Galatasaray Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi

2020/2

TÜBİTAK ULAKBİM Hakemli Dergi
EBSCOhost

Galatasaray Üniversitesi Yayın No : 96
Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi No : 76

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Bilimsel Hakemli Dergidir.

Bu esere ilişkin olarak Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndan doğan haklar saklıdır. Burada yer alan makalelerde ileri sürülen görüşler yazarlarına aittir. Yayın Kurulu, makalelerde ileri sürülen görüşlerden dolayı herhangi bir sorumluluk üstlenmemektedir.

YAYIN KURULU

Prof. Dr. Necmi YÜZBAŞIOĞLU (Editör)
Prof. Dr. Mehmet ERDEM
Doç. Dr. E. Eylem AKSOY RETORNAZ
(Yardımcı Editör)
Doç. Dr. Fülürya YUSUFOĞLU BİLGİN
Arş. Gör. Dilşad KUĞUOĞLU (Raportör)
Arş. Gör. Sıla ÖZTÜRKLER

DANIŞMA KURULU

Prof. Dr. Baki İlkay ENGİN (İstanbul Üni.)
Prof. Dr. Cemal Bâli AKAL (İstanbul Bilgi Üni.)
Prof. Dr. Osman Korkut KANADOĞLU (Yakın Doğu Üni.)
Prof. Dr. M. Turgut ÖZ (Kültür Üni.)
Prof. Dr. Oktay UYGUN (Yeditepe Üni.)

HAKEM KURULU

Prof. Dr. Anlam ALTAY
Prof. Dr. Başak BAYSAL
Prof. Dr. Murat DEVELİOĞLU
Prof. Dr. Mehmet ERDEM
Prof. Dr. Emre GÖKYAYLA
Prof. Dr. Hasan KÖNİ
Prof. Dr. Erden KUNTALP
Prof. Dr. Saibe OKTAY ÖZDEMİR
Prof. Dr. Emre ÖKTEM
Prof. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL
Prof. Dr. Hamide Özden ÖZKAYA FERENDECİ
Prof. Dr. Şule ÖZSOY BOYUNSUZ
Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ
Prof. Dr. Vesile SONAY EVİK
Prof. Dr. Zeynep Derya TARMAN
Prof. Dr. Samim ÜNAN
Prof. Dr. Zeynep Özlem ÜSKÜL ENGİN
Prof. Dr. Veliye YANLI
Prof. Dr. Duygun YARSUVAT
Prof. Dr. Hamdi YASAMAN
Doç. Dr. Olgun AKBULUT
Doç. Dr. Pınar ALTINOK ORMANCI
Doç. Dr. Berk DEMİRKOL
Doç. Dr. Ali Hakan EVİK
Doç. Dr. Zafer KAHRAMAN
Doç. Dr. Tuba KARAMAN
Doç. Dr. Pınar MEMİŞ KARTAL
Doç. Dr. Aslı MAKARACI
Doç. Dr. Öz SEÇER
Doç. Dr. Hasan SINAR
Doç. Dr. Seçkin YAVUZDOĞAN
Doç. Dr. Didem YILMAZ
Doç. Dr. Fülürya YUSUFOĞLU BİLGİN
Dr. Öğr. Üyesi H. Bige AÇIMUZ
Dr. Öğr. Üyesi Evrim AKGÜN
Dr. Öğr. Üyesi Burçin AYDOĞDU
Dr. Öğr. Üyesi Taylan BARIN
Dr. Öğr. Üyesi Hakkı Hakan ERKİNER
Dr. Öğr. Üyesi Mehtap İPEK İŞLETEN
Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Polat KALAFATOĞLU
Dr. Öğr. Üyesi Serkan KÖYBAŞI
Dr. Öğr. Üyesi Fatma Beril ÖZCANLI
Dr. Öğr. Üyesi Cihan YÜZBAŞIOĞLU
Dr. Ali Cenk KESKİN
Arş. Gör. Dr. Sinan SARIKAYA

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin bu sayısı 2020 yılının Aralık ayında yayımlanmıştır.

ISSN : 1303-6556
Yayın : SEÇKİN YAYINCILIK A.Ş. - Emre Kızmaz
Sertifika No: 45644
Mustafa Kemal Mah. 2158. Sok. No: 13 Çankaya / ANKARA
Tel: 0312 435 30 30 - Faks: 0312 435 24 72

GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ
Çırağan Caddesi, No. 36, Ortaköy 34357 İSTANBUL
e-posta: hukukfd@gsu.edu.tr

GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
YAYIN İLKELERİ

1. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, hakemli ulusal bir dergidir; Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez ya-yımlanmakta olup, 2016 yılından beri TÜBİ-TAK-ULAKBİM Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir.

2. Dergiye gönderilen yazılar, başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.

3. Yazılar, **hukukfd@gsu.edu.tr** e-posta adresine Word formatında gönderilmelidir. Gönderilen metin yazarın kimliğini belirleyecek herhangi bir ifade içermemelidir. Yazar, gönderdiği e-posta içinde, adını-soyadını, (varsa) akademik unvanını, orcid.org adresinden ala-cağı araştırmacı kimlik numarasını, çalıştığı kurumu, iletişim adresi-ni, telefon numarasını ve e-posta adresini bildirmelidir.

4. Derginin yayın dili Türkçe, İngilizce, Fransızca, Almanca ve İtal-yanca dilleridir. Bu dillerin dışındaki eserlerin kabulü Yayın Kurulu kararına bağlıdır. Her yazı, en az 100 en fazla 200 sözcükten oluşan Türkçe ve İngilizce kısa öz (abstract), her iki dilde başlık ve beşer anahtar kelime içermelidir. Her eserin sonunda aşağıda belirtilen kurallara uygun kaynakça yer almalı, kullanılan kaynaklar dipnotta gösterilmelidir.

5. Metin, 12 punto boyutunda Times New Roman yazı karakteri kulla-nılarak, dik ve normal harferle yazılır. Dipnotlar ise, 10 punto boyu-tunda, Times New Roman yazı karakterinde, dik ve normal harferle yazılır. Aynen veya kısaltılarak yapılan alıntılar tırnak içinde ve italik karakter kullanılarak belirtilir. Koyu (bold) harfer başlıklarda, yatık (italik) yazı yabancı dildeki deyim ve özel isimlerde kullanılır. Vir-gül, nokta ve öteki noktalama işaretlerinden sonra bir karakter boşluk bırakılır. Metin içindeki yabancı kelimeler yatık (italik) olarak yazıl-malıdır.

6. Yayın Kurulu tarafından yapılan ilk incelemede, açıkça yayın ilkele-rine uyulmadığı saptanan yazılar hakeme gönderilmeden önce gerek-li düzeltmelerin yapılması için yazara gönderilir. Bilimsel ölçütlere uymayan yazılar Yayın Kurulunca hakeme gönderilmeksizin yazarına iade edilir. Yayın Kurulu tarafından uygun bulunan yazılar "nesnel değerlendirme ilkesi" uyarınca en az iki hakemin incelemesine sunu-lur. Hakemlerden gelen rapor doğrultusunda yazının yayınlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir. Yazar, bu durum-dan derhal haberdar edilir.

7. Dergide, hakem denetiminden geçen yazılar dışında, karar incelemesi, kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi, bilgilendirici not vb. ya-zılara da yer verilebilir. Bu nitelikteki yazıların kabul edilmesi Yayın Kurulu kararına bağlıdır. Hangi yazıların hakem incelemesinden geç-mediği dergi içinde açıkça belirtilir.

8. Yayımlanmak üzere kabul edilen yazıların basılı ve elektronik tüm ya-yın hakları Galatasaray Üniversitesine aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, ayrıca telif ücreti ödenmez.

9. Metin içerisinde başlıklar, aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:

I. KALIN VE TÜMÜ BÜYÜK HARF

1. Kalın ve Sadece İlk Harfer Büyük

A. Kalın ve Sadece İlk Harfer Büyük

a. Beyaz ve Sadece İlk Harfer Büyük

aa. Beyaz ve Sadece İlk Harfer Büyük

10. Metin içerisindeki kısaltmalarda, kısaltılacak isim veya başlık metin-de ilk defa kullanıldığında kısaltılmadan ve parantez içinde kısaltması belirtilerek kullanılmalı veya kısaltılmış isim ya da başlık karşılıkları ile kaynakçadan önce yer alan kısaltmalar cetvelinde gösterilmeli; dip-notlarda kullanılan kısaltmalara ise, sadece kısaltmalar cetvelinde yer verilmelidir.

11. Kaynakçada gösterim: Yazıda yararlanılan eserler soyadına göre alfa-betik olarak sıralanır. Kararlar ve internet kaynakları için bölümleme yapılabilir.

a) Kitap: Yazar SOYADI (Büyük harf, normal) Adı (İlk harf büyük, normal), **Eser adı** (Kalın/Bold), Basım sayısı, Yayınevi, Yayın yeri, Yayın yılı. (normal)

Örnek: TEZİÇ Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, 16.bası, Beta, İstanbul, 2013.

Örnek: İNCEOĞLU Sibel (Editör), ..., ...

Çeviri kitaplar için:

SARTORİ Giovanni, **Demokrasi Teorisine Geri Dönüş**, (çev. T. Karamustafaoğlu / M. Turhan), Yetkin, Ankara, 1996.

İki yazarlı kitaplar için:

TANÖR Bülent / YÜZBAŞIOĞLU Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 15. bası, Beta, İstanbul, 2015.

Üç veya daha fazla yazarlı kitaplar için:

ÖZBEK Veli Özer / DOĞAN Koray /BACAKSIZ Pınar, vd., Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Seçkin, Ankara, 2016.

b) Yüksek Lisans veya Doktora tezleri için:

ALTAY Sıtkı Anlam, Bankaların Mali Durumlarının Bozulmasının Hukuki Sonuçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2001.

c) Makale: Yazar SOYADI (Büyük harf, normal) Adı (İlk harf büyük, normal), "Makale başlığı" (Tırnak içinde), Eser adı (Kalın/ Bold), cilt sayısı, basım sayısı, yayın tarihi ve sayfa sayıları. (Makalelerde, makalenin tamamının hangi sayfalar arasında yer aldığı belirtilir.)

Örnek: KOÇ Sedef, "İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde İspat Sorunu", **GSÜHFD**, S. 2012-1, 2014, ss. 281-300.

d) İnternet kaynakları: Tam adres ve son erişim tarihi belirtilmelidir. Big Data, Crime and Security, Parliamentary Offce of Science and Technology of the UK Parliament Note no: 470, 2014, http://researchbriefngs.fles.parliament.uk/documents/POST-PN-470/POST-PN-470.pdf (Erişim Tarihi: 28.03.2016).

12. Dipnotlarda: Dipnotlarda bir esere yapılan ilk gönderme ile kaynak-çada yer verilen eserler aynı biçimde yazılmalıdır. Dipnot gösterimleri aşağıdaki gibidir.

a) Kitap ve makaleler: Dipnotta sadece kalın harferle yazarın soyadı; eserin yayın yılı ile sayfa numarası gösterilir. İki yazarın bulunması durumunda her iki yazarın soyadı da kullanılır. İkiden fazla yazar olması durumunda ilk yazarın soyadını "ve diğ./et al." ifadesi takip eder. Eğer aynı yazarın aynı yılda basılmış birden fazla yayını kullanılmışsa basım yıllarının sonuna kaynakçadaki sıraya uygun olarak alfabetik bir karakter ilave edilir (2013a, 2013b...).

Örnek: KOÇ, s. 17.

b) Karar: Kararı veren kurum, esas sayısı, karar sayısı ve karar tarihi, karara ulaşılabilecek kaynak.

Y. 13. HD, E. 2016 / 5823, K. 2016 / 13745, 30.05.2016, YKD, c. 42, S. 10, 2016, ss. 2430-2431.

İnternet: Kullanılan içeriğe uygun kısa atıf kuralına uygun hareket edilmelidir.

13. Dergimizin Haziran sayısı için son yazı kabul tarihi **1 Nisan**; Aralık sayısı için son yazı kabul tarihi ise **1 Ekim**'dir. Bu tarihlerden sonra gönderilecek yazılar, takip eden sayı için yayın değerlendirme listesi-ne alınacaktır.

14. Bu Dergide yer alan yazılara yapılacak atıfların aşağıdaki şekilde olması önerilir:

Yazar SOYADI (Büyük harf, normal) Adı (İlk harfi büyük, normal), "Makale başlığı" (Tırnak içinde), **Eser adı** (Kalın/ Bold), cilt sayısı, basım sayısı, yayın tarihi ve sayfa sayıları.

Örnek: KOÇ Sedef, "İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde İspat Sorunu", **GSÜHFD**, S. 2012-1, 2014, ss. 281-300.

İçindekiler

KAMU HUKUKU

Prof. Dr. Rıdvan AKIN **559**

GEÇMİŞTEN GÜNÜMÜZE DİYANET İŞLERİ BAŞKANLIĞI'NIN TARİHİ İŞLEVİ

HISTORY AND FUNCTION OF THE PRESIDENCY OF RELIGIOUS AFFAIRS

Doç. Dr. E. Eylem AKSOY RETORNAZ **591**

CEZAEVİNDE DÜŞÜNCE, DİN VE VİCDAN ÖZGÜRLÜĞÜ:
İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİNİN, "VALERİU MARİŞ/ROMANYA"
KABUL EDİLEMEZLİK KARARINA İLİŞKİN BİR DEĞERLENDİRME

FREEDOM OF THOUGHT, CONSCIENCE AND RELIGION IN PRISON:
REFLEXIONS ON THE INADMISSIBILITY DECISION "VALERIU MARIŞ V. ROMANIA"
OF EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Doç. Dr. Ceren Zeynep PİRİM **601**

ULUSLARARASI HUKUKTA SEBEPSİZ ZENGİNLEŞME İLKESİ

THE PRINCIPLE OF UNJUST ENRICHMENT IN INTERNATIONAL LAW

Dr. Öğr. Üyesi Özge ATIL KAYA **629**

DEVELOPMENT OF EXECUTIVE ORDERS: AMERICAN EXPERIENCE

BAŞKANLIK KARARNAMELERİNİN GELİŞİMİ: AMERİKA ÖRNEĞİ

Av. Dr. Ayşe Özge ATALAY **653**

TÜRK CEZA MUHAKEMESİNDE SERİ MUHAKEME USULÜ VE
MUKAYESELİ HUKUKTAKİ BENZER USULLER

SPEEDY PROCEDURE IN TURKISH CRIMINAL PROCEDURE AND
SIMILAR PROCEDURES IN COMPARATIVE LAW

Dr. Av. Özgün ÖZYÜKSEL **733**

HAKSIZ ARAMA SUÇU (TCK m. 120)

THE CRIME OF UNLAWFUL SEARCH (TPC art. 120)

Arş. Gör. Murat ESMER **761**

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDE MEDYA ÖZGÜRLÜĞÜ:
KAPSAMI VE SINIRLARI

MEDIA FREEDOM IN THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS:
ITS SCOPE AND LIMITS

Arş. Gör. Abdülsamet GÜLLER.....879

ULUS-DEVLET VE VATANDAŞLIK TASAVVURUNUN DÖNÜŞÜMÜ BAĞLAMINDA OSMANLI-TÜRK TARİHİNDE VATANDAŞLIĞIN ANAYASAL DÜZENLENME BİÇİMLERİ

FORMS OF CONSTITUTIONAL REGULATION OF CITIZENSHIP IN OTTOMAN-TURKISH HISTORY IN THE CONTEXT OF THE CONCEPT OF THE TRANSFORMATION OF THE NATION-STATE AND THE CITIZENSHIP

Arş. Gör. Dr. Onur KAPLAN - Arş. Gör. Güneş Karol IŞIKLAR.....923

İDARİ YARGILAMA HUKUKU YÖNÜNDEN ÖZEL SİGORTA SÖZLEŞMELERİNDE SİGORTACININ SİGORTALIYA HALEFİYETİ MESELESİ

THE MATTER OF SUBROGATION OF THE INSURER TO THE INSURED UNDER PRIVATE INSURANCE CONTRACTS WITH REGARD TO ADMINISTRATIVE PROCEDURE LAW

Arş. Gör. Nuray SÜMER.....965

DANIŞTAY GERÇEKTEN 150 YAŞINDA MI?
84 Sayılı Kanun'un Geçici Maddesinin Anlam ve Kapsamı Üzerine Bir İnceleme

IS THE COUNCIL OF STATE A 150-YEAR-OLD INSTITUTION?
The Nature of the Provisional Article of the Act No. 84

Arş. Gör. Muhammed Emin YILDIZ.....987

KATHARSİS ADALET

CATHARSIS JUSTICE

Av. Muhammed Fatih KAFADAR.....1027

ULUSLARARASI HUKUKTA DEVLETLERİN SORUMLULUĞU BAĞLAMINDA SİBER SALDIRILARIN ATFEDİLEBİLİRLİĞİ MESELESİ

THE ATTRIBUTABILITY OF CYBER ATTACKS IN THE CONTEXT OF STATE RESPONSIBILITY IN INTERNATIONAL LAW

ÖZEL HUKUK

Prof. Dr. Samim ÜNAN 1057

INCOTERMS 2020 VE SİGORTA

Prof. Dr. Samim ÜNAN 1087

SİGORTACININ HALEF SIFATIYLA AÇTIĞI RÜCU DAVALARINA İLİŞKİN BAZI KARARLAR

Doç. Dr. Pınar ALTINOK ORMANCI.....1105

AİLE KONUTUNA İLİŞKİN KORUMANIN EVLİLİĞİN ÖLÜMLE SONA ERMESİNDEN SONRAKİ ETKİLERİ

PROTECTION PROVIDED FOR THE FAMILY HOME AND ITS EFFECTS AFTER THE TERMINATION OF THE MARRIAGE BY DEATH

Doç. Dr. Serap AMASYA 1125

DENİZYOLUYLA YAPILAN EŞYA TAŞIMALARINDA FİİLİ TAŞIYAN KAVRAMI

THE CONCEPT OF ACTUAL CARRIER IN CARRIAGE OF GOODS BY SEA

Doç. Dr. Serap AMASYA 1153

SOME TURKISH LAW ISSUES REGARDING THE GOVERNING LAW FOR THE INSURANCE CONTRACTS INCLUDING ELEMENT OF FOREIGNNESS

TÜRK HUKUKUNDA YABANCILIK UNSURU İÇEREN SİGORTA SÖZLEŞMELERİNE UYGULANACAK HUKUKA İLİŞKİN BAZI MESELELER

Doç. Dr. Nur BOLAYIR 1175

FRANSIZ HUKUKU'NDAKİ DÜZENLEMELER IŞIĞINDA SES VE GÖRÜNTÜ NAKLEDİLMESİ YOLUYLA DURUŞMALARIN İCRASI

CONDUCT OF TRIALS VIA DIGITAL TECHNOLOGY IN LIGHT OF PROVISIONS IN FRENCH LAW

Doç. Dr. Arif Barış ÖZBİLEN.....1205

REHİN KONUSU TAŞINMAZIN DEĞER KAYBINA UĞRAMASI KARŞISINDA REHİNLİ ALACAKLININ HAKLARI

RIGHTS OF THE CREDITOR AGAINST DEPRECIATION IN THE MORTGAGED PROPERTY VALUE

Doç. Dr. Ahmet TÜRKMEN.....1239

DİJİTAL VASİYETNAME VE VASİYETLERİN ŞEKLE UYGUNLUĞUNUN TÜRK POZİTİF HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

AN ANALYSIS OF ELECTRONIC (WRITTEN) AND VIDEO-AUDIO WILLS' COMPLIANCE IN THE MEANS OF FORMALITY UNDER TURKISH CURRENT LAW

Dr. Öğr. Üyesi Murat Can PEHLİVANOĞLU.....1321

PAYA (ORTAKLIĞA) DAYALI KİTLE FONLAMASI VE LİMİTED ŞİRKETLER

SHARE BASED (EQUITY) CROWDFUNDING AND LIMITED LIABILITY COMPANIES

Dr. iur. Bülent SÖZER.....1345

SELF-STEERING SHIPS

Dr. Öğr. Üyesi Müge ÜREM 1381

SÖZLEŞMEYE AYKIRILIK HALİNDE TBK M. 58/I HÜKMÜNCE TÜZEL KİŞİ LEHİNE HÜKMEDİLECEK MANEVİ TAZMİNAT BORCUNUN DOĞUMU İÇİN ARANAN ŞARTLAR

CONDITIONS OF APPLICABILITY OF NON-PENUCIARY DAMAGES FOR JUDICIAL PERSONS IN CASE OF CONTRACTUAL NON-COMPLIANCE

Dr. Onur Can SAATCIOĞLU 1437

YABANCILIK UNSURU TAŞIYAN REKABET YASAĞI SÖZLEŞMELERİNE UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ VE "KARŞI EDİM" BAKIMINDAN EMREDİCİ HÜKÜMLERİN SINIRLAYICI ETKİSİ

CHOICE OF LAW IN CROSS-BORDER NON-COMPETE AGREEMENTS AND THE RESTRICTING EFFECT OF MANDATORY PROVISIONS WITH RELATION TO "CONSIDERATION"

Dr. Hasan Kadir YILMAZTEKİN 1513

TÜRK FİKRÎ HAKLAR HUKUKU YAPAY ZEKÂ TARAFINDAN MEYDANA GETİRİLEN ESERLERİ KORUMAK İÇİN HAZIR MI?

IS TURKISH COPYRIGHT LAW READY TO PROTECT WORKS GENERATED BY ARTIFICIAL INTELLIGENCE?

Arş. Gör. Abdurrahman KAYIKLIK.....1587

KAMU TÜZEL KİŞİLERİNİN ANONİM ŞİRKET YÖNETİM KURULUNDA TEMSİLİ (TK m. 334)

REPRESENTATION OF PUBLIC LEGAL ENTITIES ON CORPORATE BOARDS (TCC art. 334)

Arş. Gör. Kübra YILDIZ.....1621

EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİ ÇERÇEVESİNDE ANONİM ORTAKLIK PAYINA DAİR BAZI HUSUSLAR

SOME ISSUES REGARDING THE SHARE OF JOINT STOCK COMPANY IN THE FRAMEWORK OF THE REGIME OF PARTICIPATION IN ACQUIRED PROPERTY

Ayça Büşra BALCIOĞLU 1657

PURPOSIVE INTERPRETATION
In the Footsteps of Aharon Barak

AMAÇSAL YORUM
Aharon Barak'ın İzinde

KAMU HUKUKU

GSÜHFD, 2020; 2: 559-589

GEÇMİŞTEN GÜNÜMÜZE DİYANET İŞLERİ BAŞKANLIĞI'NIN TARİHİ İŞLEVİ(*)

Prof. Dr. Rıdvan AKIN(**)

Öz: Diyanet İşleri Başkanlığı laik Türkiye Cumhuriyeti'nin en tartışmalı devlet kurumu olma özelliğini devam ettirmektedir. Kurumun hilafetin lağvı ve Osmanlı hanedanının yurt dışına çıkarılması yasalarıyla eş zamanlı olarak ihdas edilmiş olması anlamlıdır. Çok partili siyasal hayata geçinceye kadar devlet aygıtı içinde dinin denetim altında tutulması işlevini sürdüren kurum, 1950'lerden sonra kadrolarının niteliği ve işlevi itibariyle önemli dönüşümlere sahne olmuştur. 1961 demokrasisine kadar, cumhuriyetin kurucu ideolojisi karşısında uyumlu resmi İslam'ı temsil eden Diyanet örgütü, İslamcılık akımının güçlenmesine koşut olarak gittikçe siyasallaşmıştır. Özellikle son iki başkanın görevde bulunduğu dönemde, siyasi iktidar ile bir devlet kurumu olarak "Diyanet" arasındaki organik bütünleşme, Türkiye'nin yakın geleceğinde, din ve diyanet kurumlarının kamusal alandaki yeri konusunda sıcak bir tartışmayı başlatacak gerilimleri taşımaktadır.

Anahtar Kelimeler: Diyanet İşleri Başkanlığı, Sünni İslam, Türk Devrimi, Laiklik.

HISTORY AND FUNCTION OF THE PRESIDENCY OF RELIGIOUS AFFAIRS

Abstract: Presidency of Religious Affairs (Diyanet İşleri Başkanlığı) continues to be the most controversial institution of the secular Republic of Turkey. It is meaningful that the institution was created in concurrent with the abolition of the caliphate and the deportation of the Ottoman dynasty abroad laws. The institution continued its function of keeping religion under control within the state apparatus until multi-party politics begins.

(*) Bu makale, hakem incelemesinden geçmemiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 01.10.2020.

(**) Galatasaray Üniversitesi, Genel Kamu Anabilim Dalı (*rakin97@gmail.com*).

After the 1950s, the cadres and functions of the staff of the Presidency of Religious Affairs witnessed significant transformations. Until the 1961 democracy, the Diyanet organization, which represented the official Islam in line with the founding ideology of the republic has no longer such a feature. The institution has become increasingly politicized in parallel with the strengthening of the Islamist movement. Especially, during the term of the last two presidents, the fusion between the political power and the "Diyanet" seems obvious. Therefore, in the near future of Turkey, a hard debate about the religious institutions will be most probably on political agenda.

Keywords: Presidency of Religious Affairs, Sunni İslam, Turkish Revolution, Secularism.

GİRİŞ

Cumhuriyet rejiminin dayandığı zemini belirleyen en önemli kanunlar Devrim kanunlarıdır. 3 Mart 1924 tarihli olan üç kanun (429, 430, 431) radikal içerikleriyle eski rejimden kopuşu sağlayan düzenlemelerdir. 429 sayılı Şer'iye ve Evkaf ve Erkânı Harbiye-i Umumiye vekâletlerinin ilgasına dair Kanun ile Milli Mücadele döneminde var olan Şer'iye ve Evkaf ve Erkan-ı Harbiye-i Umumiye vekaletleri lağvedilmiş, yerine Diyanet İşleri Başkanlığı ve Genelkurmay Başkanlığı kurulmuştur.[1] 430 sayılı Tevhid-i Tedrisat yasası ile bütün eğitim kurumları Milli Eğitim Bakanlığına bağlanmıştır.[2]

Hilafetin ilgasına ve Hanedanı Osmaninin Türkiye Cumhuriyeti memaliki haricine çıkarılmasına dair 431 sayılı kanun ile[3] hilafet lağvedilerek, Osmanlı hanedanı mensuplarının T.C. sınırları dışına çıkarılmasına karar verilmiş, bu kanunlar tavizsiz bir şekilde uygulanmıştır.

---

1 429 sayılı kanunun müzakere ve yayınlanması hakkında bkz.26 Recep 1342 ve 3 Mart 1340 tarihli kanunun Meclis Heyeti Umumiyesince kabulü: İkinci içtimaın birinci celsesinde. Cumhuriyet riyasetine tebliği: 3. 3. 1340 tarih ve 2/303 Numaralı tezkere ile, Cumhuriyet Riyasetinden mevrut tezkerenin tarih ve numarası: 3. 3. 1340 ve 6/245. Müzakeratı ihtiva eden TBMMZC, İkinci Devre, C. 7., ss. 19, 23: 26.

2 430 sayılı Kanunun 1. maddesi, "Türkiye dahilindeki bütün müessesatı ilmiye ve tedrisiye Maarif Vekaletine merbuttur" 2. Madde ile de Şer'iye ve Evkaf Vekaleti veyahut hususi vakıflar tarafından idare olunan bilcümle medrese ve mektepler Maarif Vekaletine devir ve raptedilmiştir. Kanunun yayınlandığı tarih: R. G.: 6/3/1340 Sayı: 63 Yayımlandığı Düstur: Tertip: 3 Cilt: 5 Sayfa: 322.

3 431 sayılı kanunun Meclis Heyet-i Umumiyesince kabulü: ikinci içtimaın ikinci celsesindedir. Cumhuriyet riyasetine tebliği: 3. III. 1340 tarih ve 2/307 numaralı tezkere ile Berayi neşir ve ilân; Cumhuriyet Riyasetinden mevrut tezkerenin tarih ve numarası: 3. III. 1340 ve 6/247. Müzakeratı ihtiva eden zabıt cerideleri TBMMZC, İkinci Devre, Cilt.7, ss. 19, 29: 78.

Bu yasalar günümüz İslamcı çevrelerinde nefretle anılan düzenlemelerdir. Ama kanımca Cumhuriyet Devrimi'nin gerçek konsolidasyonu bundan sonraki evrede başlamıştır.

Bilindiği üzere, Osmanlı idare geleneğinde, yargılama, eğitim ve öğretim, vakıflar idaresi, hatta örfi uygulamaların dine uygunluğuna onay verme yetkisi, ulemanın ve bu sınıfın en tepesinde bulunan Şeyhülislamlık (Bab-ı Fetva) makamının elinde bulunmaktaydı. Sınıf-ı askerinin (seyfiye) kul kökenli olmasından kaynaklanan güvencesizliği (*siyaseten katl*) karşısında ilmiyeye uygulanan en büyük müeyyide kuramsal olarak azildi.[4]

Ancak Osmanlı toplumsal düzeninin ideolojik meşrulaştırma aracı işlevi gören ilmiye sınıfının statüsü XIX. yüzyıl başından itibaren aşınmaya uğramıştı.

Kadim düzenin bozulması, bütün kurumları tartışılır hale getirdiği gibi, modernleşme baskısı ilmiye sınıfının eğitim ve adliye işlerinden tedricen çekilmesi ile sonuçlandı. Bunun nedeni medresenin yanında mektebin, şeriye mahkemelerinin yanında nizamiye mahkemelerinin kurulması idi.[5] Bu kurumlar gerçekte seküler kurumlardı. Denilebilir ki ilmiye Tanzimat'tan Jöntürk Devrimi'ne kadar her anlamda irtifa kaybetti. Mecelle bile, dini görünümüne rağmen aslında hukuku modernleştiren bir kodifikasyon girişimi idi.[6]

Daha açık ifade etmek gerekirse, medrese ve şeri mahkemeler varlıklarını sürdürüyor olmalarına rağmen gerçekte mektep medrese karşısında, nizamiye mahkemeleri kadı mahkemeleri karşısında kamusal hayatın belirleyicisi olmuşlardı. Jöntürk Devrimi ve İttihat ve Terakki iktidarı, bu alanı daha da daraltarak, şeri mahkemeleri de Adliye Nezareti'ne bağlayacaktı.[7]

Milli Kurtuluş Savaşı başladığında, İstanbul'daki Şeyhülislamlık makamı ve Evkaf-ı Hümayun Nezareti'nin hükümet içindeki işlevini görmek üzere An-

---

4 Sultan IV. Murat devrindeki istisnai siyaset katl örnekleri dışında ulema daima kapıkulu ve reaya sınıfları karşısında özel hürmet gören bir sınıftı.

5 Fatmagül Demirel, **Adliye Nezareti: Kuruluşu ve Faaliyetleri**, 1876-1914, Boğaziçi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008, s.14, 17, 18. Esra Yakut, **Şeyhülislamlık: Yenileşme Döneminde Devlet ve Din**, Kitap Yayınları, İstanbul, 2005, s.116.

6 Coşkun Çakır, **Osmanlı Medeniyeti: Siyaset, İktisat, Sanat**, Klasik, İstanbul, 2005, s. 215; İsrafil Kurtcephe, Aydın Beden, **Türkiye Cumhuriyeti Tarihi**, Eğitim Kitabevi, Konya, 2015, s. 33.

7 Tarık Zafer Tunaya, **Türkiye'de Siyasal Partiler, İttihat ve Terakki, Bir Çağın, Bir Kuşağın, Bir Partinin Tarihi, C.III,** Hürriyet Vakfı Yayınları, İstanbul, 1984, s. 387.

kara'da Şeriye Vekaleti kurularak İcra Vekilleri Heyeti'ne (Hükümete) alındı. Vekalet Anadolu'da bulunan evkafın işlerine de bakmakla ödevlendirildi.[8]

İlginç bir şekilde, Milli Mücadele döneminde Şeriye Vekaleti, kayırmacılık iddialarıyla birçok kez boşalmış, hatta vekil güvensizlik oyuyla düşürülmüştür.[9]

Bu dönemde, Karacabey müftüsü Mustafa Fehmi (Gerçeker) seçilen ilk vekildir. Sonra sırasıyla Abdullah Azmi Efendi (Torun) Hoca Vehbi Efendi, Musa Kazım Efendi (Göksu) ve son olarak Mustafa Fevzi Efendi bu göreve getirildiler. Vekil seçiminin bu kadar çok yenilenmesinin sebebi, örgütteki istikrarsızlık ve şaibeli atama söylentileri olmuştur.[10]

Bilindiği gibi, Cumhuriyet'in ilanı, başlangıçta ne İcra Vekilleri içinde yer alan Şeriye Vekili'nin konumunda ne de Birinci Meclis tarafından 1922'de Hilafet makamına seçilen Abdülmecid Efendi'nin konumunda bir değişikliğe yol açmış değildi.[11] Asıl devrimci değişiklikler, 1924 Mart-Nisan aylarında gerçekleşti. Bunlar yukarıda anılan Devrim Kanunları ve 1924 Anayasasıdır.

429 sayılı yasa, *"Diyanet'i"* siyaset alanından çıkararak bürokratik bir örgüte dönüştürerek siyasi otoritenin emrine verdi. Bunu sağlamak üzere, ilga edilen Şeriye Vekaleti yerine, başvekilin inha cumhurbaşkanının ise tasdik ettiği bir makam olarak Diyanet İşleri Reisliği ihdas edilmiş oldu.[12]

RIFAT BÖREKÇİ'NİN DİYANET İŞLERİ BAŞKANLIĞI DÖNEMİ

Birinci Meclis kurulduğunda Börekçizade Rıfat Efendi Ankara müftüsü idi. Anadolu ihtilalinin meşru olduğunu beyan eden fetvaya önderlik eden din adamıdır. Bu fetvaya 153 müftü daha katılacaktır. Bu fetva ile İstanbul Hükümeti'nin şeyhülislamı Dürrizade'nin Anadolu hareketini fesat olarak niteleyen fetvası geçersiz kılınmıştı.[13] Burada vurgulanması gereken nokta, aynı Abdülhamid'in tahttan indirilmesinde Meclis-i Umumi kararının yanı

---

8 Sabahattin Selek, **Anadolu İhtilali**, Cem, Ankara, 1976, s. 339.

9 Rıdvan Akın, **TBMM Devleti, Birinci Meclis Döneminde Devlet Erkleri ve İdare**, İletişim, İstanbul, 2001, 139.

10 Akın, **TBMM Devleti,** 123-124.

11 Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, Ekin Yayınevi, Bursa, 2000, s.49.

12 İştar B. Tarhanlı, **Müslüman Toplum Laik Devlet: Türkiye'de Diyanet İşleri Başkanlığı**, Afa, İstanbul, 1993, s. 70.

13 Ferruh Sidar, **Büyük Kinin Kısa Öyküsü: Karşı-Devrim**, Cinius, İstanbul, 2013, s.17.

sıra hall' fetvasının da alınması gibi, Milli Mücadele'nin başlangıç evresinde önemli siyasal kararları dinsel meşruiyete dayandırma ihtiyacı hissedilmişti.

Börekçizade Rıfat Efendi'nin fetvası, İstanbul'da Divan-ı Harb-i Örfi'de gıyabında idam cezasına çarptırılmasına ve mallarının müsaderesi kararına yol açtı ise de fiilen bu kararlar somut bir şey ifade etmeyecekti.[14]

Ankara önderleri, Börekçizade'yi hem müftülük görevine iade etti hem de Saruhan mebusu seçtirdi. Nisab-ı Müzakere Kanunu'nun Ordu ve Kolordu Komutanlığı ve diplomatik görev istisnasıyla, memuriyet ile mebusluğun bağdaşmazlığı ilkesini hükme bağlaması üzerine mebusluk görevinden istifa etti. Milli Mücadele'nin sonuna kadar Ankara müftüsü olarak kaldı.[15]

Eski rejimden kopuşun en köktenci hamlesi olan 3 Mart 1924 yasaları yürürlüğe girince, devrimin önderi Mustafa Kemal, din alanını, devletin tamamen dışına çıkarmak yerine, zayıflatarak, devlet aygıtının bir öğesi yapmayı tercih etti. Devlet laikleşiyor ama din devletin emrine giriyordu. Kanımca, bu Türk laikliğinin en zayıf noktasını teşkil eden bir karar oldu.

Bence Atatürk'ün bu kararının iki yönü vardır: Birincisi, kendisi, *"Osmanlı- Türk bürokratik devlet geleneği"* içinde yetişmiş bir seçkindi. Din gibi bir alanı devletten özerk bir kurum olarak düşünememesi veya belki de bunu bir risk olarak görmesinin birinci nedeni budur. İkincisi ise, Osmanlı resmi ideolojisi olan Sünni İslam'ı bir *Türk İslam'ı* haline dönüştürmeyi hatta, Türk Ulus Devleti'nin bir "rüknü" olarak tasavvur etmiş olmalıdır. Ama kanımca gerçek neden Türk tarihinin en büyük devrimcisinin bile Osmanlı-Türk bürokratik devlet geleneğinin *"kodlarının"* bir ürünü olarak tarih sahnesine çıkmış olmasıydı. Rıfat Börekçi'nin Diyanet İşleri Başkanlığı döneminde, din ve din adamı telakkisi büyük ölçüde bu düşüncelerimi teyit eder niteliktedir.[16]

Gerçekten de 429 sayılı yasada belirtildiği üzere Diyanet İşleri Başkanlığı *"Dini mübini İslam bundan maada itikada ve ibadete dair bütün ahkam ve mesailinin tedviri ve müessesatı diniyenin idaresi"* ile görevlendirilmiş ve sınırlandırılmıştır. Türk laikliği, İslam'ı Arap öğelerinden tamamen arındıra-

---

[14] Cemal Kutay, **Kurtuluşun ve Cumhuriyetin Manevi Mimarları,** Diyanet İşleri Başkanlığı, 1973, s. 190.

[15] Abdurrahman Kaplan, **Kurtuluş Savaşı'nın Manevi Reisi**, Astana, Ankara, 2019, s.234; Börekçizade 16 Aralık 1922 tarihinden itibaren Şeriye Vekaleti Heyet-i İtfaiye (Fetvalar Kurulu) üyeliğine atanmıştı.

[16] Veli Ertan, Rıfat Börekçi, **TDV İslam Ansiklopedisi**, Cilt 6, İstanbul, 1992, ss. 325-326.

rak, bir Türk-İslamı yaratmak istemiştir. Bu hamle özünde ahlakçı bir tartışma platformu olmanın ötesine geçememiştir. Türkçe ibadet, kamet ve ezanın devlet eliyle "icbar" edilmesi, İstanbul İlahiyat Fakültesinin "Dinde Reform raporunda" Fuat Köprülü'nün camilere kiliselerde olduğu gibi sıraların konulması önerisi[17], Ayasofya'nın müzeye dönüştürülmesi gibi kararlar Tek Parti otoriterizmi altında "öfke uyandıran" bir sessizlikle karşılanmıştır.[18]

1925'te çıkarılan tekke ve zaviyelerin kapatılması yasası, dinsel alanın sadece "Devletin takdir ettiği ve belirlediği alana" indirgenmesi kararı olarak yorumlanabilir.[19] Bütün bunlar hiç kuşkusuz devletin dine radikal müdahaleleriydi ve Tek Parti iktidarı süresince bir direniş söz konusu olamazdı. Diyanet teşkilatının yapısı da geçmişteki Bab-ı Fetva'nın iktidarı elinden alınmış bir karikatürü kalacak şekilde zayıflatılmıştı. Dinsel teşkilatın asıl güçsüzlüğü, kadro ve güvence zayıflığından kaynaklanıyordu. 429 sayılı yasa Şeriye ve Evkaf Vekaletini lağvederken, Evkaf İdaresini de Vakıflar Umum Müdürlüğüne dönüştürmüştü. Günümüzde imam-hatip diye bildiğimiz din görevlileri, *hademe-i hayrat* olarak tanımlanıyordu. 1931-1950 arasında hademe-i hayrat Vakıflar İdaresinin personeliydi ve memur değillerdi.[20]

1924'ten 1931'e kadar olan dönemde sadece *"26 Cuma ve Kürsü Vaizi Kadrosu"* Diyanet İşlerine bağlıydı. Daha açık bir ifade ile hademe-i hayrat Diyanet İşleri Başkanlığı personeli değildi. Diyanet sadece dinin teolojik ve ilmi tarafı ile meşgul müftülerden ibaretti.[21]

Tek parti döneminin resmi "İslam Dini" telakkisinin en somut örneği, Elmalılı Muhammed Hamdi Yazır'a havale edilen Kur'an'ın Türkçe meali ve tefsirinin bir TBMM kararı ile yazdırılmasına karar verilmesidir.[22] Uzun bir emeğin ürünü olan çalışma, *"Tefsir ve Meal: Hak Dini Kuran Dili"* adını taşımaktadır.

---

17 Meriç Validedeoğlu, **Laiklikten Şeriata mı?,** Cumhuriyet Kitap Kulubü, İstanbul, 2004, s. 118.

18 Dücane Cündioğlu, **Ara Sokakların Tarihi; Hatıralar ve Hatıratlar**, Etkileşim, İstanbul, 2008, s.34.

19 Bülent Tanör, **Kurtuluş-Kuruluş**, Çağdaş, İstanbul, 1998, s.253.

20 15 Aralık 1927 tarihli Şuraya Devlet (Danıştay) kararıyla hademe-i hayrat, memur sayılmadığından memurin muhakematı ayrıcalıklarından istisna tutulmuştur. Mustafa Öcal, **Tanıkların Dilinden Cumhuriyet Döneminde Din Eğitimi ve Dini Hayat,** Cilt. 1, İstanbul, Ensar Neşriyat, 2008, s.185.

21 Diyanet İşlerinin ilk Teşkilat ve Vazife Kanunun 2800 Sayılı kanun olup 1935 tarihlidir.

22 Sait Şimşek, "İslamcılık ve Kuran", **Modern Türkiye'de Siyasi Düşünce: İslamcılık**, Cilt 6, İletişim, İstanbul, 2004, ss.703-704.

Elmalılı ünlü bir din alimi sayılmakla birlikte Milli Kurtuluş Savaşı döneminde makbul biri değildi. Damat Ferit Hükümetinde Evkaf Nazırlığı görevini kabul etmesi ve Ayan Meclisi üyesi olması, kurtuluştan sonra, 40 gün kadar tutuklu olarak Ankara İstiklal Mahkemesinde yargılanmasına neden oldu.[23]

Elmalılı İstanbul'a döndükten sonra Tefsir ve Meal işini Rıfat Börekçi ve Ahmed Hamdi Akseki'nin telkinleriyle kabul etti. Meal kısmında Mehmet Akif Ersoy, tefsirin tashihlerinde Ömer Nasuhi Bilmen kendisine asistanlık yaptılar.[24]

Rıfat Börekçi döneminin Diyanet teşkilatının "Devlet iktidarı" karşısındaki tutumu üzerinde durulması gereken bir husustur. Börekçizade'den başlayarak 1960'lara kadar Diyanet İşleri başkanlarının tutumunun *ülü'l emre itaat* olarak yorumlanması gerektiği düşüncesindeyim.[25]

Atatürk, kişisel hayatında, tamamıyla dini ritüeller dışında bir tutum sergilemesine rağmen, Diyanet ve ulemaya saygılı davranmış, hatta Milli Kurtuluş Savaşı döneminde, kendi kadrosunda daima din adamları bulundurmuştur. Bunların sayıları III. Meclis'ten itibaren azalmakla birlikte, sadık din adamlarının milletvekili olmaya devam ettikleri görülür.

Ne ilginçtir ki günümüzde islamcı çevrelerin şiddetli hücumlarına uğrayan *"İnkılap Hareketleri"* sırasında, tutucu bir din bilginine TBMM kararı ile Kur'an meali ve tefsiri siparişi verilirken, yine aynı dönemde, ordunun başında tutucu eğilimleriyle bilinen Mareşal Fevzi Çakmak bulunuyordu.[26]

---

[23] Meşrutiyetin iadesinden sonra (1908) Meclis-i Mebusan'a Antalya Mebusu olarak girmiş Abdülhamid'in hall fetvasının kaleme alınmasında aktif rol almış bir ittihatçı idi. Muhtemelen ittihatçılık geçmişi beraatini sağladı. Elmalılı 1942'deki vefatına kadar İstanbul'da münzevi bir hayat yaşamıştır. Özgür Oral, "Elmalılı Muhammed Hamdi Yazır", **Modern Türkiye'de Siyasi Düşünce: İslamcılık**, Cilt 6, İletişim, İstanbul, 2004, ss.184-191.

[24] Elmalılı M. Hamdi Yazır Sempozyumu: 4-6 Eylül 1991, Türkiye Diyanet Vakfı, 1993, s.265, 337; Yusuf Şevki Yavuz, "Elmalılı Muhammed Hamdi", **TDV İslam Ansiklopedisi**, Cilt. 11, İstanbul, 1995, ss.57-62.

[25] Ayasofya'nın ibadete açılması tartışmaları sırasında CHP yönetiminin, Rıfat Börekçi'nin Cebeci Asri Mezarlığındaki kabrini ziyaret etmesi ve oğulları Raşit Börekçi'nin (7. ve 8. Dönemde) Fuat Börekçi'nin de (11. ve 12. Dönemde) CHP Ankara milletvekili seçilmeleri anlamlıdır.

[26] Rıfat Börekçi ve Fevzi Çakmak 1924'te göreve getirildiler. Börekçi 5.3.1941'deki vefatına kadar, Fevzi Paşa ise 1944'te yaş haddinden emekliye sevk edilene kadar Atatürk ve İnönü dönemlerinde görevlerinde kaldılar.

ERKEN CUMHURİYET DÖNEMİNDE DİYANET İŞLERİNİN KADROLARI

429 sayılı yasa, Diyanet'in teşkilat ve kadrolarını tanımlamamakla birlikte, maaş cetvelleri 1924 bütçesinden itibaren bütçede yer almıştı.[27] Bu da genel gider bütçesinin %1.18'ine tekabül etmekteydi.[28].

İstanbul vilayeti ve ilçe müftülerinin maaşları ile kürsü ve cuma vaizi maaşları 1928 bütçesinde İstanbul'a mahsus memuriyetler olarak dikkat çeker. Din görevlileri ilk kez maaşlı memur kadroları olarak 1929'da zikredilmiştir. 1935'e kadar bu kadro cetvelleri teşkilat yasası işlevi görmüştür. Diyanet kadrolarına ilişkin ilk kapsamlı kanun, 14.6.1935 tarihli 2800 Sayılı Diyanet İşleri Reisliği Teşkilat ve Vazifeleri Hakkında Kanundur.[29]

Diyanet İşleri Başkanlığı için, kuruluş döneminden itibaren makul ölçüde kadro öngörüldüğü anlaşılmaktadır. 1929 kayıtları itibariyle merkezde 53, taşrada 485, toplam 539 kadro vardır. Yardımcı hizmetler sınıfı ile birlikte (vaiz, dersiam, hıfz muallimi, hademe-i hayrat) 1929 bütçesinde 6097 personel vardır.[30]

1931 Bütçe Kanunu cami ve mescitlerin idaresini Evkaf Umum Müdürlüğüne devretmiş ve 5005 cami görevlisi kadrolarıyla birlikte bu genel müdürlüğe geçirilmiştir.[31]

TEK PARTİ DÖNEMİNDE DEVLETİN DİNE MÜDAHALELERİ: İSLAM'I CUMHURİYETİN EMRİNE VERME

Öncelikle tek parti rejiminin uyguladığı inkılapların dinin geleneksel olarak yaşanma biçimine müdahale ettiği açıktır. İnkılap İdaresi, Diyanet İşleri Başkanlığını kurarak, bir yönüyle dini hayatı devletin kontrolü altına almış olmakta, ama diğer yönüyle de, bütün din alanını ona teslim etmekle, ona meşrutiyet kazandırmış olmaktaydı.

---

[27] Mehmet Talha Paşaoğlu, Din Siyaset İlişkisinin Kurumsallaşması, Diyanet İşleri Başkanlığı Örneği, Doktora Tezi, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019, s.29.

[28] Diyanet İşleri Başkanı 155 lira maaşı ile Başvekalet müsteşarından (150 TL) bir miktar fazla maaş almaktadır Aytürk, Nihat Aytürk, vd. Diyanet İşleri Başkanlığı Teşkilat Tarihçesi (1924-1987), Diyanet İşleri Başkanlığı APK Dairesi Başkanlığı, Ankara 1987, s. 14.

[29] Nihat Aytürk vd., Diyanet İşleri Başkanlığı Teşkilat Tarihçesi (1924-1987), s.34.

[30] Mehmet Talha Paşaoğlu, Din Siyaset İlişkisinin Kurumsallaşması, s. 30.

[31] Aytürk, Nihat vd., Diyanet İşleri Başkanlığı Teşkilat Tarihçesi (1924-1987), ss. 39-41

Her ne kadar Diyanet örgütü genel idare içinde görülüyorsa da yapılan işler, din hizmeti sağlamanın ikincil, İslam'ı Cumhuriyet rejimi ile bağdaştırmanın asıl işlev olduğunu açıkça göstermektedir Özellikle cami personeli Vakıflar İdaresine devredildikten sonra, Diyanet yayınlarının ulus-devlete ideolojik pekiştirme malzemesi tedarikine yöneldiği daha açık bir şekilde görülmektedir.[32] Özellikle, 1927'den sonra A. Hamdi Akseki'nin Türkçe hutbe kitapları bunun en somut örneğidir.[33] Akseki'nin Türkçe hutbelerinde ele alınan temalar: Doğruluk, askerlik, aile, tevazu, kibir, memleketin düşmanları gibi hem toplumsal hayatı tanzim etmeye hem de yurttaşlara, aile ve devlet konusunda bilinç vermeye yönelik olmuştur. Bunun somut bir delili 1936 baskısında geçen şu ifadedir: *"Hiçbir his ve vazife vatanseverlik kadar kıymet ve itibarı haiz değildir."*[34] Tek başına bu ifade, Tek Parti döneminde Diyanet İşleri Başkanlığı aracılığıyla din kurumuna nasıl bir işlev verilmek istendiğini göstermektedir.

RADİKAL LAİKLİK UYGULAMALARI

Vurgulanması gereken bir husus, 1924'te Diyanet örgütü kurulurken, *TBMM'nin muamelat-ı nasa ilişkin yetkinin sahibi olduğu* belirtiliyordu. Diyanet örgütü ise ibadet işleri ile görevlendiriliyordu. Bu gerçekte, TBMM'nin *ahkam-ı şeriyenin tenfizinden sorumlu olduğu* anlamına geliyor. Devlet dininin "İslam" olduğu vurgulanıyordu.[35] Ancak İslam'ın ne olduğuna "milli irade" karar verecekti. Şeriye ve Evkaf Vekaletinin kaldırıldığı bir ortamda bu, *fiili laiklik* anlamına geliyordu. Zaten 1924'ten 1928'e kadar gerçekleştirilen hukuk devrimleri buna işaret eder.

1924 Anayasasında, 10.4.1928 tarihi itibariyle yapılan değişiklikle devletin dini İslam'dır ibaresi kaldırılarak gerçekte, 1924'ten itibaren fiilen var olan 'laiklik' devletin resmi dininin olmadığı bir noktaya evrilmiş oldu.

Erken dönem Cumhuriyet laikliğinin bir Türk İslamı inşa etmek olduğu, Arap kültür-din dairesinden kopmak amacının var olduğu uygulamalardan

---

32 Yılmaz Ceylan, **Çok Kültürlülük ve Anadolu Aleviliği**, Astana, Ankara, 2020, ss.226-228.

33 **Türkçe Hutbe**, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayını (Osmanlıca), Ankara, 1927.

34 Emir Kaya, **Secularism and State Religion in Modern Turkey**, I.B. Tauris, 2018, s.153, 196; Murat Kılıç, Cumhuriyetin İlk Yıllarında Devlet ile Vatandaş Arasında Bir İletişim Aracı Olarak Hutbeler, **Çağdaş Türkiye Araştırmaları Dergisi**, XVII/35 (2017-Güz/Autumn), ss. 137-166.

35 Ahkamı şeriyenin tenfizi 1924. TEK 26. Madde. Şeref Gözübüyük / Zekai Sezgin**, 1924 Anayasası Hakkında Meclis Görüşmeleri**, Balkaboğlu Matbaacılık, Ankara, 1957, s.226.; Muzaffer Sencer, **Dinin Türk Toplumuna Etkileri**, Ant, İstanbul, 1971, s. 204.

anlaşılmaktadır. Bu süreci önce radikal uygulamalar devri, sonra yumuşama ve en sonra da inisiyatifi tamamen muhafazakar politikalara kaptırma olarak bölümlere ayırmak mümkündür. Süreci kronolojik olarak, örnek olaylarla özetlemek bu noktada anlamlı olacaktır:

1932'de Türkçe ezan, 1934'te Ayasofya'nın müzeye dönüştürülmesi, 1941'de Türk Ceza Kanununda Türkçe ezan ve kamet zorunluluğunu ihlal edenlere (Arapça yasağı) 3 ay hapis cezası getiren bir madde eklenmesi gibi. Bu katı uygulamaların 1946'da çok partili siyasal hayata geçilmesine kadar devam ettirildiğini söyleyebiliriz.

Katı uygulamalar içinde, bir başka boyut, din eğitimi konusudur. Bir dönem İlahiyat Fakültesi ve imam hatip okullarının da kapatılmasından sonra, İstanbul Üniversitesi İslam Tetkikleri Enstitüsü dışında din eğitim ve öğretimi ile ilgili hiçbir kurumun kalmadığını belirtmek gerekir.[36] Öyle sanıyorum ki Diyanet İşlerinde veya Vakıflar Umum Müdürlüğünde istihdam edilebilecek yeter sayıda din görevlisi var olduğundan hareketle bu havuzu (kaynağı) büyütecek bir politika yeni rejim açısından sakıncalı görülmüş olmalıdır. Bunun yanı sıra, bu dönemde, geleneksel olarak mahalle mekteplerinde, camilerde, köy camilerinde imamlar tarafından verilen Kur'an eğitimi de "sadece izin alınan" yerlerle sınırlandırılarak fiilen olanaksız hale gelmiştir.[37]

İzinsiz din eğitiminin şiddetle takibi, gayrimüslim yurttaşları da etkilemiş, örneğin Yahudilerin çocuklarına evlerinde İbranice eğitim vermeleri kovuşturmalara konu olmuş, Türkiye'de yaşayan ama Türk vatandaşı olmayan rahipler ceza kovuşturmasına uğramıştır.

Yine Alevilerin Osmanlı'dan beri yarı gizli sürdürdükleri cem ayinleri Cumhuriyet'in bu döneminde de yasa dışı bir dini faaliyet olarak algılanmıştır.[38] Alevilerin ayin yapmaları, bir suç olarak görülmüş olmalı ki 1940'da "gizlice Alevi ayini yapanların yakalandığına" ilişkin haberler vardır.[39]

---

[36] İslam tetkikleri enstitüsü Mustafa Öcal, **Tanıkların Dilinden Cumhuriyet Döneminde Din Eğitimi ve Dini Hayat**, 3. Cilt, Ensar Neşriyat, İstanbul, 2008, s.436. Mehmet Saray, **İstanbul Üniversitesi Tarihi**, İstanbul 1996, s. 84-85; Halis Ayhan, **Türkiye'de Din Eğitimi,** İstanbul, 1999, s. 48-50.

[37] Doğan Duman, **Demokrasi Sürecinde Türkiye'de İslamcılık**, Dokuz Eylül Yayınları, İzmir, 1997, s. 182.

[38] 1939'da İzmir'de bir Yahudi aile çocuklarına İbranice ve Fransızca öğretirken yakalanmışlardır. 1940'da yine bir Yahudi vatandaş çocuklarına İbranice ders verirken yakalanmıştır. Bir başka örnek, Edirne'deki İtalyan Konsolosluğunda görevli bir papazın din dersi verdiğinin ihbar edilmesi neticesinde kovuşturma başlatılması olayıdır. 1933'de Cumhurbaşkanlığına hita-

Bundan da anlaşılacağı üzere, Tek parti döneminde din sadece devletin onayladığı sınırlar içinde devletin kamu görevlisi imamlar tarafından ve onların gözetiminde icra edilebilecek ibadete indirgenmiştir. Hatta çok abartılı bir örnek, geleneksel olarak halkın evliya türbelerine mum yakması da yasaklanmıştır.[40]

KATI UYGULAMALARDAN TEDRİCİ OLARAK VAZGEÇİLMESİ

1925'te tekke ve zaviyelerin lağvı ve padişah mezarlarının ziyarete kapatılması kararı[41] karşısında cumhurbaşkanı ile kırgın bir şekilde görüşen Hamdullah Suphi Tanrıöver ile arasında geçen konuşmada Atatürk'ün çok bilinçli hareket ettiği anlaşılıyor: Bu görüşmede "Hiç merak etme yirmi yıl sonra hepsinin anahtarını sana veririm" demiştir Atatürk.[42] Bu tutum şöyle yorumlanabilir: Atatürk, 6 Temmuz 1918 gecesi not defterine, "Benim elime büyük salâhiyet ve kudret geçse ben hayât-ı ictimâiyyemizde arzu edilen inkılâbı bir anda bir 'coup' ile (darbe) tatbik edeceğimi zannederim. Zira ben bazıları gibi efkâr-ı ulemâyı yavaş yavaş benim tasavvurlarım derecesinde tasavvur ve tefekkür etmeye alıştırmak suretiyle bu işin yapılacağını kabul etmiyorum ve böyle bir harekete karşı ruhum isyan ediyor" diye yazmıştı.[43] Burada, laikleşmenin tavizsiz uygulanmasına dair karineler görünmektedir. Ama yeterli zaman geçtikten sonra padişah mezarlarının da tarihi bir hatıra olmaktan öteye gitmeyeceğini düşünmüş olmalıdır. Yani radikal uygulamaların yeterli kurumsallaşma sağlandıktan sonra yumuşayacağı belliydi. Bu alanda ilk emareler, Şerefeddin Yaltkaya'nın vefatından sonra, Diyanet'in başına getirilen Ahmet Hamdi Akseki döneminde başlamıştır. Bu emareler sırasıyla, hacca gidenlere döviz tahsisi ve izin verilmesi (1947)

---

ben yazılmış "elifba ve amme cüzleri ile gizlice Kur'an öğreten" hocalarla ilgili suçüstü belgeleri ve buna benzer pek çok olay Cumhurbaşkanlığı arşivinde vardır ve Murat Bardakçı'nın bir yazısına konu olmuştur. Murat Bardakçı, "Tek Parti zamanında yasak olan sadece Arapça ezan değildi; hem Müslümanlar, hem de diğer dinlerin mensupları çok sıkı takip altındaydı!" Habertürk, 12.11.2018.

39 Alevilik, Türklük, CHP, internet ulaşımı, https://turkcemalumatlar.com/2019/11/02/alevilik-turkluk-ve-chp/

40 https://www.gzt.com/jurnalist/murat-bardakci-tek-parti-doneminde-mum-yakmak-bile-yasakti-3463199

41 Mahmut Goloğlu, **Türkiye Cumhuriyeti Tarihi: Devrimler ve Tepkileri**, 1924-1330, Başnur Matbaası, 1972, ss.161-162.

42 **Mustafa Baydar, Hamdullah Suphi Tanrıöver ve Anıları,** Menteş, 1968, s. 175. Halim Seraslan, **Hamdullah Subhi Tanrıöver**, Türk Kültürünü Araştırma Enstitüsü, İstanbul, 1995, s.145.

43 Turan Şerafettin, **Mustafa Kemal Atatürk**, TDV İslam Ansiklopedisi, Cilt. 31, İstanbul, 2006, ss.310-331.

İlahiyat Fakültesinin tekrar açılması ve ilkokulların 4. ve 5. sınıflarında seçmeli din dersine izin verilmesi gibi kararlardır. (1949)[44]

En önemli adım ise, CHP'nin 1950 seçimlerinden (iktidardan düşmeden) önce 29.4.1950 tarihli ve 5634 sayılı yeni bir Diyanet Teşkilatı yasası çıkarmış olmasıdır. Bu yasa ile Vakıflar Umum Müdürlüğüne devredilmiş bulunan imam hatip ve kürsü vaizliği kadroları Diyanet İşleri Başkanlığına bağlanmıştır.[45]

ŞEREFEDDİN YALTKAYA VE A. HAMDİ AKSEKİ'NİN BAŞKANLIKLARININ YORUMLANMASI

Tek parti döneminin üç Diyanet İşleri Başkanının (Börekçi, Yaltkaya, Akseki) yeni devletin radikal laikliği karşısında sessiz uyum tutumunun kökeninde İlmiye'nin reis-i devlete itaati kavramında aramak gerekir kanısındayım.

Atatürk döneminin Diyanet İşleri Başkanı Börekçizade Rıfat Efendi'nin vefatından sonra Milli Şef İnönü bu göreve sırasıyla M. Şerefeddin Yaltkaya ve A. Hamdi Akseki'yi getirdi. Her ikisi de Tek Parti yönetiminin din telakkisi ile uyumlu bir çizgi izlediler. Aksi zaten eşyanın tabiatına aykırı idi. Yaltkaya, Börekçizade diyanet örgütünün yüksek din alimi iken önce İstanbul Üniversitesinde İlahiyat Fakültesinde, sonra da İslam Tetkikleri Enstitüsünde yöneticilik görevine getirilmiştir. Yaltkaya'nın görev anlayışı ki -Kemalizm açısından makbul olan bu idi- dini siyaset dışı, ama parti iktidarının (ya da parti-devletinin) talimatlarıyla uyumlu, dinin teolojik yönüyle sınırlı fakat ulus devletin yurttaşlık telakkisinin konsolidasyon işlevini de üstlenmiş bir çizgi izlemişti. İlginçtir ki Atatürk vefat ettiğinde, Dolmabahçe'de sınırlı sayıda cemaatle icra edilen cenaze namazını Yaltkaya kıldırmıştı.[46]

Yaltkaya'nın vefatıyla göreve getirilen Ahmet Hamdi Akseki de aynı çizgiyi izlemiştir. Öyle sanıyorum ki Yaltkaya ve Akseki'nin Milli Eğitim Bakanı Hasan Ali Yücel'e yakınlıkları dönemin anlayışını belirlemiştir. Bilindiği gibi Hasan Ali Yücel Batı kültür ve medeniyetinin iktibası ile ilgili yoğun bir gayret içinde olmakla birlikte, din alimleriyle de teşrik-i mesai halinde olan mevlevi meşrep bir siyasi idi.[47]

---

[44] Mutlu Sesli, **İngiltere, Fransa, Amerika Birleşik Devletleri ve Türkiye'de Laiklik Uygulamaları: Karşılaştırmalı Bir Analiz**, İstanbul, 2019, s. 213.

[45] Gotthard Jäschke, **Yeni Türkiye'de İslamlık**, Bilgi, Ankara, 1972, s. 60.

[46] İsmail Ünver, **En Güzel Uyuyan Adam: Atatürk'ün Hüzün Dolu Vedası**, Akis, İstanbul, 2008, s. 116.

[47] Güven Uluköse, **Hasan Ali Yücel**, Kastaş, İstanbul, 2008, ss.16-18.

ÇOK PARTİLİ SİYASAL HAYAT VE DİYANET ÖRGÜTÜNDE DÖNÜŞÜMÜN BAŞLAMASI: EYÜP SABRİ HAYIRLIOĞLU'NUN BAŞKANLIĞI

Öncelikle şu noktanın altı çizilmelidir ki Diyanet eliti II. Meşrutiyet'ten beri var olan ve önce İttihat ve Terakki, sonra Cumhuriyet önderleri ile ölçülü bir ilişki sürdürmüş, yönetimlerle çatışmamış, yönetimin meşruiyetine hizmet etmiş, karşılığında da hürmet görmüş ve kollanmıştır. Kurucu ideolojiye itaat eden Diyanet anlayışını 27 Mayıs İhtilali'nin göreve getirdiği Ömer Nasuhi Bilmen'in emekliliğini istediği tarihe kadar devam ettirmek mümkündür.[48]

Şurası dikkate şayandır ki ilk üç Diyanet İşleri başkanının görevde bulunduğu sürede makama yeni atama ancak makamın vefat ile boşalması neticesinde olmuştur. Demokrat Parti de bu teamülü sürdürmüştür.

Demokrat Parti, ordunun bütün bürokratik yapısını, Genelkurmay Başkanı dahil tamamen değiştirmişti. Bu mülki idare için de geçerli oldu. Ama Diyanet örgütüne ilişilmedi. Ahmet Hamdi Akseki'nin 1951'de vefatından sonra yerine atama yapıldı. Yapılan atama da Cumhuriyet Devrimi'nin kadroları arasından yapılmıştı. Göreve getirilen kişi Eyüp Sabri Hayırlıoğlu'dur (1951-1960). Hayırlıoğlu, iktidar devrilene kadar görevde kaldı.

Demokrat Parti'nin başkanlığa getirdiği Hayırlıoğlu'nun kimliği üzerinde durulmaya değer. TBMM'nin II. döneminde Konya milletvekili seçilen Hayırlıoğlu, Halk Fırkası grubunda tam bir cumhuriyetçi portre çizmiş görünüyor. Cumhuriyet'in ilanını sağlayan Teşkilatı Esasiye Kanununu tadili yasasının geçirilmesindeki en aktif üyelerden biri olan Hayırlıoğlu, Cumhuriyet'in ilanının ve Mustafa Kemal Paşa'nın reisi cumhur seçilmesinin 101 pare top atışıyla kutlanması önergesini veren milletvekilidir. Böyle olmakla birlikte, III. Meclis'e girememiştir.[49]

Hayırlıoğlu'nun kimliği üzerinde söylenilmesi gereken birkaç söz daha olmalıdır. Öncelikle, Darülfünün Konya Hukuk Mektebi'nin mezunudur ve Hafız-ı Kur'an'dır. Rejime sadakat konusundaki gayretli tutumuna rağmen, Kemalist önderlik onu tasfiye etmiş görünüyor. Hayırlıoğlu, merkezi elitin değil taşra (periferinin) eliti olarak Konya'da avukatlık yaptı ve ticaretle meşgul oldu. Bu tam da Demokrat Parti seçkinlerinin doğduğu "vasata" işaret eder.[50]

---

48 Ceren Lord, **Religious Politics in Turkey: From the Birth of the Republic to the AKP**, Cambridge University Press, 2018, s. 2018, s. 103.

49 Veli Ertan / Eyüp Sabri Hayırlıoğlu, **TDV İslam Ansiklopedisi**, C.17, İstanbul, 1998, ss.50-51.

50 Cemil Koçak, **Belgelerle iktidar ve Serbest Cumhuriyet Fırkası: Tarihyazımında Serbest Cumhuriyet Fırkası**, İletişim, İstanbul, 2006, s. 553.

Her ne kadar, DP dönemi, Ticanilik, Süleymancılık gibi akımların yükseldiği, Said-i Nursi ile popülist kaygılarla temasın olduğu bir dönem olduysa da tarikatların "Resmi İslam"a nüfuz etmelerine izin verilmemiştir. Bunda DP yöneticilerinin CHP'den "çıkma" olmalarının önemi vardır düşüncesindeyim. Kanımca DP, oy kaygısıyla, tutucu-islamcı periferi ile flört ederken, merkezin işgal edilmesine izin vermemiştir.[51]

Kanımca Demokrat Parti yönetiminin Diyanet İşleri Başkanlığına getirdiği Hayırlıoğlu, DP'nin Atatürk Devrimleriyle ilgili genel yaklaşımı ile uyumludur. Dinci akımlara karşı, teskin edici ve hoşgörülü bir siyaset izlenirken, Diyanet'in Kemalist kurucu ideoloji ile uyumluluğu sessiz bir itaat ile devam ettirilmiştir denilebilir.

27 MAYIS'TAN SONRA YENİ DİNAMİKLER: 1960-1964

Milli Birlik Komitesi, Diyanet İşleri Başkanlığına, din kurumu üzerinde Kemalist vesayete uygun bir simayı getirdi. Bu isim İstanbul müftüsü Ömer Nasuhi Bilmen'dir.[52] Bilmen 1943'ten beri İstanbul müftüsü ve çok tanınmış bir din alimi idi.[53]

Bilmen eğitimini meşrutiyet döneminde yapmış, din bürokrasisindeki kariyerini ise İttihat ve Terakki ve Tek Parti Cumhuriyeti döneminde ilerletmiştir. Önceki başkanlarda görülen siyaset dışı çizgiyi sürdüren din alimi profilini sürdürmüştür.

Bununla birlikte 27 Mayıs yönetiminin radikal kanadı İnkilap Mahkemeleri, kültür ve eğitim reformu, korporatif nitelikli bazı kurullarla toplumu örgütleme planlarının yanı sıra, tek parti radikalizminin nostaljisi ile ezanın ve ibadetin Türkçeleştirilmesi, dinde reform gibi söylemleri gündeme getirmek istemişti. Bu gelişmeler, siyasi irade karşısında daima *"muti"* olan Ömer Nasuhi Bilmen Hoca'nın emekliliğini istemesi ile sonuçlandı. Bu olayı gerçekte bir istifa olarak değerlendirmek doğru olur.[54]

---

51 Arif Emre Süleyman, **Siyasette 35 Yıl,** Cilt 1, Akabe, İstanbul, ss.28-29.

52 Milli Birlik Komitesi, Ömer Nasuhi Bilmen'i 30 Haziran 1960'da Diyanet İşleri Başkanlığı görevine getirdi.

53 Bilmen'in Darüşşafaka Lisesinde 20 yıl ahlak ve yurttaşlık dersleri okutması anlamlıdır.

54 Yeni Şafak'ta yayınlanan bir iddiaya göre MBK, Bilmen'den 27 Mayıs'ı meşru bir direnme hareketi olarak yorumlayan Üniversite Profesörleri Beyannamesine benzer bir fetva istediği ifade ediliyor. Kanımca görevden ayrılmasına sebep olan gerçek neden, dinde reform ve Türkçe ibadet konusunda hocayı ikna çabaları olmalıdır. MBK, hutbelerde ihtilal lehine konuşulması is-

27 Mayıs yönetiminin, Nasuhi Bilmen'in yerine getirdiği, Hasan Hüsnü Erdem de "tabi-bağımlı" din işleri bürokrasisi anlayışı ile uyumlu bir başkan görünümü verecektir.[55]

Kemalist devlet ideolojisi ile, vesayet ile uyumlu, muti Diyanet çizgisi Adalet Partisi'nin tek başına iktidara geldiği tarihe kadar devam etmiştir.

1961 Demokrasisi devrinde, başkanlığın politize olmasının ilk emareleri koalisyonlar döneminde görülür.

MEHMET TEVFİK GERÇEKER'İN DİYANET İŞLERİ BAŞKANLIĞI'NIN ANLAMI (1964-65)

İnönü'nün 1964'te göreve getirdiği Mehmet Tevfik Gerçeker'in babası TBMM'nin birinci döneminde Şeriye vekili olan Karacabey müftüsü Mustafa Fehmi Efendi'dir.[56] 1950'de vefat edinceye kadar CHP'den milletvekili olan babası Mustafa Fehmi Efendi gibi, Kemalist önderlikle uyumlu bir ilmiyeli olan Mehmet Tevfik'in Ankara Hukuk Mektebinden mezun olması ve tek parti yargısında yer alması kanımca anlamlıdır. Gerçeker, Yüce Divan ve Danıştay üyeliği yapmış 1961 Anayasası yürürlüğe girdikten sonra Danıştay Genel Kurulu tarafından Anayasa Mahkemesi üyeliğine seçilmiştir. AYM'den yaş haddinden emekli olduktan sonra, İnönü'nün son koalisyon hükümeti devrinde Diyanet İşleri Başkanlığına getirilmesi kuruma, İnönü bakışını açıklar niteliktedir.

MEHMET ALTINSOY'UN DİYANETTEN SORUMLU DEVLET BAKANLIĞI

İnönü Koalisyon hükümetlerinin gittikçe zayıflamasıyla Adalet Partisi önderliğinde, Suat Hayri Ürgüplü başkanlığında kurulan hükümette Diyanet'ten sorumlu Devlet Bakanı olarak görev alan Mehmet Altınsoy üzerinde

---

temiş olabilir. Bilmen'den idamlar ile ilgili fetva istendiği ise tarihi tahriftir. Çünkü Bilmen, daha Yassıada Mahkemelerinin başlangıç aşamasında emekli olmuştu. İnternet erişimi: https://www.yenisafak.com/hayat/diyanetin-aci-tarihi-2474830, internet erişimi. 16.10.2020

55 Ömer Nasuhi Bilmen'in emekliye ayrılmasından sonra Diyanet İşleri başkanlığına getirilen Hasan Hüsnü Erdem getirildi. (1961-1964). Görevi sırasında yaptığı en önemli icraat, başkanlığın kuruluş ve görevleri hakkında bir kanun taslağı hazırlatması ve tekâmül kursları açtırması oldu. Erdem 1964'te emekli olmuştur. Veli Ertan / Hasan Hüsnü Erdem, **TDV İslam Ansiklopedisi**, Cilt 11, İstanbul, 1995, ss.283-284.

56 İttihatçı ve Müdafaa-ı Hukuk örgütleyicilerinden olduğundan, Damat Ferit Hükümetleri döneminde Divan-ı Harbi Örfi yargılanmalarında 9 ay tutuklu kalmıştır. Bkz. Hüsnü Merdanoğlu, **Ulusal Kurtuluş Süreci ve Kuvayı Milliye,** Ümit, 2006, s. 314.

durulması gereken bir siyasi figürdür.[57] Altınsoy'u daha ziyade Özal devrinde ANAP'ın Ankara belediye başkanı olarak tanımaktayız. Oysaki Altınsoy, 1961 Kurucu Meclisi'nde CKMP temsilcisiydi.

Kurucu Meclis üyeliğinden sonra CKMP milletvekili oldu. CHP karşıtı cephenin kurduğu koalisyonda Diyanet'ten Sorumlu Devlet Bakanlığı görevine getirildi. Altınsoy'un bakanlığı döneminde, Diyanet İşleri Başkanlığı ve personelinin özlük haklarını iyileştirici yasal düzenlemeler yapılmıştır.[58] Siyasete iki dönem CKMP, 1973'ten sonra Demokratik Parti milletvekili olarak devam etti. Özal döneminde ANAP'tan belediye başkanı oldu. Altınsoy'un, ülkücülükle-islamcılık arasında bir siyasi profil olduğu söylenebilir.

ADALET PARTİSİ İKTİDARININ DİYANET POLİTİKASI

AP, 1965 seçimlerini kazanıp tek başına iktidar olmadan, 1965 Şubat'ından itibaren, Suat Hayri Ürgüplü başkanlığında koalisyon ile siyasi iktidarı almış oldu.[59] Bundan sonra göreve gelen bütün Diyanet İşleri başkanlarının görev sürelerinin kısalığı, başkanlığın parti politikalarının etki alanına girdiğini gösterir.[60] Bunlar içinde AP'nin göreve getirdiği Lütfi Doğan'ın daha sonra, MSP, RP, AKP gibi İslamcı partilerin seçkinleri içinde yer alması, İslamcılığın AP iktidarı eliyle, Diyanet içinde önce nüfuz alanını sonra, hegemonyayı ele aldığını gösterir niteliktedir.

70'LERİN KAOS ORTAMINDA ECEVİT'E YAKIN BİR DİYANET İŞLERİ BAŞKANI: DR. LÜTFİ DOĞAN

1977'de Ecevit'in Diyanet'ten Sorumlu Devlet Bakanlığına getireceği Lütfi Doğan'ın iki önemli özelliği vardır: Birincisi lisans eğitimi İlahiyat alanında değil, DTCF'de Klasik Şark Dilleri alanında gördükten sonra lisansüstü çalışmalarını Şam'da (Baas rejimi altında) Arap Dili ve İslami Bilimler Fakültesinde yaptı. Bu, Türkiye'deki olağan Diyanet kariyerinde istisnai bir durumdur. İkinci nokta ise 12 Mart Ara Rejimi tarafından Başkanlık gö-

---

57 Mehmet Altınsoy, Üçüncü Diyanet İşleri Başkanı A. Hamdi Akseki'nin damadı ve Diyanet İşleri Başkanlığının bürokratlarından biri idi. Ali Özcan, **Osman Yüksel ve Serdengeçti Dergisi**, Türk Edebiyatı Vakfı, 2010, s. 94.

58 İştar B. Tarhanlı, **Müslüman Toplum Laik Devlet,** s. 82.

59 Bu koalisyonda AP'nin yeni genel başkanı Süleyman Demirel dışardan Başbakan Yardımcısı olarak atanmıştır.

60 Adalet Partisi'nin göreve getirdiği Diyanet İşleri Başkanlarının görev süreleri şöyledir. İbrahim Bedrettin Elmalı (1965-66), Ali Rıza Hakses (66-68), Lutfi Doğan (1968-72)

revine getirilmiş olmasıdır. Selefi Lütfü Doğan, 1968'de Adalet Partisi tarafından göreve getirilmişti, ara rejim hükümetleri kendi anlayışlarını yakın bulmadıkları Lütfi Doğan'ı tebdil etmiş olmalıdırlar. Yerine atanan Dr. Lütfi Doğan ise Demirel başkanlığında kurulan milliyetçi cephe hükümetlerine kadar tutucu-İslamcı çevrelerin dışında bir çizgi ile Başkanlık görevini sürdürdü.[61] Ecevit'in CHP'yi %42 ile birinci parti yaptığı 1977 seçimlerinde CHP Malatya Milletvekili ve azınlık hükümetinde Devlet Bakanı oldu.[62]

İKİ DENGE ADAMI: TAYYAR ALTIKULAÇ VE MEHMET NURİ YILMAZ

İkisi de siyasetin epey kaotik olduğu dönemlerde başkanlık yapmalarına rağmen göreli olarak uzun süre görevde kalmaları "denge adamı" tanımının nedenidir. Altıkulaç'ın İslamcı çevrelerden ziyade Adalet Partisi'ne ve Demirel'e yakın olduğunu ifade etmek gerekir. XXII. dönemde AKP milletvekili ve parti kurucu üyesi olmasına rağmen Başbakan Demirel'in Süleyman Ateş'ten sonra Diyanet'in başına getirdiği ilahiyatçıdır. Daha sonra Demirel'in Cumhurbaşkanlığı ve Tansu Çiller'in Başbakanlığında bir dönem DYP milletvekilliği de yapmıştır. Merkez-sağın çöktüğü dönemde AKP'nin liberal-müslüman demokrat imajı ile merkeze yerleşmeye çalıştığı ilk döneminde milletvekilliği yapan parti kurucularındandır. Bir denge adamı olduğunu gösteren en önemli karine 12 Eylül Ara Rejimi döneminde yerini korumuş olmasıdır.[63]

Aynı yargıyı Mehmet Nuri Yılmaz için de söylemek mümkündür. O da Demirel ve Ahmet Necdet Sezer'in cumhurbaşkanlığı döneminde başkanlık görevini sürdürmüştür. Mehmet Nuri Yılmaz, Demirel tarafından DYP-SHP koalisyonu tarafından göreve getirilmiş ve AKP iktidarı gelinceye kadar başkanlık görevini sürdürmüştür.[64]

Yılmaz da Tayyar Altıkulaç örneğinde olduğu gibi devletin kurucu ideolojisiyle çatışmadan kaçınan bir anlayışa sahipti. Emekli oluncaya kadar görevini sürdürebilmesinin nedeni bu olmalıdır.

---

61 Dr. Lutfi Doğan Milliyetçi Cephe Hükümeti tarafından görevinde alındı. Yerine Süleyman Ateş atandı. **Hürriyet Ansiklopedik Yıllığı**, İstanbul, 1977, s.41.

62 Hikmet Bila, **CHP, 1919-2009**, Doğan Kitap, İstanbul, 2008, s. 269.

63 Tayyar Altıkulaç (1978-1986) bkz. Yusuf Sarfati, **Mobilizing Religion in Middle East Politics: A Comparative Study of Israel,** Routledge, 2014, s. 106.

64 Mehmet Nuri Yılmaz (1992-2003) bkz. Uğur Güzel, **Özalcılık**, Emre Yayınları, 2008, s. 293.

İSLAMCILIK ANLAYIŞININ DİYANET ÖRGÜTÜNE HÂKİM OLMASI

Diyanet Teşkilatı'nın İslamcılığın etki alanına girişi Turgut Özal'ın başbakanlığı ve ANAP iktidarı dönemine tekabül eder. Her ne kadar Özal, Türkiye'de sivil toplum devrimini gerçekleştiren liberal-demokrat[65] olarak lanse ediliyorsa da Nakşibendi tarikatıyla yakın ilişkileri vardı. 1977'de MSP'den aday olmuş, seçilememişti. 12 Eylül cuntasının onu ekonomi yönetiminin başında tutmak zorunda kalması, Türkiye kapitalizminin beynelmilel sermaye ile olan organik bağının bir sonucu idi. Kardeşi Korkut Özal'a göre, daha liberal bir imaj vermesinin sebebi ticaret ve sanayi sermayesinin aktörlerinden biri olmasından kaynaklanıyordu. Kanımca Özal alaturka liberalliğin çok tipik bir örneğiydi. Bu ifade ile kastetmek istediğim şey, siyasi tarafı neredeyse yok denecek düzeyde olan iktisadi liberalizm anlayışıdır.

Özal'ın Demirel tarafından Diyanet İşleri Başkanlığına getirilmiş olan Tayyar Altıkulaç'ın yerine Prof. Dr. Mustafa Said Yazıcıoğlu'nu getirmesi İslamcı kadroların Diyanet'i ele geçirme yolundaki ilk hamle sayılmalıdır.[66] Yazıcıoğlu, 22 ve 23. dönemde AKP'den milletvekilli seçilmiştir. Halen bu partide aktif siyaset yapmaktadır.

Özal'ın cumhurbaşkanlığı makamını boşaltması ile AKP'nin iktidara geldiği tarihe kadar olan ara dönemi, Diyanet'te İslamcı kadroların duraklama dönemi olarak tanımlayabiliriz.[67] Bu dönemi aynı zamanda *"Bürokratik Sağ-Atatürkçülüğün"* geri dönüşü olarak yorumlayabiliriz. Bu dönemin Diyanet İşleri Başkanı Mehmet Nuri Yılmaz'dır.

AKP'NİN İKTİDARA GELİŞİ VE İLK BAŞKAN PROF. DR. ALİ BARDAKOĞLU

AKP'nin 2002 yılında seçimleri kazandığı tarihe kadar İslamcılık, 1970'lerde başlayan siyasi macerasını tek başına iktidar ile taçlandıramamış, iktidara koalisyon ortağı olarak ulaşabilmişti.

---

65 Özal için söylenecek söz herhalde Türk Sivil Toplumunun, liberal demokrasinin kurucusu olmaktan ziyade, alaturka kapitalizmin kurucusu olduğunu söylemek daha uygun olur. İfadeyi bir makalesinde kullanan Uğur Mumcu'dan aldım. Cumhuriyet., 22.8.1982 ayrıca bkz. Uğur Mumcu, **Terörsüz Özgürlük**, 26. Baskı, Ankara, 2018, ss.49-50.

66 Yazıcıoğlu Özal tarafından YÖK üyeliğine de atanmıştır. Yazıcıoğlu'nun görev süresi 1987-1992 Diyanet İşleri Başkanlığı için bkz. Şerafettin Gölcük, **Ümmetle Birlikte**, Kitap Dünyası Yayınları, İstanbul, 2015, s.124; YÖK üyeliği için bkz. Mehmet Akif Bal, **Osmanlıdan Cumhuriyete Trabzonlu Simalar ve Trabzon'un Köklü Aileleri**, 2005, s.388.

67 Refah Partisi'nin yükselişinin durdurulması ve 28 Şubat süreci için bkz. Haldun Gülalp, **Kimlikler Siyaseti, Türkiye'de Siyasal İslamın Temelleri**, Metis, 2003, s. 41 vd.; Nazlı Ilıcak, **28 Şubat Sürecinde Din, Siyaset ve Laiklik**, Birey, 1999, s. 216 vd.

İkinci Cumhuriyet döneminden (1961-1980) itibaren rejimin temel kuruluş ilkesi laiklikle çelişen İslamcı kadrolar, diyanet teşkilatı içinde tedrici olarak güçlerini arttırmışlardı. AKP'nin iktidara geldiği aşamaya kadar rejimden hoşnutsuz ama başeğici sessiz bir dönem yaşanmıştır.. İslamcılık siyasetinin en temel karakteristiklerinden biri budur: Kemalist devrimler döneminde, ara rejimler dönemlerinde (27 Mayıs, 12 Mart, 12 Eylül) bu mutsuz sessizlik devam etti. Bu yaklaşım salt *takiye* kavramı ile açıklanamaz. Bu tutum, Osmanlı'dan beri var olan; açıktan açığa iktidar ile çatışmama, zamana yayarak merkeze sızma politikası olarak yorumlanabilir.

AKP'nin ilk iktidar döneminde, her alanda olduğu gibi, Diyanet yönetimi alanında da temkinli başladığı açıktır. AKP'nin bu dönemde tam angaje bir Diyanet İşleri Başkanı atayamamasının iki nedeni vardır: Birincisi Ahmet Necdet Sezer'in Cumhurbaşkanı olması, ikincisi de kamuoyunu tedirgin edecek nitelikte atamalardan kaçınma siyaseti.[68]

Prof. Ali Bardakoğlu AKP'nin göreve getirdiği ilk başkandır. Bardakoğlu, AKP'nin iktidara yerleşme ve gücünü pekiştirme döneminde Diyanet İşleri Başkanlığı yapmıştır.[69]

Bardakoğlu'nun başkanlığı dönemi, AKP'nin eski rejimin diğer hegemonya kurumlarıyla (Ordu, Yargı, Üniversiteler) bir çeşit örtülü iç savaş yürüttüğü dönemle örtüşür. Diyanet, iktidar ile uyumlu ama kenarda sessiz bir örgüt olma konumunu devam ettirdi. Bardakoğlu kimliği itibariyle; AKP'nin dışında olmamakla birlikte, siyasetten sakınma çizgisini görev süresi içinde sürdürmeyi tercih etti. O'nun görev süresinin sonuna doğru (2010), iktidara direnen kurumlar büyük ölçüde ya pasifize edilmiş ya da fethedilmiş olacaktı.

İKTİDAR YAPISININ VE DEVLETİN DÖNÜŞÜMÜ (2007-2017)

Türkiye AKP iktidarının ikinci döneminden itibaren ciddi bir dönüşüm sürecine girmiş olup bu süreç hala devam etmektedir. 2002'den beri iktidarda bulunan AKP'nin 2007 sonrasındaki hamlelerini bir siyasi partinin olağan icraatları olarak yorumlamak zordur.

---

[68] AKP, bu dönemde, Cumhurbaşkanı Sezer'in onaylamayacağı hiçbir yüksek bürokrat ataması gerçekleştiremiyordu. Bu durum 2007'de Abdullah Gül'ün Çankaya'ya çıkmasına kadar devam etti. Rıdvan Akın "TBMM'nin XXII. Dönemi'nde AKP İktidarı (2002-2007)", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2012/1, 3-50, (2014), ss.3-50.

[69] Prof. Dr. Ali Bardakoğlu 28.5.2003 - 11.11.2010 tarihleri arasında görevdeydi. Adnan Algül, **Türkiye İslam Hukukçuları: Hayatları ve Eserleri**, ss.23-28.

2007-2017 arasında gerçekleştirilen yasal ve anayasal düzeyde köktenci değişiklikler Türkiye'de adeta yeni bir devletin doğumuna işaret etmektedir. Kısaca, cumhurbaşkanının seçim usulü ve yüksek yargının işlev ve teşkilatlanması temelinde 10 yıl içinde gerçekleştirilen değişikliklerle, yasama ve yargı son yüz yıl içinde görülmemiş ölçüde yürütmeye tabi/bağımlı organlar haline dönüşmüştür. Yasama, 2017 referandumu sonrasında neredeyse 1876 Kanun-ı Esasi ile kurulmuş olan Meclis-i Mebusan mertebesine indirgenmiştir: TBMM'nin tarihi olarak yürütme karşısında elde ettiği kazanımların tamamı Yürütme (Cumhurbaşkanı) karşısında tırpanlanmıştır. Günümüzde yargı, erken Cumhuriyet döneminden çok daha fazla yürütmenin denetimindedir[70]. Artık Türkiye'de, bütün kurumların iktidar tarafından "*soğurulduğu*"nu söylemek yanlış olmayacaktır. Askeri ve mülki bürokrasi, yargı örgütü, iktidar partisi tarafından temessül edilmiş; parti devletleşmiştir.[71]

Devletin siyasi iktidardan göreli özerk olması gereken (hukuk devleti ilkesi gereği) bütün kurumları parti aygıtının denetimi altındadır. Buna emniyet teşkilatının dahil olduğu apaçık izlenmektedir. Daha somut bir şekilde söylemek gerekirse, Devletin Baskı Aygıtı, iktidarın baskı aygıtına dönüşmüştür.[72]

YENİ DEVLETİN İDEOLOJİK AYGITI: DİYANET İŞLERİ BAŞKANLIĞI

Atatürk devrimlerinden 12 Eylül ara rejimine kadar -çeşitli savrulmalar olmakla birlikte- cumhuriyetin kurucu ilkelerinin yeniden üretimi, kadroları ve *"devletin organik aydınlarının"* yetiştiği ortam ulusal ve laik eğitim idi. Tevhid-i Tedrisat yasası, bu alanı Milli Eğitim Bakanlığına vermiş, eski rejimin mirasçısı olabilecek bütün kurumlar 3-4 Mart 1924 tarihli diğer yasalarla tasfiye edilmişti. XIX. yüzyıl boyunca, gerilemiş bulunan ilmiye sınıfı, Cumhuriyet Devrimi ile Devlet bürokratik aygıtının içinde dar bir çerçeveye oturtulmuştu.

Kurucu liderlik bunu devletin laik olması gerekliliği ile açıklıyordu. Bu durum Türk ulus devlet siyasasının bir sonucuydu da. T.C. Devleti yurttaşla-

---

70 Özellikle İnönü'nün Milli Şef döneminde Yüksek Yargının Yürütme karşısındaki göreli özerkliğinin belirgin bir şekilde var olduğunu iddia edebilirim. Bkz. **İsmet İnönü'ye Armağan**, Ankara, Birleşmiş Milletler Türk Derneği, 1999, ss.106-107.

71 AKP'nin devletleşmesi için bkz. Fatih Yaşlı, **AKP, Cemaat, Sünni-Ulus: Yeni Türkiye Üzerine Tezler**, Yordam Kitap, İstanbul, 2014, s. 31.

72 Pınar Bedirhanoğlu, "Türkiye'de Neoliberal Otoriter Devletin AKP'li Yüzü", **AKP Kitabı,** Bir Dönüşümün Bilançosu, Der. İlhan Uzgel, Bülent Duru, Phoenix, Ankara, 2010, ss. 40-65.

rını dini kimlikleri ile değil milli kimlikleriyle tanıyordu. Yurttaşların aynı zamanda Müslüman oluşu, yeni devletin, laiklik anlayışıyla uyumlu, alternatif bir Türk-İslamı inşat etmek hedefini de gütmekteydi.

Bu düşünceye göre, İslam, *"Arap-teokratik kültür dairesinde"* yorumlandığı sürece irticanın kökleşip derinleşeceği, Türkçeleştiği, basitleştiği ve yurttaşlık ahlakı potasında eridiği ölçüde, çağdaş uygarlığın bir parçası olunabilecekti. Buna yönelik devlet politikaları kısa bir süre için radikal önlemlerle uygulandı.

Din bürokrasisi (Diyanet) açıkça resmi ideolojinin şampiyonluğunu yapmasa da boyun eğici bir tutum takındı. Bu alandaki en önemli başarı, *"Devlet İslamının"* görünümdeki üstünlüğü idi. Ancak din hem ideolojik hem de toplumsal bir kurum olarak, Türk toplumunun günlük hayatı içinde önemini korumaya devam etti.

Türk demokrasi tarihi boyunca, merkez sağ partilerin din karşısındaki popülist tutumu ve İslamcı partilerin bilinçli ve örgütlü mücadelesi sonucunda gündelik hayat gittikçe daha fazla dinselleşti.

Türkiye, bir taraftan gittikçe kapitalistleşip, çarpık da olsa kentlileşirken buna koşut olarak taşrada İslami sermayenin (özellikle tarım ve ticaret sermayesi) toplumun diğer kesimleriyle (proletarya ve köylüler) din üzerinden bir diyalog kurmakta oldukça başarılı olduğu gözlemlendi.[73]

Yani AKP iktidarını açıklayan tek şey ideolojik örgütlenme ve propaganda değil periferideki sermaye sınıfının çok güçlü bir şekilde bu partinin iktidara gelişini ve iktidarda tutunmasını desteklemiş olmasıydı. Sonuç itibariyle İslamcı burjuvazi ve onun partisi, ideolojisi "din" olan bir örgütlenme ve kadrolarını devşirme siyaseti yürürlüğe koydu ve burada büyük bir başarı sağladı.

Günümüz Türkiyesinde AKP iktidarının hem meşrulaştırılması hem de siyasal gücün "konsolidasyonu" Diyanet İşleri Başkanlığı üzerinden yürütülmektedir. "Resmi devlet ideolojisi" laikliğe alternatif ideolojinin üretimi, yaygınlaştırılması ve pekiştirilmesi alt, orta ve yüksek bürokratik kadrolarıyla diyanet örgütü aracılığıyla yürütülmektedir.

---

[73] İslamcı burjuvazi ile DP dönemindeki taşra burjuvazisi karşılaştırması için. Bkz. Güven Bakırezer / Yücel Demirer, "AK Parti'nin Sosyal Siyaseti", **AKP Kitabı**, ss. 153- 178; Mustafa Sönmez, 2000'ler Türkiyesinde AKP Hakim Sınıflar ve İç Çelişkileri, **AKP Kitabı**, ss.179-191.

Örgütün arka bahçesini ve personel havuzunu oluşturan imam hatip okulları ve ilahiyat fakülteleri, toplum içinde mevzilenmiş diğer güçlerle yürüttükleri müttefik taarruz neticesinde, laiklik, Cumhuriyet tarihi boyunca elinde tuttuğu resmi üstünlüğünü tamamen kaybetti; din fiilen (de facto, henüz de jure değil) yeni hegemonyanın ideolojisi oldu.[74]

GÖRMEZ VE ERBAŞ'IN DİYANET İŞLERİ BAŞKANLIKLARININ İŞLEVİ

AKP'nin iktidara geldiği 2002 yılına kadar, Diyanet İşleri, resmi Atatürkçülüğün (bu aynı zamanda laiklik olarak okunabilir) vesayeti altında, muhafazakâr eğilimleri olan personel tarafından yürütülüyordu. Son 10 yıl içinde ise, Diyanet İşleri Başkanlığı tamamen iktidar partisinin egemenliğinde, "yeni devletin" ideolojik hegemonya aygıtına dönüştürüldü.

Toplumun bütün alanlarda dinselleşmesi, gündelik hayatta referansların dinsel kavram ve simgelerle ifade edilir hale gelmesi Mehmet Görmez[75] ve ondan sonra göreve gelen Ali Erbaş'ın başkanlıkları[76] döneminde hızlı bir ivme kazandı.

Siyasi iktidarın karşılaşmış olduğu her krizin aşılmasında, Diyanet İşleri Başkanlığı ve personeli, toplumun iktidardan kopuşu sonucu doğurabilecek her türlü gelişmeyi, büyük bir seferberlikle engelleme ve iktidarla olan bağı pekiştirme işlevini üstlenmiş görünmektedir. Sonuç olarak, Diyanet İşleri örgütünü AKP'nin inşa ettiği *"yeni devletin"* en güçlü ideolojik aygıtı olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

SONUÇLAR

Günümüz Türkiye'sinde Diyanet İşleri Başkanlığı, hukuk devleti ve laiklik ilkesi ile ciddi anlamda çelişen bir kurum haline gelmiş bulunmaktadır.

Türk devrimi önderliğinin dini denetim altında tutma ve Türk ulus devletinin kültürel-ahlaki değerlerle pekiştirilmesinde işlevsel bir kurum olarak tasavvur ettiği Diyanet İşler Başkanlığı, kuruluş amaçlarından bambaşka bir

---

[74] Dinin hegemonya ideolojisi (aygıtı) haline gelişi için bkz. https://www.necdetsubasi.com/calismalar/makale/63-devletin-dinsel-aygitlari, internet erişimi: 16.10.2020 Seyfettin Aslan, Ömer Taylan, "AK Parti Döneminde Din Devlet İlişkileri ve Laiklik Politikaları", **Türk Siyasal Hayatında AK Parti Dönemi**, Ed. Doç. Dr. Seyfettin Aslan Doç. Dr. Yılmaz Demirhan, Bursa, Ekin, 2016., ss. 233- 282.

[75] Mehmet Görmez 2010-2017 tarihleri arasında görevde bulundu.

[76] 2017 yazında Yalova Üniversitesi Rektörlüğüne getirilen Ali Erbaş, 16.9.2017 tarihinde Diyanet İşleri Başkanlığına atandı.

noktada bulunmaktadır. Kamusal alandaki görüntüsüyle Başkan, adeta meşrutiyet döneminin *şeyhülislamı* rolünü üstlenmiş görünüyor.[77] Bu durum, Anayasa, kuruluş ve görev yasaları ile bariz bir şekilde çelişmektedir.

Diyanetin devlet içinde oynamakta olduğu yeni rol anayasa ve kanunlarımızda tanımlanmış değildir. Diyanet teşkilatı tamamen siyasi iktidarın uygun gördüğü bir delegasyonu yerine getirir görünmektedir.

24.11.1934 tarihli Bakanlar Kurulu kararıyla müzeye dönüştürülen Ayasofya'nın idari yargı marifetiyle ve "İslamcı bir gövde gösterisiyle" camiye dönüştürülmesi, Başkan'ın hutbeye kılıç ile çıkması, minberin hilafet sancaklarıyla donatılması Cumhuriyet'in kuruluş ilkeleriyle, anayasal düzenle ve devrim kanunlarıyla açıkça çelişmektedir.[78]

Diyanet örgütünün, özellikle son iki başkanının görevde bulunduğu 10 yıllık zaman dilimi içinde, dini toplumun tek egemen ideolojisi haline getirme çabası içinde olduğunu söylemek abartılı sayılmaz.

Batı demokrasilerinde, bütün düşünce ve kurumlar -dini düşünceler dahil- eleştiriye açıktır. Ancak Türkiye'de din ve dini kurumların tartışılması, eleştirilmesi girişiminin *"dini değerleri aşağılama suçu"* kapsamında kovuşturmaya uğraması kuvvetle muhtemeldir.[79] Türkiye Cumhuriyeti 1931'den beri laik bir devlet olmakla birlikte, adeta Türkiye'de resmi bir din vardır. Bu da Sünni İslam'dır.

1994'te mahalli idareler seçimlerini kazanarak iktidara tutunan "İslamcılık", kendisini kurucu ideolojinin koruyucusu sayan kesimlerinde (devletçi-seçkinci cephe) kuşku ile karşılanmıştı. 1994'ten 2002'ye kadar, 28 Şubat süreci, Refah ve FP'nin kapatılması gibi olaylar ikinci cumhuriyetçi-liberal çevrelerce kınanmış, anti demokratik bulunmuştu.[80] Ancak, artık bariz bir şekilde ortaya çıkan gerçek şudur: "İslamcılık" düşüncesinin çoğulculuk

---

[77] Başkan Ali Erbaş'ın Kadir Mısıroğlu'nu ziyareti kadar, Mısıroğlu'nun kendisine Şeyhülislam diye hitap etmesi cumhuriyet tarihimiz açısından çok anlamlı bir **"epistemolojik kopuşa"** işaret etmektedir. https://tr.sputniknews.com/turkiye/201811131036124245-misiroglu-diyanet-isleri-baskani-erbas-seyhulislam-ziyaret/ internet erişimi: 16.10.2020

[78] Danıştay 10. Dairesinin kararı için bkz. Ayasofya'ya cami yolu açıldı: İşte Danıştay'ın gerekçeli kararı, Yeniçağ, 10.7.2020

[79] Mehmet Emin Artuk / Mehmet Emin Alşahin, "Dini Değerleri Aşağılama Suçu: TCK 216/3," **Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 2014, Cilt 20, İstanbul, ss.989-1012.

[80] Orhan Koloğlu, **Numaracı Cumhuriyetçiler: II. Cumhuriyetçiler Hakkında Herşey**, Pozitif, 2007, s. 107.

anlayışı, Putin Rusya'sının biçimsel çoğulculuk anlayışına epey yaklaşmış görünmektedir.[81]

İslamcılık, AKP ile uzun süredir tek başına iktidardadır. İktidara ilk geldiğinde, dini, değerler sepeti içinde sadece muhafazakarlık olarak takdim eden AKP, zaman içinde, sepetin içinde, "İslamcılık" dışında hiçbir şey bırakmamıştır.

Parti siyasetinin diğer devlet kurumlarında olduğu gibi Diyanet'e de egemen olduğu, kurumun bütün unsurlarıyla "İslamcılık" düşüncesini hegemonya değeri olarak meşrulaştırma işlevini üstlendiği açıkça görülmektedir. İktidar Partisi'nin, Diyanet örgütüne iktidarın dinsel tahkimini sağlama ödevini verdiği sayısız örneklerle görülmüştür. Hiç kuşkusuz bu durum demokratik toplum düzeninin gerekleriyle açık bir şekilde çelişmektedir.

AKP iktidarı döneminde, devlet kurumlarının hemen hepsi yürütme lehine güç kaybetmiş ve gerilemiştir. Anayasa yargısı, idari yargı, adli yargı, TBMM, üniversiteler, devlet gücünü elinde bulunduran bütün kurumlar yürütme karşısında erozyona uğramıştır. Buna karşılık 2002 sonrası, ***"çıtayı en çok yükselten"*** kurum Diyanet örgütüdür. Örgüt, 130.000 personeli ile iktidarın en çok kolladığı ve organik ilişki içinde bulunduğu kurumdur. Başkan, devletin değil, sanki, siyasi iktidarın dinsel politikalarından sorumlu bir aktör rolünü oynar hale gelmiştir. Devlet protokolündeki yerinin çarpıcı bir şekilde öne çıkması, Başkanın "müzeyyen cüppesi" ile kamuoyu önündeki görünürlüğünün birçok bakan, hatta Genelkurmay Başkanı'ndan bile fazla olması çok anlamlıdır.[82] Diyanet, gittikçe büyüyen bürokrasisi ile kamu harcamaları bütçesinden pek çok önemli bakanlıktan daha fazla tahsisat almaktadır.[83] Bu durumu, yurttaşların din hizmeti alma ihtiyaçlarının artması ile ilgili olduğunu ileri sürmek mümkün değildir.

Türkiye'de geniş bir Alevi inanç grubunun olduğu malumdur, buna rağmen Diyanet'in, Alevilere karşı tutumu, son derece katıdır. Aleviler, Osmanlı'dan beri, adeta meşru olmayan, yasa dışı bir inancın taşıyıcısı muamelesi görmüş ayinlerini yapmalarına bile olumlu bir gözle bakılmamış, heretik

---

[81] Douglas A. Borer / Jason J Morisette., Russian Authoritarian Pluralism: a Local and Global Trends, **Cambridge Review of İnternational Affairs,** Vol.19, 2006, issue, 4, ss. 571-588.

[82] Cumhuriyet, Diyanet Protokolde Yükseliyor, 2.12.2011, Bahriye Üçok, **Atatürk'ün İzinde Bir Arpa Boyu**, Ankara, TTK, 1985, s.181.

[83] Diyanet işlerinin 2020 bütçesi için bkz. https://www.birgun.net/haber/diyanet-in-2020-butcesi-sekiz-bakanligi-geride-birakti-273683, internet erişimi: 16.10.2020

bir inanç muamelesi görmüşlerdir. Diyanetin Sünni İslam dışındaki inançlarla -doğal olanak Alevilikle de- ilişkisi sorunlu ve dışlayıcıdır.[84] Durum açıkça şudur ki: Diyanet Teşkilatı kendisini Sünni İslam'ın taşıyıcısı, yayıcısı, topluma daha da fazla nüfuz etme ödevi ile yükümlü görmektedir.

Diyanet örgütü, İslamcı, yeni -Osmanlıcı iktidarın "ideolojik aygıtı" işlevini görmekte, parti örgütü gibi çalışmaktadır. Dolayısıyla, toplumdaki diğer bütün muhalif siyasal partilerle, statüko karşıtı eğilimlere, özellikle sol, sosyalist, feminist, yeşiller hatta liberal her türlü düşünce ve siyasal akıma karşı "pozisyon" almaktadır. Anlaşılamayan, daha doğrusu laik hukuk içinde kabil-i telif olmayan bir başka sorun Diyanet'in fetvalarıdır. Diyanet'in, "dinsel açıklama ve yorumları" olabilir ancak fetvalar yayınlaması, kanımca anayasaya aykırıdır. Fetva, kamusal hayatta dinsel otoritenin onayını almak anlamına gelir ki böyle bir kurumsallaşma laik toplum düzeninin gerekleri ve hukuk devleti ile bağdaşmaz.

AKP iktidarı öncesinde, verdiği kamu hizmetinin gereği olarak, yurttaşların dini sorularını cevaplayan Diyanet, tedrici olarak kamusal hayatı ilgilendiren aşağı yukarı her alanda, fikir yürütmekte, tavır takınmakta, adeta yargı yeri gibi, kendisine ulaşan meseleyi, çözmekte hüküm kurmaktadır.

Kanımca, Diyanet'in fetvaları, kuruluş ve görev kanununa da aykırıdır. Rejim açısından son derece sakıncalı olan bu durumun, iktidar dışındaki sağ partiler tarafından olağan karşılanması, muhalif kanat açısından ise kanıksanması endişe vericidir.

Bu haliyle kurum, demokratik siyasal hayatın, çoğulculuğun, serbest düşüncenin önünde ciddi bir engeldir. Daha açık bir ifade ile, Diyanet örgütü, demokratik çoğulcu siyasal hayatı kısıtlayıcı, otoriter, hatta, dinsel totaliter bir devletin doğuşuna hizmet eden bir örgütüne dönüşmüştür

Din elbette, bir düşüncedir, inançtır. Yurttaşların dinsel inançlarını serbesti içinde yaşamaları en doğal haklarıdır. Ancak bunun yolu, bürokratik bir din aygıtının, tüm yurttaşlardan sağlanan vergilerle finansmanı olamaz. Bu durum, laikliğe, vergi adaletine ve demokratik toplum düzeninin temel ilkelerine aykırıdır.

---

[84] Tanıl Bora, **Cereyanlar: Türkiye'de Siyasi İdeolojiler,** İletişim, İstanbul, 2018, ss. 711-717; Lütfi Kaleli, **Kimliğini Haykıran Alevilik**, Habora Kitabevi, İstanbul, 1990, s. 86.

Din, laik devlet ilkesiyle çelişmedikçe, her veçhesiyle, inananlar tarafından yaşanabilir, yaşanmasının sağlanması Hukuk Devleti'nin ödevidir. Ancak bu, dinsel düşünceye ***"aşkın"*** bir özellik ve ayrıcalık anlamına gelmemelidir. Temel mesele buradadır. Herkes, açık rejim koşulları içinde, kendi gibi düşünen ve inananlarla birlikte örgütlenebilir ancak özel bir himaye görmemek şartıyla. Dinin özel himaye görmeme durumu, gerçek laikliğin ve sağlam bir demokrasinin hür düşüncenin, açık toplum ve açık rejimin teminatı olacaktır.

KAYNAKÇA

AKIN Rıdvan, "TBMM'nin XXII. Dönemi'nde AKP İktidarı (2002-2007)", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2012/1, 3-50, (2014), ss. 3-50.

AKIN Rıdvan, **TBMM Devleti, Birinci Meclis Döneminde Devlet Erkleri ve İdare**, İletişim, İstanbul, 2001.

Alevilik, Türklük, CHP, internet ulaşımı, https://turkcemalumatlar.com/2019/11/02/alevilik-turkluk-ve-chp/, internet erişimi: 16.10.2020

ALGÜL Adnan, **Türkiye İslam Hukukçuları: Hayatları ve Eserleri**, Gece Kitaplığı, 2018.

ARTUK Mehmet Emin / ALŞAHİN Mehmet Emin, "Dini Değerleri Aşağılama Suçu: TCK 216/3," **Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi**, **Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 2014, Cilt 20, İstanbul, ss. 989-1012.

ASLAN Seyfettin / TAYLAN Ömer, "AK Parti Döneminde Din Devlet İlişkileri ve Laiklik Politikaları", **Türk Siyasal Hayatında AK Parti Dönemi**, Ed. Doç. Doç. Dr. Seyfettin Aslan Doç. Dr. Yılmaz Demirhan, Ekin, Bursa 2016., ss. 233- 282.

Ayasofya'ya cami yolu açıldı: İşte Danıştay'ın gerekçeli kararı, Yeniçağ, 10.7.2020

AYHAN Halis, **Türkiye'de Din Eğitimi**, İstanbul, 1999.

AYTÜRK Nihat, vd. **Diyanet İşleri Başkanlığı Teşkilat Tarihçesi (1924-1987**), Diyanet İşleri Başkanlığı APK Dairesi Başkanlığı, Ankara, 1987.

BAKIREZER Güven / DEMİRER Yücel, "AK Parti'nin Sosyal Siyaseti", **AKP Kitabı**,

Bir Dönüşümün Bilançosu, (der: İlhan Uzgel, Bülent Duru) Phoenix, İstanbul, Ankara, 2010.

BAL Mehmet Akif, **Osmanlıdan Cumhuriyete Trabzonlu Simalar ve Trabzon'un Köklü Aileleri**, Çatı, 2005.

BARDAKÇI Murat, "Tek Parti zamanında yasak olan sadece Arapça ezan değildi; hem Müslümanlar, hem de diğer dinlerin mensupları çok sıkı takip altındaydı!" Habertürk, 12.11.2018.

BAYDAR Mustafa, **Hamdullah Suphi Tanrıöver'in Anıları**, Menteş yayınları, İstanbul, 1968.

BEDİRHANOĞLU Pınar, "Türkiye'de Neoliberal Otoriter Devletin AKP'li Yüzü", **AKP Kitabı, Bir Dönüşümün Bilançosu,** (der: İlhan Uzgel, Bülent Duru), Phoenix, İstanbul, 2010.

BİLA Hikmet, **CHP, 1919-2009**, Doğan Kitap, İstanbul, 2008.

BORA Tanıl, **Cereyanlar: Türkiye'de Siyasi İdeolojiler**, İletişim, İstanbul, 2018.

BORER Douglas A. / MORISETTE Jason J., Russian Authoritarian Pluralism: a Local and Global Trends, **Cambridge Review of İnternational Affairs**, Vol.19, issue, 4,, 2006, ss. 571-588.

CEYLAN Yılmaz, **Çokkültürlülük ve Anadolu Aleviliği**, Astana, Ankara, 2020.

Cumhuriyet, Diyanet Protokolde Yükseliyor, 2.12.2011.

CÜNDİOĞLU Dücane, **Ara Sokakların Tarihi; Hatıralar ve Hatıratlar**, Etkileşim, İstanbul, 2008.

ÇAKIR Coşkun**, Osmanlı Medeniyeti: Siyaset, İktisat, Sanat,** Klasik, İstanbul, 2005.

DEMİREL Fatmagül, **Adliye Nezareti: Kuruluşu ve Faaliyetleri, 1876-1914**, Boğaziçi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008.

DUMAN Doğan, **Demokrasi Sürecinde Türkiye'de İslamcılık**, Dokuz Eylül Yayınları, İzmir, 1997.

Düstur: Üçüncü Tertip, Cilt: 5, Başbakanlık Neşriyat ve Müdevvenat Genel Müdürlüğü, Ankara.

Elmalılı M. Hamdi Yazır Sempozyumu: 4-6 Eylül 1991, Türkiye Diyanet Vakfı, 1993.

EMRE Süleyman Arif, **Siyasette 35 Yıl**, Cilt 1, Akabe, İstanbul, 1990.

ERTAN Veli / BÖREKÇİ Rıfat, **TDV İslam Ansiklopedisi,** Cilt 6, İstanbul, 1992, ss. 325-326.

ERTAN Veli / ERDEM Hasan Hüsnü, **TDV İslam Ansiklopedisi**, Cilt 11, İstanbul, 1995, ss. 283-284.

ERTAN Veli / HAYIRLIOĞLU Eyüp Sabri, **TDV İslam Ansiklopedisi**, C.17, İstanbul, 1998, ss.50-51.

GOLOĞLU Mahmut, **Türkiye Cumhuriyeti Tarihi: Devrimler ve Tepkileri**, 1924-1330, Başnur Matbaası, 1972.

GÖLCÜK Şerafettin, **Ümmetle Birlikte**, Kitap Dünyası, İstanbul, 2015.

GÖZLER Kemal, **Türk Anayasa Hukuku**, Ekin Yayınevi, Bursa, 2000.

GÖZÜBÜYÜK Şeref / SEZGİN Zekai, **1924 Anayasası Hakkında Meclis Görüşmeleri**, Balkaboğlu Matbaacılık, Ankara, 1957.

GÜLALP Haldun, **Kimlikler Siyaseti, Türkiye'de Siyasal İslamın Temelleri**, Metis, İstanbul, 2003.

GÜZEL Uğur, **Özalcılık**, İstanbul, Emre Yayınları, 2008.

https://tr.sputniknews.com/turkiye/201811131036124245-misiroglu-diyanet-isleri-baskani-erbas-seyhulislam-ziyaret; internet erişimi: 16.10.2020.

https://www.birgun.net/haber/diyanet-in-2020-butcesi-sekiz-bakanligi-geride-birakti-273683, internet erişimi: 16.10.2020

https://www.gzt.com/jurnalist/murat-bardakci-tek-parti-doneminde-mum-yakmak-bile-yasakti-3463199 internet erişimi: 16.10.2020

https://www.necdetsubasi.com/calismalar/makale/63-devletin-dinsel-aygitlari internet erişim: 16.10.2020

ILICAK Nazlı, **28 Şubat Sürecinde Din, Siyaset, ve Laiklik**, İstanbul, Birey, 1999.

İsmet İnönü'ye Armağan, Birleşmiş Milletler Türk Derneği, Ankara, 1999.

JASCHKE Gotthard, **Yeni Türkiye'de İslamlık**, Bilgi, Ankara, 1972.

KALELİ Lütfi, **Kimliğini Haykıran Alevilik**, Habora Kitabevi, İstanbul, 1990.

KAPLAN Abdurrahman, **Kurtuluş Savaşı'nın Manevi Reisi**, Astana, Ankara, 2019.

KAYA Emir, **Secularism and State Religion in Modern Turkey**, I.B. Tauris, 2018.

KILIÇ Murat, "Cumhuriyetin İlk Yıllarında Devlet ile Vatandaş Arasında Bir İletişim Aracı Olarak Hutbeler", **Çağdaş Türkiye Araştırmaları Dergisi**, XVII/35 (2017-Güz/Autumn), ss. 137-166.

KOÇAK Cemil, **Belgelerle İktidar ve Serbest Cumhuriyet Fırkası: Tarih yazımında Serbest Cumhuriyet Fırkası,** İletişim, İstanbul, 2006.

KOLOĞLU Orhan, **Numaracı Cumhuriyetçiler: II. Cumhuriyetçiler Hakkında Herşey**, Pozitif, İstanbul, 2007.

KURTCEPHE İsrafil / BEDEN Aydın, **Türkiye Cumhuriyeti Tarihi**, Eğitim Kitabevi, Konya, 2015.

KUTAY Cemal**, Kurtuluşun ve Cumhuriyetin Manevi Mimarları**, Diyanet İşleri Başkanlığı, Ankara, 1973.

LORD Ceren, **Religious Politics in Turkey: From the Birth of the Republic to the AKP**, Cambridge University Press, 2018, s. 2018.

MERDANOĞLU Hüsnü, **Ulusal Kurtuluş Süreci ve Kuvayı Milliye**, Ümit yayıncılık, 2006.

MUMCU Uğur, **Terörsüz Özgürlük**, 26. Baskı, Umag yayınları, Ankara, 2018.

ORAL Özgür, "Elmalılı Muhammed Hamdi Yazır", **Modern Türkiye'de Siyasi Düşünce: İslamcılık**, Cilt 6, İletişim, İstanbul, 2004, ss. 184-191.

ÖCAL Mustafa, **Tanıkların Dilinden Cumhuriyet Döneminde Din Eğitimi ve Dini Hayat**, Cilt. 1, Ensar Neşriyat, İstanbul, 2008.

ÖZCAN Ali, **Osman Yüksel ve Serdengeçti Dergisi,** Türk Edebiyatı vakfı, 2010.

PAŞAOĞLU Mehmet Talha, **Din Siyaset İlişkisinin Kurumsallaşması, Diyanet İşleri Başkanlığı Örneği,** Doktora Tezi, Samsun, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019.

TANÖR Bülent, **Kurtuluş-Kuruluş**, Çağdaş, İstanbul, 1998.

TARHANLI İştar B., **Müslüman Toplum Laik Devlet: Türkiye'de Diyanet İşleri Başkanlığı,** İstanbul, Afa, 1993.

TBMMZC, İkinci Devre, C. 7, TBMM Matbaası, Ankara, 1976.

TUNAYA Tarık Zafer, **Türkiye'de Siyasal Partiler, İttihat ve Terakki, Bir Çağın, Bir Kuşağın, Bir Partinin Tarihi,** C.III, Hürriyet Vakfı Yayınları, İstanbul, 1984.

TURAN Şerafettin, "Mustafa Kemal Atatürk", **TDV İslam Ansiklopedisi**, İstanbul, 2006, ss. 310-331.

Türkçe Hutbe, Diyanet İşleri Başkanlığı yayını (Osmanlıca), Ankara, 1927.

SARAY Mehmet, **İstanbul Üniversitesi Tarihi**, İ.Ü. Edebiyat Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1996.

SARFATİ Yusuf, **Mobilizing Religion in Middle East Politics: A Comparative Study of Israel,** Routledge, 2014.

SESLİ Mutlu, **İngiltere, Fransa, Amerika Birleşik Devletleri ve Türkiye'de Laiklik Uygulamaları: Karşılaştırmalı Bir Analiz,** Hiperlink, İstanbul, 2019.

SELEK Sabahattin, **Anadolu İhtilali**, Cem, Ankara, 1976.

SENCER Muzaffer, **Dinin Türk Toplumuna Etkileri**, Ant, İstanbul, 1971.

SERASLAN Halim, **Hamdullah Subhi Tanrıöver**, Türk Kültürünü Araştırma Enstitüsü, İstanbul, 1995.

SİDAR Ferruh, **Büyük Kinin Kısa Öyküsü: Karşı-Devrim**, Cinius, İstanbul, 2013.

SÖNMEZ Mustafa, 2000'ler Türkiyesinde AKP Hakim Sınıflar ve İç Çelişkileri, **AKP Kitabı, Bir Dönüşümün Bilançosu,** (der: İlhan Uzgel, Bülent Duru) Phoenix, İstanbul, Ankara, 2010

ŞİMŞEK Sait, "İslamcılık ve Kuran", **Modern Türkiye'de Siyasi Düşünce: İslamcılık**, Cilt 6, İletişim, İstanbul, 2004, ss.703-704.

ULUKÖSE Güven, **Hasan Ali Yücel**, Kastaş, İstanbul, 2008.

ÜÇOK Bahriye, **Atatürk'ün İzinde Bir Arpa Boyu**, TTK, Ankara, 1985.

ÜNVER İsmail, **En Güzel Uyuyan Adam: Atatürk'ün Hüzün Dolu Vedası**, Akis, İstanbul, 2008.

VELİDEDEOĞLU Meriç, **Laiklikten Şeriata mı?,** Cumhuriyet Kitap Kulubü, İstanbul, 2004.

YAKUT Esra, **Şeyhülislamlık: Yenileşme Döneminde Devlet ve Din**, Kitap Yayınları, İstanbul, 2005.

YAŞLI Fatih, **AKP, Cemaat, Sünni-Ulus: Yeni Türkiye Üzerine Tezler**, Yordam Kitap, İstanbul, 2014.

YAVUZ Yusuf Şevki, "Elmalılı Muhammed Hamdi", **TDV İslam Ansiklopedisi**, Cilt. 11, İstanbul, 1995, ss.57-62.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2020; 2: 591-600

CEZAEVİNDE DÜŞÜNCE, DİN VE VİCDAN ÖZGÜRLÜĞÜ: İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİNİN, "VALERİU MARİŞ/ROMANYA" KABUL EDİLEMEZLİK KARARINA İLİŞKİN BİR DEĞERLENDİRME(*)

Doç. Dr. E. Eylem AKSOY RETORNAZ(**)

Öz: Cezaevinde dini inançlar mahpusun esenliği ve ruhsal dengesi bakımından önemli bir rol oynamaktadır. Mahpuslar, dini inançları sayesinde hapsedilmeden kaynaklanan sıkıntılarla başa çıkmaktadırlar. Dini inançlar, mahpuslar arasındaki ilişkilerde sosyal anlamda bir destek rolü oynamanın yanı sıra din görevlileri aracılığıyla dış dünya ile ilişkileri sürdürmenin de bir yoludur. Cezaevinde ilke olarak dini inançlara saygı gösterilse de, bu saygı daha çok cezaevinde mahpusların çoğunluğunun mensup olduğu din bakımından söz konusudur. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin *Valeriu Mariş/Romanya* kabul edilemezlik kararı, mahpusun din ve vicdan hürriyetine ilişkin müdahalelere kesin sınırlar konulmadığının ve cezaevlerinde azınlık durumunda olan dini inanışların korunmasına ilişkin hassas dengenin gözetilmediğinin bir göstergesidir.

Anahtar Kelimeler: Düşünce, Din ve Vicdan Özgürlüğü, Cezaevi, Mahpus, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 01.10.2020. Makale Kabul Tarihi: 28.10.2020.

(**) Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı (ORCID kimlik no: 0000-0002-4174-1775; *eaksoy@gsu.edu.tr*).

FREEDOM OF THOUGHT, CONSCIENCE AND RELIGION IN PRISON: REFLEXIONS ON THE INADMISSIBILITY DECISION "VALERIU MARIŞ V. ROMANIA" OF EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Abstract: Religious beliefs play an important role in the prisoner's well-being and spiritual balance in prison. Prisoners face the hardships of imprisonment through their religious beliefs. Religious beliefs plays a social supportive role in the relations between prisoners, as well as maintaining relations with the outside world through religious officials. Although religious beliefs are respected in principle in prison, this respect is more prevalent for prisoners of the dominant religion. The inadmissibility decision of the European Court of Human Rights in *Valeriu Mariş v. Romania* is an indication that there are no strict limits to the interventions regarding the freedom of religion and conscience of the prisoner and the delicate balance cannot be established regarding the protection of the minority religious beliefs in prisons.

Keywords: Freedom of Thought, Conscience and religion, Inmate, European Convention of Human Rights, European Court of Human Rights.

GİRİŞ

Günümüzde, cezanın insan haysiyetine uygun bir biçimde infaz edilmesi ilkesine dayanan modern ceza infaz hukuku anlayışına göre, mahpuslar temel hak ve hürriyetlerinin süjesi olmaya devam ederler[1]. Bu doğrultuda tıpkı özgür bireyler gibi düşünce, din ve vicdan özgürlüğü hakkına sahiptirler.

Cezaevinde dini inançlar, mahpusun esenliği ve ruhsal dengesi bakımından önemli bir rol oynamaktadır. Mahpuslar, dini inançları sayesinde hapsedilmeden kaynaklanan sıkıntılarla ve kişisel başarısızlık duygusuyla başa çıkmaktadırlar[2]. Dini inançlar mahpuslar arasındaki ilişkilerde destek rolü oynamanın yanı sıra din görevlileri aracılığıyla dış dünya ile ilişkileri sürdürmenin de bir yönlemidir.

---

[1] AKSOY RETORNAZ Emine Eylem, **La sauvegarde des droits de l'Homme dans l'exécution de la peine privative de liberté, notamment en Suisse et en Turquie**, Genève, Schulthess, éditions romandes, 2011, s. 18-19.

[2] Bu hususta bakınız DAMMER Harry R/CLEAR Todd/HARDYMAN Patricia L./ STOUT Bruce/LUCKEN Karol, "The Value of Religion in Prison: An Inmate Perspective", **Journal of Contemporary Criminal Justice**, 2000, s. 53-74.

Mahpuslar için manevi yardım alma ve dini inançlarını yerine getirebilme, düşünce din ve, vicdan özgürlüğü hakkının bir gereğidir ve yeniden topluma kazandırılmaları bakımından önemli bir etmendir. Ancak bu husus, mahpusa herhangi bir dini inancın veya bir dinin gereklerinin yerine getirilmesinin zorla benimsetilmesi anlamına gelmemektedir[3].

Dini inançların mahpus için öneminin ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin (İHAS) 9. maddesinde güvence altına alınan düşünce, din ve vicdan özgürlüğünün kişinin "tek başına" veya "özel bir şekilde" dini inancını açıklama özgürlüğünü, kapsadığını göz ardı eder nitelikte olduğunu düşündüğümüz İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin (İHAM), 29 Eylül 2020 tarihli *Valeriu Mariş/Romanya*[4] kabul edilemezlik kararı, bu çalışmada özellikle mahpusun düşünce din ve vicdan özgürlüğü bakımından inceleme konusu yapılmıştır. Mahpusun düşünce din ve vicdan özgürlüğüne ilişkin İHAM içtihadına ve uluslararası düzenlemelere konuyla bağlantılı olduğu ölçüde değinilmiştir.

I. KARARA KONU OLAN OLAY VE BAŞVURUCUNUN İDDİALARI

A. Karara Konu Olan Olay

2002 yılından itibaren Romanya'da farklı cezaevlerinde hapis cezası infaz olunan Yahudi dinine mensup Valeriu Mariş, 2013 yılında Miercurea-Ciuc cezaevinde hükümlü olarak bulunduğu sırada, cezaevi kayıtlarında dini inancının Ortodoks Hristiyan olarak yer aldığını fark ederek bu kaydın düzeltilmesini talep etmiştir.

Cezaevi idaresi, başvurucunun dini inancına ilişkin kaydın düzeltilebilmesi için, mensubu olduğunu iddia ettiği dinin temsilcileri veya dini bir dernek tarafından düzenlenen ve Musevi olduğunu kanıtlayan bir belge ibraz etmesi gerektiğini belirtmişlerdir.

Mariş, hapis cezasının infazına ilişkin şikayetleri incelemekle yetkili hakim önünde idarenin bu işlemine itiraz etmiştir. 11 Kasım 2013 tarihli bir kararda, bir mahpustan dini mensubiyetine ilişkin belge istemenin aşırı şekilcilik olduğuna, ilgili kişinin basit bir beyanının bir dine mensubiyeti kanıtlamak için yeterli olduğuna ve cezaevi idaresinin dini inanca ilişkin kaydının Mariş'in talep ettiği şekilde düzenlenmesi için gerekli tedbirleri alması gerektiğine hükmedilmiştir.

---

[3] AKSOY RETORNAZ, s. 219.

[4] İHAM, *Valeriu Mariş c.Roumanie*, décision d'irrecevabilité, n° 58208/14, 29/09/2020, www.echr.coe.int.

Bu karara karşı cezaevi idaresi tarafından yapılan itirazın ardından, ilk derece mahkemesi Mariş'in talebini reddetmiştir. Bu Karar 10 Mart 2014 tarihinde kesinleşmiştir.

Mariş daha sonra cezaevi kayıtlarında Ortodoks Hristiyan olarak göründüğü Bistriţa hapishanesine transfer edilmiş ancak bu cezaevinde dini inancına ilişkin kaydın düzeltilmesini talep etmemiştir.

B. Başvurucunun İleri Sürdüğü İhlal İddiaları

Başvurucuya göre, cezaevi idaresi tarafından kişisel dosyasındaki dini inancına ilişkin bilgilerin düzeltilmesinin reddedilmesi, İHAS'ın 9. maddesinde güvence altına alınan düşünce, din ve vicdan özgürlüğüne, 14. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağına ve ayrımcılık yasağına ilişkin İHAS'a Ek 12 No.lu Protokol'ün 1. maddesine aykırılık teşkil etmektedir[5]. Mariş, ayrıca dini inancını kanıtlamak için, mali külfet yükleyen adımlar atmaya mecbur bırakıldığını ileri sürmektedir.

C. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Önündeki Süreç

Mariş, İHAS'ın 34. maddesi uyarınca 5 Ağustos 2014 tarihinde İHAM'a başvurmuştur. İHAM, 29 Eylül 2020 tarihinde başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olduğu ve kabul edilemez olduğu yönünde karar vermiştir.

II. KARARA İLİŞKİN DEĞERLENDİRME

İHAM, inceleme konusu yapılan kabul edilemezlik kararında, başvurucunun iddialarını İHAS'ın 9. maddesinde düzenlenen düşünce, din ve vicdan özgürlüğü hakkı bakımından incelemiştir.

İHAM'ın, düşünce, din ve vicdan özgürlüğüne ilişkin yerleşmiş içtihadı uyarınca, din ve vicdan özgürlüğü "*demokratik bir toplumun temellerinden biridir*"[6]. Din ve vicdan özgürlüğü, tüm inananların yanı sıra "*ateistleri, agnostikleri, şüphecileri veya ilgisizleri*"[7] de kapsar.

Din ve vicdan özgürlüğünün iki boyutu bulunmaktadır. İlk boyut, kişinin iç dünyasını, kişisel inançları ve dini inancı koruyan içsel boyuttur.

---

5 İHAM, *Valeriu Mariş c. Roumanie*, §15.

6 İHAM, *Manoussakis et autres c. Grèce*, no 18748/91, 26/09/1996, § 44, Recueil 1996-IV.

7 İHAM, *Kokkinakis c. Grèce*, no 14307/88, 25/05/1993, série A n° 260-A § 31.

Vicdani özgürlükle ilgili olan bu boyut; inananların kimliğini ve yaşam anlayışlarını oluşturmaya katkıda bulunan en temel unsurlardan biridir[8]. İHAM içtihadı uyarınca bu boyut insan yaşamının ve davranışının ciddi ve önemli bir yönü olduğundan, düşünce, din ve vicdan özgürlüğü hakkının özünü oluşturur ve bu nedenle de kısıtlanamaz[9].

Düşünce din ve vicdan özgürlüğünün ikinci boyutu olan dışsal boyut ise inancı dışa vurma veya izhar etmeyle ilgilidir[10].

A. Düşünce, Vicdan ve İnanç Sahibi Olma ve Açıklama Hakkı Bakımından

Düşünce din ve vicdan özgürlüğü hakkına ilişkin yukarıda çerçevesi çizilen içtihadını cezaevinde bu hakkın kullanılmasına ilişkin başvurular bakımından değerlendiren İHAM, mahpusların gidip gelme hürriyeti dışında Sözleşme ile güvence altına alınan tüm temel hak ve özgürlüklerden yararlanmaya devam ettiğini belirtmektedir[11]. Bu nedenle Mahkemeye göre ulusal makamlar, düşünce, din ve vicdan özgürlüğüne hukuka aykırı bir müdahaleden kaçınmalıdır. Ayrıca cezaevi ortamının özel gereksinimleri de dikkate alınarak mahpusların din ve vicdan özgürlüğü hakkını serbestçe kullanılmasını kolaylaştırmaya yönelik adımlar atılmalıdır. Nitekim *Valeriu Mariş* kabul edilemezlik kararında da İHAM, yukarıda çerçevesi çizilen içtihadının yanı sıra mahpusların din ve vicdan özgürlüğüne ilişkin içtihadına da vurgu yapmıştır[12].

Mahpusların din ve vicdan özgürlüğü hakkına ilişkin olarak, yalnızca İHAM içtihadında değil 2015 tarihli BM Mahpusların Islahı İçin Asgari Standart Kurallar'da (Mandela Kuralları)[13] ve 2006 tarihli Avrupa Cezaevi Kuralları[14]'nda bazı ilkeler bulunmaktadır.

---

8 İHAM, *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, n° 13470/87, 20/09/1994, § 47, série A n° 295-A.

9 İHAM, *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni*, n° 7511/76; 7743/76, 25/02/1982, § 36.

10 TAYLOR Paul M., **Freedom of Religion: UN and European Human Rights Law and Practice**, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, s. 120 vd.; ŞİRİN Tolga/DUYMAZ Erkan/YILDIZ Deniz, **Türkiye'de Din ve Vicdan Özgürlüğü: Sorunlar, Tespitler ve Çözüm Önerileri, TBB İnsan Hakları Merkezi**, TBB Yayınları, Ankara, 2016, s. 25; AĞIRBAŞLI Şennur, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Din ve Vicdan Özgürlüğü", **TBB Dergisi**, S. 101, Y. 2012, s. 84.

11 İHAM, *Korostelev v. Russia*, no 29290/10, 12/08/2020, § 57.

12 İHAM, *Valeriu Mariş c. Roumanie*, § 21-25.

13 Mandela Kuralları için bkz. https://cdn.penalreform.org/wp-content/uploads/1957/06/FRA.pdf (Erişim Tarihi: 26/10/2020).

14 Avrupa Cezaevi Kuralları için bkz. https://rm.coe.int/16806ab9b6 (Erişim Tarihi: 26/10/2020).

Mandela Kuralları'nın 2. maddesinde mahpusun dini inançları ile ahlaki kurallarına saygı duyulması gerektiğinin altı çizilmiştir. Kuralların 65. maddesine göre mahpus din adamlarıyla görüşmeli ve dinsel hizmetlerden faydalanmalıdır. 66. maddeye göre ise cezaevi makamları her mahpusun, mensubu olduğu dinin ibadet kitaplarına sahip olmasına ve mümkün olduğunca mensubu dininin ibadetlerini yerine getirmesine izin vermelidir.

2006 Avrupa Cezaevi Kuralları'nın 29.2 maddesine göre de mahpusların düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkına saygı duyulmalıdır. Aynı maddede din özgürlüğü konusunda devlete pozitif bir yükümlülük getirilmektedir. Cezaevi yetkilileri, mahpusun dininin ibadetlerini yerine getirmesi, dini içerikli kitaplara sahip olması ve dini bir temsilcinin hizmetlerinden yararlanmasına olanak sağlamak için gerekli tüm önlemleri almalıdır.

Avrupa Cezaevi Kuralları'nın 29.3 maddesinde dini inanışın mahpusun yeniden topluma kazandırılmasına ilişkin çalışmalarda zorlayıcı bir etmen olarak kullanılmasını engellemek üzere, mahpusların bir din ya da inancın ibadetini yapmaya, dini ibadet veya toplantılara katılmaya, dini uygulamalarda yer almaya veya herhangi bir din ya da inancın temsilcisinin ziyaretini kabul etmeye zorlanamayacağı düzenlenmiştir.

İHAM'ın cezaevinde düşünce, din ve vicdan özgürlüğüne ilişkin kararları ve uluslararası metinlerden, mahpusun dini inanışının gereklerini yerine getirme ve dini ibadetleri için gerekli olan nesnelere veya eserlere sahip olma olanağından yararlanması gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır.

Bununla birlikte İHAM, cezaevinde bir dinin ritüellerine ilişkin ayrıntılı düzenlemeler hususunda devletlerin takdir yetkisinin olduğunu kabul etmektedir[15].

Mahpusun din ve vicdan özgürlüğü İHAS'ın 9. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen sınırlama sebeplerine uygun olarak kısıtlanabilir. Bu çerçevede, mahpusun din ve vicdan özgürlüğü sadece kanunla demokratik bir toplumda kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlık veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli sınırlamalara tabi tutulabilir.

İHAM, mahpusun din ve vicdan özgürlüğünün sınırlanmasının yeterince açık bir yasal dayanağının bulunması gerektiği kanaatindedir. Mahkemeye göre söz konusu nitelikleri taşımayan metinlere dayanılarak mahpusun din ve vicdan özgürlüğünün kısıtlanması halinde kanunla yapılan bir kısıtlamadan bahsedilemez[16].

---

15 İHAM, *Erlich et Kastroc. Roumanie*, n° 23735/16, 23740/16, 09/06/2020, § 34.

16 İHAM, *Poltoratski c. Ukraine*, n° 38812/97, 29/04/2003, Recueil des arrêts et décisions 2003-V.

İHAM'a göre cezaevinde 9. maddenin içsel ve dışsal boyutu aynı biçimde korunmamaktadır. Nitekim, *Valeriu Mariş* kabul edilemezlik kararında, başvurucunun talebinin yalnızca cezaevi idaresi tarafından tutulan dosyadaki kayda ilişkin bir idari hatanın düzeltilmesiyle sınırlı olduğu, mahpusun dini inanışını açıklamasının herhangi bir şekilde kısıtlandığını iddia etmediği, bu nedenle de başvurucunun şikayetinin soyut ve teorik nitelik taşıdığı belirtilmiştir[17].

Bu ifadelerden, mahpusun düşünce din ve vicdan özgürlüğünün sadece dışsal boyutunun İHAM tarafından korunduğu sonucuna varmaktayız. Başka bir ifadeyle mahpusun din ve vicdan özgürlüğünün dışavurumuna yapılan müdahaleler İHAM tarafından "somut ve pratik" olarak değerlendirildiğinde inceleme konusu yapılacak aksi takdirde mahpusun din ve vicdan özgürlüğüne yapılan müdahaleler incelenmeyecektir.

İHAM bu kararında din ve vicdan özgürlüğünün içsel boyutunun mutlak ve koşulsuz olarak[18] kişinin inancına dışarıdan gelecek taciz ve hareketlere karşı korunmasını da gerektirdiği yönündeki içtihadını dikkate almamaktadır.

Mahpus, cezaevi kurallarının dini inancının dışa vurumu ile bağdaşmadığını ispat ettiği takdirde din ve vicdan özgürlüğü devreye girecektir[19]. İspat yükünün mahpusa yüklenmesi "doğal sınırlama" teorisi olarak adlandırılan, mahpusun temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının hürriyeti bağlayıcı cezanın doğasında olduğunu kabul eden ve İHAM tarafından 1975 yılında *Golder/Birleşik Krallık*[20] ile terk edilen teorinin izlerini taşımaktadır.

İHAM, inceleme konusu kararda başvurucunun otomatik olarak Ortodoks Hristiyan olarak kaydedildiğine ve dini bağlılığı konusunda kendisine hiçbir zaman danışılmadığına ilişkin iddialarını kabul etmekle birlikte[21] bu hususu din ve vicdan özgürlüğünün bir ihlali olarak değerlendirmemektedir. Bu kabul edilemezlik kararıyla devletin bir kişinin inancını dikte edemeyeceği yönündeki kendi kararlarını[22] da göz ardı etmiş görünmektedir.

Mahkeme, başvurucunun dini inancına ilişkin kayıtların aleni olmadığının, günlük yaşamda kullanılmasının amaçlanmadığınn yalnızca cezaevi yönetimi

---

17 İHAM, *Valeriu Mariş c. Roumanie*, § 27-29.

18 İHAM, *Ivanova v. Bulgaria*, n°52435799 12/04/2007, § 79.

19 ÖKTEM Akif Emre, **Uluslarası Hukukta İnanç Özgürlüğü**, Liberté Yayınları, İstanbul 2002, s. 296.

20 İHAS, *Golder v. United Kingdom*, no 4451/70, 21.02 1975, seri A n° 18.

21 İHAM, *Valeriu Mariş c. Roumanie*, § 28.

22 İHAM, *Mockutė v. Lithuania*, n° 66490/09, 27/02/2018, §119.

tarafından erişilebilir olduğunun altını çizmektedir. Bu ifadelerle, İHAM, devletin aleni olmayan kayıtlar bakımından din ve vicdan özgürlüğü ile bağlı olmadığını, bu kayıtlarda istediği şekilde düzenleme yapma konusunda takdir yetkisi olduğunu kabul etmiş olmaktadır. Böylece bireyin hangi dine mensup olduğuna ilişkin sadece aleni kayıtlar bakımından inancını dışa vurma imkanı olacaktır. Bu hususun din ve inanç özgürlüğüyle bağdaşmadığı açıktır.

Ayrıca, İHAM din ve vicdan özgürlüğü çerçevesinde dini inancın yukarıda da belirtildiği üzere cezaevinde günlük yaşamın önemli bir parçası olduğu ve hükümlülerin yeniden topluma dönüşüne yönelik çalışmalar bakımından önemli bir etmen olduğunu da görmezden gelmektedir.

B. Din Değiştirme Özgürlüğü Bakımından

İHAM, *Kokkinakis /Yunanistan*[23] kararıyla, din ve vicdan özgürlüğünün din değiştirme ve misyonerlik faaliyetlerini de güvence altına aldığı kabul etmiştir.

İnceleme konusu yapılan kabul edilemezlik kararının cezaevinde din değiştirme özgürlüğü bakımından da etkilerinin söz konusu olduğunu düşünüyoruz.

Her ne kadar *Valeriu Mariş* kabul edilemezlik kararında başvurucunun din değiştirmesi söz konusu olmasa da, bu kararla birlikte mahpusun cezaevi makamlarına dinini değiştirdiğine ilişkin basit bir beyanı yeterli olmayacaktır. Din ve vicdan özgürlüğünün ihlal edildiği iddiası bakımından yeni dini inanışını ve bu dini inanışın açığa vurulmasının cezaevi kurallarıyla bağdaşmadığını ispat etmek zorunda bırakılacaktır. Oysa özgür hayatta din değiştiren birey böyle bir ispat yüküyle karşı karşıya bırakılmamaktadır.

SONUÇ

Din ve inanç özgürlüğü devletin tarafsız bir tavır benimsemesini gerektirmektedir. Mahpusun hapsedilmeden kaynaklanan statüsü nedeniyle devletin dini tarafsızlığı cezaevinde özel bir önem arz etmektedir. Devletlerin mahpusların din ve inanç özgürlüğünün korunması hususunda pozitif yükümlülükleri bulunmaktadır.

Cezaevinde ilke olarak dini inançlara saygı gösterilse bile, bu saygı mahpusların çoğunluğunun mensup olduğu din bakımından söz konusudur[24]. İnceleme konusu yapılan kabul edilemezlik kararı, İHAM'ın mahpusun din ve vicdan hürriyetine ilişkin müdahalelere kesin sınırlar koymadığının bir göstergesi-

---

[23] İHAM *Kokkinakis c. Grèce*.

[24] AKSOY RETORNAZ, s. 233.

dir[25]. İHAM, cezaevlerinde azınlık durumunda olan dini inanışların korunmasına ilişkin hassas dengeyi inceleme konusu yapılan kararda maalesef kuramamıştır.

TULKENS'ın da belirttiği gibi İHAM'ın bazı durumlarda, *"kendi kendini sınırlamasının* (*judicial self-restraint*) *gerek olup olmadığı sorusunun yanıtı*"[26] aranmalıdır.

---

[25] İHAM'ın mahpusların din ve vicdan hürriyetine kesin sınırlar koymadığına ilişkin değerlendirme için bkz. GONZALEZ Gérard, **La Convention européenne des droits de l'homme et la liberté des religions, Centre d'études et de recherches internationales et communautaires**, Université d'Aix-Marseille III, Economica, Paris, 1997, s. 73.

[26] TULKENS Françoise, "*Quelles sont les limites à l'interprétation évolutive de la Convention?"*, Séminaire organisé à l'occasion de l'ouverture de l'année judiciaire de la Cour européenne des droits de l'homme, 2011, http://www.echr.coeint/NR /rdonlyres/D83A8BE3-943B49A FBF8CAB05 D426F7 C3/0/ 2011 01 28 _SEMINAIRE_ Discours_ Tulkens_FR. Pdf (Erişim tarihi 22/10/2020).

KAYNAKÇA

AĞIRBAŞLI Şennur, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Din ve Vicdan Özgürlüğü", **TBB Dergisi**, S. 101, Y. 2012, s. 83-102.

AKSOY RETORNAZ Emine Eylem, **La sauvegarde des droits de l'Homme dans l'exécution de la peine privative de liberté, notamment en Suisse et en Turquie**, Genève, Schulthess, éditions romandes, 2011.

DAMMER Harry R/CLEAR Todd/HARDYMAN Patricia L./ STOUT Bruce/LUCKEN Karol, "The Value of Religion in Prison: An Inmate Perspective", **Journal of Contemporary Criminal Justice**, 2000, s. 53-74.

GONZALEZ Gérard, **La Convention européenne des droits de l'homme et la liberté des religions, Centre d'études et de recherches internationales et communautaires**, Université d'Aix-Marseille III, Economica, Paris, 1997.

ÖKTEM Akif Emre, **Uluslarası Hukukta İnanç Özgürlüğü**, Liberté Yayınları, İstanbul, 2002.

ŞİRİN Tolga/DUYMAZ Erkan/YILDIZ Deniz, **Türkiye'de Din ve Vicdan Özgürlüğü: Sorunlar, Tespitler ve Çözüm Önerileri,** TBB İnsan Hakları Merkezi, TBB Yayınları, Ankara, 2016.

TAYLOR Paul M., **Freedom of Religion: UN and European Human Rights Law and Practice**, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

TULKENS Françoise, "**Quelles sont les limites à l'interprétation évolutive de la Convention?**", Séminaire organisé à l'occasion de l'ouverture de l'année judiciaire de la Cour européenne des droits de l'homme, 2011, http://www.echr.coeint/NR/rdonlyres/D83A8BE3-943B49AFBF8CAB05D426F7C3/0/20110128_SEMINAIRE_Discours_Tulkens_FR.Pdf.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2020; 2: 601-627

ULUSLARARASI HUKUKTA SEBEPSİZ ZENGİNLEŞME İLKESİ(*)

Doç. Dr. Ceren Zeynep PİRİM(**)

Öz: Modern ulusal hukuk düzenlerinin hemen hemen tamamı tarafından benimsenen ve başka bir hukuk kişisinin malvarlığından veya emeğinden haksız bir biçimde zenginleşen kişinin söz konusu zenginleşmeyi iade etme yükümlülüğü altında bulunduğunu öngören sebepsiz zenginleşme ilkesi, sömürgeciliğin tasfiyesi döneminden bu yana uluslararası hukuk çatısı altında da ileri sürülmekte ve bazı uluslararası hukukçular ilkenin Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesi bağlamında bir hukuk genel ilkesi olduğunu ve dolayısıyla bir uluslararası hukuk kaynağı teşkil ettiğini savunmaktadır. Bununla birlikte, bu iddia, diğer bazı yazarlar ve uluslararası yargı kararları tarafından reddedilmekte ve varlığı evrensel olarak kabul edilmiş olsa da, devletlerin ulusal mevzuatlarında farklı biçimlerde düzenlenen ve uygulanan sebepsiz zenginleşme ilkesinin uluslararası uyuşmazlıklarda onarım taleplerinin temeline yerleştirilemeyeceği dile getirilmektedir. Elinizdeki çalışma, kaynağını iç hukuklarda bulan sebepsiz zenginleşme ilkesinin uluslararası hukuk çatısı altındaki niteliği üzerinde durmakta ve ilkenin bir hukuk genel ilkesi teşkil edip etmediğini tartışmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Eski Hale İade, Hukuk Genel İlkeleri, Onarım, Sebepsiz Zenginleşme, Uluslararası Sorumluluk.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 05.07.2020. Makale Kabul Tarihi: 21.07.2020.

(**) Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı (ORCID kimlik no: 0000-0001-6680-6494; *czpirim@gsu.edu.tr; zeyneppirim@hotmail.com*).

Yazar, elinizdeki çalışmaya katkıları için Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi Doç. Dr. Pınar Altınok Ormancı'ya teşekkürü borç bilir.

THE PRINCIPLE OF UNJUST ENRICHMENT IN INTERNATIONAL LAW

Abstract: The doctrine of unjust enrichment which provides that a person who has been unjustly enriched at the expense of another is required to make restitution to the other is maintained by almost all modern national legal orders. Since the decolonization period, the concept is being discussed also in international law. Some scholars and international judicial decisions argue that the principle of unjust enrichment is a general principle of law which thus constitutes, under Article 38 of the ICJ Statute, a source of international law. However, some other scholars and international judicial decisions refute this idea and argue that the principle of unjust enrichment whose regulation reveals considerable national differences of technical kind cannot be considered as a legal ground of reparation claims in international law. In this context, this paper discusses the legal nature of the concept of unjust enrichment in international law.

Keywords: General Principles of Law, International Responsibility, Reparation, Restitution, Unjust Enrichment.

GİRİŞ

Kaynağını Roma Hukuku'nda, Pomponius'un meşhur "*jure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniura fieri locupletiorem*" *dictum*unda bulan[1] ve haklı bir sebep olmaksızın bir başkasının malvarlığından veya emeğinden zenginleşmeyi ifade eden sebepsiz zenginleşme kavramı (ing. *unjust enrichment*; fr. *enrichissement sans cause*) modern ulusal hukuk düzenlerinin büyük çoğunluğu tarafından benimsenmekte ve devletlerin hemen hemen tamamının ulusal mevzuatları "başka bir hukuk kişisinin malvarlığından veya emeğinden haksız bir biçimde zenginleşen kişinin söz konusu zenginleşmeyi iade yükümlülüğü altında bulunduğunu" hükme bağlamaktadır[2].

---

[1] Bkz. VON CAEMMERER Ernst M., "Problèmes fondamentaux de l'enrichissement sans cause", **Revue internationale de droit comparé**, Vol. 18, No. 3, 1966, ss. 573-592, s. 573; DICKSON Brice, "Unjust Enrichment Claims: A Comparative Overview", **The Cambridge Law Journal**, Vol. 54, No. 1, 1995, ss. 100-126, s. 112; DAVID R. J. A., "The Doctrine of Unjustified Enrichment: II. Unjustified Enrichment in French law", **The Cambridge Law Journal**, Vol. 5, No. 2, 1934, ss. 205-223, s. 205; ZIMMERMANN Reinhard, "Unjustified Enrichment: The Modern Civilian Approach", **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 15, No. 3, 1995, ss. 403-429, s. 403.

[2] FRIEDMANN Wolfgang, **The Changing Structure of International Law**, Stevens & Sons, London, 1964, s. 206; VON CAEMMERER, s. 575; ALDRICH George, **The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal**, Clarendon Press, Oxford, 1996, s. 397; O'CONNELL Daniel Patrick, "Unjust Enrichment", **The American Journal of Comparative Law**, Vol. 5, No. 1, 1956, ss. 2-17, s. 2; FOMBAD Charles Manga, "The principle of un-

Kavram sömürgeciliğin tasfiyesi döneminden bu yana uluslararası hukuk çatısı altında da ileri sürülmekte ve bir devletin başka bir devletin malvarlığından sebepsiz ve haksız bir kazanım elde etmesi durumunda söz konusu kazanımı iade yükümlülüğü altına gireceği savunulmaktadır[3]. Örneğin, yabancıların malvarlığına el konulması, sözleşmelerin butlanı ve iptali ve uluslararası sorumluluğa halefiyet vak'alarında, uluslararası hukuka aykırı olduğu iddia edilen eylemlerden doğan zararların giderilmesi taleplerinin bazıları sebepsiz zenginleşme ilkesi temeline oturtulmaktadır[4]. Bu çerçevede, sebepsiz zenginleşmeden doğan iade yükümlülüğünün "*birçok ulusal hukuk düzeninde yer alan ve uluslararası hukuk düzenine aktarılmalarına ne hukuk mantığı ne de devletlerin değer yargıları bakımından herhangi bir engel bulunmayan, devletlerin ortak hukuk değerlerini içeren kurallar*" şeklinde tanımlanan[5] hukuk genel ilkelerinden biri olduğu ve Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesi bağlamında bir uluslararası hukuk kaynağı teşkil ettiği ileri sürülmektedir.

Bununla birlikte, varlığı neredeyse evrensel olarak kabul edilmiş olsa da, sebepsiz zenginleşme ilkesinin devletlerin ulusal mevzuatlarında farklı biçimlerde düzenlendiği ve uygulandığı, ilkenin temellerinin, birbirinden farklı ulusal hukuk düzenleri altında, farklılaştığı görülmektedir. Nitekim, sebepsiz zenginleşme ilkesinin hukuk genel ilkesi teşkil ettiği yönündeki görüş, uluslararası içtihadın ve uluslararası hukuk doktrinine mensup yazarların tamamı tarafından tartışmasız benimsemiş değildir. Kavramı zikreden uluslararası yargı kararlarının büyük çoğunluğunun sebepsiz zenginleşme teorisinin belirsizliği üzerinde durduğu ve ilkenin uluslararası hukuk altındaki niteliğini netleştirmekten uzak olduğu görülmekte[6], bazı hukukçuların da uluslararası hukukta sebepsiz zenginleşme ilkesinin karmaşık bir nitelik arz ettiğinin altını çizdikleri ve bir devletin başka bir devlet veya yatırımcı aleyhine haksız bir kazanım elde etmesinin sonuçlarının tahlilinin yalnızca taraflar arasındaki hukukî ilişkilerin dikkate alınması sûreti ile tespit edilemeyeceğini, tarafların siyâsî ve ekonomik ilişkilerinin de gözetilmesi gerektiğini ifade ettikleri bilinmektedir[7].

---

just enrichment in international law", **Comparative and International Law Journal of Southern Africa**, Vol. 30, Issue 2, 1997, ss. 120-130, s. 120.

3 FOMBAD, s. 120.

4 Bkz. FOMBAD, ss. 124-128.

5 PAZARCI Hüseyin, **Uluslararası Hukuk**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 114.

6 FOMBAD, s. 121.

7 FRIEDMANN, 1964, s. 207.

Kısacası, devletlerin, uluslararası uyuşmazlıklarda sebepsiz zenginleşme ilkesi temelinde onarım iddialarında bulunup bulunamayacakları uluslararası içtihat ve doktrinde ciddi fikir ayrılıklarının konusunu teşkil etmektedir. Elinizdeki çalışma, kaynağını iç hukuklarda bulan sebepsiz zenginleşme ilkesinin uluslararası hukuk çatısı altındaki niteliği üzerinde durmakta ve ilkenin bir hukuk genel ilkesi teşkil edip etmediğini tartışmaktadır. Bu çerçevede, öncelikle, sebepsiz zenginleşmeden doğan iade yükümlülüğünün devletler hukukunda doğrudan uygulanabilir nitelikte bir kural olduğunu savunan yaklaşımın doktriner ve içtihadî temelleri açıklanacak, ardından kavramın hukuk genel ilkesi niteliğini reddeden ve yalnızca yönlendirici bir niteliğe sahip olduğunu savunan görüşün dayanakları üzerinde durulacaktır.

I. SEBEPSİZ ZENGİNLEŞME İLKESİNİN HUKUK GENEL İLKESİ OLDUĞU YÖNÜNDEKİ YAKLAŞIMIN DOKTRİNER VE İÇTİHADÎ TEMELLERİ

Roma Hukuku temelli Kıt'a Avrupası hukuk sistemleri, sebepsiz zenginleşmeden doğan onarım yükümlülüğünü, Anglo-Sakson hukuk sistemlerinden farklı olarak, sınırlı durumlarda devreye giren tâli bir telâfi yöntemi olmaktan ziyâde, genel ve aslî bir borçlar hukuku ilkesi olarak düzenlemektedir[8]. Kıt'a Avrupası devletlerinin büyük çoğunluğunun ulusal hukuk mevzuatında sözleşmeleri ve haksız fiillerden doğan borç ilişkilerini düzenleyen hükümlerden farklı bir başlık altında düzenlenen sebepsiz zenginleşmenin[9], sözleşmeler ve haksız fiiller gibi, ancak bunlardan farklı bir "borç kaynağı" telâkki edildiği görülmektedir[10]. Bu çerçevede, bu hukuk düzenlerinin, se-

---

8 DICKSON, s. 101.

9 Örneğin Türk ve İsviçre Borçlar Kanunları, sözleşmeden doğan borç ilişkilerini birinci ayrımda (TBK md. 1-48; İsv.BK md. 1-40), haksız fiillerden doğan borç ilişkilerini ikinci ayrımda (TBK md. 49-76; İsv.BK md. 41-61), sebepsiz zenginleşmeden doğan borç ilişkilerini ise üçüncü ayrımda (TBK md. 77-82; İsv.BK md. 62-67) düzenlemektedir. Borç kaynakları arasında sözleşme kaynaklı borçlar (fr. *contrat*, md. 1101-1231/7), sözleşme dışı borçlar (fr. *responsabilité extracontractuelle*, md. 1240-1252) ve diğer borç kaynakları (fr. *autres sources d'obligations*, md. 1303-1303/4) şeklinde bir ayrım yapan Fransız Medenî Kanunu da, sebepsiz zenginleşmeyi "diğer borç kaynakları" başlığı altında ele almaktadır (md. 1303). Benzer bir biçimde, İtalyan Borçlar Kanunu, 1321-1469. maddeleri arasında sözleşmeden doğan borç ilişkilerini (it. *contratti in generale*), 2043-2059. maddeleri arasında haksız fiillerden doğan borç ilişkilerini (it. *fatti illeciti*), 2041 ve 2042. maddelerinde ise sebepsiz zenginleşmeden doğan borç ilişkilerini hükme bağlamaktadır (it. *arrichimento senza causa*). Sebepsiz zenginleşme ilkesini Medenî Kanunları'nda düzenleyen devletler için bkz. FRIEDMANN, 1964, s. 206.

10 OĞUZMAN Kemal / ÖZ, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 2, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 305 ve ss. 307-308.

bepsiz zenginleşmeden doğan iade yükümlülüğünün doğması için birbirine benzer koşullar aradıkları bilinmektedir[11].

Örneğin İsviçre, Almanya, Fransa, İtalya ve Yunanistan gibi devletlerin ulusal mevzuatları uyarınca, sebepsiz zenginleşme temelinde onarım talep edilebilmesi için;

- davalının malvarlığında artış meydana gelmeli, başka bir ifade ile davalı zenginleşmiş olmalıdır;
- davalının malvarlığındaki artış nedeni ile davacının malvarlığında azalma yaşanmış olmalıdır;
- davalının malvarlığındaki artış ile davacının uğradığı zarar arasında illiyet bağı bulunmalı, aynı eylem bir tarafın zenginleşmesine, diğer tarafın fakirleşmesine neden olmalıdır;
- zenginleşme haksız olmalı, yani davalının malvarlığındaki artışın herhangi bir geçerli sebebi bulunmamalıdır[12].

Türk Hukuku da benzer bir hukukî altyapı öngörmekte[13] ve Borçlar Kanunu'nun 77. maddesinde "*haklı bir sebep olmaksızın, bir başkasının malvarlığından veya emeğinden zenginleşen kişinin, bu zenginleşmeyi geri vermekle yükümlü olduğunu*" ve "*bu yükümlülüğün, özellikle zenginleşmenin geçerli olmayan veya gerçekleşmemiş ya da sona ermiş bir sebebe dayanması durumunda doğmuş olacağını*" hükme bağlamaktadır.

---

[11] *Dickson Car Wheel Company (USA) v. United Mexican States*, U.S.-Mexico General Claims Commission, *RIAA*, July 1931, Vol. IV, ss. 669-691, s. 676.

[12] Bkz. İsviçre Borçlar Kanunu, md. 62-67; Alman Medenî Kanunu, md. 812 vd.; Fransız Medenî Kanunu, md. 1303-1303/4; İtalyan Borçlar Kanunu, md. 2041-2042; Yunan Medenî Kanunu, md. 904. Fransa, Hollanda, İtalya ve Almanya'nın mevzuatlarının sebepsiz zenginleşme ilkesine ilişkin düzenlemelerinin ayrıntılı bir incelemesi için bkz. DICKSON, *op. cit.*; SAGAERT Vincent, "Unjust Enrichment and Change of Position", **Maastricht Journal of European and Comparative Law**, Vol. 11, No. 2, 2004, ss. 159-186; DAVID, *op. cit.*

Kıt'a Avrupası devletlerinin yanı sıra, çok sayıda Latin Amerika devletinin, Japonya'nın ve Rusya'nın mevzuatlarının da bu yönde olduğu bilinmektedir. Bkz. FRANCIONI Francesco, "Compensation for Nationalisation of Foreign Property: The Borderland Between Law and Equity", **International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 24, 1975, ss. 255-283, s. 273.

[13] Bkz. Türk Borçlar Kanunu, md. 77-82. Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan sebepsiz zenginleşme hükümlerinin incelemesi için bkz. OĞUZMAN / ÖZ, 2013, ss. 305-401; NOMER Halûk N., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Beta, İstanbul, 2020, ss. 293-311.

Bu çerçevede, çok sayıda uluslararası hukukçu, günümüzde pek çok devletin iç hukuk sisteminde aşağı yukarı bu şekilde benimsenen sebepsiz zenginleşme ilkesinin Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesi bağlamında bir hukuk genel ilkesi teşkil ettiğini, dolayısıyla uluslararası hukukun bir parçası haline geldiğini savunmaktadır[14]. Udina 1930'lu yıllarda, Guggenheim, Spiropoulos, Schwarzenberger, Friedmann, O'Connell, Garcia-Amador, Sohn ve Baxter 1950'li-70'li yıllar arasında ve Volkovitsch, Fombad ve Dumberry yakın geçmişte kaleme aldıkları eserlerde sebepsiz zenginleşme kavramının bir hukuk genel ilkesi niteliği taşıdığını ve bu niteliği gereği devletler hukukunda doğrudan uygulanabilir bir kural olduğunu dile getirmektedir[15].

Bu yazarların büyük çoğunluğu, sebepsiz zenginleşme ilkesinin hukuk genel ilkesi olduğu yönündeki görüşlerini, dünya üzerindeki ulusal hukuk sistemlerinin büyük çoğunluğunun bu ilkeyi benimsemiş ve düzenlemiş olduğu gerekçesine dayandırmaktadır. Bununla birlikte, sebepsiz zenginleşme ilkesinin hukuk genel ilkesi niteliğinin, ilkenin evrensel kavramlara dayandığı gerekçesi ile de temellendirildiği bilinmektedir. Örneğin O'Connell'a göre, sebepsiz zenginleşme ilkesi, geçerliliğini, evrensel bir nitelik arz eden adalet ve hakkaniyet kavramlarından almakta, söz konusu kavramların gerektirdiği muhtelif unsurlar ile açıklanmakta[16] ve dolayısıyla uluslararası hukukta da uygulanabilir bir nitelik taşımaktadır. Sebepsiz zenginleşme ilke-

---

[14] İlkenin uluslararası hukukun bir parçası haline geldiği savı teamül hukuku ile temellendirilememekte, devlet uygulamalarında nadiren başvurulan bir kavram olan sebepsiz zenginleşmeden doğan iade yükümlülüğünün teamül hukukunun bir parçası olduğunu söyleyebilmek mümkün görünmemektedir. FRANCIONI, s. 272.

[15] UDINA Manlio, "La succession des Etats quant aux obligations internationales autres que les dettes publiques", **RCADI**, Tome 44, 1933-II, ss. 769-770; GUGGENHEIM Paul, **Traité de droit international public**, Tome I, Georg & Cie S. A, Genève, Librairie de l'Université, 1953, s. 155; Dissenting opinion of Judge J. Spiropoulos in the *Ambatielos Claim* (Greece, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland), 6 March 1956, *RIAA*, Vol. XII, ss. 83-153, ss. 129; SCHWARZENBERGER Georg, **International Law as Applied by International Courts and Tribunals**, Vol. I, Steven & Sons Limited, London, 1957, ss. 578-579; FRIEDMANN, 1964, ss. 206-210; O'CONNELL Daniel Patrick, **State Succession in Municipal Law and International Law**, Vol. I, Cambridge University Press, Cambridge, 1967, s. 34; GARCIA-AMADOR F. V. / SOHN Louis B. / BAXTER R. R., **Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens**, A. W. Sijthoff, Leiden, 1974, s. 40; VOLKOVITSCH Michael John, "Righting Wrongs: Toward a New Theory of State Succession to Responsibility for International Delicts", **Columbia Law Review**, Vol. 92, No. 8, 1992, ss. 2162-2214, s. 2210; FOMBAD, s. 123; DUMBERRY Patrick, **State Succession to International Responsibility**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden / Boston, 2007, ss. 263-279.

[16] O'CONNELL, 1956, s. 2 ve s. 15.

sini devletlerin yabancıların mallarını kamulaştırmaları bağlamında inceleyen İtalyan hukukçu Francioni de, benzer bir biçimde, ilkenin kamulaştırmalar nedeni ile mağdur olan kişilere ödenmesi gereken bedelin hukukî temeli olduğunu savunmakta ve bu görüşünü "hakkaniyet" ile temellendirmektedir[17]. Yazar, bir kişinin haklı bir gerekçe olmaksızın başka bir kişi aleyhine zenginleşmemesi gerektiği ilkesinin Roma Hukuku içtihadında da hakkaniyet kavramı ile açıklandığını, Kıt'a Avrupası hukuk sistemlerinin bu ilkeyi yazılı hale getirdiğini ifade etmektedir[18]. Aynı şekilde, Fombad da sebepsiz zenginleşme ilkesinin, her durumda sistematik olarak aynı şekilde uygulanmıyor olsa da, hakkaniyet ve adalet kavramları ile şekillendiğini ve uluslararası hukukta genel olarak uygulanabilir nitelikte olduğunu dile getirmekte, ilkenin, uluslararası hukukta, yine ulusal hukuklar kaynaklı hakkaniyet ilkesi ile aynı konumda bulunduğunu belirtmektedir[19].

Sebepsiz zenginleşme ilkesinin hukuk genel ilkesi olduğu yönündeki görüş, sınırlı sayıda da olsa bazı uluslararası tahkim kararlarının ilkeyi benimsediği gerekçesine de dayandırılmaktadır[20]. Bu tahkim kararlarının başında, taraflar arasındaki uyuşmazlıkları doğrudan sebepsiz zenginleşme ilkesini uygulayarak çözmemekle birlikte sebepsiz zenginleşme kavramına atıfta bulunan 1929 tarihli *Emeric Koranyi*[21] ve 1956 tarihli *Osmanlı İmparatorluğu Deniz Fenerleri İmtiyazları*[22] kararları gelmektedir[23].

Sebepsiz zenginleşme ilkesi Macaristan-Romanya Karma Hakem Mahkemesi'nin *Emeric Koranyi* kararında devletlerin borçlara halefiyeti bağla-

---

17 FRANCIONI, s. 256 ve s. 272.

18 FRANCIONI, s. 273.

19 FOMBAD, s. 124. Aksi yönde bir görüş için bkz. SAGAERT, s. 160. Yazara göre, sebepsiz zenginleşme ilkesi çoğu zaman yanlış değerlendirmelere konu olmakta ve hukukun içinde değil, kenarında konumlanmış, hukukî çözümler yerine hakkaniyet kavramı ile temellendirilen bir ilke olduğu zannedilmektedir. Yazar, sebepsiz zenginleşmenin, özel hukukun muhtelif alanlarına derinlemesine vâkıf olunmasını gerektiren hukukî bir ilke olduğu kanaatindedir.

20 DUMBERRY, ss. 269-272.

21 *Emeric Koranyi & Mme. Ernest Dengcjel (née Koranyi) v. Rumanian State*, Hungary-Romania Mixed Arbitral Tribunal, 27 February 1929, Annual Digest of Public International Law Cases, 1929-1930, ss. 64-65.

22 *Affaire relative à la Concession des phares de l'Empire ottoman (Grèce c. France)*, RIAA, 24-27 juillet 1956, Vol. XII, ss. 155-269.

23 PİRİM Ceren Zeynep, **Devletlerin Uluslararası Sorumluluğa Halefiyeti**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 183. Yazar, elinizdeki makalede söz konusu iki karara konu olan olayları aktarırken ve yorumlarken *Devletlerin Uluslararası Sorumluluğa Halefiyeti* adlı eserinden yararlanmış ve zaman zaman birebir alıntılar yapmıştır.

mında gündeme gelmiştir[24]. Karara konu olan olayda, davacılar Macaristan'ın yerel vergi dairesine belli bir miktar ödeme yapmış ancak Macaristan Mahkemesi kısa bir süre sonra bu ödemenin davacılara iade edilmesi gerektiğine karar vermiştir. Paranın iadesi henüz gerçekleşmeden, kararı veren Mahkeme'nin bulunduğu Màromarossziget bölgesi Macaristan'dan Romanya'ya intikal etmiş ve Romanya mercileri, Romanya'nın uyuşmazlığa konu olan borca halef olmadığını ileri sürerek davacılara ödeme yapmayı reddetmiştir. Uyuşmazlığı çözmekle yetkilendirilen tahkim heyeti öncelikle uyuşmazlığa konu olan borcun idârî bir borç olduğunun altını çizecek, ardından borcun selef devlet Macaristan'dan halef devlet Romanya'ya intikal edip etmeyeceği meselesinin sebepsiz zenginleşme ilkesi ışığında çözümlenmesi gerektiğini ifade edecektir. Heyete göre, halef devlet Romanya'nın selef devlet Macaristan'ın uyuşmazlığa konu olan borcundan sorumlu tutulabilmesi için, bu borcun, halefiyete konu olan ülke parçasının menfaatine ilişkin olması gerekmektedir. Oysa somut olayda, halefiyet anından önce selef devlet Macaristan tarafından davacılara ödenmesi kararlaştırılan meblağ bu nitelikte değildir ve davacıların özel menfaat ve amaçlarına hizmet etmektedir. Tahkim heyetine göre, halef devlet Romanya, selef devlet Macaristan'ın davacılara olan borcundan herhangi bir kâr sağlamış ve faydalanmış da değildir. Heyet, bu çerçevede, Macaristan'ın borcunun halef devlet Romanya'ya intikal etmediğine hükmetmiş ve her ne kadar hükmün gerekçesinde sebepsiz zenginleşme ilkesine açıkça atıfta bulunmamış ise de, "*Romanya'nın Macaristan'ın davacılara olan borcundan herhangi bir fayda sağlamadığı*" ifadelerini kullanarak, söz konusu borçtan sebepsiz bir biçimde zenginleşmemiş olmasını esas almıştır[25].

Sebepsiz zenginleşme ilkesi, 1956 tarihli *Osmanlı İmparatorluğu Deniz Fenerleri İmtiyazları* tahkim kararında yine halefiyet hukuku bağlamında gündeme gelmiştir[26]. Uyuşmazlık, *Collas et Michel* adlı Fransız Şirketi'nin Balkan Savaşları'nın ve Birinci Dünya Savaşı'nın sonunda Yunanistan'a intikal eden ülke parçaları üzerinde, halefiyet anından önce inşa ettiği ve işlettiği deniz fenerlerine ilişkindir. Şöyle ki; Osmanlı İmparatorluğu 1860 yılında *Collas et Michel* adlı şirkete İmparatorluğun deniz fenerlerine ilişkin birtakım imtiyazlar vermiş ve şirket, bu imtiyazlar uyarınca İmparatorluğun kıyılarının aydınlatıl-

---

24 Bkz. PİRİM, ss. 183-184, dipnot 714.

25 DUMBERRY, ss. 270-271.

26 Bkz. PİRİM, ss. 183-184, dipnot 714 ve ss. 115-116.

ması görevini üstlenmiştir. Ayrıca, seyrüsefer üzerinden alınacak vergilerin, sonradan Osmanlı hükümeti ile paylaştırılmak üzere Fransız şirket tarafından toplanması kararlaştırılmıştır. Başlangıçta yirmi yıllık bir süre için tesis edilen imtiyazlar zaman içinde alınan muhtelif kararlar ile 1949 yılına kadar uzatılmıştır. Ancak imtiyazların verildiği tarihte İmparatorluğun bir parçasını teşkil eden ülke parçalarının bir kısmı Balkan Savaşları ve Birinci Dünya Savaşı'nın sonunda Yunanistan'a bağlanmıştır. Bu çerçevede, imtiyazların, söz konusu ülkeler üzerinde Yunanistan'ın egemenliğinin tesis edilmesinden sonra da geçerli olup olmayacağı sorunu ortaya çıkmış ve uyuşmazlık Uluslararası Dâimî Adalet Divanı önüne götürülmüştür. Divan, 1934 ve 1937 yıllarında verdiği iki karar ile Osmanlı hükümetinin Fransız şirketine ait imtiyazları 1949 yılına kadar uzatan kararlarının Yunanistan'a karşı ileri sürülebileceğine hükmetmiştir. Bununla birlikte, aralarındaki mâlî ve ekonomik uyuşmazlıkları çözemeyen taraflar, söz konusu uyuşmazlıkları tahkime götürmeyi kararlaştırmışlardır. 1953 yılında oluşturulan tahkim heyeti, tarafların ileri sürdüğü birbirinden farklı pek çok iddia ve talep hakkındaki kararını ancak 1956 yılında verebilecektir.

Tahkim heyeti önünde ileri sürülen iddialardan ikisi sebepsiz zenginleşme ilkesine ilişkindir. Şöyle ki; Fransa, 13 numaralı talebinde, Girit'in Yunanistan'a bağlanmasından önce Fransız şirket *Collas et Michel* tarafından deniz fenerleri üzerinde birtakım onarım çalışmaları gerçekleştirildiğini ve Yunanistan'ın, halefiyet anından sonra, onarılmış deniz fenerlerini iktisap ederek sebepsiz zenginleştiğini ileri sürmüştür[27]. Tahkim heyeti söz konusu iddiayı, reddedecektir. Heyete göre, imtiyaz sahibi Fransız şirket, onarım çalışmalarını, akdettiği sözleşmeler kapsamında gerçekleştirmiştir; dolayısıyla söz konusu çalışmalar ne ülke devleti ne de işgal devleti bakımından sebepsiz zenginleşme teşkil etmektedir[28].

Fransa, 9 numaralı talebinde de benzer bir hukukî gerekçeye dayanmış, imtiyaz sahibi Fransız şirket tarafından işgal döneminde inşa edilen bir deniz fenerinin, halefiyet anından sonra Yunanistan tarafından işletilmesinin sebepsiz zenginleşme teşkil ettiğini ileri sürmüştür[29]. Ancak tahkim heyeti, bu iddiayı da kabul etmeyecektir[30].

---

27 *Affaire relative à la Concession des phares de l'Empire ottoman (Grèce c. France)*, Réclamation no: 13, ss. 208-209.

28 *Idem*, s. 209.

29 *Idem*, ss. 222-223 ve ss. 240-241.

30 *Idem*, s. 241.

Görüldüğü üzere, *Emeric Koranyi* ve *Osmanlı İmparatorluğu Deniz Fenerleri İmtiyazları* tahkim kararlarının ikisi de sebepsiz zenginleşme ilkesi temelinde ileri sürülen onarım iddialarını reddetmiştir. Bununla birlikte, bazı yazarlar, bu iki kararda ilkeye atıfta bulunulmuş olmasının, sebepsiz zenginleşme kavramının yalnızca ulusal hukuk düzenlerinin değil, uluslararası hukukun da bir kaynağı olduğunu gösterdiğini ileri sürmüşlerdir[31].

Kanaatimiz bu yönde değildir. Zira, her ne kadar tahkim heyetleri, söz konusu uyuşmazlıklarda dile getirilen onarım taleplerini somut olayların koşulları ışığında reddetmiş olsalar da, sebepsiz zenginleşme ilkesinin bir hukuk genel ilkesi olduğu yönünde ifadeler kullanmış değillerdir. Aksine, *Osmanlı İmparatorluğu Deniz Fenerleri İmtiyazları* kararında "*hukuk genel ilkesi olduğu iddia edilen (fr. prétendu) sebepsiz zenginleşme*"den doğan onarım yükümlüğünün somut olayda var olmadığına hükmeden heyetin[32], ilkenin hukuk genel ilkesi niteliğinin tartışmasız olmadığı yönünde bir muhakeme yürüttüğü görülmektedir.

Bununla birlikte, sebepsiz zenginleşme ilkesinin uluslararası hukuk kaynağı olduğunu dile getiren uluslararası yargı kararları yok değildir. Örneğin, İran-Birleşik Devletler Talepler Komisyonu olarak adlandırılan uluslararası tahkim heyetinin[33], *Sea-Land Service* kararında, sebepsiz zenginleşme ilkesi temelinde onarım talebinde bulunma hakkının İran dâhil pek çok devletin iç hukuk mevzuatında veya içtihadında kabul edildiğini, dolayısıyla ilkenin bir hukuk genel ilkesi olduğunu ifade ettiği ve bu hukukî temele dayanarak tazminata hükmettiği bilinmektedir[34].

---

31 Bkz. DUMBERRY, ss. 266-271.

32 *Affaire relative à la Concession des phares de l'Empire ottoman (Grèce c. France)*, Réclamation no: 13, s. 241.

33 Komisyon, 1979-1980'de İran İslâm Cumhuriyeti ve ABD arasında yaşanan rehine krizinin ardından hem bu iki devlet arasındaki uyuşmazlıkların çözülmesi, hem de İran ve ABD vatandaşlarının taleplerinin görüşülmesi amacı ile 19 Ocak 1981 tarihinde kurulmuştur. Komisyon'un uluslararası hukuka ilişkin pek çok kavramı tartışan içtihadının taraflar arasındaki uyuşmazlıkların çözümünü de aşan bir öneme sahip olduğu kabul edilmektedir. ALDRICH, s. 1. Bkz. PİRİM, s. 184, dipnot 715.

34 *Sea-Land Service, Inc. v. The Islamic Republic of Iran, Ports and Shipping Organization of Iran*, Iran-USCTR, 20 June 1984, Vol. 6, Case No. 33, ss. 149-218, ss. 168-169. Komisyon'un, *Benjamin R. Isaiah* v. *Bank Mellat* kararında da sebepsiz zenginleşme kavramına atıfta bulunduğu görülmektedir. Bkz. *Benjamin R. Isaiah v. Bank Mellat*, Iran-USCTR, 30 March 1983, Vol. 2, Case No. 219, ss. 232-240, ss. 236-237. Bkz. PİRİM, ss. 183-184, dipnot 716.

Karara konu olan uyuşmazlık, ABD'de tescil edilmiş ve uluslararası taşımacılık alanında faaliyet gösteren bir şirket olan *Sea-Land* ile İran Devleti'nin, İran limanlarının ve liman tesislerinin idaresinden sorumlu olan birimi (PSO) arasında yaşanmıştır. *Sea-Land* adlı şirket, İran'ın, Bandar Abbas Limanı'ndaki bazı kargo binalarının kendisi tarafından kullanılmasına engel olduğunu ve bu nedenle zarara uğradığını ileri sürmüş ve iki hukukî gerekçe temelinde onarım talebinde bulunmuştur. Bu gerekçelerden biri, taraflar arasında yürürlükte bulunan bir tahsis sözleşmesi, diğeri ise sebepsiz zenginleşme iddiasıdır. Şirkete göre, taraflar arasındaki sözleşmeye aykırı davranan İran sebepsiz zenginleşmiş ve şirket nezdinde onarım yükümlülüğü altına girmiştir.

Talepler Komisyonu söz konusu iddiayı, bir devletin sebepsiz zenginleştiğinin kabul edilebilmesi için gereken unsurları sıralayarak incelemeye başlamıştır. Komisyon'a göre, sebepsiz zenginleşmeden söz edebilmek için;

- taraflardan birinin, diğer taraf aleyhine zenginleşmiş olması;
- bir tarafın zenginleşmesine, diğer tarafın fakirleşmesine neden olan eylemin aynı eylem olması;
- zenginleşmenin haklı bir gerekçesinin bulunmaması ve
- zararının giderilmesini sağlayacak sözleşmeye dayanan herhangi bir hakka sahip olunmaması

gerekmektedir[35].

Komisyon, uluslararası hukukta sebepsiz zenginleşmeden doğan onarım yükümlülüğünün ilk koşulu kabul ettiği "taraflardan birinin zenginleşmiş olması" koşulunu diğer kararlarında da tartışacak ve Türkçeye "faydalı kazanım" (ing. *beneficial gain*) olarak çevrilebilecek bir kavrama atıfta bulunacaktır. Komisyon'a göre, "*zenginleştiği ileri sürülen tarafın faydalı bir kazanımının bulunmadığı durumlarda, sebepsiz zenginleşme temelinde onarım mümkün değildir*"[36].

---

[35] *Sea-Land Service, Inc. v. The Islamic Republic of Iran, Ports and Shipping Organization of Iran*, ss. 168-169.

[36] *Flexi-Van Leasing, Inc. v. The Islamic Republic of Iran*, Iran-USCTR, 11 October 1986, Vol. 12, Case No. 36, ss. 335-381, par. 52. Örneğin, bir devletin, yaptığı kamulaştırmalar nedeni ile sebepsiz zenginleştiğinin kabul edilebilmesi için, kamulaştırılan mülkü fiilen kullanıyor olması ve böylece faydalı bir kazanımının bulunması gerektiği dile getirilmektedir. Bkz. DUMBERRY, s. 265.

Taraflardan birinin zenginleşmesine neden olan eylemin, diğer tarafın fakirleşmesine neden olması koşulu ise, "*zenginleşmenin, karşı tarafın fakirleşmesine doğrudan bağlı olmasını*" ifade etmektedir[37]; ki söz konusu koşulun gerekliliğinin, *Sea-Land* kararının yanı sıra, Birleşik Devletler-Meksika Genel Talepler Komisyonu'nun *Dickson Car Wheel* kararında da dile getirildiği bilinmektedir[38].

Taraflardan birinin zenginleşmesine, diğerinin fakirleşmesine neden olan eylemin "haksız" olması gerektiği koşuluna gelince; uluslararası hukuk doktrini zenginleşmenin yaşanmasına neden olan eylemin işlenmesinde kusur veya kastın bulunmasına gerek olmadığının altını çizmekte[39], İran-Birleşik Devletler Komisyonu da, sebepsiz zenginleşmeden söz edebilmek için hukukî bir gerekçe olmadan zenginleşmenin yeterli olduğunu ifade etmektedir[40].

Son olarak, İran-Birleşik Devletler Talepler Komisyonu'na göre sebepsiz zenginleşme durumunda başvurulacak yol taraflar arasında kabul edilebilir bir ekonomik denge oluşturulmasıdır; ki "*bu amaca ancak zenginleşen tarafın eski ekonomik konumuna getirilmesi ile ulaşılabilir. Dolayısıyla, 'kabul edilebilir ekonomik denge' yalnızca uluslararası haksız fiilin mağdurunun tazmini ile değil, zenginleşen tarafın elde ettiği kazancın elinden alınması ile kurulabilir*"[41].

Altın madenciliği ve taşımacılığı alanında faaliyet gösteren İngiliz şirketi *Lena Goldfields*'ın SSCB hükümeti aleyhine, taraflar arasında akdedilmiş bir imtiyaz sözleşmesinde yer alan tahkim şartına dayanılarak açılan dava vesilesi ile verilen 2 Eylül 1930 tarihli tahkim kararı da sebepsiz zenginleşme temelinde onarım yükümlülüğüne hükmetmiş kararlardan biridir[42]. Karara konu olan uyuşmazlıkta Sovyet hükümeti, *Lena Goldfields* adlı imtiyaz

---

37 DUMBERRY, s. 265.

38 *Dickson Car Wheel Company (USA) v. United Mexican States*, s. 676.

39 FOMBAD, s. 123.

40 *Sea-Land Service, Inc. v. The Islamic Republic of Iran, Ports and Shipping Organization of Iran*, ss. 168-169.

41 *Flexi-Van Leasing, Inc. v. The Islamic Republic of Iran*, s. 353. Bkz. SCHREUER Christoph H., "Unjustified Enrichment in International Law", **The American Journal of Comparative Law**, Vol. 22, No. 2, 1974, ss. 281-301, s. 300; DUMBERRY, s. 266.

42 Alman dilinde kaleme alınan *Lena Goldfields* tahkim kararının İngilizcesi 3 Eylül 1930 tarihli Times gazetesinde yayımlanmıştır. Kararın metnine, Arthur Nussbaum'un 1950 tarihinde yayımladığı *Arbitration Bewteen the Lena Goldfields Ltd. and the Soviet Government* başlıklı makalesinin ekinden de ulaşılabilmektedir. NUSSBAUM Arthur, "Arbitration Between the Lena Goldfields Ltd. and the Soviet Government", **Cornell Law Review**, Vol. 36, Issue 1, 1950, ss. 31-53. Karar, elinizdeki çalışmanın yazarının *Devletlerin Uluslararası Sorumluluğa Halefiyeti* adlı eserinde de incelenmiştir. Bkz. PİRİM, s. 187, dipnot 729.

sahibi şirketin faaliyetlerini devam ettirebilmesini imkânsız hale getiren birtakım önlemler almış, şirketin çalışanlarının bir kısmını tutuklamış, değerli mülklerini haczetmiş ve ticarî sırlarını ele geçirmiştir[43]. Bunun üzerine şirket, Sovyetler Birliği ile aralarında var olan imtiyaz sözleşmesine aykırılık iddiasında bulunmuş, bunun yanı sıra Sovyet hükümetinin sebepsiz zenginleşme ilkesi temelinde iade yükümlülüğünün bulunduğunu ileri sürmüştür[44]. Tahkim heyeti söz konusu iddiaları kabul edecek ve SSCB'nin, *Lena Goldfields* adlı şirketin, taraflar arasındaki imtiyaz sözleşmesinden doğan haklardan yararlanmasını ve yükümlülüklerini yerine getirmesini engellendiğine karar verecektir[45]. Bununla birlikte heyet, tespit ettiği "sözleşmeye aykırılık" haline rağmen, SSCB'nin onarım yükümlüğünü sebepsiz zenginleşme ilkesi ile temellendirmeyi tercih ettiğini belirtecektir[46].

Söz konusu tahkim kararı, bazı uluslararası hukukçular tarafından, sebepsiz zenginleşmenin bir hukuk genel ilkesi olduğunun teyidi şeklinde yorumlanmıştır. Örneğin Veeder, *Lena Goldfields* kararının Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesinde zikredilen hukuk genel ilkeleri temelinde verilmiş ilk tahkim kararlarından biri olduğunu ifade etmiş[47], Nussbaum, kararın, sebepsiz zenginleşme temelinde onarımda bulunma yükümlülüğünün, uluslararası hukuk düzeni de dâhil, çok sayıda hukuk düzeni tarafından kabul edildiğini gösterdiğini dile getirmiştir[48].

Sebepsiz zenginleşme ilkesinin hukuk genel ilkesi olduğu yönündeki görüş, son olarak, Uluslararası Hukuk Enstitüsü'nün 2000-2001'de kabul ettiği Devletlerin Mallara ve Borçlara Halefiyetine ilişkin metni ile temellendirilmektedir[49]. Şöyle ki; söz konusu metnin "*mallara ve borçlara halefiyetin âdil olması gerektiğini*" ifade eden 8. maddesi "*devletlerin, halefiyet müessesesi vesilesi ile haksız zenginleşmelerinin önüne geçilmesi*" gerektiğini çok açık bir biçimde hükme bağlamaktadır.

---

43 Bkz. NUSSBAUM, s. 32; SCHREUER, s. 288.

44 Bkz. NUSSBAUM, s. 33 ve s. 41; SCHREUER, ss. 288; VEEDER V. V., "The Lena Goldfields Arbitration: The Historical Roots of Three Ideas", **International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 47, Issue 4, 1998, ss. 747-792, s. 766 vd.

45 *The Lena Goldfields, Ltd. v. USSR*, par. 25.

46 *Idem*, par. 25 ve par. 29.

47 VEEDER, s. 750.

48 NUSSBAUM, s. 41.

49 *State Succession in Matters of Property and Debts*, Annuaire I.D.I., Vol. 69, 2000-2001, ss. 712-742. Bkz. PİRİM, s. 184.

Bu noktada, halefiyet hukukunun, devletlerin bir hukuk genel ilkesi olarak sebepsiz zenginleşme ilkesini uygulamaları gereken uluslararası hukuk alanlarından biri olduğunun ileri sürüldüğünün altının çizilmesinde fayda vardır[50]. Bir uluslararası haksız fiil gerçekleştiren ve söz konusu haksız fiil aracılığı ile kazanç sağlayan devletin herhangi bir halefiyet sürecinden geçmesi durumunda, selefinin söz konusu kazancını üstlenen halef devletin uluslararası haksız fiilden doğan yükümlülükleri üstlenmemesinin sebepsiz zenginleşme telâkki edilebileceği ileri sürülmektedir[51]. Sebepsiz zenginleşme hallerinde iade yükümlülüğünün bulunduğunun kabul edilmesinin halefiyet uyuşmazlıklarında "adalet" ve "hukuk" arasında dengeleyici bir rol oynayacağı ifade edilmekte[52], yapılması gerekenin ilkeyi uluslararası hukuka uyarlamak ve özel hukuktaki teknik anlamından soyutlamak olduğu savunulmaktadır[53].

Bu çerçevede, sebepsiz zenginleşme ilkesinin devletlerin uluslararası haksız fiillerinden doğan onarım yükümlülüklerine halefiyeti alanında da uygulanabileceğini savunan Dumberry'e göre, selef devletin kamu alacaklıları aleyhine sebepsiz zenginleşen halef devletin bu durumu düzeltmek için gerekli adımları atması âdil bir yükümlülüktür; halefiyet anından önce gerçekleştirilen bir uluslararası haksız fiil nedeni ile sebepsiz zenginleşmiş ise, halef devletin, haksız fiilin mağduru olan devletin zararını gidermekle yükümlü olduğu kabul edilmelidir[54]. Yazara göre sebepsiz zenginleşme ilkesi bu alandan dışlanmamalı ancak muğlâk ve belirsiz niteliğinden hareketle devletlerin sebepsiz zenginleşip zenginleşmediklerine her somut olayın koşulları dikkate alınarak karar verilmelidir[55].

Dumberry, görüşünü, Uluslararası Adalet Divanı'nın söz konusu kavramı reddetmediği tespiti ile de temellendirmektedir[56]. Yazarın atıfta bulunduğu uyuşmazlık Yunanistan ve Birleşik Krallık'ı Uluslararası Adalet Divanı önün-

---

50 FOMBAD, s. 123. Sebepsiz zenginleşme ilkesinin halefiyet hukukundaki yerine ilişkin bkz. PİRİM, ss. 177-191; DUMBERRY, ss. 263-279.

51 VOLKOVITSCH, ss. 2210-2211.

52 O'CONNELL, 1967, s. 34; RIPERT Georges, "Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux (Contribution à l'étude des principes généraux du droit visés au statut de la Cour permanente de justice internationale)", **RCADI**, 1933, Vol. 44, ss. 565-664, ss. 631-632.

53 FRIEDMANN, 1964, s. 207. Bkz. PİRİM, s. 185.

54 DUMBERRY, ss. 275-276. Bkz. PİRİM, s. 185.

55 DUMBERRY, s. 263. Bkz. PİRİM, s. 186.

56 DUMBERRY, ss. 267-268.

de karşı karşıya getiren *Ambatielos* uyuşmazlığıdır[57]. Karara konu olan olayda, Yunanistan, Ambatielos isimli şahsın bir malın teslim garantisi olarak İngiliz hükümetine 500.000 sterlin tutarında ödeme yaptığını, İngiliz hükümetinin bu ödeme nedeni ile sebepsiz zenginleştiğini ve dolayısıyla uluslararası sorumluluğunun doğduğunu ileri sürmüştür. Ancak tarafların, aralarındaki sözleşme gereği tahkim müessesesine başvurmaları gerektiğini belirten Divan, uyuşmazlığın esası hakkında karar vermeye yetkili olmadığını ifade etmiş ve dolayısıyla sebepsiz zenginleşme iddiasını incelememiştir.

Kanaatimizce, uyuşmazlığın esasını incelemeyen Divan'ın, esasa dair bir iddia hakkında yorum yapmamış olması, söz konusu iddiayı kabul veya reddettiği şeklinde yorumlanmamalıdır. Dolayısıyla, Dumberry'nin "*Divan'ın sebepsiz zenginleşme kavramını ilke olarak reddetmediği*" yorumu kanaatimizce yerinde değildir. Bununla birlikte, *Ambatielos* uyuşmazlığının Divan'ın kararının ardından tahkime götürüldüğünün ve somut olayda sebepsiz zenginleşme bulunmadığına hükmeden tahkim kararına yazılmış bir karşı oy yazısının sebepsiz zenginleşme ilkesinin devletler hukukunun bir parçası olduğunu ifade ettiğinin belirtilmesi gerekir. Şöyle ki; heyete göre uyuşmazlığın konusu olan bedel, taraflar arasında akdedilmiş bir sözleşme gereği ödenmesi gereken miktarın bir kısmıdır ve sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün, sözleşmeden bağımsız bir yükümlülük iddiası olarak (ing. *quasi contractual claim*) ileri sürülebilmesi mümkün değildir[58]. Başka bir ifade ile, heyet sözleşme kaynaklı bir borcun ödenmiş veya ödenmemiş olmamasının sebepsiz zenginleşme telâkki edilemeyeceğini belirtmekle yetinmiş, kavramın uluslararası hukukta uygulanabileceği veya uygulanamayacağı yönünde ifadeler kullanmamıştır. Karara karşı oy yazısı yazan hakem Spiropoulos ise, uluslararası hukukta sebepsiz zenginleşme iddialarını ilkesel olarak reddetmeyen ancak kararını bu ilke üzerine kurmayan heyetin muhakemesine katılmadığını ifade edecek ve somut olayda uygulanması gereken ilkenin "hukuk genel ilkelerinin bir parçasını teşkil eden sebepsiz zenginleşme ilkesi" olduğunu belirtecektir[59].

---

[57] *Affaire Ambatielos (Grèce c. Royaume Unie)*, CJI, 19 mai 1953, *Rec.* 1953, s. 10. Yazar, karara konu olan olayların aktarılması ve yorumlanmasında *Devletlerin Uluslararası Sorumluluğa Halefiyeti* adlı eserinden yararlanmış ve zaman zaman bu eserinden birebir alıntılar yapmıştır. Bkz. PİRİM, s. 186, dipnot 726.

[58] *The Ambatielos Claim (Greece, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland)*, RIAA, 6 March 1956, Vol. XII, ss. 83-153, s. 123.

[59] *Idem*, Dissenting Opinion of Professor Spiropoulos, s. 129.

II. SEBEPSİZ ZENGİNLEŞME İLKESİNİN HUKUK GENEL İLKESİ NİTELİĞİNİ REDDEDEN GÖRÜŞÜN DAYANAKLARI

Yukarıdaki satırlarda özetlenmeye çalışılan ve sebepsiz zenginleşme kavramının bir hukuk genel ilkesi olduğunu savunan yaklaşım, uluslararası hukuk doktrininin ve içtihadının tamamı tarafından benimsenmiş değildir. Söz konusu yaklaşım ve gerekçeleri, sebepsiz zenginleşme kavramının devletler nezdinde bağlayıcı bir kural olmaktan ziyâde yönlendirici bir ilke olduğunu savunan çok sayıda uluslararası hukukçu tarafından reddedilmektedir.

Bu reddiyenin temelinde, öncelikle, sebepsiz zenginleşme teorisinin Kıt'a Avrupası hukukundaki yeri ve gelişiminin Anglosakson hukuk sistemleri içindeki yeri ve gelişiminden çok farklı olduğu gerekçesi yer almaktadır. Şöyle ki; sebepsiz zenginleşme teorisinin Anglosakson hukuk sistemleri tarafından çok geç kabul edildiği[60], bu hukuk sistemlerinin yetiştirdiği hukukçuların bir kısmının söz konusu teoriye hâlâ mesafeli durdukları ve teorinin modern İngiliz içtihadında en çok tartışma yaratan teorilerden biri olduğu bilinmektedir[61]. Bu çerçevede, çok sayıda İngiliz yazarın, büyük ölçüde hakkaniyet ilkeleri üzerine kurulu olan Anglosakson hukukunda sebepsiz zenginleşme adı altında ayrı bir kavrama ihtiyaç olmadığını savundukları[62], bazı ulusal yargı kararlarının da kavrama mesafeli yaklaştıkları görülmektedir[63].

---

60 İlkenin ABD'de 1930'lu yıllarda, İngiltere, Kanada ve Avustralya'da ise 1960'lı yıllarda hukukçuların gündemine girdiği görülmektedir. Şöyle ki; Amerikan Hukuk Enstitüsü tarafından 1937 tarihinde kabul edilen *Restatement of Restitution* Amerikan hukukunda sebepsiz zenginleşmeyi genel olarak yasaklayan belge olarak bilinmektedir. Bkz. McCAMUS John D., "The Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment", **Canadian Bar Review**, Vol. 90, 2011, ss. 439-467; SAGAERT, s. 168; SHERWIN Emily, **Reparations and Unjust Enrichment**, Cornell Law Faculty Publications, 2004, Paper 6, s. 1447. İngiltere'de ise sebepsiz zenginleşme ilkesine ilişkin tartışmalar 1960'lı yıllarda başlamış, ancak bu ilke temelinde onarım hakkı İngiliz içtihadında ilk defa Lordlar Kamarası'nın 1990 tarihli *Lipkin Gorman v. Karpnale* kararında kabul edilmiştir. *Lipkin Gorman v. Karpnale, House of Lords of the United Kingdom*, 1991, 2 AC 548. Bkz. WEBB Charlie, "What is Unjust Enrichment?", **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 29, No. 2, 2009, ss. 215-243, s. 215; ZIMMERMANN, s. 414.

61 O'CONNELL, 1956, s. 2.

62 Örneğin Hedley, sebepsiz zenginleşme nedeni ile iade yükümlülüğü teorisinin temelinde adalet ve hakkaniyet kavramlarının bulunduğunu ifade etmekte ve söz konusu kavramların bağlayıcı bir hukuk kuralı yaratmaya muktedir olmadıklarını dile getirmektedir. HEDLEY Steve, "Unjust Enrichment", **The Cambridge Law Journal**, Vol. 54, No. 3, 1995, ss. 578-599.

63 Anglosakson hukukunda sebepsiz zenginleşme ilkesinin gelişimi, ilkeyi konu alan yargı kararları, düzenlemeler ve tartışmalar için bkz. FRIEDMANN Wolfgang, "The Principle of Unjust Enrichment in English Law", **Canadian Bar Review**, Vol. 16, 1938, ss. 365-386;

Bunun yanı sıra, Kıt'a Avrupası hukuk düzenlerinin büyük çoğunluğu için borçlar hukukunun öngördüğü diğer onarım yöntemleri devreye sokulamadığında başvurulan bir ilke niteliğindeki sebepsiz zenginleşme ilkesinin, Anglosakson hukuk sistemlerinde, diğer onarım yöntemlerinin tüketilmesi gerekmeden başvurulabilecek bir onarım yöntemi teşkil ettiği bilinmektedir[64]. Hatta Anglosakson hukuk sistemlerinde, ilkenin, sıklıkla, ihlâl edilen bir sözleşmenin varlığında devreye sokulduğu görülmektedir[65].

Kısacası, sebepsiz zenginleşme teorisinin, Kıt'a Avrupası ve Anglosakson hukuk sistemlerinde birbirinden farklı amaçlara hizmet ettiği, yeknesak bir hukuk anlayışının ürünü olmadığı ve farklı bir felsefî ve hukukî temel üzerine oturduğu göze çarpmaktadır.

Bu tespitler, sebepsiz zenginleşme kavramının Kıt'a Avrupası hukuk düzenlerinde tartışılmadığı ve söz konusu hukuk düzenleri altında ciddi farklılıklar arz etmediği anlamına gelmemelidir. Aksine, kavramın varlığının ve dayanaklarının, erken dönemlerde, Kıt'a Avrupası hukukçuları tarafından da eleştirildiği, çok sayıda ulusal hukukçunun sebepsiz zenginleşme temelinde iade yükümlülüğünün bağlayıcı bir kural olmaması gerektiği fikrini benimsedikleri bilinmektedir. Örneğin Alman hukukçu Windscheid, Roma Hukuku'nda Pomponius tarafından formüle edilen sebepsiz zenginleşme kavramının çok sayıda yanlış soyutlama üzerine kurulu olduğunu ifade etmiş[66], Fransız hukukçu Ripert ise, "*yer altından akan bir nehre*" benzettiği sebepsiz zenginleşme ilkesinin çok sayıda hukuk kuralını beslediğini ancak kendi başına bağlayıcı bir hukuk kuralı olmaktan uzak olduğunu dile getirmiştir[67].

Söz konusu görüşler, sebepsiz zenginleşme ilkesinin Kıt'a Avrupası hukuk düzenlerinde bir borç kaynağı olarak düzenlenmesinin önüne geçememiş, ancak ilkenin hukukî niteliği ve düzenleniş biçimi devletten devlete farklılık göstermiştir. Şöyle ki; sebepsiz zenginleşmeden doğan iade yükümlülüğü, bazı ulusal hukuk mevzuatlarında "sözleşme benzeri" niteliğinde bir

---

HEDLEY, 1995; HEDLEY Steve, "Unjust Enrichment as the Basis of Restitution - An Overworked Concept", **Legal Studies**, Vol. 5, No. 1, 1985, ss. 56-66; SAGAERT, *op. cit.*; GALLO Paolo, "Unjust Enrichment: A Comparative Analysis", **American Journal of Comparative Law**, Vol. 40, No. 2, 1992, ss. 431-465; DICKSON, ss. 101-111; FRANCIONI, ss. 273-274.

64 DICKSON, s. 126; SAGAERT, s. 161; ZIMMERMANN, ss. 419-420.

65 Bkz. DICKSON, ss. 102-103.

66 Aktaran: VON CAEMMERER, s. 573.

67 RIPERT Georges, **La règle morale dans les obligations civiles**, LGDJ, Paris, 1994 (1949), s. 246.

borç kaynağı telâkki edilirken, bazı hukuk düzenleri tarafından "kayba uğrayan kişinin kaybını telâfi edecek hukukî bir yol bulunmadığında, hakkaniyeti sağlamak için devreye sokulan usûlî bir vasıta addedilmiştir"[68].

Bunun yanı sıra, Avrupa özel hukukunda iki farklı yaklaşım benimsendiği, birinci yaklaşımın Fransız ve Belçika hukukun yaklaşımı, ikinci yaklaşımın Anglosakson hukuku ile benzerlikler gösteren Alman ve Hollanda hukukunun yaklaşımı olduğu tespitinde bulunulmakta[69]; Alman ve Hollanda hukukundaki sebepsiz zenginleşme düzenlemelerinin zaman içinde Fransız ve İtalyan hukukundaki düzenlemelerden farklılaştığının altı çizilmektedir[70].

Gerçekten de, Fransız ve İtalyan hukuk düzenlerinin, Anglo-Amerikan ve Alman hukuk sistemlerinden farklı olarak, sebepsiz zenginleşme iddialarında davacının fakirleştiğinin ve davalının zenginleştiğinin ispatında daha yüksek bir eşik aradığı, her ne kadar çoğu hukuk düzeni fakirleşme ve zenginleşme arasında bir bağ bulunması gerektiğini kabul etse de, Fransız hukukunun bu hususta daha ileri giderek fakirleşme ve zenginleşme arasında fiilî bir korelasyon şartını koştuğu bilinmektedir[71]. Bunun yanı sıra, Fransız hukukunda sebepsiz zenginleşme temelinde onarım yükümlülüğünün doğabilmesi için davacının "kusuru"nun bulunmaması şartının arandığı ve bu şartın, İngiliz hukukunun sebepsiz zenginleşme temelinde onarım yükümlülüğünün doğabilmesi için aradığı davacının "ihmali"nin bulunmaması şartından daha geniş kapsamlı bir şart olduğu ve hem kastî hem ihmalî davranışları kapsadığı dile getirilmektedir[72]. Yine Fransız hukukunda, sebepsiz

---

68 FRANCIONI, s. 274.

69 SAGAERT, ss. 160-171.

70 ZIMMERMANN, ss. 419-425.

71 DICKSON, s. 114. Türk doktrinine mensup yazarların da, sebepsiz zenginleşme iddialarında davacının fakirleşmesi ve davalının zenginleşmesi şartlarını farklı şekillerde yorumlayabildikleri görülmektedir. Örneğin Oğuzman ve Öz, sebepsiz zenginleşme kaynaklı iade yükümlülüğünün doğması için davacının fakirleşmesi şartının gerçekleşmesi gerektiğini ifade etmekte, Eren ise bu görüşte olmadığını dile getirmektedir. Eren'e göre, "*sebepsiz zenginleşme alacağının zenginleşme ile fakirleşme arasındaki illiyet bağı ile sınırlı olduğu*" görüşüne katılmak mümkündür değildir. "*Zira bu görüş, sebepsiz zenginleşme ile haksız fiili birbirine karıştırmaktadır. Oysa kurum, bizzat adından da anlaşıldığı gibi, 'sebepsiz fakirleşme' değil, 'sebepsiz zenginleşme' kurumudur. Bu nedenle […] sebepsiz zenginleşmenin ikinci şartını, fakirleşme değil, 'başkası aleyhine zenginleşme' veya 'başkasının malvarlığından zenginleşme'*" olarak adlandırmakta fayda vardır. EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, ss. 887-888; OĞUZMAN Kemal / ÖZ, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 2, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, ss. 330-334.

72 DICKSON, s. 114.

zenginleşmeden kaynaklanan onarım yükümlülüğü davacının herhangi bir sözleşme, sözleşme benzeri, haksız fiil veya haksız fiil benzeri temelinde tazmin edilememesi durumunda doğacak iken, İngiliz hukukunda sebepsiz zenginleşme temelinde onarım talebinin, diğer onarım taleplerine alternatif olarak gündeme getirilebileceğinin altı çizilmektedir[73].

İlkenin içeriğinin de birbirinden farklı ulusal hukuk düzenleri altında farklılaştığı, daha açık bir ifade ile, zenginleşmenin sebepsiz olup olmadığının tespitinde temel alınan kriterlerin bütün ulusal hukuk düzenlerinde aynı olmadığı da dile getirilmektedir[74].

Tüm bu gerekçeler ile, uluslararası hukuk doktrinine mensup çok sayıda yazar, sebepsiz zenginleşme ilkesinin uluslararası hukukun bir parçasını teşkil ettiği savına temkinli yaklaşmaktadır. Örneğin Francioni, ulusal hukuk düzenleri altında ortaya çıkan sebepsiz zenginleşme teorisinin, biri diğeri aleyhine haklı bir neden olmadan zenginleşen iki gerçek kişi arasında hakkaniyet temelinde denge kurmayı hedefleyen bir ilke olduğunu belirtmekte ve dolayısıyla gerçek kişiler arasında *inter pares* etki doğuran bir özel hukuk ilkesi olduğunu ifade etmektedir[75]. Yazara göre, ilkenin özel hukuka ait bir ilke olduğu, idare hukuku alanında yalnızca *jure gestionis* nitelikli ilişkilerde uygulandığı tespiti ile teyit edilmektedir[76]. Oysa, uluslararası hukuk uyuşmazlıklarında bu *inter pares* ve *jure gestionis* etkiyi görmek her zaman mümkün değildir; örneğin ülkesi üzerinde bulunan ve yabancı bir kişiye ait olan gayrimenkulü kamulaştıran devlet, söz konusu gerçek kişi üzerinde egemenlik yetkisi kullanmaktadır. Bu örnekte taraflar arasındaki ilişki *inter pares* olmadığı gibi, kamulaştırma eyleminin *sine causa* yani sebepsiz olduğunu söyleyebilmek de mümkün değildir[77]. Sebepsiz zenginleşme ilkesinin devletler hukukunda hiç uygulanamaz olmadığını ancak devletlerarası ilişkilerin karmaşıklığının gerçek kişiler veya iç hukuk tüzel kişileri arasında mevcut olmayan çok sayıda unsurun dikkate alınmasını gerekli kıldığını ifade eden yazar, ilkenin her tür uluslararası uyuşmazlıkta uygulanabilir olmadığını savunmakta, örneğin devletlerin kamulaştırmadan doğan bedel ödeme

---

[73] DICKSON, s. 116.

[74] FRANCIONI, s. 274; DICKSON, ss. 114-115.

[75] FRANCIONI, ss. 274-275.

[76] FRANCIONI, s. 275.

[77] FRANCIONI, s. 275.

yükümlülüğünün temelinin sebepsiz zenginleşme olamayacağını dile getirmektedir[78].

Schreuer de sebepsiz zenginleşme ilkesinin bir hukuk genel ilkesi olduğu savını şiddetle reddetmekte ve dolayısıyla bir uluslararası hukuk kaynağı olmadığı görüşünü savunmaktadır. Yazara göre, sınırları tam olarak belirlenmemiş bir sebepsiz zenginleşme kavramı üzerinden zarar giderim yükümlülüğü çıkarmak, "*bir alacaklının borcunun ödenmesi gerektiğini söylemek*" kadar genel bir tavırdır[79] ve sebepsiz zenginleşen devletin onarım yükümlülüğünün bulunduğu ilkesinin günümüz uluslararası hukukunda genel ve normatif bir kural telâkki edilebilmesi mümkün değildir[80]. Schreuer'e göre sebepsiz zenginleşme ilkesi ancak hangi uluslararası ilişkilere uygulanabileceği belirlendikten sonra uluslararası hukukun bir parçası haline gelebilir[81]; zira günlük hayatta ticârî işlemlerin çok büyük bir kısmı, bir kişinin diğer bir kişi aleyhine zenginleşmesi sonucunu doğurmaktadır[82].

Uluslararası Adalet Divanı'nın eski hâkim ve başkanlarından Bedjaoui de, benzer bir biçimde, sebepsiz zenginleşme ilkesinin uluslararası hukuka yabancı olduğunu dile getirmektedir. Bedjaoui'ye göre, "*sebepsiz zenginleşme kavramı, özel ve ulusal hukukların sınırlarını aşamamış görünmektedir. Kavramın bütün ulusal sistemlerde kabul edildiğinden dahi emin olunamamaktadır. Her halükârda, sebepsiz zenginleşme bir uluslararası hukuk kavramı değildir; bir uluslararası hukuk kuralı hiç değildir. İstisnâî bazı yargı kararlarında sebepsiz zenginleşme ilkesinin varlığının kabul edildiği görülebilir. Ancak diğer bazı kararlar bu ilkeyi kesin bir biçimde reddetmektedir*"[83].

Gerçekten de, sebepsiz zenginleşme kavramına atıfta bulunan ve yukarıdaki satırlarda zikredilen uluslararası yargı kararlarının varlığına rağmen, kavramın uluslararası hukukta uygulanamayacağını ifade eden bir içtihadın

---

78 Yazar, söz konusu gerekçeler ile uluslararası hukuka aktarılmamış olduğunu savunduğu sebepsiz zenginleşme ilkesinin, kamulaştırma nedeni ile ödenecek meblağın hesaplanmasında ve ödeme yöntemlerinin belirlenmesinde ise dikkate alınabileceği kanaatindedir. FRANCIONI, ss. 275-277.

79 SCHREUER, s. 285. Bkz. PİRİM, s. 189.

80 SCHREUER, s. 301.

81 SCHREUER, s. 287 ve s. 301.

82 SCHREUER, s. 281.

83 BEDJAOUI Mohammed, "Problèmes récents de succession d'Etats dans les Etats nouveaux", **RCADI**, Vol. 130, 1970, ss. 455-586, s. 555.

da mevcut olduğu görülmektedir[84]. Şöyle ki; ABD-Meksika Genel Talepler Komisyonu'nun *Dickson Car Wheel Company* kararının[85] konusunu teşkil eden ve bir Amerikan şirketi ile Meksika Demiryolları İşletmeleri arasında taşıt lastiği alım satımına ilişkin olan uyuşmazlıkta, alıcı Meksika işletmesi, alım satım akdinin yapılmasından bir süre sonra Meksika Devleti'nin kontrolü altına girmiş ve ödeme yükümlülüğünü yerine getirememiştir. Bunun üzerine, Meksika'nın sebepsiz zenginleştiği iddiasında bulunulmuş ancak bu iddia, tahkim heyeti tarafından, sebepsiz zenginleşme koşullarının somut olayda gerçekleşmediği gerekçesi ile reddedilmiştir. Daha da önemlisi, tahkim heyeti "*sebepsiz zenginleşme teorisinin uygulanmasının iç hukuklarda ciddi zorluklar yarattığını, pek çok devlet tarafından kabul edilmiş olmasına rağmen sınırlarının belli olmadığını ve henüz uluslararası hukuka aktarılmamış olduğunu*" ifade etmiştir[86].

Kaldı ki; sebepsiz zenginleşme ilkesinin bir hukuk genel ilkesi ve dolayısıyla bir uluslararası hukuk kaynağı olduğunu dile getiren ve sebepsiz zenginleşmeden doğan zarar giderim yükümlülüğünün uluslararası hukuktaki varlığını desteklediği öne sürülen yargı kararlarının yerindeliği de tartışma konusudur ve söz konusu kararların uluslararası hukukta sebepsiz zenginleşme ilkesinin varlığını kanıtladığı yönündeki görüşlere temkinli yaklaşmakta fayda vardır.

Örneğin, yukarıdaki satırlarda incelenen *Lena Goldfields* kararına konu olan uyuşmazlık taraflar arasında var olan bir sözleşmeden kaynaklanıyor olmasına ve klasik bir zarar giderim uyuşmazlığı teşkil etmesine rağmen tahkim heyeti tarafından sözleşmeye aykırılık çerçevesinde değil, sebepsiz zenginleşme ilkesi ışığında çözülmüştür[87]. Nitekim, söz konusu uyuşmazlıkta tahkim heyetinin, kararını sebepsiz zenginleşme ilkesi üzerine kurmuş olması bazı uluslararası hukukçular tarafından haklı olarak eleştirilmiştir. Örneğin Schreurer, taraflar arasındaki sözleşmeden kaynaklanan bir uyuşmazlıkta içeriği bile belli belirsiz olan sebepsiz zenginleşme kavramı temelinde karar verilmiş olmasının anlaşılamaz olduğunun altını çizmektedir[88].

---

84 BEDJAOUI, s. 555.

85 *Dickson Car Wheel Company (USA) v. United Mexican States, op. cit.*

86 *Idem*, s. 676. Bkz. PİRİM, s. 187.

87 PİRİM, s. 187; *The Lena Goldfields Ltd. v. USSR, op. cit.* Benzer bir görüş için bkz. SCHREUER, ss. 288-289.

88 SCHREUER, s. 288.

Yazara göre, karar genel ve muğlak bir hakkaniyet anlayışından yola çıkılarak alınmıştır ve her ne kadar bazı hukukçular tarafından "sebepsiz zenginleşmenin bir hukuk genel ilkesi olduğunu gösterdiği" şeklinde yorumlanmış olsa da, tam tersine mesele hakkında ciddi bir kafa karışıklığı yaratmaktadır[89].

SONUÇ

Elinizdeki çalışma, sebepsiz zenginleşme ilkesinin günümüzde çoğu ulusal hukuk düzeni tarafından kabul edilen ancak içeriği belirsiz ve muğlak bir ilke olduğu sonucuna ulaşmaktadır. Hatta ilkenin içeriğinin belirsizliğinin ve muğlaklığının uluslararası uyuşmazlıklarda ileri sürülen iddiaları temellendirecek yeterli delil olmamasına rağmen gerçekleştirilen onarım ve eski hale iade taleplerinin temelini teşkil edebildiği[90] ve böylece onarım taleplerine "hakkaniyete" uygun çözümlerle yanıt verilmesini sağladığı görülmektedir.

Gerçekten de, sebepsiz zenginleşme ilkesi üzerine kalem oynatmış hukukçuların görüşleri bir bütün olarak okunduğunda, ilkenin savunucularının daha ziyâde hakkaniyet ve adalet gibi kavramlar üzerinde durdukları ve sebepsiz zenginleşme temelinde onarım ve iade yükümlülüğünü söz konusu kavramlar ile açıkladıkları göze çarpmaktadır. İlkenin denkleştirici adaletin vasıtalarından biri telâkki edildiği[91], doğal adaletin ahlâk anlayışının bir sonucu olduğu[92] ve haksız zenginleşmenin adaleti sağlamaya uygun vasıtalar ile iadesini öngören bir kavram olduğu dile getirilmektedir[93]. Hatta sebepsiz zenginleşme ilkesinin yegâne temelinin doğal adaleti sağlamayı hedefleyen ahlâkî ilkeler olduğu dahi savunulmakta[94], ilkenin hukuk ve etik arasındaki sınırda konumlandığı ileri sürülmektedir[95].

Kanaatimizce, hakkaniyet ve adalet kavramlarına yapılan bu atıflar, sebepsiz zenginleşme ilkesinin uluslararası hukuk altında bağlayıcı bir hukuk

---

89 SCHREUER, ss. 288-289.

90 FOMBAD, s. 122.

91 SHERWIN, s. 1444; ZIMMERMANN, s. 403.

92 GUTTERIDGE H. C. / DAVID R. J. A., "The Doctrine of Unjust Enrichment", **The Cambridge Law Journal**, Vol. 5, No. 2, 1934, ss. 204-229, s. 211; FOMBAD, s. 129.

93 DAVID, s. 205.

94 Bkz. DAVID, s. 211.

95 O'CONNELL, 1956, s. 4.

kuralı olduğunun kabul edilebilmesi için yeterli değildir. İlkenin, devletler nezdinde bağlayıcı bir hukuk genel ilkesi olduğu sonucuna varılabilmesi için, ulusal mevzuatların ortak bir mantık temelinde benimsedikleri genel bir kavram olmanın ötesine geçmesi gerekmektedir.

Oysa sebepsiz zenginleşme ilkesine ilişkin ulusal düzenlemeler incelendiğinde, ilkenin uygulanma alanı, koşulları ve yöntemlerine ilişkin ciddi teknik farklılıklar bulunduğu görülmekte[96], sebepsiz zenginleşme teorisinin hukukî ve felsefî temellerinin ulusal hukuklar altında önemli oranda farklılaştığı tespit edilmektedir.

Bu çerçevede, kanaatimiz, içeriği bir hukuk sisteminden diğerine farklılaşan ve çoğu sistemde, kimsenin hukukî bir gerekçe olmaksızın bir başkası aleyhine zenginleşmemesi gerektiği yönünde ortak bir mantık üzerine kurulu olmaktan öteye geçmeyen sebepsiz zenginleşme ilkesinin[97] Uluslararası Adalet Divanı'nın Statüsü'nün 38. maddesi bağlamında bir hukuk genel ilkesi olmadığı ve dolayısıyla uluslararası hukukun her alanında doğrudan uygulanabilir bir kural teşkil etmediği yönündedir.

---

[96] SCHREUER, s. 281 ve s. 283.

[97] ELKIN-KOREN Niva / SALZBERGER Eli M., "Towards an Economic Theory of Unjust Enrichment Law", **International Review of Law and Economics**, Vol. 20, 2000, ss. 551-573, s. 551.

KAYNAKÇA

1. Doktrin

ALDRICH George, **The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal**, Clarendon Press, Oxford, 1996.

BEDJAOUI Mohammed, "Problèmes récents de succession d'Etats dans les Etats nouveaux", **RCADI**, Vol. 130, 1970, ss. 455-586.

DAVID R. J. A., "The Doctrine of Unjustified Enrichment: II. Unjustified Enrichment in French law", **The Cambridge Law Journal**, Vol. 5, No. 2, 1934, ss. 205-223.

DICKSON Brice, "Unjust Enrichment Claims: A Comparative Overview", **The Cambridge Law Journal**, Vol. 54, No. 1, 1995, ss. 100-126.

DUMBERRY Patrick, **State Succession to International Responsibility**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden / Boston, 2007.

ELKIN-KOREN Niva / SALZBERGER Eli M., "Towards an Economic Theory of Unjust Enrichment Law", **International Review of Law and Economics**, Vol. 20, 2000, ss. 551-573.

EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.

FOMBAD Charles Manga, "The principle of unjust enrichment in international law", **Comparative and International Law Journal of Southern Africa**, Vol. 30, Issue 2, 1997, ss. 120-130.

FRANCIONI Francesco, "Compensation for Nationalisation of Foreign Property: The Borderland Between Law and Equity", **International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 24, 1975, ss. 255-283.

FRIEDMANN Wolfgang, **The Changing Structure of International Law**, Stevens & Sons, London, 1964.

FRIEDMANN Wolfgang, "The Principle of Unjust Enrichment in English Law", **Canadian Bar Review**, Vol. 16, 1938, ss. 365-386.

GALLO Paolo, "Unjust Enrichment: A Comparative Analysis", **American Journal of Comparative Law**, Vol. 40, No. 2, 1992, ss. 431-465.

GARCIA-AMADOR F. V. / SOHN Louis B. / BAXTER R. R., **Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens**, A. W. Sijthoff, Leiden, 1974.

GUGGENHEIM Paul, **Traité de droit international public**, Tome I, Georg & Cie S. A, Genève, Librairie de l'Université, 1953.

GUTTERIDGE H. C. / DAVID R. J. A., "The Doctrine of Unjust Enrichment", **The Cambridge Law Journal**, Vol. 5, No. 2, 1934, ss. 204-229.

HEDLEY Steve, "Unjust Enrichment", **The Cambridge Law Journal**, Vol. 54, No. 3, 1995, ss. 578-599.

HEDLEY Steve, "Unjust Enrichment as the Basis of Restitution - An Overworked Concept", **Legal Studies**, Vol. 5, No. 1, 1985, ss. 56-66.

McCAMUS John D., "The Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment", **Canadian Bar Review**, Vol. 90, 2011, ss. 439-467.

NOMER Halûk N., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Beta, İstanbul, 2020.

NUSSBAUM Arthur, "Arbitration Between the Lena Goldfields Ltd. and the Soviet Government", **Cornell Law Review**, Vol. 36, Issue 1, 1950, ss. 31-53.

O'CONNELL Daniel Patrick, **State Succession in Municipal Law and International Law**, Vol. I, Cambridge University Press, Cambridge, 1967.

O'CONNELL Daniel Patrick, "Unjust Enrichment", **The American Journal of Comparative Law**, Vol. 5, No. 1, 1956, ss. 2-17.

OĞUZMAN Kemal / ÖZ, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 2, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.

OĞUZMAN Kemal / ÖZ, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 2, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.

PAZARCI Hüseyin, **Uluslararası Hukuk**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.

PİRİM Ceren Zeynep, **Devletlerin Uluslararası Sorumluluğa Halefiyeti**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.

RIPERT Georges, **La règle morale dans les obligations civiles**, LGDJ, Paris, 1994 (1949).

RIPERT Georges, "Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux (Contribution à l'étude des principes généraux du droit visés au statut de la Cour permanente de justice internationale)", **RCADI**, 1933, Vol. 44, ss. 565-664.

SAGAERT Vincent, "Unjust Enrichment and Change of Position", **Maastricht Journal of European and Comparative Law**, Vol. 11, No. 2, 2004, ss. 159-186.

SCHREUER Christoph H., "Unjustified Enrichment in International Law", **The American Journal of Comparative Law**, Vol. 22, No. 2, 1974, ss. 281-301.

SCHWARZENBERGER Georg, **International Law as Applied by International Courts and Tribunals**, Vol. I, Steven & Sons Limited, London, 1957.

SHERWIN Emily, **Reparations and Unjust Enrichment**, Cornell Law Faculty Publications, 2004, Paper 6.

UDINA Manlio, "La succession des Etats quant aux obligations internationales autres que les dettes publiques", **RCADI**, Tome 44, 1933-II, ss. 769-770.

VEEDER V. V., "The Lena Goldfields Arbitration: The Historical Roots of Three Ideas", **International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 47, Issue 4, 1998, ss. 747-792.

VOLKOVITSCH Michael John, "Righting Wrongs: Toward a New Theory of State Succession to Responsibility for International Delicts", **Columbia Law Review**, Vol. 92, No. 8, 1992, ss. 2162-2214.

VON CAEMMERER Ernst M., "Problèmes fondamentaux de l'enrichissement sans cause", **Revue internationale de droit comparé**, Vol. 18, No. 3, 1966, ss. 573-592.

WEBB Charlie, "What is Unjust Enrichment?", **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 29, No. 2, 2009, ss. 215-243.

ZIMMERMANN Reinhard, "Unjustified Enrichment: The Modern Civilian Approach", **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 15, No. 3, 1995, ss. 403-429.

2. İçtihat

Affaire relative à la Concession des phares de l'Empire ottoman (Grèce c. France), RIAA, 24-27 juillet 1956, Vol. XII, ss. 155-269.

Affaire Ambatielos (Grèce c. Royaume Unie), CJI, 19 mai 1953, *Rec.* 1953, s. 10.

Benjamin R. Isaiah v. Bank Mellat, Iran-USCTR, 30 March 1983, Vol. 2, Case No. 219, ss. 232-240.

Dickson Car Wheel Company (USA) v. United Mexican States, U.S.-Mexico General Claims Commission, *RIAA*, July 1931, Vol. IV, ss. 669-691.

Emeric Koranyi & Mme. Ernest Dengcjel (née Koranyi) v. Rumanian State, Hungary-Romania Mixed Arbitral Tribunal, 27 February 1929, Annual Digest of Public International Law Cases, 1929-1930, ss. 64-65.

Flexi-Van Leasing, Inc. v. The Islamic Republic of Iran, Iran-USCTR, 11 October 1986, Vol. 12, Case No. 36, ss. 335-381.

Lipkin Gorman v. Karpnale, House of Lords of the United Kingdom, 1991, 2 AC 548.

Sea-Land Service, Inc. v. The Islamic Republic of Iran, Ports and Shipping Organization of Iran, Iran-USCTR, 20 June 1984, Vol. 6, Case No. 33, ss. 149-218.

The Ambatielos Claim (Greece, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland), RIAA, 6 March 1956, Vol. XII, ss. 83-153.

The Lena Goldfields Ltd. v. USSR, in NUSSBAUM, Arthur; *Arbitration Between the Lena Goldfields Ltd. and the Soviet Government*, Cornell Law Review, Vol. 36, Issue 1, 1950, ss. 31-53.

3. Belgeler

State Succession in Matters of Property and Debts, Annuaire I.D.I., Vol. 69, 2000-2001, ss. 712-742.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2020; 2: 629-652

DEVELOPMENT OF EXECUTIVE ORDERS: AMERICAN EXPERIENCE(*)

Dr. Öğr. Üyesi Özge ATIL KAYA(**)

Abstract: The government of the United States performs on the basis of a separation of powers that ensures a constitutionally framed system of checks and balances practiced by legislative, executive, and judicial branches in relation to the others. The executive power is the main concern in this article and is derived from either the constitutional grant of power to the President or congressional delegated authority to the President. While using constitutional or even the congressional executive powers, American presidents have been issuing executive orders since the origin of the Republic. However neither the Constitution nor the Congress defines executive orders or any specific provision within the Constitution authorizes the President to issue such orders. The ambiguity behind executive orders has frequently caused the illegal and improper uses that have been construed as a governmental treat to the constitutional separation of powers, the rule of law, individual liberties, and democracy. This article contains the analysis of the development of the American model of executive orders in order to contribute the ongoing discussion related to both the legal and political dynamics of executive orders and how such orders have shaped the development of presidential executive power.

Keywords: Executive Order(s), United States (US), American Law, Executive, President.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 12.11.2019. Makale Kabul Tarihi: 08.10.2020.

(**) Trabzon Üniversitesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı (ORCID kimlik no: 0000-0002-7618-6935; *ozgeatilkaya@gmail.com*).

BAŞKANLIK KARARNAMELERİNİN GELİŞİMİ: AMERİKA ÖRNEĞİ

Öz: Birleşik Devletler hükümeti yasama, yürütme, ve yargı organlarının birbirleri ile olan ilişkilerinde Anayasal çerçeveye sahip kontrol-denge sistemini esas alan bir kuvvetler ayrılığı ilkesi temelinde hareket eder. Bu makalede öncelikli olarak ele alınan yürütme yetkisi kaynağını, Anayasa'da Başkan'a ithaf edilmiş olan ve Meclis'in Başkan'a vermiş olduğu yetkiler bütününden alır; ve Amerikan başkanları bu yetkilerini icra ederken, Cumhuriyet'in başlangıcından itibaren başkanlık kararnamelerine başvurmuştur. Fakat ne Anayasa ne de Meclis başkanlık kararnamelerini tanımlamadığı gibi Anayasa da Başkan'a bu tarz bir kararname çıkarma yetkisi vermemiştir. Başkanlık kararnamelerinin ardındaki bu muğlaklık neticesinde ortaya çıkan kararnamelerin yoğun hukuk dışı ve uygunsuz kullanımı anayasal kuvvetler ayrılığı ilkesine, hukukun üstünlüğüne, bireysel özgürlüklere, ve demokrasiye karşı bir devlet müdahalesi olarak değerlendirilmiştir. Bu makale, başkanlık kararnamelerinin yasal ve siyasi dinamiklerine ve bu kararnamelerin başkanlık yürütme yetkisinin gelişimini nasıl şekillendirdiğine ilişkin tartışmalara katkıda bulunmak amacı ile, Amerikan modeli başkanlık kararnamelerinin kullanımının ve gelişiminin incelenmesini içerir.

Anahtar Kelimeler: Başkanlık Kararnameleri, Birleşik Devletler (US), Amerikan Hukuku, Yürütme, Başkan.

INTRODUCTION

American model of separated powers is maintained through the allocation of specific powers to the three branches that holds the primary mandates over the assigned functions.[1] However, the prominent feature of this model is that it is a shared power that strengthens the value of checks and balances and the limits each of the three branches from crossing the line when using their powers and authority.[2] The framers of the Constitution were aware that a deficiency of balance and accountability would cause both the *"destruc-*

---

[1] HEBE William, Executive Orders and the Development of Presidential Power, **Vill. L. Rev**., Vol.17, 1972, P. 688-712, P. 688. (According to Article I of the US Constitution all legislative powers are vested to Congress; according to Article II all executive powers are vested to the President; and according to Article III all judicial powers are vested to the Supreme Court and such inferior courts as Congress may institute.)

[2] FLEISHMAN Joel L. & AUFSES Arthur H., Law and Orders: The Problem of Presidential Legislation, **Law and Contemporary Problems**, Vol.40, No.3, 1976, P.1-45, P. 2; **HEBE**, 1972, P.688. (For instance, Art. I, § section 7 ensures for a presidential scrutiny on the legislature by the requirement which mandates that before a bill becomes law the President must sign it. The same section also ensures that the legislature may overturn the presidential veto by a two-thirds vote of both houses.); CALABRESI Steven G., The Virtues of Presidential Why Professor Ackerman is Wrong to Prefer the German the U.S. Constitution, **Const. Comment**, Vol.18, 2017, P.51-104, P. 100.

tion of liberties" and *"depredations of government."* This would certainly be a default-separated power and would end up with prompt tyranny.[3]

In order to ensure the balance and accountability in government, the President is allowed to *"convene and adjourn Congress," "recommend,"* and *"veto legislation"* while Congress is allowed to help the administration *"through its grant of authority and funds, and its exercise of oversight and investigation."*[4] To give an example, the President can seize various funds if Congress reserves an overmuch. It can also transmit the money from other sources in the case of Congress reserves insufficient. Nonetheless, the President can issue executive orders if Congress fails to act on issuing a consideration.[5]

The executive power is the main concern of this article and is *"vested in a President of the United States (US) of America."*[6] With these words the President is authorized as the *"head of the executive branch"* of the government to whom the heads of governmental departments and agencies are accountable.[7] According to Article II of the US Constitution the President hold the following powers: (1) the veto power over bills passed by Congress, (2) the pardon power, (3) the appointment power, (4) power to execute foreign policies and negotiate treaties (Head of State), (5) Commander-in-Chief of Army and Navy,[8] and (7) law-execution in general (Chief Law Enforcement Officer[9]).[10] Apart from the constitutional grant of power to the President, the executive power is also derived from congressional delegated authority to the President;[11] and while using constitutional or even the congressional executive powers, American presidents have been issuing executive

---

3 BRANUM Tara L., President or King? The Use and Abuse of Executive Orders in Modern-Day America, **J. Legis.,** Vol. 28, 2002, P.1-86, P.16; **FLEISHMAN & AUFSES**, 1976, P. 1, 12. (They knew that "man is inherently flawed, imperfect and imperfectible, driven by selfish desires.")

4 **FLEISHMAN & AUFSES,** 1976, P. 3.

5 **FLEISHMAN & AUFSES,** 1976, P. 4.

6 US Constitution Article II, § 1. (Known as the "Vesting Clause.")

7 CASH Robert B., Presidential Power: Use and Enforcement of Executive Orders, **Notre Dame L. Rev.,** Vol.39, 1963, P.44-55, P. 44.

8 Known as the "Commander in Chief Clause."

9 Known as the "Take Care Clause."

10 PAULSEN Michael S., The President and the Myth of Judicial Supremacy, **University of St. Thomas Law Journal**, Vol. 14, No. 3, 2018, P.602-626, P. 604; US Constitution Article II.

11 **HEBE**, 1972, P. 693.

orders[12] since the country got independence.[13] In this regard, authority for executive orders comes from either the Constitution itself or statutory delegations. More so, this authority is not only based on the explicit constitutional or congressional grants but also on the implicit ones that might occasionally be deduced by courts from the fact of ongoing congressional inertia *"in the wake of executive initiatives."*[14] However neither the Constitution nor the Congress defines executive orders or any specific provision within the Constitution authorizes the President to issue such orders.[15] The ambiguity behind executive orders has frequently caused the illegal and improper uses. These uses have been construed as a governmental treat to the constitutional separation of powers, the rule of law, individual liberties, and democracy.[16]

The ultimate goal of this article is to contribute the ongoing discussion related to both the legal and political dynamics of issuing executive orders and how such orders have shaped the development of presidential executive power due to the fact that unconstitutional abuse of such orders that have gained momentum as a result of the ambiguity behind them, have been con-

---

[12] In the article, the term of the "executive order" only refers to the orders issued by the President of the US and does not include the ones issued by the heads of both federate states or local governments. According to Erica Newland, presidential directives or documents are most commonly affiliated with executive orders even though they take numerous different forms including but not limited to proclamations, memorandas, notices, determinations, letters, messages, and orders. Erica Newland argues that the "functional differences" between these kinds of presidential orders are very difficult to identify. Consequently, the term of the "executive orders" in the article is also used to include both proclamations and memorandas because they have been argued to have similar legal effects. NEWLAND Erica, Executive Orders in Court, **The Yale Law Journal**, Vol. 124, No. 6, 2015, P.2026-2099, P. 2045-246.

[13] GAZIANO Todd F., The Use and Abuse of Executive Order and Other Presidential Directives, **Heritage Foundation Legal Memorandum Executive Summary**, No.2, 2001, P.1-86, P. 3.

[14] **FLEISHMAN & AUFSES,** 1976, P. 14.

[15] CONTRUBIS John, Executive Orders and Proclamations, **CRS Report for Congress,** https://fas.org/sgp/crs/misc/95-772.pdf, 1999, P.1-26, P. 1.

[16] RHEINSTROM Julie, Current Developments: One Hundred Days of President Trump's Executive Orders, **Georgetown Immigration Law Journal,** Vol. 31, No. 2, 2017, P.433-446, P. 445; DRIESEN David M., President Trump's Executive Orders and the Rule of Law, **UMKC Law Review**, Vol. 87, No. 3, 2019, P.489-524, P.489; GUSTAFSON Tyler, The Modern American Presidency: How the Executive Branch Has Changed, **Grove City College Journal of Law and Public Policy**, Vol. 10, 2019, P.49-70, P. 50; PRAKASH Saikrishna Bangalore, The Past, Present, and Future of Presidential Power, **University of St. Thomas Law Journal**, Vol. 14, No. 3, 2018, P.627-649, P.637-640; **GAZIANO**, 2001, P.2; **FLEISHMAN & AUFSES,** 1976, P. 6.

strued as a governmental treat to the constitutional separation of powers, the rule of law, individual liberties, and democracy in the US.[17] In this regard, the article analyzes the development of the American model of executive orders. The analysis based on the American model is meaningful here. It happens because in comparative studies every time the presidential system is involved, it is the US model of system that appears as one of the most democratic ones and matters are examined accordingly.[18]

The part following this introduction is dedicated to the analysis of the use and development of executive orders in the US through the years. The part is designed to give the reader an overview of the President's use of executive orders. There is also inclusion of a discussion concerning the historical practice, the legal framework, debates over presidential power of issuing them, and legal and political issues arising from unconstitutional abuse of orders. The second and the last part provides the conclusion of the article by presenting the main findings of the analysis.

1. USE AND DEVELOPMENT OF AMERICAN MODEL OF EXECUTIVE ORDERS THROUGH THE YEARS

1.1. Executive Orders, by President, 1789-1945

Beginning with President Washington's written directive of 1789, American presidents have been issuing orders as a method of exercising executive powers. This could possibly be described as executive orders.[19] The most problematic order issued by President Washington was *"neutrality order,"* promulgating the neutrality of the US in the war between England and France.[20] Washington argued that the order was just a statement in regard to the *"existing state of affairs"* rather than an act while encounters

---

[17] **RHEINSTROM**, 2017, P. 445; **DRIESEN**, 2019, P. 489; **GUSTAFSON,** 2019, P.50; **PRAKASH**, 2018, P. 637-640; **GAZIANO**, 2001, P. 2; **FLEISHMAN & AUFSES,** 1976, P. 6.

[18] FREEMAN Mark, Constitutional Framework and Fragile Choosing between Parliamentarianism, Presidentialism Semipresidentialism, **Pace Int'l L. Rev**., Vol. 12, 2017, P.253-282; SARGENTICH Thomas O., The Presidential and Parliamentary Models of National Government, **American University International Law Review**, Vol. 8, No. 2/3, 1993, P.579-592.

[19] **CASH,** 1963, P. 44; **HEBE**, 1972, P. 689; **GAZIANO**, 2001, P. 3; WRIGHT Andrew M, Presidential Executive Orders, **Arkansas Lawyer,** Vol. 52, No. 3, 2017, P.30-33, P. 30; **CONTRUBIS**, 1999, P.1

[20] **BRANUM,** 1976, P. 23; **CASH,** 1963, P. 47; **GAZIANO**, 2001 P. 4.

argued that the order did not cite any authority and it was therefore invalid exercise of executive power.[21] Consequently, Washington had to wait until Congress could adopt the Neutrality Act of 1794.[22] Thereafter, President Washington and the presidents that followed him issued executive orders very conservatively. They had a clear understanding that the President was restrained by the constitutional separation of powers.[23]

Executive orders issued in the early years of the Republic were issued for such objectives *"as the withdrawal of public lands for Indian use, for the erection of lighthouses, the establishment, transfer, and abolition of land districts and land offices,"* the management of government officials, the establishment of national holidays, and for *"supplementing acts of Congress"* for the sake of fulfilling insignificant details.[24] The earlier orders were not uniformly named or even numbered systematically until the year 1907 when the federal government adopted a numbering scheme to systematize the orders.[25] However, such orders were not published until President Franklin Roosevelt approved the Federal Register Act in 1935. That clause requires that any presidential directives including executive orders and proclamations be published in the Federal Register.[26]

The use and scope of executive orders were extended with the Presidency of Lincoln due to the emergence of Civil War.[27] Lincoln, as the Commander in Chief fought the war through executive order regardless of the fact that he could have called an emergency session of Congress to sought *"retroactive approval"* for his actions and seek approval.[28] In response, Congress ratified Lincoln's order in fear that disapproval of the order may

---

21 **CASH**, 1963, P. 47; **GAZIANO**, 2001, P. 4; **BRANUM**, 1976, P. 23-24.

22 **CASH**, 1963, P. 47; **GAZIANO,** 2001, P. 4, **BRANUM**, 1976, P. 24.

23 MONAGHAN Henry P., The Protective Power of the Presidency, **Colum. L. Rev**. Vol.93, 1993, P.1-74, P.18; **BRANUM**, 1976, P. 23-24.

24 **CASH,** 1963, P. 44; **HEBE,** 1972, P. 689; **CONTRUBIS,** 1999, P. 3-4; STERLING John A., Above the Law: Evolution of Executive Orders (Part One), **Uwla L. Rev.,** Vol. 31, 2000, P.99-103, P. 101.

25 COOPER Phillip J., **By Order of the President: The Use & Abuse of Executive Direct Action**, University Press of Kansas, 2002, P. 20. (Orders were back numbered so that "Executive Order 1" was identified to be an order issued by President Lincoln in 1862.)

26 **CASH,** 1963, P. 44; 49 Stat. 500 (1935); 44 U.S.C. §301 (1958).

27 **STERLING**, 2000, P. 105; **BRANUM**, 1976, P. 24.

28 **STERLING**, 2000, P. 105; **BRANUM**, 1976, P. 24.

put American military forces in jeopardy.[29] The Supreme Court in the Prize cases upheld this attitude, in which the issue involved whether a state of war would have empowered President Lincoln to proclaim a blockade which cause the seize of prizes by the public ships of the US.[30]

Presidents that followed Lincoln turned back to the previous, more conservative use of executive power until President Theodore Roosevelt was assigned.[31] Theodore Roosevelt construed the presidential executive power as *"all inclusive,"* and restrained only if the Constitution provided a precise limit.[32] His construction on the presidency was referred to as a *"stewardship"* theory that was derived from his view that the President was mandated surplus powers that were neither specified in the Constitution nor designated expansively to a particular branch. Instead, they merely occupied in *"concepts like national security or the public good."*[33]

In contrast to President Theodore Roosevelt's construction on the presidential executive power, President Taft construed such power as one that must be valid only to that extent as the Constitution explicitly specified them.[34] In United States v. Midwest Oil Co. case arose as a result of long-continued exercise of President Taft's withdrawing land from public sale. In return, the Supreme Court upheld the Taft holding that withdrawals had been made in accordance with *"congressional consent"* to a ratified administrative power of the executive.[35]

When President Woodrow Wilson entered office after Taft, the issue of executive orders overwhelmingly increased.[36] Wilson based on the excuse of World War I issued almost 1800 executive orders through the use of nation-

---

29 **STERLING**, 2000, P. 105; **BRANUM**, 1976, P. 24.

30 **FLEISHMAN & AUFSES,** 1976, P. 12; **CONTRUBIS**, 1999, P.18; **BRANUM,** 1976, P. 25. (This era was later summarized by a congressional study about executive orders as follows: "President Lincoln and other Presidents have used this military office bestowed upon them by the Constitution to enlarge the powers of the Presidency, although with good faith and with noble motives, with greater impact upon the civilian population and our constitutional system than upon the military forces.")

31 **BRANUM**, 1976, P. 25; **CONTRUBIS**, 1999, P. 4.

32 **BRANUM,** 1976, P. 3, 26.

33 **CONTRUBIS,** 1999, P. 4.

34 **BRANUM**, 1976, P. 26.

35 **HEBE,** 1972, P. 690.

36 **CONTRUBIS**, 1999, P. 4; **BRANUM**, 1976, P. 26; **STERLING**, 2000, P. 103.

al emergency powers.[37] While expressing his opinion on the presidential executive power, Wilson stated that the President must be *"as much concerned with the guidance of legislation as with the just and orderly execution of law... he is the spokesman of the Nation in everything."*[38]

President Franklin Roosevelt also used extremely huge amount of executive orders to deal with both the Great Depression and World War II. He based his rationale on significant latitude given to him by Congress to accomplish his New Deal program.[39] The period of presidency for Franklin Roosevelt led to a change in the nature of executive orders. In fact, they have been presumed an ever-growing legislative nature, which have *"historically been an administrative directive."*[40] In describing his opinion on the presidency, he stated that when *"Congress failed to act, the President should accept the responsibility and act to fill the power vacuum."*[41] Franklin Roosevelt used executive orders to discharge governmental employees,[42] to seize plants, mines, and other facilities.[43] This was meant to create the National Labor Board and the War Labor Board and more so to implement the National Industrial Recovery Act, to both start and end a *"wartime program of wage controls, and to advance the Trading with the Enemy Act."*[44]

---

37 **BRANUM,** 1976, P. 26-27; **CONTRUBIS**, 1999, P. 4.

38 **BRANUM**, 1976, P. 27; **STERLING**, 2000, P. 104. (However, in spite of his extensive opinions about the presidency, Wilson demonstrated somewhat deference to Congress and gave his powers acquired during the war back to Congress when the war ended.)

39 **HEBE,** 1972, P. 690-691; **CONTRUBIS,** 1999, P. 4; **BRANUM,** 1976, P. 27-28; **STERLING**, 2000, P.105. (Congress's willingness to comply with President Franklin Roosevelt's excessive use of his powers started to deeply decrease when World War II drew toward an end, and Congress started to retrieve control of legislative activity.)

40 **CASH**, 1963, P. 45.

41 **HEBE**, 1972, P. 691; **BRANUM**, 1976, P. 27-28.

42 WHITE Adam J., Executive Orders as Lawful Limits on Agency Policymaking Discretion, **Notre Dame Law Review,** Vol.93, No.4, 2018, P.1569-1598, P.1578; **HEBE,** 1972, P.698 (President Franklin Roosevelt's action of discharging governmental employees built upon the Supreme Court's ruling about presidential management of public administration in Myers v. United States (272 U.S. 52 (1926)) case in which the Court held that President was constitutionally authorized to discharge any executive officer designated by him, and that this authority was not subject to Senate approval, nor could it be done so subject by an act of Congress.

43 **CONTRUBIS**, 1999, P. 4. (Congress acquiesced in Franklin Roosevelt's seizures by enacting the War Labor Disputes Act that ensured statutory authority for presidential seizures.)

44 **HEBE,** 1972, P. 691; **BRANUM,** 1976, P. 28. (President Franklin Roosevelt also approved the Federal Register Act in 1935, which requires any presidential directives including executive orders or proclamations to be published in the Federal Register.)

1.2. Executive Orders, by President, 1945-1993

Following Franklin Roosevelt, President Truman issued less executive order compared to Franklin Roosevelt although he continued the extensive notion of the presidency that Franklin Roosevelt had endorsed.[45] Truman issued the first executive order to be overturned in its integrity[46] when he ordered[47] the Secretary of Commerce to seize and operate most of the nation's steel mills to prevent a nationwide strike of steelworkers' during the Korean Conflict.[48]

The problem was the constitutionality of Truman's executive order. The Supreme Court overturned the order[49] in its integrity in Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer (the Steel Seizure case), holding that *"the President's power, if any, to issue the order must stem either from an act of Congress or from the Constitution itself."*[50] The Court first stated that Truman's assertion of granted constitutional authority could not be supported under any of the constitutional clauses granting authority and powers to the President.[51] Second, the Court stated that Truman's action to issue seizure order was not explicitly or implicitly authorized by any statute.[52] Third, the Court found that Truman's claim of exercising his presidential wartime powers could not be upheld under any constitutional basis granting authority to the President to seize private property in spite of the ever-developing theory of the President's executive powers in times of war.[53] Finally and most importantly, the

---

45 **BRANUM**, 1976, P. 29.

46 Overturned case is Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer 343 U.S. 579, 589 (1952), https://www. law.cornell.edu/supremecourt/text/343/579.

47 Exec. Order No. 10340, 17 Fed.Reg. 3139 (1952).

48 **FLEISHMAN & AUFSES**, 1976, P. 10; **BRANUM**, 1976, P. 29.

49 **CONTRUBIS,** 1999, P. 5. (Before the Supreme Court, the federal district court "issued a preliminary injunction, which the court of appeals stayed.")

50 **FLEISHMAN & AUFSES**, 1976, P. 10; **BRANUM**, 1976, P. 61; Youngstown, 343 U.S. at 585; **CONTRUBIS**, 1999, P. 5.

51 **BRANUM,** 1976, P. 61. (Any of the constitutional clauses granting authority to the President including the "Vesting Clause," the "Take Care Clause," or the "Commander in Chief Clause.")

52 **CONTRUBIS**, 1999, P. 6. (Actually Truman's action to issue seizure order was not only authorized by any statute, but had been declined by Congress as a technique of settling the disputes like the ones in the issue in the Steel Seizure case since Congress adopted the Taft-Hartley Act that allowed the executive to negotiate conflicts through "mediation, conciliation, investigation by boards of inquiry, and public reports.")

53 Youngstown, 343 U.S. at 587.

Court stated that the executive order issued by President Truman was wholly a legislation.[54] The Court went on to state that the only role he had as a President was to ensure that the laws were executed faithfully at all times.[55] In other words, the Court verified, *"the President is the executor of the laws, not the lawmaker."*[56]

The Steel Seizure case is significant for two reasons in regard to its instructive characteristics. First, it has strengthened the importance of a separation of powers as Justice Frankfurter in his concurring opinion paid attention to the credit of the Founders on a model of checks and balances. This was meant to secure the country from *"the accretion of dangerous power in the hands of one who is left unchecked."*[57] Secondly, the case has set the standards for presidential authority in regard to issuing of executive orders and for courts to evaluate such authority by Justice Jackson's concurrence.[58] In his concurrence, Justice Jackson drafted three parameters for presidential executive orders as follows:

1. When the President acts pursuant to an express or implied authorization of Congress, his authority is at its maximum, for it includes all that he possesses in his own right plus all that Congress can delegate....
2. When the President acts in absence of either a congressional grant or denial of authority, he can only rely upon his own independent powers, but there is a zone of twilight in which he and Congress may have concurrent authority, or in which its distribution is uncertain. Therefore, congressional inertia, indifference or acquiescence may sometimes, at least as a practical matter, enable, if not invite, measures on independent presidential responsibility.
3. When the President takes measures incompatible with the expressed or implied will of Congress, his power is at its lowest ebb, for then he can rely only upon his own constitutional pow-

---

54 Youngstown, 343 U.S. at 588.

55 Youngstown, 343 U.S. at 587; **CONTRUBIS**, 1999, P. 6.

56 Youngstown, 343 U.S. at 587; **BRANUM,** 1976, P. 61.

57 **BRANUM,** 1976, P. 61; Youngstown, 343 U.S. at 594.

58 **CONTRUBIS**, 1999, P. 7; **BRANUM,** 1976, P. 62; Youngstown, 343 U.S. at 635-637.

ers minus any constitutional powers of Congress over the matter.[59]

In a nutshell, an executive order will be legitimate and valid if only it is derived from the Constitution itself or from a statute.[60] In case the order is not derived from one of the aforementioned, Congress should either approve the order later or *"acquiesce in the decision before the order will have the force of law."*[61] As long as the President does not maintain independent constitutional power, executive orders are constantly invalid when they are used in contradiction to the explicit objective of Congress and Congress does not approve the order or *"acquiesce in the decision"* declared by the order.[62]

There is one more important point in the Steel Seizure case that is worth pointing out. Both Justices Jackson and Frankfurter mentioned that presidential power was restricted by Congressional proclamations of public policy.[63] The decision of public policy was considered within the domain of the legislative branch. In this regard, the executive branch could only credit the policy so attached and decided, and could not decide alone the subject of public policy or even amend the policy created by Congress.[64]

Since the presidency of Truman, presidents have been more careful in exercising their presidential powers. This has been seen when they are issuing of executive orders and they have been inclined to stay more securely in the scope of the Steel Seizure case. Nonetheless, it is still the leading case that deals with presidential executive orders,[65] until the presidency of Clinton.[66] However, the Supreme Court had to occasionally deal with finding out whether or not the President had legitimately issued an executive order.[67]

---

59 Youngstown, 343 U.S. at 635-637; **BRANUM**, 1976, P. 62; **CONTRUBIS**, 1999, P. 7-8.

60 Dames & Moore v. Regan, 453 U.S. 654, 668 (1981), https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/453/654; **BRANUM**, 1976, P. 63.

61 **BRANUM,** 1976, P. 63-64.

62 Youngstown, 343 U.S. at 588; **BRANUM,** 1976, P. 64.

63 **CASH**, 1963, P. 50-51.

64 **CASH**, 1963, P. 50.

65 **BRANUM**, 1976, P. 63.

66 **GAZIANO**, 2001, P. 8.

67 **CONTRUBIS**, 1999, P. 8.

A good example is the Dames & Moore v. Regan case in which the Supreme Court was asked to examine the validity of several executive orders by which President Carter invalidated attachments on Iranian assets in the US. He also ordered that these assets be transmitted to Iran.[68] The Court, consequently, upheld Carter's this action, holding that the action was carried out in accordance to particular congressional authorization. In that regard, it *"was supported by the strongest of presumptions and the widest latitude of judicial interpretation, and the burden of persuasion would rest heavily upon any who might attack it*."[69] However, the Court noted that the statutes in question[70] did not authorize President Carter to issue executive orders and the Court had to consider and inquiry plus the congressional objective of the statutes to find out whether Carter acted self-directed or with the acquiescence of Congress.[71] As has been demonstrated, courts might look at congressional objective in case of necessity, where an executive order is not intimately connected to the statute upon which it leans.

There is also one more important point in this case worth pointing out. The executive orders issued by President Carter embraced problems of *"foreign policy and national security;"* and historically, the courts are more likely to give extensive leeway to executive orders that embrace these two fields.[72]

1.3. Executive Orders, by President, 1993-Present

From the time of the Steel Seizure case, no other executive order was overturned in its integrity until the presidency of Clinton.[73] This resulted to a practice of issuing numerous orders in a frequently manner without a claim of constitutional or statutory authority.[74] Clinton used his presidential executive powers more than any other President before him.[75] It was documented

---

68 **CONTRUBIS**, 1999, P. 8; Dames & Moore, 453 U.S. at 657.

69 **CONTRUBIS**, 1999, P. 8-9; Dames & Moore, 453 U.S. at 674.

70 The statutes in question were the Hostage Act and the International Emergency Economic Powers Act (IEEPA).

71 **CONTRUBIS**, 1999, P. 9.

72 **CONTRUBIS**, 1999, P. 9.

73 TURNER Ronald, Banning the Permanent Replacement of Strikers by Executive Order: The Conflict Between Executive Order 12954 and the NLRA, **J.L. & Pol.,** Vol.12, 1996, P.1-15, P.1; **BRANUM**, 1976, P. 63.

74 **GAZIANO**, 2001, P. 8.

75 **BRANUM**, 1976, P. 34-35.

that he construed executive orders as a lawfully valid means to press his own agenda, and was criticized for using his powers to take *"policy decisions that should have been left to the legislature."*[76]

In Chamber of Commerce v. Reich, the D.C. Circuit Court of Appeals overturned President Clinton's executive order that was forbidding the federal government from making an agreement with firms that hired permanent strikebreakers in place of striking employees.[77] The Court stated that the order was inconsistent with both the Supreme Court's ruling and legislation on the matter.[78] The Court then went on to state that the order did not cite any authority from the Federal Property and Administrative Services Act (FPASA) so was invalid exercise of executive power.[79] This case demonstrates that Clinton used executive orders as a tool to carry out *"initiatives that had failed to pass Congress."*[80]

However, in Utah Ass'n of Counties v. Bush case, the district court upheld President Clinton's use of executive order designating a national monument in Utah, holding that *"use of executive orders may be employed by the President in carrying out his constitutional obligation to see that the laws are faithfully executed."*[81] The court then went on to state that the judiciary did not hold any jurisdiction to decide whether or not the President had misused his power of discretion when he was practicing such a wide grant of power.[82] Nevertheless,

---

[76] **BRANUM**, 1976, P. 35, 38. (Branum states that "presidents are executors of the law, not creators of the law.")

[77] Chamber of Commerce v. Reich, 74 F.3d 1322, 1324 (D.C. Cir. 1996), https://casetext.com/case/ chamber-of-commerce-of-us-v-reich-2; **BRANUM,** 1976, P. 63; **GAZIANO**, 2001, P. 8. (President Clinton before issuing this executive order tried to convince Congress to enact a statute that would forbid firms from hiring permanent strikebreakers in place of striking employees. The right to hire such permanent replacement strikebreakers was established both in the National Labor Relations Act (NLRA) and in Supreme Court's decisions. However, Congress rejected to authorize the amendment in law. Consequently, President Clinton issued the executive order mentioning here.)

[78] Reich, 74 F.3d at 1332; **BRANUM**, 1976, P. 63.

[79] Reich, 74 F.3d at 1332; **BRANUM**, 1976, P. 63.

[80] **BRANUM**, 1976, P. 38. (Like Chamber of Commerce v. Reich, in Building & Construction Trades Department v. Allbaugh case [Bldg. & Constr. Trades Dep't v. Allbaugh, 172 F. Supp. 2d 138 (D.D.C. 2001), https://casetext.com/case/building-const-trades-dept-v-allbaugh], the court overturned a President George W. Bush's executive order by similar ruling. The court held that the statutes in question or the Constitution itself did not grant the President authority to issue an executive order.)

[81] Utah Ass'n of Counties v. Bush, 316 F. Supp. 2d 1172, 1183 (D. Utah 2004), https://www.courtlisten er.com/opinion/2578208/utah-assn-of-counties-v-bush/.

[82] Bush, 316 F. Supp. 2d at 1183.

even in the lack of explicit congressional and constitutional grant of authority, the President was still considered to hold authority and use executive orders that are basically implicit from the objective of the legislators.[83]

Like Clinton, President George W. Bush was also criticized for excessive use of executive power and was called as *"King George"* by some authorities.[84] He mostly used his power to issue executive orders extensively on behalf of *"national security"* since the September 11 attacks.[85] In fact, most of his executive orders have been construed controversial.[86]

One of the most controversial orders issued by President George W. Bush was the military one that authorized the use of military tribunals for suspected terrorists.[87] Two main criticisms were raised against this order. The first one was raised by those who wanted to preserve the civil liberties of everyone regardless of being terrorist.[88] The next one was raised from the view that Congress must officially declare war prior to the President takes such an action.[89] However, Congress had given a greater latitude to President George W. Bush, just as it did to President Franklin Roosevelt who was the last President using executive orders extendibly during wartime before Bush,[90] due to the fact that the nation is under the attack.[91] In fact, the Supreme Court favored this approach in the Prize Cases, holding that *"if a war be made by invasion of a foreign nation, the President is not only authorized but bound to resist force by force. He does not initiate the war, but is bound to accept the challenge without waiting for any special legislative authority."*[92] Consequently, this issue demonstrates a significant illustration of a presidential power used in the context of national security in which the

---

83 MAYER Kenneth R., **With the Stroke of a Pen: Executive Orders and Presidential Power**, Princeton University Press, Princeton, NJ, 2001, P. 42-43.

84 **PRAKASH**, 2018, P. 627, 637.

85 **BRANUM**, 1967, P. 50.

86 **BRANUM,** 1967, P. 31.

87 **BRANUM**, 1967, P. 51.

88 **BRANUM**, 1967, P. 51.

89 **BRANUM**, 1967, P. 51.

90 **HEBE,** 1972, P. 690-691; **CONTRUBIS**, 1999, P. 4; **BRANUM,** 1967, P. 27-28; **STERLING,** 2000, P. 105.

91 **BRANUM,** 1967, P. 51-52.

92 The Prize Cases, 67 U.S. 635, 668 (1862), https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/67/635; **BRANUM**, 1967, P. 52.

courts stay focus on ensuring procedural shields for these types of actions to assure their legitimacy and constitutionality.[93]

Like his predecessors, President Obama was criticized for issuing executive orders to an extreeme level and was seen as *"monarch"* especially by conservative authorities.[94] He issued executive orders to press his own agenda on some regulatory policy matters like climate regulation, net neutrality, and most controversially embryonic stem cell research.[95] President Obama issued an order to direct the Department of Health and Human Services (HHS) and National Institutes of Health (NIH) to reconsider existent regulation on the financing of embryonic stem-cell research, and to promulgate new NIH regulation on such research that is coincide with the order.[96] In compliance with the order, NIH issued new a regulation to increase funds for embryonic stem-cell research.[97] In response to this action, commenters forced the NIH to restrict and end the regulation. On the other hand, NIH refused to take any action in this regard.[98] The DC Circuit Court upheld the NIH's silence with claims that *"NIH may not simply disregard an Executive Order. To the contrary, as an agency under the direction of the executive branch, it must implement the President's policy directives to the extent permitted by law."*[99] Summarily, NIH was considered ensuant to President's order, and any comments seemed to be the opposite of the NIH's action did not achieve any valid grounds for not implementing the order.[100]

President Obama was criticized for using expanded presidential powers, especially when increasing funds without approvals, amending the date of effect of statutes, and taking implementation discretion to *"new frontiers of non-enforcement."*[101] Two of the most controversial examples regarding to

---

93 IVEY Lisa M., Ready, Aim, Fire? The President's Executive Order Authorizing Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War on Terrorism is a Powerful Weapon, But Should it be Upheld?, **Cumb. L. Rev.,** Vol.33, 2002, P.107-134, P. 128-29.

94 WATTS Kathryn A., Controlling Presidential Control, **Mich. L. Rev**., Vol.114, 2016, P.683, 745, P. 698; **PRAKASH**, 2018, P. 637; **RHEINSTROM**, 2017, P. 433.

95 **WHITE**, 2018, P. 1588.

96 **WHITE**, 2018, P. 1588-1589.

97 **WHITE**, 2018, P. 1589

98 **WHITE**, 2018, P. 1589

99 Sherley v. Sebelius, 689 F.3d 776, 784 (D.C. Cir. 2012), https://casetext.com/case/sherley-v-sebelius-4; **WHITE**, 2018, P. 1589.

100 Sherley, 689 F.3d at 785; **WHITE,** 2018, P. 1589.

101 **PRAKASH**, 2018, P. 629.

Obama's use of expanded presidential powers have been his Deferred Action for Childhood Arrivals (DACA) and his Deferred Action for Parents of Americans (DAPA) programs or executive actions.[102] These actions were considered as *"executive overreach"* since President Obama preferred to direct federal agencies to generate new regulations coincide with his desires, rather than issuing executive orders by himself to generate his policies.[103]

There is one more important point in Obama's actions worth pointing out. Before enforcing DACA, Obama stated that he could not enforce any program unilaterally, adding that legislation was definitely needed.[104] He was therefore criticized for enforcing DACA, which was contrary to what he had stated before he could not lawfully perform since his action would have none of his words.[105]

There is another executive order issued by President Obama that falls short of expanded presidential powers. The order required contractors making money *"more than $500,000 from the federal government to disclosure"* violations of labor law and guided federal agencies granting contracts to reassess the disclosures and value whether or not they were bringing out a deprival of entirety and professional ethics that *"should figure in federal contracting decisions."*[106] The district court issued a preliminary injunction against implementing the order by virtue of its unlawfully made addition to particular contractual obstacles found in relevant labor law.[107] The court also stated that the executive order violated both *"free speech rights by compelling speech"* and *"due process rights by requiring reporting of non-final agency allegations of labor law violations."*[108]

When President Trump entered office after succeeding Obama, he issued more executive orders in his first one hundred days than any his predecessors since President Truman.[109] Furthermore, most of his orders were

---

[102] **RHEINSTROM**, 2017, P. 444. (Some argue that Obama's DAPA and DACA actions are more likely to be considered as executive actions or programs rather than executive orders.)

[103] **RHEINSTROM**, 2017, P. 444.

[104] **PRAKASH**, 2018, P. 641.

[105] **PRAKASH**, 2018, P. 641.

[106] **DRIESEN**, 2019, P. 520.

[107] **DRIESEN**, 2019, P. 520.

[108] **DRIESEN**, 2019, P. 520.

[109] **RHEINSTROM**, 2017, P. 433.

challenged on the grounds of legality and legitimacy.[110] It was argued that Trump's executive orders *"challenge constitutional protection of religious freedom, equal protection, ..., and Congressional control of the purse."*[111]

President Trump issued an executive order called *"Protecting the Nation from Foreign Terrorist Entry in the US (EO-13769),"* that was popularly known as the *"Travel Ban."*[112] The order suspended the confirmation of visas to people who came from the seven Islamic countries for ninety days (§2), suspended the US Refugee Admissions Program (USRAP) for 120 days (§6(a)), and decreased the refugee cap to 50,000 (§6(b)).[113]

Since its promulgation, The Travel Ban order resulted in many lawsuits throughout the country challenging the order's constitutionality.[114] First of all, the order challenged a constitutional rule of religious discrimination, which forbids interrupting with the independent practice of religion or encouraging the foundation of state religion.[115] This religion article also forbids the government from externalizing *"religious animus."*[116] More so, it challenged the constitutional rule of equal protection that forbids religious discrimination and limits discrimination pursuant to national origin.[117] Furthermore, the order challenged constitutional rights to due process in ceasing fundamental rights, especially the right to travel.[118]

Most of the courts dealing with the constitutionality of the order of the Travel Ban granted preliminary injunctions with concerns that the order infringed the constitutional forbiddance of religious discrimination.[119] The Supreme Court later overturned a preliminary injunction against that or-

---

[110] **DRIESEN**, 2019, P. 489.

[111] **DRIESEN**, 2019, P. 487.

[112] Exec. Order No. 13769, 82 Fed. Reg. 8977 (Feb. 1, 2017); **DRIESEN,** 2019, P. 487.

[113] **RHEINSTROM,** 2017, P. 441.

[114] **RHEINSTROM**, 2017, P. 442; **DRIESEN,** 2019, P. 499.

[115] **DRIESEN**, 2019, P.499; Washington v. Trump, 847 F.3d 1151, 1167 (9th Cir. 2017), https://caselaw. findlaw.com/us-9th-circuit/1863628.html; Aziz v. Trump, 234 F. Supp. 3d 724, 736 (E.D. Va. 2017), https://www.leagle.com/decision/infdco20170214d23.

[116] **DRIESEN**, 2019, P. 499.

[117] **DRIESEN**, 2019, P. 500; Washington, 847 F.3d at 1167.

[118] **DRIESEN**, 2019, P. 501; Washington, 847 F.3d at 1164.

[119] Washington, 847 F.3d 1151, 1167; Aziz, 234 F. Supp. 3d at 736; **DRIESEN**, 2019, P. 499. (In response, President Trump has amended the travel band two times since it's promulgation.)

der.[120] This action of the Court was criticized for two main reasons. First, it was argued that President Trump's neglect to seek advice from the US Department of Justice (DOJ) in issuing the order presents disrespect for the rule of law.[121] Second, it was argued that the Court did nothing in regard to the constitutionality of the order. It was argued that it chose not to review the claim of President Trump's religious discrimination with the intent of protecting following President's autonomy to preserve national security free from functional judicial enquiry in immigration cases.[122]

There are two more executive orders issued by President Trump that are important to mention because it was argued that both of them assaulted Congressional check on budgets.[123] The first one is the order of *"Enhancing Public Safety in the Interior of the US (EO-13768),"* which has been known as the *"Sanctuary Cities Order."*[124] That order held the declared objective of improving implementation of immigration law in the US, and asked for an amendment in immigration implementation initiatives, especially a need for financing limitations on sanctuary cities.[125] The second one is the order of *"Border Security and Immigration Enforcement Improvements (EO-13767)"* known as the *"Wall Order"* that required *"the building of a border wall, increasing deportation resources, ending the catch and release program, and expanding expedited."*[126]

The Sanctuary Cities Order was criticized for maintaining a presidential authority to retain federal funds reserved by Congress pursuant to the President's personal policy preferences. This led the President to seize the authority of Congress to determine where the funds had to be allocated per time and according to constitutional priorities.[127] In fact, the Ninth Circuit in City and Cty. of San Francisco v. Trump case hold that *"no reasonable argu-*

---

[120] Trump v. Hawaii, 138 S. Ct. 2392, 2423 (2018), https://casetext.com/case/trump-v-hawaii-4; **DRIESEN,** 2019, P. 499.

[121] **DRIESEN**, 2019, P. 499.

[122] **DRIESEN,** 2019, P. 499-500.

[123] **DRIESEN**, 2019, P. 505.

[124] Exec. Order No. 13768, 82 Fed. Reg. 8799 (Jan. 30, 2017); **RHEINSTROM**, 2017, P. 434.

[125] Exec. Order No. 13768, 82 Fed. Reg. 8799 (Jan. 30, 2017); **RHEINSTROM**, 2017, P. 434.

[126] Exec. Order No. 13767, 82 Fed. Reg. 8793 (Jan. 30, 2017); **RHEINSTROM**, 2017, P. 439-440.

[127] City and Cty. of San Francisco v. Trump, 897 F.3d 1225, 1240-43 (9th Cir. 2018), https://www.leagle. com/decision/infco20180801123; **DRIESEN**, 2019, P. 505.

ment" could advocate President Trump's action in issue.[128] Similarly, the Wall Order was criticized for maintaining a presidential authority to invest the money in a wall project that Congress has not reserved the fund for it.[129] To sum up President Trump's administration, the executive orders he issued have been considered as a treat to the constitutional separation of powers, the rule of law, and individual liberties.

2. CONCLUSION

In conclusion, this article first argues that the American presidential executive power has shifted to a different version that the framers of the US Constitution intended from the beginning. This has been ascertained by analyzing the nature and development of issuance of American model of executive orders specifically as it relates to executive power. In reaching this conclusion, it was found out that the framers instituted separation of powers not on the grounds of rigid separated powers, but with concerns of *"separated institutions sharing powers."*[130] It was expected that each branch of government would consider the balance and accountability then reciprocate by behaving accordingly in order to secure the rule of law and liberties and to prevent tyranny.

The US Constitution apportions functions and powers of each brand broadly. However, it leaves distinguished space for dual concurrence that mostly result in conflicts between Congress and presidents due to their issuance of executive orders as a policy making tool. In fact, earlier American presidents used executive orders basically as administrative tools to advance their leadership. However, they have of late been occasionally used in lieu of the legislative activities, which have led executive orders being taking to courts on the grounds of their constitutionality and legitimacy. This is due to the ambiguity behind them because neither the Constitution nor the Congress defines executive orders and any specific provision in the Constitution authorizes the President to issue such orders.[131]

However, the article indicates that only a few executive orders were overturned in their integrity by the courts up until now, which reflects an

---

[128] San Francisco, 897 F.3d at 1234-1235; **DRIESEN**, 2019, P. 505.

[129] **DRIESEN,** 2019, P. 505-506.

[130] **FLEISHMAN & AUFSES**, 1976, P. 3.

[131] **CONTRUBIS**, 1999, P.1.

intense judicial deference granted to presidents in carrying out their executive powers. In this regard, the Steel Seizure case that is still the leading case[132] has set the standards for presidential authority to issue executive orders and for courts to evaluate and comprehensively review such authority.[133] Accordingly, an executive order will be legitimate and valid if only it is derived from the Constitution itself or from a statute.[134] The importance of this case is that it has strengthened the significance of a separation of powers, ruling that the executive order issued by President Truman was wholly legislation. More so, the only role he had as a President was to ensure that the laws were faithfully executed in regard to the constitution.[135] In other words, the Court verified, *"the President is the executor of the laws, not the lawmaker."*[136]

Presidents that followed Truman have been inclined to stay more secure in the scope of the Steel Seizure case.[137] However, the article confirms that more recent presidents like Clinton,[138] George W. Bush,[139] Obama,[140] and the current President, Trump,[141] have all been criticized for using expanded presidential powers. The criticism has on the grounds of unconstitutional issuance of executive orders; additionally, many of their orders were challenged by courts.

Most importantly, the article argues that the executive branch and more so the President has become more powerful over the years. Initially, the President was normally required to use some constitutional unilateral powers in order to secure the balance and accountability as an obligation of the American model of separated powers, transitioned into the extensive use of executive orders to bypass Congress especially in times of war and economic crisis. This kind of presidential execution has been criticized as the Presi-

---

132 **BRANUM**, 1976, P. 63.

133 **CONTRUBIS**, 1999, P. 7; **BRANUM**, 1976, P. 62; Youngstown, 343 U.S. at 635-637.

134 Dames & Moore v. Regan, 453 U.S. 654, 668 (1981), https://www.law.cornell.edu/supreme court/text/453/654; **BRANUM**, 1976, P. 63.

135 Youngstown, 343 U.S. at 587-588.

136 Youngstown, 343 U.S. at 587; **BRANUM,** 1976, P. 61.

137 **GAZIANO**, 2001, P. 8.

138 **BRANUM**, 1976, P. 35, 38.

139 **PRAKASH**, 2018, P. 627, 637.

140 **PRAKASH**, 2018, P. 629.

141 **DRIESEN**, 2019, P. 489.

dent's legally groundless and unjustifiable inclination or action to function as a lawmaker and occasionally occurred under the mercies of courts since courts have granted intense judicial deference to presidents in carrying out their executive powers. Based on the analysis, the article also argues that an expansion of executive power has now become a governmental treat to the constitutional separation of powers, the rule of law, individual liberties, and democracy in the US,[142] even the US has been considered as one of the countries with a successful democratic presidential system in the world.[143]

---

[142] **RHEINSTROM**, 2017, P. 445; **DRIESEN**, 2019, P. 489; **GUSTAFSON**, P.50; **PRAKASH,** 2018, P. 637-640; **GAZIANO**, 2001, P. 2; **FLEISHMAN & AUFSES,** 1976, P. 6.

[143] **FREEMAN**, 2017, P.253-282; **SARGENTICH**, 1993, P.579-592.

BIBLIOGRAPHY

Books and Articles

BRANUM Tara L., President or King? The Use and Abuse of Executive Orders in Modern- Day America**, J. Legis.,** Vol. 28, 2002, P.1-86.

CALABRESI Steven G., The Virtues of Presidential Why Professor Ackerman is Wrong to Prefer the German the U.S. Constitution, **Const. Comment**, Vol.18, 2017, P.51-104.

CASH Robert B., Presidential Power: Use and Enforcement of Executive Orders, **Notre Dame L. Rev.,** Vol.39, 1963, P.44-55.

CONTRUBIS John, Executive Orders and Proclamations, **CRS Report for Congress,** https://fas.org/sgp/crs/misc/95-772.pdf, 1999, P.1-26.

COOPER Phillip J., **By Order of the President: The Use & Abuse of Executive Direct Action**, University Press of Kansas, 2002.

DRIESEN David M., President Trump's Executive Orders and the Rule of Law, **UMKC Law Review**, Vol. 87, No. 3, 2019, P.489-524.

FLEISHMAN Joel L. & AUFSES Arthur H., Law and Orders: The Problem of Presidential Legislation, **Law and Contemporary Problems**, Vol.40, No.3, 1976, P.1-45.

FREEMAN Mark, Constitutional Framework and Fragile Choosing between Parliamentarianism, Presidentialism Semipresidentialism, **Pace Int'l L. Rev**., Vol. 12, 2017, P.253-282.

GAZIANO Todd F., The Use and Abuse of Executive Order and Other Presidential Directives, **Heritage Foundation Legal Memorandum Executive Summary**, No.2, 2001, P.1-86.

GUSTAFSON Tyler, The Modern American Presidency: How the Executive Branch Has Changed, **Grove City College Journal of Law and Public Policy**, Vol. 10, 2019, P.49-70.

HEBE William, Executive Orders and the Development of Presidential Power, **Vill. L. Rev**., Vol.17, 1972, P. 688-712.

IVEY Lisa M., Ready, Aim, Fire? The President's Executive Order Authorizing Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War on Terrorism is a Powerful Weapon, But Should it be Upheld?, **Cumb. L. Rev.,** Vol.33, 2002, P.107-134.

MAYER Kenneth R., **With the Stroke of a Pen: Executive Orders and Presidential Power**, Princeton University Press, Princeton, NJ, 2001.

MONAGHAN Henry P., The Protective Power of the Presidency, **Colum. L. Rev**. Vol.93, 1993, P.1-74.

NEWLAND Erica, Executive Orders in Court, **The Yale Law Journal**, Vol. 124, No. 6, 2015, P.2026-2099.

PAULSEN Michael S., The President and the Myth of Judicial Supremacy, **University of St. Thomas Law Journal**, Vol. 14, No. 3, 2018, P.602-626.

PRAKASH Saikrishna Bangalore, The Past, Present, and Future of Presidential Power, **University of St. Thomas Law Journal**, Vol. 14, No. 3, 2018, P.627-649.

RHEINSTROM Julie, Current Developments: One Hundred Days of President Trump's Executive Orders, **Georgetown Immigration Law Journal,** Vol. 31, No. 2, 2017, P.433-446.

SARGENTICH Thomas O., The Presidential and Parliamentary Models of National Government, **American University International Law Review**, Vol. 8, No. 2/3, 1993, P.579-592.

STERLING John A., Above the Law: Evolution of Executive Orders (Part One), **Uwla L. Rev.,** Vol. 31, 2000, P.99-103.

TURNER Ronald, Banning the Permanent Replacement of Strikers by Executive Order: The Conflict Between Executive Order 12954 and the NLRA, **J.L. & Pol.,** Vol.12, 1996, P.1-15.

WATTS Kathryn A., Controlling Presidential Control, **Mich. L. Rev**., Vol.114, 2016, P.683, 745.

WHITE Adam J., Executive Orders as Lawful Limits on Agency Policymaking Discretion, **Notre Dame Law Review,** Vol.93, No.4, 2018, P.1569-1598.

WRIGHT Andrew M, Presidential Executive Orders, **Arkansas Lawyer,** Vol. 52, No. 3, 2017, P.30-33.

Court Decisions

Aziz v. Trump, 234F. Supp. 3d 724, 736 (E.D. Va. 2017), https://www. leagle.com/decision/infdco20170214d23.

Bldg. & Constr. Trades Dep't v. Allbaugh, 172 F. Supp. 2d 138 (D.D.C. 2001), https: // casetext.com/case/building-const-trades-dept-v-allbaugh.

Chamber of Commerce v. Reich, 74 F.3d 1322, 1324 (D.C. Cir. 1996), https://casetext. com/case/chamber-of-commerce-of-us-v-reich-2.

City and Cty. of San Francisco v. Trump, 897 F.3d 1225, 1240-43 (9th Cir. 2018), https:// www.leagle .com/decision/infco20180801123.

Dames & Moore v. Regan, 453 U.S. 654, 668 (1981), https:// www.law.cornell.edu/ supreme court/text/453/654.

Farkas v. Texas Instrument 5 Inc., 372 F.2d 629 (5th Cir. 1967), https://law. justia.com/ cases/federal/appellate-courts/F2/375/629/130852/.

Sherley v. Sebelius, 689 F.3d 776, 784 (D.C. Cir. 2012), https://casetext.com/case/ sherley-v-sebelius-4.

The Prize Cases, 67 U.S. 635, 668 (1862), https://www.law.cornell.edu/supremecourt/ text/67/635.

Trump v. Hawaii, 138 S. Ct. 2392, 2423 (2018), https://casetext.com/case/trump-v-hawaii-4.

Utah Ass'n of Counties v. Bush, 316 F. Supp. 2d 1172, 1183 (D. Utah 2004), https://www. courtlistener.com/opinion/2578208/utah-assn-of-counties-v-bush/.

Washington v. Trump, 847 F.3d 1151, 1167 (9th Cir. 2017), https://caselaw. findlaw. com/us-9th-circuit/1863628.html.

Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer 343 U.S. 579, 589 (1952), https://www.law. cornell.edu/supremecourt/text/343/579.

Executive Orders

Exec. Order No. 10340, 17 Fed.Reg. 3139 (1952).

Exec. Order No. 13767, 82 Fed. Reg. 8793 (Jan. 30, 2017).

Exec. Order No. 13768, 82 Fed. Reg. 8799 (Jan. 30, 2017).

Exec. Order No. 13769, 82 Fed. Reg. 8977 (Feb. 1, 2017).

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2020; 2: 653-732

TÜRK CEZA MUHAKEMESİNDE SERİ MUHAKEME USULÜ VE MUKAYESELİ HUKUKTAKİ BENZER USULLER(*)

Av. Dr. Ayşe Özge ATALAY(**)

Öz: 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 2012 yılında yürürlükten kaldırılan 250'nci maddesi, 2019 yılının sonunda gerçekleştirilen yargı reformu kapsamında yürürlüğe giren 7188 sayılı kanunla, başlığı ile birlikte yeniden düzenlenmiş ve seri muhakeme usulü, ceza muhakemesi hukukumuza kazandırılmıştır. Seri muhakeme usulü, kanunda katalog halinde belirtilen bazı suçlar açısından, soruşturma evresinin sonunda kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilmediği hâllerde uygulanması takdir edilen bir usul olup temel gayesi muhakeme sürecinin kısaltılmasını sağlamaktır. Seri muhakeme usulü hem kıta Avrupası hem de Anglo-Sakson hukuk sistemlerine dâhil olan ülkelerde farklı isimler altında uygulanan bazı usuller ile benzerlikler de arz etmektedir. Ülkemiz açısından yeni bir kurum olan seri muhakeme usulünün uygulanması esnasında yaşanabilecek sorunların ve gelecekte iyileştirilmesi bakımından ihtiyaç duyulacak örneklerin tedarik edilmesi bakımından, mukayeseli hukuk uygulamaları önemli bir kaynak teşkil etmektedir ve yakından incelenmelerinde fayda bulunmaktadır. Bu düşünce çerçevesinde, çalışmamızın ilk bölümünde seri muhakeme usulü, henüz uygulamaya yansıyan çok fazla örnek bulunmaması nedeniyle, teorik açıdan incelenecek ardından ikinci bölümde mukayeseli hukukta yer alan benzer müesseseler, karşılaştırma yapılarak açıklanacaktır. Sonuç bölümünde ise, incelenen farklı müesseselerin avantajlı unsurlarından da yola çıkılmak suretiyle, seri muhakeme usulünün uygulanışı bakımından bazı önerilere yer verilecek ve görüşlerimiz sunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Seri Muhakeme, Ceza Muhakemesi, *Plea Bargaining*, Hızlandırılmış Muhakeme, Ceza Kararnamesi.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 04.04.2020. Makale Kabul Tarihi: 11.06.2020.

(**) İstanbul Barosu Avukatı (ORCID kimlik no: 0000-0001-6969-5312; *aysemulder@gmail.com*).

SPEEDY PROCEDURE IN TURKISH CRIMINAL PROCEDURE AND SIMILAR PROCEDURES IN COMPARATIVE LAW

Abstract: Article 250 of Turkish Criminal Procedure Code No. 5271, which was repealed in 2012, re-regulated with its title by the Act No. 7188 within the scope of the judicial reform carried out at the end of 2019, and speedy procedure was included in our criminal procedure. The speedy procedure means application of a special proceeding for some catalog crimes set out in the Code, in cases where it is not decided to postpone the public prosecution at the end of the investigation phase, and its main purpose is shortening the judicial process. Speedy procedure also has similarities with some other procedures applied under different names in countries of continental Europe and Anglo-Saxon legal systems. Comparative law practices constitute an important resource in terms of providing solutions for the problems that may occur during the application of speedy procedure, which is a new institution for our country, and the examples that will be needed for improvement in the future, hence it is worth to examine them closely. In the framework of this idea, in the first part of our study, speedy procedure will be examined theoretically, since there are not many examples reflected in the application, then in the second part, the similar institutions in comparative law will be explained by comparison. In the conclusion part, some suggestions will be given, and our opinion will be presented in terms of the application of speedy procedure based on the advantageous sides of the different institutions examined.

Keywords: Speedy Procedure, Criminal Procedure, Plea Bargaining, Accelerated Proceeding, Penal Order.

GİRİŞ

Dünyadaki tüm hukuk sistemleri, yargı organlarının giderek artan iş yükü karşısında çeşitli açılardan zorluklar yaşamaktadır. Bu iş yükü temel olarak, suçların çeşitlenmesi, nüfusun artışı, suçluların sayısındaki artış gibi sebeplerin varlığı karşısında tüm bunlar ile mücadele uğruna sarf edilecek kaynakların yetersizliğine bağlanmaktadır[1]. Uluslararası ve ulusal düzeyde

---

[1] AMBOS Kai / HEINZE Alexander, "Abbreviated Procedures in Comparative Criminal Procedure: A Structural Approach with a View to International Criminal Procedure", **Abbreviated Criminal Procedures for Core International Crimes**, BERGSMO Morten (Editor), TOAEP, Brüksel, 2017, s. 27; JEHLE Jörg-Martin, "The Function of Public Prosecution within the Criminal Justice System Aim, Approach and Outcome of a European Comparative Study", **Coping with Overloaded Criminal Justice Systems,** JEHLE Jörg-Martin / WADE

koruma altına alınan, vazgeçilemeyecek bir ilke olan adil yargılanma, yargılamanın makul sürede sonuçlandırılmasını da alt ilkesi olarak öngörmektedir. Ceza adalet sistemi organları bir yandan ağır iş yükü ile mücadele edip diğer yandan makul sürede yargılanma hakkını gözetebilmek adına kaçınılmaz olarak ağır suçların etkili bir şekilde soruşturulması, kovuşturulması ve yaptırımının belirlenmesi amacıyla hareket ederek hafif nitelikteki suçların muhakemesi açısından olağan kuralların dışında bazı özel usulleri benimseyip uygulamak durumunda kalmaktadır. Bu çerçevede, yargının ağır iş yükü karşısında adaletin tatmin edici bir şekilde yerine getirilebilmesi ve etkin bir yargılama sürecinin yürütülebilmesi adına, alternatif çözüm yollarının geliştirilmesi ve uygulanması önem taşımaktadır[2]. Muhtemelen herkesi tatmin edebilen bir ceza adalet sistemi hiçbir zaman var olmamıştır; ancak ceza adalet sisteminin, fail, mağdur ve geniş ölçüde toplumun çıkarları bakımından bir denge sağlaması gerekmektedir[3]. Bu nedenle, ceza muhakemesi sistemlerinin iyileştirilmesi bakımından sarf edilen tüm gayretlerin bir amacı ceza adalet sisteminin etkinliğini arttırmak iken diğeri ise insan haklarına ilişkin daha iyi bir koruma sunmaktır[4].

Gerek beşerî gerekse ekonomik kaynakların sınırlı olması nedeniyle, tüm ceza dosyalarının aleni bir duruşma açılarak tüm yönleriyle tartışılıp yargılanması her zaman için mümkün olmadığından[5], özel muhakeme usulleri kapsamında kimi zaman mahkeme huzurunda gerçekleştirilen bazı işlemler hızlandırılmakta kimi zaman ise savcılık nezdinde gerçekleştirilen çözümlere ağırlık verilmektedir. Doktrinde *Eser* tarafından yapılan bir gruplandırmaya göre, Avrupa'da ceza muhakemesi sürecini kısaltmayı hedefle-

---

Marianne (Editörler), Springer, Heidelberg, 2006, s. 5; THAMAN Stephen C., "The Penal Order: Prosecutorial Sentencing as a Model for Criminal Justice Reform?", **The Prosecutor in Transnational Perspective**, LUNA Erik / WADE Marianne L. (Editörler), Oxford University Press, New York, 2012, s. 156; DEĞİRMENCİ Olgun, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü", **Ankara Batı Adliyesi Dergisi**, Yıl: 2, Sayı: 3, Ocak-Haziran 2020, s. 16.

2 ÖZBEK Mustafa, "Dünya Çapındaki Adalete Ulaşma Hareketiyle Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2002, Cilt: 51, Sayı: 2, s. 155.

3 GREVE Hanne Sophie, "The Role of Abbreviated Criminal Proceedings", **Abbreviated Criminal Procedures for Core International Crimes**, BERGSMO Morten (Editör), TOAEP, Brüksel, 2017, s. 261.

4 ESER Albin, "The Acceleration of Criminal Proceedings and the Rights of the Accused: Comparative Observations as to the Reform of Criminal Procedure in Europe", **Maastricht Journal of European and Comparative Law**, Yıl: 1996, Cilt: 3, Sayı: 4, s. 341.

5 GREVE, s. 262.

yen usuller beş farklı temele dayanmaktadır ve bunlar mevcut ön soruşturma işlemlerinin hızlandırılması, bazı yeni usullerin kabul edilmesi, soruşturma evresi işlemlerinin geçerliliğinin artırılması, cezaların indirilmesi, duruşmaların basitleştirilmesi veya kanun yollarına ilişkin kısıtlamalar getirilmesi şekillerinde karşımıza çıkmaktadır[6].

Ülkemiz de alternatif çözüm yollarını ceza muhakemesi hukuku sistemine dâhil eden ülkelerden biri olmuştur ve her geçen gün yeni usulleri benimsemeye devam etmektedir. Bu kapsamda ele alınabilecek son değişiklikler, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na yapılan ek ile seri muhakeme usulü ve basit yargılama usulünün hukuk sistemimize kazandırılması olmuştur. Bu iki kurum her ne kadar hukukumuz için yeni olma niteliği arz etse de gerek Anglo-Sakson hukuk sistemini benimseyen ülkeler gerekse Kıta Avrupası hukuk sistemine dâhil olan ülkeler açısından farklı isimler altında ve değişik özellikler ile uygulanan kurumlar ile çeşitli açılardan benzerlik taşımaktadır. Unutulmamalıdır ki, bir ülkenin muhakeme hukukunda mevcut sorunlar karşısında, farklı bir hukuk sisteminde, hatta aynı hukuk sistemine dâhil başka bir ülkede başarılı şekilde uygulanan bir usulün aynen iktibas edilmesi her zaman doğru bir çözüm sunmayacaktır. Zira söz konusu başarılı uygulama, o ülkenin hukuk sistemi kadar toplumunun kültürel ve sosyal yapısı ile de yakından ilişkili olmaktadır[7]. Bu sebeple ceza muhakemesi hukukunda muhakeme süresini kısaltan usullerin mukayeseli olarak incelenmesi hem hukukumuz açısından gelecekte tezahür edebilecek sorunlara çözüm önerileri sunmak hem de yeni uygulamaya başladığımız bu kurumları doğru anlayıp tatbik etmek ve daha da geliştirebilmek adına fayda sağlayacaktır.

Bu amaç doğrultusunda, çalışmamızın ilk bölümünde, CMK md. 250'de temel hususları ve ilgili yönetmelikte detayları düzenlenmiş olan seri muhakeme usulü tüm yönleri ile ayrıntılı olarak incelenecek, uygulanabilme koşulları ve uygulanma aşamaları tek tek ele alınacak, uygulanamayacağı bazı durumlar açıklanacak ve tüm bunlar yapılırken ceza muhakemesi hukukunun ilgili diğer kavramlarıyla da bağlantılar kurulacaktır. İkinci bölümde ise, mukayeseli hukukta kimi zaman ceza kararnamesi kimi zaman hızlandırıl-

---

6 ESER, s. 344.

7 BALO Yusuf Solmaz / ÇETİNTÜRK Ekrem, "Amerika Birleşik Devletleri Ceza Hukuku Uygulamasında Savcı-Sanık Pazarlığı ve Türkiye'de Uygulanabilirliği", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 2013, Cilt XVII, Sayı 1-2, s. 1284.

mış muhakeme adı altında ele alınan benzer uygulamalar açıklanacak ve her birinin Türk ceza muhakemesi hukukundaki seri muhakeme usulü ile benzer ve farklı yönleri açısından karşılaştırmalar yapılacaktır. Sonuç bölümünde ise, incelenmiş olan tüm hususlardan yola çıkılmak suretiyle, hukukumuza yeni dâhil edilen bu usulün iyileştirilmesi ve hukukun temel ilkelerine sadık kalınarak uygulanması için bazı öneriler sunulmaya çalışılacaktır.

I. TÜRK CEZA MUHAKEMESİNDE SERİ MUHAKEME USULÜ

1. Genel Olarak

2019 yılında yargı reformu kapsamında yürürlüğe giren 7188 sayılı Kanun ile, özellikle ceza adalet sistemimizde bazı önemli değişiklikler yapılmış ve birtakım yenilikler getirilmiştir. Bu kapsamda, çalışmamızın konusunu teşkil eden seri muhakeme usulü de hukukumuza kazandırılmıştır. Kapsamlı bir şekilde inceleyeceğimiz seri muhakeme usulü, özü itibarıyla, bazı hafif suçlar açısından muhakeme sürecini kısaltmak suretiyle yargının iş yükünün azaltılması gayesine hizmet eden ve Cumhuriyet savcısı tarafından yürütülen özel bir ceza yargılaması usulü olma niteliği taşımaktadır. Bu gayenin benimsenmesi, ceza muhakemesinin temel amacı olan "maddi gerçeğin ortaya çıkarılması"nın bertaraf edildiği gerçeğini de ortaya koymaktadır. Şüphesiz ki, işlenen suç sayısının ve buna bağlı olarak yargı makamlarının önüne gelen dosyaların sayısındaki artış karşısında ceza adalet sisteminin etkinliğini ve güvenilirliğini korumak adına bazı çözümler düşünülmesi kaçınılmazdır, ancak makul sürede yargılanma hakkını baskın kabul ederek muhakeme hukukunun genel ilkelerini feda etmenin, yani iki önemli haktan biri arasında tercih yapmanın, beraberinde önemli sorunlar getireceğinin de unutulmaması gerekmektedir. Ceza muhakemesinin süresini kısaltan özel usuller, ceza adalet sisteminin etkinliğinin sağlanması bakımından bir araç olma niteliği arz etmektedir[8] ve bu aracın en doğru şekilde kullanılmasını bilmek, büyük önem taşımaktadır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, seri muhakeme usulünün 01.01.2020 tarihinden itibaren yürürlüğe gireceği ve bu tarih itibarıyla kovuşturma evresine geçilmiş, hükme bağlanmış veya kesinleşmiş dosyalarda seri muhakeme usulünün uygulanmayacağı şeklinde düzenleme yapılmış, geçmişe dönük uygulama yapılması mümkün görülmemiştir. Bu durum göstermektedir ki,

---

[8] GREVE, s. 265.

01.01.2020 tarihi itibarıyla, seri muhakeme usulünün hukukumuza girmesi ile, ceza muhakemesinde oluşturulan kademeli sisteme adeta yeni bir basamak daha eklenmiştir. Zira ön ödeme, uzlaştırma, kamu davasının açılmasının ertelenmesi şeklindeki alternatif usullerin ardından, genel muhakeme usulünün uygulanabilmesinden önce, seri muhakeme usulü de yeni bir basamak olarak sistem içindeki yerini almıştır.

7188 sayılı Kanun'un gerekçesi incelendiğinde görülmektedir ki, seri muhakeme usulüne ilişkin olarak Almanya, İtalya ve Fransa gibi, Avrupa Konseyi üyesi pek çok ülke örnek gösterilerek bu usulün kabul edilmesinin, yalnızca iş yükü baskısını hafifletmeye değil, işlenen basit suçlara hızlı ve etkili bir karşılık vermek suretiyle, bozulan kamu düzeninin yeniden tesis edilmesine de odaklanıldığı belirtilmektedir. Şüphesiz ki bu amaçlar önem taşımakta ve yerindelik arz etmektedir, ancak eleştirilecek hususlar gerekçeden itibaren kendilerini ortaya koymaktadır.

Gerekçede, mahkemenin seri muhakeme usulü bakımından hüküm ve denetim makamı olduğu belirtilmektedir, ancak detaylı incelemede görüleceği üzere, mahkeme aslında yalnızca bir onay veya ret makamı olarak görev yapabilecek hâle gelmektedir, çünkü esasen hüküm mahkeme tarafından kurulmamaktadır. Hükmü açıklamak görevi mahkemeye aittir, ancak bu hüküm Cumhuriyet savcısı tarafından belirlenen bir hüküm olmaktadır. Oysaki hüküm, ancak ceza muhakemesinin kovuşturma evresinin tamamlanması sonucunda ortaya çıkabilecektir. Seri muhakeme usulünün uygulanmasında ise, hakkında bir hüküm veriliyor olsa da sanık, kanuni hâkim güvencesi, adil yargılanma, aleni olarak yargılanma ve tanık dinletme gibi çok önemli haklarından feragat etmektedir.

Gerekçede yer alan ve dikkat çeken bir diğer husus, "belirli bir önem derecesi altındaki suçlarda muhakeme sürecinin formalitelerden arındırılması" ifadesine yer verilmesidir. Elbette ki, bu ifadede formalite tabiri ile kastedilen husus, hukuken yerine getirilmesi zorunlu olan prosedürlerdir, ancak şayet muhakeme sürecini uzatan, yerine getirilmesi zorunlu olmayan, daha hızlı veya alternatif yöntemler ile halledilebilecek işlemler varsa, bunların tüm suçlar açısından uygulanması ve bu sayede ceza muhakemesinin topyekûn hızlandırılması esas fayda sağlayan husus olacaktır.

Yine gerekçede yer alan, ancak kanaatimizce yanlış ifade edilen bir husus da susma hakkına ilişkin sözcükler olmaktadır. Gerekçede, susma hakkının karşılığı olarak sorumluluğu kabul etme hakkının varlığına değinilmiştir. Oysa-

ki, susma hakkının karşıtının, sorumluluğun kabul edilmesi olarak algılanması son derece yanlış olacaktır. Susma hakkını kullanmayıp açıklama yapmayı tercih eden bir şüpheli ya da sanık, mutlaka ceza sorumluluğunu kabul etmeyecek, aksine yaptığı açıklamalar ile kendisini savunabilecektir[9]. İster açıklamalar yaparak ister susarak, şüpheli ya da sanığın kendisini savunması mümkün olmaktadır[10], çünkü susmak da bir savunma şekli olarak kabul görmektedir.

Türk ceza muhakemesinde seri muhakeme usulünün uygulanmasına ilişkin hukuki temeller, 7188 sayılı Kanun md. 23 ile başlığıyla birlikte yeniden düzenlenen 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu md. 250 ve CMK md. 250'yi dayanak alarak yürürlüğe giren Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme Yönetmeliği'nden ibarettir[11]. Gerek CMK md. 250 gerekse ilgili yönetmelik, seri muhakeme usulünün uygulanabilmesi için gerekeli olan koşulları, bu usulün uygulanmasına ilişkin aşamaları, bilgilendirme ve teklife ilişkin detayları, usulün uygulanamayacağı hâlleri ve bazı özel durumları düzenlemektedir. Aşağıda ilgili başlıklar altında, tüm bu düzenlemeler ayrıntılı olarak incelenecektir.

Seri muhakeme usulünün, henüz bu konuda yapılan çalışmaların sayısı az olmakla birlikte, doktrinde hukukumuz açısından bir gereklilik olarak görüldüğünü söylemek mümkün olacaktır[12]. Bizce de seri muhakeme usulünün uygulanması önemli bir ihtiyacı karşılayacaktır, ancak mukayeseli hukukta uzun yıllardır uygulanan, köklü hâle gelmiş kurumları yakından inceleyip insan hakları ve hukukun temel ilkeleri bakımından oluşabilecek aykırılıkları ortadan kaldıracak hamleler ile kendi hukuk sistemimize adapte ederek uygulamak önem taşımaktadır. Bu şekilde titiz bir ön çalışma yapmamak veya kendi dinamikleri dâhilinde olumlu sonuçlar veren bir usulü, doğrudan alarak kendi sistemimize dâhil etmeye çalışmak beraberinde büyük sorunlar da getirecek, mevcut sorunları ortadan kaldırmaya çalışırken yenilerinin doğumuna neden olacaktır.

---

9 SCHUSTER Frank Peter, "İnsan Hakları ve İnsan Onuru Kavramlarının Alman Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemlerindeki Etkisi", (çev. Ayşe Özge Atalay), **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 10, Sayı: 135, Kasım 2015, s. 187.

10 HAYDAR Nuran, **Susma Hakkı**, Seçkin, Ankara, 2019, s. 29.

11 Resmî Gazete Tarihi: 31.12.2019, Sayısı: 30995 (4. Mükerrer)

12 AYGÖRMEZ-UĞURLUBAY Gülsün Ayhan / HAYDAR Nuran / KORKMAZ Mehmet, "Seri Muhakeme Usulüne İlişkin Sorunlar", **ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2019, Sayı: 2, s. 302; KIZILARSLAN Hakan, "7188 Sayılı Kanun'la Ceza Muhakemesi Hukukuna Getirilen Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usulleri", **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2019, Cilt: 14, Sayı: 183-184, s. 1896.

2. Seri Muhakeme Usulünün Uygulanma Koşulları

Seri muhakeme usulünün uygulanabilmesi için kanun koyucu tarafından bazı koşullar öngörülmüştür ve eğer bu koşulların tamamı sağlanamazsa, somut olay bakımından seri muhakeme usulünün uygulanamayacağı, duruma göre genel muhakeme usulünün tatbik edileceği yahut ceza muhakemesinin diğer müesseselerine başvurulacağı belirtilmiştir.

CMK md. 250/1'e göre, seri muhakeme usulünün uygulanabilmesi için, CMK md. 250/1-a'da sayılan suçlar bakımından soruşturma evresinin tamamlanmış olması ve kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilmemesi gerekmektedir (CMK md. 250/1). Görüldüğü üzere, birinci fıkrada üç koşul birlikte verilmiş, katalog hâlinde sayılan suçlardan birinin soruşturma konusu olması, soruşturma evresinin tamamlanması ve kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilmemesi aranmıştır. CMK md. 250/2'de ise, şüphelinin seri muhakeme usulü hakkında bilgilendirilmesi gerekliliğine yer verilmiş olup bu bilgilendirmenin, Cumhuriyet savcısı veya kolluk görevlileri tarafından yapılması öngörülmüştür (CMK md. 250/2). Böylece, dördüncü koşul olarak bilgilendirme hususuna yer verilmiştir. CMK md. 250/3'te ise, Cumhuriyet savcısı tarafından şüpheliye seri muhakeme usulünün uygulanmasının teklif edilmesi ve müdafi huzurunda şüphelinin bu teklifi kabul etmesi aranmıştır (CMK md. 250/3). Böylece son iki koşulu da teklifin yapılması ve bunun kabul edilmesi oluşturmuştur.

Sayılan tüm bu koşullar aşağıda ilgili başlıklar altında incelenecek olmakla birlikte, seri muhakeme usulü açısından dikkat çekilmesi gereken en önemli husus, bu usulün tamamen soruşturma evresine münhasır olarak gerçekleştirildiğini vurgulamak olacaktır. Seri muhakeme usulü kapsamında ceza muhakemesinin soruşturma evresi başlamakta, Cumhuriyet savcısı, soruşturma evresindeki yetkilerini kullanarak bu evreyi tamamlamakta, ancak iddianameyi hazırlayacak aşamaya gelmesine rağmen hazırlamamaktadır. Asliye ceza mahkemesi tarafından gerçekleştirilen hüküm verme süreci de yine soruşturma evresi dâhilinde kalmaktadır. Zira Cumhuriyet savcısının talepnamesine uygun şekilde hüküm kuran mahkeme, bu esnada gerçek anlamda bir kovuşturma görevi yapmamaktadır.

Seri muhakeme usulü kapsamında gerçekleştirilen tüm işlemlerin soruşturma evresi dâhilinde kaldığının kabul edilmesi, ceza muhakemesi hukukunda esas olan "safhalardan geri dönülmez" prensibi ile bağlantılı olmaktadır. Safhaların birbirlerinden ayrılmaları kesin olduğundan, tamamlanmış bir

safhanın öncesine dönülmesi mümkün olmamaktadır[13]. Daha sonra ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz üzere şayet, görevli ve yetkili mahkeme tarafından Cumhuriyet savcısının talepnamesi reddedilirse veya şüpheli, kendisi hakkında seri muhakeme usulünün uygulanmasından vazgeçerse, bu takdirde soruşturma evresi genel hükümlere uygun şekilde kaldığı yerden devam edecektir. Bu durumun kesinlikle kovuşturma evresinden soruşturma evresine geri dönülmesi şeklinde algılanmaması gerekmektedir. Zira anılan prensip doğrultusunda böyle bir husus hiçbir zaman için mümkün olmayacaktır. Ceza muhakemesinde safhalar birbirlerini zorunlu olarak takip etmektedir. Bir safha tamamlanmadan diğerine geçilmesi söz konusu olmayacaktır. Öyle ki, muhakemenin bir unsurundan vazgeçilmesi söz konusu olabiliyorsa, bu takdir de onun safha olmadığı sonucuna varılmaktadır[14]. Yani bir safha diğerini izlemekte ve mevcut safhadan geri dönülememekte, ceza muhakemesi hep ileriye doğru hareket etmektedir.

A. Soruşturma Evresinin Tamamlanması (Yeterli Şüphe Koşulu)

Seri muhakeme usulünün uygulanabilmesi için ilk koşul, soruşturma evresinin tamamlanmış olmasıdır. Soruşturma evresinin sonuçlandırılması, Cumhuriyet savcısının o soruşturmadan bir sonuç çıkarması yükümlülüğünün yerine getirilmesi anlamını taşımaktadır. Kovuşturmaya yer olmadığı kararı da bu kapsamda varılabilecek sonuçlardan biridir, ancak kamu davası açmak için yeterli şüphe elde edilirse, iddianame düzenlenerek kamu davası açılacaktır[15].

Seri muhakeme usulünün uygulanabilmesi bakımından, soruşturma evresinin tamamlanmış olması koşulunun getirilmesi, aynı zamanda seri muhakeme usulünün uygulanabilmesi için yeterli şüphenin bulunması gerekliliğini de ifade etmektedir. Daha sonra incelenecek olduğu üzere, seri muhakeme usulünün uygulanabilmesi, kamu davasının açılmasının ertelenmemesi koşuluna da bağlanmıştır. Bunun anlamı, soruşturmayı tamamlayan Cumhuriyet savcısının öncelikle kamu davasının açılmasının ertelenmesi ihtimalini denemesi, bu mümkün olmadığı takdirde seri muhakeme usulünü uygulaması gerekliliğinin kabul edilmesidir. Kamu davasını açacak düzeyde şüpheye ulaşılması ise, yeterli şüp-

---

13 KUNTER Nurullah, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, İstanbul, 1986, s. 688.

14 KUNTER, s. 688.

15 KİTAPÇIOĞLU Tülay, **Ceza Muhakemesi Kanununda Soruşturmanın Sonuçlandırılması**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 95.

henin mevcudiyetini ifade etmektedir. Bununla birlikte doktrinde, uzlaştırma bakımından söz konusu olduğunun aksine, yeterli şüphe koşulunun açıkça belirtilmemiş olması bir eksiklik olarak nitelendirilmektedir[16].

Somut olay bakımından seri muhakeme usulünün uygulanıp uygulanamayacağının belirlenebilmesi için bir ceza soruşturmasının yürütülmesi ve hatta tamamlanmış olması gerekmektedir. Seri Muhakeme Yönetmeliği'nde (SMY) açıkça ifade edildiği üzere, seri muhakeme usulünün uygulanma kapsamına giren suçlardan birine ilişkin olarak kamu davası açılabilmesi için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilmesi üzerine, eğer kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilmezse, bu takdirde seri muhakeme usulünün uygulanması zorunluluğu doğmaktadır (SMY md. 5/2).

Soruşturma evresinin tamamlanması bir zorunluluk olarak öngörüldüğünden, aşikardır ki, öncelikle olaya ilişkin olarak bir ceza soruşturmasının başlatılmış olması gerekmektedir. Bu bağlamda, SMY md. 8/1 düzenlemesinde belirtildiği üzere, Cumhuriyet savcısı, seri muhakeme usulüne tâbi bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlayacaktır. Soruşturma konusu suçun seri muhakeme usulüne tâbi olmasının Cumhuriyet savcısının maddi gerçeği araştırma yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacağı belirtilmiştir. Kanaatimizce, bu düzenlemede soruşturma evresinin tamamlanması gerekliliğine vurgu yapılmak istenmiş olsa da bu denli karışık bir şekilde ifade edilmesinden ziyade, Cumhuriyet savcısının CMK md. 160 uyarınca, bir suç işlendiği izlenimi veren bir hâli öğrenir öğrenmez hemen işin gerçeğini araştırmakla görevi olduğuna atıfla, "CMK md. 160 uyarınca araştırmaya başlayan Cumhuriyet savcısı, söz konusu suçun seri muhakeme usulüne tâbi olduğunu tespit etse dahi soruşturmayı, maddi gerçeği ortaya çıkarma gayesi çerçevesinde tamamlayacaktır." şeklinde öz bir ifadenin tercih edilmesi daha yerinde olacaktır.

Yürütülen soruşturma neticesinde, kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi veya kovuşturma imkânının bulunmaması hâllerinde, Cumhuriyet savcısı tarafından kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilecektir (SMY md. 8/3).

---

[16] ÇULHA Rifat / DEMİRAĞ Fahrettin / OKTAR Salih / TANER Fahri Gökçen / TEZCAN Durmuş / YENİSEY Feridun, **Ceza Muhakemesi Hukuku Başvuru Kitabı**, 5. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2020, s. 28.

Soruşturma evresinin tamamlanması ardından seri muhakeme usulünün uygulanması girişiminde bulunulması pek çok açıdan önem taşımaktadır. Bu nedenle, Cumhuriyet savcılarının, soruşturma konusu suçun seri muhakeme usulü kapsamında kaldığını tespit etmesi ardından etkili bir soruşturma yürütmeden bu usule başvurması sakıncalı durumlar ortaya çıkaracaktır. Öyle ki, henüz soruşturma evresi gerçek anlamda tamamlanmadan önce seri muhakeme usulünün uygulanmasına girişilmesi ve şüpheli tarafından dosyada aleyhine bir delil bulunmaması nedeniyle bu usulün reddedilmesi ardından soruşturmaya devam edilip aleyhe yeni deliller toplanması durumunda, seri muhakeme usulünün amaçlarına hizmet etmeyecek karmaşık bir durum ortaya çıkacaktır. Bu nedenle, soruşturmanın tamamlanması gereğinin, muhakkak, iddianameyi düzenleyecek yeterli şüphenin elde edilmesi şeklinde algılanması gerekmektedir.

Diğer yandan, doğrudan seri muhakeme usulünün uygulanmaya çalışılması da oldukça yanlış sonuçlar meydana getirecektir. Cumhuriyet savcıları tarafından soruşturma evresinin olağan şekilde yürütülmesi ve iddianameyi hazırlayacak yeterli şüphe düzeyine erişilmesi gerekmektedir. Zira somut olay bakımından soruşturmaya yer olmadığı kararı (CMK md. 158/6) verilmesi ihtimali de söz konusu olabilecektir ve bu ihtimalin bertaraf edilmesi gerekmektedir.

B. Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesine Karar Verilmemesi

Seri muhakeme usulünün uygulanabilmesi için aranan koşullardan biri de kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilmemiş olmasıdır. Kamu davası açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilmesi üzerine, kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilmediği takdirde[17], seri muhakeme usulünün uygulanacağı düzenlenmiş olduğundan (SMY md. 8/4), soruşturma sonunda kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilmemesi, ilgili suç bakımından seri muhakeme usulünün uygulanabilmesi için bir şart teşkil etmektedir. Zira eğer, CMK md. 171 uyarınca kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verme imkânı mevcutsa, bu kurumun uygulanması, usul ekonomisi açısından varılmak istenen sonuca daha uygun düşeceğinden, seri muhakeme usulünün uygulanması ihtiyacını da ortadan kaldırmaktadır.

---

[17] Doktrindeki bir görüşe göre; CMK 175/1 uyarınca kamu davası, mahkeme tarafından iddianamenin kabulü üzerine açıldığından, bu kurumun esasen "kamu davasının açılmasının ertelenmesi" değil, Cumhuriyet savcısının yetkisi dâhilinde kaldığı için "iddianamenin düzenlenmesinin ertelenmesi" olarak anılması gerektiği savunulmaktadır. Bu yönde bkz. ŞARE Ersin, "Türk Hukuk Sisteminde Kabul Edilen Erteleme Kurumları Üzerine İnceleme", **TBB Dergisi**, 2014 (111), s. 167.

Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararının verilemediği durumlarda seri muhakeme usulünün uygulanması bir zorunluluk olarak getirilmiş olmakla birlikte, bu durum esasen beraberinde önemli sakıncalar da getirmektedir. Zira, kamu davasının açılmasının ertelenebilmesi için şüphelinin daha evvel kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkûm olmamış bulunması gerekmektedir (CMK md. 171/3-a). Bu koşulun varlığına rağmen, mükerrer suçlu konumundaki kişiler hakkında seri muhakeme usulünün uygulanması mümkün kılınmaktadır. Doktrinde bu duruma dikkat çekilerek, bizim de iştirak ettiğimiz şekilde, suçu meslek hâline getiren kişiler ve mükerrer suçlular bakımından seri muhakeme usulünün uygulanmaması gerektiği savunulmaktadır[18]. Özellikle, mühür bozma (TCK md. 203), kumar oynanması için yer ve imkân sağlama (TCK md. 228, birinci fıkra) ile trafik güvenliğini tehlikeye sokma (TCK md. 179, ikinci ve üçüncü fıkra) suçlarının faillerinin, genellikle birden çok kez bu fiilleri işlediği nazara alındığında, seri muhakeme usulünün uygulanması suretiyle yararlanacakları yarı oranda ceza indirimi hakkaniyet ile bağdaşmayacak ve kamu düzeninin korunmasına hizmet etmeyecektir. Bu nedenle, kanun koyucunun dikkat çektiğimiz husus doğrultusunda bir değişiklik yoluna gitmesi ve seri muhakeme usulü kapsamında katalog suçlardan birini birden çok kez işleyen faillerin ceza indiriminden yararlanamayacağı şeklinde bir ifadeye yer vermesi gerekmektedir.

C. Katalogda Yer Alan Suçlardan Birinin İşlenmiş Olması

Gerek CMK md. 250/1'de gerekse SMY md. 6'da 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ve bazı özel ceza kanunlarında yer alan suçlar katalog hâlinde sayılmış ve bunlardan birinin işlenmiş olması durumunda seri muhakeme usulünün uygulanması bir zorunluluk olarak öngörülmüştür. Yani bu suçlardan birinin işlenmiş olması durumunda, Cumhuriyet savcısı açısından herhangi bir takdir yetkisi söz konusu olmaksızın, ilgili suç bakımından seri muhakeme usulünün uygulanması gerekmektedir. Öyle ki, seri muhakeme usulüne tâbi olduğu soruşturma dosyasından açıkça anlaşılan suçlarda bu usul uygulanmaksızın düzenlenen iddianamenin Cumhuriyet başsavcılığına iade edileceği kabul edilmiştir (SMY md. 5/10). Görüldüğü üzere, bu düzenleme ile CMK md. 174/1'de yer alan iddianamenin iadesi sebeplerine bir yenisi eklenmiş olmaktadır.

---

[18] AYGÖRMEZ-UĞURLUBAY / HAYDAR / KORKMAZ, s. 265; KIZILARSLAN, s. 1926.

Ön ödeme ve uzlaştırma kapsamındaki suçların, seri muhakeme usulüne tabi olmayacağı kabul edilmiş (SMY md. 5/1) ve seri muhakeme usulüne tabi olan suçlardan 5237 sayılı TCK kapsamında yer alanlar; hakkı olmayan yere tecavüz (madde 154, ikinci ve üçüncü fıkra)[19], genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması (madde 170)[20], trafik güvenliğini tehlikeye sokma (madde 179, ikinci ve üçüncü fıkra)[21], gürültüye neden olma (madde 183)[22], parada sahtecilik (madde 197, ikinci ve üçüncü fıkra)[23], mühür bozma (madde 203)[24], resmî belgenin düzenlenmesinde yalan beyan (madde 206)[25], kumar oynanması için yer ve imkân sağlama (madde 228, birinci fıkra)[26], baş-

---

[19] *TCK md. 154 (2) Köy tüzel kişiliğine ait olduğunu veya öteden beri köylünün ortak yararlanmasına terk edilmiş bulunduğunu bilerek mera, harman yeri, yol ve sulak gibi taşınmaz malları kısmen veya tamamen zapt eden, bunlar üzerinde tasarrufta bulunan veya sürüp eken kimse hakkında birinci fıkrada yazılı cezalar uygulanır.*

(3) Kamuya veya özel kişilere ait suların mecrasını değiştiren kimse hakkında birinci fıkrada yazılı cezalar uygulanır.

[20] *TCK md. 170 (1) Kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikeli olacak biçimde ya da kişilerde korku, kaygı veya panik yaratabilecek tarzda;*

a) Yangın çıkaran,

b) Bina çökmesine, toprak kaymasına, çığ düşmesine, sel veya taşkına neden olan,

c) Silahla ateş eden veya patlayıcı madde kullanan,

Kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Yangın, bina çökmesi, toprak kayması, çığ düşmesi, sel veya taşkın tehlikesine neden olan kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adlî para cezası ile cezalandırılır.

[21] *TCK md. 179 (2) Kara, deniz, hava veya demiryolu ulaşım araçlarını kişilerin hayat, sağlık veya malvarlığı açısından tehlikeli olabilecek şekilde sevk ve idare eden kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

(3) Alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle ya da başka bir nedenle emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek hâlde olmasına rağmen araç kullanan kişi yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır.

[22] *TCK md. 183 (1) İlgili kanunlarla belirlenen yükümlülüklere aykırı olarak, başka bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli bir şekilde gürültüye neden olan kişi, iki aydan iki yıla kadar hapis veya adlî para cezası ile cezalandırılır.*

[23] *TCK md. 197 (2) Sahte parayı bilerek kabul eden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve adlî para cezası ile cezalandırılır.*

(3) Sahteliğini bilmeden kabul ettiği parayı bu niteliğini bilerek tedavüle koyan kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

[24] *TCK md. 203 (1) Kanun veya yetkili makamların emri uyarınca bir şeyin saklanmasını veya varlığının aynen korunmasını sağlamak için konulan mührü kaldıran veya konuluş amacına aykırı hareket eden kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis veya adlî para cezası ile cezalandırılır.*

[25] *TCK md. 206 (1) Bir resmî belgeyi düzenlemek yetkisine sahip olan kamu görevlisine yalan beyanda bulunan kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adlî para cezası ile cezalandırılır.*

[26] *TCK md. 228 (1) Kumar oynanması için yer ve imkân sağlayan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve iki yüz günden aşağı olmamak üzere adlî para cezası ile cezalandırılır.*

kasına ait kimlik veya kimlik bilgilerinin kullanılması (madde 268)[27] suçları olarak belirlenmiştir. Bunlar dışında ise, 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'un 13'üncü maddesinin birinci, üçüncü ve beşinci fıkraları[28] ile 15'inci maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarında[29] belirtilen suçlar, 6831 sayılı Orman Kanununun 93'üncü maddesinin birinci fıkrasında belirtilen suç[30], 1072 sayılı Rulet, Tilt, Langırt ve Benzeri Oyun Alet ve Makinaları Hakkında Kanunun 2'nci maddesinde belirtilen suç[31] ve 1163 sayılı Kooperatifler Kanununun Ek 2'nci maddesinin birinci fıkrasının (1) numaralı bendinde belirtilen suçun[32] da seri muhakeme usulünün uygulanma kapsamında yer aldığı değerlendirilmiştir.

---

27 *TCK md. 268 (1) İşlediği suç nedeniyle kendisi hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılmasını engellemek amacıyla, başkasına ait kimliği veya kimlik bilgilerini kullanan kimse, iftira suçuna ilişkin hükümlere göre cezalandırılır.*

28 *6136 sK md. 13 (1) Bu Kanun hükümlerine aykırı olarak ateşli silahlarla bunlara ait mermileri satın alan veya taşıyanlar veya bulunduranlar hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis ve otuz günden yüz güne kadar adlî para cezasına hükmolunur.*

(3) Bu Kanunun 12'nci maddesinin dördüncü fıkrasında sayılanlar dışındaki ateşli silahın bir adet olması ve mutat sayıdaki mermilerinin ev veya işyerinde bulundurulması hâlinde verilecek ceza bir yıldan iki yıla kadar hapis ve yirmibeş günden yüz güne kadar adlî para cezasıdır.

(5) Kuru sıkı tabir edilen ses veya gaz fişeği ya da benzerlerini atabilen tabancayı, teknik özelliklerinde değişiklik yaparak öldürmeye elverişli silah hâline dönüştüren kişi, bu maddenin birinci fıkrası hükümlerine göre cezalandırılır.

29 *6136 sK md. 15 (1) Bu Kanun hükümlerine aykırı olarak 4'üncü mad-dede yazılı olan bıçak veya diğer aletleri veya benzerlerini satanlar, satmaya aracılık edenler, satın alanlar, taşıyanlar veya bulunduranlar hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis ve yirmibeş günden az olmamak üzere adlî para cezasına hükmolunur.*

(2) Bu madde kapsamına giren bıçak veya diğer aletlerin veya benzerlerinin sayı veya nitelik bakımından vahim olması hâlinde yukarıdaki fıkraya göre hükmolunacak cezalar yarıdan bir katına kadar artırılır.

(3) Bu Kanunun 4'üncü maddesine göre yapımına izin verilen bıçakları veya diğer aletleri veya benzerle-rini kullanma amacı dışında satanlar, satmaya aracılık edenler, satın alanlar, taşıyanlar veya bulunduranlar hakkında birinci fıkradaki; o bıçak veya diğer aletlerin veya benzerlerinin sayı ve nitelik bakımından vahim olması hâlinde de ikinci fıkradaki cezalar hükmolunur.

30 *6831 sK md. 93 (1) Bu Kanunun 17'nci maddesinde yasak edilen fiilleri işleyenler veya izne bağlı işleri izinsiz yapanlar, 91'inci madde hükümleri saklı kalmak üzere altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar.*

31 *1072 sK md. 2 (1) Bu Kanuna aykırı hareket edenler bir yıldan beş yıla kadar hapis ve yüz günden bin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır.*

32 *1163 sK Ek md. 2 (1) 8'inci maddenin üçüncü fıkrasına, 16'ncı maddenin beşinci fıkrasına, 56'ncı maddenin altıncı fıkrasına, 59'uncu maddenin dördüncü, altıncı, yedinci ve sekizinci fıkralarına ve 90'ncı maddenin beşinci fıkrasına aykırı hareket eden kooperatif ve üst kuruluşlarının yönetim kurulu üyeleri ve memurları üç aydan iki yıla kadar hapis ve elli günden beşyüz güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılırlar.*

Görüldüğü üzere, belirlenen suçların neredeyse tümü somut bir mağduru bulunmayan, şikâyete tabi olmayan, cezanın arttırılmasını gerektiren nitelikli hâl arz etmeyen, temel cezası az olan ve asliye ceza mahkemelerinin görev alanına dâhil olan suçlardan seçilmiştir. Doktrinde, seri muhakeme usulünün doğru uygulanması ve benimsenmesi akabinde, bu usulün uygulanma kapsamına giren suçların sayısının arttırılacağı yönünde görüş bildirilmekte, ancak bu kurumun uzlaştırma ile farkını ortadan kaldırmamak adına, seçilecek olan suçların kişilere karşı suçlardan olmayacağı düşünülmektedir[33].

Şu da önem taşımaktadır ki, seri muhakeme usulünün uygulanma kapsamına giren bir suçun, bu kapsama girmeyen başka bir suç ile birlikte işlenmiş olması durumunda ne yapılacağı açıkça düzenlenmemiştir. Bu noktada kanaatimizce, yalnızca seri muhakeme usulünün uygulanma kapsamı dâhilinde yer alan suç için seri muhakeme usulünün uygulanması, diğer suç açısından ise genel kuralların tatbik edilmesi gerekecektir[34]. Zira seri muhakeme usulü yalnızca kanun koyucu tarafından tahdidi olarak belirlenen suçlar bakımından uygulanabilecek özel bir muhakeme usulü arz etmektedir ve bunu genişletmek mümkün olmayacaktır. Bu hususta mukayeseli hukukta, Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, daha sonra ilgili başlık altında detaylı olarak inceleyeceğimiz basitleştirilmiş muhakemeye ilişkin hükümlerde, anılan ihtimal karşısında önerdiğimiz çözümün açıkça düzenlendiği görülmektedir. Türk kanun koyucunun da seri muhakeme usulüne ilişkin hükümlerde ileride yapılacak olan bir değişiklikte, bu hususu nazara alması fayda sağlayacaktır.

D. Şüphelinin Bilgilendirilmesi

Seri muhakeme usulünün uygulanabilmesi bakımından en önemli hususlardan biri, bu konuda bilgilendirme yapılması şartının yerine getirilmiş olmasıdır. Cumhuriyet savcısı veya kolluk görevlilerinin, şüpheliyi seri muhakeme usulü hakkında bilgilendirmesi lüzumu gerek CMK'da gerekse SMY'de düzenlenmiştir (CMK md. 250/2, SMY md. 8/2).

Hem CMK'da hem de yönetmelikte aynı ifadeler kullanılmış olmakla birlikte, bu bilgilendirmenin ne zaman yapılacağı açıkça ifade edilmemiştir. Bununla birlikte, her iki hukuki düzenlemede de bu hususun ilgili maddelerin ikinci fıkralarında yer bulması, soruşturma evresinin hemen başında,

---

33 KIZILARSLAN, s. 1923.

34 Aynı yöndeki görüş için bkz. DEĞİRMENCİ, s. 20.

hatta suçun seri muhakeme usulüne tabi bir suç olduğunun anlaşılması durumunda derhâl yapılması gerektiği şeklinde yorum yapılabilecektir.

Gerek CMK'da gerekse yönetmelikte seri muhakeme usulüne ilişkin "bilgilendirme" ve "teklif" hususlarının ayrı ayrı ele alındığı, bilgilendirme için hem Cumhuriyet savcısının hem de kolluğun, teklif açısından ise yalnızca Cumhuriyet savcısının yetkili kılındığı görülmektedir. Bununla birlikte, SMY md. 10/1 düzenlemesinde "*Cumhuriyet savcısı seri muhakeme usulünün uygulanmasını teklif etmeden önce şüpheliyi bu usul hakkında bilgilendirir*" ifadesine yer verilmektedir ve bu ifade esasen diğer düzenlemeler ile çelişmektedir. Zira münhasıran Cumhuriyet savcısının yetkili olduğu anlamı ortaya çıkmaktadır. Bilgilendirmenin kolluk görevlileri tarafından da yapılabileceğini bu maddede de belirtmek adına, aynı ifadenin "Cumhuriyet savcısı, seri muhakeme usulünün uygulanmasını teklif etmeden önce, şüpheli bu usul hakkında yine Cumhuriyet savcısı ya da kolluk görevlileri tarafından bilgilendirilir" şeklinde değiştirilmesi daha isabetli olacaktır. Esasen bizim kanaatimiz hem bilgilendirmenin hem de teklifin yalnızca Cumhuriyet savcısı tarafından yapılması gerektiği yönünde olduğundan, CMK md. 250/2 ve SMY md. 8/2 ile çelişkili görünen SMY md. 10/1 düzenlemesinin esas alınması ve diğer maddelerde bu yönde değişiklik yapılması uygun olacaktır. Seri muhakeme usulünün uygulanmasına soruşturma evresi sonunda geçileceği için kolluk tarafından şüphelinin bilgilendirilmesi zaten pratikte zor bir durum hâline dönüşecektir. Bu nedenle, kolluk tarafından yerine getirilebilecek olan husus, ifadesi alınırken söz konusu suçun seri muhakeme usulüne tabi olduğunun açıkça görülmesi durumunda, şüpheliye bir uyarıda bulunmaktan ibaret olabilecektir. Doktrinde de aynı yöndeki görüş, uzlaştırma bakımından kolluk tarafından yeterince aydınlatıcı bilgi verilememesi nedeniyle yaşanılan sıkıntılara değinerek şüphelinin, haklarını öğrenme hakkından mahrum kalmaması gerekliliğine dikkat çekmekte ve kolluğa verilen bu yetkinin madde metninden çıkarılması ile birlikte Cumhuriyet savcısının şüpheliye bilgi verirken neler söyleyeceğinin de açıkça yazılması gerektiğini ifade etmektedir[35].

Seri muhakeme usulü hakkında yapılacak olan bilgilendirmenin hangi hususları kapsayacağı SMY md. 10/2'de düzenlenmiştir. Buna göre şüpheliye; a) isnat edilen eylem, eylemin oluşturduğu suç ile bu suçun seri muhakeme usulü kapsamına girdiği, b) kamu davasının açılması için yeterli şüp-

---

[35] ÇULHA / DEMİRAĞ / OKTAR / TANER / TEZCAN / YENİSEY, s. 28.

henin bulunduğu, c) özgür iradesiyle ve müdafi huzurunda kabul ettiği takdirde bu usulün uygulanacağı ve belirlenecek temel cezanın yarı oranında indirileceği, ç) Cumhuriyet savcısı tarafından teklif edilen yaptırım hakkında talep doğrultusunda mahkemenin hüküm kuracağı, bu hükme karşı itiraz kanun yoluna başvurabileceği, d) teklifin kabulünün ancak müdafi huzurunda gerçekleştirilebileceği, seçtiği bir müdafi yoksa istemi aranmaksızın kendisine bir müdafi görevlendirileceği, e) mahkeme tarafından hüküm kuruluncaya kadar her aşamada seri muhakeme usulünden vazgeçebileceği, f) mahkemece verilen hükmün adli sicile kaydedileceği, g) bu usulün uygulanmasını kabul etmediği takdirde genel hükümlere göre hakkında iddianame düzenlenerek kamu davası açılacağı, ğ) genel hükümlerin uygulanmasına geçilmesi hâlinde, seri muhakeme usulünü kabul ettiğine ilişkin beyanları ile bu usulün uygulanmasına dair diğer belgelerin, soruşturma ve kovuşturma işlemlerinde delil olarak kullanılamayacağı hususlarında bilgi verilecektir.

Bilgilendirme ile teklif arasındaki zamansal fark açısından açık bir ifade bulunmamakla birlikte, kanaatimizce, bilgilendirmenin ilgili suçun seri muhakeme usulü kapsamında olduğunun tespit edilmesi ardından, teklifin ise soruşturmanın tamamlanması ile yapılması gerekecektir.

Bilgilendirmenin yazılı olarak yapılması gerekmektedir. Bu nedenle, Seri Muhakeme Yönetmeliği'nin ekinde seri muhakeme usulü kabul tutanağına yer verildiği görülmektedir. Bu tutanakta, soruşturma numarası, şüpheliye ait kimlik bilgileri, seri muhakeme usulünün teklif edildiği yer ve isnat olunan suça ilişkin maddi olayın özetinin ardından, seri muhakeme usulüne ilişkin detaylı açıklamalar ile soruşturma sonucunda belirlenen temel ceza, indirim oranı, güvenlik tedbirleri ya da koşulları gerçekleştiyse hükmün açıklanmasının geri bırakılması, seçenek yaptırımlara çevirme veya hapis cezasının ertelenmesi müesseselerinden birinin uygulanacağı bilgisine yer verilmektedir. Söz konusu bu tutanak, Cumhuriyet savcısı, zabıt kâtibi, şüpheli ve şüphelinin müdafii tarafından hep birlikte imzalanacaktır (SMY md. 10/8).

E. Şüphelinin Teklifi Kabul Etmesi

Seri muhakeme usulü, Cumhuriyet savcısı tarafından şüpheliye bu usulün uygulanması teklif edildikten sonra şüphelinin, müdafi huzurunda teklifi kabul etmesi hâlinde uygulanabilecektir (CMK md. 250/3, SMY md. 10/3). Seri muhakeme usulünün uygulanabilmesi, şüpheli tarafından bu yöndeki teklifin kabul edilmesine bağlanmış olduğundan, bu usul açısından ceza

muhakemesinin irade ile yönlendirildiği görülmektedir. Müdafiin varlığı bir zorunluluk olarak kabul edildiğinden, şüphelinin seçtiği bir müdafi bulunmaması durumunda baro tarafından kendisi için bir müdafi görevlendirilmesi istenilecektir (SMY md. 10/3). CMK düzenlemesinden farklı olarak yönetmelikte, şüphelinin bu teklifi "özgür iradesi" ile kabul etmesi gerektiği vurgusu yapılmaktadır (SMY md. 5/3). Cumhuriyet savcısı tarafından yapılan teklifte şüpheliye, uygulanacak yaptırımların neler olduğu da açıklanacaktır (SMY md. 10/2). Şüpheli, seri muhakeme usulünün uygulanmasına ilişkin teklifi müdafi huzurunda kabul ettiğinde, aynı gün mahkemeye yönlendirilecektir (SMY md. 10/9).

Cumhuriyet savcısı tarafından teklifte bulunmak için şüphelinin "en kısa sürede" davet edilmesi gerektiği ve bu davetin telefon, telgraf, faks, elektronik posta gibi iletişim araçlarından yararlanmak suretiyle de yapılabileceği düzenlenmiştir (SMY md. 9/1).

Seri muhakeme usulüne ilişkin bilgilendirme ve teklifin SEGBİS veya istinabe yoluyla yapılması da kabul edilmiştir (SMY md. 10/11). Seri muhakeme usulüne ilişkin işlemlerin SEGBİS yöntemiyle yapılması hâlinde, soruşturmayı yürüten Cumhuriyet savcısı tarafından CMK md. 38/A uyarınca gerekli işlemler yapılacaktır (SMY md. 10/12). Şayet istinabe yoluna başvurulmuş ise, soruşturmayı yürüten Cumhuriyet savcısı, istinabe evrakına hazırlamış olduğu seri muhakeme usulü kabul tutanağını da ekleyecektir. İstinabe evrakının gönderildiği yer Cumhuriyet başsavcılığı, SMY ile belirtilen usule uygun olarak derhâl davet işlemlerini yapacak ve davete icabet eden şüpheliyi bu usul hakkında bilgilendirecektir. Şüphelinin müdafi huzurunda teklifi kabul etmesi hâlinde, istinabe evrakı ekinde yer alan seri muhakeme usulü kabul tutanağı Cumhuriyet savcısı, şüpheli ve müdafi tarafından imzalanıp istinabe evrakı soruşturmayı yürüten Cumhuriyet başsavcılığına gönderilecektir (SMY md. 10/13).

Seri muhakeme usulünün uygulanmasına ilişkin olarak teklifte bulunulan şüphelinin talep etmesi hâlinde, bu teklifi değerlendirmek üzere, kendisine bir aydan fazla olmamak üzere makul bir süre tanınacağı da düzenlenmiştir (SMY md. 10/3). Bu düzenleme ile açıkça görülmektedir ki, seri muhakeme usulünün uygulanmasına ilişkin olarak yapılacak bilgilendirme ve teklif ile teklifin kabulünün eş zamanlı olması aranmamaktadır. Kendisine düşünmek için belli bir süre tanınan şüpheli, eğer mazereti olmaksızın, belirlenen süre içinde gelmezse veya seri muhakeme usulünün uygulanmasını kabul etmediğini bildirirse, yani teklifi reddederse, bu takdirde soruşturmaya genel hükümler uyarınca devam edilecektir (SMY md. 10/4). Ayrıca, Cum-

huriyet savcısı tarafından, teklifin reddedildiğine ilişkin bir tutanak düzenlenerek soruşturma dosyasına eklenecektir (SMY md. 10/10).

Şüphelinin, seri muhakeme usulünün uygulanmasına ilişkin teklifi kabul etmesinden sonra bundan vazgeçme hakkı da bulunmaktadır, ancak bunun için şüphelinin vazgeçme iradesini mahkeme tarafından hüküm kuruluncaya kadar ortaya koyması gerekmektedir (SMY md. 5/4). Vazgeçme açısından bu hususlar belirtilmekle birlikte, vazgeçmenin ne şekilde olacağına ilişkin bir açıklık getirilmemiştir. Bu nedenle gerek yazılı gerekse tutanağa geçirilmek üzere sözlü olarak vazgeçme beyanının muhakeme makamlarına açıklanması gerekmektedir. Ayrıca şüphelinin, herhangi bir mazereti bulunmaksızın, hüküm kurulma aşamasında mahkemeye gelmemesinin, seri muhakeme usulünden vazgeçmiş sayılacağı şeklinde kabul göreceği de düzenlenmiştir (CMK md. 250/9, SMY md. 13/5). Böylece şüpheli, vazgeçme iradesini açıkça ortaya koymak yerine, mahkemede bulunmamak suretiyle zımni bir yol da izleyebilecektir.

Şüpheli konumundaki kişiye, seri muhakeme usulünün uygulanmasını talep etme hakkı da tanınmıştır. Buna göre şüpheli, iddianamenin düzenlenmesine kadar Cumhuriyet savcısına başvurarak hakkında seri muhakeme usulünün uygulanmasını talep edebilecektir. Bu durumda Cumhuriyet savcısı tarafından seri muhakeme usulü uygulanacaktır (SMY md. 5/11). Bu düzenleme tek başına ele alındığında, iddianamenin düzenlenmesine kadar şüpheliye tanınan talep hakkının, Cumhuriyet savcısı tarafından seri muhakeme usulünün uygulanmasına ilişkin teklif yapılmadığı hâllerde mi doğduğu, yoksa teklifin reddedilmesinden sonra bunun geri alınması imkânının mı tanındığı belirsizlik taşımaktadır. Zira SMY md. 5/4'te açıkça, teklifi kabul etmeyen şüpheliye hüküm kuruluncaya kadar bundan vazgeçme hakkı tanınmaktadır. Diğer yandan ise, SMY md. 5/10 ile, soruşturma dosyasına konu suçun seri muhakeme usulüne tâbi olduğunun açıkça anlaşılması durumunda, bu usul uygulanmaksızın düzenlenen iddianamenin iade edileceği belirtilerek bu husus iddianamenin iadesi sebeplerinden biri olarak kabul edilmiştir. Eğer SMY md. 5/11 ile, seri muhakeme usulünün uygulanması gerekliliğini Cumhuriyet savcısının gözden kaçırması, ancak şüphelinin talep etmesi ihtimali ifade edilmek istenmişse, bunu iddianamenin düzenlenmesi ile sınırlandırmak mantıklı olmayacaktır, çünkü zaten bu husus ayrıca iddianamenin iadesi sebebi olarak kabul edilmiştir. Seri muhakeme usulünün uygulanmasına ilişkin teklifin şüpheliden geldiği durumlarda, bilgilendirme, teklif ve teklifin yanıtlanması süreçleri açısından daha fazla zamansal tasarruf sağlanacaktır.

Şüphelinin meramını anlatabilecek ölçüde Türkçe bilmemesi veya engelli olması durumunda ise, tercüman bulundurulacak hâlleri düzenleyen CMK md. 202'nin uygulanacağı belirtilmiştir (SMY md. 5/5). Kanaatimizce, bu düzenlemede şüphelinin engelli olması hususu ile neyin ifade edilmek istendiğinin daha net bir şekilde ortaya konması ihtiyacı bulunmaktadır. Zira daha sonra açıklayacağımız üzere, şüphelinin yaşının küçük olması, akıl hastalığı bulunması veya sağır ve dilsiz olması, kendisi hakkında seri muhakeme usulünün uygulanması açısından bir engel olarak kabul edilmektedir. Bu iki çelişkili hüküm büyük bir belirsizliğe yol açmaktadır, ancak CMK md. 250/12'de bu usulün uygulanamayacağı açıkça yer aldığından, yönetmelik düzenlemesinin değiştirilmesi ve yalnızca Türkçe bilmeyen şahıslar açısından geçerli olacak şekilde düzeltilmesi gerekmektedir.

Seri muhakeme usulüne ilişkin teklif açısından getirilen düzenlemede eleştirilecek en önemli husus, kanaatimizce, teklifin gerçekleştirildiği zamana ilişkin olacaktır. Zira hukuki düzenlemelere ilişkin açıklamalarımızdan da görüldüğü üzere, Cumhuriyet savcısı tarafından seri muhakeme usulünün uygulanmasına ilişkin teklif yapıldıktan sonra şüphelinin bu teklifi kabul etmesi üzerine harekete geçilmekte ve talepnamede yer alacak ceza belirlenmektedir. Buradan anlaşıldığı üzere, şüpheli aslında neyi kabul ettiğini tam olarak bilmemektedir. Yani, şüpheli tarafından kabul edilen husus, yalnızca kendisi hakkında seri muhakeme usulünün uygulanması olmaktadır. Hakkında hükmedilecek ceza konusunda herhangi bir bilgi sahibi olamamaktadır. Bu durumun yaratacağı sakıncaları bertaraf etmek adına, Cumhuriyet savcısı tarafından ceza belirlendikten sonra teklifin gerçekleştirilmesi ve şüpheliye kendisi hakkında seri muhakeme usulünün uygulanmasını isteyip istemediğinin sorulması, eğer istiyorsa alacağı cezanın ne olduğunun bildirilmesi çok daha yerinde olacaktır. Şüphesiz ki, alacağı cezayı bilmek, bu teklifin kabul edilip edilmemesi bakımından şüpheli açısından en belirleyici hususu arz etmektedir.

Seri muhakeme usulü açısından şüphelinin kabul ettiği husus yalnızca kendisi hakkında bu özel muhakeme usulünün uygulanması olmaktadır. Doktrinde, bu kabulün bir ikrar anlamı taşıyıp taşımayacağının belirsizliğine dikkat çekilerek bu konunun muğlaklığının beraberinde pek çok tartışmayı getireceğine dikkat çekilmektedir[36]. Daha sonra inceleyeceğimiz mukayeseli hukuk örneklerinde, "şüphelinin ikrarı" ya da "suçluluğun ön kabulü" ile söz

---

[36] KIZILARSLAN, s. 1912.

konusu özel usulün uygulanmasına başlanabileceği açıkça belirtilmektedir. Türk kanun koyucusu tarafından bu yönde bir düzenlemeye yer verilmediği müddetçe, şüphelinin kabulünün ikrar anlamına geldiği şeklinde değerlendirme yapılması mümkün olmayacaktır[37]. Şu an için şüphelinin, kendisi hakkında seri muhakeme usulünün uygulanmasını kabul etmesi, muhakeme sistemine dâhil olmak istememek, zaman kısıtlığı nedeniyle bir an evvel hakkındaki dosyayı sonuçlandırmak, yakınlarının suçtan haberdar olmasını istememek gibi farklı sebeplerden kaynaklanabilecektir. Şüphelinin gerçekten suçlu olması ve cezalandırılması gerekmesi her ne kadar kabulün gerekçeleri arasında başta gelecek olsa da kanunda bu hususta açık bir ifadeye yer verilmediği müddetçe böyle düşünmek hatalı sonuçlara varılmasına yol açacaktır. Zira suçu işlememiş bir kişinin, adalete olan inancının zayıflığı ve hak etmediği hâlde ağır bir ceza alacağı endişesi de üzerinde psikolojik baskı oluşturup seri muhakeme usulünün uygulanmasını kabul etmesi sonucunu doğurabilecektir.

3. Seri Muhakeme Usulünün Uygulanma Aşamaları

Seri muhakeme usulünün uygulanabilmesi için gereken şartlar açıklandıktan sonra bu bölümde aşamalar hâlinde bu usulün nasıl uygulandığına değinilecektir. CMK'nın mülga 250'nci maddesini yeniden düzenleyen ve hukukumuza seri muhakeme usulünü kazandıran 7188 sayılı Kanun md. 23'ün gerekçesinde, seri muhakeme usulünün, daha az bir yaptırım beklentisiyle şüphelinin bu usulün uygulanmasını kabul etmesiyle başladığı belirtilmektedir. Teklif ve kabule ilişkin hususlar, daha evvel şartlar arasında açıklanmış olduğundan, seri muhakeme usulünün uygulanma aşamalarına Cumhuriyet savcısı tarafından yaptırımın belirlenmesi ile başlanacaktır.

A. Cumhuriyet Savcısı Tarafından Yaptırımın Belirlenmesi

Seri muhakeme usulünün uygulanabilmesi için gereken koşullar sağlandığı takdirde, Cumhuriyet savcısı tarafından TCK md. 61/1'de belirtilen hususlar

---

[37] Bu hususa ilişkin olarak şunu da belirtmek gereklidir ki, seri muhakeme usulünü hukukumuza kazandıran 7188 sayılı Kanun'un gerekçesinde, failin suçu kabul ettiği hâllerde suçun niteliği ve cezasının ağırlığına ya da geleneksel muhakeme yollarının kullanılmasında hukuki ve sosyal bir yarar bulunup bulunmadığına bakılmaksızın bütün ceza davalarının mahkemeye taşınmasının adil ve hakkaniyetli olmadığı belirtilmiştir. Bu ifade, her ne kadar seri muhakeme usulünün uygulanması açısından ikrarın varlığının arandığını belirtilmese de zımni olarak aynı anlama gelmektedir. Ancak ifade ettiğimiz gibi, eğer failin ikrarı aranacak ise, bunun açıkça CMK md. 250'ye eklenmesi gerekmektedir.

göz önünde bulundurularak suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırları arasında tespit edeceği temel cezadan yarı oranında indirim uygulanmak suretiyle yaptırım belirlenecektir (CMK md. 250/4, SMY md. 10/5).

Bu şekildeki bir düzenleme, yaptırımın belirlenmesi bakımından Cumhuriyet savcısına kısıtlı bir takdir imkânı vermekle birlikte, yanlış sonuçlara varılmasına da yol açabilecek niteliktedir. Cezaların belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi, kanunda soyut olarak belirlenen yaptırımların, suç işleyen faile uygulanacak şekilde kişiselleştirilip somut hâle dönüştürülmesi anlamına geldiğinden[38], kanaatimizce ceza belirlenirken yalnızca TCK md. 61/1'in değil, TCK md. 61'in tüm fıkraları ile birlikte bütün olarak nazara alınması, dolayısıyla bu yönde bir kanun değişikliği yapılması gerekmektedir[39]. Zira mevcut durumda Cumhuriyet savcısı yalnızca suçun işleniş biçimi, suçun işlenmesinde kullanılan araçlar, zaman, yer vb. hususları dikkate alabilecek, ancak suçun olası kast veya bilinçli taksir ile işlenmiş olması (TCK md. 61/2), suçun nitelikli hâllerinden birinin söz konusu olması (TCK md. 61/4) ya da teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik gibi özel durumların gerçekleşmesi (TCK md. 61/5) ihtimallerini nazara almayacaktır. Bu durum, seri muhakeme usulü çerçevesinde, Cumhuriyet savcısına yalnızca temel cezayı belirleme yetkisi verilmiş olduğu, artırım veya indirim gerektiren hususlar bakımından değerlendirme yapma yetkisi tanınmadığı anlamına gelmektedir. Ancak ifade ettiğimiz üzere bu şekildeki hatalı belirleme, cezanın bireyselleştirilmesi kurumunun olması gerektiği şekilde işletilememesine yol açacaktır.

TCK md. 61/1'de belirlenen hususlar uyarınca sonuç olarak belirlenecek hapis cezası, koşullarının mevcut olması hâlinde, Cumhuriyet savcısı tarafından TCK md. 50 uyarınca seçenek yaptırımlara çevrilebilecektir ya da TCK md. 51 uyarınca ertelenebilecektir (CMK md. 250/5, SMY md. 10/7). Bu yöndeki kararların mahkeme tarafından verilmesi gerektiği için Cumhuriyet savcısı tarafından talepte bulunulacak, mahkeme tarafından talepname onaylandığında seçenek yaptırımlara çevirme ya da erteleme söz konusu olabilecektir. CMK'da ve yönetmelikte yer verilen ifadelerin, bu kurumların doğrudan Cumhuriyet savcısı tarafından uygulanabileceği şeklinde hatalı olarak yorumlanmaması gerekmektedir.

---

[38] YURTCAN Erdener, "Ceza Yaptırımı ve Bireyselleştirme", **Ceza Hukuku Günleri**, İstanbul, 1998, s. 256; DOĞAN Koray, "Cezaların Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi", **Ceza Hukuku Dergisi**, Cilt: 2, Sayı: 4, Ağustos 2007, s. 278.

[39] Aynı yöndeki görüş için bkz. KIZILARSLAN, s. 1932.

Seri muhakeme usulü kapsamında, eğer koşulları bulunuyorsa, belirlenen yaptırımlar hakkında, Cumhuriyet savcısı tarafından CMK md. 231'e göre hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı da verilebilecektir (CMK md. 250/6, SMY md. 10/6). Bilindiği üzere, CMK md. 231'de hükmün açıklanması ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması (HAGB) müesseseleri düzenlenmektedir. HAGB, sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmedilen cezanın iki yıl veya daha az süreli hapis ya da adli para cezası olması durumunda mahkeme tarafından verilen bir karar olarak tanımlanmıştır (CMK md. 231/5). Bu nedenle, her ne kadar seri muhakeme usulü kapsamında bu kararı verme yetkisi Cumhuriyet savcısına tanınmış gibi görünüyor olsa da tıpkı erteleme ve seçenek yaptırımlara çevirme açısından olduğu gibi kanaatimizce, kanun koyucu tarafından ifade edilmek istenen esas husus, Cumhuriyet savcısının talepnamesinde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını (HAGB) talep etmesi ve asliye ceza mahkemesi tarafından bu talebin onaylanması durumunda HAGB kararının ortaya çıkmasıdır. Açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için evvela ortada bir hüküm bulunmalıdır ve bu nedenle farklı bir şekilde değerlendirme yapılması düşünülemeyecektir.

Şunu da belirtmek gerekir ki, seri muhakeme usulünün uygulanması neticesinde şüpheli hakkında yaptırım belirlenmesi ve uygulanması, güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümlerin uygulanması açısından bir engel teşkil etmemektedir (CMK md. 250/7, SMY md. 5/9). Bilakis Cumhuriyet savcısı tarafından ceza ve/veya güvenlik tedbirinin belirlenmesi gerekmektedir (SMY md. 10/5). Ancak bu husus bakımından da akla bazı sorular gelmektedir. Öyle ki, soruşturma konusu olay bakımından müsadere kararı verilmesi gerekiyorsa, bunun için CMK md. 257 uyarınca duruşma yapılması gerekecektir. Bu nedenle, seri muhakeme usulünün soruşturma evresi dâhilinde cereyan ettiği kabul edildiğinden, kamu davası açılmamış olmaktadır ve Cumhuriyet savcısının karar verilmesi için müsadere davasını görmeye yetkili mahkemeye başvurması gerekmektedir (CMK md. 256/1).

Diğer yandan, seri muhakeme usulü çerçevesinde Cumhuriyet savcısı tarafından bu şekilde yaptırımın belirlenmesi, sulh ceza hâkimlerinin ceza kararnamelerine benzetilebilecektir. Bilindiği üzere, ceza kararnamesi uygulaması 2005 yılında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile kaldırılmıştır. Yürürlükten kaldırılmadan önce 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu md. 386 ve devamında yer alan ceza kararnamesi, yargılama olmaksızın hüküm kurulması anlamı taşımakta, sulh ceza mahke-

melerinin görevine giren suçlar bakımından, hâkimin duruşma açmaksızın karar verebilmesine, ancak itiraz üzerine duruşma açılmasına olanak tanımakta idi[40]. Bu nedenle, kanun koyucunun seri muhakeme usulü ile Cumhuriyet savcısı açısından tanıdığı yetki, esasen yıllar evvel sulh ceza hâkimlerinin sahip olduğu ceza kararnamesi düzenleme yetkisine benzetilebilecektir. Bu nedenle de seri muhakeme usulü ile esasen, ceza kararnamesinin yeni bir isim altında canlandırıldığını söylemek yanlış olmayacaktır. Bu uygulamanın 5271 s. CMK'ya alınmamasının sebebi, mülga CMUK döneminde, her ne kadar itiraza açık olsa da ceza kararnamesi ile yargılama yapılmaksızın mahkûmiyet kararı verilebilmesinin çokça eleştirilmesi olmuştur. Kararnameye karşı itiraz hakkı tanınmış olmasına rağmen, sürenin kaçırılması nedeniyle yargılamasız mahkûmiyet sonuçlarının ortaya çıkması olasılığının varlığı yüzünden[41] ve adil yargılanma hakkı kapsamında davanın hakkaniyete uygun dinlenmesini istemek hakkı ile uyumlu olmaması nedeniyle[42] bu yöntemin kaldırılması doktrinde genelde olumlu olarak karşılanmıştır[43].

Seri muhakeme usulünde Cumhuriyet savcısı tarafından hazırlanan talepnamenin, yürürlükten kaldırılan ceza kararnamesine benzetilmesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (AİHS) uygunluk değerlendirmesi bakımından da bir yargıya varılmasını sağlamaktadır. Zira ceza kararnameleri, daha evvel Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından pek çok kez inceleme konusu olmuştur. Ceza kararnamelerinin, AİHS md. 6 ile koruma altına alınan adil yargılanma hakkı bakımından hem bağımsız ve tarafsız bir

---

40 Ceza kararnamesi ile hükmedilebilecek cezalar, adli para cezası veya üç aya kadar hafif hapis şeklinde olmaktaydı (1412 s. CMUK md. 386/2). Ceza kararnamesinde yazılması gereken hususlar; tayin edilen ceza, işlenmiş olan suç, uygulanan kanun maddeleri, mevcut deliller ve kararnamenin tebliğ tarihinden itibaren sekiz gün içinde itiraz edilebileceği şeklinde belirlenmiş idi (1412 s. CMUK md. 388/1). Süresi içinde itiraz edilmeyen kararnameler kesinleşmekte (1412 s. CMUK md. 389), hapis cezasına itiraz edilmişse duruşma açılmakta (1412 s. CMUK md. 390/1), diğer cezalara itiraz söz konusu ise asliye ceza mahkemesi tarafından duruşma açılmaksızın incelme yapılarak karar verilmekte idi (1412 s. CMUK md. 390/3).

41 DONAY Süheyl, **Ceza Yargılama Hukuku**, Beta, İstanbul, 2010, s. 132.

42 TEZCAN Durmuş, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması ile Uyum Açısından Bazı Yönleriyle Yeni Türk Ceza Mevzuatı", **Fasikül Hukuk Dergisi**, Cilt: 2, Sayı: 10, Eylül 2010, s. 17.

43 Doktrinde *Yenisey* tarafından, sulh hâkiminin ceza kararnamesinin kaldırılması olumsuz bir durum olarak nitelendirilmiş, bu usulün yeniden canlandırılması ve hatta bu şekilde ceza tayininin genişletilmesi gerektiği savunulmuştur. Bu yönde bkz. YENİSEY Feridun, "Ceza Muhakemesi Süjelerinin İradelerinin Ceza Muhakemesinin Yürüyüşüne Etkisi Sorunu", **MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan Özel Sayı)**, Yıl: 2013, Cilt: 19, Sayı: 2, s. 465.

mahkeme önünde yargılanma hem de aleni duruşma hakkını ihlal ettiği düşünülebilecektir, ancak iç hukukta bu tür kararlara karşı yargısal denetim yolu açık tutulduğu ve itiraz üzerine olağan usule dönülebildiği müddetçe, AİHM tarafından insan hakları bakımından herhangi bir ihlalin söz konusu olmadığı şeklinde değerlendirme yapılmaktadır[44,45].

B. Cumhuriyet Savcısı Tarafından Talepname Hazırlanması

Şüpheli hakkında seri muhakeme usulünün uygulanabilmesi için, yaptırımın belirlenmesi ardından yine Cumhuriyet savcısı tarafından, görevli mahkemeye yazılı şekilde sunulmak suretiyle talepte bulunulması, yani hazırlanan talepnamenin yer bakımından yetkili olan asliye ceza mahkemesine ibraz edilmesi gerekmektedir.

Talep yazısında gösterilecek olan hususlar, kanunda ve yönetmelikte aynı olmak üzere, şu şekilde belirtilmiştir (CMK md. 250/8, SMY md. 12); a) şüphelinin kimliği ve müdafii, b) mağdur veya suçtan zarar görenlerin kimliği ile varsa vekili veya kanuni temsilcisi, c) isnat olunan suç ve ilgili kanun maddeleri, d) isnat olunan suçun işlendiği yer, tarih ve zaman dilimi, e) şüphelinin tutuklu olup olmadığı; tutuklanmış ise gözaltına alınma ve tutuklanma tarihleri ile bunların süreleri, f) isnat olunan suçu oluşturan olayların özeti, g) üçüncü fıkrada belirtilen şartların gerçekleştiği (yani Cumhuriyet savcısı tarafından seri muhakeme usulünün uygulanmasının şüpheliye teklif edildiği ve şüphelinin müdafi huzurunda teklifi kabul ettiği), h) belirlenen yaptırım ile beşinci ve altıncı fıkra uygulanmış ise, bunlara ilişkin hususlar ve güvenlik tedbirleri (yani belirlenen ceza ve/veya güvenlik tedbirleri ile uygulanmış ise hükmün açıklanmasının geri bırakılması, hapis cezasına seçenek yaptırımlar veya hapis cezasının ertelenmesine ilişkin hususlar).

---

44 GILLIÉRON Gwladys, "Comparing Plea Bargaining and Abbreviated Trial Procedures", **The Oxford Handbook of Criminal Process**, BROWN Darryl K. / TURNER Jenia Iontcheva / WEISSER Bettina (Editörler), Oxford University Press, New York, 2019, s. 717.

45 AİHM'in ceza kararnameleri bakımından Türkiye aleyhine verdiği kararlar da mevcuttur, ancak bu kararlara konu olan durumlarda, başvurucunun itiraz üzerine de hâkim huzuruna çıkma imkânı bulamaması, yani hiçbir şekilde mahkeme huzurunda yargılanma hakkını kullanamaması ihlalin gerekçesi olarak kabul edilmiştir. Eğer itiraz üzerine hâkim huzuruna çıkarılarak yargılanma hakkının kullandırılması sağlansa idi, adil yargılanma hakkına ilişkin bir ihlal de gerçekleşmeyecekti. Bu yöndeki kararlardan bazıları için bkz. Erkan Orhan - Türkiye Davası (Başvuru No: 19497/02), Akbulut - Türkiye Davası (Başvuru No: 7076/05), Piroğlu ve Karakaya - Türkiye Davası (Başvuru No: 36370/02 ve 37581/02), Dağlı - Türkiye Davası (Başvuru No: 28888/02), Karahanoğlu - Türkiye Davası (Başvuru No: 74341/01). Karar metinleri için bkz. https://hudoc.echr.coe.int/tur#{"documentcollectionid2":["GRANDCHAMBER","CHAMBER"]} (son erişim tarihi: 27.03.2020).

Kanaatimizce, talepnamede yer alması gereken hususlar bakımından dikkat çeken en büyük eksiklik, "isnat olunan suçu oluşturan olayların özeti" ifadesine yer verilmiş olmasına rağmen, iddianamenin düzenlenişi bakımından söz konusu olan, somut olay ile delillerin ilişkilendirilerek açıklanması (CMK md. 170/4) yönteminin benimsenmemiş olmasıdır. Eğer, olay ile deliller arasında ilişkilendirme yapılmaz, herhangi bir bağ kurulmaz ise, talepnamede yer verilen "özet", birtakım soyut iddialardan ibaret olarak kalacaktır. İzah edildiği üzere, talepname soruşturma evresinin sonunda hazırlandığından, delillerin toplanması ve olay ile ilişkilendirilmesi açısından aksaklığa yol açacak herhangi bir durum da söz konusu olmamaktadır. Cumhuriyet savcısına, en azından talebini gerekçelendirme yükümlüğü dahi getirilmemiş olduğundan, ne yazık ki somut ithamlar yerine soyut iddialar ile karşılaşılması ihtimali doğmaktadır.

C. Mahkeme Tarafından Karar Verilmesi

7188 sayılı Kanun'un gerekçesinde belirtildiği üzere, seri muhakeme usulü açısından hâkimin görevi hem hukuki vasıflandırmanın hem de seri muhakeme usulünün uygulanmasının dosyaya yansıyan olaya uygunluğunu denetlemek olacaktır. Cumhuriyet savcısı tarafından hazırlanan talepname, yetkili ve görevli mahkemeye sunulduktan sonra, mahkeme tarafından inceleme yapılacak ve bu inceleme sonucunda üç farklı yetkiden biri kullanılacaktır. Bunlardan ilki, eğer talepnameye ilişkin herhangi bir eksiklik veya hata tespit edilmezse, hüküm kurma aşamasına geçilmesi; ikincisi, talepnamede herhangi bir eksikliğin tespit edilmesi üzerine dosyanın Cumhuriyet başsavcılığına gönderilmesine karar verilmesi; üçüncüsü ise, isnat olunan suçun seri muhakeme usulü kapsamında olmadığı veya CMK md. 250/3'te belirtilen şartların gerçekleşmediği kanaatine varılması durumunda, talepnamenin reddedilmesi olarak belirlenmiştir.

a. Talepnameye Uygun Şekilde Hüküm Verilmesi

Cumhuriyet savcısının talep yazısını hazırlaması ardından mahkeme, talepnamenin verildiği gün incelemesini derhâl yapıp müdafi huzurunda şüpheliyi seri muhakeme usulü ile ilgili olarak dinleyecek, eğer CMK md. 250/3'teki şartların gerçekleştiği ve eylemin seri muhakeme usulü kapsamında olduğu kanaatine varırsa, talepte belirlenen yaptırım doğrultusunda hüküm kurarak usulü sonuçlandıracaktır (CMK md. 250/9, SMY md. 13/1). Hâkimin, yaptırımı değiştirme yetkisi bulunmadığından Cumhuriyet savcısı tarafından belirlenen yaptırımı kabul etmesi gerekmektedir. Şüpheliyi din-

lemek bakımından mahkeme, SEGBİS veya istinabe yoluna da başvurabilecektir (SMY md. 13/1).

Doktrinde, seri muhakeme usulü açısından hâkimin, hakem, denetleyici ve hüküm kuran rolünde olduğu, gerektiğinde müdahil olabildiği, bu sebeplerden ötürü de sistemin hâkim kararı ve denetimi üzerine kurulu olduğu yönünde bir görüş yer almaktadır[46]. Ancak şu bir gerçektir ki, hüküm kurmadan önce mahkeme tarafından yapılacak inceleme esasen çok sınırlı bir inceleme olma niteliği arz etmektedir. Zira mahkeme, fiilin seri muhakeme usulünün uygulanma kapsamında olduğu, bu usulün şüpheliye hukuken öngörülen koşullar çerçevesinde teklif edildiği ve şüphelinin bu teklifi müdafi huzurunda özgür iradesiyle kabul ettiği kanaatine varırsa, talepte belirlenen yaptırım doğrultusunda hüküm kuracaktır (SMY md. 14/1). Mahkemeye, belirtilen bu hususlar haricinde bir inceleme yapılması yetkisi tanınmamıştır.

İlgili düzenlemelerden görüldüğü üzere, seri muhakeme usulünde hüküm kurulma aşamasında, karar verecek olan mahkeme aslında gerçek bir mahkeme sıfatıyla hareket etmemektedir. Hâkimin sorgu yapma, maddi gerçeğin araştırılması amacıyla soruşturmanın genişletilmesine karar verme, tanık dinleme veya kovuşturma evresinin diğer enstrümanlarından istifade etme yetkisi bulunmamaktadır. Zira mahkeme tarafından yalnızca iki noktaya bakılması öngörülmüştür. Bunlar; soruşturma konusu suçun, seri muhakeme usulünün uygulanabileceği suçlardan biri olup olmadığı ile şüphelinin, seri muhakeme usulünün uygulanmasına ilişkin teklifi kendi özgür iradesi ile kabul edip etmediğidir. Eğer bu iki husus bakımından da müspet sonuca varılırsa, bu takdirde Cumhuriyet savcısının talepnamede belirlemiş olduğu ceza, bir ceza mahkemesi hükmüne çevrilecektir. Söz konusu bu hüküm, CMK md. 223 kapsamında tüm sonuçları ile birlikte bir mahkûmiyet hükmü niteliği taşıyacaktır ve adli sicil kaydına da işlenecektir. Ayrıca, mahkeme tarafından kurulan hüküm, varsa mağdur, suçtan zarar gören veya genel hükümlere göre katılma hakkını haiz olan kişilere tebliğ edilecektir (SMY md. 14/2).

Seri muhakeme usulünde mahkeme tarafından verilen hüküm, hükmün kolektif olma özelliği açısından da eksiklik arz etmektedir. Bilindiği üzere, ceza muhakemesi bir şüphe ile başlamakta ve bu şüphenin yenilmesi ile sona ermektedir. Şüphenin yenilmesi, konuya ilişkin bir hüküm verilmesiyle ger-

---

[46] KIZILARSLAN, s. 1912.

çekleşmektedir ve bu hükmün kolektif olması esastır. Kişilerin kendi düşünceleri ile vardıkları hükümleri, muhakeme sonunda verilen hükümden ayıran husus da bu özellik olmaktadır. Bu hem iddia ve savunma makamlarının hükme katılmasını hem de hâkimlerin bir hükmü kolektif olarak vermesini ifade etmektedir. Zira hüküm, farklı ve çelişik düşüncelerin tek bir düşüncede birleştirilmesi anlamına gelmektedir[47]. Ancak seri muhakeme usulü bakımından, açıklanan özellikleri nedeniyle, hükmün kolektif olma özelliğinin yerine getirildiğini söylemek mümkün olmayacaktır.

Mahkeme tarafından kurulan bu hüküm her ne kadar tüm sonuçları ile birlikte gerçek bir hüküm değeri taşısa da hukuk muhakemesi bakımından bağlayıcı olup olmadığı hususunun da ayrıca dikkatle ele alınması gerekmektedir. Bu hüküm, maddi gerçeği ortaya çıkarma niteliğini haiz olmadığından, kanaatimizce hukuk mahkemesi açısından bağlayıcı bir nitelik taşımayacaktır ve eğer somut olay bakımından ayrıca bir hukuk yargılaması söz konusu olursa, ispat muhakemesi yapılmasına muhtaç bir durum doğacaktır. Bilindiği üzere, hukukumuzda ceza mahkemesi kararının kesin hüküm niteliği taşıdığı, yani bağlayıcı olduğu bazı hâller bulunmaktadır. Yargıtay da ceza mahkemeleri tarafından hükmedilen mahkûmiyet kararlarının maddi olgular bakımından hukuk mahkemesi açısından bağlayıcı nitelik arz ettiğini kabul etmektedir[48]. Özellikle, aynı zamanda suç teşkil eden haksız fiillerin yargılanması bakımından, fiilin işlenip işlenmediğinin belirlenmesi ortak bir amaç olarak kendini göstermekte, ceza mahkemesi kararı ile failin o fiili işlediği sabit olduktan sonra usul ekonomisi bakımından hukuk mahkemesi tekrar aynı fiilin sübutuna ilişkin bir inceleme yapmamaktadır[49]. Oysaki, ifade edildiği üzere, seri muhakeme usulünün sonuçlandırılması bakımından mahkemece verilen hüküm, fiilin sübutu açısından herhangi bir açıklama getirmediğinden, hukuk mahkemesinin bu hükme dayanarak kendi kararını vermesi mümkün olmayacak ve yeniden yargılama yapılması gerekecektir.

---

47 KUNTER, s. 32.

48 ARAS Bahattin, **Hukuk ve Ceza Mahkemesi Kararlarının Birbirine Etkisi**, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 237.

49 ARAS, s. 237. Daha sonra ilgili bölümde inceleneceği üzere, Kıta Avrupası ülkelerinde uygulanan hızlandırılmış muhakeme usulleri kapsamında, örneğin Fransa'da, failin kusurluluğunu kabul etmesi ile süreç başladığı için, suç mağduru veya suçtan zarar gören kişinin bu ikrara dayanarak özel hukuk davası açması mümkün olabilmektedir. Bkz. PRADEL Jean, "Amerikan, İtalyan ve Fransız Hukuklarıyla Karşılaştırmalı Olarak Kusurun Kabulü" (çev. Zeynel T. Kangal), **TBB Dergisi**, Yıl: 2007, Sayı: 73, s. 226. Buna mukabil, aynı hususun hukukumuzda seri muhakeme usulü açısından geçerli olduğunu iddia etmek mümkün olmayacağından, ayrı bir muhakeme yapılması gerekecektir.

