeme kararını değil uyuşmazlık konusunu nitelemektedir. Dava konusu dava açıldığı zaman dava dilekçesinde veya davaya konu edilen idari işlemden yer alan miktardır.¹³⁴ Bu bağlamda kanun koyucudan beklenen hükmün denetlenmesini isteme hakkı çerçevesinde kanun yollarına getirilen parasal sınırlar bakımından yapılacak yeni düzenlemede dava tarihindeki tutarı dikkate almasıydı.¹³⁵ Zira zaten uygulamada bir uyuşmazlığın kanun yoluna tabi olup olmayacağı veya hangi kanun yoluna gidileceğinin belirlenmesinde karar tarihindeki parasal sınırlar dikkate alınmaktaydı.

Kanaatimizce yargı hizmetlerinin etkinliğinin artırılması amacıyla hazırlanan kanun teklifi taslağında parasal sınırların belirlenmesinde uyuşmazlığın nihai karara bağlandığı tarihin esas alınmasına yönelik tercih Anayasa Mahkemesinin kanun yollarına başvurunun sınırlanmasına ilişkin içtihatlarıyla şekillenmiştir. Daha önce de ifade edildiği üzere Anayasa Mahkemesi usul ekonomisi ilkesinin sağlanması ve yargılamanın makul sürede sonuçlanabilmesi için belli bir miktarın altında kalan davaları önemsiz olarak değerlendirmekte ve bu kararların kesin olmasını hükmün denetlenmesi hakkına aykırılık olarak kabul etmemektedir.¹³⁶ Hatta Mahkeme davaların en az giderle sonuçlandırılması ve en hızlı yöntemlerle gerçekleştirilebilmesi için belirli tutarların altında kalan davalarda ilk derece mahkemesinin kararlarının kesin olmasını anayasa açısından meşru amaca uygun olduğunu kabul etmektedir.¹³⁷ Yüksek Mahkemenin bu tutumu kanun teklifi taslağına yansımış ve kanun yollarına başvurulmasında parasal sınırların ne zaman dikkate alınacağı hususunda yaşanan hukuki belirsizlik beklenenin aksine tarafların aleyhine olacak şekilde sonlandırılmıştır. Bu değişikliğin Anayasa'ya aykırılık gerekçeleri gözetilmeden sadece yargının iş yükünün azaltılması gayretiyle yapıldığı anlaşılmaktadır. Ayrıca nihai kararın verildiği tarihteki parasal sınırların esas alınacağına ilişkin düzenlemenin Anayasa'nın güvence

¹³⁴ Candan, “Parasal Sınırlar”.

¹³⁵ Bu yöndeki görüşler için bkz. Candan, “Parasal Sınırlar”; Yılmazoğlu, s. 40; Yılmaz, s. 1987-1988.

¹³⁶ AYM 16.02.2023 E. 2022/135, K. 2023/30, § 35, RG 05.04.2023-32154.

¹³⁷ AYM Mahir Şahap Bostan, 02.06.2020, B. No: 2017/19906, Lexpera, Erişim Tarihi 1 Kasım 2023; AYM 16.02.2023, E. 2022/135, K. 2023/30, RG 05.04.2023-32154.

altına aldığı kanuni hâkim ilkesine de aykırı olduğunu ifade etmek gerekir.

Kanuni hâkim ilkesi, davayı görece görevli ve yetkili yargı yerinin uyuşmazlığın doğmasından önce kanunla belirlenmiş olmasıdır.¹³⁸ Anayasa'nın 37. maddesinde: “Hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz.” hükmü ile bu ilke güvence altına alınmıştır. İlkenin getiriliş amacı yargılamada keyfiliği önlemek ve yargılamanın güvenilirliğini sağlamaktır.¹³⁹ Kanaatimizce madde metninde geçen “mahkeme” ifadesinin kanun yollarında görevli mahkemeleri kapsayacak şekilde yorumlanması gerektiği muhakkaktır. Kanun yollarına başvuruda ilk derece mahkemesince veya bölge idare mahkemesince nihai kararın verildiği tarihteki parasal sınır esas alındığında yıl sonunun yaklaşmasıyla birlikte mahkemelerin dosya hakkında karar verip vermemesi ile bir anlamda uyuşmazlığın kanun yollarına tabi olup olmadığı belirlenecektir. Daha önce de ifade edildiği üzere yıl sonuna yetişen veya yetişmeyen dosyalar bakımından da aynı dava konusu uyuşmazlığın hangi kanun yoluna açık olup olmadığı bakımından mahkemeler arasında farklı kararların çıkması mümkün olacaktır.¹⁴⁰ Bu haliyle iş yoğunluğu daha az olan bölgelerde davanın daha kısa sürede sonuçlanması sebebiyle taraflar temyiz veya istinaf yoluna başvurabilecekken, iş yoğunluğu fazla olan bölgelerde yargısal sürecin daha uzun sürmesi sebebiyle parasal sınırların yeniden değerlendirme oranında artmasıyla birlikte dava tarihi itibarıyla temyiz veya istinaf yolu açık olan bir uyuşmazlık hakkında nihai karar verildiğinde temyiz veya istinaf yoluna başvurulamaz hale gelebilecektir. Bu bakımdan yapılan değişikliğin kanun yollarına başvurma hakkı bakımından farklı bölge idare mahkemeleri çevresinde farklı yönde sonuçlar doğurması eşitlik ilkesine aykırı olacak ve sonradan ortaya çıkan yargı yoluna ilişkin değişiklik kanuni hâkim ilkesine aykırılık teşkil edecektir.¹⁴¹

¹³⁸ Bahtiyar Akyılmaz/ Murat Sezginer/ Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 15. Baskı, Savaş Yayınevi, 2022, s. 122.

¹³⁹ Madde gerekçesi için bkz. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli), <https://www.anayasa.gov.tr/media/7465/gerekceli_anayasa_2021.pdf> , Erişim Tarihi 2 Aralık 2023, s. 213.

¹⁴⁰ Bumin Doğrusöz, İYUK'ta Tabii Hakim İlkesi Yok Mu Oluyor? <<https://www.ekonomim.com/kose-yazisi/iyukta-tabii-hakim-ilkesi-yok-mu-oluyor/720293>>, Erişim Tarihi 20 Aralık 2023; Bu konudaki tartışmalar için ayrıca bkz. Turgut Candan, “Yargı Hizmetlerinin Etkinliğinin Artırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi Taslağında İdari Yargılama Usulü Kanunu İle İlgili Teklifler ve Değerlendirilmesi”, <<https://turgutcandan.com/>>, Erişim Tarihi 19 Mart 2024; Balcı, “Kanuni Hakim”.

¹⁴¹ AYM 26.07.2023, E. 2023/36, K. 2023/142, Başvuru Kararı/Dava Dilekçesi, <<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>>, Erişim Tarihi 30 Ekim 2023.

SONUÇ

İdari yargılama usulünde istinaf sisteminin işler hale gelmesiyle üç dereceli bir yargılama sistemine geçildiği yönünde yorumlar yapılıyor olsa da aslında üç dereceli yargılama sistemine geçilmediği, iki dereceli yargılama esasının yüzde seksen oranında korunduğunu ifade etmek gerekir.¹⁴² İdari yargılama usulünde kanun yollarına getirilen sınırlamalara tek dereceli ve iki dereceli yargılama bakımından farklı gerekçelerle itiraz etmek mümkündür. İki dereceli yargılama her şeyden önce hukuk devletinin bir gereğidir. Belirli parasal tutarı aşmayan uyuşmazlıklara karşı istinaf kanun yolunun kapatılması ile bölge idare mahkemelerinin iş yükünün azaltılması ve uyuşmazlıkların makul sürede çözümlenmesi hedefleniyor olsa da olağan kanun yollarına getirilen sınırlamaların Anayasa Mahkemesinin iş yükünü arttırdığına önemle işaret etmek gerekir. Bu bağlamda, hak ve özgürlüklerin korunmasında birincil görevin olağan kanun yollarına bakan yargı merciiilerinde olduğu ve Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolunun ikincil nitelikte¹⁴³ olduğu göz önüne alınarak Anayasa Mahkemesi'nin bir kanun yolu mercii gibi çalıştırılmasından ziyade idari yargıda istinaf kanun yolu denetiminin işler hale getirilmesi gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesi Danıştayın iş yükünün azaltılması bakımından hükmün denetlenmesini talep etme hakkının sınırlanabileceğini kabul etmektedir. Temyiz yoluna başvurulabilecek uyuşmazlıklar bakımından parasal sınırların kaldırılması halinde Danıştay'ın iş yükünün artacağı, yargılama sürelerindeki makul sürenin aşılabileceği¹⁴⁴ ve tarafların kesin hükme ulaşmasının güçleşeceği ifade edilmektedir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi, kendi nispetinde önemsiz sayılabilecek davalara karşı istinaf kanun yolunun kapatılmasının kanun koyucunun takdir yetkisinde olduğunu kabul etmiştir. Mahkeme istinaf kanun yolunun kapatılmasıyla yargı merciiilerinin iş yükünün azaltılmasını ve bölge idare mahkemelerinin önemsiz sayılabilecek uyuşmazlıklarla meşgul edilmemesini amaçlamaktadır. Mahkeme davaların makul süre içinde ve usul ekonomisine uygun şekilde yürütülebilmesi için önemsiz saydığı davalar bakımından hükmün denetlenme hakkının sınırlanmasını ölçsüz bir sınırlama olarak kabul etmemektedir.¹⁴⁵ Kanaatimizce hukuki uyuşmazlıkları miktara dayalı olarak önemli veya önemsiz olarak kategorize etmenin hukuki bir izahı bulunmamaktadır. Parasal

¹⁴² Akyıldız, s. 30.

¹⁴³ AYM Yasin Şimşek, 29.09.2021 E. 2017/37390, § 47, RG 08.12.2021-31683.

¹⁴⁴ Benzer açıklamalar için bkz. Candan, "Parasal Sınırlar"; Üstün, s. 14.

¹⁴⁵ AYM 16.02.2023, E. 2022/135, K. 2023/30, RG 05.04.2023-32134.

miktar bakımından bir değerlendirme yapılması durumunda da asgari ücret 17.002,12 TL ¹⁴⁶ iken 31.000 TL'nin önemsiz bir tutar olduğunu söylemek güçtür.¹⁴⁷ Zaten ilgilisi bakımından dava konusu miktar önemsiz ise yeniden dava masrafı ödeyip hukuki süreci uzatma gayretinde olmayacaktır.

2577 sayılı Kanun'un 46. maddesinde temyiz yolu açık uyuşmazlıkların tahdidi olarak sayılması ile birlikte aslında bazı davaların temyiz yoluna gitmeden kesinleşmesi öngörülürken Danıştay'ın iş yükünün yüzde seksen oranında azalması amaçlanmıştır.¹⁴⁸ Ancak 2015 yılında paylaşılan verilere göre bölge idare mahkemelerince verilen ve Danıştaya temyiz yolu kapatılan kararlardan elli iki tanesine karşı Danıştay Başsavcılığınca kanun yararına bozma başvurusunda bulunulmuştur.¹⁴⁹ Bu veriden hareketle Danıştayın iş yükünün azaltılması ve içtihat mahkemesi haline gelmesinin sağlanması amacıyla bazı uyuşmazlıklara karşı temyiz yolunun kapatılmasının Danıştayın iş yükünü belirgin oranda azaltmadığını ifade etmek yanlış olmayacaktır. Bu noktada idarenin etkin bir şekilde denetlenmesinin sağlanabilmesi için bölge idare mahkemelerince verilen kararlara karşı temyiz yolunun mümkün olduğunca açılmasının gerektiği ileri sürülebilir.¹⁵⁰

İdare hukuku ilişkisinde eşitler arası bir hukuki ilişki olmadığından özellikle idari yargılama usulünde hak arama hürriyetinin geniş yorumlanması gerekir. Anayasa Mahkemesi önem derecesi nispeten düşük davalara karşı istinaf kanun yolunun kapatılmasını adil yargılanma hakkına aykırı kabul etmese de kanun yollarına getirilen bu sınırlama ile elde edilecek menfaat ile tarafların hak arama özgürlükleri arasında gözetilmesi gereken makul dengenin bozulduğunu kabul etmek gerekir.

İdari yargılama usulünde hali hazırda devam eden sorun, her iki kanun yolunda beklenen hukuki belirliliğin Anayasa Mahkemesi kararlarından sonra da sağlanmamış olmasıdır. İdari yargılama usulünde getirilen parasal sınırların anlamsızlığı bir yana bir kararın gideceği kanun yolunun tespitinin yine kararı veren mahkemeye bırakılması sonucunu doğuracak teklif taslağında yer alan düzenlemenin hukuken kabul edilmesi güçtür.

¹⁴⁶ <<https://www.csgb.gov.tr/media/93378/netbrutasgari.pdf>>, Erişim Tarihi 13 Şubat 2024.

¹⁴⁷ Benzer görüş için bkz. Türkoğlu Üstün, s. 320.

¹⁴⁸ 6545 sayılı Kanun Gerekçesi, <<https://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0918.pdf>>, Erişim Tarihi 28 Ekim 2023.

¹⁴⁹ Mehmet Rıza Ünlüçay, Birinci Oturum Açış Konuşması, 147. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu, Ankara, 12 Mayıs, 2015, s. 8.

¹⁵⁰ Ünlüçay, s. 9.

KAYNAKÇA

- Açımız B, *İdari Yargılama Hukukunda Olağan Kanun Yollarına Başvurunun Sınırlanması*, Adalet Yayınevi, 2023.
- Akil C, *İstinaf Kavramı*, Yetkin Yayıncılık, 2010.
- Akkaya T, *Medeni Usul Hukukunda İstinaf*, Yetkin Yayıncılık, 2009.
- Aktepe Artık S, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı*, Seçkin Yayınevi, 2014.
- Akyıldız A, “İstinafa İlkesel Bakmak”, *147. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu*, Ankara, 2015, s. 11-32.
- Akyılmaz B / Sezginer M / Kaya C, *Türk İdare Hukuku*, 15. Baskı, Savaş Yayınevi, 2022.
- Akyılmaz B / Sezginer M / Kaya C, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, 7. Baskı, Savaş Yayınevi, 2022.
- Akyılmaz B., “Yargı Kararlarının Temyiz Öncesi Kesinleşmesi”, *İdari Yargıda İstinaf Semineri*, Antalya, Mayıs 2009, s. 156-170.
- Akyılmaz B/ Evren Ç C/ Türkoğlu Üstün K/ İsbir B/Karagöz Cin E/ Albal H/ Çıtak H A, “İnsan Zararları Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevlerine Dair Kanun Teklifine Eleştirel Bakış”, *GÜHFD*, 19(2), 2015, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/789089>>, Erişim Tarihi 15 Mart 2024, s.167-198.
- Aliefendioğlu Y, *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*, Yetkin Yayınları, 1996.
- Arat N, *Madde Sistematiği ile İdari Yargılama Hukuku* (Edt. Zehreddin Aslan), Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Arslan R/ Yılmaz E/ Taşpınar Ayvaz S/ Hanağası E, *Medeni Usul Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, 2020.
- Avcı M, “İdari Yargıda İstinaf”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2011 (96), <<https://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2011-96-1139>>, Erişim Tarihi 1 Aralık 2023, s. 179-204.
- Aydınoglu Z N, “İstinaf Kanun Yolunun İdari Yargılama Usulüne Başlıca

Etkileri”, *TAAD*, 9(34), 2018, <<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/980845>>, Erişim Tarihi 3 Kasım 2023, s.387-423.

Balcı M, “Vergi Yargısında Parasal Tutar Olarak Kesin Kararlar ve Kanuni Hâkim Yönünden Bazı Sakıncalı Durumlar”, <<https://vergialgi.com/vergi-yargisinda-parasal-tutar-olarak-kesin-kararlar-ve-kanuni-hakim-yonunden-bazi-sakincali-duruml>>, Erişim Tarihi 04 Kasım 2023.

Batı M, *Vergi Reformları ve Öneriler*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 417, Eylül 2023, <<http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/676.pdf>>, Erişim Tarihi 07 Aralık 2023, s. 95-97.

Candan T, “İdari Yargı’da Kanun Yollarında Parasal Sınırın Anayasa Mahkemesince İptal ve Sonuçları”, <<https://turgutcandan.com/2023/10/27/idari-yargida-kanun-yollarinda-parasal-sinirin-anayasa-mahkemesince-iptali-ve-sonuclari/>>, Erişim Tarihi 01 Aralık 2023.

Candan T, “Yargı Hizmetlerinin Etkinliğinin Artırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi Taslağında İdari Yargılama Usulü Kanunu İle İlgili Teklifler ve Değerlendirilmesi”, <<https://turgutcandan.com/>>, Erişim Tarihi 19 Mart 2024.

Çağlayan R, *İdari Yargı Kararlarına Karşı Başvuru Yolları (Fransa- Türkiye Mukayeseli Bir Deneme)*, Seçkin Yayınevi, 2017.

Çağlayan R, *İdari Yargılama Hukuku*, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022.

Çayan G, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mahkemeye Erişim Hakkı, *TADD*, 7(28), 2016, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/981932>>, Erişim Tarihi 3 Kasım 2023, s. 235-271.

Çınarlı S, *İdari Yargılama Hukukunda İstinaf ve Bölge İdare Mahkemeleri*, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2020.

Doğrusöz B, İYUK’ta Tabii Hakim İlkesi Yok Mu Oluyor? <<https://www.ekonomim.com/kose-yazisi/iyukta-tabii-hakim-ilkesi-yok-mu-oluyor/720293>>, Erişim Tarihi 20 Aralık 2023.

Günday M, “*Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İdari Yargıda Uygulanma Alanı*”, İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü Danıştay Sempozyumu 133. Yıl,

2001, s.79-86.

Günday M, “İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları”, *Anayasa Yargısı*, Sayı: 14, Ankara, 1997, <https://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg14/metingunday.pdf>, Erişim Tarihi 1 Kasım 2023, s. 347-358.

Günday M, *İdari Yargılama Hukuku*, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, 2022.

Gündüz F E /Gündüz H, Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hükmün Denetlenmesini Talep Etme Hakkı, *TAAD*, 13(49), 2022, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/2183682>>, Erişim Tarihi 3 Kasım 2023, s. 1-28.

Gürdoğan B, “Temyiz Mahkemesinin Kontrolü Bakımından: Vakıa ve Hukuk”, *AÜSBFD*, 11, 1956, <<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/37778>>, Erişim Tarihi 03 Kasım 2023, s. 258-285.

Hirsch E E, *Pratik Hukukta Metot*, 7. Tıpkı Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2012.

İnceoğlu S, *İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı (Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler)*, 4. Baskı, Beta Yayıncılık, 2013.

Kaplan G, *İdari Yargılama Usulü Hukuku*, 8. Baskı, Ekin Yayıncılık, 2022.

Karahanoğulları O, *İdari Yargı İdarenin Hukuka Zorlanması (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, Turhan Kitabevi, 2019.

Konuralp H/ Hanağası E, “Fransız Hukuku’nda İptal Amaçlı İstinaf Yolu” *Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, Legal Yayıncılık, 3(6), 2007.

Kuru B/ Avcı B, *Medeni Usul Hukuku*, El Kitabı, C. II, Yetkin Yayınevi, 2022.

Kuru, B, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, Yetkin Yayıncılık, 2019.

Kuver Beyza, 8. Yargı Paketi Taslağında İdare ve İdari Yargılama Hukuku Bakımından Öngörülen Değişiklikler, <<https://sen.av.tr/tr/makale/8.-yargi-paketi-taslaginda-idare-ve-idari-yargilama-hukukunda-ongorulen-degisiklikler>>, Erişim Tarihi 12 Şubat 2024.

Özekes M, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku*, (Edt: Pekcanitez H/ Özekes

- M/ Akkan M/ Taş Korkmaz H), Cilt III, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Özok Ö, “(İstinaf Mahkemeleri) “Bölge Adliye Mahkemeleri” Ya Da “Üst Mahkemeler” Açılırken Duyulan Kimi Kaygılar”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 19(63), <<https://tbbergisi.barobirlik.org.tr/m2006-63-205>>, Erişim Tarihi 1 Kasım 2023, 2006.
- Pekcanitez H, “Yargı Güvenliği Açısından İstinaf”, *İdari Yargıda İstinaf Semineri*, Antalya, Mayıs 2009, s. 131- 137.
- Pekcanitez H/ Atalay O/ Özekes M, *Medeni Usul Hukuku*, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, 2011.
- Sancakdar O, “İdari Yargıda İstinaf Sistemi Üzerine Düşünceler”, *Yaşar Üniversitesi E- Dergi*, 8(Özel Sayı), 2013, <<https://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/4-O%C4%9Fuz-SANCAKDAR.pdf>>, Erişim Tarihi 3 Kasım 2023, s. 2237-2326.
- Sezginer M, “İdari Yargıda İstinaf İncelemesinin Esasları ile İstinaf Uygulamasında İçtihat Ayrılıkları Sorunu ve Çözüm Yolları”, *Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu 150. Yıl*, Ankara, 10-11 Mayıs 2018, s.111-134.
- Söyler Y/Yılmaz M, “Temyiz Kanun Yolunda Uygulanan Parasal Sınırın Her Yıl Artırılmasının Görülmekte Olan İdari Davalara Etkisi”, *SÜHFD*, 29(3), 2021, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1802937>>, Erişim Tarihi 15 Kasım 2023, s. 2131-2168.
- Tanrıver S, *Medeni Usul Hukuku*, C. II, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, Yetkin Yayıncılık, 2022.
- Teziç E, *Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)*, 20. Baskı, Beta Yayıncılık, 2020.
- Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli), <https://www.anayasa.gov.tr/media/7465/gerekceli_anayasa_2021.pdf>, Erişim tarihi 02 Aralık 2023.
- Türkoğlu Üstün K, *İdari Yargılama Usulüne Hâkim Olan İlkeler*, Seçkin Yayınevi, 2019.
- Uler Y, “Anayasa Mahkemesi İptal Kararları Geri Yürür”, *Bahri Savcı'ya*

- Armağan*, Mülkiyeliler Birliği Yayınları 7, 1988, s. 515-534.
- Ulusoy A, *İdari Yargılama Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayıncılık, 2022.
- Ünlüçay M R, Birinci Oturum Açış Konuşması, 147. *Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu*, Ankara, 12 Mayıs, 2015, s. 7-9.
- Üstün G, “İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu Üzerine Bir Değerlendirme”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 22(2), 2016, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/275221>>, Erişim Tarihi 3 Kasım 2023, s. 13-38.
- Voskuhle A, Erosionserscheinungen des zivilprozessualen Rechtsmittelsystems, NJW 1995/21.
- Yıldırım R, “Türkiye’de İstinaf Uygulamasının İdari Yargıya Etkileri”, 147. *Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu*, Ankara, 12 Mayıs, 2015, s. 33-53.
- Yıldız H, “Mahkemeye Erişim Hakkı Kapsamında İdari Yargıda Parasal Sınırların Değerlendirilmesi”, *TBBD*, 2023, (168), <<https://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2023-168-2142>>, Erişim Tarihi 13 Şubat 2024, s. 199-226.
- Yılmaz Özel N, *Adil Yargılanma Hakkı Kriterlerinin Türk İdari Yargılama hukuku Açısından Muhtemel ve Gerçekleşen Etkileri*, On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- Yılmaz S, “İdari Yargıda “Parasal Sınırlar” ın Konu ve Zaman Bakımından Uygulanması Sorunu”, *AÜHFD*, 72(4), 2023, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/3727405>> Erişim Tarihi 20 Mart 2024, s. 1905-2006.
- Yılmazoğlu Y E, “72577 sayılı Kanun’un 46. Maddesinin Birinci Fıkrasının “B” Bendinin İptaline Yönelik Anayasa Mahkemesi Kararı Nedeniyle Oluşan Hukuki Durum ve Kanun Değişikliği Önerileri”, *Vergi Sorunları Dergisi*, (423), 2023, s. 31-46.