Dikkat çekilmesi gereken bir diğer husus da gerekçeye ilişkin olmaktadır. Ne yazık ki ne CMK'da ne de SMY'de, mahkeme tarafından kurulacak hükmün gerekçeli olması zorunluluğuna değinilmiştir. Deliller ile ilişkilendirilmeksizin ve herhangi bir gerekçe sunulmaksızın hazırlanmış olan talepnamenin, mahkeme tarafından da gerekçesi belirtilmeksizin hükme dönüştürülmesi, AİHS md. 6/1, Anayasa md. 141/3 ve CMK md. 34'ün ihlal edilmesi anlamı taşıyacaktır. Talepname kendisine sunulduktan sonra, mahkeme çok kısıtlı bir inceleme yapma yetkisine sahip olduğundan gerekçe yazması da zorlaşacaktır, ancak uluslararası ve ulusal hukuk düzenlemelerinin getirdiği zorunluluk ve önemli bir gereklilik olması nedeniyle, kanaatimizce, Cumhuriyet savcılığı tarafından hazırlanan talepnamede somut olayın deliller ile ilişkilendirilerek açıklanması, gerekçeye yer verilmesi ve daha sonra hüküm kuracak mahkemenin de kendisine sunulan unsurlara dayanarak kendi gerekçesini belirtmesi yerinde olacaktır. Ceza muhakemesinde ister mütalaa ister karar mahiyetinde olsun, her hükmün temel unsuru gerekçeli olmasıdır, çünkü bir gerçeğin mutlaka başka bir gerçekliğe dayanması gerekliliği bulunmaktadır[50]. Gerekçe, ilgili olduğu kararda ifade edilen görüşü desteklemekle birlikte karşı görüşleri çürütme özelliğini de haiz olmakta[51], doğru düşünme, keyfiliği önleme, tarafsızlığı kanıtlama ve denetimi kolaylaştırma gibi[52] sağlıklı bir muhakeme için elzem olan hususların yerine getirilmesini sağlamaktadır.

b. Talepnamenin Cumhuriyet Başsavcılığına Gönderilmesi

İkinci olasılık olarak, eğer mahkeme tarafından yapılan inceleme sonucunda bazı eksikliklerin varlığı tespit edilirse, talepnamenin bu eksikliklerinin tamamlanması amacıyla, eksik veya hatalı noktalar da belirtilmek suretiyle, Cumhuriyet başsavcılığına gönderilmesine karar verilebilecektir (SMY md. 13/2). Geri göndermenin söz konusu olabilmesi için; talepnamenin CMK'ya veya ekinde bir talepname örneğinin de yer aldığı SMY'de belirtilen ortak hususlara aykırı olarak düzenlenmiş olması, belirlenen yaptırımda maddi hata yapılması, yaptırım hakkında CMK md. 231 veya TCK md. 50 ve md. 51'in uygulanmasının objektif koşullarının gerçekleşmediğinin anlaşılması yahut son bir ihtimal olarak teklif edilen cezanın mahiyetine uygun bir güvenlik tedbirinin belirtilmemiş olması gerekmektedir. Mahkemece tespit edilen hatalı

---

50 KUNTER, s. 41.

51 KUNTER, s. 41.

52 AŞÇIOĞLU Çetin, "Yargıda Gerekçe Sorunu", **TBB Dergisi**, Cilt: 15, Sayı: 48, Eylül 2003, s. 111-113.

ya da eksik hususlar tek tek saptanarak talepnamenin Cumhuriyet başsavcılığına gönderilmesinin ardından, Cumhuriyet savcısı tarafından eksiklikler tamamlandıktan ve hatalı noktalar düzeltildikten sonra talepname yeniden düzenlenerek mahkemeye gönderilecektir (SMY md. 13/3).

c. Talepnamenin Reddedilmesi

Üçüncü bir olasılık olarak, mahkemenin talepnameyi incelemesi ardından sahip olduğu bir diğer yetki ise, talepnamenin reddedilmesidir. Şayet mahkeme tarafından, isnat olunan suçun seri muhakeme usulü kapsamında yer almadığı veya CMK md. 250/3'te belirtilen şartların gerçekleşmediği kanaatine varılırsa, bu hâllerde talep reddedilecektir. Reddedilme hâlinde dosya Cumhuriyet başsavcılığına gönderilecek ve soruşturma genel hükümlere göre sonuçlandırılacaktır (SMY md. 13/4). Buna ilaveten hâkim, Cumhuriyet savcısı tarafından yapılan hukuki tavsif ile de bağlı olmadığından, farklı bir sonuca ulaşması hâlinde de talebi reddedebilecektir. Ayrıca, hâkimin olağan usulde kovuşturma evresinde sahip olduğu yetki ve imkânları kullanamaması nedeniyle, eğer somut olay açısından bu gibi işlemlerin yapılması yönünde bir gereklilik bulunduğu tespit edilirse, bu takdirde de seri muhakeme usulünün uygulanmasının reddedilmesi gerekecektir.

Kovuşturma evresinde iken, bir suçun seri muhakeme usulüne tabi olduğunun tespit edilmesi ihtimali gerçekleştiğinde nasıl hareket edileceğine dair herhangi bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Bu hususta kanun koyucudan, tıpkı mahkeme tarafından uzlaştırmayı düzenlediği CMK md. 254'te olduğu gibi, bir değerlendirme yapması beklenebilecektir.

4. Seri Muhakeme Usulünün Uygulanamayacağı Hâller

Seri muhakeme usulünün, gerekli şartların mevcut olmaması veya şüpheli tarafından bu usulün uygulanmasının kabul edilmemesi ihtimalleri dışında, uygulanmasının baştan itibaren mümkün olamayacağı bazı özel durumlar kabul edilmiştir. Bu nedenle, seri muhakeme usulünün uygulanamayacağı hâller, genel durum ve kanun tarafından belirlenen özel durumlar olmak üzere iki ayrı başlık altında incelenecektir.

İster özel durumlardan birinin söz konusu olması nedeniyle baştan itibaren uygulanamasın ister sürecin işleyişinde hukuken öngörülen durumlardan birinin ortaya çıkması üzerine tamamlanamasın, unutulmamalıdır ki seri muhakeme usulünün uygulanamadığı durumlarda ceza muhakemesi genel hükümler uyarınca ilerleyecektir.

A. Genel Olarak

Kanun koyucu tarafından belirlenen özel durumlar haricinde, seri muhakeme usulünün uygulanamayacağı başkaca hâller de bulunmaktadır. Bu nitelikteki hâller, henüz soruşturma evresinin başında gerçekleşebileceği gibi hüküm kurulmasından hemen önce de gündeme gelebilecektir.

Elbette ki, seri muhakeme usulünün uygulanabilme koşullarının gerçekleşmemiş olması, yani yeterli şüpheye ulaşılamaması, işlenen suçun katalogda yer almaması, şüpheli tarafından seri muhakeme usulünün uygulanmasının kabul edilmemesi veya kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilme imkânının bulunması, seri muhakeme usulünün uygulanması önünde engel teşkil etmektedir.

Cumhuriyet savcılığı tarafından tüm işlemler tamamlanıp dosya yetkili ve görevli mahkeme önüne geldiğinde de seri muhakeme usulünün tamamlanmasına engel olan bazı durumlar ortaya çıkabilecektir. Zira mahkemenin, CMK md. 250/3'teki şartların gerçekleşmediği veya fiilin seri muhakeme usulü kapsamında olmadığı kanaatine varması da söz konusu olabilecektir. İşte bu takdirde mahkeme, Cumhuriyet savcısının talebini reddedecek ve soruşturmanın genel hükümlere göre sonuçlandırılması amacıyla dosyayı Cumhuriyet başsavcılığına gönderecektir (CMK md. 250/9).

B. Özel Durumlar

Seri muhakeme usulünün tamamlanamaması dışında, baştan itibaren uygulanamayacağı bazı özel durumlar da bulunmaktadır. Bunlardan ilki, iştirak hâlinde işlenen suçlarda, şerik olan şüphelilerden birinin bu usulün uygulanmasını kabul etmemesi (CMK md. 250/11, SMY md. 7/2); ikinci olasılık, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır ve dilsizlik durumlarının söz konusu olması (CMK md. 250/12, SMY md. 7/1); üçüncü olasılık ise, şüphelinin resmî mercilere beyan ettiği ve soruşturma dosyasında yer alan adreste bulunmaması, yurt dışında olması veya başkaca bir sebepten ötürü kendisine ulaşılamaması (CMK md. 250/13, SMY md. 5/6) şeklinde belirtilmiştir.

a. Şeriklerin Tümünün Seri Muhakeme Usulünün Uygulanmasını Kabul Etmemesi

İştirak hâlinde işlenen suçlarda, şüphelilerden birinin seri muhakeme usulünün uygulanmasını kabul etmemesi durumunda, seri muhakeme usulü uygulanamayacaktır (CMK md. 250/11). Daha evvel de ifade ettiğimiz üze-

re, seri muhakeme usulünün hukuk sistemimize dâhil edilmesinin temel sebebi, usul ekonomisini sağlamaktadır. Şayet iştirak hâlinde işlenen bir suçta, şeriklerin tümünün bu usulün uygulanmasını kabul etmemesi nedeniyle, biri için dahi ceza muhakemesinin genel hükümleri uygulanıp duruşma açılacaksa, zaten istenen amaca ulaşılmış olmayacağı için, tümü hakkında genel kurallar uyarınca aynı şekilde yargılama yapılması zaman tasarrufu bakımından bir fark yaratmayacaktır. Kanaatimiz bu yönde olmakla birlikte, doktrinde yer alan bir başka görüş ise, seri muhakeme usulünün uygulanmasına ilişkin teklifin "bir tür itiraf niteliği taşıdığı"nı kabul etmesi nedeniyle, iştirak hâlinde işlenen suçlarda, diğer şeriklerin de itirafa zorlanamaması ya da şeriklerden birinin itirafının bu usulü kabul etmeyen diğer şerikler aleyhine sonuç doğurmaması gerekliliğinden kaynaklandığını ifade etmektedir[53].

İştirak hâlinde işlenen suçlar açısından oluşturulan bu "bağlılık kuralı" nedeniyle, yalnızca baştan kabul etmeme durumunda değil, şeriklerden birinin baştan kabul etmiş olmasına rağmen, hüküm kuruluncaya kadar seri muhakeme usulünün uygulanmasından vazgeçmesi durumunda da diğer şerikler vazgeçmemiş olsa da tümü bakımından genel muhakeme usulü uygulanacaktır. Bu ihtimal, bilhassa şeriklerin alacakları cezaların farklı olması durumunda yaşanan bir anlaşmazlıktan kaynaklanabilecektir. Tabiidir ki, cezanın somutlaştırılması her şahıs için özeldir, ancak eleştirdiğimiz bir husus olarak Cumhuriyet savcısı tarafından hazırlanan talepnamenin gerekçeden yoksun oluşu, bu konu bakımından da olumsuz bir tesir göstermektedir. Herhangi bir gerekçe olmaksızın aynı suçun üç failine farklı farklı cezalar verilmesi, seri muhakeme usulünün işleyişi bakımından arzulanan verimin elde edilmesi önünde engel teşkil edebileceği gibi, böyle bir engele mahal vermemek adına her birine aynı cezanın verilmesi çok daha sakıncalı sonuçlar doğuracaktır. Bu nedenle, talepnamelerin gerekçeden yoksun olmaması gerektiği yönündeki görüşümüzü bir kez daha vurgulamak isteriz.

b. Yaş Küçüklüğü, Akıl Hastalığı, Sağır ve Dilsizlik

Hem CMK'da hem de SMY'de, yaş küçüklüğü (TCK md. 31), akıl hastalığı (TCK md. 32), sağır ve dilsizlik (TCK md. 33) durumlarının söz konusu olması hâlinde seri muhakeme usulünün uygulanamayacağı kabul edilmiştir (CMK md. 250/12, SMY md. 7/1). Her ne kadar açıkça zikredilmiş olmasa da bu özel durumların şüpheli konumundaki kişi açısından geçerli

---

[53] KIZILARSLAN, s. 1924.

olması ihtimalinin kastedildiği anlaşılmaktadır. Zira seri muhakeme usulü, şüphelinin iradesine dayalı olarak ilerleyen özel bir muhakeme sürecini ifade etmektedir ve yaşı küçük olan, akıl hastalığı bulunan yahut sağır ve dilsiz olan kişilerin özgür irade ile karar vermesi beklenemeyecektir. Bu ifade esasen seri muhakeme usulüne ilişkin teklifin kabulü her ne kadar müdafi huzurunda yapılacak olsa da vekilin değil asilin idaresine üstünlük tanındığı anlamına da gelmektedir.

CMK md. 250'de yer almamakla birlikte, SMY md. 7/2'de, seri muhakeme usulü kapsamındaki suçun, iştirak hâlinde işlenmesi durumunda şüphelilerden birinin bu usulün uygulanmasını kabul etmemesi ihtimaline ilaveten, şeriklerden birinin yaşının küçük olması, akıl hastası olması veya sağır ve dilsiz olması hâllerinde de seri muhakeme usulünün uygulanamayacağı düzenlenmiştir.

Görülmektedir ki, kanun koyucu tarafından, somut olay bakımından şüpheli konumunda bulunan kişinin, 5237 sayılı TCK açısından ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler arasında düzenlenmiş kurumlardan birinin süjesi olması ihtimali gerçekleştiğinde, bu kişi hakkında seri muhakeme usulünün uygulanamayacağı, muhakemenin genel hükümler uyarınca yapılması gerektiği kabul edilmektedir.

c. Şüpheliye Ulaşılamaması

Seri muhakeme usulünün uygulanması teklifini yapmak üzere davet edilen şüphelinin mazeretsiz olarak bu davete icabet etmemesi, resmî mercilere beyan edilmiş olup da soruşturma dosyasında yer alan adreste bulunmaması veya yurt dışında olması ya da başka bir nedenle kendisine ulaşılamaması ihtimallerinde, seri muhakeme usulü uygulanamayacak, Cumhuriyet savcısı tarafından bu durum tutanağa bağlanacak ve soruşturmaya genel hükümlere göre devam edilecektir (CMK md. 250/13, SMY md. 5/6, SMY md. 9/2). Şüphesiz ki bir düzenlemenin nedeni, usul ekonomisini ön planda tutarak yargılama sürecinin en kısa sürede tamamlanmasını amaçlayan seri muhakeme usulünün, herhangi bir gecikme ile karşılaşmaması ve hızının kesilmemesini sağlamaktır. Usul ekonomisi gayesiyle muhakeme sürecini en kısa zamanda tamamlamak yerine, şüpheliye ulaşma çabasına girilmesi fayda sağlamayacaktır Fakat şüpheliye ulaşmak bakımından gerekli gayretin somut olarak gösterilmiş olmasının da kanaatimizce önem taşıyan bir husus olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

Yönetmelikte yer alan düzenleme gereğince, seri muhakeme usulünün uygulanmasını teklif etmek amacıyla, şüpheli hakkında zorla getirme kararı verilmesi ve yakalama emri düzenlenmesi yasaklanmıştır (SMY md. 5/7). Bu yöndeki bir yasak ile seri muhakeme usulünün uygulanmasına ilişkin teklifin, şüpheli tarafından özgür iradeye dayalı olarak kabul edilmesi gerekliliği arasında bağlantı kurmak mümkün olacaktır. Gerçekten de şüpheliyi zorlamak ya da iradesi üzerinde baskı yaratmak, seri muhakeme usulü ile varılmak istenen amaçları sağlamayacaktır.

5. Seri Muhakeme Usulü Açısından Müdafiin Önemi

Doktrinde, ceza muhakemesi işlemlerinin hızlandırılmasını amaçlayan özel usullerin, büyük ölçüde sanık aleyhine sonuçlar doğurduğuna, ancak bunun kasten yapılmayıp hızlandırmanın kaçınılmaz bir sonucu olduğuna dikkat çekilmektedir[54]. Bu, haklılık payı olan bir tespittir ve bu nedenle muhtemel hak ihlâllerini önleyebilmek adına müdafiin rolü çok daha büyük önem taşıyan bir hâle gelmektedir.

Seri muhakeme usulünün yürürlüğe girmesi ile hukukumuz açısından yeni bir zorunlu müdafilik türü ortaya çıkmış olmaktadır. Ceza muhakemesi işlemlerinin tümü açısından şüphesiz ki müdafilerin rolü büyük önem arz etmektedir, ancak yasa ile düzenlenen bazı özel durumlarda müdafiin varlığı bir zorunluluk olarak arandığında, bu önem daha da artmaktadır. Ceza muhakemesinde ister ihtiyari ister zorunlu müdafilik olsun, müdafilerin sahip olduğu hak ve özgürlüklerin niteliği, sadece savunmasını üstlendiği şüpheli veya sanık konumundaki kişinin yararı açısından mühim olmakla kalmamakta, hukukun üstünlüğü ve söz konusu toplumun demokratikliği bakımından belirleyici bir husus da arz etmektedir[55].

Tıpkı tutuklama istemi üzerine karar verilirken söz konusu olduğu gibi, seri muhakeme usulünün uygulanmasına ilişkin teklifin kabulü esnasında şüphelinin müdafiinin de hazır bulunması zorunluluğu getirilmiştir (SMY md. 11/1). Bu nedenle, öncelikle şüphelinin kendisine bir müdafi seçmesi istenecek, eğer müdafii bulunmuyorsa, istemi aranmaksızın, kendisi için bir müdafi görevlendirilecektir (SMY md. 11/2).

---

54 ESER, s. 355.

55 DÜLGER Murat Volkan, "Ceza Muhakemesinde Müdafinin Konumu ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar", **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 2012, Sayı: 4, s. 45.

Seri muhakeme usulüne ilişkin bilgilendirme ve teklifin SEGBİS veya istinabe yoluyla da yapılabileceği kabul edildiğinden (SMY md. 10/11), bu iki yöntemden birisine başvurulduğunda, şüphelinin seçtiği bir müdafi yoksa teklifin kabulünde hazır bulunması için müdafi görevlendirilmesi, istinabe evrakı gönderilen ya da SEGBİS ile dinleme talep edilen yer Cumhuriyet başsavcılığı tarafından yapılacak, soruşturmayı yürüten Cumhuriyet başsavcılığı tarafından ayrıca bir müdafi görevlendirmesi yapılmayacaktır (SMY md. 11/3).

Her ne kadar seri muhakeme usulü açısından zorunlu müdafilik, teklifin kabulü aşamasında başlatılıyor olsa da bunun daha da öne çekilmesi ve bilgilendirme aşamasından itibaren müdafiin varlığının aranması daha isabetli olacaktır. Cumhuriyet savcısı veya kolluk tarafından bilgilendirme yapılırken şüphelinin, hem seri muhakeme usulünün nasıl işleyeceğini hem de kendisine yöneltilen suç isnadının ne olduğunu doğru bir şekilde anlayabilmesi için müdafiden faydalanması önem taşımaktadır.

Seri muhakeme usulünün uygulanışı bakımından müdafi hem soruşturma evresinde görev yapmakta hem de ayrıca mahkeme tarafından hüküm kurulurken görev yapmaktadır. Dolayısıyla her iki aşama için de müdafi görevlendirmesi yapılması gerekmektedir. Bu hususta, soruşturma evresinde görev yapan müdafiin, mahkemede de öncelikle görevlendirileceği kabul edilmiştir (SMY md. 11/4). Bu düzenleme oldukça isabetlidir, çünkü seri muhakeme usulü, tamamen soruşturma evresinde cereyan eden ve bütünlük arz eden bir süreci ifade etmektedir. Bu durum tıpkı Cumhuriyet savcılığı tarafından ifade alınması ardından tutuklama duruşmasının gerçekleştirilmesine benzetilebilecektir. Aynı müdafiin görev yapması, gerçekleştirilen işlemlerin safahatını bilen bir kişinin görev yapmasının sağlayacağı fayda bakımından önem taşımaktadır. Bu nedenle, SMY'de de buna uygun bir düzenlemeye yer verildiği görülmektedir. Önemle vurguladığımız gibi, seri muhakeme usulünün tamamı soruşturma evresi dâhilinde gerçekleşmektedir. Bu nedenle, mahkeme tarafından hüküm verilmesi de esasen soruşturma evresi kapsamında kalmaktadır, ancak müdafi görevlendirmesi bakımından Cumhuriyet savcılığı ve mahkeme aşamalarının ayrı değerlendirildiği görülmektedir.

Belirttiğimiz üzere, seri muhakeme usulü ile yeni bir zorunlu müdafilik türü getirilmiştir, ancak müdafiin bu usuldeki rolü net bir şekilde belirlenmemiştir. Bu bakımdan örneğin, müdafiin soruşturma dosyasını inceleme yetkisinin olup olmadığı, bazı mukayeseli hukuk örneklerinde söz konusu olduğu gibi, Cumhuriyet savcısı ile pazarlığa girişip alt sınırdan ceza veril-

mesini talep etme yetkisinin bulunup bulunmadığı, suçun seri muhakeme usulü kapsamına girmediğini ileri sürüp süremeyeceği gibi bazı önemli hususlara dair açıklama getirilmemiştir. Ceza muhakemesi işlemlerinin birçoğu matbu formlara bağlı olarak yürütüldüğünden, örneğin şüpheli veya sanık konumundaki kişiye haklarının bildirilmesi usulünde olduğu gibi, özü itibarıyla varılması gereken noktadan ziyade şekli bir gerçekliğe uyulmaktadır ve müdafiin varlığı tam manasıyla bir hukuki yardım sağlamak yerine, kanuni bir zorunluluğa uygunluk anlamı taşımaktadır. Seri muhakeme usulünün uygulanışı bakımından yeni bir matbu form oluşturulması da bu şekilde yorumlanabilecek iken, seri muhakeme usulü kabul tutanağı incelendiğinde görülmektedir ki, müdafi yalnızca bu tutanağın altını imzalamakla kalmamakta, tutanak kapatılmadan kendisine söz hakkı verilmektedir. Bu durum karşısında, müdafiin rolünün biraz daha kuvvetli olduğu söylenebilecektir.

Bu bahiste son olarak dikkat çekmek isteriz ki, müdafi yardımından zorunlu olarak yararlanan şüphelinin, seri muhakeme usulünün uygulanıp uygulanmaması hususunda müdafi ile iradesinin çelişmesi durumunda, şüphelinin mi yoksa müdafiin mi iradesine üstünlük tanınacağına ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır. Fakat böyle bir durumda asilin iradesine üstünlük tanınması gerekeceğinden, kanaatimizce şüphelinin iradesinin esas alınması gerekecektir. Yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve sağır-dilsizlik nedeniyle kendi kararını verebileceği müphem durumdaki şüpheliler bakımından seri muhakeme usulünün uygulanamayacağının kabul edilmiş olması da bu yönde değerlendirilebilecektir[56].

6. Seri Muhakeme Usulünde Kanun Yolu

Seri muhakeme usulünde, mahkeme tarafından kurulan hükme ilişkin olarak itiraz kanun yolu tanınmıştır. CMK md. 250/9 uyarınca Cumhuriyet

---

[56] Şüpheli veya sanık ile müdafiin iradesi çeliştiği durumda hangi iradenin üstün alınacağına ilişkin olarak CMK md. 266/3 bir düzenleme getirmiş, şayet şüpheli veya sanığa CMK md. 150/2 uyarınca müdafi atanmışsa, yani şüpheli/sanık çocuk, kendisini savunamayacak derecede malul veya sağır ve dilsiz olduğu için ortaya çıkan bir zorunlu müdafilik durumu söz konusu ise, şüpheli / sanık yararına kanun yoluna başvurma ya da başvurulan kanun yolundan vazgeçme bakımından müdafiin iradesinin geçerli olacağını kabul etmiştir. Kendisini ifade edebilecek durumda olan şüpheli ve sanıklar açısından böyle bir düzenleme getirilmemiş olduğundan, asilin iradesine üstünlük tanınması gerekecektir. Belirttiğimiz gibi, akıl hastalığı, yaş küçüklüğü, sağır ve dilsizlik gibi durumlardan birinin söz konusu olduğu şüpheli hakkında seri muhakeme usulü uygulanması mümkün kılınmadığından, diğer durumlarda bilgilendirme, teklifin kabul edilmesi ve vazgeçme gibi hususlar bakımından şüpheli ile müdafiin iradesinin çelişmesi ihtimalinde, asilin iradesine üstünlük tanınacaktır.

savcısının talebi doğrultusunda mahkeme tarafından kurulan hükme genel kurallar uyarınca itiraz edilebilecektir (CMK md. 250/14, SMY md. 15).

Bilindiği üzere itiraz kanun yolu, bir hâkim tarafından verilen kararın ya da kanunda gösterilen hâllerde mahkeme tarafından verilen kararların maddi ve hukuki mesele açısından bir üst hâkim tarafından incelenmesi ve karar verilmesi anlamını taşımaktadır (CMK md. 271). Seri muhakeme usulü açısından hükme karşı itiraz kanun yolu tanınmış olmasına rağmen, bu hatalı olmuştur; çünkü, itirazın konusu hükümler değil, hâkim veya mahkeme kararları olabilmektedir[57]. Seri muhakeme usulü açısından itiraz ile ifade edilmek istenen hususun hukukumuzdaki olağan itiraz kanun yolundan ziyade, Alman ceza muhakemesi hukukuna ait bir kavram olarak "karşı gelme / muhalefet etme" *(Widerspruch / Einspruch)* anlamı taşıdığı görülmektedir. Daha sonra Alman ceza muhakemesi hukukunun bir kurumu olan ceza kararnamesi incelenirken değinileceği üzere, savcı tarafından sunulan talebin mahkemece onaylanması ardından ilgililerin bu karara muhalefet etme hakkı bulunmaktadır ve bu hak, olağan itiraz kanun yolundan daha farklı bir anlam taşımaktadır[58].

Doktrindeki bir görüşe göre, seri muhakeme usulü açısından, ortada CMK md. 230'a uygun bir hüküm bulunduğu kabul edildiğinden, bu hükme karşı esasen istinaf veya temyiz kanun yolunun açık olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir. Yalnızca itiraz kanun yolunun varlığını kabul edip diğer kanun yollarına başvuru imkânını hak sahiplerinin elinden almak, kabul edilebilir bir nitelik taşımamaktadır. Üstelik itiraz üzerine neyin inceleneceği de belirsizlik arz etmektedir. Zira hüküm veren mahkeme oldukça kısıtlı bir inceleme yapabilme yetkisine sahip iken, bu durum itiraz üzerine inceleme yapan mahkemeye de sirayet edecektir. Bu bakımdan, itiraz üzerine inceleme yapacak olan mahkemenin, Cumhuriyet savcılığı tarafından hazırlanan talepnamenin hukuka uygunluğunun ayrıntılı bir şekilde incelenmesi yahut verilen hükme karşı istinaf kanun yolunun tanınması önerilmiştir[59]. Kanaatimizce de bu bahiste yapılması gereken ya Alman ceza muhakemesi hukukunda söz konusu olduğu gibi itirazdan farklı bir usul olarak "karşı gelme"

---

[57] AYGÖRMEZ-UĞURLUBAY / HAYDAR / KORKMAZ, s. 273.

[58] *Yenisey / Oktar* tarafından yapılan StPO tercümesinde de kanun yolu olan itiraz müessesi ile *Einspruch / Widerspruch* kavramlarının farkını vurgulamak adına, "muhalefet etme" karşılığının tercih edildiği görülmektedir. Bu yönde bkz. YENİSEY Feridun / OKTAR Salih, **Alman Ceza Muhakemesi Kanunu Türkçe Çeviri**, Beta, İstanbul, 2015, s. 757.

[59] AYGÖRMEZ-UĞURLUBAY / HAYDAR / KORKMAZ, s. 275.

usulünü benimsemek yahut hükme karşı istinaf kanun yolunun varlığını tanımak olacaktır, çünkü kanun koyucunun getirdiği düzenleme, olağan itiraz kurumu ve hükümleri ile bağdaşmamaktadır.

Seri muhakeme usulünün sonuçlandırılması bakımından mahkemece verilen hükme karşı itirazın kim tarafından yapılabileceği kanun veya yönetmelikte belirtilmemekle birlikte, şüpheli ya da Cumhuriyet savcısı tarafından gerçekleştirilebileceği anlaşılmaktadır, zira daha evvel de ifade ettiğimiz üzere, seri muhakeme usulünün uygulanma kapsamında kabul edilen suçlar, somut bir mağduru bulunmayan suçlardan oluşmaktadır. Bununla birlikte eğer ki, seri muhakeme usulünün uygulandığı suç bakımından ortada bir mağdur ya da suçtan zarar gören bulunuyorsa, bu takdirde mağdur ya da suçtan gören sıfatına sahip kişilerin de mahkeme hükmüne itiraz hakkına sahip olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Diğer yandan, mahkeme tarafından talepnameye uygun şekilde hüküm kurulması durumunda, Cumhuriyet savcısı tarafından itiraz edilmesini gerektirecek bir husus ortaya çıkmayacaktır. Şüpheli açısından ise, seri muhakeme usulünün uygulanmasının kabul edilmesi ardından hükme itiraz edilmesi için mantıklı ve geçerli bir sebebin ortaya çıkması gerekecektir, ki bu oldukça düşük bir ihtimal arz etmektedir.

7. Seri Muhakeme Usulü Çerçevesinde Delil Yasakları

Seri muhakeme usulünün herhangi bir sebeple tamamlanamaması veya mahkemece soruşturmanın genel hükümlere göre sonuçlandırılması amacıyla dosyanın Cumhuriyet başsavcılığına gönderilmesi hâllerinde, şüphelinin seri muhakeme usulünü kabul ettiğine ilişkin beyanları ile bu usulün uygulanmasına dair diğer belgelerin, takip eden soruşturma ve kovuşturma işlemlerinde delil olarak kullanılamayacağı hüküm altına alınmıştır (CMK md. 250/10, SMY md. 5/8). Bu yöndeki bir kabulün nedeni madde gerekçesinde, şüphelinin seri muhakeme usulünü kabul etmek bakımından daha ılımlı bir yaklaşım göstermesini sağlamak olarak belirtilmiştir.

Deliller konusunda öncelikle dikkat çekilmesi gereken husus, daha evvel de ifade ettiğimiz üzere, seri muhakeme usulünün uygulanmasının kabulünün "ikrar" anlamına geleceğine ilişkin herhangi bir yasal düzenlemenin mevcut olmadığıdır. Seri muhakeme usulünün uygulanması teklifinde, şüpheli konumundaki kişiden kendisine atfedilen suç fiilini kabul etmesi beklenmemekte, genel usule uygun şekilde yürütülüp yeterli şüpheye varılan bir soruşturmanın seri muhakeme usulüne uygun şekilde sonlandırılmasının kabul edilip edilmediği sorulmaktadır.

Aşağıda ilgili başlık altında ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz Anglo-Sakson hukuk sisteminin bir kurumu olan *plea bargaining* usulünde ikrar aranmakla birlikte, hukukumuzda ikrar aranmamakta ve seri muhakeme usulünün ayırt edici temel özelliğini bu husus oluşturmaktadır. Bu sebeple de esasen delil yasağı kapsamında kabul edilmesi gereken bir husus bulunmamaktadır. Seri muhakeme usulünün bir sebeple tamamlanamaması nedeniyle olağan usule dönülmesi hâlinde, şüphelinin bu usulün uygulanmasına dair beyanı ve bu usulün uygulanmasına dair diğer belgelerin takip eden soruşturma kapsamında delil olarak kullanılması yasaklanmış olmakla birlikte, kanaatimizce, doğrudan seri muhakeme usulünün uygulanmasına ilişkin olmayan ve söz konusu suç açısından maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına hizmet eden diğer delillerin, olağan usulde yürütülecek işlemler kapsamında delil olarak kullanılabileceğinin kabul edilmesi gerekmektedir.

Soruşturma kapsamında şüphelinin lehine ve aleyhine toplanan deliller, seri muhakeme usulünün sonuçlandırılamaması nedeniyle olağan usule dönülmesi üzerine başvurulması gereken temel unsurlar olacaktır. Bu nedenle, soruşturmayı sonlandırmak için gereken "yeterli şüphe" düzeyine ulaşılıncaya kadar toplanan hukuka uygun yöntemlerle elde edilmiş delillerin daha sonra da kullanılabilmesinin kabul edilmesi usul ekonomisi bakımından daha yerinde olacaktır. Ceza muhakemesi açısından delilin bir olayı temsil etme, güvenilir olma, akıl ve mantığa uyumluluk, erişilebilirlik gibi özellikleri haiz olması gerekmektedir[60]. Bu nitelikteki delillerin elde edilmesi her zaman için kolay olmayacağından, belirttiğimiz şekilde, doğrudan seri muhakeme usulüne ilişkin bilgilendirme, teklif ve kabul sürecine ilişkin olanlar haricinde muhafaza edilmesi ve gerektiğinde olağan usule uygun bir soruşturma kapsamında değerlendirilmesinde beis görülmeyecek, usul ekonomisini gözetme bakımından da farklı bir yaklaşım düşünülemeyecektir. Şüphelinin haklarının korunabilmesi için yalnızca seri muhakeme usulünün uygulanmasına ilişkin teklifin kabul edilmesinin kesinlikle ikrar anlamı taşımadığına ilişkin bir maddenin düzenlenmesi yeterli olacaktır. Tıpkı CMK md. 253/20 düzenlemesinde söz konusu olduğu gibi[61], seri muhakeme usulü kapsamında yapılan bilgilendirme, teklif ve kabul süreçlerinin ya da bu süreç-

---

[60] GÖKCEN Ahmet / ÇAKIR Kerim, "Ceza Muhakemesinde Delil, Delillerin Muhafazası, Toplanması, Değerlendirilmesi ve Delil Yasakları", **D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan)**, Yıl: 2019, Cilt: 21, Özel Sayı, s. 2913.

[61] *CMK md. 253 (20) Uzlaştırma müzakereleri sırasında yapılan açıklamalar, herhangi bir soruşturma ve kovuşturmada ya da davada delil olarak kullanılamaz.*

lerde gerçekleştirilen açıklamaların suçun kabulü anlamına gelmeyeceği ve delil teşkil etmeyeceğinin açıkça ifade edilmesi uygun düşecektir.

Deliller bahsinde önem arz eden bir diğer husus da soruşturma dosyasında yer alan hukuka aykırı yöntemler ile elde edilmiş delillerin mahkeme tarafından incelenmesi mümkün olmadan talepnameye uygun şekilde hüküm kurulması ihtimalinin gerçekleşmesidir. Bu yönde sorunlar ile karşılaşılmaması için, daha evvel de gerekliliğini vurguladığımız üzere, hem Cumhuriyet savcılığı talepnamesinde hem de mahkeme tarafından kurulan hükümde gerekçeye yer verilmesi büyük bir önem arz etmektedir.

II. MUKAYESELİ HUKUKTAKİ BENZER USULLER

1. Genel Olarak

Giderek artış gösteren dava yükü, ceza muhakemesi hukukunda alternatif uyuşmazlık çözüm yolları konusunda bir arayışa da yol açmıştır. İsmi her ne olursa olsun, bu tür alternatif yolların temeli, tarafların kabul iradesini ortaya koymaları sonucunda uygulama anlayışına dayanmaktadır[62]. Bu nitelikteki alternatif usullerin çeşitliliğindeki artış, günümüzde tüm dünyada öyle bir boyuta ulaşmıştır ki, her fail için duruşma açılmasının da zorluğu karşısında, genel usulde yargılama yapılarak sonuçlandırılan işlerin sayısı neredeyse azınlıkta kalır hâle gelmiştir[63]. Bu kapsamda, Anglo-Sakson hukuk sisteminin köklü uygulaması *plea bargaining* kadar kısaltılmış muhakeme hususunda kıta Avrupası hukuk sistemlerindeki farklı müesseseler de incelemeye şayan bir nitelik arz etmektedir.

Muhakeme sürecini kısaltan alternatif usuller, iş yükü fazlalığının getirdiği ağırlığı ortadan kaldırmak bakımından etkili olmakla birlikte beraberinde önemli sorunlar getirmekte, ceza muhakemesinin temelini teşkil eden ilke ve kavramlara aykırılıklar barındırmaktadır. Meydana gelen sorunlara çözümler üretmek adına mukayeseli hukuktaki farklı kurumları incelemek fayda sağlayacaktır. Bu inceleme ve mukayese aynı zamanda, Türk ceza muhakemesi hukuku açısından oldukça yeni bir usul olan seri muhakemenin gelecekte karşılaşabileceği sorunlar ve bunlara bağlı olarak geçirebileceği değişiklikler konusunda fikir sahibi olmak adına önem taşımaktadır.

---

62 GILLIÉRON, s. 703.

63 GILLIÉRON, s. 703.

Doktrinde *plea bargaining* konusunda çalışmalar yapan yazarlar tarafından, bu usulün tahkik sistemini esas alan Avrupa hukukunda uygulanmasının mümkün olmadığı belirtilmekte, Avrupa'da mahkemenin delil toplama ve kusuru belirleme bakımından oynadığı aktif rol, maddi gerçeğin belirlenmesine ilişkin adli yetkilerin devredilemezliği ve mahkûmiyet için yeterli şüphe olması durumunda tüm dosyalar için duruşma açılması bu görüşün gerekçesi olarak gösterilmektedir[64]. Yani iki sistem arasındaki temel fark, kamu davasının mecburiliği ilkesine dayandırılmaktadır[65], ancak yargının iş yükü Avrupa ülkelerinde de farklılık göstermediği için kendi hukuk sistemlerine uygun farklı usuller geliştirmeleri gerekmiştir. Bu amaçla kabul edilen hızlandırılmış muhakeme usullerinde genellikle, savcının yalnızca geleneksel itham görevini yerine getirmediği, adeta mahkemenin görevlerini "baypas ederek" suçun kanuni niteliğini ve buna uygun yaptırımı belirleme görevlerini de üstlendiğine dikkat çekilmektedir[66].

Kıta Avrupası hukuk sistemine dâhil olan ülkelerde, hızlandırılmış muhakeme kapsamına giren usuller, Anglo-Sakson hukuk siteminde *plea bargaining* kapsamında savcı ile gerçekleştirilen görüşmelerden oldukça farklı bir nitelikte ilerlemektedir. Zira Kıta Avrupası'nda savcı, suçun niteliği ve cezanın sınırları bakımından kanunda yer alan düzenlemelere bağlı kalmaktadır ve bu nedenle gerçek anlamda bir "pazarlık" gerçekleştirilmemektedir[67]. Ayrıca, bu tür özel muhakeme usullerinin uygulanmasının zorunlu bir ihtiyaç olduğu kabul edilmekle birlikte, sistemin yapısı gereği temkinli bir yaklaşım sergilenmekte ve bu özel usuller yalnızca belirli suçlar ile sınırlı kalacak şekilde uygulanmaktadır[68].

---

64 GILLIÉRON, s. 707; TURNER Jenia Iontcheva, "Plea Bargaining and International Criminal Justice", **The University of the Pacific Law Review**, Yıl: 2017, Cilt: 48, Sayı: 219, s. 224.

65 AMBOS / HEINZE, s. 32; BACAKSIZ Pınar, "İddianame Pazarlığı (Plea Bargaining)", **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 2008, Sayı: 7, s. 152.

66 THAMAN, s. 156.

67 GILLIÉRON, s. 714; PRADEL, s. 225. Doktrinde *Grande* tarafından oldukça enteresan bir benzetme yapılarak Anglo-Sakson hukuk sisteminde *plea bargaining* usulünün adeta tango dansında olduğu gibi iki kişinin arasında geçtiği, buna karşılık Kıta Avrupası hukuk sistemindeki eş değer usullerde hâkim, savcı, sanık, mağdur, müdafi gibi çok sayıda kişinin katılımı söz konusu olduğundan bunun daha ziyade rumba dansı şeklinde gerçekleştirildiği ifade edilmektedir. GRANDE Eliabetta, "Comparative Approaches to Criminal Procedure: Transplants, Translations, and Adversarial-Model Reforms in European Criminal Process", **The Oxford Handbook of Criminal Process**, BROWN Darryl K. / TURNER Jenia Iontcheva / WEISSER Bettina), Oxford University Press, New York, 2019, s. 68-69.

68 TURNER, s. 224.

Mukayeseli hukukta konumuz itibarıyla en çok öne çıkan usullerden Anglo-Sakson hukuk sistemine dâhil olan ülkelerde uygulanan *plea bargaining* ile Kıta Avrupası hukuk sistemine dâhil olan ve özel muhakeme usullerinin uygulanışı bakımından öne çıkan hukuk sistemleri olmaları hasebiyle, Alman ceza muhakemesi hukukunun hızlandırılmış muhakeme, mahkeme ile muhakeme süjeleri arasında anlaşma ve ceza kararnamesi kurumları, Fransız ceza muhakemesi hukukunun suçluluğun ön kabulü üzerine duruşma kurumu ile İsviçre ceza muhakemesi hukukunun ceza kararnamesi ve hızlandırılmış muhakeme usulleri incelenecek ve tüm bu usuller, benzerlik ve farklılıkları bakımından seri muhakeme usulü ile kıyaslanacaktır[69].

2. Anglo-Sakson Hukuk Sisteminde *Plea Bargaining*

A. Tanımı ve Temel Olarak Uygulanışı

Seri muhakeme usulünün, Cumhuriyet savcılığı nezdinde, soruşturma aşamasında gerçekleştirilen bir usul olması hasebiyle mukayeseli hukukta en çok karşılaştırılacağı usul, Anglo-Sakson hukuk sisteminin köklü bir kurumu olan, buradan diğer hukuk sistemlerine de sirayet eden ve Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından da benimsenmesi nedeniyle[70] hem ulusal hem de uluslararası bir kimlik taşıyan *plea bargaining*[71] olacaktır.

Plea bargaining, Anglo-Sakson hukuk sistemi içinde, İngiltere, Avustralya, Yeni Zelanda ve Kanada da dâhil olmakla birlikte, özellikle de ABD ceza adalet sisteminde öyle önemli bir yer arz etmektedir ki, görüşmelerin türleri, uygulanacak stratejiler ve diğer hususlar çok sayıda çalışmaya konu olmaktadır. Ancak bunlar, başlı başına incelenmesi gereken hususlar olduğundan, çalışmamızda yalnızca Türk hukuku ile mukayese edebilmek adına seri muhakeme usulü ile benzerlik taşıyan ya da büyük fark gösteren özellikleri üzerinde durulacaktır.

---

69 Her ne kadar seri muhakeme usulü Anglo-Sakson hukuk sisteminin plea bargaining sistemi ile büyük benzerlik taşısa da 7188 sayılı Kanun'un gerekçesinde, yalnızca kıta Avrupası hukuk sistemleri örnek gösterilmiştir. Bu bakımdan, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "mahkeme ve muhakeme süjeleri arasında anlaşma" başlıklı 257 c maddesi, Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "suçluluğun ön kabulü üzerine duruşma" başlıklı 495-7 ila 495-16 maddelerine atıf yapılmıştır.

70 RAUXLOH Regina, **Plea Bargaining in National and International Law**, Routledge, Oxon, 2012, s. 240; TURNER, s. 226 vd.; AMBOS / HEINZE, s. 93 vd.

71 Bu usulün Türkçe karşılığı için doktrinde "itham pazarlığı", "iddia pazarlığı", "savcı-sanık pazarlığı" gibi pek çok farklı ifade kullanılmakla birlikte, kavrama ilişkin doğru bir karşılık aramak veya mevcut karşılıklardan birini benimsemek, çalışmamızın kapsamını aşacağından tarafımızca orijinal şekli ile *plea bargaining* ifadesi kullanılacaktır.

Anglo-Sakson hukuk sisteminde *plea bargaining*, faile yönelik bir ya da daha fazla suç isnadının, duruşma açılmaksızın, anlaşma ile çözülmesine yönelik savcı ve müdafi arasında geçen bir müzakere türü olarak tanımlanmaktadır[72]. *Plea bargaining*, uygulanmasına çok daha erken zamanlarda başlanmış olmakla birlikte, özellikle İkinci Dünya Savaşı sonrasında suç oranlarında görülen muazzam artış nedeniyle mahkemelerin iş yükünün son derece artması karşısında ABD'de önemli bir çözüm yöntemi olarak görülmüştür[73]. Bu dönemlerde *Supreme Court, plea bargaining* usulünün Amerikan Anayasası'na uygunluğunu vurgulamak ve uygulanmasını teşvik etmek maksatlarıyla, *plea bargaining* ifadesine ilk kez yer verilen[74], *Santobello v. New York* kararında, faydalarını açıklamıştır. Buna göre, usulün uygulanması sayesinde, bir yandan şüphelinin duruşma öncesinde yaşanan gerginlik ve belirsizlikten uzak kalması, olayın hızlı bir şekilde çözülmesi ve ikrar anından itibaren failin rehabilitasyonunun başlaması sağlanmakta, diğer yandan hâkim ve savcıların faaliyetleri açısından zamansal tasarruf edilmekte ve ceza muhakemesi süreci tamamlanana kadar suç faillerinden kaynaklı risklere karşı kamunun korunması sonuçları elde edilmektedir[75]. Ayrıca, özellikle örgütlü suçlar ya da uluslararası nitelik arz eden suçlar söz konusu olduğunda, savcının doğrudan şüpheliden bilgileri alabilmesi, karmaşık olayların çözümünü kolaylaştırmakta, ceza adalet sisteminin kaynaklarından tasarruf edilmekte, savcının etkili ve başarılı bir soruşturma yürütmesi *plea bargaining* sayesinde sağlanmaktadır[76]. Bu şekildeki avantajlarının yanında, jüri yargılaması Anglo-Sakson hukuk sistemi açısından adaletin önemli bir simgesi olmasına rağmen, mahkûmiyetlerin çoğunun *plea bargaining* usulü çerçevesinde ortaya çıkması, bu sistemde mevcut olan bir ikilem şeklinde nitelendirilmektedir[77].

---

[72] HERMAN G. Nicholas, **Plea Bargaining**, 3. Baskı, Juris Publishing, New York, 2012, s. 1; GILLIÉRON, s. 704; TURNER, s. 222; HALL Daniel E., **Criminal Law and Procedure**, Delmar, New York, 2012, s. 500.

[73] ALSCHULER Albert W., "Plea Bargaining and Its History", **Columbia Law Review**, 79 (1), Ocak 1979, s. 34.

[74] VOGEL Mary, "Plea Bargaining under the Common Law", **The Oxford Handbook of Criminal Process**, BROWN Darryl K. / TURNER Jenia Iontcheva / WEISSER Bettina), Oxford University Press, New York, 2019, s. 740.

[75] Santobello v. New York, 404 U.S. 257 (1971). Karar metni için bkz. https://supreme.justia.com/cases/federal/us/404/257/ (son erişim tarihi: 27.02.2020).

[76] TURNER, s. 222.

[77] VOGEL, s. 730.

Plea bargaining, yasal olarak faile suç ithamında bulunulmasından önce gerçekleştirilebileceği gibi, bunun sonrasında da gerçekleştirilebilmektedir. *Plea bargaining* temel olarak, suçlamanın niteliğine ilişkin pazarlık, suçlamaların sayısına ilişkin pazarlık ve cezaya ilişkin pazarlık olmak üzere üç türe ayrılarak incelense de[78], esasen savcı ile müdafi arasında gerçekleştirilen görüşmeler sonucunda beş farklı durumdan birinin ortaya çıkması söz konusu olmaktadır. Bunlardan ilki, savcının fail aleyhine herhangi bir suçlamada bulunmamasıdır. İkincisi, failin suçunu ikrar etmesi veya *nolo contendere*[79] ile olması gerekenden daha az bir ceza almasıdır. Üçüncüsü, yine ikrar veya *nolo contendere* yolu ile failin kendisine yöneltilen suçlamalardan yalnızca birinden ceza almasıdır. Dördüncü ihtimal, failin ikrarı veya *nolo contendere* karşılığında savcı tarafından ceza imtiyazı sağlanmasıdır. Son ihtimal ise, failin ikrar veya *nolo contendere* seçeneklerinden birini tercih ederken bunu, hakkında verilecek olan hükmü temyiz edebilme ve ikrarını geri çekebilme hakkını saklı tutma koşuluna bağlamaktadır[80].

Plea bargaining, uygulanma oranı çok yüksek bir usul olmasına rağmen esasen suçların etkili bir şekilde cezalandırılması ve suçlu ile suçsuz kişilerin birbirinden ayırt edilmesi şeklindeki kamu yararlarını ciddi şekilde bozduğu gerekçesiyle doktrinde eleştirilmektedir[81]. *Plea bargaining* uygulamasından kaynaklı sorunların çözümü için getirilen ve radikal olarak nitelendirilen önerilerden bir tanesi, hâkimlerin bu anlaşmaya ilişkin detayları daha kapsamlı inceleyebilmesine olanak tanınması şeklinde ifade edilmektedir[82]. Bu görüş, daha kapsamlı bir adli gözetim sayesinde, müdafiden kaynaklı eksiklikler bulunup bulunmadığının, mevcut delillerin niteliği ile savcılığın elinin ne kadar güçlü olduğunu ve cezaya ilişkin indirim oranının olması gerektiği kadar olup olmadığının belirlenebileceğini savunmaktadır[83]. *Plea bargaining* görüşmelerinin anlaşma ile sonuçlanmaması durumunda, özellikle delilleri de incelemiş olması nedeniyle, hâkimin davaya bakarken sahip

---

78 BALO / ÇETİNTÜRK, s. 1248.

79 Failin, kendisine yöneltilen suçlamaları ne ikrar ne de inkâr ettiği anlamına gelen Latince tabirdir.

80 HERMAN, s. 2.

81 SCHULHOFER Stephen J., "Plea Bargaining as Disaster", **The Yale Law Journal**, Vol. 101, No. 8, Symposium: Punishment (Jun., 1992), s. 1979.

82 BIBAS Stephanos, "Plea Bargaining outside the Shadow of Trial", **Harvard Law Review**, Vol. 117, No. 8 (Jun., 2004), s. 2542.

83 BIBAS, s. 2542.

olacağı önyargının ortadan kaldırılması konusunda ise önerilen husus, mahkeme tarafından otomatik olarak yeni bir yargıç atanması şeklinde belirtilmektedir[84]. Her ne kadar bu, radikal bir görüş olarak doktrinde yer alsa da görüldüğü üzere hâkimlerin olaya dahlinin önemine vurgu yapmaktadır.

Doktrindeki başka bir görüş tarafından ise, ceza adalet sisteminin etkinliği için mahkemelerde aleni yargılama yapılmasının ve tarafsız bir yargıç tarafından suça karşılık hak edilen cezanın belirlenmesinin önemine vurgu yapılarak bu sayede masum bir kişinin hükümlü olma ihtimalinin en aza indirgendiği belirtilmiş, *plea bargaining* sisteminin tüm bunların tam tersi anlamına gelmesi nedeniyle uygulanmaması gerektiği açıkça savunulmuştur[85].

Doktrinde ayrıca, Anglo-Sakson ceza adalet sistemindeki ispat yöntemlerinin, Kıta Avrupası hukuk sistemlerine göre daha masraflı ve zaman alıcı olması nedeniyle *plea bargaining* usulünün uygulanması bakımından zımni bir baskının varlığından söz edilmektedir ve bu baskı, itham sisteminin (*accusatory system*), Kıta Avrupası'nda hâkim olan tahkik sistemine (*inquisitorial system*) nazaran failin kendi ağzından suç ispatına çok daha bağımlı hâle gelmesinin sebebi olarak nitelendirilmektedir[86].

Plea bargaining, iki yüz yıla yakın sürelik uygulaması ile köklü bir geleneğe sahip olmasına rağmen, hatalı mahkûmiyetler, anayasaya aykırılık ve caydırıcılık ile suçlunun rehabilitasyonu bakımından söz konusu olan eksiklikler gibi bazı hususlar nedeniyle eleştirilen, ancak vazgeçilemeyen bir usul teşkil etmektedir[87].

B. Seri Muhakeme Usulü Açısından Değerlendirme

Gerek *plea bargaining* gerekse seri muhakeme usulü, savcılık nezdinde gerçekleşen, şüphelinin iradesine dayalı olarak uygulanabilen ve bazı haklardan feragat etmesi karşılığında alacağı cezadan indirim yapılmasını öngören muhakeme hukukunun özel kurumları olmalarından ötürü benzerlik arz etmektedir. Her iki usulün uygulanışı ve elde edilecek sonuçlar bakımından müdafiin atanmış mı, yoksa seçilmiş mi olduğu, sahip olduğu mesleki tecrübesi, şüphelinin beraat etme olasılığı vb. incelik arz eden ve önem taşıyan

---

84 BIBAS, s. 2543.

85 SCHULHOFER, s. 2009.

86 ALSCHULER, s. 42.

87 VOGEL, s. 736.

hususlar olmaktadır. Bunun yanında, kovuşturma evresine geçilmemesi nedeniyle, her iki usul bakımından ortaklık arz eden bir husus da şüpheli konumundaki kişilerin kimi zaman aleni bir yargılamanın getireceği manevi ve maddi külfetlerden kaçınmak istemesi olmaktadır. Yargı sürecinin uzaması, şüpheli kadar ailesinin de etkilenmesi, belirsizlik, gerginlik ve utanma gibi duyguların etkisi, şüphelinin *plea bargaining* uygulamasını kabul etmesi açısından tesirli olmaktadır[88]. Şüphesiz ki aynı hususlar, hukukumuz açısından, şüphelilerin seri muhakeme usulünün uygulanmasını tercih etmesi bakımından da varlık göstermektedir.

Her iki sistemde de şüphelinin iradesine göre şekillen bir süreç söz konusu olmaktadır, zira bu özel usullerin uygulanmasının kabul edilmemesi hâlinde muhakeme süreci genel kurallar uyarınca ilerlemektedir. *Plea bargaining* açısından şüphelinin özgür iradesi ile ortaya koyduğu ikrar veya *nolo contendere* ile süreç başlamakta, seri muhakeme usulü açısından ise, her ne kadar suçun kabulüne ilişkin bir irade gerekmese de seri muhakeme usulünün uygulanması için gereken iradenin, teklifin kabulü aşamasında özgürce ortaya koyulması aranmaktadır. *Plea bargaining* açısından herhangi bir tehdit, zorlama ya da hukuka aykırı vaadin söz konusu olması durumunda veya şüpheli, alkol yahut uyuşturucu madde gibi irade yeteneğini ortadan kaldıran bir etkiye maruz kaldığında irade özgürlüğünden bahsedilemeyecektir[89]. Benzer bir yaklaşımın, seri muhakeme usulü açısından da geçerli olduğu kabul edilmelidir. Zira seri muhakeme usulü teklifinin, şüphelinin özgür iradesi ile kabul edilmesi gerektiği hukuki düzenlemelerde vurgulanmış, bu iradeyi ortaya koyamayacak durumdaki kişilere teklifin yapılamayacağı ve haklarında bu özel muhakeme usulünün uygulanamayacağı düzenlenmiştir.

Plea bargaining kapsamında yapılan görüşmeler bakımından seri muhakeme usulü ile hem bir ortaklık hem de çok büyük bir fark söz konusu olmaktadır. *Plea bargaining* görüşmeleri esnasında yapılan açıklamaların daha sonra bu usulden vazgeçilip mahkemede yargılama yapılması durumunda delil olarak kullanılması mümkün olmamaktadır[90]. Bu durum, tıpkı seri muhakeme usulü kapsamında oluşturulan delil yasaklarına benzemektedir. Ancak *plea bargaining* usulünün farklılık taşıdığı nokta, şüphelinin bu

---

88 HERMAN, s. 9.

89 HERMAN, s. 12-13; ALSCHULER, s. 12.

90 HERMAN, s. 21.

ayrıcalıktan feragat edebilmesine olanak tanınmasıdır. Yani şüpheli, anlaşmak istemez ve duruşmada sanık olarak yargılanırsa, savcı ile gerçekleştirilen görüşmelerin tanığı olarak ifade verebilecektir[91]. Türk hukuku açısından ise böyle bir usul söz konusu olmamaktadır.

Plea bargaining usulünün uygulanabilmesi için savcının belli bir şüphe düzeyine erişmesi gerektiği kabul edilmiştir. Bu usulün şüpheli üzerinde bir baskı aracı olarak kullanılmasını önlemek adına ABD'de, mesleki kuralları düzenleyen belgelerde savcılar tarafından *plea bargaining* uygulanabilmesi için mahkemece kabul edilebilecek delillerin toplanması sonucunda "mahkûmiyet için yeterli şüphe" bulunması aranmaktadır[92]. Mahkemenin onay verebilmesi için maddi olaya ilişkin bulguların suç ikrarının gerçekliğini ortaya koyması gerekmektedir, çünkü bir failin, işlemediği bir suçu ikrar etme hakkı bulunmamaktadır[93]. Bu bakımdan hâkimin, sanığa ve hatta savcıya somut olayın detaylarına ilişkin bazı sorular sorabilmesi mümkün kılınmıştır[94]. İlgili bölümde açıkladığımız üzere, seri muhakeme usulünün uygulanabilmesi için soruşturma evresinin tamamlanmış olması, yani Türk hukuku bakımından da yeterli şüphe koşulunun sağlanması gerekmektedir. Bu durum, şüphenin kuvvet derecesi bakımından iki usulün ayniyet gösterdiğini ortaya koymaktadır.

İki usul bakımından da müdafi yardımından yararlanmak büyük önem taşımaktadır. *Plea bargaining* açısından müdafi yardımından faydalanmak bir hak[95] iken, seri muhakeme usulü açısından öngörülen zorunlu müdafilik konuyu bir adım ileri taşımaktadır.

Açıklanan benzerliklerin yanı sıra, *plea bargaining* ile seri muhakeme usulü arasındaki en büyük fark, savcılık kurumunun yapısından kaynaklanmaktadır. Özellikle ABD'de, savcılık makamının federal yapı içindeki yeri

---

91 HERMAN, s. 22.

92 HERMAN, s. 30-31. Failin, jüri tarafından suçlu bulunabilmesi için bu şüphenin, makul şüphenin ötesinde olması aranmaktadır. Bkz. YAYLA Mehmet, "Ceza Yargılamasında İspat İçin Yenilmesi Gereken Şüphe; Türkiye ve Amerika Birleşik Devletleri Sistemlerinin İncelenmesi", **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 2013, Sayı: 3, s. 297 vd.

93 HALL, s. 500. Hukukumuz bakımından da aynı husus geçerli olmaktadır. TCK md. 270 ile suç üstlenme suçu düzenlenmiş ve yetkili makamlara, gerçeğe aykırı olarak bir suçu işlediğini veya suça katıldığını bildiren kimseye hapis cezası verileceği, bu suçun alt-üst soy gibi belirli yakınlık derecesi içinde bulunulan kişileri cezadan kurtarmak amacıyla işlenmesi durumunda cezadan indirim uygulanacağı öngörülmüştür.

94 SAMAHA Joel, **Criminal Procedure**, Wadsworth, California, 2012, s. 462.

95 HERMAN, s. 14.

bakımından *plea bargaining*, tercih edilen bir yöntem olmaktadır. Zira bu usul sayesinde savcılar kendi iş yüklerini azaltmakta, dava açılması ve şüphelinin beraat etmesi üzerine puan kaybetme risklerini ortadan kaldırmakta, seçilmeleri, kariyerleri ve ünleri açısından kazanç sağlamaktadırlar[96]. Bu nedenle, *plea bargaining* usulünde, savcının temel amacı şüpheliden ikrar elde edebilmektir[97]. Ülkemiz açısından ise böyle bir durum söz konusu olmamaktadır. İş yükünün azaltılması seri muhakeme usulü bakımından öne çıkan amaç olmakla birlikte, Cumhuriyet savcıları açısından sanığın beraat etmesi herhangi bir mesleki olumsuzluk arz etmemektedir, çünkü bizzat Cumhuriyet savcıları tarafından da beraat talep edilebilmektedir. Bu nedenle, Cumhuriyet savcısı şüphelinin ikrarını aramamakta, yalnızca seri muhakeme usulünün uygulanmasına ilişkin teklifin hukuka uygun şekilde yapılması ve bunun kabul edilmesi kâfi gelmektedir. Ayrıca Cumhuriyet savcılarımızın, ABD'deki meslektaşlarında bulunan ve siyasi yapıdan kaynaklanan kariyer ve şöhret sahibi olmak şeklinde hedefleri bulunmamaktadır ve seçilmek yerine atanarak göreve başladıkları için kendi çıkarları uğruna hareket etmemektedirler[98]. Bu nedenle de *plea bargaining* ile seri muhakeme usulüne bakış açısı çok farklı olacağından, seri muhakeme usulünün fazla sayıda uygulanması değil, kanunen öngörülen durumlarda uygulanması söz konusu olacaktır.

Plea bargaining görüşmeleri, pek çok yapısal ve psikolojik taktiğe bağlı şekilde ilerlemektedir[99], ancak seri muhakeme usulü bakımından bu şekilde görüşmeler söz konusu olmamaktadır. *Plea bargaining* öyle büyük önem atfedilen bir anlaşmadır ki hem savcı hem sanık hem de müdafi açısından kişisel çıkarlar, ilişkiler, siyasi etkiler gibi pek çok değişik faktörün etkisinde gelişen, kendine has taktikleri ve yazısız kuralları olan bir yöntem teşkil etmektedir. Buna mukabil, seri muhakeme usulü tamamen CMK ve ilgili yönetmelikte belirlenen hükümlere bağlı kalınmak suretiyle ilerlemekte, herhangi bir taktik ya da farklı bir husus gerektirmemektedir.

İki usul arasındaki önemli bir diğer fark da dosyada yer alan delillerin incelenmesi bakımından kendini göstermektedir. *Plea bargaining* uygulamasında, savcılık dosyasında yer alan deliller kuvvetli ise, şüpheli ikrara

---

96 BIBAS, ss. 2471-2472; SCHULHOFER, s. 1987; VOGEL, s. 741.

97 HERMAN, s. 5.

98 BALO / ÇETİNTÜRK, s. 1287.

99 BIBAS, s. 2528.

daha yakın olurken bunun aksi durumda yargılanmayı tercih etmesi daha olası görülmektedir[100]. Seri muhakeme usulünde ise, şüphelinin veya müdafiin soruşturma dosyasını inceleyip inceleyemeyeceği, deliller konusunda Cumhuriyet savcısı ile görüşüp görüşemeyeceği hususlarına dair bir açıklık getirilmemiştir. Bununla birlikte, *plea bargaining* usulünde şüpheli, savcılık ile yapılan pazarlık kapsamında ne kadar ceza alacağını bilmektedir ve bu durum onun yargılanıp daha fazla ceza alma ihtimali karşısında cezbedici bir husus arz etmektedir[101]. Hukukumuz açısından ise, seri muhakeme usulünün uygulanmasına ilişkin teklif yapıldığında şüpheli ne kadar ceza alacağını bilmediğinden yalnızca bu usulün uygulanıp uygulanmaması konusunda karar verebilmektedir. Oysaki bu usulün uygulanmasını kabul etmek bakımından şüphesiz ki en büyük etken failin alacağı cezanın miktarı olacaktır. Bu bakımdan, *plea bargaining* usulünde söz konusu olduğu gibi, seri muhakeme usulü açısından da Cumhuriyet savcısı tarafından, talepnamede yer verilecek sonuç cezanın, teklif yapılırken şüpheliye bildirilmesi şeklinde bir kanun değişikliği yapılması düşünülebilecektir.

Müdafiin görevi bakımından da iki usul açısından farklılık görülmektedir. *Plea bargaining* usulünde müdafi, tıpkı savcı gibi çalışarak müvekkilinin lehine olan delilleri toplama ve varılacak anlaşmada elini güçlendirme çabasına girmektedir[102]. Türk hukukunda ise, seri muhakeme usulü açısından müdafi böyle bir vazife yerine getirmemektedir. Cumhuriyet savcısı ile yapılan görüşmeler, Anglo-Sakson hukukundaki pazarlık usulünden çok farklı olduğu için müdafi yalnızca CMK ve ilgili yönetmelik kapsamında sahip olduğu hakları kullanabilecek, zorunlu müdafilik kapsamında sorumluluğunu yerine getirecektir.

Başka bir farklılık da suç mağdurları açısından ortaya çıkmaktadır. *Plea bargaining* kapsamında yapılan anlaşma aynı zamanda, savcılık ile iş birliği yapmak, başka bir failin aleyhine tanıklık etmek, bir rehabilitasyon programına katılmak, mağdurun zararını gidermek gibi değişik koşulları da içerebilmektedir[103]. Zira *plea bargaining* usulünde mağdurun varlığı ve uğradığı zarar önemli bir husus teşkil etmektedir. Buna mukabil, seri muhakeme usulü kapsamına giren suçlar, mağduru bulunmayan suçlardan seçilmiş olduğu

---

[100] HERMAN, s. 8.

[101] HERMAN, s. 9.

[102] HERMAN, s. 21.

[103] HERMAN, s. 2.

için durum farklılık göstermektedir. İleride, seri muhakeme usulünün uygulanma kapsamına giren suçların genişletilmesi yoluna gidilirse, mağdur veya suçtan zarar gören konumundaki kişilerin durumunun da ayrıca değerlendirilmesi ihtiyacı doğacaktır.

Belirtilenler haricinde esasen iki usul bakımından en büyük fark, bu usullerin hangi suçlar bakımından uygulanabildiğine ilişkin olmaktadır. Açıklandığı üzere, hukukumuz açısından seri muhakeme usulü, yalnızca kanun koyucu tarafından tahdidi olarak belirlenen katalog suçlardan biri işlendiği takdirde uygulanabilecektir. Fakat Anglo-Sakson hukuk sisteminde *plea bargaining* usulünde işlenen suç bakımından herhangi bir ayrıma gidilmemiştir. Bununla birlikte uygulamada, işlenen suçun ağırlığına bağlı olarak *plea bargaining* yerine duruşmalı yargılamanın tercih edilme oranının artış gösterdiği belirtilmektedir. Örneğin, uyuşturucu ve uyarıcı madde suçları ya da hırsızlık suçu işlendiğinde failin *plea bargaining* usulünü tercih etme oranı yüksek iken, işlenen suçun kasten öldürme ya da cinsel saldırı olması durumunda ikrar elde edilememekte ve duruşmalı yargılama yoluna gidilmektedir[104]. Diğer yandan, özellikle ABD uygulaması bakımından, eyaletler arasında *plea bargaining* usulünün uygulanabileceği ve uygulanamayacağı suçlar açısından farklı belirlemeler de yapılabilmektedir[105].

Plea bargaining sonunda varılan anlaşma, hâkim tarafından onaylanması gerektiği için, yazılı bir metin olarak mahkemeye sunulmakta ve hâkim tarafından onaylanmakta ya da reddedilmektedir. Federal hâkimlerin savcı ile sanık arasında yapılan görüşmelere dâhil olması ise yasaklanmıştır[106]. Bu husus açısından da seri muhakeme usulü ile benzerlik kurulması mümkün olabilecektir, zira Cumhuriyet savcısı tarafından hazırlanan talepnamenin yetkili ve görevli mahkemeye sunulması ve bir hüküm verilmesi suretiyle seri muhakeme usulü tamamlanmaktadır. Anglo-Sakson hukuk sistemi açısından hâkimin sahip olduğu ve hukukumuzda da kabul edilmesini önerdiğimiz bir farklılık ise, anlaşmayı inceleyen hâkimin onaylama veya reddetme bakımından şüpheli tarafından gerçekleştirilen ikrarın özgür iradeye dayalı olup olmadığı ve bu ikrarın bazı somut delillere dayanıp dayanmadığı şeklindeki iki hususa bakması olmaktadır[107].

---

[104] VOGEL, s. 731.

[105] BALO / ÇETİNTÜRK, s. 1264.

[106] VOGEL, s. 733; GILLIÉRON, s. 705.

[107] VOGEL, s. 733.

3. Alman Ceza Muhakemesi Hukukunun İlgili Kurumları

Türk ceza muhakemesi hukukuna seri muhakeme usulünü kazandıran ve CMK md. 250'yi yeniden düzenleyen 7188 sayılı Kanun'un gerekçesinde örnek olarak gösterilen ülkelerden biri olan Almanya bakımından Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (StPO) § 257 c maddesine atıf yapıldığı görülmektedir. Esasen StPO, muhakemenin kısa sürede tamamlanmasını hedefleyen ve seri muhakeme usulü ile mukayese edebileceğimiz üç ayrı kurumu düzenlemektedir. Bunlardan ilki, StPO § 257c'de düzenlenen "mahkeme ve muhakeme süjeleri arasında anlaşma" *(Verständigung zwischen Gericht und Verfahrensbeteiligten)* usulü; ikincisi, StPO § 407 vd. hükümlerde yer verilen ceza kararnamesi muhakemesi *(Verfahren bei Strafbefehlen)* ve üçüncüsü ise, StPO § 417 ila § 420 arasında düzenlenen "hızlandırılmış muhakeme" *(Beschleunigtes Verfahren)* şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

A. Mahkeme ve Muhakeme Süjeleri Arasında Anlaşma

StPO § 257c'de düzenlenen mahkeme ve muhakeme süjeleri arasında anlaşma usulü her ne kadar CMK açısından uzlaştırma kurumuna tekabül ediyor olsa da seri muhakeme usulünü hukukumuza kazandıran 7188 sayılı Kanun'un gerekçesinde örnek olarak gösterilen uygulamalardan birini teşkil etmektedir.

StPO § 257c'ye göre[108], mahkeme tarafından uygun görülen hâllerde, muhakemenin ilerleyişi ve sonuçları konusunda muhakeme süjeleri ile anlaşma sağlanması olanaklı kılınmıştır. Varılacak uzlaşmanın konusu, hükmün ve buna ilişkin ara kararların konusunu oluşturacak yaptırımlar ile süjelerin muhakeme esnasındaki hareketlerine ilişkin diğer tedbirler olarak belirlenmiş, ancak her uzlaşmanın temeli "ikrarın varlığına" dayandırılmıştır. Ayrıca, suçluluğu tespit eden karar ve güvenlik tedbirlerine ilişkin uzlaşmaya varılması mümkün kılınmamıştır (StPO § 257c/2). Uzlaşmanın içeriğine dair bildirim mahkeme tarafından yapılmakta, yine mahkeme tarafından, delillerin serbestçe değerlendirilmesi yetkisi kullanılmakta, somut olayın özellikleri ile cezanın tayinine ilişkin genel kurallar nazara alınmak suretiyle cezanın alt ve üst sınırı belirlenebilmektedir. Bu hususta muhakeme süjelerine de görüş bildirme hakkı tanınmış olup mahkeme tarafından getirilen önerinin, savcılık ve sanık tarafınca kabul edilmesi hâlinde uzlaşma sağlanmış olmaktadır (StPO § 257c/3).

Şayet, hukuki ve maddi açıdan mühim olan bazı hususlar göz ardı edilmişse ya da bu nitelikteki hususlar anlaşma sağlandıktan sonra ortaya çıkarsa ve mah-

---

[108] Madde tercümesi için bkz. YENİSEY / OKTAR

keme bu sebeple, önerilen cezanın sınırlarının işlenen fiil ve kusur ile orantılı olmadığı kanaatine varırsa, bu takdirde mahkemenin uzlaşma ile bağlılığı sona ermektedir. Bu düzenleme, mahkemenin maddi gerçeğin araştırılması bakımından bağımsızlığını vurgulamakta ve kusur ile orantılı bir yaptırım uygulanmasını sağlama görevine dikkat çekmektedir[109]. Aynı husus, sanığın davranışlarının mahkeme tarafından öngörüldüğü şekilde gerçekleşmemesi durumunda da geçerli olmaktadır. Ancak böyle bir durum söz konusu olursa, yani mahkemenin uzlaşma ile bağlılığı sona ererse, bunun derhâl bildirilmesi gerekmekte ve böyle bir durumda sanığın ikrarının kullanılması da imkânsız hâle gelmektedir (StPO § 257c/4). StPO § 257c anlaşması uygulanmayıp genel usule göre yargılama yapıldığında, fail ile yapılan görüşmeler delil olarak kullanılamayacaktır, ancak daha sonra aynı hâkimlerin görev yapacak olması, bu delil yasağının pratik faydasını sorgulanır hâle getirmektedir. Çünkü gerçekten de failin suç ikrarında bulunduğunu bilen mahkemenin, sanki bu yokmuşçasına karar verebilmesi imkânsıza yakın olacaktır[110].

Alman ceza muhakemesi hukukunda, fail ile mağdur arasındaki uzlaşma müessesinin ardından, duruşmada mahkeme ile uzlaşılması da kabul edilmiş ve böylece, StPO'ya hâkim olan kamu davasının mecburiliği ilkesinin yumuşatılması söz konusu olmuştur[111]. Uzlaşma usulü, özellikle ilk kez suç işleyen kişilere karşı yumuşak bir tavır sergilenmesini, hafif suçların muhakemesinin özel bir şekilde tamamlanmasını ve böylece devletin adli kaynaklarından tasarruf edilmesini hedeflemektedir[112]. Bu hedefin önemi kabul edilmekle birlikte doktrinde, ceza verilmesinin yalnızca maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına dayandırılabileceği, çünkü hâkimin ancak ilgili kişinin o suçu işlediğinden emin olduğunda ona ceza verebileceği ve bunun da detaylı bir muhakemeyi gerektirdiği belirtilmekte, şüpheli veya sanığın kabulüne bağlı olarak ceza muhakemesini sonlandırmanın bu açıdan tatmin sağlamadığına dikkat çekilmektedir[113].

Maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için delillerin aleni bir duruşmada tartışılmasının önemi kadar tartışmaya mahal kalmayacak derecede açık delillerin esas alınması suretiyle muhakeme sürecinin hızlıca tamamlanması

---

[109] GILLIÉRON, s. 713.

[110] GILLIÉRON, s. 713.

[111] YENİSEY, s. 465.

[112] WESSLAU Edda, „Absprachen in Strafverfahren", **Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft**, Yıl: 2004, Cilt: 116, Sayı: 1, s. 150.

[113] WESSLAU, s. 151.

da önem taşımaktadır[114]. Bu bakımdan, StPO § 257c ile hedeflenen husus, bir yandan duruşmayı hızlandırıp usul ekonomisi sağlamak iken, diğer yandan ise tahkik sisteminin genel prensiplerini muhafaza edebilmektir[115]. Söz konusu usul, Alman Federal Anayasası'na aykırılık arz edip etmediği açısından da incelenmiştir. Bu noktada Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin 19 Mart 2013 tarihli kararına değinmek gerekmektedir[116]. Mahkeme, StPO'nun ilgili maddelerinde değişiklik yapılmak suretiyle sistem içine yerleştirilen mahkeme ve muhakeme süjeleri arasında anlaşma kurumunun, Anayasa'ya aykırılık taşımadığı yönünde karar vermiştir[117]. Anılan kararda, maddi gerçeği araştırma yükümlülüğünün ve masumiyet karinesinin adil bir hukuk devletinde yapılan muhakemelerde vazgeçilmez nitelik taşıdığına vurgu yapılmakla birlikte, StPO § 257c ile getirilen düzenlemenin Anayasa bakımından herhangi bir aykırılık doğurmadığı ifade edilmiştir. Bunun gerekçesi olarak da tüm işlemlerin tutanağa bağlanması ve yargı denetimine açık tutulması gerekliliğine uyulması hâlinde, hukuka herhangi bir aykırılık doğmayacağı ve aynı zamanda günümüz açısından bir zorunluluk olarak usul ekonomisinin sağlanabileceği belirtilmiştir.

B. Ceza Kararnamesi Muhakemesi

Alman ceza muhakemesi hukukunda, özel muhakeme usulleri arasında yer alan bir diğer kurum, StPO § 407 vd. maddelerde düzenlenen ceza kararnamesi muhakemesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Ceza hâkimi veya toplu asliye ceza mahkemesinin görevi kapsamına giren suçlar bakımından, savcılığın yazılı talebi üzerine, duruşma yapılmaksızın ceza kararnamesi ile fail hakkında uygulanacak yaptırım belirlenebilmektedir. Bu yöndeki talep için savcılık tarafından yapılan araştırmalar sonucunda duruşma açılmasına gerek olmadığı sonucuna varılması aranmaktadır. Talepte belirli bir müeyyideye hükmedilmesi istenmektedir ve bu talebin sunulması ile kamu davası açılmış olmaktadır (StPO § 407/1).

Ceza kararnamesi ile para cezası, trafikten men etme, müsadere, istimlak, imha, iki seneden fazla olmamak üzere sürücü belgesinin geri alınması,

---

[114] WESSLAU, s. 158.

[115] AMBOS / HEINZE, s. 58-59.

[116] BVerfG, 19.03.2013 - 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11. Orijinal karar metni için bkz. https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2013/03/rs20130319_2bvr262810.html (son erişim tarihi: 27.03.2020).

[117] YENİSEY, s. 485.

üç seneden fazla olmamak üzere hayvan sahibi olmak hayvanlara bakmak ya da mesleki bağlantı kurmaktan yasaklanmak cezalarından biri ya da birden fazlası aynı anda verilebilecek ya da cezadan sarfınazar edilebilecektir. Şayet sanığın bir müdafii bulunuyorsa, bir yıla kadar hapis cezası da verilebilecek ve bunun infazı ertelenebilecektir (StPO § 407/2). Sanığın mahkeme tarafından önceden dinlenmesine gerek bulunmamaktadır (StPO § 407/3).

Savcı tarafından, duruşma açıldıktan sonra da ceza kararnamesi verilmesi yönünde bir talepte bulunulması mümkün olmaktadır[118]. Eğer toplu asliye ceza mahkemesi başkanı tarafından ceza hâkiminin görevli olduğu kanaatine varılırsa, savcılık kanalıyla dosya ceza hâkimine gönderilmektedir. Bu karar ceza hâkimi için bağlayıcı olmaktadır, ancak savcının acele itiraz yoluna başvurması mümkündür. Eğer ceza hâkimi, toplu asliye ceza mahkemesinin görevli olduğunu düşünüyorsa, bu takdirde yine savcılık aracılığıyla dosyayı mahkemeye gönderecek ve mahkeme başkanından bu hususta bir karar vermesini talep edecektir (StPO § 408/1). Hâkim tarafından, sanık hakkında yeterli şüphe bulunmadığı kanaatine varılırsa, ceza kararnamesi verilmesi istemi reddedilecektir. Bu ret kararı, son soruşturma açılmasını reddeden ara karar ile eşdeğer nitelik taşımaktadır[119] (StPO § 408/2). Ceza kararnamesi verilmesi uygun görülürse, hâkim tarafından savcının talebine uyulacaktır. Hâkim, duruşma yapılmadan karar verilmesini sakıncalı görürse veya ceza kararnamesi verilmesi talebindeki hukuki nitelendirmeden ayrılmak ya da talep edilenden farklı bir yaptırım belirlemek isterse, fakat savcılık talebinde direnirse, bu takdirde duruşma açacaktır. Sanığa yapılan çağrıda ceza kararnamesi, talep edilen müeyyide kısmı olmaksızın gönderilecektir (StPO § 408/3).

Olağan usul dâhilinde kovuşturma evresine geçilmiş bir işte, ceza hâkimi veya toplu asliye mahkemesinde görülmekte olan dosyanın StPO § 407/1'deki şartlara uyduğu tespit edilirse ve bununla birlikte sanığın hazır bulunmaması, gaip olması ya da başkaca önemli bir sebepten ötürü duruşma yapılamıyorsa, savcı tarafından ceza kararnamesi verilmesi talep edilebilecektir. Bu talep, duruşmada sözlü olarak ifade edilip ana hatları ile duruşma tutanağına geçirilecektir (StPO § 408a/1). Ceza kararnamesi verilmesinde sakınca yoksa, hâkim tarafından bu talebin kabul edilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde bu talebi, kanun yoluna başvuru mümkün olmayacak şekilde reddedip kovuşturmaya devam edecektir (StPO § 408a/2).

---

[118] AMBOS / HEINZE, s. 50.

[119] Türk ceza muhakemesi açısından bu karar, CMK md. 174'te düzenlenen iddianamenin iadesi kurumuna tekabül etmektedir.

Savcı tarafından ceza kararnamesi ile şüpheli hakkında yaptırıma hükmedilmesi talep edildiğinde, eğer şüphelinin müdafii bulunmuyorsa, hâkim tarafından kendisine bir müdafi tayin edilecektir (StPO § 408b).

Ceza kararnamesinde yer alması gereken hususlar ise StPO § 409'da belirtilmiştir. Buna göre; sanığın ve varsa diğer tarafların kimlik bilgileri, müdafiin ismi, isnat edilen suç fiili, fiilin işlenme yeri ve zamanı ile kanuni unsurları, fiile uygulanan kanunun adı, ilgili madde, fıkra ve hükümleri, olaya ilişkin deliller, belirlenen yaptırım, kararnameye muhalefet etme imkânının bulunduğu, bunun nasıl ve hangi süre içinde yapılacağı ile muhalefet edilmezse kararnamenin kesinleşeceği ve yerine getirileceği ihtarına yer verilecektir. Şüpheli hakkında hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmedilmiş ise ya da araç sürme yasağı getirilmişse, bunlara ilişkin hükümlere de yer verilecektir. Ceza kararnamesinin, şüphelinin kanuni temsilcisine de ayrıca bildirilmesi gerekmektedir (StPO § 409).

Ceza kararnamesine muhalefet usulü ve bunun süresi StPO § 410'da yer almaktadır. Sanık, kendisine tebliğ tarihinden itibaren iki hafta içinde, ceza kararnamesini veren mahkemeye yazılı olarak veya tutanağa geçirilmek üzere sözlü olarak başvurup karşı gelme hakkını kullanabilecektir (StPO § 410/1). Bu hakkın, belirli bazı noktaların gösterilmesi suretiyle sınırlandırılması da mümkün olacaktır (StPO § 410/2). Eğer ceza kararnamesine süresi içinde muhalefet edilmezse, kararname kesin hüküm niteliği kazanacaktır (StPO § 410/3). Bu kabul, ceza kararnamesinin, adeta duruşma yapılıp sonuçlandırılmışçasına bir etkiye sahip olacağı anlamına gelmektedir[120].

Ceza kararnamesine muhalefet, süresi içinde gerçekleştirilmezse veya hukuken kabul edilemeyecek bir nitelikte ise, duruşma yapılmaksızın, mahkemenin ara kararı ile reddedilecektir. Bu karara karşı acele itiraz yoluna gidilmesi mümkündür. Muhalefet talebi yerinde görüldüğünde ise, duruşma için gün tayin edilecektir. Eğer sanık muhalefetini, kendisine verilen para cezasının gün sayısının yüksekliği ile sınırlandırmış ise, sanık, müdafi ve savcının rızalarının varlığı hâlinde mahkeme duruşma açmaksızın karar verebilmektedir. Ancak bu takdirde, ceza kararnamesinde tayin edilen orana nazaran sanığın aleyhine bir karar verilemeyecektir. Mahkemenin bu ara kararına karşı da acele itiraz yolu açık tutulmuştur (StPO § 411/1). Duruşma

---

[120] ELSNER Beatrix / PETERS Julia, "The Prosecution Service Function within the German Criminal Justice System", **Coping with Overloaded Criminal Justice Systems**, JEHLE Jörg-Martin / WADE Marianne (Editörler), Springer, Heidelberg 2006, s. 217.

açıldığında sanık kendisini yazılı vekâletname ile tayin edilmiş bir müdafi ile temsil ettirebilecektir (StPO § 411/2).

Dava ve muhalefet, ilk derece mahkemesi tarafından karar tefhim edilinceye kadar geri alınabilecektir. StPO § 303 burada da uygulanabilecektir[121]. Şayet ceza kararnamesi, StPO § 408 a'da açıklanan usule göre verilmişse, davanın geri alınması mümkün olmayacaktır (StPO § 411/3).

Muhalefetin kapsamı dâhilinde kalındığı müddetçe mahkeme, ceza kararnamesindeki yaptırım ile bağlı olmamaktadır (StPO § 411/4).

Eğer sanık duruşma açıldığında mazereti olmaksızın gelmezse ya da kendisini bir müdafi ile temsil ettirmezse, StPO § 329'un 1, 3 ve 4'üncü fıkraları uygulanacak[122], muhalefet kanuni temsilci tarafından yapılmışsa StPO § 330 uygulanacaktır[123] (StPO § 412).

Görüldüğü üzere, Almanya'da ceza kararnameleri açısından tüm işlemler esasen savcılık tarafından yürütülüp tamamlamaktadır. Mahkemenin ise bu kararnameyi onaylaması ya da tamamen reddetmesi söz konusu olmaktadır, ancak doktrinde belirtildiği üzere, ret yönünde karar verilmesi çok nadiren gerçekleşmektedir[124]. Buna karşın, sanık tarafından kararnameye yöneltilen itirazların oranının ise yüksek olduğu ifade edilmektedir[125].

Anılan çerçevede, ceza kararnamelerinin temel özellikleri; hafif suçlar için uygulanmaları, savcının inisiyatifiyle uygulanan bir usul olmaları, sanık tarafından herhangi bir itiraz yöneltilmemesi durumunda tüm işlemlerin dosya üzerinden yürüyüp hâkim huzuruna çıkılmaması, suçun hukuki tavsifinin ve yaptırımın savcı tarafından belirleniyor olması, hâkimin içeriği değiştirememekle birlikte tıpkı sanık gibi "ya hep ya hiç" şeklinde onay vermesi ya da tamamen reddetmesi şeklinde açıklanmaktadır[126].

Son olarak şunu da belirtmek gereklidir ki, Almanya'da savcının ceza kararnamesi düzenleyebilmesi için somut olay bakımından yeterli şüphe

---

[121] Anılan maddede, kanun yolu davasında duruşma başladıktan sonra geri almanın ancak karşı tarafın rızasının varlığı hâlinde gerçekleştirilebileceği düzenlenmektedir.

[122] Anılan hükümlerde, duruşmada sanığın hazır bulunmaması düzenlenmektedir.

[123] Anılan maddede, kanuni temsilcinin açtığı istinaf davası düzenlenmektedir.

[124] JEHLE, s. 5.

[125] ELSNER / PETERS, s. 217.

[126] THAMAN, s. 161.

(hinreichender Anlass) koşulunun sağlanması gerekmektedir. Yani mahkemenin, somut olayın aydınlatılması amacıyla ilave bir araştırma yapılması lüzumu görmeyecek noktaya varılması aranmaktadır[127]. Bunun dışında kalan durumlarda ceza kararnamesi düzenlenmesi yoluna başvurulamayacaktır.

C. Hızlandırılmış Muhakeme

Hızlandırılmış muhakeme, StPO § 417 ila § 420 arasında düzenlenmektedir[128]. Bu usulde, hâkim ya da toplu asliye ceza mahkemesi tarafından görülen işlerde, eğer konunun basitliği veya delillerin açıklığı nedeniyle, hemen karar verilmesine müsait bir hâl söz konusu ise[129], savcılık tarafından mahkemeye yazılı veya sözlü bir başvuruda bulunulmak suretiyle hızlandırılmış muhakeme yapılması talep edilebilmektedir (StPO § 417). Savcı tarafından talepte bulunulması durumunda, bu talebin kayıt tarihi üzerinden altı haftadan uzun süre geçmeden duruşma yapılmakta, şüphelinin kendi iradesiyle gelmemesi ya da mahkeme tarafından zorla getirtilmesinin söz konusu olmaması durumlarında, isnadın konusu da belirtilerek şüpheli çağrılmaktadır. Bu usulde, mahkemeye bir iddianame sunulması gerekmediğinden, iddialar duruşmanın başında sözlü olarak açıklanıp tutanağa geçirilmektedir. Altı aydan daha uzun süreli hapis cezasına hükmedilmesinin beklendiği durumlarda şüpheliye bir müdafi atanmaktadır (StPO § 418).

Şüpheli tarafından işlenen suç, hızlandırılmış muhakeme uygulanmasına elverişli ise, savcılık tarafından bu yönde talepte bulunulması üzerine, zorunlu olarak uygulanacak bu usulde, bir yıldan fazla hapis cezasına veya güvenlik tedbirine hükmedilmesi mümkün kılınmamıştır. Bununla birlikte, sürücü belgesinin geri alınmasına karar verilebilmektedir (StPO § 419/1). Hızlandırılmış muhakeme yapılmasına ilişkin talepte bulunulması, duruşmada hüküm tefhim edilinceye kadar mümkündür ve bu ara karara karşı bir kanun yolu tanınmamıştır (StPO § 419/2). Eğer mahkeme tarafından hızlandırılmış muhakeme yapılması reddedilirse ve sanığın suçu işlediği konusunda yeterli şüphe mevcutsa, son soruşturmanın açılması kararı verilecektir, ancak bu karar da verilmezse, yeni bir iddianame düzenlenmesinden vazgeçilebilecektir (StPO § 419/3).

---

127 THAMAN, s. 168.

128 Madde tercümeleri için bkz. YENİSEY / OKTAR

129 Bu koşulun uygulamada, şüpheli tarafından suç ikrarının gerçekleştirildiği hâlleri de kapsadığı ifade edilmektedir. Bkz. YENİSEY, s. 455.

Hızlandırılmış muhakeme kapsamında, tanık, bilirkişi, sanık gibi süjelerin dinlenmesi yerine daha evvel alınmış ifade tutanakları okunmaktadır. Resmî makamlar tarafından sunulan belge veya yapılan açıklamaların da aynı şekilde okunması mümkün kılınmıştır. Ancak tüm bu belgelerin okunması, eğer duruşmada hazır bulunuyorlarsa, savcının, sanığın ve müdafiin rızasının varlığı şartına bağlanmıştır. Ayrıca, hâkimin, delil ikamesinin kapsamını belirleme yetkisi bulunmaktadır (StPO § 420).

Yasal düzenlemeler açıklanan şekilde olmakla birlikte, bu usul doktrininde de geniş yer bulan bir konu olmaktadır. Hızlandırılmış muhakeme usulünün uygulanmasının temel faydası, en çok işlenen suçlar arasında yer alan, hırsızlık, mala zarar verme gibi basit suçların kısa sürede hükme bağlanmasını sağlamak ve böylece, kamunun adalete olan güvenini arttırmanın yanı sıra, mahkemelerin ağır suçlara ilişkin titiz bir muhakeme yapabilmek için yeterli zamanı kazanması olarak açıklanmaktadır. Yani hızlandırılmış muhakemenin, kamu düzeninin ve ağır suçlarla etkin mücadelenin sağlanması için gerekli bir araç olduğu kabul edilmektedir[130]. Bununla birlikte, yine Alman ceza hukuku doktrininde yer alan bir görüş tarafından, hızlandırılmış muhakemenin savcılık ve mahkeme açısından çok az bir rahatlama sağladığı belirtilmekte, üstelik beraberinde getirdiği problemler karşısında, şüphelinin rızası aranmaksızın uygulanan bu usulün, bir hukuk düzeni içindeki yerinin sorgulanır hâle geldiği ifade edilmektedir[131].

Aynı görüş tarafından, hızlandırılmış usullerin gerekliliği kabul edilmekte, ancak hızlı olmanın yanında etkili ve adil bir ceza muhakemesi sisteminin sağlanması gerektiğine dikkat çekilmektedir[132]. Hızlandırılmış muhakemenin, doktrindeki mevcut eleştirilere rağmen, genç suçlulara da uygulanmak üzere genişletilmesi, ceza politikasının bir gereği olarak uygulandığı düşüncesini doğurmuştur[133]. Uygulamada bu usulün en çok ekonomik suçlar, çevre suçları ve uyuşturucu ve uyarıcı madde suçları bakımından uygulandığı belirtilmektedir[134].

---

130 SCHLÜCHTER Ellen / FÜLBER Thorsten / PUTZKE Holm, **Herausforderung: Beschleunigtes Verfahren (§§ 417 ff. StPO)**, EuWi, Frankfurt 1999, s. 5; WESSLAU, s. 164.

131 MEYER-GOSSNER Lutz, „Wesen und Sinn des beschleunigten Verfahrens nach §§ 417 ff StPO", **Gedächtnisschrift für Dieter Meurer**, GRAUL Eva / WOLF Gerhard (Editörler), DeGruyter, Berlin, 2002, s. 435.

132 MEYER-GOSSNER, s. 435.

133 SCHEFFLER Uwe, „Das beschleunigte Verfahren als ein Akt angewandter Kriminalpolitik", **Gedächtnisschrift für Dieter Meurer,** GRAUL Eva / WOLF Gerhard (Editörler), DeGruyter, Berlin, 2002, s. 447.

134 GILLIÉRON, s. 713.

Görüldüğü üzere, Alman ceza muhakemesi hukukunun bir kurumu olan hızlandırılmış muhakeme her ne kadar ismen seri muhakeme usulüne benziyor olsa da yaptırımın savcı tarafından belirlenmemesi ve yalnızca kovuşturma evresinin süratle tamamlanması şeklinde gerçekleştirildiğinden, içerik bakımından bir benzerlik arz etmemektedir. Bununla birlikte, doktrinde *Yenisey* tarafından bu usulün hukukumuza kazandırılması gerektiği savunulmaktadır[135]. Esasen 7188 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi sayesinde seri muhakeme usulü ile birlikte ceza muhakemesi hukuku sistemimize kazandırılan bir diğer usul olan basit yargılama usulü (CMK md. 251), Alman ceza muhakemesi hukukunun hızlandırılmış muhakeme usulü ile oldukça benzerlik taşımaktadır, ancak çalışmamızın kapsamını aşacağından basit yargılama usulü ayrıca incelenmemiştir.

D. Türk Seri Muhakeme Usulü Açısından Değerlendirme

Alman ceza muhakemesi hukukunda kabul edilen özel muhakeme usulleri yalnızca kovuşturma evresini kısaltmakta olup soruşturma evresi bakımından benzer bir tesir yaratmamaktadır, çünkü bu usullerin uygulanmasına karar verilebilmesi için öncelikle soruşturma evresinin tamamlanmış olması gerekmektedir[136]. Hukukumuzda, seri muhakeme usulünün uygulanabilmesi bakımından da soruşturma evresinin olağan şekilde tamamlanması gerektiğinden, iki ülkenin benzer bir yaklaşım sergilediği görülmektedir. Fakat Alman ceza muhakemesi hukukunda ceza kararnamesine ilişkin düzenlemeler herhangi bir ceza indirimi yahut başkaca bir teşvik içermediğinden bu usul, ceza muhakemesi sürecini kısaltan diğer uygulamalardan farklılık göstermektedir[137]. Oysaki, açıkladığımız üzere, seri muhakeme usulü kapsamında fail hakkında ceza indirimi uygulanması söz konusu olmaktadır ve bu nedenle iki uygulamanın farklılık arz ettiği anlaşılmaktadır.

Aynı zamanda Almanya, diğer ülkelere nazaran, hızlandırılmış muhakeme usulleri açısından mahkemeye daha fazla yetki tanımaktadır. Zira mahkeme ve muhakeme süjeleri arasında uzlaşma yöntemi, hâkimlerin müzakereleri başlat-

---

[135] YENİSEY, s. 455. 7188 sayılı Kanun ile CMK md. 251 ve md. 252 de başlıkları ile birlikte yeniden düzenlenmiş olup seri muhakeme usulünün yanı sıra basit yargılama usulü adı verilen usul de ceza muhakemesi hukukumuza kazandırılmıştır. Basit yargılama usulünün, StPO'da yer alan hızlandırılmış muhakeme ile bazı açılardan benzerlikleri bulunmakla birlikte, bu konu farklı bir çalışmada ayrıntılı olarak incelenmeyi gerektirdiğinden, burada irdelenmeyecektir.

[136] AMBOS / HEINZE, s. 42.

[137] WESSLAU, s. 160.

ması ve sanığa verilecek cezanın alt ve üst limitlerini belirleyebilmesi, onların da bu sürecin doğrudan bir parçası hâline gelmesi anlamını taşımaktadır[138].

Seri muhakeme usulünü hukukumuza kazandıran kanunun gerekçesinde örnek gösterilen mukayeseli hukuk düzenlemelerinden biri StPO § 257c olmakla birlikte, esasen seri muhakeme usulü StPO § 407 ve devamında yer alan ceza kararnamesi usulü ile daha çok benzerlik arz etmektedir. Aralarındaki temel fark, savcı tarafından hazırlanan ceza taslağının Almanya'da soruşturma evresinde görev yapan hâkime sunulmasına karşın Türkiye'de mahkemeye sunulması olmaktadır. Hâkim tarafından onaylanan kararname hüküm hâlini almaktadır.

Bu özel usuller, Almanya'da yargının iş yükü nedeniyle yavaşlaması karşısında bir çözüm olarak kabul edilse de doktrinde bazı çok gelenekselci yazarlar tarafından ne pahasına olursa olsun maddi gerçeğin ortaya çıkarılması gibi önemli ceza muhakemesi ilkelerinden feragat edilmemesi gerektiğinin savunulduğu, hatta bu yazarlar tarafından gerekirse ceza adalet sisteminin çöküşünün izlenmesinin dahi göze alındığı ifade edilmektedir[139]. Elbette ki temel ilkelere azami ölçüde bağlı kalmak önem taşımaktadır, ancak zamanın gereklerine ve ihtiyaçlarına uygun yöntemleri benimseyip en doğru şekilde uygulayabilmenin bu ilkelere sağlayacağı katkı da yadsınmamalıdır.

4. Fransız Ceza Muhakemesi Hukukunun İlgili Kurumları

Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu'na (Fr. CMK) 2004 yılında yapılan ek ile, suçun ikrarı ardından uygulanabilecek özel bir muhakeme usulü düzenlenmiş ve 2019 yılında yapılan değişiklikler ile son şeklini almıştır. Fr. CMK 495 ila 495-6 maddeleri arasında düzenlenen, ceza kararnamesi verilmesini de içeren basitleştirilmiş muhakeme *(De la procédure simplifiée)* ile 495-7 ila 495-16 maddeleri arasında yer alan ve hukukumuz açısından 7188 sayılı Kanun'un gerekçesinde örnek gösterilen suçluluğun ön kabulü üzerine duruşma *(De la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*) usulleri[140], Türk ceza muhakemesinde yer alan seri muhakeme usulü ile mukayese yapabilmek adına yakından incelenmeyi gerektirmektedir.

---

138 GILLIÉRON, s. 711.

139 AMBOS / HEINZE, s. 35.

140 Madde metinleri için bkz. https://www.legifrance.gouv.fr/ (son erişim tarihi: 21.03.2020).

A. Basitleştirilmiş Muhakeme ve Ceza Kararnamesi

Basitleştirilmiş muhakeme usulü, savcının takdir yetkisini kullanmasına istinaden uygulanabilen özel bir muhakeme usulü olarak düzenlenmiştir ve zamansal tasarruf sağlamak bakımından önem taşımaktadır[141]. Kanun koyucu tarafından belirlenen suçlardan birinin işlenmiş olması hâlinde, eğer suçun hafifliği, delillerin açıklığı ve failin kişiliği gibi hususlar cezanın belirlenmesine el veriyorsa bu usul uygulanabilecek ve faile hapis veya adli para cezası verilebilecektir. Basitleştirilmiş muhakemenin uygulanabileceği suçlar Fr. CMK md. 398-1'de yer alan suçlar olmakla birlikte, kişi dokunulmazlığına yönelik kasti ya da taksirli suçlar ve basın yoluyla hareket suçu kapsam dışında tutulmuştur. Suçlar bakımından getirilen sınırlamalar haricinde, bu usulün uygulanamayacağı bazı özel durumlar da belirlenmiştir. Buna göre; suçun işlendiği tarihte failin on sekiz yaşından küçük olması, suç mağdurunun bu usul uygulanmadan evvel doğrudan dava açması ve basitleştirilmiş muhakemenin uygulanma kapsamına giren bir suçun bu kapsama girmeyen başka bir suç ile birlikte işlenmiş olması durumlarında kapsama girmeyen suç için basitleştirilmiş muhakeme usulü uygulanamayacaktır (Fr. CMK md. 495).

Savcı tarafından basitleştirilmiş muhakeme usulünün uygulanmasına karar verilirse, dosya ve bu talep mahkeme başkanına sunulacaktır. Savcı tarafından talep mahkemeye sunulurken, esasında standart bir form kullanılmak suretiyle hâkime yazılı tavsiyede bulunulmuş olmaktadır[142]. Mahkeme başkanı başka bir araştırmaya girmeksizin dosya üzerinden bir ceza kararnamesi ile failin beraatına ya da mahkûmiyetine karar vermekte, gerekli ise, savcının talebine başka yaptırımlar da ekleyebilmektedir. Bu kapsamda uygulanabilecek azami yaptırım, ilgili suç için kanunda öngörülen adli para cezasının yarısı kadar olacak, ancak her hâlükârda 5.000 Euro'yu geçemeyecektir. Ayrıca Fransız Ceza Kanunu'nun (Fr. CK) 131-5 ila 131-8-1 maddeleri arasında düzenlenen yaptırımlar da uygulanabilecektir, ancak kamusal hizmet yaptırımının uygulanabilmesi için soruşturma evresinde failin bu yaptırımı kabul ettiğini açıkça beyan etmesi gerekmektedir. Şayet mahkeme başkanı, yaptırım olarak hapis cezası uygulanması ya da olayın aleni duruşmada tartı-

---

[141] COSCAS-WILLIAMS Béatrice / ALBERSTEIN Michal, "A Patchwork of Doors: Accelerated Proceedings in Continental Criminal Justice Systems", **New Criminal Law Review**, Yıl: 2019, Cilt: 22, Sayı: 4, s. 609.

[142] AUBUSSON DE CAVARLAY Bruno, "The Prosecution Service Function within the French Criminal Justice System", **Coping with Overloaded Criminal Justice Systems**, JEHLE Jörg-Martin / WADE Marianne (Editörler), Springer, Heidelberg, 2006, s. 190.

şılması gerektiği kanaatine varırsa, bu takdirde dosyayı savcıya geri gönderecektir (Fr. CMK md. 495-1). Hâkimin teorik olarak beraat kararı vermesi ya da cezada değişiklik yapması da mümkündür, fakat uygulamada onaylanma oranının oldukça yüksek olduğu, çok nadiren ret kararı verildiği ifade edilmektedir[143].

Düzenlenecek kararnamede yer alması gereken hususlar; failin adı soyadı, doğum yeri ve tarihi, ikamet adresi, işlenen fiilin hukuki nitelendirmesi, tarihi ve yeri, uygulanan kanun maddeleri ve yaptırım olarak belirlenmiştir. Kararnamede gerekçeye de yer verilmesi gerekmektedir (Fr. CMK md. 495-2).

Eğer suç mağduru polis soruşturması sırasında uğradığı zararın giderilmesine yönelik talepte bulunmuş ise, kararnamede bu hususa ilişkin değerlendirmeye de yer verilmesi gerekmektedir. Herhangi bir nedenden ötürü bu hususta karar verilemiyorsa, şahsi davanın açılabilmesi için dosya savcıya geri gönderilecektir (Fr. CMK md. 495-2-1).

Kararname verildiği anda savcılığa gönderilmektedir ve buna karşı on günlük itiraz süresi tanınmıştır. Eğer itiraz olmaz ise karar yerine getirilecektir. Kararname, resmî tebligat ile sanığa veya savcı tarafından sanığın müdafiine gönderilecektir. Eğer kararnamede öngörülen yaptırım gün para cezası veya kamu hizmeti içeriyorsa, bu şekildeki tebliğ zorunluluk taşımaktadır. Tebliğ tarihinden itibaren kararnameye karşı kırk beş günlük itiraz süresi bulunmaktadır. Tebliğ ile ayrıca, ceza mahkemesi tarafından failin suçluluğuna karar verilirse hakkında hapis cezası uygulanabileceği de bildirilmektedir. Eğer tebliğin ardından süresi dâhilinde herhangi bir itiraz gerçekleştirilmezse, kanunun ilgili hükümleri uyarınca cezanın infazına geçilecektir. Kararnamenin ilgili kişiye tebliğ edildiği ispatlanamıyorsa, bu takdirde kendisi hakkında uygulanacak cezayı öğrenmesini takiben otuz günlük itiraz süresi tanınacak, bu sürede işlemler duracaktır (Fr. CMK md. 495-3). Kararname, aynı usul ile müştekiye de tebliğ edilerek kırk beş günlük itiraz süresi olduğu bildirilecektir (Fr. CMK md. 495-3-1).

İtirazın savcı ya da sanık tarafından gerçekleştirilmesi durumunda dosya ceza mahkemesinin önüne gelecektir. Duruşma açılana kadar itirazın geri alınması da mümkündür, ancak bu durumda yeniden itiraz hakkı bulunmamaktadır ve ceza kararnamesi yürürlük kazanacaktır (Fr. CMK md. 495-4).

---

[143] AUBUSSON DE CAVARLAY, s. 190; JEHLE, s. 5.

Herhangi bir itiraz yöneltilmeyen yahut savcı tarafından mahkeme önüne getirilmeyen kararname, kesin hüküm vasfı kazanacaktır. Ancak bu hüküm, suçun sebep olduğu zararın tazmini için açılan hukuk davası bakımından kesin hüküm niteliğinde olmayacaktır (Fr. CMK md. 495-5).

B. Suçluluğun Ön Kabulü Üzerine Duruşma

Suçluluğun ön kabulü üzerine duruşma, Fr. CMK'da özel bir muhakeme usulü olarak yer almakta ve bu usul, yaptırımı üst sınırı beş yıldan fazla olmayan hapis cezası veya adli para cezası olan suçlardan biri söz konusu olduğunda, savcının kendi inisiyatifini kullanarak ya da şüpheli veya müdafiin talebi üzerine uygulanmakta, ön koşul olarak ise failin kendisine yöneltilen suçlamaları kabul etmesi esasına dayanmaktadır (Fr. CMK md. 495-7). Fail tarafından kusurun ön kabulüne dayanması nedeniyle *plea bargaining* ile ortak bir temele sahip olarak nitelendirilen bu usulde temel amaç, muhakeme organlarının sembolik görevlerini muhafaza etmekle birlikte, bazı hafif suçların cezalandırılmaması, *plea bargaining* aksine mahkûmiyet hükmü vermek değil, failin bazı yükümlülükleri yerine getireceği bir anlaşma sağlanması şeklinde açıklanmaktadır[144].

Suçluluğun ön kabulü üzerine duruşma usulü, işlenen her suç açısından uygulanamamaktadır. Uygulama, üst sınırı beş yılı geçmeyen hapis cezası gerektiren suçlar ile sınırlandırılmış olmakla birlikte, bu kapsama girse de Fr. CMK md. 495-16'da sayılan suçlar ile Fr. CK md. 222-9'da düzenlenen kasten yaralama ve md. 222-31-2'de düzenlenen cinsel istismar suçu kapsam dışında bırakılmıştır (Fr. CMK md. 495-7).

Savcı tarafından, failin suçuna karşılık bir yaptırım belirlenmekte, bu yaptırım üç yıldan fazla hapis cezası ya da o suç için kanunda öngörülen cezanın yarısından fazla olamamaktadır. Savcı, bu cezanın kısmen veya tamamen ertelenmesine karar verebileceği gibi, fail hakkında ilave olarak güvenlik tedbiri uygulanmasına da karar verebilecektir. Savcı tarafından ceza belirlendikten sonra şüpheli, kendisi tarafından seçilen veya atanmış olan müdafinin varlığında, anlaşmayı kabul ettiğini bildirmektedir. Şüphelinin talebi hâlinde, savcının teklifini kabul etme veya reddetmeden evvel kendisine on günlük düşünme süresi tanınması da söz konusu olmaktadır. Burada öngörülen müdafilik zorunlu müdafiliktir ve şüphelinin, müdafiin hukuki yardımından yararlanma hakkından feragat etme olanağı bulunma-

---

[144] COSCAS-WILLIAMS / ALBERSTEIN, s. 600.

maktadır (Fr. CMK md. 495-8). Görüldüğü üzere, Fransız sisteminde şüphelinin savcı ile gerçek anlamda bir pazarlık yapması söz konusu olmamaktadır. Müzakere olmaksızın anlaşmaya varılmakta ve şüphelinin tek imkânı, bunu derhâl kabul etmek yerine, on gün sonraya ertelemek olmaktadır[145].

Şüpheli, müdafiin varlığında, kendisine yapılan teklifi kabul edince derhâl görevli mahkeme veya hâkimin huzuruna çıkarılmaktadır. Eğer kişi gözaltında değilse, hâkim önüne çıkarılma süresi bir aydan daha az bir süre olmak üzere uzayabilmektedir. Hâkim veya mahkeme tarafından şüpheli ve müdafi dinlenmekte, somut olaya ilişkin bulgular ve hukuki nitelendirme incelendikten sonra, savcı tarafından önerilen ceza onaylanabilmektedir. Bu onay aynı gün verilmekte ve gerekçeli olmak zorundadır. Hâkim veya mahkeme önündeki duruşma, aleni yargılama şeklinde gerçekleştirilmekle birlikte, savcının bulunması bir zorunluluk teşkil etmemektedir (Fr. CMK md. 495-9).

Eğer şüpheli düşünme süresi talep ederse, özgürlükler hâkimi önüne çıkarılmakta ve hakkında adli kontrol ya da elektronik kelepçeli ev hapsi kararı verilebilmekte, savcının teklif ettiği cezanın iki aydan daha uzun süreli hapis cezası olması ve bunun derhâl infaz edilmesi gerektiğini önermesi ve ilgili maddelerde yer alan koşulların varlığı hâlinde tutuklama kararı da verilebilmektedir. Fakat tüm bunların süresi on ila yirmi gün olabilmekte, daha uzun süre geçmesi hâlinde kendiliğinden sona ermektedir (Fr. CMK md. 495-10).

Mahkeme veya hâkim tarafından, savcının önerdiği ceza onaylanacaksa bunun için öncelikle, şüphelinin müdafi huzurunda kendisine yöneltilen suçlamalar ve verilecek ceza hakkında bilgilendirilmesi koşullarının yerine getirilip getirilmediğine ve somut olayın özellikleri ile şüphelinin kişiliği bakımından önerilen cezanın uygun olup olmadığına bakılmaktadır. Onaylanan talep bir hüküm hâline dönüşmektedir ve derhâl yerine getirilebilecektir. Bu hükme karşı hem şüphelinin hem de savcının istinafa ilişkin maddeler uyarınca istinaf kanun yoluna başvurma hakkı bulunmaktadır (Fr. CMK md. 495-11). Mahkeme veya hâkim tarafından, savcının talebinin onaylanması açısından gerekli olan hususlarda eksiklik tespit edilirse, talep reddedilecektir (Fr. CMK md. 495-11-1).

---

[145] PRADEL, s. 225-226.

Eğer şüpheli tarafından savcının talebinde yer alan ceza kabul edilmezse veya belirtilen sebeplerle mahkeme veya hâkim tarafından onay verilmezse, bu takdirde savcı tarafından genel usullere uygun şekilde bir kamu davası açılacaktır. Bunun aynı gün gerçekleştirilmesi gerekmekle birlikte, eğer mahkeme ya da hâkimin uygun olmaması nedeniyle aynı gün gerçekleştirilemiyorsa, o zamana kadar şüpheli hakkında bazı tedbirler uygulanacaktır (Fr. CMK md. 495-12).

Şüphelinin işlediği suçun mağduru belirlenebiliyorsa, bu kişi de gecikmeksizin bilgilendirilerek uğradığı zarar için tazminat talep etmek üzere şüpheli ile aynı anda mahkeme huzurunda olması istenecektir. Bu duruşmaya katılma imkânı bulunmaması hâlinde, özel hukuka ilişkin hak talepleri hakkında ayrı bir yargılama yapılmasını isteme hakkı da bulunmaktadır (Fr. CMK md. 495-13).

Şüphelinin ceza teklifini kabul etmemesi veya hâkim ya da mahkeme tarafından talebin onaylanmaması durumlarında, bu sürece dair görüşme, belge ve tutanakların daha sonra delil olarak ileri sürülmesi yasaklanmıştır (Fr. CMK md. 495-14).

Suçluluğun ön kabulü üzerine duruşma usulünün uygulanma kapsamına giren suçlardan birinin faili, kendisi tarafından veya müdafi aracılığıyla, savcılığa yapacağı yazılı bir bildirim ile kendisine yöneltilen suçlamaları kabul ettiğini ve hakkında bu usulün uygulanmasını talep ettiğini beyan edebilecektir. Bu talebin uygunluğuna karar veren savcı, şüpheli, müdafi ve mağduru çağırarak açıklanan yasal düzenlemeler doğrultusunda işlemleri gerçekleştirecektir. Eğer savcı, suçluluğun ön kabulü üzerine duruşma usulünün uygulanmamasına karar verirse, bu takdirde şüpheli veya müdafiine bildirimde bulunulması gerekmemektedir. Kusurun ön kabulü muhakemesine ilişkin hükümlerin, sorgu hâkimi tarafından ceza mahkemesine sevk edilen kişiler hakkında uygulanması mümkün olmamaktadır (Fr. CMK md. 495-15). Bu usulün uygulanıp uygulanmaması bakımından kararın savcı tarafından veriliyor olması, inisiyatifin tamamen savcıya ait olduğunu ortaya koymaktadır[146].

Suçluluğun ön kabulü üzerine duruşma usulü kapsamında yürütülen işlemler ile eşzamanlı olarak savcının genel usule göre bir soruşturma yürütmesi de mümkündür, ancak teklif edilen cezanın şüpheli tarafından kabul edilmesi üzerine bu soruşturma düşecektir (Fr. CMK md. 495-15-1).

---

[146] PRADEL, s. 225.

Suçluluğun ön kabulü üzerine duruşma usulüne ilişkin hükümlerin, on sekiz yaşından küçük failler ile basın suçları, kasten öldürme ve siyasi suç failleri hakkında uygulanamayacağı kabul edilmiştir (Fr. CMK md. 495-16).

C. Türk Seri Muhakeme Usulü Açısından Değerlendirme

Fransa'da basitleştirilmiş muhakeme usulü ve bu kapsamda verilen ceza kararnameleri ile suçluluğun ön kabulü üzerine duruşmanın, çok eleştiri alan usuller olmalarına rağmen, yürürlüğe girdiklerinden beri her geçen yıl artan oranlarla uygulandıkları belirtilmektedir[147]. Bu artışın sebebi ise, Fransa'da davaların sürelerinin uzunluğu karşısında, bu yöntemlerin makul ve verimli olarak kabul edilmesi olarak açıklanmaktadır[148].

Fransa'da basitleştirilmiş muhakeme usulünün uygulanması ve bu kapsamda ceza kararnamesi düzenlenmesi, her suç açısından uygulanamayacak bir yöntem olması hasebiyle Türk seri muhakeme usulü ile benzerlik taşımaktadır. Ancak kanuni düzenlemeler açıklanırken izah edildiği üzere, Fransa'da bu usulün uygulanması, savcının inisiyatifine bağlı kılınmış ve ayrıca somut olayın bazı özelliklerine bağlanmıştır. Türk ceza muhakemesi hukuku açısından ise, katalogda yer alan suçlardan birinin işlenmiş olması durumunda, diğer koşulların da varlığı sağlanmış ise, Cumhuriyet savcısı tarafından bu usulün uygulanması bir zorunluluk olarak kabul edilmiştir ve takdir yetkisi tanınmamıştır.

Fransa'da müdafiin hem savcılıkta hem de mahkemede hazır bulunması zorunluluğunun getirilmiş olması, şüphelinin savcı teklifini kabul etmeden evvel on günlük düşünme süresi kullanabilmesi ve ayrıca mahkeme tarafından verilen karara karşı istinaf yoluna başvuru imkânının bulunması adli hataları en aza indirecek hususlar olarak değerlendirilmektedir[149] ve bunlar seri muhakeme usulü açısından da kabul edilmiş olan önemli uygulamalar şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

Fr. CMK md. 495 düzenlemesinde, basitleştirilmiş muhakeme usulünün uygulanma kapsamına giren bir suçun, bu kapsama girmeyen başka bir suç ile birlikte işlenmesi ihtimaline de yer verilerek kapsam dahilinde olmayan suçun muhakemesinin olağan usule göre yapılacağı, hakkında basitleştiril-

---

[147] GILLIÉRON, s. 715; COSCAS-WILLIAMS, s. 609.

[148] PRADEL, s. 233.

[149] PRADEL, s. 234.

miş muhakeme usulünün uygulanamayacağı kabul edilmiştir. Türk ceza muhakemesi hukukunda ise, seri muhakeme usulü açısından bu hususa ilişkin bir düzenleme getirilmemiştir. İlgili bölümde de ifade edildiği üzere kanaatimiz, CMK md. 250 düzenlemesine bu hususu açıkça belirten bir ifadenin eklenmesi yönünde olmaktadır.

Fransız uygulaması açısından kayda değer bir diğer husus da suçluluğun ön kabulü üzerine duruşma usulü açısından, suç faili veya müdafi tarafından savcılığa başvurularak bu usulün uygulanmasını talep etme olanağının tanınmasıdır. Hukukumuz açısından da iddianame hazırlanıncaya kadar şüphelinin, seri muhakeme usulünün uygulanmasını talep edebileceği kabul edilmiştir. Fransız uygulamasında "suçluluğun ön kabulü" esas olduğu için talebin ikrar olarak değerlendirilmesi mümkün olacaktır, fakat Türk hukukunda seri muhakeme usulü dâhilinde ikrar yer almadığından, bu talep yalnızca bilgilendirme, teklif ve kabul süreçlerini hızlandırma bakımından fayda sağlayacaktır.

5. İsviçre Ceza Muhakemesi Hukukunun İlgili Kurumları

İsviçre'de, muhakeme sürecinin kısaltılmasını amaçlayan uygulamalar ilk kez 2011 yılında, kantonlara ait farklı ceza muhakemesi kanunları yerine yürürlüğe giren ulusal ceza muhakemesi kanunu ile tanınmıştır[150]. İsviçre Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (İsv. CMK) ceza muhakemesi sürecini kısaltan özel usuller başlığı altında, 352 ila 356 maddeleri arasında ceza kararnamesi *(Strafbefehlsverfahren)* ve 358 ila 362 maddeleri arasında hızlandırılmış muhakeme usulü *(Abgekürztes Verfahren)* düzenlenmektedir[151].

A. Ceza Kararnamesi

Soruşturma evresinde, şüpheli tarafından suç ikrarı gerçekleştirildiğinde ya da cezai sorumluluğu başka bir yol ile açık şekilde belirlendiğinde, savcı tarafından cezanın ertelenmesi veya şartlı salıverme kurumları da dikkate alınmak suretiyle, kısa bir ceza kararnamesi düzenlenmektedir. Kararname ile verilecek ceza, azami 180 günlük adli para cezası ya da altı aydan fazla olmayan hapis cezası olabilecektir ve belirlenen cezanın, İsviçre Ceza Kanunu'nda düzenlenen tedbirler ile birleştirilmesi mümkün kılınmıştır (İsv.

---

[150] GILLIÉRON 9, s. 708.

[151] Madde metinleri için bkz. https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/20052319/index.html (son erişim tarihi: 20.03.2020).

CMK md. 352/1 ve md. 352/2). Toplamda altı ay hapis cezasını aşmamak kaydıyla bu yol ile verilecek cezaların birleştirilmesi mümkün olduğu gibi, para cezasının her zaman için başka bir ceza ile birleştirilmesi de mümkün görülmüştür (İsv. CMK md. 352/3).

Bu özet ceza kararnamesinde yer verilmesi gereken hususlar İsv. CMK md. 353'te sayılarak düzenlenmiştir. Buna göre kararname metnine, kararnameyi düzenleyen makamın, şüphelinin kimliğinin, şüpheli tarafından işlenen fiilin, bu fiilin oluşturduğu suçun, yaptırımın, cezanın ertelenmesi veya şartlı salıvermenin uygulanmamasının kısa gerekçesinin, ödenmesi gereken zarar ve masrafların, el koyma ve müsadereye ilişkin detayların, kararnameye itiraz imkânının varlığı ile itiraz durumunda neler olacağının yazılması ve ayrıca kararnamenin düzenlenme yeri ile tarihinin belirtilerek düzenleyen kişi tarafından imzalanması gerekmektedir (İsv. CMK md. 353/1). Şayet şüpheli, şikâyetçinin özel hukuka ilişkin taleplerini de kabul ederse bunların da kararnamede belirtilmesi gerekmektedir. Kabul edilmeyen talepler bakımından ise, ayrıca hukuk davası açılması mümkün olacaktır (İsv. CMK md. 353/2). Özet ceza kararnamesi, düzenlendikten sonra derhâl itiraz hakkı bulunan kişilere yazılı olarak bildirilecektir (İsv. CMK md. 353/3).

Ceza kararnamesine itiraz usulü İsv. CMK md. 354'te düzenlenmiştir. Buna göre, yazılı itirazın 10 gün içerisinde savcılığa yapılması gerekmektedir. İtiraz etmeye yetkili olan kişiler, şüpheli, suçtan etkilenen diğer şahıslar ile ilgili kantonun savcılık ofisi veya İsviçre Başsavcılığı olarak belirlenmiştir (İsv. CMK md. 354/1). Şüpheli haricindeki kişiler tarafından gerçekleştirilen itirazlar bakımından gerekçe belirtilmesi zorunluluğu getirilmiştir (İsv. CMK md. 354/2). Şayet, düzenlenen ceza kararnamesine karşı, öngörülen süre dâhilinde herhangi bir itiraz yöneltilmezse, bu kararname kesin hüküm hâline dönüşmektedir (İsv. CMK md. 354/3).

İtiraz prosedürü İsv. CMK md. 355'te düzenlenmiştir. Eğer kararnameye yönelik bir itiraz söz konusu olursa, savcı tarafından bu itirazın değerlendirilmesi bakımından gerekli olan ek deliller toplanacaktır (İsv. CMK md. 355/1). İtirazda bulunan kişi, itiraz üzerine gerçekleştirilecek olan incelemeye çağrılmasına rağmen, mazereti olmaksızın katılmaz ise, itirazından vazgeçmiş sayılacaktır (İsv. CMK md. 355/2). İtiraz üzerine toplanan ek delillere dayalı olarak yapılan inceleme sonucunda savcı tarafından dört farklı karar verilebilmesi mümkün görülmüştür. Bu kararlar; itiraz edilen ceza kararnamesinin aynen muhafazası, soruşturmanın durdurulması, yeni bir ceza

kararnamesi düzenlenmesi veya suçlamaların mahkeme önüne taşınması şeklinde belirlenmiştir (İsv. CMK md. 355/3).

İtiraz üzerine, savcı tarafından ceza kararnamesinin aynen muhafazasına karar verildiği takdirde, duruşma açılması için dosya derhâl ilk derece mahkemesine gönderilmektedir. Bu ihtimalde, özet ceza kararnamesi, iddianame yerine geçmektedir (İsv. CMK md. 356/1). İlk derece mahkemesi tarafından kararnamedeki cezanın geçerliliği ve yöneltilen itirazlara ilişkin karar verilmektedir (İsv. CMK md. 356/2). Tarafların beyan sürelerinin sonuna kadar herhangi bir zamanda itirazın geri alınması mümkün olmaktadır (İsv. CMK md. 356/3). İtirazı yapan kişi veya yasal temsilcisi, herhangi bir mazeret olmaksızın duruşmaya katılmaz ise, itirazdan vazgeçildiği kabul edilecektir (İsv. CMK md. 356/4). Eğer mahkeme tarafından itiraz kabul edilir, yani ceza kararnamesinin geçersizliğine karar verilirse, dosya yeni bir soruşturma yürütülmesi için savcılığa geri gönderilecektir (İsv. CMK md. 356/5). Yapılan itirazın yalnızca tazminat, masraflar ya da diğer usulî kararlara ilişkin olması durumunda, itiraz eden kişi tarafından aksi yönde bir talep bulunmadıkça, mahkeme tarafından duruşma açılmaksızın dosya üzerinden karar verilecektir (İsv. CMK md. 356/6). İştirak hâlinde işlenen suçlarda, aynı ceza kararnamesi birden çok fail hakkında düzenlenmiş ise, İsv. CMK md. 392[152] kıyasen uygulanacaktır (İsv. CMK md. 356/7).

B. Hızlandırılmış Muhakeme Usulü

Hızlandırılmış muhakeme usulünün henüz yeni olması ve temyize ilişkin sınırlamaları bulunması nedeniyle uygulaması geniş tutulmamıştır[153]. Bu usul kapsamında, iddianame hazırlanıncaya kadar şüpheli tarafından savcıya başvurularak hakkında hızlandırılmış muhakeme uygulanmasını talep etme imkânı bulunmaktadır. Bunun için şüphelinin somut olaya ilişkin olguları ikrar etmesi ve özel hukuka ilişkin sonuçları en azından prensipte kabul etmesi gerekmektedir (İsv. CMK md. 358/1). Hem yaptırım hem de suçlama bakımından savcı ile pazarlık yapılması mümkündür, ancak *plea bargaining* usulünün aksine somut olayın gerçeklerine ilişkin pazarlık yasaklanmıştır[154]. Hızlandırılmış muhakeme usulünün, savcı tarafından şüpheli hakkında beş yıldan daha fazla hapis cezası talep edilmesi durumunda uygulanması müm-

---

[152] Bu madde, temyizin genişletilmesine ilişkin düzenlemeleri içermektedir.

[153] GILLIÉRON, s. 708.

[154] GILLIÉRON, s. 708.

kün olmamaktadır (İsv. CMK md. 358/2). Diğer yandan bu usul esasen, ceza kararnamesi ile sonuçlandırılamayacak ağırlıktaki suçlar ve kabahatler açısından uygulanmaktadır. İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi'nin güncel uygulamasına göre, failin ikrarı karşılığında, alacağı cezadan yapılacak indirim 1/5 ila 1/3 oranında olabilecektir, ayrıca failin pişmanlık göstermesi, varsa farklı suçları açısından iş birliği yapması gibi hususlar da ilave indirim nedeni olarak değerlendirilebilecektir[155].

Savcının, somut olay hakkında hızlandırılmış muhakeme usulünün uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin kararı kesin olmaktadır ve bu karar için herhangi bir gerekçe belirtilmesi gerekmediği gibi, bu karara karşı bir kanun yolu da tanınmamıştır (İsv. CMK md. 359/1). Hızlandırılmış muhakeme usulünün uygulanmasına karar verildiği takdirde savcı hem bu kararı hem de özel hukuka konu talepler bakımından dava açmak için 10 günlük süre olduğunu suçun mağduruna bildirmektedir (İsv. CMK md. 359/2).

Hızlandırılmış muhakeme usulü kapsamında hazırlanan iddianamede, İsv. CMK md. 325 ve md. 326 uyarınca gerekli olan hususlara[156], belirlenen cezaya, güvenlik tedbirlerine, cezanın ertelenmesine ilişkin karara, belirlenen koşullara, özel hukuk yargılamasına ilişkin olarak verilen karara, yargılama masraflarına ve ayrıca iddianameye itiraz etmeyen muhakeme süjelerinin genel usule göre yargılama ve temyiz haklarından feragat etmiş sayılacaklarına dair uyarıya yer verilmektedir (İsv. CMK md. 360/1). Savcı tarafından hazırlanan iddianame, muhakemenin taraflarına gönderilmekte ve on günlük süre tanınarak iddianameye onay vermeleri ya da itiraz etmeleri istenmektedir. Onay verilmesi durumunda, bunun geri alınması mümkün kılınmamıştır (İsv. CMK md. 360/2). Tanınan süre içinde, yazılı bir bildirim ile iddianameye itiraz edilmezse, onay verildiği kabul edilmektedir (İsv. CMK md. 360/3). Tarafların onay vermesinin tamamlanması ardından savcı, iddianameyi ve dosya içeriğini ilk derece mahkemesine göndermektedir (İsv. CMK md. 360/4). Taraflardan birinin iddianameye itiraz etmesi durumunda ise, savcı tarafından olağan muhakeme kuralları uyarınca işlemler yürütülmektedir (İsv. CMK md. 360/5).

Hızlandırılmış muhakeme usulünde ilk derece mahkemesi tarafından duruşma açılmakta (İsv. CMK md. 361/1), bu duruşmada sanığa suçlamaları

---

155 GILLIÉRON, s. 708.

156 Bu maddelerde, genel usule uygun şekilde hazırlanan bir iddianamede yer verilmesi gereken hususlar düzenlenmektedir.

kabul edip etmediği sorulmakta ve ikrarının dosyada yer verilen olgulara karşılık gelip gelmediğine bakılmaktadır (İsv. CMK md. 361/2). Mahkemenin, gerekli görmesi durumunda, duruşmada bulunan diğer kişilere soru sorması da mümkündür (İsv. CMK İsv. CMK md. 361/3), ancak delil toplanmasına ilişkin herhangi bir işlem yürütemeyecektir (İsv. CMK md. 361/4).

Mahkemeye, hızlandırılmış muhakeme usulünün yasal ve kabul edilebilir olup olmadığı, isnat edilen suçlamaların dosyaya uygunluğu ve belirlenen yaptırımın adil olup olmadığı hususlarında serbestçe karar verme olanağı tanınmıştır (İsv. CMK md. 362/1). Mahkeme tarafından, hızlandırılmış muhakemenin uygulanabilmesi için gereken tüm hususların tamamlandığı kanaatine varılırsa, iddianamede yer verilen suç, belirlenen yaptırım ve özel hukuka ilişkin taleplerin hepsini kapsayan gerekçeli kısa bir hüküm verilmektedir (İsv. CMK md. 362/2). Eğer hızlandırılmış muhakemenin uygulanması için gereken koşullar sağlanmamış ise, mahkeme tarafından dosya savcılığa geri gönderilecektir ve genel kurallara uygun şekilde muhakeme süreci ilerleyecektir. Mahkeme bu yöndeki kararını taraflara sözlü ve yazılı olarak bildirecektir. Bu karara itiraz edilmesi mümkün olmamaktadır (İsv. CMK md. 362/3).

Hızlandırılmış muhakemenin uygulanmaması yönünde karar verilmesi durumunda, tarafların o ana kadarki ifadeleri, daha sonra olağan usul uygulanırken kullanılamayacaktır (İsv. CMK md. 362/4). Hızlandırılmış muhakeme bakımından temyiz yoluna yalnızca, bir tarafın iddianameye onay vermemesi ya da mahkeme tarafından verilen hükmün iddianamede yer verilen hususlara karşılık gelmemesi durumlarında başvurulabileceği kabul edilmiştir (İsv. CMK md. 362/5).

Doktrinde belirtildiği üzere hızlandırılmış muhakeme usulü, özellikle ekonomik suçlar nedeniyle yargıda oluşan iş yükünü azaltmak bakımından kabul edilmiştir. Ancak uygulamaya yansıyan duruma göre, bu usule en çok uyuşturucu ve uyarıcı madde suçları, mala karşı suçlar, cinsel suçlar ve trafik güvenliğine ilişkin suçlar açısından başvurulmaktadır[157].

C. Türk Seri Muhakeme Usulü Açısından Değerlendirme

Hızlandırılmış muhakeme, failin iradesine bağlanmış bir usuldür ve failin ceza sorumluluğu bulunduğunu kabul ederek savcıya başvurması ile baş-

---

[157] GILLIÉRON, s. 710.

lamaktadır. Burada dikkat çeken husus, savcı tarafından herhangi bir baskı ya da zorlama olmaması amacıyla, bu usulün başlatılması için ilk hareketin şüpheliden gelmesinin kabul edilmesidir, ancak savcı tarafından böyle alternatif bir uygulama imkânının bulunduğu hususunda bilgi verilmektedir[158]. Ülkemiz açısından da seri muhakeme usulünün uygulanması konusundaki talebin şüpheliden gelmesi mümkün kılınmış ve bunun için iddianame hazırlanıncaya kadar süre tanınmıştır, bu talebin ikrar niteliği taşıyıp taşımadığı hususuna ilişkin herhangi bir açıklık getirilmemiştir.

Hızlandırılmış muhakeme usulü kapsamında şüpheli ile savcı arasında yapılacak görüşmelerin sözlü mü yoksa yazılı mı olacağı hususu kanunda açıkça belirtilmemiştir, ancak hem doktrin hem de İsviçre Federal Ceza Mahkemesi tarafından, görüşmelerin belgelendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Bununla birlikte, uygulamada savcı ve müdafi arasında adliyede sözlü olarak ya da telefonda konuşarak görüşmeler gerçekleştirilmekte, hatta bunlar özellikle şüpheli tarafından hızlandırılmış muhakeme uygulanmasına ilişkin başvuru yapılmadan önce gerçekleştirilmektedir[159].

Savcı ile şüpheli arasındaki görüşmeler başarılı olarak tamamlanırsa, bu süreç iddianamenin düzenlenerek ilk derece mahkemesine sunulması ile sonuçlandırılmakta, aksi durumda savcı tarafından genel hükümler uyarınca muhakeme işlemleri yürütülmekte ve şüpheli ile yapılan görüşmeler delil olarak kullanılamamaktadır. Bu yöndeki kabulün, hem Türk ceza muhakemesinde seri muhakeme usulü açısından hem de genel anlamda tüm hukuk sistemlerinde kabul edildiğini söylemek mümkün olacaktır. Zira bunun aksi yöndeki bir yaklaşımın, sanık hakları bakımından çok ağır ihlallere yol açacağının ve aynı zamanda söz konusu özel muhakeme usullerini uygulanamaz hâle getireceğinin unutulmaması gerekmektedir.

Mahkemenin sınırlı bir inceleme yapma yetkisi bulunmaktadır. Bu kapsamda şüphelinin ikrarının inandırıcılığı ile şüphelinin haklarının korunup korunmadığına ve hızlandırılmış muhakemenin hukuka uygun ve doğru şekilde uygulanıp uygulanmadığı ile talep edilen yaptırımın uygunluğuna bakılmaktadır. Eğer mahkeme tarafından bu hususlara ilişkin herhangi bir aykırılık tespit edilmezse, iddianame onaylanmakta ve bir hüküm hâline dönüşmektedir. Daha evvel açıklandığı üzere, bu husus ülkemizde, seri muha-

---

[158] GILLIÉRON, s. 708.

[159] GILLIÉRON, s. 709.

keme usulünün uygulanışı bakımından da aynı şekilde gerçekleşmekte, ancak iddianame yerine bir talepname düzenlenmektedir.

Belirtildiği üzere, İsviçre ceza muhakemesi hukukunda, hızlandırılmış muhakeme usulünün tamamlanamaması halinde genel usule dönüleceği kabul edilmiştir. Bu durumda işlemlerin aynı savcı tarafından yürütülmesi, her ne kadar görüşmelerin delil olarak kullanılması mümkün olmasa da bir önyargıya sebep olacağından, soruşturmaya yeni bir savcı atanması gerektiği doktrinde savunulmaktadır[160]. Bu öneri, tarafsızlığın sağlanması ve muhakeme sürecinin adil bir şekilde ilerleyebilmesi açısından büyük önem taşıyan bir hususa dikkat çekmektedir ve kanaatimizce, Türk hukukunda da seri muhakeme usulünün tamamlanamaması üzerine olağan usule dönüldüğü durumlar açısından benimsenmesi gereken önemli bir düzenleme niteliği taşımaktadır.

SONUÇ

Nüfus artışı ve teknolojik gelişmeler başta olmak üzere pek çok etkenin, günümüzde işlenen suçların sayısı ve çeşitliliği üzerinde tesirli olduğu, suçluların sayısında artış görüldüğü ve tüm bunların muhakeme organlarının iş yükünü oldukça arttırdığı görülmektedir. Bu tablo karşısında, kamu davasının mecburiliği prensibine sıkı surette bağlı kalınması yerine, bu ilkeyi yumuşatarak alternatif yöntemlerin ve özel muhakeme usullerinin benimsenmesi bir zorunluluk hâlini almıştır. Olağan usulden ayrılan bu özel muhakeme usulleri, yargı organlarının etkin ve hızlı bir şekilde faaliyet göstermesi ve adaletin sağlanması arzusu çerçevesinde, toplumun erişilebilir ve hakkaniyetli adalet anlayışına hizmet etme gayesiyle geliştirilmektedir. Bu kapsamda, muhatabın kabul iradesi ile uygulanabilen yeni usullerin zaman içinde, tüm ülkelerde söz konusu olduğu gibi, hukuk sistemimize de kazandırıldığı görülmektedir. İşte seri muhakeme usulü de, basit yargılama usulü ile birlikte, ceza muhakemesi hukukumuza giren muhakeme sürecini hızlandıran en yeni yöntem olarak karşımıza çıkmıştır.

Elbette ki seri muhakeme usulü ve aynı amacı güden benzer diğer özel muhakeme yöntemlerinin uygulanmasının artık bir zorunluluk şeklini aldığı inkâr edilemeyecektir. Ancak bu uğurda yapılan yanlışların başında gelen husus, önce genel bir düzenlemeyi yürürlüğe sokup sonra zaman içinde uy-

---

[160] GILLIÉRON, s. 710.

gulamada oluşan sorunlara göre değişiklikler yapılmasıdır. Hâlbuki, bir düzenleme öncelikle tüm incelikleri ile tasarlanmalı, mukayeseli hukuk örnekleri iyice incelenmeli, hukuk sistemimizin diğer kurumları ile uyumluluğu test edilmeli ve tüm bunlardan sonra hukukumuza kazandırılmalıdır. Bir hukuk sistemi dâhilinde, o sistemin kendi dinamikleri, toplumun sosyolojik yapısı ve diğer hukuki müesseseler ile uyum göstermesi sonucunda başarıya ulaşan bir uygulamanın aynen iktisap edilmesi nasıl ki farklı bir hukuk sistemi açısından aynı başarıyı sunmayacak ise, etraflıca düşünülmeden ve detaylıca tasarlanmadan yürürlüğe konulan uygulamalar da başarı getirmeyecektir.

Seri muhakeme usulünün uygulanması kapsamında şüpheli, evrensel hukuki değerler olarak, kanuni hâkim güvencesinden, silahların eşitliği ilkesinden, aleni yargılanma hakkından ve gerekçeli karar verilmesi zorunluluğundan vazgeçmektedir. Bunlar tek başına ele alındığında çok ağır hukuk ihlalleri gibi görünse de bu usulün şüphelinin özgür iradesine dayalı olarak uygulanması, uygulamadan vazgeçme hakkının bulunması ve vazgeçme durumunda genel kuralların tatbikine dönülmesi bir güvence teşkil etmektedir. Fakat feda edilen değerler ve elde edilen kazanımlar arasında bir denge sağlanıp sağlanamadığının doğru bir şekilde değerlendirilmesi gerekmektedir.

Seri muhakeme usulüne ilişkin hukuki düzenlemeleri teşkil eden CMK md. 250 ve Seri Muhakeme Yönetmeliği birlikte değerlendirildiğinde, aynı hususların birden çok kez, fakat kimi zaman farklı şekillerde ifade edildiği, yönetmelikte yer verilen bazı önemli hususların kanunda yer almadığı görülmektedir. Bu bakımdan hem tekrarların ve eksikliklerin giderilmesi hem de mukayeseli hukuk örneklerinden de yola çıkarak çalışma genelinde sunmaya çalıştığımız tavsiyelerin nazara alınarak birtakım düzenlemeler yapılması ihtiyacı bulunmaktadır.

Mukayeseli hukukta yer alan benzeri usullerin uygulanması, savcının inisiyatifinde olmakla birlikte, uygulama için şüpheli tarafından da başvuruda bulunulabilmekte ve şüphelinin bu başvurusu, ikrar olarak değerlendirilmektedir. Zira söz konusu usuller de esasen ikrar temeline dayanmaktadır. Hukukumuz açısından da seri muhakeme usulünün uygulanması talebinin şüpheli tarafından yapılabileceği düzenlemesine yer verilmiştir, ancak bu usul ikrar esasına dayandırılmadığı için talebin de ne şekilde değerlendirilmesi gerektiği yeterince açıklık taşımamaktadır. Bu sebeple evvela şüphelinin talepte bulunmasının veya Cumhuriyet savcısının teklifini kabul etmesi-

nin ikrar anlamı taşıyıp taşımadığının kanun koyucu tarafından net bir şekilde belirlenmesi gerekmektedir.

Çalışmamız kapsamında ilgili bölümlerde incelenen konular ile bağlantılı olarak detaylı şekilde açıklanmış olmakla birlikte, bilhassa önem taşıyan bazı hususlara burada bir kez daha değinilmesi faydalı olacaktır. Mevcut durumda, seri muhakeme usulüne ilişkin bilgilendirmenin yapılması görevi, kolluk ve Cumhuriyet savcısına verilmiş olmakla birlikte, önerdiğimiz yönde değişiklik yapılmak suretiyle, bu görevin yalnızca Cumhuriyet savcısına verilmesi gerekmektedir. Böylece, hukuki bilgi aktarımının daha doğru olması ve şüphelinin süreci doğru anlayarak değerlendirebilmesi sağlanacaktır.

Seri muhakeme usulünün uygulanmasında failler açısından bir daraltmaya gidilmesi ve mükerrer suçluluğa müsait fiiller bakımından ayrı bir değerlendirme yapılması önem taşımaktadır. Adaletin hızlı bir şekilde yerine getirilmesini sağlamak amaçlanırken, mükerrirlerin veya suçu meslek hâline getirmiş kişilerin, seri muhakeme usulünün uygulanma kapsamı dışında bırakılmaması, oldukça haksız sonuçların meydana gelmesine yol açacaktır. Şayet bu nitelikteki failler, katalog suçlardan birini her işlediklerinde ceza indirimden faydalanırlarsa, seri muhakeme usulü onlar açısından adeta bir ödüllendirme şeklinde görülecektir. Bu sebeple, kanun koyucu tarafından bir değişiklik yapılması ve seri muhakeme usulünün öngördüğü ceza indiriminin aynı suçu birden çok kez işleyen failler açısından uygulanmayacağının kabul edilmesi gerekmektedir.

Diğer yandan, Cumhuriyet savcısı tarafından talepname ile yaptırımın belirlenmesine ilişkin kurallarda değişiklik yapılması gerekmektedir. Cumhuriyet savcısı tarafından talepname düzenlenirken şüpheli hakkında uygulanması öngörülen yaptırımın belirlenmesi aşamasında yalnızca TCK md. 61/1'in nazara alınması hatalı sonuçlara varılmasına sebep olacağından, cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesine ilişkin hükümlerim bir bütün hâlinde uygulanması yerinde olacaktır.

Yine talepname açısından önem taşıyan ve yasal değişiklik yapılmasını gerektiren bir husus daha bulunmaktadır. Cumhuriyet savcısı tarafından hazırlanacak olan talepnamede, somut olaya ilişkin detayların deliller ile ilişkilendirilerek açıklanması ve daha sonra mahkeme tarafından verilecek olan kararın gerekçelendirilmesi zorunluluğunun getirilmesi gelmektedir. Bilindiği üzere, gerekçe hem uluslararası hukuki metinlerden kaynaklanan

hem de Anayasal bir zorunluluk teşkil etmektedir ve incelediğimiz mukayeseli hukuk örneklerinde de görüldüğü üzere, kanunlardaki ilgili düzenlemelerde gerekçe zorunluluğu vurgulanmaktadır. Cumhuriyet savcılığı tarafından hazırlanan talepname, tıpkı olağan usule tabi bir iddianame gibi, isnat edilen suçu oluşturan olayların mevcut deliller ile ilişkilendirilerek açıklanmasını gerektirmektedir. Bu sayede mahkeme tarafından gerekçeli karar verilebilecek, şüphelinin kararın neden verildiğini anlayabilmesi sağlanacak ve denetim merciine de sağlıklı bir inceleme imkânı tanınmış olacaktır.

Son söz olarak belirtmek isteriz ki, yıllar evvel yürürlükten kaldırılmış olan sulh hâkiminin ceza kararnamesi uygulamasının ceza muhakemesi hukukumuza birtakım değişiklikler ile yeniden dâhil edilmesi, yargının iş yükü temeline dayalı olan gerekçeler nedeniyle bir zorunluluk olmuştur. Önemli olan, bu usulü herhangi bir temel hak ihlâli meydana getirmeden ve hukukun uluslararası ilkelerine bağlı kalarak uygulamak olduğunu unutmamaktadır. Tarafımızca sunulan ve doktrinde yer verilen diğer önerilerin dikkate alınması suretiyle, seri muhakeme usulüne ilişkin hukuki düzenlemelerin gözden geçirilmesi ihtiyacı bulunmaktadır. Bu sayede seri muhakeme usulü azami fayda ile uygulanıp mukayeseli hukukta da güzel bir örnek teşkil edecek hâle gelecektir.

KAYNAKÇA

ALSCHULER Albert W., "Plea Bargaining and Its History", **Columbia Law Review**, 79 (1), Ocak 1979, ss. 1-43.

AMBOS Kai / HEINZE Alexander, "Abbreviated Procedures in Comparative Criminal Procedure: A Structural Approach with a View to International Criminal Procedure", **Abbreviated Criminal Procedures for Core International Crimes**, BERGSMO Morten (Editör), TOAEP, Brüksel, 2017, ss. 27-102.

ARAS Bahattin, **Hukuk ve Ceza Mahkemesi Kararlarının Birbirine Etkisi**, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.

AŞÇIOĞLU Çetin, "Yargıda Gerekçe Sorunu", **TBB Dergisi**, Cilt: 15, Sayı: 48, Eylül 2003, ss. 109-116.

AUBUSSON DE CAVARLAY Bruno, "The Prosecution Service Function within the French Criminal Justice System", **Coping with Overloaded Criminal Justice Systems**, JEHLE Jörg-Martin / WADE Marianne), Springer, Heidelberg, 2006, ss. 185-206.

AYGÖRMEZ-UĞURLUBAY Gülsün Ayhan / HAYDAR Nuran / KORKMAZ Mehmet, "Seri Muhakeme Usulüne İlişkin Sorunlar", **ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2019, Sayı: 2, ss. 255-306.

BACAKSIZ Pınar, "İddianame Pazarlığı (Plea Bargaining)", **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 2008, Sayı: 7, ss. 151-170.

BALO Yusuf Solmaz / ÇETİNTÜRK Ekrem, "Amerika Birleşik Devletleri Ceza Hukuku Uygulamasında Savcı-Sanık Pazarlığı ve Türkiye'de Uygulanabilirliği", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 2013, Cilt XVII, Sayı 1-2, ss. 1243-1292.

BIBAS Stephanos, "Plea Bargaining outside the Shadow of Trial", **Harvard Law Review**, Vol. 117, No. 8 (Jun., 2004), ss. 2463-2547.

COSCAS-WILLIAMS Béatrice / ALBERSTEIN Michal, "A Patchwork of Doors: Accelerated Proceedings in Continental Criminal Justice Systems", **New Criminal Law Review**, Yıl: 2019, Cilt: 22, Sayı: 4, ss. 585-617.

ÇULHA Rifat / DEMİRAĞ Fahrettin / OKTAR Salih / TANER Fahri Gökçen / TEZCAN Durmuş / YENİSEY Feridun, **Ceza Muhakemesi Hukuku Başvuru Kitabı**, 5. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2020.

DEĞİRMENCİ Olgun, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü", **Ankara Batı Adliyesi Dergisi**, Yıl: 2, Sayı: 3, Ocak-Haziran 2020, ss. 16-22.

DOĞAN Koray, "Cezaların Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi", **Ceza Hukuku Dergisi**, Cilt: 2, Sayı: 4, Ağustos 2007, ss. 277-304.

DONAY Süheyl, **Ceza Yargılama Hukuku**, Beta, İstanbul, 2010.

DÜLGER Murat Volkan, "Ceza Muhakemesinde Müdafinin Konumu ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar", **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 2012, Sayı: 4, ss. 39-76.

ELSNER Beatrix / PETERS Julia, "The Prosecution Service Function within the German Criminal Justice System", **Coping with Overloaded Criminal Justice Systems**, JEHLE Jörg-Martin / WADE Marianne (Editörler), Springer, Heidelberg, 2006, ss. 207-236.

ESER Albin, "The Acceleration of Criminal Proceedings and the Rights of the Accused: Comparative Observations as to the Reform of Criminal Procedure in Europe", **Maastricht Journal of European and Comparative Law**, Yıl: 1996, Cilt: 3, Sayı: 4, ss. 341-369.

GILLIÉRON Gwladys, "Comparing Plea Bargaining and Abbreviated Trial Procedures", **The Oxford Handbook of Criminal Process**, BROWN Darryl K. / TURNER Jenia Iontcheva / WEISSER Bettina), Oxford University Press, New York 2019, ss. 704-728.

GÖKCEN Ahmet / ÇAKIR Kerim, "Ceza Muhakemesinde Delil, Delillerin Muhafazası, Toplanması, Değerlendirilmesi ve Delil Yasakları", **D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan)**, Yıl: 2019, Cilt: 21, Özel Sayı, ss. 2911-2951.

GRANDE Eliabetta, "Comparative Approaches to Criminal Procedure: Transplants, Translations, and Adversarial-Model Reforms in European Criminal Process", **The Oxford Handbook of Criminal Process**, BROWN Darryl K. / Turner Jenia Iontcheva / WEISSER Bettina), Oxford University Press, New York, 2019, ss. 67-88.

GREVE Hanne Sophie, "The Role of Abbreviated Criminal Proceedings", **Abbreviated Criminal Procedures for Core International Crimes**, BERGSMO Morten (Editör), TOAEP, Brüksel, 2017, ss. 241-266.

HALL Daniel E., **Criminal Law and Procedure**, Delmar, New York, 2012.

HAYDAR Nuran, **Susma Hakkı**, Seçkin, Ankara, 2019.

HERMAN G. Nicholas, **Plea Bargaining**, 3. Baskı, Juris Publishing, New York, 2012.

JEHLE Jörg-Martin, "The Function of Public Prosecution within the Criminal Justice System Aim, Approach and Outcome of a European Comparative Study", **Coping with Overloaded Criminal Justice Systems**, Jehle Jörg-Martin / Wade Marianne), Springer, Heidelberg, 2006, ss. 3-26.

KIZILARSLAN Hakan, "7188 Sayılı Kanun'la Ceza Muhakemesi Hukukuna Getirilen Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usulleri", **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2019, Cilt: 14, Sayı: 183-184, ss. 1885-1960.

KİTAPÇIOĞLU Tülay, **Ceza Muhakemesi Kanununda Soruşturmanın Sonuçlandırılması**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2014.

KUNTER Nurullah, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, İstanbul, 1986.

MEYER-GOSSNER Lutz, „Wesen und Sinn des beschleunigten Verfahrens nach §§ 417 ff StPO", **Gedächtnisschrift für Dieter Meurer**, Graul Eva / Wolf Gerhard (Editörler), DeGruyter, Berlin, 2002, ss. 421-436.

ÖZBEK Mustafa, "Dünya Çapındaki Adalete Ulaşma Hareketiyle Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2002, Cilt: 51, Sayı: 2, ss. 121-162.

PRADEL Jean, "Amerikan, İtalyan ve Fransız Hukuklarıyla Karşılaştırmalı Olarak Kusurun Kabulü" (çev. Zeynel T. Kangal), **TBB Dergisi**, Yıl: 2007, Sayı: 73, ss. 217-237.

RAUXLOH Regina, **Plea Bargaining in National and International Law**, Routledge, Oxon, 2012.

SAMAHA Joel, **Criminal Procedure**, Wadsworth, California, 2012.

SCHEFFLER Uwe, „Das beschleunigte Verfahren als ein Akt angewandter Kriminalpolitik", **Gedächtnisschrift für Dieter Meurer**, GRAUL Eva / WOLF Gerhard (Editörler), DeGruyter, Berlin, 2002, ss. 437-448.

SCHLÜCHTER Ellen / FÜLBER Thorsten / PUTZKE Holm, **Herausforderung: Beschleunigtes Verfahren (§§ 417 ff. StPO)**, EuWi, Frankfurt, 1999.

SCHULHOFER Stephen J., "Plea Bargaining as Disaster", **The Yale Law Journal**, Vol. 101, No. 8, Symposium: Punishment (Jun., 1992), ss. 1979-2009.

SCHUSTER Frank Peter, "İnsan Hakları ve İnsan Onuru Kavramlarının Alman Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemlerindeki Etkisi" (çev. Ayşe Özge Atalay), **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 10, Sayı: 135, Kasım 2015, ss. 175-194.

ŞARE Ersin, "Türk Hukuk Sisteminde Kabul Edilen Erteleme Kurumları Üzerine İnceleme", **TBB Dergisi**, 2014 (111), ss. 163-236.

TEZCAN Durmuş, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması ile Uyum Açısından Bazı Yönleriyle Yeni Türk Ceza Mevzuatı", **Fasikül Hukuk Dergisi**, Cilt: 2, Sayı: 10, Eylül 2010, ss. 17-18.

THAMAN Stephen C., "The Penal Order: Prosecutorial Sentencing as a Model for Criminal Justice Reform?", **The Prosecutor in Transnational Perspective**, LUNA Erik / WADE Marianne L. (Editörler), Oxford University Press, New York, 2012, ss. 156-175.

TURNER Jenia Iontcheva, "Plea Bargaining and International Criminal Justice", **The University of the Pacific Law Review**, Yıl: 2017, Cilt: 48, Sayı: 219, ss. 219-246.

VOGEL Mary, "Plea Bargaining under the Common Law", **The Oxford Handbook of Criminal Process**, BROWN Darryl K. / TURNER Jenia Iontcheva / WEİSSER Bettina), Oxford University Press, New York, 2019, ss. 729-760.

WESSLAU Edda, "Absprachen in Strafverfahren", **Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft**, Yıl: 2004, Cilt: 116, Sayı: 1, ss. 150-171.

YAYLA Mehmet, "Ceza Yargılamasında İspat İçin Yenilmesi Gereken Şüphe; Türkiye ve Amerika Birleşik Devletleri Sistemlerinin İncelenmesi", **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 2013, Sayı: 3, ss. 289-313.

YENİSEY Feridun / OKTAR Salih, **Alman Ceza Muhakemesi Kanunu Türkçe Çeviri**, Beta, İstanbul, 2015.

YENİSEY Feridun, "Ceza Muhakemesi Süjelerinin İradelerinin Ceza Muhakemesinin Yürüyüşüne Etkisi Sorunu", **MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan Özel Sayı)**, Yıl: 2013, Cilt: 19, Sayı: 2, ss. 453-469.

YURTCAN Erdener, "Ceza Yaptırımı ve Bireyselleştirme", **Ceza Hukuku Günleri**, İstanbul 1998, ss. 255-265.

https://supreme.justia.com/cases/federal/us/404/257/

https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/20052319/index.html

https://www.legifrance.gouv.fr/

https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2013/03/rs20130319_2bvr262810.html

https://hudoc.echr.coe.int/tur#{"documentcollectionid2":["GRANDCHAMBER","CHAMBER"]}

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2020; 2: 733-760

HAKSIZ ARAMA SUÇU (TCK m. 120)(*)

Dr. Av. Özgün ÖZYÜKSEL(**)

Öz: TCK m. 120'de düzenlenen haksız arama suçu karma hukukî konulu bir suç olup norm ile korunan başlıca hukukî yarar "özel hayatın gizliliği"dir. Yalnızca kamu görevlileri tarafından işlenebilen bu suçun mağduru gerçek kişilerdir. Seçimlik hareketli bir suç olan haksız arama suçunun ihmâlî davranışla işlenmesi mümkün değildir. Suç, aynı zamanda, sırf hareket suçudur. Genel ve olası kastın varlığı yeterli olup suçun taksirle işlenmesi olanaksızdır. Bu suç tipi bakımından farklı hukuka uygunluk nedenleri söz konusu olabilir. Teşebbüse ve iştirake elverişli olan haksız arama suçu bakımından TCK m. 43 ve 44 hükümlerinin uygulanması mümkündür. Resen takibi gereken haksız arama suçuna karşılık öngörülen ceza "üç aydan bir yıla kadar hapis cezası" olup suçun herhangi bir nitelikli hâli bulunmamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Haksız Arama, Üst Araması, Eşya Araması, Kaba Üst Araması, Hukuka Aykırılık.

THE CRIME OF UNLAWFUL SEARCH (TPC art. 120)

Abstract: The article 129 of the TPC in which the crime of unlawful search laid down, the legislator mainly aims at protecting the privacy of private life. Any natural person may be the victim of this crime which can only be perpetrated by public officers. The crime can be committed with two optional/elective actions. Various justifications may apply. Mens rea of the crime is general intent and it is also possible to commit it - not by negligence but- by eventual intent. Both attempt and participation is possible for this crime. Articles 43 and 44 of the TPC are also applicable for the crime of unlawful search. The sanction stipulated for the crime -which has to be investigated and prosecuted ex officio- is the imprisonment for a term of three months to one year. There is no qualified version of the crime, which aggravates or mitigates the sanction.

Keywords: Unlawful Search, Search of a Person, Search of Belongings, Frisk Search, Illegality.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 01.10.2020. Makale Kabul Tarihi: 03.11.2020.

(**) (ORCID kimlik no: 0000-0002-7009-9646; *ozyukselozgun@gmail.com*).

GİRİŞ

TCK'nin ikinci kitabının *"Kişilere Karşı Suçlar"* başlıklı ikinci kısmının *"Hürriyete Karşı Suçlar"* başlıklı yedinci bölümünde yer alan m. 120 hükmüne göre, *"Hukuka aykırı olarak bir kimsenin üstünü veya eşyasını arayan kamu görevlisine üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir."* Çalışmamızda haksız arama suçu unsurlarına ayrılarak incelenecektir.

I. SUÇUN HUKUKÎ KONUSU

"Suçun hukukî konusu"ndan anlaşılması gereken "suçun işlenmesiyle doğrudan doğruya ihlâl edilen (zarara uğratılan veya tehlikeye sokulan) hukukî varlık veya menfaat"tir[1]. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda, suç tipleri, genel eğilime paralel olarak "hukukî konu" ölçütüne göre sınıflandırılmış; aynı yahut benzer hukukî varlık veya menfaati ihlâl eden suçlar aynı bölüme konulmaya çalışılırken, karma hukukî konulu suçlarda ise genellikle varlık ve menfaatlerden baskın olanı esas alınarak ceza normunun Kanun'daki yeri belirlenmiştir[2].

Haksız arama suçu, karma hukukî konulu suçlardandır[3]. Öncelikle, üstü aranan kimsenin arama süresince "çoğu kez" hürriyetinden yoksun kılındığı açıktır[4]. Anayasa m. 19/1 hükmüne göre, *"(1) Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir. (2) … hâlleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz."* TCK m. 120 hükmünün yer aldığı bölümün *"Hürriyete Karşı Suçlar"* başlığını taşıdığı dikkate alındığında, yasa koyucunun bu hükümle korunan başlıca hukukî yararı "kişi hürriyeti ve güvenliği" olarak belirlediği anlaşılmaktadır[5]. Bu nedenle, öğretide, haksız arama suçunun "kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunun özel bir görünüm şekli"ni oluşturduğu savunulmuştur[6].

---

1 TOROSLU Nevzat / TOROSLU Haluk, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, 24. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018, s. 109.

2 ZAFER Hamide, **Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75**, 4. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2015, s. 146.

3 Aynı yönde bkz. YILDIRIM Akif, "Türk Ceza Hukukunda Haksız Arama Suçu", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl: 5, Sayı: 19, 2014, s. 591.

4 AKYÜREK Güçlü, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 120. Maddesindeki Haksız Arama Suçu", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı: 2, 2012, s. 30; AKYÜREK Güçlü, **Haksız Arama**, Özel Ceza Hukuku, Cilt III, Hürriyete, Şerefe, Özel Hayata, Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 308.

5 AKYÜREK, "… Haksız Arama Suçu", s. 30; AKYÜREK, **Haksız Arama**, s. 308; YILDIRIM, s. 591.

6 GÜLŞEN Recep, "Haksız Arama Suçu", **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 12, Sayı: 16-19, 2007, s. 140.

TCK m. 120 hükmüyle korunan bir diğer hukukî yarar "özel hayatın gizliliği"dir[7]. 1982 Anayasası'nın "*Özel Hayatın Gizliliği*" başlıklı 20'nci maddesine göre, *"(1) Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. (2) ... olmadıkça; ... bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz."* Anayasa'nın 19 ve 20'nci maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, anayasa koyucunun haksız aramayı "kişi hürriyeti ve güvenliği"nden ziyade "özel hayatın gizliliği"ne yönelik bir saldırı telâkki ettiği görülmektedir. Gerçekten de, örneğin yokluğunda eşyası aranan bir kimsenin hürriyetinden yoksun kılındığı ileri sürülemeyeceği gibi, haksız üst aramasına maruz kalan kişinin hürriyetinin her hâlde tahdit edildiği de söylenemez[8]. Buna karşılık, ister üstü ister eşyası haksız yere aransın, kişinin özel hayatının gizliliğinin her hâlde ihlâl edildiği açıktır. Bu nedenle, haksız arama fiiliyle ihlâl edilen baskın hukukî yarar "özel hayatın gizliliği" olup[9] normun "*Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar"* başlıklı dokuzuncu bölüm yerine yedinci bölümde düzenlenmesi fikrimizce isabetsiz olmuştur.

Son olarak, üstü hukuka aykırı olarak aranan kişinin vücut dokunulmazlığı "çoğu kez[10]" ihlâl edilirken, gerek üst gerekse eşya aramasında mağdu-

---

7 AKYÜREK Güçlü, **Özel Hayatın Gizliliğini İhlâl Suçu**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 196; **AKYÜREK**, "… Haksız Arama Suçu", s. 30-31; AKYÜREK, **Haksız Arama**, s. 308-309; GÜLŞEN, s. 140-141; YILDIRIM, s. 591.

8 Söz gelimi, A'nın "hukuka aykırı bir üst araması gerçekleştirmek üzere" kendisini durdurmak isteyen bekçinin (B'nin) uyarılarına aldırmaksızın yoluna devam ettiği ve A'nın ceketiyle gömleğinin altını görmek isteyen B'nin A'nın üzerindekileri çekiştirerek çıkardığı olayda, haksız üst aramasına maruz kalan A'nın hürriyetinden yoksun kılındığı söylenemez. Bu nedenle, haksız arama suçunun "kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun özel bir görünüm şekli" olduğuna dair genelleme (bkz. GÜLŞEN, s. 140) hatalıdır.

9 AKYÜREK, **Özel Hayatın Gizliliğini İhlâl Suçu**, s. 196, 221; BODUR Büşra, **Arama Bağlamında Haksız Arama Suçu**, Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015, s. 95; HAFIZOĞULLARI Zeki / ÖZEN Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar**, 2. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2011, s. 214; POLAT Levent, **Haksız Arama Suçu**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007, s. 62.

10 AKYÜREK, "… Haksız Arama Suçu", s. 30; AKYÜREK, **Haksız Arama**, s. 308: *"... üst araması sırasında kaçınılmaz olarak kişinin vücuduna bir müdahalede bulunulması da söz konusu olduğundan vücut dokunulmazlığı da bu suçla korunan hukuki yararın içinde yer almaktadır."* Üst araması "bedensel temas olmaksızın" da yapılabileceğinden, bizce vücut dokunulmazlığının kaçınılmaz olarak ihlâl edildiği görüşünde isabet yoktur. Bkz. ÜNVER Yener / HAKERİ Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 844: *"Gizli bir şey, önleme veya adlî amaçlı olarak aranmaktaysa ve bunun bulunması için hayvan veya teknik bir cihaz kullanılıyorsa, bu aramadır."*

run şeref varlığı (onur ve saygınlığı) da saldırıya uğramaktadır[11]. Bu bakımdan, "kişinin vücut dokunulmazlığı" ile "manevî varlığı"nı da korunan hukukî değerler arasında saymak mümkündür[12].

II. SUÇUN MADDÎ UNSURLARI

A. Maddî Konu

Suçun maddî konusu "üzerinde tipik fiilin gerçekleştirildiği insan veya şey" olup yalnızca "cisim" niteliği taşıyan (maddesel yapıya sahip) varlıklar suçun maddî konusunu oluşturabilmektir[13]. Maddî konunun tespiti genellikle kolay ise de, haksız arama suçunda "kişinin üstü"nden ve "kişinin eşyası"ndan neyin anlaşılması gerektiği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, "kişinin üstü"nden maksat vücududur[14]. Diğer bir görüşe göre ise, "kişinin üstü" yalnızca elbisesini, ceplerini ve koltuk altını ifade etmektedir[15]. İç ve dış beden muayenesinin "arama" kapsamında ele alınamayacağı hususunda mutabakat mevcut ise de, üst aramasında bedensel temasın mümkün olup olmadığı[16], vücut boşluklarında yapılan araştırmanın "arama" sayılıp sayılamayacağı[17]

---

[11] *"Kişinin dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığı"* kenar başlıklı AY m. 17: *"(1) Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. (2) Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz. (3) Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz. (4) ..."*

[12] AKYÜREK, "… Haksız Arama Suçu", s. 30; AKYÜREK, **Haksız Arama**, s. 308; AKYÜREK, **Özel Hayatın Gizliliğini İhlâl Suçu**, s. 196; GÜLŞEN, s. 140; YILDIRIM, s. 591.

[13] TOROSLU/TOROSLU, **Genel Kısım**, s. 110-111.

[14] GÜLŞEN, s. 141.

[15] YILDIRIM, s. 592.

[16] Üst aramasında bedensel temasın mümkün olmadığı yolundaki görüş için bkz. ÖZBEK Veli Özer / DOĞAN Koray / BACAKSIZ Pınar, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 329; ÖZTÜRK Bahri / EKER KAZANCI Behiye / SOYER GÜLEÇ Sesim, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri**, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 144-145.

[17] Doğal vücut boşluklarında "gözle veya elle" yapılan araştırmayı da "üst araması" kapsamında gören bazı yazarlar için bkz. ŞAHİN Cumhur / GÖKTÜRK Neslihan, **Ceza Muhakemesi Hukuku - I**, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 328; ÖZTÜRK Bahri / TEZCAN Durmuş / ERDEM Mustafa Ruhan / SIRMA GEZER Özge / SAYGILAR KIRIT Yasemin F. / ALAN AKCAN Esra / ÖZAYDIN Özdem / ERDEN TÜTÜNCÜ Efser / ALTINOK VILLEMIN Derya / TOK Mehmet Can, **Nazarî ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 505. Ayrıca bkz. YENİSEY Feridun / NUHOĞLU Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 632: *"CMK 75/4'te belirtilen bölgeler hariç, ağız, koltuk altı gibi beden boşluklarına bakmak için arama hükümleri uygulanır. (...) Üst araması doğrudan elbiselerin aranmasıdır. Vücudun yüzeyine*

tartışmalıdır. "Kişinin eşyası"ndan anlaşılması gereken ise, kimi yazarlara[18] göre "kişinin zilyedi olduğu eşya" iken, kimi yazarlara[19] göre "zilyedi veya mâliki olduğu eşya"dır.

Bize göre üst araması, ileride ayrıntısıyla ele alınacağı üzere, kişinin giydiği elbisede veya onun altında "gözle, elle veya uygun araçlarla[20]", "beden muayenesi boyutuna varmayacak şekilde[21]" yapılan ve gizli olduğu düşünülen bir şeyi veya bir kimseyi[22] ortaya çıkarmaya yönelik faaliyeti ifade ettiğinden, suçun maddî konusunu ilk seçimlik hareket yönünden "üstü aranan kişinin vücudu[23] ile giydiği elbise" şeklinde tespit etmek mümkündür. Eşya aramasının maddî konusunu ise, kişinin giydiği elbisede veya onun altında bulunmayan, mâliki veya zilyedi olduğu her tür eşya oluşturmaktadır[24]. Dolayısıyla, herhangi bir kimsenin zilyetliğinde veya mülkiyetinde bulunmayan şeyler bu suçun maddî konusunu oluşturamaz[25]. Aramaya konu eşyanın nerede bulunduğunun ise TCK m. 120 bakımından bir önemi yoktur.

---

ve herhangi bir tıbbî müdahale ve araç kullanılmasını gerektirmeyen doğal vücut boşluklarına yönelik arama da mümkündür. Buna vücudun aranması veya incelenmesi de denebilir. Bedenin muayenesi ise doğal vücut boşluklarının veya organlarının tıbbî müdahale ile tıbbî araçlar kullanmak suretiyle incelenmesidir."

18 GÜLŞEN, s. 141.

19 A'nın mülkiyetinde, fakat B'nin zilyetliğinde bulunan bir eşyanın kamu görevlisi K tarafından hukuka aykırı şekilde aranması durumunda, A ile B birlikte haksız arama suçunun mağduru olacaktır. Aynı yönde bkz. AKYÜREK, "… Haksız Arama Suçu", s. 32; AKYÜREK, **Haksız Arama**, s. 311. Yalnızca zilyedi olunan eşyayı suçun maddî konusu kabul eden görüş için bkz. GÜLŞEN, s. 141.

20 ÜNVER/HAKERİ, s. 844.

21 KESKİN KİZİROĞLU Serap, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Basit Arama (Adlî Arama)", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 58, Sayı: 1, 2009, s. 146. "Bedenin tıbbî muayenesi", "dış beden muayenesi" ve "iç beden muayenesi" kavramlarının tanımı için bkz. Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik m. 3.

22 Örneğin, bir yenidoğanı kaçırdığı (TCK m. 234) ve bebeği bedenine sarılı bebek taşıma şalının (*"sling"*in) içerisinde taşıdığı düşünülen bir kimsenin üst aramasına tabi tutulmasında, aranan bir "şey" değil, bir "kişi"dir.

23 Adlî ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m. 28/6 ve 28/9-d hükümleri incelendiğinde, üst aramasında gerekli hâllerde aranan kişinin bedenine dokunulabileceği anlaşılmaktadır. (Adlî ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m. 28/6: "Kişi direndiği takdirde üst ve eşya araması orantılı güç kullanılarak gerçekleştirilir." Adlî ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m. 28/9-d: "Kişinin kanunlara göre izin verilmeyecek bir şeyi taşıdığına ilişkin makul şüphenin bulunması ve aramanın amacına başka türlü ulaşılamaması hâlinde, üst araması aşağıda belirtilen şekilde giysiler çıkartılmak suretiyle yapılabilir: … Arama sırasında bedene dokunulmaması için gerekli özen gösterilir.")

24 ŞAHİN/GÖKTÜRK, s. 328.

25 YILDIRIM, s. 593.

B. Fail

Hükmün açık lâfzı dolayısıyla, haksız arama suçunun yalnızca kamu görevlilerince işlenebildiği ve bu bakımdan "gerçek özgü suç" niteliği taşıdığı konusunda öğretide görüş birliği mevcuttur[26]. Bununla birlikte, "kamu görevlisi"nden neyin anlaşılması gerektiği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, arama faaliyetini gerçekleştirme yetkisi kolluğa ait (Adlî ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m. 28) olduğundan, yalnızca "arama yetkisini kötüye kullanan kolluk görevlileri" haksız arama suçunun faili olabilecek[27], kolluk dışındaki kamu görevlilerinin bir başkasının üstünü veya eşyasını araması hâlinde "görevi kötüye kullanma" (TCK m. 257) suçundan söz edilecektir[28]. Oysa, *"Tanımlar"* kenar başlıklı TCK m. 6 hükmünün ilk fıkrasının (c) bendine göre, *"Ceza kanunlarının uygulanmasında ... kamu görevlisi deyiminden,*

---

[26] AKYÜREK, "… Haksız Arama Suçu", s. 31; AKYÜREK, **Haksız Arama**, s. 309; AKYÜREK, **Özel Hayatın Gizliliğini İhlâl** Suçu, s. 196; BODUR, s. 99; GÜLŞEN, s. 141; YILDIRIM, s. 594.

[27] GÜLŞEN, s. 141; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 214; YILDIRIM, s. 594-595.

[28] GÜLŞEN, s. 141-142: *"Buna göre örneğin, bir okulda gerçekleşen hırsızlık fiilinin failini bulmak için, müdürün emriyle okul hademesi tarafından öğrencilerin üzerinin aranması halinde bu suç değil, görevi kötüye kullanma suçu oluşur."* Aynı yönde bkz. YILDIRIM, s. 594-595. Kanaatimizce, bu varsayımsal örnekte haksız arama suçunun oluşmayacağı kabul edildiği takdirde, işletilmesi gereken hüküm TCK m. 257 değil, m. 134 -ve somut olayın koşullarına göre m. 109- olmalıdır. Zira, TCK m. 257 hükmü ancak *"Kanun'da ayrıca suç olarak tanımlanan hâller dışında"* uygulanabilecek bir hüküm olup verilen örnekte müdür ile hademenin öğrencilerin özel hayatlarının gizliliğini ihlâl -ve muhtemelen hürriyetlerini tahdit- ettiği ortadadır. Bu konuda bkz. AKYÜREK, **Özel Hayatın Gizliliğini İhlâl Suçu**, s. 320: *"... özel hayatın gizliliğini ihlâl eden eylemi yapan fail bir kamu görevlisi ise maddî unsur olarak hem 134 hem de 257. madde söz konusu olabilir. Ancak gerek 257. maddedeki 'kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan hâller dışında' sözü gerekse 134. maddenin bulunduğu bölümdeki suçların 'kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle' işlenmesinin özel bir ağırlaştırıcı sebep olarak 137. maddede düzenlenmesi nedeniyle bu kez 134. madde özel norm durumunda değerlendirilir ve cezası daha az bile olsa somut olayda uygulanır."* Aynı yönde bkz. Y. 5. CD, E. 2015/11224, K. 2018/4526, 20.06.2018: *"TCK'nın 257. maddesi genel, tali ve tamamlayıcı bir hüküm olup görevi kötüye kullanma suçunun oluşumu için eylemin kanunda ayrıca suç olarak tanımlanmamasının gerektiği, suç tarihinde polis memuru olan sanığın emniyet müdürlüğü koridorunda arkadaşları ile oturan katılanın üstünü aralarında başka bir olay nedeniyle önceden husumet bulunması sebebiyle hukuka aykırı olarak 3 kez aradığının anlaşılması karşısında, sanığın eyleminin TCK'nın 120. maddesinde düzenlenen haksız arama suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç vasfında yanılgıya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması ... Bozmayı gerektirmiş ..."* Ayrıca, üst araması yapma görevi ve yetkisi bulunmayan bir hademenin "öğrencilerin üstünü aramak suretiyle görevini kötüye kullandığı" ileri sürülemez. Bkz. EVİK Vesile Sonay, **Görevi Kötüye Kullanma Suçları (TCK m. 257)**, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019, s. 106: *"Görevin kötüye kullanılabilmesi için kamu görevlisinin her şeyden önce görevli olması gerekir. Kamu görevlisinin görevine girmeyen bir durum söz konusu ise, görevin gereğine aykırılık, ihmâl ve geciktirmeden bahsedilemeyeceğinden, görevi kötüye kullanma suçu da oluşmaz."*

kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi ... anlaşılır." TCK m. 6/1-c ile m. 120 hükümlerinin açıklığı karşısında, m. 120'deki "kamu görevlisi" tabirini m. 6/1-c'de gösterilenden farklı ve hükmün uygulanma alanını daraltıcı şekilde (örneğin "memur[29]" yahut "kolluk görevlisi"nden ibaret olacak biçimde) tanımlamak imkânsız olup "*kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan"* her gerçek kişinin haksız arama suçunun faili olabileceğinin kabulü gerekir[30]. Nitekim, yasa koyucunun TCK m. 120'de "adlî arama-önleme ayrımı" yapmaması, haksız arama suçunun "haksız önleme araması" şeklinde de işlenebilmesi[31] ve önleme aramasının "kolluk görevlisi" olmayanlarca da gerçekleştirilebilmesi[32] bu tespiti doğrulamaktadır. Öte yandan, aramanın hukuka aykırılığının "aramayı gerçekleştiren kamu görevlisinin yetkisizliği"nden kaynaklanması mümkün olduğundan[33], hükümdeki "kamu görevlisi" ibaresinin "arama yetkisine sahip kamu görevlileri" şeklinde yorumlanması da isabetsiz olacaktır.

---

[29] Bkz. 765 sayılı TCK m. 183: *"Kanunda yazılı hallerin haricinde bir kimsenin üzerini aramak için emir veren yahut bizzat arayan memur altı aya kadar hapis olunur."* Mülga TCK uygulamasında "memur" kavramı için bkz. 765 sayılı TCK m. 279. Ayrıca bkz. TEZCAN Durmuş / ERDEM Mustafa Ruhan / ÖNOK Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 1087-1088: *"... Türk Hukukunda, 'kamu görevlisi' kavramı idare hukuku anlamındaki memurdan farklıdır. TCK anlamında kamu görevlisi, idare hukuku anlamında memura göre bir yönüyle daha geniştir, çünkü idare hukukundan farklı olarak, görevliyle devlet arasında bir istihdam ilişkisinin bulunmasına gerek yoktur; oysa idare hukuku anlamında memurluk bir kadroya bağlılığı ifade etmektedir. Buna karşılık, 765 sayılı TCK bakımından öne sürülen görüşe göre, Türk Ceza Kanunu anlamında memur kavramı, idare hukuku anlamında memura göre bir açıdan daha dardır: Türk Ceza Kanunu uygulamasında ancak 'kamu görevi yerine getirenler' memur sayıldığı hâlde, idare hukuku anlamında bir kişinin memur sayılması için kamu görevi yerine getirmesine gerek yoktur. Bu görüşün yeni TCK açısından geçerliliği tartışmalıdır."*

[30] ŞEN Ersan, **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu**, Cilt: 1, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s. 497.

[31] GÖZLER Kemal, "Yorum İlkeleri", **Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması**, Ankara, KHP ve TBB Ortak Yayını, 2013, s. 57: *"Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus (Kanunun ayrım yapmadığı yerde, bizim de ayrım yapmamamız gerekir)."*

[32] Örneğin bkz. 5275 sayılı Kanun m. 36: (1) Kurumlarda, odalar ve eklentilerinde, hükümlülerin üst ve eşyasında habersiz olarak her zaman arama yapılabilir. Her ay bir kez mutlaka arama yapılır. (2) Aramalar, gerektiğinde dış güvenlik görevlileri veya kolluk kuvvetleriyle veya diğer kamu görevlilerince ortaklaşa gerçekleştirilebilir.

[33] Örneğin, çarşı ve mahalle bekçisi olan B'nin makûl sebebe istinaden durdurduğu V'yi gömleğini çıkarmaya zorladığı olayda durum böyledir. (7245 sayılı Kanun m. 7/6: Çarşı ve mahalle bekçisi, durdurduğu kişi üzerinde veya aracında silah ya da tehlike oluşturan diğer bir eşyanın bulunduğu hususunda yeterli şüphenin varlığı hâlinde, kendisine veya başkalarına zarar ve-

"Kamu görevlisi" kavramının sınırlarının çizilebilmesi için, ilkin anayasa ve idare[34] hukuku terminolojisinde rastlanmayan "kamusal faaliyet" tabirinin tanımlanması gerekir[35]. Madde gerekçesinde de belirtildiği gibi, *"Yapılan yeni tanıma göre, kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegâne ölçüt, gördüğü işin bir kamusal faaliyet olmasıdır. ... kamusal faaliyet, Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararla, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir."* Buna göre, kanuna ve siyasî iradeye dayanılarak ve kamu erki kullanılarak kamu adına yürütülen faaliyetler "kamusal faaliyet" olarak nitelenecek[36]; böyle bir faaliyetin yürütülmesine "genel idare esaslarına göre herhangi bir şekilde[37]" sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişiler ceza kanunlarının -ve dolayısıyla TCK m. 120 hükmünün- uygulanmasında "kamu görevlisi" kabul edilecektir[38]. Dolayısıyla, örneğin, yatılı öğrencilerin üstlerini ve/veya eşyasını hukuka aykırı olarak arayan belletmen pekâlâ bu suçun faili olabilecektir. Özel güvenlik görevlileri, keza, 5188 sayılı Kanun m. 23/1[39] hükmü

---

rilmesini önlemek amacına yönelik el ile dıştan kontrol dâhil gerekli tedbirleri alabilir. Bu amaçla kişinin üzerindeki elbisenin çıkarılması veya aracın, dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin açılması istenemez.)

34 EVİK, s. 17: *"... kamusal faaliyetin kamu hizmeti vasfında olduğu söylenebilir ise de, her kamu hizmetinin kamusal faaliyet mahiyetinde olduğu ileri sürülemez."*

35 GÖKCAN Hasan Tahsin, "Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Kamu Görevlisi Kavramı", **CKHD**, Cilt: 3, Sayı: 2, 2015, s. 150; EVİK, s. 21; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1089; TÜRAY Aras, "Ceza Hukuku Bağlamında Kamu Görevlisi Kavramına İlişkin Eleştirel Bir Değerlendirme", **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XIV, Sayı: 2, 2017, s. 358, 363.

36 Y. CGK, E. 2010/9-258, K. 2011/46, 12.04.2011. Aynı yönde bkz. GÖKCAN, s. 150; EVİK, s. 18.

37 GÖKCAN, s. 150-151: *"... 'herhangi bir surette' ibaresi sözlük anlamıyla anlaşılırsa, örneğin; çocuğunu nüfus dairesine kaydettirmek için beyan veren baba, emlak beyannamesini sunan mal sahibi ve vergi beyannamesini sunup vergi veren tacirin de kamu görevlisi sayılması icap eder. Şu halde tanımdaki kamusal faaliyete iştiraki anlatan 'herhangi bir suretle' ibaresi, 'kamu hukuku usulüne uygun bir surette' biçiminde anlaşılmalıdır. Diğer bir ifadeyle, iştirakin kamu hukukuyla ilgili bir kanuna ve dolayısıyla genel idare esaslarına uygun bulunması gerekir. Ancak bu takdirde kişi ile yürütülen faaliyet arasında kanunun amaçladığı şekilde 'kamu hukuku ilişkisi' kurulmaktadır."* Aynı yönde bkz. TÜRAY, s. 372: *"Kamusal faaliyete katılan herkesin kamu görevlisi olması da kavramın içini boşaltıp, cezalandırma alanını aşırı ölçüde genişletecektir. Örneğin belediye tarafından kamu hukukuna göre kadrolu olarak istihdam edilen otobüs şoförü kamu görevlisi olabilecektir. Ancak otobüsün lastiği patladığında, lastiği değiştiren ve idareyle bir istihdam ilişkisi bulunmayan kişinin kamu görevlisi olarak kabul edilmemesi gerekir. Bu bakımdan hükümdeki 'kamusal faaliyetin yürütülmesine katılma' ibaresinin dar yorumlanması gerekmektedir."*

38 EVİK, s. 34.

39 5188 sayılı Kanun m. 23: (1) Özel güvenlik görevlileri, görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri suçlardan dolayı kamu görevlisi gibi cezalandırılır. (2) Özel güvenlik görevlilerine karşı görevleri dolayısıyla suç işleyenler kamu görevlisine karşı suç işlemiş gibi cezalandırılır.

uyarınca, "görevleriyle bağlantılı olarak" gerçekleştirdikleri hukuka aykırı üst ve eşya aramalarından dolayı TCK m. 120 çerçevesinde cezalandırılabilecektir[40].

De lege lata bu değerlendirmeleri yaptıktan sonra ifade etmeliyiz ki, biz, kişilerin özel hayatlarının gizliliğini "üstlerini ve eşyalarını hukuka aykırı olarak aramak suretiyle" ihlâl eden kolluk görevlileri için TCK m. 134 hükmüne nazaran daha hafif bir ceza öngören bu hükmün yürürlükten kaldırılmasını öneriyor; hükmün ilga edilmemesi durumunda ise, gerek tereddütlerin giderilmesi gerekse hükmün tatbik sahasının daraltılması adına, *"kamu görevlisine"* ibaresinin *"kolluk görevlisine"* şeklinde değiştirilmesinde yarar görüyoruz.

C. Mağdur

Ceza hukukunda "suçun mağduru" kavramı kısaca "suçun hukukî konusunu oluşturan hukukî varlık veya menfaatin hâmili yahut sahibi[41]"ni ifade etmekte olup suçun yapısı imkân verdiği takdirde tüzel kişiler de bir suçun pasif süjesi olabilir[42]. Karma hukukî konulu haksız arama suçuyla "üstü veya eşyası aranan kimsenin özel hayatının gizliliği, kişi hürriyeti ve güvenliği, vücut dokunulmazlığı ve şeref varlığı" korunduğundan, suçun mağduru da

---

[40] Aynı yönde bkz. AKYÜREK, "… Haksız Arama Suçu", s. 32; AKYÜREK, **Haksız Arama**, s. 311; BODUR, s. 102; POLAT, s. 66; ŞEN, s. 503. Haksız arama suçunun ancak kolluk görevlilerince işlenebileceğini ve anılan hükümden özel güvenlik görevlilerinin "kolluk görevlisi" olduğu sonucunu çıkarmanın mümkün olmadığını savunan bir yazar için bkz. YILDIRIM, s. 595. Esasen, yasa koyucu özel güvenlik görevlilerini ceza kanunlarının uygulanmasında "kamu görevlisi" kabul ediyor olsaydı, TCK m. 6/1-c hükmüne göre "sonraki özel hüküm" niteliğindeki 5188 sayılı Kanun m. 23 hükmüne ihtiyaç duymazdı. Hükmün her iki fıkrasında da "*gibi*" ibaresine yer veren yasa koyucu, bu hükümle, TCK m. 6/1-c'deki tanımın kapsamına girmeyen özel güvenlilik görevlilerini "görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri" ve "kendilerine karşı görevleri dolayısıyla işlenen" suçlar bakımından "kamu görevlisi gibi" değerlendirmiştir. Buna karşılık, TCK m. 6/1-c kapsamındaki bir kimse (kamu görevlisi), gerçekleştirdiği haksız üst veya eşya araması "göreviyle bağlantılı" olmasa dahi TCK m. 120 uyarınca cezalandırılabilecektir. Aksi görüş için bkz. AKYÜREK, "… Haksız Arama Suçu", s. 31; AKYÜREK, **Haksız Arama**, s. 310: *"... bir polis memurunun ... resmî görevde değilken, örneğin kıskançlık sebebiyle ve yetkisini kötüye kullanmaksızın arkadaşının eşyalarını araması hâlinde bu suç oluşmayacaktır."*

[41] KATOĞLU Tuğrul, "Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 61, Sayı: 2, 2012, s. 675-676.

[42] Aynı yönde bkz. TOROSLU/TOROSLU, **Genel Kısım**, s. 115; DÖNMEZER Sulhi / ERMAN Sahir, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku**, Cilt II, 14. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2019, s. 728. Tüzel kişilerin yalnızca "suçtan zarar gören kişi" sayılabileceği yolundaki aksi görüş için bkz. KOCA Mahmut / ÜZÜLMEZ İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 115.

bu varlık ve menfaatlerin sahibi, yani üstü veya eşyası (zilyedi yahut mâliki[43] olduğu eşya) hukuka aykırı şekilde aranan kimsedir[44]. Hükümde bir "*kimse*"nin üstünün veya eşyasının aranmasından söz edilmesi sebebiyle, tüzel kişiler bu suçun mağduru kabul edilemez[45]. Her gerçek kişi bu suçun mağduru olabilir[46].

D. Fiil

Tipik fiil, "davranış (hareket-ihmâl)" ve -kanunun aradığı hâllerde- "netice" ile bu ikisi arasındaki "nedensellik bağı"nı ifade etmektedir[47]. Bir kimsenin üstünün veya eşyasının hukuka aykırı olarak aranması ile tamamlanan haksız arama suçunun kanunî tanımında herhangi bir netice gösterilmediğinden, suç "sırf davranış suçu[48]" ve "soyut tehlike suçu[49]" niteliğindedir.

Bir kimsenin "üstünün aranması" ile "eşyasının aranması" haksız arama suçunun seçimlik davranışlarını oluşturmaktadır[50]. Buna göre, anılan tipik davranışlardan yalnızca birinin gerçekleştirilmesi suçun tamamlanması için yeterli olup her ikisinin birden gerçekleştirildiği hâllerde yine tek bir suçtan söz edilecek; fakat bu durum temel cezanın saptanmasında (TCK m. 61)

---

43 Zilyet olmayan mâlikin "mağdur" değil, ancak "suçtan zarar gören" kabul edilebileceği yolundaki görüş için bkz. BODUR, s. 103.

44 AKYÜREK, "… Haksız Arama Suçu", s. 32; AKYÜREK, **Haksız Arama**, s. 311; GÜLŞEN, s. 142.

45 Tüzel kişilerin hiçbir şekilde bir suçun mağduru olamayacağı kabulünden hareketle yine aynı sonuca varan bir yazar için bkz. BODUR, s. 103. Esasen, tüzel kişilerin -üstü değilse de- eşyası hukuka aykırı olarak aranabilir ve örneğin böyle bir aramaya maruz kalan bir şirketin ticarî itibarı ile ticarî sırları bu yolla ihlâl edilebilir. Bu bakımdan, hükümdeki "*bir kimsenin*" ibaresinin "*bir kişinin*" şeklinde değiştirilmesi ceza siyaseti bakımından isabetli olacaktır. TCK m. 125'teki "*Bir kimseye*" ibaresinden hareketle, hakaret suçu bakımından aynı görüşü savunan yazarlar için bkz. TOROSLU Nevzat / TOROSLU Haluk, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, 5. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2010, s. 108: *"Ceza Kanunu 125. maddesinde hakaret suçlarında pasif sübjeyi gerçek kişileri ifade eden 'kimse' ibaresiyle belirlemiştir."* Ayrıca bkz. AKYÜREK, **Özel Hayatın Gizliliğini İhlâl Suçu**, s. 109: *"Özel hayatın gizliliği hakkının varlık nedeni düşünüldüğünde tüzel kişiler açısından böyle bir hakkın bulunamayacağı kabul edilmelidir. (...) temelinde insan haysiyeti bulunan bir haktan yalnızca gerçek kişilerin yararlanabileceği açıktır."*

46 AKYÜREK, "… Haksız Arama Suçu", s. 31; AKYÜREK, **Haksız Arama**, s. 311; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 215.

47 TOROSLU/TOROSLU, **Genel Kısım**, s. 131.

48 BODUR, s. 113; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 215.

49 AKYÜREK, "… Haksız Arama Suçu", s. 33; AKYÜREK, **Haksız Arama**, s. 312.

50 AKYÜREK, "… Haksız Arama Suçu", s. 32; AKYÜREK, **Haksız Arama**, s. 312; BODUR, s. 113; YILDIRIM, s. 597.

dikkate alınabilecektir[51]. 765 sayılı TCK m. 183'ün aksine, 5237 sayılı TCK m. 120'de "haksız eşya araması"nın da tipik kabul edilmesi, korunan hukukî yarar bakımından olumsuz bir gelişmedir[52].

Öğretide bir kısım yazar[53] -Alman Ceza Kanunu m. 13/1 benzeri bir genel hükme TCK'de yer verilmemiş olmasından hareketle- ihmâlî davranışın icraî davranışa açıkça eş değer sayıldığı suçlar haricindeki herhangi bir icraî suçun "ihmâlî davranışla" işlenemeyeceğini ileri sürse de, bizim katıldığımız görüşe göre "yapısı ihmâlî davranışla işlenmeye elverişli" her icraî suç ihmâl suretiyle işlenebilecektir[54]. Ne var ki, aramanın "ihmâl suretiyle" gerçekleştirilmesi (bir kişinin üstünün veya eşyasının ihmâlî davranışla aranması) mümkün gözükmemektedir[55].

Arama faaliyeti amacına göre "adlî arama" ve "önleme araması" şeklinde ikiye ayrılmakta olup yasa koyucunun hükümde herhangi bir ayrıma yer

---

51 KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 122.

52 Aksi görüş için bkz. AKYÜREK, "… Haksız Arama Suçu", s. 32; AKYÜREK, **Haksız Arama**, s. 312; POLAT, s. 68. TCK m. 120 bakımından tipik kabul edilmeseydi, mağdurun özel hayatının gizliliğini ihlâl eden "haksız eşya araması" eylemi TCK m. 134 çerçevesinde daha ağır bir yaptırım ile karşılanabilecek, böylelikle suçun hukukî konusu bakımından daha etkin bir koruma sağlanabilecekti.

53 Örneğin bkz. DÖNMEZER/ERMAN, s. 91, kn. 87; HAKERİ Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 22. Baskı, Ankara, 2019, s. 168; ÖZTÜRK Bahri / ERDEM Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 185, kn. 303: *"… TCK, ihmâlî hareketin icraî harekete eş değer sayılabileceği durumları, yalnızca belirli suçlarla sınırlı tutmuştur. Bunlar, kasten öldürme (TCK m. 83), kasten yaralama (TCK m. 88), işkence (TCK m. 94/5) ve yangın yerine yardım göndermeme suçudur (OrmanK m. 105/2). Bunlar dışında kalan suçların ihmâlî bir hareketle işlenmesi durumunda failin cezalandırılabilmesine olanak yoktur. İhmâl … diğer suçlar bakımından … tipik bir davranış değildir. Çünkü ihmâl yoluyla bir suçun işlediği takdirde cezalandırılabileceğini gösteren normlar tipikliği genişletici bir etki gösterir."*

54 Terk, dolandırıcılık, kötü muamele ve irtikâp suçlarını düzenleyen TCK m. 97, 157, 232 ve 250 hükümlerinin gerekçesinde bu suçların ihmâlî davranışla işlenmeye elverişli olduğunun açıkça belirtilmiş olması, bu görüşü destekler niteliktedir. Örneğin TCK m. 232'de düzenlenen suçun ihmâl suretiyle de işlenebileceği yolundaki görüş için bkz. TOROSLU/TOROSLU, **Genel Kısım**, s. 138.

55 Aksi görüş için bkz. BODUR, s. 105: *"… ihmali davranışla haksız arama suçunun işlenmesi mümkün değil gibi gözükse de kanımızca, arama sırasında hazır bulunması gereken kişilerden bir veya bir kaçının bulunmaması nedeniyle arama işleminin hukuka aykırı geleceğinden bahisle, arama işlemini yapan memurların, arama tanıklarını bulundurmaları gibi bir yükümlülükleri var iken, bu kişileri çağırmaması şeklinde pasif bir davranışla bu suçun işlenmesi, haksız arama suçunun ihmali davranışla işlenmesini mümkün kılmaktadır."* Kanımızca, bu örnekte tipe uygun olan davranış "arama tanıklarını bulundurmamak" biçimindeki ihmâlî davranış değil, "arama tanıklarının yokluğunda arama yapmak" şeklindeki icraî davranıştır. Bu konuda bkz. AYDIN Murat, "Adlî Aramada Hazır Bulunacak Kişiler ve Arama Tanıkları", **Ceza Hukuku Dergisi**, Cilt: 3, Sayı: 8, 2008, s. 105-125.

vermemesi sebebiyle[56] haksız arama suçu iki şekilde de işlenebilecektir[57]. Adlî aramayı düzenleyen CMK m. 116 hükmüne göre, *"Yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir."* CMK m. 117/1 uyarınca, keza, *"Şüphelinin veya sanığın yakalanabilmesi veya suç delillerinin elde edilebilmesi amacıyla, diğer bir kişinin de üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir."* Adlî ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m. 5 hükmüne göre, *"Adlî arama, bir suç işlemek veya buna iştirak veyahut yataklık etmek makul şüphesi altında bulunan kimsenin, saklananın, şüphelinin, sanığın veya hükümlünün yakalanması ve suçun iz, eser, emare veya delillerinin elde edilmesi için bir kimsenin özel hayatının ve aile hayatının gizliliğinin sınırlandırılarak konutunda, işyerinde, kendisine ait diğer yerlerde, üzerinde, özel kâğıtlarında, eşyasında, aracında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile diğer kanunlara göre yapılan araştırma işlemidir."* Görüldüğü gibi, yasa koyucu CMK m. 116 ve 117'de adlî aramanın konusunu "kişinin (şüphelinin, sanığın veya diğer bir kişinin) üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler" olarak belirlemişken, Yönetmelik'te bunlara ek olarak "kişinin özel kâğıtları ve aracı" da zikredilmiştir. Öncelikle, kişinin özel kâğıtları ile aracının da "eşya" niteliği taşıması ve CMK m. 116-117'de böyle bir ayrıma yer verilmemiş olması nedeniyle, bunlarda yapılan hukuka aykırı aramanın da yine "haksız eşya araması" kabul edilip TCK m. 120 kapsamında değerlendirileceği kuşkusuzdur[58]. Öte yandan, "taşınmaz eşya" niteliğindeki konut, işyeri ve kişiye ait diğer yerlerde yapılan aramalar CMK m. 116-117'de "üst ve eşya araması"ndan ayrı olarak açıkça düzenlenmiş ise de, üst ve eşya aramasının nerede yapıldığının TCK m. 120 hükmü bakımından bir önemi bulunmamaktadır[59].

---

[56] GÖZLER, s. 57: *"Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus (Kanunun ayrım yapmadığı yerde, bizim de ayrım yapmamamız gerekir). Aynı özdeyiş şu kelimelerle de ifade edilir: 'Lege non distinguente non nobis est distinguere'. Bu ilke şu anlama gelir ki, hüküm koyarken kanun koyucu, ayrım yapmaksızın genel ifadeler kullanmış ise, kanunun kullandığı ifadeden mümkün olan en genel anlamı çıkarmak gerekir. Yani kanunun ayrıma gitmediği yerde, yorumcu da ayrım yapamaz (Ubi lex non distinguit neque interpretis est distinguere). Diğer bir ifadeyle, sınırsız bir hükmü sınırlamamak, hükmün genelliğine aykırı ayrımlamalar yapmamak gerekir. Bu nedenle bu ilkeye 'argumentum a generali sensu' ismini verenler de vardır."*

[57] YILDIRIM, s. 597.

[58] Aynı yönde bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 214; YILDIRIM, s. 593.

[59] Konut ve işyerlerinde yapılan hukuka aykırı aramanın -TCK m. 120 değil- TCK m. 116 ve 119/1-e çerçevesinde değerlendirileceği yolundaki yerleşik içtihat için bkz. Y. CGK, E. 2013/610, K. 2014/512, 25.11.2014; Y. CGK, E. 2016/800, K. 2017/120, 28.02.2017; Y. CGK, E. 2016/569, K. 2018/376, 25.09.2018; Y. CGK, E. 2016/427, K. 2019/688,

Buna göre, bir kimsenin konutunda, işyerinde veya ona ait diğer yerlerde hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen üst ve eşya araması da yine haksız arama suçuna vücut verecek[60]; TCK m. 116/1-3 hükümlerinin de ayrıca ihlâl edildiği durumlarda "gerçek içtima" yoluna gidilecektir[61].

Adlî ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin önleme aramasını tanımlayan m. 19/1 hükmüne göre, *"Önleme araması; a) Millî güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması, b) Suç işlenmesinin önlenmesi, c) Taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silâh, patlayıcı madde veya eşyanın tespiti amacıyla, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde mülkî âmirin yazılı emriyle ikinci fıkrada belirtilen yerlerde, kişilerin üstlerinde, aracında, özel kâğıtlarında ve eşyasında yapılan arama işlemidir."* Adlî arama bakımından yaptığımız açıklamalar esasen önleme araması bakımından da geçerlidir. Fakat "üst ve eşya aramasının tüm yasal şartları mevcut olsa dahi", Yönetmelik m. 19/son hükmüne göre adlî aramadan farklı olarak *"konutta, yerleşim yerinde ve kamuya açık olmayan özel işyerlerinde ve eklentilerinde"* önleme araması yapılması yasak olduğundan, buralarda kişinin üstünde veya eşyasında yapılan tüm önleme aramaları "hukuka aykırı" olacak ve haksız arama suçuna vücut verecektir.

Kanun'da veya ilgili Yönetmelik'te açıkça tanımlanmayan "üst araması" kavramı, bize göre, kişinin giydiği elbisede veya onun altında "gözle, elle veya uygun araçlarla[62]", "beden muayenesi boyutuna varmayacak şekilde[63]" yapılan ve gizli olduğu düşünülen bir şeyi veya bir kimseyi ortaya çı-

---

03.12.2019: *"... TCK'nın 'haksız arama' başlıklı 120. maddesinde hukuka aykırı olarak bir kimsenin üstünü veya eşyasını arayan kamu görevlisinin üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı öngörülmüştür. Konut ve iş yerleri bakımından hukuka aykırı aramalar ise 5237 sayılı TCK'nın 116 ve 119/1-e maddeleri kapsamında değerlendirilecektir."*

60 BODUR, s. 129; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 329-330: *"... konutta veya işyerinde yapılacak bir arama sırasında ... orada bulunanların üstü aranabilir. Ancak böyle bir aramanın 116 ve 117'nci maddedeki şüpheye ilişkin koşulları taşıması gerekir. Yine, böyle bir arama esnasında kişi üstünde saklanması mümkün olmayan şeyin aranması da hukuka aykırı olmalıdır. Zira, aksi davranışlar dürüst işlem ilkesinin de açık ihlâlini oluşturur."*

61 Aynı yönde bkz. BODUR, s. 129; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 215; POLAT, s. 81; YILDIRIM, s. 601. Yine bu yönde bkz. Madde gerekçesi, paragraf 4, cümle 2: Bu arama olgusunun yetkisiz olarak girilen konutta gerçekleştirilmesi hâlinde, ayrıca konut dokunulmazlığını ihlâl suçu oluşur ve bu nedenle, gerçek içtima hükümlerine göre sorumluluk cihetine gidilmesi gerekir.

62 ÜNVER/HAKERİ, s. 844.

63 KESKİN KİZİROĞLU, s. 146. Doktrinde iç ve dış beden muayenesinin "arama" kapsamında ele alınamayacağı hususunda mutabakat mevcut ise de, üst aramasında bedensel temasın müm-

karmaya yönelik faaliyeti ifade etmektedir. Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik m. 3 hükmüne göre, *"Bu Yönetmelik'te geçen ... Bedenin tıbbî muayenesi: Tabip tarafından tıbbî yöntemler kullanılarak yapılan değerlendirmeleri, Dış beden muayenesi: Vücudun dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgelerinin gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbî incelemesini, İç beden muayenesi: Kafa, göğüs ve karın boşlukları ile cilt altı dokularının incelenmesini ... ifade eder."* Buna göre, örneğin, Z'nin kolyesini çalarak başına takılı berenin altına sakladığı düşünülen şüphelinin (Ş'nin) beresinin çıkartılması "üst araması" iken, berenin altında bulunamayan kolyenin Ş'nin ağzında olabileceğini düşünerek Ş'nin ağzını zorla açan kolluk görevlisinin "dış beden muayenesi" niteliğindeki[64] eylemi TCK m. 120 kapsamında mütalaa edilemeyecektir.

Doktrinde kişinin üzerinde "sıvazlama" suretiyle yapılan araştırmanın "arama" addedilemeyeceği savunulmuş ise de[65], katıldığımız görüşe göre, gizli olduğu düşünülen bir şeyi ortaya çıkarmaya yönelik olarak gerçekleştirilen ve Adlî ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m. 8/1-b'de "kaba üst araması[66]" olarak isimlendirilen bu araştırma -ismiyle müsemma- bir "üst araması"dır[67]. Yakalama sonrasında yapılan "kaba üst araması" gibi, durdurma üzerine yine "sıvazlama" suretiyle gerçekleştirilen "yoklama" (m. 27/6) faaliyeti bakımından da kanaatimiz aynı yöndedir.

---

kün olup olmadığı, vücut boşluklarında yapılan araştırmanın "arama" sayılıp sayılamayacağı tartışmalıdır. vücut boşluklarında "gözle veya elle" yapılan araştırmayı da "üst araması" kapsamında gören bazı yazarlar için bkz. ŞAHİN/GÖKTÜRK, s. 328; ÖZTÜRK ve diğ., s. 505.

64 Aksi görüş için bkz. YENİSEY/NUHOĞLU, s. 632: *"Bir kişinin ağzındaki bir şeyin çıkarılması veya koltuk altındaki bir eşyanın alınmasında dış beden muayenesine ilişkin hükümler değil, aramaya ilişkin hükümler uygulanır."* Koltuk altındaki araştırmanın "üst araması" kapsamına girdiği muhakkak ise de, ağızdaki araştırmanın beden muayenesine ilişkin Yönetmelik'in 3'üncü maddesindeki tanımın netliği karşısında "üst araması" sayılamayacağı kanaatindeyiz.

65 Örneğin bkz. ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 260; ÜNVER/HAKERİ, s. 903; YENİSEY/NUHOĞLU, s. 295, 299.

66 Terime yönelik eleştiriler için bkz. ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 260: *"Bizce kaba üst araması terimi yerine 'yoklama' teriminin kullanılması kavram kargaşasının da önüne geçmek bakımından daha yerinde olurdu. Yoklama, arama değildir. Bu nedenle arama prosedürüne uyulması gerekmez. Ancak yoklamanın arama boyutuna ulaşmaması gerekir."* ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 263: *"Yönetmelik m. 8 (b) bendinde yer alan 'kaba üst araması' anlaşılabilir olmaktan uzaktır. Hangi uygulama 'üst araması', hangisi 'kaba üst araması' sayılacaktır, bu belirsizdir."*

67 AKYÜREK, "… Haksız Arama Suçu", s. 33; AKYÜREK, **Haksız Arama**, s. 312; GÜLŞEN, s. 148; YILDIRIM, s. 598, 602, 608.

Eşya araması ise, kişinin giydiği elbisede yahut onun altında bulunmayan ve mâliki yahut zilyedi olduğu her tür eşya üzerinde yapılan araştırmadır. Medenî hukukta "eşya" kavramı *"üzerinde bireysel hâkimiyet sağlanabilecek, ekonomik bir değer taşıyan, kişi ve hayvanlar dışındaki cismanî varlıklar"* biçiminde tanımlanmaktadır[68]. Aranan eşyanın nerede bulunduğunun ve eşya aramasının nerede yapıldığının TCK m. 120 hükmü bakımından bir önemi bulunmamaktadır. Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde gerçekleştirilen aramada ise aranan bir "şey" olmadığından[69], TCK m. 120 anlamında bir "eşya araması"ndan söz edilemeyecek ve somut olaya göre TCK m. 243-244 hükümleri işletilebilecektir. Fakat, arama "bilgisayarın içerisinde" gerçekleştirilmiş (örneğin bilgisayarın kasasında yahut göstergecinde (monitöründe) uyuşturucu madde aranmış) ise, bu durumda şüphesiz "eşya araması" söz konusu olacak ve aramanın hukuka aykırı olması hâlinde haksız arama suçu oluşacaktır.

III. SUÇUN MANEVÎ UNSURU

Taksirli şekli düzenlenmediğinden, haksız arama suçunun taksirle işlenmesi mümkün değildir. (TCK m. 22/1) Suçun manevî unsurunun gerçekleşebilmesi için maddî unsurlara ilişkin genel ve olası[70] kastın varlığı yeterli olup özel kasta ihtiyaç yoktur[71]. Bununla birlikte, failin amacı ve saiki[72] göz önünde bulundurularak temel cezada alt sınırdan uzaklaşılabilir. (TCK m. 61/1-g)

---

[68] OĞUZMAN M. Kemal / SELİÇİ Özer / OKTAY ÖZDEMİR Saibe, **Eşya Hukuku**, 12. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2009, s. 6. Fikrimizce ekonomik değer taşımayan varlıklar da "eşya" kabul edilmelidir.

[69] BODUR, s. 83; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 330: *"Eşyaya örnek olarak ... verilebilir. (...) Bilgisayar ve bilgisayar verisi içeren maddeler bakımından ... CMK m. 134 hükmü düşünülmelidir."*

[70] Kanunî tanımında "*Hukuka aykırı olarak"* ibaresine yer verilen suçların -ve dolayısıyla haksız arama suçunun- olası kasıtla işlenemeyeceği (yalnızca doğrudan kasıtla işlenebileceği) yolundaki isabetsiz görüş için bkz. ÖZGENÇ İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 320: *"Yeni TCK'deki bazı suç tanımlarında örneğin 'hukuka aykırı olarak' ... gibi ifadelere yer verilmiştir. Bu ifadelerle, ilgili suç tanımında yer alan fiilin hukuka aykırılığına özellikle işaret edilmiştir. Bu suretle, kanun koyucu, failin, işlediği fiilin hukuka aykırı olduğunu bilmesini, yani işlediği fiilin hukuka aykırı olduğu hususunda doğrudan kasıtla hareket etmesini aramıştır. Başka bir deyişle, ilgili suç tanımında fiilin hukuka aykırılığına özellikle işaret edilmiş olan hâllerde, bu suç ancak doğrudan kasıtla işlenebilir."* Haksız arama suçu özelinde bu görüşü açıkça benimseyen bazı yazarlar için bkz. BODUR, s. 113; POLAT, s. 70.

[71] AKYÜREK, "… Haksız Arama Suçu", s. 38; AKYÜREK, **Haksız Arama**, s. 313; GÜLŞEN, s. 145; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 215; YILDIRIM, s. 604. Aksi görüş için bkz. POLAT, s. 70: *"... bu suç ancak doğrudan kastla işlenebilir. Olası kastla işlenmesi düşünülemez. Çünkü madde metninde hukuka aykırı olarak yapılan aramadan bahsetmektedir. (...) taksirli dav-*

TCK m. 120'de *"Hukuka aykırı olarak"* ibaresine yer verilmiştir. Bu tür hükümlerde yasa koyucunun "hukuka özel aykırılık[73]" aradığını savunanlara göre bu gibi suçlarda, failin "fiilin hukuka aykırı olduğu bilinciyle" davranması (kastının hukuka aykırılığı kapsaması) zorunlu olup bu bilincin yokluğunda kasten işlenmiş bir fiilden söz etmek mümkün değildir[74]. Bizim katıldığımız görüşe göre ise, hukuka aykırılığın "suçun maddî unsurlarından birinin sıfatı" olarak gösterildiği hâllerde kastın hukuka aykırılığı kapsaması gerekirken, hukuka aykırılığın "zarf" olarak vurgulandığı (tüm suçun değerlendirilmesiyle ilgili bulunduğu) durumlarda mesele "kusur" kapsamında ele alınmalı; failin bu konuda düştüğü hata, ilk durumda TCK m. 30/1, ikinci durumda ise TCK m. 30/4 çerçevesinde değerlendirilmelidir[75]. Bu çerçevede, TCK m. 120'de hukuka aykırılık vurgusuyla suçun herhangi bir maddî unsuru nitelenmediğinden, gerçekleştirdiği aramanın hukuka uygunluğu konusunda yanılan kamu görevlisinin kasten hareket ettiği kabul edilecektir.

Hata durumunda, hatanın niteliğine göre, TCK m. 30 hükmünün ilgili fıkrası uygulanacaktır[76]. Bu çerçevede, örneğin, hakkında arama kararı bulu-

---

ranışlarla bu suç işlenemez. Fail tarafından hangi saikle işleneceği önemli olamamakla birlikte özel kastın varlığı aranmıştır."

72 Örneğin bkz. Y. 5. CD, E. 2015/11224, K. 2018/4526, 20.06.2018: *"... suç tarihinde polis memuru olan sanığın emniyet müdürlüğü koridorunda arkadaşları ile oturan katılanın üstünü aralarında başka bir olay nedeniyle önceden husumet bulunması sebebiyle hukuka aykırı olarak 3 kez aradığının anlaşılması karşısında, sanığın eyleminin TCK'nın 120. maddesinde düzenlenen haksız arama suçunu oluşturduğu ..."*

73 "Hukuka genel aykırılık-hukuka özel aykırılık" ayrımı hakkında bkz. KATOĞLU Tuğrul, **Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 122-126.

74 ÖZBEK Veli Özer / DOĞAN Koray / BACAKSIZ Pınar, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 277; ÖZGENÇ, **Genel Hükümler**, s. 320. Haksız arama suçu özelinde bu görüşü benimseyen bazı yazarlar için bkz. AKYÜREK, "… Haksız Arama Suçu", s. 35, 38; AKYÜREK, **Haksız Arama**, s. 313; BODUR, s. 116; GÜLŞEN, s. 146; ŞEN, s. 498; YILDIRIM, s. 604. Aramanın hukuka aykırı olduğunun failce bilinmesinin zorunlu olmadığına dair bkz. Y. 8. CD, E. 2016/3496, K. 2018/10186, 02.10.2018: *"Sanık ... hakkında haksız arama suçundan kurulan hükme yönelik temyiz incelemesinde ise; Arama işleminin dayanağı olarak gösterilen ruhsatsız silah taşıma ve uyuşturucu madde bulundurma suçları ile ilgili herhangi bir suç şüphesi bulunmadığı gibi usulüne uygun olarak bir adli arama kararı da bulunmaması karşısında kolluk görevlisi olan sanığın kendisine verilen talimatın hukuka aykırı olduğunu bilerek ya da bilmesi gerekli iken katılanı aramak suretiyle üzerine atılı haksız arama suçunu işlediği sabit olduğu halde dosya kapsamına uygun düşmeyen gerekçe ile ve yazılı şekilde beraat kararı verilmesi, Yasaya aykırı ... görülmüş olduğundan hükmün ... BOZULMASINA ... oy birliğiyle karar verildi."* Daire, böylelikle, "kendisine verilen arama talimatının hukuka aykırılığını" bilmesi gerektiği hâlde bilmeyen kolluk görevlisinin de TCK m. 120'den sorumlu tutulabileceğine işaret etmiştir.

75 KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 266-267.

76 HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 215.

nan Z1 yerine, yanlışlıkla Z1'in tek yumurta ikizi olan Z2'nin eşyasını arayan kamu görevlisi K, hatasının kastını kaldırması (TCK m. 30/1) ve suçun taksirli şeklinin bulunmaması sebebiyle, TCK m. 120'de düzenlenen suçun faili kabul edilemeyecektir.

IV. HUKUKA AYKIRILIK

Suçun -"unsurlarından biri[77]" değil- "özü[78]" kabul ettiğimiz hukuka aykırılık, kısaca, fiil ile hukuk düzeninin bütünü arasındaki çatışmayı ifade etmektedir[79]. TCK m. 120'de yer verilen ve suçun maddî unsurlarını nitelemeyen *"Hukuka aykırı olarak*" ibaresiyle, yasa koyucu, soruşturma ve kovuşturma makamlarını "fiili hukuka uygun kılan bir nedenin mevcut olup olmadığını araştırma" konusunda ikaz etmektedir[80].

Hukuka uygun bir aramanın suç kabul edilemeyeceği açıktır. Buna karşılık, üst veya eşya aramasının herhangi bir yönden "hukuka aykırı" olması da, haksız arama suçunun oluşması için yeterli değildir[81]. Hukuka aykırılığı içeriğinden kopuk olarak, salt biçimden ibaret ele almak hatalı olacaktır[82]. Zira, hukuka aykırılık, hem biçimsel anlamda hukuk normunun hem de norm ile korunan varlık ve menfaatlerin ihlâli olup suçun hukukî konusunun ihlâl edilmediği hâl-

---

77 Hukuka aykırılığı suçun unsuru kabul eden görüşler ve bu görüşlerin eleştirisi için bkz. KATOĞLU, **Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık**, s. 127-130.

78 KATOĞLU, **Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık**, s. 160.

79 KATOĞLU, **Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık**, s. 19.

80 KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 267. Ayrıca bkz. EKİCİ ŞAHİN Meral, **Ceza Hukukunda Rıza**, Yayımlanmış Doktora Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010, s. 87: *"... bu kavram suçun unsurlarından birine değil de, suç tipinin bütününe işaret ediyorsa, suçun genel bir unsuru olan hukuka aykırılık unsuru ile birlikte değerlendirilmelidir. Kanun koyucu burada aslında gereksiz ve fuzuli yere hukuka aykırılığın genel bir suç unsuru olduğuna işaret eder. Böyle yaparak Kanun Koyucu hâkimden, fiilin tipe uygun olmasını hukuka aykırılığın kabulü için yeterli görmemesini, olayda bir hukuka uygunluk sebebinin bulunup bulunmadığını ayrıca araştırmasını ister. Aslında bu durumda hukuka özel aykırılıktan değil, hukuka aykırılık unsuruna özel olarak işaret edilmesinden bahsetmek daha isabetli olacaktır."*

81 Madde gerekçesi, paragraf 6, cümle 1: "Metinde geçen "hukuka aykırı olarak" ibaresinden maksat, yürürlükteki mevzuatın izin vermediği hâl demektir." Katıldığımız farklı görüş için bkz. AKYÜREK, "… Haksız Arama Suçu", s. 36; AKYÜREK, **Haksız Arama**, s. 316-317: *"... 5237 sayılı Yasa'daki düzenleme 765 sayılı Yasa'dakinden hukuka uygunluk sebebi açısından farklı bir nitelik taşımaktadır. Mülga düzenlemede 'kanunda yazılı haller haricinde' yapılan aramalar suç oluştururken artık 'hukuka aykırı olarak' yapılan aramalar suçtur. Hukuk kavramı kuşkusuz ki kanun/yasa kavramından çok daha geniş olup yasal bir aramanın hukuka uygun olmadığı tartışmaları yaşanabilecektir. Her ne kadar madde gerekçesinde ... yalnızca mevzuata gönderme yapılıyor olsa da yasaya ve yönetmeliğe uygun her arama hukuka uygun olmayabilecektir."*

82 Bu konuda bkz. KATOĞLU, **Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık**, s. 73.

lerde hukuka aykırılığın ve suçun varlığından da söz edilemez[83]. Buna göre, örneğin, ihbar üzerine başlatılan soruşturmada şüphelinin üstü veya eşyası "adlî arama kararı alınmaksızın" daha evvel alınmış önleme kararına istinaden aranacak olursa, arama "hukuka aykırı" olacak ve TCK m. 120'de düzenlenen suç oluşacaktır[84]. Buna karşılık, söz gelimi, ziyaret sonrası odasına dönen hükümlünün üstünün ve eşyasının çıkış ve dönüşte aynı memur tarafından aranması hâlinde, arama 5275 sayılı Kanun'un *"Hükümlüler, odalarından çıkış ve dönüşlerinde ayrı yerlerde ve farklı memurlarca üst ve eşya aramasına tâbi tutulurlar."* şeklindeki m. 86/6 hükmüne aykırı olacak; fakat kurumdaki asayişi sağlamayı amaçlayan bu hüküm ile TCK m. 120 hükmünün amacı ve bu hükümlerle korunan hukukî varlık ve menfaat dikkate alındığında, memurun haksız arama suçunu işlediği söylenemeyecektir.

TCK m. 120 bakımından akla gelen ilk hukuka uygunluk nedeni, kanun hükmünün yerine getirilmesidir[85]. (TCK m. 24/1) Örneğin, 5275 sayılı Kanun m. 86/6 gereğince ziyaretten odasına dönen hükümlünün üstünü ve eşyasını arayan kamu görevlisinin fiili hukuka uygundur.

CMK m. 119 uyarınca yetkili merciden verilip yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan hukuka uygun bir arama kararını uygulayan kamu görevlisinin fiili, keza, hukuka uygundur. (TCK m. 24/2)

İnceleme konusu suç bakımından akla gelen bir diğer hukuka uygunluk nedeni, meşru savunmadır[86]. (TCK m. 25/1) Gerçekleşeceği muhakkak olan bir haksız saldırıyı (örneğin bir bombalı intihar saldırısını[87]) hâl ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile saldırganın üstünü arayan kamu görevlisinin fiili hukuka uygun düşecektir. Aynı şekilde, TBK m. 63/2 hükmü ve "hukuk düzeninin birliği" ilkesi uyarınca her hâlde "hu-

---

83 KATOĞLU, **Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık**, s. 79. Hukuka aykırılığın içeriğinin bir varlık ya da menfaatin ihlâli olduğu görüşü için bkz. KATOĞLU, **Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık**, s. 73-75. Hukuka aykırılığın içeriğinin normun amacına aykırılık olduğu görüşü için bkz. KATOĞLU, **Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık**, s. 75-78.

84 ÜNVER/HAKERİ, s. 854: *"Suç şüphesinin öğrenilmesine rağmen, daha önceden alınan önleme arama kararına istinaden adli arama yapılamaz. Bu tür durumlarda artık adlî aramaya ilişkin kurallar geçerli olacağından, adlî arama kararı alınmalıdır."*

85 AKYÜREK, "… Haksız Arama Suçu", s. 35; AKYÜREK, **Haksız Arama**, s. 315; BODUR, s. 117; YILDIRIM, s. 608-609. Aynı yönde bkz. Madde gerekçesi, paragraf 6, cümle 2: Kanun ve nizamların izin verdiği arama hâllerinde suçun oluşmayacağı açıktır.

86 Aynı yönde bkz. BODUR, s. 118; POLAT, s. 71-72; YILDIRIM, s. 607. Aksi yönde bkz. AKYÜREK, "… Haksız Arama Suçu", s. 37; AKYÜREK, **Haksız Arama**, s. 318.

87 YILDIRIM, s. 607.

kuka uygunluk nedeni" kabul ettiğimiz zorunluluk hâli de TCK m. 120 bakımından gündeme gelebilecektir[88].

TCK m. 26/1 hükmünün bu suç tipi bakımından uygulanmasına bir engel bulunmamakla birlikte, daha ziyade "yetki" veya "görev" çerçevesinde (TCK m. 24) gerçekleştirilen üst ve eşya aramasının bir "hak" olarak icrasını örneklendirmek güçtür[89]. Fikrimizce, hırsız H'nin polis P'nin cüzdanını arka cebinden gizlice alıp beresinin içine saklayarak kaçmaya başladığı, cüzdanının H tarafından alındığını fark eden P'nin H'yi kesintisiz takiple yakaladığı, H'nin cüzdanı nereye sakladığından emin olamayan P'nin çantasını aradıktan sonra H'nin beresini çekip çıkardığı olayda, P'nin "adlî arama" niteliğindeki fiili Türk Medenî Kanunu (TMK) m. 981/2[90] ve TCK m. 26/1 çerçevesinde "hukuka uygun" olacaktır.

Bu noktada tartışılması gereken bir diğer mesele, TCK m. 26/2 hükmünün TCK m. 120 bakımından uygulanıp uygulanamayacağı meselesidir. TCK m. 26/2 hükmüne göre, *"Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez."* Adlî ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin *"Karar alınmadan yapılacak arama"* kenar başlıklı 8'inci maddesinin ilk fıkrasının *"5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 24'üncü maddesindeki kanunun hükmü ve âmirin emrini yerine getirme, 25'inci maddesindeki meşru savunma ve zorunluluk hâli ve 26'ncı maddesindeki hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası ile diğer kanunların öngördüğü hukuka uygunluk sebepleri ve suçüstü hâlinde yapılan aramalarda, toplum için veya kişiler bakımından hayatî tehlikeyi ortadan kaldırmak amacıyla veya kapalı yerlerden gelen yardım çağrıları üzerine, konut, işyeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine girmek için."* şeklindeki (f) bendinde yer alan *"ilgilinin rızası ile*" ibaresi Danıştay 10. Dairesinin 13/03/2007 tarihli ve E. 2005/6392, K. 2007/948 sayılı kararı ile iptâl edilmiş ve bu karar Danıştay İdarî Dava Daireleri Kurulunun 14/09/2012 tarihli ve E. 2007/2257, K. 2012/1117 sayılı kararı kesinleşmiştir. Danıştay 10. Dairesinin kararında da belirtildiği gibi, *"Anayasanın sıkı bir şekilde korumakla yetinmeyip sınırlama ölçütlerini de sıkı kurallara bağladığı temel*

---

88 Aynı yönde bkz. YILDIRIM, s. 610. Aksi yönde bkz. AKYÜREK, "… Haksız Arama Suçu", s. 37; AKYÜREK, **Haksız Arama**, s. 318.

89 AKYÜREK, "… Haksız Arama Suçu", s. 37; AKYÜREK, **Haksız Arama**, s. 318.

90 TMK m. 981/2: Zilyet, rızası dışında kendisinden alınan şeyi taşınmazlarda el koyanı kovarak, taşınırlarda ise eylem sırasında veya kaçarken yakalananın elinden alarak zilyetliğini koruyabilir. Ancak, zilyet durumun haklı göstermediği derecede kuvvet kullanmaktan kaçınmak zorundadır.

haklardan olan 'özel hayatın gizliliği' ve 'konut dokunulmazlığı' hakkından tümüyle vazgeçilmesi anlamına gelen 'rıza' müessesesinin, bu hakların ihlalini kolaylaştıracağı ve Anayasa ile getirilen korumayı işlevsiz kılabileceği açık ..." olup ilgilinin üstünün veya eşyasının aranmasına ilişkin olarak açıkladığı rızaya TCK m. 26/2 çerçevesinde geçerlilik tanımak olanaksızdır[91].

Konusu suç teşkil eden emirler hiçbir şekilde bağlayıcı sayılamayacağından (AY m. 137/2, AsCK ek m. 8/1, TCK m. 5 ve 24/3), bir kimsenin üstünün ve/veya eşyasının hukuka aykırı olarak aranması emrini yerine getiren kolluk görevlisi TCK m. 120 hükmü uyarınca cezalandırılacaktır[92].

V. SUÇUN NİTELİKLİ HÂLLERİ

Haksız arama suçunun cezasını hafifleten yahut ağırlaştıran özel bir sebep bulunmamaktadır.

VI. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

A. Teşebbüs

Kimi yazarlarca[93] sırf hareket suçu niteliğindeki haksız arama suçunun teşebbüse elverişsiz olduğu ileri sürülmüşse de, fikrimizce icra hareketlerinin parçalara bölünebildiği hâllerde bu suça teşebbüs mümkündür[94]. Örneğin, ağır cezayı gerektiren bir suçüstü hâli bulunmamasına rağmen avukat A'nın ataşe çantasını alıp kilidini açmaya çalışan, fakat avukatın kendisini kameraya aldığını fark etmesi üzerine kilidini açamadan çantayı bırakan polis P1, TCK m. 35 ve 120 hükümleri uyarınca cezalandırılacaktır. Buna karşılık, icra hareketlerinden "polis arkadaşı P2'nin uyarısı üzerine" gönüllü vazgeçerek çantayı A'ya iade etmesi hâlinde, P1, haksız arama suçuna teşebbüsten sorumlu tutulamayacaktır[95]. (TCK m. 36)

---

91 AKYÜREK, "… Haksız Arama Suçu", s. 37-38; AKYÜREK, **Haksız Arama**, s. 318-319; BODUR, s. 122; YILDIRIM, s. 609. Farklı görüş için bkz. POLAT, s. 75: *"... ilgilinin rızası üzerine arama yapılması hukuka aykırı olacaktır. Ancak ilgili kişinin aramaya rıza göstermesi durumunda fiil suç teşkil etmeyecektir. Bu sebeple ilgilinin rızası bu suç bakımından bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilecektir."*

92 AKYÜREK, "… Haksız Arama Suçu", s. 37; AKYÜREK, **Haksız Arama**, s. 317.

93 HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 215.

94 AKYÜREK, "… Haksız Arama Suçu", s. 34; AKYÜREK, **Haksız Arama**, s. 313; BODUR, s. 127; GÜLŞEN, s. 153; POLAT, s. 79; ŞEN, s. 498; YILDIRIM, s. 613.

95 Benzer bir örnek için bkz. AKYÜREK, "… Haksız Arama Suçu", s. 34: *"Örneğin hukuka aykırı / sahte olarak düzenlenen bir arama emrini mağdura gösterip aramaya başla-*

B. İştirak

TCK m. 40/2 hükmüne göre, *"Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur."* Haksız arama suçunun da yalnızca kamu görevlileri tarafından işlenebilen bir "özgü suç" olması sebebiyle, kamu görevlisi olmayanlar bu suça ancak "şerik" sıfatıyla iştirak edebilecektir[96]. Bununla birlikte, fiil hâkimiyeti kuramı uyarınca fiil üzerinde herhangi bir şekilde hâkimiyet kuran bir kimse "şerik" kabul edilemeyeceğinden[97], "kamu görevlisi" olmamakla birlikte kamu görevlisiyle beraber fiil üzerinde fonksiyonel hâkimiyet kuran bir kişinin (örneğin, kamu görevlisi olmadığı hâlde "polis P ile birlikte" A'nın eşyasını hukuka aykırı olarak arayan Z'nin) "haksız arama suçunun şeriki" sayılamayacağı da açıktır[98]. Bu gibi durumlarda, kamu görevlisi olmamakla birlikte fiil üzerinde hâkimiyet kuran kişi, fikrimizce, özel hayatın gizliliğini ihlâl suçunun faili olarak cezalandırılacaktır[99].

İcra hareketleri tamamlandıktan sonra suça iştirak mümkün değildir[100].

---

yacak olan veya mağdurdan üstünün aranması için ellerini kaldırıp duvarın yanına geçmesini isteyen polis memurunun bu sırada yakalanmasında olduğu gibi. Ayrıca bu örneklerindeki polis memurunun kendi iradesiyle, yakalanmadan vazgeçmesi halinde gönüllü vazgeçme kurumunun devreye gireceği ve haksız arama suçu bakımından cezai sorumluluğunun doğmayacağı da eklenmelidir." Verilen örnekte, haksız arama suçunun icrasını tamamlamaktan gönüllü olarak vazgeçen polis memuru, TCK m. 204 uyarınca cezalandırılacaktır.

96 AKYÜREK, "… Haksız Arama Suçu", s. 39; AKYÜREK, **Haksız Arama**, s. 320; GÜLŞEN, s. 154; POLAT, s. 70. Ayrıca bkz. AKYÜREK, "… Haksız Arama Suçu", s. 39: *"Burada 765 sayılı yasada yer alan düzenleme ile şu anki düzenleme arasındaki bir farka dikkate çekmek gerekmektedir. 765 sayılı Yasa'nın 183. maddesine göre haksız arama suçu yine seçimlik hareketli bir suç olmasına karşın suç ya haksız arama emrini vermekle ya da bizzat bu arayı yapmakla birlikte işlenebiliyordu. Oysa şu anki tanımda emir vermek yer almamaktadır. O halde bir polis memuruna hukuka aykırı bir arama yapması için emir veren amiri eski düzenlemeye göre suçu irtikâp eden fail olurken yeni düzenlemede azmettiren olacaktır. Aynı biçimde hukuka aykırı bir arama kararı veren yargıç ya da duruma göre cumhuriyet savcısı da, elbette hukuka aykırılık bilincinin ve iştirak iradesinin bulunması kaydıyla, yine azmettiren olarak cezalandırılabilecektir."*

97 Özel faillik niteliklerinden yoksun kişinin fiil üzerinde hâkimiyet kurup kuramayacağı tartışması hakkında bkz. ÖZGENÇ İzzet, **Ceza Hukukunda Suça İştirakin Hukuki Esası ve Bir Faillik Türü Olarak Dolaylı Faillik**, Yayımlanmış Doktora Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1990, s. 86.

98 Aksi görüş için bkz. POLAT, s. 75; YILDIRIM, s. 614.

99 Bu olasılıkta, kamu görevlisi olmayan kişinin "haksız arama suçunun şeriki" olarak cezalandırılacağı yolundaki görüş için bkz. POLAT, s. 75; YILDIRIM, s. 614.

100 Y. 4. CD, E. 2014/30506, K. 2015/2323, 28.01.2015: *"(...) Batman İl Jandarma Komutanlığı Asayiş Şube Müdürlüğünde bomba arama köpek operatörü olarak görev yapan sanığın, ... Beşiri ilçesinde görevliyken Kozluk ilçesinde uyuşturucu madde nakledildiği yolundaki ihbar*

C. İçtima

İnceleme konusu suç seçimlik hareketli bir suç olduğundan, mağdurun üstünün ve eşyasının birlikte arandığı hâllerde yine tek bir suçtan söz edilecek[101]; fakat bu durum temel cezanın belirlenmesinde (TCK m. 61) dikkate alınabilecektir[102]. Haksız arama suçu ile herhangi bir suç arasında bileşik suç (TCK m. 42) ilişkisi bulunmamaktadır.

Haksız arama suçunun zincirleme şekilde (bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda, bir kişiye karşı, birden fazla) işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilecek; ancak ceza dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılacaktır[103]. (TCK m. 43/1) Haksız arama suçunun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, TCK m. 43/2 sevkiyle TCK m. 43/1 hükmü uygulanacaktır.

TCK m. 120 hükmünü ihlâl eden fiiliyle aynı zamanda başka ceza normlarını da ihlâl eden kişi, en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır. (TCK m. 44) Bir kamu görevlisi bir kimsenin üstünü veya eşyasını hukuka aykırı olarak aradığında, esasen, o kimsenin özel hayatının gizliliğini de ihlâl etmiş olmaktadır[104]. Ancak, TCK m. 134 hükmü bir tür "torba hüküm" niteliğinde olduğundan, TCK m. 120 ile TCK m. 134 hükmü arasında bir "görünüşte normlar çatışması"nın bulunduğu, bunlar arasında "farklı türden fikrî içtima"ın söz konusu olamayacağı ve aksi yorumun daha az ceza öngören TCK m. 120 hükmünü uygulanamaz kılacağı açıktır[105]. Buna karşılık, örneğin, haksız arama suçuyla cinsel do-

---

nedeniyle bu ilçede yapılacak arama sırasında görevlendirilecek teknik eleman bulunmaması üzerine İlçe Jandarma Komutanlığının telefonla bildirdiği istekle olay yerine gittiklerinde aramanın bitmiş olması, uyuşturucu maddenin ele geçirilmesi, söz konusu olay patlayıcı madde ile alakalı olmadığı için aramaya katılmadığını savunması, olay sonrası düzenlenen üst arama ve araç arama tutanaklarında sanığın imzasının bulunmamasının da savunmayı doğrulaması ve ayrıca mağdurlar H. D., A. Y., N. B.'un üzerinin herhangi bir karar olmadan aranmasından sonra sadece, köpeğe aracı koklatmak şeklinde gerçekleşen eylemin teknik anlamda bir arama olmaması ve arama kararı alınması süreci ile ilgili hukuki gelişmelerden haberdar olamayacak durumda bulunması karşısında, mahkemece sanığın arama noktasında bulunarak aramaya katıldığı şeklindeki yasal olmayan gerekçe ile sanığın mahkumiyetine karar verilmesi, Kanuna aykırı ... görüldüğünden ... HÜKMÜN BOZULMASINA ... oy birliğiyle karar verildi." Gizli olduğu düşünülen bir şeyin kokuya duyarlı köpekler vasıtasıyla araştırılması faaliyeti fikrimizce "arama" niteliğinde olduğundan, karara bu yönden katılmıyoruz.

101 GÜLŞEN, s. 153; YILDIRIM, s. 615.

102 KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 122.

103 GÜLŞEN, s. 153; YILDIRIM, s. 615.

104 YILDIRIM, s. 616.

105 AKYÜREK, **Özel Hayatın Gizliliğini İhlâl Suçu**, s. 319-320: *"... 134. maddedeki özel hayatın gizliliğini ihlâl suçu, özel hayat kavramının geniş içeriği nedeniyle gerek bulunduğu bölümdeki diğer suçlar gerekirse 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun diğer bölümlerindeki*

kunulmazlığa karşı suçlar arasında farklı türden fikrî içtima pekâlâ gündeme gelebilecektir. Erkek kamu görevlisi A'nın üstünü "hukuka aykırı olarak[106]" aradığı kadın şüphelinin (Ş'nin) apış arasını okşadığı olayda durum böyledir.

Kimi yazarlarca[107] TCK m. 120 hükmünün TCK m. 257/1 hükmüne göre "özel norm" mahiyetinde olduğu ileri sürülmüştür. "Genel norm-özel norm" ilişkisinden söz edilebilmesi için, genel normda var olan bütün unsurların özel normda da bulunması ve özel normun ilâveten bir veya birkaç unsur daha içermesi gerekir[108]. Buna göre, TCK m. 257/1'de tipik netice olarak gösterilen "zarar" neticesi haksız arama suçunun kanunî tanımında yer almadığından (haksız arama suçu görevi kötüye kullanma suçunun aksine bir "sırf hareket suçu" olduğundan), esasen TCK m. 120 hükmünün TCK m. 257/1 hükmü karşısında "özel norm" niteliği taşıdığı önermesi hatalı gözükmektedir. Hukuka aykırı olarak bir kimsenin üstünü veya eşyasını arayan kamu görevlisinin her hâlde "görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle bir kimsenin mağduriyetine[109] neden olduğu" ortadadır. Fakat, TCK m. 120'nin ihlâl edildiği her hâlde TCK m. 257/1 hükmünün de ihlâl edilmiş olduğu ileri sürülemeyecektir; zira, hemen başında açıkça ifade edildiği gibi, TCK m. 257/1 hükmü ancak *"Kanun'da ayrıca suç olarak tanımlanan hâller dışında"* uygulanabilecektir. TCK m. 120 bakımından tipik olan bir fiilin aynı zamanda TCK m. 257/1 hükmünü de ihlâl edeceği yönündeki bir kabul, TCK m. 257/1'nin lâfzına ters düşecek ve daha da önemlisi TCK m. 44 gereği TCK m. 120 hükmünü uygulanamaz hâle getirecektir. Bu bakımdan, TCK m. 120 ile m. 257/1 hükmü arasındaki ilişkinin "aslî norm-talî norm" ilişkisi olduğunu ifade etmek gerekir[110].

özel hayatın gizliliği ile ilgili suçlar açısından bir 'torba suç'tur. Dolayısıyla diğerleri özel hüküm konumunda olup koşulları varsa öncelikle uygulanmalı, aksi hâlde 134. maddenin değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu suçlar ... konut dokunulmazlığını ihlâl suçu ... ve haksız arama suçu ... ile ... kişisel verilerin korunması ile ilgili suçlardır. (...) Bunun sonucu da genel norm-özel norm ilişkisi olduğu için 'fikrî içtima' hükmü uygulanmaz ve özel hüküm daha az cezayı öngörse bile uygulanır." Buna yakın bir görüş için bkz. YILDIRIM, s. 616.

106 Adlî ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m. 28/3: *"Üst araması, kişinin cinsiyetinde bulunan görevli tarafından yapılır."* Fikrimizce, bu hüküm emredici niteliktedir. Aksi görüş için bkz. GÜLŞEN, s. 143; YILDIRIM, s. 601.

107 GÜLŞEN, s. 153; YILDIRIM, s. 615.

108 TOROSLU/TOROSLU, **Genel Kısım**, s. 93.

109 EVİK, s. 166: *"... kişisel mağduriyet; şahsın sosyal, siyasî, iktisadî veya medenî hak ve hürriyetlerinin ihlâl edilmesi veya bu hak ve hürriyetlerin kullanılmasının kısıtlanması olarak açıklanabilir."*

110 EVİK, s. 204-205: *"Görevi kötüye kullanma suçları açısından görünüşte içtima türlerinden olan asal (aslî) - yardımcı (talî) norm ilişkisi de söz konusu olabilir. (...) Bir normun yardımcı bir norm olarak kabul edilebilmesi için diğer (asal) normun uygulanmadığı hâllerde başvurulan bir norm olması gerekir. TCK'nun 257. maddesindeki 'kanunda ayrıca suç olarak tanım-*

Hukuka aykırı üst veya eşya aramasının hukuka aykırı şekilde girilen veya kalınan konutta gerçekleştirildiği hâllerde ise, gerçek içtima söz konusu olacaktır[111]. Aynı şekilde, haksız üst veya eşya aramasına maruz kalan kişinin hürriyetinden yoksun kılındığı durumlarda da[112], TCK m. 109 ve 120'de düzenlenen suçlar bakımından gerçek içtima yoluna gidilecektir.

VII. YAPTIRIM VE MUHAKEME

A. Yaptırım

TCK m. 120'de haksız arama suçuna karşılık öngörülen ceza, üç aydan bir yıla kadar hapis cezasıdır. Hâkim temel cezayı belirlerken, suçun işleniş biçimini, suçun icrasında kullanılan araçları, suçun işlendiği zaman ve yeri, suçun maddî konusunun önem ve değerini, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını, failin kusurunun ağırlığını, saikini ve güttüğü amacı dikkate almalıdır. (TCK m. 61/1)

Sonuç ceza "kısa (bir yıl veya daha az) süreli hapis cezası" olacağından, cezanın TCK m. 50 hükmü çerçevesinde seçenek yaptırımlara çevrilmesi mümkündür.

B. Muhakeme

Haksız arama suçu resen[113] takibi gereken suçlardan olup bu suçları kovuşturmakla yetkili ve görevli mahkeme, suçun işlendiği yer asliye ceza mahkemesidir[114]. (5235 sayılı Kanun m. 10-12)

---

lanan hâller dışında' şeklinde ibare, bu normun yardımcı norm niteliğinde olduğunu açıkça ortaya koyduğundan, 'yardımcı normun sonralığı ilkesi' gereği, görevi kötüye kullanma suçlarına ilişkin norm ancak asal (aslî) normun uygulanamadığı hâllerde uygulanabilir."

111 BODUR, s. 111; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 215; POLAT, s. 81. "Konutta üst araması" ile "konutta eşya araması"nı ayrı ayrı değerlendiren bir yazar için bkz. YILDIRIM, s. 615-616: *"Hukuka aykırı aramanın konut araması şeklinde gerçekleştirilmesi hâlinde 'konut dokunulmazlığını ihlâl' suçu oluşacağından, fiil haksız arama suçuna vücut vermez (TCK md. 116, 119/1-e).Üst aramasının hukuka aykırı olarak girilen konutta gerçekleştirilmesi hâlinde, ayrıca 'konut dokunulmazlığını ihlâl' suçu oluşur. Bu nedenle fail, gerçek içtima hükümlerine göre her iki suçtan cezalandırılacaktır."* Bize göre, bir kimsenin konutunda haksız arama yapan kamu görevlisi, konuta hukuka aykırı şekilde girmekle TCK m. 116/1 ve 119/1-e hükümlerini, girdiği konutta haksız eşya araması yapmakla da TCK m. 120 hükmünü ihlâl etmektedir. Bu nedenle, "hukuka aykırı şekilde girilen konutta hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen üst araması"nda olduğu gibi, eşya aramasında da gerçek içtima söz konusu olacaktır.

112 Evvelce ifade ettiğimiz gibi, üstü ve eşyası aranan kişinin hürriyetinin her hâlde tahdit edildiği iddiası isabetli değildir. Dolayısıyla, üstü veya eşyası aranan kişinin ayrıca hürriyetinden yoksun kılındığı hâllerde, haksız arama suçunun faili TCK m. 109 hükmünden de ayrıca sorumlu tutulmalıdır.

113 Sözcüğün yazılışı Güncel Türkçe Sözlükte (https://sozluk.gov.tr/) bu şekilde gösterilmektedir.

114 GÜLŞEN, s. 155; YILDIRIM, s. 617.

Haksız arama suçuna ilişkin yargılama sonunda hükmolunacak hapis cezası her hâlde "iki yıldan az süreli" olacağından, diğer şartlar da tamam ise[115], mahkemece "hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına" karar verilebilir[116]. (CMK m. 231/5, c. 1)

CMK m. 161/5 hükmü uyarınca, *"Kanun tarafından kendilerine verilen veya kanun dairesinde kendilerinden istenen adliye ile ilgili görev veya işlerde kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kamu görevlileri ile Cumhuriyet savcılarının sözlü veya yazılı istem ve emirlerini yapmakta kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kolluk âmir ve memurları hakkında Cumhuriyet savcılarınca doğrudan doğruya soruşturma yapılır. Vali ve kaymakamlar hakkında 2.12.1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri, en üst dereceli kolluk amirleri hakkında ise, hâkimlerin görevlerinden dolayı tâbi oldukları yargılama usulü uygulanır."* Buna göre, haksız aramanın "adlî görev sebebiyle" gerçekleştirilmesi hâlinde CMK m. 161/5 hükmü, "idarî görev sebebiyle" gerçekleştirilmesi hâlindeyse 4483 sayılı Kanun'da öngörülen muhakeme usûlü işletilecektir[117].

---

[115] Y. 18. CD, E. 2018/2163, K. 2018/14454, 06.11.2018: *"... somut olayda; sanık, 30/01/2017 tarihli talimat duruşmasında CMK'nın 231. maddesinin uygulanmasını kabul etmemiştir. CMK'nın 231/6. maddesinde ... şeklindeki düzenleme karşısında uygulanmasını kabul etmeyen sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemeyeceğinden, itirazın ... reddine karar verilmesi hukuka aykırıdır. ... açıklanan nedenlerle; ... tebliğnamedeki düşünce yerinde görüldüğünden, 1- Haksız arama suçundan sanık ... hakkında, Edirne 2. Ağır Ceza Mahkemesinin ... kararının ... BOZULMASINA ..."*

[116] **AKYÜREK**, "… Haksız Arama Suçu", s. 39. Ayrıca bkz. *"... somut olayda; sanık, 30/01/2017 tarihli talimat duruşmasında CMK'nın 231. maddesinin uygulanmasını kabul etmemiştir. CMK'nın 231/6. maddesinde ... şeklindeki düzenleme karşısında uygulanmasını kabul etmeyen sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemeyeceğinden, itirazın ... reddine karar verilmesi hukuka aykırıdır. ... açıklanan nedenlerle; Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının düzenlediği tebliğnamedeki düşünce yerinde görüldüğünden, 1- Haksız arama suçundan sanık ... hakkında, Edirne 2. Ağır Ceza Mahkemesinin ... kararının ... BOZULMASINA ..."*

[117] YILDIRIM, s. 616-617.

KAYNAKÇA

AKYÜREK Güçlü, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 120. Maddesindeki Haksız Arama Suçu", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı: 2, 2012, s. 29-39.

AKYÜREK Güçlü, **Özel Hayatın Gizliliğini İhlâl Suçu**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.

AKYÜREK Güçlü, **Haksız Arama**, Özel Ceza Hukuku, Cilt III, Hürriyete, Şerefe, Özel Hayata, Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, ss. 307-321.

AYDIN Murat, "Adlî Aramada Hazır Bulunacak Kişiler ve Arama Tanıkları", **Ceza Hukuku Dergisi**, Cilt: 3, Sayı: 8, 2008, s. 105-125.

BODUR Büşra, **Arama Bağlamında Haksız Arama Suçu**, Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015.

DÖNMEZER Sulhi / ERMAN Sahir, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku**, Cilt: 2, 14. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2019.

EKİCİ ŞAHİN Meral, **Ceza Hukukunda Rıza**, Yayımlanmış Doktora Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010.

EVİK Vesile Sonay, **Görevi Kötüye Kullanma Suçları (TCK m. 257)**, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019.

GÖKCAN Hasan Tahsin, "Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Kamu Görevlisi Kavramı", **CKHD**, Cilt: 3, Sayı: 2, 2015, s. 147-160.

GÖZLER Kemal, "Yorum İlkeleri", **Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması**, Ankara, KHP ve TBB Ortak Yayını, 2013, s. 15-119.

GÜLŞEN Recep, "Haksız Arama Suçu", **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 12, Sayı: 16-19, 2007, s. 139-158.

HAFIZOĞULLARI Zeki / ÖZEN Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar**, 2. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2011.

HAKERİ Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 22. Baskı, Ankara, 2019.

KATOĞLU Tuğrul, "Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 61, Sayı: 2, 2012, s. 657-694.

KATOĞLU Tuğrul, **Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.

KESKİN KİZİROĞLU Serap, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Basit Arama (Adlî Arama)", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 58, Sayı: 1, 2009, s. 139-168.

KOCA Mahmut / ÜZÜLMEZ İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

OĞUZMAN M. Kemal / SELİÇİ Özer / OKTAY ÖZDEMİR Saibe, **Eşya Hukuku**, 12. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2009.

ÖZBEK Veli Özer / DOĞAN Koray / BACAKSIZ Pınar, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

ÖZBEK Veli Özer / DOĞAN Koray / BACAKSIZ Pınar, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

ÖZGENÇ İzzet, **Ceza Hukukunda Suça İştirakin Hukuki Esası ve Bir Faillik Türü Olarak Dolaylı Faillik**, Yayımlanmış Doktora Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1990.

ÖZGENÇ İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019. (Genel Hükümler)

ÖZTÜRK Bahri / EKER KAZANCI Behiye / SOYER GÜLEÇ Sesim, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri**, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

ÖZTÜRK Bahri / ERDEM Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.

ÖZTÜRK Bahri / TEZCAN Durmuş / ERDEM Mustafa Ruhan / SIRMA GEZER Özge / SAYGILAR KIRIT Yasemin F. / ALAN AKCAN Esra / ÖZAYDIN Özdem / ERDEN TÜTÜNCÜ Efser / ALTINOK VILLEMIN Derya / TOK Mehmet Can, **Nazarî ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

POLAT Levent, **Haksız Arama Suçu**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007.

ŞAHİN Cumhur / GÖKTÜRK Neslihan, **Ceza Muhakemesi Hukuku - I**, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

ŞEN Ersan, **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu**, Cilt: 1, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.

TEZCAN Durmuş / ERDEM Mustafa Ruhan / ÖNOK Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

TOROSLU Nevzat / TOROSLU Haluk, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, 24. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018. (Genel Kısım)

TOROSLU Nevzat / TOROSLU Haluk, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, 5. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2010. (Özel Kısım)

TÜRAY Aras, "Ceza Hukuku Bağlamında Kamu Görevlisi Kavramına İlişkin Eleştirel Bir Değerlendirme", **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XIV, Sayı: 2, 2017, s. 355-377.

ÜNVER Yener / HAKERİ Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

YENİSEY Feridun / NUHOĞLU Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

YILDIRIM Akif, "Türk Ceza Hukukunda Haksız Arama Suçu", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl: 5, Sayı: 19, 2014, s. 585-622.

ZAFER Hamide, **Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75**, 4. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2015.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2020; 2: 761-877

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDE MEDYA ÖZGÜRLÜĞÜ: KAPSAMI VE SINIRLARI(*)

Arş. Gör. Murat ESMER(**)

Öz: Medya özgürlüğü hem haber, bilgi ve düşüncelerin yayılmasında hem de bunlara ulaşılmasında çok önemli bir rol oynamaktadır. Medya özgürlüğünün söz konusu ikili niteliği, ona ifade özgürlüğü kapsamında özel bir yer kazandırmaktadır. Bu durum aynı zamanda medya özgürlüğünün kapsam ve sınırlarının belirlenmesi gerekliliğini de ortaya çıkarmaktadır. Normatif düzeyde, uluslararası hukuk alanında medya özgürlüğünü düzenleyen pek çok uluslararası/bölgesel sözleşme bulunmaktadır. Bunlar arasında medya özgürlüğüne ilişkin en etkili yargısal denetim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi tarafından sağlanmaktadır. Bu çalışmada da medya özgürlüğünün kapsam ve sınırları Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararları çerçevesinde incelenecektir. AİHS'nin ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddesinde medya özgürlüğü açık bir biçimde yer almamaktadır. AİHM kararları aracılığıyla medya özgürlüğünün ifade özgürlüğü kapsamında yer aldığı kayıt altına alınmıştır. Çalışma kapsamında AİHM'nin medya özgürlüğüne ilişkin içtihadı artı ve eksi yönleriyle ele alınarak, ilk olarak AİHM'nin medya özgürlüğü hususunda ortaya koyduğu temel ilkeler saptanmaya çalışılacaktır. Ardındansa, AİHS ve AİHM içtihadının medya özgürlüğünün etkin olarak güvence altına alınmasında yetersiz kaldığı yönler ile bunların sebepleri irdelenecektir. Böylece çalışma kapsamında AİHM'nin medya özgürlüğüne ilişkin başvurularda kullandığı karar alma yöntemlerinin analitik bir analizinin yapılması da amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Medya Özgürlüğü, Gazetecilik, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İfade Özgürlüğü.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 27.02.2020. Makale Kabul Tarihi: 18.12.2020.

(**) Kocaeli Üniversitesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı (ORCID kimlik no: 0000-0003-0108-5475; *muratesmer@yahoo.com.tr*).

MEDIA FREEDOM IN THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS: ITS SCOPE AND LIMITS

Abstract: Media freedom plays a key role both in imparting and receiving news, information and opinions. This dual nature of media freedom enables it to have a special status in the scope of freedom of expression. This status also calls forth the necessity to identify the scope and limits of media freedom at the same time. Normatively, in the field of international law, multiple conventions contain regulations about media freedom. Among them, the most efficient judicial review for media freedom is supplied by the European Convention on Human Rights (ECHR). In this study, the scope and limits of media freedom will be examined within the frame of ECHR and judgments of the European Court of Human Rights (ECtHR). In article 10 of ECHR which regulates freedom of expression, media freedom is not mentioned explicitly. It is recorded via judgments of ECtHR that media freedom is in the scope of freedom of expression. Within the scope of this study, plus-minus aspects of the case-law of ECtHR relating to media freedom will be addressed to determine the general principles which can be drawn from the case-law of ECtHR at first. Subsequently, insufficient aspects of ECHR and case-law of ECtHR in guaranteeing media freedom genuinely will be scrutinized. Thereby, within the scope of this study, it is also aimed that the methods which ECtHR is using in deciding about the applications relating to media freedom can be analyzed analytically.

Keywords: Freedom of Media, Journalism, European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights, Freedom of Expression.

GİRİŞ

İfade özgürlüğü hem bireylerin kendilerini gerçekleştirmeleri hem de toplumsal hayatın demokratik bir şekilde işleyebilmesi için olmazsa olmaz konumdadır. Medya organları, ifade özgürlüğünün hayata geçirilmesinde çok önemli yer tutmaktadırlar. Medya tarafından aktarılan haber, düşünce ve bilgilerin toplum üzerindeki etkisi, bireyler arası iletişime kıyasla her zaman daha büyük olmuştur. Günümüzde yaşanan teknolojik gelişmeler çerçevesinde internetin hayatın her alanında aktif bir biçimde kullanılmaya başlanması, medya özgürlüğünün önemini daha da arttırmaktadır. Bu bağlamda medya özgürlüğünün, ifade özgürlüğü kapsamında özel bir yere sahip olduğu söylenebilir. Ancak bu durum teoride ve uygulamada, hem ifade hem de medya özgürlüklerinin kapsam ve sınırlarının belirlenmesi hususlarında tartışmaları da beraberinde getirmektedir. Uluslararası hukuk alanında, medya özgürlüğünün kapsam ve sınırlarına ilişkin düzenlemeler içeren çok sayıda uluslararası ve böl-

gesel sözleşme bulunmaktadır.[1] Bu çalışmada, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (AİHS) yer alan düzenleme ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararları çerçevesinde medya özgürlüğünün kapsam ve sınırları ortaya konulmaya çalışılacaktır. Bu yönde bir tercih yapılmasının sebebi, uluslararası ve bölgesel insan hakları sözleşmelerinin öngördüğü denetim mekanizmaları içerisinde medya özgürlüğüne ilişkin en etkin yargısal denetimin ve en kapsamlı içtihadın AİHM tarafından ortaya konulmuş olmasıdır.[2]

AİHS'nin 10. maddesinde ifade özgürlüğü düzenlenmiştir.[3] Kısa ve sade bir metne sahip olan düzenleme ile karşılaştırıldığında 10. maddeye ilişkin AİHM kararlarının kapsamı oldukça geniştir. Bu bağlamda AİHS çerçevesinde ifade (medya) özgürlüğünün kapsam ve içeriğinin içtihat hukuku yoluyla belirlendiği söylenebilir.[4] İfade özgürlüğü, farklı fikirlerin dile getirilmesi, hükümetin ve kamusal yetkiler kullanan diğer kurumların/kişilerin denetlenmesi/eleştirilmesi, kamuoyunun toplumsal meselelere ilişkin bilgi/fikir sahibi olması hususlarında çok önemli bir rol oynamaktadır. Bu bağlamda Mahkeme[5] de, ifade özgürlüğünün, Sözleşme'de[6] güvence altına alı-

---

1 Medya özgürlüğüne ilişkin uluslararası düzenlemelerin tarihsel gelişimi ile çeşitli uluslararası ve bölgesel insan hakları sözleşmelerinde yer verilen medya özgürlüğünün normatif boyutu hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. MALANCZUK Peter, "Information and Communication, Freedom of"(April 2011) içinde Rüdiger Wolfrum (Editor), **Max Planck Encyclopedia of Public International Law** (online edition). İlgili kaynağa şu adresten ulaşılabilir: https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e830?rskey=2peMVG&result=1&prd=MPIL (Erişim Tarihi: 21/02/2020).

2 ALSTON Philip / GOODMAN Ryan, **International Human Rights: The Successor to International Human Rights in Context: Law, Politics and Morals,** Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 891.

3 AİHS'nin 10. maddesinde yer alan düzenleme şu şekildedir: *"1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.*

2. Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir."

4 KARAN Ulaş, "İfade Özgürlüğü Hakkı"**,** içinde **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme** (Editör: Sibel İnceoğlu), 2. Bası, Beta, İstanbul, 2013, s. 355.

5 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bundan sonra metin içerisinde "AİHM" kısaltması ya da "Mahkeme" kelimesi kullanılarak ifade edilecektir.

nan en önemli temel özgürlüklerden biri olduğunu belirterek, demokratik toplum düzeninin sağlanmasındaki önemine vurgu yapmıştır.[7]

Bilgi, haber ve görüşlerin iletilmesinde, başka bir deyişle, ifade özgürlüğünün etkin olarak sağlanmasında medya[8] vazgeçilmez bir konuma sahiptir. Sözleşme'nin 10. maddesinde "medya özgürlüğü" açık bir biçimde düzenlenmemiş olmasına rağmen Mahkeme, medya özgürlüğünün koruma altına alınmasına özel bir önem atfederek, hem medya özgürlüğüne hem de gazetecilere 10. madde kapsamında daha geniş bir koruma sağlamaktadır.[9] Medyanın, demokratik toplumda "kamunun bekçi köpeği" olma rolüne dikkat çeken Mahkeme, bu önemli rolüne rağmen medya özgürlüğünün de sınırsız olmadığını belirterek, hem gazetecilerin hem de diğer kişilerin bu özgürlükten yararlanırken bir takım sınırlamalara tabi olduklarının altını çizmiştir.[10]

Gazeteciler, ifade özgürlüklerini kullanırlarken en çok müdahaleye maruz kalan grubu oluşturmaktadırlar.[11] Bu bağlamda Sözleşme ve Mahke-

---

6 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, bundan sonra metin içerisinde "AİHS" kısaltması veya "Sözleşme" kelimesi kullanılarak ifade edilecektir.

7 Mahkeme'nin bu hususun altını çizdiği ilk karar için bkz. Handyside/Birleşik Krallık, Başvuru No. 5493/72, 07/12/1976, para. 49. AİHM kararlarına şu adresten ulaşılabilir: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]} (HUDOC - AİHM Karar Arama Motoru). Çalışma kapsamında kullanılan tüm AİHM kararlarına ilgili adres üzerinden ulaşılmıştır. (Erişim Tarihi: 21/02/2020).

8 Türkçe yazında medya kavramı yerine genellikle kitle iletişim araçları kavramının kullanılması tercih edilmektedir. Ancak bu çalışmada kavram olarak medya kullanılacaktır. Bu bağlamda kavrama dair bir tanım yapılması, kapsam ve içeriğinin anlaşılması için de yerinde olacaktır. Medya kavramı en geniş anlamıyla her türlü bilgi ve mesajı bireylere ve topluluklara ileten, eğlendirme, bilgilendirme, eğitme gibi işlevlere sahip basılı, görsel ve işitsel (kitaplar, gazeteler, dergiler, radyo, televizyon, internet gibi) araçların tümüne verilen isim olarak tanımlanabilir. Bkz. ÇOBAN Savaş, **Hegemonya Aracı ve İdeolojik Aygıt Olarak Medya,** 1. Baskı, Parşömen Yayınları, İstanbul, 2013, s. 80. Medya kelimesi Türk Dil Kurumu tarafından da *"iletişim ortamı"* ve *"iletişim araçları"* şeklinde tanımlanmıştır. Bkz. https://sozluk.gov.tr/ (Erişim Tarihi: 21/02/2020).

9 HARRIS David / O'BOYLE Michael / BATES Edward / BUCKLEY Carla, **Harris, O'Boyle and Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights,** 4th Edition, Oxford University Press, New York, 2018, s. 618.

10 Jersild/Danimarka, Başvuru No. 15890/89, 23/09/1994, para. 31.

11 Sınır Tanımayan Gazeteciler Örgütü tarafından hazırlanan 2019 yılı Dünya Basın Özgürlüğü Endeksi'ne göre, gazetecilerin güvenli bir çevrede mesleklerini icra etme olanakları giderek azalırken, siyasetçilerin gazetecilere yönelik husumet içeren söylemleri ile gazetecilerin maruz kaldığı şiddet vakalarının sayısında artış gözlenmiştir. Tüm bu hususlar, gazetecilerin mesleklerini korku içinde yapmalarına neden olurken, medya özgürlüğünü de ortadan kaldır-

me'nin gazetecilere sağladığı güvenceler, onların mesleklerini etkin şekilde icra edebilmeleri açısından büyük önem taşımaktadır. Medya özgürlüğünden sadece gazeteciler değil; toplumun diğer tüm kesimleri de faydalanmaktadır. Siyasetçiler, sanatçılar, akademisyenler, sivil toplum kuruluşu çalışanları bilgi, haber ve düşüncelerin iletilmesinde/aktarılmasında medya özgürlüğünden faydalanırlar. Bu özgürlük ikili bir niteliğe sahip olduğu için sadece haber, bilgi ve fikirlerin aktarılmasında değil; bunlara ulaşılmasında da çok önemli bir işleve sahiptir.[12]

Tüm bu hususları göz önüne alarak çalışmada öncelikle medya özgürlüğünün AİHS çerçevesinde kapsam ve içeriği ortaya konulmaya çalışılacaktır. 10. maddenin ilk fıkrasında ifade özgürlüğü kapsamında yer alan unsurlar kayıt altına alınmıştır. AİHM'nin medya özgürlüğü söz konusu olduğunda bu düzenlemeyi nasıl yorumladığı ve medya özgürlüğünden yararlanan öznelere sağladığı güvenceler ilk kısımda irdelenecektir. İkinci kısımda ise, Sözleşme'nin 10. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen sınırlama rejimi ile Mahkeme'nin ikinci fıkrada öngörülen sınırlama ölçütlerini yorumlarken ortaya koyduğu ilkeler ele alınacaktır. Bu bağlamda ikinci kısımda ilk olarak Mahkeme'nin "görev ve sorumluluk" kavramını medya özgürlüğü söz konusu olduğunda nasıl yorumladığı meselesi irdelenecektir. Daha sonra ise sınırlama ölçütlerinden "yasayla öngörülme" ile "demokratik toplumda gerekli olma" ölçütleri incelenecek; bu ölçütlerin Mahkeme tarafından nasıl yorumlandığı açıklanacaktır.

Mahkeme'nin medya özgürlüğüne yapılan müdahalenin Sözleşme'ye uygunluğunu değerlendirirken sıklıkla başvurduğu "takdir marjı" kavramı da, "demokratik toplumda gerekli olma" ölçütünden sonra ele alınacaktır. Takdir marjı kavramından sonra ise madde 10/2'de sınırlama için öngörülen "meşru amaçlar" medya özgürlüğüne ilişkin örnek kararlar çerçevesinde irdelenecektir. İkinci kısımda "nefret söylemi" - medya özgürlüğü ilişkisi ile olağanüstü yönetim usullerinde medya özgürlüğüne getirilebilecek sınırlamalar da ele alınarak AİHS çerçevesinde medya özgürlüğünün kapsam ve sınırları ortaya konulmaya gayret edilecektir. Mahkeme'nin Sözleşme'de yer

---

maktadır. İlgili endekse göre 180 ülkenin sadece yüzde 24'nde durum medya özgürlüğü bakımından "iyi" veya "yeterli" şeklinde sınıflandırılmıştır. Söz konusu endekse (İngilizce olarak) şu adresten ulaşılabilir: https://rsf.org/en/2019-world-press-freedom-index-cycle-fear (Erişim Tarihi: 21/02/2020).

12 AİHM'nin, medya özgürlüğünün söz konusu çift yönlü niteliğinin altını çizdiği bir karar için bkz. Lingens/Avusturya, Başvuru No. 9815/82, 08/07/1986, para. 41.

alan düzenlemeyi yorumlarken kullandığı analiz yöntemlerinin yine ikinci kısımda artı ve eksi yönleriyle incelenmesi çerçevesinde, AİHM'nin değerlendirme yaparken dikkate almadığı veya muğlak bıraktığı hususlar ile bunların nedenleri de tespit edilmeye çalışılacaktır. Çalışmanın sonuç bölümünde ise, daha önceki iki kısımda irdelenen hususların genel bir değerlendirilmesi yapılarak çalışma noktalanacaktır.

I. MEDYA ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KAPSAM VE İÇERİĞİ

1. Genel Olarak

Medya özgürlüğü, Mahkeme tarafından ifade özgürlüğü kapsamında kabul edilen ve güçlü koruma sağlanan bir özgürlüktür. Bu bağlamda ilk olarak Mahkeme'nin ifade özgürlüğüne ilişkin değerlendirmelerinin ele alınması yerinde olacaktır. Mahkeme'ye göre, *"... İfade özgürlüğü, demokratik toplumun vazgeçilmez temel taşlarından birini, bu toplumun ilerlemesinin ve her insanın gelişmesinin temel şartlarından birini oluşturur. İkinci fıkra hükmü saklı kalmak kaydıyla ifade özgürlüğü, sadece hoşa giden ya da insanları kırmayan veya önemsenmeyen "bilgi" ve "düşünceler" için değil; aynı zamanda devleti veya toplumun herhangi bir kesimini inciten, şok eden veya rahatsız eden bilgi ve düşünceler için de geçerlidir. Demokratik toplumun olmazsa olmaz koşullarını oluşturan çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik bunu gerektirir."*[13] AİHM'nin, Handyside kararında da altını çizdiği üzere ifade özgürlüğü, özellikle toplumun çoğunluğu tarafından kabul edilmeyen veya hoş karşılanmayan bilgi, fikir, haber ve eleştiriler söz konusu olduğunda önem kazanmaktadır.

AİHS'nin 10. maddesinin ilk fıkrasında yer alan düzenleme incelediğinde, ifade özgürlüğünün şu üç unsuru ihtiva ettiği görülmektedir: 1) Kanaate sahip olma hakkı, 2) Haber ve görüş alma hakkı, 3) Haber ve görüş verme/yayma hakkı.[14] Sözleşme'ye göre ifade özgürlüğünün unsurlarını oluşturan bu haklar, kamu makamlarının müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın kullanılabilir.[15] AİHM'ye göre ifade özgürlüğünün öznesi her-

---

[13] Handyside/Birleşik Krallık, para. 49.

[14] BYCHAWSKA-SINIARSKA Dominika, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında İfade Özgürlüğünün Korunması: Uygulamacılar İçin El Kitabı,** (Çev: Tuğçe Duygu Köksal), Avrupa Konseyi, Ankara, 2018, ss. 11-15.

[15] Bu hususun altının çizildiği bir karar için bkz. Ekin Association/Fransa, Başvuru No. 39288/98, 17/07/2001.

kestir. İfadenin türü (içeriği) bakımından siyasi, sanatsal, akademik, ticari nitelikteki ifadelerin 10. maddenin koruma alanı kapsamında olduğunu belirten Mahkeme,[16] buna ek olarak ifadelerin aktarılmasını sağlayan araçlar (biçim) bakımından da geniş bir koruma alanı sağlamaktadır.[17]

Günümüzde yaşanan teknolojik gelişmeler ile yenilikler de dikkate alındığında (internet ve sosyal medyanın toplumsal hayatın her alanında giderek artan etkinliği), ifade özgürlüğünün hayata geçirilmesinde en etkili yöntemi medya sağlamaktadır. Gazete, dergi, kitap, broşür gibi basılı; radyo, televizyon ve internet gibi görsel-işitsel iletişim araçları, bilgi, haber ve fikirlerin çok hızlı ve etkin bir biçimde geniş kitlelere iletilmelerini sağlamaktadır. Bu bağlamda AİHS'nin 10. maddesinde açık bir şekilde düzenlenmemesine rağmen Mahkeme, medya özgürlüğüne 10. madde kapsamında geniş bir koruma alanı sağlamıştır.[18] İfade özgürlüğü söz konusu olduğunda, bireylerin statüsüne göre kimi durumlarda taraf devletlerce getirilecek kısıtlamaların daha geniş tutulabileceğini kabul eden Mahkeme,[19] medya özgürlüğü ve özellikle gazetecilerin ifade özgürlüğü söz konusu olduğunda ise, taraf devletlere sınırlama yapmak için daha dar bir alan bırakarak, medya özgürlüğüne ve gazetecilere geniş bir koruma alanı sağlamaktadır.[20] Bu bağlamda, AİHM'nin medya özgürlüğü kapsamında değerlendirdiği hususlar aşağıda ayrıntılarıyla ele alınacaktır.[21]

---

16 KARAN Ulaş, **İfade Özgürlüğü: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 2,** Avrupa Konseyi, Ankara, 2018, s. 6.

17 TEZCAN Durmuş / ERDEM Mustafa Ruhan / SANCAKDAR Oğuz / ÖNOK Rifat Murat, **İnsan Hakları El Kitabı,** 8. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 495.

18 DOĞRU Osman / NALBANT Atilla, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli İçtihatlar 2.Cilt,** 1.Baskı, Avrupa Konseyi, Ankara, 2013, ss. 206-207.

19 Kamu görevlisi statüsünde yer alan ve mesleklerinin gerektirdiği disiplin uygulamaları çerçevesinde asker ve polislerin ifade özgürlüklerine, Sözleşme'ye taraf devletler daha geniş sınırlamalar getirebilirler. Ancak bu sınırlamalar da Sözleşme madde 10/2'de öngörülen sınırlama ölçütlerine uygun olmalıdır. Başka bir deyişle, asker-polis gibi kamu görevlisi statüsünde olan kişiler de herhangi bir içkin sınırlamaya maruz kalmadan AİHS'de güvence altına alınan ifade özgürlüğünden faydalanabilirler. Bkz. VAN RIJN Arjen, "Freedom of Expression", içinde **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights,** (Editors: Pieter VAN DIJK / Fried VAN HOOF / Arjen VAN RIJN / Leo ZWAAK), Fifth Edition, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2018, s. 800.

20 SCHABAS William A., **The European Convention on Human Rights: A Commentary,** First Edition, Oxford University Press, New York, 2015, s. 458.

21 Gazetecilik ve gazetecilerin korunması hususunda AİHM içtihadından çıkarılabilecek ilkeler, Philip Leach tarafından 7-8 Kasım 2013 tarihlerinde yapılan *"Freedom of Expression and Democracy in the Digital Age: Opportunities, Rights and Responsibilities"* konferansında sunulan raporda ele alınmıştır. Bkz. LEACH Philip, "The Principles which can be drawn from

2. Medyanın Kamunun Bekçi Köpeği Olma Rolü

AİHM, medya özgürlüğüne ilişkin verdiği kararlarda istikrarlı bir biçimde demokratik toplum düzeninin sağlanmasında medyanın üstlendiği *"bekçi köpeği (public watchdog)"* olma işlevine dikkat çekmektedir.[22] Bu bağlamda medya, kamuoyunu ilgilendiren önemli hususlarda bilgi ve haberler aktararak "kamunun bekçi köpeği" olma rolünü yerine getirmektedir.[23] Hükümetin ve siyasetçilerin kamuoyu tarafından denetlenmesinde de, medyanın bekçi köpeği olma rolü vazgeçilmez bir öneme sahiptir. Söz konusu hususun daha iyi anlaşılabilmesi için Mahkeme'nin, Lingens/Avusturya[24] davasında verdiği kararın irdelenmesi yerinde olacaktır. İlgili davaya konu olan olaylar şu şekilde cereyan etmiştir: 1975 yılında Avusturya'da yapılan genel seçimleri kazanan Sosyalist Parti lideri Bruno Kreisky'e, koalisyon kurma ihtimali bulunan Liberal Parti lideri Friedrich Peter'e yönelik, bir televizyon programında ileri sürülen, II. Dünya Savaşı sırasında Nazilerin piyade tugayında görev aldığı suçlamalarına dair görüşleri sorulmuştur. Kreisky, kendisi ile yapılan röportajda güçlü bir biçimde Liberal Parti liderini desteklemiştir. Bu olay üzerine gazeteci Peter Lingens, *"Profil"* adlı dergide iki ayrı yazı kaleme almıştır. Yazılarında, Nazi geçmişi olan kişilerin Avusturya'nın siyasal süreçlerinde hala rol almasını eleştiren Lingens, Sosyalist Parti lideri Kriesky'i de, Nazi geçmişine ilişkin iddialara rağmen Liberal Parti lideri Friedrich Peter'e destek verdiği için eleştirmiştir. Lingens, Kriersky'i eleştirirken *"en bayağı fırsatçılık"*, *"gayri-ahlaki"*, *"haysiyetsiz"* gibi kelimeler de kullanmıştır. Yazıların yayımlanmasından sonra Kriesky, Lingens'e karşı iki ayrı şahsi ceza davası (hakaret ettiği gerekçesiyle) açmıştır. Yapılan yargılama sonucunda Avusturya ulusal mahkemeleri, Lingens'i ileri sürdüğü iddiaları -bayağı fırsatçılık, ahlak dışılık, haysiyetsizlik- ispat edemediği gerekçesiyle adli para cezasına mahkum etmişlerdir. Ayrıca ilgili yazıların yayımlandığı dergilerin müsaderesine de karar verilmiştir.[25]

---

the case-law of the European Court of Human Rights relating to the Protection and Safety of Journalists and Journalism", MCM(2013)012. İlgili rapora (İngilizce olarak) şu adresten ulaşılabilir: https://rm.coe.int/1680484e7d (Erişim Tarihi: 21/02/2020).

22 RAINEY Bernadette / WICKS Elizabeth / OVEY Clare, **Jacobs, White and Ovey: The European Convention on Human Rights,** 7th Edition, Oxford University Press, New York, 2017, s. 496.

23 Bladet Tromso ve Stensaas/ Norveç (Büyük Daire), Başvuru No. 21980/93, 20/05/1999, para. 59; Goodwin/Birleşik Krallık (Büyük Daire), Başvuru No. 17488/90, 27/03/1996, para. 39.

24 Lingens/Avusturya, Başvuru No. 9815/82, 08/07/1986.

25 Lingens/Avusturya, para. 9-30.

AİHM önüne gelen başvuruda, 10. maddenin şoke eden ve rahatsızlık verici bilgi ve haberlere de koruma sağladığını belirterek, medya özgürlüğü söz konusu olduğunda bu hususun öneminin daha da arttığını ifade etmiştir. Medyanın, belirli sınırları aşmadan -başkalarının hak ve şöhretlerinin korunması gibi- siyasal meseleler başta olmak üzere kamu yararı bulunan tüm hususlarda haber ve bilgi verme yükümlülüğü bulunduğunu belirten Mahkeme, aynı zamanda halkın da tüm bu hususlarda haber ve bilgiye ulaşma hakkının olduğunun altını çizmiştir.[26] Mahkeme'ye göre medya özgürlüğü, halka, siyasi liderlerin düşünce ve davranışlarını tanıma ve onlar hakkında fikir sahibi olma imkanı vermektedir. Bu bağlamda medya özgürlüğü, demokratik toplum kavramının merkezinde yer alan siyasal tartışma özgürlüğünün etkin olarak sağlanmasında da çok önemli bir rol oynar.[27]

AİHM, demokratik bir düzende hükümetin eylemleri veya ihmallerinin sadece yasama ve yargı erklerinin değil; aynı zamanda medya ve kamuoyunun da yakın denetimi altında olduğunu belirtmiştir. Toplum hayatında hükümetin sahip olduğu dominant pozisyon göz önüne alındığında, medya tarafından kendisine yöneltilen eleştirilerde -eleştiriler haksız olsa bile- hükümetlerin, cezai süreçler yerine daha az kısıtlayıcı yollara başvurmaları gerekmektedir.[28]

AİHM'nin medya organlarına ve gazetecilere 10. madde kapsamında sağladığı güçlü koruma sadece siyasal meseleler ile sınırlı kalmamaktadır. Kamu yararını ilgilendiren bilgi, haber ve görüşler söz konusu olduğunda da Mahkeme, medya özgürlüğüne büyük bir önem atfetmektedir.[29] Mahkeme, İzlanda'ya karşı yapılan bir başvuruyu değerlendirirken bu hususa dikkat çekmiştir. Dava konusu olay şöyle gerçekleşmiştir: Günlük yayın yapan bir gazetede, ülkede yaşanan polis şiddetine ilişkin iddiaları içeren iki yazı kaleme alan Thorgeir Thorgeirson, söz konusu yazılarda şiddet uyguladığı iddia edilen polisler hakkında *"üniformalı vahşiler/hayvanlar"* ifadesini de kullanmıştır. İlgili yazılardaki ifadeleri nedeniyle hakaret suçundan adli para cezasına mahkum edilen Thorgeirson, söz konusu mahkumiyetin ifade özgürlüğünü ihlal ettiği gerekçesiyle AİHM'ye başvurmuştur.[30] Mahkeme

---

[26] Lingens/Avusturya, para. 41.

[27] Lingens/Avusturya, para. 42.

[28] Castells/İspanya, Başvuru No. 11798/85, 23/04/1992, para. 46.

[29] MOWBRAY Alastair, **Cases, Materials, and Commentary on the European Convention on Human Rights,** Third Edition, Oxford University Press, New York, 2014, s. 654.

[30] Thorgeir Thorgeirson/İzlanda, Başvuru No. 13778/88, 25/06/1992.

önüne gelen davada, hukukun üstünlüğü ile yönetilen bir ülkede medyanın oynadığı vazgeçilmez role -kamunun bekçi köpeği olma- bir kez daha dikkat çekmiştir.[31] AİHM, siyasal meseleler ile kamu yararını ilgilendiren diğer meseleler arasında ayrım yapmayı gerektirecek bir neden bulunmadığını belirterek, kamuoyunu ilgilendiren toplumsal meselelerin medyada dile getirilmesini/tartışılmasını 10. madde kapsamında değerlendirmiştir.[32] Mahkeme içtihadı göz önüne alındığında, siyasi meseleler dışında kamu yararını ilgilendiren pek çok meselenin (polis şiddeti, konut sorunu, ilkokulun işleyişi, çevre kirliliği vb.) de medya özgürlüğü çerçevesinde tartışılmasına geniş bir koruma sağlandığı görülmektedir.[33]

Yukarıda belirtilen tüm bu hususlar bir arada değerlendirildiğinde şu çıkarımlar yapılabilir: Siyasi tartışma özgürlüğünün hayata geçirilmesi, siyasilerin fikir ve davranışları hakkında bilgi sahibi olunması, hükümetin denetlenmesi ve kamu yararını ilgilendiren meseleler söz konusu olduğunda AİHM, medyanın "kamunun bekçi köpeği" olarak bilgi, haber ve görüşleri aktarma görevine büyük önem vermektedir.[34] Siyasi meseleler ile kamu yararını ilgilendiren hususlar söz konusu olduğunda, Sözleşme'ye taraf devletlerin ifade (medya) özgürlüğüne sınırlama getirebilme imkanları oldukça daralmaktadır.[35]

3. Olgular - Değer Yargıları Ayrımı

AİHM içtihadı incelendiğinde, medya özgürlüğünün sağlanmasında büyük önem taşıyan bir diğer faktörün olgular ile değer yargıları arasında yapılan ayrım olduğu söylenebilir. Bu bağlamda olgular ile değer yargıları arasında özenli bir ayrım yapılması gerekmektedir. Çünkü olguların kanıtlana-

---

31 Thorgeir Thorgeirson/İzlanda, para. 63.

32 Thorgeir Thorgeirson/İzlanda, para. 64.

33 **BYCHAWSKA-SINIARSKA**, 2018, ss. 101-102.

34 Bu hususun önemi, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin (BM MSHS) denetim organı olan İnsan Hakları Komitesi (İHK) tarafından, ilgili sözleşmede düşünce ve ifade özgürlüğünü düzenleyen 19. maddenin kapsam ve içeriğine ilişkin yapılan 34 numaralı "Genel Yorum"da da belirtilmiştir. Bkz. BM İHK, Genel Yorum No: 34, Madde: 19 (Düşünce ve İfade Özgürlüğü), Kabul Tarihi: 12/09/2011, para. 13. BM MSHS'ye 173 devlet taraftır. Bu bağlamda Komite'nin 34 numaralı genel yorumu uluslararası hukuk alanında medya özgürlüğünün kapsam ve içeriğinin belirlenmesi hususunda yol gösterici niteliktedir. İlgili Genel Yoruma şu adresten ulaşılabilir: https://www2.ohchr.org/english/ bodies/hrc/docs/gc34.pdf (Erişim Tarihi: 21/02/2020).

35 **HARRIS/O'BOYLE/BATES/BUCKLEY**, 2018, s. 609.

bilmesi mümkün iken, değer yargılarının kanıtlanabilmesi mümkün değildir.[36] Medya özgürlüğünü kullanan kişilerden -başta gazeteciler olmak üzere- değer yargıları içeren ifadelerini, iddialarını kanıtlamalarını talep etmek 10. maddenin ihlalini oluşturur.[37] Ancak değer yargılarının doğruluğunun kanıtlanmasının talep edilememesi, değer yargılarının tamamen olgusal bir temelden yoksun olabilecekleri anlamına gelmemektedir. Böyle bir durumun kabul edilmesi de aşırı/ölçüsüz bir sonuca yol açabilir.[38] Bu nedenle bir ifadenin ya da iddianın değer yargısı içerdiği durumlarda, söz konusu değer yargısının da yeterli bir olgusal temele dayanıp dayanmadığı, medya özgürlüğüne yapılan müdahalenin ölçülülüğü değerlendirilirken Mahkeme tarafından göz önüne alınmaktadır.[39] Değer yargıları ile olgular arasında yapılan ayrım, gazeteciler bakımından özellikle eleştirel görüşlere daha güçlü koruma sağlanması açısından büyük önem taşımaktadır. Mahkeme'nin Dalban kararında[40] bir kez daha belirttiği üzere, gazetecinin eleştirel görüşlerini (değer yargılarını) dile getirmesini, bunların doğruluğunu kanıtlaması şartına bağlamak, medya özgürlüğü açısından kabul edilemez bir durum yaratır.[41]

AİHM'nin değer yargıları ile olgular arasında ayrım yapılması gerektiği yönündeki anlayışını tamamlayan, gazetecilerin eleştiri özgürlüğü için de büyük önem taşıyan bir husus daha bulunmaktadır. Mahkeme medya özgürlüğünün, başka bir deyişle gazetecinin ifade özgürlüğünün, belli bir dereceye kadar abartma hatta provoke etme özgürlüğünü de kapsadığını karar altına almıştır.[42] Mahkeme'ye göre gazetecinin ifadesi/eleştirisi, olayın bütünü ve ifadenin kullanıldığı bağlam göz önüne alınarak değerlendirilmelidir. Siyasetçilerin sarf ettikleri sözlere veya davranışlarına ilişkin gazeteciler tarafından dile getirilen değer yargıları/eleştirilerin, yukarıda belirtilen tüm bu hususlar dikkate alınarak değerlendirilmesi gerekmektedir.[43] İlgili hususların

---

36 **SCHABAS**, 2015, s. 458. Bu hususun altını çizen önemli AİHM kararları için bkz. Jerusalem/Avusturya, Başvuru No. 26958/95, 27/02/2001, para. 42; Feldek/Slovakya, Başvuru No. 29032/95, 12/07/2001, para. 75.

37 Lingens/Avusturya, para. 46. AİHM'ye göre, ilgili dönemdeki Avusturya Ceza Kanunu'nda hakaret suçunu düzenleyen maddede, ceza verilmemesi için yazıda veya yayında geçen ifadenin doğrulunun kanıtlanmasının talep edilmesi, ifade (medya) özgürlüğünü ihlal etmektedir.

38 **VAN RIJN**, 2018, s. 787.

39 Feldek/Slovakya, para. 76.

40 Dalban/Romanya (Büyük Daire), Başvuru No. 28114/95, 28/09/1999.

41 Dalban/Romanya, para. 49.

42 Prager ve Oberschlick/Avusturya, Başvuru No. 15974/90, 26/04/1995, para. 38.

43 **RAINEY/WICKS/OVEY**, 2017, s. 500.

daha iyi anlaşılması için örnek Mahkeme kararları ile konunun somutlaştırılması yerinde olacaktır.

Avusturya'ya karşı yapılan bir başvuruda[44] AİHM, hem değer yargıları ile olgular arasında ayrım yapma meselesi hem de gazetecilerin belli bir dereceye kadar abartma, hatta provoke etme özgürlüğü olduğu hususunda önemli bir karara imza atmıştır. Başvuru konusu olay şu şekilde gelişmiştir: Avusturya Özgürlük Partisi lideri Bay Haider, 7 Ekim 1990 günü barış kutlamaları etkinlikleri sırasında yaptığı bir konuşmada, İkinci Dünya Savaşı'nda görev alan tüm askerlere teşekkür edilmesi gerektiğini belirterek, bu askerler arasında "iyi-kötü" şeklinde bir ayrım yapılmaması gerektiğini, Alman Ordusu'nda yer alan askerler de dahil olmak üzere tüm askerlerin barış ve özgürlük için savaştığını ifade etmiştir. Konuşmasının devamında askerler arasında ayrım yaptığını ileri sürdüğü Avusturyalı bir yazarı eleştirerek, ilgili yazarın İkinci Dünya Savaşı'nda öldürülen bazı askerleri hor gördüğünü, ancak onların hayatlarını ortaya koymaları sayesinde şimdi bazı kişilerin özgürlük ve demokrasiye sahip olarak yaşayabildiklerini ileri sürmüştür. Bay Haider'in bu konuşması, *"Forum"* dergisinde tam metin olarak yeniden yayımlanmıştır. Söz konusu yayın çerçevesinde gazeteci Bay Oberschlick ve konuşmada eleştirilen yazar da yorumlarda bulunmuşlardır. Gazeteci Bay Oberschlick yaptığı yorumda Bay Haider'in *"Nazi"* olmadığını, bununla birlikte onun *"aptal (trottel)"* olduğunu ifade etmiştir. Gazeteci Oberschlick, Bay Haider'e Nazi demenin onun yararına olacağını, bu nedenle Nazi yerine aptal ifadesini kullanmayı tercih ettiğini belirtmiştir. Oberschlick'e karşı söz konusu ifade nedeniyle ceza davası açılmış; dava sonucunda Oberschlick adli para cezası ödemeye mahkum edilmiştir.

AİHM başvuruya ilişkin yaptığı değerlendirmede, gazetecinin yazısında (yorumunda) geçen *"aptal (trottel)"* ifadesinin, olayın tüm şartları ve özellikle siyasetçi Bay Haider'in yaptığı konuşma göz önüne alınarak değerlendirilmesi gerektiğinin altını çizmiştir. Mahkeme'ye göre Bay Haider'in konuşması provokatif ve güçlü tepkileri ortaya çıkarabilecek nitelikte bir konuşmadır.[45] Gazetecinin kullandığı aptal ifadesinin de polemik yaratacak nitelikte olduğunu kabul eden Mahkeme, bu ifadenin Haider'in konuşması ile birlikte değerlendirilmesi gerektiğini, tüm bu hususların Bay Haider'in provokatif konuşmasının fitilini ateşlediği siyasal tartışmanın bir parçası

---

[44] Oberschlick/Avusturya (No. 2), Başvuru No. 20834/92, 01/07/1997.

[45] Oberschlick/Avusturya (No. 2), para. 32.

olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme, değer yargısı içeren söz konusu ifadenin kanıtlanmasının mümkün olmadığı hususunu da dikkate alarak, davanın şartları bağlamında değer yargısının olgusal temelden yoksun olduğunun söylenemeyeceğini, bu nedenle gazetecinin ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini karar altına almıştır.[46]

AİHM bir başka kararında da gazetecinin, siyasetçinin eylem ve açıklamalarına yönelik olarak kaleme aldığı yazılarda kullandığı *"Başbakan ve adamlarının istikrarlı biçimde saçmaladığı"*, *"Başbakanın yüzünün kızarmadığı, her şeyi yalanla kuşattığı, okuyup öğrenmediği"*, *"psikolojik problemleri olduğu"* vb. ifadeler nedeniyle tazminat ödemesine hükmeden ulusal mahkeme kararının 10. maddeyi ihlal ettiğini belirtmiştir.[47] Mahkeme, bu kararında da gazetecinin ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin Sözleşme'ye uygun olup olmadığını denetlerken ilk olarak, söz konusu ifadenin olgusal mı olduğu yoksa değer yargısı mı içerdiği konusunda bir ayrım yapılması gerektiğinin altını çizmiştir.[48] Gazetecinin, günlük bir gazetedeki köşe yazılarında geçen ifadelerin, dönemin güncel olayları, yolsuzluk iddiaları ve siyasetçinin güncel olaylar hakkında yaptığı sert yorumlara ilişkin olduğunu belirten Mahkeme, ifadenin yöneldiği kişinin Başbakan olması ve siyasetçilerin eleştiriye sıradan vatandaşlara göre daha açık olmaları gerektiği hususlarını da dikkate alarak, gazetecinin ifade özgürlüğünün korunmasına öncelik vermiştir.[49]

Olgular ile değer yargıları arasındaki ayrım meselesini noktalamadan önce, medya özgürlüğü açısından önem taşıyan bir başka hususun daha üzerinde durmak yerinde olacaktır. Daha önce belirtildiği üzere, değer yargılarının kanıtlanması talep edilemezken, bu durum değer yargılarının tamamen olgusal temelden yoksun olabileceği anlamına da gelmemektedir. Olgulara dayanan bir ifade (haber-bilgi) söz konusu olduğunda ise, ifadenin yöneldiği kişinin kişilik hakları ile şöhretinin zedelenme riskinin arttığı oranda, olgulara dayanan ifadenin (haber-bilginin) doğrulanma yükümlülüğü de artmaktadır.[50] Ancak, gazetecilerin ortaya koydukları iddiaları resmi bir rapora ya da belgeye dayandırdıkları durumlarda ise, Mahkeme'ye göre resmi bel-

---

46 Oberschlick/Avusturya (No. 2), para. 33-35.

47 Tuşalp/Türkiye, Başvuru Nos. 32131/08 ve 41617/08, 21/02/2012.

48 Tuşalp/Türkiye, para. 43.

49 Tuşalp/Türkiye, para. 44-49.

50 **VAN RIJN**, 2018, s. 788.

ge/rapora dayalı söz konusu iddiaları kanıtlama/doğrulama yükümlülüğü gazeteciler açısından ortadan kalkmaktadır.[51] İlgili hususun Mahkeme kararlarında kayıt altına alınması, medya özgürlüğünün sağlanması için önemli bir güvence teşkil etmektedir.

4. Gazetecilerin Haber Kaynaklarının Korunması

Medya özgürlüğünün korunması ve etkin biçimde hayata geçirilmesinde büyük önem taşıyan, AİHM tarafından da istikrarlı bir biçimde içtihadında yer verilen bir diğer husus gazetecilerin haber kaynaklarının korunmasıdır.[52] Mahkeme içtihadında ısrarla tekrarlandığı üzere, 10. madde sadece ifadenin içeriğine koruma sağlamakla kalmaz; ifadenin iletildiği araç ve yöntemlere de koruma sağlar. Gazetecilerin haber kaynaklarının gizliliği de bu kapsamda değerlendirilmektedir.[53] Haber kaynaklarının korunmasına dair verdiği ilk kararda[54] AİHM, şu önemli hususun altını çizmiştir:

> *"Gazetecilik kaynaklarının korunması, basın özgürlüğüne ilişkin temel koşullardan biridir. ... Bu tür bir koruma olmaksızın, kaynaklar, kamuoyunu ilgilendiren konularda kamuoyunu bilgilendirmek amacıyla basına yardım etmekten kaçınabilirler. Sonuç olarak basının hayati önem taşıyan kamu bekçiliği rolü sarsılabilir ve basının doğru ve güvenilir bilgi sunma yetisi ciddi ölçüde etkilenebilir. ... Kaynağın açıklanmasına ilişkin bir karar, ... kamu menfaatine uygun ciddi bir zorunlulukla gerekçelendirilmezse, bu durum, Sözleşme'nin 10. maddesine uygun olmaz"*[55]

Mahkeme'ye göre, gazetecilere haber kaynaklarının gizliliklerini muhafaza etmek için sağlanan koruma, iki yönlü bir niteliğe sahiptir. Bu hak sadece gazetecilere değil, aynı zamanda kamu yararını ilgilendiren meselelerde kamuoyunun bilgilenmesi için medyaya yardımda bulunmak isteyen gönüllülere de koruma sağlar.[56] AİHM, "haber kaynağı" kavramının tanımını

---

51 **VAN RIJN**, 2018, s. 789. Bu hususa ilişkin önemli bir Mahkeme kararı için bkz. Bladet Tromso ve Steensaas/Norveç (Büyük Daire), Başvuru No. 21980/93, 20/05/1999, para. 65.

52 **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK**, 2019, s. 570.

53 AİHM içtihadında "Gazetecilik Kaynaklarının Korunmasına Dair Tematik Bilgi Notu", 2019, s. 1. İlgili bilgi notuna şu adresten ulaşılabilir: https://www.echr.coe.int/Documents/FS_ Journalistic_sources_ENG.pdf (Erişim Tarihi: 21/02/2020).

54 Goodwin/Birleşik Krallık (Büyük Daire), Başvuru No. 17488/90, 27/03/1996.

55 Goodwin/Birleşik Krallık, para. 39.

56 Becker/Norveç, Başvuru No. 27272/12, 05/10/2017, para. 76.

ise *"gazeteciye bilgi sağlayan herhangi bir kimse"* şeklinde yapmaktadır.[57] Mahkeme, ilk kez Goodwin kararında ortaya koyduğu gazetecilerin haber kaynaklarının korunması ilkesini, diğer kararlarında da istikrarlı bir biçimde uygulamaya devam etmiştir.[58] Hollanda'ya karşı yapılan bir başvuru sonucu verilen karar bu duruma örnek gösterilebilir. Dava konusu olay şu şekilde gelişmiştir: Başvurucu gazeteci, silah kaçakçılığına ilişkin bir ceza davası hakkında iki yazı kaleme almıştır. Daha sonra ilgili ceza davasının temyiz aşamasında başvurucu gazeteci tanık olarak dinlenmiş; yazılarında yer verdiği bilgileri edindiği polis memurunun kimliğini açıklaması istenmiştir. Bunu reddeden başvurucu, iki haftadan uzun bir süre tutuklu kalmıştır.[59] AİHM önüne gelen başvuru hakkında yaptığı değerlendirmede, hukukun üstünlüğü ile yönetilen demokratik bir devlette, kamuoyunun kamu otoritelerinin kullandığı uygunsuz yöntemler hakkında bilgi/fikir sahibi olma hakkının bulunduğunu belirtmiştir.[60] Gazetecilik kaynaklarının gizliliğinin sağlanamadığı durumlarda, bu gibi hususlarda halkın bilgilenmesini sağlayacak kişilerin cesaretinin kırılabileceğine dikkat çeken Mahkeme, tüm bu hususları bir arada değerlendirerek, hükümetin gazetecinin kaynağını öğrenmedeki menfaatinin, gazetecinin bunu açıklamama menfaatine ağır basmadığını, bu nedenle 10. maddenin ihlal edildiğini kararlaştırmıştır.[61]

Gazetecilerin haber kaynaklarının öğrenilmesi amacıyla ev ve iş yerlerinde arama yapılıp materyallerine el konulması da, ulusal yetkililer tarafından söz konusu önlemlerin uygulanmasını gerekli kılan daha üstün bir kamu yararının varlığı kanıtlanmadıkça, 10. maddenin ihlalini oluşturur.[62] Daha üstün bir kamu yararı bulunduğu gerekçesiyle gazetecilik kaynaklarına yapılan müdahalenin Sözleşme'ye uygun bulunduğu duruma ise, Danimarka'ya karşı yapılan bir başvurunun konusunu oluşturan olay örnek gösterilebilir. Başvuru konusu olayda, gazeteci kılık değiştirerek ve gizli kamera kullanarak *"Pedofil Derneğinin"* toplantılarına katılmış; derneğin iki üyesi ile Danimarka ve Hindistan'daki pedofili gerçekleri üzerine röportajlar yapmıştır. Söz konusu röportajlara, ulusal televizyonda pedofili hakkında yayımlanan bir belgeselde sahte isimler kullanılarak ve kişilerin ses ile görüntüleri bulanıklaştırılarak yer

---

57 Nagla/Letonya, Başvuru No. 73469/10, 16/07/2013, para. 81.

58 **HARRIS/O'BOYLE/BATES/BUCKLEY**, 2018, s. 620.

59 Voskuil/Hollanda, Başvuru No. 64752/01, 22/11/2007.

60 Voskuil/Hollanda, para. 70.

61 Voskuil/Hollanda, para. 71-72.

62 Gazetecilerin Haber Kaynaklarının Korunmasına Dair Tematik Bilgi Notu, 2019, s. 4.

verilmiştir. Röportaj yapılan kişilerden biri, belgeselin yayımlanmasının ertesi günü tutuklanmış ve hakkında ceza davası açılmıştır. Danimarka ulusal mahkemesi, yayıncı şirketin elindeki yayımlanmamış kısımların mahkemeye verilmesi yönünde bir karar almıştır. Söz konusu kararda röportajda yer alan diğer kişiler ile ilgili kısımların çıkarılarak kayıtların teslim edilmesi açıkça belirtilmiştir. AİHM, yayıncı şirket tarafından 10. maddenin ihlal edildiği gerekçesiyle yapılan başvuruda, ulusal mahkemelerin sadece hakkında ceza davası açılan kişiye ait yayımlanmamış görüntüleri talep ettiğini, gazetecinin evinde veya işyerinde arama yapılması gibi medya özgürlüğünü daha fazla sınırlayıcı bir önleme başvurulmadığını, Sözleşme'ye taraf devletlerin, egemenlikleri altında olan insanların insanlık dışı, kötü muameleye maruz kalmama haklarını etkin şekilde güvence altına alma yükümlülüklerinin bulunduğunu, çocukların cinsel istismara maruz kalmamalarının da bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bu bağlamda Danimarka ulusal makamlarının ilgili ve yeterli kanıtları ortaya koyduğunu belirten Mahkeme, 10. maddenin ihlal edilmediğini ve başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olduğunu belirterek başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.[63]

AİHM, Hollanda'ya karşı yapılan bir başvuruda ise gazetecilerin haber kaynaklarının korunmasının etkin bir biçimde sağlanabilmesi için taraf devletlerin yerine getirmeleri gereken denetim sürecine ilişkin önemli ölçütler ortaya koymuştur.[64] Mahkeme, ilgili denetim mekanizmasının sahip olması gereken unsurları şöyle sıralamıştır: 1) Gazetecinin elindeki materyalin teslim edilip edilmemesine ilişkin karar, yürütme ve davanın taraflarından ayrı, bağımsız bir organ tarafından verilmelidir. Bu denetim, materyalin teslim edilmesinden önce yapılmalı, gazetecinin haber kaynaklarının korunmasına üstün gelecek bir kamu yararının bulunup bulunmadığı incelenmelidir. Böyle üstün bir kamu yararı bulunmuyorsa, gazetecinin haber kaynağının kimliğini ortaya çıkaracak bilgilere erişim engellenmelidir. 2) Gazetecinin elindeki materyalin kamu otoritelerine teslim edilmesinden sonra yapılacak denetim, haber kaynaklarının gizliliği hakkının özünü zayıflatacaktır. 3) Söz konusu denetim, daha az sınırlayıcı bir tedbirin yeterli olup olmayacağını da içeren açık ölçütler tarafından düzenlenmelidir. 4) Bu nitelikte materyallerin teslim edilmesi/açıklanması, gazetecilerin haber kaynaklarının kimliğini tehlikeye atma açısından ciddi bir risk oluşturuyorsa, denetimi yapan haki-

---

[63] Nordisk Film ve TV A/S /Danimarka (Kabul Edilemezlik Kararı), Başvuru No. 40485/02, 08/12/2005.

[64] Sanoma Uitgevers B.V./Hollanda (Büyük Daire), Başvuru No. 38224/03, 14/09/2010.

min veya bağımsız/tarafsız organın, gizli tutulan materyalde yer alıp almadıklarına bakmaksızın kaynakların açıklanmasına ilişkin karar vermeyi reddedebilmeleri veya kaynakların ortaya çıkmaması için sınırlı ve nitelikli bir karar verebilmeleri mümkün olmalıdır. 5) Acil durumlarda, yetkili mercilerin elde edilen materyali kullanmasından önce, kaynakların tespit edilmesine neden olabilecek bilgileri belirleyecek ve böyle bir risk taşımayan bilgileri izole ederek ayıracak bir prosedür olmalıdır.[65]

AİHM gazetecinin haber kaynağının kimliğinin, yürütme veya yargı makamları tarafından bilindiği durumlarda dahi, 10. maddenin sağladığı güvencenin kendiliğinden ortadan kalkmadığını belirtmiştir.[66] Mahkeme, gazetecinin evinde arama yapılmadan ve materyallere el konulmadan önce haber kaynağının kimliğinin biliniyor olması ile gazetecinin evinde yapılan aramanın kaynağa karşı yürütülen ceza davası için delil elde etme amacıyla yapıldığı argümanlarını yeterli bulmamıştır. Gazetecinin evinde yapılan aramanın ve el konulan materyallerin, henüz yayımlanmamış haber/bilgilerin içeriğini ya da gazetecinin diğer haber kaynaklarının kimliğini açığa çıkarma riski taşıdığını ifade eden Mahkeme, tüm bu hususları göz önüne alarak 10. maddenin ihlal edildiğini kararlaştırmıştır.[67]

Mahkeme, Norveç'e karşı yapılan bir başvuruda ise, haber kaynağının kötü niyetle ve zarar verme amacıyla hareket ettiği durumlarda dahi, tek başına bu hususun, haber kaynaklarının kimliğinin açıklanıp açıklanmayacağına ilişkin karar verilmesinde belirleyici rol oynayamayacağını ifade etmiştir.[68] Bu bağlamda Mahkeme'ye göre 10. madde ile sağlanan koruma, sadece kaynağın davranışı sebebiyle kendiliğinden ortadan kalkmaz.[69] Haber kaynağının kendi isteğiyle kimliğini açık ettiği durumda, 10. madde çerçevesinde gazetecilere haber kaynaklarını açıklamama hususunda sağlanan koruma seviyesinin azalacağını kabul eden Mahkeme, bu durumda bile gazetecinin, haber kaynağı ile iletişimi hakkında tanıklık yapmaya zorlanmasının, daha üstün bir kamu yararı tarafından gerekli kılındığı devlet yetkilileri tarafından ikna edici şekilde ortaya konulamazsa, 10. maddenin ihlal edileceğini kararlaştırmıştır.[70]

---

65 Sanoma Uitgevers B.V./Hollanda, para. 90-92.

66 **HARRIS/O'BOYLE/BATES/BUCKLEY**, 2018, s. 620.

67 Nagla/Letonya, para. 82.

68 Becker/Norveç, Başvuru No. 21272/12, 05/10/2017.

69 Becker/Norveç, para. 74.

70 Becker/Norveç, para. 83.

AİHM'nin gazetecilerin haber kaynaklarının korunmasına dair verdiği kararlar bir bütün olarak göz önüne alındığında, medya özgürlüğünün etkin olarak hayata geçirilmesinde Mahkeme kararlarının önemli katkılar sağladığı söylenebilir. Gazetecinin elindeki materyalleri teslim edip etmemesine karar verilmesi için bağımsız bir denetim mekanizmasının bulunması gerektiği, kaynağın kimliğinin bilindiği, hatta kaynağın kötü niyetle ve zarar verme amacıyla hareket ettiği durumlarda dahi, tek başına bu hususların gazetecilere sağlanan güvenceyi kendiliğinden ortadan kaldırmayacağı AİHM kararlarında açıkça belirtilmiştir. Gazetecilerin haber kaynaklarının korunması ilkesi, özellikle araştırmacı gazetecilik bağlamında haber ve bilgilere erişilmesinde gazetecilere önemli bir güvence sağlamaktadır.[71]

5. Medyaya Haber Sızdıran Kişilerin Korunması

AİHM, medya özgürlüğünün sağlanmasında önem taşıyan hususlardan biri olan "medyaya haber sızdıran kişilerin korunması" meselesinde de önemli kararlara imza atmıştır. Mahkeme, demokratik toplumdaki önemli rollerini göz önüne alarak kamu yararına yönelik tehditleri veya kamu yararını zarara uğratacak bilgileri medyaya sızdıran ya da haber yapılmasına yardımcı olan kişilere önemli güvenceler sağlamaktadır. Çünkü söz konusu kişiler, toplum düzeninde şeffaflığın ve demokratik hesap verilebilirliğin hayata geçirilmesine önemli katkılar sunmaktadırlar.[72] Mahkeme'nin medyaya bilgi sızdıran kişilere, 10. madde kapsamında sağlanan korumaya ilişkin kriterleri ortaya koyduğu karar Moldova'ya karşı yapılan bir başvuru sonucu verilmiştir.[73] Bu davada başvurucu, savcılıkta çalışan bir görevlidir. Savcılığın basın birimini yöneten başvurucu, savcılığa gelen ve *"gizli"* ibaresi taşımayan iki mektubu, ulusal ölçekte yayın yapan bir gazeteye sızdırmıştır. Söz konusu mektuplar siyasetçiler tarafından gönderilmiş olup, aleyhlerinde dava açılan dört polis memuru hakkındadır. Mektupların iletildiği gazete, Moldova'daki yolsuzluk iddiaları ile adli kurumlar üzerindeki baskının ciddiyeti hakkında bir yazı yayımlamış; yayımlanan yazıya dayanak olarak da mektupları göstermiştir. İlgili yazının yayımlanmasından sonra başvurucu, "gizli belgeleri" basına sızdırdığı gerekçesiyle işinden atılmıştır.[74]

---

71 **DOĞRU/NALBANT**, 2013, s. 210.

72 **BYCHAWSKA-SINIARSKA,** 2018, s. 116.

73 Guja/Moldova (Büyük Daire), Başvuru No. 14277/04, 12/02/2008.

74 Guja/Moldova, para. 9-30

Bu davada Mahkeme kamu görevlisinin ifade özgürlüğüne yapılan müdahaleyi değerlendirirken, medya özgürlüğü için de önem taşıyan şu kriterleri ortaya koymuştur: 1) İfşa edilen bilgi, ilgili kişi tarafından ilk önce üstü konumundaki bir kişiye veya yetkili bir makama bildirilmelidir. 2) İfşa edilen bilginin sağladığı kamu yararı dikkate alınmalıdır. 3) İfşa edilen bilginin gerçekliği göz önünde tutulmalıdır. İfşa edilen bilgilerin kesin ve güvenilir oldukları teyit edilmelidir. 4) İfşa edilen bilginin sağladığı kamu yararı ile bu ifşanın kamu kurumuna verdiği zarar karşılaştırılmalı, söz konusu karşılaştırma yapılırken ifşanın konusu ve ilgili kurumun niteliği dikkate alınmalıdır. 5) İfşada bulunan iyi niyetle hareket etmeli, başka bir deyişle, kişisel hınç ya da maddi kazanç sağlama gayesiyle hareket etmemelidir. 6) İfşada bulunan kişinin ifade özgürlüğüne yapılan müdahale, ulaşılmak istenen meşru amaçla karşılaştırıldığında orantılı olmalıdır.[75] AİHM, ortaya koyduğu bu kriterleri tek tek ele alarak olaya uygulamış; genel yararı ilgilendiren konularda ifade özgürlüğünün önemini, memurların ve diğer çalışanların iş yerlerinde tespit ettikleri hukuka aykırı tutumları bildirme haklarını, çalışanların işverenlerine karşı ödev ve sorumlulukları ile işverenlerin işyerinde sahip oldukları yönetme hakkını da gözeterek, başvurucunun ifade özgürlüğüne - özellikle bilgi verme hakkına- yapılan müdahalenin, Sözleşme'nin 10. maddesini ihlal ettiğini kararlaştırmıştır.[76]

AİHM, Macaristan'a karşı yapılan bir başvuruda da Guja/Moldova kararında kayıt altına aldığı kriterleri uygulamıştır.[77] Başvuru konusu olay şu şekilde gelişmiştir: Başvurucu Bay Matuz, devlet televizyonunda çalışan ve televizyon için kültür programı hazırlayan bir gazetecidir. Başvurucu aynı zamanda, televizyon şirketi bünyesinde de aktif olarak faaliyet gösteren kamu hizmetleri yayıncıları sendikasının başkanlığını yürütmektedir. Başvurucunun iş sözleşmesinde 2002 yılında yapılan bir değişiklikle, mesleki gizlilik düzenlemesi sözleşmeye eklenmiş; bu düzenlemeye göre başvurucunun işiyle alakalı gizli belge ve bilgileri ifşa etmesi yasaklanmıştır. 2003 yılında televizyon şirketi yeni bir "kültür direktörü" atamıştır. Bu kişi sürekli olarak, televizyon yöneticilerine programların içeriklerine ilişkin çeşitli "öneriler"

---

75 Guja/Moldova, para. 73-78.

76 Guja/Moldova, para. 97. AİHM, ihlal kararını verirken özellikle başvurucuya karşı uygulanan "işten çıkarma" yaptırımını göz önüne almıştır. Mahkeme'ye göre bu yaptırım, diğer memurların da hukuka aykırı davranışları bildirmeleri hususunda cesaretlerini kırıcı bir etkiye sahiptir. Bkz. Guja/Moldova, para. 95.

77 Matuz/Macaristan, Başvuru No. 73571/10, 21/10/2014, para. 34.

sunmaktadır. Televizyon kanalında çalışan editörler, yöneticilere sunulan "önerileri" sansür olarak nitelendirmektedirler. Başvurucu da birçok kez, televizyon şirketinin yönetim kuruluna programlarda sansüre son verilmesi için açıkça çağrıda bulunmuştur. Bu çağrılardan bir sonuç alamayan başvurucu, son çare olarak televizyon şirketinde uygulanan sansüre dair bilgiler de içeren bir kitap yazmış ve 2004 yılında yayımlamıştır. Bu kitabın yayımlanmasının ardından başvurucunun iş sözleşmesi feshedilmiştir. Başvurucu, Macaristan ulusal mahkemeleri önünde işten çıkarılmasına ilişkin yaptığı başvurulardan herhangi bir sonuç alamamıştır. Bay Matuz AİHM'ye yaptığı başvuruda, devlete ait televizyonda yaşanan sansüre ilişkin kamuoyunu bilgilendirme hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

Mahkeme, başvurucunun yerine getirdiği gazetecilik ile kamu hizmetleri yayıncıları sendikası başkanlığı görevlerinin, ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin Sözleşme'ye uygunluğu değerlendirilirken göz önünde tutulması gerektiğini belirtmiştir. Gazetecilerin, toplumdaki rol ve yükümlülüklerinin kamusal meselelere ilişkin tartışmalara katkıda bulunmak olduğunun altını çizen AİHM, "gizlilik" içeren yükümlülüklerin gazetecilere, diğer çalışanlara uygulandığı oranda uygulanamayacağını, gazetecilerin, meslekleri-nin doğası gereği bilgi ve haber yayma işlevini yerine getirdiklerini ifade etmiştir.[78] Ulusal mahkemelerin, başvurucunun iş akdinin feshedilmesini değerlendirirken, başvurucunun ileri sürdüğü kamu yararını ilgilendiren bir konuda ifade özgürlüğünü kullandığı argümanını dikkate almadan değerlendirme yaptıklarını belirten AİHM, işten çıkarma yaptırımının ağırlığını da göz önünde tutarak, başvurucu gazetecinin ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini kararlaştırmıştır.[79]

AİHM'nin verdiği Guja/Moldova ve Matuz/Macaristan kararları birlikte değerlendirildiğinde, kamu yararını ilgilendiren, kurumların işleyişindeki hukuka aykırı, sansür niteliğindeki durumların ifşa edilmesinde -gerek kamu görevlisi gerekse gazeteci tarafından- Mahkeme'nin ifade (medya) özgürlüğü ile çalışanın işverene karşı sadakat yükümlülüğünü karşılaştırdığı ve Gu-

---

[78] Matuz/Macaristan, para. 39.

[79] Matuz/Macaristan, para. 48-51. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi de medyaya bilgi sızdıran kişilerin şeffaflığın sağlanmasına ve demokratik hesap verilebilirliğin güçlenmesine olan katkılarına dikkat çekerek, bu kişilerin ifade özgürlüklerine, Sözleşme'ye taraf devletlerce etkin koruma sağlanması gerektiği hususunu 30 Nisan 2014 tarihli, CM/Rec(2014)7 sayılı tavsiye kararında belirtmiştir. İlgili tavsiye kararına şu adresten ulaşılabilir: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805c5ea5 (Erişim Tarihi: 21/02/2020).

ja/Moldova kararındaki ölçütleri her olayda tek tek uygulayarak karar verdiği görülmektedir. Özellikle bilgiyi ifşa eden kişiye yönelik uygulanan yaptırımın ağırlığını da göz önüne alan Mahkeme'nin, ifade (medya) özgürlüğüne öncelik veren bir içtihada sahip olduğu söylenebilir.

6. Bilgi Edinme Hakkı

AİHS'nin 10. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğünün, kanaat sahibi olma, bilgi ve görüşlere ulaşma ile bilgi ve görüşleri yayma özgürlüklerini ihtiva ettiği çalışma kapsamında daha önce dile getirilmişti. Sözleşme'nin 10. maddesi bilgi edinme hakkına yer vermemektedir. Geçmişten günümüze AİHM kararları incelendiğinde ise, 10. madde kapsamında bilgi edinme hakkının tanınması hususunda daha kısıtlayıcı bir anlayıştan kimi şartlar altında bu hakkın tanınmasına doğru evrilen özgürlükçü bir yaklaşımın benimsendiği görülmektedir.[80] Mahkeme önüne giden ve bilgi edinme hakkını ilgilendiren ilk başvurular göz önüne alındığında, AİHM'nin "haber ve görüşlere ulaşma özgürlüğünü", bir kimsenin başkalarının kendisine vermek istediği haber ya da bilgiye erişiminin, devlet tarafından kısıtlanmasının yasaklanması şeklinde yorumladığı görülmektedir.[81] Başka bir deyişle, Mahkeme Sözleşme'ye taraf devletlerin bilgi edinme hakkı hususunda pozitif bir yükümlülüklerinin olmadığını, sadece bireyler arasındaki iletişimi engellememe şeklinde negatif bir yükümlülüklerinin bulunduğunu kabul etmekteydi.[82]

AİHM'nin içtihadı, 2000'li yıllardan sonra özellikle medya ve sivil toplum kuruluşlarının bilgi edinme hakkı söz konusu olduğunda değişmeye başlamıştır. Bu bağlamda ulusal makamlar, *"... toplumun bekçi köpeklerinden biri olan basını kamuoyunun haklı olarak ilgisini çeken konular üzerinde yapılan kamusal tartışmalara katılmaktan caydırabilecek tedbirler aldığı zaman, Mahkeme'nin çok daha dikkatli bir inceleme yapması beklenir."*[83]

---

80 **HARRIS/O'BOYLE/BATES/BUCKLEY**, 2018, ss. 598-601; TIILIKKA Paivi, "Access to Information as a Human Right in the Case Law of the European Court of Human Rights", **Journal of Media Law**, Volume 5, No 1, 2013, ss. 99-101; VOORHOOF Dirk, "Freedom of Journalistic News-Gathering, Access to Information and Protection of Whistle-Blowers under Article 10 ECHR and the Standards of the Council of Europe", içinde **Journalism at Risk: Threats, Challenges and Perspectives** (Editor: Onur Andreotti), Council of Europe, Strasbourg, 2015, ss. 119-120.

81 Leander/İsveç, Başvuru No. 9248/81, 26/03/1987, para. 74.

82 **KARAN**, 2018, s. 60.

83 Tarsasag A Szabadsagjogokert/Macaristan, Başvuru No. 37374/05, 14/04/2009, para. 26.

AİHM bilgi edinmenin gazetecilikte temel bir hazırlık aşaması teşkil ettiğini, bu nedenle medya özgürlüğünün korunan bir parçası olduğunu da belirtmiştir.[84] Kamusal meselelere ilişkin tartışma alanları yaratılmasını, sadece medya organları ve gazeteciler ile sınırlı tutmayan Mahkeme, sivil toplum kuruluşlarının da toplumsal meselelerin tartışılmasına önemli katkılarda bulunduklarını belirterek, onların da medya gibi toplumun bekçi köpeği olarak nitelendirilebileceklerini kararlaştırmıştır.[85]

Arjen van Rijn'e göre AİHM, 10. madde kapsamında genel geçer bir hak olarak herkesin bilgi edinme hakkına sahip olduğunu kabul etmemektedir. Ancak bazı şartların mevcut olması durumunda (kamu yararını ilgilendiren meseleler), belirli kişiler (akademisyenler, gazeteciler, sivil toplum örgütü çalışanları, tüzel kişilik olarak STK'lar ve medya kuruluşları) bakımından bilgi edinme hakkının, 10. madde kapsamında tanınması mümkün gözükmektedir.[86] Kişiler için böyle bir hakkın, taraf devletler için de böyle bir yükümlülüğün söz konusu olabilmesi için şu şartların mevcut olması gerekmektedir: 1) İlgili bilgiye ulaşılmasının, kişinin ifade özgürlüğü bakımından (özellikle bilgiye ulaşma ve yayma özgürlüğü bakımından) işlevsel bir niteliğe sahip olması. 2) Bilgiye ulaşılmasının engellenmesinin, ifade özgürlüğüne müdahale teşkil eden nitelikte olması. 3) Talep edilen bilginin kamu makamlarının elinde hazır ve kamu yararını ilgilendiren bir mesele hakkında olması.[87]

AİHM Macaristan'a karşı yapılan bir başvuru hakkında 2016 yılında verdiği kararda,[88] yukarıda ele alınan hususları bir kez daha teyit etmiştir. Konunun daha iyi anlaşılması için söz konusu kararın detaylı bir biçimde ele alınması yerinde olacaktır. İlgili davada başvurucu, Macaristan'da insan hakları standartlarının uygulanmasını gözlemleyen, insan hakları alanında faaliyet gösteren bir sivil toplum kuruluşudur. 2008 yılında, polis tarafından yapılan avukat atamalarına dair bir araştırma yaparken, ülkedeki polis birim-

---

84 Tarsasag A Szabadsagjogokert/Macaristan, para. 27.

85 Tarsasag A Szabadsagjogokert/Macaristan, para. 27.

86 **VAN RIJN**, 2018, s. 770. Karan'a göre bilgi edinme hakkının, *"kişinin kendi hakkında devlet tarafından tutulan verilere erişim hakkı, kişinin kendisi hakkında olmayan ve devlet tarafından tutulan verilere erişim hakkı ve kişinin kendisi ile ilgili olmayan, devlet tarafından tutulan ancak kamu yararı taşıyan konularda bilgilendirilme hakkı gibi görünümleri bulunmaktadır."* Bkz. **KARAN**, 2018, s. 70.

87 **VAN RIJN**, 2018, ss. 770-71.

88 Magyar Helsinki Bizottsag/Macaristan (Büyük Daire), Başvuru No. 18030/11, 08/11/2016.

lerine şu soruları yöneltmiştir: 1) O yıl içerisinde polis tarafından seçilen kamu avukatlarının isimleri, 2) Seçilen her avukata düşen görev sayısı. Başvurucu sivil toplum örgütü, ilgili soruları ulusal veri kanunundaki düzenlemeye dayanarak polis birimlerine iletmiştir. Söz konusu düzenleme, kamu yararını ilgilendiren hususlarda, kamusal görevler yerine getiren kişiler hakkındaki verilere talep edilmesi halinde erişilmesine izin vermektedir. 2009 yılının Ağustos ayında iki polis birimi, başvurucu STK'nın sorularına yanıt vermeyi reddetmişlerdir. Bu tutumlarına gerekçe olarak talep edilen bilginin kamu yararı içermediğini ve ilgili kişilerin kamu yetkilerini kullanarak görevlerini yerine getiren kişiler kategorisinde olmamalarını göstermişlerdir. Başvurucu STK, polis birimlerinin kararına karşı başvurduğu ulusal mahkemelerden, sorduğu sorulara ilişkin bilgilerin açıklanması yönünde bir karar çıkmayınca, konuyu AİHM önüne taşıyarak 10. maddede güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürmüştür.[89]

AİHM, önüne gelen başvuruda, bilgi edinme hakkının 10. madde kapsamında kabul edilip edilemeyeceğine dair değerlendirmesini yaparken şu hususun altını bir kez daha çizmiştir: 10. madde bireye kamu otoritelerin elinde bulunan bilgiye ulaşma hakkı, hükümetlere de ellerinde olan bilgileri bireylere verme/sunma yükümlülüğü getirmemektedir.[90] Bilgi edinme hakkının ancak bazı şartlar altında 10. madde çerçevesinde talep edilebileceğini belirten Mahkeme, böyle bir talebin ileri sürülebilmesi için sağlanması gereken kriterleri şöyle sıralamıştır: 1) Talep edilen bilginin kullanılacağı amaç - ifade özgürlüğünün kullanılması için gerekli olup olmadığı-, 2) Ulaşılmak istenen bilginin niteliği -kamu yararını ilgilendiren bir mesele hakkında olup olmadığı-, 3) Bilgiyi talep eden kişinin toplum hayatındaki rolü -kamu yararını ilgilendiren bir faaliyet (gazetecilik, akademisyenlik, sivil toplum çalışanı) gerçekleştirip gerçekleştirmediği-, 4) Talep edilen bilginin kamu makamlarının elinde hazır ve ulaşılabilir durumda olması. Başka bir deyişle, bilginin toplanması/hazırlanması için ek bir çalışma yapılmasına ihtiyaç duyulmaması.[91] Mahkeme, başvurucu STK'nın ifade özgürlüğünü -özellikle bilgi ve görüşlere ulaşma ve yayma özgürlüklerini- kullanabilmesi için talep edilen bilginin gerekli olması, ulaşılmak istenen bilginin kamu yararını ilgilendiren bir mesele hakkında olması, başvurucu STK'nın toplumun bekçi

---

[89] Magyar Helsinki Bizottsag/Macaristan, para. 10-30.

[90] Magyar Helsinki Bizottsag/Macaristan, para. 156.

[91] Magyar Helsinki Bizottsag/Macaristan, para. 157-170.

köpeği olma işlevini yerine getirmesi ve talep edilen bilginin polis yetkililerinin elinde hazır/ulaşılabilir durumda olması hususlarını bir arada değerlendirerek başvurucu STK'nın ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini kararlaştırmıştır.[92]

Bilgi edinme hakkı bakımından AİHM içtihadının evrimi göz önüne alındığında, gazetecilerin ve sivil toplum kuruluşu çalışanlarının kamu yararını ilgilendiren meselelerde, kamu makamlarının elindeki bilgi ve belgelere erişme hakkının 10. madde çerçevesinde tanınmaya başlandığı söylenebilir. Bu durum, hem araştırmacı gazetecilik faaliyetlerinin gerçekleştirilmesi hem de kamu kurumlarının kamuoyu tarafından da denetlenebilmesi için büyük önem taşımaktadır.[93]

7. Radyo-Televizyon Alanında Medya Özgürlüğü

AİHS'nin 10. maddesinin ilk fıkrasının son cümlesinde taraf devletlerin, radyo, televizyon ve sinema[94] işletmelerini izin rejimine tabi tutabileceği düzenlemesi yer almaktadır. Söz konusu düzenlemenin tek başına ele alındığında, devletlere radyo-televizyon alanında medya özgürlüğünü sınırlamada yetki verip vermediği tartışma konusu olmuştur.[95] Mahkeme ilgili düzenlemenin taraf devletlere, radyo-televizyon alanında özellikle teknik sebepler göz önüne alınarak yayınların nasıl organize edileceği hususunda denetim yapma yetkisi verdiğini ancak taraf devletlerin sahip oldukları bu yetkinin, 10. maddenin ikinci paragrafında yer alan sınırlama ölçütlerine uygun olarak yerine getirilmesi gerektiğini belirtmiştir.[96]

Mahkeme, radyo-televizyon alanında devlet tekelinin Sözleşme'ye uygun olup olmadığını değerlendirdiği bir kararda, 10. maddenin ilk fıkrasının son cümlesinde yer alan düzenlemenin devletlere, ülke sınırları içerisinde yapılacak yayınları ruhsat/izin sistemi ile düzenleme yetkisi verdiğini, teknik nedenlerin gerekli yayın ruhsatının verilip verilmemesinde büyük önem taşımasına rağmen yayın ruhsatı talep eden kanalın niteliği ve amaçları, ulu-

---

92 Magyar Helsinki Bizottsag/Macaristan, para. 180.

93 BM İnsan Hakları Komitesi de, 34 numaralı Genel Yorumda, bilgi edinme hakkı hususunda AİHM içtihadına paralel bir anlayış benimsemiştir.. Bkz. BM İHK, Genel Yorum No: 34, 2011, para. 18-19.

94 Sinema filmleri aracılığıyla aktarılan ifadeler, ağırlıklı olarak sanatsal ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirildiğinden çalışma kapsamının dışında bırakılmıştır.

95 **MOWBRAY**, 2014, ss. 688-693.

96 Groppera Radio AG ve Diğerleri/İsviçre, Başvuru No. 10890/84, 28/03/1990, para. 59-61.

sal, bölgesel, yerel bazda potansiyel dinleyici/seyirci kitlesi, belirli bir dinleyici/seyirci kitlesinin hak ve ihtiyaçları ile uluslararası düzenlemelerden doğan yükümlülükler göz önüne alınarak ruhsat verilip verilmemesine karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir.[97] İfade özgürlüğünün demokratik toplum düzeninde oynadığı role atıf yaptıktan sonra, medyada çoğulculuğun - özellikle görsel-işitsel medya sektöründe- sağlanmasının önemine ve bunun en büyük garantörünün devlet olduğuna dikkat çeken Mahkeme,[98] radyo-televizyon alanındaki devlet tekelinin, ifade (medya) özgürlüğü üzerindeki en geniş sınırlamalardan birini oluşturduğunu, teknoloji alanında yaşanan gelişmeler çerçevesinde frekans ve kanal sayısındaki artışın teknik nedenlerle "devlet tekelinin" meşrulaştırılmasını geçersiz hale getirdiğini ifade ederek, radyo-televizyon alanında devlet tekeli uygulamasının 10. maddeyi ihlal ettiğini kararlaştırmıştır.[99]

Mahkeme, devletlere radyo-televizyon işletmelerini izin rejimine tabi tutma yetkisi veren düzenlemenin, radyo-televizyon yayınları için alınması gereken ruhsata karar verilirken tek başına uygulanmasını kabul etmemektedir. AİHM, önüne gelen davaya ilişkin tüm şartları göz önüne alarak karar vermektedir. Karasal yayına ilişkin ruhsat talebi reddedilen televizyon şirketinin, kablo TV aracılığıyla yayın yapma imkanına sahip olduğunu ve ilgili yayının bölgedeki hanelerin tamamına ulaşma şansı bulunduğunu belirten Mahkeme, bu şartlar altında başvurucu şirketin karasal yayın için yaptığı başvurunun reddedilmesinin Sözleşme'ye aykırı olmadığını kararlaştırmıştır.[100]

Devlet tarafından, yapılan başvuru üzerine yayın ruhsatının/izninin verilmesinin ardından, televizyon kanalının yayına başlayabilmesi için uygun bir zaman dilimi içerisinde gerekli frekansların tahsis edilmemesi hususu Mahkeme tarafından devletlerin pozitif yükümlülükleri kapsamında ele alınmıştır.[101] Devlet televizyonunda, gazetecilerin editoryal özgürlüğü ve programların içeriği üzerinde hükümetin siyasi kontrol amaçlı kısıtlamalar

---

97 Informationsverein Lentia ve Diğerleri/Avusturya, Başvuru Nos. 13914/88, 15041/89, 15717/89, 15779/89, 17207/90, 24/11/1993, para. 32.

98 Informationsverein Lentia ve Diğerleri/Avusturya, para. 38.

99 Informationsverein Lentia ve Diğerleri/Avusturya, para. 39.

100 Tele 1 Privatefernsehgesellschaft MBH/Avusturya, Başvuru No. 32240/96, 21/09/2000, para. 40.

101 Centro Europa 7 S.R.L ve Di Stefano/ İtalya (Büyük Daire), Başvuru No. 38433/09, 07/06/2012. Bu konu, *"Devletlerin Pozitif Yükümlülükleri"* başlığı altına ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

yapması da Mahkeme tarafından ifade (medya) özgürlüğünün özünü zedelediği ve çoğulculuğu ortadan kaldırdığı gerekçeleriyle 10. maddeye aykırı bulunmuştur.[102]

Mahkeme medya özgürlüğünün radyo-televizyon alanında etkin olarak sağlanabilmesi için önem taşıyan şu hususların da altını çizmiştir: Radyo ve televizyonun, ses ve görüntü aracılığıyla görüş ve bilgileri aktarma olanağı sağladığı için yazılı/basılı medyaya göre daha hızlı ve büyük bir etkisinin olduğunu belirten Mahkeme,[103] izleyici ya da dinleyicinin evinde (aile ortamında) temel haber/bilgi kaynağı olan radyo-televizyonun, kamuoyunu etkilemede daha büyük bir güce sahip olduğunu ifade etmiştir.[104] Haber ve bilgilerin medya tarafından iletilme biçimi, kullanılan araçların niteliğine göre değişiklikler göstermektedir. Mahkeme de, haber ve bilgilerin nesnel ve tarafsız olarak aktarılmasında kullanılacak yöntemlere karar verilmesinin medya çalışanlara ait bir karar olduğu, ulusal mahkemelerin ve AİHM'nin medya çalışanları yerine geçerek bu konuda karar verme yetkilerinin bulunmadığının altını çizmiştir.[105]

Radyo-televizyon alanında reklam yayınları da önemli bir yer tutmaktadır. Bu bağlamda reklam yayınlarına yönelik kısıtlamalara/yasaklara ilişkin başvurular, 10. madde kapsamında AİHM önüne gelmiştir. Mahkeme, dini içerikli reklamların yayımlanmasının tamamen yasaklanmasını AİHS'ye uygun bulmuştur.[106] AİHM, bu kararını verirken dini içerikli ifadelere sınırlamalar getirilmesinde devletlerin daha geniş takdir marjına sahip olmaları, getirilen yasağın sadece "reklamlara" dair olması, dinleyici/izleyici kitlesi üzerinde daha hızlı ve büyük etkiye sahip olan görsel-işitsel medya alanı ile sınırlı olması -başvuran yerel veya ulusal gazetelerde söz konusu reklamı yayımlatma şansına sahiptir-, bir dine/mezhebe ilişkin reklamın yayımlanıp, diğerlerine ait reklamların yayımlanmaması sonucunu ortaya çıkarabilecek, devlete ya da başka bir tarafsız organa değerlendirme yetkisi veren bir düzenlemenin, genel yasak getiren ilgili düzenlemeye göre uygulanmasının daha büyük zorluklar çıkaracağı hususlarını bir arada değerlendirmiştir.[107]

---

[102] Manole ve Diğerleri/Moldova, Başvuru No. 13936/02, 17/09/2009, para. 106-111.

[103] Jersild/Danimarka, Başvuru No. 15890/89, 23/09/1994, para. 31.

[104] Murphy/İrlanda, Başvuru No. 44179/98, 10/07/2003, para. 74.

[105] Jersild/Danimarka, para. 31.

[106] Bkz. Murphy/İrlanda kararı.

[107] Murphy/İrlanda, para. 74 ve 77.

Siyasi içerikli reklamların yayımlanmasına yönelik getirilen sınırlamalar/yasaklamalar da Mahkeme tarafından değerlendirmeye tabi tutulmuştur. İsviçre'ye karşı yapılan bir başvuruda,[108] başvuru konusu olay şu şekilde gelişmiştir: Hayvanların endüstriyel amaçlarla kullanılmalarına/üretilmelerine, hayvanlar üzerinde deney yapılmasına karşı faaliyetlerde bulunan bir dernek, hayvan sağlığına ilişkin *"hayvanların, kendinizin ve çevrenin iyiliği için daha az et tüketin"* mesajı ile sona eren bir reklamı yayımlatmak için başvuruda bulunmuştur. Başvurucu dernek, ilgili reklamın et endüstrisi tarafından yapılan reklamlara cevap niteliğinde olduğunu belirtmiştir. Dernek, reklamı içeren video-kaseti 10 Ocak 1994 tarihinde, ilgili dönemde televizyonda reklamların yayımlanmasından sorumlu olan şirkete göndermiştir. İlgili şirket, reklamın açıkça siyasal nitelikte olduğunu, yayıncılık yasasında yer alan düzenlemeye göre siyasi içerikli reklamların radyo-televizyonlarda yayımlanmasının yasak olduğunu belirterek, başvurucu derneğin talebini reddetmiştir. Bunun üzerine Bağımsız Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'na başvuruda bulunan dernek, bu başvurusundan da bir sonuç elde edememiştir.[109] AİHM önüne gelen başvuruda, reklamdaki ifadenin kamu yararını ilgilendiren bir mesele hakkında olması -hayvanların korunması ve hangi amaçlarla kullanılabileceklerine dair kamusal tartışmaya katkı sunan içeriğe sahip olması-, devletlerin ticari nitelikte ifadeler ile karşılaştırıldığında, kamu yararını ilgilendiren ifadelere ilişkin sınırlama getirirken daha dar bir takdir marjına sahip olmaları, başvurucu derneğin güçlü bir finansal grup olmaması ve reklamı hayvanların korunması hususunda devam eden kamusal tartışmalara katkı sunmak amacıyla yayımlamak istemesi, reklamın yayımlanmasına dair ret kararı veren özel şirketin, ülkede bu hususta tek yetkili olması faktörlerini bir arada değerlendirerek başvurucu derneğin 10. maddede güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini kararlaştırmıştır.[110]

AİHM önüne gelen bir başka başvuruda ise, siyasi içeriğe sahip olduğunu kabul ettiği bir reklama ilişkin getirilen yayın yasağını AİHS'ye uygun bulmuştur.[111] Bu davada başvurucu, insan haklarının ve temel özgürlüklerin korunması hususunda faaliyet gösteren bir sivil toplum kuruluşudur. Eğlence

---

[108] VgT Verein Gegen Tierfabriken/İsviçre, Başvuru No. 24699/94, 28/06/2001.

[109] VgT Verein Gegen Tierfabriken/İsviçre, para. 8-23.

[110] VgT Verein Gegen Tierfabriken/İsviçre, para. 72-79.

[111] Animal Defenders International/Birleşik Krallık (Büyük Daire), Başvuru No. 48876/08, 22/04/2013.

sektöründe çalıştırılan şempanzelere yönelik kötü muamelelere ilişkin bir reklam yayımlatmak amacıyla başvuruda bulunmuştur. Ancak ilgili STK'nın başvurusu, siyasi içeriğe sahip olduğu ve siyasi içerikli reklamların yayımlanmasını yasaklayan ulusal düzenlemeye aykırı olması gerekçeleriyle reddedilmiştir. Mahkeme, yasağın tüm siyasi ifadeleri değil sadece "reklamları" kapsaması ve radyo-televizyon alanı ile sınırlı olması -başvurucu STK internet üzerinden reklamı yayımlama imkanına sahiptir- faktörlerini göz önüne alarak, başvurucunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahaleyi orantılı bulmuş ve ihlal kararı vermemiştir.[112] Mahkeme'nin bu kararı ile İsviçre'ye karşı yapılan başvuruda verdiği karar bir arada değerlendirildiğinde, siyasi içeriğe (kamusal tartışmalara katkı sunan) sahip paralı reklamların radyo-televizyonda yayımlanmalarına getirilen yasaklar hususunda bütünlüklü bir içtihada sahip olmadığı söylenebilir.[113]

Radyo-televizyon alanına ilişkin AİHM içtihadı göz önüne alındığında, Mahkeme'nin taraf devletlere radyo ve televizyon işletmelerini izin rejimine tabi tutma yetkisi veren düzenlemeyi, tek başına bir sınırlama sebebi olarak kabul etmediği görülmektedir. İzin rejimi söz konusu olduğunda Mahkeme 10. maddenin ikinci fıkrasındaki sınırlama ölçütleri ve önüne gelen başvurulardaki tüm şartları dikkate alarak değerlendirme yapmaktadır. Teknolojik gelişmeler göz önüne alındığında, teknik sebeplerle radyo-televizyon yayıncılığında devlet tekeli bulunmasının kabul edilemeyeceğini de belirten AİHM, görsel-işitsel alanda çoğulculuğun sağlanmasının devletlerin pozitif yükümlülükleri kapsamında olduğunu ifade etmiştir. Paralı reklamların radyo ve televizyonda yayımlanması hususunda ise Mahkeme, dini içerikli reklamlara getirilen yasaklarda devletlerin daha geniş bir takdir marjına sahip olduğunu belirtirken, siyasi içerikli reklamlar söz konusu olduğu zaman, reklamda yer alan ifadenin kamu yararını ilgilendiren tartışmaya sağladığı katkı, ekonomik-siyasal yönlerden bir grubun görsel-işitsel alanda hakim

---

[112] Animal Defenders International/Birleşik Krallık, para. 174.

[113] Animal Defenders International/Birleşik Krallık davasında karar 9'a karşı 8 oyla alınmıştır. İlgili kararın VgT Verein Gegen Tierfabriken/İsviçre davasında verilen kararla çelişki oluşturduğu yargıçlar Ziemele, Sajo, Kalaydjieva, Vucinic ve De Gaetano tarafından ortak kaleme alınan karşı oy yazısının ilk paragrafında vurgulanmıştır. Aynı karşı oy yazısının 15. paragrafında da siyasi veya kamu yararını ilgilendiren bir konuya ilişkin ifadelerin sınırlanmasında devletlerin oldukça dar bir takdir marjına sahip oldukları yönündeki Mahkeme içtihadından sapmayı gerektirecek bir durumun bulunmadığı, ifade özgürlüğüne toptan yasak getirerek müdahalede bulunan uygulamanın orantısız olduğu vurgulanmıştır. Yapılan müdahalenin ifade özgürlüğüne ölçülü olmayan bir sınırlama getirdiği argümanı yargıçlar Tulkens, Spielmann ve Laffranque tarafından ortak kaleme alınan karşı oy yazısında da belirtilmiştir.

durumda bulunmaması, getirilen sınırlamanın kapsamı ve reklamın yayımlanması için alternatif bir mecranın mevcut olup olmadığı gibi hususları göz önüne alarak kararını vermektedir.

8. İnternet Alanında Medya Özgürlüğü

Günümüzde ifade (medya) özgürlüğünün hayata geçirilmesini sağlayan en önemli araçlardan biri, belki de birincisi internettir. AİHM de internetin ulaşılabilirliği ile bilgi saklama ve iletme kapasitesine dikkat çekerek, toplumun haberlere ulaşmasında ve bilginin yayılmasında sağladığı önemli katkıların altını çizmiştir.[114] Başka bir deyişle, internet bilgi ve haberlere ulaşılmasını demokratikleştirerek, görüş ve fikirlerin ifade edilmesi önündeki engellerin -medya söz konusu olduğunda özellikle maddi bakımdan- kaldırılmasında çok önemli bir rol oynamaktadır.[115] AİHS'nin kabul edildiği döneme kıyasla, ifade (medya) özgürlüğünün kapsam ve etki alanı çok daha geniştir. Mahkeme internet arşivlerinin medya özgürlüğü için taşıdığı önemin altını da çizmiştir. İnternet arşivleri haber ve bilgilerin saklanması ile ulaşılabilirliğini sağlayarak eğitim alanında ve tarihsel araştırmaların gerçekleştirilmesinde önemli, parasız bir kaynak işlevi yerine getirmektedir. Bu bağlamda internet arşivleri, medyanın demokratik toplumdaki esas işlevi olan "bekçi köpekliğini" yerine getirmesini de kolaylaştırmaktadır.[116]

AİHM'nin 10. madde kapsamında yazılı ve görsel-işitsel medya özgürlüğü hususunda ortaya koyduğu ilkeler, çevrimiçi yayınlar için de geçerlidir.[117] Mahkeme, internetin basılı medyadan farkları ile özgün niteliklerine -özellikle bilginin saklanması ve iletilmesi hususunda- dikkat çekerek, internetin sağladığı iletişim ağının dünya genelinde milyarca kullanıcıya hizmet ettiğini, bu bağlamda yazılı medyaya uygulanan denetim yöntemlerine tabi

---

[114] Times Newspapers Ltd./Birleşik Krallık (Nos. 1 ve 2), Başvuru Nos. 3002/03, 23676/03, 10/03/2009, para. 27

[115] **SCHABAS**, 2015, s. 462. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi de *"internet özgürlüğü"* hakkında verdiği tavsiye kararında internet özgürlüğünün, insan hakları ve temel özgürlüklerin internet alanında AİHS ve BM MSHS'de belirtilen güvencelere uygun olarak kullanılması ve korunmasını içerdiğini belirterek, devletlerin Sözleşme ve Avrupa Konseyi standartlarının internet alanında da uygulanmasında proaktif bir yaklaşımı benimseyerek kapsayıcı bir internet özgürlüğü anlayışına sahip olmaları gerektiğini ifade etmiştir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 13 Nisan 2016 tarih, CM/Rec(2016)5 sayılı tavsiye kararına şu adresten ulaşılabilir: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016806415fa (Erişim Tarihi: 21/02/2020).

[116] Times Newspapers Ltd./Birleşik Krallık (Nos. 1 ve 2), para. 45.

[117] **BYCHAWSKA-SINIARSKA**, 2018, s. 123.

olamayacağını belirtmiştir.[118] İnternet aracılığıyla gerçekleştirilen iletişimin, biçim ve içerik bakımından hak ve özgürlüklerin korunması hususunda - özellikle özel hayatın gizliliği bakımından- ortaya çıkardığı riskler, gelişen teknolojinin özellikleri de dikkate alınarak düzenlenmelidir. Bu bağlamda Mahkeme'ye göre medya özgürlüğünün etkin olarak sağlanabilmesi, gazetecilerin "kamunun bekçi köpeği" rolünü hakkıyla yerine getirebilmeleri için de, medya çalışanlarının internet aracılığıyla elde ettikleri bilgi ve haberlerin kullanımına ilişkin kapsam ve sınırlar, taraf devletlerce yapılacak yasal düzenlemeler ile açık bir biçimde ortaya konmalıdır.[119] Mahkeme, internetin medya özgürlüğü için önemini ve internet alanında yapılması gereken yasal düzenlemelerin niteliğini bu şekilde ele alırken, internet alanında uygulanan ve medya özgürlüğünü de sınırlandıran uygulamalara yönelik olarak da önemli kararlar vermiştir. İlgili kararlar internet alanında medya özgürlüğünün kapsam ve içeriğinin belirlenmesine önemli katkılar sağladığı için ayrıntılı olarak ele alınmaları yerinde olacaktır.

İnternet sitelerine getirilen erişim yasağı çerçevesinde Türkiye'ye karşı yapılan bir başvurunun konusu şöyledir: Başvurucu Ahmet Yıldırım *"Google Sites"* isimli yer sağlayıcısı durumunda bulunan internet sitesini kullanarak kurmuş olduğu bireysel internet sitesinde, akademik çalışmalarını ve çeşitli konulardaki yorumlarını yayımlamaktadır. 23 Haziran 2009 tarihinde başka bir internet sitesi sahibine karşı yürütülen ceza soruşturması kapsamında ilk derece mahkemesi tarafından, Atatürk'ün manevi hatırasına hakaret içerikli ifadelerin bulunduğu gerekçesiyle bu kişinin sahibi olduğu internet sitesi hakkında erişime engelleme kararı verilmiştir. İlgili karar, uygulamaya konması için Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'na (TİB) gönderilmiştir. TİB, hakkında ceza davası yürütülen şahsın yurt dışında yaşadığını, ilgili siteye erişimin engellenmesini sağlayacak tek teknik yolun *"Google Sites"* isimli sitenin erişime engellenmesi olduğunu belirtmiştir. Bu bağlamda TİB'in başvurusu üzerine ilk erişim engelini veren mahkeme tarafından Google Sites'e erişimin engellenmesine ilişkin karar verilmiş; bu karar doğrultusunda başvurucu Ahmet Yıldırım'ın sitesi de dahil olmak üzere ceza davası ile ilgisi olmayan pek çok siteye erişim tamamen engellenmiştir. Söz konusu ceza soruşturması, ilgili kişinin yurt dışında yaşaması nedeniyle kimlik ve adresi tespit edilemediği için sonuçsuz kalmıştır. Buna rağmen

---

[118] Editorial Board of Pravoye Delo ve Shtekel/Ukrayna, Başvuru No. 33014/05, 05/05/2011, para. 63.

[119] Editorial Board of Pravoye Delo ve Shtekel/Ukrayna, para. 64.

başvurucu Ahmet Yıldırım, internet sitesinin erişime açılması yönündeki çabalarından bir sonuç alamamıştır.[120]

Mahkeme, önüne gelen bu başvuruyu değerlendirirken internetin, günümüzde bireylerin ifade özgürlüklerini hayata geçirirlerken kullandıkları temel araçlardan biri olduğunu, siyasal ve kamu yararını ilgilendiren meselelere ilişkin katılımın sağlanmasında önemli bir işlevi yerine getirdiğini belirtmiştir.[121] AİHM, yürütülen ceza soruşturması ile ilgisi olmayan başvurucunun internet sitesine erişimin engellendiğinin, ilgili tedbirin sansür niteliğinde olduğunun altını çizmiştir.[122] Erişimin engellenmesi tedbirinin kapsam ve içeriğinin denetimini etkin bir şekilde sağlayacak yasal çerçevenin olmaması Mahkeme'ye göre başvurucuyu, demokratik bir toplumda hukukun üstünlüğü ilkesinin sağladığı korumadan yoksun bırakmıştır. İlgili ulusal düzenleme, "ulusal sınırlar söz konusu olmaksızın" ifade özgürlüğünü güvence altına alan Sözleşme'nin 10. maddesinin ilk fıkrası ile çelişki oluşturmaktadır.[123] Bu bağlamda Mahkeme'ye göre başvurucunun ifade özgürlüğü ihlal edilmiştir.

AİHM, Türkiye'ye karşı yapılan bir başka başvuruda da Youtube internet sitesine erişimin tamamen engellenmesinin, başvuranların ifade özgürlüğünü ihlal ettiğini kararlaştırmıştır.[124] Mahkeme'ye göre Youtube, kullanıcıların video yükleyerek, izleyerek ve paylaşarak bilgi ve görüş alıp verme özgürlüklerini kullandıkları önemli bir araç niteliğindedir. Ana-akım medyanın görmezden geldiği siyasal içerikli haberler de Youtube aracılığıyla paylaşılmakta, bu durum *"Yurttaş Gazeteciliğini"* ortaya çıkarmaktadır.[125]

---

[120] Ahmet Yıldırım/Türkiye, Başvuru No. 3111/10, 18/12/2012.

[121] Ahmet Yıldırım/Türkiye, para. 54.

[122] Ahmet Yıldırım/Türkiye, para. 64.

[123] Ahmet Yıldırım/Türkiye, para. 67.

[124] Cengiz ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru Nos. 48226/10, 14027/11, 01/12/2015.

[125] Peter Coe, internetin ve yeni çevrimiçi sosyal platformların geleneksel kitle medyasının üretici, kamuoyunun da izleyici durumunda olduğu yapıyı ortadan kaldırdığını, artık bireylerin haber ve bilgilerin yayılmasında veya haber/bilgilere ulaşılmasında geleneksel medyaya ihtiyaç duymadan milyonlarla iletişim kurma imkanına sahip olduklarını belirtmektedir. Bu durumun "yurttaş gazeteciliğini" ortaya çıkardığını, yurttaş gazetecilerin de günümüzde kamunun bekçi köpeği olma rolünü yerine getirdiklerinin altını çizen Coe, yeni medya çağında tüm bu hususların dikkate alınarak gazeteci ve gazetecilik kavramlarının kapsamlarının yeniden belirlenmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. COE Peter, "Redefining 'media' using a 'media-as-a-constitutional-component' concept: an evaluation of the need for the European Court of Human Rights to alter its understanding of 'media' within a new media landscape", **Legal Studies**, Volume 37, No. 1, 2017, ss. 32-35.

Bu bağlamda Mahkeme, Youtube'un potansiyel etki derecesini, ulaşılabilirliğini, kendine özgü niteliklere sahip bir platform oluşunu ve başvuranların haber, bilgi ve görüşlere ulaşmada alternatif bir yönteme/araca sahip olmadıklarını belirterek,[126] Ahmet Yıldırım/Türkiye davasında olduğu gibi ihlal kararı vermiştir.

İnternet alanında bireylerin ve/veya kurumların telif haklarının ihlal edildiği durumlarda AİHM, taraf devletlere ifade (medya) özgürlüğüne getirilecek sınırlamalarda geniş bir takdir marjı tanıyarak, telif hakkı ile ifade (medya) özgürlüğünün çatıştığı durumlarda tercihini genellikle telif hakkının korunmasından yana kullanmaktadır.[127] İnternete erişimin Sözleşme kapsamında bir hak olarak mevcut olup olmadığı hususunda ise Mahkeme, taraf devletlerin ülkelerinde yaşayan herkese internete erişim hakkı sağlama gibi pozitif bir yükümlülüklerinin bulunmadığını belirtmiştir.[128] Ancak Mahkeme taraf devletlerin yaptıkları ulusal düzenlemeler aracılığıyla internete erişimi belli koşullar altında ya da belli konumdaki kişiler için bir hak olarak tanıdığı durumlarda, internetin günlük hayatın işleyişinde ve insan haklarının etkin bir şekilde hayata geçirilmesinde oynadığı rolü de dikkate alarak, söz konusu hakka getirilecek sınırlamaların "*ilgili*" ve *"yeterli"* sebepler ile gerekçelendirilmediği durumlarda 10. maddenin ihlal edileceğini kararlaştırmıştır.[129]

AİHM'nin internet alanında medya özgürlüğünün korunmasına ilişkin içtihadı incelendiğinde, gazetecilerin internet üzerinden elde ettikleri bilgileri kullanmalarının kapsam ve sınırlarını öngörülebilir şekilde ortaya koyan yasal mevzuatın gerekliliğine, internetin, medyanın "kamunun bekçi köpeği" olma rolüne sağladığı katkılara, ana-akım medya organlarının ihmal ettiği haber ya da bilgilerin internet aracılığıyla ifade edilmesine ve böylece "yurt-

---

[126] Cengiz ve Diğerleri/Türkiye, para. 52.

[127] Internet: Case-Law of the European Court of Human Rights, Council of Europe, Strasbourg, 2015, ss. 35-40. AİHM'nin internet alanındaki içtihadına ilişkin rapora şu adresten ulaşılabilir: https://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_internet_ENG.pdf (Erişim Tarihi: 21/02/2020). AİHM'nin fikri mülkiyet hakkı-ifade özgürlüğü karşılaştırmasında fikri mülkiyet hakkının korunmasına öncelik verdiği kararlar için bkz. Ashby Donald ve Diğerleri/Fransa, Başvuru No. 36769/08, 10/01/2013; Akdeniz/Türkiye (Kabul Edilemezlik Kararı), Başvuru No. 20877/10, 11/03/2014.

[128] İnternete erişimin, uluslararası hukuk alanında bir "hak" olarak kabul edilmesi hususunda yaşanan gelişmelerin detaylı bir analizi için bkz. TULLY Stephen, "A Human Right to Access the Internet - Problems and Prospects", **Human Rights Law Review**, Volume 14, No. 2, 2014, ss. 175-196.

[129] Kalda/Estonya, Başvuru No. 17429/10, 19/01/2016, para. 45-54.

taş gazeteciliğinin" ortaya çıkışına, internet arşivlerinin eğitim ve tarihsel araştırmalar için kaynak oluşturmasına, internet sitelerine erişimin tamamen ve orantısız biçimde engellenmesinin, kamusal meselelerin tartışılması ve kişilerin haber-bilgiye ulaşma ile yayma özgürlükleri üzerindeki olumsuz etkilerine dikkat çekerek, medya özgürlüğüne önemli güvenceler sağladığı söylenebilir.[130]

9. Devletlerin Pozitif Yükümlülükleri

Medya özgürlüğünün hakiki ve etkin bir şekilde sağlanabilmesi için Sözleşme'ye taraf devletlerin sadece müdahalede bulunmama, keyfi sınırlama getirmeme şeklindeki negatif yükümlülüklere uygun hareket etmeleri yeterli değildir. Kimi durumlarda devletlerin, medya özgürlüğünü koruyucu gerekli önlemleri alma, düzenlemeleri yapma, üçüncü kişilerden gelebilecek olası müdahalelere karşı medya organlarını ve gazetecileri koruma şeklinde pozitif yükümlülükleri de bulunmaktadır.[131] Pozitif yükümlülükler çerçevesinde devletlerin, medya özgürlüğünün sağlanması için bireyler/kişiler arasındaki ilişkilere müdahalede bulunma, söz konusu ilişkileri belirli kurallar çerçevesinde düzenleme sorumlulukları vardır.[132]

Devletlerin medya özgürlüğünün sağlanmasındaki pozitif yükümlülükleri çerçevesinde önüne gelen bir başvuruda gazetecinin, katıldığı radyo programında çalıştığı devlet kanalının yayın politikalarını eleştiren sözleri nedeniyle işten çıkarılması hususunu değerlendiren Mahkeme, 10. maddenin özel hukuk kuralları tarafından düzenlenen çalışan-işveren ilişkilerine de

---

[130] İnternet alanında okuyucu yorumları nedeniyle medya özgürlüğüne getirilen sınırlamaların değerlendirildiği AİHM kararları, çalışmanın "Sınırlama Rejimi" başlığını taşıyan ikinci kısmında ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

[131] REID Karen, **A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights,** 4th Edition, Sweet&Maxwell, UK, 2008, s. 365.

[132] Pozitif yükümlülükler çerçevesinde taraf devletlerin sorumluluğu, hak ve özgürlükleri ihlal etmelerinden değil; bunların garantörü olmalarından kaynaklanır. İlgili husus AİHS'nin 1. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir: "*Yüksek Sözleşmeci Taraflar kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar."* Devletlerin AİHS kapsamındaki pozitif yükümlülükleri konusunda daha ayrıntılı bilgi için bkz. BOYAR Oya, "Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki", içinde **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme** (Editör: Sibel İNCEOĞLU), 2. Baskı, Beta, İstanbul, 2013, ss. 53-80. Devletlerin ifade (medya) özgürlüğünün korunması hususundaki pozitif yükümlülükleri için bkz. McGONAGLE Tarlach, "Positive Obligations Concerning Freedom of Expression: Mere Potential or Real Power?", içinde **Journalism at Risk: Threats, Challenges and Perspectives** (Editor: Onur Andreotti), Council of Europe, Strasbourg, 2015, ss. 9-35.

uygulanabileceğini, devletlerin bazı durumlarda pozitif yükümlülük olarak bireylerin ifade özgürlüğünü üçüncü kişilerden gelebilecek müdahalelere karşı da korumaları gerektiğini belirtmiştir.[133] Türkiye'ye karşı yapılan bir başvuruda ise, günlük yayın yapan bir gazeteye karşı üçüncü kişiler tarafından yapılan saldırılar davanın konusunu oluşturmaktadır.[134] Başvurucular, gazetenin (Özgür Gündem) kapandığı tarih olan Nisan 1994'e kadar, mütemadiyen gazetede çalışan gazetecilere, dağıtıcılara ve gazete ile ilgisi olan diğer kişilere yönelik ağır insan hakları ihlalleri içeren eylemler gerçekleştirildiğini ileri sürmüşlerdir. Kimliği tespit edilemeyen kişiler tarafından gerçekleştirilen bu eylemler çerçevesinde, gazeteciler ile gazeteyi dağıtan kişiler öldürülmüş, ortadan kaybolmuş, yaralanmış veya kötü muameleye maruz kalmışlardır. Başvurucular, devlet yetkililerinin söz konusu saldırılara yönelik etkin bir soruşturma gerçekleştirmediklerinin de altını çizmişlerdir. Mahkeme söz konusu başvuruyu ele alırken, devletlerin pozitif yükümlülüklerine ilişkin şu değerlendirmede bulunmuştur:

> *"Bu özgürlüğün (ifade özgürlüğü) etkin bir şekilde kullanılması, sadece Devlet'in müdahale etmeme görevine dayanmamaktadır, bireyler arasındaki ilişkilerde bile koruma tedbirleri almayı gerektirebilmektir. Pozitif bir sorumluluğun var olup olmadığına karar verirken, Sözleşmeyle toplumun genel çıkarları ve bireyin çıkarları arasında ulaşılmaya çalışılan dengeye önem verilmelidir. Bu sorumluluk, kaçınılmaz olarak Sözleşmeci Devletlerde var olan farklı durumlara, modern toplumların idare edilmesi ile ilgili zorluklara, öncelikler ve kaynaklar hakkındaki seçimlere bağlı olarak değişiklik gösterecektir. Böyle bir sorumluluk, yetkililer için imkansız veya adil olmayan bir yük oluşturduğu şeklinde yorumlanmamalıdır."*[135]

AİHM hükümet yetkililerinin, Özgür Gündem çalışanlarına yönelik saldırılardan haberdar olduklarını, buna rağmen gazete ve personeli tarafından sunulan dilekçe ve korunma taleplerine cevap verilmediğini belirtmiştir. Bu bağlamda hükümetin, Özgür Gündem'in ifade özgürlüğünü koruma altına alma sorumluluğunu yerine getirmediğini ifade eden Mahkeme, 10. maddenin ihlal edildiğini kararlaştırmıştır.[136]

---

[133] Fuentes Bobo/İspanya, Başvuru No. 39293/98, 29/02/2000, para. 38.

[134] Özgür Gündem/Türkiye, Başvuru No. 23144/93, 16/03/2000.

[135] Özgür Gündem/Türkiye, para. 43.

[136] Özgür Gündem/Türkiye, para. 44-46.

Türkiye'ye karşı yapılan bir başka başvurunun konusunu gazeteci Hrant Dink'in, yayın yönetmeni ve baş editör olarak çalıştığı, iki dilde (Türkçe-Ermenice) haftalık olarak yayımlanan Agos Gazetesi'nde Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı Ermenilerin kimlik sorunlarına ilişkin kaleme aldığı yazı dizisi sonrası üçüncü kişiler tarafından kendisine yöneltilen tehditler ve öldürülmesi oluşturmaktadır.[137] Gazeteci Hrant Dink hakkında, ilgili yazı dizisinde geçen bazı ifadeler nedeniyle ceza davası da açılmıştır. Mahkeme, önüne gelen bu davayı ele alırken, gazetecilerin ifade özgürlüğü ile genel anlamda medya özgürlüğünün etkin olarak sağlanması için devletlerin, *"...yazar ve gazeteciler için etkin bir koruma sistemi oluşturarak, ilgililerin fikir ve düşüncelerini, bunlar resmi makamlar veya kamuoyunun önemli bir kesimi tarafından savunulanların aksine olsa, hatta onlar için şaşırtıcı veya rahatsız edici nitelikte olsa bile, korkusuzca ifade etmelerine imkân sağlayarak, söz konusu tüm kişilerin toplumsal tartışmalara katılımı için uygun bir ortam yaratmakla yükümlü oldukları..."*[138] şeklinde bir değerlendirme yapmıştır.[139] AİHM, güvenlik güçlerinin aşırı milliyetçi grup üyelerinin saldırısına karşı Hrant Dink'in yaşamını koruma görevlerini yerine getirmemelerinin yanı sıra, zorlayıcı toplumsal gereksinim bulunmadan ulusal ceza mahkemelerince mahkumiyet kararı verilmesi unsurunu da dikkate alarak, Hükümet'in başvuranın ifade özgürlüğünün korunmasına ilişkin pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediğini kararlaştırmıştır.[140]

Medyada -yayıncılık alanında- çoğulculuğun sağlanması da, Sözleşme'ye taraf devletlerin yerine getirmeleri gereken pozitif yükümlülükler kapsamındadır.[141] İtalya'ya karşı yapılan başvuruda, başvurucu şirket yeni bir televizyon kanalı kurmak için gerekli yayın lisansını almasına rağmen yayın için gerekli frekanslara dair düzenlemeler yetkililer tarafından 10 yıla

---

[137] Dink/Türkiye, Başvuru Nos. 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09, 7124/09, 14709/2010.

[138] Dink/Türkiye, para. 137.

[139] Mahkeme'nin bu tespiti, medya özgürlüğünün etkin olarak hayata geçirilmesi ve araştırmacı gazetecilik faaliyetlerinin Sözleşme kapsamında normatif bir dayanağa kavuşması yönlerinden büyük önem taşımaktadır. Bkz. **McGONAGLE**, 2015, s. 30.

[140] Dink/Türkiye, para. 138.

[141] **DOĞRU/NALBANT,** 2013, s. 213. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi de 07 Mart 2018 tarih, CM Rec(2018)1 sayılı tavsiye kararında Sözleşme'ye taraf devletlerin, medyada çoğulculuğun ve medya sahipliğinde şeffaflığın sağlanmasında pozitif yükümlülüklerinin bulunduğunun altını çizmiştir. İlgili tavsiye kararına şu adresten ulaşılabilir: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=0900001680790e13 (Erişim Tarihi: 21/02/2020).

yakın bir süredir yerine getirilmediğinden 10. maddede güvence altına alınan görüş ve bilgileri yayma özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürmektedir.[142] Başvurucu şirkete tahsis edilen frekanslar, dönemin İtalya Başbakanı Berlusconi'nin ailesinin sahip olduğu Mediaset Şirketi tarafından kullanılmaya devam edilmiştir. Berlusconi, aynı zamanda başbakan sıfatıyla devlet televizyonu RAI üzerinde dolaylı kontrole sahiptir. AİHM, görsel-işitsel medya sektöründe gerçek anlamda çoğulculuğun sağlanabilmesi için uygulamada yayıncıların yayıncılık pazarına erişiminin ve programların içeriklerindeki çeşitliliğin etkin olarak sağlanması gerektiğini belirtmiştir.[143] Görsel-işitsel medyanın (radyo ve televizyon) ifade özgürlüğünün kullanılmasındaki önemine dikkat çeken Mahkeme, mesajları ses ve görüntü aracılığıyla iletme imkanına sahip oldukları için görsel-işitsel medya organlarının basılı medya organlarına göre daha hızlı ve güçlü bir etkiye sahip olduklarını ifade etmiştir.[144] Ekonomik veya siyasal yönden güçlü bir grubun, görsel-işitsel medya sektöründe dominant konumda olmasının, yayıncılar üzerinde baskı kurmasına ve neticede editoryal özgürlüğü kısıtlayıcı etkiye yol açacağını belirten AİHM, bu durumun ifade (medya) özgürlüğünün demokratik toplum düzeninde yerine getirdiği işlevin özünü zedeleyeceğini ifade etmiştir.[145] Böyle bir durumun önüne geçilmesi için taraf devletlerin negatif yükümlülüklerine ek olarak, görsel-işitsel medya sektöründe etkin olarak çoğulculuğu sağlayacak gerekli yasal ve idari düzenlemeleri yapmayı içeren pozitif yükümlülükleri bulunduğu da Mahkeme tarafından kayıt altına alınmıştır.[146]

AİHM içtihadı göz önüne alındığında, medya özgürlüğünün etkin bir biçimde hayata geçirilebilmesi için devletlerin medyada çoğulcu bir yapının oluşmasını sağlayacak yasal, idari düzenlemeleri yapma, gazetecilerin toplumsal meselelere ilişkin tartışmalara katkı sunabileceği çalışma ortamının yaratılması, medya çalışanlarına üçüncü kişilerden gelebilecek -yetkililer için imkansız ve adil olmayan bir yük oluşturmadığı sürece- saldırıları önleme, üçüncü kişiler tarafından medya çalışanlarına yönelik olarak gerçekleştirilen eylemler hakkında etkili/bağımsız soruşturma yürütme ve kamu makamlarının elinde hazır - ulaşılabilir durumda olan bilgi ile belgeler husu-

---

[142] Centro Europa 7 S.R.L ve Di Stefano/İtalya, Başvuru No. 38433/09, 07/06/2012.

[143] Centro Europa 7 S.R.L ve Di Stefano/İtalya, para. 130.

[144] Centro Europa 7 S.R.L ve Di Stefano/İtalya, para. 132.

[145] Centro Europa 7 S.R.L ve Di Stefano/İtalya, para. 133.

[146] Centro Europa 7 S.R.L ve Di Stefano/İtalya, para. 134.

sunda bilgi edinme hakkını sağlama gibi pozitif yükümlülükleri bulunmaktadır.[147]

II. SINIRLAMA REJİMİ

1. Genel Olarak

İfade (medya) özgürlüğü sınırsız bir özgürlük değildir. AİHS'nin 10. maddesinin ikinci fıkrasında ifade (medya) özgürlüğüne getirilecek sınırlamalarda uyulması gereken "sınırlama ölçütleri" kayıt altına alınmıştır. Başka bir deyişle, AİHS madde 10/2 aynı zamanda ifade (medya) özgürlüğüne getirilecek sınırlamaların sınırını oluşturmaktadır.[148] İlgili düzenleme, 10. maddenin ilk fıkrasında güvence altına alınan özgürlüklerin kullanılmasının "görev ve sorumluklar" da yüklediğini belirtmektedir. Görev ve sorumluluklar kavramı, medya özgürlüğüne ilişkin başvurular AİHM tarafından incelenirken, gazetecilerin göz önüne almaları gereken hususları nitelemek için kullanılmaktadır.[149]

AİHM ifade (medya) özgürlüğüne ilişkin bir başvuru önüne geldiğinde ilk olarak yapılan eylem veya işlemin, medya özgürlüğüne bir müdahale oluşturup oluşturmadığını değerlendirmektedir. Mahkeme, taraf devletler ya da üçüncü kişiler tarafından yapılan eylem veya işlemin medya özgürlüğüne müdahale[150] niteliğinde olduğunu kararlaştırırsa, müdahalenin Sözleşme'ye

---

[147] AİHM içtihadında belirtilen pozitif yükümlülüklerin, taraf devletlerin yasama, yürütme ve yargı erkleri tarafından etkin olarak sağlanması gerektiğini Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi de *"Gazeteciler ve diğer medya çalışanları ile gazeteciliğin korunması"* konulu, 13 Nisan 2016 tarih CM Rec(2016)4 sayılı tavsiye kararında belirtmiştir. İlgili tavsiye kararına şu adresten ulaşılabilir: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016806415d9#_ftn1 (Erişim Tarihi: 21/02/2020).

[148] İNCEOĞLU Sibel, "Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi", içinde **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme** (Editör: Sibel İnceoğlu), 2. Baskı, Beta, İstanbul, 2013, s. 26.

[149] AİHM, medya özgürlüğüne ilişkin kararlarında "görev ve sorumluluk" kavramını kullanırken gazetecilerin, gazetecilik etiğine uygun hareket etmeleri gerektiğini de belirtmektedir. Gazetecilik etiğine uygun hareket etmek, başka bir deyişle etik gazetecilik, gazetecilerin haberleri kamuoyuna sunarken tarafsız hareket ederek doğru ve güvenilir bilgileri kamuoyuna aktarmaları şeklinde tanımlanabilir. Etik gazetecilik kavramının tanımı için bkz. WHITE Aidan, "Ethical Journalism: An Inspriation for Responsible Communications in Europe", içinde **Journalism at Risk: Threats, Challenges and Perspectives** (Editor: Onur Andreotti), Council of Europe, Strasbourg, 2015, s. 195.

[150] AİHM içtihadı incelendiğinde medya özgürlüğüne müdahale teşkil eden işlemlere -tüketici olmayan bir biçimde- şunlar örnek verilebilir: Düşmanla işbirliğini övme iddiasıyla mahku-

uygunluğunu denetlemek için üç aşamalı bir test gerçekleştirmektedir.[151] Mahkeme bu test kapsamında öncelikle yapılan müdahalenin yasayla öngörülmüş olup olmadığını denetlemektedir. İkinci aşamada, yapılan müdahalenin AİHS madde 10/2'de yer alan meşru amaçlardan birinin ya da birkaçının sağlanmasına yönelik olup olmadığını inceleyen Mahkeme, son olaraksa yapılan müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığını ele alarak kararını vermektedir.[152] AİHM, uyguladığı üç aşamalı testte söz konusu sırayı her zaman takip etmemektedir. Müdahalenin "yasayla öngörülmediği" durumlarda diğer iki ölçütü incelemeden ihlal kararı veren Mahkeme, başvurucu ile aleyhine başvurulan devlet arasında ilk iki sınırlama ölçütüne ilişkin bir uyuşmazlığın olmadığı durumlarda ise, doğrudan "demokratik toplumda gerekli olma" ölçütünü detaylı biçimde inceleyerek kararını vermektedir.[153] Bu bölümde, AİHS madde 10/2'de kayıt altına alınan sınırlama ölçütlerini değerlendirmeye geçmeden önce, Mahkeme'nin "görev ve sorumluluk" kavramını medya özgürlüğü söz konusu olduğunda nasıl yorumladığı meselesinin ele alınması yerinde olacaktır.

2. Görev ve Sorumluluk Kavramı

İfade (medya) özgürlüğünün, "görev ve sorumluluk" da yüklediği ve buna uygun olarak kullanılması gerektiğine dair düzenleme, AİHS'de güvence altına diğer hak ve özgürlükler için öngörülmeyen, sadece 10. maddeye özgü bir düzenlemedir.[154] Bireyler ifade özgürlüklerini kullanırlarken, yerine getirdikleri mesleğin, sahip oldukları statülerin kendilerine yükledik-

---

miyet, düşmanla işbirliği yapıldığı gerekçesiyle yayıncılık mesleğinden ihraç edilme, çalıştığı kanalın yönetimini eleştirmesi nedeniyle gazetecinin işine son verilmesi, her türlü yayın yasağı, gazetecinin haber kaynağını açıklaması yönünde verilen mahkeme kararı, yayın aracının toplatılması, zaptı veya müsaderesi, Radyo-TV yayın ruhsatı talebinin reddi, TV reklamının yetkili makam tarafından yasaklanması, ülke dışında yayımlanmış bir kitabın ülkeye girişinin yasaklanması. Tüm bu örnekler için bkz. **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK**, 2019, ss. 577-78.

151 AİHS'nin özel ve aile hayatına saygı hakkını düzenleyen sekizinci, düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü düzenleyen dokuzuncu, ifade özgürlüğünü düzenleyen onuncu, toplantı ve dernek kurma özgürlüğünü düzenleyen on birinci maddeleri benzer yapıya sahiptirler. İlk fıkralarında maddede düzenlenen hak ya da özgürlüğe sağlanan güvenceler yer alırken, ikinci fıkralarında aralarındaki küçük farklara rağmen ilgili hak veya özgürlüğün sınırlanması için öngörülen sınırlama ölçütleri yer almaktadır. Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz. **RAINEY/WICKS/OVEY**, 2017, ss. 340-368.

152 GÖZÜBÜYÜK A. Şeref / GÖLCÜKLÜ Feyyaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması,** 11. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 392.

153 **RAINEY/WICKS/OVEY**, 2017, s. 342.

154 **BYCHAWSKA-SINIARSKA**, 2018, s. 23.

leri görev ve sorumlulukları göz önünde tutmak; meslek ve statülerinden kaynaklanan hassasiyetleri dikkate almak durumundadırlar.[155] Engel ve diğerleri davasında Mahkeme, üst düzey askeri görevlileri eleştiren ifadeler içeren derginin yayımlanması ve dağıtılmasına getirilen yasak ve ilgili derginin hazırlanmasına/dağıtılmasına katkıda bulunan, o sırada askerlik görevini yerine getiren kişilere disiplin cezası verilmesini AİHS'ye uygun bulmuştur.[156] Mahkeme yaptığı değerlendirmede, askeri görevlilerin de ifade özgürlüğüne sahip olduklarını ancak olayda, askeri disiplinin sağlanması için getirilen hukuki düzenlemelerin Sözleşme'nin 10. maddesinin ikinci fıkrasına aykırılık oluşturmadığını ifade etmiştir. AİHM askerlik hayatının kendine özgü niteliklerini, askeri yetkililerin görev ve sorumluluklarını, devletlerin bu konuda sahip oldukları takdir marjını göz önüne alarak, yapılan müdahalenin ifade özgürlüğünün *"aşırı"* biçimde kullanılmasını cezalandırdığı ve başvurucuları ifade özgürlüğünden tamamen mahrum bırakmadığı gerekçeleriyle 10. maddenin ihlal edilmediğini kararlaştırmıştır.[157]

Engel ve diğerleri davasına ilişkin verdiği karardan yaklaşık 20 yıl sonra, Mahkeme benzer özelliklere sahip bir başka başvuru hakkında bu sefer ihlal kararı vermiştir. Avusturya'ya karşı yapılan başvuru, askerlere yönelik olarak hazırlanan ve askerlik hayatına ilişkin -eleştirel nitelikte olan- haber ve makalelerin yer aldığı aylık bir derginin (*"der Igel"*) kışlalarda dağıtılmasına Avusturya Savunma Bakanlığı'nın izin vermemesine ilişkindir.[158] AİHM, *"der Igel'in"* başvurusunun reddedildiği dönemde, askeri kışlalarda ordunun kendisi tarafından hazırlanan dergi ile başka bir askeri derneğin hazırladığı derginin ücretsiz bir biçimde dağıtıldığını belirtmiştir. Sadece *der Igel* isimli derginin bu imkandan mahrum olduğunun altını çizen Mahkeme, söz konusu hususun *der Igel'in* okuyucu sayısını arttırma şansını zayıflattığını ifade etmiştir.[159] İfade özgürlüğüne getirilen istisnaların/sınırlamaların dar yorumlanması gerektiğine dikkat çeken AİHM, dergide yer alan görüşlerin polemik yaratacak bir tona sahip olmalarına rağmen itaatsizliğe-şiddete teşvik etmediklerini, bu bağlamda demokratik bir devletin ordusu tarafından

---

155 **GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ**, 2016, ss. 405-406.

156 Engel ve Diğerleri/Hollanda, Başvuru Nos. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, 23/11/1976.

157 Engel ve Diğerleri/Hollanda, para. 100-101.

158 Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs ve Gubi/Avusturya, Başvuru No. 15153/89, 19/12/1994.

159 VDSÖ ve Gubi/Avusturya, para. 37.

hoş görülmesi gereken fikirlerin tartışılması sınırını aşmadıklarını belirterek 10. maddenin ihlal edildiğini kararlaştırmıştır.[160]

Gazetecilerin mesleklerini yerine getirirken uygun hareket etmeleri gereken görev ve sorumluluklara dair de Mahkeme önemli kararlar vermiştir. Bu bağlamda gazetecilerin, Sözleşme kapsamında medya özgürlüğüne sağlanan güvencelerden faydalanabilmeleri için iyi niyetle hareket ederek gazetecilik etiğine uygun, doğru ve güvenilir bilgi-haber vermeleri gerekmektedir.[161] Gazetecilerin "görev ve sorumlulukları" meselesi AİHM tarafından değerlendirilirken, kullanılan aracın potansiyel etkileri de göz önüne alınmaktadır. Ancak Mahkeme'ye göre nesnel ve dengeli habercilik yapma yöntemleri çeşitlilik göstermektedir. Bu kapsamda ne ulusal mahkemeler ne de AİHM, gazetecilerin yerine geçerek onların görüş ve haberleri hangi yöntemlerle aktarmaları gerektiğini belirleyebilir.[162] Gazeteciler ile diğer medya çalışanları, üzerlerine düşen görev ve sorumluluklar kapsamında gerekli özen ve profesyonelliği -başkalarının kişilik haklarına saldırıda bulunma gayesi gütmeden ve olguları güvenilir kaynaklardan elde ederek- yerine getirerek hareket etmelidirler.[163]

Gazetecilerin haberlerin hazırlanma aşamasında gerekli bilgi ve belgelere ulaşmak için gerçekleştirdiği eylem ile işlemler kimi durumlarda hukuka aykırı durumların ortaya çıkmasına yol açabilmektedir. Bu gibi durumlar söz konusu olduğunda, gazetecilerin söz konusu eylem ve işlemlerinin medya özgürlüğü çerçevesinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği de Mahkeme tarafından karara bağlanmıştır.[164] Olay yerine daha hızlı ulaşmak için polis telsizlerinin hukuka aykırı olarak dinlenmesi,[165] ülkede silah edinme hususunda yeterli önlemlerin alınmadığını haberleştirmek için yasa-dışı yollardan silah temin etme,[166] hava alanlarındaki güvenlik zafiyetine dair haber yaparken silahla uçağa binme,[167] protesto gösterisinin çatışmaya dönmesi sonrasında polisin uyarısına rağmen protestonun yapıldığı alanı terk etmeyen ga-

---

[160] VDSÖ ve Gubi/Avusturya, para. 38.

[161] **VAN RIJN**, 2018, s. 788.

[162] Jersild/Danimarka, para. 31.

[163] **BYCHAWSKA-SINIARSKA**, 2018, s. 90.

[164] **VOORHOOF**, 2015, ss. 119-120.

[165] Brambilla ve Diğerleri/İtalya, Başvuru No. 22567/09, 23/06/2016.

[166] Salihu ve Diğerleri/İsveç (Kabul Edilemezlik Kararı), Başvuru No. 33628/15, 10/05/2016.

[167] Erdtmann/Almanya (Kabul Edilemezlik Kararı), Başvuru No. 56328/10, 05/01/2016.

zetecinin gözaltına alınması[168] hususlarında AİHM, yapılan müdahalelerin 10. maddeyi ihlal etmediği yönünde kararlar vermiştir. Mahkeme, ihlal olmadığına ilişkin kararlar verirken şu hususları göz önüne almıştır: 1) Yarışan menfaatleri, 2) Yapılan müdahalelerin/uygulanan önlemlerin ulusal mahkemeler tarafından nasıl denetlendiğini, 3) Başvurucu gazetecilerin davranışlarını, 4) Gazetecilere uygulanan yaptırımların ölçülü olup olmadığını.[169]

Medya özgürlüğünün, kamu yararını ilgilendiren meselelerin aktarılmasında dahi gazetecilere sınırsız koruma sağlamadığını[170] belirten AİHM, ilgili başvurular hakkında karar verirken "sorumlu gazetecilik" kavramına da atıf yapmıştır. Sorumlu gazetecilik kavramının, gazetecilerin haber/bilgilere ulaşırken sergilediği davranışları, kamu otoriteleri ile olan iletişimlerini ve tüm bu davranışların/iletişimlerin hukuka uygun olmasını da kapsadığını ifade eden Mahkeme,[171] medya özgürlüğünün demokratik toplum düzenindeki vazgeçilmez rolünün, gazetecilerin ceza yasalarına uyma yükümlülüklerini ortadan kaldırmadığını belirtmiştir.[172] AİHM, gazetecilerin yazı ya da görüşleri nedeniyle değil; yasalara aykırı hareket etmeleri yüzünden hukuki yaptırımlara maruz kaldıkları ve uygulanan yaptırımların ölçülü olduğu[173] gerekçeleriyle dört başvuruda da 10. maddenin ihlal edilmediğini kararlaştırmıştır.[174] Söz konusu kararlar bir arada değerlendirildiğinde, gazetecilerin haber/bilgilerin yayımlanmasından önce gerçekleştirdikleri faaliyetlerin yasaları ihlal etmesi durumunda, Mahkeme'nin bu tarz gazetecilik faaliyetlerini medya özgürlüğü kapsamında değerlendirmediği söylenebilir.

---

168 Pentikainen/Finlandiya (Büyük Daire), Başvuru No. 11882/10, 20/1072015.

169 Brambilla ve Diğerleri/İtalya, para. 56; Pentikainen/Finlandiya, para. 112-113.

170 Brambilla ve Diğerleri/İtalya, para. 55; Pentikainen/Finlandiya, para. 110.

171 Brambilla ve Diğerleri/İtalya, para. 53; Pentikainen/Finlandiya, para. 90.

172 Brambilla ve Diğerleri/İtalya, para. 54.

173 İlgili davalarda gazetecilere verilen hapis cezaları ertelenmiş (Brambilla ve Diğerleri/İtalya, Salihu ve Diğerleri/İsveç) veya adli para cezası verilmiştir (Erdtmann/Almanya). Ceza davası açılmayan başvuruda (Pentikainen/Finlandiya) ise gazeteci, 17,5 saat gözaltında tutulduktan sonra serbest bırakılmıştır.

174 İlgili başvurulardan ikisi (Salihu ve Diğerleri/İsveç ile Erdtmann/Almanya) kabul edilemez bulunurken, diğer ikisi hakkında (Brambilla ve Diğerleri/İtalya ile Pentikainen/Finlandiya) AİHM ihlal olmadığı yönünde karar vermiştir.

3. Sınırlama Ölçütleri

A. Yasayla Öngörülme

AİHS madde 10/2'de düzenlenen ve ifade (medya) özgürlüğüne yapılan müdahalelerin Sözleşme'ye uygunluğu denetlenirken AİHM tarafından ilk sırada ele alınan sınırlama ölçütü yasayla öngörülmedir. Söz konusu ölçüte göre, ifade (medya) özgürlüğüne müdahale oluşturan işlem ya da eylemin ulusal hukuk alanında bir dayanağının bulunması, bu dayanağın da ulaşılabilir ve öngörülebilir olması gerekmektedir.[175] Yasayla öngörülme ölçütünün unsurlarını ele almaya başlamadan önce, AİHM'nin "yasa" kavramını nasıl yorumladığı hususu üzerinde durmak yerinde olacaktır. İnceoğlu'na göre AİHM içtihadı göz önüne alındığında, sınırlamayı yapan hukuki düzenlemenin kaynağı ya da ilgili düzenlemeyi yapan organ değil; hukuki düzenlemenin niteliği Mahkeme tarafından esas alınmaktadır.[176] Başka bir deyişle, Mahkeme yasa kavramını yorumlarken şekli anlamda değil; maddi anlamda yasa anlayışını benimsemektedir. Bu bağlamda ulusal mahkemelerin kararlarıyla meydana gelen ve medya özgürlüğüne müdahale oluşturan istikrarlı bir içtihat da yasayla öngörülme ölçütü kapsamında değerlendirilmektedir.[177]

Yasayla öngörülme ölçütü AİHM tarafından incelenirken üzerinde en çok durulan iki husus, ifade (medya) özgürlüğüne sınırlama getiren düzenlemenin iç hukukta ulaşılabilir ve öngörülebilir niteliklere sahip olup olmadığıdır.[178] İfade (medya) özgürlüğüne sınırlama getiren hukuki düzenlemenin ulaşılabilir olması, ilgili kişilerin söz konusu düzenlemenin mevcudiyetinden haberdar olabilecek -örneğin Resmi Gazetede yayımlanma- durumda olmaları anlamına gelmektedir.[179] Ancak sınırlama getiren düzenlemenin ulaşılabilir olması, başka bir deyişle, tek başına soyut mevcudiyeti yasayla öngörülme ölçütünün sağlanması için yeterli değildir. İlgili düzenlemenin aynı zamanda keyfiliğe yol açmayacak açıklıkta bir içeriğe sahip olması gerekmektedir. Kişilerin, gerektiğinde bir avukatın yardımıyla da olsa, eylem, işlem ve davranışlarını ilgili düzenlemeye göre ayarlayabilme imkanını haiz olmaları öngörülebilirlik unsuruna tekabül eder. Düzenlemenin belirli

---

175 **RAINEY/WICKS/OVEY**, 2017, s. 343.

176 **İNCEOĞLU**, 2013, s. 30.

177 **HARRIS/O'BOYLE/BATES/BUCKLEY**, 2018, s. 629.

178 **DOĞRU/NALBANT**, 2013, s. 227.

179 **GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ**, 2016, s. 396.

ölçüde soyut ve karmaşık nitelikte olması, tek başına öngörülebilirlik unsuruna aykırılık oluşturmaz.[180]

AİHM medya özgürlüğüne sınırlama getiren hukuki düzenlemenin niteliğini göz önüne alarak, taraf devletlerin yasayla öngörülme ölçütüne uygun hareket edip etmediklerini değerlendirmektedir. Devlet yetkilileri ile uygulayıcılara hukukun üstünlüğü ilkesiyle bağdaşmayan, sınırları belirsiz müdahale yetkisi veren, başka bir deyişle, yetkililerin keyfi müdahalelerine karşı yeterli kesinlikte yasal güvence sağlamayan düzenlemeler "öngörülebilir" olmadıkları gerekçesiyle Mahkeme tarafından "yasayla öngörülme" ölçütüne aykırı bulunmuşlardır.[181] AİHM, medya özgürlüğüne yapılan müdahalenin "yasayla öngörülme" ölçütüne aykırı olduğuna karar verirse, diğer iki sınırlama ölçütü hakkında herhangi bir inceleme gerçekleştirmeden 10. maddenin ihlal edildiğini kayıt altına almaktadır.

B. Demokratik Toplumda Gerekli Olma

AİHM'nin ifade (medya) özgürlüğüne yapılan bir müdahalenin Sözleşme'ye uygunluğunu denetlerken üzerinde en fazla durduğu sınırlama ölçütü demokratik toplumda gerekli olmadır. Bu bağlamda söz konusu ölçütün daha iyi anlaşılması için AİHM'nin *"demokratik toplum"* ve *"gerekli"* kavramlarını nasıl yorumlandığının ele alınması yerinde olacaktır. Mahkeme, demokratik toplumu *"çoğulculuk"*, *"hoşgörü"* ve *"açık fikirlilik"* unsurlarını/değerlerini barındıran bir toplum olarak tarif etmektedir.[182] Mahkeme'nin demokratik toplum anlayışı, çoğunluktan farklı olma ve çoğunluk iktidarının sınırlanması unsurlarını da içermektedir.[183] Mahkeme bu unsurları ihtiva eden bir düzende medya özgürlüğüne yapılan müdahalenin *"gerekli"* olması şartını da aramaktadır. AİHM'ye göre gerekli kavramı, Sözleşme'nin diğer maddelerinde öngörülen *"vazgeçilmez"*, *"mutlak surette gerekli"*, *"ancak durumun zorunlu olarak gerektirdiği ölçüde"* düzenlemelerinin taşıdığı kesinlik ve katılığı içermemekte; buna mukabil *"kabul edilebilir"*, *"olağan"* ya da *"uygun"* kavramlarının esneklik ve yumuşaklığını da barındırmamaktadır.[184]

---

[180] **İNCEOĞLU**, 2013, s. 30.

[181] Söz konusu hususu ele alan AİHM kararları için bkz. Altuğ Taner Akçam/Türkiye, Başvuru No. 27520/07, 25/10/2011, para. 94-95; Ahmet Yıldırım/Türkiye, para. 59-70; Centro Europa 7 S.R.L ve Di Stefano/İtalya, para. 139-155.

[182] **RAINEY/WICKS/OVEY**, 2017, s. 361. AİHM'nin demokratik toplum kavramına ilişkin temel ilkeleri ortaya koyduğu kararı için bkz. Handyside/Birleşik Krallık, para. 49.

[183] **İNCEOĞL**U, 2013, s. 34.

[184] **GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ**, 2016, s. 397.

Demokratik toplum ve gerekli kavramlarını bu şekilde yorumlayan AİHM'nin içtihadı incelendiğinde, medya özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik toplumda gerekli olma ölçütüne uygun olması için şu iki unsuru barındırması gerekmektedir: 1) Yapılan müdahalenin zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca karşılık gelmesi. 2) Ölçülülük.[185] Bu iki unsurun "demokratik toplumda gerekli olma" sınırlama ölçütünün alt unsurları olduğu söylenebilir. Müdahalenin zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca karşılık gelmesi, medya özgürlüğüne yapılan müdahalenin Sözleşme'nin 10. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen meşru amaçlardan biri veya birkaçının sağlanması bağlamında meşruluk kazanması anlamına gelmektedir.[186] Ölçülülük unsuru ise Sözleşme'de güvence altına alınan hak ya da özgürlüğe yapılan müdahalede, kullanılan araç ile ulaşılmak istenen meşru amaç ya da amaçlar arasında bir orantı/denge bulunması gereğini ifade etmektedir.[187]

Zorlayıcı toplumsal ihtiyaca karşılık gelme ve ölçülülük unsurlarını içeren "demokratik toplumda gerekli olma" ölçütü Mahkeme tarafından ele alınırken en fazla tartışma yaratan husus, Sözleşme'ye taraf devletlerin sahip oldukları takdir marjıdır. Bu bağlamda takdir marjı kavramının tanımı, kapsam ve içeriği ile medya özgürlüğüne ilişkin davalarda Mahkeme tarafından nasıl kullanıldığı hususlarını aşağıda ayrı bir başlık altında ele almak yerinde olacaktır.

C. Takdir Marjı Kavramı

Takdir marjı, Sözleşme hükümlerinin uygulanmasında ya da yorumlanmasında AİHM tarafından Sözleşme'ye taraf devletlere tanınan belirli bir hareket alanı, değerlendirme serbestisidir.[188] Tanımı bu şekilde yapılabilecek kavramın, kapsam ve içeriği ise her somut olayın şartları ile müdahaleye konu olan hak ya da özgürlüğe ve bunları sınırlandırırken ulaşılmak istenen meşru amaca göre değişiklik göstermektedir.[189] Takdir marjı doktrini,

---

185 **SCHABAS**, 2015, ss. 474-475.

186 **KARAN,** 2018, s. 147.

187 ARAI-TAKAHASHI Yutaka, "Proportionality", içinde **The Oxford Handbook of International Human Rights Law** (Edited by Dinah SHELTON), First Edition, Oxford University Press, New York, 2013, s. 455.

188 DOĞRU Derya, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargılamasında Takdir Marjı Doktrini**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 9; ARAI-TAKAHASHİ Yutaka, **The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR**, First Edition, Intersentia, Antwerp, 2002, s. 2.

189 **GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ**, 2016, s. 398.

AİHS'nin ikincilliği ve tamamlayıcı nitelikte olması özellikleriyle de yakından bağlantılıdır. İlgili doktrin çerçevesinde AİHM, bir tarafta devletlerin egemenliklerini, toplumsal farklılıklarını dikkate alırken, diğer yandan ise asgari ölçüde insan hakları standardı oluşturmaya çabalamaktadır.[190] Avrupa Konsensüsü'nün olmadığı durumlarda, Sözleşmeye taraf devletlere tanınan değerlendirme serbestisinin genişliği artmaktadır.[191]

Takdir marjı doktrininin kapsam ve içeriği her somut olayın koşullarına göre değişiklik gösterebildiği için bu konuda kesin bir belirleme yapmak mümkün gözükmemektedir. Letsas, AİHM'nin takdir marjı doktrinini iki farklı biçimde kullandığını belirtmektedir. Bunlardan ilkini maddi anlamda takdir marjı doktrini şeklinde niteleyen Letsas, Mahkeme'nin bu durumda yarışan haklar arasında bir denge kurma amacıyla -bireysel özgürlük ile toplum yararı arasında- doktrine başvurduğunu ifade etmektedir. Letsas, doktrinin Mahkeme tarafından kullanıldığı diğer biçimi ise yapısal olarak nitelemiştir. AİHM yapısal anlamda takdir marjı doktrinine başvurduğunda ise genellikle ikincillik ilkesi ile devletlerin uygulamadaki uzlaşılarına bakarak kendi denetiminin sınırını ve yoğunluğunu belirlemektedir.[192] Letsas, Mahkeme'nin takdir marjı doktrinini iki farklı anlamda kullanması hususunda, bunlar arasında ayrım yapmada başarısız olduğunu, bunun da uygulamada kafa karışıklığına yol açtığını ileri sürmektedir.[193]

Takdir marjı kavramı, AİHM içtihadında ilk kez Sözleşme'nin 15. maddesi çerçevesinde olağanüstü durumlarda ulusal makamlar tarafından Sözleşme'deki güvencelere getirilen istisnalara ilişkin kararda kullanılmıştır.[194] Sözleşme'nin 15. maddesine ilişkin davalarda kullanılmaya başlanan takdir marjı doktrini, kısa süre sonra Sözleşme'nin diğer maddelerine dair başvurularda da Mahkeme tarafından uygulanmıştır.[195]

---

190 **DOĞRU**, 2019, s. 12.

191 GREER Steven, **The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights**, Council of Europe, Strasbourg, 2000, s. 10.

192 LETSAS George, "Two Concepts of the Margin of Appreciation", **Oxford Journal of Legal Studies**, Volume 26, No. 4, 2006, s. 706.

193 **LETSAS**, 2006, s. 706.

194 **DOĞRU**, 2019, s. 14. Kavramın ilk kez kullanıldığı karar için bkz. Yunanistan/Birleşik Krallık, Başvuru No. 176/56, 26/09/1958.

195 **DOĞRU**, 2019, s. 17. Kararın 10. madde kapsamında ilk kez uygulandığı dava için bkz. Handyside/Birleşik Krallık, Başvuru No. 5493/72, 07/12/1976.

AİHM kararları çerçevesinde içtihadi bir gelişim gösteren takdir marjı doktrini, Sözleşmeye ek 15 Numaralı Protokol'ün yürürlüğe girmesiyle beraber normatif bir temele de kavuşacaktır.[196] Ancak Sözleşme'ye taraf devletlerin sahip olduğu takdir marjı sınırsız değildir; AİHM'nin denetimindedir. Bu bağlamda 10. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen sınırlama ölçütleri dar bir biçimde yorumlanmalı, ifade (medya) özgürlüğüne sınırlama getiren uygulamanın gerekliliği, taraf devletlerce ikna edici bir şekilde ortaya konulmalıdır. İfade (medya) özgürlüğüne müdahale teşkil eden uygulamayı gerçekleştiren devletin ortaya koyduğu gerekçeler ilgili ve yeterli olmalıdır.[197] Mahkeme, taraf devletin sahip olduğu takdir marjını Sözleşme'ye uygun şekilde kullanıp kullanmadığını denetlerken ölçülülük ilkesine de sıklıkla başvurmaktadır. Ölçülülük ilkesinin yoğunluğu arttıkça, taraf devletlerin sahip oldukları takdir marjının kapsamı daralmaktadır. AİHM, ölçülülük unsuru bağlamında devletlerin sahip olduğu takdir marjını denetlerken, ifade (medya) özgürlüğüne getirilen sınırlamada *"daha az sınırlayıcı bir alternatifin bulunup bulunmadığı"* hususu ile sınırlama getirilen konuda Avrupa Konsensüsü olup olmadığını da dikkate alarak kararını vermektedir.[198]

Sözleşme'nin 10. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğü söz konusu olduğunda, siyasal ve kamu yararını ilgilendiren meselelere dair hususlarda devletlere oldukça sınırlı bir takdir marjı bırakan AİHM, ticari nitelikli ifadeler ile ahlakın ve dinin korunması amacıyla ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamalarda ise taraf devletlerin oldukça geniş bir takdir marjına sahip olduklarını karar altına almıştır.[199] Medya özgürlüğü söz konusu olduğunda ise Mahkeme, Sözleşme'ye taraf devletlerin sahip olduğu takdir marjını oldukça daraltarak, medya özgürlüğüne önemli bir güvence sağlamakta-

---

[196] 15 Numaralı ek protokol ile taraf devletlerin Sözleşmede yer verilen hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmasında birincil derecede sorumlu oldukları ve bu hususta AİHM'nin denetimine tabi olan bir takdir marjına sahip oldukları, AİHS'nin başlangıç kısmına eklenecektir. İtalya ve Bosna-Hersek devletleri (21/02/2020 tarihi itibariyle) Protokolü onaylamadıkları için 15 numaralı ek protokol henüz yürürlüğe girmemiştir. 15 numaralı ek protokolün metnine (İngilizce olarak) şu adresten ulaşılabilir: https://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_15_ENG.pdf (Erişim Tarihi: 21/02/2020).

[197] **ARAI-TAKAHASHI**, 2002, s. 11. Belirtilen tüm bu hususlar AİHM tarafından önüne gelen başvuruya uygulanmadan önce, ifade (medya) özgürlüğüne ilişkin genel ilkeler kapsamında sıralanmaktadır. Bkz. Thoma/Lüksemburg, Başvuru No. 38432/97, 29/03/2001, para. 43; Şener/Türkiye, Başvuru No. 26680/95, 18/07/2000, para. 39.

[198] **ARAI-TAKAHASHI**, 2002, ss. 14-16.

[199] **KARAN**, 2013, s. 371.

dır. Medyanın, demokratik toplum düzeninde oynadığı kamunun bekçi köpeği olma rolünü, kamu yararını ilgilendiren meselelerde kamusal tartışmaya olan katkısını, halkın bilgi-haber alma özgürlüğünün etkin olarak sağlanmasındaki önemini, yöneten ile yönetilenler arasında interaktif bilgi akışını sağlayarak halkın karar alma süreçlerine katılımını sağlamasını ve siyasetçiler ile hükümetin kamuoyu tarafından denetlenmesini sağlama gibi işlevlerini göz önüne alan Mahkeme, devletlerin medya özgürlüğüne getirilecek sınırlamalarda sahip oldukları takdir marjının kapsamını oldukça daraltırken, medya özgürlüğüne sağlanan korumanın kapsamını ise genişletmektedir.[200]

Haberin *"çabuk eskiyen bir meta (mal)"* olduğunu belirten AİHM, medya özgürlüğüne yönelik yayımdan önce getirilen ve sansür niteliğinde olan sınırlamalar[201] ile gazetecilerin haber kaynaklarına yönelik sınırlamaların,[202] en dikkatli (özenli) değerlendirmeye tabi tutulması gerektiğini ifade etmiştir. Sansür niteliğindeki sınırlamaların medya özgürlüğü üzerinde oluşturacağı *"caydırıcı etkiye"* dikkat çeken Mahkeme, aynı gerekçeyle - caydırıcı etki- gazeteciler aleyhine verilen hapis cezaları[203] ve tutuklama kararları[204] (hapis cezaları uygulanmayıp ertelense bile) ile ağır tazminat miktarlarını[205] da ölçülülük unsuruna aykırı oldukları için ihlal oluşturan durumlar olarak değerlendirmektedir.[206] Medya özgürlüğüne yönelik olarak, Sözleşme'ye taraf devletlerce 10. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen meşru amaçlar çerçevesinde getirilen sınırlamalar aşağıda detaylı şekilde irdelenerek, Mahkeme'nin medya özgürlüğü hususundaki içtihadı değerlendirmeye tabi tutulacaktır.[207]

---

200 **ARAI-TAKAHASHI**, 2002, s. 127.

201 Ekin Association/Fransa, Başvuru No. 39288/98, 17/07/2001, para. 56.

202 Goodwin/Birleşik Krallık (Büyük Daire), Başvuru No. 17488/90, 27/03/1996, para. 39.

203 Cumpana ve Mazare/Romanya (Büyük Daire), Başvuru No. 33348/96, 17/12/2004, para. 114-115.

204 Ahmet Şık/Türkiye, Başvuru No. 53413/11, 08/07/2014, para. 111.

205 Tolstoy Miloslavsky/Birleşik Krallık, Başvuru No. 18139/91, 13/07/1995, para. 51.

206 **BYCHAWSKA-SINIARSKA**, 2018, ss. 91-93.

207 AİHM içtihadında medya özgürlüğüne ilişkin (Ekim 2017 tarihine kadar verilen) önemli kararların özetlenerek değerlendirildiği kapsamlı bir çalışma için bkz. VOORHOOF Dirk et al / McGONAGLE Tarlach (Editorial Supervision), **Freedom of Expression, the Media and Journalists: Case Law of the European Court of Human Rights**, IRIS Themes, European Audiovisual Observatory, Strasbourg, 2017. İlgili kaynağa şu adresten ulaşılabilir: https://rm.coe.int/freedom-of-expression-the-media-and-journalists-iris-themes-vol-iii-de/16807c1181 (Erişim Tarihi: 21/02/2020).

D. Meşru Amaçlar

İfade (medya) özgürlüğünün sınırlanması için Sözleşme'nin 10. maddesinin ikinci fıkrasında dokuz tane meşru amaç öngörülmüştür. Bunlar; ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün, kamu güvenliğinin korunması, düzensizliğin veya suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhretinin veya haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi ile yargı erkinin otorite ve tarafsızlığının güvence altına alınmasıdır. AİHS'de en fazla sınırlama nedenine (meşru amaca) yer verilen madde 10. maddedir.[208] Sözleşme'nin diğer maddelerinde olduğu gibi 10. maddede de sayılan sınırlama sebepleri sınırlı sayıdadır ve genişletilmeleri mümkün değildir.[209] Söz konusu meşru amaçlara ulaşılması amacıyla medya özgürlüğüne getirilen sınırlamalar, aşağıda ayrı alt başlıklar altında ele alınacaktır. Ulusal güvenliğin korunması meşru amacı, toprak bütünlüğünün, kamu güvenliğinin korunması ve düzensizliğin veya suç işlenmesinin önlenmesi meşru amaçlarıyla yakından ilgilidir. Bu bağlamda meşru amaçlara yönelik alt başlıklandırma yapılırken ulusal güvenliğin korunması başlığı toprak bütünlüğünün, kamu güvenliğinin korunması ile düzensizliğin veya suç işlenmesinin önlenmesi meşru amaçlarını kapsayacak biçimde kullanılacaktır. Ahlakın korunması, başkalarının şöhretinin ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi ile yargı erkinin otorite ve tarafsızlığının güvence altına alınması meşru amaçları ise ayrı alt-başlıklar altında incelenecektir.

a. Ulusal Güvenliğin Korunması

Ulusal güvenlik kavramının kapsam ve içeriğinin hukuki yönden tanımlanmasında AİHS'ye taraf devletler arasında bir uzlaşma bulunmamaktadır.[210] Taraf devletlerin ulusal güvenlik kavramına yükledikleri anlam, içinde bulundukları dönem ve koşullara göre değişiklik göstermektedir.[211] Bu se-

---

[208] **RAINEY/WICKS/OVEY**, 2017, s. 347.

[209] **KARAN**, 2018, s. 135.

[210] Cankaya ve Batur Yamaner'e göre ulusal güvenlik, toprak bütünlüğü ve kamu düzeni kavramları son derece muğlak kavramlardır. Bu sebeple söz konusu meşru amaçlara dayanarak ifade (medya) özgürlüğüne getirilen sınırlamalarda sıkıntılar yaşanmaktadır. Birey hak ve özgürlüklerini özümseyememiş devletler, ifade (medya) özgürlüğünün kullanım alanını daraltmaya çalışırken, AİHM devlet müdahalelerini asgari düzeyde tutmaya çalışmaktadır. Bkz. CANKAYA Özden / BATUR YAMANER Melike, **Kitle İletişim Özgürlüğü**, 2. Baskı, Beta, İstanbul, 2012, s. 71.

[211] **DOĞRU/NALBANT**, 2013, s. 229.

beplerden dolayı, AİHM de ulusal güvenliğin korunması meşru amacına başvuran devletlerin geniş bir takdir marjına sahip olduklarını kabul etmektedir.[212] Ancak ulusal güvenliğin korunması amacıyla medya özgürlüğüne getirilen sınırlamalar, medya özgürlüğünün demokratik toplum düzeninde oynadığı kamunun bekçi köpeği rolü göz önüne alınarak AİHM tarafından sıkı bir denetime tabi tutulmaktadır. Ulusal güvenliğin korunması hususu söz konusu olduğunda taraf devletler, devlet sırlarının ifşasının engellenmesi ile terörizmle mücadele çerçevesinde ayrılıkçı propagandanın önlenmesi gerekçelerini kullanarak medya özgürlüğüne sınırlamalar getirmektedirler.[213]

Devlet sırlarının ifşasının önlenmesi amacıyla[214] gazetelere getirilen geçici yayın yasağı, Birleşik Krallık'a karşı yapılan bir başvuruda Mahkeme önüne gelmiştir.[215] İngiliz İstihbarat Servisi'nin (MI5) eski bir çalışanı, kurumun izni olmadan kendi çalıştığı döneme ilişkin İstihbarat Servisi'nin yapısı, personeli, kullandığı yöntemler ve hukuka aykırı olarak adlandırdığı eylemleri hakkında bilgiler içeren *"Spycatcher"* isimli bir kitap yazmıştır. İlgili kitabın bazı bölümleri kısa makaleler halinde *Observer* ve *Guardian* gazetelerinde yayımlanmıştır. Söz konusu yayınlar sonrasında, ulusal mahkeme tarafından gazetelere yönelik geçici yayın yasağı kararı verilmiştir.[216] AİHM, önüne gelen bu davada kitabın içeriğine ilişkin bilgilerin başka mecralarda da yayımlanması, kitabın Amerika ve Avustralya'da basılması, haberin *"çabuk eskiyen meta"* niteliğinde olması nedeniyle yayımlanmasının kısa bir süre engellenmesinin dahi değerini ortadan kaldıracağı gerekçeleriyle, ulusal güvenliğin sağlanması amacı ile getirilen yayın yasağının demokratik toplumda gerekli olmadığına ve 10. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.[217]

Benzer bir durum Hollanda'ya karşı yapılan bir başvuruda da AİHM önüne gelmiştir.[218] Hollanda Ulusal Güvenlik Birimi'ne ait gizli ibaresi taşı-

---

[212] **DOĞRU**, 2019, s. 186.

[213] **SCHABAS**, 2015, s. 474.

[214] Devlet sırlarının ifşasının önlenmesi amacıyla medya özgürlüğüne yapılan müdahaleler, taraf devletlerce bazen *"gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi"* meşru amacına başvurularak da gerekçelendirilmektedir. Bu bölümde ele alınan kararlarda ise ilgili husus taraf devletlerce *"ulusal güvenliğin korunması"* meşru amacına başvurularak gerekçelendirilmiştir.

[215] Observer ve Guardian/Birleşik Krallık, Başvuru No. 13585/88, 26/11/1991.

[216] Observer ve Guardian/Birleşik Krallık, para. 17.

[217] Observer ve Guardian/Birleşik Krallık, para. 60 ve 67-71.

[218] Vereniging Weekblad Bluf/Hollanda, Başvuru No. 16616/90, 09/02/1995.

yan raporun, haftalık yayın yapan bir dergide yayımlanacağı ilgili dergi tarafından duyurulmuştur. Ulusal güvenlik biriminin başvurusu üzerine, derginin söz konusu sayısına henüz dağıtıma çıkmadan el konulmuş; dergi toplatılmıştır. Aynı gece, yetkililerin haberi olmadan dergi çalışanları toplatılan sayıyı yeniden basmışlar ve ertesi gün söz konusu sayının 2500 kopyasını Amsterdam sokaklarında elden dağıtmışlardır.[219] AİHM, önüne gelen bu davada da ulusal güvenliğinin korunması gerekçesiyle açıklanması engellenen bilgilerin, başka yollardan kamuoyuna duyurulduğunu, bu nedenle derginin ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamanın hedeflenen meşru amaca ulaşmada gerekli olmadığının altını çizerek ihlal kararı vermiştir.[220]

Sözleşme'ye taraf devletler tarafından ulusal güvenliğin korunması amacıyla terörle mücadele çerçevesinde de medya özgürlüğüne yönelik sınırlamalar uygulanmaktadır. Mahkeme bu gibi durumlarda ifadenin kim tarafından söylendiğini, içeriğini, ifadenin muhatabının kim olduğunu, bağlamını ve ifadenin iletilmesi için kullanılan aracı göz önüne alarak kararını vermektedir.[221] AİHM, şiddete teşvik eden veya şiddeti onaylayan ifadeler söz konusu olmadığında, sadece ayrılıkçı propaganda içeren ifadeler ile kamu makamlarına, siyasi yetkililere yönelik sert eleştirileri ifade (medya) özgürlüğü kapsamında değerlendirmektedir.[222] Mahkeme 8 Temmuz 1999 tarihinde Türkiye'ye karşı verdiği toplam 13 kararın 11'inde başvuranların ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini karar altına almıştır.[223] İlgili davalarda başvuranlar terör propagandası yaptıkları gerekçesiyle hapis cezasına çarptırılmışlardır. Türkiye AİHM önünde yaptığı savunmalarda, başvuranların ifade özgürlüğüne yapılan müdahalelerin ulusal güvenliğin ve ülke bütünlüğünün korunması amacıyla yapıldığını ileri sürmüştür. Mahkeme başvurulara ilişkin değerlendirmesini yaparken devletin, kamu düzenini sağlama yet-

---

219 Vereniging Weekblad Bluf/Hollanda, para. 10-12.

220 Vereniging Weekblad Bluf/Hollanda, para. 44-46.

221 **İNCEOĞLU**, 2013, s. 34.

222 **BYCHAWSKA-SINIARSKA**, 2018, s. 29.

223 Arslan/Türkiye, Başvuru No. 23462/94, 08/07/1999; Polat/Türkiye, Başvuru No. 23500/94, 08/07/1999; Başkaya ve Okçuoğlu/Türkiye, Başvuru Nos. 23536/94 ve 24408/94, 08/07/1999; Karataş/Türkiye, Başvuru No. 23168/94, 08/07/1999; Erdoğdu ve İnce/Türkiye, Başvuru Nos. 25067/94 ve 25068/94, 08/07/1999; Ceylan/Türkiye, Başvuru No. 23556/94, 08/07/1999; Okçuoğlu/Türkiye, Başvuru No. 24246/94, 08/07/1999; Gerger/Türkiye, Başvuru No. 24919/94, 08/07/1999; Sürek ve Özdemir/Türkiye, Başvuru Nos. 23927/94 ve 24277/94, 08/07/1999; Sürek/Türkiye (No. 1), Başvuru No. 26682/95, 08/07/1999; Sürek/Türkiye (No. 2), Başvuru No. 24122/94, 08/07/1999; Sürek/Türkiye (No. 3), Başvuru No. 24735/94, 08/07/1999; Sürek/Türkiye (No. 4), Başvuru No. 24762/94, 08/07/1999.

kisini kabul etmekle beraber, medyanın da kamusal meselelere ilişkin haber ile bilgileri kamuoyuna aktarma hak ve görevinin bulunduğunu belirtmiştir.[224] Mahkeme'ye göre çatışma ve tansiyonun yoğun olduğu durumlarda dahi, kamuoyunun siyasal meselelere ilişkin farklı görüşleri öğrenme hakkı vardır. 13 başvurunun 11'nde makale, haber, kitap ve konuşmalarda geçen ifadelerin şiddete teşvik edici nitelikte olmadığını belirten AİHM, başvuranların ifade özgürlüğüne yönelik sınırlamaların ağırlıklarını da (20 ay hapis cezası, kitapların toplatılması vb.) göz önüne alarak 10. maddenin ihlal edildiği yönünde kararlar vermiştir.[225] Mahkeme, söz konusu ihlal kararlarını verirken özellikle hapis cezalarının, medyanın kamu yararını ilgilendiren hususlarda yapabileceği katkı üzerindeki caydırıcı etkisini dikkate almıştır.[226]

AİHM'nin ifade (medya) özgürlüğüne getirilen sınırlamaların ihlal oluşturmadığı yönünde karar verdiği iki davada ise Mahkeme, medyada yer alan ifadelerin şiddete teşvik edici nitelikte olduğunu belirtmiştir.[227] *"Haberde ve Yorumda Gerçek"* isimli haftalık yayın yapan bir dergide yer verilen *"Silahlar Özgürlüğü Engelleyemez"* ve *"Suç Bizim"* başlıklı iki okuyucu mektubunda, ülkenin güneydoğusunda yapılan askeri faaliyetlere yönelik *"Kürdistan'da yükselmekte olan bağımsızlık savaşı karşısında faşist Türk Ordusu bombalamaya devam etmektedir."*, *"Cinayet çetesi TC, insanlar olanlar karşısında uyanıp bilinçlendikçe, haklarını savunmayı öğrendikçe ve verilmemesi halinde zorla alacağımız fikri halkın aklında filizlenip, gün geçtikçe büyüdüğü sürece cinayetler de sürecektir."* şeklinde ifadeler kullanılmıştır. Ulusal mahkeme, derginin sahibi hakkında söz konusu okuyucu mektuplarındaki ifadeler nedeniyle adli para cezasına hükmetmiştir. AİHM, mektuplarda geçen *"faşist Türk Ordusu"*, *"Cinayet çetesi TC"*, *"Emperyalizmin kiralık katilleri"* gibi ifadelerin kullanıldığı bağlamın kanlı bir intikam ve şiddeti teşvik edici nitelik taşıdıklarını, bireylere, kamu görevlilerine ya da toplumun bir kesimine karşı şiddeti teşvik eden ifadeler söz konusu olduğunda Sözleşme'ye taraf devletlerin ifade özgürlüğünün sınırlanmasında daha geniş takdir marjına sahip olduklarını belirtmiştir.[228] Başvurucu dergi sahibinin, kendisini mektuplarda geçen ifadeler ile doğrudan özdeşleştirme-

---

[224] Sürek ve Özdemir/Türkiye, para. 58.

[225] **VOORHOOF et al./McGONAGLE**, 2017, s. 68.

[226] Arslan/Türkiye, para. 49; Sürek ve Özdemir/Türkiye, para. 62-64.

[227] İlgili kararlar için bkz. Sürek/Türkiye (No.1) ve Sürek/Türkiye (No. 3).

[228] Sürek/Türkiye (No 1), para. 61-62.

mesine rağmen, mektupların yazarlarına şiddet ve nefret içeren ifadeleri yaymaları için alan sağladığını ifade eden Mahkeme, başvurucuya verilen cezanın ağırlığını (adli para cezası) da göz önüne alarak, başvurucunun ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamanın gerekliliğinin devlet yetkilileri tarafından ilgili ve yeterli biçimde ortaya konulduğunu, sınırlamanın ölçülülük ilkesine de uygun olduğunu belirterek 10. maddenin ihlal edilmediğini kararlaştırmıştır.[229]

Siyasetçilerin medya organlarına yaptığı açıklamalar nedeniyle ifade özgürlüklerine getirilen sınırlamalar da, medya özgürlüğünün kapsam ve sınırlarının belirlenmesinde önemli rol oynamaktadır. Türkiye'ye karşı yapılan bir başka başvurunun konusunu Diyarbakır eski Belediye Başkanı Mehdi Zana'nın ulusal çapta yayın yapan bir gazeteye verdiği röportajda kullandığı, *"... PKK'nın ulusal kurtuluş hareketini destekliyorum. Katliamlardan yana değiliz, yanlış şeyler her yerde olur. Kadın ve çocukları yanlışlıkla öldürüyorlar..."* ifadeleri nedeniyle 12 ay hapis cezasına çarptırılmasının, ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiası oluşturmaktadır.[230] AİHM bu davada, söz konusu ifadenin bilinen bir siyasi figür tarafından ülkenin güneydoğusunda ciddi karışıklıklarının yaşandığı bir dönemde, ulusal çapta yayın yapan bir gazete aracılığıyla dile getirildiğini belirtmiştir.[231] Başvuranın kullandığı ifadelerin çelişki ve belirsizlik taşıdığını belirten Mahkeme,[232] ifadelerin ülkede toplumsal gerilimin yüksek olduğu bir zamanda kullanılması ve başvurana verilen hapis cezasının sadece beşte birini (2 ay 12 gün) hapiste geçirmesini dikkate alarak, ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamanın ulaşılmak istenen meşru amaçlar ile -ulusal güvenliğin ve kamu güvenliğinin korunması- orantılı olduğuna, 10. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir.[233]

"Düzensizliğin ve suç işlenmesinin önlenmesi" meşru amacı çerçevesinde gazetelere getirilen yayın yasakları da Mahkeme önüne gelmiştir. AİHM, düzensizliğin ve suç işlenmesinin önlenmesi amacı ve terör örgütü propagandası yaptıkları gerekçesiyle günlük yayın yapan dört gazeteye yö-

---

229 Sürek/Türkiye (No 1), para. 63-65.

230 Zana/Türkiye, Başvuru No. 18954/91, 25/11/1997.

231 Zana/Türkiye, para. 55-56.

232 Mahkeme'ye göre hem terör örgütü olarak kabul edilen ve amaçlarına ulaşmak için şiddete başvuran PKK'yı destekleyen hem de katliamlara karşı çıkan ifadeler kullanmak çelişki ve belirsizlik oluşturmaktadır. Bkz. Zana/Türkiye, para. 58.

233 Zana/Türkiye, para. 61-62.

nelik 15 gün ile 1 ay arasında değişen sürelerde yayın yasağı getirilmesini Sözleşme'nin 10. maddesine aykırı bulmuştur.[234] Mahkeme, yayın yasaklarının gelecekte yayımlanabilecek olası haber/makaleler üzerinde sansür niteliğinde sınırlamalar oluşturduğunu belirterek, bu nitelikte müdahalelerin medyanın demokratik toplum düzeninde oynadığı kamunun bekçi köpeği olma rolünü orantısız biçimde sınırladığını, taraf devlet yetkililerinin medya özgürlüğünün sınırlanmasında dar bir takdir marjına sahip olduklarını ve olayda bunu aştıklarını belirterek 10. maddenin ihlal edildiğini kararlaştırmıştır.[235]

Ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğin korunması ile düzensizliğin ve suç işlenmesinin önlenmesi meşru amaçlarının sağlanması için medya özgürlüğüne getirilen sınırlamalar söz konusu olduğunda, AİHM ifadenin şiddete teşvik edip etmediğine bakarak kararını vermektedir. Ayrılıkçı propaganda ile toplumun büyük bir bölümüne aykırı gelen, onları şok eden ifadeler şiddete teşvik etmedikleri sürece Mahkeme tarafından 10. maddenin sağladığı koruma kapsamında görülmektedirler.[236] Söz konusu meşru amaçlar çerçevesinde medya özgürlüğüne getirilen yayın yasakları, bu nitelikte yaptırımların taşıdığı içkin tehlikeler ve medya özgürlüğü üzerinde sansüre neden olma riskleri dolayısıyla Mahkeme tarafından 10. maddeye aykırı bulunmaktadır.

b. Ahlakın Korunması

Sözleşme'nin 10. maddesinin ikinci fıkrasında sayılan meşru amaçlar arasında en fazla tartışma yaratanı *"ahlakın korunması"* meşru amacıdır.[237] AİHM de Avrupa Kıtası genelinde ahlak kavramının tanımlanması ve ahlakın korunması hususunda konsensüs olmadığı gerekçesiyle ahlakın korunması amacıyla ifade (medya) özgürlüğüne getirilen sınırlamalarda taraf devletlerin daha geniş bir takdir marjına sahip olduklarını belirtmektedir.[238] Mahkeme, ahlaka ilişkin hususların zamana ve mekana göre değişiklikler gösterdiğini ifade ederek, ulusal yetkililerin, ülkelerinin toplumsal güçleriyle doğrudan ve sürekli iletişim halinde olduklarını, dolayısıyla ahlakın korun-

---

[234] Ürper ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru Nos. 14526/07, 14747/07, 15022/07, 15737/07, 36137/07, 47245/07, 50371/07, 50372/07, 54637/07, 20/10/2009.

[235] Ürper ve Diğerleri/Türkiye, para. 44.

[236] **HARRIS/O'BOYLE/BATES/BUCKLEY**, 2018, s. 632-33.

[237] **KARAN**, 2018, s. 135.

[238] **HARRIS/O'BOYLE/BATES/BUCKLEY**, 2018, s. 635-36.

ması amacıyla getirilecek sınırlamaların gerekliliği konusunda uluslararası yargıca kıyasla daha iyi konumda bulunduklarını belirtmiştir.[239] Mahkeme, ifade (medya) özgürlüğüne ilişkin standartların belirlenmesinde önemli rol oynayan Handyside/Birleşik Krallık kararında, okul çağındaki çocuklara (12-18 yaş arası) yönelik olarak hazırlanan ve içeriğinde cinselliğe ilişkin (mastürbasyon, eşcinsellik, kürtaj vb. konularda) bilgiler barındıran kitabın toplatılmasını ve yayıncısına adli para cezası verilmesini Sözleşme'ye uygun bulmuştur. AİHM bu yönde bir karar verirken, yukarıda da belirtildiği üzere Avrupa genelinde ahlakın korunması hususunda bir konsensüs olmamasını ve kitabın okul çağındaki çocuklara yönelik olmasını dikkate almıştır.[240]

Mahkeme, ahlakın korunması hususunda Sözleşmeye taraf devletlerin daha geniş bir takdir marjına sahip oldukları yönündeki anlayışını, dini hassasiyet içeren konularda ifade (medya) özgürlüğüne getirilen sınırlamalara ilişkin sonraki kararlarında da devam etmiştir. Toplumun bir kesiminin dini duygularını incitebileceği gerekçesiyle filme el konulup gösteriminin yasaklanması,[241] sanat galerisinde sergilenen tabloların müstehcen içerikte olmaları nedeniyle toplatılmaları,[242] dini duyguları aşağıladığı gerekçesiyle bir filme yayın izni (ruhsatı) verilmemesi,[243] Mahkeme tarafından 10. maddeye uygun sınırlamalar olarak kabul edilmişlerdir.[244] AİHM yukarıda belirtilen kararlarda, 10. maddenin ihlal edilmediği yönünde tespitte bulunurken, yine dini ve ahlaki hususlara ilişkin konuların düzenlenmesinde Avrupa genelinde farklı uygulamaların bulunmasına atıf yaparak devletlerin daha geniş bir takdir marjına sahip olduklarını ifade etmiştir.[245]

AİHM, Türkiye'ye karşı yapılan bir başvuruda, "Yasak Tümceler" isimli kitabın yayıncısının dini değerleri aşağılama suçu nedeniyle adli para cezasına çarptırılmasının, 10. maddeyi ihlal etmediğini kararlaştırmıştır.[246] Mahkeme'ye göre dini inançlara ilişkin hususlar söz konusu olduğunda, dini

---

239 Handyside/Birleşik Krallık, para. 48.

240 Handyside/Birleşik Krallık, para. 52-57.

241 Otto-Preminger-Institut/Avusturya, Başvuru No. 13470/87, 20/09/1994.

242 Müller ve Diğerleri/İsviçre, Başvuru No. 10737/84, 24/05/1988.

243 Wingrove/Birleşik Krallık, Başvuru No. 17419/90, 25/11/1996.

244 Söz konusu kararlar, medya özgürlüğünden ziyade sanatsal ifade özgürlüğü kapsamında yer aldıkları için çalışma kapsamında ayrıntılı olarak ele alınmayacaklardır.

245 **ARAI-TAKAHASHI**, 2002, s. 102.

246 İ.A./Türkiye, Başvuru No. 42571/98, 13/09/2005.

değerlere yönelik gereksiz, uygunsuz ifadelerin önlenmesi yükümlülüğü doğrultusunda taraf devletlerin sınırsız olmamakla birlikte daha geniş bir takdir marjı bulunmaktadır.[247] Kitapta yer alan bazı ifadelerin, Sözleşmede güvence altına alınan şok edici nitelikte olma sınırının ötesine geçtiğini belirten Mahkeme, Peygamber'e ve Kutsal Kitap'a yönelik söz konusu ifadeler[248] nedeniyle başvurucunun ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamanın, zorlayıcı toplumsal ihtiyaca karşılık geldiğini,[249] bu bağlamda 10. maddenin ihlal edilmediğini karar altına almıştır.[250]

Mahkeme Türkiye'ye karşı yapılan bir başka başvuruda ise, müstehcen içeriğe sahip olduğu gerekçesiyle Guillaueme Appolinaire'nin *"Les onze mille verges"* isimli kitabının Türkçe çevirisinin toplatılmasını ve yayıncısına -ödeyememesi durumunda hapis cezasına dönüşme riski taşıyan- adli para cezası verilmesini 10. maddeye aykırı bularak ihlal kararı vermiştir.[251] AİHM, ahlakın korunması amacıyla başvuranın ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamayı değerlendirirken bu sefer kitabın içeriğine ilişkin inceleme yapmadan şu üç hususun altını çizmiştir: Kitabın Fransa'daki ilk basımının üzerinden (1907) yüz yıldan fazla bir zamanın geçmesi, birçok farklı ülkede değişik dillere çevrilerek yayımlanmış olması ve kitabın sahip olduğu repütasyon çerçevesinde Avrupa Edebiyat Mirası'nın bir parçası olması.[252] Tüm bu hususları bir arada değerlendiren Mahkeme, ahlakın korunması söz konusu olduğunda devletlerin daha geniş takdir marjına sahip olduğu yönündeki içtihadını bu davada da tekrarlamasına rağmen yapılan müdahalenin demokratik toplumda gerekli olmadığına hükmederek ihlal kararı vermiştir.[253]

Ahlakın korunması amacıyla getirilen yayın yasağı da Mahkeme önüne gelmiştir. AİHM yaptığı değerlendirmede, Türkiye'deki lezbiyen, gey, biseksüel ve transseksüel (LGBT) kişilerin haklarını desteklemek amacıyla kurulan dernek tarafından çıkarılan derginin (Kaos GL Dergisi) 28. sayısına -derginin söz konusu sayısı eşcinsellikle ilgili pornografi hakkında yazı ve

---

247 İ.A./Türkiye, para. 24-25.

248 Kitapta, *"İslam dininin Peygamberi'nin ölü insanlar ve canlı hayvanlarla cinsel ilişkiyi yasaklamadığı"* şeklinde ifadeler yer almaktadır. Bkz. İ.A./Türkiye, para. 29.

249 AİHM ihlal olmadığı yönünde karar verirken, başvurucuya verilen iki yıl hapis cezası yaptırımının adli para cezasına çevrilmesini de göz önüne almıştır. Bkz. İ.A./Türkiye, para. 32.

250 İ.A./Türkiye, para. 30.

251 Akdaş/Türkiye, Başvuru No. 41056/04, 16/02/2010.

252 Akdaş/Türkiye, para. 26-27.

253 Akdaş/Türkiye, para. 28.

röportajlar içermekteydi- henüz yayımlanmadan el konulmasını ve tüm nüshalarının toplatılarak ilgili sayının beş yıldan uzun bir süre yayımlanamamasını Sözleşme'ye aykırı bulmuştur.[254] Mahkeme bu değerlendirmeyi yaparken, ulusal yetkililerin derginin toplatılmasına dair verdikleri kararda ilgili ve yeterli şekilde toplatma kararını gerekçelendirmediklerini belirtmiştir.[255] Derginin içeriğindeki kimi resim ve yazıların, bu konuda bilgi sahibi olmayan bir toplumun duyarlılığını zedeleyecek nitelikte olduğunu kabul eden Mahkeme, buna rağmen ilgili sayıya ulaşılması hususunda daha az sınırlayıcı bir müdahale yapılması imkanı varken toptan bir yasak getirilmesini, bu bağlamda beş yıldan uzun bir süre söz konusu sayının yayımlanamamasını ölçülülük ilkesine aykırı bularak başvurucu derneğin ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini kararlaştırmıştır.[256]

AİHM'nin "ahlakın korunması" meşru amacı çerçevesinde ifade (medya) özgürlüğüne getirilen sınırlamaları ele aldığı içtihadı bir bütün olarak değerlendirildiğinde, Mahkeme'nin taraf devletlerin sınırlama hususunda geniş bir takdir marjına sahip olduklarını kabul ettiği ancak kararlarının tutarlı olmadığı söylenebilir. Mahkeme, taraf devletlerin sahip oldukları takdir marjının kapsam ve sınırlarını net bir şekilde ortaya koymadan, her olayın koşullarına göre değerlendirme yapmaktadır. Bu durum da ahlakın ve dini değerlerin/özgürlüklerin korunması amacıyla ifade (medya) özgürlüğüne getirilen sınırlamalar söz konusu olduğunda Mahkeme'nin bütünlüklü bir içtihat ortaya koyamamasına yol açmaktadır.[257]

c. Başkalarının Şöhret ve Haklarının Korunması

Medya özgürlüğüne sınırlama getirilirken, Sözleşme'ye taraf devletlerce en çok başvurulan meşru amaçlardan biri "başkalarının şöhret ve haklarının korunması" meşru amacıdır. AİHM, söz konusu meşru amaca ulaşılmak için medya özgürlüğüne yapılan müdahalelerde, medyanın kamuoyuna haber ve bilgi verme özgürlüğü ile kişilerin özel hayatlarının gizliliği ve kişilik haklarının (itibarlarının) korunması arasında bir denge sağlamaya çalışmaktadır.[258] Gazeteciler ve medya çalışanları ile diğer kişilerin medya aracılığıyla siya-

---

[254] Kaos GL/Türkiye, Başvuru No. 4982/07, 22/11/2016.

[255] Kaos GL/Türkiye, para. 57.

[256] Kaos GL/Türkiye, para. 59-63.

[257] Bu konuya ilişkin ayrıntılı değerlendirme çalışmanın "Medya Özgürlüğüne İlişkin AİHM İçtihadının Artı ve Eksi Yönleriyle Analizi" başlığı altında yapılacaktır.

[258] **DOĞRU/NALBANT**, 2013, s. 232.

setçilere ya da hükümete yönelik eleştirileri söz konusu olduğunda da "başkalarının şöhret ve haklarının korunması" meşru amacı çerçevesinde medya (ifade) özgürlüğüne sınırlamalar getirilmektedir.[259] Bu bağlamda medya özgürlüğüne getirilen sınırlamalar ifadenin/eleştirinin yöneldiği kişinin statüsüne göre "siyasetçiler ve hükümet", "kamu görevlileri" ve "kamuya mal olmuş kişiler" alt başlıkları altında ayrı ayrı ele alınacaktır. Bu kısım kapsamında en son olarak da internet alanında medya organlarının okuyucu yorumlarından doğan hukuki sorumluluğu meselesi incelenecektir.

aa. Siyasetçiler ve Hükümet

AİHM içtihadı göz önüne alındığında, gazeteciler veya medyayı kullanarak diğer kişilerin siyasetçilere yönelttiği eleştiriler söz konusu olduğu zaman, Mahkeme tarafından siyasetçilerin şöhret ve haklarının korunması için sağlanan güvence seviyesi sıradan vatandaşa kıyasla daha düşüktür.[260] Bu hususta önemli ilkeler Mahkeme tarafından Lingens/Avusturya kararında ortaya konmuştur. AİHM'ye göre siyasal tartışma özgürlüğü demokratik toplum kavramının merkezinde yer almaktadır. Medya özgürlüğü de toplumun siyasetçilerin fikir ve davranışları hakkında fikir sahibi olmasında ve siyasal meselelere ilişkin tartışmalara katılmasında önemli bir imkan sağlamaktadır. Siyasetçiler, sıradan vatandaşlardan farklı olarak kendi iradeleriyle tutum ve davranışlarını kamuoyunun ve medyanın denetimine açtıkları için kendilerine yöneltilen eleştiriler konusunda da daha hoşgörülü olmak zorundadırlar. Siyasetçilere yönelik kabul edilebilir eleştirinin sınırları sıradan vatandaşa göre daha geniştir. Siyasetçilerin itibarlarının korunması söz konusu olduğunda, yöneltilen ifadenin (eleştirinin) siyasal meselelere ilişkin yürütülen kamusal tartışmaya sağladığı katkı da göz önüne alınarak değerlendirme yapılmalıdır.[261]

AİHM siyasetçilere yönelik eleştiriler söz konusu olduğunda, Lingens kararındaki yaklaşımını daha sonra önüne gelen başvurular hakkında verdiği kararlarda da devam ettirmiştir. Bu duruma Fransa'ya karşı yapılan bir başvuru çerçevesinde verilen karar örnek gösterilebilir. Dava konusu olay şu şekilde gelişmiştir: Fransa'da günlük olarak yayımlanan *"Le Monde"* gaze-

---

[259] **BYCHAWSKA-SINIARSKA**, 2018, s. 71.

[260] UYGUN Oktay, ""Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda İfade Özgürlüğünün Sınırlanması", içinde Oktay Uygun, **Kamu Hukuku İncelemeleri: İnsan Hakları, Demokrasi, Hukuk Devleti, Egemenlik**, 2. Baskı, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2013, s. 147.

[261] Lingens/Avusturya, para. 42.

tesinde 3 Kasım 1995 tarihinde, gizli ibaresi içeren resmi bir rapordaki bilgilere dayanılarak Fas Devleti'nde gerçekleştirilen uyuşturucu üretimi ve ticareti hakkında bir yazı kaleme alınmıştır. Yazıda Fas devlet yetkililerinin ve devlet başkanının uyuşturucu ticaretine karşı ortaya koydukları mücadele sorgulanarak eleştirilmiştir. İlgili yazının yayımlanmasından sonra, Fas Kralı tarafından Fransa Dışişleri Bakanlığı'na yapılan başvuru üzerine gazetenin genel yayın yönetmeni ve yazıyı kaleme alan gazeteci hakkında yabancı bir ülkenin devlet başkanına hakaret ettikleri gerekçesiyle ceza davası açılmıştır. Ulusal alandaki yargı süreci sonucunda gazeteciler, yabancı bir ülkenin devlet başkanına hakaret suçundan adli para cezasına çarptırılmışlardır. Bunun üzerine gazeteciler ifade özgürlüklerinin ihlal edildiği iddiasıyla AİHM'ye başvurmuşlardır.[262] Mahkeme başvuruya ilişkin yaptığı değerlendirmede Lingens/Avusturya kararında ortaya koyduğu ilkeleri tekrarladıktan sonra,[263] yazının kamu yararını ilgilendiren bir konu hakkında olmasını, toplumun kamu yararını ilgilendiren hususlarda bilgiye ulaşma hakkının bulunmasını, gazetecilerin resmi bir rapora dayanarak haberi yapmasını, yabancı devlet başkanlarına diğer kişilere sağlanmayan özel bir korumanın sağlanmasının ifade (medya) özgürlüğünü zayıflattığını ve gazetecilere uygulanan yaptırımın ulaşılmak istenen meşru amaç ile karşılaştırıldığında ölçülü olmadığını belirterek 10. maddenin ihlal edildiğini kararlaştırmıştır.[264]

Hükümet söz konusu olduğunda ise kabul edilebilir eleştirinin sınırları siyasetçilere nazaran daha da genişlemektedir. Mahkeme'ye göre hükümetin eylem ya da ihmalleri sadece yasama ile yargının sıkı denetimine tabi değildir; hükümet aynı zamanda medya ve kamuoyunun da denetimine tabidir. Hükümetin, toplum düzenindeki egemen pozisyonu dikkate alındığında, muhalif kişilerden ya da medyadan gelen saldırı ve eleştiriler karşısında, söz konusu saldırı ve eleştirilere cevap verebileceği alternatif yollar bulunmaktaysa cezai soruşturma/kovuşturma yöntemlerine başvurmaktan kaçınması gerekmektedir.[265] Mahkeme'ye göre hükümet yetkilileri tarafından "ilgili ve yeterli" gerekçeler ortaya konulmadan gazetecilere yönelik uygulanan ve onları özgürlüğünden yoksun bırakan cezai tedbirler/yaptırımlar (tutuklama, hapis cezası vb.), gazetecilerin kamu yararını ilgilendiren konularda görüşle-

---

[262] Colombani ve Diğerleri/Fransa, Başvuru No. 51279/99, 25/09/2002.

[263] Colombani ve Diğerleri/Fransa, para. 55-57.

[264] Colombani ve Diğerleri/Fransa, para. 64-70.

[265] Castells/İspanya, Başvuru No. 11798/85, 23/04/1992, para. 46.

rini ifade etme iradeleri üzerinde caydırıcı bir etki ortaya çıkarmaktadır. Herhangi bir gazeteciye yönelik olarak uygulanan özgürlüğünden yoksun bırakma tedbiri, devlet organlarının faaliyetleri ve tutumları hakkında araştırma yapmak ve yorumda bulunmak isteyen diğer tüm araştırmacı gazetecilerin oto-sansür uygulamalarına yol açacak ortamın oluşmasına sebep olmaktadır.[266]

Siyasetçilere ve hükümete yönelik eleştiriler çerçevesinde "başkalarının şöhret ve haklarının korunması" meşru amacının sağlanması için medya özgürlüğüne getirilen sınırlamalarda AİHM, medya özgürlüğüne güçlü bir koruma sağlamaktadır. Siyasetçilerin ve diğer üst düzey yetkililerin (başbakan, bakanlar vb.) kişilik haklarının korunması için özel veya daha yüksek cezalar öngörerek koruma sağlayan ulusal düzenlemeler, Mahkeme tarafından 10. maddeye aykırı bulunmaktadır.[267] Bu bağlamda Sözleşmeye taraf devletlerin, siyasal tartışma özgürlüğüne veya kamu yararını ilgilendiren bir tartışmaya katkı sağlayan ifadeler söz konusu olduğunda medya (ifade) özgürlüğünün sınırlanmasında sahip oldukları takdir marjı oldukça azdır.[268]

Siyasetçilerin veya yakınlarının kamu yararını ilgilendirmeyen, özel hayatlarına dair hususlar söz konusu olduğunda, Mahkeme'nin medyaya haber ve bilgilerin iletilmesinde tanıdığı özgürlük alanı daralmaktadır.[269] Estonya'ya karşı yapılan bir başvuruda verilen karar, bu bağlamda önemli bir yer tutmaktadır.[270] Dava konusu olay şu şekilde gelişmiştir: Başvurucu gazeteci, Estonya'da Başbakanlık ve İçişleri Bakanlığı görevlerinde de bulunmuş (1990-95) bir siyasetçinin sırasıyla asistanlığını ve danışmanlığını yapmış Bayan Laanaru hakkında, Bayan Laanaru'nun ilgili döneme ilişkin anılarını kaleme alan bir başka gazeteci ile yaptığı röportajda, başka birinin evliliğini bitirdiği, annelik için uygun olmadığı, genç kızlar için iyi bir örnek olmadığı, anıları kaleme alan kişinin yanlış bir insandan kahraman yarattığı şeklinde yorumlarda bulunmuştur. Başvurucu gazetecinin röportajı yaptığı tarihte (1996), Bayan Laanaru İçişleri Bakanlığı'ndaki görevinden ayrılmıştır. Rö-

---

[266] Nedim Şener/Türkiye, Başvuru No. 38270/11, 08/07/2014, para. 122.

[267] **BYCHAWSKA-SINIARSKA,** 2018, s. 74. Bu hususu ele alan bir AİHM kararı için bkz. Otegi Mondragon/İspanya, Başvuru No. 2034/07, 15/03/2011.

[268] **DOĞRU**, 2019, s. 182.

[269] Bu konuda daha detaylı bilgi için bkz. AİHM İçtihadında İtibarın (Şöhretin) Korunması Hakkında Tematik Bilgi Notu, 2019. İlgili bilgi notuna şu adresten ulaşılabilir: https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Reputation_ENG.pdf (Erişim Tarihi: 21/02/2020).

[270] Tammer/Estonya, Başvuru No. 41205/98, 06/02/2001.

portajda kullandığı ifadeler nedeniyle gazeteci aleyhine hakaret davası açılmış; ulusal hukuktaki yargı süreci sonucunda gazetecinin 220 Kron adli para cezası ödemesine karar verilmiştir.[271] AİHM ilgili başvuru hakkında yaptığı değerlendirmede, gazetecinin röportaj kapsamında kullandığı ifadelerin kamu yararını ilgilendiren bir meseleye ilişkin olmadığını, başvurucunun, eleştirilerini hakaret içeren ifadelere başvurmadan da dile getirebileceğini ve başvurucuya verilen para cezasının ulaşılmak istenen amaçla karşılaştırıldığında ölçülü olmasını dikkate alarak 10. maddenin ihlal edilmediğini kararlaştırmıştır.[272]

bb. Kamu Görevlileri

Kamu görevlileri siyasetçilerden farklı olarak kendi iradeleriyle tutum ve davranışlarını medya ve toplumun denetimine açmamışlardır. Kamu görevlileri aynı zamanda, kamu hizmetlerinin hayata geçirilmesini sağlayan kişiler oldukları için toplumun güvenine gereksinim duyarlar. Bu bağlamda da kendilerine yöneltilen eleştirilere karşı "başkalarının şöhret ve haklarının korunması" meşru amacıyla getirilen sınırlamalar çerçevesinde siyasetçilere göre daha geniş bir korumadan faydalanırlar.[273] AİHM'nin konu hakkında istikrar kazanmış içtihadına göre, kamu görevlilerine yönelik kabul edilebilir eleştirinin sınırları sıradan vatandaşlara kıyasla daha genişken, siyasetçiler ile karşılaştırıldığında daha dardır.[274]

Mahkeme, medya tarafından kamu görevlilerine yöneltilen eleştiriler söz konusu olduğunda, medya çalışanlarının kullandığı ifadelerin kamu yararına ilişkin bir mesele hakkında olup olmadığına bakarak karar vermektedir. Kamu yararını ilgilendiren bir mesele hakkındaki tartışmalara katkı sağlayan ifadeler, Mahkeme tarafından medya (ifade) özgürlüğü kapsamında değerlendirilmektedir. Konunun daha iyi anlaşılması için İzlanda'ya karşı yapılan bir başvurunun irdelenmesi yerinde olacaktır.[275] Başvuru konusu olay şu şekilde gelişmiştir: Başvurucu gazeteci günlük yayımlanan bir gazetede ülkede yaşanan polis şiddetine ilişkin iddiaları dile getirdiği iki yazı kaleme almıştır. İlgili yazılarda polislere karşı *"vahşi üniformalılar"* vb. sert ifadeler kullandığı gerekçesiyle gazeteciye karşı hakaret suçundan ceza da-

---

[271] Tammer/Estonya, para. 8-29.

[272] Tammer/Estonya, para. 66-71.

[273] **DOĞRU/NALBANT**, 2013, s. 236.

[274] Janowski/Polonya, Başvuru No. 25716/94, 21/01/1999, para. 33.

[275] Thorgeir Thorgeirson/İzlanda, Başvuru No. 13778/88, 25/06/1992.

vası açılmış; ulusal hukuk alanındaki yargılama süreci sonucunda başvurucu gazeteci adli para cezası ödemeye mahkum edilmiştir.[276] AİHM, başvurucu gazetecinin kaleme aldığı makalelerin kamu yararını ilgilendiren ciddi bir konu hakkında olduğunu belirttikten sonra, başvurucunun amacının Reykjavik polis biriminin itibarını zedelemekten ziyade Adalet Bakanlığı'nı uyararak polis şiddetine ilişkin bağımsız ve tarafsız bir soruşturma yapılmasını sağlamak olduğunu ifade etmiştir.[277] Başvurucu gazeteciye verilen mahkumiyet cezasının kamu yararını ilgilendiren meseleler hakkındaki özgür tartışma ortamı üzerinde caydırıcı bir etkiye sahip olmasını da dikkate alan Mahkeme, gazetecinin ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin ulaşılmak istenen meşru amaç ile orantılı olmadığının altını çizerek 10. maddenin ihlal edildiğini kararlaştırmıştır.[278]

Kamu görevlileri hakkında rüşvet aldıkları iddialarını aktaran bir gazetecinin, ilgili kamu görevlilerine tazminat ödemesine dair karar da, 10. madde kapsamında AİHM önüne gelmiştir.[279] AİHM önüne gelen başvuruya ilişkin yaptığı değerlendirmede, gazetecilerin başkalarının görüşlerini aktardıkları için yaptırıma maruz kalmalarının, yaptırımı gerekçelendiren güçlü nedenlerin yokluğunda medyanın kamu yararını ilgilendiren meselelerin tartışılmasına sunabileceği katkıyı ciddi biçimde zedeleyeceğini belirtmiştir.[280] Gazetecilere yönelik alıntı yaptıkları ya da aktardıkları her ifade ile aralarına mesafe koymalarını öngören genel bir talebin, medyanın haber ve bilgi yayma/verme özgürlüğü ile uyumlu olmadığını ifade eden Mahkeme, gazetecinin alıntı yaptığı ifadenin kamu yararını ilgilendiren bir mesele hakkında olmasını da dikkate alarak gazetecinin kamu görevlilerine ödemesi kararlaştırılan tazminat yaptırımının, 10. maddeyi ihlal ettiğine karar vermiştir.[281]

AİHM, genel yararı ilgilendiren bir konudaki özgür tartışma ortamına katkı sağlamayan, kamu görevlilerinin kişilik haklarını ihlal eden ifadeleri ise 10. maddenin koruma alanı dışında tutmaktadır. Mahkeme bu yöndeki

---

[276] Başvurucu gazeteci aynı zamanda, adli para cezasını ödeyememesi halinde hapse girme tehlikesiyle karşı karşıyadır. Bkz. Thorgeir Thorgeirson/İzlanda, para. 25.

[277] Thorgeir Thorgeirson/İzlanda, para. 65-66.

[278] Thorgeir Thorgeirson/İzlanda, para. 68-70.

[279] Thoma/Lüksemburg, Başvuru No. 38432/97, 29/03/2001.

[280] Thoma/Lüksemburg, para. 62.

[281] Thoma/Lüksemburg, para. 64-65.

kararlarını, kamu görevlilerinin görev başındayken toplumun güvenine ihtiyaç duymaları, bu bağlamda, saldırgan ve kötüleyici ifadelere karşı korunma gereksinimleri bulunduğu savlarıyla temellendirmektedir.[282]

cc. Kamuya Mal Olmuş Kişiler

Sanatçılar, sporcular gibi meslekleri gereği sıklıkla medyanın ve toplumun önünde yer alan kişiler, *"Kamuya Mal Olmuş Kişiler"* olarak adlandırılabilirler.[283] Kamuya mal olmuş kişiler hakkında medya tarafından yapılan haberler, Sözleşme'nin 8. maddesinde güvence altına alınan özel hayata saygı ile 10. maddesinde güvence altına alınan medya özgürlüğünün çeliştiği durumları ortaya çıkarmaktadır. AİHM bu gibi durumlarda, 8 ile 10. maddeler arasında bir denge sağlamaya çalışarak hangi maddenin sağladığı korumaya öncelik vereceğini, önüne gelen başvurunun tüm şartlarını göz önüne alarak kararlaştırmaya çalışmaktadır.[284] AİHM'nin bu konuda ortaya koyduğu ilkeler, aşağıda Almanya'ya karşı verilen ve konu bakımından büyük önem taşıyan kararlar çerçevesinde irdelenecektir.

Almanya'ya karşı yapılan ilk başvurunun konusu şöyledir: Monako Prensesi'nin günlük hayatında gerçekleştirdiği faaliyetlere ilişkin - çocuklarıyla zaman geçirme, ata binme, tenis oynama, yüzme vb.- fotoğraflar Almanya'da yayın yapan farklı dergilerde yayımlanmıştır. Monako Prensesi söz konusu fotoğraflar hakkında, özel hayatının gizliliğini ihlal ettikleri iddiasıyla yayın yasağı getirilmesini talep etmiş; bu talebi Alman ulusal mahkemeleri tarafından reddedilmiştir. Monako Prensesi de AİHS'nin 8. maddesinde güvence altına alınan özel ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği iddiasıyla AİHM'ye başvuruda bulunmuştur.[285] Mahkeme, özel hayatın korunması ile ifade özgürlüğü arasında bir denge sağlanmasının gerek-

---

[282] **VAN RIJN**, 2018, s. 792. Bu hususların altının çizildiği örnek bir AİHM kararı için bkz. Yankov/Bulgaristan, Başvuru No. 39084/97, 11/12/2003.

[283] **DOĞRU/NALBANT**, 2013, s. 240.

[284] Fathaigh ve Voorhoof, Sözleşme'nin özel hayata ve aile hayatına saygı hakkını düzenleyen 8. maddesi kapsamında kişinin itibarının korunmasının Mahkeme tarafından bir hak olarak tanınmaya başlanması ile medya özgürlüğüne getirilen sınırlamalarda Mahkeme'nin gazetecilik etiğine uygun hareket edilmesini bir unsur olarak göz önüne almasının, taraf devletlere medya özgürlüğünü daha geniş bir şekilde sınırlama imkanı verme riski taşıdığını belirtmektedirler. Bkz. FATHAIGH Ronan O. / VOORHOOF Dirk, "The European Court of Human Rights, Media Freedom and Democracy", içinde **Routledge Handbook of Media Law** (Edited by Monroe E. Price, Stefaan G. Verhulst and Libby Morgan), Routledge, New York, 2013, ss. 113-118.

[285] Von Hannover/Almanya (No. 1), Başvuru No. 59320/00, 24/06/2004.

tiği durumlarda, medyada yer alan fotoğraf ya da haberlerin genel yararı ilgilendiren bir konudaki tartışmaya katkı sağlayıp sağlamadığının her zaman göz önüne alınması gerektiğini belirtmiştir.[286] Sadece belirli bir okuyucu kitlesinin merakını giderme gayesiyle yayımlanan fotoğraf ve haberlerin, ilgili fotoğraf ve haberler kamuya mal olmuş kişi hakkında olsa bile, kamu yararını ilgilendiren bir meseleye katkıda bulunma kapsamında değerlendirilemeyeceğini ifade eden Mahkeme,[287] başvurucunun resmi bir faaliyet yerine getirmediğini, yayımlanan fotoğrafların/yazıların tamamen özel hayatına ilişkin olduğunu, kamuoyunun bu konularda bilgi sahibi olmasında herhangi bir kamu yararı bulunmadığını, ulusal makamların özel hayata saygı hakkı ile ifade (medya) özgürlüğü arasında gerekli dengeyi kuramadıkları gerekçeleriyle Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğini kararlaştırmıştır.[288]

AİHM tarafından verilen bu karara dayanarak Monako Prensesi ve eşi çeşitli Alman dergilerinde yayımlanmış olan fotoğrafların yeniden yayımlanmalarının yasaklanması için Almanya'daki hukuk mahkemeleri önünde pek çok dava açmışlardır. Almanya'daki yargısal süreç sonucunda tekrar yayımlanmalarının yasaklanması talep edilen üç fotoğraftan ikisi hakkındaki talep kabul edilirken, diğer fotoğrafa ve makalelere ilişkin talepler reddedilmiştir. Bunun üzerine başvurucular AİHS madde 8'de güvence altına alınan "özel ve aile hayatına saygı hakkının" ihlal edildiği iddiasıyla tekrar AİHM'ye başvurmuşlardır.[289] Mahkeme başvuruya ilişkin değerlendirme yaparken, özel hayatın korunması ile ifade özgürlüğü arasındaki dengenin sağlanmasında dikkate alacağı ölçütleri şöyle sıralamıştır: 1) Yayımlanan fotoğraf ve haberlerin genel yararı ilgilendiren tartışmaya sağladığı katkı, 2) Hedef alınan kişinin ünlülük derecesi ve haberin/röportajın konusu, 3) İlgili kişinin önceki davranışı, 4) Yayının içeriği, şekli ve sonuçları, 5) Fotoğrafların çekilme şartları.[290] Belirlediği bu ölçütleri başvuru konusu olaya uygulayan Mahkeme, dergilerde yayımlanan fotoğraf ve makalelerin kamu yararını ilgilendiren bir meseleye katkı sağladığını,[291] kamu yararına katkı sağlamayan iki fotoğrafın tekrar yayımlanmasının ise zaten ulusal mahkemeler tara-

---

[286] Von Hannover/Almanya (No. 1), para. 60.

[287] Von Hannover/Almanya (No. 1), para. 65.

[288] Von Hannover/Almanya (No. 1), para. 76-80.

[289] Von Hannover/Almanya (No. 2) (Büyük Daire), Başvuru Nos. 40660/08, 60641/08, 07/02/2012.

[290] Von Hannover/Almanya (No. 2), para. 109-113.

[291] İlgili fotoğraf ve makaleler Prenses Caroline'nin babası Prens Rainer'in sağlık durumuna ilişkindir.

fından önlendiğini ifade etmiştir. Hakkında haber yapılan kişilerin kamuya mal olmuş kişiler olmaları, fotoğraf ve makalelerin saldırgan bir üsluba, içeriğe sahip olmamaları ile fotoğrafların çekildiği şartların hukuka aykırı olmaması unsurlarını bir arada değerlendiren Mahkeme, medya özgürlüğüne öncelik vererek Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edilmediğini kararlaştırmıştır.[292]

Almanya'ya karşı yapılan bir başka başvurunun konusunu ise, tanınmış bir sanatçının (oyuncunun) göz altına alınması ve mahkumiyetine ilişkin haber ile fotoğrafların günlük bir gazetede yayımlanması üzerine, oyuncunun ulusal mahkemeye başvurusu kapsamında haber ve fotoğraflara getirilen yayın yasağı oluşturmaktadır.[293] AİHM bu davada, özel hayata saygı hakkı ile ifade (medya) özgürlüğü arasındaki dengenin sağlanması hususunda dikkate alacağı altı ölçüt sıralamıştır: 1) Yayımlanan haberin kamuoyunu ilgilendiren genel yarara sağladığı katkı, 2) Hedef alınan kişinin tanınmışlık seviyesi ile yazının amacı, 3) Tanınmış kişinin yayından önceki davranışı, 4) Haberde kullanılan bilginin elde edilme yöntemi ve doğruluğu, 5) Yayının içeriği, biçimi ve sonuçları, 6) Başvurucuya uygulanan yaptırımın ağırlığı.[294] Belirlediği ölçütleri başvuru konusu olaya uygulayan Mahkeme, yazıların kamu yararını ilgilendiren bir mesele hakkında olduğunu, hakkında haber yapılmış kişinin kamuya mal olmuş kişi olarak nitelendirilebileceğini, kişinin göz altına kamuya açık bir alanda alındığını, yazılarda aktarılan bilgilerin savcılık tarafından verildiğini ve doğru olduğunu, yazıların biçim ve içerik yönünden saldırgan bir üslup taşımadığını, her ne kadar yayıncı şirkete uygulanan yaptırım meblağ olarak ufak olsa da, yaptırımın medya üzerinde kamusal meselelere katkı sunma hususunda caydırıcı etkisinin olacağını belirterek 10. maddenin ihlal edildiğini kararlaştırmıştır.[295]

Yukarıda irdelenen kararlar bir arada değerlendirildiğinde, kamuya mal olmuş kişiler hakkındaki haber, bilgi ve fotoğrafların medya organlarında yer almasının önlenmesi için getirilen yayın yasakları hususunda Mahkeme'nin olay temelli ve bağlamsal bir analiz yaparak medya özgürlüğü ile kişinin özel hayatına saygı hakkı arasında bir denge kurmaya çalıştığı söyle-

---

[292] Von Hannover/Almanya (No. 2), para. 114-126.

[293] Axel Springer AG/Almanya (Büyük Daire), Başvuru No. 39954/08, 07/02/2012. Dava konusu olayda gazetenin sahibi olan şirket aynı zamanda para cezasına çarptırılmıştır.

[294] Axel Springer AG/Almanya, para. 90-95.

[295] Axel Springer AG/Almanya, para. 96-111.

nebilir. Mahkeme olay temelli analiz yöntemini benimsediği için ilgili içtihattan her başvuruya uygulanabilecek genel ilkeler çıkarılması mümkün gözükmemektedir.

Başkalarının şöhret ve haklarının korunması amacıyla medya özgürlüğüne getirilen sınırlamalarda gündeme gelen bir diğer husus cevap ve düzeltme hakkıdır. Cevap ve düzeltme hakkı kişilerin itibarlarının korunmasını sağlama işlevi dışında, hakkında yayın yapılan kişilerin kamusal tartışmalara katılabilmesine de olanak tanımaktadır. Böylece haber ve bilgilerin farklı kaynaklardan alınarak karşılaştırılabilmesi imkanı da yaratılmaktadır.[296] Sözleşme'nin 10. maddesinde yer almayan cevap ve düzeltme hakkının, Mahkeme kararlarında zımni olarak tanındığı söylenebilir.[297]

dd. İnternet Alanında Okuyucu Yorumlarından Doğan Sorumluluk

"Başkalarının şöhret ve haklarının korunması" meşru amacına taraf devletlerce, çevrimiçi haber portallarının internette yayımladığı haberlerin altına yapılan okuyucu yorumları nedeniyle, haber portallarına yönelik uygulanan yaptırımlar çerçevesinde de başvurulmaktadır. AİHM böyle durumlar söz konusu olduğunda, yarışan menfaatler -ifade (medya) özgürlüğü ile başkalarının şöhret ve haklarının korunması- arasında dengenin sağlanması için taraf devletlerce uyulması gereken ölçütler belirlemiştir. Mahkeme'nin ilgili ölçütleri ortaya koyduğu önemli kararlar aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

Estonya'ya karşı yapılan bir başvurunun konusu şöyledir:[298] Başvurucu şirket internet haber portalı *Delfi'nin* sahibidir. *Delfi'nin* internet sitesinde 24 Ocak 2006 tarihinde, feribot taşımacılığı hizmeti yapan bir şirketin kış aylarında Estonya ana karası ile bir kısım adalar arasındaki ulaşımın sağlanmasında büyük önem taşıyan buz yollarını yok ettiğine dair bir yazı yayımlanmıştır. Yazının altına gelen bazı okuyucu yorumları, o dönem feribot şirketinin hakim hissedarı konumunda bulunan L'ye yönelik tehditler ve onur kırıcı bir dil içermekteydi.[299] L'nin avukatları, Delfi Şirketi'ne başvurarak yorumların kaldırılmasını ve yorumlarda kullanılan dil nedeniyle şirketin

---

[296] **KARAN**, 2018, ss. 84-85.

[297] **VAN RIJN**, 2018, s. 779. Bu hususu ele alan bir AİHM kararı için bkz. Kaperzynski/Polonya, Başvuru No. 43206/07, 03/04/2012, para. 66.

[298] Delfi AS/Estonya (Büyük Daire), Başvuru No. 64569/09, 16/06/2005.

[299] Haberin altına gelen yorumlarda, *"İyi ki L.'nin girişimi hararetli internet yorumcularının hatlarını çökertmedi. Devam millet, L. fırına"*, *"Ne mızmızlanıyorsunuz, bu piçi bir an evvel öldürün. Gelecekte diğerleri neyi tehlikeye attıklarını bilirler, hatta ellerinde yalnızca önemsiz bir hayat olur."* şeklinde ifadeler yer almaktadır. Bkz. Delfi AS/Estonya, para. 18.

L'ye manevi tazminat ödemesini talep etmişlerdir.[300] Delfi, yorumların ilk kez yayımlanmasından altı hafta sonra kaldırılması talep edilen yorumları internet sitesinden kaldırmış; ancak L'nin manevi tazminat talebini kabul etmemiştir. Bunun üzerine L. tarafından Delfi Şirketi aleyhine kişilik haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle tazminat davası açılmış; ulusal hukuk mahkemeleri önündeki yargı süreci sonucunda Delfi'nin L.'ye tazminat ödemesi kararlaştırılmıştır.[301]

Delfi Şirketi ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasıyla AİHM'ye başvurmuştur. Mahkeme yaptığı değerlendirmede ilk olarak *"... internette kullanıcılar tarafından gerçekleştirilen anlatım faaliyetinin, ifade özgürlüğünün kullanılması bakımından emsalsiz bir platform olduğunu..."* belirtmiştir.[302] İnternetin sağladığı bu faydanın yanı sıra nefret söylemi içeren ve şiddete teşvik eden ifadelerin çok kısa süre içerisinde dünya çapında yayılma tehlikesini de ortaya çıkardığını, bu bağlamda eşit saygıyı hak eden Sözleşme'nin 8. ve 10. maddeleri arasında, her iki hakkın da özüne zarar vermeyecek adil bir dengenin kurulması gerektiğini ifade etmiştir.[303] Mahkeme, yapılan yorumların bağlamını, yorumların yazarlarının sorumluluklarını, başvurucu şirket tarafından alınan tedbirleri ve başvurucu şirkete yönelik uygulanan yaptırımın ağırlığını karar verirken göz önüne alacağı ölçütler olarak sıralamıştır.[304] Bu bağlamda, okuyucu yorumlarının nefret söylemi ve şiddete

---

[300] İlgili haber portalı tarafından yayımlanan haberlerin/makalelerin altında *"yorum ekle"* ibaresi aracılığıyla okuyucuların haber ve makaleler hakkındaki görüşlerini yazabilecekleri bir alan bulunmaktadır. Bu bırakılan alana gelen okuyucu yorumları otomatik olarak yüklendiği için başvurucu şirketin denetiminden geçmeden yayımlanmaktadır. Günde yaklaşık 10.000 okuyucu yorumu alan internet sitesinde, yorumların büyük kısmı rumuz kullanılarak gönderilmektedir. Delfi'nin internet sitesinde aynı zamanda yorumlara ilişkin *"uyar-kaldır"* sistemi de yer almaktadır. Bu sistem kullanılarak hakaret ya da nefret söylemi içeren yorumlar internet sitesinin sayfasından kaldırılabilmektedir. Söz konusu önlemin yanı sıra, hakaret içerikli yorum nedeniyle mağdur olduğunu ileri süren kişi, başvurucu şirkete konu hakkındaki şikayetini ileterek yorumun kaldırılması imkanına da sahiptir. Ayrıca başvurucu şirket internet sitesinde "yorum ilkeleri" yayımlayarak okuyucuların yorum yaparken dikkat etmeleri gereken kuralları belirtmiş; yorumların şirketin görüşlerini yansıtmadığını ifade etmiştir. Delfi, ulusal hukuktaki dava süreci sona erdikten sonra 1 Ekim 2009 tarihinde internet sitesinde yayımladığı bilgide yorum sahibi, yorum kurallarını okuyup kabul edinceye kadar onur kırıcı yorumlarda bulunan kişilerin yeni bir yorum eklemelerine izin verilmediğini, ayrıca portala eklenen yorumlar üzerinde ek denetim gerçekleştiren moderatörlerden oluşan bir ekip kurduğunu belirtmiştir. Bkz. Delfi AS/Estonya, para. 32.

[301] Delfi AS/Estonya, para. 11-31.

[302] Delfi AS/Estonya, para. 110.

[303] Delfi AS/Estonya, para. 138-139.

[304] Delfi AS/Estonya, para. 140-161.

teşvik eden ifadeler barındırması, rumuz kullanılarak ya da anonim şekilde yapılan yorumlarda yazarlarının sorumluluğuna gidilebilecek alternatif yolun bulunmaması, başvurucu şirketin altı hafta boyunca yorumların internet sitesinden kaldırılmasına ilişkin herhangi bir önlem almaması, haber portalının başvurucu şirket tarafından ticari amaçla işletilmesi ve profesyonel olarak yönetilmesi ile başvurucu şirkete uygulanan yaptırımın ölçülülüğü - tazminat tutarının 320 Euro olması- unsurlarını bir arada değerlendiren Mahkeme, 10. maddenin ihlal edilmediğini kararlaştırmıştır.[305]

Macaristan'a karşı yapılan ve benzer içeriğe sahip bir başvuruda ise AİHM bu sefer 10. maddenin ihlal edildiğini kararlaştırmıştır.[306] Dava konusu olaylar şu şekilde gelişmiştir: Emlak (taşınmaz) alım-satımlarına ilişkin işlemlerin gerçekleştirildiği iki internet sitesi hakkında, kullanıcıları yanılttıkları ve 30 günlük bedava deneme süresinin sonunda otomatik olarak kullanıcılardan ücret tahsil ettiklerine ilişkin bir yazı başvuruculara ait iki farklı internet sitesinde yayımlanmıştır. İlgili yazıda ayrıca, söz konusu emlak sitelerinde yer alan kişisel verilerin kaldırılmasının tek yolunun kayıt ücretinin ödenmesi olduğu belirtilmiştir. Yazının altına gelen bazı yorumlarda emlak şirketine yönelik kaba ve saldırgan ifadeler kullanılmıştır.[307] Yazıda bahsi geçen emlak şirketi, yazının yayımlandığı internet sitelerinin sahipleri olan dernek ve şirkete karşı ticari itibarını zedeledikleri gerekçesiyle tazminat davası açmıştır. Macaristan ulusal mahkemeleri önünde tamamlanan yargı süreci sonucunda yazıyı internet sitelerinde yayımlayan dernek ile internet haber portalının sahibi olan şirketin, emlak şirketine tazminat ödemeleri kararlaştırılmıştır.

AİHM, bu kararında da Sözleşme'nin 8. ve 10. maddeleri arasında adil bir dengenin sağlanması gerektiğine işaret ederek, Macaristan ulusal makamları tarafından bu dengenin sağlanıp sağlanmadığını denetlerken kullanacağı ölçütleri şöyle sıralamıştır: 1) Yazının, kamu yararını ilgilendiren bir meseleye olan katkısı, 2) Yazının konusu, 3) Yazıya konu olan kişinin daha önceki davranışları, 4) Yazının içerik, biçim ve etkileri, 5) Yayıncılara yöne-

---

[305] Delfi AS/Estonya, para. 162.

[306] Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.hu Zrt/Macaristan, Başvuru No. 22947/13, 02/02/2016.

[307] Okuyucu yorumları arasında emlak şirketine yönelik *"işe yaramaz, çöp, zırva"* gibi nitelemeler içeren ifadeler yer almaktadır.

lik uygulanan yaptırımın ağırlığı.[308] Mahkeme, emlak alım-satımına ilişkin internet sitelerinin gerçekleştirdiği eylem ve işlemlerin yazıların yayımlanmasından önce Macaristan'da tüketiciyi koruma kurumu önüne giden şikâyetlere konu olduğunu, bu bağlamda internet sitelerinde yayımlanan yazı ile yorumların kamu yararını ilgilendiren konuya katkı sağladığını, Delfi davasından farklı olarak yazılarda kullanılan dilin saldırgan ve kaba olmasına rağmen nefret söylemi veya şiddeti teşvik eden ifadeler barındırmadığını, yazıyı yayımlayan her iki internet sitesinin *"objektif sorumluluk"* çerçevesinde tazminat ödemeye mahkum edilmesinin aşırı ve internet alanında bilgi-haberlerin yayılması özgürlüğünü zedeleyici nitelikte olduğunu, yayımlanan yazının emlak şirketinin işleri üzerinde önemli sayılamayacak bir etki doğurduğunu, üçüncü kişilerin yorumları sebebiyle internet haber portallarının sorumlu tutulmasının ifade özgürlüğü üzerinde doğrudan ya da dolaylı caydırıcı etki oluşturabileceğini belirterek 10. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.[309]

Okuyucu yorumlarının yanı sıra, bir internet haber portalında yayımlanan makalenin sonunda, makalenin ele aldığı konuyu ilgilendiren bir röportajın yer aldığı hyperlink'in paylaşılması da AİHM önüne gelmiştir. Başvuru konusu olayda, röportajda geçen ifadelerin siyasi partiye yönelik hakaret içerdiği gerekçesiyle hyperlink paylaşımı yapan internet haber portalının aleyhine açılan davada, haber portalının siyasi partiye tazminat ödemesine karar verilmiştir.[310] Bilgilerin hyperlinkler aracılığıyla ulaşılabilir kılındığını, bu durumun da internetin sorunsuz/düzgün işlemesine katkıda bulunduğunu belirten Mahkeme, hyperlinklerin geleneksel yayıncılık faaliyetinden farklı olarak kullanıcıları doğrudan internette başka bir yerde bulunan içeriğe yönlendirdiğine dikkat çekmiştir.[311] Bu bağlamda hyperlink aracılığıyla paylaşılan içeriğin bir başka yayıncı tarafından internet üzerinde sınırsız bir biçimde kamuoyunun erişimine açıldığını ifade eden Mahkeme, çevrimiçi haber portalının paylaştığı hyperlink nedeniyle sorumlu tutulmasının Sözleşme'ye uygunluğunu denetlemek için şu ölçütlere başvuracağını açıklamıştır: 1) Başvurucu şirket hyperlinkte yer alan içeriği desteklemiş midir? 2) Başvurucu şirket hyperlinkte yer alan içeriği tekrarlamış mıdır? 3) Başvurucu şirket

---

[308] Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.hu Zrt/Macaristan, para. 68.

[309] Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.hu Zrt/Macaristan, para. 72-86.

[310] Magyar Jeti Zrt/Macaristan, Başvuru No. 11257/16, 04/12/2018.

[311] Magyar Jeti Zrt/Macaristan, para. 73-74.

içeriğe ilişkin herhangi bir destekleme veya tekrarlama yapmadan sadece hyperlink'i mi paylaşmıştır? 4) Başvurucu şirket paylaşılan hyperlinkteki içeriğin hukuka aykırı ya da hakaret içerikli olduğunu bilebilecek konumda mıdır? 5) Başvurucu şirket iyi niyetle, gazetecilik meslek etiklerine saygılı biçimde gerekli özeni göstererek hareket etmiş midir?[312] Başvurucu şirketin sahip olduğu haber portalının yayımladığı yazıda, hyperlinkte yer alan içeriği destekleyen, tekrar eden bir ifadenin yer almadığını belirten Mahkeme, başvurucunun ulusal mahkemeler önünde dava açılmadan önce hyperlinkte yer alan röportajda geçen ifadelerin hakaret niteliğinde olduğunu bilebilecek konumda da olmadığının altını çizerek, Macar yetkililerin siyasi partinin itibarı ile başvurucunun ifade özgürlüğü arasında gerekli adil dengeyi sağlayamadığını, bu nedenle 10. maddenin ihlal edildiğini kararlaştırmıştır.[313]

AİHM'nin internet alanında üçüncü kişiler tarafından üretilen içerik nedeniyle medya özgürlüğüne getirilen sınırlamaları değerlendirdiği kararlar bir bütün olarak ele alındığında, Mahkeme'nin Sözleşme'nin 8. ile 10. maddeleri arasında adil bir denge kurmaya çalıştığı görülmektedir. Çevrimiçi haber portallarının ticari amaçla işletilip işletilmediği, kullanılan ifadenin içeriği, ifadenin medya organı tarafından desteklenip desteklenmediği, okuyucu yorumlarının denetimi için gerekli önlemlerin alınıp alınmadığı, haber ya da bilginin sunuluş biçimi ve etkileri ile medyaya yönelik yaptırımların ağırlığı göz önüne alınarak Mahkeme tarafından karar verilmektedir.

d. Gizli Bilgilerin Yayılmasının Önlenmesi

Gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi meşru amacının, devlet sırlarının ifşası söz konusu olduğunda Sözleşme'nin 10. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması meşru amaçlarıyla kesiştiği durumlar olabilmektedir. Sürmekte olan ceza yargılamalarına ilişkin haber ve bilgilerin medyada yer aldığı durumlarda da başkalarının şöhret ve haklarının korunması meşru amacı, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi meşru amacı ile beraber ya da onun yerine medya özgürlüğüne yönelik sınırlamaların gerekçesi olarak taraf devletlerce AİHM önünde ileri sürülmektedir.[314] Mahkeme içtihadına bakıldığında, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi amacı ile medya özgür-

---

[312] Magyar Jeti Zrt/Macaristan, para. 77.

[313] Magyar Jeti Zrt/Macaristan, para. 78-85.

[314] **VAN RIJN**, 2018, s. 807.

lüğüne getirilen sınırlamaların en çetrefilli dava konularından bir tanesini oluşturduğu söylenebilir. Gizli nitelikteki bir bilginin, üçüncü kişi -gazetecitarafından hukuka aykırı biçimde elde edilmesi, tek başına, o kişiyi 10. maddenin sağladığı güvencenin kapsamı dışında bırakmamaktadır.[315] Tüm bu hususlar aşağıda, Mahkeme'nin konuya ilişkin verdiği önemli kararlar çerçevesinde detaylı biçimde irdelenecektir.

Fransa'ya karşı yapılan bir başvurunun konusu şöyledir: Başvurucu iki gazeteci çalıştıkları gazetede, Peugeot firması yöneticisinin, ülkede ekonomik sıkıntının devam ettiği dönemde maaşına son iki yılda yüzde 45 zam yaptığına ilişkin bir yazı yayımlamışlardır. Bu haber üzerine gazetecilere gelir vergisine ilişkin belgeleri yasa dışı yollardan elde etmek ve gizli bilgilerin açıklanması suçlamaları yöneltilerek ceza davası açılmış; ulusal hukuktaki yargılama süreci sonucunda gazetecilere gizli bilgilerin açıklanması suçunu işledikleri gerekçesiyle adli para cezası verilmiştir.[316] Gazeteciler bunun üzerine AİHM'ye başvurarak ifade özgürlüklerinin ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Mahkeme başvuruya ilişkin yaptığı değerlendirmede, gazetede yayımlanan haber ve bilgilerin kamu yararını ilgilendiren bir mesele hakkında olması, gazetede yayımlanan vergilendirmeye ilişkin bilgilere başka yollardan da erişim olanağının bulunması, hakkında haber yapılan firma yöneticisinin yarı kamusal nitelikte faaliyet gerçekleştirdiği, bu nedenle sıradan vatandaşa kıyasla kamuoyunun denetimine daha açık olması gerektiği hususlarını bir arada değerlendirerek, gazetecilerin ifade özgürlüklerine getirilen sınırlamanın ulaşılmak istenen meşru amaçla orantılı olmadığını belirtmiş ve 10. maddenin ihlal edildiğini kararlaştırmıştır.[317]

AİHM önünde İsviçre'ye karşı yapılan üç başvuru, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi amacıyla medya özgürlüğüne getirilen sınırlamalar bakımından önemli bir içtihat oluşturmaktadır. İlgili başvurular karar tarihleri göz önüne alınarak kronolojik bir sıra ile irdelenecektir. Ele alınacak ilk başvurunun konusu şöyledir: Gerçekleşen hırsızlık vakası sonrasında tutuklanan kişilerin sicilleri hakkında savcılıkta çalışan yetkiliden bilgiler alan bir gazeteci, söz konusu bilgileri gazete yayımlamamış; ancak bir polis memuruna konu hakkında bilgi vermiştir. Bunun üzerine hem bilgiyi sızdıran kişiye hem de gazeteciye karşı açılan ceza davası sonucunda resmi sırları teda-

---

315 **HARRIS/O'BOYLE/BATES/BUCKLEY**, 2018, s. 650.

316 Fressoz ve Roire/Fransa, Başvuru No. 29183/95, 21/01/1999.

317 Fressoz ve Roire/Fransa, para. 50-58.

rik ve ifşa ettikleri gerekçesiyle 325 Euro değerinde adli para cezası verilmiştir.[318] AİHM önüne gelen bu başvuruda, gazetecinin öğrendiği bilgilerin "gizli bilgi" niteliği taşımadıklarını, basın açıklaması ya da hukuki raporlar aracılığıyla da öğrenilebileceğini belirttikten sonra, bilgilerin gazetede yayımlanmadan getirilen sınırlamanın gazetecinin haberi hazırlama aşamasındaki faaliyetlerine ilişkin olduğunu, bunun da ön-kısıtlama, sansür riski içeren bir nitelik taşıdığını ifade ederek, böyle sınırlamaların Mahkeme'nin sıkı denetimine tabi olduğunun altını çizmiştir.[319] Bilgilerin, kamu yararını ilgilendiren bir mesele hakkında olmasını ve hırsızlıkla suçlanan kişilere yargılanma sürecinde herhangi bir olumsuz etkisinin olmamasını da dikkate alan Mahkeme, gazetecinin ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini kararlaştırmıştır.[320]

İsviçre'ye karşı yapılan bir diğer başvurunun konusunu ise, gazetecinin yazdığı iki makale çerçevesinde devlet sırrı niteliğindeki bilgileri ifşa ettiği gerekçesiyle adli para cezası ödemeye mahkum edilmesi oluşturmaktadır.[321] Davaya konu olan olay şöyle meydana gelmiştir: 1996-97 yıllarında Holokost kurbanlarının İsviçre Bankaları'ndaki hesaplarında bulunan ve talep edilmemiş varlıklarına dair ödenmesi gereken tazminat miktarına ilişkin görüşmeler *Dünya Yahudi Kongresi (World Jewish Congress)* ile İsviçre Bankaları arasında yapılmaktaydı. İsviçre'nin Amerika Birleşik Devletleri Büyükelçisi tarafından İsviçre Hükümeti'nin müzakere görüşmelerinde izlemesi gereken stratejiye ilişkin bir belge hazırlanarak *"gizli"* ibaresiyle İsviçre Dışişleri Bakanlığı'na ve İsviçre'nin diğer diplomatik temsilciliklerine gönderilmiştir. Başvurucu gazeteci Bay Stoll, söz konusu *"strateji belgesinin"* bir kopyasını elde etmiş; sızdırılan belge hakkında iki yazı (makale) kaleme almıştır. Söz konusu yazılarda belgede yer alan bilgilerin bir kısmına yer verilmiş; büyükelçi görevine uygun olmayan bir kişi olarak resmedilmiştir.[322] Başvurucu gazetecinin yazılarını yayımladığı gazete dışında üç gazete daha ilgili raporu kelimesi kelimesine yayımlamışlardır. Ancak bu gazeteler hakkında herhangi bir hukuki süreç başlatılmamıştır. Başvurucu gazeteci gizli nitelikteki resmi müzakereleri yayımladığı gerekçesiyle ulusal mahke-

---

318 Dammann/İsviçre, Başvuru No. 77551/01, 25/04/2006.

319 Dammann/İsviçre, para. 52.

320 Dammann/İsviçre, para. 53-58.

321 Stoll/İsviçre (Büyük Daire), Başvuru No. 69698/01, 10/12/2007.

322 Gazetecinin yazdığı makalelerden birinin başlığı *"Büyükelçi Jagmetti Yahudileri Aşağılıyor"*dur. Bkz. Stoll/İsviçre, para. 18.

meler tarafından 800 İsviçre Frankı adli para cezası ödemeye mahkum edilmiştir. Ulusal mahkemeler bu kararı verirken yayımlanan belgenin resmi nitelikte olmasını ve gazetecinin yazılarını sansasyon yaratmak amacıyla yazmasını gerekçe göstermişlerdir. İfade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasıyla başvurucu gazeteci tarafından AİHM önüne taşınan süreçte, davaya bakan daire ihlal olmadığı yönünde karar vermiştir.[323] Daha sonra dava Büyük Daire önüne gelmiştir.

Büyük Daire davaya ilişkin yaptığı değerlendirmede, gizli ya da hassas bilgiler içeren belgelerin korunması hususunda uygulamada Avrupa Konseyi üyesi ülkeler arasında bir birlik olmadığını, bu nedenle her devletin belli bir takdir marjına sahip olduğunu belirtmiştir.[324] Bunun yanı sıra demokratik toplum düzeninde medyanın büyük önem taşıyan kamunun bekçi köpeği olma rolüne dikkat çeken Mahkeme, müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığına karar vermek için şu dört unsuru bir arada değerlendireceğini ifade etmiştir: 1) Davada söz konusu olan ve karşı karşıya gelen menfaatler, 2) Dava konusu olayda uygulanan ölçütün ulusal mahkemeler tarafından nasıl gerekçelendirildiği, 3) Başvurucunun davranışı, 4) Uygulanan yaptırımın ölçülülüğü.[325] Mahkeme'ye göre dava konusu olayda aralarında denge kurulması gereken iki kamusal menfaat bulunmaktadır. Bunlar bir tarafta kamuoyunun güncel bir konu hakkında bilgiye ulaşma menfaati diğer tarafta ise yetkililerin diplomatik müzakereleri başarılı ve tatmin edici biçimde sonuçlandırma menfaatidir.[326] AİHM başvurucunun kaleme aldığı makalelerin, İsviçre'nin yürüttüğü diplomatik müzakerelere *"hatırı sayılır derecede zarar verici"* nitelikte olduğunu ifade etmiştir. Başvurucu tarafından kaleme alınan makalelerin sansasyon yaratıcı bir stille yazıldığını, böyle ciddi bir konuda uygun bir sunum yöntemi taşımadığını ve okuyucuyu yanıltabilecek tarzda olduğunu belirten Mahkeme, gazeteciye verilen cezanın yazıların yayımlanmasından sonra verildiğini, başka bir deyişle ön kısıtlama, sansür niteliğinde yaptırım özelliği taşımadığını ifade ederek müdahalenin ölçülü olduğunu ve 10. maddenin ihlal edilmediğini kararlaştırmıştır.[327]

---

[323] Stoll/İsviçre, para. 63.

[324] Stoll/İsviçre, para. 107.

[325] Stoll/İsviçre, para. 112.

[326] Stoll/İsviçre, para. 116.

[327] Stoll/İsviçre, para. 147-152 ve 156-157.

İsviçre'ye karşı yapılan üçüncü başvurunun konusu ise şöyledir: Başvurucu gazeteci sürmekte olan ceza davasına ilişkin detaylı bilgiler içeren bir yazı kaleme almıştır. Aynı davanın belirli yönlerini ele alan bir başka yazı da polis yetkililerinin kendi iradeleri ile verdikleri bilgiler çerçevesinde başka bir gazetede yayımlanmıştır. Ancak sadece başvurucu gazeteciye karşı gizli bilgileri açıkladığı gerekçesiyle ceza davası açılmıştır. Ulusal hukuktaki yargılama süreci sonucunda gazeteci 4.000 İsviçre Frangı tutarında adli para cezası ödemeye mahkum edilmiştir.[328] AİHM,[329] gazetecinin söz konusu bilgiyi elde etme yöntemini, kaleme alınan makalenin içeriğini, makalenin kamu yararını ilgilendiren bir mesele hakkındaki tartışmaya olan katkısını, makalenin sürmekte olan yargılama süreci üzerindeki etkisini, sanığın özel hayatının gizliliği hakkının ihlal edilip edilmediğini, gazeteciye uygulanan yaptırımın ölçülülüğünü dikkate alarak kararını vermiştir.[330] AİHM'ne göre başvurucu gazetecinin kaleme aldığı yazı ceza yargılamaları hususunda devam etmekte olan kamusal tartışmaya katkı sunmaktan ziyade okuyucuların yargılanan sürücünün özel hayatı hakkındaki merak duygularını tatmin etmeye yöneliktir. Başvurucu gazetecinin, yargılanan sürücüye yönelik kullandığı *"Çılgın Sürücünün Sorgulanması"* ve *"pervasız"* gibi başlıkların/ifadelerin, yazının sansasyonel üslupla kaleme alındığını ortaya koyduğunu belirten Mahkeme, gazeteciye verilen adli para cezasının da ulaşılmak istenen meşru amaç ile karşılaştırıldığında ölçülü olduğunun altını çizerek 10. maddenin ihlal edilmediğini kararlaştırmıştır.[331]

Gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi meşru amacı çerçevesinde medya özgürlüğüne getirilen sınırlamalara ilişkin AİHM'nin verdiği kararlar bir bütün olarak incelendiğinde, Mahkeme'nin içtihadının kendi içinde tutarlı olmadığı söylenebilir. Özellikle Stoll/İsviçre ve Bedat/İsviçre davalarında Mahkeme 10. maddenin ihlal edilmediği yönünde kararlar verirken, gazetecilere haber ve bilgilerin aktarılmasında Sözleşme kapsamında biçim yönünden sağladığı güvenceler ile çelişerek[332] başvurucu gazetecilerin kaleme aldıkları yazılarda kullandıkları üslubun nasıl olması gerektiğine dair onların

---

[328] Bedat/İsviçre (Büyük Daire), Başvuru No. 56925/08, 29/03/2016.

[329] Dava, Büyük Daire önüne gelmeden önce AİHM Dava Dairesi başvurucu gazetecinin ifade özgürlüğünün ihlal edildiği yönünde karar vermiştir. İsviçre Hükümeti'nin talebi üzerine dava Büyük Daire önüne gelmiştir. Bkz. Bedat/İsviçre, para. 25-32.

[330] Bedat/İsviçre, para. 62-81.

[331] Bedat/İsviçre, para. 60 ve 81.

[332] Karşılaştırma için bkz. Jersild/Danimarka, para. 31.

yerine geçerek değerlendirmelerde bulunmuştur.[333] Bu hususa ek olarak Mahkeme, gazeteciler tarafından kaleme alınan yazıların kamusal meselelere ilişkin tartışmalara olan katkılarını dar bir biçimde yorumlayarak medya özgürlüğüne ilişkin ortaya koyduğu içtihat ile çelişki yaratmıştır. Tüm bu hususlar bir arada değerlendirildiğinde, AİHM'nin Stoll/İsviçre ve Bedat/İsviçre davalarında verdiği kararların medya özgürlüğünün etkin olarak hayata geçirilmesi hususunda olumsuz etki yaratacağı ifade edilebilir.

e. Yargının Otorite ve Tarafsızlığının Korunması

"Yargının otorite ve tarafsızlığının korunması" meşru amacı, Sözleşme'nin diğer maddelerinde sınırlama nedeni olarak öngörülmeyen, sadece 10. maddeye özgü bir sınırlama nedenidir. Söz konusu meşru amaç çerçevesinde medya özgürlüğüne getirilen sınırlamalar iki başlık altında toplanabilir: 1) Kurum olarak mahkemeye saygısızlığının önlenmesi. Böylece adalet sisteminin tarafsız ve bağımsız bir şekilde işlemesinin sağlanarak davanın taraflarının haklarının -özellikle ceza davalarında masumiyet karinesi- korunması. 2) Yerine getirdikleri görev icabı kamuoyunun güvenine ihtiyaç duyan ve kişisel olarak cevap verme imkanına sahip olmayan yargıçların hak ve itibarlarının korunması amacı.[334]

AİHM'ye göre adaletin garantörü ve hukukun üstünlüğü ile yönetilen bir ülkede temel bir role sahip olan mahkemelerin işleyişi, kamuoyunun güvenine gereksinim duymaktadır. Bu nedenle mahkemeler asılsız ataklara karşı korunmalıdır. Ancak bu durum mahkemelerin, tıpkı diğer kamu kurumları gibi, eleştiri ve denetimden muaf oldukları anlamına gelmemektedir.[335] Bu bağlamda eleştiri ile hakaret arasında net bir ayrım yapılmalıdır. Eğer dile getirilen ifadenin amacı sadece mahkemeyi veya mahkeme üyelerini aşağılamaksa, ilke olarak söz konusu ifadeye uygulanan uygun bir yaptırım, 10. maddenin ihlalini oluşturmayacaktır.[336] Medya özgürlüğüne ilgili

---

[333] Nitekim bu husus Stoll/İsviçre davasında çoğunluğun kararına katılmayan Yargıçlar Zegrebelsky, Lorenzen, Fura-Sandström, Jaeger ve Popovic'in ortak karşı oy yazılarında da açıkça belirtilmiştir. Bedat/İsviçre davasında da çoğunluğun kararına katılmayan Yargıç Lopez Guerra kaleme aldığı karşı oy yazısının yedinci paragrafında gazetecinin haberi sunarken kullandığı üslubun, söz konusu haberin kamu yararına katkıda bulunup bulunmaması meselesi ile bir ilgisi olmadığını belirtmiştir. Bkz. Stoll/İsviçre, Yargıçlar Zegrebelsky, Lorenzen, Fura-Sandström, Jaeger ve Popovic'in ortak karşı oy yazısı. Bedat/İsviçre, Yargıç Lopez Guerra'nın karşı oy yazısı, para. 7.

[334] **HARRIS/O'BOYLE/BATES/BUCKLEY**, 2018, ss. 654-659; **MOWBRAY**, 2014, s. 728.

[335] **VAN RIJN**, 2018, s. 809.

[336] Skalka/Polonya, Başvuru No. 43425/98, 27/05/2003, para. 64.

meşru amaç çerçevesinde getirilen sınırlamalar, aşağıda sırasıyla yargı sürecinin tarafsız olarak işlemesinin sağlanması ile yargıçlara yönelik eleştiriler bağlamında ele alınacaktır.

Birleşik Krallık'a karşı yapılan başvuruda, hamile kadınların hamilelik sürecinde kullandıkları ilaç nedeniyle doğan çocuklarında sağlık yönünden görülen ciddi olumsuz etkiler ile ilaç firması ve aileler arasında devam eden tazminat görüşmelerine ilişkin makale yayımlayacağını duyuran *Sunday Times* gazetesine getirilen yayın yasağının, Sözleşme'nin 10. maddesini ihlal ettiği ileri sürülmüştür.[337] Değerlendirmesini yaparken davaya ilişkin tüm hususları göz önüne alan Mahkeme, yayın yasağı getirilen makalenin kamuoyunu ilgilendiren bir trajediye ilişkin olduğunu belirtmiştir.[338] Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 10. maddesi sadece medyanın kamuoyuna bilgi vermesini değil; aynı zamanda kamuoyunun da uygun bir biçimde bilgilendirilme hakkını güvence altına almaktadır. Trajik olayın mağduru olan ve içinden geçtikleri hukuki sürecin zorluklarının farkında olmayan pek çok aile, yayın yasağı nedeniyle kendileri için hayati önem taşıyan bilgileri öğrenmekten mahrum kalmıştır. Yayın yasağının ön-kısıtlama, sansür niteliğinde bir müdahale oluşturması, ailelerin içinde bulundukları durum ve hükümetin yayın yasağı getirirken öne sürdüğü yargının otorite ve tarafsızlığının korunması amacını karşılaştıran Mahkeme, kamu yararını ilgilendiren oldukça önemli bir konuda medya (ifade) özgürlüğüne öncelik vererek, getirilen sınırlamanın ölçülü ve demokratik toplum düzeninde yargının otorite ve tarafsızlığının korunması için gerekli olmadığını karar altına almıştır.[339]

Fransa'ya karşı yapılan bir başvuruda ise, devam etmekte olan bir ceza davasına ilişkin haftalık bir dergide yayımlanan makale nedeniyle derginin editörü ile makalenin yazarı gazeteciye verilen adli para cezası ve tazminatın Sözleşme'nin 10. maddesini ihlal ettiği ileri sürülmüştür.[340] Gazetecilerin ifade özgürlüğüne yönelik bu müdahalenin amacı hükümet tarafından, masumiyet karinesinin korunmasının yanı sıra yargının otorite ve tarafsızlığının sürdürülmesi olarak gösterilmiştir. AİHM davaya ilişkin değerlendirmesinde, gazetecilerin ceza davalarına ilişkin haber yaparken adaletin düzgün

---

[337] The Sunday Times/Birleşik Krallık (No 1), Başvuru No. 6538/74, 26/04/1979. Dava konusu olayda 1972 yılında verilen yayın yasağı kararı 1976 yılında kaldırılmıştır. Sunday Times/Birleşik Krallık (No. 1), para. 16.

[338] The Sunday Times/Birleşik Krallık (No. 1), para. 66.

[339] The Sunday Times/Birleşik Krallık (No. 1), para. 66-68.

[340] Du Roy ve Malaurie/Fransa, Başvuru No. 34000/96, 03/10/2000.

işlemesi ve sanığın masumiyet karinesinin korunması için konulan sınırları aşmamaları gerektiğini belirtmiştir. Ancak Mahkeme'ye göre dava konusu olayda gazetecilere getirilen sınırlama, ceza davasına ilişkin herhangi bir bilginin iletilmesini önleyici, mutlak ve genel bir yasak niteliği taşımaktadır. Bu bağlamda getirilen sınırlamanın, ulaşılmak istenen meşru amaç göz önüne alındığında orantılı olmadığını ifade eden AİHM, gazetecilerin ifade özgürlüklerinin ihlal edildiğini kararlaştırmıştır.[341]

AİHM'nin, mahkemelerin genel anlamda işleyişine veya devam etmekte olan dava konusu olaylara ilişkin haber yapılması meselelerindeki değerlendirmeleri ile karşılaştırıldığında, yargıçlara yöneltilen eleştirilerde medya özgürlüğünü daha fazla sınırlayıcı kararlar verdiği söylenebilir. Barfod/Danimarka[342] davasında başvurucu, Grönland'daki Amerikan Üslerinde çalışan Danimarka vatandaşlarının vergilendirilmesine ilişkin bir mahkeme kararı hakkında *"Gronland Dansk"* isimli dergide bir yazı kaleme almıştır. İlgili yazıda, kararı veren mahkeme heyetinde görev alan üç yargıçtan ikisinin aynı zamanda yerel yönetim düzeyinde başka görevler de aldıkları belirtilerek, söz konusu iki yargıcın idarenin lehine karar vermesinin şaşırtıcı olmadığını, onların *"görevlerini yerine getirdikleri"* ve kararın ikiye karşı bir oyçokluğuyla alındığı belirtilmiştir. Bu yazı üzerine başvurana karşı açılan ceza davası -yargıçların kişiliklerine hakaret ettiği iddiasıyla- sonucunda başvuran adli para cezası ödemeye mahkûm edilmiştir. AİHM önüne gelen bu başvuruda yaptığı değerlendirmede, başvurucunun ulusal mahkemenin yapısı hakkındaki eleştirilerini, iki yargıca yönelttiği kişisel eleştiriler olmadan da dile getirebileceğini belirtmiştir.[343] Danimarka devletinin, iki yargıcın kişisel itibarlarını korumak için getirdiği sınırlamanın, başvurucunun ulusal mahkemenin yapısal bağımsızlığı hususunda kamusal tartışmaya özgürce katılabilmesi bakımından herhangi bir engel oluşturmadığının altını çizen Mahkeme, başvurucunun ifadelerini siyasal tartışmanın bir parçası olarak değerlendirmemiş; ifadelerin, iki yargıcı kişisel olarak kamuoyu nezdinde küçük düşürücü nitelikte olduğunu belirterek 10. maddenin ihlal edilmediğini kararlaştırmıştır.[344]

---

[341] Du Roy ve Malaurie/Fransa, para. 34-37. AİHM ihlal kararını verirken ulusal hukukta yer alan düzenlemenin, bazı ceza yargılaması süreçlerine ilişkin yayın yapılmasını mutlak biçimde yasaklamasını ve bu yasağı ihlal ettikleri gerekçesiyle başvurucuların adli para cezası ödemeye mahkum edilmesini dikkate almıştır. Mahkeme'ye göre söz konusu yasak, medyanın kamuoyunu bilgilendirme özgürlüğüne orantısız biçimde engel teşkil etmektedir.

[342] Barfod/Danimarka, Başvuru No. 11508/85, 22/02/1989.

[343] Barfod/Danimarka, para. 33.

[344] Barfod/Danimarka, para. 34-36.

Yargıçlara yönelik eleştiriler, Avusturya'ya karşı yapılan bir başvuru çerçevesinde de AİHM önüne gelmiştir.[345] İlgili başvurunun konusu şöyledir: Viyana Bölge Ceza Mahkemesi'nde görev yapan yargıçlara yönelik eleştiriler içeren bir makalenin *"Forum"* dergisinde yayımlanması üzerine, derginin yayıncısı ile makalenin yazarına yargıçlara hakaret ettikleri gerekçesiyle açılan ceza davası sonucunda adli para cezası verilmiş; derginin ilgili sayısının da toplatılması kararlaştırılmıştır. Forum dergisinde yayımlanan yazıda, yargıçların sanıklara dava süreci boyunca suçlu muamelesi yaptıkları, mahkeme salonunu savaş alanına çevirdikleri, diğer yargıçların verdiği kararlar ile karşılaştırıldığında daha ağır cezalar verdikleri iddiaları ileri sürülmüştür. Söz konusu yazıyı kaleme alan gazeteci, iddialarına kaynak olarak takip ettiği davalardaki kendi deneyimlerini, avukatlar ile yaptığı görüşmeleri ve akademisyenler tarafından yapılan araştırmaları göstermiştir. Gazeteci Bay Prager, Yargıç J'nin davranışlarını ise yine kendi gözlem ve deneyimlerine dayanarak kaba ve zorbaca şeklinde nitelendirmiştir.[346] AİHM önüne gelen başvuru hakkında değerlendirme yaparken, gazetecilerin ifade özgürlüklerine getirilen sınırlamanın, onların adalet sisteminin işleyişine ya da kişisel olarak yargıçlara yönelik eleştirileri nedeniyle getirilmediğini belirtmiştir. Mahkeme'ye göre yazıda dile getirilen iddialar ölçüsüzdür ve olgusal temeli bulunmayan suçlamalar yöneltmektedir. Gazetecilerin, suçlamalar yönelttikleri yargıçlara cevap verme imkanı da tanımadıklarını ifade eden Mahkeme, tüm bu hususları bir arada değerlendirerek gazetecilerin ifade özgürlüklerine yönelik müdahalenin, taraf devletin sahip olduğu takdir marjı kapsamında ulaşılmak istenen meşru amaç ile orantılı ve demokratik toplum düzeninde gerekli olduğunu kararlaştırmıştır.[347]

AİHM, yargıçların hak ve itibarları söz konusu olduğunda yukarıda ele alınan kararlarda da görüldüğü üzere, medya özgürlüğünü dar bir biçimde yorumlayan yaklaşımını sonraki kararlarında görece medya özgürlüğü lehine değiştirmiştir. Belçika aleyhine yapılan bir başvuru sonucu verilen karar bu tutuma örnek gösterilebilir. Dava konusunu oluşturan olaylar şöyle gelişmiştir: Başvurucu gazeteciler, boşanma davasında çocukların velayetini hakkında çocukları taciz ve ensest iddiaları bulunan babaya veren yargıçları eleştiren beş yazıyı *"Humo"* adlı dergide yayımlamışlardır. Söz konusu yazılar

---

[345] Prager ve Oberschlick/Avusturya, Başvuru No. 15974/90, 26/04/1995.

[346] Prager ve Oberschlick/Avusturya, para. 9-11.

[347] Prager ve Oberschlick/Avusturya, para. 37-38.

nedeniyle gazetecilerin hakimlere tazminat ödemesine ve ilgili mahkeme kararını hem *"Humo"* dergisinde hem de masrafları başvuruculara ait olacak şekilde altı günlük gazetede yayımlatmalarına karar verilmiştir.[348] AİHM, başvuru hakkında yaptığı değerlendirmede dergide yayımlanan yazılarda yer alan ifadelerin kamu yararını ilgilendiren meseleler -küçük çocukların geleceği ile yargı sisteminin işleyişi- hakkında olduğunu ve bu konularda haber, bilgi vermenin medyanın hakkı olmasının yanı sıra aynı zamanda görevi de olduğunun altını çizmiştir.[349] Davanın arka planını oluşturan olayları ve şartları bir bütün halinde değerlendiren Mahkeme, yazılarda yöneltilen eleştirilerin değer yargısı niteliğinde olduğunu, değer yargılarının kanıtlanmalarının talep edilemeyeceğini ancak olgusal temelden de tamamen yoksun olamayacaklarını ifade ettikten sonra, gazetecilerin kullandıkları ifadelerin ağır eleştiriler içermelerine, agresif ve polemik yaratan bir ton taşımalarına rağmen olgusal bir temele sahip olduğunu, dile getirilen iddiaların ciddiliği de göz önüne alındığında ulusal yetkililer tarafından gazetecilerin ifade özgürlüklerine getirilen sınırlamanın gerekliliğinin yeterli biçimde ortaya konulamadığını ve 10. maddenin ihlal edildiğini kararlaştırmıştır.[350]

Yargının otorite ve tarafsızlığının korunması meşru amacı ile medya (ifade) özgürlüğüne getirilen sınırlamalar söz konusu olduğunda, AİHM'nin kamu yararını ilgilendiren meselelerde gazetecilerin ve medya organlarının yargı süreçlerine ilişkin eleştirel bilgi ve haber vermesini, adil yargılanma hakkı çerçevesinde davanın taraflarına sağlanan güvenceleri ihlal etmemek kaydıyla, 10. maddenin sağladığı koruma kapsamında değerlendirdiği söylenebilir.[351] Mahkeme, yargıçlara yönelik kabul edilebilir eleştirinin sınırlarını ise diğer kamu görevlileri ile karşılaştırıldığında oldukça daraltmaktadır.[352]

4. Nefret Söylemi, Tarihi Gerçeklerin İnkârı ve İfade (Medya) Özgürlüğü

AİHS'nin 10. maddesinde herhangi bir ifade türüne yönelik açık bir yasaklama getiren düzenleme bulunmamaktadır. Ancak AİHM'nin içtihadı incelendiğinde, nefret söylemi içeren ve tarihi gerçekleri inkar eden ifadelerin 10. maddenin sağladığı koruma alanının dışında bırakıldığı söylenebi-

---

348 De Haes ve Gijsels/Belçika, Başvuru No. 19983/92, 24/02/1997.

349 De Haes ve Gijsels/Belçika, para. 39.

350 De Haes ve Gijsels/Belçika, para. 47-49.

351 **HARRIS/O'BOYLE/BATES/BUCKLEY**, 2018, s. 653.

352 **UYGUN**, 2013, s. 169.

lir.[353] Mahkeme böyle nitelikleri haiz ifadeleri ifade özgürlüğünün koruma alanı dışında bırakırken, bazen 10. maddenin ikinci fıkrasında belirtilen sınırlama ölçütlerine başvurmaktadır; bazen de *"Hakları Kötüye Kullanma Yasağı"* başlığını taşıyan 17. maddeyi kullanarak önüne gelen başvuruları konu bakımından kabul edilemez bulmaktadır.[354] Medya özgürlüğü söz konusu olduğunda ise Mahkeme, gazetecilerin sadece ifadelerin kamuoyuna aktarılması nedeniyle yaptırıma maruz kalmalarını Sözleşme'ye uygun bulmamakta, ifadelerin kim tarafından, ne bağlamda, hangi araçlar kullanılarak söylendiğini dikkate alarak kararlarını oluşturmaktadır.[355]

Mahkeme'nin medya özgürlüğünün kapsam ve sınırlarının belirlenmesi bakımından önem taşıyan kararlarını incelemeye başlamadan önce nefret söylemi kavramının kapsam ve içeriğini ele almak yerine olacaktır. "Nefret söylemi" kavramının uluslararası hukuk alanında üzerinde uzlaşılmış bir tanımı bulunmamaktadır. İlgili kavramın kapsam ve içeriğinin net bir biçimde ortaya konulması da oldukça zordur. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından yayımlanan *"nefret söylemi"* konulu Tavsiye Kararı'nda kavram şu şekilde tanımlanmıştır: *"Irkçı nefreti, yabancı düşmanlığını, Yahudi düşmanlığını veya hoşgörüsüzlüğe dayalı diğer her türlü nefret biçimini yayan, kışkırtan, teşvik eden veya meşrulaştıran her türlü ifade biçimi."*[356] Weber'e göre belli bir kişiye ya da gruba yönlendirilmiş nefret söyleminin kapsamına şu durumlar girmektedir: Irkçı veya dinsel nedenlerle nefretin kışkırtılması, saldırgan milliyetçilik ve etnik merkezcilik şeklinde ifadesini bulan nefret türlerinin kışkırtılması, homofobik söylemler.[357]

AİHM'nin konuya ilişkin içtihadı incelendiğinde "nefret söylemi" kavramının kesin bir tanımını vermekten kaçındığı görülmektedir.[358] Mahkeme,

---

[353] **KARAN**, 2013, s. 363.

[354] AİHS'nin 17. maddesinde düzenlenen "Hakları Kötüye Kullanma Yasağı"nı ifade özgürlüğü çerçevesinde ele alan bir çalışma için bkz. GÜLFİDAN O. Serkan, **İfade Özgürlüğü Hakkı Örneği Çerçevesinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Kötüye Kullanım Yasağı**, 1. Baskı, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2013.

[355] Bu husus Jersild/Danimarka kararı incelenirken ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

[356] Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin "Nefret Söylemi" konulu 30 Ekim 1997 tarih, CM/Rec (97) 20 sayılı tavsiye kararına şu adresten ulaşılabilir: https://rm.coe.int/1680505d5b (Erişim Tarihi: 21/02/2020).

[357] WEBER Anne, **Nefret Söylemi El Kitabı**, (çev. Metin Çulhaoğlu), Avrupa Konseyi Yayınları, Strasbourg, 2009, s. 4. Kitabın Türkçe çevirisi İnsan Hakları Ortak Platformu tarafından yapılmıştır.

[358] KÜZECİ Elif, "AİHS'nin 10. Maddesi Işığında Nefret İçerikli ve Irkçı Nitelikli Düşünce Açıklamaları", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 71, 2007, s. 179.

önüne gelen davanın tüm şartlarını göz önüne alarak bağlamsal bir analiz yapmaktadır.[359] Danimarka'ya karşı yapılan bir başvuruda nefret söylemi içeren, ırkçı nitelik taşıyan ifadeler Mahkeme tarafından medya özgürlüğü bağlamında analiz edilmiştir.[360] Söz konusu davada başvurucu bir gazetecidir. Kamuoyunda *"Yeşil Ceketliler"* olarak bilinen grubun üyeleriyle yaptığı röportajı yayına hazırlamış; röportajdan beş dakikalık bir bölüm televizyonda *"Pazar Haberleri Programı'nda"* yayımlanmıştır. Yayımlanan röportajda "Yeşil Ceketliler" grubunun üyeleri kendilerini açıkça ırkçı olarak tanımladıktan sonra, *"alın bir gorilin fotoğrafını ve sonra bir zenciye bakın, aynı beden yapısı ve her şey aynı, düz alın ve bunun gibi her şey"*, *"zenci insan değildir, hayvandır, bu durum Türkler, Yugoslavlar ve kendilerine ne denirse densin diğer bütün yabancı işçiler için de geçerlidir."* şeklinde ifadeler kullanmışlardır.[361] Başvurucu gazeteci, röportajda geçen ifadeler nedeniyle Danimarka ulusal makamları tarafından ırkçı ifadelerin yayılmasına yardım ve yataklık ettiği gerekçesiyle adli para cezası ödemeye mahkum edilmiştir.

AİHM, Jersild/Danimarka davasında yaptığı değerlendirmede ırkçı ifadelerin gazeteci tarafından dile getirilmediğinin altını çizdikten sonra, bunların aktarılmasına aracılık ettiğini, bu gibi durumlarda medya organının potansiyel etkisinin önemli bir faktör olup, görsel-işitsel medyanın yazılı medyaya göre daha hızlı ve güçlü bir etkisinin olduğunu belirtmiştir.[362] Haberlerin nasıl verilmesi gerektiği konusunda gazetecilerin sahip olduğu tercih özgürlüğüne vurgu yapan Mahkeme, gazetecinin yaptığı programın amacının ırkçı görüşleri yaymak değil; sosyal durumları itibarıyla kısıtlanmış ve engellenmiş belirli bir gençlik grubunun suç sicillerini ve şiddet içeren davranışlarını ele almak olduğunu ifade etmiştir.[363] Programın başında bu durumdan söz edilmesini, programın hedef kitlesinin bilgili bir seyirci kitlesi olmasını, bir gazetecinin başka bir kimsenin röportaj sırasında sarf ettiği ifadeler nedeniyle cezalandırılmasının, cezalandırma için çok güçlü nedenler bulunmadıkça medya çalışanlarını halkı ilgilendiren konularda tartışmaya katkıda bulunmaktan caydırabileceğini göz önüne alan Mahkeme 10. maddenin ihlal edildiğini kararlaştırmıştır.[364]

---

[359] **DOĞRU/NALBANT**, 2013, s. 185.

[360] Jersild/Danimarka, Başvuru No. 15890/89, 23/09/1994.

[361] Jersild/Danimarka, para. 11.

[362] Jersild/Danimarka, para. 31.

[363] Jersild/Danimarka, para. 33.

[364] Jersild/Danimarka, para. 35.

Nefret söylemi içeren ifadelerin bizzat gazeteci tarafından dile getirildiği durumlarda, Mahkeme belli bir gruba yönelik nefreti kışkırtan ifadeyi 10. maddenin koruma alanının dışında bırakmaktadır. Bu duruma örnek olarak Rusya'ya karşı yapılan başvuru sonucu verilen karar gösterilebilir. İlgili davada başvurucu gazeteci kaleme aldığı yazılarda Yahudileri sosyal yaşamdan dışlama çağrısı yapmış, Rusya'da yaşanan kötülüğün kaynağı olarak Yahudileri hedef göstererek, Rus halkına karşı komplo kuran etnik grubun Yahudiler olduğunu ileri sürmüştür. Ulusal mahkemeler önündeki yargılama süreci boyunca verdiği sözlü beyanlarda Yahudilerin bir millet oluşturmadıklarını iddia eden gazeteci, bu bağlamda Yahudilerin ulusal onur hakkını reddetmiştir. Irksal nefreti teşvik ettiği gerekçesiyle ulusal mahkemeler tarafından verilen mahkumiyet kararının ifade özgürlüğünü ihlal ettiğini ileri süren gazeteci, AİHM'ye başvurmuştur. Mahkeme, gazetecinin yazılarında ve sözlü beyanlarında kullandığı ifadelerin Sözleşme'nin temelini oluşturan hoşgörü, barış ve ayrım gözetmeme değerlerine aykırı olduğu için 10. maddenin sağladığı güvenceden yararlanamayacağını, hakkın kötüye kullanılması bağlamında başvurunun kabul edilemez olduğunu kararlaştırmıştır.[365]

Nefret söylemi kapsamında özel bir yere sahip olan *"Tarihi gerçeklerin inkarı"* hususu, AİHS'nin hazırlandığı dönemin koşullarını, II. Dünya Savaşı sırasında Avrupa Kıtası'nda yaşanan acı ve felaketlerin etkilerini yansıtan bir kavramdır.[366] Ancak hangi olayların *"tarihsel gerçek"* olarak kabul edileceği hususu oldukça tartışmalıdır. AİHM de tarihi gerçeklerin araştırılmasının ifade özgürlüğünün ayrılmaz bir parçası olduğunu belirttikten sonra, tarihçiler arasında tarihsel olayların oluşumu ve yorumlanışı hakkında devam eden tartışmalarda karar verme merciinin kendisi olmadığını ifade etmiştir.[367] Mahkeme'nin içtihadı incelendiğinde, II. Dünya Savaşı sırasında yaşanan olayların da etkisiyle Holokost'un tarihi gerçek olarak kabul edildiği, tarihçiler arasında tartışma konusu olmayan Holokost'un varlığını inkar eden,[368] Nazilerin II. Dünya Savaşı sırasında Yahudilere yönelik uyguladığı eylemlerin yaşanmadığını ileri süren veya bu gerçekleri değiştirme, hafif-

---

[365] Pavel Ivanov/Rusya (Kabul Edilemezlik Kararı), Başvuru No. 35222/04, 20/02/2007.

[366] **DOĞRU/NALBANT**, 2013, s. 186.

[367] Chauvy ve Diğerleri/Fransa, Başvuru No. 64915/01, 29/06/2004, para. 69.

[368] Holokost'un inkarı en genel biçimde, *"İkinci Dünya Savaşı sırasında yaklaşık altı milyon Yahudi'nin Nazi katliamına kurban gitmesi gibi bir olayın gerçekleşmediği iddiası…"* şeklinde tanımlanabilir. Bu tanım için bkz. Robert Eaglestone, Postmodernizm ve Holocaust'un İnkar Edilmesi (çeviren: Ebru Kılıç), İstanbul, 2002, ss. 7-8'den aktaran **KÜZECİ**, 2007, s. 185, dipnot 31.

letme amacı güden ifadeler, Yahudilere karşı ırksal nefreti körükleyen revizyonist ifadeler kategorisinde değerlendirilerek 10. maddenin koruma alanının dışında bırakılmaktadır.[369]

AİHM'nin Holokost'un inkarına yönelik içtihadı incelendiğinde, cevaplanması gereken iki soru gündeme gelmektedir. Bunlardan ilki, Nazilerin Yahudilere yönelik soykırım niteliğindeki eylemleri dışında, tarihte yaşanan diğer zalimane, barbarca olayların hangi ölçüte göre *"tarihsel gerçek"* olarak kabul edileceğidir? İkincisi ise tarihsel bağlamda böyle bir olayın varlığı kabul edilse bile hukuki yönden nitelendirilmesinde yaşanabilecek uzlaşmazlıkların nasıl aşılacağıdır?[370] Mahkeme bu hususlara ilişkin net bir değerlendirme yapmaktan kaçınmaktadır. Holokost dışındaki *"tarihsel olayları"*, önüne gelen davanın tüm şartlarını dikkate alarak bağlamsal bir analize tabi tutan Mahkeme, bu tutumunu Perinçek/İsviçre davasında da sürdürmüştür.[371] Türkiye'deki bir siyasi partinin başkanı olan Doğu Perinçek, İsviçre'de bulunduğu sırada, farklı zamanlarda yaptığı üç basın açıklamasında da *"Ermeni Soykırımı'nın emperyalist devletler tarafından üretilmiş uluslararası bir yalan olduğunu"* ifade etmiştir. Söz konusu ifadeleri nedeniyle İsviçre Ceza Kanunu'nda yer alan düzenlemeye göre *"tarihsel bir gerçek"* olarak kabul edilen Ermeni Soykırımı'nı inkâr ettiği gerekçesiyle Perinçek hakkında mahkûmiyet kararı verilmiştir.[372]

AİHM Perinçek/İsviçre davasında yaptığı değerlendirmede, Holokost'un inkarı dışındaki tarihsel olaylara ilişkin ifadeleri değerlendirirken *"olay (vaka) temelli yaklaşımı"* esas aldığını ifade ederek, Perinçek'in ifadelerine yönelik müdahalenin Sözleşme'ye uygunluğunu denetlerken şu ölçütlere göre karar vereceğini belirtmiştir: 1) İfadelerin bağlamı (doğası), 2) İfadelerin söylendiği

---

[369] AİHM'nin "nefret söylemi" hakkındaki tematik bilgi notu, 2019, s. 3-4. İlgili bilgi notuna şu adresten ulaşılabilir: https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Hate_speech_ENG.pdf (Erişim Tarihi: 21/02/2020). Nefret söylemi içerdiği gerekçesiyle 10. maddenin koruma alanı dışında bırakılan ifadelere ilişkin örnek AİHM kararları için bkz. Chauvy ve Diğerleri/Fransa; Garaudy/France, Başvuru No. 65831/01, 24/06/2003; M'Bala M'Bala/Fransa (Kabul Edilemezlik Kararı), Başvuru No. 25239/13, 20/10/2015. David Keane AİHM'nin, Sözleşme'nin 17. maddesini açık bir biçimde ve istikrarlı olarak sadece "Holokost'un inkarı" niteliğindeki ifadelere uygulayarak, bunları Sözleşme'nin 10. maddesinin koruma alanının tamamen dışında bıraktığını belirtmektedir. Bkz. KEANE David, "Attacking Hate Speech under Article 17 of the European Convention on Human Rights", **Netherlands Quarterly of Human Rights**, Volume 25, No. 4, 2007, s. 656.

[370] **HARRIS/O'BOYLE/BATES/BUCKLEY**, 2018, s. 603.

[371] Perinçek/İsviçre (Büyük Daire), Başvuru No. 27510/08, 15/10/2015.

[372] Perinçek/İsviçre, para. 22.

yer ve zaman, 3) İfadelerin Ermenilerin hakları üzerindeki etkileri, 4) Taraf devletlerin, soykırımın inkarına yönelik yasal düzenlemelerinde Avrupa Konsensüsünün olup olmaması, 5) Uygulanan yaptırımın ağırlığı.[373]

İlgili ölçütleri olaya uygulayan Mahkeme, Perinçek'in ifadelerinin Ermenilere yönelik şiddete teşvik edici ya da nefreti kışkırtıcı nitelikte olmadığını, kamu yararını ilgilendiren bir mesele hakkında olduğunu belirtmiştir.[374] Yer ve zaman bakımından yaptığı değerlendirmede, 1915 yılında olayların yaşandığı Osmanlı İmparatorluğu ile İsviçre arasında doğrudan bir bağlantı olmadığını, olayların yaşandığı yıl ile ifadelerin dile getirildiği yıl arasında da hatırı sayılır bir zamanın geçtiğini ifade eden Mahkeme, Perinçek'in ifadelerinin Ermeni toplumuna değil; olaylardan sorumlu tuttuğu emperyalist devletlere yönelik olduğunun da altını çizmiştir.[375] Soykırım inkarının cezalandırılması hususunda Avrupa Kıtası genelinde bir konsensüs olmadığını belirten Mahkeme, Perinçek'e yönelik yaptırımın hapse girme riskini barındırdığı için ağır bir yaptırım olarak nitelendirileceğini ifade ederek, İsviçre ulusal makamlarının Perinçek'in ifade özgürlüğüne yaptıkları müdahalenin demokratik toplumda gerekli olmadığını ve Perinçek'in ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini kararlaştırmıştır.[376]

Holokost'u inkar etmeyen ancak II. Dünya Savaşı dönemindeki olaylar veya kişiler hakkında kamuoyunda genel kabul görmüş kanıların aksine fikir, bilgi ve haber içeren ifadeler söz konusu olduğunda, Mahkeme doğrudan 17. maddeyi uygulayarak önüne gelen başvuruyu kabul edilemez bulmak yerine daha nüanslı bir değerlendirme yapmaktadır. Mahkeme'nin bu yönde değerlendirme yaptığı davaya örnek olarak Lehideux ve Isorni/Fransa davası verilebilir. İlgili davanın konusu şöyledir: Başvurucular, II. Dünya Savaşı sırasında Nazi Almanya'sı ile işbirliği yaptığı kabul edilen Mareşal Petain'in başarılarının tanınması için bir yazı kaleme alıp *"Le Monde"* gazetesinde yayımlamışlardır. Bu yazı nedeniyle başvurucular, ulusal mahkemeler tarafından düşmanla işbirliği suçunu savundukları için mahkum edilmişlerdir.[377] AİHM, önüne gelen bu davanın gerçekleştiği konusunda tartışma

---

[373] Perinçek/İsviçre, para. 229-273.

[374] Perinçek/İsviçre, para. 233.

[375] Perinçek/İsviçre, para. 244-252.

[376] Perinçek/İsviçre, para. 280. AİHM ihlal olmadığı yönünde karar verirken, göz önüne aldığı tüm hususları ve gerekçelerini ilgili kararın 280. paragrafında özetlemiştir.

[377] Lehideux ve Isorni/Fransa, Başvuru No. 24662/94, 23709/1998.

bulunmayan tarihsel gerçekler kategorisi kapsamında olmadığını, böyle tarihi gerçeklerin -Holokost- inkarına ya da revize edilmeye çalışılmasına yönelik ifadelerin 10. madde kapsamında değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir.[378] Mahkeme, başvurucuların Holokost'u inkar etmediklerini, çeşitli ifadelerle kınadıklarını, başvurucular tarafından *"Le Monde"* gazetesinde yayımlanan ilanın, kamuoyunda o dönemin yargılanması için yeni bir tartışma başlatma amacı taşıdığını, mahkumiyet kararının ulaşılmak istenen meşru amaç göz önüne alındığında -başkalarının şöhret ve haklarının korunması-, başvurucuların ifade özgürlüğüne yönelik ölçüsüz bir müdahale oluşturduğunu ifade ederek 10. maddenin ihlal edildiğini kararlaştırmıştır.[379]

Vatandaşı olduğu devletin, II. Dünya Savaşı sırasında Nazi Almanya'sı ile olan ilişkilerine dair kamuoyunda yaygın olarak kabul edilen görüşlerden farklı haber ve bilgiler yayımlayan gazeteciye yönelik uygulanan yaptırımlar da 10. madde çerçevesinde Mahkeme önüne gelmiştir.[380] Başvuru konusu olay şu şekilde gelişmiştir: İsviçreli bir gazetecinin hazırladığı, II. Dünya Savaşı döneminde İsviçreli politikacıların, İsviçre Bankaları'nın, sigorta şirketlerinin Nazi Almanya'sı ile olan ilişkilerini konu alan ve İsviçre'deki Anti-Semitizm sorununu işleyen belgesel, *"Şimdiki Zaman (Temps Present)"* isimli haber programının bir parçası olarak televizyonda yayımlanmıştır. Programın yayımlanmasından sonra ulusal makamlar, gazetecinin haber ve bilgileri nesnel olarak aktarma yükümlülüğünü ihlal ettiğini belirtmişler; ayrıca belgesel hakkında yasal ambargo kararı verilerek video kayıtlarının satışı yasaklanmıştır.[381] AİHM, yayımlanan belgeselin kamu yararını ilgilendiren bir konu hakkında olduğunu belirttikten sonra, uygulanan yaptırımın gazeteciyi kamu yararını ilgilendiren konulara katkı sunmaktan caydırma potansiyeline sahip olduğunu, bu durumun, medyanın *"kamunun bekçi köpeği"* olma rolünü yerine getirmesini de güçleştirdiğini, uygulanan yaptırımın sansür niteliğinde etki doğurduğunu ve 10. maddenin ihlal edildiğini kararlaştırmıştır.[382]

AİHM'nin nefret söylemi bağlamında medya özgürlüğüne ilişkin içtihadı bir bütün olarak değerlendirildiğinde şu çıkarımlar yapılabilir: Irk, din veya

---

[378] Lehideux ve Isorni/Fransa, para. 47.

[379] Lehideux ve Isorni/Fransa, para. 48-58.

[380] Monnat/İsviçre, Başvuru No. 73604/01, 21/09/2006.

[381] Monnat/İsviçre, para. 4-17.

[382] Monnat/İsviçre, para. 56-71.

etnik köken temelli nefret söylemi içeren ifadeler söz konusu olduğunda, gazetecinin üçüncü kişiler tarafından dile getirilen ifadeleri sadece aktardığı durumlarda, Mahkeme medya özgürlüğüne getirilen sınırlamaları AİHS'ye uygun bulmamaktadır. AİHM bu yönde kararlar verirken gazetecilerin görev ve sorumlulukları çerçevesinde, nefret söylemi içeren ifadeleri yayma amacıyla hareket etmemeleri gerektiğinin de altını çizmektedir. *"Tarihi gerçeklerin inkarı"* niteliğindeki ifadeler Mahkeme önüne geldiğinde ise Mahkeme, Holokost'un inkarı dışındaki *"tarihsel olaylar"* hakkında vaka temelli, bağlamsal bir analiz yaparak ifade (medya) özgürlüğü ile başkalarının itibar, onur ve haklarının korunması arasında bir denge kurmaya çalışmaktadır. Holokost'u inkar eden ifadeler bakımından ise Mahkeme, Sözleşme'nin 17. maddesini uygulayarak bu kategoride değerlendirdiği ifadeleri 10. maddenin sağladığı koruma alanının kapsamı dışında bırakmaktadır.[383]

5. Olağanüstü Yönetim Usulleri ve Medya (İfade) Özgürlüğü

"Olağanüstü hallerde yükümlülükleri askıya alma" başlığını taşıyan Sözleşme'nin 15. maddesinde, *"savaş veya ulusun varlığını tehdit eden genel tehlike"* halinde Sözleşme'de güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin, taraf devletlerce askıya alınırken uyulması gereken ölçütler düzenlenmiştir. Olağanüstü yönetim usulleri, istisnai bir hukuk rejiminin yürürlüğe konarak hem yasama, yürütme ve yargı organları arasındaki yetki paylaşımının hem de hak ve özgürlüklerin güvence rejiminin değiştiği usuller olarak tanımlanabilir.[384]

AİHS madde 15 çerçevesinde, taraf devletlerin olağanüstü yönetim usullerine geçerken uymaları gereken hem usule hem de esasa ilişkin yükümlülükleri bulunmaktadır. Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka

---

[383] Cannie ve Voorhoof, AİHM'nin nefret söylemi içeren ifadelere ilişkin -Holokost'u inkar eden ifadeler de dahil olmak üzere- doğrudan 17. maddeyi uygulamak yerine, Sözleşme'nin 10. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan sınırlama ölçütleri çerçevesinde denetim yaparak karar vermesinin daha uygun olacağını düşünmektedirler. AİHS madde 17'nin ifade özgürlüğünün korunmasına ek bir katkı sunmadığını, ifade türleri arasında muğlak ayrımlar yapılmasına yol açtığını belirten yazarlar, tüm ifadelerin AİHS madde 10/2'deki sınırlama ölçütlerine göre değerlendirmeye tabi tutulması gerektiğini ileri sürmektedirler. Bkz. CANNIE Hannes / VOORHOOF Dirk, "The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention: An Added Value for Democracy and Human Rights Protection?", **Netherlands Quarterly of Human Rights**, Volume 29, No. 1, 2011, ss. 54-83.

[384] BOYAR Oya, "Olağanüstü Yönetim Usullerinde Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Askıya Alma Rejimi", içinde **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme** (Editör: Sibel İnceoğlu), 2. Baskı, Beta, İstanbul, 2013, s. 87.

bir genel tehlikenin varlığı, bu durumun kesin olarak gerektirdiği ölçüde tedbirlerin alınması, uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülüklere aykırı hareket edilmemesi ve 15. maddenin ikinci fıkrasında belirtilen yaşam hakkı,[385] işkence yasağı, kölelik yasağı, suç ve cezada yasallık ilkesine olağanüstü yönetim usullerinde dahi sınırlama getirilemeyeceği yükümlülükleri esasa ilişkin yükümlülüklerdir.[386] Usuli olaraksa, taraf devletlerin Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne alınan tedbirler ve bunların gerekçeleri hakkında bildirimde bulunmaları gerekmektedir. Aynı şekilde taraf devletler, alınan tedbirlerin yürürlükten kalktığı ve Sözleşme'nin tekrar tamamen geçerli olduğu tarihi de Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne bildirmek zorundadırlar.[387]

AİHM, olağanüstü yönetim usulleri çerçevesinde taraf devletlerce alınan tedbirlere ilişkin denetim yaparken, *"ulusun varlığını tehdit eden genel tehlike"* halinin bulunup bulunmadığına karar verme hususunda taraf devletlerin geniş bir takdir marjına sahip olduklarını kabul etmektedir. Zaten takdir marjı kavramı da Mahkeme tarafından ilk kez 15. madde çerçevesinde ele alınan bir kararda kullanılmıştır.[388] Mahkeme tarafından yapılan denetimde, olağanüstü durumlarda alınan tedbirlerin konu, süre ve mekan bakımından Sözleşme'ye uygunlukları da incelenmektedir. Konu bakımından yapılan incelemede, Sözleşme'nin 15. maddesinin ikinci fıkrasında sayılan ve olağanüstü durumlarda dahi sınırlama getirilemeyeceği belirtilen hak ve özgürlüklerin yanı sıra, Birleşmiş Milletler (BM) bünyesinde yapılan Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin[389] (MSHS) 4. maddesinde yer alan düzenleme de dikkate alınmaktadır.[390] Mahkeme, belirli bir süre için

---

385 Meşru savaş fiilleri sonucunda meydana gelen ölüm hali dışında.

386 **TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK**, 2019, ss. 784-788.

387 SOTTIAUX Stefan, "Derogation in Time of Emergency", içinde **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights** (Editors: Pieter VAN DIJK/Fried VAN HOOF/Arjen VAN RIJN/Leo ZWAAK), Fifth Edition, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2018, s. 1074.

388 **DOĞRU**, 2019, s. 14.

389 BM MSHS'nin resmi Türkçe çevirisi için bkz. RG, Tarih: 18/06/2003, Sayı 25142.

390 **BOYAR**, 2013, s. 105; **SOTTIAUX**, 2018, s. 1073. BM MSHS madde. 4'de, yaşam hakkı, işkence ve kötü muamele yasağı, kölelik ve kulluk yasağı, borç nedeniyle hapis yasağı, suç ve cezada yasallık, kişi olarak tanınma ile düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne olağanüstü yönetim usullerinde dahi istisna getirilemeyeceği düzenlenmektedir. İstisna getirilemeyeceği belirtilen hak ve özgürlüklerin yanı sıra ırk, renk, cinsiyet, dil, din ya da toplumsal kökene dayalı ayrımcılık yasağı da olağanüstü yönetim usulleri kapsamında askıya alınamaz. BM MSHS'ye taraf 173 devlet (21/02/2020 tarihi itibariyle) bulunmaktadır. Bu durum BM MSHS'de yer

ilan edilen olağanüstü durumun söz konusu süre ile sınırlı olarak uygulanıp uygulanmadığı ve belirtilen sürenin sonunda olağanüstü halin uzatılıp uzatılmadığına ilişkin gerekli usuli bildirimin yapılıp yapılmadığını da denetlemektedir. Mekan bakımından ise olağanüstü halin ülkenin tamamında mı yoksa sadece belirli bir bölümünde mi uygulandığı Mahkeme tarafından incelenmektedir.[391]

Taraf devletlerin, savaş hali veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike durumunu belirlerken sahip oldukları takdir marjı sınırsız değildir. AİHM'nin, Sözleşme'nin 15. maddesine ilişkin önüne gelen başvurulara dair yaptığı denetimde kullandığı en önemli ölçüt ölçülülük ilkesidir.[392] Taraf devletlerce alınan tedbirlerin, *"durumun kesin olarak gerektirdiği ölçüde"* olup olmadığı Mahkeme tarafından bu ilkeye başvurularak denetlenmektedir. AİHM askıya alınan hak ve özgürlüklerin niteliği, olağanüstü durumun süresi, olağanüstü durumu ortaya çıkaran sebepler gibi pek çok unsuru dikkate alarak ölçülülük ilkesini uygulamakta ve kararını vermektedir.[393]

İfade (medya) özgürlüğü, olağanüstü durumlarda dahi sınırlanamayacak hak ve özgürlükler kategorisinde yer almamaktadır.[394] Bu bağlamda Mahkeme, taraf devletlerin olağanüstü durumlarda ifade (medya) özgürlüğüne getirdiği sınırlamaları, ilgili sınırlamaların (tedbirlerin) olağanüstü halin aşılması için gerekli ve ölçülü olup olmadıkları yönlerinden denetlemektedir. Gazetenin (Ülkede Gündem Gazetesi), olağanüstü hal bölge valisinin kararıyla olağanüstü hal ilan edilen bölgeye sokulmasının yasaklanması, Türkiye'ye karşı yapılan bir başvuru çerçevesinde AİHM önüne gelmiştir.[395] Mahkeme yaptığı değerlendirmede, olağanüstü halin ilan edilmesine yol

---

alan ilgili düzenlemenin uluslararası hukuk alanında teamül niteliğini haiz olduğunu ortaya koymaktadır. AİHS'de yer alan *"uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklere ters düşmemek"* düzenlemesi çerçevesinde, BM MSHS madde 4'deki düzenlemeye, AİHS'ye taraf devletlerce olağanüstü yönetim usullerine geçilirken riayet edilmelidir.

391 **BOYAR**, 2013, ss. 104-106.

392 **BOYAR**, 2013, s. 104.

393 Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık, Başvuru Nos. 14553/89, 14554/89, 26/05/1993, para. 43.

394 Ancak ifade özgürlüğünün unsurlarından biri olan "görüşe (kanaate) sahip olma özgürlüğü", olağanüstü yönetim usullerinde dahi sınırlanamaz. İfade özgürlüğü, aynı zamanda kişinin görüşlerini açıklamak istemediği durumlarda sessiz kalma özgürlüğünü de içerdiği için, görüşe (kanaate) sahip olma özgürlüğüne AİHS madde 15 kapsamında herhangi bir sınırlama/istisna getirilemez. Bkz. **VAN RIJN**, 2018, ss. 810-11.

395 Çetin ve Diğerleri/Türkiye davası, Başvuru Nos. 40153/98, 40160/98, 13/02/2003.

açan olayların arka planını ve özellikle terörle mücadeledeki güçlükleri kararını verirken hesaba katacağını belirttikten sonra, uygulanan yayın yasağı tedbirinin görsel-işitsel bir medya aracına değil; yazılı medyaya uygulandığını ifade etmiştir.[396] Ulusal hukuktaki yasal düzenleme çerçevesinde OHAL Bölge Valisi'ne verilen yetkilerin kapsam ve sınırlarının belirsiz ve çok geniş olduğunun altını çizen Mahkeme, ayrıca verilen yayın yasağı kararına karşı yargısal başvuru yolunun da bulunmadığını belirtmiştir.[397] Medya özgürlüğünün, demokratik toplumda oynadığı rolün önemine atıf yapan Mahkeme, yurttaşların istedikleri mesajları/haberleri almalarına, bunlar arasında seçim yapabilmelerine ve ifade edilen görüşler hakkında fikirlerini oluşturabilmelerine izin verilmesi gerektiğine işaret ederek, uygulanan tedbirin sansür niteliğinde ön kısıtlama oluşturması, yayın yasağına ilişkin somut gerekçe ile yargısal denetimin yokluğu ve yasağın üç yıldan fazla sürmesini göz önüne alarak yapılan müdahalenin demokratik toplumda gerekli olmadığına, 10. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.[398]

AİHM, olağanüstü halin ortaya çıkardığı özel koşulların 15. madde çerçevesinde yapılan başvurularda dikkate alınacağını ancak *"ulusun varlığını tehdit eden genel bir tehlike"* durumunun, demokratik toplum kavramının merkezinde yer alan siyasal tartışma özgürlüğünü sınırlamak için mazeret olarak kullanılmaması gerektiğini belirtmiştir.[399] Sözleşme'ye taraf devletler olağanüstü durumlarda dahi, demokratik toplumun değerleri olan çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliğin korunmasına ilişkin gerekli önlemleri almalıdır. Bu bağlamda Mahkeme'ye göre, olağanüstü hal ilan edilmesinden sonra eleştirel görüşleri nedeniyle bir gazetecinin mahkeme kararı olmaksızın tutuklanması, tutuklama tedbiri kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakan bir yaptırım niteliğinde olduğu ve toplumdaki farklı görüşleri susturma tehlikesi taşıdığı için hem tutuklu gazeteci hem de sivil toplum üzerinde olumsuz ve caydırıcı bir etkiye sahip olacaktır.[400]

AİHM'nin olağanüstü yönetim usullerinde medya özgürlüğüne getirilen sınırlamalara ilişkin içtihadı incelendiğinde, ön kısıtlama, sansür niteliğindeki yaptırımlar ile toplumdaki çoğulculuğu ortadan kaldıracak ağırlıktaki

---

396 Çetin ve Diğerleri/Türkiye, para. 62.

397 Çetin ve Diğerleri/Türkiye, para. 59.

398 Çetin ve Diğerleri/Türkiye, para. 64-66.

399 Şahin Alpay/Türkiye, Başvuru No. 16538/17, 20/03/2018, para. 180.

400 Şahin Alpay/Türkiye, para. 182.

caydırıcı etki doğuran sınırlamaları 10. maddeye aykırı bulduğu görülmektedir. Olağanüstü hal döneminde yasal düzenlemeler aracılığıyla üst düzey kamu görevlilerine verilen kapsam ve sınırları oldukça geniş yetkiler ile bu yetkilere dayanılarak gerçekleştirilen eylem ve işlemlere karşı yargı yolunun açık olmaması da Mahkeme tarafından ifade (medya) özgürlüğünü ihlal eden sınırlamalar olarak değerlendirilmiştir.

6. AİHM'nin Medya Özgürlüğüne İlişkin İçtihadının Artı ve Eksi Yönleriyle Analizi

AİHM'nin medya özgürlüğünün kapsam ve sınırlarına ilişkin değerlendirmelerde bulunduğu kararları bir bütün olarak ele alındığında Mahkeme içtihadının, medya özgürlüğünün etkin olarak hayata geçirilmesine sağladığı olumlu katkıların yanı sıra eleştiriye açık yanlarının bulunduğu da söylenebilir. Bu başlık altında ilk olarak, medya özgürlüğünün güvence altına alınmasında AİHS ve AİHM kararlarının sağladığı olumlu katkılar, daha sonra ise Mahkeme kararlarında ortaya konan ve medya özgürlüğünün etkin olarak sağlanmasında muğlaklıklar veya olumsuz etkiler yaratabilecek hususlar ele alınacaktır. Sözleşme'nin üzerine inşa edildiği temel ilkeler ve felsefe de dikkate alınarak, Mahkeme içtihadının medya özgürlüğünün güvence altına alınmasında yapısal bakımdan yetersiz kaldığı durumların irdelenmesiyle bu başlık altında yapılacak analiz sonlandırılacaktır.

İfade özgürlüğünü düzenleyen Sözleşme'nin 10. maddesinde, medya özgürlüğüne ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. AİHM içtihadı çerçevesinde medya özgürlüğünün de ifade özgürlüğü kapsamında olduğu ortaya konmuştur.[401] Mahkeme'nin, medya özgürlüğünün etkin olarak hayata geçirilmesine sağladığı en önemli katkılardan biri, siyasetçilere veya devletin yargı dışındaki kurumlarına yöneltilen eleştiriler söz konusu olduğunda, bu nitelikteki eleştirilerin (haber ve bilgilerin) kamu yararını ilgilendiren bir konudaki tartışmaya bulundukları katkıyı dikkate alarak gazetecilerin ifade özgürlüklerine yüksek seviye bir koruma sağlamasıdır.[402] Siyasi nitelikli ya da kamu yararını ilgilendiren bir mesele hakkında haber, bilgi veya görüş

---

[401] WENZEL Nicola, "Opinion and Expression, Freedom of, International Protection" (April 2014) içinde Rüdiger Wolfrum (Ed.), **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, para. 21 (online edition). İlgili içeriğe şu adresten ulaşılabilir: https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e855?rskey=hlz3uM&result=1&prd=MPIL (Erişim Tarihi: 21/02/2020).

[402] Şık/Türkiye, Başvuru No. 53413/11, 08/07/2014, para. 103.

aktarımı söz konusu olduğunda, Sözleşme'ye taraf devletlerin medya özgürlüğüne getirilecek sınırlamalar hususunda sahip oldukları takdir marjı oldukça daralmaktadır.[403] Mahkeme'ye göre demokratik toplum düzeninde medya, "kamunun bekçi köpeği" rolünü oynayarak yasama ve yargı organları ile beraber yürütmenin (hükümetin) ve kamusal yetkiler kullanan kişilerin denetlenmesi işlevini yerine getirmektedir. Bu bağlamda Mahkeme'ye göre medya özgürlüğünün etkin bir biçimde sağlanması, demokratik toplumun ayırt edici özellikleri olan çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliğin korunması için de büyük önem taşımaktadır.[404]

Medya özgürlüğünün güvence altına alınmasında Mahkeme içtihadının sağladığı bir diğer katkıysa, gazetecilerin haber kaynaklarının korunması hususunda ortaya koyduğu ilkelerdir. Mahkeme'ye göre gazetecilerin haber kaynaklarını açıklamaya zorlanamaması, medyanın yerine getirdiği kamunun bekçi köpeği olma rolü için vazgeçilmez bir öneme sahiptir. Haber kaynağı kötü niyetli olarak hareket etse veya kendi iradesi ile kimliğini açıklasa dahi, AİHM'ye göre gazeteciler haber kaynaklarını açıklamaya zorlanamaz. Haber kaynaklarının korunması ilkesine üstün gelen kamu yararının varlığı taraf devletlerce somut gerekçelerle ortaya konmadan ve bu konuda haber kaynağının açıklanması talebini ileten kurumdan ayrı, bağımsız bir organ tarafından müdahalenin gerekliliği hususunda denetim yapılmadan haber kaynaklarının kimliğini ortaya çıkaracak şekilde gazetecilerin ifade özgürlüklerine müdahalede bulunulması Mahkeme tarafından Sözleşme'ye aykırı bulunmaktadır.[405]

Devletin ve ilgili kamu kurumlarının elinde hazır olarak bulunan ve kamu yararını ilgilendiren bir mesele hakkındaki tartışmaya katkıda bulunacak nitelikteki belge ve bilgilere, gazeteci, sivil toplum çalışanı ve akademisyenler tarafından bilgi edinme hakkı çerçevesinde ulaşılmasının Mahkeme tarafından 10. madde kapsamında görülmeye başlanması,[406] medya özgürlüğü bakımından bir diğer olumlu gelişmedir. Bilgi edinme hakkının bazı şartlar altında kabul edilmesinin yanı sıra, Mahkeme'nin medya özgürlüğünün etkin olarak sağlanması için önem taşıyan bir diğer katkısı devletlerin pozitif

---

403 **ARAI-TAKAHASHI**, 2002, s. 127.

404 The Sunday Times/Birleşik Krallık (No. 1), Başvuru No. 6538/74, 26/04/1079, para. 65.

405 Bu konudaki önemli AİHM kararları için *"Gazetecilerin Haber Kaynaklarının Korunması"* başlığını taşıyan bölüme bakınız.

406 Bu konudaki önemli bir AİHM kararı için bkz. Youth Initiative for Human Rights/Sırbistan, Başvuru No. 48135/06, 25/06/2013, para. 24.

yükümlülüklerine ilişkin içtihadıdır. Medya çalışanlarının ifade özgürlüklerini etkin bir biçimde kullanabilmeleri için gerekli çalışma ortamının sağlanması, üçüncü kişilerden gelecek olası müdahalelere karşı gerekli önlemlerin alınması, bu bağlamda gazetecilerin eleştirel görüşleri nedeniyle saldırıya uğramalarının ya da öldürülmelerinin engellenmesi, uğradıkları saldırıların aydınlatılması için bağımsız - etkili bir soruşturmanın yapılması, işten atılmalarına karşı gerekli güvencelerin sağlanması ve yayıncılık alanında çoğulculuğun sağlanması/korunması hususlarında devletlerin pozitif yükümlülükleri bulunmaktadır.[407]

AİHM, Sözleşme'nin 10. maddesinin dile getirilen ifadeye sadece içerik yönünden değil; aynı zamanda ifadenin iletildiği araç (biçim) bakımından da güvence sağladığını belirtmektedir.[408] Bu bağlamda Mahkeme içtihadında ilk olarak yazılı medya için ortaya konulan ilkelerin radyo, televizyon ve internet alanlarında da geçerli oldukları yine Mahkeme tarafından karar altına alınmıştır.[409] Görsel-işitsel medyanın, haber ve bilgilerin kamuoyuna ulaştırılmasında daha büyük ve güçlü bir etkiye sahip olduğunun altını çizen Mahkeme,[410] özellikle internet alanında yeni teknolojik gelişmelerin de göz önüne alınarak gazetecilerin ifade özgürlüklerini herhangi bir korku duymadan kullanabilmeleri için ilgili yasal düzenlemelerin taraf devletlerce yapılması gerektiğini belirtmiştir.[411]

Yukarıda belirtilen tüm bu hususlar medya özgürlüğünün, Sözleşme'ye taraf devletlerin ulusal yetki alanlarında etkin olarak güvence altına alınması için Mahkeme'nin sağladığı önemli katkılar olarak kategorize edilebilir. Bu hususlara ek olarak AİHM'nin Sözleşme'nin 10. maddesine ilişkin içtihadı incelendiğinde, Mahkeme'nin şu unsurları göz önüne alarak kararlarını verdiği söylenebilir: 1) İfadenin içeriği/türü, 2) İfadenin söylendiği ortam ve koşullar, 3) İfadenin iletildiği araç, 4) İfadenin kim tarafından söylendiği, 5) İfadenin kime yöneltildiği/muhatabı.[412]

---

[407] **HARRIS/O'BOYLE/BATES/BUCKLEY**, 2018, ss. 596-598.

[408] Oberschlick/Avusturya, Başvuru No. 11662/85, 23/05/1991, para. 57.

[409] **BYCHAWSKA-SINIARSKA**, 2018, s. 123.

[410] Jersild/Danimarka, Başvuru No. 15890/89, 23/09/1994, para. 31.

[411] Editorial Board of Pravoye Delo ve Shtekel/Ukrayna, Başvuru No. 33014/05, 05/05/2011, para. 64.

[412] İNCEOĞLU Sibel, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Çoğulculuk", içinde **Çoğulcu Demokrasi - Çoğunlukçu Demokrasi ve İnsan Hakları** (Yayına Hazırlayan: Ece Göztepe), Birinci Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2011, ss. 86-105.

Şiddete teşvik eden ya da şiddeti onaylayan ifadeler, dinsel ve ırksal hoşgörüsüzlüğü körükleyen nefret söylemleri ile Holokost'u inkar eden revizyonist ifadeler, Mahkeme tarafından 10. maddenin koruma alanının kapsamı dışında görülmektedir.[413] Ancak Mahkeme, üçüncü kişiler tarafından dile getirilen ve medya çalışanlarının sadece belirtilen görüşleri kamuoyuna aktardığı durumlarda, gazetecinin amacını göz önüne alarak değerlendirmede bulunmaktadır. Gazetecinin amacının nefret söyleminin veya şiddete teşvikin yayılması olmadığı, kamuoyunda tartışılan bir konu hakkında farklı görüşlerin, nüanslı bir yayıncılık çerçevesinde aktarıldığı durumlarda, taraf devletlerce medya özgürlüğüne getirilen sınırlamalar Mahkeme tarafından Sözleşme'ye aykırı bulunmuştur.[414] AİHM değerlendirmesini yaparken ifadenin dile getirildiği dönemde ülkenin içinde bulunduğu koşulları da dikkate almaktadır. Ülkede şiddet ortamının veya olağanüstü halin bulunup bulunmadığı, medya tarafından aktarılan haber, bilgi ya da görüşlerin oluşturabileceği tehlikeler gibi önüne gelen başvuruların arka planını oluşturan durumları da göz önüne alan Mahkeme bağlamsal bir analiz yapmaktadır.[415]

İfadenin iletildiği araç, AİHM tarafından ifadenin toplum üzerindeki etkisi ve ne kadar alenileştiği değerlendirilirken dikkate alınmaktadır.[416] Radyo, televizyon ve internetin, yazılı medyaya göre etki alanının daha geniş olduğunu belirten Mahkeme, medya özgürlüğüne getirilen sınırlamaları değerlendirirken bu durumu da göz önüne almaktadır. İfadenin kim tarafından söylendiği de Mahkeme'nin yaptığı değerlendirmede büyük önem taşımaktadır. Gazeteciler ve siyasetçiler nefret söylemi, şiddete teşvik eden ifadeler veya Holokost'u inkar eden söylemler kullanmadıkları müddetçe, Mahkeme tarafından en geniş ifade özgürlüğü tanınan kişiler arasında yer almaktadırlar.[417] İfadenin yöneldiği, başka bir deyişle, medya özgürlüğü çerçevesinde eleştirinin muhatabı olan kişiler/kurumlar bakımından ise AİHM, ilgili kişilere/kurumlara yönelik kabul edilebilir eleştirinin sınırlarını en dardan başlayıp en genişe uzanacak biçimde şöyle sıralamaktadır: 1) Yargı mensuplarına yönelik eleşti-

---

413 **UYGUN**, 2013, s. 140.

414 Novaya Gazeta ve Milashina/Rusya, Başvuru No. 45083/06, 03/10/2017, para. 71.

415 **İNCEOĞLU**, 2011, s. 93-94.

416 Karataş/Türkiye, Başvuru No. 23168/94, 08/07/1999. Bu davada Mahkeme, şiir kitabında yer alan ifadelerin okuyucuyu şiddete veya isyana teşvik edecek nitelikte olduklarını ancak ifadelerin, şiir kitabı aracılığıyla iletilmesi nedeniyle sınırlı sayıda kişiye ulaştığını, bu bağlamda toplum üzerinde daha küçük etki doğurduklarını belirterek, başvurucuya verilen hapis cezasının ifade özgürlüğünü ihlal ettiğini kararlaştırmıştır. Bkz. Karataş/Türkiye, para. 49-54.

417 **UYGUN**, 2013, s. 148.

riler, 2) Sıradan vatandaşlara yönelik eleştiriler, 3) Kamu görevlilerine yönelik eleştiriler, 4) Siyasetçiler ve uygulanan politikalarda üst düzey sorumluluk üstlenen bürokratlara yönelik eleştiriler, 5) Devlete, hükümete ve yargısal işlev görmeyen diğer devlet kurumlarına yönelik eleştiriler.[418]

AİHM, medya özgürlüğüne getirilen sınırlamaların Sözleşme'ye uygunluğunu denetlerken yukarıda da belirtildiği üzere "bağlamsal" bir analiz yapmaktadır. Mahkeme söz konusu bağlamsal analizini yaparken AİHS madde 10/2'de yer alan sınırlama ölçütlerini önüne gelen başvuruya uygulayarak kararını vermektedir. Mahkeme'nin sınırlama ölçütleri içerisinde üzerinde en çok durduğu ölçüt, "demokratik toplumda gerekli olma" ölçütüdür.[419] Bu ölçüt çerçevesinde taraf devletlerce, medya özgürlüğü ile ulaşılmak istenen meşru amaç arasında adil bir dengenin sağlanıp sağlanmadığı, bu bağlamda medya özgürlüğüne getirilen sınırlamanın ulaşılmak istenen meşru amaç ile kıyaslandığında ölçülü olup olmadığı Mahkeme tarafından değerlendirilmektedir. Mahkeme, ön kısıtlama - sansür niteliğindeki yayın yasakları[420] ile gazetecilere verilen -uygulanmasa bile- hapis cezalarını[421] ve ağır tazminat miktarlarını,[422] gazetecilerin kamu yararını ilgilendiren meselelere katkıda bulunmaları üzerinde caydırıcı etkiye sebep olabilecekleri için orantısız ve 10. maddeye aykırı bulmaktadır. İnternet sitelerine erişimi tamamen imkansız hale getiren sınırlamalar da Mahkeme'ye göre 10. maddeyi ihlal etmektedir.[423]

Demokratik toplumda gerekli olma ölçütü kapsamında Mahkeme tarafından kullanılan adil dengenin sağlanması ve ölçülülük unsurları/kavramları, aynı zamanda Mahkeme içtihadının eleştiriye açık yönünü oluşturmaktadır. Bu husus, Mahkeme içtihadında medya özgürlüğünün etkin

---

418 **UYGUN**, 2013, s. 147.

419 Medya özgürlüğüne yapılan müdahalenin, yasayla öngörülme (hukukilik) ve 10. maddede sayılan meşru amaçlardan biri ya da birkaçının sağlanmasına yönelik olması ölçütlerini karşılayıp karşılamadığını değerlendirdikten sonra, Mahkeme tarafından son olarak ele alınan ölçüt demokratik toplumda gerekli olmadır.

420 Ürper ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru Nos. 14526/07, 14747/07, 15022/07, 15737/07, 36137/07, 47245/07, 50371/07, 50372/07, 54637/07, 20/10/2009.

421 AİHM, herhangi bir mahkumiyet kararı verilmese dahi, gazetecilere karşı çok sayıda ceza davası açılmasını ve gazetecilerin uzun yıllar ceza tehdidi altında yaşamalarını 10. maddeye aykırılık oluşturan bir müdahale olarak değerlendirmektedir. Bkz. Ali Gürbüz/Türkiye, Başvuru No. 52497/08, 12/03/2019.

422 Tolstoy Miloslavsky/Birleşik Krallık, Başvuru No. 18139/91, 13/07/1995, para. 51.

423 Cengiz ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru Nos. 48226/10 14027/11, 01/12/2015, para. 52.

olarak sağlanması bakımından belirsizlik ya da sınırlayıcı etki yaratan diğer faktörler ile birlikte aşağıda ele alınacaktır.

AİHS'nin üzerine inşa edildiği ve koruduğu demokratik toplum anlayışı, liberal ideolojinin benimsediği ilkeleri yansıtmaktadır.[424] Toplumsal bağlarından koparılmış soyut özne (birey), sivil toplum-devlet ikiliği, bireylerin özerkliği ile hak ve özgürlüklerinin korunmasının karşısına konulan toplumun bütününün yararları anlayışı, bu bağlamda yarışan menfaatler arasındaki dengenin sağlanması işlevini yerine getiren ve bireyler ile onların oluşturduğu sivil toplumun üzerinde yer alan tarafsız niteliğe sahip devlet varsayımı, liberal ideolojinin AİHS'de somutlaşan yansımalarıdır.[425] Mahkeme'nin medya özgürlüğüne ilişkin kararlarında da liberal demokratik toplum düzeni anlayışının yansımaları görülmektedir. AİHM, medya özgürlüğüne yapılan müdahalenin Sözleşme'ye uygunluğunu denetlerken gazetecinin ifade özgürlüğü ile toplumun bütününün yararını sağlayacağı anlayışıyla ele aldığı (ulusal güvenliğin, kamu güvenliğinin, toprak bütünlüğünün, ahlakın korunması, suç işlenmesinin ve düzensizliğin, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi) meşru amaçlar arasında taraf devletlerce adil bir dengenin kurulup kurulmadığını incelemektedir. Bazı durumlarda da Sözleşme'de güvence altına alındığını belirttiği iki hak/özgürlük arasında (gazetecinin ifade özgürlüğü ile kamuya mal olmuş kişilerin özel hayatına saygı hakkı arasında) adil bir dengenin kurulup kurulmadığını denetlemektedir.[426]

Mahkeme, taraf devletlerin yarışan menfaatler arasında adil bir denge kurup kurmadıklarını denetlerken ölçülülük ilkesine başvurmaktadır. Bu bağlamda yapılan müdahalenin medya özgürlüğü üzerinde oluşturacağı caydırıcı etkiye, uygulanan yaptırımın *"ağırlığına"* ya da *"büyüklüğüne"* bakan Mahkeme, kararını bu faktörlerin hepsini bir arada değerlendirerek vermek-

---

[424] ÖZDEK Yasemin, **Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye**, 2. Baskı, Kırmızıkalem, İstanbul, 2004, s. 12. Liberal ideoloji (liberalizm) hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. BİRLER Ömür, "Liberalizm", içinde **Siyaset Bilimi: Kavramlar, İdeolojiler, Disiplinler Arası İlişkiler** (Hazırlayanlar: Gökhan Atılgan, E. Atilla Aytekin), 5. Basım, Yordam Kitap, İstanbul, 2015, ss. 219-313.

[425] AİHS'nin üzerine inşa edildiği ve AİHM'nin karar alma sürecinde başvurduğu liberal insan hakları anlayışının eleştirisi için bkz. DEMİR GÜRSEL Esra, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Pek Hassas Terazisi ve Demokratik Toplum Anlayışı", içinde **Liberal Hakların, Hukukun ve Devletin Sınırları** (Editör: Bora Erdağı), 1. Baskı, NotaBene Yayınları, İstanbul, 2015, ss. 59-84.

[426] AİHM'nin söz konusu analiz yöntemlerini kullandığı kararlar "Meşru Amaçlar" başlığı altına detaylı biçimde incelendiği için burada tekrar ele alınmayacaktır.

tedir. AİHM'nin yaptığı adil denge arayışı ve ölçülülük denetimine yöneltilen en önemli eleştirilerden biri, söz konusu denetim çerçevesinde karşı karşıya getirilen hak ve/veya menfaatlerin aynı birimle ölçülebilir olduklarının varsayılmasıdır.[427] Bu varsayımın ortaya çıkardığı belirsizliklerin daha iyi anlaşılması için Mahkeme'nin medya özgürlüğüne ilişkin içtihadından örnekler vermek yerinde olacaktır.

AİHM, gazetecilerin Sözleşme tarafından sağlanan korumadan faydalanabilmeleri için üzerlerine düşen "görev ve sorumluluklar" çerçevesinde *"iyi niyetle ve gazetecilik etiğine uygun"* hareket etmelerini ve 10. maddenin ikinci fıkrasında sayılan meşru amaçların belirlediği sınırları aşmamaları gerektiğini hemen hemen her kararında belirtmektedir.[428] Ancak iyi niyetle ve gazetecilik etiğine uygun hareket etmenin herhangi bir tanımını ya da meşru amaçların belirlediği sınırların ne olduğunu net bir biçimde ortaya koymamaktadır. Benzer biçimde, bir kararında Sözleşme'nin 10. maddesinin sadece ifadenin içeriğine değil, aynı zamanda ifadenin iletildiği araca (biçime) de koruma sağladığını ve gazetecinin haber ya da bilginin iletilmesinde hangi yöntemi kullanacağı hususunda karar vermenin kendisinin veya ulusal mahkemelerin işi olmadığını belirten Mahkeme,[429] bir başka kararında ise gazeteci tarafından kaleme alınan yazıların indirgemeci bir içeriğe sahip olması ve ele alınan konunun ciddiyeti ile bağdaşmayan bir üslupla sansasyonel biçimde sunulması hususlarının altını çizerek gazetecinin ifade özgürlüğüne yapılan müdahaleyi Sözleşme'ye uygun bulmuştur.[430]

Mahkeme, *"tarihi gerçeklerin inkarı"* çerçevesinde Holokost hakkındaki revizyonist görüşleri/ifadeleri ifade (medya) özgürlüğü kapsamında değerlendirmezken, diğer tarihsel olaylar hakkında karar vermenin kendisinin değil, tarihçilerin işi olduğunu belirterek Holokost dışındaki tarihsel olaylar hakkındaki ifadelere getirilen sınırlamaları Sözleşme'nin 10. maddesinin ikinci fıkrasındaki sınırlama ölçütlerine göre değerlendirmektedir.[431] AİHM

---

427 **DEMİR GÜRSEL**, 2015, s. 71.

428 Örnek bir AİHM kararı için bkz. Bladet Tromso ve Steensaas/Norveç (Büyük Daire), Başvuru No. 21980/93, 20/05/1999, para. 65.

429 Jersild/Danimarka, para. 31.

430 Stoll/İsviçre, para. 147-152. AİHM'nin bu kararı, gazetecilerin belli bir dereceye kadar abartı hatta provokasyona başvurabileceğine ilişkin içtihadı ile de çelişmektedir. Karşılaştırma için bkz. Dalban/Romanya, para. 49.

431 Karşılaştırma için bkz. Garaudy/Fransa ve Perinçek/İsviçre kararları. Kararların künyesi daha önce verildiği için burada tekrar edilmeyecektir. AİHM'nin "tarihsel gerçeklerin inkarı" içti-

ifade (medya) özgürlüğünün, demokratik toplumun temel taşlarından biri olduğunu kararlarında ilkesel olarak vurgularken, aynı şekilde ifade (medya) özgürlüğüne getirilen sınırlamaları demokratik toplumda gerekli olma ölçütü çerçevesinde inceleyerek, kimi durumlarda getirilen sınırlamaları da demokratik toplum düzenine uygun bulmaktadır.[432]

Ahlakın ve dini değerlerin korunması ile ifade özgürlüğünü yarışan iki menfaat olarak ele aldığı başvurularda, Avrupa genelinde ahlakın/dini değerlerin korunması hususunda bir konsensüsün bulunmamasını gerekçe göstererek taraf devletlerin ifade (medya) özgürlüğünün sınırlanması hususunda daha geniş bir takdir marjına sahip olduğunu belirten AİHM, bu yönde verdiği kararlarda da demokratik toplumun belirleyici özelliklerinden biri olduğunu ifade ettiği çoğulculuk anlayışı ile ters düşerek, çoğunlukçu bir tavır sergilemektedir.[433]

AİHS'nin üzerine inşa edildiği ve koruma altına aldığı liberal demokratik toplum anlayışı, Mahkeme tarafından ifadenin türlerine göre yapılan ayrımda da kendisini göstermektedir. *"Siyasi ifadeler"* ile "*ticari ifadeler"* arasında tıpkı sivil toplum ile devlet arasında olduğunu varsaydığı gibi ayrıma giden Mahkeme, siyasi ifadeler söz konusu olduğunda devletlerin sahip olduğu takdir marjının oldukça dar olduğunun altını çizerken, ticari ifadeler bakımından ise devletlerin daha geniş bir takdir marjına sahip olduklarını belirtmektedir.[434] Ancak ticari ifadeler kamu yararını ilgilendiren bir mesele hakkında ise, bu durumda Mahkeme'ye göre taraf devletlerin sahip oldukları takdir marjının kapsamı daralmaktadır.[435]

---

hadını eleştirel bir şekilde ele alan ve devletlerin ulusal alanda çıkardıkları yasalar çerçevesinde soykırımın inkarını cezalandırmalarını, ifade özgürlüğünün orantısız biçimde sınırlandırılması olarak değerlendiren bir çalışma için bkz. PECH Laurent, "Soykırımı İnkar Yasaları: Tarihi Suç Konusu Yapmaya Yönelik Yanlış Bir Girişim" (çeviren: Hasan Saim Vural), içinde **İfade Özgürlüğü: İlkeler ve Türkiye**, 1. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2007, ss. 159-170.

[432] Bu husus Mahkeme'nin karar verme sürecine içkindir. AİHM, 10. madde çerçevesinde önüne gelen bir başvuruda ilk olarak ifade özgürlüğüne ilişkin Mahkeme içtihadı tarafından oluşturulan temel ilkeleri sıralamaktadır. Bu bağlamda ifade (medya) özgürlüğünün demokratik toplum düzeninin sağlanmasındaki önemine dikkat çeken Mahkeme, daha sonra ise ifade (medya) özgürlüğüne getirilen sınırlamayı "demokratik toplumda gerekli olma" ölçütü çerçevesinde inceleyerek, yapılan müdahaleyi de zorlayıcı toplumsal ihtiyaca karşılık gelme ve ölçülülük şartlarını karşıladığı durumlarda yine *"demokratik topluma"* uygun bulmaktadır.

[433] **İNCEOĞLU**, 2011, ss. 127-128.

[434] Karşılaştırma için bkz. Castells/İspanya, para. 42-46 ve Mouvement Raelien Suisse/İsviçre, Başvuru No. 16354/06, 13/07/2012, para. 61.

[435] Hertel/İsviçre, Başvuru No. 25181/94, 25/08/1998, para. 47.

Yukarıda belirtilen tüm bu hususlar bir arada değerlendirildiğinde, karar alım sürecinin son aşamasını oluşturan "demokratik toplumda gerekli olma" ölçütünün Mahkeme tarafından, yarışan iki menfaatin (ifade (medya) özgürlüğü ile toplumun genel yararı veya iki bireysel hak olarak ifade (medya) özgürlüğü ile özel hayata saygı hakkı) tartılarak ve birbirine oranlanarak yapılan bir dengeleme faaliyeti olarak değerlendirildiği görülmektedir. AİHM tarafından görünüşte nesnel ve tarafsız olarak sunulan bu değerlendirme yöntemi, görünüşünün aksine karar alma süreçlerinde öznel ve politik tercihler içermektedir.[436] Bu bağlamda hem adil dengenin çatışan hangi iki menfaat arasında kurulması gerektiği hem de bunlardan hangisinin daha ağır bastığı hususlarında verilecek tek ve değişmez bir yanıtın bulunmadığı söylenebilir.[437] Bu durum da ortaya yapısal bir belirsizlik çıkarmaktadır. Martti Koskenniemi uluslararası hukuk alanında ortaya konulan hukuki argümanların birbirine karşıt iki konum arasında salınım yaparak sürekli yer değiştirdiklerini, bunun da uluslararası hukukun dinamiklerine içkin olan çelişki ve belirsizliği oluşturduğunu belirterek, söz konusu yapısal durumu açıklamaktadır.[438] Koskenniemi'ye göre uluslararası hukuk alanında bir tarafta devletlerin iradeleri ve çıkarlarını korumak amacıyla gerçekleştirdikleri eylem ile işlemlerin oluşturduğu somut durumlar, diğer tarafta ise uluslararası hukuk kurallarının oluşturduğu normatif, soyut düzen yer almaktadır. Birbirlerini karşılıklı olarak dışlayıcı niteliğe sahip bu iki pozisyonun, ortaya konulan hukuki argümanlar aracılığıyla uzlaştırılması mümkün değildir.[439] Devletler bir taraftan menfaatlerini korumak için mevcut uluslararası hukuk kurallarına istisna ya da alternatif getirerek ilgili kurallar ile bağlı olmak istemezlerken, diğer taraftan herkes için bağlayıcı, normatif bir düzen oluşturmak için de çalışmalar yürütmektedirler. Devletlerin menfaatlerine ilişkin argümanların ağır bastığı durumlar normatif bir düzenin bozulmasına yol açarken, soyut normatif düzen kurulmasına ilişkin argümanların ağırlık kazandığı durumlarda, somut gerçeklikten kopuk ütopik bir hal ortaya çıkmaktadır.[440]

---

[436] **DEMİR GÜRSEL**, 2015, s. 75.

[437] **DEMİR GÜRSEL**, 2015, s. 76.

[438] KOSKENNIEMI Martti, **From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument (Reissue with a New Epilogue)**, Cambridge University Press, New York, 2006, s. 65.

[439] **KOSKENNIEMI**, 2006, s. 58-59.

[440] **KOSKENNIEMI**, 2006, s. 60.

Koskenniemi, uluslararası hukukun yapısal olarak belirsiz ve çelişkili olmasına yol açan bu durumun liberal ideolojinin soyut birey (özne) ve toplum anlayışından kaynaklandığını ileri sürmektedir.[441] Soyut birey ve bireylerin iradelerinin toplamı olarak görülen homojen toplum anlayışı, hem ulusal hukuk hem de uluslararası hukuk alanlarında menfaatleri sürekli karşı karşıya gelen iki özne ya da soyut birey (devlet) ile toplum (uluslararası düzen) durumlarının ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Mevcut belirsizlik/çelişki AİHM'nin medya özgürlüğüne ilişkin içtihadında da mevcuttur. Mahkeme, takdir marjı doktrinini kullanarak devletlerin egemenliklerine öncelik vermekte, ülke sınırları içerisinde medya özgürlüğüne getirilecek sınırlamalara karar verme hususunda ulusal yetkililerin uluslararası denetim organlarına göre daha iyi konumda olduklarını belirtmektedir. Böylece devletlerin iradelerine/tercihlerine dayanan somut durumlar ortaya çıkarken, uygulamada devletler AİHS'nin normatif alanına istisnalar getirerek o alandan sıyrılma imkanı bulmaktadırlar. AİHM, Sözleşme'nin normatif bağlayıcılığının tamamen kaybolmaması için de devletlerin sahip oldukları takdir marjının sınırsız olmadığını, Mahkeme'nin denetimine tabi olduğunu kararlarında belirtmektedir. Bu bağlamda, Sözleşme'ye taraf tüm devletler için bağlayıcı, normatif bir yapının oluşturulmasına gayret etmektedir.[442] Mahkeme yarışan menfaatler arasında (birey-toplum, medya özgürlüğü-madde 10/2'deki meşru amaçlar) adil dengenin ve ulaşılmak istenen meşru amaç ile medya özgürlüğüne sınırlama getirilirken kullanılan araç arasında ölçülülüğün nesnel ve tarafsız bir biçimde sağlanabileceğini varsaymaktadır. Ancak bu varsayım, Sözleşme ve Mahkeme içtihadına içkin olan yapısal belirsizliği ve çelişkiyi ortadan kaldırmamaktadır.[443]

AİHM'nin taraf devletlerce medya özgürlüğüne getirilen sınırlamalara ilişkin denetim yaparken dikkate almadığı ve medya özgürlüğünün etkin olarak sağlanması hususunda olumsuz etki doğuran bir diğer unsur ise medyanın mülkiyet yapısını ortaya çıkaran ve aktarılan haberlerin/bilgilerin içeriğinin belirlenmesinde önemli bir rol oynayan toplumsal üretim ilişkilerdir.

---

441 **KOSKENNIEMI**, 2006, ss. 71-89.

442 Takdir marjı kavramının söz konusu ikili niteliğine ilişkin bir değerlendirme için bkz. **DOĞRU**, 2019, ss. 9-14.

443 AİHM'nin Animal Defenders International/Birleşik Krallık, Pentikainen/Finlandiya, Perinçek/Türkiye ve Stoll/İsviçre kararlarında, karara katılmayan hakimlerin karşı oy yazılarındaki argümanlar incelendiğinde, hangi hak/özgürlükler arasında adil dengenin sağlanması gerektiği ve ilgili hak/özgürlüklerin birbirlerine oranlanması hususlarında nesnel-tarafsız bir yöntemin mevcut olmadığı da ortaya çıkmaktadır.

Medya alanında devlet tekelini ve özel şirketlerin oluşturabileceği tekelleşmeyi Sözleşme'ye aykırı bulan Mahkeme'nin eksik bıraktığı husus, medya özgürlüğünü "kendinde iyi" olarak ele almasıdır. Siyasi, ekonomik (ticari), kültürel ilişkileri birbirlerinden ayrı olgular olarak değerlendiren Mahkeme, aslında tüm bu ilişkilerin bir bütün olarak toplumsal ilişkileri oluşturduğunu, medya alanındaki medya sahipliği yapısının da gazetecilerin ifade özgürlüğü ile kamuoyunun doğru-gerçek haber ve bilgilere ulaşması üzerindeki olumsuz etkilerini dikkate almamaktadır.[444] AİHS'nin denetim yetkisine tabi olan Avrupa Kıtası da dahil olmak üzere dünya genelinde, medya alanındaki mülkiyet yapısı hangi haber veya bilgilerin öncelikli olarak aktarılacağı, kimin ifadesinin daha fazla görünür veya sesinin daha gür duyulacağı, hükümetin ve kamu yetkililerinin denetlenmesi meselesinin nasıl ele alınacağı gibi hususlar üzerinde doğrudan rol oynamaktadır.[445] AİHM'nin siyasi ve ekonomik alanı ayrı alanlar olarak ele alan anlayışının aksine, ilgili alanlar karşılıklı olarak birbirlerini etkilemekte ve bir bütün oluşturmaktadır. Mahkeme'nin karar alma sürecindeki tüm bu yapısal sorunların kaynağı, AİHS'nin üzerine inşa edildiği ve güvence altına alarak yeniden üretilmesini sağladığı liberal (soyut birey ve soyut bireylerin toplamından oluşan homojen toplum) insan hakları anlayışıdır.[446]

---

[444] Bu husus/sorun şu şekilde de ifade edilebilir: Medya kurumları giderek artan şekilde özelleştirilmekte ve ekonomik bir işletmeye dönüştürülmektedir. Bu bağlamda medya kurumları tarafından üretilen içerik de (haber ve bilgiler), hem sermaye birikiminin sağlanması hem de kamusal alanın inşa edilmesi/denetlenmesi amaçlarını gütmektedir. Başka bir deyişle, medya tarafından üretilen içerik hem bir meta hem de kamu malıdır. Dolayısıyla, medya kuruluşları bir yandan toplumsal, kültürel, politik bir işleve sahipken diğer yandan ekonomik çıkarlar tarafından yönlendirilmektedir. Bkz. WITTEL Andreas, "Sayısal Marx: Dağınık Medyanın Ekonomi Politiğine Doğru" (çeviren: Özgün Dinçer), içinde **Marx Geri Döndü: Medya, Meta ve Sermaye Birikimi** (Derleyen: Vincent MOSCO - Christian FUCHS, Türkçe Yayının Derleyeni: Funda BAŞARAN), 2. Baskı, NotaBene Yayınları, İstanbul, 2019, s. 391. Mahkeme içtihadında yer alan medyanın tarafsız bir güç (kamunun bekçi köpeği) olarak demokrasiyi ve kamu yararını koruduğu varsayımının eksik bıraktığı husus medyanın söz konusu ikili niteliğidir.

[445] Yaylagül, medyanın olayların seçilmesi, çerçevelenmesi, tanımının yapılması ve sunulan haberdeki karşıtların saptanması hususlarında belirleyici rol oynadığını ifade etmektedir. Bu bağlamda medya; seçme, dışarda bırakma, bazı noktaları ön plana çıkarma, çerçeveleme gibi haber üretim sürecinin pratiklerini kullanarak gerçekleri ideolojik olarak yeniden inşa etme işlevine de sahiptir. Bkz. YAYLAGÜL Levent, **Kitle İletişim Kuramları: Egemen ve Eleştirel Yaklaşımlar**, 10. Baskı, Dipnot Yayınları, Ankara, 2019, s. 74.

[446] Bu husus Douzinas tarafından şu şekilde ifade edilmiştir*: "İnsan haklarının tarihine damgasını vuran şey ideolojik puan kazanımı ile Batılı liberal değerler ve insan haysiyetiyle ilgili diğer kavrayışlar arasındaki yoğun çelişki olagelmiştir. Her iki problem de uluslararası insan hakları mevzuatının başlangıcından beri apaçık ortadadır."* Bkz. DOUZINAS Costas, **İnsan**

AİHS'nin öngördüğü denetim mekanizmasının ikincil ve tamamlayıcı nitelikte olması, medya özgürlüğünün güvence altına alınmasında esas yükümlülüğün ulusal yetkililere bırakılması hususları, taraf devletlerce Sözleşme'ye aykırı sınırlamaların yapıldığı durumlarda, ihlali ortaya çıkaran işlem ya da eylemin üzerinden belli ve uzun sayılabilecek bir sürenin geçmesinden sonra Mahkeme önüne getirilebilmesine neden olmaktadır. Belirtilen tüm bu eksiklikler, AİHS ve AİHM içtihadının medya özgürlüğünün etkin olarak hayata geçirilmesinde önemli katkılar sağlamadığı anlamına gelmemektedir. Mahkeme kararlarının artı ve eksi yönleriyle ele alınması, insan hakları ihlallerinin giderilmesi için uluslararası hukuk alanında en etkin yargısal denetim olanağını sunan Mahkeme'ye hangi durumlarda başvurulmasının olumlu sonuç doğuracağı ve Mahkeme içtihadının eksik yönlerinin hukuki bakımdan nasıl geliştirilebileceği hususları üzerine düşünülerek öneri getirmek için de önem taşımaktadır.

SONUÇ

İfade özgürlüğü hem bireylerin kendilerini gerçekleştirebilmeleri hem de toplumsal hayatın demokratik biçimde organize edilebilmesi için vazgeçilmez bir niteliğe sahiptir. İfade özgürlüğünün hayata geçirilmesinde medya çok önemli bir rol oynamaktadır. Teknolojide yaşanan gelişmeler ile beraber internet kullanımının hayatın her alanına yayılması, ifade ve medya özgürlüğünü yeni bir boyuta taşımıştır. AİHS'nin 10. maddesinde ifade özgürlüğü güvence altına alınmıştır. Madde metnine bakıldığında medya özgürlüğüne ilişkin açık bir düzenlemenin bulunmadığı görülmektedir. Ancak AİHM teknoloji alanında yaşanan gelişmeler ve yenilikleri de göz önüne alarak içtihat yoluyla medya özgürlüğüne Sözleşme kapsamında önemli güvenceler sağlamıştır.

Sözleşme'nin 10. maddesinin düzenleniş biçimi incelendiğinde, ilk fıkrada ifade (medya) özgürlüğü kapsamında yer alan hak ve özgürlükler ile ilkelerin sıralandığı, ikinci fıkrada ise Sözleşme'ye taraf devletlerce ifade (medya) özgürlüğüne getirilecek sınırlamalarda uyulması gereken sınırlama ölçütlerinin kayıt altına alındığı görülmektedir. Yukarıda da belirtildiği üzere madde metninde yer almayan medya özgürlüğünün kapsam ve sınırlarının belirlenmesinde, AİHM kararları belirleyici rol oynamaktadır. Bu bağlamda

---

Haklarının Sonu (çevirenler: Kasım Akbaş - Umre Deniz Tuna), 1. Baskı, Dipnot Yayınları, Ankara, 2018, s. 141.

Mahkeme içtihadı incelendiğinde, medyanın demokratik toplum düzeninde "kamunun bekçi köpeği" olma rolüne AİHM'nin büyük önem verdiği görülmektedir. Gazetecilerin ifade özgürlüklerine Sözleşme kapsamında yüksek seviye bir koruma sağlayan Mahkeme'ye göre medya özgürlüğü iki yönlü niteliği haizdir. Bir yanda medyanın haber, görüş, bilgileri iletme/yayma özgürlüğü ve görevi bulunurken, diğer yanda toplumun da söz konusu bilgi, haber ve görüşlere ulaşma, bunları alma özgürlüğü bulunmaktadır. Siyasi ve kamu yararını ilgilendiren meselelere ilişkin bilgi, haber ve görüşlerin aktarılmasında Mahkeme tarafından medya çalışanlarına sağlanan özgürlük alanı oldukça genişlemektedir. Bu duruma paralel olarak siyasetçilere yönelik eleştiriler söz konusu olduğunda da Mahkeme, medya özgürlüğüne geniş bir koruma alanı sağlamaktadır. Hükümete yönelik eleştirilerde ise kabul edilebilir eleştirinin sınırı, Mahkeme'ye göre siyasetçiler ile karşılaştırıldığında daha da genişlemektedir.

AİHM, medya özgürlüğünün etkin olarak sağlanması için büyük önem taşıyan olgular ile değer yargıları arasında ayrım yapılması ve gazetecilerin haber kaynaklarının korunması hususlarında da önemli ilkeler ortaya koymuştur. Mahkeme'ye göre, gazetecilerden değer yargılarını kanıtlamaları yönünde talepler içeren ulusal düzenlemeler, Sözleşme'nin 10. maddesine aykırılık oluştururlar. Bu bağlamda olgular ile değer yargıları arasında ayrıma gidilmesi gerektiğini belirten AİHM, kanıtlanması talep edilemeyen değer yargılarının da olgusal bir temelden tamamen yoksun olmaması gerektiğinin altını çizmiştir. Gazeteciden haber kaynağını açıklamasını talep etmek de, Mahkeme'ye göre, böyle bir talebi gerektirecek üstün bir kamu yararı ile somut nedenlerin yokluğunda gazetecinin ifade özgürlüğünü ihlal edecektir. Medyanın "kamunun bekçi köpeği" rolünü layıkıyla yerine getirebilmesi için haber kaynaklarının gizliliği büyük önem taşımaktadır. Bu bağlamda haber kaynağının kötü niyetle hareket etmesi ya da kendi iradesi ile kimliğini açıkladığı durumlarda dahi, tek başına bu hususlar haber kaynaklarının gizliliği ilkesini ortadan kaldırmaz. Sözleşme'ye taraf devletler bu hakkın etkin biçimde korunması için gerekli denetim mekanizmasını hayata geçirme yükümlülüğü altındadırlar.

AİHM gazeteciler, sivil toplum kuruluşu çalışanları ile akademisyenler söz konusu olduğunda, Sözleşme'nin 10. maddesi kapsamında yer vermediği bilgi edinme hakkına ilişkin içtihadında son yıllarda medya özgürlüğünün lehine olacak şekilde değişikliğe gitmiştir. Gazeteciler tarafından talep edilen bilginin, kamu yararını ilgilendiren bir mesele hakkında olması, ifade

(medya) özgürlüğünün kullanılması için gerekli olması ve kamu makamlarının elinde hazır bulunması şartları sağlandığında, talep edilen bilgi ya da belgenin gazetecilere verilmemesi 10. maddenin ihlalini oluşturur. Mahkeme, medya özgürlüğünün hayata geçirilmesi için büyük önem taşıyan başka bir hususun daha altını çizmiştir. Medya özgürlüğü söz konusu olduğunda taraf devletlerin sadece Sözleşme'ye aykırı, keyfi sınırlamalar getirmeme şeklinde negatif yükümlülükleri bulunmamaktadır; taraf devletler aynı zamanda gazetecilerin kamusal meselelerin tartışılmasına katkıda bulunabilecekleri çalışma ortamının yaratılması, eleştirel görüşleri nedeniyle haksız yere işten atılmalarının önlenmesi, üçüncü kişilerden gelebilecek saldırılara karşı korunmaları şeklinde pozitif yükümlülükleri yerine getirmelidirler. Pozitif yükümlülükler çerçevesinde taraf devletler ayrıca gazetecilerin uğradığı saldırılar hakkında etkin ve tarafsız bir soruşturmanın yapılmasını da sağlamalıdır.

Yaşanan teknolojik gelişmeler çerçevesinde, Mahkeme tarafından ilk önce yazılı medya için öngörülen ilgili hak ve özgürlüklerin, radyo-televizyon ve internet alanında da geçerli oldukları yine AİHM tarafından kararlaştırılmıştır. AİHM özellikle radyo-televizyon alanında yayıncılık sektöründe tekelleşmenin önlenmesi ve çoğulculuğun sağlanmasının devletlerin yerine getirmeleri gereken pozitif yükümlülükler kapsamında olduğunu belirtmiştir. Hem radyo-televizyonun hem de internetin yazılı medyadan farklılık arz eden niteliklerini de dikkate alan Mahkeme, internetin, bilgi ve haberlerin dünya genelinde hızlı bir şekilde yayılmasını sağlayarak medya alanını demokratikleştirdiğinin altını çizdikten sonra, internet arşivlerinin hem araştırma hem de eğitim yönünden ifade (medya) özgürlüğüne sağladığı katkıların önemine de değinmiştir. İnternetin kendine özgü niteliklerinin, yazılı ve görsel-işitsel medya ile kıyaslandığında yeni hukuki düzenlemeler yapma gerekliliğini ortaya çıkardığını ifade eden Mahkeme, özellikle gazetecilerin internetten elde ettikleri bilgi ve haberleri herhangi bir korku duymadan kullanmalarını sağlayacak yasal çerçevenin taraf devletlerce oluşturulması gerektiğinin altını çizmiştir.

Medya özgürlüğünün sınırsız olmadığını da belirten Mahkeme, gazetecilerin Sözleşme tarafından güvence altına alınan ifade (medya) özgürlüğünden faydalanabilmeleri için "görev ve sorumluluklarına" uygun hareket etmeleri gerektiğini belirtmiştir. Bu bağlamda AİHM'ye göre gazeteciler iyi niyetle, gazetecilik etiğine uygun, doğru ve güvenilir bilgi/haber aktararak, Sözleşme'nin 10. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen meşru amaçların

sağlanması için öngörülen sınırları aşmadan gazetecilik faaliyetlerini gerçekleştirmelidirler. Mahkeme, "görev ve sorumluluk" kavramı kapsamında gazeteciler için öngördüğü yükümlülüklerin yanı sıra, taraf devletlerce medya özgürlüğüne getirilen sınırlamaları da Sözleşme madde 10/2'de yer alan sınırlama ölçütlerine uygun olup olmadıkları çerçevesinde denetlemektedir. Medya özgürlüğüne getirilen sınırlamaların "yasayla öngörülme", "meşru amaçların sağlanmasına yönelik olma" ve "demokratik toplumda gerekli olma" ölçütlerine uygun olup olmadığını denetleyen Mahkeme, bu ölçütlere uygun olmayan sınırlamalar söz konusu olduğunda ihlal kararı vermektedir. Sözleşme kapsamında en fazla sınırlama nedeni (meşru amaç) ifade (medya) özgürlüğü için öngörülmüştür. Mahkeme tarafından yapılan denetimde ise üzerinde en çok durulan ve karar verme aşamasında son sırada ele alınan ölçüt "demokratik toplumda gerekli olmadır". Mahkeme bu ölçütü değerlendirirken, yapılan sınırlamanın zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca karşılık gelmesi ve medya özgürlüğüne yapılan müdahalenin, ulaşılmak istenen amaç ile karşılaştırıldığında ölçülü olması unsurlarını dikkate almaktadır.

Demokratik toplumda gerekli olma ölçütü çerçevesinde, medya özgürlüğüne getirilecek sınırlamalarda taraf devletlerin belli bir takdir marjına sahip olduklarını kabul eden Mahkeme, bu takdir marjının aynı zamanda kendi denetimine tabi olduğunu da belirtmektedir. Medya özgürlüğüne ilişkin AİHM içtihadı incelendiğinde, ticari ifadeler ile dini-ahlaki değerlerin korunması söz konusu olduğunda taraf devletlerin geniş bir takdir marjına sahip olduğu Mahkeme tarafından kabul edilirken, siyasi ifadeler ile kamu yararını ilgilendiren meseleler hakkında görüş-bilgi aktarımları söz konusu olduğunda Mahkeme'ye göre taraf devletlerin sahip olduğu takdir marjı oldukça daralmaktadır. AİHM'nin karar alma sürecinde kullandığı analiz yöntemi bir bütün olarak incelendiğinde, Mahkeme'nin önüne gelen davanın tüm şartlarını göz önüne alarak bağlamsal bir analiz yaptığı söylenebilir. İfadenin içeriğini/türünü, kim tarafından söylendiğini, hangi araçla iletildiğini, ifadenin dile getirildiği ortamın koşullarını, muhatabının kim olduğunu dikkate alarak karar veren AİHM, medya özgürlüğü söz konusu olduğunda uygulanan yaptırımın ağırlığına da büyük önem vermektedir.

Mahkeme, şiddeti teşvik eden veya onaylayan, nefret söylemi içeren ve tarihi gerçekleri inkâr eden ifadeleri 10. maddenin sağladığı koruma alanının dışında görmektedir. Tarihi gerçekleri inkar eden ifadeler kapsamına sadece Holokost'un inkarını dahil eden AİHM, bu niteliği haiz ifadeler söz konusu olduğunda doğrudan Sözleşme'nin 17. maddesini uygulayarak önüne gelen

başvuruları kabul edilemez bulmaktadır. İfadeyi dile getiren kişinin gazeteci veya siyasetçi olması durumunda, Sözleşme kapsamında onlara sağlanan ifade özgürlüğünün kapsamını geniş tutan Mahkeme, ifadenin iletildiği aracın radyo, televizyon ve internet olduğu durumlarda da, bunların yazılı/basılı medyaya göre toplum düzeninde daha büyük ve hızlı bir etkiye sahip olduklarını göz önüne almaktadır. İfadenin söylendiği dönemde ülkedeki mevcut koşulları da (olağanüstü hal, terörle mücadele, toplumsal gerilimin yüksek olduğu durumlar vb.) karar alma sürecinde göz önüne alan AİHM, ifadenin yöneldiği kişi (ifadenin muhatabı) bakımından ise kabul edilebilir eleştirinin sınırlarını en dardan - en genişe şöyle sıralamıştır: Yargı mensupları, sıradan vatandaşlar, kamu görevlileri, siyasetçiler ve üst düzey bürokratlar, hükümet (yargı organları dışındaki kamu kurumları ve devlet). Medya özgürlüğüne uygulanan yaptırımın ağırlığı da ihlal kararının verilmesinde önemli rol oynamaktadır. Gazeteciler aleyhine verilen hapis cezaları (uygulanmasa bile), önemli büyüklükte tazminat miktarları ile medya organlarına yönelik verilen ön kısıtlama, sansür niteliğindeki yayın yasakları Mahkeme tarafından ölçülülük ilkesine aykırı oldukları gerekçesiyle 10. maddeye aykırı bulunmaktadır. İnternet alanında siteye erişimin tamamen engellenmesi ve devlet başkanlarına yönelik hakaret suçu için daha ağır nitelikte yaptırımlar öngören ulusal düzenlemeler de AİHM tarafından ifade (medya) özgürlüğünü ihlal eden müdahaleler kapsamında değerlendirilmektedir.

Mahkeme, önüne gelen başvurularda değerlendirmesini yaparken ya medya özgürlüğü ile madde 10/2'de öngörülen meşru amaçlar arasında ya da medya (ifade) özgürlüğü ile Sözleşme'de güvence altına alınan başka bir hak/özgürlük arasında (özel hayata saygı hakkı) adil bir denge kurmaya çalışmaktadır. Bu dengeleme faaliyeti çerçevesinde yarışan menfaatler olarak ele aldığı farklı hak ve özgürlükleri birbirlerine oranlayarak karar veren AİHM'nin söz konusu karar alma yöntemi, medya özgürlüğü için muğlak durumların ortaya çıkmasına yol açmasının yanı sıra, Sözleşme ve Mahkeme'nin yapısal yetersizliklerini de gözler önüne sermektedir.

AİHM hem medya özgürlüğünün güvence altına alınmasında hem de medya özgürlüğüne getirilen sınırlamaların Sözleşme'ye uygun olduklarını tespit ederken, demokratik toplum kavramına atıf yapmaktadır. Hoşgörü, çoğulculuk ve açık fikirliliğinin demokratik düzenin ayırt edici unsurları olduğunu belirten Mahkeme, ahlakın veya dini değerlerin korunması amacıyla ifade (medya) özgürlüğüne getirilen sınırlamalarda ise, ifade (medya) özgürlüğü karşısında toplumun çoğunluğu tarafından benimsenen değerlerin

korunmasına öncelik vererek çoğunlukçu bir anlayışı benimser gözükmektedir. Mahkeme'nin oybirliği ile vermediği kararlardaki karşı oy yazıları da dikkate alındığında, adil denge ve ölçülülüğün sağlanması için AİHM tarafından kullanılan yöntemin nesnel ve tarafsız nitelikleri haiz olmadığı ortaya çıkmaktadır. Bu durum aynı zamanda, hem uluslararası hukuka hem de Sözleşme ve Mahkeme'ye içkin olan yapısal belirsizliği ortaya çıkarmaktadır. Söz konusu yapısal belirsizlik AİHM önünde ileri sürülen hukuki argümanlar ile Mahkeme kararlarına da sirayet etmektedir. Tüm bu hususlar da çelişkili kararların ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Bu duruma örnek olarak Mahkeme'nin haber ve bilgilerin aktarılmasında gazetecilerin tercih ettiği yönteme ilişkin farklı değerlendirmelerde bulunduğu iki karar gösterilebilir. AİHM, Jersild/Danimarka kararında Sözleşme'nin 10. maddesinin ifade özgürlüğüne sadece içerik bakımından değil; ifadenin iletildiği aracın seçilmesi aşamasında da (biçim yönünden) güvence sağladığını, bu bağlamda gazetecilerin haber ve bilgileri aktarırken tercih edecekleri yöntemi seçme konusunda özgür olduklarını belirtmiştir. Stoll/İsviçre kararında ise gazetecinin kaleme aldığı makalenin indirgemeci bir üslupla ve sansasyon yaratmak amacıyla yazıldığı değerlendirmesinde bulunarak, Jersild/Danimarka kararında ortaya koyduğu argüman ile çelişki oluşturmuştur.

Yukarıda da belirtildiği üzere AİHM kararlarında mevcut olan yapısal belirsizlik ve çelişkiler, AİHS'nin üzerine inşa edildiği ve güvence altına alarak yeniden üretilmesini sağladığı liberal insan hakları anlayışından kaynaklanmaktadır. Toplumsal bağlarından koparılmış soyut birey (özne) ve bu soyut bireylerin toplamından oluşan homojen toplum anlayışı, Mahkeme'nin karar alım sürecinde de kendisini göstermektedir. Bireyin hak ve özgürlüğü karşısına konumlandırılan homojen yapıdaki toplum menfaatleri, sivil toplum-devlet ikiliği varsayımı, ifade türleri arasında (siyasi-ticari) nesnel bir şekilde yapılabileceği varsayılan ayrım, siyasi alan ile ekonomik alanın birbirinden tamamen ayrı iki alan olarak ele alınması gibi hususlar, Mahkeme kararlarında somutlaşan liberal insan hakları anlayışının yansımalarıdır. Bu bağlamda Mahkeme, tekelleşme durumları haricinde medya özgürlüğü üzerinde önemli etkileri haiz medyadaki mülkiyet yapılarını ve bu yapıları ortaya çıkaran ekonomik, siyasal, kültürel (bir bütün olarak ifade etmek gerekirse toplumsal) ilişkileri dikkate almadan kararlarını vermektedir. Mahkeme'nin medya özgürlüğünün etkin biçimde güvence altına alınmasında yapısal olarak yetersiz kaldığı bir diğer hususa örnek olarak bu durum gösterilebilir. AİHS ile AİHM'nin medya özgürlüğüne ilişkin içtihadı, belirtilen tüm bu belirsizlik, çelişki ve yapısal eksikliklerine rağmen, medya özgürlüğünün

hayata geçirilmesinde normatif yönden önemli katkılar da sunmaktadır. Bu katkılar göz ardı edilmeden, AİHM'nin medya özgürlüğüne ilişkin içtihadının artı ve eksi yönleriyle nüanslı bir analizi hem ihlal iddiasıyla Mahkeme'ye yapılacak başvurularda olumlu sonuç alınmasına hem de medya özgürlüğünün normatif boyutu hakkındaki doktrinsel tartışmalara daha fazla katkı sağlayarak, medya özgürlüğüne daha etkin bir güvence sağlanması için yeni önerilerin dile getirilmesine imkân verir.

KAYNAKÇA

Kitaplar, Kitap Bölümleri ve Makaleler:

ALSTON Philip / GOODMAN Ryan, **International Human Rights: The Successor to International Human Rights in Context: Law, Politics and Morals,** Oxford University Press, Oxford, 2013.

ARAI-TAKAHASHİ Yutaka, **The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR**, First Edition, Intersentia, Antwerp, 2002.

ARAI-TAKAHASHI Yutaka, "Proportionality", içinde **The Oxford Handbook of International Human Rights Law** (Edited by Dinah SHELTON), First Edition, Oxford University Press, New York, 2013, ss. 446-468.

BİRLER Ömür, "Liberalizm", içinde **Siyaset Bilimi: Kavramlar, İdeolojiler, Disiplinler Arası İlişkiler** (Hazırlayanlar: Gökhan Atılgan, E. Atilla Aytekin), 5. Basım, Yordam Kitap, İstanbul, 2015, ss. 219-313.

BOYAR Oya, "Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki", içinde **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme** (Editör: Sibel İNCEOĞLU), 2. Baskı, Beta, İstanbul, 2013, ss. 53-80.

BOYAR Oya, "Olağanüstü Yönetim Usullerinde Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Askıya Alma Rejimi", içinde **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme** (Editör: Sibel İnceoğlu), 2. Baskı, Beta, İstanbul, 2013, ss. 97-111.

BYCHAWSKA-SINIARSKA Dominika, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında İfade Özgürlüğünün Korunması: Uygulamacılar İçin El Kitabı,** (Çev: Tuğçe Duygu Köksal), Avrupa Konseyi, Ankara, 2018.

CANKAYA Özden / BATUR YAMANER Melike, **Kitle İletişim Özgürlüğü**, 2. Baskı, Beta, İstanbul, 2012.

CANNIE Hannes / VOORHOOF Dirk, "The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention: An Added Value for Democracy and Human Rights Protection?", **Netherlands Quarterly of Human Rights**, Volume 29, No. 1, 2011, ss. 54-83.

COE Peter, "Redefining 'media' using a 'media-as-a constitutional-component' concept: an evaluation of the need for the European Court of Human Rights to alter its understanding of 'media' within a new media landscape", **Legal Studies**, Volume 37, No. 1, 2017, ss. 25-53.

ÇOBAN Savaş, **Hegemonya Aracı ve İdeolojik Aygıt Olarak Medya,** 1. Baskı, Parşömen Yayınları, İstanbul, 2013.

DEMİR GÜRSEL Esra, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Pek Hassas Terazisi ve Demokratik Toplum Anlayışı", içinde **Liberal Hakların, Hukukun ve Devletin Sınırları** (Editör: Bora Erdağı), 1. Baskı, NotaBene Yayınları, İstanbul, 2015, ss. 59-84.

DOĞRU Derya, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargılamasında Takdir Marjı Doktrini**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.

DOĞRU Osman / NALBANT Atilla, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli İçtihatlar 2.Cilt,** 1. Baskı, Avrupa Konseyi, Ankara, 2013.

DOUZINAS Costas, **İnsan Haklarının Sonu** (çevirenler: Kasım Akbaş - Umre Deniz Tuna), 1. Baskı, Dipnot Yayınları, Ankara, 2018.

FATHAIGH Ronan O. / VOORHOOF Dirk, "The European Court of Human Rights, Media Freedom and Democracy", içinde **Routledge Handbook of Media Law** (Edited by Monroe E. Price, Stefaan G. Verhulst and Libby Morgan), Routledge, New York, 2013, ss. 107-124.

GÖZÜBÜYÜK A. Şeref / GÖLCÜKLÜ Feyyaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması,** 11. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.

GREER Steven, **The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights**, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2000.

GÜLFİDAN O. Serkan, **İfade Özgürlüğü Hakkı Örneği Çerçevesinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Kötüye Kullanım Yasağı**, 1. Baskı, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2013.

HARRIS David / O'BOYLE Michael / BATES Edward / BUCKLEY Carla, **Harris, O'Boyle and Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights,** 4th Edition, Oxford University Press, New York, 2018.

İNCEOĞLU Sibel, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Çoğulculuk", içinde **Çoğulcu Demokrasi - Çoğunlukçu Demokrasi ve İnsan Hakları** (Yayına Hazırlayan: Ece Göztepe), Birinci Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2011, ss. 83-129.

İNCEOĞLU Sibel, "Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi", içinde **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme** (Editör: Sibel İnceoğlu), 2. Baskı, Beta, İstanbul, 2013, ss. 23-52.

KARAN Ulaş, "İfade Özgürlüğü Hakkı"**,** içinde **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme** (Editör: Sibel İnceoğlu), 2. Bası, Beta, İstanbul, 2013, ss. 355-379.

KARAN Ulaş, **İfade Özgürlüğü: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 2,** Avrupa Konseyi, Ankara, 2018.

KEANE David, "Attacking Hate Speech under Article 17 of the European Convention on Human Rights", **Netherlands Quarterly of Human Rights**, Volume 25, No. 4, 2007, ss. 641-664.

KOSKENNIEMI Martti, **From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument (Reissue with a New Epilogue)**, Cambridge University Press, New York, 2006.

KÜZECİ Elif, "AİHS'nin 10. Maddesi Işığında Nefret İçerikli ve Irkçı Nitelikli Düşünce Açıklamaları", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 71, 2007, ss. 174-199.

LETSAS George, "Two Concepts of the Margin of Appreciation", **Oxford Journal of Legal Studies**, Volume 26, No. 4, 2006, ss. 705-732.

McGONAGLE Tarlach, "Positive Obligations Concerning Freedom of Expression: Mere Potential or Real Power?", içinde **Journalism at Risk: Threats, Challenges and Perspectives** (Editor: Onur Andreotti), Council of Europe, Strasbourg, 2015, ss. 9-35.

MOWBRAY Alastair, **Cases, Materials, and Commentary on the European Convention on Human Rights,** Third Edition, Oxford University Press, New York, 2014.

ÖZDEK Yasemin, **Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye**, 2. Baskı, Kırmızıkalem, İstanbul, 2004.

PECH Laurent, "Soykırımı İnkar Yasaları: Tarihi Suç Konusu Yapmaya Yönelik Yanlış Bir Girişim" (çeviren: Hasan Saim Vural), içinde **İfade Özgürlüğü: İlkeler ve Türkiye**, 1. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2007, ss. 159-170.

RAINEY Bernadette / WICKS Elizabeth / OVEY Clare, **Jacobs, White and Ovey: The European Convention on Human Rights,** 7th Edition, Oxford University Press, New York, 2017.

REID Karen, **A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights,** 4th Edition, Sweet&Maxwell, UK, 2008.

SCHABAS William A., **The European Convention on Human Rights: A Commentary,** First Edition, Oxford University Press, New York, 2015.

SOTTIAUX Stefan, "Derogation in Time of Emergency", içinde **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights** (Editors: Pieter VAN DIJK/Fried VAN HOOF/Arjen VAN RIJN/Leo ZWAAK), Fifth Edition, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2018, ss. 1063-1076.

TEZCAN Durmuş / ERDEM Mustafa Ruhan / SANCAKDAR Oğuz / ÖNOK Rifat Murat, **İnsan Hakları El Kitabı,** 8. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.

TIILIKKA Paivi, "Access to Information as a Human Right in the Case Law of the European Court of Human Rights", **Journal of Media Law**, Volume 5, No 1, 2013, ss. 79-103.

TULLY Stephen, "A Human Right to Access the Internet - Problems and Prospects", **Human Rights Law Review**, Volume 14, No. 2, 2014, ss. 175-196.

UYGUN Oktay, ""Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda İfade Özgürlüğünün Sınırlanması", içinde Oktay Uygun, **Kamu Hukuku İncelemeleri: İnsan Hakları, Demokrasi, Hukuk Devleti, Egemenlik**, 2. Baskı, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2013, ss. 127-197.

VAN RIJN Arjen, "Freedom of Expression", içinde **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights,** (Editors: Pieter VAN DIJK / Fried VAN HOOF / Arjen VAN RIJN / Leo ZWAAK), Fifth Edition, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2018, ss. 766-811.

VOORHOOF Dirk, "Freedom of Journalistic News-Gathering, Access to Information and Protection of Whistle-Blowers under Article 10 ECHR and the Standards of the Council of Europe", içinde **Journalism at Risk: Threats, Challenges and Perspectives** (Editor: Onur Andreotti), Council of Europe, Strasbourg, 2015, ss. 105-144.

WEBER Anne, **Nefret Söylemi El Kitabı**, (çev. Metin Çulhaoğlu), Avrupa Konseyi Yayınları, Strasbourg, 2009.

WHITE Aidan, "Ethical Journalism: An Inspriation for Responsible Communications in Europe", içinde **Journalism at Risk: Threats, Challenges and Perspectives** (Editor: Onur Andreotti), Council of Europe, Strasbourg, 2015, ss. 195-222.

WITTEL Andreas, "Sayısal Marx: Dağınık Medyanın Ekonomi Politiğine Doğru" (çeviren: Özgün Dinçer), içinde **Marx Geri Döndü: Medya, Meta ve Sermaye Birikimi** (Derleyen: Vincent MOSCO - Christian FUCHS, Türkçe Yayının Derleyeni: Funda BAŞARAN), 2. Baskı, NotaBene Yayınları, İstanbul, 2019, ss. 390-433.

YAYLAGÜL Levent, **Kitle İletişim Kuramları: Egemen ve Eleştirel Yaklaşımlar**, 10. Baskı, Dipnot Yayınları, Ankara, 2019.

Çevrimiçi Kaynaklar:

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararları

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin "basına bilgi sızdıran kişilerin korunması" konulu 30 Nisan 2014 tarih, CM/Rec(2014)7 sayılı tavsiye kararı: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805c5ea5 (Erişim Tarihi: 21/02/2020).

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin "gazeteciliğin ve gazeteciler ile diğer medya çalışanlarının güvenliğinin korunması" konulu 13 Nisan 2016 tarih, CM Rec(2016)4 sayılı tavsiye kararı: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016806415d9#_ftn1 (Erişim Tarihi: 21/02/2020).

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin "internet özgürlüğü" konulu 13 Nisan 2016 tarih, CM/Rec(2016)5 sayılı tavsiye kararı: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016806415fa (Erişim Tarihi: 21/02/2020).

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin "medyada çoğulculuk ve medya sahipliğinde şeffaflık konulu 07 Mart 2018 tarih, CM Rec(2018)1[1] sayılı tavsiye kararı: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=0900001680790e13 (Erişim Tarihi: 21/02/2020).

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin "Nefret Söylemi" konulu 30 Ekim 1997 tarih, CM/Rec (97) 20 sayılı tavsiye kararı: https://rm.coe.int/1680505d5b (Erişim Tarihi: 21/02/2020).

Diğer Çevrimiçi Kaynaklar

AİHM'nin internet alanına ilişkin içtihadı hakkında rapor https://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_internet_ENG.pdf (Erişim Tarihi: 21/02/2020).

https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]} HUDOC (AİHM Karar Arama Motoru) (Erişim Tarihi: 21/02/2020).

https://rsf.org/en/2019-world-press-freedom-index-cycle-fear Sınır Tanımayan Gazeteciler Örgütü 2019 Basın Endeksi (Erişim Tarihi: 21/02/2020).

https://sozluk.gov.tr/ Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük (Erişim Tarihi: 21/02/2020).

https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Hate_speech_ENG.pdf AİHM içtihadında "Nefret Söylemi"ne ilişkin Tematik Bilgi Notu, 2019. (Erişim Tarihi: 21/02/2020).

https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Journalistic_sources_ENG.pdf Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadında Gazetecilik Kaynaklarının Korunmasına Dair Tematik Bilgi Notu, 2019. (Erişim Tarihi: 21/02/2020).

https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Reputation_ENG.pdf AİHM İçtihadında İtibarın (Şöhretin) Korunması Hakkında Tematik Bilgi Notu, 2019. (Erişim Tarihi: 21/02/2020).

https://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_15_ENG.pdf AİHS'ye ek 15 numaralı Protokol (Erişim Tarihi: 21/02/2020).

https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/gc34.pdf BM İnsan Hakları Komitesi tarafından Düşünce ve İfade Özgürlüğü üzerine hazırlanan, 12/09/2011 tarihli, 34 numaralı Genel Yorum (Erişim Tarihi: 21/02/2020).

LEACH Philip, "The Principles which can be drawn from the case-law of the European Court of Human Rights relating to the Protection and Safety of Journalists and Journalism", MCM(2013)012, https://rm.coe.int/1680484e7d (Erişim Tarihi: 21/02/2020).

MALANCZUK Peter, "Information and Communication, Freedom of"(April 2011) içinde Rüdiger Wolfrum (Editor), **Max Planck Encyclopedia of Public International Law** (online edition) https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e830?rskey=2peMVG&result=1&prd=MPIL (Erişim Tarihi: 21/02/2020).

VOORHOOF Dirk et al. / McGONAGLE Tarlach (Editorial Supervision), **Freedom of Expression, the Media and Journalists: Case Law of the European Court of Human Rights**, IRIS Themes, European Audiovisual Observatory, Strasbourg, 2017. https://rm.coe.int/freedom-of-expression-the-media-and-journalists-iris-themes-vol-iii-de/16807c1181 (Erişim Tarihi: 21/02/2020).

WENZEL Nicola, "Opinion and Expression, Freedom of, International Protection" (April 2014) içinde Rüdiger Wolfrum (Ed.), **Max Planck Encyclopedia of Public International Law** (online edition), https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e855?rskey=hlz3uM&result=1&prd=MPIL (Erişim Tarihi: 21/02/2020).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları (Alfabetik Sıraya Göre)

Ahmet Şık/Türkiye, Başvuru No. 53413/11, 08/07/2014.

Ahmet Yıldırım/Türkiye, Başvuru No. 3111/10, 18/12/2012.

Akdaş/Türkiye, Başvuru No. 41056/04, 16/02/2010.

Akdeniz/Türkiye (Kabul Edilemezlik Kararı), Başvuru No. 20877/10, 11/03/2014.

Ali Gürbüz/Türkiye, Başvuru No. 52497/08, 12/03/2019.

Altuğ Taner Akçam/Türkiye, Başvuru No. 27520/07, 25/10/2011.

Animal Defenders International/Birleşik Krallık (Büyük Daire), Başvuru No. 48876/08, 22/04/2013.

Arslan/Türkiye, Başvuru No. 23462/94, 08/07/1999.

Ashby Donald ve Diğerleri/Fransa, Başvuru No. 36769/08, 10/01/2013.

Axel Springer AG/Almanya (Büyük Daire), Başvuru No. 39954/08, 07/02/2012.

Barfod/Danimarka, Başvuru No. 11508/85, 22/02/1989.

Başkaya ve Okçuoğlu/Türkiye, Başvuru Nos. 23536/94 ve 24408/94, 08/07/1999.

Becker/Norveç, Başvuru No. 27272/12, 05/10/2017.

Bedat/İsviçre (Büyük Daire), Başvuru No. 56925/08, 29/03/2016.

Bladet Tromso ve Stensaas/Norveç (Büyük Daire), Başvuru No. 21980/93, 20/05/1999.

Brambilla ve Diğerleri/İtalya, Başvuru No. 22567/09, 23/06/2016.

Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık, Başvuru Nos. 14553/89, 14554/89, 26/05/1993.

Castells/İspanya, Başvuru No. 11798/85, 23/04/1992.

Cengiz ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru Nos. 48226/10, 14027/11, 01/12/2015.

Centro Europa 7 S.R.L ve Di Stefano/İtalya (Büyük Daire), Başvuru No. 38433/09, 07/06/2012.

Ceylan/Türkiye, Başvuru No. 23556/94, 08/07/1999.

Chauvy ve Diğerleri/Fransa, Başvuru No. 64915/01, 29/06/2004.

Colombani ve Diğerleri/Fransa, Başvuru No. 51279/99, 25/09/2002.

Cumpana ve Mazare/Romanya (Büyük Daire), Başvuru No. 33348/96, 17/12/2004.

Çetin ve Diğerleri/Türkiye davası, Başvuru Nos. 40153/98, 40160/98, 13/02/2003.

Dalban/Romanya (Büyük Daire), Başvuru No. 28114/95, 28/09/1999.

Dammann/İsviçre, Başvuru No. 77551/01, 25/04/2006.

De Haes ve Gijsels/Belçika, Başvuru No. 19983/92, 24/02/1997.

Delfi AS/Estonya (Büyük Daire), Başvuru No. 64569/09, 16/06/2015.

Dink/Türkiye, Başvuru Nos. 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09, 7124/09, 14709/2010.

Du Roy ve Malaurie/Fransa, Başvuru No. 34000/96, 03/10/2000.

Editorial Board of Pravoye Delo ve Shtekel/Ukrayna, Başvuru No. 33014/05, 05/05/2011.

Ekin Association/Fransa, Başvuru No. 39288/98, 17/07/2001.

Engel ve Diğerleri/Hollanda, Başvuru Nos. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, 23/11/1976.

Erdoğdu ve İnce/Türkiye, Başvuru Nos. 25067/94 ve 25068/94, 08/07/1999.

Erdtmann/Almanya (Kabul Edilemezlik Kararı), Başvuru No. 56328/10, 05/01/2016.

Feldek/Slovakya, Başvuru No. 29032/95, 12/07/2001.

Fressoz ve Roire/Fransa, Başvuru No. 29183/95, 21/01/1999.

Fuentes Bobo/İspanya, Başvuru No. 39293/98, 29/02/2000.

Garaudy/France, Başvuru No. 65831/01, 24/06/2003.

Gerger/Türkiye, Başvuru No. 24919/94, 08/07/1999.

Goodwin/Birleşik Krallık (Büyük Daire), Başvuru No. 17488/90, 27/03/1996.

Groppera Radio AG ve Diğerleri/İsviçre, Başvuru No. 10890/84, 28/03/1990.

Guja/Moldova (Büyük Daire), Başvuru No. 14277/04, 12/02/2008.

Handyside/Birleşik Krallık, Başvuru No. 5493/72, 07/12/1976.

Hertel/İsviçre, Başvuru No. 25181/94, 25/08/1998.

Informationsverein Lentia ve Diğerleri/Avusturya, Başvuru Nos. 13914/88, 15041/89, 15717/89, 15779/89, 17207/90, 24/11/1993.

İ.A./Türkiye, Başvuru No. 42571/98, 13/09/2005.

Janowski/Polonya, Başvuru No. 25716/94, 21/01/1999.

Jersild/Danimarka, Başvuru No. 15890/89, 23/09/1994.

Jerusalem/Avusturya, Başvuru No. 26958/95, 27/02/2001.

Kalda/Estonya, Başvuru No. 17429/10, 19/01/2016.

Kaos GL/Türkiye, Başvuru No. 4982/07, 22/11/2016.

Kaperzynski/Polonya, Başvuru No. 43206/07, 03/04/2012.

Karataş/Türkiye, Başvuru No. 23168/94, 08/07/1999.

Leander/İsveç, Başvuru No. 9248/81, 26/03/1987.

Lehideux ve Isorni/Fransa, Başvuru No. 24662/94, 23709/1998.

Lingens/Avusturya, Başvuru No. 9815/82, 08/07/1986.

M'Bala M'Bala/Fransa (Kabul Edilemezlik Kararı), Başvuru No. 25239/13, 20/10/2015.

Magyar Helsinki Bizottsag/Macaristan (Büyük Daire), Başvuru No. 18030/11, 08/11/2016.

Magyar Jeti Zrt/Macaristan, Başvuru No. 11257/16, 04/12/2018.

Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.hu Zrt/Macaristan, Başvuru No. 22947/13, 02/02/2016.

Manole ve Diğerleri/Moldova, Başvuru No. 13936/02, 17/09/2009.

Matuz/Macaristan, Başvuru No. 73571/10, 21/10/2014.

Monnat/İsviçre, Başvuru No. 73604/01, 21/09/2006.

Mouvement Raelien Suisse/İsviçre, Başvuru No. 16354/06, 13/07/2012.

Murphy/İrlanda, Başvuru No. 44179/98, 10/07/2003.

Müller ve Diğerleri/İsviçre, Başvuru No. 10737/84, 24/05/1988.

Nagla/Letonya, Başvuru No. 73469/10, 16/07/2013.

Nedim Şener/Türkiye, Başvuru No. 38270/11, 08/07/2014.

Nordisk Film ve TV A/S /Danimarka (Kabul Edilemezlik Kararı), Başvuru No. 40485/02, 08/12/2005.

Novaya Gazeta ve Milashina/Rusya, Başvuru No. 45083/06, 03/10/2017.

Oberschlick/Avusturya (No. 2), Başvuru No. 20834/92, 01/07/1997.

Observer ve Guardian/Birleşik Krallık, Başvuru No. 13585/88, 26/11/1991.

Okçuoğlu/Türkiye, Başvuru No. 24246/94, 08/07/1999.

Otegi Mondragon/İspanya, Başvuru No. 2034/07, 15/03/2011.

Otto-Preminger-Institut/Avusturya, Başvuru No. 13470/87, 20/09/1994.

Özgür Gündem/Türkiye, Başvuru No. 23144/93, 16/03/2000.

Pavel Ivanov/Rusya (Kabul Edilemezlik Kararı), Başvuru No. 35222/04, 20/02/2007.

Pentikainen/Finlandiya (Büyük Daire), Başvuru No. 11882/10, 20/1072015.

Perinçek/İsviçre (Büyük Daire), Başvuru No. 27510/08, 15/10/2015.

Polat/Türkiye, Başvuru No. 23500/94, 08/07/1999.

Prager ve Oberschlick/Avusturya, Başvuru No. 15974/90, 26/04/1995.

Salihu ve Diğerleri/İsveç (Kabul Edilemezlik Kararı), Başvuru No. 33628/15, 10/05/2016.

Sanoma Uitgevers B.V./Hollanda (Büyük Daire), Başvuru No. 38224/03, 14709/2010.

Skalka/Polonya, Başvuru No. 43425/98, 27/05/2003.

Stoll/İsviçre (Büyük Daire), Başvuru No. 69698/01, 10/12/2007.

Sürek ve Özdemir/Türkiye, Başvuru Nos. 23927/94 ve 24277/94, 08/07/1999.

Sürek/Türkiye (No. 1), Başvuru No. 26682/95, 08/07/1999.

Sürek/Türkiye (No. 2), Başvuru No. 24122/94, 08/07/1999.

Sürek/Türkiye (No. 3), Başvuru No. 24735/94, 08/07/1999.

Sürek/Türkiye (No. 4), Başvuru No. 24762/94, 08/07/1999.

Şahin Alpay/Türkiye, Başvuru No. 16538/17, 20/03/2018.

Şener/Türkiye, Başvuru No. 26680/95, 18/07/2000.

Tammer/Estonya, Başvuru No. 41205/98, 06/02/2001.

Tarsasag A Szabadsagjogokert/Macaristan, Başvuru No. 37374/05, 14/04/2009.

Tele 1 Privatefernsehgesellschaft MBH/Avusturya, Başvuru No. 32240/96, 21/09/2000.

The Sunday Times/Birleşik Krallık (No 1), Başvuru No. 6538/74, 26/04/1979.

Thoma/Lüksemburg, Başvuru No. 38432/97, 29/03/2001.

Thorgeir Thorgeirson/İzlanda, Başvuru No. 13778/88, 25/06/1992.

Times Newspapers Ltd./Birleşik Krallık (Nos. 1 ve 2), Başvuru Nos. 3002/03, 23676/03, 10/03/2009.

Tolstoy Miloslavsky/Birleşik Krallık, Başvuru No. 18139/91, 13/07/1995.

Tuşalp/Türkiye, Başvuru Nos. 32131/08 ve 41617/08, 21/02/2012.

Ürper ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru Nos. 14526/07, 14747/07, 15022/07, 15737/07, 36137/07, 47245/07, 50371/07, 50372/07, 54637/07, 20/10/2009.

Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs ve Gubi/Avusturya, Başvuru No. 15153/89, 19/12/1994.

Vereniging Weekblad Bluf/Hollanda, Başvuru No. 16616/90, 09/02/1995.

VgT Verein Gegen Tierfabriken/İsviçre, Başvuru No. 24699/94, 28/06/2001.

Von Hannover/Almanya (No. 1), Başvuru No. 59320/00, 24/06/2004.

Von Hannover/Almanya (No. 2), (Büyük Daire), Başvuru Nos. 40660/08, 60641/08, 07/02/2012.

Voskuil/Hollanda, Başvuru No. 64752/01, 22/11/2007.

Wingrove/Birleşik Krallık, Başvuru No. 17419/90, 25/11/1996.

Youth Initiative for Human Rights/Sırbistan, Başvuru No. 48135/06, 25/06/2013.

Yunanistan/Birleşik Krallık, Başvuru No. 176/56, 26/09/1958.

Zana/Türkiye, Başvuru No. 18954/91, 25/11/1997.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2020; 2: 879-921

ULUS-DEVLET VE VATANDAŞLIK TASAVVURUNUN DÖNÜŞÜMÜ BAĞLAMINDA OSMANLI-TÜRK TARİHİNDE VATANDAŞLIĞIN ANAYASAL DÜZENLENME BİÇİMLERİ(*)

Arş. Gör. Abdülsamet GÜLLER(**)

Öz: Tarihin derinliklerinden beri varlığını koruyan vatandaşlık olgusu, modern zamanlara erişinceye kadar büyük dönüşümlere uğramıştır. Bütün bu değişim çizgisi içindeki en önemli merhale, Avrupa'da ulus-devlet formunun inşa edilmesine rastlamaktadır. Bu eşik, kuşkusuz günümüz dünyası üzerinde de kayda değer yansımalar icra eder. Zira yer kürede intişar etmiş devletlerin hatırı sayılır bir bölümü ulus-devlet çatısıyla örgülenmiş bulunmaktadır. Ancak, böylesine bir yapının, barındırdığı kurguya göre birtakım gerilimlere de gebe olduğu söylenmelidir. Nitekim devlete mensup olmayı anlatan vatandaşlığın belirli bir millet temeline dayandırılması, kültürel yönden çeşitlilik arz eden ülkelerde sorunlara yol açabilmektedir. Bu durumda, ulus-devlet kurgusunun makul bir çatıyı içermesi epeyce hayatiyet taşır. Türkiye bakımından da yer yer vatandaşlığın düzenlenmesi bağlamında gündeme gelen bu meselenin, bütün yönleriyle kavranabilmesi için, öncelikle ulus-devlet formunun enikonu ele alınması icap eder. Zira Avrupa'da ulus-devletin biçimlenme sürecinde, birbirine tamamen zıt, iki farklı millet anlayışının ortaya çıktığı gözlemlenmektedir. Alman ve Fransız ulus tasavvuru olarak isimlendirilen bu yöntemlerden hangisiyle benzerlik gösterildiğine göre, vatandaşlık algısı da değişecektir. Bu çalışmada, öncelikle ulus-devletin bu iki sureti incelenmekte, akabinde Osmanlı-Türk anayasalarında benimsenen millet ve vatandaşlık tasavvurları ele alınmaktadır. Sahip olunan özellikler yönünden Fransız sübjektif millet düşüncesiyle uyarlık içinde bulunduğumuz teziyle, vatandaşlığın da buna uygun düzenlenmesi önerilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Ulus-Devlet, Vatandaşlık, Alman Millet Düşüncesi, Fransız Millet Tasavvuru, Osmanlı-Türk Tarihinde Vatandaşlık.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 09.02.2020. Makale Kabul Tarihi: 12.10.2020.

(**) Hacettepe Üniversitesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı (ORCID kimlik no: 0000-0003-0744-3528; *abdulsamet.guller@gmail.com*).

FORMS OF CONSTITUTIONAL REGULATION OF CITIZENSHIP IN OTTOMAN-TURKISH HISTORY IN THE CONTEXT OF THE CONCEPT OF THE TRANSFORMATION OF THE NATION-STATE AND THE CITIZENSHIP

Abstract: The phenomenon of citizenship, which has existed almost all along the history, has undergone major transformations until it reached modern times. The most important phase in this alternation was the construction of the nation-state form in Europe. This step undoubtedly has significant reflections on today's world. Because, an important part of the states in the world has a nation-state structure. However, it should be said that such a structure is also inclined to some tensions according to its design. Actually, a concept of citizenship, which refers to being a member of the state and based on a specific basis of nation may cause some problems in culturally diverse countries. In this case, it is vital that the nation-state fiction has a reasonable framework. Thereby, in order to apprehend in all its aspects of this issue that cames up in the context of the regulation of citizenship in Turkey, it must be dealt at first with the forms of nation-state. Inasmuch as, it's observed that in the process of the formation of the nation-state in Europe, two completely different approaches to the nation have emerged. The perception of citizenship changes according to which of these methods called German and French nation conception are adopted. In this study, firstly, these two forms of the nation state are examined and then the conceptions of nation and citizenship emerged in the constitutions of the Ottoman-Turkish history are discussed. Since we comply with the idea of French subjective nation in terms of the features we have, it is recommended that citizenship should be regulated accordingly to this concept.

Key words: Nation State, Citizenship, The Conception of German Nation State, The Conception of French Nation State, Citizenship in Ottoman-Turkish History.

GİRİŞ

Bir vatanı ortakçasına paylaşmak tasavvurunu daha en başta akla getiren vatandaşlık kavramı, tarih boyunca, hep aynı suretle yaşamamıştır. Devlet cihazının tarihten günümüze erinceye kadar uzun ve çetrefilli bir seyir hâlinde dönüştüğü görülür. Bu yapının vazgeçilmez unsuru olan nüfusun algılanış biçimi de elbette böylesine bir değişimden nasibini almıştır. Bir devlete mensup olmanın adı olarak vatandaşlık olgusu, işte böyle bir bağlam içinde karşımıza çıkar. Nitekim antik zamanlardan modern çağa değin, yurt-

taşlığın idraki ve muhtevası boyuna değişmiş, kâh genişleyen bir kalıp, kâh başkalaşan bir tasavvur hâlinde bugünlere ulaşmıştır. Devlete üye olmanın tarihin derinliklerinden bu vakte kadar nasıl anlaşıldığını hedef tutan bir araştırmada en dikkat çekici nokta ise, Avrupa'da modern dönemin peşi sıra, ulus-devlet formunun icat edilmesine denk düşer. Gerçekten ulus-devlet yapısı, vatandaşlık sorununun kavranabilmesini sağlayacak kayda değer çıkarımlara kapı aralaması bir tarafa, böylesine bir konunun anlaşılabilmesi için esaslı incelemeleri hak edecek kadar zaruret taşımaktadır. İsminden de anlaşılacağı gibi, bu nevi örgülerde, ulus başat bir role sahip olmalıdır. Bu durumda ulus kavramının, muhtelif anlam ve içeriklerinin ortaya konulması ve onun her farklı algılanışının başka başka yurttaşlık tasavvurlarına hayat verip vermediğinin açığa kavuşturulması icap eder.

Dünya üzerinde yaygın bir görünüme sahip olan ulus-devlet modeli, siyasi bir çatı olarak Cumhuriyetle birlikte ülkemizde de yeğlenmiş durumdadır. Bahse konu kurgunun bunca münteşir oluşuna bakılırsa, esasen böyle bir tercih olağan karşılanmalıdır. Ne var ki bütün bir nüfus yönünden tek bir ulus temelini geçerli kılmak anlamına gelen bu yol, bünyesinde birtakım gerilimleri de barındırmaktan geri durmaz. Bilhassa siyaseten hâkim unsurun yanında farklı etnokültürel öğelere de ev sahipliği yapan toplumlarda, ulus-devletin sarmalandığı örgünün büyük bir önemi bulunmaktadır. Zira milletin ırk ve menşe birliği gibi objektif ölçülerle telakki edilmesi ihtimalinde, kültürel yönden farklı olan gruplar kendilerini anayasada tanımlanan ulus temeline mensup ve ait hissetmekte zorlanırlar. Bu ise devletin siyasi ve sosyal istikrarını büyük ölçüde zaafa uğratan bir hâldir. Nitekim gerek ülkemizde gerekse başka memleketlerde, ulus-devlet çatısının inşa tarzından kaynaklanan yapısal güçlükler sebebiyle, ihmal edilemeyecek sorunlar yaşanabilmekte ve devletler bununla baş edebilmek için ağır yüklerin altına girebilmektedirler. Bu durum, Türkiye'de demokratik yollarla her anayasa yapımına girişildiğinde, zebella bir sorun olarak varlığını göstermektedir. Ülkemizde bu problemin en bilinen tartışma zemini, daima vatandaşlığın tanımlanması üzerinden teşekkül etmiştir. Ancak bu kavramının nasıl idrak edileceğinin belirlenmesinde, bir ön mesele olarak, evvela ulus-devlet formunun ele alınıp, millet temeline yönelik tercihin nasıl olması gerektiğinin açığa kavuşturulması gerekir. İşte bundan sonradır ki, artık anayasada yurttaşlığın ne suretle düzenleneceği hususu aydınlanacaktır.

Avrupa'da ulus-devletin biçimlenme sürecinde birbirine komşu iki coğrafyada hayat bulan iki farklı millet tasavvuru, böylesine bir araştırma yö-

nünden kıymetli çıkarımlar temin etmektedir. Esasen milletin maddi ve manevi ölçülere göre anlaşıldığı bu yolların arka planında sosyal, siyasi, kültürel, ekonomik ve sair dinamiklerle beslenen bir tarihi süreç içinde şekillenmiş Alman ve Fransız millet tasavvurları yer alır. Şu hâlde ulus-devlet yapısının tam bir vuzuhla anlaşılabilmesi için, milletin iki karşıt tahayyülde idrakini doğuran bu zeminleri araştırmak zorunludur. Bu yapılmaksızın varılacak neticeler, eksik ve yetersiz kalacaktır. Zira sosyal yapı incelenip ona uyan millet anlayışı belirlenmeksizin, bu meselenin her türlü ele alınışı, devletin insan unsurunu ıskalayan, onunla örtüşmez bir sonucu beraberinde getirecektir. Böylesine bir meşgalenin yararlı olacağını söylemek güçtür.

Bu çalışma, Türkiye'de vatandaşlığın nasıl düzenlenmesi gerektiği sorusunu cevaplayabilmek için belirtilen gerekçelerin eseri olarak iki ana temaya ayrılmıştır. Öncelikle ulus- devletin belirişi ve bu esnada, yurttaşlık kavramının şekil ve içeriğindeki dönüşüm incelenmektedir. Bu yapılırken ulus-devletle birlikte karşımıza çıkan iki ana cadde, Alman ve Fransız tasavvurları üzerinde teferruatla durulmaktadır. İkinci tema ise ülkemizde Osmanlı'nın son döneminden bugüne kadar beliren anayasalarımıza hâkim olan millet temeli ve vatandaşlık olgusunu ortaya koymaktır. Burada, bilhassa ilk merhalede edinilen teorik hazırlık kullanılarak, Cumhuriyetin de tercihi olduğu sonucuna ulaştığımız Fransız sübjektif millet anlayışı öne çıkarılmakta ve Türkiye'nin millet yapısına daha uygun olduğu savunulmaktadır.

I. ULUS-DEVLETİN BELİRİŞİ

Fransız İhtilalinin en belirgin sonuçlarından biri de milliyetçilik akımı ve buna bağlı olarak gün yüzüne çıkan ulus-devlet modeli olmuştur. Bu yapının en mühim unsuru olan milliyetçilik, hem kültürel hem siyasi bir kimlik barındırması itibariyle insanları bir arada tutabilmenin vasıtası olarak modern devletçe kullanılan köprü başı nitelikte bir ideolojidir.[1] Bu kavram ile siyasi bir düzen altında yaşayan fertlerde, ortak bir geçmişe sahip olduklarını vurgulayan semboller ve inançlar üzerinden belirli bir bağlılık hissi üretilmektedir.[2] Böylece toplumun belirli bir siyasi otoriteye aidiyet duyarak ho-

---

1 ZABUNOĞLU H. Gökçe, "Günümüzde Ulus Devlet", **ERÜHFD**, C. XIII, S. I, 2018, ss. 535-559, s. 535.

2 GIDDENS Antony, **Ulus Devlet ve Şiddet**, (çev. C. Atay), Kalkelon Yayınları, 2008, s. 286-288. Bununla birlikte bağlılık hissi uyandırmanın tek yolu bu değildir. Ancak çoklukla geçerli olan durum bu veçhiledir. Buna dönük farklılaşmaları, aşağıda İki Ulus Devlet İki Yol başlığı altında derincesine ele alacağız.

mojenleştirilmesi ve siyasi köşe taşlarının birbiriyle uyumlu kılınması da söz konusu olur.[3] Bu bağlamda, devletin varlığına ve devamına payanda teşkil edecek bir temel, tek bir millet şemsiyesi, modern devletin eriştiği kayda değer bir safha olarak kendini göstermektedir.

Milliyetçilik düşüncesi, pek tabii Fransız İhtilali ile gün yüzüne çıkmış değildir. Bu kavram, tarihte antik Yahudi ve Yunan tasavvuruna kadar geriye gider ve Avrupa'da Rönesans ile Reform döneminde yeniden canlansa da bu tavır asla kitlelere kadar sirayet etmez.[4] Böyle bir yayılışın hayat bulması için 18. yüzyıla erişmek gerekecektir. Nitekim İngiltere'de 17. yüzyıl devriminden kaynaklanan elverişli şartlarda, İngiliz milleti olmaya dair yeni bir bilinç ortaya çıkar; bu arada, Fransız İhtilali ile bütün yurttaşların paylaştığı, kitlelerin siyasi ve kültürel bütünleşmesini beraberinde getiren bir milliyetçilik tasavvuru, Batı Avrupa'da merkezi ve mutlak iktidarı elde etmiş olan modern devletin, yeni bir kalıba sokulmasına sebebiyet verir.[5] Bu durumu tarihi akış içinde şöyle özetleyebiliriz: Ulus-devlet tasarımı, Avrupa'da, feodal siyasi yapının sona ermesiyle birlikte onun yerine merkezi devlet düzeninin yerleşmesi sonrasında belirmiş, bu yapı üzerine oturduktan sonra ilerleyen dönemlerde dünyanın başka yörelerine ihraç edilmiştir.[6] Binaenaleyh İngiltere'de meşruti monarşinin peyderpey oluşumu sırasında beliren millet kavramı, Fransız Devrimi ile dört başı mamur bir devlet tasarımı haletine bürünür. Bu örgü, 19. yüzyıldan sonra artık devletler ve toplumların yeniden teşekkülünde köprübaşı bir mevkie ererek, 20. yüzyılın bir uluslar çağı olmasının şartlarını hazırlar.[7]

Ulus ve yurttaşlık, birbirleriyle iç içe geçmiş tasavvurlardır. Nitekim modern cumhuriyetçi devlet pratiğinde bu iki kavram birlikte tanımlanmış, birbirinden ayrılmamıştır.[8] Dahası vatandaşlığı, modern ulus-devletin bir kurucu unsuru olarak gösterebilmek de pekâlâ mümkündür.[9] Öyleyse, bir devletin

---

3 BOZTEMUR Recep, "Tarihsel Açıdan Millet ve Milliyetçilik: Ulus-Devletin Kapitalist Üretim Tarzıyla Birlikte Gelişimi, **Doğu Batı Dergisi**, S. 38, Y. 9, ss. 161-180, s. 166.

4 KOHN Hans, "Western and Eastern Nationalism", **Nationalism** (Ed. John Hutchinson, Anthony D. Smith), Oxford University Press, United Kingdom, 2012, s. 162.

5 a.g.y.

6 ERÖZDEN Ozan, **Ulus-Devlet**, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2013, 3. bs, s. 3.

7 ZABUNOĞLU, s. 538.

8 BALIBAR Etienne, **Citizenship**, (Translated by Thomas Scott-Railton), Polity Press, 2015, s. 34.

9 PIERSON Christopher, **Modern Devlet**, (çev. Neşet Kutluğ-Burcu Erdoğan), Chiviyazıları Yayınevi, İstanbul, 2011, s. 175.

kavramsal yapısında nüfusun bu denli önem taşıması ne anlama gelir? Zira bir yönetim sisteminin payandası olan nüfusun halk veya millet gibi başka kolektif kimlikleri haiz olmasına sırf bu sebeple modern diyebilmek güçtür.[10] Ne ki modern devlette gözlemlenen vakıa ile modern öncesi dönemler arasında bariz farklılıklar bulunur. Zira millet kavramının, tarihin belirli bir yerinden başlayarak gelişip serpildiğini anlatan yaygın literatür de kuşkusuz bu başkalıktan beslenir. Gerçekten modern öncesi sistemlerde, bu nevi ortak değerler siyasi bir anlamı haiz olmadığı gibi, dar kapsamlı ve mahalli etnik özelliklere dayanmaktadır.[11] Ancak modern ulus-devlette yaşanan şey çok farklıdır. Öncelikle millet tasavvuru, burada asli ve vazgeçilmez bir unsur olarak kendini gösterir. Bu ya öteden beri var olup, bir devlet hasreti içinde yaşayan ve nihayet devleti kuran son derece faal ve bilinç dolu bir varlık veya kurulu bir devletin tasarlayarak kendisini bütünüyle yasladığı, üzerinde yükseldiği bir kaide şeklinde belirir. İkinci hâlde hükümranlık, eski düzende kalan monarktan alınarak -türdeş bir bütün olarak öngörülmüş vatandaşlardan müteşekkil- ulusa verilmekte,[12] böylece devletin tasarımı için ulus kavramına temel bir konum atfedilmektedir. Şu hâlde modern ulus-devlet bakımından, millet tasavvuru, her ihtimalde vazgeçilmez ve asli bir karakter taşımaktadır.

Dünya ölçeğinde varlık gösteren ulus-devlet kurguları, bunların farklı kategoriler altında ele alınmasını zorunlu kılar. Nitekim ilk grupta, Avrupa ve yakın çevresinde intişar eden ulus-devletler; ikinci grupta, Amerika kıtasında, yerlilerin soykırımla ortadan kaldırılıp yerine bütünüyle göçmen bir nüfusun yerleştirilmesiyle oluşturulan siyasi yapılar ve nihayet üçüncü grupta, 20. yüzyılın ikinci yarısından sonra beliren sömürgelikten kurtulma hareketleri neticesinde hayat bulan ulus-devletler karşımıza çıkmaktadır.[13] Biz burada ilk grupta yer alan Avrupa merkezli ulus-devletlere yoğunlaşacağız. Bunun başlıca sebebi, bu tür ulus-devlet kurgusunun ilk oluşturulan ve bundan sonrakilere de örnek teşkil eden, bir çeşit mehaz kurgu olmasıdır.[14] Diğer önemli sebep ise, bu ölçüde kapsamlı bir inceleme için belki de birkaç cilt kadar monografiye ihtiyaç duyulmasından başkası değildir. Şüphesiz çalışmamızın dar kapsamı buna elvermemektedir.

---

[10] POGGI, s. 36.

[11] a.g.y.

[12] AĞAOĞULLARI Mehmet Ali, **Ulus-Devlet ya da Halkın Egemenliği**, İmge Kitabevi, Ankara, 2010, s. 236.

[13] ERÖZDEN, s. 1-2.

[14] ERÖZDEN, s. 3.

Avrupa merkezli ulus-devlet tasarımlarını ele alırken, iki ayrı yolu arşınlayacağız. Bunlardan birincisi, bizi Alman ulus düşüncesine götürecek, diğeri ise 1789 İhtilali ile biçim kazanan Fransız millet tasavvuruna. Bunlar esasen iki ayrı ve özgün yöntem olarak birbirine komşu iki coğrafyada karar bulmuş formlardır ve ulus-devletin temel unsuru olan millet tasavvurları yönünden bütünüyle farklılaşmaktadırlar. Müteakip başlıkta, bu tasavvurların içerik yönünden nasıl ayrıldıklarını ve doğdukları ülkelerin anayasalarına ne suretle sirayet ettiklerini araştıracağız.

II. İKİ ULUS-DEVLET, İKİ YOL

Dünya üzerinde ulus-devlet çatısına sahip pek çok ülke bulunmaktadır. Hatta gerek üniter gerekse federal yapıda olsunlar, günümüz modern devletlerinin çoğu ulus-devlet formunda teşkilatlanmıştır.[15] Türkiye'nin de arasında yer aldığı bu devletlerin, yukarıda belirtilen ortak bir ulus esasına dayanma özelliği bakımından pek de farklılık taşımadıklarını belirtmek gerekir. Ancak bu durum, devlete temel teşkil eden ulusun başka tasavvurlar altında anlaşılmasına mâni değildir. Burada, ulus-devleti ve onun vatandaşlıkla olan bağını daha iyi kavrayabilmek için farklı ulus-devlet tasavvurlarını incelememiz zorunluluk taşımaktadır.

1. Almanya

Almanya, tarihi, kültürü ve siyasi özelliklerinin yanı sıra, edebi, felsefi ve bilimsel gelişmişliği ile Avrupa'nın önemli merkezlerinden biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim toprakları bugünkü Alman Devletinin sınırlarından çok daha fazla olan bu coğrafyanın, uzun ve netameli Avrupa tarihi boyunca daima ağırlığını koruduğu görülür. Bu ise Alman fikriyatının pek çok alanda kendi özgün modeline sahip olmasını ve yer yer bunları başka memleketlere ihraç etmesini beraberinde getirmiştir.

Alman coğrafyası hakkında zikredilen bu hususiyetlerin ilk sıralarında, elbette millet anlayışı gelmektedir. Alman millet/ırk anlayışı olarak adlandırılmakla birlikte bu düşüncenin fikri kaynağını, "İnsan Irklarının Eşitsizliği Üzerine Deneme" adlı kitabında, ırklar arasında bir hiyerarşi bulunduğunu ve en tepede Cermen ırkının yer aldığını ileri süren Fransız yazar Joseph

---

[15] ERDOĞAN Mustafa, "Cemaat, Cemiyet ve Ulus-Devlet", Liberal Düşünce Topluluğu, http://www.liberal.org.tr/sayfa/cemaat-cemiyet-ve-ulus-devlet-mustafa-erdogan,352.php, (Erişim Tarihi: 29.08.2019).

Arthur Gobineau'dan aldığı ileri sürülmüştür.[16] Fakat milleti nesnel unsurlara referansla tanımla çabasını içeren bu anlayışı, Herder, Hegel, Fichte ve Arndt gibi Alman Romantik dönemi düşünürlerine kadar götürebilmek mümkündür. Nitekim Herder, milletlerin tıpkı ağaçlar gibi öz topraklarında yetişip serpilen organik yapılar olduğunu, dil ve kültürün her bir topluluk yönünden kendine has bir ruh taşıması gerektiğini ve -*"Volksgeist"* olarak adlandırılan- bu ruhun halkın içine yerleşerek ona hayat verdiğini belirtiyordu.[17] Dahası Alman romantik felsefecilerine göre millet, Tanrı tarafından özel vasıflarla donatılmış insan türünün tabii bir bölümlenmesi olarak görülmüştür ve her insan ait bulunduğu milletin ayırdedici yönlerini muhafaza etmek zorunluluğu altındadır.[18] Bu durumda, ulusların kaynaşmaları veya bir kimsenin ait olmadığı bir topluluğa mensubiyetini ileri sürmesi, pek tabiidir ki, kabul edilemez bir iddiadır.

Objektif millet anlayışı olarak da anılan bu tasavvurda, anlaşılacağı üzere milleti oluşturan bağlar, maddi ve elle tutulur bazı özelliklerden ibaret olmaktadır.[19] Devletin mazrufunu teşkil eden millet unsuruna belirgin bir homojenlik getiren bu özellikler, ırk, dil, din ve kültürde beraber olmayı ifade eder. Belirli bir millete aidiyetin tespitinde, her zaman bu özelliklerin bütününün bir arada bulunması aranmayabilir. Bazen bunların biri veya birkaçının da ulusun içeriğinin belirlenmesinde esas alınabilmesi mümkündür. Burada önemli olan bir topluluğun millet olarak tebarüz etmesinde, fertlerin iradesine herhangi bir değer atfedilmemesidir.[20] Şu hâlde bir kimsenin muayyen bir topluluğa karşı bağlılık hissetmesi, onu söz konusu millete ait kılamaz. Meğerki bu kimse, o toplulukla aynı soya, dine, dile veya kültüre sahip bulunsun.

Alman coğrafyasında, millete yönelik bu tür bir tahayyülün belirmesinde, elbette tarihi etkenlerin de rolü vardır. Bunun başında ülkenin Fransa ve İngiltere'den farklı olarak Bismarck'a değin (1871), merkezi bir hükûmete kavuşamamaması ve oldukça uzun bir süre çok parçalı bir siyasi yapıyla hayat

---

16 TEZİÇ Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014, s. 133.

17 BURUMA Ian / MARGALT Avishai, **Garbiyatçılık Düşmanlarının Gözünde Batı,** (çev. Güven Turan), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2009, s. 35.

18 AYDIN Suavi, **Modernleşme ve Milliyetçilik**, Gündoğan Yayınları, Ankara, 1993, s. 65.

19 GÖZLER Kemal, **Anayasa Hukukunun Temel Esasları**, Ekin Yayınevi, Bursa, 2018, s. 156.

20 ANAYURT Ömer, **Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar),** Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 228.

sürmesi gelir. Bu durumda bir millet kavramının inşası, ironik hadiselerle dolu uzun bir zaman diliminin geçmesini gerekli kılmıştır.[21] Bu şartlar, ortak bir devletin veya siyasi organizasyonun çatısı altında yaşamaktan yoksun kalan Almanları, aynılıklarını devlet yerine, dil ve kültür çatısı altında savunma arayışına iten bir ulus tasavvurunu ortaya çıkarır. Binaenaleyh Alman ulus düşüncesi, merkezi ve birleşik bir devletin himayesi altında ve onun eliyle geliştirilip güçlendirilen bir hususiyette belirmediği gibi ortak bir lisan ve kültür birliğinin mevcudiyeti, 1871 öncesinde, bütün siyasi kopukluğa rağmen bir millet tasarımının oluşabilmesine zemin hazırlamıştır.[22] Bu durum, Alman millet anlayışının gerek doğuşu ve gerekse içeriği yönünden karakteristik bir özelliği olarak dikkat çekicidir.

Bahse konu gelişmelerde Alman burjuvazisinin de payı yadsınamaz. Nitekim bir mefkûre seviyesindeki Alman birliğinin kurulması için güçlü bir devlete ümit bağlayan burjuvazi, ferdi haklar yerine güçlü bir devletin iktisadi alana müdahalesine vurgu yapmış, Alman bürokrasisi, ulus-devlet çatısı altında milli birliği sağlamak maksadıyla devlet yapısında köklü değişikliklere yönelmiş, Fransız milliyetçiliğinin yol açtığı dış tehdidin de itişiyle birleşme eğilimi gösteren federal unsurlar içinde bir sosyal hareket olarak "kültür" temelli bir milliyetçilik anlayışı bütün bütün gelişmiştir.[23] Uzun yıllar sonunda Bismarck'ın kurmayı başardığı Alman Reich'ının teşkilinde, bu süreçlerden geçen milliyetçilik düşüncesi de büyük bir tesir icra eder.[24]

Alman ulus düşüncesi ve milliyetçilik anlayışının, tarihi ve sosyoekonomik altyapısı hakkında şimdilik bu girizgâhla yetiniyoruz. Bu hazırlık, ulus temeli ve vatandaşlık teması altında birazdan incelemeye koyulacağımız Alman Anayasasını yorumlarken bize yardımcı olacak. Zira anayasal belgeler, hiçbir hukuki metinle bağlı olmayan asli kurucu iktidarlar tarafından üretilmiş olsa da anayasa koyucuların, içinde bulundukları tarih ve kültür havzasından büsbütün bağışık olduklarını savunabilmek son derece güç-

---

21 RUF Werner, "La conception de la nation en France et en Allemagne", **Hommes&Migration**, S. 1223, 2000, ss. 12-19, s. 12-13.

22 BARON Frank, "L'idée de Nation", **Vie publique**, 2018, https://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/institutions /approfondissements/idee-nation.html (Erişim Tarihi: 12.09.2019).

23 AYDIN, s. 66-67.

24 PFLANZE Otto, "Bismarck and German Nationalism", **The American Historical Review**, S. 60, 1955, ss. 548-566, s. 550.

tür. Şu hâlde toplumun nesilden nesile taşıdığı hafızanın belli ölçüde anayasalara da yansıması mutat ve beklenen bir durum olmaktadır.

Federal Almanya Cumhuriyeti'nin günümüzde yürürlükte olan Anayasası, son değişikliği 2017 yılında yapılan 1949 tarihli Anayasadır.[25] Anayasanın ilgili maddelerinden önce dibacesine bakmakta yarar var. Çünkü edebi bir tarzda kaleme alınan bu metinler, anayasanın yapılış sebeplerini, felsefesini, ideolojisini ve onun geneline yayılan ruhu anlamada ve anayasayı yorumlamada okuyuculara en çok yardımcı olan kısımlardır.[26] Gerçekten Alman Anayasasının başlangıç bölümü, bize önemli ipuçları veriyor. Zira burada, devletin ulus temeli sarih biçimde ortaya konulmuştur. Başlangıç metninde iki defa Alman milletinden bahsedilmekte ve eyaletler tek tek sayılarak burada yaşayan "Almanlar"ın Almanya'nın birlik ve istiklalini tamamladığı beyan edilmektedir.

Anayasanın ilk bölümü olan temel haklarla ilgili düzenlemelere bakıldığında, hakların süjesinin belirlenmesinde genel bir kullanım olarak "herkes" kelimesinin tercih edildiği görülmektedir. Ancak 8. maddede düzenlenen toplantı hakkı, 9. maddede bulunan dernek hakkı, 11. maddede kaleme alınan seyahat hürriyeti ve nihayet 12. maddede öngörülen meslek edinme hürriyeti (occupational freedom) söz konusu olduğunda bu kere "her Alman" ibaresi yeğlenmiştir. Alman Anayasasında, vatandaşlık kenar başlıklı 16. madde ise şu şekildedir:

> *"(1) Hiçbir Alman, vatandaşlığından mahrum bırakılamaz. Vatandaşlık, ancak kanuna dayanarak ve ilgili kişinin rızasına aykırı ise ancak vatansız kalmaması şartıyla kaybettirilebilir.*
>
> *(2) Hiçbir Alman yabancı bir devlete iade edilemez. Hukuk devleti ilkesini gözetmek kaydıyla, Avrupa Birliğinin bir üye devletine veya milletlerarası bir mahkemeye iadeler konusunda kanunla farklı düzenlemeler yapılabilir."*

Görüldüğü üzere 16. madde, Almanların vatandaşlık hakkını teminat altına almakta ve diğer temel hak ve hürriyetler gibi bu hakka yönelik müda-

---

[25] 1949 tarihli Alman Anayasasının İngilizce metni için bkz. https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf (Erişim Tarihi: 10.09.2019); Türkçe tercümesi için bkz. http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/08-ALMANYA%20 209-276.pdf (Erişim Tarihi: 10.09.2019).

[26] FENDOĞLU Hasan Tahsin, **Anayasa Hukuku,** Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 265.

halelerin de kanunla yapılmasını emretmektedir. Peki bu hakkın öznesi olarak belirlenen "Alman" kimdir? Anayasa bu soruyu "Alman vatandaşlığı" serlevhalı 116. maddenin ilk fıkrasında şöyle cevaplar: *"(1) Bu Anayasadaki manasıyla Alman, kanunla başka türlü öngörülmedikçe, Alman vatandaşlığını haiz olanlar veya Alman soyundan olup 31 Aralık 1937 tarihindeki Alman İmparatorluğu sınırları içinde kabul edilmiş bulunan mülteci veya sürgün edilenler ile bunların eşi yahut altsoyudur."*

Anayasada vatandaşlığa yönelik göze çarpan diğer bir hüküm, "eşit vatandaşlık-kamu hizmeti" başlıklı 33. maddedir. Burada bütün eyaletlerde bulunan Almanların eşit siyasi hak ve ödevlere sahip olduğu belirtilmektedir. Bu düzenleme aslında yeni değildir. Zira 1913 tarihli Alman vatandaşlık kanunu, 1870 Alman Reich'ını oluşturan çeşitli devletlerde yaşayanlar için ilk defa olarak müşterek bir Alman vatandaşlığı ihdas etmiş, bunu devam ettiren 1919 tarihli Anayasa, eş zamanlı olarak Alman vatandaşı sayılan bütün federe devlet sakinlerini eşit hak ve ödevlere malik kılmıştır.[27] Bu metinden çok uzak sayılmayan bir zamanda intişar eden yürürlükteki 1949 Anayasası da 33. maddesiyle bu prensibi sürdürmektedir.

Yukarıdan beri aktarılan bu düzenlemelerden anlaşıldığı üzere, Anayasanın bir hak olarak öngördüğü vatandaşlık "Almanlar"a hasredilmiş, 116. maddede, hakkın öznesi olan "Almanlar" tanımlanmıştır. Şu hâlde vatandaşlık, Almanlar üzerinden ve onlara özgülenerek tarif edilmektedir. Bu yöntem, tahmin edileceği üzere vatandaşlığın tanımlanmasında benimsenecek en etnik yöntem olarak kabul edilebilir. Anayasada kendine vuzuhla yer bulan bu milliyetçi tavır, kuşkusuz Alman millet anlayışının, 1949 tarihinde ortaya çıkan asli kurucu iktidar üzerindeki tesirinin bir sonucu olmuştur. Bu durum, şüphesiz üstün ırk düşüncesinin şahikasına varacak ölçüde acı ve elim politikalar üreten Nazizm felaketiyle birlikte, büyük ölçüde törpülenir. Ancak bu galiz dönemin sonunda bile Alman millet anlayışı, aşırılıklarından arınmak suretiyle de olsa varlığını sürdürmektedir. Nitekim Almanya'da vatandaşlık kavramı, objektif millet anlayışının neticesi olarak biteviye etnik, kültürel, dil ve soy esaslı bağlarla anlaşılmıştır.[28] Bunun bir sonucu ola-

---

[27] HAILBRONNER Kay, **Report on Germany**, EUDO Citizenship Observatory, Robert Schuman Centre for Advanced Studies in collabaration with Edinburgh University Law School Country Report, http://eudo-citizenship.eu/docs/CountryReports/Germany.pdf (Erişim Tarihi 12.9.2019), s. 1.

[28] KOHN Hans, **The Idea of Nationalism a Study in its Origins and Background**, Transaction Publishers, USA, 2005, s. 331.

rak Alman olmak bilinci, bir devlete mensubiyet düşüncesinden daima baskın bulunmaktadır.[29] Bu topraklarda milli hisler, ulus-devletten epey önce doğup geliştiği için, Alman millet tasavvuru, siyasi bir fikir olmayıp, öteden beri devlet arayışındaki bir ulusun organik, kültürel, ırki veya dil eksenli bir topluluk yönünde şekillenmesinden ibarettir ve bugün bile Anayasanın 116. maddesinin altında yatan anlam budur.[30] İşte bu yaklaşım yakın zamanda Alman vatandaşlık kanununda yapılması gündeme gelen reform sırasında da şaşırtıcı olmayan bir biçimde kendini gösterir. Yurttaşlığın kazanılmasında kan esasının yanı sıra toprak ilkesinin de kabul edilmesinin tartışıldığı bir dönemde, çok sayıda siyasi, Almanya'da doğan yabancı uyruklu çocuklara vatandaşlık hakkı verecek düzenlemelere, yurtlarının Amerika'nın aksine bir göçmenler ülkesi değil, tam tersine bir etnik Alman devleti olduğunu savunarak karşı çıkmıştır.[31]

Bu yönüyle Alman vatandaşlığının siyasi bir yön taşımaktan çok, etnik ve kültürel bir fenomen biçiminde gelişerek bugüne ulaştığı görülmektedir. Bunun neticesi olarak, günümüze kadar vatandaşlığın anlatımında, bir devlete aidiyeti ifade eden yurttaşlık (Staatsbürgerschaft) kavramının yanı sıra ve ondan çok daha fazlaca, etnik ve kültürel bir kimlik belirten milliyet (Nationalität) kavramı korunagelmiştir.[32] Hatta mevzuatta öteden beri vatandaşlık yerine milliyet kelimesi kullanılmaktadır. Bu durum baştanbaşa ulus temelinde kurgulanmış bir devlette bu iki kavramın, zihinlerde tamamıyla aynı anlamı çağrıştırmasından ileri gelir.[33] Vatandaşlık denilen şey, esasen milliyetten ibarettir. Bu tasavvur aşağıda inceleyeceğimiz ve büsbütün diğer kutupta yer alan Fransız anlayışından farklı olarak, Alman Devleti'ni daima vatandaşlık verme konusunda cimri kılmıştır. Nitekim devletten önce hayat bulan ve bağımsız bir etno-kültürel milliyet anlayışı mihverinde şekillenen

---

[29] TAUSCHER Soner, "The German Nationality Regime and the Rights of Foreigners in Germany", **SETA Analysis**, No. 22, October 2016, s. 10.

[30] BRUBAKER W. Rogers, "Fransa ve Almanya'da Göç, Vatandaşlık ve Ulus-Devlet: Karşılaştırmalı bir Tarihsel Analiz", **Vatandaşlığın Dönüşümü Üyelikten Haklara** (Der. Ayşe Kadıoğlu), Metis Yayınları, İstanbul, 2012, s. 67.

[31] Redefining German Citizenship, The New york Times, 10 Nisan 1997. Bununla birlikte Almanya'da 2000, 2005, 2007 ve 2014'te vatandaşlık kanununda yapılan değişikliklerle belirli ve sıkı şartlar altında olmak kaydıyla toprak esası ve çifte vatandaşlık hakkı kabul edilmiştir. Bu önemli dönüşümde, Avrupa Birliği politikalarının tesiri olduğu akla gelmektedir.

[32] TAUSCHER, s. 10.

[33] BÖS Mathias, **The Legal Construction of Membership: Nationality Law in Germany and the United States**, Program for the Study of Germany and Europe Working Paper Series, No. 00.5, http://aei.pitt.edu/63702/1/PSGE_00_5.pdf (Erişim Tarihi: 12.09.2019) s. 5-6.

kısıtlayıcı Alman siyasetinde, vatandaşlığa geçiş anormal ve nadir bir hadise olarak görülür ve devlet vatandaşlığa geçişi teşvik etmek şöyle dursun, şaşırtıcı ölçüde girift bir prosedür dayatarak buna yeltenecek olanların cesaretini kırar.[34] Alman Anayasasına da rengini veren bu vatandaşlık tasavvuru, çalışmamızda iki farklı yol olarak ele aldığımız yöntemlerin ilkini teşkil ediyor. Şimdi de ulus-devlet düşüncesinin bünyesinde serpildiği ve millet/vatandaşlık düşüncesi itibariyle, Alman fikriyatından belirgin derecede farklılaşan Fransız yordamını tetkik edeceğiz.

2. Fransa

Avrupa'da modern devletin doğma ve gelişme macerasında, en ayrıcalıklı ve önde gelen ülkelerden biri de kuşkusuz Fransa'dır. Bu çalışma bakımından kilit taşı mahiyetindeki ulus kavramının yayılması söz konusu olduğunda, bu ülkenin önemi bir kere daha ortaya çıkar. Zira öncesindeki siyasi ve fikri dalgalanmaların kaçınılmaz bir eseri olan Fransız İhtilalinin tarih sahnesine hediye ettiği en başlıca kavram, elbette siyasi bir düşünce suretindeki ulus ve ulusçuluk tasavvuru olmuştur. İhtilalin gerçekleşmesinde köprübaşı rol oynayan "Üçüncü Sınıf" (*tiers-états)*, ülkeyi mücessem bir ulus kavramına ulaştırmış, bu bağlamda millet, insan olmaktan kaynaklanan ortak hakları haiz vatandaşlardan müteşekkil bir topluluk olarak belirmiştir.[35] Gerçekten İhtilal, zamanla bütün Avrupa'da cesim dönüşümlere yol açar. Önceden yaşlı kıtada devletler ve hükûmetler ömür sürmektedir; sonrasında ise artık milletler ve halklar sâdır olur.[36] Üstelik bu bir kere gün yüzüne çıkmakla, artık önü alınamayacak bir dalga suretinde dünyaya yayılıverir.

Burada yaşanmakta olan şey, esasen egemenliğin devredilmez şekilde sahibi olarak beliren bir ulus düşüncesinden başkası değildir.[37] Böyle bir tasavvur olarak ortaya çıkan ulus kavramı, o andan itibaren devletin belkemiği, dahası kurucu unsuru (veya anayasa hukuku terminolojisi ile belirtirsek, asli kurucu iktidar) hâletine bürünmektedir. İhtilali bizzat idrak eden ve fikirleriyle, yaşanan hercümerce büyük ölçüde yön veren düşünür Emmanuel Sieyès, o dönemde beliren ulusa dair tasavvuru aşikârane şöyle anlatır:

---

[34] BRUBAKER, s. 56, 64.

[35] BREUILLY John, **Nationalism and the State,** The University of Chicago Press, Second Edition, 1994, s. 90-91.

[36] KOHN, 2005, s. 573.

[37] AYDIN, s. 61.

"Müşterek bir kanun altında yaşayan ve aynı yasama tarafından temsil edilen bir ortaklar topluluğu"[38] olarak tanımlanması gereken millet, "*her şeyden önce vardır, her şeyin kaynağıdır. Onun iradesi daima hukukidir, o bizzat kanundur. Ondan önce ve onun üstünde ancak tabii hukuk bulunmaktadır.*"[39] Şu hâlde artık, devlet bir yana hukukun dahi kaynağı suretinde bir ulus tahayyülü ortaya çıkmış ve şüphesiz Devrim sonrası Fransa'sı kadar dünyanın pek çok ülkesini de etkilemeye başlamıştır.

Ulusun Fransız düşüncesinde ne denli mütehakkim bir kavram olduğu böylece varlığını duyuruyor. Peki, bunca değer atfedilen ve devletin kurucu unsuru olarak tebarüz eden ulus, kimlerden oluşur, dolayısıyla bu yapının münderecatı nasıl tasavvur edilir? Bu nokta, esasen yukarıda Alman ulus düşüncesi yönünden enikonu incelenmiş ve bir ön tespit olarak Fransız tasavvuru ile açık bir karşıtlık ilişkisi kurulmuştu. Şimdi de Fransız millet tasarımının ana hatlarını ortaya koymaya çalışalım.

Sübjektif millet anlayışı olarak anılan Fransız düşüncesi için en başta söylenmesi gereken şey, Alman fikriyatı ne ölçüde etnik ve kültürel bir mana içeriyorsa, bu tasavvurun böyle bir içerikten epey uzak olacak şekilde, baştanbaşa siyasi bir cihet taşıyor olduğudur. Gerçekten İhtilal arifesinde kendini Millet Meclisi ilan eden Üçüncü Sınıf'ın (Tiers état) milli egemenliği kabul etmesi sonucunda tek hükümran olarak beliren ulusa üyelik, yurttaşlığın münhasıran siyasi-hukuki muhtevası ile tasarlanmış ve bu suretle kurumsallaşmıştır.[40] Bu tasavvurda önemli olan nokta, ulusun türdeş kılınması gayretidir. Burada, eski rejimin *(Ancien Régime)* ihtiva ettiği feodal düzenden kaynaklanan suni bölümlenmeler ve ayrıcalıkların reddine dayalı bir siyasi ülkü ortaya çıkar ve bunun neticesinde, ulusun bütün üyelerinin yapma ayrımlardan sıyrılarak eşit görüldüğü yeni bir düzen tasarlanır.[41] İşte Sieyès'in tarifinin altında yatan anlam budur. Müşterek bir kanunun altında yaşayan eşit vatandaşlar, ulusu meydana getirmektedir.

Fransa'da 18. yüzyıl boyu yaşanan dönüşümlerin ve buna takaddüm eden İngiliz tecrübesinin ulus kavramının gelişmesinde başat rolü olmakla birlikte, millet düşüncesine yönelik Alman-Fransız karşıtlığının yoğun suret-

---

38 SIEYÈS Emmanuel Joseph, **Qu'est-ce que le Tiers état?**, Édition du Boucher, Paris, 2012, s. 5.

39 SIEYÈS, s. 53.

40 BRUBAKER, s. 74.

41 ERÖZDEN, s. 174-175.

te tartışıldığı dönem 19. yüzyıla denk düşer. Almanya'nın, Almanca konuşulan ama Fransa'ya bağlı olan Alsace-Lorraine bölgesini ilhak etmek istemesi, Fransız ve Alman ulus anlayışlarının iki ülke düşünürlerince ele alınarak işlenmesi sonucunu beraberinde getirmiştir.[42] Bu bağlamda Fransız tezini en veciz ve kuvvetli şekilde dile getiren düşünür, bugün de sübjektif millet anlayışı denildiğinde ilk akla gelen isimlerden biri olan Ernest Renan'dır. Renan, Alman tezlerini çürütmek için Sorbonne'da "Millet nedir? (Qu'est-ce qu'une nation?) adı altında irat ettiği meşhur konferansa, ulus ile ırkın birbirine karıştırılarak büyük bir hata yapıldığı uyarısıyla başlar.[43] Ona göre ırk, milletin tanımlanmasında belirleyici olamaz. Bunun sebebi hiçbir ülkenin tek bir ırktan teşekkül etmiyor olmasıdır. Zira Fransa Kelt, İber ve Cermen'dir; Almanya Cermen, Kelt ve Slav'dır. Şu hâlde, hiçbir yerde saf bir ırk ile karşılaşmak mümkün olmadığı gibi, en asil ülkeler, İngiltere, Fransa ve İtalya gibi ırk yönünden en çok karışmış olanlardır.[44] Öte yandan milleti anlamlandırmada etnografik bir siyasetin takip edilmesi güvenli bir yol olarak kabul edilemez. Nitekim bugün böyle bir siyaseti başkalarına karşı yürüten devletler, daha sonra bu silahı yarın kendilerine çevrilmiş olarak bulabilirler. Etnografi bayrağını bu denli yukarı çıkaran Almanların, bu defa Slavları, kendi ırklarının izini ararken ve geçmişte atalarının yaşadıkları zulümlerin hesabını sorarken bulmayacaklarının bir garantisi yoktur.[45]

Şu hâlde ulus neye göre tanımlanmalı, bu mevhum kavramın içi nasıl doldurulmalıdır? Bu noktada Renan, Fransız tasavvurunu şu veciz ifadelerle ortaya koyar:

> *"Millet bir ruh, manevi bir ilkedir. İki unsur vardır ki, hakikatte kendilerinden yalnızca tek bir şeyi, bu ruhu, bu manevi ilkeyi meydana getirirler. Bunlardan biri mazide, diğeri gelecektedir. Biri, zengin, müşterek bir hatıralar mirasına sahip olmak; diğeri hâlihazırdaki bir rıza, birlikte yaşama isteği, bölünmemiş bir şekilde elde*

---

[42] CELLIER Laura, "La construction de l'État-nation. Un mystère théorique. L'Allemagne confrontée à son concept de nation: une identité nationale entre deux États", **Philosophie**, 2009, https://pdfs.semanticscholar.org/276c/412d22f390654d49c40ab6fdfd7abef1bc07.pdf (Erişim Tarihi: 19.09.2019), s. 20-21.

[43] RENAN Ernest, Qu'est-ce qu'une nation?, Conférence en Sorbonne, 11.03.1882, http://www.iheal.univ-paris3.fr/sites/www.iheal.univ-paris3.fr/files/Renan_-_Qu_est-ce_qu_une_Nation.pdf (Erişim Tarihi: 19.09. 2019), s. 1.

[44] RENAN, s. 5.

[45] RENAN, s. 6.

edilen mirası değerli kılmaya devam etme iradesidir. (...) Millet, tıpkı fert gibi, uzun bir gayret, fedakârlık ve özveri geçmişinin neticesidir. (...) Kahramanca bir mazi, büyük adamlar, şan ve şöhret (hakiki olanını kastediyorum), işte üzerine bir millet fikri oturtulabilecek sosyal sermaye! Geçmişte ortak mefahirlere sahip olmak, bugün için müşterek bir irade taşımak, beraber büyük işler başarmış bulunmak ve bunları yine yapmayı arzu etmek, işte halk olmanın temel şartları. İnsan katlandığı fedakârlıklar ve çektiği acılar nispetinde sever. İnsan kendi inşa ettiği ve sonrakilere devrettiği evi sever. (...) Mazide paylaşılan övünç ve kederler mirası, gelecekte gerçekleştirilecek aynı program, beraber ıztırap çekmiş, sevinmiş, ümit etmiş olmak, işte ortak gümrüklerden ve stratejik fikirlere uygun sınırlardan daha iyi olan şey; işte ırk ve lisan farklılığına rağmen anlaşılabilen şey. (...) Şu hâlde bir millet, geçmişte katlanılan ve bunu tekrar yapmaya hazır bulunulan fedakârlık duygusunun teşkil ettiği büyük bir dayanışmadır. Bu durum bir maziyi gerekli kılar; bununla birlikte bugün için de, elle tutulabilir bir vakıa olarak ortaya konulabilir: müşterek hayata devam etme hususundaki istek ve rıza. Bir milletin mevcudiyeti (tabiri hoş görünüz!) her gün tekrar edilen bir plebisittir, tıpkı bir ferdin varlığının hayatın sürekli bir teyidi olduğu gibi."[46]

---

[46] RENAN, s. 8. Fransız millet anlayışının Renan kadar ateşli bir diğer müdafii, Fustel de Coulanges, Alman tarihçi Mommsen'in görüşlerine cevap olarak yazdığı "Alsace, Fransız mıdır, Alman mı?" başlıklı mektupta benzer mülahazaları şöyle ifade ediyor: *"... Milletin ırka göre belirlenmesine yönelik teoriniz, Avrupa'daki mevcut bütün devletlerin durumuna aykırı. Eğer bu teori uygulanacak olsaydı, bütün dünyanın yeni baştan tanzim edilmesi gerekirdi. Bunun gibi lisan da, bir milletin karakteristik işareti olamaz. Fransa'da beş dil konuşulur ama buna rağmen kimse, milli bütünlüğümüz konusunda kuşkuya düşmeyi aklından geçirmez. İsviçre'de üç lisan konuşulmaktadır. Peki, İsviçre daha az mı tek ulustur ve orada vatanseverliğin bulunmadığını söyleyebilir misiniz? Öte yandan Amerika Birleşik Devletleri'nde İngilizce konuşulur. Birleşik Devletler'in, daha önce onları İngiltere ile birleştiren milli bağı yeniden inşa etmeyi düşündüğünü tahayyül edebilir misiniz? Strazburg'da Almanca konuşulmasıyla övünüyorsunuz. Peki, Marseillaise'imizin* [Fransız Milli Marşı] *ilk defa Strazburg'da söylenmiş olduğu daha az mı doğrudur? Milletleri birbirinden ayıran şey ne lisan ne de ırk olabilir. İnsanlar, bir fikir, ilgi, muhabbet, hatıralar ve ümitler topluluğuna sahip bulununca, tek bir millet olduklarını kalplerinde duyarlar. İşte vatanı meydana getiren şey. İşte neden insanların, birlikte yürümek, birlikte çalışmak, birlikte savaşmak, yekdiğeri için yaşamak ve ölmek istediklerinin sebebi. Memleket, sevdiğimiz şeydir. Alsace, ırk ve dil yönüyle Alman olabilir; fakat milliyet ve yurt fikri itibariyle Fransız'dır. Onu neyin Fransız kıldığını biliyor musunuz? XIV. Louis değil, bilakis 1789 İhtilalimiz. O andan itibaren, Alsace bizim bütün kaderimizi takip etti, bizim hayatımızı yaşadı. Ne düşündüysek, o da düşündü; ne hissettiysek, o da hissetti. Bizimle beraber zaferlerimizi, ricatlerimizi, şan, şöhret ve hatalarımızı, tekmil sevincimizi ve tekmil acılarımızı paylaştı. Onun sizinle hiçbir ortak yanı yok. Onun için vatan, Fransa'dır.*

Ernest Renan'dan yapılan bu iktibaslar, Fransız millet düşüncesini bütün çıplaklığıyla açığa vurmaktan başka, onun Alman fikriyatının bütün bütün zıddı olduğunu da izhar ediyor. Nitekim Fransa'da *Ancien Régime* hüküm sürmekteyken, Fransız dili hiçbir surette milli bir dil olarak varlık göstermemiş, ancak idarenin ve entelektüel elitin ihtiyaç duyduğu bir lisan olmuştur. İhtilalle birlikte, bu noktada keskin bir dönüşüm meydana gelir ve sonunda Fransız dilinin zaferi, ülkede ulus düşüncesinin de zaferi olur.[47] Bu bakımdan Almanya'da, aynı dili konuşan genişçe bir alana yayılmış topluluğun, birleşmiş bir ulus-devletin kurulması hasretine temel teşkil eden millet tasavvuruna karşılık Fransa'da millet düşüncesi, Devrim ile beraber yaşanan şiddetli sosyal ve siyasi kavgaların sonucunda adeta bir proje olarak tebarüz etmiştir.[48] Burada akıllara Gellner'in *"ulusçuluk, ulusların bir ürünü değil, tam tersine ulusları meydana çıkaran ulusçuluğun kendisidir."*[49] sözü geliyor. Bu tespitin bütün milletler yönünden eşit ölçüde kabul edilmesine mesafeli yaklaşmakla birlikte, tam olarak Fransız millet anlayışını resmettiğini ifade etmek gerekir. Zira İhtilalin ardınca yaşanan siyasi ve sosyal hadiseler, bu söze epey haklılık kazandırmaktadır. İşte bu tarihi arka plan, iki yaklaşım arasındaki farklılığın ve yer yer politik kaygılarla açığa çıkan sürtüşmelerin kaynağını teşkil eder.

Fransız millet anlayışının hatlarını belirginleştiren bu hazırlıkla beraber, artık Fransa Anayasasında, bir nevi ulusa üyeliğin adı olan vatandaşlığın ne surette düzenlendiğini incelemeye koyulabiliriz. Bundan önce, evvela Anayasanın kendine has özelliklerinin tanıtılması gerekir. Ülkede V. Cumhuriyet döneminin kurucusu sayılan yürürlükteki 1958 Anayasası,[50] IV. Cumhuriyetin, karşılaştığı zebella krizleri çözmedeki çaresizliği sonucu ortaya çıkar. Ne var ki o dönemi kuran Anayasanın zihinlerdeki bütün yetersizliğine rağmen,

---

Onun için yaban, Almanya'dır." (DE COULANGES Fustel, Alsace est-elle allemande ou française?, Réponse à M. Mommsen, Professeur à Berlin, 1870, https://spinnet.humanities.uva.nl/images/2015-02/fustelcoulanges.pdf, Erişim Tarihi: 24.09.2019, s. 3). (Parantez içindeki açıklama bize aittir.)

47 SÉRIOT Patrick, "Ethnos et demos: la constuction discursive de l'identité collective", **langage et société**, S. 79, 1997, ss. 39-51, s. 41.

48 a.g.y.

49 GELLNER Ernest, **Uluslar ve Ulusçuluık**, (çev. Büşra Ersanlı Behar; Günay Göksu Özdoğan), İnsan Yayınları, İstanbul, 1992, s. 105.

50 Fransa'nın yürürlükte olan 1958 tarihli Anayasasının orijinal metni için bkz. http://www.assemblee-nationale.fr/ connaissance/constitution.asp; Türkçe çevirisi için bkz. http://www.adalet.gov.tr/duyurular/ 2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/07-FRANSA %20169-208.pdf.

1958 Anayasası[51] yeni bir başlangıç metni kaleme almamış, kısacık girişinde 1946 Anayasasının dibacesine göndermede bulunmakla iktifa etmiştir. Anayasanın önsözünde bir başka atıf daha dikkat çekicidir. Bu da Anayasanın, 1789 Beyannamesine bağlılığını ilan etmesidir ki bu durum V. Cumhuriyetin bütün kararlığıyla İhtilal mirasını taşıdığı anlamını ortaya koymaktadır. Neticede Anayasa, temel hak ve hürriyetleri kendisi düzenlemez; bu konuda Beyannamede, 1946 Anayasasının başlangıç bölümünde ve 2004 tarihli Çevre Şartında kabul edilen haklara göndermede bulunmakla yetinir.

Şimdi Anayasayı ve yollama yaptığı bu metinleri, vatandaşlık ve millet tasarımı yönünden bize yeterli bir fikir verecek ölçüde karıştıralım. Hemen Anayasanın giriş kısmına bakacak olursak, Anayasayı ve bu arada Devrimin insan hakları ve Cumhuriyet mirasına olan sadakatini bütün kalbiyle ilan eden *Fransız halkı (le peuple français)* ile karşılaşıyoruz. Bunun dışında Devletin adı, sade *Cumhuriyet (la République)* şeklinde ortaya konulur ve başına herhangi bir sıfat veya ad getirilmez. 1946 Anayasasının başlangıç bölümünde de toplamda bir kere *Fransız halkı,* iki defa devleti anlatmak için *Cumhuriyet*, üç kere *millet,* bir kez *Fransız Cumhuriyeti (la République française)* tabirleri kullanılır. Ayrıca milli felaketlerden kaynaklanan yüklerden bahsedilirken, *bütün Fransızlar*ın eşit olduğu anlatılır.[52] Fransız İhtilalinin adeta vitrini olan 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi'ne baktığımızda, küçük bir giriş ve 17 maddeden müteşekkil bu metinde, yalnızca bir defa *Fransız* kelimesinin geçtiğini görüyoruz.[53] Bundan sonra Beyanname, daima yalın olarak *vatandaşlar (citoyens)* ve *toplum (la société)* lafızlarını kullanmaktadır.

---

[51] Buradan itibaren Fransa'dan bahsedilirken anayasa ile aksi belirtilmedikçe 1958 Anayasası kastedilecektir.

[52] 1946 Anayasasında halefine göre Fransız vurgusu daha güçlüdür. Bu durum ülkenin elinde hâlâ sömürgeler bulunması ve onları kendine bağlama hedefiyle irtibatlı kabul edilebilir. Ancak bu suni vurgular işlememiş ve sömürgeler tek tek bağımsızlıklarına kavuşmuştur. 1946 Anayasasının başarısızlığının başlıca sebeplerinden biri de Fransızların zihnindeki bu siyasi fiyaskolardır. 1958 Anayasası ise bu tecrübeden uzaklaşmak adına daha mutedil bir yol izler ve bunu yaparken Fransız İhtilali ile erişilen ulus düşüncesine daha uyumlu bir görünüm ortaya koyar.

[53] Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesinin girişinde, Milli Meclis suretinde tebarüz eden Fransız halkının temsilcilerinin, bir temel hak ve hürriyetler manzumesi sunan bu metni kabul edişleri son derece edebi bir tarzla anlatılmaktadır. Beyannamenin Giriş kısmı ve diğer maddeleri için bkz. https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789.

Anayasanın maddelerine geçilecek olduğunda, dikkatleri evvela Cumhuriyetin dilinin *Fransızca* olduğunu belirten 2. madde çeker. Hemen peşinde 3. madde ise daha ilginçtir. Çünkü maddenin ilk fıkrasında *"Milli egemenlik, bunu temsilcileri ve referandum yoluyla kullanan halka aittir."* denilmekte, bu halkın *(le peuple)* başına milliyet belirten hiçbir sıfat getirilmemektedir. Ancak 4. fıkrada reşit olan kadın erkek *Fransız milliyeti*nden herkesin, kanunlar muvacehesinde seçmen kabul edildiği anlatılır. Devamla 11. maddeye bakıldığında bu kere, *Fransız halkı*ndan bahsolunduğu görülür. Parlamentoyu düzenleyen 24. maddenin son fıkrası ise, Fransa dışında yerleşmiş bulunan *Fransızlar*ın da Milli Meclis ve Senato'da temsil edileceklerini hüküm altına almaktadır. Bunlardan başka, 34. maddede *yurt dışındaki Fransızların temsil edildiği meclisler*, Yüce Divan başlığı altındaki 67. maddede ise *Fransız idari mercileri* tabirleri geçer. 72-3. madde, son derece dikkat çekicidir. Zira burada Cumhuriyetin, Fransa'ya bağlı denizaşırı bölgelerin sakinlerini hürriyet, eşitlik ve kardeşlik ideali doğrultusunda, *Fransız halkı* bünyesinde tanıdığı düzenlenmektedir. Anayasa 76. maddede bir kere daha *Fransız Cumhuriyeti* tabirini kullandıktan sonra son olarak *frankofoni* başlıklı 87. maddede Cumhuriyetin, *Fransızca* konuşan devletler ve halklar arasındaki dayanışma ve iş birliğine katkıda bulunacağı belirtilmektedir.

Bunlar dışında artık Anayasada ve Beyannamede daima yalın olarak *cumhuriyet, millet, halk* ve *vatandaş* kelimeleri kullanılır. Asıl vurgulanması gereken nokta ise şudur: ne Beyannamede ne de 1958 Anayasasında *Fransız vatandaşı* tabiri asla kullanılmamış, bu anlatılırken daima *vatandaş* denilmiştir. Daha da ilginç olan şey, vatandaşlığın şöyle veya böyle hiçbir surette düzenlenmemiş olmasıdır. Bunun hukuki çerçevesini elbette kanunlar çizer ama Anayasa, kendisini ilan eden ulustan ve sadece buna mensup olan vatandaştan dem vurur, onu tarife kalkışmaz. Bu ise bizi Fransız havzasında yurttaşlığın, sırf hukuki açıdan tanındığı, vatandaşlıktan ayrı bir hususiyet olarak bir milliyet kavramının Devrimci anayasalarda yer almadığı sonucuna ulaştırır.[54] Gerçekten *ethnos*'a dayalı Alman tasavvurunun tersine, burada Fransız düşünürlerce kavramsallaştırılmış, milletin kurucusu olan, Fransız Devriminden kaynaklı bir mefkûre olarak birlikte yaşama arzusu içindeki, eşit ve hür katılma haklarına sahip bir *demos* bulunur.[55] Bu topluluk, gerçek rengini büyük ölçüde İhtilal ile elde etmiş siyasi bir ülkünün etrafında bir-

---

[54] BRUBAKER, s. 74.

[55] CELLIER, s. 21.

leşmekte, geçmişten gelen ortaklıklarının manevi havasında beraber yaşama azim ve isteğini kalplerinde hissederek, gelecekte de bu çatı altında bulunmayı arzulamaktadır. İşte Fransız düşünürlerince anlatılan tasavvur bundan ibarettir ve bu halet, baştan başa Anayasaya da aksetmiş durumdadır. Nitekim Anayasa, ulus-devlet olmanın kaçınılmaz bir icabı olarak bir Fransız milletinden bahseder. Bunda yadırganacak bir hâl yoktur. Şu var ki vatandaşlığı hiçbir surette ırki veya etnokültürel bir temeli çağrıştıracak biçimde ele almaz. Öyle ki vatandaşlığı hiç tanımlamadığı görülür. Bu yordam, kuşkusuz Fransa'nın kendi tarihi macerasında keşfettiği özgün bir yoldur.

III. OSMANLI TÜRK ANAYASAL TARİHİNDE VATANDAŞLIK

1. Meşrutiyet Öncesi Osmanlı'da Vatandaşlığın Genel Görünümü

Osmanlı Devleti'nde modernleşme[56] öncesi dönemde, esasen günümüzdeki anlamıyla bir vatandaşlık kavramının bulunmadığı söylenebilir. Nitekim bu terime karşılık olarak, o devirde *tabiiyet* lafzı karşımıza çıkmaktadır. İslam Hukuku ve örfi idare prensiplerine göre kurgulanan Osmanlı Devleti'nde tabiiyetin idraki, bütünüyle şer'i hükümlere göre biçimlenmekteydi. Bu ise etnisite, kültür ve lisan yönünden günümüz modern milliyetçiliğinin barındırdığı anlamın dışında olarak, yalnız belli bir inanca bağlı kişilerden mürekkep millet sistemi etrafında, her millete özerk bir dini kimlik ve cemaat örgütlenmesi imkânı veren bir yapıdan ibaretti.[57]

Osmanlı'da tabiiyetin şer'i hükümler çerçevesinde yorumlanmasının bir sonucu olarak tebaa, Müslüman ve gayrimüslim[58] şeklinde tasnif edilmekteydi. Gayrimüslimler de *ehl-i ahd* ve *ehl-i harb* olarak ayrılıyor, Osmanlı topraklarında yaşayan *ehl-i ahd,* tabiiyet hukuku muvacehesinde, *zimmi, muahid* ve *müste'men* olarak üç kısımda toplanıyordu. Zimmiler, İslam Devletinin himayesinde yaşarlar, isyana girişmedikleri, İslam'ı tahkir etmedikleri ve vergi ödedikleri müddetçe korunurlardı. Muahidler, anlaşma (muahede) yapılmış bir başka devletin tebaasını; müste'men ise, ticaret veya başka saik-

---

[56] Burada, Devletin ilk Anayasası olan Kanun-i Esasi kadar, onun sosyal, siyasi ve hukuki altyapısı mesabesindeki Tanzimat ve Islahat Fermanları ile bu süreçte yaşanan fikri çalkantılar da modernleşme süreci içinde mütalaa edilmelidir.

[57] BABAN Feyzi, "Türkiye'de Cemaat, Vatandaşlık ve Kimlik", **Küreselleşme, Avrupalılaşma ve Türkiye'de Vatandaşlık**, (Der. E. Fuat Keyman-Ahmet İçduydu), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2009, s. 72-73.

[58] Devletin nüfusuna genel olarak tebaa, hususen gayrimüslimlere de reaya denilmiştir.

lerle İslam ülkesine gelip, ancak muvakkaten ikamet etme izni bulunan gayrimüslimleri anlatıyordu.[59]

Zimmiler, Müslüman olmamalarından ötürü, dini hayatlarında ve buna bağlı olarak sosyal yaşayışlarının hemen bütününde, şer'i hükümlerden muaf tutulmak suretiyle serbest bırakılmışlar, böylece dini ve kültürel kendiliklerine imkân tanınmıştı. Öte yandan, zimmiler en yüksek dereceli bazı makamlar gibi siyasete müteallik uygulamalar dışında, genellikle sosyal ve siyasi haklar yönünden Müslümanlara denk tutulmuşlar, bakan olarak naspedilmiş, idari görevlere getirilmiş ve Müslüman memurlarla eşit maaş almaları temin edilmiştir.[60] Bu yönüyle Devletin, nüfus unsurunun barındırdığı, din, dil ve diğer sosyokültürel özellikler bakımından farklılıklar tanınarak güvence altına alınmıştır. Bu itibarla sosyal ayrımlaşmanın, bütünüyle ülkede yaşayan unsurların lehine bir kurguyla örülmüş olduğu görülmektedir.

Modern ulus-devletlerin yukarıda detaylandırılan tek tip fertlerden oluşmuş homojen toplumunun tam tersine olarak, Osmanlı Devleti'nde muhtelif dini ve etnik yapıların himayesi yoluna gidilmiş, böylelikle farklılıkları esas alan bir düzen tatbik edilmiştir.[61] İşte bu çok kültürlü yapı, Osmanlı millet sisteminin belkemiğini teşkil eder.[62] Görüldüğü üzere burada, modern ulus-devletlerdeki çabanın zıddına, toplumda bulunan müteferrik unsurlar buharlaştırılmak yerine daha da güçlü kılınmaya çalışılmakta, tabir caizse, ülkedeki farklılıkların altı kalıncasına çizilmektedir. Esasen sosyal yapıdaki bu ayrımlaşmanın, modern devlet öncesi Avrupa toplumlarına-yalnız bu yönüyle olmak kaydıyla- benzediği söylenebilir. Zira Fransız İhtilaline kadar hüküm süren *Ancien Régime*, esas itibariyle toplumda aşılması güç katmanlaşmalara dayanmakta ve birbirlerinden katıca ayrılmış sınıflara meydan vermekteydi. Bu durum, Avrupa'da ekonomik sömürüye dayanan bir düzen altında işliyordu. Zira farklı sınıflar, dil, din ve kültür yönünden hemen daima aynıydılar. Ayrımlaşma, servetin geniş halk yığınlarından belirli zümrelere aktarılarak burada birikmesini temin edecek surette iktisadi bir yön taşı-

---

59 Konu hakkında daha fazla bilgi için bkz. YEDİYILDIZ Bahaeddin, "İslâm Hukukunda Zimmilerin Yeri", **Türk Kültürü**, S. 290, Haziran, 1987, ss. 335-339.

60 KAYA Önder, **Tanzimat'tan Lozan'a Azınlıklar**, Yeditepe Yayınevi, İstanbul, 2005, s. 13-19.

61 AKÇAM Taner, **İnsan Hakları ve Ermeni Sorunu (İttihat ve Terakki'den Kurtuluş Savaşına)**, İmge Kitabevi, Ankara, 2002, s. 57.

62 KURTARAN Uğur, "Osmanlı İmparatorluğu'nda Millet Sistemi", **Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, S. 8, Sonbahar, 2011, ss. 57-71, s. 60.

yordu.[63] Osmanlı'da gözlenen sosyal bölünme, çok daha farklı esaslara dayalıdır. Burada başkalıklar, ekonomik esaslı değil, bütünüyle etnokültürel eksendedir. Sonuç olarak, Osmanlı Devleti'nde, din, lisan ve kültür gibi farklı dinamiklere ve sosyal şartlara müstenit bir ayrımlaşma bulunduğundan modern ulus-devletlerdeki gibi bir eşit vatandaşlık tahayyülü söz konusu değildi. Ancak bu durum, toplumda belirli zümrelere imtiyaz tanımak amacıyla değil, sistemin kendine özgü dinamiklerinden kaynaklanmaktadır. Başlı başına bir araştırma konusu olan Osmanlı'da millet sistemi hakkında, konumuzun elverdiği bu genel bilgilerle yetiniyoruz.

2. 1876 Tarihli Kanun-i Esasi'de Vatandaşlık

Osmanlı Devleti'nin ilk anayasası kabul edilen Kanun-i Esasi, kendisine takaddüm eden Tanzimat ve Islahat Fermanlarından farklı olarak ve anayasal çerçevenin barındırması beklendiği şekilde, içeriğinde bir vatandaşlık tanımına yer vermektedir. Kanun-i Esasi'den önce ilan edilen bahse konu belgelerin, her ne kadar anayasal bir değer taşıdığı düşünülse ve tebaaya önemli hak ve hürriyetlerin sağlandığını teyit ediyor olsa da, netice itibariyle tam bir anayasa vasfını barındırmadığından[64], bir vatandaşlık tanımı getirmemeleri olağandır.

Kanun-i Esasi'nin "*Tebaa-i Devlet-i Osmaniye'nin Hukuk-i Umumiyesi"* başlığını taşıyan 8. ve 26. maddeler arasındaki bölümünde, hem vatandaşlığın tanımı yapılmakta hem de vatandaşların sahip oldukları hak ve vazifeler düzenlenmektedir. Bu kısımda yer alan temel hak ve hürriyetlere genel olarak bakıldığında, karşımıza vatandaşlık hakkı (m.8), kişi hürriyeti (m.9), kişi güvenliği (m.10), ibadet hürriyeti (m.11), basın hürriyeti (m. 12), şirket kurma hürriyeti (m.13), dilekçe hakkı (m.14), tedris hürriyeti (m.15), eşitlik ilkesi (m.17), devlet memurluğuna girme hakkı (m.19), mali güce göre vergi ilkesi (m.20), konut dokunulmazlığı (m.22), kanuni hâkim teminatı (m.23),

---

63 Fransız İhtilali'nin bünyesinde geliştiği *Ancien Régime* olarak adlandırılan bu düzendeki sosyal ve iktisadi yapı hakkında daha detaylı bilgi için bkz. SOBOUL Albert, **1789 Fransız İhtilali Tarihi**, (çev. Şerif Hulûsi), Cem Yayınevi, İstanbul, 1969, s. 13.

64 Doktrinde Gülhane Hatt-ı Hümayunu'nun, hukuki açıdan bir ferman niteliğinde kabul edilmekle beraber, fermanın hükümleri arasında tebaa ile devlet münasebetlerine ait esaslar bulunduğu, kamu gücünün kullanılış, tarzına ilişkin prensiplerin işlendiği ve Devletin teşkilat hukukuna dair hususları ihtiva ettiği dikkate alınarak, onu bir *charte constitutionnelle (anayasal şart)* olarak değerlendiren görüşler de mevcuttur. (ABADAN, Yavuz: "Osmanlı İmparatorluğunda Anayasa Sistemine Geçiş, Hareketleri", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 14, S. 1-4, 1957, ss. 3-37, s. 6-7.)

müsadere ve angarya yasağı (m. 24), vergilerin kanuniliği ilkesi (m. 25) ve işkence yasağı (m. 26) şeklinde bir liste çıkmaktadır. Bu temel hak ve hürriyetler manzumesinin, döneminin liberal anlayışına göre tebarüz etmiş Batılı örneklerinden çok da farklı olmadığı görülür.[65] Fakat bütün bu sayılanlar, herhangi bir teminata bağlanmış değildir. Şu var ki bu durumun da Kanun-i Esasi'nin ortaya çıktığı devir bakımından tabii karşılanması gerekir. Zira o dönemde temel hak ve hürriyetleri koruyacak bir hukuki mekanizma tasavvuru henüz mevcut bulunmuyordu.

Kanun-i Esasi'nin bu bölümünde, modern vatandaşlık anlayışının kurucu unsurlarından kabul edilen eşitlik düşüncesi anayasal teminat altına alınmaktadır.[66] Nitekim Kanun-i Esasi'nin 17. maddesi, bütün vatandaşların haklar ve sorumluluklar yönünden kanun önünde eşit sayıldığını sarih biçimde hükme bağlar. Maddede vatandaşlara yönelik tek farklı muamelenin, din ve mezhep hâllerinden kaynaklanabileceği belirtilerek, din ve vicdan hürriyeti de koruma altına alınmaktadır. Zira burada din ve mezhep yönünden farklı muamele yapılması, farklı dine mensup olanların dezavantajlı kılınması değil, bilakis onların dini gerekliliklerinin dikkate alınması anlamını taşımakta, böylece vatandaşların dini açıdan taşıdıkları çeşitlilik korunmaktadır. Bu ise öteden beri gelen Osmanlı millet sisteminin birdenbire terkedilmediğini gösterir.

Kanun-i Esasi'nin vatandaşlık tanımına geçildiğinde, 8. maddenin şöyle düzenlendiği görülmektedir: *"Devleti Osmaniye tabîyetinde bulunan efradın cümlesine herhangi din ve mezhepten olur ise bilâ istisna Osmanlı tabir olunur ve Osmanlı sıfatı kanunen muayyen olan ahvale göre istihsal ve izae edilir."* Bu tanımlama biçimine bakıldığında 18. yüzyıldan itibaren dünyanın her tarafında artış gösteren milliyetçilik dalgasının çok etnisiteli ve çok dinli bir yapıyı haiz Osmanlı Devleti'ni de büyük ölçüde etkilediği ve bunun itişiyle hangi dinden olursa olsun, tebaaya bütünüyle eşit bir vatandaşlık statüsü sağlanma yoluna gidildiği fark edilmektedir.[67] Nitekim bu tanımlama tarzı ile yurttaşlık hiçbir etnik, dini veya mezhebi kimlik esas alınmaksızın tarif edilmekte; dini ve mezhebi ne olursa olsun, Osmanlı Devleti'ne vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkesin "*Osmanlı"* kabul edileceği tasrih edilerek, bütün farklılıkları kapsayıcı ve

---

65 KAPANİ Münci, **Kamu Hürriyetleri**, Yetkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara, 2013, s. 103.

66 ERDEM Fazıl Hüsnü, "Yeni Anayasaya Doğru: Vatandaşlık Osmanlı-Türkiye Anayasalarında ve Yeni Anayasada Vatandaşlık", **SETA Analiz**, S. 51, 2012, s. 9.

67 COŞKUN Vahap, "Cumhuriyet Anayasalarında Vatandaşlık", **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** S. 12-13, 2009, ss. 1-21, s. 4.

kuşatıcı bir şemsiye kurgulanmaktadır.[68] Gerçekten tarife esas alınan *"Osmanlılık"*, ülke içindeki bütün kimlikler karşısında nötr bir deyiş olduğundan, bu tanımlamayla vatandaşların kültürel benzeşmesinden ziyade siyasi birliktelikleri-nin amaçlandığı anlaşılmaktadır.[69] Böylece, sosyal barış ve dayanışmayı temin edecek, etnisiteden uzak, çoğulcu bir vatandaşlık tanımı yapılmak istenmiştir.[70] Bundan başka yurttaşlığın bu çeşit bir siyasi birliktelik olarak tasavvur edilmesinde, tabiiyetin kazanılması ve kaybedilmesindeki keyfi uygulamalardan kaçınma isteğinin de söz konusu olduğu akla gelmektedir.[71]

Vatandaşlık tanımının çerçevesi itibariyle yansız bir anlayış üzerine inşa edildiğini belirttikten sonra, Anayasada bundan farklılaşan düzenlemelerin de bulunduğu ifade edilmelidir. Nitekim Kanun-i Esasi'nin 11. maddesi, Osmanlı Devleti'nin dinini İslam olduğunu tasrih etmekte ancak aynı maddede, tebaanın mensup olduğu dinler (*maruf edyan)* tanınarak dini cemaatlere daha önceden verilmiş olan imtiyazların devam edeceği taahhüt edilmektedir. Bu şekilde Devletin ilk zamanlarından beri gayrimüslimlerin sahip oldukları dini serbestliklerin, anayasal koruma altına da alındığı görülür. Osmanlı Devleti'nin teokratik bir devlet olması itibariyle Anayasasında dini bir tercihe yer vermesi tabiidir. Zira aksine bir düzenleme, teokratik devlet olmanın mantığıyla bağdaşmayacaktır.

Kanun-i Esasi'de dinle ilgili bu düzenlemenin yanı sıra dil konusunda da bir hükme yer verilmiştir. Buna göre 18. madde ile Devletin resmi lisanının Türkçe olduğu kabul edilmekte ve 18. ile 57. maddelerde memur ve mebus olabilmek için Türkçe bilme şartı koşulmaktadır. Bu iki husustan anlaşıldığı üzere, Osmanlı Devleti'nde kimliğin, soyut zeminde Osmanlılık, somut zeminde ise din ve mahalli özerkliğe dayalı olarak tanımlandığı, öte yandan kimliğin Müslümanlık referansı ile Türk unsurunu himaye eden bir vurgu barındırdığı söylenebilir.[72] Bu durumda, Anayasanın genel olarak tarafsız bir Osmanlı vatandaşlığı şemsiyesi altında toplanan farklı etnik ve kültürel gruplar içinde hâkim bir unsura göre tasarlandığı anlaşılmaktadır.

---

68 ERDEM, s. 10.

69 a.g.y.

70 FENDOĞLU Hasan Tahsin, **Anayasal Derinlik**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 875.

71 AYBAY Rona, **Vatandaşlık Hukuku**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008, s. 78.

72 POLAT Ezgi Güzel, "Osmanlı'dan Günümüze Vatandaşlık Anlayışı", **Ankara Barosu Dergisi**, S. 3, 2011, ss. 127-157, s. 133.

Osmanlı Devleti'nin siyasi çatısı yönünden Kanun-i Esasi'nin barındırdığı anayasal çerçevenin makul bir yapıda örüldüğü belirtilmelidir. Zira bir yandan hukuki bir statüyü inşa etmesi bakımından vatandaşlık herhangi bir tarafgirlikten uzakça kurgulanmakta, bir yandan da Devletin siyasi pratikleri yönünden fiili bir hâkimiyet taşıyan unsurunun bu özelliği, Anayasanın rengine yansıtılmaktadır. Son olarak, Kanun-i Esasi'de yer alan vatandaşlık tanımı, modern ulus-devletlerin yaygınlaşması karşısında Osmanlı'nın eşit vatandaşlık cereyanına karşı koyamadığı, buna mukabil çok etnisiteli yapısı karşısında, vatandaşlığı bir ulus temeli üzerine bina etmekten de kasıtlı olarak geri durduğu bir tasarım olarak vasıflandırılabilir. Zira ulus temelli bir vatandaşlık kurgusu, devrin şartları düşünüldüğünde şüphesiz Devletin çözülmesini teşvik etmekten başkası olmayacaktır. Bu itibarla 1876 Anayasa koyucusu, eşit vatandaşlık tahayyülünü iktisap ederek modern ulus-devlet yönüne doğru önemsiz sayılamayacak bir adım atmış, ancak Devletin sosyokültürel yapısı gereği ulus-devletleşmekten hâlâ uzak durmuştur.

3. 1924 Tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanununda Vatandaşlık

Osmanlı Devleti'nden Türkiye Cumhuriyeti'ne geçişte, pek çok açıdan dönüşüm yaşandığı bilinen bir gerçektir. Bunların en başında devlet şeklinin monarşiden cumhuriyete dönmesi, ülkenin coğrafi sınırlarının önemli ölçüde daralması ve bunun kaçınılmaz sonucu olarak çok sayıda etnik ve kültürel unsurun ülke dışında kalması gelmektedir. Bu dönüşümler, kuşkusuz beraberinde ülkenin siyasi yapılanmasında büyük ve derin farklılaşmaların doğmasına yol açmıştır. Bunlardan biri de vatandaşlık kavramına yönelik tasavvurdan başkası değildir.

1924 tarihinde kabul edilen Teşkilat-ı Esasiye Kanununda vatandaşlığın düzenlenme biçimine gelmeden önce Türkiye Cumhuriyeti'nin ilk Anayasası olan 1921 tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanununa bakılacak olursa, bu Anayasada vatandaşlığı düzenleyen bir maddenin yer almadığı görülmektedir. Nitekim 1921 Anayasası biri geçici olmak üzere toplamda yirmi dört maddeden oluşan son derece kısa bir Anayasadır. Bunun sebebi şüphesiz Anayasanın ortaya çıkma zemini ile doğrudan ilintilidir. Zira *Meclis-i Mebusan'*ın *Misak-ı Milli'*yi kabul etmesi üzerine İstanbul'un işgale uğraması sonucunda Ankara'da toplanan ve Türkiye Büyük Millet Meclisi adını alan Meclis[73]

---

[73] ALDIKAÇTI Orhan, **Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 4. baskı, İstanbul, 1982, s. 80.

tarafından milli mücadele şartlarında kaleme alınmış bir Anayasadır ve olağanüstü şartlar altında geçici bir belge olarak yün yüzüne çıkmıştır. Bununla birlikte 1921 Anayasasında, vatandaşlığın nasıl algılandığına ilişkin çıkarımlar yapmamızı sağlayacak hükümler de yok değildir.[74] Nitekim 3. maddede devletin adı "*Türk Devleti*" yerine "*Türkiye Devleti*" olarak düzenlenmiş; böylece Milli Mücadeleye ülkedeki diğer unsurların da katıldığı göz önünde bulundurularak birlik düşüncesini dağıtıp mücadeleyi zaafa uğratacak bir ifadeden kasıtlı olarak uzak durulmuştur.[75] Ayrıca Anayasanın muhtelif maddelerinde millet ve halk kelimeleri, Türk milleti veya Türk halkı denilmek yerine yalın bir şekilde kullanılmıştır. Bu bakımdan Kanun-i Esasi'nin vatandaşlığı nötr bir kavramla tanımlama geleneğinin, milliyet yerine coğrafi bir anlam ihtiva eden Türkiye lafzının kullanılması yoluyla sürdürüldüğü söylenebilir.

1924 tarihli Teşkilat-ı Esasiye kanununa gelindiğinde, Anayasa koyucunun vatandaşlığın tanımına ilişkin yaklaşımında belirgin bir değişimin yaşandığı dikkat çekmektedir. Gerçekten bu Anayasa, Kanun-i Esasinin başlattığı gelenekten açık bir kopuşu temsil eder.[76] 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanununun vatandaşlığı düzenleyen 88. maddesi şu şekildedir:

> *"Türkiye ahâlisine din ve ırk farkı olmaksızın vatandaşlık itibariyle Türk ıtlak olunur.*
>
> *Türkiye'de veya hariçte bir Türk babanın sulbünden doğan veyahut Türkiye'de mütemekkin bir ecnebî babanın sulbünden Türkiye'de doğup da memleket dahilinde ikâmet ve sinn-i rüşde vusûlünde resmen Türklüğü ihtiyar eden veyahut Vatandaşlık Kanûnu mûcibince Türklüğe kabûl olunan herkes Türktür. Türklük sıfatı kanûnen muayyen olan ahvâlde izâa edilir."*

Cumhuriyet döneminde ilk defa bir vatandaşlık tanımı yapan 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanununun bu düzenleme şekline bakıldığında, bazı önemli tespitleri yapmak mümkün olmaktadır. İlk olarak Osmanlı'dan beri kabul edilen *"tâbiiyet"* kavramı yerine ilk defa olarak *"vatandaşlık"* teriminin kullanıldığı görülür.[77] Nitekim gerek 1876 tarihli Kanun-i Esasi, gerekse 1869 tarihli Tâbi-

---

[74] COŞKUN, s. 8.

[75] COŞKUN, s. 8-9.

[76] ERDEM, s. 11.

[77] POLAT, s. 142.

iyet-i Osmaniye Kanunnamesi, bir terim olarak *"vatandaşlık"* lafzını kullanmamıştır. Bu başkalaşımın, Kanun-i Esasi ile birlikte anayasal da olsa hâlen monarşi ile idare edilen Osmanlı Devleti ile Türkiye Cumhuriyeti'nin devlet şekillerinin farklılığından ileri geldiği aşikârdır. İkinci olarak, 1924 Teşkilat-ı Esasiye kanunu vatandaşlığın tanımı itibariyle açıkça *"Türk"* kelimesini benimseyip, 8. maddede bir kere bunu kabul ettikten sonra artık Anayasanın bütününde yalnızca Türklerin haklarından bahsedilmekte, sözgelimi 9. maddede milletvekili seçilme hakkının Türklere ait olduğu düzenlenmekte; 68. maddede *"Her Türk hür doğar, hür yaşar"* denilirken, 69. maddede de, *"Türkler(in) kanun nazarında müsavi"* oldukları belirtilmektedir. Bu şekilde, Osmanlı anayasacılığında vatandaşlığın hiçbir etnik vurgu içermeyen ve tamamıyla siyasi bir kimlik olarak öngörülmesi geleneği, en azından lafız itibariyle terk edilmiş olur. Gelenekte yaşanan bu keskin dönüşümün bazı öncüllerinin bulunduğunu da belirtmek gerekir. Zira 1877'den 1924'e gelinceye kadar olup bitenlere bağlı olarak Ali Paşa'nın *"İmparatorluğun birleştirici unsuru olarak Türkler"* fikrinden, erken dönem Türk milliyetçilerinin *"unsur-u asli olarak Türk"* tasavvuruna, buradan Jön Türklerin *"millet-i hâkime olarak Türk"* tahayyülüne ve nihayet 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanununun "*Devlet, Türkten başka bir millet tanımaz"* düsturuna geçilmiştir.[78]

Öte yandan vatandaşlık tanımının yer aldığı 88. maddenin barındırdığı bir diğer anlam ise *"din ve ırk farkı olmaksızın"* ibaresinde belirir. Nitekim bu düzenleme biçiminden, ülkede din ve ırk bakımından başka insanların da yer aldığı, halkın farklı din ve ırklara mensup kişilerden müteşekkil olduğu sonucu çıkar ki Anayasa burada, bahse konu farklılıkları etnik anlamda değil, sadece hukuki bir statünün ismini bildiren vatandaşlık bakımından Türk saydığını izhar ederek Türklüğü etnik bir zorunluluk olarak dayatmamış olur.[79] Dolayısıyla Anayasa, dini ve ırki farklılıkların bulunduğunu kabul etmekte, ancak *"Türklük"* sıfatının dini veya ırki bir içerik taşımadığını, münhasıran coğrafi ve siyasi bir anlamı haiz olarak tasarlandığını ortaya koymaktadır.[80] Gerçekten özellikle Kemalist ideologlar, *"Türklük"* lafzının herhangi bir dini yahut ırki anlam barındırmadığına ilişkin bu açıklamayı terviç ederek, Mustafa Kemal'in *"Türkiye Cumhuriyetini kuran Türkiye*

---

[78] YEĞEN Mesut, "Yeni Anayasa Eski Vatandaşlık", **Liberal Düşünce**, S. 50, İlkbahar, 2008, ss. 55-66, s. 58.

[79] ERDEM, s. 12.

[80] TANÖR Bülent, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri**, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2010, s. 309-310.

halkına Türk Milleti denir" sözünü delil gösterip, milliyetin esasının ırk değil, siyasi sadakat olduğu tezini savunurlar.[81]

1924 Anayasasının vatandaşlığın tanımlanmasına yönelik geliştirdiği bu formül, bahsedilen yönüyle olumlu bir hususiyettir. Ancak genellikle 1924 Anayasasının yazılma süreci ile Meclis görüşmelerinde yaşanan birtakım gelişmelere bakılarak, Anayasasın lafzından çıkarılabilecek bu mananın olumsuzlandığı da görülmektedir. Bu yorumun ortaya çıkmasına yol açan etken ise 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunun vatandaşlık tanımına ilişkin 88. maddesinin ilk şekli ile Genel Kurul'da kabul edilen nihai metnin farklı olmasıdır. Nitekim Meclis Anayasa Komisyonu'nun hazırladığı teklifte 88. madde, "*Türkiye ahâlisine din ve ırk farkı olmaksızın Türk ıtlak olunur."*[82] biçimindedir. Görüldüğü üzere burada *"vatandaşlık itibariyle"* kayıtlaması yer almaz. Maddenin Komisyondan bu surette geçen metni ile gayrimüslimlerin Türk kabul edilecek olması Genel Kurul'da şiddetli tartışmaların ve tenkitlerin doğmasına yol açmıştır.[83] Bahse konu tartışmaların mihrakını ise Devlet içinde yaşayan Rum ve Ermenilerin mevkilerinin vatandaşlık bakımından nasıl ele alınması gerektiği meselesi teşkil etmiştir.[84] Meclis Genel Kurulu'nda bu konuda ateşli bir konuşma yapan İstanbul Mebusu Hamdullah Suphi Bey'in hitabı, madde görüşmeleri esnasında hâkim olan havayı aktarmak açısından yararlı olacaktır:

> *"Bütün siyasi hudutlarımız dahilinde yasayanlara Türk unvanını vermek bizim için bir emel olabilir... Diyoruz ki: Devletin, Türkiye Cumhuriyetinin tebaası tamamıyla Türktür. Bir taraftan da hükümet mücadele ediyor, ecnebiler tarafından tesis edilmiş olan müessesatta çalışan Rumu, Ermeniyi çıkarmaya çalışıyor. Biz bunları Rumdur, Ermenidir diye çıkarmak istediğimiz vakit bize hayır, Meclisinizden çıkan kanun mucibince bunlar Türktür derlerse ne cevap vereceksiniz?...Maddeye bir tefsir geçilebilir, fakat bir hakikat vardır. Onlar Türk olamazlar."*[85]

---

81 a.g.y.

82 GÖZÜBÜYÜK Şeref / Sezgin Zekâi, **1924 Anayasası Hakkındaki Meclis Görüşmeleri**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İdari İlimler Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1957, s. 436.

83 ERDEM, s. 12.

84 DİNÇKOL Bihterin Vural / IŞIK Alper, "1924 Anayasası Döneminde Yurttaşlık Anlayışı", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi,** C. 21, S. 1, 2015, ss. 13-41, s. 22.

85 GÖZÜBÜYÜK / SEZGİN, s. 437.

Bundan başka Bozok Mebusu olan Ahmet Hamdi Bey, maddenin mevcut hâlini eleştirmiş ve *"Türkiye ahalisinden olup Türk harsını kabul edenlere Türk ıtlak olunur"* şeklinde değiştirilmesini talep etmiştir.[86] Görüldüğü üzere, Anayasa Komisyonu'nun ülkede yaşayan herkesi, din ve ırk farkı gözetmeksizin Türk sayan bu düzenlemesi, Türklüğü anayasa ile kazanılamayacak bir haslet olarak telakki eden tahayyüle son derece ters düşmüştü. Öte yandan bir ulus-devlet düşüncesi etrafında tesis edilen Türkiye Cumhuriyeti'nin farklı etnik unsurları da ihtiva ediyor olması, vatandaşlığın Türk unsuruna yönelik açık bir vurgu barındırması isteği ile açık bir çelişki oluşturuyor ve durum, belirgin bir ikileme zemin hazırlıyordu. Genel Kurul'da yaşanan bu münakaşaların büyümesi üzerine Hamdullah Suphi Bey'in hem Anayasa Komisyonu hem de Genel Kurul nezdinde kabul gören teklifi üzerine maddeye *"vatandaşlık itibariyle"* kaydı düşülmüş[87], böylelikle Türk unsuru dışındaki toplulukların gerçek manada Türk olamayacakları, yalnız vatandaşlık statüsünü adlandırmak bakımından Türk sayılacakları hususu kayda geçirilerek bir çözüme ulaşılmıştır. Bu şekilde gayrimüslimlerin anayasal anlamı dışında Türk addedilmemesi amacına erişilmiş olmaktadır.[88] Şu hâlde, ulus-devlet temeli üzerinde kurulan yeni devletin, ilk tafsilatlı Anayasasında vatandaşlığa yönelik yapılacak tanımlama, bazı tezatların ortaya çıkmasına yol açmıştır. Burada karşılaşılan sorunun başlıca odak noktası, vatandaşlıkla tasarlanmak istenen kimliğin, yalnızca siyasi bir kimlik olmaktan öte, aynı zamanda milli ve kültürel bir içerik barındırması isteğidir. Bu arzunun bir sonucu olarak, 1924 Anayasasında Devletin insan unsuru, Türklerden meydana gelmiştir.[89]

Esasen bu durumun, ulus-devlet düşüncesinin mantığı açısından istisnai bir durum sayılamayacağını belirtmek gerekir. Zira ulus-devlet yapısına sahip bütün devletler bakımından benzer bir görünümle karşılaşabilmek mümkündür. Bu hâlin ülkede yaşayan ve hâkim konumdaki etnik ve kültürel unsura dâhil olmayan topluluklar bakımından nasıl anlaşılacağı, ayrıca bahse konu toplulukların kendi kültürel aidiyetlerine ilişkin haklarının nasıl korunacağı hususlarında son derece çetrefilli gerilim alanları bulunabilmektedir.

---

86 GÖZÜBÜYÜK / SEZGİN, s. 436. Genel Kurul görüşmeleri boyunca bu minvalde serdedebilen diğer görüşler için aynı esere bakılabilir.

87 YEĞEN, s. 59.

88 DİNÇKOL / IŞIK, s. 25.

89 TUNAYA Tarık Zafer, **Türkiye'de Siyasal Gelişmeler (1876-1938)**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 3. Baskı, İstanbul, 2009, s. 136.

Her bir ulus-devlet bakımından değişik boyutlarda ortaya çıkan bu meselelerin, ilgili devletler yönünden farklı politikaların yürütülmesiyle çözümüne uğraşılageldiği görülmektedir. Konumuzla ilgisi bağlamında, 1924 Anayasasında vatandaşlık tanımına yönelik orta bir yol arayışına gidildiği söylenebilir. Aşağıda bu konuya iki farklı millet anlayışı ekseninde daha detaylıca değinilecektir.

4. 1961 ve 1982 Anayasaları: 1924 Yordamından Kopuş

Cumhuriyet döneminin ilk darbesinin mahsulü olan 1961 Anayasası, çoğunlukçu demokrasi anlayışından çoğulcu düzene geçişi sağlayan, temel hak ve hürriyetler rejimi itibariyle Devleti epey müşfikçe yapılandıran ve ilk defa sosyal devlet prensibini kabul eden bir metin olarak belirmiştir. Bütün bu latif yanları bir tarafa bırakılacak olursa, 1961 Anayasasının bir darbe ürünü olmak dışında iki kusurunun daha bulunduğu söylenebilir. İlki, Anayasanın muhtevasına sinmiş vesayetçi izlerdir.[90] İkincisi ise, belki de Osmanlı-Türk anayasalarının vatandaşlık konusunda sürdürdüğü değişim çizgisi üzerinde belirgin bir geriye gidişi temsil etmesidir.[91] Bu gerilemeyi ortaya koyabilmek için Anayasanın vatandaşlığı düzenlediği 54. maddesine bakmakta yarar var:

> *"Türk Devletine vatandaşlık bağıyla bağlı olan herkes Türk'tür.*
>
> *Türk babanın veya Türk ananın çocuğu Türk'tür. Yabancı babadan ve Türk anadan olan çocuğun vatandaşlık durumu kanunla düzenlenir…"*

Görüldüğü üzere, bu tanımlama biçimi 1876 ve 1924'ten farklı olarak vatandaşlık statüsünü belirlemekten çok, "Türklük" kavramını tarif eder gibidir.[92] Anayasada her ne kadar devrin demokratik anayasalarında yer almayan bir kelime olması ve ırkçılık, şovenizm gibi kavramları akla getirmesi sebebiyle milliyetçilik ibaresinin kullanılmasından kaçınılmış ve bunun yerine devletin ulus temelini vurgulayabilmek için *"Milli Devlet"* tanımlamasına başvurulmuş olsa da[93] bu vatandaşlık tarifiyle, önceki anayasalardan

---

90 ÖZBUDUN Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2017, s. 45.

91 ERDEM, s. 13.

92 a.g.y.

93 TANÖR, s. 389. Bununla beraber Türk Milliyetçiliği ibaresi, anayasanın metninde yer almasa da Başlangıç bölümünde kendine yer bulmuştur.

farklı olarak, ulus-devletlerin nüfusu tektipleştirici yanına son derece güçlü ve ölçüsüz bir vurgu yapılmak suretiyle öteden beri ülkede yerleşmiş bulunan kültürel çeşitlilik yönünden yadsınmaz gerilimlere yol açılmıştır.

Yukarıda belirtildiği gibi 1961 Anayasası, esasen hürriyetçi bir öze sahiptir. Nitekim Anayasanın genel esaslarının ardı sıra hemen ikinci kısımda düzenlenen temel hak ve hürriyetler, 1924 Anayasasına nazaran daha kapsamlı ve doyurucu bir tarzda kaleme alınmakta ve 145. maddesiyle ilk defa olarak bir Anayasa Mahkemesi ihdas edilmektedir. Temel hak ve hürriyetlerin yasama organına karşı korunması anlamına gelen bu ikinci gelişme, şüphesiz hakların sırf tanınmasından çok daha değerli ve hayati bir meseledir. Zira bu döneme kadar, Dünya üzerinde intişar eden muhtelif beyanname ve anayasalarda pek çok hak ve hürriyet tanınmış ne var ki bu durum, herhangi bir koruma mekanizması bulunmadığı için naif bir temenniden öteye gidememiştir. Gerçekten Avrupa'da Faşizm ve Nazi yönetimlerinin yol açtığı cesim felaketler sonucunda, parlamentoların hürriyetlerin tabii koruyucuları olduğu ve Rousseau'dan mülhem, kanunların yanılmazlığı ve çoğunluk iradesiyle özdeşleştirilen genel iradenin denetlenemeyeceği inancı bütünüyle çökmüş,[94] bu durum, siyasi iradenin de yargı kontrolüyle dizginlenmesi arayışını doğurmuştur. İşte Amerikan uygulamasından bir buçuk asır sonra Avrupa havzasında da gün yüzüne çıkan anayasallık denetimi, tabiatıyla bu cereyanın ortasında beliren 1961 Anayasasında kendine yer bulmuş olmaktadır. Dolaysıyla bu hususiyet, 1961 Anayasası yönünden bir fazilet sayılsa bile, döneminin düşüncesinde böylesi bir ihtiyaç henüz yayılmamış olduğundan 1924 Anayasasının hanesinde bir eksiklik olarak görülemez.

Bundan başka, 1961 Anayasası siyasi hak ve ödevlere gelinceye dek, temel hakların öznesi olarak "*herkes*"i görmektedir. Vatandaşlığı tanımladığı 54. maddeden ibaren tanzim edilen siyasi hak ve hürriyetlerde ise Anayasa, yalın bir dille "*vatandaşlar*"dan bahseder. Ancak 58. maddede belirlenen kamu hizmetine girme hakkın gelindiğinde, bu defa hakkın sahibi, "*her Türk*" olmaktadır. 1924 Anayasası ise, ülkede yaşayan herkesi din ve ırk fark olunmaksızın vatandaşlık itibariyle Türk saydıktan sonra, temel hak ve hürriyetleri düzenlediği beşinci bölümünde "*Türklerin Kamu Hakları*"ndan bahsetmekte ve kişi hakları veya siyasi haklar ayrımına gitmeksizin hakkın maliki olarak hep "*Türk*"leri zikretmektedir. Bu durum, Anayasanın hazırlanma sürecinde varlık bulan düşüncelerin bir yansıması olabilir. Ancak

---

[94] ANAYURT, s. 674.

bununla asıl vurgulanmak istenen, artık bir imparatorluk yerine belirli bir millet temeline dayalı bir ulus-devlet yapısına geçilmiş olduğudur. 1961 Anayasası bu bağlamda kuşkusuz daha hürriyetçi görünür ancak getirmiş olduğu vatandaşlık tanımı, esas itibariyle 1924 Anayasasında belli bir denge içinde yapılmak istenen vurgunun aşılması sonucunu doğurmuştur. Adeta ülkede farklı unsurların bulunduğu vurgusunu çokça zayıflatacak şekilde, devlete vatandaşlık bağıyla bağlı olan herkesi Türk saymıştır. Bu ise bünyesinde çeşitli unsurlar bulunan ulus-devlet düzenleri söz konusu olduğunda pek de isabetli bir şemsiye değildir. Aksine kültürel açıdan anayasada tercih edilen ulus temelinden başka olan öğeler yönünden varlık gösteren ve ulus-devlet modeline adeta yapışmış olan problemleri eritmek bir yana, adeta bunları beslemektedir.

1982 Anayasasına gelindiğinde, esasen 1961 Anayasasındaki tanımın benimsendiği görülür. Ancak 1982 Anayasasının millet temeline olan vurguyu daha öteye götürdüğü de söylenmelidir. Esasen tarihimizde intişar eden en son Anayasa olan bu metindeki tanımlama biçimi, 1961 Anayasası ile kelimesi kelimesine birdir. İkincisinin ulus temeline yönelik vurgusundaki artış, yurttaşlığın tanımlanma şeklinden değil, Anayasanın umumuna hâkim olan anlamdan çıkmaktadır. Nitekim 1961 Anayasasının bu konuya hasrettiği 54. maddesinin başlığı "vatandaşlık" iken 1982 Anayasasının ilgili 66. maddesinin başlığı "Türk vatandaşlığı" biçimindedir. Ayrıca 1961 Anayasasında ikisi dibacede olmak üzere toplam yirmi beş kere "Türk" sözü geçmesine karşılık, halef Anayasada on tanesi başlangıçta olacak şekilde toplam elli dört defa "Türk" kelimesi kullanılmaktadır.[95] Bu şüphesiz emsalsiz ve ölçüsüz bir artıştır.

1982 Anayasasının metni bir yana bırakılırsa, başlangıç kısmı da ulusçuluğa yönelik içerdiği kesif vurgularla yeterince dikkat çekicidir. Dibacenin daha ilk cümlesi, "*Ebedî Türk vatan ve milletinin bütünlüğüne ve kutsal Türk Devletinin varlığına…"* ibaresiyle başlamış, içeriğinin kendinden menkul oluşu sebebiyle hukuk devleti ilkesi yönünden eleştirtilen "*kutsal Türk Devleti"* deyişi[96] 1995 Anayasa değişikliğiyle *"yüce Türk Devleti"*ne tahvil olunmuştur.[97] Bundan başka, başlangıç bölümündeki "*Türk varlığı"*, "*Türk-*

---

95 ERDEM, s. 15.

96 FENDOĞLU, s. 267-268.

97 Bu cümle değişiklikten sonra şu şekilde başlamaktadır: "Türk vatanı ve milletinin ebedi varlığını ve Yüce Türk Devletinin bölünmez bütünlüğünü belirleyen bu Anayasa…"

lüğün tarihi ve manevi değerleri" ve *"Türk evlatları"* ibareleri de anılan vurguyu artıran hususlardır.

1982 Anayasası da selefi gibi temel hak ve hürriyetlerin öznesi olarak "*herkes"*i görür. Bu durum siyasi hak ve hürriyetler başlığı altındaki kamu hizmetine girme hakkı (md.70), vatan hizmeti (md.72), seçme ve seçilme hakkı (m. 67/III) ve milletvekili seçilme yeterliliğine (md.76) ilişkin maddelerde farklılık taşır. Bunlara bir örnek olarak 76. maddede, on sekiz yaşını dolduran her *Türk*ün milletvekili seçilebileceği belirtilmektedir. 1982 Anayasası, bu düzenlemeleriyle 1961 Anayasasını takip eder görünmektedir. Ancak ifade edildiği gibi, Anayasanın geneline hâkim olan Türk vurgusu, hissedilir ölçüde artmış durumdadır. Anayasa her ne kadar vatandaşlık itibariyle *Türk*lerden bahsediyor gibi görünse de, bütünden çıkan mana etnik bir vurguyu ortaya çıkarabilmektedir. "*Ebedi Türk varlığı", "Türklüğün tarihi"* nev'inden ifadelerin Anayasada kendine yer bulması, bu kavrama sübjektif bir içerik yüklenmesini epey zorlaştıran bir durumdur. Yukarıda görüldüğü üzere bu muhtevanın atfedilebildiği Fransa Anayasasında ve diğer tarihi metinlerde, isim ve sıfat olarak *Fransız* lafzının kullanımı iki elin parmaklarını geçmemektedir.

İşte bütün bu belirtiler, 1982 Anayasasını, millet temeline yaptığı referans yönünden tarihimizdeki belki de en katı anayasa olarak kabul edilmesi sonucunu doğurmaktadır. Bu durumda, Osmanlı Türk anayasa tarihi boyunca gün yüzüne çıkan anayasalarda, giderek ulus temelinin belirginleştiği saptanabilir. Nihayet 1982 Anayasası ile bu temele yapılan doğrudan ve dolaylı vurgulamalar, tarihimizdeki en ulusçu tavrın oluşmasına ve böylece objektif millet anlayışını çağrıştıran bir kurgunun akıllara gelmesine yol açmıştır.

SONUÇ YERİNE: TÜRKİYE'DE VATANDAŞLIĞI NE YAPMALI?

Tarihte ulus-devletlerin ortaya çıkışını, iki ana mihver etrafında ortaya koymuş bulunuyoruz. Böylece birbirine bütünüyle karşıt olan bu iki yordamın, kökenlerini Alman ve Fransız coğrafyasından alarak, bu ülkelerin siyasi yapılarını ne ölçüde derinden etkilediği ortaya çıkmaktadır. Bu durum kuşkusuz, o topraklarda yaşayanların felsefe, edebiyat gibi tasavvur dünyalarına da sirayet etmek suretiyle, zihinlerde iki ayrı ve özgün yol olarak kökleşmiştir. Bizi bu tespite ulaştıran örnekleri, yukarıda detaylarıyla ele aldık. Bunu yaparken, vatandaşlığa bakışın, ulus-devlet temeline bütünüyle bulaşan millet anlayışına göre farklılık arz ettiği tespitine de vardık. Şimdi yuka-

rıda yalnızca genel görünümünü sunmakla yetindiğimiz Türk anayasalarındaki ulus temeli ve vatandaşlık olgusunun değerlendirilmesine ve bunların, ulus-devletin gelişimi hakkında elde edilen teorik verilerle karşılaştırılmasına odaklanarak buraya kadar getirilen aktarımlar çerçevesinde bir sonuca erilmeye çalışılacaktır.

Osmanlı Devleti, siyasi yapısı ve sahip olduğu millet sistemi itibariyle bir ulus-devlet olmaktan bütünüyle uzaktır. Zira devletin temel dinamikleri ve pek çok etnokültürel unsuru barındıran geniş coğrafyası, böylesine bir çatının altına sığmayacak denli büyüktür. Bu bakımdan Osmanlı'nın son döneminde eşit vatandaşlık prensibi çerçevesinde bir dönüşüm dikkati çekse de onun, ulus-devlet çatısı altında mütalaa edilmesi muhal olduğu kadar gereksiz bir uğraş olarak görülmelidir. Biz de yakın tarihimiz yönünden genel bir fotoğraf oluşturabilmek adına, o dönemi sırf tahkiye etmekle yetindik.

Cumhuriyet dönemine geçildiğinde durum çok farklı bir hâl alır. Nitekim artık Devletin hacmi epey küçülmüş, çok sayıda farklı etnik grup dışarıda kalmış ve bu durum öteden beri siyaseten hâkim olan unsur yönünden bir ulus temeli tercihini makul hâle getirmiştir. Bu tespiti, bilhassa 1924 Anayasası söz konusu olduğunda kolayca yapabiliyoruz. Zira yukarıda belirtildiği gibi, 1921 Anayasası bize bu konuda bir fikir verecek kadar kapsamlı değildir. Ancak yine de birazdan, bu Anayasanın yöntemi hakkında birtakım değerlendirmeler yapacağız.

1924 Anayasası ile Cumhuriyet döneminde ilk defa yapılan vatandaşlık tanımı, bir yandan ulus-devlet tasarımının gerektirdiği şekilde bir millet temeli ortaya koyması, bir yandan da bu tarif edişin etnik bir anlam taşımayıp sırf hukuki/coğrafi bir şemsiye kurgulaması yönüyle olumlu karşılanmalıdır.[98] Vatandaşlığı bu şekilde, yalnız hukuki bir statü belirleme fonksiyonu biçiminde telakki eden ve ulus temelini bu tür bir tasavvura dayandıran yöntem, açıktır ki, akıllara Fransız anlayışını getiriyor. Gerçekten 1924 Anayasasının genel tasarımı ve lafzı söz konusu olduğunda, Alman etnokültürel millet düşüncesinin özelliklerini taşıdığını belirtmek biraz zahmetli bir çabayı gerektirmektedir. Öte yandan bu düzenleme biçiminin, Fransız yordamının birebir kopyası olduğunu söylemek de güçtür. Zira belirtildiği üzere, Fransız Anayasası vatandaşlığa ilişkin herhangi bir tanımlamaya girişmez.

---

98 TANÖR, 309-310; DİNÇKOL / IŞIK, s. 38.

Benzerlik, vatandaşlığın tarif edilip edilmemesinden çok, Anayasanın genel tasarımında, bu statünün etnokültürel mi yoksa hukuki ve siyasi manada mı anlaşıldığından yola çıkılarak bulunabilir. Böyle bakıldığında, 1924 Anayasasının vatandaşlık tanımının ikinci yönteme daha uygun olduğu kabul etmek en isabetli yol olmaktadır.

Hâl böyleyken, 1924 Anayasasının kanunlaşma sürecinde yaşanan gelişmeler, farklı düşünmeyi de mümkün kılıyor. Yukarıda aktardığımız Meclis Genel Kurulu görüşmeleri sırasında serdedilen fikirler, Alman/Fransız dikotomisinde şüphesiz birinci yola çok daha yakın durur. Özellikle Hamdullah Suphi Bey'in "*…fakat bir hakikat vardır. Onlar Türk olamazlar."* sözü, Alman etnik ve ırka dayalı millet düşüncesinin birebir ifadesinden başkası değildir. Bununla birlikte Cumhuriyeti kuran kadronun zihnindeki millet tasavvurunun, böyle bir kalıba uygun olduğu çokça şüphelidir. Zira Mustafa Kemal'in yaptığı Türk milleti tanımlaması, Alman düşüncesinden hayli uzakta durmakta ve daha ziyade Fransız fikriyatıyla uyarlık taşımaktadır. Tanzimat'tan beri Fransız düşünürlerinin Osmanlı entelijansiyası üzerindeki tesiri de hesaba katıldığında, bu tespit daha ziyade anlam kazanır.

Cumhuriyetle birlikte kurgulanan ulus-devletin istinat ettiği millet anlayışı hakkında bizi bu fikre, genel ve basit çıkarımların götürmediğini belirtmek gerekir. Zira bu bahiste, Mustafa Kemal'in Türk milleti tarifi ve Osmanlı'nın son dönemindeki Fransız etkisi dışında başka dayanaklar da mevcuttur. Nitekim Âfet İnan'ın Mustafa Kemal'in tavsiye ve tasvibi ile kaleme aldığı "Vatandaşlar İçin Medeni Bilgiler" kitabında, millet kavramına yönelik izahatlar, bize bu konuda kayda değer çıkarımlar sunar.[99] "*Türkiye Cumhuriyeti'ni kuran Türkiye halkına Türk milleti denir."* cümlesiyle başlayan bu bölümde, milletin teessüsünde müessir olan unsurlar arasında dil, yurt, ırk ve menşe birliği gibi hususlar gösterilse de,[100] yazının genel havasına sübjektif millet tasavvuruna yönelik vurgular hâkimdir. Bu bağlamda zikredilebilecek örnekler arasında en ilgi çekici olanlardan biri de, millete yönelik getirilen şu tanımdır: *"a) Zengin bir hatıra mirasına sahip bulunan; b) Beraber yaşamak hususunda müşterek arzu ve muvaffakiyette samimî olan; c) Ve sahip olunan mirasın muhafazasına beraber devam hususunda iradeleri müşterek olan insanların birleşmesinden vücuda gelen cemiyete millet namı*

---

[99] Kitabın giriş bölümünde Âfet İnan, bu yazıların çoğunun Atatürk'e ait olduğunu sarihçesine beyan etmektedir. ÂFETİNAN A., **Medenî Bilgiler ve M. Kemal Atatürk'ün El Yazıları**, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1988, s. 1.)

[100] ÂFETİNAN, s. 22.

verilir."[101] Bu tarif şekli, açıkça görüldüğü üzere, Renan'ın Fransız millet düşüncesini beyan için kurduğu, yukarıda alıntıladığımız cümlelerin birebir aynısıdır. Ülkede yaşayan farklı etnik, dahası dini unsurlar söz konusu olduğunda, kitapta ortaya konulan fikirler daha da dikkat çekicidir. Zira yazar, *"Bugün içimizde bulunan hıristiyan, Musevi vatandaşlar, mukadderat ve talihlerini Türk milliyetine vicdani arzulariyle raptettikten sonra kendilerine yan gözle yabancı nazariyle bakılmak, medenî Türk milletinin asil ahlâkından beklenebilir mi?"* diye sorar.[102] Bu durumda gerek dil gerekse din yönünden başkalık taşıyan gruplar dahi, kendilerini bu ulusa ait hissettiklerinde, Türk milleti şemsiyesi onları da kapsamakta bir tereddüt taşımayacaktır. Bu örüntü, bize birebir sübjektif millet düşüncesini anlatır.

1924 Anayasası yönünden geçerli olan millet tasavvuru hakkında fikir oluşturacak son bir hususa daha değinmek faydalı olacaktır. Anayasanın, vatandaşlığı düzenleyen 88. maddesinin ikinci fıkrası, "*Türkiye'de mütemekkin bir ecnebî babanın sulbünden Türkiye'de doğup da memleket dahilinde ikâmet ve sinn-i rüşde vusûlünde resmen Türklüğü ihtiyar eden"* kimseleri vatandaş saymaktadır. Bu durumda, Türkiye'de yabancı bir babadan doğan herkes, burada yaşamak ve rüşde ermek kaydıyle otomatik olarak Türk vatandaşı kabul edilmektedir. Vatandaşlığa alınmaya yönelik yukarıda ortaya koyduğumuz tartışmalar muvacehesinde, 1924 Anayasasının yurttaşlığa kabulde son derece cimri ve mesafeli Alman tasavvuru yerine, bu konuda enikonu hevesli olan Fransız yordamını yeğlediği görülür. Aslında bu düzenleme şekli, vatandaşlığın kazanılmasında kan esasının yanı sıra toprak prensibini de kabul eden Fransız normlarının hemen hemen aynısıdır. Bu da tercih edilen millet anlayışının belirlenmesinde önemli bir hususiyettir.

Böylece Türkiye'de vatandaşlığın düzenlenişine dair bu yöntemi, pek çok yönden Fransız sübjektif millet anlayışıyla benzeştirebiliyoruz. Dahası ulusdevleti bu suretle tasarlamak şüphesiz coğrafyamız ve milli özelliklerimiz yönünden daha makul ve dengeli bir yol olarak temayüz ediyor. Şu var ki günümüzde pozitif hukuk düzenlemeleri, Alman metodunun takip edilmekte olduğunu hissettiren imgelerle dolu. Bu durum, bir dönüm noktası olarak 1961 Anayasası ile hayat bulmuştur. Akabinde beliren 1982 düzeni ise bunu çok daha güçlü biçimde teyit edici bir kalıptadır. Belirtildiği üzere 1924, vatandaşlığı düzenleyen Cumhuriyet anayasaları içinde en mutedili olarak gö-

---

[101] ÂFETİNAN, s. 24.

[102] ÂFETİNAN, s. 23.

rülmelidir. Bu durum Cumhuriyeti kuran kadronun Fransız ulus düşüncesini çok iyi bilmesi ve güçlü bir ihtimalle benimsemiş olmasının eseridir. Ancak bu Anayasa hazırlanırken kendini gösteren etnokültürel temelli yaklaşımlar da ehemmiyet taşımaktadır. Şu hâlde 1961, bir sürpriz sayılmamalıdır. Zira bu Anayasa, gökten zembille inmemiş, belli ki o gün de yaşayan bu anlayışın serpilip anayasa koyma gücüne kavuşmuş bir sureti konumundadır. Hasılı 1924'ün, Cumhuriyetin vatandaşlığı düzenleyen anayasaları içinde en mutedili olduğuna kuşku yoktur. Gerçekten 1961 ve 1982 Anayasalarıyla karşılaştırdığında daha ılımlı ve kapsayıcı bir yapı arz eder. Öte yandan, bu noktada başka bir yöntem olarak vatandaşlığı anayasada hiç düzenlememek de karşımıza çıkmaktadır; tıpkı İhtilalden bu yana Fransız anayasalarının çoğunun ve Türkiye'de 1921 Anayasasının yaptığı gibi. O hâlde hem çok kültürlü bir coğrafyada yaşayıp, hem de sübjektif bir millet anlayışı üzerinden bir ulus-devlet çatısı inşa etmek istenildiğinde, en sağlıklı yol vatandaşlığı anayasada hiç tanımlamamaktır denilebilir. Bu durum, ulus-devlet düşüncesinin belkemiği olan ve böyle bir tasarımda vazgeçilmez sayılan bir millet temelinin yanı sıra, farklı etnik, dil ve sair özelliklere dayalı yurttaşların mevcudiyeti hâlinde ortaya çıkması kaçınılmaz gerilimleri önemli ölçüde törpüleyebilmektedir.

Belirtilmelidir ki ortaya konulan bu tezin zayıf noktaları da yok değildir. Öncelikle bu konuda muhkem bir sonuca erebilmek için, hemen bütün ulus-devletleri analiz eden bir tetkike ihtiyaç duyulduğu açıktır. Ne var ki bu çalışmanı kapsamı, böyle bir incelemeye izin vermiyor. Yine de dikkat celbeden örneklere değinilebilir. Bunların başında İngiliz uygulaması gelmektedir. Nitekim ülkede ulus temelini ve vatandaşlığı düzenleyecek yazılı bir anayasa dahi mevcut değildir. Burada farklılıklar, anlaşma, gelenek ve karşılıklı rızaya dayanarak dizginlenmektedir. Fakat bu durum, söz gelimi İskoçya'nın bağımsızlık taleplerinin önünü alabilmiş değildir. Yine de burada, Fransız uygulamasında ayrılan önemli taraflar bulunmaktadır. Bunların en başında tıpkı İspanya gibi -ki bu bağlamda akla gelen ikinci bir örnek olarak kaydedilebilir- bölgeli devlet şeklinin kabul edilmiş olması geliyor. Zira ülkede birden fazla yürütme ve yasama organı bulunuyor. Bu özellik, Fransa yönünden kabul edilemez bir durumdur. Fransa'yı bölgeli devlet olarak düşünmek akla gelebilse de hakikat, Fransa'nın geniş bir adem-i merkeziyetle idare edilen bir üniter devlet olduğudur.[103] Demek ki burada üniter yapı da önem arz eder. Dolayısıyla, üniter kurgu muhafaza edilmek kaydıyla, adem-i

---

[103] KABOĞLU İbrahim Ö., **Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)**, Legal Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 112-113.

merkeziyet alabildiğine genişletilse dahi, buna eşlik eden sübjektif millet anlayışı ve anayasanın dilinin ve barındırdığı vurguların bu fikriyatla uyumlu olması, şimdiye kadar dünyada başarıya ulaştığı tespit edilebilen bir yol olarak intişar etmektedir.

Binaenaleyh ortaya konulan bu gerekçelerle, Fransız uygulamasının Türkiye'de vatandaşlığın düzenlenme rejimi bakımından yeğlenesi olduğu sonucuna ulaşıyoruz. Şu hâlde anayasada gösterilmiş olan ulus temelinin benimsenen millet anlayışının gerektirdiği şekilde düzenlenmesi, başka bir ifadeyle ülkenin ve toplumun şartlarını ve hususiyetlerini yansıttığı millet yapısıyla anayasal tasarımın birbirine denk olması önemlidir. Zira Türkiye gibi, nüfus ve toplum yapısı yönünden sübjektif millet anlayışıyla uyumlu bir devlette, asli kuruculuğun objektif millet tasavvurunu hissettiren bir tavrı aksettirmesi, bir toplum sözleşmesi olarak algılanan anayasa ile sosyal yapının örtüşmemesi sonucunu doğurduğu gibi, dahası bunu büyükçe bir mesele hâlinde sürekli olarak yeniden üretir. Nitekim ülkemizde yaşananlar da buna benzer bir halettedir. Ne var ki İhtilal ruhu ile milli yapıyı bütünleştiren ve bunu siyasi bir ideoloji olarak hemen bütün anayasalarına yansıtan Fransa'da etnokültürel ayrımlar dikkate alınmaksızın, hiçbir etnik manayı içermeyen, mensuplarının rıza ve iradesine dayalı, siyasi ve hukuki bir perspektif taşıyan Fransız ulusu kurgulanmış ve bu şemsiye, ülkede mukim bulunan bütün unsurları tahtında toplayabilmiştir. İşte, benzer şartları taşıdığımız gözetildiğinde, böylesine bir tasarımın bizim açımızdan da müdafaa edilmesi kolaylaşmaktadır.