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

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVIII Nisan / April 2024 Sayı / No. 2

ÖZEL HUKUK KİŞİLERİ ARASINDA İDARİ SÖZLEŞME
YAPILABİLMESİ OLASILIĞINA İLİŞKİN BİR DEĞERLENDİRME
AN EVALUATION ON THE POSSIBILITY TO MAKE
ADMINISTRATIVE CONTRACTS BETWEEN PRIVATE PERSONS

Mehmet AKTAŞ* 

ÖZET

[-10.34246/ahbvuhfd.1312777](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1312777) 

Kamu hizmetlerini sunma misyonunu haiz olan idare, bu misyonun icrası sırasında çeşitli vasıtalarla iradesini ortaya koyabilmektedir. Kimi durumlarda birel ya da düzenleyici nitelikte tek taraflı işlemler yapan idare, kimi durumlarda da sözleşmeler yoluyla iradesini tecelli ettirebilmektedir. İdari sözleşme doktrini incelendiğinde genel olarak, bir sözleşmenin idari sözleşme olarak addedilebilmesi için en az bir tarafın idare olması zorunluluğuna yer verildiği görülmektedir. Organik kriter olarak ifade edilen bu şart, iki tarafı da özel hukuk kişileri olan idari sözleşme yapma ihtimalini kategorik olarak reddetme sonucunu doğurmaktadır. Türkiye’de hem doktrinde hem de uygulamada bu hususta ittifak olduğu görülmektedir. Bu çalışmada ise, kamu hizmetlerinin sunulması sırasında idarenin çeşitli yöntemlerle paydaş kıldığı özel hukuk kişilerinin, kamu hizmetlerinin sunumu esnasında üstlendikleri misyon çerçevesinde kendi aralarında idari sözleşme yapıp yapamayacağı hususu değerlendirilecek; Türk Hukuku açısından buna engel yasal bir temel olup olmadığı incelenecek; özellikle bu kategorik reddiye irdelenerek Fransa’da buna imkan veren istisnai içtihadın Türkiye’de uygulanabilirliği ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: İdarenin Sözleşmeleri, İdari Sözleşmeler, İdari Sözleşme Kriterleri, İdare Sözleşmelerde Organik Kriter, Kamu Hizmeti.

* **Doktora Öğrencisi**, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu/ANKARA, **e-posta:** aktasmehmet456@gmail.com, **ORCID:** 0000-0003-4076-2985, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1312777.

- **Atf Şekli/ Cite As:** Aktaş M, “Özel Hukuk Kişileri Arasında İdari Sözleşme Yapılabilirliği Olasılığına İlişkin Bir Değerlendirme”, *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28(2), 2024, s. 589-612.
- **İntihal / Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



ABSTRACT

The administration, which has the mission of providing public services, can demonstrate its will through various means during the execution of this mission. In some cases, the administration carrying out individual or regulatory unilateral transactions can also manifest its will through contracts. When the administrative contract doctrine is examined, it is seen that at least one party must be an administrator for a contract to be considered an administrative contract. This condition, expressed as the organic criterion, categorically rejects the possibility of making an administrative contract, both parties of which are private law persons. There is an alliance on this issue both in doctrine and practice in Türkiye. This study will evaluate whether private legal persons, whom the administration has made stakeholders through various methods during the provision of public services, can make administrative contracts among themselves within the framework of the mission they undertake while providing public services. In particular, this study analyzes the risks that this categorical refusal may pose and whether the exceptional case law that allows this in France is applicable in Türkiye.

Keywords: *Contracts of the Administration, Administrative Contracts, Criteria of Administrative Contracts, Organic Criteria in Administrative Contracts, Public Service.*

EXTENDED ABSTRACT

The administration can express its will in many ways by performing both transactions and actions to achieve legal results. Administrative acts, one of the forms used for this purpose, can be established without necessitating the consent of the other party. For these unilateral administrative transactions to carry legal consequences, no consent from any party is required. However, the administration does not always express its will through unilateral acts. While less common than administrative acts, the administration can also articulate its will through contracts.

Contracts are transactions in which the administration seeks agreement from the other party. In some of these transactions, which can be defined as the administration's contracts, the administration concludes contracts within the framework of the private law regime. For instance, the administration may rent a building for providing public services, similar to any private law lease contract. However, some contracts of the administration are subject to the rules and principles of administrative law. In these contracts, declarations of will adhere to administrative law principles and rules, not private law. The regime to which they are subject, as well as the judicial branch for dispute resolution, differs in contracts made within the administrative law framework.

The administration, being a entity that provides public services with all its actions aimed at the public interest, may collaborate with private legal persons during service provision. The administration, for various reasons, involves private law persons as stakeholders. In Türkiye, for instance, the administration has delegated the authority

to regulate horse racing to a private law person. These private law persons acting on behalf of the administration may be subject to certain obligations that exceed private law within the framework of administrative law, and may also benefit from some opportunities granted to the administration. Private law persons, representing the administration, are authorized to undertake unilateral administrative actions in both Turkish and French Administrative Law, as exemplified by the Jockey Club of Türkiye in the horse racing context.

Although it is accepted that private law persons acting on behalf of the administration can carry out unilateral administrative transactions, there is a widespread opinion in both France and Turkey that an administrative contract cannot be made if both parties are private law persons. In some decisions in France, contracts in which both parties are private legal persons are described as administrative contracts. Although the number of decisions with this content is limited, these decisions are important in terms of allowing a different interpretation to overcome this resistance. In Türkiye, however, a strict stance persists both in practice and doctrine. The insistence that at least one party must be the administration, even if the contract is related to the execution of public services and includes provisions exceeding private law, categorically prevents contracts with both parties as private law persons from being considered administrative contracts.

In this study, it will be criticized that contracts in Turkey, both parties of which are private legal persons, are not considered administrative contracts as a whole. In this context, it will be pointed out that the increasing cooperation of the administration with private law persons in the provision of public services may increase the need to re-evaluate the condition of at least one party being the administration, defined as the organic criterion in administrative contracts. Furthermore, the study argues that the requirement for at least one party to be the administration lacks a positive basis in Turkish Law and is solely derived from an orthodox approach in practice and doctrine. It is proposed that the condition of having at least one party as the administration, softened by the Peyrot Decision in France, could influence the Turkish practice and contribute to flexibility in overcoming the current rigid stance. Changes and transformations over time, especially in the concept of public service and its delivery, may warrant questioning and revising established attitudes. Therefore, the study contends that the necessity for at least one party to be the administration is not an absolute requirement for administrative contracts. Under certain cumulative conditions, the organic criterion can be fulfilled even when both parties are private legal persons.

GİRİŞ

Hukukun diğer özneleri gibi idare de çeşitli vasıtalar aracılığıyla iradesini ortaya koymaktadır. İdarenin, hukuki sonuç doğurmaya yönelmiş bu irade

açıklamalarına idarenin işlemleri adı verilmektedir.¹ Bu irade açıklamaları, açıklanan iradelerin yönüne göre tek taraflı irade açıklamaları (bireysel ve düzenleyici işlemler) ve iki yanlı irade açıklamaları olarak ikiye ayrılmaktadır. Doktrinde idarenin işlemlerini farklı veçhelerden tasnif eden yazarlar da bulunmaktadır. Karahanoğulları, hukuksal sonuç doğurabilmesi için uzlaşma gerekip gerekmediği şeklinde bir tasnif kriterine başvurmakta, uzlaşma gerektirenlerin iki yanlı, gerektirmeyenlerin tek yanlı işlemler olduğunu ifade etmektedir.² Duran ise iradenin açıklanması şeklinde bir kritere başvurmaktadır. Yazar idarenin tek başına kendi iradesiyle yaptığı işlemleri idarenin tek taraflı işlemleri, karşılıklı iradelerin birleşmesi sonucu yapılan işlemleri de idarenin iki yanlı işlemleri olarak ifade etmektedir.³ Konumuz bağlamında incelenecek olan idari sözleşmeler idarenin iki yanlı işlemlerindedir.⁴ İdari sözleşmeler, idarenin idari işlemlerindedir. Bu açıklamanın mefhumu muhalifinden de anlaşılacağı üzere idarenin özel hukuk işlemleri de yapabilmesi mümkündür.

Sözleşme esasen bir özel hukuk kurumudur. Eşitler arası ilişkilerin egemen olduğu özel hukukta taraflar eşit koşullar altında, şartları yine taraflarca belirlenecek şekilde sözleşme yapabilmektedir. Bu nedenle asimetrik ilişkilerin söz konusu olduğu idare hukukunda sözleşme kavramı ilk bakışta yadırganabilmektedir. Ancak bağımsız bir hukuk dalı olarak idare hukuku, sözleşme kavramını bünyesine derç ederken birebir değil, amacına uygun bir değişimle ithal etmiştir. Bu nedenle özel hukuk menşei olan sözleşme kavramı idare hukukunda kamu yararı amacına yönelmiş olan asimetrik ilişkiye uygun bir değişim ve dönüşüm geçirmiştir. Bilgen, “*idare hukuku ve özel hukukta tek bir sözleşme kavramının bulunduğu, ancak sözleşmenin bu alanlarda farklı rejimlere tabi olacağını*” ifade etmektedir.⁵ Bu nedenle idare hukuku açısından değerlendirildiğinde sözleşme kavramının özel hukuktan farklı, idare hukukuna has bir rejim çerçevesinde değerlendirilmesi icap etmektedir.

İdare, devlet ya da diğer kamu tüzel kişilikleri şeklinde örgütlenmiş bir yapıdır. Başka bir deyişle, idare tüzel kişiliği bulunan bir yapıdır. Tüzel

¹ Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, 3. Baskı, Ekin Yayınevi, 2019, Cilt 1, s.718.

² Onur Karahanoğulları, *İdare Hukuku*, 1. Bası, Turhan Kitabevi, 2022, s.51.

³ Lütfi Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1982, s.386.

⁴ Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, *İdare Hukuku Cilt 1 Genel Esaslar*, 14. Bası, Turhan Kitabevi, 2021, s. 334.