Bitirmeden önce bir noktaya daha değinmekte yarar var. Bilinmelidir ki burada, sırf vatandaşlığın anayasada düzenlenme şeklinin, bütünüyle ülkedeki etnik gerilimlerin kaderini değiştireceğini söylemiyoruz. Zira böylesine katı bir determinist tavrın, sosyal bilimler yönünden doğru sonuçlar üreteceği pek kuşkuludur. Sosyal ve siyasi gelişmelerde çok sayıda girift yapının birlikte tesiri söz konusu olabilmektedir ve bunu kestirebilmek zordur. Burada savunulan şey, tersten bir ifadeyle, sübjektif millet tasavvurunu benimsemiş ve hâkim unsurun yanında farklı etnokültürel özellikler ihtiva eden ülkelerde -Türkiye'yi de buna dâhil etmemek için bir sebep görünmüyor- anayasanın tam tersi surette objektif millet düşüncesine göre kurgulanmasının, yalnız gerilim imal eden (dahası yer yer icat eden) bir tercih olduğu, bu itibarla isabetli bir yöntem olarak kabul edilemeyeceğidir. Bu çalışmada yapılmak istenen şey, bir kere sahip olunan millet yapısı belirlendikten sonra, artık anayasada yer alan ulus tasarımının ve buna taalluk eden yurttaşlık

tanımının da bununla uyumlu olması gerektiği gerçeğini ortaya koymaktır. Böylece anayasal kurgunun nasıl olması ve olmaması lazım geldiği hakkında fikir yürütmek epey kolaylaşmaktadır. Aksi durum, sosyal temel ile asli kuruculuğun birbirine muvafık olmaması sebebiyle, önemli bir yapısal meseleye sebebiyet vermektedir. Bu ise ülkenin, tali çözümlerle üstesinden gelinemeyecek bir fasit daireye kapılması sonucunu doğurabilmektedir. Vatandaşlık tartışmalarına bu açıdan yaklaşan çalışmalara ne yazık ki pek rastlanmamaktadır. Bu konunun ulus-devlete yönelik teorik malzemeler etrafında sosyal yapının ihtiyaçlarına göre ele alınması, ülkemizde genellikle iki kutup etrafında yaşanan yurttaşlık tartışmalarına yeni ve mümbit sahalar açabilir. Çalışmamızın temel motivasyonu da buradan hareketle, meselenin tekrar tekrar çiğnenen güncel zemini dışında, yeni argümanlara erişilerek literatüre katkıda bulunma isteğinden ibarettir.

KAYNAKÇA

ABADAN, Yavuz: "Osmanlı İmparatorluğunda Anayasa Sistemine Geçiş Hareketleri", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 14, S. 1-4, 1957, ss. 3-37.

ÂFETİNAN A., **Medenî Bilgiler ve M. Kemal Atatürk'ün El Yazıları**, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1988.

AĞAOĞULLARI Mehmet Ali, **Ulus-Devlet ya da Halkın Egemenliği**, İmge Kitabevi, Ankara, 2010.

AKÇAM Taner, **İnsan Hakları ve Ermeni Sorunu (İttihat ve Terakki'den Kurtuluş Savaşına)**, İmge Kitabevi, Ankara, 2002.

ALDIKAÇTI Orhan, **Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 4. baskı, İstanbul, 1982.

ANAYURT Ömer, **Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar),** Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.

AYBAY Rona, **Vatandaşlık Hukuku**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008.

AYDIN Suavi, **Modernleşme ve Milliyetçilik**, Gündoğan Yayınları, Ankara, 1993.

BABAN Feyzi, "Türkiye'de Cemaat, Vatandaşlık ve Kimlik", **Küreselleşme, Avrupalılaşma ve Türkiye'de Vatandaşlık**, (Der. E. Fuat Keyman-Ahmet İçduydu), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2009.

BALIBAR Etienne, **Citizenship**, (Translated by Thomas Scott-Railton), Polity Press, 2015.

BARON Frank, "L'idée de Nation", **Vie publique**, 2018, https://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/institutions /approfondissements/idee-nation.html (Erişim Tarihi: 12.09.2019).

BÖS Mathias, **The Legal Construction of Membership: Nationality Law in Germany and the United States**, Program for the Study of Germany and Europe Working Paper Series, No. 00.5, http://aei.pitt.edu/63702/1/PSGE_00_5.pdf (Erişim Tarihi: 12.09.2019).

BOZTEMUR Recep, "Tarihsel Açıdan Millet ve Milliyetçilik: Ulus-Devletin Kapitalist Üretim Tarzıyla Birlikte Gelişimi, **Doğu Batı Dergisi**, S. 38, Y. 9, ss. 161-180.

BREUILLY John, **Nationalism and the State,** The University of Chicago Press, Second Edition, 1994.

BRUBAKER W. Rogers, "Fransa ve Almanya'da Göç, Vatandaşlık ve Ulus-Devlet: Karşılaştırmalı bir Tarihsel Analiz", **Vatandaşlığın Dönüşümü Üyelikten Haklara** (Der. Ayşe Kadıoğlu), Metis Yayınları, İstanbul, 2012.

BURUMA Ian / MARGALT Avishai, **Garbiyatçılık Düşmanlarının Gözünde Batı,** (çev. Güven Turan), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2009.

CELLIER Laura, "La construction de l'État-nation. Un mystère théorique. L'Allemagne confrontée à son concept de nation: une identité nationale entre deux États", **Philosophie**, 2009.

COŞKUN Vahap, "Cumhuriyet Anayasalarında Vatandaşlık", **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** S. 12-13, 2009, ss. 1-21.

DE COULANGES Fustel, Alsace est-elle allemande ou française?, Réponse à M. Mommsen, Professeur à Berlin, 1870, https://spinnet.humanities.uva.nl/images/2015-02/fustelcoulanges.pdf (Erişim Tarihi: 24.09.2019).

DİNÇKOL Bihterin Vural / IŞIK Alper, "1924 Anayasası Döneminde Yurttaşlık Anlayışı", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi,** C. 21, S. 1, 2015, ss. 13-41.

ERDEM Fazıl Hüsnü, "Yeni Anayasaya Doğru: Vatandaşlık Osmanlı-Türkiye Anayasalarında ve Yeni Anayasada Vatandaşlık", **SETA Analiz,** S. 51, 2012.

ERDOĞAN Mustafa, "Cemaat, Cemiyet ve Ulus-Devlet", Liberal Düşünce Topluluğu http://www.liberal.org.tr/sayfa/cemaat-cemiyet-ve-ulus-devlet-mustafa-erdogan,352.php, (Erişim Tarihi: 29.08.2019).

ERÖZDEN Ozan, **Ulus-Devlet**, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2013.

FENDOĞLU Hasan Tahsin, **Anayasa Hukuku,** Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

FENDOĞLU Hasan Tahsin, **Anayasal Derinlik**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.

GELLNER Ernest, **Uluslar ve Ulusçuluık**, (çev. Büşra Ersanlı Behar; Günay Göksu Özdoğan), İnsan Yayınları, İstanbul, 1992.

GIDDENS Antony, **Ulus Devlet ve Şiddet**, çev. C. Atay), Kalkelon Yayınları, 2008.

GÖZLER Kemal, **Anayasa Hukukunun Temel Esasları**, Ekin Yayınevi, Bursa, 2018.

GÖZÜBÜYÜK Şeref / Sezgin Zekâi, **1924 Anayasası Hakkındaki Meclis Görüşmeleri**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İdari İlimler Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1957.

HAILBRONNER Kay, **Report on Germany**, EUDO Citizenship Observatory, Robert Schuman Centre for Advanced Studies in collabaration with Edinburgh University Law School Country Report, http://eudo-citizenship.eu/docs/CountryReports/Germany.pdf (Erişim Tarihi 12.9.2019).

KABOĞLU İbrahim Ö., **Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)**, Legal Kitabevi, İstanbul, 2014.

KAPANİ Münci, **Kamu Hürriyetleri**, Yetkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara, 2013.

KAYA Önder, **Tanzimat'tan Lozan'a Azınlıklar**, Yeditepe Yayınevi, İstanbul, 2005.

KOHN Hans, "Western and Eastern Nationalism", **Nationalism** (Ed. John Hutchinson, Anthony D. Smith), Oxford University Press, United Kingdom, 2012.

KOHN Hans, **The Idea of Nationalism a Study in its Origins and Background**, Transaction Publishers, USA, 2005.

KURTARAN Uğur, "Osmanlı İmparatorluğu'nda Millet Sistemi", **Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, S. 8, Sonbahar, 2011, ss. 57-71.

LAVAN Myles, "Citizenship in Antiquity", *Citizens in the Graeco-Roman World. Aspects of Citizenship from the Archaic Period to ad 212. (Mnemosyne Supplements 407.)* (Edd. L. Cecchet, A. Busetto), **The Classical Review,** S. 68(2), ss. 455-458.

ÖZBUDUN Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2017.

PFLANZE Otto, "Bismarck and German Nationalism", **The American Historical Review**, S. 60, 1955, ss. 548-566.

PIERSON Christopher, **Modern Devlet**, (çev. Neşet Kutluğ-Burcu Erdoğan), Chiviyazıları Yayınevi, İstanbul, 2011.

POGGI Gianfranco, **Devlet, Doğası, Gelişimi ve Geleceği**, (çev. Aysun Babacan), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2011.

POLAT Ezgi Güzel, "Osmanlı'dan Günümüze Vatandaşlık Anlayışı", **Ankara Barosu Dergisi**, S. 3, 2011, ss. 127-157.

RENAN Ernest, Qu'est-ce qu'une nation?, Conférence en Sorbonne, 11.03.1882, http://www.iheal.univ-paris3.fr/sites/www.iheal.univ-paris3.fr/files/Renan_-_Qu_est-ce_qu_une_Nation.pdf (Erişim Tarihi: 19.09. 2019).

RUF Werner, "La conception de la nation en France et en Allemagne", **Hommes&Migration**, S. 1223, 2000, ss. 12-19.

SÉRIOT Patrick, "Ethnos et demos: la constuction discursive de l'identité collective", **langage et société**, S. 79, 1997, ss. 39-51.

SIEYÈS Emmanuel Joseph, **Qu'est-ce que le Tiers état?**, Édition du Boucher, Paris, 2012.

SOBOUL Albert, **1789 Fransız İhtilali Tarihi**, (çev. Şerif Hulûsi), Cem Yayınevi, İstanbul, 1969.

TANÖR Bülent, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri**, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2010.

TAUSCHER Soner, "The German Nationality Regime and the Rights of Foreigners in Germany", **SETA Analysis**, No. 22, October 2016.

TEZİÇ Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014.

TUNAYA Tarık Zafer, **Türkiye'de Siyasal Gelişmeler (1876-1938)**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 3. Baskı, İstanbul, 2009.

YEDİYILDIZ Bahaeddin, "İslâm Hukukunda Zimmilerin Yeri", **Türk Kültürü**, S. 290, Haziran, 1987, ss. 335-339.

YEĞEN Mesut, "Yeni Anayasa Eski Vatandaşlık", **Liberal Düşünce**, S. 50, İlkbahar, 2008, ss. 55-66.

ZABUNOĞLU H. Gökçe, "Günümüzde Ulus Devlet", **ERÜHFD**, C. XIII, S. I, 2018, ss. 535-559.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2020; 2: 923-963

İDARİ YARGILAMA HUKUKU YÖNÜNDEN ÖZEL SİGORTA SÖZLEŞMELERİNDE SİGORTACININ SİGORTALIYA HALEFİYETİ MESELESİ(*)

Arş. Gör. Dr. Onur KAPLAN(**)
Arş. Gör. Güneş Karol IŞIKLAR(***)

Öz: Sigorta sözleşmesine konu edilmiş bir zarar ortaya çıkması neticesinde, sigortacı kurduğu sözleşme uyarınca bu zararın gidermekle yükümlü olmaktadır. Halefiyet kavramına bağlı olarak sigorta şirketi, kendisinin tazminat ödemesine yol açan rizikonun gerçekleşmesinden sorumlu olan kişilere karşı olan talepler bakımından sigortalısının yerine geçmektedir. Bu anlamda zararın doğmasına neden olan davranış, idarenin bir işleminden, eyleminden yahut eylemsizliğinden ileri gelebilir. 1982 Anayasası'nın 125. maddesinde belirtildiği üzere, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu ifade edilerek idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır. Bu anlamda sigortacının halefiyet kurumu uyarınca ödediği tazminat nispetinde zarar görenin yerine geçmesine dayalı olarak idareye bir talepte bulunabilmesi söz konusu olabilecektir. Bu noktada özellikle, sorumluluğu bulunan idarelere bu bedelin rücu edilmesi bağlamında uygulamada ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümü bakımından yargı yolunun belirlenmesi önem arz etmektedir. Zira bazı yargı kararlarında idarenin tazmin sorumluluğu kapsamında uyuşmazlığın "alacak davası" olarak nitelendirilmesi görevli yargı yerinin belirlenmesinde isabetsiz çıkarımları da beraberinde getirmektedir. Bu nedenle söz konusu isabetsiz çıkarımların önüne geçilebilmesi ve konunun anlaşılabilmesi için, çalışmada öncelikle sigorta hukukunda halefiyet ilkesine ve idarenin sorumluluğu kavramlarına değinilecek; sonrasında ise, yargı kararları ışığında söz konusu uyuşmazlıklarının çözüm yerinin ve tabi olacağı esasların tespitinde hangi çıkarımlardan hareket edilmesi gerektiği irdelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Sigorta Sözleşmesi, Sigortacının Halefiyeti, Rücu, İdarenin Sorumluluğu, Kusurlu Sorumluluk.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 18.03.2020. Makale Kabul Tarihi: 18.12.2020.

(**) İstanbul Bilgi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı (ORCID kimlik no: 0000-0003-1252-6352; *onur.kaplan@bilgi.edu.tr*).

(***) İstanbul Bilgi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Deniz Ticareti ve Sigorta Hukuku Bilim Dalı (ORCID kimlik no: 0000-0001-9280-4505; *gunes.isiklar@bilgi.edu.tr*).

THE MATTER OF SUBROGATION OF THE INSURER TO THE INSURED UNDER PRIVATE INSURANCE CONTRACTS WITH REGARD TO ADMINISTRATIVE PROCEDURE LAW

Abstract: As a result of the loss that is the subject of an insurance contract, the insurer is obliged to eliminate this loss in accordance with the contract it has established. Depending on the concept of subrogation, the insurance company replaces the insured in terms of requests against those responsible for the realization of the risk that causes him to pay compensation. In this sense, the conduct that causes damage can arise from a process, action or inaction of the administration. According to the Article 125 of the 1982 Constitution, it is stated that the judicial remedy is open to all actions and procedures of the administration and that the administration is obliged to pay for the damage arising from its actions and processes. In this sense, it may be possible for the insurer to make a claim against the administration based on the substitution of the rights of the person who sustains damage, in proportion to the amount paid by itself, pursuant to the concept of subrogation. At this point, it is important to determine the judicial remedy in terms of resolving the disputes that arise in practice in the context of recourse of this amount to the administrations that are liable. Especially in some judicial decisions, qualification of the dispute as an "action for claims" by the court within the scope of the liability of the administration for compensation brings with it inaccurate implications in terms of determining the jurisdiction as well. For this reason, firstly, the principle of subrogation in insurance law and the liability of the administration will be mentioned. Following that, in the light of the judicial decisions, the applicable criteria for the determination of the type of proceeding and the liability regarding the disputes in question will be examined.

Keywords: Insurance Contract, Insurer's Subrogation, Recourse, Liability of Administration, Administrative Liability for Fault.

I. GİRİŞ

Halefiyet kavramıyla, bir kişinin hukuken bir başkasının yerini alması ifade edilmektedir[1]. Medeni hukuk ile borçlar hukuku alanında cüzi veya külli şekilde örneklerine de rastlanılan halefiyetin sigorta hukukundaki yansıması, zarar sigortalarında sigortacının sigortalısının üçüncü kişiye karşı sahip olduğu haklara halef olması yoluyla cüzi ve şahsi bir biçimde olmaktadır[2]. Sigorta sözleşmesine konu edilmiş bir rizikonun gerçekleşmesi sonucu zararın meydana gelmesine bağlı olarak, sigortacı kurduğu sözleşme uyarınca bu zararı gidermekle yükümlü olmaktadır. Bunun yanında, ortaya çıkan zarardan dolayı sigortalıya karşı sigorta sözleşmesinin tarafı olmayan bir kişinin de sorumluluğu doğabilir. Böyle bir olasılıkta; sigortalının malvarlığındaki eksilmeyi gideren sigortacı, sigortalının yerine geçerek zarardan sorumlu üçüncü kişiye istem ileri sürebilmektedir. Diğer bir ifadeyle sigortacı, kendisinin tazminat ödemesine yol açan rizikonun gerçekleşmesinden sorumlu olan kişilere karşı olan talepler bakımından sigortalısının yerine geçmektedir. Halefiyet halinde alacak, taraflar arasında herhangi bir işleme

---

1 Kavram hakkında bkz. KILIÇOĞLU Ahmet M., **Türk Borçlar Hukukunda Kanuni Halefiyet**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1979, s.3 vd.; NOMER Haluk N., "Halefiyet ile Rücû Arasındaki İlişki, Özellikle Sosyal Sigortalar ile Özel Sigortaların Rücû Hakları Bakımından Halefiyetin Rolü", **İÜHFM**, C: 55, S: 3, 1997, s.243 vd.; OMAĞ Merih Kemal, **Türk Hukukunda Sigortacının Kanuni Halefiyeti (TTK. m. 1301)**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s.37 dn.1; KIZILSÜMER Bahar, **Sigortacının Kanuni Halefiyetinin Şartları ve Sınırları**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s.5 vd.

2 Sigortacının halefiyeti ile ilgili bkz. DOĞANAY İsmail, "Sigorta Tazminatında Kanuni Halefiyetin Şümulü", **BATİDER**, C: 9, S: 2, 1977, s.335 vd.; FRANKO Nisim, "Yargıtay Kararları Açısından Zararı Ödeye Sigortacının Üçüncü Şahsa Karşı Rücu Hakkı", **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu V**, **Ankara**, **25-26 Mart 1988**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, Ankara, 1988, s.45 vd.; ÜNAN Samim, "Deniz Yoluyla Yapılan Taşımalarda Yük Zararını Ödeyen Sigortacının Taşıyana Karşı Açtığı Halefiyete Dayanan Rücu Davasına İlişkin Bazı Sorunlar", **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu VIII**, **Bildiriler-Tartışmalar**, **26-27 Nisan 1991**, Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, Ankara, 1991, s.221 vd.; BİLGE Mehmet Emin, "Sigorta Tazminatını Alan Sigortalının Zarar Veren Üçüncü Şahısla Yaptığı İşlemlerin Sigortacının Halefiyeti Üzerindeki Etkisi ve Yargıtay Uygulaması", **Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı**, C: I, İstanbul, 2001, s.67 vd.; ÇEKER Mustafa, "Sigortacının Rücu Hakkı", **LHD**, C: 4, S: 48, 2006, s.3707 vd.; OMAĞ, s.37 vd.; NOMER, s.256 vd.; SOPACI ÖZTUNA Birgül, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Sigortacının Kanuni Halefiyetine İlişkin Düzenlemelerinin Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu'ndaki Düzenlemelerle Birlikte Değerlendirilmesi", **BATİDER**, C: 28, S: 3, 2012, s.117 vd.; ÜNAN Samim, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku**, **Cilt II**, **Zarar Sigortaları**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s.226 vd.; KAYIHAN Şaban, "Zarar Sigortalarında Sigortacının Halefiyeti", **MÜHFHAD**, C: 22, S: 3, Özel Sayı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, 2016, s.1595 vd.; KIZILSÜMER, s.16 vd.

gereksinim duyulmaksızın bir başka kişiye intikal etmekte ve böylece bu intikalle bir kanuni temlik söz konusu olmaktadır[3].

Sigortalının[4] malvarlığında ortaya çıkan ve sigortacının sigorta tazminatı ödeyerek gidermekle yükümlü olduğu zarardan bir üçüncü kişinin sorumlu olması, bir özel hukuk ilişkisine (örn. sözleşme, haksız fiil veya kusursuz sorumluluk) dayanabileceği gibi, idarenin idare hukuku kuralları çerçevesinde ortaya çıkan zarardan dolayı sorumluluğuna da dayanabilir. Öte yandan, idarenin gerek bir kamu görevlisinin kusuru dolayısıyla gerekse kusursuz sorumluluk ilkesi çerçevesinde zarardan sorumlu olması, bazı noktalarda özel hukukta öngörülen esaslardan ayrı bir değerlendirmenin yapılmasını gerekli kılmaktadır. Ne var ki, sigortacının halefiyeti bağlamında idareye yöneltilen istemler bakımından Türk hukukunda açık bir düzenlemeye yer verilmemesi, konunun ağırlıklı olarak öğretideki görüşlere ve yargı kararlarına dayalı olarak değerlendirilmesine yol açmaktadır.

Bu nedenle çalışma konusunda irdelenen hukuki sorunun doğru bir metodoloji çerçevesinde ele alınabilmesi için, halefiyet kavramının ortaya çıkış sebeplerinin ve pozitif dayanağının açıklanması gerekmektedir. Bu bağlamda, çalışmada sigortacının halefiyetiyle ilgili genel bilgiler verildikten sonra sigorta hukukunda kabul edilen halefiyet ilkesinin idareye yöneltilen istemlere ne şekilde yansıması gerektiği üzerinde durulacaktır. Bu esnada özellikle idarenin sigortacıya karşı kusursuz sorumluluk esasına dayalı olarak sorumlu tutulup tutulamayacağı meselesine de yer verilecek; bu noktada, özel hukuk alanında sigortalıya karşı meydana gelen kusursuz sorumluluğun,

---

3 OMAĞ, s.52-53. Kılıçoğlu, halefiyeti kanuni temlik ile eş anlamlı olarak görmemekte ve kanuni temlik yollarından birisi olarak ele almaktadır. Bkz. KILIÇOĞLU, 1979, s.20.

4 "*Sigortalı*" sıfatı; zarar sigortalarında, sigorta sözleşmesinin tarafı olan sigorta ettiren dışında bir kişinin menfaatinin sözleşmeye konu edilmesi olasılığında ortaya çıkmakta ve bu olasılıkta sözleşme TTK md.1454 anlamında "*üçüncü kişi lehine*" kurulmaktadır (Bu hüküm, TTK md.1485'e göre sorumluluk sigortaları hakkında da uygulama alanı bulmaktadır). Yani sigorta ettirenin kendi menfaatini sözleşmenin konusu haline getirmesi durumunda bu kişinin ayrıca "*sigortalı*" olarak tanımlanması gerekmemektedir. Ancak çalışmada; menfaati sözleşmeye konu edilen kişinin sigorta ettiren olduğu durumlar bakımından da bu kişi için "*sigortalı*" terimi kullanılacaktır. Öte yandan sorumluluk sigortalarında genel olarak "*sigortalı*" kavramının kullanılması tercih edilmektedir. Örneğin bu sigorta türünü tanımlayan TTK m.1473 f.1 hükmünde sigortacının "*sigortalının* (…) sorumluluğu nedeniyle" tazminat ödeyeceğinden bahsedilmektedir. TTK uyarınca üçüncü kişi lehine sigorta kurulması hakkında ayrıca bkz. ATAMER Kerim, 'Yeni Türk Ticaret Kanunu Uyarınca "Zarar Sigortaları"na Giriş', **BATİDER**, C: 27, S: 1, 2011, s.47 vd.; ÜNAN, 2016b, s.25 vd.; ÜLGEN Hüseyin, "Başkası Lehine Sigorta ve Bu Sigortada Sigortalının ve Sigorta Ettirenin Talep ve Dava Hakkı", **MÜHFHAD**, C: 22, S: 3, Özel Sayı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, 2016, s.2827 vd.

sigortacının halefiyete dayandığı davalar bakımından öğretide ve yargı kararlarında nasıl ele alındığı irdelenecektir.

II. SİGORTACININ KANUNİ HALEFİYETİ

1. Hukuki Dayanak

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK)[5] "*Sigorta Hukuku*" başlığını taşıyan Altıncı Kitap hükümlerinde "*Zarar Sigortaları*" başlığı altında düzenlenen iki sigorta türü olan mal sigortaları ile sorumluluk sigortaları hakkındaki iki ayrı hükümde (TTK md.1472 ve 1481) sigortacının sigortalıya halefiyetinin düzenlenmesi yoluna gidilmiştir[6]. 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda (eTTK)[7] ise, sigortacının halefiyetini düzenleyen iki hüküm yer almaktaydı. 26.05.1926 tarihli ve 865 sayılı Ticaret Kanunu (eTK)[8] md.965'ten[9] aktarılan md.1301 bunlardan ilkidir[10]. Hükmün mehazı,

---

5 RG.14.02.2011-27846. Kanun'un güncel metni için bkz. (https://www.mevzuat.gov.tr), Erişim T.31.01.2020.

6 TTK'daki sigortacının halefiyeti ile ilgili hükümler ile ilgili açıklamalar için bkz. ATAMER, 2011, s.71 vd.; ULAŞ Işıl, **Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s.224 vd.; SOPACI ÖZTUNA, s.120 vd.; ÜNAN, 2016b, s.227 vd.; ARAL ELDELEKLİOĞLU İrem, "Yangın Sigortalarında Yapı Malikine Rücu", **MÜHFHAD**, C: 22, S: 3, Özel Sayı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, 2016, s.985 vd.; YAZICIOĞLU Emine, "TTK'nın Mal Sigortalarında Sigortacının Halefiyetine İlişkin Düzenlemesi Hakkında", **İKÜHFD**, C: 16, S: 2, Özel Sayı, Prof. Dr. iur. Merih Kemal Omağ'a Armağan, C: III, 2017, s.331 vd.; YAZICIOĞLU Emine, "Mal Sigortalarında Sigortacının Kanuni Halefiyetine İlişkin Bazı Hususlar", **Sigorta Hukuku Sempozyumları**, **Sorumluluk Sigortaları Sempozyumu 1-2 Aralık 2017**, **İstanbul**, **Sigorta Hukukunda Güncel Sorunlar Sempozyumu**, **2-3 Şubat 2018**, **Bursa**, Samim ÜNAN/Emine YAZICIOĞLU (Ed.), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s.483 vd.; KENDER Rayegân, **Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku**, 16. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s.371 vd.; KIZILSÜMER, s.39 vd. TTK md.1481 hakkında ayrıca bkz. ACAR Serdar, "Sorumluluk Sigortalarında Sigortacının Ardıllığı Konusunda Bazı Sorunlar ve Yeni Gelişmeler", **İBD**, C: 79, S: 5, 2005, s.1539 vd.; ULAŞ, s.789-791; ÜNAN, 2016b, s.375 vd.; YAZICIOĞLU Emine, "Sorumluluk Sigortalarında Sigortacının Kanuni Halefiyeti", **Sigorta Hukuku Sempozyumları**, **Sorumluluk Sigortaları Sempozyumu 1-2 Aralık 2017**, **İstanbul**, **Sigorta Hukukunda Güncel Sorunlar Sempozyumu**, **2-3 Şubat 2018**, **Bursa**, Samim ÜNAN/Emine YAZICIOĞLU (Ed.), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s.467 vd.

7 RG.09.07.1956-9346. Kanun'un yürürlükte bulunduğu son tarih olan 30.06.2012'deki metni için bkz. (https://www.mevzuat.gov.tr), Erişim T.31.01.2020.

8 *Ticâret-i Berriyye Kanunu*, RG.28.06.1926-406. Kanun'un metni için bkz. (https://www.kanunum.com/files/ kanun_tbmm_c004_00865.pdf), Erişim T.31.01.2020.

9 "*Sigortacı, sigorta bedelini tediye ettikten sonra hukukan sigorta ettiren kimse makamına kaim olur. Binaenaleyh sigorta ettiren şahsın hasarı vakiden dolayı üçüncü şahıslara karşı hakkı dâvası varsa bu hak, tazmin ettiği bedel nisbetinde sigortacıya intikal eder*". Hükmün metni için ayrıca bkz. ATABEK Reşat, **Sigorta Hukuku**, Duygu Matbaası, İstanbul, 1950, s.177.

11/6/1874 tarihli Belçika Sigortacılık Kanunu (BelçikaSK[1876])[11] md.22'dir[12]. eTTK 1301'de, mehaz BelçikaSK[1876] md.22'ye[13] göre daha genel bir ifade kullanılarak her türlü dava hakkının sigortalıya geçeceği öngörülmüştür[14]. eTTK md.1301'in yanı sıra; eTTK'daki Beşinci Kitap'ta yer bulan "*Denizcilik Rizikolarına Karşı Sigortalar*" başlığı altındaki Dördüncü Fasıl'da kaleme alınan md.1361'de de sigortacının halefiyetine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiştir[15]. eTTK md.1301'den farklı olarak; bu hükmün mehazını Alman Ortak Ticaret Kanunu'ndaki[16] deniz sigortaları hakkında kabul edilmiş olan md.808 teşkil etmektedir[17].

---

[10] eTTK md.1301 "*Sigortacı sigorta bedelini ödedikten sonra hukuken sigorta ettiren kimse yerine geçer. Sigorta ettiren kimsenin vâkı zarardan dolayı üçüncü şahıslara karşı dâva hakkı varsa bu hak, tazmin ettiği bedel nispetinde sigortacıya intikal eder*". eTTK md.1301 hakkında bilgi için bkz. BOZER Ali, **Sigorta Hukuku**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1965, s.212 vd.; ARSEVEN Haydar, **Sigorta Hukuku**, 2. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1991, s.173 vd.; OMAĞ, s.37 vd.

[11] Sigorta hakkındaki özel hükümler ile kara sigortaları hakkında hükümler barındıran Kanun'un kabulüyle birlikte, Belçika Ticaret Kanunu'ndaki (*Code de Commerce*) I. Kitap'a (*Livre I*) X. ve XI.Başlıklar (*Titres X et XI*) eklenmiştir. Bilgi için bkz. (http://www.ejustice.just.fgov.be/eli/loi/1874/06/11/1874061150/justel), Erişim T.28.01.2020.

[12] Bilgi için bkz. ATAMER Kerim/TOSUN Yalçın, "Sigorta Hukukluma İlişkin Türk Ticaret Kanunu Hükümlerinin Kaynakları (Deniz Sigortaları Hariç)", **SHD**, S: 2005/1, s.150.

[13] "*L'assureur qui a payé le dommage est subrogé à tous les droits de l'assuré contre les tiers du chef de ce dommage, (...)*". Hükmün metni için bkz. (http://www.fortunes-de-mer.com/mer/images/documents%20pdf/legislation/Etrangere/Belgian%20Insurance%20Law%201874.pdf), Erişim T.28.01.2020. 1992 tarihinde kabul edilen değişiklikler sonrasında md.41'de yer alan hükmün Fransızca metni için bkz. OMAĞ, s.274.

[14] BelçikaSK'da üçüncü kişilere karşı sahip olunan tazminat alacağına halefiyetin gerçekleşeceği öngörülmekle birlikte; borçlunun aczine karşı sigorta güvencesi elde edilmesi durumunda, borçluya karşı alacak ayrıca kaleme alınan hükümde sigortacıya intikal etmektedir. Belçika'daki düzenlemenin aksine; sigortacının, sigorta ettirenin hukuken yerine geçeceğinden bahsedildiği genel bir ifadenin yer aldığı c.1'in yanı sıra c.2'de dava hakkının intikalinin öngörülmesine gerek olmadığı yönünde: ATAMER/TOSUN, s.150. Bu değerlendirmenin ayrıca dikkate alındığı bir diğer eser için bkz. YEŞİLOVA ARAS Ecehan, "Kredi (Ticari Alacak) Sigortasında Sigortacının Kanuni Halefiyeti için TTK m. 1472 Hükmü Elverişli Midir?", **İÜHFM**, C: 71, S: 1, s.1449 vd.

[15] eTTK md.1361 "*Borçlarını yerine getiren sigortacı, sigortalının üçüncü şahsa tazmin ettirebileceği bir zararı tazmin ettiği takdirde, (...) üçüncü şahsa karşı sigortalının haklarına halef olur*".

[16] Alman Ortak Ticaret Kanunu'nun (*Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs, ADHGB)* orijinal metni için bkz. (http://www.koeblergerhard.de/Fontes/AllgemeinesDeutschesHandelsgesetzbuch1861.htm), Erişim T.28.01.2020.

[17] Konu hakkında bkz. ATAMER Kerim, "Deniz Sigortalarına İlişkin Türk Ticaret Kanunu Hükümlerinin Kaynakları", **Ergon Çetingil ve Rayegân Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı**, İstanbul, 2007, s.320.

TTK'da, eTTK'da kabul edilen kara ve deniz sigortaları ayrımı da ortadan kaldırılmıştır. Diğer bir ifadeyle ister karadaki ister denizdeki rizikolara karşı bir sigorta sözleşmesi kurulsun, sigorta sözleşmesinin mal veya sorumluluk sigortası olmasına bağlı olarak bu iki hükümden birisi uygulama alanı bulacaktır[18]. TTK'da yer verilen her iki hükme göre (TTK md.1472/1 c.1 ve 2 ile md.1481/1 ve 2)[19]; "[s]*igortacı, sigorta tazminatını ödediğinde, hukuken sigortalının yerine geçer. Sigortalının, gerçekleşen zarardan dolayı sorumlulara karşı dava hakkı varsa bu hak, tazmin ettiği bedel kadar, sigortacıya intikal eder*". Bu anlamda bahsi geçen ifade, esas olarak eTTK md.1301 örnek alınarak kaleme alınmıştır[20]. Ancak TTK'daki iki hüküm ile eTTK md.1301 arasında bazı farklılıklar bulunmaktadır. Bunlardan ilki; sigortacının halefi olduğu kişinin TTK'da "*sigorta ettiren*" yerine "*sigortalı*" olarak ifade edilmesidir[21]. İkinci olarak; hükmün devamında, daha önce eTTK'da yer verilmeyen yeni bir düzenlemeyle, sigortalı tarafından zarardan sorumlu kişiye karşı başlatılan davanın devamı sırasında sigorta tazminatının mal

---

[18] Açıklamalar için bkz. ATAMER, 2011, s.71; ULAŞ, s.225.

[19] Mal sigortaları hakkındaki TTK md.1472/1 hükmü, sorumluluk sigortaları hakkında md.1481'de iki fıkraya bölünmüş bir halde tekrar edilmektedir.

[20] ATAMER, 2011, s.71; ŞEKER ÖĞÜZ Zehra/SEVİNÇ KUYUCU Aslıhan, **Yeni Türk Ticaret Kanununda Sigorta Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011, s.100.

[21] Sigorta sözleşmesinin tarafı olan sigorta ettirenden farklı bir kişinin sigortalı sıfatıyla sigorta ilişkisine dahil olması durumunda, sigorta ettirene karşı rücu istemi ileri sürülüp sürülemeyeceği meselesi öğretide tartışma konusudur. Diğer bir ifadeyle; sigortalının sigorta ettirene karşı meydana gelen zarar ile ilgili olarak bir istem ileri sürebilmesi olasılığında, sigortacının sigortalının haklarına halef olması ekseninde farklı görüşler ortaya çıkmaktadır. Konu hakkında bilgi için bkz. ULAŞ, s.234 vd.; ÜNAN, 2016b, s.241 vd.; KENDER, s.372; YAZICIOĞLU, 2018a, s.494 vd; KIZILSÜMER, s.106 vd. İdare aleyhine açılan rücu davaları bakımından; doktrinde Yasin'e göre, idarenin sigorta ettiren sıfatıyla kurmuş olduğu sorumluluk sigortası sözleşmesinde, sigortalı sıfatını kazanan kişinin (örn. bir doktorun) fiilinden dolayı ödenen tazminatın daha sonra idareye rücu edilebilmesi, amaca aykırılık teşkil etmektedir. Bkz. YASİN Melikşah, "Sigortacının Kanuni Halefiyeti Müessesinin İdarenin Sorumluluğu Alanında Uygulanması", **İÜHFM**, C: 71, S: 1, 2013, s.1230-1231. Ne var ki, burada bir rücu davası yoluyla idarenin sorumluluğuna gidilmesinin mümkün olup olmadığından ziyade; sigorta hukuku alanında yürütülen, sigortalıya halef sıfatıyla sigorta ettirene rücu talebinin yöneltilmesi ile ilgili tartışmalar neticesinde varılacak sonuca göre bir çözüm üretmek daha yerinde olacaktır. Kaldı ki; bu noktada bir kamu kurumunda çalışan doktor örneğinin verilmesi, idareye karşı rücu istemi yöneltilmesi meselesini ayrıca düşündürmektedir. Zira kamu kurumunda çalışan tabipler, diş tabipleri ve uzmanlara karşı idare tarafından yöneltilen rücu taleplerine karşı da bir sigorta teminatı elde edilemektedir. 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunu ek md.12 hükmüne göre "[*k*]*amu sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan tabipler, diş tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, tıbbi kötü uygulama nedeniyle kendilerinden talep edilebilecek zararlar ile kurumlarınca kendilerine yapılacak rüculara karşı sigorta yaptırmak zorundadır*".

sigortalarında sigortalıya, sorumluluk sigortalarında zarar görene[22] ödenmesi olasılığında, davanın sigortacı tarafından kaldığı yerden devam ettirilebilmesidir (md.1472/1 c.2 ile md.1481/2). Üçüncü ve son farklılık; eTTK md.1301'de yalnızca "*üçüncü şahıslara karşı dâva hakkı*[*nın*]" sigortacıya intikal etmesinden bahsedilmesine karşılık, TTK uyarınca halefiyetin gerçekleşmesi için sahip olunan dava hakkının "*sorumlulara karşı*" doğmuş olmasının aranmasıdır[23].

2. Kavramın Ortaya Çıkış Sebepleri

Sigortacının sigorta tazminatını ödedikten sonra sigortalısının üçüncü kişilere karşı sahip olduğu haklara halef olması şeklinde bir kuralın kabul edilmesindeki etkenlerden ilki, zarar sigortaları hakkında kabul edilen "*zenginleşme yasağı ilkesi*"dir[24]. Mal sigortaları bakımından ele alındığında; sigorta tazminatını elde eden sigortalının malvarlığının aktifindeki azalma sigortacı tarafından tazmin edildiğinden, sigortalının bu zarara neden olan kişiye karşı bir talep yöneltmekte bir hukuki menfaati kalmamaktadır[25]. Bir pasif sigortası olan sorumluluk sigortalarında ise, sigortalının pasifindeki artış sigortacı tarafından tazmin edilmekte ve sigortalının malvarlığı zararı giderilmektedir[26]. Aşağıda belirtileceği üzere[27], kanun koyucu, sigortalının müteselsil sorumlu kılındığı halleri göz önüne alarak TTK'da sorumluluk sigortalarında halefiyetle ilgili ayrı bir hükme yer vermiştir. Bu tabloda; sigorta sözleşmesinde öngörülen rizikonun gerçekleşmesi (yani sigortalının üçüncü kişiye karşı sorumluluğunun doğması) üzerine, bu sorumluluktan doğan zarar sigortacı tarafından tazmin edilmektedir. Pasifte artış şeklinde meydana gelen sigortalının malvarlığındaki bu eksilme sigortacı tarafından giderilmiş olduğundan; sigortalının, kendisiyle birlikte zarar görene karşı sorumlu olan diğer kişiye rücu istemi ileri sürmekte bir hukuki yararı kalmayacaktır. Aksinin kabulü halinde sigortalının zenginleşmesinden bahsedilecektir.

---

22 TTK md.1473 uyarınca sorumluluk sigortalarında sigorta tazminatı "*zarar görene*" ödenmektedir.

23 ATAMER, 2011, s.71.

24 Konu hakkında bkz. ARSEVEN, s.173; TEKİL Fahiman, "Sigorta Hukukunda Tazmin İlkesi ve Rücu Hakkı", **Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Ensitüsü, Ankara, 1998, s.126 vd.

25 Açıklamalar için bkz. ÜNAN, 2016b, s.228.

26 ÜNAN, 2016b, s.285 vd.

27 Bkz. II.B.2.b.

Sigortalının zenginleşmesinin engellenmesine yönelik işlerlik kazanan bahsi geçen ilkenin yanı sıra; sigortacının halefiyetinin kabul edilmesiyle, zarardan sorumlu üçüncü kişilerin sigorta tazminatının ödenmesi sayesinde bu sigortadan fayda sağlamaması da amaçlanmaktadır[28]. Zira halefiyetin öngörülmediği bir tabloda; sigortacının sigorta tazminatı ödemesi, üçüncü kişiye ait sorumluluğun da sigortacı tarafından yerine getirilmesi anlamını taşıyacak ve üçüncü kişiye sorumlu olduğu zararın tazminine yönelik bir talep yöneltilmesi olasılığı da ortadan kalkacaktır. Bu bağlamda halefiyetin ortadan kalkması durumunda sigorta primlerinin de yükseleceği ve bu durumun sigorta ettirenin aleyhine bir sonuç doğuracağına da işaret edilmektedir[29].

Böylece sigortacının halefiyetinin kabul edilmesine yol açan düşünce hem sigortalının hem de zarar sorumlusunun zenginleşmesinin engellenmesidir. Bu husus, TTK md.1472'nin madde gerekçesinde "[*a*]*maç, hem sigortalının rizikonun gerçekleşmesi sonunda maruz kaldığı zarardan fazla bir tazminat alarak zenginleşmesine mani olmak hem de zarar görenin verdiği zarardan dolayı sorumluluğunu devam ettirebilmektir*[30]" denilmek suretiyle ortaya konulmuştur.

3. Halefiyetin Gerçekleşmesi İçin Aranan Koşullar

A. Sigortalıya Ödeme Yapılması

Sigortacının, sigortalının sahip olduğu hakka halef olabilmesi için bazı koşulların karşılanması aranmaktadır. Bunlardan ilki; sigortacının geçerli bir sigorta sözleşmesine dayalı olarak, bu sözleşme uyarınca ödemekle yükümlü olduğu bir tazminatı ödemiş olmasıdır. Bu bağlamda öncelikle sigortacının mal sigortalarında sigortalıya sorumluluk sigortalarında zarar görene bir tazminat ödemiş olması gerekmektedir[31]. Sigortacının yaptığı bu ödeme,

---

[28] Bu noktada, zarar sorumlusunun bir denkleştirme savunmasında bulunması engellenmektedir. Açıklamalar için bkz. ÜNAN, 2016b, s.228-230. Bu amacın, zarardan sorumlu kişinin sebebiyet verdiği zararın sonuçlarına katlanmasına hizmet ettiği ve bir "*ceza fonksiyonu*" olarak ortaya çıktığı yönünde: ÇEKER, s.3710; KARASU Rauf, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Sorumluluk Sigortalarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", **İÜHFD**, C: 6, S: 4, 2016, s.699.

[29] Bkz. ARSEVEN, s.173.

[30] TTK'daki madde gerekçelerinin metinleri için bkz.(https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss96.pdf), Erişim T.17.03.2020.

[31] Konu hakkında bkz. BOZER, s.213-214; KILIÇOĞLU, 1974, s.413; DOĞANAY, s.336-337; ÜNAN, 1991, s.231-232; BİLGE, s.70; ULAŞ, s.228; ÜNAN, 2016b, s.243; YAZICIOĞLU, 2017, s.335 vd.

halefiyetin hangi anda ve oranda gerçekleştiğinin tespitinde belirleyici olmaktadır[32].

B. Sigorta Sözleşmesinin Geçerli Olması

Halefiyetin söz konusu olabilmesi için sigortacının sigortalıya bir ödemede bulunması gerektiği gibi, yapılan bu ödeme geçerli bir sigorta sözleşmesine dayanmalıdır[33]. Söz gelimi, sigortalanan menfaatin yokluğu veya varsa da sonradan ortadan kalkması sözleşmeyi geçersiz hale getirmektedir (TTK md.1408). Öte yandan, TTK md.1404'te öngörüldüğü üzere "[s]*igorta ettirenin veya sigortalının, kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı bir fiilinden doğabilecek bir zararını teminat altına almak amacıyla*" kurulan sözleşmeler de geçersiz olmaktadır. Son olarak, md.1429/1 c.2'ye[34] aykırı olacak şekilde rizikoya kasten neden olunan hallerin teminat kapsamına alınması nedeniyle sigorta sözleşmesinin geçersiz hale gelmesi de söz konusu olabilir[35].

C. Yapılan Ödemenin Sigorta Tazminatı Niteliğinde Olması

Sigortacının ödemede bulunması ve kurulan sigorta sözleşmesinin geçerli olmasının yanı sıra, halefiyetin gerçekleşmesi için aranan bir diğer koşul, sigorta sözleşmesi uyarınca sigortacının sigorta tazminatı ödeme yükümlülüğünün doğmuş olmasıdır[36]. Sigorta sözleşmesinin geçerliğine rağ-

---

32 ÜNAN, 2016b, s. 243. Halefiyetin yapılan ödeme oranında gerçekleşmesi ile ilgili ayrıca bkz. BOZER, s.213-214; OMAĞ, s. 127 vd.; ÜNAN, 1991, s.231-232.

33 BOZER, s.213; BİLGE, s.70-71; ÜNAN, 1991, s.224 vd.; OMAĞ, s.70-73; ULAŞ, s.226-228; KAYIHAN, s.1600-1601; KENDER, s.373.

34 Sigorta ettiren veya sigortalı rizikonun gerçekleşmesine kasten sebep olduğu takdirde sigortacı sigorta tazminatı veya bedeli ödeme borcundan kurtulmaktadır. Bu kişilerin hukuken fiillerinden sorumlu oldukları kişilerin kasten rizikoya sebep olmaları halinde ise ayrıca bu kişilerin tazminat ödenmesini sağlamak amacıyla hareket etmiş olmaları teminat dışında kalmaktadır. Açıklamalar için bkz. ÜNAN, 2016b, s.297 vd.

35 "*Koruyucu Hükümler*" başlığını taşıyan md.1452'nin ilk fıkrasına göre: "*1404 ve 1408'inci madde hükümleriyle 1429'uncu maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesine aykırı sözleşmeler geçersizdir*". Görüldüğü üzere, md.1429/1 c.2'ye aykırı kurulan sigorta sözleşmeleri TTK md.1452/1 uyarınca geçersizdir. TTK md.1452/1'de sözleşmenin geçersizliğine yol açabilecek md.1429/1 c.2 dışındaki iki hüküm, yukarıda bahsi geçen ve geçersizlik yaptırımını kendi içinde barındıran hükümlerdir. TTK md.1452/1, bu hükümlere aykırı bir sigorta sözleşmesinin kurulamayacağını öngörmektedir. Konu hakkında bkz. ÜNAN, 2016b, s.556-557.

36 KENDER, s.373-374; ARAL ELDELEKLİOĞLU, s.989. Her ne kadar TTK md.1472/1481'de bu husus açıkça belirtilmemiş olsa da, anılan hükümlerde halefiyetin önkoşulu olarak "*sigorta tazminatının ödenmesinden*" bahsedilmesi karşısında bu sonuca varılacağı savunulmaktadır, bkz. KENDER, s.373. eTTK md.1301 bağlamında "*sigorta bedeli*" ifade-

men ödeme yükümlülüğünün gündeme gelmediği hallerde yapılan (ve uygulamada "*ex gratia* ödeme" [ya da "lütuf/hatır ödemesi"] olarak adlandırılan) ödemeler de sigortacının halefiyetinin gerçekleşmesini engellemektedir[37,38]. Söz gelimi; teminat dışında bırakılan bir rizikonun gerçekleşmiş olması halinde ödemenin yapılması[39], TTK md.1421'e göre rizikoyu taşıma borcunun henüz muaccel hale gelmediği bir anda gerçekleşen bir rizikodan dolayı tazminatın ödenmesi[40], sigorta bedelinin üzerindeki bir zararın karşılanması[41] veya TTK md.1435 vd. hükümlerinde düzenlenen beyan yükümlülüğüne aykırılığa rağmen ödemenin yapılması[42] gibi bir durumda sigortacı sözleşmeden doğan sigorta tazminatını ödeme borcunu yerine getirmiş olmayacak ve sigortalıya halef olmayacaktır.

---

si ile ilgili olarak aynı yönde: OMAĞ, s.75. Yazıcıoğlu, eTTK md.1361'de kullanılan [*b*]*orçlarını yerine getiren sigortacı*" ibaresini daha iyi bir ifade olarak değerlendirmektedir, bkz. YAZICIOĞLU, 2017, s.338, dn.23.

37 Konu hakkında bkz. OMAĞ, s.85-87; ULAŞ, s.229 vd.; ÜNAN, 2016b, s.244-245; YAZICIOĞLU, 2017, s.340. Bu yönde verilmiş karar örneği için bkz. Y11.HD. E.2015/14232, K.2016/563, T.20.1.2016, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası (LİBB), Erişim T.17.03.2020.

38 Belçika'da Yüksek Mahkeme önünde görülen trafik sigortasından doğan bir uyuşmazlıkta; sigortacı, sigortalının aracını bıraktığı kişinin alkollü olduğu bir sırada yaptığı kaza neticesinde zarara uğrayan karşı tarafın zararını tazmin etmiştir. Sigorta sözleşmesi uyarınca teminat dışında kalan bir halin varlığına rağmen; Yüksek Mahkeme, sigortalının aracı alkollü bir şekilde kullanan ve kaza yapan üçüncü kişiye halefiyete dayalı olarak rücu istemi ileri sürebileceğini kabul etmiştir. Ne var ki karar öğreti tarafından eleştirilmiş ve aynı doğrultuda verilmiş bir yeni karara rastlanılmamıştır. Açıklamalar için bkz. KEULERS Hugo/ANNE Catteau, **IBA Insurance Committee Substantive Project 2016**, **Insurers' Rights of Recovery (Subrogation/Recourse)**, **2016 Report**, Kari MCCORMICK/Matthew WALKER (Ed.), s.14. Rapor'un tam metni için bkz. (https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=9A6FD705-ABD7-44D7-B3E7-484367BB3A24), Erişim T.27.01.2020.

39 "*Sigortacı, sözleşmede öngörülen rizikonun gerçekleşmesinden doğan zarardan veya bedelden sorumludur*." (TTK md.1409). Geçmiş dönemde bu yöndeki Yargıtay uygulaması hakkında bkz. FRANKO, s.55 vd.

40 "*Aksine sözleşme yoksa, sigortacının sorumluluğu primin veya ilk taksidinin ödenmesi ile başlar; kara ve denizde eşya taşıma işlerine ilişkin sigortalarda, sigortacı, sözleşmenin yapılmasıyla sorumlu olur*." (TTK md.1421/1).

41 Mal sigortaları hakkında TTK md.1461/1'e göre "*Sigortacının sorumluluğu sigorta bedeli ile sınırlıdır*". Sorumluluk sigortalarında ise "[s]*igortacı (...) zarar görene, sigorta sözleşmesinde öngörülen miktara kadar tazminat öder*".

42 "*Sigorta ettirenin kusuru kast derecesinde ise beyan yükümlülüğünün ihlali ile gerçekleşen riziko arasında bağlantı varsa, sigortacının tazminat veya bedel ödeme borcu ortadan kalkar (...)*". (TTK md.1439/2 c.2).

D. Üçüncü Kişiye Karşı Bir Dava Hakkının Bulunması

Halefiyetin gerçekleşmesi için aranan bir diğer koşul, sigortalının zarar sorumlusuna karşı bir dava hakkının bulunmasıdır. Nitekim gerek eTTK gerekse TTK'daki halefiyet hükümlerinde sigortalıya ait "*dava hakkı*"nın sigortacıya intikalinden bahsedilmektedir. Yukarıda bahsi geçen koşullardan farklı olarak; söz konusu koşul, sigortalı ile sigortacı arasında sigorta hukukundan doğan ilişkiye bağlı olmamakta, üçüncü kişinin sigortalıya karşı sorumlu olmasına yol açan borçlar hukuku temelli ilişkinin varlığıyla karşılanmaktadır[43].

Halefiyetin düzenlendiği eTTK/TTK hükümlerinde kullanılan "*dava hakkı*" ifadesi ile kast edilenin, sigortalının üçüncü kişi/kişilere yöneltebileceği tazminat talep hakkı olduğu öğretide büyük bir çoğunlukla kabul edilmektedir[44]. Diğer bir deyişle, halefiyet yoluyla ileri sürülen istemlerde üçüncü kişinin ortaya çıkan zarardan doğan sorumluluğunun haksız fiile, sözleşmeye ya kusursuz sorumluluğa dayalı olması bir önem arz etmemektedir[45]. Ancak 818 sayılı Borçlar Kanunu (BK)[46] md.50/6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK)[47] md.61 uyarınca sigortacının zarar görene karşı sözleşmesel bir sorumluluk altına girdiğinden bahisle, zarardan dolayı başka bir zarar sorumlusunun daha mevcut olması karşısında sigortacının bu kişiye yönelteceği rücu istemlerinin akıbeti öğretide farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur[48].

---

43 Nitekim Ünan, halefiyetin varlığı için aranan bu koşulu "yasal halefiyetin (geniş anlamda) borçlar hukukuna ilişkin koşulu" olarak isimlendirmektedir. Yukarıda aktarılan diğer koşullar ise, yazar tarafından "yasal halefiyetin sigorta hukukuna ilişkin koşulu" başlığı altında toplanmaktadır, bkz. ÜNAN, 2016b, s. 238 vd.

44 ULAŞ, s.245; ÜNAN, 2016b, s.227 ve 238; YAZICIOĞLU, 2017, s.341; KENDER, s.372.

Zira TTK md.1472'nin madde gerekçesinde, "[z]*arara sebep olan kimseye karşı sigortalının haiz olduğu tazminat talep hakkı, ödediği oranda sigortacıya geçer*" denildiği görülmektedir. Ancak Yeşilova Aras; halefiyeti kredi sigortası bağlamında ele aldığı eserinde, ifa davasına yönelik taleplerin de bu kapsama gireceğini savunmaktadır, bkz. YEŞİLOVA ARAS, 2013a, s.1449 vd.

45 eTTK md.1301 uyarınca bu görüşte: TANDOĞAN Halûk, **Mukayeseli Hukuk, Hususiyle Türk-İsviçre ve Alman Hukuku Bakımından Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini**, Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1963, s.62; KILIÇOĞLU, 1974, s.410; DOĞANAY, s.338; BİLGE, s.71; OMAĞ, s.149-157. TTK hükümleri bakımından aynı görüşte: YAZICIOĞLU, 2017, s.342.

46 RG.29.04.1926-359. Kanun'un yürürlükte bulunduğu son tarih olan 30.06.2012'deki metni için bkz. (https://www.mevzuat.gov.tr), Erişim T.31.01.2020.

47 RG.04.02.2011-27836. Kanun'un güncel metni için bkz. (https://www.mevzuat.gov.tr), Erişim T.31.01.2020.

48 Tartışmalar hakkında genel açıklamalar için bkz. BUZ Vedat, "Müteselsil Sorumluluktaki Rücu İlişkisinde Sigortacının Hukuki Konumu", **BATİDER**, C: 28, S: 3, 2012, s.5 vd.

Bahsi geçen "*dava hakkı*" ibaresinin ne şekilde yorumlanması gerektiği ile ilgili ileri sürülen görüşler, aşağıda mal ve sorumluluk sigortaları bakımından ayrı ayrı ele alınacaktır. Öğretideki görüşlerin yanı sıra yargı kararlarında nasıl bir tutumun sergilendiğine de ayrıca değinilecektir.

a. Mal Sigortaları Yönünden

Mal sigortalarında, İsviçre hukukunda ağırlıklı olarak kabul gören görüş uyarınca; sigortalının malvarlığında bir zararın meydana geldiği ve sigortacının bu zararı ödediği sigorta tazminatı ile giderdiği durumlarda, söz konusu zarardan sorumlu kişi ile sigortacının sorumluluğu, İsviçre Borçlar Kanunu (İsvBK)[49]/BK md.51'de öngörülen[50] ve öğretide "*eksik teselsül*" olarak adlandırılan müteselsil sorumluluk esası çerçevesinde olmaktadır[51]. Bu tabloda, zarar görene (yani sigortalıya) karşı dış ilişkide farklı sebeplerden ötürü müteselsil sorumlu bulunan kişiler arasındaki iç ilişkide, İsvBK/BK md.51/2'de öngörülen esaslara göre; kusura bağlı olarak gerçekleşen haksız fiil sorumluluğu, sözleşmesel sorumluluk ile kusursuz sorumluluk arasında bir derecelendirme öngörülerek, sözleşmesel sorumluluğu gündeme gelen kişinin haksız fiil sorumlusuna rücu talebi yöneltebileceği kabul edilmiştir[52]. Borçlar hukuku ekseninde durum bu olmakla beraber; sigortacının sigortalıya halefiyetinin öngörüldüğü 1908 tarihli İsviçre Sigorta Sözleşmeleri Kanunu (İsv.SSK)[53] md.72/1'de[54], sigortacının ancak sigortalının haksız fiil

---

49 *Obligationenrecht*. Kanun'un Almanca metni için bkz. (https://www.admin.ch/opc/de/ classified-compilation/19110009/201704010000/220.pdf), Erişim T.17.03.2020.

50 "*Muhtelif sebeplerin içtimaı halinde*" başlıklı BK md.51/1'e göre, "*Müteaddit kimseler muhtelif sebeplere (haksız muamele, akit, kanun) binaen mesul oldukları takdirde haklarında, birlikte bir zarar vukuuna sebebiyet veren kimseler hakkındaki hükümlere göre muamele olunur*".

51 Konu hakkında bkz. KILIÇOĞLU, 1974, s.396-397; NOMER, s.256.

52 "*Kaideten haksız bir fiili ile zarara sebebiyet vermiş olan kimse en evvel, tarafından hata vaki olmamış ve üzerine borç alınmamış olduğu halde kanunen mesul olan kimse en sonra, zaman ile mükellef olur*". Hükmün Almanca hali ise "*Dabei trägt in der Regel derjenige in erster Linie den Schaden, der ihn durch unerlaubte Handlung verschuldet hat, und in letzter Linie derjenige, der ohne eigene Schuld und ohne vertragliche Verpflichtung nach Gesetzesvorschrift haftbar ist.*" şeklindedir.

53 *Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag*. 02.04.1908 tarihinde kabul edilen Kanun, 01.01.1910 tarihinde yürürlük kazanmıştır. Kanun'un Almanca tam metni için bkz. (https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19080008/index.html), Erişim T.09.03.2020.

54 İsvSSK md.72/1 hükmünün orijinal metni şu şekildedir: "*Auf den Versicherer geht insoweit, als er Entschädigung geleistet hat, der Ersatzanspruch über, der dem Anspruchsberechtigten gegenüber Dritten aus unerlaubter Handlung zusteht*".

sorumlusuna karşı sahip olduğu tazminat talep hakkına halef olacağı öngörülmüştür[55]. Kaleme alınan bu hüküm dolayısıyla, İsviçre'deki sigorta hukuku ile borçlar hukuku mevzuatının birbiriyle uyum içerisinde bulunduğu kabul edilmektedir[56]. Sigortacının sigortalıya ait haklara halef olacağının gerek eTTK'da gerekse TTK'da İsv.SSK'da farklı bir şekilde öngörülmesi nedeniyle, eTTK hükmü ile BK md.51'de kabul edilen rücu hakkı arasında nasıl bir ilişki olduğu konusunda Türk hukukunda farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Ancak bu dönemde ağırlık kazanan yaklaşım; eTTK md.1301 ve md.1361 hükümlerinin, BK md.51/2'ye göre daha yeni tarihli ve özel hükümler olarak uygulama alanı bulacağı yönünde olmuştur[57].

Buna karşılık; eTTK'daki hükümler ile sigortacının BK uyarınca sahip olduğu rücu hakkının halefiyet ile güçlendirildiği ve böylece sigortacının BK'ya göre rücu talebini yönelteceği ve bunun yanında sigortalının haklarına halef olacağı da ileri sürülmüştür[58]. Bugünkü mevzuat çerçevesinde yazılan bazı eserlerde; TTK hükümleri ile ilgili bir açıklamaya yer verilmeksizin, sigortacının zarardan sorumlu diğer kişiler ile müteselsil sorumluluk rejimine tabi olacağı belirtilmekte ve rücu talebinin TBK md.62 uyarınca yönetilmesi gerekeceği ifade edilmektedir[59]. TTK ile TBK'daki hükümlerin bir arada göz önünde bulundurulduğu eserlerde ise farklı yönde değerlen-

---

55 İsviçre hukukundaki tartışmalar hakkında ayrıca bkz. TANDOĞAN, 1963, s.60-61; ARSEVEN, s.176-177; TEKİL, s.127; OMAĞ, s.59 dn.82; BUZ, s.17 vd.

56 Bu görüşte: KILIÇOĞLU, 1974, s.405 ve s.411-412. İsviçre hukukunda her iki hükmün birbiriyle uyumlu olacak şekilde yorumlanması konusunda bkz. BUZ, s.18.

57 eTTK'nın yeni tarihli Kanun olarak uygulama alanı bulacağı yönünde: TANDOĞAN, 1963, s.62. Yazar ayrıca sigortacıyı BK md.51 kapsamında değerlendirdiği daha eski tarihli eserindeki bu görüşü terk ettiğini açık bir ifadeyle ortaya koymuştur, bkz. TANDOĞAN, 1963, s.62 dn.80. Yazarın bahsi geçen eski görüşü için bkz. TANDOĞAN Halûk, **Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet)**, Vedat Kitapçılık, Ankara, 1961 (2010), s.389. eTTK'daki halefiyete ilişkin düzenlemelerin özel hüküm olarak BK md.51/2'nin uygulanmasını engelleyeceği yönünde: BOZER, s.214; OMAĞ, s.58 vd. Kılıçoğlu, eTTK'nın daha yeni tarihli olmasını ve sigortacının halefiyetini özel olarak düzenlemesini gerekçe göstererek bu sonuca varmaktadır, bkz. KILIÇOĞLU, 1974, s.411-412. Arseven de, İsviçre hukukundaki sınırlamanın eTTK bakımından bulunmadığını savunmaktadır, bkz. ARSEVEN, s.176. Buz, eserinde ağırlık kazanan görüşün bu olduğunu belirtmekte ve bu yönde verilen yargı kararlarının yanı sıra BK hükmünün dikkate alındığı münferit bir karar örneği sunmaktadır, bkz. BUZ, s.32-33. Anılan karar sorumluluk sigortalarına dair olduğundan karara aşağıda değinilecektir.

58 Görüş için bkz. NOMER, s.248 vd.

59 Bkz. EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 23. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s.842. Buz, eTTK/BK ile ilgili olarak, Türkiye'de kaleme alınan borçlar hukuku ile sigorta hukuku alanındaki eserler arasındaki farklılığa dikkat çekmektedir, bkz. BUZ, s.30-31.

dirmeler ile karşılaşmak mümkündür. İsviçreSSK'dakine göre daha farklı bir kural getiren eTTK md.1301'in yerini alan TTK md.1472'nin de aynı şekilde öncelikle uygulanmaya devam etmesi yönünde bir görüşe[60] karşılık, sigortacının üçüncü kişilere yönelteceği taleplerin TBK md.62'ye tabi olarak ileri sürülmesi gerekeceği de kabul edilmektedir[61].

b. Sorumluluk Sigortaları Yönünden

Sorumluluk sigortaları bağlamında; sigortacının meydana gelen zarardan sorumluluğu, bu zarara uğrayan (yani sigorta sözleşmesinin tarafı olmayan) kişiye karşı sigorta bedeli ile sınırlı olmak üzere doğmaktadır (TTK md.1473/1[62]). Sorumluluk sigortalarında halefiyetin düzenlendiği TTK md.1481'in madde gerekçesinde belirtildiği üzere[63]; hüküm uyarınca sigortacının sigortalının haklarına halef olması, sigortalının bir üçüncü kişiyle müteselsilen sorumlu olduğu durumlarda gündeme gelmektedir[64]. Bunun yanında, TTK md.1473/1'de sigortacının zarar görene sigorta tazminatı ödemekle yükümlü kılınması ve zarar görenin md.1478 uyarınca sigortacıya karşı doğrudan dava hakkına sahip olması[65]; sigortacının sigortalı (ve varsa bir diğer kişi) ile zarar görene karşı TBK md.61 çerçevesinde müteselsil sorumlu kabul edilip edilemeyeceğini gündeme taşımaktadır. Bu sigorta türünde rizikonun gerçekleşmesi, sigortalının zarar görene karşı malvarlığının pasifinde bir artışın meydana gelmesi anlamı taşıdığından; sigorta sözleşmesinin konusunu teşkil eden, sigortalının zarar gören üçüncü kişiye karşı olan sorumluluğunun yanında; sigortalının sorumluluğunu doğuran olgu, sigortacının sigorta sözleşmesi uyarınca aynı kişiye sigorta tazminatını ödeme yükümlülüğünü de doğurmaktadır.

---

60 BUZ, s.34 vd.

61 Bkz. ÜNAN, 2016b, s.230 vd.

62 "*Sigortacı sorumluluk sigortası ile, (...) zarar görene, sigorta sözleşmesinde öngörülen miktara kadar tazminat öder*".

63 "*(...) sorumluluk sigortalarında hiçbir şekilde halefiyetin olamayacağını söylemek de doğru değildir. Şöyle ki, özellikle müteselsil sorumluluk halinde, zarar görenin müteselsil sorumlulardan birinden veya bunun sigortacısından zararının tamamını alması halinde sigortacı sigortalısına halef olarak fazla ödediği miktar için diğer sorumlulara rücu edebilir*".

64 Konu hakkında bkz. OMAĞ, s.100-101; ÜNAN, 2016b, s.240; KENDER, s.375.

65 TTK md.1478/1'e göre, "[z]*arar gören, uğradığı zararın sigorta bedeline kadar olan kısmının tazminini, sigorta sözleşmesi için geçerli zamanaşımı süresi içinde kalmak şartıyla, doğrudan sigortacıdan isteyebilir*".

Bu durumda, sigortacı ile sigortalının TBK md.61 anlamında müteselsil sorumlu kabul edilip edilmeyeceği konusunu gündeme taşımaktadır. Böyle bir duruma örnek; 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu (KTK)[66] uyarınca trafik kazası neticesinde zarar görene karşı işletenin ve sürücünün müteselsil sorumlu olarak kabul edilmesidir. Sigortacının zarar görene karşı doğan sorumluluğu[67] da TBK md.61 kapsamında değerlendirildiği takdirde; sigortacı, işleten ve sürücü ile müteselsilen sorumlu kabul edilecektir. Öğretiye dönüldüğünde; sigortacının müteselsilen sorumlu bulunanlar arasında sayıldığına ilişkin görüşlere rastlanıldığı gibi[68], sigortacının müteselsil sorumluluğu gündeme gelen sigortalı ve diğer zarar sorumlusu ile "*yan yana*" değil, sigortalının "*arkasında*" yer aldığından bahseden görüşlere de rastlanılmaktadır[69]. Bu durumda sigortacının, sigortalının üçüncü kişiye karşı BK md.51/2 ve TBK md.62 uyarınca sahip olduğu rücu hakkına halef olduğu kabul edilebilecektir[70]. Böyle bir olasılıkta, sigortalının TBK çerçevesinde sahip olacağı rücu hakkı, TTK md.1481 anlamında üçüncü kişiye karşı sahip olunan "*dava hakkı*" olarak değerlendirilecek ve sigortacının halefiyetinin gerçekleşmesi sayesinde, bu rücu talebini sigortalı yerine sigortacı yöneltmiş olacaktır. Özetlemek gerekirse; sigortacının kusursuz sorumluya bir istem yöneltebilmesinin kabulü, borçlar hukuku çerçevesinde sigortalının kusursuz sorumluya rücu talebi yöneltebilmesine bağlı olarak kabul edilebilecektir.

---

66 RG.18.10.1983-18195. Kanun'un güncel metni için bkz. (https://www.mevzuat.gov.tr), Erişim T.31.01.2020.

67 Sorumluluk sigortalarında sigortacıya doğrudan dava hakkının tanınması TTK md.1478'de kabul edilmiş ve böylece bu kural tüm sorumluluk sigortaları bakımından genel bir nitelik kazanmıştır. Bunun öncesinde "*Doğrudan Doğruya Talep ve Dava Hakkı*" başlıklı KTK md.97'de "[z]*arar gören, zorunlu malî sorumluluk sigortasında öngörülen sınırlar içinde doğrudan doğruya sigortacıya karşı talepte bulunabileceği gibi dava da açabilir*" şeklinde bir hüküm yer almaktaydı. Ne var ki bu hüküm 26.04.2016'da yürürlük kazanan, 14.04.2016 tarihli ve 6704 sayılı Kanun'la (65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun [RG.26.04.2016,-29695]) ile değiştirilmiş ve davanın açılması öncesinde sigortacıya yazılı başvuruda bulunma yükümlülüğü öngörülmüştür.

68 Bkz. ACAR Faruk, "Zorunlu Mali Mesuliyet Sigortasında Hakim Kendiliğinden Sadece Sigorta Şirketini Tazminata Mahkum Edebilir mi?", **LHD**, C: 1, S: 6, 2003, s.1405.

69 ŞENOCAK Kemal, **Mesleki Sorumluluk Sigortası**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2000, s.41. Yazar, İsviçre öğretisinde savunulan görüşleri aktarmaktadır. Bu görüşlere göre, zarar görene sigortacıya doğrudan dava hakkının tanınması veya sorumluluk sigortasının zorunlu olması dahi durumu değiştirmemektedir. Benzer görüşte: YEŞİLOVA ARAS Ecehan, **Sorumluluk Sigortalarında Zarar Görenin Doğrudan Dava Hakkı (TTK m. 1478)**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s.83-91; KENDER, s.227.

70 Sigortacının sigortalıya halef sıfatıyla rücu talebi yöneltebileceği gibi kendisinin de BK md.51 hükmüne dayanabileceği yönünde bkz. ACAR S., s.1544-1545.

c. Yargı Kararlarında Ortaya Konulan Yaklaşım

Öğretide ileri sürülen görüşler bir kenara bırakılırsa gerek eTTK gerekse de TTK döneminde ortaya çıkan sigortacının halefiyetine ilişkin uyuşmazlıklarda verilen yargı kararlarında, BK ve TBK'nın ilgili hükümlerinin dikkate alındığını söylemek güçtür. Bunun yanında, mal sigortası sözleşmesinin tarafı olan sigortacı tarafından kusursuz sorumlu kişiye yöneltilen bazı istemlerin Yargıtay tarafından kabul edildiğine de rastlanılmaktadır[71]. Sorumluluk sigortaları bakımından ise; özellikle de trafik sigortası[72] sözleşmesinin tarafı sigortacının da dahil olduğu uyuşmazlıklarda, sigortacının müteselsil sorumlular arasında yer aldığına yönelik ifadelerin kullanıldığına rastlamak mümkündür[73]. Ne var ki, sigortacının üçüncü kişilere yönelttiği rücu taleplerinde BK md.51/2-TBK md.61'e göre herhangi bir değerlendirme yapılmamaktadır[74]. Buna istisna olarak, noterin sorumluluğu dolayısıyla zarar görene tazminat ödeme yükümlülüğü altına giren sigortacının Hazine'ye açtığı dava

---

[71] TBK md.69 uyarınca kusursuz sorumluluğu bulunan yapı malikine sigortacı tarafından yöneltilen rücu davaları hakkında bkz. ARAL ELDELEKLİOĞLU, s.985 vd. eTTK/BK döneminde kusursuz sorumluya yöneltilen benzer taleplerin kabul edildiği Yargıtay kararlarına örnekler için bkz. BUZ, s.33

[72] Uygulamada "trafik sigortası" olarak bilinen bu sigorta esasen Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası olarak adlandırılır. KTK md.85/1'de öngörülen sorumluluğun teminatı olarak, anılan hükümde sorumluluğu öngörülen işleten tarafından sigortanın yaptırılması zorunludur (KTK md.91). Bahsi geçen sigorta hakkında Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları yayımlanmıştır. Genel Şartlar'ın güncel metni için bkz. (https://www.tsb.org.tr/karayollari-motorlu-araclar-zorunlu-mali-sorumluluk-sigortasi-genel-sartlari.aspx?pageID=1080), Erişim T.16.03.2020.

[73] "*BK'nın 50, 51. maddesi ve müteselsil sorumluluk esaslarına göre, kusurlu oldukları belirlenen zarar sorumluları zararın tamamından sorumlu olması gerekir. Diğer yandan, davalı işletenin, 2918 sayılı KTK.nun 86. maddesi, dava dışı zorunlu mali sorumluluk sigortası aynı yasanın 91. maddesi, davalı sürücüsü BK'nın 41 ve devamı maddeleri uyarınca zarardan müteselsilen sorumludurlar*". (Y17.HD. E.2014/11623, K.2014/10115, T.26.06.2014, (LİBB), Erişim T.27.01.2020). Bu yönde verilmiş bir istinaf kararının değerlendirilmesi için ayrıca bkz. ÜNAN Samim, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku**, **Cilt V**, **Yargı Kararları**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s.405 vd.

[74] Buna istisna olarak 2006 yılında verilmiş bir karar örnek verilebilir. Karara konu uyuşmazlıkta sigortacı, kasko sigortası uyarınca ödediği tazminat dolayısıyla eTTK md.1301'e dayanarak aracın malikine ve sürücüsüne rücu talebi yöneltmiştir. Kararda "*(...) halefiyete dayalı olarak açılan bu davada davacı, aynen zarar gören sigortalının hakları ile donatılmış olarak müteselsil sorumlulardan birine veya tümüne yönelerek ödediği tazminatı talep etme hakkı bulunmaktadır. BK.nun 51/2 maddesi zarar sorumluları arasındaki sırayı düzenlemiş olup, davacı sigorta şirketi bu sorumlulardan biri olmayıp, halefiyet hükümlerine göre zarar gören yerine geçmiştir. O halde mahkemece işin esasına girilerek bir karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir*" denilmiştir (Y11.HD. E.2005/4359, K.2006/4127, T.17.04.2006, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (KİBB), Erişim T.17.03.2020). Bu ifadelerin yer verildiği diğer eser için bkz. BUZ, s.33.

ile ilgili verilen bir karar gösterilmektedir: 2004 yılında verdiği kararda Yargıtay 11.HD., kusursuz sorumlu Hazine'ye yöneltilen talebi BK md.51/2'yi gerekçe göstererek reddetmiştir[75]. Daha yakın tarihli bir kararda ise Yargıtay 17.HD., kasko sigortası uyarınca yapılan ödeme sonucu halef sıfatını kazanan sigortacının kusuru bulunmayan karşı sürücüye karşı açtığı davanın kusursuz sorumluluk esasına göre kabul edilmesi gerektiğine hükmetmiştir[76].

Görüldüğü üzere; özel hukuk alanında kusursuz sorumlu kişinin sigortacı tarafından yöneltilecek rücu istemi ile karşılaşma olasılığı öğreti ve uygulama tarafından ağırlıklı olarak kabul edilmektedir. Her ne kadar TBK md.62'nin işleyiş şeklinin de buna izin verdiği kabul edilebilirse de, kusursuz sorumluya yöneltilecek olan rücu taleplerinin mahkeme tarafından kabul edilme olasılığını düşüren bu hükmün yargı organlarınca dikkate alınmadığı ve Türk hukukunda eTTK'da ve TTK'da düzenlenen halefiyet hükümlerinin doğrudan uygulanması şeklinde bir yaklaşımın geliştiği sonucuna varılabilir.

III. İDARİ FAALİYETLERDEN KAYNAKLANAN ZARARLAR NEDENİYLE SİGORTACININ HALEFİYETE DAYALI OLARAK TALEPTE BULUNMASI

Adli ve idari yargı düzenlerinin ayrıldığı hukuk sistemlerinde idari yargının görev alanının belirlenmesi meselesi, çözümlenmesi gereken "*önemli bir sorun*" olarak görülmektedir[77]. Bu bakımdan idari yargının görev alanı meselesi irdelenirken; bu konuda "*pozitif hukukta açık bir kuralın yer alıp*

---

[75] Y11.HD. E.2003/13105, K.2004/7164, T.28.06.2004, (LİBB), Erişim T.27.01.2020. Kararın, Yargıtay içtihatlarında BK'daki hükmün uygulandığı "*münferit*" bir örnek olarak kaldığı yönünde: BUZ, s.33. Bunun yanında; karar eTTK döneminde verildiğinden, kararda sigortacı ile Hazine'nin sigortalıya karşı müteselsil sorumlu olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır. Zira somut olayda zarar görenin sigortacıya doğrudan dava açmış olduğu bir uyuşmazlıktan bahsedilememektedir.

[76] "*Somut olayda kazanın meydana gelişinde lastik patlaması şeklinde ortaya çıkan teknik arızanın %100 oranında etkili olduğu, bu nedenle sürücülere kusur yüklenemeyeceği bilirkişi raporunda ve mahkemenin karar gerekçesinde belirtilmiş ise de; davalı Muharrem sürücü olması yanında, getirilen trafik kaydına göre de, aracın kayden malikidir. Buna göre, maliki ve işleten sıfatıyla kusursuz sorumlu olup, aracın verdiği zarardan sorumlu tutulması gerekirken, mahkemece yazılı olduğu şekilde davanın reddine karar verilmesi doğru değildir*". Y17.HD. E.2007/1328, K.2007/1673, T.15.05.2007, (LİBB), Erişim T.27.01.2020. Kasko sigortacısının halefiyete dayalı açtığı davada davalının sigortalıya karşı kusursuz sorumluluğunun bulunmadığından bahisle red kararı verilmesi gerektiği yönünde: Y17HD. E.2007/455, K.2007/745, T.08.03.2007, (LİBB), Erişim T.27.01.2020.

[77] TAN Turgut, **İdare Hukuku**, 7.Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s.717.

almadığı" ve bu yargı koluna dair "*anayasal dayanağın*" bulunup bulunmadığı hususları birlikte ele alınmaktadır[78]. 1982 Anayasası'nın (AY) 36. maddesi uyarınca "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz*". Keza, AY md.125/1'e göre, "*idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır*". Aynı şekilde AY md.125/son hükmü uyarınca, "*idare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür*". Bunun yanında Anayasa Mahkemesi'nin belirttiği üzere, "*idari yargıda içtihatlarla oluşturulan hizmet kusuru ve kusursuz sorumluluk ilkeleri ile kişilerin idare karşısında korunma kapsamı özel hukuka nazaran daha geniş tutulmuştur. Bu çerçevede, idare hukukunda, idarenin hiçbir kusuru olmasa da sosyal risk ve fedakârlığın denkleştirilmesi gibi kusursuz sorumluluğa ilişkin kavramlara dayanılarak kişilerin uğradığı zararların tazmin edilebilmesi mümkün kılınmıştır*[79]". Bu çerçevede "*hizmet kusuru veya başka nedenle idarenin sorumluluğu bulunup bulunmadığının saptanması idare hukuku ilkelerine göre yapılabileceğinden, 2577 sayılı Yasa'nın 2/1-b maddesi kapsamında bulunan tam yargı davasının görüm ve çözümünde idarî yargı yerlerinin görevli olduğu açıktır*[80]". Bu bağlamda AY md.2, md.125 ve md.155 hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, genel olarak; "*idari ve adli yargıda görev konusunun yasakoyucuya bırakılmadığı, bu nedenle idari yargının görev alanına giren uyuşmazlıkların çözümünü adli yargıya bırakan kural[ların]*[81]" hukuka aykırı olduğu ifade edilecektir. Genel kural bu şekilde ifade edildikten sonra[82], bu kuralın sigortacı tarafından halefiyete dayalı olarak idareye dava açıldığı hallerde ne şekilde uygulanacağının açıklanması gerekmektedir.

Bu kapsamda, yukarıdaki açıklamalar da göz önüne alındığında; idari makamların pozitif hukukta kendisine verilen görevleri yerine getirirken idare işlevi kapsamında tesis ettikleri eylem ve işlemlerden kaynaklanan

---

78 GÜNDAY Metin, "İdari Yargının Görev Alanın Anayasal Dayanakları", **Anayasa Yargısı Dergisi**, C: 14, 1997, s.348.

79 AYM. E.2014/94, K.2014/160, T.22.10.2014, RG.04.03.2015-29285.

80 UM. E.2012/31, K.2012/33, T.06.02.2012, (LİBB), Erişim T.27.01.2020.

81 AYM. E.2011/35, K.2012/23, T.16.02.2012, RG.19.05.2012-28297.

82 Burada "*genel kural*" olarak vurgu yapılmasının sebebi, normalde idari yargının görev alanına girdiği halde adli yargının görevli sayılmasına ilişkin kanunların bulunmasıdır. Bu örnekler için bkz. KAPLAN, Gürsel, **İdari Yargılama Hukukuna Giriş**, Ekin Yayınevi, Bursa, 2018, s.50 vd.

uyuşmazlıkların idari yargının görev alanı içerisinde olduğu ifade edilebilecektir[83]. Bu çerçevede, idari faaliyetlerin yerine getirilmesinde hukuki araçlardan olan idari işlem veya eylemden kaynaklanan zararlar bakımından sigorta şirketinin sigortalıya sigorta tazminatını ödemesini müteakip dava açabilmesi söz konusu olabilecektir. Nitekim İYUK md.2'de yer aldığı üzere tam yargı davaları idari işlem veya eylemler neticesinde kişinin hakkının muhtel olmasına bağlı olarak ortaya çıkan zararın[84] giderilmesi maksadıyla açılmaktadır. Dolayısıyla idari yargı düzeninde bu davalarda hak ihlalinden ileri gelen zararların giderilmesine yönelik bir talebin varlığının mümkün olacağının kabulü gerekmektedir[85]. Bu durum mantıksal olarak şu şekilde formüle edilebilir: nasıl ki, idarenin işlem veya eylemi neticesinde sigortalının hakkının muhtel olmasına bağlı olarak tam yargı davası açılabilmesi mümkün ise (p); sigorta şirketinin de tazmin ettiği bedel nispetinde bu davayı açabilmesinin (q) mümkün olduğunun kabulü gerekecektir ($p \Rightarrow q$). O halde, şu soruların sorulması gerekmektedir: İdari eylem veya işlem neticesinde hakkı muhtel olan ve zarara uğrayan bir kişinin açtığı davalar -kanunda aksi yönde hüküm yoksa- idari yargıda görülebiliyorsa[86]; sigorta şirketinin açacağı davalar da idari yargı da mı açılmalıdır, yoksa bu davalar bakımından görevli yargı düzeni adli yargı olabilir mi? Yahut sigorta şirketi tarafından ödenen tazminat gözetildiğinde; söz konusu dava özel hukuk hükümlerine tabi bir "*alacak davası*" niteliğinde görülerek incelenebilir mi? Çalışmanın devamında bu problemlere yanıt aranacak olup, çalışma metodolojisi açısından bu soruların yanıtlanmasında önemli bir yer teşkil eden "*idarenin sorumluluğu*" kavramına öncelikle değinmekte fayda görüyoruz.

---

83 YILDIRIM Turan, "İdari Yargı", **İdare Hukuku,** YILDIRIM, Turan (Ed.), 7. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s.642. İdare işlevi kavramının tanımı için bkz. DURAN, Lütfi, **İdare Hukuku Ders Notları**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, s.1982, s.10; ÖZAY, İl Han, **Günışığında Yönetim**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s.416-417.

84 Bu anlamda zararın varlığı bakımından her şeyden önce bir malvarlığı ya da şahıs varlığı değerinin bulunması gerekmektedir. SARSIKOĞLU Şenel, "İdarenin Mali Sorumluluğu Açısından Zarar Kavramı", **AÜHFD**, C: 65, S: 4, 2016, s.2394.

85 AYANOĞLU Taner, "Yargısal Korunma İşlevi Bakımından Tam Yargı Davasının Niteliği", **Danıştay ve İdari Yargı Günü 135. Yıl Danıştay Sempozyumu**, Danıştay Yayınları, Ankara, 2003, s.69.

86 KARAHANOĞULLARI Onur, İdari Yargı İdarenin Hukuka Zorlanması (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme), Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s.121.

1. Ortaya Konulan Problemlerin İdarenin Sorumluluğu Kavramı Üzerinden Okunması

Fransız hukukunda Conseil d'État'ın 1855 yılında vermiş olduğu *Rothschild* kararı[87] ve Tribunal des Conflits'in 1873 yılında vermiş olduğu *Blanco* kararından[88] sonra idarenin yürüttüğü kamusal faaliyetlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından sorumlu olduğu düşüncesi yerleşmeye başlamıştır[89]. Buna koşut biçimde Türk hukukunda da 1924 Anayasası'nda idari dava ve uyuşmazlıkların çözümünde Devlet Şûrasının görevli olduğu ifade edilerek[90], idarenin sorumluluğu düşüncesinin hukuk sistemine girmesi söz konu olmuştur[91]. Bu çerçevede hukuk devleti ilkesi bağlamında, bütün idari faaliyetlerin yargısal denetime tabi tutulması ve doğan zararların tazmin edilmesi esası benimsenmiştir[92]. Bu anlamda Erkut'un vurguladığı üzere; hukuk devleti kavramı esasen, "*kamu kudretinin her türlü tasarrufunda hukukla bağlı olarak, adil davranma yükümü altında olduğu ve yargısal denetimin mekanizmalarının kamu kudretinde ortaya çıkabilecek sapmaları hukuk düzeninden kaldırabilme güç ve etkinliğiyle donatıldığı*" bir yapıyı ifade etmektedir[93]. Dolayısıyla yargı denetimi unsurunun hukuk devleti ilkesinin diğer öğelerinin güvencesini teşkil eden "*temel öğe*" olduğu söylenebilecektir[94]. Bu kapsamda idarenin sorumluluğu kavramının idari yargı bakımından önemli bir yer teşkil ettiği ifade edilebilecektir[95]. Bununla birlikte idari ve

---

87 CE. 6 décembre 1855, Rotschild, Recueil des décisions du Conseil d'État, s.707. Ayrıca bkz. ÖZAY, s.802.

88 TC. 8 février 1873, Blanco, aktaran; LONG Marceau/WEIL Prosper/BRAIBANT Guy vd., **Les grands ârrets de la jurisprudence administrative**, 20. Baskı, Dalloz, Paris, 2015, s.2.

89 YENİCE Kazım/ESİN Yüksel, **Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu İdari Yargılama Usulü**, Arısan Matbaacılık, Ankara, 1983, s.80. Bu anlamda "*idarenin kamu hukuku sorumluluğu (idarenin idari sorumluluğu)*" kavramı, Gözler'in deyimiyle "*özel hukukun yanında aynı zamanda adli yargı karşısında da özerkliğini ilan etmiştir*". GÖZLER Kemal, **İdare Hukuku C: II**, 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019, s.1063.

90 1924 AY md.51 "*İdarî dava ve ihtilâfları rüyet ve hal, Hükûmetçe ihzar ve tevdî olunacak kanun layihaları ve imtiyaz mukavele ve şartnameleri üzerine beyanı mütalâa, gerek kendi kanunu mahsusu ve gerek kavanini saire ile muayyen vezaifi ifa etmek üzere bir Şûrayı Devletin rüesa ve âzası vazaifi mühimmede bulunmuş ilim, ihtisas ve tecrübeleri ile mütemeyyiz zevat meyanından Büyük Millet Meclisince intihab olunur*". Bkz. GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, **Açıklamalı Türk Anayasaları**, 9. Basım, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s.64.

91 YENİCE/ESİN, s.82.

92 AYAYDIN Cem, **İdare Hukukuna Giriş (I)**, Yenilik Basımevi, İstanbul, 2008, s.57.

93 ERKUT Celal, **Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı**, Yenilik Basımevi, İstanbul, 2004, s.18.

94 BİLGEN Pertev, **İdare Hukuku Dersleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1999, s.19.

95 YAŞAR H. Nuri, "İdarenin Sorumluluğu Üzerine Düşünceler", **İÜHFM**, C: 66, S: 1, 2008, s.201.

medeni sorumluluğun ortak yönü; "*mali sorumluluk yani tazmin sorumluluğunun varlığı*" olarak ifade edilebilir[96]. Ancak, söz konusu ortak yönün (=*tazmin sorumluluğu*) bulunması, idari sorumluluğun varlığından kaynaklanan uyuşmazlıkların özel hukuk hükümlerine tabi olduğunu (=*bu anlamda sigortacının halefiyete dayalı taleplerinin mutlak biçimde alacak davası olarak yorumlanmasını*) göstermemektedir[97]. Özellikle idari sorumluluk kavramının tarihsel gelişimi bakımından idari yargı ile bir bağ kurulduğu ve bunun da halen geçerli olduğu gözetildiğinde[98]; söz konusu problemlerin idare hukuku kuralları çerçevesinde ele alınması gerektiği açıktır. Bu anlamda idarenin pozitif hukuk kurallarıyla kendisine verilen görevleri icra ederken ortaya çıkan zararların sigorta şirketleri tarafından sigortalılara ödenmesi halinde, sigorta şirketlerinin halefiyete dayalı olarak taleplerinin ne şekilde değerlendirileceğinin ve tabi olacağı esasların ne olduğunun yukarıda ortaya konulan problemler çerçevesinde irdelenmesi gerekmektedir.

2. Sigorta Şirketinin Halefiyete Dayalı Olarak Açacağı Davalar Bakımından Görevli Yargı Düzeninin Belirlenmesi: Yenilenen Problematik

Sigortalının malvarlığında meydana gelen zarar dolayısıyla idareye karşı bir tazminat talep hakkının bulunması durumda, zararı tazmin eden ve sigortalıya kanunen halef olan sigortacının söz konusu talebi yöneltebileceği, yargı mercii tarafından kabul edilmektedir[99]. Bu durumda sigortacı, halefiyet yoluyla sigortalının yerine geçtiğinden; tazminat istemi de sigortalı ile TTK md.1472 ve md.1481'deki anlamıyla zarardan sorumlu üçüncü kişi konumunda bulunan idare arasındaki hukuki ilişki hakkındaki kurallara tabi olarak ileri sürülecektir[100]. Bu nedenle; görevli yargı yolunun yanı sıra uyuşmazlık hakkında uygulanacak maddi hukuk kuralları da sigortalı ile idare arasındaki hukuki ilişkiye göre belirlenecektir[101]. Böylece idare hukuku ku-

---

96 YAŞAR, H. Nuri, **İdare Hukuku**, 2. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2014, s.429.

97 Esasen böyle bir yaklaşımın doktrinde Ozansoy'un deyimiyle "*idarenin sorumluluğu olgusunda bir erozyon yaratacağı*" da ifade edilebilecektir. Bkz. OZANSOY Cüneyt, "Türkiye İdaresinin Sorumluluğunda Kamu Hukuku Erozyonu", **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi Birinci Kitap: İdari Yargı**, Danıştay Yayınları, Ankara, 1990, s.74.

98 GÖZLER, s.1063.

99 Karar örnekleri için bkz. ULAŞ, s.716-717.

100 Bu konuda bkz. BOZER, s.215-216; ULAŞ, s.237 vd.; ÜNAN, 2016b, s.251 vd.

101 Söz gelimi; TTK md.1301 uyarınca sigortacının sigortalıya halef sıfatıyla idareye karşı açtığı tam yargı davasını inceleyen Danıştay, İdari Yargılama Usulü Kanunu md.13'te öngörülen

ralları çerçevesinde sigortacı tarafından idarenin sorumluluğuna dayalı bir dava açılması durumunda, bu davanın idarenin sorumluluğunun tabi olacağı yargı düzeninde açılması gerekecektir. Bir diğer deyişle; TTK hükümleri uyarınca sigortacı "*hukuken* [*sigortalının*] *yerine geç*[*tiğinden*]", açacağı dava da sigortalının sigorta tazminatını elde edemediği bir kurguda kendisi tarafından yöneltilecek davadaki esaslara bağlı kalacaktır[102].

Bu doğrultuda halefiyet ilkesi gereği sigortacının ödediği tazminat kapsamında sigortalının haklarına halef olduğu durumlar bakımından "*tam yargı davasına konu olabilecek bir alacağın icra takibine konu edilebileceğinin kabulü halinde tam yargı davasına konu olabilecek her türlü alacağın itirazın iptali yolu ile adli yargı önüne taşınacağı, bu nedenle adli yargıda dava edilmesi mümkün olmayan bir alacağın icra takibine de konu edilemeyeceğinin*[103]" kabulü gerekmektedir. Benzer biçimde Danıştay'ın bir kararında, Gezende Barajının kapaklarının açılması sonucunda, davacı sigorta şirketi tarafından sigortalanan Silifke (Mersin) Atık Su Arıtma Tesisi inşaatının su altında kalması nedeniyle oluşan zarar bakımından idarenin hizmet kusuru bulunduğundan bahisle idari yargının görevli olduğuna karar verilmiştir[104]. Danıştay'ın başka bir kararında ise, "*idarece özel bir şirketle yapılan Taşeron İşlerine Ait Anlaşma hükümleri gereğince yol genişletme ve iyileştirme çalışmaları sırasında işi üstlenen firmanın 28.4.1998 tarihinde gerçekleştirdiği patlamalar nedeniyle yol güzergahında bulunan ve davacı sigorta şirketinin sigortaladığı (...) adlı turistik tesisin zarara uğradığı (...) davanın bir rücu davası olmadığı hususu da dikkate alındığında idare mahkemesince davanın görüm ve çözümü gerekirken zararın haksız fiilden kaynaklandığından bahisle görev yönünden reddine karar verilmesinde hukuka uyarlık bulunma[dığı]*[105]" ifade edilmiştir.

---

sürede açılmayan davanın zamanaşımına uğradığından bahisle verilen ret kararını onanmıştır (D10D. E.2008/3523, K.2009/8121, T.18.09.2009, LİBB, Erişim T.27.01.2020). İYUK md.11'e uyulmaması nedeniyle verilen benzer karar için bkz. D6D. E.2007/3504, K.2009/6162, T.26.05.2009, LİBB, Erişim T.27.01.2020).

102 Doktrinde Kender, TTK md.1472 bağlamında bu hususu "*(...) hakta hiçbir değişiklik olmaz, yalnız sahibi değişir*" ifadeleriyle belirtmektedir. Bkz. KENDER, s.374. Ayrıca yazar, zarardan sorumlu kişinin sigorta ettirene ödeyeceği miktar ne ise sigortacıya karşı da (sigortacının ödediği miktarla sınır olarak) aynı şekilde sorumlu olacağını belirtmektedir. Bkz. KENDER, s.380.

103 Y17.HD. E.2015/17506, K.2015/14851, T.23.12.2015, (LİBB), Erişim T.27.01.2020.

104 D10.D. E.2008/3523, K.2009/8121, T.18.09.2009, Danıştay Dergisi, Sayı: 123, s.363.

105 D10.D. E.2002/7475, K.2003/5193, T.16.12.2003, (LİBB), Erişim T.27.01.2020.

Uyuşmazlık Mahkemesi ("UM") kararlarına bakıldığında ise, özellikle idarenin yerine getirdiği bayındırlık hizmetleri nedeniyle ortaya çıkan zarara bağlı olarak[106], sigorta şirketinin ödediği tazminat kapsamında idareye rücu edebileceği; bunun da idari yargı yerinde çözümlenmesi gerektiği sonucuna varıldığı görülmektedir[107]. Örneğin UM'nin vermiş olduğu bir kararda, Samsun Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü'ne (SASKİ) "*asfalt zemin altından geçen temiz su borusunun patlaması nedeniyle, davacı sigorta şirketinin hasar ve işyeri sigortası kapsamında sigortalısı olan kişiye ait işyerinde oluşan zarar*" nedeniyle açılan davada idari yargının görevli olduğu sonucuna varılmıştır[108]. Keza, UM'nin başka bir kararında, "*Arifiye İstasyon bölgesinde yapılan TCDD çalışmaları esnasında ray devre sistemlerinde meydana gelen hasarlar sebebiyle sigorta şirketinin ödediği bedel kapsamında idareye rücu etmesi*[109]" hususunda idari yargının görevli olduğuna karar verilmiştir.

UM'nin "*karayolunun demiryoluyla kesiştiği hemzemin geçitte meydana gelen kaza*" sonucunda oluşan zararın tazmini bakımından vermiş olduğu kararda; "*sigortalı aracın uğradığı hasarı ödeyen sigorta şirketi tarafından, hizmet kusuru esasına dayanılarak ve zararın idarece giderilmesi istemiyle açılan tam yargı davasının görüm ve çözümünde idari yargı yerleri görevli olduğu(na)*" hükmedilmiştir[110]. Yine, "*kasko sigortalı aracın, yol şerit çizgisi olmaması nedeniyle bir başka araçla çarpıştığı*" bir başka olayda UM, "*sigortalı aracın uğradığı hasarı ödeyen sigorta şirketi tarafından, hizmet kusuru esasına dayanılarak ve zararın kusur ve sorumluluk oranına göre idarece giderilmesi istemiyle açılan tam yargı davasının görüm ve çözümünde idari yargı yerleri görevli olduğu(na)*[111]" karar vermiştir. Ancak, KTK'nın 110. maddesinde yapı-

---

[106] İdarenin bayındırlık çalışmaları dolayısıyla yararlananlara verilen zararlar bakımından sorumluluğu hakkında bkz. DELCROS Xavier/DELCROS Bertrand, "Fransız Hukuk Sisteminde İdari Sorumluluk Rejimi", **Fransa ve İngiltere'de İdarenin Sorumluluğu** (çev. CANDAN Turgut), Danıştay Yayınları, Ankara, 1984, s.52 vd.

[107] Benzer yönde bir Yargıtay kararında, "*davacıya kasko sigortalı aracın yol içinde bulunan dubalara çarpması ve bunun etkisiyle direksiyon hakimiyetini kaybederek savrulması sonucu bankete düşerek ön kısımlarıyla Hyundai Plaza'ya ait istinat duvarına daha sonra arka kısımlarıyla menfez duvarına ve ön kısmıyla orta refüj bariyetlerine çarparak hasarlanması sebebiyle, gerekli önlemleri almayan Karayolları Genel Müdürlüğü aleyhine hizmet kusuruna dayanılarak dava açıldığından, mahkemece, adli yargının yargı yolu bakımından görevsiz bulunması nedeniyle dava dilekçesinin reddine kararı verilmesi gerek(tiği)"* ifade edilmiştir. Y17.HD. E.2014/23294, K.2014/19456, T.25.12.2014, (LİBB), Erişim T.27.01.2020.

[108] UM. E.2012/433, K.2013/484, T.08.04.2013, (LİBB), Erişim T.27.01.2020.

[109] UM. E.2019/447, K.2019/672, T.21.10.2019, RG.09.11.2019-30943.

[110] UM. E.2008/86, K.2009/11, T.02.02.2009, RG.24.07.2009-27298.

[111] UM. E.2003/50, K.2003/76, T.17.11.2003, RG.05.01.2004-25337.

lan değişiklik[112] sonrasında[113], idarenin karayollarının bakım ve onarımı kapsamında ihmalinden veya hizmetin kötü işlemesinden kaynaklanan zararların tazmini bakımından adli yargı yerlerinin görevli olduğuna hükmedilmektedir[114]. Nitekim UM'nin, "*kasko sigorta poliçesi ile sigorta edilen aracın sinyalizasyon ışıkları geçişte seyir halinde iken, yol içerisinde herhangi bir işaretleme olmadığından yoldaki orta refüje çarparak hasarlandığı*[115]", "*sigortalı bulunan aracın belediyenin sorumluluğundaki yağmursuyu bacasına tekerle-*

---

[112] 6099 sayılı Tebligat Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (RG.19.01.2011-27820) ile değişen hükümde "[*i*]*şleteni veya sahibi Devlet ve diğer kamu kuruluşları olan araçların sebebiyet verdiği zararlara ilişkin olanları dâhil, bu Kanundan doğan sorumluluk davaları, adli yargıda görülür. Zarar görenin kamu görevlisi olması, bu fıkra hükmünün uygulanmasını önlemez*" denilmektedir (KTK md.110/1 c.1 ve 2).

[113] KTK md.110'daki değişiklik öncesinde idare aleyhine açılan tam yargı davasının idari yargıda açılması gerekeceği yönündeki bir karar örneği için bkz. UM. E.2003/50, K.2003/76, T.17.11.2003, RG.05.01.2004-25337. Esasen KTK md.110 hükmünde yapılan değişiklik sonrasında "*yol kusurundan veya işaretleme eksikliğinden kaynaklanan trafik kazaları bakımından idareye karşı açılacak davalar*" yine idari yargının görev alanına girmekteyse de UM kararları genel olarak aksi yöndedir. Bu konuda bkz. GÖZLER, s.1056 vd.

[114] Bir motorlu aracın işletilmesinin neden olduğu zararlardan doğan sorumluluğun kabul edildiği KTK md.85/1 hükmü, "[*g*]*enel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelere, il özel idarelerine ve belediyelere, kamu iktisadi teşebbüslerine ve kamu kuruluşlarına ait motorlu araçların sebep oldukları zararlar*" bakımından da uygulama alanı bulmaktadır (KTK md.106/1 c.1). KTK md.110'a göre adli yargıda görülmesi gereken davaların, md.106'de sayılan idare hakkında da uygulama alanı bulan md.85 çerçevesinde açılanlardan ibaret olup olmayacağı noktasında farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Diğer bir deyişle; md.85'e dayalı olmayarak idare aleyhinde açılan davaların idari yargıda mı yoksa md.110'e göre adli yargıda mı görüleceği konusunda belirsizlik yaşanmıştır. AYM, 2011 ve 2012 yıllarında verdiği iki kararda; iki idare mahkemesinin ayrı ayrı yönelttiği KTK md.110'nun iptaline yönelik talebi "*İtiraz başvurusunda bulunan mahkeme idare mahkemesi olup davaya bakmakta görevli ve yetkili mahkeme değildir. Başvurunun Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle reddi gerekir*" gerekçesiyle usulen reddetmiştir (AYM. E.2011/124, K.2011/160, T.08.12.2011, AYM İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.20.03.2020; AYM. E.2012/118, K.2012/170, T.08.11.2012, AYM İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.20.03.2020). Takip eden süreçte AYM, aynı hükmün iptaline yönelik iki asliye hukuk mahkemesi tarafından açılan iptal davasında "*(...) idari yargının denetimine bağlı olması gereken idari bir uyuşmazlığın çözümü, haklı neden ve kamu yararının bulunması halinde kanun koyucu tarafından adli yargıya bırakılabilir*" diyerek iptal talebini tekrar reddetmiştir (AYM. E.2013/68, K.2013/165, T.26.12.2013, RG.27.03.2014-28954). Bu kararı da dikkate alan UM, KTK md.110'un hizmet kusuruna dayalı idare aleyhine açılacak davaları da kapsayacak nitelikte olduğundan bahisle KTK kapsamına giren tüm davaların adli yargıda görülmesi gerektiğine kanaat getirmektedir (Yakın geçmişte verilmiş karar UM kararı örnekleri için bkz. UM. E.2019/67, K.2019/134, T.25.02.2019, (LİBB), Erişim T.27.01.2020; UM. E.2019/391, K.2019/490, T.08.07.2019, (LİBB), Erişim T.27.01.2020; UM. E.2019/441, K.2019/496, T.08.07.2019, LİBB, Erişim T.27.01.2020; UM. E.2019/617, K.2019/620, T.30.09.2019, LİBB, Erişim T.27.01.2020. AYM'nin anılan iki kararına atıfta bulunulmadan, yalnızca KTK md.110'un dikkate alındığı aynı yöndeki UM kararı için ayrıca bkz. UM. E.2011/112, K.2011/264, T.19.12.2011, (LİBB), Erişim T.27.01.2020).

[115] UM. E.2016/127, K.2016/170, T.14.03.2016, RG.01.04.2016-29671 (Mükerrer).

ğinin girmesi sonucunda hasarlandığı[116]", "*sigortalı aracın köprü üzerinde yolun yüzeyinin buzlu ve kaygan olması sebebiyle, önündeki kazayı görerek duran araçlara çarpmak suretiyle yaralamalı ve maddi hasarlı kazaya karıştığı*[117]", "*kasko sigortalı aracın, yapılan yol çalışmasına ait yetersiz işaretlemelerin bulunması ve yol üzerinde bidondan düşen taşlar nedeniyle maddi hasara maruz kaldığı*[118]", "*kasko sigortalı aracın, rögar kapağını yoldan fırlaması sonucu kapağın bulunduğu çukura düşerek hasara maruz kaldığı*[119]", "*sigortalı aracın yol üzerinde bulunan kaya parçasına alt kısımlarının çarptığı ve takla atan aracın hasara uğradığı*[120]", "*Ayasofya Müzesi'nin çıkış kapısına 5-10 metre kala seyir halindeyken, müzenin duvar tarafındaki ağacın 40-50 cm çapındaki dallarından bir tanesinin çürümenin etkisiyle orta kısmından kırılarak aracın ön kısmına devrilmesi neticesinde hasara uğradığı*[121]" durumlarda, sigorta şirketinin ödediği tazminat çerçevesinde halef sıfatıyla açtığı davalar bakımından vermiş olduğu kararlarda KTK md.110 kapsamında adli yargının görevli olduğu sonucuna varılmıştır[122].

Buradaki sorunsal, esasen sigorta şirketlerinin ödediği tazminat kapsamında sigortalının dava hakkına sahip olmasından ziyade özel kanunda yer alan özel bir hükmün görevli yargı yolunun belirlenmesinde rol oynamasından kaynaklanmaktadır. Bu bağlamda KTK md.110 hükmünün idarenin karayollarının bakım ve onarımından kaynaklanan sorumluluğunu da kapsar biçimde değerlendirilmesinin yarattığı durum karşısında, halefiyet ilkesi bağlamında doğan uyuşmazlıkların çözüm yerinin adli yargının görevli olduğu söylenebilir. Ancak UM'nin, Anayasa Mahkemesinin kararında yer alan gerekçeleri göz ardı ettiğini ve "*hizmet kusuru teşkil eden iş ve işlemleri de adli yargının denetimine soktuğunu*[123]" da vurgulamak gerekmektedir. Esasen, "*uyuşmazlığın, özel hukuktaki araç işletenin hukuki sorumluluğun-*

---

116 UM. E.2015/762, K.2015/779, T.30.11.2015, RG.30.12.2015-29578 (Mükerrer).

117 UM. E.2019/348, K.2019/364, T.20.05.2019, (LİBB), Erişim T.27.01.2020.

118 UM. E.2016/317, K.2016/362, T.06.06.2016, (LİBB), Erişim T.27.01.2020.

119 UM. E.2012/306, K.2013/482, T.08.04.2013, (LİBB), Erişim T.27.01.2020.

120 UM. E.2018/652, K.2018/734, T.26.11.2018, (LİBB), Erişim T.27.01.2020.

121 UM. E.2017/125, K.2017/213, T.10.04.2017, (LİBB), Erişim T.27.01.2020.

122 Verilen bazı kararlar hakkındaki değerlendirmeler için bkz. ÜNAN Samim, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku**, **C: IV**, **Yargıtay Kararları**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s.239 vd. ve s.271 vd.; ÜNAN 2019a, s.411 vd. ve s.474 vd.

123 ÜSTÜN Gül, "Karayolları Genel Müdürlüğünün Karayolları Trafik Kanunundan Doğan Sorumluluğu", **MÜHFHAD**, C: 22, S: 2, 2016, s.61.

dan değil, davalı idare tarafından görevlerinin tam ve eksiksiz yerine getirilmediği, dolayısıyla yürütülen hizmetlerin kusurlu işletildiği" durumlarda halefiyet ilkesi bağlamında uyuşmazlığın çözümü bakımından görevli yargı yerinin idari yargı yeri olması icap etmektedir[124]. Aksi durumun kabulü ise, tam yargı davasına konu edilmesi gereken bir uyuşmazlığın adli yargının görev alanına dahil edilmesi sonucunu doğurur ki; bu da hukuk devleti ilkesine ve idari yargının varlık sebebine aykırılık teşkil edecektir[125].

3. Sigorta Şirketinin Halefiyete Dayalı Olarak Açacağı Tam Yargı Davalarında Dava Açma Ehliyeti: Doğrudanlık Kriteri

Sigortacının halefiyete dayalı olarak idari yargıda açacağı dava türü bakımından; idarenin işlem ya da eylemlerinden kaynaklanan somut bir zararın varlığı (=*iradesi dışında malvarlığında meydana gelen azalma*[126]) ve sigortacının uğradığı zararın giderilmesine yönelik bir talebi (=*maddi tazminat talebi*) söz konusu olduğundan; -yukarıda değinildiği üzere- açılacak dava türünün "*tam yargı davası*" olduğu ifade edilebilecektir[127]. İdari yargı düzeninde, doğan somut zararlar yönünden açılacak tam yargı davalarında dava açma ehliyetinin (sübjektif ehliyet koşulu olarak) "*hakları doğrudan muhtel olan kişilere*" tanındığı görülmektedir[128]. Bu çerçevede "*doğrudan muhtel olma*" ifadesine verilecek anlam, sigortacının bu şekilde bir dava açıp açamayacağını da gösterecektir. Konuyla ilgili olarak UM'nin bir kararında, "*Gerçekte halefiyet kavramının, tam yargı davasında davacı sıfatını alan kişileri tanımlamada kullanılmaması gereken bir deyim olduğu (...) Çünkü, bir Borçlar Hukuku müessesesi olarak en genel tanımıyla halefiyet[in], bir kimsenin yerine bir başkasının geçmesini ifade et[tiğini]*" ifade etmiştir[129]. Bu görüşe göre, sigorta şirketi doğrudan zarar gören sıfatında olmadığından idari yargıda tam yargı davası açamayacaktır.

---

[124] UM. E.2015/672, K.2015/673, T.28.09.2015, Süleyman Hilmi Aydın'ın Karşı oy gerekçesi, (LİBB), Erişim T.27.01.2020; Ayrıca bkz. UM. E.2015/483, K.2015/501, T.06.07.2015, E. Sabri Baydar'ın Karşı oy gerekçesi, Erişim T.27.01.2020.

[125] ÜSTÜN, s.61.

[126] ARMAĞAN Tuncay, **İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1997, s.206.

[127] Bkz. YILDIRIM, 2018a, s.733.

[128] KAPLAN, s.153.

[129] UM. E.2003/70, K.2003/82, T.17.11.2003, (KİBB), Erişim T.27.01.2020.

Oysa bu gibi durumlarda zararı doğuran idari eylemin yanında araya başkaca bir idari işlem ya da eylemin girmesi söz konusu değildir[130]. Dolayısıyla sigortacı yönünden "*hak ihlalinin kişisel ve doğrudan*" nitelikte olduğundan bahsedilebilir[131]. Bunun yanında doktrinde Gözübüyük/Tan'ın vurguladığı üzere, "*tam yargı davalarında ihlal edilen hak, adli yargıda görülmekte olan davalarda ihlal edilmiş hak gibidir. Adliye mahkemelerinde olduğu gibi, idari yargı yerlerinde de hakkının ihlal edildiğini kanıtlayamayan kimsenin açtığı dava kabul edilemez*[132]". Bu çerçevede "*hakkı ihlal edildiği ölçüde*" sigortacının da dava açabileceği, idare hukukunda halefiyet ilkesinin uygulama alanı bulabileceği ifade edilebilecektir[133]. Bu anlamda sigorta şirketinin açacağı davalar bakımından "*idarenin sorumluluğu kavramının esaslarına ve ayrımına*" girilmezden önce, idarenin sorumluluğunun; anayasal dayanağını oluşturan AY md.125/son hükmü kapsamında idarenin "*işlemlerinden*" veya "*eylemlerinden*" kaynaklanmasının, davanın esası yönünden bir farklılık yaratıp yaratmadığının irdelenmesi gerekmektedir.

4. İdari Sorumluluğun İdarenin İşleminden veya Eyleminden Kaynaklanması: Sigorta Şirketinin Halefiyete Dayalı Talepleri Yönünden Değerlendirme

İdari sorumluluk kavramı, doktrinde Gözler'in belirttiği üzere, "*idarenin bir kişiye verdiği zararın, idarenin malvarlığından bazı değerlerin zarar gören kişinin malvarlığına cebrî olarak aktarılmasıyla tazmine edilmesini*" ifade etmektedir[134]. AY md.125/son hükmü uyarınca idarenin "*eylem ve işlemlerinden doğan zarardan sorumlu olduğu*" ifade edilmiş olup; idarenin sorumluluğu, faaliyetinin tabi olduğu hukuki rejime bağlı olarak "*özel huku-*

---

130 AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.130.

131 Nitekim Danıştay kararlarına bakıldığında; davacı sigorta şirketinin uğradığı zararlar yönünden dava açma ehliyetinin bulunduğuna karar verilerek işin esasının incelenmesine geçildiği görülmektedir: "*davacı sigorta şirketinin sigortasını yaptığı bağımsız bölümlerin bulunduğu apartmanda ikamet etmeyi engelleyici durumun hangi tarihte ortaya çıktığı tespit edilerek, yukarıda nitelikleri belirtilen bilirkişi kurulunca dairelerin değer tespitlerinin zarara uğranıldığı tarih itibarıyla belirlenmesi gerektiği gibi (...)*". D14D. E.2019/139, K.2019/1106, T.13.02.2019, (KİBB), Erişim T.27.01.2020, aynı yönde; D14D. E.2017/4111, K.2018/397, T.06.02.2018, (KİBB), Erişim T.27.01.2020; D15D. E.2014/365, K.2016/2601, T.14.04.2016, (KİBB), Erişim T.27.01.2020.

132 GÖZÜBÜYÜK A. Şeref/TAN Turgut, **İdare Hukuku C: II İdari Yargılama Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s.640.

133 KAYA Cemil, "Rücuen Tazminat İstemiyle Açılan Davalarda Görevli Yargı Yerinin Belirlenmesi Konusunda Uyuşmazlık Mahkemesi Uygulaması", **İÜHFM**, C: 70, S: 1, 2012, s.117.

134 GÖZLER, s.1041.

ka göre sorumluluk ve kamu hukukuna -idare hukukuna- tabi sorumluluk" olarak ayrılmaktadır[135]. Esasen AY md.125/son hükmü, genel bir kural olup her ki hukuk dalını kapsarsa da "*kanun koyucu bir tercih yapmamışsa ve idarenin özel hukuk esaslarına göre yürüttüğü bir iş veya haksız fiil yoksa*[136]", idari faaliyetlerin yerine getirilmesinde bir hukuki araç olarak idarenin eylem ve işlemleri kaide olarak idare hukukuna tabi olmaktadır[137]. Özellikle söz konusu işlem ve eylemlerin tabi olduğu hukuk kuralları; "*doğacak sorumluluğun niteliğini ve dolaylı olarak bu konuda çıkacak uyuşmazlıkların esasını*" belirlemektedir[138]. Bununla birlikte ilgili hükümde idarenin sorumluluğuna ilişkin olarak "*işlem ya da eylem olmasına bağlı olarak*" bir ayrımın varlığı söz konusu değildir[139]. Sigorta şirketlerinin halefiyete dayalı olarak açacağı idari davalar bakımından ise doktrinde Yasin, "*idarenin hukuka aykırı işlemlerden dolayı sorumluluğu kabul edilmekte ise de bu düşüncenin, zaten işlevi riskleri üstlenmek olan sigortalının halefiyet hakkı kapsamında rücu imkanı verdiği şeklinde yorumlanmasına imkan vermediğini*[140]" ifade etmektedir. Yazar, bu kanıya "*hukukun yorumlanması ve uygulanmasındaki kusurun, niteliği itibari ile idari bir eylemden doğan kusur ile aynı mahiyette kabulünün mümkün olamayacağı*" düşüncesinden hareketle ulaşmaktadır[141].

Belirtmek gerekirse, pozitif hukukta idari işlem veya idari eylemden kaynaklanan zarardan doğan sorumluluk bakımından bir ayrıma yer verilmemişken; "*hukukun yorumlanması ve uygulanmasındaki kusur*" ifadesinden yola çıkarak bu yönde bir ayrım yaratılması eksik bir değerlendirme olacaktır[142]. Kaldı ki, doğrudan bu görüş çerçevesinde hareket edildiğinde; -idari eylemlerden doğan zarardan kaynaklanan sorumluluktan ayrı olarak- idari işlemler-

---

135 YAYLA Yıldızhan, **İdare Hukuku**, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2010, s.351.

136 YAYLA, s.351.

137 AYAYDIN Cem, **İdare Hukuku'na Giriş (II)**, Yenilik Basımevi, İstanbul, 2008, s.523.

138 AYAYDIN, 2008b, s.523.

139 GÜNDAY Metin, **İdare Hukuku**, 11. Baskı, Ankara, 2017, s.367-368.

140 YASİN, s.1236.

141 YASİN, s.1236.

142 Şu kadar ki, burada "*kanunun bir idari işlem aracılığıyla zarar verilmesi*" ihtimali düşünülebilirse de yazarın ifadesinden bu anlaşılmamaktadır. Gerçekten bir kanun hükmünün araya giren bir idari işlem neticesinde bireylere zarar vermesi ve idarenin bu zarardan sorumlu tutulması düşünülebilir. AYAYDIN, 2008b, s.520. Ne var ki, burada dahi "*kanuna uygun olarak yapılmış bir idari işlemin varlığı*" söz konusu olup, "*hukukun yorumlanmasında yahut uygulanmasında*" var olan bir kusurun varlığı söz konusu değildir.

den kaynaklanan zararlar bakımından "*idarenin mali sorumluluğunun fiilen doğmadığı*[143]" da ileri sürülebilir. Öyle ki, idarenin hukuka aykırı işlemleri nedeniyle doğan zararlar açısından sigorta şirketinin sigorta ettirene yaptığı ödeme neticesinde, sigorta ettirenin zararı karşılanmış olmakta *(p)* ve halefiyet ilkesi bu ihtimalde söz konusu olmadığından *(q)* sigorta şirketi idareden herhangi bir bedel talep edememektedir; yani, idarenin fiilen mali sorumluluğu söz konusu olmamaktadır $(p \Rightarrow q)$. O halde bu görüş çerçevesinde, haklı olarak şu soru akla gelmektedir: İdarenin hukuka aykırı işlemleri neticesinde ortaya çıkan zararlar yönünden ön planda olan husus, bireylerin zararlarının -herhangi biri tarafından da olsa- karşılanması mı yoksa idarenin doğan zarardan sorumlu tutulması mıdır? Şayet, bireylerin zararlarının karşılanmasının ön planda olduğu savunulursa; sigortacının halefiyet kapsamında doğan zararlar yönünden idareden herhangi bir talepte bulunamaması gerekecektir; zira hedeflenen unsur (zararın tazmini) gerçekleşmiştir.

Oysa sigorta şirketi her ne kadar oluşan zararı ödemek hususunda bir risk üstlendiyse de[144] bu zarara sebebiyet veren öznenin de sorumlu tutulması icap etmektedir. Aksi takdirde hukuka aykırı işlemiyle zarara sebebiyet veren idarenin -sigorta ettirilmesi sayesinde- sorumsuz kabul edilmesi gündeme gelecektir. İdare hukukunda "*idarenin sorumluluğu*", her şeyden önce kamu gücü imtiyazını sınırlayan bir kavramı karakterize etmektedir[145]. Bu husus, idarenin hukuka aykırı işlemleri veya eylemleri yönünden herhangi bir ayrım yapılmaksızın hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak ifade edilmiştir[146]. Bu noktada hukuk devletinin tarihsel gelişimi göz önüne alındığında, "*hukuken idarenin sorumluk altına girmesini zorunlu kılacak şartlar oluşmuşken bunun sağlanmıyor olması*[147]" idarenin sorumluluğu konusunda bugüne kadar benimsenen ve yerleşen anlayışı anlamsız kılabilecektir. Bu nedenle kanaatimizce, AY md.125/son hükmü çerçevesinde "*sigorta ettirilme*" hususunun idarenin hukuka aykırı "*işlemlerinden*" dolayı zararı tazmin yükümlülüğünü ortadan kaldırdığının ve halefiyet ilkesinin "*uygulama alanı bulmadığının*" kabulüne olanak bulunmamaktadır.

---

143 Burada "*idarenin mali sorumluluğu*" kavramı "*hukuki sorumluluk*" kavramına eşdeğer biçimde kullanılmıştır. Bkz. GÖZLER, s.1037.

144 YASİN, s.1236.

145 DUBOIS Jean-Pierre**, La responsabilité administrative**, Éditions la découverte, Paris, 1996, s.11.

146 GÜNDAY, 2017, s.368.

147 YAŞAR, 2014, s.427.

5. İdarenin Sorumluluk Esaslarının Ortaya Konulması Açısından Kusurlu Sorumluluk-Kusursuz Sorumluluk Ayrımı ve Bunun Yansımaları

İdarenin pozitif hukuk kuralları çerçevesinde yerine getirmesi gereken bir hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi yahut hiç işlememesi hallerinde var olduğu yargı içtihatlarıyla kabul edilen -kusurlu sorumluluğun dayandığı hukuki esas olarak[148]- hizmet kusuru kavramı, doğan zarardan ötürü idarenin tazmin yükümlülüğünü de gündeme getirmektedir[149]. İdarenin kusurlu sorumluluğu yanında, kusursuz sorumluluğu ilke olarak; Duran'ın ifade ettiği üzere, tüzelkişilerin tazmin yükümlülüğüyle uyarlı biçimde idarenin sorumluluğu esaslarına da uygundur[150]. Zira bu sayede idari sorumluluk kavramı açısından fırsat ve imkan eşitliğinin gerçekleştirilmesi söz konusu olabilmektedir[151].

Halefiyet müessesesi açısından düşünüldüğünde, idarenin hizmet kusuruna dayanan uyuşmazlıklarda sigorta şirketinin; hizmetin geç işlemesi, kötü işlemesi ya da hiç işlememesine bağlı olarak, zarara doğrudan sebebiyet veren idareye karşı talepte bulunulması söz konusu olabilmektedir. İdarenin kusursuz sorumluluğunun bulunduğu hallerde ise, idarenin hukuka uygun biçimde tesis ettiği idari faaliyetin varlığından (ve risk düşüncesinin varlığından[152]) bahsedilecektir. İdarenin sorumluluğunun genişlemesine koşut biçimde, -daha özelde- diğer kusursuz sorumluluk hallerinden farklı olarak sosyal risk ilkesinde ise zarar, idarenin personelinin davranışı ya da riskli bir faaliyetin yürütülmesinden değil; "*idare tarafından önlenemeyen veya önlenmesi büyük zararlara yol açabilecek olan davranış veya eylemlerden*[153]" ileri gelmektedir[154]. Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu kararda da ifade

---

148 YILDIRIM Turan, "İdarenin Sorumluluğu", **İdare Hukuku**, YILDIRIM Turan (Ed.), 7.Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s.837.

149 AKYILMAZ Bahtiyar/SEZGİNER Murat/KAYA Cemil, **Türk İdari Yargılama Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018, s.521-522; YAYLA, s.352 vd.

150 DURAN Lütfi, **Türkiye İdaresinin Sorumluluğu**, TODAİE Yayınları, Ankara, 1974, s.47.

151 DURAN, 1974, s.47.

152 DELCROS/DELCROS, s.34.

153 AZRAK A. Ülkü, "İdarenin Toplumsal Muhatara (Sosyal Risk) Kuramına Göre Kusursuz Sorumluluğu", **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu**, Fakülteler Matbaası, Ankara, 1980, s.137.

154 İdarenin sorumluluk esasları yönünden hizmet kusuru ve kusursuz sorumluluk ayrımı yanında, kusursuz sorumluluk halleri de kendi içerisinde ayrımlaşmaktadır. Bu anlamda idarenin kusursuz sorumluluğu; "*tehlikeli faaliyetlerden ve araçlardan doğan sorumluluk, toplumsal*

edildiği üzere, "*idare hukukunda, idarenin hiçbir kusuru olmasa da sosyal risk, terör eylemleri, fedakârlığın denkleştirilmesi gibi kusursuz sorumluluğa ilişkin kavramlara dayanılarak kişilerin uğradığı zararlara ilişkin davaların idari yargı yerlerinde*[155]" görülmesi gerekmektedir.

Belirtmek gerekirse, halefiyete dayalı rücu davalarında, "*sigortacının, sigortalının zararını karşıladıktan sonra, onun haklarına halef olarak zararın failine rücu edebilmesi*" söz konusu olup; bu davalar "*doğrudan zarar veren şahsa karşı*" açılmaktadır[156]. Özellikle, sosyal risk ilkesinin gündeme geldiği hallerde Danıştay kararlarında, "*sigortacının, ödediği bedel kadar sigortalıdan intikal eden dava hakkını, sadece zarar veren şahsa karşı kullanabilmesi[nin] mümkün ol[duğu]*[157]" vurgusu yapılarak sigortacı tarafından böyle bir istemde bulunulmasına dair hukuki olanağın söz konusu olmadığına hükmedildiği görülmektedir. Bu noktada, idarenin sorumluluğu bakımından yapılan bu ayrımlaşma; idari yargılama hukukunda halefiyet müessesesinin uygulanması bakımından (=*hangi hallerde sigorta şirketlerinin halefiyete dayalı olarak ileri süreceği taleplerin kabul edileceği*) farklı hukuki zeminler yaratabilmektedir. Dolayısıyla idari yargılama hukukunda halefiyet müessesesi irdelenirken; idarenin kusursuz sorumluluğunun bulunduğu haller bakımından da bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.

Her şeyden önce, sigorta şirketlerinin halefiyete dayalı olarak açacakları tam yargı davaları bakımından İYUK md.20 çerçevesinde[158] resen araştırma yapılarak "*idare mahkemesince, olayın oluşumu ve zararın niteliği irdelenip, idarelerin hizmet kusuru bulunup bulunmadığının araştırılması, hizmet ku-*

---

olaylar ve terör eylemlerinden doğan sorumluluk, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi ile hakkaniyet ilkesinden doğan sorumluluk" olmak üzere üç kategoride irdelenebilir. AYAYDIN, 2008b, s.552. Bununla birlikte çalışma konusu açısından yargı kararlarına bakıldığında; özellikle "*sosyal risk ilkesinin*" ön plana çıkması nedeniyle -diğer kusursuz sorumluluk hallerinin tanımlanması ve detayına girilmesi, bu çalışmanın konusunu ve amacını aşacağından- yalnızca "*sosyal risk ilkesi*" yönünden bir irdeleme yapılması tercih edilmiştir.

155 AYM. E.2011/35, K.2012/23, T.16.02.2012, RG.19.05.2012-28297.

156 D10D. E.2007/3363, K.2008/2704, T.24.04.2008, (KİBB), Erişim T.27.01.2020. Bu konuda ayrıca bkz. KILIÇOĞLU, 1974, s.407.

157 D10D. E.2007/3363, K.2008/2704, T.24.04.2008, (KİBB), Erişim T.27.01.2020; D10D. E.2006/5024, K.2008/2685, T.21.04.2008, (LİBB), Erişim T.27.01.2020

158 İYUK md.20/1 "*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. Bu husustaki kararların, ilgililerce, süresi içinde yerine getirilmesi mecburidir. Haklı sebeplerin bulunması halinde bu süre, bir defaya mahsus olmak üzere uzatılabilir*".

suru yoksa kusursuz sorumluluk ilkelerinin uygulanıp uygulanmayacağının incelenmesi ve buna göre karar verilmesi[159]" icap etmektedir. Aksi takdirde, idarenin hizmet kusuru bulunmadığından hareketle sigorta şirketi tarafından ödenen bedelin idarece tazmin edilmesinin hukuka aykırı biçimde önüne geçilmesi söz konusu olabilecektir[160]. Özellikle sosyal risk ilkesinin uygulama alanı bulduğu hallerde Danıştay'ın kararlarında bu konuya dair genel eğilimin ne yönde olduğu saptamak mümkündür: Örneğin, bir Danıştay kararında; davacı sigorta şirketince, kasko sigorta poliçesi ile sigortalanmış olan kamyonun teröristlerce yakılması olayında, davalı idarenin hizmet kusuru ya da kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca tazmin sorumluluğu bulunmadığı sonucuna varılmıştır[161]. Danıştay tarafından verilen bir başka karara göre ise, "*Sigortacının, ödediği bedel kadar sigortalıdan intikal eden dava hakkını, sadece zarar veren şahsa karşı kullanabilmesi mümkün olup; bu halefiyet biçiminin, aksi kanıtlanabilen bir kusur karinesine dayanması nedeniyle, ortaya çıkan bu zararın, yürütülen hizmet ile meydana gelen zarar arasında nedensellik bağını dahi aramadan kamu külfetleri karşısında eşitlik anlayışıyla topluma pay edilerek giderilmesini amaçlayan sosyal risk ilkesi uyarınca sigorta şirketince de talep edilmesine olanak tanıdığından söz edileme[yeceği]*[162]" ifade edilmiştir. O halde, sosyal risk ilkesinin uygulama alanı bulduğu durumlar bakımından Danıştay içtihatlarındaki genel eğilimin "*halefiyete dayalı rücu davası*" olarak bir tazminatın idareden talep edilemeyeceğine yönelik olduğu ifade edilebilecektir[163].

İfade etmek gerekir ki; Danıştay'ın genel eğilimi bu yönde olsa da halefiyete dayalı rücu davalarında "*hizmet kusurunun varlığı irdelenmeden*" idarenin kusursuz sorumluluğunun söz konusu olduğuna karar verilmesi, özellikle "*sosyal risk ilkesinin söz konusu olduğu sorumluluklarda*" sigortacı

---

[159] D10D. E.2011/10627, K.2015/2632, T.28.05.2015, (LİBB), Erişim T.27.01.2020.

[160] D8D. E.2011/8421, K.2016/3405, T.07.04.2016, (LİBB), Erişim T.27.01.2020.

[161] D10D. E.2010/15463, K.2015/462, T.16.02.2015, (LİBB), Erişim T.27.01.2020.

[162] D10D. E.2006/5024, K.2008/2685, T.21.04.2008, (LİBB), Erişim T.27.01.2020. 2003 yılında gerçekleşen iki ayrı terör saldırısı sonucu ödenen tazminat dolayısıyla açılan iki rücu davasında verilen ret kararları, birbirine yakın tarihli iki kararda onanmıştır. Diğer karar için bkz. D10D. E.2007/3363, K.2008/2704, T.24.04.2008, (LİBB), Erişim T.27.01.2020.

[163] Belirtmek gerekirse, bu hallerde idarenin sorumluluğunu azaltan ve kaldıran sebeplerden "*mücbir sebep, kazaya uğrayan mağdurun kusuru, beklenmedik olay ya da üçüncü kişinin kusuru*" gibi sebeplerin varlığı söz konusu değildir. Kaldı ki, Danıştay'ın bu konuda vermiş olduğu kararlarda bu hususa değinilmediği görülmektedir. İdarenin sorumluluğu azaltan veya kaldıran sebepler hususunda bkz. DELCROS/DELCROS, s.60-61.

tarafından herhangi bir tazmin tutarının istenememesine neden olmaktadır. Her ne kadar "*kusursuz sorumluluk*" kavramının, "*hizmet kusuru*" kavramı yanında ikincil nitelikte olduğu bilinen bir idare hukuku ilkesiyse de[164] halefiyete dayalı olarak açılan bu davalarda; Danıştay'ın "*sosyal risk ilkesine dayalı sorumluluk taleplerini*" reddetmesi, bu konuyu daha önemli bir hale getirmektedir. Nitekim Danıştay'ın "*hizmet kusuru değerlendirmesi yapmaksızın sosyal risk ilkesi çerçevesinde idarenin kusursuz sorumluluğunun bulunduğuna*" karar vermesi, sigorta şirketinin halefiyete dayalı taleplerini ileri sürmesini engeller niteliktedir[165]. Başka bir deyişle, gerekli inceleme yapılmaksızın idarenin hizmet kusurunun bulunmadığını ileri sürmek, idarece yerine getirilen kamu hizmetlerinden faydalanan sigortalıların, "*olay nedeniyle meydana geldiği ileri sürülen zararın tamamına katlanmasını beklemek; idarelerin yürüttüğü hizmetten kaynaklanan bir kusurun varlığı halinde buna bağlı sorumluluğun yok sayılması anlamına gelmektedir*[166]". Zira "*meydana gelen olayda öncelikle idarenin hizmet kusurunun bulunup bulunmadığının araştırılması gerekirken, belirtilen yönde herhangi bir inceleme yapılmaksızın, olayın sosyal risk ilkesi kapsamında değerlendirilmek suretiyle tazminat isteminin reddi*[167]" yolunda verilen kararlarda hukuki isabet bulunmayacaktır. Nitekim Danıştay'ın vermiş olduğu bir kararda da "*Hakimevinde görevli nöbetçi polis memuru bulunmasına karşın; eylemi gerçekleştirdiği ileri sürülen ve elinde bir poşetle Hakimevine gelen kişinin, herhangi bir kontrol, arama, kimlik tespiti yapılmaksızın içeriye kabul edildiği anlaşılmakta olup (...) sigorta şirketinin zararının hizmet kusuru ilkesi uyarınca tazminine karar verilmesi gerekirken; davanın reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülme[diğine]*[168]" vurgu yapılmıştır.

---

[164] AYAYDIN, 2008b, s.548.

[165] Doktrinde Gözler, terör saldırılarından doğan zararların tazmini bakımından devletin her zaman kusurlu sorumluluk esaslarına göre sorumlu olduğunu vurgulamaktadır. GÖZLER, s.1259. Yazarın bu görüşünden hareket edildiğinde de bu gibi hallerde idarenin, "*kusursuz sorumluluk esaslarına göre bir tazmin yükümlülüğü*" zaten söz konusu olmayacağından (GÖZLER, s.1259); ancak kusurlu sorumluluğunun bulunduğu hallerde sigorta şirketinin halefiyete dayalı talebi gündeme gelebilecektir. Bu anlamda yazarın görüşü çerçevesinde hareket edildiğinde varılan sonuç (vargı) Danıştay kararlarına koşut olmakla birlikte, içerik olarak farklı bir mantıksal yürütüm söz konusu olmaktadır.

[166] D8D. E.2014/4361, K.2015/3387, T.16.04.2015, (LİBB), Erişim T.27.01.2020.

[167] D10D. E.2011/6497, K.2015/2629, T.28.05.2015, (LİBB), Erişim T.27.01.2020.

[168] DİDDK. E.2014/1126, K.2016/267, T.15.02.2016, (LİBB), Erişim T.27.01.2020.

Bu anlamda genel olarak Danıştay kararlarında, sosyal risk ilkesinin uygulama alanı bulduğu haller bakımından sigortacının halefiyete dayalı olarak açacağı idari davalarda her ne kadar söz konusu zararın tazmininin idareden istenemeyeceği kabul edilse de: (i). idari eylemlerden kaynaklanan uyuşmazlığın varlığından bahisle açılacak davalarda kural olarak idari yargının görevli olduğu, (ii). idari yargı yeri tarafından bu kapsamda somut olayda idarenin kusuru bulunup bulunmadığının tespitinin yapılması icap etmektedir. Zira ancak, bu tespitin yapılması sayesinde idari yargılama hukukunda halefiyet müessesesinin uygulama alanı bulup bulamayacağı hukuka uygun biçimde ortaya konulmuş olacaktır[169].

IV. SONUÇ

Bir kişinin başka bir kişinin yerine geçmesi olarak ifade edilebilecek halefiyet kavramı, sigortacının ödediği tazminat oranında zarardan doğan tazminat bakımından halef olmasıyla bir değer arz etmektedir. Halefiyet kavramının hukuki dayanaklarına bakıldığında; zenginleşme yasağı ilkesine bağlı olarak bir temellendirme yapıldığı görülmektedir. Bu anlamda zenginleşme yasağı bağlamında halefiyetin varlığı açısından; hukuken geçerli bir sigorta tazminatının ödenmesinin yanında üçüncü kişiye karşı bir dava hakkının bulunması gerekmektedir. Esasen, özel hukuk alanında kusursuz sorumlu kişinin sigortacı tarafından yöneltilecek rücu istemi ile karşılaşma olasılığı öğreti ve uygulama tarafından ağırlıklı olarak kabul edilmektedir.

Ancak, kamu hukuku ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklar bakımından doğan zararın tazmini konusunda UM ve Danıştay'ın bu konuda farklı yönde kararlarına rastlamak mümkün olmaktadır. Gerçekten, idarenin sorumluluğu çerçevesinde ödediği tazminat nispetinde alacaklının (yani sigortalının) yerine geçecek olan sigortacının bu talebinin UM tarafından kimi hallerde adli yargının görev alanına dahil edildiği görülmektedir. Özellikle KTK md.110 kapsamında ele alınan uyuşmazlıkların çözümü noktasında, kanun hükmünün yanlış yorumlanması çoğu halde görevli yargı düzeninin yanlış belirlenmesine ve kamu hukukunda böyle bir istemin olamayacağı şeklinde çıkarımlara neden olmaktadır. Buna koşut biçimde, Danıştay'ın bazı kararlarında sigortacının ödediği sigorta tazminatı karşısında sigorta ettiren kişinin yerine geçemeyeceğine ve bu uyuşmazlığın esasen alacak davasına indirgendiğine yönelik yaklaşımlar da mevcuttur. Oysaki bu yaklaşım kendi içe-

---

[169] D8D. E.2016/12413, K.2017/3055, T.18.04.2017, (KİBB), Erişim T.27.01.2020.

risinde idarenin kendi işlem ve eylemlerinden doğan zararları ödemesi zorunluluğu ile çelişiktir. Zira bu ihtimalde, doğan zarar tamamen sigortacı üzerinde bırakılmakta ve idare kendi kusurundan ileri gelen zarara rağmen sorumsuz kılınmaktadır.

Bu anlamda söz konusu çelişik durumun önüne geçilmesi adına, idarenin kusurundan ileri gelen zararların tazmini noktasında halefiyet kavramının uygulama alanı bulabileceği ifade edilmelidir. İdarenin kusursuz sorumluluğunun bulunduğu haller bakımından ise; özellikle sosyal risk ilkesinin söz konusu olduğu durumlarda Danıştay kararlarında, "*sigorta şirketinin halefiyete dayalı taleplerine karşın idarenin tazmin sorumluluğunun bulunmadığı*" ifade edilmektedir. Bu çıkarım, sigorta şirketinin halefiyete dayalı taleplerinin karşılanması bakımından bir engel teşkil ettiğinden; uyuşmazlıkların çözümünde yargı mercii tarafından hizmet kusurunun varlığının öncelikle aranması büyük önem arz etmektedir. Zira aksi bir yaklaşım, idarenin sosyal risk ilkesi çerçevesinde kusursuz sorumluluğu nedeniyle sigorta şirketlerinin halefiyete dayalı taleplerinin mutlak biçimde ve yüzeysel olarak engellenmesine sebebiyet verecektir. Ayrıca, idarenin işlem ve eylemlerinden doğan zarardan sorumlu olduğu ve bunun bir anayasal dayanağının bulunduğu dikkate alındığında; söz konusu sorumluluğun sigorta sözleşmesi yapılması nedeniyle ortadan kalkmayacağını vurgulamak gerekmektedir. Zira dikkat edilirse, bazı istisnai haller dışında sigorta sözleşmesini yapan idare olmadığına göre; doğan zararın karşılanması bakımından idarenin bir menfaat elde etmesi de düşünülemeyecektir. Bu istisnai hâllerin ise, idarenin zarardan sorumlu olup olmadığından ziyade sigortacının halef sıfatını kazanıp kazanmadığı noktasında ele alınması yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA

ACAR Faruk, "Zorunlu Mali Mesuliyet Sigortasında Hakim Kendiliğinden Sadece Sigorta Şirketini Tazminata Mahkum Edebilir mi?", **LHD**, C: 1, S: 6, 2003, (ss.1401-1409).

ACAR Serdar, "Sorumluluk Sigortalarında Sigortacının Ardıllığı Konusunda Bazı Sorunlar ve Yeni Gelişmeler", **İBD**, C: 79, S: 5, 2005, (ss.1539-1552).

AKYILMAZ Bahtiyar/SEZGİNER Murat/KAYA Cemil, **Türk İdari Yargılama Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018.

ARAL ELDELEKLİOĞLU İrem, "Yangın Sigortalarında Yapı Malikine Rücu", **MÜHFHAD**, C: 22, S: 3, Özel Sayı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, 2016, (ss.985-1023).

ARMAĞAN Tuncay, **İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1997.

ARSEVEN Haydar, **Sigorta Hukuku**, 2. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1991.

ATABEK Reşat, **Sigorta Hukuku**, Duygu Matbaası, İstanbul, 1950.

ATAMER Kerim, '"Deniz Sigortaları"na İlişkin Türk Ticaret Kanunu Hükümlerinin Kaynakları', **Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegân Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı**, İstanbul, 2007, (ss.314-329).

ATAMER Kerim, 'Yeni Türk Ticaret Kanunu Uyarınca "Zarar Sigortaları"na Giriş', **BATİDER**, C: 27, S: 1, 2011, (ss.21-106). [ATAMER, 2011]

ATAMER Kerim/TOSUN Yalçın, "Sigorta Hukukluma İlişkin Türk Ticaret Kanunu Hükümlerinin Kaynakları (Deniz Sigortaları Hariç)", **SHD**, S: 2005/1, (ss.137-156).

AYANOĞLU Taner, "Yargısal Korunma İşlevi Bakımından Tam Yargı Davasının Niteliği", **Danıştay ve İdari Yargı Günü 135. Yıl Danıştay Sempozyumu**, Danıştay Yayınları, Ankara, 2003, (ss.63-72).

AYAYDIN Cem, **İdare Hukukuna Giriş (I)**, Yenilik Basımevi, İstanbul, 2008.

AYAYDIN Cem, **İdare Hukuku'na Giriş (II)**, Yenilik Basımevi, İstanbul, 2008. [AYAYDIN, 2008b]

AZRAK A. Ülkü, "İdarenin Toplumsal Muhatara (Sosyal Risk) Kuramına Göre Kusursuz Sorumluluğu", **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu**, Fakülteler Matbaası, Ankara, 1980, (ss.135-146).

BİLGE Mehmet Emin, "Sigorta Tazminatını Alan Sigortalının Zarar Veren Üçüncü Şahısla Yaptığı İşlemlerin Sigortacının Halefiyeti Üzerindeki Etkisi ve Yargıtay Uygulaması", **Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı**, C: I, İstanbul, 2001, (ss.67-83).

BİLGEN Pertev, **İdare Hukuku Dersleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1999.

BOZER Ali, **Sigorta Hukuku**, YAYINCI, Ankara, 1965.

BUZ Vedat, "Müteselsil Sorumluluktaki Rücu İlişkisinde Sigortacının Hukuki Konumu", **BATİDER**, C: 28, S: 3, 2012, (ss.5-42).

ÇEKER Mustafa, "Sigortacının Rücu Hakkı", **LHD**, C: 4, S: 48, 2006, (ss.3707-3718).

DELCROS Xavier/DELCROS Bertrand, "Fransız Hukuk Sisteminde İdari Sorumluluk Rejimi", **Fransa ve İngiltere'de İdarenin Sorumluluğu** (çev. CANDAN Turgut), Danıştay Yayınları, Ankara, 1984, (ss.1-104).

DOĞANAY İsmail, "Sigorta Tazminatında Kanuni Halefiyetin Şümulü", **BATİDER**, C: IX, S: 2, 1977, (ss.335-348).

DUBOIS Jean-Pierre**, La responsabilité administrative**, Éditions la découverte, Paris, 1996.

DURAN Lütfi, **Türkiye İdaresinin Sorumluluğu**, TODAİE Yayınları, Ankara, 1974. [DURAN, 1974]

DURAN Lütfi, **İdare Hukuku Ders Notları**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, s.1982.

EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 23. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.

ERKUT Celal, **Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı**, Yenilik Basımevi, İstanbul, 2004.

FRANKO Nisim, "Yargıtay Kararları Açısından Zararı Ödeye Sigortacının Üçüncü Şahsa Karşı Rücu Hakkı", **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu V**, Ankara, 25-26 Mart 1988, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, Ankara, 1988, (ss.45-61) (Tartışmalar ss.62-73).

GÖZLER Kemal, **İdare Hukuku C: II**, 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019.

GÖZÜBÜYÜK A. Şeref/TAN, Turgut, **İdare Hukuku C: II İdari Yargılama Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.

GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, **Açıklamalı Türk Anayasaları**, 9. Basım, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017.

GÜNDAY Metin, "İdari Yargının Görev Alanın Anayasal Dayanakları", **Anayasa Yargısı Dergisi**, C: 14, 1997, (ss.377-389).

GÜNDAY Metin, **İdare Hukuku**, 11. Baskı, Ankara, 2017. [GÜNDAY, 2017]

KAPLAN Gürsel, **İdari Yargılama Hukukuna Giriş**, Ekin Yayınevi, Bursa, 2018.

KARASU Rauf, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Sorumluluk Sigortalarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", **İÜHFD**, C: 6, S: 4, 2016, (ss.683-706).

KAYA Cemil, "Rücuen Tazminat İstemiyle Açılan Davalarda Görevli Yargı Yerinin Belirlenmesi Konusunda Uyuşmazlık Mahkemesi Uygulaması", **İÜHFM**, C: 70, S: 1, 2012, (ss.115-122).

KAYIHAN Şaban, "Zarar Sigortalarında Sigortacının Halefiyeti", **MÜHFHAD**, C: 22, S: 3, Özel Sayı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, 2016, (ss.1595-1624).

KENDER Rayegân, **Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku**, 16. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

KEULERS Hugo/ANNE Catteau, **IBA Insurance Committee Substantive Project 2016**, **Insurers' Rights of Recovery (Subrogation/Recourse)**, **2016 Report**, Kari MCCORMICK/Matthew WALKER (ed.), (ss.12-20). (https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=9A6FD705-ABD7-44D7-B3E7-484367BB3A24), Erişim T.27.01.2020.

KILIÇOĞLU Ahmet M., **Türk Borçlar Hukukunda Kanunî Halefiyet**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1979. [KILIÇOĞLU, 1979]

KILIÇOĞLU Ahmet, "Özel ve Sosyal Sigortalarda Halefiyet ve Rücu", **AÜHFD**, C: 31, S: 1-4, 1974, (ss.395-446). [KILIÇOĞLU, 1974]

KIZILSÜMER Bahar, **Sigortacının Kanuni Halefiyetinin Şartları ve Sınırları**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

LONG Marceau/WEIL Prosper/BRAIBANT Guy vd., **Les grands ârrets de la jurisprudence administrative**, 20. Baskı, Dalloz, Paris, 2015.

NOMER Haluk N., "Halefiyet ile Rücû Arasındaki İlişki, Özellikle Sosyal Sigortalar ile Özel Sigortaların Rücû Hakları Bakımından Halefiyetin Rolü", **İÜHFM**, C: 55, S: 3, 1997, (ss.243-260).

OMAĞ Merih Kemal, **Türk Hukukunda Sigortacının Kanuni Halefiyeti (TTK. m. 1301)**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.

OZANSOY Cüneyt, "Türkiye İdaresinin Sorumluluğunda Kamu Hukuku Erozyonu", **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi Birinci Kitap: İdari Yargı**, Danıştay Yayınları, Ankara, 1990, (ss.73-87).

ÖZAY İl Han, **Günışığında Yönetim**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004.

SOPACI ÖZTUNA Birgül, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Sigortacının Kanuni Halefiyetine İlişkin Düzenlemelerinin Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu'ndaki Düzenlemelerle Birlikte Değerlendirilmesi", **BATİDER**, C: 28, S: 3, 2012, (ss.117-152).

ŞEKER ÖĞÜZ Zehra/SEVİNÇ KUYUCU Aslıhan, **Yeni Türk Ticaret Kanununda Sigorta Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011.

ŞENOCAK Kemal, **Mesleki Sorumluluk Sigortası**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2000.

TAN Turgut, **İdare Hukuku**, 7.Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.

TANDOĞAN Halûk, **Mukayeseli Hukuk, Hususiyle Türk-İsviçre ve Alman Hukuku Bakımından Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini**, Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1963.

TANDOĞAN Halûk, **Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet)**, Vedat Kitapçılık, Ankara, 1961 (2010).

TEKİL Fahiman, "Sigorta Hukukunda Tazmin İlkesi ve Rücu Hakkı", **Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Ensitüsü, Ankara, 1998, (ss.113-131).

ULAŞ Işıl, **Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012.

ÜLGEN Hüseyin, "Başkası Lehine Sigorta ve Bu Sigortada Sigortalının ve Sigorta Ettirenin Talep ve Dava Hakkı", **MÜHFHAD**, C: 22, S: 3, Özel Sayı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, 2016, (ss.2827-2838).

ÜNAN Samim, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku, Cilt-I, Genel Hükümler**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016. [ÜNAN, 2016a]

ÜNAN Samim, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku, Cilt-II, Zarar Sigortaları**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016. [ÜNAN, 2016b]

ÜNAN Samim, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku, Cilt-IV, Yargıtay Kararları**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

ÜNAN Samim, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku, Cilt V, Yargı Kararları**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019. [ÜNAN, 2019a]

ÜSTÜN Gül, "Karayolları Genel Müdürlüğünün Karayolları Trafik Kanunundan Doğan Sorumluluğu", **MÜHFHAD**, C: 22, S: 2, 2016, (ss.39-61).

YASİN Melikşah, "Sigortacının Kanuni Halefiyeti Müessesinin İdarenin Sorumluluğu Alanında Uygulanması", **İÜHFM**, C: 71, S: 1, 2013, (ss.1229-1242).

YAŞAR H. Nuri, "İdarenin Sorumluluğu Üzerine Düşünceler", **İÜHFM**, C: 66, S: 1, 2008, (ss.201-220).

YAŞAR H. Nuri, **İdare Hukuku**, 2. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2014. [YAŞAR, 2014]

YAYLA Yıldızhan, **İdare Hukuku**, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2010.

YAZICIOĞLU Emine, "Mal Sigortalarında Sigortacının Kanuni Halefiyetine İlişkin Bazı Hususlar", **Sigorta Hukuku Sempozyumları**, **Sorumluluk Sigortaları Sempozyumu**, **1-2 Aralık 2017**, **İstanbul Sigorta Hukukunda Güncel Sorunlar Sempozyumu**, **2-3 Şubat 2018 Bursa**, Samim ÜNAN/Emine YAZICIOĞLU (Ed.), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, (ss.483-496). [YAZICIOĞLU, 2018a]

YAZICIOĞLU Emine, "Sorumluluk Sigortalarında Sigortacının Kanuni Halefiyeti", **Sigorta Hukuku Sempozyumları**, **Sorumluluk Sigortaları Sempozyumu 1-2 Aralık 2017**, **İstanbul Sigorta Hukukunda Güncel Sorunlar Sempozyumu**, **2-3 Şubat 2018 Bursa**, Samim ÜNAN/Emine YAZICIOĞLU (Ed.), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, (ss.467-482).

YAZICIOĞLU Emine, "TTK'nın Mal Sigortalarında Sigortacının Halefiyetine İlişkin Düzenlemesi Hakkında", **İKÜHFD**, C: 16, S: 2, Prof. Dr. iur. Merih Kemal Omağ'a Armağan, Özel Sayı, C: III, 2017, (ss.331-363). [YAZICIOĞLU, 2017]

YENİCE Kazım/ESİN Yüksel, **Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu İdari Yargılama Usulü**, Arısan Matbaacılık, Ankara, 1983.

YEŞİLOVA ARAS Ecehan, "Kredi (Ticari Alacak) Sigortasında Sigortacının Kanuni Halefiyeti için TTK m. 1472 Hükmü Elverişli midir?", **İÜHFM**, C: 71, S: 1, (ss.1449-1458). [YEŞİLOVA ARAS, 2013a]

YEŞİLOVA ARAS Ecehan, **Sorumluluk Sigortalarında Zarar Görenin Doğrudan Dava Hakkı (TTK m. 1478)**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.

YILDIRIM Turan, "İdari Yargı", **İdare Hukuku,** YILDIRIM Turan (Ed.), 7. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, (ss.625-822). [YILDIRIM, 2018a]

YILDIRIM Turan, "İdarenin Sorumluluğu", **İdare Hukuku**, YILDIRIM Turan (Ed.), 7. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, (ss.823-853).

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2020; 2: 965-985

DANIŞTAY GERÇEKTEN 150 YAŞINDA MI?(*)

84 Sayılı Kanun'un Geçici Maddesinin Anlam ve Kapsamı Üzerine Bir İnceleme

Arş. Gör. Nuray SÜMER(**)

"Tarihin bütünlüğü sadece bir varsayım değil; bütünlük, daima gelişmekte olan bir süreci ifade eder."(***)
Gramsci

Öz: Bu çalışmada, Danıştay'ın köklü tarihini konu almış eserlerde aralanmamış, belki de "unut(tur)ulmuş" tarihsel tekil olguya ve bu olgu üzerinden "Danıştay 150 yaşında mıdır?" şeklinde spekülatif atakla kurumsal süreklilik tezine dikkat çekmek amaçlanmıştır. 27 Mayıs müdahalesinin ardından çıkartılan 84 sayılı Kanunun geçici maddesiyle Danıştay üye kadrolarının yaklaşık dörtte üçü emekliye sevk edilerek zımnen "ilga" edilmiş ve ekli liste ile kurum yeniden "ihdas" edilmiştir. Bu çalışmada "açkapa" şeklindeki bu müdahalenin mahiyeti, "ilga" ve "ihdas" kavramları üzerinden irdelenerek; unsurlarıyla birlikte "tespit" edilen bu vakıanın kurumsal süreklilikten "resmi bir kopuşu" temsil etmediği; aksine diyakronik bir süreklilikte yalnızca bir "kesinti" olarak değerlendirilmesi gerektiği iddia edilecektir.

Anahtar Kelimeler: Danıştay, 84 s. Kanun Geçici Madde, İlga, İhdas, Kurumsal Süreklilik ve Kopuş Tezi.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 28.02.2020. Makale Kabul Tarihi: 27.05.2020.

(**) Marmara Üniversitesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı (ORCID kimlik no: 0000-0001-7404-7811; *nuraysmr@gmail.com*).

(***) GRAMSCI Antonio, **Selections from the Prison Notebooks**, (çev. Quinton Hoare and Geoffrey Nowell Smith), International Publishers, New York, 1971, s. 201.

IS THE COUNCIL OF STATE A 150-YEAR-OLD INSTITUTION?

The Nature of the Provisional Article of the Act No. 84

Abstract: This paper aims to underline a phenomenon which has not been analyzed or may not have been referred "deliberately" in the literature about the history of the Council of State, and thus to point out the argument of continuity by raising the assertion of "*the Council of State is the 150-year-old institution*". The phenomenon is that upon the 1960 Turkish coup d'état, the provisional article of the Act No.84 tacitly abrogated approximately three-quarters of judges and reintroduced by the Act attachment. The nature of this intervention is characterized as "cut-and-cover" and is stated under the terms of "abrogation" and "formation". It is claimed that this contingency may not be evaluated as discontinuity, but rather may be called as "an interruption" in a diachronic consistency of the Council of State.

Keywords: Council of State, Provisional Article, Act no. 84, Abrogation, Formation, Continuity, Discontinuity.

GİRİŞ

1868 yılında Mabeyn Başkatipliğinden Babıaliye yazılmış tezkere ile "*büyük bir törenle resmi açılışı yapılan*"[1] ve "Şuray-ı Devlet" unvanını alan Danıştay, anayasa değişiklikleriyle birlikte geçirdiği yapısal dönüşümlere rağmen idari rejimin en önemli sac ayağını oluşturmaktadır. Türkiye Cumhuriyeti'nin ilanından dahi eski bir geçmişi bulunan istisnai kurumlardan biri olan Danıştay'ın tarihi üzerine yapılan çalışmaların neredeyse bir elin parmaklarını geçmeyecek kadar az oluşu ve kurumsal devamlılık açısından siyaset bilimcilerin dahi dikkatini çekmemesi şaşırtıcıdır.[2]

Danıştay tarihine ilişkin yakın zamanda ilk bölümü yayınlanan Fethi Gedikli'nin mazbatalar ışığında açıkladığı eseri Şuray-ı Devlet[3] dışında,

---

1 AKYILMAZ Bahtiyar / SEZGİNER Murat / KAYA Cemil, **Türk İdari Yargılama Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019, s. 9.

2 GEDİKLİ Fethi, **Şuray-ı Devlet**, On iki Levha Yayınevi, İstanbul, 2018, s. 2. Ancak belirtmek gerekir ki *Karahanoğulları*'nın doçentlik çalışmasının son bölümünün münhasır kurumsal miras ve kopuş tezine ayrıldığı gözden uzak tutulmamalıdır. KARAHANOĞULLARI Onur, "III. Cumhuriyetin Kuruluşunda Yargı Tasfiyeleri", **Mülkiye Dergisi**, S. 39 (1), 2015, ss. 187-214.

3 KARAHANOĞULLARI, 2015, ss.187-214.

Onur Karahanoğulları'nın Türkiye'de İdari Yargı Tarihi adlı eseri bu alanda yazılmış en kapsamlı çalışmalardandır. Karahanoğulları, eserinde Danıştay tarihini Osmanlı Devleti ve Cumhuriyet dönemi olmak üzere iki kuruluş esasına dayanarak incelemektedir.[4] Anılan eserler dışında, bu hususta yazılmış hatırı sayılır ilk eser olarak nitelendirilebilecek İsmail Hakkı Göreli'nin 1953 yılında yazdığı Şuray-ı Devlet adlı çalışması da kurumun yapısı hakkında önemli bilgiler ihtiva etmektedir.[5] Bu çalışmayı takip eden Türk Tarih Kurumu tarafından çıkartılan ve bugün dahi sıklıkla başvurulan bir kaynak niteliğinde olan Yüzyıl Boyunca Danıştay[6] çalışmasının da bu alanda baş ucu eseri olduğu belirtilmelidir. Söz konusu eserlerin tüketici surette derlemesi araştırmacılar için değerli; lakin bu çalışma bakımından yerinde olmayacaktır. Zira bu çalışmada söz konusu eserlerde halihazırda incelemeye tabi tutulan Danıştay'ın köklü tarihine yalnızca bir döneme mahsus olmak üzere daha önce aralanmamış bir kapıyı aralayarak 'kendine özgü bir sayfa' nitelemesiyle mevcut olduğunu düşündüğümüz Danıştay tarihindeki tarihsel bir olgu ve bu olgu üzerinden kurumsal süreklilik tezine dikkat çekmek amaçlanmaktadır: 84 sayılı Kanun'a rağmen Danıştay gerçekten 150 yaşında mıdır?[7]

1960 müdahalesi sonrasında kurumsal yapılarda zoraki getirilen değişiklikler yargı organlarını da etkilemiş;[8] gerek Yargıtay'da gerek Danıştay'da emeklilik sürelerini doldurmamış olanlar da dahil olmak üzere çok sayıda başkan ve üye gerekçe gösterilmeksizin emekliye sevk edilmişti. 84 sayılı

---

4 KARAHANOĞULLARI Onur, **Türkiye'de İdari Yargı Tarihi**, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017.

5 GÖRELİ İsmail Hakkı, **Devlet Şurası**, Yeni Matbaa, Ankara, 1953.

6 **Yüzyıl Boyunca Danıştay- 1868-1968**, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 1968. Ancak belirtmek gerekir ki *Karahanoğulları*, söz konusu çalışmanın "tamamen" Göreli'nin yazmış olduğu esere dayandığını iddia etmektedir. KARAHANOĞULLARI, 2015, s. 197. Söz konusu çalışma Danıştay tarihini anlatma iddiasında olmadığı; aksine tekil olarak "Danıştay tarihindeki kesinti"ye dikkat çekme amacında olduğundan ve Karahanoğulları'nın iddiası bu çalışmanın kapsamını aşacağından, yalnızca burada değinilmekle yetinilmiştir.

7 Hiç kuşkusuz 84 sayılı Kanun ile birlikte gerçekleşen ilgaların yanı sıra, Danıştay tarihi boyunca yargının faaliyet gösteremediği 1922-1927 yılları arasında olduğu gibi veya yakın zamanda tanıklık edilen üye kadrolarda gerçekleştirilen ihraçlar gibi kesinti olarak nitelendirilebilecek zaman dilimleri de bulunmaktadır. Ancak bu çalışma, yalnızca 84 sayılı Kanun ile Türkiye Cumhuriyet tarihinde ilk olarak nitelendirilebilecek ve üzerinde neredeyse hiç durulmamış olguyu konu almaktadır.

8 Ayrıntılı bilgi için bkz. DOĞRU Osman, **27 Mayıs Rejimi: Bir Darbenin Hukuku Anatomisi**, İmge Kitabevi, İstanbul, 1998.

Kanun'un Geçici Maddesi[9] ile gerçekleştirilen "temizlik"[10] veya "tasfiye"[11] olarak nitelendirilebilecek bu vakıa, Danıştay üye kadrolarının yaklaşık dörtte üçünü oluşturmaktaydı.[12] Danıştay üye kadroları buna göre zımnen ilga edilmiş ve yeni kurulan siyasi rejime uygun olarak Kanuna ekli liste ile yeniden ihdas edilmişti. Bu çalışmada ilgili düzenleme ile gerçekleşen bu vakıa ilk bölümde ortaya konularak, söz konusu vakıanın mahiyeti ikinci kısımda irdelenecektir. Son bölümde ise vakıanın yarattığı hukuki durum kurumsal süreklilik tezi çerçevesinde değerlendirilecektir.

Söz konusu çalışmanın ilk bölümünde, Danıştay üye kadroların ilgasının en önemli gerekçesini oluşturan üye kadroların oluşumunun tabiri caizse "5N 1K"sı tartışılacaktır.[13] 27 Mayıs 1960 öncesinde[14] yürürlükte bulunan 3546 sayılı Şuray-ı Devlet Kanunu ve rejim değişikliği sonrasında bu Kanunun ilgası ile yayınlanan 521 sayılı Danıştay Kanunu[15] ışığında Danıştay üye kadrolarının ("ne"), Büyük Millet Meclisi veya Anayasa Mahkemesi tarafından ("kim"), seçimle ("nasıl") oluşturulacağı doktrinde getirilen eleştirilerle birlikte ortaya konulacaktır. Yargı kadrolarının oluşumu, dönemin muhalefet partisi CHP tarafından 14. Kurultayında manifesto niteliğinde yayınlanan İlk Hedefler Beyannamesinde[16] 1924 Anayasası'nın meclis çoğunluğunu haiz partiye sağladığı geniş imkanlara yönelik eleştirilerle birlikte yargı bağımsızlığı temelinde eleştirilere konu olmaktaydı. Buna göre, kurumla-

---

9 3546 sayılı Danıştay Kanunu'nun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun, K. No. 84, R.G. 22.9.1960, Sy. 10610, K. T. 20.9.1960.

10 *Karahanoğulları*, benzer şekilde Fransa'da III. Cumhuriyet döneminde yargıda yapılan tasfiyelerin tarih kitaplarında "temizlik" olarak nitelendirildiğini belirtmiş ve çalışması boyunca "temizlik" nitelendirmesini kullanmıştır. Bkz. KARAHANOĞULLARI, 2015, s. 192.

11 *Doğru,* kurumlarda yapılan bu değişimi 'tasfiye' olarak nitelendirmektedir. DOĞRU, ss. 83-87.

12 *Doğru*'ya göre bu veriler, "27 Mayıs'ı takip eden ilk dört ayda, 54 kişilik Danıştay heyetinden 9 yargıç 13.7.1960 tarihinde, 4. 8. 1960 tarihinde 4 yargıç, 22.9.1960 tarihli 82 sayılı Kanun ile 15 yargıç emekliye sevk edilmişlerdi." DOĞRU, s. 71.

13 "5N 1K" ("the five W's and one H"), gazetecilik mesleğinde "bir haberin yalnızca başlangıç bölümünün değil, bütün hikâyesiyle birlikte ortaya konulduğu", haberin öğelerini oluşturan "ne?, ne zaman?, nerede?, nasıl?, neden?, kim?" sorularını içeren bir terim olarak başvurulmaktadır. Bkz. FLEMING Carole / HEMMINWAY Emma / MOORE Gillian / WELFORD Dave, **An Introduction to Journalism**, Sage Publications, London, 2006, s. 42.

14 Danıştay üye kadrolarının oluşumu, 30/12/1938-27/05/1960 aralığında yürürlükte bulunan ilgili mevzuat hükümleri ışığında değerlendirilmektedir.

15 521 sayılı Kanun, R.G. 31.12.1964.

16 TUĞLUOĞLU Fatih, "Chp'nin 14. Kurultayı ve İlk Hedefler Beyannamesi", **Ankara Üniversitesi Türk İnkılâp Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi**, Sayı: 60, 2017, ss. 277-310.

rın yapısının dönemin siyasi rejimine göre belirlendiği iddiası "neden", "ne zaman" ve "nerede" sorularının cevabıyla birlikte ortaya konulacaktır.

İkinci kısımda, 1960 müdahalesinin ardından çıkartılan 84 sayılı Kanun ile üye kadroların zımnen ilgası ve ekli liste ile yeni siyasi rejime uygun olarak yeniden ihdasının tanımlanma girişiminde bulunulacaktır. Söz konusu girişim, yalnızca bir tespit mahiyetindedir. Bu tespit sonrasında, son kısımda nihayet üye kadrolarda yapılan dönüşümün Danıştay kurumu bakımından resmi bir kopuşu temsil etmediği; tam tersi diyakronik bir süreklilikte yer alan bir kesinti olarak değerlendirilmesi gerektiği iddia edilecektir.

I. DANIŞTAY'DA ÜYE KADROLARIN OLUŞUMUNUN "5N 1K"SI

1961 Anayasası öncesinde yürürlükte bulunan 3546 sayılı Kanuna göre, Danıştay üye kadroları kanunla belirlenen nitelikleri haiz kimseler arasından dönemin yasama organı tarafından seçilmekteydi.[17]

Üyelerin Meclis tarafından seçimine ilişkin doktrinde müspet görüşler bulunduğu gibi; bu husus teşkilat veya kurumun işlevine göre farklı gerekçelerle de eleştirilere konu olmaktaydı. Örneğin *Derbil*, Millet Meclisi tarafından gerçekleştirilen seçim ile Danıştay'ın tam bir bağımsızlıkla işlevini güvence altına almış olacağını, doğabilecek mahzurun ise Meclis tarafından yapılacak seçimlerde isabetli kişilerin tercih edilmemesi halinde ortaya çıkacağını belirtmiştir.[18] Esasında teorik olarak Meclis tarafından üye kadroların

---

[17] 3546 s. Kanun, R. G. 30.12.1938. Söz konusu metin, 4904, 6716, 7197 ve 7354 sayılı Kanunlarla değişikliğe uğramıştır. İlgili maddeye göre;

"Yüksek mekteplerden mezun bulunup da kırk yaşını ikmal etmiş;

Vekillik, umumi müfettişlik, elçilik etmiş;

Tuğgeneral, tuğamiral ve daha yüksek rütbeyi ihraz eylemiş;

Müsteşarlıklarda veya valiliklerde bulunmuş, yahud bu memuriyetlere kanunen istihkak kazanmış;

Temyiz mahkemesi reis ve azalıklarında bulunmuş, yahud bu memuriyetlere kanunen istihkak kazanmış;

Vilayetlerde en az üç sene memuriyette bulunduktan sonra merkez daireleri umum müdürlüklerinde veya o derecedeki memuriyetlerde yahud hukuk müşavirliklerinde hizmet etmiş;

Devlet Şurası Baş muavinliğinde en az üç sene durmuş olanlardan ilim, ihtisas ve tecrübeleri ile temayüz eylemiş zevat arasından Büyük Millet Meclisince seçilir."

[18] Meclis, "kanun ile belirlenen niteliklere haiz kimseler" arasından seçebilirdi. Bu halde meclisin yetkisinin esasında sınırlı olduğundan bahisle, getirilen eleştirilerin de yersiz olduğunu ileri sürerek, seçim usulü konusunda müspet görüşlerini dile getirmiştir DERBİL Süheyp, **İdare Hukuku, C.1**, 3. Bası, Güney Matbaacılık, Ankara, 1950, s. 148-152. Nitekim Kanun, aranılacak nitelikleri üç hususta belirtilmiştir "yaş, tahsil ve hizmettir." Bkz. GÖRELİ İsmail Hakkı, **Devlet Şurası**, Yeni Matbaa, Ankara, 1953, s. 102 vd.

seçimi, dönemin "*suçsuz anayasasının*"[19] öngördüğü "*kuvvetler birliği, fakat vazifeler ayrılığı*"[20] siyasi rejiminin meclise yüklediği misyonun da bir sonucuydu. Buna karşın, Danıştay'ın *teşkilat statüsü* ve *fonksiyonu* göz önüne alındığında söz konusu teorik gerekçelerin isabetliliği tartışmaya açıktır. Şöyle ki *Göreli*, 1924 Anayasasına göre yürütme erki içerisinde bir kurum olan Danıştay'ın, üyelerinin Meclis tarafından değil, diğer Adalet teşkilatı organlarında olduğu gibi idare tarafından belirlenmesinin daha isabetli olacağını belirtmiştir.[21] Danıştay'ın müstakil kurum olarak teşkilattaki statüsüne göre üyelerin tayin edilmesi gerektiği şeklindeki *Göreli*'nin yaklaşımı isabetlidir; lakin bu yaklaşım, ilgili dönemde Danıştay'ın fonksiyonunun ihmali sonucunu doğurabilir. Zira 1924 Anayasası döneminde Danıştay, faal idare dışında ve idarenin organları arasında yer almakta ve mahkeme olarak tasnif edilmemekteydi[22]; ancak fonksiyon olarak bir yargı organı gibi çalışmaktaydı.[23] Söz konusu fonksiyonu dikkate alınarak, üyelerin Meclis tarafından tayini bazı yazarlar tarafından teşkilat statüsüne göre değil; yargı bağımsızlığı temelinde eleştirilere konu olmuştur. Nitekim *Onar*[24] yasama organı tarafından seçim ve azledilme usulünü, "*meclisin siyasi tesirleri altında idari ve yargısal usullerin her türlü teminatından mahrumiyet, nihai tayin ve azillerin meclis tarafından verilmek itibariyle tarafsızlık ve istiklal ihtiyacı ile bağdaşmama, meclis tarafından yapılacak seçimin politik durumların hesabı cihetiyle söz konusu vasıfları ihtiva etmeyen kimselerden müteşekkil bir yapı oluşumuna sebebiyet verme*" gerekçeleriyle seçim usulünün isabetliliğini tartışmaktadır.[25] Üye kadrolarının seçim usulünün, fonksiyon olarak yargı makamı işlevi gören Danıştay'ı siyasi mülahazaların tesiri altında bı-

---

19 SOYSAL Mümtaz, **Anayasaya Giriş**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1968, s. 128.

20 YÜCE Turhan Turhan, **Anayasa Değişikliği Dolayısıyla 1924 Anayasası ile 1961 Anayasası Arasında Temel Yapıları Yönünden Bir Karşılaştırma ve Özellikle Danıştay Meselesi,** Atatürk Üniversitesi Basımevi, Erzurum, 1971.

21 Ancak yürürlükte bulunan 1924 Anayasası'nın Danıştay Başkan ve üyelerinin seçimine ilişkin madde metni değiştirilmeden, bu konuda herhangi bir değişikliğe gidilemeyeceği belirtilmiştir (1924 Anayasası mad. 51). GÖRELİ, 1953, s. 104.

22 Yüzyıl Boyunca Danıştay, s. 311.

23 Değerlendirme için bkz. ONAR Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. III**, İsmail Akgün Matbaası, 3.Bası, İstanbul, 1966b, s. 1824.

24 ONAR, 1966b, ss. 1844-1852.

25 Buna karşın, belirtmek gerekir ki 1924 Anayasası ile öngörülen siyasi rejime uygun olarak öngörülen seçim usulüne göre oluşturulan bir kurumdan bahsedilse dahi; *Onar*, yargısal fonksiyonu icra edecek ülkelerde hâkim durumun önemli olduğunu, 'en ileri kanunların ve en mütekamil sistemlerin büyük bir fayda sağlamadığını, ancak bir oluş ve tekamülün kolaylaşmasına hizmet ettiğini' belirtmektedir. Bkz. ONAR, 1966 b, ss. 1844-1852.

rakmamak ve yargı bağımsızlığının sağlanması amacıyla farklı öngörülmesi meşru bir talep olarak değerlendirilebilir. Zira, 1924 Anayasası ile öngörülen siyasi rejimde, yargı yetkisinin bir organ olarak tecellisinden bahsedilse ve bu yetki mahkemelere bırakılsa da hâkim güvencesini sağlayan hükümlerin anayasada çerçeve olarak yer alıp[26], hakimlerin azlolunama kuralına kanunla istisna getirilebilmesi[27] hakimlik teminatının ciddi ölçüde zayıflatılmasına sebebiyet vermişti.[28] Bu gibi teorik açıklamalar, rejim buhranına yönelik dönemin siyasi tartışmalarında da dile getirilmekteydi. Örneğin, CHP'nin İlk Hedefler Beyannamesi'nde[29] üye kadroların meclis tarafından oluşturulması ve hakimlik teminatının zayıflatılması yaklaşımının, 1924 Anayasasının sağladığı yürütme odaklı hükümet anlayışının bir sonucu olduğu ifade edilmiş idi.[30] Demokrat Parti'nin Emekli Sandığına ilişkin Kanun'da yaptığı

---

[26] 1924 Anayasasının ilgili hükümleri şöyle idi:

"*Mad. 8: Yargı hakkı, millet adına usul ve kanuna göre bağımsız mahkemeler tarafından kullanılır.*

Mad.54: Yargıçlar, bütün davaların görülmesinde ve hükmünde bağımsızdırlar ve bu işlerine hiçbir türlü karışılamaz. Ancak kanun hükmüne bağlıdırlar.

Madde 55: Yargıçlar, kanunda gösterilen usuller ve haller dışında görevlerinden çıkarılamazlar.

Madde 56- Yargıçların nitelikleri, hakları, görevleri, aylık ve ödenekleri, nasıl tayin olunacakları ve görevlerinden nasıl çıkarılacakları özel kanunla gösterilir.

Madde 57- Yargıçlar, kanunla gösterilenlerden başka genel veya özel hiçbir görev alamazlar."

[27] Anayasada açıkça kanunla istisna getirilmesine ilişkin değerlendirmeler için bkz. TANÖR, s. 320 vd. ile SOYSAL Mümtaz, **1924 Anayasası 100 Soruda Anayasanın Anlamı**, 6. Bası, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1986, s. 46. Aynı şekilde ilgili dönemde yürürlükte bulunan Hakimler Kanunu da hakimlerin bağımsız ve tarafsız oluşuna ilişkin bir hüküm ihtiva etmemekteydi. Bkz. 2556 sayılı Kanun, R.G. 14.7.1934.

[28] Bu hususta yargı bağımsızlığına yönelik getirilen eleştiriler için, bkz. ÖZKORKURT Ü. Nevin, "Yargı Bağımsızlığı Açısından Osmanlı'da ve Günümüz Türkiye'sinde Yargıya Genel Bir Bakış", **AÜHFD**, Y.2008, C.57, S.1, ss. 225-242.

[29] 1960 müdahalesi sonrasında anayasa değişikliklerine temel teşkil etmesi, hatta ve hatta benimsenen yönetim modelinin "aynen" aktarılması bakımından, bu metin önemli görülmelidir. Bkz. CHP 14. Kurultayı, "İlk Hedefler Beyannamesi", Ulus Gazetesi, 13 Ocak 1959.

[30] 1921 Anayasası ile getirilen kuvvetler birliğinin "devlet hayatının gerçekleri karşısında" (KUBALI Hüseyin Nail, "Türkiye Cumhuriyeti'nin Kuruluşu ve Halen meri Cumhuriyet Anayasası", **Yeni Türkiye**, Türk Amerikan Üniversiteliler Derneği Yayını, İstanbul, 1959, s. 131.) esnetilerek parlamenter sistemle kaynaştırılması sonucu (SOYSAL Mümtaz, "Temel Nitelikleriyle 1961 ve 1982 Anayasaları (Karşılaştırmalı)", **Anayasa Yargısı**, 1984, Ankara, s. 127.) 1924 Anayasası sistemi benimsenmiştir. Bu sistem kuvvetler ayrılığı sistemi üzerine inşa edilmemekle birlikte, "iş bölümü, fonksiyon ve uzuv ayrılığı ve hatta kaza uzvunu kaza kuvveti diye göstermekle" (ONAR Sıddık Sami, **İdare Hukuku Umumi Esasları, C. I**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966a, s. 1.) mahiyetçe bir ayrılık benimsemekteydi. *Başgil*, bu rejimi "kuvvetler iştiraki rejimi" olarak değerlendirmektedir. Bkz. BAŞGİL Ali F. "Türkiye Siyasi Rejimi ve Anayasa Prensipleri", **Mukayeseli Türk Esas Teşkilat Hukuku Dersleri**, Birinci Cilt Fasikül I, İstanbul, 1957, ss. 268-269.

değişiklikle birlikte[31], "*25 yıllık hizmet süresini tamamlamış yargıçların emekliye sevk işlemleri*", 1924 Anayasası ile güvence altına alınmayan hakimlerin dönemin siyasi baskısına maruz kaldığının somut örneği olarak sunulmaktaydı.[32]

Yüksek yargı mensuplarının seçim usulü, 1960 müdahalesi sonrası söz konusu siyasi konjonktürde anayasal sistemin iktidar partisine sağladığı geniş düzenleme alanlarına tepki olarak değiştirilmiştir. İlk olarak, 1961 Anayasası ile idari yargı düzeninde değişiklikler yapılmıştır. 1924 Anayasasında yürütme erki içerisinde yer alan Danıştay, 1961 Anayasası ile yüksek mahkemelerden olmak üzere yargı bölümünde ele alınmış;[33] bu değişiklikleri yargısal denetimi gerçekleştirecek organların bağımsızlığı için öngörülen teminatlar takip etmiştir.[34] Diğer taraftan yargının yasama ve yürütme organlarıyla olan ilişkileri yeniden kurgulanmıştır. Buna göre, Danıştay üye kadrolarının Anayasa Mahkemesi'nin yedeklerinin de dahil olduğu bir kurul tarafından seçilmesi öngörülmüştür.[35] Bu minvalde çıkartılan 521 sayılı Danıştay Kanunu'nun[36] Danıştay üyelerinin Anayasa Mahkemesi tarafından seçim usulüne ilişkin açıklamaları ise dikkat çekicidir. Kanun koyucu, Anayasa Mahkemesi'ni "kanunların denetim" fonksiyonunu gerçekleştiren bir

---

31 6422 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun, RG. 25.06.1954, Sy.8738. Detaylı bilgi için bkz. TUĞLUOĞLU Fatih, "Chp'nin 14. Kurultayı ve İlk Hedefler Beyannamesi", **Ankara Üniversitesi Türk İnkılâp Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi**, Sayı: 60, 2017, s. 282.

32 Adalet Bakanlığı'nca "görülen lüzum üzerine" hakimlerin emekliye sevk edebilmesi bunun bir göstergesi olarak sunulmaktaydı. Detaylar için bkz. TUĞLUOĞLU, s. 290.

33 1961 Anayasası'nın Danıştay kurumuna yönelik getirdiği değişiklikler, 1924 Anayasası ile alanı daraltılan idari yargı konularında da genişlemeyi beraberinde getirmiştir. Mevcut 'yumuşak kuvvetler ayrılığı' siyasi rejimini ihtiva eden 1961 Anayasası hükümleri, idarenin yargısal denetimini gerçekleştirecek organın bu anlamda alanını genişleterek, yürütmenin alanını da oldukça daraltmış olmaktadır (114-140. mad.) Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Yüzyıl Boyunca Danıştay, s. 296. Değişiklik yapılan maddelerdeki gerekçeler için bkz. GİRİTLİ ve diğ, s. 5-41.

34 1961 Anayasası, mad. 132.

35 1961 Anayasası mad. 140/3, 521 sayılı Danıştay Kanunu, mad. 8-18, RG. 31.12.1964

36 "AYM ile Danıştay bir sistem içinde toplanmaktadır. Bu sistem ile siyasi iktidarın ve idarenin tasarrufları yargı denetimi altında bulundurulmaktadır. Danıştay icrai ve idari karar üzerinde yargı denetimi yapan ve tüzük tasarıları hakkında önceden mütalaa veren ve bu bakımdan tanzimi yetkileri bulunan bir kuruldur. Diğer taraftan AYM ise daha geniş ölçüdeki yetkilerle mücehhez bir kurul olarak çıkan kanunların anayasaya uygunluğunun kazai murakabesini yapmakla görevlidir. AYM ile Danıştay görevleri arasında bu *yakınlık sebebiyledir ki*, Danıştay üyelerinin seçiminin AYM tarafından yapılması uygun görülmüştür." Gerekçe için bkz. GİRİTLİ ve diğ., s. 8.

organ olarak tanımlarken "*(d)aha geniş yetkilerle mücehhez bir kurul*" ifadesini tercih etmiştir. Kanun koyucu, yargısal fonksiyon icra eden iki kurum arasında teknik anlamıyla bir hiyerarşi ilişkisi bulunmasa da fonksiyonel anlamda kanunların denetimini yapan Anayasa Mahkemesi'ni üst bir kuruluş olarak konumlandırmakta ve normlar hiyerarşisinde daha alt düzeyde yer alan idarenin işlem ve eylemlerini denetleyen Danıştay'ın üye kadrolarının bu kurum tarafından oluşturulmasının isabetli olduğunu ortaya koymaktadır.

Buna karşın seçim usulünün isabetliliği idari rejim çerçevesinde eleştirilere konu olmuştur. İdari işlem ve eylemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların hususi karakteri gereği müstakil yargı merci olan idari yargıda çözümlenmesi, benimsenen idari rejimin bir sonucudur. Danıştay kadrolarının adli yargı tarafından oluşturulan Anayasa Mahkemesi üyeleri tarafından belirlenmesi ise, söz konusu idari rejimi "*adlileştirmektedir*". *Duran*[37], Anayasa Mahkemesi üyelerince seçim usulünün "eleştiriye davet eder nitelikte" olduğunu belirterek şu ifadeleri kullanmıştır:

> *"(u)zmanlık, tecrübe ve bir takım moral vasıflar gerektiren meslek hizmetlerine seçim yolu ile görevlendirme en uygun yöntem sayılmayacağı gibi, üyelerinin hemen tümü hakimlik mesleği mensuplarından oluşan ve kapalı bir kurul olan Anayasa Mahkemesince yapılan üye seçimlerinin 1924 teşkilatı Esasiye Kanunu rejiminde siyasi bir organ olan TBMM tarafından gerçekleştirilen seçimlerden daha isabetli bulunduğu iddia edilemez. Özellikle Anayasa Mahkemesi'nin üyelerinden bir bölümünün Danıştay'ın kendi üyeleri arasından seçip daha önce oraya göndermiş olduğu ve büyük bir kısmının Yargıtay yolu ile Adalet kesiminden geldiği göz önünde tutulursa, bu kurulun ve Yüksek İdare Mahkemesinin karşılıklı seçimlerle birbirini oluşturduğu ve berikinin "adliyeleşme" sürecine girdiği kolayca anlaşılır."*[38]

Buna göre *Duran*, Danıştay'ın üye kadrosunun Anayasa Mahkemesi tarafından belirlenmesinin idari rejimin karakteriyle uyuşmayacağını iddia etmektedir.[39] Nitekim *Giritli* de seçimin Yüksek Mahkeme üyelerince gerçekleştiri-

---

37 DURAN Lütfi, **İdare Hukuku Ders Notları**, Şampiyonlar Bürosu, İstanbul, 1977, ss. 92-93.

38 DURAN, 1977, s. 93.

39 *Duran*, "İdari Yargı Adlileşti" başlıklı makalesinde 1982 Anayasası ile getirilen düzenlemelerin de bu kapsamda idari yargıyı adlileştirdiğini iddia etmektedir. Bkz. DURAN Lütfi, "İdari Yargı Adlileşti", **İHİD**, V. 3, 1982, Y.1-3, ss. 53-83.

lecek oluşunu "belki de kaleme alma sırasındaki bir unutkanlık eseri olarak" değerlendirip, bu hususun açıkça anayasaya aykırı olduğunu belirtmiştir.[40]

İdari uyuşmazlıkların idare hukuku kurallarına göre çözümlendiği müstakil yargı organı olan Danıştay'da üye kadroların Anayasa Mahkemesi gibi bir yargı organı tarafından belirlenmesi, teorik olarak "hakimlik teminatı" ve "yargı bağımsızlığı" gerekçeleriyle kabul edilebilir niteliktedir. Nitekim 1961 Anayasasının mimarlarından olan *Onar*, diğerlerinin aksine bu düzenleme ile Danıştay'ın organik ve personel bakımından tam bir yargı merci halini aldığını belirtmektedir.[41] Ancak teorik olarak ortaya atılan söz konusu değerlendirmenin pratik mülahazalar dolayısıyla isabetliliği tartışılabilir. Zira, Anayasa Mahkemesi'nin kuruluşunda yer alan ve *Ran Hirschl* tarafından ortaya atılan "*hegemonik korunma tezi*" dikkate alındığında[42] bu kurumun salt "uyuşmazlıkları çözmekle görevli yargı organı olduğu ve bu kurulun oluşturduğu yargının bağımsız olacağı" iddiası yetersiz kalacaktır. Söz konusu teze göre, tek parti döneminde Türk bürokrasinin kaybettiği gücün 1960 müdahalesiyle yeniden tesis edilerek muhtelif kurumlarla hukukileştirildiği ve bürokratik elitlerin politik gücünün yargıya aktarıldığı bir sistem öngörülmektedir.[43] Bu teze göre muhtelif kurum, Anayasa Mahkemesi'dir. CHP'nin 14. Kurultayında ortay konulan manifesto niteliğindeki İlk Hedefler Beyannamesi'nde de Anayasa Mahkemesi'nin kurulma ihtiyacının dayanağı olarak, "*hükümetlerin anayasaya aykırı kanun çıkarma girişimlerini engellemek ve rejimin ve hürriyet düzeninin temeli ve cemiyetin huzuru*" gösterilmiştir.[44] Anayasa Mahkemesi'nin "hangi" rejimin koruyucusu olacağı ise söz konusu hegemonik korunma tezi kapsamında tartışılabilir.

Söz konusu sebepler dolayısıyla 1961 Anayasası ile öngörülen seçim usulünün, "*Anayasa Mahkemesi üyelerinin 'bağımsız ve tarafsızlığı' ve onlar tarafından oluşturulacak kadroların da bu nitelikleri taşıyacağı iddiası"* ile isabetliliği, sosyo-politik gelişmeler karşısında tartışmaya açıktır.

---

40 Yazar anayasaya aykırılık iddiasının nedenlerini açıkça belirtmese de, söz konusu görüşün temelinde *Duran*'ın anayasal anlamda "idari rejim" argümanı olduğu iddia edilebilir. GİRİTLİ İsmet / BİLGEN Pertev, **İdari Kaza**, İstanbul, 1966, s. 19.

41 ONAR, 1966b, s. 1850.

42 Bu çalışmanın kapsamını aşacağından, bu hususa yalnızca değinilmekle yetinilmiştir. Dünya genelinde ve Türkiye özelinde Anayasa Mahkemeleri'nin kuruluşuna yönelik teoriler için bkz. HIRSCHL Ran, **Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism**, Harvard University Press, Newyork, 2004.

43 HIRSCHL, ss. 38-40.

44 Aktaran TUĞLUOĞLU, s. 290. (Vurgu yazara aittir.)

II. GEÇİCİ MADDENİN ANLAM VE KAPSAMI

Söz konusu hararetli tartışmaların yaşandığı konjonktürde 1960 müdahalesinin ardından Danıştay'ın mevcut kadrolarının ilgasını içeren 84 sayılı Kanun'un geçici maddesi yayınlanmıştır: *"(b)u kanunun yürürlüğe girdiği tarihte Danıştay Başkanlığı ve üyeliği kadrolarını işgal edenlerin vazifeleri nihayete ermiş ve bu kadrolara ilişik cetvelde gösterilenler seçilmiştir."*[45] Danıştay Başkan ve üyelerinin vazifelerinin nihayete erdirilmesi ve emekliye sevk işlemlerine ilişkin söz konusu maddenin mahiyeti, ilga ve ihdas kavramları üzerinden bu başlık altında irdelenecektir.

1. Geçici Maddenin Mahiyeti: Zımni İlga

Döneme ilişkin meclis görüşmeleri kadrolarda gerçekleştirilen tasfiyelerin yoğunluğuna ve gerekçelerine ilişkin önemli veriler içermektedir. Rejimin tasfiyesi ve yeni rejime bağlı kurumların inşa süreci, rejimin "kendi hukukunun" bir gereği olarak meclis tutanaklarında yer bulmuştur:[46]

> *"Danıştay ilga ve yeniden ihdas edilirken ve bu ilga ve ihdas sırasında açıkta kalan üyeler sırasında kullanılan ölçü, kıstas sorulmaktadır. Muhterem arkadaşlarım katiyen yanlış anlamasınlar, hiçbir devrin tenkit ve muhasebesini yapacak durumda değilizdir. Takdir edersinizdir ki, bu soruda kullanılan kıstasın ne olduğuna dair burada cevap veremeyeceğim (...) Her ihtilalin kendisine göre bir felsefesi, kendisine göre bir hukuku, kanunu ve işleyiş şekli vardır. Binaenaleyh, o zamanki felsefi düşünceye göre yapılmış olan muamele ve tatbik edilen kanunların kıstas bakımından burada muhasebesini yapmak ve bundan dolayı kullanılan kıstasın evsafını, ölçüsünü… arz etmek imkansızdır."*

Meclis görüşmelerinde açıkça ifade edilmekten imtina da edilse, *Akyol* söz konusu tasfiyeleri "*27 Mayıs Devrimi'ne uygun bir yargı yapılanması yaratma*" girişimi olarak değerlendirmektedir.[47] Yeni rejimin kurucularına

---

[45] 84 sayılı Kanun, R.G. 22.9.1960, Sy. 10610. Belirtmek gerekir ki Resmî Gazetede neşrolunan kanunun nitelemesi dahi hatalı idi. Değişiklik yapılmak istenen 3546 sayılı Şuray-ı Devlet Kanunu iken; 3548 sayılı Kanun olarak belirtilmiştir. Siyasi rejim değişikliğinin kadrolardaki "süratli" değişimi tetiklediği ve bu süratin kanunlara dahi yansıdığı iddia edilebilir.

[46] Millet Meclisi Tutanak Dergisi, ss. 27-29. (Vurgu yazara aittir.)

[47] AKYOL Taha, "27 Mayıs ve Yargı", Milliyet, 28.5.2010, https://www.milliyet.com.tr/yazarlar/taha-akyol/27-mayis-ve-yargi-1243600 (Erişim Tarihi: 13.12.2018).

göre, mevcut yargı mensupları ilk bölümde ele alındığı üzere 3546 sayılı Kanun'a göre Meclis tarafından seçildiği için bulundukları makamı esasında "işgal" etmekteydi. Söz konusu sebep, 27 Mayıs sonrası 'mahkûm edilen' bir meclis tarafından oluşturulan bir kurumun yeni rejim sonrası ilgasının da sebebi olabilirdi. Nitekim *Coşkun*, Danıştay Başkan ve üyelerinin emekliliğe sevk işlemlerine ilişkin değerlendirmelerini bu argümanlar üzerine inşa etmiştir:[48]

> *"Milli Birlik Komitesince yapılan bu işlem çok haklı sebeplere dayanmakta idi (...) Bilindiği gibi, 1950-1960 devresinde Meclis çoğunluğu D.P'nin elinde bulunuyor ve özellikle 1954'ten sonra bu çoğunluk D.P. liderleri tarafından kontrol ediliyordu. Türkiye'ye antidemokratik bir idareyi getiren, 'tutum ve davranışlarıyla bir ihtilâle sebebiyet veren' bu liderlerin arzularıyla seçilen Danıştay üyelerinin, 1960 Devriminden sonra, idareyi yargı yönünden denetleyecek olan Danıştay karar organlarında görevlerine devam etmeleri düşünülemezdi. Bu yüzden Milli Birlik Komitesince alınan yerinde bir kararla (...)"*

Üye kadroların tasfiyesinde "yeni siyasi düzen" gerekçesi yer alsa da Danıştay üye kadroları "hakimlik teminatı ve yargı bağımsızlığı" gerekçeleriyle[49] "seçimden çıkmamış bir meclis"[50] tarafından ilga edilmişti. Buna göre rejim kurucularının, yargı organını "yürütme erkinin bir uzantısı" olarak değerlendirip, yürütmede yapılan değişikliklerle birlikte değişen, adeta "yürütmenin bir eklemi" olarak değerlendirdiği iddia edilebilir. *Duran*'ın 1977 yılında yayınladığı eserinde *"(k)anunların uygulanması yönünden yargılama işlevini, idare işlevi gibi yürütme erkinin bir kolu sayan hukuk öğretileri, siyasi rejimler veya dönemler ve işlem biçimleri görülmüştür*" ifadesinde bahsi geçen siyasi rejimin, 1960 sonrası dönemi işaret ettiği iddia edilebilir.[51]

Olağanüstü dönemlere hasredilebilecek sınırlı ve istisnai düzenlemelerle mevcut kadroların ilgası, değişen iktidarın kendine özgü sistem kurma arayı-

---

48 COŞKUN M. Alev, "Danıştay Üyeleri Hakkında Bir İnceleme", https://docplayer.biz.tr/31368373-Danistay-uyeleri-hakkinda-bir-inceleme.html (Erişim Tarihi: 13.12.2018), s. 130.

49 1960 sonrası oluşturulan düzende Danıştay üye kadrolarının AYM tarafından oluşturulması teklifinin bu gerekçelere dayandığı belirtilmişti. Bkz. I. Danıştay Üye Kadrolarının Oluşumunun "5N 1K"sı.

50 SOYSAL, 1984, s. 11.

51 DURAN, 1977, s. 10. (Vurgu yazara aittir.)

şının aynı zamanda devleti dönüştürme idesiyle örtüşmektedir. *Doğru*, yoğun tasfiyeleri "yürürlükteki normların meşruiyet bildirimine göre yeniden yorumlanabilmesini sağlamak için yapıldığı karinesine" dayandırmıştır.[52] Sonuç olarak yeni rejimin yol açtığı "*meşruiyet krizi*"[53], kurumlarda yapılan ilgalar ile aşılmaya çalışılmıştır.

2. Kanuna Ekli Liste: Yeniden İhdas

84 sayılı Kanunda yer alan geçici maddenin birinci fıkrasının devamında, "*(b)u kadrolara ilişik cetvelde gösterilenler seçilmişlerdir*"[54] hükmü yer almaktadır. Söz konusu ekli liste ile belirlenen üyelerle kurumun yeniden ihdas edildiği iddia edilebilir. İhdas kavramının "mevcut hukuki vaziyette tek taraflı irade beyanı ile değişiklik yapmaya, yeni hukuki neticeler meydana getirmeye imkân veren durum"[55] mahiyeti yapı-sökümüne tabi tutularak 84 sayılı Kanunun geçici maddesi ile ilga edilen kadroların ihdasının hukuka uygunluğu bu başlık altında değerlendirilecektir.[56]

İlk olarak ihdas kavramının, "mevcut hukuki durum"da değişiklik husule getirmesi mahiyeti değerlendirilmelidir. Danıştay üye kadrolarının yapısına ilişkin mevcut hukuki duruma ilişkin açıklamalar esasında ilk bölümde yer almakla birlikte, bu başlık altında kısaca tekrarlamakta fayda görülmektedir. Buna göre 1960 müdahalesi sonrasında yapılan değişiklik öncesinde Danıştay üyeleri yasama tarafından seçilmekte iken; değişiklik sonrasında Anayasa Mahkemesi üyeleri tarafından seçim usulü tercih edilmişti.[57] Ekli liste ile ihdas edilen Danıştay üye kadrolarının gerek değişiklik öncesinde meclis tarafından gerek değişiklik sonrasında Anayasa Mahkemesi tarafından, öngörülen usulle oluşturulmadığı açıktır. Usule uygun olmasa da mevcut hukuki durumda değişiklik yapıldığı muhakkaktır.

---

52 DOĞRU, s. 87.

53 AKYOL Taha, "27 Mayıs", Milliyet, 27.5.2008, http://www.milliyet.com.tr/-/taha-akyol/siyaset/yazardetay/27.05.2008/759684/default.htm, (Erişim Tarihi: 13.12.2018).

54 84 sayılı Kanun, Geçici Madde.

55 USLU Azmi, Yeni Hukuk Lügatı ve Hukuk Terimleri Sözlüğü, Türk Dil Kurumu, Site Kitabevi, İstanbul, 1964, s. 142.

56 İhdas teriminin niteliklerini belirten "mevcut hukuki durum", "tek taraflı irade beyanı", "yeni hukuki neticeler meydana getirme" unsurları üzerinden 84 sayılı Kanun'a ekli listenin mahiyeti değerlendirilecektir.

57 Buna yönelik tartışmalar ilk bölümde ele alınmıştır. Bkz. Danıştay Üye Kadrolarının Oluşumunun "5N 1K"sı.

İkinci olarak, ihdas kavramının "tek taraflı irade beyanı" ile değişiklik yapılmasının mahiyeti, dönemin meşruiyet paradigması üzerinden değerlendirilmelidir. Danıştay üye kadroları, yasamanın tasarrufu olan 84 sayılı Kanun ile ihdas edilmiştir. Ancak yasama organı tarafından bir normun açıkça hukuk kuralı olarak yürürlük kazanması gerektiği yolunda usulüne uygun irade beyanı olan kanunun[58] biçimsel ve maddi niteliğinin sözü geçen 84 sayılı Kanun'da mevcudiyeti tartışmaya açıktır.[59] Şöyle ki şekli açıdan kanun, usulüne uygun olarak yasama organı tarafından yapılan irade beyanıdır. 1960 müdahalesiyle dönemin yasama organı olan Büyük Millet Meclisi ilga edilmiş ve yasama yetkileri Milli Güvenlik Kurulu'nda toplanmıştır.[60] MGK'nın Resmî Gazetede yayınlanan "yasa" niteliğindeki işlemleri söz konusu kanuna zemin hazırlamış ve Danıştay kadrolarının tasfiye ve ihdası, oluşturulan meşruiyet telakkisine göre mümkün kılınmıştı. Oysa ki, demokratik olmayan usullerle yönetimde yer alan ve atanmışlardan oluşan Kurul'un "*Türk Milleti adına bu yetkiyi kullanıyoruz*" söylemi, yasama erkinin oluşumu bakımından kuşku yok ki yeterli değildir. Aynı şekilde bu söylemin ardında söz konusu kanunun "dönemin yasama organı (MGK)" tarafından çıkartıldığı iddiası ise, "*anti demokratik bir tutum ve zihniyet*"[61] iddiasını engellememektedir. Yürürlükteki mevzuata göre yetkili organ ve makamların belirlendiği hukuki bir düzende, yalnızca ilgili döneme yönelik getirilen bu düzenlemeler "hukuk düzenini" değil; yalnızca "düzenin hukukunu" yaratma girişimi olarak değerlendirilebilir. Bu dönemde yasama yetkisinin devri, devredilmeyen yetkinin gasp edilmesiyle sonuçlanmıştır.

Diğer taraftan şekli bakımdan kanun niteliğine yönelik getirilen eleştirilere ek olarak, söz konusu kanun maddi yönden de incelenmelidir. Yasama fonksiyonunun esas işlevi olarak koyduğu kurallar, sürekli, objektif ve genel nitelikte olmalıdır.[62] Buna göre ayrımcılık aracı olarak kullanılmasının engellenmesi amacıyla kanunlar, geneldir ve belli bir somut olaya özgü olarak

---

58 ARAL Vecdi, **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İkinci Baskı, İstanbul, 1975, s. 83.

59 Kanun kavramının maddi ve şekli anlamı hakkında detaylı bilgi için bkz. ŞİRİN Tolga, **Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı**, On iki levha, İstanbul, 2019, s. 273-601.

60 Bundan sonra Milli Güvenlik Kurulu, "MGK" olarak metin içerisinde yer alacaktır.

61 GÖZLER Kemal, **1961 Anayasası, Türk Anayasa Hukuku**, Ekin Kitabevi, Bursa, 2000, ss. 77-92.

62 Ayrıntılı bilgi için bkz. ARAL, s. 83-87.

çıkartılamaz.[63] Buna karşın, ülkemiz hukuku bakımından genel nitelikte bulunmayan kanuni düzenlemelere de rastlamak mümkündür.[64] Dahası Anayasa Mahkemesi, genellik ilkesinin ihlalini iptali gerekli kılacak nitelikte görmemekte; bu ilkeyi yalnızca "eşitlik ilkesi" ekseninde temel hak ve hürriyetlere müdahale boyutuyla ele almaktadır.[65] 1960 müdahalesi sonrasında çıkartılan 84 sayılı Kanun, açıktır ki genellik niteliğini haiz değildir.[66] Buna göre yeni siyasi rejimin meşruiyet aracı olarak kurgulanarak MGK tarafından "kanun" başlığında yayınlanan metinlerle tek taraflı olarak değişiklik husule gelmiştir.

Son olarak ihdas kavramının son halkasını teşkil eden "yeni hukuki neticeler meydana getirme" hususu değerlendirilmelidir. İkinci bölümde izah edilen üye kadrolarının zımnen ilgasının yarattığı boşluk, aynı Kanun'a eklenen liste ile telafi edilmek istenmiş idi. Ekli liste ile yapılan kadroların ihdası, kuşku yok ki idari işlem teorisi bakımından hukuk aleminde yenilik doğurucu ve inşai nitelikte bir irade beyanıdır. Söz konusu irade beyanı, zincir işlemi oluşturan ve bu kapsamda ilga işlemini takip eden bir hukuki muamele olarak değerlendirilmelidir.[67] Buna göre, ilga ve ihdas işlemleri birbirini takip eden ve gerçek anlamda aralarında "*hukuki bağ*"[68] bulunan zincirin halkalarını oluşturan işlemlerdir. Bu minvalde ihdas, Danıştay ve benzeri kurumlarda yapılan tasfiyelerle birlikte kadroların boşalması sonucu söz konusu kadroların "yeni siyasi rejime" uygun olarak tahsisine yönelik yeni hukuki neticeler doğuran hukuki işlemdir.[69]

---

63 Alman Anayasası'nda "tek olaya özgü kanun yasağı" olarak ifade edilen söz konusu ilke hakkında detaylı bilgi için bkz. ŞİRİN, ss. 579-580.

64 Düzenlemeler hakkında bilgi için bkz. ŞİRİN, ss. 592-601.

65 ŞİRİN, s. 590.

66 Belirtmek gerekir ki, maddi açıdan kanun niteliği taşımayıp, şekli yönden kanun özelliklerini haiz olması, bu düzenlemenin "kanun" olarak nitelendirilmesine engel teşkil etmemektedir. Ancak yukarıda izah olunduğu üzere şekli açıdan da bu özelliği haiz olmayan 'bildiri' niteliğindeki metnin kanun olarak kabulüne olanak yoktur.

67 Zira zincir işlemler "belirli ve nihai sonucu doğurmak amacıyla birbirini takip eden ve tamamlayıcı bir dizi işlemdir". ERKUT Celal, **İdari İşlemin Kimliği**, Danıştay Matbaası, Ankara, 1990, s. 122.

68 ERKUT, s. 122.

69 *Akyol*, tasfiyelerle yapılan yargısal müdahaleleri, politize edilmiş ve yeni siyasi ideolojisine göre yapılandırılmış "yargısal vesayet" kurma girişimi olarak değerlendirmiştir. AKYOL, 2010.

Nihayet bu dönemdeki meşruiyet paradigmasına göre yasama olarak yetki kullanan MGK'nın meşru seçimlerle değil; müdahale yoluyla kurulan yapısı[70] tarafından kanun nitelemesiyle yayınlanan bildirilerle Danıştay'ın mevcut üyeleri tasfiye edilmiş ve yeni siyasi düzene göre yeniden ihdas edilmiştir.[71]

III. DEĞERLENDİRME: DANIŞTAY GERÇEKTEN 150 YAŞINDA MI?

Kurumun ilgası mahiyet itibariyle kurumun lağvedilmesi veya ortadan kaldırılması[72] ise, varlığı inkâr edilemeyen bu tekil olgunun, kurum bakımından radikal bir kopuşu temsil ettiği ve kurumsal sürekliliği zedelediği iddia edilebilir mi? "*Kurumlarda fonksiyonları yerine getiren personel, kurumların organizasyon yapılarını gösteren çizelgeler değil; o kurumlarda görevi yüklenen kişilerdir*".[73] Önemli sayıda hâkim ve savcının "kıyımına"[74] rağmen, Danıştay kurumunun işlevini gerçekleştirmesinin zor olduğu açıktır. Döneme ilişkin Meclis tutanaklarında söz konusu müdahalenin gerekçelerinin irdelenmesi sırasında üyelerle birlikte "kurumun ilgası" ve "yeniden ihdası" kavramlarından da söz edilmiştir:

> *"22.9.1960 tarihli ve 84 sayılı Danıştay'a ait kanun tatbik mevkiine konurken Danıştay'da 54 başkan ve üye kadrosu mevcuttu. Bu 54 kişilik kadroda, bir üyenin ölümü ve birinci başkanlığın da münhal bulunması dolayısıyla fiilen o tarihte 52 arkadaşımız vazife görmekte idiler. Binaenaleyh 84 sayılı Kanunla başkan ve üye olmak üzere bu 52 zat Danıştay'ın ilgası sebebiyle açıkta kalmışlardır. Danıştay'ın yeniden ihdası (...)"*[75]

Azrak'ın da ifadesiyle de desteklenen bu siyasi irade, "*Danıştay'ın kapatılarak üyelerinin değiştirilmesi ve yapı değişikliğinden çok kısa bir süre*

---

70 *Akyol* bu durumu, "meşruiyetin kaynağının 'seçim' kavramından 'devrim' kavramına kaydırdı" şeklinde değerlendirmektedir. Bkz. AKYOL, 2010.

71 Dönemin meclis tutanaklarında, milletvekillerinin "üye kadrolarının ilgası ve yeniden ihdası" kavramlarından açıkça söz etmesi de bu iddiayı doğrular niteliktedir. (Millet Meclisi Tutanağı, C. 2, Otuz dördüncü Birleşim, 17.1.1962, s. 27.)

72 *Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi* (1997), s. 5637.

73 COŞKUN. (Vurgu yazara aittir.)

74 AKYOL Taha, "Hukuk ve Yargı Açısından 27 Mayıs", Milliyet, 27.5.2011, http://siyaset.milliyet.com.tr/27mayis/siyaset/siyasetyazardetay/27.05.2011/1395144/default.htm, (Erişim Tarihi: 13.12.2018).

75 Millet Meclisi Tutanağı, C. 2, Otuz dördüncü Birleşim, 17.1.1962. (Vurgu yazara aittir.)

sonra tekrar açılması; yani kapa-aç biçiminde bir müdahaledir".[76] Bu anlayışın kabulü halinde, bugün Danıştay'ın 150. Kuruluş Yılı kutlamaları da temelsiz kalacaktır; zira 1960 müdahalesiyle kapatıldığı kabul edilen Danıştay, bugün yalnızca 58 yaşındadır.

Lakin siyasi irade tarafından ortaya konulan bu iradenin mahiyeti, kurumsal devamlılık ve kopuş retoriği bakımından ele alınıp; Danıştay'ın yeni siyasi rejime göre kurgulanan yapısı, diyakronik bir süreklilikte[77] değerlendirilmelidir. Kopuş-süreklilik tartışmalarının tarih çalışmalarında belki de en hararetli şekilde yapıldığı "Tanzimat ve Cumhuriyet dönemleri" arasında, ortaya atılan resmi kopuş tezlerinin aksine, çoğunlukla[78] "gelişim sürecinde meydana gelen kesintilerin, sürekliliği mutlak anlamda sona erdirerek, tümüyle ortadan kaldırmadığı" iddia edilmektedir.[79] *Karahanoğulları*, süreklilik-kopuş tezlerinin hangisine yakın durdurduğunu belirtmeden, Cumhuriyet'in Osmanlı modernleşmesinde yerleştirilmeye çalışılan kurumlardan bir kısmını devraldığını ve Şuray-ı Devlet'in de bu kurumlardan biri olduğunu ve idari yargı tarihinin zorunlu olarak Osmanlı Devleti dönemini de kapsaması gerektiğini belirtmektedir.[80] Böylesine radikal bir siyasal rejim değişikliğine dahi tanıklık eden ve sürekliliğinin zedelenmediği iddia edilen bir kurumun, 84 sayılı Kanuna ekli liste ile zımnen ilga ve ihdasının "kurumun ilgası" mahiyetinde olduğunu değerlendirilmesi isabetli değildir. Diğer taraftan, kadroların lağvı dolayısıyla kurumun işlevsizliğinin, tek başına kurumsal sürekliliği ortadan kaldırıcı bir etmen teşkil ettiğinin kabulü yine oldukça güçtür.

---

76 AZRAK.

77 *Best* ve *Kellner* tarafından modernizm ve post modernizm bağlamında ortaya atılan diyakronik bir devamlılık teorisi için bkz. BEST Steven / KELLNER Douglas, **Postmodern Theory, Critical Interrogations**, Guilford Press, Newyork, 1991.

78 Çoğunlukla ifadesi tercih edilmiştir; zira doktrinde kurumsal süreklilik tezini savunan veya kopuş tezi konusunda eğilimi olanlar söz konusudur. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. KARAHANOĞULLARI, 2017, ss. 189-202.

79 Zdzislaw Cackowski, *'Continuity and Discontinuity of Human Recognition'*, Dialectic and Humanism, aktaran ÇULHAOĞLU Metin, **Tarih, Türkiye, Sosyalizm, Bir Mirasın Güncelliği**, Yordam Kitabevi, İstanbul, 2016, s. 39. Söz konusu tartışmaların, doçentlik tezine konu olabilecek nitelik ve içeriği dikkate alındığında burada kısaca atıf yapmakla yetinilmiştir. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. KARAHANOĞULLARI, 2017.

80 KARAHANOĞULLARI, 2017, ss. 2-3.

IV. SONUÇ

Demokratik olmayan usullerle iktidarı ele geçiren bir kurumun, kendi meşruiyet bildirimine dayanarak kendi hukuku ile kurumları dönüştürme eylemi bir *sıçrama* ve 84 sayılı Kanunun Geçici Maddesi ile Danıştay'da yarattığı durum, kurumun ilgili dönemde işlevsizliğini doğuran bir *kesinti* ise de, bu tarihsel tekil olgu süreklilik ve kopuş diyalektiği çerçevesinde ele alınarak, sürekliliği ortadan kaldıracak düzeyde bir mutlak kopma olarak değerlendirilmemelidir.

Bu çalışmada, spekülatif olarak "Danıştay 150 yaşında mıdır?" sorusu ile 84 sayılı Kanunun geçici maddesiyle kadroları ilga ve yeniden ihdas edilen Danıştay'ın tarihine kapı aralanmış ve kurumsal süreklilik tezine dikkat çekilmiştir.

KAYNAKÇA

AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER Murat / KAYA Cemil, **Türk İdari Yargılama Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019.

AKYOL Taha, "27 Mayıs ve Yargı", Milliyet, 28.5.2010, https://www.milliyet.com.tr/yazarlar/taha-akyol/27-mayis-ve-yargi-1243600 (Erişim Tarihi: 13.12.2018)

AKYOL Taha, "Hukuk ve Yargı Açısından 27 Mayıs", Milliyet, 27.5.2011, http://siyaset.milliyet.com.tr/27mayis/siyaset/siyasetyazardetay/27.05.2011/1395144/default.htm, (Erişim Tarihi: 13.12.2018)

AKYOL Taha, "27 Mayıs", Milliyet, 27.5.2008, http://www.milliyet.com.tr/-/taha-akyol/siyaset/yazardetay/27.05.2008/759684/default.htm, (Erişim Tarihi: 13.12.2018)

ARAL Vecdi, **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İkinci Baskı, İstanbul, 1975.

AZRAK Ali Ülkü, "Türkiye'de İdari Yargının Bağımsızlığı", **Anayasa Yargısı,** S. 25, 2008, 3. Oturum.

BEST Steven / KELLNER Douglas, **Postmodern Theory, Critical Interrogations**, Guilford Press, Newyork, 1991.

BALTA Tahsin Bekir, **İdare Hukuku I**, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1970.

BAŞGİL Ali Fuat, "Türkiye Siyasi Rejimi ve Anayasa Prensipleri", **Mukayeseli Türk Esas Teşkilat Hukuku Dersleri**, Birinci Cilt Fasikül I, İstanbul, 1957.

COŞKUN M. Alev, "Danıştay Üyeleri Hakkında Bir İnceleme", https://docplayer.biz.tr/31368373-Danistay-uyeleri-hakkinda-bir-inceleme.html (Erişim Tarihi: 13.12.2018)

ÇULHAOĞLU Metin, **Tarih, Türkiye, Sosyalizm, Bir Mirasın Güncelliği**, Yordam Kitabevi, İstanbul, 2016.

DERBİL Süheyp, **İdare Hukuku, C.1**, 3. Bası, Güney Matbaacılık, Ankara, 1950.

DOĞRU Osman, **27 Mayıs Rejimi: Bir Darbenin Hukuku Anatomisi**, İmge Kitabevi, İstanbul, 1998.

DURAN Lütfi, **İdare Hukuku Ders Notları**, Şampiyonlar Bürosu, İstanbul, 1977.

DURAN Lütfi, "İdari Yargı Adlileşti", **İHİD**, V.3, 1982, Y.1-3, ss. 53-83.

ERKUT Celal, **İdari İşlemin Kimliği**, Danıştay Matbaası, Ankara, 1990.

FLEMING C. / HEMMINWAY E. / MOORE G. / WELFORD D., **An Introduction to Journalism**, Sage Publications, London, 2006.

GEDİKLİ Fethi, **Şuray-ı Devlet**, On iki Levha Yayınevi, İstanbul, 2018.

GİRİTLİ İsmet / BİLGEN Pertev, **Gerekçeli ve İçtihatlı Yeni Danıştay Kanunu**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1965.

GİRİTLİ İsmet / BİLGEN Pertev, **İdari Kaza**, İstanbul, 1966.

GÖRELİ İsmail Hakkı, **Devlet Şurası**, Yeni Matbaa, Ankara, 1953.

GÖZLER Kemal, **1961 Anayasası, Türk Anayasa Hukuku**, Ekin Kitabevi, Bursa, 2000.

HIRSCHL Ran, **Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism**, Harvard University Press, Newyork, 2004.

KARAHANOĞULLARI Onur, "III. Cumhuriyetin Kuruluşunda Yargı Tasfiyeleri", **Mülkiye Dergisi**, S. 39 (1), 2015, ss. 187-214.

KARAHANOĞULLARI Onur, **Türkiye'de İdari Yargı Tarihi**, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017.

KUBALI Hüseyin Nail, "Türkiye Cumhuriyeti'nin Kuruluşu ve Halen meri Cumhuriyet Anayasası", **Yeni Türkiye**, Türk Amerikan Üniversiteliler Derneği Yayını, İstanbul, 1959.

GRAMSCI Antonio, **Selections from the Prison Notebooks**, (çev. Quinton Hoare and Geoffrey Nowell Smith), International Publishers, New York, 1971.

ONAR Sıddık Sami, **İdare Hukuku Umumi Esasları, C. I**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966a.

ONAR Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. III**, İsmail Akgün Matbaası, 3.Bası, İstanbul, 1966b.

ÖZAY İl Han, "Hukuk Devleti İdare Hukuku İlişkisi", **Günışığında Yönetim**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004.

ÖZKORKURT Ü. Nevin, "Yargı Bağımsızlığı Açısından Osmanlı'da ve Günümüz Türkiye'sinde Yargıya Genel Bir Bakış", **AÜHFD**, Y.2008, C.57, S.1, ss. 225-242.

SARICA Ragıp, **İdari Kaza**, İstanbul, 1949.

SOYSAL Mümtaz, **Anayasaya Giriş**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1968.

SOYSAL Mümtaz, "Temel Nitelikleriyle 1961 ve 1982 Anayasaları (Karşılaştırmalı)", **Anayasa Yargısı**, 1984, ss. 11-54, Ankara.

SOYSAL Mümtaz, **1924 Anayasası 100 Soruda Anayasanın Anlamı**, 6. Bası, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1986.

ŞİRİN Tolga, **Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı**, On iki levha, İstanbul, 2019.

TANÖR Bülent, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri 1789-1980**, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2002.

TUĞLUOĞLU Fatih, "Chp'nin 14. Kurultayı ve İlk Hedefler Beyannamesi", **Ankara Üniversitesi Türk İnkılâp Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi**, Sayı: 60, 2017, ss. 277-310.

USLU Azmi, Yeni Hukuk Lügatı ve Hukuk Terimleri Sözlüğü, Türk Dil Kurumu, Site Kitabevi, İstanbul, 1964.

YÜCE Turhan T., **Anayasa Değişikliği Dolayısıyla 1924 Anayasası ile 1961 Anayasası Arasında Temel Yapıları Yönünden Bir Karşılaştırma ve Özellikle Danıştay Meselesi,** Atatürk Üniversitesi Basımevi, Erzurum, 1971.

Yüzyıl Boyunca Danıştay- 1868-1968, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 1968.

Millet Meclisi Tutanak Dergisi, C. 2, Otuz Dördüncü Birleşim, 17.1.1962, http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM _/d01/c002/mm__01002034.pdf, (Erişim Tarihi: 13.12.2018)

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2020; 2: 987-1025

KATHARSİS ADALET(*)

Arş. Gör. Muhammed Emin YILDIZ(**)

Öz: Adaletin tanımlanması, sınırlandırılması, boyutlandırılması literatürde her zaman tartışılagelmiştir. Bu tartışmanın, adaletin yöneldiği hukuka, topluma, bireylere ciddi etkileri olduğu bir gerçektir. Bu çalışma, bahsedilen bu çok boyutlu tartışmanın küçük de olsa bir kısmını ele almaktadır. Bu kapsamda öncelikle adalet ve karşıtı olan adaletsizlik olgusu anlatılacak, adaletin içerisinde bulunan ve duygu olarak tarif edilebilecek olan kısım; sosyoloji, psikoloji, sosyal psikoloji, viktimoloji, iletişim gibi farklı disiplinlere başvurularak pozitif anlamda ele alınacaktır. Anahtar kavram olan *Katharsis*, sanat felsefesinden hukuk felsefesine uyarlanacak, adaletin duygusal tarafının altında intikam, öfke gibi somutlaştırılabilir olguların olup olmadığı araştırılacaktır. Ardından, adalete özgün bir form kazandırılarak, *katharsis* adalet-*katharsis* hukukun görünümü oluşturulmaya çalışılacaktır. Son olarak bu gibi bir formun hem adalet hem de hukuk anlayışımızda ne gibi sonuçlar doğurabileceği tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: *Katharsis*, İntikam, Öfke, Adalet, *Katharsis* Adalet, *Katharsis* Hukuk, Hukuk Felsefesi, Hukuk Sosyolojisi, Sosyoloji, Sosyal Psikoloji.

CATHARSIS JUSTICE

Abstract: The definition, limitation and dimensioning of justice has always been discussed in the literature. It is a fact that this discussion has serious effects on the phenomena of law, society and individual elements. In this context, first of all, justice and injustice will be explained, the part of justice that can be described as emotion; Sociology, psychology, social psychology, victimology, communication will be discussed in a positive sense by applying to different disciplines. The key concept Catharsis will be adapted from the philosophy of art to the philosophy of law, and the existence of the embodying phenomena such as revenge and anger under the emotional side of justice will be investigated. Then, by introducing a new unique and concrete

---

(*) Makale Gönderim Tarihi: 22.01.2020. Makale Kabul Tarihi: 09.10.2020.

(**) Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Anabilim Dalı (ORCID kimlik no: 0000-0003-0835-5853; *muhammedemin.yildiz@yobu.edu.tr*).

form to justice, the appearance of Catharsis Justice-Catharsis law will be tried to be created. Finally, the consequences of such a form in our understanding of justice and law will be discussed.

Keywords: Catharsis, Revenge, Vengeance, Hidden, Justice, Catharsis Justice, Catharsis Law, Philosophy of Law, Sociology of Law, Sociology, Social Psychology.

GİRİŞ

İnsanların öğrenme yöntemlerini değişmekte, evrene yönelerek elde etmeyi amaçladıkları bilgiye rasyonel veriler ile ulaşmayı istemektedir. İnsan bir sorunun cevabını bulmak için daha çok sayı, daha çok istatistik, daha çok deneysel bilgiyi arzulamaktadır. Kabul etmek gerekir ki bu rasyonel evrim, insanın değer olgularına ya yenileyici ya da yıkıcı etkilerle nüfuz etmektedir.

Değerler dünyasının epistemik varlığının kabulü mümkün olmadığı gibi değerler dünyasının indirgemeci bir basitlikle görmezden gelinmesi de kabul edilemez. Değerler başka değerleri kapsayabilmekte, doğurabilmekte ya da çağrıştırabilmektedir. Bu gibi aralarında yatay veya dikey ilişkiler kurmuş değerlerin Olympos'unun zirvesinde de kuşkusuz adalet değerinin oturduğu söylenmelidir. Elbette insan zihninin rasyonele doğru evrimleşmesinden nasibini alan değerler düşünüldüğünde, adalet de artık insanlar tarafından tanımlanmak, bir forma oturtulmak, hatta formüle edilmek istenmektedir. Bu istencin pek zor bir çaba olduğu inkâr edilemez. Belki de David Schmitdz'in bahsettiği gibi hak edişler ile sıkı ilişki içerisinde olduğu iddia edilen adaletin tanımlanmasının, ironik şekilde "*Big Bang*"e gitmek anlamına geldiği söylenebilir.[1] Dolayısıyla zihnimizin bu rasyonel açlığının yatıştırılması, "adaletin neliği" problemi özelinde, epey yorucu bir problematik olacaktır. Bu problematik içerisinde adaletin hangi olgular ile ilişki kurduğundan ve ne olmadığından yola çıkılarak genel bir form oluşturulabilir. Bu çalışma ile elde edilmek istenen sonuç da adaletin, genel de olsa, formunu biraz daha belirginleştirmeye çalışmaktır. Bu belirginleştirmede ortaya çıkacak form ceza adaleti ile sınırlandırılmış "*Katharsis Adalet*" olacaktır. Bu cinsten bir belirginleştirmenin, en azından adaletin neliği problemini çözmemiz için gitmemiz gereken mesafeyi kısaltabileceği düşünülmektedir.

---

[1] SCHMIDTZ, David, **Adaletin Unsurları**, (1. Baskı), Liberte Yayınları, Ankara, Mayıs 2010, s. 57, 59.

I. KAVRAM VE PARADİGMA

1. Kavram

A. Adalet Kavramının İncelenmesi

a. Üç Temel Soru ile Adalet Kavramının İndirgenmesi

Başlangıçta şöyle bir soru ile başlamak uygun olacaktır: Adalet ile insan arasındaki ilişki nasıl özetlenebilir? Çoğu durumda adaletin bir durum veya koşul olarak ele alınması söz konusu olur fakat daha geniş bir tanımlamayla adalet, adaletsizlik ile karşılaşıldığında kendisini daha net belli etmektedir.[2] Yine bir başka tanımlama çabası içerisinde adalet, temel amacı çözümlenmesi gereken, teleolojik ve neyin onurlandırılması gerektiğini belirleyen akıl yürütme çabası olarak ifade edilmiştir.[3] Biraz daha somutlaştırmak gerekirse, Sandel bir fabrikada uzun süreli çalışmayı gerektiren ve tehlike arz eden bir işe ilişkin kurgusunda, böyle bir işin adil olup olmayacağı sorusuna Liberteryenler, Rawls ve Aristoteles perspektifinden cevap vermiştir. Liberteryenlere göre işçi emeğini özgürce mübadele edebiliyorsa iş adil, Rawls'a göre emeğin mübadelesi özgür bir arka planda gerçekleşiyorsa iş adil, Aristoteles'e göre iş, işçilerin doğasıyla uyum içerisindeyse adildir.[4] Bu ve buna benzer onlarca adalet önermesi verilebilir, kurgular üzerinden gidilebilir. Ama yukarıda olduğu gibi verilecek her örnekte adaletin yaslandığı nüvenin duygu, his, onur gibi kavramlardan oluşan o soyut kümenin elemanları olacağı, yek bir tanımının zor yapılabileceği, değişkenlikler dolayısıyla sınırlarının belirlenmesinin zorlayıcılığı görülecektir.

Genel kabul gören düşünceye göre hukukun, adaletin yansıması olduğundan hareket edilecek olunursa, ikinci bir soru daha sorulabilir: Adalet ile hukukun birbirlerine karşı olan konumları nedir? Burada da ilk olarak işlevsel bir konumdan bahsedilir. Adalet hukuk vasıtasıyla insan tarafından aranmaktadır. Dolayısıyla insanın aradığı adalet hukukun varlığının nedeni iken hukuk, adalete ulaştırma işlevinde araçtır.[5] Bir diğer konumlandırmada ise hukuk aranan adalet idesinin yansıması olarak tasvir edilir.[6]

---

2 YÜCEL, Mustafa T., "Adaletsizlik Duygusu", **Adalet Kavramı**, Yayına Hazırlayan: Adnan GÜRİZ, 4. Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 201, s. 138.

3 SANDEL, Michael J., **Adalet Yapılması Gereken Doğru Şey Nedir?**, 6. Baskı, Eksi Kitaplar, Ankara, Mayıs 2018, s. 248.

4 SANDEL, s. 269.

5 ÇEÇEN, Anıl, **Adalet Kavramı**, 2. Baskı, Gündoğan Yayınları, İstanbul, Ekim 1993, s. 74-76.

6 ÇEÇEN, s. 79.

Üçüncü ve son soru da şu şekildedir: Adalet çeşitlendirilebilir midir? Bu soruda verilecek herhangi bir cevaptan önce adaletin ve hukukun çok yapılı oluşunun birbirlerini etkilediğini söylemek gerekir. Hukuk çok yönlü olduğu için adalet de çok yönlü bir hal alır. Bu yönlülük doğrultusunda ceza adaleti, hukuk adaleti gibi başat ayrımlar yapılır.[7] Bu başat ayrımların önde gelenlerinden birincisi öznel-nesnel adalet ayrımıdır. Öznel adalet karakter, eğitim, bilinç düzeyi gibi öznelliklerin etkilediği kişilerle birlikte, değişebilen adalettir. Nesnel adalet ise tüm insanların uyabileceği düzen bazlı ortak bir adalet türüdür.[8] Bu ayrımın yanında hukuk dışı adalet, ekonomik adalet, siyasal adalet, hukuk adaleti, ceza adaleti, yasal adalet, yasa üstü adalet gibi ayrımlar da mevcuttur.[9]

Doğru bir belirleme yapmak için ulaşılan cevaplar üzerinden gidilecek olunursa, ilk olarak üçüncü cevap olan adaletin çeşitlendirilebilirliğine ilişkin cevap daha da ayrıntılandırılmalıdır. Bu ayrıntılandırmada ise genel kabul görmüş ayrımlardan bahsetmek uygun olur. Çünkü konu ile ilgili yazın da bu ayrımlar üzerine oluşturulmuştur.

İlk olarak adalete yöntemsel olarak bir ayrım getiren Aristoteles'in denkleştirici adalet ve dağıtıcı adalet ayrımlarına bakılmalıdır. Dağıtıcı adalet genellikle mal ve onur paylaştırılmasında kişilerin yeteneklerinin ve toplumdaki statülerinin dikkate alınmasıdır. Bu sayede eşit durumda olan insanların eşit paya sahip olacakları ilke haline gelir.[10] Ayrıca sadece ekonomik değere sahip edimler değil, dezavantajlar, statüler ve durumlar da bu ilkeye göre dağıtılabilir.[11] Denkleştirici adalet ise uğranılan herhangi bir zararı ortadan kaldırmak, ödemek veya onarmak motivasyonu ile hareket eder. Genellikle aynı zarar ile karşı karşıya bırakılma, bozulan çıkar dengesini yeninden dengeleme ile gerçekleşir.[12] Yukarıda dağıtıcı adalet için söylendiği gibi denkleştirici adalet de sadece ekonomik anlamda düşünülemez.

Her iki yöntemin de ceza adaleti kapsamında varlık göstermesi mümkündür. Cezaların ağırlığı ve suçun toplamda yarattığı karışıklıklar ile veri-

---

7 ÇEÇEN, s. 33.

8 ÇEÇEN, s. 36.

9 ÇEÇEN, s.31-32.

10 ÇEÇEN, s. 37.

11 RICOEUR, Paul, **Başkası Olarak Kendisi**, 1. Baskı, Çev. Hakkı HÜNLER, Doğu Batı Yayınları, Ankara, Şubat 2010, s. 279.

12 ÇEÇEN, s. 40.

len zahmetlerin, kişilerin bireysel anlamda ceza sorumluluklarını ortaya çıkarması dağıtıcı anlamda ceza adaletidir.[13] Yasak olduğu halde bir kimsenin hakkı olmaksızın başkasının kişiliğini veya malını kendisine uyruk kılması, başkaları zararına neden olacak şekilde zenginleşmesi söz konusu ise zenginleşmenin ve uyruk kılmanın oranında kişiye bir ceza sorumluluğu yükletilmesi ve karşılığında ceza ile denkleştirilme yapılması da denkleştirici adaletin ceza adaleti altındaki görüntüsüdür.[14] Denkleştirici adaletin somutlaşması için altı unsur öngörülmüştür. Buna göre ilk olarak ahlaki sorumluluklar ile kurbanın veya kamunun aldığı zarar belirlenmeli, sonrasında kusur derecesi belirlenmeli ve eyleminin suç olarak tanımlanması gerekmektedir. Ardından kişiye uygun ceza belirlenmesi, bu cezanın doğru bir dil aracılığıyla kamu ile paylaşılması, tekrarının yaşanmaması için caydırıcı bir çaba gösterilmesi önemlidir. Son olarak sosyal denkleştirmeye göre eylemden etkilenen kurbanlar tazmin edilmelidir.[15] Ceza adaleti açısından bakıldığında denkleştirici adalet, suç tanımlarının yapılması gerekliliği ve cezalandırmaya odaklılığı dolayısıyla dağıtıcı adaletten ayrılmaktadır.[16]

Diğer bir çeşitlendirme adaletin amaçsal çeşitlendirmesidir. Burada da ceza adaleti, cezalandırıcı adalet ve ıslah edici adalet olarak ayrılabilmektedir. Cezalandırıcı adalet, yeni veya modern denemeyecek, klasik anlamda kullanılan şekliyle "*bir tahakkümün mührü*" ve "*kolektif misilleme*"[17] olarak tarif edilebilmektedir. Dört öğesi bulunmaktadır; bunlar: 1) kötü muameleye indirgenemeyecek şekilde bedensel acı gibi bir kötülük olgusu, 2) zarar ortaya çıkmış olsa bile zarar harici bir ihlale verilen karşılık ve belirli bir faili de doğrudan hedef alınmasıdır. 3) Bir başka insanın eyleminden sadır olmalıdır, yani bir ihlali davranışın doğal sonucu ile failin acı çekmesi değil, bir insanın kasıtlı bir eylemiyle acı çekmesi gerekir. 4) Son olarak meşru bir otorite eliyle yürütülmelidir.[18] Cezalandırıcı adalet bu dört öğe ile var olan suç eğilimlerini önlemeli, artmasını engellemeli, zararlar bağlamında onarıcı olmalı, giderim ya da aynen iadeyi saptamalı, adalet duygusunu muhafaza

---

[13] ÇEÇEN, s. 39.

[14] ÇEÇEN, s. 41.

[15] FELL, Gilbert S., "Street-Crime Victim Compensation, Retributive Justice and Social-Contract Theory", Ed. Diane SANK, David I. CAPLAN, **To Be a Victim Encounters with Crime and Injustice**, Plenum Press, New York, 1991, s.83.

[16] FELL, s. 82.

[17] AGTAŞ, Özkan, **Ceza ve Adalet**, 1. Baskı, Metis Yayınları, İstanbul, Eylül 2013, s. 104.

[18] AGTAŞ, s. 104-105.

ve tatmin etmelidir.[19] Islah edici adalet ise onarıcı anlamda adalettir. Islah edici adalet özellikle bir ihlale odaklanarak misillemeci bir yaklaşım yerine, mağduriyetleri gidermeye dönük, gelecekteki sorumluluk ve yükümlülüklerin ne olması gerektiğini tespit eden bir adalet türü olarak cezalandırıcı adaletten ayrılır. Yine belirtmek gerekir ki sınırlandırıcı yaklaşım yerine, uzlaşmacı, fail ile mağduru buluşturmayı amaçlayan, aile-mağdur-fail toplantıları düzenleyen uygulamaları içermektedir.[20]

Çalışmanın izlencesinde kullanılacak olan ve yukarıda ayrıntılandırılmış adalet çeşitlendirmesi aşağıdaki gibi bir şema ile özetlenebilir.

Grafik 1: Çalışma bağlamında, adaletin çeşitlendirilmesi şeması

Ceza adaleti açısından hem yöntemsel hem de amaçsal adalet çeşitlerinden birinin aynı andaki kümülatif varlığı düşündürücüdür. Daha da düşündürücü olanı ise cezalandırma amacında olan adaletin yöntem olarak denkleştirici adalet yöntemini kullanması olacaktır. Zira bu çeşit bir kümülatif varlıkta cezalandırma amacında olan adalet, tazmin etmeli veya iade etmelidir. Fakat bu kümülatif varlık Del Vecchio'ya göre cezalandırmanın da mantıki sınırıdır.[21] Çünkü işlenen her suç tazmin ile giderilemeyecek bir varlığı da

---

19 ÇEÇEN, s. 33, 61. SOKULLU-AKINCI, Füsun, **Viktimoloji**, 1. Baskı, Beta Basım, İstanbul, Mart 1991, s. 192.

20 AGTAŞ, s. 264-265. Yazar burada, onarıcı ya da bizim kullandığımız şekilde ıslah edici adaletin, ceza adaletiyle birlikte paralel işleyebileceğini, onunla etkileşim halinde kalmaya devam ettiğini belirtir. Bu açıdan yazara katılmakla birlikte belirtmek gerekir ki bu çalışmada hiçbir zaman ya ceza ya da ıslah polarizasyonu yapılmamaktadır. Ayrım tamamen ceza olarak adlandırılan pratiğin hangi amaca odaklandığına ilişkindir. Amaçsal olarak daha yoğun odaklandığı taraf da kanaatimce o adaletin ıslah edici mi yoksa cezalandırıcı mı olduğu karakterini belirlemektedir.

21 VECCHİO, Giorgio Del, **Ceza Adaleti ve Zararın Tazminine Dair Deneme**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1957, s. 5.

içerir. Bu yüzden adaletin özünde yer alan kaideye cevap verilememektedir. İşte tam burada suçun yerine başka suç işlemek gibi mantıken doğru olabilecek ama hukuk ilkelerine aykırı bir seçim ortaya çıkmaktadır. Bu seçimde tazmin denilen olgu tatmin duygusu ile özdeşleşir ve önüne geçilemeyecek haksızlıkların giderilmesinde sembolik bir anlam ifade etmeye başlamaktadır.[22] Örnekle ve özetle, bir tacirin başka bir tacirden aldığı borcu geri ödememesi üzerine tazmin, borcun miktarı artı temerrüde düşülen süre boyunca işleyen akdi veya kanuni faiz gibi bir hesaplanabilirliği içerirken; bir kimsenin başka bir kimseyi kasten öldürmesi sonucunda oluşan zararın içerisine, çekilen ve çektirilen elem katılmakta ve zarar hesaplanabilir olmaktan çıkmaktadır. Başka bir deyişle mantıki sınır aşılmış olmaktadır. Adaletin bu aşım sebebiyle sembolik bir tatmin ile özdeşleşir hale gelmesi de adaleti alternatifler aramaya yönlendirmektedir. Çünkü yaptıkları dolayısıyla hukuka aykırı eylemde bulunan kişinin hapis cezası alması, kamuya karşı verecek hesabının kalmaması anlamına da geleceğinden dolayı, kamusal vicdan rahatsız olacak ve "adaletin deruni tecellisi nazarı itibara" alınmamış olacaktır.[23]

Adaletin çeşitlendirilmesi sonucu aşılan mantıki sınırın getirdiği alternatif bir yol bulma ihtiyacı için de sorulan ikinci sorunun detaylandırılması gerekmektedir. Adalet ile hukuk arasındaki ilişki nedir? Bu soru için hem adaleti hem de hukuku tanımlamaya çalışmak beyhude bir çabadır. Özellikle dillerden düşmeyen bu adalet olgusunun tanımlanmaya çalışılması çılgınca bir hayaldir.[24] Fakat adaletin ne olmadığının anlamaya çabalanması, en azından bu sorunun cevabının, çalışmanın hedefine ulaşılması için kullanılacak kısmının bulunmasını kolaylaştıracaktır. Bunun için daha geniş düşünmek gerekmektedir. Günlük hayat içerisinde "yasaya uygun olmak adildir", "yasaya uygun olmak iyidir", "yasaya uymak doğrudur" yargıları bir yasa egemenliğini dayatmaktadır. Halbuki bu durum insan olarak adalete karşı olan düşünce ve hislerimizi pek karşılamamaktadır. Hatta çoğu durumda yasaya uymanın yarattığı adaletsizlik, düzen kurmak için harcanan emeklerin boşa gittiği intibaını vermekte ve güçlü bir kararsızlık hissini de ortaya çıkarmaktadır.[25]

---

22 VECCHİO, s. 14.

23 VECCHİO, s. 18, 24.

24 YILDIZ, Muhammed Emin, **Yasada Psikolojik Unsur**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019, s. 31, 32.

25 ÇEÇEN, s.19.

Bu kararsızlık elbette bir göreliliğin de sonucudur. Öyleyse burada da bu göreliliği bize sunan insanın adalet ile olan ilişkisinin ne olduğunu soran birinci sorunun cevabı ayrıntılandırılmalıdır. Öncelikle görelilik hali hem toplumun kabullerinden ve etkilenmelerinden kaynaklanmakta, hem de adaleti tanımlamaya çalışanların göreliliğinden kaynaklanmaktadır. Mesela toplumun kesimlerinin yaşadığı yerlerin, toplumun üyelerinin sahip olduğu ortak düşüncelerin ve zamanın belirleyici özelliklerinin etkisinden söz edilirken[26] aynı zamanda bu göreliliğin kültürel etkiye de çok açık olduğu söylenmektedir.[27] Adaleti tanımlamaya çalışanların çabalarına bakıldığında ise sık bahsettiğimiz isimlerden olan Paul Ricoeur, adaleti Rawls'un deontoloji-fayda üzerinden anlamlandırmaya çalıştığını fakat bu anlamlandırmanın etik ve teolojik açıdan da yapılabileceğini belirtir.[28] Adaletin onu tanımlamaya çalışanın perspektifine göre değişmesine en güzel örneklerden birisi de Jean Piaget'in anlamlandırma çabasıdır. Piaget'e göre de adalet tanımlanırken psikolojik bir yaklaşımla değerlendirilmeli, çocuklarda haklı ve haksızlık fikirlerinin yaşam pratikleri ve deneyimlerine göre değişimine dikkat edilmeli, aynı yaş grubundaki çocukların bu konulardaki fikirlerinin benzerlikleri üzerine odaklanılmalıdır.[29] Buraya yazılmayan da onlarca örnek olduğu dikkate alınırsa adalet olgusunun göreliliği ve kararsızlığı ortadadır. Dolayısıyla adaletin insan ile olan ilişkisinde öznellik kararsızlığın oluşmasında önemli bir yer tutmaktadır.

b. İndirgenen Adalet Kavramının Pozitif Değerleme İçin Hazırlanması: Adalet Duygusundan Kin ve Tatmin Eğilimine Geçiş

Adalet üç temel soru ile indirgenebilse bile hâlâ pozitif olarak değerlemeye elverişli olamayacak kadar kararsız yapıdadır. Elbette bu kararsızlığın içinden bir çıkış yolunun bulunması da şarttır. Adalete karşı jenerik bir yaklaşım belirlemenin ve adaletin ne olduğu ile değil de ne olmadığı, neyi etkileyip etkilemediği ile ilgilenmenin bu ihtiyaç duyulan çıkış yolu olabileceği düşünülebilir. O yüzden en temel yaklaşımlardan biri olan hukuk, etik, değer, ülkü gibi jenerik bir bakıştan faydalanılabilir.[30] Adaleti tanımlama çaba-

---

26 ÇEÇEN, s. 20.

27 GÜRİZ, Adnan, "Adalet Kavramının Belirsizliği", **Adalet Kavramı**, Yayına Hazırlayan: Adnan GÜRİZ, 4. Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2013, s. 11.

28 RICOEUR, (2010), s.276

29 GÜRİZ, s. 12. PIAGET, Jean, **Çocuğun Ahlaki Yargısı**, Çev. İdil DÜNDAR, Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 331-332.

30 ÇEÇEN, s. 20.

larında ortaya çıkan ve çalışmanın konusu olan değer boyutundan bakılırsa, adalet hem bir değer hem de hukuk için bir üst değer olarak konumlanır.[31] Nitekim Edmond Cahn tarafından da adaletin rafine tanımının zor olduğu fakat adaletin yüksek bir değer olarak tarifinin mümkün olacağı vurgulanır.[32] Adaletin tanımlanmasının daha önce de belirtilen bu soyut "değer, sezgi, yüksek değer, duygu gibi" kavramlar kümesinden bağımsız şekilde tarifinin pek tatmin edici olmadığı da belirtilir.[33] Tüm bu görüşler ışığında tanımı yapılamayan ama tarifi yapılan, duygu[34] ile değerden azade olamayacağı anlaşılan ve mantıki sınırları aşılabilen adaletin, hukuk vasıtasıyla neyi elde ettiğine bakılmalıdır. Adaletin hukuk vasıtasıyla elde ettiğinin gökyüzünden yere inmek ya da başka bir değişle metafizik alandan fizik alanına geçmek olduğu söylenebileceğine göre; adaletin duygu-sezgi yönü de fizik alanına çekilebilecek, adaletin duygu yönünün arkasında pozitif incelemeye tabi tutulabilen bir *katharsis* arayışın olduğu savunulabilecektir.

İnsanların duygu ile yadsınamaz olan sıkı ilişkisi dikkate alındığında çoğu eyleminin belirleyici faktörlerinden birinin de duygular olduğu söylenebilir. Buna bağlı olarak adalet arayışı içerisinde icra edilen eylemlerin, duygusal yönelimlerle çok sıkı ilişkileri bulunmaktadır.[35] Özellikle adalet arayışı için icra edilen eylemlerde duygular, eşitlik-denklik konularına çok duyarlıdır. Fakat adalet tanımı gibi adalet duygusu da belirsizdir ve iyi olan ile yasal olan arasında çelişki içerisindedir.[36] Bu noktada adalet duygusu kendi içerisinde türetimler yapar ve bir çare bulmaya çalışır.[37] Bu tarz bir türetimin başında ise adaletsizlik duygusu gelmektedir. Çünkü adalet duygusunun hissedilebilmesi ancak ve ancak adaletsizliğin hissedilebilmesi durumunda mümkün olur.[38] Bu konuya "*différence*" prensibi[39] ile yaklaşıldığında

---

31 ÇEÇEN, s. 181.

32 CAHN, Edmond, **The Sense of Injustice**, 2. Baskı, Indiana University Press, New York, 1975, s. 12-13.

33 GÜRİZ, s. 32.

34 RICOEUR, (2010), s. 277. ÇEÇEN, s. 23. GÜRİZ, s.141, 142.

35 NUSSBAUM, Martha C., **Hiding from Humanity Disgust Shame and the Law**, Princeton University Press, New Jersey, 2004, s. 72-74.

36 RICOEUR, (2010), s. 319.

37 RICOEUR, (2010), s. 318.

38 UYGUR, Gülriz, **Hukukta Adaletsizliği Görmek**, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2016, s. 86.

39 "*Différence*" ters hiyerarşi yöntemi olarak da adlandırılan ve Jacques Derrida'ya ait olan yöntemdir. Bu yönteme göre dilin konvensiyonel yapısı önemsenmeli; dilin, bağımlı-

adalet, adaletsizliğin tanımından sadır olmalıdır. Soğuğun az ısı durumu olarak tanımlanması durumunda önce ısının tanımına ihtiyaç duyulduğu gibi adalet, adaletsizliğin olmadığı gibi bir yaklaşımla açıklanabilir. Çünkü adalet bir fikir olduğunda, adaletsizlik bir durum olarak ortaya çıkar.[40]

Adaletsizliğin insanın iç dünyasında en sert hissedilebilen duygulardan birisi olduğunu söylemek mümkündür. Özellikle bu konuda sıklıkla Gandhi, Martin Luther King gibi liderler örnek gösterilir. Bunun nedeni adaletin hissinin, adaletsizlik hissine göre farkındalığının az oluşudur. Bu yüzden bu örnekler verildikten sonra şu söylenir: "*Adaletsizlik harekete geçirendir*." Dolayısıyla da adalet, adaletsizliği tadanların talepleri ile düzenlenmelidir.[41] Tanımlaması daha kolay olan bu duygunun somut yansımasında ise iki eğilim görülmektedir. Bunlardan birincisi kin tutma eğilimidir. Adaletsizlik keyfilik, zulüm, gibi unsurlarını adalete göre çok daha belirgin şekilde taşıyabilmektedir. Dolayısıyla adaletsizlik bu gibi unsurların belirginliği ile adaletsizliğe maruz kalan kişiyi daha fazla harekete geçirir ve kin davranışına yönlendirir.[42] Bir diğer eğilim ise tatmin olma eğilimidir. Bu çok estetik biçimde şu şekilde ifade edilmiştir: "*Adaletsizlik duygusu, statik bir duygu olmayıp, karnı aç bir kişinin karnını doyurmak için dışarıya yönelişini ifade eder*." Bu ifadeden de anlaşılacağı üzere cezayı az görerek ihkak-ı hak peşinde koşan birinin temel eğilimi tatmin olamamak, tatmin olmayı istemektir.[43]

Denkleştirici bir yöntem ile cezalandırmayı amaç edinen kişinin, cezanın tazmine kabil olmasının zorluğu ile karşılaşması ve mantıki hududa erişmesi sonucu geliştirdiği alternatif yöntem, tam da burada adaletsizliğin sürüklediği iki eğilimin bizzat kendisidir. Öyleyse adaletini almakta pek muvaffak olamayacak kişinin yönelimi de yukarıda belirtildiği gibi kin tutmak ve tatmin olma peşinde olmak olacaktır. Zira suçlunun ıslah ve terbiyesi imkânına rağmen acı tevcihinin tercih ediliyor olması, acının tevcihinin

---

bağımsız, mevcut-namevcut gibi birbirlerine zıt anlamlarla geliştiği dikkate alınmalıdır. Özellikle bir söylemin anlamlandırılması, onun tersinin anlamlandırılmasından sadırdır. Örneğin bir objenin renginin koyu olarak tanımlayabilmek için, koyu olmayan renklerin de bilgisine sahip olmak gereklidir. YILDIZ, s. 170, 172.

40 UYGUR, s. 89. KUÇURADI, Ionna, **Adalet Kavramı İnsan Hakları Kavramı ve Sorunları**, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2011, s. 28.

41 UYGUR, s. 94-95.

42 UYGUR, s. 143.

43 UYGUR, s. 139.

hesabının zor olması dolayısıyla tatmin olana kadar ölçütünün devreye girmesi, hukukun sınırları içerisinde kalması gerektiği söylense dahi cezanın tatmin edici hale gelmesi için formunun değişiyor olması[44] durumları da çalışmanın iddiasını destekleyecek niteliktedir.

B. Kin ile Başlayan, Tatmin ile Sonlanan Rahatlama: *Katharsis*

Katharsis kavramından adalet ve hukuka geçiş yapmadan önce bu kavramın ve ögelerinin tanımlanması isabetli olacaktır. *Katharsis* günah ve suçtan arınma anlamında kullanılmaktadır. Çeşitli bilimsel disiplinlerde de terim anlamları olmakla birlikte sözcüğün Yunanca *ἀίρεω* / *aíreō* (almak), *καθαίρω* / *kathaírō* (aşağı almak) anlamındaki kelimelerden geldiği tahmin edilmektedir.[45] İlk defa Platon tarafından gerçek bilgiye ulaşılması yolunda, elde edilmesi gereken arınma anlamında kullanılmıştır. Platon'a göre beden bir kirdir ve ruhla olan temasımızı kesmektedir. Bedenimizin zaaflarından kurtulmamız durumunda saf olana katılabilmemiz ve doğruluğun doğrudan bilgisine sahip olma imkânı bulabilmemiz mümkündür. Burada bahsedilen bedenden kurtulmanın yolu olarak arınma, tartışmayı ya da argümantasyonu temsil etmektedir. Görüleceği üzere ilk defa *katharsis*, doğru bilgiye ulaşma yolunda elzem olan arınma anlamında bilgi felsefesine ilişkin olarak Platon tarafından ortaya atılmıştır.[46]

Platon'un tanımından daha önemli bir yer tuttuğu söylenebilecek olan diğer bir *katharsis* tanımı, Platon'un öğrencisi Aristoteles tarafından yapılmıştır. Sanat ve estetik felsefesi perspektifinden *katharsis* kavramına yaklaşan Aristoteles, kavramı kendi metoduna daha yakın biçimde, analitik şekilde ele almıştır. Bu ele alışa göre *katharsis*in gerçekleşmesi için tragedyanın var olması gerekmektedir. Çünkü tragedya insanlarda acıma ve korku duygularını ortaya çıkartacak, bu sayede ruh temizlenecektir. Kötü karakterin iyileştirilmesine benzetilebilecek bu *katharsis* tanımında, arınma bir kabuk değiştirme süreci gibi görülmektedir. O dönem tiyatroda tragedyanın var edilerek kötü karakterin iyileştirilmesi, Aristoteles'ce toplu arınma eylemi olarak tanımlanmaktadır. *Katharsis*, kişiyi özgür kıldıktan sonra sorgulamaya sevk edecektir. Elbette arınan insanın süzgeci artık duygu olmayacak,

---

44 VECCHİO, s. 16, 17, 24, 25, 26.

45 https://www.nisanyansozluk.com/?k=katarsis, (Erişim Tarihi: 25.12.2019).

46 PLATON, **Phaidon ve Menon**, Çev. Ahmet CEVİZİ, Gündoğan Yayınları, İstanbul, 1989, s.67.

akıl olacaktır.[47] Özellikle başta müzik olmak üzere sanat dallarının yararlarından bahseden Aristoteles, bu faaliyetler ile uğraşmayı zihinsel bir dinlenme, gerilme sonrasında gelen bir gevşeme olarak tarif etmektedir.[48] Özetlemek gerekirse Aristoteles'te *katharsis*, ruhsal açıdan dengesiz duygu durumunun düzeltilmesi amacını taşımaktadır.[49]

*Katharsis*i oluşturan öğelerden biri yukarıda tiyatro bahsinde ismi geçen kavram, tragedyadır. Yunanca *ōidía / ᾠδή* (türkü), *trágos / τράγος* (keçi), kelimelerinin birleşiminden gelen *ragōidía /* τραγοιδία (keçi türküsü) anlamındaki sözcük[50], terimsel anlamı ile acıklı sahne oyunu, her çeşit acıklı olay anlamındadır ve tam Aristoteles'in tasavvuruna denk düşmektedir. M. Ö. 534 yılında ortaya çıktığı düşünülen tragedya (trajedi), şarap ve bağ bozumu tanrısı Dionysos'a sunulan tiyatro gösterilerinde kendine yer bulmuştur. Her oyunun sadece bir kez sahnelenmesine müsaade edilen bu dönemde tragedya, sadece dini anlam taşımaz. Çünkü sahnelenen tragedyaların politik fonksiyonları da ciddi anlamda etkili olmuştur. Tragedyalarda seyirciler, kahramanlarla birlikte acı çeker, hisseder; acı ve ıstırap yükselir ve seyirci kendi arzularından arınır. Tiyatro vasıtasıyla bu pratiği tanıyan insan, gerçek hayatta bu arınmayı ahlaksal bir pratik haline getirir.[51] Dolayısıyla tragedya ile katharsis arasında bir sebep sonuç ilişkisi olduğundan bahsedilebilmektedir. *Katharsis* yani arınma, tragedyaların sonunda alınmak istenen sonuçtur.

Tragedya bu sonuca nasıl ulaşır? Bu sorunun cevabı taklittir. Yani tragedya aslında acı ve üzüntüyü ortaya çıkaracak olan eylemi taklit eder, somutlaştırır ve var eder. Bunun tiyatro oyununda olması ile gerçek hayatta olması bir değişiklik ifade etmez. Zaten tragedya eylemin taklit edilmesidir.[52] Zira acımanın ve korkunun soyutluğu, tiyatro sahnesinde bir tiyatrocu

---

47 ARİSTOTELES, **Poetika**, Çev. İsmail TUNALI, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 23.

48 ARİSTOTELES, s. 23. AKAN, Nesrin, "Aristoteles'in Etik Anlayışı Doğrultusunda *Katharsis*", **İstanbul Aydın Üniversitesi Güzel Sanatlar Fakültesi Dergisi**, Cilt 4, Sayı 7, 2018, ss. 21-28, s. 26.

49 ÖZDEMİR, İlyas, "Aristoteles'te Taklit ve *Katharsis* Açısından Tragedya", **Van Yüzüncü Yıl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Sayı 41, 2018, ss. 209-226, s. 223-224.

50 https://www.nisanyansozluk.com/?k=tragedya, (Erişim Tarihi: 25.12.2019).

51 DUMAN, Mehmet Akif, "İlk Kathartiker Thepis'ten, Aristoteles'in Kâbusu Antiphon'un Konuşmalarındaki Kathartik Yapıya yahut Aristoteles'in Bir Türlü Gerçekleşmeyen Metamorfozu", **Süleyman Demirel Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Sayı 34, 2015, ss. 259-278, s.263.

52 ÖZDEMİR, s. 215.

ya da gerçek hayatta bir insan tarafından taklit edildiğinde, aynı *katharsis* sonucu ortaya çıkarmaktadır.

Bahsedilen bu taklit olayı ise 3 öğe ile gerçekleşmektedir. Bunlardan birincisi "*Peripeti*" olarak ifade edilen baht döngüsüdür. Baht döngüsü olayları karmaşıklaştıran durumdur. Diğer öğe olan tanınma ile zorunlu ilişki kurar. Art arda gelişen olaylar zinciri içerisinde olan bitenin ters yöne doğru değişmesidir. Örnek olarak kehanete göre annesi ile evlenecek olan Oidipus'un anne ve babasının gerçek anne ve babası olmadığını öğrenmesi ve korktuğu kehanetin başına geldiğini fark etmesi baht döngüsüdür. İkinci öğe "*Anagnorisis*" tanınma ise bilgisizlikten bilgiye yapılan geçiştir. Örnek olarak yine aynı hikâyede Oidipus'un evlendiği kadın Iokaste'nin, kendi annesi olduğunu öğrenmesi tanınma noktasıdır. Son öğe ise "Yıkıcı-Üzücü Etki" öğesidir. Bu da pek tabi baht döngüsü ve tanınma ile sonuçlanan sürecin sonunda hissedilmesi gerekenlerdir. Böylece mükemmel insan, hatalar sonucu mutluluktan mutsuzluğa geçer, "*Hamarita*" yani hataya düşer. Hamaritasının vesilesi ile arınır, en sonunda *katharsis* yaşar.[53]

*Katharsis*i oluşturan bir diğer önemli kavram ise "*mimesis*" kavramıdır. Mimesis kelime itibariyle "*Mimeistshai*" kökeninden gelmektedir. Taklit anlamında olan bu kelimenin ilk kullanım şekli ise "*Mimos*" kelimesidir. Kökü bakımından Grekçe olup olmadığı tartışılan bu kelimenin kökenine ilişkin bir iddia ise Hintçe "aldatmaca" anlamında gelen "*Maia*" sözcüğünden türediğidir.[54] Aslında *mimesis* insanın doğasında var olan bir kavramdır. İnsanı diğer canlılardan ayıran en önemli özelliktir. Bu ayırıcı özellik öykünme halidir. Öykünme ilk bilgi edinme yolu olduğu gibi taklit çeşitlerine göre de tüm insanlarda hoşnutluk duygusu yaratabilmektedir.[55] İnsanın ve nesnelerin sıradan taklidinden daha öte, insanın ve nesnelerin özellikleri ile taklit edilmesi durumu olan mimesisin en büyük etkisi, *katharsis*i güçlendirmesidir. Zira mimesis ne derece etkili bir özdeşleşim sağlar ve haz alma duygusunu yükseltir ise *katharsis* arınma da o derece şiddetli ve başarılı olacaktır.[56] Böylece taklit yöntemleri ile bir nesnenin arınması "*genitivus objektivus*" veya bir nesne tarafından arındırılma "*genitivus seperativus*" ya

---

53 ARİSTOTELES, s. 25. ÖZDEMİR, s. 215.

54 ARİSTOTELES, s. 11.

55 ARİSTOTELES, s. 12, 13.

56 BAĞIR, Mehmet, "Aristoteles'in Mimesis ve *Katharsis* Kavramları Üzerinden Bir Film İncelemesi Dogville", **Ege Üniversitesi İletişim Fakültesi Medya ve İletişim Araştırmaları Dergisi**, Sayı 2, 2018, ss. 36-55, s. 44-45.

da bir etki sonucunda hasıl olan arınma "*genitivus subjektivus*" meydana gelecektir. Mimesis, Tragedya ve *Katharsis* döngüsü şu şekilde şematize edilebilir;

Grafik 2: Tragedya, Mimesis, Katharsis ilişki şeması

Katharsis kavramının terimsel kökeni Platon ve Aristoteles ile başlatılsa da kavram değişerek devam etmiş bir kavramdır. Öyle ki arınma amacıyla yönelim gösterme, bir eylemde arınma amacı gütme, literatürde kendisine geniş bir yer bulmuştur. Bunlardan birincisi soteriolojik (kurtuluşçuluk) anlamda kullanılan "*Günah Keçisiliği*" kavramıdır. Bu kavramda biri günah keçisi olarak vekil tayin edilir ve kötü muamele görür. Bu muameleler yer yer işkence olur yer yer de ölüm ile sonuçlanır. Böylece günah keçisi, halkının günahlarına vekillik eder ve vekillik seremonisini izleyen halk tanrı tarafından affedildiklerini düşünerek *katharsis* yaşar. Acı ve işkence arttıkça trajedi artar; trajedi arttıkça *katharsis*in doyumu artar.[57]

Halk arasında da kullanılan bir kavram olan *katharsis*, "*içindekini boşalt*" anlamında kullanılan bir nasihat olarak kullanılır. Öfkeli olunduğunda saldırganlık, şiddet, küfür etme, nesnelerin fırlatılması eylemleri ile rahatla-

[57] DUMAN, s. 266.

nacağı inancı bu nasihatin temel motivasyonunu oluşturmaktadır. Bunun aslında psikanalizcilerin de kullandığı *katharsis* kavramının basitleşmiş bir hali olduğu ileri sürülmektedir. Özellikle bu nasihatlerin temelinde Sigmund Freud tarafından ileri sürülen "*hidrolik itki*" yani arındırılmayan saldırganlığın başka çıkış yolları arayarak daha şiddetli ortaya çıkacağı iddiası yer almaktadır.[58] Belirtildiği gibi *katharsis* bilgi felsefesinden sanat felsefesine, tiyatro ve sinemadan[59] psikolojiye kadar geniş bir alana yayılmış etkili bir kavramdır.

2. Paradigma

A. *Katharsis*den, *Katharsis* Adalete

Katharsis ile adalet ve hukuk köprüsünün kurulması için öncelikle adalete ulaşmanın sürecinin gözden geçirilmesi gerekmektedir. Burada Ricoeur'a ait bir tabir olan "*la Juste Distance / Adalet Yolu*" kavramı devreye girer. Öncelikle Ricoeur adaletin bir süreç olduğunun altını çizer. Çoğu durumda adaleti sağladığı düşünülen aşamanın karar aşaması olduğu algısı vardır. "Bir yargılama karar ile sonuç, sonuç ile adalet bulur" algısı eleştirilmektedir. Aslında adalet yargılamanın ilk başlangıcından, her bir duruşmasına, kararından infazının sona ermesine, hatta infazının sona ermesinden sonra mahkûmun topluma karıştığı aşamada bile devam eden bir süreçtir. Bu süreç bütünlüğü "*la Juste Distance*" olarak anılır. Özellikle ıslah, af, yaptırım süreçlerinin kararın sonrasında yer almasının onları, daha da önemli yaptığı belirtilmektedir. Bu süreçler içerisinde en önemli husus tüm bu sürece ve özellikle karar sonrası süreçlere, kin-intikam, öfke ve toplumsal öfke duygularının etken oluşudur.[60] Bu çalışma da aslında adaleti "*la Juste Distance*" olarak ele alacaktır. Yukarıda *katharsis*in hayatın gerçeklerine olan izdüşümü olarak tanımlanmasının da bir sonucu olarak adalet süreci, sürecin öncesi ve sonrası gibi aşamaları incelemeyi gerektirmektedir.

Ceza hukuku politikasının şu benzerde temel sorusuna ve cevabına dikkat çekilmektedir: *"Ceza veremeyen, vatandaşına güven duygusu içinde*

---

58 ARONSON, Elliot/WILSON, Timothy D/AKERT, Robin M., **Sosyal Psikoloji,** Çev. Okhan GÜNDÜZ, 1. Baskı, Kaknüs Yayınları, İstanbul, 2012, s.718.

59 Örnek bir çalışma için bkz. BAĞIR, Mehmet, "Aristoteles'in Mimesis ve *Katharsis* Kavramları Üzerinden Bir Film İncelemesi Dogville", **Ege Üniversitesi İletişim Fakültesi Medya ve İletişim Araştırmaları Dergisi**, Sayı 2, 2018, ss. 36-55.

60 RICOEUR, Paul, **The Just**, Fransızcadan. İng. Çev. David PELLAUER, The University of Chicago Press, Chicago, 2000, s. 134.

yaşama hakkı sağlamayan devlet olur mu? İşte yanıtlarını da beraberinde getiren bu soru çıkmazından hukukun üstünlüğü kadar hukukun etkinliği ile kurtulacağımız bilinmelidir."[61] Bu soru ve cevapta altının çizilmesi gereken iki nokta bulunmaktadır. Bunlardan birincisi çalışmanın önceki kısımlarında da bahsedildiği gibi adaletin temelinde duyguların yatabileceği, özellikle güven duygusunun yattığı, gerçeğidir. İkincisi ise bu güven duygusunun sağlanmasında cezanın verilmesinin yeterli olmadığı, cezanın etkinliğinin de önemli olduğudur. İşte tam bu nokta da etkin ceza nedir, "*la Juste Distance*" içerisinde bu etkinlik unsuru neyi karşılamalıdır? sorusuna tatmin edici ceza cevabı vermek yanlış olmayacaktır. Çünkü toplumsal öfkenin kontrolü ve kinin intikam yolu ile devşirilmesi gerekliliği, ister istemez adaleti bu noktaya itmektedir.

Nihayetinde, adaletin itildiği bu tatmin edicilik noktası bir rasyonun ürünüdür ve ceza adaleti üzerine akıl yürütenlerin de ulaşmayı başardığı "aklın yolu bir" noktasıdır. Ceza adaleti üzerine akıl yürüten bir hukukçu olan Del Vecchio da aklın ortak noktası olarak ortaya çıkan bu tatmin duygusunu anlamak ve açıklamak için şu iki soruyu yöneltmiştir: Bir ceza tazmin edicilikten yoksun ise, kötü eyleme karşı duygusal tatmini içeren ceza verilmesi meşrulaşmakta mıdır? Hata işlemiş bir kişiye karşı acının tevcih edilmesi tazminat yerine geçebilecek midir?[62] Vecchio için bu soruların cevabı açıktır. Cezalar çoğu zaman tatmin edici olmadığı gibi her suç da tazmine kabil durum ortaya çıkarmamaktadır. Önemli olan nokta ise hukukun sınırları içerisinde bunu başarabilmektir. O halde adalet süreci bünyesinde alternatif uygulamaları barındırmaya teşnedir ve bu gayet doğaldır. Çünkü adalet uygulamalardan neşet etmektedir. Kısas benzeri bir şekilde herkesin çektirdiği acı kadar acı çekmesi ya da başka bir anlatımla hak ettiği muameleyi görmesi cezalarda belirleyicidir ve bunun toplumsal karşılığı bulunmaktadır.[63]

İşte tüm bu "Toplumsal güvenin oluşması için ceza gereklidir", "Güvenin oluşması için tatmin edici ceza şarttır", "İyi ceza acının tevcihini içeren cezadır" yargılarına isimlendirmeyi Paul Ricoeur yapmıştır. Cezanın (denkleştirici ve cezalandırıcılığından kaynaklanan) imkânsızlık hali, tazmine

---

61 YÜCEL, Mustafa T., **Yeni Türk Ceza Siyaseti**, 1. Baskı, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, Şubat 2011, s. 23.

62 VECCHİO, s. 22-23.

63 VECCHİO, s. 18.

kabil olamayışı toplumu cezanın kaybettirdikleri noktasına itmektedir. Ceza ile birlikte artık suçlu bir aktör olarak tanımlanır; haysiyet, şeref gibi yoksunluklarla karşılaşır. Mahkeme bir havari gibi "*gerçek, kişiyi özgür kılar*" yaklaşımı ile olaylara bakmaya başlar. Artık mağdur ve akrabaları ve de toplum bir yas tutma yasası (intikam) aracılığı ile *katharsi*se ulaşma peşindedir. Fakat insanları tatmin etmesi beklenen duygular ceza yasaları gibi değildir, düzensizdir. Bu yüzden ceza kuralları devreye girer ve mağdurun, toplumun, akrabaların saf olmayan fakat haklı arzularını disipline etmeye başlar.[64] İşte bunun sonucunda ceza yaptırımları ortaya çıkar. Bu yaptırımlar Tanrı'ya atfedilmiş olan işin seküler-demokratik hale getirilmesidir. Çünkü cezalar sadece düzen kurmaktadır. Ceza birine acı çektirmenin meşru yoludur fakat bir cinayet suçunu tazmin edemez yaşamı kimseye geri veremez. Elbette Ricoeur da ödenmesi gereken tazminatın et ve kan olduğunun farkında olduğunu belirtmektedir fakat ne olursa olsun intikam ile tazminatın ayırt edilmesi gerektiğini de söylemektedir.[65] O yüzden Ricoeur şu dört yargılama unsurunun bulunması gerektiğini söylemektedir: Sivil organizasyonların harici yerlerde bulunan insan olmakla telakki edilecek hakimler, bir konsensüse dayanarak oluşan suç eylemlerini tanımlayan yasalar ve orantılı gücü meşrulaştıran yasalar, devlet tarafından bir suçun varlığına inanılması ve olayların dava süreçlerine ve taraflarına dönüştürülmesi, masumiyet durumunun karar ile değişmesi, yasa ve yargılama sonucunda suçlu olarak tanımlanan aktörden intikam alınmasının askıya alınması gerekmektedir.

B. *Katharsis*ten, *Katharsis* Hukuka

*Katharsi*sin hukuk ve adalet içerisindeki tezahürünü daha iyi kavrayabilmek için iki örnek verilebilir. Bunlardan birincisi ABD'de "Sodomi Kanunları" olarak geçen kanunların kullandığı dil ve mahkemeye olan yansıması ile Türkiye'de mülga 765 sayılı Ceza Kanunun idama ilişkin 12. maddesidir.

Sodomi kelimesi İngilizce ve Fransızcaya, İbranice *Sodōm* / סְדוֹם kelimesinden geçmiştir. Tevrat kaynaklı olan bu kelime sapkınlığı nedeniyle Tanrı'nın felaketine uğrayan şehir Sodom'un isminden gelmektedir. Anlam olarak genel kullanımı tercih edilen Sodom, doğal yollarla kurulmayan her türlü cinsel ilişkidir. Özellikle ensest, anal, çocuklara karşı ya da hayvanlara

---

64 RICOEUR, (2000), s. 138.

65 RICOEUR, (2000), s. 138.

karşı cinsel ilişkinin genel adı olarak kullanılmaktadır.[66] Bu yasalarda yazan ve normal olmayan cinsel ilişki yöntemleri suç sayılmakla birlikte hukuki karşılığı "*Doğaya Karşı Suç*" olarak belirlenmiştir. İlk defa 1776 yılında Thomas Jefferson tarafından "oğlancılık"ın engellenmesi amacıyla kaleme alınmakla birlikte zaman ile yayılmış, ta ki 1962 yılında Illinois Eyaletinde kaldırılmasına kadar ABD'nin birçok eyaletinde uygulama bulmuştur. Özellikle eyaletlerin sosyokültürel yapılarına göre değişkenlik göstermektedir. Bazı eyaletlerde oral seks, ters ilişki, homoseksüel ilişki, evli heteroseksüel ilişki ve evli çiftler arası ilişkilerin tamamı doğaya karşı suç olarak kabul edilirken bazı eyaletlerde bu ilişki türlerinden bazıları serbest bırakılmıştır.[67] Söz konusu yasanın *katharsis* ile olan ilişkisi, bu yasalarda ve yasadan dolayı olağan hayatta bu gibi farklı cinsel eylemlere yönelen kişiler, eylemler, yayınlar için "*Obscene*"[68] kavramının kullanılmasıdır. 1957 yılında Yargıç William Brennan tarafından görülen "Roth vs. United States" davasında bu ve benzeri kelimelerin kullanımının uygun olmadığı tespiti yapılmış, daha sonra 1973 yılında görülen "Miller vs. California" davasında neyin müstehcen olup olmayacağına ilişkin bazı kriterler belirlenmiştir.[69] İlgi çeken yanı ise 1776 yılında başlayan müstehcenliğin ve doğaya karşı suçların kodifiye edilmesi hareketleri topluma genel olarak ceza verilebildiği ya da yasanın da bu eylemleri uygun görmeyeceği mesajı vermiştir. Elbette o dönem toplumunun bakış açısını yansıtan bir kelime olan, Latince pislik anlamındaki "*Caneum*" kökünden gelen "*Obscene*" kelimesinin kullanılması ve bu kelime üzerinden mesaj verilmesi, *katharsis* anlamda örtülü bir öfkeye işaret etmektedir.[70]

---

66 https://www.etimolojiturkce.com/kelime/sodomi, (Erişim Tarihi: 24.12.2019).

67 NUSSBAUM, s.72-73. http://www.glapn.org/sodomylaws/sensibilities/introduction.htm, (Erişim Tarihi: 24.12.2019).

68 "*Obscene*" kelimesi aslında metinlere bilinçli olarak koyulan ve Latince "pislik" anlamındaki "*Caenum*" kelimesinden gelmektedir.

69 https://supreme.justia.com/cases/federal/us/354/476/, (Erişim Tarihi: 24.12.2019).

https://supreme.justia.com/cases/federal/us/413/15/, (Erişim Tarihi: 24.12.2019). "Miller vs. California davasında bir yayına ilişkin olarak tanımlanan temel müstehcenlik kurallar şu şekildedir: a) çalışmanın bir bütün olarak ele alınıp çağdaş topluluk standartlarını uygulayan ortalama bir insanın baskın çıkarlarına hitap ettiğinin belirlenmesi, b) eserin eylemi yaslara aykırı şekilde tasvir edip etmediği ile açıkça rahatsız ediciliği c) Bir bütün olarak ele alınan çalışmanın ciddi sanatsal, politik veya bilimsel bir değerden yoksun olup olmadığı"

70 NUSSBAUM, s. 74.

765 Sayılı Ceza Kanunu'nun 11. maddesi[71] bu kanun kapsamında verilebilecek cezaları sıralamıştır. Bu cezalar cürümlere ve kabahatlere mahsusu olarak tasnif edilmiş olup cürümlere ilişkin cezalar şu şekildedir: İdam, ağır hapis, sürgün, ağır cezai nakdi ve hidemat-ı ammeden memnuiyet. Özellikle bu kanunun idama ilişkin düzenlemesi dikkat çekmektedir. Madde şu şekildedir;

> ***Madde 12-*** *İdam cezası, buna mahkûm olan kimsenin asılması suretiyle hayatının izalesidir.*
>
> *İdam cezası, mahkûmun mensup olduğu din ve mezhebin hususi günlerinde icra olunmaz.*
>
> *Mahkumlar birkaç kişi olursa birbirinin karşısında asılmazlar.*
>
> *Kadınların gebe olduğu anlaşılırsa ceza doğurduktan sonraya bırakılır.*
>
> *İdam cezası hükmolunan kimse hakkında mahkûmiyet ilamı merciince tasvip edildikten sonra, karar icra mahallince ve mahkûmun huzurunda memuru tarafından okunarak hüküm infaz olunur.*
>
> *İdam cezasına mahkûm olan; ana veya baba kaatili ise icra mahalline yalınayak, başı açık ve siyah bir gömlek giydirilerek götürülür ve hüküm bu suretle infaz olunur.*
>
> *Asılan kimsenin cenazesi merasim yapılmadan gömülmek üzere mirasçılarına verilir. Mirasçıları olmadığı veya kabul etmediği takdirde belediye tarafından gömdürülür.*

Özellikle idama ilişkin maddenin 5. fıkrası, mahkûm olanın öldürme suçunu ana veya babaya karşı işlemiş olması halinde özel bir düzenlemeye gitmiştir. Zira bu gibi kimselerin normal bir idam mahkûmu gibi infaz edilmemesi acı tevcihinin bir gereğidir. Hem ana veya babasına öz evladı tarafından öldürülmüş olmanın acısı ile toplumun kutsal saydığı bu gibi ana babalık kavramının hiçe sayılarak bu suçun işlenmiş olması karşılığında, acının daha şiddetli tevcihi gerekmiştir. Bu gibi bir durum aslında yukarıda değinilen mantıki hududun sonudur. Çünkü bir kişiyi iki kere öldürmek mümkün değildir. Zira

---

[71] 16/09/2004 yılında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu mülga edene kadar geçerli olan 765 sayılı Ceza Kanunu'nun 12. Maddesi idama ilişkin olup bu madde de 5218 sayılı ölüm Cezasının Kaldırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un 1. Maddesi ile kaldırılmıştır.

hem acı denkleştirmenin hem de idamın ıslaha ihtimal vermemesi dolayısıyla cezalandırıcı adaletin seçiminin sonunda denkleştirme yine toplumsal adalet duygusunun tatminine bırakılmıştır. Bu amaç ile mahkûmun idamının yapılacağı yere başının açık (ki burada utancın gizlenmemesi hedeflenmiş olabilir) ve ayaklarının çıplak getirilmesinin, ölülere giydirilen geleneksel kefen renginin aksine siyah bir renk tercihinin (ki bununla da günahkarlık veya suçluluğu temsil etmesi amaçlanmış olabilir) toplumu rahatlatması amaçlanmıştır. Topluma <<ana veya babayı öldürürsen sonun bu gibi bir ölüm olur>> minvalinde bir *katharsis* imkanının sunulduğu açıktır.

II. ÖRNEKLEME VE ANALİZ

1. *Katharsis* Adalet Talepleri

A. Kurbanda *Katharsis* Adalet Talebi

Katharsis bir adaletin varlığından bahsedebilmek için elbette bu çeşit bir adaleti talep eden kişi ve kitlelerin dikkate alınması gerekmektedir. Burada hem kişi hem de medya vasıtasıyla toplum tarafından *katharsis*in talebi söz konusu olabilmektedir.

Öncelikle mağdurun, mağduriyet sonrasında ne gibi bir psikoloji içerisinde olduğu değerlendirilmelidir. Bu psikolojik değerlendirmeler ise iki şekilde yapılmaktadır. Bunlardan birincisi olan klinik mağdur psikolojisi, incelemelerinde mağdurun durumunu tıbbi olarak ele almakta, tıbbi psikolojik sorunlarının tespit ve tedavisi ile ilgilenmektedir. İkinci yöntem olan ampirik mağdur psikolojisi ise doğrudan suçtan hareket ederek, mağdurun suç sonrası kişisel ve toplumsal ilişkilerini incelemekte, bağlantılar kurmakta, mağdur ihtiyaç ve eğilimlerinin belirlenmesi ile ilgilenmektedir.[72] Bu ilgi gereği viktimoloji çoğu durumda kurban ile birlikte, suçtan doğrudan etkilenen kişilerin travma sonrasında belirli ihtiyaçları olduğunu ileri sürmektedir. İlk olarak mağdurlar ve kurbanlar suç olarak iddia edecekleri eylem konusunda bilgi sahibi olmayı beklemektedirler. Ardından mensubu oldukları toplum tarafından oluşan trajedi konusunda sahiplenilmek ya da güvence altına alınmak istemektedirler. Travma sonrası iyileşmenin sağlanması için bu konuda uzmanlaşmış kişi ve grupların yardımına ihtiyaç duymaktadırlar. Özellikle kurban, ailenin geçimini sağlayan biriyse, geçim, cenaze ve tedavi

---

[72] IŞIKTAÇ, Yasemin, **Adalet Psikolojisi**, (1. Baskı), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, Temmuz 2013, s. 51.

gibi süreçlerin karşılanması adına finansal desteğe ihtiyaç duymaktadır. Arkadaşları, mensubu bulundukları dini kitlesi veya diğer toplumsal gruplar tarafından manevi desteğe ihtiyaç hissetmektedirler. Medyanın, halkın ve olayın tanıklarının merak duygusundan korunmayı istemektedirler. Son olarak suçun devamı niteliğinde olabilecek başkaca eylemlerden korunmak için kimliklerinin korunmasını talep etmektedirler.[73]

İhtiyaçları ile birlikte mağdurda (ki yukarıda belirtildiği gibi mağdur kavramı, suçtan doğrudan etkilenen mağdurun çevresini de kapsamaktadır) çeşitli psikolojik durumlar da ortaya çıkmaktadır. Mağduriyet sürecini genellikle iki duygu olan kayıp duygusu ve aşağılanma duygusu izlemektedir. Kayıp duygusu ise maddi ve manevi kayıp olarak iki kısımda incelenebilir. Malvarlığına karşı bir suçun kurbanı olan kişi ve kişilerin kayıplarının maddi olacağı söylenebilmekteyken bununla birlikte cinsel saldırı mağduru bir kimsenin kaybının da manevi bir kayıp olduğu söylenebilmektedir. İkinci olarak ise çeşitli psikolojik rahatsızlıklar ve savunma mekanizmalarını ortaya çıkaran aşağılanma duygusu öne çıkmaktadır. Özellikle cinsel saldırı kurbanı olan kişiler tarafından yüksek kaygı ve korku durumu, kamuya açık yerlerde bulunamama, yabancı erkeklerden sürekli korkma gibi fobik durumlar ortaya çıkmaktadır. Aşağılanmanın ortaya çıkardığı ve hukuki süreçleri doğrudan etkilediği düşünülen bir diğer sonuç da mağdurda gelişen savunma mekanizmalarıdır. Gözlemlenen mekanizmalar soyutlanma, alturistik (fedakârlık) teslimiyet, karşı savunma idealizasyonu, kişilik çözülmesi, saldırganla özdeşleşme, akıl ile açıklama bulmaya çalışma, zavallı kader kurbanı grubuna dahil olma, tepki oluşturma, yansıtma (projeksiyon), süblimasyon, sübtitüsyon ve tersine çevirmedir.[74] Özellikle yansıtma ve tersine çevirme, mağdurun kısasa ya da eşitlemeye dayalı bir öç alma eğilimini desteklemektedir. Her ne kadar mağdurun ve sanığın haklarının da korunması gerektiği kanaati bildirilmişse de mağdurun suçun kurbanı olduğu andan itibaren süreçlerde, mağdurların kişisel çıkarları gözetilmektedir.[75] Bu açıdan sürece aslında mağdurun travma sonrası geliştirdiği projeksiyon ve tersine çevirme savunma mekanizmaları da kendiliğinden dahil olmaktadır. Bu mekanizmalar ise şüphesiz arınma ile tatmin olabilecek mantıki hududun dışına çıkılması gereken bir hukuk anlayışını gerektirmektedir.

---

[73] DICKS, Shirley, **Victims of Crime and Punishment: Interviews with Cictims, Convicts, Their Families, and Support Groups**, McFarland, Jefferson N.C., 1991, s. 142-143.

[74] SOKULLU-AKINCI, s. 162-163.

[75] SOKULLU-AKINCI, s. 161.

B. Medyada *Katharsis* Adalet Talebi

Mağdurun dışında *katharsis* talebi medya ve toplum tarafından da gelmektedir. Burada suç konusu eylemin niteliği ile birlikte, bu eylemin toplumsal normlar ya da toplum olma bilinci ile ne denli çeliştiğinin de önemi büyüktür. Medyanın talep eğilimi yaratmaya çalıştığı *katharsis* konusunda kilit kavram ise pornografik şiddettir. Özellikle 21.yüzyılda kitle iletişim araçları vasıtasıyla şiddet seyirlik hale gelmiştir. Çoğu zaman haberler cinayet, kan, intihar, namus cinayeti gibi kelimelerle servis edilmektedir. Kitle iletişim araçlarında tüm çıplaklığı ile gösterilen seyirlik şiddet, izleyicide rahatlama ya da zevk alma duygularını harekete geçirmektedir. Bu anlamda seyirlik şiddet gösterisine "*Şiddet Pornografisi*" denilmektedir.[76] Özellikle kadın cinayetleri ve çocuk istismarı vakalarında medya tarafından bu yöntem sıklıkla kullanılmaktadır.

Kadın cinayetlerine ilişkin dikkate çekici örneklerden biri Haber Türk gazetesi tarafından sansürsüz şekilde yayınlanan mağdur bir kadının cesedini görsel olarak içeren haberdir. 2011 yılında gerçekleşen olayda, Manisa'da, 38 yaşında olan Şefika Etik kocası İbrahim Etik tarafından evlerinin banyosunda sırtından bıçaklanarak öldürülmüştür. Olay sonrasında iki çocuk annesi kadının barışmak ümidiyle eve döndüğü ve sonrasında öldürüldüğü öğrenilmiştir.

Resim 1: 07.10.2011 tarihli Haber Türk gazetesi

Söz konusu olayın mağduru olan kadının cesedinin resminin buzlanmadan basılması olayında, Haber Türk gazetesi yayın yönetmeni Fatih Altaylı konuya ilişkin yaptığı açıklamada, *"... Bu fotoğraf basılır mı dediler. Nor-*

---

[76] AKINER, Nurdan, "Bir Modern Zamanlar Silahı Olarak Medya: Kaddafi'nin Linçinin Satır Arasını Okumak, Esad'ı Anlamak", **Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi,** Yıl 2, Sayı 1, Mart 2014, ss. 1-19, s. 2. SONTAG, Susan, **Başkalarının Acılarına Bakmak**, Çev. Osman AKINHAY, Agora Kitaplığı, İstanbul, 2009, s. 110.

mal, sıradan, ahlaklı görünmekten başka bir derdi olmayan insanlar bu fotoğrafı basmazdı biliyorum. Ama ben basarım. O fotoğrafı niye bastım biliyor musunuz? Bu tepkiler için. Sizin içinizi acıtmak için. Yüreğinizi dağlamak için. Kızmanız için, köpürmeniz için…"[77] diyerek amacının, seyredenleri tam da kaçınılmaz şekilde rahatlama ve kısas arayışına girmesine neden olacak duygulara sürüklemek olduğunu belirtmiştir.

Hürriyet Gündem Dünya Ekonomi Spor Arena Seyahat Kelebek Vide

Karşınıza gelen çocuğun, yalan söyleyip söylemediğini nasıl anlayabiliyorsunuz?
- Çocuk istismarında, biz çocuğun söylediği her şeyi doğru kabul ederiz. "Doğrudur" diye yola çıkarız. Türkiye'de yanlış bir kanı var: "Çocuklar, yalan söyleyebilir" denir. Hayır! Çocuklar sadece bilgi dağarcıklarında olan konular hakkında yalan söyleyebilirler. Karşımızdaki çocuk, cinsellikle ilgili, bilmesi gerekenden fazla bir bilgiyle bize geliyorsa, inanırız...

Nasıl yani?
- Diyelim ki, çocuk, bir baba resmi çiziyor ve baba figürünü erekte olmuş bir penis şeklinde çiziyor. 3-4 yaşlarında bir çocuğun, penisi bu kadar büyük ve kusursuz çizebilmesi beklediğimiz bir şey değil. Biri ona öğretmiş ya da bir olaya tanık olmuş olabilir. Bunun altını, bizim deşmemiz gerekiyor. Çocuklar kendilerini, kendi cümleleriyle ifade ederler. Biz işte, o minik cümlelerin peşindeyiz. Örneğin bir vakam vardı. Küçücük bir kızcağızın söylediği tek bir cümle: "Babamın sütü çok acı!" Baba, ona süt vermiş de süt bozuk mu çıkmış? Hayır! Baba tarafından oral penetrasyon yapılıyor ve çocuk, spermin tadını anlatıyor. Baba, "İç bu sütü, boyun uzayacak" diye onu kandırıyor. Zaten bu tür durumlarda, karşı taraf, ya "Bunlar oyun" diyor ya "Aramızda sır" ya da kimseye anlatmaması için hediyeler alıp, bir şekilde onu kandırıyor.

Resim 2: 11.08.2013 tarihli Hürriyet gazetesinde yayımlanan Ayşe Arman röportajı

Bir diğer örnekte, çocuk istismarı konusuna ilişkin Hürriyet gazetesinde yayınlanan ve Ayşe Arman'a ait olan 11 Ağustos 2013 tarihli röportajda öz babası tarafından nitelikli cinsel istismara maruz kalan bir çocuğun başına gelenler, aynı pornografik anlayış ile yayımlanmıştır.[78] Söz konusu röportaj, çocukların istismar vakalarında uzmanlaşmış biri ile yapılmış ve babasının öz kızına karşı oral penetrasyon davranışına ilişkin ayrıntılar verilmiştir. Daha verilebilecek onlarca örnekte de olduğu gibi medyanın *katharsis* rahatlama için acı, korku, öfke gibi duyguları kışkırtması, medyayı da *katharsis* talebinde bulunan özne haline getirmektedir.

---

[77] http://www.radikal.com.tr/turkiye/medyada-siddet-pornografisi-1065693/, (Erişim Tarihi: 24.12.2019).

[78] http://www.hurriyet.com.tr/cocuk-istismarinda-biz-cocugun-soyledigi-her-seyi-dogru-kabul-ederiz-24496232, (Erişim Tarihi: 24.12.2019).

2. *Katharsis* Adaletin Çıktılarının Analizi

A. Öfke ve Saldırgan Tutum Oluşumları

Katharsis adaletin en önemli çıktılarından birisi birlikte değerlendirilebilecek olan öfke ve saldırganlık tutum oluşumlarıdır. Öncelikle tutum oluşum sisteminin ne olduğundan kısaca bahsetmek gerekilirse, tutum oluşumu, hedefin bir iletinin, kaynağın, durumsal değişkenlerin ve diğer etmenlerin yönlendiği hedefte, belirli davranış kalıplarının oluşmasıdır.[79] Sosyal Psikolojide etkileşime sebep olan bu oluşum özellikle bu çalışmanın bağlamında iletinin kızgınlık, korku, öfke vasıtasıyla hedefe yönelmesiyle oluşur.

Grafik 3: Tutum oluşum şeması

Söz konusu toplumsal davranış kalıpları olan tutumlar, hukukun toplum ile olan ilişkisi bağlamında, hukuk ve adalet anlayışında büyük değişimlere sebep olmaktadır. Özellikle idam cezalarının bilişsel bir kaynak olan düşünmenin sonucunda değil, rekabet edemediği için polarize olmuş düşüncelerden kaynaklanan bir tutum değişimi sonucunda olduğu belirtilmektedir.[80] Söz konusu tutumların oldukça güçlü yapılar olduğu ifade edilmektedir. Özellikle tutum ile davranışlar arasında bağ sürekli kuvvetlenme eğilimindedir. Çoğunlukla doğrudan deneyime sahip olabilen tutumlar özellikle kişi-

---

79 TAYLOR, Shelley E./PEPLAU, Letitia Anne/SEARS, David O., **Sosyal Psikoloji**, Çev. Ali DÖNMEZ, 4. Baskı, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, Aralık 2015, s. 175.

80 TAYLOR, PEPLAU, SEARS, s. 167.

sel çıkarlar, toplumsal değerler ile uygun ve kesin sonuçlar doğrulamaktadırlar. Tutumun nesnesi hakkında bilgi sahibi olunması, başka tutumlarla kurulan güçlü bağlar, tutum sonucunda elde edilecek haklar ve bencil ilgiler, tutumun toplumsal değerler konusunda önemli bir yerde olması, tutumları güçlendirmektedir. Yine tutumlar güçlü olmanın yanında kararlıdırlar. Kolaylıkla belirlenen kararlı tutumların yansıması olan davranışları önceden kestirme olasılığı çok yüksektir.[81]

Peki *katharsis* sanıldığı gibi öfkenin atımına yardımcı olarak rahatlamayı sağlar mı? Buna zıt olarak *katharsis* saldırganlığı ve öfkeyi yukarıda bahsedildiği gibi bir tutuma dönüştürerek güçlendirir mi? Bu konuda sosyal psikoloji literatüründe aşağıda örnekleri verilecek olan birçok çalışma bulunmaktadır. Öncelikle sanıldığının aksine *katharsis* bir öfke boşalımına neden olmaz. Bunun yanlış bir algı olduğu belirtilmektedir. Çoğu kişiye göre rahatlama arzusu başkaca saldırganlık eylemlerine yönelimi azaltır. Rahatlama adına sergilenen saldırganlık davranışlarının, küfür etmenin, fiziksel şiddet uygulamanın öfkenin salınımına neden olduğu düşünülür. Özellikle çekişmeli oyunlar üzerinden yapılan deneyler de göstermektedir ki sanılanın aksine bu tür *katharsis* rahatlama adına sergilenen davranışlar, saldırganlık ve öfkenin daha da artımına sebep olmaktadır.[82]

Spor psikoloğu Russell Wilson tarafından yapılan bir çalışmada, oldukça saldırgan davranışların gözlemlendiği bir oyun olarak bilinen buz hokeyi oyununda seyircilerin davranışlarının ilk ve son çeyrekte nasıl değiştiği gözlemlenmiştir. Bu gözlem sonucunda özellikle maçın son periyotlarında seyircilerin daha da yükselen saldırganlık seviyelerinin olduğu gözlemlenmiştir. Yine benzer gözlemler Arms, Russell ve Sandilands tarafından ve Branscombe ve Wann tarafından futbol karşılaşmalarında yapılmış, aynı şiddet yükselmesi sonuçlarının olduğunu ortaya konulmuştur.[83]

Elbette spor müsabakalarında rekabetin tetiklemiş olduğu sonuçların, durumsal değişkenlerin ve /kişilik yapısı, fizyolojik yapı, bir klandan varlık bulma gibi) diğer değişkenlerin etkisine daha açık olduğu söylenebilir. Fakat spor dışı yapılan bir deneyde de sonuç benzerdir. Geen, Stonner ve Shope tarafından kurgulanan deneyde işbirlikçi öğrenciler ile deneyden haberi ol-

---

81 TAYLOR, PEPLAU, SEARS, s. 167.168-170.

82 ARONSON, WILSON, AKERT, s. 719.

83 ARONSON, WILSON, AKERT, s. 719.

mayan başka üniversite öğrencileri eşleştirilmiştir. Bu eşleştirme sonrasında habersiz öğrenciler, işbirlikçi öğrenciler tarafında kışkırtılacak, öğrenci eşinden farklı düşünceye sahip oldukça habersiz eşi olan öğrenci tarafından elektrik şokları ile cezalandırılacaktır. Cezalandırmanın öğrenme üzerindeki etkileri konusunda bir deneyin içinde olduğunu sanan habersiz öğrenciler, elektrik şokunu eşlerine verdikçe rahatlamaları gerekirken, ilerleyen süreçlerde daha uzun ve şiddetli elektrik şoku verdikleri gözlemlenmiştir. Her yeni saldırma olanağı bulduğunda habersiz öğrenciler elektrik şoklarını daha şiddetli vermeye, işbirlikçi öğrenciler ise daha çok acı çekiyormuş gibi numara yapmaya devam etmiştir.[84]

*Katharsis*in saldırganlığı azaltıp azaltmayacağı yönünde yapılan bir başka deneyde ise işten çıkarılan Kaliforniya uzay sektörü işçilerine, işverenlerine karşı nasıl duygular hissettiklerini beyan etme imkânı verilmiştir. Önce hislerini sözlü olarak ifade eden işçiler, ardından yazılı olarak his ve düşüncelerini beyan etmiştir. Gözlemlendiği üzere sözlü görüşmede saldırganlık, şiddet ve küfür davranışı sergileyen işçilerin öfkelerinin boşalmadığı, aksine bu davranışları sergilemeyen işçilere ve sözlü beyanlarına göre çok daha saldırgan ifadeleri yazılı olarak verdikleri görülmüştür.[85] Bu sonuçların saldırganlığın *katharsis* ile azalacağı yönündeki düşüncelerin aksini gösterdiği söylenmektedir. Saldırganlığın, saldırganlık gösterilerek azaldığı çok istisnai bir durum olduğu da eklenmiştir.[86] Başka bir görüşte bu durum *katharsis*in bir rahatlamaya neden olacağını ama agresyonlarda azalma yapmayacağını söylemektedir.[87]

Yukarıda belirtilen deneylerden biraz daha farklı bir deney de Milgram ve Shotland tarafından yapılan *katharsis*-engelleme ilişkisi deneyidir. Çalışmada üç tiyatro senaryosu oluşturulmuştur. İlk senaryoda başoyuncu, bağış kutusu soymakta ve yakalanıp cezalandırılmaktadır. İkinci senaryoda ise başoyuncu soygunu yaptığı halde cezadan kurtulmaktadır. Üçüncü senaryoda ise başoyuncu, soygun yapmamaktadır. Araştırmacılarca bu senaryolardan oluşan tiyatro oyunlarını izleyen izleyicilere mektupla ulaşıp, "*New York Television Preview Theater*"a gitmeleri, oyun hakkındaki düşüncelerini

---

84 ARONSON, WILSON, AKERT, s. 720-721.

85 ATKINSON, Rita L./ATKINSON, Richard C./EDWARD, E. Smith/BEM Darly J./ NOLEN-HOEKSEMA, Susan, **Psikolojiye Giriş,** Çev. Yavuz ALOGAN, 3. Baskı, Arkadaş Yayınevi, Ankara, 2006, s. 415.

86 ATKINSON/vd., s. 415.

87 DUMAN, s. 266.

beyan etmeleri halinde ücretsiz radyo alabilecekleri söylenmiştir. Bu mektup ile toplanan 500 denek izleyici, programı izledikten sonra ellerindeki hediye kuponları ile radyonun dağıtılacağı yere gitmişlerdir. Fakat bir binanın 23. katında yer alan dağıtım yerinin kapalı olduğu, birkaç mobilya ile bir bağış kutusundan başka bir şeyin bulunmadığı görülmüştür. Kurgunun deney kısmı tam burada başlamaktadır. Farklı engelleme düzeyinden gelenler bir not vasıtasıyla uyarılarak, bağış kutusundan para çalıp çalmayacakları izlenmiştir. Düşük engelleme grubu için hazırlanan not şu şekildedir: "*Dikkat! Size verdiğimiz zahmet için özür dileriz. Fakat ofis bulaşıcı bir hastalık nedeniyle kapatılmıştır. Saat 17:00'ye kadar radyonuzu 1800 numaralı odadan alabilirsiniz.*" Yüksek engelleme grubu için hazırlanan not ise şu şekildedir: "*Dikkat! Dağıtacak radyomuz kalmamıştır. Bu dağıtım merkezi ikinci bir duyuruya kadar kapalıdır.*" Burada düşük engelleme grubuna bir çözüm sunulmasına rağmen, yüksek engelleme grubuna bir çözüm sunulmamış ve kişiler içi para dolu bağış kutularıyla baş başa bırakılmışlardır. Tahmin edildiği gibi yüksek engelleme grubu ihkak-ı hakka yönelerek bağış kutusundan para çalmışlardır. Yüksek engelleme gurubunun yüzde 18,7'si, düşük engelleme grubunun ise yüzde 2,9'u bağış kutusundan para çalmışlardır.[88] Bir başka deyişle kişi için artık saldırgan davranış meşrulaşmıştır.

Deneylerde de görüldüğü üzere *katharsis* konusundaki yanılgı aslında şu çıkarımların yapılmasına neden olmuştur: *Katharsis* saldırganlığı azaltmaktan ziyade öğrenilmiş bir hale dönüştürerek genişletmektedir.[89] Ayrıca bilişsel bir çelişki yaratmaktadır.[90] Saldırganlık meşru, öğrenilmiş, faydalı sonuca ulaştıracak bir olgu haline gelmektedir.[91] *Katharsis*, normal olduğu varsayılan dürtüsel saldırganlığı, anomik olan öğrenilmiş saldırganlığa dönüştürmektedir.[92] En önemlisi ise sonuçlar, Freud'un *transference* (aktarım) kavramını desteklemiştir. Freud, *katharsis* kavramının sadece Aristocu bağlamda okunamayacağını, sadece acıma ve korku değil öfke duygusunun da tutum oluşumunda hedefi etkilediğini söylemiştir. İleti içerisinde yer alan bu öfke vasıtasıyla kişilerin öfkeleri öğrenilmiş hale gelmektedir. Yani Freud bir olaya karşı duydukları öfkeyi *katharsis* amaç ile destekledikleri, ben-

---

88 MORGAN, Clifford T., **Psikolojiye Giriş**, Çev. Hüsnü ARICI, vd., 6. Baskı, Hacettepe Üniversitesi Psikoloji Bölümü Yayınları, Ankara, 2005, s. 391-392.

89 ÖZDEMİR, s. 223.

90 ARONSON, WILSON, AKERT, s. 721-722.

91 ARONSON, WILSON, AKERT, s. 721.

92 ATKINSON, vd., s. 414.

zer kurguda ama farklı özellikte olan olaylarda aynı öfkenin ve saldırganlığın uygulandığını belirtmiştir.[93] Görüleceği üzere *katharsis* sanılanın aksine, ileti ile hedefi uyararak, güçlü ve tutarlı öfke ile saldırganlık tutumlarına (davranış kalıplarına) neden olmuştur.

B. İntikam Motivasyonu

İntikam genellikle literatür içerisinde "*revenge*", "*vengeance*" kelimeleri ile aynı anlamda kullanılmaktadır. Çeşitli disiplinler tarafından intikam tanımlanmaya çalışılmıştır.[94] İntikamın sosyolojik tanımını yapan Stuckless ve Goranson tarafından intikam, mevcut bir haksızlığa karşı karşılıklılık içerisinde ceza verme veya zarara uğratma olarak tanımlanmıştır.[95] Yine aynı sosyolojik perspektiften bakan Cota-McKinley intikamı, algılanan tüm zarar veya hakaretlerin karşılığında zarar vermek için cezalandırmak, olarak tanımlamıştır.[96] Karl Aquino ise intikamı, zarar vermekte sorumluluğu olana zarar, rahatsızlık veya ceza vermek için mağdurun sarf ettiği gayret olarak tanımlamıştır.[97] Nozick ise intikamın, gerçek ya da algılanmış olan adaletsizliğin karşılığında genellikle gösterilen orantısız tepki tanımını ileri sürmüştür.[98] Elbette intikam, rasyonelliği, duygusal etkileri ve amaçları açısından misilleme, karşıtlık ve cezalandırma kavramlarından ayrılmıştır. Misillemenin aksine intikam, rasyonel değildir ve caydırıcılığı değil rahatlamayı amaç olarak güder. Dolayısıyla karşıtlık, misilleme ya da cezalandırmanın aksine intikam, rasyonel bir düşünce üzerine değil, haksızlığa uğramışlığın motivasyonu üzerine kurulmuştur. Bir diğer farklılık ise Yavuz Adugit tarafından ileri sürülmüştür. İntikam belirli yönleriyle şiddetten farklıdır. Şiddetin de

---

93 TURRI, Maria Grazia, "Transference, and *Katharsis*, Freud to Aristotle", **The International Journal of Psychoanalysis**, Cilt 96, Sayı 2, 2015, s. 373-374.

94 ÇINAR, Naim/UZTUĞ, Ferruf, "Tüketicilerin Yaşadıkları Olumsuz Satın Alma Deneyimlerine Tepkileri: İntikam mı, Misilleme mi?", **Gümüşhane Üniversitesi İletişim Fakültesi Elektronik Dergisi**, Cilt 3, Sayı 2, Eylül 2015, ss. 40-56, s. 41-43.

95 STUCKLESS, Noreen/GORANSON, Richard, "The Vengeance Scale: Development of a Measure of Attitudes Toward Revenge", **Journal of Social Behaviour and Personality**, Cilt 7, Sayı 1, 1992, ss. 25-42, s. 25-42.

96 COTA-MCKINLEY, Amy L./WOODY, William D./BELL, Paul A., "Vengeance: Effects of Gender, Age and Religious Background", **Aggressive Behaviour**, Sayı 27, 2001, ss.343-350, s. 343.

97 AQUINO, Karl/TRIPP, Thomas M./BIES, Robert J., "Getting Even or Moving On? Power Justice and Types of Offense as Predctors of Revenge, Forgiveness, Reconciliation and Avoidance in Organizations", **Journal of Applied Psychology**, Cilt 91, Sayı 3, 2006, ss. 653-668, s. 654.

98 NOZICK, Robert, **Philosophical Explanations**, Harvard University Press, Boston, 1981.

intikamın da doğal olarak bulunduğunu iddia eden Adugit, intikamın kökeninde yer alan bilgi ve değerlendirmelerin yanlışlığa çok açık olduğunu; intikamın, *katharsis*in veya tazmin edilemeyen cezanın aynı cezayı karşıya çektirme motivasyonunun sonucu olduğunu belirtmiştir.[99] Ayrıca intikamın bir duygu olduğunu, duyguların da yaşantılar olduğunu dolayısıyla intikamın da bir yaşantı olduğunu ileri sürmüştür.[100] İntikam duygusunun temel duygusunda ise genellikle adaletsizlik, haksızlık, öfke, kin ve nefret bulunmaktadır. Bu bağlamda intikam duygusu, içerisinde şiddetli şekilde planlı ve kasıtlı olarak iade etme arzusunu barındırmaktadır. Dolayısıyla rasyonellikten uzak olduğu bir kez daha söylenebilmektedir.[101] Lacan tarafından, klasik Lacan'cı diyebileceğimiz arkasını görmeyi arzulayan bakış ile ele alınan intikam, insanlığımızın derinlerinde yatan, savunmasızlığı ve güvensizliği saklayan bir savunma mekanizmasıdır.[102] İntikamın kuvvetine ilişkin olarak yapılan açıklamalarda ise intikam, aşırı kuvvetli bir tetikleyici ve yasama konumundaki kanun koyucuları bile saran bir duygudur.[103] Tüm bu haklı tanımlama çabalarından hareketle konsolide bir tanım yapılacak olunursa intikamın, çoğu zaman cezanın tazmini kabil olmadığı durumlarda ortaya çıkan, aynı zahmeti verme motivasyonuna sahip, karşılıklılık prensibi ile hareket eden, rasyonel olmayan ve kolay manipüle edilebilen, *katharsis* rahatlamayı hedefleyen kuvvetli bir duygu olduğu söylenebilir.

İntikamın ortaya çıkması için kaçınılmaz iki koşulu olması gerekmektedir. Bunlardan birincisi intikamın nesnesidir. Bir duygunun nesnesi, onun yöneldiği şey olarak tanımlanmakta iken ikinci koşul olan intikamın nedeni, yönelinen nesne karşısında uyanmaya yol açan şeydir. Dolayısıyla intikamın nesnesi belirli bir kişi veya grup insan, nedeni ise o kişi veya gruba ilişkin bilişsel bilgi, kanı veya inançtır. Her iki koşul olmaksızın intikamın varlığından bahsedilemez.[104] Bu koşulların altında intikamı talep eden profil ise ikiye ayrılmaktadır:

---

99 ADUGİT, Yavuz, "İntikam: Adaletin Estetiği", **Sanat ve Tasarım Dergisi,** Cilt 1, Sayı 1, 2008, ss. 11-32, s. 11.

100 ADUGİT, s.15-16. Kant ve Platon'un başını çektiği bir grup ise duyguları sakıncalı ve erdemli yaşamın düşmanları olarak görmektedir. Dolayısıyla pek katılamayacağım bu görüşlere göre intikamı duyguyla açıklamak hatadır.

101 ÇINAR, UZTUĞ, s. 43.

102 RICHMOND, Raymond Lloyd, **Anger and Forgiveness (The Spiritual Healing)**, 3. Baskı, TradeMark Publishing, South Carolina, Haziran 2006, s. 54.

103 POSNER, Richard A., **The Problem of Jurisprudence**, Harvard University Press, Cambridge, 1990, s. 5-6. ADUGİT, s. 17-18.

104 ADUGİT, s. 16.

Birinci profil, intikam almayı metafizik boyuta atarak bunu tanrının işi olarak gören profildir. Bu kişiler kısaca bu isteği ilahi bir kaynağa havale etmektedirler. İkinci profil ise bu yetkiyi kendisi kullanmayı seçerek, tanrıya havale etmeksizin kendisini tanrı rolüne büründürür ve intikam almak için çabalar.[105]

Tanımlanırken hakkında ipucu verilen intikam ile hukuk-adalet ilişkisinin sıkı bir bağlantısı olduğu söylenebilir. Bu bağı kavramak için ilk kural ise adalet ile intikamın ayrı ama benzerlikleri olan olgular olduğunu bilmektir. Adalet ile intikam arasındaki ilişkinin kurulabilmesi için adaletten çok da ayıramadığımız, adalete ulaşmanın en çok kullanılan aracı olan hukuku, geniş ele almak gerekir. Bu düşünce aslında daha önce de belirtilen, Ricoeur tarafından ortaya atılmış olan "*la Juste Distance*" düşüncesinin bir yansımasıdır. Ricoeur'a göre aslında odaklandığımız şey hep karar aşamasıdır. Mahkemede aslında sadece süreçlerden biri olan karar aşamasının adaleti tesis ettiği ya da etmediği düşünülür. Aslında ilk evreden son evreye kadar devam eden adalet süreci, karar sonrası da devam eder. Bundan dolayıdır ki Ricoeur adalet ve intikam arasındaki ilişki için ileri sürdüğü her fikri, yargılama süreci, karar, infaz süreçlerinin tamamı üzerine oturtur. İnfaz süreçlerinde de yaptırım, ıslah, af gibi mekanizmalarda da intikam duygusunun tezahür edebileceğini belirtir.[106]

Katıldığım bu perspektif üzerinden değerlendirilecek olunursa, birçok uygulayıcının temel korkusu adaletin hiddetle buluşmasıdır. Bu çekince üzerinden değerlendirilecek olunduğunda adaletin gerçek ve gösteri adaleti olarak ayrıldığı, gösteri adaleti ya da seyirlik adaletin gerçek adalet olmadığı, adaletin intikama karşı olduğu belirtilir.[107] Bu ortak temenniden hareketle adalet ile intikamın aslında farklı olduğunun net sınırları çizilir. Psikolog Leon Seltzer'e göre adaletin temeli rasyonel, intikamın temeli ise duygusaldır. Yine adalet eğitim ve denklik uygulamalarından beslenirken hukuku beslemekte, intikam ise içgüdüden beslenirken kin ve öfkeyi beslemektedir. Zamansal açıdan bakıldığında ise adaletin olaylara özgü olduğu vurgulanırken intikamın, süreklilik ve aktarım ile belirli olaylara özgü olmadığı belirtilmiştir. Son olarak eylemsellik açısından bakıldığında, intikam saldırı ve şiddet eylemi iken adaletin bir denge eylemi olduğu belirtilir.[108]

---

[105] ADUGİT, s. 18.

[106] RICOEUR, (2010), s.133.

[107] EREM, Faruk, **Ceza Adaleti**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1973, s. 4.

[108] TUNÇDEMİR, Cemal, "İlkel Toplumların İntikam Döngüsü, Uygar Toplumların Adalet Düzeni", (http://amerikabulteni.com/2018/02/17/ilkel-toplumlarin-intikam-dongusu-uygar-toplumlarin-adalet-duzeni/, Erişim Tarihi: 24.12.2019).

Elbette bu keskin farklılıklara rağmen adaletin intikam ile benzeştiği noktalar da oldukça fazladır. Her ikisinin de birçok durumda tezahürü aynı olmaktadır. İntikam bir şiddet olarak ortaya çıkarken, adalet de şiddet olarak tezahür eder.[109] Leon Seltzer'in ayrımları ile çelişiyor gibi görünse de aslında çelişki yoktur. Zira adaletin kullandığı şiddet yasallaşmış şiddet olup meşru bir zemin ile sınırlandırılmış iken, intikamın tezahür ettiği şiddet, daha çok ihkak-ı hakka yönelen ve sınırlandırılması pek mümkün olmayan şiddettir. İdam cezasının da özünün bir cinayet olması örneği ile bu konu açıklanmaktadır.[110] Bir diğer benzerlik ise intikamın adaletin bir görünüşü olarak ortaya çıktığı haldir. Bu tür adalet kin adaleti olarak tanımlanır. Adaletin çarpıtılmış bir türü olan kin adaleti, hukukun sübjektif ve duygusal uygulanmasının bir sonucu olarak ortaya çıkar. Adalet gibi görünür fakat özü Blaise Pascal'a atfen yolunu şaşırmış adalettir.[111]

Adalet-hukuk ve intikamın yolu hukukun tarihsel sürecinde de birçok kez kesişmiştir. Hammurabi Kanunu olarak anılan kanunlar "*Lex Talionis*" kısasçılık üzerine kurulu kanunlar olarak nitelenmektedir.[112] Tarih sahnesi içerisinde bir diğer kanun ise Alfred'in felaketi olarak anılan 9 yy. döneminde hüküm sürmüş İngiliz Wessex Kralı Alfred'in kanunlarıdır. Bu kanunlar da öç alma, intikam alma gibi duyguların üzerine inşa edilmiştir.[113] Bunun yanında pre-legal (kodifike edilmiş, şimdiki modern hukukun temeli olan dönem öncesi) dönem hukukunda da bu intikamcı tutumdan bahsedilmektedir. Euripides'in Agamennon Hecuba örneğinde, Antigone'de yer alan Creon örneğinde olduğu gibi yasamacı konumunda olan yöneticilerin kuvvetli intikam dürtüleriyle hareket ettiği anlatılmıştır.[114] Tarihsel bir diğer örnek ise din eksenli cezalar için verilmektedir. Bu çeşit din eğilimli cezalandırma metotları yasal cezalandırmayı tanrı tarafından verilen cezalandırmaların yerine koymaktadır. Genellikle "*Pensilvanya Modeli*" olarak anılan bu modellerde mahkûmların sadece İncil okumasına izin verilmektedir. Modele ismini veren "*penitentiary*" kelimesinin kökeninin "*penance*" yani kefaret olması bir tesadüf değildir. Çünkü bu hapishaneler mahkûmların verdiği

---

[109] MENKE, Christoph, **Law and Violance,** 1. Baskı, Manchester University Press, Manchester, 2018, s. 21.

[110] MENKE, s. 18.

[111] GÜRİZ, s. 28.

[112] FELL, s. 88.

[113] FELL, s. 89-90.

[114] POSNER, s.4-7.

eziyetin karşılığında kefaret ödemesi düşüncesi üzerine kurulmuştur. Bu durumun suç kontrol politikaları üzerinde öç alma düşüncesinin yansıması olduğu değerlendirilmiştir.[115]

Tarihsel perspektif de göstermiştir ki adalet ile intikam arasında reddedilemez bir ilişki vardır. Bu ilişki daha sonraları konu hakkında çalışan çeşitli düşünürlerce de zaten dile getirilmiştir. İntikamın *katharsis* adalete karşı hangi konumda durduğunun netleştirilmesinden önce, bu düşünceyi destekler nitelikte birçok düşünürün konu hakkında fikir beyan ettiği de görülmektedir. Bu düşünürler de intikamı adaletin içerisinde, adaletin doğal bir parçası olarak görenler ve görmeyenler olarak, ikiye ayırmak mümkün olacaktır. Foucault iktidar tarafından uygulanan infazın hasmane kuşatmalarla ve intikamla dolu törenler olduğunu, bu törenler incelendiğinde ise iktidarın temel mekanizmalarından birine şahit olunacağını ileri sürmüştür. Cellat, burada iktidarın tekil iradesinin temsilcisidir, infaz edilen her beden devlet yapısının inşası için birer taştır. Bu ayinsel şiddetin içerisinde iktidarı meşru kılma amacını aşan faaliyetler deşifre edilmelidir; Foucault'a göre ceza adaleti intikam almak yerine bir ceza tesis etmelidir.[116] Agamben ise Walter Benjamin'in şiddet ile hukuk ilişkisi üzerine düşüncelerini yeniden yorumlayarak yasanın, tanrı şiddeti dışında yeni bir şiddeti daha içerdiğini söylemektedir. Bu şiddet yasanın amacını aşan, yasanın hedefinin sürekli üzerinde taşınan beklenmedik bir şiddettir. Bunu çıplak hayat olarak isimlendiren Agamben, bu şiddetin kişiyi suçundan değil, hukuktan arındırma amacında olduğunu belirtir.[117] Şüphesiz ki bu düşüncenin de arınmacılık üzerine kurulduğu, öç almanın karşılığı olduğu söylenebilir. Bu intikam alt okumaları, bu okumaların ileri sürüldüğü yıllardan çok sonra, daha somut şekilde ileri sürülmüş; yasaların kişisel intikam ve öfkenin üzerine kurulmaması gerektiği vurgulanmıştır.[118]

İntikam ile adaletin ilişkisini yasak görenlerin dışında doğal görenlerin de başında Immanuel Kant gelmektedir. "*Wiedervergeltungsrecht*" ya da "*Jus Talonis*" yani fenalığa karşı fenalık prensibinin ceza adaletinin teme-

---

[115] VECCHİO, s. 25-26.

[116] FOUCAULT, Michel, **Hapishanenin Doğuşu Gözetim Altında Tutmak ve Cezalandırmak,** Çev. Mehmet Ali KILIÇBAY, 8. Baskı, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, Ocak 2019, s. 83-84.

[117] AGAMBEN, Giorgio, **Kutsal İnsan Egemen İktidar ve Çıplak Hayat**, İngilizceden Çev. İsmail TÜRKMEN, 3. Baskı, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2017, s. 83.

[118] FELL, s. 90.

linde olduğu belirtilir. Elbette bu prensip gereği, karşılığa kabil cezanın ne olduğu konusunda tartışmalar yaşanmış olsa da bu görüş, suç vasfını taşıyan her hareketin, mukabili bir cezaya cevaz verdiğini meşru kılan bir görüştür.[119] Del Vecchio da Kant'ın bu görüşünü temel alarak farklı bir parametre geliştirir. Ona göre de mukabil karşılık yani intikam meşrudur ve mağdura verilen bir haktır. Fakat her hakta olduğu gibi intikama dayalı mukabil hareket etme hakkı da özünde bu haktan vazgeçme özgürlüğünü barındırır.[120] Dolayısıyla Del Vecchio, bu hakkın varlığını kabul etmekle birlikte, vazgeçilebilir de olduğu perspektifini getirir. Adugit, intikamın adaletin estetiği olduğunu ileri sürdüğü makalesinde ise oldukça vurucu bir cümle kurar: "*İntikam kör bir dürtü değil, adalete ilişkin en açık bilinçten doğan bir duygudur*." Bu cümle ile vurgulanan, intikamın insanı kemiren, tüketen bir duygu olduğu, bu duygunun ilk adımının birine zarar vermek olmadığı; ilk adımında zedelenmemesi gerekliliği kabul edilmiş olan adalet duygusunun aldığı zararı ve yarattığı huzursuzluğu gidermek olduğudur. Dolayısıyla kötü olan, bu doğal olduğu ileri sürülen intikam duygusu değil, intikamın nesnesi olarak ele alınan faile ilişkin bilişsel verilerin hatalı olmasıdır. Zira aşırılığı ortaya çıkaran şey intikam değil, intikamın yöneldiği kişide ve intikamın biçiminde olan hatadır.[121]

Birlikte mütalaa edildiğinde intikamın adaletten çok da ayrılamayacağı kanaatiyle hareket etmek gerekmektedir. Fakat intikamın yanında yer alan vazgeçilebilir hak veya yanlış bilişsel duruşun aksine, intikama dayalı adaletin bu denli indirgenemeyecek bir çıktı olduğu da düşünülmelidir. Buradaki sorun da intikamın, adaletsizliğin vermiş olduğu elem ve kederden arınma, bu arınmayı denk zahmet ile yapma motivasyonudur. Hem bu motivasyonu körükleyenin hem de intikamı, kendi başına bir duygu olduğu düşünüldüğünde, tıpkı öfkede olduğu gibi intikamın da çok güvenilir bir *katharsis* adalet çıktısı olmadığı söylenebilir. Nitekim Ricoeur'un da intikamın aslında yaptırımı taçlandırmak olarak görmesi[122] ve *katharsis*i, adalet ile intikam arasında karanlık bir bölge olarak tanımlaması[123] bu görüşü desteklemektedir.

---

[119] KANT, Immanuel, The Metaphysics of Morals, Çev. Mary GREGOR, Cambridge University Press, New York, 1991, s. 141.

[120] VECCHIO, s. 3-4.

[121] ADUGİT, s. 17.

[122] RICOEUR, (2010) s. 139.

[123] RICOEUR, (2010), s. 145.

SONUÇ VE TARTIŞMA

Kısa bir özetleme ile açıklamak gerekirse, adaletin duygu ile temas ettiği noktada adaletin rahatlama hissi, rahatlama hissinin olduğu yerde tatmin hissinin arayışı, tatmin hissinin olduğu yerde acıda ve zahmette denkleştirme, bu denkleştirmenin olduğu yerde de intikam ve öfke başlamaktadır. Çalışma bulguları ve literatür taramaları da göstermiştir ki *katharsis,* yani rahatlamaya endekslenmiş bir adalet anlayışı, sanılanın aksine öfkeyi azaltmamakta, rasyonel olması gereken adalet sürecini irrasyonel olan intikam alma ve acının tevcihi yoluna itmektedir. Bu özet sonuç ile birlikte tartışma iki farklı noktada yapılabilecektir.

İlk olarak kanaatimin de aynı yönde olduğu üzere, adaletin muhteviyatında intikam ve öfke olduğu söylenebilir. İyi-doğru, güzel-çirkin yargılarına girmeden söylemek gerekir ki adaletin duygu ve hislerden kolay ayrılamadığı, ayrılamadığı için de intikamı ve öfkeyi beslediği açıktır. Nitekim bu cezalandırma ve denkleştirme üzerine kurulu bir adalet anlayışının yansımasında görülmektedir. Öyleyse gündelik hayatın devinimi içerisinde, lümpen bir yarışma programından mahkeme salonlarına, gazete manşetlerinden siyasetin diline sayısızca duyulacak olan adalet kavramının peşinen kutsanmasının pek de müspet tarafının olmadığı söylenebilir. Bunun en basit nedeni, adaletin de kendi içerisinde çeşitlendirilir halde olması, şiddet içereninin veya uzlaşmacısının olmasıdır. Kısacası asıl kutsanacak olan şeyin adalet değil, intikam ve öfke ile gerçeği perdeleyen duygusal adalet ya da rahatlamak için başvuruldukça tutumsal öfkeye ve öfke aktarımına dönüşecek olan adalet yerine, pozitif ve hesaplanabilir, kamu yararı dengesi ile özgürlük dengesi gözetilen bir adaletin tercihidir. Zira ıslah etmeyi, rasyonaliteyi seçmek, cezadan vazgeçmek ya da işlenen suçu karşılıksız bırakmak veya toplumu tedirgin eden durumu devam ettirmek değildir. Bu seçim kamunun yararına bir dönüştürmenin yolunu rasyonel, akılcı ve argümantasyoncu bir yaklaşımla aramak da olabilir. Bu yüzden adaletin doğasında bulunduğunu kabul ettiğim ama tercih edilmesini doğru bulmadığım adalet özellikle de hukuku ideolojik araç olarak görmeye çalışan odaklarca saptırılmaya teşnedir. Çünkü literatürün de ifade ettiği üzere *katharsis*, gerçekliğin yitimine neden olmaktadır.[124] Çünkü *katharsis* adaletin dayandığı rahatlama noktası ve tatmin duygusu, her duyguda olduğu gibi manipüle edilebilir durumdadır. Çünkü cezaların *katharsis*e ulaşma-intikam alma-öfke dindirme ekseninden çıkması, tarihsel bir mücadele ve hukuksal bir evrimleşmenin sonucudur.

---

[124] DUMAN, s. 264.

Tam bu noktada ikinci bir tartışma noktasının ileri sürülmesi gerekmektedir. Ricoeur'un da dikkat çektiği üzere adalet bir mesafenin adıdır. Dolayısıyla *katharsis*i sadece bir kanun maddesinde ya da bir mahkemenin kararında aramak yanlıştır. Ulaşıldığı üzere, eğer acının tevcihi söz konusu ise bu acıyı hukuka aykırı eylemin sahibine denkleştirmek, sadece görünür bir cezada yer almaz. Zira şiddet için yeni belirlenen paradigmalardan biri olan gizil şiddete[125] göre, bir hukukun şiddet göstermesi için kişi hakkında ayakları çıplak idam kararını meşrulaştıran yasaya ihtiyacı yoktur. Bu tür açık göstergeler ve yazılı hale getirilmiş meşru şiddet olmaksızın da hukuk şiddet gösterebilir. Türkiye'de gazeteci Kadri Gürsel'in teslim olmasına rağmen kelepçelenmesi olayı yakın ve güncel bir örnek olarak verilebilir. Zira AİHS'nin 5. maddesi ile Anayasa'nın 19. maddesi kişi hürriyeti ile güvenlik dengesini kurmaktadır. Bu denge gereği Ceza Muhakeme Kanunu'nun 93. ve 191/1. maddesi gereği kişi yalnızca güvenliğin tehdit edildiği durumlarda gereklilik hali üzerine kelepçelenebilmektedir. Buna rağmen tek başına gelip teslim olan bir kişinin, kelepçelenecek ölçüde güvenlik tehlikesi yaratması anlamlı değildir. Nitekim burada, adalet yolu içerisinde gayet gizil biçimde *katharsis*in yansımasının ortaya çıktığı söylenebilir.[126] Öyleyse *katharsis* adalet için alternatif bir tabirle kör göze parmak aramaya gerek olmaksızın, "*la Juste Distance*" içerisindeki aykırı uygulamalara ve gizil şiddete de bakılması kanaatimizce gereklidir. Çünkü *katharsizmin* veya kötü adamı duyguları tatmin olana kadar cezalandırmanın görüntüsü, bazen teslim olan kişinin kelepçelenmesi olarak tezahür edebileceği gibi bazen de bir mahkûma işkence yapılmasıyla, kolluk kuvvetinin aşırılığı ile, adliye koridorlarındaki ayırımcı bakışlarda da görülebilecektir.

---

[125] FOUCAULT, s. 50.

[126] Adalet Bakanı Abdülhamit Gül de teslim olmaya gelen Kadri Gürsel'in kelepçelenmesi olayı ile ilgili yaptığı açıklamada, bu durumun kabul edilemez olduğunu belirtmiştir. Bkz. https://tr.euronews.com/2019/05/31/adalet-bakan-gul-yargi-reformu-aciklamasi, (Erişim Tarihi: 28.12.2019).

KAYNAKÇA

ADUGİT, Yavuz, "İntikam: Adaletin Estetiği", **Sanat ve Tasarım Dergisi,** Cilt 1, Sayı 1, 2008, s. 11-32.

AGAMBEN, Giorgio, **Kutsal İnsan Egemen İktidar ve Çıplak Hayat**, İngilizceden Çev. İsmail TÜRKMEN, 3. Baskı, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2017.

AGTAŞ, Özkan, **Ceza ve Adalet**, 1. Baskı, Metis Yayınları, İstanbul, Eylül 2013.

AKAN, Nesrin, "Aristoteles'in Etik Anlayışı Doğrultusunda *Katharsis*", **İstanbul Aydın Üniversitesi Güzel Sanatlar Fakültesi Dergisi**, Cilt 4, Sayı 7, 2018, ss. 21-28.

AKINER, Nurdan, "Bir Modern Zamanlar Silahı Olarak Medya: Kaddafi'nin Linçinin Satır Arasını Okumak, Esad'ı Anlamak", **Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi,** Yıl 2, Sayı 1, Mart 2014, ss. 1-19.

AQUINO, Karl/TRIPP, Thomas M./BIES, Robert J., "Getting Even or Moving On? Power Justice and Types of Offense as Predctors of Revenge, Forgiveness, Reconciliation and Avoidance in Organizations", **Journal of Applied Psychology**, Cilt 91, Sayı 3, 2006, ss. 653-668.

ARİSTOTELES, **Poetika**, Çev. İsmail TUNALI, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1993.

ARONSON, Elliot/WILSON, Timothy D/AKERT, Robin M., **Sosyal Psikoloji,** Çev. Okhan GÜNDÜZ, 1. Baskı, Kaknüs Yayınları, İstanbul, 2012.

ATKINSON, Rita L./ATKINSON, Richard C./EDWARD, E. Smith/BEM Darly J./ NOLEN-HOEKSEMA, Susan, **Psikolojiye Giriş,** Çev. Yavuz ALOGAN, 3. Baskı, Arkadaş Yayınevi, Ankara, 2006.

BAĞIR, Mehmet, "Aristoteles'in Mimesis ve *Katharsis* Kavramları Üzerinden Bir Film İncelemesi Dogville", **Ege Üniversitesi İletişim Fakültesi Medya ve İletişim Araştırmaları Dergisi**, Sayı 2, 2018, ss. 36-55.

CAHN, Edmond: **The Sense of Injustice**, 2. Baskı, Indiana University Press, New York, 1975.

COTA-MCKINLEY, Amy L./WOODY, William D./BELL, Paul A., "Vengeance: Effects of Gender, Age and Religious Background", **Aggressive Behaviour**, Sayı 27, 2001, ss. 343-350.

ÇEÇEN, Anıl, **Adalet Kavramı**, 2. Baskı, Gündoğan Yayınları, İstanbul, Ekim 1993.

ÇINAR, Naim/UZTUĞ, Ferruf, "Tüketicilerin Yaşadıkları Olumsuz Satın Alma Deneyimlerine Tepkileri: İntikam mı, Misilleme mi?", **Gümüşhane Üniversitesi İletişim Fakültesi Elektronik Dergisi**, Cilt 3, Sayı 2, Eylül 2015, ss. 40-56.

DICKS, Shirley, **Victims of Crime and Punishment: Interviews with Cictims, Convicts, Their Families, and Support Groups**, McFarland, Jefferson N. C, 1991.

DUMAN, Mehmet Akif, "İlk Kathartiker Thepis'ten, Aristoteles'in Kâbusu Antiphon'un Konuşmalarındaki Kathartik Yapıya yahut Aristoteles'in Bir Türlü Gerçekleşmeyen Metamorfozu", **Süleyman Demirel Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Sayı 34, 2015, ss. 259-278.

EREM, Faruk, **Ceza Adaleti**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1973.

FELL, Gilbert S., "Street-Crime Victim Compensation, Retributive Justice and Social-Contract Theory", Ed. Diane SANK, David I. CAPLAN, **To Be a Victim Encounters with Crime and Injustice**, Plenum Press, New York, 1991.

FOUCAULT, Michel, **Hapishanenin Doğuşu Gözetim Altında Tutmak ve Cezalandırmak,** Çev. Mehmet Ali KILIÇBAY, 8. Baskı, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, Ocak 2019.

GÜRİZ, Adnan, "Adalet Kavramının Belirsizliği", **Adalet Kavramı**, (Yayına Hazırlayan: Adnan GÜRİZ), (4. Baskı), Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2013.

IŞIKTAÇ, Yasemin, **Adalet Psikolojisi**, (1. Baskı), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, Temmuz 2013.

KANT, Immanuel, **The Metaphysics of Morals**, Çev. Mary GREGOR, Cambridge University Press, New York, 1991.

KUÇURADI, Ionna: **Adalet Kavramı İnsan Hakları Kavramı ve Sorunları**, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2011.

MENKE, Christoph, **Law and Violance,** (1. Baskı), Manchester University Press, Manchester, 2018.

MORGAN, Clifford T., **Psikolojiye Giriş**, Çev. Hüsnü ARICI, vd., 16. Baskı, Hacettepe Üniversitesi Psikoloji Bölümü Yayınları, Ankara, 2005.

NOZICK, Robert: **Philosophical Explanations**, Harvard University Press, Boston, 1981.

NUSSBAUM, Martha C., **Hiding from Humanity Disgust Shame and the Law**, Princeton University Press, New Jersey, 2004.

ÖZDEMİR, İlyas, "Aristoteles'te Taklit ve *Katharsis* Açısından Tragedya", **Van Yüzüncü Yıl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Sayı 41, 2018, ss. 209-226.

PIAGET, Jean, **Çocuğun Ahlaki Yargısı**, Çev. İdil DÜNDAR, Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2015.

PLATON, **Phaidon ve Menon**, Çev. Ahmet CEVİZİ, Gündoğan Yayınları, İstanbul, 1989.

POSNER, Richard A., **The Problem of Jurisprudence**, Harvard University Press, Cambridge, 1990.

RICHMOND, Raymond Lloyd, **Anger and Forgiveness the Spiritual Healing**, 3. Baskı, TradeMark Publishing, South Carolina, Haziran 2006.

RICOEUR, Paul, **Başkası Olarak Kendisi**, 1. Baskı, Çev. Hakkı HÜNLER, Doğu Batı Yayınları, Ankara, Şubat 2010.

RICOEUR, Paul, **The Just**, Fransızcadan. İng. Çev. David PELLAUER, The University of Chicago Press, Chicago, 2000.

SANDEL, Michael J., **Adalet Yapılması Gereken Doğru Şey Nedir?**, 6.Baskı, Eksi Kitaplar, Ankara, Mayıs 2018.

SCHMIDTZ, David, **Adaletin Unsurları**, 1. Baskı, Liberte Yayınarı, Ankara, Mayıs 2010.

SOKULLU-AKINCI, Füsun, **Viktimoloji**, 1. Baskı, Beta Basım, İstanbul, Mart 1991.

SONTAG, Susan, **Başkalarının Acılarına Bakmak**, Çev. Osman AKINHAY, Agora Kitaplığı, İstanbul, 2009.

STUCKLESS, Noreen/GORANSON, Richard, "The Vengeance Scale: Development of a Measure of Attitudes Toward Revenge", **Journal of Social Behaviour and Personality**, Cilt 7, Sayı 1, 1992, ss. 25-42.

TAYLOR, Shelley E./PEPLAU, Letitia Anne/SEARS, David O., **Sosyal Psikoloji**, Çev. Ali DÖNMEZ, 4. Baskı, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, Aralık 2015.

TURRI, Maria Grazia, "Transference, and *Katharsis*, Freud to Aristotle", **The International Journal of Psychoanalysis**, Cilt 96, Sayı 2, 2015, ss. 369-387.

UYGUR, Gülriz, **Hukukta Adaletsizliği Görmek**, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2016.

VECCHİO, Giorgio Del, **Ceza Adaleti ve Zararın Tazminine Dair Deneme**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1957.

YILDIZ, Muhammed Emin, **Yasada Psikolojik Unsur**, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Ankara, 2019.

YÜCEL, Mustafa T., "Adaletsizlik Duygusu", **Adalet Kavramı**, Yayına Hazırlayan: Adnan GÜRİZ, 4. Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2013.

YÜCEL, Mustafa T., **Yeni Türk Ceza Siyaseti**, 1. Baskı, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, Şubat 2011.

İnternet Kaynakları

http://www.glapn.org/sodomylaws/sensibilities/introduction.htm, (Erişim Tarihi: 24.12.2019.)

http://www.hurriyet.com.tr/cocuk-istismarinda-biz-cocugun-soyledigi-her-seyi-dogru-kabul-ederiz-24496232, (Erişim Tarihi: 24.12.2019).

http://www.radikal.com.tr/turkiye/medyada-siddet-pornografisi-1065693/,

(Erişim Tarihi: 24.12.2019).

https://supreme.justia.com/cases/federal/us/354/476/, (Erişim Tarihi: 24.12.2019).

https://supreme.justia.com/cases/federal/us/413/15/, (Erişim Tarihi: 24.12.2019).

https://tr.euronews.com/2019/05/31/adalet-bakan-gul-yargi-reformu-aciklamasi, (Erişim Tarihi: 28.12.2019).

https://www.etimolojiturkce.com/kelime/sodomi, (Erişim Tarihi: 24.12.2019).

https://www.nisanyansozluk.com/?k=katarsis, (Erişim Tarihi: 25.12.2019).

https://www.nisanyansozluk.com/?k=tragedya, (Erişim Tarihi: 25.12.2019).

TUNÇDEMİR, Cemal, "İlkel Toplumların İntikam Döngüsü, Uygar Toplumların Adalet Düzeni", (http://amerikabulteni.com/2018/02/17/ilkel-toplumlarin-intikam-dongusu-uygar-toplumlarin-adalet-duzeni/, (Erişim Tarihi: 24.12.2019).

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2020; 2: 1027-1054

ULUSLARARASI HUKUKTA DEVLETLERİN SORUMLULUĞU BAĞLAMINDA SİBER SALDIRILARIN ATFEDİLEBİLİRLİĞİ MESELESİ(*)

Av. Muhammed Fatih KAFADAR(**)

Öz: Siber saldırıların atfedilebilirliği, çok boyutlu bir mesele olup konunun birbirini besleyen teknik, politik ve hukuki boyutları bulunmaktadır. Bu çalışmada, uluslararası hukukta siber saldırıların herhangi bir devlete isnat edilip edilemeyeceği hususu, uluslararası hukukun siber uzaya şamil olup olmadığı tartışmalarına da değinilmek suretiyle uluslararası hukuktaki mevcut atfedilebilirlik kuralları üzerinden açıklanmaktadır. Bu bağlamda, öncelikle siber uzaya ilişkin teorik ve kavramsal bir çerçeve çizilmekte; siber saldırıların türleri ve güncel örnekleri üzerinde durularak konu daha somut hale getirilmektedir. Akabinde uluslararası hukukta devletlerin sorumluluğuna ilişkin uluslararası mahkeme kararları, uluslararası teamül hukuku kuralları, uluslararası kurumların görüşleri, devletlerin beyanları ve doktrin ışığında siber saldırıların devletlere atfedilebilirliği meselesi irdelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Siber Uzay, Siber Saldırı, Atfedilebilirlik, Devletlerin Sorumluluğu, Uluslararası Teamül Hukuku.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 01.10.2020. Makale Kabul Tarihi: 04.11.2020.

(**) Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu & Ankara Üniversitesi (ORCID kimlik no: 0000-0003-2038-2088; *mfkafadar@ankara.edu.tr*).

THE ATTRIBUTABILITY OF CYBER ATTACKS IN THE CONTEXT OF STATE RESPONSIBILITY IN INTERNATIONAL LAW

Abstract: The attribution of cyber attacks is a multidimensional issue that has technical, political and legal aspects feding each other. In this article, the issue of whether a cyber attack can be attributed to any state in international law is explained through the existing rules of attribution in international law, by also referring to the debates on whether international law is inclusive of cyberspace. In this context, the issue is made more concrete by drawing a theoretical and conceptual framework regarding cyber space and focusing on the types and current examples of cyber attacks. Subsequently, the issue of attribution of cyber attacks to states is examined in the light of decisions of international courts, rules of customary international law, opinions of international institutions, official statements of states and the doctrin regarding states' responsibility in international law.

Keywords: Cyberspace, Cyber Attack, Attributability, State Responsibility, Customary International Law.

I. GİRİŞ

Uluslararası hukukun mevcut kurallarının, internetin yaşamın her alanına sirayet etmesi ve teknolojinin gelişmesiyle birlikte daha da görünür hale gelen siber uzaya uygulanıp uygulanmayacağı hususu uzun süredir tartışılagelmektedir. Siber uzay; kara, deniz, hava ve uzayı birbirine bağlayan bir düzlem olarak varlığını her geçen gün daha fazla hissettirmektedir. Dolayısıyla bu alanda gerçekleşen faaliyetlerin uluslararası hukuk bağlamında değerlendirilmesi fevkalade önem arz etmektedir. Bu bağlamda bu çalışma, siber uzayda gerçekleştirilen siber saldırılara ilişkin sorumluluğun devletlere atfedilebilmesi sorunsalını ele almaktadır.

Çalışmanın konusu, siber saldırıların uluslararası hukuk anlamında bir silahlı saldırı teşkil edip etmediği olmayıp siber uzayda gerçekleştirilen bir faaliyetin saldırı boyutuna ulaşıp ulaşmadığı da bu çalışma kapsamında irdelenmeyecektir. Zira çalışmada odaklanılan nokta, siber saldırılara karşı savunma değil savunmadan ya da karşı saldırıdan önceki aşama olan atfedilebilirlik meselesidir. Gerçekten de bir devlet kendisine yönelik yapılan bir saldırıya cevap verebilmek için önce o saldırıyı gerçekleştirenleri teknik ve hukuki olarak tespit etmelidir ki bu saldırıya ilişkin olarak uluslararası hukuktan doğan meşru müda-

faa vb. haklarını kullanabilsin. Bu itibarla, çalışmada öncelikle siber saldırılara ilişkin genel bilgiler ve bu bilgilerin daha iyi anlaşılabilmesi için yakın tarihte gerçekleşen siber saldırılardan örnekler verildikten sonra bu siber saldırılara ilişkin çözüme kavuşturulması gereken temel hukuki problem olan atfedilebilirlik meselesi BM Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Taslak Maddeleri, Uluslararası Adalet Divanı ve Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi içtihatları ile Tallinn El Kitapları çerçevesinde ele alınacaktır.

II. SİBER SALDIRILAR: TEORİK VE PRATİK ÇERÇEVE

1. Kavramsal Çerçeve

Siber saldırı (*cyber-attack*), en genel anlamıyla, internet sitelerine ya da kişisel veya kurumsal bilgisayar ağlarına yönelik gerçekleştirilen ve hedef sistemin gizliliğine, bütünlüğüne, erişilebilirliğine ya da sistemde depolanan verilere müdahale eden faaliyet[1] anlamına gelmektedir. Bilgisayar sistemlerini ya da bu sistemler aracılığıyla kurulan bilgi ağlarını değiştirmek, bozmak ya da tahrip etmek amacıyla gerçekleştirilen siber saldırılar[2], internet ve bilgisayarlar arasındaki bilgi paylaşım ağları yani siber uzay[3] üzerinden gerçekleştirilmektedir. Teknik açıdan siber uzay, bilgi paylaşımı, değişimi ve depolanması amacıyla kullanılan elektronik ve elektromanyetik ağ sistemleri ve beraberindeki fiziki alt yapıyı[4] ifade etmektedir.

---

1 SPRINGER Paul J. (Ed.), **Encyclopedia of Cyber Warfare**, ABC-CLIO, Santa Barbara, 2017, s. 40.

2 BUCHAN Russel, **Cyber Espionage and International Law**, Hart Publishing, Oxford, 2019, s.1, 2. Konuya ilişkin daha detaylı bilgi için bkz. WHYTE Christopher / MAZANEC Brian, **Understanding Cyber-Warfare: Politics, Policy and Strategy**, Routledge, London, New York, 2019, s. 80 vd.; GREEN James A. (Ed.), **Cyber Warfare: A Multidisciplinary Analysis**, Routledge, New York, London, 2015, ss. 33-60; KITTICHAISAREE Kriangsak, **Public International Law of Cyberspace**, Springer, Cham, 2017, s. 153 vd.; ROSCINI Marco, **Cyber Operations and the Use of Force in International Law**, Oxford University Press, New York, 2014, s. 15 vd. Kavramın askeri terminolojide "bilgisayar ağı saldırısı (*computer network attack*)" şeklinde kullandığı konusunda bkz. WINTERFIELD Steve / ANDRESS Jason (Ed.), **The Basics of Cyber Warfare: Understanding the Fundamentals of Cyber Warfare in Theory and Practice**, Syngresss, Boston, 2013, s. 73. Siber saldırı tabirinin tam olarak ne anlama geldiğinin net olmadığı, bir Twitter hesabının ele geçirilmesinden bir devletin elektronik alt yapısının işlemez hale getirilmesine kadar her şey için bu ifadenin kullanıldığına ilişkin eleştiri için bkz. VALERIANO Brandon / MANESS Ryan C., **Cyber War versus Cyber Realities: Cyber Conflict in the International System**, Oxford University Press, New York, 2015, s. 211.

3 SWANSON Lesley, "The Era of Cyber Warfare: Applying International Humanitarian Law to the 2008 Russian-Georgian Cyber Conflict", **Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review**, vol. 32, no. 2, Spring 2010, ss. 303-334, s. 307.

4 Siber uzaya ilişkin teknik değerlendirmeler için bkz. GREEN (Ed.), **age**, ss. 36-39.

Siber saldırı kavramının daha iyi anlaşılabilmesi için benzer kavramlarla olan ilişkisi ve farklılıkları üzerinde durulması gerekmektedir. Bunlardan en önemlisi siber faaliyet (*cyber operation*) mefhumudur. Siber faaliyet, siber ortamda veya siber ortam aracılığıyla belirli bir amacı gerçekleştirmek için siber olanakların kullanılması[5] olarak tanımlanabilir. Tanımdan anlaşılacağı üzere siber faaliyetler, siber saldırılara göre oldukça geniş bir yelpazeyi kapsamakta ve bu yönüyle siber uzayda gerçekleştirilen tüm faaliyetleri karşılamaktadır. Bu noktada siber faaliyetlerin amacı, siber saldırılardan farklı olarak zarar vermek olmayabilir; ancak siber saldırılar daima hedefe zarar verme amacı taşımaktadır.[6] Bu zarar, bilgisayar sistemlerine yönelik olabileceği gibi nesnelere ya da insanlara yönelik de olabilir. Nitekim siber saldırıların internet sitelerinin ele geçirilmesi ve işlevsiz hale getirilmesinden askerî ya da sivil alt yapıların tahribine[7] kadar çok geniş bir yelpazede gerçekleştirildiği vakıadır.

Siber uzay literatüründe siber saldırı tabiriyle birlikte kullanılan kavramlardan bir diğerinin siber istismar (*cyber exploitation*) olduğu görülmektedir[8]. Hedef bilgisayar sistemlerindeki ya da elektronik ağlardaki bilgileri, söz konusu sistemlere ve ağlara zarar vermeden veya zarar verme gayesi gütmeden, ele geçirme faaliyeti[9] şeklinde ifade edilen siber istismar, temelde hedefteki bilgilere erişmeyi amaçlamaktadır. Bu bakımdan siber saldırı ile siber istismar arasındaki temel farkın zarar verme amacı taşıma[10] meselesinden kaynaklandığı söylenebi-

---

5 SCHMITT Michael N. (Ed.), **Tallinn Manuel on the International Law Applicable to Cyber Warfare**, Cambridge University Press, New York, 2013, s. 258.

6 SCHMITT, **age**, s. 106 vd. Tallinn El Kitabı 30. Kural'da (*Rule 30*) siber saldırılara ilişkin olarak, "bir siber faaliyet olan siber saldırıların, savunmaya ya da hücuma dayalı olarak, insanların zarar görmesine veya ölmesine ya da nesnelerin hasara uğramasına veya imhasına yol açtığını" ifade etmektedir. Esasen aynı yaklaşım Tallinn El Kitabı 2.0'da da (*Rule 92*) korunmuştur. Detaylı bilgi için bkz. SCHMITT Michael N. / VIHUL Liis, **Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations**, Cambridge University Press, New York, 2017, s. 415 ("Tallinn El Kitabı 2.0").

7 ROSCINI, **age**, ss. 52-63.

8 SPRINGER, **age**, s. 346. Kavramın "bilgisayar ağı istismarı (computer network exploitation)" şeklinde kullanımı için bkz. WINTERFIELD / ANDRESS (Ed.), **age**, ss. 66-73; KITTICHAISAREE, **age**, s. 216. Siber istismarın özel bir türü olan "siber casusluk (*cyber espionage*)" hakkında geniş bilgi için bkz. BUCHAN Russel, **age**.

9 LIN Herbert S., "Offensive Cyber Operations and the Use of Force", **Journal of National Security Law & Policy**, vol. 4, no. 1, 2010, ss. 63-86, s. 63, 64.

10 Siber istismar ve siber saldırı kavramları arasındaki benzerlikler ve farklılıklar üzerine bir değerlendirme için bkz. WORTHAM Anna, "Should Cyber Exploitation Ever Constitute a Demonstration of Hostile Intent That May Violate UN Charter Provisions Prohibiting the Threat or Use of Force?", **Federal Communications Law Journal**, vol. 64, no. 3, 2012, ss. 644-660, s. 646, 647.

lir. Ancak temelde hem siber istismarın hem de siber saldırıların -savunma amaçlı da olsa- saldırgan nitelik taşıyan birer siber faaliyet olduğu aşikârdır.

2. Siber Saldırı Türleri

Siber saldırılara ve benzer kavramlarla olan ilişkisine ilişkin genel bir değerlendirmeden sonra siber saldırıların türlerine, daha net bir ifadeyle hangi şekil ve araçlar yoluyla yapıldığına eğilmek konunun daha iyi anlaşılması açısından fevkalade önemlidir. Bu bağlamda, bu bölümde en yaygın siber saldırı türleri[11] olan kötücül yazılımlar (virüs, solucan ve Truva atı saldırıları) ile hizmet ve dağıtık hizmet engelleme (*Denial of Service-DoS* & *Distributed Denial of Service-DDoS*) saldırıları üzerinde durulacaktır. Ancak mümkün olduğu kadar teknik tabirler kullanılmadan kısaca ne ifade ettikleri izah edilmeye çalışılacaktır.

A. Kötücül Yazılımlar

Kötücül yazılımlar (*malware*[12]), insanlara veya cihazlara zarar vermek ya da herhangi bir bilgiye erişmek amacıyla ortaya konulan programlardır. Virüs, solucan ve Truva atı birer kötücül yazılım türüdür.

a. Virüs

Siber saldırının en basit ve yalın türü olan virüs saldırısı, bir maksada binaen yazılan ve herhangi bir zaafiyetten faydalanılarak sistemlere yerleştirilen, hedefe kendisini eklemleyen ve bu eklemlendiği programın ya da sistemin çalışması halinde işlerlik kazanan bir bilgisayar kodu aracılığıyla gerçekleştirilen saldırı[13] olarak tanımlanabilir. Virüsün en tipik özelliği, belirtildiği üzere, bir konak programa ilişip o program çalıştığı anda faal hale gelebilme ve kendi kendini kopyalayabilme marifetidir[14]. Böylece sisteme yerle-

---

[11] DARAS Nicholas J. (Ed.), **Cyber Security and Information Warfare**, Nova Science Publishers, New York, 2019, s. 66.

[12] *Malware* terimi İngilizce kötücül yazılımlar anlamına gelen *malicious software* sözcüklerinden türetilmiş modern bir ifadedir. Yazılımlara ilişkin yaygın bir şekilde kullanılan İngilizce ifadeler metinde Türkçe karşılıklarıyla birlikte kullanılmaktadır. Zira örneğin *DoS* ya da *DDoS* saldırılarının Türkçe karşılığı dilimizde henüz oturmuş değildir ve teknik kullanımda DoS olarak anılmaktadır.

[13] BARKHAM Jason, "Information Warfare and International Law on the Use of Force", **New York University Journal of International Law and Politics**, vol. 34, no. 1, Fall 2001, ss. 57-114, s. 62.

[14] STEVENS Sharon R., "Internet War Crimes Tribunals and Security in an Interconnected World", **Transnational Law & Contemporary Problems**, vol. 18, no. 3, Fall 2009, ss. 657-720, s.663.

şen ve kendisini kopyalayan virüsün tespit edilebilmesi oldukça güç olmakla birlikte bir virüsün verebileceği zararın milyarlarca dolar olabileceği vakıadır[15].

b. Solucan

Bağımsız bir bilgisayar programı olan solucan (*worm*) yazılımı, herhangi bir açıklıktan faydalanmak suretiyle bir bilgisayara bulaştıktan sonra kendisini kopyalayan ve başkaca bir dış etmene gerek kalmaksızın başka bilgisayarlara da bulaşan bir yazılımdır.[16] Virüste olduğu gibi var olan bir programa eklemlenmeye ve o programın çalışmasıyla işlerlik kazanmaya gerek duymaksızın bağımsız bir şekilde hareket etmek suretiyle internete bağlı başka cihazlara da sızarak o cihazlarda güvenlik açıkları meydana getirebilir, mevcut bilgileri yok edebilir ya da bilgisayarın kodlarıyla oynayabilir.

c. Truva Atı

Truva atı (*Trojan horse*), tahmin edilebileceği üzere Yunan mitolojisindeki "Truva Atı" hikâyesinden esinlenilerek isimlendirilmiştir. Truva atı, virüs ya da solucan yazılımları veya başka programlara gizlenmek suretiyle hedef bilgisayara erişim sağladıktan sonra bilgisayardaki programlardan herhangi birisi gibi davranarak bilgisayardaki tüm bilgilere erişebilen hatta bilgileri tümüyle uzaktan erişime açabilen bir yazılımdır.[17] Örneğin internet indirilen herhangi bir programa ya da bir e-posta ekine gizlenebilen Truva atı, hedef bilgisayarı tamamen savunmasız hale getirebilmektedir.

B. Hizmet Engelleme Saldırıları

Hizmet engelleme (*denial of service - DoS*) saldırıları, bir internet adresinin sunucularına kapasitesinin çok üzerinde istek göndermek suretiyle söz konusu sunucunun çalışmasının ve dolayısıyla kullanıcıların ilgili internet

---

[15] 2000 yılında Microsoft Outlook aracılığıyla gönderilen bir e-postanın açılması suretiyle hedefin bilgisayarına giren ve kendisini kopyalayarak hedef kişinin e-posta listelerine de kendisini göndermek suretiyle başka bilgisayarlara ve sistemlere de erişebilen "*I Love You*" ya da "*Love Bug*" virüsü, dünya çapında yaklaşık 15 milyar dolarlık bir zarara yol açmıştır. Konuyla alakalı bilgi için bkz. MALPHRUS Stephen R., "Statement to Congress, May 18, 2000: The 'I Love You' Computer Virus and the Financial Services Industry", **Federal Reserve Bulletin**, Issue: July, 2000, ss. 459-462.

[16] BARKHAM, **age**, s. 62.

[17] WEITZ Benjamin, "Updating the Law of Targeting for an Era of Cyberwarfare", **University of Pennsylvania Journal of International Law**, vol. 40, no. 3, Spring 2019, ss. 735-780, s. 745.

sitesine ya da ağa erişiminin engellemesi[18] olarak tasvir edilmektedir. Daha net bir ifadeyle, hizmet engelleme saldırılarında bir internet adresi veya bilgisayar ağı hedeflenmek suretiyle kullanıcıların e-posta, çevrimiçi banka ya da başka hizmetlere ya da internet adresine erişmesinin önüne geçilmektedir. Hizmet engelleme saldırıların başka bir türü olan dağıtık hizmet engelleme (*distributed denial of service - DDoS*) saldırılarında ise, tıpkı hizmet engelleme saldırılarında olduğu gibi bir sunucuya kapasitesinin çok üzerinde istek gönderilmektedir. Ancak bu sefer daha önce bir virüs aracılığıyla kontrol altına alınmış başka bilgisayarlar[19] kullanılarak yani saldırının kaynağı birçok bilgisayara dağıtılmak suretiyle çok daha güçlü bir şekilde saldırılmaktadır[20]. Böylece, kendi bilgisayarlarının ele geçirildiğini bile bilmeyen kullanıcılar da bir siber saldırıya alet edilebilmekte ve saldırının kaynağının tespiti neredeyse imkânsız hale getirilmektedir.

3. Siber Saldırı Örnekleri

Kötücül yazılımlar aracılığıyla özel ya da kamusal elektronik cihazlara veya alt yapılara gerçekleştirilen siber saldırılar uluslararası toplum açısından yeni bir durum değildir. Bu bölümde, aradan geçen zaman ve araştırmalar neticesinde büyük ölçüde aydınlatılmış, siber saldırı olduğu konusunda ihtilaf olmayan dünya çapında gerçekleştirilmiş en önemli siber saldırılar üzerinde durulacaktır.

A. Estonya Saldırısı

2007 yılının Nisan Mayıs aylarında Estonya'nın elektronik alt yapısı ağır bir siber saldırıya maruz bırakılmıştır. Yalnızca birkaç saat içerisinde Estonya bankalarının internet siteleri yoğun veri isteği sebebiyle kullanılamaz hale gelmiş[21]; gazetelerin ve haber kaynaklarının internet siteleri yine aynı yöntem-

---

[18] MCGAVRAN Wolfgang, "Intended Consequences: Regulating Cyber Attacks", **Tulane Journal of Technology and Intellectual Property**, vol. 12, no. 1, 2009, ss. 259-276, s. 262.

[19] Çeşitli yollarla ele geçirilen ve kullanıcıların bilgileri dışında siber saldırılara alet edilen bilgisiyarlar, *BotNet* (robot network ifadesinden türetilmiştir) ya da zombi bilgisayarlar olarak bilinmektedir. Konuyla alakalı detaylı bilgi için bkz. DARAS (Ed.), **age**, s. 66.

[20] MCGAVRAN, **age**, s. 262. 2007 yılında Estonya elektronik alt yapısına gerçekleştirilen saldırılar dağıtık hizmet engelleme saldırısı olarak değerlendirilebilir. Estonya saldırıları hakkında bkz. **Bölüm 3**.

[21] DROEGE Cordula, "Get off My Cloud: Cyber Warfare, International Humanitarian law, and the Protection of Civilians", **International Review of the Red Cross**, vol. 94, no. 886, Summer 2012, ss. 533-578, s. 553.

le erişilemez duruma getirilerek bir anlamda hükümetin Estonya halkıyla iletişimi ve bilgi akışı kesilmiştir. Estonya'nın "e-devlet" ve dijitalleşme uygulamalarında oldukça ileri durumda olması, saldırganların işine yaramış[22] ve kısa zamanda birçok zarari elektronik alt yapı bileşenleri kullanılamaz hale getirilmiştir. Neticede, birkaç hafta içerisinde vatandaşlar için hayati önem taşıyan devlet kurumlarının, gazetelerin, üniversitelerin, hastanelerin, bankaların, itfaiye ve eczacılık hizmetlerine yönelik internet siteleri yaklaşık bir milyon bilgisayarın dâhil olduğu iddia edilen[23] organize bir siber saldırıya maruz kalmıştır.[24] Bu açıdan Estonya saldırısı, bir devletin ulusal güvenliğini tehdit eden ilk siber saldırı[25] olarak değerlendirilmektedir. Öte yandan Estonya Hükümeti, Rus IP adresleri kullanıldığı gerekçesiyle söz konusu siber saldırıları Rusya'nın gerçekleştirdiğini iddia etse de saldırganların dünyanın çeşitli yerlerinde ele geçirmiş oldukları robot bilgisayarları da kullanmış olmaları[26], saldırıların Rusya'ya atfedilebilirliğini güçleştirmektedir.

B. Stuxnet Saldırısı

Stuxnet, spesifik bir hedefe güdümlenen bir bilgisayar programı aracılığıyla askeri nitelikte bir saldırıya imkan vermesi bakımından dünyanın ilk dijital silahı olarak kabul edilmektedir.[27] Karmaşık bir kötücül yazılım (*malware*) olan Stuxnet, İran'ın nükleer tesislerine sızmak suretiyle nükleer santrifüjlerin kontrol mekanizmasına bulaştıktan sonra santrifüjlerin içerisindeki basınç seviyesi ile çark dönüş hızlarını manipüle ederek onları işlevsiz kılmak üzere tasarlanmıştır.[28] Bilgisayar solucanı kategorisinde değerlen-

---

22 SWANSON, **age**, s. 309.

23 Başka bilgisayarların kullanıcıların bilgisi dışında BotNet ya da zombi haline getirilmesiyle siber saldırıya alet edildiği DDoS saldırıları hakkında bilgi için bkz. **Bölüm 2**.

24 STEVENS, **age**, s.666.

25 SHACKELFORD Scott J., "From Nuclear War to Net War: Analogizing Cyber Attacks in International Law", **Berkeley Journal of International Law**, vol 27, no. 1, 2009, ss. 192-252, s. 206.

26 O'CONNELL Mary Ellen, "Cyber Security without Cyber War", **Journal of Conflict and Security Law**, vol. 17, no. 2, 2012, ss. 187-210, s. 192.

27 Stuxnet'in oldukça karmaşık ve nevi şahsına münhasır yapısı, onun "dijital savaş çağına geçiş"in ilk kıvılcımı ve bu bakımdan dünyanın ilk dijital silahı olarak nitelendirilmesine sebep olmuştur. Konuyla alakalı detaylı bilgi için bkz. ZETTER Kim, **Countdown to Zero Day: Stuxnet and the Launch of the World's First Digital Weapon**, Crown Publishers, New York, 2014.

28 Stuxnet'in teknik olarak İran nükleer tesislerine erişme serüveni ve verdiği zarar konusundaki teknik değerlendirme için bkz. GREEN (Ed.), **age**, s. 21-22.

dirilen bir kötücül yazılım[29] olan Stuxnet, bir taşınabilir bellek aracılığıyla sisteme yerleştirilmiş ve Microsoft Windows işletim sistemindeki bir zafiyetten faydalanmak suretiyle yayılarak 2009-2010 yılları arasındaki İran'ın altı bin nükleer santrifüjünden yaklaşık bin kadarını işlevsiz kılmış ve bir anlamda dünya üzerindeki nükleer silahlanma yarışında İran'ı uzun yıllar geriye götürecek kadar fiziki zarar vermiştir.[30] Saldırının Amerika Birleşik Devletleri ve İsrail ortak girişimi olduğu iddia edilse[31] de atfedilebilirlik konusu şu ana kadar netlik kazanamamıştır.

C. Sony Pictures Saldırısı

Bilgisayar korsanları tarafından 2014 yılında Sony Pictures isimli şirketin bilgisayar sistemlerine erişilmiş ve şirket içi yazışmalar ile daha piyasaya sürülmemiş film çekimleri de dahil olmak üzere neredeyse şirkete dair her şey ele geçirilmiş ve şirket bilgisayarlarından silinmiştir. Bu saldırının söz konusu şirkete ait üç binin üzerindeki bilgisayarı ile sekiz yüz sunucuyu etkilediği ve neticede Kuzey Kore Devlet Başkanı Kim Jong Un'u konu edinen bir komedi filmi olan *The Interview* adlı filmin Amerika Birleşik Devletleri'nde piyasa sürülmesini engellediği bilinmektedir. Saldırının Kuzey Kore tarafından gerçekleştirildiği iddia edilmektedir.[32]

III. SİBER SALDIRILAR BAĞLAMINDA ATFEDİLEBİLİRLİK

1. Genel Olarak

Atfedilebilirlik ya da bir başka deyişle isnadiyet, bir fiilin gerçekleştirilmesinden kimin sorumlu olduğu ya da o fiilin gerçekleştirilmesini azmettirenin tespit edilmesi olarak ifade edilebilir. Siber uzayda atfedilebilirlik ise siber faaliyeti gerçekleştiren failin belirlenebilmesi daha net ifadesiyle failin kimliğinin veya konumunun tespit edilebilmesi[33] demektir. Nitekim bu tespit, saldırıya verilecek cevabı ve muhatabını belirleyecektir. Ancak, atfedilebilirliği

---

[29] Solucan yazılımı hakkında bilgi için için bkz. **Bölüm 2**.

[30] ROSCINI, **age**, s. 6.

[31] GREEN (Ed.), **age**, s. 81.

[32] Saldırı ve Amerika Birleşik Devletleri tarafından saldırıya verilen cevaba ilişkin genel bir değerlendirme için bkz. PAYNE Thomas, "Teaching Old Law New Tricks: Applying and Adapting State Responsibility to Cyber Operations", **Lewis & Clark Law Review**, vol. 20, no. 2, 2016, ss. 683-715, s. 715.

[33] CLARK David D. / LANDAU Susan, "Untangling Attribution", **Harvard National Security Journal**, vol. 2, no. 2, 2011, ss. 323-352, s. 324.

zorlaştıran temelde üç karakteristik özellikten bahsedilebilir. Bunlardan birincisi, siber saldırganların kendini kolaylıkla gizleyebilmeleri yani anonimliktir. İkincisi, aynı anda pek çok bilgisayarın robot bilgisayar[34] haline getirilmek suretiyle kullanılabildiği çok katmanlı ve aşamalı siber saldırıların mümkün olmasıdır. Üçüncüsü ise siber saldırıların gerçekleştirilebilme hızıdır.[35] Bu bilgiler ışığında esas kritik olan nokta, siber saldırının gerçekleştirildiği kaynağı, örneğin bir bilgisayarı tespit etmek değil, o bilgisayarı kimin kontrol ettiği ve daha önemlisi söz konusu saldırıyı organize eden üst aklın kim olduğu hususunu zamanında ve doğru bir şekilde belirleyebilmektir.[36]

Örneğin bir siber saldırıda saldırgan bilgisayarın IP adresi tespit edilebilse gerçek faili tespit etmek mümkün olmayabilir. Nitekim tespit edilen cihaz, bir DDoS saldırısında kullanılan bir bilgisayar olabilir; ama bilgisayarın asıl sahibi cihazının böyle bir siber saldırıda kullanıldığından bile haberdar olmayabilir. Nitekim 2007 yılında Estonya'ya yönelik siber saldırılar, belirli bir süre zarfında 178 farklı ülkeden yaklaşık 85 bin robot bilgisayar aracılığıyla gerçekleştirilmiştir.[37] Böyle bir siber saldırıda, saldırgan bilgisayarları kontrol eden üst aklı bulmak şöyle dursun bizatihi saldırıya karışan cihazları tespit etmek bile oldukça zordur.

Görüldüğü üzere, siber saldırıların atfedilebilirliği bahsi çok boyutlu bir mesele olup konunun birbirini besleyen teknik, politik ve hukuki boyutları bulunmaktadır. Bu çalışmada, siber saldırılar teknik olarak atfedilebiliyor olsa bile uluslararası hukukta söz konusu saldırının herhangi bir devlete isnat edilip edilemeyeceğine dair uluslararası hukuktaki mevcut atfedilebilirlik kuralları üzerinde durulmaktadır.

2. Uluslararası Hukukta Devletlerin Sorumluluğu ve Siber Uzay

A. Devletlerin Sorumluluğuna İlişkin Mevcut Hukuki Çerçeve

Uluslararası hukukta devletlerin sorumluğuna ilişkin kuralların temel kaynağı, Uluslararası Adalet Divanı kararlarıyla[38] da sabit olduğu üzere,

---

34 Bkz. **Bölüm 2**.

35 TSAGOURIAS Nicholas, "Cyber Attacks, Self-Defence and the Problem of Attribution", **Journal of Conflict and Security Law**, vol. 17, no. 2, 2012, ss. 229-244, s. 233.

36 CLARK / LANDAU, **age**, s. 324.

37 Konuya ilişkin bkz. **Bölüm 2**.

38 UAD'nin Taslak Maddelere yapmış olduğu bazı atıflar için bkz. International Court of Justice (I.C.J.), "Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (*Democratic Re-*

Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından hazırlanan "Devletlerin Uluslararası Haksız Fiillerden Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler"[39] metninde vücut bulmuş uluslararası teamül hukuku kurallarıdır.[40] Taslak Maddeler Şerhi'nde UHK, Taslak Maddeler'in devletlerin uluslararası haksız fiillerden sorumluluğuna ilişkin temel uluslararası hukuk kurallarını kodifiye etme gayesi gütmekte olan devletlerin sorumluluğuna ilişkin ikincil normları oluşturduğunu vurgulamaktadır. UHK, Taslak Maddeler'de, ihlâl edilmeleri halinde sorumluluk doğurabilecek uluslararası yükümlülüklere ilişkin herhangi bir kural ihdası yapılmadığının, bu alanın devletlerin uluslararası yükümlülüklerinin esasına muallik uluslararası anlaşmalar ve teamül hukukunun alanı olduğunun altını çizmektedir.[41]

Öte yandan uluslararası hukukun siber uzaya tatbiki bahsinde atıfta bulunulan Tallinn El Kitapları'nın niteliğinin daha iyi anlaşılması açısından Taslak Maddeler'in uluslararası hukukun kaynakları açısından değerlendirilmesi önem arz etmektedir. Bu noktada Uluslararası Adalet Divanı Statüsü rehber alınabilir. Nitekim Statü'nün 38'inci maddesi[42] ışığında, uluslararası hukukta devletlerin hak ve yükümlülükleri, uluslararası hukukun temel/birincil kaynakları olan uluslararası anlaşmalar, teamüller ve hukukun genel ilkeleri tarafından belirlenmektedir.[43] Yazılı ve bağlayıcılığı en kesin olan uluslararası anlaşmalar, kural olarak imzacı devletleri bağlamaktadır;

---

public of the Congo v. Uganda)", **I.C.J. Reports 2005**, ss. 168-283, para. 160, 293; "Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*)", **I.C.J. Reports 2007**, ss. 43-240, para. 173, 385, 398, 401, 414, 431, 460; "Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Croatia v. Serbia*)", **I.C.J. Reports 2015**, ss. 3-154, para. 104.

39 U.N. International Law Commission (ILC), "Report of the International Law Commission on the Work of Its Fifty-third Session (23 April-1 June and 2 July-10 August 2001)", **Official Records of the General Assembly**, fifty-sixth session, Supplement No.10, U. N. Doc. A/56/10, 2001 ("Taslak Maddeler").

40 SCHMITT Michael N. / VIHUL Liis, "Proxy Wars in Cyberspace: The Evolving International Law of Attribution", **Fletcher Security Review**, vol. 1, no. 2, Spring 2014, ss. 53-72, s. 56.

41 CRAWFORD James, **The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries**, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, s. 74.

42 United Nations, "Statute of the International Court of Justice", **United Nations Treaty Collection**, San Francisco, 1945, <https://www.icj-cij.org/en/statute> ET: 31 Mayıs 2020.

43 Bu konudaki değerlendirmeler için bkz. CRAWFORD James, **Brownlie's Principles of Public International Law**, 8th Edition, Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 20-21; OPPENHEIM Lawrence **International Law: A Treatise**, Vol. 1-Peace, Ed. Ronald F. Roxburgh, Third Edition, Longmans, Green and Co., London, 1920, s. 24.

ancak, eğer bir anlaşma hükmü teamül halini almışsa artık o anlaşmayı imzalamayan devletleri de bağlayıcı hale gelmektedir.[44]

Ancak, hukukun genel ilkelerinde olduğu gibi teamüller de anlaşmaların aksine yazılı olmayan kaynaklardır. Bu nedenle, hukukun ikincil kaynakları uluslararası hukukun genel ilkeleri ve uluslararası teamüllerin somutlaştırılması açısından önem taşımaktadır.[45] Nitekim yargı kararları ve dünya çapında en yetkin uluslararası hukukçuların[46] (*publicist*) teamülleri ortaya koyma ve hatta netleştirme konusunda büyük katkısı bulunduğu vakıadır.[47] Ancak, zaman zaman uluslararası yargı kararlarının anlaşılmasında önemli rol oynayan uluslararası hukukçuların en önemli özelliği alanlarında dünya çapında yetkinliğe sahip bulunmalarıdır ki UAD Statüsü'nün 38'inci maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde bu husus net bir şekilde ortaya konulmuştur.[48] Uluslararası Hukuk Komisyonu da, UAD m. 38 anlamında yetkinliğini kanıtlamış uluslararası hukukçulardan müteşekkildir ki devletlerin uluslararası sorumluluğuna ilişkin kuralları kodifiye çalışmaları UAD kararlarında bir başvuru kaynağı olarak yerini almıştır.[49] Bu açıdan UHK, devletlerin uluslararası haksız fiillerden doğan sorumluluklarına ilişkin yargı kararları ve devlet uygulamalarını Taslak Maddeler'de tedvin eden bir uluslararası uzmanlar topluluğu olarak değerlendirilebilir.