⁵ Pertev Bilgen, *Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay İçtihatlarına Göre İdari Sözleşmelerin Kriterleri*, 1. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1970, s. 4.

kişiliği bulunan diğer yapılar gibi idare de sözleşme yapma ehliyetini haizdir. Bu çerçevede idare hem idari sözleşmeler hem de özel hukuk sözleşmeleri yapabilmektedir.⁶ Bununla birlikte idari sözleşmelerin en az bir tarafının idare olması zorunluluğu, eş deyişle iki özel hukuk kişinin kendi arasında idari sözleşme yapıp yapamayacağı meselesi ayrıca ele alınması gereken bir konudur. Kamu hizmetlerinin genişleyen muhtevası, idareyi özel hukuk kişilerinden yardım almaya yöneltmiştir. Örneğin özel hukuk kişileri, bazı durumlarda idare hesabına tek taraflı idari işlemler tesis edebilmektedir. Buna rağmen ülkemizde uygulamada ve doktrinde istikrarlı bir şekilde iki tarafı da özel hukuk kişisi olan idari sözleşmeler yapılamayacağı değerlendirilmektedir. Oysa idare hukukunun beşiği olarak adlandırabileceğimiz Fransa’da bu katı yorumun bazı kararlar yoluyla yumuşatıldığı görülmektedir. Bu nedenle bu ihtimalin ülkemiz açısından da değerlendirilmesinin faydalı olacağı kanaati, bu çalışmanın temel motivasyonu olmuştur. Bu çerçevede çalışmanın birinci bölümünde idari sözleşmelerin tanımı yapılacak, akabinde idareyi sözleşme yapmaya iten gerekçeler ve idari sözleşmenin yerleşik kriterleri ele alınacaktır. İkinci bölümde ise iki özel hukuk kişinin kendi aralarında idari sözleşme yapabilmesine ilişkin durumlar vekâlet ve idarenin hesabına olacak şekilde ayrı başlıklar altında ele alınacaktır. Çalışmanın üçüncü ve son bölümünde ise Türkiye’deki iki özel hukuk kişisi arasında idari sözleşme yapılamayacağı yönündeki toptancı reddiyenin eleştirisi ve bunun mümkün olabileceğine ilişkin nedenler gerekçeleri ile ortaya konulmaya çalışılacaktır. Özellikle Türk Hukukunda buna engel normatif bir düzenleme olmadığı, Fransa’da bu yönde bazı içtihatların ortaya konulduğu ve bunların Türkiye’deki katı uygulamanın aşılmasına ışık tutabileceği; ayrıca idarenin özel hukuk kişileri ile artan işbirliğinin neticesi olarak, idarenin kullandığı irade açıklama vasıtalarının onun hesabına hareket eden özel kişilerce de kullanılabilmesi gerektiği hususlarında değerlendirmelerde bulunulacaktır.

I. İDARİ SÖZLEŞMELER

A. Tanım

Eşitlik ilkesi temelinde kurulan özel hukuk ilişkilerinde en yoğun şekilde başvurulan hukuki işlem sözleşmelerdir. İdare hukukunda ise bu yoğunlukta olmasa da sözleşmelerin yapıldığı görülmektedir. İdare hukukunun özel hukuktan ihraç ettiği sözleşme kavramının tanımı da özel hukuktaki tanımla

⁶ Ramazan Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, 10. Baskı, Adalet Yayınevi, 2022, s. 465.

benzerlikler içermektedir.⁷ Ancak idari sözleşmeler, çeşitli farklılıkları da barındıran sözleşmeler olduğundan ayrıca tanımlanması gerekmektedir.

İdari sözleşmeler, idare hukuku kural ve ilkelerine tabi olarak yapılan sözleşmeleri ifade etmektedir.⁸ Bu tanım, genel hatlarıyla idari sözleşme kavramının idarenin sözleşmeleri kavramından farkına işaret etmektedir. Çünkü idare, özel hukuk sözleşme yapma ehliyetine de sahiptir. İdari sözleşme, idarenin sözleşmelerinin idarenin özel hukuk sözleşmeleri dışında kalan bölümünü teşkil etmektedir. İdarenin sözleşmelerinin bu şekilde ayrımı hem uygulanacak hukuki rejim hem de uyuşmazlıkların tabi olacağı yargı kolu açısından belirleyicidir.

B. İdari Sözleşme Yapma Gerekçeleri

İdareyi tek yanlı işlemlerin yanında idari sözleşmeler yapmaya iten saikler konusunda çok çeşitli yorumlar yapılmaktadır. Bütün bu gerekçeleri ortaya koymak çalışmanın hacmini ve amacını aşacağından sadece sonraki bölümlerde yapılacak değerlendirmeye esas teşkil edecek bazı yorumlara yer verilecektir.

İdari faaliyetler, genel olarak tek taraflı idari işlemler yoluyla icra edilir. Ancak, neoliberal politikaların yoğunlaştığı 1980 sonrası dönemde, özellikle kaynak yetersizliği nedeniyle özel sektörün finansmanına ihtiyaç duyulmuştur. Elektrik santrali kurulması, doğalgaz iletim tesisleri kurulması, mobil telefon işletmeciliği gibi yüksek meblağlarda yatırım gerektiren hizmetlerde özel sektörün desteğine ihtiyaç duyulmuş, bu nedenle de idari sözleşmelere başvurulmuştur.⁹

İdarenin özellikle sosyal politikaları öncelediği dönemlerde, piyasaya daha yoğun bir müdahalesinin olduğu görülmektedir. Bu müdahaleleri, hem yönetilenler hem de mahalli idareler açısından daha kolay kabul edilebilir kılmak, idari sözleşmeye başvurmanın nedenleri arasında sayılmaktadır. Bunun yanında tam zıttı yönde pazar ekonomisinin gereklerine uymak da bu gerekçeler arasında sayılmaktadır.¹⁰

⁷ Yahya Kazım Zabunoğlu, *İdare Hukuku Cilt 1*, Yetkin Yayınları, 2012, s.466-467., Kemal Gözler, *İdare Hukuku Cilt 2*, s. 463-464.

⁸ Metin Günday, *İdare Hukuku*, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, 2015, s.184.

⁹ Ali Ulusoy, *Yeni İdare Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, 2020, s. 373.

¹⁰ Gözübüyük ve Tan, s. 451.

Bazı durumlarda idare olağan usuller ve ücretlerle hizmetin gerektirdiği nitelikte kalifiye eleman bulamayabilir. Bu durumda da şartları iyileştirilmiş ve esnetilmiş sözleşmeler yoluyla nitelikli personel teminine gidilebilir. Ayrıca idare kimi durumlarda kamu hizmet ve faaliyetlerini kurmak ve (ya) sürdürmek için yeterli sermayeye sahip değildir. Bu durumda idari sözleşmeler idareye elverişli araçlar sunabilmektedir. Bunun yanında kimi durumlarda üretici ve tüketiciyi korumak gibi saikler, idarenin sözleşmelere başvurmasına gerekçe oluşturabilmektedir.¹¹

İdareyi sözleşme yapmaya iten saikleri bir bütün olarak ve tüketilmiş şekilde sunmak elbette mümkün değildir. Çünkü kamu hizmeti, kamusal ihtiyaçlar ve kamusal faaliyetler sürekli olarak değişip gelişmektedir.

C. İdari Sözleşme Kriterleri

İdarenin hem özel hukuk sözleşmeleri hem de idari sözleşme akdetmeye ilişkin ehliyetinin bulunması, idarenin yaptığı sözleşmelerin belli kriterler bağlamında tasnifini zorunlu kılmaktadır. Bu tasnif ise iki ana kriter çerçevesinde gerçekleşmektedir. Birincisi, sözleşmenin niteliğinin bir norm aracılığıyla ortaya konduğu teşrii kriter, diğeri ise bu yönde açık bir belirlemenin olmadığı durumlarda (genel olarak bu tarz açık bir belirleme yapılmamaktadır) içtihat ve doktrin tarafından belirlenen kriterlerin mevcut sözleşmeye uygulanması neticesinde niteliğinin ortaya konulması şeklindedir.¹²

1. Teşrii Kriter

Bazı durumlarda sözleşmenin niteliği bizatihi kanun koyucu tarafından belirlenmektedir. Yasama organının bu noktada bir belirlemesi varsa çalışmanın sonraki bölümünde incelenecek olan içtihadi kriterlere başvurmaya gerek kalmayacaktır. Teşrii nitelirmede bazen kanun koyucu açıkça bir sözleşmenin idari sözleşme niteliğinde olduğunu belirtmektedir. Kimi durumlarda ise uyumsuzluğun çözüm yerinin ya da tabi olacağı hukuksal rejimin öngörülmesi suretiyle bir belirleme yapıldığı görülmektedir.¹³ Genel olarak sözleşmelerin, özelde de idari sözleşmenin düzenlendiği kanun hükmünde bu yönde bir belirleme varsa, buna itibar etmek gerekir.¹⁴ Kanun koyucu tarafından yapılan belirlemeler için “kanun tarafından belirleme”, “kanun tarafından ön

¹¹ Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku*, 2. Baskı, Beta Yayınları, 2010, s.163.

¹² Gözler, *İdare Hukuku Cilt 2*, s.19 vd.

¹³ Zabunoğlu, s. 66-467., Gözler, *İdare Hukuku, Cilt 1*, s. 15.

¹⁴ Lutfi Duran, s. 430.

belirleme” ve “kanun etkisiyle idari sözleşme” gibi tanımlamalar yapılmıştır.¹⁵

Kanunda açık düzenlemeye örnek olarak 5441 sayılı Devlet Tiyatroları Personeli Hakkında Kanun’un 5’inci maddesi verilebilir. Madde metninde “Devlet tiyatroları sanatkâr memurları, uygulatıcı uzman memurları ve uzman memurları sanat ve yönetim kurulu kararı üzerine Genel Müdürle aralarında yapılacak bir yıl süreli idarî sözleşmelerle göreve alınırlar. Yapılacak idari sözleşmelere bu maddede belirtilen hizmet özellikleri de yazılır.” hükümlerine yer verilmek suretiyle sözleşmenin niteliği hakkında açık bir düzenlemeye yer verilmiş ve bu konudaki muhtemel bütün tereddütler bertaraf edilmiştir.

Anayasa’da buna ilişkin bir hüküm olmadığı sürece yasama organı, sözleşmenin niteliğinin belirlenmesinde bir serbestiye sahiptir.¹⁶ Türk Hukuku açısından değerlendirildiğinde, Anayasa’nın 47’nci maddesinde yer alan “Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılacağı veya devredilebileceği kanunla belirlenir.” hükmü karşısında bir sözleşmenin niteliğinin belirlenmesinde yasama organının serbestiye sahip olduğunu söylemek mümkündür.

Özay, bu konuda farklı bir veçheden ilave bir yorum getirmek suretiyle bir sözleşmenin idari olup olmadığının tespitinde “sözleşmenin kendi hükümleri arasında herhangi bir açıklık bulunması” kriterine yer vermiştir.¹⁷ Buna göre sadece kanun hükmünde değil, sözleşme metninin kendisinde de bu yönde bir belirleme yapılmış olabilir. Bu durumda da içtihadi kriterlere başvurulmasına gerek bulunmamaktadır. Kanaatimizce Özay’ın yorumunu idare bu konuda sınırsız bir serbestiye sahipmiş gibi yorumlamamak gerekir. Bu konudaki hareket alanı, idarenin genel olarak tali istisnaen de asli nitelikteki yetkisi bağlamında bir değerlendirme marjı olarak değerlendirmek gerekmektedir.