Herhangi bir uluslararası anlaşmayla düzenlenmemiş olan devletlerin uluslararası sorumluluğu alanı, UHK uzmanlarınca hazırlanan Taslak Maddeler aracılığıyla hukukun genel ilkeleri ve devletlerin uygulamaları göz önünde bulundurularak kodifiye edilmek suretiyle neticede bizatihi kendisi uluslararası teamül hukukunun bir parçası[50] haline gelmiştir. Taslak Madde-

---

44 OPPENHEIM, **age**, s. 32.

45 CRAWFORD, **age**, 2012, s. 26.

46 UAD Statüsü'nün 38'inci maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde geçen "…*judicial decisions and theteachings of the most highly qualified publicists of the various nations...*" ifadelerinden uluslararası hukukun ikincil kaynakları olarak yargı içtihatları ve dünya çapındaki en yetkin uluslararası hukukçuların anlaşılması gerektiği değerlendirilmektedir. Nitekim "publicist" sözcüğünün *Black's Law Dictionary* adlı sözlükte "uluslararası hukuk profesörü" şeklinde ifade edilmesi hakkında bkz. GARNER Bryan A. (Ed. in Chief), **Black's Law Dictionary**, Ninth Edition, Thomson/West, St. Paul, 2009, s. 1350.

47 SHAW Malcolm N., **International Law**, Sixth Edition, Cambridge University Press, New York, 2008, ss. 109-113.

48 *supra* dn 48.

49 CRAWFORD, **age**, 2012, s. 44.

50 Bosna Soykırımı Davası olarak bilinen davada UAD'nin, Taslak Maddeler m. 4 ve m. 8'in uluslararası teamül hukukunun parçası olduğunu deklare ettiği değerlendirmesi için bkz. *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro,* para. 385, 398.

ler'e göre uluslararası sorumluluğa ilişkin temel kaide, UAD kararlarında da belirtildiği üzere[51], bir devletin uluslararası nitelik taşıyan her haksız fiilinden[52] sorumlu olmasıdır.[53] Tabii bunun için de öncelikle söz konusu haksız fiilin uluslararası hukuk altında o devlete atfedilebiliyor olması gerekir. Aksi halde, devletin sorumluluktan kaçması mümkün olabilecektir. Bu nedenle, uluslararası hukukun hangi durumlarda haksız fiil sorumluluğunun devlete atfedilebileceğini düzenlemesi önemlidir. Kural olarak devleti temsil eden bir başka deyişle devletin hiyerarşik ve organizasyonel yapısı içerisindeki ya da kamu gücünü kullanma yetkisini haiz unsurların faaliyetleri neticesinde mümkün olabilir. Bu noktada Taslak Maddeler, "devlet organı (*state organ*)" ifadesini kullanmaktadır.[54]

Taslak Maddeler m. 4 ila m. 7 arasında devlet organlarının faaliyetlerinin devletin faaliyeti olarak kabul edileceği ve bunların gerçekleştirdiği haksız fiilerin devlete atfedilmek suretiyle devletin sorumluluğunu doğuracağı düzenlenmiştir. Buna göre, devlet hiyerarşisi içerisinde yasama, yürütme, yargı ya da herhangi bir başka görev icra eden devlet organının (kişi veya kurum) faaliyetlerinden dolayı devlet sorumlu tutulacaktır.[55] Öte yandan, devlet organı olmasa bile hukuken kamu gücünü kullanma konusunda yetkilendirilmiş kişi veya kurumların kamu gücünü kullanarak gerçekleştirdiği eylemler de devlete atfedilecektir.[56] Yine bir devlet organı örneğin polis kuvvetleri başka bir devletin emrine tahsis edildiğinde, söz konusu devlet organının, kabul eden devletin kamu gücünü kullanarak yapmış olduğu faaliyetler o devletin sorumluluğunu doğuracaktır.[57] Nihayet, kamu gücünü kullanma yetkisiyle kuşatılmış devlet organlarının, devletin talimatlarına uymadan yetkisini aşmak suretiyle gerçekleştirdiği eylemler de yine devlete atfedilebilecektir.[58]

---

[51] I.C.J, "Case Concerning Military and Paramilitary Activities Against Nicaragua (*Nicaragua v. United States of America*)", **I.C.J. Reports 1986**, ss. 14-150, para. 211.

[52] Uluslararası haksız fiilden bahsedilmenin iki temel şartı, Taslak Maddeler m. 2'de netleştirilmiştir. Buna göre, eğer bir bir devletin uluslararası yükümlülüklerinden birini ihlal ediyorsa ve aynı zamanda bu fiil uluslararası hukuk altında o devlete isnat edilebiliyorsa orada uluslararası haksız fiilin varlığından söz edilebilir.

[53] Taslak Maddeler, m. 1.

[54] *Ibid.* m. 4, 5, 6, 7.

[55] *Ibid.* m.4.

[56] *Ibid.* m. 5.

[57] *Ibid.* m. 6.

[58] *Ibid.* m. 7.

Taslak Maddeler m. 4 ila m. 7 arasındaki atfedilebilirlik kuralları, devlet organlarının ve devlet organı olmasa bile kamu gücünü kullanma yetkisini haiz unsurların eylemlerine ilişkin olması bakımından faaliyetin devlete isnadiyeti hususunda illiyet bağının kurulmasının nispeten kolay olduğu değerlendirilmektedir. Nitekim bir faaliyeti gerçekleştiren kişi veya kuruluşların devletin organı olup olmadığı ya da kamu gücüne dayanarak hareket edip etmediği o devletin iç hukukuna ve yetkilendirmeyi yapan hukuki metinlere bakılarak rahatlıkla anlaşılabilir. Ancak m. 8'de ele alınan durum için aynısını söylemek pek mümkün değildir. Taslak Maddeler m. 8, bir devletin talimatı, yönlendirmesi veya kontrolü altında faaliyet gösteren kişi veya kuruluşların faaliyetlerinin o devlete atfedilebileceğini öngörmektedir.[59] Yani devletin bir organı ya da kamu gücüyle donatılmış bir kişi veya kuruluş olmasa bile talimat, yönlendirme veya kontrol şartlarından birisinin sağlanması halinde ilgili devletin sorumluluğu doğabilecektir.

B. Mevcut Uluslararası Hukuk Kurallarının Siber Uzaya Tatbiki

Uluslararası hukukun siber uzaya şamil olup olmadığı hususu uzun süredir tartışılagelen konulardan birisi olmuştur. Mevcut uluslararası hukuk normlarının siber uzaya uygulanabilirliği sorunu hem devlet uygulamaları hem de BM raporlarıyla çözüme kavuşturulmuştur. Nitekim 2013[60] ve 2015[61] yıllarında BM Genel Kurulunda sunulan raporlar mevcut uluslararası hukuk kurallarının siber uzaya uygulanabiliyor olmasının uluslararası barış, güvenlik ve istikrara yönelik risklerin azaltılması bakımından gerekli olduğunu vurgulamaktadır[62]. Diğer taraftan çeşitli devletler de hem bu raporlara ilişkin

---

59 *Ibid.* m. 8.

60 U.N. General Assembly, "Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security", **Note by the Secretary-General**, U.N. Doc. A/68/98, 24 Haziran 2013.

61 U.N. General Assembly, "Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security", **Note by the Secretary-General**, U.N. Doc. A/70/174, 22 Temmuz 2015.

62 2016-2017 BM Hükümet Uzmanları Grubu toplantılarında bir uzlaşma oluşamaması hususunda geniş bilgi için bkz. DELERUE François, "Reinterpretation or Contestation of International Law in Cyberspace?", **Israel Law Review**, vol. 52, no. 3, 2019, ss. 295-326, s. 305 vd. Konuyla ilgili olarak belirtmekte fayda var ki BM Genel Kurulu, 2018 yılında yeni bir çalışma grubu oluşturmuştur. Söz konusu Açık Uçlu Çalışma Grubu'nun (*Open-Ended Working Group*) çalışmaları 2019 yılında başlamış olup çalışmalara ilişkin raporun 2020 yılı içerisinde BM Genel Kurulu'na açıklanması beklenmektedir.

sundukları görüşlerde[63] hem de oluşturdukları siber güvenlik stratejilerinde[64] anılan BM raporlarında ortaya konulan pozisyonu tasdik etmişlerdir. Böylece, konu uluslararası hukuk normlarının siber uzaya uygulanabilirliğinden hangi spesifik kuralların ve yorumların siber uzaya ve siber faaliyetlere uygulanabilir olduğuna evrilmiştir.[65]

Öte yandan, uluslararası hukukun mevcut kurallarının siber uzaya uygulanabilir olup olmadığı konusunda siber uzayın; kara, deniz, hava ve uzay gibi üzerinde kişilerin ya da devletlerin tasarrufta bulunabileceği veya savaşabileceği dört bölgeden farklı bir bölge, yani beşinci bölge (*fifth domain*) olup olmadığı tartışmalarına değinmekte fayda mülahaza edilmektedir.[66]. Esasında, siber uzayın insanî faaliyetlerin gerçekleştirildiği diğer bölgelerden farklı bir bölge kabul edilip edilmemesinin siber saldırıların atfedilebilirliği meselesine pratik bir katkı sunmayacağı değerlendirilmektedir. Ancak bu çalışma kapsamında siber uzayın, kara, deniz, hava ve uzay bölgelerinin her birisiyle ilişkisi bulunan, bir anlamda bu dört alanın ortak kesişim kümesi olduğu ve bu alanlarda bulunan nesneleri etkilediği görüşü[67] benimsenmektedir. Dolayısıyla siber uzayda gerçekleşen herhangi bir faaliyetin diğer bölgelerden bağımsız olarak düşünülemeyeceği, kara, deniz, hava ve uzayda geçerli olan hukuk kurallarının siber uzaya da uygulanabileceği düşünülmektedir.

Bu bağlamda, yukarıda devletin sorumluluğuna ilişkin UHK tarafından geliştirilen ve uluslararası teamül hukukunun bir cüzü haline gelen Taslak Maddeler ile uluslararası yargı makamlarının içtihatları ışığında siber saldırıları değerlendirmenin önemli olduğu değerlendirilmektedir. Diğer taraftan, siber uzayı

---

63 Örneğin Hollanda, mevcut uluslararası hukuk normlarının tutarlı bir şekilde siber uzaya da uygulanabileceği görüşünde olduğunu beyan etmiştir. Görüş için bkz. U. N. General Assembly, "Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security", **Report of the Secretary-General** U. N. Doc. A/68/156/Add.1, 9 Eylül 2013, s. 18/24.

64 Bu konuda Fransa Siber Savunma Stratejisi'ni incelemek için bkz. Secrétariat Général de la Défense et de la Sécurité Nationale, "Revue stratégique de cyberdéfense", 12 Şubat 2018, <http://www.sgdsn.gouv.fr/evenement/revue-strategique-de-cyberdefense> ET: 31 Mayıs 2020.

65 Konuyla alakalı detaylı tartışma için bkz. ROSCINI, **age**, s. 20 vd.

66 BUCHAN, **age**, s.1; CZOSSECK Christian / GEERS Kenneth (Ed.), **The Virtual Battlefield: Perspectives on Cyber Warfare**, IOS Press, Amsterdam, 2009, ss. 132-142; RID Thomas, **Cyber War Will Not Take Place**, Oxford University Press, New York, 2013, s. 165, 166.

67 VENTRE Daniel, **Cyberespace et acteurs du cyberconflit**, Hermès science publications/Lavoisier, Paris, 2011, s. 87, 88.

düzenleyen özel düzenlemelerin bulunmaması dolayısıyla bu alanı, tıpkı UHK'nın devletlerin sorumluluğunu kodifiye etmek amacıyla hazırladıkları Taslak Maddeler gibi, tedvin etme gayesi güden Tallinn El Kitaplarına[68] yeri geldikçe atıfta bulunmanın isabetli olacağı düşünülmektedir. Tabii Tallinn uzmanları genel olarak bir bütün halinde uluslararası siber uzay hukukunun kurallarını tedvin etme gayesi gütmüşlerdir[69]; ancak bu çalışma, söz konusu kılavuzların yalnızca atfedilebilirlik bahsine ilişkin kısımlarıyla ilgilenmektedir.

C. Atfedilebilirlik Kriterleri ve Siber Saldırılar

UHK Taslak Maddeler, uluslararası yargı kararları ve Tallinn El Kitabı 2.0 göz önünde bulundurulduğunda siber saldırıların devletlere atfedilebilmesinin üç temel şartı bulunmaktadır. İlk olarak siber saldırı, devletin organları tarafından gerçekleştirilmelidir. İkincisi, siber saldırı devletin talimatı, yönlendirmesi veya kontrolü altındaki unsurlarca icra edilmelidir. Üçüncüsü ise siber saldırı, devletin ihmali veya göz yumması neticesinde gerçekleştirilmiş olmalıdır.

a. Devlet Organları Tarafından Gerçekleştirilen Siber Saldırı

Tallinn El Kitabı 2.0'ın 15'inci kuralı (*Rule 15*) siber faaliyetlerin devletlere atfedilebilirliğini düzenlemektedir[70]. Buna göre, devlet organları ya da hukuken kamu gücünü kullanma yetkisiyle donatılmış kişi veya kuruluşların siber faaliyetleri devlete atfedilebilir.[71] Bu noktada Tallinn El Kitabı 2.0'ın UHK Taslak Maddeler m. 4'ü rehber edindiği aşikârdır. Devlet organları örneğin askeri birimler ya

---

68 Tallinn El Kitapları'nın uluslararası hukukun siber uzaya uygulanıp uygulanamayacağı konusu daha doğru analiz etmek adına "iyi bir başlangıç noktası" olduğu konusundaki değerlendirme için bkz. Konuyla alakalı detaylı tartışma için bkz. ROSCINI, **age**, s. 32. Öte yandan Tallinn El Kitapları, Uluslararası Uzmanlar Grubu'nun (UUG) mevcut uluslararası hukuk kurallarını siber uzaya uyarlanacak şekilde yorumladıkları kurallar bütünüdür. Yani bu açıdan bakıldığında herhangi bir şekilde bir iyi uygulamalar el kitabı ya da bağlayıcı hukuk kuralları bütünü iddiası bulunmamaktadır. Nitekim Tallinn El Kitabı'nda (2003) olduğu gibi Tallinn El Kitabı 2.0'ın (2017) da giriş kısmında bu durum net bir şekilde ifade edilmekte ve UUG'nin esas gayesinin normatif hukuku (*lex ferenda*) değil yürürlükte olan pozitif hukuku (*lex lata*) ortaya koymak olduğu belirtilmektedir. Detaylı bilgi için bkz. SCHMITT / VIHUL (Ed.), **age**, s. 1-7.

69 Tallinn El Kitapları'nın ve bu el kitaplarını hazırlayan Uluslararası Uzmanlar Grubu'nun siber uzaya ilişkin uluslararası hukuk kuralları oluşturmasındaki rolün UAD m. 38 çerçevesinde değerlendirilmesi hakkında bkz. TANODOMDEJ Papawadee, "The Tallinn Manuals and the Making of the International Law on Cyber Operations", **Masaryk University Journal of Law and Technology**, vol. 13, no. 1, Summer 2019, ss. 67-86.

70 Atfedilebilirlik meselesi Tallinn El Kitabı'nın 2013 yılındaki ilk versiyonunda Kural 6 ila 8 arasında ele alınmıştır.

71 SCHMITT / VIHUL (Ed.), **age**, 2017, s. 87.

da istihbarat servisleri tarafından gerçekleştirilen siber saldırıların devletlere atfedilmesi hususu aslında konunun en net kısmı olarak belirmektedir.

"Devlet organı" tabirinden her zaman yalnızca devletin iç hukukunda bir statüsü bulunan bir başka deyişle devletin hiyerarşik yapılanmasında yeri olan bir kişi veya kuruluş yani *de jure* organ anlaşılmamalıdır. Nitekim devletin hukuken olmasa da çeşitli ilişkiler yoluyla devlet aygıtının içerisine fiilen dâhil ettiği unsurlar da mevcuttur. İşte bu unsurlar, devletin *de facto* organı addedilir ve UAD'nin *Nikaragua ve Bosna Soykırımı Davaları*'nda[72] vurguladığı üzere, bir organın *de facto* organ olarak kabul edilebilmesi için devletle aralarında tam bir bağımlılık ve kontrol ilişkisi bulunması gerekir. Yani, UAD'ye göre bir kişi veya kuruluşun *de facto* organ sayılabilmesi için, o kişi veya kuruluşun her faaliyetinin tam bir bağımlılık içerisinde devletin kontrolü altında olması önemlidir.[73] Nitekim iç hukukta kamusal anlamda herhangi bir statüsü kişi ve kuruluşların bir devletin organı mesabesinde değerlendirilebilmesi istisnaî bir durumdur ve bu nedenle *de facto* organ nitelendirmesi yapmak UAD tarafından sıkı şartlara bağlanmıştır.

De facto organ tarafından gerçekleştirilen siber saldırılarda atfedilebilirlik meselesi Tallinn El Kitabı 2.0 kural 15'te de ele alınmıştır. Buna göre, devlet organı olmayan ama hukuken kamu gücünü kullanma yetkisiyle donatılmış de facto organların gerçekleştirdiği siber saldırılar da devlete atfedilmelidir.[74] Ancak burada önemle vurgulamak gerekir ki Tallinn El Kitabı 2.0, de facto organın sorumluluğu yalnızca devlet tarafından yetkilendirilmiş alandaki faaliyetlerinin devlete atfedilmesi gerektiğini belirtmektedir. Örneğin, bir devlet askeri ağların siber güvenliğinin sağlanması için bir özel şirketle anlaşırsa, söz konusu şirketin sözleşmesel ilişkide yer alan faaliyetleri yerine getirirken gerçekleştirmiş olduğu siber saldırılar devlete atfedilir. Ancak, aynı şirketin başka şirketlere siber güvenlik hizmeti verirken gerçekleştireceği saldırılar devlete atfedilemeyecektir.[75] Zira söz konusu şirket, başka bir şirkete hizmet verirken kamu gücünü kullanmamaktadır.

---

72 Nicaragua v. United States of America, para. 109, 115; Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, para. 390-393.

73 Nitekim UAD, *Nikaragua Davası*'nda *Contralar*'ın gerçekleştirdiği faaliyetlerin ABD'ye atfedilemeyeceği, zira *Contralar*'ın ABD'ye tamamıyla bağımlı olduğu konusunda kanaat oluşmadığı, dolayısıyla *Contralar*'ın ABD'nin *de facto* bir organı olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Detaylı değerlendirme için bkz. *Nicaragua v. United States of America*, para. 109, 227.

74 Tallinn El Kitabı 2.0, Rule 15, para. 8, s. 89.

75 *Ibid.* para. 11, s. 90.

Siber saldırıların devletin *de jure* ya da *de facto* organlarına atfedilebilmesiyle alakalı bir diğer önemli konu da siber saldırganların siber uzayın doğası gereği rahatlıkla kimliklerini gizleyebiliyor olmasıdır. Nitekim bir saldırı gerçekleştirirken saldırganlar saldırının arkasında başka bir devlet olduğu algısı yaratmak için IP adreslerini ya da bizatihi kendilerini taklit etmek suretiyle o devletin organlarının arkasına kimliklerini gizleyebilirler (*spoofing*). Bu teknik siber saldırılarda oldukça yaygın olarak kullanılan bir tekniktir ve atfedilebilirliği oldukça zorlaştırmaktadır.[76] Bu gibi durumlarda saldırının gerçekleştirildiği kaynak IP adreslerinin teknik olarak tespit edilmesi, saldırı modelinin analiz edilmesi ve ülkeler arasındaki işbirlikleri önem kazanmaktadır. Aksi takdirde birbiriyle hiçbir alakası olmayan iki devletin birbirine siber saldırı düzenlemiş gibi göstermesi ve hatta topyekün bir savaşa sürüklenmesi gibi bir durum ortaya çıkabilir.

b. Talimat, Yönlendirme veya Kontrol Altında Yapılan Siber Saldırı

Taslak Maddeler m. 8'de bir devletin talimatı, yönlendirmesi veya kontrolü altında gerçekleştirilen saldırıların o devlete atfedilebileceği düzenlenmiştir.[77] Öte yandan Tallinn El Kitabı 2.0 Kural 17'de, bir devlet dışı aktörün devletin talimatı, yönlendirmesi veya kontrolü altında gerçekleşen siber faaliyetlerinin devlete atfedilebileceği belirtilmiştir.[78] Burada vurgulanması gereken husus, talimat devlet ile saldırıyı gerçekleştiren kişi ya da kuruluşlar arasında spesifik bir amaca mahsus (*ad hoc*) bir ilişki doğurmaktadır Bu

---

[76] Örneğin 2013 yılında Ukrayna hükümetin internet sitelerine yönelik gerçekleştirilen siber saldırılar, *spoofing* yöntemiyle NATO Siber Savunma Mükemmeliyet Merkezi tarafından gerçekleştirilmiş gibi gösterilmiştir. Daha sonra, saldırıyı gerçekten organize eden saldırganlar bu sefer de NATO Siber Savunma Mükemmeliyet Merkezi, Estonya Savunma Kuvvetleri ve çeşitli NATO üyesi devletlerin askeri birimlerinin internet sitelerine saldırmış ve bu saldırıları da kaynak IP adreslerini gizlemek suretiyle Ukrayna hükümeti tarafından yapılmış gibi göstermişlerdir. Konuya ilişkin bkz. *Ibid.* s.91, 92.

[77] Talimat, yönlendirme ve kontrol ifadelerinin söz konusu maddeye hangi saiklerle konulduğu ve birbirinden farklı durumlara işaret ettiği hususunda Taslak Maddeler'in hazırlık çalışmaları üzerinden yapılan analiz hakkında bkz. MACAK Kubo, "Decoding Article 8 of the International Law Commission's Articles on State Responsibility: Attribution of Cyber Operations by Non-State Actors", **Journal of Conflict & Security Law**, vol. 21, no. 3, 2016, ss. 405-426, s. 410-414.

[78] Tallinn El Kitabı 2.0, *Rule 17*. Tallinn uzmanları, bu kural kapsamında devlet dışı aktörlerin bireyler ya da gruplar olduğunun altını çizmektedir. Buna göre, tüzel kişiliği haiz olan ya da olmayan, hiyerarşik yapı altında örgütlenen ya da örgütlenmemiş, iç hukuka göre hukuki bir kişiliğe sahip olan ya olmayan gruplar devlet dışı aktörler kapsamında değerlendirilebilir. Devlet dışı aktörler bu itibarla bireysel ya da grup halindeki bilgisayar korsanlarını, siber suç gruplarını, siber teröristleri ifade edebileceği gibi bilişim şirketleri gibi tüzel kişiliği haiz yapıları da karşılamaktadır. Bu konuda bkz. *Ibid.* s. 95.

nedenle, ancak devletin spesifik bir siber saldırı için belirli bir grubu talimatlandırdığının tespiti halinde o grubun saldırısı ilgili devlete atfedilebilecektir. Nitekim UAD, *Tahran Rehineleri Davası*'nda, Tahran'daki ABD Büyükelçiliği'nin saldırganlar tarafından basılması olayının İran'a atfedilebilmesi için "saldırganların İran Devleti adına hareket ettiğinin, söz konusu spesifik olayla ilgili olarak İran Devleti'nin yetkili organlarınca görevlendirildiğinin sabit olması gerektiği"[79] sonucuna ulaşmıştır. Bu noktada devletin bir devlet dışı aktöre vermiş olduğu spesifik talimattan söz ederken talimata aykırı davranma bir yani yetki aşımı (*ultra vires*) meselesine de kısaca değinmekte fayda vardır. Örneğin, bir devletin bir özel şirkete yani devlet dışı bir aktöre bir başka devletin ağına kötücül bir yazılım yerleştirmesi talimatı vermesi olayında, o şirket talimatın aksine başka bir devlete saldırırsa bu durumda söz konusu siber saldırı şirketin yetkisini aşması dolayısıyla talimatı veren devlete atfedilemeyecektir.[80]

Her ne kadar UHK Taslak Maddeler m. 8'e ilişkin şerhinde[81] talimat, yönlendirme ve kontrol terimlerinin birbirinden ayrı düşünülmesi gerektiğini belirtse de uluslararası yargı kararlarında yönlendirme ve kontrol kavramları birlikte değerlendirilmiştir.[82] Devletin yönlendirmesi ve kontrolü altında bulunan devlet dışı aktörlerin devlete atfedilebilmesi meselesine ilişkin olarak UAD, *Nikaragua Davası*'nda "etkili kontrol" kıstasını ortaya koymuştur[83]. Söz konusu olayda *Contralar'*ın faaliyetlerinin ABD'ye atfedilip atfedilemeyeceğine ilişkin olarak UAD, ABD'nin *Contralar'*ın Nikaragua'da gerçekleştirmiş olduğu faaliyetlere destek olduğunu kabul etmekle[84] birlikte ABD ile *Contralar* arasındaki ilişkiyi *Contralar'*ın ABD'nin bir de facto organı olup olmadığı ya da ABD adına hareket edip etmediği açısından "etkili kontrol" testine tabii tutmuştur. Bu noktada UAD, ABD tarafından *Contralar'*a verilen desteğin *Contralar'*ın ABD'ye tamamıyla bağımlı oldu-

---

79 I.C.J., "Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (*United States of America v. Iran*)", **I.C.J. Reports 1980**, Judgment of 24 May 1980, ss. 3-46, para.58.

80 BANKS William, "State Responsibility and Attribution of Cyber Intrusions After *Tallinn 2.0*", **Texas Law Review**, vol 95, no. 7, 2017, ss. 1487-1514, s. 1497.

81 Taslak Maddeler, m. 8, şerh para. 7.

82 Tallinn El Kitabı 2.0, s. 96.

83 Söz konusu kıstasa *Bosna Soykırımı Davası'*nda yeniden başvurulmuştur. Mahkeme'nin konu bağlamında detaylı değerlendirmesi için bkz. *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, para. 400 vd.

84 Nicaragua v. United States of America, para. 108, 109.

ğu sonucuna varmak için yeterli olmadığı, nitekim ABD tarafından verilen desteğin kesildikten sonra da *Contralar'*ın faaliyetlerine devam edebildiği, bu sebeple *Contralar'*ın bağımsız bir güç olduğu[85] ve ABD adına hareket etmediği sonucuna varmıştır. Bir başka ifadeyle, UAD, *Contralar'*ın ABD tarafından oluşturulmadığı, askeri taktik ve stratejilerinin tamamıyla ABD tarafından belirlenmediği, dolayısıyla yalnızca yardım etmesinin *Contralar'*ın ABD'ye tamamıyla bağımlı olduğu ve ABD adına hareket ettiği anlamına gelmediğini savunmuş ve neticede *Contralar'*ın faaliyetlerinin ABD'ye atfedilemeyeceğine hükmetmiştir.[86] Görüldüğü üzere, UAD'nin etkili kontrol içtihadı doğrultusunda devlet dışı bir aktörün faaliyetinin bir devlete atfedilebilmesi için söz konusu spesifik faaliyetin nasıl icra edileceğinin o devlet tarafından belirlenmesi, yine faaliyetin gidişatına o devletin hakim olması ve devlet dışı aktörün faaliyetlerinin ise mevzubahis devlet operasyonunun bütünleyici bir parçası[87] olması gerekmektedir.

UAD'nin etkili kontrol kıstası siber saldırılar açısından değerlendirildiğinde, devletin devlet dışı bir aktör tarafından gerçekleştirilen bir siber saldırının icrası, gidişatı ve sona erdirilmesi üzerinde doğrudan nüfuzu olması gerekmektedir. Bu bağlamda, devletin devlet dışı aktörü ya da bu aktör tarafından gerçekleştirilen siber saldırıyı genel olarak desteklemesi, finanse etmesi, eğitmesi, donatması söz konusu aktörün faaliyetlerinin devlete atfedilebilmesi için yeterli değildir. Örneğin, bir devletin bir devlet dışı aktöre kötücül yazılım desteği sağlaması, tek başına, bu aktörün o yazılım kullanarak gerçekleştirdiği siber saldırılar üzerinde o devletin etkili kontrolü olduğunu göstermeyecek ve dolayısıyla saldırılar o devlete atfedilemeyecektir.[88]

UAD tarafından geliştirilen etkili kontrol içtihadına alternatif "genel kontrol" kıstası, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi (EYUCM) tarafından Tadić *Davası*'nda geliştirilmiştir[89]. Buna göre, bir devlet dışı aktörün haksız eyleminin devlete atfedilebilmesi için devletin o aktörün eylemleri üzerinde doğrudan nüfuzu olmasına gerek bulunmamaktadır. Yani etkili kontrol kriterinde UAD'nin yaptığı gibi EYUCM, devletin spesifik bir saldı-

---

85 *Ibid*. para. 110.

86 *Ibid*. para. 116.

87 Taslak Maddeler, m. 8, şerh para. 3.

88 Tallinn El Kitabı 2.0, s. 96, 97.

89 ICTY, *Prosecutor v. Duško Tadić (Appeal Judgment)*, Case No. IT-94-1-A, 15 Temmuz 1999, para. 120.

rı üzerinde başından sonuna bir kontrolü olması şartını aramamış ve devlet dışı aktörün faaliyetlerinin genel olarak planlanması veya koordine edilmesinin devletin o devlet dışı aktörün faaliyetleri üzerinde genel kontrolü olduğunun kanıtı olduğunu kabul ederek faaliyetlerin devlete atfedilebileceği sonucuna ulaşmıştır[90]. Bu bağlamda, örneğin bir grup bilgisayar korsanının gerçekleştirdiği spesifik bir saldırıyla herhangi bir bağlantısı olmasa bile bir devlet eğer o korsanlara teknik anlamda ya da başka türlü herhangi bir destek veriyorsa veya onların faaliyetlerini organize ediyorsa, o devlet dışı aktör tarafından gerçekleştirilen siber saldırıyla devletin hiçbir alakası olmasa bile o saldırı genel kontrol kıstası uyarınca devlete atfedilebilir. Yani etkili kontrolden farklı olarak EYUCM genel kontrol kıstasında, devletin, devlet dışı aktörün gerçekleştirdiği spesifik siber saldırı üzerinde kontrol olmasını şart koşmamaktadır.

c. Özen Yükümlülüğüne Aykırılık Sonucu Gerçekleşen Siber Saldırı

Tallinn El Kitabı 2.0 Kural 6'ya göre, devletlerin kendi topraklarının, daha geniş bir ifadeyle kendi kontrolleri altındaki sahaların ve siber altyapılarının diğer devletlerin haklarını etkileyecek ya da aleyhlerinde ciddi sonuçlar doğuracak siber faaliyetlerin gerçekleştirilmesi için kullanılmasını engelleme hususunda özen yükümlülüğü bulunmaktadır.[91] Söz konusu kural kaynağını, devletlerin kendi egemenlik alanlarının başka devletlere zarar verilmesini engelleme konusundaki özen yükümlülüğü olduğu şeklindeki genel uluslararası hukuk ilkesinden[92] almaktadır. Buna göre, devlet kendi egemenlik sahasının başka devletlere zarar verecek siber faaliyetlere izin verecek şekilde kullanılmaması için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür.

Özen yükümlülüğünden bahsedilmek için bir siber saldırının en az üç tarafı bulunması gerekmektedir. Bunlar, siber saldırın hedeflediği devlet, siber saldırının kaynaklandığı devlet ve siber saldırıyı gerçekleştiren aktördür. Öte yandan, özen yükümlülüğüne aykırı davranmak suretiyle ya da ihmali veya toleransı sebebiyle bir siber saldırıya imkân sağlayan devletin o saldırıdan sorumlu olabilmesi için söz konusu egemen bir devlet olması gerekmektedir. Yine devlet eğer kendi toprakları dışındaki bir siber altyapı

---

90 *Ibid.* para. 131.

91 Tallinn El Kitabı 2.0, Rule 6.

92 Konuya ilişkin UAD'nin yaklaşımı için bkz. I.C.J., "The Corfu Channel Case (*The United Kingdom v. Albania*)", Merits, Judgment of April 9th, 1949, **I.C.J. Reports 1949**, ss. 4-169, s. 22.

üzerinde egemenliğe sahipse o siber altyapının da başka devletlere zarar vermeyecek şekilde kullanılmasını sağlama konusunda özen yükümlülüğünden kaçamayacaktır.[93]

IV. SONUÇ

Uluslararası hukukta spesifik olarak siber uzayı ve siber uzayda gerçekleştirilen faaliyetleri düzenleyen bir hukuki rejimin henüz tesis edilememiş olması, mevcut uluslararası hukuk kurallarının siber uzaya uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalarını beraberinde getirmiştir. Konuya ilişkin Birleşmiş Milletler nezdinde yapılan çalışmalar, uluslararası hukukçuların literatüre katkıları ve devletlerin zaman zaman BM nezdinde veya müstakilen açıkladıkları pozisyonlar tartışmayı uluslararası hukukun mevcut kurallarının siber uzaya nasıl daha iyi bir şekilde uygulanabileceği düzlemine çekmiştir.

Teknolojinin ilerlemesi bir taraftan siber saldırıların artmasına ve daha karmaşık hale gelmesine yol açarken diğer taraftan söz konusu saldırıların izlerinin daha iyi bir şekilde sürülmesine olanak sağlamaktadır. Siber uzayın karakteristik özelliği olan anonimlikten faydalanarak çeşitli kimlik gizleme teknikleriyle kendilerini maskeleyen siber saldırganlar, devletlerin artan siber kabiliyetleri ve gerçekleştirdikleri işbirlikleri nedeniyle geçmişte olduğu kadar rahat hareket edemiyor hale gelmişlerdir. Atfedilebilirlik konusunda teknik anlamda katedilen ilerlemeler, hukuki alana da yansımış ve NATO öncülüğünde bir araya gelen uluslararası hukukçular, uluslararası siber uzay hukukunun çıkış noktası olabilecek nitelikte olan iki kılavuz hazırlamışlardır.

Tallinn El Kitapları, mevcut uluslararası hukuk kurallarını siber uzaya uyarlama gayesi güden birer kılavuz olarak temelde UHK Taslak Maddeler ve onun çevresinde şekillenen uluslararası yargı içtihatlarını rehber edinmiştir. Bu bağlamda, siber uzayda gerçekleştirilen faaliyetlerin devletlere atfedilebilir olması bakımından belirli bir aşama kaydedilmiştir. Atfedilebilirlik siber saldırılara yönelik olarak devletlerin muhatap bulabilmesi ve gerekli karşılığı verebilmesi açısından oldukça önemli bir aşamayı ifade etmektedir. Siber saldırılar, devlet organları tarafından gerçekleştirilebildiği gibi devletleri temsilen devlet dışı aktörler tarafından da yapılabilmektedir. Siber uzayın anonim ve dağıtık yapısını fırsat bilerek devletler adına siber saldırılar

---

[93] Tallinn El Kitabı 2.0, ss. 30-43.

gerçekleştirilen devlet dışı aktörlerin varlığı her geçen gün artmaktadır. Devletlerin talimat, yönlendirme veya kontrolü altında gerçekleşen bu saldırılar, etkili veya genel kontrol testlerine tabii tutularak saldırının hukuken isnat edilebileceği devletler belirlenmektedir. Devlet organları tarafından gerçekleştirilen siber saldırılar da *de jure* ve *de facto* devlet organı olma kriterleri çerçevesinde değerlendirilmek suretiyle atfedilebilmektedir. Öte yandan devletin özen yükümlülüğü kriteri oldukça geniş yorumlanabilecek bir atfedilebilirlik kuralı olarak özellikle Tallinn El Kitabı 2.0'da ele alınmıştır. Uluslararası hukukun genel ilkelerinden olan özen yükümlülüğünün ilerleyen zamanlarda uluslararası siber uzay hukukunda atfedilebilirlik açısından daha fazla uygulama alanı bulacağı değerlendirilmektedir.

KISALTMALAR

age: Adı Geçen Eser

bkz.: Bakınız

BM: Birleşmiş Milletler

dn: Dipnot

Ed.: Editör (ler)

ET: Erişim Tarihi

IP: İnternet Protokolü

m.: Madde

no.: Sayı

para.: Paragraf (lar)

s.: Sayfa (lar)

ss.: Sayfalar arası

U.N. Doc.: United Nations Document (Birleşmiş Milletler Belgesi)

UAD - I.C.J.: Uluslararası Adalet Divanı

UHK: Uluslararası Hukuk Komisyonu

vb.: Ve benzeri

vd.: Ve diğerleri

vol.: Volume

Ibid.: Ibidem (Aynı Yerde)

EYUCM - ICTY: Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi

KAYNAKÇA

BANKS William, "State Responsibility and Attribution of Cyber Intrusions After *Tallinn 2.0*", **Texas Law Review**, vol 95, no. 7, 2017, ss. 1487-1514.

BARKHAM Jason, "Information Warfare and International Law on the Use of Force", **New York University Journal of International Law and Politics**, vol. 34, no. 1, Fall 2001, ss. 57-114.

BUCHAN Russel, **Cyber Espionage and International Law**, Hart Publishing, Oxford, 2019.

CLARK David D. / LANDAU Susan, "Untangling Attribution", **Harvard National Security Journal**, vol. 2, no. 2, 2011 ss. 323-352.

CRAWFORD James, **Brownlie's Principles of Public International Law**, 8th Edition, Oxford University Press, Oxford, 2012.

CRAWFORD James, **The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries**, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.

CZOSSECK Christian / GEERS Kenneth (Ed.), **The Virtual Battlefield: Perspectives on Cyber Warfare**, IOS Press, Amsterdam, 2009.

DARAS Nicholas J. (Ed.), **Cyber Security and Information Warfare**, Nova Science Publishers, New York, 2019.

DELERUE François, "Reinterpretation or Contestation of International Law in Cyberspace?", **Israel Law Review**, vol. 52, no. 3, 2019, ss. 295-326.

DROEGE Cordula, "Get off My Cloud: Cyber Warfare, International Humanitarian law, and the Protection of Civilians", **International Review of the Red Cross**, vol. 94, no. 886, Summer 2012, ss. 533-578.

GARNER Bryan A. (Ed. in Chief), **Black's Law Dictionary**, Ninth Edition, Thomson/West, St. Paul, 2009.

GREEN James A. (Ed.), **Cyber Warfare: A Multidisciplinary Analysis**, Routledge, New York, London, 2015.

I.C.J, "Case Concerning Military and Paramilitary Activities Against Nicaragua (*Nicaragua v. United States of America*)", **I.C.J. Reports 1986**, ss. 14-150.

I.C.J., "Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (*Democratic Republic of the Congo v. Uganda*)", **I.C.J. Reports 2005**, ss. 168-283.

I.C.J., "Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*)", **I.C.J. Reports 2007**, ss. 43-240

I.C.J., "Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Croatia v. Serbia*)", **I.C.J. Reports 2015**, ss. 3-154.

I.C.J., "Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (*United States of America v. Iran*)", I**.C.J. Reports 1980**, Judgment of 24 May 1980, ss. 3-46.

I.C.J., "The Corfu Channel Case (*The United Kingdom v. Albania*)", Merits, Judgment of April 9th, 1949, **I.C.J. Reports 1949**, ss. 4-169

ICTY, *Prosecutor v. Duško Tadić (Appeal Judgment)*, Case No. IT-94-1-A, 15 Temmuz 1999.

KITTICHAISAREE Kriangsak, **Public International Law of Cyberspace**, Springer, Cham, 2017.

LIN Herbert S., "Offensive Cyber Operations and the Use of Force", **Journal of National Security Law & Policy**, vol. 4, no. 1, 2010, ss. 63-86.

MACAK Kubo, "Decoding Article 8 of the International Law Commission's Articles on State Responsibility: Attribution of Cyber Operations by Non-State Actors", **Journal of Conflict & Security Law**, vol. 21, no. 3, 2016, ss. 405-426.

MALPHRUS Stephen R., "Statement to Congress, May 18, 2000: The 'I Love You' Computer Virus and the Financial Services Industry", **Federal Reserve Bulletin**, Issue: July, 2000, ss. 459-462.

MCGAVRAN Wolfgang, "Intended Consequences: Regulating Cyber Attacks", **Tulane Journal of Technology and Intellectual Property**, vol. 12, no. 1, 2009, ss. 259-276.

O'CONNELL Mary Ellen, "Cyber Security without Cyber War", **Journal of Conflict and Security Law**, vol. 17, no. 2, 2012, ss. 187-210.

OPPENHEIM Lawrence, **International Law: A Treatise**, Vol. 1-Peace (Ed. Ronald F. Roxburgh), Third Edition, Longmans, Green and Co., London, 1920.

PAYNE Thomas, "Teaching Old Law New Tricks: Applying and Adapting State Responsibility to Cyber Operations", **Lewis & Clark Law Review**, vol. 20, no. 2, 2016, ss. 683-715.

RID Thomas, **Cyber War Will Not Take Place**, Oxford University Press, New York, 2013.

ROSCINI Marco, **Cyber Operations and the Use of Force in International Law**, Oxford University Press, New York, 2014.

SCHMITT Michael N. (Ed.), **Tallinn Manuel on the International Law Applicable to Cyber Warfare**, Cambridge University Press, New York, 2013.

SCHMITT Michael N. / VIHUL Liis (Ed.), **Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations**, Cambridge University Press, New York, 2017.

SCHMITT Michael N. / VIHUL Liis, "Proxy Wars in Cyberspace: The Evolving International Law of Attribution", **Fletcher Security Review**, vol. 1, no. 2, Spring 2014, ss. 53-72.

Secrétariat Général de la Défense et de la Sécurité Nationale, "Revue stratégique de cyberdéfense", 12 Şubat 2018, <http://www.sgdsn.gouv.fr/evenement/revue-strategique-de-cyberdefense> ET: 31 Mayıs 2020.

SHACKELFORD Scott J., "From Nuclear War to Net War: Analogizing Cyber Attacks in International Law", **Berkeley Journal of International Law**, vol 27, no. 1, 2009, ss. 192-252.

SHAW Malcolm N., **International Law**, Sixth Edition, Cambridge University Press, New York, 2008.

SPRINGER Paul J. (Ed.), **Encyclopedia of Cyber Warfare**, ABC-CLIO, Santa Barbara, 2017.

STEVENS Sharon R., "Internet War Crimes Tribunals and Security in an Interconnected World", **Transnational Law & Contemporary Problems**, vol. 18, no. 3, Fall 2009, ss. 657-720.

SWANSON Lesley, "The Era of Cyber Warfare: Applying International Humanitarian Law to the 2008 Russian-Georgian Cyber Conflict", **Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review**, vol. 32, no. 2, Spring 2010, ss. 303-334.

TANODOMDEJ Papawadee, "The Tallinn Manuals and the Making of the International Law on Cyber Operations", **Masaryk University Journal of Law and Technology**, vol. 13, no. 1, Summer 2019, ss. 67-86.

TSAGOURIAS Nicholas, "Cyber Attacks, Self-Defence and the Problem of Attribution", **Journal of Conflict and Security Law**, vol. 17, no. 2, 2012, ss. 229-244.

U. N. General Assembly, "Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security", **Report of the Secretary-General**, U.N. Doc. A/68/156/Add.1, 9 Eylül 2013.

U.N. General Assembly, "Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security", **Note by the Secretary-General**, U.N. Doc. A/68/98, 24 Haziran 2013.

U.N. General Assembly, "Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security", **Note by the Secretary-General**, U.N. Doc. A/70/174, 22 Temmuz 2015.

U.N. International Law Commission (ILC), "Report of the International Law Commission on the Work of Its Fifty-third Session (23 April-1 June and 2 July-10 August 2001)", **Official Records of the General Assembly**, Fifty-sixth session, Supplement No.10, U. N. Doc. A/56/10, 2001.

United Nations, "Statute of the International Court of Justice", **United Nations Treaty Collection**, San Francisco, 1945, < https://www.icj-cij.org/en/statute> ET: 31 Mayıs 2020.

VALERIANO Brandon / MANESS Ryan C., **Cyber War versus Cyber Realities: Cyber Conflict in the International System**, Oxford University Press, New York, 2015.

VENTRE Daniel, **Cyberespace et acteurs du cyberconflit**, Hermès science publications/Lavoisier, Paris, 2011.

WEITZ Benjamin, "Updating the Law of Targeting for an Era of Cyberwarfare", **University of Pennsylvania Journal of International Law**, vol. 40, no. 3, Spring 2019, ss. 735-780.

WHYTE Christopher / MAZANEC Brian, **Understanding Cyber-Warfare: Politics, Policy and Strategy**, Routledge, London, New York, 2019.

WINTERFIELD Steve / ANDRESS Jason (Ed.), **The Basics of Cyber Warfare: Understanding the Fundamentals of Cyber Warfare in Theory and Practice**, Syngresss, Boston, 2013.

WORTHAM Anna, "Should Cyber Exploitation Ever Constitute a Demonstration of Hostile Intent That May Violate UN Charter Provisions Prohibiting the Threat or Use of Force?", **Federal Communications Law Journal**, vol. 64, no. 3, 2012, ss. 644-660.

ZETTER Kim, **Countdown to Zero Day: Stuxnet and the Launch of the World's First Digital Weapon**, Crown Publishers, New York, 2014.

ÖZEL HUKUK

GSÜHFD, 2020; 2: 1057-1085

INCOTERMS 2020 VE SİGORTA(*)

Prof. Dr. Samim ÜNAN

I. INCOTERMS 2020

INCOTERMS, Uluslararası Ticaret Kuralları (International Commercial Terms) deyiminin kısaltılmış şeklidir. Uluslararası Ticaret Odası (International Chamber of Commerce) tarafından oluşturulan ve uluslararası mal satışı/alışı gerçekleştiren kişilerin kullanımına sunulan bu kurallar, uygulamada birlik sağlamayı amaçlamaktadır. INCOTERMS satıcı ve alıcının ihtiyaçlarını dikkate alarak farklı satış türleri öngörmekte ve bunların her birinde satıcı ve alıcının karşılıklı bazı yükümlülüklerini hükme bağlamaktadır. 2020 öncesinde yürürlükte olan sürüm 2010 tarihlidir. 2020 kuralları 2010 kurallarında bazı değişiklikler öngörmektedir.

INCOTERMS satış sözleşmesi değildir; satış sözleşmesine eklenen hükümleri içermektedir.

Bunlarda esas olarak satıcının teslim borcu düzenlenmiştir. INCOTERMS'ün düzenlemediği iki önemli hususun burada altını çizmemiz lazımdır:

- Mülkiyetin geçişi
- Ödeme

Satış konusu mallar üzerindeki mülkiyetin ne zaman satıcıdan alıcıya geçeceği, değişik hukuk çevrelerinde farklı biçimde hükme bağlanmıştır. Bu konuda uygulama birliği sağlamanın güçlüğü göz önünde tutularak özellikle hüküm getirilmemiştir. Ödeme şekilleri de INCOTERMS'te yer almamaktadır. Bu hususta tarafların anlaşması belirleyici olacaktır.

(*) Bu makale, hakem incelemesinden geçmemiştir.
Makale Gönderim Tarihi: 01.10.2020.

Buna karşılık, INCOTERMS satış sözleşmesiyle bağlantılı iki diğer sözleşme hakkında (bunları hangi satış türünde kimin yapacağına ilişkin olarak) bazı hükümlere yer vermektedir. Bu sözleşmeler taşıma ve sigorta sözleşmeleridir.

INCOTERMS 2020 satıcının alıcı lehine sigorta yaptırma borcu olan CIP (Carriage and Insurance Paid to =) ve CIF (Cost, Insurance and Freight) satış türlerinde bu borç hakkında bazı genel hususları öngörmektedir. CIP ve CIF satışlar dışındaki satış türlerinde taraflar, kendi gereksinimlerine göre sigortayı kendileri yaptıracaklardır. Ticari etkinliğin sigorta desteği olmadan sürdürülmesi günümüzde pek düşünülecek bir husus değildir. Bu bakımdan, INCOTERMS'te yer alan bütün satış çeşitlerinde satış konusu mallar için taşıma sigortası yaptırılır. Ancak bu satış türlerinden ikisinde (CIP ve CIF satışlarda) taraflardan biri (satıcı), diğerinin (alıcı) sigorta gereksinimini karşılamakla yükümlü tutulmuştur.

CIP çok modlu taşımaların söz konusu olduğu satışlara, CIF ise yalnızca "suda" (deniz ve iç sular) taşımanın söz konusu olduğu satışlara uygun düşmektedir. Aşağıda esas olarak CIP satışa ilişkin düzenleme hakkında açıklamalarda bulunacağız. Çünkü sigortayı konu alan düzenleme CIP ve CIF satışlarda birbirine paraleldir. Yalnızca CIP'e ilişkin inceleme yapmak ve CIF'in farklarını belirtmek yeterli olacaktır.

II. CIP SATIŞLARDA SİGORTAYA İLİŞKİN HÜKÜMLER

INCOTERMS 2020'de CIP satışlarda satıcının sigortaya ilişkin borcu "Sigorta" başlıklı A.5 maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre:

- Tarafların aksine anlaşma yapmış olmaları veya o ticari ilişkide mutat olması hali hariç satıcı, masrafını karşılamak kaydıyla, kullanılan taşıma aracına uygun Institute Cargo Clauses (A) veya eşdeğeri bir yük sigortası teminatını elde etmekle yükümlüdür.
- Bu sigorta, iyi şöhrete sahip (saygın) bir sigorta şirketine yaptırılacaktır.
- Sigorta, alıcıya veya satış konusu mallar üzerinde sigortalanabilir çıkara sahip diğer bir kişiye doğrudan sigortacıdan istemde bulunma hakkını verecektir.
- Alıcı talep ettiğinde, satıcı, istediği bilgilerin kendisine aktarılmış olması koşuluyla, masrafı alıcıya ait olmak üzere, Institute War Clauses ve/veya Institute Strikes Clauses (Savaş ve /veya Grev sigortası) gibi yahut benzeri teminat içeren ek sigortaları, (bunlar satıcının yaptıracağı

yukarıda öngörülen sigortanın kapsamında olmadığı takdirde) olanak ölçüsünde sağlamakla yükümlüdür.

- Sigorta teminat tutarı (sigorta bedeli), en azından satış sözleşmesinde kararlaştırılan satış parasını %10 fazlasıyla içerecektir (diğer bir anlatışla %110).
- Sigorta, satış konusu malları, en azından, A2 maddesinde belirtilen teslim yerinden satış sözleşmesinde belirtilen varma yerine kadar sigorta koruması altına alacaktır.
- Satıcı, alıcıya sigorta poliçesini, sigorta sertifikasını veya sigorta teminatını kanıtlayan diğer bir belgeyi sağlamakla yükümlüdür.
- Satıcı bundan başka, alıcıya, onun istemi üzerine, rizikosu ve masrafı alıcıya ait olmak kaydıyla, alıcının ek sigorta güvencesi elde etmek için gereksinim duyduğu bilgileri de sağlayacaktır.

INCOTERMS CIP B5 maddesi ise alıcının satıcıya karşı malları sigorta ettirme borcunun olmadığını; fakat eğer alıcı, satıcıdan (A5 maddesinde öngörüldüğü gibi) ek sigorta yaptırmasını da istemekte ise, satıcının bu borcunu yerine getirebilmesi için gereksinim duyacağı bilgileri ona aktarması gerektiğini hükme bağlamaktadır.

Aşağıda A5 maddesinde yer verilen hükümleri daha ayrıntılı olarak ele alacağız.

1. Satıcının, Masrafını Karşılayarak Sigorta Yaptırma Borcu

CIP ("Carriage and Insurance Paid To…") satış çeşidi, satıcının belirli bir noktaya kadar satış konusu malların taşınması ve taşıma rizikolarına karşı sigortalaması masraflarını üstlendiği satışları anlatmaktadır. Alıcının ödediği satış bedeli, yalnızca malın ederini değil, buna ek olarak taraflarca kararlaştırılan varma yerine kadar malın taşınmasını ve bu noktaya kadarki sigorta korumasını (taşıma ve sigorta masraflarını) da kapsamaktadır.

Satıcı, sözleşmede öngörülen satış parası içinde sigorta için lazım gelen tutarı da tahsil etmiş olacağı için, yaptırmakla yükümlü olduğu sigortanın primini kendisi ödemek zorundadır.

Satıcının yaptıracağı sigorta, aşağıda daha ayrıntılı olarak açıklayacağımız gibi, alıcı "lehine" (hesabına) bir sigortadır. Sigorta sözleşmesini kendi adına (sigorta ettiren sıfatıyla) satıcı kuracak, ancak bu sigortadan alıcı yararlanacaktır.

2. Institute Cargo Clauses (A)'da Öngörülen veya Eşdeğeri Sigorta Teminatı

CIP satış söz konusu olduğunda satıcı tarafından alıcı lehine (hesabına) yaptırılacak sigorta "Institute Cargo Clauses (A)" (kısaca ICC (A)) metninde öngörülen kapsamda olmak zorundadır.

Institute Cargo Clauses (A), taşıma konusu yükler hakkında International Underwriting Association (IUA) ve Lloyd's Market Association (LMA) tarafından geliştirilen ve dünyada yaygın şekilde kullanıldığı gözlemlenen yük sigortası metinlerinden biridir. Türkiye uygulamasında kısaca "geniş teminat" olarak isimlendirilmektedir. CIF satışlardan farklı olarak CIP satışlarda sigorta teminatının dar tutulmaması gerektiği fikri ağır basmış ve INCOTERMS 2020'de, bir önceki sürüme (INCOTERMS 2010) kadar benimsenen çözüm terkedilerek ICC (C) yerine ICC (A) uygun görülmüştür.

Ancak, taraflar ICC (A) yerine daha dar (mesela ICC (C)) veya daha geniş teminat içeren bir yük sigortası yaptırılması konusunda anlaşabilirler. Alıcı "grev" ve "savaş klozları" gibi farklı ICC klozlarına konu olan "ek" teminatlar istemekte ise, kural olarak bunların gerektireceği giderleri karşılamakla yükümlü olacaktır (A5 fk.2). Bununla birlikte, başka ICC klozlarına konu olmayan bir genişletme (mesela malların depoda teminat altında olacağı sürenin uzatılması) söz konusu olduğunda, duruma göre ek bir ödeme yükümlülüğünün doğmayacağı kabul edilebilir. Ancak olağan koşullarda tarafların satış sözleşmesinde bu konuya açıklık getiren bir hüküm üzerinde anlaşmış olmaları beklenir.

Taraflar arasındaki ticari ilişkide mutat ise, özel bir anlaşma söz konusu olmasa dahi, daha dar bir sigorta yaptırılabilir veya daha geniş teminat içeren bir sigortanın yaptırılması gerekli görülebilir. Mesela hava taşımalarında ICC (Air) teminatının alınması gerektiği düşünülebilecektir.

Hava taşımalarında ICC (A) yerine ICC (Air) teminatı alınmasının INCOTERMS 2020 CIP A.5 fk.1'e uygun düşeceği acaba bu fıkradaki "kullanılan taşıma aracına uygun sigorta teminatı" anlatımından da çıkarılabilir mi? "Belirtmek gerekir ki bu ifadenin yalnızca ICC (A) dışındaki (bununla eşdeğer olması lazım gelen diğer) sigortaları mı hedef tuttuğu yoksa ICC (A)'yı da mı kapsadığı tartışmaya açık görünmektedir. Eğer söz konusu anlatımın ICC (A)'yı kapsadığı kabul edilirse, hava taşımalarında ICC (A) çerçevesinde sigorta yaptırılmış olması durumunda satıcının sigortaya ilişkin yükümlülüğünü gereken biçimde yerine getirdiği sonucuna varılabilecektir.

Bu noktada ICC (A)'nın değişik zamanlarda oluşturulmuş farklı sürümlerinin (mesela 1963, 1982 ve 2009) mevcut bulunduğunu da hatırlatmakta yarar vardır. INCOTERMS hangi ICC (A) sürümünün kullanılması gerektiğine ilişkin bir açıklama içermemektedir. Bu husus tarafların anlaşmasına bırakılmış bulunmaktadır. Bununla birlikte taraflar ICC (A)'nın en son sürümünden önceki sürümlerden biri üzerinde açıkça anlaşmış olmadıkları takdirde, son sürüme oranla alıcının daha dar bir teminat altında bırakılması kanımızca sigorta yaptırma yükümlülüğüne aykırı davranış olarak nitelenmelidir. ICC (A)'ya eşdeğer bir sigorta teminatının alıcıya sağlanıp sağlanmadığı sorusu yanıtlanırken, kanımızca daima ICC (A)'nın son sürümü dikkate alınarak kıyaslama ve değerlendirme yapılmalıdır.

ICC (A) uygulanacak hukuk konusunda özel bir kural içermektedir. ICC 2009 m.19 şu şekildedir: "Bu sigorta İngiliz hukukuna ve (sigorta) uygulamasına tabidir". Bu bağlamda ilk olarak, satıcı tarafından yaptırılacak sigortada ICC (A)'daki "hukuk seçimi" maddesini değiştirmenin mümkün olup olmadığını değerlendirmek lazımdır. Hukuk seçiminin sonucu, sigorta sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların İngiliz hukuku uygulanarak çözüme bağlanmasıdır. ICC (A)'da hüküm bulunmayan durumlarda İngiliz MIA (Marine Insurance Act = Deniz Sigortaları Yasası) hükümlerine başvurulacaktır. MIA'da hüküm bulunmayan hallerde ise İngiliz (sigorta) uygulaması belirleyici olacaktır. İngiliz uygulaması deyiminin anlamı da eski sözcüklerle tanımlamaya çalıştığımızda "örf ve adet hukuku kuralları" ve "teamüller" olarak açıklanabilir. "İngiliz hukuku" maddesinin iptalinin hangi koşullarda INCOTERMS 2020 bakımından mümkün sayılacağına aşağıda değineceğiz.

"ICC (A)'da öngörülen sigorta teminatı" anlatımından amaç, en başta, sigortanın, kapsadığı rizikolar bakımından ICC (A)'dan daha dar olmamasıdır. Bununla birlikte, INCOTERMS 2020'de ICC (A)'ya yapılan yollamanın yalnızca teminat kapsamı ile sınırlı bulunduğu (diğer yönlerden satıcının bütünüyle serbest olduğu) görüşünü benimsemek de doğru görünmemektedir. Kanımızca ICC (A)'da yer alan hükümlere oranla sigortalının (alıcının) sigortadan yararlanma olanağını daraltan sigorta sözleşmelerinin INCOTERMS 2020 CIP A.5 fk.1 düzenlemesine uygun olmadığı sonucuna varılmalıdır. Öte yandan, sigortadan yararlanma olanağının ICC (A)'ya kıyasla kısıtlanıp kısıtlanmadığı araştırılırken bu sigortanın bir bütün olarak değerlendirilmesinden de kaçınmak gerekir. Sigorta sözleşmesindeki bir hüküm, alıcı için ICC (A)'ya oranla daha elverişsiz ise, sözleşmenin bütünü ICC (A) ile karşılaştırıldığında alıcı için bir elverişsizlik saptanmasa dahi

(mesela bazı hükümler alıcıyı ICC(A)'dan daha geniş bir kapsamda koruduğu için son değerlendirmede sigorta sözleşmesi ICC(A) ile eşit hatta daha ondan daha geniş koruma sağlamaktadır) satıcı (en azından daha elverişsiz hükümle ilgili uyuşmazlıklarda) sigorta yaptırma yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmiş sayılmayacaktır.

ICC (A) hükümlerinin mesela sigorta ettirenin görevlerine (külfetlerine) ilişkin düzenlemesi (söz gelişi ICC (A) 16.1 ve 16.2'de yer alan zararı önleme/düşük düzeyde tutma veya ICC (A) 18'deki gecikmeyi önleme görevleri) satıcı tarafından yaptırılacak sigortada aynen mevcut bulunmak zorunda değildir. Bununla birlikte, ICC (A)'ya oranla (sigorta ettiren/sigortalı için) daha ağır görevler (külfetler) içeren bir sigorta, ICC (A) ile eşdeğer sayılmaz.

ICC (A) 19'da öngörülen sigortanın "İngiliz hukuku ve uygulamasına" tabi olacağına ilişkin hüküm de fikrimizce benzer biçimde yorumlanmalıdır. Eğer sigorta sözleşmesine uygulanacak ulusal hukuk sigortalı bakımından İngiliz hukukuna kıyasla daha elverişsiz sonuçlar doğurmakta (ve bunlar devre dışı bırakılmamışsa veya emredici düzenleme sebebiyle bırakılamıyor) ise, satıcı sigorta bakımından üzerine düşen yükümlülüğe aykırı davranmış sayılacaktır.

Satıcının ülkesinde yürürlükte olan hukuk kuralları (veya eylemsel uygulama) çerçevesinde ICC (A) eşdeğeri bir sigorta koruması elde etmeye imkân yoksa, satıcı tarafından mümkün olan en geniş kapsamlı sigortanın yaptırılmış bulunması durumunda, acaba satıcı INCOTERMS 2020 CIP A.5'e uymuş sayılacak mıdır?

Kanımızca, "à l'impossible nul n'est tenu" (kimse imkansız bir hususla yükümlü tutulamaz) ilkesi gereğince satıcının ICC (A)'ya eşdeğer sigorta yaptırma yükümlülüğü bu halde devre dışı kalır ve söz konusu yükümlülük mümkün olan en yakın kapsamda sigorta yaptırma yükümlülüğüne dönüşür. Bu bağlamda, alıcının satıcı tarafından yaptırılacak sigortanın ancak sınırlı kapsamda olabileceğini bildiği durumlarda dar teminata razı olmuş sayılması uygun düşer. Alıcının satıcı tarafından ICC (A) veya eşdeğeri bir sigorta yaptırılmasının mümkün bulunmadığını bilmediği ve bilmesinin de gerekmediği hallerde, satıcının onu bu hususta uyarması lazım gelir. Bu uyarının yapılmaması da satıcıyı sorumlu kılar.

3. Sigortanın İyi Şöhrete Sahip (Güvenilir) Bir Sigortacıya Yaptırılması

Satıcı tarafından alıcı lehine yaptırılacak sigorta için "saygınlığı olan" (güvenilir, itibarlı, iyi şöhrete sahip) bir sigortacının seçilmiş olması lazımdır. Acaba sigortacının güvenilir olması ne anlama gelmektedir? Kanımızca uluslararası (iyi sayılabilecek) derecelendirmesi olan bir sigortacı güvenilir (iyi şöhrete sahip) kabul edilebilir. Ancak yeterli derecelendirmesi olmayan hiçbir sigortacının iyi şöhrete sahip sayılmayacağı yolunda genel bir kabulün de doğru olmayacağı fikrindeyiz. Mevcut koşullara ve seçeneklere göre değerlendirme yapılmalıdır.

Satıcının sigorta yaptırabileceği sigortacılardan hiçbirini "güvenilir" sayma imkanı yoksa, bunların arasından "saygınlığı en yüksek olan" seçilmelidir.

Sigorta yaptırılan sigortacının "güvenilir" sayılamayacağı hallerde, eğer rizikonun tamamı güvenilir bir reasüröre aktarılmış ve sigortacı da bu reasüröre karşı (aralarındaki reasürans sözleşmesi uyarınca) sahip olduğu reasürans alacağını sigortalı alıcıya devretmiş ise (assignment of reinsurances) "güvenilir bir sigortacıya sigorta yaptırma yükümlülüğü" yerine gelmiş kabul edilebilir. Aynı şekilde, alıcının bir "cut through clause" uyarınca, güvenilir reasürörden doğrudan ödeme alma hakkının bulunduğu durumlarda da "güvenilir sigortacıya sigorta yaptırma" gereğine uyulmuş olduğu sonucuna varılabilir ("Cut Through Clause" reasürans anlaşmalarında reasürörün - çoğunlukla sigortacının ödeme yapamaz hale düşmüş veya ödeme yapmasının engellenmiş olması olasılıklarında- doğrudan sigortalıya ödemede bulunmasını/sigortalının reasürörden bu ödemeyi isteyebileceğini öngören klozdur).

4. Sigortanın Alıcıya veya Satış Konusu Mallar Üzerinde Sigortalanabilir Çıkara Sahip Diğer Bir Kişiye Doğrudan Sigortacıdan İstemde Bulunma Hakkını Vermesi

Satıcı tarafından yaptırılacak sigorta INCOTERMS'te "alıcı lehine" (eski deyimle "alıcı hesabına") sigorta olarak öngörülmüştür. Satıcı "sigorta ettiren" (diğer bir anlatışla "sözleşen") sıfatıyla sigortacıyla sigorta sözleşmesini kuracak ve bundan kaynaklanan prim ödeme borcunu üstlenmiş olacaktır. Ancak sözleşmeden doğan haklar sigorta ettirene değil, lehine sözleşme yapılan alıcıya ("sigortalı") ait bulunacaktır. Alıcı lehine sigortanın "başkası hesabına sigorta" deyimiyle de anlatılmasındaki mantık şudur: Rizikonun gerçekleşmesi sonucunda ortaya çıkan zarar sigorta ettirenin değil

sigortalının hesabına yazılmaktadır. Bu sebeple Fransızca'da "assurance pour le compte d'autrui", Almanca'da "Versicherung für fremde Rechnung" deyimi kullanılmaktadır (Bu deyimlerdeki "compte" ve "Rechnung" sözcükleri "hesap" anlamına gelmektedir).

INCOTERMS CIP A.5 fk.1 uyarınca sigorta alıcının veya satış konusu mallar üzerinde sigortalanabilir çıkara sahip bulunan diğer bir kişinin doğrudan sigortacıya başvurmasına olanak sağlamalıdır. Diğer bir anlatışla, satıcının yaptıracağı sigortadan yararlanma hakkının kesin biçimde alıcı lehine işlemesi gerekmektedir. Bu sebeple, yalnız satıcının istemde bulunabileceği (alıcı lehine yapılmış) sigorta INCOTERMS'e uygun düşmeyecektir. Bu noktada belirtmemiz gerekir ki, başkası lehine sigortada bazen sigorta ettiren sigortacıdan istemde bulunabilmektedir (mesela VVG § 45 (1), (2) ve (3)).

Alman hukukunun benimsediği çözüm (yasal düzenleme) özetle şöyledir:

- *Başkası hesabına sigorta halinde, sigorta sözleşmesinden doğan haklar sigortalıya aittir. Ancak poliçenin verilmesini yalnızca sigorta ettiren isteyebilir (VVG § 44(1)).*
- *Sigortalı, sigorta poliçesine zilyet değilse, sigorta ettirenin onayı olmadan bu haklar üzerinde tasarrufta bulunamaz ve yargı organları önünde ileri süremez (VVG § 44(2)).*
- *Sigorta ettiren, sigorta sözleşmesinden sigortalı lehine doğan haklar üzerinde kendi adına tasarrufta bulunabilir (VVG § 45(1)).*
- *Bir sigorta poliçesinin düzenlendiği durumlarda, sigorta ettiren, sigorta poliçesine zilyet değilse, sigortalının onayı olmadan sigortacının edimini kabul edemez ve sigortalıya ait hakları devredemez (VVG § 45(2).*
- *Sigortacı, sigorta ettirene karşı, ancak sigortalı sigortaya onay vermiş olduğu takdirde edimle yükümlü olur (VVG § 45(3)).*
- *Sigorta ettiren, sigorta konusu mal ile ilgili olarak sigortalıya karşı sahip olduğu istemler yerine getirilmiş olmadıkça sigortalıya (veya iflası halinde iflas yönetimine) sigorta poliçesini teslimle yükümlü değildir. Sigorta ettiren bu istemlerinin karşılanması bakımından, sigortacıya karşı mevcut olan tazminat alaca-*

ğı ve bunun tahsili sonrasında da sigortacı tarafından ödenen tazminat tutarı üzerinde sigortalıya (veya sigortalının alacaklılarına) kıyasla önceliklidir (VVG § 46).

Alman hukukundaki durumu kısaca şu şekilde betimleyebiliriz: Başkası lehine yapılan bir sigortada sigorta poliçesi kimin elinde ise (sanki sigorta poliçesi bir kıymetli evrak türü imiş gibi) o hak sahibi sayılacaktır. Ancak, sigortacıya karşı poliçenin verilmesini isteme hakkı sigorta ettirene ait olduğundan, sonuç olarak sigorta ettiren bu belgeyi sigortalıya teslim etmediği sürece sigortalı hak ileri sürme olanağından yoksun kalacaktır.

Benzer bir düzenleme evvelce 1956 tarihli Türk Ticaret Kanunu'nda da ("Denizcilik Rizikolarına Karşı Sigortalar" başlıklı dördüncü fasılda) bulunmaktaydı (1956 tarihli TTK 1445, 1446 ve 1447). Ancak 2011 tarihli TTK'da deniz sigortaları hakkında düzenleme yapılmadığı için bu hükümlerin yürürlüğü son bulmuştur. 2011 tarihli TTK, başkası hesabına sigortayı zarar sigortalarının "mal sigortaları" alt bölümünde "başkası lehine sigorta" başlığı altında TTK 1454'te hükme bağlamıştır. TTK 1454(1) cümle 3 şöyledir: "Sigortalı, aksine sözleşme yoksa, sigorta tazminatının ödenmesini sigortacıdan isteyebilir ve onu dava edebilir". Şu anda, sigortalının, lehine yapılmış sigorta sözleşmesi uyarınca istemde bulunabilmesi ve gerektiğinde hukuksal yollara başvurabilmesi sigorta ettirenin sigortacıyla bunu engelleyen bir anlaşma yapmamış olmasına bağlıdır. Diğer bir anlatışla, yasal çözüm, sigortalıyı hak sahibi saymakla birlikte, sigorta ettiren sigortacıyla aksini kararlaştırarak sigortalının devre dışı kalmasını sağlayabilmektedir.

Bu açıklamalardan sonra INCOTERMS açısından kısa bir değerlendirme yaptığımızda şunları belirtebiliriz:

- Alman hukukunda sigorta ettiren satıcı, sigorta poliçesini elinde bulundurarak sigortacıya karşı hak ileri sürebilir konuma gelmektedir. Şu halde sigorta poliçesinin aslının (veya birden fazla nüsha olarak düzenlenmişse bütün nüshaların) mutlak şekilde alıcıya verilmesi sağlanmalıdır.
- INCOTERMS CIP A5 fk.5 satıcıyı sigorta poliçesini veya sigorta sertifikasını veya sigortaya ilişkin (bunun yaptırılmış ve yürürlükte olduğunu gösteren) başkaca bir kanıtı sunmakla yükümlü tutmuştur. Ancak, sigortalı alıcının sigortacıya karşı hak öne sürmesi olanağı "poliçenin elinde bulunmasına" bağlanmış bulunuyorsa, poliçenin aslının (veya tüm asıl nüshalarının) alıcıya ulaştırılmış olması gerekecektir.

- Türk hukukunda ise, sigorta sözleşmesinin sigortalı alıcının kendi adına istemde bulunmasını engelleyen (sigorta ettiren satıcı ile sigortacı arasında yapılmış) bir anlaşmayı içermemesi lazımdır. Tek nüsha olarak düzenlenen poliçe alıcının elinde olsa dahi, bunda sigortacıya karşı yalnızca sigorta ettirenin istemde bulunabileceği kayıtlı ise, bu gibi bir poliçe INCOTERMS açısından uygun görülemez.

Bu noktada ayrıca CIP/CIF satışlarda sık karşılaşılan "taşımanın bir bölümünde satıcının diğer bölümünde ise alıcının çıkar sahibi olması" durumunda aynı sigorta sözleşmesi ile her ikisinin de korunmasının INCOTERMS'e uygun düşüp düşmeyeceğine değinmemiz gerekmektedir.

Durumu şu örnekle açıklamaya çalışalım:

- Satıcı, mallar için kendi depolamış olduğu yerden alıcının deposuna kadarki taşımayı kapsayacak şekilde sigorta yaptırmış ve bu taşımanın bir kesitinde riziko kendi üzerinde bulunmakta ise (mesela CIP/CIF satış konusu olan Kayseri'den Marsilya'ya gidecek malların alıcıya Mersin'de teslim edileceği kararlaştırılmıştır), satıcının sigortalanabilir çıkara sahip bulunduğu (rizikoya kendisinin katlanması gereken) kesit için sigorta gereksinimi vardır.
- Aynı taşımanın geri kalan kısmı bakımından ise alıcı çıkar sahibidir.
- Bu taşıma ile ilgili sigortanın (örnekte) Mersin'e kadar satıcı, Mersin'den Marsilya'ya kadar ise alıcıyı koruması acaba tek bir sigorta sözleşmesi ile sağlanabilir mi?
- Sorunun yanıtı evet ise, bu sigortanın "kimin olacaksa onun lehine (hesabına)" yapılması mı gerekir?
- Eğer öyleyse, bu INCOTERMS'e uygun düşer mi?

"Kimin olacaksa onun hesabına sigorta (*Versicherung für Rechnung wen es angeht; assurance pour le compte de qui il apprtiendra; insurance to whom it may benefit)* birçok yabancı hukukta mevcut olan bir çözümdür. Türk hukuku da bu çözümü TTK 1454(3)'te açıkça öngörmüş bulunmaktadır. Ancak bu hüküm çok yüzeyseldir. TTK 1454(3) ayrıntı vermeden yalnızca sigortanın "kimin olacaksa onun lehine" de yaptırılmış olabileceğini belirtmekle yetinmiştir.

Alman hukukunda VVG § 48 "kimin olacaksa onun hesabına sigorta" başlığı altında iki ayrı olasılığı düzenlemiştir: "sigortanın kimin olacaksa

onun hesabına yaptırılmış olması" ve "sigorta sözleşmesinin sigorta ettirene ait çıkarın mı yoksa başkasına ait çıkarın mı sigorta ettirildiği belirsiz bırakılarak kurulması". Son halde, mevcut durumdan başkasına ait çıkarın sigortalandığı anlaşıldığı takdirde, başkası lehine sigortaya ilişkin hükümlerin uygulanması söz konusu olacaktır. Kimin çıkarının sigortalanmış olduğu saptanırken acaba sigorta sözleşmesinin yapıldığı an mı, rizikonun gerçekleştiği an mı, yoksa çıkar sahibi değişikliğinin meydana geldiği an mı belirleyici olacaktır? Kanımızca riziko anının esas alınması ve o anda kim çıkar sahibi ise onun sigortadan yararlanacağının kabul edilmesi makul bir çözümdür (çıkar sahibi değişikliği anının esas alınması da düşünülebilir). Buna göre yukarıdaki örnekte Kayseri-Mersin arasında -mesela- karayoluyla yapılacak taşıma sırasında mallar hasarlanacak olursa, kimin olacaksa onun hesabına yaptırılan sigortanın sigorta ettiren satıcının çıkarını koruduğu; buna karşılık malların Mersin'de deniz taşıyanına teslim sonrasında Marsilya'ya doğru yapılan yolculuk sırasında zarar görmesi olasılığında ise sigortanın alıcı lehine hüküm doğuracağı sonucuna varılacaktır.

Satıcı tarafından yaptırılacak sigortanın ICC (A)'daki "warehouse to warehouse" (depodan depoya) sigorta teminatı çerçevesinde "kimin olacaksa onun hesabına sigorta" biçiminde yaptırılması kanımızca INCOTERMS'e aykırı düşmez. Böylece hem satıcının hem de alıcının satış konusu mallarla ilgili taşıma (yük) sigortası gereksinimi tek bir sözleşme ile karşılanabilecektir.

5. Alıcının İstemi Üzerine, Satıcının, Savaş ve Grev Rizikolarına Karşı Koruma Sağlayan Ek Sigortaları da Yaptırma Yükümlülüğü

INCOTERMS uyarınca CIP satışta satıcı tarafından alıcı lehine yaptırılacak sigorta satış konusu malların düşünülebilecek bütün rizikolara karşı güvence altına alınmasını sağlamaz. Bir sigorta ürününün yaygın biçimde kullanılabilmesi o ürünün satın alınabilir bir fiyat üzerinden pazara sunulmuş olmasıyla çok sıkı biçimde bağlantılıdır. Bütün rizikoları eksiksiz kapsayan bir sigortanın primi çok yüksek olur ve ilgililer çoğu halde bunu karşılayamaz. Bu yüzden de satın almazlar. Bu sebeple bütün sigorta sözleşmeleri "kapsam dışında bırakılan" birçok hal içerir. Böylece sigortanın ticarileştirilmesi sağlanır ve uygun bir fiyatla pazara sunulması mümkün hale gelir. ICC (A) çerçevesinde elde edilen sigorta koruması yalnızca olağan koşullarda en sık görülen rizikoları içerir. ICC (A)'nın kapsam dışında bıraktığı haller somut ticari ilişkide alıcı bakımından önemli ve yüksek ölçüde riskli

olabilir ve alıcı bunlara karşı da sigorta güvencesi altında olmayı isteyebilir. Böyle olduğunda, ek sigortaların yaptırılması lazım gelecektir.

Bu hususla ilgili olarak INCOTERMS iki farklı çözüm öngörmüştür:

- INCOTERMS CIP A.5 fk.2 uyarınca bu ek sigortaların da satıcı tarafından yaptırılması
- INCOTERMS CIP A.5 fk.6 uyarınca alıcının bu ek sigortaları yaptırması

İlk olasılıkta, sigorta sözleşmesini satıcı kuracaktır. İkinci olasılıkta ise, ek sigortalar alıcı tarafından yaptırılacaktır. Bu son halde satıcı yalnızca alıcının ek sigortaları yaptırabilmesi için lazım gelen bilgileri aktaracaktır (INCOTERMS CIP A.5 fk.6'da düzenlenen ikinci olasılığı aşağıda ayrı bir başlık altında ele alacağız).

Alıcı, INCOTERMS 2020 CIP A.5 fk.1'de öngörülen sigorta koruması ile yetinmez ve Institute War Clauses ve/veya Institute Strikes Clauses (Savaş ve /veya Grev sigortası) gibi yahut benzeri teminat içeren ek sigortaları talep ederse, satıcı onun lehine bu ek sigortaları da (bunlar CIP A.5 fk.1 uyarınca elde edilen sigorta korumasına dahil bulunmadığı takdirde) yaptıracaktır. Ancak satıcı bu yükümlülüğünü, istediği bilgilerin kendisine aktarılmış olması ve masrafın da alıcı tarafından karşılanmış bulunması halinde ve alıcının talep ettiği ek sigortaları yaptırma olanağı varsa yerine getirecektir.

Uygulamada ek sigorta teminatına esas olarak "savaş", "grev", "lokavt", "işçi hareketleri", "terör", "siyasal veya ideolojik veya dinsel güdülerle zarar verilmesi" rizikoları için gereksinim duyulmaktadır.

INCOTERMS, ek sigorta masraflarının alıcı tarafından karşılanması gerektiğini hükme bağlamakta ise de, alıcının bu masrafları asıl borcuna dahil olarak mı yoksa ayrıca ve farklı zamanda mı ödeyeceği konusunda hüküm içermemektedir. Bu da doğaldır. Çünkü INCOTERMS ödeme konusunu hiç düzenlememektedir.

6. Sigorta Bedelinin En Azından Sözleşmede Kararlaştırılan Satış Parasının %10 Fazlasına Eşit Bulunması ve Satış Sözleşmesindeki Ulusal Para Üzerinden Olması

INCOTERMS CIP A.5 fk.3 satıcı tarafından alıcı lehine yaptırılacak sigortanın "en azından malların satış sözleşmesinde belirtilen satış parasının (semenin) yüzde on fazlası üzerinden yaptırılması gerektiğini" hükme bağlamaktadır. Bu kurala kısaca "yüzde yüz on (%110) kuralı" diyebiliriz (si-

gorta bedeli = sözleşmede kararlaştırılan satış bedeli + bu bedelin %10'u). Bundan başka, sigorta bedelinin satış sözleşmesinde kararlaştırılan satış parası ile aynı ulusal para üzerinden gösterilmiş bulunması da gereklidir.

Sigorta sözleşmelerinde sigortacının sorumlu olacağı en yüksek tutar "sigorta bedeli" (insured sum) deyimiyle anlatılır. Eşya sigortalarında sigorta bedelinin sigorta değerine (insured value) eşit olması esastır. "Sigorta değeri" sigorta konusu eşya (mal) ile ilgili sigortalanabilir çıkarın değeridir. Bu değer en başta eşyanın tam hasara (total loss = zıya) uğraması halinde, sigortalının bu yüzden malvarlığında meydana gelecek eksilmeyi kapsar. Ancak sigortalanabilir çıkar yalnızca eşyadaki değer azalması (hasar) veya bu değerin tümüyle yok olması (tam hasar = zıya) ile sınırlı değildir. Eşyanın hasarlanması veya zayi olması veya çalınmasından kaynaklanan diğer kayıplar (malvarlığındaki kötüleşmeler), özellikle eşyanın kullanılamaması dolayısıyla maruz kalınan gelir veya kazanç yoksunluğu (lucrum cessans) da o eşya ile bağlantılı zarar olarak sigortalanabilir çıkarın kapsamındadır. Bundan başka, sigorta konusu mallarla ilgili olarak masraf yapılması gereğinin ortaya çıkması da zarar sigortası ile temin edilen bir haldir.

a. CIP Satış Tutarı

CIP satılan mallarla ilgili olarak satıcının yaptıracağı yük taşıma sigortasının sigorta bedeli kuşkusuz en başta alıcının ödeyeceği CIP satış tutarını içerecektir. Alıcının ödediği CIP satış parası (satıcının, malları, bulundukları yerdeki değerleri üzerinden sattığı varsayımında) malların değerine ek olarak, bu mallar için yapılacak sigortanın primini ve malların taşınması karşılığında ödenecek taşıma ücretini kapsar (CIP = carriage and insurance paid to= taşıma ve sigorta ödenmiş olarak).

Yük sigortalarında yerleşmiş kural, sigorta değerinin bütün sigorta boyunca aynı kalması ve sigorta bedelinin malların taşıma başladığı sıradaki değerine (özellikle yükleme, taşıma ve sigortaya ilişkin) giderler eklenerek belirlenmesi yönündedir.

- İngiliz Deniz Sigortaları Kanunu'nun (Marine Insurance Act (MIA)) "Measure of Insurable Value" (Sigorta Değeri) başlıklı 16ncı maddesi uyarınca yük sigortasında, sigorta değeri malın ilk aşamadaki maliyeti ve buna eklenen yükleme masrafları ile sigorta için ödenen tutardan oluşur.
- Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu (VVG) § 136 fk.1 ve 2 uyarınca sigorta konusu malların gönderildikleri yerde, sigorta başlangıcındaki pi-

yasa değeri (piyasa değerinin yokluğunda genel değeri-herkes için sahip olduğu değer); sigorta giderleri, taşıyıcının malları teslim almasına kadar yapılan giderler ve geri alınması söz konusu olmayan navlun da eklenerek sigorta değerini oluşturur. Bu değer, riziko anında da sigorta değeri olarak kabul edilir.

- 1956 tarihli TTK'da şu hükümler mevcut idi:

  -- Karada gerçekleşecek taşımalara ilişkin "Sigorta Bedeli" başlıklı m. 1313: Sigorta bedeli, sigorta olunan malın taşınması için taşıyıcıya teslim olunduğu zaman o yerdeki değeriyle varma yerine ulaşmasına kadar olan taşıma ücretini ve diğer masrafları kapsar; şu kadar ki; malın varma yerine ulaşması halinde umulan ve makul haddi aşmayan kâr, sigorta poliçesine ayrıca yazılmak koşuluyla sigorta bedeline dahil ettirilebilir.

  -- Deniz taşımalarına ilişkin m. 1356: "Taraflar değer biçilmesi için başka bir esas kararlaştırmamışlarsa, malların yükleme yerinde ve yükleme zamanındaki değerleriyle sigorta masrafları da dahil olduğu halde gemiye yükleninceye kadar yapılan bütün masraflar, malların sigorta değeri sayılır.

  Navlun ile yolculuk sırasında ve varma yerinde yapılan masraflar ancak kararlaştırıldığı takdirde hesaba katılır."

  -- Samim Ünan'dan iki yaş daha büyük olan (ve bu yazı kaleme alındığı sırada hala hayatta kalmayı sürdüren) Emtia Nakliyat Sigortası Genel Şartları m.25 (ham maddeler ve toprak ürünleri için varma yerinde boşaltma zamanındaki hasarsız değerin belirleyici olacağı çözümünü benimsemiş bulunmakla birlikte) mamul ve yarı mamul mallarda sigorta değerinin "yükleme yer ve zamanındaki bedele, gemiye kadarki giderler ile geri alınması mümkün olmayan navlun, sigorta ücreti ve yüzde on kâr payı eklendikten sonra bulunan tutar" olacağını hükme bağlamıştır.

Bu noktada ayrıca şu hususu da vurgulamakta yarar olduğunu düşünmekteyiz: İngiliz ve Alman uygulamasında yük sigortaları çok büyük bir çoğunlukla "agreed value" (anlaşmalı değer) esasına göre yapılmaktadır. Her iki ülkede de "sigorta değerinin taşıma sırasında değişmemesi esası" geçerlidir (Alman VVG § 136 fk.2 bunu yasa kuralı haline getirmiştir). Alman hukukunda önemli ölçüde yüksek (aşkın) anlaşmalı değer (fahiş takse)

İngiliz hukukundan farklı olarak indirime konu olabilmektedir. Türk hukukunun çözümü de Alman hukukuna koşuttur (TTK 1464(2)).

Türk hukukunda deniz sigortaları 2011 tarihli TTK'da hiç düzenlenmemiştir. (Oysa 1956 tarihli TTK bu konuda (120 maddelik) ayrı bir "fasıl" içermekteydi). Dolayısıyla sigorta değeri ve sigorta bedeli ile ilgili olarak mal sigortaları alt bölümünde yer alan kurallar yük sigortalarına da uygulanacaklardır. Bu kurallar arasında "sigortacının (yalnızca riziko sebebiyle meydana gelmiş olan) zararı tazmin edeceğine" ilişkin TTK 1459; riziko anında sigorta bedeli zarar tutarını aşsa dahi, sigortacının zarardan fazlasını ödemeyeceğine ilişkin TTK 1460(1); sigorta bedelinin çıkar değerinin üzerinde olması halinde, aşan kısmın geçersiz sayılacağına ilişkin TTK 1463(1) cümle 1 ve takseli sigortaya (taraflarca üzerinde anlaşılan sigorta değerinin bağlayıcı olacağı; fakat bu değer fahiş olarak belirlenmişse, sigortacının indirilmesini isteyebileceğine) ilişkin TTK 1464 en başta gelenlerdir.

Türk sigorta uygulamasında "anlaşmalı değer üzerinden" (takseli) yük sigortası pek karşılaşılan bir durum değildir. Satıcı, CIP satış bedeli (CIP fatura değeri) üzerinden (buna yüzde on ekleyerek) sigorta yaptıracaktır. Ancak bu şekilde belirlenen sigorta bedeli riziko anında sigorta değerinden yüksek olduğu takdirde, yalnızca sigorta değerinin ödenmesi gerekecektir (sigorta bedeli içinde mevcut olan yüzde on oranındaki eklemeyi aşağıda ayrıca değerlendireceğiz).

Öte yandan, Türk hukukunda sigorta değerinin bütün taşıma boyunca sabit kalacağına ilişkin bir kural da bulunmamaktadır.

Sonuç olarak, CIP satış yapmış olan satıcının yaptıracağı sigortada CIP satış tutarının bu mallara ilişkin sigorta değerini oluşturması ve sigorta bedelinin de (yüzde onluk ekleme dışında) bu değere eşit olarak belirlenmesi yük sigortalarında olağan diyebileceğimiz uygulamayı yansıtmaktadır. Ancak yük sigortasının anlaşmalı değer üzerinden yapılmaması ve böylece aşkın veya eksik sigorta savlarının gündeme getirilebilmesi, ayrıca sigorta değerinin bütün taşıma bakımından sabit kalması kuralının mevcut olmaması, Türk hukukuna tabi yük sigortalarında sorun yaratabilecektir.

b. CIP Satış Tutarına Yüzde On Eklenmesi

CIP satış bedeline eklenecek yüzde onluk kısım acaba neyin karşılığıdır?

Bu bağlamda "beklenen kazanç", "masraflar" "yeni değer (ikame değeri)" ve "artan değer" olasılıklarını ele almamız gerekir.

aa. Beklenen Kazanç

Kanımızca yük sigortalarında sigorta bedelinin içerdiği CIP satış tutarına "yüzde on oranında yapılan ekleme" en başta yoksun kalınan kazanca ilişkin bir teminattır. Geleneksel uygulama bu doğrultudadır (Bkz. mesela DUNT, Marine Cargo Insurance, 2009, p.61, 4.7: "There is a commercial practice in c.i.f (c.i.p) sales of valuing cargo as its c.i.f (c.i.p) value plus 10% to cover notional loss of profits by the buyer").

Kazanç kaybı teminatına ilişkin olarak Türk hukuku bakımından aşağıdaki özellikleri de belirtmek gerekir: TTK 1453(2) cümle 1 uyarınca aksine sözleşme yapılmadığı zaman, kazanç kaybı sigorta kapsamında olmayacaktır. (TTK 1453(2) cümle 2: "kazancın makul sınırı aşan kısmı sigorta edilemez"). Bu sebeple satıcının kazanç kaybının da temin edilmiş olacağı konusunda sigortacı ile anlaşma yapmış bulunması lazım gelmektedir.

bb. Öngörülmemiş Masraflar:

CIP satılan mallarla ilgili olarak taşıma sırasında ortaya çıkan durumlar dolayısıyla masraf yapılması gerekebilir. Mesela: Taşıma sırasında zarar gören yükün gönderilenin (alıcının) lokasyonundan başka bir yerde onarılması veya yenisiyle değiştirilmesi ile bağlantılı bazı masraflar.

Öğretide, sigorta bedeline yüzde on oranında yapılan eklemenin bu masraflar için teminat sağlamış olacağı görüşü de dile getirilmektedir. (Mesela bkz. Rhidian THOMAS, The Concept and measure of indemnity in marine policies in the Modern Law of Marine Insurances, Volume 3, 2009, p.29, 2.67: "The insurable value extends beyond the valuation of the insured subject-matter, narrowly defined…it extends to include …. with regards to insurances on goods the expenses of and incidental to shipping. Cargo is therefore customarily insured on the basis of its CIF value plus 10%.....")

cc. Artan Değer (Increased Value) Teminatı - Yeni Değer Sigortası

Yükün değeri yolculuk sırasında önemli ölçüde artmış olduğunda, yük tam hasara uğrar veya zarar görmüş halde varma yerine ulaşırsa, alıcı bundan dolayı kayba uğrayabilir. Bu kayba karşı "artan değer sigortası" yaptırılabilir. Bu teminat da uluslararası uygulamada yük değerinin %10'u oranında verilmektedir.

Bir malın tam hasara uğraması (mesela makinenin kullanılamaz hale gelmesi) halinde sigortacı tarafından ödenecek tazminat o makinenin yerine

yenisinin edinilmesi için harcanması gereken tutardan önemli ölçüde daha az olabilir. İşini sürdürebilmek için sigorta konusu makinenin yenisini alması gereken sigorta ettirenin kaynak gereksinimi (sigortacıdan aldığı tazminat ile yeni makine fiyatı arasındaki fark) yeni değer sigortası ile temin edilebilmektedir. TTK 1461(2) yeni değer sigortasının "yalnızca uğranılan zararın ödeneceği" kuralının istisnasını oluşturacağını öngörmektedir. Burada sigorta sözleşmesi uyarınca "zarardan fazlasının ödenmesi" yerine "yapılması lazım gelen bir masrafın karşılanmasını" hedef tutan bir teminatın söz konusu olduğu yorumu daha uygun düşebilir.

c. Sigorta Bedelinin Malın CIP Satış Tutarına Yüzde On Eklenerek Belirlenmesi Kuralının Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi

Sigorta sözleşmesi, sigorta bedeli içinde yer alan mala ilişkin (teslim yerindeki) CIP satış bedelinin %10'u oranındaki kısmın hangi çıkarı korumaya yönelik olduğunu belirtmeli midir? Yoksa, götürü şekilde, yukarıda saydığımız çıkarlardan birinin zedelendiğini (sigortalıdan bu olguyu ve bundan kaynaklanan zarar tutarını kanıtlamasını istemeden) kabul ederek, yükteki değer azalmasını %10 fazlasıyla mı tazmin etmek gerekir?

Uygulama ikinci çözüm doğrultusunda yerleşmiş görünmektedir. Ancak zarar sigortaları alanında geçerli olan ilkelerle daha uyumlu olan, yüzde onluk eklemenin hangi amaçla (hangi zararı veya zararla bir tutulan masrafı temin etmek üzere) öngörüldüğünü sigorta sözleşmesinde belirtmek ve sigortalı alıcıdan yüzde onluk ek teminat kapsamındaki zararını kanıtlamasını istemektir.

Yukarıda da açıkladığımız gibi, kazanç kaybının sigorta kapsamında olması, ancak tarafların bu hususta anlaşması ile mümkündür (TTK 1453(2) cümle 1). Benzer bir durum masraf teminatı ve yeni değer teminatı bakımlarından da söz konusudur. Bu teminatlar üzerinde de anlaşma yapılmış olması gerekir. Sigorta sözleşmesinde, sigorta bedelinin, mal bedeline yüzde on oranında ekleme yapılarak belirlenmiş olması, sözleşmede başka bir açıklık yoksa acaba hangi anlama gelecektir? Bunun neye ilişkin bulunduğu hususunda taraflarca yapılmış açık veya örtülü bir anlaşmanın yokluğunda, yüzde onluk eklemenin tümüyle devre dışı (sonuçsuz) kalması makul ve taraf iradelerine uygun düşen bir sonuç olmayacaktır. Bu sebeple, kazanç kaybı, masraf ve artan değer teminatlarının hepsinin alındığı ve yüzde onluk kısmın bunların herhangi biri veya tümü için -herhangi bir bölünme olmaksızın- bütünüyle kullanılabileceği yorumunu benimsemek doğru olur.

7. Sigortanın, Satış Konusu Malları, Teslim Yerinden Satış Sözleşmesinde Belirtilen Varma Yerine Kadar Koruması

INCOTERMS 2020 CIP A.5 fk.4 uyarınca satıcı tarafından yaptırılacak sigortanın "teslim yerinden, kararlaştırılan varma yerine kadar" teminat sağlaması gerekmektedir.

INCOTERMS CIP A.5 fk.4 teslim yerinden maksadın "CIP A.2 maddesi anlamındaki teslim yeri" olduğunu belirtmekte ise de, A.2 maddesinde yalnızca teslim için üzerinde anlaşılmış tarih veya süreden söz edilmekte, herhangi bir yer açıkça belirtilmemektedir. Bununla birlikte A.2 maddesi, satıcının malları taşıyıcıya/taşıyana A.4 maddesi çerçevesinde teslim edeceğini öngörmektedir. CIP A.4 maddesinde ise "satıcının, malların -eğer varsa- üzerinde anlaşılan teslim yerinden, kararlaştırılan varma yerine (veya oradaki bir noktaya) kadar taşınması için taşıma sözleşmesi kuracağı" hüküm altına alınmıştır. Böylece sıçramalı biçimde (önce A.5'ten A.2'ye oradan da A.4'e atlayarak) teslim yerine ilişkin kurallara ulaşabiliyoruz.

CIP A.4 cümle 3 gereğince, belirli bir yer üzerinde anlaşılmış olmadığı veya bu gibi bir yer uygulama tarafından belirlenmiş bulunmadığı takdirde, satıcının gerek teslim yerini gerek varma yerindeki noktayı amaca en uygun düşecek biçimde seçmesi gerekmektedir. Bu durumda, teslim yerinin satış sözleşmesinde saptanması, satıcı ile alıcı bu hususta bir anlaşma yapmamışlarsa uygulamaya bakılarak belirlenmesi (mutat yerde teslim), bu da mevcut değilse satıcı tarafından en uygun yer olarak seçilmesi söz konusudur.

Eğer satış konusu malların (yukarıda belirtilen anlamdaki) teslim yerine kadar ayrıca taşınması lazım gelmekte ise, bu taşıma sırasında meydana gelecek hasarlara katlanma yükümlülüğü satıcıya aittir. Satıcının alıcı lehine yaptırması gereken sigortanın bu kesit bakımından çıkar sahibi olmayan alıcıyı koruması mümkün bulunmamaktadır. Zaten INCOTERMS 2020 de, sigortanın sağlayacağı korumanın "teslim yerinden" başlayacağını öngörmektedir.

INCOTERMS 2020'nin CIP satışlar için temel tercihi olan ICC (A), "depodan depoya" koruma sağlamaktadır. Fakat bu koruma "sigortalanabilir çıkar" klozuna tabidir. ICC (A) 2009 m.11.1 uyarınca sigorta tazminatına hak kazanabilmek için, sigortalının riziko anında sigorta konusu mallar üzerinde sigortalanabilir çıkara sahip bulunması şarttır. Satıcı tarafından malların taşıyıcıya/taşıyana teslim edileceği yere kadarki taşıma kesitinde yalnızca satıcı çıkar sahibi olduğu için, daha önce değindiğimiz "kimin olacaksa

onun lehine sigorta" (veya satıcıyı da koruyan genişlikte başka bir sigorta) seçeneğine göre yapılmış bir sigorta sözleşmesi mevcut değilse, ICC (A) teminatı satıcıyı bu kesitte ortaya çıkacak hasarlara karşı korumayacaktır.

CIP satışlarda varma yeri (veya noktası) alıcının ülkesindeki herhangi bir yer olabilir. Alıcının ülkesine deniz yoluyla taşınan malların, satış sözleşmesi uyarınca varma limanından daha öteye götürülmesi ve orada teslim edilmesi gerekiyorsa, taşıma sözleşmesi ve sigorta bu son kesiti de kapsayacaktır.

Varma yeri ülkesi, sigortanın o ülkede yaptırılmış olmasını şart koşmakta ise acaba satıcı bu koşula uymakla yükümlü olacak mıdır? Bu hususta basit çözümün satıcı ile alıcının CIP yerine sigorta yaptırma borcunu içermeyen CPT (Carriage paid to = taşıma ödenmiş olarak) üzerinde anlaşmaları olduğu belirtilmektedir (INCOTERMS 2020 - İç ve Dış Ticarete İlişkin Ticari terimlerin Kullanımı için ICC Kuralları- ICC Yayın No. 723 ET, s. 52: "Böyle bir durumda taraflar CPT terimi uyarınca alım-satım yapmayı düşünmelidirler"). Ancak bunun "ulusal eğitimi okullar olmadan yönetmeye benzediği" düşüncesi akla gelebilecektir. Söz konusu soruna çözüm olmak üzere (CPT satış dışında) üç değişik seçenek düşünülebilir:

- Satıcının sigorta yaptırma borcundan kurtulmuş sayılması
- Fronting (satıcının ülkesindeki sigortacının rizikonun tamamını veya tamamına yakınını üstlenen reasürör olarak hareket etmesi ve sigorta sözleşmesinin ise broker tarafından bulunacak alıcının ülkesindeki yerel bir sigortacı tarafından yapılması)
- Satıcının ülkesinde yaptırılacak sigortanın (alıcı ülkesi bu sigortayı hukuka uygun saymasa da) sigorta yaptırma borcu bakımından yeterli görülmesi

Kanımızca ilk seçenek ancak ikinci seçenek işlemiyorsa düşünülebilir (Satıcının sigorta yaptırma borcundan kurtulmuş sayılması olasılığında satış bedelinden prim için eklenmiş olan tutarın indirilmesi lazım gelecektir). Üçüncü seçenek bakımından da durum aynıdır. Eğer satıcının kendi sigortacısı aracılığıyla örgütleyebileceği fronting işlemi yoluyla alıcının ülkesinde sigorta yaptırmış olma gereği karşılanabilmekte ise bu yola gidilmelidir. Ancak satıcı, sigortanın alıcı ülkesinde yaptırılması gereğini bilmiyor ve bilmesi de gerekmiyorsa o zaman üçüncü seçenek geçerli olabilir.

8. Satıcının, Sigorta Poliçesini, Sigorta Sertifikasını veya Sigorta Teminatını Kanıtlayan Diğer Bir Belgeyi Sağlama Yükümlülüğü

INCOTERMS 2020 CIP A.5 fk.4 uyarınca satıcı, alıcıya sigorta poliçesini veya sigorta sertifikasını veya sigorta teminatına ilişkin başka bir kanıtı sağlamak zorundadır. Alıcının lehine yapılan sigorta sözleşmesine dayanarak gerektiğinde haklarını kullanabilmesi, en başta bu hakları kanıtlamasına bağlıdır. Sigorta ilişkisi de en başta sigorta poliçesi olarak adlandırılan ve sigortacı tarafından "ispat amaçlı" düzenlenen belgeyle kanıtlanır. Ancak sigorta poliçesi sigorta ilişkisini kanıtlamakta yararlanılabilecek tek araç değildir. Uygulamada özellikle grup sigortalarında ve çerçeve sözleşmelerde lehine sigorta yapılan kişilere "sigorta sertifikası" verilmektedir. INCOTERMS 2020, poliçe ve sigorta sertifikası yanında kanıt niteliğindeki diğer belgeleri de yeterli saymıştır. Kanımızca alıcıya sağlanacak diğer belgenin "alıcının lehine mevcut olan sigorta teminatını açık biçimde ortaya koyması" diğer bir anlatışla alıcının yalnızca bu belgeye dayanarak sigortacıya karşı hak ileri sürebilmesi lazımdır.

INCOTERMS 2020, satıcının sigortaya ilişkin poliçe, sertifika veya diğer kanıtı alıcıya ne zaman sağlaması gerektiğini hükme bağlamamaktadır. Özellikle sigortayı kanıtlayan belgenin CIP A.6'da öngörülen taşıma/teslim belgeleriyle birlikte mi sağlanacağı hususu açık bırakılmıştır. Bu hususta tarafların anlaşması belirleyici olacaktır. Ancak, tarafların aksine anlaşmaları yoksa, en geç taşıma rizikosunun başladığı ana kadar sigortaya ilişkin belgenin alıcıya sağlanmış olması lazımdır. Taşıma sigortaları alanında sigortanın taşıma başladıktan sonra yaptırılması mümkün ve sık karşılaşılan bir durum ise de, satıcı-alıcı ilişkisinde çözüm farklı olmalıdır. Alıcı malları taşıma sırasında başka bir alıcıya satmak isteyebilir. Bu sonraki satış sırasında sigorta kanıtının da (yeni alıcıya verilmek, en azından sunulmak üzere) alıcının elinde olmasına gereksinim duyulabilir.

9. Satıcının Alıcıya Ek Sigorta Güvencesi Elde Etmek İçin Gereksinim Duyduğu Bilgileri Sağlama Yükümlülüğü

Yukarıda INCOTERMS 2020 CIP A.5 fk.2'de satıcının, alıcı tarafından istenebilecek ek sigortaları da yaptırması borcunu incelemiş idik. Bazı durumlarda alıcı, gereksinim duyduğu ek sigortaları satıcının yaptırmasını ondan talep etmek yerine, bu sigortaları kendi yaptırmak yoluna gidebilir. Böyle bir halde, alıcının sigorta yaptırabilmek için lazım gelen bilgileri satıcıdan alması lazım gelmektedir.

INCOTERMS CIP A.5 fk.6 satıcıya, ek sigorta teminatı almak için alıcının ihtiyaç duyacağı bilgileri ona aktarma borcunu yüklemektedir. Ancak bu borç, alıcının istemi üzerine yerine getirilecektir. Ayrıca masraf ve riziko da alıcıya ait olacaktır.

Bu bağlamda üzerinde durulması gereken husus, CPT A.5'te olduğu gibi burada da "satıcının elinde bulunan" (in the possession of the seller) bilgileri aktarmasının yeterli görülüp görülmeyeceğidir. Kanımızca soruya olumlu yanıt verilmesi gerekir.

Bilgi aktarımı eğer masrafa yol açmakta ise, bu masrafın alıcı tarafından karşılanması makul bir çözümdür. Buna karşılık "rizikonun alıcıya ait olması" ile ne kastedildiği açık değildir. Satıcının gerekli özeni göstermemiş olması sebebiyle hatalı bilgi edinmiş ve/veya alıcıya aktarmış olması durumunda, sigortanın yetersizliğinden veya geçersizliğinden satıcının hiç sorumlu olmaması katı bir çözümdür.

III. CIF SATIŞLARDA SİGORTAYA İLİŞKİN HÜKÜMLER

INCOTERMS 2020, satıcının sigorta yaptırma borcunu, yukarıda (sigortaya ilişkin düzenlemesi bakımından) incelediğimiz (bütün taşıma modlarını kapsayan) CIP satışlardan başka bir de (yalnızca deniz veya iç sularda yapılacak taşıma ile sınırlı bulunan) CIF satışlarda öngörmüştür.

INCOTERMS 2020 CIF hükümleri de satıcının sigorta yaptırma borcunu "sigorta" başlıklı A.5 maddesinde CIP A.5'e çok benzeyen bir biçimde düzenlemiştir.

ICC (A) ile ICC (C) arasında şu farklar mevcuttur:

a) CIP ile CIF arasındaki sigorta bakımından en önemli fark CIP'te ICC (A) (veya eşdeğeri) bir sigorta öngörülmüş olduğu halde CIF'te ICC (C) veya eşdeğer bir teminatla yetinilmiş bulunmasıdır.

ICC (A) "all risks" (bütün rizikolar) esasına göre teminat sağlamaktadır (geniş teminat); buna karşılık ICC (C) "named perils" (sözleşmede belirtilen rizikolar) esasına göre biçimlendirilmiştir (dar teminat).

"All risks" sigortalarda sigortacı meydana gelen rizikonun teminata dahil bulunmadığını kanıtlamadıkça sorumlu olacaktır. Sigortalı alıcı ICC (A) uyarınca lehine yapılmış sigortada yalnızca zaman ve yer bakımından sigorta teminatı kapsamında sayılması gereken bir taşıma rizikosunun gerçekleş-

tiğini ortaya koyacaktır. Bunun üzerine kanıt yükü yer değiştirecek ve sigortacının -sorumluluktan kurtulmak için- söz konusu rizikonun teminat dışında bırakılmış olan bir halden kaynaklandığını ispatlaması gerekecektir.

"Named perils" sigortalarda ise sigortalı alıcının, sigorta sözleşmesinde (insuring clause'da = kapsam maddesinde) teminata dahil bulunduğu belirtilen bir halden kaynaklanan rizikonun zaman ve yer bakımından çizilen sınırlar içinde gerçekleştiğini kanıtlaması lazımdır.

ICC (C) kapsamındaki rizikolar yalnızca şunlardır: Yangın ve patlama, karaya oturma, alabora olma, batma, çatma, barınma limanında yükün boşaltılması, müşterek avarya fedakârlığı. Alıcı, sigortacıdan talepte bulunabilmek amacıyla, bu hallerden birinin söz konusu olduğunu ve yükün bu yüzden zarar gördüğünü ortaya koyacaktır. Sayılan hallerden birinin varlığı kanıtlanınca ispat yükü yer değiştirecek ve sigortacının, tazminat ödeme yükümlülüğünden kurtulmasını sağlayan (teminat dışında bırakılan) bir sebebin zarara yol açtığını veya sigorta ettiren veya sigortalının sigorta korumasından yararlanmak için üzerine düşenleri yapmadığını (mesela külfet - yasadaki deyimle yükümlülük- ihlali) ispatlaması lazım gelecektir.

b) CIF satışlarda alıcının taşıma bakımından sigortalanabilir çıkarı tarafların satış sözleşmesinde kararlaştırmış oldukları varma yerinden daha uzakta bulunan bir depoya kadar sürebilir. Bununla birlikte, satıcı CIF satışta yalnızca varma yerine kadar sigorta yaptırmakla yükümlüdür. Mesela Mersin'de taşıyana teslim koşuluyla Marsilya'ya kadar CIF satılmış olan malların varma yeri olarak belirlenen Marsilya'dan Toulouse'a kadar götürülmesi gerekmekte ise, satıcı Marsilya-Toulouse arasındaki kara taşıması için alıcı lehine sigorta yaptırmak zorunda değildir. Böyle bir durumda ya alıcının talebi üzerine ve masrafı alıcı tarafından karşılanmak kaydıyla satıcı tarafından alıcı lehine ek bir sigorta yaptırılacak (veya alıcı gereken bilgileri satıcıdan alarak kendi adına sigorta yaptıracak) ya da tarafların CIP satış seçeneğini benimsemeleri gerekecektir.

IV. BAZI SORUNLAR

1. Satıcının «Kendi Adına ve Hesabına» Sigorta Yaptırması

Türk uygulamasında bazen satıcı CIP/CIF sattığı mallar için taşıma rizikolarına karşı "kendi adına ve hesabına" sigorta yaptırmaktadır. Diğer bir

anlatışla sigorta poliçesinde satıcı hem "sigorta ettiren" (sigorta sözleşmesinin tarafı) hem de "sigortalı" (o sigorta sözleşmesi ile çıkarı sigorta teminatı alınmış hak sahibi) olarak görünmektedir. Bu gibi bir durumda satıcı INCOTERMS CIP/CIF A.5 hükmüne uymuş sayılmaz. Çünkü INCOTERMS 2020 CIP/CIF A.5 (Satıcının Borçları- Sigorta) maddesi, satıcı tarafından "alıcı lehine ve alıcının doğrudan sigortacıdan istemde bulunabileceği şekilde" sigorta yaptırılacağını öngörmektedir.

Satıcının CIP/CIF satılan mallar üzerinde çıkarı var mıdır? Taşıyana/taşıyıcıya teslim sonrasında taşıma sürerken meydana gelecek zarara (hasar malların taşıyıcıya teslimi ile alıcıya geçmiş olduğu için) satıcı değil, alıcı katlanacaktır. O halde satıcının bu kesit bakımından sigortalanabilir (daha doğrusu taşıma sigortası ile temin edilebilir) çıkarı yoktur. Ancak malların zarar görmemesi, alıcının borçlarını yerine getirmede daha özenli davranmaya yöneltecektir. (Deneyimler, alıcıların zarar gören malları kabul etmede ve bunlarla ilgili satış parası borcunu ödemede daha gönülsüz olduklarını ve zorluk çıkardıklarını göstermektedir). Bu bakımdan, malların taşıma sırasında zarar görmemesi ve alıcıya sağlam durumda ulaşması kuşkusuz satıcının da yararınadır.

"Alıcı lehine" yaptırılan bir taşıma sigortasının, satıcı lehine sonuç meydana getirmesi kural olarak mümkün değildir. Sigorta kimin çıkarı için yapılmışsa, sigortadan o yararlanacaktır. (Bununla birlikte, "başkası lehine sigorta" başlıklı TTK 1454, ne şekilde işleyeceği pek anlaşılamayan bir şekilde "..Sigorta sözleşmesinden doğan haklar sigortalıya aittir. Sigortalı aksine sözleşme yoksa, sigorta tazminatının ödenmesini sigortacıdan isteyebilir ve onu dava edebilir" hükmünü içermektedir (fk.1 cümle 2 ve 3). Bu hüküm, sigorta ettirenin, başkası lehine sigorta sözleşmesini kurarken, sigortacı ile "ödemenin sigortalıya yapılmaması" konusunda anlaşabileceği ve yine sigortacıyla anlaşarak "sigortalının, lehine yapılan sigorta sözleşmesine dayanarak sigortacıyı dava etmesini engelleyebileceği" sonuçlarının çıkarılmasına elverişlidir. Ödeme sigortalıya yapılmayacak, bunun yerine sigorta ettirene gerçekleştirilecekse, sigorta ettiren sigortalının uğradığı zarar için hangi hakla tazminat alacaktır? Kendisine ödenen tutarı ikinci aşamada sigortalıya aktarmakla mı yükümlü olacaktır? Eğer böyle ise sigortalıyı istem ve dava hakkından yoksun bırakmanın gerekçesi nedir? Bu soruların makul yanıtı bulunamamaktadır). Önemle belirtelim ki INCOTERMS CIP/CIF A.5 fk.1 cümle 2 satıcının yaptırma borcu altında olduğunu sigortanın "alıcıya veya çıkar sahibi diğer bir kişiye doğrudan sigortacıdan istemde bulunma hakkını

vermesi" gerektiğini öngördüğünden, sigortalı (veya diğer bir çıkar sahibinin) sigortacıya doğrudan başvuramayacağı yolundaki sözleşme koşulları INCOTERMS'e aykırı düşecektir.

Ülkemizde Yargıtay "satış konusu malların satış parası henüz ödenmemişse, yaptırılan yük taşıma sigortası bağlamında satıcının da çıkarı olacağını" benimseyen kararlar vermiştir (bkz. mesela Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E. 2015/8263, K. 2016/3076 T. 21.03.2016). Yüksek Mahkeme özellikle CAD (cash against documents = belge karşılığı = eski deyimle: vesaik mukabili) veya CAG (cash against goods = mal karşılığı = eski deyimle mal mukabili) satışlarda CAD ve CAG kayıtlarının CIP/CIF satışlarda "riskin geçişine ilişkin kuralı devre dışı bırakacağını" (aslında ödemeye ilişkin olan CAD ve CAG kayıtlarının "taşıyana/taşıyıcıya teslim ile mallar üzerindeki rizikonun alıcıya geçmiş olacağı" kuralının aksine anlaşma sayılacağını; CIF/CIP kayıtlarının ise rizikonun geçişi bakımından hüküm doğurmayacağını) benimsemekte ve satıcının taşıma sırasında oluşan yük zararlarını sigortacıdan isteyebilmesine yeşil ışık yakmaktadır. (Ancak aksi yönde kararlar da mevcuttur; mesela bkz. 11. Hukuk Dairesi 2017/4592 E., 2019/1648 K. T. 27/02/2019).

Bu yargısal çözümün yerinde olup olmadığını, sigortanın hangi çıkarı korumak üzere yaptırılmış olduğunu dikkate alarak değişik olasılıklar için aşağıdaki gibi değerlendirebiliriz:

- Satıcı CIP/CIF satışlarda sigortayı "alıcı lehine" yaptırmış bulunuyorsa bu sigortadan kural olarak yararlanamaz çünkü satıcının çıkarı (yukarıda da belirttiğimiz gibi) sigorta kapsamında değildir. Bununla birlikte alıcının malları reddetmesi üzerine satıcı bazı koşullarla sigorta tazminatı üzerinde hak öne sürebilecektir.
- Satıcının kendi lehine (hem sigorta ettiren hem de sigortalı olarak) yaptırdığı bir sigortanın yalnızca malların alıcı tarafından reddedilmesi olasılığında satıcı lehine hüküm doğurması düşünülebilir.
- Kimin olacaksa onun lehine sigorta söz konusu ise, bu olasılıkta da taşıma rizikosu alıcı üzerinde olduğundan, satıcı (malların alıcı tarafından reddedilmesi üzerine çıkar sahibi konumuna gelmedikçe) herhangi bir hak öne süremez.

Özetlediğimiz bu gerekçelerle Yüksek Mahkeme'nin CIP/CIF satılan mallarla ilgili bir taşıma sigortası bakımından satıcıyı çıkar sahibi sayarak,

sigorta korumasını onun lehine işletmesi çoğunlukla doğru bir çözüm değildir. Söz konusu çözüm ancak ayrık hal niteliğini taşıyan alıcının malları reddetmesi durumunda benimsenebilir.

Yargıtay bazı kararlarında, yorum yoluyla alıcı lehine yapılmış sayılması gereken veya kimin çıkarı için yapıldığı sigorta sözleşmesinde (poliçede) açık biçimde belirtilmemiş olan sigortalarda, "satıcının da" (eğer mal bedeli ödenmemişse) sigortalı olarak kabul edilebileceği görüşünü benimsemektedir.

Yalnızca mal bedelinin ödenmemesi satıcının sigortaya başvurabilmesini sağlamaz. Malları hasarlı halde kabul etmiş alıcının satış parasını (satıcıdan başka bir hukuksal ilişki sebebiyle alacaklı olduğunu öne sürerek) ödemediğini, fakat zarar gören mallar için sigortacıdan sigorta tazminatını istediğini varsayalım. Satıcı da (Yargıtay içtihadına dayanarak) sigortacıdan ödeme talep etmiş olsun. Bu olasılıkta acaba Yüksek Mahkeme sigorta tazminatı üzerinde kimi hak sahibi sayacaktır? Sigortacının hem satıcıya hem de alıcıya ayrı ayrı iki kere ödeme yapmasını mı uygun görecektir?

CIF/CIP satışlarda mallar üzerindeki rizikonun alıcıya geçmiş olması şu anlama gelir:

- Mallar taşıma sırasında hasara uğrarsa, bu, satıcının değil alıcının katlanması gereken bir haldir.
- Dolayısıyla eğer satış parası henüz ödenmemiş ise, alıcı bunu ödeme borcundan kurtulmuş olmaz
- Satış parası daha önce ödenmiş idiyse, satıcı tahsil ettiği bu tutarı geri vermekle yükümlü değildir.

Görüldüğü üzere, taşıma rizikosunun meydana gelmesi hukuken satıcı aleyhine hiçbir olumsuz sonuca yol açmamaktadır. Satıcının zarara uğradığından söz etmek mümkün bulunmamaktadır.

Öte yandan, sigortalanabilir çıkara sahip olmak ile o çıkarın yapılan sigorta ile temin edilmiş olup olmadığı farklı hususlardır. Satış parası ödenmediği takdirde, satıcının

- yabancı ülkede dava açmak, bunun için masraf yapmak, uzun zaman boyunca davanın sonucunu beklemek zorunda kalması;
- alıcının malları (veya bunları temsil eden belgeleri) teslim almayı reddetmesi olasılığında malik çıkarının yeniden satıcıya dönecek olması

yönlerinden korunmaya ve sigortalanmaya değer çıkarı olduğu yurt dışında da kabul edilmektedir.

CIF/CIP satışlarda satıcının satış parası ödenene kadar mallar üzerinde çıkarı bulunacağı düşüncesi doğrultusunda, uygulamada "seller's interest" (satıcı çıkarı) ismiyle anılan bir sigorta yaptırılmaktadır (Almanya'da bu gereksinim için sigorta koruması "Exportschutzversicherung" (dışsatım koruma sigortası) ile sağlanmaktadır). Ancak satış parasının ödenmemesi bağlamında verilen teminat, aşağıda açıklamaya çalıştığımız gibi, satıcının INCOTERMS uyarınca CIP/CIF satışlarda (alıcı lehine) yaptırmakla yükümlü olduğu yük taşıma sigortasından tamamen farklı sigortalardır.

"Exportschutzversicherung" (dışsatım koruma sigortası) CIP ve CIF dışındaki satışlarda, malların zarar görmesi halinde alıcının üzerine düşen ödeme borcunu (sigorta yaptırmış olmadığı veya yaptırdığı sigorta yetersiz olduğundan) yerine getirmemesi olasılığı için satıcıya sigorta koruması sağlamaktadır. Bu sigorta koruması ihracat kredi sigortası (ticari alacak sigortası) ile benzerlik göstermekle birlikte ondan bazı açılardan değişiktir: Dışsatım koruma sigortasında yük sigortası kapsamında sigortacının sorumlu olduğu bir yük zararının meydana gelmiş olması temel koşuldur. Ticari alacak sigortasında ise böyle bir şart yoktur; alıcının borcunu ödememesi (sigorta kapsamı dışında bırakılan haller hariç) sigorta korumasının işlerlik kazanması için yeterlidir. CIF ve CIP satışlarda, sigorta ettiren, alıcı lehine yaptırdığı sigortanın ne gibi teminatlar sağladığını bilmektedir. Malların alıcı tarafından kabul edilmemesi olasılığında satıcı mallar üzerinde yeniden hak sahibi olacak (hak kendisine -geri- dönecek) ve malları taşıma rizikolarına karşı koruyan sigortadan da (yeni çıkar sahibinin sigorta koruması altında olması kuralı sayesinde) yararlanabilecektir. Bununla birlikte, alıcı malları teslim almadığında, satıcı yine de bazı olumsuz durumlarla karşılaşabilecektir (mesela malların "bozulması" olasılığında, "sigortanın süresinin dolmuş olması" veya "sigortanın imha masraflarını karşılamaması"). Bu açıdan ihracat koruma sigortası yararlıdır.

Dışalım olasılığında ise Almanya'da "Importschutzversicherung" (dışalım koruma sigortası) sayesinde koruma elde edilmektedir. Alıcı, CIP veya CIF satış üzerinde anlaşmış olmasına karşın, satıcının (alıcı lehine) yaptırdığı sigortaya ek olarak kendi ülkesinde de yük sigortası yaptırmaktadır. Alıcı kendi ülkesindeki sigortacıdan ödeme aldıktan sonra, satıcının yaptırdığı sigortadan olan alacağını kendi ülkesindeki sigortacıya devretmektedir. Satıcının yaptırdığı sigorta dar kapsamlı olduğu takdirde ve alıcı kendi ülkesin-

deki sigortacıdan daha geniş bir koruma elde etmek istiyorsa, ayrıca "Konditionsdifferenz-Versicherung" (fark sigortası) da yaptırabilmektedir.

Ticari alacağın ödenmemesi olasılığı için yaptırılması gereken genel nitelikli sigorta ise ticari alacak (kredi) sigortasıdır. Kuşkusuz satıcı, semen alacağını tahsil edememe (alıcının ödeme yapmaması) rizikosuna karşı en başta ticari alacak sigortası ile korunabilir.

Bununla birlikte, bu noktada şunu bir kere daha vurgulayalım: INCOTERMS 2020 çerçevesinde CIP/CIF satışlarda satıcının alıcı lehine yaptıracağı sigortada, alıcının malları reddetmesi halinde, satıcı yeniden hak (ve çıkar) sahibi haline geleceğinden,

- INCOTERMS'e uygun biçimde alıcı ve çıkar sahibi olabilecek diğer kişiler lehine yapılan sigortada yeni çıkar sahibi sıfatıyla;
- INCOTERMS'e aykırı şekilde satıcı lehine yapılmış olan sigortada ise satıcı zaten sigorta koruması altındaki kişi olduğu için

sigortadan yararlanabilecektir.

Anımsatalım ki INCOTERMS 2020 CIP/CIF A.5 fk. 1 cümle 2 "sigortanın alıcıyı veya satış konusu mallar üzerinde sigortalanabilir çıkara sahip diğer herhangi bir kişiyi" koruyacak biçimde yapılmasını (bu kişilere doğrudan sigortacıdan istemde bulunma hakkını sağlamasını) öngörmektedir. Mallar alıcı tarafından varma yerinde kabul edilmezse, satıcının bunlar üzerinde yeniden hak sahibi ve sigorta ile korunmaya elverişli bir çıkara sahip konuma geleceğinin benimsenmesi makul görünen bir çözümdür. Bu olasılıkta satıcının "geriye etkili" olarak hak kazanacağı ve yüklerdeki hasarın alıcı tarafından malların reddi anından önce meydana geldiği saptansa dahi sigorta tazminatını talep edebileceği sonucuna varmak uygun olur. Burada (Türk hukuku bakımından) varsayım, sigorta sözleşmesinde sigortalı mal üzerindeki çıkarın el değiştirmiş olması halinde sigortanın yeni çıkar sahibi ile devam edeceğinin öngörülmüş olmasıdır (TTK 1470'teki "aksine anlaşma" olanağın kullanılması ve çıkar değişikliği durumunda sigortanın süreceğinin kararlaştırılması).

"Kimin olacaksa onun lehine" sigorta olasılığında da, alıcının yükü teslim almaması üzerine satıcının sigortalanabilir çıkar sahibi konumuna gelmesi anından başlayarak sigorta satıcı lehine hüküm doğurabilecektir.

(Bu noktada Türk hukukunun yanlış düzenlemelerinden birinin "satıcı lehine" yapılmış sigortada sorun yaratabileceğini de belirtmemiz gerekir: TTK 1408 uyarınca sigortalanabilir çıkar sigorta sözleşmesinin kurulduğu anda mevcut olmalıdır. Aksi halde sözleşme geçersiz olur. TTK, çıkarın varlığını rizikonun gerçekleştiği anda aramak yerine (doğru olan budur) sözleşme anında aradığı için, satıcı lehine yapılan sigortayı geçersiz saymak lazım gelecektir. Ancak, bu geçersizliğin sonradan satıcı çıkar sahibi durumuna gelince düzeleceği kabul edilirse sorun kalmayacaktır).

2. Sigorta Konusu Mallar Üzerindeki Çıkarın El Değiştirmesi

INCOTERMS 2020 CIP/CIF A.5 (Satıcının borçları- Sigorta) maddesi, satıcı tarafından yaptırılacak sigortanın "alıcı veya mallar üzerinde sigortalanabilir çıkara sahip bulunan diğer herhangi bir kimseye doğrudan sigortacıya istem yöneltme hakkını vermesi gerektiğini" hükme bağlamaktadır. Bu düzenlemenin kapsamına giren "çıkar sahibi" kişiler acaba kimlerdir?

Alıcının taşınmakta olan mallar üzerindeki mülkiyet hakkını başkasına devretmesi (kısa anlatışla malları yolda oldukları sırada satması) uygulamada sık rastlanan bir işlemdir.

Nitekim CIP A.6 (fk.2) satıcının taşıma için gereken olağan taşıma belgesini alıcıya sağlayacağını ve bu belgenin taraflarca kararlaştırılmışsa veya mutat ise, alıcıya söz konusu belgeyi bir sonraki alıcıya devrederek veya taşıyıcıya malların taşınması sırasında bildirimde bulunarak malları satma hakkı tanıması gerekeceğini hükme bağlamaktadır.

Suda (denizde ve iç sularda) taşınması gereken yüklerin satışında kullanılmak üzere tasarlanan CIF A.6 (fk.2) ise biraz daha farklı bir düzenleme benimsemiştir. Buna göre taraflarca "aksine anlaşma yapılmış olmadıkça" taşıma belgesinin bu özelliğe sahip olması lazım gelmektedir. Mevcut fark, deniz taşıması sırasında malın el değiştirmesinin ticari açıdan çok daha yüksek bir gereksinim olmasıdır. O nedenle deniz taşımasında "yükü temsil eden" taşıma senedi kullanılmasının asıl olduğu hükme bağlanmıştır.

Malların el değiştirmesinin söz konusu olduğu hallerde, satıcı tarafından yaptırılan sigortanın yeni çıkar sahibi (yeni alıcı) lehine yürürlükte kalması ve hükümlerini doğurması sağlanmalıdır. Çıkar sahibi kişilerin başında malların yeni maliki gelir. Mülkiyet hakkı, sigortalanabilir çıkara sahip sayılmayı gerektiren birinci durumdur. Türk hukukunda TTK 1470 "çıkar sahibinin

değişmesi halinde, aksine sözleşme yoksa sigorta ilişkisinin sona ereceğini" öngörmektedir. Bu sebeple Türk satıcıların, alıcı lehine Türk hukukuna tabi bir sigorta yaptırmaları olasılığında, sigortacıyla anlaşarak TTK 1470'i devre dışı bırakmaları lazımdır.

CIP satışlarda, mutat olmadığı ve alıcının da istemde bulunmadığı; CIF satışlarda ise (taraflar o yönde özel anlaşma yaptıkları için) taşıma senedinin malların devrini sağlamaya uygun biçimde düzenlenmediği hallerde, sigortanın yine de "mallar üzerinde daha sonra sigortalanabilir çıkara sahip olabilecek kişileri" korumaya elverişli olarak (malik değişikliği olasılığında yeni maliki koruyacak şekilde) yaptırılması mı gerekir? Bu sorunun yanıtı INCOTERMS metninde yer almamaktadır. Kanımızca, sigorta gelecekteki bütün malikler lehine hüküm doğurmak üzere yaptırılmalıdır. Çünkü taşınmakta olan malların üzerindeki mülkiyet değişikliği mutlaka taşıma senedi aracılığı ile gerçekleşmek zorunda değildir. Taşınmakta olan yüklere ilişkin taşıma senedinin, bu yükler üzerindeki mülkiyeti başkasına geçirmeye elverişli biçimde düzenlenmesini istemiş olmayan alıcı, taşıma sürerken bunların mülkiyetini başkasına devretme hakkından vaz geçmiş sayılmaz.

INCOTERMS'teki "satılan mallar üzerinde sigortalanabilir çıkara sahip olan kimse" anlatımı, bu mallar üzerinde rehin hakkı kazanan kişileri kapsar mı? Uluslararası ticarette, özellikle deniz yoluyla taşınan yüklerin konişmento aracılığı ile rehnedilmesi söz konusu olabilmektedir. Rehin alacaklısının rehin konusu mallar üzerinde sigortalanabilir çıkarı bulunduğu tartışmasızdır. INCOTERMS, sözüne bakılırsa, rehinli alacaklının (da) doğrudan sigortacıya başvurmasına imkan veren bir sigorta yaptırılmasını öngörmektedir. Ancak kanımızca INCOTERMS'teki düzenleme bu gibi bir sonucu amaçlamamakta, "sigortalanabilir çıkar" deyimiyle yalnızca yük üzerinde daha sonra mülkiyeti kazananları hedef tutmaktadır. Rehin alacaklısının sigortacıya başvurma olanağı ise uygulanacak ulusal hukuka göre belirlenmelidir. Mesela Türk hukuku, rehin hakkı sahibine, rehin konusu eşyanın malik tarafından (malik çıkarını güvenceye bağlamak için) sigorta ettirilmiş bulunması durumunda, ödenecek sigorta tazminatı üzerinde ayrıcalık tanımaktadır. TTK 1456(1) uyarınca, sınırlı ayni hak ile kayıtlanmış bir mal üzerindeki malike ait çıkarın sigortalanması olasılığında, yasa aksini öngörmüş olmadıkça sınırlı ayni hak sahibinin hakkı sigorta tazminatı üzerinde de sürecektir.

GSÜHFD, 2020; 2: 1087-1103

SİGORTACININ HALEF SIFATIYLA AÇTIĞI RÜCU DAVALARINA İLİŞKİN BAZI KARARLAR(*)

Prof. Dr. Samim ÜNAN

Bu çalışmamızda yük (taşıma) sigortacısı tarafından taşıma sırasında meydana gelen yük zararları dolayısıyla yükle ilgili kişiye tazminat ödendikten sonra (yasa hükmü veya hukuksal işlem sonucu) gerçekleşen haleflik hakkına dayalı olarak zarardan sorumlu deniz taşıyanına karşı açılan rücu davası bağlamında ortaya çıkan bazı sorunlara değineceğiz.

Zarar sigortalarında riziko sebebiyle meydana gelen zararı gideren sigortacı, yasa hükümleri (mal sigortalarında TTK 1472; sorumluluk sigortalarında TTK 1481) uyarınca sigortalının zarardan sorumlu üçüncü kişilere yönelik tazminat isteme haklarına (ödediği tutar üzerinden) halef olur ve sigortalıya karşı rizikodan kaynaklanan zarar için sorumluluğu gerçekleşmiş bulunan kişilere, sigortalıya ödediği tutarı geri almak için istem yöneltebilir.

Bu noktada ayrıca vurgulamalıyız ki sigortacının haleflik durumu hukuksal işlemden de kaynaklanmış olabilir. Sigortalı, zarardan sorumlu üçüncü kişilere yönelik tazminat alacağını sigortacıya devrederse yasal haleflik koşullarının gerçekleşmesinden tümüyle bağımsız şekilde sigortacı tazminat alacağının sahibi durumuna gelir. Uygulamada sigorta şirketleri yasal haleflik koşulları bakımından duraksamanın söz konusu olduğu hallerde, kendisine ödeme yaptıkları sigortalının haklarına halef olabilmek için onun tazminat alacağını (sigortacının yaptığı ödeme oranında) devretmesini istemekte ve böylece yasal halefliğin gerçekleşmemiş olması olasılığında hukuksal

---

(*) Bu makale, hakem incelemesinden geçmemiştir.
Makale Gönderim Tarihi: 01.10.2020.

işleme dayalı haleflikten yararlanma olanağını elde bulundurmaktadırlar. Ülkemizde, yasal halefliğin koşulları arasında "sigortacının geçerli bir sigorta sözleşmesi uyarınca, teminat kapsamındaki bir zararı ödemiş olması" koşulunun da bulunduğu görüşü hâlâ yaygındır. Buna göre sigortacının teminata girmeyen bir zararı karşılamış olması durumunda yasal haleflikten yararlanması söz konusu olmayacaktır (Kişisel görüşümüz sigortacının bu halde de -teminat dışındaki bir zararı gidermiş olsa dahi- yasal haleflik hakkını kazanmasının doğru olacağı yönündedir. Çünkü sigortacıdan zararını tahsil etmiş olan sigortalı zarardan sorumlu kişiye karşı artık herhangi bir girişimde bulunmayacaktır. Sigortacının zarardan sorumlu kişiye açacağı dava, yasal haleflik hakkının bulunmadığı gerekçesiyle reddedilir ve bu arada, bu kişiye yönelik tazminat alacağı da zamanaşımına uğramış olur ise, sigortacıdan yasal haleflik hakkının esirgenmesi yalnızca sorumlu kişiye yaramış, o zamanaşımı savunması uyarınca tazmin borcunu yerine getirmekten kurtulmuş bulunacaktır. Bunun yerinde bir sonuç olmayacağını düşünmekteyiz).

Hukuksal işlemle elde edilen haleflik, sigortacının sorumlu kişiye her halde başvurmasını sağlayacaktır.

Sigortacının haleflik hakkına dayalı rücu davaları uygulamada oldukça önemli sayılara ulaşmakta ve bu davalarla ilgili birçok sorun gündeme gelmektedir. Aşağıda haleflikle bir biçimde ilgili bulunan bazı kararları kısaca ve uygulamada önem taşıdığını düşündüğümüz yön veya yönleri açısından ele alacağız.

1. İstanbul BAM 14. HD. E. 2017/1038, K. 2018/476, T. 10.5.2018

Karara konu olan olayda

- Deniz taşıması sırasında yük (trafo) devrilerek hasar görmüştür.
- Sigorta tazminatını ödeyen sigortacı taşımayı üstlenmiş olan kişiye ve onun sorumluluk sigortacısına karşı rücu davası açmıştır.

Davaya karşı şu savunmalar yapılmıştır:

- Gemi adamları tarafından yapılan yükleme ve sabitlemede bir kusur yoktur
- Zararın sebebi fırtınadır
- Sınırlı sorumluluk söz konusudur.

İlk derece mahkemesi

- Trafonun yanlış istif ve yeterli bağlama yapılmaması sebebiyle devrilerek zarar gördüğü ve davalı nakliyat firmasının sorumlu olduğu;
- Davalı ile yük ilgilisi arasındaki nakliyat sözleşmesinde trafonun değerinin belirtilmiş bulunduğu bu sebeple sınırlı sorumluluk hükümlerinin uygulanmayacağı

sonucuna varmış ve davayı kabul etmiştir. (Davalılar müteselsil olarak sorumlu tutulmuşlardır).

BAM kararı uyarınca (özetle)

- Davalı (forwarder), taşıma işini organize etmiş, yükün karada ve denizde taşınması, yüklenmesi ve boşaltılmasını da üstlenmiştir (multimodal taşıma)
- Davalı (forwarder) sorumludur
- Taşıma sözleşmesinde malın değeri yazılıdır. TTK 1186 fk.1'in açık düzenlemesi karşısında sınırlı sorumluluktan yararlanma mümkün değildir. Davalı zararın tamamından sorumludur.

BAM tarafından, davalıların istinaf başvurusu reddedilirken aşağıdaki değerlendirme yapılmıştır:

Davalı taşıyıcı ile sigortalı arasındaki sözleşme gereğince, yükün devrilmesi sabitleme kusurundan kaynaklandığından, davalı taşıyıcı meydana gelen zarardan sorumludur.

Her ne kadar davalı hasarın kötü hava koşulları sebebiyle meydana geldiğini iddia etmiş ise de bilirkişi raporunda hava koşullarının hasara sebep olmayacağı, hava ve deniz koşullarının mücbir sebep olarak değerlendirilemeyeceği belirlenmiştir.

Davaya konu taşınan yük yaygın olarak imal edilen standartlardan farklı, tamamen özel amaca yönelik, özel bir sipariş olarak üretildiğinden, onarılarak aynı veya başka bir müşteriye satılması söz konusu değildir. Bu sebeple taşınan yükte hasar tespit edilirken yükün tamamının esas alınması doğrudur. Bilirkişi raporlarında taşınan emtiadaki hasar 1.613.808,98 Euro olarak tespit edilmiş olup tespit edilen bu miktar, davacı sigortacının ödemesinden fazladır.

Sigortalı ile davalı taşıyıcı arasında deniz taşımasını da kapsar şekilde taşıma sözleşmesi yapılmıştır. İmzalanan bu sözleşmeye göre, taşıma multimodal taşıma şeklinde gerçekleşmiştir. Davalı, sınırlı sorumluluktan yararlanacağını beyan etmiş ise de taşıma sözleşmesinde malın değeri açıkça yazılmıştır. Dolayısıyla taraflar arasındaki yazılı sözleşme taşıma senedi hükmünde olup davalıyı bağlamaktadır. Bu sebeple davalı ... Şirketinin, TTK m.1186 f.1'in açık düzenlemesi karşısında, sınırlı sorumluluktan yararlanması mümkün değildir. Oluşan zararın tamamından sorumludur.

BAM kararının eleştirisi:

TTK 1186(1)'de yükün değerinin yükleme öncesinde **yükleten** tarafından bildirilmiş ve **denizde taşıma senedine** yazılmış olması halinde sınırlı sorumluluğun devre dışı kalacağı belirtilmiştir.

"**Denizde taşıma senedi**" uluslararası belgelerde aşağıdaki gibi (birbirinden farklı biçimde) tanımlanmaktadır:

- Hamburg Kuralları m.6 fk. 2(a), m. 9 fk.2, m.23 fk.1 ve fk.3: "Bill of lading or other document evidencing the contract of carriage by sea" (Konişmento veya deniz yoluyla taşıma sözleşmesini kanıtlayan diğer bir belge)
- Haag Visby Kuralları m.1(b), m.3 fk.7: "Bill of Lading or any similar document of title" (Konişmento veya malı temsil eden benzeri bir belge)

"Denizde taşıma senedi" kapsamına acaba forwarder ile yapılan (olaydaki) sözleşme girer mi?

- Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) V. Kitap, Dördüncü Kısım, Üçüncü Bölüm Altıncı Ayrımı "Denizde Taşıma Senetleri" başlığı altında özel bir düzenleme içermektedir.
- Buna göre denizde taşıma senetleri "konişmento" ve "diğer denizde taşıma senetleri" olarak ikiye ayrılmaktadır. "Diğer" denizde taşıma senetleri TTK 1242'de şu şekilde hükme bağlanmaktadır:

"Taşıyanın eşyayı teslim aldığını göstermek üzere düzenlediği konşimentodan başka her türlü senet, taşıma sözleşmesinin yapılmış ve eşyanın senette yazılı olduğu gibi teslim alınmış olduğuna (aksi kanıtlanabilen) karine oluşturur."

- TTK 1242 gerekçesinde, bu hükmün Hamburg Kuralları m.18'den alındığı açıklanmıştır.

  Bu durumda, Türk hukukunda "denizde taşıma senedi"

- taşıyanın, deniz yoluyla taşınacak yükü taşımak üzere teslim alınmış olduğunu göstermek amacıyla düzenlediği

- taşıma sözleşmesinin yapılmış olduğu ve yükün taşıyan tarafından senette yazılı olduğu gibi (dış görünüş, sayı, hacım veya ağırlık) teslim alınmış olduğu hususlarında (aksi kanıtlanabilir) karine oluşturan

  bir senettir.

Dava konusu olayda BAM tarafından "taşıma sözleşmesi" olarak dikkate alınan ve üzerinde yükün değerinin yazılı olduğu belirtilen belge acaba "taşıyanın yükü teslim aldığını göstermek için" mi düzenlenmiştir? Eğer böyle ise, taşıyanın sınırlı sorumluluktan yararlandırılmaması yerindedir. Buna karşılık taşıma sözleşmesi olduğu belirtilen belge eğer taşıyanın yükü teslim aldığına ilişkin herhangi bir kayıt içermemekte idiyse (mesela taşımanın başlamasından önce ve yük henüz taşıyana teslim edilmeden önce düzenlenmiş ise) sonuç farklı olmalıydı.

TTK 1186(1), taşıyanın sınırlı sorumluluktan yararlanma hakkının eşyanın cins ve değerinin yüklemeden önce "yükleten tarafından" bildirilmiş ve denizde taşıma senedine yazılmış olduğu takdirde devre dışı kalacağını öngörmektedir. Yükleten, taşıtandan farklı bir kişi olabilir. (Yükletenden başka bir kişi olan) taşıtan ile taşıyan arasında kurulan yazılı taşıma sözleşmesinde yükün değeri belirtilmiş olsa dahi, yükletenin istemi üzerine düzenlenen konişmentoda bu gibi bir değer kaydı yer almamakta ise, taşıyanın TTK 1186(1)'de öngörülen sorumluluk sınırlamasından yararlanma hakkı ortadan kalkmış olmaz.

2. İstanbul BAM 14. HD. E. 2017/1040, K. 2018/122, T. 15.02.2018

Dava: İçinde 2 adet rulo sac yükü bulunan davalıya ait konteyner gemiye yüklenirken, konteynerin tabanının açılması sonucunda 1 rulo sac başka bir konteynerin üzerine düşmüş ve yük hasarına sebep olmuştur.

(Davacının savına göre), davalı, tabanı açılan ve zarar veren konteynerin sahibi olduğu gibi aynı zamanda zarar gören yükün taşınmasını da üstlenmiştir (Taşımadan sorumlu olan davalı, aynı zamanda tabanı kopan konteynerin de sahibidir).

Davacı (yük zararını ödeyen) yasal halef sigortacı, davayı (zarar veren) konteynerin sahibi olan kişiye karşı açmıştır.

Davalı, kendisinin acente olduğunu ve doğrudan dava edilemeyeceğini savunmuştur.

İlk derece Mahkemesi Kararı: Davacı, davalı acenteyi "taşıyana izafeten" dava etmemiş olduğundan davanın reddi gerekmiştir.

BAM kararı:

Davalı acenteye "haksız eylem" sebebiyle dava açılmıştır.

Davalı acente, dava dışı taşıyanın (navlun sözleşmesinin ifasında kullandığı) yardımcı kişisidir.

TTK 1190(2) taşıyanın adamları aleyhine haksız eyleme dayanılarak dava açılması halinde, görevi veya yetkisi sınırı içinde hareket etmiş olması kaydıyla, onun da sınırlı sorumluluktan yararlanacağını öngörmektedir.

Olayda haksız eylemin koşullarının var olup olmadığı araştırılarak, sonucuna göre karar verilmeliydi.

İlk derece mahkemesi davalı sıfatı (pasif hasımlık ehliyeti) ile dava şartı niteliğindeki taraf ehliyeti kavramlarını birbirine karıştırmış ve dava şartı bulunmadığı için davayı usulden reddetmiştir. Oysa esasa girmesi gerekirdi.

BAM kararının eleştirisi:

Karardan yanlış anlamıyorsak, davacı sigortacı, davalının acente değil zarar gören yüklerin taşıyanı olduğunu ve başka bir taşıma ilişkisine konu olan fakat mülkiyeti davalıya ait konteynerin (bozukluğunun) dava konusu zarara yol açtığını öne sürmüştür.

Ancak yargılama sırasında davalının (zarar gören yüklere ilişkin taşıma sözleşmesinde) taşıyan değil acente olarak hareket ettiği belirlenmiştir.

BAM, davalı acentenin TTK 1179(2) anlamında navlun sözleşmesinin ifasında kullanılan bir yardımcı kişi olduğunu kabul etmişse de, (zarar gören yüklerle ilgili olarak) taşıyanın hangi borcunun ifasında görev aldığını açıklamamıştır.

BAM, TTK 1190(2) hükmüne vurgu yapmakta ve taşıyanın adamlarının da (görev ve yetki sınırları içinde hareket ettiğini kanıtlarlarsa) haksız eylem sebebiyle sorumlu tutulmaları halinde sınırlı sorumluluktan yararlanacaklarını belirtmektedir.

Ancak TTK 1190(2), taşıyana ait bir borcu yardımcı kişi tarafından ihlâl edilmesi olasılığında, zarar görenin yardımcı kişiye yönelttiği istemler hakkında uygulanır. Kaldı ki, yardımcı kişinin görev ve yetki sınırları içinde kalmış bulunması da zorunludur. Olayda ise, davalı acentenin başka bir taşıma ilişkisine konu (zarar veren) yükler için bozuk konteyner temin etmiş olması, olayda zarar gören yüklerle ilgili görev veya yetkisi dahilinde değildir. Tümüyle rastlantı sonucu, davalı acentenin başka bir taşıma ilişkisi kapsamında (yükle ilgili kişiye) temin ettiği konteynerin yüklü halde gemiye alınması sırasında altı açılmış ve o konteynerden düşen rulo saç, dava konusu yük hasarına tol açmıştır. Dava konusu yüke ait taşıma bağlantısında davalı acente sıfatıyla görev almış olsa dahi, bu görevin yükün olası zararlara karşı korunmasını da içerdiği uyuşmazlık sırasında öne sürülmüş ve kanıtlanmış değildir. Öte yandan, davalının görevinin yükün korunmasını içerdiği varsayımında, meydana gelen zararı bu göreve aykırılığın olağan sonucu saymak da zordur.

Bu sebeple, kanımızca davalı acentenin sorumlu olması gerektiği belirlenirse (bunun için onun kusurunu kanıtlamak lazımdır) sınırlı sorumluluktan yararlanamaması gerekir. Diğer bir anlatışla bu olayda kanımızca davalının sorumluluğu, "taşıyan" ve sorumluluğunu sınırlama hakkına sahip bulunan "taşıyanın adamları" dışındaki herhangi bir üçüncü kişinin "sınırsız" sorumluluğu gibidir. Ancak davalının haksız eylem koşullarının gerçekleşmiş bulunması (davalı tarafından temin edilen ve gemiye yükleme sırasında altı açılan konteyner dolayısıyla davalının sorumlu tutulabiliyor olması) lazımdır. Davalı konteynerde bir bozukluğun söz konusu olmadığını, olayın yükleten tarafından konteyner içinde laşing işleminin gereği gibi yapılmamış bulunması sebebiyle meydana geldiğini öner sürmektedir. Bu husus BAM kararı sonrasında incelenecektir.

3. İstanbul BAM 12. HD. E. 2017/524, K. 2018/124, T. 15.02.2018

Dava: Taşıma sırasında konteynerdeki delikten sızan su, bilgisayar ekranlarını hasara uğratmıştır.

BAM kararı:

Denizde ve açık ortamda kusurlu (delik) konteynerle taşıma yapılması taşıyanın kasten veya pervasızca bir davranışla zarara sebep olması anlamına gelir (en sıradan kişi dahi taşınan eşyanın ıslanabileceğini ve hasarlanacağını düşünebilir).

Davacı (yasal halef) sigortacı, sigorta tazminatını hesaplarken mal bedeline %10 ilave yapmıştır. İlk derece mahkemesi de bu zamlı tutar üzerinden hüküm kurmuştur. Oysa taşıyanın sorumluluğu TTK 1186(2) uyarınca "boşaltma günü boşaltma yerindeki değere göre" belirlenir. O sebeple %10 indirim yapılmalıdır.

BAM kararı hakkında değerlendirme:

Pervasızca hareket söz konusu ise TTK 1187(1) uyarınca taşıyan TTK 1186'da öngörülen sınırlamalardan yararlanamaz.

Oysa BAM tazminat tutarını TTK 1186(2) hükmü çerçevesinde belirlediğini belirtmektedir.

Kanımızca şuna bakmak lazımdır: Meydana gelen yük zararı bu zarara varma yerinde taşıma ile ilgili olmayan bir kimse yol açsa idi o ne kadar tazminat ödeyecek idiyse, ona göre hesaplanmalıdır. Daha sonra bu tutar ile davacı sigortacının ödediği tutar karşılaştırılmalıdır. (Hangisi daha düşük ise ona hükmedilmelidir).

Sigorta bedelinin, yükün yükleme limanındaki değerine yüzde on eklenerek belirlenmesi, çok yaygın bir sigortacılık uygulamasıdır. Yüzde on oranındaki ekleme bazen taşıma sırasında gerekebilecek masraflar bazen de umulan kazanç karşılığı olarak yapılmaktadır.

Taşıyana karşı yük zararı sebebiyle açılan yasal veya hukuksal işlem sonucu halefliğe dayalı rücu davalarında sigortacının düzenlediği poliçede yazılı sigorta bedeli (sigortacının sorumlu olacağı en yüksek tutar) değil, taşıyanın sorumluluğuna ilişkin deniz hukuku kuralları uyarınca hesaplanan tazminat tutarı belirleyicidir. Bu bakımdan sigorta bedelinin yükleme limanındaki mal değerine bunun yüzde onu da eklenerek saptanması dava konusu olayda varılacak sonuç bakımından herhangi bir etki doğurmaz. (Bununla birlikte, tam hasara uğramış olan yükün varma yerinde boşaltma günündeki değeri daha yüksekse, sigortacının yasal halefliği ödediği tutar üzerinden gerçekleşmiş olacağı ve sahip olduğu alacaktan fazlasını da talep edemeyeceği için, sigortalı yükle ilgili kişiye ödenen sigorta bedeline eşit bir zarar giderim yükümlülüğü söz konusu olacaktır. Sınırlı sorumluluk kuralları uyarınca ödenmesi gereken tutar daha az ise, tazminat olarak bu daha az tutar ödenecektir).

4. İstanbul BAM 14. HD. E. 2018 /309, K. 2018/713, T. 05.07.2018

Dava: Taşıma sırasında meydana gelen yük hasarı sebebiyle tazminat

İlk derece mahkemesi kararı: Davanın kabulü

BAM kararı:

- CIF satılan mallarda hasar gemiye yapılan yükleme ile alıcıya geçer.
- Fakat satıcı mal bedelini tahsil edememişse satıcının mal üzerindeki çıkarı devam eder.
- Kaldı ki olayda alıcı firma, sigorta tazminatının satıcıya ödenmesine onay vermiştir.
- Sigorta bedeli fatura değerine %10 kâr eklenerek belirlenmiştir. Sigortacı ile sigorta ettiren arasındaki "kâr marjına" ilişkin anlaşma davalı taşıyana karşı ileri sürülemez.

BAM kararı hakkında değerlendirme:

Taşıma konusu malların taşıma rizikoları yüzünden zarar görmesine katlanma külfeti alıcıda ise (hasar alıcıya geçmişse), satıcının bu mallar üzerinde sigortalanabilir çıkarı kalmamıştır.

Taşıma rizikosuna alıcının katlanması şu anlama gelir:

- Satış parası daha önce ödenmiş idiyse satıcı bunu alıcıya geri vermez
- Satış parası henüz ödenmemiş idiyse, alıcının bunu ödeme borcu aynen devam eder.

Satış parasının tahsil edilememesi rizikosu ise "ticari alacak sigortası" ile temin edilebilir.

CIF satılan mallara ilişkin hasar BAM'ın da kararında saptadığı gibi satış ve taşıma konusu malların taşıyana teslimi ile alıcıya geçer. Bu andan sonra meydana gelecek yük zararları alıcının malvarlığında ortaya çıkmış olacaktır. Satıcının satış parası alacağı ise yük zararından etkilenmeyecektir.

CIF satış olasılığında, INCOTERMS uyarınca satıcı tarafından "alıcı lehine" sigorta yaptırılması lazımdır. Diğer bir anlatışla, sigorta satıcının değil, alıcının uğrayacağı zararları karşılayacaktır. Sigortalanabilir çıkarı sigorta koruması altında olan kişi alıcıdır. Satıcı, yapılması gereken taşımanın başlangıçtaki kesiti bakımından sigortalanabilir çıkara sahip bulunsa dahi INCOTERMS'te öngörülen sigorta satıcıya ait bu çıkar ile ilgili değildir.

(Mesela satıcının Ankara'daki deposunda bulunan mallar, Mersin limanında teslim kaydıyla CIF olarak satılmış ve satış sözleşmesinde bunların deniz yoluyla Marsilya'ya taşınacakları kararlaştırılmışsa, satıcı bu malları rizikosu kendisine ait olarak Ankara'dan Mersin'e ulaştıracaktır. Şu halde Ankara-Mersin arasındaki taşıma bakımından satıcı sigorta korumasına gereksinim duyacaktır. Ancak, satıcının bizzat kendisini korumak üzere yaptırabileceği bu sigorta, INCOTERMS'in düzenleme alanı dışındadır. INCOTERMS yalnızca alıcının yararlanacağı (alıcıyı koruyan) sigortayı öngörmektedir.

Taşımanın tümü için tek bir sigorta poliçesiyle sigorta güvencesi elde edilebilir. Nitekim ICC (A) uyarınca "depodan depoya" taşımanın bütün süreçlerini kapsayan bir sigorta teminatı sağlanmışsa durum böyledir. Ancak

- Sigorta sözleşmesi münhasıran alıcı lehine yapılmışsa, zarara satıcının katlanacağı taşıma kesitleri bakımından alıcının sigortalanabilir çıkarı bulunmadığı için, bu sigortanın bu kesitlerde ortaya çıkacak yük zararları hakkında koruma sağlaması söz konusu olmayacaktır.
- Aynı şekilde, sigorta sözleşmesinin münhasıran satıcı yararına yapıldığı hallerde de, hasarın alıcı üzerinde olduğu taşıma kesitlerinde meydana gelecek zararlar için satıcının istemde bulunması -kendisinin bu zararlara ilişkin sigortalanabilir çıkarı bulunmadığından- mümkün görülmeyecektir.
- Buna karşılık, sigortanın "kimin olacaksa onun hesabına (lehine)" yapılmış olması durumunda, hem satıcı hem de alıcı, rizikonun kendi üzerlerinde bulunduğu taşıma kesitlerinde ortaya çıkan yük zararları için sigortadan ayrı ayrı yararlanabileceklerdir. "Kimin olacaksa onun hesabına (lehine) sigorta" (*Versicherung für Rechnung wen es angeht; assurance pour le compte de qui il apprtiendra; insurance to whom it may benefit)* birçok yabancı hukukta mevcut olan bir çözümdür. Türk hukuku da bu çözümü TTK 1454(3)'te açıkça öngörmüş bulunmaktadır. Bu sigortada, riziko anında çıkar sahibi olan kişinin satıcı olduğu anlaşılırsa, sigorta satıcı lehine; alıcının çıkar sahibi olduğu belirlendiği takdirde de alıcı lehine işleyecektir.

Satıcının satış parasını tahsil etmesi satış konusu yüklerin taşıma sırasında zarar görmesi olasılığında bazen zorlaşabilmektedir. Mesela, alıcılar, satış parasını henüz ödemiş olmadıkları takdirde, hasarlı halde varma yerine ulaşan yükü reddedebilmekte veya satış bedelini (kısmen veya tamamen) ödemekten -hukuka uygun olmayan bir biçimde- kaçınabilmektedirler. Bu

hallerde satıcının satış sözleşmesi hükümlerine göre hakkını alıcının denizaşırı ülkesindeki mahkemede araması gerekmekte ise, masrafa yol açan ve güçlük içeren bu durum satıcı için elverişsizlik yaratabilecektir.

Belirtmemiz gerekir ki, alıcının malları reddetmesi olasılığında, bunlar üzerindeki sigortalanabilir çıkar satıcıya geri dönmüş sayılacaktır. Bu geri dönüşün (taşıma rizikosunun başlangıcına kadar) geçmişe etkili biçimde gerçekleştiğini kabul etmek uygun olur. Bu olasılıkta, alıcı lehine yapılmış olan sigorta sözleşmesinin çıkar değişikliği halinde son bulacağı öngörülmüş değilse, satıcıya sigortadan yararlanma olanağının tanınması doğru olacaktır. Buna karşılık, alıcının malları kabul etmiş olmasına karşın satış parasını ödemekten kaçınması halinde, satıcının alıcı lehine yapılan sigortaya dayanarak istemde bulunması kanımızca mümkün görülemez.

Bu açıklamalarımız ışığında yargının "satış parasını tahsil etmiş olmadığı sürece satıcının satış konusu mallar üzerinde çıkar sahibi sayılacağı" saptaması yalnızca malların alıcı tarafından reddedilmesi olasılığı için - sigorta sözleşmesinin yeni çıkar sahibi ile süreceği kararlaştırılmış bulunmak koşuluyla- yerinde sayılabilir.

(INCOTERMS 2020 bağlamında CIF veya CIP satılan mallarla ilgili olarak satıcı tarafından alıcı lehine yaptırılması gereken sigorta hakkında ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Samim UNAN, INCOTERMS 2020 ve Sigorta, II ve III).

Sigorta bedeline eklenen kâr marjının tazminat hesabına etkisi hakkında şunları belirtebiliriz: Taşıyandan (sınırlı sorumluluk hükümleri çerçevesinde) istenebilecek tazminat TTK 1186(2) uyarınca malların varma yerindeki değerine göre belirlenir (borsa fiyatı; böyle bir fiyat yoksa piyasa fiyatı; her ikisi de yoksa aynı nitelikteki eşyanın olağan değeri). Bu şekilde belirlenen tazminat tutarı eğer kilogram veya parça başına uygulanan sınırlı sorumluluk limitini aşmamakta ise, taşıyana yükletilecek zarar giderimi olarak bu tutar; aştığı takdirde de sınırlı sorumluluk limiti üzerinden hüküm kurmak lazımdır. Diğer bir anlatışla taşıyanın sorumluluğu, sigortacının sigortalısına ne ödediğine bakılarak değil, deniz hukukunun taşıyanın sorumluluğu hakkındaki hükümlerine bakılarak belirlenecektir. Şu halde, malların zayi olması durumunda,

- TTK 1186(2) uyarınca belirlenen tutar ile
- (Sigortacının tazminat olarak bunu ödediği varsayımında) poliçede yazılı olan sigorta bedeli

karşılaştırılmalı ve hangisi daha düşük ise (TTK 1186(1)'deki sınırlı sorumluluk limiti aşılmamak koşuluyla) ona hükmedilmelidir.

BAM kararında yer alan "sigortacı ile sigorta ettiren arasındaki kâr marjına ilişkin anlaşmanın davalı taşıyana karşı ileri sürülemeyeceği" değerlendirmesi hakkında ayrıca şu hususları da vurgulamakta yarar vardır:

- Sigorta bedeline yükleme limanındaki mal değerinin yüzde onu olarak yapılan ekleme o malların satışından umulan kazanca ilişkin olduğunda, bu teminatın "CIF olarak mal satın almış bulunan -ve satıcı tarafından lehine sigorta yaptırılan- alıcının o mallar ile ilgili kazanç kaybına uğraması" halinde devreye girmesi gerekir.
- Yüklerin tümüyle veya bir kısmıyla tam hasara uğramış bulunmaları durumunda, bu yükler için kazanç kaybı teminatının işlemesi doğaldır (tam hasarlı yükler için kazanç sağlanamayacağı; kazanç beklentisinin ortadan kalkmış olacağı açıktır).
- Buna karşılık yükler kısmen hasarlanmışsa, kazanç kaybının söz konusu olup olmadığı her olayda ayrı ayrı araştırılmalıdır.
- Malların yükleme yerindeki değerine yapılan yüzde on oranındaki ekleme, mutlaka kazanç yoksunluğu teminatı için olmayabilir. Uygulamada taşıma sırasında yapılması gerekebilecek bazı masraflara yönelik olarak da bu gibi bir ekleme öngörülmektedir. O takdirde, bu teminat kapsamında sayılması gereken bir masrafın yapılmış olup olmadığına bakılacaktır.

  (CIF veya CIP satılan mallar sigortalanırken, sigorta bedeli içinde yer alan yüzde onluk ekleme hakkında bkz. Samim UNAN,, INCOTERMS 2020 ve Sigorta, II, 6; III).

5. Yargıtay 11. HD. E. 2017/4592, K. 2019/1648, T.27.02.2019

Dava: Taşıma sırasında meydana gelen yük zararını ödeyen sigortacı tarafından yasal haleflik hakkına dayalı olarak taşıyana karşı açılan rücu davası

İlk derece mahkemesi ve BAM kararı: Sigorta ettiren satıcının sigorta yaptırmakta çıkarı yoktur. Sigorta sözleşmesi geçersizdir. Haleflik gerçekleşmemiştir. Olayda taşıma zararına katlanma yükümlülüğü alıcı üzerindedir (hasar alıcıya geçmiştir). Davanın reddi gerekir.

Yargıtay kararı: Onama

Yargıtay kararı hakkında değerlendirme: Yüksek Mahkeme'nin onama kararı verirken dayandığı gerekçe "ihracata konu malların bedelinin peşin tahsili halinde ... satış sözleşmesi uyarınca sigortalı malların taşımayı yapacak gemiye yüklenmesi anından itibaren taşınan malın tüm hasar ve yararı alıcıya geçeceği; bu sebeple sigortalı satıcının taşıma bağlamında sigorta ettirilebilir bir çıkarının bulunmayacağı ve dolayısıyla sigortalıya yapılan ödemenin hatır ödemesi niteliğinde olacağı" yönündedir.

Kanımızca Yargıtay kararı yerindedir. Olayda satıcı, satış parasının tamamını tahsil etmiştir. Mallar alıcı tarafından reddedilmiş değilse, satıcıya "geri dönen" bir çıkar da bulunmamaktadır.

Bununla birlikte, Yargıtay "sigortalıya yapılan ödemenin hatır ödemesi niteliğinde olduğu" biçiminde bir saptama yapmış bulunmaktadır. Eğer bu saptama, sigortacının olayda yapmış olduğu ödeme ile "yasal halef" konumuna gelmeyeceğini; yasal halefliğin ancak "sigorta sözleşmesi uyarınca sigortacının tazminat ödemesi gerekmekte ise" söz konusu olabileceğini belirtmek amacına yönelik ise, buna katılmadığımızı vurgulayalım. Sigortalının uğradığı bir bir zararın giderilmesi amacıyla yapılan hatır ödemesinin yasal halefliğe engel sayılması tartışmaya çok açık bir yaklaşımdır. Yasal halefliğin bu halde de gerçekleşeceğini kabul etmek kanımızca daha doğrudur. Olayda ise, sigortacı tarafından sigortalının zararını karşılayan bir ödeme yapılmamıştır. Çünkü sigortalının uğradığı bir zarar (zedelenen çıkarı) söz konusu değildir. Zarar alıcının malvarlığında ortaya çıkmıştır.

6. Yargıtay 11. HD. E. 2015/8263, K. 2016/3076, T. 21.03.2016

Yargıtay kararı:

İhraç edilen malın bedelinin tahsil edilmemiş olması halinde ise sigortalının (satıcının) malın teslimine ilişkin yükümlülüğü çerçevesinde alıcıya teslime kadar sigortalanabilir menfaati bulunduğundan yapılan ödeme geçerli bir ödeme kabul edilecek bu doğrultuda taşıyıcıya veya ve onun sorumluluk sigortacısına rücu edilebilecektir.

Karar hakkında değerlendirme:

Yüksek Mahkeme'nin uzun süredir benimseyegeldiği çözüm (malın bedeli tahsil edilene kadar satıcının mallar üzerindeki sigortalanabilir çıkarının devam edeceği) kanımızca yerinde değildir. (Bununla birlikte, alıcının mal-

ları reddetmesi olasılığında, mallar üzerindeki çıkar tekrar (geriye etkili olarak) satıcıya dönmüş sayılacağından, çıkar sahibi değişikliği halinde sigortanın yeni çıkar sahibi ile süreceğinin kararlaştırıldığı durumlarda, satıcıyı sigortadan yararlandırmak mümkün görülmelidir).

Malların taşıma sırasında geminin açık denizde batması sonucu zayi olduğunu ve teslim edilemediğini varsayalım. Bu durum acaba satıcının hukuksal durumunu nasıl etkiler?

- Hasar alıcıya geçmişse, malların zayi olması rizikosuna alıcı katlanacaktır.
- Alıcının satış bedelini ödeme borcu, mallar zayi olmuş bulunmasına karşın devam edecektir.
- Alıcı, "mallar kendisine teslim edilmediği için ödeme borcundan kurtulduğunu" öne süremez.
- Satıcı mallar taşıma sırasında zayi olmadan önce hangi haklara sahipse, zayi olduktan sonra da aynı haklara sahiptir.
- Satıcının (korunması gereken) çıkarı mal sigortası bağlamında değil, alıcının haksız yere ödeme yapmaması olasılığı için "kredi (ticari alacak) sigortası" bağlamında söz konusu olabilir.

Eğer alıcı satış parasını ödeme borcu ile satıcıdan başka bir ilişki çerçevesinde alacaklı olduğu tutarı takas ettiğini ileri sürer ve sigortacının kendisine ödeme yapmasını ister; buna karşılık satıcı da henüz satış parası ödenmediği için kendisinin çıkar sahibi sayılması gerektiğini ve sigorta tazminatına hak kazandığını vurgulayarak ödeme isteminde bulunursa, Yüksek Mahkeme'nin benimsediği çözüm uyarınca satıcının hak sahibi sayılması lazım gelecektir. Oysa bu gibi bir çözüm, alıcının sigortaya ilişkin haklarının tümüyle inkâr edilmesi ve satıcının da hak etmediği bir korumadan yararlandırılması anlamına gelecektir.

7. İstanbul BAM 12. HD. E. 2018/918, K. 2019/566, T.18.04.2019

Dava: Konteyner içinde («parsiyel yük» olarak) bulunan 1900 kg ağırlığındaki makinenin üzerine ağır yük konulması sebebiyle ezilmesinden kaynaklanan zararın tazmini

İlk derece mahkemesi kararı: Davanın kabulü

BAM kararı:

- Davacı sigortacı, lehine sigorta sözleşmesi yapılan alıcıya (dava dışı) sigorta ettirenin de onayını alarak ödemede bulunmuştur.
- Yasal haleflik gerçekleşmiştir. Sigortalı alıcının sigortalanabilir çıkarı bulunmaktadır.
- Sigorta ettiren aynı zamanda sigortalı olan alıcı ile malların taşınması konusunda anlaşmıştır.
- Sigorta ettiren aracı (freight forwarder) olarak hareket etmektedir.
- Olayda sigorta ettiren taşıma için fiili taşıyan davalı ile sözleşme yapmıştır.
- Davalı da acenteliğini yaptığı alt fiili taşıyan ile sözleşme kurmuştur.
- Ana konşimentodaki yetki şartı, buna taraf olmayan sigortalı alıcıyı bağlamaz.
- Davalı kendisinin acente olduğunu ileri sürmekte ise de sigorta ettirene navlun faturasını bizzat kendi adına düzenlediği için fiili taşıyan olarak sorumlu tutulabilir. Davalı hem fiili taşıyandır hem de alt fiili taşıyanın acentesidir.
- Hasar davalının kaşe ve imzasını içeren bir tutanakla saptanmıştır. Bu durumda zarar ihbarına gerek yoktur.
- İlk derece mahkemesi kararı yerindedir.

BAM kararının değerlendirilmesi

Kararda belirtilenler kanımızca yerindedir.

8. Yargıtay 11. HD. E. 2016/3125, K. 2017/4094, T. 12.7.2017

Dava: 27 kasa mermer yükünün varma limanında konişmento olmaksızın teslimi sebebiyle uğranılan zararın tazmini

İlk derece mahkemesi kararı: Davalı taşıyan pervasızca hareket etmiştir. Davalı sınırsız sorumludur.

Yargıtay kararı: Onama

Karar hakkında değerlendirme: Karar yerindedir. Konişmentonun geri verilmesi karşılığında eşyanın teslimi başlıklı TTK 1236 uyarınca "eşya, ancak konişmento nüshasının, eşyanın teslim alındığına ilişkin şerh düşülerek geri verilmesi karşılığında teslim edilir". Olayda taşıyanın bu temel kurala aykırı davranarak yükleri konişmento kendisine ibraz edilmeksizin teslim ettiği anlaşılmaktadır. Yargıtay'ın bunu "pervasızca davranış" sayması kanımızca isabetlidir.

9. Yargıtay 11. HD. E. 2016/10503, K. 2018/4675, T. 21.06.2018

Dava: Tahliye sırasında hasarlanan taşıma konusu yük için tazminat isteyen sigortacının donatan/taşıyana ve liman işletmecisine açtığı yasal halefliğe dayalı rücu davası

İlk derece mahkemesi kararı:

- Donatan, konişmentoda sorumlu olmadığı belirtildiği için ve ayrıca kaptanın TTK 1091'de düzenlenen boşaltmayı gözlemleme yükümlülüğüne aykırı davranmadığı saptandığı için sorumlu değildir.
- Diğer davalı (boşaltma firması) sorumludur.

Yargıtay kararı:

- Davalı donatan hakkında verilen karar doğrudur (onama)
- Diğer davalının (boşaltma firması) "eser sözleşmesi" uyarınca sorumlu olduğu kabul edilmişse de, davacının sigortalısı ile bu davalı arasında "iş görme sözleşmesi" (vekalet) söz konusudur. İlk derece mahkemesi kararının gerekçesi yerinde değildir. Ancak sonucu doğrudur ("düzeltilerek onama" kararı verilmiştir).

Yargıtay kararı hakkında değerlendirme:

<u>Donatan hakkındaki karar</u>: Yargıtay konşimentodaki FIO kaydı uyarınca donatanın (taşıyanın) sorumlu olmadığına hükmetmiş olmalıdır.

<u>Kaptanın gözlemleme yükümlülüğü</u>: Bu yükümlülük geminin özellikleri sebebiyle yüke (ve diğer yüklere) zarar gelmesini önleme amacıyla sınırlı mıdır? Yoksa, boşaltma işleminin, gemiye herhangi bir zarar gelmesi konu dışı olsa dahi, yüke zarar verilmeyecek şekilde yapılmasını sağlamayı da kapsar mı? Eğer ikinci yorum benimsenecekse, olayda kaptanın boşaltmayı gözlemleme yükümlülüğünün -duruma göre- ihlâl edilmiş sayılması mümkün olabilir.

Boşaltma işletmesi hakkındaki karar: Kanımızca, taraflar arasındaki sözleşmenin içeriği belirleyicidir. Kural olarak boşaltma ediminin üstlenilmesi "eser sözleşmesi" olarak nitelenmelidir (sonuç borcu).

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2020; 2: 1105-1123

AİLE KONUTUNA İLİŞKİN KORUMANIN EVLİLİĞİN ÖLÜMLE SONA ERMESİNDEN SONRAKİ ETKİLERİ(*)

Doç. Dr. Pınar ALTINOK ORMANCI(**)

Öz: Aile konutu, evliliğin devamı süresince, eşlerin ortak yaşamı sürdürme ihtiyaçları çerçevesinde seçtikleri, sürekli olarak aile hayatlarının merkezi durumuna getirdikleri konuttur. Ailenin sosyal ve ekonomik yaşamı açısından çok büyük bir önemi haiz olan aile konutu, TMK md. 194 ile özel bir koruma altına alınmış ve hak sahibi eşin, diğer eşin rızası olmadan aile konutunu devretmesinin veya üzerindeki hakları sınırlamasının önüne geçilmek istenmiştir. Bunun yanı sıra, evliliğin ölümle sona ermesi halinde dahi, sağ kalan eşe aile konutu üzerinde miras hakkına veya katılma alacağına mahsuben ayni hak talep etme imkânları tanınarak, eşinin ölümünden sonra onun eski yaşantısını mümkün olduğunca sürdürebilmesi amaçlanmıştır. Ancak Yargıtay'ın yerinde olmayan içtihatlarıyla, sağ kalan eşe TMK ile getirilen bu korumanın uygulamada her zaman sağlanamadığı görülmektedir. Bu çalışmada, TMK md. 240 ve md. 652 hükümleriyle getirilen korumadan, sağ kalan eşin uygulamada nasıl tam olarak faydalanabileceği konusu değerlendirilecek ve konuyla ilgili Yargıtay kararları eleştirel bir bakış açısıyla incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Aile Konutu, Ölümle Sona Eren Evlilik, Ayni Hak Talebi, Katılma Alacağı, Miras Hakkı.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 24.08.2020. Makale Kabul Tarihi: 23.10.2020.

(**) İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi (ORCID kimlik no: 0000-0003-2222-9941; *altinok@bilkent.edu.tr*).

Bu makale fikrinin oluşmasında katkıları bulunan değerli hocam Prof. Dr. Halûk Burcuoğlu'na teşekkürü bir borç bilirim.

PROTECTION PROVIDED FOR THE FAMILY HOME AND ITS EFFECTS AFTER THE TERMINATION OF THE MARRIAGE BY DEATH

Abstract: Family home is the residence that spouses chose in the light of their needs to maintain a common life and make the center of their family life during the marriage. Family home, which has a great importance in terms of social and economic life of the family, is protected by article 194 of the Turkish Civil Code. This regulation aims to prevent the spouse of the rightful owner from transferring the matrimonial home or limiting the rights on this home without his/her consent. Moreover, even if the marriage is terminated by death, the surviving spouse has the opportunity to claim the rights in rem concerning the matrimonial home, against his/her purpart or participation claim and to continue his/her former life as far as possible after his/her spouse's death. However, this protection brought to the surviving spouse by the Turkish Civil Code, is not always ensured in practice due to the jurisprudence of the Supreme Court. In this study, the issue of how the surviving spouse can fully benefit from the protection brought by Articles 240 and 652 of the Turkish Civil Code will be evaluated and the decisions of the Supreme Court regarding the question will be examined from a critical perspective.

Keywords: Family Home, Marriage Terminated by Death, Claims on Rights in Rem, Participation Claim, Purpart.

GİRİŞ

Türkiye'de cinsiyet eşitliğinin sağlanması çabaları, bir taraftan bu yöndeki sözleşmelerin imzalanması, diğer taraftan 2002'de 4721 sayılı yeni Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle, olumlu sonuçlar vermiştir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun aile hukuku alanında getirdiği yenilikler, özellikle kadın-erkek eşitliğinin sağlanması ve ailenin korunması ilkelerine dayanmaktadır[1]. Belirtmek gerekir ki karı koca arasında eşitliğin sağlanması, 3.10.2001 tarihli Anayasa değişikliği ile de güvence altına alınmıştır. Anayasa'nın 41. maddesine göre, *"Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. (1) Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar. (2)"*

---

[1] Bkz. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu Genel Gerekçe; aynı yönde ŞIPKA Şükran, **Türk Medeni Kanunu'nda Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası (TMK md. 194)**, 1. Bası, Beta, İstanbul, 2002, s. 9.

Devlete yüklenmiş olan ailenin korunması görevi, ailenin huzur ve refahını korumak olduğu kadar, aynı zamanda ekonomik açıdan eşleri birbirine karşı korumayı ve çocukların ekonomik geleceğinin tehlikeye girmesini önlemeyi de kapsar[2]. Bu çerçevede eşlerin bazı hukuki işlemleri, TMK hükümleri ile bazı sınırlandırmalara tâbi tutulmuştur.

Öncelikle belirtmek gerekir ki genel ilke, eşlerin hukuki işlemleri yapmakta serbest olmalarıdır. TMK md. 193'e göre kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, eşlerden her biri, diğeri ve üçüncü kişilerle her türlü hukuki işlemi serbestçe yapabilir. Ancak bu serbestiye getirilen yasal sınırlamalardan biri aile konutuna ilişkindir. TMK md. 194/I'e göre, *"Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz."* TMK md. 194, eşler arası mal rejimi ne olursa olsun uygulanacak bir kural olarak[3], aile konutunun devrini ve aile konutu üzerindeki hakların sınırlandırılmasını diğer eşin rızasına bağlı tutmuştur.

I. AİLE KONUTU VE BU KONUTUN KORUNMA NEDENLERİ

Aile konutu, evliliğin devamı süresince, eşlerin ortak yaşamı sürdürme ihtiyaçları çerçevesinde seçtikleri, sürekli olarak aile hayatlarının merkezi durumuna getirdikleri konut olarak kullanılan taşınır veya taşınmaz yerdir[4]. Aile konutu kural olarak tek bir konuttur[5].

---

2 ŞIPKA, s. 34.

3 HAUSHEER Heinz/ REUSSER Ruth/ GEİSER Thomas**, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Das Eherecht, Band II/1/2, Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Artikel 159- 180 ZGB**, Stämpfli, Bern, 1999, Art. 169, n. 11; GÜMÜŞ Alper, **Türk Medeni Kanunu'nun Getirdiği Yeni Şerhler,** 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s. 17.

4 DURAL Mustafa/ ÖĞÜZ Tufan/ GÜMÜŞ Alper, **Türk Özel Hukuku C. III Aile Hukuku,** 15. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 175; SCYBOZ, Pierre, **Commentaire Romand Code Civil I (Ed.: PICHONNAZ Pascal/ FOEX Bénédict),**, Art. 1-359 CC, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2010, Art. 169, n. 14; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 169, n. 16; GÜMÜŞ, s. 21; GÜMÜŞ Alper, **Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri**, 1. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 66; AKINTÜRK Turgut/ ATEŞ KARAMAN Derya, **Aile Hukuku**, 15. Bası, Beta, İstanbul, 2013, s. 121.

5 ŞIPKA, s. 76; SCYBOZ, Art. 169, n. 15; GÜMÜŞ, **Evliliğin Genel Hükümleri,** s. 67; DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s. 175; GÜMÜŞ, s. 21 vd.; ERDEM, Mehmet, **Aile Hukuku**, 1. Bası, Seçkin, Ankara, 2018, s. 221. Buna karşılık, bazı yazarlarca istisnai hallerde ikinci bir konutun da aile konutu olabileceği kabul edilmektedir. Özellikle aile yaşamında iki ayrı yerdeki konutun önemli rol oynadığı kabul edildiğinde, iki konutun aile konutu olarak kabulü mümkündür. Ayrıntılı bilgi için bkz. ŞIPKA, s. 79 vd.; BARLAS, Nami, "Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları", **Prof. Dr.**

Ailenin sosyal ve ekonomik yaşamı açısından oldukça önemli bir yere sahip olan aile konutu, eşlerin mutluluğu ve çocukların geleceği için bir güvence teşkil etmektedir. Aile konutunun kaybı genellikle kadın eşin ve çocukların geleceği açısından son derece olumsuz sonuçlar doğurmakta ve bu nedenle aileyi korumak için aile konutunu koruma altına almak gerekmektedir. Özellikle kocanın aile konutu üzerinde tasarruf etmesiyle ekonomik açıdan kocaya bağımlı kadının ve neticede evlilik birliğinin uğrayabileceği zararların önüne geçilebilmesi için özel bir korumaya ihtiyaç duyulmuştur. Nitekim TMK md. 194'ün getirdiği düzenleme ile eşlerden birinin diğer eşin rızası olmadan aile konutuna ilişkin kira sözleşmesini feshetme, aile konutunu devretme veya üzerindeki hakları sınırlama şeklinde tasarruflarda[6] bulunmasının önüne geçilmek istenmiştir. TMK md. 194 ile getirilen korumanın özelliği, mahkemeye başvurmaya gerek kalmaksızın, doğrudan kanundan doğan ve somut bir tehlikenin gerekliliğinden bağımsız bir önlem olmasıdır[7].

Çalışmamız kapsamında, öncelikle aile konutuna yönelik korumanın ne zaman başlayıp, ne zaman sona erdiği incelenecektir. Bu çerçevede evliliğin sona erme şekline göre farklı değerlendirmelerin yapılması gerektiği ortaya konulacaktır.

II. AİLE KONUTU KORUMASININ BAŞLAMASI

TMK md. 194'ün öngördüğü korumadan yararlanabilmek için öncelikle eşler arasında geçerli bir evliliğin yapılmış olması gerekmektedir[8]. Bu nedenle evlilik dışı birlikteliklerde, aile konutuna ilişkin koruma uygulama alanı bulmaz.

Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, 1. Bası, Seçkin, Ankara, 2004, s. 122; HÜSEYİN, İhsan, "Aile Konutu: Kavram, Üzerindeki Haklar ve Korunması", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 67 (3) 2018, (577-604), s. 586.

6 Belirtmek gerekir ki, TMK md. 194 ile getirilen sınırlamalar, eşlerin iradi tasarruflarına yöneliktir. Bu nedenle aile konutu niteliğini taşıyan taşınmazın, malikin borcundan dolayı cebri icra yoluyla satışı mümkündür. İradi olmayan bir tasarruf söz konusu olduğundan, malik olmayan eşin aile konutu korumasından yararlanma imkânı yoktur. Bu yönde bkz. YHGK, E. 2017/2-2935, K. 2017/1722, T. 13.12.2017.

7 GÜMÜŞ, s. 19.

8 HAUSHEER/ REUSSER/GEISER, Art. 169, n. 10a, SCYBOZ, CR CC I, Art. 169, n. 8; ŞIPKA, s. 85; KILIÇOĞLU Ahmet, **Aile Hukuku**, 1. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 242; GÜMÜŞ, s. 20.

Ayrıca eşlerden birinin hak sahibi olduğu konutun aileye özgülenmesi ve ailenin bu konutu yaşamlarının merkezi durumuna getirmeleri gerekir. Bu cümle iki ayrı unsuru barındırmaktadır: Eşlerden en az birinin aile konutu üzerinde hak sahipliği ve konutun ailenin yaşam merkezi haline gelmesi.

Öncelikle ilk unsuru ele alacak olursak, aile konutu korumasından yararlanabilmek için eşlerden birinin ya da her ikisinin birlikte oturulan konut üzerinde ayni ya da şahsi bir hakka sahip olmaları gerekir[9]. Bu hak mülkiyet, intifa, oturma veya üst hakkı gibi ayni bir hak olabileceği gibi, kira sözleşmesinden doğan bir alacak hakkı da olabilir[10].

Diğer taraftan, aile konutunun ortak yaşamın merkezi haline getirilmesi, yani süreklilik taşıyacak şekilde aile yaşamının sürdürüldüğü konut olarak benimsenmesi gerekir[11]. Genellikle eşler, oturacakları konutu birlikte seçerek o konutu yaşamlarının merkezi haline getirirler. İşte o andan itibaren, aile konutu koruması başlamış sayılır[12].

III. AİLE KONUTU KORUMASININ SONA ERMESİ

Eşler anlaşarak bir konutun aile konutu niteliğini sona erdirebilirler[13]. Ancak diğer pek çok halde aile konutu niteliğinin ve buna bağlı olarak kanunda öngörülen korumanın hangi andan itibaren sona erdiği tartışmalıdır.

Örneğin eşlerden birinin aile konutunu terk etmesi halinde aile konutu niteliğinin sona erip ermediği konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Doktrinde bazı yazarlar, terk eden eşin, aile konutu üzerinde hak sahibi olan eş olup olmadığına göre bir ayrım yapılması gerektiğini kabul etmektedirler[14]. Buna karşılık diğer bir görüşe göre, gerek aile konutu üzerinde hak

---

9 ŞIPKA, s. 85; SCYBOZ, CR CC I, Art. 169, n. 11.

10 GÜMÜŞ, s. 24; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 169, n. 28 vd.; ERDEM, s. 222.

11 GÜMÜŞ, s. 21.

12 ŞIPKA, s. 85.

13 HAUSHEER/ REUSSER/ GEISER, Art. 169, n. 21; ŞIPKA, s. 91; GÜMÜŞ, s. 23.

14 Ayrıntılı inceleme için bkz. HAUSHEER/ REUSSER/ GEISER, Art. 169, n. 21a ve n. 22; benzer şekilde bkz. ŞIPKA, s. 89 vd. Esasında bu değerlendirmede tek ölçüt terk eden eşin aile konutu üzerinde hak sahibi olup olmaması değildir. Aile konutunu terk eden eşin konut üzerinde hak sahibi olan eş olması durumunda, kalan eşin aile konutu korumasından yararlanması gerektiği genel kabul görmektedir. Buna karşılık hak sahibi olmayan eşin aile konutunu terk etmesi halinde, başkaca kriterler de göz önüne alınmaktadır. Özellikle bu eşin tamamen özgür iradesiyle ve TMK md. 194'ün sağladığı korumadan vazgeçecek şekilde mi aile konutunu terk ettiğinin değerlendirilmesi ve şüphe halinde konutun aile konutu niteliğini taşımaya devam ettiğinin kabulü gerektiği belirtilmektedir: bkz. SCYBOZ, CR CC I, Art. 169, n. 20 ve 21. Bu konuda ayrın-

sahibi olan, gerekse hak sahibi olmayan eşin aile konutunu kesin olarak terki, konutun aile konutu niteliğini değiştirmez[15].

Diğer taraftan, boşanma ve evliliğin iptali davaları devam ederken de aile konutu korumasının devam ettiğini kabul etmek gerekir. Nitekim TMK md. 194'ün önemi, özellikle eşler arasında anlaşmazlıkların ortaya çıktığı dönemlerde ortaya çıkmakta; aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin, diğerinin rızası olmadan mülkiyeti devretmesi veya konut üzerindeki hakları sınırlandırması ya da kira sözleşmesini feshetmesinin önüne bu düzenleme ile geçilmektedir. TMK md. 194 evliliğin genel hükümlerine ilişkin bir düzenleme olduğundan, eşler arasındaki mal rejiminden bağımsız olarak, evlilik birliği sona erinceye kadar uygulama alanı bulan bir hükümdür[16]. Bu nedenle eşler, boşanma ve iptal davaları devam ederken ayrı yaşasalar dahi konutun aile konutu niteliği devam eder[17].

Boşanma ya da iptal kararlarının kesinleşmesi ile evlilik sona erdiğinde, artık aile konutu koruması da sona erecektir[18]. İsviçre Medeni Kanunu'nun 121. maddesi bize alınmadığından, evliliğin boşanma ya da iptal kararı ile sona ermesi üzerine aile konutuna yönelik herhangi bir koruma da kalmamaktadır[19].

---

tılı değerlendirmeler yapan ŞIPKA da benzer şekilde, aile konutunu terk etmek zorunda kalan (aile konutunda hak sahibi olmayan) eşin barınma hakkının korunmasına ihtiyaç olmayan hallerde TMK md. 194'deki korumanın ortadan kalkacağını, ancak somut olayın özelliklerine göre terk eden eşin başka konut edinme ya da ailesinin yanında kalma olanağı yoksa TMK md. 194'ün korumasının devam etmesi gerektiğini ve hak sahibi eşin aile konutuyla ilgili işlemlerine diğer eşin rızasının aranacağını belirtmektedir: bkz. ŞIPKA, s. 89 vd.

15 GÜMÜŞ, s. 23: Yazara göre TMK md. 194 hükmü, TMK md. 199'da yer alan koruma önleminin, hâkim kararına dayanmayan ön önlem niteliğinde özel bir görünümü olduğundan, tarafların serbest ve ortak iradeleriyle konut aile konutu olmaktan çıkarılmadıkça, evlilik birliği sona erinceye kadar bu niteliği devam etmelidir. Nitekim aile konutu üzerinde hak sahibi olmayan eşin malvarlıksal taleplerinin korunabilmesi açısından da anlaşma olmaksızın terk edilen konutun aile konutu niteliği korunmalıdır. Yargıtay da terk eden eşin aile konutu üzerinde hak sahibi olup olmadığına bakmaksızın, konutun aile konutu niteliğinin devam ettiğini kabul etmektedir. Bu çerçevede bkz. ör. Y.2.HD, T. 26.5.2004, E. 2004/5653, K. 2004/6811 sayılı kararı.

16 HAUSHEER/ REUSSER/ GEISER, Art. 169, N. 11; SCYBOZ, CR CC I, Art. 169, N. 19; ŞIPKA, s. 91; GÜMÜŞ, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 69 vd.; GÜMÜŞ, s. 22.

17 SCYBOZ, CR CC I, Art. 169, N. 19; Bununla birlikte istisnaen, korunması gereken eş için artık aile konutunun bir öneminin kalmadığı veya o eşin korunmaya değer bir menfaatinin bulunmadığı açıkça anlaşılırsa, aile konutuna ilişkin işlemler bakımından rızasının aranmaması gerektiği ifade edilmektedir: ŞIPKA, s. 91; HÜSEYİN, s. 595.

18 ŞIPKA, s. 94; GÜMÜŞ, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 71.

19 İMK md. 121, boşanma halinde kiracı olmayan eşin aile konutunda kalmasını gerektirecek önemli nedenler varsa, hâkime kira sözleşmesindeki hak ve yetkilerin o eşe devrine karar

Çalışmamızın esas konusunu oluşturan evliliğin ölümle sona ermesi halinde ise durum daha farklı bir hal almaktadır. Zira ölümle sona eren bir evlilikte, sağ kalan eşin TMK'nın 240 ve 652. maddeleri çerçevesinde aile konutuyla ilgili olarak birtakım hakları bulunmaktadır. Bu nedenle ölümle sona eren bir evlilikte aile konutunun bu niteliğinin devam edip etmediği ve bu tespite bağlı olarak ortaya çıkan sonuçlar aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

IV. İSTİSNAİ BİR DURUM: ÖLÜMLE SONA EREN EVLİLİKLERDE, AİLE KONUTU NİTELİĞİNİN DEVAM ETMESİ VE BUNUN SONUÇLARI

Ölümle sona eren bir evlilikte öncelikle tespit edilmesi gereken husus, taşınmazın aile konutu niteliğinin sağ kalan eş açısından devam edip etmediğidir. Kanaatimizce, ölümle sona eren bir evlilikte, sağ kalan eş açısından mal rejimi tasfiye edilene ve tereke paylaşılana kadar, aile konutunun bu niteliğini koruduğu kabul edilmelidir[20]. Nitekim, yukarıda da ifade edildiği üzere, TMK'nın md. 240 ve md. 652'nin sağ kalan eşe aile konutuyla ilgili olarak tanıdığı bazı haklar bulunmaktadır. Kanun, bu maddelerde sağ kalan eşe öngördüğü haklar ile onun eski yaşantısını devam ettirmesini amaçlamaktadır. Şöyle ki TMK md. 240, sağ kalan eşe katılma alacağına mahsuben aile konutu üzerinde ayni hak talep etme imkânı tanımaktadır. Bu maddeye göre, *"Sağ kalan eş, eski yaşantısını devam ettirebilmesi için, ölen eşine ait olup birlikte yaşadıkları konut üzerinde kendisine katılma alacağına mahsup edilmek, yetmez ise bedel eklenmek suretiyle intifa veya oturma hakkı tanınmasını isteyebilir; mal rejimi sözleşmesiyle kabul edilen başka düzenlemeler saklıdır (i). Sağ kalan eş, aynı koşullar altında ev eşyası üzerinde kendisine mülkiyet hakkı tanınmasını isteyebilir (ii)."*

---

verme yetkisi tanımaktadır. Bu halde daha önce kiracı olan eş de en fazla iki yıl için kira bedeli açısından müteselsil sorumlu olacak ve kira bedelini ödediği takdirde bunu nafaka borcu ile takas etme imkânına sahip olacaktır. Ayrıca aile konutu eşlerden birinin mülkiyetinde ise hâkim, diğer eşe belirli bir süre için, belirli bir bedel karşılığında oturma hakkı tanıyabilecektir.

20 Bununla birlikte bir diğer görüş, aile konutunun evliliğin (boşanma, iptal kararı veya ölüm nedeniyle) sona ermesi halinde aile konutu niteliğini kaybedeceğini ileri sürmekte; ancak ölümle sona eren bir evlilikte henüz evlilik sona ermeden aile konutuna ilişkin olarak açılan tapu kütüğünün düzeltilmesi davasının konusuz kalmayacağını, davaya devam edilerek geçersizliğe ilişkin tespit hükmü verilmesi gerektiğini, zira bir hukuki işlemin geçerliliğinin işlem anı itibariyle var olması gereken geçerlilik şartlarına göre değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir: Bkz. DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s. 176.

Benzer bir düzenleme olan TMK md. 652 ise sağ kalan eşe, miras hakkına mahsuben aile konutu üzerinde mülkiyet veya başka ayni haklar talep etme imkânı vermektedir. Sözü edilen maddeye göre, "*Eşlerden birinin ölümü hâlinde tereke malları arasında ev eşyası veya eşlerin birlikte yaşadıkları konut varsa; sağ kalan eş, bunlar üzerinde kendisine miras hakkına mahsuben mülkiyet hakkı tanınmasını isteyebilir (i). Haklı sebeplerin varlığı hâlinde, sağ kalan eşin veya mirasbırakanın diğer yasal mirasçılarından birinin istemi üzerine, mülkiyet yerine intifa veya oturma hakkı tanınmasına da karar verilebilir (ii).*"

Evliliğin ölümle sona ermesine rağmen sağ kalan eşe aile konutu üzerinde bazı haklar tanınması, aile konutu korumasının eşlerden birinin ölümü halinde sona ermediğini de göstermektedir. Yargıtay da en yeni tarihli kararlarında bu hususu kabul eder gözükmektedir. Yarg. 2. HD'nin, 10.12.2018 tarihli bir kararına göre[21], *"dava konusu taşınmazın aile konutu niteliği, sağ kalan eş açısından, eşinin ölümünden sonra da devam etmektedir .... Türk Medeni Kanunu'nun 194, 240 ve 652. maddelerindeki açık düzenlemelere göre, aile konutuna sağlanan koruma da sona ermemiştir."*[22]

Gerçekten aile konutuna malik olan eşin, diğer eşin rızasını almadan yaptığı işlemler, rızası olmayan eş tarafından tapu kütüğünün düzeltilmesi davasına konu edilebilecektir. Bu dava devam etmekte iken aile konutunun maliki olan eş ölürse, taşınmazın aile konutu niteliğinin sona erdiği ve buna bağlı olarak davanın konusuz kaldığı kesinlikle kabul edilemez. Bunu iki açıdan gerekçelendirmek gerekir: Öncelikle bir işlemin geçerliliği, yapıldığı andaki koşullar dikkate alınarak tespit edilir. İşlemin yapıldığı sırada aile konutu maliki eş, diğer eşin rızasını almadığından aile konutunun devri veya üzerindeki hakların sınırlanmasına yönelik işlem kesin hükümsüzdür. Nitekim rızası alınmayan eşin sonradan tapu kütüğünün düzeltilmesi davası açması, işleme sonradan rıza vermediğini de ortaya koymaktadır. Böyle bir işlem, rızası olmayan eşin ölümüyle geçerlilik kazanamaz.

---

[21] Yarg. 2. HD, E. 2018/4848, K. 2018/14147, T. 10.12.2018.

[22] Buna karşılık Yarg. 2. HD'nin, 22.2.2018 E. 2018/334, K. 2018/2407 kararına göre, "Evlilik, **boşanmayla** sona ermekle, Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesinin aile konutuna sağladığı koruma da sona erer… Evlilik, karar tarihinden önce boşanmayla sona erdiğine göre, davaya konu taşınmaz aile konutu olmaktan artık çıkmıştır. Bu husus gözetilerek konusuz kalan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına şeklinde karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir." Aynı yönde bkz. Yarg. 8. HD 29.05.2018, 2015/23350, 2018/13316. O halde Yargıtay'a göre evlilik ölümle sona erdiğinde taşınmazın aile konutu niteliği devam etmekte; boşanmayla sona erdiğinde ise aile konutu niteliği de ortadan kalkmaktadır.

Diğer taraftan, aile konutunun maliki olan eşin ölümüyle davanın konusuz kalması kabul edilemez. Zira sağ kalan eşin, tapu kütüğünün düzeltilmesine yönelik bir mahkeme kararı almaktaki menfaati devam etmektedir. Nitekim tapu kütüğünün düzeltilmesine yönelik mahkeme kararıyla aile konutu, ölen eşin tereke malları arasında yer alacak; böylece sağ kalan eş mal rejiminin tasfiyesinde katılma alacağına mahsuben (TMK md. 240); veya miras hakkına mahsuben (TMK md. 652) aile konutu üzerinde ayni hak talep edebilecektir. Oysa malik olan eşin ölümüyle davanın konusuz kaldığı kabul edilecek olursa, kişinin ölümünden önce aile konutu üzerinde (eşinin rızası olmaksızın) yapmış olduğu işlemler geçerlilik kazanacak; dolayısıyla yapılan tasarruf işlemi de ölüme bağlı olarak, geçerlilik şartlarını taşımadığı halde sonuç doğuracak ve eğer tasarruf işlemi mülkiyetin devri ise, aile konutu ölen eşin terekesinden çıkmış olacaktır. Bunun sonucu olarak, sağ kalan eşin TMK md. 240 ve TMK md. 652'deki imkânlardan yararlanması mümkün olmayacak, dolayısıyla sağ kalan eş aile konutunda eski yaşantısını sürdürme imkânından da yoksun kalacaktır. Bu kadar açık bir menfaat ihlali varken, açılmış olan tapu iptali ve tescil davasının konusuz kaldığını kabul etmek mümkün olmamalıdır. Bir başka ifadeyle, malik olan eşin, aile konutuna ilişkin olarak diğer eşin rızasını almadan yaptığı tasarruf işlemleri, onun ölümü ile kendiliğinden geçerli hale gelemez.

Buna rağmen Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2017 tarihli kararlarında, evliliğin boşanma, iptal kararı ya da ölümle sona ermesi hallerinde TMK md. 194'ün aile konutuna sağladığı korumanın da sona erdiği ve daha önce eşin rızası olmadan aile konutu üzerinde yapılan tasarruf işleminin, yapıldığı andan itibaren geçerlilik kazanacağına hükmedilmiştir[23]. Bu son derece hatalı kararlarıyla Yargıtay bir yandan, evliliğin ölümle sona ermesi nedeniyle taşınmazın aile konutu olma niteliğini kaybettiğini ifade etmiş; diğer yandan da rıza alınmadan aile konutuyla ilgili olarak yapılan ve geçersiz olan tasarruf işleminin, yapıldığı andan itibaren geçerlilik kazanacağına hükmetmiştir. Yukarıda açıklandığı üzere, her iki tespitin de kabulü mümkün olmadığından, bu yöndeki kararlara ve bu görüşü benimseyen yazarlara[24] katılmak da mümkün değildir.

---

[23] YHGK, E. 2017/2-1609, K. 2017/965, T. 24.5.2017; benzer şekilde bkz. YHGK, E. 2017/2-1608, K. 2017/964, T. 24.5.2017.

[24] İYİLİKLİ Ahmet Cahit, "Boşanma, Evliliğin İptali ya da Eşlerden Birinin Vefatının Aile Konutuna İlişkin Tasarrufun İptali Davasına Etkisi", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi,** Yıl 7, Sayı 13, Haziran 2019, s. 248-249 ve özellikle s. 261; NEBİOĞLU ÖNER Şebnem, "Aile

Hak sahibi olmayan eş tarafından tapu sicilinin düzeltilmesi davası açıldıktan sonra, dava henüz sonuçlanmadan aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin ölmesi halinde aile konutunun bu niteliğini kaybedeceğini ve açılmış olan davanın konusuz kalacağını savunan görüş, bu durumda sağ kalan eşin TMK md. 240 ve md. 652'de kendisine sağlanan haklardan nasıl yararlanacağı sorusuna bir cevap verememektedir. Bu görüş, aile konutu niteliği sona erdiği için derdest tapu sicilinin düzeltilmesi davasının konusuz kalacağını ileri sürerek, sağ kalan eşi korumasız bırakmaktadır[25]. Oysa tam da sağ kalan eşin korunması ve aile konutunda eski yaşantısını sürdürebilmesi amacıyla, dava devam ederken hak sahibi eşin ölümünün evliliği sona erdirdiğini, ancak aile konutu niteliğinin sona ermediğini kabul etmek gerekir. Aksi takdirde, yani hak sahibi eşin ölümüyle davanın konusuz kaldığı kabul edildiği takdirde, aile konutu ölen eşin terekesinde yer almayacağından, sağ kalan eşin de TMK md. 240 veya md. 652 çerçevesinde katılma alacağına ya da miras hakkına mahsuben aile konutu üzerinde ayni hak talep etmesi mümkün olmayacaktır[26].

Belirtmek gerekir ki Yargıtay da yaptığı hatanın farkına vararak, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 24.05.2017 gün ve 2017/2-1609 E., 2017/965 K. sayılı kararı için yapılan karar düzeltme talebi üzerine, söz konusu hatalı

Konutunun Özellikleri, Unsurları, Koruma Süresi ve Korunma Nedenleri", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi,** Yıl 2011, (s. 117- 154), s. 138; KAMACI Mahmut, "Aile Konutu ve Hak Sahibi Eşin Bu Konutla İlgili Tasarruflarına Diğer Eşin Katılma Hakkı", **Yargıtay Dergisi,** Yıl 2004, Ocak-Nisan, S. 1-2, (s.113-138), s. 123.

25 İYİLİKLİ'ye göre, *"TMK'nın 240 ve 652. maddelerine dayalı aile konutu ya da konut üzerinde intifa ve sükna talep hakkı mevcut ise de, bu talep, mirasçılara karşı yöneltilecek bir kurucu yenilik doğuran hak niteliğindedir. Nitekim, sağ kalan eşin talep hakkını kullanabilmesi eşlerin birlikte yaşadığı konutun terekeye dahil olmasına merbuttur. Kaldı ki, somut faraziyede, aile konutunun devrinin iptaline ilişkin tapu iptali ve tescil davası derdest iken, evlilik ölüm ile zeval bulmuştur. Dolayısıyla TMK'nın 194. maddesindeki hukuki himaye, evlilik devam ettiği sürece etkisini sürdürecektir. Bu sebeple evlilik birliği ölüm ile son bulduktan sonra TMK'nın 194. maddesindeki aile konutundaki tasarrufa ilişkin sınırlama hukuki himayeye mazhar ve takdire şayan değildir. TMK'nın 194. madde hükmü evliliğin genel hükümlerine ilişkin olup, aile konutunun hukuki koruması, evlilik birliğinin devamı ile sınırlı olduğundan, evlilik birliğinin sona ermesinden sonra aile konutu ile hak sahibi olmayan eşin rızası aranmayacağı, yani aile konutuyla ilgili tasarruf, diğer eşin rızasına bağlı olmaktan vareste olacağı için, kayıt sahibi eşin tasarrufları da geçerli olacaktır."*Bkz. İYİLİKLİ, s. 261-262.

26 Ölümle aile konutu niteliğinin sona ereceği, ancak hak sahibi eşin ölümünden önce açılmış tapu sicilinin düzeltilmesi davasının konusuz kalmayacağı ve kesin hükümsüz olan işlemin ölümle geçerli hale gelmeyeceği yönündeki değerlendirmeler için bkz. DALCI ÖZDOĞAN Nurcihan, "Aile Konutu Niteliğinin Sona Ermesi ile Diğer Eşin Rızası Alınmadan Yapılan Tasarruf İşlemi kendiliğinden Geçerli Hale Gelir Mi", **ERÜHFD,** 2018, C. XIII, S. 2, (s. 135-167), s. 162 vd.

kararını kaldırmıştır[27]. Kararda, eşin açık rızası alınmamış ise ipotek işleminin geçersiz olacağı, geçerli bir işlemin olmadığının kabul edildiği hallerde ise malik eşin ölümünün bu işleme geçerlilik kazandıramayacağı ifade edilmiş; ayrıca evlilik ölümle sonuçlanmasına rağmen davanın konusuz kalmadığı; aksi düşüncenin davacının davasında haklı olup olmadığı araştırılmadan taşınmazın cebri icra ile satılması sonucunu doğuracağı ve bunun da büyük hak ihlallerine yol açacağı belirtilmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun yukarıdaki paragrafta bahsedilen karar düzeltme kararına katılmamak mümkün değildir. Zira yukarıda açıklandığı üzere, evlilik ölümle sona erse dahi, sağ kalan eşin miras hakkına veya katılma alacağına mahsuben aile konutu üzerinde ayni haklar talep etme imkânı vardır (TMK md. 240 ve TMK md. 652). O halde ölümle sona eren bir evlilikte, mal rejimi tasfiye edilene ve tereke paylaşılana kadar, aile konutunun bu niteliğini taşıdığını kabul etmek gerekir. Ayrıca aile konutuna yönelik yapılan işlem, yapıldığı sırada geçerlilik koşullarını sağlamadığından, bunun hak sahibi eşin ölümüyle kendiliğinden geçerli hale gelmesi mümkün değildir. Sağ kalan eşin açmış olduğu tapu kütüğünün düzeltilmesi davası konusuz kalmaz; bu dava sonuçlandırılarak, sağ kalan eşin TMK md. 240 ve md. 652'nin sağladığı haklardan yararlanmasına olanak verilmelidir.

V. EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİ YÜRÜRLÜĞE GİRMEDEN ÖNCE EDİNİLEN TAŞINMAZLARDA, SAĞ KALAN EŞİN AİLE KONUTU KORUMASINDAN YARARLANAMAMASI SORUNU

Eşlerden birinin ölümü halinde, aile konutuna ilişkin korumanın önemi, özellikle TMK md. 240 ve TMK md. 652 çerçevesinde ortaya çıkmaktadır. TMK md. 652 sağ kalan eşe mirasçılık sıfatına bağlı olarak çeşitli haklar sağlarken; TMK md. 240 ise edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinden doğan katılma alacağına bağlı olarak çeşitli imkânlar tanımaktadır. Ayrıca paylaşmalı mal ayrılığında TMK md. 255; mal ortaklığı rejiminde ise TMK md. 279 yine sağ kalan eşin aile konutuna yönelik menfaatlerini korumaya yönelik düzenlemelerdir.

TMK md. 652/1'e göre, "*Eşlerden birinin ölümü halinde tereke malları arasında ev eşyası veya eşlerin birlikte yaşadıkları konut varsa, sağ kalan eş, bunlar üzerinde kendisine miras hakkına mahsuben mülkiyet hakkı ta-*

---

[27] YHGK, E. 2017/2-2906, K. 2017/1723, T. 13.12.2017.

nınmasını isteyebilir." Bu düzenleme, eşler arasındaki mal rejimi ne olursa olsun, sağ kalan eşin mirasçılık sıfatına bağlı olarak bir koruma sağlamaktadır[28]. Buna göre aile konutu 2002'de yeni TMK ile yürürlüğe giren edinilmiş mallara katılma rejimi döneminde de edinilmiş olsa, daha eski bir tarihte, yani yasal mal rejimi olarak mal ayrılığı rejiminin yürürlükte olduğu dönemde de edinilmiş olsa, sağ kalan eş mirasçılık sıfatına dayanarak aile konutu üzerinde miras hakkına mahsuben mülkiyet hakkı tanınmasını isteyebilmelidir.

Oysa Yargıtay, yerleşik içtihadıyla, 2002'den önce edinilen aile konutlarıyla ilgili olarak, katılma alacağının yeni TMK'nın yürürlükte olduğu dönemde edinilen mal varlıkları hakkında doğacağından bahisle, sağ kalan eşin katılma alacağının oluşmadığını, bu nedenle sağ kalan eş lehine aile konutu üzerinde mülkiyet veya intifa ya da oturma hakkı tanınamayacağını kabul etmektedir[29].

Yine Yargıtay 8.HD, 2015 tarihli bir kararındaki, "*... katılma alacağı 4721 sayılı TMK'nın yürürlükte olduğu dönemde edinilen malvarlıkları hakkında doğar. 743 sayılı TMK'nın yürürlükte olduğu dönemde eşlerin herbirinin sahip olduğu malvarlıkları üzerinde katılma alacağı söz konusu olmaz. Dava konusu ev, eşler arasında 743 sayılı TMK'nın 170. maddesi uyarınca mal ayrılığının geçerli olduğu 20.08.1987 tarihinde edinilmiş olup ...*" ifadeleriyle, katılma alacağının doğması için aranan edilmiş malların bulunması gerekliliğini, aile konutunun edinilmiş mal olmamasıyla ilişkilendirmiş gözükmektedir. Oysa aile konutu mal ayrılığı rejimi döneminde edinildiğinden eşlerden birinin kişisel malı olsa da, edinilmiş mallara katılma rejimine

---

[28] Aynı yönde ŞIPKA, s. 99; SEROZAN Rona/ ENGİN Baki İlkay, **Miras Hukuku,** 5. Bası, Seçkin, Ankara, 2018, s. 597; ÖZTAN Bilge, **Miras Hukuku,** 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 505.

[29] Bkz. örneğin Yarg. 8. HD, E. 2013/20764, K. 2015/4805, 23.02.2015. Karara göre, *"TMK'nın 240/1. maddesi hükmüne göre; sağ kalan eş, eski yaşantısını devam ettirebilmesi için ölen eşine ait olup birlikte yaşadıkları konut üzerinde kendisine katılma alacağına mahsup edilmek, yetersiz ise bedel eklenmek suretiyle intifa veya oturma hakkı tanınmasını isteyebilir. Aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre de konut üzerinde mülkiyet hakkının tanınacağı düzenlenmiştir. Katılma alacağı 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı TMK'nın 231 vd. maddelerinde düzenlenmiş olup mal rejiminin tasfiyesi sonucu sahip olunan bir alacak hakkıdır. Başka bir anlatımla, katılma alacağı 4721 sayılı TMK'nın yürürlükte olduğu dönemde edinilen mal varlıkları hakkında doğar. 743 sayılı TKM'nin yürürlükte olduğu dönemde eşlerin herbirinin sahip olduğu malvarlıkları üzerinde katılma alacağı söz konusu olmaz. Dava konusu ev, eşler arasında 743 sayılı TKM'nin 170. maddesi uyarınca mal ayrılığının geçerli olduğu 20.08.1987 tarihinde edinilmiş olup, davacı eş lehine katılma alacağı oluşmadığından davacının konut üzerinde mülkiyet hakkı talebinde bulunması mümkün değildir*."

geçişle birlikte, eşlerin bu tarihten sonra edindikleri mallar üzerinde katılma alacaklarının doğması söz konusu olabilir. Bir başka ifadeyle, başkaca edinilmiş mallardan ötürü katılma alacağına sahip olan eş, diğer eşin kişisel malı niteliğindeki aile konutu üzerinde, katılma alacağına mahsuben intifa veya oturma ya da mülkiyet hakkı talep edebilmelidir (TMK md. 240/ I ve II).

Oysa Yargıtay, özellikle TMK'nın yürürlüğe girmesinden önce edinilen konutların, ölen eşin kişisel malı sayılacağından yola çıkarak, 2002'den önce edinilen aile konutları açısından sağ kalan eşe mülkiyet hakkı tanınamayacağını belirtmekte[30] ve mal ayrılığı rejiminin geçerli olduğu dönemde edinilen aile konutları bakımından sağ kalan eşi korumasız bırakmaktadır.

Belirtmek gerekir ki, aile konutu TMK'nın yürürlüğe girdiği 2002 yılından önce edinilmiş olsa bile, bu durum, o konutun aile konutu olmasına engel değildir. Aile konutunun henüz edinilmiş mallara katılma rejimi yürürlüğe girmeden edinilmesi nedeniyle, onun kişisel mal sayılacağı hususunda tereddüt yoktur. Ancak bu, o aile konutunun mülkiyetinin sağ kalan eşe katılma alacağına mahsuben özgülenmesine engel teşkil etmez. Zira TMK md. 240 gereği aile konutunun sağ kalan eşe özgülenebilmesi için, söz konusu konutun ölen eşe ait olması ve sağ kalan eşin katılma alacağının bulunması yeterlidir. Sağ kalan eşin, edinilmiş mallara katılma rejimi yürürlüğe girdikten sonra diğer eşin edindiği mallar kapsamında, katılma alacağı doğabilir. Katılma alacağı mevcut ise, sağ kalan eş bu alacağına mahsuben -yetmez ise bedel eklemek suretiyle- ölen eşinin kişisel malı niteliğindeki aile konutu üzerinde intifa veya oturma ya da haklı sebeplerin varlığı halinde mülkiyet hakkı talep edebilir. Bir başka ifadeyle, aile konutunun kişisel mal niteliğinde olmasının, katılma alacağına mahsuben üzerinde ayni hak talep edilmesi açısından herhangi bir etkisi yoktur[31]. Oysa Yargıtay 8. HD yerleşik içtiha-

---

[30] Yarg. 8. HD, E. 2016/21737, K. 2017/427, 19.1.2017. "*Katılma alacağına mahsuben mülkiyet hakkı tanınması istemine konu 3 no.lu mesken, eşler arasında mal ayrılığı rejiminin geçerli olduğu 13.07.1992 tarihinde satın alınarak, ölen eş adına tescil edilmiştir… 3 no.lu mesken eşler arasında mal ayrılığı rejiminin geçerli olduğu 13.07.1992 tarihinde satın alınıp ölen eş adına tescil edilmiş olması nedeniyle ölen eşin kişisel malı olduğundan Mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekir."* Aynı yönde bkz. Yarg. 8. HD, T. 23.02.2012, E. 2011/3715, K. 2012/1124 sayılı kararı: "*Söz konusu aile konutu 01.01.2002 tarihinden önce edinilmiş olup, … edinilmiş mallardan sayılmadığından somut olayda TMK'nın 240. maddesinin… uygulanma olanağı bulunmamaktadır*."

[31] Aynı yönde bkz. ŞIPKA Şükran, **Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar,** 1. Bası, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 321; ACAR Faruk, "Sağ Kalan Eşin Katılma Alacağı ve Miras Hakkı", **Uygulamalı Aile Hukuku Serti-**

dıyla, aile konutunun edinildiği tarih nedeniyle konutun kişisel mal olduğunu ve bu nedenle katılma alacağına mahsuben üzerinde sağ kalan eş lehine ayni hak kurulamayacağını kabul etmektedir.

Yargıtay'ın bu tespitinin sadece konutun kişisel mal olduğuna yönelik kısmı doğrudur. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere, aile konutunun kişisel mal niteliğinde olması TMK md. 240 kapsamında sağ kalan eşin ayni hak talebine engel değildir; bu maddenin uygulanmasına engel teşkil eden husus, sağ kalan eşin katılma alacağının olmamasıdır. Çünkü TMK md. 240 ile sağ kalan eşe sağlanan koruma, sağ kalan eşin katılma alacağının bulunmasına bağlıdır[32].

Bununla birlikte, sağ kalan eşin katılma alacağının bulunmaması, onun aile konutu açısından tamamen korumasız kalmasına yol açmaz. Zira TMK md. 652 çerçevesinde, ölümle sona eren evliliklerde, sağ kalan eşe **miras hakkı karşılığında** aile konutu üzerinde mülkiyet hakkı talep etme imkânı öngörülmüştür. TMK md. 652'ye göre sağ kalan eş, aralarındaki mal rejimi ne olursa olsun, aile konutu -ve ev eşyası- üzerinde miras hakkına mahsuben ayni hak talep edebilir[33]. Esasında Yarg. 8. HD de bazı kararlarında bu hususu açıklıkla ortaya koymaktadır. Bu dairenin E. 2010/1695, K. 2010/2923 sayılı ve 1.6.2010 tarihli kararında da, "*Uygulama açısından TMK'nın 240 ile aynı Kanun'un 652. maddesi arasında ortak bir yön bulunduğu ve ortak bir konuyu düzenledikleri görülmekle birlikte aralarında bazı farklar da bulunmaktadır. TMK'nın 240. maddesine göre, mal rejimi ölüm nedeniyle sona erdiğinde, sağ kalan eşin bu rejimden kaynaklanan ayni hakkını düzenlemektedir. Yani edinilmiş mallara katılma alacağı karşılığında mülkiyet hakkının tanınmasını öngörmektedir. TMK'nın 652. maddesinde ise, eşler arasındaki mal rejimi ne olursa olsun, sağ kalan eşin, tereke malları arasında yer alan konut veya konut eşyası üzerinde mirastan kaynaklanan ayni hakkını düzenlemektedir…*" denilerek, ölümle sona eren evliliklerde sağ kalan eşin mirasçılık sıfatına dayalı olarak aile konutu üzerinde ayni hak talep edebileceği ifade edilmiştir.

---

fika Programı III. Dönem 17-18 Kasım 2006, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulama Sorunları, (Yay. Haz. Şükran Şıpka, Barış Özbilen, Ebru Şensöz), 1. Bası, T.C İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2007, s. 78.

32 ERDEM, s. 312; ÖZUĞUR Ali İhsan, **Mal Rejimleri,** 1. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006, s. 72; Aynı yönde Yarg. 8. HD, E. 2010/1695, K. 2010/2923, T. 1.6.2010. Sağ kalan eşin katılma alacağı olmasa bile, değer artış payı alacağının bulunması halinde yine de TMK md. 240'dan yararlanabileceği yönünde bkz. ERDEM, s. 312 ve dipnot 567'de sayılan yazarlar.

33 ŞIPKA, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, s. 326.

Yukarıda açıklandığı üzere, aile konutunun mal ayrılığı rejimi döneminde edinilmiş olması, yani onun eşlerden birinin kişisel malı olması, malik eşin ölümü halinde, diğer eşin katılma alacağına mahsuben üzerinde ayni hak kurulmasına engel teşkil etmemelidir. Ancak sağ kalan eşin katılma alacağının bulunmaması durumunda, TMK md. 240 hükmü uygulanamayacaktır. Bu halde dahi sağ kalan eş aile konutuna ilişkin TMK md. 652'nin getirdiği korumadan yararlanmalı; bu defa da miras hakkına mahsuben aile konutu üzerinde ayni hak talep edebilmelidir. Elbette bunun için sağ kalan eşin mirasçı olması gerekir; sağ kalan eşin mirasçılığına engel bir durum varsa, TMK md. 652'den de yararlanması mümkün olmaz[34]. Her iki yasal düzenlemenin de koşulları oluştuğu takdirde, bunlardan herhangi birinin uygulanabileceği (*application alternative*) kabul edilmektedir[35].

TMK md. 652, TMK md. 240'ı (ve paylaşmalı mal ayrılığına ilişkin TMK md. 255 ile mal ortaklığı rejimine ilişkin TMK md. 279'u) tamamlayan bir düzenlemedir. Düzenlemenin amacı, sağ kalan eşe, eşinin ölümünden önce yaşadığı koşullarda hayatına devam etme imkânı sağlamaktır[36]. Miras hukukuna ilişkin bu kural, sağ kalan eşin mal rejiminin tasfiyesi sonucu aile konutunun kendisine tahsis edilmesini sağlayamadığı her halde uygulama alanı bulur[37].

---

[34] ŞIPKA, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, s. 336. DURAL Mustafa/ ÖZ Turgut, **Türk Özel Hukuku C. IV Miras Hukuku,** 13. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019, s. 504. Yazarların da belirttikleri üzere TMK md. 652, mal rejimleri yönünden bir ayırım yapmaz. Yani eşler, mal ayrılığı dahil, hangi mal rejimini seçmiş olurlarsa olsunlar, sağ kalan eşin TMK md. 652'ye dayalı olarak ölen eşle birlikte oturduğu evin, miras payına mahsuben kendisine özgülenmesini isteyebilir: bkz. DURAL/ ÖZ, s. 501. Aynı yönde bkz. KILIÇOĞLU Ahmet, **Miras Hukuku,** 10. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s. 383; SEROZAN/ ENGİN, s. 597.

[35] HAUSHEER Heinz/ REUSSER Ruth/ GEİSER Thomas, **Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Das Eherecht, Allgemeine Vorschriften,** Art. 181-195a ZGB; Der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, Art. 196-220 ZGB Band II/1/3/1, Bern 1992, Art. 219 N. 17 vd.; STECK Daniel/ FANKHAUSER Roland, **CommFam, (Ed. SCHWENZER Ingeborg/ FANKHAUSER Roland), Scheidung, Band I: ZGB**, 3. Auflage, Stämpfli, Bern, 2017, Art. 219 n. 7; ACAR, s. 79.

[36] COUCHEPIN Gaspard / MAIRE Laurent, **Commentaire du droit des successions, (Ed: Antoine EIGENMANN, Nicolas ROUILLER)** Stämpfli, Bern, 2012, Art. 612a CC, n.2; SEROZAN/ ENGİN, s. 596; TMK md. 240 hükmü ile de aynı amacın hedeflendiği yönünde bkz. SARI Suat, **Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi,** 1. Bası, Beşir Kitabevi, İstanbul, 2007, s. 283; ANTALYA Gökhan, **Miras Hukuku,** 3. Bası, Legal, İstanbul, 2015, s. 442.

[37] COUCHEPIN/ MAIRE, Art. 612a CC, n. 2; SEROZAN/ ENGİN, s. 597: Yazarlar, mal rejimine ilişkin paralel istemin eksiksiz olarak ileri sürülemediği durumlarda TMK md. 652'nin önem kazandığını ve bir rezervuar işlemi üstlendiğini ifade etmektedirler.

Aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin ölümünden sonra, diğer eşin aile konutu üzerinde eski yaşantısını sürdürebilmesini amaçlayan TMK md. 240 ve md. 652 düzenlemeleri, aile konutu eski MK döneminde edinilmiş olsa bile, sağ kalan eşe bu konut üzerinde ayni hak talep etme imkânını sağlamaktadır. Bu ayni hak talebi, sağ kalan eşin katılma alacağı varsa ve bu alacağa mahsuben ileri sürülüyorsa TMK md. 240'a; mirasçılık hakkına mahsuben ileri sürülüyorsa TMK md. 652'ye dayandırılabilir. Yargıtay 8. HD'nin eski MK döneminde edinilen aile konutları bakımından oluşturduğu içtihadını bir an önce değiştirerek, sağ kalan eşe gerekli korumayı sağlaması gerekir.

SONUÇ

Aile konutu, eşlerin ve çocukların geleceği için önemli bir güvence teşkil ettiğinden, evlilik devam ederken özel bir koruma altına alınmıştır. Ancak ölümle sona eren evliliklerde de, sağ kalan eşin eski hayatını sürdürebilmesi adına ona TMK ile aile konutu üzerinde bazı ayni haklar talep etme imkânları tanınmıştır. Bu ayni haklar, hem mal rejiminin tasfiyesinde katılma alacağına mahsuben, hem de miras hukuku kuralları çerçevesinde sağ kalan eşe düşecek miras payına mahsuben ileri sürülebilmektedir. Bu durum göstermektedir ki, aile konutu ile sağlanan koruma, eşlerden birinin ölümüyle sona ermemektedir. Bu nedenle aile konutu üzerinde diğer eşin rızası alınmadan yapılan tasarruflar, hak sahibi eşin ölümüyle kendiliğinden geçerli hale gelemez. Bir başka ifadeyle, eşin ölümünden önce açılmış olan tapu sicilinin düzeltilmesi davaları konusuz kalmaz; davanın görülmeye devam edilmesi ve aile konutu üzerinde sağ kalan eşin rızası olmaksızın tasarrufta bulunulduğu tespit edildiği takdirde, davanın kabul edilerek aile konutunun tekrar ölen eşin terekesine dahil edilmesi veya (sınırlı ayni hak kurulması ihtimalinde) mülkiyet hakkını sınırlandıran ayni hakkın terkini gerekir. Böylece sağ kalan eşin TMK md. 240 veya TMK md. 652 çerçevesinde ayni hak taleplerini ileri sürmesi mümkün olabilecek ve bu hükümlerin sağ kalan eşi koruma hedefi, ancak bu şekilde amacına ulaşacaktır. Oysa Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun, aile konutu üzerinde yapılan işlemlerin, eşin ölümüyle kendiliğinden geçerlilik kazanacağı ve daha önce açılan tapu sicilinin düzeltilmesi davasının konusuz kalacağı yönünde içtihatları mevcuttur.

Diğer taraftan, Yargıtay 8. HD'nin yerleşik içtihadı, edinilmiş mallara katılma rejimi yürürlüğe girmeden eşlerin edinmiş oldukları aile konutunun kişisel mal olması nedeniyle katılma alacağının oluşmayacağından bahisle,

sağ kalan eşi TMK md. 240'ın sağladığı ayni hak talep etme imkânının dışında bırakmaktadır. Oysa aile konutu mal ayrılığı rejimi döneminde edinildiğinden eşlerden birinin kişisel malı olsa da, edinilmiş mallara katılma rejimine geçişle birlikte, eşlerin bu tarihten sonra edindikleri mallar üzerinde katılma alacaklarının doğması söz konusu olabilir. Bu çerçevede, sağ kalan eşin katılma alacağına mahsuben, ölen eşinin kişisel malı niteliğindeki aile konutu üzerinde ayni hak talep edebilmesi gerekir. Bu nedenle Yargıtay'ın her iki konudaki görüşünü de değiştirerek, Türk Medeni Kanunu'nun sağ kalan eşe getirmeyi amaçladığı korumayı bir an önce sağlaması gerektiğine inanıyoruz.

KAYNAKÇA

ACAR Faruk, "Sağ Kalan Eşin Katılma Alacağı ve Miras Hakkı", **Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem 17-18 Kasım 2006, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulama Sorunları,** (Yay. Haz. Şükran Şıpka, Barış Özbilen, Ebru Şensöz), 1. Bası, T.C İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2007, s. 61-79.

AKINTÜRK Turgut/ ATEŞ KARAMAN Derya, **Aile Hukuku,** 15. Bası, Beta, İstanbul, 2013.

ANTALYA Gökhan, **Miras Hukuku,** 3. Bası, Legal, İstanbul, 2015.

BARLAS Nami, "Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları", **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan,** 1. Bası, Seçkin, Ankara, 2004.

COUCHEPIN Gaspard / MAIRE Laurent, **Commentaire du droit des successions**, (Ed: Antoine EIGENMANN, Nicolas ROUILLER) Stämpfli Verlag, Bern, 2012, Art. 612a.

DALCI ÖZDOĞAN Nurcihan, "Aile Konutu Niteliğinin Sona Ermesi ile Diğer Eşin Rızası Alınmadan Yapılan Tasarruf İşlemi kendiliğinden Geçerli Hale Gelir Mi", **ERÜHFD**, 2018, C. XIII, S. 2, s. 135- 167.

DURAL Mustafa/ ÖĞÜZ Tufan/ GÜMÜŞ Alper, **Türk Medeni Hukuku C. III Aile Hukuku,** 15. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.

DURAL Mustafa/ ÖZ Turgut, **Türk Özel Hukuku C. IV Miras Hukuku**, 13. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019.

ERDEM Mehmet, **Aile Hukuku,** 1. Bası, Seçkin, Ankara, 2018.

GÜMÜŞ Alper, **Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri**, 1. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008. (Kısaltma: GÜMÜŞ, Evliliğin Genel Hükümleri)

GÜMÜŞ Alper, **Türk Medeni Kanunu'nun Getirdiği Yeni Şerhler**, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007.

HAUSHEER Heinz/ REUSSER Ruth/ GEİSER Thomas, **Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Das Eherecht, Band II/1/2, Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen,** Artikel 159- 180 ZGB, Stämpfli, Bern, 1999.

HAUSHEER Heinz/ REUSSER Ruth/ GEİSER Thomas, **Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Das Eherecht, Allgemeine Vorschriften,** Art. 181-195a ZGB; Der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, Art. 196-220 ZGB Band II/1/3/1, Bern, 1992.

HÜSEYİN İhsan, "Aile Konutu: Kavram, Üzerindeki Haklar ve Korunması", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** 67 (3) 2018, s. 577-604.

İYİLİKLİ Ahmet Cahit, "Boşanma, Evliliğin İptali ya da Eşlerden Birinin Vefatının Aile Konutuna İlişkin Tasarrufun İptali Davasına Etkisi", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi,** Yıl 7, Sayı 13, Haziran 2019, s.233-294.

KAMACI Mahmut, "Aile Konutu ve Hak Sahibi Eşin Bu Konutla İlgili Tasarruflarına Diğer Eşin Katılma Hakkı", **Yargıtay Dergisi,** 2004, Ocak-Nisan, S. 1-2, s.113-138.

KILIÇOĞLU Ahmet, **Aile Hukuku,** 1. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.

KILIÇOĞLU Ahmet, **Miras Hukuku,** 10. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.

NEBİOĞLU ÖNER Şebnem, "Aile Konutunun Özellikleri, Unsurları, Koruma Süresi ve Korunma Nedenleri", **TBB Dergisi,** 2011, s. 117- 154.

ÖZTAN Bilge, **Miras Hukuku,** 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.

ÖZUĞUR Ali İhsan, **Mal Rejimleri,** 1. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006.

SARI Suat, **Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi,** 1. Bası, Beşir Kitabevi, İstanbul, 2007.

SCYBOZ Pierre, **Commentaire Romand Code Civil I** (Ed.: PICHONNAZ Pascal/ FOEX Bénédict), Art. 1-359 CC, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2010, Art. 169.

SEROZAN Rona/ ENGİN Baki İlkay, **Miras Hukuku,** 5. Bası, Seçkin, Ankara, 2018.

STECK Daniel/ FANKHAUSER Roland, **CommFam,** (Ed. SCHWENZER Ingeborg/ FANKHAUSER Roland), Scheidung, Band I: ZGB, 3. Auflage, Stämpfli, Bern, 2017,

ŞIPKA Şükran, **Türk Medeni Kanunu'nda Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası (TMK md. 194),** 1. Bası, Beta, İstanbul, 2002.

ŞIPKA Şükran, **Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar,** 1. Bası, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2011. (Kısaltma: ŞIPKA, Edinilmiş Mallara Katılma)

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2020; 2: 1125-1151

DENİZYOLUYLA YAPILAN EŞYA TAŞIMALARINDA FİİLİ TAŞIYAN KAVRAMI(*)

Doç. Dr. Serap AMASYA(**)

Öz: Deniz yoluyla yapılan eşya taşımalarında taşıma işi, çoğu halde, akdi taşıyandan başka kişiler tarafından yerine getirilir. Yük veya gecikme zararları nedeniyle sorumlu tutulmaları söz konusu olabilecek bu kişiler ile zarar gören arasında akdi bir ilişki çoğu zaman yoktur. Türk Ticaret Kanunu ("TTK"), bu durumu dikkate alarak fiili taşıyanın sorumluluğu hakkında düzenleme getirmiştir. Ancak, deniz yolu ile eşya taşımacılığı alanında fiili taşıyanı hükme bağlayan TTK m.1191'de tanım yapılmamış olması, fiili taşıyan sayılacak kimselerin belirlenmesinde bazı tereddütlere yol açmıştır. Bu çalışmanın amacı, Deniz Ticareti Hukukunun bir özelliği olarak görülen aynı gemi üzerinde kurulmuş deniz ticareti sözleşmeleri silsilesinde yük veya gecikme zararı nedeniyle fiili taşıyan sıfatıyla sorumlu tutulabilmesi mümkün kişileri açığa çıkartmaktır.

Anahtar Kelimeler: Eşya Taşıma, Deniz Yoluyla Eşya Taşıma, Fiili Taşıyan, Akdi Taşıyan, Alt Taşıyan.

THE CONCEPT OF ACTUAL CARRIER IN CARRIAGE OF GOODS BY SEA

Abstract: Carriage of goods by sea is mostly conducted by other persons than the contractual carrier. Most of the time, there exist no contractual relation between the persons who may be held liable due to delay or cargo damages and the injured party. Turkish Commercial Code, taking this situation into account, has regulated the liability of the contractual carrier. However, the fact that no definition has been given in the art.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 30.09.2020. Makale Kabul Tarihi: 23.12.2020.

(**) Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Deniz Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (ORCID kimlik no: 0000-0001-8670-4911; *samasya@gsu.edu.tr*).

1191 of Turkish Commercial Code regulating the actual carrier in the field of transportation of goods by sea, causes hesitations while determining the persons who will be deemed as actual carriers. The aim of this study is to reveal the persons who can be held liable as the actual carrier due to delay and cargo damages within the series of contracts drawn up on the same vessel, which is seen as one of the features of the Commercial Maritime Law.

Keywords: Carriage of goods, Carriage of Goods by Sea, Actual Carrier, Contractual Carrier, Subcarrier.

I. KONUNUN TAKDİMİ

Uygulamada parça maldan oluşan eşyasını bir limandan diğerine taşıtmak isteyen yükle ilgili için, taşımayı yapacak gemiden ziyade, taşımayı üstlenecek deniz işletmesinin ciddi ve güvenilir olması önem taşır. Yük sahibi malın gönderileceği gemiyle ilgilenmez; zaten gemi çoğu kez ilk defa konişmentoda tayin olunur ki, konişmento hükümleri sadece taşıyanla gönderilen arasındaki değil, taşıyanla taşıtan arasındaki ilişkileri de düzenler.

Yük sahibi, taşımayı gerçekleştirecek gemiyle ilgilenmediği gibi, taşımayı yerine getirecek olan taşıyanın, (kendisi ile sözleşme yaptığı) akdi taşıyan (contractual carrier) olup olmadığıyla da ilgilenmez. Akdi taşıyan, taşımayı bizzat kendisi gerçekleştirebileceği gibi, başka taşıyanların yardımıyla da ifa edebilir. Taşıma işi başka taşıyan tarafından yerine getirildiği sırada yük ya da gecikme zararı meydana geldiği takdirde, birçok halde zarar gören yükle ilgili bakımından akdi taşıyan yerine, doğrudan taşımayı gerçekleştiren taşıyandan zararın tazminini istemek çıkarına daha uygun düşecektir.

Zarar gören özellikle, alt taşıyanın ekonomik durumunun akdi taşıyana nazaran daha iyi olması; zararı karşılamak için yeterli malvarlığına sahip olmayan akdi taşıyanın iflas etmesi; zarar gören gönderilenin, farklı bir ülkede bulunan akdi taşıyandan alacağını elde edebilmek için yeterli ekonomik güce sahip olmaması gibi sebeplerle[1] alt taşıyana başvurmak isteyecektir. Ancak, yük veya gecikme zararı dolayısıyla sorumlu tutulmaları söz konusu olabilecek kişiler ile zarar gören arasında çoğu kez akdi bir ilişki olmadığı için tazminat talep eden yükle ilgili, donatanın sorumluluğuna ilişkin kurallara (TTK m.1062 (1)) dayanması ihtimali dışında, genel sözleşme dışı sorumluluk kuralları uyarınca taşımayı fiilen gerçekleştiren taşıyana müracaat edebilecektir.

---

[1] AKSOY Sami, **Taşıma Hukukunda Fiili Taşıyıcı**, On İki Levha, İstanbul, 2015, s.73-74.

İşte TTK zarar gören yükle ilgililere, taşımayı gerçekleştiren taşıyana, deniz yolu ile eşya taşıma hukuku kuralları kapsamında doğrudan başvuru imkanı sağlamak amacıyla, *"fiili taşıyan"* kavramını kabul etmiş ve fiili taşıyan hakkında özel bir sorumluluk rejimi öngörmüştür.

Fiili taşıyan kavramı sadece deniz yolu ile eşya taşıma hukukuna özgü bir kavram değildir. Genel olarak taşıma hukukunda ve sadece eşya taşımacılığı değil, yolcu taşımacılığı alanında da yer bulan bir kavramdır. Bu çalışmada, sadece TTK m.1191 anlamında fiili taşıyan kavramı ele alınarak onun çeşitli deniz ticareti sözleşmelerinden kaynaklanan ilişkiler içerisindeki yeri belirlenmeye çalışılacak ve TTK m.1062 (1) hükmü varken, özel bir düzenlemeye gerek olup olmadığı üzerinde durulacaktır.

II. ULUSLARARASI TAŞIMA SÖZLEŞMELERİNDE VE TÜRK HUKUKUNDA FİİLİ TAŞIYAN KAVRAMININ TANIMI

A. Uluslararası Taşıma Sözleşmelerinde

- Guadalajara Protokolü (1961)

Fiili taşıyıcı/ fiili taşıyan[2] kavramı ilk kez 1929 Tarihli *Uluslararası Hava Taşımalarına İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkında Varşova Sözleşmesi'ni* değiştiren 1961 tarihli *"Akid Taşıyıcı Dışında Bir Kimse Tarafından Gerçekleştirilen Taşımalara Dair Ek Sözleşme"de (Guadalajara Protokolü)* yer almıştır[3].

Guadalajara Protokolü m. 1 (c)'de fiili taşıyıcı şöyle tanımlanmıştır: *"Fiili taşıyıcı, akdi taşıyıcı tarafından verilen yetkiye dayanarak b fıkrasında öngörülen taşımayı kısmen veya tamamen gerçekleştiren ve kısmen ger-*

---

[2] Taşıma sözleşmelerinde, eşya ya da yolcu taşıma taahhüdünde bulunan kişi taşıyıcı/taşıyan olarak anılır. Türk hukukunda deniz taşımalarında *"taşıyan"*, diğer taşıma türlerinde ise *"taşıyıcı"* ifadesi kullanılmaktadır. Ancak CMR (*Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road- Karayolunda Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmesi Hakkında Konvansiyon*) ve CIM (*Uniform Rules Concerning the Contract of International Carriage of Goods by Rail - Demiryoluyla Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmesine İlişkin Yeknesak Kurallar)* konvansiyonlarının resmi Türkçe tercümelerinde *"taşımacı"* kavramı tercih edilmiştir. TTK'da taşıma işlerine ilişkin genel hükümlerde taşıyıcı/ fiili taşıyıcı, denizde eşya ve yolcu taşımalarında ise taşıyan/ fiili taşıyan ifadesi kullanılmıştır. Burada da aynı terminolojiye sadık kalınacaktır.

[3] Fiili taşıyıcı kavramının tarihsel gelişimi hakkında bkz. **AKSOY,** s.80 vd.; YAZICIOĞLU Emine, **Hamburg Kurallarına Göre Taşıyanın Sorumluluğu Lahey/Visby Kuralları ile Karşılaştırmalı Olarak**, İstanbul 2000, s.41 vd.; ATAMER Kerim, "2002 Atina Sözleşmesi'nde ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda Deniz Yolu ile Yolcu Taşıma Sözleşmesi", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi ("Batider")**, Cilt XXIV, Sayı 3, 2008, s.115 vd.

çekleştirdiği taşıma bakımından Varşova Konvansiyonu anlamında mütevali (ardışık) taşıyıcı olmayan akdi taşıyıcıdan başka bir şahsı ifade eder. Aksi ispat edilinceye kadar yetkinin var olduğu kabul edilir."[4]

- **Atina Sözleşmesi (1974)**

Guadalajara Protokolü'nün ardından fiili taşıyan kavramı ilk kez 1974 tarihli *"Yolcuların ve Bagajların Denizyoluyla Taşınmasına Dair Atina Sözleşmesi*" ile deniz yolu ile yapılan taşımalar bakımından hükme bağlanmıştır[5]. Guadalajara Sözleşmesinin İngilizce metninde fiili taşıyan karşılığı olarak *"actual carrier"* ifadesi kullanıldığı halde, 1974 tarihli Atina Sözleşmesinde *"performing carrier"* terimi tercih edilmiştir.

Atina Sözleşmesi'nin 1 (b) maddesine göre fiili taşıyan *"taşıyandan farklı bir kişi olup, bir geminin maliki, çartereri veya işleteni olarak, taşımanın tamamını veya bir kısmını fiilen gerçekleştiren kişidir."*

1974 tarihli Atina Sözleşmesi, çeşitli tarihlerde tadil edilmiştir. Atina Sözleşmesi'ne 2002 Protokolünün işlenmesiyle ortaya çıkan 2002 tarihli Atina Sözleşmesi, 6102 sayılı TTK'nın deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesine ilişkin hükümlerinin hazırlanmasında dikkate alınmıştır.

- **Hamburg Kuralları (1978)**

Denizde eşya taşımaya ilişkin Lahey ve Lahey/Visby Kuralları'nda fiili taşıyana ilişkin özel bir düzenleme mevcut değildir[6].

Deniz yoluyla taşımacılık alanında fiili taşıyan hakkında özel hüküm öngören ilk uluslararası anlaşma 1978 tarihli Hamburg Kuralları'dır. TTK m. 1191 ve 1192'de düzenlenen fiili taşıyana ilişkin özel sorumluluk rejiminin kaynağı Hamburg Kuralları'dır. Hamburg Kuralları madde 1 (II) hükmüne göre *fiili taşıyan*[7] (actual carrier) *"taşımanın icrası taşıyan tarafından*

---

4 Bkz. **YAZICIOĞLU,** Taşıyanın Sorumluluğu, s.44, dn.133.

5 **YAZICIOĞLU,** Taşıyanın Sorumluluğu, s. 41; **AKSOY**, s.82; **ATAMER,** 2002 Atina Sözleşmesi, s.115.

6 Öğretide, Lahey Kuralları'nın 4 (2). m.sinde yer alan *"...kayıp ve hasarlardan taşıyan ve gemi sorumlu değildir",* keza Lahey Kuralları'nın 5 (5). m.sindeki *"taşıyan ve gemi.....aşan bir meblağ için sorumlu olmaz"* hükümlerinde geçen *"gemi"* teriminin, taşımayı fiilen gerçekleştiren donatan ya da gemi işletme müteahhidini ifade ettiği, söz konusu hükümlerle taşımayı fiilen gerçekleştiren geminin donatanına, sorumluluktan kurtulma ve sorumluluğunu sınırlandırma hakkı tanındığına işaret edilmektedir, bkz. **AKSOY,** s.83-84.

7 Hamburg Kuralları anlamında fiili taşıyan kavramı hakkında açıklamalar için bkz. **YAZICIOĞLU,** Taşıyanın Sorumluluğu, s.45 vd.

kısmen veya tamamen kendisine bırakılan her şahıs ile böyle bir ifa kendisine tevdi edilen diğer bütün şahısları ifade eder."[8]

Hamburg Kuralları'nda fiili taşıyan, Guadalajara Protokolü ve Atina Sözleşmesi'nde hükme bağlanan fiili taşıyan kavramlarından daha geniş kapsamlıdır[9]. Guadalajara ve Atina Sözleşmelerine göre fiili taşıyan *"….taşımayı kısmen veya tamamen gerçekleştiren kimse*"dir. Oysa Hamburg Kuralları'nda fiili taşıyan *"taşımanın icrası taşıyan tarafından kısmen veya tamamen kendisine bırakılan her şahıs ile böyle bir ifa kendisine tevdi edilen diğer bütün şahısları"* ifade eder.

Öğretide, tanımda taşımayı fiilen icra edenden değil, taşımanın icrasının bırakıldığı kimseden söz edilmesi nedeniyle, Hamburg Kuralları anlamında fiili taşıyanın yalnızca fiilen taşımayı icra eden kişi olmadığı, kısmen veya tamamen aynı taşımayı konu alan (asıl-tali) navlun sözleşmeleri çerçevesinde taşıyan sıfatı ile taşımaya katılanlardan her birinin de Hamburg Kuralları uyarınca fiili taşıyan olduğu, dolayısıyla somut bir olayda birden fazla fiili taşıyanın söz konusu olabileceği ifade edilmiştir[10].

Diğer görüş ise, geniş tanımlanmış olmakla birlikte fiili taşıyanın sadece gerçekleştirmiş olduğu taşımalardan sorumlu tutulduğunu (m.10 (2)), taşımayı sadece üstlenen, ancak ifa etmeyen bir kimsenin fiili taşıyıcı olarak sorumlu kılınamayacağını belirterek, kendine özgü bir rejimle doğrudan sorumlu tutulamayacak kimsenin, fiili taşıyıcı olarak anılmasının yersiz olduğunu, Hamburg Kuralları bakımından bir kimsenin fili taşıyıcı sayılabilmesi için kendisine bırakılan eşyanın taşınması işini, kısmen dahi olsa fiilen gerçekleştirmesinin şart olduğunu ileri sürmüştür[11].

---

8 *Actual carrier means any person to whom the performance of the carriage of the goods, or of part of the carriage has been entrusted by the carrier, and includes any other person to whom such performance has been entrusted."*

9 **YAZICIOĞLU,** Taşıyanın Sorumluluğu, s.44.

10 **YAZICIOĞLU,** Taşıyanın Sorumluluğu, s.46-47; YETİŞ ŞAMLI Kübra, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Taşıyanın Zıya, Hasar veya Geç Teslimden Sorumluluğu**, On İki Levha, İstanbul, 2013, s.20-21; GÜNAY Barış, **Hazırlık Çalışmalarının Işığında Lahey/Visby Kuralları (Rotterdam kuralları ile Karşılaştırmalı Olarak)**, Yetkin, Ankara, 2013, sh.79-80; KARA Hacı, **Rotterdam Kuralları'na Göre Taşıyanın Zıya, Hasar veya Gecikmeden Kaynaklanan Zararlardan Sorumluluğu,** Legal, İstanbul, 2014, s.87.

11 **AKSOY**, s.85-86.

- **CIM (1999)**

Demiryoluyla uluslararası eşya taşımalarına ilişkin CIM, ilk kez 1890 yılında kabul edilmiş, daha sonra yıllar içinde bir çok kez değiştirilmiştir. Çeşitli tarihlerde tadil edilen CIM metinleri içinde fiili taşıyıcı kavramına ilk kez 1999 tarihli CIM'de (Vilnius Protokolü) yer verilmiştir[12].

1999 tarihli CIM'de fiili taşıyıcı, Hamburg Kuralları'nda olduğu gibi *"taşıyıcı tarafından, taşımanın kısmen veya tamamen ifasının kendisine bırakıldığı kimse"* biçiminde tanımlanmıştır.

- **Montreal Sözleşmesi (1999)**

Hava yolu ile taşımalara ilişkin Varşova Sözleşmesi ve eklerinin yerine hazırlanan 1999 tarihli Montreal Sözleşmesine göre fiili taşıyıcı *"akid taşıyıcıdan başka bir kimse olup, ondan aldığı yetki dahilinde, taşımayı kısmen veya tamamen yerine getiren, ancak Montreal Sözleşmesi anlamında ardışık taşıyıcı sayılmayan bir kimsedir*."

- **Rotterdam Kuralları (2009)**

Rotterdam Kuralları[13], fiili taşıyan kavramı yerine, iki yeni kavram kabul etmiştir. Bunlar *"performing party"* ve "*maritime performing party*"dir.

Rotterdam Kuralları'nın 1 (6) (a) m.sine göre "*Performing party* (*ifa eden), taşıma sözleşmesi kapsamında eşyanın teslim alınması, yüklenmesi, elden geçirilmesi, istifi, taşınması, eşyaya özen gösterilmesi, eşyanın boşaltılması* veya teslim edilmesine *dair taşıyanın üstlenmiş olduğu borçları, taşıyanın istemi veya taşıyanın gözetimi veya denetimi altında gerek doğrudan gerekse dolaylı olarak ifa eden veya ifa etmeyi üstlenen, taşıyan haricindeki her kişidir."*

Maritime performing party (Denizde ifa eden) ise, "Geminin yükleme limanına eşyanın varması ile geminin boşaltma limanından eşyanın çıkışı arasındaki zaman aralığında, taşıyanın borçlarından herhangi birini yerine getiren veya yerine getirmeyi üstlenen ifa edendir. Kara taşıyıcısı münhasıran liman sahası içinde hizmet verdiği veya hizmet vermeyi üstlendiği hallerde denizde ifa eden olarak kabul edilir."(Rotterdam Kuralları m. 1(7)).

---

[12] **AKSOY**, s.87.

[13] Rotterdam Kurallarının Türkçe tercümesi için bkz. SÜZEL Cüneyt/ DAMAR Duygu, "Kısmen veya Tamamen Deniz Yoluyla Eşyanın Milletlerarası Taşınması Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Rotterdam Kuralları)", **Batider**, Cilt XXVI, Sayı 2, 2010, s.147-240.

Bu tanıma göre, "*maritime performing party*" kavramı,

- gerek taşımanın denize ilişkin kısmını ifa etmeyi üstlenen fiili taşıyanları,
- gerekse liman sahası içinde faaliyet gösteren terminal operatörleri ve istifçileri
- gerekse de liman sahası içinde bir yerden bir yere eşya taşıyan kara taşıyıcılarını

kapsamaktadır.

B. Türk Hukukunda

- **TTK m. 888**

TTK'da fiili taşıyan kavramı, taşıma işlerine dair genel hüküm niteliğindeki 888. m. ile denizde eşya taşımasına ilişkin 1191. ve denizde yolcu taşımasına ilişkin 1257. m.lerde düzenlenmiştir.

TTK m. 888'de *"taşıma, kısmen veya tamamen üçüncü bir kişi olan fiili taşıyıcı tarafından yerine getirilirse"* denilmek suretiyle tanım yapılmadan fiili taşıyıcı ifadesine yer verilmiş ve filli taşıyıcının sorumluluğu düzenlenmiştir.

- **TTK m. 1248, 1257**

TTK'nın deniz yoluyla yolcu taşımalarına ilişkin hükümleri 2002 tarihli Atina Sözleşmesi dikkate alınarak hazırlanmıştır. TTK'da fiili taşıyan sadece deniz yolu ile yolcu taşımalarında ayrı bir madde altında tanımlanmıştır. TTK m. 1248 (2)'de Atina Sözleşmesi'nin 1. m.si doğrultusunda yapılan tanıma göre[14]:

"Fiili taşıyan[15]*, taşıyandan farklı bir kişi olup, bir geminin maliki, kiracısı veya işleteni olarak, taşımanın tamamını veya bir kısmını fiilen gerçekleştiren kişidir."*

---

[14] *"Madde 1248- Bu maddede yolcuların duçar olacağı zararlardan sorumlu olan başlıca kişiler olarak taşıyan ve fiili taşıyan, 2002 Atina Sözleşmesi'nin 1'inci maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerine uygun bir şekilde tanımlanmıştır. Tasarının 1259'uncu maddesinde taşıma işinin tamamını veya bir kısmını "üstlenen" ve "gerçekleştiren" kişiler arasındaki ayrım gereken şekilde vurgulandığı için Sözleşmenin anılan maddesinin (c) bendinde yer alan "taşıma işinin tamamını veya bir kısmını gerçekte icra eden taşıyan" hakkındaki tanıma Tasarıda yer verilmemiştir."* Bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), Sıra Sayısı: 96, Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, s.375.

[15] 2002 tarihli Atina Sözleşmesi'ne göre fiili taşıyan kavramı hakkında bilgi için bkz. **ATAMER,** 2002 Atina Sözleşmesi, s.131 vd.; DEMİR İsmail, **2002 Atina Sözleşmesi Çerçevesinde Deniz Yoluyla Yolcu Taşıma**, Yetkin, Ankara, 2020, s.199 vd.

Bu tanıma göre fiili taşıyan bir geminin maliki, kiracısı veya işletenini ifade eder. Oysa kaynak Atina Sözleşmesinde kiracı değil *"charterer"* terimi kullanılmıştır. Öğretide, *"charterer"* sözcüğünün Türkçeye aktarılırken *kiracı* ile karşılanmasının bir tercüme hatası olduğu, İngiliz hukukunda çarterer deyiminin üç ayrı sözleşmenin tarafını ifade etmek üzere geniş anlamda kullanıldığı belirtilerek, terimin kiracı ile birlikte zaman çarterinde tahsis olunan ve yolculuk çarterinde taşıtan sıfatlarını haiz kişileri de kapsayacak şekilde yorumlanması gerektiği ifade edilmiştir[16].

- **TTK m. 1191, 1192**

Deniz yolu ile eşya taşımalarında fiili taşıyana ilişkin 1191. ve 1192. maddelerinde düzenlenen sorumluluk rejimi, az yukarıda belirttiğimiz üzere Hamburg Kuralları dikkate alınarak hükme bağlanmıştır.

Hamburg Kuralları'nda fiili taşıyan *"taşıyan veya diğer bir kimse tarafından taşımanın kısmen veya tamamen ifasının kendisine bırakıldığı kişi"* şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanıma göre, Hamburg Kuralları bakımından taşımayı sadece üstlenmiş, ancak gerçekleştirmemiş bir kişi de fiili taşıyandır.

Hamburg Kuralları'nın 1. maddesinde yapılan fiili taşıyan (actual carrier) tanımına TTK'da yer verilmemiştir. TTK'nın 1191 (1). m.sinin giriş cümlesinde sadece *"Taşımanın gerçekleştirilmesi, kısmen veya tamamen bir fiili taşıyana bırakıldığı takdirde"* ifadesine yer verilmiştir.

TTK m.1191'de fiili taşıyan kavramının tanımlanmamış olması, fiili taşıyanın açığa çıkartılmasında bazı tartışma ve tereddütlere yol açmaktadır.

III. TTK MADDE 1191 ANLAMINDA FİİLİ TAŞIYAN

Hamburg Kurallarında fiili taşıyan tanımı,

- gerek fiilen taşımayı icra eden
- gerekse de fiilen taşımayı yerine getirmemekle birlikte taşıma kendisine bırakılan her alt taşıyanı (başka bir anlatımla asıl-alt navlun sözleşmeleri çerçevesinde taşıyan sıfatı ile taşımaya katılanlardan her birini) kapsar görünmektedir.

---

[16] **ATAMER,** 2002 Atina Sözleşmesi, s.134.

Acaba TTK anlamındaki fiili taşıyan da, Hamburg Kuralları'nda yapılan tanım doğrultusunda mı anlaşılmalıdır?

Acaba bir olayda aynı gemi üzerinde kurulmuş asıl/alt navlun ilişkileri içerisinde yalnızca taşıyanlar silsilesinin en sonunda bulunan ve fiilen taşımayı bizzat gerçekleştiren kişi mi fiili taşıyan sayılacaktır?

Yoksa, fiilen taşımayı gerçekleştiren kişinin dışında, aynı gemi üzerinde kurulmuş asıl/alt navlun ilişkileri içerisinde taşıma kendisine bırakılan ve taşıma edimini başkalarının hizmetinden yararlanarak yerine getiren alt taşıyanlardan her biri de fiili taşıyan sayılacak mıdır? Diğer bir anlatımla taşıyanlar silsilesinde yer alan taşımayı üstlenen her alt taşıyan fiili taşıyan mıdır?

Bunun dışında acaba taşıma işinin yükleme, istifleme, boşaltma gibi bazı alt edimlerini yerine getiren bağımsız yüklenici de fiili taşıyan sayılacak mıdır?

TTK'da fiili taşıyana ilişkin açık bir tanım yapılmamış olması nedeniyle deniz yolu ile eşya taşınmasında karşılaşılabilen çeşitli hukuki ilişkiler içinde yük ya da gecikme zararına uğrayan yükle ilgilinin (yükleten, taşıtan veya gönderilen) gözünden[17] akdi (asıl) taşıyan ve fiili taşıyan olarak nitelenecek kişilerin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

A. Aynı Gemi Üzerinde Kurulmuş Deniz Ticareti Sözleşmeleri Silsilesinde (Asıl) Taşıyan ve Fiili Taşıyanın Belirlenmesi

1. Genel Olarak

Ticaret gemileri genellikle donatanın geminin kullanılmasını (zilyetliğini) üçüncü bir kişiye devrettiği ya da geminin ticari yönetimini çarterere bıraktığı veyahut geminin tahsisiyle birlikte eşya taşımayı taahhüt ettiği veya konişmento tahtında eşya taşıma taahhüdünde bulunduğu sözleşmelerin ifası amacıyla kullanılırlar.

İngiliz hukukunda geniş anlamda navlun sözleşmeleri (*contracts of affreightment*), bir çarter parti ile tevsik olunan çarter sözleşmeleri ve konişmento ile tevsik olunan eşya taşıma sözleşmesi olmak üzere temelde iki grupta toplanır[18]:

---

[17] Aynı yönde bkz. **AKSOY**, s.59, 67, 100.

[18] EDER Sir Bernard/ BENNETT Howard/ BERRY Steven/ FOXTON David/ SMITH Christopher F., **SCRUTTON on Charterparties and Bills of Lading**, 22. Bası, Sweet & Maxwell, Londra, 2011, s.1 vd.; ADEMUNI-ODEKE, **Bareboat Charter (Ship) Registration**, Kluwer Law International, Lahey, 1998, s.43.

Çarter sözleşmeleri[19] başlığı altında, *bareboat charter* (*demise charter)* gibi geminin kullanılmasının devredildiği gemi kira sözleşmesi ile geminin zilyetliğinin donatanda bulunduğu, fakat ticari yönetiminin çarterere tahsis edildiği zaman çarteri (*time charter*) ve geminin çarterere tahsis edildiği, teknik ve ticari yönetiminin ise donatana ait olduğu yolculuk çarteri (*voyage charter*) sözleşmeleri yer alır. Diğer grupta ise, yükle ilgililerin emredici hükümlerle korunduğu, konişmento ile tevsik olunan eşya taşıma sözleşmesi (*contract of carriage of goods*) bulunur.

Fransız hukukunda ise geniş anlamda navlun sözleşmeleri *contrats d'affrètement* başlığı altında toplanır[20]. *Contrats d'affrètement* grubunda, sözleşme özgürlüğü ilkesine tabi olan *affrètement au voyage* (yolculuk çarteri), *affrètement à temps* (zaman çarteri) ve *affrètement coque nue* (çıplak gemi kirası) yer alır. Fransız hukukunda emredici hükümlerle düzenlenen eşya taşıma sözleşmesi (*contrat de transport de marchandises*) navlun sözleşmelerine (*contrats d'affrètement*) dahil edilmez, ayrı bir kategoride ele alınır[21].

Türk hukukunda ise TTK'da *"Deniz Ticareti Sözleşmeleri"* başlığı altında üç ayrı sözleşme düzenlenmiştir[22]:

---

19 "*İngiliz hukukunda "charter" terimi, üç ayrı sözleşmenin nitelendirilmesinde kullanılmaktadır: gemi kirası, geminin ticarî yönetiminin belli bir süre için tahsis olunana (çarterere) bırakılması ve yolculuk çarteri sözleşmesi. Dolayısıyla, adında çarter kelimesi bulunan sözleşmelerin niteliğinin tayini, ancak sözleşme şartlarının incelenmesi sonucunda mümkün olmaktadır."* Bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), Sıra Sayısı: 96, Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, s.342.

20 Fransız hukukunda geniş anlamda navlun sözleşmeleri ve deniz yolu ile taşıma 1966-1969 tarihli Fransız Deniz Reform Kanunlarından 18 Haziran 1966 tarihli ve 66-420 sayılı Navlun ve Denizde Taşıma Sözleşmeleri Hakkında Kanun (Loi no 66-420 du 18 juin 1966 sur les contrats d'affrètement et de transport maritimes) ile bu kanun uyarınca çıkartılmış olan 66-1078 sayılı ve 31 Aralık 1966 tarihli Kararname ile düzenlenmiştir. 1966 tarihli Kanun, 28 Ekim 2010 tarihli ve 2010-1307 sayılı Ordonans (Ordonnance no 2010-1307 du 28 octobre 2010) ile 47 ilâ 49. m.leri hariç olmak üzere yürürlükten kaldırılmıştır. Yürürlükten kaldırılan 1966 tarihli Kanun hükümleri, Taşıma Kodu'nun (Code des Transports) L.5423-1 vd maddeleri ile düzenlenmiştir. Fransız deniz ticareti hukukunun kaynakları için bkz. BONASSIES Pierre/ SCAPEL Christian, **Traité de Droit Maritime**, 3. Bası, LGDJ, Paris, 2016, s.31 vd. (par. no 21 vd.)

21 Fransız hukukunda deniz ticareti sözleşmeleri için bkz. **BONASSIES Pierre/ SCAPEL Christian**, s.581 vd.

22 6102 sayılı TTK'nın "Deniz Ticareti Sözleşmeleri" başlığı altında yer alan gemi kira sözleşmesi ile zaman çarteri sözleşmesine ilişkin hükümlerinin hazırlanmasında 18 Haziran 1966 tarihli Fransız Navlun ve Denizde Taşıma Sözleşmeleri Hakkında Kanun ve ilgili kararname hükümlerinden yararlanılmıştır. Bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), Sıra Sayısı: 96, Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, s.339 vd.

- Gemi kira sözleşmesi (TTK m.1119 vd.)
- Zaman çarteri sözleşmesi (TTK m.1131 vd.)
- Navlun sözleşmesi (TTK m.1138 vd).

Navlun sözleşmesi, yolculuk çarteri sözleşmesi ve kırkambar sözleşmesi şeklinde ikiye ayrılarak hükme bağlanmıştır.

Görüldüğü üzere Türk hukukunda yolculuk çarteri sözleşmesi ile kırkambar sözleşmesi (dar anlamda), navlun sözleşmelerini ifade eder.

Deniz işletmeciliğinde bir gemi üzerinde birden çok (geniş anlamda) navlun sözleşmesi kurulmuş olabilir. Taraflar birbirinden bağımsız olan bu sözleşmeleri değişik amaçlarla akdederler[23]. Örneğin, kendi gemileri, üçüncü kişilere karşı üstlendiği taahhütlerini yerine getirebilmesi için ihtiyaç duyduğu tonaj kapasitesini karşılamaya yetmeyen donatan gemi kira sözleşmesi yapabileceği gibi, başka sözleşmeler yoluyla başka donatanlara ait gemilerden yararlanma yoluna da gidebilir. Böyle bir halde, bir zaman çarteri sözleşmesi yaparak, kendisine tahsis edilen gemi üzerinde sahip olduğu ticari yönetim yetkisi kapsamında akdettiği navlun sözleşmeleri ile üçüncü kişilere olan taahhütlerini yerine getirebilir veyahut bir navlun sözleşmesi yaparak taşıtan olarak kazandığı hakkı bizzat yükleyeceği malları taşıtmak yerine, diğer bir navlun sözleşmesi uyarınca başka bir kişiye olan taşıma taahhüdünü yerine getirmek üzere o kişinin mallarını taşıttırmak suretiyle de kullanabilir. Keza, bir taşıma işleri komisyoncusu da, bir geminin maliki olmadan, üçüncü kişilere karşı taşıyan sıfatıyla eşya taşımayı üstlendiği takdirde, bu taahhüdünü yerine getirebilmek için taşıtan olarak kazandığı taşıma kapasitesini kullanacaktır. Öte yandan, genellikle daha yüksek olan alt navlun sözleşmesi navlunu ile üst navlun sözleşmesi navlunu arasındaki farktan yararlanmak amacıyla da alt navlun sözleşmeleri yapıldığı görülmektedir.

---

[23] ÇAĞA Tahir/ KENDER Rayegân, **Deniz Ticareti Hukuku II Navlun Sözleşmesi**, 10.Bası, On İki Levha, İstanbul, 2010, s.9-10; ÜLGENER Fehmi, **Çarter Sözleşmeleri II Zaman Çarteri Sözleşmeleri**, Der Yayınları, İstanbul, 2016, sh.293; ILGIN Sezer, "Alt Navlun Sözleşmeleri ve Konuya İlişkin Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi", **Deniz Hukuku Dergisi**, Yıl 2, Sayı 2-3 (s.39-77), s.39-40, 42; AKINCI Sami, **Deniz Hukuku Navlun Mukaveleleri**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1968, s.26-27.

2. Asıl -Alt Sıfatlarının Yardımıyla Taşıma Taahhüdünde Bulunan Kişinin, Taşıma İşini Fiilen Yerine Getiren Kişiden Ayırt Edilmesi

a. Asıl Taşıyan (Fiili Taşıyan) - Alt Taşıyan (Akdi Taşıyan) Ayrımı

Öğretide bir gemi üzerinde kurulan birden çok navlun sözleşmesini ifade etmek üzere, donatan veya gemi işletme müteahhidi ile yapılan ilk sözleşme *"asıl navlun sözleşmesi"*, bunun ifasına hizmet ettiği diğer navlun sözleşmesi de *"alt (tali) navlun sözleşmesi"* olarak anılmaktadır. Alt navlun sözleşmesi birden çok olabileceğinden öğretide donatan veya gemi işletme müteahhidi ile yapılan sözleşmeye *"asıl navlun sözleşmesi"*, aradakilere ise gemi işleten tarafındakine nispetle *"alt"*, kendisinden sonrakine, yani ifasına hizmet ettiği sözleşmeye nazaran ise *"asıl"* navlun sözleşmesi denmektedir. Bu sözleşmelerin tarafları da birbirine nazaran *"asıl"* ya da *"alt (tali)"* gibi eklerle ifade edilmektedir[24].

Bir örnek ile şöyle somutlaştırmak mümkündür.

Görüldüğü üzere asıl taşıyan (fiili taşıyan) - alt taşıyan (akdi taşıyan) ayrımına göre taraflar nitelendirildiğinde gemiyi işleten T2, fiilen taşımayı gerçekleştirdiği ve tarafı olmadığı bir navlun sözleşmesinin ifasını icra ettiği halde asıl taşıyan olarak, taşıtan Ü ile sözleşme yapan akdi taşıyan ise alt taşıyan olarak isimlendirilecektir.

b. Asıl Taşıyan (Akdi Taşıyan) - Alt Taşıyan (Fiili Taşıyan) Ayrımı

Bir taşıma işinin, bizzat taşıma taahhüdünde bulunan kişi tarafından yerine getirilmesi zorunlu değildir. Taşıma sözleşmesine taraf olmayan bir üçüncü kişi de taşıma işini gerçekleştirebilir. Yani, bir taşıma sözleşmesini

---

[24] **ÇAĞA/ KENDER,** s.9-10.; OKAY Sami, **Deniz Ticareti Hukuku, Cilt II Navlun Mukaveleleri, Denizde Yolcu Taşıma ve Deniz Ödüncü Mukaveleleri**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 2. Bası, İstanbul 1971, s.28-29; **AKINCI,** s.27; **ILGIN**, s.40; **ÜLGENER,** s.293 vd.

akdederek taşıma taahhüdünde bulunabilmek için mutlaka gemi işleteni olmak gerekmez.

Türk Borçlar hukukunda borçlunun kişisel özelliklerinin önem taşımadığı hallerde tarafların aralarındaki sözleşmeden doğan borçlarının ifasını bir üçüncü kişiye devretmeleri hukuken mümkündür. Borçlar Hukuku öğretisinde birbirinden bağımsız, fakat aralarında fiili ilişki olan iki sözleşmenin birbirine karşı mevcut durumları, *asıl sözleşme* ve *alt sözleşme* kavramları kullanılarak belirlenmektedir[25]. Asıl sözleşme ile üstlenilen borcun, alt sözleşmelerin yardımıyla ifa edildiği hallerle taşıma hukukunda da sıkça karşılaşılır. Alt taşıma sözleşmesi, asıl taşıma sözleşmesinin karakteristik edim borçlusunun, alt sözleşmenin karakteristik edim alacaklısı olduğu sözleşmedir. Asıl taşıma sözleşmesi bakımından karakteristik edim, belli bir işin görülmesidir. Asıl sözleşmede iş görme borcu altında bulunan *(asıl) taşıyan*, alt taşıma sözleşmesinde karşı sözleşeninden (*alt taşıyandan*) taşımayı kısmen veya tamamen yerine getirmesini ister, bu nedenle alt sözleşmede karakteristik edim alacaklısıdır[26].

Şu halde, bir taşıma sözleşmesinde taşıma taahhüdünde bulunan ile bu taşıma sözleşmesinin konusu olan taşıma işini yerine getirenin farklı kişiler olması halinde *asıl* ve *alt* sıfatlarının kullanılarak bu kişilerin birbirinden ayrılması mümkündür[27].

Buna göre, ***(asıl) taşıyan***, taşıtana taşıma taahhüdünde bulunan kişidir. Bu yüzden, asıl sözleşmede taşıma taahhüdünde bulunan kişi, ***akdi taşıyan*** (*contractual carrier*) niteliğindedir. ***(Alt) taşıyan*** ise, asıl taşıyanın taahhüdünün konusunu oluşturan taşıma işini fiilen gerçekleştiren kişidir, bu nedenle ***fiili taşıyan*** *(actual carrier)* olarak ifade edilmektedir[28].

Türk Borçlar Kanunu'nda alt sözleşme ayrı bir sözleşme tipi olarak düzenlenmemekle birlikte, çeşitli sözleşmeler bakımından bu sözleşmelerin alt sözleşmesinin de yapılabileceği öngörülmüştür. Bu anlamda alt sözleşme

---

25 AKİPEK Şebnem, **Alt Vekalet**, Yetkin, Ankara, 2003, s.83; YALÇINDURAN Türker, **Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri,** Yetkin, Ankara, 2000, sh.32.

26 **AKİPEK**, s.91-92.

27 Aynı yönde bkz. CAN Mertol, **CMR ve Alman Ticaret Kanunu ile Mukayeseli Olarak Türk Taşıma Hukukunun Genel Esasları, Birinci Cilt, Taşıma Hukukuna Giriş, Eşya Taşıma İşleri**, İmaj, Ankara, 2017, s.24; **AKSOY**, s.65 vd, 68;

28 **CAN**, s.24; YEŞİLOVA Ecehan, **Taşıyıcının CMR Hükümlerine Göre Yardımcı Şahıslarının ve Müteakip Taşıyıcıların Eylemlerinden Doğan Sorumluluğu (CMR madde 3, 34 vd.)**, Yetkin, Ankara, 2004, s.128, dn.22.

türleri iki ayrı grup şeklinde ele alınmaktadır. Asıl sözleşme bakımından karakteristik edim borçlusu konumunda olan tarafın, alt sözleşmede karakteristik edim alacaklısı haline geldiği alt sözleşmeler grubuna, Borçlar Hukuku öğretisinde taşıma sözleşmesi de dahil edilmektedir[29].

Fiili taşıyan kavramının kabul ediliş sebebinin altında, yük ya da gecikme zararına uğrayan yükle ilgilinin, taşımayı fiilen gerçekleştiren kişiyi, asıl taşıyanla akdedilmiş olan navlun sözleşmesi temelinde sorumlu tutabilmesini sağlamak bulunmaktadır. Onun gözünden bakıldığında, kendisine karşı taşıma taahhüdünde bulunan taşıyan, *asıl taşıyan/ akdi taşıyan* niteliğindedir. Taraf olduğu sözleşmeyi ifa eden kişi ise *fiili taşıyandır*. Bu sebeple, asıl - alt taşıma sözleşmeleri silsilesinde yükle ilgiliden hareket edilerek akdi taşıyan ile yapılan ilk sözleşmenin *"asıl taşıma sözleşmesi"*, gemi işleten ile yapılan son sözleşmenin ise *"alt taşıma sözleşmesi"* biçiminde isimlendirilmesi sözleşme ilişkilerinin ve ilgili taraflarının daha açık bir şekilde ifade edilmesine imkan verecektir[30].

3. Deniz Ticareti Sözleşmeleri Silsilesinde Fiili Taşıyanın Belirlenmesi

a. TTK Anlamında Fiili Taşıyan Kavramının Kapsamı

Acaba TTK anlamında fiili taşıyan kavramı, Hamburg Kuralları anlamında olduğu gibi, taşımayı fiilen icra eden kişinin dışında asıl-alt navlun sözleşmeleri çerçevesinde taşıyan sıfatıyla taşımaya katılanlardan her birini kapsayacak şekilde geniş mi anlaşılacaktır?

TTK m. 1179 (2) uyarınca, *"Taşıyanın adamları" terimi, taşımada kullanılan geminin adamlarını, taşıyanın taşıma işletmesinde çalışan veya kendisini temsile yetkili kıldığı kişileri ve taşıma işletmesinde çalışmasa bile navlun sözleşmesinin ifasında kullandığı diğer kişileri kapsar. Fiili taşıyana ilişkin hükümler saklıdır."*

Fıkra hükmünde sayılan kişilerin niteliğine bakıldığında, bunların

- gemi adamları (donatanın müstahdemleri),
- taşıyanın müstahdemi sayılan kişiler (taşıyanın taşıma işletmesinde çalışan kişiler),

---

29 **AKİPEK**, s.91.

30 Aynı yönde bkz. **YEŞİLOVA,** s.128, dn.22; **AKSOY,** s.68.

- taşıyanın temsilcileri (örneğin, taşıyanın acentesi),
- taşıyanın işletmesinde istihdam etmediği, fakat navlun sözleşmesinin ifasında kullandığı kişiler (ifa yardımcısı sayılan kişiler)

oldukları görülmektedir.

TTK m. 1179 (2)'de *"fiili taşıyana ilişkin hükümler"* saklı tutulmuş olduğundan, (akdi) taşıyanın fiili taşıyanın eylemlerinden sorumluluğu, taşıyanın adamlarının fiillerinden sorumluluğunu düzenleyen TTK m. 1179 (1) hükmüne değil, TTK m. 1191'e tabidir.

Fiili taşıyanın sorumluluğunu hükme bağlayan 1191(1), fiili taşıyanı tanımlamadan sadece *"Taşımanın gerçekleştirilmesi, kısmen veya tamamen bir fiili taşıyana bırakıldığı takdirde"* ifadesine yer vermiştir.

Bu ifade, fiili taşıyan kavramının kapsamının belirlenmesinde açık olmamakla birlikte, Kanunda fiili taşıyanın yalnızca bizzat gerçekleştirdiği taşımadan sorumlu olduğu öngörüldüğünden (TTK m. 1191 (2)), bu sıfatla yükle ilgililere karşı sorumlu tutulabilecek kimselerin sadece fiili taşıyan sayılması uygun olacaktır. Buna göre TTK anlamında fiili taşıyan, akdi taşıyan tarafından üstlenilen taşımayı, kısmen ya da tamamen fiilen gerçekleştiren taşıyanı ifade eder[31].

b. Aynı Gemi Üzerinde Kurulması Muhtemel Deniz Ticareti Sözleşmeleri Silsilesi

Aynı gemi üzerinde kurulması muhtemel deniz ticareti sözleşmelerinden kaynaklanan ilişkileri bir örnekle şöyle somutlaştırabiliriz:

(Asıl) Taşıtan **Ü,** (Asıl) Taşıyan **T** ile bir kırkambar; **T**, **T1** ile yolculuk çarteri; **T1,** gemi işletme müteahhidi **T2** ile zaman çarteri; **T2**, gemi maliki ile gemi kira sözleşmesi yapar.

---

[31] Aynı yönde bkz. YAZICIOĞLU Emine, **Kender/Çetingil Deniz Ticareti Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 15. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s.334; **AKSOY,** s. 93; aksi görüş için bkz. **YETİŞ ŞAMLI**, s. 20. Yazar, Hamburg Kuralları'nın, TTK'nın fiili taşıyana ilişkin düzenlemelerine kaynak teşkil etmesi nedeniyle, Hamburg Kurallarında yer alan geniş kapsamlı fiili taşıyan tanımının TTK bakımından da benimsenmesi gerektiğini ifade etmiştir.

Ü ve T arasında asıl navlun sözleşmesi (kırkambar sözleşmesi),

T ile T1 arasında alt navlun sözleşmesi (yolculuk çarteri),

T1 ve T2 arasında zaman çarteri sözleşmesi,

T2 ile Malik arasında gemi kira sözleşmesi bulunmaktadır.

Asıl navlun sözleşmesinden başlayan sözleşmeler silsilesi içinde fiili taşıyanı belirleyebilmek için taşıtan Ü'nün gözünden bakarak sözleşmelerin tarafları şöyle ifade edilebilir:

- Ü ile T arasında kırkambar sözleşmesi yapılmıştır, T *(asıl) taşıyan*, Ü *(asıl) taşıtandır*. T, *akdi taşıyan* olarak da nitelenebilir.
- T ile T1 arasında yolculuk çarteri akdedilmiştir, T *(alt) taşıtan*, T1 *(alt) taşıyandır.*
- T1 ile T2 arasında zaman çarteri sözleşmesi mevcuttur. T1 *zaman çartereri*, T2 t*ahsis edendir*.
- T2 ile M (malik) arasında kira sözleşmesi akdedilmiştir. T2 *gemi işletme müteahhidi* sıfatını kazanmıştır.

Burada kırkambar sözleşmesi yapan taşıtan (Ü) (ya da varsa, konişmento kendisine devredilmiş gönderilen) gözünden hareket edildiğinde, ortada tek bir taşıma işi olmasına rağmen, birbirinden bağımsız dört tane sözleşme vardır. Sözleşmeler birbirinden bağımsız olduğu için, örneğin, T ile kırkambar sözleşmesi akdeden (Ü)'nün[32], (T1 adına düzenlenmiş konişmento hamili ya da yükleten olması hariç), T1 ile arasında doğrudan doğruya bir ilişki yoktur.

[32] Ya da varsa, konişmento kendisine devredilmiş gönderilen.

c. Gemi İşletme Müteahhidi ya da Donatan ile Yapılan Son Alt Taşıma Sözleşmesinin Yolculuk Çarteri Olması

Gemi işletme müteahhidi ya da donatan ile yapılan son alt taşıma sözleşmesinin yolculuk çarteri olması halinde, teknik ve ticari yönetime sahip olan donatan ya da gemi işletme müteahhidi, fiili taşıyan sayılacaktır.

d. Gemi İşletme Müteahhidi Ya da Donatan ile Yapılan Alt Sözleşmenin Zaman Çarteri Olması

Gemi işletme müteahhidi ya da donatan ile yapılan son alt sözleşmenin zaman çarteri olması halinde, acaba tahsis eden gemi işletme müteahhidi mi, yoksa taşıyan ile yolculuk çarteri sözleşmesi akdeden zaman çartereri mi fiili taşıyan sayılacaktır?

TTK m.1131(1) uyarınca, *"Zaman çarteri sözleşmesi, tahsis edenin, donatılmış bir geminin ticari yönetimini belli bir süre için ve bir ücret karşılığında tahsis olunana bırakmayı üstlendiği sözleşmedir."*

Zaman çartereri, zaman çarteri sözleşmesindeki şartlar çerçevesinde kendisine tahsis edilen gemi üzerinde ticari yönetim yetkisini kullanır (TTK m.1134 (1)). Çarterer bizzat kendi yüklerini veya iktisadi ilişkilerinin bulunduğu işletmelerin yüklerini taşıyabileceği gibi, bir başka çarteri üstlenmek veya taşıyan sıfatıyla hareket etmek suretiyle de faaliyette bulunabilir. Hangi yolculukların yapılacağına karar veren, üçüncü kişilerle navlun sözleşmeleri yapan, taşıyan sıfatıyla konişmento ile borç altına giren de her zaman çartereridir. Keza, kaptanın gözetimi altında gerçekleştirilecek olsalar da, yükleme, istif, dengeleme ve boşaltma işleri de çartererin üstündedir. Çarterer, kaptana ticari yönetim yetkisinin sınırları içerisinde talimat verme yetkisine sahiptir. Gemi adamları tahsis eden donatan tarafından istihdam edilmekle birlikte, çartererin ticari yönetim yetkisini kullanabilmesi için gereken ölçüde gemi adamlarının hizmetinden yararlandırılması gerekmektedir (TTK m.1134 (2)). Zira, çartererin üstlendiği taşımaların gerçekleştirilmesi, onun talimatlarının gemi adamları tarafından yerine getirilmesiyle yakından bağlantılı bulunmaktadır. Çarter partilerde çartererin gemiyi ticari yönden yönetme hakkını uygulamaya geçirmek üzere kaptana doğrudan talimat vererek gemiyi kullanma yetkisi açıkça düzenlenmektedir[33].

---

[33] SÖZER Bülent, **Deniz Ticareti Hukuku- I (Ders Kitabı) Giriş, Gemi, Donatan ve Navlun Sözleşmeleri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s.316-317.

Zaman çarteri sözleşmesinde, geminin zilyedi tahsis eden olup, teknik yönetimini ifa eden, bu yönde kaptana emir ve talimat veren, elverişliliğini sağlamakla yükümlü olan, gemi personelini istihdam eden, onlara nezaret eden, talimat veren hep tahsis eden donatandır (TTK m.1131, 1133).

Zaman çarteri sözleşmesinde teknik ve ticari yönetim yetkisinin taraflar arasında paylaşılması nedeniyle, gemiyi ticari olarak kullanma hakkına sahip olan çartererin mi, yoksa teknik yönetimi elinde bulunduran donatanın mı fiili taşıyan sayılacağı hususunda, tarafların faaliyet sahalarına ait olan yükümlülüklerine bakılarak bir saptama yapılması uygun olacaktır.

Zaman çarterinde yükleme, istifleme, ayarlama, boşaltma faaliyetlerini yerine getiren kaptan, diğer gemi adamları ile bağımsız istifçiler çartererin adamı sayılmaktadır. Ancak her ne kadar söz konusu faaliyetler çarterere ait ise de, bu işlerin görülmesi sırasında yükte bir zarar meydana gelirse, yüke ilişkin zararın tahsis edenin mi, yoksa çartererin mi sorumluluk sahasına ait olacağı, zarara sebep olan hareketin ya da tedbirdeki eksikliğin yükün menfaatine, selametine mi ilişkin yoksa geminin elverişliliğini sağlama amacına mı yönelik olmasına göre saptanmaktadır[34].

Buna göre, yükün selametini ilgilendiren hallerde, yani zararın teknik olarak yükleme, istifleme ve ayarlama faaliyetlerinden kaynaklanması halinde (örneğin, yükler yükleme esnasında vinçten düşerek zarara uğramıştır) çarterer zarardan sorumlu olacaktır.

Amaç, geminin denize ve yola elverişliliğinin sağlanması ise, bundan kaynaklanacak zararlardan tahsis eden donatan sorumlu olacaktır.

Geminin yolculuğa elverişsiz bir şekilde başlamasından dolayı yüke gelen zararlardan da tahsis eden donatan sorumludur. Ticari yönetim çarterere geçtiği halde, teknik yönetimin donatanda kalması, geminin elverişliliğini sağlama yükümlülüğünün donatana ait olmasını teyit eden bir özelliktir[35].

Bu açıklamalara göre, zaman çarteri sözleşmesinin özelliği olarak ticari yönetim yetkisi çerçevesinde gerçekleştirdiği faaliyetlerinden kaynaklanan sorumluluk çarterere ait olduğu için, söz konusu faaliyetlerin kapsamına giren bir işten dolayı bir yük ya da gecikme zararı meydana gelmesi halinde

---

[34] **ÜLGENER**, s.296-298.

[35] **ÜLGENER**, s.299. Bunun birlikte zaman çarteri sözleşmelerinde tahsis edenin gemiyi sefere elverişli halde bulundurmak borcu tartışmalı bir konudur, bkz. **SÖZER,** s.319.

üçüncü kişi sayılan yükle ilgili bakımından, kanımızca zaman çartererinin fiili taşıyan sayılması uygun olacaktır. Buna göre, yükün menfaatine yönelik olarak gerçekleştirilen yükleme, istifleme, bağlama ya da boşaltma faaliyetleri sırasında yüke gelen zararlardan dolayı yükle ilgili, fiili taşıyan sıfatıyla zaman çartererini sorumlu tutabilecektir.

Buna karşılık geminin başlangıçtaki elverişsizliğinden kaynaklanan zararlardan dolayı ise, elverişliliği sağlama yükümlülüğünün donatana ait olması nedeniyle, fiili taşıyan sıfatıyla kanımızca donatanın sorumlu tutulması gerekecektir.

Yolculuk başladıktan sonraki elverişsizlikten kaynaklanan zararlardan ötürü de, zarara yol açan sebebin, ticari yönetim yetkisi kapsamında çartererе düşen bir faaliyete ilişkin olup olmamasına göre, fiili taşıyan sıfatıyla çarterer ya da donatanın sorumluluğu söz konusu olacaktır.

e. Acaba Kırkambar Sözleşmesinin Tarafı Olan (Asıl) Taşıtanın[36] Elinde Bulunan Konişmentoda *"Taşıyanın Adı ve Soyadı veya Ticaret Ünvanı ile İşletme Merkezi Gösterilmemiş veya Açıkça Anlaşılamıyorsa"* Zaman Çartereri Mi, Yoksa Donatan Mı Taşıyan Sayılacaktır?

Konişmento düzenlemekle yükümlü ve bu hususta yetkili olan kimse, TTK m. 1138 (1)'de öngörüldüğü üzere *"denizde taşımayı üstlenen"* (taşıma taahhüdünde bulunan) **taşıyandır.** Bu kişinin aynı zamanda donatan veya gemi işletme müteahhidi olup olmaması önemli değildir. TTK m. 1238 (1) uyarınca "*Konişmentoyu taşıyan sıfatıyla imzalayan veya konişmento kendi ad ve hesabına imzalanan kişi, taşıyan sayılır"*.

Konişmento hamilinin, yükün zıya veya hasara uğraması halinde tazminat talebini somut olaydaki taşıyana yöneltecek olması taşıyan sıfatının kime ait olduğu sorusunun önemini ortaya koymaktadır.

Konişmentodan taşıyanın kimliğinin anlaşılamaması halinde, TTK m.1238 gereğince geminin donatanı taşıyan sayılmaktadır.

Kanun m.1238 (2) ve (3)'de konişmentodan taşıyanın kim olduğunun anlaşılamadığı hallerde kim/kimlerin taşıyan sayılacağına dair aksi ispat edilebilir karineler öngörmüştür.

1238. m.nin (2). ve (3). fıkraları şöyledir:

---

[36] Veya 3. kişi konişmento hamili gönderilenin.

"(2) Konişmentoda taşıyanın adı veya soyadı veya ticaret unvanı ile işletme merkezinin gösterilmemiş olduğu veya açıkça anlaşılmadığı hallerde, donatan, taşıyan sayılır; meğerki, konişmento hamilinin açık istemi üzerine donatan taşıyanın adı ve soyadını veya ticaret unvanı ile işletme merkezini bildirerek bunu belgelendirmiş olsun.

(3) Kaptan veya taşıyanın diğer bir temsilcisi tarafından düzenlenen konişmentoda, taşıyanın adı veya soyadı veya ticaret unvanı ile işletme merkezinin gösterilmemiş olduğu veya açıkça anlaşılmadığı hallerde, temsilci de ikinci fıkra uyarınca sorumlu tutulan donatan ile birlikte taşıyan sayılır; meğerki konişmento hamilinin açık istemi üzerine temsilci, taşıyanın adı ve soyadını veya ticaret unvanı ile işletme merkezini bildirerek bunu belgelendirmiş olsun."

Buna göre,

- Konişmento bizzat taşıyan tarafından düzenlenmiş olup da, taşıyanın kimliği gösterilmemişse veya açıkça anlaşılamıyorsa, donatan (konişmentodan doğan borç ve haklar itibariyle) taşıyan sayılır.
- Konişmento kaptan veya taşıyanın diğer bir temsilcisi tarafından düzenlenmiş olup da, taşıyanın kimliği gösterilmemişse veya açıkça anlaşılamıyorsa, temsilci de donatan ile birlikte (konişmentodan doğan borç ve haklar itibariyle) taşıyan sayılır.

Meğerki, konişmento hamilinin açık istemi üzerine donatan ve temsilci taşıyanın adı ve soyadını veya ticaret unvanı ile işletme merkezini bildirerek bunu belgelendirmiş olsun.

Ayrıca uygulamada konişmentolara konulan *"Taşıyanın Kimliği"* (*Identity of Carrier*) Klozu da donatanın taşıyan sayılması sonucunu ortaya çıkartmaktadır. Bu kloz gereğince konişmento hamili yönünden pasif husumet ehliyeti donatana ait olmaktadır. Donatan tarafından bu yönde yetki verilmiş ve konişmentonun da kim tarafından imzalandığının anlaşılabilir olması şartıyla *Identity of Carrier klozu* Türk hukukunda geçerli sayılmaktadır[37].

---

[37] Identity of Carrier Klozu hakkında açıklamalar için bkz. **ÜLGENER,** s. 308 vd.; Rotterdam Kuralları yönünden klozla ilgili detaylı bir inceleme için bkz. ATAMER Kerim/ SÜZEL Cüneyt, "Construction Problems in the Rotterdam Rules Regarding the Identy of the Carrier, Rotterdam Rules", **The United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea an Appraisal of the "Rotterdam Rules (ed.Meltem Deniz Güner-Özbek),** Springer, İstanbul, 2011, s.155-199.

B. Taşıma İşinin (Yükleme İstifleme Boşaltma Gibi) Alt Edimlerinin İfası Kendisine Bırakılan Bağımsız İstifçilerin Fiili Taşıyan Sayılıp Sayılmayacakları

Yükün taşınma süresince taşıyanın bakım, gözetim ve muhafazası (ve zilyetliği altında bulunması) navlun sözleşmesinin esaslı unsurlarındandır. Taşıyan, yükü teslim aldığı andan teslim ettiği ana kadar geçen süre boyunca onun bakım ve muhafazasına özen göstermekle yükümlüdür.

Taşıyanın bu yükümlülüğünün kapsamı, TTK m. 1178 (1)'de belirtilmiştir. Kanun 1178 (1). m.de "*Taşıyan navlun sözleşmesinin ifasında, özellikle eşyanın yükletilmesi, istifi, elden geçirilmesi, taşınması, korunması, gözetimi ve boşaltılmasında tedbirli bir taşıyandan beklenen dikkat ve özeni göstermekle yükümlüdür"* derken yüke özen borcunun kapsamına giren faaliyetlerin ancak bir kısmını belirtmektedir[38].

Uygulamada sıkça çarter partilerde, konişmentolarda FIO, FIOS, FIOST veya L/S/D[39] şeklinde kısaltılan şartlara rastlanır. Bu kayıtlar ile yükün yüklenmesi, istiflenmesi, boşaltılması gibi TTK m.1178 (1)'de sayılan faaliyet ve yükümlülüklerin bir kısmı ve sonuç olarak bunların kötü yapılmasından doğan sorumluluk yükle ilgililere aktarılmaktadır[40]. Yükleme, istifleme, boşaltma gibi faaliyetlerin yerine getirilmesi yükle ilgililere aktarılabildiğine göre, bu edimlerin taşıma sözleşmesinin karakteristik edimleri olmadığı söylenebilecektir[41].

---

38 ***"Madde 1178 (2)*** *6762 sayılı Kanunun 1061'inci maddesinde taşıyan malların, yükletilmesi, istifi, taşınması, elden geçirilmesi ve boşaltılmasında tedbirli bir taşıyanın taşıma sözleşmesi ile üstlendiği taşıma işlerinde tedbirli bir taşıyanın dikkat ve özenini göstermesine yönelik olduğundan ilk fıkraya "navlun sözleşmesinin ifasında, özellikle" ibaresi eklenmiş, böylece maddede sayılan işlerin aksi kararlaştırılmadıkça taşıyanın ifa borcuna girdiği ve "geminin ticari yönetimine" ait olduğu vurgulanmıştır. 1924 tarihli Brüksel Sözleşmesinde yer aldığı halde, 6762 sayılı Kanunun 1061'inci maddesinde sayılmayan "korunması, nezareti" kelimeleri de metne dahil edilmiştir."* Bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), Sıra Sayısı: 96, Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, s.359.

39 Bu şartlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ATAMER Kerim, "Yeni Türk Hukuku Uyarınca Incorporation, FIOST ve Arbitration London Kayıtları ile Bazı Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi", **Deniz Hukuku Dergisi**, Yıl 11, Sayı 1-4 (s.241-342), s.273 vd.

40 **SÖZER**, s.389; FIOST kaydı uyarınca yükleme, elden geçirme, istif ve boşaltma işlerinin, üçüncü kişi sayılan konişmento hamillerine aktarılması, FIOST kaydına konişmentoda veya usulüne uygun şekilde atıf yapılan navlun sözleşmesinde yer verilmiş olması şartıyla geçerlidir. Bkz. **ATAMER,** FIOST Kayıtları, s.291, 297.

41 Aynı yönde bkz. ÜLGEN Hüseyin, **Uluslararası Taşımacılık ve Hukuki Sorunları**, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, İstanbul, 1988, sh.3.

Taşıyan, eşyanın yüklenmesi, istiflenmesi, elden geçirilmesi ve boşaltılması gibi işleri bağımsız istifçilere bırakabilir. Söz konusu faaliyetlerin ifasında taşıyanın (TBK m. 116) ifa yardımcısı olarak hareket eden bağımsız istifçiler TTK m.1179 (2) anlamında taşıyanın *"adamları"* niteliğindedirler. Bu kişiler, taşıyanın onları kendi işletmesinde istihdam etmediği, fakat navlun sözleşmesinin ifasında kullandığı kişilerdir.

Acaba, taşıyan tarafından taşıma işinin bazı alt edimlerinin icrasının bağımsız istifçilere bırakılması, *"taşımanın gerçekleştirilmesinin kısmen bırakıldığı"* bir alt sözleşme olarak görülebilir mi?

Yukarıda belirtildiği üzere iki sözleşme arasında asıl sözleşme-alt sözleşme ilişkisinin var olabilmesi için, sözleşmeler arasında fiili bir ilişkinin bulunması ve her iki sözleşmenin kısmen de olsa (sözleşmeye özelliğini veren) karakteristik edimler ve içerik bakımından benzeşmesi gerekir[42].

Bu açıdan bakıldığında, bağımsız istifçiler tarafından icra edilen yükleme, istif, boşaltma ve hatta (teslimden sonra yüklemeden önce; boşaltmadan sonra teslimden önce) depolama gibi edimlerin, taşıma sözleşmesinin özelliğini veren karakteristik edimler oldukları söylenemez. Belirttiğimiz gibi bu edimlerin ifası masraf ve sorumluluk onlara ait olmak üzere yükle ilgililere aktarılabilmektedir.

Bir taşıma sözleşmesinden söz edebilmek için, taşıyanın taşıma işini asli edim olarak üstlenmesi gerekir. Eşya taşımalarında taşıma işinin üstlenilmesi ise, taşıyanın eşyayı kendi gözetimi ve sorumluluğu altında bir yerden diğerine götürmesini ifade eder[43]. Fiili taşıyan, asıl taşıyanın üstlendiği taşımayı fiilen gerçekleştiren, yani taşımanın icrasını kısmen veya tamamen asli edim olarak yerine getiren kişidir. Bu bakımdan akdi taşıyanın taşıma işinin bazı alt iş görme edimlerini bir başkasının yardımıyla icra etmesi alt taşıma ilişkisi kurmaz, bağımsız istifçiler de fiili taşıyan sayılmaz[44].

---

42 **AKİPEK**, Alt Vekalet, s.85.

43 ARKAN Sabih**, Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1982, s.13.

44 Aynı yönde bkz. **YAZICIOĞLU**, Taşıyanın Sorumluluğu, s.46; **AKSOY,** s.60; **YETİŞ ŞAMLI,** s.21; Daha önce belirtildiği üzere, ilk kez Rotterdam Kuralları'nda yer verilen *"maritime performing party"* kavramı, gerek bir bütün olarak taşıma işini, gerekse de bir bütün teşkil eden taşımayı oluşturan edimlerden herhangi birini ifa eden kişileri de kapsayacak şekilde oldukça geniş bir anlama sahiptir.

Bağımsız istifçiler, taşıyanın ifa yardımcılarıdır, bu açıdan 1179 (2) anlamında *"adamı"* niteliğindedirler. Fiili taşıyan da taşıyanın ifa yardımcısıdır, o da bu yönüyle taşıyanın adamıdır. Ancak Kanun fiili taşıyana ilişkin hükümlerin saklı olduğunu ifade ederek, fiili taşıyanın, taşıyanın adamı sıfatıyla değil, fiili taşıyan sıfatıyla navlun sözleşmesi temelinde (TTK m.1191) sorumlu tutulacağını belirtmek istemiştir.

Buna karşılık Kanun, navlun sözleşmesinin ifasında kullandığı bağımsız kişilerle ilgili olarak fiili taşıyana ilişkin hükümleri saklı tutan bir hüküm öngörmemiştir.

Kanımızca, örneğin, eşyanın yolculuk sırasında başka bir gemiye aktarıldığı hallerde (TTK m. 1150 (2)) *"taşımanın gerçekleştirilmesi kısmen kendisine bırakılmış"* olan yükün aktarma edildiği geminin donatanının fiili taşıyan sıfatıyla sorumlu tutulması söz konusu olabilecektir.

IV. TTK m.1062 (1) CÜMLE 2 (DONATAN) İLE TTK m.1191 (FİİLİ TAŞIYAN) ARASINDAKİ İLİŞKİ

TTK m.1062 (1) cümle 2, donatanın *"yolculara ve yükle ilgililere karşı"* olan sorumluluğunu düzenlemektedir. Buna göre gemi adamlarının görevleri sırasındaki kusurlu eylemleriyle yolculara veya yükle ilgili kişilere (taşıtan, yükleten, gönderilen) zarar vermeleri halinde donatan *"taşıyanın gemi adamlarının kusurlu eylemlerinden doğan sorumluluğuna ilişkin hükümler uyarınca"* sorumlu olacaktır.

Acaba fiili taşıyanın sorumluluğunu düzenleyen TTK m.1191 karşısında TTK m.1062 (1) cümle 2 hükmüne gerek var mıdır?

TTK m. 1062'ye ilişkin gerekçenin ikinci cümlesi şöyledir[45]:

> *"(...) Tasarının 1191 ve 1257'nci maddelerinde "fiili taşıyan hakkında hükümlerin sevk edilmiş olması sebebiyle 1062'nci maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesine gerek kalmadığı düşünülebilirse de,* ***fiili taşıyan olarak donatandan başka bir kimsenin sayılması ihtimali dikkate alınarak,*** *hükmün muhafaza edilmesi doğru görülmüştür."*

Ancak gerekçede mantık yönünden şöyle bir aksaklık saptanmaktadır:

---

[45] Bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), Sıra Sayısı: 96, Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, s.335.

Donatandan başka bir kimsenin fiili taşıyan sayılması ihtimali, donatanın sorumluluğunu düzenleyen TTK m.1062 (1) cümle 2'nin muhafaza edilme sebebi olamaz, ancak fiili taşıyana ilişkin hükümlerin kabul ediliş sebebi olabilir.

Buraya kadar yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere, zaman çarterinde çartererin fiili taşıyan sayıldığı haller dışında, fiili taşıyan sıfatıyla sorumluluk donatana ait olacağından, Türk hukukunda TTK m.1062 (1) cümle 2 hükmü kapsamındaki haller, fiili taşıyana ilişkin TTK m.1191'in de uygulama alanına girecektir

V. SONUÇ

(1) TTK'da fiili taşıyana ilişkin açık bir tanım yapılmamış olması nedeniyle deniz yolu ile eşya taşınmasında karşılaşılabilen çeşitli hukuki ilişkiler içinde yük ya da gecikme zararına uğrayan yükle ilgilinin (yükleten, taşıtan veya gönderilen) gözünden akdi (asıl) taşıyan ve fiili taşıyan olarak nitelenecek kişilerin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

(2) Kanunda fiili taşıyanın yalnızca bizzat gerçekleştirdiği taşımadan sorumlu olduğu öngörüldüğünden (TTK m. 1191 (2)), bu sıfatla yükle ilgililere karşı sorumlu tutulabilecek kimselerin sadece fiili taşıyan sayılması uygun olacaktır.

(3) Gemi işletme müteahhidi ya da donatan ile yapılan son alt taşıma sözleşmesinin yolculuk çarteri olması halinde, teknik ve ticari yönetime sahip olan donatan ya da gemi işletme müteahhidi fiili taşıyan sayılacaktır.

(4) Gemi işletme müteahhidi ya da donatan ile yapılan son alt sözleşmenin zaman çarteri olması halinde ise, zaman çarteri sözleşmesinde teknik ve ticari yönetim yetkisinin taraflar arasında paylaşılması nedeniyle, gemiyi ticari olarak kullanma hakkına sahip olan çartererin mi, yoksa teknik yönetimi elinde bulunduran donatanın mı fiili taşıyan sayılacağı hususunda, tarafların faaliyet sahalarına ait olan yükümlülüklerine bakılarak bir saptama yapılması uygun olacaktır.

Buna göre, ticari yönetim yetkisi içinde gerçekleştirilen faaliyetlerden kaynaklanan sorumluluk çarterere ait olduğu için, söz konusu faaliyetlerin kapsamına giren bir işten dolayı bir yük ya da gecikme zararı meydana gelmesi halinde zaman çartereri, buna karşılık geminin elverişliliğini sağlamak gibi donatanın faaliyet sahasına giren bir yükümlülüğün ihlalinden kaynak-

lanan zararın söz konusu olması halinde ise donatan, fiili taşıyan sıfatıyla sorumlu tutulabilecektir.

(5) TTK m.1238 (1)1 ve (2)'nin uygulanma koşulları ortaya çıktığında, donatan ve donatan ile birlikte (konişmento kaptan veya taşıyanın diğer bir temsilcisi tarafından düzenlenmiş ise), temsilci de taşıyan sayılacaktır.

(6) Akdi taşıyanın taşıma işinin bazı alt iş görme edimlerini (yükleme, istifleme boşaltma gibi) bir başkasının yardımıyla icra etmesi, alt taşıma ilişkisi kurmaz, bağımsız istifçiler de fiili taşıyan sayılmaz.

(7) Zaman çarterinde çartererin fiili taşıyan sayıldığı haller dışında, fiili taşıyan sıfatıyla sorumluluk donatana ait olacağından, Türk hukukunda TTK m.1062 (1) cümle 2 hükmü kapsamındaki haller, fiili taşıyana ilişkin TTK m.1191'in de uygulama alanına girecektir.

KAYNAKÇA

ADEMUNI-ODEKE, **Bareboat Charter (Ship) Registration**, Kluwer Law International, Lahey, 1998.

AKINCI Sami, **Deniz Hukuku Navlun Mukaveleleri**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1968.

AKİPEK Şebnem, **Alt Vekalet**, Yetkin, Ankara, 2003.

AKSOY Sami, **Taşıma Hukukunda Fiili Taşıyıcı**, On İki Levha, İstanbul, 2015.

ARKAN Sabih**, Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1982.

ATAMER Kerim, "2002 Atina Sözleşmesi'nde ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda Deniz Yolu ile Yolcu Taşıma Sözleşmesi", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi ("Batider")**, Cilt XXIV, Sayı 3, 2008, s.103-213. (Anılış: 2002 Atina Sözleşmesi)

ATAMER Kerim, "Yeni Türk Hukuku Uyarınca Incorporation, FIOST ve Arbitration London Kayıtları ile Bazı Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi", **Deniz Hukuku Dergisi**, Yıl 11, Sayı 1-4, s.241-342. (Anılış: FIOST Kayıtları)

ATAMER Kerim/ SÜZEL Cüneyt, "Construction Problems in the Rotterdam Rules Regarding the Identy of the Carrier, Rotterdam Rules", **The United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea an Appraisal of the "Rotterdam Rules (ed.Meltem Deniz Güner-Özbek),** Springer, İstanbul, 2011, s.155-199.

BONASSIES Pierre/ SCAPEL Christian, **Traité de Droit Maritime**, 3. Bası, LGDJ, Paris, 2016.

CAN Mertol, **CMR ve Alman Ticaret Kanunu ile Mukayeseli Olarak Türk Taşıma Hukukunun Genel Esasları, Birinci Cilt, Taşıma Hukukuna Giriş, Eşya Taşıma İşleri**, İmaj, Ankara, 2017.

ÇAĞA Tahir/ KENDER Rayegân, **Deniz Ticareti Hukuku II Navlun Sözleşmesi**, 10.Bası, On İki Levha, İstanbul, 2010.

GÜNAY Barış, **Hazırlık Çalışmalarının Işığında Lahey/Visby Kuralları (Rotterdam kuralları ile Karşılaştırmalı Olarak)**, Yetkin, Ankara, 2013.

DEMİR İsmail, **2002 Atina Sözleşmesi Çerçevesinde Deniz Yoluyla Yolcu Taşıma**, Yetkin, Ankara, 2020.

EDER Sir Bernard/ BENNETT Howard/ BERRY Steven/ FOXTON David/ SMITH Christopher F., **SCRUTTON on Charterparties and Bills of Lading**, 22. Bası, Sweet & Maxwell, Londra, 2011.

ILGIN Sezer, "Alt Navlun Sözleşmeleri ve Konuya İlişkin Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi", **Deniz Hukuku Dergisi**, Yıl 2, Sayı 2-3, s.39-77.

KARA Hacı, **Rotterdam Kuralları'na Göre Taşıyanın Zıya, Hasar veya Gecikmeden Kaynaklanan Zararlardan Sorumluluğu,** Legal, İstanbul, 2014.

OKAY Sami, **Deniz Ticareti Hukuku, Cilt II Navlun Mukaveleleri, Denizde Yolcu Taşıma ve Deniz Ödüncü Mukaveleleri**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 2. Bası, İstanbul 1971.

SÖZER Bülent, **Deniz Ticareti Hukuku- I (Ders Kitabı) Giriş, Gemi, Donatan ve Navlun Sözleşmeleri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.

SÜZEL Cüneyt/ DAMAR Duygu, "Kısmen veya Tamamen Deniz Yoluyla Eşyanın Milletlerarası Taşınması Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Rotterdam Kuralları)", **Batider**, Cilt XXVI, Sayı 2, 2010, s.147-240.

ÜLGEN Hüseyin, **Uluslararası Taşımacılık ve Hukuki Sorunları**, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, İstanbul, 1988.

ÜLGENER Fehmi, **Çarter Sözleşmeleri II Zaman Çarteri Sözleşmeleri**, Der Yayınları, İstanbul, 2016.

YALÇINDURAN Türker, **Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri,** Yetkin, Ankara, 2000.

YAZICIOĞLU Emine, **Hamburg Kurallarına Göre Taşıyanın Sorumluluğu Lahey/Visby Kuralları ile Karşılaştırmalı Olarak**, İstanbul 2000. (Anılış: Taşıyanın Sorumluluğu)

YAZICIOĞLU Emine, **Kender/Çetingil Deniz Ticareti Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 15. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.

YEŞİLOVA Ecehan, **Taşıyıcının CMR Hükümlerine Göre Yardımcı Şahıslarının ve Müteakip Taşıyıcıların Eylemlerinden Doğan Sorumluluğu (CMR madde 3, 34 vd.)**, Yetkin, Ankara, 2004.

YETİŞ ŞAMLI Kübra, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Taşıyanın Zıya, Hasar veya Geç Teslimden Sorumluluğu**, On İki Levha, İstanbul, 2013.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2020; 2: 1153-1173

SOME TURKISH LAW ISSUES REGARDING THE GOVERNING LAW FOR THE INSURANCE CONTRACTS INCLUDING ELEMENT OF FOREIGNNESS(*)

Doç. Dr. Serap AMASYA(**)

Abstract: In case an insurance contract includes an element of foreignness, the number of issues regarding the conflict of laws may arise. In Turkish international private law, rules of conflict of laws arranged for the determination of the governing law applicable to the private law relations that include an element of foreignness are regulated under the International Private and Civil Procedure Law (IPCPL) numbered 5718. Since the IPCPL does not set forth a special rule of conflict of laws for the determination of the law to be applied to the insurance contracts including an element of foreignness, the governing law for these contracts shall be determined by the general rules of conflict of laws regulated under Article 24 of the IPCPL. On the other hand, if the insurance business is deemed as a part of the social and economic policies of the state, there are cases in which the governing law determined by the rules of conflict of laws is removed and directly applied rules are applied. Likewise, the provisions setting forth minimum protection for the weak party in the insurance contracts with the nature of consumer transactions can be directly applied to the dispute.

Keywords: Insurance Contracts, Element of Foreignness, IPCPL, IPCPL Art. 24, Consumer Transactions.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 01.10.2020. Makale Kabul Tarihi: 20.12.2020.

(**) Assistant Professor in the Department of Maritime Law of the Faculty of Law in the University of Galatasaray (ORCID kimlik no: 0000-0001-8670-4911; *samasya@gsu.edu.tr*).

TÜRK HUKUKUNDA YABANCILIK UNSURU İÇEREN SİGORTA SÖZLEŞMELERİNE UYGULANACAK HUKUKA İLİŞKİN BAZI MESELELER

Öz: Sigorta sözleşmesinin yabancılık unsuru taşıması halinde birtakım kanunlar ihtilafı problemi ortaya çıkar. Türk milletlerarası özel hukukunda yabancılık unsuru içeren özel hukuk ilişkilerinin tabi olacağı hukuki rejimi tayin etmek için geliştirilen kanunlar ihtilafı kuralları 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da (MÖHUK) düzenlenmiştir. MÖHUK, yabancılık unsuru içeren sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukukun tayininde özel bir kanunlar ihtilafı kuralı öngörmüş olmadığı için bu sözleşmelerin tabi olacağı hukuk, MÖHUK madde 24'teki genel kanunlar ihtilafı kuralına göre belirlenecektir. Öte yandan sigortacılık faaliyeti, devletin sosyal ve ekonomik politikalarının bir parçası olarak kabul edildiği takdirde, kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği hukuk bertaraf edilip, doğrudan uygulanan kuralların devreye girdiği haller de mevcuttur. Keza tüketici işlemi niteliğindeki sigorta sözleşmelerinde zayıf tarafa asgari koruma öngören kanun hükümleri de doğrudan uyuşmazlığa uygulanabilecektir.

Anahtar Kelimeler: Sigorta Sözleşmeleri, Yabancılık Unsuru, MÖHUK, MÖHUK m. 24, Tüketici İşlemleri.

PREAMBLE

The legal relationship arising from insurance contracts is a private law relationship. In case of a dispute arising from the insurance contracts including an element of foreignness, it is crucial to determine the governing law for the contract, in particular, for the rights and obligations of the parties. The rules of conflict of laws are applied to the insurance contracts including an element of foreignness as such in the other contracts containing an element of foreignness and accordingly the law of the state which will be applied to the insurance contracts is determined in accordance with the said rules.

In this study, we will assess the rules of conflict of laws regarding the determination of governing law for the insurance contracts in accordance with the International Private and Civil Procedure Law (IPCPL) numbered 5718. First of all, after the indication of the applicable provisions of the IPCPL for the insurance contracts, we will assess the criteria granting element of foreignness, and then emphasize the qualification issue of the insurance contracts, and we will explain the rules of conflict of laws indicating the law of

the state which will be applied to the various disputes arising from the insurance contracts pursuant to the IPCPL numbered 5718. In the end, we will examine the directly applied rules which may be applied as regards the disputes arising from the insurance contracts. The international procedure law issues (e.g. agreements on the jurisdiction of a court of a foreign state or a Turkish court, enforcement of the foreign court decisions, recognition and enforcement of the foreign arbitral awards) do not fall within the scope of our study.

I. ARTICLES OF THE IPCPL APPLICABLE TO THE INSURANCE CONTRACTS

In Turkish law, the essential legal regulation, which sets forth the governing law for the contractual obligation relationships arising from the contracts including an element of foreignness, is stated in Articles 24-33 of the IPCPL. Article 24 of the IPCPL regulates the general rule of the conflict of laws for the contracts containing an element of foreignness. Articles 25-29 of the IPCPL indicate special rules of conflict of laws applicable to certain types of contract. In this respect, the applicable law for the contracts that fall within the scope of the regulations under Articles between 25 and 29 of the IPCPL shall be ascertained in accordance with the related special rule of the conflict of laws, and the governing law for the contracts which are not included in the scope of the mentioned Articles shall be determined pursuant to the general rule of conflict of laws stated in Article 24 of the IPCPL[1].

Insurance contracts are not regulated individually by a separate rule of conflict of laws under the IPCPL numbered 5718. Thus, Article 24 of the IPCPL stating the general rule regarding the determination of the governing law for contracts shall apply to the insurance contracts including an element of foreignness[2].

---

[1] Article 30 of the IPCPL, which is regarding the contractual debt relationships, regulates the determination of the applicable law for the voluntary representative, and Articles 31-33 of the IPCPL set forth the provisions applicable to all kinds of contracts and the scope of the governing law thereof.

[2] For a detailed examination regarding the governing law for the insurance contracts including an element of foreignness please see KAYA Selahattin, **Applicable Law for the Insurance Contracts Including Foreign Element (Yabancı Unsurlu Sigorta Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk)**, On İki Levha, Istanbul, 2016; ÜNAN Samim, "Some Private International Law Problems Relating to Insurance Law in Turkish Practice", **European Insurance Law Review (Insurance Law Association of Serbia)**, 2012-4, (Retrieved from http://www.erevija.org/eng/articl.php?id=73); EKŞİ Nuray, **Applicable Law for the Insurance Contracts Including Element of foreignness in Turkish and European Union Laws**

Pursuant to the IPCPL, the sole rule of conflict of laws as regards the governing law for the insurance contracts is stated in paragraph 4 of Article 34 of the IPCPL, which is pertaining to the right of direct action of the damaged party under the liability insurances. *The ratio legis of this provision* which, is to ensure that the damaged party of a tort may directly make his/her claim[3] to the insurer of the liable party, which has ability to pay, authorize two different laws as governing law constituting an alternative to each other[4]. Paragraph 4 of Article 34 of the IPCPL states that "*If the law applied to the tort or to the insurance contract enables, the damaged party may directly make his/her claim to the insurer of the liable party*".

Additionally, IPCPL sets forth a provision, which specifically regulates the international jurisdiction of the Turkish courts as regards the lawsuits arising from the insurance contracts:

In accordance with Article 46 titled as "Lawsuits related to the insurance contracts", *"Regarding the conflicts arising from insurance contracts, the competent court is the court of the place where the actual registered office of the insurer or its branch office or agency that concluded the insurance contract is located in Turkey. Nevertheless the competent court of jurisdiction in lawsuits filed against the insurant, policyholder or the beneficiary is the court of their domicile or habitual residence in Turkey*."

II. CRITERIA GRANTING ELEMENT OF FOREIGNNESS TO THE INSURANCE CONTRACTS

For determination of the law applicable to the contractual obligation relationships in accordance with the rules of conflict of laws, such contract,

---

(Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Yabancı Unsurlu Sigorta Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk), Beta, Istanbul, 2012; SİRMEN Kazım Sedat, "Governing Law for the Insurance Contracts Which Are Within the Scope of Indemnity Insurances and Include International Elements pursuant to the Turkish Law on the Conflict of Laws (Türk Kanunlar İhtilafı Hukukunda Zarar Sigortaları Kapsamına Giren Milletlerarası Unsurlu Sigorta Akitlerine Uygulanacak Hukuk)", **Batider**, Volume: 26, No: 3, 2010, p 39- 66.

3 In Turkish law, the damaged party of the liability insurances has the right to claim for any indemnification (in accordance with the terms of the insurance contract) directly from the insurer (who ensured the liability of the damaging the policyholder) (Article 1478 of the Turkish Commercial Code).

4 ŞANLI Cemal/ ESEN Emre/ ATAMAN- FİGANMEŞE İnci, **International Private Law (Milletlerarası Özel Hukuk)**, 6th Edition, Vedat Bookselling, Istanbul, 2018, p. 312-313; TEKİNALP Gülören/ UYANIK-ÇAVUŞOĞLU Ayfer, **International Private Law (Milletlerarası Özel Hukuk)**, 12th Edition, Vedat Bookselling, Istanbul, 2016, p. 359.

whether or not having the commercial character, shall include an element of foreignness. Hence, Article 1 of the IPCPL states that this Law applies to the private law acts and relations having an element of foreignness. Also Article 2 of the same Law sets forth that the Turkish rules of conflict of laws and the foreign governing law determined in accordance with the said rules will be applied *ex officio* by the Turkish judge.

In the meantime, there is no explicit provision under the IPCPL regarding the criteria granting element of foreignness to the private law relations[5]. Turkish judges shall determine whether an element of foreignness exists or not, according to characteristics of each concrete case. Therefore, in insurance contracts, the insurant or the insurer shall be foreign, or an element of foreignness shall exist in terms of several components such as residences of the insurant or the insurer, the place where the risk occurred or the insured value is located, or the place of performance[6]. The insurance contracts may include an element of foreignness based on one or multiple criteria.

III. ISSUE OF QUALIFICATION REGARDING THE DISPUTES ARISING FROM THE INSURANCE CONTRACTS

The court shall primarily qualify the dispute, in other words, it shall determine whether the dispute is arising from tort, contract or any other legal relationship, in order to ascertain the applicable rule of conflict of laws pursuant to the IPCPL[7].

Since the insurance policy is the principal document proving the insurance contract, there is no difficulty to qualify the dispute arising from an insurance policy. However, in cases the insurant drwas up the insurance contract as consumer, an issue of qualification may occur as to whether the contract is a “consumer contract” or an “insurance contract”[8].

Pursuant to an opinion of the doctrine, in cases the policyholder is deemed as a consumer in accordance with the Consumer Protection Law, the

---

5 **EKŞİ,** Applicable Law, p.13

6 **SİRMEN,** p. 45; **EKŞİ**, Applicable Law, p.13

7 **ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİGANMEŞE**, p.48; NOMER Ergin, **International Private Law (Devletler Hususi Hukuku)**, 22nd Edition, Beta, Istanbul, 2017, p.100; **EKŞİ**, Applicable Law, p.17.

8 **EKŞİ**, Applicable Law, p. 17.

rules of conflict of laws as regards the consumer contracts shall be applied[9]. In line with this opinion, in cases the insurance contract is deemed as a consumer contract, Article 26 of the IPCPL which regulates the rule of conflict of laws regarding the consumer contracts shall be applied to the disputes arising from the insurance contracts containing an element of foreignness in substitution for Article 24 of the IPCPL. This qualification procures that the policyholder benefits from the maximum protection provided to the consumer as well[10]. Considering the contrary opinion, since an adequate protection is procured to the policyholder through several provisions of the Turkish Commercial Code, the application of these provisions of the Turkish Commercial Code will be more accurate and appropriate beside the provisions set forth to protect the consumer in general[11]. According to this, an insurance relationship shall be qualified as an insurance contract even if the policyholder is deemed as a consumer and the law of the state shall be determined in accordance with the rules of conflict of laws regarding the insurance contract.

The Court of Appeal has also the opinion that since the insurance contracts are regulated under the Turkish Commercial Code, the disputes arising from these contracts have the commercial quality and they shall not be deemed as consumer contracts[12].

IV. DETERMINATION OF THE APPLICABLE LAW TO THE SUBSTANCE OF THE INSURANCE CONTRACTS (Article 24 of the IPCPL)

As mentioned above, since the IPCPL does not set forth a special rule for determination of the governing law to be applied to the disputes arising from the insurance contracts, the rule of conflict of laws regulated under Article 24 of the IPCPL, having the characteristics of "general provision", shall be applied thereto.

Article 24 of the IPCPL is as follows:

"***The Applicable Law for Contractual Obligation Relationships***

Article 24- (1) The law explicitly designated by the parties shall govern the contractual obligation relationships. The designation

---

9 **NOMER,** p. 333; **SİRMEN,** p. 59-61 and especially fn. 54; **ÜNAN**, p.61

10 **EKŞİ,** Applicable Law, p.18

11 **EKŞİ**, Applicable Law, p.18

12 Please see **EKŞİ**, Applicable Law, p.18.

which can be understood without hesitation from the provisions of the contract or from the conditions of the case is also valid.

(2) The parties may decide that the designated law shall be applied totally or partially to the contract.

(3) The designation of the applicable law can any time be realized and amended by the parties. The designation of law after the conclusion of a contract is retrospectively effective with the condition that the rights of third parties reserved.

(4) If the parties have not explicitly designated any governing law, the relation arising from the contract will be governed by the law the most closely related to the contract. This law is accepted to be the law of the habitual residence of the characteristic performance of the debtor on the execution date of the contract; in case the contract is concluded as a result of commercial or professional activities the law of workplace of the mentioned debtor or in absence of a workplace the law of the residence thereof; in case that the debtor has multiple, workplaces the law of the workplace which is the most closely related to the contract. Nevertheless considering the state of all affaires, if there is a law more closely related to the contract, that particular law shall govern."

Hereunder, the applicable law for insurance contracts will be determined in accordance with the following two principles stated in Article 24 of the IPCPL[13]:

- **First referring point is the law designated by the parties**.
- In case the parties have not designated any governing law or the designated law is invalid, **the second referring point is the law the most closely related to the insurance contract.**

---

[13] For a detailed analyze regarding Article 24 of the IPCPL stating the general rule of conflict of laws as to the contractual obligation relationships please see ÖZDEMİR- KOCASAKAL Hatice, Determination of the Applicable Law for the Contracts Pursuant to Article 24 of the IPCPL and Directly Applied Rules of Third Party State (Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları), **BILIPL (Bulletin on International Law and International Private Law)**, Year: 30, No:. 1-2, 2010, p. 27-62.

A. Designation of the Applicable Law to the Substance of Contract by the Parties

Pursuant to paragraph 1 of Article 24 of the IPCPL, the obligation relationship arising from the insurance contracts is governed by the law designated by the parties of the contract. The designation of law described as the subjective referring point, constitutes the reflection of the principle of freedom of will, which is widely used in international treaties, in the law regarding the conflict of laws[14].

The designation of law shall be explicit or understood "without hesitation" from the provisions of the contract or from the conditions of the case. There are different opinions as to whether the statement indicated in the second sentence of paragraph 1 of Article 24 of the IPCPL reads as follows; "*The designation which can be understood without hesitation from the provisions of the contract or the conditions of the case*", expresses the implicit designation of law. In accordance to an opinion, the mentioned statement indicates the implicit designation of law[15]. Considering the contrary opinion, the said statement is ambiguous and the accuracy of qualification thereof as implicit designation of law is disputable[16].

Is the designation of a foreign law by the parties as the governing law for the contract valid despite the fact that no element of foreignness objectively exists in the contract and all components of the contract are related to Turkey? Does the will of parties in the said aspect constitute a designation of law in accordance with Article 24 of the IPCPL or an incorporation of the related provisions of the law designated by the parties into the contract?

From the point of view of Nomer, the designation of a foreign law shall not require that the contract includes an element of foreignness since the mentioned relationship becomes a legal relationship with an element of foreignness through "designation of a foreign law". If the parties have agreed that a foreign law will govern the contract drawn up between them, this contract shall be hereinafter deemed as a contract including an "element of foreignness"[17].

---

[14] **ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİGANMEŞE,** p.264; ÇELİKEL Aysel/ ERDEM Bahattin Bahadır, **International Private Law (Milletlerarası Özel Hukuk),** 15th Edition, Beta, Istanbul, 2017, p. 366.

[15] **EKŞİ,** Applicable Law, p.22

[16] **ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİGANMEŞE**, p.267

[17] **NOMER,** p.320

On the contrary, in Özdemir Kocasakal's opinion, a contract shall objectively include an element of foreignness other than the designated law in order to allow the designation of the law pursuant to Article 24 of the IPCPL[18].

The designation of a foreign law and the incorporation of provisions of a foreign law into the contract are separate matters. The incorporated provisions of foreign law are applied as the provisions of the contract between the parties[19]. In many cases, the parties incorporate into the contract model agreements, uniform rules or general transaction terms prepared by international organizations or professional associations. In case that the parties refer the mentioned rules, they are applied as the provision of the contract[20]. In the said referred texts, a provision regarding the governing law for the relationship between the parties may be stated. In case that a party of the contract concludes a standard agreement, which is prepared by the other party, as in general transaction terms; accepts the related conditions without negotiating with the other party; and the designation of the law is set forth in the mentioned conditions, the validity of the designation of the law is disputable. If it is evidently understood from a provision of standard conditions that the governing law is designated, the relationship between the parties is deemed as governed by the said law they designated[21]. However, the will of both parties shall be aimed at the mentioned result since the designation of law

---

[18] **ÖZDEMİR KOCASAKAL**, Determination of the Applicable Law, p.33. Futhermore, in accordance with the international procedure law, the parties cannot agree on jurisdiction of a court of foreign state in disputes arising from obligation relationships which do not contain a element of foreignness (Article 47 of the IPCPL). Please see **ÇELİKEL/ERDEM**, p. 617. However, pursuant to article 54 of the IPCPL, the enforcement of the court order of a foreign state, which has taken in breach of the terms of Article 47 on the basis of an agreement of jurisdiction regarding a dispute that does not include a foreign element, cannot be appealed. The only rule of Article 54 as regards the jurisdiction is that the court order shall not be within the scope of the exclusive jurisdiction of the Turkish courts or the defendant shall not file an objection to the jurisdiction of the foreign court. Please see **ÇELİKEL/ERDEM**, p.617.

[19] **EKŞİ,** Applicable Law, p. 26-27. For the notion of incorporation and the differences between incorporation and the designation of law please see EKŞİ Nuray, "Incorporation" in terms of the Conflict of Laws (Kanunlar İhtilafı Alanında "Incorporation")", **BILIPL (Bulletin on International Law and Internationa Private Law)**, Volume: 19, No: 1-2, 1999, p.263 ff., especially p.266-268.

[20] **EKŞİ,** Applicable Law, p.26-27

[21] DEMİRKOL Berk, **Law Applicable to the Contract in Accordance With Article 24 of the International Private and Civil Procedure Law (Milletlerarası Özel Hukuk ve Ususl Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk)**, 2nd Edition, Vedat Bookselling, Istanbul, 2014, p.181.

requires the free will of the parties be compatible with each other in terms of the substantial consequences it has caused; and a valid designation of law may only be based on the conscious and mutual will of the parties.

The designation of law can anytime be realized by the parties (paragraph 3 of Article 24 of the IPCPL). The parties can designate a law applicable to the dispute or change the designated law during the trial as well[22]. Moreover, the IPCPL allows the partial designation of a law. The parties may decide that the designated law shall be applied totally or partially to the contract (paragraph 2 of Article 24 of the IPCPL).

The designation of law shall be binding merely upon the parties to the contract in accordance with the principle of relativity of contracts. The provision stated in parapraph 3 of Article 24 of the IPCPL as to which the third party rights shall not be impaired by designation of law, is based on the said principle as well. Although the discussions on whether or under which conditions the clauses stated in the contracts, which include an element of foreignness, regarding the determination of the competent court of jurisdiction; or the designation of international arbitration or a foreign law shall be binding upon the third parties, do not fall within the scope of this article, we may state the following without being non-compliance with the aforementioned fundamental principles: The designation of law is deemed valid provided that the explicit will of the parties shall be mutually compatible with each other.

B. Application of the Law the Most Closely Related to the Insurance Contract in Case the Parties Have Not Designated any Governing Law or the Designated Law is Invalid

Pursuant to paragraph 4 of Article 24 of the IPCPL, in case that parties have not designated any governing law or the designated law is invalid, the relation arising from the contract will be governed by the law the most closely related to the contract. Paragraph 4 of Article 24 of the IPCPL stipulates a presumption of which law is the most closely related to the contract, which can be proved otherwise[23].

---

[22] **NOMER,** p. 326; **ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİGANMEŞE,** p.268; **ÜNAN,** p.61.

[23] **ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİGANMEŞE,** p.280; **EKŞİ**, p.28.

Paragraph 4 of Article 24 of the IPCPL is as follows: *"This law is accepted to be*

- *the law of the habitual residence of the characteristic performance of the debtor on the execution date of the contract,*
- *in case that the contract is concluded as a result of commercial or professional activities, the law of the workplace of the mentioned debtor; in absence of a workplace the law of the residence of the debtor*

in case that the debtor has multiple workplaces

the law of the workplace which is the most closely related to the contract[24].

Nevertheless considering the state of all affaires, if there is a law more closely related to the contract, that particular law shall govern."

There is no doubt that the characteristic performance of the debtor of insurance contracts is the insurance company since the primary obligation of the insurance company is to procure the insurance protection whilst the only obligation of the policyholder is the debt of money (payment obligation of the insurance premium). As well as there is no doubt that the performance of the insurer is a characteristic performance, there is no consensus in the doctrine as to which country's law will apply. Whilst an opinion[25] states that the law of the country where the registered office of the insurance company locates shall be applied to the insurance contract, a contrary opinion[26] indicates that the law of the country where the workplace of the insurer locates shall govern; and in case the registered office of the insurance company does not locate in Turkey and the branch office of the mentioned foreign insurance company, which locates in Turkey, is accepted as the headquarter, the branch office located in Turkey shall be deemed as the workplace of the insurer.

---

[24] The workplace has been defined in general as "*a non-temporary accomodation unit owned by one of the parties to continue the economic activity related to its business*". Please see. **DEMİRKOL**, p. 314-315.

[25] **NOMER,** p.332; Please see in the same direction TEKİNALP Gülören, **International Private Law Rules of Conflict of Laws (Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları)**, 10th Edition, Vedat Bookselling, Istanbul, 2009, p.385.

[26] **SİRMEN,** p.51 ve fn. 27. Please see in the same direction **EKŞİ,** Applicable Law, p.29.

In certain cases, the insurance contract may be more closely related to a country other than the country where the workplace of the insurer locates. In such case, insurance contract will be governed by the law of the country the most closely related to the contract in accordance with the last sentence of paragraph 4 of Article 24 of the IPCPL. In this regard, the doctrine suggests that the law of the place where the risk occurs shall be applied as the most closely related law[27].

V. FIELD OF APPLICATION OF THE STATUS OF CONTRACT IN TERMS OF THE INSURANCE CONTRACTS

A. Situations Covered by the Status of Contract

The execution, interpretation, validity, fulfillment, non-fulfillment and its consequences, and termination conditions of a contract fall within the scope of the contract status in general[28]. In that case, pursuant to Article 24 of the ICPCL, the law of the place which the parties designated or which is the most closely related to the contract will govern all disputes arising from the insurance contracts in general.

B. Situations which are not within the scope of the Contract Status

- capacity of the parties (Article 9 of the IPCPL),
- form of contract (Article 7 of the IPCPL),
- authority of represention (Article 30 of the IPCPL) and
- the right of direct action of the damaged third party against the insurer under the liability insurances (paragraph 4 of Article 34 of the IPCPL)

are not wihin the scope of the contract status. The abovementioned issues shall be governed by the law indicated by the rule of conflict of laws stated in the relevant Article of the IPCPL, but not by the law indicated in Article 24 of the IPCPL[29].

---

[27] **SİRMEN**, p.52; **ÜNAN,** p.64.

[28] **SİRMEN**, p.52-53; **EKŞİ,** Applicable Law, p.31; **ÜNAN,** p.64.

[29] **SİRMEN,** p.54; **EKŞİ,** Applicable Law, p.32-33; **ÜNAN,** p.64.

C. Subrogation

There is no special rule of conflict of laws setting forth the governing law for the legal subrogation or the contractual subrogation (assignment of claim) in the IPCPL.

1. Assignment of claim

The assignment of claim will be subject to the status of the contract, that is to say, the dispute will be governed by the law designated by the parties and if the parties have not designated any governing law, by the law of the workplace of the characteristic performance of the debtor. The performances of the assignee (or transferee of debt) constitute characteristic performance in terms of assignment of claim (or assumption of debt)[30].

In case a dispute is arising from an assignment of claim (or assumption of debt), the settlement of such dispute shall be governed by the law applied to the contracts on assignment of claim (or assumption of debt). However, it is stated that the disputes which are arising from the receivable or debt of an assignment of claim or assumption of debt, such as whether the receivable is eligible for assignment, the validity of the assignment against the debtor, the relationship between the asssignee and the debtor and the termination of the debtor's debt, shall not be subject to the contracts on assignment of claim or assumption of debt, and it will be accurate that such mentioned disputes be resolved in accordance with the law governing the receivable or the debt of the assingment of claim or assumption of debt[31].

2. Right of Legal Subrogation of the Insurer

The subrogation means legal substitution of one person for another. In property insurances, the insurer indemnifies the damage incurred by the policyholder due to the occurence of the risk. In some cases, such damage is caused by a third party. Following the indemnification of the occurred damage by the insurer, the right of the policyholder to claim indemnification against the third party passes to the insurer in accordance with the rule of legal subrogation[32].

---

[30] **ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİGANMEŞE,** p.283.

[31] **ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİGANMEŞE,** p.283 ve fn. 428; please see in the same direction **NOMER,** p.335.

[32] In Turkish law, the legal succession right of the insurer in terms of the property insurances is set forth in Article 1472 of the Turkish Commercial Code.

In the doctrine, there are different opinions regarding the governing law for the issues as to whether or to what extent the insurer has the right of recourse against the third party due to its subrogation.

From the point of view of Sirmen, in property insurances, the legal subrogation of the insurer shall be governed by the law applicable to the legal relationship between the policyholder and the third party, from which the liability of indemnity is arising; and since the rights and obligations between the insurer and the third party are not arising from the insurance contract, the third party who is not a party to the insurance relationship shall not be subject to the status of the insurance contract[33]. Besides, Sirmen stated that in property insurances, since the insurer, following the indemnification of the damage of the injured person, becomes successor of the right to recourse of which the policyholder owns against, if any, other damaging persons or to the persons for whom he/she is liable for their actions causing his/her liability, there is no relation between subrogation and the legal status of the third parties, which are liable for the recourse; therefore, in liability insurances, as long as the legal issues are regarding the parties to the insurance contract, the succession shall be governed by the law to which the status of the insurance contract is subject to[34].

In other respects, Ekşi, without making a distinction between property insurances and liability insurances, is of the opinion that the law of the country, which is applied to the insurance contract, shall be the governing law for the subrogation of the insurer as well. Pursuant to her, if it is accepted for the property insurances that the subrogation of the insurer is governed by a law (to which the indemnity obligation of the damaging third party is subject) other than the applicable law for the insurance contract, the indemnification amount to be determined in accordance with the said law may be more or less than the amount that the insurer has paid[35].

Nomer also stated that the claims of the insurer arising from the right of recourse based on subrogation shall be subject to the status of the insurance contract[36].

---

33 **SİRMEN,** p.54; **NOMER,** p.319.

34 **SİRMEN**, p. 55.

35 **EKŞİ**, Applicable Law, p.51.

36 **NOMER**, p. 333.

Ünan evaluated the rule to be applied to the subrogation in terms of two different relationships pointing that there are two conditions required to be fulfilled in order for the legal subrogation to occur, one related to insurance law and the other to the law of obligations[37]:

Considering the conditions of the legal subrogation as regards the insurance law,

- The insurer must have paid the insurance indemnity to the policyholder as the performance of a valid debt in accordance with the insurance contract;
- The insurer must be subrogated to the rights of the policyholder at the time of payment and for the amount paid.

Pursuant to the condition of the legal subrogation regarding the law of obligations,

- The policyholder must have right of claim and action against the third party which is liable for the damage indemnified by the insurer.

In Ünan's opinion, the issue as to whether or not the condition regarding insurance law is fulfilled will be determined in accordance with the law applicable to the insurance contract.

The issue as to whether the condition regarding the law of obligations is fulfilled or not will be determined in accordance with the law applicable for the liability of indemnity that the third party, which is liable for the damage, has to pay.

In that case, the relation between the third party that is liable for the damage and the insurer will be governed by the law applicable to the debt arising from the contract executed between the third party and the policyholder, or if there is a tort it will be subject to the law applicable to the tort[38].

VI. CONDITIONS PREVENTING THE APPLICATION OF THE LAW INDICATED IN ARTICLE 24 OF THE IPCPL

A. International Treaties Regarding the Insurance Contracts

In accordance with paragraph 2 of Article 1 of the IPCPL, the provisions of the international treaties to which the Republic of Turkey is a party,

---

[37] **ÜNAN**, p.64.

[38] **ÜNAN**, s.64.

are reserved. Thus, if there are provisions regarding the insurance contract in an international treaty, these provisions will be applied primarily compared to the IPCPL.

B. Public Order

In principle, the law applicable to the legal relationships including an element of foreignness shall be the law to be determined in accordance with the rules of conflict of laws. However, exceptionally, the public order prevents the application of the mentioned law. Pursuant to Article 5 of the IPCPL, "*in case a provision of the governing foreign law that is applied to a certain case is clearly contrary to public order, this provision shall not be applied; if it is deemed necessary, Turkish law is applied*".

Public order intervention comes into question in accordance with Article 5 of the IPCPL provided that intolerable and unbearable consequences occur as a result of the application of a certain provision of foreign law to a concrete case. It is clearly accepted both in the doctrine and in the decisions of the Court of Appeals that the violation of public order does not mean the violation of the mandatory rules of Turkish law[39]. It is obvious that in case that the mandatory rules of Turkish law is implemented with priority and the application of foreign law is prevented by public order intervention, the rules of conflict of laws regulated by the IPCPL cannot be applied.

C. Diretly Applied Rules

Another situation that enables the implementation of certain rules of Turkish law by eliminating the rules of foreign law and even the conflict of laws of the IPCPL is that the dispute is regarding the directly applied rules of Turkish law. Article 6 of the IPCPL reads as follows; "*in cases where the competent foreign law is applied, if an issue falls within the scope of the*

---

[39] As regards the notion of public order please see the Decision of Joint Chambers of the Court of Appeals with the file number of 2010/1 and decision number of 2012/1 and dated February 10, 2012. The notion of public order is explained in several works of the doctrine. Please see **ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİGANMEŞE**, p. 74 ff.; **NOMER,** p. 161 ff.; **ÇELİKEL/ERDEM, p**. 140 ff. For a detailed analyze of the notion of public order in International Private Law please see. RUHİ Ahmet Cemal, **Public Order Intervention in International Private Law (Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni Müdahalesi)**, On İki Levha, Istanbul, 2019; DEMİR GÖKYAYLA Cemile, **Puclic Order in terms of the Recognition and Enforcement of Foreign Court Decisions (Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni),** Seçkin Publishing, Ankara, 2001.

directly applied rules of Turkish law in terms of the ratio legis and the field of application, that rule shall be applied to the issue".

Directly applied rules reflect the specific policies followed by the state in the economic, social or political fields in a way that will be effective on private law relations, and their application is mandatory for the realization of these policies[40]. Since the mentioned rules have been set forth to regulate the domestic law relations, they exist among the rules of the domestic law of the legal system to which they belong. Nevertheless they are also applied to the disputes including an element of foreignness due to their content and purpose[41].

Although the directly applied rules are regarding the public order in terms of their content, there are some essential differences between these two notions[42]: *"First of all, the public order exception has a negative impact by setting forth the main principles that remove the application of foreign law.On the other hand, the directly applied rules have a positive impact since they contain substantive law solutions to be applied to the merits of the dispute. Although the positive impact of the public order exception occurs by "applying lex fori when necessary" in case of violation of public order pursuant to Article 5 of the IPCPL, this result is a solution to fill the legal gap arising from the failure to apply the competent law. The main role of the public order exception is a negative role to prevent the application of the provisions of foreign law which are in contradiction with it. On the other hand, the directly applied rules have both a negative impact by preventing the application of the rule of conflict of law, and accordingly application of all foreign laws that may be competent in this way; and a positive impact by including the material solution that should be applied to the merits of the dispute"*[43].

---

40 ÖZDEMİR KOCASAKAL Hatice, **Directly Applied Rules and Their Impact on Contracts (Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri)**, Galatasaray University Publications, Istanbul, 2001, p.13.

41 **ÖZDEMİR KOCASAKAL**, Directly Applied Rules, p.25.

42 For broad explanations regarding the essential differences between public order and directly applied rules please see. **ÖZDEMİR KOCASAKAL**, Directly Applied Rules, p.21-24; also please see. **ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİGANMEŞE**, p.7 ff.; **NOMER,** p. 184 ff.; **ÇELİKEL/ERDEM,** p. 155 ff.

43 **ÖZDEMİR KOCASAKAL,** Directly Applied Rules, p.21

The consumer contracts include rules the purpose of which is the protection of the weak party. These rules procure the minimum protection for the weak party. Thus, it is stated in the doctrine that these rules should be deemed as directly applied rules to the extent they procure minimum protection in accordance with their purpose[44]. Therefore, pursuant to this opinion, the provisions of the Consumer Protection Law regarding the protection of the weak party, which will be applied in addition to the provisions of the Turkish Commercial Code on the insurance contracts with the nature of consumer transactions, will be applied as directly applied rules.

Insurance companies, which constitute a very essential part of economic life, must always have a strong financial structure. In this respect, it is highly important to audit insurance companies financially, that is to say, whether they are in a position to fulfill their obligations at any time[45] and at what stage their investments are. The audit of the insurance companies that are operating in Turkey is subject to the Turkish law. A foreign state law cannot be applied to audit a Turkish insurance company[46]. The law governing the establishment, activity, audit of insurance companies and the law applicable to the insurance contract are different issues.

In Turkish legal system, issues regarding the commencement of activity of the insurance companies, their organization, management, working principles and procedures, audit and termination of their activities are regulated in the Insurance Control Act. In the doctrine, certain provisions of the Insurance Control Act are indicated as directly applied rules for the insurance contracts[47]: paragraph 1 of Article 10 of the Insurance Control Act regarding the protection of competition between the insurance companies, paragraph 5 of Article 32 stating that the right of individuals to choose the insurance company freely cannot be restricted, and paragraph 1 of Article 32 on the establishment of a fair and stable insurance market and procurence of its continuity.

Likewise, it was stated in the doctrine that Article 15 of the Insurance Control Act, which sets forth the insurances that cannot be taken out abroad,

---

44 **ÖZDEMİR KOCASAKAL**, Directly Applied Rules, p.105; **SİRMEN,** p.61.

45 Insurance companies must have a strong financial structure at any times in order to be able to pay the insurance indemnity or the fixed sum to the insured upon the materialisation of the risk.

46 **EKŞİ,** Applicable Law, p.43; **TEKİNALP,** p.386.

47 **SİRMEN,** p.56 ff.

shall be accepted as a directly applied rule[48]. In other respects, it was indicated that provisions stipulating obligation of compulsory insurance for the insurance companies shall be deemed as directly applied rules, and the law of the country that imposes the obligation to make compulsory insurance shall be applied to the merits of insurance contracts executed in order to fulfill this obligation[49].

There is no list or specific regulation as to which rules are directly applied. In each concrete case, the judge will determine whether there is such a rule to be applied to the issue[50].

While Article 6 of the IPCPL regulates that the directly applied rules of *lex fori* will be *ex officio* taken into account by the court, Article 31 of the IPCPL impose the judge a more difficult duty than Article 6. In accordance with Article 31 of the IPCPL, the court may recognize the impact of the directly applied rules of a third state's law provided that it is closely related to the contract. The aim, nature, content and consequences of the mentioned rules shall be considered as to whether to recognize or whether to apply them.

CONCLUSION

The governing law for a dispute arising from the insurance contracts including an element of foreignness shall be determined in accordance with Article 24 of the IPCPL. The mentioned Article enables the determination of the competent law by the mutual agreement of the parties initially. In cases the governing law is not designated by the parties, the law the most closely related to the contract shall be applied. Many provisions, particularly included in the Insurance Law, whether domestic or including an element of foreignness, will be applied as a directly applied rule in order to carry out the insurance activities in a fair and stable market, to prevent unfair competition and to protect the national economy.

---

48 ATAMER Kerim, "Current Issues and Developments on the Maritime Commercial and Marine Insurance Law in Light of the Decisions of the Court of Appeals (Yargıtay Kararları Işığında, Deniz Ticareti ve Deniz Sigortası Hukukunda Güncel Sorunlar ve Gelişmeler)", **Symposium Proceedings-Discussions on Commercial Law and Decisions of Court of Appeals**, Volume: XXIII, 2009, p.254.

49 **ÖZDEMİR KOCASAKAL**, Directly Applied Rules, p.163; **SİRMEN,** p.56, fn. 37.

50 **EKŞİ**, Applicable Law, p.45.

BIBLIOGRAPHY

ATAMER Kerim, "Current Issues and Developments on the Maritime Commercial and Marine Insurance Law in Light of the Decisions of the Court of Appeals (Yargıtay Kararları Işığında, Deniz Ticareti ve Deniz Sigortası Hukukunda Güncel Sorunlar ve Gelişmeler)", **Symposium Proceedings-Discussions on Commercial Law and Decisions of Court of Appeals**, Volume: XXIII, 2009, p. 159- 274.

ÇELİKEL Aysel/ ERDEM Bahattin Bahadır, **International Private Law (Milletlerarası Özel Hukuk),** 15th Edition, Beta, Istanbul, 2017.

DEMİR GÖKYAYLA Cemile, **Puclic Order in terms of the Recognition and Enforcement of Foreign Court Decisions (Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni),** Seçkin Publishing, Ankara, 2001.

DEMİRKOL Berk, **Law Applicable to the Contract in Accordance With Article 24 of the International Private and Civil Procedure Law (Milletlerarası Özel Hukuk ve Ususl Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk)**, 2nd Edition, Vedat Bookselling, Istanbul, 2014.

EKŞİ Nuray, **Applicable Law for the Insurance Contracts Including Element of foreignness in Turkish and European Union Laws (Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Yabancı Unsurlu Sigorta Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk)**, Beta, Istanbul, 2012. (**EKŞİ,** Applicable Law).

EKŞİ Nuray**,** ""Incorporation" in terms of the Conflict of Laws (Kanunlar İhtilafı Alanında "Incorporation")", **BILIPL (Bulletin on International Law and Internationa Private Law)**, Volume: 19, No: 1-2, 1999, p. 263-291.

KAYA Selahattin, **Applicable Law for the Insurance Contracts Including Foreign Element (Yabancı Unsurlu Sigorta Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk)**, On İki Levha, Istanbul, 2016.

NOMER Ergin, **International Private Law (Devletler Hususi Hukuku)**, 22nd Edition, Beta, Istanbul, 2017.

ÖZDEMİR- KOCASAKAL Hatice, Determination of the Applicable Law for the Contracts Pursuant to Article 24 of the IPCPL and Directly Applied Rules of Third Party State (Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları), **BILIPL (Bulletin on International Law and International Private Law)**, Year: 30, No: 1-2, 2010, p. 27-62. (**ÖZDEMİR KOCASAKAL**, Determination of the Applicable Law).

ÖZDEMİR KOCASAKAL Hatice, **Directly Applied Rules and Their Impact on Contracts (Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri)**, Galatasaray University Publications, Istanbul, 2001. (**ÖZDEMİR KOCASAKAL**, Directly Applied Rules).

RUHİ Ahmet Cemal, **Public Order Intervention in International Private Law (Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni Müdahalesi)**, On İki Levha, Istanbul, 2019.

SİRMEN Kazım Sedat, "Governing Law for the Insurance Contracts Which Are Within the Scope of Indemnity Insurances and Include International Elements pursuant to the Turkish Law on the Conflict of Laws (Türk Kanunlar İhtilafı Hukukunda Zarar Sigortaları Kapsamına Giren Milletlerarası Unsurlu Sigorta Akitlerine Uygulanacak Hukuk)", **Batider**, Volume: 26, No: 3, 2010, p 41-68.

ŞANLI Cemal/ ESEN Emre/ ATAMAN- FİGANMEŞE İnci, **International Private Law (Milletlerarası Özel Hukuk)**, 6th Edition, Vedat Bookselling, Istanbul, 2018.

TEKİNALP Gülören, **International Private Law Rules of Conflict of Laws (Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları)**, 10th Edition, Vedat Bookselling, Istanbul, 2009.

TEKİNALP Gülören/ UYANIK-ÇAVUŞOĞLU Ayfer, **International Private Law (Milletlerarası Özel Hukuk)**, 12th Edition, Vedat Bookselling, Istanbul, 2016.

ÜNAN Samim, "Some Private International Law Problems Relating to Insurance Law in Turkish Practice", **European Insurance Law Review (Insurance Law Association of Serbia)**, 2012-4, (Retrieved from http://www.erevija.org/eng/articl.php?id=73).

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2020; 2: 1175-1203

FRANSIZ HUKUKU'NDAKİ DÜZENLEMELER IŞIĞINDA SES VE GÖRÜNTÜ NAKLEDİLMESİ YOLUYLA DURUŞMALARIN İCRASI(*)

Doç. Dr. Nur BOLAYIR(**)

Öz: 1998 yılından beri Fransız Hukuku'nda ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmalar gerçekleştirilmektedir. Covid-19 salgını süresince, bu yöntemle duruşmaların icra edilmesi hususunda çok daha pratik ve basit bir usûl benimsenmiştir. Hukukumuzda ise, 7251 Sayılı Kanun ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma icrasını düzenleyen 149. maddesinde önemli değişiklikler yapılmış; anılan yöntemin uygulanabilmesi için tarafların rızasının aranmasına ilişkin şart kaldırılmış; taraf merkezli yargılamadan mahkeme merkezli bir yargılamaya geçilmiştir. Üstelik, söz konusu hüküm, Fransız Hukuku'ndan farklı olarak, ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma icrasına ilişkin tek bir genel hüküm olarak öngörülmüş; yalnızca salgın dönemiyle sınırlı olarak uygulanabilecek bir hüküm olarak düzenlenmemiştir.

Anahtar Kelimeler: Ses ve Görüntü Nakli, Duruşmaların İcrası, Fransız Hukuku'ndaki Düzenlemeler, Covid-19 Salgını, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 149. Maddesindeki Değişiklikler.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 01.10.2020. Makale Kabul Tarihi: 11.12.2020.

(**) Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi (ORCID kimlik no: 0000-0001-6871-1181; *nbolayir@gsu.edu.tr*).

CONDUCT OF TRIALS VIA DIGITAL TECHNOLOGY IN LIGHT OF PROVISIONS IN FRENCH LAW

Abstract: Trials via digital technology are conducted in French Law since 1998. The provisions about this method that are accepted in period of Covid-19 pandemic are more practical and easier than the current system. In our law, article 149 of Turkish civil procedure law is amended by the law number 7251 and it contains very important modifications such as elimination of the consent of the parties for the application of this method. So, in our law, the jurisdiction with centrality of the judge is accepted instead of centrality of the parties. Furthermore, this provision is envisaged as a general rule which be applied all time, not only in the period of Covid-19 pandemic.

Keywords: Digital Technology, Conduct of Trials, Provisions in French Law, Covid-19 Pandemic, Amendments in Article 149 of Turkish Civil Procedure Law.

GİRİŞ

Medenî usûl hukukuna hâkim olan ilkelerden doğrudanlık ilkesinin gereği olarak, yargılamanın araya başka bir makam ya da kişi girmeden kararı verecek olan mahkemenin önünde, bizzat o mahkeme tarafından yürütülmesi; delillerin söz konusu mahkemenin huzurunda toplanması ve incelenmesi gerekmektedir[1]. Ancak, doğrudanlık ilkesinin çok katı şekilde uygulanması,

---

[1] ANSAY Sabri Şakir, **Hukuk Yargılama Usulleri**, 7.Baskı, Güzel Sanatlar Matbaası, İstanbul, 1960, s.156; ALANGOYA Yavuz, **Medenî Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1979, s.5-dn: 17; YILDIRIM Mehmet Kâmil, **Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi**, Kazancı, İstanbul, 1990, s.90; ÜSTÜNDAĞ Saim, **Medeni Yargılama Hukuku**, C.I-II, 7.Baskı, Nesil Matbaacılık, İstanbul, 2000, s.599; ÖZEKES Muhammet, **Medenî Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı**, Yetkin, Ankara, 2003, s.71; KURT Nesibe, "Medenî Yargılama Hukukunda Doğrudan Doğruyalık İlkesi", **Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan**, Yetkin, Ankara, 2008, s. 599-600; ALANGOYA H.Yavuz / YILDIRIM M.Kâmil / DEREN-YILDIRIM Nevhis, **Medenî Usul Hukuku Esasları,** 8.Tıpkı Baskı, Beta, İstanbul, 2011, s.189; ARSLAN Aziz Serkan, **6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Medeni Usul Hukukunda Delillerin Toplanması ve Doğrudanlık İlkesi**, Adalet, Ankara, 2012, s.6-7; SUNGURTEKİN ÖZKAN Meral, **Türk Medeni Yargılama Hukuku**, Barış, İzmir, 2013, s.102; ARSLAN Aziz Serkan, "Doğrudanlık İlkesi", **SDÜHFD** 2014, C.II, S.2, MİHBİR Özel Sayısı, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı XII, HMK Çerçevesinde Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler, Isparta 18-19 Ekim 2014, s.134; KARSLI Abdürrahim **Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı**, 4.Baskı, Alternatif, İstanbul, 2014, s.277; KURU Baki, **İstinaf Sistemine göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku**, Legal, İstanbul, 2016, s.307; ERDÖNMEZ Güray, **Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, C.I, 15.Bası, Oniki Levha, İstanbul, 2017, s.836; ÖZKAYA-FERENDECİ H. Özden, **(Alman Hukuku'ndaki Örneği İle) Sözlülük İl-**

yargılamanın oldukça uzamasına ve daha pahalı bir yargılama yapılmasına sebep olabileceğinden usûl ekonomisi ilkesiyle bağdaşmamakta; bu sebeple doğrudanlık ilkesinden kısmen de olsa ayrılma gereği doğmaktadır.

Çalışma konumuz olan ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla duruşma icrası da doğrudanlık ilkesiyle doğrudan bağlantılı olan, bu ilkeden kısmen ayrılmaya imkân veren bir mahkeme usûl işlemi olarak karşımıza çıkmaktadır. Hâkim, duruşmada dinlenilecek olan kişilerle, aynı yerde bulunmayıp, elektronik araçlar vasıtasıyla onlarla görsel ve işitsel bir iletişim kurduğundan, doğrudanlık ilkesi de tam olarak gerçekleşmemektedir[2]. Ancak, hâkim görsel ve işitsel iletişim araçları aracılığıyla da olsa, ilgili kişilerin dinlenilmeleri sırasında onları görüp, davranışlarını ve tavırlarını gözlemleyerek kanaat sahibi olabildiğinden, ortada doğrudanlık ilkesinin mutlak bir istisnasının bulunduğundan söz edilememektedir[3].

---

kesi, Beta, İstanbul, 2019, s.107-108; ALPAY Ece, **İngiliz ve Türk Yargılama Hukukunda Sözlülük İlkesi**, Oniki Levha, İstanbul, 2020, s.53-54; ARSLAN Ramazan / YILMAZ Ejder / TAŞPINAR AYVAZ Sema / HANAĞASI Emel, **Medenî Usul Hukuku**, 6.Baskı, Yetkin, Ankara, 2020, s.162; ATALI Murat / ERMENEK İbrahim / ERDOĞAN Ersin, **Medenî Usûl Hukuku**, 3.Baskı, Yetkin, Ankara, 2020, s.134; BUDAK Ali Cem / KARAASLAN Varol, **Medenî Usul Hukuku**, 4.Baskı, Adalet, Ankara, 2020, s. 78; KURU Baki, **Medenî Usul Hukuku El Kitabı**, C.I, Yetkin, Ankara, 2020, s. 592; KURU Baki / AYDIN Burak, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı**, Yetkin, Ankara, 2020, s.229; PEKCANITEZ Hakan / ATALAY Oğuz / ÖZEKES Muhammet, **Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı**, 8.Bası, Oniki Levha, İstanbul, 2020, s.191; TANRIVER Süha, **Medenî Usûl Hukuku**, C.I, 3.Bası, Yetkin, Ankara, 2020, s. 379.

2 KURT, s.619; ARSLAN, s.237; KALE Serdar, "Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşma İcrası (HMK m.149)", **MİHDER**, 2013/2, S.25, s.144; ARSLAN, Doğrudanlık, s.139. Bu çerçevede, ilgililerin bulundukları yerden aynı anda ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmalara katılımı, tam anlamıyla yüzyüzeliği sağlayamayacağından, canlı ve dinamik olarak gerçekleştirilen bir süreç olan duruşmanın yerine ikame edilemeyecektir (TANRIVER, s.720). Ses ve görüntü bilişim sistemine ilişkin yazılımın yüksek çözünürlük kalitesinde hizmet vermesi nedeniyle, kişilerin tüm mimiklerinin görülebildiği; bu nedenle de hâkimin kişileri duruşma salonunda kendi huzurunda dinlemesi ile ses ve görüntü nakli yoluyla dinlemesi arasında herhangi bir fark bulunmadığına ilişkin aksi görüş için bkz. GAYRETLİ AYDIN Seda, "Medenî Yargılama Hukukunda Ses ve Görüntü Nakli Yoluyla Duruşmaya Katılma", **DEÜHFD**, 2017, C. XIX, Özel Sayı: Prof.Dr.Şeref Ertaş'a Armağan, s. 2119.

3 BOLAYIR Nur, **Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hâkimin Rolü**, Vedat, İstanbul, 2014, s.204-205. Teknik olarak en iyi şartların varlığı halinde bile, aradaki ekrandan dinlenilen kişinin bir sözünün veya hareketinin tam anlamıyla anlaşılamaması, nasıl bir tutum içinde olduğunun tam olarak tespit edilememesi, kişinin içinde bulunduğu keyifsizliği ortaya koyan terleme gibi herhangi bir fiziksel reaksiyonun gözlemlenememesi gerekçesiyle ses veya görüntü nakledilmesi yoluyla duruşmaların icrasını olumsuz olarak değerlendiren görüş için ayrıca bkz. JANIN Marc, "La visioconférence à l'épreuve du procès équitable", **Les cahiers de la justice** 2011, s. 5 (www.dalloz.fr); DUFOUR Olivia, "Faut-il supprimer la visioconférence?", **Gazette du palais**, No: 305, 24.10.2017, s.1 (www.lextenso.fr); DUMOULIN Laurence, "La visioconférence soulève des questionnements

Temeli usûl ekonomisi ilkesine dayanan ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma icrası sayesinde yapılacak olan işlemler daha az emekle, daha az masrafla ve daha çabuk şekilde gerçekleştirildiği gibi, yargılamayı yürüten hâkimin taraflarla ve delillerle istinabeye nazaran daha doğrudan temas etmesi sağlanmakta; böylece sonradan ileri sürülebilecek gereksiz itirazların da önüne geçilebilmektedir[4].

Ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma icrası, tüm dünyada yaşanan Covid-19 salgının etkisiyle, yargılamaya katılan kişiler arasındaki doğrudan teması ortadan kaldırabilmek için büyük önem kazanmıştır. Bu çerçevede, Fransız Hukuku'nda duruşmaların ses ve görüntü nakli yoluyla yapılabilmesine imkân tanıyan kanunî düzenlemenin yanı sıra, salgın dönemiyle sınırlı olarak anılan yöntemin tatbiki hususunda özel hükümlere de yer verilmiştir. Çalışmamızda, ilk olarak Fransız Hukuku'nda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla duruşmaların icrasına ilişkin temel düzenlemeleri, tarihsel gelişimleri ışığında ortaya koymayı; ardından Covid-19 salgını sebebiyle yürürlükte bulunan ve söz konusu yöntemin kullanılması bakımından özel hükümler öngören, 25 Mart 2020 tarihli ve 2020-304 sayılı Kararname'yi incelemeyi; son olarak da Fransız Hukuku'ndaki tüm bu mevcut düzenlemeleri dikkate alarak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 149. maddesi çerçevesinde bir değerlendirme yapmayı amaçlamaktayız.

---

qu'on croyait révolus", **Petites affiches**, No: 249, 14.12.2017, s.2 (www.lextenso.fr). İlgilinin doğrudan hâkim karşısında bulunması ile ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla dinlenilmesinin aynı etkiyi yaratmayabileceği; doğrudan hâkim karşısında bulunmanın dinlenilecek kişide daha fazla tedirginlik yaratıp, bu durumun ifadelerin doğruluğu bakımından nispi bir önem taşıyabileceği; ses ve görüntü nakline yarayan araçların kullanılmasının, hâkimin dinlenilecek kişinin vücut tepkilerine yükleyebileceği anlamlarda bir azalmaya sebep olabileceği hususunda ayrıca bkz. KALE, s.144; DANET Anaïs, **La présence en droit processuel**, Thèse pour le doctorat en droit, Bordeaux, 2016, s.72.

4 KURT, s.618-619; KARSLI, s.477; ÖZEKES Muhammet, **Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, C.II, 15.Bası, Oniki Levha, İstanbul, 2017, s.1347; YILMAZ Ejder, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, C.II, 3.Baskı, Yetkin, Ankara, 2017, s. 2009. İstinabe yoluna başvurulması halinde, asıl davanın görüldüğü mahkemenin yapılan işlem üzerindeki etkisinin çok sınırlı kalması sebebiyle, istinabe yerine ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma yapılmasının doğrudanlık ilkesine daha uygun olduğu hususunda bkz. MIDIK Barış, Medenî Yargıda E-Duruşma Pilot Uygulaması ve Yargının Elektronik Dönüşümü Üzerine Bazı Düşünceler, https:// blog.lexpera.com.tr/ author/baris-midik/, s. 3. (Erişim Tarihi: 15.11.2020)

I. FRANSIZ HUKUKU'NDA SES VE GÖRÜNTÜ NAKLEDİLMESİ YOLUYLA DURUŞMALARIN İCRASINA İLİŞKİN DÜZENLEMELERİN TARİHSEL GELİŞİMİ

Fransız Hukuku'nda, ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla duruşma icrası ilk olarak, deniz aşırı topraklar ile Mayotte, Saint-Pierre ve Miquelon toprak topluluklarında adlî teşkilata ilişkin 98-729 sayılı ve 20 Ağustos 1998 tarihli Kararname ile düzenlenmiş[5]; ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla duruşmaların icrasına ilişkin Kararname hükümleri, 2006 yılında yürürlükten kaldırılmış olan eski Mahkemeler Teşkilat Kanunu'nun Saint Pierre ve Miquelon toprak topluluklarındaki yargılama kurallarına ilişkin düzenlemelerine dâhil edilmiştir[6].

Saint Pierre ve Miquelon'daki yargılamaya ilişkin olarak, Eski Mahkemeler Teşkilâtı Kanunu'nun L.952-6. maddesinde, ilk derece mahkemesindeki hâkimin görevden ayrılması, yokluğu, hukukî engeli veya hukukî yetkisizliği durumunda, o mahkemedeki hâkimin görevinin istinaf mahkemesi başkanı tarafından yerine getirileceği belirtilmiştir. Kanun'un L.952-7. maddesinin 1. ve 2. fıkralarına göre, L.952-6. maddede sayılan hallerden birinin varlığı halinde, istinaf mahkemesi başkanı görevini yerine getiremediği takdirde, ilk derece mahkemesi hâkimliği görevi, Paris İstinaf Mahkemesi birinci başkanınca her adlî yıl için yayınlanan listede yer alan hâkimler arasından atanacak olan bir hâkim tarafından üstlenilecektir. Ancak, gerek kanun tarafından öngörülen, gerekse uyuşmazlığın niteliğinin gerektirdiği süreler içerisinde, ilk derece mahkemesi hâkiminin yerine geçecek olan hâkimin gelişinin fiziken imkânsız olması halinde, ülke topraklarının başka bir noktasında bulunan bu hâkim, oradaki duruşma salonuna ses ve görüntü nakleden bir iletişim aracı vasıtasıyla doğrudan bağlanarak, duruşmayı yönetecektir.

Kanun'un L.952-10 maddesinde, istinaf mahkemesi başkanının görevden ayrılması, yokluğu, hukukî engeli veya hukukî yetkisizliği durumunda, o mahkemedeki hâkimin görevinin ilk derece mahkemesinin başkanı tarafından, bulunmadığı takdirde ise, ilk derece mahkemesindeki hâkimlerden

---

5 Kararname metni için bkz. https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000573964/ Kararname'nin hazırlık süreci hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. DUMOULIN Laurence/ LICOPPE Christian, **Justice et visioconférence: les audiences à distance, genèse et institutionnalisation d'une innovation**, Rapport final Janvier 2009, s. 86 vd.

6 Eski Fransız Mahkemeler Teşkilâtı Kanunu için bkz. DESPRÉS Isabelle/GUIOMARD Pascale, **Nouveau code de procédure civile**, 98 e édition, Dalloz, Paris, 2007, s. 1091 vd.

biri tarafından icra edileceği ifade edilmiştir. Kanun'un L.952-11. maddesinin 1. ve 2. fıkralarına göre, L.952-10. maddede sayılan hallerden birinin varlığı durumunda, ilk derece mahkemesindeki hâkimlerden hiçbiri istinaf mahkemesi başkanının görevini üstlenemediği takdirde, söz konusu hâkimin görevi Paris İstinaf Mahkemesi birinci başkanınca her adlî yıl için yayınlanan listede yer alan hâkimler arasından atanacak olan bir hâkim tarafından yerine getirilecektir. Ancak, hem kanunun öngördüğü, hem de uyuşmazlığın niteliğinin gerektirdiği süreler içerisinde istinaf mahkemesi başkanının yerine geçecek olan hâkimin gelişi fiziken imkânsız ise, duruşmanın idaresi, duruşma salonuna ses ve görüntü nakleden bir iletişim aracı vasıtasıyla doğrudan bağlanacak olan, ülke topraklarının başka bir noktasında bulunan bu hâkim tarafından gerçekleştirilecektir.

8 Haziran 2006 tarihli ve 2006-673 sayılı Kararname[7] ile yeni bir mahkemeler teşkilâtı kanununun çıkartılması, ticaret kanununda, köy kanununda, ceza usûl kanununda değişiklikler yapılması öngörülmüştür. Bu Kararname, 12 Mayıs 2009 tarihli ve 2009-529 sayılı Kanun ile onaylanarak, şu anda yürürlükte olan Mahkemeler Teşkilâtı Kanunu[8] yürürlüğe konulmuştur. Kanun'un 5. kitabı, Fransa'nın deniz aşırı topraklarındaki yargılama kurallarına ayrılmış; deniz aşırı topraklardan Saint Pierre ve Miquelon'daki yargılamayı düzenleyen Kanun'un L.513-3 ve L.513-4 maddelerinde ilk derece mahkemesi bakımından, L.513-7 ve L.513-8 maddelerinde ise, istinaf mahkemesi bakımından, ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmaların icrasına ilişkin olarak eski Mahkemeler Teşkilâtı Kanunu ile birebir olarak aynı yönde hükümlere yer verilmiştir. O halde, şu anda yürürlükte bulunan Mahkemeler Teşkilâtı Kanunu'nun L.513-3 ve L.513-4 maddelerine göre, ilk derece mahkemesindeki hâkimin görevden ayrılması, yokluğu, hukukî engeli veya hukukî yetkisizliği durumunda, o mahkemedeki hâkimin görevini istinaf mahkemesi başkanının yerine getirmesi gerekmekle birlikte, belirtilen haller çerçevesinde görevin icra edilememesi durumunda, ilk derece mahkemesi hâkimliğini, Paris İstinaf Mahkemesi birinci başkanınca her adlî yıl için yayınlanan listede yer alan hâkimler arasından atanacak olan bir hâkim üstlenecek; bu hâkimin belli bir süre içinde gelmesi fiziken imkânsız ise, ilgili hâkim bulunduğu yerden oradaki duruşma salonuna ses ve görüntü nakleden

---

7 Kararname metni için bkz. https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000460012/ 2020-11-01/ (Erişim Tarihi: 15.10.2020).

8 Kanun metni için bkz. CADIET Loïc, **Code de procédure civile**, Lexis Nexis, Paris, 2019, s.1215 vd.

bir iletişim aracı vasıtasıyla doğrudan bağlanarak, duruşmayı yönetecektir. Kanun'un L.513-7 ve L.513-8 maddelerinde belirtildiği üzere, istinaf mahkemesi başkanının görevden ayrılması, yokluğu, hukukî engeli veya hukukî yetkisizliği durumunda, o mahkemedeki hâkimin görevi ilk derece mahkemesinin başkanı tarafından, bulunmadığı takdirde ise, ilk derece mahkemesindeki hâkimlerden biri tarafından icra edilmekle birlikte, anılan ihtimallerden biri nedeniyle, ilk derece mahkemesindeki hâkimlerce istinaf mahkemesi başkanının görevi üstlenilemezse, Paris İstinaf Mahkemesi birinci başkanınca her adlî yıl için yayınlanan listede yer alan hâkimler arasından atanacak olan bir hâkim, ilgili hâkimin görevini yerine getirecektir; söz konusu hâkimin belirli bir süre içinde gelmesinin fiziken mümkün olmaması halinde ise, bu hâkim bulunduğu yerden duruşma salonuna ses ve görüntü nakleden bir iletişim aracı vasıtasıyla doğrudan bağlanarak, duruşmayı idare edecektir.

Mahkemeler Teşkilâtı Kanunu'nda 2007 yılında yapılan düzenlemeyle, Kanun'un L 532-17 maddesinde Fransa'nın diğer bir deniz aşırı toprağı olan Wallis ve Furtuna'da ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma icrasına ilişkin özel bir hüküm getirilmiştir. Sözü geçen hükme göre, ilk derece mahkemesindeki hâkimin görevden ayrılması, yokluğu, hukukî engeli veya hukukî yetkisizliği durumunda, oradaki istinaf mahkemesi birinci başkanınca her adlî yıl için yayınlanan listede yer alan hâkimler arasından atanacak olan bir hâkim, o mahkemedeki hâkimin görevini yerine getirecektir. İlgili hâkimin gerek kanun tarafından öngörülen, gerekse uyuşmazlığın niteliğinin gerektirdiği süreler içerisinde oraya gelmesi fiziken imkânsız ise, bu hâkim bulunduğu yerden oradaki duruşma salonuna ses ve görüntü nakleden bir iletişim aracı vasıtasıyla doğrudan bağlanarak, duruşmayı yönetecektir[9].

Açıklamalarımızdan anlaşıldığı üzere, ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma icrası 1998 yılından itibaren Fransız Hukuku'nda kabul edilmiştir. İlk

---

[9] Fransa'nın diğer bir deniz aşırı toprağı olan Yeni Kaledonya'da ise, Mahkemeler Teşkilâtı Kanunu'nda 2017 yılında yapılan bir değişiklikle, ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma icrasına ilişkin özel bir hükme yer verilmiştir. Kanun'un L 562-6-1 maddesinde, kanun veya yönetmelik tarafından öngörülen süreler içinde yargılamayı yerine getirmek bakımından, mahkemenin iş yoğunluğu ve bariz bir imkânsızlık içinde bulunması halinde, istinaf mahkemesi birinci başkanının talebi üzerine, her adlî yıl için yayınlanan listede yer alan hâkimler arasından atanacak olan bir veya birden fazla hâkim, üç aydan fazla olmayacak bir süre boyunca o mahkemede görev yapabilecektir. Söz konusu hâkim veya hâkimlerin, gerek kanun tarafından öngörülen, gerekse uyuşmazlığın niteliğinin gerektirdiği süreler içerisinde, oraya gelmeleri fiziken imkânsız ise, hâkimler bulundukları yerden oradaki duruşma salonuna ses ve görüntü nakleden bir iletişim aracı vasıtasıyla doğrudan bağlanarak, duruşmaya katılabileceklerdir.

olarak, Fransa'nın deniz aşırı topraklarından Saint Pierre ve Miquelon'da yargılamanın, bu yöntemle başka bir yerdeki hâkim tarafından yürütülmesine imkân tanınmış; ardından da diğer bir deniz aşırı toprağı olan Wallis ve Furtuna'da da aynı uygulama benimsenmiştir.

Fransa'nın deniz aşırı topraklarındaki yargılama kurallarına ilişkin belirttiğimiz özel hükümlerin yanı sıra, 2007 yılında yapılan düzenlemeyle Mahkemeler Teşkilâtı Kanunu'nda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla duruşma icrasına ilişkin ayrı bir hükme daha yer verilmiştir. Kanun'un L111-12 maddesine[10] göre, Kamu Sağlığı Kanunu'ndaki[11], Ceza Usûl Kanunu'ndaki[12], Yabancıların Giriş, İkamet ve Sığınma Hakkına İlişkin Kanun'daki[13] özel hükümlerden ayrı olarak, adlî yargı mercileri önündeki duruşmalar, mahkeme başkanının kararıyla re'sen veya taraflardan birinin talebiyle, tarafların tümünün rızasını alarak, ses ve görüntü nakleden bir iletişim aracıyla doğrudan birbirlerine bağlı olan, birçok duruşma salonunda, yayının gizliliğini temin ederek, gerçekleştirilebilmektedir[14]. Bu duruşma salonlarının biri veya birçoğu, müracaat edilmiş olan mahkemenin yargı çevresi dı-

---

[10] Ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla duruşma icrasını düzenleyen Mahkemeler Teşkilâtı Kanunu'nun L111-12 maddesi, Kanun'un adlî yargıya ilişkin ortak hükümler başlığı altında yer almakta; dolayısıyla hem hukuk yargılamasında, hem de ceza yargılamasında uygulama alanına sahip bulunmaktadır.

[11] Kamu Sağlığı Kanunu'nun L.3211-12-2 maddesinde de ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma yapılmasını mümkün kılan özel bir hükme yer verilmiştir. Bkz. CADIET Loïc, "Un état d'exception pour la procédure civile à l'épreuve du coronavirus", **La semaine juridique-Édition générale**-no: 15, 13 Avril 2020, s.758. İlgili hüküm için bkz. https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006072665/LEGISCTA000006171187/#LEGIARTI000039279670 (Erişim Tarihi: 15.10.2020).

[12] Ceza Usûl Kanunu'nun 706-71 maddesinde ceza yargılamasına özgü olarak ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma icrası düzenlenmiştir. Bu hususta bkz. https:// www.legifrance.gouv.fr/ codes/ section_lc/ LEGITEXT000006071154/LEGISCTA000006138136/# LEGISCTA000006138136 (Erişim Tarihi: 15.10.2020).

[13] Yabancıların Giriş, İkamet ve Sığınma Hakkına İlişkin Kanun'un L.222-4 ve L.552-12 maddelerinde yabancılar hukuku mevzuatı çerçevesinde, ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma icrasına imkân tanınmıştır. Bu hususta bkz. CADIET, Etat d'exception, s.758. İlgili hükümler için bkz. https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070158/ LEGISCTA000006163223/#LEGIARTI000039280099; https://www.legifrance.gouv.fr/ codes/section_lc/LEGITEXT000006070158/LEGISCTA000006163241/#LEGIARTI000037398693 (Erişim Tarihi: 15.10.2020).

[14] Ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla duruşma icrası mümkün olmakla birlikte, Kanun'un L111-12 maddesinin 4. fıkrasında ifade edildiği üzere, Malvarlığı Kanunu'nun L221-1 ve devamı maddelerinde belirtilen halin dışında, ses ve görüntü kaydı alınması mümkün değildir. Malvarlığı Kanunu'nun anılan hükümlerinde ise, adalet sisteminin tarihsel arşivlerinin oluşturulması hususunda bir menfaatin bulunması durumunda, ses ve görüntü kaydı alınabileceği belirtilmiş; söz konusu kaydın yapılabilmesine ilişkin usûl düzenlenmiştir.

şında bulunabilmektedir. Duruşmaların alenî bir şekilde yapılabilmesi için duruşma salonlarının her biri halka açıktır.

Kanun'un L111-12 maddesiyle doğrudan bağlantılı olarak, Kanun'un R111-7 maddesinde ses ve görüntü nakliyle duruşma icrasında kullanılan iletişim araçlarının, üçüncü kişiler bakımından, ses ve görüntüyü tüm gerçekliğiyle, gizli şekilde aktarmaları gerektiği öngörülmüş; bu çerçevede ses ve görüntü naklinin gerçekleşmesini engelleyen her türlü teknik aksaklığın tutanak altına alınması gerektiği ifade edilmiştir[15].

II. COVİD-19 SALGINI SEBEBİYLE YÜRÜRLÜĞE KONULMUŞ OLAN 25 MART 2020 TARİHLİ VE 2020-304 SAYILI KARARNAME'NİN İNCELENMESİ

Ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla duruşmaların icrasına ilişkin belirttiğimiz temel düzenlemelerin yanı sıra, adlî yargıda hukuk mahkemelerinde uygulanmakta olan kuralların Covid-19 salgını nedeniyle sağlık alanında yaşanan olağanüstü durum ile uyumlu hale getirilip, adalet hizmetlerinin devam ettirilebilmesi amacıyla çıkartılmış olan 25 Mart 2020 tarihli ve 2020-304 sayılı Kararname'de de bu konuda özel düzenlemelere yer verilmiştir[16]. Adalet Bakanlığı tarafından 26 Mart 2020 tarihinde yayınlanan sirkülerde belirtildiği[17] üzere, anılan Kararname, Covid-19 Salgınıyla Mücadeleye İlişkin Olağanüstü Hal Kanunu'nun 11. maddesinin 1. fıkrasının, Fransız Anayasası'nın 38. maddesi uyarınca, ilgili Kanun'un yayımından itibaren üç aylık bir süre için hükümete vermiş olduğu yetki dâhilinde çıkartılmıştır[18]. Sözü geçen Kanun'un 11. maddesinin 2. fıkrasının c bendinde, ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla duruşma icrası da salgının yayılmasının önlenmesi için yargı sisteminde alınması gereken önlemler arasında sayılmıştır. Bu çerçevede, Kararname'nin 7. maddesinde salgın dönemiyle sınırlı olarak, kişiler arasındaki yüz yüze iletişimi kısıtlayıp virüsün yayılmasını

---

15 Kanun'un R 111-7 maddesinin paralelinde, Fransa'nın deniz aşırı topraklarından Saint Pierre ve Miquelon ile Wallis ve Futuna'daki yargılama usûlüne ilişkin özel hüküm niteliğinde olan Kanun'un R 513-5 ve R532-22 maddelerinde de, aynı yönde bir düzenlemeye yer verilmiştir.

16 Kararname metni için bkz. https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGIARTI000041899537/2020-05-21/#LEGIARTI000041899537(Erişim Tarihi: 15.10.2020).

17 Sirküler metni için bkz. https://www.justice.gouv.fr/bo/2020/20200327/JUSC2008609C.pdf (Erişim Tarihi: 15.10.2020).

18 Kanun metni için bkz. https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000041746313/2020-05-07/(Erişim Tarihi: 15.10.2020).

engellemek amacıyla[19], ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla duruşma icrasına ilişkin özel bir hüküm sevk edilmiştir. Sirküler'de açıklandığı üzere, anılan hüküm gerek tüm ilk derecedeki hukuk mahkemeleri, gerekse istinaf ve temyiz mahkemeleri nezdinde uygulanabilmektedir[20].

Sözü geçen Kararname'nin 1. maddesinde Kararname hükümlerinin, 12 Mart 2020 tarihinden başlayarak, Covid-19 Salgınıyla Mücadeleye İlişkin Olağanüstü Hal Kanunu'nda öngörülen, sağlık alanındaki olağanüstü halin sona erdiği tarihten itibaren işleyecek bir aylık sürenin sonuna kadar uygulanacağı ifade edilmiştir. Anılan Kanun'un 4. maddesinin 1. fıkrasında, ilgili Kanun'un 23 Mart 2020 tarihinde yürürlüğe girmesinden itibaren iki ay süreyle sağlık alanındaki olağanüstü halin tatbik edileceği belirtilmek suretiyle, olağanüstü halin bitiş tarihi 23 Mayıs 2020 olarak belirlenmiştir. Kararname hükümlerinin ise, söz konusu sürenin son bulmasından itibaren bir ay daha uygulama alanına sahip olacağı düzenlendiğinden, kural olarak 12 Mart 2020 ile 23 Haziran 2020 tarihleri arasında söz konusu Kararname tatbik kabiliyetini kazanmıştır. Ancak, 11 Mayıs 2020 tarihli ve 2020-546 sayılı Kanun'un 1. maddesinde yapılan düzenlemeyle sağlık alanındaki olağanüstü halin iki ay daha uzatılması kabul edildiğinden, olağanüstü halin 10 Temmuz 2020'de son bulması öngörülmüş[21]; böylece Kararname hükümleri de buna uygun olarak olağanüstü halin sona ermesinden itibaren bir ay daha, yani 10 Ağustos 2020 tarihine kadar uygulama alanı bulmuştur[22].

Ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla duruşmaların icrasını düzenleyen Kararname'nin 7. maddesi ise, 27 Mart 2020 tarihinde yürürlüğe girmiş ve bu tarihten 10 Ağustos 2020'ye kadar uygulanma imkânına sahip olmuştur. O halde, sadece 27 Mart 2020 ile 10 Ağustos 2020 tarihleri arasında duruş-

---

[19] Bu hususta bkz. Décision de Conseil d'Etat, 10 Avril 2020, Adaptation du fonctionnement des juridictions judiciaires (https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/ dernieres-decisions-importantes/ conseil-d-etat-10-avril-2020-adaptation-du-fonctionnement-des-juridictions-judiciaires). (Erişim Tarihi: 15.10.2020).

[20] Sözü geçen hükmün, istisnaî bir düzenleme olması sebebiyle yalnızca acil olarak çözüme kavuşturulması gereken işler bakımından uygulanması gerektiği hususunda bkz. AMRANI-MEKKI Soraya, "La procédure civile réécrite sous contraintes sanitaires", **Gazette du palais**, no: 16, 28.04.2020, s.3 (www.lextenso.fr).

[21] Kanun metni için bkz. https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000041865244/ (ErişimTarihi: 15.10.2020).

[22] MAUGIN Géraldine, "Coronavirüs: complément aux règles applicables aux juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière non pénale", **Dalloz actualité**, 03 Juin 2020, s. 3 (www.dalloz.fr). MAUGIN, s. 1.

maların, Kararname'de belirtildiği şekilde ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla gerçekleştirilmesine izin verilmiştir.

Kararname'nin 7. maddesine göre, hâkim veya mahkeme başkanı duruşmanın, duruşmaya katılan kişilerin kimliğini ortaya koyabilen; iletişimin kalitesini, taraflar ve avukatları arasındaki görüşmelerin gizliliğini temin edebilen ses ve görüntü naklini sağlayan bir haberleşme aracı vasıtasıyla, yapılmasına karar verebilmektedir. Söz konusu haberleşme aracından teknik veya maddî imkânsızlık[23] sebebiyle yararlanılamaması halinde ise hâkim, tarafları ve avukatlarını veya dinlenilecek kişiyi, onların kimliklerini tespit edebilen, iletişimin kalitesini, görüşmelerin gizliliğini garanti altına alabilen, telefon[24] dâhil olmak üzere, her türlü elektronik iletişim aracıyla dinleme yönünde karar alabilmektedir. Ses veya görüntü naklinin gerçekleştirilmesi sırasında, mahkeme heyetindeki hâkimler, zabıt kâtibi, taraflar, taraflara yardımcı olan kişiler, tarafların kanunî veya iradî temsilcileri, bilirkişiler, dinlenilecek olan kişiler farklı yerlerde bulunabilmektedirler. Ayrıca madde metninde, yargılamayı yürüten hâkimin, taraflar arasındaki görüşmelerin düzgün şekilde gerçekleştirilmesini sağlayıp, hukukî dinlenilme hakkı bağlamında onların savunma haklarını gözetmesi gerektiği belirtilmiş; ses ve görüntü nakli yoluyla yapılan işlemler zabıt kâtibince tutanağa geçirildiğinden; mahkeme heyetindeki hâkimlerce kullanılan iletişim araçlarının hükmün gizli şekilde müzakere edilmesini teminat altına aldığından söz edilmiştir[25].

---

[23] Sirküler'de ses ve görüntü nakline yarayan aracın yetersiz ya da bozuk olması, teknik veya maddî imkânsızlık hali olarak nitelendirilmiştir.

[24] Hâkimin ilgili kişileri dinlemek için kullanacağı telefon, kesinlikle şahsi telefonu olmamalıdır (CADIET, Etat d'exception s.758).

[25] Kararname'nin 7. maddesi, 25 Mart 2020 tarihli ve 2020-304 sayılı Kararname'yi değiştiren, 20 Mayıs 2020 tarihli ve 2020-595 sayılı Kararname'nin 5. maddesiyle değişikliğe uğramıştır. (Bu hususta bkz. https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000041897232/). Biz, açıklamalarımızda Kararname'nin 7. maddesinin değişikliğe uğramış en son halinden söz etmiş olmakla birlikte burada, maddenin eski ve yeni düzenlemesi arasındaki farklara da değinmenin uygun olacağını düşünmekteyiz. Maddenin ilk halinde, ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmaya katılabilecek olan kişiler sadece taraflar ve avukatları ile sınırlandırılmış; buna karşılık maddenin yeni halinde söz konusu kişilerin kapsamının genişletildiği "duruşmaya katılan kişiler" ibaresine yer verilerek ortaya konulmuştur. Bunun paralelinde, maddenin 3. fıkrasında eski metinde olmayan yeni düzenlemeler getirilmiş; taraflar, taraflara yardımcı olan kişiler, tarafların kanunî veya iradî temsilcileri, bilirkişiler, dinlenilecek olan kişiler ses veya görüntü nakli yoluyla duruşmaya katılabilecek kişiler olarak öngörülmüştür. Anılan kişilerin yanı sıra, mahkeme heyetindeki hâkimlerin, zabıt kâtibinin farklı yerlerde bulunmalarına imkân tanınmıştır. Eski düzenlemede ise, taraflardan birinin bir danışmandan veya tercümandan yardım alması ihtimalinde, yalnızca bu kişilerin fiziki olarak tarafın yanında olmaları gerekmemekte; tarafın bulunduğu yerden farklı bir yerde bulunabilmeleri mümkündü. Oysa, maddenin son halinde "taraflara yardımcı olan kişiler" ifadesi kullanılmak suretiyle, başka yerde bulunmalarına imkân tanınan kişilerin genişletildiği anlaşılmaktadır (MAUGIN, s. 3).

26 Mart 2020 tarihli Sirküler'de, 2020-304 sayılı Kararname'nin 7. maddesi bağlamında ses ve görüntü nakliyle duruşma yapılabilmesinin, tek hâkimli mahkemelerde o hâkimin, toplu mahkemelerde ise mahkeme başkanının kararına bağlı olduğu belirtilmiştir. Kararname'nin 7. maddesi bağlamında ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma icrası tercih edilmediği takdirde, duruşmaların Mahkemeler Teşkilâtı Kanunu'nun L111-12 maddesinde öngörülen usûlle de yürütülmesi mümkündür. Ancak, yukarıdaki açıklamalarımızdan da anlaşıldığı üzere, Covid-19 salgını süresince uygulama alanına sahip olan Kararname'nin 7. maddesinde, ses ve görüntü nakliyle duruşma icrasına ilişkin temel düzenleme olan Mahkemeler Teşkilâtı Kanunu'nun L111-12 maddesine nazaran, içinde bulunulan olağanüstü durumun gereği olarak, salgının yayılmasının önlenebilmesi amacıyla çok daha basit ve pratik bir düzenleme öngörülmüş; bu sayede, içinde bulunulan kriz ortamında dahi yargı organlarının çalışabilmesi amaçlanmıştır[26].

Kanun'un L111-12 maddesi, ses ve görüntü nakliyle duruşmaların, mutlaka duruşma salonlarında gerçekleştirilmesini ve duruşmaların bu şekilde yapılabilmesi için tarafların rızalarının alınmış olmasını şart koşmaktadır. Oysa, Kararname'nin 7. maddesinde, gerek tarafların ve avukatların, gerekse yargılama kapsamında dinlenilebilecek olan diğer kişilerin, başka bir duruşma salonunda bile bulunmaları gerekmeksizin, ses ve görüntü nakli yoluyla bulundukları yerden dinlenilmelerine, taraflardan hiçbirinin rızası aranmaksızın imkân tanınmıştır. Bunun yanı sıra, karar verecek olan mahkeme heyetindeki hâkimler ile mahkemenin resmî tanığı durumundaki zabıt kâtibinin de elektronik iletişim araçlarından yararlanılarak, farklı yerlerden yargılamaya katılmalarına izin verilmiştir[27].

Ayrıca, yeni düzenleme doğrultusunda, hâkimlerin her birinin farklı yerlerde bulunup, ses ve görüntü nakline yarayan iletişim araçları vasıtasıyla birbirleriyle irtibat halinde oldukları düşüncesiyle, mahkeme heyetindeki hâkimlerce kullanılan iletişim araçlarının, hükmün gizli şekilde müzakere edilmesini teminat altına aldığı özel olarak belirtilmiştir. (Kararname'nin 7. maddesinin eski düzenlemesi için ayrıca bkz. https://www.legifrance.gouv.fr/ jorf/id/ JORFTEXT 000041755577/). (Erişim Tarihi: 15.10.2020).

26 BROCHIER Emmanuel/ BROCHIER Matthieu, "Attention à la suppression des audiences", **Recueil Dalloz**, 2020, s.1 (www. dalloz.fr). Bu çerçevede, salgının sona ermesinden sonra da Kararname'nin 7. maddesinde belirtilen şekilde ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla duruşmaların icrasının genelleştirilmemesi gerektiği; yalnızca basit dosyalar için anılan yöntemin uygulanabileceği hususunda bkz. TEBOUL Georges, "Des propositions pour la sortie de crise du coronavirus: rien ne sera plus comme avant", **Petites affiches**, no: 160-161, 12.08.2020, s.1 (www.lextenso.fr).

27 İlgili hükmün, özellikle duruşmada fiilen yer alması gereken kişilerin, yerel yönetimlerin kararıyla zorunlu olarak hastanede tutulmaları halinde uygulama alanı bulacağı hususunda bkz. MAUGIN, s. 3.

Ayrıca, Kararname'de ses ve görüntü naklini sağlayan bir haberleşme aracından teknik veya maddî imkânsızlık sebebiyle yararlanılamaması halinde, hâkime tarafları ve avukatlarını veya dinlenilecek kişiyi onların kimliklerini tespit edebilen, iletişimin kalitesini, görüşmelerin gizliliğini garanti altına alabilen, telefon dâhil olmak üzere, her türlü elektronik iletişim aracıyla dinleme yönünde karar alabilme yetkisi tanınmıştır. Kararname'ye ilişkin olarak Adalet Bakanlığı'nın çıkarttığı Sirküler'de, duruşma yapılacak yerde ses ve görüntü nakline yarayan bir aracın bulunmaması, söz konusu aracın sayıca yetersiz ya da bozuk olması, teknik veya maddî imkânsızlık sayıldığından, mevzuat çerçevesinde teknik veya maddî imkânsızlık hallerinin geniş olarak yorumlandığı anlaşılmaktadır. Bu bağlamda, yargılamayı hukukî dinlenilme hakkına uygun bir şekilde, taraflar arasında karşılıklı bir iletişimin kurulması suretiyle yürütmekle yükümlü olan hâkimin, sadece soyut ölçülerle yetinmeksizin, her bir somut olay çerçevesinde ayrı ayrı değerlendirmede bulunarak, en son çare olarak telefon ve benzeri her türlü elektronik iletişim aracıyla duruşmayı icra etme yoluna gitmesi gerektiği, doktrinde isabetli olarak ifade edilmiştir[28].

Sağlık alanındaki olağanüstü halin 10 Temmuz 2020'de sona ermesinden sonra sonbaharda Covid-19 vakalarında artış yaşanması üzerine, salgınla mücadele edilebilmesi amacıyla 14 Ekim 2020 tarihli ve 2020-1257 Sayılı Kararname[29] ile 17 Ekim 2020 tarihinden itibaren bir ay süreyle, 16 Kasım 2020'ye kadar yeniden sağlık alanında olağanüstü hal ilân edilmiştir. Söz konusu olağanüstü halin üç ay daha, 16 Şubat 2021'e kadar, devam edebilmesi için sağlık alanında olağanüstü halin üç aylık bir süre için uzatılmasına dair kanun tasarısı hazırlanmış[30] ve anılan tasarıda önceden kabul edilmiş olan kararname hükümlerinin yeniden yürürlüğe konulması öngörülmüştür. Bu çerçevede, Kanun'un 3A maddesinde 25 Mart 2020 tarihli ve 2020-304 sayılı Kararname'nin ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma icrasını düzenleyen 7. maddesinin hukuk yargılamasında uygulanma imkânına sahip bulunduğu belirtilmiştir. Ancak, tasarıda Kararname'nin 7. maddesi bakımından önemli değişiklikler getirilmiştir.

---

[28] AMRANI-MEKKI, s.3.

[29] Bkz. https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000042424377 (Erişim Tarihi: 20.10.2020).

[30] Bkz. https://www.senat.fr/leg/pjl20-079.pdf (Erişim Tarihi: 20.10.2020).

Maddenin tasarıya konu olan yeni halinde, Covid-19 salgının yayılmasının sınırlandırılması için tarafların, hâkimin, mahkeme başkanının önerisi üzerine, tarafların açıkça rıza göstermeleri şartıyla, duruşmaların ses ve görüntü nakleden bir haberleşme aracı vasıtasıyla yapılabileceği düzenlenmiştir. Anlaşıldığı üzere, maddenin yeni halinde eski halinden farklı olarak, ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmaların icra edilebilmesi için mutlaka tarafların açıkça rızalarını beyan etmiş olmaları şart koşulmuştur. Hâkimin, taraflardan birinin talebiyle veya re'sen vereceği bir karar üzerine söz konusu yönteme başvurulmasına izin verilmeyerek, doğrudanlık ilkesinin korunması amaçlanmıştır.

Maddenin eski halinde olduğu gibi, yeni halinde de ses ve görüntü naklini sağlayan iletişim aracının, duruşmaya katılan kişilerin kimliğini ortaya koyabilen; iletişimin kalitesini, taraflar ve avukatları arasındaki görüşmeler ile hâkimler arasındaki müzakerelerin gizliliğini temin edebilecek nitelikte olması gerektiği ortaya konulmuştur. Maddenin eski düzenlemesi uyarınca hâkim, mahkeme heyetindeki üyeler, taraflar, duruşmada dinlenilecek kişiler bulundukları yerden, mutlaka bir duruşma salonunda hazır olmaları gerekmeksizin, ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmaya katılabilmekteydiler. Oysa, maddenin yeni düzenlemesine göre, taraflar[31] ile duruşmaya çağrılmış olan kişiler, anılan yöntemle dinlenebilecek iken; hâkim veya mahkeme heyetindeki üyeler, mutlaka adalet bakanlığına ait binaların içine kurulmuş olan bir duruşma salonundan duruşmayı yönetmelidirler[32]. Hâkimin veya mahkeme heyetindeki üyelerin yanı sıra, zabıt kâtibinin de adalet bakanlığına ait bir binada yer alan duruşma salonunda bulunması gerekmekte; yapılan tüm işlemler tutanak altına alınmakta veya sesli ve görüntülü ya da sesli şekilde kaydedilmektedir.

27 Mart 2020 ile 10 Ağustos 2020 tarihleri arasında uygulanma alanına sahip bulunan 7. maddenin eski düzenlenmesi uyarınca, ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmaların icrası bakımından çok büyük bir esneklik sağlanmıştı. Oysa, tasarıda öngörülen 7. maddenin yeni halinde, Mahkemeler Teşkilâtı Kanunu'nun L111-12 maddesindeki düzenlemeye kısmen yaklaşılarak, ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma icrası hususunda salgın dönemiyle sınırlı

---

[31] Madde metninde belirtildiği üzere, tarafların bir danışmandan veya tercümandan yardım almaları halinde, bu kişiler fiziken tarafların yanında bulunabileceklerdir.

[32] Madde metninde, hâkimin veya mahkeme başkanının tarafların savunma haklarını, özellikle de yargılama sırasında hukukî dinlenilme hakkını gözetmesi gerektiği, ayrıca belirtilmiştir.

olarak uygulanacak olan ilgili Kararname hükmü ile temel hüküm arasında orta bir yol bulunmaya çalışılmıştır. Bu çerçevede, hâkimlerin mutlaka yargının işleyişini denetlemekle görevli olan Adalet Bakanlığı'na ait bir binanın içinde özel olarak tahsis edilmiş bir salonda duruşma yapabilmeleri şart koşulmuş; hâkimlerin nerede bulundukları önem taşımaksızın her yerden duruşmaları gerçekleştirebilme imkânları ortadan kaldırılmış; böylece yargının saygınlığının muhafaza edilmesine hizmet edilmiştir.

Değişiklik yapılmak istenilen 7.maddenin yeni düzenlemesinde, ses ve görüntü naklini sağlayan haberleşme aracından teknik veya maddî imkânsızlık sebebiyle yararlanılamadığı takdirde, hâkimin tarafları, avukatlarını veya dinlenilecek kişiyi telefon dâhil olmak üzere, her türlü elektronik iletişim aracıyla dinleyebileceğine ilişkin hükme yer verilmemiştir. Böylece, duruşmaların telefon gibi basit bir iletişim aracı vasıtasıyla değil; gerçek anlamda ses ve görüntü nakline yarayan, doğrudanlık ilkesini kısmen dahi olsa en üst seviyede sağlayabilecek olan son sistem teknik araçlarla yapılması amaçlanmıştır.

Görüldüğü gibi, ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma yapılabilmesi için tarafların rızalarının aranması ve anılan yöntemle duruşma icrasında dahi hâkimin veya mahkeme heyetindeki üyelerin bir duruşma salonunda yer almalarının zorunlu kılınması, bulundukları herhangi bir yerden duruşmayı yürütememeleri, Kararname'nin 7. maddesinde yapılmak istenilen en önemli değişiklikler olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu çerçevede, adlî makamların çalışmalarında devamlılığı sağlamak amacıyla, içinde bulunulan olağanüstü hal ile kişilerin temel haklarının korunması arasında bir denge kurmaya yönelik düzenlemeler getirilmesi tercih edilmiştir[33].

Önceden kabul edilmiş olan kararname hükümlerinin yeniden yürürlüğe konulması hakkındaki bu kanun tasarısı, 7 Kasım 2020 tarihinde ulusal mecliste kabul edilip kanunlaşmış olmakla birlikte[34], tasarının ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma icrasına ilişkin olarak belirttiğimiz değişiklikleri öngören yeni düzenlemesi, meclis tarafından herhangi bir gerekçe gösterilmeksizin, tasarı metninden çıkarılmıştır[35]. Böylece, Kararname'nin ses ve görün-

---

[33] https://www.senat.fr/encommission/2020-2021/108/Amdt_COM-7.html (Erişim Tarihi: 16.11.2020).

[34] https://www.vie-publique.fr/loi/276818-loi-prolongation-etat-urgence-sanitaire-16-fevrier-2021-crise-sanitaire (Erişim Tarihi: 16.11.2020).

[35] https://www.senat.fr/encommission/2020-2021/108/Amdt_COM-7.html (Erişim Tarihi: 16.11.2020).

tü nakli yoluyla duruşmaların icrası hakkındaki 7. maddesinin, herhangi bir değişiklik yapılmaksızın, yukarıdaki açıklamalarımızda ayrıntılı olarak belirtmiş olduğumuz, 10 Ağustos 2020'ye kadar uygulandığı şekliyle, tatbik edilmesine karar verilmiştir.

Kararname'nin 1. maddesinde, Kararname hükümlerinin sağlık alanındaki olağanüstü halin sona ermesinden itibaren bir ay daha uygulanmaya devam edileceği belirtildiğinden, Kararname'nin 7. maddesi de mevcut haliyle, şu an için olağanüstü halin bitiş tarihi olarak öngörülmüş olan 16 Şubat 2021'in bir ay sonrasına, yani 16 Mart 2021 tarihine kadar tatbik kabiliyetine sahip olacaktır.

III. SES VE GÖRÜNTÜ NAKLİ YOLUYLA DURUŞMALARIN İCRASINA İLİŞKİN HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU'NUN 149. MADDESİNİN, FRANSIZ HUKUKU'NUN SES VE GÖRÜNTÜ NAKLEDİLMESİ YOLUYLA DURUŞMALARIN İCRASINA İLİŞKİN HÜKÜMLERİ ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

Hukukumuzda, 22 Temmuz 2020 tarihinde kabul edilip, 28 Temmuz 2020 tarihinde Resmî Gazete'de yayınlanan 7251 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun[36] ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun bazı hükümlerinde değişiklik yapılmıştır. Çalışma konumuzu oluşturan ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmaların icrasını düzenleyen Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 149. maddesi de değişikliğe uğramış hükümlerden biridir.

Kanun'un 149. maddesine göre mahkeme, taraflardan birinin talebi üzerine talep eden tarafın veya vekilinin, aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla bulundukları yerden duruşmalara katılmalarına ve usûl işlemleri yapabilmelerine karar verebilmekte; re'sen veya taraflardan birinin talebi üzerine tanığın, bilirkişinin veya uzmanın bulundukları[37] yerden dinlenilme-

---

36 Bkz. RG, 28.07.2020, S.31199.

37 Bu çerçevede, HMK.m.149/f.I, II ve III'te sözü geçen "bulundukları yer" ifadesinin belirsiz olduğu; söz konusu ibareden tarafların ve maddede belirtilen diğer kişilerin bulundukları yargı çevresindeki mahkemelerin kast edildiği anlaşılabileceği gibi, anılan kişilerin evlerinden veya işyerlerinden yargılamaya katılabilecekleri sonucuna da ulaşılabileceğinden, çıkartılacak yönetmelikte hem usûl ekonomisini, hem de doğrudanlık ve işlem güvenliği ilkelerini dikkate alan bir düzenlemeye ihtiyaç duyulduğu hususunda bkz. BUDAK Ali Cem / KARAASLAN Varol, "7251 Sayılı Kanunla Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler", **İBD**, Eylül-Ekim 2020, C.LXXXXIV, S.5, s.21; BUDAK/KARAASLAN, Usul, s.79. Maddenin

leri yönünde karar alabilmektedir[38]. Oysa, 149. maddenin eski düzenlemesinde mahkemenin, tarafların veya vekillerinin ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla bulundukları yerden duruşmaya katılmalarına ve usûl işlemleri yapmalarına; tanığın, bilirkişinin, uzmanın veya bir tarafın dinlenilmeleri sırasında başka bir yerde bulunmalarına izin verebilmesi için mutlaka tarafların rıza göstermiş olmaları[39] gerekmekteydi[40]. Görüldüğü üzere, 149. mad-

---

etkin bir şekilde uygulanabilmesi için adliyeler dışında başka yerlerin de kullanılabileceği; bu bağlamda, ses ve görüntünün nitelikli şekilde mahkemeye aktarılmasını sağlayacak teknolojik yöntemlerin seçilmesi, olası tehdit veya şantaj şüphelerine yol açmamak amacıyla kullanılan kameranın, sesin ve görüntünün nakledildiği odaya bütün açılardan hâkim olacak bir noktaya konuşlandırılması şartıyla, avukatların bürolarından, bilirkişilerin çalıştıkları yerlerden ve evlerinden de duruşmaya katılabilecekleri hususunda bkz. ÖZTEK Selçuk / TAŞPINAR AYVAZ Sema / KALE Serdar, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 20 Mart 2020 Tarihli Kanun Teklifi'ne İlişkin Bazı Açıklamalar ve Kanun Teklifinin Değerlendirilmesi", **TBBD**, Temmuz-Ağustos 2020, S.149, s.120. Ses ve görüntü nakli yoluyla elde edilen verinin delil niteliğini kazanabilmesi için, resmiyetin sağlanması amacıyla, söz konusu yöntemin mahkeme salonu kullanılarak gerçekleştirilmesi gerektiğinin de savunulabileceği hususunda ayrıca bkz. ÖZTEK/ TAŞPINAR AYVAZ/ KALE, s.120. Yargılamanın güvenliği ve ciddiyeti göz önünde tutularak, ses ve görüntü bilişim sistemi için hastane, bakımevi gibi yerlerde bağımsız alanların tahsis edilmesi gerektiği hususunda bkz. MIDIK, s. 4.

38 Ayrıca, HMK.m.149/f.III'te mahkemenin, tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacakları davalarda ve işlerde ilgililerin aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla bulundukları yerden dinlenilmelerine re'sen karar verebileceği belirtilmiştir. İlgili düzenlemenin, aile içi şiddet iddiasının bulunması, zayıf durumda bulunan kadının veya küçüğün menfaatinin korunması gibi durumlarda, ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma yapılmasının canlı duruşma yapılmasına nazaran daha faydalı, hatta gerekli olduğu; bu çerçevede, anılan hallerde re'sen vakıa ve delil araştırmasına girişebilen hâkime kendiliğinden bu yöntemi uygulayabilme yetkisinin verilmesinin isabetli olduğu hususunda bkz. MIDIK, s.4.

39 HMK.m.149'un eski düzenlemesi uyarınca ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma yapılabilmesinin tarafların ortak iradesinin bağlanmasının isabetli olmadığı, her iki tarafın rızasının aranmasına ilişkin şartın kaldırılması gerektiği hususunda bkz. TIRTIR Mustafa, "Sesli-Görüntülü Duruşma Dönemi", **İBD**, Mayıs Haziran 2020, C.LXXXXIV, S.3, s.128. Birbirleriyle uyuşmazlık içerisinde bulunan tarafların, karşı tarafın delillerinin toplanmasını, tanığın, uzmanın veya bilirkişinin dinlenilmesini kolaylaştıran ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma icrasına ilişkin yöntemin tatbikini, HMK.m.149'un eski düzenlemesi çerçevesinde, kendi rızalarıyla talep etmelerinin güç olduğu hususunda bkz. GAYRETLİ AYDIN, s. 2115. Normal duruşma usûlünde tanık dinletilmesi veya bilirkişi incelemesi yapılması bakımından tarafın rızası aranmadığı gibi, istinabe yoluyla tanık dinlenilmesi sırasında da tarafın rızası gerekmediğinden, tarafların rızalarının varlığının öngörüldüğü düzenlemenin isabetli olmadığı hususunda ayrıca bkz. GAYRETLİ AYDIN, s. 2120.

40 HMK.m.149'un eski düzenlemesine ilişkin madde gerekçesinde, tarafların rızalarının aranma sebebi, doğrudanlık ilkesi bağlamında hâkimin kural olarak delilleri doğrudan ve tarafların huzurunda incelemesi gerektiği, bu çerçevede daha iyi değerlendirme yapılabilmesi açısından, tarafların birbirleriyle ve tanık ya da bilirkişi ile doğrudan aynı ortamda bulunarak soru sormak, cevaplarını tartışmak isteyebilecekleri şeklinde açıklanmıştır. Ancak, taraflar ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmanın icra edilmesi hususunda açıkça anlaşıp rızalarını beyan etmiş bile olsalar, duruşmanın anılan yöntemle yapılıp yapılmayacağı hakkında son kararı yargıla-

dede yapılan değişiklikle, ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmaların icrası hususunda tarafların rızasının kaldırılıp[41], sadece taraflardan birinin talebi üzerine veya mahkemenin re'sen vereceği bir kararla duruşmaların gerçekleştirilmesinin mümkün kılınması, böylece taraf merkezli yargılamadan mahkeme merkezli bir yargılamaya[42] geçilmiş olması[43], her iki düzenleme arasındaki en temel farklılık olarak karşımıza çıkmaktadır.

Teknolojik gelişmelerden yargılamada yararlanılması, yargılamanın daha ucuz ve hızlı olarak gerçekleştirilmesine; ses ve görüntü nakli yoluyla da olsa, taraf, tanık, bilirkişi ve hâkimi karşı karşıya getiren bir sisteminin benimsenmesi, doğrudanlık ilkesinin yerine getirilmesine katkıda bulunmakla

---

mayı yürütmekle görevli olan hâkim vermekteydi. Bu çerçevede, somut olayın özelliklerini değerlendirerek bir karara varacak olan hâkim, bizzat işin esasını inceleyecek mahkeme huzurunda ilgili kimsenin dinlenilmesinin veya yapılacak usûlî işlemin yerine getirilmesinin özel bir önem taşıması halinde, söz konusu teknik araçların kullanımına müsaade etmeyebilecekti (KALE, s.147-148). Belirttiğimiz düzenleme çerçevesinde, madde metninde yer almamakla birlikte, tarafların rızalarının yanı sıra, ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmaya katılacak olan tanığın, bilirkişinin, uzmanın da rızasının aranması gerektiği hususunda ayrıca bkz. UMAR Bilge, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, 2.Baskı, Yetkin, Ankara, 2014, s. 462.

41 Hukuk Muhakemelerin Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden bu yana ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma icrasına ilişkin hükmün neredeyse hiç uygulanamamasının en önemli nedenlerinden birinin, söz konusu yöntemin tatbiki için mutlaka tarafların rızalarının aranması olduğu; bu nedenle HMK.m.149'da yapılan değişikliğin temel amacının, hükmün işlevsel hale getirilerek uygulanmasının sağlanması olduğu hususunda bkz. ÖZTEK/ TAŞPINAR AYVAZ/ KALE, s.121. Taraflardan birinin talebi üzerine ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma yapılması hususunda karar verecek olan hâkimin mutlaka iki tarafın menfaatini, yargılamanın seyrini, yargılamaya hâkim olan ilkeleri ve özellikle de doğrudanlık ilkesini mutlaka gözetmesi; yargılamanın seyri ve yargılamaya hâkim olan ilkeler dikkate alındığında, bu yöntemle duruşmaların gerçekleştirilmesinin beklenen sonucu ortaya çıkarmayacağı kanaatinde olan hâkimin, söz konusu talebi reddetmesi gerektiği hususunda bkz. ÖZTEK/TAŞPINAR AYVAZ/KALE, s.119. HMK.149'da değişiklik yapılmadan önce, ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma icrasına dair uygulamaların arttırılabilmesi için tarafların rızalarının aranmasına ilişkin şartın, yapılacak bir kanun değişikliğiyle kaldırılması gerektiği hususunda ayrıca bkz. KURT KONCA Nesibe, "Yargılamaya Egemen Olan İlkeler Işığında Yargı Reformu Strateji Belgesi", **Seta Analiz**, Haziran 2019, S.286, s. 23.

42 Olması gereken hukuk bakımından HMK.m.149, m.172 ve m.236'da yer alan hükümlerin gözden geçirilip tek bir kanun maddesi altında toplanması gerektiği; bu çerçevede tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri dava ve işler ile serbestçe tasarrufta bulunamayacakları dava ve işler arasında ayırım yapılmaksızın, talep aranmaksızın, yargı çevresi dışındaki tarafların, ilgililerin, vekillerinin, bilirkişi ve uzmanların dinlenilmelerinde, isticvap ve yemin hallerinin tümünde duruşmalara katılımın ses ve görüntü nakli yoluyla gerçekleştirilmesinin zorunlu tutulup, istinabe yoluyla sözlü beyanda bulunmanın sadece teknik imkânlardan yoksunluk durumunda kabul edilmesi gerektiği hususunda bkz. BUDAK/KARAASLAN, s.80.

43 PEKCANITEZ Hakan / ATALAY Oğuz / ÖZEKES Muhammet, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair 7251 Sayılı Kanun Hakkında Değerlendirme", **TBBD**, Eylül-Ekim 2020, S.150, s.278.

birlikte[44], maddenin yeni düzenlemesi bünyesinde birçok sorunu barındırmaktadır. Yargılamanın ciddiyetinin, hukuk mesleklerinin icrasının, tarafların ve üçüncü kişilerin yargıya duydukları güvenin sağlanması bakımından duruşmaların canlı olarak yapılması büyük önem taşımaktadır. Bu nedenle, duruşmaların bilinenden farklı bir şekilde, ses ve görüntü nakli yoluyla yapılması halinde mutlaka tarafların rızası aranmalıdır[45]. Tarafların rızaları alınmaksızın, doğrudan ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmaların icrasına imkân tanınması, tasarruf ve taraflarca getirilme ilkelerine aykırılık teşkil edip, doğrudanlık ilkesinin tam anlamıyla sağlanmasını engelleyecek[46]; adil yargılanma hakkının ihlâl edilmesine de sebep olabilecektir[47]. Nitekim, duruşmalarda canlı bir şekilde hâkim ve taraflar buluşmakta; karşılıklı birebir iletişim sağlanmakta; ispat faaliyeti tarafların huzurunda gerçekleştirilmektedir. Sadece taraflardan birinin talebiyle ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma yapılması, bu yönde bir talepte bulunmayan, duruşmaların canlı şekilde yapılmasını isteyen tarafın iradesinin dikkate alınmaması anlamına geldiğinden, usûlî eşitlik ilkesiyle bağdaşmamaktadır[48]. Bu çerçevede, Fran-

---

44 PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, Değerlendirme, s. 275.

45 PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, Değerlendirme, s.275.

46 Nitekim, ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmaya katılan kişinin, yüz ve mimik hareketlerinin, vücut dilinin algılanması, ses tonunun takip edilmesi, araya giren mekanik bir yöntemin varlığı sebebiyle, mümkün olmamaktadır. Ayrıca, taraflardan biri karşı tarafın hâkimin huzurunda dinlenmesini veya tanığın beyanının canlı olarak duruşmada alınmasını istediği takdirde, karşı taraf ortaya çıkabilecek psikolojik ortamı ve yalan söyleme kolaylığını düşünerek, duruşmanın ses ve görüntü nakli yoluyla yapılmasını da tercih edebilecektir.

47 Doğrudanlık ilkesinin normatif temelinin AY.m.36'ya dayanması nedeniyle, bu konudaki ihlâller adil yargılanma hakkının ihlâline yol açacağından, böyle bir kanun değişikliği yapılmadan evvel çok daha fazla araştırma yapılması gerektiği hususunda bkz. ÇİFTÇİ Pınar, "Pandemi Sürecinde Yargının İşleyişine İlişkin Alınan Tedbirlerin Türk Medenî Yargılama Hukukunda Yargısal Temel Haklar ve Özel Olarak Doğrudanlık İlkesi Üzerinde Yarattığı Etkiler", https://blog.lexpera.com.tr/pandemi-surecinde-yarginin-isleyisine-iliskin-alinan-tedbirlerin-turk-medeni-yargilama-hukukunda-yargisal-temel-haklar-ve-ozel-olarak-dogrudanlik-ilkesi-uzerinde-yarattigi-etkiler/ (25.11.2020), s.15. (Erişim Tarihi: 26.11.2020).

48 PEKCANITEZ Hakan / ATALAY Oğuz / ÖZEKES Muhammet, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifinin (2020) Değerlendirilmesi", https://blog.lexpera.com.tr/hmk-ile-bazi-kanunlarda-degisiklik- yapilmasina-dair-kanun-teklifinin-2020-degerlendirilmesi/ (29.03.2020), s.29-30. (Erişim Tarihi: 15.10.2020). Bu çerçevede, tek bir tarafın keyfî iradesinin veya hâkimin keyfî kararının önüne geçilebilmesi için sadece taraflardan birinin talebinin bulunduğu ya da hâkim re'sen karar aldığı durumlarda, böyle bir yönteme başvurulmasının gerekçesinin hiçbir tereddüde yer vermeyecek şekilde açıkça belirtilmesi veya anılan durumlar bağlamında söz konusu yöntemin kullanılabilmesi için hukukî veya fiilî bir engel gibi objektif bir halin varlığının aranması gerektiği, doktrinde isabetli olarak, savunulmaktadır (PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, Kanun Teklifi, s. 30).

sız Hukuku'nda sağlık alanında yaşanılan olağanüstü halin gereği olarak çıkartılmış olan 25 Mart 2020 tarihli ve 2020-304 sayılı Kararname'nin ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma icrasına ilişkin 7. maddesinde, değişiklik yapılması düşünülerek, salgın döneminde bile temel hakların, yargılamaya hâkim olan ilkelerin korunması amaçlanmıştır. Böylece, söz konusu yöntemin tercih edilebilmesi için tarafların rızası özel olarak aranmak suretiyle, doğrudanlık ilkesi ile taraflar arasındaki usûlî eşitliğin tam anlamıyla sağlanması, adil yargılanma hakkının mutlak olarak korunması istenilmiştir.

Hukukumuzda, uyuşmazlıklar bakımından hiçbir ayırım yapılmaksızın, her tür uyuşmazlık bakımından bu yöntemin benimsenmesi isabetli olmadığı[49] gibi, gerek delillerin toplanmasına ilişkin işlemlerin, gerekse mahkemenin çeşitli işlemlerinin nasıl yapılacağı da bilinmemektedir. Örneğin, tanıkların bulundukları yerden dinlenilmeleri mümkün olduğuna göre, tanığın evinden dinlenilmesinin mümkün olup olmadığı; mümkün olması halinde yanında birinin bulunması durumunda o kişinin tanığa müdahalede bulunup bulunmadığının nasıl denetlenebileceği; tanığın ifadesinin nasıl tutanağa geçirtilip altının imza ettirileceği cevaplanması gereken sorular olarak karşımıza çıkmaktadır. Kanun'un 294. maddesinin 5. fıkrası uyarınca, hükmün tefhimi sırasında duruşmada ayağa kalkılması; avukatın duruşmada cübbe giyme zorunluluğu gibi duruşma düzeninin ve disiplininin sağlanması bakımından önem arz eden meselelerin, ses ve görüntü nakli yoluyla icra edilen bir duruşmada ne şekilde gerçekleştirilebileceği de belirsiz kalmaktadır. Ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma yapılmasına, tarafların rızalarını aramaksızın, re'sen karar verebilecek olan hâkimin, taraflarla duruşmada sorun yaşadığı gerekçesiyle, doğrudan anılan yönteme başvurması halinde ne gibi sonuçların doğacağı; taraflardan birinin doğrudan duruşma yapılmasını isteyip[50] diğer tarafın uzaktan katılma talebinde bulunması halinde, tarafların rızasının aranmadığı bir kanunî düzenleme çerçevesinde hâkimin ne şekilde karar verebileceği de son derece muğlaktır[51].

---

[49] Örneğin, aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar ile basit uyuşmazlıklar hakkında bu yöntemin benimsenmesi mümkündür.

[50] Taraflardan birinin canlı şekilde duruşma yapılmasını talep etmesi ve talebinde ısrar edip gerekçesini açıklaması halinde, buna engel olacak hastalık gibi ciddi bir durumun da bulunmaması halinde onun talebinin dikkate alınması gerektiği hususunda bkz. (PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, Kanun Teklifi, s. 30).

[51] Geniş bilgi için bkz. PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, Değerlendirme, s. 276-278.

Söz konusu yöntem, kişiler arasındaki iletişimi olabildiğince en aza indirip kamu sağlığını en üst seviyede koruyabilmek amacıyla, salgın dönemiyle sınırlı olarak, tarafların rızalarını almaksızın, sadece hâkimin verebileceği bir kararla hiç kuşkusuz tatbik edilebilecektir. Nitekim, Fransız Hukuku'nda ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma icrasına ilişkin olarak temel düzenlemelerin yanı sıra, sadece sağlık alanında ilân edilmiş olağanüstü halin geçerli olduğu süre zarfında uygulanmak üzere Kararname çıkartılmış; ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmaların icrasında geçici bir dönem için esneklik sağlanmış; ancak ilgili özel hükümler, her zaman geçerli olabilecek genel bir kanun hükmü haline kesinlikle getirilmemiştir. Salgın döneminde kamu sağlığı ön planda tutularak, yargılamaya hâkim olan ilkelerden yalnızca geçici bir süre için olağanüstü durumun gereği olarak taviz verilmiştir. Böylece, virüsün yayılma hızının azaltılabilmesi için tüm toplantıların dijital ortamda yapılabildiği, uzaktan çalışmanın teşvik edildiği bir dönemde mahkemelerin çalışması bakımından da geçici bir kolaylık sağlanmak istenilmiştir.

Buna karşılık, hukukumuzda kabul edilen yeni düzenleme, ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmaların icrasında uygulanabilecek tek bir temel hüküm olarak öngörülmüştür[52]. Kanaatimizce, olması gereken hukuk bakımından, Fransız Hukuku'ndakine benzer şekilde, salgın dönemiyle sınırlı olarak[53] bu yeni hüküm, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda bir geçici madde biçiminde düzenlenmeliydi veya salgın döneminde çıkartılan 7226 Sayılı Kanun'un ya da benzeri başka bir Kanun'un içinde geçici madde olarak anılan hükme yer verilmeliydi[54].

---

[52] HMK.m.149 hükmünün istisnaî bir nitelik taşıması gereken bir düzenleme olduğu; ancak uygulamada ilgili hükmün, tanımış olduğu geniş serbesti ve bunun yaratacağı keyfilik nedeniyle, kural haline gelip genelleşmesi gibi bir sakıncayı da bünyesinde barındırdığı hususunda bkz. TANRIVER, s. 720-721. Salgının yarattığı ortam içerisinde ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma yapılmasının yaygınlaştırılıp, adeta kural haline getirilmesinin, doğrudanlık ilkesini ciddi şekilde zedeleyebilecek bir uygulamaya yol açabileceği hususunda bkz. ÇİFTÇİ, s. 16.

[53] HMK.m.149'da öngörülen yeni hükmün, salgın dönemiyle sınırlı olarak uygulanması kabul edilmiş olsaydı, doğrudanlık ilkesine ilişkin müdahalenin ölçülü ve mâkul kabul edilebileceği hususunda bkz. ÇİFTÇİ, s.16. Salgın döneminde bile, kural olarak yargılamaya katılan tarafların rızalarının alınmasının tasarruf, taraflarca getirilme, usûlî eşitlik ve özellikle doğrudanlık ilkelerinin sağlanması bakımından gerekli olduğu; böylece adil yargılanma hakkının ihlâl edilmeyeceği hususunda ayrıca bkz. ASLAN Ali Çetin, "Alman ve Avusturya Hukuklarında Covid-19 Salgınının Yargılamalara Etkisi ve Türkiye Bakımından Düşündürdükleri", https://blog.lexpera.com.tr/alman-ve-avusturya-hukuklarinda-covid-19-salgininin-yargilamalara-etkisi-ve-turkiye-bakimindan-dusundurdukleri/ (01.06.2020), s.7. (Erişim Tarihi: 26.11.2020).

[54] Salgın dönemine özgü olarak, ülkemizde de, İsviçre Hukuku'ndaki gibi, gecikmesinde zarar umulan hallerin varlığı halinde tarafların rızalarını aramaksızın, hâkimin re'sen ses ve görüntü

SONUÇ

Fransız Hukuku'nda, 1998 yılından itibaren ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma icra edilmektedir. Bu yöntem, ilk olarak Fransa'nın deniz aşırı topraklarından Saint Pierre ve Miquelon'da tatbik edilerek, yargılamanın başka bir yerdeki hâkim tarafından yürütülmesi mümkün kılınmış; ardından da ülkenin diğer bir deniz aşırı toprağı olan Wallis ve Furtuna'da da aynı uygulamaya geçilmiştir.

Fransa'nın deniz aşırı topraklarındaki yargılama kurallarına ilişkin özel hükümlerin yanı sıra, 2007 yılında Mahkemeler Teşkilâtı Kanunu'nda yapılan düzenlemeyle ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla duruşmaların icrasına ilişkin özel bir hükme daha yer verilmiştir. Kanun'un L111-12 maddesine göre, adlî yargı mercileri önündeki duruşmalar, mahkeme başkanının kararıyla re'sen veya taraflardan birinin talebiyle, tarafların tümünün rızasını alarak, ses ve görüntü nakleden bir iletişim aracıyla doğrudan birbirlerine bağlı olan birçok duruşma salonunda, yayının gizliliğini temin ederek, gerçekleştirilebilmektedir.

Covid-19 salgını nedeniyle sağlık alanında yaşanan olağanüstü durum ile adlî yargıda hukuk mahkemelerinde uygulanmakta olan kuralların uyumlu hale getirilebilmesi, adalet hizmetlerinin devam edebilmesinin sağlanması amacıyla 25 Mart 2020 tarihinde, 2020-304 sayılı Kararname çıkartılmıştır. Kararname'nin 7. maddesinde hâkimin veya mahkeme başkanının, duruşmanın duruşmaya katılan kişilerin kimliğini ortaya koyabilen; iletişimin kalitesini, taraflar ve avukatları arasındaki görüşmelerin gizliliğini temin edebilen ses ve görüntü naklini sağlayan bir haberleşme aracı vasıtasıyla yapılmasına karar verebileceği düzenlenmiştir. Anılan hüküm uyarınca, söz

---

nakli yoluyla duruşma yapılmasına karar verebilmesine imkân tanıyan bir düzenleme yapılabileceği hususunda bkz. DİŞEL Buse, "İsviçre Hukukunda Kovid-19 Sebebiyle Yargıda Alınan Tedbirler Özellikle Medeni Yargıdaki Düzenlemeler ve Bu Düzenlemelerin Ülkemiz Açısından Değerlendirilmesi", https://blog.lexpera.com.tr/isvicre-hukukunda- kovid-19-sebebiyle-yargida-alinan-tedbirler- ozellikle -medeni-yargidaki- duzenlemeler-ve- bu-duzenlemelerin- ulkemiz- acisindan- degerlendirilmesi/ (22.05.2020), s.4.(Erişim Tarihi: 26.11.2020). İsviçre Hukuku'nda, bu çerçevede 16 Nisan 2020 tarihinde "Adalet ve Medenî Usûl Hukuku Alanında Koronavirüs Hakkında Alınacak Tedbirlere İlişkin Kararname" çıkartılmış; bu Kararname uyarınca istisnaî olarak ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma yapılmasına tarafların rızasıyla izin verilmiş; tarafların rızaları olmasa da özel bir aciliyet gerektiren hallerde hâkime re'sen anılan yöntemi tatbik edebilme yetkisi tanınmıştır. (Kararname metni için bkz. https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20201084/index.html).İsviçre Hukuku'ndaki söz konusu düzenlemeler hakkında ayrıntılı açıklamalar için ayrıca bkz. DİŞEL, s. 2-3.

konusu haberleşme aracından teknik veya maddî imkânsızlık sebebiyle yararlanılamadığı takdirde, hâkim tarafları ve avukatlarını veya dinlenilecek kişiyi onların kimliklerini tespit edebilen, iletişimin kalitesini, görüşmelerin gizliliğini garanti altına alabilen, telefon dâhil olmak üzere, her türlü elektronik iletişim aracıyla dinleyebilmekte; ses veya görüntü naklinin gerçekleştirilmesi sırasında, mahkeme heyetindeki hâkimler, zabıt kâtibi, taraflar, taraflara yardımcı olan kişiler, tarafların kanunî veya iradî temsilcileri, bilirkişiler, dinlenilecek olan kişiler farklı yerlerde bulunabilmektedirler. Sözü geçen hüküm, 27 Mart 2020'den 10 Ağustos 2020'ye kadar uygulanmıştır.

Sonbaharda Covid-19 vakalarında yaşanan artış nedeniyle, yeniden sağlık alanında olağanüstü hal ilân edilmiş ve olağanüstü halin üç aylık bir süre için uzatılmasına dair kanun tasarısı hazırlanmıştır. Tasarıda, belirttiğimiz kararname hükümlerinin yeniden yürürlüğe konulması öngörülmüş olmakla birlikte, Kararname'nin 7. maddesinde değişiklik yapılmak istenilmiştir. Bu çerçevede, ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma yapılabilmesi için tarafların rıza göstermiş olmaları, hâkimin veya mahkeme heyetindeki üyelerin mutlaka bir duruşma salonunda bulunmaları gerektiği şart koşulmuştur. Söz konusu kararname hükümlerinin yeniden yürürlüğe konulmasına ilişkin kanun tasarısı, 7 Kasım 2020 tarihinde ulusal mecliste kabul edilip kanunlaşmış olmakla birlikte, ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma icrasına ilişkin değişiklik hükmü, tasarı metninden çıkartılmıştır. Dolayısıyla, şu an için Kararname'nin ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmaların icrası hakkındaki 7. maddesi, herhangi bir değişiklik yapılmaksızın, mevcut haliyle uygulanmakta olup anılan hüküm, kural olarak 16 Mart 2021 tarihine kadar yürürlükte kalacaktır.

Hukukumuzda, 7251 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma icrasına ilişkin 149. maddesinde değişiklik yapılmıştır. Yeni düzenlemeye göre, duruşmaların ses ve görüntü nakli yoluyla gerçekleştirilebilmesi için tarafların rızası aranmamakta; sadece taraflardan birinin talebi üzerine veya mahkemenin re'sen vereceği bir kararla söz konusu yöntem uygulanabilmektedir. Taraf merkezli yargılamadan mahkeme merkezli bir yargılamaya geçilmiş olması, tasarruf ve taraflarca getirilme ilkeleriyle bağdaşmayıp, doğrudanlık ilkesinin tam anlamıyla sağlanmasını engellediği gibi, adil yargılanma hakkının ihlâline de sebep olabilecektir. Anılan hükmün, kişiler arasındaki iletişimin sınırlandırılabilmesi amacıyla, salgın dönemi boyunca uygulanması mümkün olmakla

birlikte, ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmaların icrasında her zaman tatbik edilecek tek bir temel hüküm olarak öngörülmüş olması isabetli değildir. Bu nedenle, olması gereken hukuk bakımından, Fransız Hukuku'ndakine benzer şekilde, bu yeni hükme, salgın dönemiyle sınırlı olarak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda veya salgın döneminde çıkarılan 7226 Sayılı Kanun'un ya da benzeri başka bir Kanun'un içinde geçici madde biçiminde yer verilmeliydi.

KAYNAKÇA

ALANGOYA Yavuz, **Medenî Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1979.

ALANGOYA H.Yavuz / YILDIRIM M.Kâmil / DEREN-YILDIRIM Nevhis, **Medenî Usul Hukuku Esasları**, 8. Tıpkı Baskı, Beta, İstanbul, 2011.

ALPAY Ece, **İngiliz ve Türk Yargılama Hukukunda Sözlülük İlkesi**, Oniki Levha, İstanbul, 2020.

AMRANI-MEKKI Soraya, "La procédure civile réécrite sous contraintes sanitaires", **Gazette du palais**, no: 16, 28.04.2020, s.1-6 (www.lextenso.fr).

ANSAY Sabri Şakir, **Hukuk Yargılama Usulleri**, 7.Baskı, Güzel Sanatlar Matbaası, İstanbul, 1960.

ARSLAN Aziz Serkan, **6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Medeni Usul Hukukunda Delillerin Toplanması ve Doğrudanlık İlkesi**, Adalet, Ankara, 2012.

ARSLAN Aziz Serkan, "Doğrudanlık İlkesi", **SDÜHFD** 2014, C.II, S.2, MİHBİR Özel Sayısı, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı XII, HMK Çerçevesinde Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler, Isparta 18-19 Ekim 2014, s.133-144. ***(Kısaltma:** ARSLAN, Doğrudanlık)*

ARSLAN Ramazan / YILMAZ Ejder/ TAŞPINAR AYVAZ Sema/HANAĞASI Emel, **Medenî Usul Hukuku**, 6. Baskı, Yetkin, Ankara, 2020.

ASLAN Ali Çetin, "Alman ve Avusturya Hukuklarında Covid-19 Salgınının Yargılamalara Etkisi ve Türkiye Bakımından Düşündürdükleri", https://blog.lexpera.com.tr/ alman-ve-avusturya-hukuklarinda-covid-19-salgininin-yargilamalara-etkisi-ve-turkiye-bakimindan-dusundurdukleri/ (01.06.2020), s. 1-11. (Erişim Tarihi: 26.11.2020).

ATALI Murat/ ERMENEK İbrahim/ ERDOĞAN Ersin, **Medenî Usûl Hukuku**, 3.Baskı, Yetkin, Ankara, 2020.

BOLAYIR Nur, **Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hâkimin Rolü**, Vedat, İstanbul, 2014.

BROCHIER Emmanuel / BROCHIER Matthieu, "Attention à la suppression des audiences", **Recueil Dalloz** 2020, s.1 (www. dalloz.fr).

BUDAK Ali Cem / KARAASLAN Varol, **Medenî Usul Hukuku**, 4.Baskı, Adalet, Ankara, 2020. ***(Kısaltma:** Budak/Karaaslan, Usul)*

BUDAK Ali Cem / KARAASLAN Varol, "7251 Sayılı Kanunla Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler", **İBD** Eylül-Ekim 2020, C.LXXXXIV, S.5, s.15-50.

CADIET Loïc, **Code de procédure civile**, Lexis Nexis, Paris, 2019.

CADIET Loïc, "Un état d'exception pour la procédure civile à l'épreuve du coronavirus", La semaine juridique- Édition générale-no: 15, 13 Avril 2020, s.754-760. ***(Kısaltma:** CADIET, Etat d'exception)*

ÇİFTÇİ Pınar, "Pandemi Sürecinde Yargının İşleyişine İlişkin Alınan Tedbirlerin Türk Medenî Yargılama Hukukunda Yargısal Temel Haklar ve Özel Olarak Doğrudanlık İlkesi Üzerinde Yarattığı Etkiler", https://blog.lexpera.com.tr/pandemi-surecinde-yarginin-isleyisine-iliskin-alinan-tedbirlerin-turk-medeni-yargilama-hukukunda-yargisal-temel-haklar-ve-ozel-olarak-dogrudanlik-ilkesi-uzerinde-yarattigi-etkiler/ (25.11.2020), s.1-23. (Erişim Tarihi: 26.11.2020).

DANET Anaïs, **La présence en droit processuel**, Thèse pour le doctorat en droit, Bordeaux, 2016.

DESPRÉS Isabelle/ GUIOMARD Pascale, **Nouveau code de procédure civile**, 98 e édition, Dalloz, Paris, 2007.

DİŞEL Buse, "İsviçre Hukukunda Kovid-19 Sebebiyle Yargıda Alınan Tedbirler Özellikle Medeni Yargıdaki Düzenlemeler ve Bu Düzenlemelerin Ülkemiz Açısından Değerlendirilmesi", https://blog.lexpera.com.tr/isvicre-hukukunda- kovid-19-sebebiyle-yargida-alinan-tedbirler-ozellikle-medeni-yargidaki-duzenlemeler-ve-bu-duzenlemelerin-ulkemiz-acisindan-degerlendirilmesi/ (22.05.2020), s.1-6. (Erişim Tarihi: 26.11.2020).

DUFOUR Olivia, "Faut-il supprimer la visioconférence?", **Gazette du palais**, No: 305, 24.10.2017, s.1-2 (www.lextenso.fr).

DUMOULIN Laurence, "La visioconférence soulève des questionnements qu'on croyait révolus", **Petites affiches**, No: 249, 14.12.2017, s.2 (www.lextenso.fr).

DUMOULIN Laurence/ LICOPPE Christian, **Justice et visioconférence: les audiences à distance, genèse et institutionnalisation d'une innovation**, Rapport final Janvier 2009.

ERDÖNMEZ Güray, **Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, C.I, 15.Bası, Oniki Levha, İstanbul, 2017.

GAYRETLİ AYDIN Seda, "Medenî Yargılama Hukukunda Ses ve Görüntü Nakli Yoluyla Duruşmaya Katılma", **DEÜHFD**, 2017, C. XIX, Özel Sayı: Prof.Dr.Şeref Ertaş'a Armağan, s.2101-2126.

JANIN Marc, "La visioconférence à l'épreuve du procès équitable", **Les cahiers de la justice** 2011, s. 1-12 (www.dalloz.fr).

KALE Serdar, "Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşma İcrası (HMK m.149)", **MİHDER**, 2013/2, S.25, s.141-155.

KARSLI Abdurrahim, **Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı**, 4.Baskı, Alternatif, İstanbul, 2014.

KURT Nesibe, "Medenî Yargılama Hukukunda Doğrudan Doğruyalık İlkesi", **Prof.Dr.Bilge Öztan'a Armağan**, Yetkin, Ankara, 2008, s.599-625.

KURT KONCA Nesibe, "Yargılamaya Egemen Olan İlkeler Işığında Yargı Reformu Strateji Belgesi", **Seta Analiz**, Haziran 2019, S.286, s.3-28.

KURU Baki, **İstinaf Sistemine göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku**, Legal, İstanbul, 2016.

KURU Baki, **Medenî Usul Hukuku El Kitabı**, C.I, Yetkin, Ankara, 2020.

KURU Baki / AYDIN Burak, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı**, Yetkin, Ankara, 2020.

MAUGIN Géraldine, "Coronavirüs: complément aux règles applicables aux juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière non pénale", **Dalloz actualité**, 03 Juin 2020, s. 1-4. (www.dalloz.fr).

MIDIK Barış, "Medenî Yargıda E-Duruşma Pilot Uygulaması ve Yargının Elektronik Dönüşümü Üzerine Bazı Düşünceler", https://blog.lexpera.com.tr/author/baris-midik/, s. 1-8. (Erişim Tarihi: 15.11.2020)

ÖZEKES Muhammet, **Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı**, Yetkin, Ankara, 2003.

ÖZEKES Muhammet, **Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, C.II, 15.Bası, Oniki Levha, İstanbul, 2017.

ÖZKAYA-FERENDECİ H. Özden, **(Alman Hukuku'ndaki Örneği İle) Sözlülük İlkesi**, Beta, İstanbul, 2019.

ÖZTEK Selçuk/ TAŞPINAR AYVAZ Sema / KALE Serdar, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 20 Mart 2020 Tarihli Kanun Teklifi'ne İlişkin Bazı Açıklamalar ve Kanun Teklifinin Değerlendirilmesi", **TBBD**, Temmuz-Ağustos 2020, S.149, s.77-152.

PEKCANITEZ Hakan/ATALAY Oğuz/ÖZEKES Muhammet, **Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı**, 8.Bası, Oniki Levha, İstanbul, 2020.

PEKCANITEZ Hakan / ATALAY Oğuz / ÖZEKES Muhammet, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifinin (2020) Değerlendirilmesi", https://blog.lexpera.com.tr/hmk-ile-bazi-kanunlarda-degisiklik-yapilmasina-dair-kanun-teklifinin-2020- degerlendirilmesi/ (29.03.2020), s.1-68. (Erişim Tarihi: 15.10.2020). ***(Kısaltma:** PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, Kanun Teklifi)*

PEKCANITEZ Hakan/ ATALAY Oğuz / ÖZEKES Muhammet, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair 7251 Sayılı Kanun Hakkında Değerlendirme", **TBBD**, Eylül-Ekim 2020, S.150, s.247-299. ***(Kısaltma:** PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, Değerlendirme)*

SUNGURTEKİN ÖZKAN Meral, **Türk Medeni Yargılama Hukuku**, Barış, İzmir, 2013.

TANRIVER Süha, **Medenî Usûl Hukuku**, C.I, 3.Bası, Yetkin, Ankara, 2020.

TEBOUL Georges, "Des propositions pour la sortie de crise du coronavirus: rien ne sera plus comme avant", **Petites affiches** no: 160-161, 12.08.2020, s.1-3 (www.lextenso.fr).

TIRTIR Mustafa, "Sesli-Görüntülü Duruşma Dönemi", **İBD**, Mayıs Haziran 2020, C.LXXXXIV, S.3, s.124-135.

UMAR Bilge, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, 2.Baskı, Yetkin, Ankara, 2014.

ÜSTÜNDAĞ Saim, **Medeni Yargılama Hukuku**, C.I-II, 7.Baskı, Nesil Matbaacılık, İstanbul, 2000.

YILDIRIM Mehmet Kâmil, **Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi**, Kazancı, İstanbul, 1990.

YILMAZ Ejder, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, C.II, 3.Baskı, Yetkin, Ankara, 2017.

https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20201084/index.html

https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/dernieres-decisions-importantes/conseil-d-etat-10-avril-2020-adaptation-du-fonctionnement-des-juridictions-judiciaires

https://www.justice.gouv.fr/bo/2020/20200327/JUSC2008609C.pdf (ErişimTarihi: 15.10.2020).

https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGIARTI000041899537/2020-05-21/#LEGIARTI 000041899537(Erişim Tarihi: 15.10.2020).

https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000041865244/(ErişimTarihi: 15.10.2020).

https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000041746313/2020-05-07/(ErişimTarihi: 15.10.2020).

https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000041897232/(Erişim Tarihi: 15.10.2020).

https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000041755577/(Erişim Tarihi: 15.10.2020).

https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000573964/(Erişim Tarihi: 15.10.2020).

https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000460012/2020-11-01/(Erişim Tarihi: 15.10.2020).

https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/ LEGITEXT 000006071154/LEGISCTA 000 006138136/#LEGISCTA000006138136(Erişim Tarihi: 15.10.2020).

https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006072665/LEGISCTA 000 006171187/#LEGIARTI000039279670(Erişim Tarihi: 15.10.2020).

https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070158/LEGISCTA 000 006163223/#LEGIARTI000039280099(Erişim Tarihi: 15.10.2020).

https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070158/LEGISCTA0000 06163241 /#LEGIARTI000037398693(Erişim Tarihi: 15.10.2020).

https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000042424377(Erişim Tarihi: 20.10.2020).

https://www.senat.fr/leg/pjl20-079.pdf (Erişim Tarihi: 20.10.2020).

https://www.senat.fr/encommission/2020-2021/108/Amdt_COM-7.html (Erişim Tarihi: 16.11.2020).

https://www.vie-publique.fr/loi/276818-loi-prolongation-etat-urgence-sanitaire-16-fevrier-2021-crise-sanitaire (Erişim Tarihi: 16.11.2020).

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2020; 2: 1205-1238

REHİN KONUSU TAŞINMAZIN DEĞER KAYBINA UĞRAMASI KARŞISINDA REHİNLİ ALACAKLININ HAKLARI(*)

Doç. Dr. Arif Barış ÖZBİLEN(**)

Öz: Taşınmaz üzerinde rehin hakkına sahip olan alacaklının asıl yetkisi, alacağını elde edemediği takdirde, taşınmazı paraya çevirmek ve elde edilen meblağdan alacağını öncelikle almaktır. Bununla birlikte kanun koyucu, rehin konusu taşınmazın rehnin kurulmasından sonra değer kaybına uğraması nedeniyle hakkı tehlikeye düşecek olan rehinli alacaklıya MK m. 865-867 hükümleri vasıtasıyla bir takım ek yetkiler de vermiştir. Rehin konusu taşınmazdaki değer kaybına taşınmaz malikinin kusurlu hareketlerinin yol açıp açmamasına göre değişiklik arz eden bu yetkiler, kimi zaman mahkemeden taşınmaz malikinin belirli bir davranışta bulunmasının yasaklanmasını isteme, kimi zaman gerekli önlemleri kendiliğinden alma, kimi zamansa borçludan alacağı için başka güvence göstermesini, rehinli taşınmazın eski hâle getirilmesini ya da kısmî ödeme yapmasını isteme şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Bu çalışma ile, rehin konusu taşınmazın değerinin düşmesi karşısında menfaati zedelenebilecek olan rehinli alacaklının sahip olduğu hakların neler olduğu, bunların kapsamı ile hangi durum ve koşullarda kullanılabilecekleri konularına açıklık getirilmesi amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Rehin Hakkı, Rehinli Taşınmaz, Teminatın Değer Kaybetmesi, Rehinli Alacaklının Hakları, MK m. 865-867 Hükümleri.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 04.08.2020. Makale Kabul Tarihi: 24.10.2020.

(**) Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medenî Hukuk Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi (ORCID kimlik no: 0000-0001-6520-9719; *bozbilen@bilkent.edu.tr*).

RIGHTS OF THE CREDITOR AGAINST DEPRECIATION IN THE MORTGAGED PROPERTY VALUE

Abstract: In the event of default on the part of the debtor, the creditor has the right to payment out of the proceeds of the sale of the property. This constitutes the main authority of the creditor. However, through Turkish Civil Code art. 865-867, the legislator has also granted some additional powers to the creditor, whose right would be compromised due to the loss of value of the mortgaged property after the establishment of mortgage. In this context, the creditor may request from the court to prohibit any further detrimental action; he may be authorized by the court to take appropriate measures and may do so even without authorization if there is risk in delay; he has the right to request that the debtor secure his or her debts or restore the property to its previous state or he may request redemption of such portion of the debt as is appropriate to compensate for the reduced degree of security. In this study, it is aimed to clarify the rights of the creditor, the scope of his rights and in which situations and conditions they can be used, in the event of a reduction in value of the mortgaged property.

Keywords: Mortgage, Mortgaged Property, Depreciation of the Value of Security, Rights of the Creditor, Turkish Civil Code art. 865-867.

I. GİRİŞ

Taşınmaz rehninde, rehinli alacaklının rehin hakkından kaynaklanan hakkı, alacağını elde edememesi durumunda, rehin konusu taşınmazın icra organlarınca paraya çevrilmesini talep ederek, gerçekleşen satış neticesinde elde edilen meblağdan alacağı kadarki kısmı öncelikli olarak almaktır. Rehinli alacaklı, bu hakkını, rehinle teminat altına alınan alacağı muaccel olmadan kullanamaz. Görüldüğü gibi, taşınmaz rehninin kurulmasıyla birlikte, malik, sahibi olduğu taşınmazı paraya çevirme yetkisini rehinli alacaklıya devretmekte; rehinli alacaklı da, borcun ifa edilmemesi hâlinde taşınmazı paraya çevirerek alacağını öncelikle elde edebilme imkânına kavuşmaktadır. Rehinli alacaklı bu aynî hakkını tüm üçüncü kişilere, özellikle de taşınmaz malikinin diğer alacaklılarına karşı ileri sürebilmektedir.

Rehin hakkı sahibi, rehin konusu taşınmaz ile ilgili olarak başka yetkilerle donatılmamıştır. Bununla birlikte, rehin hakkının kurulmasından sonra, rehin konusu taşınmazın değerinde meydana gelecek azalmalar, rehin hakkı sahibinin, alacağını bütünüyle elde etmesinin önüne geçebilir veya bu konuda kayda değer bir tehlike yaratabilir. Zira normal şartlar altında rehin konusu taşınmazın paraya çevrilmesi neticesinde alacağına rahatlıkla kavuşabile-

cek olan rehinli alacaklı; rehinli taşınmazın değer kaybına uğraması nedeniyle, sahip olduğu bu imkândan yararlanamayabilir.

Bu ihtimâli ciddi bir mesele olarak değerlendiren kanun koyucu, rehinli alacaklıya yukarıda belirtmiş olduğumuz yetkinin haricinde, alacağının teminatını teşkil eden taşınmazdaki değer kaybının yaratacağı olumsuz sonuçların telafisine ve taşınmazda söz konusu olabilecek değer kaybı tehlikesinin önlenmesine yönelik bazı ek yetkiler de vermiştir. MK m. 865-867 hükümlerinde düzenlenen bu yetkiler öğretide "sınırlı müdahale yetkisi" olarak tanımlanmaktadır. Çalışmamızın üçüncü bölümünde ayrıntılı olarak ele alacağımız bu yetkilerden bahsetmeden evvel; rehin konusu taşınmaz ile ilgili olarak, değer kaybı kavramı ile değer kaybının gerçekleştiği zaman konularına ikinci bölüm çatısı altında değinmek istiyoruz.

II. REHİN KONUSU TAŞINMAZIN DEĞER KAYBINA UĞRAMASI

1. Değer Kaybı Kavramı

Rehinli alacaklının MK m. 865-867 hükümlerinde öngörülen yetkilerini kullanılabilmesinin ön koşulu, rehin konusu taşınmazın, rehnin kurulmasından sonra, rehinli alacaklının alacağını bütünüyle elde etmesini engelleyecek ölçüde bir değer kaybına uğramış olması ya da böyle bir kayba uğrayacağına dair ciddi bir tehlikenin var olması yönündeki gerekliliktir[1].

---

[1] STEINAUER Paul-Henri, **Les droits réels**, Tome III, Stämpfli Verlag, 4ème édition, Berne, 2012, No: 2735; MARCHAND Sylvain, **Commentaire Romand** (éd: Pascal Pichonnaz/Bénédict Foëx/Denis Piotet), Code Civil II, Art. 793-811, Bâle, 2016, Art. 808, No: 1; DÜRR David/ZOLLINGER Daniel, **Art. 805-823 ZGB, Zürcher Kommentar**, Das Grundpfand, 2. Lieferung, Allgemeiner Teil, Wirkung des Grundpfands, Teilband IV/2b/2, Zürich, 2013, Art. 808, No: 1; LEEMANN Hans, **Berner Kommentar: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch**, Band IV/2, Art. 730-918, Bern, 1925, Art. 808, No: 1; TRAUFFER Bernhard/SCHMID-TSCHIRREN Christina, Art. 793-823 ZGB (Hrsg: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas), **Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II**, Basel, 2011, Art. 808, No: 1; WIELAND Carl Albert, **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch**, Band IV, Das Sachenrecht, Art. 641-977 ZGB, Zürich, 1909, Art. 808; No: 1; FASEL Urs, **Art. 793-836 und 842-883 ZGB, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, Zürich, 2007, Art. 808, No: 1; SCHMID Christina, Art. 793-823 ZGB (Hrsg: Kren Kostkiewicz, Jolanta; Wolf, Stephan; Amstutz, Marc; Fankhauser, Roland), **Orell Füssli Kommentar**, Schweizerisches Zivilgesetzbuch. 3. Auflage, Zürich, 2016, Art. 808, No: 1; OĞUZMAN M. Kemal/SELİÇİ Özer/OKTAY-ÖZDEMİR Saibe, **Eşya Hukuku**, Filiz Kitabevi, 19. Baskı, İstanbul, 2016, sh. 946; ESENER Turhan/GÜVEN Kudret, **Eşya Hukuku**, Yetkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara, 2017, sh. 523; AKİPEK Jale/AKINTÜRK Turgut/ATEŞ Derya, **Eşya Hukuku**, Beta, İstanbul, 2018, sh. 745-746; SİRMEN Lâle, **Eşya Hukuku**, Yetkin Yayınları, 6. Baskı, Ankara, 2018, sh. 637; ERTAŞ Şeref, **Eşya Hukuku**, Barış Yayınları, 13. Baskı, İzmir, 2017, sh. 558; AYBAY Aydın/HATEMİ Hüseyin, **Eşya Hukuku**, Vedat Ki-

Rehin konusu taşınmazda meydana gelen değer kaybına bizzat taşınmaz maliki sebebiyet verebileceği gibi; taraflar arasındaki rehin ilişkisine tamamen yabancı bir üçüncü kişinin hareketleri ya da deprem, sel, fırtına, don gibi doğal olaylar ile savaş ve benzeri nitelikteki dışsal faktörler de bu değer azalmasına yol açabilir.

Değer kaybının rehin konusu taşınmaz malikinin veya üçüncü bir kişinin fiillerinden kaynaklandığı hâllerde; söz konusu fiil, rehne konu olan taşınmaz üzerindeki yapının istenerek yıkılması, tahrip edilmesi, ateşe verilmesi[2] ya da taşınmazın eklenti ya da bütünleyici parçalarının elden çıkarılması örneklerinde olduğu gibi aktif bir hareket vasıtasıyla gerçekleşebileceği gibi; rehin yükünün kapsamına giren binanın bakımsız bırakılması, doğal afetlere karşı gerekli tedbirlerin alınmaması, tarlanın ekilmeyerek kendi hâline terk edilmesi ya da zorunlu sigorta primlerinin ödenmemesi örneklerinde olduğu gibi, ihmalî bir davranıştan da ileri gelebilir[3].

Rehinli alacaklının MK m. 865-867 hükümleri kapsamında müdahale yetkisine sahip olduğu değer azalmasının, malikin hukukî işlemleri sonucunda değil; rehin konusu taşınmaza maddesel anlamda etki eden ve onun değerini düşüren hukukî fiiller neticesinde meydana gelmesi gerekir[4]. Rehne konu olan taşınmazdaki binanın yıkılması ya da hasar görmesi, binanın çatısının çökmesi, taşınmazda bulunan makine ve teçhizat gibi eklentilerin ayrılarak ya da arazideki ağaçların sökülerek başkasına devredilmesi bu hâllere örnek gösterilebilir[5].

---

tapçılık, 4. Bası, İstanbul, 2014, sh. 277; GÜRSOY Kemal T./EREN Fikret/CANSEL Erol, **Türk Eşya Hukuku**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1978, sh. 1080-1081; ÇETİNER Bilgehan, **Taşınmaz Teminatı**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015, sh. 210.

2 Bu konuda bkz. ATF 105 IV 39.

3 Pascal SIMONIUS/Thomas SUTTER, **Schweizerisches Immobiliarsachenrecht**, Bd. II, Die beschränkten dinglichen Rechte, Basel, 1990, sh. 174; FASEL, Art. 808, No: 2; TRAUFFER/SCHMID-TSCHIRREN, Art. 808, No: 7; STEINAUER, No: 2737; LEEMANN, Art. 808, No: 21; MARCHAND, Art. 808, No: 1, 4; HELVACI İlhan, **Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2008, sh. 236; ÇETİNER, sh. 212; GÜRSOY/EREN/CANSEL, sh. 1081; ESENER/GÜVEN, sh. 523.

4 MARCHAND, Art. 808, No: 4; FOËX Bénédict, "Les gages immobiliers dans la durée", **Imprescriptibilité, contrôle et responsabilité - Les effets du droit de propriété dans le temps** (Édt.: Bénédict Foëx/Michel Hottelier), Schulthess Editions romandes, Genève, 2018, sh. 38; DUBOIS Thierry, "Le rang des droits de gage immobiliers (fixation et modification)", **Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht**, 91/2010, Verlag Zürcher Notariatsverein, sh. 212; DÜRR/ZOLLINGER, Art. 808, No: 94; STEINAUER, No: 2737; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, sh. 946, dn. 195; ATF 108 II 180.

5 Ayrıca bkz. AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, sh. 746.

Malikin, rehin konusu taşınmaz üzerinde sahip olduğu mülkiyet hakkından kaynaklanan yetkilerini hukukî işlemler yapmak suretiyle sınırlandırması nedeniyle meydana gelen değer azalmaları ise bu kapsamda ele alınmaz[6]. Örneğin, rehin hakkının kurulmasından sonra malikin taşınmaz üzerinde bir irtifak ya da taşınmaz yükü tesis etmesi nedeniyle teminatın değerinde azalma meydana gelmesi, rehinli alacaklıya söz konusu maddelere başvurma imkânını vermez[7]. Rehinli alacaklı bu gibi durumlarda, zaten MK m. 869/f. 2 hükmü gereği[8] sıra önceliğine sahip olması nedeniyle korunmaktadır[9].

Benzer şekilde, rehin konusu taşınmaz lehine kurulmuş olan mülkiyet ya da sınırlı aynî hakların terkin edilmesi neticesinde meydana gelecek değer azalmasına karşı, rehinli alacaklı MK m. 865-867 hükümleri çerçevesinde değil, MK m. 1014 kapsamında korunmuştur[10].

Rehin konusu taşınmaz üzerinde sonradan bir irtifak hakkının kurulması, doğrudan doğruya MK m. 865-867 hükümlerinin uygulanmasına yol açamasa da; kurulan bu irtifakın kullanılmasının kimi durumlarda taşınmazın değerinde sürekli nitelikte bir zarara yol açabileceği ve söz konusu hükümlere başvurma konusunda rehinli alacaklıya imkân sağlayabileceği de ifade edilmektedir. İrtifak hakkı sahibinin kendisine tanınan taş ocağından taş çıkarma ya da ormanda ağaç kesme hakkını uzun bir süre boyunca kullanması buna örnek olarak gösterilebilir[11].

Bu konuyla ilgili olarak önemle belirtmeliyiz ki, taşınmazda meydana gelen değer kaybına rağmen rehinli alacaklının alacağını, sahip olduğu te-

---

6 TRAUFFER/SCHMID-TSCHIRREN, Art. 808, No: 4; DUBOIS, sh. 212; STEINAUER, No: 2737; MARCHAND, Art. 808, No: 4.

7 FOËX, sh. 38.

8 Bununla birlikte, taşınmaz maliki açısından elverişsiz koşullar içeren uzun dönemli bir kira sözleşmesinin akdedilmesi durumunda her ne kadar MK m. 869/f. 2 hükmü uygulama alanı bulamasa da; bunun, rehinli taşınmazın değerini düşüren bir durum yarattığı ve bu hâlde kıyas yoluyla MK m. 866 hükmünün uygulanabileceği savunulmaktadır. Bkz. bu görüşte HÜRLIMANN-KAUP Bettina, **Grundfragen des Zusammenwirkens von Miete und Sachenrecht**, Schulthess Verlag, Zürich, 2008, No: 859.

9 LEEMANN, Art. 808, No: 26; HOMBERGER Arthur/MARTI Hans, "Gage immobilier I: Définition, Objet, Constitution, Droits de Gage en Faveur du Propriétaire ou au Porteur, Extinction", **Fiche juridique suisse**, No: 608, 1942, sh. 8; ATF 43 III 144.

10 DUBOIS, sh. 212, dn. 40; TRAUFFER/SCHMID-TSCHIRREN, Art. 808, No: 4; LEEMANN, Art. 808, No: 26; ÇETİNER, sh. 212.

11 Bu konuda bkz. TRAUFFER/SCHMID-TSCHIRREN, Art. 808, No: 5; PIOTET Paul, **Les droits réels limités en général, Les servitudes et les charges foncières, Traité de droit privé suisse,** Tome V/I, 3, 2e édt., Fribourg, 1985, sh. 13.

minat sayesinde bütünüyle elde edebileceği, diğer bir deyişle, taşınmazın rehinle teminat altına alınan alacak bakımından yeterli teminatı sağlamaya devam ettiği söylenebiliyorsa, rehinli alacaklının MK m. 865-867 hükümlerine başvurma imkânı olmayacaktır[12].

Rehin konusu taşınmazdaki değer kaybı neticesinde rehinli alacaklının MK m. 865-867 maddelerinde yer alan haklarını kullanabilmesi için, taşınmaz üzerinde kurulan rehnin anapara ya da üst sınır (azamî meblağ) ipoteği olması bir fark yaratmaz. Aynı şekilde, taşınmaz üzerinde sahip olunan rehin hakkının sözleşmeden ya da kanundan kaynaklanıyor olması da, bu yetkilerin kullanılması bakımından bir değişikliğe yol açmaz[13].

Diğer taraftan, meydana gelen değer kaybı nedeniyle, rehin konusu taşınmazın paraya çevrilmesi neticesinde elde edilecek olan meblağın rehinli alacaklı açısından ne miktarda bir menfaat kaybına yol açacağını önceden kesin olarak belirleyebilmek mümkün değildir. Bu durum, rehinli alacaklının söz konusu hükümlere başvurma imkânını ortadan kaldırmaz. Rehinli alacaklının bu yönde ciddi bir risk ile karşı karşıya olduğunun, rehin hakkının yerleştiği derecenin sırası gibi etkenlere bağlı olarak objektif bir biçimde tespit edilebildiği durumlarda, rehinli alacaklının MK m. 865-867 hükümlerinde yer alan yetkileri kullanabileceği kabul edilmektedir[14].

Son olarak hatırlatalım ki, MK m. 865-867 hükümlerinin kıyas yoluyla teslime bağlı taşınır rehni hakkında uygulanması söz konusu değildir[15]. Zira tesli-

---

12 LEEMANN, Art. 808, No: 10; STEINAUER, No: 2737b; MARCHAND, Art. 808, No: 2.

13 DÜRR/ZOLLINGER, Art. 808, No: 88; ÇETİNER, sh. 211.

14 MARCHAND, Art. 808, No: 2; FOËX, sh. 39.

15 Bununla birlikte, sicilli taşınır rehni sistemini öngören düzenlemelerde, MK m. 865 vd. hükümlerinde yer alan yetkilerin rehinli alacaklı tarafından kullanılabileceği hususu dikkat çekmektedir. Örnek vermek gerekirse, 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu m. 12/f. 2 hükmüne göre: "*zilyed, rehinli taşınırın değerini koruyacak gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. Zilyed, rehinli taşınırın değerini düşüren davranışlarda bulunursa; alacaklı, hâkimden bu gibi davranışları yasaklamasını isteyebilir. Alacaklıya, gerekli önlemleri almak üzere hâkim tarafından yetki verilebileceği gibi; gecikmesinde tehlike bulunan hâllerde alacaklı, böyle bir yetki verilmeden de gerekli önlemleri kendiliğinden alabilir*". Keza, Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmeliğin "Koruma Tedbirleri" başlığını taşıyan 27. maddesi, son fıkrasında "*Değer düşmesi zilyedin kusuru olmadan meydana gelmişse rehin alacaklısı, ancak zilyedin zarardan ötürü aldığı tazminat miktarını aşmayacak ölçüde borçludan güvence vermesini veya kısmî ödeme yapmasını isteyebilir. Bununla birlikte rehin alacaklısı, değer düşmesinin önlenmesi veya giderilmesi için gerekli önlemleri kendiliğinden alabilir. Rehin alacaklısı, bu amaçla yaptığı harcama tutarı kadar rehinli taşınır varlık üzerinde tescile gerek olmaksızın ve tescil edilmiş olan diğer yüklerden önce gelen bir rehin hakkına sahip olur. Malik, bu masraflardan*

me bağlı taşınır rehninde, malikin rehin konusu taşınır üzerinde fiilî hâkimiyet sürdürme imkânı bulunmadığından (MK. m. 939/f. 3; MK. m. 943/f. 2; MK. m. 766 hükümleri gereği), taşınır üzerinde zaten çoğunlukla doğrudan zilyetliğe sahip olan rehinli alacaklının, taşınmaz rehninde söz konusu olabilecek böyle bir risk ile karşı karşıya kalması da mümkün olmamaktadır[16].

2. Değer Kaybının Gerçekleştiği Zaman

Rehinli alacaklının MK m. 865-867 hükümlerine başvurabilmesinde, rehnedilen taşınmazdaki değer azalmasının gerçekleştiği zamanın da önemli olduğu belirtilmektedir. Fakat değer kaybının hangi âna göre değerlendirilmesi gerektiği hususu öğretide tartışmalıdır.

Bir görüşe göre, değer azalmasının olup olmadığının tespitinde; taşınmazın, rehin hakkının kurulduğu an itibarıyla sahip olduğu değeri dikkate alınmalıdır. Buna göre, rehnedilen taşınmaz, ancak rehnin kurulduğu andaki değerine göre bir kayba uğramışsa, rehinli alacaklı söz konusu yetkileri kullanabilecek; aksi takdirde onun bu konuda bir müdahale yetkisi olmayacaktır[17]. Buna karşılık diğer bir görüş, bu konuda rehnin kuruluş ânının değil, rehin konusu taşınmazın değerinin düşmesine yol açan fiilin gerçekleştiği ânın (taşınmazın güncel değerinin) esas alınması gerektiği fikrini savunmaktadır[18]. Dolayısıyla, rehnedilen taşınmazda rehnin kurulmasından sonra gerçekleşen bir olay neticesinde değer kaybı meydana gelmiş ise; bu olay, taşınmazın rehnin kurulduğu andaki değerinde bir azalmaya yol açmamış olsa bile, rehinli alacaklı söz konusu hükümler kapsamında müdahale yetkisini kullanabilmelidir[19].

---

kişisel olarak sorumlu değildir" hükmünü öngörmektedir. Bu konuda ayrıca bkz. SİRMEN Lâle, "Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehninin Düzenleniş Biçimi, Niteliği ve Rehne Hâkim Olan İlkeler", **Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu, 16 Şubat 2018** (Ed: A. Lâle Sirmen/A. Barış Özbilen), Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, sh. 36-37.

16 Bkz. ATF 108 II 180; MARCHAND, Art. 808, No: 5.

17 Bu görüşte bkz. LEEMANN, Art. 808, No: 12; PIOTET Denis, "Le rôle du rang des droits de gage immobilier dans l'exécution forcée", **Les gages immobiliers: Constitution volontaire et réalisation forcée** (éd: Michel Hottelier/Bénédict Foëx), Bâle, 1999, sh. 159; LÖTSCHER Markus, **Das Grundstück als Gegenstand von Grundpfandrechten**, Universitätsverlag, Fribourg, 1988, sh. 174; DÜRR/ZOLLINGER, Art. 808, No: 104; TRAUFFER/SCHMID-TSCHIRREN, Art. 808, No: 11; WIELAND, Art. 808, No: 3; ÇETİNER, sh. 212; HELVACI, sh. 236.

18 Bkz. HOMBERGER/MARTI, sh. 7-8; STEINAUER, No: 2737b; MARCHAND, Art. 808, No: 3.

19 Steinauer'e göre, rehin konusu taşınmazın değerinde bir azalma olup olmadığı, taşınmazın rehin hakkının kurulduğu andaki değerine bakılarak değil; taşınmazın hâlihazırdaki (güncel)

Bu durumu bir örnekle somutlaştırarak, rehnin kurulduğu an itibarıyla taşınmazın değerinin 300.000 TL olduğunu varsayalım. Rehinli taşınmazın maliki, rehnin kurulmasından sonra taşınmazda bir takım iyileştirmeler yaparak (örneğin arazi üzerinde bir bina inşa ederek) taşınmazın değerini 700.000 TL'ye çıkarsa, ancak sonradan meydana gelen bir olay neticesinde binanın zarar görmesi nedeniyle taşınmazın değeri 500.000 TL'ye düşse, netice itibarıyla rehnedilen taşınmaz, rehnin kurulduğu âna göre herhangi bir değer kaybına uğramış olmadığından, ilk görüşe göre rehinli alacaklının somut olayda MK m. 865-867 hükümlerine başvurması mümkün olmayacaktır. Buna karşılık, rehnin kurulmasından sonra rehnedilen arazi üzerinde inşa edilen binanın değerinin de teminat yükü kapsamında ele alınacağından hareket eden ikinci görüş, sonradan meydana gelen bu olayın, netice itibarıyla teminatın kapsamını daraltacağını ve bu nedenle de rehinli alacaklıya müdahale yetkilerini kazandıracağını savunmaktadır.

Bize kalırsa, rehnedilen taşınmazdaki değer azalmasının gerçekleştiği zamanla ilgili olarak yapılan bu tartışmaların büyük bir önemi bulunmamaktadır. Zira MK m. 865-867 hükümleriyle amaçlanan, teminat konusu taşınmazın sonradan değer kaybetmesi neticesinde, rehinli alacaklının alacağını bütünüyle elde etme konusunda ciddi bir tehlike ile karşı karşıya kalmasının önüne geçilmesi ve alacağının teminatı tehlikeye düşen alacaklıya bunun telafisi konusunda ilave destekler sağlanmasıdır.

Bu nedenle öncelikle belirtmeliyiz ki, taşınmazın salt güncel değeri dikkate alınarak yapılan bir değerlendirme başlı başına yeterli olmayacaktır. Nitekim yukarıdaki örnekte olduğu gibi, rehin hakkının tescil edildiği zamandan sonra değer kazanan bir taşınmaz, sonradan değer kaybına uğrasa dahi; bu kayıp, taşınmazın, rehnin kurulduğu andaki değerinden bir eksilmeye sebep olmadıkça, rehinli alacaklının hakkının tehlikeye düştüğünden bahsedilemez.

Bununla beraber, ölçüt olarak rehnin kurulduğu an itibarıyla taşınmazın sahip olduğu değeri dikkate almak ve taşınmazdaki değer azalmasını bu âna

---

değerine bakılarak takdir edilmelidir. Nitekim rehinli alacaklı, rehnin paraya çevrilmesi durumunda taşınmazın zaman içerisindeki -örneğin taşınmaz üzerine sonradan bina inşa edilmesi veya kıymetli ağaçların dikilmesi durumlarında olduğu gibi- değer kazanımlarından istifade edebilmektedir. Yazar, değer kaybının taşınmazın güncel değeri dikkate alınarak tespit edilmesi gerektiğini savunmakla birlikte, rehnedilen taşınmazda bir değer kaybı olmasına rağmen rehinli alacaklının alacağını elde etmesinde tehlike bulunmayan durumlarda, artık onun bu yetkileri kullanamayacağını ifade etmektedir. Bkz. STEINAUER, No: 2737b. Benzer görüşte bkz. MARCHAND, Art. 808, No: 3.

göre değerlendirmek de her zaman için doğru sonucu vermeyebilir. Şöyle ki: 1.000.000 TL değerinde olduğu tespit edilen taşınmaz üzerinde, alacaklı lehine birinci dereceden 100.000 TL'lik bir rehin hakkı kurulduğunu düşünelim. Bunun akabinde, meydana gelen sel nedeniyle rehin konusu taşınmazda 200.000 TL'lik zarar oluştuğu ve taşınmazın değerinin 800.000 TL'ye düştüğü tespit edilmiş olsun. Görüldüğü gibi, bu örnekte, sel sebebiyle rehnin kurulduğu an itibarıyla taşınmazda açık bir değer kaybı yaşanmış olsa bile, rehin hakkının kurulduğu ipotek derecesi de dikkate alındığında, rehinli alacaklının, rehinle teminat altında olan alacağını bütünüyle elde etme konusunda ciddi bir tehlike karşısında kaldığı söylenemeyeceğinden, onun MK m. 865-867 hükümlerine başvurması mümkün olmamalıdır. Bu sebeple, rehinli alacaklının söz konusu hükümlere başvurabilmesi için, rehin konusu taşınmazın "rehnin kurulduğu âna" göre değer kaybetmiş olması gerektiği yönünde kesin bir sonuca varmak dahi her zaman için doğru olmayabilir.

O hâlde bu sorun ancak rehinli alacaklının, rehnedilen taşınmazın değer kaybına uğraması neticesinde alacağını bütünüyle elde edememe tehlikesi altında olup olmadığının her somut olayda ayrı ayrı takdir edilmesi ile çözümlenebilir. Şayet teminat konusu taşınmazın değerinde bir azalma olmasına rağmen, rehinli alacaklının alacağını bütünüyle elde edebileceği objektif olarak tahmin edilebiliyorsa; alacaklı, kanun tarafından öngörülen bu korunma yollarından yararlanamamalıdır.

III. REHİNLİ ALACAKLININ REHNEDİLEN TAŞINMAZDAKİ DEĞER KAYBI NEDENİYLE SAHİP OLDUĞU HAKLAR

Yukarıda incelemiş olduğumuz gibi, rehin hakkının kuruluşundan sonra rehin konusu taşınmazın değerinde bir azalmanın meydana gelmesi, rehinli alacaklıya alacağının teminatını koruma konusunda bir takım yetkiler vermektedir. Medeni Kanun hükümleri, rehinli alacaklının sahip olduğu bu yetkilerin kapsamını, rehnedilen taşınmazdaki değer kaybının taşınmaz malikinin kusurundan kaynaklanıp kaynaklanmamasına göre ayrı ayrı belirleme yoluna gitmiştir.

1. Rehin Konusu Taşınmazdaki Değer Kaybının Malikin Kusurundan Kaynaklandığı Hâllerde

Bu başlık altında toplanan ve MK m. 865 ve 866 hükümlerinde düzenlenen yetkilerin kullanılmasında, rehin konusu taşınmazın değerindeki düşüş malikin kusurlu hareketleri neticesinde gerçekleşmektedir. Bununla birlikte,

MK m. 865 ve m. 866 hükümlerinin uygulanması bakımından rehin konusu taşınmazdaki değer kaybının, mutlaka malikin kasıtlı hareketlerinden ileri gelmesi şart değildir. Rehnedilen taşınmazının üçüncü bir kişinin davranışları ya da haricî bir etken sebebiyle değer kaybedeceğini öngörmesine rağmen, bunları engelleme konusunda ihmâl gösteren taşınmaz maliki de, rehinli alacaklının MK m. 865 ve m. 866'da öngörülen taleplerinin muhatabı olabilir[20].

Kanun koyucu, rehinli alacaklının sahip olduğu yetkiler bakımından, taşınmazdaki değer kaybının gerçekleşmiş olmasına, değer azalmasının başlayarak devam etmekte olmasına ve değer kaybı henüz gerçekleşmiş olmamakla birlikte değer kaybı tehlikesinin bulunmasına göre değişiklik arz eden farklı çözüm yöntemleri getirmiştir.

A. Değer Kaybının Gerçekleşmiş Olması Durumunda

Rehin konusu taşınmazdaki değer kaybının fiilen gerçekleştiği durumlarla ilgili olarak, MK m. 866/f. 1 hükmü, rehinli alacaklının sahip olduğu iki yetkiden söz etmektedir. Buna göre, "*rehinli taşınmazın değerinde düşme meydana gelmişse alacaklı, alacağı için başka güvence göstermesini veya rehinli taşınmazın eski hâle getirilmesini borçludan isteyebilir*".

Görüldüğü gibi kanun koyucu burada rehinli alacaklıya seçimlik bir hak tanımıştır[21]. Rehinli alacaklı borçlusundan, malikin kusuruyla değer kaybına uğramış olan rehinli taşınmazın eski hâle getirilmesini talep ya da alacağına yeterli bir teminat sağlanması için yeni bir güvence gösterilmesini isteme haklarına sahiptir. Rehinli alacaklı bu taleplerinin yerine getirilmesi için hâkimden uygun bir süre tayin etmesini ister[22].

Hâkim tarafından belirlenen süre içerisinde rehinli alacaklının bu taleplerinin yerine getirilmemesi riskine karşılık; kanun, güvence eksiğini karşılayacak miktardaki alacak kısmının ödenmesini isteme konusunda rehinli alacaklıya ek bir yetki daha vermiştir (MK m. 866/f. 3). Bu üç yetkiye aşağıda özel olarak değineceğiz.

---

[20] TRAUFFER/SCHMID-TSCHIRREN, Art. 808, No: 7; ÇETİNER, sh. 211; ESENER/GÜVEN, sh. 523.

[21] OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, sh. 947; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, sh. 748; GÜRSOY/EREN/CANSEL, sh. 1082.

[22] SİRMEN, sh. 638.

Bu konuyla ilgili olarak altı çizilmesi gereken husus, rehinli alacaklının MK m. 866 hükmünde öngörülen bu talepleri rehinle teminat altına alınmış olan alacağın borçlusuna karşı ileri sürebilecek olduğudur. Borçlunun rehin konusu taşınmazın maliki olmaması bu konuda bir fark yaratmaz[23]. Taşınmaz maliki, her ne kadar kusuruyla rehin konusu taşınmazın değerinin düşmesine sebebiyet vermiş olsa da, borçtan kişisel olarak sorumlu olmadıkça, bu taleplerin muhatabı değildir. Onun yükümlülüğü, borçlunun borcunu ifa etmemesi hâlinde, maliki olduğu taşınmazın paraya çevrilmesine ve bunun neticesinde elde edilen meblağdan rehinli alacaklının alacağını almasına katlanmakla sınırlıdır[24]. Öte yandan, şayet malikin kusuru nedeniyle rehin konusu taşınmazda meydana gelen değer kaybı, rehinli alacaklının alacağını rehnin paraya çevrilmesi sonucunda bütünüyle elde edememesine yol açarsa, rehinli alacaklı uğramış olduğu bu zararın tazminini TBK m. 49 vd. hükümleri uyarınca taşınmaz malikinden talep edebilecektir[25].

a. Rehinli Taşınmazın Eski Hâle Getirilmesini İsteme Yetkisi

Rehne konu olan taşınmazla ilgili olarak, malikin kusuru nedeniyle çökmüş olan duvarın yeniden inşa edilmesi; patlamış su borularının yenilenmesi ya da onarılması; parke kalkması, sıva dökülmesi ve benzeri hasarların giderilmesi yönündeki istemler, rehinli alacaklının rehinli taşınmazın eski hâle getirilmesini isteme yetkisi kapsamında ileri sürebileceği taleplerdendir.

Bununla birlikte, rehinli alacaklının taşınmazın eski hâle getirilmesini isteme yönündeki yetkiyi kullanması ancak taşınmazdan alınarak başkasına devredilmiş olan eklentilerin yerine yenilerinin konulmasının istenmesi durumunda olduğu gibi, özellikle taşınmazdaki değer kaybının giderilmesinin kısa sürede ve aşırı bir masrafa yol açmaksızın sağlanabileceği hâllerde işlevsel olabilmektedir[26]. Taşınmazın kısa sürede ve az masraflı bir biçimde eski hâle getirilmesi, böylelikle de kötüleşmeden önceki teminat değerinin yeniden sağlanması çoğu kez mümkün olmadığından, rehinli alacaklının

---

23 SCHMID, Art. 809, No: 3; LEEMANN, Art. 809, No: 7; STEINAUER, No: 2743; GÜRSOY/EREN/CANSEL, sh. 1082; ÇETİNER, sh. 215.

24 TRAUFFER/SCHMID-TSCHIRREN, Art. 809, No: 7; LEEMANN, Art. 809, No: 11; SİRMEN, sh. 638.

25 LEEMANN, Art. 808, No: 6; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, sh. 947; GÜRSOY/EREN/CANSEL, sh. 1082; ESENER/GÜVEN, sh. 524.

26 MARCHAND, Art. 809, No: 5; LEEMANN, Art. 809, No: 3; STEINAUER, No: 2742; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, sh. 748.

taşınmazın eski hâle getirilmesini isteme konusundaki yetkiyi kullanması genellikle uygulama alanı bulmamaktadır.

MK m. 866/f. 1 hükmü, rehinli alacaklının, rehinli taşınmazın eski hâle getirilmesini borçludan isteyebileceğini öngörmektedir. Bu durum, borçlunun rehin konusu taşınmazın maliki olması durumunda sorun yaratmasa da; rehin konusu taşınmazın maliki ile borçlunun farklı kişiler olması hâlinde borçlu, taşınmazın eski hâle getirilmesini kendi başına sağlayamayacağından, ancak taşınmaz malikinin bu konudaki onayı ile rehinli alacaklının bu talebini yerine getirebilecektir[27]. Rehinli alacaklının bu istemde bulunmasına rağmen; taşınmaz malikinin, taşınmazı üzerinde bir müdahaleye onay vermemesi durumunda ise, rehinli alacaklı borçludan MK m. 866/f. 3'de düzenlenmiş olan diğer talebinin yerine getirilmesini, yani güvence eksiğini karşılayacak miktardaki alacak kısmının ödenmesini isteyebilir[28].

b. Başka Güvence Gösterilmesini İsteme Yetkisi

Rehinli alacaklının rehin konusu taşınmazın eski hâle getirilmesi yönündeki talebinin kısa süre içinde ve aşırı masrafa yol açmaksızın yerine getirilmesinin mümkün olmadığı durumlarda; rehinli alacaklı kendisine kanun tarafından tanınan diğer yetkisini, yani başka güvence gösterilmesini isteme yetkisini kullanabilir. Rehinli alacaklıya sağlanacak olan güvence, çoğu zaman başka bir taşınmaz üzerinde rehin hakkı kurulması şeklinde karşımıza çıksa da, bu zorunlu bir durum değildir. Bu güvence, taşınır mallar ya da alacak üzerinde rehin hakkı kurulmasında olduğu gibi aynî teminat şeklinde ortaya çıkabileceği gibi; kefalet, garanti veya banka teminat mektubu gibi şahsî teminatlar şeklinde de tezahür edebilir[29].

Keza, rehinle teminat altına alınan alacağın borçlusu konumundaki taşınmaz malikinin, mevcut rehin hakkının iyileştirilmesine yönelik olarak, -koşulları varsa- rehin hakkını üst dereceye ilerletmesi ya da teminat miktarını artırması da yine bu kapsamda ele alınabilir[30]. Rehinli alacaklı tarafından talep edilen ek güvencenin, rehin konusu taşınmazdaki değer kaybı nedeniyle ortaya çıkan teminat açığını karşılamaya yetip yetmediği konusunda gün-

---

27 LEEMANN, Art. 809, No: 9.

28 AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, sh. 748.

29 TRAUFFER/SCHMID-TSCHIRREN, Art. 809, No: 4; LEEMANN, Art. 809, No: 5; ÇETİNER, sh. 216; HELVACI, sh. 241.

30 STEINAUER, No: 2741; MARCHAND, Art. 809, No: 3; WIELAND, Art. 809, No: 3.

deme gelebilecek uyuşmazlıkların çözümünde hâkim müdahalesi istenebilir[31].

c. Kısmî Ödeme Yapılmasını İsteme Yetkisi

MK m. 866/f. 3 hükmü, yeterli güvencenin hâkim tarafından belirlenen süre içinde verilmemesi hâlinde, rehinli alacaklının güvence eksiğini karşılayacak miktardaki alacak kısmının ödenmesini isteyebileceğini öngörmektedir.

Dikkat edilecek olursa, hüküm, kısmî ödeme yapılmasını isteme yetkisinin yalnızca MK m. 866/f. 1'de öngörülen "başka güvence gösterilmesini isteme" talebinin yerine getirilmemesi durumunda kullanılabileceği yönünde bir ifadeye sahiptir. Rehinli alacaklının MK m. 866/f. 1'de öngörülen diğer yetkiyi kullanmasına, yani "taşınmazın eski hâle getirilmesini istemesine" rağmen, bu talebinin yerine getirilmemesi durumunda, onun kısmî ödeme yapılmasını isteme yetkisine sahip olup olmadığı ise hükmün ifadesinden anlaşılamamaktadır.

MK m. 866/f. 3 hükmünün karşılığını oluşturan İsviçre Medenî Kanunu m. 809/f. 3 düzenlemesine bakıldığında ise; hükümde, "*hâkim tarafından tayin edilen süre içinde borçlunun* ***bu talepleri*** *yerine getirmemesi hâlinde, rehinli alacaklının kısmî ödeme yapılmasını isteyebileceği*" yönünde bir ifadenin yer aldığı görülmektedir. Dolayısıyla mehaz kanundaki düzenlemede, kısmî ödeme yapılmasını isteme yetkisinin, MK m. 866/f. 1'de öngörülen her iki talepten herhangi birinin sonuçsuz kalması hâlinde de kullanılabileceği hususu yer almaktadır. Buna göre, rehinli alacaklı ister başka güvence gösterilmesini, isterse rehinli taşınmazın eski hâle getirilmesini talep etmiş olsun, bu talebi borçlu tarafından yerine getirilmemiş ise, o artık kısmî ödeme yapılmasını borçludan isteyebilecektir.

Kanımızca MK m. 866/f. 3 hükmünde bulunan kanun boşluğunun, İsv.MK m. 809/f. 3 düzenlemesine paralel bir biçimde doldurulması gerekir. Bunun sonucunda, hâkim tarafından belirlenen süre içinde, borçlu, değer kaybına uğrayan taşınmazı kötüleşmeden önceki hâline getirmez ya da rehinli alacaklıya yeterli güvenceyi sağlamazsa; rehinli alacaklı güvence eksiğini karşılayacak miktardaki alacak kısmının kendisine ödenmesini isteyebilmelidir[32].

---

[31] SIMONIUS/SUTTER, sh. 174; MARCHAND, Art. 809, No: 3; HELVACI, sh. 241; ÇETİNER, sh. 215.

[32] Aynı yönde bkz. ÇETİNER, sh. 216, 217.

Görüldüğü üzere, kısmî ödeme yapılmasını isteme yetkisi, bu başlık altında incelediğimiz diğer iki yetkiden farklı olarak, tamamlayıcı (ikincil) nitelikte bir yetkidir[33]. Dolayısıyla rehinli alacaklının kısmî ödeme yapılmasını borçludan isteyebilmesi için; öncelikle onun MK m. 866/f. 1'de öngörülen yetkilerden birini kullanmış olması ve hâkim tarafından tayin edilen süre zarfında borçlunun bu talepleri yerine getirmemiş olması gerekir.

Kısmî ödeme yapılmasını isteme yetkisini kullanan rehinli alacaklıya karşı borçlunun ödemek zorunda olduğu bedel, en fazla, rehinli taşınmazdaki kötüleşmeden dolayı artık teminattan yararlanamayacak olan alacak kısmına denk düşen miktarla sınırlıdır[34]. Bu miktarın tespit edilmesinde, rehin konusu taşınmazda meydana gelen değer azalmasının tutarı ile birlikte, taşınmaz rehninin kurulduğu ipotek derecesi de dikkate alınmalıdır. Uyuşmazlık durumunda bu miktar hâkim tarafından belirlenecektir[35].

Rehin konusu taşınmazın maliki ile borçlunun farklı kişiler olması durumunda, güvence eksiğini karşılayacak miktardaki borç kısmını rehinli alacaklıya ödemek zorunda kalan borçlunun, bu erken ödeme nedeniyle - taşınmazda kusurlu hareketleriyle değer kaybına yol açan- taşınmaz malikinin sorumluluğuna başvurabilmesini sağlayan özel bir düzenleme mevcut değildir. Bu nedenle meselenin, rehnedilen taşınmazın maliki ile borçlu arasındaki sözleşme ilişkisi çerçevesinde; böyle bir ilişkinin mevcut olmaması durumunda ise vekâletsiz işgörme hükümlerine (TBK m. 526 vd.) göre çözümlenmesi gerekecektir[36].

B. Değer Kaybının Devam Ediyor Olması Durumunda

Bazı durumlarda ise, rehin konusu taşınmazdaki değer kaybı tam olarak neticelenmemiş olup, taşınmazın değerinde bir azalma meydana gelmeye başlamış ve devam ediyor olabilir. Rehin konusu arazi üzerindeki değerli ağaçların haklı bir gerekçe olmaksızın kesilmeye başlanmış olması örneğinde olduğu gibi. Aslında bu hâllerde de, henüz nihayete ermemiş olsa da, ortada gerçekleşmiş bir değer azalması bulunmaktadır. Bu nedenle, rehinli alacaklı bir önceki başlık altında incelemiş olduğumuz yetkileri bu durumda

---

33 MARCHAND, Art. 809, No: 6.

34 STEINAUER, No: 2741a; MARCHAND, Art. 809, No: 6.

35 SIMONIUS/SUTTER, sh. 174; TRAUFFER/SCHMID-TSCHIRREN, Art. 809, No: 6; ÇETİNER, sh. 217.

36 MARCHAND, Art. 809, No: 6.

da kullanabilecektir[37]. Yani rehinli alacaklı, borçlusundan, hâkim tarafından tayin edilecek süre içerisinde rehin konusu taşınmazı kötüleşmeden önceki hâline getirmesini ya da alacağını güvence altına alacak yeterli ek teminatı göstermesini talep edebilir (MK m. 866/f. 1). Borçlu, hâkim tarafından belirlenen bu süre içerisinde taşınmazı eski hâline getirmez ya da yeterli ek teminatı göstermezse, rehinli alacaklı, değer kaybının devam ediyor olması hâlinde de, MK m. 866/f. 3 hükmü uyarınca güvence eksiğini karşılayacak miktardaki alacak kısmının borçlu tarafından kendisine ödenmesini isteyebilir. Borçlunun bu talebi de yerine getirmemesi durumunda, rehinli alacaklı rehin konusu taşınmazın paraya çevrilmesini ister. Rehnin paraya çevrilmesi neticesinde, rehinle teminat altına alınan alacak, taşınmazdaki değer kaybı nedeniyle tamamen elde edilemezse, rehinli alacaklı uğradığı bu zararın tazminini TBK m. 49 vd. hükümleri gereği kusurlu taşınmaz malikinden talep edebilir[38].

Bununla birlikte, rehin konusu taşınmazdaki değer kaybının devam ediyor olması, rehinli alacaklıya kaybın durdurulması konusunda başka yetkiler de verir. Bu yetkiler, rehinli taşınmazın değerinin kendi kusuru ile düşmesine yol açan malike karşı önleme davası açma, gerekli önlemleri bizzat alma, önlem için yapılmış olan masrafların ödenmesini talep etme ve rehinli taşınmaz üzerinde kanunî ipotek hakkı kurma yetkileridir. Şimdi bu yetkiler üzerinde duracağız.

a. Önleme Davası Açma Yetkisi

MK m. 865/f. 1 hükmü, malikin rehinli taşınmazın değerini düşüren davranışlarda bulunması hâlinde, rehinli alacaklının hâkimden bu gibi davranışları yasaklamasını isteyebileceği hususunu düzenlemektedir. Rehinli alacaklının, rehin konusu arazi üzerindeki ağaçları kökünden söktürerek üçüncü kişilere satıp devretme girişiminde bulunan malike karşı açacağı önleme davası bu duruma örnek gösterilebilir[39].

---

37 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, sh. 948.

38 ESENER/GÜVEN, sh. 524; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, sh. 947; GÜRSOY/EREN/CANSEL, sh. 1082; LEEMANN, Art. 808, No: 6.

39 Önleme davası kapsamında hâkimin, taşınmaz malikine yönelik olarak yalnızca yasaklama, sona erdirme gibi olumsuz nitelikte değil; rehnedilen taşınmazdaki değer kaybını önleme amaçlı tedbirler almaya zorlama gibi olumlu nitelikte davranışlarda bulunma konusunda da hüküm verebileceği yönünde bkz. DÜRR/ZOLLINGER, Art. 808, No: 108; ÇETİNER, sh. 214; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, sh. 747.

Söz konusu düzenleme, önleme davasının yalnızca kusurlu davranışlarda bulunan taşınmaz malikine karşı açılabileceği yönünde bir ifadeye sahip olsa da, öğretide rehinli alacaklının bu davayı, değer kaybının devam etmesine kusurlu fiilleriyle yol açan üçüncü kişilere karşı da açabileceği savunulmaktadır[40]. Önleme davasının rehinli alacaklı tarafından rehin sözleşmesinin tarafı olmayan üçüncü kişilere karşı da açılabileceği hususu, bu davanın aynî hak temelli olması ile gerekçelendirilmektedir[41]. Bununla beraber, rehin konusu taşınmazın değer kaybetmesine kusurlu hareketleriyle yol açan üçüncü kişilere karşı herhangi bir müdahale çabasına girişmeyen taşınmaz maliki de, gösterdiği bu ihmâl ölçüsünde MK m. 865-866 hükümleri çerçevesinde bir talep ya da davanın muhatabı olabilir[42].

Öğretide, rehinli taşınmazın maliki ile borçlunun farklı kişiler olması durumunda, MK m. 865/f. 1 hükmünde öngörülen ve rehinli alacaklıya tanınan önleme davasının, rehin veren sıfatını taşımayan (rehin konusu taşınmazın maliki olmayan) borçlu tarafından da taşınmaz malikine karşı açılabileceği fikri ileri sürülmüştür[43]. Gerçekten de rehinli alacaklıya gösterilen teminatın değer kaybetmesi, rehini alacaklı bakımından olduğu gibi, asıl borcun borçlusu açısından da olumsuz bir etki yaratacaktır. Bununla birlikte, teminatın değer kaybına uğramasından olumsuz olarak etkilenen borçlunun, teminat konusu taşınmazda kusurlu hareketleriyle değer azalmasına yol açan malike (rehin verene) karşı, ancak aralarındaki sözleşme ilişkine aykırı hareket ettiği gerekçesiyle dava açabilmesi gerekir. Bu nedenle, MK m. 865/f. 1 hükmü vasıtasıyla -bize göre yalnızca- rehinli alacaklıya tanınan ve onun rehin konusu taşınmaz üzerinde sahip olduğu aynî hakkın bir tamamlayıcısı niteliğinde olan bu dava hakkının borçlu tarafından da kullanılabileceği fikrine iştirak edemiyoruz.

Bu arada belirtelim ki, rehinli alacaklı tarafından açılan önleme davası kapsamında hâkimin rehinli taşınmazın değerini düşüren davranışları yasaklamış olmasına rağmen, bütünleyici parçalar ile eklentilerin rehin konusu taşınmazdan sökülerek, koparılarak ya da çıkarılarak ayrılması nedeniyle taşınmazın değerinde bir azalma meydana gelirse; rehin hakkının, ayrılma

---

40 Bkz. TRAUFFER/SCHMID-TSCHIRREN, Art. 808, No: 12; STEINAUER, No: 2739; LEEMANN, Art. 808, No: 34; HELVACI, sh. 238.

41 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, sh. 948; HELVACI, sh. 238; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, sh. 747; ÇETİNER, sh. 214; LEEMANN, Art. 808, No: 34; STEINAUER, No: 2739; TRAUFFER/SCHMID-TSCHIRREN, Art. 808, No: 12.

42 MARCHAND, Art. 808, No: 6.

43 Bkz. ÇETİNER, sh. 213, dn. 577; DÜRR/ZOLLINGER, Art. 808, No: 115.

neticesinde bağımsız eşya hâline gelen tüm bu unsurlar üzerinde devam edeceği hususu bir Federal Mahkeme kararı ile ortaya konulmuştur[44].

b. Gerekli Önlemleri Alma Yetkisi

Rehin konusu taşınmazdaki değer kaybının başlamış ve devam ediyor olması, rehinli alacaklıya bizzat önlem alma konusunda da bir imkân sağlamaktadır. Kanun koyucu, rehin konusu taşınmazın değerini koruma borcu altında olan rehin verenin gereken önlemleri alma konusundaki yetkilerini, böyle bir durumun varlığı hâlinde rehinli alacaklıya da tanımıştır. Ancak bizzat önlem alma yetkisini kullanabilmesi için, rehinli alacaklının, kural olarak öncelikle mahkemeye başvurup, hâkimden, taşınmazdaki değer kaybını önlemeye yönelik tedbirleri alabilmesi için, malike bir süre verilmesini istemesi gerekir[45]. Malikin, mahkeme tarafından tayin edilen bu süre zarfında taşınmazdaki değer kaybını durduracak nitelikteki önlemleri almaması durumunda ise; rehinli alacaklı, mahkemeden gereken önlemleri bizzat alabilme konusunda kendisine yetki verilmesini talep edebilir. Mahkeme tarafından verilen bu yetki ile birlikte, rehinli alacaklı, rehin konusu taşınmazdaki değer azalmasını önlemeye yönelik olarak yapılması gereken masrafları malik hesabına gerçekleştirme hakkına sahip olur[46].

Bununla birlikte, MK m. 865/f. 2 hükmü, gecikmesinde tehlike bulunan hâllerle sınırlı olmak kaydıyla, rehinli alacaklının, mahkeme tarafından kendisine böyle bir yetki verilmeden de gerekli önlemleri kendiliğinden alabileceğini öngörmektedir. Bu bağlamda, kuvvetli yağışların olduğu bir bölgede arazisi bulunan malikin, üzerinde rehin hakkı tanınmış olan bu arazideki binanın çatısına çanak anten takmaya çalışırken çatının tamamen çökmesine neden olması hâlinde; rehinli alacaklının, mahkeme tarafından kendisine yetki verilmesini beklemek zorunda olmaksızın duruma acilen müdahale edebilmesi ve binanın yağmur sularından dolayı hasar görmesini önleyebilmek için çatının derhâl onarılması konusunda gerekli önlemleri kendiliğinden alabilmesi gerekir.

---

44 Bkz. ATF 50 II 343. Aynı sonuca, İİK m. 84 hükmünün kıyasen uygulanması neticesinde ulaşılabileceği görüşü için bkz. ÇETİNER, sh. 213-214.

45 STEINAUER, No: 2740; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, sh. 948; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, sh. 747.

46 LEEMANN, Art. 808, No: 42; STEINAUER, No: 2740; WIELAND, Art. 808, No: 46; HELVACI, sh. 239.

MK m. 865/f. 2 hükmü çerçevesinde gerekli önlemleri alma konusunda yetkili olan rehinli alacaklı, bu yetkisini kullanırken rehin konusu taşınmazda herhangi bir zarara yol açmamak için gereken tüm özeni göstermek zorundadır. Aksi takdirde onun, rehin sözleşmesinin karşı tarafını oluşturan taşınmaz malikine karşı TBK m. 112 vd. hükümleri gereği sorumluluğu gündeme gelebilir[47].

c. Önlem İçin Yapılan Masrafların Ödenmesini Talep Yetkisi

Gerek mahkemeden yetki alarak gerekse gecikmesinde tehlike bulunan bir durum karşısında bu yetkiye gereksinim duymadan, rehin konusu taşınmazdaki değer azalmasını önlemek amacıyla malik hesabına masraf yapan rehinli alacaklı, sonradan bu masrafların kendisine ödenmesini, kusurlu taşınmaz malikinden talep edebilir. Taşınmaz maliki, rehinle teminat altına alınan alacağın borçlusu olmasa dahi, rehinli alacaklının kendisi hesabına yapmış olduğu bu masraflardan kişisel olarak sorumludur[48].

Rehinli alacaklının malikten ödenmesini talep edebileceği masraflar, rehin konusu taşınmazın değer kaybetmesini önlemek için gerçekleştirmiş olduğu giderlerle sınırlıdır[49]. Malikin kusuru nedeniyle hasar gören malzemelerin onarılması, onarılamayacak olanların yenilenmesi, onarım ya da yenileme konusunda üçüncü kişilerden hizmet alınması amacıyla gerçekleştirilen masraflar bu kapsamdadır[50]. Bununla birlikte MK m. 865/f. 3'de öngörülen ve rehinli alacaklının kusurlu taşınmaz malikine karşı ileri sürebileceği, masrafların ödenmesine ilişkin alacağı, taşınmaz rehninin kapsamı içinde yer almadığından, MK m. 864 hükmü vasıtasıyla öngörülen zamanaşımına uğramama yönündeki imtiyazdan yararlanamaz[51].

d. Rehinli Taşınmaz Üzerinde Kanunî İpotek Hakkı Kurma Yetkisi

Kanun koyucu, taşınmazdaki değer kaybını önlemeye yönelik olarak rehinli alacaklının yapmış olduğu bu masrafları taşınmaz malikinin ödemeyi reddetmesi riskine karşılık, rehinli alacaklıya rehin konusu taşınmaz üzerinde tescile tâbi olmayan bir rehin hakkı tesis edebilme yetkisi vermiştir. Ka-

---

47 ÇETİNER, sh. 214.

48 STEINAUER, No: 2740; LEEMANN, Art. 808, No: 44; MARCHAND, Art. 808, No: 8.

49 ÇETİNER, sh. 214.

50 DÜRR/ZOLLINGER, Art. 808, No: 143.

51 TRAUFFER/SCHMID-TSCHIRREN, Art. 807, No: 4; LEEMANN, Art. 807, No: 7; ÇETİNER, sh. 215.

nundan doğan bu rehin hakkı, taşınmaz üzerinde tescil edilmiş bulunan diğer aynî haklardan da önce gelir (MK m. 865/f. 3). Bu önceliğe gerekçe olarak, diğer rehinli alacaklılar ile sınırlı aynî hak sahiplerinin zaten taşınmazın değerini korumak için masraf yapan rehinli alacaklının almış olduğu bu tedbirlerden istifade edebilecek olmaları gösterilmektedir[52].

Söz konusu kanunî ipotek hakkının tapu kütüğüne tescil edilmesine gerek olmaksızın doğmasının, kamuya açıklık (aleniyet) ilkesini zedeleyeceğini dikkate alan İsviçre kanun koyucusu bu ilkeyi sağlamlaştırabilmek amacıyla MK m. 865 hükmüne karşılık gelen İsv.MK m. 808 hükmüne 11.12.2009 tarihli yasayla bir fıkra ilâve etmiştir[53]. 1.1.2012 tarihinde yürürlüğe giren bu hüküm, alacaklı tarafından gerçekleştirilen tedbirlere ilişkin masraf tutarının 1000 İsviçre frangını aştığı hâllerde, son tedbirlerin alındığı tarihten itibaren dört ay içerisinde tapu kütüğüne tescil edilmeyen kanunî ipotek hakkının, kütükteki kayda iyiniyetle dayanarak aynî hak kazanan üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceği hususunu ortaya koymaktadır[54].

Demek ki, söz konusu düzenleme uyarınca masraf tutarının 1000 frangı geçtiği durumlarda, masrafların yapılmasından itibaren dört ay içerisinde tapuya tescil edilmemiş olan kanunî ipotek hakkı, değer kaybına kusuruyla neden olan taşınmaz malikine, onun küllî haleflerine ve kötüniyetli cüz'i haleflere karşı ileri sürülebilecek; buna karşılık bu hak, tapu kütüğündeki kayda güvenerek iyiniyetle hak kazanan sonraki maliklere ve sınırlı aynî hak sahiplerine karşı en fazla 1000 franga kadar hüküm ifade edebilecektir[55].

---

[52] LEEMANN, Art. 808, No: 45; MARCHAND, Art. 808, No: 9; STEINAUER, No: 2740; TRAUFFER/SCHMID-TSCHIRREN, Art. 808, No: 16.

[53] RO 2011 4637; FF 2007 5015.

[54] Hükmün fransızca metni şu şekildedir: « *S'il dépasse 1000 francs et s'il n'a pas été inscrit dans les quatre mois à compter de la fin des mesures, le droit de gage ne peut être opposé aux tiers qui se sont fondés de bonne foi sur le registre foncier* ».

[55] GAPANY Pierre, "Hypothèques légales: La portée pratique des modifications du Code civil du 11 décembre 2009", **Journal des tribunaux - Droit civil, poursuite et procédure civile**, 2013 II, Société du Journal des Tribunaux, sh. 77; EIGENMANN Antoine, "Les modifications des dispositions générales sur les gages immobiliers", **La réforme des droits réels immobiliers - Les modifications du Code civil entrées en vigueur le 1er janvier 2012** (Édt.: Bénédict Foëx), Schulthess Editions romandes, Genève, 2012, sh. 84; FOËX, sh. 40; STEINAUER, No: 2740a; MARCHAND, Art. 808, No: 9.

Hemen belirtelim ki, MK m. 865/f. 3 hükmünde öngörülen kanunî ipotek hakkı, MK m. 876'da düzenlenen ipotek hakkından farklıdır. Her ne kadar ikinci düzenleme de, rehinli alacaklının rehin konusu taşınmazın korunması amacıyla yaptığı zorunlu masraflardan doğan alacaklarının, tescile tâbi olmayan bir ipotek hakkı ile güvence altına alındığını öngörmüşse de; burada, MK m. 865/f. 3 hükmünden farklı olarak, rehinli alacaklı tarafından yapılan masrafların, rehin konusu taşınmazdaki değer kaybını önleme ya da giderme amacıyla yapılmış olması şartı bulunmamaktadır.

C. Değer Kaybı Henüz Gerçekleşmiş Olmamakla Birlikte, Değer Kaybı Tehlikesinin Bulunması Durumunda

Rehin konusu taşınmazdaki değer kaybının malikin kusurundan kaynaklandığı bazı durumlarda ise, rehne konu olan taşınmazın değerinde henüz bir eksilme söz konusu olmamakla birlikte, somut olayın taşıdığı özellikler taşınmazın değerinde bir azalma olabileceğine işaret edip; bu konuda ciddi bir riskin varlığını gösterebilir. Bu gibi hâllerde dahi rehinli alacaklı, rehne konu olan taşınmazın değer kaybetme tehlikesini önlemeye yönelik bazı tedbirlere başvurabilir. Ancak bunun için, söz konusu tehlikenin gerçekleşmesinin kuvvetle muhtemel olması gerekir[56]. Mesela yerine başka bir şey konmamak üzere, arazi üzerindeki binaların yıkılmasını öngören bir projenin malik tarafından uygulamaya geçirileceğinin öğrenilmesi durumunda olduğu gibi.

Değer kaybına yönelik tehlikenin gerçekleşmesi ihtimâli ile ilgili olarak, şayet rehin konusu taşınmazın rehinle teminat altına alınan alacak için aynı güvenceyi sağlayamayacağı söylenebiliyorsa, tehlikenin ciddi olduğu sonucuna varılmalıdır[57]. Buna karşılık, tehlikenin gerçekleşmesine rağmen rehin konusu taşınmazdaki değer kaybı, rehinli alacaklının alacağını tamamıyla elde edeceği konusunda herhangi bir şüphe uyandırmıyorsa, bu takdirde rehinli alacaklı MK m. 865 vd.'nda öngörülen yetkileri kullanamayacaktır[58].

Tehlikenin ciddi olduğunun kabul edildiği durumlarda rehinli alacaklı öncelikle, **önleme davası açmak** suretiyle, malikin taşınmazın değer kaybetmesine neden olabilecek nitelikteki kusurlu davranışlarının engellenmesine, me-

---

[56] OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, sh. 949.

[57] Bkz. TRAUFFER/SCHMID-TSCHIRREN, Art. 808, No: 9; LEEMANN, Art. 808, No: 10.

[58] MARCHAND, Art. 808, No: 2; ÇETİNER, sh. 212.

sela taşınmazın değerini düşüreceği muhakkak olan projenin uygulamaya geçirilmesinin yasaklanmasına hükmedilmesini mahkemeden isteyebilir[59].

Aynı şekilde rehinli alacaklı, değer kaybı tehlikesinin giderilmesi için **gerekli önlemleri almak** üzere hâkim tarafından kendisine yetki verilmesini talep edebileceği gibi; gecikmesinde tehlike bulunan hâllerde, böyle bir yetki verilmeden de gereken önlemleri kendiliğinden alabilmelidir[60].

Hemen belirtelim ki, rehinli alacaklı bu yetkileri, taşınmazın maliki dışında, davranışlarıyla rehin konusu taşınmazın değerinde düşme tehlikesi yaratan üçüncü kişilere karşı da kullanabilir[61].

Bunların dışında rehinli alacaklı, tıpkı rehin konusu taşınmazın değerinde bir düşmenin meydana gelmesinde olduğu gibi, henüz değer kaybı gerçekleşmemiş olsa bile, ciddi bir değer kaybı tehlikesinin mevcut olması durumunda da, borçludan, alacağı için **ek bir güvence** göstermesini isteyebilir[62]. Bu husus, MK m. 866/f. 2 hükmünde açıkça ortaya konulmuştur. Hâkim tarafından belirlenen süre içinde yeterli güvencenin verilmemesi durumunda ise rehinli alacaklı, güvence eksiğini karşılayacak miktardaki alacak kısmının borçlu tarafından kendisine ödenmesini talep edebilir, diğer bir deyişle **kısmî ödeme yapılmasını** isteme yetkisini kullanabilir.

2. Rehin Konusu Taşınmazdaki Değer Kaybının Malikin Kusurundan Kaynaklanmadığı Hâllerde

A. Genel Olarak

Rehne konu olan taşınmazın değerinde meydana gelen azalmanın, mutlaka taşınmaz malikinin kusurundan ileri gelmesi gerekmez. Taşınmazdaki değer kaybı, üçüncü bir kişinin kusurundan kaynaklanabileceği gibi, kamu hukukundan kaynaklanan bir yetkinin kullanılması[63], deprem, sel, savaş ve benzeri nitelikteki haricî etkenlere de dayanabilir. Arazi üzerindeki yapının

---

59 STEINAUER, No: 2739; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, sh. 748.

60 STEINAUER, No: 2739; LEEMANN, Art. 808, No: 32.

61 LEEMANN, Art. 808, No: 34; TRAUFFER/SCHMID-TSCHIRREN, Art. 808, No: 12.

62 Bkz. ÇETİNER, sh. 215; HELVACI, sh. 241; MARCHAND, Art. 809, No: 3; TRAUFFER/SCHMID-TSCHIRREN, Art. 809, No: 4; WIELAND, Art. 809, No: 3; STEINAUER, No: 2741; LEEMANN, Art. 809, No: 5.

63 Rehin konusu taşınmazın bir kısmının imar mevzuatına aykırılık nedeniyle kamu makamlarınca yıktırılması bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Bkz. AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, sh. 749.

malikin kusurunun olmamasına rağmen doğal kullanım neticesinde öngörülemeyecek bir biçimde aşınması ya da yıpranması, taşınmazın kamulaştırılması, taşınmaz üzerinde zorunlu irtifak haklarının tesis edilmesi de rehin konusu taşınmazdaki değer kaybının malikin kusurundan kaynaklanmadığı hâllere örnek olarak gösterilebilir[64].

Kanun koyucu, değer kaybında malikin kusuru olsun veya olmasın rehinli alacaklının rehin konusu taşınmazın değerinin muhafaza edilmesinde bir menfaate sahip olduğunu kabul etmekle birlikte; rehinli alacaklının taşınmazdaki değer kaybına malikin kusurunun neden olmadığı hâllerdeki yetkilerini ayrı bir maddede (MK m. 867) düzenleme yoluna gitmiştir. Bununla beraber kanun koyucunun, taşınmazdaki değer kaybının malikin kusurundan kaynaklanmadığı bu gibi durumlarda, kaybın malikin kusurundan ileri geldiği hâllerden farklı olarak, rehinli alacaklıya özel bir koruma sağlamadığına da dikkat çekilmesi gerekir[65].

Hemen belirtelim ki, değer kaybının taşınmaz malikinin kusurundan kaynaklanmıyor oluşu, malikin rehin konusu taşınmazın değerini düşürme konusunda kasıtla hareket etmediği hâllerle bağlantılı olarak anlaşılmamalıdır. Taşınmazın değer kaybetmemesi için alması gereken önlemleri almayan taşınmaz maliki de, değer azalmasına ihmâli ile sebebiyet vermiş olduğu için nihayetinde kusurlu sayılacağından; rehinli alacaklının talepleri konusunda MK m. 867 hükmü değil, MK m. 865 ve m. 866 hükümleri uygulanacaktır.

B. Rehinli Alacaklının Hakları ve Bu Hakların Kullanımına İlişkin Sınırlamalar

"Değerin kusur olmadan düşmesi" başlığını taşıyan MK m. 867 hükmü, rehinli alacaklının bu gibi durumlarda borçludan, alacağını güvence altına alacak yeterli ek teminatı göstermesini ya da güvence eksiğini karşılayacak miktardaki alacak kısmının kendisine ödenmesini isteyebileceğini öngörmektedir.

Bununla birlikte, rehinli taşınmazdaki değer kaybına malikin kusurunun neden olduğu hâllerden farklı olarak; rehinli alacaklının bu taleplerde bulunabilmesi, kanun koyucu tarafından bazı sınırlamalara tâbi tutulmuştur. Bu sınırlamalardan ilki, taşınmaz malikinin, rehin konusu taşınmazdaki değer

---

64 Bu örnekler için bkz. STEINAUER, No: 2744; DÜRR/ZOLLINGER, Art. 810, No: 12; FOËX, sh. 40.

65 AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, sh. 749.

kaybının giderilmesine yönelik olarak fiilen bir tazminat elde etmiş olmasıdır. Gerçekten taşınmazdaki değer kaybını telâfi etmeye yönelik olarak taşınmaz malikinin bir tazminat elde etmiş olmasına rağmen, rehinli alacaklıya bundan yararlanma imkânı verilmemesi hakkaniyete uygun düşmez[66]. Aynı şekilde, taşınmazda meydana gelen değer azalması nedeniyle herhangi bir tazminat elde edilememiş olması hâlinde de, karşı karşıya kalınan bu zarara yalnızca rehin konusu taşınmazın malikinin değil, rehinli alacaklının da katlanması sağlanmaktadır[67].

Rehinli alacaklının bu talepleri ileri sürebilmesinin diğer koşulunu ise, rehinli alacaklı tarafından ileri sürülen ek teminat ve kısmî ödeme taleplerinin, taşınmaz malikinin fiilen aldığı bu tazminat miktarını aşmaması yönündeki gereklilik oluşturmaktadır. Rehinli alacaklı, ancak bu koşullara uyarak borçludan bu talepleri yerine getirmesini isteyebilir[68].

Dikkat edilecek olursa, taşınmazdaki değer kaybının malikin kusurundan kaynaklandığı hâllerden (MK m. 866/f. 1) farklı olarak, MK m. 867 hükmünde, rehinli alacaklının rehin konusu taşınmazın eski hâle getirilmesini isteme hakkından söz edilmemiştir. Kanaatimizce bu durum, taşınmazdaki değer kaybına malikin kusurunun neden olmadığı hâllerde rehinli alacaklının bu hakka sahip olmadığı yönünde bir sonuca varılmasına yol açmamalıdır. Bu noktada, rehin konusu taşınmazın eski hâle getirilmesini isteme hakkının da, MK m. 867/f. 1 hükmünde öngörülen ek güvence ve kısmî ödeme isteme taleplerinde olduğu gibi belirli sınırlamalara tâbi olduğunu kabul etmek gerekir. Nasıl ki rehinli alacaklı, ancak taşınmaz malikinin zarardan ötürü fiilen bir tazminat elde etmiş olması şartı ve elde edilen bu tazminat miktarını aşmamak kaydıyla borçludan güvence vermesini veya kısmî ödeme yapmasını isteyebilmektedir; onun yine bu koşullarla, rehin konusu taşınmazın eski hâle getirilmesini isteme hakkını da kullanabilmesi icap eder. Dolayısıyla, rehinli alacaklı ancak taşınmaz malikinin fiilen elde ettiği tazminat miktarını aşmayacak ölçüde bir masraf yapılması kaydıyla taşınmazın eski hâle getirilmesi talebinde bulunabilmelidir.

---

66 TRAUFFER/SCHMID-TSCHIRREN, Art. 810, No: 1; STEINAUER, No: 2744; LEEMANN, Art. 810, No: 1.

67 DÜRR/ZOLLINGER, Art. 810, No: 3; ÇETİNER, sh. 217.

68 ÇETİNER, sh. 218; LEEMANN, Art. 810, No: 6; DÜRR/ZOLLINGER, Art. 810, No: 9.

MK m. 867/f. 1 hükmü vasıtasıyla rehinli alacaklıya verilen haklar, rehinle teminat altına alınan alacağın borçlusuna karşı ileri sürebilen taleplerden oluşmaktadır[69]. Bu bakımdan, alacağının teminatını oluşturan taşınmazda malikinin kusuru olmaksızın bir değer azalması meydana gelen rehinli alacaklı -malikin zarardan ötürü almış olduğu tazminat miktarını aşmamak kaydıyla- kendisine yeni bir güvence verilmesini, rehinli taşınmazın eski hâle getirilmesini[70] veya güvence eksiğini karşılayacak miktardaki alacak kısmının ödenmesini yalnızca borçludan isteyebilir. Bununla birlikte, rehinli alacaklı MK m. 879 hükmünden farklı olarak, değer kaybı nedeniyle taşınmaz malikine ödenecek tazminat bedeli üzerinde herhangi bir öncelik hakkına sahip değildir[71].

Ayrıca belirtelim ki, MK m. 867/f. 1'de öngörülen yetkilerin kullanılması ile ilgili olarak dikkat edilmesi gereken bir nokta da, rehinli alacaklının borçludan kısmî ödeme yapmasını isteyebilmesi için öncelikle ek güvence (veya taşınmazın eski hâle getirilmesi) talebinde bulunması yönündeki gerekliliktir. Bu kapsamda rehinli alacaklı, borçlunun bu talepleri yerine getirebilmesi için mahkemeden bir süre tayin etmesini isteyecek; mahkeme tarafından belirlenen bu süre içinde borçlunun bu talepleri yerine getirmemesi hâlinde ondan, güvence eksiğini karşılayacak miktarda -ve tabii ki taşınmaz malikinin zarar nedeniyle elde ettiği tazminat miktarını aşmayacak ölçüde- kısmî ödemede bulunmasını talep edebilecektir[72].

Öte yandan, rehin konusu taşınmazın değer kaybetmesine malikin kusurlu fiillerinin neden olmadığı durumlarda, rehinli alacaklının, taşınmazdaki değer kaybını önlemeye ve gidermeye yönelik gerekli önlemleri kendiliğinden alabileceği de söz konusu düzenlemede öngörülmüştür (MK m. 867/f. 2). Bu düzenleme kapsamında, rehinli alacaklı örneğin heyelan nedeniyle yıkılmaya yüz tutmuş olan istinat duvarının yeniden inşa ettirilmesi ya da sel sonrasında taşınmaza zarar verecek olan birikmiş suların tahliye edilmesi konusunda gerekli önlemleri bizzat alabilecektir. Bununla birlikte, değer azalmasının taşınmaz malikinin kusurundan kaynaklandığı hâllerden farklı olarak[73] taşınmaz maliki, rehinli ala-

---

69 STEINAUER, No: 2744b.

70 Bkz. Böl. III, 1, A, a son paragrafta yaptığımız açıklamalar.

71 TRAUFFER/SCHMID-TSCHIRREN, Art. 810, No: 6; LEEMANN, Art. 810, No: 9.

72 Bkz. LEEMANN, Art. 810, No: 5; ÇETİNER, sh. 219.

73 Bu konuda bkz. yukarıda Böl. III, 1, B, c.

caklının bu önlemler için gerçekleştirdiği masrafların borçlusu durumuna gelmemekte ve MK m. 867 hükmünün son fıkrasında da belirtildiği gibi, onun bu giderler nedeniyle kişisel sorumluluğu oluşmamaktadır[74]. Taşınmaz malikinin bu masraflar dolayısıyla üstlendiği sorumluluk yalnızca taşınmaz ile sınırlı bir sorumluluktan ibarettir[75]. Bu çerçevede kanun koyucu, taşınmazdaki değer kaybını önlemek veya gidermek amacıyla yapmış olduğu masraflardan dolayı rehinli alacaklıya, taşınmaz üzerinde tescile gerek olmaksızın ve tescil edilmiş diğer aynî haklardan önce gelen bir rehin hakkı tesis etme yetkisi vermiştir (MK m. 867/f. 2)[76]. Bu sayede, rehinli alacaklı asıl alacağının muaccel olmasını beklemek zorunda kalmaksızın, yapmış olduğu masraflara ilişkin alacağını rehnin paraya çevrilmesi suretiyle elde edebilecektir[77].

Hemen belirtelim ki, rehin konusu taşınmazın değer kaybetmesini önlemeye ve gidermeye yönelik önlemleri rehinli alacaklı kendiliğinden alabilecektir. Rehin konusu taşınmazdaki değer kaybının malikin kusurundan kaynaklandığı hâllerden farklı olarak, rehinli alacaklının, taşınmazdaki değer kaybını önlemeye yönelik tedbirleri alabilmesi için, öncelikle mahkemeden malike bir süre verilmesini istemesi gerekmediği gibi; malikin değer kaybını durduracak nitelikteki önlemleri almayı geciktirmesi durumunda da, rehinli alacaklının gerekli önlemleri bizzat alabilme konusunda mahkemeden kendisine yetki verilmesini istemesi gerekmez[78]. Taşınmazdaki değer kaybının

---

[74] STEINAUER, No: 2746; WIELAND, Art. 810, No: 2; DÜRR/ZOLLINGER, Art. 810, No: 51; LEEMANN, Art. 810, No: 12; GÜRSOY/EREN/CANSEL, sh. 1083.

[75] OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, sh. 949; SİRMEN, sh. 639; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, sh. 749.

[76] Bununla birlikte İsviçre kanun koyucusu, 11.12.2009 tarihli yasayla (RO 2011 4637, FF 2007 5015), CC 808 hükmünde olduğu gibi, MK m. 867 hükmüne karşılık gelen CC 810 hükmüne de üçüncü bir fıkra eklemiştir. 1 Ocak 2012 tarihinde yürürlüğe giren bu düzenlemeye göre, alacaklı tarafından gerçekleştirilen tedbirlere ilişkin masraf tutarının 1000 İsviçre frangını aştığı hâllerde, son tedbirlerin alındığı tarihten itibaren dört ay içerisinde tapu kütüğüne tescil edilmeyen kanunî ipotek hakkı, kütükteki kayda iyiniyetle dayanarak aynî hak kazanan üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyecektir. Bu konuda bkz. yukarıda Böl. III, 1, B, d başlığının 2 ve 3 no.lu paragraflarında yaptığımız açıklamalar.

[77] AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, sh. 750; GÜRSOY/EREN/CANSEL, sh. 1083; LEEMANN, Art. 810, No: 15.

[78] Bkz. bu yönde LEEMANN, Art. 810, No: 11; TRAUFFER/SCHMID-TSCHIRREN, Art. 810, No: 8; HOMBERGER/MARTI, sh. 7; STEINAUER, No: 2745; SCHMID, Art. 810, No: 7; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, sh. 949; ERTAŞ, sh. 559. Hükmün açık lafzına rağmen, rehinli alacaklının taşınmazdaki değer kaybını önlemeye ve gidermeye yönelik önlemleri kendiliğinden alamayacağı; değer kaybının malikin kusurundan kaynaklanmadığı durumlarda da, rehinli alacaklının MK m. 865/f. 2 hükmünde olduğu gibi kural

malikin kusurundan kaynaklanmadığı durumlarda, rehinli alacaklının gereken önlemleri kendiliğinden alabilmesi için, gecikmesinde tehlike bulunan, diğer bir ifadeyle acilen harekete geçilmesini gerektiren bir durumla karşı karşıya kalması da şart değildir[79].

C. Özel Olarak: "*Malikin Zarardan Ötürü Tazminat Alması Şartı*"

Rehinli alacaklının MK m. 867 hükmünde öngörülen yetkileri kullanabilmesi için; rehin konusu taşınmazın malikinin, hukuka aykırı fiili ile taşınmazın değer kaybetmesine sebep olan üçüncü kişiden fiilen bir tazminat[80] elde etmiş olması gerektiğini bir önceki başlık altında yaptığımız açıklamalar kapsamında belirtmiştik.

Ne var ki İsviçre öğretisinde, her ne kadar "tazminat" olarak isimlendirilmese dahi, taşınmazdaki değer kaybını telafi etmek amacıyla malike yapılan bazı ödemelerin de MK m. 867 hükmünün uygulanabilmesi için yeterli olduğu görüşü savunulmaktadır. MK m. 744, MK m. 747 ve MK m. 761 hükümleri gereği taşınmazı üzerinde zorunlu nitelikteki irtifak haklarını kurma yükümlülüğü bulunan taşınmaz malikine bunun karşılığında ödenen bedel; doğal afet neticesinde devlet tarafından taşınmaz malikine yapılan para yardımı ya da arazisinde fırtına nedeniyle devrilen ağaçların üçüncü

---

olarak (gecikmesinde tehlike bulunan hâller dışında) hâkimden bu konuda yetki alması gerektiği yönünde bkz. WIELAND, Art. 810, No: 2; SIMONIUS/SUTTER, sh. 174. Önlemlerin alınması ile ilgili olarak, rehin konusu taşınmazdaki değer kaybının malikin kusurundan kaynaklanıp kaynaklanmaması olgularının bir fark yaratmaması gerektiği; nitekim her iki durumun da, borcun ifası için hâkim tarafından yetkilendirilme esasını öngören TBK m. 113 hükmünün özel bir uygulama alanını oluşturduğu yönünde bkz. MARCHAND, Art. 810, No: 5. Yazar, taşınmazdaki değer kaybının malikin kusurundan ileri gelmediği hâllerde dahi, hâkim tarafından yetki alınması sayesinde, alınan önlemlerin ve buna ilişkin masrafların yerinde olup olmadığı hakkında gündeme gelmesi muhtemel tartışmaların önünün alınabileceğini savunmaktadır. Diğer taraftan, MK m. 865/f. 2'de yer alan "hâkim tarafından yetkilendirilmiş olma" şartının, maddenin ilk fıkrasında öngörülen, "hâkimden rehinli taşınmazın değerini düşüren davranışları yasaklamasını isteme hakkı" ile bağlantılı olarak değerlendirilmesi gerektiği; malikin kusuru olmaksızın meydana gelen değer kayıplarında, rehinli alacaklının hâkimden taşınmazın değerini düşüren davranışları yasaklaması konusunda bir talepte bulunamayacağından dolayı, onun hâkimin yetkilendirmesine de ihtiyaç duymayacağı ileri sürülmüştür. Bkz. bu yönde DÜRR/ZOLLINGER, Art. 810, No: 42 ve ÇETİNER, sh. 219.

79 Bkz. STEINAUER, No: 2745.

80 Bu tazminatın hukukî dayanağını, sokaktan geçen bir kimsenin sigara izmaritini atması nedeniyle ahşap binanın yanması örneğinde olduğu gibi TBK m. 49 vd. hükümleri oluşturabileceği gibi; taşınmaz üzerinde bir sözleşme ilişkine dayalı olarak fiilî hâkimiyet sürdüren (kiracı, ariyet alan, yüklenici… vb.) kişinin bu taşınmaza zarar vermesi örneğinde olduğu gibi TBK m. 112 vd. hükümleri de oluşturabilir. Ayrıca bkz. ÇETİNER, sh. 218.

kişiye satılması karşılığında malikin elde ettiği bedel, bu ödemelere örnek olarak gösterilebilir[81]. Dolayısıyla rehinli alacaklının bu gibi durumlarda da MK m. 867 hükmünde yer alan yetkileri kullanabileceği söylenebilir.

Bununla birlikte yapılan ödeme, yukarıda verilen örneklerden farklı olarak, sigortacı tarafından taşınmaz malikine ödenen "**sigorta tazminatı**" kapsamında ise, rehinli alacaklının MK m. 867 hükmü uyarınca değil; MK m. 879 hükmü vasıtasıyla korunacağını ifade etmek gerekir[82]. Nitekim bilindiği gibi, MK m. 879 hükmü, sigorta tazminatının da teminat yükünün kapsamında olduğunu belirtmektedir[83]. Sigorta tazminatı, aynî ikame kuralı gereği

---

[81] Bu örnekler için bkz. SIMONIUS/SUTTER, sh. 172; STEINAUER, No: 2744a; DÜRR/ZOLLINGER, Art. 810, No: 29; LEEMANN, Art. 810, No: 6; MARCHAND, Art. 810, No: 4; HELVACI, sh. 245.

[82] FASEL, Art. 810, No: 5; TRAUFFER/SCHMID-TSCHIRREN, Art. 810, No: 5; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, sh. 750. MK m. 879 hükmünün MK m. 867 karşısında özel hüküm (*lex specialis*) niteliğinde olduğu yönünde bkz. STEINAUER, No: 2733; MARCHAND, Art. 810, No: 4; FOËX, sh. 41; ÇETİNER, sh. 218, dn. 598.

[83] Hemen hatırlatalım ki, sigorta tazminatı alacağı muaccel hâle geldiğinde, sigortacı, tüm rehinli alacaklıların rızasını almadıkça taşınmaz malikine ödeme yapamaz (MK m. 879/f. 1). Sigortacı, sigortalanan taşınmaz üzerinde rehin hakkının bulunduğunu taşınmaza ait tapu sicilinden görebileceğinden; bu konuda rehinli alacaklılara herhangi bir ihbar külfeti yüklenmemiştir. Tapuda gerekli incelemeyi yapmaması nedeniyle sigortalanan taşınmaz üzerinde kurulmuş olan rehnin varlığından haberdar olmayan sigortacı, netice itibarıyla sigorta tazminatını rehinli alacaklıların rızasını almadan taşınmaz malikine ödemiş olacağı için, rehinli alacaklılara karşı ikinci bir ödeme yapma tehlikesi ile karşı karşıya kalacaktır. Bkz. TRAUFFER/SCHMID-TSCHIRREN, Art. 822, No: 7; LEEMANN, Art. 822, No: 15, 16; SIMONIUS/SUTTER, sh. 171; STEINAUER, No: 2734b; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, sh. 945; KÖPRÜLÜ/KANETİ, sh. 274. Ayrıca bkz. Yarg. 11. HD, 24.9.2018 tarih ve E. 2016/13961, K. 2018/5329 sayılı kararı: "*...Dava, bitkisel ürün sigorta poliçelerinden kaynaklanan tazminat istemine dair olup, mahkemece, uyuşmazlığın esasına girilerek yazılı şekilde karar verilmiş ise de, davaya konu poliçeler üzerinde ... Bankası A.Ş. dain mürtehin* (rehinli alacaklı) *olarak gösterilmiştir. Dairemizin yerleşik uygulamaları uyarınca bu durumda, adı geçen Bankanın rehin hakkı bulunduğundan, sigortadan tazminat talep etme hakkı da öncelikle ona ait olup, sigortalı ancak lehine rehin verilen alacaklının açık muvafakatini almak şartıyla ve kendi menfaati de zedelendiği takdirde tazminat isteme hakkına sahip olur*". Aynı doğrultuda bkz. Yarg. HGK, 18.4.2018 tarih ve E. 2017/11-91, K. 2018/924 sayılı; Yarg. 17. HD, 15.11.2017 tarih ve E. 2016/19369, K. 2017/10554 sayılı; Yarg. 17. HD, 2.10.2017 tarih ve E. 2016/16477, K. 2017/8752 sayılı; Yarg. 17. HD, 17.4.2017 tarih ve E. 2016/10089, K. 2017/4088 sayılı; Yarg. 17. HD, 27.2.2017 tarih ve E. 2016/8198, K. 2017/2012 sayılı; Yarg. 11. HD, 9.2.2017 tarih ve E. 2016/4498, K. 2017/712 sayılı; Yarg. 17. HD, 10.10.2016 tarih ve 8904/8733 sayılı; Yarg. 17. HD, 10.7.2014 tarih ve 13420/11202 sayılı kararları.

Genel kural, muaccel olan sigorta tazminatını ödeme borcunun taşınmaz malikine ancak bütün rehinli alacaklıların rızasıyla ifa edilebileceği yönünde ise de; sigorta tazminat bedelinin, taşınmazın eski hâle getirilmesi için harcanacağı ispat edilirse, sigortacı, yeterli bir güvence göstermesi koşuluyla sigorta tazminatını -rehinli alacaklıların rızasına gerek duyulmaksızın- taşınmaz malikine ödeyebilir (MK m. 879/f. 2).

sigortalanan taşınmazın kaim değeri olarak rehnin kapsamına dâhil edilmiştir[84].

Benzer şekilde İsviçre Federal Mahkemesi, tavuk çiftliği olarak işletilen bir taşınmazda meydana gelen değer azalmasının konu edildiği bir kararında[85], üretim faaliyetlerini durdurmak zorunda kalan taşınmaz malikine Federal Tarım Ofisi tarafından verilen **maddî desteğin**, söz konusu taşınmaz üzerinde rehin hakkı ile korunan alacaklılar açısından MK m. 867 hükmüne başvurabilecekleri bir durum yaratmadığının altını çizmiştir. Maddî destek konusunda Federal Tarım Yasası'nda yer alan düzenlemeler aynı zamanda, tarımsal faaliyetler sürdürülen taşınmazlar üzerindeki mülkiyet hakkına kamu hukukundan kaynaklanan bir kısıtlama getirdiğinden; bu taşınmazlardaki rehinli alacaklıların MK m. 865-867 hükümlerinden yararlanma imkânları, örneğin rehinli taşınmazın eski hâle getirilmesini (faaliyetlerini sürdürmeye devam etmesini) isteme gibi bir yetkileri de bulunmamaktadır. Üstelik Federal Tarım Yasasında (MK m. 798/f. 2'de olduğundan farklı bir biçimde), Tarım Ofisi tarafından taşınmaz maliklerine ödenecek olan maddî desteğin, rehin konusu taşınmazların aynî ikamesi olduğunu öngören bir düzenleme de bulunmadığından; rehinli alacaklıların haklarının nasıl korunabileceği konusunda bir kanun boşluğu ile karşı karşıya bulunulmaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi, bu boşluğun doldurulması kapsamında, üretim faaliyetlerini durduran taşınmaz malikine Tarım Ofisi tarafından sağlanan maddî desteğin, sigorta tazminatı gibi, aynî ikame kuralı gereği taşınmazın kaim değeri olarak kabul edilmesi gerektiğine; rehinli alacaklıların haklarının, taşınmaz malikinin Tarım Ofisi'nden olan bu alacağı üzerinde devam edeceğine ve bu nedenle rehinli alacaklıların MK m. 867 hükmü uyarınca değil, kıyasen uygulanacak olan MK m. 879 hükmü vasıtasıyla korunabileceklerine hükmetmiştir[86].

---

[84] SİRMEN, sh. 628; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, sh. 944; AYBAY/HATEMİ, sh. 278. Ayrıca bkz. STEINAUER, No: 2734, 2734a. Yazar, burada taşınmazın rehinle yüklü kalmaya devam etmesi nedeniyle aynî ikameden bahsedilmesinin mümkün olmadığını; ancak mevcut olan rehin hakkının, taşınmaz malikinin sigortacıdan olan sigorta tazminatı alacağına yayılması neticesinde MK m. 954 anlamında sigorta tazminatı alacağı üzerinde rehinli alacaklı lehine bir alacak rehninin söz konusu olduğunu savunmaktadır.

[85] Bkz. ATF 110 II 24

[86] Komşu malikin rehin konusu taşınmaza verdiği zarara karşılık olarak ondan istenecek tazminatın rehnin kapsamına girmeyeceği yönünde bkz. ATF 52 II 201. İsviçre Federal Mahkemesi, üçüncü kişi tarafından taşınmaz malikine ödenen tazminat bakımından ise MK m. 879 hükmünün kıyas yoluyla uygulanamayacağını; rehinli alacaklının menfaatlerinin MK m. 867 hükmü vasıtasıyla korunabileceğini belirtmiştir.

Yukarıda belirtildiği gibi, rehin konusu taşınmazın kamulaştırılması da, malikin kusurundan kaynaklanmayan bir nedenle taşınmazda değer kaybının görülebildiği hâllerden sayılmaktadır. Rehin konusu taşınmazın kamulaştırılması hâlinde rehinli alacaklıların, MK m. 867 hükmünde öngörülen yetkileri kullanıp kullanamayacağı hakkında bir yorum yapılabilmesi için; taşınmaz malikine **kamulaştırma bedeli** ödenmesinin, söz konusu maddenin ilk fıkrasında öngörülen "*malikin zarardan ötürü tazminat alması"* şartını karşılayıp karşılamadığının tespit edilmesi gerekir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki Türk hukukunda, rehinli taşınmazın kamulaştırılmasının, rehin hakkı sahipleri açısından maddî hukukla alâkalı ne gibi sonuçlar doğuracağını öngören bir düzenleme mevcut değildir. MK m. 858 hükmü, ilk fıkrasında taşınmaz rehninin, tescilin terkini veya taşınmazın tamamen yok olmasıyla sona ereceğini söyledikten sonra; ikinci fıkrasında kamulaştırmaya ilişkin kanun hükümlerinin saklı olduğunu belirtmekle yetinmiştir. İsviçre hukukundan farklı olarak, MK m. 858/f. 2 hükmünün kendisine atıf yaptığı Türk Kamulaştırma Kanunu'nda da konuyu düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır[87]. Bu durum Türk öğretisinde bir görüşün[88], kamulaştırma netice-

---

[87] Türk hukukundan farklı olarak İsviçre Kamulaştırma Kanunu (Loi fédérale sur l'expropriation (LEx)) m. 24 hükmü ise, kamulaştırılan eşya üzerinde tesis edilmiş bulunan rehin hakkı, taşınmaz yükü ve intifa hakkı sahiplerinin, İsviçre Medenî Kanunu gereğince haklarını, taşınmaz yerine geçen kamulaştırma bedeli üzerinde kullanacakları hususunu açıkça öngörmektedir: "*Les titulaires de droits de gage immobilier, de charges foncières et d'usufruits constitués sur la chose expropriée exercent leurs droits, conformément au code civil suisse, sur l'indemnité qui la remplace*". Bununla birlikte, adı geçen düzenlemenin yürürlüğe girdiği 1930 yılından önce söz konusu olan kanun boşluğunun, İsviçre Federal Mahkemesinin verdiği bir kararla, daha sonraları İsviçre yasa koyucusu tarafından kabul edilecek olan LEx m. 24 ile paralel bir biçimde doldurulmuş olduğu da görülmektedir. Bu kararda İsviçre Federal Mahkemesi, rehinli taşınmazın kamulaştırılması durumunda, malike ödenen kamulaştırma bedelinin akıbeti ve rehinli alacaklıların hakları ile ilgili olarak CC art. 804 (MK m. 861) hükmünün kıyasen uygulanması gerektiğine karar vermiştir. Bkz. ATF 53 II 457. Ayrıca bkz. MARCHAND, Art. 810, No: 4.

Bilindiği gibi MK m. 861, arazi parçalarının birleştirilmesi hâlinde teminatın durumunu düzenleyen bir hükümdür. Arazi parçalarının birleştirilmesi söz konusu olduğunda, her ne kadar arazisini terk eden malike bunun karşılığında genellikle başka yerde yeni bir arazinin verilmesi esas olsa da; değiştirilen araziler arasında değer farklarının olması ya da malik tarafından terk edilen yerin küçüklüğü nedeniyle bunun karşılığında ona verilebilecek uygun bir arazi parçasının bulunmaması gibi nedenlerle, malike terk ettiği arazisi karşılığında bir bedel ödemesi de yapılabilir. İşte MK m. 861 hükmü de, malik tarafından terk edilen ve rehinle yüklü olan arazi karşılığında malike ödenecek bedel üzerinde rehinli alacaklıların haklarının nasıl korunacağı hususunu düzenlemektedir. Buna göre, rehinli taşınmaz için bedel olarak ödenecek para, rehinli alacaklılar arasında sıralarına göre; rehinli alacaklıların aynı sırada olmaları durumunda ise, alacaklarının miktarlarıyla orantılı olarak bölüştürülecektir (MK m. 861/f. 1). MK m. 861/f. 2 hükmüne göre ise; bu bedel, rehinle teminat altına alınmış olan alacak mikta-

sinde taşınmaz üzerindeki rehin hakkının sona ereceği yönündeki fikri savunmasına neden olurken; diğer bir görüş[89] ise, konu hakkındaki açık düzenleme yokluğu nedeniyle ortaya çıkan kanun boşluğunun, (arazi birleştirmelerinde malike ödenecek bedel üzerinde rehinli alacaklıların haklarını düzenleyen) MK m. 861, (sigorta tazminatı üzerindeki hakkı düzenleyen) MK m. 879 ve (intifa hakkına konu olan taşınmazın kamulaştırılmasını düzenleyen) MK m. 798 hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanarak doldurulması ve bunun neticesinde, rehinli alacaklıların haklarının kamulaştırılan taşınmaz yerine geçen kamulaştırma bedeli alacağı üzerinde devam edeceğinin kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bizim de katıldığımız bu son görüşün kabulüyle birlikte, tıpkı sigorta tazminatında olduğu gibi, taşınmaz malikine ödenen kamulaştırma bedeli de aynî ikame kuralı gereği kamulaştırılan taşınmazın kaim değeri olarak rehin konusunun yerini alacağından, taşınmazın kamulaştırılması durumunda rehinli alacaklıların MK m. 867 hükmünde öngörülen yetkileri kullanmasının söz konusu olmayacağı sonucuna varmak gerekir.

Görüldüğü gibi kanun koyucu, MK m. 867 hükmünde, yukarıda zikredilen hükümlerde öngörülen hukukî rejimden farklı olarak, rehin konusu taşınmazın değer kaybetmesi nedeniyle malike ödenecek olan tazminatın, aynî ikame kuralı gereği rehnedilen taşınmazın kaim değeri olarak rehnin kapsamına dâhil edilmesini tercih etmemiş; bununla birlikte taşınmaz malikinin bu tazminatı fiilen elde etmesi durumunda, rehinli alacaklıya tazminat miktarını aşmayacak ölçüde borçludan ek güvence vermesini, taşınmazı eski hâle getirmesini ya da kısmî ödeme yapmasını isteme konusunda yetkiler vermiştir.

IV. SONUÇ

Rehin konusu taşınmazın değer kaybına uğraması nedeniyle hakkı tehlikeye düşecek olan rehinli alacaklıya bir takım ek yetkiler veren kanun koyucu; rehinli alacaklının talepleri bakımından, taşınmazdaki değer kaybına

---

rının yirmide birini aştığı ya da bu oranı aşmasa bile yeni taşınmaz, alacak için yeterli güvence oluşturmadığı takdirde, alacaklının rızası olmadan borçluya ödenemeyecektir. Dolayısıyla söz konusu bedel, rehinle teminat altına alınmış alacak miktarının yirmide birini aşmıyor ve yeni taşınmaz da rehinli alacaklılar için yeterli güvenceyi sağlıyor ise, bu bedelin rehinli alacaklıların rızası alınmaksızın malike ödenmesi mümkün olacaktır. Bu konuda ayrıca bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, sh. 957; ÇETİNER, sh. 229, 230.

88 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, sh. 922, 464; NOMER/ERGÜNE, sh. 35; HELVACI, sh. 208.

89 ÇETİNER, sh. 226; AYBAY/HATEMİ, sh. 278; ERTAŞ, sh. 558.

malikin kusurunun neden olduğu ve olmadığı hâller arasında bir ayrım yapmış ve MK m. 867 hükmünde, MK m. 865 ve m. 866 düzenlemelerinden farklı bir hukukî rejim yaratmıştır.

Buna göre, taşınmazdaki değer kaybının malikin kusurundan kaynaklanmadığı hâllerde rehinli alacaklı, MK m. 865/f. 1 hükmünde öngörüldüğü gibi taşınmaz malikine karşı önleme davası açmak suretiyle hâkimden malikin taşınmazın değerini düşüren davranışlarda bulunmasını yasaklamasını isteyemeyecektir. Zira böyle bir durumda değer azalması taşınmaz malikinin kusurlu fiillerinden bağımsız bir biçimde gerçekleşmektedir. Bununla birlikte MK m. 865/f. 1 hükmü, önleme davasının yalnızca kusurlu davranışlarda bulunan taşınmaz malikine karşı açılabileceği yönünde bir ifade taşısa da; rehinli alacaklı aynî hak temelli olan bu davayı, değer kaybının devam etmesine kusurlu fiilleriyle yol açan ve rehin sözleşmesinin tarafı olmayan üçüncü kişilere karşı da açabilmelidir.

MK m. 867 hükmünde, MK m. 866/f. 1 hükmünden farklı olarak, rehinli alacaklının rehin konusu taşınmazın eski hâle getirilmesini isteme hakkından söz edilmemiştir. Ancak rehin konusu taşınmazın eski hâle getirilmesini isteme hakkının da, ek güvence ve kısmî ödeme isteme taleplerinde olduğu gibi MK m. 867/f. 1 hükmünde öngörülen sınırlamalara tâbi olarak kullanılabileceğini kabul etmek gerekir. Bu çerçevede rehinli alacaklı, taşınmaz malikinin fiilen elde ettiği tazminat miktarını aşmayacak ölçüde bir masraf yapılması kaydıyla taşınmazın eski hâle getirilmesi talebinde bulunabilmelidir.

MK m. 866/f. 3 hükmü, tamamlayıcı (ikincil) nitelikte bir yetki olan kısmî ödeme yapılmasını isteme yetkisinin yalnızca MK m. 866/f. 1'de öngörülen "başka güvence gösterilmesini isteme" talebinin yerine getirilmemesi durumunda kullanılabileceğini öngörmektedir. Ne var ki, kısmî ödeme yapılmasını isteme yetkisinin, İsviçre Medenî Kanunu m. 809 III hükmünde olduğu gibi, MK m. 866/f. 1'de öngörülen her iki talepten herhangi birinin sonuçsuz kalması hâlinde de kullanılabilmesi gerekir. Rehinli alacaklı ister "başka güvence gösterilmesini", isterse "rehinli taşınmazın eski hâle getirilmesini" talep etmiş olsun, bu talebi borçlu tarafından yerine getirilmemiş ise, o artık kısmî ödeme yapılmasını borçludan isteyebilmelidir.

MK m. 865-867 hükümleriyle amaçlanan, teminat konusu taşınmazın sonradan değer kaybetmesi neticesinde, rehinli alacaklının alacağını bütünüyle elde etme konusunda ciddi bir tehlike ile karşı karşıya kalmasının

önüne geçilmesi ve alacağının teminatı tehlikeye düşen alacaklıya bunun telafisi konusunda ilave destekler sağlanmasıdır. Bu nedenle, rehinli alacaklının, rehnedilen taşınmazın değer kaybına uğraması neticesinde alacağını bütünüyle elde edememe tehlikesi altında olup olmadığının her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Teminat konusu taşınmazın değerinde bir azalma olmasına rağmen, rehinli alacaklının alacağını bütünüyle elde edebileceği objektif olarak tahmin edilebiliyorsa; alacaklı, MK m. 865-867 hükümlerinde öngörülen imkânlardan yararlanamamalıdır.

KAYNAKÇA

AKİPEK Jale / AKINTÜRK Turgut / ATEŞ Derya, **Eşya Hukuku**, Beta, 2. Baskı, İstanbul, 2018

AYBAY Aydın / HATEMİ Hüseyin, **Eşya Hukuku**, Vedat Kitapçılık, 4. Bası, İstanbul, 2014

ÇETİNER Bilgehan, **Taşınmaz Teminatı**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015

DUBOIS Thierry, "Le rang des droits de gage immobiliers (fixation et modification)", **Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht**, 91/2010, Verlag Zürcher Notariatsverein, sh. 201-225

DÜRR David / ZOLLINGER Daniel, **Art. 805-823 ZGB, Zürcher Kommentar**, Das Grundpfand, 2. Lieferung, Allgemeiner Teil, Wirkung des Grundpfands, Teilband IV/2b/2, Zürich, 2013

EIGENMANN Antoine, "Les modifications des dispositions générales sur les gages immobiliers", **La réforme des droits réels immobiliers - Les modifications du Code civil entrées en vigueur le 1er janvier 2012** (Édt.: Bénédict Foëx), Schulthess Editions romandes, Genève, 2012, sh. 81-99

ERTAŞ Şeref, **Eşya Hukuku**, Barış Yayınları, 13. Baskı, İzmir, 2017

ESENER Turhan / GÜVEN Kudret, **Eşya Hukuku**, Yetkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara, 2017

FASEL Urs, **Art. 793-836 und 842-883 ZGB, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, Zürich, 2007

FOËX Bénédict, "Les gages immobiliers dans la durée", **Imprescriptibilité, contrôle et responsabilité - Les effets du droit de propriété dans le temps** (Édt.: Bénédict Foëx/Michel Hottelier), Schulthess Editions romandes, Genève, 2018, sh. 33-53.

GAPANY Pierre, "Hypothèques légales: La portée pratique des modifications du Code civil du 11 décembre 2009", **Journal des tribunaux - Droit civil, poursuite et procédure civile**, 2013 II, Société du Journal des Tribunaux, sh. 72-96

GÜRSOY Kemal T. / EREN Fikret / CANSEL Erol, **Türk Eşya Hukuku**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1978

HELVACI İlhan, **Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2008

HOMBERGER Arthur / MARTI Hans, "Gage immobilier I: Définition, Objet, Constitution, Droits de Gage en Faveur du Propriétaire ou au Porteur, Extinction", **Fiche juridique suisse**, No: 608, 1942

HÜRLIMANN-KAUP Bettina, **Grundfragen des Zusammenwirkens von Miete und Sachenrecht**, Schulthess Verlag, Zürich, 2008

KÖPRÜLÜ Bülent / KANETİ Selim, **Sınırlı Aynî Haklar**, Fakülteler Matbaası, 2. Bası, İstanbul, 1982

LEEMANN Hans, **Berner Kommentar: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch**, Band IV/2, Art. 730-918, Bern, 1925

LÖTSCHER Markus, **Das Grundstück als Gegenstand von Grundpfandrechten**, Universitätsverlag, Fribourg, 1988

MARCHAND Sylvain, **Commentaire Romand** (éd: Pascal Pichonnaz/Bénédict Foëx/Denis Piotet), Code Civil II, Art. 793-811, Bâle, 2016

NOMER Halûk Nami / ERGÜNE Mehmet Serkan, **Eşya Hukuku, Cilt II, Rehin Hukuku,** On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016

OĞUZMAN M. Kemal / SELİÇİ Özer / OKTAY-ÖZDEMİR Saibe, **Eşya Hukuku**, Filiz Kitabevi, 19. Baskı, İstanbul, 2016

PIOTET Denis, "Le rôle du rang des droits de gage immobilier dans l'exécution forcée", **Les gages immobiliers: Constitution volontaire et réalisation forcée** (éd: Michel Hottelier/Bénédict Foëx), Bâle, 1999, sh. 155-200.

PIOTET Paul, **Les droits réels limités en général, Les servitudes et les charges foncières, Traité de droit privé suisse,** Tome V/I, 3, 2e édt., Fribourg, 1985

SCHMID Christina, Art. 793-823 ZGB (Hrsg: Kren Kostkiewicz, Jolanta; Wolf, Stephan; Amstutz, Marc; Fankhauser, Roland), **Orell Füssli Kommentar**, Schweizerisches Zivilgesetzbuch. 3. Auflage, Zürich, 2016

SIMONIUS Pascal / SUTTER Thomas, **Schweizerisches Immobiliarsachenrecht**, Bd. II, Die beschränkten dinglichen Rechte, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1990

SİRMEN Lâle, "Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehninin Düzenleniş Biçimi, Niteliği ve Rehne Hâkim Olan İlkeler", **Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu, 16 Şubat 2018** (Ed: A. Lâle Sirmen/A. Barış Özbilen), Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, sh. 21-52.

SİRMEN Lâle, **Eşya Hukuku**, Yetkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara, 2019

STEINAUER Paul-Henri, **Les droits réels**, Tome III, Stämpfli Verlag, 4ème édition, Berne, 2012

TRAUFFER Bernhard / SCHMID-TSCHIRREN Christina, Art. 793-823 ZGB (Hrsg: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas), **Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II**, Basel, 2011

WIELAND Carl Albert, **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch**, Band IV, Das Sachenrecht, Art. 641-977 ZGB, Zürich, 1909

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2020; 2: 1239-1320

DİJİTAL VASİYETNAME VE VASİYETLERİN ŞEKLE UYGUNLUĞUNUN TÜRK POZİTİF HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ(*)

Doç. Dr. Ahmet TÜRKMEN(**)

Öz: Teknolojinin gelişmesi ve dijital ortamda veri oluşturulmasına yarayan araçların ortaya çıkması neticesinde son zamanlarda dijital ortam üzerinden ölüme bağlı son arzuların açıklanmasına sıkça rastlanmaktadır. Bu çalışmada, bu yöntemlerle açıklanan irade açıklamalarının Türk miras hukukunda şeklî anlamda ölüme bağlı tasarrufların tabi olduğu "*numerus clausus*" prensibi karşısında nasıl yorumlanması gerektiği ve "*favor testamenti*" yaklaşımla bunların geçerli olarak ayakta tutulup tutulamayacağı karşılaştırmalı hukuktaki gelişmelerle birlikte Türk pozitif hukuku açısından incelenmektedir.

Bu çerçevede dijital platformlarda yapılan yazılı, elektronik yazı ve imzalı, biyometrik yazı ve imzalı vasiyetnameler ile görüntü ve/veya sesli vasiyetname ve vasiyetlerin *-de lege lata-* geçerli sayılıp sayılamayacağı ve fonksiyonel yaklaşımla bunlardaki tipik şekil eksikliklerinin aşılıp aşılamayacağı üzerinde durulmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Dijital Vasiyetname, Dijital Vasiyet, Vasiyetçi, Favor Testamenti, Vasiyetnamenin Şekli.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 07.08.2020. Makale Kabul Tarihi: 02.09.2020.

(**) Kırklareli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medenî Hukuk Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi (ORCID kimlik no: 0000-0003-4288-6607; *ahmetturkmen@klu.edu.tr*).

AN ANALYSIS OF ELECTRONIC (WRITTEN) AND VIDEO-AUDIO WILLS' COMPLIANCE IN THE MEANS OF FORMALITY UNDER TURKISH CURRENT LAW

Abstract

As a consequence of the advancements in technology and emergence of data generation devices, it has been widely observed that many individuals prefer to express their last wishes before death on digital environment within the recent years. In this paper, it is analyzed how these methods of intent of will should be interpreted according to the principle of "*numerus clausus*", which form of testamentary dispositions are subject to and whether the methods are considered valid by the approach of "*favor testamenti*", under Turkish current law, taking account of the developments in comparative law.

Within this context, it has been reviewed whether written, electronically written and signed, biometric texts, visual and/or audio wills created on digital platforms could be - *de lege lata*- valid or not and whether it is possible to overcome the typical defects in form by utilizing the functional approach.

Keywords: Electronic Will (written), Video-Audio Will, Testator, Favor Testamenti, Form of Will.

GİRİŞ

Teknolojinin gelişmesine bağlı olarak dijital ortamda veri oluşturulmasını sağlayan araçların ortaya çıkması ve bunların toplumlarda kullanımının yaygınlaşması diğer hukuk dallarına nazaran daha statik bir alan olan miras hukuku alanını da tüm dünyada hareketlendirmiştir. Kişinin öldükten sonra geriye bıraktığı dijital terekesi çok fazla sayıda bilimsel araştırmaya konu olmuştur. Mirasbırakanın ardında bıraktığı dijital tereke yanında, miras hukukunu hareketlendiren bir diğer kavram da dijital vasiyetnameler ve bu arada sözlü yapılması halinde dijital vasiyetler olmuştur. İnsanlar artık ölüme bağlı son arzularını kanunların öngördüğü geleneksel yöntemler dışında, her zaman rahatça ulaşabildiği ve günlük sosyal yaşamımızın bir parçası haline gelen dijital ortamlarda da açıklamaya başlamıştır. Henüz Türk hukukunda kişinin ölüme bağlı son arzularını dijital ortamda açıklamasıyla ilgili bir uyuşmazlık mahkemelere yansımış değildir; lâkin karşılaştırmalı hukukta ve özellikle Anglo-Sakson hukukunun egemen olduğu ülkelerde bu konuda

hatrı sayılır içtihatlar oluşmuştur. Hatta ABD'nin bazı eyaletlerinde dijital vasiyetnameler, elektronik vasiyetname (electronic will) adı altında yeni bir tür olarak yasalarda da düzenlemeye kavuşturulmuştur.

Kara Avrupası ve bu arada Türk pozitif hukukunda ise şimdilik dijital vasiyetnameye ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Bizim hukukumuzda vasiyetnameler, *numerus clausus* ilkesine tabi olarak yalnızca resmî, el yazılı ve istisnaî olarak da sözlü olarak yapılabilmektedir (TMK m. 531 vd.). Dolayısıyla pozitif hukukumuzda bu tür ölüme bağlı tasarrufların geçerli olup olmayacağı da bu sınırlı sayıda şekil türü içinde değerlendirilmelidir.

Ölüme bağlı tasarrufun tüm hukukî yollar zorlanarak ayakta tutulmasını amaçlayan miras hukukunun altın ilkesi "*favor testamenti*", dijital ortamda yapılan ölüme bağlı tasarrufların da ayakta tutulması için başvurulan önemli bir fonksiyona sahiptir. Esasında *favor testamenti* yaklaşımla dijital ortamda düzenlenen vasiyetnamelerin şekil yönünden ayakta tutulması, genel olarak vasiyetnamelerdeki ilkelerden bir farklılık arz etmemektedir. Onun farklılığı, modern çağın dijital ortamda veri oluşturulmasını sağlayan imkânlarından yararlanılarak düzenlenen vasiyetnamelerin kanunda yer alan şeklî anlamda vasiyetnamelerden ve bu arada geleneksel vasiyetnamelerden farklı bir formatta düzenlenmiş olmasından ibarettir.

Vasiyetnamelerin geçerliliğine ilişkin bir somut uyuşmazlığın çözümünde pozitif hukuk kuralları, toplumu oluşturan kişilerin ihtiyaçları, davranışları, çağın sosyal kültürel gerekleri ve bu arada çağın teknik gelişmelerinden soyutlanamaz. Mademki teknoloji bizlere kişinin başta Anayasal hakkı olan miras bırakma hakkının (AY m. 35/I) ve *animus testandi*'sinin, saygı duyulan son arzularının -kimi olasılıklarda şimdiki düzenlemelerden daha fazla- daha sağlıklı ve güvenli biçimde hayata geçirilmesinde yeni imkânlar sunmuştur, o halde bu imkânlar pozitif hukukun şekle ilişkin kurallarının lafzî yorumuyla, sıkı şekilcilikle ve gelenekçi bir anlayışla görmezden gelinemez. Kısaca çözüm yalnızca -*de lege ferenda*- içinde değil, kanunun ruhu araştırılarak (TMK m. 1/I) -*de lege lata*- içinde de aranmalıdır.

Bu çalışmada genel itibariyle karşılaştırmalı hukuk yaklaşımları ve gelişmeleri de dikkate alınarak, Türk pozitif hukukunda dijital vasiyetname ve vasiyetlerin "*favor testamenti*" ilkesinin de desteğini alarak aşağıda ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz fonksiyonel yaklaşımla şekle uygunluğu değerlendirilmektedir.

I. DİJİTAL VASİYETNAME VE VASİYET KAVRAMI

Dijital ölüme bağlı tasarruflara ilgi tüm dünyada gün geçtikçe artmaktadır[1]. İnsanlar ölüme bağlı son arzularını yazılı, sesli ve/veya görüntülü olarak bilgisayarlar, tabletler, akıllı telefonlar gibi offline olarak dijital verileri saklama imkânı veren cihazlarına kaydettikleri gibi, elektronik posta, telefonların kısa mesaj servisleri, sosyal medya hesapları ve online iletişim kurmaya yarayan benzer mecralar üzerinden de yayınlayabilmektedir[2]. Bu şekilde yapılmış vasiyetnamelerin ve bu arada sözlü yapılması halinde vasiyetlerin geçerli olup olmadığı tüm dünyada tartışma konusu olmaktadır.

Ülkemizde bugüne kadar tespit edebildiğimiz kadarıyla yargı kararlarına konu olmuş bir dijital vasiyetname ve vasiyet uyuşmazlığı henüz yoktur[3]; lâkin bu konuda özellikle Anglo-Sakson hukukunun egemen olduğu ülkelerde hatrı sayılır yargısal içtihatlara rastlanmaktadır[4]. Dijital vasiyetname ve vasiyetin genel kabul görmüş bir tanımı olmamakla birlikte, vasiyetçinin her türlü dijital ortamda son arzularını içeren tek taraflı ölüme bağlı irade açıklamalarının bu kapsama girdiği kabul edilebilir. Bu çerçevede dijital vasiyetname ve bu arada yazılı olarak üretilmemesi halinde dijital vasiyet, vasiyetçinin son arzularını içeren vasiyet bırakma iradesini bir dijital veri olarak üretmesine imkân tanıyan araçlar vasıtasıyla açıklamasını sağlayan yeni nesil tek taraflı bir ölüme bağlı tasarruf olarak tanımlanabilir. Doktrinde bu tanıma ek olarak, vasiyetçi tarafından üretilen dijital verinin kaydedilip saklanmaya da elverişli olması gerektiği ifade edilmektedir[5].

---

1 HIRSCH, Adam J., "Technology Adrift: In Search of a Role for Electronic Wills**, Boston College Law Review**, Vol. 61, 2020, s. 859; HARVARD LAW REVIEW DEVELOPMENTS IN THE LAW - MORE DATA, MORE PROBLEMS, Chapter Four: What is an Electronic Will", **Harvard Law Review**, Vol. 131, No. 6, April 2018, s. 1809; HERGENRÖDER Cyril H., "Testieren 2.0: Errichtung eines digitalen eigenhändigen Testaments mittels Touch- oder Smartpen?", **Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge**, No. 1, 2018, s. 7; ZAŁUCKI Mariusz, "Testamentary Succession, New Technologies and Recodification: On the Research that Needs to Be Conducted", **Societas Et Iurisprudentia**, Volume II, Issue 2, 2014, (Kısaltma: Testamentary), s. 26.

2 HORTON David, "Tomorrow's Inheritance: The Frontiers of Estate Planning Formalism", **Boston College Law Review**, Vol. 58, Issue 2, 2017 (Kısaltma: Formalism), s. 564-565.

3 YILDIRIM Arzu / VEREP Gökbüke Deren, "Elektronik Vasiyetname ve Geçerlilik Koşulları", Part 16, Summer 2018, **GSI Arcticletter**, s. 274.

4 Bunların geniş bir listesi için bkz. GEE Kyle B., "Electronic Wills and the Future: When Today's Techie Youth Become Tomorrow's Testators", 2015, s. 21.

5 ORUÇ Murat, "Electronic Will", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 76, Sayı 1, 2018, s. 206. Kanaatimce dijital verinin kaydedilip saklanması, özellikle tek taraflı ölüme bağlı tasarrufun varlığı ve vasiyetçinin iradesinin içeriğini tespit noktasında ispat fonk-

Vasiyetname hukukunun şekil kurallarının gelişim sürecine genel olarak bakıldığında miras hukukunun direngen, sıkı şekilci, muhafazakar ve statik yapısı *-pozitif hukukta geçerlilikleri tartışması bir kenara bırakılacak olursa-* dijital vasiyetnamelerin yeni bir vasiyetname türü olarak kabul edilmesini engelleyemeyecek gibi görünmektedir. Dijital vasiyetnameler, vasiyetçiyi uyarma, içeriğini güvence altına alma ve vasiyetçinin kimliğini teşhis noktasındaki endişeleri tam olarak giderdiğinde ve özellikle el yazılı vasiyetnamelerin şekil kurallarıyla öngörülen asgarî fonksiyonlarını sağladığında el yazılı vasiyetnameye iyi bir alternatif olarak gözükmektedir. Vasiyetnamenin şekil kurallarıyla öngörülen bu amaçlara teknolojinin gelişmesiyle birlikte ulaşılması halinde, özellikle el yazılı vasiyetnamelerin dijital vasiyetnamelere daha ne kadar direnç göstereceği merakla beklenmektedir[6]. Bu vasiyetname türünün yakın zamanda pozitif hukukumuzun şeklî anlamda vasiyetname türleri olan sözlü, el yazılı ve resmî vasiyetnameler yanında "*dördüncü vasiyetname*" türü olarak hayatımıza girmesi olasılığı gün geçtikçe artmaktadır[7]. Lâkin itiraf etmek gerekir ki; dijital vasiyetnameler yalnızca vasiyet bırakma iradesini dışa vurmada kullanılacak araçların türünde ve iradenin dış dünyada büründüğü şekil itibariyle bir yenilik getirecektir. Vasiyetname şekil hukukuna özünde bir yenilik getirmemesi sebebiyle bunları *özgün bir yenilik* olarak nitelemek yanıltıcı olabilir.

Dijital vasiyetnamelerin yeni bir tür olarak kanunlarda yer alıp almaması bir kenara bırakılacak olursa, bunların avantajları şu şekilde sıralanabilir: Dijital vasiyetnameler, el yazılı vasiyetnameler gibi masrafsız ve çabuk olarak hazırlanabilmesi, günümüz sosyal yaşam alışkanlıkları göz önüne alındığında el yazılı vasiyetnameye göre hazırlanmasının daha pratik olması, gerekli güvenlik önlemlerinin ve sistem altyapısının kurulması halinde yok olma ve tahrif edilme risklerine karşı gerek evde gerekse notere tevdi halinde daha güvenli olarak saklanabilmesi, yine gerekli sistem altyapısının kurulması halinde zaman damgası teknolojisi sayesinde el yazılı vasiyetnamede düzenleme tarihinin hiç yazılmaması, eksik yazılması, kasten veya sehven hatalı yazılması gibi sorunları kesin olarak ortadan kaldırması, kimi altyapı sistemlerinin dijital verinin oluşturulduğu yeri de koordinatlarıyla

---

siyonunun yerine getirip getirilmediğine ilişkin bir geçerlilik sorunudur; yoksa onun tanımının *-en azından pozitif hukukumuzda-* zorunlu bir unsuru değildir.

6 SEROZAN Rona, içinde Serozan, Rona / Engin, Baki İlkay, **Miras Hukuku**, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 331; HIRSCH, s. 828.

7 Doktrinde ORUÇ bu vasiyetname türüne ilişkin bir kanun metni önerisi bile yapmıştır (s. 217).

birlikte kesin olarak saptanmasına imkân vermesi nedeniyle özellikle milletlerarası hukukta şekle uygulanacak hukukun tespitini kolaylaştırması, sistem altyapısı kurulmasa bile vasiyetçinin vasiyet bırakma iradesine ilişkin açıklamasının yer aldığı dijital veriden düzenleme tarihinin saptanabilmesine olanak tanıması, sesli ve görüntülü vasiyetlerde vasiyetçinin son arzularını daha iyi ifade edebilmesini sağlaması, bu yolla yapılan vasiyetlerde vasiyetçinin ses tonu, jest ve mimiklerinden latife beyanı veya zihni kayıtta bulunup bulunmadığının en azından el yazılı vasiyetnameye göre daha kolay tespit edilmesine imkân vermesi ve genel olarak vasiyetname içeriğinin yorumlanmasına katkı sağlaması, niteliği itibariyle vasiyete sonradan üçüncü kişiler tarafından yapılabilecek ilaveleri engellemesi, durum ve koşullara göre kanunun öngördüğü diğer vasiyetnamelerin yapılmasına imkân bulunmayan hallerde, örneğin dağda kar ve tipide kaybolan kişinin yazılı vasiyetname (el yazılı olmayan) veya sesli ve/veya görüntülü vasiyet yapmasına olanak tanıması, aynı şekilde olağanüstü durumlarda yapılmasına izin verilen sözlü vasiyetnamelerdeki vasiyetçinin iradesinin tanıklar yoluyla kasten veya sehven değiştirilmesini engellemesi, okuma-yazma bilmeyenlere ve görme engellilere resmî vasiyetname dışında vasiyet yapma imkânı tanıyarak onların da vasiyet içeriklerinin mahremiyetini sağlamalarına olanak tanıması olarak sıralanabilir[8].

Dijital vasiyetnamenin bu avantajlarına rağmen özellikle vasiyetçiyi uyarma, koruma ve vasiyetname içeriğini belgeleme fonksiyonlarını yerine getirmede yeterli olmaması, dijital ortamda hazırlandığı için yok olma, tahrif edilme ve vasiyetname geri alındığı halde üçüncü kişiler tarafından tekrar dolaşıma sokulma risklerine karşı yeterince koruma sağlamaması, diğer vasiyetname türlerine göre daha fazla sahtelik riski taşıması, vasiyetçinin vasiyetname yapma ehliyetine sahip olup olmadığının veya iradesinin sakatlanıp sakatlanmadığını tespitini güçleştirmesi -*unutulmasın ki aynı riskler el yazılı vasiyetnamelerde de vardır*-, olağan bir vasiyetname yapma yöntemi olmadığı için vasiyetçinin irade açıklamasının ciddi, samimi ve gerçek olup olmadığını tespit etmeyi güçleştirmesi, kimi durumlarda oluşturuluş biçimi itibariyle vasiyetname projesinden ayırmanın zor olması ve yaratılmasının

---

8 Dijital vasiyetnamelerin avantajları hakkında ayrıca bkz. AYBAY Aydın, **Miras Hukuku Dersleri**, 3. Bası, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No. 15, İstanbul, 2002, s. 34, dn. 2; HIRSCH, s. 878; SAVAŞ Abdurrahman, "İnternet Ortamında Yapılan Tek Taraflı Hukukî İşlemler ve Özellikle Elektronik Vasiyetname", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 15, Sayı 2, 2007, s. 79; ORUÇ, s. 207.

daha kolay olması nedeniyle birbiriyle yarışan vasiyetnameler sorununa sebep olabilmesi gibi gerekçelerle eleştirilmektedir[9].

Dijital vasiyetnameler özellikle, vasiyetçiyi uyarma, gerçek kimliğini teşhis ve iradesini tespit noktasında yoğun eleştirilere uğramaktadır. Bu endişeler yersiz değildir; ama teknolojinin imkânlarından yararlanılarak bu fonksiyonların vasiyetçinin davranışsal özelliklerini taşıyan biyometrik verilerle kimliğinin ve vasiyet yapma iradesinin şüpheye yer vermeyecek derecede veya en azından asgarî olarak el yazılı vasiyetnamelerdekine eşdeğer olarak sağlanması halinde bu dezavantajlar da bertaraf edilmiş olacaktır[10]. Vasiyetçiyi uyarma fonksiyonunun yerine getirilmesi bakımından ise el yazılı vasiyetnamelerdeki uyarı fonksiyonuna eşdeğer özel koşullar gereklidir[11].

II. VASİYETNAMEYE İLİŞKİN ŞEKİL KURALLARININ TARİHSEL GELİŞİMİ

Dijital vasiyetnamelerin şekle uygunluğunun değerlendirilmesi tarihsel süreç içinde vasiyetnamelerin şekil sürecindeki evriminden bağımsız düşünülemez. Vasiyetnamenin şekil kurallarına ilişkin tarihsel sürece genel olarak bakıldığında, vasiyetnamelerin başlangıçta daha sıkı şekil kurallarına ve özellikle tanıkların katılımını zorunlu kılan özel bir merasime tabi olduğu, ancak zaman içerisinde vasiyetçinin vasiyet bırakma hakkını ve irade özerkliğini genişletmek amacıyla bu sıkı şekil kurallarının yumuşatıldığı göze çarpmaktadır. Vasiyetçinin hiç kimsenin katılımını gerekli kılmayan, ona kendi başına vasiyetname yapma olanağı tanıyan el yazılı vasiyetnameler bu süreç içinde önemli bir dönüm noktası olmuştur.

Genel olarak tarihsel sürece bakıldığında askeri sözlü vasiyetten dijital vasiyetnameye giden uzun bir yol karşımıza çıkmaktadır. Tüm bu gelişim süreci, esasında vasiyetçinin vasiyetname yapma iradesinin tecellisi için şekil kurallarının esnetilmesi ve her geçen gün bir şekil kuralından daha

---

9 Dijital vasiyetnamelerin genel olarak dezavantajları hakkında bkz. BODDERY Scott S., "Electronic Wills: Drawing a Line in the Sand Against Their Validity", **Real Property, Trust and Estate Law Journal**, Vol. 47, No. 1 (Spring 2012), s. 206-207; GRANT Joseph K., "Shattering and Moving Beyond the Gutenberg Paradigm: The Dawn of the Electronic Will", **University of Michigan Journal Law of Reform**, Vol. 42, No. 1, 2008, s. 121-122; ORUÇ, s. 207-208.

10 Karş. GRANT, s. 135.

11 Bu konuda bkz. aşa. III. 3. B.

ödün verilmesi şeklinde ilerlemektedir. Gerçekten de vasiyetçinin iradesinin ortaya çıkmasına engel olan şekil kurallarının esnetilmesi, tam da onun iradesinin tecellisi ve son arzularının hayata geçirilmesi için bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sonuç esasında *favor testamenti* yaklaşımın bu gelişim sürecine vurduğu kaçınılmaz bir damga olarak görülmelidir ve dijital vasiyetnamelerin şekle uygunluğu da bu süreç bağlamında değerlendirilmelidir.

1. Klâsik Dönem

Roma hukukunda eski dönemlerde yalnızca savaşa hazır askerlerin yapabildiği ve hiçbir şekil şartına tabi olmayan sözlü vasiyet (*testamentum in procinetu*)[12] ile olağan dönemlerde senede yalnızca iki defa (24 Mart ve 24 Mayıs tarihlerinde) vasiyetçinin iradesini halk meclisi (*comitia*) önünde açıkladığı ve rahiplerin de katılımıyla gerçekleşen "*testamentum calatis comitiis*" türünde vasiyetler mevcut idi[13]. Birinci vasiyetnamenin yalnızca askerler tarafından yapılabilmesi ve istisnaî nitelik taşıması ve ikinci vasiyetnamenin de yalnızca yılın belirli dönemlerinde yapılabilmesi nedeniyle, kişilere vasiyetname yapabilme imkânını tanımak amacıyla rahipler ve uygulayıcılar "*külçe ve terazi*" ile yapılan bir vasiyetname türü geliştirdiler. "*Testamentum per aes et libram*" adı verilen bu vasiyet türünde vasiyetçi mallarını *mancipatio* yoluyla "*emptor familiae*" adı verilen güvenilir bir kişiye teslim ettikten sonra son arzularına ilişkin olarak ona talimat verir, malları alan kişi ise "*nuncupatio*" adı verilen ikinci bir işlemle tanıklar önünde bu arzuları yerine getirmeyi taahhüt ederdi[14].

Iustiniaus döneminde sözlü, yazılı ve resmî vasiyetname şeklinde üç vasiyetname türü bulunmaktaydı. Sözlü vasiyet (*testamentum per nuncupationem*), vasiyetçinin *yedi* tanığın huzurunda son arzularını beyan etmesi yo-

---

[12] UMUR Ziya, "Roma Miras Hukuku'nun Ana Hatları", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 31, Sayı 1-4, 1965, s. 168; BERKİ Şakir, "Romada Miras Hukuku", **Ankara Üniversitesi Hukuku Fakültesi Dergisi**, Cilt 10, Sayı 1-4, 1953, s. 544. Bu vasiyet türü daha sonra Iustinianus döneminde "*testatentum militis*" adı altında revize edilmiş haliyle tekrar ortaya çıkmıştır. Bu yeni haliyle sözlü vasiyet, vasiyeti yapan askerin bir yıl içinde ölmemesi halinde kendiliğinden hükümden düşerdi (UMUR, s. 171; GÜNAL A. Nadi, "Roma Miras Hukuku'na Genel Bir Bakış ve Vasiyet Yolu ile Miras", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 44, Sayı 1, Ocak 1995, s. 434).

[13] UMUR, s. 168; BERKİ, s. 543-544.

[14] UMUR, s. 168 vd.; BERKİ, s. 545; DURAL Mustafa, **El Yazılı Vasiyetname**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1967, s. 5; GÜNAL, s. 433.

luyla yapılmakta ve başka bir şekil şartı içermemekteydi[15]. Yazılı vasiyetnamenin (*testamentum per scripturam*) geçerliliği ise vasiyetçinin kendi el yazısıyla yazdığı bir metni ve *yedi* Roma vatandaşı tanığın ve vasiyetçinin aynı anda imzalamalarını gerektirmekteydi[16]. Resmî vasiyetname ise vasiyetçinin *magistra* önünde yaptığı beyanın resmî defterlere kaydedilmesi şeklinde yapılıyordu (*testamentum apud acta conditum*)[17].

Roma hukukunun çağdaş vasiyetname hukukuna en büyük etkisi, hiç şüphesiz bugün hem Anglo-Sakson hukuku hem de Kara Avrupası hukuku kodifikasyonlarını etkileyen *yazılı vasiyetnameler* yoluyla olmuştur. Iustinianus döneminde kabul görmemiş bu yazılı vasiyetnamelere ondan önceki dönemde II. Theodosius ve III. Valentinianus döneminde rastlanır[18]. Vasiyetçinin kendisinin ön planda olduğu bu vasiyetnameler, mahremiyeti sağlaması nedeniyle özellikle tercih edilmekteydi[19]. Bu dönemde yazılı vasiyetnamelerin iki türü bulunmaktaydı. Başkası tarafından kaleme alınan vasiyetnamenin vasiyetçi tarafından tanıklar önünde imzalanması şeklinde yapılan türüne *testamentum allographum*[20], bizzat vasiyetçinin tanıkların katılımı olmaksızın baştan sona kendi el yazısıyla yazıp imzaladığı türüne ise *testamentum holographum* adı verilmekteydi[21]. Bunlardan *testamentum allographum* bugün Anglo-Sakson hukukuna esin kaynağı olurken[22], Kara Avrupası hukuku tercihini *testamentum holographum*'dan yana kullanmıştır. Bunlardan birincisi vasiyetçinin kimliğinin teşhisini tanıklara ve salt yazılı imzaya bırakıp vasiyetname içeriğinin riskini vasiyetçiye yüklerken ve bu arada vasiyetname yapan kişiyi uyarma fonksiyonu tanıklar önünde merasim

---

15 UMUR, s. 170.

16 UMUR, s. 170.

17 BERKİ, s. 546; GÜNAL, s. 434.

18 BERKİ, s. 546; İNAN Ali Naim / ERTAŞ Şeref / ALBAŞ Hakan, **Miras Hukuku**, 10. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 174; GÖNEN Doruk, **El Yazılı Vasiyetname**, Legal Yayınevi, İstanbul, 2007, s. 29.

19 BERKİ, s. 546.

20 DURAL, s. 6; GÖNEN, s. 30.

21 Bu vasiyetname türünde önceleri vasiyetnamenin bir tanığın yanında yapılması ve tanığın da imzası gerekmekteyken, sonraları tanığın bulunması şartı kaldırılmıştır (GÜNAL, s. 434).

22 1837 tarihli İngiliz Vasiyetname Kanununa göre (Wills Act) vasiyetçi dışında bir başkası tarafından yazılan vasiyetnameler vasiyetçi ve iki tanık tarafından imzalanması halinde geçerli bir vasiyetname olarak kabul edilmektedir (Wills Act Section 9). Ancak Anglo-Amerikan hukukunda alografik vasiyetnameler yanında tamamen el yazılı (holografik) vasiyetnameler de bir vasiyetname türü olarak kabul edilmektedir. ABD'de 26 eyalet holografik vasiyetnameleri bir vasiyetname türü olarak düzenlemiştir (HIRSCH, s. 830).

koşuluyla etkin biçimde yerine getirip onun vasiyetnameye yapmaya ehil olduğunu daha fazla güvence altına alırken, ikincisi ise vasiyetçinin kimliğini teşhiste onun el yazısını yeterli görmekte, düzenleme tarihini bir şekil şartı olarak öngörerek vasiyetname yapma ehliyetini kısmen güvence altına almakta ve vasiyetname içeriğinin riskini ise metnin vasiyetçi tarafından oluşturulması yoluyla ve böylece vasiyetçiyi uyarma fonksiyonuyla sağlamlaştırmaktadır.

Yakın tarihimizde vasiyetname şekil hukukunda en önemli dönüm noktası hiç şüphesiz el yazılı vasiyetnamelerin kabulü olmuştur. Gerçekten de bugün dijital vasiyetnamelerin pozitif hukuka göre geçerli sayılıp sayılmayacağı tartışılabilir hale geldiyse, bunun en büyük dayanağı el yazılı vasiyetnamelere geçerlilik atfedilmesidir. Adlî bilimler ve özellikle grafolojideki teknik gelişmelerin özellikle kişiyi teşhis noktasında sağladığı avantajların el yazılı vasiyetnamelerin kabulünde bir role sahip olduğu düşünülürse, bu imkânlardan daha fazla yararlanmayı ve teşhisi kesin biçimde sağlamayı mümkün kılan teknolojik gelişmeler sayesinde yazılı dijital vasiyetname ve görüntülü/sesli dijital vasiyetlerin ilerde alternatif bir ölüme bağlı tasarruf yolu olarak görülmesi kaçınılmaz olacaktır[23]. Almanya'da uzun süre el yazılı vasiyetnamelere karşı tavır takınılmış, bunların yeterli güvenliği sağlamadığı ve özellikle kişinin vasiyetname yapma ehliyeti konusundaki tereddütleri giderememe gerekçesiyle kabulü gecikmiş, ancak nihayetinde orada da 1938 tarihli *Testamentumgesetz* ile el yazılı vasiyetnameler pozitif hukukun bir parçası haline gelmiştir[24]. Türk Medenî Kanununun kaynağı İsviçre hukukunda ise el yazılı vasiyetnameler yalnızca bunların mahkemelere tevdiinin zorunlu tutulup tutulmaması bağlamında tartışılmış ve sonunda bunun zorunlu olmayıp isteğe bağlı olarak yapılabileceği kabul edilmiştir (TMK m. 538/II)[25].

Türk hukukunda İsviçre Medenî Kanunundan iktibas edilen 743 sayılı Medenî Kanunda resmî, el yazılı ve sözlü vasiyetname türleri düzenlenmişti

---

[23] Karş. HALL Paige, "Welcoming E-Wills into the Mainstream: The Digital Communication of Testamentary Intent, **Nevada Law Journal**, Vol. 20, Issue 1, Fall 2019, s. 359.

[24] KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, **Miras Hukuku**, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987, s. 191; AKKANAT Halil, "El yazısı ile Vasiyetnamede Vasiyetname Metninin Özellikleri", **Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı**, 2. Cilt, Beta Yayınları, İstanbul, 2001, s. 800; GÖNEN, s. 40.

[25] OĞUZMAN M. Kemal, **Miras Hukuku,** 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995, s. 118; DURAL, s. 9 vd.

(eMK m. 478 vd.). Türk kanun koyucusu İsviçre Medenî Kanununda olduğu gibi bunlardan yazılı vasiyetnamelerde el yazılı vasiyetname -*testamentum holopraphum*- türünü tercih etmiş ve yine İsviçre Medenî Kanunu (ZGB) ile uyumlu olarak vasiyetnamenin metni, imza, düzenleme tarihi ve düzenleme yerinin vasiyetçinin el yazısıyla yazılmasını bir şekil şartı olarak kabul etmiştir (eMK m. 485). Bunlardan kantonal bir yapıya sahip İsviçre'de özel bir önem taşıyabilecek, bizim hukukumuzda ise yalnızca milletlerarası özel hukukta kanunlar ihtilafı bakımından önemi haiz olabilecek *düzenleme yeri* 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun kabulüyle şekil şartı olmaktan çıkarılmış, ancak *düzenleme tarihi* şeklin bir zorunlu unsuru olarak görülmeye devam edilmiştir. İsviçre'de ise 1996 yılında yapılan değişiklikle, düzenleme tarihinin eksikliği veya yanlışlığı yalnızca bu eksiklik veya yanlışlık başka yollardan giderilemediğinde ve tarih de vasiyetnamenin geçerliliği bakımından belirleyici olduğunda vasiyetnamenin geçersizliğine yol açacak bir unsur olarak kabul edilmiştir (ZGB Art. 520a)[26]. *Favor testamenti* yaklaşımla vasiyetnamenin şekil kurallarının amaca uygun yorumlanması sonucunda ortaya çıkan bu yeni düzenleme, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu bu değişiklikten daha sonra, 1.1.2002 tarihinde yürürlüğe girdiği halde kanun metnine alınmamıştır.

Bu süreçte genel olarak merasim formalitelerinin azaltılması, çok tanıklı vasiyetnameden onlara nazaran mahremiyeti daha fazla sağlayan az tanıklı vasiyetnamelere geçilmesi, vasiyetnamelerin resmî makamlar önünde bir merasim şeklinde düzenlenmesinden vazgeçilmemekle birlikte, alternatif bir yol olarak kişiye tek başına masrafsız, zahmetsiz vasiyetname düzenleme hakkı veren ve böylece vasiyetnamenin mahremiyetinin mutlak olarak sağlanması (*el yazılı vasiyetname*) gibi vasiyetçinin iradesine üstünlük tanıyan ve onun vasiyetname yapmasına kolaylık sağlayan gelişmeler göze çarpmakta, vasiyetçinin gerçek ve samimi vasiyet bırakma iradesinin saptanması ilkesinden ödün verilmeyerek törpülendiği görülmektedir. Bu kapsamda önce düzenleme yerinin bir şekil şartı olmaktan çıkarılması, sonrasında düzenleme tarihinin şekil kuralının amacıyla sınırlanması bunun güncel örnekleridir.

Tüm bu gelişmeler, esasında *favor testamenti* yaklaşımın bir sonucu olarak görülmelidir. Bu gelişim sürecinin son evresinde teknolojinin de gelişmesiyle insan hayatı ve yaşam alışkanlıklarının değişmesi sonucunda dijital vasiyetnamelerin de kapısı aralanmaya başlanmıştır.

---

[26] AS 1995 4882; BBl 1994 III 516, V 607.

2. Dijital Dönem

Alışveriş yaşamı, ticaret, bankacılık, eğitim, çalışma, kamu hizmetleri ve hatta sosyal ilişkilerde bile bunları aynı fizikî ortamda yürütmenin minimize edildiği modern hayatta el yazılı usûl de hızlı biçimde yerini dijital ortamdaki yazılı usûle bırakmaya devam etmektedir. Dijital dönüşüm süreci olarak adlandırılan bu süreç, başta 5070 sayılı Elektronik İmza Kanununun kabulü[27], sonrasında Türk Borçlar Kanununun hukukî işlemlerde güvenli elektronik imzanın el yazılı imzayla aynı sonuçları doğuracağını düzenleyen TBK m. 15/I c. 2 hükmü ile hukukî işlemleri ve UYAP (Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi), SEGBİS (Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi) gibi sistemlerin hayata geçirilmesiyle yargısal faaliyetleri, E-Devlet organizasyonuyla da kamusal faaliyetler ve özellikle belgelendirme işlemlerini pratik ve hızlı bir hale getirmiştir.

Artık günümüzde insanlar yanlarında el yazılı vasiyetname yapmaya olanak tanıyan kâğıt ve kalemden ziyade, başta mobil telefonlar olmak üzere dijital veri oluşturmaya yarayan araçlar bulundurmaktadırlar[28]. Teknolojinin gelişmesi sonucunda insanların yaşam alışkanlıklarının değişmesi ve dijital ortamda iradelerini açıklayacak olanakların artması dijital vasiyetnamelerin de bu araçlar vasıtasıyla yapılıp yapılamayacağını gündeme getirmiştir. Kara Avrupası miras hukuku alanında bu gelişime temkinli, soğuk ve tavırlı bir yaklaşım sergilenirken, Anglo-Sakson hukukunun egemen olduğu ülkelerde ise yavaş yavaş yasal düzenlemeler yapılmaya başlanmıştır.

Kanunlarda dijital vasiyetnameye ilişkin bir düzenleme olmaması karşısında yakın tarihte Fransa'da ilginç bir davaya rastlanmaktadır. Metz yerel mahkemesi, bir kadının el yazılı vasiyetnameye ilişkin kanun hükümlerinin dijital vasiyetname yapmayı engellediği gerekçesiyle bunun Fransa Anayasası tarafından da güvence altına alınan 1789 tarihli Yurttaş ve İnsan Hakları Bildirisinde yer alan mülkiyet hakkının uzantısı olarak kabul edilebilecek miras bırakma hakkını engellediği ve temel hak ve özgürlüklerini kısıtladığı gerekçesiyle yaptığı Anayasaya aykırılık itirazını, mahkeme, bilakis el yazılı vasiyetnamenin bu hakları yeterince güvence altına aldığı gerekçesiyle *ciddi bulmayarak* Anayasa mahkemesine gönderilmesine gerek görmemiş ve davayı reddetmiştir[29]. Mülkiyet hakkının uzantısı olarak bir temel hak olarak

---

[27] RG S. 25355, T. 23.1.2004.

[28] HIRSCH, s. 902.

[29] Kararın İngilizce tam metni için bkz. Tribunal De Grande Instance Ordinary Court of Original Jurisdiction, Metz, Civ., Aug. 17, 2018, 17/01794 (HIRSCH, s. 897 vd.)

görülebilecek miras bırakma hakkının devletlere, kişilere pozitif hukukun kabul ettiği vasiyetname türleri yanında dijital vasiyetname yapma olanağı da tanıyacak şekilde bir pozitif yükümlülük yükleyip yüklemediği Anayasa hukukunun konusu olduğundan çalışma alanımız dışındadır; lâkin bu karar Kara Avrupası Hukukunda bu konudaki yasal gelişmeleri tetikleyici bir rol oynayabilecek ve en azından daha fazla tartışmaya açabilecek niteliktedir. Anglo-Sakson Hukuku ile Kara Avrupası hukuku rejiminin bir karması sayılabilecek İskandinav Hukuk sisteminde de dijital vasiyetnamelere ihtiyatla yaklaşılmaktadır. Vasiyetçinin kendi yazdığı yazılı vasiyetnamelerin geçerli kabul edildiği İsveç'te meydana gelen bir olayda yerel mahkeme, akıllı telefonun mesaj uygulamasıyla gönderilen vasiyetçinin son arzularını içeren beyanının teknolojik gelişmeler de göz önüne alınarak kanunun amacı çerçevesinde yazılılık koşulunu sağladığını kabul etmiş[30], ancak bu karar temyiz mahkemesi tarafından vasiyetname her ne kadar vasiyetçi tarafından yazılmış olsa da bunların teknik olarak imzalanmaya elverişli olmadığı ve dolayısıyla yazılılık şekil şartının gerçekleşmediği gerekçesiyle kararı bozmuş ve geçerli bir vasiyetname olarak kabul etmemiştir[31].

Bugün itibariyle dijital vasiyetnameye ilişkin yasal bir düzenleme Türk-İsviçre ve Alman hukukunda da yapılmamıştır. Tespit edebildiğimiz kadarıyla karşılaştırmalı hukukta dijital vasiyetnamelere ilişkin düzenlemelere, *elektronik vasiyetname* (electronic will) adı altında ABD hukukunda ve Çin hukukunda rastlanır. 2020 yılı itibariyle ABD'de Nevada, Indiana, Arizona ve Florida eyaletleri ile Çin'de dijital vasiyetnameye ilişkin düzenlemeler yapılmıştır[32]. Öte yandan Kanada'nın Britanya Kolumbiyası (British Columbia) eyaletinde de şekil şartlarına uygun olmayan vasiyetnamelerde, şartlar gerektirdiği takdirde vasiyetçinin vasiyet yapma iradesinin kaydedilmiş ve saklanmış bir elektronik kayıttan anlaşılabildiği hallerde "*favor testamenti*" yaklaşımla şekil eksikliğinin sağalacağı (*curing deficiency*) ve bunların geçerli bir vasiyetname olarak ayakta tutulabileceği kabul edilebilmektedir (Wills, Estate and Succession Act m. 58)[33].

---

30 Tingsrätt District Court, 2012-11-16 T5746-11 (HIRSCH, s. 900 vd.)

31 Hovrätt Court of Appeal, 2013-06-13 T11306-12 (HIRSCH, s. 903 vd.). Bu karar İsveç basınında kanunların artık zamanın ihtiyaçlarına cevap vermediği gerekçesiyle yoğun biçimde eleştirilmiştir (ZALUCKI, Testamentary, s. 26)

32 HIRSCH, s. 846.

33 http://www.bclaws.ca/civix/document/id/complete/statreg/09013_01#section58 (Erişim Tarihi: 10.5.2020).

Yalnız Anglo-Sakson ve bu arada ABD hukukunda dijital vasiyetnamelere ilişkin yasal bir düzenleme olmayan federal devletlerde bile, bunlara Avustralya ve Kanada'nın bazı eyaletlerinde "*dispensing power"* (bağışık tutma yetkisi), ABD hukukunda ise önceleri "*substantial complicance"* (maddî gerçeğe uygunluk) sonrasında da "*harmless error"* (zararsız hata/eksiklik) doktrini[34] yoluyla geçerlilik kazandırma eğilimi kuvvetlenmiştir.

Dijital vasiyetnameleri yasal bir düzenlemeye kavuşturan ABD eyaletlerinde ise sistem şu şekilde işlemektedir. Dijital vasiyetnameye ilişkin ilk olarak 2001 tarihinde yürürlüğe giren ve sonradan revize edilen Nevada Revised Statute 133.085 maddesine göre; elektronik ortamda üretilen ve saklanabilen *ve* buna *ek olarak* vasiyetnamenin düzenlendiği *tarih* ve vasiyetçinin *elektronik imzasını* içeren vasiyetnameler, vasiyetçinin fiziksel veya davranışsal özelliklerini taşıyan ve ona münhasır parmak izi, retina taraması, ses tanıma, yüz tanıma, video kaydı, el yazılı dijital biyometrik imza (elektronik imza değil!) veya kişiye münhasır özellikleri taşıması kaydıyla makul ticarî kimlik doğrulamalarını içermesi kaydıyla geçerli kabul edilmektedir[35]. Aynı yasaya göre düzenleme tarihi ve vasiyetçinin elektronik imzasını içermesi kaydıyla, elektronik olarak hizmet veren noterin elektronik imzası ve damgası *veya* iki tanığın elektronik imzasıyla onayladığı vasiyetnameler de vasiyetçinin huzurunda (fizikî huzurunda yapılması şart değil!) yapılması kaydıyla geçerli kabul edilmektedir. Tanıklar ve noter bu vasiyetnameye görsel-işitsel iletişim kurmaya olanak tanıyan araçlarla katılabilmektedirler. Elektronik ortamda yapılan bu vasiyetnameler, Nevada Eyaletinin gözetim ve denetiminde olan *LockBox* adı verilen bir veritabanında saklanmaktadır[36]. Henüz Nevada'da dijital vasiyetname mevzuatından kaynaklı yargıya yansıyan bir uyuşmazlık olmadığı için hukukî olarak bu vasiyetnamelerin geçerliliğinin denetimi de şimdilik yapılamamıştır.[37] 2018 yılında kabul edilen ve revize edilen Arizona Revised Statute m. 14-2500 vd.[38] ile 2018 tarihli Indiana Probate Code m. 29-1-21-1 vd. maddelerinde[39] de Nevada Revised Sta-

---

34 *Harmless error* doktrini hakkında geniş bilgi için bkz. HIRSCH, s. 840 vd; HORTON, Formalism, s. 559 vd.; HALL, s. 349 vd.

35 https://www.leg.state.nv.us/NRS/NRS-133.html#NRS133Sec085 (Erişim Tarihi: 10.5.2020).

36 BODDERY, s. 200; CROUS Ninette, "A Comparative Study of the Legal Status of Electronic Wills", North-West University, Yüksek Lisans Tezi, Mayıs 2019, s. 39.

37 BODDERY, s. 200; CROUS, s. 39.

38 https://www.azleg.gov/legtext/53leg/2r/bills/hb2471p.pdf (Erişim Tarihi: 10.5.2020).

39 https://law.justia.com/codes/indiana/2018/title-29/article-1/chapter-21/ (Erişim Tarihi: 10.5.2020).

tute'de yer alan koşullara benzer koşullar altında yapılan elektronik imzalı ve görüntülü vasiyetnameler geçerli kabul edilmektedir. Yalnız Arizona ve Indiana mevzuatlarında Nevada eyaletindeki düzenlemeden farklı olarak tanıkların da fiziksel olarak vasiyetçinin yanında bulunması şartı -*sanırız ki vasiyetname ehliyetinin daha güçlü ispatı bakımından*- aranmaktadır[40].

1 Temmuz 2020'de Florida eyaletinde yürürlüğe girecek yasanın[41] Estates and Trusts başlıklı kısmın 732.521-732.526 maddelerine göre de, vasiyetçinin elektronik imza yöntemiyle imzalaması *ve* tanıkların veya noterin fiziksel huzurunda olmaksızın elektronik ortamda görsel-işitsel medya araçlarıyla ve fakat noter veya tanıkların sanal ortamda katılımıyla ve onların vasiyetçinin elektronik imzasını onaylaması, buna işitme dahil kanunun öngördüğü diğer yollarla kanaat getirmeleri kaydıyla geçerliliği haiz elektronik vasiyetname düzenlenebilecektir. Ayrıca bu kişiler vasiyetnamelerini saklanmak üzere yasada koşulları belirtilen devletçe ruhsatlandırılmış nitelikli bir yediemine (*qualified custodian*) tevdi edebilecek ve bunlar sonradan miras davalarına bakmada görevli ve yetkili mahkemelerin bu amaçla tuttuğu elektronik portallara işlenebileceklerdir[42].

28 Mayıs 2020'de kabul edilen ve 1 Ocak 2021 tarihinde yürürlüğe girecek Çin Medenî Kanununda da gün, ay, yıl bilgileri ile vasiyetçi ve en az iki tanığın görüntülerini veya seslerini içermesi kaydıyla dijital ortamda hazırlanan vasiyetler de geçerli kabul edilmektedir (ÇMK m. 1137).

Dijital vasiyetnamelere ilişkin bu yasal düzenlemeler ilerde Kara Avrupası Hukuku ve bu arada Türk hukukunda da bu konuda yapılacak kodifikasyonlar bakımından yol gösterici bir işleve sahip olabileceklerdir. Yalnız yine de vurgulayalım ki; bu yönde bir yasal bir düzenleme yapılsa bile, bunlar vasiyetçinin gerçek ve samimi vasiyet bırakma iradesini güvence altına alması kaydıyla geçerli olabilecek, vasiyetname şekil hukukunun genel ilkelerinden taviz verilemeyecektir.

---

40 HIRSCH, s. 847.

41 Daha önce 2017 yılında kabul edilen elektronik vasiyetname hükümlerini içeren yasa, dönemin valisi Rick Scott tarafından vasiyetçinin menfaatlerini özellikle sahteliğe karşı korumadığı ve mevcut teknoloji imkânlarından yararlanacak biçimde tasarlanmadığı gerekçesiyle veto edilmiş, yasa daha sonra revize edilip 2019 yılında yeni haliyle kabul edilerek dönemin valisi Rick DeSantis tarafından da onaylanmıştır (CROUS, s. 35-36).

42 http://www.leg.state.fl.us/statutes/index.cfm?App_mode=Display_Statute&URL=0700-0799/0732/0732.html (Erişim Tarihi: 10.5.2020).

III. ŞEKİL EKSİKLİKLERİNİ AŞMADA "*FAVOR TESTAMENTİ*" İLKESİNDEN YARARLANILIP YARARLANILAMAYACAĞI SORUNU

1. Genel Olarak

Vasiyetnamenin yorumlanmasında kabul edilen ilkeler gereğince, genel olarak vasiyetname metninde açıkça belirtilen bir ifadenin artık yorumlanamayacağı (*Eindeutigkeitsregel*) ve vasiyetname metninde hiçbir dayanağı bulunmayan, ima edilmeyen bir arzunun yorum yoluyla vasiyetnameye sokulamayacağı (*Andeutungstheorie*), onun içeriğinde dayanağı bulunmayan bir iradenin yorumunda vasiyetname dışı olgulara (*Externa*) dayanılamayacağı, aksi halde sıkı şekil kurallarının tüm anlamını yitireceği kabul edilmektedir[43]. Özellikle Alman hukukunda egemen olan ve özünde vasiyetçinin iradesinden onun isteğinden farklı bir sonuç çıkarılmasını önlemeye yönelik bu yorum ilkelerinin sınırlayıcı anlayışı, diğer yandan kaynağı Roma hukukuna dayanan ölüme bağlı tasarrufta bulunan kişinin son arzularının bütün hukukî yollar zorlanarak ayakta tutulmasını yeğleyen "favor testamenti" ilkesiyle dengelenmeye çalışılmaktadır[44]. Bu kapsamda ölüme bağlı tasarrufların yorumunda genel olarak açıklayıcı yorum, tamamlayıcı yorum, tahvil, bölümsel hükümsüzlük, düzeltici yorum, vb. yorum yöntemleriyle vasiyetçinin gerçek ve samimi iradesi sağlıklı biçimde hayata geçirilmeye çalışılmaktadır. Bunun sonucunda günümüzde gerek açıklık kuralı (Eindeutigsregel), gerek ima teorisinin (Andeutungstheorie) yoruma sınır getiren kuralları gitgide etkisini yitirdiği gibi yorumda vasiyetname dışı olgulara (Externa) da dayanılabileceği kabul edilmektedir[45].

Vasiyetnamenin tüm yollar zorlanarak ayakta tutulmaya çalışılmasının köklü sebebi ortadadır. Sağlararası hukukî işlemlerde, irade açıklamasında bulunan kişi gerçek iradesini ortaya koyma, irade açıklamasıyla ilgili iddia-

---

43 Bu yorum ilkeleri hakkında bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 322 vd.; SEROZAN, s. 420 vd.; ERGÜNE Mehmet Serkan, **Vasiyetnamenin Yorumu**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 33 vd.; BAYGIN Cem, "Ölüme Bağlı Tasarruflarda Yorum", **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. IV, S. 1-2, s. 572; ÖNCÜ Özge, "Vasiyetnamelerin Yorumunda İma Teorisi", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 20, Sayı: 2, 2018, s. 314 vd.

44 SEROZAN, s. 281 vd.; BAYGIN, s. 574; ERGÜNE, s. 74 vd.

45 SEROZAN, s. 426 vd. ERGÜNE, vasiyetnamedeki şekil eksikliklerini gidermek için vasiyetname dışı olgulara dayanamamanın şekle aykırı vasiyetnamelerin neredeyse tamamımın geçersiz olacağı şeklinde yorumlanacağını, bu durumun ise yanan binayı söndürmek için gerekli suyun yalnızca binanın içinden teminiyle eşdeğer olduğunu ifade etmektedir (s. 292).

da bulunma, savunma yapabilme, geçersiz bir işlemi tekrar yapma gibi imkânlara sahipken, ölüme bağlı işlemlerde tasarrufta bulunan kişi ölümle birlikte tüm bu haklardan mahrum kalmaktadır[46]. Hal böyle olunca, onun son arzularının hayata geçirilmesi ve ölümle birlikte bir daha müdahale edemeyeceği irade açıklamasının ayakta tutulması sağlararası bir işleme nazaran daha büyük önem arz eder[47].

Esasında tüm bu teoriler son kertede, ölüme bağlı tasarrufta bulunanın yaptığı hukukî işlemin onun son arzularına uygun şekilde hayata geçirilmesini amaçlar. İşte bu amacın gerçekleşmesi yolunda vasiyetname hukukuna en büyük damgayı belki de diğer hiçbir hukukî işlem türünde görülmeyen sıkı ve nitelikli şekil kuralları vurur. Şekil kuralları adeta bunların yorumuna geçilebilmesinin ön şartı olarak görülmektedir.

İsviçre Federal Mahkemesinin meşhur *Genf Katedrali* kararına konu olan olayda[48] zümre mirasçısı olmayan yaşlı bir kadın, ölüme bağlı tasarruf yoluyla tüm malvarlığını Genf Katedraline bırakmak istemektedir. Bunun için iş yaptığı bankanın memurundan iradesine uygun bir vasiyetname hazırlamasını ister. Banka memuru, kadının görme bozukluğundan dolayı ona kolaylık sağlamak amacıyla vasiyetname metninin bir kısmını bilgisayarda hazırlar ve metnin orta kısmını kadının kendi el yazısıyla doldurması için boş bırakır. Banka memuru, metnin üzerine kadının adını ve soyadını, ortasına ölüm halinde malvarlığının *aşağıda yazılan şekilde* dağıtılacağını ve metnin alt kısmına da bankanın adını yazarak bu metnin bilgisayar çıktısını alır. Vasiyetçi kadın da banka memurunun bilgisayarda hazırladığı metinde boş bırakılan yere kendi el yazısıyla "*Tamamı Katedral fonu için Protestan Kilisesine*" yazarak, kendi el yazısıyla tarih atar ve kendi el yazısıyla da imzalar. Kadın düzenleme tarihini, "*katedral*" kelimesinin üzerine yazdığı ve bunun da okunması zor olduğu için banka memuru onun altına kendi el yazısıyla tarihi tekrar yazar. Kadın öldükten sonra yasal mirasçı sıfatıyla Kantonun açtığı vasiyetnamenin iptali davası sonucunda İsviçre Federal

---

46 OĞUZMAN, s. 108; LANGBEIN, John H.: "Substantial Compliance with the Wills Act", Harvard Law Review, Vol. 88, Issue 3, January 1975, s. 501; SEROZAN, s. 515-416; FOERSTE Ulrich: "Die Form des Testaments als Grenze seiner Auslegung", **Deutsche Notar Zeitschrift**, Heft 2, 1993, s. 88; Hall, s. 359; BREITSCHMID, Peter, **Basler Kommentar**, Zivilgesetzbuch II, 4. Auflage, Hrsg.: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel, 2011, ZGB Art. 498 Rn. 5.

47 SEROZAN, s. 318; ERGÜNE, s. 291.

48 BGE 131 III 601.

Mahkemesi bir kısmı makine bir kısmı vasiyetçinin el yazısıyla oluşturulan vasiyetnamenin şekle aykırılık nedeniyle iptaline karar verir[49]. Mahkeme vermiş olduğu kararında "*favor testamenti*" yaklaşımı benimsememiş, vasiyetnamenin el yazılı vasiyetnamenin koşullarını taşımadığını, bu hususta vasiyetname dışı olgulara da (banka memurunun tanıklığı) dayanılamayacağını gerekçe göstererek geçersizliği gidermemiştir. Başka bir deyişle ölen kişinin son arzularını dikkate almamış, şekil uğruna ölenin son arzularını feda ederek tercihini bir nevi yasal mirasçılıktan yana -*somut olayda yasal mirasçı sıfatıyla Kanton lehine*- kullanmıştır[50].

Favor testamenti ilkesinin ölüme bağlı tasarruflardaki şekil eksikliklerini de giderici bir işleve sahip olup olmayacağı öteden beri tartışmalıdır. Doktrinde bir görüşe göre; favor testamenti ilkesinin yalnızca ölüme bağlı tasarrufların yorumunda uygulanabileceği, buna karşılık şekle aykırılık durumunda bu ilkeden yararlanılamayacağı kabul edilmektedir[51]. Alman hukukunda da hakim görüş şekle aykırılığın favor testamenti ilkesiyle aşılamayacağı yönündedir[52]. Alman hukuku bakımından bu durum şu argümanlarla gerekçelendirilebilir: Birincisi, Alman BGB'de yer alan favor testamenti

---

[49] Metni Fransızca olan karara konu olan olayın açıklanmasında Christoph de WECK'in Almanca eserinden yararlanılmıştır (s. 16). DURAL/ÖZ de kural olarak vasiyetçinin bilgisi dahilinde yapılan kısımların geçerli olacağını kabul etmekle birlikte, vasiyetname geçerli olarak tamamlanmadan önce yapılan makine eklemelerini vasiyetnamenin tümünü geçersiz kılacağı görüşündedir (de WECK Christoph, "Testament: Die Formstrenge Lebt", **Private Magazin**, Sayı 4, 2006, s. 81-82). Aynı yönde bkz. OĞUZMAN, s. 120; DURAL, s. 27-28.

[50] Türk hukukunda da uygulamada kimi zaman şeklin dozu o kadar arttırılmıştır ki; ironik biçimde yalnızca şekil eksiklikleri değil, şekil fazlalıkları bile vasiyetnameyi iptal sebebi olarak öne sürülebilmektedir. Neyse ki Yargıtay önüne gelen bir meselede davayı bu yönden reddetmiştir. Yargıtay 3. HD, E. 2012/21142, K. 2013/3991, T. 11.03.2013 (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası). Doktrinde haklı olarak şekil fazlalıklarının geçerliliği etkilemeyeceği yönünde bkz. BREITSCHMID, ZGB Art. 498 Rn. 8. Yazar resmi vasiyetnameler ve sözlü vasiyetnamelerde iki tanık yerine üç tanık bulunmasının başka bir deyişle şekil fazlalığının geçerliliği etkilemeyeceğine işaret etmektedir.

[51] OĞUZMAN, s. 172; DURAL Mustafa / ÖZ Turgut: **Türk Özel Hukuku Cilt IV, Miras Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, s. 221; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 293, 295; ANTALYA Gökhan / SAĞLAM İpek, **Miras Hukuku - Marmara Hukuk Yorumu**, Cilt III, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 289.

[52] LITZENBURGER Wolfgang, in **Beck Online Kommentar BGB**, Hrsg. Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert/Hau, Wolfgang/Poseck, Roman, 53. Edition, München, 2020, § 2084 BGB Rn. 1-5; STÜRNER Rolf, in **Jauernig BGB Kommentar**, 17. Auflage, Beck Verlag, München, 2018, § 2084 BGB Rn. 2-5; LEIPOLD Dieter, in **Münchener Kommentar zum BGB**, 8. Auflage, Beck Verlag, München, 2020, § 2084 BGB, Rn. 80, 81. Aksi görüşte bkz. GRUNDMANN Stefan, "Favor Testamenti: Zu Formfreiheit und Formzwang bei privatschriftlichen Testamenten", **Archiv für die civilistische Praxis**, 187. Band, Heft 4/5, 1987, s. 429 vd.

ilkesine ilişkin genel hükmün (§ 2084 BGB) lafzı bu yönde bir çıkarım yapılmasına yol açabilir. Bu hükme göre "bir ölüme bağlı tasarrufun *içeriğinin* farklı şekillerde yorumlanması mümkün ise, şüphe halinde onu ayakta tutacak yorum tercih edilmelidir" (§ 2084 BGB). Dikkat edilirse, Alman hukukundaki bu düzenleme ölüme bağlı tasarrufun yalnızca *içeriğinin* yorumlanmasındaki genel ilkeyi belirler, *şekle* ilişkin bir hüküm içermez[53]. İkinci olarak, Alman hukukunda bizde olduğu gibi şekle aykırı vasiyetnamelerin ayakta tutulmasında favor testamenti yaklaşımla bir ara rejim olarak kabul edilebilecek *iptal edilebilirlik* yaptırımı düzenlenmemiştir. Ve son olarak bu durum, Alman BGB'nin temelini oluşturan müşterek hukuk döneminde yer almayan el yazılı vasiyetnamelerin geçerli bir vasiyetname türü olarak kabul edilmesinde Alman yasa koyucusunun direngenliğiyle açıklanabilir[54]. Zaten el yazılı vasiyetnameleri zar zor ikna olarak hukuk sistemine dahil eden bir anlayıştan, bir de üstüne üstlük bu el yazılı vasiyetnamenin şekle aykırılığını onu ayakta tutacak şekilde gidermesi beklenemezdi.

Türk hukukunda ise "favor testamenti" ilkesini düzenleyen genel bir hüküm mevcut değildir. Buna karşılık Türk Medenî Kanununun çeşitli hükümlerinde favor testamenti yaklaşımın izlerine rastlanır (TMK m. 504/II, TMK m. 515/III, TMK m. 558/III, TMK m. 577/II). Türk Medenî Kanunu dışında MÖHUK m. 20'de de kanunlar ihtilafı kuralları ölüme bağlı tasarrufu ayakta tutmak için diğer hukukî işlemlerden farklı şekilde düzenlenmiştir[55]. Bu özel düzenlemeler bir kenara bırakılacak olursa, Türk hukukunda "favor testamenti" yaklaşım kendini en çok ölüme bağlı tasarruflara ilişkin *özel hükümsüzlük* rejiminde gösterir[56]. En ağır hukuka aykırılıkları (ehliyetsizlik ile hukuka ve ahlâka aykırılık - TMK m. 557/I b. 1-3) ve bu arada şekle aykırılığı da *kesin hükümsüzlük* yerine *iptal edilebilirlik* rejimine tabi

---

[53] Alman hukukunda bu düzenlemenin amacının vasiyetçinin gerçek iradesinin ölümden sonra hayata geçirilmesini amaçladığı ve bu iradenin gerçekliğini güvence altına almak amacıyla yalnızca kanunda öngörülen şekle uygun yapılan vasiyetnamelerin yoruma tabi olacağı kabul edilmektedir (LITZENBURGER, § 2084 BGB Rn. 1-5).

[54] Almanya el yazılı vasiyetnameleri şimdiki şekil unsurlarıyla geçerli bir vasiyetname türü olarak diğer ülkelere nazaran hayli geç bir tarihte, 1938 yılında Testamentgesetz ile kabul etmiştir. Alman hukukunda el yazılı vasiyetnamenin tarihsel süreci hakkında bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.191; DURAL, s. 5 vd.; AKKANAT, s. 800 vd.

[55] Söz konusu hükme göre; ölüme bağlı tasarruflar diğer hukukî işlemler gibi yapıldıkları ülke hukuku ve hukukî işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun maddî hukuk hükümlerinin öngördüğü şekle göre yapılabileceği gibi (MÖHUK m. 7), bunlara ek olarak ölenin millî hukukuna uygun şekilde de yapılabilmektedir (MÖHUK m. 20/IV c. 2).

[56] SEROZAN, s. 283.

tutan bu anlayış "favor testamenti" yaklaşımın kanunla somutlaştırılmış türünden başka bir şey değildir (TMK m. 557)[57]. Kanun koyucu bizatihi kendisi şekle aykırı bir vasiyetnameyi diğer hukukî işlemlerden farklı olarak kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi tutmamakta, onu yalnızca bir *dava* yoluyla kullanılabilecek ve dava sonucunda verilecek yenilik doğurucu iptal kararına bağlayarak iptal edilinceye kadar ayakta tutmaya çalışmaktadır. Bunun sonucunda artık hakim önüne gelen bir meselede şekle aykırılığı kesin hükümsüzlükte olduğu gibi re'sen de dikkate alamayacaktır[58]. İşte bu nedenlerle, şekle aykırılığı kesin hükümsüzlük rejimine tabi tutmayan TMK m. 557/I b. 4 kuralı ve ölenin millî hukukuna uygun şekilde yapılan ölüme bağlı tasarrufları geçerli kabul eden MÖHUK m. 20/IV c. 2 kuralı gibi doğrudan şekle ilişkin hükümler ile şekil dışında vasiyetnameyi ayakta tutmaya yarayan diğer hükümler toplu hukukî kıyas yoluyla şekle aykırılıkların da *favor testamenti* ilkesi çerçevesinde değerlendirilmesinin en büyük dayanağını oluştururlar. Değil mi ki şekil kurallarının amacı vasiyetçinin gerçek ve samimi son arzularının hayata geçirilmesidir, o halde onun gerçek ve samimi arzularını yansıttığından emin olunduğu sürece şekil eksiklikleri de vasiyetnameyi ayakta tutacak şekilde yorumlanmalıdır. Böylece vasiyetçinin son arzularının hayata geçirilmesi de tam da kanun koyucunun sıkı şekil kurallarıyla amaçladığı üzere onun iradesine uygun biçimde mümkün olabilecektir[59].

Esasında ölüme bağlı tasarrufların sıkı şekil şartlarına bağlanması ile *favor testamenti* ilkesi başlangıçta çelişkili gibi görünür. Lâkin ölüme bağlı tasarrufların sıkı şekil şartına tabi tutulmasının altında yatan düşünce, tam olarak da mirasbırakanın iradesinin sağlıklı bir şekilde saptanabilmesine yaradığından aslında son noktada ikisi de aynı amaca hizmet eder. Anayasa-

---

[57] SEROZAN, s. 283; BREITSCHMID, ZGB Art. 520 Rn. 23.

[58] SEROZAN, s. 284.

[59] DORJEE-GOOD'a göre de özellikle hukukî bilgiden yoksun kişilerin yaptıkları vasiyetnamelerin hayata geçirilmesi için şekil kuralları çok sıkı uygulanmadan *favor testamenti* bir yaklaşımla ele alınmalıdır (DORJEE-GOOD Andrea, **CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht**, Art. 457-640 ZGB, 3. Auflage, Hrsg. Breitschmid, Peter/Jungo, Alexandra, Schulthess Verlag, Zürich, 2016, ZGB Art. 498 Rn. 6). Ateş de vasiyetçinin amacı tespit edilmekle beraber, onun şekil şartını gereği gibi yerine getirmediğinden şüphe ediliyorsa, şekle ilişkin düzenlemeleri birkaç yönde anlamak imkânı varsa, kanunun amacı izin verdiği ölçüde vasiyetnameyi ayakta tutacak yorumun tercih edilmesi gerektiğini ifade etmektedir (ATEŞ Emir, "Yargıtay Kararları Bağlamında Noterlerin Resmî Vasiyetnamelerden Kaynaklanan Hukukî Sorumluluklarının İrdelenmesi", **Doktrin ve Uygulama Bağlamında Noterlerin Hukukî Sorumluluğu Sempozyumu**, İstanbul 1-2 Mart 2019, s. 8).

da ifadesini bulan miras bırakma hakkı (AY m. 35/I)[60] ve irade özerkliği de ancak bu yaklaşımla güvence altına alınabilir.

Sonuç olarak katıldığımız görüşe göre *favor testamenti* yaklaşım ölüme bağlı tasarrufların şekline ilişkin kanun hükümlerinin yorumlanmasında da benimsenmelidir[61]. Aksi bir anlayış, vasiyetçinin işlemi bir daha yineleme olasılığı bulunmadığı gözönüne alındığında onun son arzularının yerine getirilememesine yol açar. Böyle bir sonuç mirasbırakanın son arzularına geçerlilik ve işlerlik kazandırılmasını amaçlayan *favor testamenti* prensibiyle bağdaşmaz[62]. *Serozan*, esasında vasiyetnamedeki sıkı şekil şartlarının *favor testamenti* ilkesi ışığında yumuşatılıp yumuşatılmayacağı meselesinin, son noktada yasal mirasçılıkla iradî mirasçılık arasında hangisinin üstün tutulacağı ile ilgili olduğunu ifade etmektedir.[63]. Yazara göre hal böyle olunca yasal mirasçılığı önceleyenlerin şekil şartlarını sıkı ve katı biçimde uygulaması, buna karşılık iradî mirasçılığı savunanların şekil şartlarının esnetilmesi gibi bir anlayışı benimsemesi beklenir[64]. Ölüme bağlı tasarruflara ilişkin düzenlemelerin tarihsel sürecine bakıldığında, sözlü ve el yazılı vasiyetnamelerin yasal düzenlemeye kavuşturulması, yasal mirasçıların ve saklı paylı mirasçıların kişi bakımından kapsamının daraltılması ve saklı paylarının azaltılması ve böylece mirasbırakanın tasarruf nisabının genişlemesi, el yazılı vasiyetnamede düzenleme yerinin şekil şartları arasından çıkartılması ve son olarak İsviçre Medenî Kanunu (ZGB Art. 520a) ve Alman Medenî Kanununda (§ 2247 V BGB) düzenleme tarihinin ancak ehliyet ve ölüme bağlı tasarruflarda öncelik-sonralık ilişkisini ilgilendirdiği ölçüde bir geçerlilik şartı olarak görülmesi ibrenin iradî mirasçılığa kaydığının göstergeleridirler ve bu nedenle şekil kuralları da bu gelişim evreleri bağlamında favor testamenti yaklaşımla yorumlanmalıdır[65]. Kanaatimce burada sorun vasiyetçinin gerçek ve samimi iradesinin şüpheye yer vermeyecek şekilde tespit edilmesi

---

60 Anayasanın m. 35/I hükmünde geçen miras hakkının, yalnızca mirasçı olma hakkını, yoksa bunun yanında miras bırakma hakkını da içerip içermediği yönünde tartışmalar için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 9 vd.

61 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 323; SEROZAN, s. 281 vd.; GRUNDMANN, s. 429 vd.; BAYGIN, s. 583; ERGÜNE, s. 291-292; ABT Daniel, **Die Ungültigkeitsklage im schweizerischen Erbrecht unter besonderer Berücksichtigung von Zuwendungen an Vertrauenspersonen**, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel-Genf-München, 2002, s. 139; GÖNEN, s. 22; DORJEE-GOOD, ZGB Art. 498 Rn. 6; ATLI Banu, **Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü ve Hükümden Düşmesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 142.

62 SEROZAN, s. 318; ERGÜNE, s. 291.

63 SEROZAN, s. 330.

64 SEROZAN, s. 330.

65 SEROZAN, s. 331; BAYGIN, s. 583.

halinde Anayasanın miras bırakma hakkını düzenleyen m. 35/I ve irade özerkliği çerçevesinde onun iradesine üstünlük tanımakla çözülmelidir. Bu kabulle, şekil kuralları ne yasal mirasçıların menfaatine ne de iradî mirasçılar lehine yorumlanabilir; şekil kuralları yalnızca esas amaçları doğrultusunda, yani vasiyetçinin gerçek ve samimi ölüme bağlı son arzularının hayata geçirilmesi yolunda yorumlanmalıdır[66].

Bundan başka, özel hukuk ve hatta kamu hukukundaki her türlü hukukî işlemde uygulanan hakkın kötüye kullanılması yasağı (TMK m. 2/II) da favor testamenti yaklaşımla vasiyetnameye geçerlilik kazandırma eğiliminin bir diğer dayanağını oluşturur. Bu genel ilkeye göre şekil eksikliğini ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıdığı hallerde, artık bu şekil eksikliği de görmezden gelinebilecektir[67]. İlginçtir Türk içtihatlarında ölüme bağlı tasarrufların iptali davalarında şekle aykırılığı ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde görüldüğü örneklere çok nadir rastlanır[68]. Bu sonuçta, vasiyetnamenin varması gerekmeyen tek taraflı bir hukukî işlem olmasından kaynaklı olarak şekil eksikliğine bizzat vasiyetçinin kendisinin yol açması etkili olduğu gibi[69], mahkemelerin vasiyetnamenin şekle ilişkin kurallarını dar yorumlaması da rol oynamış olabilir. Ancak şekle aykırılığa bizzat şekil eksikliğini ileri süren yasal mirasçının yol açması durumunda farklı bir sonuca varılmalıdır. Keza mirasçının şekil eksikliğine bizzat kendisinin yol açmadığı olasılıklarda bile, şekil eksikliği nedeniyle vasiyetnamenin iptali hakkını kullanmak somut olayın özelliklerine göre hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyabilir. Böyle bir olasılık şekil kurallarıyla öngörülen amaca başka araçlarla ulaşılması halinde ve şekil eksikliklerinin vasiyetname dışı olgularla vasiyetçinin iradesinin şüpheye yer bırakmayacak şekilde tespit edilebildiği hallerde karşımıza çıkabilir. Üstelik bu olasılıklarda hakim hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığını re'sen gözetmek zorundadır. Bu yorum tarzı özellikle çalışma konumuz olan dijital vasiyetnamelerin ve bu vasiyetlerin geçerli kabul edilip edilmemesinde önemli rol oynayacaktır.

---

66 Karş. LANGBEIN, s. 491 vd.; ERGÜNE, s. 290.

67 Aynı yönde bkz. SEROZAN, s. 331. Yazar şekle aykırılığı ileri süren mirasçının şekle aykırılığa kendisi yol açmadığı için bu olgunun genellikle gözden kaçırıldığına işaret etmektedir.

68 Bu konuda bulabildiğimiz tek örnek de vasiyetnameye değil, miras sözleşmesine ilişkindir. Yargıtay 14. HD., E. 2016/8822, K. 2019/2813, T. 27.03.2019 (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası).

69 Karş. SEROZAN, s. 331.

2. Karşılaştırmalı Hukukta Favor Testamenti Yaklaşımlar

Karşılaştırmalı hukukta dijital vasiyetnamelere favor testamenti yaklaşımla geçerlilik kazandırma eğilimi daha ziyade Anglo-Sakson hukukunun egemen olduğu ülkelerde görülmektedir. Bu sonuçta bu ülkelerde insanların daha fazla dijital vasiyetname düzenlemesi ve dolayısıyla bunların uyuşmazlık konusu olması ve içtihat hukukunun yazılı hukuka nazaran hakime daha esnek bir yaklaşım benimseme olanağı bahşetmesinin payı büyüktür.

20. yüzyılın sonlarına doğru Avustralya'nın bazı eyaletlerinde kanunlaşan ve "*dispensing power*" (bağışık tutma yetkisi) adı verilen kural uyarınca, vasiyetçinin vasiyetname yapma iradesi konusunda inandırıcı kanıtlar varsa, önemli bir geçerlilik unsuru olan imza da dahil olmak üzere kanunun aradığı sıkı şekil şartlarının aranmayarak bunların geçerli olacağı kabul edilmektedir[70]. Vasiyetçinin iradesini esas alan bu doktrin uyarınca, mahkeme bu iradenin vasiyetçinin gerçek ve samimi iradesini yansıttığına kanaat getirirse, bunu şekil şartlarından muaf tutarak vasiyetnameyi geçerli sayabilmektedir[71]. Ayrıca mahkemeler, vasiyetçinin iradesini tespit ederken vasiyetname dışı olgulardan da yararlanabilmektedirler.

ABD hukukunda ise mahkemelerin vasiyetnamelerin şekle ilişkin kurallarını, kimi zaman vasiyetçinin gerçek ve samimi iradesini de görmezden gelerek katı ve sert biçimde uygulamalarına tepki olarak 1970'lerde "*substantial compliance"* (maddî gerçeğe uygunluk) doktrini doğmuştur. Esasında özel hukuk ve ceza hukukunun diğer alanlarında uygulama alanı bulan bu doktrinin vasiyetname hukuku alanına taşınması fikri ve bu doktrinin esasları ilk olarak *Langbein*'ın 1975 tarihli meşhur "*Substantial Compliance With the Wills Act*" adlı çalışmasıyla ortaya konulmuştur[72]. Vasiyetname hukukunun sıkı şekil kurallarını "*yersiz ve gereksiz*" olarak niteleyen *Langbein*, bu çalışmasında vasiyetnamenin sıkı şekil kurallarının nasıl aşılabileceği fikri üzerinde yoğunlaşmıştır[73]. *Langbein*'a göre vasiyetnamelere ilişkin şekil kuralları lafzına göre değil, amacına göre yorumlanmalıdır. Bu bağlamda

---

[70] HORTON David, "Wills Without Signatures", **Boston University Law Review**, Vol. 99, 2019, s. 1631.

[71] HEDLUND Richard: "Introducing a Dispensing Power in English Succession Law", **Trusts & Trustees**, Vol. 25, No. 7, September 2019, s. 725.

[72] LANGBEIN John H., "Substantial Compliance with the Wills Act", **Harvard Law Review**, Vol. 88, Issue 3, January 1975, ss. 489-531.

[73] LANGBEIN, s. 489.

vasiyetçinin gerçek vasiyet bırakma iradesinin kanıtlanması ve vasiyetnamenin yazı, el yazısı, imza ve tanık gibi şekil kurallarıyla öngörülen uyarma, koruma, teşhis ve ispat fonksiyonlarının yerine getirilmesi halinde maddî gerçeğe uygun düşen bu vasiyetnameleri geçerli saymamak için hiçbir neden yoktur[74]. Başlangıçta bu doktrini vasiyetname hukuku alanında uygulayan ABD mahkemeleri, daha sonraki içtihatlarında doktrinin uygulama kapsamını oldukça daraltmış ve kanundaki şekil şartlarını taşımayan vasiyetnameleri geçersiz sayma eğilimi tekrar kuvvetlenmiştir[75]. *Langbein*'in oldukça taraftar bulan bu görüşleri daha sonraki yıllarda ABD Uniform Probate Code m. 2-503'de yer alacak olan *harmless error* doktrininin kabul edilmesinde öncü bir rol oynamıştır.

ABD doktrinindeki "*substantial compliance*" ve Avustralya hukukundaki "*dispensing power*" doktrinini devşiren ABD'de de bu yaklaşımı benimseyen ve 1990 yılında revize edilen Amerikan Uniform Probate Code Section 2-503'de yer alan "*harmless error*" (zararsız hata/eksiklik) doktrinine göre Section 2-502'de düzenlenen yazılı ve tanıklı (*alografik)*, resmî veya el yazılı (*holografik*) vasiyetnamelerin şekil şartlarını taşımayan vasiyetnameler, vasiyetçinin vasiyetname yapma konusunda ciddi ve inandırıcı kanıtlar olması halinde geçerli bir vasiyetname olarak kabul edilmektedir[76]. Bu doktrinde de vasiyetçinin gerçek iradesinin tespitinde vasiyetname dışı olgulardan yararlanılarak şekil eksiklikleri bertaraf edilebilmektedir. *Harmless error* doktrinini benimseyen eyaletlerde de durum ve koşullara göre imza vasiyetnamenin zorunlu bir unsuru olmayabilmektedir. ABD mahkemeleri birçok olayda dijital vasiyetnameleri bu doktrin vasıtasıyla geçerli saymıştır. Yalnız belirtelim ki 2020 yılı itibariyle ABD'de yalnızca 11 eyalet bu doktrini uygulamakta, 43 eyalet ya *harmless error* doktrinini uygulamamakta ve Vasiyetname Kanunundaki (Wills Act) vasiyetnamenin sıkı şekil şartlarını halen aramakta ya da *harmless error* doktrinini kısmî olarak uygulamaktadırlar[77].

Fransız hukuku ve dolayısıyla Kara Avrupası hukuku etkisi altındaki Kanada'nın Quebec Eyaletinde de, kanunda yalnızca el yazılı, resmî ve ta-

---

[74] LANGBEIN, s. 513 vd.

[75] Harvard Law Review Developments in the Law - More Data, More Problems, s. 1794.

[76] HORTON, Wills, s. 1631; Harvard Law Review Developments in the Law - More Data, More Problems, s. 1794.

[77] HORTON, Wills, s. 1663; Harvard Law Review Developments in the Law - More Data, More Problems, s. 1794.

nıklı vasiyetname yapma imkânı olduğu halde Fransız hukukundan farklı olarak vasiyetnamelerin şekline ilişkin istisna bir hüküm bulunmaktadır. Quebec Medenî Kanununun 714. maddesine göre, el yazılı veya tanıklar huzurunda yapılan vasiyetnameler tam olarak kanundaki şekil kurallarını karşılamasa bile, vasiyetnamenin şeklin esaslı unsurlarını taşıması ve bunların şüpheye yer vermeyecek ve kesin biçimde vasiyetçinin iradesini yansıttığının tespit edilmesi halinde bunlar geçerli kabul edilmektedir[78]. Kanada'da 1996 tarihinde meydana gelen bir olayda mahkeme vasiyetçinin bilgisayarı vasıtasıyla bir disket (floppy disc) -*bugün kullanılmayan*- üzerine kaydettiği vasiyetnamesini vasiyetçinin iradesini şüpheye yer vermeyecek biçimde yansıttığı gerekçesiyle geçerli kabul etmiştir[79].

Karşılaştırmalı hukukta vasiyetçinin ölümünden sonra bir daha düzeltemeyeceği, değiştiremeyeceği iradesini güvence altına alan bu doktrinlerin hepsi son noktada vasiyetnamenin *favor testamenti* bir yaklaşımla ayakta tutulmasını amaçlar. Kara Avrupası hukukunda ise bir yasal düzenleme veya muafiyet hükmü olmamakla birlikte, miras hukukunun yorum ilkelerinden favor testamenti, vasiyetnameye ilişkin şekil kurallarının amaçlarıyla sınırlandırılması, dürüstlük kuralı ve Anglo-Sakson hukukundaki bu doktrinler tipik şekil eksiklikleri içeren vasiyetnamelere geçerlilik kazandırılmasında pekala bir dayanak oluşturabilirler.

3. Fonksiyonel Yaklaşımla Tipik Şekil Eksikliklerinin Aşılması

A. Genel Olarak Vasiyetnamelerde Şekil Kurallarının Fonksiyonları

Vasiyetnamelerin tüm hukukî işlemler arasında en sıkı şekil kurallarına tabi olan işlem olduğunu belirtmek herhalde yanlış olmayacaktır. Gerçekten de milyon dolarlık satış sözleşmeleri, onbinlerce liralık kira sözleşmelerinin - *senetle ispatları bir kenara bırakılacak olursa (HMK m. 200)*- geçerliliği şekle tabi değilken, sıradan bir ölüme bağlı arzu bile sıkı şekil şartlarına tabi tutulmuştur. Bunun köklü sebepleri ortadadır. Sağlararası işlemlerden farklı olarak, vasiyetçinin hukukî sonuç doğurmaya yönelik irade açıklaması ilk olarak onun ölümünden sonra sonuçlarını meydana getirir. Hal böyle olunca, onun öldükten sonra değiştiremeyeceği, düzeltemeyeceği, irade açıklamasına ilişkin iddia ve savunmada bulunamayacağı bir gerçeklikte, onun hukukî

---

[78] http://www.legisquebec.gouv.qc.ca/en/ShowDoc/cs/CCQ-1991/ (Erişim Tarihi: 10.5.2020).

[79] HIRSCH, s. 856.

işlemde bulunma iradesini taşıyıp taşımadığı, böyle bir irade taşıyorsa bu irade açıklamasının içeriğinin ispatı bakımından belgelenmesi sağlararası hukukî işlemlerden çok daha fazla önem arz eder[80].

Bu gerekçelerle kanun koyucu vasiyetnamelerin yalnızca kanunda öngörülen sınırlı sayıda şekilde yapılabilmesine imkân tanımıştır. Pozitif hukukumuzda vasiyetnameler, yalnızca resmî, el yazılı ve olağanüstü durumlarda sözlü olarak yapılabilmektedir (TMK m. 531 vd.). Resmî vasiyetnamelerin diğer hiçbir hukukî işlemde görülmeyecek ağır merasim koşullarına bağlanması (TMK m. 532-537), el yazılı vasiyetnamelerin nitelikli yazıl şekil şartına tabi tutulması (TMK m. 538) özünde hep vasiyetçinin gerçek ve samimi iradesinin sağlıklı bir biçimde hayata geçirilmesini amaçlar. Sözlü vasiyetnamelerde bu sıkı şekil kurallarından nispeten ödün verilse de, bunlara da yalnızca olağanüstü durumlarda ve yine kanunun bunlar için aradığı şekil şartlarının yerine getirilmesi koşuluyla geçici karakteri haiz olmak üzere izin verilmiştir (TMK m. 539-541). Resmî ve el yazılı vasiyetnamelerin sıkı şekil kurallarının sözlü vasiyetnamelerde aranmaması ve böylece şeklin fonksiyonlarının hafifletilmesi özünde ölüme bağlı son arzulara duyulan saygının bir yansıması, onları hayata geçirme arzusunun bir tezahürü olarak görülmelidir.

Bir hukukî işlemin şekle tabi kılınmasının altında daima belirli düşünceler yatar. Vasiyetnamelerdeki şekil kuralları da hukukî işleme kesinlik ve açıklık sağlamak, vasiyetçinin ölümünden sonra hukukî sonuçlarını doğuracak tek taraflı bir hukukî işlem olması nedeniyle onu bu işlemi yapmadan önce daha iyi düşünmeye sevk etmek, onu geçici isteklerinden doğabilecek olası sonuçlara karşı korumak (uyarı fonksiyonu), hukukî işlemin gerçekten vasiyetçi tarafından yapılıp yapılmadığını belirlemek (teşhis fonksiyonu), irade açıklamasının içeriğini tespit etmek (ispat fonksiyonu) ve onun bu iradesini vasiyetname yapma ehliyetine sahip olduğu bir anda açıkladığını belirlemek gibi fonksiyonlara sahiptir[81]. Bu kuralların tamamı nihayetinde vasiyetçinin gerçek ve samimi iradesini güvence altına almayı amaçlar[82]. Neredeyse şekle tabi olan bütün hukukî

---

80 DURAL/ÖZ, s. 62; DORJEE-GOOD, ZGB Art. 498 Rn. 5.

81 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 156; OĞUZMAN, s. 108; İMRE Zahit / ERMAN Hasan, **Miras Hukuku**, 6. Bası, Der Yayınları, İstanbul, 2006, s. 69; BREITSCHMID, ZGB Art. 498 Rn. 6; DURAL/ÖZ, s. 62; ERGÜNE, s. 289; BEYER Gerry W. / HARGROVE Claire G., "Digital Wills: Has the Time Come for Wills to Join the Digital Revolution?", **Ohio Northern University Law Review**, No. 33, 2007, s. 878-879; Harvard Law Review Developments in the Law - More Data, More Problems, s. 1793; BODDERY, s. 208 vd.

82 DORJEE-GOOD, ZGB Art. 498 Rn. 5.

işlemlerde görülen şeklin fonksiyonlarının ölçüsü yapılan hukukî işlemin doğuracağı sonuçlara ve işlemin niteliğine göre farklılık arz eder. Bu fonksiyonların yerine getirilmesi için aranan şekil kurallarının dozajı vasiyetnamelerde en üst noktaya çıkar. Vasiyetnamelerde şeklin teşhis, uyarı ve ispat fonksiyonlarını sağlamak amacıyla diğer hiçbir hukukî işlemde görülmeyecek derecede ağır şekil formaliteleri öngörülmüştür.

Öncelikle vasiyetçi sağlararası işlemlerden farklı olarak sağlığında herhangi bir yüküm altına girmediğinden onun sonradan değiştiremeyeceği ölüme bağlı son arzularının ciddiliğinden emin olunmalıdır (*uyarma fonksiyonu*)[83]. Bu gerekçeyle el yazılı vasiyetnamelerde el yazılı metin ve imza, resmî vasiyetnamelerde ise işlemin resmî memur önünde yapılması ve diğer şekil formaliteleri vasiyetnamenin neredeyse her aşamasında vasiyetçiyi uyarma fonksiyonunu yerine getirirler. Sözlü vasiyetnamelerde ise olağanüstü durumun niteliği gereği şeklin uyarıcı fonksiyonunun eksikliği onun geçiciliğiyle, vasiyetçinin de iradesinden bağımsız olarak kendiliğinden hükümden düşmesiyle kotarılmaya çalışılır (TMK m. 541).

İkinci olarak, vasiyetçinin yine ölümünden sonra kendisinin düzenleyip düzenlemediği ve dolayısıyla onun gerçek ve samimi ölüme bağlı arzularını yansıtıp yansıtmadığı konusunda iddia ve savunmada bulunma olanağı ortadan kalktığından, henüz onun sağlığında bu işlemi bizzat onun yaptığının şüpheye yer vermeyecek derecede tespit edilmesi gereklidir (*teşhis fonksiyonu*). El yazılı vasiyetnamelerde bu fonksiyon vasiyetçinin taklit edilemeyecek davranışsal özelliklerini içeren el yazılı metin ve imza sayesinde sağlanırken, resmî vasiyetnamelerde bu fonksiyon resmî memur ve tanıkların merasime katılmalarıyla güvence altına alınır. Sözlü vasiyetnamelerde ise olağanüstü durumun niteliği gereği el yazılı vasiyetname ve resmî vasiyetname yapma imkânı olmadığından ve onların teşhis kuralları işletilemediğinden bu fonksiyon nispeten daha az güvenli olan tanıklarla sağlanır.

Üçüncü olarak, vasiyetçinin son arzularının ölümünden sonra gerçek ve samimi iradesine uygun biçimde hayata geçirilmesi için onun henüz sağlığında açıkladığı iradesinin belgelenerek bir şekle bürünmesi gerekmektedir (*ispat fonksiyonu*)[84]. Öyle veya böyle, onun son arzularını içeren irade açık-

---

[83] DURAL/ÖZ, s. 62; İMRE/ERMAN, s. 69; SEROZAN, s. 317-318; ÖZTAN Bilge, **Miras Hukuku**, 7. Bası, Ankara, 2016, s. 188.

[84] İMRE/ERMAN, s. 69; DURAL/ÖZ, s. 62; LANGBEIN, s. 517; SEROZAN, s. 317-318; ÖZTAN, s. 188; FOERSTE, s. 87.

laması henüz sağlığında belgelenmelidir. Türk hukukunda vasiyetçinin son arzularının belgelenmesi özünde *yazılılık* esasına tabidir. Hem resmî vasiyetnamede hem adı üstünde el yazılı vasiyetnamede hem de son kertede sözlü vasiyetnamede[85] onun ölüme bağlı son arzuları hep yazılı şekle büründürülür. Bu yazılı belgeler sayesinde vasiyetçinin son arzularının içeriği de belgelenmiş olur. İşlemin yazılı şekle büründürülmesi vasiyetçiyi sahte vasiyetname yapılma ihtimallerine karşı koruduğu gibi, uyuşmazlıkların çözümü bakımından da mahkemelere kolaylık sağlar[86].

Son olarak, vasiyetçinin bu iradesinin vasiyetname yapma ehliyetine sahip olduğu ve özellikle ayırt etme gücüne sahip olduğu bir anda açıklandığından da emin olmalıdır. Bu amaçla el yazılı vasiyetnamelerde el yazılı düzenleme tarihi (TMK m. 538), resmî vasiyetnamelerde işleme resmî memur ve tanıkların katılımı, resmî memurun vasiyetnameyi tarih koyarak imzalaması (TMK m. 533/III) ve tanıkların ehliyet konusunda şerh düşme zorunluluğu (TMK m. 534/II), sözlü vasiyetnamelerde işleme tanıkların katılımı ve bunların vasiyeti yazıya geçirirken gün, ay, yıl koyma ve ehliyet hususunu şerh etme zorunluluğu öngörülmüştür (TMK m. 540/I).

Tüm bu fonksiyonların hepsi, özünde vasiyetçinin ölümünden sonra sonuç doğuracak son arzularına ilişkin iradesinin onun iradesine uygun olarak hayata geçirilmesine hizmet eder. Bu nedenle vasiyetnamelerin geçerliliği test edilirken daima vasiyetçinin vasiyet bırakma iradesiyle hareket edip etmediği, şayet bu iradeyle hareket etmişse iradesinin neleri içerdiği ve en önemlisi bu iradenin onun tarafından açıklanıp açıklanmadığı ve gerçek ve samimi iradesini yansıtıp yansıtmadığına bakılmalıdır[87]. Şekle ilişkin bu fonksiyonların yerine getirildiğine şüphe bulunmuyorsa, artık bu vasiyetnameyi geçerli saymamak vasiyetçinin gerçek ve samimi iradesini ortaya çıkarmak amacıyla getirilen şekil kurallarının da inkarı anlamına gelir.

---

85 Kanun koyucu "name" kelimesi yazı anlamına geldiği için sözlü vasiyet (TMK m. 539) terimini tercih etmiştir. Ancak son noktada vasiyetçinin sözlü arzularını içeren beyan içeriğinin tanıklar veya mahkeme tarafından yazılı içeriğe büründürülmesi şart olduğundan bunlar için de sözlü vasiyetname teriminin kullanılmasında bir yanlışlık olmadığı da ifade edilmektedir. Bu konudaki tartışmalar hakkında bkz. KAYAK Sevgi, "Türk Hukukunda Sözlü Vasiyetname", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 58, Sayı 1-2, s. 196-197.

86 BEYER/HARGROVE, s. 880; HALL, s. 360.

87 LANGBEIN, s. 491; Harvard Law Review Developments in the Law - More Data, More Problems, s. 1792.

Şekil fonksiyonlarının yerine getirilip getirilmediği, her hukuk kuralında olduğu gibi şekil kurallarının yalnızca lafzıyla değil, amacına göre yorumlanmasını gerektirir. Bu kabulle, Türk Medenî Kanununun şeklî anlamda vasiyetnameler için öngördüğü tipik şekil kurallarının her biri de onların amacı bağlamında değerlendirilmelidir[88]. Aslında Türk Medenî Kanununun 1. maddesi de bu gerçeğe vurgu yapar; kanun yalnız sözüyle değil aynı zamanda özüyle de değindiği bütün konularda uygulanır (TMK m. 1/I). Kanunda yer alan tipik şekil kuralları asla onun öngördüğü amaçlarından soyutlanamaz. Şekil kurallarının öngördüğü amaca göre yorumlanması, sağlararası hukukî işlemlerden farklı olarak vasiyetnamelerde daha büyük önem kazanır. Zira vasiyetçinin artık ölümünden sonra hukukî sonuçlarını doğuracak işlem iradesinin şekil kurallarına feda edilmesi halinde, onun gerçek ve samimi iradesine uygun işlemin hayata geçirilmesi olanağı da ortadan kalkar. Bu noktada şekil kurallarının halihazırda zaten vasiyetçinin gerçek iradesinin ortaya çıkarılmasını amaçladığı ve bu nedenle bunlardan taviz verilmemesi gerektiği iddia edilebilir. Lâkin kanunun tipik şekil kurallarıyla öngörülen amaca kanunun lafzî olarak aradığı yöntem ve araçlardan başka yöntem ve araçlarla ulaşılması halinde de onun son arzularına uygun iradesinin güvence altına alınması mümkün olabilir[89]. Bu durumda vasiyetnamenin tipik şekil kurallarının lafzına göre değil amacına göre yorumlanması, vasiyetçinin son arzularının -*üstelik de kanunun ruhuna uygun bir şekilde*- hayata geçirilmesine imkân tanır. Yeter ki vasiyetnamenin tipik şekil kurallarının fonksiyonları sağlanabilsin.

Dijital vasiyetname ve vasiyetlerin geçerliliği de ilke olarak fonksiyonel bir yaklaşımla değerlendirilmelidir. Dijital ortamda yapılan vasiyetname ve vasiyetler, kanunun öngördüğü tipteki şeklî anlamda vasiyetnamelerin tipik şekil kurallarına uygun olmasa bile, o şekil kuralıyla öngörülen amaca başka bir yoldan ulaşılmasını sağladığı sürece bunlara da geçerlilik atfetmek gerekir. Hatta teknolojinin insanlara sağladığı imkânlar neticesinde dijital yollardan düzenlenen bu tür ölüme bağlı tasarruflar, kimi zaman kanunun tipik şekil kuralıyla öngördüğü amacın daha sağlam ve etkin gerçekleştirilmesini sağlayabilir[90]. Örneğin, zaman damgası teknolojisiyle desteklenmiş bir el yazılı vasiyetname, düzenleme tarihine ilişkin sorunları tamamen ortadan

---

88 SEROZAN, s. 331; HIRSCH, s. 902; ANTALYA/SAĞLAM, s. 289; ERGÜNE, s. 290.

89 SEROZAN, s. 331; LANGBEİN, s. 513 vd.; GRUNDMANN, s. 429 vd.; ERGÜNE, s. 290; ATLI, s. 142.

90 Harvard Law Review Developments in the Law - More Data, More Problems, s. 1799.

kaldırır. Zaman damgası teknolojisiyle vasiyetçinin el yazılı vasiyetnamesindeki geçerlilik şartlarından biri olan düzenleme tarihini hiç yazmaması, eksik yazması ve kasten veya sehven hatalı yazması ihtimallerinde gerçek vasiyetname tarihini tespit etmekte tereddüt yaşanmayacaktır. Böylece vasiyetçinin en azından sıkça uyuşmazlık konusu olan sürekli ayırt etme gücünden yoksunluğuna ilişkin iddialar daha kolay tespit edilebilecektir.

Sonuç olarak, kanunun vasiyetnamenin şekil kurallarıyla öngördüğü amaca başka bir yoldan ve bu arada çalışma konumuz olan dijital yollardan ulaşılması halinde bu vasiyetnameleri ve vasiyetleri de kural olarak geçerli kabul etmek gerekir. Aksi bir düşünce, sıkı şekil şartları getirilmesinin altında yatan temel düşünceyi, vasiyetçinin son arzularına ilişkin gerçek ve samimi iradesini onun iradesine uygun biçimde hayata geçirmeyi yadsımak olur ki; bu da körü körüne şekilciliğe bağlı olmaktan ve maddî gerçeği inkar etmekten öte bir anlam taşımaz. Benimsediğimiz bu anlayış favor testamenti yaklaşım yanında, bugüne kadar hukukun diğer alanlarında da yargısal içtihatlarla şekle aykırılığı ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılmasının (TMK m. 2/II) kabul edilmesindeki temel anlayış ile de uyumludur[91]. Dijital ortamda yapılan ölüme bağlı tasarrufların şekil yönünden değerlendirilmesine yönelik bundan sonraki açıklamalarımız da favor testamenti ilkesi ve tipik şekil kurallarının amacına göre yorumlanması bağlamında yapılacaktır.

B. Dijital Vasiyetnamelerdeki Tipik Şekil Eksikliklerinin Aşılmasında Bir Kriter Olarak El Yazılı Vasiyetnameler ve Fonksiyonları

Dijital vasiyetnameler ve bu arada yazılı olarak düzenlenmemesi halinde dijital vasiyetlerdeki tipik şekil eksiklerinin aşılmasında el yazılı vasiyetname, şekil kurallarıyla öngörülen amaca ulaşılmasında elverişli bir kıstas aracıdır. Zira zahmetsiz, masrafsız, zamana ve olağanüstü bir durumun varlığını gerektirmeden geçerli olarak yapılabilen ve vasiyetçi dışında başka hiç kimsenin katılımını gerektirmeyen bu vasiyetname türü, bu özellikleriyle ve oluşturulması itibariyle dijital vasiyetnamelere ve vasiyetlere oldukça benzerlik göstermektedirler. Gerçekten de dijital ortamın vasiyetçiye son arzularını bizzat kendisinin yazılı olarak beyan etmesine ve görüntü ve ses veya

---

[91] Karş. SEROZAN da ölüme bağlı tasarrufun onu kaleme alanın aidiyeti, onun animus testandi'si tarafından desteklenmişliği, gerçekliği, güncelliği ve içtenliği açıkça saptanabildikçe, şekle aykırılığı ileri sürmenin şekil kuralının amacından saptırılmasından ve hakkın kötüye kullanılmasından başka bir anlam taşımayacağını ifade etmektedir (s. 331).

salt ses içeren cihazlar aracılığıyla iletmesine olanak vermesi onun el yazılı vasiyetnamelerin şekil şartlarıyla kıyaslanmasının başlıca dayanağını oluşturur.

Pozitif hukukumuza göre el yazılı vasiyetnamenin yapıldığı yıl, ay ve gün gösterilerek başından sonuna kadar mirasbırakanın el yazısıyla yazılmış ve imzalanmış olması zorunludur (TMK m. 538/I). Bu şekil unsurlarının her biri vasiyetçinin son arzularının onun gerçek ve samimi iradesine uygun biçimde hayata geçirilmesini amaçlar. Dijital vasiyetnamelerin ve vasiyetlerin geçerli sayılıp sayılmamasında, oluşturuluş biçimindeki benzerlik itibariyle el yazılı vasiyetnamenin şekle ilişkin kurallarının fonksiyonları kriter olarak ele alınabilir. El yazılı vasiyetnamenin şekil kurallarıyla öngörülen amaca ulaşılması halinde aşağıda ayrıntılı olarak açıklayacağımız üzere bunlar geçerli olarak kabul edilmelidir[92].

a. El Yazılı Metnin Fonksiyonları

El yazılı metin; vasiyetçinin ölüme bağlı tasarrufunun içtenliği ve ciddiliğini tespit edebilmek amacıyla vasiyetçiyi uyarma fonksiyonunu[93], başından sonuna kadar bizzat vasiyetçinin davranışsal özelliklerini taşıyan el yazısıyla yazılması nedeniyle onun kimliğini teşhis fonksiyonunu[94] ve yine bizzat vasiyetçinin iç iradesindeki ölüme bağlı son arzularının yazılı olarak dış dünyada büründüğü biçim itibariyle de vasiyetçi öldükten sonra bile vasiyet içeriğini ispat fonksiyonunun[95] yerine getirilmesini sağlar. El yazılı metin, vasiyetçiyi aslında sonuç doğurmasını istemediği bir işlem yapmadan önce onun uyarılmasını sağlar. Zira vasiyetnamelerde kişi sağlararası işlemlerden farklı olarak herhangi bir borç altına girmediği için daha rahat hareket eder, son arzularını düşüncesizce ve sorumsuzca açıklama olasılığı vardır. Bu yüzden onun gerçek, samimi ve ciddi iradesinin tespiti bakımından el yazılı metin önemli bir fonksiyona sahiptir[96]. El yazılı metin sayesinde vasiyetçi son arzuları üzerinde daha fazla düşünür, onları tasarlar, kurgular ve

---

92 GRUNDMANN, s. 447. Yazar, el yazılı vasiyetnamenin şekil kurallarıyla amaçlanan hedefe ulaşılması halinde tipik şekil kurallarını içermese bile her türlü vasiyetnamenin geçerli sayılması gerektiğini ifade etmektedir.

93 SEROZAN, s. 327.

94 OĞUZMAN, s. 119; ÖZTAN, s. 171; ANTALYA/SAĞLAM, s. 171; ABT, s. 148; ERGÜNE, s. 299.

95 ABT, s. 154; HIRSCH, s. 899.

96 SEROZAN, s. 317-318; LANGBEIN, s. 495.

böylece iradesine uygun bir hukukî sonuç doğacağından emin olunması sağlanır. Gerçi vasiyetname varması gerekli olmayan tek taraflı bir hukukî işlem olduğu ve güveni korunmaya değer bir muhatabı olmadığı için vasiyetçi tarafından ölünceye kadar her zaman, sebepsiz ve gerekçesiz olarak geri alınabilir. Bu yüzden vasiyetnamelerde el yazılı metnin uyarıcı bir fonksiyonu olmadığı da iddia edilir[97]. Lâkin böyle bir yorum tarzı vasiyetçinin kendi yazmadığı bir metni okumadan imzalaması ve ölmeden önce geri alma beyanında bulunmayı ihmâl ettiği durumlarda vasiyetçinin gerçek ve samimi iradesini içermeyen hukukî sonuçların doğmasına sebep olabilir. Dolayısıyla resmî vasiyetnamedeki ağır merasim koşullarında da esasında amaçlandığı gibi, el yazılı metin vasiyetçinin ölüme bağlı son arzuları üzerinde acele etmeden karar vermesini ve vasiyet bırakma iradesinin ciddiyetle ortaya konulmasını sağlar. Resmî vasiyetnamelerde bu fonksiyonu işlemin resmî memur ve tanıklar önünde belirli merasim koşullarına göre yapılması sağlarken, el yazılı vasieytnamelerde bir başına el yazılı metin bu fonksiyonu yerine getirir. Üstelik resmî vasiyetnamelerden farklı olarak, tevdi zorunluluğunun da olmaması sebebiyle o, vasiyetname yaptığını ve bunun içeriğini ölünceye değin gizli tutma imkânına da sahip olur.

El yazılı metin, uyarı fonksiyonu dışında vasiyetçinin kimliğini teşhis fonksiyonunu da bir başına yerine getirir[98]. Bu vasiyetname türünde vasiyetçinin kimliğini teşhis için ne imzasına ne resmî memura ne kimlik belgesine ne tanıklara ne de herhangi başka birine ihtiyaç duyulur. Vasiyetçi bizzat kendi davranışsal özelliklerini taşıyan ve taklit edilmesi imkânsız el yazısıyla işlemi kendisinin yapıp yapmadığına ilişkin şüpheleri de daha sağlığında ortadan kaldırır ve ölümünden sonra bile kimliğinin teşhis edilmesi böylece güvence altına alınır.

El yazılı metin, uyarı ve teşhis fonksiyonları yanında ayrıca vasiyetçinin ölümünden sonra denetleme olanağının kalmadığı hukukî işlemin yapılıp yapılmadığı ve içeriğinin ispatı fonksiyonunu da yerine getirir[99]. Vasiyetçinin son arzularını içeren gerçek ve samimi iradesi de bu yolla daha onun sağlığında ve onun tarafından belgelenmiş olur. Hukuk düzenlerinde kural

---

97 GRUNDMANN, s. 448-449.

98 OĞUZMAN, s. 119; ÖZTAN, s. 171; GRUNDMANN, s. 450-451; ANTALYA/SAĞLAM, s. 171; ABT, s. 148; ERGÜNE, s. 299.

99 SEROZAN, s. 318; LANGBEIN, s. 495; GRUNDMANN, s. 449-450; BEYER/HARGROVE, s. 877.

olarak sözlü vasiyetlere bir geçerlilik atfedilmemesinin altında yatan düşünce de esasında onların ispat fonksiyonunu vasiyetçinin gerçek ve samimi iradesinin sağlıklı biçimde ortaya çıkaracak bir şekilde yerine getirememesinden ve böylece sahteliğe elverişli hale gelmesinden kaynaklanır[100]. Bazı sağlararası hukukî işlemlerde olduğu gibi bunların varlığının ve içeriğinin tanıkla ispatına cevaz verilemez.

Dijital vasiyetnameler ve bu arada sözlü olarak yapılması halinde vasiyetler genel olarak bu fonksiyonlar yönünden değerlendirildiğinde bunların yapılış şekline göre el yazılı metnin uyarma, teşhis ve ispat fonksiyonlarını yerine getireceği söylenebilir. Biyometrik el yazılı metnin yazılış tarzı itibariyle uyarma, vasiyetçinin davranışsal özelliklerini taşıması nedeniyle teşhis ve dijital ortamda kaydedilebilip saklanabilme özelliği nedeniyle de ispat fonksiyonlarının tamamını[101]; görüntülü ve sesli vasiyetlerin ise kişinin ses ve görüntüsünün onun fiziksel ve davranışsal özelliklerini içermesi itibariyle teşhis ve bunların da dijital ortamda kaydedilip saklanabilme özelliği nedeniyle ispat fonksiyonlarını *asgarî* el yazılı vasiyetnamelerde olduğu kadar ve hatta kimi durumlarda onlardan da fazla sağladığına şüphe yoktur. Görüntülü ve sesli vasiyetlerde, vasiyetçiyi uyarma fonksiyonunun bir el yazılı metin kadar yerine getirilip getirilmediği ise tartışmalı olmakla birlikte, somut olayın özelliklerine göre bu fonksiyonun da yerine getirildiği kabul edilebilir[102]. Bunlarda vasiyetçinin vasiyet bırakma iradesinin içeriği tıpkı el yazılı metinde olduğu gibi rahatlıkla tespit edilebilir. Dolayısıyla el yazılı metnin uyarı fonksiyonu üzerindeki tereddütler giderildiğinde, bunlar ile el yazılı vasiyetnameler arasındaki temel fark, ölüme bağlı tasarruf içeriğinin dış dünyada büründüğü şekilden başka bir şey değildir. Buna karşılık aşağıda da ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz üzere güvenli elektronik imzalı vasiyetnamelerde elektronik metnin el yazılı metnin fonksiyonlarını yerine getirmediği söylenebilir[103].

b. El Yazılı İmzanın Fonksiyonları

El yazılı vasiyetnamenin bir diğer zorunlu şekil unsuru vasiyetçinin el yazılı imzasıdır. El yazılı vasiyetnamelerde imzanın başlıca fonksiyonlarının

---

[100] BEYER/HARGROVE, s. 875.

[101] Bu konu hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. aşa. IV. 1. D.

[102] Bu konu hakkındaki açıklamalarımız için bkz. aşa. IV. 2. B. c.

[103] Bu konu hakkında bilgi için aşa. IV. 1. C.

vasiyetçiyi uyarma[104], kimliğini teşhis[105] ve belki de en önemlisi vasiyetname projesinden ayırma[106] fonksiyonlarıdır. Öte yandan bu fonksiyonlar yanında imzanın metni kapatma- sonuçlandırma fonksiyonlarını da sağladığı ve kural olarak metnin en altında yer alması gerektiği kabul edilir[107].

El yazılı imza sayesinde el yazılı metinden sonra vasiyetçi vasiyet yapma iradesinin varlığı ve onun içeriği bakımından bir kez daha uyarılır. Böylece vasiyetçinin vasiyet bırakma iradesinin ciddiliği son kez test edilir ve el yazılı imza uyarma fonksiyonunu yerine getirir. Buna karşılık el yazılı imza, adi yazılı sözleşmelerdeki imzanın fonksiyonundan farklı olarak teşhis fonksiyonunun sağlanmasında mutlak bir etkiye sahip değildir[108]. Zira el yazılı vasiyetnamede metnin el yazılı olma koşulu halihazırda teşhis fonksiyonunu zaten yerine getirmektedir[109]. Lâkin vasiyetname metninin bir başkası tarafından yazılması veya dijital ortamda üretilmesi halinde imza yine de teşhis fonksiyonunu yerine getirir. Zira böyle bir durumda imza, vasiyetçinin davranışsal özelliklerini taşıyan tek unsur olması nedeniyle vasiyetçinin kimliğini teşhise yarar. Bu ihtimalde imza teşhis fonksiyonunu yerine getirdiği ve fakat uyarı fonksiyonu eksik kaldığı için *iptal edilebilir* bir vasiyetname

---

[104] LANGBEIN, s. 495; DORJEE-GOOD, ZGB Art. 505 Rn. 8.

[105] LANGBEIN, s. 518; SEROZAN, s. 327; WEIMAR Peter, Die gesetzlichen Erben; Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen, Art. 457-516 ZGB, **BK - Berner Kommentar,** Band/Nr. III/1/1/1, Bern, 2009, ZGB Art. 505, Rn. 22; DORJEE-GOOD, ZGB Art. 505 Rn. 8.

[106] KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 156; OĞUZMAN, s. 108; İMRE/ERMAN, s. 69; EREN Fikret / YÜCER AKTÜRK İpek, **Türk Miras Hukuku**, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 223; LANGBEIN, s. 495, 518; DURAL, s. 68; KÖPRÜLÜ Bülent, **Miras Hukuku Dersleri**, 2. Bası, İstanbul Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1985, s. 156-157; ANTALYA/SAĞLAM, s. 176; GRUNDMANN, s. 452-453; WEIMAR, ZGB Art. 505 Rn. 22; DORJEE-GOOD, ZGB Art. 505 Rn. 8.

[107] LANGBEIN, s. 493; SEROZAN, s. 327; WEIMAR, ZGB Art. 505 Rn. 22-24. Lâkin doktrinde imzanın metni örtme, kapatma, sonuçlandırma fonksiyonunun olmadığı, zira vasiyetçinin halihazırda imza attıktan sonra da vasiyetname yaptığı belge üzerinde olanak olduğu ölçüde eklemeler yapılabileceğine işaret edilmektedir (GRUNDMANN, s. 452). GRUNDMANN'ın bu görüşüne katılmakla birlikte, vasiyetnamenin dijital ortamda biyometrik dijital imza ve elektronik imzayla oluşturulduğu durumda dijital veri üzerinde sonradan ekleme ve değişiklik yapılması imkânsız kılındığından bu ihtimallerde imzanın sonuçlandırma fonksiyonuna sahip olduğu söylenebilir. Hatta elektronik imzalı vasiyetnamelerde dijital ortamda oluşturulmuş metin üzerinde hiçbir şekilde ekleme ve değişiklik yapılamaması nedeniyle bunlarda imza, gerçek anlamda ve kesin olarak sonuçlandırma fonksiyonunu sağlamaktadırlar.

[108] El yazılı (holografik) vasiyetnamelerin tersine bizim hukukumuzda kabul edilmeyen alografik vasiyetnameler için ise imza vasiyetçinin davranışsal özelliklerini taşıyan tek unsur olduğundan teşhis fonksiyonu bakımından hayatî bir öneme sahiptir.

[109] GRUNDMANN, s. 451.

niteliği taşır. Bu da son noktada imzanın vasiyetnamelerde de teşhis fonksiyonunun önemini gösterir.

El yazılı imzanın en önemli fonksiyonu hiç şüphesiz onu vasiyetname projesinden ayırma fonksiyonudur[110]. İmza, vasiyetçinin vasiyet bırakma iradesinin en önemli göstergesidir. Gerçekten de tek başına el yazılı metin her ne kadar uyarma, teşhis ve ispat fonksiyonlarını yerine getirse de son noktada vasiyetçinin bunların içeriğini onaylaması, doğrulaması, gerçek anlamda bir vasiyet bırakma iradesinin varlığı imzayla tescillenir[111]. Dolayısıyla imza içermeyen bir vasiyetname, vasiyetçinin vasiyet bırakma iradesini (animus testandi) içermediğinden ötürü kural olarak yokluk yaptırımına tabidir[112]. Bunların bir iptal davasıyla iptal edilmesi bile gerekmez, olsa olsa yokluğu bir tespit davasıyla kanıtlanabilir. Yalnız vasiyetçinin vasiyet bırakma iradesinin tereddütsüz çıkarılabildiği ve fakat imzalama eylemini yerine getiremediği bazı istisnaî hallerde imzanın eksikliği de tolere edilir. İmza içermeyen vasiyetnamelerin geçerliliği üzerine yaptığı bir çalışmasında *Horton* bu konuyu ayrıntılı biçimde incelemiştir. Yazar tarafından ortaya atılan momentum teorisine (*momentum theory*) göre, henüz vasiyetçi tarafından imzalanmamış bir vasiyetnamenin sonradan onun tarafından imzalanacağı kesin olarak kabul edilebiliyorsa, bu vasiyetname imza eksiğine rağmen geçerli sayılarak ölenin son arzuları yerine getirilmelidir[113]. Yalnız bu teoriye göre vasiyetçinin vasiyetnameyi imzalama olanağı olduğu halde ve buna rağmen vasiyetnameyi imzalamadığı durumlarda bu vasiyetnamenin geçerli sayılmasına olanak yoktur.[114]

---

[110] LANGBEIN, s. 495, 518; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 156; DURAL, s. 34; EREN/YÜCER AKTÜRK, s. 223; GRUNDMANN, s. 452-453; DORJEE-GOOD, ZGB Art. 505 Rn. 8.

[111] İmzayı vasiyetçinin vasiyet bırakma iradesinin varlığı ve dolayısıyla vasiyetnamenin olmazsa olmaz bir koşulu olarak gören *LANGBEIN* bu nedenle imzaya ilişkin şekil koşulunun lafzî yorumu dışında bir yoruma elverişli olmadığını ifade etmektedir (s. 518). Lâkin kanaatimce dijital ortamda imzanın tüm fonksiyonlarını yerine getirecek vasiyetnameler veya vasiyetler bakımından imza koşulu da *favor testamenti* yaklaşımla lafzî yorum dışında, amacına göre de yorumlanmaya uygundur.

[112] KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 349; HATEMİ Hüseyin, **Miras Hukuku**, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 91; BREITSCHMID, ZGB Art. 520 Rn. 23; ERGÜNE, s. 269-270. İmza eksikliğinin kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacağı yönünde bkz. ÖZTAN, s. 239.

[113] Bu teori hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. HORTON, Wills, s. 1663 vd. *LANGBEIN* da vasiyetçinin tanıklar huzurunda eline kalemi alıp tam vasiyetnameyi imzalayacağı sırada üçüncü bir kişinin kurşunuyla öldürülmesi ve vasiyetçinin kalp krizi geçirerek ölmesi halinde bunun imzalanmış sayılması gerektiğine işaret etmektedir (s. 518).

[114] HORTON, Wills, s. 1638.

Dijital ortamda yapılan yazılı vasiyetnamelerde biyometrik imzanın tüm bu fonksiyonları yerine getirdiği kabul edilebilir ise de, güvenli elektronik imzalı vasiyetnamelerin uyarma, teşhis ve vasiyetname projesinden ayırma fonksiyonlarını yerine getiremediği görülür. Buna karşılık görüntülü ve sesli vasiyetler, teknik olarak kanunun aradığı anlamda el yazılı bir imzaya niteliği gereği elverişli değildir[115]. Lâkin bu vasiyetlerde de el yazılı imzanın fonksiyonlarını görecek alternatif yöntemler kullanılarak bunların da el yazılı imzanın gördüğü fonksiyonları sağlaması pekala mümkün olabilir[116].

c. El Yazılı Düzenleme Tarihinin Fonksiyonları

El yazılı vasiyetnamenin bir diğer şekil şartı ise, el yazılı düzenleme tarihidir. Kanuna göre düzenleme tarihi vasiyetçinin kendi el yazısıyla gün, ay, yıl belirtilerek yazılmalıdır (TMK m. 538/I). El yazılı düzenleme tarihi, vasiyetçinin vasiyetname yaptığı tarihte vasiyetname yapma ehliyetini haiz olup olmadığının ve yine vasiyetçinin birden fazla vasiyetname yapması halinde vasiyetçinin bunlardan hangisinin son arzularını yansıttığının tespit edilmesine yarar. Bir şekil şartı olarak el yazılı düzenleme tarihinin bunlardan başka bir fonksiyonu yoktur. Bu nedenle el yazılı düzenleme tarihine ilişkin şekil kuralı öngördüğü bu amaçlarla sınırlandırılmalıdır. Nitekim karşılaştırmalı hukukta Almanya ve Türk Medenî Kanunumuzu iktibas ettiğimiz İsviçre'de bunların yorum yoluyla sınırlandırılmasıyla yetinilmemiş, bu sınırlamalar kanunlaştırılarak (§ 2247 V BGB, ZGB Art. 520a) pozitif hukukun bir parçası haline gelmiştir. Türk doktrininde de düzenleme tarihine ilişkin şekil şartının karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemelerde olduğu gibi amacına uygun şekilde yorumlanması gerektiği neredeyse oybirliğiyle kabul edilmektedir[117]. Aslında karşılaştırmalı hukuktaki bu düzenlemeler ve doktrinin bu yöndeki görüşleri favor testamenti yaklaşımın da desteğiyle şekil kurallarının yalnızca fonksiyonuyla sınırlı olarak yorumlanmasının tipik bir örneğidir. Aynı yorum tarzının el vasiyetnamelerin diğer şekil kuralları bakımından da benimsenmesinde hiçbir engel yoktur; olmamalıdır. Böylece

---

[115] Gerçi görüntülü vasiyetlerde vasiyetçi sözle ifade ettiği son arzularını içeren görüntü kaydının üzerine bir program aracılığıyla biyometrik imzasını da atabilir. Böyle bir durumda el yazılı vasiyetnameler için öngörülen diğer fonksiyonların da yerine getirilmesi şartıyla bunlar geçerli kabul edilebilir.

[116] Bu konu hakkında ayrıntılı açıklamalarımız için bkz. IV. 2. B. c.

[117] DURAL/ÖZ, s. 86; EREN, s. 73; SEROZAN, s. 324-325; BREITSCHMID, ZGB Art. 498 Rn. 5; ÖZTAN, s. 206; HATEMİ, s. 90; ERGÜNE, s. 302-303. Amerikan hukukunda aynı yönde bkz. HIRSCH, s. 886.

düzenleme tarihi yalnızca vasiyetname yapma ehliyetine veya birden fazla vasiyetname olması halinde bunlardan hangisinin geçerli olacağına ilişkin bir uyuşmazlık çıkması halinde dikkate alınacaktır. Yalnız böyle bir ihtimalde dahi düzenleme tarihinin vasiyetnamede el yazılı olarak hiç belirtilmemesi, eksik belirtilmesi veya kasten veya sehven hatalı olarak belirtilmesi halinde, düzenleme tarihi tanık dahil vasiyetname dışı olgularla tamamlanabilir[118].

Dijital vasiyetnamelerde ise düzenleme tarihi vasiyetçi tarafından dijital ortamda düzenlenen yazılı vasiyetname veya görüntülü ve sesli vasiyette vasiyetçi tarafından bizzat belirtilebileceği gibi, bunun ölüme bağlı tasarruf içeriğinde hiç belirtilmediği, eksik belirtildiği veya kasten veya sehven hatalı olarak belirtildiği durumlarda bile dijital verinin oluşturulduğu tarih adlî bilişim uzmanları tarafından imkânsıza yakın olarak saptanabilir. Zaman damgası teknolojisiyle desteklenmiş bir vasiyetname, düzenleme tarihine ilişkin tereddütleri neredeyse kesin olarak ortadan kaldırır. Hatta bunlar gün, ay, yıl yanında vasiyetnamenin yapıldığı saat, dakika ve hatta saniyeyi de içermesi nedeniyle ayırt etme gücünün geçici olarak kaybedildiği durumlarda da vasiyetname yapma ehliyetinin tespitinde rol oynayabilirler. Dolayısıyla dijital vasiyetnameler ve vasiyetler, düzenleme tarihinin kesin olarak saptanabilmesine imkân tanıması nedeniyle, vasiyetçinin gerçek ve samimi iradesini yansıtıp yansıtmadığı noktasında el yazılı vasiyetnamelerden çok daha öndedir.

C. Ara Sonuç

Vasiyetname için öngörülen sıkı şekil kuralları bunların amacından bağımsız düşünülemez. Favor testamenti yaklaşım da bunu destekler[119]. Şekil kurallarıyla öngörülen amaca başka yollardan, başka araçlarla ulaşılması halinde artık tipik şekil kuralları, ölenin son arzuları karşısında geri çekilebilmelidir[120]. Nitekim vasiyetnamede şekil kuralları da nihaî olarak, onun ölümümden sonra değiştirip düzeltemeyeceği, hakkında iddia ve savunmada bulunamayacağı gerçek ve samimi iradesinin ortaya çıkarılmasına hizmet

---

[118] Böyle bir anlayışın ima teorisiyle de çelişmeyeceği yönünde ERGÜNE, s. 304; SEROZAN, s. 324. Aksi yönde bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 208-209; OĞUZMAN, s. 120-121; İMRE/ERMAN, s. 72-73.

[119] BREITSCHMID, ZGB Art. 498 Rn. 5.

[120] SEROZAN, s. 331; ERGÜNE, s. 290; ATLI, s. 142. Amerikan hukukunda aynı yönde bkz. LANGBEIN, s. 513 vd. Alman hukukunda aynı yönde bkz. GRUNDMANN, s. 429 vd.

eder. O halde, kanunun bu amaçla öngördüğü tipik şekil kurallarının her birine ilişkin fonksiyonların yerine getirildiği durumlarda bunlar tıpkı tipik şekil kurallarına uygun yapılmışçasına geçerli sayılmalıdır. Aksi bir düşüncenin kabulü, tipik şekil kurallarında ısrar edilmesi, kanunun şekik kurallarıyla öngördüğü amacın dışına çıkılarak vasiyetçinin son arzularının hayata geçirilememesine neden olur. Vasiyetname şekil hukukunda Alman BGB § 2247 V ve İsviçre ZGB Art. 520a'nın el yazılı düzenleme tarihine ilişkin şekil şartının amacına uygun sınırlandırılması da bu görüşümüzü destekler.

Dijital ortamda yapılan yazılı vasiyetnameler ve görüntü ve sesli vasiyetlerin de şekle uygunluğu bu bağlamda değerlendirilmelidir. Dijital ortamda yapılan bu tür ölüme bağlı tasarrufların geçerliliği tüm bu çalışma boyunca savunduğumuz fonksiyonel yaklaşımla ele alınmalıdır. Ölüme bağlı tasarrufun kanunun öngördüğü sınırlı sayıda şekilde düzenlenmemesi onun geçersizliğine bir kanıt olarak öne sürülememedir. Dijital ölüme bağlı tasarrufların kanunda öngörülen şekil kurallarının fonksiyonlarını içermesi halinde geçerli olarak kabulü sınırlı sayı ilkesini ihlal etmez. Zira aslında tipik şekil kurallarının kendisini değil ve fakat fonksiyonlarını yerine getirerek hayat kazandırılan dijital ölüme bağlı tasarruflar tam da sınırlı sayı ilkesinin öngördüğü amaçların gerçekleştirilmesini sağlar. Bu bağlamda dijital ortamda yapılan ölüme bağlı tasarruflar, özellikle el yazılı vasiyetnameyle öngörülen şekil kurallarının asgarî fonksiyonlarını yerine getirdiği ölçüde geçerli kabul edilmelidir[121]. Uyarı, teşhis ve ispat fonksiyonlarının yerine getirilmesi halinde bunların sınırlı sayıda düzenlenen vasiyetname türlerinden *yegane* farkı, vasiyetçinin iradesini dışa vurduğu *yöntem ve araçlarda* olacaktır.

Vasiyetçinin gerçek ve samimi iradesinin ortaya çıkarılmasında tipik şekil kurallarındaki yöntem ve araçların kullanılmaması ve fakat bunların fonksiyonlarının yerine getirilmesi halinde, bunların geçersizliğine ilişkin iddialar, *favor testamenti* yaklaşımla da desteklenerek hakkın kötüye kullanılması yasağıyla savuşturulmalıdır (TMK m. 2/II)[122]. Yasal mirasçının şekil kurallarıyla öngörülen amaçların gerçekleştiği dijital ölüme bağlı tasarrufların geçersizliğini ileri sürmesi halinde, şekle aykırılığa bizzat vasiyetçinin

---

[121] Özel olarak dijital ortamda yapılan ölüme bağlı tasarruflardan bahsetmemekle birlikte el yazılı vasiyetnamelerin şekil kurallarıyla öngörülen fonksiyonlarını karşılayan tüm vasiyetnamelerin *favor testamenti* yaklaşımla geçerli kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. GRUNDMANN, s. 447-448.

[122] Dijital ölüme bağlı tasarruflardan özel olarak bahsetmemekle birlikte aynı yönde bkz. SEROZAN, s. 331.

kendisinin yol açması, şekle aykırılığı ileri süren yasal mirasçının şekle aykırılığın ortaya çıkmasında bir dahli olmaması gibi argümanlar da onun hakkını (geçersizliği ileri sürme ve çoğu durumda iptal hakkı) kötüye kullanmadığı anlamında yorumlanmamalıdır[123]. Kanun koyucu özel hukuk ve hatta kamu hukukundaki her türlü hukukî işlemde uygulanan hakkın kötüye kullanılması yasağına (TMK m. 2/II) vasiyetnamelerdeki şekil kuralları bakımından bir istisna getirmiş değildir. Elbette vasiyetçinin ölümünden sonra hukukî sonuçlarını meydana getirecek vasiyetnamenin sıkı şekil kuralları, bunların sağlararası işlemlerdeki şekil kurallarına nazaran dar yorumlanmasını gerektirir. Keza şekle aykırılığı ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde sayılıp sayılmayacağı da özellikle vasiyetçinin vasiyet bırakma iradesinin varlığını ve içeriğini tespit bakımından olağan dışı yöntemle yapılmış bu ölüme bağlı tasarrufların titizlikle incelenmesini gerektirir. Her olayda hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığı ise hakim tarafından re'sen gözetilir. Şekil kurallarındaki dar ve lafzî yorum tarzı, vasiyetçinin vasiyet bırakma iradesinin tereddütsüz çıkarılabildiği somut olaylarda ve bu arada dijital ölüme bağlı tasarruflarda, *favor testamenti* yaklaşım ve dürüstlük kuralının da desteğiyle tipik şekil eksikliklerine rağmen şeklin fonksiyonlarının test edilerek iradenin ve içeriğinin tespit edilmesi yoluyla vasiyetçinin gerçek ve samimi son arzularının hayata geçirilmesi yolunda geri çekilmelidir.

Bu ön kabullerle dijital vasiyetname ve vasiyetlerin şekle uygunluğunun değerlendirilmesinde, hiç şüphesiz birinci sacayağını "favor testamenti" desteğiyle *fonksiyonel yaklaşım* oluştururken, ikinci sacayağını da dürüstlük kuralı (TMK m. 2) oluşturacaktır. Dolayısıyla kanunun vasiyetname için öngördüğü tipik şekil kurallarıyla güdülen amaca, dijital yöntem ve araçlarla ulaşılması halinde bunlar da geçerli kabul edilmelidir. Pozitif hukukumuzun şekle ilişkin kuralları fonksiyonel yaklaşımla vasiyetnamenin ayakta tutulmasına engel değil, bilakis dayanak oluştururlar. Karşılaştırmalı hukukta da dijital vasiyetname ve vasiyete ilişkin şekil sorunları, *-her ne kadar hukuk kurallarının ve ilkelerinin adı farklı olsa d*a- genellikle bu ilkeler çerçevesinde çözülmeye çalışılmıştır. Yalnız fonksiyonel yaklaşımın da ötesine geçerek vasiyetnameyi ayakta tutmaya çalışan Avustralya hukukunda "*dispensing power*" ve Amerikan hukukundaki "*harmless error*" doktrinleri, bizim hukukumuzda yalnızca *hakkın kötüye kullanılması yasağı* (TMK m.

---

[123] SEROZAN, s. 331.

2/II) bağlamında karşılık bulurlar. Pozitif hukukumuzdaki şekil kurallarının fonksiyonlarını içermeyen vasiyetnamelerde ve vasiyetlerde, vasiyetçinin gerçek ve samimi iradesinin ortaya çıkarılması amacıyla bu konuda oldukça dikkatli davranılmalı, bu tür ölüme bağlı tasarruflarda vasiyetçinin gerçek ve samimi iradesi tereddütsüz biçimde ortaya çıkarılmadıkça hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulama alanı da daraltılmalıdır.

Bu arada belirtelim ki dijital vasiyetnamelerin bir kanunla düzenlendiği hallerde bile vasiyetnamelerin geçerliliği bu temel ilkelerden bağımsız düşünülemez. Yapılış tarzına ve yapılışında kullanılan araçlara göre dijital vasiyetnamelerin ve vasiyetlerin geçerli olup olmadığı genel olarak benimsediğimiz *favor testamenti* destekli *fonksiyonel yaklaşım* ve *dürüstlük kuralı* doğrultusunda değerlendirilmelidir.

IV. DİJİTAL ORTAMDA YAPILAN VASİYETNAME VE VASİYETLERİN ŞEKİL KURALLARI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Günümüzde insanların dijital veri üretmesine olanak tanıyan araçların çeşitliliği gün geçtikçe artmaktadır. İnsanlar günümüzde mobil telefonlar, bilgisayarlar, tabletler ve buna benzer diğer dijital veri üretmeye yarayan araçlarla *offline* veya *online* olarak son arzularını da içeren irade açıklamalarında bulunma imkânına sahiptirler. Bunlar telefonlar, tabletler, bilgisayarlar, sosyal medya hesapları aracılığıyla yazılı olarak üretilebileceği gibi, aynı veya benzer araçlar vasıtasıyla salt sesli veya görüntülü-sesli olarak da açıklanabilirler.

Kişinin son arzularını içeren irade açıklamasında kullandığı vasıta ve bu iradenin dış dünyada büründüğü şeklin, pozitif hukukumuzda sınırlı sayı esasına göre sayılan tipik vasiyetname türleri arasına girmediği kural olarak kabul edilebilir. Lâkin yukarıda ayrıntılı olarak açıkladığımız üzere favor testamenti yaklaşım ışığında, fonksiyonel yaklaşım ve dürüstlük kuralı bağlamında bunlara geçerlilik kazandırılması mümkün olabilir. Aşağıda iradenin yaratılış ve dış dünyada büründüğü şekil esas alınarak ölüme bağlı tasarruflar, yazılı vasiyetnameler ve görüntülü ve sesli vasiyetler olarak ikiye ayrılarak incelenmektedir. Son olarak dijital ortamda bu vasıtalar kullanılarak resmî vasiyetname yapılıp yapılmayacağı da ayrı bir başlık altında değerlendirilmektedir.

1. Yazılı Vasiyetnameler

A. Genel Olarak

Türk hukukunda vasiyetçinin son arzularının belgelenmesi nihayetinde kanundaki sınırlı sayıda sayılan vasiyetname türlerinin tamamında *yazılılık* esasına tabidir. Hem resmî vasiyetnamede hem adı üstünde el yazılı vasiyetnamede hem de son kertede sözlü vasiyetnamede onun ölüme bağlı son arzularını içeren iradesi dış dünyada hep yazılı şekle büründürülür. Bunların son noktada yazılı şekle büründürülmesiyle birlikte vasiyetçinin vasiyet bırakma iradesine ilişkin açıklamaları da belgelenmiş ve ispatlanmış olur.

Peki ama vasiyetçinin son arzularını dijital ortamda yazılı olarak açıklaması halinde ne olacaktır? Bu sorunun cevabı vasiyetçinin iradesini açıklarken kullandığı araç ve onun dış dünyada bürünme biçimine göre farklılık arz edebilir. Bu çerçevede biz konuyu her biri şeklî anlamda vasiyetname türleri bakımından geçerliliğine farklı sonuçlar bağlanabilecek güvenli elektronik imza ve biyometrik yazı ve imzalı olmayan vasiyetnameler, güvenli elektronik imzayla yapılan vasiyetnameler ve biyometrik yazı ve imzalı vasiyetnameler olarak üçe ayırarak inceleyeceğiz.

B. Dijital Ortamda Yapılan Yazılı Vasiyetnameler[124]

Vasiyetçinin bilgisayar, akıllı telefon, tablet vb. araçlarla yazı yazmaya uygun program veya uygulamalarla vasiyetnamesini hazırlaması veya hazırlatması ve imzalaması veya imzalamayıp kaydetmesi halinde bunların geçerli olup olmayacağı kanunun el yazılı vasiyetnameler için aradığı koşullar çerçevesinde değerlendirilmelidir. Bu kapsamda, öncelikle vasiyetçinin vasiyetname metnini dijital ortamda hazırlaması veya hazırlatması ve sonrasında çıktısını alarak imzalaması ve vasiyetçinin vasiyetname metnini dijital ortamda hazırlaması veya hazırlatması ve bunu kaydetmesi ihtimalleri üzerinde durulmalıdır.

Anglo-Sakson hukukunun egemen olduğu ülkelerde (ABD, Avustralya, Kanada, Yeni Zelanda ve bu arada KKTC'de[125]) el yazılı (holographic will)

---

[124] Bu kısımda yalnızca güvenli elektronik imza ve biyometrik yazı ve imzalı vasiyetnameler dışında dijital ortamda yapılan vasiyetnameler incelenmektedir. Güvenli elektronik imzalı vasiyetname ile biyometrik yazı ve imzalı vasiyetnameler önemine binaen aşağıda farklı başlıklar altında incelenecektir.

[125] KOÇANO RODOSLU Emine, "KKTC Hukuku'nda Yasal ve İradî Mirasçılığın Kazanılması ve Kaybedilmesi", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 20, Sayı: 1, 2018, s. 283-284.

vasiyetnameler yanında, başkası tarafından ve bu arada dijital ortamda yazılmış vasiyetnamelerin vasiyetçi ve iki tanık tarafından imzalanması halinde geçerli olduğu kabul edilmektedir[126]. Temeli 1837 tarihli İngiliz Vasiyetname Kanunu (Wills Act) Section 9'a dayanan bu kuralın kökenleri de Roma Hukukunda *testamentum allographum* olarak adlandırılan vasiyetname türüne dayanmaktadır[127]. Roma Hukukunda ve Anglo-Sakson hukukundaki bu vasiyetname türü (*alografik vasiyetname*) Türk-İsviçre-Alman hukukuna alınmamıştır. Bu tür vasiyetnamelerin vasiyetçiyi uyarma ve vasiyetçinin kimliğini teşhis fonksiyonlarını ve vasiyetnamenin mahremiyetini el yazılı vasiyetnamelere nazaran daha az sağladığı söylenebilir. Alografik vasiyetnamelerde teşhis fonksiyonu vasiyetçinin imzası ve tanıklarla sağlanırken, uyarma fonksiyonu da merasime en az iki tanığın katılımıyla gerçekleşmektedir. Vasiyetname yapma ehliyetinin tespit edilmesi bakımından tanıkların da işleme katılımı nedeniyle el yazılı vasiyetnamelerden daha güçlü olduğunu kabul etmek gerekir. Ancak son noktada bu tür vasiyetnameleri şeklî anlamda bir vasiyetname türü olarak kabul etmek bir hukuk politikası tercihi olarak görülmelidir.

Türk hukukunda ise yazılı vasiyetnamelerin geçerliliği vasiyetnamenin yapıldığı yıl, ay ve gün gösterilerek başından sonuna kadar vasiyetçinin el yazısıyla yazılmış ve imzalanmış olması koşuluna bağlıdır (TMK m. 538/I). Bunlardan el yazılı metnin uyarma, teşhis ve ispat, imzanın uyarma, teşhis ve vasiyetname projesinden ayırma, düzenleme tarihinin de vasiyetname yapma ehliyeti ve çoklu vasiyetnamelerde bunlar arasında öncelik-sonralık ilişkisini ortaya çıkarma fonksiyonlarını icra ettiği kabul edilmektedir[128]. Dolayısıyla güvenli elektronik imza ve biyometrik yazı ve imzalı olmayan dijital ortamda yapılmış yazılı vasiyetnamelerin geçerlilikleri hakkında, kanunun el yazılı vasiyetname için aradığı şekil kurallarıyla aradığı fonksiyonları içerip içermediği tespit edilerek bir yargıya varılabilir.

Bu noktada ilk olarak geçerli bir el yazılı vasiyetnameyle dijital ortamda yapılan bir kayda gönderme yapılması ihtimali üzerinde durulmalıdır. Kanaatimizce el yazılı vasiyetnamenin şekil unsurlarını içeren bir vasiyetnameyle dijital ortamda üretilmiş, kaydedilmiş ve saklanmış bir metne

---

[126] HORTON, Wills, s. 1630.

[127] DURAL, s. 6.

[128] BGE 116 II 117; BREITSCHMID, ZGB Art. 505 Rn. 8.

gönderme yapılması halinde bunların vasiyetnamenin düzenlendiği tarihten sonra değiştirilmediğinin kesin olarak tespit edilebildiği hallerde bunları geçerli bir vasiyetname saymak gerekir[129]. Zira bu ihtimalde dijital ortamda kaydedilip saklanmış metin *vasiyetname dışı bir olgu olarak* kanundaki şekil şartlarını içeren el yazılı vasiyetnameyi tamamlayıcı bir nitelik taşımaktadır[130]. Nitekim 2002 yılında Güney Afrika Cumhuriyetinde Temyiz Mahkemesi *MacDonald v. The Master* kararında, vasiyetçinin intihar etmeden önce kendi el yazısıyla hazırladığı notla bilgisayarında bulunan bir klasördeki dosyaya yaptığı göndermeyi geçerli bir vasiyetname olarak kabul etmiştir[131].

Bundan başka, Türk hukukunda vasiyetçinin kendi el yazısı dışında bir başkasına yazdırdığı veya daktilo, bilgisayar, tablet, vb. bir makine aracılığıyla yazılan vasiyetnamelerin vasiyetçinin el yazılı imzasını içerse bile geçersiz olduğu oybirliğiyle kabul edilmektedir[132]. Gerçekten de vasiyetname metninin vasiyetçinin el yazısıyla yazılmaması halinde, metnin el yazılı olmasında aranan uyarma, teşhis ve içeriğini belgeleme fonksiyonları yerine getirilmiş olmaz. Gerçi sonradan atılan el yazılı imza da vasiyetçinin kimliğini teşhis fonksiyonunu kısmen yerine getirir; lâkin gerek beyaza imza ihtimali gerekse Anglo-Sakson hukukunda olduğu gibi bunun iki tanıkla da imzalanması koşulu bizim hukukumuzda olmadığından vasiyetname içeriği-

---

[129] SEROZAN, s. 326; ERGÜNE, s. 301.

[130] SEROZAN, s. 326; ERGÜNE, s. 301. Buna benzer bir davada (*Yazbek v. Yazbek*) Avustralya New South Wales Temyiz Mahkemesi, vasiyetçi intihar etmeden önce bir tanığa bilgisayarda bir vasiyetname hazırladığını, bunun bir tanesinin kopyasının çekmecesinde, diğerinin bilgisayarında bulunduğunu ve bunun son arzularını içerdiğini iletmiştir. Vasiyetçi öldükten sonra mahkeme, vasiyetçinin bilgisayarında yaptığı incelemede bir word (.doc) dosyasında vasiyetçinin hazırladığı vasiyetnameye ulaşmış ve adlî bilişim uzmanlarının vasiyetçi tarafından hazırlanan bu metnin sonradan değiştirilmediği veya başka bir yerden yüklenmediğine ilişkin raporu üzerine bunu geçerli bir vasiyetname olarak kabul etmiştir. Kararın tam metni için bkz. GEE, s. 79 vd.

[131] *MacDonald v. The Master*, 2002 (5) SA 64 (N) (South Africa), GEE, s. 23; BODDERY, s. 204-205. Buna karşılık benzer bir olayda ABD Wyoming Temyiz Mahkemesi *In Estate of Reed* kararında vasiyetçinin kendi el yazısıyla yazıp imzaladığı ve içeriğinde bir ses kaydına atıf yaptığı son arzularını içeren ses kaydını *yazılılık* koşulunu sağlamadığı gerekçesiyle geçersiz saymıştır (BEYER/HARGROVE, s. 882).

[132] Geçersizliğin türünü belirtmemekle birlikte daktilo ile yazılan vasiyetnameler yönünden aynı yönde bkz. OĞUZMAN, s. 119; SEROZAN, s. 326; DURAL, s. 17; DURAL/ÖZ, s. 81; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 178; AKKANAT, s. 80; BREITSCHMID, ZGB Art. 505 Rn. 3; SAVAŞ, s. 68; DORJEE-GOOD, ZGB Art. 505 Rn. 2; WEIMAR, ZGB Art. 505 Rn. 12. Daktilo ve bilgisayarda yazılan vasiyetnameler yönünden Alman hukukunda aynı yönde bkz. HERGENRÖDER, s. 9. İptal edilebilir olduğu yönünde bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 338; HATEMİ, s. 90.

ni ve dolayısıyla vasiyetçinin ölüme bağlı son arzularını onun iradesine uygun biçimde belgeleme ve vasiyetçiyi uyarma fonksiyonu hep eksik kalır. Buna rağmen, bu tür vasiyetnameleri favor testamenti yaklaşımla iptal edilebilirlik yaptırımına tabi tutmak daha uygun olur[133].

Dijital ortamda yazı yazılmasına imkân veren program ve uygulamalar (telefonun kısa mesaj servisleri, anlık iletişim kurmaya yarayan uygulamalar, elektronik posta servisleri, sosyal medya hesapları, vb.) bizzat vasiyetçi tarafından hazırlanan ve ölene kadar kendi fiilî egemenliğinde bulunan cihazlarda ve kamuya açık sosyal medya hesabı gibi sanal ortamlarda vasiyetçinin imzası olmaksızın vasiyetname içeriğinin saklanması halinde ise, vasiyetçinin kimliğini teşhis yanında vasiyetname metnini vasiyetname projesinden ayırma fonksiyonu da kural olarak yerine getirilmiş olmaz. Bu tür vasiyetnameler kural olarak, vasiyetçinin vasiyet yapma iradesinin eksikliğinden dolayı yokluk yaptırımına tabidir[134]. Bu tür vasiyetnamelerde düzenleme tarihinin elle yazılmamış olması, düzenleme tarihinin dijital ortamda vasiyetname dışı olgularla saptanabilirliği karşısında kural olarak önem arz etmez. İris tabakası, parmak izi, retina taraması, vb. biyometrik olarak kimliği teşhise sağlayan sistemler veya bunlardan daha zayıf bir güvenlik sistemi olan kullanıcı şifresiyle bu cihazlara veya hesaplara erişim sağlanarak teşhis fonksiyonunun büyük ölçüde yerine getirilmesi ve vasiyetname metninin ondan sadır olduğunun kesin olmasa bile kuvvetli olduğu ihtimallerde bile bu tür metinler imza içermediği ve dolayısıyla vasiyetname projesinden ayırma fonksiyonunu yerine getirmediği sürece kural olarak geçerli sayılamaz, yokluk yaptırımına tabidir. Bu durumda teşhis fonksiyonu yanında uyarma fonksiyonunun da sağlandığını kabul etmek gerekir. Zira kişinin dijital cihazlarda yazılı veri üretmesi için göstereceği çaba el yazılı vasiyetnamelerle kıyaslandığından çok büyük bir farklılık arz etmez. Böyle bir ihtimalde, el yazılı metnin teşhis ve uyarma fonksiyonu artık sağlandığı için "vasiyetname projesinin" sonradan vasiyetçi tarafından imzalanacağı ispatlanabildiği ölçüde geçersizliğin türü iptal edilebilirlik katına yükseltilebileceği gibi[135], sadece vasiyetnameler için değil, diğer bütün özel hukuk ilişkile-

---

[133] Aynı yönde bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 338; HATEMİ, s. 90.

[134] KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 349; BREITSCHMID, ZGB Art. 520 Rn. 23.

[135] Konuyu el yazılı vasiyetnamede imza eksikliği bakımından değerlendiren yazarlara göre vasiyetçinin vasiyetname yapmayı istediği ama imza atmayı ihmâl ettiği durumlarda, vasiyetname yokluk yaptırımına değil, iptal edilebilirlik yaptırımına tabi olmalıdır (İMRE/ERMAN, s. 74; OĞUZMAN, s. 123; GÖNEN, s. 99). Karş. WEIMAR, ZGB Art. 505 Rn. 22.

rinde geçerli olan dürüstlük kuralı (TMK m. 2) gereğince şekle aykırılığı ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu hallerde (TMK m. 2/II) tamamen geçerli bir vasiyetname olarak da kabul edilebilmesi mümkün olabilir.

Karşılaştırmalı hukukta da bu tür imza içermeyen vasiyetnamelerin durum ve koşullara göre, vasiyetçinin vasiyet yapma iradesinin şüpheye yer vermeyecek derecede ispatlanması halinde "*dispensing power*" ve "*harmless error*" doktrini yoluyla geçerli bir vasiyetname olarak kabul edilmesi gerektiği kabul edilmektedir[136]. Bu konuda 2016 yılında Avustralya'da görülen *Nichol v. Nichol* davasında Queensland Eyalet Yüksek Mahkemesi, vasiyetçinin telefonunun kısa mesaj gönderme kısmına yazdığı ve fakat göndermediği son arzularını içeren metni "*dispensing power*" doktrini yoluyla geçerli bir vasiyetname olarak kabul etmiştir. Avustralya Queensland'de meydana gelen olayda bir adamın ondan yeni ayrılan eşi onun cansız bedenini yanıbaşında cep telefonuyla bir barakada bulmuş, kadın eski eşinin ölüm haberini onun yakınlarına haber vermek amacıyla bir arkadaşından onun telefon rehberine bakmasını istemiş ve arkadaşı ölen kişinin yazdığı ve fakat göndermediği kısa mesaj metni ile karşılamıştır. Bu metinde ölen kişi, malvarlığının bir kısmını iki erkek kardeşine bıraktığını beyan etmiş ve banka şifresini erkek kardeşine yazarak ona bu hesabından para çekebileceğini yazdıktan sonra metnin sonuna "*vasiyetim*" (my will) yazarak bir gülümseme emojisi koymuştur[137]. Queensland Yüksek Mahkemesi vasiyetçinin erkek kardeşlerinin onun intihar kararından haberdar olmaması amacıyla mesajı göndermediğini, yoksa vasiyetname metninin onun arzularını içerdiğini ve bunun bir vasiyetname projesi değil, geçerli bir vasiyetname olduğuna karar vererek vasiyetnameyi geçerli kabul etmiştir[138]. Buna benzer bir başka olay da İsveç'te meydana gelmiştir. Vasiyetçi intihar etmeden kısa bir süre önce son arzularını içeren irade açıklamasını arkadaşına mobil telefonun kısa mesaj servisiyle iletmiştir. İsveç yerel mahkemesi görülen davada mesajın vasiyetçi tarafından gönderildiğine ilişkin davanın tarafları arasında bir ihtilaf ol-

---

[136] Michigan Temyiz Mahkemesi vermiş olduğu bir kararında vasiyetçinin cep telefonundaki "*Evernote*" uygulaması üzerinden yazdığı vasiyetnameyi geçerli kabul etmiştir (HORTON, Wills, s. 1632-1633). Avustralya mahkemeleri de vermiş oldukları çeşitli kararlarında vasiyetçinin DVD üzerine kaydettiği, word programında yazdığı ve İphone üzerine kaydetmiş olduğu son arzularını geçerli bir vasiyetname saymıştır. (HORTON, Wills, s. 1633).

[137] HORTON, Wills, s. 1629.

[138] HORTON, Wills, s. 1633.

madığını ve bunun bir vasiyetname projesi değil, vasiyetname olarak sayılması gerektiğine hükmetmiştir[139].

Türk hukukunda da benzer ihtimallerde ve istisnaî durumlarda vasiyetnamenin şekil kurallarıyla öngördüğü amaca ulaşılması ve vasiyetçinin gerçek ve samimi iradesinin şüpheye yer vermeyecek derecede ve kesin olarak saptanması halinde şekle aykırılığın ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması (TMK m. 2/II) niteliğinde kabul edilip "favor testamenti" yaklaşımla bunlara geçerlilik sağlanabilir.

C. Güvenli Elektronik İmzalı Vasiyetnameler

Dijital ortamda vasiyetname yapılması muhtemel bir diğer yol da güvenli elektronik imzayla vasiyetname yapılmasıdır. Öncelikle belirtelim ki; 5070 sayılı Elektronik İmza Kanununun (m. 5/II) kanunların resmî şekle veya özel bir merasime tabi tuttuğu hukukî işlemlerin elektronik imza ile gerçekleştirilemeyeceğine ilişkin hükümleri aykırılığı geçersizliğe yol açacak -lex perfecta- hükümler değil, salt düzen kurallarıdır (lex minus quam perfecta)[140]. Bu nedenle elektronik imzalı vasiyetnamelerin geçerli olup olmadığı Türk Medenî Kanununun vasiyetnameye ilişkin şekil kurallarına göre (TMK m. 531 vd.) değerlendirilmelidir.

Bu noktada ilk tespitimiz, Türk Borçlar Kanununun yazılı şekil kurallarının ve bu arada güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinlerin yazılı şekil şartını sağladığı (TBK m. 14/II) ve güvenli elektronik imzayla atılmış olan imzanın el yazılı imzanın bütün hukukî sonuçlarını doğuracağını düzenleyen TBK m. 15/I hükmünün, vasiyetnameye ilişkin hükümler karşısında -*lex specialis*- uygulanamayacağıdır. Güvenli elektronik imza, Elektronik İmza Kanununda münhasıran imza sahibine bağlı olan, sadece

---

[139] Tingsrätt District Court 2012-11-16 T5746-11 (HIRSCH, s. 900 vd.). Yalnız bu karar temyiz mahkemesi tarafından kanundaki el yazılı vasiyetnamenin şekil unsurlarından imzayı içermediği gerekçesiyle bozulmuştur. Hovrätt Court of Appeal 2013-06-13 T11306-12 (HIRSCH, s. 903 vd.). Bu karara iki yüksek mahkeme üyesi, şekil kurallarına amacından fazla anlam verilemeyeceğini ifade ederek şerh koymuşlardır (HIRSCH, s. 902).

[140] Karş. SEROZAN, s. 321. Aynı yönde bkz. OKTAY ÖZDEMİR Saibe, "Ölüme Bağlı Tasarruflara İlişkin Bazı Sorunlara Genel Bakış", s. 3. Yasaklayıcı nitelik taşıyan bir hukuk normuna aykırılığın geçersizlik sonucunu doğurabilmesi için bu hususun ya açıkça kanun hükmünde yer alması ya da hükmün anlam ve amacından geçersizlik olgusunun tereddütsüz biçimde çıkarılması gerekir (OĞUZMAN, M. Kemal / BARLAS, Nami, **Medenî Hukuk**, 25. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019. s. 225.) Doktrinde güvenli elektronik imzayla yapılan vasiyetnamelerin bu düzenleyici normlara istinaden geçersiz olduğunu savunanlar da vardır (İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 184; YILDIRIM/VEREP, s. 270-271).

imza sahibinin tasarrufunda bulunan *güvenli elektronik imza oluşturma aracı ile oluşturulan, nitelikli elektronik sertifikaya dayanarak imza sahibinin kimliğinin tespitini sağlayan,* imzalanmış elektronik veride sonradan herhangi bir değişiklik yapılıp yapılmadığının tespitini sağlayan imza olarak tanımlanmaktadır (5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu m. 4). Bu tanımdan anlaşılacağı üzere güvenli elektronik imza kişinin biyometrik özelliklerini taşıyan bir imza değil, bir imza oluşturma aracı, şifre ve elektronik sertifika aracılığıyla imza sahibinin kimliğinin tespitini sağlayan bir şifreleme yönteminden ibarettir[141]. Her ne kadar kanunda bu imzaların imza sahibinin kimliğinin tespitini sağladığı belirtilse de, imza oluşturma araçlarının ve şifrelerin üçüncü kişiler tarafından kullanılmasının imkân dahilinde olması nedeniyle bu yol biyometrik doğrulama araçlarıyla desteklenmediği sürece bu belge ve imzaların kimden sadır olduğuna şüpheyle yaklaşmak gerekecektir[142].

Sağlararası işlemlerde işlem sürecinin zahmetsiz, masrafsız, zaman kaybına yol açmadan, hızlı ve kısmen güvenilir şekilde işlemesini sağlaması nedeniyle tercih edilen güvenli elektronik imza yöntemi, vasiyetname gibi etkilerini vasiyetçinin bir daha düzeltemeyeceği ve savunamayacağı şekilde ölümden sonra doğuran hukukî işlemler bakımından aynı pratikliği ve dahası işlem güvenliğini sağlayamamaktadır. El yazılı vasiyetnameler için öngörülen şekil kurallarının belki de en önemli fonksiyonu, *vasiyetçiyi teşhis fonksiyonu ile vasiyetçiyi uyarma fonksiyonu* güvenli elektronik imzayla oluşturulmuş belgelerde eksiktir. Dolayısıyla bu yöntemle hazırlanmış vasiyetnameler el yazılı vasiyetnamenin ne metin ne de imza şartlarını karşılamaktadır. Güvenli elektronik imza ve imzanın bağlı olduğu elektronik metin, el yazılı metin ve imzada olduğu gibi kişinin biyometrik, yani davranışsal özelliklerinin hiçbirini taşımamaktadır[143].

---

141 ŞENOCAK Zarife, "Dijital İmza ve Dijital İmzanın Borçlar Kanunu Hükümleri Açısından Ele Alınması", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 50, Sayı 2, 2001, s. 126; ÖZBEK Mustafa Serdar, "Elektronik Ortamda Düzenlenen Noter Senetleri", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Cilt 2, 2016, s. 2244; KURŞAT Zekeriya, "Yazılı Şekil Şartının Unsuru Olan İmzanın Elektronik Ekrana Atılmasını Etkisi", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 75, Sayı 1, 2017, s. 413.

142 ŞENOCAK, s. 126; ÖZBEK, s. 2244; KURŞAT, s. 425; SAVAŞ, s. 73.

143 Karş. EREN/YÜCER AKTÜRK, s. 118; ŞENOCAK, s. 128; ORUÇ, s. 215. Ancak ABD Tennessee Temyiz Mahkemesi *Taylor v. Holt* davasında vasiyetçinin elektronik imzayla oluşturduğu vasiyetnamesini iki tanığın ıslak imzayla imzalamasıyla kabul etmiştir (HEDLUND, s. 725).

Teknolojinin ve dijital hizmetlerin bu kadar geliştiği bir çağda el yazılı vasiyetname "*ilkel*" bir yöntem gibi görünse de, elektronik imzalı vasiyetnamelere nazaran vasiyetçinin kimliğini *teşhis* ve vasiyetçiyi *uyarma* fonksiyonları noktasında şu haliyle elektronik imza yoluyla vasiyetname oluşturma yönteminden çok daha öndedir. Vasiyetçinin son arzularının hayata geçirilmesinde en önemli unsur, onun kimliğinin teşhis edilmesi olduğuna göre bu unsurun eksik olduğu bir vasiyetnamenin de geçerliliğinden söz edilemez. Teşhis fonksiyonunun yerine getirildiğinden şüpheli metin içeriğinin elektronik imzalı bir belgeyle düzenlenmiş olması halinde, el yazılı vasiyetnamenin hem el yazılı metin hem de el yazılı imza unsuru eksik olduğundan ve her ikisinin de bulunmaması esaslı bir şekil eksikliği teşkil edeceğinden bunlar kesin hükümsüzdür[144]. Dolayısıyla bunların iptali için bir iptal davası açılması gerekmez. Ancak ilerde güvenli elektronik imza sistemlerinin kişinin kimliğini şüpheye yer bırakmayacak şekilde tespitini mümkün kılan biyometrik veri veya araçlarla desteklendiğinde bunlara geçerlilik kazandırılması gündeme gelebilir[145]. Lâkin böyle bir durumda bile, el yazılı vasiyetnamelerdeki el yazılı metnin uyarma ve teşhis fonksiyonu tam olarak yerine getirilemeyecektir. Uyarma ve teşhis fonksiyonunun yerine getirilmiş olması için metnin de el yazılı olarak yazılması gerekecektir. Elektronik olarak üretilen metinlerin vasiyetçiden sadır olduğu tespit edilemeyeceğinden bunlar yine geçersiz sayılmalıdır. Lâkin bu durumda imzanın vasiyetçiden sadır olduğu biyometrik verilerle ispatlandığından bunlar iptal edilebilirlik katına yükselebileceklerdir. Bunların gerek metninin gerekse imzanın kesin olarak vasiyetçiden sadır olduğunu tespit edecek sistem altyapısının kurulması halinde ise bunlara geçerlilik tanımamak için hiçbir neden kalmaz. El yazılı metnin ve imzanın vasiyetçiyi uyarma ve teşhis fonksiyonları da sağlandığında ise el yazılı vasiyetnamelerde en önemli şekil sorunlarından birini oluşturan el yazılı düzenleme tarihine ilişkin sorunlar da elektronik verinin ne zaman üretildiği, değiştirildiği, gönderildiği, alındığı

---

144 Aynı yönde bkz. HATEMİ, s. 91. Geçersizliğin türünü belirtmemekle bunların geçersiz sayılacağı yönünde bkz. EREN/YÜCER AKTÜRK, s. 118; BREITSCHMID, ZGB Art. 505 Rn. 5; DURAL/ÖZ, s. 88; ORUÇ, s. 215; ATLI, s. 163-164. Karşı görüşte olan *SAVAŞ* ise bu durumda kanunun açıkça el ile yazılmış olma şartını aramasına rağmen, hükmün konuluş amacını da göz önünde bulundurarak klavye ile bilgisayar ortamında dijital olarak yazılmış ve elektronik imza ile imzalanmış vasiyetnamelerin de geçerli olacağı görüşündedir (s. 79).

145 SAVAŞ, s. 73; YILDIRIM/VEREP, s. 271. *ÖZBEK* bu durumda bile başka bir kişinin imza anahtarı sahibi olarak elektronik imza kullanmasının önüne kesin olarak geçebilmek için, imzalama işleminin resmî bir görevli huzurunda yapılması en emin yol olduğunu ifade etmektedir (s. 2244).

ve/veya kaydedildiği elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı tarafından bir *zaman damgasıyla* tartışmasız ve kesin olarak doğrulanabilecektir[146].

Öte yandan aşağıda da inceleyeceğimiz üzere noterde yapılan resmî vasiyetnamelerde vasiyetçinin memurun yazdığı metni elektronik imza ile imzalaması vasiyetçinin kimliğini teşhis fonksiyonunda bir eksiklik olmadığı için geçerli kabul etmek gerekir[147]. Noterlik İşlemlerinin Elektronik Ortamda Yapılması Hakkında Yönetmeliğin kanunların resmî şekle veya özel bir merasime tabi tuttuğu hukukî işlemlerin güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilemeyeceği şeklindeki düzen hükmü (m. 5/I c. 2) -lex minus quam perfecta-, bu yöntemle imzalanmış resmî vasiyetnamenin geçerliliğine etki etmez.

D. Biyometrik Yazı ve İmzalı Vasiyetnameler

Yeni elektronik cihazlardan bazılarının ekranları, dijital kalemle (*stylus*) ekran üzerine el yazısı ile yazı yazma, çizim yapma ve bu arada imza atma imkânını da sağlamaktadırlar. Son yıllarda bu yöntemle sözleşme akdedilmesi[148] ve vasiyetname yapılması[149] gitgide yaygınlaşmaktadır. Elektronik imzadan farklı olarak kişiyi teşhise elverişli onun davranışsal biyometrik verilerini taşıyan bu imzaların yazılı şekil şartını yerine getirip getirmediği yalnızca el yazılı vasiyetnameler kapsamında değil, geçerlilik şekli olarak yazılı şekli öngören diğer hukukî işlemler bağlamında da tartışılmıştır[150].

---

146 Karş. SAVAŞ, s. 78.

147 Aynı yönde bkz. ÖZBEK, s. 2233.

148 ROSSNAGEL Alexander, "Anm. zu OLG München: Keine Wahrung der Schriftform bei Unterzeichnung auf einem elektronischen Schreibtablett", Heft 49, **NJW**, 2012, s. 3586.

149 HERGENRÖDER, s. 7; Harvard Law Review Developments in the Law - More Data, More Problems, s. 1809.

150 Bu tür dijital imzaların geçerli olacağı yönünde bkz. KESER BERBER Leyla, "Biyometrik İmza ve Türk Borçlar Kanunu'ndaki Yazılı Şekil Şartı ile Hukuk Muhakemeleri Kanunundaki İmza Açısından Yeri", İstanbul Bilgi Üniversitesi Bilişim ve Teknoloji Hukuku Enstitüsü Yayınları, Ağustos 2019, s. 8; KURŞAT, s. 418 vd. Münih Yüksek Eyalet Mahkemesi ise 2012 yılında bir tüketici kredisi sözleşmesinin bu yöntemle imzalanmasına ilişkin verdiği bir kararında, tüketici kredisi sözleşmesinin § 427/I BGB'de adi yazılı şekle tabi olduğunu, adi yazılı şekle ilişkin § 126/I BGB hükmünde imza atanın imzayı el yazısıyla cismanî varlığa sahip bir dokümana atması gerektiğini, kanun koyucunun elektronik imzada olduğu gibi böyle bir imza türünü düzenlemediğini, kıyas yoluyla bir boşluğun doldurulması imkânının da olmadığını, zira burada bilinçli bir boşluktan söz edilemeyeceğini ileri sürerek dijital imzayı ve sözleşmeyi geçersiz saymıştır (4. 6. 2012 − 19 U 771/12, NJW 2012, 3584). Alman doktrininde de bu tür imzaların, elektronik bir ortama kaydedildiği, bu imzanın daha sonra kesilerek başka yerlerde de kullanılabileceği, keza altı imzalanan metnin de sonradan değiştirilebileceği ve bu tür dokümanların el yazılı imza ve elektronik imzalara nazaran sahteliğe daha elverişli olduğu ve

Öncelikle belirtelim ki; dijital ekran üzerine el yazısıyla atılan imza, Elektronik İmza Kanununda tanımı yapılan bir elektronik imza türü değildir[151]. Elektronik imzanın aksine biyometrik imzada bir şifreleme değil, bizatihi imzayı atanın davranışsal özelliklerini içeren biyometrik el yazılı bir imza söz konusudur. İlgili kişinin el yazısı ile atılmaları bakımından biyometrik imza ile ıslak imza arasında bir fark bulunmamaktadır[152].

Türk Borçlar Kanununun adi yazılı şekil şartını sağlamak bakımından aradığı tek şart imzanın el yazısıyla atılmasıdır (TBK m. 15/I). Bu şartın aranmasının temel sebebi de borç altına giren kişiyi işlemden önce uyarmak, onun el yazılı imzasından teşhis edebilmek ve işlemi belgelemektir. Türk kanun koyucusu el yazılı imzanın ne atılacağı cisim ne de atılacağı zemin bakımından bir sınırlama getirmiş ve böyle yaparak da isabetli davranmıştır[153]. Zira mademki imzanın el yazılı olması kişiyi uyarı ve teşhis için öngörülmüştür, o halde o kişiyi işlemle ilgili uyarma ve onu teşhise yarayacak imzanın ne yolla atıldığının da bir önemi de olmamalıdır. Teknik olarak biyometrik imzanın, kişiyi uyarma ve teşhis yönünden ıslak imzadan pek bir farkı da bulunmamaktadır[154]. Bu noktada bir fark olarak, kâğıda atılan imzanın mürekkep yaşının belirlenebilirliği ve yazıyı yazan kişinin kalem basısı izlerini (fulaj)[155] tespite elverişliliği nedeniyle yazının ve imzanın aidiyetini teşhiste daha avantajlı olduğu ileri sürülebilir. Ancak biyometrik yazı ve imza bu amaçla üretilmiş dijital ekranda imza ve yazı görüntüsü yanında, imza atanın ve yazıyı yazanın konum bilgileri, onun dijital ekrana uyguladı-

---

güvenlik açısından yeterli koruma sağlamadığı gerekçesiyle geçersiz sayılması gerektiği ifade edilmektedir (ROSSNAGEL, s. 3586). Sözleşmelerdeki imza bakımından aynı yönde bkz. HERGENRÖDER, s. 9.

151 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. KURŞAT, s. 422 vd.

152 KESER, s. 9; KURŞAT, s. 419-420; HERGENRÖDER, s.8.

153 *KESER* de Türk kanun koyucusunun böyle bir sınırlama getirmemiş olmasını, aslında kanun koyucunun bu alandaki teknolojik gelişmeleri engellemek istemediği, *teknoloji nötr* yaklaşımını benimsediğini, nitekim geçmişte sadece kâğıda ve sadece kalem kullanılarak imza atıldığını, bugün ise elektronik ortamda herhangi bir elektronik medyada yer alan bir belgeye biyometrik imza şeklinde el yazısıyla imza atmanın mümkün olduğuna işaret etmektedir (s. 9).

154 AKKANAT, s. 808-809; KURŞAT, s. 419; HERGENRÖDER, s. 8.

155 Fulaj, yazarın istem dışı bir alışkınlığı olarak, kalem veya benzeri materyallere karşı kâğıdın gösterdiği direnci yenmek amacıyla gösterdiği enerjiyle ortaya çıkan, kâğıt üzerinde oluşan bası izi olarak tanımlanmaktadır. El yazısı incelemelerinde teşhis kriteri olarak özel bir öneme sahip olduğu ve yazının aidiyeti ve sürşarj gibi sahteciliklerde en önemli teşhis kriterinin fulaj olduğu ve bu özelliğin taklit edilmesinin hemen hemen imkânsız olduğu ifade edilmektedir. BİRİNCİOĞLU İsmail / KURTAŞ Ömer/ ÇAKIR İsmail, vd., "El Yazısı İncelemelerinde Fulaj Kavramı," **Adlî Bilimler Dergisi**, Cilt 9, Sayı 2, 2010, s. 33.

ğı basınç bilgileri, yazı ve imzanın kaleme alınma hızı, yazı ve özellikle imza atma sırasındaki hızlanma, yavaşlama ve ritim değerleri, kalemi kullanma açısı, eğimi gibi davranışsal nitelikli değerler bir veri olarak şifrelenmiş vaziyette saklanabilmektedir. Böylece yazı ve imzayı oluşturanın kimliğini teşhis fonksiyonu neredeyse imkânsıza yakın olarak yerine getirilebilmektedir. Bir de bunlar zaman damgası, log tutma ve şifreleme teknikleriyle desteklendiğinde, ıslak imza ve yazı ve bu arada mürekkep yaşı ve fulajın sağladığı teşhis imkânlarından katbekat fazlası sağlanabilecektir[156].

Türk Medenî Kanununun el yazılı vasiyetnameye ilişkin hükümleri (TMK m. 538) metin, imza ve düzenleme tarihinin el yazılı olmasını bir geçerlilik şartı olarak düzenlemiş ise de, metin, düzenleme tarihi ve imzanın üzerine yazılacağı cisim üzerinde bir kısıtlama getirmemiştir. Metin ve imzanın olağan yaşamda alışılmış bir yöntem olarak bir kâğıt ve kalem vasıtasıyla yazılması beklenirse de, bunların yazılacağı araç ve yazılacağı zemin bakımından bir sınırlama getirilmemesi sebebiyle bunların kalem dışında bir tebeşir, tahta parçası, ruj, kömür, vb. aletlerle kâğıt dışında bir zemine, örneğin duvara, tahtaya, betona vb. başka cisimlere de yazılabileceği Türk doktrininide de oybirliğiyle kabul edilmektedir.[157].

Türk Medenî Kanununun el yazılı vasiyetnameye ilişkin hükümleri (TMK m. 538) metin, imza ve düzenleme tarihinin el yazılı olmasını bir geçerlilik şartı olarak düzenlemiş ise de, metin, düzenleme tarihi ve imzanın üzerine yazılacağı cisim üzerinde bir kısıtlama getirmemiştir. Metin ve imzanın olağan yaşamda bir kâğıt ve kalem vasıtasıyla yazılması beklenirse de, bunların yazılacağı araç ve yazılacağı zemin bakımından bir sınırlama getirilmemesi sebebiyle bunların kalem dışında bir tebeşir, ruj, kömür, tahta parçası vb. aletlerle kâğıt dışında bir zemine, örneğin duvara, tahtaya, betona vb. başka zeminler üzerine de yazılabileceği Türk doktrininide de oybirliğiyle kabul edilmektedir.[158] Metin veya imzanın onları oluşturan kişiden sadır olduğunun tespit edilebilmesi kaydıyla herhangi bir cisimle yazılması veya

---

[156] KESER, s. 10-11; HERGENRÖDER, s. 11.

[157] KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 194; OĞUZMAN, s. 119; DURAL, s. 18; KÖPRÜLÜ, s. 153; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 179; EREN/YÜCER AKTÜRK, s. 109; DURAL/ÖZ, s. 82; AKKANAT, s. 806; ABT, s. 148; WEIMAR, ZGB Art 505 Rn. 12; SAVAŞ, s. 67; GÖNEN, s. 53-54.

[158] KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 194; OĞUZMAN, s. 119; DURAL, s. 18; KÖPRÜLÜ, s. 153; DURAL/ÖZ, s. 82; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 179; AKKANAT, s. 806; SAVAŞ, s. 67; GÖNEN, s. 53-54.

herhangi bir zemin üzerine yazılmasına bir engel yoktur[159]. Hatta el yazılı vasiyetnamenin yalnızca aslı değil, kopyası da vasiyetçiyi teşhise elverişli olduğu sürece geçerli sayılır[160]. Vasiyetnamenin geçerliliğinin onun kalıcılığına bağlı olmadığı TMK m. 543/II'de düzenlenen kuralın aksi kanıtından da anlaşılır. Yok olan vasiyetnamenin aynen ve tamamen belirlenmesine olanak bulunmayan vasiyetnamelerin hükümsüz sayılacağına ilişkin kuraldan, *içeriği aynen ve tamamen belirlenmesine olanak bulunan* vasiyetnamelerin geçerli olacağı kural olarak kabul edilmelidir[161]. Yeter ki el yazısının vasiyetçiden sadır olduğu anlaşılsın. Nitekim Alman Federal Mahkemesi de 3.2.1967 tarihli meşhur *Blaupause* kararında vasiyetçinin ıslak imza ve metnini içermeyen ve fakat onun davranışsal özelliklerini taşıyan yazı ve imzayla teksir makinesinden üretilen vasiyetnamenin § 2247 BGB kapsamında el yazılı vasiyetnamenin şartlarını sağladığına karar vermiş ve vasiyetnameyi geçerli saymıştır[162].

Bu açılardan değerlendirildiğinde dijital ekran üzerinde biyometrik yazı ve imza vasıtasıyla oluşturulan vasiyetnameler de el yazılı vasiyetnamenin şekil kurallarını hem lafzî hem de amaçsal olarak karşılamaktadır[163]. Lafzî olarak karşılamaktadır; zira yukarıda ifade ettiğimiz üzere el yazılı vasiyetnamede belirleyici unsur el yazısının yazıldığı alet ve üzerine yazıldığı cisim değil, kişiden sadır olduğunun tespitine imkân verecek bir el yazısıdır. Bu anlamda ıslak imza ve yazı ile dijital ekran üzerindeki biyometrik imza ve yazı arasında bir fark bulunmamaktadır. Hükmün amacı bakımından değerlendirdiğimizde de dijital ekran üzerinde oluşturulan biyometrik yazılı vasiyetname gerek vasiyetçiyi uyarma gerekse onu yazanın kimliğini teşhis

---

159 Bunların vasiyetnameyi geçersiz kılacağını belirtmemekle birlikte *DURAL/ÖZ*, imza yerine parmak basmanın yasak olduğunu belirtmektedir (s. 79).

160 SEROZAN, s. 325; BREITSCHMID, ZGB Art. 505 Rn. 3. Common law'da da bir vasiyetnamenin aslının yok olması veya kaybolması halinde, kopyasının geçerli olacağı kabul edilmektedir (HEDLUND, s. 727).

161 SEROZAN, s. 325; ERGÜNE, s. 290-291.

162 BGHZ 47, 68; NJW 1967, 1124. Kararın ayrıntılı tahlili için bkz. GRUNDMANN, s. 436-437.

163 *SCHOLZ* da özellikle bu kalemlerle de hızla yazılamayacağı için uyarı fonksiyonunun yerine getirildiğini ve parmak izi veya şifreyle güvence altına alınmışsa bunların el yazılı vasiyetname için aranan şekil kurallarının amacını yerine getirdiğini ama nihayetinde hükmün sadece amacından hareket etmenin doğru olmadığını ifade etmektedir (SCHOLZ Philipp, "Digitales Testieren - Zur Verwendung digitaler Technologien beim eigenhändigen und Nottestament de lege lata et ferenda", **Archiv für die civilistische Praxis**, 219. Band, Heft 1, Februar 2019, s. 105).

fonksiyonlarını aynen ve hatta kimliği teşhiste ondan daha fazla yerine getirmektedir[164]. Bunlar da üretiliş biçimi itibariyle el yazılı vasiyetnamede el yazılı metnin ve imzanın uyarma fonksiyonunu yeterli derecede yerine getirirler[165]. Kişinin biyometrik özelliklerini taşıyan ıslak imza ve yazı ile yine kişinin biyometrik özelliklerini taşıyan dijital ekran üzerinde oluşturduğu yazı ve imza arasında hiçbir fark yoktur. Bu nedenle bu tür vasiyetnameler geçerli kabul edilmelidir[166].

Nitekim ABD'de Ohio yerel mahkemesi 2013 tarihinde verdiği meşhur *In re Estate of Castro* kararında vasiyetçi tarafından tablet üzerinde bu şekilde imzalanmış vasiyetnamenin kanundaki *yazılılık* şartını sağladığına karar vermiştir. Karara konu olan olayda, vasiyetçi ölümünden bir ay önce hastanede bir vasiyetname düzenlemek ister. O sırada yanlarında bulunan erkek kardeşlerinin yanında kâğıt kalem olmaması ve fakat tablet olması üzerine, vasiyetçinin son arzularını içeren beyanları erkek kardeşi tarafından ve onun el yazısıyla bir dijital kalem (stylus) vasıtasıyla dijital ekrana yazılmış ve sonrasında vasiyetçiye okunmuştur. Daha sonra vasiyetçi metni imzalamadan başka bir hastaneye nakledilmiş, vasiyetçi dijital kalemle tablet ekranı üzerinde oluşturulan bu metni aynı yöntemle iki tanığın huzurunda imzalamıştır. Tanıklar da aynı şekilde vasiyetnameyi imzaladıktan sonra hastaneye sonradan gelen tanık da üçüncü kişi olarak vasiyetnameyi imzalamıştır. Ohio mahkemesi söz konusu vasiyetnamenin Ohio Revised Code 2107.03'de yer alan yazılı ve imzalı olma şartını taşıdığını *harmless error* doktrinini de olaya uygulayarak kabul etmiştir[167].

---

164 Alman hukukunda *SCHOLZ* bu tür vasiyetnamelerin Alman BGB § 2247'nin lafzına ve amacına uygun olsa da, kanun koyucunun elektronik imzayı kabul ederek şekil kurallarını yalnızca alışveriş yaşamı için yumuşatmayı düşündüğünü, bu perspektifle elektronik ortamda düzenlenen vasiyetnamelerin geçersiz kabul edilmesi gerektiğini, biyometrik imzanın adi yazılı şekli düzenleyen BGB § 126 hükmünde bile düzenlenmediğini ve bunların adi yazılı şekil şartını sağlamadığını, dolayısıyla -*a fortiori*- el yazılı vasiyetnamelerde geçerli kabul edilemeyeceğini ifade etmektedir (s. 111). Kanaatimce *SCHOLZ'UN* iddia ettiğinin tam tersine bunlar sözleşme hukukunda geçersiz sayılsa bile *favor testamenti* yaklaşımla vasiyetnamelerde geçerli sayılmalıdır. Unutulmamalıdır ki; el yazılı imzanın borçlar hukukunda koruduğu menfaatler ile vasiyetname şekil hukukunda koruduğu menfaatler büyük ölçüde örtüşse de bunların fonksiyonlarının ölçüsü her bir hukukî işlem türü bakımından menfaatler durumuna göre farklı değerlendirilmesini gerektirir.

165 SCHOLZ, s. 201.

166 BREITSCHMID, ZGB Art 505 Rn. 5; AKKANAT, s. 808-809; SAVAŞ, s. 69; GÖNEN, 56-57; ORUÇ, s. 214; HERGENRÖDER, s. 9 vd.

167 Karara konu vasiyetname ve kararın tam metni için bkz. GEE, s. 69 vd. Bu arada belirtelim ki; Ohio yasalarında yalnızca el yazılı vasiyetnameler değil, metnin başkası tarafından yazıl-

Doktrinde bir kısım yazar tarafından bu tür vasiyetnamelerin sahte olarak üretilme, değiştirilme, vb. şekilde manipülasyon edilebilme tehlikesi karşısında geçersiz sayılması gerektiği ifade edilmektedir[168]. Ancak bu endişe yersizdir; zira ıslak yazı ve imzadan hiçbir farkı olmayan ve kişinin davranışsal özelliklerinin tespit edilebildiği bu vasiyetnamelerde de fulaj ve mürekkep yaşı dışında, yazı ve imzanın boyutu, eğimi, noktalama işaretleri, harfler ve kelimeler arası mesafe, harfler arası bağlantılar, yapılan şekil ve çizgiler, sayfa kenarlarında bırakılan boşluklar, örgüler, ilişkiler, kalem kaldırmalar, kalem duraksamaları, köşelenmeler ve diğer tüm tanı unsurları değerlendirilebilmektedir[169]. Yalnız bu noktada belirtilmelidir ki; bu metnin ve imzanın kişinin el yazısından kimliğini teşhise yarayacak ve kâğıt üzerine el yazısıyla yazma hassasiyetine sahip uygun araçlarla (dijital kalem- stylus) yazılması şarttır. Örneğin, paint programı üzerinde kişinin fare kullanarak yaptığı alelade çizimler ve yazılar, okunabilir olsa bile yazan kişiden sadır olduğunun anlaşılmasına izin vermediği sürece bu işlevin yerine getirilmesine yetmez[170].

Ayrıca bu tür vasiyetnameler kalıcılığı sağlama bakımından kâğıda yazılmış ıslak imzalı vasiyetnamelerden çok daha fonksiyonel olacaktır. Kâğıda yazılı vasiyetnameleri saklama zorlukları ve bunların yok olma veya üçüncü bir kişi tarafından yok edilme tehlikesi karşısında bunlar bir dijital veri olarak kaydedildiğinde minimize edilmiş olacaktır[171]. Vasiyetçi bu şe-

---

masına olanak tanıyan alografik vasiyetnameler de iki tanığın imzalaması halinde geçerli kabul edilmektedir (Ohio Revised Code m. 2107.03). Bu anlamda olayda metnin vasiyetçi tarafından değil, kardeşi tarafından yazılmasının vasiyetnamenin geçerliliğine bir etkisi bulunmamaktadır.

[168] VOIT Wolfgang, in **Testament und Erbvertrag**, Hrsg. Reimann, Wolfgang/Bengel, Manfred/Dietz, Florian, 7. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2020, § 2247 BGB Rn. 14; STICHERLING Philipp, in **Münchener Kommentar zum BGB**, 8. Auflage, Beck Verlag, München, 2020, § 2247 BGB Rn. 15-16. Benzer şekilde bkz. HERGENRÖDER, s. 9. Yazar bunun ancak el yazılı vasiyetnamenin asgarî gerekliliklerini sağlayacak güvenlik standartları olması durumunda kabul edilebileceğini ifade etmektedir. Sözleşmeler bakımından aynı yönde ROSSNAGEL, s. 3586.

[169] Aynı yönde bkz. AKKANAT, s. 808-809. Tanı unsurları BİRİNCİOĞLU/ÖZKARA'dan alınmıştır (BİRİNCİOĞLU İsmail / ÖZKARA Erdem, "Adlî Belge İncelemelerinde Bilinmeyenler, Örneklerle Yazı ve İmza Analizi ile Islak İmza Kavramı", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 87, 2010, s. 415).

[170] Karş. DORJEE-GOOD, ZGB Art. 505 Rn. 2; GÖNEN, s. 54.

[171] Aynı yönde bkz. SAVAŞ, s. 70; AYBAY, s. 34, dn.2. Örneğin, vasiyetçi öldükten sonra kâğıda yazılı vasiyetname notere tevdi edilmemişse üçüncü kişiler tarafından kolayca yok edilebilirken, vasiyetçinin bunu dijital bir ortama, bilgisayara, telefonuna, tablete kaydetmesi halinde üçüncü kişiler bunu yok etse bile yok edilen veriler genellikle geri döndürülebilecektir. Burada yok etme işlemini vasiyetçinin yapıp yapmadığı da belgenin yok edilme tarihinden ve saatinden büyük ölçüde tespit edilebilecektir.

kilde oluşturduğu vasiyetnameyi biyometrik yazı ve imzasına ek olarak elektronik imzayla da imzalaması halinde metinde sonradan değişiklik yapılmasını engellediğinden daha fazla güvence altına alma imkânına da kavuşmuş olur[172].

İleride biyometrik yazı ve imzanın bu amaçla üretilmiş dijital ekranda oluşturulması mümkün kılındığında ve vasiyetçinin konum ve dijital ekrana uyguladığı basınç bilgileri, yazı ve imzanın kaleme alınma hızı, yazı ve özellikle imza atma sırasındaki hızlanma, yavaşlama ve ritim değerleri, kalemi kullanma açısı, eğimi gibi davranışsal nitelikli değerlerin bir veri olarak saklanmasına imkân tanınması ve hatta bunların zaman damgası teknolojisi, log tutma ve şifreleme gibi tekniklerle desteklenmesi halinde güvenliğe yönelik tüm endişeler de tamamen ortadan kalkacak ve vasiyetçinin iradesi daha sağlıklı bir biçimde hayata geçirilebilecektir[173]. Üstelik böyle bir sistem, el yazılı vasiyetnamelerde en büyük sorunlardan biri olan düzenleme tarihinin yazılmasının unutulması, gün-ay-yıl olarak yazılmaması, kasten veya sehven hatalı yazılması, vasiyetçinin vasiyetname yapma ehliyetinin olup olmadığının tespit edilmesi, hatta yeni Türk Medenî Kanununda bir şekil şartı olarak görülmeyen ama milletlerarası özel hukukta kanunlar ihtilafı meselelerine yol açabilecek düzenleme yerinin belirlenmesi gibi sorunları da tamamen çözecektir. Hatta bunların düzenleme tarihi kanunun aradığı gün, ay, yıl şartının ötesinde saat, dakika ve saniye olarak da belgelenebilecektir. Vasiyetçinin tercihine göre kullanabileceği el yazılı vasiyetnamenin notere tevdi bakımından da ilerde noterliklerle entegre edilebilecek bir sistemle, vasiyetçi hiç evden çıkmadan ve zahmetsiz olarak vasiyetnameyi dijital ortam üzerinden tevdi edebilecektir. Böylece vasiyetnamenin fizikî ortamda kaybolma riski de minimize edilmiş olacaktır. Kısa vadede görünmese bile orta ve uzun vadede durumun bu yöne evrileceği de ortadadır[174].

---

172 SAVAŞ, s. 70.

173 Karş. HERGENRÖDER, s. 11.

174 *KESER* de biyometrik imzanın teknolojik nitelikleri ve bu imzanın imza atan kişi tarafından atılıp atılmadığının tespitine yarayacak teknik kriterler ve parametrelerin ISO standartlarıyla belirlendiğini ve bir konuda standart yayımlanmış olmasının, o konuda bilişim dünyasında ortak bir terminoloji, yöntem, teknik ve güvenlik kriterleri ile süreçler belirlendiği anlamına geldiğine işaret etmektedir (s. 6).

2. Görüntülü ve Sesli Vasiyetler

A. Genel Olarak

Teknolojinin gelişmesi ve buna bağlı olarak insanların yaşam alışkanlıklarının değişmesi son zamanlarda görüntülü (video) ve sesli (audio) vasiyetlerin yaygınlaşmasına yol açmıştır[175]. Vasiyetçinin son arzularını dijital ortamda görüntülü ve sesli olarak kaydedip saklamasına ve hatta yayınlamasına izin veren araçlarla yaptığı bu vasiyetlerin geçerli olup olmadığı -de le ferenda- yanında -de lege lata- kapsamında da hararetli biçimde tartışılmaya başlanmıştır[176]. Şimdilik bunlara ilişkin yalnızca ABD'nin belirli eyaletlerinde yasal düzenlemeler yapılmıştır[177]. ABD'nin diğer eyaletlerinde ve Anglo-Sakson hukukunun egemen olduğu diğer ülkelerde de "*dispensing power*" ve "*harmless error*" doktrini yoluyla bu vasiyetlere belirli şartlar dahilinde geçerlilik kazandırma eğilimi gözlemlenmektedir[178]. Bu çabalar, *favor testamenti* yaklaşımla ölen kişinin son arzularının hayata geçirilmesi adına takdire şayan gelişmelerdir. Türk Medenî Kanunumuzu iktibas ettiğimiz İsviçre'de de yeni bir tür olarak bu vasiyetnamelerin düzenlenmesine ilişkin çalışmaların devam ettiği ifade edilmektedir[179].

Görüntülü ve sesli vasiyetler özellikle el yazılı vasiyetnamelere iyi bir alternatif olarak görülmektedir[180]. Hatta bunlar, el yazılı vasiyetnamelere nazaran vasiyetçiye son arzularını daha iyi ifade edebilme olanağı sağlar[181]. El yazılı vasiyetnamelerden farklı olarak vasiyetçinin ses tonu, genel olarak beden dili, jest ve mimikleri de vasiyet içi bir olgu olarak vasiyetin yorumlanmasına ve varsa kesin hükümsüzlüğe tabi olacak[182] latife beyanı veya zihni kaydın tespit edilmesine yardımcı olurlar. Bunlar ayrıca okuma-yazma

---

175 ZALUCKI, Testamentary, s. 26.

176 BEYER/HARGROVE, s. 881 vd.; ZAŁUCKI Mariusz, "A Video-Testament on the Possibilities of Audiovideo Format for Disposition of Property Upon Death", **Istorie, Cultura, Cetatenie in Uniunea Europeana 1**, 2019, (Kısaltma: Video), s. 132.

177 Bkz. Yuk. II 2.

178 Bu konuda geniş bir karar listesi için bkz. HIRSCH, s. 879, dn. 332.

179 ZALUCKI, Video, s. 132.

180 ZALUCKI, Video, s. 136.

181 ZALUCKI, Testamentary, s. 28-29; AYBAY, s. 34, dn. 2; ORUÇ, s. 208.

182 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 350-351. İki taraflı hukukî işlemler ile varması gerekli olan tek taraflı hukukî işlemlerden farklı olarak burada güveni korunması gereken bir muhatap olmadığından bunlar irade teorisinin de doğal bir sonucu olarak kesin hükümsüzlük yaptırımına tabidir. Karş. ERGÜNE, s. 270.

bilmeyen veya eli olmayan kişilerin de vasiyet yapmalarını mümkün kıldığı gibi, olağanüstü durumlarda vasiyetçinin son arzularını hızlı ve kolay biçimde açıklamasına da olanak tanırlar[183].

Buna karşılık bu tür vasiyetlere geçerlilik tanınmasında en büyük eleştiri, vasiyetçinin kâğıt-kalem dışında olağan sayılmayacak bir vasiyet yapma yöntemine başvurmasının bunları eğlence amaçlı veya bir vasiyet projesi olarak hazırlayıp hazırlamadığının anlaşılamaması noktasında yapılmaktadır[184]. Lâkin yaşam alışkanlıkları çerçevesinde artık kâğıt kalem kullanmanın mı yoksa dijital ortamda sesli ve görüntülü veri oluşturmanın mı daha alışılagelmiş bir yöntem olduğu artık tartışmalı hale gelmiştir[185].

Amerikan doktrininde vasiyetname hukukunda "*substantial compliance*" (maddî gerçeğe uygunluk) doktriniyle şekil eksikliği içeren vasiyetnamelerin şekil kurallarıyla öngörülen amaca ulaşılması halinde geçerli sayılacağını savunan *Langbein* bile, sesli ve görüntülü vasiyetlere ihtiyatla yaklaşmaktadır. Yazara göre bunlar her ne kadar vasiyetçinin kimliğini teşhis fonksiyonunu yerine getirse de, vasiyetçiyi uyarma, vasiyetçinin gerçek ve samimi iradesini yansıtma ve niteliği gereği imzalanamadığından bunları bir vasiyetname projesinden ayırmanın gösterdiği güçlük nedeniyle -*de lege lata*- geçerli bir ölüme bağlı tasarruf olarak kabul edilmemelidir[186]. Kanaatimce bunlara geçerlilik kazandırılmaması yönündeki eleştiriler haksız değildir. Lâkin bunlar hakkında pozitif hukukta yer alan vasiyetname türlerine ilişkin şekil kurallarının öngördüğü amacın gerçekleşip gerçekleşmediğine

---

[183] HIRSCH, s. 878.

[184] LANGBEIN, s. 519; LANG Andrew G., "Formality v Intention - Wills in an Australian Supermarket", **Melbourne University Law Review**, Vol. 15, Issue 1, June 1985, s. 90. Genel olarak kâğıt-kalem dışında başka bir yöntemle yapılan vasiyetnameler bakımından bu görüşte bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 194; OĞUZMAN, s. 119; İMRE/ERMAN, s. 70-71; SEROZAN, s. 327; ERGÜNE, s. 287. Bu arada belirtelim ki vasiyetçinin ölüme bağlı son arzularını vasiyetname olarak nitelendirmesi gerekmez. Onun vasiyet yapma iradesinin kesin olarak saptanabildiği hallerde vasiyetçi bunları göndermese bile bir mektup veya bir posta kartı üzerinde yaptığı irade açıklamalarına da somut olayın özellikleri de haklı gösteriyorsa geçerli bir vasiyetname olarak hukukî sonuç bağlanabilir (OĞUZMAN, s. 119; DURAL/ÖZ, s. 82; ABT, s. 147; ANTALYA/SAĞLAM, s. 172; WEIMAR, ZGB Art. 505 Rn. 27. BGE 117 II 142, BGE 88 II 67).