2. İçtihadi Kriter

Teşrii kriter, kesin ve tartışmasız bir çözüm sunsa da, çoğu zaman sözleşmenin niteliğinin ilgili norm metninde belirlenmediği görülmektedir. Bu noktada ise sözleşmenin niteliğinin belirlenmesinde teşrii kriterlere göre

¹⁵ Laubadère, André de/Moderne, Frank/Delvolvé, Pierre, c. I, s. 131-132, (Nakleden, Murat Sezginer, “İdarenin Müdahale Ettiği Özel Hukuk Sözleşmeleri (Bileşik İradeli “Birleşme” Sözleşmeler”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 17 (2), 2013, s.170.)

¹⁶ Gözler, *İdare Hukuku Cilt 2*, s. 15.

¹⁷ İl Han Özay, *Gün Işığında Yönetim*, 2. Baskı’dan 3. Tıpkı Baskı, Filiz Kitabevi, 2017, s. 511.

tamamlayıcı bir nitelikte olan içtihadi kriterlere başvurmak gerekir.

İçtihadi kriterler hem doktrin hem de mahkemelerce genel olarak şu şekilde belirlenmiştir: Sözleşmenin taraflarından en az birisinin idare olması, sözleşmenin konusunun bir kamu hizmetinin sunulmasına ilişkin olması ve sözleşmenin özel hukuku aşan hükümler içermesi. Sözleşmenin taraflarına ilişkin olan ilk şart organik kriter, mahiyetine ilişkin olan diğer iki şart ise maddi kriter olarak tasnif edilmektedir.¹⁸ Doktrinde maddi kriterleri iki müstakil kriter olarak ele alan yazarlar da bulunmaktadır. Bu üçlü ayırmada en az bir tarafın idare olması zorunluluğu organik kriter, sözleşmenin konusunun kamu hizmeti olması maddi kriter, özel hukuku aşan hükümler içermesi ise biçimsel kriter olarak ifade edilmektedir.¹⁹

3. İdari Sözleşmelerde Organik Kriter

Sözleşmenin taraflarının ortaya konulduğu organik kriter, bir sözleşmenin idari sözleşme olarak kabulü için en az bir tarafının idare olmasını zorunlu bir koşul olarak görmektedir. Buna göre, bir tarafın idare olması, sözleşmenin idari olarak nitelendirilmesinde olmazsa olmaz bir koşuldur. İki tarafı da özel hukuk kişisi olan bir sözleşmeyi, idari sözleşme saymaya olanak bulunmamaktadır.²⁰ Günümüzde, iki tarafı da özel hukuk sözleşmesi olan sözleşmelerin, idari sözleşmeleri de içine alan şemsiye kavram olan idarenin sözleşmelerine de dâhil olmadığını belirtmektedir.²¹

Çağlayan, yaygın anlayışla koşul olarak organik kriterin idari sözleşmenin tayini açısından zorunlu olduğunu ifade etmektedir. Müellife göre idari sözleşmeden söz edilecekse bir tarafın idare olması “doğal bir şarttır.” Bir tarafı idare olmayan bir sözleşmenin idari sözleşme olarak telakki edilemeyeceğini net bir vurgu ile ortaya koymaktadır.²²

Türkiye’de yüksek mahkeme kararları da incelendiğinde doktrinle benzer şekilde organik kritere yer verildiği görülmektedir. Anayasa Mahkemesi bir kararında bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için, “sözleşmenin taraflarından birinin kamu idaresi, kurumu ya da kuruluşu olması; sözleşmenin kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilgili bulunması ve yönetime

¹⁸ Gözler, *İdare Hukuku Cilt 2*, s. 19 vd.,

¹⁹ Karahanoğulları, s. 69.

²⁰ Gözler, *İdare Hukuku Cilt 2*, s. 19 vd.

²¹ Günümüzde, s. 184.

²² Çağlayan, s. 465.

özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler tanınması gereklidir.” değerlendirmesinde bulunmuştur.²³ Danıştay da konuyu incelediği kararlarında istikrarlı bir biçimde organik kriteri aramakta ve bir tarafın idare olmasını şart koşmaktadır. Danıştay’a göre “*Bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için sürekli bir kamu hizmetinin görülmesi amacını taşıması, taraflardan birinin idare olması ve kamu hukukuna özgü, kamu hukukundan doğan şart ve hükümlerin sözleşmede yer alması zorunludur.*”²⁴ Yukarıda yer verilen örnek kararlardan da anlaşılacağı üzere, en az bir tarafın idare olması koşulu, Türk yargısı açısından olmazsa olmaz niteliktedir.

Bazı durumlarda maddi kriterleri aynı olan sözleşmelerin sadece organik kriterlerle birbirinden ayrıldığı görülmektedir. Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi, tarım alanında yapılan ve mahiyeti itibariyle özdeş olan sözleşmelerden bir özel hukuk kişisi tarafından yapılanları özel hukuk sözleşmesi, bir kamu kurumu olan FORMA tarafından yapılan sözleşmeleri ise idari sözleşme olarak değerlendirmiştir.²⁵ Fransız Danıştay’ı da koşut olarak, özdeş sözleşmelerde salt taraf kriterini kullanmak suretiyle sözleşmeleri özel hukuk sözleşmesi ve idari sözleşme olarak tasnif etmiştir.²⁶

Yukarıda yer verildiği üzere bir tarafın idare olması, bir sözleşmenin idari sözleşme olarak kabulü için Türkiye’de genel olarak zorunlu kabul edilmektedir. Bu konuda genel kabulü yumuşatabilecek bazı değerlendirmelere doktrinde rastlansa da uygulamada bu yönde bir değerlendirmeye rastlanmamıştır. Çalışmanın bundan sonraki bölümlerinde iki tarafı da özel hukuk kişisi olan sözleşmelerin ortaya çıkması durumları ele alınacak, son bölümde ise özellikle Fransa’da bazı durumlarda aşılın sözleşmenin bir tarafının her halde idare olmasına ilişkin katı tutumun aşılmasının Türkiye’deki uygulamaya da ışık tutabileceği, ayrıca Türkiye uygulaması açısından da pozitif hukukta buna engel bir durum olmadığı ortaya konulmaya çalışılacaktır.

²³ Anayasa Mahkemesi’nin 28.06.1995 tarihli ve E.1994/71, K.1995/23 sayılı kararı.

²⁴ Danıştay 10. Daire, 11.04.2005 tarihli ve E.2004/12712, K.2005/1612 sayılı kararı; Benzer yönde kararlar için bkz; Danıştay 8. Daire, 13.12.1999 tarihli ve E.1999/2852, K.1999/7533 sayılı kararı, Danıştay 8. Daire, 16.01.1985 tarihli ve E.1984/495, K.1985/46 sayılı kararı.

²⁵ Tribunal des conflits, 24.06.1968, Société d’approvisionnement alimentaire, RDCE, 1968, s. 801. (Nakleden, Gözler, *İdare Hukuku Cilt 2*, s. 20)

²⁶ Gözler, *İdare Hukuku Cilt 2*, s. 20.

II. ÖZEL HUKUK KİŞİLERİNİN İDARİ SÖZLEŞME AKDETME DURUMLARI

Özel hukuk kişilerinin idari sözleşme akdetme ihtimali iki farklı durumda söz konusu olabilir. İlk durumda idare, kendisine bir vekil tayin etmek suretiyle idari sözleşme akdetme konusunda kendisine yetki verirken, ikinci durumda kamu hizmetinin asıl sahibi olan idare hesabına hareket eden özel hukuk kişinin idari sözleşmesi akdetmesi söz konusu olmaktadır.

A. Vekâlet İlişkisi

İdari sözleşme akdetmeye yetkili idareler, bazı durumlarda sözleşmeyi bizzat yapmak yerine vekâlet yoluyla bu iş ve işlemlerin yürütülmesini bir özel hukuk kişisine devretmiş olabilirler. Vekâlet ilişkisinin olduğu durumlarda Gözler'in de haklı olarak işaret ettiği üzere organik kriter sağlanmış olmaktadır.²⁷ Vekâlet ilişkisinde her ne kadar sözleşmeyi fiilen vekil yapsa da hukuki sonuçları vekile değil, müvekkil olan idareye ait olmaktadır. Sözleşmenin gerçek tarafı idaredir. Bu nedenle vekâlet ilişkisi çerçevesinde yapılan sözleşmelerde organik kriterin tesisi açısından bir tereddüt bulunmamaktadır.

Fransız Danıştay¹, verdiği muhtelif kararlarda bu yorumları teyit eden sonuçlara ulaşmıştır. Görünüşte iki tarafı da özel hukuk kişisi olan sözleşmeler, vekâlet ilişkisi nedeniyle idarenin sözleşmesi ve diğer şartları da sağlaması durumunda idari sözleşme olarak değerlendirilmiştir.²⁸ İdare hukukunun yapısı gereği, vekâlet ilişkisi biçiminde özel hukuk kişilerinin idari sözleşme yapma olasılığının yaygın olmadığı ifade edilmektedir. Bu ihtimalin daha çok bir sonraki başlıkta ele alınacak olan imtiyazcının kendi adına ama idare hesabına hareket etmesi durumunda gündeme geleceği vurgulanmaktadır.²⁹

B. İdarenin Hesabına Yapılan Sözleşmeler

Çalışmanın bir önceki bölümünde, vekâlet ilişkisi çerçevesinde yapılan sözleşmelerde sözleşmenin gerçek tarafının idare olduğu, idare adına hareket edildiği; bu nedenle görünüşte iki özel hukuk kişisi tarafından akdedilen sözleşmenin idari sözleşme olabileceği ele alınmıştır. Peki, iki tarafın da özel

²⁷ Ibid, s. 21.

²⁸ Ibid, s. 21

²⁹ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 14. Baskı, Savaş Yayınevi, 2021, s. 481.

hukuk kişisi olduğu; ancak özel hukuk kişinin kendi adına ve idare hesabına yapılan bir sözleşmenin varlığı durumunda aynı yorumu yapmak mümkün olacak mıdır?

Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi, 1963 yılında verdiği *Peyrot Kararı*'nda buna olumlu yanıt vermiştir. O tarihe kadar yapılan ve iki tarafı da özel hukuk kişisi olan sözleşmeleri kategorik olarak dışlayan yaklaşımın dışına çıkan Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi, kamu hizmeti yürüten bir özel hukuk kişinin bir kamu tüzel kişinin hesabına hareket etmesi durumunda, bu sözleşmenin de idari sözleşme olabileceğini içtihat etmiştir. Bahse konu kararda, otoyol inşası konusunda imtiyaza sahip olan özel hukuk tüzel kişisi, diğer özel hukuk kişileri ile sözleşme akdetmiştir. Bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıkta hem idare mahkemesi hem de adliye mahkemeleri görevsizlik kararı vermiş, konuyu inceleyen Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi, önceki müstakar içtihadından vazgeçmiş, iki özel kişi arasında imzalanan ancak idare hesabına yapılan bu sözleşmenin idari sözleşme olduğunu değerlendirmiş ve nizanın idari yargıda çözümlenmesine karar vermiştir.³⁰

Bu noktada şu hususu da vurgulamak isteriz. Salt imtiyaz verilmiş olması, imtiyazcının sözleşmelerinin idari sözleşme olarak kabulü için yeterli değildir. Bu noktada kastımız sadece taraf kriterinin iki özel hukuk kişisi ile sağlanabileceği hususuna ilişkindir. Taraf kriteri dışındaki özel hukuku aşan hükümler içerme ve kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olma kriterlerinin kümülatif olarak sağlanmış olması gerekir.