[185] Karş. HIRSCH, s. 902.

[186] LANGBEIN, s. 519; LANG, s. 90. 1985 yılındaki çalışmasında bu görüşte olan *LANG* daha sonraki teknolojik gelişmelere bağlı olarak bunların daha yaygın olarak yapılması ve sahteliğe karşı yeterli koruma önlemlerinin alınması halinde bu görüşünü değiştirebileceğine ilişkin şerh koymuştur. Karş. Harvard Law Review Developments in the Law - More Data, More Problems, s. 1798.

göre bir yargıya varılmalıdır. Şekil kurallarıyla öngörülen amacın gerçekleşip gerçekleşmediği ve dolayısıyla bunların vasiyetçinin gerçek iradesini yansıtıp yansıtmadığı da her somut olay bakımından ayrıca değerlendirilmelidir[187]. Şimdilik Kara Avrupası ve Türk hukukunda bu konuda herhangi bir yasal düzenleme bulunmamakla birlikte genel olarak da bunlara ihtiyatla yaklaşıldığı gözlemlenmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki; vasiyetnamelere ilişkin kanuni düzenlemelerin sıkı şekil kurallarıyla öngördüğü vasiyetçinin kimliğini teşhis fonksiyonu, bunlar genellikle vasiyetçinin kendine münhasır biyometrik özelliklerini taşıyacağı için adlî bilim tekniklerindeki gelişmeler de dikkate alınacak olursa bir sorun teşkil etmeyecektir. Keza vasiyet içeriğindeki montajlama, kurgulama, kaydı kesme gibi olasılıklarda da adlî bilişim alanındaki tekniklerle bunlar rahatlıkla tespit edilebilecektir. Bu gerekçelerle bunların vasiyetçinin kimliğini teşhis fonksiyonunu yerine getirdiğine şüphe bulunmamaktadır. Öte yandan bunların vasiyetçiyi uyarma fonksiyonu ve niteliği gereği imza içermemesi nedeniyle vasiyet projesinden ayırma fonksiyonunu yerine getirip getirmediği ise her somut olay bakımından ayrıca incelenmelidir. Benimsediğimiz fonksiyonel yaklaşım gereğince, bu fonksiyonların asgarî el yazılı vasiyetnamelerdeki şekil kurallarıyla öngörülen amaca ulaşılmasını sağlaması halinde -*de lege lata*- bunları da geçerli bir vasiyet olarak kabul etmek mümkün olabilir. Türk doktrininde ise -*de lege lata*- bunların kanundaki -*numerus clausus*- prensibine bağlı sayılan vasiyetname türlerinin hiçbirinin şekil koşullarını sağlamadığı gerekçesiyle geçersiz sayılması gerektiği ifade edilmektedir[188].

Kanaatimce bunlara geçerlilik atfedilmesinde en büyük tereddüt, bunların vasiyetçinin vasiyeti düzenlediği sırada vasiyet yapma ehliyetine sahip olup olmadığı ve vasiyet yapma iradesinin sakatlanıp sakatlanmadığının tespiti noktasında yaşanabilecektir. Lâkin bu endişelerin de en azından bizim hukukumuz bakımından önem taşımaması gerekir. Zira aynı sorunlar pozitif hukukumuzun kabul ettiği el yazılı vasiyetnameler bakımından da mevcut-

---

[187] Harvard Law Review Developments in the Law - More Data, More Problems, s. 1798. Görüntülü ve sesli vasiyetlerden söz etmemekle birlikte genel olarak alışılmadık yöntemlerle yapılan ölüme bağlı tasarruflar hakkında aynı yönde bkz. ERGÜNE, s. 287.

[188] SAVAŞ, s. 80 dn. 39. *ANTALYA/SAĞLAM* ses bandına alınan vasiyetnamelerin kanunun öngördüğü hiçbir şekil tipine girmediği için yokluk yaptırımına tabi olduğunu ifade etmektedirler (s. 295). *ORUÇ* ise -*de lege ferenda*- bunların kanunda öngörülen vasiyetname türlerine göre vasiyetçinin iradesini yansıtmada diğer vasiyetname türlerine nazaran daha güvenilir olduğunu ve bu nedenle yapılacak yasal bir düzenleme bunların da bir vasiyet türü olarak tanınması gerektiğine işaret etmektedir (s. 216).

tur. Bu anlamda bu vasiyetlerin bu koşullar yönünden el yazılı vasiyetnamelerden bir farkı olmasa gerektir. Ayrıca unutulmasın ki bizim hukukumuzda gerek irade sakatlığı gerekse de vasiyetname yapma ehliyeti kesin hükümsüzlük değil, iptal yaptırımına tabidir (TMK m. 557/I b. 1-2). Bu nedenle bu vasiyetlerin getirdiği *sözde dezavantajlar*, bir el yazılı vasiyetnamenin bu anlamda getirdiği dezavantajlardan daha fazla değildir. Üstelik bu vasiyetlerde vasiyetçinin görüntüsü ve sesi de bulunduğundan vasiyetçinin jest ve mimikleri ile hal ve hareketlerinden, ses analiziyle sesindeki titreşimlerden ehliyet veya irade sakatlığı halleri ve hatta bunlara ek olarak geçici ayırt etme gücünün yokluğu, latife beyanı ve zihni kayıt gibi durumlar el yazılı vasiyetnamelere nazaran daha kolay tespit edilebileceği gibi sonradan üçüncü kişiler tarafından vasiyet içeriğine ilave yapılması da engellenmiş olacaktır.[189]. Keza adlî bilişim teknolojisindeki gelişmeler sayesinde vasiyet düzenleme tarihi vasiyet içeriğinde yer almasa bile, kaydın yapıldığı tarih -*bir vasiyet dışı olgu olarak*- çoğu zaman el yazılı bir vasiyetnameden daha kuvvetli belirlenebilecektir.

Görsel-işitsel iletişim kurmaya yarayan araçlar vasıtasıyla yapılan vasiyetlerin el yazılı vasiyetnamelere nazaran en büyük dezavantajı bunların kaydedilip saklanmaması halinde ortaya çıkabilir. Bu nedenle anlık görüntü -*streaming*- yoluyla yapılan vasiyetler, kural olarak yalnızca olağanüstü durumların varlığı halinde ve tanıklarla desteklenerek belki bir sözlü vasiyetname olarak geçerli kabul edilebilir. Lâkin günümüz teknolojisi rahatlıkla bunların akıllı telefonlara, sosyal medya hesaplarına, bilgisayarlara ve bulutlara (cloud) kaydedilmesine olanak tanımaktadır. Bu şekilde kaydedilip saklanan vasiyetlerin tahrif edilme, yok olma olasılığı bir el yazılı vasiyetnameden fazla olmayacaktır[190].

Bu türden vasiyetlerin Türk pozitif hukuku bakımından geçerliliği konusunda ise duraksanabilir. Zira görüntülü ve sesli vasiyetname kanunlarımızda düzenlenmiş değildir. Kanunumuzun öngördüğü vasiyetname türleri ise sözlü vasiyetname, el yazılı vasiyetname ve resmî vasiyetname olarak "*numerus clausus*" ilkesine tabidir. Dolayısıyla bu türden vasiyetlerin geçerliliği konusunda ancak bu vasiyetnamelerin kanunun öngördüğü şekil türlerinin öngördüğü amaçların içerisinde mütalaa edilmesiyle bir yargıya varılabilir. Türk hukukunda dijital ortamda yapılan bu tür *yazı içermeyen vasiyet-*

---

[189] Aynı yönde bkz. ZALUCKI, Video, s. 133-134.

[190] Harvard Law Review Developments in the Law - More Data, More Problems, s. 1799.

lere ilişkin özel bir yasal düzenleme olmadığından bunların geçerlilikleri ilk olarak *sözlü vasiyetnameler* bağlamında değerlendirilebilir. Ayrıca benimsediğimiz fonksiyonel yaklaşım ilkesi gereğince, bunların asgarî el yazılı vasiyetnamelere ilişkin şekil kurallarıyla öngörülen amaca ulaşılmasını sağlayıp sağlamaması da bunları pozitif hukukumuzda geçerli bir vasiyet olarak tanınıp tanınmamasında belirleyici olacaktır.

B. Görüntülü ve Sesli Vasiyetlerin Geçerliliğinin Sözlü Vasiyetnameler Yönünden Değerlendirilmesi

a. Sözlü Vasiyetnameler Yönünden Genel Değerlendirme

Pozitif hukukumuzda resmî ve el yazılı vasiyetnamelere nazaran vasiyetçinin kimliği ile vasiyetname içeriğinin vasiyetçinin gerçek iradesini yansıtıp yansıtmadığı konusunda en büyük şüphe hiç kuşkusuz sözlü vasiyetnamelerdedir. Sözlü vasiyetnamelerde vasiyetçi olağanüstü bir durumun varlığı halinde iradesini iki tanığa sözlü olarak açıklamakta ve tanıklar da bu vasiyetname iradesini ya hemen yazılı hale getirip imzalamakta (TMK m. 540/I) ya da önceden bir belge düzenlemek yerine vakit geçirmeksizin mahkemeye başvurup vasiyetçinin sözle açıkladığı iradesini tutanağa geçirtebilmektedirler (TMK m. 540/II). Resmî ve el yazılı vasiyetnameler dışında, belki de bunların sıkı şekil kurallarıyla çelişir şekilde ve fakat yalnızca olağanüstü durumlarda ve yine belirli şekil kurallarını içerecek şekilde sözlü vasiyetname yapma imkânının tanınması, özünde ölüme bağlı son arzulara duyulan saygının bir yansıması olarak görülmelidir.

Kanunun bu düzenlemeleri çerçevesinde şu tespitler yapılabilir. İlk olarak sözlü vasiyetnamelerde resmî vasiyetnamelerde ve el yazılı vasiyetnamelerde olduğu gibi vasiyetçinin kimliğini teşhis fonksiyonunu *kesin* olarak sağlayabilecek bir mekanizma yoktur. Zira sözlü vasiyetnamelerde ne resmî vasiyetnamelerde olduğu gibi beyan sırasında resmî bir memur merasime katılır, ne de el yazılı vasiyetnamelerde olduğu gibi metin ve imza aracılığıyla kimliği tespit edilebilir. Bu vasiyetnamelerde kimliği teşhis fonksiyonu tanıklar aracılığıyla sağlanır. İkinci olarak vasiyetçinin sözlü beyanı ile onun bu beyanının yazılı hale getirilmesi arasında geçecek süre içinde vasiyetçinin gerçek iradesinin tam ve sağlıklı olarak tespit edilebileceği de şüphelidir. Vasiyetçinin sözle dışa vurduğu iradesinin gerçekliğinin de yalnızca iki tanığın karşılıklı denetimine bırakıldığı düşünüldüğünde bu şüphe daha da artar. Ancak bu derin şüphelere rağmen kanun koyucu, vasiyetçinin son arzularına saygı düşüncesiyle sözlü vasiyetname yoluyla vasiyetçinin resmî

veya el yazılı vasiyetname yapma imkânının olmadığı olağanüstü durumlarda vasiyetçiye sözlü olarak son arzularını ifade etme ve onları hayata geçirebilme imkânı tanımıştır. Lâkin bu imkân yalnızca yakın ölüm tehlikesi, ulaşımın kesilmesi, hastalık, savaş gibi olağanüstü durumlarda kullanılabilecek "*istisnaî"* (TMK m. 539/I) ve aynı zamanda vasiyetçi için sonradan kanunun öngördüğü diğer şekillerde vasiyetname yapma olanağı doğması halinde, bu tarihin üzerinden bir ay geçince kendiliğinden hükümden düşmesi nedeniyle de "*geçici*" (TMK m. 541) bir nitelik taşır. Bunun köklü sebebi ortadadır. Birincisi, yukarıda da belirttiğimiz üzere bu vasiyetname içeriği özellikle tanıklar tarafından manipüle edilmeye müsaittir. Gerçi TMK m. 539/III atfıyla resmî vasiyetnamelerde başta tanıklara ve bunların kanunda sayılan yakınlarına kazandırmada bulunulamayacağına ilişkin yasaklar (TMK m. 536/II) ile tanıkların niteliklerine ilişkin diğer yasaklar (TMK m. 536/I) sözlü vasiyetnamelerde de uygulanır, lâkin bu düzenlemelerin vasiyetçinin gerçek iradesini ne ölçüde koruduğu daima şüpheli olacaktır. Bu yüzden kanun koyucu bu konuda ikinci bir koruma önlemi olarak bu vasiyetnamenin geçici bir karakteri haiz olduğunu düzenlemiştir (TMK m. 541). İkinci olarak, vasiyetçinin sözlü beyanı ile onun beyanının yazıya dökülmesi arasında geçecek zaman aralığında, vasiyetname içeriğinin vasiyetçinin gerçek iradesinden sapma olasılığı her zaman mevcuttur[191]. İşte bu yüzdendir ki, kanun koyucu tanıklara bu beyanı "*hemen*" yazma (TMK m. 540/I) veya hemen belge düzenlenmemeleri halinde de "*vakit geçirmeksizin*" mahkemeye başvurma (TMK m. 540/II) görevi yüklemiştir. Lâkin bu koruma önlemleri bile vasiyetçinin son arzularının gerçek biçimde hayata geçirilmesindeki riskleri bertaraf edemez. Vasiyetçi son noktada tanıkların "*insafına*" kalmıştır. Özellikle vasiyetçinin sözlü vasiyetname hükümden düşmeden önce ölmesi halinde sözlü vasiyetnamenin geçici niteliğini kaybedip kesin sonuç doğuracağı[192] düşünüldüğünde artık geriye bu vasiyetnamenin vasiyetçinin gerçek iradesini yansıtmadığını ispat etmekten başka bir yol kalmayacaktır. Üstelik ispat yükü de genel ispat kuralı gereği bunun geçersizliğini iddia eden tarafa düşecektir (TMK m. 6)[193]. İşleme katılmayan bir kişinin bunun geçersizliğini ispatının zorluğu ise ortadadır.

---

[191] DURAL/ÖZ, s. 96.

[192] KAYAK, s. 216; DORJEE-GOOD, ZGB Art. 506-508 Rn. 7.

[193] KAYAK, s. 216.

Sonuç olarak sözlü vasiyetnamelerde vasiyetçinin kimliğini kesin biçimde teşhis ve vasiyetçinin gerçek iradesinin hayata sağlıklı bir şekilde geçirme olasılığı diğer şeklî anlamda vasiyetnamelere göre hep daha düşüktür. Oysa bu sözünü ettiğimiz sakıncalar dijital ortamda yapılan vasiyetlerde hep daha aza indirgenir. Bir kere görüntülü ve sesli vasiyetlerde vasiyetçinin kimliği neredeyse şüpheye yer vermeyecek şekilde tespit edilebilir. Görüntülü vasiyetlerde vasiyetçinin yüzü ve sesi, salt sesli vasiyetlerde de vasiyetçinin sesi fiziksel ve davranışsal olarak ölçülebilir ve kimlik tespitinde kullanılabilir nitelik taşırlar. İkinci olarak dijital ortamda görüntülü ve sesli açıklanan irade beyanı, kalıcı bir içerik olarak kaydedildiğinde bu irade beyanının sözlü vasiyetnamelerde ihtimal dahilinde olan vasiyetçinin irade beyanından farklı şekilde ortaya çıkma riski de bertaraf edilir[194]. Böylece vasiyetçinin son arzularının onun dilediği şekilde sağlıklı bir biçimde hayata geçirilmesi sağlanabilir. Vasiyetçinin görüntülü ve sesli beyanlarının kesilip montajlanma olasılığı yine vardır. Ancak günümüz adlî bilim teknikleriyle kayıt bütünlüğünü doğrulanması ve bunların tespiti kolayca yapılabilir[195]. Burada sözlü vasiyetnamede olduğu gibi, vasiyetçinin dilekleri tanıkların onu anlama ve ifade etme biçimine göre değil, bizatihi vasiyetçinin irade beyanına göre tespit edilir[196].

b. Olağanüstü Durumda Dijital Ortamda Yapılan Sözlü Vasiyetnameler

İstisnaî bir vasiyetname türü olan sözlü vasiyetname yoluna başvurulabilmesi için vasiyetçinin yakın ölüm tehlikesi, ulaşımın kesilmesi, hastalık, savaş gibi olağanüstü durumlar yüzünden resmî veya el yazılı vasiyetname yapamayacak durumda olması gerekir. Bu olağanüstü durumlar sınırlı sayıda olmayıp amaca uygun yorumlanmalı, vasiyetçinin el yazılı veya resmî vasiyetname yapma imkânının olmadığı diğer durumlara da yaygınlaştırılmalıdır. Bu noktada önemli olan vasiyetçinin vasiyeti yaptığı zamandan itibaren kısa bir süre sonra dahi yaşayıp yaşamayacağını bilmemesidir[197]. Bu olgu da objektif değil, subjektif olarak yorumlanmalıdır[198]. Bu noktada, intihar etme niyetinde olan kişinin resmî veya el yazılı vasiyetname yapma konusunda

---

194 ORUÇ, s. 216.

195 KORKMAZ Yunus / BOYACI Aytuğ, "Adlî Bilişim Açısından Ses İncelemeleri", **Fırat Üniversitesi Mühendislik Bilimleri Dergisi**, Cilt 30, Sayı 1, 2018, s. 339.

196 Karş. ORUÇ, s. 216.

197 İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 195.

198 BREITSCHMID, ZGB Art. 506-508 Rn. 1.

manevî imkânsızlık içinde olduğunu ve sözlü vasiyetname düzenleyebileceğini kural olarak kabul etmek gerekir[199].

Kanunun aradığı olağanüstü durumun varlığı halinde vasiyetçinin son arzularını akıllı telefon, bilgisayar, tablet vb. üzerinden açıklaması halinde bu açıklamalar sözlü vasiyetnamenin koşullarını karşılayacak mıdır? Bu hususta ilk olarak vasiyetçinin son arzularını iki tanığa anlatması yönünden incelenecek olursa, şu tespiti yapabiliriz. Öncelikle, vasiyetçinin bu arzularını tanıklara onların fiziksel huzurunda anlatması gerekmez[200]. Hatta doktrinde şahitlerin vasiyetçiyi görmelerinin bile şart olmadığı, kimliğinden emin olmalarının yeterli olduğu kabul edilmektedir[201]. Bu ön kabulle, vasiyetçinin anlık iletişim sağlayan cihazlarla dijital ortamda iki tanıkla aynı anda tele veya video konferans yoluyla iletişim kurup son arzularını onların sanal huzurunda açıklaması halinde vasiyetname bu yönden herhangi bir şekil eksikliği içermeyip geçerlidir. Tele veya video konferans yoluyla bağlanılan tanıklar aynı fizikî ortamda birlikte bulunabileceği gibi, farklı yerlerde de olabilir[202]. Önemli olan bu iradenin tanıklara aynı anda açıklanmasıdır[203]. Örneğin, göçük altında kalan bir kişinin kurtarılmayı beklerken telefonla görüntülü veya sesli olarak iki tanığa aynı anda bağlanması ve son arzularını açıklaması veya karda tipi yüzünden kaybolan kişinin aynı şekilde iki yakınıyla iletişim kurarak onlara vasiyetname yazma veya yazdırma görevi yüklemesinde durum böyledir. Her iki örnekte de vasiyetçi el yazılı veya resmî vasiyetname yapma imkânından mahrumdur. Bu senaryolarda tanıklar ka-

---

199 Sonuçta intihar kararını vermiş ve bu yola girmiş kişiden intihar etmeden önce notere gitmesi beklenemez. Bu kişilerin el yazılı vasiyetname düzenleme imkânının olduğu ileri sürülebilirse de içinde bulunduğu durum ve karar sürecinde manevî olarak kendisinden el yazılı vasiyetname hazırlanmasının beklenmemesi gerekir. Karş. HIRSCH, s. 901. Ancak Michigan Temyiz Mahkemesi 2018 yılında, *In re Estate of Horton* kararında vasiyetçinin intihar etmeden önce cep telefonuna kaydettiği son arzularını içeren beyanını yazılı şekil şartını yerine getirmediği gerekçesiyle reddetmiştir (HIRSCH, s. 854 vd.)

200 Böyle durumlarda zaten çoğu zaman vasiyetçinin fizikî yakınında bulunan kişiler de aynı durumda olacağından iletişim teknolojisinin geliştiği böyle bir dönemde bu şartı aramamak gerekir. Bu noktada borçlar hukukunda telefon, bilgisayar gibi iletişim sağlayabilen araçlarla doğrudan iletişim sırasında yapılan öneriyi hazır olanlar arasında yapılmış sayan kanun hükmü de (TBK m. 4/II) her ne kadar miras hukuku ve borçlar hukukunun fonksiyonları farklı olsa da "*favor testamenti*" yaklaşımla kıyasa elverişlidir.

201 DURAL/ÖZ, s. 93; ANTALYA/SAĞLAM, s. 178; KAYAK, s. 211; SAVAŞ, s. 83; KOYUNCU Ferhat, **Sözlü Vasiyetname**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 76.

202 Karş. SAVAŞ, s. 85.

203 Aynı yönde bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 222; EREN, s. 83; İMRE/ERMAN, s. 97; BREITSCHMID, ZGB Art. 506-508 Rn. 4; ERGÜNE, s. 307-308; SAVAŞ, s. 85; ABT, s. 157- 158; ORUÇ, s. 215; KOYUNCU, s. 95.

nunun öngördüğü diğer usûlleri de (TMK m. 539 vd.) yerine getirerek vasiyetnameyi hayata geçirebilirler[204]. Bu arada tanıklar, vasiyetçinin son arzularını el yazısıyla yazabilecekleri gibi dijital veri oluşturulmasına yarayan telefon, tablet, bilgisayar vb. cihazlarla da yazabilirler[205].

Peki ama vasiyetçinin ölüme bağlı tasarruf yaptığı sırada son arzularını anlatabileceği tanık veya tanıklar yoksa ne olacaktır? Açıkçası sözlü vasiyetnameye ilişkin kanuni düzenleme yapılırken sözlü vasiyetnamelerin tarihi ve geleneksel dokusundan ödün verilmemiş, teknolojinin de gelişmesiyle birlikte vasiyetçinin artık olağanüstü durumlarda bile son arzularını dijital ortam üzerinden kendi başına beyan etme olanağı göz ardı edilmiştir. Bu kanun boşluğunun TMK m. 1/II uyarınca doldurulması gerekir. Vasiyetçinin olağanüstü durumda tanıkların yokluğunda son arzularını kendi yanında bulunan cihazına sesli veya görüntülü *offline* olarak kaydetmesi mümkündür. Bu durumda, vasiyetçinin sesli ve görüntülü kayıt yaptıktan sonra öldüğü senaryolarda onun son arzularını içeren beyanına ancak kendisine ve yaptığı kayda ulaşılabildikten sonra erişilmesi mümkün olacaktır. Böyle bir durumda hakimin kanun boşluğunu doldururken vasiyetçinin son arzularının hayata geçirilebilmesi için sözlü vasiyetname için kanunda aranan şeklî şartların yerine getirilmesini aramaması gerekecektir. Zira kanun koyucunun bizatihi resmî ve el yazılı vasiyetnameler dışında sözlü vasiyetname hakkı tanıması, onun son arzularına duyulan saygının bir yansıması olarak bu arzuların onun iradesine uygun biçime hayata geçirilmesini haklı kılar. Ayrıca sözlü vasiyetnamelerde tanıkların fonksiyonu vasiyetçinin son arzularının varlığı ve onun iradesine uygunluğunu tespit etmek olduğuna göre, halihazırda vasiyetçinin bunları tanıklara başvurmaksızın kendi teknik imkânlarıyla yerine getirmesi halinde sözlü vasiyetnamelerde tanıkların katılımıyla sağlanacak bu fonksiyonlar üstelik onların göreceği fonksiyonlardan daha kuvvetli biçimde yerine getirilmiş olacaktır. Bu durumda kanun boşluğunun doldurulması yoluna da gidilmeyip fonksiyonel yaklaşımla pozitif hukuk kuralları içinde de bunlara geçerlilik kazandırma imkânı ortaya çıkar.

Buna benzer bir başka senaryo da şu şekilde gerçekleşebilir. Vasiyetçi olağanüstü durumun varlığı halinde son arzularını iki tanığa anlatmak yeri-

---

[204] SAVAŞ, s. 87; **ORUÇ**, s. 215.

[205] İMRE/ERMAN, s. 97; EREN/YÜCER AKTÜRK, s. 126; ABT, s. 158; ERGÜNE, s. 309; Aksi görüşte bkz. DURAL/ÖZ, s. 95. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU da bunların üçüncü kişiler tarafından yazılması ve tanıklar tarafından hiç okunmadan mahkemeye intikal ettirileceği endişesiyle bu görüşe karşı çıkmaktadır (s. 224).

ne, bunları kayıt altına almaya yarayan cihazlara kaydedip saklamayı ve hatta bu cihazlar aracılığıyla kamuya açık sosyal medya hesabında veya internette herhangi başka bir ortamdan yayınlamayı da tercih edebilir. Bu ihtimalde kanunun lafzına baktığımızda vasiyetçinin son arzularını iki tanığa anlattıktan sonra onlara bu beyanına uygun bir vasiyetname yazmaları veya yazdırmaları görevini yüklemesi (TMK m. 539/II) ve akabinde tanıkların bunları hemen yazıp imzalayarak gecikmeksizin mahkemeye tevdi etmesi (TMK m. 540/I) veya belge düzenlemeden vakit geçirmeden mahkemeye başvurup onun son arzularını tutanağa geçirilmesi (TMK m. 540/II) unsurlarının eksik olduğu görülür. Lâkin şekle ilişkin tüm bu kuralların vasiyetçinin kimliğini teşhis ve vasiyetçinin son arzularının kendi iradesine uygun olarak hayata geçirilmesini amaçladığı gözetildiğinde, bu amaçların -*üstelik de sözlü vasiyetnamelerde son arzuların yazımında ve tutanağa gecikmeksizin geçirilmesinde vasiyetçinin son arzularının yanlış, eksik veya hatalı olarak ifade edilme riski de vasiyetçi tarafından bir kayıtla bertaraf edildiği için*- hasıl olduğunu söylemek mümkündür[206]. Benimsediğimiz fonksiyonel yaklaşım, bunların geçerli bir vasiyet olarak ayakta tutulmasını sağlar. Bu noktada yalnızca tanıkların vasiyetçiyi vasiyetname yapmaya ehil gördüklerini ve onun son arzularını olağanüstü durum içinde kendilerine anlattığını hâkime beyan etmeleri gerekliliğin eksik olduğu (TMK m. 540/I c. 2) ileri sürülebilir. Lâkin gerek olağanüstü durumun varlığı gerekse vasiyetçinin vasiyetname yapma ehliyetini haiz olup olmadığı vasiyetname dışı olgularla tespit edilebilir. Ayrıca ehliyetsizlik, vasiyetnamelerde kesin hükümsüzlüğe değil, iptal edilebilirlik yaptırımına tabidir (TMK m. 557/I b. 1) ve bu tür vasiyetlerde ehliyet sorunu el yazılı vasiyetnamelerde olduğundan başka bir farklılık arz etmemektedir. Dolayısıyla bu unsurların eksikliği *favor testamenti* yaklaşımla bir iptal sebebi oluşturmaz.

c. Olağan Durumlarda Dijital Ortamda Yapılan Sözlü Vasiyetler

Olağanüstü durumların varlığı halinde belirli koşullar dahilinde dijital ortamda sözlü vasiyetname yapılabilmesi mümkün ise de, olağanüstü bir durum söz konusu olmadığı halde vasiyetçinin son arzularını dijital ortamda açıklaması halinde ne olacaktır? Bu türden vasiyetlerin geçerliliği de yine kanunun sınırlı sayı ilkesine tabi olarak öngördüğü sözlü, el yazılı ve resmî vasiyetnameler için

---

[206] Aksi görüşte olan *ORUÇ* ise -*de lege lata*- böyle bir vasiyetnamenin geçerli olmayacağını savunmakla birlikte -*de lege ferenda*- vasiyetçinin son arzularının daha açık tespit edilebileceği gerekçesiyle böyle bir düzenlemenin yapılması gerektiği görüşündedir (s. 216).

öngördüğü şekil kuralları çerçevesinde değerlendirilmelidir. Bu bağlamda ilk akla gelen -*vasiyetçinin iradesini görüntülü ve sesli açıklaması nedeniyle*- sözlü vasiyetnamelerdir. İstisnaî bir vasiyetname olan sözlü vasiyetname yapılabilmesi için iki maddî koşulun kümülatif olarak gerçekleşmesi gerekmektedir[207]. Birincisi, vasiyetçi yakın ölüm tehlikesi, ulaşımın kesilmesi, hastalık, savaş gibi olağanüstü durum içinde olmalıdır. İkincisi vasiyetçi bu olağanüstü durum yüzünden resmî veya el yazılı vasiyetname yapamayacak durumda olmalıdır. Öncelikle ifade etmek gerekir ki; bu iki koşul vasiyetnamenin şekline ilişkin değil, esasa ilişkin koşullardır[208]. Bu iki koşulun olmadığı durumlarda yapılan sözlü vasiyetlerin akıbeti doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre bu maddî koşulların bulunmaması vasiyetnameyi *kesin hükümsüz* kılar[209]. Diğer görüşe göre ise bu koşulların yokluğu şekil eksikliği nedeniyle *iptal edilebilirlik* yaptırımına tabi olmalıdır[210]. Bize göre ise bu koşullar her ne kadar şekle ilişkin değilse de bunların yokluğu kesin hükümsüzlük yerine vasiyetnamelerdeki özel hükümsüzlük rejimine, yani iptale tabi olmalıdır. En ağır kesin hükümsüzlük sebeplerinden ehliyetsizlik ve hukuka ve ahlâka aykırılığın bile iptale tabi olduğu bir rejimde, sözlü vasiyetnamenin maddî koşullarının yokluğunun daha ağır bir yaptırıma tabi olması da -*favor testamenti*- ilkesi çerçevesinde beklenemez. Dolayısıyla dijital ortamda yapılan bu tür vasiyetnameler, sözlü vasiyetnamelerin geçerlilik koşullarını taşımadığından -*sözlü vasiyetname olarak*- geçersizdir.

Öte yandan olağanüstü bir durum söz konusu olmaksızın yapılan bu vasiyetlerin kanunda el yazılı vasiyetnameler için öngörülen şekil kurallarıyla güdülen amaca el yazısı dışında, sözlü bir vasiyet yoluyla ulaşılıp ulaşılmayacağının da araştırılması gerekir. İlk bakışta, görüntülü veya sesli bir vasiyetin el yazılı vasiyetname koşullarını karşılayıp karşılamadığının bunların geçerliliği bakımından araştırılması şaşırtıcı gelebilir. Lâkin benimsediğimiz fonksiyonel yaklaşım gereğince, el yazılı vasiyetnamenin şekil kurallarıyla öngörülen amaçlara başka araçlarla ulaşma imkânı varsa bu vasiyetler de -favor testamenti- yaklaşımla ayakta tutulmalı ve onlara iptal edilemez bir geçerlilik kazandırılmalıdır[211]. Bu bağlamda görüntülü ve sesli vasiyetlerin el

---

[207] OĞUZMAN, s. 126; DURAL/ÖZ, s. 91.

[208] OĞUZMAN, s. 126; ANTALYA/SAĞLAM, s. 177; ERGÜNE, s. 307; KOYUNCU, s. 51-52.

[209] OĞUZMAN, s. 126; KÖPRÜLÜ, s. 163, dn. 75; İMRE/ERMAN, s. 92; ERGÜNE, s. 307.

[210] KOCAYUSUFPAŞAOĞU, s. 219.

[211] Nitekim 2018 yılında Yeni Zelanda'da mahkeme *Pfaender v. Gregory* kararında amaçsal yaklaşımı benimseyerek vasiyetçinin son arzularını içeren ses kaydını yazılı vasiyetnamenin şekil koşullarını sağladığı gerekçesiyle geçerli bir vasiyet olarak kabul etmiştir (HIRSCH, s. 857).

yazılı vasiyetnamenin zorunlu şeklî unsurları olan el yazılı metin, el yazılı imza ve el yazılı düzenleme tarihiyle öngörülen amaçları karşılayıp karşılamadığı esas alınarak bir yargıya varılmalıdır.

El yazılı vasiyetnamede metnin el yazısıyla yazılması vasiyetçiyi teşhis, uyarma ve vasiyet içeriğinin belgelenmesi fonksiyonlarının yerine getirilmesini sağlar. El yazılı vasiyetnamede metnin el yazısıyla yazılması vasiyetçinin kimliğini teşhise yarar. Görüntülü ve sesli vasiyetler bu açıdan değerlendirildiğinde son arzularını kendi görüntüsünü ve sesini içerecek veya salt sesli vasiyetlerde yalnızca sesiyle açıklayan kişinin teşhisi el yazılı vasiyetnamelere nazaran çok daha kolaydır. Hatta görüntülü vasiyetlerde çoğu zaman kişinin teşhisi, el yazılı vasiyetnamelerde olduğu gibi grafolojik inceleme türünden bir inceleme bile gerektirmez. Kişinin el yazısındaki davranışsal özelliklerine ek olarak görüntülü vasiyetlerde kişinin fizikî özellikleri yanında jest ve mimik gibi davranışsal özellikler de teşhisi kuvvetlendirir. Diğer yandan kişiyi teşhis noktasında kişinin fizikî görüntüsü yanında bir de kişiyi sesinden teşhis etme olanağı doğar. Günümüzde ses analizleriyle görüntü ve ses kayıtlarında montaj ve kurguların tespit edilerek kayıt bütünlüğü doğrulanabilmekte, kayıt iyileştirme ile bozuk kayıtların anlaşılabilirliği sağlanabilmekte, ses kaydı ile konuşmacının profili çıkarılabilmekte ve onun dili kullanış biçimi ve aksan öğeleriyle de kimliği teşhis edilebilmektedir[212]. Görüntünün ve sesin manipüle edilmesi ihtimaline karşı bunların senkronize olup olmadığına dikkat edilmelidir[213]. Ayrıca dudak okuma teknikleri bunların senkronize olup olmadığının tespitinde kullanılabilir. Bu arada belirtmek gerekir ki görüntü ve sesin vasiyetçiyi teşhise imkân verecek nitelikte ve kalitede olması lazımdır. Bu nedenle görüntülü ve sesli vasiyetlerin el yazılı metinlerdeki teşhis fonksiyonunu fazlasıyla yerine getirdiğine şüphe bulunmamaktadır[214]. El yazılı metnin ölüme bağı tasarruf içeriğini ispat fonksiyonu da ses ve görüntülü vasiyetlerde bunların kaydedilip saklanması halinde yerine getirilir.

Vasiyetçiyi uyarma fonksiyonu bakımından ise bu vasiyetlerin el yazılı metinlere nazaran uyarı fonksiyonunu yeteri kadar yerine getirmediği iddia edilmektedir[215]. El yazılı vasiyetnamelerde vasiyetçinin metni tekrar gözden geçirme, yeniden okuma ve revize etme imkânı vardır. Aynı imkân görüntü-

---

[212] KORKMAZ/BOYACI, s. 329 vd.

[213] ZALUCKI, Video, s. 137.

[214] LANGBEIN, s. 519.

[215] LANGBEIN, s. 519.

lü ve sesli vasiyetlerde de vardır. Zira bunlarda da vasiyetçi dijital ortama kaydettiği görüntülü ve sesli vasiyetini silme, kaydı baştan yapma ve gözden geçirme imkânına sahiptir[216]. Lâkin bu vasiyetlerde el yazılı metnin uyarma fonksiyonunun yerine getirilmiş sayılması için bunlar yeterli değildir. Vasiyetçinin görüntüsü ve sesinden, vasiyeti hazırlama biçiminden, kullandığı sözcüklerden ve genel olarak ifadelerinden gerçek ve samimi olarak vasiyet bırakma iradesinin çıkarılması gerekir. Vasiyetçinin kayda alınan alelade bir sohbet esnasında son arzularını açıklaması halinde uyarma fonksiyonunun yerine getirilmediği söylenebilir. Buna karşılık, vasiyetçinin vasiyet bırakma iradesiyle görüntülü ve sesli vasiyet yapma hazırlıklarına girişmesi, bunu önceden tasarladığına ilişkin icra hareketleri, vasiyet içeriğinin onun kendi son arzularını yansıttığını ifade etmesi halinde uyarma fonksiyonunun yerine getirildiği vasiyet içi olgularla ispatlanmış olacaktır. Örneğin, vasiyetçinin dijital ortamda ürettiği görüntü veya sesini içeren veri dosyasına "*vasiyetim*" adını vermesi onun gerçek ve samimi son arzularını içerdiği şeklinde yorumlanabilir[217]. Gerçi vasiyetçinin ölüme bağlı son arzularını nasıl nitelendirdiği kural olarak önem taşımaz, nihayetinde belirleyici olan hukuk düzeninin onun iradesine bağladığı sonuçtur. Doktrinde de vasiyetçinin vasiyet yapma iradesinin kesin olarak saptanabildiği hallerde, vasiyetçi bunları göndermese bile bir mektup veya bir posta kartı üzerinde yaptığı irade açıklamalarına somut olayın özellikleri de haklı gösteriyorsa geçerli bir vasiyetname olarak hukukî sonuç bağlanabileceği kabul edilmektedir[218]. Ancak tipik şekil kurallarına uygun vasiyetnamelerde gösterilen bu esnek yaklaşımın ölçüsü, görüntülü ve sesli vasiyetlerin olağan bir yöntem olmaması, vasiyetçiyi uyarma ve vasiyet projesinden ayırma fonksiyonlarının yerine getirilmesindeki şüphelerin kalkması için katılaştırılmalı ve vasiyetçinin görüntülü ve sesli olarak aktardığı açıklamalarından vasiyet yapma iradesinin tereddütsüz biçimde çıkarılmasına imkân verecek bir ölçü derecesine yükseltilmelidir.

---

[216] HALL, s. 360.

[217] Avustralya Queensland Yüksek Mahkemesi *In the Estate of Leslie Wayne Quinn* kararında vasiyetçinin "*vasiyetim*" (my will) adıyla kaydettiği video dosyasını aynen bu şekilde yorumlamıştır. Karar metni için bkz. https://www.queenslandjudgments.com.au/case/id/323602 (Erişim Tarihi: 10.5.2020).

[218] OĞUZMAN, s. 119; DURAL/ÖZ, s. 82; ANTALYA/SAĞLAM, s. 172; ABT, s. 147; WEIMAR, ZGB Art. 505 Rn. 27. ABD'de 1924 tarihli meşhur *Kimmels Estate* kararında Yüksek Mahkeme, vasiyetçinin oğullarına gönderdiği domuz etinin nasıl salamura edileceğiyle başlayan, sonrasında soğuk bir kış geçeceği tahmininde bulunulan ve devamında herhangi bir şey olursa mallarının nasıl dağıtılacağını içeren mektubunu bir vasiyetname olarak kabul etmiştir (LANGBEIN, s. 495).

El yazılı vasiyetnamenin bir diğer şeklî unsuru olan el yazılı imzanın vasiyetçiyi uyarma, kimliğini teşhis ve vasiyetname projesinden ayırma fonksiyonlarına sahip olduğu genel olarak kabul edilmektedir[219]. Görüntülü ve sesli vasiyetlerde, uyarma ve teşhis fonksiyonlarının sağlanması bakımından el yazılı metin için yaptığımız açıklamalar aynen el yazılı imza için de geçerlidir. Buna karşılık görüntülü ve sesli vasiyetlerin geçerli bir vasiyet olarak sayılmamasında en çok bunların imzaya elverişli olmadığına ve dolayısıyla bunları bir vasiyet projesinden ayırmanın mümkün olmadığına işaret edilmektedir[220]. Gerçekten de görüntülü ve sesli bir vasiyetin teknik olarak imzalanması da kural olarak söz konusu olamaz[221]. Lâkin el yazılı vasiyetnamelerde vasiyetname projesinden ayırma fonksiyonu gören imzanın fonksiyonu görüntülü ve sesli vasiyetlerde başka araçlarla, bizzat vasiyetçinin ifadeleri ve hareketleriyle sağlanabilir. Vasiyetçinin görüntülü ve sesli vasiyetinde irade açıklamalarının gerçek ve samimi iradesini yansıttığını ifade eden sözcükler ve cümleler kullanması, açıklamaları bittikten sonra bunun nihaî arzuları olduğunu ve açıklamalarının sona erdiğini beyan etmesi halinde imzanın vasiyetname projesinden ayırma fonksiyonu ve vasiyet içeriğini sonuçlandırma fonksiyonları da yerine getirilmiş olacaktır[222]. Vasiyetçinin yapılan kaydının vasiyet projesinden ayrılmasını tespitte onun kullandığı sözcükler, kelimeler ve hatta jest ve mimikleri de yardımcı olabilir. Şayet vasiyetçinin ifade ve hareketlerinden kayıtta yer alan son arzularını nihaî

---

219 Bu konuda hakkındaki açıklamalarımız için bkz. Yuk. III C 2.

220 LANGBEIN, s. 519; LANG, s. 90.

221 Gerçi görüntülü vasiyetlerde vasiyetçinin sözle ifade ettiği son arzularını bir alt yazıyla desteklemesi ve ekran üzerine vasiyetine ilişkin sözlerinin sonunda bunları dijital ekran üzerinde biyometrik imzasını ihtiva edecek şekilde formüle etmesi mümkündür. Böyle bir senaryoda el yazılı metin ve imzanın tüm fonksiyonları üstelik de kanunun aradığı *yazılılık* koşullarını sağlayacak şekilde yerine getirilmiş olur. El yazılı metnin onun davranışsal özelliklerini içermeyen yöntemlerle alt yazılı olarak ekrana yansıtılması ihtimalinde ise, dudak okuma teknikleriyle ve vasiyetçinin bizzat vasiyet içeriğinde bunlara gönderme yapması halinde artık bunların da el yazılılık koşulunu sağladığına şüphe kalmaz. Lâkin itiraf etmek gerekir ki; teoride böyle bir vasiyet tanzimi mümkün ise de pratikte tercih edilen bir yol olmayacaktır. Kaldı ki bu vasiyetlerin geçerli bir vasiyet olarak nitelendirilebilmesi için böyle düzenlenmeleri de zorunlu değildir.

222 Avustralya'da Queensland Yüksek Mahkemesi *dispensing power* doktrinini uyguladığı 2019 yılında verdiği *In the Estate of Leslie Wayne Quinn* kararında vasiyetçinin akıllı telefonuyla ürettiği ve sonrasında bilgisayarında ve bir cd üzerinde "*vasiyetim"* (my will) adı altında yedeklediği videonun esas üretildiği telefon kaydına erişememesine rağmen, onun CD'deki kopyasındaki video vasiyetinin içeriğinden dosya içindeki bilgilerin vasiyetçinin son arzularını yansıttığına kanaat getirmiş ve vasiyeti geçerli kabul etmiştir (HEDLUND, s. 727). Kararın tam metni için bkz. https://www.queenslandjudgments.com.au/case/id/323602 (Erişim Tarihi: 10.5.2020).

olarak düzenlendiği ve bunları onayladığı sonucu çıkarılabiliyorsa, bu durumda imza fonksiyonunun da yerine getirildiği kabul edilmelidir[223].

El yazılı düzenleme tarihine gelince, dijital ortamda üretilen görüntülü ve sesli vasiyetin yapıldığı kayıttan vasiyet dışı olgulardan da yararlanılarak, üstelik el yazılı vasiyetnamelerde tarihin hiç yazılmaması, eksik yazılması veya kasten veya sehven hatalı yazılması gibi sorunlar da bertaraf edilerek kesin olarak saptanabilecektir.

Bu tür vasiyetlerde vasiyetçinin son arzularına ilişkin iradesini herhangi bir kişinin korkutması veya zorlaması sonucu açıklayıp açıklamadığı veya açıklamalarını geçici ayırt etme gücünün yokluğuna yol açacak bir maddenin tesiri altında yapmadığının tespit edilemeyeceğine yönelik argümanlar da yersiz kalacaktır. Zira aynı sorunlar el yazılı vasiyetname de vardır. Hatta görüntülü ve sesli vasiyetlerde kişinin ses ve görüntüsünden böyle bir tesir altında kalıp kalmadığı el yazılı vasiyetnamelere nazaran daha kolay ve kuvvetli biçimde tespit edilebilecektir. Kaldı ki hem ehliyetsizlik hem de irade sakatlıkları kural olarak iptal edilinceye kadar vasiyetnamenin geçerliliğine etki etmezler. El yazılı vasiyetnamenin şekil kurallarıyla öngörülen amaçların görüntülü ve sesli vasiyetlerde gerçekleşmesi halinde, bunların ehliyet yönünden geçersiz olduğunu bunu iddia eden taraf kanıtlamalıdır.

Sonuç olarak görüntülü ve sesli vasiyetler, kanunda el yazılı vasiyetnameler için öngörülen şekil kurallarıyla amaçlanan uyarma, teşhis ve vasiyet projesinden ayırma fonksiyonlarını sağladığı sürece -*de lege lata*- geçerli bir vasiyet olarak kabul edilmelidir. Bunların bu fonksiyonları yerine getirip getirmediği ise her bir somut olay bakımından titizlikle incelenmelidir. Benimsediğimiz fonksiyonel yaklaşım gereğince, bu fonksiyonların yerine getirilmesi halinde bunların iptali istemi hakkın kötüye kullanılması yasağıyla karşı karşıya kalacaktır (TMK m. 2/II).

3. Dijital Ortamda Yapılan Resmî Vasiyetnameler

Pozitif hukukumuza göre resmî vasiyetnameler resmî memur düzenlenerek tanıkların da katılımıyla özel bir merasime tabi olarak yapılarak yapılabilmektedir (TMK m. 532 vd.). Öncelikle ifade etmek gerekir ki; Elektronik İmza Kanununun kanunların resmî şekle veya özel bir merasime tabi tuttuğu

---

[223] *LANGBEIN* da vasiyetçinin ses kaydından onun vasiyet bırakma iradesinin tereddütsüz çıkarılabileceği istisnaî durumlarda artık tipik şekil kurallarında ısrar etmenin adaletsiz olacağı düşüncesindedir (s. 519).

hukukî işlemlerin güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilemeyeceğine ilişkin hükmü (m. 5/II), Noterlik Kanununun düzenleme şeklinde yapılması zorunlu tutulan işlemler ile irade beyanlarının alınmasına ilişkin işlemlerde güvenli elektronik imza kullanabilmek için ilgililerin noter huzurunda olmalarını şart koşan hükmü (Noterlik Kanunu m. 198/A) ve Noterlik İşlemlerinin Elektronik Ortamda Yapılması Hakkında Yönetmeliğin[224] (m. 5/I c. 2) kanunların resmî şekle veya özel bir merasime tabi tuttuğu hukukî işlemlerin elektronik imza ile gerçekleştirilemeyeceğine ilişkin hükümleri aykırılığı geçersizliğe yol açacak -lex perfecta- hükümler değil, salt düzen kurallardır (lex minus quam perfecta)[225]. Bu nedenle resmî memurun katılımıyla dijital ortamda yapılan vasiyetnamelerin geçerli olup olmadığı Türk Medenî Kanununun resmî vasiyetnameye ilişkin şekil kurallarına göre (TMK m. 532 vd.) değerlendirilmelidir[226]. Dolayısıyla benimsediğimiz görüş uyarınca resmî vasiyetnamede öngörülen merasim koşulları, o merasim kurallarıyla öngörülen amaca başka yöntem ve araçlarla ulaşılması halinde geçerli bir vasiyetname gibi kabul edilmelidir[227]. Yalnız itiraf etmek gerekir ki; ilgili kanunların düzen hükümleri teoride resmî vasiyetnamenin şekil kurallarına uygun yapılması halinde geçerliliğine etki edemez ise de pratikte böyle bir vasiyetname yapmayı neredeyse imkânsız kılar. Bu gerçeğe rağmen biz, resmî vasiyetnamenin dijital ortamda yapılıp yapılmayacağını, yapılırsa şekil kurallarıyla öngörülen fonksiyonların nasıl sağlanacağını belki ilerde buna imkân verecek yasal düzenlemelere de ışık tutması amacıyla aşağıda ayrıntılı olarak inceleyeceğiz.

Bu noktada akla gelebilecek ilk soru vasiyetçinin TMK m. 533/I uyarınca son arzularını içeren beyanını önceden resmî memura dijital ortamda gönderip gönderemeyeceğidir. Doktrinde de kabul edildiği üzere vasiyetçinin son arzularını resmî memura dijital ortamda göndermesine bir engel yoktur. Vasiyetçi, e-posta, telefonun mesaj servisleri, anlık iletişim kurmaya

---

[224] RG S. 29413, T. 11.7.2015.

[225] Yasaklayıcı nitelik taşıyan bir hukuk normuna aykırılığın geçersizlik sonucunu doğurabilmesi için bu hususun ya açıkça kanun hükmünde yer alması ya da hükmün anlam ve amacından geçersizlik olgusunun tereddütsüz biçimde çıkarılması gerekir (OĞUZMAN/BARLAS, s. 225). Aksi yönde bkz. İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 184; YILDIRIM/VEREP, s. 270-271.

[226] Genel olarak Noterlik Kanunundaki hükümlerin yalnızca düzen hükmü olduğu ve bunlara aykırılığın resmi vasiyetnameyi geçersiz kılmayacağı yönünde bkz. SEROZAN, s. 321; DURAL/ÖZ, s. 63; ANTALYA/SAĞLAM, s. 161; OKTAY ÖZDEMİR, s. 3.

[227] *ORUÇ* resmi vasiyetnamelerin belirli kişilerin katılımı ve özel bir merasime tabi olması nedeniyle elektronik olarak yapılmasına imkân olmadığı görüşündedir (s. 213).

yarayan uygulamalar, vb. araçlarla son arzularını resmî memura önceden gönderebilir[228]. Zira vasiyetçinin kurucu nitelikteki iradesi bu aşamada değil, onun resmî memurun hazırladığı senedi imzalamasıyla ilk defa ortaya çıkacaktır[229]. İkinci olarak şu ihtimal üzerinde durulabilir. Acaba resmî memurun fizikî huzurunda vasiyetnamede imzası bulunması gereken kişilerin (vasiyetçi, tanıklar, resmî memur) resmî memurun hazırladığı bu vasiyetnameyi elektronik imza yoluyla imzalaması vasiyetnameyi geçersiz kılar mı? Bu soruya olumsuz yanıt vermek gerekir. Resmî vasiyetnamelerde imza, vasiyetçiyi uyarma ve teşhis, tanıklar için de teşhis fonksiyonunu gördüğüne göre, resmî memurun fizikî huzurunda atılan imzanın da artık ıslak imzalı veya elektronik imzalı olması bir fark yaratmayacaktır[230]. Dolayısıyla resmî memurun fizikî huzurunda vasiyetçinin ve/veya tanıkların attığı elektronik imza, vasiyetnameyi geçersiz kılmayacaktır. Elektronik İmza Kanunu m. 5/II, Noterlik Kanunu m. 198/A ve Noterlik İşlemlerinin Elektronik Ortamda Yapılması Hakkında Yönetmeliğin m. 5/I c. 2 hükümlerinin resmî vasiyetnamelerin elektronik imza ile yapılamayacağına ilişkin düzen hükümleri de bu yolla yapılan vasiyetnamenin geçerliliğine etki edemeyecektir.

Dijital ortamda resmî vasiyetname yapılıp yapılamayacağı konusunda asıl sorun, vasiyetçi, resmî memur ve tanıkların aynı fizikî ortamda bulunmamaları durumunda ortaya çıkacaktır. Türk Medenî Kanunun resmî vasiyetnameye ilişkin kuralları (TMK m. 532 vd.) resmî vasiyetnamenin mutlaka vasiyetçi, noter ve tanıkların fizikî huzurunda yapılması gerektiğine ilişkin bir hüküm içermemektedir. Resmî belgelendirme işlemlerinin asıl amacı, ilgililerin hukukî işleme yönelik irade beyanlarının gerçeğe uygun şekilde belgeye geçirilmesi[231] olduğuna göre bu amacın gerçekleşmesini mümkün kılan yollarla yapılan vasiyetnameler resmî vasiyetnamelere ilişkin diğer şekil kurallarına uymak kaydıyla geçerli kabul edilebilirler[232]. Dijital ortam-

---

228 ERGÜNE, s. 294; ATEŞ, s. 8.

229 ERGÜNE, s. 294; ATEŞ, s. 8.

230 Aynı yönde bkz. ÖZBEK, s. 2233. Aksi görüşte bkz. TANRIVER Süha, "Noterler Tarafından Elektronik Ortamda Yapılabilecek Olan İşlemler ve Bu İşlemlerin Gerçekleştirilmesi Usulü", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 65, Sayı 4, Aralık 2016, s. 3680; Oruç, s. 213; Savaş, s. 71; KILIÇOĞLU YILMAZ Kumru, "Resmî Vasiyetname", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 133, 2017, s. 372.

231 ÖZBEK, s. 2244.

232 Nitekim genel olarak malvarlığını ilgilendiren bir işlem olarak vasiyetname yanında, en ağır hukukî yaptırım türü sayılabilecek hürriyeti bağlayıcı ceza gerektiren suçlarda bile sanık, tanık, bilirkişiler resmi görevlilerin refakatinde ses ve görüntü bilişim sistemi (SEBGİS) aracılığıyla dinlenebilmektedir (CMK m. 52, 58, 94, 147I h, 180, 196, 219).

da yapılan vasiyetnamelerin geçerliliğinde "*unitas actus*" (işlemde birlik) ilkesi ise ayrı bir yer tutar. Bu ilkeye göre resmî memurun yazdığı veya yazdırdığı vasiyetname metni *vasiyetçi tarafından okunması için ona verildiği andan itibaren tanıkların vasiyetnameye imza koyduğu ana kadar* yapılan merasim işlemlerinin kesintiye uğramadan yapılması gerekir[233]. Bu ilke, vasiyetçi ve resmî memurun katıldığı vasiyetnamenin birinci aşamasında (TMK m. 533) ve vasiyetçi, resmî memur ve tanıkların katıldığı ikinci aşamada (TMK m. 534) da vasiyetçi, resmî memur ve tanıkların eş zamanlı olarak işleme katılmalarını ve iradelerini açıklamalarını zorunlu kılar[234]. Dolayısıyla bu kişilerin eş zamanlı bir araya gelmelerine olanak tanımayan yöntemlerin kullanılması vasiyetnamenin şekil eksikliği nedeniyle geçersizliğine yol açacaktır. Böylece resmî vasiyetnamelerin geçerliliği, ancak merasimin birinci ve ikinci aşamalarında bulunması gereken kişileri eşzamanlı olarak buluşturacak bir yöntemle, senkron video konferans yöntemiyle gerçekleştirilebilmesi halinde gündeme gelebilecektir. Bu yolla gerçekleştirilecek vasiyetnamelerin ispat fonksiyonunu sağlayabilmesi ise bunların kaydedilip güvenli bir elektronik ortamda saklanmasıyla mümkün olabilecektir. Bu arada vasiyetçinin ve tanıkların kimliğini teşhis yönünden sorunun kökten çözümü için video görüntülerinin kayıt altına alınması yanında, merasime katılmak için parmak izi, iris tabakası, retina taraması gibi biyometrik yöntemlere başvurulması kimliği teşhise yönelik şüpheleri de minimize edecektir.

Kimliği teşhis fonksiyonu garanti altına alındıktan sonra, video konferans yoluyla merasimin ilk aşamasında vasiyetçinin son arzularını resmî memura bildirmesi, resmî memurun vasiyetnameyi yazması veya yazdırması, vasiyetçinin vasiyetnameyi okuması aşamalarında işlemin uzaktan yürütülmesi bir zorluk arz etmeyecektir[235]. Bunlar dijital ortamdan karşılıklı olarak gönderile-

---

[233] KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 178; DURAL/ÖZ, s. 72; ANTALYA/SAĞLAM, s. 167; BREITSCHMID, ZGB Art. 500 Rn. 3; Dorjee-Good, ZGB Art. 499 Rn.6.

[234] BREITSCHMID, ZGB Art. 500 Rn. 5.

[235] Bu aşamada resmi memurun fizikî huzurunda yapılan vasiyetnamelerden tek fark, vasiyetçinin görüntü alanına girmeyen birisi tarafından korkutma yoluyla iradesini açıklatmaya zorlanması ihtimalinde ortaya çıkabilir. Gerçi benzer bir risk, vasiyetçinin resmi memurun fizikî huzurunda yapılan vasiyetnamelerde de vardır, lâkin memurun huzurunda yapılması nedeniyle en azından fizikî olarak yakın bir korkutma ihtimalinden söz edilemeyecektir. Bu noktada noterin fizikî huzurunda yapılan resmi vasiyetnamelerin uzaktan vasiyetnamelere nazaran daha güvenli olduğunu itiraf etmek gerekir. Lâkin unutulmamalıdır ki; vasiyetçinin iradesinin bu şekilde sakatlanması halinde vasiyetnamenin hangi şekilde veya hangi yöntemle yapıldığı önem arz etmeksizin iptal edilebilirlik yolu her zaman açıktır (TMK m. 557/I b. 2).

bilecektir. Sorun daha ziyade vasiyetçinin resmî memur tarafından yazılan veya yazdırılan vasiyetnameyi imzalaması ve noterin daha sonra bu vasiyetnameye tarih koyarak imzalaması aşamalarında ortaya çıkabilir. Resmî vasiyetnamelerde vasiyetçinin imzasının onun kimliği teşhis ve onu uyarma fonksiyonları göz önüne alındığında, vasiyetçiyi teşhis noktasında bu vasiyetnamelerin dijital bir kalem (stylus) aracılığıyla kendi el yazısıyla imzalanması (biyometrik imza) ıslak imza ile aynı sonuçları doğuracağından bir sorun yaratmayacaktır. Güvenli elektronik imzaya biyometrik imzaya nazaran daha tereddütle yaklaşılabilirse de, vasiyetçinin imza atarken eşzamanlı görüntüsünün de bulunması nedeniyle bunların elektronik imzayla da imzalanabileceğini kabul etmek gerekir[236]. Resmî vasiyetnamenin bu ilk aşamasında (TMK m. 533) tanıkların bulunmasına gerek yoktur. Ancak işlemin uzaktan yapılması nedeniyle tanıkların da bu aşamada eşzamanlı olarak video konferansa katılmaları iyi olur. Tanıkların birinci aşamaya katılmamış olması halinde ise, *unitas actus* ilkesi gereği memurun vasiyetnameyi tarih koyarak imzalamasından (TMK m. 533/III) hemen sonra video konferansa bağlanmaları gerekir. *Unitas actus*'a tabi işlemlerin herhangi bir aşamasında internet bağlantısının veya elektriğin kesilmesi nedeniyle video konferansın sona ermesi halinde işleme kaldığı yerden devam edilemez, işlemlerin baştan itibaren tekrarlanması gerekir. Tanıkların katıldığı ikinci aşamada ise vasiyetçi, resmî memurun huzurunda bunun kendi son arzularını içerdiğini iki tanığa dijital ortam üzerinden sözlü olarak beyan edebilir (TMK m. 534/I). Tanıklar da daha sonra bu beyanın *kendi önlerinde* yapıldığını ve vasiyetçiyi tasarrufa ehil gördüklerini yazarak veya yazdırarak beyanlarının altını biyometrik imza veya güvenli elektronik imzayla imzalayabilirler (TMK m. 534/II). Bu aşamada tanıkların bu beyanın *kendi önlerinde* yapıldığını şerh etmelerinden ne anlaşılmalıdır? Kanunun böyle bir beyan aramasının altında yatan düşünce, vasiyetçinin son arzularını kendi özgür iradesiyle açıkladığını tespit etmek ve tanıkların vasiyetçiyi vasiyetname yapmaya ehil gördüklerini şerh etmelerinde de vasiyetçinin vasiyetname yapma ehliyetini haiz olduğunu tespit etmek olduğuna göre, bu aşamada tanıkların vasiyetçinin fizikî olarak yanında bulunmalarının şart olduğu sonucuna varılmalıdır[237].

---

[236] Nitekim elektronik noter vasıtasıyla video konferans yöntemiyle geçerli bir vasiyetname yapılmasına imkân tanıyan Florida eyaleti yasalarında da (Florida Statutes, Estates and Trusts - 732.522) düzenleme bu şekildedir. http://www.leg.state.fl.us/statutes/index.cfm?App_ mode=Display_Statute&URL=0700-0799/0732/0732.html (Erişim Tarihi: 10.5.2020).

[237] Dijital ortam üzerinden resmi vasiyetname yapılmasına olanak tanıyan ender devletlerden olan Arizona ve Indiana mevzuatlarında da düzenleme bu şekildedir (HIRSCH, s. 847).

Vasiyetçinin okumadan ve imzalamadan vasiyetname yapmak istemesi halinde ise (TMK m. 535) okuyarak ve imzalanarak yapılan vasiyetnameler hakkındaki açıklamalarımız geçerlidir. Resmî memur video konferans yoluyla vasiyetnameyi vasiyetçi ve tanıkların eş zamanlı katılımında vasiyetçiye okur ve vasiyetçi bunun son arzularını içerdiğini beyan eder (TMK m. 535/I). Bu şekilde düzenlenen resmî vasiyetnamelerde de vasiyetçi ve tanıkların aynı fizikî ortamda bulunmaları vasiyetçinin beyanının kendi önlerinde yapıldığını ve onu tasarrufa ehil gördüklerini vasiyetnameye yazabilmeleri veya yazdırabilmeleri bakımından gereklidir. Yalnız burada tanıkların vasiyetnamenin *kendi önlerinde* memur tarafından vasiyetçiye okunduğunu beyan etmeleri hususunda *kendi önlerinde* ifadesini (TMK m. 535/II), vasiyetnamenin resmî memurun fizikî huzurunda okunması gerektiği şeklinde anlamamak gerekir. Zira burada vasiyetnamenin tanıkların *kendi önlerinde* vasiyetçiye okunma koşuluyla amaçlanan vasiyetçinin kendi okumadığı vasiyetname hakkında memurun onu son kez uyarma ve vasiyetname içeriği hakkında bilgilendirme fonksiyonlarının yerine getirilmesini sağlamaktır. Bu fonksiyonlar, video konferans yoluyla resmî memurun bunları tanıklar önünde okuması halinde de halihazırda gerçekleşmektedir.

SONUÇ

Türk Medenî Kanununun vasiyetnamenin şekline ilişkin düzenlemeleri (TMK m. 531 vd.) genel olarak vasiyetçinin ölümünden sonra artık bir daha müdahale edemeyeceği gerçek ve samimi iradesini güvence altına almayı amaçlar. Kanunla getirilen tipik sıkı şekil kurallarının her biri vasiyetçinin vasiyet bırakma iradesini güvence altına almak için farklı fonksiyonlar ihtiva eder ve her biri bu amacın gerçekleştirilmesine hizmet eder.

Her hukuk kuralı gibi şekil kuralları da yalnızca lafzıyla değil, amaçları doğrultusunda yorumlanmalıdır. Kanunun vasiyetnamenin şekil kurallarıyla öngördüğü amaca dijital yöntem ve araçlarla ulaşılması halinde bunlar *favor testamenti* yaklaşımla geçerli olarak ayakta tutulmalıdır. Vasiyetnamelerde şekil kuralları genel olarak vasiyetçinin ölüme bağlı son arzularının varlığını ve bunların içeriğini, vasiyetçiyi *uyarma*, onun kimliğini *teşhis* ve vasiyet bırakma iradesini *ispat* fonksiyonuyla sağlarlar. Bu fonksiyonların yerine getirildiği dijital ortamda yapılan her türlü ölüme bağlı tasarruf *favor testamenti* desteğiyle geçerli sayılmalıdır. Bu fonksiyonların yerine getirildiği ve vasiyetçinin gerçek ve samimi iradesinin şüpheye yer vermeyecek şekilde tespit edildiği ölüme bağlı tasarruflarda artık bunların kanundaki tipik şekil

kurallarını taşımadığını ileri sürmek hakkın kötüye kullanılması sayılmalıdır (TMK m. 2/II). Zira böyle bir durumda tipik şekil kurallarının öngördüğü amaç hasıl olmuştur; yalnızca kullanılan yöntem ve araçlar farklıdır. Yapılış yöntemine ve yapılışında kullanılan yöntem ve araçlara göre dijital vasiyetnamelerin ve vasiyetlerin geçerli olup olmadığı *favor testamenti* destekli *fonksiyonel yaklaşım* ve *dürüstlük kuralı* doğrultusunda değerlendirilmelidir. Nitekim karşılaştırmalı hukukta da farklı doktrinler adı altında (*substantial compliance - dispensing power - harmless error*) vasiyet bırakma iradesinin şüpheye yer vermeyecek şekilde tespit edilebilmesi halinde tipik şekil eksiklikleri bertaraf edilebilerek vasiyetname ayakta tutulmaktadır.

Dijital bir kalemle (*stylus*) ekran üzerinde vasiyetçinin kendi el yazısı ve imzası gibi davranışsal özelliklerini içeren *biyometrik yazı ve imzalı vasiyetnameler*, TMK m. 538'deki el yazılı vasiyetnamenin tüm şeklî koşullarını taşıdığından *favor testamenti desteğine de gerek kalmaksızın* geçerlidir. Buna karşılık uyarma ve teşhis fonksiyonlarını sağlamayan *elektronik imzalı vasiyetnameleri* geçerli saymaya olanak yoktur. Biyometrik yazı ve imzalı ve elektronik imzalı vasiyetnameler *dışında* dijital ortamda yapılan *diğer yazılı vasiyetnameler* de bu fonksiyonları yerine getirememektedir.

Dijital ortamda sözlü vasiyetname için aranan *olağanüstü bir durum olmaksızın* oluşturulan görüntülü ve sesli vasiyetler de el yazılı vasiyetnamenin şekil kurallarıyla getirilen tüm fonksiyonları sağlamaları halinde *favor testamenti* yaklaşımla ayakta tutulmalıdır. Bunlarda vasiyetçiyi teşhis ve vasiyet içeriğini ispat fonksiyonları kural olarak yerine getirilmiş sayılabilirse de, el yazılı metin ve el yazılı imzayla yerine getirilen *uyarma* fonksiyonu konusunda tereddütler giderilmedikçe bunları geçerli saymaya olanak yoktur. Lâkin her somut olayda bu fonksiyonların yerine getirilip getirilmediği araştırılmadan *tipik* şekil kurallarına aykırılığı nedeniyle bunların geçersizliğine karar verilmemelidir. Diğer vasiyetname türlerine göre niteliği itibariyle vasiyetçiyi *uyarma* fonksiyonu *eksik* olan ve yalnızca kanunun öngördüğü olağanüstü durumlarda yapılabilen sözlü vasiyetnamelerin de kural olarak dijital ortam üzerinden tanıkların *sanal huzurunda* veya vasiyetçinin son arzularını iletebileceği *tanıklar olmaması halinde* dijital ortamda *kendi başına* yapılabileceğini kabul etmek gerekir.

KAYNAKÇA

ABT Daniel, **Die Ungültigkeitsklage im schweizerischen Erbrecht unter besonderer Berücksichtigung von Zuwendungen an Vertrauenspersonen**, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel-Genf-München, 2002.

AKKANAT Halil, "El yazısı ile Vasiyetnamede Vasiyetname Metninin Özellikleri", **Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı**, 2. Cilt, Beta Yayınları, İstanbul, 2001, ss. 799-815.

ANTALYA Gökhan / SAĞLAM İpek, **Miras Hukuku - Marmara Hukuk Yorumu**, Cilt III, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

ATEŞ Emir, "Yargıtay Kararları Bağlamında Noterlerin Resmî Vasiyetnamelerden Kaynaklanan Hukukî Sorumluluklarının İrdelenmesi", **Doktrin ve Uygulama Bağlamında Noterlerin Hukukî Sorumluluğu Sempozyumu**, İstanbul 1-2 Mart 2019, ss. 1-41.

https://www.noterlikrehberi.net/rehber/vasiyetnameler-emir-ates-yargitay-uyesi.html?zoom_highlightsub=emir+ate%C5%9F (Erişim Tarihi: 10.5.2020).

ATLI Banu, **Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü ve Hükümden Düşmesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

AYBAY Aydın, **Miras Hukuku Dersleri**, 3. Bası, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No. 15, İstanbul, 2002.

BAYGIN Cem, "Ölüme Bağlı Tasarruflarda Yorum", **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. IV, S. 1-2, ss. 567-594.

BERKİ Şakir, "Romada Miras Hukuku", **Ankara Üniversitesi Hukuku Fakültesi Dergisi**, Cilt 10, Sayı 1-4, 1953, ss. 542-576.

BEYER Gerry W. / HARGROVE Claire G., "Digital Wills: Has the Time Come for Wills to Join the Digital Revolution?", **Ohio Northern University Law Review**, No. 33, 2007, ss. 865-902.

BİRİNCİOĞLU İsmail / ÖZKARA Erdem, "Adlî Belge İncelemelerinde Bilinmeyenler, Örneklerle Yazı ve İmza Analizi ile Islak İmza Kavramı", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 87, 2010, ss. 403-433.

BİRİNCİOĞLU İsmail / KURTAŞ Ömer/ ÇAKIR İsmail, vd., "El Yazısı İncelemelerinde Fulaj Kavramı," **Adlî Bilimler Dergisi**, Cilt 9, Sayı 2, 2010, ss. 32-37.

BODDERY Scott S., "Electronic Wills: Drawing a Line in the Sand Against Their Validity", **Real Property, Trust and Estate Law Journal**, Vol. 47, No. 1 (Spring 2012), ss. 197-212.

BREITSCHMID, Peter, **Basler Kommentar**, Zivilgesetzbuch II, 4. Auflage, Hrsg.: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel, 2011.

CROUS Ninette, "A Comparative Study of the Legal Status of Electronic Wills", North-West University, Yüksek Lisans Tezi, Mayıs 2019.

https://repository.nwu.ac.za/bitstream/handle/10394/33493/28376404%20NA%20Crous.pdf?sequence=1 (Erişim Tarihi: 10.5.2020).

DORJEE-GOOD Andrea, **CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht**, Art. 457-640 ZGB, 3. Auflage, Hrsg. Breitschmid, Peter/Jungo, Alexandra, Schulthess Verlag, Zürich, 2016.

DURAL Mustafa, **El Yazılı Vasiyetname**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1967.

DURAL Mustafa / ÖZ Turgut: **Türk Özel Hukuku Cilt IV, Miras Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019.

EREN Fikret, **Türk Medenî Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davası**, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1966.

EREN Fikret / YÜCER AKTÜRK İpek, **Türk Miras Hukuku**, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

ERGÜNE Mehmet Serkan, **Vasiyetnamenin Yorumu**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.

FOERSTE Ulrich: "Die Form des Testaments als Grenze seiner Auslegung", **Deutsche Notar Zeitschrift**, Heft 2, 1993, ss. 84-100.

GEE Kyle B., "Electronic Wills and the Future: When Today's Techie Youth Become Tomorrow's Testators", 2015.

https://www.sssblaw.com/media/1140/chapter_1_gee_electronic_ wills_and_the_ future_2015_pliskin_2015918.pdf (Erişim Tarihi: 10.5.2020).

GÖNEN Doruk, **El Yazılı Vasiyetname**, Legal Yayınevi, İstanbul, 2007.

GRANT Joseph K., "Shattering and Moving Beyond the Gutenberg Paradigm: The Dawn of the Electronic Will", **University of Michigan Journal Law of Reform**, Vol. 42, No. 1, 2008, ss. 105-139.

GRUNDMANN Stefan, "Favor Testamenti: Zu Formfreiheit und Formzwang bei privatschriftlichen Testamenten", **Archiv für die civilistische Praxis**, 187. Band, Heft 4/5, 1987, ss. 429-476.

GÜNAL A. Nadi, "Roma Miras Hukuku'na Genel Bir Bakış ve Vasiyet Yolu ile Miras", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 44, Sayı 1, Ocak 1995, ss. 425-442.

HALL Paige, "Welcoming E-Wills into the Mainstream: The Digital Communication of Testamentary Intent, **Nevada Law Journal**, Vol. 20, Issue 1, Fall 2019, ss. 339-372.

HARVARD LAW REVIEW DEVELOPMENTS IN THE LAW - MORE DATA, MORE PROBLEMS[238], Chapter Four: What is an Electronic Will", **Harvard Law Review**, Vol. 131, No. 6, April 2018, ss. 1790-1811.

HATEMİ Hüseyin, **Miras Hukuku**, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.

HEDLUND Richard: "Introducing a Dispensing Power in English Succession Law", **Trusts & Trustees**, Vol. 25, No. 7, September 2019, ss. 722-729.

HERGENRÖDER Cyril H., "Testieren 2.0: Errichtung eines digitalen eigenhändigen Testaments mittels Touch- oder Smartpen?", **Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge**, No. 1, 2018, ss. 7-11.

HIRSCH, Adam J., "Technology Adrift: In Search of a Role for Electronic Wills**,** **Boston College Law Review**, Vol. 61, 2020, ss. 827- 903.

HORTON David, "Tomorrow's Inheritance: The Frontiers of Estate Planning Formalism", **Boston College Law Review**, Vol. 58, Issue 2, 2017, ss. 539-598 (Kısaltma: Formalism).

HORTON David, "Wills Without Signatures", **Boston University Law Review**, Vol. 99, 2019, ss. 1623-1685 (Kısaltma: Wills).

İMRE Zahit / ERMAN Hasan, **Miras Hukuku**, 6. Bası, Der Yayınları, İstanbul, 2006.

İNAN Ali Naim / ERTAŞ Şeref / ALBAŞ Hakan, **Miras Hukuku**, 10. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

KAYAK Sevgi, "Türk Hukukunda Sözlü Vasiyetname", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 58, Sayı 1-2, ss. 189-220.

KESER BERBER Leyla, "Biyometrik İmza ve Türk Borçlar Kanunu'ndaki Yazılı Şekil Şartı ile Hukuk Muhakemeleri Kanunundaki İmza Açısından Yeri", İstanbul Bilgi Üniversitesi Bilişim ve Teknoloji Hukuku Enstitüsü Yayınları, Ağustos 2019, ss. 1-12.

---

[238] Eserin yazarı belirtilmediğinden eserde yer alan atıf önerisi kullanılmıştır. https://harvardlawreview.org/2018/04/what-is-an-electronic-will/ (Erişim Tarihi: 10.5.2020).

https://itlaw.bilgi.edu.tr/media/document/2019/08/biyometrik-imza.pdf (Erişim Tarihi: 10.5.2020).

KILIÇOĞLU YILMAZ Kumru, "Resmî Vasiyetname", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 133, 2017, ss. 369-392.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, **Miras Hukuku**, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987.

KOÇANO RODOSLU Emine, "KKTC Hukuku'nda Yasal ve İradî Mirasçılığın Kazanılması ve Kaybedilmesi", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 20, Sayı: 1, 2018, ss. 265-291.

KORKMAZ Yunus / BOYACI Aytuğ, "Adlî Bilişim Açısından Ses İncelemeleri", **Fırat Üniversitesi Mühendislik Bilimleri Dergisi**, Cilt 30, Sayı 1, 2018, ss. 329-343.

KOYUNCU Ferhat, **Sözlü Vasiyetname**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.

KÖPRÜLÜ Bülent, **Miras Hukuku Dersleri**, 2. Bası, İstanbul Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1985.

KURŞAT Zekeriya, "Yazılı Şekil Şartının Unsuru Olan İmzanın Elektronik Ekrana Atılmasını Etkisi", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 75, Sayı 1, 2017, ss. 413-430.

LANG Andrew G., "Formality v Intention - Wills in an Australian Supermarket", **Melbourne University Law Review**, Vol. 15, Issue 1, June 1985, ss. 82-115.

LANGBEIN John H., "Substantial Compliance with the Wills Act", **Harvard Law Review**, Vol. 88, Issue 3, January 1975, ss. 489-531.

LEIPOLD Dieter, in **Münchener Kommentar zum BGB**, 8. Auflage, Beck Verlag, München, 2020.

LITZENBURGER Wolfgang, in **Beck Online Kommentar BGB**, Hrsg. Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert/Hau, Wolfgang/Poseck, Roman, 53. Edition, München, 2020.

OĞUZMAN M. Kemal, **Miras Hukuku,** 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995.

OĞUZMAN, M. Kemal / BARLAS, Nami, **Medenî Hukuk**, 25. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.

OKTAY ÖZDEMİR Saibe, "Ölüme Bağlı Tasarruflara İlişkin Bazı Sorunlara Genel Bakış", ss. 1-13.

https://www.noterlikrehberi.net/rehber/idh_topic10440.html?zoom_highlightsub=vasiyetname (Erişim Tarihi: 10.5.2020).

ORUÇ Murat, "Electronic Will", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 76, Sayı 1, 2018, ss. 205–219.

ÖNCÜ Özge, "Vasiyetnamelerin Yorumunda İma Teorisi", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 20, Sayı: 2, 2018, ss. 307-374.

ÖZBEK Mustafa Serdar, "Elektronik Ortamda Düzenlenen Noter Senetleri", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Cilt 2, 2016, ss. 2213-2282.

ÖZTAN Bilge, **Miras Hukuku**, 7. Bası, Ankara, 2016.

ROSSNAGEL Alexander, "Anm. zu OLG München: Keine Wahrung der Schriftform bei Unterzeichnung auf einem elektronischen Schreibtablett", Heft 49, **NJW**, 2012, ss. 3584-3587.

SAVAŞ Abdurrahman, "İnternet Ortamında Yapılan Tek Taraflı Hukukî İşlemler ve Özellikle Elektronik Vasiyetname", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 15, Sayı 2, 2007, ss. 51-91.

SCHOLZ Philipp, "Digitales Testieren - Zur Verwendung digitaler Technologien beim eigenhändigen und Nottestament de lege lata et ferenda", **Archiv für die civilistische Praxis**, 219. Band, Heft 1, Februar 2019, ss. 100-137.

SEROZAN Rona, içinde Serozan, Rona / Engin, Baki İlkay, **Miras Hukuku**, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

STICHERLING Philipp, in **Münchener Kommentar zum BGB**, 8. Auflage, Beck Verlag, München, 2020.

STÜRNER Rolf, in **Jauernig BGB Kommentar**, 17. Auflage, Beck Verlag, München, 2018.

ŞENOCAK Zarife, "Dijital İmza ve Dijital İmzanın Borçlar Kanunu Hükümleri Açısından Ele Alınması", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 50, Sayı 2, 2001, ss. 97-135.

TANRIVER Süha, "Noterler Tarafından Elektronik Ortamda Yapılabilecek Olan İşlemler ve Bu İşlemlerin Gerçekleştirilmesi Usulü", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 65, Sayı 4, Aralık 2016, ss. 3677-3686.

UMUR Ziya, "Roma Miras Hukuku'nun Ana Hatları", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 31, Sayı 1-4, 1965, ss. 159-195.

VOIT Wolfgang, in **Testament und Erbvertrag**, Hrsg. Reimann, Wolfgang/Bengel, Manfred/Dietz, Florian, 7. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2020.

de WECK Christoph, "Testament: Die Formstrenge Lebt", **Private Magazin**, Sayı 4, 2006, ss. 16-17.

WEIMAR Peter, Die gesetzlichen Erben; Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen, Art. 457-516 ZGB, **BK - Berner Kommentar,** Band/Nr. III/1/1/1, Bern, 2009.

YILDIRIM Arzu / VEREP Gökbüke Deren, "Elektronik Vasiyetname ve Geçerlilik Koşulları", Part 16, Summer 2018, **GSI Arcticletter**, ss. 263-274.

ZAŁUCKI Mariusz, "Testamentary Succession, New Technologies and Recodification: On the Research that Needs to Be Conducted", **Societas Et Iurisprudentia**, Volume II, Issue 2, 2014, ss. 19-34 (Kısaltma: Testamentary).

ZAŁUCKI Mariusz, "A Video-Testament on the Possibilities of Audiovideo Format for Disposition of Property Upon Death", **Istorie, Cultura, Cetatenie in Uniunea Europeana 1**, 2019, ss. 131-142 (Kısaltma: Video).

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2020; 2: 1321-1344

PAYA (ORTAKLIĞA) DAYALI KİTLE FONLAMASI VE LİMİTED ŞİRKETLER(*)

Dr. Öğr. Üyesi Murat Can PEHLİVANOĞLU(**)

Öz: Kitle fonlamasına dair yürürlüğe konan Türk sermaye piyasası hukukuna ait ilk ikincil düzenlemeyi Paya Dayalı Kitle Fonlaması Tebliği oluşturmaktadır. Bununla beraber, anılan tebliğ sisteminde girişimcilerin anonim şirket türünü tercih etmeleri yasal bir zorunluluk durumundadır. Oysa girişimciler ile yatırımcıların menfaatinin dengelenmesi için girişim şirketinin anonim şirket şeklinde kurulması gerekli değildir. Limited şirketlerin hukuki yapısı kitle fonlamasından dışlanmasını gerektirmemektedir. Girişimcilerin limited şirket türünü bir girişim şirketi olarak kullanarak şirket sermayesine fon toplamasının engellenmesi uygun bir hukuk politikası olarak değerlendirilemeyecektir. Üstelik bu şirket türünün tercih edilebilirliğinin hukuki değil iktisadi bir konu olarak görülmesi sermaye piyasasının gelişimini destekleyen liberal bir anlayış olacaktır. Kitle fonlamasının bir türü olan "paya dayalı kitle fonlaması" anlayışının "ortaklığa (sermayeye) dayalı kitle fonlaması" olarak değiştirilerek sisteme limited şirketlerin de dâhil edilmesi önem taşımaktadır.

Anahtar Kelimeler: Limited Şirket, Paya Dayalı Kitle Fonlaması, Pay, Esas Sermaye Payı, Yatırımcının Korunması.

SHARE BASED (EQUITY) CROWDFUNDING AND LIMITED LIABILITY COMPANIES

Abstract: The recently published Communique on Share Based Crowdfunding represents the first secondary legislation regarding crowdfunding in the Turkish capital market law. Unfortunately, fundraisers have to establish stock corporations in order to collect funds under the system outlined by the Communique. However, establishing the

---

(*) Makale Gönderim Tarihi: 11.02.2020. Makale Kabul Tarihi: 12.11.2020.

(**) İstanbul Kent Üniversitesi (ORCID kimlik no: 0000-0001-7326-1859; *can.pehlivanoglu@kent.edu.tr*).

startup company in the form of a stock corporation is not necessary to balance the competing interests of the investors and fundraisers. Legal nature of limited liability companies has nothing to exclude limited liability companies from the scope of crowdfunding. Such regulatory policy may not be deemed appropriate. The choice of startup company type should be seen as an economic rather than legal issue, as this is the necessary liberal view supporting the development of the capital market. Accordingly, limited liability companies should be taken into the system of crowdfunding under the Communique by changing the "share based crowdfunding" regulatory approach to an "equity based crowdfunding".

Keywords: Limited Liability Company, Equity Crowdfunding, Shares, Membership Units, Investor Protection.

I. GİRİŞ

Türk hukukunda herkesin dilediği alanda ve dilediği işletme türünde faaliyet yapabilmesi özgürlüğü, bazı istisnai hallerde özel hükümlerle sınırlanmış durumdadır[1]. Paya dayalı kitle fonlaması yoluyla fon toplanması da bu istisnai hallerden bir tanesidir. III- 35/A.1 sayılı Paya Dayalı Kitle Fonlaması Tebliği (Tebliğ) m. 4(1)(e) uyarınca "girişim şirketi" kavramı, "Türkiye'de kurulu veya kurulacak olan, gelişme potansiyeli taşıyan ve kaynak ihtiyacı bulunan anonim ortaklıkları" ifade etmektedir. Nitekim Tebliğ düzenleme alanı açısından önem arz eden "pay" kavramı da Tebliğ m. 4(1)(p) hükmüyle "Girişim şirketinin sermayesini temsil eden ve sahibine ortaklık hakkı veren menkul kıymet" olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla, Türk hukukunda yürürlükteki mevzuat açısından paya dayalı kitle fonlaması yoluyla fon toplamak isteyenlerin "anonim şirket" haricinde bir türde şirket kurması imkânı bulunmamaktadır.

Sermaye piyasası hukukunun asıl rol yüklediği şirket türü anonim şirket olmakla beraber[2], 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (SPK) kitle fonlaması yöntemiyle fon toplanmasında sadece anonim şirket türünün kullanılması yönünde bir sınırlama getirmiş değildir. Bilakis, 7222 sayılı Kanun ile SPK m. 35/A(1)'ya işlenen ek cümleler, haklarında herhangi bir özel tanım getirilmemiş olan "ortaklığa dayalı" ve "borçlanmaya dayalı" kavramları üzerinden iki tür kitle fonlamasından söz etmektedir. Dolayısıyla Tebliğ de

---

1 KENDİGELEN Abuzer, "Diğer Ticaret Şirketlerini (Kollektif, Komandit ve Limited Şirketleri) Anonim Şirkete Dönüştürmeye Yönelten Nedenler", **Makalelerim Cilt I**, Oniki Levha, İstanbul, 2018, s. 5.

2 MEMİŞ Tekin / TURAN Gökçen, **Sermaye Piyasası Hukuku**, 4. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019, s. 32.

bir kitle fonlaması türü olarak paya değil sermayeye (ortaklığa) dayalı kitle fonlamasını düzenlemek amacıyla getirilmiş olmalıdır[3]. Hiç kuşkusuz Tebliğ üzerinden somutlaşan hukuk politikası tercihi yatırımcıları koruma gayesi kadar anonim şirket sermaye piyasası araçlarının özelliklerinden de ileri gelmektedir[4]. Ancak kitle fonlaması yoluyla fon toplamak isteyenlerin anonim şirket türünde faaliyet göstermesine dair kural kitle fonlamasının işlevini gerçekleştirmesinin önünde önemli bir engel teşkil etmektedir[5]. Bu nedenle anılan hukuk politikası tercihinin gözden geçirilmesi elzemdir.

Girişim şirketlerinin türünün yatırımcıların korunması kadar sermaye piyasasının gelişimi açısından da önemi bulunmaktadır. Girişim şirketlerinin sadece anonim şirket türünde olabilecekleri düzenlemesinin limited şirketleri de içerir şekilde değiştirilmesi sermaye piyasası hukukunun amacını yerine getirmesi açısından değer taşımaktadır. Bu çalışmada, paya dayalı kitle fonlamasından faydalanacak girişim şirketlerinin limited şirket türünde bir ticaret şirketi şeklinde kurulabilmeleri değerlendirilmekte, paya dayalı kitle fonlamasının sadece anonim şirket şeklindeki girişim şirketlerine özgülenmesinin uygun olmadığı ortaya konulmaktadır[6]. Çalışmanın Türk kitle fonlaması hukuku uygulamasına katkı sağlaması öngörülmektedir[7].

---

[3] Örneğin Amerika Birleşik Devletleri'nde kitle fonlamasına yönelik mevzuatın genel olarak sermaye piyasası araçlarının tamamını kapsar şekilde uygulandığı görülmektedir (BRADFORD Steven, "Crowdfunding and the Federal Securities Laws", **Columbia Business Law Review** (2012), ss. 1- 150, s. 6).

[4] Sermaye piyasası düzenlemelerinin başlatıldığı günlerde çok ortaklı şirket kavramının tartışıldığı, bu üst kavrama en uygun şirketin de anonim şirket türü olarak görüldüğü yönünde bkz. AYTAÇ Zühtü, "Sermaye Piyasası Kanunu ve Çok Ortaklı Şirketler", **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi** Yıl: 1985 Sayı: 40(1), ss. 229-253, s. 232.

[5] Bkz. MATTHEW Anne, "Crowd- Sourced Equity Funding: The Regulatory Challenges of Innovative Fintech and Fundraising", **University of Queensland Law Journal Vol. 36(1) Year: 2017**, ss. 42- 71, s. 59.

[6] Nitekim Avrupa Birliği Hukukunda da kitle fonlamasına ilişkin 08.03.2018 tarihli Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on European Crowdfunding Service Providers (ECSP) for Business (Regulation Crowdfunding) (https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52018PC0113, E.T.: 11/02/2020), kitle fonlaması suretiyle fon toplayacakların tercih edebileceği şirket türlerini sınırlayan bir hüküm içermemektedir.

[7] T.C. Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı On Birinci Kalkınma Planı kapsamında girişimciliğin geliştirilmesi amacıyla bürokratik ve hukuki öngörülebilirliğin artırılması ve mevzuatın sadeleştirilmesi hedefleri yer almaktadır. Çalışma, konusu itibariyle Kalkınma Planı hedefleri çerçevesinde incelenmesi gereken bir hususa işaret etmektedir.

II. LİMİTED ŞİRKETLER VE SERMAYE PİYASASI HUKUKU

Türk hukukundaki haliyle limited şirketler, bir ortaklık tipi olarak tarihsel süreçte kendiliğinden gelişmemiş ve ekonomik ihtiyaçları karşılamak üzere Alman hukukunda ortaya çıkmıştır[8]. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 124 uyarınca limited şirketler, "ticaret şirketleri" kavramı altında "sermaye şirketleri" kısmında sınıflandırılmaktadır. TTK m. 573(1)'e göre "limited şirket, bir veya daha çok gerçek veya tüzel kişi tarafından bir ticaret unvanı altında kurulur; esas sermayesi belirli olup, bu sermaye esas sermaye paylarının toplamından oluşur". Limited şirketlerde, ortaklar açısından ayrılık ilkesi (TTK m. 602) ve sınırlı sorumluk ilkesi geçerli olduğu gibi (TTK m. 573(2))[9], limited şirket borç ve yükümlülükleri dolayısıyla sadece malvarlığıyla sorumludur (TTK m. 602).

Kıta Avrupası hukukundaki haliyle limited şirketler sermaye piyasasına kapalı yapılar olarak, sınırlı sorumluluk ilkesinden yararlanırken basit bir kurumsal yönetim yapısını arzulayan ve halktan para toplamak niyetinde olmayan orta ve büyük ölçekli işletmeler için öngörülmüşlerdir[10]. Bununla beraber, Kıta Avrupası'nda limited şirketlere dair yaklaşımın değişim içerisinde olduğu gözlemlenmektedir[11]. Benzer durum Anglo- Sakson hukukunun geleneklerini haiz şirketler hukuku sistemlerinde de görülmektedir[12]. Nitekim Türkiye'de 2018 yılında yürürlüğe konan 7099 sayılı Kanun, yatırım ortamının iyileştirilmesi sürecinde limited şirket türüne verilen önemi ve bu şirket türüne yönelik yenilikçi yaklaşımı ortaya koymaktadır.

Limited şirketin bir sermaye şirketi olmakla beraber kişisel yönü de olduğu kabul edilmektedir[13]. Bu anlamda melez bir ortaklık tipini temsil etmektedir[14]. Öğretide ifade edildiği üzere, girişilmek istenen işin kapsamının anonim şirketlerdeki kadar büyük bir sermaye ve örgütlenme ihtiyacı getir-

---

8 İMREGÜN Oğuz, **Kara Ticareti Hukuku Dersleri**, İstanbul, Evrim 1987, s. 555.

9 Sınırlı sorumluluk ilkesinin çeşitli istisnaları bulunmaktadır (bkz. Yargıtay 11. H. D. E. 2005/7770 K. 2006/7708 T. 29/06/2006). 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkındaki Kanun m. 35 amme alacağının limited şirket ortaklarından tahsiline olanak veren bir düzenleme olarak dikkat çekicidir.

10 GIUDICI, Paolo/AGSTNER, Peter, Startups and Company Law: The Competitive Pressure of Delaware on Italy (and Europe?), **ECGI Law Working Paper No. 471/2019**, August 2019, www.ecgi.global/content/working-papers (E.T.: 09/04/2020), s. 15- 17.

11 GIUDICI/AGSTNER, s. 19- 22.

12 Bkz. Bölüm II. 3.

13 PULAŞLI Hasan, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, Ankara, Adalet 2020, s. 746.

14 ÖZ Turgut, "Limited Ortaklıkta Pay Kavramı ve Payın Devri", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası** Cilt. 52 Sayı 1-4 Yıl: 1987, ss. 345- 386, s. 346.

mediği hallerde, birbirini tanıyan ve şirket yönetimine dâhil olmak isteyen ortakların seçecekleri şirket türü çoğu zaman limited şirket olmaktadır[15].

Öğretide limited şirketin niteliği gereği, esas sermaye paylarının ikinci el piyasada dolaşıma elverişli olmadığı haklı olarak vurgulanmaktadır[16]. Esasen bu değerlendirme limited şirketlerin sermaye piyasası hukuku kapsamında bir piyasa bileşeni[17] olarak yer almasının önündeki en büyük engeli teşkil etmektedir. Anılan değerlendirme öncelikle sermaye piyasası mevzuatında kullanılan hukuk tekniğine, ikinci olarak limited şirket ortaklarının sayısının elliyi aşamayacak olmasına (TTK m. 574(1)), üçüncü olarak payların devrine ilişkin sınırlamaların varlığına (TTK m. 595) ve son olarak da bağlılık yükümü ve rekabet yasağının bulunmasına (TTK m. 613) ilişkin hükümlerden kaynaklanmaktadır. Bununla beraber, aşağıda açıklandığı üzere anılan hususlar limited şirket türünün bir sermaye piyasası bileşeni olarak kabulüne ve dolayısıyla sermaye piyasası hukukunun kapsamına dahline engel teşkil etmemektedir.

1. "Esas Sermaye Payı" ve "Sermaye Piyasası Aracı" Kavramı

SPK sistemi incelendiğinde, kanundaki temel kavramların "sermaye piyasası aracı" kavramı ile ilişkilendirilmiş olduğu görülmektedir. Bu çerçevede, limited şirket sermayesini temsil eden esas sermaye payları SPK m. 3(1)(ş) "sermaye piyasası araçları" tanımı kapsamında sayılmamıştır[18]. Diğer yandan, SPK m. 2 hükmüyle halka açık olmayan anonim ortaklıkların halka arz edilmeyen pay ihraçları SPK kapsamı dışında tutulmuş, dolayısıyla anonim ortaklık payları haricinde bir pay benzeri menkul kıymetin halka arz edilmesi durumu değerlendirilmemiştir. Nitekim bu tutum VII- 128.1 sayılı Pay Tebliği hükümleriyle de somutlaşmıştır. Pay Tebliği m. 4(1)(p) uyarınca "pay" kavramı "Ortaklığın sermayesini temsil eden ve sahibine ortaklık hakkı veren menkul kıymeti" ifade etmektedir. Bu doğrultuda, Pay Tebliği m. 4(1)(o) uyarınca "ortaklık" ifadesinden kastın "anonim ortaklık" olduğu

---

15 BAŞTUĞ İrfan, **Şirketler Hukukunun Temel İlkeleri**, İzmir, İstiklal 1974, s. 163.

16 MANAVGAT, s. 783.

17 SPK sisteminde halka açık hale gelen bir anonim şirketin artık bir anonim şirket olmanın yanında bir piyasa bileşeni olarak da kabul görmesi gerektiği benimsendiğinden (SPK Genel Gerekçe, s. 12), limited şirketlerin sermaye piyasası hukuku kapsamına alınması halinde bu şirket tipinin de bir piyasa bileşeni olarak değerlendirilmesi gerekecektir.

18 YANLI Veliye, "Sermaye Piyasası Aracı ve Yatırım Sözleşmesi Kavramı", **BATIDER** 2016 C. XXII Sa. 3, ss. 5-35, s. 30.

görülmektedir. Anılan düzenlemelerden[19], ilk bakışta SPK sisteminde "pay" ve benzeri sermaye piyasası araçlarını halk arz edebilecek tek şirket türünün anonim şirket olduğu anlaşılmaktadır[20].

TTK içeriğinde limited şirketlerde ortaklık hakkının şirket sermayesinin temsil eden "esas sermaye payı" kavramıyla karşılandığı görülmektedir (TTK m. 573 ve 583). Diğer yandan, TTK anonim şirketler açısından aynı hususu "pay" kavramıyla karşılamayı tercih etmiştir (TTK m. 329). Bununla beraber, terminolojik farklılığının "pay" ile "esas sermaye payı" kavramlarının iktisadi işlevleri itibariyle ayrışmasını gerektirmediği açıktır. Her ne kadar anonim şirkette sermaye paylara bölünmüş olduğu halde limited şirkette esas sermaye payı hesabi bir bölünmeyi ifade etmekte olsa da[21] bu durum limited şirket esas sermaye payının hukuki işlevini de değiştirmemektedir. Neticede iki kavram da gerek iktisadi gerekse hukuki olarak şirket sermayesinin temsilini işaret etmekte ve bu temsil üzerinden sahibine haklar sağlamaktadır[22].

Limited şirket esas sermaye payının SPK nezdinde bir "pay" olarak kabul edilmesini yasaklayan bir hüküm kanunda bulunmamaktadır[23]. Ayrıca ikincil düzenlemelerin bir kısmında limited şirket esas sermaye payının "pay" kavramı kapsamına alınmaması bunların başka hükümler dairesinde SPK sisteminde yer almalarına da engel teşkil etmemektedir. Buna göre, örneğin, esas sermaye paylarının SPK m. 3(1)(ş) uyarınca "yatırım sözleşmesi" altında değerlendirilmesi olanaklıdır[24]. Neticede "yatırım sözleşmesi" kavramı değişen koşullara göre yorumlanmaya elverişlidir[25].

---

19 SPK sistemini yayımladığı Pay Tebliği ile bu yönde değerlendirilen sadece Sermaye Piyasası Kurulu değildir. T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı da TTK üzerinden yaptığı değerlendirme neticesinde limited şirket esas sermaye payının bir menkul kıymet olmadığı sonucuna varmıştır (T.C. Gelir İdaresi Başkanlığı İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı Özelgesi Sayı: 62030549-120(Mük. 80-2012/954)-906 Tarih: 14/04/2014).

20 MANAVGAT Çağlar, "Halka Açık Anonim Ortaklık Tanımı Bakımından Kitle Fonlaması", **Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan**, Oniki Levha, İstanbul 2019, ss. 765- 786, s. 784.

21 PULAŞLI Hasan, **Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, Ankara, Adalet, 2012, s. 992.

22 Bkz. Bölüm III.A.

23 Mülga SPK döneminde limited şirketlerin çıkardığı pay senetlerinin kıymetli evrak sayılmadığı, esas sermaye payının gerçek anlamda bir pay olmadığı kabul olunmaktaydı (TUNCER Selahattin, **Türkiye'de Sermaye Piyasası**, İstanbul, Okan, 1985, s. 206).

24 Bkz. YANLI, s. 30. Yatırım sözleşmelerinden kitle fonlamasında faydalanılabileceği yönünde bkz. MANAVGAT, s. 783.

25 ADIGÜZEL Burak, "6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda Sermaye Piyasası Aracı Kavramı**", Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi** Cilt 3 Sayı: 1 Yıl: 2017, ss. 1- 8, s. 6.

2. Esas Sermaye Payının Serbestçe Devri

Limited şirketlerde esas sermaye payının iradi devri mümkün olup, sermaye payının devri ancak şirket sözleşmesiyle yasaklanabilmektedir (TTK m. 595(4)). Üstelik TTK m. 595(2) uyarınca şirket sözleşmesinde düzenlenmesi halinde payın devri için şirket genel kurulunun onayı dahi aranmayabilecektir[26]. Bu anlamda limited şirketlerde serbest devir ilkesinin uygulanması mümkündür[27]. Diğer yandan, TTK m. 595(1) dairesinde esas sermaye payının devri ve devir borcunu doğuran işlemler yazılı şekilde yapılır ve tarafların imzaları noterce onaylanır.

Esas sermaye payının devri olanağının mevcudiyeti, sermaye piyasası hukuku kapsamında limited şirketlere yatırım yapılmasının yolunu açmakla beraber, devir işleminde TTK m. 595(1) dairesinde imzaların noter onayına tabi tutulması üzerine düşünülmesi gereken bir konudur. Zira öğretide noter onayının bir ispat şartı mı yoksa geçerlilik şartı mı olduğu tartışmalıdır[28]. İmzaların noter tarafından onaylanması bir ispat şartı değil de geçerlilik şartı olarak değerlendirilir ise SPK sisteminin payların kayden takibi ilkesinin limited şirketlerdeki devirlere doğrudan uygulanması (SPK m. 13) bir kanun değişikliği gerçekleştirilmeden mümkün olmayacaktır[29]. Buna karşın, TTK m. 598 uyarınca esas sermaye payının devrinin ticaret siciline tesciline ilişkin hüküm devir açısından açıklayıcı kabul olunduğundan[30], anılan SPK sisteminin uygulanmasına engel değildir.

TTK öncesi dönemde pay devri sıkı koşullara bağlandığından payın kıymetli evraka bağlanması yasak görülmekle birlikte, kanunun amacının payın bir hisse senedi gibi tedavülüne engel olmak olduğu, bu nedenle esasen nama yazılı senet çıkarılmasına engel bir hal bulunmadığı ifade edilmek-

---

[26] Devir serbestliğine yönelik olarak kuruluştan sonradan getirilecek bir şirket sözleşmesi düzenlenmesi ise TTK m. 621 uyarınca önemli kararlardan sayılan ağırlaştırılmış nisaba tabi işlemlerden olacaktır.

[27] PULAŞLI, s. 749.

[28] KOŞUT Hanife Doğrusöz, "Limited Şirkette Nama Yazılı Senede Bağlanmış Esas Sermaye Payının Devir Şartları", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi**, Cilt: 22 Sayı: 1 Yıl: 2016, ss. 365- 383, s. 373- 375.

[29] Sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilmesi için gerekli şartlardan biri kaydileştirilecek aracın türünün nitelik olarak buna uygun olması, diğeri ise kaydileştirme için hukuki dayanak bulunmasıdır (ÜNAL Kürşat, "Sermaye Piyasası Araçlarının Kaydileştirilmesi", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 5 Sayı: 2 Yıl 2001, ss. 225- 270, s. 244).

[30] KOŞUT, s. 383.

teydi[31]. Buna karşın TTK m. 593(2) uyarınca limited şirket esas sermaye payına dair senet çıkartılması mümkündür. Yine de TTK sistemi açısından limited şirketlerde pay senetlerinin ispat vasıtası niteliğinde olduğu, dolayısıyla esas sermaye payını anonim şirket payına dönüştürmeyeceği kabul görmektedir[32]. Ancak bu durumun esas sermaye payının serbestçe devri imkânını ortadan kaldırmadığı ortadadır.

3. Limited Şirketlerde Azami Ortak Sayısı Kuralı

Limited şirketlerde azami ortak sayısının elli olarak öngörülmesine dair hükmün kamu düzenini ilgilendirdiği kabul edilmektedir[33]. Dolayısıyla, elli ortak sınırının aşılmamasına hem müdürler hem de genel kurul dikkat etmeli ve sınırı aşan tescillere onay verilmemelidir[34]. Öğretide, sınırı aşan tescillere onay verilmiş olsa dahi elliyi aşan pay devirlerinin geçerli olmayacağı ifade edilmektedir[35]. Bu halde devrin geçersizliği yerine fesih davası çözümünün kabulü ileri sürülmekte ise de[36] TTK m. 579(1) uyarınca emredici hükümler ilkesinin bu çözümü mümkün kılmadığı değerlendirilmektedir[37]. Bu konuda yürürlükteki Tebliğ sistemi ile TTK uyumu hususu aşağıda ayrıca açıklanmıştır[38].

Esasen limited şirketlerin azami ortak sayısına yönelik sınırlama teoriyi değil uygulamayı ilgilendiren, bir başka deyişle, bu şirket türünün sermaye piyasası oyuncuları tarafından iktisadi olarak tercih edilebilirliğini ilgilendiren bir sorundur. Neticede limited şirketlerin azami ortak sayısının aşılması halinde tür değişikliğine başvurma yolu da açıktır[39]. Bu konuda Tebliğ'in "girişim şirketi" kavramına yer verilen bir başka ikincil düzenleme olan III.48-3 sayılı Girişim Sermayesi Yatırım Ortaklıklarına İlişkin Esaslar Tebliği yol göstericidir. Anılan tebliğin 21(2). maddesiyle limited şirketlere

---

31 ÖZ, s. 353.

32 Yargıtay 12. H. D. E. 2016/30527 K. 2016/23256 T. 29/11/2016.

33 BAŞTUĞ, s. 168.

34 Bkz. TTK m. 574 gerekçesi.

35 PULAŞLI, s. 718.

36 DEMİRKAPI Ertan, Limited Ortaklık Payının Devri (Doktora Tezi), **Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, İzmir 2008, s. 475.

37 PULAŞLI, s. 718.

38 Bkz. Bölüm III.4.

39 ÇEKER Mustafa, "Limited Şirketlerde Ortak Sayısının Sınırlandırılması", **Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi** Yıl: 2015 Cilt 1 Sayı 1, ss. 57- 64, s. 62.

yatırım yapılmasına olanak tanınmakla beraber bu şirketlerin bir yıl içinde anonim şirkete dönmesi zorunluluğu getirilmiş, bu sayede yatırımların hukuki değil iktisadi elverişlilik dairesinde gerçekleştirilmesine olanak sağlanmıştır. Aynı yaklaşımın diğer sermaye piyasası faaliyetleri açısından da uygulanması, yani gerekirse bu şirketlerin daha sonra tür değişikliği gerçekleştirmesinin bir tebliğ hükmü ile zorunlu kılınması pekâlâ mümkündür.

Azami ortak sayısına yönelik olarak ele alınabilecek bir başka yaklaşım ise belirli sermaye piyasası faaliyetleri yönünden (örneğin, kitle fonlaması) ortak sayısı hesaplamasında kanuni bir istisna tanınmasıdır. Örneğin Avustralya hukukunda başlangıçta paya dayalı kitle fonlaması suretiyle fon toplayabilecek şirket türü olarak herhangi bir azami ortak sayısı sınırı öngörülmemiş "public company" türü seçilmiş iken, daha sonra azami ortak sayısı sınırı elli olan "propreitary company" şirket türü de bu kapsama alınmıştır. Anılan şirkete paya dayalı kitle fonlaması suretiyle yatırım yapan ortakların azami ortak sayısını hesabında dikkate alınmaması yönünde bir kanuni istisna yürürlüğe konmuştur[40]. Benzer doğrultuda, bir hukuk politikası tercihi olarak Anayasa m. 48(2) hükmünün yönlendirmesiyle, teşebbüslerin sosyal amaçlara uygun yürümesini sağlayacak tedbirlerden biri olarak limited şirketlerde bazı sermaye piyasası faaliyetleri açısından yatırımcı ortaklarının azami ortak sayısının hesabında dikkate alınmaması yönünde bir istisna tanınması olanaklıdır.

4. Ortakların Bağlılık Yükümü ve Rekabet Yasağı

TTK m. 126 uyarınca ticaret şirketlerine mahiyetlerine uygun düştüğü ölçüde adi şirketlere ilişkin hükümlerin uygulanması olanaklı olduğundan, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 620 üzerinden ortakların şirkete karşı bağlılık yükümü ve rekabet yasağının tüm ticaret şirketleri için varlığının kabulü imkân dâhilindedir[41]. Benzer şekilde, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 2 üzerinden şirket ortaklarının birbirlerine karşı bağlılık yükümlüğü ve rekabet yasağı cari kabul edilebilir[42]. Nitekim öğretide, gerekçe ve kapsamı tartışmalı olmakla birlikte, limited şirket ortaklarının gerek kendi aralarında gerekse şirkete karşı bağlılık yükümlülüğünün bulunduğu ifade edil-

---

[40] WONG Wong et. al., **Company Law: An Interactive Approach** 2. Ed., Wiley, Singapore, 2020, s. 259- 260

[41] KARASU Rauf, **Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi**, Ankara, Yetkin 2015, s. 41.

[42] KARASU, s. 41.

mektedir[43]. Öte yandan, limited şirketlerde rekabet yasağının ancak şirket sözleşmesinde öngörülmesi halinde geçerli bulunacağı kabul edilmektedir[44].

TTK m. 613(1) düzenlemesiyle ortakların şirket sırlarını koruma yükümlülüğünün şirket sözleşmesi veya genel kurul kararıyla kaldırılamayacağı vurgulanmış, ayrıca m. 613(2) ile ortakların şirketin çıkarlarını zedeleyebilecek davranışlarda bulunmaları yasaklanmıştır. Bu haliyle kanunda bağlılık yükümlüğünün özel görünüm biçimlerinin ele alındığı, bunlardan ilkinin sır saklama yükümlülüğü ikincisinin de şirket zararına olan işlerden kaçınma yükümlülüğü olduğu görülmektedir[45]. Şirket sırlarının korunmasına ilişkin yükümlük TTK m. 614 ile düzenlenen bilgi alma ve inceleme hakkıyla bağlantılı olup, özellikle bu yöntemle elde edilecek sırların ifşasına engel olmaktadır[46]. Bununla beraber, öğretide şirket sırlarına vakıflığın ortaktan ortağa dahi değişebileceği, bu nedenle yükümlülüğünün her ortak açısından aynı kapsamda değerlendirilemeyeceği ifade edilmektedir[47].

TTK m. 613(4) hükmü bağlılık yükümü ve rekabet yasağına aykırı faaliyetlerde bulunabilme olanağının ortaklara sağlanabileceğini öngörmüştür. Dolayısıyla, sır saklama yükümlülüğü hariç bağlılık yükümlülüğünün diğer görünümlerine dair ortak yükümlülüğünün, bu arada ortakların şirket çıkarlarını zedeleyebilecek davranışlarda bulunmama yükümlüğünün de ortadan kaldırılması mümkündür[48]. Öte yandan yükümlülüğün kaldırılması genel kurul kararıyla yapılacak ise bu konudaki kararın TTK m. 621 uyarınca alınması gerekmektedir.

O halde limited şirkete ortak olacak yatırımcıların rekabet yasağına takılmaksızın ortaklıklarını sürdürmelerini sağlamaları mümkündür. Diğer yandan, yatırımcılar şirkete fon teminini yatırım amacıyla gerçekleştirdiklerinden,

---

43 KARASU, s. 28. Ortakların diğer ortaklarla rekabet etme yasağı şirket sözleşmesiyle kararlaştırılamayacağı yönünde bkz. KARASU Rauf, "Limited Şirket Esas Sözleşmesi ile Ortakların Diğer Ortaklarla Rekabet Etme Yasağı Öngörülebilir mi?", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XX Y. 2016 S. 2**, ss. 61- 71, s. 66.

44 PULAŞLI, s. 794. Rekabet yasağının yan edim yükümlülükleri kapsamında da değerlendirilebileceği yönünde bkz. ŞENER Oruç Hami, **Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku**, Ankara, Seçkin 2017, s. 480- 481.

45 DEMİRAYAK Ezgi Başak, "Limited Şirketlerde Ortakların Şirkete Karşı Bağlılık Yükümlülüğü", **Ankara Barosu Dergisi** 2018/3, ss. 25- 54, s. 29.

46 DEMİRAYAK, s. 29.

47 PULAŞLI, s. 793.

48 DEMİRAYAK, s. 32.

bu surette ortak olan her kişiye bağlılık yükümlülüğünün eş biçimde uygulanamayacağı da ortadadır. Ayrıca SPK kamuyu aydınlatma ilkesi dairesinde kapalı şirketler açısından sır sayılabilecek birçok bilginin zaten kamuya açık hale getirileceğinden hareketle, şirketin sırrı kavramının kapsamının daralacağı açıktır. Neticede bağlılık yükümlülüğünün diğer görünüm şekillerinin kaldırılması da olanaklı olduğundan, limited şirketlerde kural olarak bağlılık yükümlülüğünün ve rekabet yasağının bulunması bu şirketlerin SPK kapsamına alınmamalarını haklı çıkaracak bir gerekçe olarak ileri sürülemeyecektir.

III. LİMİTED ŞİRKETLER VE KİTLE FONLAMASI

Girişimcileri ticari faaliyetlerini anonim şirket türünde sürdürmeye yönelten birden çok hukuki ve iktisadi sebep bulunmaktadır. Bu sebepler temelde sınırsız sorumluluktan kurtulma, kanuni bir şartın yerine getirilmesi, holdingleşme, halka açılma, menkul kıymet ihracı ve vergi avantajları şeklinde özetlenebilmektedir[49]. Oysa paya dayalı kitle fonlamasının fon ihtiyacı bulunan özel bir kitlenin ihtiyacının karşılanması için ortaya çıktığı, yani anonim şirketin tercih sebebi olan hususların burada yer almadığı açıktır. Dolayısıyla girişimciler tarafından arzu edilenin kendilerine avantaj sağlayacak bir hukuki kurgunun meydana getirilmesinden çok iktisadi olduğu ortadadır. Nitekim girişimcilerin çoğu işlem maliyetleri sebebiyle hukuki destek alabilecek durumda da değildir[50].

Kitle fonlaması yöntemiyle fon toplayacak girişimci kitlenin menfaati olabildiğince çabuk ve fazla fon toplanabileceği bir ticari yapılanma gerçekleştirmektir. Sermaye piyasasının girişimciler için temel işlevi de zaten budur. Diğer yandan, bunlara fon arz edecek yatırımcıların menfaati ise yatırımlarının güvenliği ile neticede kendilerine uygun kazanç getirmesidir. Nitekim yatırımcı menfaati ile bunu korumanın girişimci menfaati (sermayenin toplanması) açısından getirdiği maliyetin dengelenebilmesi ihtiyacı sermaye piyasası hukukundaki muafiyetleri doğurmuştur[51]. O halde paya dayalı kitle fonlaması açısından limited şirket şeklinde bir ticari yapılanmanın tercih edilip edilemeyeceği hususunda konulacak bir hukuk kuralının da ilgili menfaatlerin dengelenmesi suretiyle kararlaştırılması gereklidir[52].

---

49 KENDİGELEN, s. 1-10.

50 Bu sebeple Tebliğ m. 11(1) hükmü ile kitle fonlaması platformlarının danışmanlık vermesi olanağının önü kapatılmamıştır.

51 MANAVGAT, s. 784.

52 Bkz. BRADFORD, s. 8.

Öncelikle, limited şirket sermayesine paya dayalı kitle fonlaması yöntemiyle yatırımda bulunulması halinde yatırımcıya karşılığında temin edilecek değer olan "esas sermaye payı", anonim şirket sermayesine yatırım yapanlara temin edilen "pay" değerinden ne hukuki nitelik ne de iktisadi nitelik itibariyle, limited şirketlerin kitle fonlaması sürecinden dışlanmasını gerektirir bir fark taşımamaktadır. Neticede iktisadi olarak değerlendirildiğinde iki değerin de ortaklık hakkı sağladığı, orta ve uzun vadeli yatırım aracı olduğu, dönemsel gelir getirme imkânının bulunduğu, misli nitelikte olduğu, seri halinde çıkarılabildiği ve ibarelerinin aynı olduğu ortadadır[53]. O halde limited şirket sermayesine yatırımların paya dayalı kitle fonlaması kapsamına alınmamasının iktisadi olarak herhangi bir gerekçesi bulunmamaktadır.

Hukuki açıdan bakıldığında ise paya dayalı kitle fonlamasında korunması gereken yukarıda bahsedilen girişimci menfaati ve yatırımcı (nitelikli yatırımcı olanlar ve olmayanlar) menfaati çerçevesinde değerlendirme yapmak gerekecektir. Bununla beraber, kitle fonlamasının ülke ekonomisi açısından önemi göz önüne alındığında, girişimcilerin menfaati olarak görülenin aslında sermaye piyasasına ilişkin bir menfaati işaret ettiği açıktır[54]. Bu nedenle, girişim şirketinin türünün belirlenmesi noktasında dengelenmesi gereken menfaatlerin, yatırımcı açından ve sermaye piyasası açısından ikiye ayrılarak incelenmesi zaruridir. Aşağıda iki menfaat hakkında değerlendirmeler yapılmakta ve limited şirketlerin mevcut Tebliğ sistemi ile uyumuna dair bazı hususlar somutlaştırılmaktadır.

1. Girişim Şirketi Türünün Nitelikli Yatırımcı Olmayanlar Açısından Önemi

SPK sistemindeki kilit kavramlardan bir tanesi "halka arz" olarak öne çıkmaktadır[55]. Bu doğrultuda, SPK hükümlerinin uygulanması açısından halka arz edilen değerin hangi türde bir şirkete ait olduğundan çok bu değerin bir sermaye piyasası aracı olup olmadığının incelenmesi önem taşımak-

---

[53] Sermaye piyasası hukuku açısından menkul kıymet tanımına dair yedi unsur hakkında bkz. AKBULAK Sevinç / AKBULAK Yavuz, **Türkiye'de Sermaye Piyasası Araçları ve Halka Açık Anonim Şirketler**, İstanbul, Beta, 2004, s. 22- 25.

[54] Amerika Birleşik Devletleri'nde kitle fonlamasına dair mevzuatın yürürlüğe konduğu "JOBS Act" kısaltmasıyla bilinen düzenlemenin başlangıç kısmında "yeni gelişen şirketlerin sermaye piyasalarına erişimiyle Amerika'nın iş alanlarının artırılması ve ekonomik büyümenin sağlanması" ifadesi bulunmaktadır. Bu ifade kitle fonlamasının ülke ekonomisi için önemini ortaya koyması bakımından önem taşımaktadır.

[55] SPK m. 3(1)(f) uyarınca "halka arz", "Sermaye piyasası araçlarının satın alınması için her türlü yoldan yapılan genel bir çağrıyı ve bu çağrı devamında gerçekleştirilen satışı" ifade etmektedir.

tadır. Dolayısıyla, limited şirket esas sermaye payları sermaye piyasası aracı olarak kabul olunursa bunlara dair yapılacak genel bir çağrı ve akabinde satış zaten halka arz niteliğinde olarak SPK koruyucu hükümlerinin kapsamı içerisinde değerlendirilecektir. O halde limited şirketlerin SPK sisteminde tamamen göz ardı edilmesinin yatırımcıların korunması için yegâne seçenek olduğunu iddia etmek mümkün bulunmamaktadır.

Nitelikli yatırımcı olmayan yatırımcılar[56] açısından en iyi şirket türünün yatırımcıya en çok güvenlik ve kazanç sağlayan şirket türü olduğu söylenebilecektir. Ancak bu şirket türünün her durumda anonim şirket olacağını iddia etmek güçtür. Zira kitle fonlaması sürecinde yatırımcının güvenliği öncelikle yatırımcı ile girişim şirketi arasındaki bilgi asimetrisinin azaltılmasıyla gerçekleşecek olup, buna karşı en etkin koruma da kamunun aydınlatılması ilkesi çerçevesinde alınacak önlemlerdir[57]. Diğer yandan, yatırımcıya kazanç sağlanması için ise daha en başından toplanan fonların uygun kullanımının denetimi gerekmekte olup, bu konuda gerekli tedbirler zaten Tebliğ'de öngörülmüş durumdadır[58]. Üstelik limited şirketler hukukunda da anonim şirketlerde geçerli genel kurul kararlarının butlanı ve iptali davaları (TTK m. 622) ile yöneticilerin sorumluluğu hükümleri (TTK m. 644) mevcuttur. Ayrıca uygulamada anonim şirket türünün yatırımcıların mağduriyetine sebep olan maddi ve manevi örtülü kazanç aktarımının sıkça gerçekleştiği yapılar oldukları unutulmamalıdır[59]. O halde izah edilen açılardan girişim şirketinin tercih edeceği anonim ya da limited şirket türünün yatırımcının menfaatlerinin temini açısından hayati bir önemi bulunmamaktadır. Dolayısıyla yatırımcıların korunmasını salt şirket türünün yatırımcılara sağladığı haklar ve koruma mekanizmaları üzerinden değerlendirmek isabetli değildir. Zaten yatırımcıların korunması menfaati, başta kamuyu aydınlatma olmak üzere esasen TTK değil SPK'da yer alan koruyucu düzenlemeler vasıtasıyla gerçekleştirilmektedir[60].

TTK m. 583 hükmüne ilişkin madde gerekçesinde "esas sermaye payı" kavramı üzerinden, anonim şirket ile limited şirketin farkları üzerinde durulmuştur. Gerekçede, anonim şirket sermayesi ile limited şirket sermayesi

---

56 Nitelikli yatırımcı kavramı için bkz. Bölüm III.2.

57 Bkz. Crowdfunding Regulation, s.2.

58 Bkz. Tebliğ m. 20.

59 PEHLİVANOĞLU Murat Can, "Involuntary Dissolution: Theory and Operation in Publicly Traded Corporations", **Annual Survey of International& Comparative Law** Vol. 23 Issue 1 Year: 2019, ss. 1- 18, s. 6.

60 MANAVGAT, s.784.

arasındaki farkın anonim şirket sermayesinin serbestçe devredilebilmesi, hak kaynağı işlevini haiz olması ve bağımsız bir birim oluşturması olduğu ifade edilmiştir. Bununla beraber öğretide, anonim şirket pay devrinin de sınırlanabilir olduğu, limited şirket esas sermaye payının da hak kaynağı işlevini taşıdığı ve birden çok esas sermaye payına sahip olunabilmesinin bağımsızlığı gösterdiği haklı olarak ortaya konmuştur[61]. Dolayısıyla, hukuki nitelik itibariyle esas sermaye payının yatırımcıların korunması açısından anonim şirket payından daha az bir değer taşıdığı söylenemeyecektir.

Benzer yönde, TTK m. 576 gerekçesinde anonim ve limited şirket payları arasındaki teorik farkın devir serbestliği olduğunun vurgulanmış olması, yatırımcıların korunması açısından değerlendirilmesi gereken temel hususun devir serbestliği yasağının yatırımcıların mağduriyetine sebep olup olmayacağı noktasında yoğunlaşması gerektiğini işaret etmektedir. O halde, yukarıda açıklandığı üzere devir sınırlamasının kaldırılabilmesi imkânı (TTK m. 595(1)(2)) ve yasak bulunsa dahi ortakların kanunen çıkma hakkının bulunması (TTK m.594(4)(5)) sebebiyle limited şirketlerde devir serbestliğine yönelik kısıtlayıcı düzenlemelerin yatırımcıların gereği gibi korunmasına engel olmadığı söylenebilecektir[62]. Nitekim Tebliğ içeriğinde girişim şirketi yatırımcılarının paylarını doğrudan ikincil piyasalarda devredebilmelerini zorunlu şekilde sağlayacak bir sistem de öngörülmemiştir (Tebliğ m. 21(4)). Dolayısıyla yatırımcıları korumak amacıyla onlara likidite verecek bir ikincil piyasa temin edilmesi şeklinde bir amaç da bulunmadığından, devir kolaylığının bulunmadığına dair bir gerekçe limited şirketlerin Tebliğ kapsamından dışlanması için yeterli değildir.

2. Girişim Şirketi Türünün Nitelikli Yatırımcı Olanlar Açısından Önemi

Tebliğ m. 4(1)(o) uyarınca nitelikli yatırımcı "Kurulun, girişim sermayesi yatırım ortaklıklarına ilişkin düzenlemelerinde tanımlanan nitelikli yatırımcıları" ifade etmektedir. Buna göre, Girişim Sermayesi Yatırım Ortaklıklarına İlişkin Esaslar Tebliği, "nitelikli yatırımcı" kavramını Kurulun ilgili düzenlemelerinde tanımlanan gerçek ve tüzel kişiler, kamu kurum ve kuruluşları ile Bireysel

---

61 HUYSAL Ayşegül Sezgin, "Limited Şirketlerde Nama Yazılı Pay Senedinin Hukuki Niteliği", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi** Cilt 22 Sayı 1 Yıl 2016, ss. 317- 346, s. 325.

62 Bkz. II.2. Bölüm. Üstelik limited şirketlerde ortaklar için belirli koşullarda ayrılma akçesi karşılığında çıkma hakkının öngörülmesiyle yatırımcılara güvence sağlanması olanaklıdır (TTK m. 638) (GÜRPINAR Bünyamin, "Limited Şirkette Çıkma ve Çıkmaya Katılma", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XX S. 2 Yıl: 2016**, ss. 73- 101, s. 83).

Katılım Sermayesi Hakkında Yönetmelikte tanımlanan bireysel katılım yatırımcısı lisansına sahip kişiler olarak somutlaştırmıştır. Tebliğ, nitelikli yatırımcılar açısından herhangi bir yatırım sınırı aramayarak (m. 15) ve 1.000.000 TL'yi aşan fon taleplerinde hedeflenen fonun en az yüzde onuna tekabül eden tutarın nitelikli yatırımcılar tarafından karşılanması ilkesini (m. 16(8)) benimseyerek kitle fonlamasında bu yatırımcı grubunun önemini ortaya koymuştur.

Nitelikli yatırımcıların girişimcilik ekosistemi kapsamındaki rolünün anlaşılabilmesi için öncelikle girişim şirketlerinin geleneksel (kitle fonlaması harici) fon toplama süreçleri vurgulanmalıdır[63]. Girişimcilerin fon talebiyle başvurdukları ilk yatırımcı grubu kendi aile ve arkadaşları olmaktadır. Girişimcilerin bir sonraki aşamada fon talebiyle başvurdukları kişiler ise bankalardır. Nitelikli yatırımcılar ise üçüncü ve dördüncü aşamada, yani melek yatırımcılar[64] ve girişimcilere sermaye sağlayan şirketlerden fon taleplerinde gündeme gelmektedir. Bu noktada geleneksel yöntemlere alternatif olarak girişimciler, nitelikli yatırımcıların fonlarına kitle fonlaması vasıtasıyla da ulaşabilmektedir. Üstelik kitle fonlaması, geleneksel fon toplama süreçlerinde nitelikli yatırımcıların elinde bulunan müzakere gücünü bu defa girişimci lehine azaltmak yönünde etki de sağlamaktadır.

Nitelikli yatırımcılar ister melek yatırımcı ister girişimcilere sermaye sağlayan şirketler şeklinde olsunlar, girişimcilere fon sağlama karşılığında girişim şirketinde kar, oy ve yönetimde temsil gibi konularda imtiyaza sahip olmak üzere müzakereye girişmektedirler[65]. Benzer şekilde, girişim şirketinin girişimci tarafından vaat edilen şekilde sürdürülebilmesini teminat altına alacak mekanizmalar da talep etmektedirler. Bu hususların yer verileceği hukuki metinlerden ilki şirket sözleşmesi olacağından, şirket sözleşmesinin ancak kanunun açıkça öngördüğü hallerde kanun hükümlerinden sapabileceğine dair emredici hükümler ilkesinin[66] katı değerlendirilmemesi nitelikli

---

63 Bkz. GABISON Garry, "Understanding Crowdfunding and its Regulation", **JRC Science and Policy Report, Report EUR 26992 EN 2015**, s. 26.

64 Türk hukukunda "melek yatırımcılık" 15.02.2013 tarihli Bireysel Katılım Sermayesi Hakkında Yönetmelik uyarınca düzenlenmiştir. Piyasada "melek yatırımcı" tabirinin kullanılmasına karşın, Yönetmelikte "bireysel katılım yatırımcısı" kavramı kullanılmış ve bu kişiler Yönetmeliğin 3(1)(ç) maddesiyle "kişisel varlıklarını ve/veya tecrübe ve birikimlerini başlangıç veya büyüme aşamasındaki şirketlere aktaran gerçek kişiler" şeklinde tanımlanmıştır.

65 GIUDICI/AGSTNER, s. 8- 11.

66 Öğretide emredici hükümler ilkesinin kapsamına dair tartışmalar hakkında bkz. AYOĞLU Tolga, **Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim**, İstanbul, XII Levha 2018, s. 25- 31.

yatırımcılar açısından önem taşımaktadır. Ancak TTK uyarınca limited şirketlere dair emredici hükümler ilkesinin anonim şirketlere dair emredici hükümler ilkesiyle paralellik taşıması[67], nitelikli yatırımcılar açısından anonim şirketleri daha tercih edilebilir kılmamaktadır[68].

3. Girişim Şirketi Türünün Sermaye Piyasası Açısından Önemi

T.C. Anayasası (Anayasa) m. 167 uyarınca Devletin sermaye piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemesini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alma ödevi vardır. Bu çerçevede, kanun koyucunun bu ödevi gerçekleştirirken kullanacağı hukuki düzenlemeler konusunda kendisine tanınan takdir yetkisi ise her durumda kamu yararı ölçütüne tabi bulunmaktadır[69]. Diğer yandan, teşebbüs özgürlüğüne (Anayasa m. 48) temas eden düzenlemelerin ayrıca ölçülü de olması gerektiği (Anayasa m. 13) açıktır[70].

Sermaye piyasası hukukunda yatırımcının korunması menfaatinin yegâne değer olarak benimsenerek bunu korumak uğruna sermaye piyasasının gelişimini engelleyecek tedbirler alınmaması ve dolayısıyla limited şirketlerin paya dayalı kitle fonlaması sisteminden dışlanmaması önem taşımaktadır. Zira bu yönde bir tutum ne teşebbüs özgürlüğü açısından ölçülü olacak ne de sermaye piyasalarının gelişimi açısından kamu yararı ölçütünü tatmin edebilecektir[71]. Neticede Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğüne dair ilke çerçevesinde (Anayasa m. 11), SPK ikincil düzenlemelerinde de bu hususların dikkate alınması gerekmektedir[72].

---

67 Bkz. TTK m. 579 Madde Gerekçesi.

68 Anonim şirketlerden farklı olarak, limited şirketlerde kanun hükümlerinin önemli bir kısmının şirket sözleşmesi ile aksinin kararlaştırılabileceği yönünde bkz. KARASU Rauf, "Emredici Hükümler İlkesinin Kapalı Tip Anonim Şirketler ve Limited Şirketler Açısından Doğurduğu Sorunlar ve Çözüm Önerileri", **Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi Cilt 1 Sayı 1 Yıl 2015**, ss. 115- 132, s. 128.

69 T.C. Anayasa Mahkemesi E. 2014/144 K. 2015/29 T. 19/03/2015.

70 Bkz. PEHLİVANOĞLU Murat Can, "Devletin Ekonomik Hayata Fiyatlar Yönünden Müdahalesi", **İstanbul Barosu Dergisi** Cilt 89 Sayı 1 Ocak 2015 ss. 223- 234.

71 Kamu yararı kavramı, devlet organlarının takdir yetkisini de beraberinde getiren ve her somut olay temelinde ayrıca değerlendirilmesi gereken bir kavram durumundadır. Ölçülülük ilkesi ise elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır (Anayasa Mahkemesi Kararı E. 2018/136 K. 2019/21 T. 10/04/2019).

72 Düzenleyici ve denetleyici kurumların düzenleme yetkilerinin anayasal ilke ve kurallara uygun olması konusunda bkz. AYANOĞLU, Taner, "Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Düzenleme Yetkisi ve TAPDK Örneği", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası** C. LXC S. 1 2007, ss. 39- 83, s. 78.

SPK bir piyasa düzenleyici metin olarak, ikincil düzenlemeleriyle birlikte gerek anayasal ilkeleri gerekse piyasa bileşenlerini dikkate almaktadır[73]. Bu gerçekten hareketle bazı hukuk sistemlerinde sermaye piyasasını düzenleyici kurumların kanundan doğan takdir yetkisini çevreleyen ilkelerin varlığı kabul görmüştür. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri'nde sermaye piyasası kurulunun yayınlayacağı kurallarda sermaye birikimi, rekabet ve verimlilik ölçütleri ile ekonomik neticelerin dikkate alınması kanun gereğidir[74]. Nitekim benzer yaklaşım SPK Genel Gerekçesinde de belirtilmiş[75] ancak herhangi bir ilke madde metnine işlenmemiştir[76]. Ancak neticede SPK m. 1 uyarınca kanunun amacı içerisinde sermaye piyasasının etkin, istikrarlı, adil ve rekabetçi bir ortamda işleyiş ve gelişmesinin sağlanması bulunmaktadır. O halde ikincil düzenlemelere dair takdir yetkisinin çeşitli ilkelerle çevrelendiği ve her durumda sermaye piyasasını geliştirmeyecek tedbirlerden sakınılması gerektiği kabul edilebilecektir.

Sermaye piyasasına ilişkin hukuk kuralları, sermayenin tabana yayılması kadar atıl fonların fon talep edenlerle buluşturulduğu alternatif finansman ortamının sağlanmasına da hizmet etmektedir[77]. Nitekim kitle fonlaması yöntemiyle fon toplanması, fon arz edenlerle fon talep edenler arasındaki dengede fon akışının gerçekleşmediği girişimlere fon kaynağı sağlanması için öngörülmüştür[78]. O halde fon talep eden durumundaki girişimcilerin mali kaynaklarını azami olarak şirket faaliyetlerinin gerçekleştirilmesine harcamak ve mevzuat uyum maliyetlerini asgari seviyeye çekmek konusunda ciddi bir menfaati bulunmaktadır. Limited şirketlerin anonim şirketlere göre daha basit ve düşük maliyetli bir yapıya sahip olduğu ve bu nedenle Türkiye'de en çok tercih edilen şirket türünün limited şirket olduğu malum iken girişimcilere bu şirket türünü tercih imkânı sağlanmaması girişimcilerin mevzuat uyum ve faaliyet maliyetlerini, kitle fonlamasının hedeflediğini tam aksine, artırmaktadır[79].

---

[73] SPK Genel Gerekçe, s. 12.

[74] Business Roundtable v. S.E.C., 647 F. 3d 1144 (2011).

[75] Bkz. SPK Genel Gerekçe, s. 13.

[76] İkincil düzenlemelerde benzer yönde bir değerlendirmenin yapılması gereğini işaret eden hüküm SPK m. 130(5) olarak öne çıkmaktadır.

[77] T.C. Anayasa Mahkemesi E. 2000/8 K. 2003/104 T. 26/12/2003.

[78] HU Ying, "Regulation of Equity Crowdfunding in Singapore", **NUS Working Paper 2015**, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2816222, E.T.: 11/02/2020, s. 6.

[79] Anılan endişelerle, Avustralya'da paya dayalı kitle fonlaması suretiyle fon toplayabilen şirket türü olarak herhangi bir azami ortak sayısı sınırı bulunmayan "public company" türü seçilmiş iken, daha sonra azami ortak sayısı sınırı 50 olan "propreitary company" şirket türü de bu kapsama alınmıştır.

Paya dayalı kitle fonlaması yoluyla yatırımcı temin eden şirketlerin proje başına temin ettikleri ortalama yatırımcı sayısı sınırlıdır[80]. Buna göre, girişim şirketlerinin doğrudan çok ortaklı yapılar olarak örgütlenmeleri ihtiyacı zaten bulunmamaktadır. Nitekim girişim şirketinin sınırlı sayıda yatırımcıyla yola çıkma yönündeki iradesinin hukuken kabul görmesine de karşı çıkılmamalıdır[81]. Öte yandan, küçük yatırımların ekonomiye kazandırılmasının hedeflendiği günümüz ekonomik düzeninde limited şirketlerin çok ortaklı olmasının engellenmesi için haklı bir sebep de bulunmamaktadır[82]. Zaten tarihsel süreçte Türk kanun koyucusunun limited şirketlere dair sorumluluk hükümlerini kişisel unsura üstünlük vererek düzenleyen İsviçre yerine Almanya'dan alma tercihi sebebinin limited şirketlerin Türkiye'de gelişiminin sağlanması arzusu olduğu bilinmektedir[83]. Bütün bu değerlendirmeler dikkate alındığında, limited şirketlerin paya dayalı kitle fonlaması sisteminin dışında bırakılmasının girişimciler açısından uygun bir hukuk politikası tercihi olmadığı anlaşılmaktadır.

4. Tebliğ Hükümlerinin Limited Şirketlerle Uyumlaştırılması Sorunu

Limited şirketlerin istisnasız kitle fonlaması sistemi haricinde tutulmasındansa bu sisteme dahil edilebilmeleri için bazı ek yükümlülükleri yerine getirmelerinin aranması tercih edilmelidir. Dolayısıyla Tebliğ hükümleri de bu ek yükümlülüklerden görülmelidir. Nitekim TTK m. 210(2) hükmüyle bakanlık, kurum, kurul ve kuruluşların kendilerine kanunla tanınan yetkinin sınırlarında kalmak kaydıyla ve öngörülen amaç, konu ve şekle tabi olarak limited şirketlere ilişkin düzenlemeler yapabilecekleri vurgulanmıştır[84].

Anılan şirkete paya dayalı kitle fonlaması suretiyle yatırım yapan ortakların 50 ortak sayısının hesabında dikkate alınmaması yönünde istisna getirilmiştir (WONG Wong et. al., **Company Law: An Interactive Approach** 2. Ed., Wiley, Singapore, 2020, s. 259- 260).

80 2014 yılında İngiltere'de yayımlanan bir araştırmaya göre, paya dayalı kitle fonlaması yoluyla yatırımcı temin eden şirketlerin proje başına ortalama 125 yatırımcı edindikleri tespit edilmiştir (BAECK Peter et. al., "Understanding Alternative Finance", **UK Alternative Finance Industry Report**, November 2014, https://media.nesta.org.uk/documents/understanding-alternative-finance-2014.pdf, E.T.: 11/02/2020, s. 14).

81 Nitekim girişim şirketinin az sayıda yatırımcıyla faaliyetlerini sürdürmesi çoğu zaman girişim şirketinin lehine bir durum olacaktır.

82 ÇEKER, s. 62.

83 ÇAMOĞLU Ersin, "İsviçre, Alman ve Türk Hukuklarında Limited Ortağın Sınırlı Sorumluluğu İlkesinin Anlam ve Nitelikleri", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası** C. 38 S. 1-4 Yıl 1973, ss. 499- 519, s. 517.

84 Maddenin SPK ile ilişkisi hakkında bkz. MANAVGAT Çağlar, "Türk Ticaret Kanunu Hükümlerinin Halka Açık Anonim Ortaklıklara Uygulanması ve Sınırları", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası** C. LXXI S. 2 Yıl 2013, ss. 287- 298, s. 291- 293.

Yukarıda açıklandığı üzere[85] Tebliğ hükümlerinin limited şirketlerle uyumlaştırılması için TTK ya da SPK içeriğinin tümden değiştirilmesi zorunlu değildir[86]. Bu noktayı ilk olarak azami ortak sayısına dair durum üzerinden örneklendirmek mümkündür. Öncelikle Tebliğ uyarınca kampanya süreci planlanırken, hedeflenen fon tutarının ve yatırımcı başına asgari-azami yatırım tutarının azami ortak sayısı sınırına uygun şekilde hesaplanarak ayarlanması pekâlâ mümkündür (Tebliğ m. 16(3) ve m. 17(7)). Öte yandan, TTK sisteminin azami ortak sayısı sınırının aşılması halinde aşan devirlerin geçersiz sayılması çözümünün Tebliğ sistemi ile uyumsuz olmadığı görülmektedir. Tıpkı geçersiz şekilde yapılan bir satış sözleşmesinde tarafların birbirlerinden aldıklarını geri vermesi gibi[87], yatırımcının emanet yetkilisi nezdinde bloke edilmiş yatırım tutarının, bunları sağlamış toplam yatırımcı sayısının azami ortak sayısı kuralıyla uyumsuzluğu nedeniyle, esas sermaye payına dönüştürülemeyeceğinden iadesi olanaklıdır. Bu halde, kampanya sürecinde hedeflenen fon tutarına azami ortak sayısını aşan sayıda yatırımcıyla ulaşılması halinde (1) eğer aşan sayıdaki yatırımcılar çıkarıldıktan (fonları iade edildikten) sonra kalan yatırımcılar ile hedeflenen fon tutarına ulaşılması mümkün oluyor ise aşan sayıdakilere yatırım tutarının iade edilmesi yolu açık olup (Tebliğ m. 17(8)), (2) eğer aşan sayıdaki yatırımcılar çıkarıldıktan sonra kalan yatırımcılar ile hedeflenen fon tutarına ulaşılamıyor ise bu defa hedeflenen fon tutarına ulaşılamadığından yatırım tutarı tüm yatırımcılara iade edilecektir (Tebliğ m. 17(8)). Son olarak, azami ortak sayısının aşılmasına karşın hedeflenen fon tutarına kampanya sonunda halen ulaşılamaması halinde zaten Tebliğ m. 17(8) uyarınca toplanan fon yatırımcıların tamamına iade edileceğinden azami ortak sayısı sınırının bir önemi kalmayacaktır. Dolayısıyla, mevcut Tebliğ sisteminde bu açıdan herhangi bir değişiklik yapılmaksızın limited şirketler tarafından paya dayalı kitle fonlaması suretiyle fon toplanmasına olanak sağlanabilecektir.

Tebliğ sisteminin asli unsuru olan fon toplama yönteminin de TTK açısından limited şirketler için getirilen kurallarla uyumsuz bir yanı yoktur. Tebliğ m. 16(1) uyarınca girişim şirketleri sadece sermaye artırımı suretiyle

---

85 Bkz. II. Bölüm.

86 Ancak bkz. Bölüm II.2. Ayrıca 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkındaki Kanun m. 35 amme alacağının ortaklardan tahsiline olanak veren bir düzenleme açısından da istisna getirilmelidir. Elbette bir ikincil düzenlemeyle kanuna aykırı bir hüküm getirilip getirilemeyeceği sorunu ayrıca incelenmelidir.

87 Yargıtay 19. H.D. E. 2010/14869 K. 2011/2621 T. 01/03/2011.

çıkarılacak paylar karşılığında fon toplayabilecek olup, limited şirketlerin yapısı bu temel kuralla uyumludur. Zira limited şirketlerde ortak sıfatının kuruluşta veya sermaye artırımlarında esas sermaye payının taahhüdüyle aslen veya esas sermaye payının devralınması ile devren kazanılması mümkündür[88]. TTK içeriğinde limited şirketlerde esas sermayenin artırılmasına ilişkin özel bir düzenleme bulunmamakla beraber, bu konuda TTK m. 590 yollamasıyla kuruluş hakkındaki hükümler kıyasen uygulanmaktadır. Üstelik ortakların sahip olduğu rüçhan hakkına dair haklı sebeplerin sınırlı sayıda olmamasından yola çıkılarak[89], kitle fonlaması suretiyle fon toplanmasının TTK m. 591 dairesinde haklı bir sebep olarak ileri sürülerek rüçhan hakkının sınırlanması mümkündür.

Diğer yandan, Tebliğ m. 20(1) uyarınca kitle fonlaması suretiyle toplanan fonların hangi amaçlarla kullanılacağına ilişkin hazırlanmış bir raporun bulunması ve neticede toplanan fonların ilan edilen amaca uygun olarak kullanılması gerekmektedir (m. 20(7)). Üstelik toplanan fonların ilan edilen amaca uygun kullanımı konusundaki sorumluluğun yönetim kurulunda olduğu vurgulanmıştır (Tebliğ m. 20(7)). Bu doğrultuda, TTK m. 625 uyarınca müdürlerin aldıkları belirli kararları ve münferit sorunları genel kurulun onayına sunmaları gereği şirket sözleşmesinde öngörülebildiğinden toplanan fonların şirket tarafından toplanma amacına uygun kullanıp kullanılmadığının denetimi amacıyla yatırımcıların şirketin bir kısım işlerine, anonim şirketlere nazaran daha etkin şekilde, doğrudan katılımına olanak sağlanabilecektir.

Limited şirketlerin paya dayalı kitle fonlaması sistemine alınması halinde Tebliğ içeriğinde kullanılan mevcut terminolojinin değiştirilmesi gerekecektir. Zira Türk hukukunda "pay" kavramı anonim şirketi işaret ettiğinden, bu kavram diğer şirket türlerini lafzen dışlayıcıdır. Bu nedenle Tebliğ isminin yabancı terminolojiyle de uyumlu şekilde "Sermayeye Dayalı Kitle Fonlaması Tebliği" veya "Ortaklığa Dayalı Kitle Fonlaması Tebliği" şeklinde değiştirilmesi uygun olacaktır. Akabinde ise Tebliğ içinde anonim şirketi işaret eden "yönetim kurulu", "esas sözleşme", "pay" ve benzeri diğer terminolojinin gözden geçirilmesi gerekmektedir.

---

88 TEKİNALP Ünal, **Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları**, Seçkin, 2. Baskı, İstanbul 2011, s. 378.

89 TEKİNALP, s. 365.

IV. SONUÇ

Kitle fonlaması, sermaye piyasasının gelişimi tahtında ülke ekonomisi açısından önem taşımaktadır. Üstelik mevzuattaki sınırlamaların genel olarak ülke piyasasının girişimci ve yatırımcılar tarafından tercih edilebilirliğini olumsuz yönde etkileyeceği açıktır[90]. Nitekim kanun koyucu yatırım ortamını rasyonel hale getirmeyi amaçlamaktadır[91]. Hal böyle iken şirket türüne yönelik yapay bir sınırlama ile piyasaya giriş engelleri yaratılmamalıdır. Dolayısıyla kitle fonlaması hakkında yapılacak düzenlemelerin salt takdir yetkisi çerçevesinde görülmemesi önemlidir. Anayasa ve SPK doğrultusunda, Tebliğ hükümlerinin hukuka uygun olup olmadığı bu düzenlemenin korumak istediği menfaatleri ne kadar dengeleyebildiğinde aranmalıdır.

Yatırımcıların menfaatlerinin sermaye piyasasının menfaatleriyle karşılaştırılması sürecinde, anonim şirket türünün anılan menfaatleri yegâne dengeleyici hukuki yapı olduğunu ileri sürmek olanaklı değildir. Üstelik Tebliğ hükümlerinin yatırımcıyı gereğinden fazla koruma eğiliminin kitle fonlamasının gelişiminin önünde bir engel olarak orta ve uzun vadede yatırımcının aleyhine olacağı unutulmamalıdır. Oysa yatırımcının korunması hususunda girişim şirketinin hukuki yapısıyla alakadar tedbirlerin kitle fonlama platformunun sorumlulukları üzerinden gerçekleştirilmesi pekâlâ mümkündür[92].

7222 sayılı Kanun ile SPK m. 35/A(1) düzenlemesine işlenen ek cümleler değerlendirildiğinde, SPK sisteminde kitle fonlamasının ortaklığa ve borçlanmaya dayalı olarak iki türe ayrıldığı anlaşılmakta, "ortaklığa dayalı" tabirine ise herhangi bir tanımlama getirilmediği görülmektedir. Dolayısıyla limited şirketlerin paya dayalı kitle fonlaması dahline alınarak, konunun esasen paya değil de sermayeye (ortaklığa) dayalı kitle fonlaması şeklinde ele alınması uygun olacaktır. Bu yaklaşım hiç kuşkusuz Türk ortaklıklar hukukunun liberal yapısına dair kabulü[93] de destekleyici bir gelişme olacaktır.

---

[90] Dünya Bankası tarafından yayınlanan, ülke bazında iş yapma kolaylığının puanlandığı "Doing Business 2020" raporunda, iş yapma kolaylığı bakımından Türkiye dünyada 33. Sırada gösterilmiştir (Bkz. The World Bank, Doing Business 2020, https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/32436/9781464814402.pdf, E.T.: 09/04/2020).

[91] Bkz. 7099 sayılı Kanun Genel Gerekçesi.

[92] Benzer değerlendirme Amerika Birleşik Devletleri kitle fonlaması düzenlemesi için de ileri sürülmektedir. Bkz. GREEN, Joseph/COYLE, John, "Crowdfunding and the Not-so-Safe SAFE", **102 Va. L. Rev. Online 168 (2016)**, ss. 168- 182, s. 180.

[93] TEKİNALP Ünal / ÇAMOĞLU Ersin, **Sermaye Piyasası Hukukunun Temel İlkeleri ve Gerekçeli Sermaye Piyasası Kanunu**, Seçkin, 2. Baskı, İstanbul 2018, s. 11.

KAYNAKÇA

ADIGÜZEL Burak, "6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda Sermaye Piyasası Aracı Kavramı**", Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi** Cilt 3 Sayı: 1 Yıl: 2017, ss. 1- 8.

AKBULAK Sevinç / AKBULAK Yavuz, **Türkiye'de Sermaye Piyasası Araçları ve Halka Açık Anonim Şirketler**, İstanbul, Beta, 2004.

AYANOĞLU, Taner, "Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Düzenleme Yetkisi ve TAPDK Örneği", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası** C. LXC S. 1 Yıl: 2007, ss. 39- 83.

AYOĞLU Tolga, **Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim**, İstanbul, XII Levha 2018.

AYTAÇ Zühtü, "Sermaye Piyasası Kanunu ve Çok Ortaklı Şirketler", **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi** Yıl: 1985 Sayı: 40(1), ss. 229-253.

BAECK Peter et. al., "Understanding Alternative Finance", **UK Alternative Finance Industry Report**, November 2014, https://media.nesta.org.uk/ documents/understanding-alternative-finance-2014.pdf, E.T.: 11/02/2020.

BAŞTUĞ İrfan, **Şirketler Hukukunun Temel İlkeleri**, İzmir, İstiklal 1974.

BRADFORD Steven, "Crowdfunding and the Federal Securities Laws", **Columbia Business Law Review** (2012), ss. 1- 150.

ÇAMOĞLU Ersin, "İsviçre, Alman ve Türk Hukuklarında Limited Ortağın Sınırlı Sorumluluğu İlkesinin Anlam ve Nitelikleri", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası** C. 38 S. 1-4 Yıl 1973, ss. 499- 519.

ÇEKER Mustafa, "Limited Şirketlerde Ortak Sayısının Sınırlandırılması", **Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi** Yıl: 2015 Cilt 1 Sayı 1, ss. 57- 64.

DEMİRAYAK Ezgi Başak, "Limited Şirketlerde Ortakların Şirkete Karşı Bağlılık Yükümlülüğü", **Ankara Barosu Dergisi** 2018/3, ss. 25- 54.

DEMİRKAPI Ertan, Limited Ortaklık Payının Devri (Doktora Tezi), **Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, İzmir 2008.

GIUDICI, Paolo/AGSTNER, Peter, Startups and Company Law: The Competitive Pressure of Delaware on Italy (and Europe?), **ECGI Law Working Paper No. 471/2019**, August 2019, www.ecgi.global/content/working-papers (E.T.: 09/04/2020).

GREEN, Joseph/COYLE, John, "Crowdfunding and the Not-so-Safe SAFE", **102 Va. L. Rev. Online 168 (2016)**, ss. 168- 182.

GÜRPINAR Bünyamin, "Limited Şirkette Çıkma ve Çıkmaya Katılma", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XX S. 2 Yıl: 2016**, ss. 73- 101.

HUYSAL Ayşegül Sezgin, "Limited Şirketlerde Nama Yazılı Pay Senedinin Hukuki Niteliği", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi** Cilt 22 Sayı 1 Yıl 2016, ss. 317- 346

HU Ying, "Regulation of Equity Crowdfunding in Singapore", **NUS Working Paper 2015**, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2816222, E.T.: 11/02/2020.

İMREGÜN Oğuz, **Kara Ticareti Hukuku Dersleri**, İstanbul, Evrim 1987.

KARASU Rauf, **Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi**, Ankara, Yetkin 2015.

KARASU Rauf, "Emredici Hükümler İlkesinin Kapalı Tip Anonim Şirketler ve Limited Şirketler Açısından Doğurduğu Sorunlar ve Çözüm Önerileri", **Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi Cilt 1 Sayı 1 Yıl 2015**, ss. 115- 132.

KARASU Rauf, "Limited Şirket Esas Sözleşmesi ile Ortakların Diğer Ortaklarla Rekabet Etme Yasağı Öngörülebilir mi?", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XX Y. 2016 S. 2**, ss. 61- 71.

KOŞUT Hanife Doğrusöz, "Limited Şirkette Nama Yazılı Senede Bağlanmış Esas Sermaye Payının Devir Şartları", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi**, Cilt: 22 Sayı: 1 Yıl: 2016, ss. 365- 383.

MANAVGAT Çağlar, "Türk Ticaret Kanunu Hükümlerinin Halka Açık Anonim Ortaklıklara Uygulanması ve Sınırları", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası** C. LXXI S. 2 Yıl 2013, ss. 287- 298.

MANAVGAT Çağlar, "Halka Açık Anonim Ortaklık Tanımı Bakımından Kitle Fonlaması", **Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan**, Oniki Levha, İstanbul 2019, ss. 765- 786.

MATTHEW Anne, "Crowd- Sourced Equity Funding: The Regulatory Challenges of Innovative Fintech and Fundraising", **University of Queensland Law Journal Vol. 36(1) Year: 2017**, ss. 42- 71.

MEMİŞ Tekin / TURAN Gökçen, **Sermaye Piyasası Hukuku**, 4. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019.

ÖZ Turgut, "Limited Ortaklıkta Pay Kavramı ve Payın Devri", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası** Cilt. 52 Sayı 1-4 Yıl: 1987, ss. 345- 386.

PEHLİVANOĞLU Murat Can, "Devletin Ekonomik Hayata Fiyatlar Yönünden Müdahalesi", **İstanbul Barosu Dergisi** Cilt 89 Sayı 1 Ocak 2015 ss. 223- 234.

PEHLİVANOĞLU Murat Can, "Involuntary Dissolution: Theory and Operation in Publicly Traded Corporations", **Annual Survey of International and Comparative Law** Vol. 23 Issue 1 Year: 2019, ss. 1- 18.

Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on European Crowdfunding Service Providers (ECSP) for Business (Regulation Crowdfunding), https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52018PC0113, E.T.: 11/02/2020.

PULAŞLI Hasan, **Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, Ankara, Adalet, 2012.

PULAŞLI Hasan, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, Adalet, Ankara 2020.

ŞENER Oruç Hami, **Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku**, Ankara, Seçkin 2017.

TEKİNALP Ünal, **Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları**, Seçkin, 2. Baskı, İstanbul 2011.

TEKİNALP Ünal / ÇAMOĞLU Ersin, **Sermaye Piyasası Hukukunun Temel İlkeleri ve Gerekçeli Sermaye Piyasası Kanunu**, Seçkin, 2. Baskı, İstanbul 2018.

The World Bank, **Doing Business 2020**, https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/32436/9781464814402.pdf, E.T.: 09/04/2020

TUNCER Selahattin, **Türkiye'de Sermaye Piyasası**, İstanbul, Okan 1985.

WONG Wong et. al., **Company Law: An Interactive Approach** 2. Ed., Wiley, Singapore, 2020.

ÜNAL Kürşat, "Sermaye Piyasası Araçlarının Kaydileştirilmesi**", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 5 Sayı: 2 Yıl 2001, ss. 225- 270.

YANLI Veliye, "Sermaye Piyasası Aracı ve Yatırım Sözleşmesi Kavramı", **BATIDER** 2016 C. XXII Sa. 3, ss. 5-35.

GSÜHFD, 2020; 2: 1345-1380

SELF-STEERING SHIPS(*)

Dr. iur. Bülent SÖZER(**)

Abstract: Self-steering ship or as it is more popularly called unmanned ship, is a novel conception, rather a revolutionary category of ship. The distinguishing element is that, such ships shall have no crew on board to steer and navigate them, they will operate without a master and crew on board, relying upon computerised systems, but will nevertheless be monitored and controlled from a land based centre. In cases of emergencies or where in accordance with the programming it becomes necessary, the control centre will directly navigate the vessel through remote control systems.

The concept relies upon three pivotal components, the principal infrastructure being a supremely sophisticated computer technology:

(i) Artificial Intelligence, (ii) High-tech Telecommunication Systems and (iii) Land-based Control Centres.

There are quite a number of questions concerning the legal natures of both the self-steering ship and the control centre and therefore the applicability of the provisions of both the domestic laws and international conventions to them and/or their adaptability to these rules.

(*) Bu makale, hakem incelemesinden geçmemiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 28.09.2020.

(**) Pîrî Reis University, Faculty of Law and Director of the Maritime Law Research Centre,

Visiting-Fellow, Institute of International Shipping and Trade Law, School of Law, Swansea University

Member, *Comite Maritime International*, International Working Group on Maritime Autonomous Surface Ship.

I. INTRODUCTION[1]

1. Concept and Definition

Every scholarly discussion should start with the title and definition of the subject under consideration.

But, I am not in a position to give a precise and generally accepted definition; because, for the time being, and quite understandably, there is no generally accepted and acknowledged definition of the object, which is the focal point of our studies. Nevertheless, I will cite some of the definitions in the following and offer also the definition I, at least for the time being, find appropriate.

With regard to the *title*, I have started my studies on this subject by using the term "Unmanned Ship", simply by trying to visualise how this - actually very familiar- object would look like when the proposed revolutionary methods of seafaring will materialise. The title, initially, used by the *Comité Maritime International* (CMI) also encouraged me in choosing the term, although the *CMI* recently decided to use the term MASS-Maritime Autonomous Surface Ship that is used by the *International Maritime Organisation* (IMO), which I have to admit, I do not find much relevant, for the reasons I will explain in the following.

Since, especially we, members of the fraternity of law, are only recently introduced to this object, *i.e.*, a ship without a crew on board, it should not be an exaggeration to suggest that what we are witnessing now are only the *birth-pangs* of this category of ship.

After the birth we will start thinking how we will manage with the *children*; because we will have *three*, the ship herself, the control centre and the personnel employed there.

---

[1] See particularly *CMI International Working Group Position Paper on Unmanned Ships and the International Regulatory Framework*, https://comitémaritime.org/work/unmanned-ship.

See also two recent valuable studies on the subject: JACOBSSON, Måns, 'What Challenges Lie Ahead for Maritime Law?' in 8 (2020) *Maritime Law in Motion - World Maritime University Studies inMaritime Affairs*; JACOBSSON, Måns, 'Unmanned Ships - Legal Challenges' *Keynote Speech* delivered at the 10th Conference Shipping and Trade Law, Naples 9 and 10 October 2019.

See also, HOOYDONK, Eric Van, 'The Law of Unmanned Shipping - An Exploration' in 20 *Journal of International Maritime Law*, 403-423.

We shall therefore see quite a number of changes in the nomenclature as we go along with the project, whether made necessary due to technological improvements or inspired by the prospective users.

When one takes into regard the originating idea, or the motivating factor of this development, one perceives that the ultimate objective was -and still is- to separate, indeed remove, the human factor from the ship and shift the operation of the vessel from an on-board organisation to a land-based facility.

Accordingly, quite a number of people from different professions, lawyers amoung them, almost instinctively adopted the term "Unmanned Ship" for the proposed device; including my humble self![2]

But, when analysed more carefully, it starts to become apparent that being "unmanned" looks rather far from reflecting the principal idea, while also likely to lead to wrong conclusions, as, except from very rare cases, there can be no ship that could properly be called *unmanned ship*, for the reasons I shall explain in due course[3].

The principal idea was, actually, to invent a ship that could navigate by herself without the need to have humans on board to steer her; in other words, a ship without a master and crew, but **a ship that will be her own master and could steer herself**.

Therefore, not having human beings on board is itself not the defining factor, but the particular determining element is the capability -or ability- of the vessel to steer/navigate herself, without the presence of human beings **on board**[4], commissioned -assigned- to perform these operations -or functions. There are already several ships moving about on water without a crew on board, but they are directly controlled and navigated remotely and have no

---

[2] I earlier even ventured to suggest calling such vessels *ships without a crew*; but later on withdrew my proposition, for the reasons I will recount in the following chapters.

[3] Merely for introductory purpose, let me say that there will be some personnel on board these ships, at least for a substantial period of time, but they will not be *crew* or *seafarers* in the conventional sense of the term, but personnel with technical knowledge and expertise, like computer engineers and/or operators, software experts, etc.

Therefore, these ships shall not be altogether independent of *human involvement*, but those involved shall not qualify as *crew*.

[4] I am emphasising 'presence on board', because, self-steering ships will, inescapably be, to varying degrees, under the control and supervision of human beings who keep monitoring her from the land-based control centres (*q.v.*).

capability to steer themselves. It is submitted, with due respect to adherents of different views, that such remotely navigated vessels should not be characterised as self-steering ships.

Based on the foregoing, I concluded that a more explanatory definition could be: **A ship which has the capability/ability to steer/navigate herself without a crew onboard responsible for the navigation**[5].

As I will try to explain in more detail under '*3. Self-steering Ship v. Unmanned Ship*', the key to determine whether a ship is a self-steering one or not, is to look into whether she has the capability to steer herself, *be her own master*, without being navigated by an onboard crew. She will however be kept under supervision by a remote-control centre, from where she may also be operated, depending on the circumstances.

Consequently, I thought it more appropriate to use from now on the term ***Self-Steering Ship*** instead of 'Unmanned Ship'[6], provided of course, I do not come up, during the future phases of my studies, with a better and more becoming title which could more distinctly express the characteristics of this object.

There are of course some different and actually not entirely dissimilar titles used for this object and each accompanied with a definition, again with certain common traits; but, at least for the time being, none has received a general approval or recognition, for instance:

Maritime Autonomous Surface Ship - Unmanned Maritime Vehicle - Unmanned Ship - Crewless Ship.

As to the definitions:

International Maritime Organisation (IMO) uses the title *Maritime Autonomous Surface Ship* and defines it, apparently rather provisionally, as *a ship which, to a varying degree, can operate independent of human interaction*[7]. I will discuss this definition hereinbelow.

---

5 Somewhat similar to the one adopted initially by the *CMI*.

6 I will, nevertheless and partly for practical purposes, use hereinafter both terms interchangeably.

7 See, http://www.imo.org./en/mediacentre/pressbriefings/pages/08-msc-99-mass-scoping.aspx.

See also IMO Docs. MSC 98/23, 28th June 2017, MSC 98/20/2, 27th February and MSC 98/20/13.

The following are the definitions that one quite frequently comes across[8]:

… a vessel without crew controlling the ship …

… vehicles that are capable of controlled, self-propelled movement in water without any personnel onboard[9].

Unmanned ships are those which are capable of controlled, self-propelled movement on the water in the absence of any onboard crew[10].

A vessel primarily guided by automated on-board decision systems but controlled by a remote operator in a shore side control station[11].

As I have indicated hereinabove, the IMO uses the title *Maritime Autonomous Surface Ship* (MASS) and defines it as *a ship which, to a varying degree, can operate independent of human interaction*. The IMO, then categorises the MASS from the perspective of autonomy, by establishing four degrees of autonomy, as the following[12].

***i. Degree One*: A ship with automated process and decision support.**

In ships qualifying as 'Level One Ship', there will be seafarers on board to operate and control shipboard systems and functions. Some operations may be automated and at times be unsupervised, but with seafarers on board ready to take control.

Apparently 'Level One Ship' does not properly represent a self-steering ship, since the ship would regularly be under the management of the crew and shall only occasionally be left to her own devices. I, therefore found this 'Level' somewhat meaningless and rather superfluous.

---

8 See for a detailed analysis, *Definitions for Autonomous Merchant Ships*, NFAS-Norwegian Forum for Autonomous Ships, 2017, <nfas.autonomous-ships.org>.

9 VEAL, Robert/TSIMPLIS, Michael/SERDY, Andrew, 'The Legal Status and Operation of Unmanned Maritime Vehicles' in 50: 1 *Ocean Development & International Law* 23-48, 23.

10 VEAL, Robert/RINGBOM, Henrik, 'Unmanned Ships and the International Regulatory Framework' in 23 *Journal of International Maritime Law* 2, 100-118, 101

11 "The Maritime Unmanned Navigation Through Intelligence in Networks (MUNIN Project), http://www.unmanned-ship.org/munin.

12 See for an in-depth discussion on 'the autonomy': RINGBOM, Henrik, 'Regulating Autonomous Ships' in *Ocean Development & International Law*, (2019) 1-29, 2 *et seq*.

***ii. Degree Two*: A remotely controlled ship with seafarers on board.**

In this case, the ship is controlled and operated from another location. There will be seafarers on board to take control and to operate the shipboard systems and functions.

'Level Two Ship' also would not correspond to the definition of self-steering ship. As long as personnel with a duty to control and operate a ship is kept on board, the ship could not be recognised as self-steering ship.

***iii. Degree Three*: A remotely controlled ship without seafarers on board.**

A 'Level Three Ship' is controlled and operated from another location. There are no seafarers on board.

This category again does not exactly fit into the description of self-steering ship as I conceive it, because, it is still envisaged that the ship will sail under the control of humans, who are, while located somewhere else, but nevertheless control and operate the vessel.

***iv. Degree Four*: A fully autonomous ship.**

Such ships will have operating systems that is able to make decisions and determine actions by itself.

Only these ships could be recognised as self-steering ships, since they will be equipped with all the systems that are required for autonomous operation without the involvement of humans.

It should be safe to suppose that these ships will be equipped with artificial intelligence.

They may, nevertheless, be monitored and remotely navigated in accordance with their systems designs, which is quite acceptable and rather inevitable, since it is implausible to have a ship that can actually steer clear of each and every contingency, overcome all the perils of the sea, which are so numerous and unpredictable and therefore quite out of reach of the capacity of humans to think and adopt measures.

The IMO also concedes that these degrees do not represent hierarchic order and a MASS could be operating at one or more degrees of autonomy for the duration of a single voyage.

But, as to my best information, there is still no universally accepted title, nor a definition exists[13].

It should perhaps be admitted that attempts to define unmanned ship will, at least for the near future, recall attempts by the blind men to define an elephant.

2. Some of the Pioneering Initiatives

Before going any further, it should be in order to refer to some of the major projects in this area:

A. The Endeavours by Rolls-Royce

Rolls-Royce, being one of the pioneers in this area has been conducting extensive research and experiment on unmanned vessels. The presence of one of the senior vice-presidents Mr. *Oscar Levander* as the head of the group dedicated to this project shows the seriousness and commitment of Rolls-Royce in this field.

Rolls-Royce project takes, for the first phase, the remotely controlled ship and will gradually develop over the time to semi-autonomous ship, while the fully autonomous ship is still regarded a rather far-fetched concept.

Actually, Rolls-Royce is more interested in developing computerised navigational equipment and various sorts of electronics for unmanned ships rather than constructing one.

---

[13] I would like to refer interested readers to the studies, which I found worthy of examining with regard to definitions:

Comité Maritime International, *International Working Group Position Paper on Unmanned Ships and the International Regulatory Framework*, Comité Maritime International web page, www.comitemaritime.org; DEAN, Paul and CLACK, Henry, 'Autonomous Shipping and Maritime Law' in *New Technologies, Artificial Intelligence and Shipping Law in the 21st Century*, ed. by Baris SOYER and Andrew TETTENBORN, Informa Law from Routledge, Oxon 2020, pp. 67-89; DEKETELAERE, Pol, *The Legal Challenges of Unmanned Ships*, Universiteit Gent, 2017; HOOYDONK, Eric van, "The Law of Unmanned Merchant Shipping - an Exploration", in 20 *Journal of International Maritime Law* 3, pp. 403-423; VEAL, Robert and TSIMPLIS, Michael, "The Integration of Unmanned Ships into the *Lex Maritima*", in [2017] *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* pp 303-335; VEAL, Robert and RINGBOM, Henrik, "Unmanned Ships and the International Regulatory Framework", in 23 *Journal of International Maritime Law* 2, pp. 100-118.

B. MUNIN Project

The full title is: *Maritime Unmanned Navigation Through Intelligence and Networks*.

Munin, as most of you know, was the name of *Odin's Raven* in Norse Mythology.

Munin means "mind" in Norse and this raven is sent out every morning to fly around the world. In the evening, *Munin* returns safely to his master and delivers the information that he has gathered independently during the day.

Like this raven, an unmanned vessel must act independently of its owner, but nevertheless must also deliver its cargo safely and reliably to its intended destination.

MUNIN hypothesis was, unmanned ship can sail on an intercontinental voyage with at least the same safety and efficiency as a manned ship.

This project is being financed by the *European Community* with the involvement of and collaboration between several companies and institutions from Germany, Norway, Sweden, Ireland and Iceland.

The model is a 75.000 DWT ship with an average speed of 16 knots.

MUNIN project approaches the idea through a hybrid perspective introducing the concept of stages combining remote control, semi-autonomous and fully autonomous technology

C. Yara Birkeland

This is the name of the vessel[14] built by the joint venture formed between two Norwegian companies: *Kongsberg* and *Yara*. The ship *Yara Birkeland* is 80 m long and 15 m. wide with a capacity to carry 120 TEUs.

The ship shall be ready for launch in 2020. The operations shall start in conventionally manned mode, becoming fully autonomous by 2022.

Kongsberg is involved in producing high-tech products, especially those used shipping, aviation, energy. The objective of the project is to move the fertiliser produced in Yara's facility in Brevik to a facility in Larvik by sea instead of by land, an operation for which, approximately, 40.000 trucks are used yearly.

---

[14] The ship was named after the founder of the company Mr. *Kristian Birkeland*,

One of the major objectives sought in this venture was to protect the environment from the pollution caused by this heavy truck traffic[15].

3. Conception and Structure

Apparently, the self-steering ship changed the conception of ship. What we used to visualise when mention of ship was made, shall no longer be the same when mention of self-steering ship shall be made.

One of the most prominent external features of ships, indeed their defining characteristics, is their bridge, or the wheelhouse as it was once called.

Imagine the bridges of the ships, that take place high on the superstructure; ships introduce themselves to the world around them with the majesty of their bridges.

Leaving aside the romantic aspects of seafaring, the bridge is the place where the *brain*, the centre of the ship's *nerve system* is located. When it came to unmanned ship, this nerve centre has been detached, severed from the ship; this in a sense means severing the head from the body.

As to the construction and operational aspects of unmanned ships: The ship, as we know it, is one single item; the body, more properly called the hull, containing -amoung others- the machinery, the equipment and the instruments that provides it with the ability to move and the nerve centre that enables the assigned people, i.e. members of the crew, to decide what to do, how to do and what not to do.

The most significant novelty of the self-steering ship that we must always bear in mind is that this ship is **not one single item**, it is made up of two parts, two separate components or modules. The sea component or module and the land component or module! The conventional looking module is still on the sea, the other module, actually the nerve centre itself, the command post, shall be on the land, and is generally referred to as the *Shore Control Centre*, but with no resemblance to that part of the ship, which it is alleged that it will replace, since it is merely an *office building*.

---

[15] May I be allowed, just in the passing, comment that there are always *pros and cons* and I cannot keep wondering how the project will compensate the loss the economic units, such as gasoline stations, coffee-houses, several types of joints, shall inevitably suffer.

The *shore* control centre is the title assigned presently to this module, in the future who knows where the ship owners may think of setting up this unit; they may build it on any available plot of land, most probably in one of the *low-cost countries*, or even more likely in a *God forsaken place*; comparable in a way they choose *flags of convenience*.

This unique, but also somewhat weird combination shall cause severe problems with regard to *seaworthiness* and *insurance*, as I will try to explain. remark

I prefer to name this component, simply as *control centre* or *control unit*[16].

4. Unmanned Ship v. Self-Steering Ship

As I have already indicated, the terminology for this new category of ship is not yet settled. But, for the time being it looks like we have "Unmanned Ship" that is used quite extensively and "Maritime Autonomous Surface Ship" introduced by the IMO.

The term "unmanned ship" is used in a very wide context and in fact rather generically, embracing two main types:

i. Vessels that are remote controlled by land-based control centres, through computerised systems, and

ii. Vessels that sail without a master and crew on board, using computerised systems that are pre-programmed to perform a predetermined course[17].

However, in both cases, being 'unmanned' does not necessarily entail the total absence of human intervention in the steering and operation of the vessel.

---

[16] See under 'IV. Control Centre/Control Unit' *infra*.

[17] EDER, Sir Bernard, *Inaugural Francesco Berlingieri Lecture: Unmanned Vessels-Challenges Ahead*, delivered on the occasion of Comité Maritime International Assembly, London, 9 November 2018; JACOBSSON, Måns, 'What Challenges Lie Ahead for Maritime Law?' in 8 (2020) *Maritime Law in Motion - World Maritime University Studies inMaritime Affairs*; JACOBSSON, Måns, 'Unmanned Ships - Legal Challenges' *Keynote Speech* delivered at the 10th Conference Shipping and Trade Law, Naples 9 and 10 October 2019; VEAL, Robert and RINGBOM, Henrik, 'Unmanned Ships and the International Regulatory Framework' in 23 *Journal of International Maritime Law* 2, 100-118, 1.

In the former type, the ship is still 'manned' but such manning is done by the personnel who are not on board but somewhere[18] away from the vessel. Even though the ship may, to a certain extent, have capability to operate autonomously, some personnel, mostly computer experts will be on board, ready for intervention and shall indeed interfere to operate the vessel when and where required and in accordance with the overall system.

The second category will have no personnel on board to navigate the ship and by definition the vessel will sail by relying upon her computerised systems, particularly the artificial intelligence software, but will always be under the control and supervision of the control centre where the controllers will be ready "to take the reins" when necessary and again within the parameters defined by the software.

Allow me to reiterate, that I -until a more expressive term comes up- prefer to use the term **self-steering ship** for this category of vessels and define her simply as ***a ship that navigates by herself.***

A more detailed description could be ***a ship that can navigate without being under the command of on-board crew.***

To be more descriptive, I would like to say that a self-steering ship shall not be operated by an on-board crew but shall navigate by relying on her power and ability to perceive, calculate, plan and decide.

Self-steering ship shall not be under the command of the crew as we understand it conventionally, nor shall she be navigated and operated by such crew; she shall think, calculate, plan, manage and execute. No need to add that there will be several cases and circumstances where she could not be able to use all her abilities -or is found hazardous to leave her on her own devices- and would ultimately have to entrust herself to the caring hands of human beings; who nevertheless shall not be *crew*, but computer technicians, communications experts or people from similar professions; who, in principle are located at and therefore discharging their function from a distant location, which, as I will duly explain, is called *control centre*.

I am ready to concede that it should take substantial time for a ship that could properly be called *self-steering ship* to start ploughing the oceans.

---

[18] *Not* necessarily from someplace on the *land*, see under 'IV. Control Centre/Control Unit' *infra*.

The term *unmanned ship*, on the other hand, could lead to misunderstanding, since it may imply a vessel that is devoid of human beings, being a situation, as will explain in the following, that is, except some extremely rare cases, *nay* impossible[19].

I, however, acknowledge that the term refers, when used in this context, to such personnel who are commissioned to navigate the vessel, i.e. the *crew* and therefore signifies a vessel that is operated and run without the involvement of crew on board. But, an unmanned ship may **not**, in the meantime, necessarily be a self-steering ship, since while there may not be a *crew* onboard to navigate her, she may lack the capacity to steer herself and is controlled remotely.

Consequently, it is submitted that the term *self-steering ship*, or alternatively *self-navigating ship* express more explicitly the principal idea or the motivating factor behind this type of vessel.

Besides, there shall always be, as the nature of the activity conducted demands, human beings on board ships, regardless of the manner and technique by which they are operated.

There is a whole range of functions, duties and services that can only be managed and discharged manually, starting with casting the lines off and terminating with making fast ashore[20]; including, in the meantime, up-keep and maintenance, effecting some repairs and particularly looking after the cargo! Care of cargo cannot always, if ever, be materialised through remote control mechanisms[21] and not infrequently, human involvement is required to eliminate loss or damage, both to the cargo as well as to ship herself.

This requirement will be all the more relevant for stages following accidents.

---

[19] The *Yara Birkeland* may be one example, alongside some vessels that are purpose-built and dedicated to particular services, like fire-fighting or surveillance.

[20] It may be suggested that stevedores may release the hawsers and they can be wound up by automated windlasses, but I cannot think of a device for hauling line/heaving line. Dropping and heaving anchor should easily be managed by automated capstans or windlasses.

See on the impact of unmanned shipping on port operations, HOOYDONK, Eric Van, 'Botport Law - The Regulatory Agenda for the Transition to Smart Ports' in *New Technologies, Artificial Intelligence and Shipping Law in the 21st Century*, ed. by Baris SOYER and Andrew TETTENBORN, Informa Law from Routledge, Oxon 2020, pp. 90-104.

[21] Smart containers may eliminate the need for control and supervision by the crew.

Depending on the type and nature of the goods and particularly their mode of packaging, loading and stowage, especially unloading them would require human element. One may suggest that such tasks are quite customarily handled by the land-based stevedores, but that may not always be the case and more vitally, taking care of "break bulk cargo" during the voyage depends on the availability of trained personnel on-board.

Manning a ship and discharging this duty properly, does not only encompass the presence of the crew to steer and conduct the ship, but includes also the personnel that will undertake the technical management and maintenance of the vessel.

Let me mention in the passing that engine room automation has already become a common feature and engineers are free to enter into their once privileged domain, only if and when allowed by and under the instructions of control units or departments of the shipowners or operators or whoever was entrusted with this task situated in a land-based unit.

Nonetheless, not every single operation in engine rooms can be handled through automated systems or through remotely controlled intervention mechanisms, leakage or a crack in a pipe requires manual care and maintenance.

Legal transactions and documentation relating to cargo require human involvement; particularly concerning receipt on-board and delivery of the cargo, drawing and exchanging relevant documents. I venture to say that properly functioning and fully reliable computerised means of doing away with the paper and the human factor in cargo handling universally looks like a far-fetched idea.

Contacts and relations with the local authorities also need the presence and active involvement of human elements on-board and empowered ones at that; not all the transactions can be handled and concluded by the agents nor through e-mails or electronic data exchange systems.

Therefore, let me conclude by saying that, even a ship that can properly qualify as a self-steering ship, nevertheless must have personnel on-board for the technical management and necessary maintenance during the voyage and to take care of some legal requirements. So, it is imperative to distinguish between such personnel which are assigned and commissioned to conduct and navigate ships and the personnel employed to take care of other technical and managerial duties and functions.

Self-steering ships will not have on board the personnel assigned to and required to steer and navigate her, including engine room team[22], since actually this is the criterium I propose to distinguish and characterise them; but they would, indispensably, need the services of the other category.

Accordingly, it is submitted that using the term *self-steering ship* would be more appropriate.

5. Categories of Self-Steering Ships

I would like to categorise self-steering ships as the following[23].

But first couple of basic remarks.

Regardless of how it is done and where it is done from, no ship can be recognised as an autonomous ship, as long as she is both 'controlled and operated' in whatsoever manner or means except by herself!

Moreover, there will always be ... *human interaction* ... albeit subject to pre-defined conditions and the ship therefore will not ... *operate independently of human interaction* ..., as I will now explain.

The focal point in the classification hereinbelow is that the **vessel is not navigated by a *crew*** in the conventional sense of the term and manner, although she will be kept under control or surveillance, and might be steered as the case may be, by a dedicated team, members of which, however, do not qualify as a crew. This team may discharge their functions from somewhere else or be on board the ship they are assigned to control[24].

A. Remotely Controlled Ship

This category of ships, while navigate themselves with the aid of computer systems, relying to a great extent on high-tech telecommunication network, without the involvement of a crew as already stated, will nonethe-

---

22 Excepting a small group for necessary supervision and maintenance services.

23 See and *cf.* CHWEDCZUK, Michal, 'Analysis of the Legal Status of Unmanned Commercial Vessels in U.S. Admiralty and Maritime Law' in 47 *Journal of Maritime Law and Commerce* 2, 123-169, 128-131; EDER, Sir Bernard, *Inaugural Francesco Berlingieri Lecture: Unmanned Vessels-Challenges Ahead*, delivered on the occasion of Comité Maritime International Assembly, London, 9 November 2018, p. 4.

Cf. also the categorisation by the IMO, which is based rather on the levels of automation, under 'I/1' *supra*.

24 See under 'IV/2' *infra*.

less be under the constant supervision and control, as determined through the computerised mechanisms, by the control unit and with an on-board team consisting mainly of technical people, preferably accompanied by qualified mariners to lend support where necessary.

The control unit receives and interprets all the data and depending on the circumstances, transmits the required commands back to the ship and guide her to her destination.

Artificial intelligence systems are not yet fully integrated, so these ships will not have independent decision-making capacity and in quite a number of situations will inevitably be operated from the control unit, especially when entering and leaving harbours, mooring and/or navigating through congested areas. Otherwise, ship will navigate by her computerised steering mechanisms which, understandably activated by certain type of elaborate and sophisticated software.

B. Automated Ship

This second category, with the integration of artificial intelligence components into computer systems, will have substantial decision-making capability and can complete certain demanding operations without human interaction, for instance, dynamic positioning or automatic berthing and be able to evade risk without assistance from the control centre.

The operations follow pre-programmed sequences and require intervention from the control centre if any unexpected events occur and only within the parameters determined by the software.

However, the control team will still hold the reins and keep the vessel under control in both pre-defined situations and under emergency; like, during adverse weather conditions, while mooring or passing through critical /risky areas.

There will be no personnel on board responsible for or involved with the navigation of the vessel.

C. Autonomous Ship

The third category represents, for the time being at least, the standard model of self-steering ship; equipped with developed artificial intelligence, having the capability to navigate without the guidance and support from the control centre.

The ship handles all situations by herself. She, through the support derived from the artificial intelligence software, can take necessary decisions and determine and adopt required actions by relying upon her own computer systems and most significantly through the integrated *collision avoidance sensors* and interconnected software. In more technical parlance, the ship will be equipped with full situational awareness, assessment and decision-making capacity.

All the data collected by the digital equipment on board the ship, are simultaneously relayed to the control centre, which continuously monitors the ship's operation.

The position of the control unit is reduced to *fall-back* function. Therefore, the control team merely monitors the ship and interferes only when entirely unforeseen emergency situation occurs and only as limited by the initial programming, i.e., within the parameters defined by the relevant software.

The artificial intelligence component is vitally important, since this shall be the factor that will enable the ship to become her own master as well as the main instrument "to educate" the ship towards becoming a master.

Actually, being equipped with the *state-of-the-art artificial intelligence* will be one of the distinguishing features of this category of self-steering ships[25]

II. SELF-*STEERING* SHIP *AS* SHIP[26]

Though I am of the opinion that self-steering ship could be welcomed as ship, still I have some *qualms*.

The majority view is quite positive on this issue and see no reason why an unmanned ship or MASS should not be treated and acknowledged as a ship as she is conventionally understood.

---

[25] See particularly KARA, Hacı, 'Gemilerde Yapay Zekâ Kullanımı ve Buna Dair Hukukî Sorunlar', 10 *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, 17-51 (2020).

[26] DEAN, Paul and CLACK, Henry, 'Autonomous Shipping and Maritime Law' in *New Technologies, Artificial Intelligence and Shipping Law in the 21st Century*, ed. by Baris SOYER and Andrew TETTENBORN, Informa Law from Routledge, Oxon 2020, pp. 67-89, 70-72 and 89.

The present author, also as the author of the compilation[27] that was referred to in foot-note number 2 on page 3 of the document titled "CMI International Working Group Position Paper on Unmanned Ships and the International Regulatory Framework", is quite aware of the fact that in **none** of the international conventions listed, description given for a ship includes ***crew*** as a defining factor or distinguishing element[28]. Moreover, some conventions did not even care to define the ship[29].

Nevertheless, several conventions contain provisions which indicate or strongly imply, that ship was not regarded as separate and isolated from human factor but on the contrary ships and humans were taken collectively to constitute one single unit, as the two faces of a coin.

It should not be an exaggeration to suggest that human element is instinctively acknowledged as embedded in ship or in other words unquestionably and categorically recognised that human element is incorporated with ship. It is indeed regarded as superfluous or even maybe contrary to common logic to think of adding the presence of human beings on-board as one of the conditions to be recognised as a ship.

But on the other hand, there are certain indications proving that it was felt necessary that this factor should be emphasised.

Several conventions include rules which show that ships shall be managed and navigated by human beings and such ships that do not have sufficient number of personnel with required rating shall not be allowed to sail[30].

Similar observations can be made with regard to national legislations.

Brazil, China and Croatia stated that the master is defined as a person on board the ship[31].

---

[27] "A Comparative Study on the Definition of Ship in 20 Key International Maritime Conventions", attached to the CMI Questionnaire of March 2016 on the Study Relating to Vessel Nomenclature.

[28] Same observation was also made by Måns JACOBSSON, see *Unmanned Ships - Legal Challenges*, Keynote Speech delivered at the 10th Conference on Shipping and Trade Law, Naples, 9 and 10 October 2019, p. 3.

[29] In the passing, let me mention that, I simply listed the articles in the conventions, but made no interpretation or comment on the role of the crew in determining whether an object is a ship or not.

[30] See for instance: UNCLOS art. 94, particularly 94/3-b, 94/b and c; SOLAS Ch. V, Reg. 14; The Hague Rules, art. 3/1-b; The Rotterdam Rules, art. 14/b. More generally see provisions on seaworthiness (*q.v.*).

French law is even more demanding: "*Tout engine flottant, construit and équipé ...*", "*Any floating craft built and manned …*"[32]; therefore indicating that floating devices may only be recognized as a ship if they have a crew.

I dare say that I do not find construing rules rather literally is much becoming for a truly legal approach; one should probe into the logic, spirit, essence of the provision under consideration. When regulating several aspects of maritime law, it is inconceivable that the physical/material object, small or big, invariably larger than any human being, could have been regarded as objects comparable to small toys, which can move about by themselves, cross the oceans, negotiate hazardous currents, pass through narrow and perilous straits without being guided by humans. Human element in shipping is not an ornamental piece of something that is kept on board for decorative purposes!

It is not important that human element was not given place in the clauses defining ship, some texts do not even define the ship itself.

Last but not least, let me remind that neither the conventions nor the national laws were drafted by taking into regard self-steering ships!

Therefore, while I may concede, that when the above referred to rules are interpreted purely literally, a methodology which I do not favour at all, human factor may not be taken as a distinguishing factor, or a determining element, for the definition of a ship; **I am, nevertheless, of the opinion, that when the spirit and essence -the *ratio legis*- of the numerous provisions in these conventions are taken into regard as a whole, presence of humans on board responsible to conduct and navigate should be regarded as a fundamental condition to qualify an object as a ship.**

We now have a completely novel object, the self-steering ship, indeed a revolutionary one, which is thought of, designed and being constructed to

---

[31] See "Summary of Responses to the CMI questionnaire 'www.comitemaritime.org/Unmanned Ships.html'".

[32] *Code des Transport* art. L.5000-2. See however VEAL, Robert and TSIMPLIS, Michael, "The Integration of Unmanned Ships into the *Lex Maritima*", in [2017] *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* pp. 303-335, 311, arguing whether "*équipé*" could refer to "*équipement*", *i.e.*, the material equipment necessary for steering and navigating and not to the crew, stating in the meantime that no case law is yet available to support either interpretation.

replace the conventional ship and perform the same functions. As it presently appears, this new object, in all respects, has all the properties of a ship, except from the involvement of the human element, *i.e.*, *the crew* in the conventional sense, in its operations. But then, this feature, namely the lack of crew, is precisely the instigating force of its development, *raison d'etre* of its presence.

Now therefore, it is the duty and the responsibility of the members of the legal profession to explore ways and means to find appropriate and acceptable solutions to bring self-steering ships within the orbits of the existing definitions and ensure their adaptability to various provisions regulating "ships" or otherwise make existing rules adaptable to this device.

It looks inevitable that this objective can only be achieved by international co-operation, through which national attempts shall be guided and encouraged.

To make clear and proper amendments in the relevant provisions of the existing conventions would of course be an apposite solution, however time consuming this should be.

Alternative option could be to come up with one single piece of statement, declaring that self-steering ships or unmanned ships shall also be covered by the term "ship" as well as "vessel" or "craft", as the case may be.

It is hereby submitted that, a *systemic* approach to the problem should be adopted, rather than a piecemeal study, canvassing each convention one by one.

But, for the time being, I dare say, one can forcefully allege that these vessels cannot be accepted and recognised as a ship.

III. SELF-STEERING SHIP AND SEAWORTHINESS

Seaworthiness is one of the delicate topics that requires close examination[33].

Seaworthiness is a condition mostly relevant to carriage of goods by sea and it is quite the focal point in the international conventions governing con-

---

[33] See particularly, CAREY, Luci, 'All Hands Off Deck? The Legal Barriers to Autonomous Ships' in *National University of Singapore, Centre for Maritime Law, Working Paper 17/06*, 4-10.

tracts of affreightment, although enough leeway is provided to diminish or exclude its effectiveness.

According to a generally accepted definition, which has also the merit of being quite comprehensive, a seaworthy vessel is one that is fit to meet and undergo the perils of the sea and other incidental risks, to which, of necessity, she must be exposed in the course of the voyage[34].

Seaworthiness is a contractual concept as well as a source of liability and to make the ship seaworthy is a contractual obligation of the carrier. Consequently, the carrier will be responsible for any damage caused by the unseaworthiness of the ship.

The term seaworthiness demarcates a 'three-pronged' concept and includes three different attributes of a ship, namely: Seaworthiness, voyageworthiness and cargoworthiness.

Speaking very briefly and pursuing the conventional approach, merely as an introduction to further analysis, the following outline should be in order:

i. *Seaworthiness*, in its narrow sense, refers to the physical stature of the vessel as a ship, relates to her structural strength, capacity to withstand the force / power of the see (a static criterion);

ii. *Voyageworthiness*, describes the capability of a ship to undertake a seavoyage, or if you will, simply to sail, having the necessary elements such as the ***crew***, propulsion mechanism, bunkers, navigational equipment, etc. (a dynamic criterion);

iii. *Cargoworthiness*, signifies the capability of the vessel to receive, protect, carry and deliver the cargo that will be transported. Unless the ship is fit enough to carry the goods to their destination properly and safely, she cannot be regarded as seaworthy. In other words, *uncargoworthiness will amount to unseaworthiness* (a commercial criterion).

---

[34] See in general, BARCLAY, Cedric, 'Technical Aspects of Seaworthiness' in [1975] *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* 3, 288-295; BAUGHEN, Simon, *Shipping Law*, 4th ed., London 2009, 88 *et seq.*; GIRVIN, Stephen, *Carriage of Goods by Sea*, 2nd ed., Oxford 2011, 384 *et seq.*; WHITE, Roger, 'The Human Factor in Unseaworthiness Claims in [1995] *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* 2, 221 *et seq.*

To remain within the limits of the study and discuss the subject from the standpoint of the relevant element, I would like to emphasise that the vessel must have adequate and efficient crew as required by the relevant rules, with proper rankings, starting, of course, with a qualified and certificated master and officers. Even an otherwise competent crew can be rendered incompetent by lack of necessary knowledge on certain characteristics of the ship or the cargo carried and consequently the ship becomes unseaworthy[35].

The Hague/Visby Art., III/1 (a) is quite specific on this point:

The carrier shall be bound before and at the beginning of the voyage, to exercise due diligence to …

(a) …

(b) properly man, … the ship

(d) …

The obligation to properly man the ship has both qualitative and quantitative connotations. Besides employing master, officers and crew with proper rating and certificates, their numbers must comply with the applicable rules and regulations[36].

Seaworthiness can rightly be regarded as the 'first/initial' duty of the carrier in the performance of the contracts for the carriage of goods by sea, unless of course exempted either by a rule of law or contractually.

With regard to **un**manned ships, the 'name' sounds discouraging enough, to say the least! To claim that a ship is seaworthy without a crew!

There are views to the effect that the control centre will replace the bridge and its personnel will replace the crew. With due respect to my colleagues, I am not of the opinion that such a proposition is tenable. I shall deal separately with the legal statuses of both the control centre itself and the personnel that will be employed there.

---

[35] *Papera Traders Co. Ltd.* v. *Hyundai Merchant Marine Co. Ltd.* (The "Eurasian Dream") [2002] 1 Lloyd's Rep. 219, where the Court found that "Eurasian Dream" was not properly manned, as the master and crew were not competent regarding the vessel and fire equipment. See also *Standard Oil Co of New York v Clan Line Steamers Ltd*, (1923-24) 17 Ll. L. Rep. 120.

[36] *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading*, 23rd ed. by Sir Bernard EDER, *et al*., London 2015, p. 134; see also *The Heinz Horn* [1970] 1 Lloyd's Rep. 191 (American case, US 5th Cir. CA).

Self-steering ship will, as to my present information, look like conventional ships; but she shall not have a *bridge*. The bridge is the nerve centre of a ship, but it will be removed, severed from the main body and installed somewhere else, probably miles and miles away.

Could it be easily conceivable to accept that the main control unit of navigation is located somewhere else?

There is a construct which can be accepted as a ship floating on the sea and is able to steer and navigate herself and another construct located somewhere on the land from which the self-steering construct is kept under control to ensure that everything goes on as planned, or rather as "programmed" in the particular technical meaning of the word and understandably will interfere if and when something goes wrong. Apparently, but rather in an odd way, they are related to each other and ostensibly constitute one unit, *the ship*!!

The question then will be how to determine the seaworthiness of the ship?

To be rather brief, I would like to look into more practical points.

What will a surveyor do when he was given the task of inspecting a self-steering ship?

The first hurdle would be how to board her? There will not be hands about to welcome him and show him around! Anyway, where to look? No bridge, no navigational equipment, no master, no chief engineer, no crew!!

As I have already stated, self-steering ships will have two separate components or modules. The sea component or module and the land component or module. The conventional looking module will still be on the sea, the other module, the control centre *i.e.*, the one actually containing the nerve centre itself, the command post, shall be on the land.

Let us, on the other hand, assume for a brief moment that the control centre is regarded as replacing the bridge and therefore constituting an extension of the ship.

The logical conclusion will then be, to accept that the control centre itself should also comply with the rules and norms of seaworthiness and be subject to inspection for seaworthiness.

By analogy, I imagine that the first items that the surveyor would need to check will be the main structure of the building, i.e. the physical features, for instance the walls, the roof... But, definitely the telecommunication systems should be inspected.

Based on the foregoing and without much fancying, it is submitted that, looking at the picture solely from the perspective of the ship herself, there is no doubt that self-steering ships cannot be accepted as seaworthy vessels.

Even only taking into regard the foregoing it is apparent that, whether we accept that the control centre replaces the bridge and therefore the personnel will be treated as the crew or not, the rules and criteria on seaworthiness will have to be re-written entirely, by taking into regard the reality of the inevitable existence of these two separate but -again- inevitably closely related constructs and not only by the people from the shipping world but together with the people from the computer world and apparently by taking counsel from architects and civil engineers.

IV. CONTROL CENTRE / CONTROL UNIT

1. Terminology

Although I occasionally used the terms *Shore-Based Control Centre* or *Land-Based Control Unit* and similar ones, I, now, prefer to use the simple version *Control Centre* or *Control Unit*.

Because:

i. Shores are expensive places, suitable plot of land on the seaside would require substantial capital and entrepreneurs do not enjoy investing much money. The best they would look for would be a couple of square meters in a God-forsaken place.

ii. Control services, technical support can also be conducted/performed from a facility installed on a ship and such ship may be stationary or moving; may be inside territorial waters or out of them; it may even not be qualified as a ship, since a barge, with proper accommodations may be used.

2. Legal Status[37]

As I have already explained under 'I/2' above, the self-steering ship, as a concept, will consists of two parts, or two components. One, the vessel itself, on the sea and the other, the control centre, on land or could also be on a ship[38].

The control centre will neither be a part nor an extension of the ship and should never be regarded as a unit replacing the bridge. Control centres shall also not qualify as forming an "integral part" of a ship, nor as one of the "accessories".

Control centre will be a building constructed on a plot of land. It will be subject to the local laws governing the status of immovable property, as well as the municipal rules concerning the construction and maintenance of, including the required permits and authorisations for, buildings; it will, in short, be subject to local rules starting from the drawing of the plans to its eventual demolishing.

Ownership / buying / selling / renting / leasing / mortgaging / arresting / confiscating will be governed by the relevant local rules. Therefore, the control centre and the ship could, most probably, be subject to different national laws. Consequently, they will be registered to different registers: Ships to ship register and the control centre to land register, or to any official log for the entry of information on immovable property.

The control centre shall, throughout its life, remain subject to the local laws; while the ship may change her nationality and flag, even, speaking theoretically, couple of times, again speaking theoretically, each day!

In case the facility was installed on a ship, it will be a part/component of that ship and will be subject to the law of the flag of that ship and may also change nationality every now and then! But still shall not be an extension of the ship which it keeps under control and supervision.

---

[37] For the purposes of this article, I will take the control centre as owned and operated by the shipowner. There may be alternative solutions, which however deserves separate and lengthy studies.

[38] This ship will normally be another ship, but it looks conceivable that the control centre could be installed on the ship it controls. I may discuss this alternative separately, but for the time being I would like to say, in such a case the legal statuses of both the control centre and the personnel working there would change.

Based on the foregoing, I would like to dwell on some points, rather very briefly for the time being, but which actually would deserve in-depth analysis.

i. Title on the assets involved

It looks highly likely that these two assets, *i.e.* the ship and the control centre will, necessarily, be subject to different legal regimes as regards ownership. Therefore, the transfer of title on the ship will not, automatically, entail the transfer of the title on the control centre to the new shipowner; nor, understandably, the sale of the control centre will cause also the ownership on the ship pass to the new owner of the control centre.

Unless, of course, a particular provision in an applicable law provides otherwise.

ii. Arrests and Seizures

Similarly, the control centre may not be subject to arrest or seizure for the claims arising out of damages caused by the ship and *vice-versa* the ship will be immune from arrest or seizure by the creditors of the debts incurred for the control centre[39].

However, one may argue that, where a damage by the ship was caused while she was being steered by the control centre, especially during the period she was under direct remote control, claims could be directed towards the control centre[40].

iii. Employment Conditions

The personnel working in the control centre, as I have already indicated, shall be subject to local rules as regards conditions of employment. But those that may, for different purposes, be working on board the self-steering ship, will be regarded as crew and therefore be subject to rules governing the conditions of the seafarers. Although it could be suggested that, the personnel responsible for the computer systems, telecommunications facilities and the like, may not be looked upon as belonging to the crew.

---

[39] It is extremely doubtful whether the rules for the of *ships*, like "1993 Convention on Maritime Liens and Mortgages" and "1999 Arrest Convention" could be applicable.

[40] I admit that this submission may give rise to rather vexatious problems: Supposing the self-steering ship will not be recognised as a ship and the control centre is anyhow not a ship.

iv. Vicarious Liability

Speaking generally, the employer of the personnel working in the control centre, shall be vicariously liable for the damages caused by its employees.

I took the rather regular arrangement and assumed that the control centre is owned by the shipowner and the personnel working there are its employees.

In case the control centre is staffed by a third person, such as an independent contractor as it would be the case if the services were outsourced, then such third-party contractor should bear vicarious liability; unless of course the shipowner is still held liable pursuant to the applicable rules.

Allow me to repeat that the employment conditions, including of course those governing the vicarious liability are subject to applicable local rules.

3. The Personnel (Controllers) Employed in the Control Centre[41]

A. In General[42]

The personnel / controllers who are employed in the control centre shall not qualify as crew and shall definitely not be seafarers. They may not even see the sea from where they are working.

Seafarers are persons who work in ships on the sea and earn their money by suffering the risks, perils, shortcomings of the sea. To the extent it concerns their conditions of employment, they will be subject to the laws of the flag, which is liable to change depending on the will of the shipowner.

The controllers will sit in their offices[43] and shall be subject to the local labour/employment laws, starting with work hours, as well as those governing taxes, retirement, insurance, collective bargaining, strike and lock-out. Their position will be quite comparable to other personnel employed in the

---

[41] For the purpose of this article, I will assume that the personnel working in the control centre are employed by the shipowner.

[42] See on the subject, VEAL, Robert/TSIMPLIS, Michael/SERDY, Andrew, 'The Legal Status and Operation of Unmanned Maritime Vehicles' in 50: 1 *Ocean Development & International Law* 23-48.

[43] I cannot prophecy how *posh* will they be! But it is highly likely that the controllers will be able to find homes nearby so that they can easily commute to work.

offices of the shipowner, like for instance, accountants, naval architects, brokers, booking-officers, etc.

The personnel employed in the control centre, will not steer/navigate the ship, the ship will, by definition, steer herself. The concept of the project, the design of the model as a whole, was based on one major, fundamental premise: Ship and human are separated from each other. This is the distinguishing/defining element of the entire scheme. Based on this logic, recognising the controllers as seafarers will defeat the main underlying conception of self-steering ship.

The self-steering ships will be only under the "control/supervision" of the control centre, but shall not, as a rule, navigated by the personnel in the control centre; the vessel will navigate with the aid of computer systems, relying upon also the communication network and supported by the artificial intelligence. The centre will interfere and take command only in accordance with and within the parameters allowed by the relevant software. This condition means that the controllers will not have the initiative that the seafarers, starting understandably with the master, have and indeed must have.

Hence one more reason why such personnel cannot be regarded as seafarers.

The situation may be different, if the control centre was installed on board a ship. The controllers may, arguably, be regarded as seafarers since they will be working on board a ship, although they will not be actively engaged with the typical duties performed in ships; provided of course this object qualifies as a ship under the applicable rules. But they will definitely not qualify as the crew of the ship (s) they keep under control.

B. Controllers As Seafarers

Admittedly, there are quite a number of propositions put forward by eminent scholars, to the effect that the control centre will replace the bridge and the personnel working in the centre shall replace the crew or rather the functions and responsibilities of the ship master shall be taken over by a person assigned to this position.

To be more precise, I should say there shall be no need for crew and there will be only one person to be replaced, the *master*; or at the most a first officer to assist the *master*, or who should, within the context popularly envisioned, better be called a *co-master*!!

There are further propositions to the effect that one person will be in charge of more than one ship.

This means, there will be one master commanding more than one ship and several ships under the command of one master … Well not exactly, since the -surrogate- *masters* will, most likely, be working in shifts, probably three per day, so each of such several ships will have three masters, alternating every eight hours, as it is most common in work schemes[44].

I dare say, I do not think that this proposition is either feasible or applicable.

First of all, such an arrangement shall be in total contravention of all the provisions contained in numerous conventions regulating the status of the master. I shall not go over them one by one but refer to various studies and publications dealing with the standing, position, duties and obligations of the masters[45].

I do not think, nor can I imagine that somebody sitting in front of screens, gadgets, tools could precisely, properly and as required assess what is going on miles and miles away and decide what to do; I cannot even dream that somebody can correctly and accurately realise the correct situation without feeling how the floor underneath is reacting, without feeling the listings, rollings, etc.

For the time being and within the present legal framework, I do not think that rules in international conventions provide support for such an arrangement

What I have already said above concerning both the control centre and the controllers should be sufficient for the moment and therefore I see no need to repeat my views on this subject.

---

[44] See for an extensive study on the subject, BAUGHEN, Simon, 'Who is the Master Now? - Regulatory and Contractual Challenges of Unmanned Vessels' in *New Technologies, Artificial Intelligence and Shipping Law in the 21st Century*, ed. by Baris SOYER and Andrew TETTENBORN, Informa Law from Routledge, Oxon 2020, pp. 129-147.

[45] See for instance, CAREY, Luci, 'All Hands Off Deck? The Legal Barriers to Autonomous Ships' in *National University of Singapore, Centre for Maritime Law, Working Paper 17/06*, 4-10, 16-22; CHWEDCZUK, Michal, 'Analysis of the Legal Status of Unmanned Commercial Vessels in U.S. Admiralty and Maritime Law' in 47 *Journal of Maritime Law and Commerce* 2, 123-169, 131 *et seq.* 139-141; VEAL, Robert and TSIMPLIS, Michael, "The Integration of Unmanned Ships into the *Lex Maritima*", in [2017] *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* pp 303-335, 317-323.

V. LIABILITY

Now, the core topic, indeed in all matters related to law or involving law[46].

Before going any further, I would like to emphasise that the general conditions for liability, especially the existence of damage and the causality must materialise, and I find it superfluous to discuss what is common knowledge on this subject.

First of all, concise information on the categories of liability, as relevant for the subject and in a practical presentation:

1. Nature of Liability

A. Contractual Liability

This is the category of liability arising from an existing contract, like for instance from a contract of carriage between the carrier and the shipper or charterer, as the case may be.

It looks like there should be no particular problem, where the carrier uses a self-steering ship in the performance of the contract of carriage, unless of course the relevant contract, or otherwise applicable rules, bar the carrier from using this type of ship. In such a case, the liability of the carrier will be based on the breach of contract.

A contract binds the parties to it and the parties cannot direct to third parties, i.e. any party other than the contractual one, claims arising from the contract, even though the alleged damage was caused by such other party, in which case the rules applicable to tortious damage will apply.

However, there may be cases, where a third party (or parties) may be deemed as the contractual party and claims arising from a contract can be directed to him (or them) also, like for instance a guarantor or a former endorser.

B. Tortious Liability / Non-contractual Liability

Liability arising out of tort allows the person who has suffered a damage / loss, claim redress / compensation from the person who has caused the damage. In this case, there exists no contractual relation between the two parties.

---

[46] Insurance is the 'crutch' for liability; see on the subject BUĞRA, Ayşegül, 'Insuring Remotely Operated Vessels: Tempestuous Waters for Hull Underwriters' in *National University of Singapore, Centre for Maritime Law, Working Paper 19/08*, 1-35.

There may be cases, where a damage caused during the performance of a contract, may also be characterised as a tortious damage. Depending upon the applicable rules to such a case, the claimant may choose between the provisions governing contract liability or tortious liability.

C. Liability Based on Fault

Under the principle of liability based on fault, one can be held liable for a damage, only if the damage was caused through his fault. The claimant must prove the existence of fault and the causal link between the damage and the event alleged to have caused the harm.

Fault may materialise either as an intentional misconduct or negligence.

D. Strict Liability / Liability Without Fault

This principle is also called objective or strict liability.

Where the applicable rules provide for liability without fault, the claimant will only have to prove the causal link between the damage and the event alleged to have caused the harm.

E. Vicarious Liability

This category of liability may simply be called "Liability of the Employers" for the damages caused by their employees; or in more popular parlance, "Liability of the Boss".

An employee is, almost universally, defined as the person who works pursuant to a contract of employment -or contract of labour- and discharges his duties under the instructions and supervision of the employer and from whom he receives, directly or indirectly, his salary and whatever else are due to him under the conditions of employment.

Members of the crew are, by definition, employees of the shipowner. They may be employed by the disponent owner (*owner pro hac vice*), *i.e.* the operator, which is usually the case in bare-boat charters or charters with demise[47]. However, it is common knowledge that today there are several arrangements regarding the employment of the seafarers. Therefore, determining who should be held vicariously liable for the damages inflicted by a member of the crew may turn up as a riddle in quite a number cases.

---

[47] The relevant factor is not whether these may be the same persons who were previously employed by the shipowner, but who pays their salaries and empowered to give instructions.

However, these two criteria could be used to determine the respective statuses of the parties and also the legal nature of the relation between them:

i. Under whose instructions and supervision are the members of the crew working, in other words who has the power and authority to give instructions to them and impose sanctions and penalties prescribed in the contract and available under the applicable law, and

ii. Who pays, directly or indirectly, what are due to the crew, in other words, out of whose pocket ultimately comes the money paid to them.

Such party would be the employer, unless of course the law applicable to the relation between them specifies otherwise and requires some other conditions.

While one may suggest that it is almost a universal rule that employers are vicariously liable for the damages caused by their employees, there are also quite a number of differences between domestic legal systems regulating employment relations, defining basic concepts, especially the rights and obligations of the parties together with their respective responsibilities.

Therefore, such national rules, to the extent they are applicable, must be consulted to determine the conditions and scope of the vicarious liability of the shipowner in each individual case.

No need to mention that the employment relation and therefore who to hold vicariously liable in each individual case depends on the law applicable to the contract of employment[48].

F. Limited Liability

The universal principle regulating reparation of damages is *compensation in full* or *full restitution*, in more scholarly parlance, *restitutio in integrum*. Payment of full compensation for the loss sustained.

However, due certain reasons, which are usually more of political nature, in some cases the person liable is not compelled to pay the whole amount he should otherwise would have to pay, to compensate the damage

---

[48] See for an in-depth analysis of the subject, SOYER, Baris, 'Autonomous Vessels and Third-Party Liabilities - The Elephant in the Room' in *New Technologies, Artificial Intelligence and Shipping Law in the 21st Century*, ed. by Baris SOYER and Andrew TETTENBORN, Informa Law from Routledge, Oxon 2020, pp. 105-115.

inflicted, by him -or by his employees-, but is allowed to pay a sum that is determined by particular rules.

2. Present Situation Regarding Self-steering Ships

For the time being there are no rules regulating liability for the self-steering ships. There are several propositions on various aspects of the problem, all of them scholarly indeed and of much value, but nevertheless requiring lengthy debates[49].

In the following I will try to look into the matter from the perspective of 1976 London Convention (*LLMC*) but, understandably, only within a limited scope.

The Convention lays down rules for the limitation of liability of "shipowners", however not only the shipowners in the strict sense of the term but includes some other 'actors' involved in the maritime trade too and enlarges the scope of protection afforded, seemingly in principle to shipowners, to such other actors, named and defined in art. 1 (2). Accordingly, charterers, managers and operators are also covered by the principle of limited liability[50].

But the fundamental condition for the application of the Convention is that, the person entitled to limit its liability, must be either the owner or charterer or manager or operator of a **seagoing ship**[51] (arts. 1(2) and 15(1).

---

[49] See particularly *CMI International Working Group Position Paper on Unmanned Ships and the International Regulatory Framework*, https://comitémaritime.org/work/unmanned-ship.

See further JACOBSSON, Måns, 'What Challenges Lie Ahead for Maritime Law?' in 8 (2020) *Maritime Law in Motion - World Maritime University Studies in Maritime Affairs*, pp. 14-21; JACOBSSON, Måns, 'Unmanned Ships - Legal Challenges' *Keynote Speech* delivered at the 10th Conference Shipping and Trade Law, Naples 9 and 10 October 2019; VEAL, Robert and TSIMPLIS, Michael, "The Integration of Unmanned Ships into the *Lex Maritima*", in [2017] *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* pp 303-335

[50] I do not think it is appropriate to define each of these actors here, but instead refer the reader to GRIGGS, Patrick/WILLIMAS, Richard/FARR, Jeremy, *Limitation of Liability for Maritime Claims*, Informa Professional, 4th ed., London 2005, 7-17; GUTIEREZ, Norman A. Martinez, *Limitation of Liability in International Maritime Conventions*, Routledge, Oxon 2011, 22-35; REYNOLDS, Barnabas W.B. and TSIMPLIS, Michael N., *Shipowner's Limitation of Liability*, Kluwer Law International 2012, 27-43; WILLIAMS, Richard, 'Problematical Areas in the Current Global Limitation Regime' in *Liability Regimes in Contemporary Maritime Law*, Rhidian THOMAS (ed.), Informa Law, London 2007, 279-288; WILLIAMS, Richard, 'Limitation of Liability: Recent Developments in the United Kingdom and other Common Law Jurisdictions' in *Maritime Liabilities in a Global and Regional Context*, Baris SOYER and Andrew TETTENBORN (eds.), Informa Law 2019, 132-155, 142-146

[51] See Art. 15 (2) (a) for the option allowed to State Parties concerning ships for inland waterways.

The "seagoing ship" was not defined in the Convention, therefore it will be determined by the law applicable to each particular dispute. Where a foreign element is involved, like for instance the nationality of the parties, the court -or the arbitrator, as the case may be-, will look at the conflict of laws rules first. If the applicable law does not recognise the object in question as a seagoing ship, the Convention will not apply and the relevant provisions of the law applicable shall govern the case[52] and the parties may end up with the application of rules regulating the regime of ordinary movable property, *i.e.*, chattels.

The purpose of the 1976 Convention, like the two previous Brussels Conventions (1924 and 1957), is to protect the interests of the parties venturing into and hazarding their financial resources in maritime trade. The first typical actor is, undoubtedly the shipowner. Next, two comparable stakeholders, *i.e.*, the charterer and the operator, in fact in conjunction with the shipowner, were looked upon also as parties exposed to substantial risk[53]. The ship manager was regarded as kind of *alter ego* of these three actors and also afforded the same protection[54].

Art. 1 (4) allows the persons for whom the parties defined in art. 1 (1) and (2) are vicariously liable, limit their liability also. Therefore, only such persons that are employed by either the shipowners or operators or charterers or managers may be entitled to limit their liability if sued instead of or alongside their employers.

Any other person, regardless of in which capacity he works or provides services for the parties referred to in art. 1 (1) and (2) will not be entitled to limit his liability. To be more precise, art. 1 (4) is only applicable for such persons who are employed by either the shipowners or operators or charterers or managers and for whom such employers are held vicariously liable.

---

[52] I should also add that, there are no universally agreed definitions for the terms shipowner, charterer, operator, manager; therefore, quite often disputes materialise concerning the application of the Convention with regard to the meaning attributable to these terms in different legal systems.

[53] The main risk in maritime trade is that the investors are not able to keep under control and supervise their investments directly, but on the contrary quite often remain parted from their assets for long periods. Regardless of the huge developments in worldwide communication systems, still a shipowner may not know what the master is doing at any particular time and place or when and where some creditors may pounce on the ship.

[54] For the sake of brevity, I did not include the 'salvor'.

But again, art. 1 (4) covers only such employees, whose employers own either a seagoing ship or operates a seagoing ship or is a charterer of a *seagoing ship* or a manager of a *seagoing ship*[55] and maybe held liable for the damages they cause.

In other words, where the employer itself was not one of the persons who are entitled to limit its liability pursuant to art. 1 (1) and (2) and does not own or operate or manage a seagoing ship, then its employees will also not be entitled to limit their liability.

It looks like the horizon is overcast and the future appears rather gloomy: For the *LLMC* to apply and provide ground for the application of limited liability rule, first of all the self-steering ship ought to be recognized as a ship …

[55] The author begs forgiveness for this, seemingly unnecessary, repetition.

SELECT BIBLIOGRAPHY

BAUGHEN, Simon, 'Who is the Master Now? - Regulatory and Contractual Challenges of Unmanned Vessels' in *New Technologies, Artificial Intelligence and Shipping Law in the 21st Century*, ed. by Baris SOYER and Andrew TETTENBORN, Informa Law from Routledge, Oxon 2020, pp. 129-147.

BUĞRA, Ayşegül, 'Insuring Remotely Operated Vessels: Tempestuous Waters for Hull Underwriters' in *National University of Singapore, Centre for Maritime Law, Working Paper 19/08*, 1-35.

CAREY, Luci, 'All Hands Off Deck? The Legal Barriers to Autonomous Ships' in *National University of Singapore, Centre for Maritime Law, Working Paper 17/06*, 4-10.

CHWEDCZUK, Michal, 'Analysis of the Legal Status of Unmanned Commercial Vessels in U.S. Admiralty and Maritime Law' in 47 *Journal of Maritime Law and Commerce* 2, 123-169.

DEAN, Paul and CLACK, Henry, 'Autonomous Shipping and Maritime Law' in *New Technologies, Artificial Intelligence and Shipping Law in the 21st Century*, ed. by Baris SOYER and Andrew TETTENBORN, Informa Law from Routledge, Oxon 2020, pp. 67-89.

DEKETELAERE, Pol, *The Legal Challenges of Unmanned Ships*, Universiteit Gent, 2017.

EDER, Sir Bernard, *Inaugural Francesco Berlingieri Lecture: Unmanned Vessels-Challenges Ahead*, delivered on the occasion of Comité Maritime International Assembly, London, 9 November 2018

GRIGGS, Patrick/WILLIMAS, Richard/FARR, Jeremy, *Limitation of Liability for Maritime Claims*, Informa Professional, 4th ed., London 2005, 7-17; GUTIEREZ, Norman A. Martinez, *Limitation of Liability in International Maritime Conventions*, Routledge, Oxon 2011, 22-35.

HOOYDONK, Eric van, "The Law of Unmanned Merchant Shipping - an Exploration", in 20 *Journal of International Maritime Law* 3, pp. 403-423.

HOOYDONK, Eric Van, 'The Law of Unmanned Shipping - An Exploration' in 20 *Journal of International Maritime Law*, 403-423.

JACOBSSON, Måns, 'What Challenges Lie Ahead for Maritime Law?' in 8 (2020) *Maritime Law in Motion - World Maritime University Studies inMaritime Affairs*;

JACOBSSON, Måns, 'Unmanned Ships - Legal Challenges' *Keynote Speech* delivered at the 10th Conference Shipping and Trade Law, Naples 9 and 10 October 2019.

KARA, Hacı, 'Gemilerde Yapay Zekâ Kullanımı ve Buna Dair Hukukî Sorunlar', 10 *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, 17-51 (2020).

REYNOLDS, Barnabas W.B. and TSIMPLIS, Michael N., *Shipowner's Limitation of Liability*, Kluwer Law International 2012, 27-43.

SOYER, Baris, 'Autonomous Vessels and Third-Party Liabilities - The Elephant in the Room' in *New Technologies, Artificial Intelligence and Shipping Law in the 21st Century*, ed. by Baris SOYER and Andrew TETTENBORN, Informa Law from Routledge, Oxon 2020, pp. 105-115.

VEAL, Robert/TSIMPLIS, Michael/SERDY, Andrew, 'The Legal Status and Operation of Unmanned Maritime Vehicles' in 50: 1 *Ocean Development & International Law* 23-48, 23.

VEAL, Robert/RINGBOM, Henrik, 'Unmanned Ships and the International Regulatory Framework' in 23 *Journal of International Maritime Law* 2, 100-118, 101

VEAL, Robert and TSIMPLIS, Michael, "The Integration of Unmanned Ships into the *Lex Maritima*", in [2017] *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* pp 303-335;

WILLIAMS, Richard, 'Problematical Areas in the Current Global Limitation Regime' in *Liability Regimes in Contemporary Maritime Law*, Rhidian THOMAS (ed.), Informa Law, London 2007, 279-288.

WILLIAMS, Richard, 'Limitation of Liability: Recent Developments in the United Kingdom and other Common Law Jurisdictions' in *Maritime Liabilities in a Global and Regional Context*, Baris SOYER and Andrew TETTENBORN (eds.), Informa Law 2019, 132-155, 142-146.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2020; 2: 1381-1435

SÖZLEŞMEYE AYKIRILIK HALİNDE TBK M. 58/I HÜKMÜNCE TÜZEL KİŞİ LEHİNE HÜKMEDİLECEK MANEVİ TAZMİNAT BORCUNUN DOĞUMU İÇİN ARANAN ŞARTLAR(*)

Dr. Öğr. Üyesi Müge ÜREM(**)

Öz: Bu çalışmanın konusunu, sözleşmeye aykırılık halinde TBK m. 58/I hükmü gereğince tüzel kişi lehine hükmedilecek manevi tazminat borcunun doğumu için aranan şartlar oluşturmaktadır. Günümüzde sözleşmeye aykırılık halinde özellikle tüzel kişiler tarafından çoğu kez maddi tazminat talebi yanında artık manevi tazminat talebine de yer verilmektedir. Söz konusu uyuşmazlıkların çözümü açısından bu kapsamdaki manevi tazminat taleplerinin kabul edilmesi için aranan şartların irdelenmesi önem taşımaktadır. Bu kapsamda çalışmada, tüzel kişilerin kişilik hakkının kapsamı ile manevi zarar ve manevi tazminat kavramları belirtilerek sözleşmeye aykırılık halinde kişilik hakkı zedelenen ve manevi zarar gören tüzel kişi lehine hangi şartlar altında manevi tazminata hükmedilebileceğinin tespit edilmesi amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Manevi Zarar, Manevi Tazminat, Sözleşmeye Aykırılık, Kişilik Hakkı, Tüzel Kişilerin Manevi Tazminat Talebi.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 01.10.2020. Makale Kabul Tarihi: 15.12.2020.

(**) Maltepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı (ORCID kimlik no: 0000-0002-4143-5575; *mugeurem@maltepe.edu.tr*).

CONDITIONS OF APPLICABILITY OF NON-PENUCIARY DAMAGES FOR JUDICIAL PERSONS IN CASE OF CONTRACTUAL NON-COMPLIANCE

Abstract: This paper examines the conditions of applicability of non-pecuniary damages in favour of juridical persons in case of contractual non-compliance. Nowadays juridical persons often ask for non-pecuniary damages in additon to the pecuniary damages in the event of contractual non-compliance. For the settlement of such disputes, it is important to address required conditions to award non-pecuniary damages. Therefore, this paper aims to examine the scope of personal rights of juridical persons and the concepts of pecuniary and non-pecuniary damages as well as the question of under what conditions a juridical person, whose personal rights are injured as a consequence of contractual non-compliance, and hence, who requests such damages, could be awarded damages.

Keywords: Moral Damage, Non-Pecuniary Damages, Breach of Contract, Personal Right, Non-Pecuniary Damage Claim of the Legal Entity.

GİRİŞ

Hukuk düzeninde hak sahibinin kişilik hakkının zedelenmesinin yarattığı olumsuz sonuçların ortadan kaldırılmasını ya da azaltılmasını sağlayacak tazminat taleplerinin düzenlenmesi gereklidir[1]. Dolayısıyla kişilere hak sahibi olabilme ve borç altına girebilme ehliyetini tanıyan hukuk düzeni, aynı zamanda kişiliği koruma fırsatı da sunmuş olup manevi tazminat, kişilik hakkının etkin şekilde korunmasında önemli bir rol oynamaktadır[2].

Kişilik hakkı hem kamu hukuku hem de özel hukuk alanında korunmuş olup örneğin Anayasa hükümlerinde[3], idare hukuku hükümlerinde[4], suç teş-

---

1 HELVACI Serap, **Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar,** 8. Baskı, Beta, Ankara, 2001, s. 180, 185.

2 GENÇ ARIDEMİR Arzu, **Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat,** On İki Levha, İstanbul, 2008, s. 78.

3 Örneğin Anayasa m. 12/I hükmünde herkesin, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu; m. 17/I hükmünde ise herkesin, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir.

4 Örneğin Kişisel Verilerin Korunması Kanunu m. 6(2) hükmünce özel nitelikli kişisel verilerin, ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenmesi yasaktır.

kil eden tecavüzlere karşı ceza hukuku hükümlerinde[5] ya da Türk Medeni Kanunu'ndaki temel düzenlemeler olan m. 23 ve 24, Türk Borçlar Kanunu m. 56 ve 58 hükümlerinde bu korumanın düzenlenmiş olduğunu görmekteyiz.

TMK m. 23 hükmü[6], hak sahibi tarafından vazgeçilmesine ya da aşırı sınırlanmasına karşı kişilik hakkını korurken TMK m. 24 hükmünde[7] ise kişinin hukuka aykırı saldırılara karşı hâkimden koruma talep edebileceği düzenlenmiş; TMK m. 25 hükmünde de kişilik hakları hukuka aykırı bir şekilde saldırıya uğrayan kişiye tanınan dava hakları düzenlenmiştir. Çalışma konumuzu oluşturan ve bir diğer temel düzenleme olan TBK m. 58/I hükmünde ise kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören kimsenin, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilmesine imkân sağlanmıştır.

Türk Borçlar Kanunu'nda sözleşmeye aykırılık halinde manevi zarara uğrayan kişinin manevi tazminat talep edebileceği açıkça düzenlenmemiş olsa da TBK m. 114/II hükmünde haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerine de uygulanacağı düzenlendiğinden manevi zararın tazmininin de bu kapsamda istenebileceği kabul edilmektedir[8]. Tüzel kişilerin manevi tazminat talep edip edemeyeceği tar-

---

5 Örneğin TCK m. 134(1) hükmünce kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlal eden kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Gizliliğin görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle ihlal edilmesi halinde verilecek ceza bir kat artırılır.

6 TMK m. 23 hükmü kapsamındaki ayrıntılı inceleme için bkz. KARABAĞ BULUT, Nil, **Medeni Kanunun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi**, On İki Levha, İstanbul, 2014.

7 Bir görüşe göre hükümde "*zedelenen*" yerine "*ihlal edilen*" ifadesi kullanılmalıydı. Bkz. HATEMİ Hüseyin, **Kişiler Hukuku**, 7. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2018, § 8, N. 9.

8 OSER Hugo/SCHÖNENBERGER Wilhelm, **Zürcher Kommentar, Bd. V: Das Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Art. 1- 183 OR**., 2. Auflage, Schulthess, Zürich, 1929, Art. 99, N. 14; BECKER Hermann, **Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen Art: 1-183, Berner Kommentar, VI/I,** Staempfli, Bern, 1945, Art. 49, N. 12; von TUHR Andreas/PETER Hans, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I,** 3. Auflage, Schulthess, Zürich, 1974, s. 127; von TUHR Andreas/ESCHER Andreas, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II,** Schulthess, Zürich, 1974, s. 103; HONSELL/VOGT/ WIEGAND, Art. 49, N. 4; KOLLER Alfred, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil,** 4. Auflage, Stämpfli, Bern, 2017, N. 46.64; INDERKUM Matthias, **Schadenersatz, Genugtuung und Gewinnherausgabe aus Persönlichkeitsverletzung Art. 28a Abs. 3 ZGB**, Universität, Freiburg, 2008, N. 381; SCHWENZER Ingeborg, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 7. Auflage, Stämpfli, Bern, 2016, N. 17.03; MÜLLER Christof, **Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (Herausgeber Andreas Furrer, Anton K. Schnyder)**, 3. Auflage,

tışmalı olmakla birlikte hukuk düzeninin tüzel kişileri hukuk süjesi olarak tanıdığına ve onlara ad, şeref ve itibar gibi kişisel varlıklar bahşedilmiş olduğuna göre kişisel varlıklara yapılan saldırı sebebiyle elem ve ızdırap duymayacaklarından söz edilerek tüzel kişilerin manevî tazminat davası açamayacaklarını kabul etmek, kanun koyucunun amacına aykırı düşmektedir; şöyle ki TMK ve TBK, yalnız gerçek kişilerin değil, aynı zamanda tüzel kişilerin de kişisel haklarını korumaktadır. Tüzel kişilerin kişilik haklarının zedelenmesi durumunda toplum nazarında itibar, onur, saygınlık, ekonomik bütünlük gibi değerlerin kaybı oluşabildiğinden doktrin ve Yargıtay tarafından yaygın olarak benimsenen ve katıldığımız görüş, gerçek kişilere özgü olanlar dışında kalan kişilik haklarında tüzel kişilerin de manevi zarara uğrayabileceği ve manevi tazminat talebinde bulunabileceği yönündedir[9].

Schulthess, Zürich, 2016, Art. 49, N. 15; LANDOLT Hardy, **Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Zweite Lieferung, Art. 45-49 OR, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR**), **Zürcher Kommentar Band/Nr. V/1c/2** (**Herausgeber Peter Gauch, Jörg Schmid)**, 3. Auflage, Schulthess, Zürich, 2007, Art. 49, N. 15; TANDOĞAN Halûk, **Türk Mesuliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet),** 1. Basıdan Tıpkı Baskı, Vedat, İstanbul, 2010, s. 424; GÜRSOY Kemal Tahir, "Manevi Zarar ve Tazmini", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 30/1,** 1973, (ss. 7-56), s. 12; OĞUZMAN, M. Kemal, "İsviçre ve Türkiye'de Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda Şahsiyetin Hukuka Aykırı Tecavüze Karşı Korunması ve Özellikle Manevi Tazminat Davası Bakımından Yapılan Değişiklikler", **Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1990, (ss. 7-53), s. 41; TEKİNAY Selahattin Sulhi / AKMAN Sermet / BURCUOĞLU Haluk / ALTOP Atilla**, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, Filiz, İstanbul, 1993, s. 857-858; HATEMİ Hüseyin, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, 2. Baskı, Filiz, İstanbul, 1998, § 10, N. 18; NOMER Haluk Nami, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 17. Baskı, Beta, İstanbul, 2020, N.135; ÇAKIRCA Seda İrem, **Türk Sorumluluk Hukukunda Yansıma Zararı Bir Kazanç Kaybı Zararı Türü**, Vedat, İstanbul, 2012, s. 216; GENÇ ARIDEMİR, s. 56.

9 OSER /SCHÖNENBERGER, Art. 49, N. 11, 17; von TUHR /PETER, s. 130; SCHWENZER, N. 17.10; BREHM, Roland, **Berner Kommentar Obligationenrecht Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41 - 61 OR**., 4. Auflage, Stämpfli, Bern, 2013, Art. 47, N. 23; SAYMEN Ferit H., "Kimler Manevi Tazminat Talep Edebilir?", **İÜHFM**, Cilt 6, Sayı 1, İstanbul, 1940, (s. 126-145), s. 142; TANDOĞAN, s. 333; GÜRSOY, s. 12; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP**,** s. 667; HATEMİ, § 10, N. 9; HATEMİ Hüseyin/GÖKYAYLA K. Emre, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm,** 4. Baskı, Vedat, İstanbul, 2017, § 20, N. 49-53; OĞUZMAN M. Kemal/ÖZ Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2,** 15. Baskı, Vedat, İstanbul, 2020, N. 750; DURAL Mustafa/ÖĞÜZ Tufan, **Türk Özel Hukuku Cilt 2 (Kişiler Hukuku)**, 20. Baskı, Filiz, İstanbul, 2019, N. 1145; OĞUZMAN M. Kemal / SELİÇİ Özer/ OKTAY ÖZDEMİR Saibe, **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler),** 18. Baskı, Filiz, İstanbul, 2019, N. 802; TERCIER Pierre/ PICHONNAZ Pascal/DEVELİOĞLU Murat, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** On İki Levha, İstanbul, 2016, N. 1882; GENÇ ARIDEMİR, s. 189; ERLÜLE Fulya, **Türk Borçlar Kanunu'na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat**, Seçkin, Ankara, 2015, s. 239; BAYSAL Başak, **Haksız Fiil Hukuku BK m. 49-76,** On İki Levha, İstanbul, 2019, N. 6.62; GÖNEN Doruk, **Tüzel Kişilerde Kişilik Hakkı ve Ko-**

Türk hukukunda manevi tazminat, TMK'da öngörülmüş durumlar dışında, TBK m. 56, 58 ve 114 hükümlerinde düzenlenmiştir. Manevi tazminat olarak, örneğin zarar görene bir şeyin verilmesi, özür dileme, cevap ve düzeltme hakkı, kazancın iadesi, kınama kararı, düzeltme ya da kararın üçüncü kişilere bildirilmesi gibi para dışında başka şeye hükmedilmesi de hukukumuzda mümkün olmakla birlikte çalışmamızda sadece TBK m. 58/I hükmünce bir miktar paranın ödenmesine ilişkin manevi tazminata hükmedilebilmesi için aranan şartlar incelenecek[10] olup nakdi tazminat yerine diğer tazminat türleri, çalışmamız kapsamında ele alınmamıştır.

I. TÜZEL KİŞİLERDE KİŞİLİK HAKKI VE KAPSAMI

Manevi tazminata hükmedilebilmesi için kişi varlığına giren bir hakkın zedelenmesi gerekir. Zedelenmeleri halinde manevi tazminata sebep olan haklar bakımından TMK m. 24 ve TBK m. 58 hükmünde "*kişilik hakkı*" kavramı kullanılmış olup bu kavramın kapsamına hangi hakların girebileceği, çalışma konumuzu oluşturan tüzel kişiler bakımından irdelenmelidir.

Kişilik hakkının kapsamına giren değerleri belirlemenin zorluğu ve sınırlı sayı ilkesinin (*numerus clasus*) uygulanamayacak olması karşısında kanunlarımızda kişilik hakkı tanımlanmamıştır. Kişilik hakkı, başta teknolojide olmak üzere meydana gelen gelişmeler dolayısıyla yeni değerlerin de korumasını gerektirebileceğinden hakkın kapsamına giren değerlerin önceden belirlenmesi ve sınırlayıcı şekilde sayılması mümkün değildir[11]. Uyuş-

---

runması, On İki Levha, İstanbul, 2011, s. 197; ÇAKIRCA, 2012, s. 215; KILIÇOĞLU Kumru, **Yansıma Yoluyla Zarar**, Turhan, Ankara, 2012, s. 62.

Aksi görüş için bkz. RIKLIN Franz, **Der Schutz der Persönlichkeit gegenüber Eingriffen durch Radio und Fernsehen nach Schweizerischen Privatrecht**, Universitaetsverlag, Freiburg, 1968, s. 298, 385; FRANKO Nisim, **Şeref ve Haysiyete Tecavüzden Doğan Manevi Zararın Tazmini,** Ankara, 1973, s. 190; KILIÇOĞLU Ahmet M., "Tüzel Kişi Manevi Tazminat İsteyebilir mi?", **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1/1,** 1983, (ss. 287-294), s. 293 vd.; SEROZAN Rona, "Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler", **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi** 11, İstanbul, 2011, (ss. 93-112), s. 108-109; KILIÇOĞLU Ahmet M., **Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılardan Hukuksal Sorumluluk,** Turhan, Ankara, 2016, s. 452.

10 Para dışında hükmedilebilecek manevi zarar türleri bakımından ayrıntılı inceleme için bkz. ATLAN Hülya, **Manevi Zararı Tazmin Yolları,** On İki Levha, İstanbul, 2015, s. 249 vd.

11 BUCHER Andreas, **Natürliche Personen und Persönlichkeitschutz**, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2009, N. 435; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 576; SEROZAN, Kişiler, I § 3 N. 1; ÖZSUNAY Ergun, **Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler**, 4. Baskı, Sulhi Garan, İstanbul, 1978, s. 98; ARPACI s. 105 vd.; DURAL/ÖĞÜZ, N. 496, 501 vd.; AKİPEK Jale/ AKINTÜRK Turgut/ ATEŞ KARAMAN Derya, **Türk Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku,** 13. Baskı, Beta, İstanbul, 2016, s. 343-344; KARABAĞ BULUT, s. 59;

mazlıkta hâkim, zedelendiği iddia edilen menfaatin kişilik hakkı niteliğinde olup olmadığını araştıracak ve kişilik hakkının kapsamına hangi hakların girdiğini, hangi unsurların korunmaya değer olduklarını, TMK m. 4 hükmünce hâkimin takdir yetkisi ile[12] hem özel hem de kamu hukuku mevzuatı göz önünde bulundurularak saptayacaktır[13].

Kişilik hakkı, kişinin kişi olmasından ötürü sahip olduğu, hak ve fiil ehliyeti ile hukuk düzeninin korunmaya değer bulduğu maddi ve manevi kişisel değerler üzerindeki hak olarak tanımlanabilir[14]. Bir diğer tanıma göre ise kişilik hakkı, kişinin toplum içindeki saygınlığı ile kişiliğini serbestçe geliştirmesini sağlayan varlıklar üstündeki haktır[15]. Kişilik hakkı, korunan hukuki değerler para ile ölçülemediğinden kişi varlığı haklarından olup aynı zamanda mutlak, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardadır[16]; kişilik hakkı sahibi, kişilik değerleri üzerine saygı gösterilmesini, kişilik hakkına dokunulmamasını herkesten talep etme hakkına sahiptir[17]. Hakkın devri, mirasçılara geçmesi[18] veya bu haktan feragat edilmesi[19], kişilik hakkının zamanaşımına uğraması veya hak düşürücü süreye tabi olması da söz konusu değildir[20].

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2011/4-687, K. 2012/26, T. 1.2.2012: "*Kanun koyucu kişilik haklarını oluşturan değerlerin sürekli değişen ve gelişen yansımalarını dikkate alarak sınırlandırma yoluna gitmemiş; kişisel değerlerden oluşan kişilik hakkı esnek bir çerçeve içinde, ele alınmıştır.*", www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 30.09.2020).

12 MÜLLER, Art. 49, N. 8; ARPACI, s. 105; DURAL/ÖĞÜZ, N. 496; HELVACI, Gerçek, s. 103; ATLAN, s. 13-14; ORAL Tuğçe, **Tüzel Kişilerin Manevi Zararının Tazmini,** On İki Levha, İstanbul, 2018, s. 51. Tüzel kişiler açısından kişilik hakkının hangi değerleri kapsadığı hususunda ayrıntılı değerlendirme için bkz. GÖNEN, s. 55 vd.

13 ARPACI, s. 107; ATLAN, s. 14.

14 BUCHER, N. 430 vd.; ARPACI, s. 103 vd.; KARABAĞ BULUT, s. 58; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2014/4-213, K. 2016/70, T. 22.1.2016, www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 30.09.2020).

15 DURAL/ÖĞÜZ, N. 495.

16 BREHM, Art. 47, N. 124; ARPACI, s. 157; SEROZAN Rona**, Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku**, 8. Baskı, Vedat, İstanbul, 2018, I § 3 N. 2; DURAL/ÖĞÜZ, N. 518-520; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 565; AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, s. 347; HELVACI Serap, **Gerçek Kişiler,** 8. Baskı, Legal, İstanbul, 2017, s. 106; AYAN /AYAN, s. 87; ATLAN, s. 15 vd.

17 SEROZAN, Kişilik, s. 94; TANDOĞAN Halûk, "Şahsiyetin Akit Dişi İhlâllere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla Olan İhlâllere Karşı Özel Hayatın Korunması", **AÜHFD 20/1,** Ankara, 1963, (ss. 1-36), s. 12; GENÇ ARIDEMİR, s. 77.

18 TMK m. 25/IV hükmünce "*Manevî tazminat istemi, karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça devredilemez; mirasbırakan tarafından ileri sürülmüş olmadıkça mirasçılara geçmez.*".

19 SEROZAN, Kişiler Hukuku, I § 3 N. 2.

20 BUCHER, N. 480 vd.; SEROZAN, Kişiler Hukuku, I § 3 N. 2; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 574; ARPACI, s. 160; ÖZSUNAY, s. 149 vd.; HELVACI, s. 46 vd.; HELVACI, Gerçek, s. 107; KARABAĞ BULUT, s. 60, dn. 172.

Kişilerin bireysel özgürlüklerini ve geleceklerini belirleme haklarını korumayı hedefleyen TMK m. 23 hükmü, kişiliğin korunmasına hizmet eden diğer hukuki düzenlemeler gibi tüzel kişiler bakımından da uygulama alanı bulur[21]. Tüzel kişiler, manevi tazminat talebi de dahil olmak üzere niteliklerine uygun düştüğü sürece gerçek kişilere tanınan kişilik hakkı korumasından yararlanırlar; ancak kişiliğin korunmasına ilişkin hükümlerin uygulama alanı, tüzel kişiler nitelikleri gereği tüzel kişiler gerçek kişinin kişiliğini oluşturan bütün değerlere sahip olmadıklarından daha dardır[22]. Başka bir ifadeyle kişinin hak sahibi olabilme ve borç altına girebilme ehliyeti olarak tanımlanabilecek hak ehliyetine, tüzel kişiler de kuruldukları andan itibaren bünyesine uygun düştüğü oranda sahiptir; bu durum, tüzel kişilerin kendisini kuran ya da kendisinden yararlanan kişilerden bağımsız birer hak süjesi olarak hukuk hayatına katılabilmesinin bir gereğidir. Tüzel kişilerin de gerçek kişiler gibi kişilik hakkının olduğu, TMK m. 48 hükmünde ifade edilmekte olup hüküm gereğince "*Tüzel kişiler, cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehildirler*."[23]. Hükümden anlaşıldığı üzere kanun koyucu, ana kuralı tüzel kişilerin tam hak ehliyetine sahip olması şeklinde koymuş, ancak bazı haklara fiziki ve sosyal yapısı sebebiyle sahip olamayacağını hükümleştirmiş; gerçek ve tüzel kişinin hak ehliyeti arasında nitelik değil, içerik farkı olduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla gerçek kişilere özgü olan kamu ve özel hukuk kaynaklı bütün haklara ve borçlara, kural olarak sahip olabilecek durumdaki tüzel kişiler, kişilik hakkına da sahip olabilecek ve bu hakka tanınan korumadan yararlanabilecek, ancak gerçek kişilere ait değerlere sahip olmadıklarından tüzel kişiler bakımından cinsiyetten, yaştan, beden bütünlüğünün veya aile ilişkilerine zorunlu olarak bağlı hakların ihlalinden ya da ölümden bahsedilemeyecektir.

Tüzel kişiler bakımından kişilik hakkını oluşturan başlıca kişisel değerler olarak örneğin tüzel kişinin toplum içindeki yeri[24], kişisel bilgilerinin ifşası ve

---

[21] OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 564, 576; GENÇ ARIDEMİR, s. 188; GÖNEN, s. 142 vd.; KARABAĞ BULUT, s. 89; BGE 95 II 481, s. 488; BGE 96 IV 148; BGE 102 II 161, s. 165, www.bger.ch (Erişim Tarihi: 30.09.2020).

[22] GÖNEN, s. 142; KARABAĞ BULUT, s. 89-90.

[23] TMK m. 23/II hükmü gereğince kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz; dolayısıyla tüzel kişiler bakımından hükmün uygulanmasına ilişkin sınırlama, TMK m. 48 hükmü çerçevesinde yapılmalıdır. Bkz. KARABAĞ BULUT, s. 90.

[24] Yargıtay 17. Hukuk Dairesi E. 2016/10068, K. 2019/4045, T. 3.4.2019, www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 30.09.2020).

kullanılması üzerindeki hakkı, adı, mesleki, sanatsal veya ekonomik kişiliği, hayat-gizlilik alanı, saygınlığı, onuru, şerefi, haysiyeti[25], resim, sırlar, faaliyeti düzenleme özgürlüğü[26], geleceğini belirleme[27], ticari ve mesleki itibar, ekonomik faaliyetini yürütürken kazandığı saygınlık sayılabilir. Örneğin tüzel kişinin çevresinde kazandığı itibarı aşağılayan yazılı, sözlü veya görüntülü beyanlar, kişilik haklarından şeref ve haysiyete yönelik tecavüz olarak kabul edilmelidir[28] ya da ekonomik şerefin ve haysiyetin ihlal edilmesi, onun ekonomik yaşam içindeki yerini ve durumunu sarsabilir. Ekonomik itibar da tüzel kişinin şeref ve haysiyetinin bir görüntüsü olduğundan ve tüzel kişinin ekonomik faaliyetleri de toplum tarafından değerlendirildiğinden onur ve saygınlık da korunan değerlerindendir[29]. Yargıtay bir kararında[30] tüzel kişinin sosyal değerinin, doğrudan ekonomik şöhreti ile de ilgili olduğuna; hukuken korunanın kişinin kişisel yargısının değil, toplumun kişi hakkındaki objektif değer yargısının olduğu ve hukuki korumanın asıl amacının bu olduğuna hükmetmiştir.

Manevi tazminat talep edebilmek için sözleşmeye aykırı davranışın kişilik hakkını ihlal etmiş olması, TBK m. 58 hükmünce şart olup hukukumuzda manevi tazminat taleplerine yalnızca kişilik hakkının ihlali açısından yer verilmiştir. Dolayısıyla kişilik hakkının zedelenmediği durumlarda, sırf sözleşmeye aykırı davranışın varlığından bahisle manevi tazminata hükmedilmemelidir[31]. Örneğin kira sözleşmesi gereğince kiracının kira bedelini sözleşmeye aykırılık teşkil edecek şekilde ödememesi, kiraya verenin kişilik hakkına saldırı niteliği taşımadıkça manevi tazminata hükmedilememelidir[32].

---

25 ÖZSUNAY, s. 68-69; FRANKO, s. 3 vd.; ARPACI, s. 130 vd.; KILIÇOĞLU Ahmet M., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** 23. Basım, Turhan, Ankara, 2019, s. 559; DURAL/ÖĞÜZ, N. 648 vd.; AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, s. 385; AYAN /AYAN, s. 93 vd.; GÖNEN, s. 55 vd.; ORAL, s. 52 vd.

26 HONSELL/VOGT/ WIEGAND, Art. 49, N.13; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 605 vd.

27 BUCHER, N. 386; ÖZTAN Bilge, **Tüzel Kişiler**, 2. Baskı, Turhan, Ankara, 1998, s. 30; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 605 vd.; KARABAĞ BULUT, s. 59; ayrıca bkz. BGE 97 I 45, s. 49 vd.; BGE 97 I 839, s. 842, www.bger.ch (Erişim Tarihi: 30.09.2020).

28 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2011/4-687, K. 2012/26, T. 1.2.2012, www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 30.09.2020).

29 Yargıtay 4. Hukuk Dairesi E. 2019/1569, K. 2020/1036, T. 2.3.2020, www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 30.09.2020).

30 Yargıtay 22. Hukuk Dairesi E. 2016/31994, K. 2016/26706, T. 12.12.2016, www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 30.09.2020).

31 HATEMİ, § 10, N. 18.

32 Benzer örnekler için bkz. GENÇ ARIDEMİR, s. 96 vd.

II. SÖZLEŞMEYE AYKIRILIKTAN DOLAYI TÜZEL KİŞİ LEHİNE MANEVİ TAZMİNATA HÜKMEDİLEBİLME ŞARTLARI

Sözleşmeye aykırılıktan dolayı manevi tazminata hükmedilebilmesi için geçerli bir sözleşmenin varlığı, borçlunun sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle hukuka aykırı olarak alacaklının kişilik hakkının ihlali, zarar gören ile kişilik hakkı ihlal edilen aynı tüzel kişi olması, sözleşmeye aykırı davranışta bulunanın kusuru, manevi zararın varlığı, sözleşmeye aykırılık ile manevi zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması ve sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminata ilişkin sorumsuzluk anlaşmasının bulunmaması aranmaktadır.

1. Geçerli Bir Sözleşmenin Varlığı

A. Genel Olarak

Sözleşmeye aykırılık nedeniyle kişilik hakkının zedelenmesi sonucunda manevi tazminata hükmedilebilmesi için öncelikle geçerli bir sözleşmenin varlığı şarttır[33]. Sözleşmenin TBK m. 1 hükmünce açık veya örtülü şekilde, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla hiç kurulmamış olması (*yokluk*) ya da TBK m. 27/I hükmünce kesin hükümsüz olması gibi durumlarda geçerli bir sözleşmeden de bahsedilemeyeceğinden sözleşmeye aykırılık sebebiyle manevi tazminata da hükmedilemez.

Kişilik hakkı ve içerdiği değerler, sözleşme özgürlüğünün sınırını oluşturduğundan bu hakka ve bu hakkın içerdiği değerlere aykırı sözleşmeler, TBK m. 27 ve TMK m. 23 hükümlerinin koruma amaçlarına aykırı düştüğü ölçüde kesin hükümsüzdür[34]. Örneğin sözleşmenin taraflarından birinin ekonomik özgürlüğünü aşırı derecede kısıtlayarak, onu çok uzun bir süre için bağlayan sözleşmeler, kişilik hakkının zedelenmesi sebebiyle kesin hükümsüz sayılmalıdır[35]; dolayısıyla geçerli olmayan bir sözleşmenin ihlali karşısında manevi zarar da oluşmayacağından manevi tazminata hükmedilemeyecektir. Başka bir örnek olarak adi yazılı şekilde düzenlenerek emredici nitelikteki TBK m. 12, TBK m. 237/I, Tapu Kanunu m. 26 hükümleri gereğince geçerlilik şekline uygun yapılmamış ve dolayısıyla TBK m. 27/I hük-

---

33 GENÇ ARIDEMİR, s. 81 vd.

34 GENÇ ARIDEMİR, s. 81 vd; KARABAĞ BULUT, s. 354 vd.

35 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2019/11-25, K. 2019/874, T. 4.7.2019, www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 30.09.2020).

mü gereğince kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi taşınmaz satış sözleşmesinden dolayı alıcının, mülkiyetin devrinin kendisine yapılmadığından bahisle manevi tazminat talebi, diğer şartların gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmaksızın geçerli bir sözleşmenin varlığı şartı bulunmadığından reddedilmelidir.

B. Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumlulukta Manevi Tazminat

Dürüstlük kuralından doğan sözleşme görüşmelerinden doğan sorumlulukta (*culpa in contrahendo sorumluluğunda*) manevi tazminata hükmedilip hükmedilemeyeceği de irdelenmelidir. Sorumluluk türlerinden biri olan sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk, sözleşme görüşmeleri aşamasında taraflardan birinin veya onun yardımcılarının, diğerine ya da onun koruması altında bulunan kişilere, aralarında dürüstlük kuralı (*TMK m. 2*) gereğince ortaya çıkan güven ilişkisinin kusurlu olarak ihlali sonucunda verilen zarardan sorumluluktur[36]. Bu sorumluluğun doğması için tarafların görüştükleri sözleşmenin kurulup kurulmaması ya da geçerli olup olmaması önemli değildir[37]. Sözleşme görüşmelerine başlanmasıyla birlikte taraflar arasında temeli dürüstlük kuralına dayanan bir güven ilişkisi meydana gelir ve bu ilişki koruma yükümlerini de içerir; dolayısıyla sözleşme görüşmelerinde taraflardan her biri veya yardımcıları, diğer tarafa veya onun korumasında bulunan kişilerin kişi varlığına ve malvarlığına zarar vermeyi engellemek için gerekli dikkat ve özeni göstermek ve koruma yükümlerine uymak zorundadır.

Sözleşme görüşmeleri sırasında taraflardan biri, kusurlu olarak karşı tarafın kişilik hakkını zedelememek için gerekli dikkat ve özeni göstermek zorundayken buna aykırı davranış sebebiyle manevi zarara yol açabilir. Bir görüşe göre[38] manevi zararın tazmini haksız fiil sorumluluğu kapsamında

---

[36] TANDOĞAN, s. 403; EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** 24. Baskı, Yetkin, Ankara, 2019, N. 3529; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt 1, N. 1550; SEROZAN Rona**, İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme**, 7. Baskı, Filiz, İstanbul, 2016, § 19, N.1; YALMAN, Süleyman, **Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk**, Seçkin, Ankara, 2006, s. 38. Kavram hakkındaki ayrıntılı açıklamalar için bkz. GEZDER, Ümit, **Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu**, Beta, İstanbul, 2009, s. 10 vd.; DEMİRCİOĞLU Huriye Reyhan, **Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa in Contrahendo Sorumluluğu**), Yetkin, Ankara, 2009, s. 286 vd.

[37] SEROZAN, İfa Engelleri, § 19, N.1; EREN, N. 3529; GEZDER, s. 111; GENÇ ARIDEMİR, s. 227.

[38] OSER/SCÖNENBERGER, Art. 26, N.11; Art. 39, N. 7; KOLLER, AT, § 28, N.1751; GEZDER, s. 126.

istenebileceğinden sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa dayanılarak manevi tazminat talep edilemeyeceği kabul edilmektedir. Ancak maddi zarar bakımından sözleşmeye aykırılık hükümlerinin uygulama alanı bulurken manevi zarar yönünden haksız fiil hükümlerinin uygulama alanı bulacak olması adalet ilkesine ters düşeceği[39] ve haksız fiilde, zarar verici davranışın işlendiği aşamada taraflar arasında daha önce kurulmuş bir hukuki ilişki olmadığından sözleşme görüşmelerindeki bir yüküm ihlali haksız fiil olarak nitelendirilemeyeceği için[40] katıldığımız görüş[41] uyarınca TBK m. 58 hükmünün uygulanması sağlayan TBK m. 114/II hükmü, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumlulukta da uygulanmalı ve uğranılan manevi zararın da giderilmesine karar verilebilmelidir. Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk bakımından zarar verenin kusurlu olması gerekir[42]. Örneğin sözleşme kurma isteği olmaksızın sözleşme görüşmelerinin yürütülmesi halinde karşı tarafın sözleşme kurma iradesinin ciddiyetine güvenmek yüzünden manevi zarar gören tüzel kişi lehine manevi tazminata hükmedilmelidir[43]. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bir kararında[44] taraflar arasında bayilik sözleşmesi kurulmamış olsa bile davacının sözleşmenin kurulacağına ilişkin uyandırılan güvene dayalı olarak sözleşme öncesi sorumluluk (*culpa in contrahendo*) gereğince manevi tazminat şartlarının oluşması halinde manevi tazminata karar verilebileceğine hükmetmiştir. Bununla birlikte sözleşme görüşmeleri esnasında borçlu, yardımcı kişi kullanırsa ve yardımcı kişi diğer görüşen tarafa zarar verirse borçlu, TBK m. 116 hükmü gereğince sorumlu olacaktır[45].

---

39 GENÇ ARIDEMİR, s. 55, 232.

40 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2012/13-1220, K. 2013/239, T. 13.2.2013, www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 30.09.2020); YALMAN, s. 83.

41 von TUHR/PETER, s. 192 vd.; BECKER, Art. 26, N. 11; KOLLER Jürg, **Genugtuung aus Vertragsverletzung**, Schulthess, Zürich, 2003, N. 445; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 979; YALMAN, s. 86; GENÇ ARIDEMİR, s. 233.

42 YALMAN, s. 101.

43 YALMAN, s. 88-89.

44 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2012/19-184, K. 2012/385, T. 13.6.2012, www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 30.09.2020).

45 von TUHR/PETER, s. 193; TANDOĞAN, s. 436; EREN, N. 3537; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt 1, N. 1391.

2. Sözleşmeye Aykırı Davranışta Bulunanın Kusuru

A. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu'nda kişilik hakkının zedelenmesinden zarar görenin manevi tazminat talep edebileceği TBK m. 58 hükmünde düzenlenmiş olup bu hüküm, bağımsız sorumluluk normu olmadığından[46] ve TBK m. 49 vd. hükümlerinde düzenlenen haksız fiil hükümleri arasında yer aldığından sözleşmeye aykırılık halinde manevi tazminat talebinde, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler uygulama alanı bulur[47]. TBK m. 58 hükmünde düzenlenen özel koşullar, hukuka aykırı fiil ile kişilik hakkının zedelenmesi ve bunun neticesinde kişinin manevi zarara uğraması olup hükümde yer almayan bazı şartlar, hükmün uygulandığı sorumluluğun genel koşullarına göre belirlenir[48].

Sorumluluk hukukunda zarar verenin sebep olduğu zararı karşılamakla yükümlü olması için zarar verenin sadece bir zarara sebep olması yeterli değildir; bunun için "*Nulla indemnitas sine culpa (Kusursuz tazminat olmaz*)" ilkesi gereğince kusurlu sorumluluk söz konusu olduğunda zarar verenin kusuru da gereklidir. Bu husus, TBK m. 49/I hükmünde "*Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür*." şeklinde ifade edilmiştir.

3444 sayılı kanun değişikliğinden önce yürürlükte olan 818 sayılı BK m. 49/I hükmünde[49] "*kusurun özel ağırlığı*" aranmakta idiyse de artık TBK m. 58/I hükmünde manevi tazminat için kusur şartının arandığı açıkça belirtilmemiştir[50]. Haksız fiilin şartları TBK m. 49 hükmünde düzenlenmiş olduğundan TBK m. 58 hükmünde manevi tazminat bakımından kusur şartının hükümde açıkça belirtilmemiş olması, hükümde kusursuz sorumluluk hali-

---

46 GENÇ ARIDEMİR, s. 61-62.

47 ERLÜLE Fulya, "Manevi Tazminatta Kusurun ve Zararın İşlevi", **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 2**, 2016, (s. 647-668), s. 648.

48 GENÇ ARIDEMİR, s. 64.

49 Hükmün ilk fıkrası şöyleydi: "*Şahsi menfaatleri haleldar olan kimse hata vukuunda zarar ve ziyan ve hatanın hususi ağırlığı icabettiği surette manevi zarar namiyle nakdi bir meblağ itasını dava edebilir*.".

50 3444 sayılı ve 04.05.1988 tarihli "*743 Sayılı Türk Kanunu Medenisinin Bazı Maddelerinin ve 8181 sayılı Borçlar Kanunun 49. Maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanun*"un 8. maddesi ile değiştirilmeden önceki BK m. 49 hükmünün ilk fıkrası şöyleydi: "*Şahsi menfaatleri haleldar olan kimse hata vukuunda zarar ve ziyan ve hatanın hususi ağırlığı icabettiği surette manevi zarar namiyle nakdi bir meblağ itasını dava edebilir*.". Görüldüğü üzere bu hükümde manevi tazminata hükmedilebilmesi için kişilik hakkının zedelenmesinin özel bir ağırlık göstermesi gerektiği düzenlenmişti; bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. GÜRSOY, s. 25.

nin düzenlendiği anlamına gelmemektedir[51]. Manevi tazminata hükmedilebilmesi için zarar verenin kusuru gerekmekte olup[52] kusurun, kast ya da ihmal olarak meydana gelmesi farksızdır[53]. Ancak her ne kadar kusurun kast ya da ihmal olarak ortaya çıkması manevi tazminatın talep edilebilmesi bakımından farksız olsa da hâkim, manevi tazminatın miktarını belirlerken kusurun derecesini göz önünde tutacaktır[54].

Kural olarak zarar görenin kusuru, manevi tazminat talebine engel değildir[55]; ancak bu durum, -TBK m. 52/I hükmünün kıyasen uygulanmasıyla[56]- tazminat miktarının belirlenmesinde rol oynar[57]. Zarar görenin kusuru, zarar verenle eşit ise bu durum, manevi tazminata hükmedilmeyeceği anlamına

---

51 EREN, N. 2482; HATEMİ, § 10, N. 5; DURAL/ÖĞÜZ, N. 801; HATEMİ /GÖKYAYLA, § 20, N. 47; KILIÇOĞLU Ahmet M., "Medeni Kanunda Manevi Tazminatta Ağır Kusur Konusunda Yapılan Değişiklik", **Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1990, (ss. 103-110), s. 103 vd.; GÖNEN, s. 178.

52 EREN, N. 2482; TERCIER / PICHONNAZ /DEVELİOĞLU, N. 1893; İNCEOĞLU M. Murat, "Yargıtay Kararları Işığında Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat Talepleri", ***Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi***, C. 24, S. 4, Ankara, 2008, (ss. 77-121), s. 84; ATLAN, s. 253; KILIÇOĞLU YILMAZ Kumru, "Kişilik Hakkının İhlalinde Manevi Tazminat", ***Terazi Hukuk Dergisi,*** **Cilt 11, Sayı 115**, 2016, (s. 39-55), s. 45.

53 von TUHR/ESCHER; s. 115; KOLLER, N. 183; TANDOĞAN, s. 417; OĞUZMAN, s. 42; OĞUZMAN /ÖZ, N. 755; EREN, N. 2482; ÜNAL, s. 421-422; AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, s. 410; TERCIER / PICHONNAZ /DEVELİOĞLU, N. 1893; AYAN /AYAN, s. 132; GENÇ ARIDEMİR, s. 202. Kusur, hukuka aykırı fiilin meydana getirdiği sonucu bilerek ve isteyerek (*kast-dolus*) ya da hukuka aykırı fiilin meydana getirdiği sonucu istememekle birlikte böyle bir sonucun meydana gelmemesi için şartların gerektirdiği ölçüde özenin ve dikkatin gösterilmemesi, gerekli tedbirlerin alınmaması (*ihmal-culpa*) şeklinde ortaya çıkabilir. Bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 493; ÜNAL, s. 428-429; OĞUZMAN /ÖZ, N. 156; EREN, N. 2484; ANTALYA Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. V, 1-2**, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019, N. 138; ZEVKLİLER /ACABEY / GÖKYAYLA, s. 385. Tedbirli ve basiretli kimsenin gösterebileceği özen ve dikkatin gösterilmemesi hafif ihmal, aksine her anlayışlı kimsenin aynı durum ve şartlar altında göstermesi gereken özen ve dikkatin gösterilmemesi de ağır ihmal olarak nitelendirilmektedir. Bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 493-494; ÜNAL, s. 419; OĞUZMAN/ÖZ, N. 158; EREN, N. 1795-1796.

54 TANDOĞAN, s. 417; OĞUZMAN /ÖZ, N. 755; ERLÜLE, s. 654; GENÇ ARIDEMİR, s. 203; bu yönde bkz. Yargıtay 21. Hukuk Dairesi E. 2019/6522, K. 2020/2691, T. 23.6.2020, www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 30.09.2020).

55 FUNK, s. 83; GÜRSOY, s. 17; ÜNAL, s. 425-426.

56 BAYSAL, N. 6.73.

57 SAYMEN, Manevi Tazminat, s. 129; EREN, N. 2484; ANTALYA, Borçlar, N. 114; ERLÜLE, s. 663; ATLAN, s. 210; BAYSAL Başak, **Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur**), On İki Levha, İstanbul, 2012, s. 281; BAYSAL, N. 6.15; GENÇ ARIDEMİR, s. 223; ayrıca bkz. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi E. 2004/5416, K. 2004/13333, T. 23.11.2004, www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 30.09.2020).

gelmemektedir[58]. Zarar görenin kusuru, zarar verene göre daha ağır olduğunda ise hâkim, uygun illiyet bağının bulunmaması sebebiyle davayı reddeder ve zarar veren, sorumluluktan kurtulur[59]. O halde hâkim, TMK m. 4 hükmü gereğince takdir yetkisini kullanarak somut olayda kusurun gerçekleşme biçimi, niteliği, kapsamı, varsa ortak kusurun veya uygun illiyet bağının kesilmesine neden olan bir durumun olup olmadığını tespit etmeli ve buna göre hüküm kurmalıdır[60]. Ancak örneğin Paket Tur Sözleşmeleri Yönetmeliği m. 14/(1)a hükmünde katılımcının kusurunun bulunması halinde paket tur düzenleyicisinin veya aracısının, sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden doğan zararlardan sorumlu tutulamayacağı açık bir şekilde düzenlendiğinden katılımcının manevi tazminat talebinin reddinin gerekeceği açıktır.

Bir görüşe göre[61] kusursuz sorumluluk söz konusu olduğunda da TBK m. 58 hükmünün uygulanabileceği kabul edilmiş olsa da katıldığımız görüş uyarınca[62] sözleşmeye aykırılık nedeniyle TBK m. 58 hükmü gereğince kişilik hakkının zedelendiğinden bahisle manevi tazminata hükmedilebilmesi için zarar verenin kusurunun varlığı şarttır; aksi yorum, kanunun sistematiği ve amacı ile bağdaşmaz. Örneğin saklama sözleşmesinde TBK m. 563 hükmü gereğince saklayan, saklatanın izni olmadıkça saklananı kullanamaz; bu yasağa aykırı davranırsa, kullanmamış olsaydı bile bu zararın doğacağını ispat etmedikçe, beklenmedik hâlden doğacak zararlardan da sorumlu olur. Belirtmek gerekir ki bu halde saklayanın kusursuz sorumluluğundan söz edilemez; çünkü bu halde zarar veren saklayan, kusursuz sorumluluk dolayısıyla değil, sözleşmeye aykırı davranışından ötürü ortaya çıkan manevi zararı tazmin borcu altındadır[63]. Başka bir örnek olarak aile yadigarı vazoyu fo-

---

58 BREHM, Art. 47 N. 83; GENÇ ARIDEMİR, s. 223; BAYSAL, Kusur, s. 242.

59 OFTINGER/STARK, § 8, N. 27; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 683; EREN, N. 2484; ÜNAL, s. 425-426. Zarar görenin kusuru, zararın ortaya çıkmasında daha ağır basıyorsa bu durumun manevi tazminata hükmedilmesine engel olmadığı yolunda bkz. BAYSAL, Kusur, s. 242.

60 TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 684; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 792; ANTALYA, Borçlar, N. 975 vd.

61 ARPACI, s. 156; ERLÜLE, s. 654, 663; GENÇ ARIDEMİR, s. 63 vd.

62 OĞUZMAN, s. 34; DURAL/ÖĞÜZ, N. 801; ARPACI, s. 156; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 797.

63 GENÇ ARIDEMİR, s. 204-205'te bu hükümde saklayanın, kusursuz sorumlu olduğu kabul edilmektedir.

Yine benzer bir hüküm olarak örneğin TBK m. 380 hükmünce ödünç alan, ödünç konusunu sözleşmede kararlaştırılan şeklin dışında kullanır veya ödünç konusunu başkasına kullandırırsa artık kusursuz sorumluluk dolayısıyla değil, sözleşmeye aykırı davranışından dolayı bek-

toğraf çekimi için kullanma ödüncü ile zilyetliğini edinmiş kişinin bu vazoyu başka birine ödünç vermesi sonrasında binayı su basması nedeniyle vazonun sel sularına kapılması durumunda kusursuz sorumluluk dolayısıyla manevi tazminata hükmedilemeyecek, bu halde ödünç aldığı şeyi sözleşmeye aykırı olarak kusurlu davranışla başkasına kullandırma iradesi sonucunda ortaya çıkan kusurlu davranış neticesinde manevi tazminata hükmetmek gerekecektir.

B. Kusura Yönelik İspat Yükü Bakımından Uygulanacak Hüküm

TMK m. 6 hükmü gereğince kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlü olduğundan kural olarak talepte bulunan kişi, talebini dayandırdığı olguları ispat etmek zorunda olup zarar gören, manevi zararını ispat etmelidir. Ancak sözleşmeye aykırılıktan dolayı manevi tazminata hükmedilebilmesi için kusurun ispatı bakımından ayrı bir değerlendirme yapılmalıdır. TMK m. 6 hükmündeki ilkeden ayrılan TBK m. 112 hükmünde sözleşmenin kurulmasından sonraki kusurlu ifa imkansızlığı düzenlenmiş olup hüküm gereğince borç, hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür. Bu hüküm uyarınca borçlunun sorumlu olabilmesi için borçlunun kusuru aranmış ve fakat hükümde kusur karinesi kabul edilerek ispat yükü ters çevrilmiştir. Hükümdeki kusur karinesi adi karine olduğundan karinenin aksi ispat edilebilir ve karine çürütülerek sorumluluktan kurtulma söz konusu olabilir; başka bir ifadeyle TBK m. 112 hükmü gereğince borçlu, kusur karinesini çürütmedikçe kusurlu sayılarak sorumlu tutulur[64].

---

lenmedik hâllerden doğan zararlardan sorumlu olacaktır. Aynı şekilde TBK m. 417 hükmü gereğince hizmet sözleşmesinde işverenin, işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlü olmasına rağmen kanuna ve sözleşmeye aykırı davranış nedeniyle sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabi olarak işveren, işçinin kişilik haklarının ihlal etmesi halinde manevi zararı tazmin borcu altında olacak; bu durumda da kusursuz sorumluluktan söz edilemeyecektir.

64 Sözleşmeden doğan sorumlulukta kusuru ispat yükünün alacaklıya değil de kusursuzluğu ispat yükünün borçluya yükletilmiş olmasının nedeni, borçlunun borcunu ifa etmemesindeki sebepleri alacaklıya göre daha iyi bilecek durumda olması fikrine dayanmaktadır. Bkz. OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 97, N. 15; von TUHR/ESCHER, s. 117; BECKER, Art. 97, N. 96 vd.

TBK m. 112 hükmünde düzenlenen karine, alacaklıya kusuru ispat yükünden kurtulmak açısından avantaj sağlamaktayken haksız fiil sorumluluğunda tazminat talep eden kişi, zarar verinin kusurlu olduğunu ispat yükü altındadır[65]. Sözleşmeye aykırı davranış sonucunda maddi zararın tazmini talebinde TBK m. 112 hükmünde düzenlenen kusur karinesi uygulama alanı bulacakken, aynı davranışın sebebiyet verdiği manevi zararın tazmini talebinde kusurun ispatı bakımından TBK m. 112 hükmünün uygulama alanı bulmayacağı kabul edilmemelidir; aksi halde sözleşmeye aykırılıktan doğan maddi zararların ispatı bakımından ispat yükünden kurtulan alacaklı, manevi zararlar yönünden ise karşı tarafın kusurunu ispat etme yükü altında olacak ve böylece kusurun ispatı bakımından maddi menfaatler, manevi menfaatlerden üstün tutulmuş olacaktır[66]. Halbuki hem sözleşmeye aykırılık hem de haksız fiil sorumluluğunun koşulları gerçekleşmişse ispat yükünden kurtulmak için TBK m. 112 hükmüne başvurmak daha avantajlıdır[67]. Dolayısıyla kusurun ispatı bakımından avantaj sağlayan TBK m. 112 hükmünde her ne kadar zarar ile kastedilen maddi zarar olsa da[68] hüküm, sözleşmeye aykırılık halinde manevi tazminat talepleri bakımından da uygulama alanı bulmalıdır[69]. Borçlu sözleşmeye aykırı davranarak kişilik hakkını ihlal ederken kusurlu olmadığını ispatlamadıkça manevi zararı tazminle sorumlu tutulmalıdır[70]; TBK m. 58 hükmü, kusur karinesi getiren bir madde olarak yorumlanmalıdır[71]. Örneğin fuarda lansmanı yapılacak olan otomobil modelinin sunumu için hareketli platform imaline ilişkin eser sözleşmesi kurulduğunda platformun hareket kabiliyetinde sorun yaşanırsa açılan manevi tazminat davasında davalı, kusurlu olmadığını ispat edemezse manevi tazminata hükmedilebilecek; halbuki hareketli platformun dönme mekanizmasına kullanılacak malzemenin sözleşme kurulduktan sonra yasaklanmış ithalat kapsamında kalması halinde ise borçlunun kusuru olmadığı ispatlanacağından manevi tazminata yer olmayacaktır.

---

65 von TUHR, s. 574; TANDOĞAN, s. 532-533; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 982; SEROZAN, § 23, N.1.

66 KOLLER, N. 95, 342; GENÇ ARIDEMİR, s. 259.

67 OĞUZMAN/ÖZ, Cilt 1, N. 1342, dn. 167; GENÇ ARIDEMİR, s. 202.

68 GENÇ ARIDEMİR, s. 48.

69 BECKER, Art. 97, N. 28; KOLLER, N. 342; INDERKUM, N. 384; SAYMEN, s. 149; GENÇ ARIDEMİR, s. 202, 258; GÖNEN, s. 178-179.

70 İNCEOĞLU, s. 84; BAYSAL, Kusur, s. 285; ayrıca bkz. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 1967/1912E., 1967/2070K., 7.3.1967T. kararının özeti için bkz. KARAHASAN Mustafa R., **Tazminat Hukuku, Manevi Tazminat, Öğreti Yargıtay Kararları**, 6. Baskı, Beta, İstanbul, 2001 s. 581-582.

71 HATEMİ, § 10, N. 5; HATEMİ /GÖKYAYLA, § 20, N. 42.

C. Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk (*TBK m. 116 Hükmü*) Açısından Değerlendirme

Sözleşme tarafı borçlunun yardımcı kişileri tarafından borç ifa edilirken sözleşmeye aykırı davranış ile alacaklıya zarar verilmesi mümkündür. İfa yardımcısının sözleşmeye aykırı davranışı sebebiyle alacaklıya verdiği manevi zarardan dolayı borçlunun sorumluluğu TBK m. 116 hükmü kapsamında irdelenmelidir. "*Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk*" başlıklı TBK m. 116/I hükmü gereğince "*Borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılarına kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür.*"[72]. İfa yardımcısının alacaklıya verdiği zarar, maddi veya manevi zarar olabilir[73].

TBK m. 116 hükmünden doğan sorumluluk bakımından yardımcı kişinin ve borçlunun kusurunun şart olup olmadığı hususundaki bir görüşe göre[74] borçlunun sorumluluğunun doğması için yardımcı kişinin kusurlu olması şarttır; katıldığımız görüşe göre[75] ise sorumluluk için ne borçlunun ne de yardımcı kişinin gerçek kusuru aranır; sorumluluğun doğması için aranan şart, borçlunun farazi kusurudur. Şöyle ki eğer borçlu, borç bizzat kendisi tarafından ifa edilse ve zarar verici davranışta kendisi bulunsaydı sorumlu tutulabilecek olmalıdır. Başka bir ifadeyle sözleşme tarafı olan borçlu, zararı doğuran fiili kendisi işleseydi kusurlu sayılabilecek idiyse aynı fiili yardımcı kişinin gerçekleştirmiş olması, borçluyu sorumluluktan kurtarmayacaktır[76]. Örneğin borçlu, saklama sözleşmesi gereğince alacak-

---

[72] Borçlunun borcun ifasında ifa yardımcısı kullanması sözleşmeye aykırılık teşkil ediyorsa borçlu, ifa yardımcısının verdiği zarardan TBK m. 112 hükmü gereğince sorumludur. Bkz. TANDOĞAN, s. 441; EREN, N. 3369; SEROZAN, İfa Engelleri, § 22, N. 2. GENÇ ARIDEMİR, s. 263-264.

[73] GENÇ ARIDEMİR, s. 262. Ayrıntılı bilgi için bkz. YÜNLÜ Semih, **Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk**, On İki Levha, İstanbul, 2019, s. 301 vd.

[74] von TUHR/ESCHER, s. 128-129.

[75] OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 101, N. 12; BECKER, Art. 101, N. 16, 20; HONSELL/VOGT/WIEGAND, Art. 101, N. 13 vd.; SCHWENZER, N. 23.10 vd.; TANDOĞAN, s. 444 vd.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 898-899; SEROZAN, İfa Engelleri, § 22, N. 3-4; EREN, N. 3373; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt 1, N. 1393 vd.; ŞENOCAK Zarife, **Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu**, Dayınlarlı, 1995, s. 210; HATEMİ/GÖKYAYLA, § 26, N. 102; NOMER, N. 180.1; TERCIER / PICHONNAZ /DEVELİOĞLU, N. 1244; BAŞALP Nilgün, **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, On İki Levha, İstanbul, 2011, s. 193.

[76] 2020 İsviçre Borçlar Kanunu (*OR*) tasarısında 119. maddede ("*Bedient sich der Schuldner zur Erfüllung einer Pflicht oder zur Ausübung eines Rechts einer Hilfsperson, hat er für deren*

lının ticari eşyasını saklama borcu altında olup borcun ifası için bekçi ile anlaşması halinde bu yardımcı kişinin sağlıklı, tecrübeli, yetkin olmasına rağmen aniden baygınlık geçirmesi karşısında hırsız bunu farkederek saklanan şeyi çalarsa bekçinin ya da saklayan borçlunun kusurunun olmadığı açıktır. Ancak borç, bizzat borçlu tarafından ifa ediliyor olsaydı baygınlığın hırsızlığa mahal vermiş olması, onun için kusur teşkil edecekti[77]. Yargıtay da bir kararında[78] çalışanının yaptığı işi, bizzat işverenin kendisi yapmış olsa idi, zararın yine de meydana geleceğini kanıtlamakla işverenin yükümlü olduğunu, işverenin bunu kanıtlayamadığından bahisle zarardan sorumlu olduğu kabul edilmiştir.

3. Borçlunun Sözleşmeye Aykırı Davranışı Nedeniyle Hukuka Aykırı Olarak Tüzel Kişinin Kişilik Hakkının Zedelenmesi

Sözleşmeye aykırılık dolayısıyla manevi tazminat talep edilebilmesi için sözleşmeye aykırılığın gerçekleşmiş olması aranır[79]. Sözleşmeye aykırılıktan, borcun kötü ifası[80], kusurlu sonraki ifa imkânsızlığı (*TBK m. 112*), borç-

---

Verhalten einzustehen, es sei denn, er beweise, dass er nicht haften würde, wenn er selbst gehandelt hätte.") borçlunun sorumluluktan kurtulmak için zararı doğuran davranışı bizzat kendi yapsaydı sorumlu tutulamayacağını ispatlaması gerektiği düzenlenmiştir. Bkz. HUGUENIN Claire, HILTY Reto M. (Hrs.), **Schweizer Obligationenrecht 2020: entfur für einen neuen allgemeinen teil: Code des obligations suisse 2020: projet relatif a'une nouvelle partie generale**, Schulthess, Zürich, 2013, s. 136.

77 TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 899. Aynı sonuçla yardımcı kişinin, ani olarak ayırt etme gücünü kaybetmesi halinde borçlunun bu zarardan sorumlu olacağı yönünde bkz. OĞUZMAN/ÖZ, Cilt 1, N. 1394.

78 Yargıtay 3. Hukuk Dairesi E. 2014/18538, K. 2015/950, T. 19.01.2015, www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 30.09.2020).

79 INDERKUM, N. 383; MÜLLER, Art. 49, N. 7; TERCIER / PICHONNAZ /DEVELİOĞLU, N. 1884; GENÇ ARIDEMİR, s. 97. Geniş anlamda borç ilişkisi, taraflar arasında çeşitli borçların kaynağını oluşturan hukuki ilişkiyi ifade eder ve asli borçların yanı sıra yan borçları da içerir. Bkz. Haksız fesih halinde dahi haksız feshin davacı tüzel kişiliğin kişilik haklarına saldırı olarak kabul edilmesinin somut olayda mümkün olmadığı yönünde karar da verilebilir; bu yönde bkz. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi E. 2016/18955, K. 2018/6682, T. 18.12.2018, www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 30.09.2020). Borçlunun bunlardan birini ihlal etmesi, sözleşmeye aykırı davranışı doğurabilir, ancak hukuka aykırı bu eylem, aynı zamanda haksız fiil de teşkil edebilir ve bu halde sözleşme sorumluluğu ile haksız fiil sorumluluğu yarışır. Bkz. HATEMİ, § 10, N. 18.Örneğin bir film çekimi için dekor olarak kiralanan antika koltuğun çekimler sırasında kırılması karşısında sözleşme sorumluluğu gereğince kiralanmış taşınırın iade borcunun ihlaline dayalı olarak ayrıca manevi tazminata da hükmedilebilecektir.

80 INDERKUM, N. 383. Örneğin satılan 100 kg. peynirin buzdolabında saklanıp teslim vadesinde alıcıya teslim edileceğinin kararlaştırılması halinde peynirin buzdolabı yerine bir oda sıcaklığında bekletilmesi, peynirin küflü olarak vadesinde teslimi halinde borcun kötü ifasından bahsedilir.

lunun temerrüdü (*TBK m. 117 vd.*) hali anlaşılır[81]. Alacaklının temerrüdü, borçlunun elinde olmayan nedenle sonraki imkânsızlık, borçlunun aşırı ifa güçlüğüne düşmesi veya alacaklı temerrüdüne düşmesi halinde ise sözleşmeye aykırılıktan söz edilemez[82].

TBK m. 114/II hükmünün TBK m. 58 hükmüne atfı dolayısıyla haksız fiil hükümlerinin uygulama alanı bulacak olması, sözleşmeye aykırılık teşkil eden ve kişilik hakkını zedeleyen fiilin, hukuka aykırı olması halinde mümkündür. Zarar görenin kişilik hakkının zedelenmesine ve manevi zarara uğramasına sebep olan davranış, sözleşmeye aykırılık kapsamında değil ise sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümleri uygulama alanı bulamaz[83]; örneğin kiracının TBK m. 331 hükmü gereğince kira ilişkisinin devamını kendisi için çekilmez hale getiren önemli bir sebebin olduğunu ispatlaması halinde yasal fesih bildirim süresine uyarak sözleşmesi feshetmesi, sözleşmeye aykırı davranış sayılmayacağından kiraya veren lehine manevi tazminata hükmedilmesi söz konusu olmaz.

Hukuka uygunluk nedeni olduğunda ise yine manevi tazminata hükmedilemeyecektir[84]. Örneğin özen ve sadakat borcu gereğince tüzel kişinin mali sırlarını saklama borcu altındaki serbest muhasebecisi, aralarındaki vekalet sözleşmesine[85] aykırı şekilde sırları başkalarına ifşa ettiğinde tüzel kişinin şerefinin, haysiyetinin ihlal edildiği de ispatlanırsa manevi tazminata hükmedilecekken, muhasebecinin kamu kurumlarınca yapılan mali teftiş aşamasında bazı sırları zorunlulukla açıklamış olması halinde artık hukuka uygunluk mevcut olduğundan sözleşmeye aykırılıktan söz edilemez ve her ne ka-

---

81 KOLLER, N. 124; HONSELL/VOGT/WIEGAND, Art. 97, N. 1; TANDOĞAN, s. 400 vd.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 851; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt 1, N. 1540 vd.; EREN, N. 3249 vd.; GENÇ ARIDEMİR, s. 98.

TBK m. 114/II hükmündeki "*sözleşmeye aykırılık halleri*"ne ilişkin olarak sözleşmeye aykırı davranış, yapmama davranışı olarak da karşımıza çıkabilir. Bkz. TANDOĞAN, s. 402-403; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt 1, N. 1542; EREN, N. 3290; GENÇ ARIDEMİR, s. 98. Örneğin sözleşme gereğince teslim edilen makinenin işletilmesinde dikkat edilmesi gereken noktaların açıklanmaması nedeniyle doğacak manevi zarar, bir yapmama davranışından ileri gelmiş olur. Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, Cilt 1, N. 1542.

82 SEROZAN, İfa Engelleri, § 11, N.1.

83 GENÇ ARIDEMİR, s. 97-98.

84 HONSELL/VOGT/ WIEGAND, Art. 49, N. 11vd.; BECKER, Art. 49, N. 4; LANDOLT, Art. 49, N. 41-42; GENÇ ARIDEMİR, s. 59.

85 "*Serbest muhasebecilik faaliyetinin hukuki nitelikçe bir 'vekalet sözleşmesi' olarak kabulü gerekmektedir*.", bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2013/13-1913, K. 2015/1260, T. 22.4.2015, www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 30.09.2020).

dar bu davranış neticesinde tüzel kişinin şerefinin, haysiyetinin zedeleneceği açık olsa da manevi tazminata hükmedilemez. Bununla birlikte şirket devralmalarında devralınacak şirketin mali durumu hakkında yapılan inceleme neticesindeki raporun devralacak şirket ile paylaşılması, tarafların arasındaki sözleşmeye aykırılık teşkil etmez; ancak sözleşme gereğince hazırlanacak bu raporun devralacak şirket tarafından sözleşmeye aykırı olarak basına sızdırılması ve devralınacak şirketin saygınlığının, güvenilirliğinin zedelenerek daha ucuz bir bedelle devralınmasının amaçlanması halinde kişilik hakkının zedelenmesi ihtimalinde manevi tazminata hükmedilebilir.

Kural olarak salt sözleşmeye aykırılık, kişilik haklarına saldırı teşkil etmez ise de kişilik hakkını zedeleyen nitelikteki sözleşmeye aykırılık, hukuka aykırı fiil oluşturduğundan manevi tazminat sorumluluğunu gerektirir. Örneğin kişilik hakkının zedelenmesi olmaksızın sırf mülkiyet hakkının ihlali, manevi tazminat talebine imkan vermez[86]. Kişilik hakkının zedelenmediği durumlarda sırf sözleşmeye aykırı davranışın varlığından bahisle manevi tazminata hükmedilmemesi gerekir[87]. Manevi zarar, salt üzüntünün varlığı

---

[86] BAYSAL, N. 6.16. Tüzel kişi herhangi bir sebeple sona erdiğinde ortada bir hukuk süjesi bulunmadığından sona ermiş bir tüzel kişinin kişilik hakkına saldırı olduğunda manevi zarardan bahsedilemez; bu halde tüzel kişinin kişilik hakkına sağlanan korumadan yararlanmak mümkün olmamalıdır. Bkz. GÖNEN, s. 47.

[87] NOMER, N. 134.1; GENÇ ARIDEMİR, s. 153 vd.; ayrıca bkz. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi E. 2016/4623, K. 2018/661, T. 19.2.2018 kararına göre "*Kişisel hakları, kişinin kendi hür ve bağımsız varlık bütünlüğünü sağlar. Bu hak insanın doğumu ile kazanılan ve kişiliğe bağlı olan bir haktır. Hayat, beden ve ruh tamlığı, vicdan, din, düşünce ve ekonomik çalışma özgürlüğü, şeref, haysiyet ve itibar, ün, ad, sır ve resim hep kişisel varlıklardır. Şu halde Türk Borçlar Kanunu'nun 58. maddesi hükmünce manevi tazminata hükmedilebilmesi ve kişisel yararların hâleldar olması ön şart olarak aranmakta, bu hüküm malvarlığına dair zarar halini kapsamamaktadır. Gerçi malvarlığına yönelen bir eylem, az veya çok kişiyi manevi bir üzüntüye düşürebilir. Fakat böyle bir üzüntü BK'nin 49. ve MK'nin 24. Maddesinde korunan kişisel hakların ihlalinden doğan bir eylem niteliğinde değildir. Ancak kişiye yönelik hakaret gibi haksız fiil teşkil eden bir eylem bulunması halinde manevi tazminat istenmesi mümkündür. Sözleşmeye aykırılık halinde 6098 Sayılı Kanun'un 114/II. maddesi uyarınca, haksız fiil sorumluluğuna ait hükümler kıyas yoluyla uygulanıp manevi tazminat istenebilirse de TBK'nın 58. maddesi hükmünce sözleşmeye aykırılığın kişilik haklarına saldırı niteliğinde olması zorunlu olup, somut olayda bu unsurun gerçekleşmediği anlaşildiğindan, koşullari oluşmayan manevi tazminat isteminin reddi gerekir*."; Yargıtay 15. Hukuk Dairesi E. 2013/5437, K. 2014/57, T. 7.1.2014 kararına göre "*...manevi tazminat talep edilebilmesi için kişinin şahsiyet (kişilik) hakkına hukuka aykırı olarak tecavüz edilmesi, manevi zarar doğması, manevi zarar ile fiil arasında uygun illiyet bağı bulunması ve davalının sorumlu olmasını gerektiren bir kusurunun bulunması gerekir. BK'nın 49. maddesi kapsamında korunan değerler, kişi varlığı değerleri yani kişilik haklarıdır. Manevi zarar, kişinin kişi varlığında (kişisel değerlerinde) uğradığı kayıpları ifade ettiğinden manevi tazminat, ancak kişilik hakkı ihlal edildiğinde istenebilir. Malvarlığı değerleri 49. madde kapsamında korunan değerlerden olmadığından, malvarlığına dâhil eşyaların zarar görmesi halinde manevi tazminat istenebileceğine dair yasal*

halinde değil, ayrıca kişinin kişilik değerlerinin saldırıya uğraması durumunda gerçekleşen bir zarar[88] olup her ne kadar sözleşmeye aykırılık bulunsa bile bu ihlalin, aynı zamanda kişilik hakkını zedelemiş olduğunu söylemek kolay olmayabilir. Örneğin ölüme ve cenaze törenine ait ilanı basma borcu altına giren gazetenin ilanı zamanından basmaması dolayısıyla ilanı verenin, üzüntüye uğrayacağı açıksa da bunun aynı zamanda kişilik hakkını ihlal ettiği sonucuna varmak güçtür[89] ya da yayım sözleşmesi gereğince yayımcının bedeli yayımlatana ödememesi, kendiliğinden yayımlatanın kişilik hakkının zedelenmesini beraberinde getirmez; sözleşmeye aykırı davranışın, kişilik hakkının zedelenmesine yol açmadığı durumlarda manevi tazminattan da söz edilemez. Bir başka örnek olarak bankanın kredi kartı üyelik aidatının ödenmemesi üzerine kartın kullanıma kapatılması, manevi tazminat gerektirmez[90]. Bir diğer örnek olarak sözleşmenin haksız feshedilmesi halinde itibar ve prestij kaybı sebebiyle uğranılan manevi zararın giderilmesi istendiğinde de kişilik hakkının ihlal edilmediği kanaatine varılmalıdır. Bununla birlikte Yargıtay'a göre eşyanın zarar görmesi halinde eşyaya gelen zararının kişinin sosyal, fiziki ve kişilik değerlerine saldırı oluşturacak bir eylem olmaması sebebiyle manevi tazminat talebinin, koşulları oluşmadığından bahisle reddine karar verilmiştir[91]. Yine sıkça rastlanan bir husus olarak

---

bir düzenleme de bulunmadığından sözleşmeye aykırı davranış sebebiyle eserin ayıplı imali veya malvarlığına dâhil eşyaların zarar görmesi gibi hallerde kural olarak manevi tazminat talep edilemez. Ancak eşya ile hak sahibi arasında parayla ölçülemeyen duygusal bağlılık bulunması gibi istisnai hallerde (örneğin eşyanın aileden gelen bir hatıra değeri taşıması vs.) eşyanın kişinin manevi kişilik değerleri arasında yer aldığı kabul edileceğinden manevi tazminat istenebilecektir. Mahkemece, üzüntünün manevi tazminat gerektireceği kabul edilerek istem aynen kabul edilmiştir. Oysa her üzüntü manevi tazminat borcu doğurmaz. Üzüntünün manevi tazminat gerektirebilmesi için kişilik hakkinin ihlali sonucu oluşmasi gerekir. Somut olayda üzüntü, kişilik hakkının ihlali sonucu değil, malvarlığı hakkının ihlali sonucu doğduğundan ve BK'nın 49. maddesinde sayılan manevi tazminat koşulları gerçekleşmediğinden davalı-k. davacının 500,00TL'lik manevi tazminat isteminin reddi gerekirken...", www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 30.09.2020).

88 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2011/4-687, K. 2012/26, T. 1.2.2012, www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 30.09.2020).

89 Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 1967/966E., 1967/1912-2070, 7.3.1967T. kararında sözleşmeye aykırı davranış sebebiyle alacaklı bakımından "*eza getiren ağır bir davranışın*" olduğundan bahisle manevi tazminata hükmetmiştir; karar özeti için bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**,** s. 859. Ancak ölenin yakınlarının cenaze törenine katılımını sağlamak için verilen ilanın zamanından basılmaması dolayısıyla kişilik hakkının da zedelendiğini söylemek güçtür. Bkz. İNCEOĞLU, s. 93-94.

90 Yargıtay 13. Hukuk Dairesi E. 2012/23542, K. 2013/3272, T. 13.2.2013, www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 30.09.2020).

91 Yargıtay 20. Hukuk Dairesi E. 2015/9184, K. 2017/959, T. 9.2.2017, www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 30.09.2020).. Sözleşmenin feshinde tarafların birlikte kusurlu olmaları halinde

ayıplı mal satımı nedeniyle oluşan zarar, iç huzuru bozacak nitelikte bir olgu olmadığından[92] satım sözleşmesi gereğince salt olarak ayıplı malın teslim edilmesinin ticari saygınlığa ve itibara saldırı sayılmayacağından bahisle manevi tazminat talebi reddedilebilir[93]. Yargıtay bir kararında[94] tek satıcılık sözleşmesini ihlal ederek başka şirketlere teklif ve mal gönderen borçlunun bu davranışını kişilik hakkını ihlal olarak nitelendirmemiş ve manevi tazminat talebi reddedilmiştir.

Sözleşmeye aykırılık neticesinde tüzel kişinin kişilik hakkının zedelenmesi ve diğer şartların da bulunması halinde manevi tazminata hükmedilmesine ilişkin örnekler vermek gerekirse:

- TMK m. 24 hükmü gereğince resimler ve kamera çekimleri kişinin, kişilik hakkının kapsamında olup taraflar arasındaki eser sözleşmesi uyarınca yüklenici fotoğrafçının TBK m. 471 hükmü gereğince özen borcuna aykırı olarak ileride büyük bir hatıra olacak resimlerin ve çekimlerin bozuk olmasına sebebiyet vermesi karşısında bunun, zarar görenin yaşam boyunca hatırlayıp üzülmesine neden olacağı kuşkusuz olup[95] bu halde manevi tazminata hükmedilmesi gerekecektir.
- Tüzel kişinin son on yıllık uluslararası başarılarını anlatmak için yayım sözleşmesi gereğince kitap basma borcu altına giren yayımcının özensiz davranarak tüzel kişinin iş yaptığı ülkeleri, yabancı iş ortaklarını, yapılan işlerin niteliklerinin ve niceliklerinin yanlış olarak yazması halinde sözleşmeye aykırı davranış neticesinde kişilik haklarından ticari şerefin, haysiyetin, saygınlığın da ihlal edildiği anlaşılırsa manevi tazminata hükmedilir.

---

sırf sözleşmenin feshedilip kesin teminatın irat kaydedilmiş olması, kişilik haklarının ihlali niteliğinde olmadığından manevi tazminat talebinin reddi gerekir. Bkz. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi E. 2015/5760, K. 2016/3130, T. 1.6.2016, www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 30.09.2020). Yargıtay 4. Hukuk Dairesi E. 2009/3618, K. 2010/812, T. 4.2.2010, www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 30.09.2020).

92 Yargıtay 4. Hukuk Dairesi E. 2009/3618, K. 2010/812, T. 4.2.2010, www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 30.09.2020).

93 "*Ayıplı mal satımı nedeniyle oluşan zarar davacının iç huzurunu bozacak nitelikte bir olgu değildir*.", bkz. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi E. 2009/3618, K. 2010/812, T. 4.2.2010, www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 30.09.2020).

94 Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E. 2018/5611, K. 2019/7300, T. 18.11.2019, www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 30.09.2020).

95 Yargıtay 15. Hukuk Dairesi E. 2006/6847, K. 2007/7171, T. 13.11.2007, www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 30.09.2020).

- Lansmanda kullanılması için tüzel kişinin yeni tasarımlarının fotoğrafının çekilmesi fotoğrafçıyla eser sözleşmesinin kurulması ve sözleşmede fotoğrafların başkasıyla paylaşılmaması hükmünün kararlaştırılmış olması halinde lansman öncesinde fotoğrafçı yüklenicinin işsahibi tüzel kişiden izinsiz olarak fotoğrafları sosyal medya hesabında paylaşması ve kendi reklamını yapması halinde sözleşmeye aykırılık nedeniyle ekonomik kişilik hedef alınarak kişilik hakkının ihlali dolayısıyla manevi tazminata hükmedilebilir.
- Şirket açılışı için bir fotoğrafçıyla sözleşme kurulması ve fotoğraf ve video çekiminin yapılması için anlaşılması durumunda video çekiminin sağlıklı olarak yapılamaması ve de kayıtların şirkete teslim edilmemesi halinde açılış merasiminin tüzel kişinin yaşamında özel öneme sahip olması ve tekrarlanması, telafisi mümkün olmayan anları içermesi sebebiyle önem taşıyan anların kayıtlarının yapılmaması veya yapılıp da teslim edilmemiş olması ve bunun telafisinin de mümkün olmamasının kişide yaratacağı üzüntü ve elem hayatın olağan akışına uygun olmakla kişilik haklarının zedelendiğinin, manevi zararlarının gerçekleştiğinin, dolayısıyla manevi tazminata hükmedileceğinin kabulü gerekir[96].
- Yardım gecesi düzenleyen bir vakfın, organizasyon şirketiyle anlaşması ve A kişisinin de TBK m. 128 hükmünce bu şirketinin fiilini üstlenmesi halinde yardım gecesinin olduğu gün organizasyonun tamamlanmaması dolayısıyla vakfın, piyasaya rezil olması halinde sözleşmeye aykırılık dolayısıyla manevi zarara uğradığı ve üçüncü kişinin fiilini üstlenen A kişisine karşı yönelttiği manevi tazminat talebi, A kişisinin kusuru aranmaksızın kabul edilmelidir[97].
- Sözleşmenin haklı gerekçeye dayanmaksızın, sırf şirketin yabancı bir şirket olması nedeniyle karşı tarafça sözleşme feshedildiğinde tüzel kişinin manevi zararının doğduğu iddia edilebilir[98].

---

[96] Düğün merasiminde fotoğraf çekiminin yapılmaması hali için bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2011/13-606, K. 2011/717, T. 30.11.2011, www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 30.09.2020).. Bir görüşe göre bu olayda manevi tazminata hükmedilmesine imkân veren ceza koşulunun kanunda yer alması uygun olacaktır. Bkz. HATEMİ /GÖKYAYLA, § 20, N. 53.

[97] Benzer bir örnek için bkz. BİLGİN YÜCE Melek, **Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi**, Vedat, İstanbul, 2007, s. 112.

[98] GENÇ ARIDEMİR, s. 128 vd. Haksız fesih halinde dahi haksız feshin davacı tüzel kişiliğin kişilik haklarına saldırı olarak kabul edilmesinin somut olayda mümkün olmadığı yönünde karar da verilebilir; bu yönde bkz. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi E. 2016/18955, K. 2018/6682, T. 18.12.2018, www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 30.09.2020).

- Dershanenin ilan ettiği deneme sınavının tarihinde sözleşmenin karşı tarafı olan A tarafından soru kitapçıklarının ulaştırılmaması nedeniyle sınavın iptal edilmesi halinde tüzel kişi dershanenin, öğrenciler, veliler ve rakip dershaneler nezdinde itibar kaybedeceği ve eleştirilere maruz kalacağı, güvenilirliğini bir miktar yitireceğinin açık olduğundan bahisle manevi tazminata hükmedilmek gerekecektir[99].

4. Manevi Zararın Varlığı

A. Manevi Zarar Kavramı

Sözleşmeye aykırılıkta kişilik hakkının ihlali nedeniyle manevi tazminata hükmedilebilmesi için manevi zararın oluşması şarttır. Sorumluluk hukuku kapsamındaki "*neminem leadere (kimseye zarar vermeme*)" ilkesi gereğince borcunu ihlal eden kişi, karşı tarafa verdiği manevi zarar (*immaterielle Unbill- immaterieller Schaden*) dolayısıyla manevi tazminat ödemek zorunda kalabilir. TBK m. 58 hükmünde açık bir şekilde manevi tazminat için manevi zararın oluşmasının şart olduğu düzenlenmiştir; dolayısıyla manevi tazminat bakımından manevi zararın varlığının tespit edilmesi gerekir.

Türk Medeni Kanunu'nda veya Türk Borçlar Kanunu'nda manevi zararın tanımına yer verilmemiştir[100]; ancak doktrinde manevi zararın tanımına ilişkin olarak objektif ve sübjektif teoriler ileri sürülmüştür[101]. Sübjektif teoriye göre manevi zarar, kişilik hakkının zedelenmesinden doğan acı, elem, üzüntü gibi duygulardır[102]. Katıldığımız objektif teoriye göre ise manevi zarar, kişilik hakkının zedelenmesi neticesinde kişilikte meydana gelen objektif eksilme ve kayıptır[103]. Yargıtay'a göre de "*Manevi zarar, malvarlığın-*

---

[99] Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E. 2001/5879, K. 2001/8933, T. 12.11.2001, www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 30.09.2020).

[100] Örneğin Avusturya Medeni Kanunu m. 1293 hükmünün ilk cümlesinde zararın tanımı yapılmıştır: "*Schade heißt jeder Nachtheil, welcher jemanden an Vermögen, Rechten oder seiner Person zugefüget worden ist.".*

[101] Manevi zarar kavramını açıklayan teoriler bakımından ayrıntılı inceleme için bkz. ANTALYA, Borçlar, N. 828 vd.; GENÇ ARIDEMİR, s. 176 vd.; ATLAN, s. 47 vd.

[102] TANDOĞAN, s. 63, 330 vd.; FRANKO, s. 123; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 145; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 655-656; ARPACI, s. 147; ÜNAL Mehmet, "Manevi Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü", A**nkara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 35/1**, Ankara, 1978, (ss.397-437), s. 399; HATEMİ, § 10, N. 1 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, N. 715, 743; İNCEOĞLU, s. 79-80; GENÇ ARIDEMİR, s. 184.

[103] EREN, N. 1653; KIRCA Çiğdem, "Manevi Tazminatın Fonksiyonu ve Niteliği", **Yargıtay Dergisi** C. 25, S. 3, Ankara, 1999, (ss. 242-270), s. 253; SEROZAN, Schadensersatz, s. 53-

da bir azalmayı değil ve fakat kişilik haklarına vaki tecavüz sebebiyle bir kimsenin duyduğu cismani ve manevi acı ve ızdırabı, elemi ve böylece yaşama zevkinde bir azalmayı"[104] ve "*...kişinin kişi varlığında (kişisel değerlerinde) uğradığı kayıpları"*[105] ifade etmektedir.

Manevi zarar, zarar görenin duygu dünyasında yarattığı etkiden bağımsız şekilde değerlendirilmelidir; dolayısıyla tüzel kişilerin de manevi zarara uğrayabilecekleri kabulü açıktır. Örneğin mirasbırakan, el yazılı vasiyetnamesini saklaması için biriyle anlaştığında taraflar arasında TBK m. 561 hükmünce genel saklama sözleşmesi kurulur ve saklayan, saklatanın kendisine bıraktığı bir taşınırı güvenli bir yerde koruma altına almayı üstlenir. Eğer saklayan, sözleşmeye aykırı davranarak saklatanın izni olmaksızın vasiyetnameyi açıp okursa ve saklı paylı mirasçılar arasında olup mirasçılıktan çıkarılan kimseye mirasbırakanın iradesini açıklarsa bu halde vasiyetnameyi düzenleyen kişi, manevi zarara uğradığını iddia edebilir. Bir başka örnek olarak TBK m. 396 hükmünde düzenlenen işçinin sadakat yükümlülüğü gereğince işçinin, işveren tüzel kişinin ticari sırlarının elde edilerek kullanılması sonucunda ticari itibarının sarsılmasıyla manevi zarara uğraması halinde manevi tazminata hükmedilebilecektir[106]. Bununla birlikte kural olarak hayvanların zarar görmesi halinde hak sahibinin manevi zarara uğradığı kabul edilmezken[107] hayvanın ev hayvanı olması ve duygusal bağ kurulması halinde veteriner hekimin hatalı uygulaması neticesinde sözleşmeye aykırılık dolayısıyla hayvan ölürse hayvanın sahibinin manevi zarara uğradığı kabul edilebilecektir[108].

54; SEROZAN, s. 83; ERLÜLE, Manevi, s. 239-240; KESKİN Ayşe Dilşat, **Objektif Manevi Zarar Teorisi Açısından Manevi Tazminat**, Yetkin, Ankara, 2016, s. 123-124; GÖNEN, s. 195; BAYSAL, N. 6.53. Manevi zararın, haksız fiil zararı olarak doğrudan zararlardan biri olduğu yönünde bkz. HATEMİ /GÖKYAYLA, § 20, N. 41.

[104] Yargıtay 6. Hukuk Dairesi E. 2016/2416, K. 2016/1853, T. 10.3.2016, www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 30.09.2020).

[105] Yargıtay 15. Hukuk Dairesi E. 2013/5437, K. 2014/57, T. 7.1.2014, www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 30.09.2020). Bir görüşe göre manevi zarar, kişiliğindeki bir bozulma sonucunda kişinin katlanmak zorunda kaldığı fiziksel veya psikolojik acıdır. Bkz. OFTINGER /STARK, § 8, N. 11.

[106] Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E. 2017/1940, K. 2019/960, T. 7.2.2019, www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 30.09.2020).

[107] OFTINGER/STARK, § 8, N. 40; KOLLER, N. 158.

[108] HATEMİ, § 10, N. 21, GENÇ ARIDEMİR, s. 159. Buna ilişkin örnek bir hüküm olarak bkz. OR Art. 43/Ibis.

Kişilik hakkının ihlaline ilişkin manevi zararın düzenlendiği İsviçre Borçlar Kanunu m. 49(1)[109] hükmü gereğince hukuka aykırı olarak kişilik hakkı zedelenen kimsenin, ihlalin ağırlığı (*Schwere der Verletzung*) haklı gösterdikçe tazminat olarak bir miktar para isteyebileceği düzenlenmiştir. Halbuki TBK m. 58/I hükmünde kişilik hakkının zedelenmesinden zarar görenin, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebileceği düzenlenmiş olmakla birlikte İsviçre Borçlar Kanunu m. 49(1) hükmünde olduğu gibi ihlalin ağırlığı, manevi tazminatın istenebilmesi açısından şart olarak düzenlenmemiştir. Bu halde Anayasa m. 5, 20, 26 gibi temel hak ve hürriyetlere, kişilik hakkına ilişkin hükümlerin varlığı karşısında kanun koyucunun bilinçli olarak ihlalin ağırlığını TBK m. 58 hükmüne almadığı sonucuna varılmaktadır; kaldı ki kişinin malvarlığı değerlerine ilişkin menfaatinin zedelenmesi durumunda ihlalin ağırlığı koşuluna yer verilmezken kişilik hakkının zedelenmesi durumunda bu şartı aramak kişilik değerlerinin malvarlığı değerlerine nazaran daha korumasız kalmasına neden olacaktır[110]. Dolayısıyla TBK m. 114/II hükmünün atfıyla sözleşmeye aykırılık neticesinde kişilik hakkının zedelenmesi yeterli olup[111] ihlalin ağırlığı, tazminat miktarını belirleyici rol oynamaktadır. Örneğin zarar veren fiilin, zarar görene etki süresi uzun olduğunda daha fazla manevi tazminata hükmedilebilmelidir[112].

Bununla birlikte belirtmek gerekir ki TBK m. 58/I hükmünde ağır ihlal şartının bulunmaması, tüm kişilik hakkının ihlali hallerinde manevi tazminata hükmedileceği anlamına gelmemelidir[113]. TBK m. 58/I hükmünün amacından çıkarılacak sonuç, kişiden sadece sosyal hayatta katlanması beklenilen kısmı aşan kayıpların ve zararın tazmin edilebileceği, ancak bunun haricinde kalan kısmın genel hayat rizikosu içinde kalacağıdır. Dolayısıyla manevi tazminat, kişilik hakkının ağır sayılabilecek şekilde zedelenmesi halinde talep edilebilmeli, diğer hallerde ise hayat rizikosunun varlığı kabul edilmelidir[114]. Örneğin satı-

---

[109] "*Wer in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, hat Anspruch auf Leistung einer Geldsumme als Genugtuung, sofern die Schwere der Verletzung es rechtfertigt und diese nicht anders wiedergutgemacht worden ist.*"

[110] GENÇ ARIDEMİR, s. 225, 226.

[111] GENÇ ARIDEMİR, s. 227.

[112] ANTALYA, Borçlar, N. 986 vd.

[113] SEROZAN Rona, "Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım", **Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan,** Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1990, (ss. 67-111), s. 91 vd.; SEROZAN, Schadenersatz, s. 65 vd.

[114] SEROZAN, s. 92; SEROZAN, Schadenersatz, s. 67; GENÇ ARIDEMİR, s. 225-226. Bu yönde ayrıca bkz. LANDOLT, Art. 49, N. 87.

cının alıcıya aracı vadesinde teslim etmemesi ve alıcının, uzun süren yargı süreci sonrasında araca kavuşması halinde bunun hayat rizikosu içinde olduğu kabul edilmesiyle kişilik hakkının zedelenmediğinden bahisle manevi zararın varlığından bahsedilemez ve bu halde eşyayı kullanma olanağının kaybı, manevi tazminat gerektirmez. Ancak bir başka ihtimal olarak aracın, alıcının babasının daha önce satmış olduğu ve aile fotoğraflarında yeri olan antika bir araç olması halinde duyduğu manevi zarar ve kişilik hakkının zedelenmesi halinde manevi tazminata hükmedilebileceği görüşündeyiz[115]. Bazı hallerde ise borçlunun borcunu zamanında ifa etmemesi sebebiyle alacaklının sırf başkalarına kendi borcunu ifa edemez hale gelmesi, ticari yaşamın rizikoları değerlendirildiğinde ticari itibarının sarsıldığı anlamına gelmeyebilir[116]; halbuki örneğin bayilik sözleşmesi uyarınca tarımsal sulama ürünlerin satışını yapan bayinin sattığı ürünlerin ayıplı olması sebebiyle satışlarının durma noktasına gelmesi halinde bayinin ticari itibarının zedelendiğinden bahisle manevi tazminata hükmedilebilmelidir. Yargıtay da bir kararında[117] tüm bankalar tarafından görülebilen bir sistemde davacı şirketin çok yüksek bir miktarda çekinin ödenmediğinin gözükmesinin davacı şirket açısından ticari itibarının sarsılmasına sebep olması için yeterli olduğu gerekçesiyle manevi tazminat talebinin reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir.

B. Manevi Tazminat Kavramı, Amacı ve Manevi Tazminatın Tespiti

a. Genel Olarak Manevi Tazminat Kavramı ve Amacı

Manevi tazminat, zarar görenin kişilik değerlerinde iradesi dışında meydana gelen eksilmenin giderilmesidir[118]. Doktrinde manevi tazminatın niteliği ve amacı, telafi, ceza, önleme-caydırma[119] veya denkleştirme (*tat-*

---

[115] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2001/11-1161, K. 2001/1152, T. 12.12.2001: "…*manevi tazminatı gerektiren nokta eşyaların kaybından doğan üzüntünün ötesinde bu eşyaların kullanılamaması nedeniyle bir daha tekrarlanmayacak ve kişisel öneme sahip anların kaybıdır. Bunun insanın ruh dünyasında yaratacağı sarsıntıdır*.", www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 30.09.2020).

[116] GENÇ ARIDEMİR, s. 150.

[117] Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E. 2016/13181, K. 2017/5824, T. 30.10.2017, www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 30.09.2020).

[118] ORAL, s. 42.

[119] Önleme-caydırma görüşüne göre manevi tazminat ile fiilin tekrara işlenmesinin engellenmesi amaçlanmaktadır. Bu yönde bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2004/13-291, K. 2004/370, T. 23.6.2004: "*Manevi tazminat, gelişmiş ülkelerde artık eski kalıplarından çıkarılarak caydırıcılık unsuruna da ağırlık verilmektedir. Gelişen hukukta bu yaklaşım, kişilerin*

min) görüşü gibi farklı teorilerle ele alınmıştır[120]. Üç temel görüşü belirtmek gerekirse telafi görüşüne göre manevi tazminatın amacı, uğranılan manevi zararın telafi edilmesidir[121]; ceza görüşüne göre ise manevi tazminat, zarar görenin öç alma duygusunu giderme ve zarar vereni cezalandırma amacı taşır[122]. Katıldığımız denkleştirme görüşüne göre ise manevi tazminatın amacı, ceza değil, oluşan manevi zararın bir miktar para ödenerek kısmen de olsa zarar görende huzur, mutluluk sağlanmasıdır[123]. Hükmedilecek para, zarar görende manevi huzur doğurmayı gerçekleştirecek tazminata benzer bir fonksiyonu olan özgün nitelik taşır ve bir ceza olmadığı gibi malvarlığı hukukuna ilişkin bir zararın giderilmesini de amaç edinmemiştir. Bununla birlikte manevi tazminat, bir taraf için zenginleşme

---

bedenine ve ruhuna karşı yöneltilen haksız eylemlerde veya taksirli davranışlarda tatmin duygusu yanında caydırıcılık uyandıran oranlarda manevi tazminat takdir edilmesi gereğini ortaya koymakta; kişi haklarının her şeyin önünde geldiğini önemle vurgulamaktadır. Bu ilkeler gözetildiğinde; aslolan insan yaşamıdır ve bu yaşamın yitirilmesinin yakınlarında açtığı derin ızdırabı hiçbir değerin telafi etmesi olanaklı değildir. Burada amaçlanan sadece bir nebze olsun rahatlama duygusu vermek; öte yandan da zarar veren yanı da dikkat ve özen göstermek konusunda etkileyecek bir yaptırımla, caydırıcı olabilmektir.", www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 30.09.2020).

120 Manevi tazminatın amacı ve manevi zarara ilişkin yaklaşımlar bakımından ayrıntılı değerlendirme için bkz. KILIÇOĞLU, Borçlar, s. 553; s. 423; EREN, N. 2441 vd.; ANTALYA, Borçlar, N. 811 vd.; ATLAN, 70; GENÇ ARIDEMİR, s. 7 vd.; ANTALYA Gökhan, "Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması -Türk Hukukuna Manevi Zararın İki Aşamalı Olarak Belirlenmesine İlişkin Bir Model Önerisi", **Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan,** Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 3, İstanbul, 2016, (ss. 221-251), s. 226 vd.; ORAL, s. 43 vd. Manevi tazminatın hukuksal niteliği bakımından ayrıntılı inceleme için bkz. KILIÇOĞLU Ahmet M., "Manevi Tazminatın Hukuksal Niteliği", **Ankara Barosu Dergisi, S. 1,** Ankara, 1984, (ss. 15-21), s. 15 vd.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2017/1818, K. 2018/1025, T. 9.5.2018 kararınca göre manevi tazminat, kişinin çekmiş olduğu fiziksel ve manevi acıları dindirmeyi, hafifletmeyi amaçlar ve bu tazminat, yaşanan acı ve elemin karşılığıdır. Yargıtay 17. Hukuk Dairesi E. 2016/17837, K. 2019/9352, T. 14.10.2019 kararına göre manevi tazminat bir ceza olmadığı gibi malvarlığına ilişkin zararın karşılanmasını da amaç edinmemiştir, www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 30.09.2020).

121 EREN, N. 2446; ZEVKLİLER Aydın/ACABEY M. Beşir/ GÖKYAYLA K. Emre, **Medeni Hukuk,** Seçkin, İstanbul, 2000, s. 479; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 788; ERLÜLE, Manevi, s. 82 vd.; KESKİN, s. 141; KIRCA, s. 252.

122 SAYMEN, s. 83 vd.; GÜRSOY, s. 10-11.

123 KOLLER, AT, N. 46.63; BREHM, Art. 47, N. 9; OFTINGER/STARK, § 8, N. 155; SAYMEN, s. 94-95; ARPACI, s. 155; GÜRSOY, s. 8; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, "Kişilik Haklarını Koruyan Manevi Tazminat Davasına İlişkin Yeni Gelişmeler (MK.24, BK.49)", **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, Ankara, 21-22/Ekim/1977,** Fakülteler, İstanbul, 1980, (ss. 141-180), s. 160; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 787; GENÇ ARIDEMİR, s. 13; İNCEOĞLU, s. 86, dn. 35; ERLÜLE, Manevi, s. 82 vd.; BAYSAL, N. 6.5; KESKİN, s. 141.

diğer taraf için de fakirleşme aracı olarak görülmemelidir[124]; takdir edilecek miktarın, mevcut halde elde edilmek istenen tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır[125]. Manevi tazminat ile malvarlığına ilişkin zararın karşılanması değil, zarar veren fiil olmasaydı zarar görenin içinde bulunacağı durumun sağlanması ve böylece manevi zararın ortadan kaldırılması suretiyle denge amaçlanır[126]. Anayasa Mahkemesi bir kararında[127] manevi tazminatın parasal olmasının, manevî kaybı geri getirip yerine koyduğu yahut manevî varlığın bir bölümünün onunla mübadele edildiği anlamını taşımadığı, parasal ödeme ile kişilik haklan zedelenen kimsenin duyduğu manevî acıyı bir dereceye kadar yumuşatılacağı, bozulan manevî dengenin onarılmasının amaçlandığı ve manevi tazminatın teselli, avunma, ruhî tatmin aracı olduğu belirtilmiştir.

Bir görüşe göre[128] zararın, maddi tazminat ile giderilmesinin mümkün olduğu hallerde manevi tazminat talebine yer yoktur; manevi tazminat talebi, ikincil olup manevi tazminat talep edebilmek için öncelikle maddi tazmi-

---

[124] Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2006/3-751, K. 2006/764, T. 6.12.2006, www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 30.09.2020). Manevi tazminatın miktarının, zarar gören tarafın mali imkanlarıyla ilgisinin olmadığı yönünde bkz. OFTINGER/STARK, § 8, N. 29.

[125] OFTINGER/STARK, § 8, N. 25; KILIÇOĞLU, s. 452.

[126] KILIÇOĞLU, Nitelik, s. 21; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 159; GENÇ ARIDEMİR, s. 14.

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi E. 2019/3772, K. 2019/8243, T. 22.10.2019 kararına göre "*manevi tazminatın amacı mağduru cezalandırmak veya onu muzayaka haline düşürmek olmayıp, mağdurun acısını bir nebze olsun gidermek ve onu ruhen tatmin etmek olduğundan bu tazminatın sınırı onun amacına göre belirlenmelidir. Takdir edilecek tutar, var olan durumda elde edilmek istenilen tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır*.". "*…manevi tazminatın amacı, zarar görenin kişilik değerlerinde ve bedensel bütünlüğünün iradesi dışında ihlali hallerinde meydana gelen eksilmenin (manevi zararın) giderilmesi, tazmin ve telafi edilmesidir. Manevi zarar, haksız eylemin sonucunda, uğranılan kişilik değerlerindeki azalmanın karşılığı olması ve zarar gören tarafından da takdir ve tayin edilebilir bulunması nedeniyle birden fazla bölümler halinde istenemez*.", bkz. Yargıtay 17. Hukuk Dairesi E. 2016/19172, K. 2019/9211, T. 10.10.2019. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 01.03.2006 tarih ve 2006/2-14 E, 2006/26 K. sayılı kararında ifade edildiği üzere manevi tazminatın amacı, zarar görenin kişilik değerlerinde ve bedensel bütünlüğünün iradesi dışında ihlali hallerinde meydana gelen manevi zararın giderilmesi, tazmin ve telafi edilmesidir. Manevi zarar, yaşanan acı ve elemin karşılığı olduğu için, haksız fiilin meydana geldiği anda gerçekleşir. Acı ve elemin bölünerek bir kısmının açılacak kısmi dava ile, kalanının açılacak başka bir davada talep edilmesinin manevi tazminatın özüne ve işlevine aykırılık oluşturacağından manevi tazminat davasının, "*manevi tazminatın bölünemezliği*" kuralına aykırı bir biçimde kısmi veya belirsiz alacak davası olarak açılması da mümkün değildir. www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 30.09.2020).

[127] Karar için bkz. Resmi Gazete 2.7.1969/13238, E. 1968/33, K. 1969/12, T. 11/2/1969, http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr (Erişim Tarihi: 30.09.2020).

[128] SEROZAN, s. 90; İNCEOĞLU, s. 102.

nat yolunun tüketilmiş olması gerekir. Halbuki katıldığımız görüş[129] uyarınca TBK m. 58 hükmünde düzenlenen manevi tazminat, ikincil nitelikte değildir. Zarar verici olay neticesinde maddi zarar doğmamış olabilir ve bu halde yalnızca manevi zarar doğmuş olsa bile zarar gören, manevi tazminat talebinde bulunabilir[130]; şöyle ki manevi tazminat, maddi tazminattan bağımsız bir taleptir[131]. Başka bir ifadeyle manevi tazminata hükmedebilmek için tazminat koşullarının varlığı yeterli olup, maddi zararın da somut olarak ispatlanması gerekmez[132]. Örneğin taraflar arasında yapılan paket tur sözleşmesi gereğince sözleşmede kararlaştırılan koşullara uygun şekilde ifa yapılması gerekmekteyken sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle katılımcının eksik veya ayıplı ifasından dolayı boşa harcanan tatil zamanı için, maddi zararı oluşmasa bile kişilik hakkının zedelendiğinden bahisle manevi tazminatın tüm şartlarının bulunması halinde manevi tazminata hükmedilir[133]. Bu noktada farklı bir husus olarak belirtmek gerekir ki tarafların sözleşmede, aslında kişilik hakkının kapsamına girmeyen manevi bir değerin ihlaline ilişkin olarak, örneğin gezi sözleşmesi gereğince tatilden beklenen faydanın elde edilememesi durumunda bir miktar paranın (*götürü olarak*) ödenmesinin talep edilebileceği şeklinde bir düzenlemeye sözleşme özgürlüğünce geçerli olarak yer verilirse bu bedel, manevi tazminata ilişkin değildir. Anılan sözleşme hükmündeki bedel, TBK m. 179 hükmünde düzenlenen ceza koşulu olarak nitelendirilmelidir; şöyle ki TMK m. 25/III,

---

129 BAYSAL, N. 6.19.

130 AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, s. 407.

131 EREN, N. 2435. Manevi tazminat, maddi tazminatın zorunlu refakatçisi değildir. Bkz. HATEMİ, § 10, N. 18. Örneğin "*…sahte satış sözleşmesi ile bilgi ve rızaları dışında davacıların ellerinden çıkan taşınmaz nedeniyle uğradıkları zarar, malvarlığına ilişkin zarar niteliğinde olup …kişilik değerlerine saldırı niteliğinde değerlendirilemez. Bu sebeple mahkemece; manevi tazminata ilişkin talep yönünden davanın reddine karar verilmesi gerekirken*...", bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi E. 2019/5494, K. 2020/656, T. 3.2.2020, www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 30.09.2020); ayrıca şeye gelen zararlardan ötürü kural olarak manevi zararın tazminine hükmedilemeyeceği yönünde bkz. NOMER, N. 134.1.

132 Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E. 2016/13181, K. 2017/5824, T. 30.10.2017, www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 30.09.2020).

133 Yargıtay 13. Hukuk Dairesi E. 2017/9297, K. 2019/7690, T. 25.6.2019, www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 30.09.2020). Ancak kimi durumlarda eksik ve ayıplı ifa halinde dosya kapsamı değerlendirildiğinde manevi tazminatın şartlarının oluşmadığı yönünde de kanaate varılabilmektedir; bu yönde bkz. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi E. 2015/1652, K. 2015/5972, T. 23.11.2015: "*Dava konusu somut olayda davalının eksik ve ayıplı imalâtı nedeniyle davacı işsahibinin ticari itibarının zarar gördüğü gerekçesiyle manevi tazminat istenmiştir. …Manevi tazminata konu edilen eylem, malvarlığına yönelen bir nitelik arzetmektedir. Davacı yararına manevi tazminat tayini için gerekli yasal koşullar oluşmamıştır*.", www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 30.09.2020).

TBK m. 58 hükümlerince manevi tazminat, sadece kişilik hakkının zedelenmesi halinde talep edilebileceğinden zedelenen değerin, kişilik hakkına ait bir değer olmaması halinde manevi tazminatın koşulları oluşmadığından bahisle manevi tazminata da hükmedilemeyecektir[134].

Bununla birlikte sözleşmeye aykırılık halinde tüzel kişilerin manevi tazminat talep edip edemeyeceği hususunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre gerçek kişiler gibi tüzel kişilerin duygusal veya fiziksel acı çekemeyeceğinden ya da yaşam sevincinin azalmasından söz edilemeyeceğinden bahisle tüzel kişilerin manevi tazminat talep edemeyeceği, ancak TMK m. 25/I ve II hükmündeki davaları açabileceği kabul edilmektedir[135]. Katıldığımız ve Yargıtay'ın da kabul ettiği aksi görüşe[136] göre ise tüzel kişiler de manevi tazminat talep edebilir; çünkü TBK m. 58 hükmünde "*zarar gören*" ifadesinin bulunması, bu kişinin gerçek veya tüzel kişi olabileceğini göstermekte olup tüzel kişilerin manevi zarara uğramayacaklarını kabul etmek, adalet ve eşitlik ilkesine de aykırılık teşkil etmektedir[137].

b. Manevi Tazminatın Tespiti

818 sayılı Borçlar Kanunu m. 49/II hükmünde hâkimin manevî tazminat miktarını belirlerken tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı, sosyal ve ekonomik durumları da dikkate alması gerektiği açıkça belirtilmiş olmasına karşın TBK m. 58 hükmünde bu fıkraya yer verilmemiştir. Ancak hükmün gerekçesinde de yer verildiği üzere hâkim tazminat miktarını belirlerken,

---

134 GENÇ ARIDEMİR, s. 79.

135 RIKLIN, s. 298, 385; FRANKO, s. 190; KILIÇOĞLU Ahmet M., "Tüzel Kişi Manevi Tazminat İsteyebilir mi?", **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1/1,** 1983, (ss. 287-294), s. 292 vd.; SEROZAN, Kişilik, s. 108-109.

136 OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 49, N. 11; von TUHR/PETER, s. 130; BREHM, Art. 47, N. 23; HONSELL /VOGT / WIEGAND, Art. 49, N. 7; TERCIER / PICHONNAZ /DEVELİOĞLU, N. 1882; SCHWENZER, § 17, N. 10; TANDOĞAN, s. 333; GÜRSOY, s. 12; HATEMİ, § 10, N. 9; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 667; OĞUZMAN/ÖZ, N. 750; EREN, N. 2493; SAYMEN, Manevi Tazminat, s. 142; DURAL /ÖĞÜZ, N. 1145; HATEMİ /GÖKYAYLA, § 20, N. 49-53; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, N. 802; DURAL /ÖĞÜZ, N. 1145; İNCEOĞLU, s. 86; ERLÜLE, Manevi, s. 239; GENÇ ARIDEMİR, s. 189; ANTALYA, s. 231; BAYSAL, N. 6.62; ÇAKIRCA, s. 215; KILIÇOĞLU, Yansıma, s. 62; bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2017/4-1340, K. 2018/1622, T. 6.11.2018, www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 30.09.2020).

Gerçek kişilik esasını kabul eden görüşe göre organları oluşturan gerçek kişilerin çektiği acı, elem, keder, üzüntü gibi haller de tüzel kişinin manevi zarara uğradığını gösterir. Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, N. 750; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 667.

137 KIRCA, s. 260; GENÇ ARIDEMİR, s. 190.

"*hâl ve mevkiin icabını/durumun gereğini*", yani saldırının kişilik hakkı zedelenen kişinin manevî kişilik değerlerinde sebep olduğu eksilmeyi göz önünde tutmalıdır. Bu eksilmenin ise sıfatı ve makamı daha yüksek ve ekonomik durumu daha iyi olan taraf bakımından çok, diğer taraf için az olduğu şeklinde bir kurala bağlanması hatalı olur. Bu nedenle hâkimin manevî tazminat miktarını belirlerken tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumları da dikkate alması gerektiğinin belirtilmesinde bir zorunluluk yoktur.

Zarar görenin manevi zararının derecesi, hâkimin TMK m. 4 hükmüne göre takdir yetkisiyle tazminat miktarını belirlemede etkilidir[138]; ancak her somut olayın özelliği değişebileceğinden hâkim, takdir yetkisini kullanırken buna etkili olan nedenleri, objektif ölçülere göre isabetli bir biçimde göstermelidir[139]. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bir kararında[140] belirttiği üzere manevi tazminatın tutarını belirleme görevi hâkimin takdirine bırakılmış ise de hükmedilen tutarın, uğranılan manevi zararla orantılı, duyulan üzüntüyü hafifletici olması gerekir. Hâkim, takdir yetkisini kullanırken ülkenin ekonomik koşulları, tarafların sosyal ve ekonomik durumları paranın satın alma gücü, tarafların kusur durumu olayın ağırlığı, olay tarihi gibi özellikleri göz önünde tutmalıdır. Bununla birlikte manevi tazminat ile zarar görenin bozulan manevi dengesinin yerine gelmesi amaçlandığından takdir edilecek tazminat miktarının, kişilik hakkının zedelenmesine sebebiyet veren olayı özendirici hale getirmeyecek tutarda olması gerekir ve bu kapsamda olayın özellik ve meydana geliş şekliyle toplumdaki etkileri ve benzeri faktörler

---

138 FUNK Fritz, **Borçlar Kanunu Şerhi I Umumi Hükümler** (Çev. Hıfzı Veldet, Cemal Hakkı Selek), Üniversite, İstanbul, 1938, s. 83; FRANKO, s. 143. Hâkim, davacının talebi ile bağlı olduğundan davacının talep ettiğinden fazla bir miktarın manevi tazminat olarak ödenmesine karar veremez. Bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 792.

139 MÜLLER, Art. 49, N. 9; LANDOLT, Art. 49, N. 29; SEROZAN, s. 70; ARPACI, s. 155; ATLAN, s. 97; BAYSAL, N. 6.82; bu yönde bkz. Yargıtay 21. Hukuk Dairesi E. 2017/4908, K. 2017/8118, T. 23.10.2017. Belirtmek gerekir ki bazı sözleşme aykırılık hallerinde sadece zarar gören sözleşme tarafı değil, toplumun tamamında derin bir üzüntü meydana geldiğinden toplumu derinden etkileyen facialarda hüküm altına alınan manevi tazminat tutarları değerlendirilirken manevi tazminatın caydırıcılık unsurunun öne çıkması gerektiği kabul edilmelidir. Bkz. Yargıtay 21. Hukuk Dairesi E. 2018/59, K. 2018/458, T. 23.1.2018, www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 30.09.2020). Manevi tazminat davasının caydırıcı ceza görünümünde olduğu yönünde bkz. SEROZAN, Kişiler Hukuku, I § 3 N. 19f.

Manevi tazminatın hesaplama yöntemleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ANTALYA, Borçlar, N. 943 vd.; ATLAN, s. 108 vd.; BAYSAL, N. 6.84 vd.

140 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2017/21-2910, K. 2019/1117, T. 24.10.2019, www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 30.09.2020).

gözetilerek zarar verici fiil ile tazminat miktarı arasında adil ve vicdanlara rahatsızlık vermeyecek bir oran kurulmalıdır[141].

Her ne kadar manevi zararın maddi karşılığının ölçülmesinde zorluk olsa da tazminat miktarının tam olarak hesaplanamaması nedeniyle manevi tazminat davasında (*die Genugtuungsklage*) manevi tazminata hükmedilemeyeceği söylenemez; şöyle ki HMK m. 107/1 hükmü gereğince belirsiz alacak davasının açılabileceği kabul edilmiş olup manevi tazminat, TMK m. 4 hükmü gereğince hâkimin takdir yetkisine bağlı olarak somut olayın özelliği, keyfi davranma yasağı gibi hususları dikkate alarak ve kararı gerekçelendirerek tespit edilecektir[142]. Yargılama fiili ve mahkeme kararları, kişisel görüş, inanç ve duyguların aracı olamayacağından hâkim, önyargılı olamayacağı gibi yargıladığı kişilere ve topluma yansız olduğu görünümünü vermekle de yükümlü olup yasal olduğu kadar ahlaki yükümlülük de olan gerekçelendirme olgusunu gerçekleştirirken yansızlıkla birlikte ve aynı değerde olan kişinin onur ve saygınlığını da korumada yüksek özen göstermelidir[143].

Manevi zararın varlığı, manevi tazminata hükmedilebilmesi için aranan bir şart olsa da manevi zararın, davanın açıldığı esnada devam ediyor olması şart değildir[144]. Önceden çekilmiş acı, keder, üzüntü, sıkıntı sebebiyle manevi zarara uğrandığı iddiasıyla manevi tazminat davası zamanaşımı süresi[145] içinde açılabilir. Her ne kadar Yargıtay bir kararında[146] zararın meydana

---

[141] Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E. 1983/7617, K. 1983/8056, T. 31.10.1983; ayrıca bkz. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi E. 1985/604, K. 1985/2504, T. 30.3.1985: "*Para ile karşılanması mümkün olmayan çekilen acı, üzüntü ve korkunun karşılığı olarak verilen sembolik nitelikteki parayla; kişinin, hukuki kişiliği ve kişilik hakkına duyulması gereken saygının tartışılır hale gelebileceği unutulmamalıdır*.", www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 30.09.2020).

[142] HATEMİ /GÖKYAYLA, § 20, N. 53; NOMER, N. 136.4; ATLAN, s. 97 vd. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2017/4-1398, K. 2019/132, T. 12.2.2019: "*Dava, kişilik haklarına saldırı nedeniyle manevi tazminat istemine ilişkindir. Yasa koyucu, hâkime geniş bir karar verme özgürlüğü tanımış, kişilik hakkı saldırıya uğrayanın manevi zararının giderilmesi için en uygun yöntemin hangisi olduğuna takdir yetkisine dayanarak karar vermesini mümkün hâle getirmiştir. Tazminatın belirlenmesinde Hâkimin bu geniş takdir yetkisini kullanırken, somut olayın özelliklerini objektif kriterlere göre değerlendirmesi ve takdir nedenlerini belirterek kararını gerekçelendirmesi gerektiğinde kuşku bulunmamaktadır*.", www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 30.09.2020).

[143] Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2001/4-1016, K. 2001/757, T. 24.10.2001, www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 30.09.2020).

[144] GÜRSOY, s. 20.

[145] Doktrinde sözleşmeye aykırılıktan ötürü manevi tazminat bakımından zamanaşımı süresinin ne olacağı tartışmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. GENÇ ARIDEMİR, s. 266 vd.

[146] Yargıtay 9. Hukuk Dairesi E. 1988/12099, K. 1988/11684, T. 8.12.1988, www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 30.09.2020).

gelmesinden uzun yıllar sonra açılan manevi tazminat davasında yerel mahkemece hükmedilen tazminatın amaç ve niteliği ile bağdaşmayacak derecede fazla olduğundan bahisle hak ve adalete uygun nispette manevi tazminata hükmedilmek üzere karar bozulmuş olsa da, katıldığımız görüşe göre davanın uzun sürme ihtimali de göz önüne alındığında bunun sonuçlarına davacı zarar görenin katlanmasının uygun olmayacağı ya da aynı acının, kederin, üzüntünün aylarca devam etmeyeceği hayatın olağan akışına göre açık olmakla davada, kişilik hakkının zedelendiği anın esas alınması gerekir[147].

Manevi tazminata hükmedilebilmesi için İsviçre Borçlar Kanunu m. 49 hükmünde açıkça "*ağır ihlalin başka surette giderilmemesi-nicht anders wiegergutgemacht*" şartına yer verilmiş olsa da TBK m. 58 hükmünde bu şart aranmamıştır. Bir görüşe göre her ne kadar TBK m. 58 hükmünde bu şart açıkça aranmamış olsa da mehaz düzenlemesinden farklı bir çözümün haklı olmayacağı kabul edilmektedir[148]. Ancak katıldığımız görüşe göre manevi zararın başka bir surette giderilmemesi şartı, manevi tazminata hükmedebilmek açısından şart olmamakla birlikte manevi tazminatın miktarının tespitinde önem taşımaktadır[149]. Örneğin hâkimin TBK m. 58/II hükmü gereğince manevi tazminatın ödenmesinin yanında ayrıca saldırıyı kınayan bir karar vermesi halinde, manevi tazminat miktarının daha düşük tespit edileceği kabul edilmelidir.

c. Manevi Tazminatın Yasal Dayanağı ve TBK m. 114/II Hükmünün TBK m. 58 Hükmüne Atfı

Sözleşmeye aykırılık halinde kişilik hakkının zedelenmesi nedeniyle manevi tazminat istenebilmesine ilişkin kanunda boşluğun bulunduğundan söz edilemez[150]; şöyle ki sözleşmeye aykırılık halinde manevi tazminatın talep edilip edilemeyeceği hususunda TBK m. 114/II hükmü uygulama alanı bulmalıdır. TBK m. 114/II hükmü gereğince "*Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerine de uygulanır*.". Hükümde, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğa ilişkin uyuşmazlıklarda haksız fiile ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması amaçlanmıştır[151].

---

147 İNCEOĞLU, s. 110.

148 OĞUZMAN, s. 47; GENÇ ARIDEMİR, s. 222.

149 ANTALYA, Borçlar, N. 921.

150 GENÇ ARIDEMİR, s. 59.

151 KOLLER, N. 83; HOCHSTRASSER Fritsz, **Die Verletzung persönlicher Güter durch Vertragsverletzung,** Druckerei Gebr. Leemann & Co. A.G., Zürich, 1926, s. 76; GENÇ ARIDEMİR, s. 49.

Dolayısıyla Türk hukukunda sözleşmeye aykırılık halinde manevi tazminat talep edileceği açık bir hükümle düzenlenmemiş olmakla birlikte manevi tazminatın türünün, şartlarının ve tazminatın belirlenmesi bakımından TBK m. 114/II hükmünün, TBK m. 58 hükmüne atfı da irdelenmelidir.

TBK m. 114/II hükmünün atfıyla TBK m. 58 hükmünün[152] kıyasen uygulanmasıyla sözleşmeye aykırılık halinde manevi tazminat talep edilebilir[153]. TBK m. 114/II hükmündeki haksız fiil hükümlerine atıftan dolayı sözleşmeye aykırılıktan dolayı manevi tazminat talebiyle ilgili olarak TBK m. 58 hükmüne gidilmelidir[154]. TBK m. 58 hükmü, bağımsız sorumluluk normu değildir[155]; ancak manevi tazminatın belirlenmesine ilişkin bazı ölçütleri düzenlemektedir[156]. Hâkim, hüküm içi boşluğu doldurma görevi uyarınca TBK m. 58 hükmünün sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumlulukta hangi kapsamda uygulanabileceğini araştıracaktır[157].

5. Sözleşmeye Aykırı Davranış ile Manevi Zarar Arasında Uygun İlliyet Bağının Bulunması

Sorumluluğun doğması bakımından zararla zarara sebebiyet veren davranış arasında neden-sonuç ilişkisinin bulunup bulunmadığının tespiti önem taşımaktadır. Kanunlarda tanımına yer verilmemiş olmakla uygun illiyet (*nedensellik*) bağı, doğan zararla sorumluluğu doğuran davranış arasındaki neden-sonuç ilişkisidir[158]. Uygun illiyet bağı, hukukî sorumluluğun sadece kurucu bir şartı olmayıp, aynı zamanda tazminatın kapsamını belirlemede de önemlidir[159]. Şöyle ki uygun illiyet bağı, tazminat hukukunun temel ilkesidir; bu şart olmaksızın bir kimsenin sorumluluğu doğmaz.

---

[152] TBK m. 58 hükmü, genel hüküm niteliğindedir. Bkz. MÜLLER, Art. 49, N. 1; ÜNAL, s. 407; EREN, N. 2434; ERLÜLE, s. 648-649; ERLÜLE, Manevi, s. 109 vd.; BAYSAL, N. 6.37.

[153] OĞUZMAN M. Kemal/ÖZ Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1,** 17. Baskı, Vedat, İstanbul, 2019, N. 1291; GENÇ ARIDEMİR, s. 59-60.

[154] HONSELL/VOGT/ WIEGAND, Art. 49, N. 4; KOLLER, AT, N. 46.64; INDERKUM N. 381; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**,** s. 857; TANDOĞAN, s. 424; KILIÇOĞLU, Borçlar, s. 552; BİLGİN YÜCE, s. 111; GENÇ ARIDEMİR, s. 58.

[155] BREHM, Art. 47, N. 18; GENÇ ARIDEMİR, s. 61-62.

[156] GENÇ ARIDEMİR, s. 61.

[157] GENÇ ARIDEMİR, s. 60.

[158] OĞUZMAN/ÖZ, N. 133 vd.

[159] EREN Fikret, **Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi**, Sevinç, Ankara, 1975, s. 1 vd.

Uygun illiyet bağı, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk bakımından TBK m. 112 hükmünde öngörülmüştür. Hükme göre "*Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür*.". Hükümdeki "*bundan doğan zarar*" ifadesi, sorumluluk için uygun illiyet bağı şartının arandığını göstermektedir[160]. Manevi zararın ve illiyet bağının ispatı, saldırı teşkil eden fiilin, hayat tecrübelerine göre olayların normal akışında ileri sürülen manevi zararı meydana getirmeye elverişli olduğu hususunda hâkimde kanaat oluşturmasına bağlıdır[161]. Sözleşme gereğince borçlunun ifa etmesi gereken edimi ifa etmemesinin diğer tarafın kişilik hakkının zedelenmesi sonucunu doğurup doğurmadığı, uygun illiyet bağı ile belirlenir[162].

Manevi tazminat açısından da sözleşmeye aykırı davranış ile tüzel kişinin kişilik hakkının zedelenmesi sonucunda ortaya çıkan manevi zarar arasında uygun illiyet bağının olması şarttır[163]. Manevi tazminatın talep edilebilmesi için sözleşmeye aykırı davranışla manevi zarar arasında uygun illiyet bağı bulunması gerekmekte olup örneğin Yargıtay bir kararında[164] kiracı-

---

[160] EREN, İlliyet, s. 3; GENÇ ARIDEMİR, s. 195. Yargıtay 6. Hukuk Dairesi E. 2016/2416, K. 2016/1853, T. 10.3.2016 kararına göre "*Sözleşmeye aykırı davranış, manevi zarara yol açabilir. Manevi zarar, malvarlığında bir azalmayı değil ve fakat kişilik haklarına vaki tecavüz sebebiyle bir kimsenin duyduğu cismani ve manevi acı ve ızdırabı, elemi ve böylece yaşama zevkinde bir azalmayı ifade eder. TBK.nun 114. (BK 98) maddesinin ikinci fıkrasında "haksız fiil sorumluluğuna dair hükümler kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hallerine de uygulanır" tarzında yapılan yollamanın kapsamına manevi tazminat da girmektedir. Manevi tazminat talep edilebilmesi için kişilik hakkina hukuka aykiri tecavüzle, yani borca aykiri bir davranişla manevi zarar (kişilik hakkina vaki tecavüzden duyulan aci, elem ve izdirap) arasinda uygun illiyet bağı bulunmalıdır. Davaci kiracinin iddia ettiği olaylarin kişilik hakkini nasil ihlal ettiği hususu ispatlanamamiştir. Bu durumda mahkemece manevi tazminat isteminin reddine karar verilmesi gerekirken...*", www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 30.09.2020).

[161] OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 804.

[162] LANDOLT, Art. 49, N. 92; EREN, N. 2481; ANTALYA, Borçlar, N. 924 vd.; GENÇ ARIDEMİR, s. 198. Ayrıca bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2017/13-561, K. 2019/655, T. 13.6.2019, www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 30.09.2020).

[163] KOLLER, N. 170; EREN, N. 2481; OĞUZMAN, s. 41; OĞUZMAN/ÖZ, N. 751; AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, s. 411; İNCEOĞLU, s. 88; AYAN /AYAN, s. 132; GENÇ ARIDEMİR, s. 195-196; Yargıtay 3. Hukuk Dairesi E. 2018/2794, K. 2019/6935, T. 19.9.2019. "*Örneğin meydana gelen olay işverenin özen yükümlülüğünün uygun sebebini oluşturuyorsa bu durumda olay ile sözleşmeye aykırılık arasında uygun illiyet bağının varlığından bahsedilebilecektir*.", bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2015/10-2682, K. 2019/986, T. 1.10.2019, www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 30.09.2020).

[164] Yargıtay 3. Hukuk Dairesi E. 2018/2794, K. 2019/6935, T. 19.9.2019, www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 30.09.2020).

nın iddia ettiği olayların (*kira sözleşmesine aykırılığın*) kişilik hakkını nasıl zedelediği hususunun ispatlanamadığından bahisle manevi tazminat isteminin reddinin gerekeceğine karar vermiştir.

TMK m. 6 ve HMK m. 194 hükmü gereğince tarafların, hakkını dayandırdıkları olguların varlığını ispata elverişli şekilde somutlaştırmaları gerekmektedir. Manevi zararın ve uygun illiyet bağının ispatı, ihlal teşkil eden fiilin hayat tecrübelerine göre olayın normal seyrinde ileri sürülen manevi zararı meydana getirmeye elverişli olduğu konusunda hâkimin kanaatinin iddia edilen yönde oluşabilmesi için ortalama bir kişinin somut olayda uğrayacağı manevi zarara, davacının uğradığı ya da davalı tarafından davacının böyle bir manevi zarara uğramadığı ispat edilmelidir[165].

Sözleşmeye aykırı davranan kimse, ancak davranışının sebep olduğu zarardan sorumlu tutulabilir[166]; eğer zarar görenin kişisel kusuru, uygun illiyet bağını kesecek ağırlıktaysa zarar veren, sorumluluktan kurtulur ve manevi tazminat talep edilemez[167]. Sözleşmeye aykırı davranış, hayatın olağan akışına göre kişilik hakkının ihlalini ve manevi zarar doğurmaya objektif olarak uygun değilse uygun illiyet bağının bulunmadığı kabul edilir[168]. Örneğin alacaklının kasten ifaya hazırlık fillerini gerçekleştirmeyerek alacaklının temerrüdüne düşmesi (*TBK m. 106/I*) ve bu sebeple de borçlunun teslim borcunu ifa edememesi halinde manevi tazminat talebi bakımından uygun illiyet bağının kesildiği ve sözleşmeyi ihlal eden taraf aleyhine manevi tazminata hükmedilemeyeceği kabul edilmelidir.

Sözleşmeden doğan borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde karşı tarafın duyduğu acı, elem, keder, üzüntü, stres açısından illiyet bağının nasıl kurulabileceği değerlendirilmelidir. Borcun zamanında veya hiç yerine getirilmemesi nedeniyle meydana gelen olaylarda duyulan acı, üzüntü ile borca aykırı davranışta bulunan borçlunun davranışı arasındaki uygun illiyet bağının nasıl kurulacağı önem taşımaktadır. Kural olarak bir para borcunun kusurlu ifa imkansızlığı (*TBK m. 112*) ile ifa edilmemesi, karine olarak alacaklının manevi zarara uğrayacağı sonucuna yol açmaz; ancak bu durum neticesinde gelişen olaylar, kişilik hakkını zedelerse uygun illiyet bağı bura-

---

165 OĞUZMAN /ÖZ, N. 778; HATEMİ /GÖKYAYLA, § 20, N. 53.

166 GENÇ ARIDEMİR, s. 195.

167 EREN, N. 2484.

168 KOLLER, N. 172; OĞUZMAN/ÖZ, N. 752; İNCEOĞLU, s. 88-89.

da kurulabilir[169]. Özellikle para borçlarının ifası noktasında sözleşme gereğince ödenmesi kararlaştırılan paranın ödenmemesi halinde alacaklının kişilik hakkının ihlal edilmesi mümkündür. Bu halde sözleşmeye aykırı davranış ile manevi zarar arasında uygun illiyet bağının olup olmadığı incelenmelidir. Örneğin hayat tecrübelerine göre hayatın olağan akışında para borcunun ödenmemesinin alacaklı tüzel kişinin mutlaka iflasını gerektirmemekle birlikte eğer bu nedenle iflasa sürüklendiği anlaşılabiliyor ise borcun ödenmemesi ile iflas olgusu arasında somut olayın tüm özelliklerine göre uygun illiyet bağı kurulabilir[170]. Başka bir örnek olarak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca bağımsız bölümünü boşaltarak eşyasını depoya koymak zorunda kalan arsa maliki, hatırası olan eşyasının depoda kırılması halinde kişilik hakkının zedelendiği ispatlanırsa ve de uygun illiyet bağı tespit edilirse ancak bu halde manevi tazminata hükmedilebilir; ya da örneğin şirket denetim kurulunun sorumluluklarını yerine getirmeyerek şirketin gelirlerini kayıt dışı tahsil ederek şahsi menfaatleri doğrultusunda harcadıkları, bunun tespit edilerek iadenin istenmesine rağmen şirkete ödenmediği, üçüncü kişilere karşı şirket borçlarının da geç ödenmesi nedeniyle faiz ödendiği, bu sebeple de ünlü tüzel kişiliğin gazetelere manşet olduğu ihtimalinde veya sigorta şirketinin sigortalı tüzel kişiye sigorta bedelini ödememesi sebebiyle tüzel kişinin üçüncü kişilere olan borçlarını ödeyememesi sebebiyle bankalar nezdinde itibarının azaldığı[171] ve kredi alamadığı ihtimalinde kişilik hakkının ihlal edildiğine ve manevi tazminata hükmedilebilecektir.

Bu konuda başka bir örnek Yargıtay, bir kararında[172] işçinin şirketten istifa ederek rakip firmada çalışmaya başlamadığı, işçinin ayrıldığı şirketin müşterileri ile irtibata geçerek şirketi kötülediği, şirket kayıtları üzerinde yapılan incelemede şirket görüşme dosyalarının, müşteri kayıtlarına ait dosyaların, bilgisayar kayıtlarının kaybolduğunun anlaşıldığı, ceza hukuku bakımından kamu davası açıldığı belirtilmiş ve Yargıtay, tüzel kişi olan şirketin şikâyetinin hak arama özgürlüğü içinde değerlendirilmesi gerektiğine, bu özgürlüğün sınırlarının aşılmadığına, şikâyet nedeniyle davacı işçinin kişilik hakkının ihlal edilmediğine,

---

169 Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2017/11-44, K. 2019/508, T. 2.5.2019; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2017/11-1976, K. 2019/81, T. 7.2.2019, www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 30.09.2020).

170 İNCEOĞLU, s. 91.

171 Ticari itibara ilişkin kişilik hakkı ihlallerinin manevi zarara sebebiyet vereceği yolunda bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 677-678.

172 Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E. 2016/14724, K. 2018/7488, T. 29.11.2018, www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 30.09.2020).

davalı şirketin yasal şikayet hakkını kullandığına ve dolayısıyla manevi tazminat talebinin reddine karar vermiştir[173]. Aynı şekilde finansal kiralama sözleşmesinin kurulduğu, sözleşme gereğince finansal kiralama şirketine banka teminat mektubunun verildiği, teminat mektubunun haksız olarak nakde çevrildiği ihtimalinde eğer sözleşmeye aykırı bu davranış neticesinde şirketin itibarının zedelendiği ve bu açıdan zor duruma düşürüldüğü ihtimalinde uygun illiyet bağının olduğuna karar verilirse manevi tazminata hükmedilebilir.

Zararı doğurmaya elverişli birden fazla sebebin olması halinde hangi sebep (*ler*) ile zarar arasında illiyet bağının olduğunu belirlemek gerekir[174]. Örneğin tüzel kişinin yeni ürettiği peynirin reklamı için bir reklam şirketiyle anlaşması halinde reklam şirketinde çalışan bir reklamcının "*eski kaşar*" yazacağı yerde reklam metnine "*ekşi kaşar*" yazarak tüzel kişinin alay konusu edilmesine sebebiyet vermesi, ancak bu arada da tüzel kişinin aleyhine vergi kaçakçılığı iddiasıyla manşet atan gazete yüzünden ilgili kamu kurumu tarafından geniş çapta bir soruşturma geçirmesi halinde sözleşmeye aykırı davranış ile mali soruşturma geçirildiği için tüzel kişinin ticari faaliyetinin ve adının zarar görmesi arasında illiyet bağı yoktur; şöyle ki reklam şirketi çalışanının sözleşmeye aykırı davranışının, mali soruşturma dolayısıyla zarar görmeye sebebiyet vermediği açıktır.

İlliyet bağını kesen sebeplerin (*mücbir sebep, zarar görenin kendi kusuru, üçüncü kişinin ağır kusuru gibi*) varlığı durumunda ise sözleşmeye aykırılık doğmuş olsa bile borçlu, sorumluluktan kurtulabilir[175]. Örneğin eser sözleşmesinde işe başlamada gecikme hali sözleşmeye aykırılık olmakla birlikte eğer bu durum, işsahibinin kamu kurumlarında işlem yapabilmesi

---

[173] Yargıtay 4. Hukuk Dairesi E. 2015/10317, K. 2017/474, T. 24.1.2017: "*Hak arama özgürlüğü, diğer özgürlüklerde olduğu gibi sınırsız olmayıp kişi salt başkasını zararlandırmak için bu hakkı kullanamaz. Bu hakkın hukuken korunabilmesi ve yerinde kullanıldığının kabul edilebilmesi için şikâyet edilenin cezalandırılmasını veya sorumlu tutulmasını gerektirecek yeterli kanıtların mevcut olması da zorunlu değildir. Şikâyeti haklı gösterecek bazı emare ve olguların zayıf ve dolaylı da olsa varlığı yeterlidir. Bunlara dayanarak başkalarının da aynı olay karşısında davalı gibi davranabileceği hallerde şikâyet hakkının kullanılmasının uygun olduğu kabul edilmelidir. Aksi halde şikâyetin hak arama özgürlüğü sınırları aşılarak kullanıldığı, kişilik değerlerine saldırı oluşturduğu sonucuna varılmalıdır.*", www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 30.09.2020). Bu konuda "*Neminem laedit, qui suo iure utitur (Hakkını kullanan, kimseye zarar vermiş olmaz.)"* ilkesi de nazara alınabilir. İlkenin çevirisi için bkz. ERDOĞMUŞ Belgin, **Hukukta Latince Teknik Terimler Özlü Sözler**, İstanbul Bilgi Üniversitesi, İstanbul, 2011, s. 91.

[174] GENÇ ARIDEMİR, s. 199.

[175] Bkz. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi E. 2017/479, K. 2019/5762, T. 3.12.2019, www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 30.09.2020).

için yükleniciye vermesi gereken temsil yetkisini hala vermemesi dolayısıyla gerçekleşmişse bu halde sözleşmeye aykırılık niteliğindeki gecikme, işsahibinin kendi kusurundan doğduğu ve işsahibine isnat edilebileceği için yüklenici aleyhine manevi tazminata hükmedilemeyecektir. Başka bir örnek vermek gerekirse hizmet sözleşmesi gereğince işgören işçi, marketten satın aldığı temizlik malzemesinin yanlış etiketlenmesi sonucunda arap sabunu yerine asit içeren bir kimyasal alıp temizlik yaparken tüzel kişinin tabelasını silerken asitle eritmesi ve ortaya alay edici bir resmin çıkması halinde zararda üçüncü kişinin kusuru olduğundan uygun illiyet bağının bulunmamasından ötürü yine işçiden, manevi tazminat talep edilemeyecektir.

Yargıtay bir kararında[176] bir işhanında kiracı olan kişinin, davalı tarafından binada yapılan tadilat ve tamirat işlerinden dolayı kendi işyerine giriş-çıkışının mal emniyeti bakımından tehlike arz ettiği gerekçesiyle manevi tazminat talep etmişse de olayda manevi tazminat koşullarının bulunmadığı dikkate alınarak manevi tazminat isteminin reddinin gerekeceğine haklı olarak hükmedilmiştir. Her ne kadar malvarlığına yönelen bir eylem, az veya çok kişiyi manevi bir üzüntüye düşürebilse de böyle bir üzüntü, TBK m. 58 ve TMK m. 24 hükümlerinde korunan kişisel hakların ihlalinden doğan bir eylem niteliğinde değildir[177].

6. Zarar Gören ile Kişilik Hakkı Zedelenenin Aynı Tüzel Kişi Olması

Sözleşmeye aykırılık nedeniyle kişilik hakkının zedelenmesi halinde manevi tazminata hükmedilebilmesi bakımından aranan bir diğer şart da zarar gören kişi ile kişilik hakkı zedelenen kişinin aynı tüzel kişilik olmasıdır; başka bir deyişle zararın, yansıma zarar (*Reflexschaden*) olmamasıdır. Yansıma zarar, hukuka aykırı eylemden zarar gören kişinin dışında bir başkasının aynı davranış yüzünden zarar görmesidir[178]. Yansıma zarardan failin sorumlu tutulabilmesi için hem fiille zarar arasında uygun illiyet bağının hem de hukuka aykırılık bağının bulunması gereklidir[179].

---

[176] Yargıtay 13. Hukuk Dairesi E. 2011/5189, K. 2011/15536, T. 27.10.2011, www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 30.09.2020).

[177] Yargıtay 15. Hukuk Dairesi E. 2019/12, K. 2019/3596, T. 23.9.2019, www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 30.09.2020).

[178] OĞUZMAN/ÖZ, N. 127; HATEMİ, § 5, N. 14; KILIÇOĞLU, Yansıma, s. 22; ayrıca bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2013/21-2215, K. 2015/1487, T. 5.6.2015, www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 30.09.2020).

[179] OĞUZMAN/ÖZ, N. 128.

Kişilik hakkı zedelenen tüzel kişiden başka yansıma yoluyla manevi zarara uğrayanların manevi tazminat talep edip edemeyeceği hususu değerlendirilmelidir. Borcun alacaklısı olmayan kimsenin sözleşmeye aykırılık sebebiyle karşı taraftan tazminat istemesine imkân olmadığından kural olarak bu halde yansıma yoluyla zararın tazmininin istenmesi de mümkün değildir[180]. Şöyle ki borç ilişkisinden doğan haklar ve borçlar, borcun nisbiliği ilkesince kural olarak alacaklı ve borçlu arasında (*inter partes*) hüküm doğurur[181]. Borcun nisbiliği göz önüne alındığında sözleşmeye taraf olmayan bir kimsenin yansıma yoluyla manevi tazminat talep edebileceğinin kabulü, kural olarak[182] borcun nisbiliği ile bağdaşmaz; bu halde sözleşmeye taraf olmayan ve sözleşmeye aykırı davrananla borç ilişkisi bulunmayan kişi bakımından sözleşmeye aykırı bir davranıştan söz edilemez[183]. Örneğin satım sözleşmesine aykırılık neticesinde tıbbi aletin zamanında teslim edilmemesi dolayısıyla sözleşmeye aykırılığın doğması yüzünden hastalarına karşı zor duruma düşen bir hastanenin saygınlığının ve güvenilirliğinin zarar gördüğünün ispatlanması halinde manevi tazminata hükmedilebilir; hâlbuki zarar gören hastanenin temizlik malzemesi satan yavru şirketin de yansıma yoluyla manevi zararının oluştuğu iddiası karşısında manevi tazminata bu kapsamda hükmedilmemelidir.

7. Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminata İlişkin Sorumsuzluk Anlaşmasının Bulunmaması

Sözleşmeye aykırılık dolayısıyla manevi tazminat talep edilebilmesi için sözleşmeye aykırı davranış neticesinde karşı tarafın kişilik hakkının zedelenmesi, manevi zararın doğması ve zararla sözleşmeye aykırı davranış arasında

---

180 İNCEOĞLU, s. 81; KILIÇOĞLU, Yansıma, s. 62-63. Ağır bedensel zarar ve ölüm haricinde diğer kişilik hakkı ihlallerinde yansıma zararın tazmininin söz konusu olmayacağı yönünde bkz. BAYSAL, N. 6.38; 6.65. Bir görüşe göre (*tüzel kişilerin kişilik hakkının zedelenmesine ilişkin açık bir ifadeye yer verilmeksizin*) yakınlar, sözleşme sorumluluğu kapsamında manevi tazminat talebinde bulunamamalıdır. Bkz. ÇAKIRCA, s. 197.

181 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip/HATEMİ Hüseyin/SEROZAN Rona/ARPACI Abdülkadir, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm Cilt 1**, 7. Basım, Filiz, İstanbul, 2017, § 2, N. 23; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 60; EREN, N. 52.

182 Bazı durumlarda ise sözleşmeye aykırı davranış, sözleşmeye taraf olmayan ve sözleşmeyi ihlal edenle borç ilişkisi bulunmayan yakın bakımından manevi tazminata hükmedilmesini gerektirebilir. Bkz. GENÇ ARIDEMİR, s. 255. Örneğin hizmet sözleşmesine ilişkin olarak TBK m. 417/son hükmü gereğince "*İşverenin yukarıdaki hükümler dâhil, kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir*.". Ancak bu hüküm, tüzel kişilerin manevi tazminat talebi bakımından uygulanabilir değildir.

183 GENÇ ARIDEMİR, s. 252, 253.

uygun illiyet bağının varlığının yanında ayrıca borçlunun, borcunun ifa edilmemesinden dolayı sorumlu olması da gerekir[184]. Yargıtay da bir kararında[185] açıkça, sözleşmeye aykırı davranışla kişilik hakkının zedelenmesi durumunda eğer taraflar arasında sorumsuzluk anlaşması da bulunmuyorsa manevi tazminata hükmedileceğine karar vermiştir. Dolayısıyla manevi tazminata hükmedilebilmesi için sorumsuzluk anlaşmasının varlığı da irdelenmelidir.

Sorumsuzluk anlaşmasının amacı, sözleşmeye aykırı davranıştan doğan sorumluluk uyarınca oluşan tazminat yükümlülüğünün borçlu lehine ortadan kaldırılmasıdır[186]. Sorumsuzluk anlaşması, ileride alacaklının malvarlığının aktif kısmında yer alması beklenen tazminat alacağına doğrudan etki ederek bu hakkı ortadan kaldırdığından bir tasarruf işlemidir[187]. Sorumsuzluk anlaşması, TBK m. 115 hükmünde şu şekilde düzenlenmiştir:

> "*Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.*
>
> *Borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden yaptığı her türlü anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.*
>
> *Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür*.".

Sorumsuzluk anlaşmasının düzenlendiği TBK m. 115 hükmünde her ne kadar kişi varlığına ilişkin zararlarından doğan sorumluluğu bertaraf etmeyi yasaklayan açık bir ifadeye rastlanmamaktaysa da[188] kişilik haklarında ser-

---

184 GENÇ ARIDEMİR, s. 200-201.

185 Yargıtay 15. Hukuk Dairesi E. 2015/5311, K. 2016/784, T. 8.2.2016, www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 30.09.2020).

186 KARABAĞ BULUT, Nil, "Sorumsuzluk Anlaşmaları ve Sonuçları", **Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan C. 1**, Vedat, İstanbul, 2009, (ss. 825-889), s. 828.

187 AKMAN Sermet, Sorumsuzluk Anlaşması, Sulhi Garan, İstanbul, 1976, s. 12; KARABAĞ BULUT, Sorumsuzluk, s. 832.

188 Paket Tur Sözleşmeleri Yönetmeliği'nin (*Resmi Gazete'de yayımlanma tarihi 14 Ocak 2015, sayı: 29236*) 18. maddesinde hem malvarlığı hem de kişivarlığı zararları açısından sorumsuzluk anlaşmasının yapılamayacağı; Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik'in (*Resmi Gazete'de yayımlanma tarihi 17 Haziran 2014, sayı: 29033*) Ek-1, 1(a) hükmünde ise kişivarlığı zararları yerine maddi zararları konu alan sorumsuzluk anlaşmalarının haksız şart oluşturabileceği hatalı çeviri neticesinde hükümleştirilmiştir. Eleştiriler için bkz. BAŞALP, s. 302 vd.

bestçe tasarruf edilemeyeceğinden manevi tazminat bakımından sorumsuzluk anlaşmasının geçerli olarak kurulamayacağı kabul edilmelidir[189]. Haksız fiilden doğan manevi tazminat bakımından kabul edilen bu sonuç, sözleşmeye aykırılık halinde doğan manevi tazminat için de kabul edilmelidir. Kişilik hakkının zedelenmesine rağmen manevi tazminat talep edilmeyeceğine ilişkin önceden yapılan anlaşma, etkili bir yaptırım olan manevi tazminat yolunu etkisizleştirir ve hakkın bu tür ihlallerde korumasız kalmasına sebebiyet verir[190].

TBK m. 115/I hükmü gereğince borçlunun ağır kusuruyla sözleşmeye aykırı davranışta bulunması halinde manevi zarardan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan sözleşmeler, hem hükmün emredici niteliği dolayısıyla hem de kişilik hakkının ahlaka aykırı şekilde aşırı sınırlandırılması sonucunu doğuracağından TMK m. 23 ve TBK m. 27/I hükümleri gereğince kesin hükümsüzlük ya da sözleşmedeki ilgili hüküm, TBK m. 27/II hükmü gereğince kısmi kesin hükümsüzlük yatırımına tabidir[191]. TBK m. 115/I hükmünde ağır kusurdan bahsedilmekte ise de hafif kusur halinde de manevi tazminatın ödenmemesi bakımından yapılan sorumsuzluk anlaşması, aynı gerekçe ile kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olmalıdır. Şöyle ki TMK m. 23 hükmünün ikinci fıkrası gereğince hiç kimse, özgürlüklerinden vazgeçemeyeceğinden veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamayacağından ve manevi tazminat talep etme hakkı, kişiye sıkı surette bağlı hak

---

189 KOLLER, N. 431-436; AKMAN, s. 114-115; GENÇ ARIDEMİR, s. 216; KARABAĞ BULUT, Sorumsuzluk, s. 866; BAŞALP, s. 312. Bir görüşe göre bu durumda ahlaka aykırılık nedeniyle geçersizlik mevcuttur. Bkz. ŞENOCAK, s. 254.

İsviçre "*Sorumluluk Hukukunun Yeniden Revizyonu ve Birleştirilmesine İlişkin Federal Kanun Ön Tasarısı (Haftpflichtgesetzs-Vorentwurf eines Bundesgesetzes über Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts*)" (1) maddesi gereğince ölüm, ruhsal ve fiziksel bütünlüğün ihlali veya çevreye verilen zararlardan ötürü sorumluluğu sınırlandıran ya da kaldıran anlaşmaların geçersiz olduğu açıkça belirtilmiştir. Madde metni şöyledir: "*Vereinbarungen, welche die Haftung bei Tötung oder bei Einwirkung auf die körperliche oder geistige Unversehrtheit einer Person oder bei Einwirkung auf die Umwelt wegbedingen oder beschränken, sind nichtig.*".

Bir görüşe göre ise sorumsuzluk anlaşmalarının manevi tazminat talebine engel olmasını, kişilik hakkının ahlaka aykırı olarak sınırlanması kabul etmek mümkün değildir. Manevi tazminat talebi bakımından sorumsuzluk anlaşmasının hafif kusur halinde geçerli olacağı kabul edilebilir. Sorumsuzluk anlaşmasının kurulması, kişilik hakkından vazgeçildiğini göstermez; sadece manevi tazminat talebinden vazgeçme anlamına gelir. Manevi zarar doğduktan sonra manevi tazminat talep etme hakkından feragat mümkün olduğuna göre öncesinde de bunun mümkün olması gerekir. Bkz. İNCEOĞLU, s. 112-113.

190 GENÇ ARIDEMİR, s. 216.

191 GENÇ ARIDEMİR, s. 209.

olduğundan manevi tazminattan önceden feragat edilemez[192]. Kaldı ki "*volenti non fit iniuria-rıza hukuka aykırılığı giderir; eyleme rıza gösterene karşı eylem, haksız fiil veya suç sayılmaz*)"[193] ilkesinin, kişi varlığı alanında işlemediği kabul edilmelidir[194]. Yargıtay'ın da bir kararında belirttiği üzere tüzel kişi onur ve saygınlığından vazgeçemeyeceği gibi bu değerlerini hukuka ve ahlaka aykırı olarak da sınırlayamaz[195]. Bir başka örnek olarak işsahibi tüzel kişinin, eser sözleşmesine aykırı şekilde yüklenicinin binayı ağır kusuruyla ayıplı imal etmesi halinde şirketin adının ve güvenilirliğinin zedelendiği ispat edilirse artık her ne kadar sorumsuzluk anlaşması önceden kurulmuş olsa da yüklenicinin binanın imalatından kaynaklanan ağır kusurlardan sorumlu olacağının ve sorumsuzluk anlaşmasının kesin hükümsüz olduğunun kabulü gerekecektir[196] ya da borçlunun doğan zararın yarısından sorumlu olacağına ilişkin sorumsuzluk anlaşması da yine kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacaktır[197].

TBK m. 115/II hükmünde[198] ise borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden yaptığı her türlü anlaşma kesin olarak hükümsüz olduğu düzenlenmiş olup buna göre sorumluluğun kasttan, ağır ihmalden veya hafif ihmalden kaynaklanması arasında fark yoktur[199]. Bununla birlikte yine emredici nitelikteki TBK m. 400/I gereğince hizmet sözleşmesinde işçi, işverene kusuruyla verdiği her türlü zarardan sorumlu olduğundan bu konuda yapılan sorumsuzluk anlaşmasının da kesin hükümsüz olacağı açıktır. Örneğin işçinin hizmet edimini ifa sırasında işveren tüzel kişiye vereceği manevi zarardan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma, kesin hüküm-

---

192 FRANKO, s. 206; GENÇ ARIDEMİR, s. 214-215. Manevi tazminat talep etme hakkı doğduktan sonra taraflar sulh sözleşmesi ile tazminatın miktarını belirleyebilir veya ibra sözleşmesi ile tazminat borcunu sona erdirebilir. Bkz. GENÇ ARIDEMİR, s. 215, d. 740.

193 HATEMİ, § 8, N. 18. Yazara göre hukuka aykırı rızanın gösterilmesi, ancak tazminattan indirim sebebi olabilir.

194 BAŞALP, s. 304.

195 Yargıtay 4. Hukuk Dairesi E. 2019/1569, K. 2020/1036, T. 2.3.2020, www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 30.09.2020).

196 Yargıtay 3. Hukuk Dairesi E. 2017/1904, K. 2017/11181, T. 6.7.2017, www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 30.09.2020).

197 GENÇ ARIDEMİR, s. 210.

198 MK m. 99/II hükmüne göre taraflarca borçlunun hafif kusuru bulunması durumunda sorumlu olmayacağı, önceden kararlaştırılabilmekteydi.

199 GENÇ ARIDEMİR, s. 212.

süzlük yaptırımına tabidir. Paket Tur Sözleşmeleri Yönetmeliği m. 13(1), c. 1 hükmündeki "*Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanununun zorunlu sigorta ile ilgili hükümleri saklı olmak üzere, paket tur düzenleyicisi veya aracısı sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle katılımcının uğradığı her türlü zarardan sorumludur*." şeklindeki düzenleme gereğince örneğin Yargıtay bir kararında[200] katılımcıların ömürlerinde bir kez geçirecekleri balayını davalının kusuru nedeni ile gerçekleştiremediklerinden bahisle davalıyı sorumlu tutmuştur.

TBK m. 115 hükmünün son fıkrası gereğince ise eğer avukatlık, noterlik, hekimlik veya veterinerlik gibi uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanatın bulunması ve de uzmanlığı gerektiren faaliyetin kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebilen bir iş olması halinde borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma, hâkime takdir yetkisi verilmeksizin kesin hükümsüz yaptırımına tabi olacaktır. Örneğin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında banka şubesi tarafından imzanın benzemediği tespit edilmesine rağmen işlem yapılmasının ve en basit tedbirlere dahi başvurulmamasının davalı bankanın objektif özen yükümlülüğüne açıkça aykırı davrandığının göstergesi olduğuna, bankaların sahip oldukları vasıfları sebebiyle bankacılık işlemlerinin güvenilen tarafı konumunda olduklarına, bu durumun, bankaların bir güven kurumu olarak kabul edilmesini ve bankanın sorumluluğunun özel güven sebebiyle ağırlaştırılmasını gerektiğine ve bankaların, ağırlaştırılmış sorumluluğun bir gereği olarak objektif özen yükümlülüğü altında olduğuna, buna karşılık hafif kusurlarından dahi sorumlu olduklarına, bu sorumluluğu kaldırmaya yönelik sorumsuzluk sözleşmelerin de geçerli olmadığına hükmetmiştir[201]. Ancak ressamlık, sahne sanatçılığı gibi uzmanlığı gerektiren faali-

---

[200] Yargıtay 13. Hukuk Dairesi E. 2014/99, K. 2014/14443, T. 5.5.2014, www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 30.09.2020).