Peyrot Kararı ile iki özel hukuk kişisi arasında idari sözleşme yapmaya cevaz veren Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi, 2015 yılında verdiği *Madame Rispal c/Société ASF* kararında bu içtihadından döndüğünü düşündürecek bir karar vermiştir. Mahkeme, imtiyaz sahibi olan şirketin başka bir şirketle yapım, bakım ve işletme için yaptığı sözleşmenin özel koşullar yoksa özel hukuk sözleşmesi olduğuna karar vermiştir. Bu kararda her ne kadar sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olduğu kabul edilmişse de Mahkemenin Peyrot Kararı'nda ortaya koyduğu içtihadından bütünüyle ayrıldığını iddia etmek de kanımızca mümkün görünmemektedir. Çünkü Mahkeme, özel koşulların olmaması durumunda yapılan sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olduğuna, özel koşulların bulunması durumunda idari sözleşme olarak değerlendirmenin ihtimal dâhilinde bulunduğuna işaret etmiştir.³¹

³⁰ Gözler, *İdare Hukuku Cilt 2*, s. 21.

³¹ Gözübüyük ve Tan, s. 451.

III. TÜRK HUKUKUNDA İKİ ÖZEL HUKUK KİŞİSİNİN İDARI SÖZLEŞME YAPABİLME OLASILIĞI

Türk Hukuk uygulamasında, iki özel hukuk kişinin kendi arasında yaptığı bir sözleşmenin idari sözleşme olarak kabul edildiği bir örnek mevcut değildir.³² Başka bir anlatımla Türk mahkemeleri, bu konuda ortodoks bir yaklaşım içerisinde. Organik kriterin katı bir şekilde uygulanması noktasında ısrarlı olan yargı organları, bu konuda herhangi bir elastikiyet emaresi vermiş değildir.

Fransız hukuku açısından yaşanan bu gelişmelerin ülkemizde uygulanabilirliği konusunda Türk doktrininde bazı yazarların da mahkemelerle benzer şekilde muhafazakâr bir tutum takındığı görülmektedir. Duran, Fransa'daki gelişmelerle koşut gelişmelerin ve değerlendirmelerin Türkiye açısından kabulünün beklenemeyeceğini; çünkü idari sözleşme alanının Türkiye'de dar tutulma eğilimi olduğunu ifade etmektedir.³³ Müellif bu noktada sadece bir durum tespitine işaret etmektedir. Olması gereken açısından ise bir değerlendirme yapmamıştır.

Atay, organik kriterin katı uygulamasının sağlıklı sonuçlar doğurmayacağına işaret etmekte ise de bu sağlıklı olmayan sonuçların neler olabileceği konusunda detaylı bir değerlendirmeye yer vermemiştir.³⁴ Her ne kadar detay verilmemişse de yazarın bu noktadaki kategorik reddiyenin olası olumsuz sonuçlarına dikkat çekmesi önemlidir. Yazar, iki özel hukuk kişinin yapacağı sözleşmelerin bir kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olması ve özel hukuku aşan şartlar içermesi durumunda sözleşmelerin idari sözleşme sayılabileceğine işaret etmektedir.³⁵ Özel hukuku aşan şartların ne olduğu konusunda tüketilmiş bir liste sunmak mümkün değildir. Ancak karşı tarafı denetleme, karşı tarafa yaptırımlar uygulama, mali dengenin korunması şartıyla sözleşmede değişiklik yapma, kamu yararı nedeniyle gerektiğinde sözleşmeyi feshetme gibi hususlar özel hukuku aşan şartlar³⁶ olarak değerlendirilmek suretiyle iki özel kişi arasında akdedilen sözleşmenin idari sözleşme sayılması olasıdır.

³² Abdurrahim Çınar, "İdari Sözleşme Ölçütleri", *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7 (2), 2021, s. 330.

³³ Duran, s. 431.

³⁴ Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku*, 6. Basıya Ek Tıpkı Bası, Turhan Kitapevi, 2019, s. 560.

³⁵ Ibid, s. 561.

³⁶ Çağlayan, s.468, Yayla, s. 167.

İdare hesabına sözleşme yapmak kavramı, vekâlet yoluyla idare adına hareket etmekten farklı bir muhtevaya sahiptir. Hesabına hareket durumunda idare tarafından özel hukuk kişisine verilen bir vekâlet bulunmamaktadır. Bu ihtimalde, özel hukuk kişisi kamu tüzel kişisinin yerine geçmekte, onun rolünü fiilen üstlenmiş olmaktadır.³⁷

İki özel hukuk kişisi arasında akdedilen bir sözleşmenin idari sözleşme olamayacağına ilişkin toptancı reddiyenin yeniden ele alınması gerekliliği birçok nedenle savlanabilir. Çalışmanın bundan sonraki bölümünde bu hususlara yer verilmeye çalışılacaktır.

Tek taraflı idari işlemler büyük bir çoğunlukla idare tarafından gerçekleştirilir. İdare, kamu hizmetlerinin ifası sırasında farklı niteliklerde sayısız tek taraflı idari işlem tesis etmektedir. Ancak, tek taraflı idari işlem tesisi, idare açısından tekel nitelikte bir yetki olarak belirlenmemiştir. Özel hukuk tüzel kişileri de yetkilendirilmeleri durumunda tek taraflı idari işlem tesis edebilmektedir. Bu durumda tek taraflı idari işlem tesis eden özel hukuk kişilerinin idari sözleşme de yapabilmesi gündeme gelebilmektedir. Hatta özel hukuk kişilerinin idari sözleşme yapabilmesinin arkasındaki gerekçe olarak özel hukuk kişilerinin tek taraflı idari işlem de yapabilir olması gösterilebilmektedir.³⁸ Bir özel hukuk kişisi olan Türkiye Jokey Kulübü'nün yaptığı bazı işlemler idari işlem olarak kabul edilmiştir. Dernek statüsünde faaliyetlerini sürdüren kurumun bünyesinde oluşturulan komiserler kurulunun doping kullandığı gerekçesiyle birinci gelen atın diskalifiye edilmesi ve ikinci olan atın birinci olarak belirlenmesi yönündeki işlemi, Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından idari işlem olarak kabul edilmiştir.³⁹

Özel hukuk kişilerinin idari işlem yapmasına imkân verilip kendi aralarında idari sözleşme yapamayacağını savlamak, kanımızca kendi içinde savunusu zor bir çelişki yaratmaktadır. İdare hesabına faaliyet yürütmesi konusunda yetkilendirilen özel hukuk kişilerinin idarenin iki temel idari işlem türünden birini yapabileceği, diğerini ise yapamayacağını iddia etmek, muhkem bir temeli zorunlu kılmaktadır. Türk Hukukunda bu şekilde bir ayrımı zorunlu kılan bir hukuki norm bulunmamaktadır. Anayasa açısından değerlendirildiğinde de bu yönde kısıtlayıcı bir hükme yer verilmiş değildir. Tespit edebildiğimiz kadarıyla kanun ve kanun altı hukuki normlarda da bu

³⁷ Gözler, *İdare Hukuku Cilt 2*, s. 21.

³⁸ Ibid.

³⁹ Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 13.02.1995 tarih ve E.1995/2, K.1995/1 sayılı kararı.

yönde bir hüküm bulunmamaktadır. İdare hesabına idari faaliyet sürdürmeye yetkilendirilmiş özel hukuk kişilerinin, idari işlem türlerinden sadece bir kısmını yapabileceğinin, bir kısmını ise yapamayacağına Türk Hukukunda anayasal ya da yasal bir temeli bulunmamaktadır. Kısıtlama, doktrin ve uygulamanın ortodoks yaklaşımından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle idare hesabına hareket eden özel hukuk kişilerinin kullanımına bütünüyle kapatmanın yasal bir temeli bulunmamaktadır.

Bunların yanında, Türkiye’de idari sözleşmenin taraflarının kimler olabileceğine ilişkin ne Anayasa’da ne de kanunlarda sarıh bir düzenleme mevcut değildir. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 2’nci maddesinde “*tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar*” ifadesine yer verilmek suretiyle sadece dava türlerine ilişkin bir belirleme yapılmıştır. Mezkûr Kanun’un 32’nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan “*Göreve ilişkin hükümler saklı kalmak şartıyla bu Kanunda veya özel kanunlarda yetkili idare mahkemesinin gösterilmemiş olması halinde, yetkili idare mahkemesi, dava konusu olan idari işlemi veya idari sözleşmeyi yapan idari merciin bulunduğu yerdeki idare mahkemesidir.*” hükmünde yetkili mahkemenin tayininde idari sözleşmeyi yapan merci ifadesine yer verilmektedir. Bu hükümden hareketle ve lafzi bir yorumla idari sözleşmenin ancak idari mercilerce yapılabileceği iddiası da kanımızca kabul görmemelidir. Aynı cümlede idari işlemi yapan merci ifadesine de yer verilmesine rağmen özel hukuk kişilerinin idari işlem yapabilmesi konusunda bir duraksama söz konusu değildir. Bu nedenle bu madde hükmündeki belirlemenin idari sözleşmeyi sadece bir tarafı idare olacak şekilde sınırladığı yorumu kanımızca isabetli olmayacaktır.

Benzer bir düzenleme 2576 sayılı Danıştay Kanunu’nun 24’üncü maddesinde de yer almaktadır. İlgili maddede konuya ilişkin “*tahkim yolu öngörülme-yen kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan idari davaları karara bağlar.*” hükmü yer almaktadır. Bu madde hükümleri incelendiğinde idari sözleşmelerin en az bir tarafının idare olmasına ilişkin hem doktrinde hem içtihadta neredeyse ittifakla aranan organik kriteri destekler bir ibare söz konusu olmadığı görülmektedir. Bu durumdan kanımızca iki taraftan en az birinin idare olmasına yönelik katı yorumu yumuşatacak bir sonuç da çıkarmak mümkün olabilir.

Sonuç ve amaç odaklı bir yaklaşımdan hareket edildiğinde de organik

kriterdeki ısrarın aşılması mümkün olabilir. Çal'a göre bu noktada faaliyetin özünde ve sonucunda bir kamu yararı söz konusu ise her iki tarafı da özel hukuk kişisi olan bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi mümkündür.⁴⁰ Müellifin de haklı olarak işaret ettiği üzere, şekilci bir anlayışla salt idarenin taraf olması durumunda bir sözleşmenin idari sözleşme olarak kabul edilmesi, idarenin tüm etkinliklerinin de tek ve nihai amacı olan kamu yararı düşüncesi ile de uyarlı değildir. Bu nedenle faaliyetin özünde bir kamu yararı varsa, uygun koşullar altında iki özel hukuk kişinin yaptığı bir sözleşmenin idari sözleşme olmadığı yönündeki reddiye kanımızca rasyonel değildir.

Fransa'da otoyol imtiyazına sahip karma bir şirketin özel bir hukuk kişisi ile yaptığı bayındırlık sözleşmesinin devlet hesabına yapılması nedeniyle idari sözleşme sayılması ve bu yorumun daha sonra iki özel hukuk kişisi arasında akdedilen sözleşmelere de teşmil edilmesinde⁴¹ de aynı anlayışın bulunduğu ifade edilebilir. Hizmetin gerçek sahibi olan ve her etkinliği kamu yararı amacına yönelmiş bulunan idare hesabına hareket edilmesi durumunda, her ne kadar taraflar özel hukuk kişisi olsa da hizmetin gerçek sahibi idare ve amaç kamu yararadır. Çeşitli saiklerle özel hukuk kişileri ile işbirliği halinde olan idare hesabına hareket edilmesi durumunda katı bir yorumla özel hukuk kişilerinin idari sözleşme yapamayacaklarını savlamak, idari faaliyette çeşitli yöntemlerle paydaş kılınan özel kişilerin hareket kabiliyetlerini de sınırlandıran bir duruma sebebiyet verebilir. Kamu hizmeti ister bizzat idare ister özel hukuk kişisi tarafından idare hesabına yapılsın kamu hizmetidir. Öznelerin değişmesi etkinliğin niteliğinde bir değişiklik yaratmadığından, özel hukuk kişilerini kendi aralarında idari sözleşme akdetmekten men etmenin kamu yararını da sekteye uğratması ihtimali gündeme gelebilir. Örneğin, salt katı organik kriter uygulaması nedeniyle mahiyeti itibarı ile idari yargı mercileri tarafından çözülebilecek bir uyuşmazlık adli yargının görev alanına dâhil olabilmektedir. İdari yargı, hem maddi hem de usul kuralları açısından özel hukuktan ayrışan ve idari uyuşmazlıkların çözümü noktasında adli yargıya göre ihtisaslaşmış bir yargı düzenidir. Bu açıdan, kullanılan yetkiler ve yapılan işlemlerin mahiyeti nedeniyle buradan doğması muhtemel uyuşmazlıkların idari yargıda görülmesi daha efektif olabilecektir. Örneğin idare hesabına hareket eden bir imtiyaz sahibinin ya da sözleşmenin karşı tarafının, yapacakları sözleşmeden doğan uyuşmazlığın idari yargıda görülmesi durumunda adli yargıda olmayan

⁴⁰ Sedat Çal, "İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 14 (2), 2010, s. 255.

⁴¹ Gözübüyük ve Tan, s. 463.

ya da uygulaması farklı olan kurumlara dayalı savunma geliştirmelerinin önu açılmış olacaktır.

Her iki tarafı da özel hukuk kişileri olan sözleşmelerin idari sözleşme olarak kabul edilmemesinin her halde kamu yararı açısından sakıncalar doğurduğunu iddia etmek iddialı ve gerçekçi olmayan bir yaklaşım olacaktır. Bu çalışma ile kastedilen de bu değildir. Ancak, bu ihtimalin kategorik olarak reddedilmesinin kamu yararı açısından bazı durumlarda sakıncalar doğurabileceği riskine rağmen buna açık kapı bırakılmaması temel eleştiri noktasıdır.

Doktrin ve içtihatlarla neredeyse istisnasız uygulanan kriterler, idari sözleşmelerin tasnifine ilişkin sorunu çözmeye yetmemektedir. Başka bir deyişle, bu kriterlerin mutlak doğru ve elastik olmayan bir şekilde uygulanması durumunda dahi hangi sözleşmelerin idari sözleşme olduğu sorununa kesin bir cevap verilememektedir.⁴² Sezginer, özel hukuk sözleşmesi ve idari sözleşme ayrımının yeterli olmadığını, idarenin müdahale ettiği özel hukuk sözleşmelerinin de müstakil bir kategori olarak değerlendirilmesinin isabetli olacağını ifade etmektedir. Yazar, birleşik iradeli birleşme sözleşmeler adını verdiği bu kategoride, idarenin idari işlem tesis etmek suretiyle hükümlerine müdahale ettiği sözleşmelerin ayrı bir kategori içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Buna örnek olarak Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun 5809 sayılı Kanun'a dayalı müdahale yetkisi, 4646 sayılı Doğalgaz Piyasası Kanunu'nun Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'na verdiği müdahale yetkileri sayılmıştır.⁴³ Kendi içinde dahi net ve tutarlı bir sonuç doğuramayan içtihadi kriterlere dayalı olarak iki özel hukuk kişinin kendi arasında yaptığı sözleşmelerin kategorik olarak idari sözleşme olamayacağı yönünde bir reddiye, rijit bir değerlendirme olacaktır.

İdarenin bazı kamu hizmetlerinin sunumunu bizzat üstlenmekten vazgeçip bu hizmetlerin regülasyonunu üstlenmesi de sözleşme kriterleri açısından yeni bir yoruma imkân verebilir. Hizmet sunumunun terk edildiği ve regülasyon faaliyetinin yapıldığı alanlarda idarenin özel hukuk kişileri arasında akdedilen sözleşmelere müdahale ettiği görülmektedir. Örneğin yukarıda zikredilen birleşme sözleşmelerinde idari sözleşmelerde bile ancak müzakere yoluyla belirlenebilen mali hükümlere yönelik idarenin iradesi

⁴² Turan Yıldırım, Melikşah Yasin, Nur Kaman, Eyüp Özdemir, Gül Üstün, Melih Çakır, Özge Okay Tekinsoy, *İdare Hukuku*, 8. Baskı, Onikilevha Yayınları, 2021, s. 519.

⁴³ Sezginer, Birleşik İdareli Birleşme Sözleşmeler.

ile bir belirleme olduğu görülmektedir. Fransız doktrinin de “sözleşmelerin kamusallaşması” olarak adlandırılan bu durum, mevcut kriterlerin yeniden sorgulanmasına işaret etmektedir.⁴⁴

Kamu hizmeti kavramının sınırlarının gelişmesi, tüm kamu hizmetlerinin bizatihi idarenin olanakları ile yerine getirilmesini zorlaştırmıştır. Bu noktada idarenin özel hukuk kişilerinden yardım alması tercihi gündeme gelmektedir.⁴⁵ Son yıllarda özellikle, özelleştirme eğilimleri doğrultusunda kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerine gördürülmesi; bunun yanında devam eden Avrupa Birliği adaylık süreci de idari sözleşme kuramının yeniden ele alınmasını zorunlu kılmaktadır.⁴⁶ Özel sektör aktörlerinin kamu hizmetlerinin görülmesinde giderek artan bir role sahip olması sonucunu doğuran bu süreçler, bu toptancı reddiyenin yeniden değerlendirilmesi ihtiyacını da beraberinde getirmiştir.

Katı organik kriterin aşılması noktasında ülkemizde henüz somut bir gelişme olmamasına rağmen bu değerlendirmelerin gündeme gelebileceği bazı gelişmeler de yaşanmıştır. Esasen bu gelişmeler, iki özel hukuk kişinin kendi aralarında idari sözleşme yapabilmesine ilişkin ihtimalin durum, ihtiyaç veya talep olarak da gündeme gelebileceğini ortaya koyması açısından önem arz etmektedir. Bu noktada konuyla doğrudan ilişkili olması hasebiyle arabağlantı sözleşmelerine değinmek istiyoruz. Türkiye’de iki özel hukuk kişinin idari sözleşme yapmasına ilişkin tartışmalarda genellikle gündeme gelen ilk konu arabağlantı sözleşmeleri olmaktadır. Yasal değişikliklerle GSM hizmetlerinin⁴⁷ ruhsat usulüyle özel kişilere gördürülmelerinden önce 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile bir kamu iktisadi teşekkülü olarak yapılanan Türk Telekom, GSM hizmetleri için özel hukuk kişileri ile imtiyaz sözleşmesi yapmaktaydı. İmtiyaz sözleşmesi ile GSM hizmetlerini sunma yetkisi alan özel hukuk kişileri, hem bu imtiyaz sözleşmesine dayalı olarak Türk Telekom ile hem de abonelerinin diğer operatörlerle haberleşmesi için de kendi aralarında arabağlantı sözleşmesi imzalamak durumunda olmuştur.

⁴⁴ Laubadère, /Moderne, Delvolvé, s. 22-23. (Nakleden, Sezginer, Birleşik İdareli Birleşme Sözleşmeler, s. 1594).

⁴⁵ Çınar, s. 326.

⁴⁶ Turgut Tan, “İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 50 (03), 1995, s. 291.

⁴⁷ GSM (Global System for Mobile Communications), bir mobil iletişim sistemi olup, Türkiye’de bu hizmetler 5/11/2008 tarih ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu çerçevesinde işletmecisi sıfatını haiz operatörler tarafından sunulmaktadır.

Bir imtiyaz sözleşmesine dayalı olarak iki özel hukuk kişinin akdettiği bu sözleşmenin idari sözleşme olabileceğine ilişkin doktrinde görüşler ileri sürülmüştür.⁴⁸

Bu görüşün temellendirmesi ise genellikle Türk Telekom ile GSM şirketleri arasında imtiyaz sözleşmesine dayalı olarak imzalanan arabağlantı sözleşmesinin yargı organlarınca idari sözleşme olarak belirlenmesinin, GSM şirketlerinin kendi aralarında imzaladıkları aynı muhtevaya sahip sözleşmelere de teşmil edilebileceği savına dayandırılmıştır.⁴⁹ Doktrinde GSM şirketlerinin kendi aralarında akdettikleri sözleşmelerin kesin surette özel hukuk sözleşmesi olduğunu savlayanlar olsa da⁵⁰ bu sözleşmelerin, benzerlik kurmak suretiyle idari sözleşme olarak kabul edilebileceğini ifade edenler de olmuştur.⁵¹

Konuya ilişkin tartışmaların çıkış noktası, açılan davalarda verilen kararlar olmuştur. Yargı sürecine de bu noktada kısaca değinmek gerekmektedir. Elektrik Mühendisleri Odası tarafından Türk Telekom ve GSM şirketleri arasında imzalanan arabağlantı sözleşmesinin iptali istemiyle dava açılmıştır. Danıştay, davanın görev yönünden reddine karar vererek genel yetkili idare mahkemesinin görevli olduğuna hükmetmiştir. Kararında ise sarıh bir şekilde arabağlantı sözleşmesinin imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olmayan idari sözleşme olduğuna hükmetmiştir.

“Lisans sözleşmesine ilişkin imtiyaz sözleşmesinden sonra bu sözleşmenin uygulanmasına yönelik verdiği yetkiye dayalı olarak İmzalanan dava konusu arabağlantı sözleşmelerinin imtiyaz sözleşmeleri olmayan İdari sözleşme olduğu Bu nedenle 2575 sayılı Yasanın 24/1 maddesinin son fıkrası uyarınca uyumsuzluğun genel görevli idare mahkemesinde görülüp çözümlenmesi gerekmektedir...”⁵²

⁴⁸ Ayhan Tekinsoy “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 55 (2), 2006, s. 195.

⁴⁹ Ibid, s. 195.

⁵⁰ “İdare ile imtiyaz sözleşmesi, yani idarî bir sözleşme yapmış olan özel bir kişinin; üstlendiği kamu hizmetinin yapılması için bile olsa; diğer bir özel kişi ile imtiyaz sözleşmesine ilişkin olarak yaptığı sözleşme, idarî sözleşme değildir. Özel kişiler arasında yapılan bir sözleşme de, sözleşmenin konusunu oluşturan işleme ilişkin ücretin idare tarafından belirlenmesi veya idarenin özel kişilerden birinin yerine geçmesi, o sözleşmelere idarî sözleşme niteliği kazandırmaz.” Zehra Odyakmaz, “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1998/ 2 (1-2), s.150., Benzer yönde değerlendirme için bkz. Bahtiyar Akyılmaz, *İdare Hukuku*, Sayram Yayınları, 2004, s. 306.

⁵¹ Tekinsoy, s. 195.

⁵² Danıştay 10. Daire, 11.03.1999 tarihli ve E.1998/6754, K.1999/830 sayılı kararı. (Nakleden, Murat Atalı, “Ara Bağlantı Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği ve Bu Sözleşmelerden Doğan

Danıştay'ın görev yönünden ret kararından sonra davayı görmeye başlayan Ankara 9. İdare Mahkemesi, arabağlantı sözleşmelerinin çağrı sonlandırma ücretlerine ilişkin kısmını kamu yararına aykırı bulmak suretiyle iptal etmiştir.⁵³

Çağrı sonlandırma ücretlerine ilişkin kararın uygulanmasını sağlamak için Asliye Ticaret Mahkemesinde açılan davada mahkeme kendini yetkili görse de⁵⁴, bu kararın temyiz aşamasında Yargıtay, arabağlantı sözleşmelerinin idari sözleşme olduğu, bu nedenle idari yargının görevli olduğu gerekçesiyle kararı bozmuş⁵⁵, bozma aleyhine yapılan karar düzeltme istemleri de Yargıtay tarafından reddedilmiştir.⁵⁶ Başka bir deyişle bu sözleşmelerin idari sözleşme olduğu Yargıtay tarafından da teyit edilmiştir.

27.01.2000 tarih ve 4502 sayılı Kanun'un 1'nci maddesi ile özel hukuk hükümlerine tabi bir anonim şirket olarak yapılandırılmadan önce Türk Telekom'un GSM hizmetlerinin sunumu için yaptığı sözleşmeler idari sözleşme niteliğindedir. İmtiyazı alanın abonelerinin, diğer imtiyaz sahiplerinin aboneleri ile haberleşme imkânına sahip olması için iki özel hukuk kişinin de ilave bir sözleşme yapması gerekmekte idi. Arabağlantı sözleşmesi olarak adlandırılan bu sözleşmelerin idare hesabına hareket eden imtiyazcılar arasında akdedilmesi, Türk Hukuku açısından ilk kez yerleşik uygulamanın aksine bir düşüncenin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Ancak kanımızca sonraki dönemde teşrii bir belirleme ile Türk Telekom'un bir özel hukuk kişisi olduğu ve özel hukuk hükümlerine tabi olduğuna ilişkin düzenleme, arabağlantı sözleşmelerinin de idari sözleşme olarak nitelendirmesini olanaksız kılmıştır.

Yasal değişiklikten önce iki özel hukuk kişinin yaptığı sözleşmenin, mahkeme kararları ile idari sözleşme olarak belirlenmesi kanaatimizce mümkün idi. Çünkü Fransa'daki örnek ile benzerlik gösteren ve idare hesabına kamu hizmeti sunan bir imtiyazcının bu kamu hizmetinin sunumu ile ilgili

İhtilafların Çözümünün Ait Olduğu Yargı Kolu", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 10 (1-2), 2006.)

⁵³ Ankara 9. İdare Mahkemesi, 04.10.2000 tarihli ve E.1999/577, K.2000/831 sayılı kararı. (Nakleden, Atalı)

⁵⁴ Ankara Asliye 7. Ticaret Mahkemesi, 27.02.2001 tarihli ve E.2001/152 sayılı kararı. (Nakleden, Atalı)

⁵⁵ Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 19.12.2002 tarihli ve E.2002/2819, K.2002/7935 sayılı kararı. (Nakleden, Atalı)

⁵⁶ Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 30.05.2003 tarihli ve E.2003/4399, K.2003/5818 sayılı kararı. (Nakleden, Atalı)

akdettiği sözleşmelerin amaçsal yorumla idari sözleşme olarak tespitine mani bir hal yoktu. Çünkü taraf şartının sağlandığı bir denklemde, bu sözleşmelerin kamu hizmetinin görülmesine ilişkin olması ve özel hukuku aşan hükümler içermesi⁵⁷ nedeniyle idari sözleşme sayılması olanağı mevcut idi. Ancak, son yasal değişiklik, teşrii kriterin üstünlüğü nedeniyle bu durumu imkânsız kıldığı kanaatindeyiz.

Görüldüğü üzere, Türkiye’de iki özel hukuk kişisini kendi aralarında idari sözleşme yapabilmesi olasılığına uygulamada çok yaklaşılabilir durumlar yaşanmıştır. Bu ihtimallerin gelecekte de ortaya çıkması pekâlâ olasıdır. Dahası bu olasılık, bir talep veya ihtiyaç olarak da gündeme gelebilecektir. Bu talebin veya ihtiyacın ortaya çıkması durumunda, bugün için yasal temeli olmaksızın katı bir şekilde uygulanan organik kriterin esnetilmesi gerekmektedir.

Nihai olarak denilebilir ki, bugün için yaygın olarak kabul gören anlayışın aksine, kamu yararının ön planda olduğu bir durumda, somut olayın özelliklerinin uygun olması koşuluyla iki özel hukuk kişisi arasında akdedilen bir sözleşme idari bir sözleşme olarak değerlendirilebilir.⁵⁸ Mülga düzenlemeler açısından arabağlantı sözleşmeleri de bu ihtimale esasen çok uzak olunmadığını göstermektedir. Bu nedenle toptancı bir yaklaşımla bu noktadaki reddiyenin isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Bu nedenle organik kriterin yeniden değerlendirilmesi ve daha esnek yorumlanması noktasında bir ihtiyaç hâsıl olduğu değerlendirilmektedir.

SONUÇ

Kamu hizmetlerinin görülmesinde özel hukuk kişilerinden yardım alan idare, görülecek hizmetin icrası sırasında bu kişilere bazı idare hukuku kurumlarının kullanılması noktasında olanaklar sağlamaktadır. Özel hukuk kişilerine tek taraflı idari işlemler yapabilme olanağı sağlanması buna örnek gösterilebilir. Özel hukuk kişilerine tek taraflı işlemler yapabilme noktasında bu yetkilerin verilmesinde idarenin yenilikçi bir tavır takındığı görülmektedir. Ancak idarenin iki yanlı işlemleri olan sözleşmeler konusunda bu tarz bir olanak sağlanması hususunda “tutucu” davranıldığını ifade etmek mümkündür. Hem Fransa’da hem de Türkiye’de bu yönde açık bir direnç bulunmaktadır.

Kamu hizmetlerinin genişlemesi ve diğer sair saiklerle zaman içerisinde iki özel hukuk kişisinin de idari sözleşme akdetmeye yönelik olarak yetkili

⁵⁷ Atalı, s. 330-331.

⁵⁸ Çınar, s. 331.

kılınmasına ilişkin görüşler ortaya çıkmaya başlamıştır. 1963 yılında Fransa'da ilk kez bu noktadaki toptancı reddiye yumuşatılmış, idare hesabına kamu hizmeti faaliyetleri yürüten imtiyazı özel hukuk kişinin bir diğer özel hukuk kişisi ile yaptığı sözleşmenin idari sözleşme olacağına karar vermiştir. Elbette bu karar bu yöndeki anlayışı bir bütün olarak değiştirmemişse de bu yönde bir olasılığın kategorik olarak kabul edilmemesi yönündeki anlayışı yumuşatmaya başlamıştır.

Bu yöndeki yumuşama, kamu hizmetinin nitelik ve niceliğinde meydana gelen değişimin doğurduğu bir ihtiyaçtan kaynaklanmıştır. Fransa'da ortaya çıkan bu ihtiyacın ülkemiz açısından da geçerli olduğunu söylemek mümkündür. Ancak Fransa'daki uygulamanın aksine ülkemizde özellikle uygulamada mahkemelerin bu yönde bir tutum almaktan kaçındıkları görülmektedir. Bu yönde bir ihtiyacın mevcut olması ve ileride daha yoğunlaşma ihtimaline karşılık ülkemizde bu yöndeki katı tavrın sorgulanması kaçınılmaz olacaktır.

Kaldı ki, hukuki normlarda bunu engelleyecek pozitif bir dayanak da bulunmamaktadır. Bu durum, hukuki bir dayanaktan ziyade muhafazakâr bir uygulamanın sonucudur. Bu nedenle Fransa'da olduğu gibi ülkemizde de bu yönde bir içtihat değişikliğinin mümkün olabileceği değerlendirilmektedir.

KAYNAKÇA

- Akyılmaz B, *İdare Hukuku*, Sayram Yayınları, 2004.
- Akyılmaz B/ Sezginer M/Kaya C, *Türk İdare Hukuku*, Savaş Yayınevi, 14. Baskı, 2021.
- Atalı M, “Ara Bağlantı Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği ve Bu Sözleşmelerden Doğan İhtilafların Çözümünün Ait Olduğu Yargı Kolu”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 10 (1/2), 2006, s.315-339.
- Atay E, *İdare Hukuku*, Turhan Kitapevi, 6. Basıya Ek Tıpkı Bası, 2019.
- Bilgen P, *Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay İçtihatlarına Göre İdari Sözleşmelerin Kriterleri*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1. Baskı, 1970.
- Çağlayan R, *İdare Hukuku Dersleri*, Adalet Yayınevi, 2022.
- Çal S, “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 14 (2), 2010, s.223-274.
- Çınar, Abdurrahim, “İdari Sözleşme Ölçütleri”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7 (2), 2021, s.325-338.
- Duran L, *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1982.
- Gözler K, *İdare Hukuku Cilt 1*, Ekin Yayınevi, 2019.
- Gözler K, *İdare Hukuku Cilt 2*, Ekin Yayınevi, 2019.
- Gözübüyük Ş, Tan Turgut, *İdare Hukuku Cilt 1 Genel Esaslar*, Turhan Kitabevi, 2021.
- Günday M, *İdare Hukuku*, İmaj Yayınevi, 10. Baskı, 2015.
- Karahanoğulları O, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, 1. Bası, 2022.
- Laubadère A. Moderne F, Delvolvé P, *Traité Des Contrats Administratifs*, Tome 1, 2ème Éd., LGDJ, 1983-1984.
- Odyakmaz, Z, “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2 (1-2), 1998, s.141-195.

Özay, İ. H, *Gün Işığında Yönetim*, 2. Baskı'dan 3. Tıpkı Baskı, Filiz Kitabevi, 2017.

Sezginer M, "İdarenin Müdahale Ettiği Özel Hukuk Sözleşmeleri (Bileşik İradeli "Birleşme" Sözleşmeler)", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 17 (2), 2013, s.1589-1622.

Tan T, "İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 50 (03), 1995, s. 291-309.

Tekinsoy A, "İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 55 (2), 2006, s.181-227.

Ulusoy A, *Yeni İdare Hukuku*, Yetkin Yayınları, 3. Baskı, 2020

Yayla Y, *İdare Hukuku*, Beta Yayınları, 2. Baskı, 2010.

Yıldırım T/ Yasin M/ Kaman N/ Özdemir E/ Üstün G/ Çakır M/ Okay Tekinsoy Ö, *n İdare Hukuku*, Onikilevha Yayınları, 8. Baskı, 2021.

Zabunoğlu Y.K, *İdare Hukuku Cilt 1*, Yetkin Yayınları, 2012.