[201] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2017/11-153, K. 2019/916, T. 19.9.2019; ayrıca bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E. 2016/1754, K. 2017/885, T. 16.2.2017: "…*her ne kadar kredi sözleşmesinin 36. maddesinin ilgili paragrafı "Müşteri, bankaya teminat olarak verilecek senetlerden görüldüğünde ödemeli olanlarla ilgili olarak ödeme için ibrazı konusunda bankaya yazılı bir talimat vermediği takdirde; bankanın bu senetleri dilediği tarihte ödeme için ibraz etme ve protesto ettirmeye yetkili olduğunu, ancak bankanın ödeme için ibraz zorunluluğunun bulunmadığını, senetlerin yasal süresi içinde ödeme için ibraz edilmemesi ya da protesto edilmiş olsa dahi yasal takibe geçirilmemesi sebebiyle bu senetlere bağlı hakların kaybolması sebebiyle bankanın sorumlu olmayacağını kabul ve taahhüt eder" hükmünü haiz ise de 6098 Sayılı TBK'nın 115(3). maddesi gereğince özen yükümlülüğü bulunan davalı bankanın borçluların durumunu ağırlaştırmaması, ağırlaştırması halinde ağırlaştırma oranınca sonucuna katlanması gerektiğinden sözleşmenin anılan hükmüne dayanarak bankanın sorumlu olmayacağı sonucuna varılması doğ-*

yet, kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebilen bir faaliyet değilse sorumsuzluk anlaşması geçerli olacaktır.

TBK m. 116 hükmünde düzenlenen yardımcı kişilerin fiillerinden doğan sorumluluk bakımından manevi tazminat talebine ilişkin sorumsuzluk anlaşmasının geçerli olarak yapılıp yapılmayacağı da irdelenmelidir. Her ne kadar TBK m. 116/II hükmünde yardımcı kişilerin fiilinden doğan sorumluluğun, önceden yapılan bir sözleşmeyle tamamen veya kısmen kaldırılabileceği düzenlenmiş olsa da bu sözleşmeler, TMK m. 23 ve TBK m. 27/I hükümleri gereğince geçersiz kabul edilebilecektir[202].

SONUÇ

Sözleşmeye aykırılık halinde ortaya çıkan uyuşmazlıkların pek çoğunda maddi tazminatın yanında artık manevi tazminat talebi de sıkça ileri sürülmektedir. Tüzel kişilerin kişilik hakkına hangi değerlerin girdiği, sözleşmeden aykırılık halinde hangi durumlarda kişilik hakkının zedeleneceği ve manevi tazminata hükmedebilmenin şartları uyuşmazlığın çözümü açısından önem taşımaktadır.

Manevi zarar, kişilik hakkının zedelenmesi neticesinde kişilikte meydana gelen objektif eksilme ve kayıptır. Manevi tazminat ise zarar görenin kişilik değerlerinde iradesi dışında meydana gelen eksilmenin giderilmesidir; manevi tazminatın amacı, ceza değil, oluşan manevi zararın bir miktar para ödenerek kısmen de olsa zarar görende huzur, mutluluk sağlanmasıdır. Gerçek kişilere özgü olanlar dışında kalan kişilik hakları bakımından tüzel kişilerin de manevi zarara uğrayabileceği ve manevi tazminat talebinde bulunabileceği kabul edilmelidir. Şöyle ki hukuk düzeninin tüzel kişileri hukuk süjesi olarak tanıdığına ve onlara ad, şeref ve itibar gibi kişisel varlıklar bahşedilmiş olduğuna göre kişisel varlıklara yapılan saldırı sebebiyle elem ve ızdırap duymayacaklarından söz edilerek tüzel kişilerin manevî tazminat davası açamayacaklarını kabul etmek, kanun koyucunun amacına aykırı düşmektedir. TMK ve TBK, yalnız gerçek kişilerin değil, aynı zamanda tüzel kişilerin de kişisel haklarını korumaktadır.

---

ru olmamıştır. Bu durumda mahkemece, davalı bankaya temlik edilen çeklerin tahsil edilip edilmediği, tahsil edilmeyen çeklerden borçlunun haberdar edilip edilmediği, çeklerin takip ve tahsili ile ilgili davalı bankanın varsa kusurlu hareketinin borcu ne miktarda artırdığının uzman bilirkişi kurulundan rapor alınarak varılacak uygun sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile davanın reddi isabetli görülmemiş…"

202 GENÇ ARIDEMİR, s. 266.

Sözleşmeye aykırılık halinde manevi tazminata hükmedilmesi bakımından TBK m. 114/II hükmü uygulama alanı bulmalıdır; hükümde, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğa ilişkin uyuşmazlıklarda haksız fiile ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması düzenlenmiş olup sözleşmeye aykırılık nedeniyle kişilik hakkının zedelenmesi halinde manevi tazminat istenebilmesine ilişkin kanunda boşluğun bulunduğundan söz edilemez. TBK m. 114/II hükmünün atfıyla TBK m. 58 hükmünün kıyasen uygulanmasıyla sözleşmeye aykırılık halinde manevi tazminat talep edilebilir.

Sözleşmeye aykırılıktan dolayı manevi tazminata hükmedilebilmesi için geçerli bir sözleşmenin varlığı, borçlunun sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle hukuka aykırı olarak alacaklının kişilik hakkının zedelenmesi, zarar gören ile kişilik hakkı ihlal edilen aynı tüzel kişi olması, sözleşmeye aykırı davranışta bulunanın kusuru, manevi zararın varlığı, sözleşmeye aykırılık ile manevi zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması ve sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminata ilişkin sorumsuzluk anlaşmasının bulunmaması aranmaktadır.

Sözleşmeye aykırılık nedeniyle kişilik hakkının zedelenmesi sonucunda manevi tazminata hükmedilebilmesi için öncelikle geçerli bir sözleşmenin varlığı şart olup sözleşmenin hiç kurulmamış olması (*yokluk*) ya da TBK m. 27/I hükmünce kesin hükümsüz olması gibi durumlarda geçerli bir sözleşmeden de bahsedilemeyeceğinden sözleşmeye aykırılık sebebiyle manevi tazminata da hükmedilemez. Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk (*culpa in contrahendo sorumluluğu*) açısından da bu kapsamda manevi zararın da giderilmesine karar verilebilmelidir.

Kural olarak salt sözleşmeye aykırılık, kişilik haklarına saldırı teşkil etmez ise de kişilik hakkını zedeleyen nitelikteki sözleşmeye aykırılık, hukuka aykırı fiil oluşturduğundan manevi tazminat sorumluluğunu gerektirir. TBK m. 114/II hükmünün TBK m. 58 hükmüne atfı dolayısıyla haksız fiil hükümlerinin uygulama alanı bulacak olması, sözleşmeye aykırılık teşkil eden ve kişilik hakkını zedeleyen fiilin, hukuka aykırı olması halinde mümkündür. Hukuka uygunluk nedeni olduğunda ise manevi tazminata hükmedilemeyecektir.

Sözleşmeye aykırılık nedeniyle TBK m. 58/I hükmü gereğince kişilik hakkının zedelendiğinden bahisle manevi tazminata hükmedilebilmesi için zarar verenin kusurunun varlığı şarttır; aksi yorum, kanunun sistematiği ve amacı ile bağdaşmaz. Kusurun, kast ya da ihmal olarak meydana gelmesi

farksızdır. Ancak her ne kadar kusurun kast ya da ihmal olarak ortaya çıkması manevi tazminatın talep edilebilmesi bakımından farksız olsa da hâkim, TMK m. 4 hükmü gereğince manevi tazminatın miktarını belirlerken kusurun derecesini göz önünde tutacaktır. Her somut olayın özelliği değişebileceğinden hâkim, takdir yetkisini kullanırken buna etkili olan nedenleri, objektif ölçülere göre isabetli bir biçimde göstermelidir. Manevi zararın varlığı, manevi tazminata hükmedilebilmesi için aranan bir şart olsa da manevi zararın, davanın açıldığı esnada devam ediyor olması şart değildir.

Sözleşmeye aykırı davranış sonucunda maddi zararın tazmini talebinde TBK m. 112 hükmünde düzenlenen kusur karinesi uygulama alanı bulacakken, aynı davranışın sebebiyet verdiği manevi zararın tazmini talebinde kusurun ispatı bakımından TBK m. 112 hükmünün uygulama alanı bulmayacağı kabul edilmemelidir; aksi halde sözleşmeye aykırılıktan doğan maddi zararların ispatı bakımından ispat yükünden kurtulan alacaklı, manevi zararlar yönünden ise karşı tarafın kusurunu ispat etme yükü altında olacak ve böylece kusurun ispatı bakımından maddi menfaatler, manevi menfaatlerden üstün tutulmuş olacaktır. Hem sözleşmeye aykırılık hem de haksız fiil sorumluluğunun koşulları gerçekleşmişse ispat yükünden kurtulmak için TBK m. 112 hükmüne başvurmak daha avantajlı olduğundan kusurun ispatı bakımından avantaj sağlayan TBK m. 112 hükmünde her ne kadar zarar ile kastedilen maddi zarar olsa da hüküm, sözleşmeye aykırılık halinde manevi tazminat talepleri bakımından da uygulama alanı bulmalıdır.

Manevi tazminat açısından da sözleşmeye aykırı davranış ile tüzel kişinin kişilik hakkının zedelenmesi sonucunda ortaya çıkan manevi zarar arasında uygun illiyet bağının olması şarttır. Manevi zararın ve illiyet bağının ispatı, saldırı teşkil eden fiilin, hayat tecrübelerine göre olayların normal akışında ileri sürülen manevi zararı meydana getirmeye elverişli olduğu hususunda hâkimde kanaat oluşturmasına bağlıdır.

Zarar veren fiil neticesinde maddi zarar doğmamış olabilir, bu halde yalnızca manevi zarar doğmuş olsa bile zarar gören, manevi tazminat talebinde bulunabilir. Şöyle ki manevi tazminat, maddi tazminattan bağımsız bir taleptir; başka bir ifadeyle manevi tazminata hükmedebilmek için tazminat koşullarının varlığı yeterli olup, maddi zararın da somut olarak ispatlanması gerekmez.

Borcun alacaklısı olmayan kimsenin sözleşmeye aykırılık sebebiyle karşı taraftan tazminat istemesine imkân olmadığından kural olarak bu halde

yansıma yoluyla zararın tazmininin istenmesi de mümkün değildir. Şöyle ki borcun nisbiliği göz önüne alındığında sözleşmeye taraf olmayan ve sözleşmeye aykırı davrananla borç ilişkisi bulunmayan tüzel kişi bakımından da sözleşmeye aykırı bir davranıştan söz edilemez.

Kişilik hakkının zedelenmesine rağmen manevi tazminat talep edilmeyeceğine ilişkin önceden yapılan anlaşma, etkili bir yaptırım olan manevi tazminat yolunu etkisizleştirir ve hakkın bu tür ihlallerde korumasız kalmasına sebebiyet verir. TBK m. 115/I hükmü gereğince borçlunun ağır kusuruyla sözleşmeye aykırı davranışta bulunması halinde manevi zarardan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan sözleşmeler, hem hükmün emredici niteliği dolayısıyla hem de kişilik hakkının ahlaka aykırı şekilde aşırı sınırlandırılması sonucunu doğuracağından TMK m. 23 ve TBK m. 27/I hükümleri gereğince kesin hükümsüzlük ya da sözleşmedeki ilgili hüküm, TBK m. 27/II hükmü gereğince kısmi kesin hükümsüzlük yatırımına tabidir. TBK m. 115/I hükmünde ağır kusurdan bahsedilmekte ise de hafif kusur halinde de manevi tazminatın ödenmemesi bakımından yapılan sorumsuzluk anlaşması, aynı gerekçe ile kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olmalıdır. Tüzel kişi, onur ve saygınlık vb. değerlerinden vazgeçemeyeceği gibi bu değerlerini hukuka ve ahlaka aykırı olarak da sınırlayamaz.

KAYNAKÇA

AKİPEK Jale/ AKINTÜRK Turgut/ ATEŞ KARAMAN Derya, **Türk Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku,** 13. Baskı, Beta, İstanbul, 2016

AKMAN Sermet, Sorumsuzluk Anlaşması, Sulhi Garan, İstanbul, 1976

ANTALYA Gökhan, "Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması -Türk Hukukuna Manevi Zararın İki Aşamalı Olarak Belirlenmesine İlişkin Bir Model Önerisi", **Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan,** Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 3, İstanbul, 2016, (ss. 221-251)

ANTALYA Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. V, 1-2**, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019 (Borçlar)

ARPACI Abdülkadir, **Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler),** Beta, İstanbul, 2000

ATLAN Hülya, **Manevi Zararı Tazmin Yolları,** On İki Levha, İstanbul, 2015

AYAN Mehmet/AYAN Nurşen, **Kişiler Hukuku**, 8. Baskı, Seçkin, Ankara, 2016

BAŞALP Nilgün, **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, On İki Levha, İstanbul, 2011

BAYSAL Başak, **Haksız Fiil Hukuku BK m. 49-76,** On İki Levha, İstanbul, 2019

BAYSAL Başak, **Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur**), On İki Levha, İstanbul, 2012 (Kusur)

BECKER Hermann, **Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen Art: 1-183, Berner Kommentar, VI/I,** Staempfli, Bern, 1945

BİLGİN YÜCE Melek, **Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi**, Vedat, İstanbul, 2007

BREHM Roland, **Berner Kommentar Obligationenrecht Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41 - 61 OR**., 4. Auflage, Stämpfli, Bern, 2013

BUCHER Andreas, **Natürliche Personen und Persönlichkeitschutz**, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2009

ÇAKIRCA Seda İrem, **Türk Sorumluluk Hukukunda Yansıma Zararı Bir Kazanç Kaybı Zararı Türü**, Vedat, İstanbul, 2012

DEMİRCİOĞLU Huriye Reyhan, **Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa in Contrahendo Sorumluluğu**), Yetkin, Ankara, 2009

DURAL Mustafa/ÖĞÜZ Tufan, **Türk Özel Hukuku Cilt 2 (Kişiler Hukuku)**, 20. Baskı, Filiz, İstanbul, 2019

ERDOĞMUŞ Belgin, **Hukukta Latince Teknik Terimler Özlü Sözler**, İstanbul Bilgi Üniversitesi, İstanbul, 2011

EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** 24. Baskı, Yetkin, Ankara, 2019

EREN Fikret, **Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi**, Sevinç, Ankara, 1975 (İlliyet)

ERLÜLE Fulya, **Türk Borçlar Kanunu'na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat**, Seçkin, Ankara, 2015 (Manevi)

ERLÜLE Fulya, "Manevi Tazminatta Kusurun ve Zararın İşlevi", **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 2**, 2016, (s. 647-669)

FRANKO Nisim, **Şeref ve Haysiyete Tecavüzden Doğan Manevi Zararın Tazmini,** Ankara, 1973

FUNK Fritz, **Borçlar Kanunu Şerhi I Umumi Hükümler** (Çev. Hıfzı Veldet, Cemal Hakkı Selek), Üniversite, İstanbul, 1938

GENÇ ARIDEMİR Arzu, **Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat,** On İki Levha, İstanbul, 2008

GEZDER, Ümit, **Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu**, Beta, İstanbul, 2009

GÖNEN Doruk, **Tüzel Kişilerde Kişilik Hakkı ve Korunması,** On İki Levha, İstanbul, 2011

GÜRSOY Kemal Tahir, "Manevi Zarar ve Tazmini", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 30/1,** 1973, (ss. 7-56)

HATEMİ Hüseyin, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, 2. Baskı, Filiz, İstanbul, 1998

HATEMİ Hüseyin, **Kişiler Hukuku**, 7. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2018

HATEMİ Hüseyin/GÖKYAYLA K. Emre, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 4. Baskı, Vedat, İstanbul, 2017

HELVACI Serap, **Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar,** Beta, Ankara, 2001

HELVACI Serap, **Gerçek Kişiler,** 8. Baskı, Legal, İstanbul, 2017 (Gerçek)

HOCHSTRASSER Fritsz, **Die Verletzung persönlicher Güter durch Vertragsverletzung,** Druckerei Gebr. Leemann & Co. A.G., Zürich, 1926

HONSELL Heinrich/VOGT Nedim Peter/ WIEGAND Wolfgang, **Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR**, 6. Auflage, Helbing, Basel, 2015

HUGUENIN Claire, HILTY Reto M. (Hrs.), **Schweizer Obligationenrecht 2020: entfur für einen neuen allgemeinen teil: Code des obligations suisse 2020: projet relatif a'une nouvelle partie generale**, Schulthess, Zürich, 2013

İNCEOĞLU M. Murat, "Yargıtay Kararları Işığında Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat Talepleri", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 24, S. 4, Ankara, 2008, (ss. 77-121)

INDERKUM Matthias, **Schadenersatz, Genugtuung und Gewinnherausgabe aus Persönlichkeitsverletzung Art. 28a Abs. 3 ZGB**, Universität, Freiburg, 2008

KARABAĞ BULUT, Nil, **Medeni Kanunun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi**, On İki Levha, İstanbul, 2014

KARABAĞ BULUT, Nil, "Sorumsuzluk Anlaşmaları ve Sonuçları", **Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan C. 1**, Vedat, İstanbul, 2009, (ss. 825-889) (Sorumsuzluk)

KARAHASAN Mustafa R., **Tazminat Hukuku, Manevi Tazminat, Öğreti Yargıtay Kararları**, 6. Baskı, Beta, İstanbul, 2001

KESKİN Ayşe Dilşat, **Objektif Manevi Zarar Teorisi Açısından Manevi Tazminat**, Yetkin, Ankara, 2016

KILIÇOĞLU Ahmet M., "Tüzel Kişi Manevi Tazminat İsteyebilir mi?", **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1/1,** 1983, (ss. 287-294) (Tüzel)

KILIÇOĞLU Ahmet M., "Manevi Tazminatın Hukuksal Niteliği", **Ankara Barosu Dergisi, S. 1,** Ankara, 1984, (ss. 15-21) (Nitelik)

KILIÇOĞLU Ahmet M., "Medeni Kanunda Manevi Tazminatta Ağır Kusur Konusunda Yapılan Değişiklik", **Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1990, (ss. 103-110) (Tazminat)

KILIÇOĞLU Ahmet M., **Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılardan Hukuksal Sorumluluk,** 5. Baskı, Turhan, Ankara, 2016

KILIÇOĞLU Ahmet M., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** 23. Baskı, Turhan, Ankara, 2019 (Borçlar)

KILIÇOĞLU YILMAZ Kumru, "Kişilik Hakkının İhlalinde Manevi Tazminat", **Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 11, Sayı 115**, 2016, (s. 39-55)

KILIÇOĞLU Kumru, **Yansıma Yoluyla Zarar**, Turhan, Ankara, 2012 (Yansıma)

KIRCA Çiğdem, "Manevi Tazminatın Fonksiyonu ve Niteliği", **Yargıtay Dergisi** C. 25, S. 3, Ankara, 1999, (ss. 242-270)

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, "Kişilik Haklarını Koruyan Manevi Tazminat Davasına İlişkin Yeni Gelişmeler (MK.24, BK.49)", **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, Ankara, 21-22/Ekim/1977,** Fakülteler, İstanbul, 1980, (ss. 141-180)

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip/HATEMİ Hüseyin/SEROZAN Rona/ARPACI Abdülkadir, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm Cilt 1**, 7. Baskı, Filiz, İstanbul, 2017

KOLLER Jürg, **Genugtuung aus Vertragsverletzung**, Schulthess, Zürich, 2003

KOLLER Alfred, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil,** 3. Auflage, Stämpfli, Bern, 2017 (AT)

LANDOLT Hardy, **Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Zweite Lieferung, Art. 45-49 OR, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR**), **Zürcher Kommentar Band/Nr. V/1c/2** (**Herausgeber Peter Gauch, Jörg Schmid)**, 3. Auflage, Schulthess, Zürich, 2007

MÜLLER Christof, **Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (Herausgeber Andreas Furrer, Anton K. Schnyder)**, 3. Auflage, Schulthess, Zürich, 2016

NOMER Haluk Nami, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 17. Baskı, Beta, İstanbul, 2020

OFTINGER Karl/ STARK Emil, **Schweizerisches Haftpflichtrecht Erster Band:**

Schweizerisches Haftpflichtrecht / Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Schulthess, Zürich, 1995

OĞUZMAN, M. Kemal, "İsviçre ve Türkiye'de Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda Şahsiyetin Hukuka Aykırı Tecavüze Karşı Korunması ve Özellikle Manevi Tazminat Davası Bakımından Yapılan Değişiklikler", **Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1990, (ss. 7-53)

OĞUZMAN M. Kemal/ÖZ Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1,** 17. Baskı, Vedat, İstanbul, 2019 (Cilt 1)

OĞUZMAN M. Kemal/ÖZ Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2,** 15. Baskı, Vedat, İstanbul, 2020

OĞUZMAN M. Kemal / SELİÇİ Özer/ OKTAY ÖZDEMİR Saibe, **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler),** 18. Baskı, Filiz, İstanbul, 2019

ORAL Tuğçe, **Tüzel Kişilerin Manevi Zararının Tazmini,** On İki Levha, İstanbul, 2018

OSER Hugo/SCHÖNENBERGER Wilhelm, **Zürcher Kommentar, Bd. V: Das Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Art. 1- 183 OR**., 2. Auflage, Schulthess, Zürich, 1929

ÖZSUNAY Ergun, **Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler**, 4. Baskı, Sulhi Garan, İstanbul, 1978

ÖZTAN Bilge, **Tüzel Kişiler**, 2. Baskı, Turhan, Ankara, 1998

RIKLIN Franz, **Der Schutz der Persönlichkeit gegenüber Eingriffen durch Radio und Fernsehen nach Schweizerischen Privatrecht**, Universitaetsverlag, Freiburg, 1968

SAYMEN, Ferit Hakkı, **Manevi Zarar ve Tazmini Sureti,** Cumhuriyet, İstanbul, 1940

SAYMEN Ferit H., "Kimler Manevi Tazminat Talep Edebilir?", **İÜHFM**, Cilt 6, Sayı 1, İstanbul, 1940, (s. 126-145) (Manevi Tazminat)

SCHWENZER Ingeborg, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 7. Auflage, Stämpfli, Bern, 2016

SEROZAN Rona, "Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım", **Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan,** Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1990, (ss. 67-111)

SEROZAN Rona, "Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler", **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi** 11, İstanbul, 2011, (ss. 93-112) (Kişilik)

SEROZAN Rona, "Eine differenzierte Beurteilung des Anspruchs auf immateriellen Schadenersatz", **Türkisch-schweizerische Juristentage 1989**, Zürich, 1990, (ss. 45-78) (Schadenersatz)

SEROZAN Rona**, Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku**, 8. Baskı, Vedat, İstanbul, 2018 (Kişiler)

SEROZAN Rona**, İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme**, 7. Baskı, Filiz, İstanbul, 2016 (İfa Engelleri)

ŞENOCAK Zarife, **Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu**, Dayınlarlı, 1995

TANDOĞAN Halûk, **Türk Mesuliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet),** 1. Basıdan Tıpkı Baskı, Vedat, İstanbul, 2010

TANDOĞAN Halûk, "Şahsiyetin Akit Dışı İhlâllere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla Olan İhlâllere Karşı Özel Hayatın Korunması", **AÜHFD 20/1,** Ankara, 1963, (ss. 1-36) (Basın)

TEKİNAY Selahattin Sulhi / AKMAN Sermet / BURCUOĞLU Haluk / ALTOP Atilla**, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, Filiz, İstanbul, 1993

TERCIER Pierre/ PICHONNAZ Pascal/DEVELİOĞLU Murat, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** On İki Levha, İstanbul, 2016

von TUHR Andreas/PETER Hans, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I,** Schulthess, Zürich, 1974

von TUHR Andreas/ESCHER Andreas, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II,** 3. Auflage, Schulthess, Zürich, 1974

ÜNAL Mehmet, "Manevi Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü", A**nkara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 35/1**, Ankara, 1978, (ss.397-437)

YALMAN, Süleyman, **Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk,** Seçkin, Ankara, 2006

YÜNLÜ Semih, **Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk**, On İki Levha, İstanbul, 2019

ZEVKLİLER Aydın/ACABEY M. Beşir/ GÖKYAYLA K. Emre, **Medeni Hukuk,** Seçkin, İstanbul, 2000

Elektronik Kaynaklar

www.bger.ch

www.kazanci.com

http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2020; 2: 1437-1512

YABANCILIK UNSURU TAŞIYAN REKABET YASAĞI SÖZLEŞMELERİNE UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ VE "KARŞI EDİM" BAKIMINDAN EMREDİCİ HÜKÜMLERİN SINIRLAYICI ETKİSİ(*)

Dr. Onur Can SAATCIOĞLU(**)

Öz: Rekabet yasağı sözleşmeleri, günümüz iş ilişkilerinde oldukça önemli bir yere sahiptir. Sınıraşıcı iş ilişkilerinin giderek artan görünüm sıklığı, rekabet yasağı sözleşmelerinin sınıraşıcı etkisi konusunu gündeme getirmiştir. İşçinin, işverenin bulunduğu ülkeden farklı bir ülkede rekabet yasağını ihlâl etmesi halinde, işverenin rekabet yasağını o ülke mahkemelerinde ileri sürebileceği düşünüldüğünde, rekabet yasağı sözleşmesine uygulanacak hukukun tespiti ve sınırları konuları önem kazanmaya başlamıştır.

Çalışmada öncelikle, yabancılık unsuru taşıyan bir rekabet yasağı sözleşmesinden doğan uyuşmazlığı gören mahkemenin 5718 sayılı Kanun kapsamında nasıl bir vasıflandırma yapması gerektiği sorusu ele alınmıştır. Ardından, muhtemel vasıflandırmalar ışığında uygulanacak hukukun nasıl tespit edileceği üzerine değerlendirmelerde bulunulmuştur. Sözleşmeye uygulanmak üzere taraflarca seçilmiş hukukun, mutad işyeri hukukundaki emredici hükümler ile olan ilişkisi ve bu hükümler tarafından sınırlandırılması meselesi, taşıdığı öneme binaen ayrı bir başlık altında detaylı şekilde incelenmiştir. Bu incelemenin yapıldığı son kısımda, emredici hükümlerin doğrudan uygulanan kurallar ve kamu düzeni müdahalesi kavramları ile olan ilişkisi ele alınmış, çeşitli hukuk düzenlerinde bu ilişkinin nasıl görüldüğüne temas edilmiş, karşı edim kavramının uygulamadaki önemine değinilmiş ve Türk hukukunun seçilmiş olduğu hallerde işverenler yönünden ortaya çıkma ihtimali bulunan bir soruna dikkat çekilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Rekabet Yasağı, Karşı Edim, Yabancılık Unsuru, MÖHUK m.27, İş Sözleşmesi.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 28.09.2020. Makale Kabul Tarihi: 18.11.2020.

(**) Hacettepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk, Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi (ORCID kimlik no: 0000-0003-4894-3422; *ocstr@hotmail.com*).

CHOICE OF LAW IN CROSS-BORDER NON-COMPETE AGREEMENTS AND THE RESTRICTING EFFECT OF MANDATORY PROVISIONS WITH RELATION TO "CONSIDERATION"

Abstract: Non-compete agreements (NCA's) have an important part in modern day employment relationships. In parallel with the steadily increasing phenomenon of cross-border employment, cross-border enforcement of NCA's has also become an issue. In cases where the previous employee breaches the NCA in a country other than the one in which the previous employer is situated, we can now see numerous instances of cross-border enforcement requests, all brought by the previous employer. Because of this fact, choice of law regarding the NCA's -including the restrictions on the applicable law- can be seen as a topic of growing importance.

In this paper, first, the issue of characterization and some possible variants in characterizing the disputes arising from cross-border NCA's will be examined. Then, based on these variants, the process leading to the determination of the applicable law will be discussed. In practice, mandatory rules of the law of the state of the habitual workplace play a crucial role in restricting the applicable law. Therefore this topic will be extensively dealt under a seperate heading. Finally, one particular problem that may arise in cases where Turkish law is chosen by the parties will be shed light upon, alongside with our suggestion about the solution regarding it.

Keywords: Restrictive Covenant, Non-Competition Agreement, Consideration, Characterization, Employment Contract.

I. GİRİŞ[1]

Kaynağını iş sözleşmesinden alan iş ilişkisinin devamı esnasında, işçinin işverenine ait teknik sırlar, müşteri çevresi ve daha pek çok değerli bilgi ile temas halinde olması mümkündür. İşveren, çoğu halde işin görülebilmesi için bu bilgileri işçi ile paylaşmak durumunda kalmaktadır. İş ilişkisinin devamı süresince işçinin bir sadakat borcu bulunması ve işvereni ile rekabet teşkil edecek faaliyetlerden kaçınmakla yükümlü olması, anılan bilgilerin işçi tarafından kullanılmasını önleyici bir işlev göstermek suretiyle işveren açısından kısmi bir güvence oluşturmaktadır.

---

[1] Değerli zamanlarından fedakarlık göstererek bu çalışmayı büyük bir titizlikle değerlendiren sayın hakemlere, yayına hazırlık sürecinde göstermiş oldukları özen için dergi editörlüğünün değerli üyelerine ve yurtdışında bulunduğum esnada Türkçe kaynaklara erişim hususunda bana yardımcı olan Arş. Gör. Cenk Batın KAYA'ya çok teşekkür ediyorum.

Öte yandan, iş ilişkisinin sonlanması ile birlikte, işçinin rekabet etmeme borcu da ortadan kalktığından, vaktiyle işçi tarafından öğrenilmiş değerli bilgilerin, işveren aleyhine rekabet faaliyetinde kullanılması ihtimali gündeme gelmektedir. İşveren bakımından ciddi bir risk unsuru teşkil edebilecek bu gibi durumların meydana gelmesini önlemek amacıyla, çağdaş hukuk sistemleri iş ilişkisinin sonlanmasını takiben işçinin belirli bir süre boyunca belirli bir yerde işvereni ile rekabet etmesini kısıtlamak fikrine sınırlı kapsamda dahi olsa izin vermektedirler. Buna göre, işveren ile işçi arasında yapılacak bir sözleşme ile işçinin iş ilişkisinin sonlanmasının ardından işveren ile rekabet etmesi sınırlanabilmektedir. Bu sözleşme uygulamada "rekabet yasağı sözleşmesi" adıyla bilinmektedir.

Günümüzde, iş ilişkilerinin sınır aşıcı boyutu bakımından gözlemlenen artış eğilimine paralel bir biçimde, rekabet yasağı sözleşmelerinin sınır aşıcı etkisi konusu da önem kazanmıştır. İşverenlerin eski işçileri ile akdetmiş oldukları rekabet yasağı sözleşmelerini, başka bir ülkeye giderek orada bulunan eski işçiler aleyhine o ülke mahkemeleri önünde öne sürdükleri hallerin sayısında önemli bir artış yaşanmıştır. Bu gibi hallerde, rekabet yasağı sözleşmesine uygulanacak hukukun tespiti kadar bu hukukun uygulanma sınırlarını tespit mecburiyeti de doğmaktadır. Söz konusu sınırlar büyük ölçüde mahkeme devletinin maddi hukukunda yer alan ve işçiyi korumayı amaçlayan emredici hükümler bağlamında gündeme gelmektedir. Bu kapsamda, rekabet yasağı sözleşmelerinde genellikle rastlanan hukuk seçimine ancak işçi lehine olduğu sürece sınırlı bir etki tanındığı görülmektedir.

İş sözleşmeleri bakımından hukuk seçimine işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri saklı kalacak şekilde sınırlı bir etki tanınması anlayışı, Türk hukukunda 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) tarafından da kabul edilmiştir. Kanun, iş sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespitine ilişkin 27.maddesinde bu anlayışı açıkça benimsemiştir.

Bu çalışmanın yapıldığı an itibariyle, yabancılık unsuru içeren rekabet yasağı sözleşmeleri bakımından uygulanacak hukukun nasıl tespit edilmesi gerektiği hususu ve rekabet yasağı sözleşmeleri özelinde emredici hükümlerin bu hukuk üzerindeki sınırlayıcı etkisi meselesi, Türk doktrininde inceleme konusu yapılmamıştır. Bu tercihin muhtemel bir gerekçesi, rekabet yasağı sözleşmelerinin iş sözleşmeleri ile yoğun bağlantılı bulundukları, dolayısıyla onlar hakkında da iş sözleşmelerine ilişkin bağlama kuralının tatbik edileceği varsayımı olabilir. Bazı yazarların, iş sözleşmesi statüsü tarafından

idare edilecek konular arasında rekabet yasağını da saymış olmaları,[2] bu ihtimali doğrular niteliktedir. Gerçekten de çoğu halde bu iki sözleşme arasında yoğun bir bağlantı bulunmaktadır. Bir iş sözleşmesi mevcut olmadığı sürece, rekabet yasağı sözleşmesinden de bahsetmenin mümkün olmaması, anılan bağlantının temel dayanağıdır. Bu açıdan, rekabet yasağı sözleşmelerinin iş sözleşmelerine ilişkin MÖHUK m.27 kapsamında vasıflandırılması halinde, iş sözleşmeleri açısından bugüne kadar doktrin ve mahkeme uygulamasında ortaya konmuş görüşler, rekabet yasağı sözleşmeleri açısından da uygulama alanı bulacak ve konu herhangi bir özellik arz etmeyecektir.

Buna karşılık, rekabet yasağı sözleşmesinin tıpkı hukuk seçimi sözleşmesi gibi, esas sözleşmeden bağımsız bir sözleşme olma niteliği dikkate alındığında, uygulanacak hukuk konusu ve bu hukukun sınırlandırılması meselesi özellik arz eder hale gelmektedir. Rekabet yasağı, detayları aşağıda ele alınacağı üzere iş sözleşmesinde bir kayıt şeklinde düzenlenmiş olsa dahi iş sözleşmesinin alelâde bir hükmü olmayıp ondan ayrı bir sözleşmedir. Benzer şekilde, sözleşmesel rekabet yasağı, iş sözleşmelerinin diğer hükümlerinden farklı olarak iş ilişkisi esnasında değil iş ilişkisinin sonlanmasının ardından hüküm doğurmaya başlamaktadır. Bir başka deyişle, rekabet yasağının hüküm doğurmaya başladığı an itibariyle, tarafların işveren ve işçi olma niteliklerinden artık bahsedilememektedir. Bu noktadan hareket edildiğinde, iş sözleşmelerine ilişkin maddede benimsenmiş olan mutad işyeri bağlama noktası, artık sadece bir "eski işçi" olarak görülen tarafın vaktiyle iş görmüş olduğu yeri karşılar hale gelmektedir. Dolayısıyla, kural olarak iş sözleşmesi ile en sıkı ilişkiyi temsil ettiği kabul edilen bu bağlama noktasının, rekabet yasağı sözleşmesi açısından kural olarak böyle bir temsil gücüne sahip olmaması ihtimali ağırlık kazanmaktadır.

Önemle vurgulanması gereken bir başka husus daha vardır. Günümüzde, Almanya başta olmak üzere çeşitli devletlerin mahkemeleri, "karşı edim" içermeyen rekabet yasağı sözleşmelerine, o sözleşmeler bakımından taraflarca seçilmiş hukuk yerine kendi maddi hukukunda yer alan emredici hükümleri tatbik etmekte ve böylelikle rekabet yasağı sözleşmelerini geçersiz görmektedirler. Söz konusu devlet hukuklarında, karşı edimin rekabet yasağı sözleşmesi yapılabilmesi için bir geçerlilik şartı olarak düzenlenmiş olmasından ileri gelen bu uygulama, Türk maddi hukukunda karşı edimin zorunlu

---

[2] Bkz. **NOMER**, 2017, s. 343; TARMAN Zeynep Derya, "Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk", **AÜHFD**, 59(3), 2010, s. 527.

olmadığı düşünüldüğünde oldukça önem arz etmektedir. Zira, Türk hukukunun seçilmiş olduğu ve karşı edim içermeyen bir rekabet yasağı sözleşmesinin yurtdışında etki doğurmaması ihtimali gündeme gelmektedir. Bu ihtimal, Türk işverenlerin yurtdışındaki rekabetçi menfaatleri üzerinde son derece olumsuz bir etki doğurabilme potansiyeline sahiptir.

Bu çalışma, yukarıda bir kısmına değinilen ve yabancılık unsuru taşıyan rekabet yasağı sözleşmeleri kadar yabancılık unsuru taşımayan fakat yurtdışında etki doğurması istenilen sözleşmeler bakımından da özellik arz ettiğini düşündüğümüz birtakım hususları incelemek amacıyla kaleme alınmıştır. Bu doğrultuda, "rekabet yasağı sözleşmesi" ve "karşı edim" kavramları hakkında temel düzeyde bilgilendirme yapılmasının ardından, aşağıda öncelikle 5718 sayılı MÖHUK üzerinden vasıflandırma problemi ele alınacak ve muhtemel vasıflandırma ihtimalleri üzerinden uygulanacak hukukun tespiti üzerinde durulacaktır. Çalışmanın son kısmı ise, taşıdığı öneme binaen emredici hükümlerin uygulanacak hukuku sınırlaması meselesine ayrılmıştır. Bu kısımda, emredici hükümler ile doğrudan uygulanan kurallar ve kamu düzeni müdahalesi arasındaki etkileşim konumuz özelinde incelenecek, ardından Alman, Amerika Birleşik Devletleri ve İngiliz hukuku teori ve uygulamasında sınıraşıcı rekabet yasağı sözleşmelerine uygulanacak hukukun nasıl sınırlandırıldığı hususu ele alınarak Türk hukukunun seçilmiş olduğu hallerde karşı edim barındırmayan rekabet yasağı sözleşmelerine yurtdışında etki tanınmama ihtimaline temas edilecektir.

Çalışmada benimsendiği şekliyle rekabet yasağı sözleşmesi kavramı, iş hukukundaki anlamı ile kullanılmış olup, iş ilişkisinin tarafları arasında akdedilen sözleşmeler ile sınırlıdır. Dolayısıyla, ticaret hukukundaki anlamıyla örneğin acentenin yahut şirket yöneticilerinin rekabet etmelerinin sınırlandırılmasına ilişkin sözleşmeler ve bu çerçevede doğabilecek sınıraşıcı uyuşmazlıklar, çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır.

II. REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİ

1. Genel Olarak

İş ilişkisi devam ederken, işçinin kendisine işveren karşısında rekabet avantajı verebilecek ticari sırlar başta olmak üzere ekonomik değer taşıyan çeşitli bilgilere erişim halinde olması mümkündür. Bu gibi stratejik bilgileri öğrenen bir işçinin, iş sözleşmesinin sonlanmasını takiben eski işverenine zarar verme potansiyeli bulunduğundan, bu ihtimali ciddi gören bir işverenin

kullanabileceği temel yöntem, işçinin iş ilişkisinin sonlanmasını izleyen dönemde rakip bir işletmede çalışmasını ve/veya kendi hesabına rakip bir işletme açmasını bir sözleşme aracılığıyla yasaklamak şeklinde kendisini göstermektedir.[3] İşçinin iş sözleşmesi sona erdikten sonra, belirli bir faaliyet alanında, belirli bir coğrafi bölgede ve belirli bir zaman dilimi dâhilinde işverenle rekabet ilişkisi içerisine girmemeyi taahhüt ettiği bu tür sözleşmeler, uygulamada "rekabet yasağı sözleşmesi" olarak adlandırılmaktadırlar.[4]

Aslında, iş ilişkisinin devamı süresince, işçinin işverenine karşı üstlenmiş olduğu ve kaynağını iş sözleşmesinden alan bir sadakat borcu zaten mevcuttur. Bu borcunun önemli bir uzantısı da, iş ilişkisi esnasında işveren ile rekabet etmekten kaçınmak şeklinde ortaya çıkmaktadır. İş sözleşmesinin özelliği nedeniyle, işçi kural olarak işverenle aynı faaliyet alanında bir davranışı, aynı tür müşteri grubuna yönelik olarak yapmaktan kaçınmak durumundadır.[5]

Buna karşılık, iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra işçinin herhangi bir sadakat borcu da kalmayacağından, işçinin kendisi ile rekabet etmemesini isteyen bir işverenin bu hususu ya iş sözleşmesinde bir kayıt şeklinde yahut bağımsız bir sözleşme biçiminde ayrıca düzenleme altına alması gerekmektedir.[6] Dolayısıyla, işçi ve işveren arasındaki ilişkilerde "rekabet" olgusunun iki temel görünüm biçimi bulunduğundan bahsetmek mümkündür. Bunlardan ilki, iş ilişkisinin devamı esnasında söz konusu olan ve kaynağını sadakat borcundan alan "rekabet etmeme borcu", diğeri ise iş ilişkisinin sona ermesinin ardından yürürlüğe giren ve dayanağı ayrı bir anlaşma olan "rekabet etmeme yükümüdür".[7]

---

3 ERTAN Emre, İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı Kaydı, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012, s. 1; DİNÇ Ebru, İş Hukuku'nda Rekabet Yasağı Sözleşmeleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019, s. 95.

4 GÜLERYÜZ M. Tarık, "İş Hukukunun Emredici Yapısı Işığında Rekabet Yasağı Sözleşmesi", **TBB Dergisi**, 118, 2015, s. 315; SÜZEK Sarper, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İşçinin Rekabet Etmeme Borcu", **İÜHFM**, 72(2), 2014, s. 457; KILIÇ Çiğdem, İş Hukukunda Rekabet Yasağı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019, s. 20; **DİNÇ**, 2019, s. 95.

5 UŞAN M. Fatih, **İş Sırrının Korunması**, 1. Bası, Seçkin, Ankara, 2003, s. 45.

6 UYSAL TUNA Büşra, **İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmeleri**, 1. Bası, Seçkin, Ankara, 2019, s. 19.

7 **UYSAL TUNA**, 2019, s. 18.

Sözleşmesel rekabet yasağı, farklı hukuk sistemlerinde farklı şekillerde düzenlenmiş bir konudur. Rekabet yasağı sözleşmeleri, Avusturya, İsviçre, İtalya ve Hollanda gibi bazı ülkelerde yasal olarak düzenlenmiş iken, Fransa ve İngiltere gibi bazı ülkelerde mahkeme uygulaması ile şekillenmiştir.[8] Hukuk sistemine bağlı olarak, maddi hukuk kuralları bakımından farklılıklar gözlemlenebiliyor olmakla birlikte, bu sözleşme türünün üç temel menfaati ilgilendirdiğinden bahsetmek mümkündür. Bu menfaatlerden ilki hiç şüphesiz işverenin menfaatidir. Rekabet yasağı sözleşmesinin, işverenin gayri maddi malvarlığı olarak kabul edilen, teknik örgütlenme, üretim yöntemleri, imalat ve pazarlama sırları, müşteri çevresi gibi işletme dışı unsurları kadar dolaylı şekilde işçiye ve onun gelişimine yapmış olduğu yatırımı da koruduğu belirtilmektedir.[9]

Rekabet yasağı sözleşmelerinin toplumsal menfaati ilgilendirdiği de ifade edilmelidir.[10] Bu sözleşmelerin mal ve emek piyasasında faaliyet gösteren işletmelerin arasındaki rekabet üzerinde sınırlayıcı bir etkisi bulunduğu açıktır. Nitekim, rekabet yasağı sözleşmeleri aracılığıyla işverenin rakip bir işletmenin işçisi ile iş akdi kurması engellendiği gibi, işçilerin iş sözleşmesinin sonlanmasından sonra kendi işletmelerini kurup işverenleri ile rekabet etmeleri de engellenebilmektedir.[11]

Rekabet yasağı sözleşmesinin işçinin çalışma özgürlüğünü kısıtladığı ortadadır. Bu açıdan, bilhassa aşırılıklar barındıran rekabet yasaklarının işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyetle bağdaşmayacak bir şekilde tehlikeye düşürme olasılığı karşısında işçinin korunmasını gerektiren çok önemli bir menfaatten de bahsetmek mümkündür.[12]

---

8 MARTINY Dieter, Art. 8 Rom I-VO in, **Internationales Vertragrecht-Das internationale Privatrecht der Schuldverträge** (REITHMANN Christoph / MARTINY Dieter (Hrsg)), 7. Aufl., Otto Schmidt, Köln, 2010, s. 1465.

9 **GÜLERYÜZ**, 2015, s. 324.

10 **GÜLERYÜZ**, 2015, s. 325.

11 Ibid.

12 **GÜLERYÜZ**, 2015, s. 326. Nitekim *Süzek*'e göre, "*İşçinin çalışması esnasında elde ettiği bazı bilgileri iş akdinin sona ermesinden sonra kullanması işverenin haklı menfaatlerine zarar verebilir. Buna karşılık, Anayasanın 48. maddesinde güvence altına alınan işçinin dilediği alanda çalışma ve sözleşme özgürlüğü, onun hayatını kazanması yanında yine Anayasada öngörülmüş olan maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkıyla (m. 5, 17) doğrudan ilgilidir. Bu durumda, işverenin rekabet nedeniyle ortaya çıkabilecek haklı menfaati ile işçinin çalışma ve sözleşme özgürlüğünün dengelenmesi gerekmektedi*r." Bkz. **SÜZEK**, 2014, s. 457.

Anılan menfaatlerin bir arada gözetilebilmesi için, rekabet yasağı sözleşmelerine ancak belli sınırlar içerisinde kalmaları kaydıyla geçerlilik tanınmaktadır. Türk hukuku açısından Türk Borçlar Kanunu m.444 vd. hükümlerinde ifadesini bulan bu sınırlar vasıtası ile bir yandan işçinin korunması, diğer yandan işçi ve işveren menfaatleri arasındaki dengenin sağlanması amaçlanmaktadır.[13] Hükmün lafzından hareket edildiğinde, üç temel geçerlilik şartından bahsetmek mümkündür. Buna göre işçinin fiil ehliyetine sahip olduğu; sözleşmenin yazılı şekilde yapıldığı ve işverenin korunmaya değer haklı bir menfaatinin bulunduğu anlaşılıyorsa, rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli ve bağlayıcı olduğu söylenebilmektedir.[14]

Daha ziyade endüstri iş kollarında çalışan hizmetli ve kalifiye işçilerle ilgili olarak rastlandığı belirtilen[15] rekabet yasağı sözleşmesinin, iş sözleşmesi içerisinde bir kayıt şeklinde yahut ayrı bir sözleşme biçiminde yapılabilmesi mümkündür.[16] Buna karşılık, oldukça hassas bir dengenin gözetilmesi gereken[17] söz konusu yasağın, iç yönetmelikler aracılığıyla veya onlara atıf yapılması suretiyle düzenlenemeyeceği de önemle vurgulanmaktadır.[18]

2. "Karşı Edim" Kavramı

Karşı edim, "rekabet yasağı kaydıyla iş sözleşmesi sonrası çalışma özgürlüğünün sınırlanmasını kabul etmiş işçiye, bu sınırlamanın karşılığı olarak ödenen kendine özgü (*sui generis*) götürü bir tazminat" şeklinde tanımlanmaktadır.[19] Bir kısmına bu çalışmanın devamında da detaylı olarak değinileceği üzere, rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesi için işverenin işçiye bir bedel ödemesi zorunluluğunu benimseyen pek çok hukuk sisteminin[20] aksine, Türk hukukunda işverenin karşı edim üstlenmesi

---

13 **UYSAL TUNA**, 2019, s. 28.

14 **GÜLERYÜZ**, 2015, s. 328.

15 SULU Muhammed, "Rekabet Yasağı Sözleşmeleri", **MÜHF-HAD**, 22(1), 2016, s. 578.

16 STEWART Andrew / GREENE Janey, "Choice of Law and the Enforcement of Post-Employment Restraints in Australia", **Comp. Lab. L. & Pol'y J.**, 31, 2010, s. 305; **UYSAL TUNA**, 2019, s. 28; BASKAN Ş. Esra, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi", **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2(2), 2012, s. 117; **UŞAN**, 2003, s. 47.

17 **SULU**, 2016, s. 578.

18 **SÜZEK**, 2014, s. 458; **BASKAN**, 2012, s. 117; **GÜLERYÜZ**, 2015, s. 321.

19 **ERTAN**, 2012, s. 220.

20 Yasal bir karşı edimi zorunluluğu bulunan çeşitli hukuk sistemleri hakkında oldukça detaylı bir analizi için bkz. **ERTAN**, 2012, ss. 221-248.

şeklinde yasal bir zorunluk mevcut değildir. TBK m.445/2 hükmü lafzında "işverenin üstlenmiş olabileceği karşı edim" şeklinde bir ifade kullanılmış, böylelikle işverenin arzu etmesi halinde karşı edim üstlenebileceğine işaret edilmiş, fakat bu hususta ona bir yükümlülük getirilmemiştir.[21] Bu yönüyle hukukumuzda "tek tarafa borç yükleyen" bir sözleşme görünümünde olan[22] rekabet yasağı sözleşmesinin, ancak işveren tarafından böyle bir karşı edim üstlenilmiş olması halinde "tam iki tarafa borç yükler" hale geleceği belirtilmektedir.[23]

Önemle vurgulamakta fayda vardır ki, karşı edimin rekabet yasağı sözleşmeleri bakımından bir geçerlilik şartı olarak getirilmesi gerektiği görüşü, Türk doktrininde neredeyse oybirliği ile savunulmaktadır.[24] Her iki tarafın menfaatlerinin korunması açısından, işverenin karşı edim yükümlülüğünün zorunlu olmamasının iş hukukunun ruhu ile bağdaşmadığı belirtilmektedir.[25] Karşı edimi bir geçerlilik koşulu olarak benimseyen bir model sayesinde

---

21 **SÜZEK**, 2014, s. 462. *Ertan*'a göre, "*rekabet yasağı kaydının geçerlilik koşullarını düzenleyen TBK m. 444'de işverenin karşı edim üstlenmediği rekabet yasağı kayıtlarının hüküm ifade etmeyeceğine ilişkin hiçbir tümce yer almamaktadır. Rekabet yasağının sınırlarını açıklayan TBK m. 445'e göre, karşı edim sadece aşırı bir rekabet yasağına müdahale eden hâkimin yasağın kapsamını sınırlarken göz önünde bulunduracağı bir unsurdur.*" Bkz. **ERTAN**, 2012, s. 263.

22 **UYSAL TUNA**, 2019, s. 79; **ERTAN**, 2012, s. 260.

23 **DİNÇ**, 2019, s. 58; **UYSAL TUNA**, 2019, s. 80.

24 SOYER Polat, **Rekabet Yasağı Sözleşmesi**, 1. Bası, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 53, Ankara, 1994, s. 49; **UŞAN**, 2003, s. 263; **ERTAN**, 2012, s. 254 vd.; ÖZDEMİR Erdem, "Teoride ve Uygulamada İş Hukuku Borçlar Hukuku İlişkisi & Yeni İş Sözleşmesi Türleri", **Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri, 20-21 Eylül 2011**, İstanbul, 2011, s. 170 vd.; ÖZKARACA Ercüment, "Rekabet Yasağı Sözleşmesinde Karşı Edim", **Prof. Dr. Turhan Esener 3. İş Hukuku Uluslararası Kongresi 19-20 Nisan 2018**, İstanbul Kültür Üniversitesi (Yayınlanmamış Tebliğ), s. 15 (KILIÇ Çiğdem, İş Hukukunda Rekabet Yasağı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019, s.111'den atfen); TAŞKENT Savaş / KABAKÇI Mahmut, "Rekabet Yasağı Sözleşmesi", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, 16, 2009, s. 37; **DİNÇ**, 2019, s. 59; **KILIÇ**, 2019, s. 112. Öte yandan, *Sulu*'ya göre, bir karşı edimin yüklenilmediği rekabet yasağı sözleşmelerinde dahi işverenin işçisine yapmış olduğu "yatırım"lar bu sözleşmenin karşı edimi olmasa da, fiilî karşılığını oluşturmaktadırlar. Bkz. **SULU**, 2016, s. 579.

25 AKYİĞİT Ercan, "İsviçre ve Türk İş Hukukunda İşçinin Hizmet Akdi Sonrasına Yönelik Rekabet Yasağı", **Kamu-İş**, 2, 1991, s. 33; MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi / ASTARLI Muhittin / BAYSAL Ulaş, **İş Hukuku Ders Kitabı Cilt 1: Bireysel İş Hukuku,** Cilt 1, Lykeion, 2017, s. 617; **UŞAN**, 2003, s. 263; **UYSAL TUNA**, 2019, s. 79; **ÖZKARACA**, 2018, s. 15 vd. (KILIÇ, 2019, s. 111, 112'den atfen); ÖZDEMİR Erdem, 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, 24, 2011, s. 113.

gereksiz ve işçiyi işyerine bağlamayı amaçlayan rekabet yasağı kayıtlarının büyük ölçüde önünün alınacağı, işverenin ancak haklı bir menfaati varsa rekabet yasağı kararlaştırmak yoluna gideceği ve böylece yargının iş yükünün de hafifleyeceği ifade edilmektedir.[26] Gerçekten de, iyi düzenlenmiş bir karşı edimin, işvereni geniş kapsamlı ve gereksiz yasaklar getirmekten alıkoyacağı; rekabet özgürlüğünün sınırlandığı dönemde işçinin hayatını idame ettirmesini sağlayacağı ve işverenler ile işçiler arasında adil bir denge kurulmasına yardımcı olacağı düşünülebilir.[27]

III. YABANCILIK UNSURU TAŞIYAN REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİ

1. Rekabet Yasağı Sözleşmesinde Yabancılık Unsuru

Günümüzde, sınıraşıcı iş ilişkilerinin sayıca artmasına paralel şekilde, yabancılık unsuru taşıyan rekabet yasağı sözleşmeleri de uygulamada sıkça rastlanır hale gelmiştir.[28] Sözleşmenin ihlâl edildiği ve eski işçisinin rekabet faaliyetine giriştiği iddiasında bulunan işverenlerin, bazen kendi idare merkezlerinin bulunduğu ülkeden başka bir ülkenin mahkemelerinde rekabet yasağı sözleşmelerini öne sürdükleri bilinmektedir.[29] Öyle ki, işverenlerin bir başka ülkede işçi çalıştırdıkları hallerde, rekabet yasağı sözleşmelerini o ülkenin emredici kurallarını da dikkate alarak hazırlamaları salık verilir hale gelmiştir.[30]

---

[26] **ERTAN**, 2012, s. 269.

[27] KEMP Katharine, "The Significance of Consideration Paid for Port-Employment Restraints in England and Germany", **Stellenbosch L. Rev.**, 16, 2005, s. 259.

[28] STEWART / GREENE, 2010, s. 329; MENEGATTI Emanuele, "The Choice of Law in Employment Contracts' Covenants Not to Compete Under the Italian Legislation", **Comp. Lab. L. & Pol'y J.**, 31, 2010, s. 799; LESTER Gillian / RYAN Elizabeth, "Choice of Law and Employee Restrictive Covenants: An American Perspective", **Comp. Lab. L. & Pol'y J.**, 31, 2010, s. 395.

[29] GOULDING Paul / VINALL Mark, "The English Approach to Jurisdiction and Choice of Law in Employment Covenants Not to Compete", **Comp. Lab. L. & Pol'y J.**, 31, 2010, s. 387; MOFFAT Viva R., "Making Non-Competes Unenforceable", **Ariz. L. Rev.**, 54, 2012, s. 942; GLYNN Timothy P., "Interjurisdictional Competition in Enforcing Noncompetition Agreements: Regulatory Risk Management and the Race to the Bottom", **Washington and Lee Law Review**, 65(4), 2008, s. 1418. **STEWART / GREENE**, 2010, s. 305.

[30] MERRETT Louise, **Employment Contracts in Private International Law**, 1. Edition, Oxford University Press, Oxford, 2011, s. 309; LAZAR Wendi S., "Employment Agreements and Cross Border Employment-Confidentiality, Trade Secret, and Other Restrictive Covenants in a Global Economy", **The Labor Lawyer**, 24(2), 2008, s. 211; BURNS Kevin / LONDON William Brian, "Choice-of-law and Choice-of-forum May Depend on the Choice

Rekabet yasağı sözleşmeleri bakımından yabancılık unsurunun farklı şekillerde gündeme gelebilmesi mümkündür. Verilebilecek en temel örnek, bir ülkedeki işverenin başka bir ülkede çalıştırdığı işçisinin, iş ilişkisinin sonlanmasını takiben o diğer ülkede rekabet yasağını ihlâl edecek şekilde bir başka işveren yanında çalışmaya başlamasıdır. Benzer şekilde, işçinin işvereni ile aynı ülkede çalıştıktan sonra, bir başka ülkeye giderek onunla rekabet etmesi hali de düşünülebilir. Her iki örnek halde de, işçi, eski işverenin bir rakibi tarafından daha önce çalıştığı ülkeden başka bir ülkede işe alınmaktadır.[31] Doktrinde, *Elçin*, iş sözleşmeleri bakımından gündeme gelmesi muhtemel yabancılık unsuru hallerini örneklemektedir[32]. Aşağıda değinilen bu örneklerin kural olarak rekabet yasağı sözleşmeleri bakımından da kurgulanabilmeleri mümkün olmalıdır.

> "*Bir iş sözleşmesi, iş sözleşmesinin tarafları, iş sözleşmesinin akdedildiği yer veya işin yapıldığı yere göre ya da sözleşmenin yarattığı etki sınıraşıcı ise bir başka deyişle mal, hizmet, sermaye transferi sağlıyorsa, milletlerarası unsurlu hale gelebilir. Örneğin iş sözleşmesinin tarafları bakımından, işçinin mutad meskeni ya da ikâmetgahı ile işverenin mutad meskeni, ikâmetgahı ya da işyeri farklı ülkelerde bulunabilir. Ayrıca işçi ile işveren farklı devletlerin vatandaşlığına sahip olabilir. İş sözleşmesi bir ülkede akdedildikten sonra, iş başka bir ülkede yapılıyor olabilir. İşin yapıldığı yer ile işçinin mutad meskeni ya da ikâmetgahı veya işverenin mutad meskeni, ikâmetgahı ya da işyeri farklı ülkelerde bulunabilir. Yine, tarafların yabancı ülke vatandaşı olduğu fakat mutaden işin yapıldığı yerin Türkiye olduğu bir uyuşmazlıkta, milletlerarası unsur bulunmaktadır.*"

Bu noktada, rekabet yasağı sözleşmelerinin sıklıkla hukuk seçimi içerdikleri bilgisinden[33] hareketle, objektif açıdan hiçbir yabancılık unsuru ba-

---

of Where to File and When: Multi-state Employers Continue to Face Challenges When Enforcing Restrictive Covenants Across State Lines", **Mondaq Business Briefing**, 19.06.2017 (Nexis Uni) s. 1.

31 YAMAKAWA Ryuichi, "Transnational Dimension of Japanese Labor and Employment Laws: New Choice of Law Rules and Determination of Geographical Reach", **Comp. Lab. L. & Pol'y J.**, 31, 2010, s. 364.

32 ELÇİN Doğa, **Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk**, 1. Bası, Adalet, Ankara, 2012, s. 42, 43.

33 WU Christina L., "Noncompete Agreements in California: Should California Courts Uphold Choice of Law Provisions Specifying Another State's Law", **UCLA L. Rev**, 51, 2003, s. 595.

rındırmayan bir rekabet yasağı sözleşmesinin, yabancı bir hukuk seçilerek yabancılık unsuru taşır hale getirilip getirilemeyeceği sorusu akla gelebilir. Türk doktrininde, genel olarak sözleşmeler bağlamında bu sorunun cevabı üzerine oybirliği bulunmamaktadır. Bazı yazarlar ve 2006 yılında vermiş olduğu bir kararda Yargıtay, tarafların objektif olarak yabancılık unsuru taşımayan sözleşmeler açısından dahi yabancı hukuku seçebileceklerini ve bu seçimin sözleşmeyi yabancılık unsuruna sahip hale getireceğini belirtmektedirler.[34] Buna karşılık diğer bazı yazarlar, tarafların, sadece sözleşmelerine yabancı hukukun uygulanmasını kararlaştırmak suretiyle o sözleşmeye yabancılık unsuru katamayacakları düşüncesindedirler.[35]

Bu soru, rekabet yasağı sözleşmeleri bakımından diğer pek çok sözleşmesel ilişkiye kıyasla özel önem taşımaktadır. Zira, işverenin seçeceği -ve pazarlık gücü tartışmalı olmakla birlikte işçinin de rıza göstereceği- bir hukukun rekabet yasağını ayakta tutan hatta işçi üzerindeki sınırlamaların miktarı yönünden işveren lehine düzenlemeler içeren bir hukuk olması kuvvetle muhtemeldir. Örneğin, Türkiye'de Türk vatandaşı işçi çalıştıran hatta Türk şirketi olarak faaliyet gösteren fakat yurtdışındaki bir şirkete bağlı olan yavru şirketin, rekabet sözleşmesi bakımından kendisine en elverişli hükümleri barındıran bir yabancı devlet hukukunu seçmek istemesi olanak dahilindedir. Meseleye bu yönden bakıldığında, objektif irtibatlar yönünden yabancılık unsuru taşımayan bir rekabet yasağı sözleşmesinin sadece subjektif irade vasıtasıyla yabancılık unsuruna sahip hale getirilebilmesi fikrinin, işçi bakımından adil olmayan sonuçlara yol açabilme ihtimali barındırdığı düşünülebilir.

---

[34] **NOMER**, 2017, s. 320; ÇELİKEL Aysel / ERDEM B. Bahadır, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 16. Bası, Beta, İstanbul, 2020, s. 379; ŞANLI Cemal / ESEN Emre / ATAMAN FİGANMEŞE İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, 8. Bası, Beta, İstanbul, 2020, s. 299. Yargıtay, söz konusu kararında "yabancı hukukun uygulanması ve tarafların bu konuda sözleşmeye hüküm koymaları için sözleşmenin yabancılık unsuru içermesi koşulu bulunmamaktadır" görüşünü ortaya koymuştur. Bkz. Y. 11. HD, E.2006/8585, K.2006/12877, 07.12.2006 (**ŞANLI ve diğ.**, 2020, s. 299'dan atfen).

[35] DOĞAN Vahit, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 6. Bası, Savaş, Ankara, 2020, s. 400; ÖZDEMİR KOCASAKAL Hatice, "Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m.24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları", **MHB**, 30(1-2), 2010, s. 34; **ELÇİN**, 2012, s. 45. *Tarman*'a göre, yabancılık unsuru taşımayan bir sözleşmenin akdedilmesinden sonra yabancılık unsuru meydana gelirse, örneğin taraflardan birinin mutad meskenini yurt dışına taşıması durumunda tarafların uygulanacak hukuku seçebilmeleri mümkündür. Bkz. TARMAN Zeynep Derya, "5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) Uyarınca Yabancılık Unsuru Taşıyan Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi", **BATİDER**, 26(1), 2010, s. 146.

2. Sözleşmesel İlişkinin Vasıflandırılması

Yabancılık unsuru taşıyan bir rekabet yasağı sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlık Türk mahkemesinin önüne geldiğinde, mahkemenin öncelikle bu sözleşmesel ilişkiyi vasıflandırması ve bu doğrultuda uygulayacağı bağlama kuralını tespit etmesi gerekmektedir. İlişkinin bir sözleşmeden doğduğu açık olduğu için, mahkemenin bu noktadaki temel incelemesi MÖHUK m.24 uyarınca genel bağlama kuralının mı, yoksa m.27 uyarınca iş sözleşmelerine ilişkin bağlama kuralının mı uygulama alanı bulacağı sorusuna ilişkin olacaktır.

Rekabet yasaklarının sıklıkla aynı taraflar arasındaki iş sözleşmesi içerisinde birer kayıt şeklinde düzenlendikleri dikkate alındığında, vasıflandırma noktasında tercih edilmesi en muhtemel bağlama kuralı, iş sözleşmelerine ilişkin MÖHUK m.27 hükmüdür. Nitekim, Türk doktrininde *Nomer* ve *Tarman*, MÖHUK m.27 uyarınca iş sözleşmelerine uygulanacak hukukun idare edeceği hususlar arasında "rekabet yasağı"nı da örnek göstermektedirler.[36]

Bu görüş benimsendiğinde, iş sözleşmesi bakımından bir hukuk seçimi yapılmış ise, madde hükmündeki "asgari koruma" sınırlaması saklı kalmak kaydıyla rekabet yasağı bakımından da aynı hukukun seçilmiş olduğu sonucuna varılacaktır. İş sözleşmesi bakımından herhangi bir hukuk seçiminin yapılmamış olduğu hallerde ise, m.27/2,3 uyarınca objektif bağlama gündeme gelecektir. Yine, somut olayın şartları ışığında m.27/4 hükmünde düzenlenen daha sıkı irtibatlı hukuk istisnasını işletmek de mümkün olabilecektir.

Rekabet yasağının, iş sözleşmesinin hükümlerine ve bu kapsamda sonlanmasına ilişkin bir konu olarak görülmesi halinde, iş sözleşmesine ilişkin bağlama kuralına yönelmek isabetli bir tercih olacaktır. Nitekim, çeşitli hukuk düzenlerinde bu anlayışın benimsendiği görülmektedir.[37] Özellikle Alman milletlerarası özel hukuk doktrinine egemen olan görüş, sözleşmesel rekabet yasağının iş sözleşmesinin sonlanmasına ilişkin hükümler ile bağlantılı bir konu olduğu, bu hükümler iş sözleşmesi statüsü tarafından idare edildikleri için rekabet yasağı sözleşmesinin de aynı statüye tabi olması gerektiği yönündedir.[38]

---

[36] Bkz. **NOMER**, 2017, s. 343; TARMAN Zeynep Derya, "Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk", **AÜHFD**, 59(3), 2010, s. 527. Bununla birlikte, her iki yazar da rekabet yasağı özelinde bir inceleme yapmamaktadırlar.

[37] **MERRETT**, 2011, s. 191. **MENEGATTI**, 2010, s. 808; **YAMAKAWA**, 2010, s. 364.

[38] BRENDEL Claudia, **Nachvertragliche grenzüberschreitende Wettbewerbsverbote**, 1. Aufl., Verlag Dr. Kovac, Hamburg, 2009, s. 101; DÄUBLER Wolfgang, "Das neue Internationale Arbeitsrecht", **Recht der Internationalen Wirtschaft**, 1987, s. 249, 254; DEINERT Olaf, **Internationales Arbeitsrecht-Deutsches un europäisches Arbeitskollisionsrecht**, 1. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 2013, s. 382; MARTINY Dieter, Art. 8 Rom I-VO in, **Internationales Vertragrecht-**

Rekabet yasağı sözleşmesini iş sözleşmesinin sonlanma hükümleri ile irtibatlandırmak, vasıflandırma problemine gerçekten de hızlı ve pratik bir çözüm teşkil edebilir. Bununla birlikte, her ne kadar ender rastlanacak olsa dahi, iş sözleşmesinin ve bu kapsamda işçinin sadakat borcunun sona ermesinin ardından akdedilmiş rekabet yasağı sözleşmeleri açısından bu çözümün yerindeliği tartışmaya açıktır. Zira, böyle bir örnekte, işçi artık zayıf taraf konumunda olmadığı gibi, rekabet yasağı sözleşmesi de iş sözleşmesine tali bir nitelik taşımamaktadır.

Kanımızca, vasıflandırmanın doğru bir şekilde yapılabilmesi için, rekabet yasağının iş sözleşmesi ile ne ölçüde bağlantılı bulunduğu hususu ile rekabet yasağının tarafı olan işçinin bu sözleşmede zayıf taraf konumunda bulunup bulunmadığı hususunun incelenmesi gerekmektedir. Aşağıda önce bu hususlar ayrı başlıklar halinde ele alınacak, ardından vasıflandırma hakkındaki görüşümüze yer verilecektir.

A. İş Sözleşmesi ile Bağlantının İncelenmesi

Türk maddi hukukunda iş sözleşmesinin sonlanması ile birlikte, işçinin sadakat borcunun ve bu kapsamda eğer aksi ayrıca kararlaştırılmamış ise rekabet etmeme borcunun da sonlanacağı hususunda oybirliği mevcuttur.[39] Buna karşılık yine doktrinde ağırlıklı olarak savunulan görüş, her ne kadar, iş ilişkisinin sonlanmasının ardından gündeme gelebilecek rekabet etmeme yükümü iş sözleşmesinden kaynaklanmıyor ise de, rekabet yasağı sözleşmesinin aynı taraflar arasındaki iş sözleşmesine bağlı, tali nitelikte bir sözleşme olduğu yönündedir.[40] Zira, taraflar arasında geçerli bir iş sözleşmesi olmaması halinde bir rekabet yasağı sözleşmesinden bahsedilememektedir.[41]

Das internationale Privatrecht der Schuldverträge (REITHMANN Christoph / MARTINY Dieter (Hrsg)), 7. Aufl., Otto Schmidt, Köln, 2010, s. 1465; KREBBER Sebastian, VO593/2008/EG in **Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht (**FRANZEN / GALLNER / OETKER (Hrsg)), 2. Aufl., C.H. Beck, München, 2018, s. 781; SUTSCHET Holger, Art. 8 Rom I-VO in **JurisPraxis Kommentar Band 6- Internationales Privatrecht** (HERBERGER / MARTINEK / RÜßMANN / WETH (Hrsg)), 4. Aufl., Juris, Saarbrücken, 2009, s. 1063 MAGNUS Ulrich, Art.8 Rom I-VO in **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen-Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche/IPR-Einleitung zur Rom I-VO; Art 1-10 Rom I-VO (Internationales Vertragsrecht 1)** (ARMBRÜSTER / EBKE / HAUSMANN / MAGNUS (Hrsg)), Neubearbeitung, Sellier-deGruyter, Berlin, 2011, s. 625; GAMILLSCHEG Franz, **Internationales Arbeitsrecht**, 1. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin, 1959, s. 243.

39 **GÜLERYÜZ**, 2015, s. 318, 319; **ERTAN**, 2012, s. 20, 21.

40 **KILIÇ**, 2019, s. 70; **ERTAN**, 2012, s. 20, 21.

41 ALTAY Sabah, "Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre İşçi ile İşveren Arasında Yapılan Rekabet Yasağı Sözleşmesi", **MÜHF-HAD**, 14(3), 2008, s. 181; **ERTAN**, 2012, s. 76; **GÜLERYÜZ**, 2015, s. 320.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında[42], "*Borçlar Kanunu'nun 348.maddesinde düzenlenen rekabet yasağı, asli yükümlülük doğuran bir sözleşme değildir, iş akdine bağlı olarak fer'i nitelikte bir yükümlülük doğurmaktadır. İş akitlerinden doğan rekabet yasağının düzenlenmesinin dayanağı iş ilişkisidir*" görüşünü ortaya koymuş, fakat bu görüş "rekabet sözleşmesinin dayanağı iş sözleşmesi değildir" savı öne sürülerek birden fazla yazar tarafından eleştirilmiştir. Doktrinde *Ertan*, bu kararda rekabet yasağının dayanağının sadakat borcu olarak nitelendirildiğini ve bunun vahim bir kuramsal hata olduğunu ifade etmektedir.[43] Yazar, iş ilişkisi sonrası rekabet etmeme borcunun işçinin sadakat borcundan kaynaklanan bir yükümlülük olmadığını, aksine bağımsız bir borç olarak kabul edildiğini vurgulamaktadır.[44]

Rekabet yasağı sözleşmesinin tali niteliğini dikkate alan dolayısıyla akdedilmesi gereken ilk sözleşmenin iş sözleşmesi olduğunu ileri süren bazı yazarlar, rekabet yasağı sözleşmesinin iş ilişkinin kurulmasından önce yapılamayacağını savunmaktadırlar.[45] Yine, bazı yazarlar, iş sözleşmesinin kurulmasından önce veya sözleşmenin sona ermesinin ardından akdedilen rekabet yasağına dair düzenlemelerde, işçi ve işveren arasında bağımlılık ilişkisinin bulunmamasından dolayı, TBK m.444 vd. maddelerin uygulanmayacağını belirtmektedirler.[46] Buna karşılık diğer bir görüş, rekabet yasağı kaydıyla ilgili hukuki düzenlemelerin uygulama alanı bulabilmesi için herhangi bir zaman dilimindeki iş ilişkisinin varlığının yeterli sayılacağını ileri sürmekte, bu gibi hallerde iş sözleşmesinin kurulmasının, bir geciktirici (tali) şart olarak düşünülmesi gerektiğinden bahsetmektedir.[47] Zira bu gibi durumlarda rekabet yasağı sözleşmesinin hüküm ifade etmesi, tarafların ileride bir iş sözleşmesi akdetmesine yönelik geciktirici bir şarta bağlanmış olacaktır. Geciktirici şart olarak kabul edilen iş sözleşmesi kurulmadığı takdirde, rekabet yasağı sözleşmesi de hüküm ifade etmeyecektir.[48] Bu görüşten hareket edildiğinde, rekabet yasağının bir sözleşme kaydı şeklinde imzalanabileceği

---

42 YHGK, E.2008/9-517, K.2008/566, 22.09.2008.

43 **ERTAN**, 2012, s. 20, 21.

44 Ibid.

45 **UŞAN**, 2003, s. 55.

46 **ALTAY**, 2008, s. 182; KESER Hakan, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Rekabet Yasağı", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, 24, 2011, s. 91.

47 **ERTAN**, 2012, s. 54.

48 **GÜLERYÜZ**, 2015, s. 323.

gibi, iş ilişkisi başlamadan önce, ilişki devam ederken yahut ilişkinin sonlanmasının bir koşulu olarak ayrı bir sözleşme biçiminde imzalanabilmesi de mümkün hale gelmektedir.[49] Yine, iş sözleşmesinin sona ermesinin ardından da tarafların genel hükümlere göre rekabet yasağı sözleşmesi akdetmeleri mümkündür. Ancak, iş sözleşmesinin sonlanmasını takiben akdedilecek rekabet yasağı sözleşmelerinin de, genel hükümler açısından emredicilik denetimine tabi olacağı belirtilmektedir.[50]

İş sözleşmesinin herhangi bir nedenden dolayı iptal edildiği veya geçersiz olduğu hallerde, rekabet yasağı sözleşmesinin bu durumdan nasıl etkileneceği meselesi de önem taşımaktadır. Doktrinde *Soyer*, iş sözleşmesinin ifasına başlanmış olup olmadığına göre verilecek cevabın değişeceğini ifade etmektedir. Yazara göre, edimlerin ifasına henüz başlanmamış ise, işverenin haklı bir menfaatinin henüz doğmadığından bahsedilecek dolayısıyla rekabet yasağı sözleşmesinin bir önemi kalmayacaktır. Buna karşılık, iş sözleşmesi ifa edilmeye başlanmış ve bu kapsamda işçi işverenin mesleki bilgi ve ticari sırlarını öğrenmeye başlamış ise, artık işverenin korunmaya değer haklı bir menfaati bulunduğundan bahsedilebilecek, dolayısıyla rekabet yasağı sözleşmesi etkili olabilecektir.[51]

Yukarıda yer verilen açıklamalar ışığında, rekabet yasağı sözleşmesinin aynı taraflar arasında imzalanmış iş sözleşmesi ile bağlantılı bulunduğu sonucuna varmak mümkündür. Bu bağlantı, iş sözleşmesi içerisinde bir kayıt şeklinde yer verilmiş rekabet yasakları bakımından daha görünür bir konumdadır. İş sözleşmesinden ayrı yapılmış rekabet yasağı sözleşmeleri bakımından dahi -en azından yasağın konusu ve coğrafi sınırları gibi hususlar dikkate alındığında- söz konusu iş ilişkisi ve bu doğrultuda işverenin rekabet sahası ile bir bağlantı bulunduğundan bahsedilebilir. Ancak bu yorum, iş ilişkisi devam ederken akdedilmiş rekabet yasağı sözleşmeleri bakımından geçerlidir. İş ilişkisinin ve bu kapsamda işçinin sadakat borcunun sona ermesinin ardından akdedilecek rekabet yasağı sözleşmeleri bakımından, iş sözleşmesi ile aynı düzeyde bir bağlantı bulunduğunu düşünmek daha güçtür.

---

49 **STEWART / GREENE**, 2010, s. 305.

50 **GÜLERYÜZ**, 2015, s. 324.

51 **SOYER**, 1994, s. 40; **UYSAL TUNA**, 2019, s. 81, 82.

B. Zayıf Taraf Konumunun İncelenmesi

Yabancılık unsuru taşıyan bir rekabet yasağı sözleşmesinden doğan uyuşmazlığın vasıflandırılması sürecinde iş sözleşmesi ile bağlantı haricinde özel önem atfedilmesi gerektiğini düşündüğümüz ikinci husus, rekabet etmesi yasaklanan işçinin bu sözleşme bakımından zayıf taraf konumunda görülüp görülemeyeceğidir. İş sözleşmesi ile işverene bağlı çalışan bir işçinin kural olarak zayıf taraf konumunda yer aldığı kabulü, bugün pek çok hukuk düzeninde benimsenen yaygın anlayışı temsil etmektedir. Acaba, is sözleşmesinden ayrı olarak sadece rekabet yasağı sözleşmesi özelinde bir değerlendirme yapılacak olursa aynı sonuca ulaşmak mümkün müdür?

Türk maddi hukuku açısından doktrinde dile getirilmiş görüşler, gerçekten de işçinin zayıf taraf konumunda yer aldığını teyit eder niteliktedir. Genellikle "katılma sözleşmesi" karakteri gösteren ve işletmesel menfaatleri korumayı amaçlayan rekabet yasağı kayıtlarını işçinin özgür iradesinin bir ürünü olarak nitelendirmenin mümkün olmadığı ifade edilmektedir.[52] İş sözleşmesinin içeriğinin hazırlanmasında işverenin iradesi etkili olduğundan, işçinin tek tarafa borç yükleyen bir rekabet yasağı kaydını bizzat özgür iradesi ile kabul ettiğinden bahsedilemeyeceği belirtilmektedir.[53] Üst düzey işçilerin sözleşmeleri ve birleşme/devralma gibi özel durumlar haricinde rekabet yasağı sözleşmelerinin çok nadiren müzakere ile hazırlandıkları hususuna yabancı doktrinde de dikkat çekilmektedir.[54] Kıdemli ve üst düzey işçiler bakımından aksi yönde örneklere rastlamak mümkün olsa da, işçilerin büyük bir kısmının, rekabet yasağı ile getirilen sınırlamanın etkisi, geçerliliği ve hatta kimi hallerde varlığı hakkında pek bilgi sahibi olmadıkları vurgulanmaktadır.[55]

Türk maddi hukuku açısından dikkat çekilmiş bir başka önemli husus, sadece işçinin imzasının bulunduğu, buna karşılık işverenin imzasını içermeyen rekabet yasağı sözleşmelerinin -karşı edim içermemek kaydıyla- hukukumuzca geçerli görülüyor olmasıdır.[56] Bir başka deyişle hukukumuzda, rekabet

---

52 **ERTAN**, 2012, s. 255.

53 ŞAHLANAN Fevzi, **Rekabet Yasağı Sözleşmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 11. Yıl Toplantısı**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2008, s. 94 (Genel Görüşme esnasında Emre ERTAN'ın görüşü).

54 DAVIS Angie / REICIN Eric D / WARREN Marisa, "Developing Trends in Non-Compete Agreements and Other Restrictive Covenants", **ABA Journal of Labor & Employment Law**, 30(2), 2015, s. 3.

55 **KEMP**, 2005, s. 258.

56 **SOYER**, 1994, s. 42; **TAŞKENT / KABAKÇI**, 2009, s.35. Öte yandan aynı yazarlara göre eğer rekabet yasağı sözleşmesiyle işveren de karşı edim taahhüdünde bulunuyorsa, sözleşme hem işçi hem işverenin imzasını taşımalıdır.

yasağının kendisi bir sözleşme olarak nitelendiriliyor olmasına rağmen, sadece işçinin yükümlülük altına girmesi söz konusu olduğundan, işverenin de imzasının bulunması zorunluluğu aranmamaktadır.[57] Bu durum, rekabet yasağı sözleşmelerinin, hukukumuzda "tek tarafa borç yükleyen sözleşme" modelinden yola çıkarak hazırlanmış olmasından ileri gelmektedir.[58]

Rekabet yasağı sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, iş sözleşmesi kaynaklı diğer uyuşmazlıklarından farklı olarak ilk davayı genellikle işçi değil işveren açmaktadır.[59] Salt bu gerçekten hareketle işçinin zayıf taraf konumunda olduğunu söylemek mümkün olmasa dahi, somut olaya bağlı olarak, işçinin kendisini daimi bir dava tehdidi altında hissetmesi, onun sahip olduğu konumun (özellikle de karşı edim üstlenilmemiş sözleşmeler bakımından) işveren ile eşit olmadığını doğrular niteliktedir. Kaldı ki, daha önce değinildiği üzere, karşı edimin öngörülmemiş olduğu hallerde, bu durumun işçiyi iş hukukunun doğası ile bağdaşmayan oldukça ağır bir yük altında bıraktığı konusunda pek çok yazar hemfikirdir.

Buraya kadar yapılan açıklamalardan hareket edildiğinde, iş sözleşmesinin kurulması esnasında veya iş sözleşmesi kurulduktan sonra ve iş ilişkisi devam ederken akdedilmiş rekabet yasağı sözleşmeleri bakımından, işçinin işverenine kıyasla daha zayıf bir konumda bulunduğunu kabul etmek gerekmektedir. Yine, iş sözleşmesinin kurulabilmesinin bir rekabet yasağı sözleşmesinin yapılması şartına bağlanmış olduğu, bir başka deyişle henüz iş sözleşmesi kurulmadan önce yapılmış rekabet yasağı sözleşmeleri açısından da aynı yorumun yapılabilmesi mümkün olmalıdır. Zira, bu gibi hallerde her ne kadar işçinin iş sözleşmesinden kaynaklanan bir "işverene bağımlı olma" konumu henüz mevcut olmasa da, işçinin, işvereni tarafından öne sürülmüş ve işe girebilmesi için şart koşulmuş bir rekabet sözleşmesini işvereni ile eşit şartlarda müzakere edebilecek konumda bulunmadığı da açıktır.

---

57 **BASKAN**, 2012, s.118; **GÜLERYÜZ**, 2015, s. 320, 321.

58 *Ertan*'a göre, "*Borçlar Kanunu'nun rekabet yasağıyla ilgili hükümlerinin, muhtemelen bilinçli olarak, salt işçiye borç yükleyen tek taraflı bir sözleşme modelinden yola çıkılarak hazırlandığı son derece açıktır. Rekabet yasağının sona ermesini hükme bağlayan TBK m. 447/1 uyarınca, rekabet yasağı işverenin bu yasağın sürdürülmesinde gerçek bir yararının olmadığı belirlenmişse sona erer. Böyle bir düzenleme, ancak tek tarafa borç yükleyen bir rekabet yasağı sözleşmesine uygulanabilir. Zira işverenin de borç altına girdiği bir rekabet yasağı sözleşmesinin sırf işverenin böyle bir sözleşmeden beklediği yararın ortadan kalkmasından ötürü ipso iureson bulması, ifasında her iki tarafından da karşılıklı menfaatinin bulunduğu sinalagmatik bir sözleşmenin doğasına aykırıdır*." Bkz. **ERTAN**, 2012, s. 260.

59 **GLYNN**, 2008, s. 1422.

Öte yandan, iş sözleşmesinin kurulmasından önce yahut iş sözleşmesi kurulduktan sonra ve iş ilişkisi esnasında yapılan rekabet yasağı sözleşmelerinden farklı olarak, iş ilişkisinin sonlanmasını takiben işverenin eski işçisi ile akdetmek isteyebileceği rekabet yasağı sözleşmeleri açısından, işveren ile eski işçinin kural olarak eşit şartlarda olduklarını kabul etmek mümkündür kanısındayız. Zira bu örnekte, iş ilişkisi sonlanmış ve işçinin işverene bağımlılığı sona ermiştir. Kişinin artık o işveren bakımından "işçi" sıfatını haiz olmayışı, onu vaktiyle bulunduğu zayıf taraf konumundan çıkaran bir unsur olarak değerlendirilebilir.

C. Vasıflandırma Hakkındaki Görüşümüz

Buraya kadar yapılan açıklamalar ışığında, rekabet yasağı sözleşmesinin çoğu hal bakımından iş sözleşmesi ile bağlantılı olacağını ve yine çoğu hal bakımından bu sözleşmeyi imzalayan işçinin zayıf taraf konumunda bulunacağını öngörebilmek mümkündür. Buna karşılık, iş sözleşmesinin ve bu kapsamda işçinin sadakat borcunun sona ermesinin ardından akdedilecek rekabet yasağı sözleşmeleri açısından aynı öngörüde bulunabilmek daha güçtür. Aslında, bir işverenin iş ilişkisi sona erdikten sonra eski işçisi ile bir rekabet yasağı sözleşmesi akdetmesi örneğine uygulamada sık rastlanmayacağı kanısındayız. İş ilişkisinin temel dinamikleri dikkate alındığında ve işçiden gelebilecek muhtemel rekabetin temelinin bu ilişki kapsamında elde edildiği gerçeği karşısında, rekabet yasağı sözleşmelerinin daha ziyade iş ilişkisinin devamı esnasında veya en kötü ihtimalle iş ilişkisi sonlanırken yapılması daha kuvvetli bir ihtimaldir. Fakat, bu durum iş ilişkisinin sonlanmasını takiben rekabet yasağı yapılamayacağı anlamına gelmemektedir. Bu sebeple, görülme ihtimali pek olmasa dahi, bu örnek durumun da vasıflandırmaya ilişkin sistem içerisinde dikkate alınması gerekmektedir.

Şu halde, vasıflandırma yapılırken iş sözleşmesi ile bağlantı ve zayıf taraf incelemelerinin yanısıra, rekabet sözleşmesinin ne zaman yapıldığına da dikkat edilmesi gerekmektedir. Aşağıdaki şemadan takip edilebileceği üzere, rekabet yasağı sözleşmesi üç farklı dönemden birinde akdedilmiş olabilir. Bu dönemler sırasıyla; iş ilişkisinin başlamasından önceki dönem; iş ilişkisinin devam ettiği dönem ve iş ilişkisinin sonlanmasını takip eden dönemdir.

Şekil 1: Rekabet Yasağı Sözleşmesi ve Vasıflandırma

Rekabet yasağı sözleşmesinin aynı taraflar arasında bir iş ilişkisinin kurulması şartı olarak öngörülmüş olduğu, dolayısıyla iş sözleşmesinden önce tesis edildiği haller bakımından MÖHUK m.27 uyarınca iş sözleşmelerine ilişkin bağlama kuralının işlerlik kazanmasının yerinde olacağı kanısındayız. Zira bu hallerde, her ne kadar işveren ile bağımlılık ilişkisi bulunan bir işçiden söz etmek henüz mümkün değil ise de, sözleşmeyi imzalayan tarafın bu sözleşmeyi imzalamasındaki esas sebep, söz konusu işe kabul edilmek olduğundan, işverenin etkisi altında kalması ihtimali oldukça yüksektir. Hiç şüphesiz bu durumda, iş hukuku anlamında bir bağlantıdan söz etmek mümkün değildir. Ancak, işverenin yanında işe başlayabilmek için zorunlu olarak kendisine dayatılan bir rekabet yasağını imzalayan kimsenin, bu konuda işveren ile eşit konumda olduğunu söyleyebilmek de zordur. Kaldı ki, bu durumda iş sözleşmesi ile geciktirici bir şart üzerinden bağlantı kurulduğu görüşü[60] dikkate alınırsa, rekabet yasağı sözleşmesi zaten iş sözleşmesi ile bağlantılı hale gelmiş olmaktadır.

İş ilişkisi devam ederken akdedilen sözleşmeler bakımından vasıflandırma nispeten daha kolay durmaktadır. Bu esnada işçi işverenine bağımlıdır ve onun karşısında zayıf taraf konumundadır. Dolayısıyla bu esnada imzalanan sözleşmeler bakımından iş sözleşmelerine ilişkin bağlama kuralının uygulanması işçinin menfaatine olacaktır. İşçi, genel bağlama kuralı yerine iş sözleşmelerine ilişkin kuralın uygulanması sayesinde, örneğin işverenin seçtiği hukuka bütünüyle tabi olmayacak, mutad işyeri hukukunun emredici hükümlerinin asgari korumasından faydalanma imkânı bulacaktır.

---

60 **ERTAN**, 2012, s. 54.

Öte yandan, iş ilişkisinin sonlanmasının ardından akdedilecek rekabet yasağı sözleşmeleri bakımından, MÖHUK m.24 uyarınca genel bağlama kuralına gidilmesinin yerinde olacağını düşünüyoruz. Zira bu durumda uyuşmazlığa özel olarak iş sözleşmelerine ilişkin bir bağlama kuralının uygulanması gerekliliği doğmadığı savunulabilir. Bu durumda taraflar arasındaki ilişki bir iş ilişkisi olmayıp taraflardan biri diğeri karşısında iş hukuku anlamında zayıf taraf konumunda da değildir.[61]

Aşağıda, daha ender rastlanacağını düşündüğümüz vasıflandırma ihtimali olması itibariyle, öncelikle uygulanacak hukukun MÖHUK m.24 kapsamında belirlenmesi hususu üzerinde durulacak, ardından MÖHUK m.27 uyarınca belirlenme ihtimali detaylı şekilde ele alınacaktır.

3. Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi

A. MÖHUK m.24 Kapsamında Belirleme

a. Subjektif Bağlama

Sözleşmeden doğan borç ilişkileri konusunda Türk milletlerarası özel hukukunda hukuk seçimi imkânı kabul edilmiştir. MÖHUK m.24 hükmünde genel olarak ifadesini bulan bu imkânın açık veya zımni şekilde kullanılabilmesi mümkündür. Hukuk seçiminin açık veya zımni olması, tarafların irade beyanlarının dış dünyaya nasıl yansıdığı ile alakalı bir durumdur.[62] Dolayısıyla bir hukuk seçimi sözleşmesinden bahsedebilmek için ilk olarak tarafların hukuk seçimine ilişkin iradelerinin mevcudiyeti, ikinci olarak da hukuk seçimine ilişkin iradelerinin dış dünyaya açıklanması, yani irade beyanının varlığı gerekmektedir.[63]

Tarafların hukuk seçimine ilişkin iradelerinin irade beyanı dışındaki hiçbir unsura bakmadan ve herhangi bir yoruma ihtiyaç duymadan doğrudan doğruya ve tereddüde yer vermeyecek şekilde net ve anlaşılır olması halinde, açık bir hukuk seçiminin varlığından söz edilmektedir.[64] Buna karşılık,

---

[61] Nitekim, doktrinde, işverenin talimatı doğrultusunda değil de bağımsız olarak çalışanlara ilişkin iş sözleşmelerinin MÖHUK m.24 uyarınca tespit edilecek hukuka tabi olmaları gerektiği belirtilmektedir. Bkz. **TARMAN**, 2010, s. 526.

[62] ARSLAN İlyas, "5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Zımni Hukuk Seçimi", **MHB**, 33(2), 2013, s. 5.

[63] **ARSLAN**, 2013, s. 6.

[64] **ARSLAN**, 2013, s. 7; CAN Hacı / TUNA Ekin, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 4. Bası, Adalet, Ankara, 2019, s. 414; MURTAZ, Gözde, "Yabancı Unsurlu Akitlerde Hukuk Seçimine Dair Meseleler (5718 sayılı MÖHUK m.24 ile Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Hukuk Seçimi-

tarafların, aralarındaki sözleşmeye uygulanmak üzere belirli bir hukuku seçme yönünde karşılıklı ve uyumlu iradeleri bulunmasına karşın bu iradenin açıkça ifade edilip, net bir biçimde ortaya konmadığı hallerde, zımni bir hukuk seçiminde bulunulmuş olması ihtimalinin gündeme geleceği; mahkemenin esasında var olan ancak net bir şekilde ortaya konmamış olan bu taraf iradesini, sözleşmede yer alan ve sözleşmeye bağlı ipuçlarına dayanarak tespit etmesi ve ortaya çıkarması gerekeceğinden bahsedilmektedir.[65]

Doktrinde, uygulanacak hukuku seçme konusunda taraflara tam bir serbesti tanınması gerektiği, tarafların menfaatleri doğrultusunda diledikleri hukuku seçebilecekleri kabul edilmektedir. Bu açıdan, tarafların sözleşme ile hiçbir bağlantısı olmayan bir ülke hukukunu seçebilmeleri de mümkündür.[66] Asıl sözleşmeye eklenen bir hüküm veya ayrıca bir sözleşme biçiminde yapılabilen[67] hukuk seçimi anlaşmasının, her halükârda bağımsız bir sözleşme niteliğinde olduğu vurgulanmakta ve hukuki olarak esas sözleşmeden ayrı şekilde değerlendirmeye alınması gerektiği belirtilmektedir.[68] Yine, usul hukukuna değil maddi hukuka ilişkin olma özelliği gözetildiğinde, esas sözleşmenin geçerli veya geçersiz oluşunun hukuk seçimi anlaşmasına etki etmeyeceği de düşünülmektedir.[69]

---

ne Dair İlkeler Kapsamında)", **Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 3(1), 2018, s. 162; NOMER Ergin, **Devletler Hususi Hukuku**, 22. Bası, Beta, İstanbul, 2017, s. 322; DEMİRKOL Berk, **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, 1. Bası, Vedat, İstanbul, 2011, s. 141; BAYATA CANYAŞ F. Aslı, **AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural**, 1.Bası, Adalet, Ankara, 2012, s. 48; **DOĞAN**, 2020, s. 401.

65 BAYATA CANYAŞ F. Aslı, "Roma I Tüzüğü ile Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Örtülü Hukuk Seçimi", **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1(1), 2011, s. 112.

66 AKINCI Ziya, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 1. Bası, Seçkin, Ankara, 2020, s. 53; **ÖZDEMİR KOCASAKAL**, 2010, s. 30; **CAN / TUNA**, 2019, s. 413; **MURTAZ**, 2018, s. 172; **ÇELİKEL / ERDEM**, 2020, s.380; **ŞANLI ve diğ.**, 2020, s. 295; **DOĞAN**, 2020, s. 404; **TARMAN**, 2010b, s. 152.

67 **MURTAZ**, 2018, s. 160. Diğer yandan, sözleşmede kendisine referans yapılan genel şartlar arasında yer alan bir hukuk seçimi de açık bir hukuk seçimi olarak düşünülmektedir. Bkz. **ÖZDEMİR KOCASAKAL**, 2010, s. 29.

68 **DOĞAN**, 2020, s. 401.

69 **NOMER**, 2017, s. 321; TİRYAKİOĞLU Bilgin, **Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk**, 1. Bası, A.Ü.H.F. Yayınları, Ankara, 1996, s. 25, 26; **DOĞAN**, 2020, s. 413. Öte yandan, hukuk seçimi anlaşmasının şekli geçerliliğinin esas sözleşmeye hakim olan şekil kuralından bağımsız olarak MÖHUK m.7 çerçevesinde değerlendirileceği belirtilmektedir. Bkz. **TARMAN**, 2010b, s. 150.

Hukuk seçimi anlaşması, kuruluş ve geçerlilik bakımlarından bir sözleşme niteliğinde olduğundan borçlar hukuku alanında sözleşmelerin kuruluşuna ve geçerliliğine uygulanan hükümlere tabidir.[70] Seçilen hukuk, sözleşmeyi geçersiz hale getiriyor olsa bile yapılan hukuk seçimine uyulması ve geçersizliğin türünün tespiti ve buna bağlı olarak tarafların birbirlerine karşı ileri sürebileceği talepler açısından bu hukukun esas alınması gerektiği belirtilmekte[71], hukuk seçimine ilişkin sözleşme maddesinin içeriği ve kapsamında yeterli açıklık yok ise, madde hükmünün hakimin hukukuna (*lex fori*) göre yorumlanacağı ifade edilmektedir.[72]

Doktrinde, aynı hukuki ilişkiyi düzenleyen birden çok sözleşmenin bulunduğu hallerde, tüm sözleşmeler açısından mümkün olduğu kadar aynı hukukun seçilmesi önerilmekte, böylelikle ileride farklı hukuk sistemleri arasında doğabilecek çelişkilerin önleneceği ifade olunmaktadır.[73]

Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuka Dair Avrupa Birliği Tüzüğü (Roma I Tüzüğü) m.3/3 hükmü uyarınca, sözleşmenin bütün unsurlarının yalnızca bir ülke ile irtibatlı olduğu hallerde, taraflarca bir başka ülke hukukunun seçilebilmesi, sözleşmenin objektif olarak irtibatlı olduğu ülke hukukunun emredici hükümlerine aykırılık bulunmaması kaydıyla ancak mümkün olabilmektedir. Buna karşılık, 5718 sayılı MÖHUK m.24 içeriğinde böyle bir sınırlama getirilmemiştir.

Yukarıdaki açıklamalardan hareketle, rekabet yasağı sözleşmeleri bakımından hukuk seçimini reddetmeyi gerektirecek bir sebep bulunmamaktadır. Rekabet yasağının bir sözleşme niteliğinde olması, MÖHUK m.24/1 hükmü uyarınca tarafların aralarındaki ilişkiye uygulanacak hukuku özgürce belirleyebilme imkânına sahip olduklarının kabul edilmesini gerektirmektedir. Bununla birlikte, açık hukuk seçimi bakımından herhangi bir özellik arz etmediğini düşündüğümüz bu imkânın zımni hukuk seçimi ve kısmi hukuk

---

70 **ŞANLI ve diğ.**, 2020, s. 297.

71 **ÖZDEMİR KOCASAKAL**, 2010, s. 30; **CAN / TUNA**, 2019, s. 413. Buna karşılık, *Murtaz*'a göre, seçilen hukuka taraflarca yapılan hukuk seçimi geçersiz görüyor ise, seçim hiç yapılmamış olsaydı esas sözleşmeye uygulanması gereken hukukun esas alınması gerekmektedir. Bkz. **MURTAZ**, 2018, s. 166. Yine karşı yönde olmak üzere, *Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe*'ye göre, hukuk seçiminin geçerliliği *lex fori*'ye göre tayin edilmelidir. Zira, Türk hukuku böyle bir imkân tanıdığı için taraflar hukuk seçimi yapabilmekte ve bu seçime etki tanınabilmektedir. **ŞANLI ve diğ.**, 2020, s. 296.

72 **CAN / TUNA**, 2019, s. 414.

73 **AKINCI**, 2020, s. 55.

seçimi açısından ayrıca incelenmesinde fayda vardır. Zira bu iki tür hukuk seçimi, tarafların rekabet yasağı sözleşmesi ile iş sözleşmesi arasında bir tür bağlantı kurmuş olabilme ihtimalini gündeme getirmektedir. Elbette bu durum MÖHUK m.24 bağlamında incelenen uyuşmazlıklar bakımından önem arz etmektedir. Yoksa, çalışmanın devamında inceleneceği üzere MÖHUK m.27 kapsamında görülen uyuşmazlıklar bakımından iki sözleşme arasında zaten yeterli derecede bağlantı bulunacağı varsayılabilir.

aa. Zımni Hukuk Seçimi

Sözleşmesel ilişkinin taraflarının belirli bir hukuku sözleşmelerine uygulamak istediklerinin, bu konuda şuurlu olduklarının anlaşılabildiği fakat çeşitli nedenlerle tarafların söz konusu iradelerini açıkça beyan etmemiş oldukları hallerde, zımni bir hukuk seçiminin varlığından bahsedilmektedir.[74] Öte yandan, taraflar bir hukuk seçimi yapmak için karşılıklı görüşmüşler ama mutabakata varamamışlar ise zımni hukuk seçimini araştırmaya gerek olmadığı ifade edilmektedir.[75] Böyle bir durumda, tarafların bilinçli olarak hukuk seçimi yapmamayı tercih ettiklerinin açık olduğu, bu kapsamda, hukuk seçimine dair örtülü bir iradenin varlığını ortaya koyan emarelere ulaşılsa dahi bunların değerlendirmeye alınmayarak, hukuk seçimi yapılmadığının doğrudan kabulü gerektiği belirtilmektedir.[76]

Zımni hukuk seçiminde, tarafların belirli bir hukuk seçme yönünde kesin bir iradeleri bulunmakta ancak bu iradeleri açıkça ortaya konmamaktadır. Aslında seçilmiş ancak açıkça ifade olunmamış bu hukuku ortaya çıkarmak amacıyla çeşitli irtibatlardan faydalanılması gerektiği hatırlatılmakta, kullanılacak ölçütlere ve bunların niteliğine *lex fori* olarak Türk hukukunun karar vermesi gerektiği ifade edilmektedir.[77] Bu konuda sözleşmenin esasına ilişkin hükümlerden hareketle bir sonuca varılabilmesi mümkün olduğu gibi, sözleşmenin diğer hükümleri ile bertaraf edilemeyecek delil yahut vakıalardan bu yönde bir sonuç çıkarılabilmesi de mümkündür.[78]

---

[74] **ARSLAN**, 2013, s. 9.

[75] *Doğan*'a göre, zımni hukuk seçimi için tarafların hukuk seçimi üzerine açık olarak görüşmemiş olmaları gerekmektedir. Bkz. **DOĞAN**, 2020, s. 402.

[76] **MURTAZ**, 2018, s. 165; **ÖZDEMİR KOCASAKAL**, 2010, s. 50, 51.

[77] **BAYATA CANYAŞ**, 2011, s. 117, 118.

[78] **CAN / TUNA**, 2019, s. 414, 415.

Bu hususta örnek olarak genellikle, sözleşmede belirli bir hukukun hükümlerinin kullanılması; belirli bir hukuka dayanılarak gerçekleştirilmiş genel sözleşme şartlarının kullanılması; bir hukuk seçiminin yapılmış olduğu ve fiilen de seçilmiş bu hukuka göre yerine getirilen aynı neviden sözleşmelerin taraflar arasında mevcut olması; taraflar arasındaki bütün uyuşmazlıklar bakımından aynı devletin mahkemelerinin münhasıran yetkilendirilmiş olması vb. durumlar gösterilmektedir.[79] Fakat bunların hiçbirinin tek başına zımni hukuk seçimi yapıldığı sonucuna ulaşmakta yeterli olmadığı, birkaçının bir arada bulunup bulunmadığına bakılması gerektiği düşünülmektedir.[80] Özellikle, sözleşmede bir yetki anlaşması bulunan hallerde, bunun zımni hukuk seçimini değerlendirirken dikkate alınacak faktörlerden biri olabileceği, ancak mutlaka başka faktörlerle de desteklenmesi gerektiği görüşü ifade edilmektedir.[81]

Doktrinde verilen örnek haller arasında sıklıkla değinilen ve rekabet yasağı sözleşmeleri açısından önem taşıma ihtimali olan başlıca örnek, taraflar arasında akdedilen sözleşmenin daha önce aynı taraflar arasında akdedilmiş bir sözleşme ile sıkı ilişkide bulunması ve o sözleşmenin de açık bir hukuk seçimi içeriyor olması halidir.[82] Bu hususta doktrinde, daha önceki sözleşmeye açıkça atıfta bulunulmuşsa, bu sözleşmenin tabi olduğu hukukun hakkında açık hukuk seçimi bulunmayan sözleşmeye de zımni hukuk seçimi biçiminde uygulanacağı düşünülmekte; fakat, daha sonraki sözleşmede bir hukuk seçiminin bilinçli olarak yapılmadığı ispat edilebiliyorsa, zımni hukuk seçiminin yapıldığı sonucuna varılamayacağı belirtilmektedir.[83] Bu örnek, açık bir hukuk seçimi içermeyen rekabet yasağı sözleşmelerine uyarlandığında, daha önce aynı taraflar arasında imzalanmış ve rekabet yasağı sözleşmesi ile sıkı ilişkili bulunan sözleşme acaba iş sözleşmesi olabilir mi sorusunu akla getirmektedir.

---

79 **CAN / TUNA**, 2019, s. 414, 415.

80 **NOMER**, 2017, s. 325; **DOĞAN**, 2020, s. 402.

81 **BAYATA CANYAŞ**, 2011, s. 113.

82 **ÖZDEMİR / KOCASAKAL**, 2010, s. 44; **MURTAZ**, 2018, s. 164; **DOĞAN**, 2020, s. 402; **BAYATA CANYAŞ**, 2011, s. 112; **DEMİR GÖKYAYLA** Cemile, **Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri**, 1. Bası, Seçkin, Ankara, 2005, s. 315; **DEMİRKOL**, 2011, s. 190, 191; **TARMAN**, 2010b, s. 149; **CAN / TUNA**, 2019, s. 414, 415; **NOMER**, 2017, s. 324.

83 SARGIN Fügen, **Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticarî Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk**, 1. Bası, Turhan, Ankara, 2002, s. 43; **DEMİR GÖKYAYLA**, 2005, s. 330.

Kanımızca bu soruya olumsuz yanıt vermek gerekmektedir. Yukarıda vasıflandırma problemine ilişkin açıklamalar esnasında yalnızca iş sözleşmesinin sonlanmasının ardından akdedilecek rekabet yasağı sözleşmeleri bakımından MÖHUK m.24'ü uygulamanın yerinde olacağı görüşünü ifade etmiştik. Gösterdiğimiz temel gerekçe, iş sözleşmesinin sona ermesinin ardından akdedilecek bir rekabet yasağı sözleşmesinin söz konusu iş sözleşmesi ile artık bağlantılı olmayacağı yönünde idi. Rekabet yasağı sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak çalıştığı dönemde öğrendiği önemli bilgilerin iş sözleşmesi sona erdikten sonra belirli bir süre boyunca işveren aleyhine ve işçi lehine olacak şekilde rekabet faaliyetinde bir avantaj teşkil etmemesi amacıyla yapılmaktadır. Her ne kadar sözleşme rekabeti sınırlamakta ise de, arka planda yatan temel gerekçe bu rekabet esnasında elde edilmesi muhtemel avantajların engellenmesidir. Bu açıdan bakıldığında, akdedildiği zamandan bağımsız olarak her rekabet yasağı sözleşmesinin "iş ilişkisi" ile bağlantılı olacağı muhakkaktır. Zira, işveren tarafından işçinin elde etmesi önlenmek istenen "muhtemel avantajlar" bizatihi iş ilişkisi içerisinde edinilen bilgilerden temel almaktadırlar. Öte yandan, "iş ilişkisi" ile mutlak surette söz konusu olacak bu bağlantının, aynı zamanda "iş sözleşmesi" ile de mevcut bulunduğunu, hatta iş sözleşmesinde seçilen hukuk lehine zımni bir seçimi işaret edecek derecede kuvvetli olduğunu söylemek mümkün olmamalıdır. Rekabet faaliyetinde kullanılabilecek önemli ve değerli bilgilerin iş sözleşmesinde açıkça yazılı olması gibi gerçeklikten uzak bir ihtimal dışarıda bırakılacak olursa, rekabet yasağı sözleşmesi ile iş sözleşmesi arasındaki bağlantının ilişkinin sonlanması ile birlikte sona erdiğini kabul etmek yerinde olacaktır.

Yine, iş sözleşmesinde yapılmış hukuk seçiminin rekabet yasağı sözleşmesi bakımından da zımni olarak seçildiği iddia edildiğinde, anılan hukukun MÖHUK m.24 kapsamında bir hukuk seçimi olarak görüleceği unutulmamalıdır. MÖHUK m.24/1 hükmü, m.27/1 hükmünden farklı olarak seçilen hukukun başka bir hukuk düzeninde yer alan emredici hükümler tarafından sınırlanmasını kabul etmemektedir. Dolayısıyla, iş sözleşmesinde seçilmiş hukukun rekabet yasağı sözleşmesi bakımından da zımnen seçildiği iddia edildiğinde, m.27/1 kapsamında yapılmış ve büyük olasılıkla işverenin menfaatlerini daha iyi gözeten bir hukuk seçiminin, herhangi bir sınırlama olmaksızın rekabet yasağı sözleşmesi bakımından da uygulanması beklenecektir. Hiç şüphesiz, eski işçi bu hukuku açık olarak seçebilir. Hatta iş ilişkisinin sonrasında bir rekabet yasağı imzalaması istenen kişinin bunun karşılığında büyük olasılıkla ekonomik bir menfaat (işverenin karşı edimi) elde

edeceği düşünüldüğünde, anılan hukukun seçilmesine itiraz etmeyeceği de düşünülebilir. Fakat bu şekilde açık bir seçimin yokluğunda, eski işçinin bu hukuku niçin seçmek isteyebileceği sorusuna tatmin edici bir cevap bulmak güçtür. Karşı edimin bir faktör olabileceği öne sürülebilir ise de, böyle bir durumda işverenin rekabet yasağı sözleşmesi için açık bir hukuk seçimi önermesi ve kendini güvenceye alması daha ihtimal dahilindedir. Önemle vurgulamak gerekir ki, MÖHUK m.24/1 hükmünde yer alan ve zımni hukuk seçimine cevaz veren ifadenin, zımni hukuk seçimiyle açık hukuk seçimi arasındaki farkı ortaya koymak bakımından belirsizlik yarattığına halihazırda doktrinde de dikkat çekilmektedir.[84]

Bir an için bu çalışmadaki önermemizin yanlış olduğunu ve iş sözleşmesi ile rekabet yasağı sözleşmesi arasında bağlantı bulunan haller bakımından da MÖHUK m.24'ün uygulanabileceğini varsayalım. Böyle bir durumda, yukarıdaki gözlem daha çarpıcı bir görünüm kazanmaktadır. Zira, iş sözleşmesi ile yoğun bağlantı gereği o sözleşmede seçilmiş olan hukukun zımni olarak seçildiğine kanaat getirmek, işçiyi m.27/1 kapsamında sahip olduğu asgari korumadan bütünüyle yoksun bırakacaktır ki işçinin tam da bu yoğun bağlantı gereği aslında korunmaya ihtiyacı olduğunu düşünmek pekâla mümkündür.

Buraya kadar yapılan açıklamalardan hareket edilecek olursa, iş ilişkisinin ve bu kapsamda işçinin sadakat borcunun sonlanmasının ardından akdedilecek rekabet yasağı sözleşmeleri söz konusu olduğunda, iş sözleşmesi bakımından uygulanacak hukukun lehine zımni hukuk seçimi yolunun işletilmemesinin daha yerinde olacağı kanısındayız. Öte yandan, iş sözleşmesi haricinde bir sözleşme yahut yukarıda verilen diğer irtibat faktörlerinden hareketle bir zımni hukuk seçimi yapılabilmesi yolunun bütünüyle kapalı olduğunu söylemek de mümkün değildir. Her ne kadar zımni hukuk seçimi imkânını hakimin re'sen mi dikkate alacağı yoksa tarafların mı öne sürmeleri gerekeceği hususunda doktrinde farklı görüşler bulunmakta ise de,[85] zımni seçim incelemesinin MÖHUK m.24 kapsamında ele alınan rekabet sözleşmesi kaynaklı uyuşmazlıklar bakımından gündeme gelmesi gayet olasıdır. Mahkemenin bu konuda tereddüt yaşaması halinde, zımni iradeleri yoluyla belirli bir hukuku seçip seçmemiş oldukları hususunu her zaman için taraflara sorarak tespit etmesinin mümkün olduğu, tarafların ortak bir hukuk üze-

---

[84] **AKINCI**, 2020, s. 55; **ŞANLI ve diğ.**, 2020, s. 291; **ARSLAN**, 2013, s. 30.

[85] **ARSLAN**, 2013, s. 34.

rinde anlaşamamış olduklarına kanaat getirmesi halinde ortada bir hukuk seçiminin bulunmadığı sonucuna varacağı ve objektif bağlama kuralına yöneleceği belirtilmektedir[86] ki, zımni iradenin varlığı için aranması önerilen çoğu irtibat faktörünün objektif bağlama kuralı olan en sıkı ilişkili hukukun tespitinde de kullanıldığı düşünüldüğünde,[87] zımni hukuk incelemesinden ziyade objektif bağlama ve bu bağlama sonucu ulaşılan hukukun somut uyuşmazlık ile en sıkı ilişkili hukuk olup olmadığı meselesi üzerine odaklanılması kanımızca daha doğru olacaktır.

bb. Kısmi Hukuk Seçimi

5718 Sayılı MÖHUK m.24/2 hükmü, tarafların kısmi hukuk seçimi yapabilmelerine izin vermektedir. Doktrinde, sözleşmenin içerik itibarıyla birbirinden ayrılamayacak hususlarının bölünerek farklı hukuklara tabi tutulamayacakları[88], yalnızca hukuki veya ekonomik açıdan birbirinden ayrılabilir kısımlar bulunan sözleşmeler ile karma sözleşmeler bakımından kısmi hukuk seçimi yapılabileceği ifade edilmektedir.[89] Doktrinde, karşılıklı edimler içeren sözleşmelerde tarafların her birinin edimine farklı hukukların uygulanacağının veya sözleşmenin birbirinden ayrılamayacak bölümlerine farklı hukukların uygulanacağının kararlaştırılması halinde, edimler arası dengenin ve sözleşmenin bütünlüğünün bozulması ihtimalinin gündeme geleceğinden bahsedilmektedir.[90]

Rekabet yasağının bir sözleşme kaydı olarak düzenlendiği hallerde, kısmi hukuk seçimi ile kastedilen, rekabet yasağına ilişkin düzenlemenin iş sözleşmesinin diğer hükümlerine uygulanacak hukuktan farklı bir hukuka tabi tutulup tutulamayacağıdır. Bir başka deyişle bu örnek açısından kısmi hukuk seçimi, rekabet yasağı ile iş sözleşmesinin genelinin birbirinden farklı hukuklar tarafından idare edilmesinin taraflarca kararlaştırılabilmesi anlamına gelmektedir. Zira, rekabet yasağına ilişkin düzenleme, yukarıda değinilen açıklamalar ışığında kendi doğası gereği parçalanmaya (*depeçage*) müsait

---

86 **BAYATA CANYAŞ**, 2011, s. 118.

87 *Arslan*'a göre, sözleşmenin kuruluş veya ifa yeri, sözleşmenin dili, kullanılan para birimi, yetki sözleşmesi veya tahkim kaydının varlığı, tarafların vatandaşlığı gibi belli bir ülke ile ilişkiyi gösteren çeşitli irtibat noktaları sıkı ilişkili hukukun tayininde de dikkate alınmaktadırlar. Bkz. **ARSLAN**, 2013, s. 35.

88 **CAN / TUNA**, 2019, s. 415.

89 **ÖZDEMİR KOCASAKAL**, 2010, s. 41, 42; **DOĞAN**, 2020, s. 406; **TARMAN**, 2010b, s. 151.

90 **ÖZDEMİR KOCASAKAL**, 2010, s. 42.

görülmemektedir. Rekabet yasağı bakımından maddi hukuk kaynaklı emredici hükümler ile getirilmiş sınırlamaların genellikle birbirleriyle bağlantılı oldukları düşünüldüğünde, salt rekabet yasağının kendisi açısından birden fazla hukukun seçilebilmesi mümkün olamamalıdır.[91] Bu noktadan bakıldığında, rekabet yasağının bir sözleşme kaydı olarak değil de ayrı bir sözleşme formunda yapıldığı haller açısından da aynı düzenlemenin birden fazla hukuk tarafından idare edilmesine karar vermek mümkün gözükmemektedir.

Alman hukukunda, rekabet yasağı sözleşmelerinin karşı edim barındırması zorunluluğu, onu tam iki tarafa borç yükleyen sinallagmatik bir sözleşme haline getirmektedir. Sonuçlarını iş ilişkisinin sona ermesinden sonra doğurmaya başladığı ve ana sözleşmeden bağımsız olarak geçerli olduğu düşünüldüğünden,[92] iş sözleşmesinin diğer hükümlerinden ayrılabilir olduğu[93] ve bu kapsamda iş sözleşmesinin geneli bakımından uygulanacak hukuktan farklı bir hukukun rekabet yasağı sözleşmeleri bakımından seçilebileceği görüşü hakimdir.[94] Yine, iş sözleşmesi bakımından bir hukuk seçimi yapılmamış olmasına rağmen, yalnızca rekabet yasağı sözleşmesi bakımından bir hukuk seçiminin yapılabilmesi de olanaklı görülmektedir.[95]

Türk maddi hukukunda rekabet yasağı sözleşmesi kural olarak tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Her ne kadar bu durumun işçi aleyhine bir görünüm yarattığı yönünde eleştiriler yapılıyor olsa da,[96] neticede anılan düzenlemenin bir sözleşme niteliğinde olduğu konusunda doktrinde ihtilâf bulunmamaktadır. Şu halde, iş sözleşmesinden bağımsız bir niteliği bulunduğu kabul edilen rekabet yasağı sözleşmesini iş sözleşmesi hakkında uygulanacak hukuktan farklı bir hukuka tabi kılabilmek mümkün olmalıdır. Tarafların iş sözleşmesi bakımından açık bir hukuk seçiminde bulunmuş oldukları hallerde dahi, rekabet yasağı bakımından farklı bir hukuku seçebilmelerine izin verilmelidir. Buna karşın, ister bir sözleşme kaydı, ister ayrı bir

---

91 **MENEGATTI**, 2010, s. 805; Benzer yönde bkz. **AKINCI**, 2020, s. 54.

92 BAUER Jobst-Hubertus / DILLER Martin, **Wettbewerbsverbote-Rechtliche und taktische Hinweise für Arbeitgeber; Arbeitnehmer und vertretungsberechtigte Organmitglieder**, 4. Aufl., C.H. Beck, München, 2006, s. 37.

93 MAHNHOLD Thilo, "Choice of Law Provisions in Contractual Covenants Not to Compete: The German Approach", **Comp. Lab. L. & Pol'y J.**, 31, 2010, s. 337.

94 **DEINERT**, 2013, s. 382; **BAUER / DILLER**, 2006, s. 37; **MAGNUS**, 2011, s. 573; **AUBART**, 2013, s. 106.

95 **MAGNUS**, 2011, s. 625.

96 Bkz. yukarıda "Karşı Edim" başlığı.

sözleşme formunda kaleme alınmış olsun, rekabet yasağının kendisini birden fazla sayıda hukuka bağlamanın kural olarak mümkün olmadığı kabul edilmelidir. Zira, rekabet yasağına ilişkin maddi hukuk hükümleri genellikle bir bütün halinde ilişkiye uygulanmakta olup bunlar bakımından kısmi bir hukuk seçimi yapılmasında hukuki bir menfaat bulunmamaktadır.

b. Objektif Bağlama ve Daha Sıkı İrtibat

MÖHUK m.24/4 hükmü, tarafların bir hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukukun uygulanacağını belirtmek suretiyle temel objektif bağlama kuralını koymaktadır. Bu yönüyle Kanun'un, Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuka Dair Avrupa Topluluğu Sözleşmesi (Roma Sözleşmesi) m.4 ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m.117 düzenlemelerinden farklı olarak "en sıkı ilişkili ülke" yerine "en sıkı ilişkili hukuku" tayine yönelmiş olduğu anlaşılmaktadır.[97] Hükmün devamında, "en sıkı ilişkili hukuk" bir karine ile somutlaştırılmaktadır. Söz konusu hukukun, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticari veya mesleki faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olduğu kabul edilmiştir.

Bu karinenin uygulanabilmesi, karakteristik edimin tespit edilebilmesine bağlı olduğu için, karakteristik edimin belirlenemediği durumlarda, örneğin her iki tarafın da ediminin para veya para dışında kalan değerler olduğu (takas gibi) sözleşmeler açısından, bu edime dayanan karineyi uygulamanın mümkün olmadığı belirtilmektedir.[98] Türk milletlerarası özel hukukunda, tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler hariç tutulduklarında,[99] iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler açısından karakteristik edimin tayininde genel kabul gör-

---

[97] GÜNGÖR Gülin, **Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı**, 1. Bası, Yetkin, Ankara, 2007, s. 224. *Doğan*'a göre de, sözleşmeden doğan borç ilişkisinin belirli bir ülke ile bağlantısının araştırılması değil, belirli bir hukuk düzeni ile sıkı ilişkisinin araştırılması söz konusudur. Bkz. **DOĞAN**, 2020, s. 409.

[98] Böyle hallerde, uygulanacak hukukun dördüncü fıkranın ilk cümlesindeki yakın bağlantı kriterine göre belirlenmesi gerektiği kabul edilmektedir. Bkz. **ÖZDEMİR KOCASAKAL**, 2010, s. 55, 56.

[99] Kural olarak sadece borçlu için edim yükümlülüğü meydana getiren tek taraflı sözleşmelerde karakteristik edimin tayini meselesinin bir problem doğurmadığı belirtilmektedir. Bkz. **NOMER**, 2017, s. 331.

müş bir kriterin mevcut olduğu, buna göre edimlerden birinin para ve diğerinin paradan başka birşey olduğu haller açısından karakteristik edimin paranın karşılığı olan edim olarak anlaşıldığı ifade edilmektedir.[100]

Bir kişinin sosyal yaşantısının merkezi, sosyal ilişkilerinin yoğunlaştığı yer olarak tanımlanan mutat mesken, gerçek kişilere özgü olup tüzel kişilerin mutat meskeninden söz etmek mümkün değildir.[101] Tüzel kişiler bakımından önem taşıyan işyeri kavramı açısından, bu kavramın geniş yorumlanması ve ticari veya sınai bir faaliyetin yürütülmesinde kullanılan bütün birimlerin (fabrika, depo, satış ofisi, merkez, şube gibi) işyeri olarak kabul edilmesinin uygun olacağı ifade edilmektedir.[102] Bu noktada mahkemenin önüne gelen uyuşmazlığa konu sözleşmenin ticari veya mesleki faaliyete ilişkin olup olmadığını Türk hukukuna göre belirleyeceği vurgulanmaktadır.[103]

Objektif bağlama kuralı uyarınca belirlenecek hukukun, sözleşmenin kuruluşu, içeriği, geçerliliği, süresi, hüküm ve sonuçlarına;[104] bu bağlamda sözleşmenin ifası, ifanın yapılmaması, ayıplı ifa, borcu ortadan kaldıran nedenler, yorum, irade sakatlıkları, fesih, sona erme sebepleri ve sonuçları ile zamanaşımı gibi konulara uygulanacağı düşünülmektedir.

MÖHUK m.24/4 hükmünde benimsenen karinenin her zaman için sözleşme ile en sıkı irtibatlı hukuku göstermeyebileceği ihtimalini dikkate alan kanunkoyucu, aynı fıkranın son cümlesinde halin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde sözleşmenin o hukuka tabi olacağını emredici bir şekilde düzenlemek suretiyle mahkemeye bir istisna hükmü[105] vermiştir. Böylelikle, kanun koyucunun sıkı ilişkili yer hukukunun tespitine yönelik yapmış olduğu değerlendirmeler ile mahkemenin somut uyuşmazlıkla karşılaştığında yapacağı değerlendirmenin farklı ülkeleri göstermesi halinde mahkemenin daha sıkı irtibatlı gördüğü hukuku uygulayabilmesi mümkün hale gelmiştir.[106]

---

[100] **AKINCI**, 2020, s. 56; **GÜNGÖR**, 2007, s. 226; **CAN / TUNA**, 2019, s. 419.

[101] **ÖZDEMİR KOCASAKAL**, 2010, s. 57.

[102] **ÖZDEMİR KOCASAKAL**, 2010, s. 58, 59.

[103] **ŞANLI ve diğ.**, 2020, s. 307; **CAN / TUNA**, 2019, s. 418.

[104] **CAN / TUNA**, 2019, s. 420.

[105] **GÜNGÖR**, 2007, s. 233.

[106] **DOĞAN**, 2020, s. 408.

Doktrinde *Güngör*, objektif bağlama kuralının pratik olarak uygulanabilir olmadığı hallerde, en sıkı ilişkili hukukun; buna karşılık objektif bağlama kuralının pratik olarak uygulanabilir olduğu ancak bu uygulamanın tatminkâr olmadığı hallerde daha sıkı irtibatlı hukukun tayin edilmesi ihtiyacı bulunduğundan bahsetmektedir.[107] Yazar, objektif bağlama kuralını uygulamanın tatminkar olmayacağı halleri, "yetkili hukukun günün milletlerarası özel hukuk adaleti anlayışının gerçekleşmesine hizmet eden bir hukuk olmadığı haller" ile "bağlama noktasının yer itibariyle veya yer ve zaman itibariyle izole olduğu haller" şeklinde örneklemekte, daha sıkı irtibat istisnasının bu gibi durumlarda başvurulacak hukuki bir çare olarak fonksiyon ifa edeceğini belirtmektedir.[108]

Daha sıkı irtibatlı hukuk araştırması çerçevesinde, sözleşmenin ifa yerinin, inikat yerinin, sözleşme taraflarının vatandaşlıklarının veya işyerlerinin yahut mutad meskenlerinin veyahut yerleşim yerlerinin nazara alınabilecekleri ifade edilmekte[109], fakat taraflarca bir hukuk seçimi yapılmışsa, daha sıkı irtibatlı hukuk istisnasına başvurmanın mümkün olmayacağı belirtilmektedir.[110]

Buraya kadar yapılan genel açıklamalardan hareketle, rekabet yasağı sözleşmeleri bakımından objektif bağlanmanın herhangi bir güçlük doğurmayacağını söylemek mümkün olmalıdır. Rekabet yasağı sözleşmesinde karşı edim kararlaştırılmamış olan haller açısından sözleşme "tek tarafa borç yükleyen" bir sözleşme niteliğinde görülecek ve sözleşmedeki tek edim işçi tarafından üstlenilmiş olan "işveren ile rekabet etmeme" edimi olacağı için, bu edimin sözleşmeye karakteristik özelliğini verdiği, bir başka deyişle karakteristik edim olduğu düşünülecektir. Benzer şekilde, sözleşmede bir karşı edim kararlaştırılmış olan haller açısından dahi, karşı edimin nakdi niteliği dikkate alındığında bu edimin karşısında yer alan "işveren ile rekabet etmeme" edimi yine karakteristik edim olarak kabul edilecektir. Neticede, paranın (karşı edimin) karşılığı olan rekabet etmeme edimini üstlenmiş olan tarafın davanın açıldığı andaki mutad mesken yeri hukukunun sözleşme ile en sıkı ilişkili olduğu kabul edilecek ve uyuşmazlığa bu hukuk uygulanacaktır.

İş ilişkisinin sonlanmasının ardından akdedilmiş rekabet yasağı sözleşmeleri açısından karakteristik edim karinesinin sözleşme ile en sıkı ilişkiyi tesis etmekte gerçekten de faydalı bir enstrüman olacağı kanaatindeyiz. Zira,

---

[107] **GÜNGÖR**, 2007, s. 227.

[108] **GÜNGÖR**, 2007, s. 230.

[109] **ŞANLI ve diğ**., 2020, s. 312; **CAN / TUNA**, 2019, s. 420.

[110] **ŞANLI ve diğ**., 2020, s. 312.

"eski işveren ile rekabet etmeme" şeklinde özetlenebilecek temel edimin kural olarak rekabet etmemeyi üstlenmiş tarafın mutad meskeni ülkesinde yerine getirileceğini söylemek mümkündür. Dolayısıyla kişinin hayatını idame ettirdiği yerin aynı zamanda rekabet etmeme edimi açısından da "ifa yeri" görünümünde olacağı pekala düşünülebilir. Hiç şüphesiz, sözleşme ile kişinin mutad meskeni dışında başka yerlerin de rekabet yasağı kapsamına girecek şekilde coğrafi olarak belirlenmiş olması mümkündür. Ancak kişinin mutad meskeni neresi ise, kişinin orada yaşadığı süreç esnasında ifanın o yer bakımından gündeme gelmekte olduğuna herhalde itiraz edilemez.

Özetlenecek olursa, herhangi bir hukuk seçimi yapılmamış rekabet yasağı sözleşmeleri bakımından MÖHUK m.24 hükmünün işletilmesine karar verildiğinde, çoğu hal bakımından rekabet etmemeyi üstlenmiş olan tarafın mutad meskeni hukukunun sözleşme ile en sıkı ilişkili hukuk olarak gözükeceğini düşünüyoruz. Bu çözüm yolu, karşı edim içeren sözleşmeler kadar içermeyenler bakımından da mahkemeyi aynı yer hukukuna ulaştıran bir işlev göstermesi itibariyle tutarlılık da arz etmektedir. Buna karşılık, mutad mesken yeri hukukunun günün milletlerarası özel hukuk adaleti anlayışının gerçekleşmesine hizmet etmediğinin yahut mutad mesken bağlama noktasının yer itibariyle veya hem yer hem zaman itibariyle izole olmuş olduğunun anlaşıldığı hallerde,[111] daha sıkı irtibatlı hukuk istisnasına başvurulması ve uygulanacak hukukun mahkemenin bu yönde yapacağı ek değerlendirmelere istinaden belirlenmesi gerekecektir.

B. MÖHUK m.27 Kapsamında Belirleme

Rekabet yasağı sözleşmesinden doğan uyuşmazlığın iş sözleşmelerine ilişkin bir uyuşmazlık olarak vasıflandırılması halinde MÖHUK m.27 uygulama alanı bulacaktır. Öncelikle kimin işçi kimin işveren olduğu belirlenecek ve bu belirleme *lex fori*'ye göre yapılacaktır.[112] Ardından uyuşmazlık konusu sözleşmenin tarafları arasında bir hukuk seçimi bulunup bulunmadığına bakılacak ve buna göre maddenin ilgili fıkra hükümleri uygulanacaktır.

a. Subjektif Bağlama

Rekabet sözleşmesinin tarafları arasında bir hukuk seçimi yapılmış olması halinde, bu hukukun uygulanması gündeme gelecektir. Fakat, MÖHUK

---

[111] **GÜNGÖR**, 2007, s. 230.

[112] **CAN / TUNA**, 2019, s. 431.

m.24/1 hükmünde yer verilen hukuk seçimi imkânından farklı olarak, MÖHUK m.27/1 hükmünde getirilen hukuk seçimi yalnızca işçinin mutad işyeri hukukunda yer alan emredici hükümlerin asgari koruması saklı kalmak kaydıyla uyuşmazlığa uygulanacaktır. Maddenin özü işçiyi koruma esası üzerine olduğu için,[113] madde kapsamında yapılacak hukuk seçiminin işçi lehine sınırlandırıldığı görülmektedir. Mutad işyeri hukukunda yer alan emredici hükümler, rekabet yasağı sözleşmeleri açısından, özellikle de karşı edim içermeyen sözleşmeler açısından çok önem taşıyabilecekleri için, bu kuralların etkisi meselesi aşağıda ayrı bir başlık halinde detaylı şekilde incelenecektir.

Doktrinde, MÖHUK m.24'ün genel hüküm olması ve MÖHUK m.27 içerisinde aksini düşündürtecek bir ifade yer almamasından hareketle, zımni hukuk seçimi[114] ve kısmi hukuk seçimi[115] imkânlarının iş sözleşmeleri bakımından da söz konusu olduğu görüşü hakimdir. İş sözleşmesi bakımından zımni iradenin belirlenmesinde, sözleşmenin belirli bir hukuka tabi bir başka sözleşme ile irtibatlı olması gibi kriterlerin dikkate alınacağı belirtilmektedir.[116]

Rekabet yasağı sözleşmeleri bakımından açık hukuk seçimi yapılabileceğine yukarıda değinilmiş idi. Bu seçimin MÖHUK m.27/1 kapsamında görülmesi halinde, mutad işyeri hukukunda yer alan emredici hükümlerin seçim üzerinde nasıl bir sınırlayıcı etki gösterecekleri meselesine aşağıda özel olarak değinileceği için bu başlık altında sadece zımni ve kısmi hukuk seçimlerine ilişkin açıklamalara yer verilecektir.

İş ilişkisinin başlamasının bir koşulu olarak yahut iş ilişkisi devam ederken yapılmış rekabet yasağı sözleşmelerinde, rekabet yasağının iş sözleşmesi ile yoğun bir bağlantısı bulunmaktadır. Yasağın bir sözleşme kaydı şeklinde düzenlendiği hallerde, eğer yasağın kendisi için açık bir hukuk seçimi yapılmamışsa iş sözleşmesine uygulanacak hukukun rekabet yasağı bakımından da uygulama alanı bulması gerektiği söylenebilir. Dolayısıyla, sözleşme kaydı şeklindeki rekabet yasakları açısından akla gelebilecek bir zımni hukuk seçimi değerlendirmesinin hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik

---

[113] **CAN / TUNA**, 2019, s. 431.

[114] **TARMAN**, 2010a, s. 528; **ÇELİKEL / ERDEM**, 2020, s. 430; **CAN / TUNA**, 2019, s. 432.

[115] **CAN / TUNA**, 2019, s. 432; **ELÇİN**, 2012, s. 106.

[116] **TARMAN**, 2010b, s. 160. Öte yandan *Nomer*, maddede açık hukuk seçimi aranmış olsa idi bunun zayıf tarafın korunması bakımından daha isabetli olacağı görüşünü dile getirmektedir. Bkz. **NOMER**, 2017, s. 345.

gerekçeleriyle reddedilmesi yerinde olacaktır. Kaldı ki, rekabet yasağının bir sözleşme niteliğinde olduğu[117] kabul edilmiyor olsa idi, bu yasak iş sözleşmesinin alelade bir hükmü olmaktan öteye gidemeyeceği için, zımni hukuk seçimi zaten gündeme gelmeyecek idi.

Buna karşılık, rekabet yasağının bir sözleşme kaydı şeklinde değil de, iş sözleşmesinden ayrı bir sözleşme formunda hazırlandığı haller bakımından, zımni hukuk seçiminin işlevsel bir enstrüman olabileceği kanısındayız. İki ayrı sözleşme metninin bulunduğu bu gibi hallerde, iş sözleşmesi ile yoğun bağlantı içerisinde olan rekabet yasağı sözleşmesi için ayrıca açık bir hukuk seçimi yapılmamış, buna karşılık iş sözleşmesi bakımından böyle bir seçim yapılmış ise, seçilen o hukukun rekabet yasağı sözleşmesi bakımından da zımni olarak seçilmiş olduğunu düşünmek mantıklıdır.

Hiç şüphesiz, iş sözleşmesi için açık hukuk seçimi yapmış tarafların rekabet yasağı sözleşmesi bakımından böyle bir tercihte bulunmamış olmalarını, bilinçli olarak hukuk seçiminden kaçındıkları şeklinde yorumlamak da mümkündür. Ancak, böyle bir yorum, aynı taraflar arasında bağlantılı bir başka sözleşme daha bulunan tüm haller bakımından da yapılabileceğinden, neticede zımni hukuk seçimi kavramını işlevsiz kılmaya müsaittir. Zımni hukuk seçimi kavramının işlevselliği ve yerindeliği konuları bu çalışmanın kapsamı dışındadır. Bununla birlikte, "sözleşme hükümlerinden veya halin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen" hukuk seçimine bir örnek verilmesi istendiğinde, kanımızca iş sözleşmesinden ayrı bir sözleşme şeklinde hazırlanmış ve aynı taraflar arasında yürürlükte bulunan bir rekabet yasağı sözleşmesi, son derece uygun bir örnek olarak düşünülebilir.

Kısmi hukuk seçimi konusunda yukarıda ilgili başlık altında yaptığımız açıklamalar bu başlık açısından da geçerli olmalıdır. Bu başlık bakımından tartışmalı olabilecek bir husus, iş sözleşmesi için seçilmiş hukuktan farklı bir hukukun rekabet yasağı sözleşmesi bakımından seçilmiş olması halinde, rekabet yasağını idare edecek bu hukukun da MÖHUK m.27/1 uyarınca mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri ile sınırlanıp sınırlanmayacağıdır. Acaba, tarafların rekabet yasağı için farklı bir hukuk seçmiş olmaları halinde, aynen iş sözleşmesi için seçilen hukuk bakımından söz konusu olduğu gibi, "işçi lehine olduğu sürece uygulanma" şeklinde bir sınırlamadan bahsedilebilir mi?

---

[117] Bkz. yukarıda "Rekabet Yasağı Sözleşmesi > Genel Olarak" başlığı.

Bu soruya ilişkin olarak farklı görüşler ileri sürülmesi mümkündür. Eğer iş sözleşmesi bakımından kısmi hukuk seçimi imkânının yalnızca MÖHUK m.24/1 hükmünün "genel hüküm" olma özelliğinden kaynaklandığı kabul edilirse, iş sözleşmesinin geneli için seçilen hukuk haricinde seçilmiş olabilecek bütün hukuklar bakımından asgari koruma sınırlamasının olmaması gerektiği savunulabilecektir. Fakat bu yorum, iş sözleşmesinin kendisi hakkında birden fazla hukuk seçilmiş ise ne olacağı sorusu karşısında zayıf kalmaktadır. Gerçekten de, iş sözleşmesinin hukuki ve ekonomik anlamda ayrılabilmeye müsait kısımları hakkında farklı hukuklar seçilmiş ise, hangi kritere göre bunların bir kısmı için asgari koruma ilkesi benimsenirken diğerleri için bu ilke reddedilecektir?

Kanımızca, hukuki ve ekonomik anlamda iş sözleşmesinden ayrılabilir bir kısım teşkil ettiği düşünülen[118] rekabet yasağı sözleşmesi bakımından iş sözleşmesinin geneli veya münferit hükümlerinden farklı bir hukuk seçilmiş olsa dahi, iş sözleşmesi ile mevcut bulunan "yoğun bağlantı" dikkate alınarak MÖHUK m.27/1 hükmünde benimsenen asgari koruma prensibi işletilmelidir. Nitekim Almanya'nın Hessen Eyaleti Bölge İş Mahkemesi, iş sözleşmesi için farklı rekabet yasağı için farklı bir hukukun seçilmiş olduğu bir uyuşmazlıkta, rekabet yasağı için seçilen ABD'nin Ohio Eyaleti hukukunun, rekabet yasaklarına ilişkin olarak Alman hukukundaki emredici hükümlere kıyasla işçinin daha aleyhine olacak bir çözüm getirdiğini görmüş ve Ohio hukukunu uygulamamıştır.[119]

b. Objektif Bağlama ve Daha Sıkı İrtibat

İş sözleşmelerine ilişkin MÖHUK m.27/2 ve m.27/3 hükümleri, tarafların bir hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde uyuşmazlığa uygulanacak hukukun belirlenmesine ilişkin objektif bağlama kuralını içermektedirler. Hukuk seçiminin yokluğunda, iş sözleşmesine, işçinin işini mutad olarak yaptığı işyeri hukukunun uygulanacağı;[120] işçinin işini belirli bir ülkede mu-

---

[118] Bkz. yukarıda "Kısmi Hukuk Seçimi" başlığı.

[119] LAG Frankfurt/Main, Urt. vom 14.08.2000-10 Sa 982/99. Karar metni için bkz. IPRspr. 2000 No. 40, s.82.

[120] Hangi işyerinin uygulanacak hukuku belirleyeceği hususu bakımından Roma I Tüzüğü ile MÖHUK arasında önemli "terimsel" bir fark bulunduğunu belirten *Sarıöz Büyükalp*'e göre, "*Roma I Tüzüğü m. 8/f. 2'de "işçinin işini mutad olarak yaptığı ülke" hukukunun uygulanması öngörülmüş iken, MÖHUK m. 27/f. 2'de bağlama noktası olarak "işçinin işini mutad olarak yaptığı işyeri" tercih edilmiştir. Bu durum doktrinde fiili işyeri kavramı ile mutad işyeri kavramının ayrışıp ayrışmadığı tartışmasını yaratmıştır".* Bkz. SARIÖZ BÜYÜKALP A. İpek, "Mutad İşyeri Kavramı ve MÖHUK m.27/f.3'ün Uygulanması Sorunu", **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, 8(2), 2018, s. 204.

tad olarak yapmayıp devamlı olarak birden fazla ülkede yapması hâlinde iş sözleşmesinin işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukukuna tâbi olacağı hükme bağlanmıştır. Yine, işçinin işini geçici olarak başka bir ülkede yapması hâlinde, bu işyerinin mutad işyeri olarak sayılmayacağı açıkça belirtilmiştir.[121] İşin mutaden yapıldığı yerin, işin belirli bir anda fiilen ifa edildiği yer ile aynı olmadığı düşünülmekte, mutad işyeri belirlenirken, iş sözleşmesinin bir bütün olarak ele alınması gerektiği; bu anlamda, işçinin işini nicelik ve nitelik bakımından ve süre olarak hangi ülkede ağırlıklı şekilde yerine getirdiğinin önem taşıdığına dikkat çekilmektedir.[122] İşçinin işini sürekli olarak belli bir işyerinde yapıyor olması halinde, kendisi iş yerine entegre olacağından, iş sözleşmesi statüsünün sıkı ilişki esasına göre tespitinde en güçlü ölçütün "mutad işyeri" olduğu ifade edilmektedir.[123]

Öte yandan, kanun koyucu bu bağlama noktalarının iş sözleşmesi ile en sıkı ilişkiyi tesis etmekte yetersiz kalabilmeleri ihtimalini de hesaba katarak maddenin dördüncü ve son fıkrasında, halin bütün şartlarına göre iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde sözleşmeye bu hukukun uygulanabileceğini düzenleme altına almıştır. İfade tarzının "uygulanabilir" şeklinde olmasından ötürü, daha sıkı irtibata ilişkin bu istisna hükmü MÖHUK m.24/4 hükmündeki benzerinden ayrılmaktadır. Zira, burada hakimin daha sıkı ilişkili hukuku uygulamamak yönünde bir takdir hakkına sahip olduğu görülmektedir. İş sözleşmeleri açısında daha sıkı irtibatlı hukuk değerlendirmesi yapılırken hakimin kendisine tanınan bu takdir yetkisini kullanacağı zaman ilk olarak işçinin menfaatini gözetmesi gerektiği kabul edilmektedir.[124]

Kanımızca, rekabet yasağı sözleşmeleri bakımından objektif bağlamaya ilişkin olarak ortaya çıkabilecek temel sorun, kuralda benimsenmiş olan bağlama noktasının rekabet yasağı sözleşmesi ile en sıkı ilişkiyi tesis etmekte yetersiz kaldığının anlaşılmasıdır. Mutad işyeri, işçinin edimini ifa ettiği

---

[121] *Can / Tuna*'ya göre, göndermenin geçici olup olmadığının tespitinde, öncelikle tarafların bu konudaki açık veya örtülü iradelerine bakılması gerekmekte, arada bu yönde bir anlaşma yoksa, o zaman işçinin işini nitelik ve süre olarak hangi ülkede ağırlıklı olarak yerine getirdiğinin dikkate alınması gerekmektedir. Bkz. **CAN / TUNA**, 2019, s. 433.

[122] "İşin esas kısmının ve ağırlıklı bölümünün mutad olarak yapıldığı yer"in mutad işyeri olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. **SARIÖZ BÜYÜKALP**, 2018, s. 206; **TARMAN**, 2010a, s. 534.

[123] **DOĞAN**, 2020, s. 429.

[124] **ŞANLI ve diğ.**, 2020, s. 322.

yeri işaret etmesi itibariyle günümüzde pek çok hukuk sisteminde iş sözleşmelerine ilişkin temel objektif bağlama noktası olarak kabul edilmektedir. İş görme ediminin iş ilişkisi ile sınırlı olması ve iş ilişkisinin de iş sözleşmesinden dayanak aldığı düşünüldüğünde, işin mutad şekilde görüldüğü yer hukuku gerçekten de iş sözleşmesi ile oldukça sıkı ilişkili durmaktadır.

Buna karşılık, rekabet yasağı sözleşmeleri iş sözleşmesinin sona ermesiyle birlikte bir fonksiyon gösterebilmektedirler. İşçinin iş ilişkisi süresince üstlendiği ve dayanağını sadakat borcundan alan rekabet etmeme borcundan farklı olarak, sözleşme ile kararlaştırılan rekabet etmeme yükümü iş ilişkisi ile bağlantılı olmasına karşın bu ilişki süresince herhangi bir hüküm doğurmamaktadır. Acaba bu durumda, MÖHUK m.27/2 hükmünde yer alan "mutad işyeri" ifadesini nasıl yorumlamak gerekir?

Kanımızca, kanun hükmünün lafzı ve amaçları esas alındığında "mutad işyeri" ifadesini tarafların arasındaki mevcut veya sona ermiş iş ilişkisi ile sınırlı şekilde anlamak mecburiyeti vardır. Bir başka deyişle, mutad işyeri ifadesini, rekabet yasağının diğer tarafını oluşturan işveren açısından vaktiyle işçi konumunda bulunmuş tarafın dava anında bir başka işveren bünyesinde iş görmekte olduğu yer şeklinde yorumlamak mümkün değildir. Hem iş sözleşmeleri bakımından, hem de iş ilişkisinin işveren tarafı bakımından gündeme gelen farklılaşma, böyle bir yorum yapılmasına imkân vermemektedir.

Bu şekilde "mutad işyeri" ifadesi, "eski iş ilişkisi süresince işin mutaden görüldüğü yer" şeklinde anlaşıldığında, bu yerin rekabet yasağı sözleşmesi ile en sıkı ilişkiyi temsil etmemesi ihtimali gerçekten de mevcuttur. Örneğin, işçi eski mutad işyeri ülkesinden ayrılarak başka bir ülkeye gitmiş ve rekabet yasağı hilafına orada çalışmaya başlamış olabilir. Böyle bir durumda, rekabet etmeme yükümü o diğer ülkede ihlâl edilmiş olacak, işveren tarafından talep edilebilecek bir aynen ifa yaptırımı da yine o ülke sınırları bakımından gündeme gelecektir. Özetle işçinin rekabet etmeme yükümünü ifa etmesi beklenen yer o ülke olacaktır. Şu halde, iş sözleşmesi sonlandığında ve sözleşmesel rekabet yasağı yürürlüğe girdiğinde, bu "yapmama edimi"nin nerede ifa edileceği hususunun, anılan tartışma bakımından kilit önem taşıyacağı söylenebilir.

Sözleşme ile kararlaştırılmış rekabet etmeme yükümünün, eski işçinin eski mutad işyeri ülkesinde ifa edileceği bilinebiliyorsa, herhangi bir sorun doğmayacaktır. Böyle bir ihtimalde, objektif bağlama zaten mutad işyeri hukukunun uygulanmasını gerektirdiğinden, rekabet etmeme yükümünün ifa

edileceği yer hukuku ile objektif bağlama sonucu ulaşılan hukuk örtüşecektir. Bu ihtimalin farklı görünüm biçimleri olabilir. Örneğin Türkiye'de mutaden iş görmüş olan işçi, iş ilişkisinin sonlanmasının ardından yine Türkiye'de yaşamaya devam ediyor olabilir; yahut, Türkiye'de kurulu bir firmanın daimi görevlendirmesi ile Almanya'da bulunan bir işçinin, iş ilişkisinin sonlanmasını takiben Almanya'da yaşamaya devam etmesi halinde de, mutad işyeri kuvvetle muhtemel söz konusu görevlendirmenin daimi niteliği göz önüne alınarak Almanya olarak belirleneceğinden,[125] mutad işyeri hukuku ile sıkı bir ilişkiden söz edilmesi yine mümkün olacaktır. Buna karşılık, yukarıda değindiğimiz üzere, vaktiyle Türkiye'de mutaden iş görmüş bir işçinin, iş ilişkisinin sonlanmasının ardından yurtdışına yerleşmesi ve orada yaşamaya başlaması halinde, özellikle de ihlâl iş ilişkisinin sonlanmasının hemen ardından gerçekleşmemiş ise, eski mutad işyeri hukuku ile olan ilişkinin zayıflayacağı düşünülebilir.[126]

Mutad işyeri hukukunun rekabet yasağı sözleşmesi ile en sıkı ilişkili olmadığı düşünülebilecek bu gibi hallerde, MÖHUK m.27/4 hükmünde yer alan daha sıkı irtibatlı hukuk istisnasının işletilebilmesi mümkün olmalıdır. Böyle haller açısından, halin bütün şartlarına göre rekabet yasağı sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde mahkemenin sözleşmeye bu hukuku uygulayabilmesi gerekir. Bu hukuk kendisini "rekabet etmeme yükümünü üstlenmiş olan tarafın mutad mesken ülkesi hukuku" şeklinde gösterebileceği gibi, başka bir yer hukuku da olabilir.[127]

---

[125] İşveren mutad işyeri dışında bir ülkeye gönderdiği işçisini geri alma niyetinden veya işçi mutad işyerine dönme niyetinden vazgeçerse, o takdirde, işçinin çalışmak üzere gönderildiği yerin yeni mutad işyeri haline geleceği belirtilmektedir. Bkz. **SARIÖZ BÜYÜKALP**, 2018, s. 217; **DOĞAN**, 2007, s. 160.

[126] *Yamakawa*'ya göre, ifa yerinin en sıkı irtibata sahip olduğu kabulü sadece bir varsayımdır. Eski çalışan, iş sözleşmesine göre üstlendiği hizmet ediminin ifasını bırakıp eski işvereni ile rekabete giriştiğinde, eski iş ilişkisi bakımından gündeme gelen ifa yerinin bu yeni uyuşmazlıkla artık sıkı ilişkili olmayacağı düşünülebilir. Bkz. **YAMAKAWA**, 2010, s. 365.

[127] Rekabet yasağı sözleşmesinin tarafları aynı vatandaşlıkta iseler, daha sıkı irtibatlı hukuk istisnasının uygulanması düşünülebilir. Bkz. **MENEGATTI**, 2010, s. 811. *Yamakawa*'ya göre, rekabet yasağı sözleşmesi açısından yapılacak değerlendirme, meslek fırsatlarını özgürce seçebilmek ve sürdürebilmek özgürlüğünü de içerecek şekilde ekonomi politikaları ile yakından ilgilidir. Bu politikalara ulaşmakta en yüksek menfaati bulunan ülke "rekabetin gerçekleştiği" ülkedir. Dolayısıyla, rekabet yasağı sözleşmesinin en sıkı ilişkili bulunduğu ülkenin kural olarak "rekabetin gerçekleştiği yer" olacağı ve sözleşmenin geçerliliği meselesinin bu yer hukukunun uygulanması ile çözülmesi gerektiği düşünülebilir. Bkz. **YAMAKAWA**, 2010, s. 365.

3. Uygulanacak Hukukun Emredici Hükümler Aracılığıyla Sınırlandırılması

A. Genel Olarak

İş hukukunun bağımsız bir hukuk disiplini olarak ortaya çıkmasına ve gelişmesine yön veren başlıca gerekçenin, borçlar hukukundaki "sözleşme özgürlüğü" ilkesini katı bir şekilde uygulamanın iş sözleşmesinin doğasıyla bağdaşmayacağı kabulü olduğu belirtilmekte;[128] irade özerkliğine mutlak biçimde bağlı kalmanın yol açtığı *de facto* eşitsizliği gidermeyi hedefleyen iş hukukunun bu durumu engellemek amacıyla başvurduğu temel yöntemin, emredici hukuk kuralları aracılığıyla sözleşme özgürlüğünü daraltlmak olduğu ifade edilmektedir.[129]

Maddi iş hukuklarında kabul edilen bu yöntem, günümüzde yabancılık unsuru taşıyan iş sözleşmeleri bakımından pek çok ulusal ve uluslarüstü hukuk düzeninin milletlerarası özel hukuku kuralları arasında da kendisine yer bulmuştur.[130] MÖHUK m.27/1 hükmü de bu düzenlemelerden birisidir. Bu düzenlemede, iş sözleşmeleri, işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgari koruma saklı kalmak kaydıyla tarafların seçtikleri hukuka tabi kılınmıştır. Dolayısıyla, taraflar arasında bir hukuk seçimi yapılmış olması, MÖHUK m.27/2 hükmü uyarınca mutad işyerinin tespiti ihtiyacını ortadan kaldırmamakta, tam tersine, hükmün açık ifadesi uyarınca, seçilen hukuk ile objektif bağlama noktası uyarınca tespit edilen hukuk arasında karşılaştırma yapabilmek için mutlaka objektif hukukun belirlenmesi gerekmektedir.[131]

---

[128] **GÜLERYÜZ**, 2015, s. 314.

[129] **GÜLERYÜZ**, 2015, s. 314. "*Mutlak emredici hükümler toplumun, üçüncü kişilerin veya işverenin menfaatlerini koruma amaçlı hükümler olup; nispi emredici düzenlemelerde ise işçinin korunması anlayışı vardır. İş hukukunda daha ziyade nisbi emredici hükümler bulunmaktadır. Böylelikle iş sözleşmesinin mevcut kanun ve düzenlemelere göre işçinin daha lehinde olan hükümler içermesinin önü kapatılmamaktadır*." Bkz. **KILIÇ**, 2019, s. 65.

[130] Roma I Tüzüğü m.8, objektif akit statüsünün işçiye getirdiği asgari koruma dışında kalan konularla sınırlı bir irade muhtariyeti ilkesini benimsemiştir. Bkz. **TARMAN**, 2010a, s. 531. Böylelikle, m.8, hukuk seçimini sınırlamak yoluyla işçiyi korumaktadır. Bkz. VAN BOCHOVE Laura Maria, "Overriding Mandatory Rules as a Vehicle for Weaker Party Protection in European Private International Law", **Erasmus Law Review**, 7, 2014, s. 151.

[131] Hakim bu karşılaştırmayı re'sen yapacaktır. Bkz. **SARIÖZ BÜYÜKALP**, 2018, s. 211, 212; **VAN BOCHOVE**, 2014, s. 152; VAN HOEK Aukje A. H., "Private International Law: An Appropriate Means to Regulate Transnational Employment in the European Union", **Erasmus Law Review**, 7(3), 2014, s. 158. PLENDER Richard / WILDERSPIN Michael, **The European Private International Law of Obligations**, 4. Edition, Sweet&Maxwell, London, 2014, s. 317.

Hangi hukukun işçi açısından daha yararlı olduğu meselesi vakıasal değil hukuki bir mesele olduğundan, mahkemenin söz konusu "yararlılık karşılaştırması"nı resen yapması gerekmektedir.[132] Emredici hükümlerin "emredicilik" nitelikleri ise, söz konusu ülkenin kendi kriterlerince tespit edilecektir.[133] Mahkeme, değerlendirmesini yaparken makul bir kişinin aynı şartlar altında hangi hükmün kendisine uygulanmasını tercih edeceği sorusuna odaklanacaktır.[134] Seçilen hukukta, işçinin işverenine karşı sözleşmesel pozisyonunun daha iyi olup olmadığına bakılacaktır.[135]

Doktrinde ağırlıklı olarak savunulan görüş, taraflarca seçilen hukukun mu yoksa mutad işyeri hukukunun mu işçiye daha fazla koruma sağladığı değerlendirilirken sadece ilgili hükümlerin dikkate alınması suretiyle yapılacak dar kapsamlı bir karşılaştırma yerine, davada tatbik edilmesi gereken hüküm ile bağlantılı olan hükümlerin bir grup olarak dikkate alındıkları bir karşılaştırma yapılması şeklindedir.[136] Tarafların hukuk seçiminin tamamen geçersiz olmayacağı, yalnızca ilgili hüküm grupları bakımından seçilen hukukun yerine objektif akit statüsünün hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmektedir.[137]

Bir hukuk seçimi barındıran rekabet yasağı sözleşmeleri açısından, mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri ciddi derecede kısıtlayıcı bir fonksiyon gösterebilme özelliğine sahiptirler. Günümüzde pek çok devletin mahkemeleri, rekabet yasağı sözleşmelerine ilişkin kendi maddi hukuklarında yer alan emredici hükümler ile taraflarca seçilmiş hukuku karşılaştırarak, işçinin daha lehine görmeleri halinde kendi emredici hükümlerini tatbik etmektedirler. Bu noktada "karşı edim" kavramının özel bir önemi bulunduğu anlaşılmaktadır. Alman hukuku başta olmak üzere pek çok hukuk sisteminin maddi hukuk kuralları, karşı edim içermeyen rekabet yasağı sözleşmelerini geçersiz addetmektedirler.[138] Maddi hukuklar bakımından benimse-

---

132 **MAGNUS**, 2011, s. 580.

133 **ELÇİN**, 2012, s. 94; **PLENDER / WILDERSPIN**, 2014, s. 319.

134 **TARMAN**, 2010a, s. 532, 533; **DOĞAN**, 2007, s. 157, 158.

135 **MAGNUS**, 2011, s. 577.

136 **ŞANLI ve diğ.**, 2020, s. 320; **DOĞAN**, 2007, s. 157.

137 **TARMAN**, 2010b, s. 162; **ELÇİN**, 2012, s. 93. Roma I Tüzüğü m.8 bakımından baskın görüş, taraflarca seçilen hukukun sözleşmeye bütünüyle uygulanacağı, öte yandan, hukuk seçilmese idi uygulanacak hukukun emredici hükümleri işçiye daha iyi koruma sağlıyor ise, sadece o korumaya ilişkin kısım bakımından bu hükümlerin uygulanacakları yönündedir. Bkz. **VAN HOEK**, 2014, s. 162.

138 İtalyan maddi hukukunda benimsenen karşı edim yükümünün Roma Konvansiyonu anlamında emredici hüküm olduğu belirtilmektedir. Bkz. **MENEGATTI**, 2010, s. 818.

nen bu tercihin, milletlerarası özel hukuka da yansıtıldığı ve karşı edim zorunluluğuna ilişkin kabullerin "emredici hüküm" sayılarak böyle bir edim barındırmayan sözleşmeler bakımından uygulandıkları görülmektedir.

Emredici hükümlerin rekabet yasağı sözleşmeleri bakımından taşıdıkları hayati önem sebebiyle, bu çalışmanın son kısmı bütünüyle bu konuya tahsis edilmiştir. Aşağıda öncelikle kavramsal çerçeveyi netleştirebilmek adına emredici hüküm kavramı ile doğrudan uygulanan kural ve kamu düzeni müdahalesi kavramları arasındaki ayrım ortaya konacak ve yabancı doktrinde rekabet yasağı sözleşmeleri bağlamında gündeme gelebilecek hukuk seçimi sınırlamalarının bu kavramlardan hangisi altında görüldüğü hususu ele alınacaktır. Ardından, Alman, ABD ve İngiliz hukukunda meselenin nasıl yorumlandığı hususuna, doktrin görüşleri ve uygulamadan örnekler eşliğinde temas edilecektir.

B. Emredici Hüküm - Doğrudan Uygulanan Kural Ayrımı

Çağdaş milletlerarası özel hukuk teorisinde, devletin sosyal, ekonomik ve politik menfaatlerinin bütününü oluşturan organizasyonel yapısına hizmet eden bazı emredici kuralların, hukuki ilişkilere uygulanan hukuk ne olursa olsun, doğrudan uygulanma iradesi taşıdıkları kabul edilmektedir.[139] Doğrudan uygulanan kurallar olarak adlandırılan bu kuralların içerik olarak devlet düzeninin korunması ve devletin icra faaliyetleri ile özel bir bağlantıları olduğu düşünülmekte[140]; kamu hukukuna ait sevk ve idare tedbirlerini içeriyor olmalarına karşın, kamu menfaati ağırlıklı oldukları sürece kamu hukukunda yer almalarının gerekmediği ifade olunmaktadır.[141]

---

[139] VURAL ÇELENK Belkıs, "Yabancı Unsurlu İş Sözleşmelerinde for Devletinin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Tespiti ve Uygulanması", **YBHD**, 3, 2017, s. 281. "*Roma I Tüzüğü'nde, Roma Konvansiyonu'ndan farklı olarak doğrudan uygulanan kuralların (loi de police)173 tanımına ilişkin bir hükme yer verilmiştir (m.9/f.1)174. Bu tanıma göre, doğrudan uygulanan kurallar, "bir devletin, politik, sosyal veya ekonomik orga- nizasyonu gibi kamusal çıkarlarının korunması için uyulması hayati önem taşıyan, bu nedenle uygulama alanına giren tüm uyuşmazlıklara, bu Tüzüğe göre sözleşmeye uygulanması gereken hukuk ne olursa olsun, uygulanması zorunlu olan, emredici kurallar" dır. Bu tanım çerçevesinde, doğrudan uygulanan kuralların, daha genel bir kategori olan emredici kuralların bir alt ayrımı olduğu ve bunların ayırt edici özelliğinin, ait oldukları hukuk düzeninin ihlâli mümkün olmayan değerlerini koruma altına alması olduğu görülmektedir.*" Bkz. **ÖZDEMİR KOCASAKAL**, 2010, s. 79, 80.

[140] **DOĞAN**, 2020, s. 420.

[141] **ÇELİKEL / ERDEM**, 2020, s. 155; **AKINCI**, 2020, s. 23. Doğrudan uygulanan kuralların önemli bir kısmının kamu hukuku karakterli oldukları, az bir kısmının ise özel hukuk kuralı oldukları belirtilmektedir. Bkz. **CAN / TUNA**, 2019, s. 258. Bu kapsamda örneğin, TBK m.182/3'de yer alan "hakim aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir" şeklindeki kuralın doğrudan uygulanan kural olduğu belirtilmektedir. **ÇELİKEL / ERDEM**, 2020, s.156; Benzer yönde, **CAN / TUNA**, 2019, s. 263.

5718 Sayılı MÖHUK, iki farklı maddesi aracılığıyla hem Türk hukukunun hem de üçüncü bir devlet hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının uygulanabilmesi imkânını yasal zeminde ifade etmiştir. Bunların dışında, hüküm statüsünde (*lex causae*) yer alan doğrudan uygulanan kuralların da, Türk kamu düzenine açıkça aykırı olmamaları kaydıyla Türk mahkemesince uygulanacağı bilinmektedir.[142] Fakat hüküm statüsünün doğrudan uygulanan kuralları ile Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının çatışması durumunda, mahkemenin kendi hukukunun doğrudan uygulanan normlarını nazara alıp uygulaması gerektiğine de dikkat çekilmektedir.[143] Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına ilişkin MÖHUK m.6'nın yabancı hukukun uygulanmasına bütünüyle engel olmayacağı vurgulanmakta, yabancı hukukun sadece iç hukuktaki doğrudan uygulanan kuralların harekete geçtikleri konular ile sınırlı olarak uygulanmayacağı belirtilmektedir.[144]

Bir maddi hukukta yer alan hangi kuralların doğrudan uygulanır nitelikte olduklarını bilebilmek için o kuralının düzenlediği konu bakımından güdülen siyaseti, korumayı amaçladığı kamu düzeni ve yararını, uygulanmaması halinde ortaya çıkacak sonuçları göz önünde bulundurmak gerektiğinden bahsedilmektedir.[145]

Doğrudan uygulanan tüm kuralların iç hukukta aslında birer emredici hüküm oldukları gerçeğinden hareket edildiğinde, kanımızca rekabet yasağı sözleşmeleri açısından üzerinde durulması gereken temel mesele, MÖHUK m.27/1 hükmünde kullanıldığı şekliyle "emredici hüküm" kavramının doğrudan uygulanan kural kavramı ile olan ilişkisi ve etkileşimidir. Bu noktada birden fazla soru akla gelebilir: Acaba rekabet yasağı sözleşmesi bakımından seçilmiş hukukun uygulanmasını engelleyen emredici hükümlerin aynı zamanda doğrudan uygulanan kural oldukları söylenebilir mi? Eğer bu kavramların farklı oldukları iddia ediliyorsa, ayrım yapılırken nasıl bir kriterden hareket edilmelidir? Emredici hükümlerin ve doğrudan uygulanan kuralların aynı uyuşmazlık bakımından birbirleri yerine veya birlikte uygulanacak hukuku sınırlandırması söz konusu olabilir mi? Çeşitli hukuk düzenlerinde rekabet yasağı sözleşmeleri bakımından seçilen hukuku sınırlandıran maddi hükümler birer emredici hüküm olarak mı yoksa doğrudan uygulanan kural olarak mı görülmektedirler?

---

[142] **ÖZDEMİR KOCASAKAL**, 2010, s. 72, 73; **VURAL ÇELENK**, 2017, s. 285.
[143] **DOĞAN**, 2020, s. 421.
[144] **CAN / TUNA**, 2019, s. 259, 260.
[145] **ÇELİKEL / ERDEM**, 2020, s. 156.

Türk hukuku açısından, iş hukuku alanında işçiyi koruyan emredici hükümlerin "doğrudan uygulanan kural" olarak görülüp görülemeyecekleri hususunda görüş farklılığı bulunmaktadır. Bazı yazarlar, bu iki kavram arasında fark bulunduğu, işçiyi koruyan emredici hükümlerin doğrudan uygulanan kural olarak görülmemeleri yahut son derece istisnai hallerde görülmeleri gerektiği düşüncesini dile getirmektedirler.[146] *Çelikel-Erdem*'e göre, taraflara MÖHUK m.27/1 ile iş akdinin, hem özel hukuka ilişkin hem de kamu hukukuna ilişkin hükümlerinde hukuk seçme imkânının açıkça tanınmış olduğu hatırlandığında ve seçilen yabancı hukukun işçiyi koruyan hükümlerinin işçiyi Türk hukukundaki hükümlere kıyasla daha fazla koruyor olması halinde seçilen hukukun uygulanması gerekliliği dikkate alındığında, Türk hukukundaki işçiyi koruyan hükümlerin doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilemeyeceği açıktır.[147] *Can* da bu görüştedir.[148] MÖHUK m.27/f.1'de yer alan emredici hükümlerin, sözleşme ile aksi kararlaştırılması mümkün olmayan iş hukukuna ilişkin hükümler olduğu belirtilmekte, bunlar ile kanunlar ihtilâfı kurallarından bağımsız olarak uygulanması gereken doğrudan uygulanan kurallar arasında fark olduğu ifade edilmektedir.[149] *Tarman*, bazı iç hukuk kurallarının hem emredici olup hem de doğrudan uygulanan bir kural niteliğine sahip olabileceklerini belirtmekle birlikte, doğrudan uygulanan kuralların, taraflardan birinin menfaatini korumaktan ziyade, esas olarak devletin politik, sosyal ve ekonomik çıkarlarına hizmet eden kurallar olduklarını, halbuki iş hukukundaki emredici hükümlerin esas olarak bireysel menfaatlerin dengelenmesine hizmet ettiklerini, ikincil olarak piyasayı düzenlemek ve diğer kamusal ihtiyaçları göze almak fonksiyonlarını üstlendiklerini belirtmektedir.[150]

Vural Çelenk, yabancı hukukun yetkili olduğu bir iş sözleşmesine uygulanacak doğrudan uygulanan kuralın, devlet organizasyonu kıstasını sağlaması şartı bulunduğunu, fakat söz konusu kuralın somut olayda işçi lehine olması ya da olmamasının önem arz etmemesi gerektiğini düşünmektedir.[151] Yazara göre, bir kuralın devletin sosyal, ekonomik veya politik menfaatleri-

---

[146] **NOMER**, 2017, s. 186-188; **ÇELİKEL / ERDEM**, 2020, s. 434, 435; **TARMAN**, 2010a, s. 541; **CAN / TUNA**, 2019, s. 435;

[147] **ÇELİKEL / ERDEM**, 2020, s. 434, 435.

[148] **CAN / TUNA**, 2019, s. 435.

[149] **TARMAN**, 2010a, s. 541.

[150] **TARMAN**, 2010b, s. 165.

[151] **VURAL ÇELENK**, 2017, s. 290.

ni korumayı doğrudan amaçlamaksızın yalnızca işçinin korunmasında olduğu gibi akdi ilişkinin zayıf tarafını korumayı amaçlıyor olduğu hallerde, söz konusu kuralın her durumda dogrudan uygulanan kural olarak uygulanması kabul edilemeyecektir.[152] Yazara göre, iş hukuku bakımından doğrudan uygulanan kurallardan anlaşılması gereken, kamu menfaatine dayanan ve çalışma sağlığı ile işçinin korunmasına yönelik sosyal düşüncelerle düzenlenmiş bütün kamu ve özel hukuk hükümleridir.[153]

İşçiyi koruyan emredici hükümler ile doğrudan uygulanan kurallar arasında ayrım yapılması gerektiği görüşüne karşılık, diğer bazı yazarlar, bu hükümlerin birer doğrudan uygulanan kural olarak uygulanabileceği düşüncesindedirler.[154] *Özdemir Kocasakal*'a göre, iş sözleşmelerine ilişkin bağlama kurallarında asgari koruma prensibinin kabul edilmesinin nedeni, onların amaçları ve hukuk sistemleri içinde yerine getirdikleri fonksiyonlardır. Yazar, bu kuralların işin yapıldığı yerde asgari belirli bir düzenin kurulmasını ve bu düzenin işçinin daha aleyhine hükümler içeren bir hukukun uygulanması ile bozulmasının önlenmesini amaçladıklarını belirtmekte; bu amacın varlığının, onların herhangi bir kanunlar ihtilâfı kuralı aracılığıyla uygulanmasının kabulünü imkânsız hale getirdiğini, dolayısıyla bu kuralların amaçlarına uygun olarak, asgari korumayı sağladıkları ölçüde doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilmeleri gerektiğini ifade etmektedir.[155] *Özdemir Kocasakal*'a göre, iş sözleşmeleri alanında taraflara tanınan hukuk seçimi serbestisinin amacı, diğer sözleşmelerde olduğu gibi tarafların iradesini hakim kılmak olmayıp, aksine bu iradeden zarar görebilecek olan işçinin haklarını korumak, ona sağlanan korumanın seviyesini yükseltmektir. Yazar, bu korumayı sağlamanın en iyi yolu olarak, işin yapıldığı yerde yürürlükte olan ve sözleşmeye objektif kriterler uyarınca uygulanması gereken işçiyi koruyucu hükümlerin, işçi açısından asgari koruma sınırını oluşturacak şekilde doğrudan uygulanan kural olarak uygulanmalarını önermektedir.[156]

---

[152] **VURAL ÇELENK**, 2017, s. 286.

[153] **VURAL ÇELENK**, 2017, s. 289. Yargıtay bir kararında, sosyal güvenlik hakkı ve iş güvenliğine ilişkin emredici hükümlerin doğrudan uygulanan kural niteliği taşıdıklarını belirtmiştir. Bkz. Y.21.HD, E.2010/10129, K.2011/12849, 08.12.2011 (**ÇELİKEL / ERDEM**, 2020, s. 433'den atfen).

[154] ÖZDEMİR KOCASAKAL Hatice, **Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri**, 1. Bası, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul, 2001, s. 105-108.

[155] **ÖZDEMİR KOCASAKAL**, 2001, s. 105.

[156] **ÖZDEMİR KOCASAKAL**, 2001, s. 108.

Yukarıda kısaca değinildiği üzere Türk doktrininde bir görüş birliği sağlanamadığı anlaşılan bu meselenin Alman doktrininde ele alınış tarzı daha homojen bir görünüm arz etmektedir. Pek çok yazar, birincil planda taraf menfaatlerini korumayı amaçlayan emredici hükümler (*zwingende Vorschriften*) ile birincil planda kamusal menfaati korumayı amaçlayan doğrudan uygulanan kurallar (*Eingriffsnormen*) arasında katı bir ayrım yapmakta olup,[157] mahkeme uygulamasının da bu yönde şekillendiği belirtilmektedir.[158] Baskın görüş, doğrudan uygulanan kuralların öncelikli olarak bireysel menfaatleri korumayı amaçlamadıkları şeklindedir.[159] Bireysel menfaatleri koruyan iç hukukun emredici hükümlerinin kanunlar ihtilâfı sürecinde hüküm statüsünün bir parçası olarak görüldükleri, buna karşın kamusal menfaati koruyan kuralların kanunlar ihtilâfı sürecini işletmeksizin doğrudan uygulandıkları belirtilmektedir.[160] Yine, çok eski tarihlerden bu yana Alman hukuku açısından rekabet yasağı sözleşmelerinin, iş hukukunun özel hukuk veçhesi ile ilgili bulundukları düşünülmektedir.[161]

Roma I Tüzüğü uygulamasında da Alman hukukunda benimsenmiş bu yaklaşımın büyük oranda takip edildiği anlaşılmaktadır. Roma I m.9'da bahsedilen kuralların uluslararası emredici kurallar yani doğrudan uygulanan kurallar oldukları; buna karşılık iş sözleşmelerine ilişkin m.8'de bahsedilenlerin iç emredici kurallar olup bu iki kural türü arasında bir bağlantı bulunmadığı çünkü her iki kural tipinin farklı amaçlara hizmet ettikleri ifade edilmektedir.[162] Doğrudan uygulanan kuralların yalnızca taraflarca seçilen hukukun yerine uygulanmakla kalmadıkları aynı zamanda sözleşme statüsünün de yerine uygulandıkları vurgulanmaktadır.[163]

---

[157] Alman hukuk doktrininde bu görüşü savunan yazarların kapsamlı bir listesi için bkz. STOLL Andre, **Eingriffsnormen im Internationalen Privatrecht-Dargestellt am Beispiel des Arbeitsrechts**, 1. Aufl., Peter Lang, Frankfurt, 2002, s. 22 dipnot 106.

[158] MARAZOPOULOU Vassiliki, "Overriding Mandatory Provisions of Article 9 Sec. 3 of the Rome I Regulation", **Revue Hellenique de Droit International**, 64(2), 2011, s. 791; **VAN BOCHOVE**, 2014, s. 149.

[159] **VAN BOCHOVE**, 2014, s. 149.

[160] **VAN HOEK**, 2014, s. 166.

[161] GAMILLSCHEG Franz, **Internationales Arbeitsrecht**, 1. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin, 1959, s. 242.

[162] **MARAZAPOULOU**, 2011, s. 793; **PLENDER / WILDERSPIN**, 2014, s. 317; **MAGNUS**, 2011, s. 613, 614; PAUKNEROVA Monika, "Mandatory Rules and Public Policy in International Contract Law", **ERA Forum**, 11, 2010, s. 38, 39; **VAN BOCHOVE**, 2014, s. 148; **MERRETT**, 2011, s. 284, 285.

[163] **VAN BOCHOVE**, 2014, s. 148.

Alman hukukunda emredici hükümler ile doğrudan uygulanan kurallar arasında bu şekilde keskin bir ayrım olmasına karşın, Avrupa'daki diğer bazı devlet hukuklarında bu iki kural türü arasında bu kadar sert bir farklılaşmaya gidilmemesi yönünde eğilimlere rastlanmakta olduğunu belirtmek gerekir. Bu doğrultuda, Fransız ve Belçika hukuklarının daha geniş bir yaklaşım benimsedikleri ve bu hukuk düzenlerinde iş ilişkisini korumayı amaçlayan emredici kuralların doğrudan uygulanan kural olarak görülebildikleri belirtilmektedir.[164] Benzer şekilde İngiliz hukukunda, işçilerin bireysel menfaatlerini korumayı amaçlayan kuralların da doğrudan uygulanan kural olarak görülebildikleri ifade edilmektedir.[165] Yine Hollanda hukuku açısından da, temel olarak zayıf tarafın korunmasını amaçlayan düzenlemelerin doğrudan uygulana kural olarak uygulanabilecekleri görüşünün ağırlık taşıdığı belirtilmektedir.[166]

Bu şekilde geniş bir yaklaşım kabul edildiğinde, her ne kadar emredici hükümlerin belirli bir kamusal menfaate hizmet etmedikleri düşünülse de, mahkeme devletinin kamu düzeni saikiyle bu hükümleri uygulamakta bir menfaati olabileceği, zira, zayıf tarafın istismar edilmesinin sivil topluma bir tehdit olarak algılanabileceği anlaşılmaktadır. Bu noktadan hareket edildiğinde, "ilgili emredici hükmün uygulanması" kendi başına kamusal bir menfaate işaret eder hale gelmektedir.[167]

Özetlenecek olursa, doktrinde, işçiyi korumaya ilişkin emredici hükümler ile doğrudan uygulanan kurallar arasında bir ayrım bulunduğu yönünde görüşler kadar böyle bir ayrımın yapılmaması yönünde görüşlere de rastlandığını belirtmek mümkündür. Bu iki kural türü arasındaki amaç farklılığı dikkate alındığında bunların birbirlerinden bağımsız olarak somut olaya uygulanmalarına herhangi bir engel olmaması gerektiği düşünülebilir.[168] Bu doğrultuda, acaba zayıf taraf konumundaki işçi, Roma I m.8 kapsamında başvuramayacağı bir emredici hükme m.9 kapsamında başvurabilecek midir? Yahut örneğin, m.8'in uygulanma şartları sağlanmış olmasına rağmen,

---

164 **VAN HOEK**, 2014, s. 166

165 **KUIPERS**, 2012, s. 161-168; **VAN BOCHOVE**, 2014, s. 150.

166 **KUIPERS**, 2012, s. 154; **VAN BOCHOVE**, 2014, s. 150.

167 **VAN BOCHOVE**, 2014, s. 150.

168 MORENO Guillermo Palao, Art.8 Rome I Regulation in **European Commentaries on Private International Law ECPIL-Volume 2** (Magnus, Ulrich / Mankowski, Peter (Eds)), s. 598.

işçinin hüküm statüsü olmayan bir hukukun doğrudan uygulanan kurallarına m.9 kapsamında başvurabilmesi kabul edilebilir mi?[169]

Alman doktrininde birden fazla yazar tarafından kabul edildiği ve Alman mahkemelerince de benimsendiği ifade edilen[170] bir yoruma göre, bu kurallara birlikte uygulanma imkânı verilmemelidir. Zira, Roma I m.8'in uygulanma koşullarının bulunmadığı haller açısından m.9'a başvurulabileceğini düşünmek, bu kuralların arkasında yatan düzenleme amacının aynı yönde olmayışı sebebiyle bir tutarsızlığa yol açacaktır. Öte yandan, bu görüşe katılmayan *Bonomi*'ye göre, bu kuralların bir arada uygulanabileceklerini düşünmek, herhangi bir tutarsızlık yaratmayacaktır. Roma I m.8, özellikle zayıf tarafın korunmasına ilişkin bireysel menfaatlere odaklı olup bu menfaatlerin nasıl ve hangi şartlar altında korunması gerektiği ile ilgili bir düzenlemedir. Buna karşılık m.9'un amacı, devletin kamusal menfaatinin gözetilmesidir. Madde lafzından açık olduğu üzere, bir kuralın doğrudan uygulanması (işçileri koruyan bir kural olsa dahi) yalnızca bir devletin siyasi, sosyal veya ekonomik örgütlenmesinin gözetilmesi açısından hayati önemde görülmesi halinde mümkün olabilmektedir. Dolayısıyla en azından teoride, bir devletin iş hukukunda yer alan bir doğrudan uygulanan kuralın uygulanmasında hayati bir menfaati bulunması, m.8'e başvuru şartları sağlanmıyor olsa dahi mümkün olabilmelidir.[171] Benzer yönde düşünen *Marazapoulou*'ya göre de, eğer zayıf taraf m.8'de yer alan korumadan faydalanamıyorsa, onu m.9 korumasından da mahrum bırakmanın hiçbir gereği yoktur.[172]

Buraya kadar yapılan açıklamalar ışığında, günümüz Türk ve Avrupa milletlerarası özel hukuk uygulamasında, işçiyi korumayı amaçlayan iç hukuk emredici hükümlerinin doğrudan uygulanan kural vasfıyla uyuşmazlığa uygulanma imkânı bulunup bulunmadığı meselesinin tartışmalı olduğunu söylemek mümkündür. Alman hukukunda bu iki kural türü arasında görece katı şekilde benimsenen ayrımın, İngiliz, Fransız, Belçika ve Hollanda hukuklarında daha esnek yorumlandığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, her

---

[169] BONOMI Andrea, Art.9 Rome I Regulation in **European Commentaries on Private International Law ECPIL-Volume 2** (Magnus, Ulrich / Mankowski, Peter (Eds)), s. 610.

[170] **BONOMI**, 2017, s. 610, 611.

[171] Bununla birlikte yine aynı yazara göre, olayda iş sözleşmesi maddesi Roma I m.8 yerine zayıf tarafı koruma amacının gözetilmediği bir başka madde uygulanıyorsa, o zaman zayıf tarafın korunmasının tek yolu m.9 anlamında doğrudan uygulanan kurallardan geçecektir. Bkz. **BONOMI**, 2017, s. 612.

[172] **MARAZAPOULOU**, 2011, s. 793.

ne kadar sınırları üzerine oybirliği bulunmasa dahi, ağırlıklı eğilimin bu iki kural türü arasında bir ayrım gözetmek şeklinde olduğu söylenebilir.

C. Emredici Hüküm - Kamu Düzeni Müdahalesi Ayrımı

Doğrudan uygulanan kurallardan hem metod, hem içerik, hem de zamanlama yönünden ayrılan "kamu düzeni müdahalesi" kavramının, MÖHUK m.27/1 hükmünde yer verilen asgari koruma prensibi ile bir ilgisi bulunmadığı açıktır. Bu hüküm doğrultusunda taraflarca seçilen hukukta yer alan ve mutad işyeri hukukuna kıyasla işçinin daha aleyhine olan hükümlerin uygulanmıyor oluşları, anılan hükümlerin Türk kamu düzenine açık aykırılıkları sebebiyle değil, madde hükmünde benimsenen asgari koruma sınırına istinaden söz konusu olmaktadır.[173]

Bununla birlikte, doktrinde iş hukuku alanında kamu düzeni müdahalesinin gündeme gelebileceği, örneğin iş sözleşmesine uygulanacak hukukun işçiye hiçbir koruma sağlamadığı hallerin bu kapsamda görülebileceği ifade edilmiştir.[174] Benzer şekilde, işçiler arasında ırk, cins, dil, din, politik görüş gibi sebeplerden dolayı ayrım yapılması halinde, yahut hayat boyu süreli iş sözleşmelerine, fahiş cezai şarta, kadının yapacağı iş sözleşmesine kocanın aşırı müdahalesine izin veren vb. hükümlerin uygulanmaları bakımından kamu düzeni müdahalesinin gündeme gelebileceğine işaret edilmiştir.[175]

Alman hukukunda, süre veya coğrafi kapsam yönünden sınırlandırılmamış yahut herhangi bir karşı edim içermeyen rekabet yasağı sözleşmeleri bakımından kamu düzeni müdahalesine başvurulabileceği belirtilmiştir.[176] Bununla birlikte, detayları aşağıda ilgili başlık altında verileceği üzere, Alman maddi hukukunda karşı edim zorunluluğu getiren kuralın esasen Roma I m.8 anlamında asgari korumayı sağlayan bir emredici hüküm vasfında görülmesi gerektiği yönünde baskın bir görüş bulunduğunu da belirtmekte fayda vardır. Süre, yer ve konu yönünden sınırlandırılmış bir rekabet yasağı sözleşmesinin sırf karşı edim içermiyor olması gerekçesiyle kamu düzenine

---

[173] KAFA KARAKAYA Kudsiye Nazlı, **Roma I Tüzüğü ile Karşılaştırmalı Olarak Yabancı Unsurlu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk**, 1. Bası, Adalet, Ankara, 2020, s. 121.

[174] **KAFA KARAKAYA**, 2020, s. 121.

[175] EKŞİ Nuray, "Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk", **Prof. Dr. Kenan TUNÇOMAĞ'a Armağan**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı, İstanbul, 1997, s. 134.

[176] **MAGNUS**, 2011, s. 625.

aykırı görülmemesi gerektiğini belirten yazarlar bulunmaktadır.[177] *Deinert*, rekabet yasağı sözleşmeleri bakımından kamu düzenine aykırılık halinin elbette gündeme gelebileceğini fakat buna ilişkin değerlendirmenin somut olay bazında yapılması gerektiğini, ilgili emredici hükümden her farklılaşmanın mutlaka kamu düzenine başvurmak anlamına gelmeyebileceğini ifade etmektedir.[178]

Yabancılık unsuru taşıyan bir rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin olarak İngiliz mahkemesinde görülmüş bir davada,[179] sözleşme hakkında seçilmiş Maryland eyaleti hukukundaki ilgili hüküm, kişinin çalışma özgürlüğüne makul olmayan bir sınır getirdiği gerekçesiyle İngiliz kamu düzenine aykırı bulunmuş ve rekabet yasağı sözleşmesi geçersiz görülmüştür. Bununla birlikte, aşağıda İngiliz hukukundaki görünüme ilişkin açıklamalar esnasında kısmen değinilecek bu kararın, "kamu düzeni" kavramının günümüz milletlerarası özel hukuk anlayışı ile çelişen bir şekilde kullanılmış olması gerekçesiyle doktrinde eleştirildiğini belirtmek gerekmektedir.

Son olarak, ABD uygulaması açısından da rekabet yasağı sözleşmelerini geçersiz kılmak amacıyla yer yer kamu düzeni kavramına başvurulduğu görülmektedir.[180] Bununla birlikte, eyalet mahkemelerinin büyük bir kısmının "devlet menfaatinin tahlili" (*governmental interest analysis*) yönteminden faydalandıkları düşünüldüğünde, ABD uygulamasında bahsi geçen "kamu düzeni" ile günümüz milletlerarası özel hukuk teorisinde kabul edilen anlamıyla "kamu düzeni müdahalesi" kavramının örtüşmediği kanısındayız. ABD uygulamasına aşağıda ayrıca değinilecektir.

Yapılan açıklamalardan hareketle, rekabet yasağı sözleşmeleri açısından kamu düzeni müdahalesine başvuru imkânının bütünüyle reddedilemeyeceğini fakat somut olay bazlı yapılması gereken bu değerlendirmenin, yalnızca rekabet etmemeyi üstlenmiş tarafın makul olmayan ağır bir yük altında bırakılmış olduğu anlaşılan haller ile sınırlı tutulması gerektiği sonucuna varmak mümkündür.

---

[177] GAUL Dieter, **Der erfolgreiche Schutz von Betriebs- und Geschaeftsgeheimnissen**, 1. Aufl., Hermann Luchterhand, Neuwied, 1994, s.181; DRIVER-POLKE Oliver / MELOT DE BEAUREGARD Paul, "Rechtswahl bei Aktienoptionsplänen und damit in Zusammenhang stehenden nachvertraglichen Wettbewerbsverboten", **Betriebs-Berater**, 43, 2004, s. 2352; THOMAS Holger / WEIDMANN Golo, "Wirksamkeit nachvertraglicher Wettbewerbsverbote in Fällen mit Auslandsbezug", **Der Betrieb**, 2004, s. 2695; **BAUER / DILLER**, 2006, s. 36.

[178] DEINERT Olaf, **Internationales Arbeitsrecht-Deutsches un europäisches Arbeitskollisionsrecht**, 1. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 2013, s. 69.

[179] Bkz. aşağıda "İngiliz Hukukunda" başlığı.

[180] **LESTER / RYAN**, 2010, s. 400.

Bu kapsamda, diğer tüm unsurlar itibariyle makul sınırlamalar barındıran bir rekabet yasağı sözleşmesinin yalnızca karşı edim barındırmıyor olması sebebiyle kamu düzeni müdahalesine uğramaması gerektiği düşünülebilir.

D. Emredici Hükümlerin Rekabet Yasağı Sözleşmeleri Üzerindeki Etkisi

a. Alman Hukukunda

Alman hukukunda rekabet yasağı sözleşmeleri (*Wettbewerbsverbote*) çok sıkı şartlara bağlanmış olup[181] bu konuda sınıraşıcı uygulanırlığa sahip olduğu kabul edilen temel emredici hükümler Alman Ticaret Kanunu (HGB) m.74 ve devamında düzenlenmiştir.[182] HGB m.74 ve devamında hükme bağlanmış olan ve rekabet yasağı sözleşmelerinin geçerli olması için mutlak surette aranan başlıca şartlar; sözleşmenin yazılı yapılmış olması, işverenin korunmaya değer meşru bir işletmesel menfaatinin bulunması, yasağın belirli bir coğrafi alan ve iki yılı geçmeyen bir süre ile sınırlandırılmış olması, ayrıca bu süre boyunca işverenin aylık olarak ödenecek şekilde karşı edim üstlenmiş olmasıdır.[183]

Söz konusu karşı edimin işçinin iş sözleşmesi kapsamında en son elde ettiği aylık gelirin en az %50'si tutarında kararlaştırılması gerekmekte olup, bu tutarın aşağısında kalan miktarlar bakımından işçi rekabet yasağı ile bağlı bulunmamaktadır.[184] Öte yandan, karşı edim belirlenen miktardan az şekilde değil de hiç üstlenilmemişse, rekabet sözleşmesi geçersiz olmaktadır.[185] Son ücretin en az %50'sini karşı edim olarak üstlenme zorunluluğu getiren hükmün işverenler arasında rekabet yasağı sözleşmelerine olan talebi azaltmış olduğu vurgulanmakta, bu bağlamda işverenlerin rekabet yasağı sözleşmesi yapıp yapmama konusundaki kararlarını etkileyici rol üstlenmesi sebebiyle hükmün düzenleyici bir fonksiyona (*Regulierungsfunktion*) sahip olduğu belirtilmektedir.[186]

---

[181] **MAHNHOLD**, 2010, s. 331.

[182] Handelsgesetzbuch § 74 <https://www.gesetze-im-internet.de/hgb/__74.html> (Erişim Tarihi: 20.09.2020).

[183] **MAHNHOLD**, 2010, s. 332,

[184] Bir başka deyişle, işçi isterse bu yasağa uygun hareket edip karşı edimi alabilmekte yahut isterse rekabet yasağını göz ardı edip karşı edimden bütünüyle vazgeçebilmektedir. Bkz. **KEMP**, 2005, s. 264.

[185] **BAUER / DILLER**, 2006, s. 42, 44.

[186] **KEMP**, 2005, s. 265.

Doktrinde bazı yazarlar, anılan hükmün Alman hukukunun bir doğrudan uygulanan kuralı (*Eingriffsnorm*) olarak uygulanacağı düşüncesindedirler.[187] Yine, bazı yazarlar, süre veya coğrafi alan yönünden sınırlanmamış veya karşı edim üstlenilmemiş rekabet yasağı sözleşmeleri açısından kamu düzeni müdahalesinin gündeme getirilebileceğinden bahsetmişlerdir.[188]

Bununla birlikte, doktrinde ağırlıklı şekilde savunulan görüş, sözleşmede bir karşı edim kararlaştırılmış olmasını arayan HGB m.74 düzenlemesinin, iş sözleşmeleri bakımından işletilecek Roma I m.8 anlamında hukuk seçimi yapılmamış olsa idi aksi sözleşme ile kararlaştırılamayan bir emredici hüküm (*zwingende Vorschrift*) sıfatıyla hukuk seçimini sınırlayacağı yönündedir.[189] Anılan hüküm esasen işveren ve işçi menfaatlerini ilgilendirmekte olup kamuyu doğrudan ilgilendirmemektedir. Maddi hukukta yer alan hükümlerin esas olarak bireysel menfaatleri dengelemeyi amaçladıkları,[190] anayasal anlamda çalışma özgürlüğüne ilişkin bağlantının zayıf olduğu[191] ve bu hükümler neticesinde kamu menfaatlerinin yalnızca dolaylı olarak etkilendiği hallerde, bunların doğrudan uygulanan kural olduklarını düşünmek mümkün değildir.[192] *Müller*'e göre, bir an için rekabet yasağı sözleşmesi ile işçi hareketliliğinin engellendiği, bu sebeple HGB m.74 hükmünün doğrudan uygulanan kural olarak tatbik edilmesi gerektiği düşünülebilirse de, ilgili düzenlemenin neticede bir sözleşme olması ve özel taraflar arasında imzalanmış olmasından hareketle, bunun bir temel hak ihlâli olamayacağı da akla gelmektedir. Zira, rekabet üzerindeki sınır, bireysel bir anlaşma ile getirilmektedir.[193]

---

187 VON MOHRENFELS Peter Winkler / BLOCK Alexander, Abschluss des Arbeitsvertrages und anwendbares Recht in OETKER / PREIS, **Europäisches Arbeits- und Sozialrecht (EAS), B 3000**, 2010, Rn.230. Hükmün yalnızca bir kısmının doğrudan uygulanan kural niteliği taşıdığı görüşü için bkz. GROWE Sonja-Verena, **Nachvertragliche Wettbewerbsbeschränkungen von Arbeitnehmern in multinationalen Konzernen: eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen und englischen Rechts**, 1. Aufl., Kovac, Hamburg, 2010, s. 324.

188 Yazarların listesi için bkz. **MAGNUS**, 2011, s. 625.

189 **THOMAS / WEIDMANN**, 2004, s. 24; **DRIVER-POLKE / MELOT DE BEAUREGARD**, 2004, s. 2352; BRENDEL Claudia, **Nachvertragliche grenzüberschreitende Wettbewerbsverbote**, 1. Aufl., Verlag Dr. Kovac, Hamburg, 2009, s. 102; **DEINERT**, 2013, s. 382; **GAMILLSCHEG**, 1959, s. 245; MÜLLER Carsten, **International zwingende Normen des deutschen Arbeitsrechts**, 1. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 2005, s. 367; **KEMP**, 2005, s. 263; **SUTSCHET**, 2009, s. 1054; **BAUER / DILLER**, 2006, s. 36.

190 **BRENDEL**, 2009, s. 104; **DEINERT**, 2013, s. 382.

191 **BAUER / DILLER**, 2006, s. 36.

192 **MAHNHOLD**, 2010, s. 340; **THOMAS / WEIDMANN**, 2004, s. 24; **DRIVER-POLKE / MELOT DE BEAUREGARD**, 2004, s. 2352.

193 **MÜLLER**, 2005, s. 368.

Bu bağlamda, Almanya'da iş görmekte olan işçiler kadar, geçici olarak Almanya'dan başka bir ülkeye gönderilmiş işçiler açısından da, karşı edim içermeyen bir rekabet yasağı sözleşmesi, ilgili hüküm uyarınca geçersiz görülecektir.[194] Dolayısıyla, örneğin ABD hukukunun seçildiği rekabet yasağı sözleşmesinde karşı edim belirlenmemiş, fakat işçi Almanya'da çalışmakta ise, işçinin kendisini daha iyi koruyan hükümlere başvurabileceği ve o rekabet yasağının HGB m.74/2 uyarınca geçersizliğini başarılı şekilde öne sürebileceği düşünülmektedir.[195]

Almanya'nın Hessen Eyaleti Bölge İş Mahkemesi'nin gördüğü bir davada[196], merkezi ABD'de bulunan bir şirket ile Almanya'da çalışan bir işçi arasında yapılmış olan ve aynı zamanda bir rekabet yasağı da içeren "hisse opsiyonu sözleşmesi" bakımından ABD'nin Ohio Eyaleti hukuku seçilmiş idi. Mahkeme, rekabet yasağı yönünden seçilen hukuk konumundaki Ohio ile işin görüldüğü yer olması itibariyle Alman hukuku arasındaki yararlılık karşılaştırması neticesinde HGB m.74'ün emredici hüküm vasfıyla uygulanmasına karar vermiş ve rekabet yasağı sözleşmesini geçersiz görmüştür.[197]

b. ABD Hukukunda

Rekabet yasağı sözleşmelerinin sınıraşıcı etkisi konusu, eyaletler arası kanunlar ihtilâfına yol açıyor olması itibariyle Amerika Birleşik Devletleri hukuk uygulamasında oldukça sık rastlanan ve önem atfedilen bir konudur.[198] Eyalet hukukları arasında rekabet yasaklarına ilişkin kurallar bakımından büyük farklılık olduğu için kanunlar ihtilâfının kaçınılmaz şekilde ortaya çıktığı bilinmektedir.[199] Uyuşmazlıkların önemli bir kısmı bakımından yaşanan temel senaryo şu şekildedir: İşçi, bir eyalette çalışırken rekabet yasağı sözleşmesi imzalar, fakat bir süre sonra işinden ayrılarak rekabet yasaklarını geçerli görme ihtimali düşük bir hukuka sahip başka bir eyalette kurulu bulunan şirkete geçer. Eski işveren, işçinin yeni işyerinin bulunduğu eya-

---

194 **BAUER / DILLER**, 2006, s. 36.

195 **MAHNHOLD**, 2010, s. 341, 342.

196 LAG Frankfurt/Main, Urt. vom 14.08.2000-10 Sa 982/99. Karar metni için bkz. IPRspr. 2000 No. 40, s. 82.

197 AUBART Andrea, **Die Behandlung der Dépeçage im europäischen Internationalen Privatrecht**, 1. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 2013, s. 106.

198 **LESTER /RYAN**, 2010, s. 395. Konunun yalnızca eyaletler arası kanunlar ihtilâfı ile sınırlı olmadığı belirtilmektedir. Bkz. **LAZAR**, 2008, s. 211.

199 **BURNS / LONDON**, 2017, s. 1.

let mahkemelerinde rekabet yasağını işletmek ister, buna karşılık işçi ve/veya çalıştığı yeni şirketi rekabet yasağının geçersiz kılınması gerektiğini iddia eder.[200] Burada temel mesele, rekabet yasağının hükümlerine ve işverenin bu yasağı işletmek istediği eyalet hukukundaki emredici hükümlere ne ölçüde riayet edileceği biçiminde ortaya çıkmaktadır.[201]

ABD'de eyalet hukuklarının rekabet yasağı sözleşmelerine bakış açısı birbirinden ciddi farklılıklar göstermektedir.[202] Bazı eyalet hukuklarında adeta rutin şekilde rekabet yasağı sözleşmelerine etki tanındığı, buna karşılık diğer bazılarında kural olarak etki tanınmadığı ifade edilmekte, çoğunluk bakımından ise ortada bir yaklaşımın benimsendiği ve belirli şartları taşımaları halinde rekabet yasağı sözleşmelerinin geçerli görüldüğü belirtilmektedir.[203] Öte yandan, rekabet yasağı sözleşmelerine daha ılımlı yaklaşan bu eyaletlerin dahi kendi aralarında yasakların geçerlilik şartları yönünden farklılaştıkları anlaşılmaktadır. Bir kısmı, bu yasakların işletilmesine katı anayasal sınırlar koymakta, diğer bir kısmı karşı edim zorunluluğu getirmekte,[204] diğer bazı eyaletler ise süreye ilişkin üst sınırlar koymakta, müşteri çevresini belirli sınırlar dahilinde korumakta, üst düzey işçiler ile öyle olmayanlar arasında ayrım gözetmekte, yahut mahkemenin sözleşmede tenkis yapmasına izin vermekte veya vermemektedirler.[205]

Tüm bu farklılaşmaya rağmen rekabet yasağı sözleşmelerinin geçerli görülebilmesi için tüm eyaletler açısından benimsenen ortak anlayış, sözleşmenin mutlaka meşru sayılabilecek bir işveren menfaatini korumaya yönelmiş olmasıdır.[206] Neyin korunmaya değer işveren menfaati olduğu hususu eyaletten eyalete değişiklik göstermekle birlikte, genellenecek olursa ticari sırların, müşteri çevresinin ve sır olması kaydı ile işçi ile paylaşılmış diğer bazı bilgilerin bu menfaat kapsamında görüldükleri belirtilmektedir.[207]

---

[200] **LESTER / RYAN**, 2010, s. 393.

[201] DOWLING Jr. Donald C., "How to Determine Which Jurisdiction's Employment Laws Reach Border-Crossing Staff", **Labor Law Journal**, 67(1), 2016, s. 355.

[202] **MOFFAT**, 2012, s. 943.

[203] **MOFFAT**, 2012, s. 943; **WU**, 2003, s. 612.

[204] **DAVIS and others**, 2015, s. 5; **LAZAR**, 2008, s. 200.

[205] **LESTER / RYAN**, 2010, s. 393.

[206] **DAVIS and others**, 2015, s. 4.

[207] **LAZAR**, 2008, s. 199.

Rekabet yasaklarını çok ender istisnalar (birleşme/devralmalar veya şirketin tasfiyesi vb.) haricinde bir bütün olarak geçersiz kabul eden eyaletlere en başta California ve North Dakota örnek gösterilmektedir.[208] Bu iki eyalet, işçi hareketliliği prensibini çok önemli gördükleri için, rekabet yasaklarının yapılmasına oldukça sınırlı şekilde izin vermektedirler.[209] Özellikle California açısından, işçinin işverenini istediği zaman değiştirebileceği kabul edilmekte ve işçinin bu menfaatinin işverenin rekabetçi ticari menfaatinden daha üstün görüldüğü anlaşılmaktadır.[210]

ABD eyaletleri, karşı edim konusunda da farklı yaklaşımlar benimsemişlerdir. Bazı eyaletler açısından iş ilişkisinin kurulmuş olması veya devam ediyor olması kendi başına bir karşı edim olarak kabul edilmektedir.[211] Yine, bir kısmının karşı edimi zorunlu gördükleri,[212] diğer bir kısmının ise iş ilişkisinin süresine göre bir değerlendirme yaptıkları ifade edilmektedir.[213]

aa. Devlet Menfaati Yaklaşımı

Tarafların aralarındaki rekabet yasağı sözleşmesi için bir hukuk seçiminde bulunmamış oldukları hallerde, eyalet mahkemelerinin büyük bir çoğunluğunun Kanunlar İhtilafına İlişkin İkinci *Restatement* (*Restatement (Second) of Conflict of Laws*) düzenlemesini ve bu düzenlemede yoğun şekilde benimsenmiş olan "devlet menfaatinin tahlili" (*governmental interest analysis*) yöntemini takip ettikleri belirtilmektedir.[214] Bu düzenlemenin 187(2)(b) maddesine göre, bir eyalet, işçinin iş gördüğü yer hukukunda bulunan ve işçiyi koruyucu nitelikte olan kurallarda ifadesini bulmuş "temel eyalet politikalarını" uygulamak hususunda, başka bir hukuk sisteminin temel politikalarını uygulamaya kıyasla (işçi ve işveren o yer hukukunu seçmiş olsalar dahi) "daha ciddi bir menfaat" sahibi konumundadır.[215]

---

[208] **MOFFAT**, 2012, s.944; **DOWLING Jr.**, 2016, s. 355.

[209] **LESTER / RYAN**, 2010, s. 392.

[210] **WU**, 2003, s. 608, 609.

[211] **GLYNN**, 2008, s. 1419.

[212] **LAZAR**, 2008, s. 200.

[213] **DAVIS and others**, 2015, s. 5.

[214] **LESTER / RYAN**, 2010, s. 395; **MOFFAT**, 2012, s. 954.

[215] **DOWLING Jr**, 2016, s. 348. Maddede geçen kaynak ifade, "*materially greater interest*" şeklindedir.

ABD kanunlar ihtilâfı hukuku teorisinde kabul edildiği şekliyle devlet menfaati yaklaşımını detaylı şekilde incelemiş olan *Güngör*, yaklaşımın temel yöntemini şu şekilde açıklamaktadır.[216]

> "*Mahkemenin hukukuna üstünlük tanıyan devlet menfaatinin tahlili metodunda, öncelikle mahkemenin kendi hukukuna ait maddi hukuk kurallarının uygulanmasında, Federal Anayasa'nın çizdiği sınırlar çerçevesinde, makul ve meşru bir menfaati bulunup bulunmadığı ilgili kurallara ait yasama politikalarının (legislative policies) tespiti suretiyle araştırılır. For devletinin menfaati sabit ise, artık ilgili diğer hukuklara ait maddi hukuk kurallarına ait yasama politikaları değerlendirmeye alınmayacaktır. For devletinin somut olayda kendi hukukunun uygulanmasında menfaatinin bulunmadığının sabit olduğu hallerde, ilgili diğer devletlerin maddi hukuk kurallarına ait yasama politikaları araştırılacaktır. İlgili diğer devletlerin maddi hukuk kurallarının altında yatan yasama politikalarının incelenmesi neticesinde sadece tek bir devletin hukukunun uygulanmasında makul ve meşru bir menfaati bulunduğu sonucuna varılır ise, o devletin hukuku uygulanmalıdır.*"

Restatement içerisinde benimsenmiş bu yaklaşıma göre mahkeme, sözleşmenin müzakere edildiği ve kurulduğu yer ile ifanın gerçekleşeceği yerin, hatta tarafların vatandaşı oldukları -veya tüzel kişilerin kuruldukları- yer hukukunun olaya uygulanmaktaki menfaatlerini karşılaştıracaktır. Sözleşmenin bir yerde kurulduğu ve tarafların onun aynı yerde ifa edilmesi arzusunda oldukları hallerde, mahkeme devletinin hukukundan farklı olsa bile o yer hukukunun uygulanması gerektiği yönünde bir anlayış bulunduğundan bahsedilmektedir.[217]

Buna karşılık, sözleşmenin bir yerde kurulduğu fakat tarafların onu başka bir yerde ifa etmeyi arzuladıkları hallerde, mahkemelerin sıklıkla ifa yeri hukukunu uyguladıkları belirtilmektedir. Yine de, henüz bu hususta kesin bir kural bulunmayıp, özellikle ifanın bir bölümünün orada gerçekleştirildiği hallerde sözleşmenin kurulduğu yer hukukunun da uygulanabildiği görülmektedir. Başka bir yer hukukunu uygulamak *lex fori*'nin kamu düzenini ihlâl ediyorsa, mahkemeler kendi maddi hukuklarını olaya uygulamaktadırlar.[218]

---

[216] **GÜNGÖR**, 2007, s. 75, 76.

[217] **LESTER /RYAN**, 2010, s. 395, 396.

[218] **LESTER/ RYAN**, 2010, s. 396.

Rekabet yasağı sözleşmelerinde getirilmiş hukuk seçimlerine mahkemelerin genel olarak riayet ettikleri söylenmektedir. Bununla birlikte, yukarıda değinildiği üzere bazı hallerde bu seçim gözardı edilebilmektedir. Mahkemelerin bu hususta farklı yaklaşımlar geliştirmiş oldukları anlaşılmaktadır. *Restatement* tarafından benimsenmiş yaklaşım hukuk seçimini ayakta tutmaya daha elverişli gözükmektedir. Bu yaklaşıma göre, hukuk seçiminin gözardı edilebilmesi için iki şartın gerçekleşmesi gerekmektedir: İlk olarak, seçilen yerin taraflar veya hukuki ilişki ile gerçek bir irtibatı bulunmamalı ve bunların haricinde tarafların bu tercihi için makul bir gerekçe de bulunamıyor olmalıdır. İkinci olarak ise, seçilen yer hukuku, ilgili meseleye uygulanmakta daha ciddi menfaat sahibi konumunda olan bir başka yer hukukunun temel kamu düzenine aykırı olmalı ve bu yer hukuku m.188 uyarınca taraflar arasında bir hukuk seçimi olmasa idi uygulanacak hukuk konumunda bulunmalıdır.[219] Anılan menfaatin tespitinde mahkemelerin büyük oranda m.188'de sıralanmış faktörleri değerlendirdikleri belirtilmektedir. Buna göre, mahkeme tarafların nerede mukim olduklarını ve sözleşmenin nerede ifa edilmesini arzuladıklarını belirleyecektir.[220]

Bir eyalet/ülke hukukunun seçilen ülke hukukuna kıyasla daha ciddi bir menfaate sahip olduğu tespit edildiğinde, ikinci sırada kamu düzeni ihlâli değerlendirmesi yapılmaktadır. Bu konuda, hukuk kuralları arasındaki ufak farklılıkların kamu düzeni ihlâli ile sonuçlanmaya yeterli olmadıkları düşünülmektedir. Öyle ki bazı mahkemeler, sonucu değiştirecek farklılıkların dahi mutlaka kamu düzeni ihlâli anlamına gelmeyebileceklerini belirtmişlerdir.[221] Anılan menfaatin varlığının yanında, ilgili rekabet yasağının kamu düzenine aykırılık taşıdığı da anlaşılıyorsa, rekabet yasağını geçersiz görmekte bir eyalet/ülke menfaati olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

bb. Uygulamadan Örnekler

Rekabet yasağı sözleşmelerinin sınıraşıcı etkisi ve bu kapsamda taraflarca seçilmiş hukukun sınırlandırılması/gözardı edilmesi hususuna ilişkin olarak ABD mahkemelerince verilmiş kararlardan bazı örnekler aşağıdaki gibidir.

California mahkemesinde görülmüş bir davada,[222] Maryland eyaletinde bulunan işveren, Maryland hukukunun seçildiği bir rekabet yasağı sözleşme-

---

[219] **LESTER / RYAN**, 2010, s. 397; **MOFFAT**, 2012, s. 954.

[220] **LESTER / RYAN**, 2010, s. 398.

[221] **LESTER / RYAN**, 2010, s. 398, 399.

[222] Application Group v. Hunter. 72 Cal. Rptr. 2d 73. 76 (Cal. Ct. App. 1998).

sini eski bir çalışanı aleyhine California'da işletmek istemiştir. Söz konusu işçinin daha önce California'da yaşamışlığı bile olmayıp oraya bir şirkette çalışmak üzere yeni taşınmıştır. California temyiz mahkemesi, rekabet yasağına geçerlilik tanımanın California hukukundaki ilgili emredici hükme aykırı olacağından bahisle California'nın kendi hukukunu uygulamakta daha ciddi bir menfaat sahibi olduğunu belirtmiş; diğer taraftan bu yasağa etki tanınmasa dahi Maryland eyaletinin menfaatlerinin ciddi bir zarara uğramayacağını, zira olayda söz konusu rekabetin, Maryland hukukuna göre rekabet yasağı sözleşmesi ile korunabilir menfaatlerin hiçbirisine herhangi bir zarar vermediğini belirtmiştir. Mahkeme, Maryland hukuku lehine yapılmış bu hukuk seçimine riayet edilmesi halinde, California'daki çalışma fırsatlarının California dışındaki bir işveren tarafından sınırlamasına imkân tanınmış olacağını ve California mahkemelerinin eyaletin temel kamu düzenine aykırı olacak bir hukuk seçimi hükmünü tanımak zorunda olmadıklarını belirtmiştir.[223]

Yine California hukukunu ilgilendiren fakat bu sefer Massachusetts eyaleti mahkemesinde görülmüş bir başka davada,[224] işçi, merkezi Massachusetts eyaletinde bulunan bir şirketin California ofisinde çalışmak üzere işe alınmıştır. İşe alımda rekabet yasağı sözleşmesi imzalanmış ve uygulanacak hukuk olarak Massachusetts hukuku seçilmiştir. İşçi bir müddet California'da çalıştıktan sonra yine aynı eyalette başka bir şirkete geçmiş ve rekabet yasağının geçerli olup olmadığı sorusu gündeme gelmiştir. Massachusetts mahkemesi, bireysel ve devlet menfaatlerinin California'dan yana olduğunu; delillerin, tanıkların orada bulunduğunu ve uyuşmazlığa vücut veren hadiselerin orada yaşanmış olduklarını gerekçe göstererek California hukukunu uygulamıştır. Dolayısıyla, Massachusetts mahkemesi kendi eyaleti hukuku lehine yapılmış olsa dahi hukuk seçimini gözardı etmiş ve rekabet yasağına geçerlilik tanımamıştır.[225]

Georgia mahkemesinde görülmüş bir davada[226], işçinin Teksas'ta çalıştığı dönemde Teksas hukukunun seçildiği bir rekabet yasağı sözleşmesi imzalanmıştır. Bir süre sonra, işçi Georgia'da rakip bir firmada işe başlamış ve söz konusu rekabet yasağının geçersizliğini ileri sürmüştür. Hem ilk derece mahkemesi, hem de temyiz mahkemesi sözleşmeyi geçerli gören Teksas

---

223 **LESTER / RYAN**, 2010, s. 400.

224 Oxford Global Resources, LLC v. Hernandez, 480 Mass. 462 (2018).

225 BOMBARD Gregory, "Massachusetts Court Rules California Law Supersedes Massachusetts Choice-of-Law Provision and Non-Compete Clause in Employment Contract", **Mondaq Business Briefing**, 10.07.2017 (Nexis Uni), s.1.

226 Enron Capital & Trade Resources Corp. v. Pokalsky, 490 S.E.2d 136 (Ga. Ct. App. 1997).

hukukunun olaya uygulanamayacağına hükmetmişlerdir.[227] Temyiz mahkemesi, kararında, "seçilen hukukun bu eyalet politikasına aykırı veya eyalet menfaatleri açısından sakıncalı olduğu hallerde, Georgia mahkemeleri taraflarca seçilen hukuku uygulamayacaklardır. Rekabet etmemeye yönelik anlaşmalar, bu eyalette şirketlerin birbirleriyle rekabet edebilmeleri için gerekli olan bilgi akışına dair menfaatleri etkiledikleri için, bunların geçerliliği bu devletin kamu düzeni tarafından belirlenecektir" görüşüne yer vermiştir.[228]

Georgia Yüksek Mahkemesi aynı yaklaşımı bir başka davada[229] daha benimsemiştir. Dava konusu olayda, Ohio'da bir şirkette çalışan işçi ile iki yıl süreli bir rekabet yasağı sözleşmesi imzalanmış, işçinin bir süre sonra Georgia'ya taşınması üzerine yasağın geçerliliği gündeme gelmiştir. Mahkeme, sözleşmenin Ohio'da yürürlüğe girdiğini, sözleşmede Ohio hukukunun seçildiğini belirtmiş ancak bu anlaşmanın Georgia kamu düzenine aykırı olduğunu söyleyerek Georgia hukuku uyarınca sözleşmeye geçerlilik tanınamayacağına hükmetmiştir.[230]

Illinois mahkemesinde görülmüş bir davada[231] mahkeme, Florida hukukunun seçilmiş olmasını, olayın şartları ışığında makul görmüş, ancak söz konusu hukuk seçimini göz ardı ederek kendi hukukunu uygulamıştır. Gerekçede, Illinois hukukuna göre, rekabet yasağına ilişkin bir uyuşmazlığa bakacak mahkemenin söz konusu yasağın işçiyi zorluğa düşürüp düşürmediğini değerlendirmesi gerektiğine, buna karşın Florida hukukunda böyle bir değerlendirmenin aranmıyor olması bir yana, bu tarz bir değerlendirmenin yapılmasının kanunen yasaklanmış bulunmasına atıf yapılmıştır.[232]

Federal Temyiz Mahkemesi'nin gördüğü bir davada[233], mahkeme rekabet yasağı sözleşmesinin ifa yerinin Louisiana olduğuna karar vermiştir. Zira, sözleşme işçiyi eski işvereni ile Louisiana'da rekabet etmekten alıkoymaktadır. Yine, sözleşme işçinin işten ayrılırsa Louisiana'da hangi faaliyetler ile uğraşamayacağını açıkça belirttiği için sözleşmenin konusu da Louisiana'da bulunmaktadır. Fakat

---

[227] **LESTER / RYAN**, 2010, s. 399.

[228] **LESTER / RYAN**, 2010, s. 399.

[229] Keener v. Convergys, 342 F.3d 1264 (11th Cir. 2003).

[230] **LESTER / RYAN**, 2010, s. 400.

[231] Del Monte Fresh Produce, N.A., Inc. v. Chiquita Brand Int'l, Inc., 616 F.Supp.2d 805 (N. D. Ill. 2009).

[232] **LESTER / RYAN**, 2010, s. 402.

[233] Stone Surgical, LLC v. Stryker Corp., 858 F.3d 383 (6th Cir. May 24, 2017)

olayda Michigan hukuku seçilmiştir ve mahkeme en sıkı ilişkili hukukun Louisiana hukuku olduğunu tespit etse dahi, Louisiana'nın kendi hukukunu uygulamakta daha ciddi bir menfaati bulunmadığına karar vermiştir. İki eyaletin menfaatlerini kıyaslayan mahkeme, Louisiana'nın kendi vatandaşlarını haksız görülebilecek rekabet yasaklarından korumaktaki menfaatinin, Michigan'ın kendi şirketlerini haksız rekabetten korumaktaki menfaatinden daha ciddi olmadığına kanaat getirmiş ve tarafların halihazırda seçmiş oldukları Michigan hukukunu gözardı etmek için herhangi bir sebep olmadığını belirtmiştir.[234]

c. İngiliz Hukukunda

İngiliz hukukunda, işverenin haklı bir menfaati bulunduğu ve bunun korunması gerektiğinin makul biçimde gösterilebildiği haller haricinde, rekabet üzerinde kısıtlayıcı etki gösteren sözleşmeler (*restrictive covenants*)[235] geçersiz kabul edilmektedirler.[236] İngiliz hukukunda Orta Çağ'ın sonlarından başlayarak günümüze kadar istikrarlı şekilde uygulandığı ifade edilen, dolayısıyla köklü ve yerleşik bir kabulü yansıtan "zanaatin kısıtlanması" (*restraint of trade*) doktrini uyarınca gerçekleşen bu müdahalenin[237] gündeme gelmemesi için, söz konusu yasağın işverenin meşru bir iş menfaatini korumak için gerekli olmasının yanı sıra coğrafi açıdan ve süre yönünden sınırlandırılmış olması da gerekmektedir.[238] Bir başka deyişle, işveren menfaatine yönelik korumanın yalnızca makul ve o menfaatin korunması için gerekli olan ölçüde sağlanıyor olması şarttır.[239] Genellikle üç hususta işveren menfaatinin korunmaya değer olduğu düşünülmektedir. Bunlar ticari sırların, müşteri çevresinin ve işgücü dengesinin korunması şeklinde sıralanmaktadır.[240]

---

234 SCHUSTER Jacob Harrison (Ed), "Former employer of sales rep wins on non-compete claim involving complex choice-of-law question", **Business Torts Reporter**, 29(9), 2017, s. 213, 214.

235 "Restrictive covenants" ifadesi, sıklıkla rekabet yasağı sözleşmelerini karşılamak üzere kullanılmakla birlikte, kimi hallerde sadece rekabet yasağı sözleşmelerini değil, gizlilik anlaşmalarını (*non-disclosure agreements*) ve işçi ayartmama anlaşmalarını (*non-solicitation agreements*) da kapsayacak şekilde bir çatı ifade olarak da kullanılabilmektedir. Bkz. **BOMBARD**, 2017, s. 1.

236 **GOULDING / VINALL**, 2010, s. 375.

237 **LAZAR**, 2008, s. 203; **GOULDING / VINALL**, 2010, s. 385-387; GRUSIC Uglješa, **The European Private International Law of Employment**, 1. Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, s. 146.

238 ABD mahkeme uygulaması ile kıyaslandığında, İngiliz mahkemelerinin rekabet yasağı sözleşmelerine etki tanımaları ihtimalinin daha düşük olduğu yorumu yapılmıştır. Bkz. **DAVIS and others**, 2015, s. 5.

239 **MERRETT**, 2011, s. 289.

240 **MERRETT**, 2011, s. 290.

ABD'nin Maryland eyaleti hukukunun seçilmiş olduğu bir rekabet yasağı sözleşmesinin İngiltere'deki etkisi meselesinin gündeme geldiği bir davada,[241] ilk derece mahkemesi, İngiliz hukukundaki zanaatin kısıtlanması doktrini kapsamında yer alan kuralların Roma Konvansiyonu m.6 anlamında doğrudan uygulanan kural olmadıklarını, dolayısıyla sözleşmeye doğrudan uygulanamayacaklarını belirtmiş;[242] bununla birlikte, anılan doktrinin İngiliz hukukunda yüzyıllardan beri kamu düzeni kapsamında görülen yerleşmiş bir anlayışı temsil ettiğini, dolayısıyla rekabet yasağına geçerlilik tanımanın İngiliz kamu düzenine aykırılık teşkil edeceğini gerekçe göstererek hukuk seçimini gözardı etmiştir.[243] Yine mahkeme, zanaatin kısıtlanması doktrini kapsamındaki kuralların Roma Konvansiyonu m.6 anlamında "aksi kararlaştırılamayacak emredici hüküm" olarak da görülemeyeceklerini belirtmiştir. Mahkemeye göre, Konvansiyon m.6 hükmünde belirtilen haliyle söz konusu hükümler işçiyi koruma amacına yönelik olmak zorundadırlar. Halbuki zanaatin kısıtlanması doktrini salt bu amaca hizmet etmeyip, sözleşmeler hukukunun diğer veçheleri bakımından da uygulanmaktadır.[244]

Bu karar, İngiliz kamu düzeninden dayanak alan zanaatin kısıtlanması doktrininin milletlerarası özel hukuk anlamındaki kamu düzeni kavramı ile eş tutulmuş olması yönünden eleştirilmiştir.[245] Doktrinde *Merrett*'e göre, bu doktrin altındaki kuralların Roma I m.8 anlamında emredici hüküm mü yoksa m.9 anlamında doğrudan uygulanan kural mı olduğu hususu net değildir. Zira, bu kurallar hem bireysel menfaate hem de kamu menfaatine hizmet etmektedirler. Bir yandan işçileri korumak suretiyle bireysel iş ilişkisini düzenlemekte, öte yandan onlara işlerini değiştirerek kendilerini geçindirme imkânı vermesi ve ulusal ekonomiyi işçilerin hizmetinden yoksun kalmaktan koruması itibariyle de kamu menfaatini gözetmektedirler. Yazara göre, mahkemenin bu kuralları salt işçiyi koruma fonksiyonundan daha ötede konumlandırmış olması bile bunların aslında m.9 anlamında doğrudan uygulanan kural olarak görülme ihtimallerini yükseltmektedir.[246]

---

[241] Duarte v. Black & Decker Corp., [2007] EWHC 2720 (Q.B.); [2008] 1 All ECR 401

[242] **GRUSIC**, 2015, s. 146. Bununla birlikte, anılan davada mahkeme, söz konusu doktrin kapsamındaki kuralların Roma Konvansiyonu m.7/2 anlamında birer doğrudan uygulanan kural olup olmadıklarını tartışmamıştır. Bkz. **MERRETT**, 2011, s. 305.

[243] **GOULDING / VINALL**, 2010, s. 385-387.

[244] Öte yandan, *Merrett*'e göre, bu doktrinin amaçlarından birisi işçiyi korumak ise, bu durum emredici hüküm vasfıyla uygulanma için yeterli görülmeliydi. Bkz. **MERRETT**, 2011, s. 304.

[245] **MERRETT**, 2011, s. 306; **GRUSIC**, 2015, s. 146.

[246] **MERRETT**, 2011, s. 305.

İngiliz hukukunda rekabet yasağı sözleşmelerinin geçerli görülmeleri ihtimalinin düşük olmasından ötürü, günümüzde pek çok işveren, uygulamada "bahçe izni" (*garden leave*) olarak adlandırılan ve icra edilebilirlikleri daha yüksek olan bir sözleşmesel düzenlemeden faydalanmaktadırlar.[247] "Bahçe izni" kaydı içeren iş sözleşmelerinde, işçi, halihazırda çalıştığı işyerinden ayrılıp rakip bir işyerine geçmeden önce, işverenine üç aydan on iki aya kadar değişebilen uzun bir ihbar süresi vermekte, bu süre boyunca ücretinin tamamını ve diğer tüm maddi haklarını almaya devam etmekte fakat işe gitmemektedir. Dolayısıyla, işverenin yeni ticari sırlarına erişim kesilmekte ve muhtemelen halihazırda bilinen ticari sırlar da anılan bu süre içerisinde değerlerini yitirmektedirler.[248] Bahçe izni uygulamasında iş akdi halen yürürlükte olduğu için, işçinin sadakat borcu ve bu kapsamda rekabet etmeme borcu da devam etmekte olduğundan, zanaatin herhangi bir şekilde kısıtlandığından söz edebilmek ve ilgili doktrini işletebilmek zorlaşmaktadır.[249]

4. Türk İşverenler Bakımından Karşı Edimin Sınıraşıcı Etkisi

Yukarıda, işçinin mutad işyeri hukukunda yer alan emredici hükümlerin rekabet yasağı sözleşmeleri bakımından seçilmiş hukuk üzerinde oldukça sınırlayıcı etkiler gösterebildiklerine işaret edilmiş; özellikle karşı edim içermeyen rekabet yasağı sözleşmelerinin Almanya, Fransa, İngiltere, İtalya, Japonya gibi pek çok gelişmiş hukuk sisteminde geçersiz görüldüklerine değinilmiştir.

Özellikle Almanya, İngiltere ve kısmen ABD uygulaması bakımından, yabancılık unsuru içeren rekabet yasağı sözleşmelerinde işveren tarafından işçiye maddi bir karşılık ödenmiyor olması, söz konusu devlet mahkemelerince rekabet yasağına ilişkin emredici hükümlere aykırı bir durum olarak kabul edilmekte ve taraflarca seçilen hukukun rekabet yasağını ayakta tutan düzenlemelerine geçerlilik tanınmamaktadır. Bir başka deyişle, sözleşmede karşı edim bulunmuyorsa, rekabet yasağı bakımından seçilmiş hukuk göz ardı edilmekte, onun yerine ilgili maddi hukuklarda yer alan emredici hükümler tatbik edilmektedir.

Bu noktada, Türk hukuku açısından karşı edimin bir geçerlilik şartı olarak kabul edilmeyişinden kaynaklanabilecek olası bir problem akla gelmek-

---

[247] **DAVIS and others**, 2015, s. 5; **KEMP**, 2005, s. 261.

[248] **LAZAR**, 2008, s. 203; **STEWART / GREENE**, 2010, s. 312.

[249] **KEMP**, 2005, s. 261.

tedir. Türk hukukunun taraflarca seçilmiş olduğu bir rekabet yasağı sözleşmesinin yurtdışında ileri sürülmesi gerektiğinde, acaba ilgili ülke mahkemesi Türk hukuku lehine yapılan seçimi ne ölçüde dikkate alacaktır? Bu çalışmada yer verilen açıklamalardan hareket edildiğinde, rekabet yasağı sözleşmesi bakımından karşı edimin kararlaştırılmamış olduğu haller açısından pek çok yabancı devlet mahkemesinin Türk hukuku lehine yapılmış seçimi göz ardı ederek rekabet yasağı sözleşmesini geçersiz kılması ihtimali oldukça kuvvetli görünmektedir.

Karşı edimin bir geçerlilik şartı olmayışı, maddi hukukumuz açısından Türkiye'deki işverenlerin lehine bir durum yaratmakta iken, ilgili rekabet yasağı sözleşmesinin yurtdışında etki doğurması istendiğinde, ironik bir şekilde bu sefer işverenin aleyhine ve işçinin lehine bir görünüm doğmaktadır. Bu kapsamda özellikle, Türk işveren bünyesinde yurtdışında, örneğin Almanya'da görev yapan bir işçinin, iş sözleşmesinin sonlanmasını takiben, karşı edim içermeyen ve Türk hukukuna tabi kılınmış rekabet yasağını ihlâl ederek bir Alman işveren bünyesinde çalışmaya başlaması halinde, bu yasağın geçerli bir biçimde Alman mahkemeleri önünde ileri sürülebilmesi oldukça zor görünmektedir. Kendi maddi hukuklarında yer alan karşı edim üstlenme yükümlülüğünü emredici bir hüküm vasfıyla yabancılık unsuru taşıyan rekabet yasağı sözleşmelerine uygulayan başka hukuk sistemleri de bulunduğu hatırlandığında, meselenin daha da ciddiyet kazanacağı söylenebilir.

Kanımızca, bu sorun ile ilgili olarak düşünülebilecek en adil ve yerinde çözüm, karşı edim ile ilgili olarak Türk iş hukuku doktrininde uzun yıllardan beri dile getirilmekte olan ve bir kısmına bu çalışma içerisinde de yer verilmiş önerilerin hayata geçirilerek maddi hukukumuzda karşı edimin bir geçerlilik şartı olarak düzenlenmesidir. Mevcut durumun, iş hukukunun temel ilkeleriyle bağdaşmadığı zaten düşünülmektedir. Üstelik şimdi, mevcut durumun Türk maddi hukukunun sınıraşıcı etkisini kısıtlayan bir görünüme yol açabilme ihtimali de gündeme gelmiş olmaktadır. Türk işverenlerin yabancı pazarlarda sahip olmak isteyebilecekleri rekabet avantajı üzerinde olumsuz bir etki doğuracağı açık olan bu durumun, işçilerin korunması bakımından yıllardır neredeyse oybirliği ile savunulan görüşler ile birlikte ele alınarak bir bütün halinde yasama politikasına dahil edilmesi gerektiği kanısındayız.

IV. SONUÇ

İş ilişkisinin devamı süresince, işçinin işverenine karşı üstlenmiş olduğu ve kaynağını iş sözleşmesinden alan bir sadakat borcu mevcuttur. Bu borcunun önemli bir uzantısı, iş ilişkisi esnasında işveren ile rekabet etmekten kaçınmak şeklinde kendisini göstermektedir. Öte yandan, iş sözleşmesinin sona ermesiyle birlikte işçinin herhangi bir sadakat borcu da kalmayacağından, işçinin kendisi ile rekabet etmemesini isteyen bir işverenin bu hususu ya iş sözleşmesinde bir kayıt şeklinde yahut bağımsız bir sözleşme biçiminde ayrıca düzenleme altına alması gerekmektedir. Bu düzenleme uygulamada "rekabet yasağı sözleşmesi" olarak adlandırılmaktadır.

Rekabet yasağı sözleşmesi, farklı hukuk sistemlerinde farklı şekillerde düzenleme altına alınmıştır. Avusturya, İsviçre, İtalya ve Hollanda gibi bazı ülkelerde rekabet yasağı sözleşmeleri yasal olarak düzenlenmiştir. Fransa ve İngiltere gibi bazı ülkelerde mahkeme uygulaması ile şekillenmiştir. Pek çok hukuk sisteminde, geçerli bir rekabet yasağı sözleşmesinden söz edebilmek için işveren tarafından üstlenilmiş bir karşı edimin mevcudiyeti aranmaktadır. Türk hukukunda ise, yasal bir karşı edim zorunluluğu bulunmamaktadır.

Günümüzde, sınıraşıcı iş ilişkilerinin sayıca artmasına paralel şekilde, yabancılık unsuru taşıyan rekabet yasağı sözleşmeleri de uygulamada sık görülür hale gelmiştir. Sözleşmenin ihlâl edildiği ve eski işçisinin rekabet faaliyetine giriştiği iddiasında bulunan işverenlerin, çoğunlukla kendi idare merkezlerinin bulunduğu ülkeden başka bir ülkenin mahkemeleri önünde rekabet yasağı sözleşmelerini ileri sürdükleri bilinmektedir. Bu sözleşmeler sıklıkla hukuk seçimi de içermektedirler.

Yabancılık unsuru taşıyan bir rekabet yasağı sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlık Türk mahkemesinin önüne geldiğinde, mahkemenin öncelikle bu sözleşmesel ilişkiyi vasıflandırması ve bu doğrultuda uygulayacağı bağlama kuralını tespit etmesi gerekmektedir. İlişkinin bir sözleşmeden doğduğu açık olduğu için, mahkemenin bu noktadaki temel incelemesi MÖHUK m.24 uyarınca genel bağlama kuralının mı, yoksa m.27 uyarınca iş sözleşmelerine ilişkin bağlama kuralının mı uygulama alanı bulacağı sorusuna ilişkin olacaktır. Bu noktada, vasıflandırmanın doğru bir şekilde yapılabilmesi için, rekabet yasağının iş sözleşmesi ile ne ölçüde bağlantılı bulunduğu hususu ile, rekabet yasağının tarafı olan işçinin bu sözleşmede zayıf taraf konumunda bulunup bulunmadığı hususunun incelenmesi gerekmektedir.

İş ilişkisi devam ederken akdedilmiş rekabet yasağı sözleşmeleri bakımından, bu esnada işçinin işverenine bağımlı olduğu ve onun karşısında zayıf taraf konumunda bulunduğu dikkate alınarak iş sözleşmelerine ilişkin MÖHUK m.27'de getirilen bağlama kuralının uygulanması işçinin menfaatine olacaktır. İşçi, genel bağlama kuralı yerine iş sözleşmelerine ilişkin kuralın uygulanması sayesinde, işverenin seçtiği hukuka bütünüyle tabi olmayacak, mutad işyeri hukukunun emredici hükümlerinin asgari korumasından faydalanma imkânı bulacaktır. Öte yandan, iş ilişkisinin sonlanmasının ardından akdedilecek rekabet yasağı sözleşmeleri bakımından ise, taraflar arasındaki ilişkinin bir iş ilişkisi olmadığı, yine taraflardan birinin diğeri karşısında iş hukuku anlamında zayıf taraf konumunda da bulunmadığı dikkate alınarak MÖHUK m.24 uyarınca genel bağlama kuralına gidilmesi daha doğru olacaktır.

Rekabet yasağı sözleşmeleri bakımından hukuk seçimini reddetmeyi gerektirecek bir sebep bulunmamaktadır. Bununla birlikte, iş ilişkisinin ve bu kapsamda işçinin sadakat borcunun sonlanmasının ardından akdedilecek rekabet yasağı sözleşmelerinde, iş sözleşmesi bakımından uygulanacak hukukun lehine zımni hukuk seçimi yolunun işletilmemesi yerinde olacaktır.

Tarafların iş sözleşmesi bakımından açık bir hukuk seçiminde bulunmuş oldukları hallerde dahi, iş sözleşmesinden bağımsız bir niteliği bulunduğu kabul edilen rekabet yasağı sözleşmesini iş sözleşmesi bakımından uygulanacak hukuktan farklı bir hukuka tabi kılabilmek mümkün olmalıdır. Buna karşın, ister bir sözleşme kaydı, ister ayrı bir sözleşme formunda kaleme alınmış olsun, rekabet yasağının kendisini birden fazla sayıda hukuka bağlamanın kural olarak mümkün olmadığı kabul edilmelidir.

Herhangi bir hukuk seçimi yapılmamış rekabet yasağı sözleşmeleri bakımından MÖHUK m.24 hükmünün işletilmesine karar verildiğinde, karakteristik edim, "rekabet etmeme edimi" şeklinde ortaya çıkmaktadır. Çoğu hal bakımından rekabet etmemeyi üstlenmiş olan tarafın mutad meskeni hukukunun sözleşme ile en sıkı ilişkili hukuk olacağı düşünülebilir. Buna karşılık, mutad mesken yeri hukukunun günün milletlerarası özel hukuk adaleti anlayışının gerçekleşmesine hizmet etmediğinin yahut mutad mesken bağlama noktasının izole olduğunun anlaşıldığı hallerde, daha sıkı irtibatlı hukuk istisnasına başvurulmalıdır.

MÖHUK m.24/1 hükmünde yer verilen hukuk seçimi imkânından farklı olarak, MÖHUK m.27/1 hükmü uyarınca seçilmiş hukuk, yalnızca işçinin

mutad işyeri hukukunda yer alan emredici hükümlerin asgari koruması saklı kalmak kaydıyla uyuşmazlığa uygulanacaktır. İş ilişkisinin başlamasının bir koşulu olarak yahut iş ilişkisi devam ederken yapılmış rekabet yasağı sözleşmelerinde, rekabet yasağının iş sözleşmesi ile yoğun bir bağlantısı bulunduğundan, yasağın bir sözleşme kaydı şeklinde düzenlendiği hallerde, eğer yasağın kendisi için açık bir hukuk seçimi yapılmamışsa iş sözleşmesine uygulanacak hukukun rekabet yasağı bakımından da uygulama alanı bulması gerektiği söylenebilir. Dolayısıyla, sözleşme kaydı şeklindeki rekabet yasakları açısından akla gelebilecek bir zımni hukuk seçimi değerlendirmesinin hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik gerekçeleriyle reddedilmesi yerinde olacaktır. Buna karşılık, rekabet yasağının bir sözleşme kaydı şeklinde değil de, iş sözleşmesinden ayrı bir sözleşme formunda hazırlandığı haller bakımından, zımni hukuk seçimi işlevsel bir enstrüman olabilecektir.

Hukuki ve ekonomik anlamda iş sözleşmesinden ayrılabilir bir kısım teşkil ettiği düşünülen rekabet yasağı sözleşmesi bakımından iş sözleşmesinin geneli veya münferit hükümlerinden farklı bir hukuk seçilmiş olsa dahi, iş sözleşmesi ile mevcut bulunan "yoğun bağlantı" dikkate alınarak MÖHUK m.27/1 hükmünde benimsenen asgari koruma prensibi işletilmelidir.

Rekabet yasağı sözleşmeleri bakımından objektif bağlamaya ilişkin olarak ortaya çıkabilecek temel sorun, kuralda benimsenmiş olan bağlama noktasının rekabet sözleşmesi ile en sıkı ilişkiyi tesis etmekte yetersiz kalmasıdır. Böyle hallerde, MÖHUK m.27/4 hükmünde yer alan daha sıkı irtibatlı hukuk istisnasının işletilebilmesi mümkün olmalıdır.

Bir hukuk seçimi barındıran rekabet yasağı sözleşmeleri açısından mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri, ciddi derecede kısıtlayıcı bir fonksiyon gösterebilme özelliğine sahiptir. Günümüzde pek çok devletin mahkemeleri, rekabet yasağı sözleşmelerine ilişkin kendi maddi hukuklarında yer alan emredici hükümler ile taraflarca seçilmiş hukuku karşılaştırarak, işçinin daha lehine olduğu kanaatine varmaları halinde kendi emredici hükümlerini tatbik etmektedirler. Bu noktada "karşı edim" kavramının özel bir önemi bulunmaktadır.

Türk ve Avrupa milletlerarası özel hukuk uygulamasında, işçiyi korumayı amaçlayan iç hukuk emredici hükümlerinin doğrudan uygulanan kural vasfıyla uyuşmazlığa uygulanma imkânı bulunup bulunmadığı meselesi tartışmalıdır. Alman hukukunda bu iki kural türü arasında görece katı şekil-

de benimsenen ayrımın, İngiliz, Fransız, Belçika ve Hollanda hukuklarında daha esnek yorumlandığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, her ne kadar sınırları üzerine oybirliği bulunmasa dahi ağırlıklı eğilim, bu iki kural türü arasında bir ayrım gözetilmesi gerektiği yönündedir.

Rekabet yasağı sözleşmeleri açısından kamu düzeni müdahalesine başvuru imkânı bütünüyle reddedilememekte, fakat somut olay bazlı yapılması gereken bu değerlendirmenin, yalnızca rekabet etmemeyi üstlenmiş tarafın makul olmayan ağır bir yük altında bırakılmış olduğu anlaşılan haller ile sınırlı tutulması gerekmektedir.

Alman hukuk doktrininde baskın görüş, rekabet yasağı sözleşmelerinde bir karşı edimin kararlaştırılmış olmasını arayan maddi hukuk düzenlemesinin, iş sözleşmeleri bakımından işletilecek Roma I Tüzüğü m.8 anlamında hukuk seçimi yapılmamış olsa idi aksi sözleşme ile kararlaştırılamayan bir emredici hüküm sıfatıyla hukuk seçimini sınırlayacağı yönündedir.

ABD'de eyalet hukuklarının rekabet yasağı sözleşmelerine bakış açısı birbirinden oldukça farklıdır. Kimi eyalet hukuklarında kural olarak rekabet yasağı sözleşmelerine etki tanınmakta, kimi eyalet hukuklarında ise kural olarak etki tanınmamaktadır. Çoğunluk bakımından ise ortada bir yol benimsenmekte ve belirli şartları taşımaları kaydıyla rekabet yasağı sözleşmeleri geçerli görülebilmektedir.

ABD'de, tarafların aralarındaki rekabet yasağı sözleşmesi için bir hukuk seçiminde bulunmamış oldukları hallerde, eyalet mahkemelerinin büyük bir çoğunluğu Kanunlar İhtilafına İlişkin İkinci *Restatement* düzenlemesinde de benimsenmiş "devlet menfaatinin tahlili" yöntemini takip etmektedirler.

İngiliz hukukunda işverenin haklı bir menfaati bulunduğu ve bunun hukuken korunması gerektiğinin makul biçimde gösterilebildiği haller haricinde, rekabet üzerinde kısıtlayıcı etki gösteren sözleşmeler "zanaatin kısıtlanması" doktrini uyarınca geçersiz kabul edilmektedir. Fakat, bu doktrin kapsamındaki kuralların Roma I Tüzüğü m.8 anlamında emredici hüküm mü yoksa m.9 anlamında doğrudan uygulanan kural mı olduğu hususu net değildir.

Karşı edimin bir geçerlilik şartı olmayışı, maddi hukukumuz açısından Türkiye'deki işverenlerin lehine bir durum yaratmakta iken, ilgili rekabet yasağı sözleşmesinin yurtdışında etki doğurması istenecek olursa, bu sefer işverenin aleyhine ve işçinin lehine bir görünüme doğmaktadır. Yabancılık

unsuru taşısın veya taşımasın, Türk hukukunun taraflarca seçilmiş olduğu bir rekabet yasağı sözleşmesinin yurtdışında ileri sürülmesi gerektiğinde, karşı edimin kararlaştırılmamış olduğu haller bakımından pek çok yabancı devlet mahkemesinin Türk hukuku lehine yapılmış seçimi göz ardı ederek rekabet yasağı sözleşmesini geçersiz kılması ihtimali oldukça kuvvetlidir. Bu sorun ile ilgili olarak düşünülebilecek en hızlı ve yerinde çözüm, maddi hukukumuzda karşı edimin bir geçerlilik şartı olarak düzenlenmesi şeklinde olacaktır.

KAYNAKÇA

AKINCI Ziya, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 1. Bası, Seçkin, Ankara, 2020

AKYİĞİT Ercan, "İsviçre ve Türk İş Hukukunda İşçinin Hizmet Akdi Sonrasına Yönelik Rekabet Yasağı", **Kamu-İş**, 2, 1991, ss. 4-22

ALTAY Sabah, "Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre İşçi ile İşveren Arasında Ya- pılan Rekabet Yasağı Sözleşmesi", **MÜHF-HAD**, 14(3), 2008, ss. 171-207

ARMBRÜSTER Christian / EBKE Werner F. / HAUSMANN Rainer / MAGNUS Ulrich (Hrsg), **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen-Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche/IPR-Einleitung zur Rom I-VO; Art 1-10 Rom I-VO (Internationales Vertragsrecht 1)**, Neubearbeitung, Sellier-deGruyter, Berlin, 2011

ARSLAN İlyas, "5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Zımni Hukuk Seçimi", **MHB**, 33(2), 2013, ss.1-41

AUBART Andrea, **Die Behandlung der Dépeçage im europäischen Internationalen Privatrecht**, 1. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 2013

BASKAN Ş. Esra, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi", **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2(2), 2012, ss. 116-125

BAUER Jobst-Hubertus / DILLER Martin, **Wettbewerbsverbote-Rechtliche und taktische Hinweise für Arbeitgeber; Arbeitnehmer und vertretungsberechtigte Organmitglieder**, 4. Aufl., C.H. Beck, München, 2006

BAYATA CANYAŞ F. Aslı, **AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural**, 1.Bası, Adalet, Ankara, 2012

BAYATA CANYAŞ F. Aslı, "Roma I Tüzüğü ile Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Örtülü Hukuk Seçimi", **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1(1), 2011, ss. 110-121

BOMBARD Gregory, "Massachusetts Court Rules California Law Supersedes Massachusetts Choice-of-Law Provision and Non-Compete Clause in Employment Contract", **Mondaq Business Briefing**, 10.07.2017 (Nexis Uni)

BONOMI Andrea, Art.9 Rome I Regulation in **European Commentaries on Private International Law ECPIL-Volume 2** (Magnus, Ulrich / Mankowski, Peter (Eds))

BRENDEL Claudia, **Nachvertragliche grenzüberschreitende Wettbewerbsverbote**, 1. Aufl., Verlag Dr. Kovac, Hamburg, 2009

BURNS Kevin / LONDON William Brian, "Choice-of-law and Choice-of-forum May Depend on the Choice of Where to File and When: Multi-state Employers Continue to Face Challenges When Enforcing Restrictive Covenants Across State Lines", **Mondaq Business Briefing**, 19.06.2017 (Nexis Uni)

CAN Hacı / TUNA Ekin, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 4. Bası, Adalet, Ankara, 2019

ÇELİKEL Aysel / ERDEM B. Bahadır, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 16. Bası, Beta, İstanbul, 2020

DAVIS Angie / REICIN Eric D / WARREN Marisa, "Developing Trends in Non-Compete Agreements and Other Restrictive Covenants", **ABA Journal of Labor & Employment Law**, 30(2), 2015, ss. 255-272

DÄUBLER Wolfgang, "Das neue Internationale Arbeitsrecht", **Recht der Internationalen Wirtschaft**, 1987, ss. 249-256

DEINERT Olaf, **Internationales Arbeitsrecht-Deutsches un europäisches Arbeitskollisionsrecht**, 1. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 2013

DEMİR GÖKYAYLA Cemile, **Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri**, 1. Bası, Seçkin, Ankara, 2005

DEMİRKOL Berk, **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, 1. Bası, Vedat, İstanbul, 2011

DİNÇ Ebru, İş Hukuku'nda Rekabet Yasağı Sözleşmeleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019

DOĞAN Vahit, "5718 Sayılı Kanuna Göre İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 11(1-2), 2007, ss. 147-163

DOĞAN Vahit, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 6. Bası, Savaş, Ankara, 2020

DOWLING Jr. Donald C., "How to Determine Which Jurisdiction's Employment Laws Reach Border-Crossing Staff", **Labor Law Journal**, 67(1), 2016, ss. 347-356

DRIVER-POLKE Oliver / MELOT DE BEAUREGARD Paul, "Rechtswahl bei Aktienoptionsplänen und damit in Zusammenhang stehenden nachvertraglichen Wettbewerbsverboten", **Betriebs-Berater**, 43, 2004, ss. 2350-2353

EKŞİ Nuray, "Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler ve Bu Akitlerin AT Roma Konvansiyonu'na Göre Anlamı", **MHB,** 12(1-2), 1992, ss. 1-10

EKŞİ Nuray, "Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk", **Prof. Dr. Kenan TUNÇOMAĞ'a Armağan**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı, İstanbul, 1997, ss. 116-148.

ELÇİN Doğa, **Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk**, 1. Bası, Adalet, Ankara, 2012

ERTAN Emre, İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı Kaydı, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012

FRANZEN Martin / GALLNER Inken / OETKER Hartmut (Hrsg), **Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht**, 2. Aufl., C.H. Beck, München, 2018

GAMILLSCHEG Franz, **Internationales Arbeitsrecht**, 1. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin, 1959

GAUL Dieter, **Der erfolgreiche Schutz von Betriebs- und Geschaeftsgeheimnissen**, 1. Aufl., Hermann Luchterhand, Neuwied, 1994

GIULIANO Mario / LAGARDE Paul, "Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations", **Official Journal**, C 282, 31 October 1980.

GLYNN Timothy P., "Interjurisdictional Competition in Enforcing Noncompetition Agreements: Regulatory Risk Management and the Race to the Bottom", **Washington and Lee Law Review**, 65(4), 2008, ss. 1381-1444

GOULDING Paul / VINALL Mark, "The English Approach to Jurisdiction and Choice of Law in Employment Covenants Not to Compete", **Comp. Lab. L. & Pol'y J.**, 31, 2010, ss. 375-387

GROWE Sonja-Verena, **Nachvertragliche Wettbewerbsbeschränkungen von Arbeitnehmern in multinationalen Konzernen: eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen und englischen Rechts**, 1. Aufl., Kovac, Hamburg, 2010

GRUSIC Uglješa, **The European Private International Law of Employment**, 1. Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2015

GÜLERYÜZ M. Tarık, "İş Hukukunun Emredici Yapısı Işığında Rekabet Yasağı Sözleşmesi", **TBB Dergisi**, 118, 2015, ss. 313-344

GÜNGÖR Gülin, **Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı**, 1. Bası, Yetkin, Ankara, 2007

HERBERGER Maximilian / MARTINEK Michael / RÜßMANN Helmut / WETH Stephan (Hrsg), **JurisPraxis Kommentar Band 6- Internationales Privatrecht**, 4. Aufl., Juris, Saarbrücken, 2009

KAFA KARAKAYA Kudsiye Nazlı, **Roma I Tüzüğü ile Karşılaştırmalı Olarak Yabancı Unsurlu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk**, 1. Bası, Adalet, Ankara, 2020

KEMP Katharine, "The Significance of Consideration Paid for Port-Employment Restraints in England and Germany", **Stellenbosch L. Rev.**, 16, 2005, ss. 257-271

KESER Hakan, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Rekabet Yasağı", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, 24, 2011, ss. 88-105

KILIÇ Çiğdem, İş Hukukunda Rekabet Yasağı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019

KREBBER Sebastian, VO593/2008/EG in **Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht** (FRANZEN / GALLNER / OETKER (Hrsg)), 2. Aufl., C.H. Beck, München, 2018

KUIPERS Jan-Jaap, **EU Law and Private International Law-The Interrelationship in Contractual Obligations**, 1. Edition, Martinus Nijhoff, Leiden, 2012

LAZAR Wendi S., "Employment Agreements and Cross Border Employment-Confidentiality, Trade Secret, and Other Restrictive Covenants in a Global Economy", **The Labor Lawyer**, 24(2), 2008, ss. 195-211

LESTER Gillian / RYAN Elizabeth, "Choice of Law and Employee Restrictive Covenants: An American Perspective", **Comp. Lab. L. & Pol'y J.**, 31, 2010, ss. 389-423

MAGNUS Ulrich / MANKOWSKI Peter (Editors), **European Commentaries on Private International Law ECPIL-Volume 2- Rome I Regulation**, 1. Edition, Otto Schmidt, Köln, 2017

MAGNUS Ulrich, Art.8 Rom I-VO in **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen-Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche/IPR-Einleitung zur Rom I-VO; Art 1-10 Rom I-VO (Internationales Vertragsrecht 1)** (ARMBRÜSTER / EBKE / HAUSMANN / MAGNUS (Hrsg)), Neubearbeitung, Sellier-deGruyter, Berlin, 2011

MAHNHOLD Thilo, "Choice of Law Provisions in Contractual Covenants Not to Compete: The German Approach", **Comp. Lab. L. & Pol'y J.**, 31, 2010, ss. 331-345

MARAZOPOULOU Vassiliki, "Overriding Mandatory Provisions of Article 9 Sec. 3 of the Rome I Regulation", **Revue Hellenique de Droit International**, 64(2), 2011, ss. 779-796.

MARTINY Dieter, Art. 8 Rom I-VO in, **Internationales Vertragrecht-Das internationale Privatrecht der Schuldverträge** (REITHMANN Christoph / MARTINY Dieter (Hrsg)), 7. Aufl., Otto Schmidt, Köln, 2010

MENEGATTI Emanuele, "The Choice of Law in Employment Contracts' Covenants Not to Compete Under the Italian Legislation", **Comp. Lab. L. & Pol'y J.**, 31, 2010, ss. 799-836

MERRETT Louise, **Employment Contracts in Private International Law**, 1. Edition, Oxford University Press, Oxford, 2011

MOFFAT Viva R., "Making Non-Competes Unenforceable", **Ariz. L. Rev.**, 54, 2012, ss. 940-984

MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi / ASTARLI Muhittin / BAYSAL Ulaş, **İş Hukuku Ders Kitabı Cilt 1: Bireysel İş Hukuku,** Cilt 1, Lykeion, 2017

MORENO Guillermo Palao, Art.8 Rome I Regulation in **European Commentaries on Private International Law ECPIL-Volume 2** (Magnus, Ulrich / Mankowski, Peter (Eds))

MURTAZ, Gözde, "Yabancı Unsurlu Akitlerde Hukuk Seçimine Dair Meseleler (5718 sayılı MÖHUK m.24 ile Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Hukuk Seçimine Dair İlkeler Kapsamında)", **Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 3(1), 2018, ss. 157-202

MÜLLER Carsten, **International zwingende Normen des deutschen Arbeitsrechts**, 1. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 2005

NOMER Ergin, **Devletler Hususi Hukuku**, 22. Bası, Beta, İstanbul, 2017

ÖZDEMİR Erdem, "6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, 24, 2011, s. 107-114

ÖZDEMİR Erdem, "Teoride ve Uygulamada İş Hukuku Borçlar Hukuku İlişkisi & Yeni İş Sözleşmesi Türleri", Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri, 20-21 Eylül 2011, İstanbul, 2011

ÖZDEMİR KOCASAKAL Hatice, **Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri**, 1. Bası, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul, 2001

ÖZDEMİR KOCASAKAL Hatice, "Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m.24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları", **MHB**, 30(1-2), 2010, ss. 27-62

ÖZKARACA Ercüment, "Rekabet Yasağı Sözleşmesinde Karşı Edim", **Prof. Dr. Turhan Esener 3. İş Hukuku Uluslararası Kongresi 19-20 Nisan 2018**, İstanbul Kültür Üniversitesi (Yayınlanmamış Tebliğ)

PAUKNEROVA Monika, "Mandatory Rules and Public Policy in International Contract Law", **ERA Forum**, 11, 2010, ss. 29-43

PLENDER Richard / WILDERSPIN Michael, **The European Private International Law of Obligations**, 4. Edition, Sweet&Maxwell, London, 2014

REITHMANN Christoph / MARTINY Dieter (Hrsg), **Internationales Vertragrecht-Das internationale Privatrecht der Schuldverträge**, 7. Aufl., Otto Schmidt, Köln, 2010

SARGIN Fügen, **Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticarî Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk**, 1. Bası, Turhan, Ankara, 2002

SARIÖZ BÜYÜKALP A. İpek, "Mutad İşyeri Kavramı ve MÖHUK m.27/f.3'ün Uygulanması Sorunu", **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, 8(2), 2018, ss. 195-248

SCHUSTER Jacob Harrison (Ed), "Former employer of sales rep wins on non-compete claim involving complex choice-of-law question", **Business Torts Reporter**, 29(9), 2017, ss. 212-214

SENYEN KAPLAN E. Tuncay, "Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk", **Yurt Dışı Hizmet Sözleşmelerinde Milletlerarası Özel Hukuk Uygulaması İş Hukuku Sorunları (Makaleler)**, İNTES Yayınları (2017/1), Ankara, ss. 68-87.

SOYER Polat, **Rekabet Yasağı Sözleşmesi**, 1. Bası, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 53, Ankara, 1994.

STEWART Andrew / GREENE Janey, "Choice of Law and the Enforcement of Post-Employment Restraints in Australia", **Comp. Lab. L. & Pol'y J.**, 31, 2010, ss. 305-330

STOLL Andre, **Eingriffsnormen im Internationalen Privatrecht-Dargestellt am Beispiel des Arbeitsrechts**, 1. Aufl., Peter Lang, Frankfurt, 2002

SULU Muhammed, "Rekabet Yasağı Sözleşmeleri", **MÜHF-HAD**, 22(1), 2016, ss. 575-600

SUTSCHET Holger, Art. 8 Rom I-VO in **JurisPraxis Kommentar Band 6- Internationales Privatrecht** (HERBERGER / MARTINEK / RÜßMANN / WETH (Hrsg)), 4. Aufl., Juris, Saarbrücken, 2009

SÜZEK Sarper, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İşçinin Rekabet Etmeme Borcu", **İÜHFM**, 72(2), 2014, ss. 457-467

ŞAHLANAN Fevzi, **Rekabet Yasağı Sözleşmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 11. Yıl Toplantısı**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2008, s. 71-98

ŞANLI Cemal / ESEN Emre / ATAMAN FİGANMEŞE İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, 8. Bası, Beta, İstanbul, 2020

TARMAN Zeynep Derya, "Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk", **AÜHFD**, 59(3), 2010a, ss. 521-550

TARMAN Zeynep Derya, "5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) Uyarınca Yabancılık Unsuru Taşıyan Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi", **BATİDER**, 26(1), 2010b, ss. 143-170

TAŞKENT Savaş / KABAKÇI Mahmut, "Rekabet Yasağı Sözleşmesi", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, 16, 2009, ss. 21-46

THOMAS Holger / WEIDMANN Golo, "Wirksamkeit nachvertraglicher Wettbewerbsverbote in Fällen mit Auslandsbezug", **Der Betrieb**, 2004, ss. 2694-2699

TİRYAKİOĞLU Bilgin, **Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk**, 1. Bası, A.Ü.H.F. Yayınları, Ankara, 1996

TUNCAY A. Can, "Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları (Bir Yargıtay Kararı Üzerine)", **Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan Cilt 1, İKÜHFD Özel Sayısı**, 15(11), 2016, ss. 473-498

UŞAN M. Fatih, **İş Sırrının Korunması**, 1. Bası, Seçkin, Ankara, 2003

UYSAL TUNA Büşra, **İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmeleri**, 1. Bası, Seçkin, Ankara, 2019

VAN BOCHOVE Laura Maria, "Overriding Mandatory Rules as a Vehicle for Weaker Party Protection in European Private International Law", **Erasmus Law Review**, 7, 2014, ss. 147-156

VAN HOEK Aukje A. H., "Private International Law: An Appropriate Means to Regulate Transnational Employment in the European Union", **Erasmus Law Review**, 7(3), 2014, ss. 157-169

VON MOHRENFELS Peter Winkler / BLOCK Alexander, Abschluss des Arbeitsvertrages und anwendbares Recht in OETKER / PREIS, **Europäisches Arbeits- und Sozialrecht (EAS), B 3000**, 2010, ss. 137

VURAL ÇELENK Belkıs, "Yabancı Unsurlu İş Sözleşmelerinde for Devletinin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Tespiti ve Uygulanması", **YBHD**, 3, 2017, ss. 277-296

YAMAKAWA Ryuichi, "Transnational Dimension of Japanese Labor and Employment Laws: New Choice of Law Rules and Determination of Geographical Reach", **Comp. Lab. L. & Pol'y J.**, 31, 2010, ss. 347-373

WU Christina L., "Noncompete Agreements in California: Should California Courts Uphold Choice of Law Provisions Specifying Another State's Law", **UCLA L. Rev**, 51, 2003, ss. 594-620

Handelsgesetzbuch § 74 <https://www.gesetze-im-internet.de/hgb/__74.html> (Erişim Tarihi: 20.09.2020).

LAG Frankfurt/Main, Urt. vom 14.08.2000-10 Sa 982/99 (IPRspr. 2000 No. 40, s.82)

Application Group v. Hunter. 72 Cal. Rptr. 2d 73. 76 (Cal. Ct. App. 1998)

Oxford Global Resources, LLC v. Hernandez, 480 Mass. 462 (2018).

Enron Capital & Trade Resources Corp. v. Pokalsky, 490 S.E.2d 136 (Ga. Ct. App. 1997).

Keener v. Convergys, 342 F.3d 1264 (11th Cir. 2003).

Del Monte Fresh Produce, N.A., Inc. v. Chiquita Brand Int'l, Inc., 616 F.Supp.2d 805 (N. D. Ill. 2009).

Stone Surgical, LLC v. Stryker Corp., 858 F.3d 383 (6th Cir. May 24, 2017)

Duarte v. Black & Decker Corp., [2007] EWHC 2720 (Q.B.); [2008] 1 All ECR 401

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2020; 2: 1513-1586

TÜRK FİKRÎ HAKLAR HUKUKU YAPAY ZEKÂ TARAFINDAN MEYDANA GETİRİLEN ESERLERİ KORUMAK İÇİN HAZIR MI?(*)

Dr. Hasan Kadir YILMAZTEKİN(**)

Öz: Yapay zekâ, şimdilerde hayatımızın içinde geniş ve önemli bir yer tutuyor. Apple'ın Siri'sinden Tesla'nın sürücüsüz arabasına ve Amazon'un Alexa'sına dek yapay zekâ taşıyan araçlarla donatılmış bir dünyada yaşıyoruz.

Yapay zekâ ile çalışan teknolojinin gelişi hayatımızı giderek artan bir şekilde kolaylaştırıyor. Yapay zekâ, getirdiği teknolojik yeniliklerle ekonomimizi ve refahımızı da şekillendiriyor.

Günümüzde yapay zekâ teknolojileri, fikri hakların konusunu oluşturabilecek birçok fikrî ürün meydana getirebiliyorlar. Bir yapay zekânın eser yaratmadaki kapasitesi ve kabiliyeti, bunlar üzerindeki fikrî mülkiyet haklarına kimin sahip olacağı sorusunu gündeme getiriyor: Yapay zekâ taşıyan cihazı kiralayan veya programcıyla sözleşme yapan kullanıcı mı? Programcı mı? Yoksa yapay zekâ cihazının kendisi mi eser sahibi olacaktır? Veya o eser insan ve bilgisayarın ortak bir çalışması olarak mı kabul edilecektir?

Bu çalışmada, bu soruların cevabını Avrupa Birliği (AB), Amerika Birleşik Devletleri (ABD), Birleşik Krallık hukuku ve daha kapsamlı olmak üzere Türk hukuku bakımından arayacağız. Özetle bu çalışma, Türk fikrî haklar hukuku bakımından bu tarz eserler bakımından bir takım politika önerileri getirmektedir. Çalışmada, özellikle yapay zekâ tarafından meydana getirilen eserlerde, bu teknolojiler etrafındaki ilgili "insan" aktörlerden fikrî hakların sahibi olabilecek olanları tespit etmek için üç-aşamalı bir test üzerine kurulu bir çözüm önerisi ve model hukuk normları önerilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Fikrî Haklar, Yapay Zekâ, Eser Sahipliği, Hak Sahipliği, Hususiyet.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 01.10.2020. Makale Kabul Tarihi: 13.11.2020.

(**) Türkiye Adalet Akademisi, Daire Başkanı (Hâkim) (ORCID kimlik no: 0000-0003-1050-4272; *hkytekin@gmail.com*).

IS TURKISH COPYRIGHT LAW READY TO PROTECT WORKS GENERATED BY ARTIFICIAL INTELLIGENCE?

Abstract: Artificial intelligence ("AI") nowadays immensely and importantly infiltrates our lives. From Apple's Siri to Tesla's auto-driving car and Amazon's Alexa, we live in a world of AI goods.

The advent of AI-powered technologies increasingly affects people's life across the globe. With its technological advances, AI also shapes our economy and welfare.

Current AI Technologies can produce many works that might be subject of copyright law. An AI device's ability to generate works raises the question of who will own the intellectual property rights over those works. Will it be the author who hires or contracts with the AI device programmer? Will it be the programmer? Or will it be the AI device itself? Or will it be a joint work?

In this article, we seek answers to these questions under European Union (EU), United States of America (US), United Kingdom (UK) laws and more comprehensively under Turkish law. In short, this study makes policy proposals for Turkish copyright law. It particularly offers a proposal of a solution based on a three-step test to single out the human authors(s) from the relevant actors around the AI device and model legal norms for AI-generated works.

Keywords: Copyright, Artificial Intelligence, Authorship, Right-Ownership, Originality.

GİRİŞ

Yapay zekâ, şimdilerde hayatımızın içinde geniş ve önemli bir yer tutuyor. Yapay zekâ teknolojileri, birkaç sert kışın ardından,[1] bugün uzman olan ve olmayan herkesin ilgisini çekiyor. Peki herkesin dilinde olan yapay zekâ ne anlama geliyor? Yapay zekâ kavramını duyduğumuzda, genellikle fütüristtik temalar düşünüyoruz. Mesela, insan dostu androidler veya katil robotlar gibi bilim kurgu tasvirleri aklımıza geliyor. Fakat, yapay zekâyı "belirli bir çevrede var olan, hareket eden ve algılayan öznelerin incelendiği"[2] bir alan olarak görürsek, bunun daha geniş bir bilim ve teknoloji alanı olduğun-

---

[1] Yapay zekâ teknolojilerinin gelişiminin ve bu mecraya ilgi ile yatırımların azaldığı durgunluk dönemlerine literatürde "yapay zekânın kışı" denilmekte olup bu dönemlere ilişkin bilgi için bkz. BURGESS Andrew, **The Executive Guide to Artificial Intelligence,** 1st edn., Palgrave Macmillan, London/Cham, 2018, s. 11-13.

[2] RUSSELL Stuart J. / NORVIG Peter, **Artificial Intelligence: A Modern Approach**, 3rd edn., Pearson, Harlow, 2010, s. 1.

dan ve gündelik hayatımıza etki eden birçok uygulamadan bahsetmek mümkün. Apple'ın Siri'sinden Tesla'nın sürücüsüz arabasına, güvenlik kameralarına yerleştirilen yüz tanıma sistemlerinden Amazon'un Alexa'sına, Netflix'in film tavsiye eden sistemlerinden Google'ın arama motoruna dek yapay zekâ taşıyan araçlarla donatılmış bir dünyada yaşıyoruz.

Yapay zekâ ile çalışan teknolojinin gelişi hayatımızı giderek artan bir şekilde kolaylaştırıyor. Yapay zekâ, getirdiği teknolojik yeniliklerle ekonomimizi ve refahımızı da şekillendiriyor. Bu teknolojiler, üretim verimliliğini artırıcı ve aynı zamanda maliyeti azaltıcı araçlar olarak kullanılıyor. Bu özelliği sebebiyle yapay zekâ destekli ticari sektörler gittikçe daha da yaygınlaşıyor. Tanı tıbbı, taşıma, yatırım, terapi, istihbarat toplama, alternatif uyuşmazlık çözme, sözleşme hazırlama, milli savunma, bankacılık ve daha birçok benzer alanda yapay zekânın giderek artan bir rol oynadığını görmek mümkün[3]. Hatta bu sistemlere eşi görülmemiş bir yatırım kanalize ediliyor[4].

Yapay zekâya bu ikinci baharı getiren sebepler muhtelif. Makine öğrenmesi alanında son zamanlarda büyük gelişmeler kaydedildi[5]. Büyük verinin elde edilebilirliği ve muazzam büyüklükteki hacmi, yapay zekâ sistemlerinin eğitimini kolaylaştırdı[6]. Bilgisayar işlemcilerinin hızlarında fevkalade artış var[7]. Bulut depolama sistemleri bu verileri depolamak için devasa alanlar sunuyor. Artık İnternete erişmek çok daha kolay ve hızlı[8].

Yapay zekâ, beraberinde sorunları da getirmiyor değil. Yükselen bu yeni teknolojiler, kamusal tartışmaların ve siyasi endişelerin merkezinde yer alıyor. Toplumun bazı kesimleri, endişelerini yüksek sesle "robotlar dünyayı ele geçiriyorlar." şeklinde dile getiriyorlar[9].

---

3 BURGESS, s. 73-89; YANISKY-RAVID Shlomit / VELEZ-HERNANDEZ Luis A., "Copyrightability of Artworks Produced by Creative Robots and Originality: The Formality-Objective Model", **Minnesota Journal of Law, Science & Technology,** v. 19-1, 2018, ss. 1-53, s. 4-6.

4 BERNAL Natasha, "AI investment reaches record levels in the UK", **The Telegraph,** (9 September 2019) https://www.telegraph.co.uk/technology/2019/09/09/ai-investment-reaches-record-levels-uk/.

5 BURGESS, s. 13.

6 BURGESS, s. 13-15.

7 BURGESS, s. 16-17.

8 BURGESS, s. 17-19.

9 İnsan zekâsının yerine gelişmiş yapay zekâ veya bilişsel olarak geliştirilmiş biyolojik bir zekânın geçmesi anlamına gelen tekillik (*singularity*) kavramı hakkında tartışmalar için bkz.: SHANAHAN Murray, **The Technological Singularity**, MIT Press, Cambridge-USA, 2015; KAPLAN Jerry, **Artificial Intelligence: What Everyone Needs to Know**, OUP, New York, 2016, s. 138-141; BODEN Margaret A., **Artificial Intelligence: A Very Short Introduction**, OUP, Oxford-UK, 2018, s. 130-150.

Yaratıcı endüstriler, yapay zekâdan en çok etkilenen alanlar olarak karşımıza çıkıyor[10]. Günümüzde yapay zekâ teknolojileri, fikri hakların konusunu oluşturabilecek birçok fikrî ürün meydana getirebiliyorlar. Mesela, fabl[11], roman[12] veya şiir[13] yazabiliyorlar. Haber metni, hazırlayabiliyorlar[14]. Müzik, besteleyebiliyorlar[15]. Bilgisayar oyununa yeni bölümler yazabiliyor[16]

---

[10] Ryan Abbot, yapay zekâ daha güçlü ve sofistike hale geldikçe, bilgisayarlar tarafından meydana getirilen eserlerin yaratıcı endüstriler için başlıca ekonomik kaynak haline gelmesi gerektiğini ifade ediyor. Bkz.: ABBOTT Ryan, "Artificial intelligence, big data and intellectual property: protecting computer generated works in the United Kingdom" in APLIN Tanya (ed), **Research Handbook on Intellectual Property and Digital Technologies**, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2020, ss. 322-337, s. 322.

[11] FLOOD Alison, "Computer Programmed to Write Its Own Fables", **Guardian**, 6 August 2014, https://www.theguardian.com/books/2014/aug/06/computer-programmed-to-write-fables-moral-storytelling-system.

[12] Hakodate Gelecek Üniversitesi tarafından geliştirilen yapay zekâ, *"Bir Bilgisayar'ın Bir Roman Yazdığı Gün"* (*"The Day a Computer Writes a Novel"*) isimli romanı yazmış ve bu eser "Hoshi Shinichi Edebiyat Ödülü"nün ilk değerlendirme turunu geçmiştir. JOZUKA Emiko, "A Japanese AI Almost Won a Literary Prize", **Vice**, 24 March 2016, https://www.vice.com/en_us/article/wnxnjn/a-japanese-ai-almost-won-a-literary-prize.

[13] Google, Stanford Üniversitesi ve diğer bazı kuruluşlar tarafından geliştirilen şiir yazan yapay zekâ teknolojileri hakkında haber için bkz. GIBBS Samuel, "Google AI Project Writes Poetry Which Could Make a Vogon Proud" **Guardian**, 17 May 2016, https://www.theguardian.com/technology/2016/may/17/googles-ai-write-poetry-stark-dramatic-vogons. Ray Kurzweil'in "Sibernetik Şair" (*"Cybernetic Poet"*) isimli sinir ağları kullanan ve original yazarın sitilinde şiir yazan yapay zekâ programı hakkında bilgi için bkz.: KURZWEIL Ray, **The Age of Spiritual Machines: How We Will Live, Work and Think in the New Age of Intelligent Machines**, Texere Publishing, Florence-USA, 2001, s. 117. Ayrıca bkz.: TOIVANEN Jukka / GROSS Oskar / TOIVONEN Hannu, "The Officer Is Taller Than You, Who Race Yourself!: Using Document Specific Word Associations in Poetry Generation" in COLTON Simon / VENTURA Dan / LAVRAČ Nada / Cook Michael (eds), **Proceedings of the Fifth International Conference on Computational Creativity,** Jožef Stefan Institute, 2014, ss. 355-362.

[14] WEEKS Lin, "Media Law and Copyright Implications of Automated Journalism" **New York University Journal of Intellectual Property and Entertainment Law**, 4(1), 2014, ss. 67-94; *"RADAR"* (*"Reporters and Data and Robots"*) isimli Basın Derneği ve Urbs Medya isimli şirketin ortak girişimiyle oluşturulan ve haber metinleri yazan yapay zekâ programı hakkında haber için bkz.: ROGERS Gary, "Reporters and Data and Robot: Why 2018 will be the Year of Automation in News", **Medium**, 31 December 2017, https://medium.com/@urbsmedia/reporters-and-data-and-robots-ee352220c5f1. Yapay zekânın yakın bir zamanda yazdığı makale için bkz.: GPT3, "A robot wrote this entire article. Are you scared yet, human?", **Guardian**, 8 September 2020, https://www.theguardian.com/commentisfree/2020/sep/08/robot-wrote-this-article-gpt-3.

[15] RALSTON William T., "Copyright in Computer-Composed Music: HAL Meets Handel" **Journal of Copyright Society U.S.A.**, 52, 2004-2005, ss. 281-306.

[16] *"No Man's Sky"* isimli satış rekortmeni bilgisayar oyunu, oyun ilerledikçe programcının belirlediği parametreler ışığında yeni sanal dünyalar inşa ediyor. KHATCHADOURIAN Raffi, "World Without End: Creating a Full-Scale Digital Cosmos", **The New Yorker**, 91, 11 May 2015, https://www.newyorker.com/magazine/2015/05/18/world-without-end-raffi-khatchadourian.

veya bilgisayar programının kendisini üretebiliyorlar[17]. Sinema eseri, meydana getirebiliyorlar[18]. Moda tasarımı[19] ve resim[20] yapabiliyorlar. Hatta, sözleri, müzikleri ve hikâye akışıyla müzikal besteleyebiliyorlar[21]. Bu örnekleri, çoğaltmak mümkün[22].

Yapay zekâ ile oluşturulan fikrî ürünlerden bahsettiğimizde, aslında eser sahibinin kim olduğuna dikkat etmiyoruz. Daha çok, daha fazla rağbet gören yüksek teknolojili ürünler üretmek veya müşteri beklentilerini karşılamak gibi inovasyonun meyvelerine odaklanıyoruz. Yaratıcı endüstrilerde yapay zekânın verimlilik özelliğine odaklanıldığından genellikle ortaya çıkan eserlerin hukukî sonuçları göz ardı ediliyor. Bir yapay zekânın eser yaratmadaki kapasitesi ve kabiliyeti, bunlar üzerindeki fikrî mülkiyet haklarına kimin sahip olacağı sorusunu gündeme getiriyor: Yapay zekâ taşıyan cihazı kiralayan veya programcıyla sözleşme yapan kullanıcı mı? Programcı mı? Yoksa yapay zekâ cihazının kendisi mi eser sahibi olacaktır? Veya o eser insan ve bilgisayarın ortak bir çalışması olarak mı kabul edilecektir?

---

17 *"SketchAdapt"* isimli bilgisiyar programı yazan yapay zekâ sistemi için bkz.: https://news.mit.edu/2019/toward-artificial-intelligence-that-learns-to-write-code-0614.

18 NEWITZ Annalee, "Movie written by AI algorithm turns out to be hilarious and intense", 16 June 2016, https://arstechnica.com/gaming/2016/06/an-ai-wrote-this-movie-and-its-strangely-moving/.

19 Mesela, Levi Strauss & Co, insan sitilistlerinin tecrübesini birleştirerek sanal bir sitilist meydana getirdi. Bkz.: https://www.levistrauss.com/2017/08/31/levis-launches-new-virtual-stylist-onlinefeature/. Yapay zekâ sistemleri, tasarım yardımcısı olarak da kullanılıyor. Tommy Hilfiger, IBM ve New York Moda Teknoloji Enstitüsü ("Fashion Institute of Technology" - "FIT") işbirliği kurararak tasarım yardımcısı olarak işleyen yapay zekâ sistemini kullanarak kumaş desenleri, renkler ve silüetler ürettiler. Bkz. GREENE Jeffrey Greene / LONGOBUCCO Anne Marie, "Is Artificial Intelligence the Newest Trend in Fashion?", **New York Law Journal**, 2018, https://www.law.com/newyorklawjournal/2018/08/24/artificial-intelligence-the-newest-trend-in-fashion/. Sanatçı Robbie Barrat, lüks marka Balenciaga'nın geçmiş koleksiyonlarına dayalı olarak yapay zekâ destekli yeni bir koleksiyon meydana getirdi. Bkz.: SCHWAB Katharine, "This AI Designs Balenciaga Better than Balenciaga" **FAST CO.**, 22 August 2018, https://www.fastcompany.com/90223486/this-ai-designs-balenciagabetter-than-balenciaga.

20 Örnekler için bkz. aşağıdaki "3. Yapay Zekânın Yapabileceği İşlemler" başlıklı bölüm.

21 "*Beyond the Fence"* isimli 22 Şubat - 5 Mart 2016 tarihlerinde Londra'da sergilenmiş olan müzikal hakkında haber için bkz.: STURM Bob / BEN-TAL Oded, "'Machine folk' music composed by AI shows technology's creative side", 31 March 2017, https://theconversation.com/machine-folk-music-composed-by-ai-shows-technologys-creative-side-74708#:~:text=This%20is%20not%20entirely%20unprecedented,broad%20oppor tunities%20for%20creative%20research.

22 Yapay zekâ tarafından ortaya konulan yaratıcı eserlere ilişkin başka örnekler için bkz.: MILLER Arthur I., **The Artist in the Machine: The World of AI-Powered Creativity**, The MIT Press, Cambridge-USA, 2019, s. 55-258.

Bu çalışmada, bu soruların cevabını Türk hukuku bakımından arayacağız. İlk bölümde, yapay zekânın tanımı, çeşitleri ve yapabileceği işlemler açıklanacak. İkinci bölümde, eser ve eser sahipliği kavramları Avrupa Birliği (AB), Amerika Birleşik Devletleri (ABD), Birleşik Krallık hukuku ve daha kapsamlı olmak üzere Türk hukuku bağlamında ele alınacak. Üçüncü bölümde, ele alacağımız ve yanıtlarını arayacağımız bir dizi soruyu şu şekilde sıralayabiliriz: Yapay zekâ tarafından meydana getirilen eserlerin korunmasında takibi mümkün hukukî çözüm yolları nelerdir? Yapay zekâ, yaratıcı mıdır? Yapay zekâ teknolojilerinin iç mimarisi yaratıcılık bağlamında bize ne anlatır? Yapay zekâ teknolojileri etrafındaki insan kodlarını nasıl buluruz? Yapay zekâ tarafından meydana getirilen eserlerde Türk hukuku bakımından nasıl bir düzenleme yapılabilir? Özetle bu çalışma, fikri haklar hukuku bakımından bu tarz eserler bakımından bir takım politika önerilerinde bulunmak amacıyla hazırlanmıştır. Çalışmanın sonunda, özellikle yapay zekâ tarafından meydana getirilen eserlerde, bu teknolojiler etrafındaki ilgili "insan" aktörlerden fikrî hakların sahibi olabilecek olanları tespit etmek için üç-aşamalı bir test üzerine kurulu bir çözüm önerisi ve model bir hukuk normu önerilmektedir.

Yapay zekâ tarafından meydana getirilen eserler dediğimizde, fikrî haklar bakımından eser sahibini tayin etmenin yanı sıra birkaç soru daha ortaya çıkıyor: Yapay zekâ teknolojilerini fikri mülkiyet bağlamında nasıl koruyabiliriz? Yapay zekânın bir fikrî ürün meydana getirmek için kullandığı verilerin hukuken "eser" sayılması halinde, ortaya çıkan saldırıdan kim sorumlu tutulmalıdır? Veya yapay zekâ teknolojileri kullanılarak eser meydana getirilmesini teşvik etmek için hukuka uygunluk sebebi olarak nasıl bir istisna getirilmelidir? Bu konular, hacmi dikkate alınarak çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır.

I. YAPAY ZEKÂ

1. Yapay Zekâ Nedir?

İnsanlar, uzun zamandır kendilerine özgü yeteneklere sahip olan makinelerin varlığını tasavvur ediyorlar[23]. Mesela Homeros, "*İlyada"* eserinde kendi kendine giden ve "üçayaklı" denen sandalyelerden ve onu gezdirsin diye demirci tanrı Heptaistos'un yaptığı "altın refakatçiler"den bahsetmişti[24].

---

[23] NILSSON Nils J., **The Quest for Artificial Intelligence: A History of Ideas and Achievements**, Cambridge University Press, Cambridge-UK, 2010, s. 3.

[24] *The Iliad of Homer*, translated by Richmond Lattimore, The University of Chicago Press, Chicago, 1961, s. 386.

İlkçağ Yunan filozofu Aristoteles de *Politika* isimli kitabında gündelik aktivitelerin yapılmasında otomasyonu düşlemişti[25]. Leonardo Da Vinci, 1495 yılı civarında ortaçağ şövalyesi biçiminde insansı robot tasarımları çizmişti[26]. İngiliz düşünür Thomas Hobbes ise, toplum sözleşmesi ve ideal devleti ele aldığı *Leviathan* isimli eserinin giriş bölümünde "yapay hayvan"dan söz etmektedir[27]. Örnekleri, çoğaltmak mümkün[28].

İlk bilgisayar programcısı olarak bilinen İngiliz matematikçi Ada Lovelace[29], 1843 yılında bilgisayar programlama hakkında yazılar yazdı[30]. Ünlü şair Lord Byron'ın da kızı olan Leydi Lovelace, bunları yazdığında bilgisayarların doğumuna daha bir yüzyıl vardı. Leydi Lovelace, aynı zamanda, bilgisayarların sadece sayıları değil sembolleri de işleyerek yaratıcılık sergileyebileceklerini iddia ediyordu[31].

Bugünkü anlamıyla yapay zekâ fikrinin temelleri, İngiliz matematikçi Alan Turing'in *"Turing testi"* kavramına dayanıyor[32]. Turing'in bilgisayarların yapabileceğini düşündüğü şeyler arasında insan zekasını taklit etmek de vardı. Bir makinenin zeki bir davranış sergileyebilme yeteneğini ölçen Turing testini ileri sürdü. Turing testi, bir makinenin insan davranışından ayırt edilemeyecek şekilde davranış sergileme ve iletişim yeteneği varsa, o makinenin zeki olarak nitelendirileceği kabulüne dayanıyordu[33]. Bu testte, bir değerlendirici, kimliklerini bilmediği bir bilgisayar ve bir insanla yazılı iletişim kuruyor; bu değerlendirici insanla bilgisayarı ayırt edemediğinde bilgisayar testi geçiyor[34].

Ancak, "yapay zekâ" kavramını popüler hale getiren John McCarthy ve Marvin Lee Minsky'dir. Bu alanın önde gelen araştırmacılarından olan bu iki bilim insanı, 1956 yılında ABD'de bulunan Dartmouth Koleji bünyesinde düzenlemek istedikleri ve "Yapay Zekâ Yaz Araştırması Projesi" olarak

---

25 ARISTOTLE, **The Politics**, translated by T. A. Sinclair, Penguin Books, London, 1981, s. 65.

26 Bkz. https://en.wikipedia.org/wiki/Leonardo%27s_robot.

27 HOBBES Thomas, **The Leviathan**, Kessinger Publishing, Whitefish MT- USA, 2004.

28 Daha fazla örnek için bkz. NILSSON, s. 3-9.

29 NILSSON, s. 33.

30 Ibid.

31 BODEN, 2018, s. 6-7.

32 TURING Alan, "Computing Machinery and Intelligence", **Mind**, 59 (1950), s. 433.

33 Ibid.

34 BURGESS, s. 38-39.

adlandırdıkları çalıştay için yapmış oldukları ödenek başvurusunda bu kavramı tanımlamış ve bağımsız bir araştırma alanı haline getirmişlerdir[35].

Öncü isimlerinin bağımsız bir araştırma alanı haline getirdiği yapay zekâ ne anlama geliyor? Sınırları çok geniş olan yapay zekanın ne anlama geldiği aslında halen tartışmalı bir konu[36]. Yapay zekâ, en geniş anlamda; "çeşitli hesaplama, matematik, mantık, mekanik ve biyoloji ilkelerine ve araçlarına başvurularak disiplinler arası bir çalışmayla tasarlanan bilgisayar işlevselliği" olarak tanımlanabilir[37]. Sentezlenmiş zekâ (*synthesized intelligence*)[38] olarak da ifade edilen yapay zekâ, insan zekasını ve bilişsel süreçleri anlama, modelleme ve taklit etmeye yönelik algoritmalardan oluşuyor[39]. Yapay zekâ; doğal dil işleme (*"natural language processing"*), robotlar (*"robotics"*), makine öğrenmesi (*"machine learning"*), uzman sistemler (*"expert systems"*), konuşma ve ses tanıma (*"speech and voice recognition"*), zekâ otomasyonu (*"intelligent automation"*), bilgisayar görüşü (*"computer vision"*) gibi çeşitli alt kullanım alanlarına sahip[40].

Genellikle, yapay zekâ ile makine öğrenmesi kavramlarının birbirinin yerine kullanıldığına şahit oluyoruz. Oysa bu terimler, birbirinden farklı anlamlar taşımaktadır. Makine öğrenmesi (*"machine learning"*), yapay zekâ başlığının altında yer alan tekniklerden birisidir. Makine öğrenmesi, bir bilgisayarın zeki olması için programlanması ve çevresinden öğrenerek zaman içinde performansını artırması üzerine inşa edilmiş bir yapay zekâ modelidir[41].

Derin öğrenme (*"deep learning"*) ise, yapay sinir ağlarının kullanılmasına dayanan bir makine öğrenmesi tekniğidir. Bu yapay zekâ türü, insan beynindeki sinir hücreleri olan nöronların birbirleriyle iletişiminin yapay

---

35 NILSSON, s. 52-56.

36 IHALAINEN Jani, "Computer creativity: artificial intelligence and Copyright" **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, 13(9), September 2018, ss. 724-728, s. 724.

37 FRANKISH Keith / RAMSEY William M., **The Cambridge Handbook of Artificial Intelligence,** CUP, Cambridge-UK, 2014, s. 1.

38 STONE Peter et al., **"Artificial Intelligence and Life in 2030', One Hundred Year Study on Artificial Intelligence: Report of the 2015-2016 Study Panel",** Stanford University, Stanford, CA, September 2016, http://ai100.stanford.edu/2016-report.

39 FRANKISH / RAMSEY, s. 1.

40 Yapay zekânın alt uygulama alanları hakkında bilgi için bkz.: KAPLAN, s. 49-66; GOLLAPUDI Sunila, **Learn Computer Vision Using OpenCV: With Deep Learning CNNs and RNNs**, Apress, Berkley-USA, 2019. s. 7-29.

41 Makine öğrenmesi hakkında geniş bilgi için bkz.: ALPAYDIN Ethem, **Machine Learning: The New AI,** The MIT Press, Cambridge- USA, 2016.

olarak taklit edilmesine dayanmaktadır. Yapay sinir ağları (*artificial neural networks*), insan beynindeki biyolojik sinir ağlarından esinlenerek oluşturulan algoritma modelleri ve bunların vücut bulduğu donanımlardır[42]. Böylece, makine öğrenmesinin, yapay zekânın bir alt kümesini; derin öğrenmenin de onun bir alt kümesini oluşturduğunu söyleyebiliriz.

Şekil 1: Yapay Zekâ, Makine Öğrenmesi ve Derin Öğrenme

2. Yapay Zekâ Çeşitleri

Yapay zekâyı sınıflandırmanın iki ana biçimi bulunmaktadır. İlk sınıflandırmaya göre yapay zekâ, dört çeşide ayrılabilir[43]:

Birinci çeşit, *"reaktif yapay zekâ"*dır (*"reactive artificial intelligence"*). Bu tür yapay zekâ, sadece bir alanda uzmanlaşmıştır. İnsanlar gibi sosyal etkileşim kurma yeteneği bulunmamaktadır; ancak, üzerine kurgulandığı bağlamsal çevredeki unsurları algılar ve buna göre tepki vermek üzere harekete geçer[44]. IBM Şirketi'ne ait *"Deep Blue"* isimli satranç oynayan yapay zekâ, Google Şirketi'ne ait *"AlphaGo"* isimli go oyunu oynayan yapay zekâ bu türe örnek teşkil eder.

---

[42] Derin öğrenme hakkında geniş bilgi için bkz.: SEJNOWSKI Terrence J., **The Deep Learning Revolution,** the MIT Press, Cambridge- USA, 2018. Derin öğrenme, temel olarak üç şekilde olmaktadır. İlk yöntemde, makineye doğru ve yanlış şeklinde geri bildirimler verilmektedir. Buna, gözetimli öğrenme (*"supervised learning"*) denilir. İkinci yöntemde, makinenin kendisinin doğruyu bulması beklenir. Buna, gözetimsiz öğrenme (*"unsupervised learning"*) denilir. Üçüncü yöntemde, makinenin doğru ve yanlış yapması halinde ödüllendirilmesine veya cezalandırılması söz konusudur. Buna, pekiştirme öğrenmesi (*"reinforcement learning"*) denilir.

[43] GOLLAPUDI, s. 4. Ayrıca bkz. BOZKURT YÜKSEL Armağan Ebru, "Yapay Zekânın Buluşlarının Patentlenmesi", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi,** 5(11), 2018, ss.585-622, s. 590-592.

[44] GOLLAPUDI, s. 4.

İkinci çeşit, *"sınırlı hafızaya sahip yapay zekâ"*dır (*"limited memory artificial intelligence"*). Bu tür yapay zekâ, uygun kararlar verebilmesi için sınırlı bir hafıza kapasitesine sahiptir ve programlandığı sınırlı ölçüde geçmiş tecrübeleri kullanmak suretiyle güncel verileri uygular[45]. Kendi kendine giden araçlar, Amazon'un kişisel dijital asistanı *"Alexa"*, Apple'in chatbot/sohbet robotu *"Siri"* bu türe örnek teşkil eder.

Üçüncü çeşit, *"zihin kuramı üzerine kurulu yapay zekâ"*dır ("*theory of mind artificial intelligence"*). Bu tür yapay zekâ, insan davranışlarını etkileyen düşünceleri ve duyguları anlama kapasitesine sahiptir[46]. Aktif olarak öğrenme yeteneği vardır. Günümüzde henüz geliştirilmesi tam olarak bitmemiştir. *"Star Wars"* filmindeki *"R2-D2"* karakteri bu tip yapay zekâya örnek teşkil eder.

Dördüncü tür ise, *"kendinin farkında olan yapay zekâ"*dır ("*self-aware artificial intelligence"*). Bu tür yapay zekâ, varlığının ve bulunduğu çevrenin farkında olan makinelerdir. Bu tür yapay zekâ, zihin kuramı üzerine kurulu yapay zekâların geliştirilmiş hali olup, önsezi ve bilince sahiptirler. Bunlar, kendi iç dünyasını tanır, etrafındakilerinin duyguları hakkında tahminler yürütebilir; soyutlamalar ve çıkarımlar yapabilir[47]. Bu tür bakımından henüz bir prototip geliştirilmemiştir; ancak gelecekte makinelerin böyle olacağı düşünülmektedir. Bu türe, *"Ex-Machina"* filmindeki *"Ava"* karakteri veya *"Terminatör"* karakterleri örnek gösterilebilir.

Şekil 2: Yapay Zekâ Çeşitleri[48]

---

45 GOLLAPUDI, s. 4-5.

46 GOLLAPUDI, s. 5.

47 GOLLAPUDI, s. 5.

48 GOLLAPUDI, s. 4'teki Şekil 1'den uyarlanmıştır.

Yapay zekâ çeşitleri, bir diğer sınıflandırmaya göre; *"dar yapay zekâ"* ("*artificial narrow intellegence"*), *"genel yapay zekâ"* ("*artificial general intelligence"*) ve *"süper yapay zekâ"* ("*artificial super intelligence"*) olarak üçe ayrılmaktadır[49].

Dar yapay zekâ, sınırlı yetenekleri bulunan, bazı kurallara dayanan ve önceden planlanmış işlemleri gerçekleştirebilen modeldir. Bu modelde, belirli bir hedefe ulaşmak için dar bir teknoloji uygulanmaktadır. Zayıf yapay zekâ (*weak artificial intelligence*) olarak da bilinmektedir. Siri ve Pillo isimli hastalık teşhisi yapan ve ilaç reçete edebilen robot, bu türe örnek teşkil eder. Genel yapay zekâda insan beyni taklit edilmektedir. Bu modelde, insana benzer şekilde düşünebilen ve çalışabilen bir teknoloji söz konusudur. Güçlü yapay zekâ (*strong artificial intelligence*) olarak da bilinmektedir. Süper yapay zekâ, insanların yapabileceklerinin ötesine geçebilen görevleri yerine getirme yeteneğine sahip modeldir[50].

Bugünkü makinelerin çoğu dar yapay zekâ taşıyan teknolojileri içermektedir. Genel ve süper yapay zekâ türleri halen geliştirme aşamasındadır[51]. Zamanı konusunda halen tartışmalar bulunsa da yapılan bir ankette, uzmanların genel yapay zekânın gelecek yirmi beş yıl içinde geliştirilebileceğini düşündüklerini ortaya koydu[52]. Google mühendislik bölümü yöneticilerinden Ray Kurzweil daha optimist bir öngörüde bulunuyor; ona göre bilgisayarlar on yıl gibi bir süre içinde insan seviyesinde zekâya sahip olabilecekler[53].

3. Yapay Zekânın Yapabileceği İşlemler

Hollandalı ressam Rembrandt van Rijn'ın vefatından dört yüzyıl sonra 5 Nisan 2016 tarihinde, yeni bir Rembrandt doğdu: *The Next Rembrandt (Gelecek Rembrandt)*[54]. Aslında *Next Rembrandt*, yapay zekâ tarafından meydana

---

49 GOLLAPUDI, s. 6.

50 GOLLAPUDI, s. 6.

51 GOLLAPUDI, s. 6.

52 MÜLLER Vincent C. / BOSTROM Nick, "Future Progress in Artificial Intelligence: A Survey of Expert Opinion" in MÜLLER Vincent C. (ed.), **Fundamental Issues of Artificial Intelligence,** Springer International Publishing, Switzerland, 2016, ss. 555-572, s. 555.

53 REJCEK Peter, **Singularity Hub**, 31 March 2017, https://singularityhub.com/2017/03/31/can-futurists-predict-the-year-of-the-singularity [https://perma.cc/4TDE-QQTW].

54 Projede ING Bankası, the J. Walter Thompson Ajansı, Microsoft, TU Delft Üniversitesi, Mauritshuis ve Rembrandthuis müzeleri bir araya gelmiştir. SCHLACKMAN Steve, "The Next Rembrandt: Who Holds the Copyright in Computer Generated Art", **Art Law Journal,** 22 April 2016, http://artlawjournal.com/thenext-rembrandt-who-holds-the-copyright-in-computer-generated-art.

getirilen bir portrenin adı.[55] Portre, bilgisayar tarafından yeni sanat eserleri meydana getirmeyi amaçlayan bir proje sonucu ortaya çıkmıştı. Bu projede, veri bilimciler, mühendisler ile sanat tarihçileri, Microsoft'la bağlantılı olarak bir araya geldiler. Proje ekibi, yaklaşık 350 eser üzerinde Rembrandt'ın resim tekniğini, sitilini, kullandığı obje ve kişileri inceledi. Sonra, var olan eserleri kopya edebileceği gibi tamamen yeni ve inovatif sanat eserleri yapabilecek bir program geliştirdi. Projede ayrıca, Rembrandt'ın eserlerindeki ışıklandırma, renklendirme, fırça darbeleri ve geometrik şekiller gibi teknik ve estetik elementler ayrıştırılarak dijital hale getirildi. Geliştirilen program makine öğrenmesi tekniğiyle dijital bu verilerle maruz bırakılarak eğitildi. Daha sonra program, sakalı olan, beyaz yakası bulunan siyah kıyafetler ve şapka giymiş, 30-40 yaşlarında ve sağa bakan beyaz bir erkeğin portresini yapma komutuyla çalıştırıldı. Programın yaptığı resim, Rembrandt'ın portrelerindeki kişilere benzemiyordu. Program, proje ekibinin de bilmediği ve fakat Rembrandt'ın sanatsal özelliğini taşıyan yepyeni bir yüz çizmişti[56]. 1970'lerde Harold Cohen tarafından geliştirilen AARON[57] ve Simon Colton'un "Resim Yapan Aptal" (*"The Painting Fool"*)[58] isimli resim yapan yapay zekâları bu alanın öncüleri olsa da üç boyutlu özel bir yazıcıyla bastırılan *Gelecek Rembrandt* portresi, gerçek bir tablo özelliği taşıyordu. Portre, eleştirmenlerden olumlu ve olumsuz olmak üzere karışık tepkiler almıştı[59]. Resim yapabilen ve, bu çalışmada sayıldığı üzere, birçok eser meydana getirebilen bu sistemlerin teknolojik kapasitesinin sınırı ne kadar geniştir?

Bugünkü yapay zekâ teknolojilerinin yapabileceği işlemler şu safhalardan oluşuyor: İlk safha, "bilgiyi yakalama"dır (*"capturing information"*). Bu safhada, geniş veri kümelerinden faydalı veriler çıkarılır[60]. İkinci safha, toplanmış bu faydalı verilerden "ne olduğunu" (*"what is happening"*) anlamlı hale getirmektir[61]. Bir sonraki safha, "optimizasyon" (*"optimisation"*)

---

55 Projenin web sayfası için bkz.: https://www.nextrembrandt.com/.

56 https://www.nextrembrandt.com/.

57 COHEN Harold, "Parallel to Perception", **Computer Studies in the Humanities and Verbal Behavior**, IV-3/4, 1973, Reprinted in "Aspects: The Computer in the Visual Arts" 1981.

58 Bu yapay zekâ hakkında bilgi için bkz.: http://www.thepaintingfool.com/.

59 Portreyi, Rembrandt hayranları tarafından meydana getirilen bir içerik ("fan-fiction") olarak nitelendiren bir eleştiri için bkz.: SCHJELDAHL Peter, "A Few Words About the Faux Rembrandt", **The New Yorker**, 8 April 2016, https://www.newyorker.com/culture/culture-desk/a-few-words-about-the-faux-rembrandt.

60 BURGESS, s. 30.

61 BURGESS, s. 31.

ve "tahmin etme" (*"prediction"*) işlemlerinden oluşur. Optimize etme, örüntüleri/modelleri belirleme anlamına geliyor. Tahmin etme ise, bir sonraki aşamada ne olacağını hesaplama yeteneğini ifade ediyor[62]. Fakat yapay zekâ teknolojilerinde, insana özgü olan "bilişsel yetenek" (*"cognition"*) bulunmuyor. Bu yapay zekâ teknolojilerinin "bir şeyin neden gerçekleştiğini" (*"why a certain thing is occurring"*) anlama yeteneğinin bulunmadığı anlamına geliyor. Yani, insanın anlama yetenekleri, yapay zekâda mevcut değil[63]. Bu nokta, yapay zekânın yaratıcılık yeteneği hakkında soru işareti uyandıran bir hal. Bu soruya aşağıda geri döneceğiz[64].

Şekil 3: Yapay Zekânın Yapabileceği İşlemler[65]

Peki yapay zekâ tarafından meydana getirilen fikri ürünler, fikri haklar altında koruma alanı bulabilirler mi? Gelecek bölümde bu soruya pozitif hukuk bakımından cevap arayalım.

II. ESER KAVRAMI VE ESER SAHİPLİĞİ

1. AB Hukuku

AB (ve tabi ki Türk) fikrî haklar hukuku bağlamında üç ana uluslararası sözleşme, Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Berne Kon-

---

62 BURGESS, s. 31.

63 BURGESS, s. 31.

64 Bkz. aşağıda "III. 2. Yapay Zekâ Yaratıcı mıdır?" başlıklı bölüm.

65 BURGESS, s. 51'teki Şekil 3.3'ten uyarlanmıştır.

vansiyonu[66], Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü Telif Hakları Andlaşması[67] ve Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Andlaşmasıdır (TRIPs Anlaşması)[68]. Berne Konvansiyonu metninde sıkça kullanılmasına karşın eser sahibi kavramının açık bir tanımı verilmemiştir[69]. Ancak akademik görüşlerin, metni ve tarihî bağlamı ekseninde değerlendirildiğinde, Berne Konvansiyonu açısından sadece gerçek kişilerin meydana getirdikleri eserlerin sahibi olabilecekleri yönünde konsensüs içinde olduğu gözlemleniyor[70]. Berne Konvansiyonu ayrıca, orijinallik şartı bakımından da konuyu açık bırakan bir yaklaşım benimsiyor; çünkü bu, kabul edildiği zamanlarda millî fikri mülkiyet hukuklarında zaten fikrî haklarının tanınması için aranan bir hususu[71]. Sam Ricketson'a göre, orijinallik unsuru m. 2'de düzenlenen edebiyat ve sanat eserleri ibarelerinin doğal içeriğinde yer alan bir şart olarak anlaşılıyor[72]. Edebiyat ve sanat eseri yeterli derecede orijinal olmalı denildiğinde "eser sahibinin insan olması ve basit bir çabanın ("alın terinin") üstünde ve ötesinde bir fikrî katkı olması gerekliliğine" işaret ediyor[73].

Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü Telif Hakları Andlaşması ve TRIPs Anlaşması da eser sahibinin tanımı konusunda sessizler. Ancak, Berne Konvansiyonu'na uyulması gerektiğini ifade ederek meseleyi çözüyorlar. Peki AB'de ortak bir eser ve eser sahipliği tanımı var mı?

---

66 Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works as amended on 28 September 1979, https://wipolex.wipo.int/en/text/283693.

67 Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. WIPO Copyright Treaty (WCT) 1996. https://wipolex.wipo.int/en/text/295157.

68 Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (Marrakesh, Morocco, 15 April 1994), Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1C, THE LEGAL TEXTS: THE RESULTS OF THE URUGUAY ROUND OF MULTILATERAL TRADE NEGOTIATIONS 321 (1999), 1869 U.N.T.S. 299, 33 I.L.M. 1197 (1994) (TRIPS).

69 RICKETSON Sam, **The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works 1886-1986**, Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary College: Kluwer, London, 1987, para. 6.4; GINSBURG Jane C., "The Concept of Authorship in Comparative Copyright Law", **DePaul. Law Review**, 52(4), 2003, ss. 1063-1092, s. 1069.

70 RICKETSON Sam, "People or Machines? The Berne Convention and the Changing Concept of Authorship", **Colum.-VLA J. L. & Arts**, 16, 1991, ss. 1-37, s. 16; DIETZ Adolf, "The Concept of Authorship Under the Berne Convention" **RIDA** 155(3), 1993; VON LEWINSKI Silke, **International Copyright Law and Policy**, OUP, Oxford-UK, 2008, § 5.84; GOLDSTEIN Paul / HUGENHOLTZ P. Bernt, **International Copyright: Principles, Law, and Practice**, 3rd edn, OUP, Oxford-UK, 2013, s. 247-248.

71 RICKETSON, 1991, s. 10.

72 RICKETSON, 1991, s.10.

73 RICKETSON, 1991, s. 10.

Bugün için AB nezdinde fikri haklarla ilgili hükümler içeren 14 adet yönerge bulunuyor[74]. Buna karşın bu yönergelerde, sinematografik ve görsel-işitsel eserler, bilgisayar programları ve veri tabanları haricinde, eser sahipliği konusu açıkça düzenlenmiyor. 93/8319 sayılı Uydu Yayınları ve Kablolu Yayın Yönergesi m. 1(5)'te ve 2006/115 sayılı Kiralama ve Ödünç Verme Yönergesi m. 2(2)'de, sinematografik veya görsel-işitsel bir eserin esas yönetmeninin eserin sahibi ya da sahiplerinden biri sayılacağı düzenlenmiş ve başka kişilerin ortak eser sahibi olarak belirlenmesi üye devletlere bırakılmıştır. 2009/2422 sayılı Bilgisayar Yönergesi m. 2(1)'e göre, "bilgisayar programlarında eser sahibi, programı yaratan gerçek kişi veya gerçek kişi topluluğu, ya da Üye Devletteki mevzuatın izin verdiği hallerde, mevzuat tarafından hak sahibi olarak tayin edilmiş tüzel kişidir". Benzer şekilde, 96/923 sayılı Veri Tabanı Yönergesi m. 4(1)'e göre, "veri tabanının eser sahibi, tabanı oluşturan gerçek kişi veya gerçek kişiler grubudur; veya Üye Devletlerin mevzuatının izin verdiği hallerde, mevzuat tarafından hak sahibi

---

[74] Council Directive 93/83/EEC of 27 September 1993 on the coordination of certain rules concerning copyright and rights related to copyright applicable to satellite broadcasting and cable retransmission ("Satellite and Cable Directive"); Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases ("Database Directive"); Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ("Directive on electronic commerce"); Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society ("InfoSoc Directive"); Directive 2001/84/EC of the European Parliament and of the Council of 27 September 2001 on the resale right for the benefit of the author of an original work of art ("Resale Right Directive"); Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights; - Directive 2006/115/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on rental right and lending right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property ("Rental and Lending Directive"); Directive 2006/116/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on the term of protection of copyright and certain related rights ("Term Directive"); Directive 2009/24/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the legal protection of computer programs (Codified version); Directive 2011/77/EU of the European Parliament and of the Council of 27 September 2011 amending Directive 2006/116/EC on the term of protection of copyright and certain related rights; Directive 2012/28/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 on certain permitted uses of orphan works ("Orphan Works Directive"); Directive 2013/37/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 amending Directive 2003/98/EC on the re-use of public sector information; Directive 2014/26/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on collective management of copyright and related rights and multi-territorial licensing of rights in musical works for online use in the internal market; Directive 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC ("Digital Single Market Directive").

olarak tayin edilen tüzel kişidir". Her halükârda, 2006/11624 sayılı Koruma Süreleri Yönergesi, koruma sürelerini insanların yaşam sürelerine göre tayin etmektedir.

Yalnızca Bilgisayar Yönergesi (m. 1(3)), Veri Tabanı Yönergesi (m. 3(1)) ve Koruma Süreleri Yönergesi (m. 6), orijinallik unsuru konusunda bir düzenleme içeriyor. Bu yönergelere sırasıyla; bilgisayar programlarının, veri tabanlarının ve fotoğrafların fikri haklar bağlamında korunması için "eser sahibinin kendi fikri yaratımı olması" gerektiğini öngörüyor. Bu sebeple, AB hukuku bağlamında orijinallik unsurunun ve eser kavramının Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) tarafından verilen bir dizi karar sonucu uyumlaştırıldığı söylenebilir. ABAD, ilk olarak 2009 yılında *Infopaq* davasında verdiği kararla AB çapında geçerli bir orijinallik standardı belirledi[75]. *Infopaq* öncesi, Avrupa Birliği üyesi ülkeleri arasında yaygın ve ortak bir orijinallik eşiği bulunmamaktaydı. Üyeliğini sonlandıran İngiltere'de orijinallik için, eserin sahibinden kaynaklanması yani kopyalanmaması ve sahibinin eseri meydana getirirken *"emek, yetenek ve muhakeme (gücü)"* göstermesi aranıyordu[76]. Kıta Avrupası ülkelerinde ise, *"şahsi fikrî yaratım"* (*"persönliche geistige Schöpfungen"*)[77], *"yaratıcı özelliği olan fikrî ürünler"* ("*dell'ingegno di carattere creative"*)[78] veya "fikrî eser" (*"oeuvre de l'esprit"*)[79] kimi zaman daha yüksek kimi zaman daha esnek bir standardın varlığı gerekli görülüyordu[80].

Infopaq davası, Danimarka Gazeteler Derneği tarafından açılmıştı. Dava, Infopaq International isimli şirketin müşterilerine satmak için hazırladığı haber kupürlerine ilişkindi. Haber kupürleri, veri yakalama tekniğiyle gazetelerin orijinal metinlerinin taranması sonucu elde ediliyor ve 11 kelimelik kesitlerden oluşuyordu. ABAD, bu haber kupürlerinin fikri haklar bakımından eser sayılmak için yeteri kadar orijinal olup olmadığını değerlendirdi.

---

75 Case C-5/08, *Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening*, E.C.R. I-06569, (2009) ('*Infopaq*').

76 BENTLY Lionel / SHERMAN Brad / GANGJEE Dev / JOHNSON Phillip, **Intellectual Property Law,** 5th edn., Oxford University Press, Oxford-UK, 2018, s. 96-97.

77 Urheberrechsgestetz Art. 2(2).

78 Legge 22 April 1941 No 633 - *Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio* Art. 1(1) ve Codice Civile Art. 2575.

79 Code de la propriété intellectuelle Art. L111-1(1).

80 Bkz.: ROSATI Eleonora, **Originality in EU Copyright: Full Harmonization through Case Law**, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2013, s. 69-80.

ABAD tarafından bu davada kabul edildiği üzere, bir eserin orijinal sayılması için "sahibinin kendi fikri yaratımı" olmalıydı[81]. Bu davayla AB fikri haklar hukuku bağlamında bu prensibin Berne Konvansiyonunda öngörülen tüm eser kategorilerini kapsayacak şekilde geçerli olduğu kabul edildi[82]. *Infopaq* davasında belirlenen orijinallik eşiği, ABAD tarafından daha sonra *BSA*[83], *FAPL*[84], *Painer*[85], *Football Dataco*[86] ve *SAS*[87] davalarıyla açıklanmıştır. ABAD, kullanıcı ara yüzünün (*BSA*), portre bir fotoğrafın (*Painer*) ve program dilinin (*SAS*) sahibinin kendi yaratımı olması şartıyla korunabileceğine; maç fikstürleri (*Football Dataco*) ve maç yayınlarının (*FAPL*) koruma dışı kaldığına karar vermiştir. Buna göre bugün için AB hukukunda:

1. Bir eserin orijinal sayılması için, sahibinin 'kendi fikri yaratımı olması' gereklidir ve bu AB fikri haklar kapsamına giren tüm koruma konuları için geçerlidir[88].
2. Bir eser meydana getirilirken sahibi yaratıcı ve serbest seçimler yaparak kişiliğini yansıttığında o eser orijinal sayılır[89].
3. Bir fikri ifade etmenin sadece bir yolu olduğunda veya bir ifade bir amaç tarafından belirlenip ya da dar kurallar tarafından dikte ettirilip yaratıcı tercihler yapılması için hiçbir imkân tanımadığında, eser orijinal değildir[90].

Yukarıdaki davalar, AB hukukunda orijinallik şartının insanî doğası yönünde güçlü bir gösterge[91]. Christian Handig'in altını çizdiği gibi, "'eser

---

81 *Infopaq*, para. 36- 48.

82 *Infopaq*, para. 34, 48.

83 Case C-393/009, *Bezpečnostní softwarová asociace v Ministerstvo kultury*, E.C.R. I-13971, (2010) ('*BSA*').

84 Cases C-403/08 and C-429/08, *Football Association Premier League Ltd and Karen Murphy*, E.C.R. I-09083 (2011) ('*FAPL*').

85 Case C-45/10, *Eva-Maria Painer v Standard Verlags GmbH and others*, E.C.R. I-12533 (2011) ('*Painer*').

86 Case C-604/10, *Football Dataco v Yahoo! UK Ltd and others*, 2 C.M.L.R. 24 (2012) ('*Football Dataco*').

87 Case C-406/10 *SAS Institute v World Programming Ltd (WPL)* 3 C.M.L.R. 4 (2012) ('*SAS*').

88 *Infopaq*, para. 34-48.

89 *Football Dataco*, para. 38-39; *BSA*, para. 50; *Painer*, para. 89 ve 92.

90 *FAPL*, para. 98; *Football Dataco*, para 39.

91 GUADAMUZ Andres, "Do Androids Dream of Electric Copyright? Comparative Analysis of Originality in Artificial Intelligence Generated Works", **Intellectual Property Quarterly,** 2, 2017, ss. 169-186, s. 178.

sahibinin kendi yaratımı' ibaresi, fikrî hakla korunan bir eser için insan eser sahibinin gerekli olduğunu açıklıyor"[92]. Böylece, kaçınılmaz bir şekilde, AB fikrî haklar hukuku bakımından eser sahibinin insan olması ve eserin de sahibinin kişiliğini yansıtması sonucuna varmak gerekiyor[93].

2. ABD Hukuku

ABD hukukunda bir fikrî ürünün eser sayılması için orijinal olması ve sabitlenmesi gerekiyor[94]. Yüksek Mahkeme, orijinal olma şartını *Feist* davasında[95] bir telefon rehberi bağlamında değerlendirdi. Mahkeme, davaya kadar ABD hukukunda hakim olan *"alın teri"* (*"sweat of the brow"*) teorisinin ötesine gitti. Alın teri teorisinde, bir eserin orijinal olması için o eserin meydana getirilmesinde yeterli miktarda bir çaba gösterilmesi yeterli sayılıyordu. *Feist* davasında Yüksek Mahkeme, orijinal olma şartının sağlanması için, başka bir eserden kopyalanmamış olması (eser bağımsız olarak yaratılmalı) ve "asgari düzeyde yaratıcılık" (*"modicum of creativity"*) içermesi gerektiğine hükmetti[96]. Böylece, dava konusu telefon rehberi, orijinal bir eser olarak kabul edilmedi. ABD hukukunda bir fikrî ürünün orijinal sayılması için tam manasıyla yeni bir eser olması da aranmıyor[97]; ancak sahibinin özgün düşünce, yetenek ve emeğini yansıtması gerekli görülüyor[98]. Daha önceki eserlere dayalı olarak meydana getirilen eserler de fikrî hak koruması dışında değil; çünkü, bunlar kanunda öngörülen ölçüde değişiklik içermeleri şartıyla işleme eser (*"derivative work"*) olarak korunabiliyor[99]. ABD'de eserin korunması için, orijinal olması yanında herhangi bir taşınabilir araca sabitlenmesi de (*"fixation"*) gerekli görülüyor[100].

---

92 HANDIG Christian, "The copyright term "work" - European harmonisation at an unknown level", **International Review of Intellectual Property and Competition Law**, 40(6), 2009, ss. 665-685, s. 668.

93 GUADAMUZ, s. 178.

94 Telif Kanununun (*"Copyright Act"*) ilgili maddesinin İngilizcesi şu şekildedir: "[c]opyright protection subsists, in accordance with this title, in *original* works of *authorship* fixed in any *tangible medium of expression*, now known or later developed, from which they can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device." 17 U.S.C. § 102(a) (2000) (İtalik hale getirilmiştir).

95 *Feist Publications Inc v Rural Telephone Service Co* 499 U.S. 340 (1991).

96 *Feist Publications Inc v Rural Telephone Service Co* 499 U.S. 340, 345 (1991).

97 *Alfred v Bell & Co.*, 191 F.2d 99, 102 (1951).

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

99 İşleme eserler için bkz.: 17 USC § 101 (2000).

100 17 U.S.C. § 102(a) (2000).

ABD hukukunda fikrî hakların başlangıçta eser sahibine ait olduğu ve birlikte eser meydana getirenlerin de bu hakların da birlikte sahibi oldukları kabul ediliyor[101]. Eser sahibi, eserin "kaynağını aldığı, onu yaratan ve yapan" olarak tanımlanıyor[102]. ABD Telif Kanununda, eser sahipliği açıkça insanlara atfedilmemiş. Ancak, Birleşik Devletler Telif Kurumu (*"US Copyright Office"*), yakın zamanlarda insan dışında eser sahibi olamayacağını yönünde bir yorumda bulundu. ABD'de eserlerin tescilini öngören gönüllülük esasına dayalı bir sistem mevcut. Tescil, fikrî hak sahibi olmak için zorunlu bir resmî şekil şartı değil; ancak hakların icrası için zorunlu bir işlem. Telif Kurumu, tescil işlemlerini düzenleyen rehberinde[103] yalnızca insanlar tarafından meydana getirilen orijinal eserleri tescil edeceği beyan ediyor[104]. Hatta Telif Kurumu, daha ötesine giderek, "herhangi bir yaratıcı insan müdahale veya katkısı olmaksızın rastgele ya da otomatik olarak işleyen makine veyahut salt mekanik yolla meydana getirilen eserleri" tescil etmeyeceğini ifade ediyor[105]. Bu rehber, bağlayıcı olmayan ve her zaman değiştirilmesi mümkün bir belge. Buna rağmen, ABD hukukundaki yapay zekâ tarafından meydana getirilen eserlere bakış açısını göstermek açısından önemli bir yer tutuyor[106].

ABD hukukunda benimsenen bu bakış açısını "maymun öz çekimi" (*"monkey selfie"*) üzerinde fikrî hak konusunun ele alındığı *Naruto* davasında[107] da görmek mümkün. Dava, *"People for the Ethical Treatment of Animals (PETA)"* isimli hayvan hakları derneği tarafından açılmıştı. Davalı, ortaya bıraktığı fotoğraf makinesi ile Naruto isimli maymunun çektiği öz

---

[101] Copyright Act, 17 U.S.C. § 201(a) (2000).

[102] *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony*, 111 U.S. 53, 58 (1884).

[103] US Copyright Office, Public Draft of Compendium of U.S. Copyright Office Practices, Third Edition (15 March 2019) https://www.copyright.gov/comp3/docs/3-15-19/compendium-draft.pdf ("*Compendium"*).

[104] COMPENDIUM, para. 306.

[105] COMPENDIUM, para. 313.

[106] Birleşik Devletler Telif Kurumu, 1956'da Martin Klein ve Douglas Bolitho isimli matematikçilerce yapılan bilgisayar tarafından meydana getirilmiş *"Push Button Bertha"* isimli şarkının tescil başvurusunu reddetmiştir. Bkz. BRIDY Annemarie, "The Evolution of Authorship: Work Made by Code", **Columbia Journal of Law & the Arts**, 39(3), 2016, ss. 395-401, s. 395-397. 1964'te ise bu kez, bir makine tarafından rastgele şekiller kullanılarak çizilen yer karosu tasarımı için yapılan tescil başvurusu, bir eser sahibinin ürünü olmaması sebebiyle reddedilmiştir. Bkz. US Copyright Office, Register of Copyright, 67th Annual Report of the Register of Copyrights (1964) s. 7-8.

[107] *Naruto v Slater, 2018 U.S. App. LEXIS 10129 (9th Cir. Cal., 23 April 2018)*.

çekimleri kitap haline getiren fotoğraf sanatçısı David Slater'dı. Davacı dernek, fotoğraflar üzerinde Naruto'nun fikrî hakkı bulunduğunu iddia ediyordu. Kaliforniya Bölge Mahkemesi, eser sahipliği ve eser kavramlarının kanunda açıkça tanımlanmadığının altını çizdi. Bu, söz konusu kavramların yorumunda esneklik tanımak için kanun koyucu tarafından kasten yapılan bir tercihti. Mahkeme, hayvanların anayasal hakları olsa da, fikrî haklarının ihlal edildiğini dava etme hakları olmadığına hükmetti.

Böylece günümüz ABD hukukunda (*Feist)* bilgilerin birleştirilmesi ve düzenlenmesi orijinal olarak kabul edilmezken AB hukukunda (*Infopaq)* orijinal sayılıyor.

3. Birleşik Krallık Hukuku

Birleşik Krallık hukukunda, fikrî hakları düzenleyen temel kanun 1988 tarihli Telif, Tasarımlar ve Patentler Kanunu'dur (*"Copyright, Designs and Patents Act 1998" - "CDPA"*). Bu kanuna göre, bir fikrî ürünün fikrî haklar için öngörülen korumadan istifade edebilmesi için şu şartları taşıması gerekiyor:

- Fikrî ürünün, Kanunda öngörülen eser kategorilerinden birine girmesi şarttır. Bu eser kategorileri şunlardır: (i) edebî eserler (*"literary works"*)[108], (ii) sahne eserleri (*"dramatic works"*)[109], (iii) müzik eserleri (*"musical works"*)[110], (iv) sanat eserleri (*"artistic works"*)[111], (v) sinema eserleri ve tespitleri (*"films"*)[112], (vi) ses tespitleri (*"sound recordings"*)[113], (vii) yayınlar (*"broadcasts"*)[114] ve (viii) topografik düzenlemeler (*"typographical arragements of published editions"*)[115]. Birleşik Krallık hukukunda, Türk veya Fransız hukukları ile uluslararası belgelerde[116] geçerli olan eser sahibinin hakları ve komşu haklar ayrımı bu-

---

[108] CDPA s. 3.

[109] CDPA s. 3.

[110] CDPA s. 3.

[111] CDPA s. 4.

[112] CDPA s. 5, 5B.

[113] CDPA s. 5, 5A.

[114] CDPA s. 6-7.

[115] CDPA s. 8.

[116] 1886 tarihli Berne Antlaşması eser sahibinin haklarını düzenlerken 1961 tarihli Roma Antlaşması komşu haklara ilişkin hükümler içermektedir.

lunmuyor; bu fikrî ürünler, eser (*"work"*) olarak adlandırılıyor[117]. İcracı sanatçıların hakları ise ayrı bir başlık altında ele alınıyor[118].

- Fikrî ürünün yazılmış, kaydedilmiş veya başka bir şekilde bir materyale sabitlenmiş olması gerekiyor. Bu şart, edebî eserler, sahne eserleri ve müzik eserleri için geçerli[119].
- Fikrî ürün, orijinal olmalı. Bu şart, edebî eserler, sahne eserleri, müzik eserleri ve sanat eserleri için geçerli[120]. Birleşik Krallık'ta geleneksel, yani *Infopaq* davası öncesinde, orijinal olma standardının dört yönü vardır. Birincisi eser, onu meydana getirenden kaynaklanıyor ve kopyalanmamışsa orijinal sayılıyor[121]. İkincisi eser, onu meydana getiren "emek, yetenek ve muhakeme (gücü)" (*"skill, labour and judgement"*) göstermişse orijinal olarak kabul ediliyor[122]. Üçüncüsü, sarf edilen "emek, yetenek ve muhakeme (gücü)" önemsiz olmamalı; azımsanmayacak derecede fazla seviyede olmalı[123]. Dördüncüsü, ancak doğru türden "emek, yetenek ve muhakeme (gücü)" gösterilmesi, bir esere orijinallik verir; yani bir başka eseri kopyalayarak bir eser meydana getirmek için ne kadar emek sarf edilse bile böyle bir fikrî ürün korumadan yararlanamaz[124].
- Fikrî ürün, Birleşik Krallık hukukuyla yeteri derecede bağlantılı olmalı. Bu şart tüm eser kategorilerine uygulanıyor[125].
- Fikrî ürün, kamu düzeni sebebiyle koruma kapsamı dışında bırakılmamış olmalı[126].

---

[117] BENTLY /SHERMAN /GANGJEE / JOHNSON, s. 58.

[118] CDPA s. 180-205N.

[119] CDPA s. 3(2).

[120] CDPA s. 1(1)(a).

[121] *University of London Press v University Tutorial* [1916] 2 Ch 601.

[122] Bu kriter uygulanarak futbol maçlarının sonuçlarını gösteren tablolara fikrî haklar bağlanımda koruma sağlanmıştır. Bkz.: *Ladbroke (Football) v William Hill (Football) Ltd [1964] 1 All E.R. 465 HL* at 466 and 469.

[123] Mesela, yüz boyası fikrî haklarla korunmamıştır. Bkz.: *Merchandising Corporation v Harpbond* [1971] 2 All E.R. 657.

[124] *Interlego AG v Tyco Industries Inc* ([1989] AC 217; *British Northrop Ltd v Texteam Blackburn Ltd* [1974] RPC 57.

[125] BENTLY /SHERMAN /GANGJEE / JOHNSON, s. 119-122.

[126] BENTLY /SHERMAN /GANGJEE / JOHNSON, s. 122-124.

Birleşik Krallık hukukunda kural olarak, fikrî ürünü yaratan kişi eser sahibi olarak kabul ediliyor[127] ve bu kişi fikrî hakların da sahibi oluyor[128]. Kanunda buna getirilen önemli bir istisna, işverenin eser sahipliğidir. Bir edebî, sahne, müzik, sanat veya sinema eseri; çalışma ilişkisi esnasında çalışan tarafından meydana getirildiğinde, aksine sözleşme yoksa o eser üzerindeki hak sahipliği işverene ait oluyor[129]. Girişimcilik eserlerinde de (*"entrepreneurial works"*) - ses ve film tespitlerinde, yayınlarda ve topografik düzenlemelerde - özel eser sahipliği kuralları uygulanıyor. Bu eser sahipleri; müzik eserlerinin veya filmlerin yapımcıları, yayını yapan kişi ve topografik düzenlemeleri yayımlayanlardır[130]. Tüzel kişiler, bu eserlerin sahibi olabilirler.

CDPA m. 9(3)'te bilgisayarlar tarafından meydana getirilen eserlerle ilgili özel bir düzenleme mevcut. Bu düzenlemeye göre;

> "Bilgisayar tarafından meydana getirilen edebî, sahne, müzik veya sanat eserlerinde eser sahibinin o eserin meydana getirilmesi için gerekli hazırlıkları yapan kişi olduğu kabul edilir."[131]

Bilgisayar tarafından meydana getirilen eser kavramı, CDPA m. 178'te tanımlanmış. Bu tanıma göre bu eserler, "hiçbir insan eser sahibi olmaksızın bir bilgisayar tarafından meydana getirilen" fikrî ürünleri ifade ediyor.

Bu düzenlemeyle, farazî bir eser sahibi öngörülüyor. Bu farazî eser sahibi, eseri meydana getiren değil eserin meydana getirilmesi için gerekli hazırlıkları yapan kişi. Eser sahibi kavramı, bu düzenlemeyle genişletilmiş. Bir anlamda, fikrî ürünle en yakın olan kişi eser sahibi olarak kabul ediliyor. Bu eser sahibi, tüzel kişi de olabilir[132]. Aslında, m.9(3) ile bir eser sahibi tanımlanırken; m. 178 ile hiçbir insanın eserle ilişkili olmadığını belirtmek çelişkilidir. Ancak, İngiliz kanun koyucunun 1988

---

[127] CDPA s. 9(1).

[128] CDPA s. 11(1).

[129] CDPA s. 11(2).

[130] CDPA s. 9(2).

[131] Benzer düzenlemeler; İrlanda, Yeni Zelanda, Hindistan ve Hong Kong hukuklarında da mevcut. Bkz.: MCCUTCHEON Jani, "Vanishing Author in Computer-Generated Works: A Critical Analysis of Recent Australian Case Law", **Melbourne University Law Review**, 36(3), 2012, ss. 915-969, s. 956.

[132] BONADIO Enrico / MCDONAGH Luke, "Artificial Intelligence as Producer and Consumer of Copyright Works: Evaluating the Consequences of Algorithmic Creativity", **Intellectual Property Quarterly**, 2, 2020, ss. 112-137, s. 120.

yılında bu düzenlemeyi kabul ettiğinde uydu tarafından çekilen fotoğraflar gibi otomatik eser yaratımlarını korumayı hedeflediğini hatırlatmak yerinde olacak[133].

Bilgisayar tarafından meydana getirilen eserlerde koruma süresi, eserin yapıldığı takvim yılını takip eden yılın başından itibaren 50 yıl[134]. Bu eserlerde hak sahiplerinin sadece malî hakları bulunuyor. Manevi haklar, tanınmamış[135]. Böylece bu eserlerin sahibi, eser sahibi olarak tanıtılma (*"attribution right"*)[136] ve eserde değişiklik yapılmasını önleme (*"integrity right"*)[137] haklarını ileri süremiyor. Son olarak hatırlamak gerekirse, fikrî haklar bakımından getirilen düzenleme, tasarımlar için de geçerli[138].

CDPA'in kanunlaştığı günden bu yana, bilgisayar tarafından meydana getirilen eserlerin sahipliği, sadece *Nova Productions* davasında[139] incelendi[140]. Bu davada taraflar, iki rakip bilgisayar (havuz) oyunları üreticisiydi. İstinaf Mahkemesi tarafından, dava konusu Nova Productions'ın üretici olduğu oyun oynanırken bilgisayar programı tarafından üretilen grafik ve çerçevelerin CDPA m. 9(3) anlamında bilgisayar tarafından meydana getirilen eser oldukları kabul edildi. Davada, Nova Productions isimli şirkette oyunun tasarlanmasından sorumlu olan programcının eserin meydana getirilmesi için gerekli hazırlıkları yapan kişi olduğuna karar verildi. Oyunu oynayanların ise sanatsal türden bir emek veya yetenek ortaya koymadıklarına işaret edildi[141]. Taraflar arasında, dava konusu fikrî ürünler üzerindeki eser sahipliği konusu çekişmeli olmadığı için davanın uygulama alanının sınırlı olduğunu vurgulamakta fayda var.

---

133 DE COCK BUNING Madeleine, "Autonomous Intelligent Systems as Creative Agents under the EU framework for Intellectual Property", European Journal of Risk Regulation, 7(2), 2016, ss. 310-322, s. 315.

134 CDPA s. 12(7).

135 BONADIO / MCDONAGH, s. 121.

136 CDPA s.79(2).

137 CDPA s.81(2).

138 CDPA s. 214.

139 *Nova Productions Ltd v Mazooma Games Ltd* [2006] RPC 379. CDPA m. 9(3)'e kısaca atıf yapılan önceki bir dava için ayrıca bkz. *Bamgboye v Reed* [2004] EMLR 5, 73 [38].

140 *Express Newspapers plc v Liverpool Daily Post & Echo* [1985] FSR 306.

141 *Nova Productions Ltd v Mazooma Games Ltd* [2006] RPC 379

4. Türk Hukuku

A. Eserin Kavramı

FSEK kapsamında tanınan hakların konusunu *fikir ve sanat eserleri* oluşturuyor. FSEK ile eser sahiplerinin eser üzerindeki menfaatleri korunuyor. Bu menfaatler, FSEK tarafından malî[142] ve manevî[143] haklar olarak ikiye ayrılarak düzenleniyor. Bu sebeple öncelikle FSEK'teki korumanın merkezinde yer alan "eser" kavramını tanımlamakta fayda var.

FSEK'e göre eser; *"sahibinin hususiyetini taşıyan, ilim-edebiyat, musiki, güzel sanat ve sinema eserleri türlerinden biri içine giren her nevi fikir ve sanat (ürünü)"*nü ifade ediyor (FSEK m. 1/B, b. a).

Tanımdan da anlaşılacağı üzere bir fikri ürünün FSEK anlamında eser olarak kabul edilebilmesi için belli niteliklere sahip olması lazım. Bu tanıma göre, meydana getirilen fikri ürünün;

- FSEK'te öngörülen eser türlerinden birine girmesi (objektif şart).
- Sahibinin hususiyetini taşıması (sübjektif şart),
- Sahibinin hususiyetini gösterecek düzeyde biçimlenmiş olması,
- Fikri bir çabanın sonucu olması

şart[144].

Yargıtay uygulamalarında da bir fikri ürünün eser sayılması için yukarıdaki dört şartın gerçekleşmesi aranıyor. Yargıtay kararlarında bu şartlardan ilk ikisi, açıkça aranıyorken; son ikisine dolaylı olarak atıf yapılıyor. Mesela, "Aynalar" adlı programa ilişkin davada ilk iki şartın varlığı açıkça aranmış. Bu davanın konusu, anılan programın "Türkan Sultan" adlı bölümünde da-

---

[142] Eser sahibinin malî hakları ise şunlardan ibarettir: i) İşleme hakkı (FSEK m. 21), ii) çoğaltma hakkı (FSEK m. 22), iii) yayma hakkı (FSEK m. 23), iv) temsil hakkı (FSEK m. 24), v) umuma iletim hakkı (FSEK m. 25) ve vi) sonraki satıştan pay talep etme hakkı (FSEK m. 45).

[143] Eser sahibinin manevi hakları şunlardır: i) Umuma arz hakkı (FSEK m. 14), ii) eser sahibi olarak tanıtılma hakkı (FSEK m. 15), iii) eserde değişiklik yapılmasını önleme hakkı (FSEK m. 16) ve iv) eser sahibinin zilyed ve malike karşı hakları (FSEK m. 17) [(a) eserin aslına uluşma hakkı (FSEK m. 17/I), (b) eseri tahrip etmeyi önleme hakkı (FSEK m. 17/II) ve (c) sergileme hakkı (FSEK m. 17/III)].

[144] TEKİNALP Ünal, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, § 10 Kn. 2. Karşılaştırınız: ÖZTAN Fırat, **Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 82-98; EREL N. Şafak, **Türk Fikir ve Sanat Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 52-56.

vacılar tarafından yazılan "Yeşilçam'da Bir Sultan" adlı bilim eserinden isimsiz alıntı yapıldığı iddiası. Yargıtay, söz konusu alıntının FSEK bağlamında korunan bir kısım mali ve manevi hakların ihlaline sebebiyet verdiği sonucuna ulaşmış[145].

Yargıtay, daha sonra vermiş olduğu bir kararda da son iki şartın mevcudiyetini "hususiyet" unsuruna bağlayarak aramış. Bu davanın konusu, davacının bir TV programına bağlanarak yaptığı açıklamaların, görüşlerin ve özgeçmişinin davalı program sunucusunun yazar olduğu "Altın ve Suikast/Bergama ve Alman Vakıfları Olayı" isimli kitapta izinsiz yayımlanması. Yargıtay'a göre; *"zihinsel çaba sonucu ortaya çıkan bir fikri ürünün FSEK anlamında eser olarak korunabilmesi için, sahibinin hususiyetini taşıması (subjektif unsur) ve yasada öngörülen eser türlerinden birine dahil olması (objektif unsur) gereklidir. (...) bir fikri çabayı diğerlerinden ayıran ve eser olarak korunur hale getiren en önemli unsur; sahibinin hususiyetini yansıtacak düzeyde şekillenmiş olmasıdır"*[146].

Yargıtay tarafından, "Köyde hayat bizimle başlar" sloganının FSEK'te aranan şartları taşımadığı gerekçesiyle eser niteliği taşımadığına karar verilmiş[147].

B. Eser Sayılmanın Şartları

a. Eser Türlerinden Birine Dahil Olma

Bir fikri ürünün eser niteliğini haiz olabilmesi için FSEK'te sayılan eser türlerinden birine dahil olması gerekiyor[148]. FSEK'te eser türleri, şu dört gruptan oluşuyor:

1) İlim ve edebiyat eserleri (FSEK m. 2),

2) Musiki eserleri (FSEK m. 3),

3) Güzel sanat eserleri (FSEK m. 4),

4) Sinema eserleri (FSEK m. 5).

---

[145] Yargıtay HGK. 02.04.2003, E. 2003/4-260, K. 2003/271 (YAVUZ Levent / ALICA Türkay / MERDİVAN Fethi, **Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu - Cilt I**, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014, s. 773-777'deki karar).

[146] Yargıtay 11. HD. T. 13.03.2007, E. 2006/934, K. 2007/4555.

[147] Yargıtay 11. HD. T. 15.05.2008, E. 2007/4708, K. 2008/6401.

[148] TEKİNALP, § 10 Kn. 15; ÖZTAN, s. 91-92; EREL, s. 55-56.

Bu eser türleri, sınırlı sayıda (*numerus clausus)* oluşturulmuş bulunuyor[149]. Bunlar dışında, yeni bir eser türü oluşturmak mümkün değil[150]. Ancak FSEK'te, her bir kategori içindeki eserler için, örnek vermek amacıyla sayma yoluna gidilmiş; yani bir türe giren eserlerde sınırlı sayı ilkesi geçerli değil[151]. Ayrıca işlenme ve derlemelerin de tanımı, FSEK m. 6'da yapılmış ve bu eserler de kanunda sayılmakta[152].

Bir fikri ürünün amacı, kalitesi, niceliği ve niteliği veya onu meydana getiren kişinin özellikleri FSEK bağlamında eser sayılması noktasında önem taşımıyor[153].

b. Hususiyet

Bir fikir ürününün FSEK anlamında eser olarak kabul edilmesi ve böylece Kanunun sağladığı korumadan yararlanabilmesi için sahibinin hususiyetini taşıması gerekiyor. Bu unsur, fikri ürünün korunabilmesinin başat bir şart teşkil ediyor. Bu, korunmanın kapsamını da belirliyor[154]. Peki AB, ABD ve Birleşik Krallık hukuklarında orijinallik olarak ifade edilen hususiyet, ne anlama geliyor?

Hususiyet, esasen eser sahibi ile eser arasındaki bağla ilgili bir kavram. Hususiyetin varlığı için fikri ürünün yeni, nadir veya inovatif olmasına gerek bulunmuyor. Bir eser sahibinin hususiyetini taşımalıdır denildiğinde, bu eser sahibinin eserin meydana getirilişinde fikri bir katkı yapması kastediliyor. Hususiyetin kabulü için, sahibi tarafından nihai olarak ortaya çıkan fikri ürüne katkı verilmesi gerekiyor[155]. Dolayısıyla hususiyet, eserin ifade ediliş biçimiyle alakalıdır[156].

Türk hukukunda hususiyet kavramı, FSEK'in kabul edildiği günden beri en tartışmalı konulardan birini oluşturuyor[157]. FSEK'in mimarlarından olan Ernst Hirsch'e göre, fikir ürünlerinin eser sayılması için, "herkes tarafından

---

149 TEKİNALP, § 10 Kn. 25; ÖZTAN, s. 107;

150 TEKİNALP, § 10 Kn. 25.

151 TEKİNALP, § 10 Kn. 26; EREL, s. 55.

152 EREL, s. 57.

153 ÖZTAN, 99-104; SULUK Cahit / KARASU Rauf / NAL Temel, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 49-50.

154 TEKİNALP, § 10 Kn. 5; ÖZTAN, s. 93-94.

155 BENTLY / SHERMAN / GANGJEE / JOHNSON, s. 93.

156 BENTLY / SHERMAN / GANGJEE / JOHNSON, s. 94.

157 Hususiyet kavramı konusunda güncel bir değerlendirme için bkz. BAHADIR Çilem, "Fikir ve Sanat Eserlerinde Hususiyet", **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 14, Sayı: 152, Nisan 2019, ss. 746-753.

vücuda getirilemeyen"; diğer bir ifadeyle, hususiyet taşıyan ürünler olması gerekir[158]. Hirsch'in belirttiği "herkes tarafından vücuda getirilememe" kriteri ile şaheserlere işaret edilmiyor; sahibinin fikrî çaba ve emeğini, şahsî yorumunu, bilgisini, kabiliyetini, düşünüşünü ve benzeri yetilerini kullanarak ortaya çıkardığı ürünlerle herkesin her gün çeşitli sebeplerle ve çoğu kez görevi nedeniyle ortaya koyduğu ürünleri ayrılıyor[159]. Nuşin Ayiter, Hirsch'e benzer şekilde, "var olandan başkasını meydana getirmek" suretiyle vücut bulan fikrî ürünlerde hususiyet bulunduğunu ifade ediyor[160]. Halil Arslanlı ise, daha esnek bir hususiyet anlayışı benimsemiş bulunuyor. Ona göre önceden açıklanmış olan fikir ve düşüncelerden yararlanmak mümkün; ancak bu, başkasının düşüncesini gasp niteliğinde olmamalı ve yararlanmada bulunulan kişiye atıf yapılmalı[161]. Duygun Yarsuvat, hususiyetin tespitinde orijinallik ölçütünü benimsiyor ve orijinalliğin tespitinde eser kategorileri arasında fark bulunduğunu ileri sürüyor[162]. Yarsuvat'a göre, bir fikir, orijinal ise o fikir sahibinin hususiyetini taşıyordur[163]. Şafak Erel'in ileri sürdüğü anlayışa göre, hususiyet, eserin bağımsız bir fikri çalışma ürünü olması ve böylece "esere sahibinin yaratıcı gücünü yansıtması" halinde ortaya çıkar. Erel, eserde daha önce duyulmamış veya görülmemiş mutlak bir orijinalite bulunması anlamına gelmediğini savunuyor[164]. Ünal Tekinalp'e göre ise, hususiyet kendisini anlatımda (üslup) gösterir. Ona göre: sahibinin hususiyeti, "anlatım"da ("üslup") ortaya çıkar[165]. Her anlatım, sahibinin yaratıcılığını ve şahsi fikri çabasını yansıtır[166]. Üslup, bazen dizelerde, bazen bir olayın hikâye edilmesinde veya kelimelere dökülmesinde, bazen biçimlendirilmede, desenlendirme ya da renklendirmede, bazen bir malzemenin yontularak vücuda

---

158 HIRSCH Ernst, **Hukukî Bakımdan Fikri Say (Fikrî Haklar) - 2. Cilt,** İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1943, s. 12.

159 TEKİNALP, § 10 Kn. 6.

160 AYİTER Nuşin, **Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri (En Son Değişiklikler),** Sevinç Matbaası, Ankara, 1981, s. 44.

161 ARSLANLI Halil, **Fikri Hukuk Dersleri II - Fikir ve Sanat Eserleri**, İstanbul, 1954, s. 6-7.

162 YARSUVAT Duygun, **Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları**, Genişletilmiş 3. Baskı, Üniversitesi Sıyasal Bilimler Fakültesi, İstanbul, 1984, s. 53.

163 YARSUVAT, s. 53.

164 EREL, s. 52-53.

165 TEKİNALP, § 10 Kn. 7.

166 TEKİNALP, § 10 Kn. 7.

getirilmesinde veyahut yorumlamada kendini gösterir[167]. Bu nedenle anlatım, üslup ve dil eser gruplarının tümünü kapsar[168].

Türk hukukunda hususiyet eşiği, yüksek düzeyli bir eşik anlamına gelmiyor[169]. Mutlak yaratıcılık da aranmıyor. Yargıtay içtihatlarında; düşük düzeyli anlatım ve yetersiz bilgilerin hususiyet içermediği kabul ediliyor. Eser sahibinin hususiyetinin "sıradan olmamayı" ve "belli bir düzeyi bulunmak kaydıyla yaratıcılığı" gerektirdiği vurgulanıyor[170]. Burada geçen "yaratıcılık" tabiri, mutlak yenilik ve üst düzey bir yaratıcılık anlamına gelmemektedir. Bu, asgari düzeyde yaratıcılıktır[171].

Her eserin türüne göre değişik tarzda ortaya çıkabileceği dikkate alınarak,[172] Yargıtay uygulamalarında eser sahibinin hususiyeti, eserin türü ve somut olayın özellikleri göz önünde bulundurularak belirleniyor. Mesela Yargıtay, televizyonda yayımlanan bir tartışma programına katılan davacının açıklama ve görüşlerinin ilim ve edebiyat eseri olarak korunabilmesi için gereken "hususiyet" unsurunun açıklamalardaki bütünlük, anlatım tarzı, program ile uyumlu bir biçimde ve akıcı bir şekilde ifade edilmesi gibi sahibine özgü ve orijinallik içeren hususların varlığı halinde bulunacağını belirtiyor[173]. Bir başka Yargıtay kararına göre, kanun gereğince bulunması gereken hususlara yer verilmekle birlikte özgünlük taşımayan bir dava dilekçesinde[174] hususiyetin varlığından söz edilemez. Yine Yargıtay'a göre, televizyonda canlı yayında maç sonu yapılan yorumlar[175] ile Ayvalı-Çoruh Hidroelektrik Santrali kapsamındaki bir kısım taşınmazların kamulaştırma bedellerinin tespiti amacıyla yapılan çalışma sonucu ortaya çıkan tespit ve raporlar[176] ilim ve edebiyat eseri mahiyetinde değildir.

---

[167] TEKİNALP, § 10 Kn. 7. Karşılaştırınız: ÖZTAN, s. 92-96, EREL, s. 52-55.

[168] TEKİNALP, § 10 Kn. 5.

[169] BENTLY / SHERMAN / GANGJEE / JOHNSON, s. 94.

[170] Yargıtay 11. H.D. T. 09.05.2017, E. 2015/12923, K.2017/2724.

[171] YAVUZ / ALICA / MERDİVAN, Cilt I, s. 66.

[172] ÖZTAN, s. 94-96.

[173] Yargıtay 11. HD. T. 13.03.2007, E. 2006/934, K. 2007/4555.

[174] Yargıtay 11. H.D. T. 09.05.2017, E. 2015/12923, K.2017/2724.

[175] Bu ürünler, izinsiz kullanımlara karşı FSEK md. 84 uyarınca haksız rekabet hükümlerine dayanarak korunabilir. Bkz. Yargıtay 11. HD. T. 03/10/2018, E. 2017/381, K. 2018/5990.

[176] Bu ürünler, izinsiz kullanımlara karşı TBK'daki haksız fiil hükümlerine dayanarak korunabilir. Bkz. Yargıtay 11. HD. T. 08/04/2015, E. 2014/18847, K. 2015/4888.

Yargıtay içtihatları uyarınca müzik eserlerinde hususiyet, seslerin birbirini izleyişindeki, ses dizilerinin birbirine bağlanışındaki ve ritimdeki özelliğe göre belirleniyor. Musiki eserinde sahibinin hususiyetinin varlığı, o eserin sıradan bir dinleyici üzerinde yarattığı izlenim esas alınarak tespit ediliyor. Ancak, söz konusu izlenimin tespiti bilim temelli yöntemlere göre yapılmalıdır[177].

Sinema eserlerinde hususiyet, FSEK m. 8/III uyarınca birlikte eser sahibi olarak kabul edilen yönetmen, özgün müzik bestecisi, senaryo yazarı ve diyalog yazarı ve canlandırma tekniğiyle yapılmış sinema eserinde animatörün ayrı ayrı eser niteliğini de taşıyabilen fikri ürünlerinin bileşimi üzerinden değerlendiriliyor[178]. Yargıtay, bir futbol maçı görüntülerini tespit eden filmlerin ve bunların naklen yayınının[179] hususiyet taşımaması sebebiyle eser olarak nitelendirilemeyeceğine hükmetmiştir.

FSEK m. 6'da düzenlenen işlenme ve derleme eserler de hususiyet taşımalıdır[180]. İşlenme eser, yararlanılan asıl esere nispetle bağımsız olmakla birlikte her durumda işleyenin hususiyetini de göstermelidir. Derleme eserlerde, eser sahibinin hususiyeti ancak derlenen eserlerin seçimi, sıralanması ve sunum tarzında ortaya çıkıyor. İşlenme ve derleme eserler, önceki bir esere dayalı olarak meydana getirildikleri için asıl eser sahibinin iznini gerektiriyor. Asıl eser sahibinin rızasını vermediği durumlarda, eser sahibinin hususiyetini taşımakla birlikte işleme eser ihlal oluşturur; çünkü önceki eser sahibi izin vermemiştir. Yargıtay, derleme eser niteliğindeki veri tabanlarıyla ilgili hususiyet unsurunun kullanılan verilerin ve materyallerin seçilip derlenmesi biçimi yoluyla ve veri tabanının bütünü üzerinde ortaya çıkması gerektiğine hükmetmiştir[181].

Yargıtay, bir fikri üründe hususiyetin var olup olmadığının belirlenmesi konusunda uzman bilirkişi görüşü alınmasını gerekli görüyor[182]. Mesela, bir

---

[177] Yargıtay 11. HD. T. 03.04.2006, E. 2005/3742, K. 2006/3428; Yargıtay 11. HD. T. 27/02/2017, E. 2015/13399, K. 2017/1106; Yargıtay 11. HD. T. 13.03.2017, E. 2015/13493 K. 2017/1474.

[178] Karşılaştırınız: TOSUN Yalçın, **Sinema Eserleri ve Eser Sahibinin Hakları**, 2. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2018, s. 41-42.

[179] Yargıtay 11. HD. T. 23.12.2005, E. 2005/13440, K. 2005/12765 (YAVUZ Levent / ALICA Türkay / MERDİVAN Fethi, **Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu - Cilt II**, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014, s. 2732-2733'deki karar).

[180] YAVUZ / ALICA / MERDİVAN, Cilt I, s. 69-71.

[181] Yargıtay 11. HD. T. 13.04.2006, E. 2005/3506, K. 2006/4425.

[182] Yargıtay 11. HD. T. 10/12/2018, E. 2017/2493, K. 2018/7796.

haritanın,[183] fotoğrafın[184] ve web sitesinde yer alan görsel ve yazılı ögelerin[185] hususiyet taşıyan bir eser niteliğinde olup olmadığının tespiti bakımından bilirkişi görüşü alınması gerektiğine hükmedilmiştir.

Yargıtay içtihatlarında belirlenen 'belli bir düzeyi bulunmak kaydıyla yaratıcılık' şartı AB hukukundaki 1. ve 2. şartlarla ve ABD hukukundaki "asgari seviyede yaratıcılık" ilkesiyle benzeşirken; 'sıradan olmamak', 'düşük düzeyli anlatım' ve 'yetersiz bilgiler içermeme' şartlarının AB hukukunda tam karşılığı bulunmadığı ifade edilebilecek bir anlama tekabül ediyor.

Böylece hususiyet, fikri bir çaba sarf edip şahsi üslup ve düşük düzeyli yaratıcılık ortaya konularak FSEK'te tanımlanan kategorilerden herhangi biri şeklinde bir çalışma ortaya çıkarılması ile doğmaktadır.

c. Biçimlenme

Fikri bir ürünün FSEK anlamında korunabilmesi için, yukarıda sayılan eser kategorilerinden birine dahil olacak ve sahibinin hususiyetini yansıtacak şekilde biçimlenmiş (somutlaşmış) olması gerekiyor[186]. Düşünce aşamasında kalan fikri bir faaliyet, insan duyuları tarafından algılanabilecek belli bir şekle bürünmediği sürece FSEK anlamında eser olarak korunmuyor[187]. Dolayısıyla, bir eser üzerindeki hakkın konusunu "fikir" değil, o fikirden bağımsız bir özellik kazanan ve şekillenen "ifade biçimi" oluşturuyor.

Bir fikri ürünün "eser" olarak korunması için tamamlanmış olmasına gerek bulunmuyor[188]. Bununla birlikte, *tamamlanmamış* bir fikri ürünün "eser" sayılabilmesi için belli bir düzeye gelmesi (belli bir düzeye kadar biçimlenmesi) şart[189]. Kroki, taslak veya müsvedde gelinen nokta itibariyle eser sahibinin hususiyetini taşıyorsa ve FSEK'te öngörülen eser türlerinden birine giriyorsa, tamamlanmamış olsa dahi "eser" sayılıp korunuyor[190]. Dolayısıyla, tamamlanmamış bir fikri ürünün "eser" olarak korunup korunmayacağı hususunu, somut olayın özelliklerine göre değerlendirmek gerekiyor. Bu de-

---

183 Yargıtay 11. H.D. T. 21.12.2004, E. 2004/2772, K.2004/12672.

184 Yargıtay 11. HD. T. 05.03.2007, E. 2006/927, K. 2007/3892.

185 Yargıtay 11. HD. T. 10/12/2018, E. 2017/2493, K. 2018/7796.

186 TEKİNALP, § 10 Kn. 11; ÖZTAN, s. 89-91.

187 ÖZTAN, s. 89.

188 TEKİNALP, § 10 Kn. 12; ÖZTAN, s. 90.

189 TEKİNALP, § 10 Kn. 12.

190 TEKİNALP, § 10 Kn. 12; ÖZTAN, s. 91.

ğerlendirme yapılırken, her şeyden önce fikrî çabanın neticesi olan ürünün insan tarafından algılanabilir olması gerektiği göz önünde tutulmalıdır. Mesela Yargıtay, sinema eseri olarak kategorize edilebilecek bir ürünün tamamlanmamış olsa dahi sahibinin hususiyetini yansıtacak şekilde somutlaşmış olmasını FSEK'e göre eser olarak koruma bakımından yeterli saymaktadır[191].

ç. Fikri bir çaba

Korumadan istifade edebilmesi için eserin fikri bir çabanın ve faaliyetin ürünü olarak ortaya çıkması gerekiyor[192]. Bu şart, bir fikri ürünün ancak insan tarafından meydana getirilmesini zorunlu kılıyor[193]. Hayvanların, bitkilerin ya da doğanın kendiliğinden oluşturdukları, ne kadar estetik olursa olsun eser olarak nitelendirilemez[194].

Yukarıda FSEK çerçevesinde korunan hususun düşünceler ve fikirler değil; ifade biçimi olduğunu belirtmiştik. Bu itibarla, doğada ve toplumda var olan kavramlar, olaylar ve olgular, kelimeler, sıradan cümleler, salt olarak soyut fikir ve düşünceler ile topluma mal olmuş birçok anonim ifade biçimi tek başına FSEK bağlamında koruma alanı bulmuyor. Ancak, bunların hususiyet taşır şekilde ifade ediliş biçimleri, FSEK koruması altına girmektedir.

C. Eser Sahipliği

Hukukumuzda eser sahibi kavramanın tanımı, FSEK m. 1/B-b'de veriliyor. Buna göre eser sahibi, *"eseri meydana getiren kişi"* olarak tanımlanıyor. FSEK m. 8/I'de ise; *"Bir eserin sahibi, onu meydana getirendir."* hükmü yer alıyor. Bu hükümlere göre, eseri yaratan kişi, FSEK gereğince eser sahibi olarak nitelendirilmektedir.

Eser sahipliği, kanundan kaynaklanan mali ve manevi hakların öznesi olmayı; yani mali ve manevi haklar üzerinde tasarrufta bulunma yetkisine sahip olmayı ifade ediyor[195].

---

191 Yargıtay 11. HD. T. 03.02.2006, E. 2005/354, K. 2006/915.

192 TEKİNALP, § 10 Kn. 22.

193 TEKİNALP, § 10 Kn. 22; ÖZTAN, s. 82-87.

194 TEKİNALP, § 10 Kn. 22; ÖZTAN, s. 87.

195 "On-line Hastane Uygulaması Yazılımı" isimli bilgisayar programı üzerinde eser sahipliğinin eseri yaratan gerçek kişiler olduğu ve fakat mali hakları kullanım yetkisinin çalıştıran, yaratanları bir araya getiren ve programın yazılması için verileri sağlayan Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü'ne ait olduğu yönünde karar için bkz.: Yargıtay 11. HD. T. 25.02.2008, E. 2007/227, K. 2008/2175.

Eser sahipliği, FSEK anlamında eser sayılan bir fikir ve sanat ürününün meydana getirilmesiyle kendiliğinden doğuyor[196]. Eserin meydana getirilmesi, böylece maddî bir fiildir[197]. Bir yazarın bir romanı yazması, bir heykeltıraşın bir heykeli vücuda getirmesi, bir bestecinin bir şarkının notalarını kâğıda dökerek beste yapması eserin meydana getirilmesine örnek teşkil eder.

Eseri meydana getiren, ona hususiyetini[198] veren kişidir (meydana getirme veya yaratma ilkesi)[199]. Eserin sahibinin hususiyetini içermesi, bir eserin ancak gerçek kişilerce meydana getirilmesini zorunlu kılıyor[200]. Aslında FSEK m. 1/B/1-b'de yer alan "gerçek" ibaresi, 3/3/2004 tarihli ve 5101 sayılı Kanunun m. 28 ile madde metninden çıkarılmıştır. Bu ibarenin çıkarılması ve FSEK m. 27/IV hükmündeki tüzel kişiler için öngörülen koruması süresi sebebiyle, tüzel kişilerin eser sahibi olabilecekleri akla gelebilir. Ancak, Yargıtay değişiklikten sonra, tüzel kişilerin eser sahibi olamayacağını belirtmiştir[201]. Zira tüzel kişiler, organları vasıtasıyla hukuki tasarruflarda bulunabiliyorlar. Tüzel kişilerin FSEK'in öngördüğü anlamda bir eser meydana getirebilmeleri mümkün olmuyor. Dolayısıyla tüzel kişiler, eser sahibi olamıyor[202]; ancak, belirli şartlar altında eser üzerindeki bazı mali hakları kullanma yetkisine sahip olabiliyorlar[203]. Bu husus, FSEK m. 18/II'de düzenlenen eser sahipliğinden doğan malî haklara kullanma olgusunun bir istisnasıdır.

Eser sahipliği maddi bir fiille kazanıldığı için, bir fikri ürün meydana getiren gerçek kişinin tasarruf ehliyetinin bulunup bulunmadığı da önem

---

196 ÖZTAN, s. 236; EREL, s. 86. Bu doğrultuda, "Belli Belli" isimli şiir hakkında açılan eser sahipliği davası hakkında verilen karar için bkz.: Yargıtay 11. HD. T. 18.06.2007, E. 2007/5265, K. 2007/9282.

197 TEKİNALP, § 1 Kn. 32; ÖZTAN, 235; Yargıtay 11. HD. T. 18.06.2007, E. 2007/5265, K. 2007/9282.

198 Hususiyet konusunda açıklamalar için bkz. yukarıda "II.4.B.b. Hususiyet" başlıklı bölüm.

199 KILIÇOĞLU Ahmet, **Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s. 186; SULUK / KARASU / NAL, s. 79.

200 ÖZTAN, s. 82-83; KILIÇOĞLU, s. 186; ERDİL Engin, **Fikri Mülkiyet Hukuku Ders Kitabı**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s. 27.

201 Yargıtay 11. HD. T. 25.02.2008, E. 2007/227, K. 2008/2175.

202 Yargıtay 11. HD. T. 25.02.2008, E. 2007/227, K. 2008/2175.

203 Çalışanlarının meydana getirdiği bir web sitesi üzerinde işveren şirketin sadece FSEK'te belirtilen mali hakların sahibi olduğu ve manevi hakların kullanma yetkisinin bulunduğu yönünde karar için bkz.: Yargıtay 11. HD. T. 07.05.2009, E. 2007/10504, K. 2009/5482.

taşımıyor. Dolayısıyla küçükler, kısıtlılar veya ayırt etme gücü bulunmayanlar da eser sahibi olabiliyorlar[204]. Ancak, eser üzerinde hukukî işlemler tesis edilirken bu kişilerin kanunî temsilcilerinin iznine ihtiyaç bulunuyor[205].

Eser sahipliğinin kazanılması için, ayrıca bir irade açıklamasına gerek bulunmadığı gibi, başka bir hukuki işleme, tescile veya resmi ya da gayri resmi herhangi bir formaliteye de gerek bulunmuyor[206].

Bununla birlikte, FSEK m. 13/III'de; filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren film yapımcılarının sinema eserlerini içeren yapımlarını ve seslerin ilk tespitini gerçekleştiren fonogram yapımcılarının müzik eserlerini içeren yapımlarını kayıt ve tescil ettirmeleri gerektiği düzenlenmektedir. Bu yapımların tescili, hak ihdas etmek amacı taşımıyor[207]. Film ve fonogram yapımcılarının sahip oldukları hakların ihlal edilmemesi, hak sahipliklerinin belirlenmesinde ispat kolaylığı sağlanması ve mali haklara ilişkin yararlanma yetkilerinin takip edilmesi amaçlarıyla böyle bir tescil yükümlülüğü getirilmiştir[208]. Dolayısıyla tescil, bu amaçların temini için getirilen bir idari işlemdir[209]. Aynı amaçla, eser sahiplerinin talebi üzerine, FSEK kapsamında korunan tüm eserlerin kayıt ve tescil edilmesi, mali haklara ilişkin yararlanma yetkilerinin kayıt altına alınması da mümkündür (FSEK m. 13/III)[210].

Eser sahibi ile eser sahipliğinden doğan hakları kullanmaya yetkili olanların ayırt edilmesinde fayda bulunuyor. Az önce ifade edildiği üzere eser sahibi, eseri meydana getiren kişidir. Eser sahipliğinden doğan hakları kullanma yetkisi olanlar ise, kanundan (işverenlerin veya tüzel kişilerin hak sahipliği - FSEK m. 18/II), hukuki bir tasarruf sonucu (devir veya lisans sözleşmeleri - FSEK m. 48-

---

[204] ATEŞ Mustafa, **Fikri Hukukta Eser**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s. 12.

[205] ÖZTAN, s. 287; YAVUZ / ALICA / MERDİVAN, Cilt I, s. 194.

[206] ÖZTAN, s. 236; KILIÇOĞLU, s. 187; YAVUZ / ALICA / MERDİVAN, Cilt I, s. 194-195; ATEŞ, s. 12. Yargıtay 11. HD. T. 18.06.2007, E. 2007/5265, K. 2007/9282; "EDUCAD" isimli bir kurs otomasyon programı hakkında açılan eser sahipliğinin tespiti ve Kültür Bakanlığı nezdinde yapılan tescil işleminin iptali istemli davada, eser sahipliğinin doğumu içir tescile gerek olmadığı vurgulanmış ve tescil işleminin idari bir işlem olması sebebiyle iptali istemi yönünden uyuşmazlığın idari yargının görev alanında kaldığına için karar için bkz.: Yargıtay 11. HD. T. 06.12.2011, E. 2009/14248, K. 2011/16454.

[207] Yargıtay 11. HD. T. 18.06.2007, E. 2007/5265, K. 2007/9282.

[208] 17/05/2006 tarih ve 26171 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Fikir ve Sanat Eserlerinin Kayıt ve Tescili Hakkında Yönetmelik md. 5.

[209] Yargıtay 11. HD. T. 06.12.2011, E. 2009/14248, K. 2011/16454.

[210] Fikir ve Sanat Eserlerinin Kayıt ve Tescili Hakkında Yönetmelik md. 7.

52), miras (FSEK m. 19 ve 63), cebri icra (FSEK m. 62) veya kamuya mal etme (FSEK m. 47) gibi FSEK'te öngörülen hallerde söz konusu olmaktadır.

FSEK kapsamına giren bir eserin bir kişi tarafından tek başına veya birden çok kişi tarafından birlikte meydana getirilmesi mümkündür. Eseri meydana getirenlerin sayısına göre, eser sahipliği; tek kişinin eser sahipliği ve birden fazla kişinin eser sahipliği olmak üzere ikiye ayrılır. FSEK ayrıca, işleme eser sahipliği ile sinema eseri sahipliği konusunda özel hükümler getirmiştir. Şimdi bu kavramları acıkmayalım.

FSEK anlamında eser olarak kabul edilen bir fikri ürünün tek bir kişi tarafından meydana getirilmesi halinde tek kişinin eser sahipliği söz konusu oluyor. Meydana getirdiği esere ilişkin olarak FSEK'in tanıdığı tüm hak ve yetkiler bu kişiye aittir.

"Ortak eser sahipliği"[211] veya "paylı eser sahipliği"[212] gibi kavramlarla da anılan "müşterek eser sahipliği"nde[213] (FSEK m. 9), her biri bağımsız olarak FSEK kapsamında himaye gören birden çok eserin farklı eser sahipleri tarafından bir araya getirilmesiyle oluşan yeni bir eser söz konusu oluyor[214]. Müşterek eser sahipliğinin söz konusu olabilmesi için iki unsurun varlığı şarttır: i) birden fazla eser sahibi[215] ve ii) birden fazla her biri bağımsız olarak FSEK kapsamında korunan eserler[216]. Müşterek eserde, birbirinden bağımsız eserler aynı çatı altında bir araya gelmektedir. Böylece, alt parçaları ayrılabilen ve fakat birlikte tek eser ortaya çıkıyor. Resimli bir toplama eserde (derlemede), derlemenin bir kişi, resimlerin bir başka kişi tarafından yapılması,[217] bir tiyatro oyununun koreografisinin bir kişi tarafından oluşturulması, sözlerinin ise bir başka kişi tarafından yazılması; bir kitabın belli bölümlerinin bir kişi, diğer bölümlerinin başka bir kişi tarafından

---

[211] TEKİNALP, § 12 Kn. 15; YAVUZ / ALICA / MERDİVAN, Cilt I, s. 206.

[212] KILIÇOĞLU, s. 205.

[213] ÖZTAN, s. 267; EREL, s. 93.

[214] EREL, s. 93.

[215] TEKİNALP, § 12 Kn. 15.

[216] TEKİNALP, § 12 Kn. 16; ÖZTAN, s. 268.

[217] FSEK m. 6/I/7 hükmü kapmasında seçme ve toplama eser tertibi faaliyetinde bulunanın ressamla birlikte müşterek eser sahibi olduğu yönünde karar için bkz.: Yargıtay 11. HD. T. 24.03.2008, E. 2007/2338, K. 2008/3698.

yazılması; bir çizgi romanın[218] yazılı kısımlarının bir kişi tarafından kaleme alınması, çizim kısımlarının ise başka bir kişi tarafından meydana getirilmesi müşterek eser sahipliğine örnek teşkil eder.

"Eser sahipleri arasında birlik"[219] ve "elbirliği halinde eser sahipliği"[220] gibi kavramlarla da anılan "iştirak halinde eser sahipliği"nde[221] (FSEK m. 10), birden fazla eser sahibinin fikri ürün ve hususiyetlerinin iç içe geçmesiyle meydana gelen ve eserin niteliği bozulmaksızın her birinin katkısının diğerinden ayrılması mümkün olmayan bir eser söz konusu oluyor. Eser sahiplerinden hiç birisinin katkısı eserin bütününden ayrı ve bağımsız olarak değerlendirilmeye müsait değildir[222]. İştirak halinde eser sahipliği için dört şartın bir araya gelmesi gerekiyor:

- Eserin birden fazla kişi tarafından meydana getirilmesi gereklidir[223].
- Eser sahiplerinin her birisinin eserin meydana getirilmesinde esaslı katkısı (yaratıcı ortak çabası) olmalıdır[224].
- Eser sahiplerinin her birinde eseri iştirak halinde meydana getirmeye yönelik iradenin bulunması ve eserin bu yardımlaşma süreci sonucunda vücuda getirilmiş olması gereklidir. Bu sebeple, eser sahibi veya sahiplerince başka bir kimsenin müdahalesine rıza gösterilmemişse, bu durum müdahile iştirak halinde eser sahipliği hakkı vermez[225].
- Eser sahiplerinin eserin meydana gelmesindeki katkılarının birbirinden ayrılması mümkün olmamalıdır[226].

Bir ders kitabının,[227] bir bilgisayar programının,[228] bir mimari projenin, bir oyunun veya bir şarkının bestesinin veya bir şarkının hem bestesinin hem

---

[218] "Sönmeyen Güneş Atatürk" isimli çizgi romanın çizimini ve yazımı yapanlar arasında müşterek eser sahipliği olduğu ve bu eserin yazım kısmını yapan kişinin adının eserden çıkarılarak eserin "Mustafa Kemal Atatürk 1" ismi altında umuma arz edilmesinin yazımı yapan kişinin mali ve manevi haklarını ihlal ettiği yönünde karar için bkz.: Yargıtay 11. HD. T. 10.04.2008, E. 2007/1853, K. 2008/4748.

[219] TEKİNALP, § 12 Kn. 20.

[220] KILIÇOĞLU, s. 207; YAVUZ / ALICA / MERDİVAN, Cilt I, s. 208.

[221] ÖZTAN, s. 258; EREL, s. 89.

[222] EREL, s. 89.

[223] ÖZTAN, s. 259.

[224] TEKİNALP, § 12 Kn. 21.

[225] Yargıtay 4. HD. T. 22.10.1992, E. 1991/5141, K. 1992/11254.

[226] Yargıtay 11. HD. T. 14.06.2011, E. 2011/7296, K. 2011/7174.

güftesinin[229] birden fazla kişi tarafından meydana getirilmesi iştirak halinde eser sahipliğine örnek teşkil eder.

"Bir işlenmenin ve derlemenin sahibi, asıl eser sahibinin hakları saklı kalmak kaydıyla onu işleyendir" (FSEK m. 8/II). İşleyen ise, diğer bir eserden yararlanmak suretiyle meydana getirilen işlenme esere hususiyetini veren kişidir.

Bir sinema eseri, ayrı ayrı birden fazla fikri ürünlerin bileşimidir. Bu sebeple, sinema eserleri üzerinde, birden fazla kişinin eser sahipliği bulunuyor. Sinema filmleri, sesli ve görüntülü veya sessiz görüntülü olabilir. Sinema eserlerinde eser sahipleri; (i) yönetmen, (ii) özgün müzik bestecisi, (iii) senaryo yazarı, (iv) diyalog yazarı, (v) canlandırma tekniğiyle yapılmış sinema eserinde animatörden (çizimi yapandan) ibarettir (FSEK m. 8/III).

FSEK'te eser sahibinin malî hakları kullanma yetkisinin istisnaları da bulunuyor. Bunlardan ilki işverenin malî hakları kullanma yetkisidir. Aralarındaki sözleşmeden veya işin mahiyetinden aksi anlaşılmadıkça; memurlar, hizmetliler ve işçilerin işlerini yaparken meydana getirdikleri eserler üzerindeki mali hakları kullanma yetkisi, işverenlerce kullanılır (FSEK md. 18/II). İşverenlere tanınan bu kanunî yetki, *eser sahipliğinin devri* sonucunu doğurmuyor. Eserden doğan malî haklar, eser sahibine ait olmaya devam etmiyor. Bu sonuç, 21/2/2001 tarihli ve 4630 sayılı Kanunun m. 11 ile yapılan değişikliği takiben ortaya çıkmıştır. Daha önceden maddede yer alan işverenin "mali haklara sahip olabileceği" yönündeki düzenleme, "hakları kullanabilir" şeklinde değiştirilmiştir[230]. FSEK m. 18/II'de yer alan bu hüküm, I. ve III. fıkralarla birlikte değerlendirildiğinde, sadece mali hakların kullanma

---

[227] Bir dershanede çalışanlar tarafından yazılan ders kitapları üzerinde iştirak halinde eser sahipliği olduğuna ilişkin karar için bkz.: Yargıtay 11. HD. T. 29.05.2012, E. 2011/1302, K. 2012/9233.

[228] Sağlık Bakanlığı'nda çalışan doktor ve diğer personel ile bu amaçla kurulan ve ücretleri ödenen dernek ve şirket tarafından temin edilen görevlilerin katılımıyla oluşturulan bilgisayar programı üzerinde iştirak halinde eser sahipliği olduğuna ilişkin karar için bkz.: Yargıtay 11. HD. T. 27.06.2006, E. 2005/5049, K. 2006/7575.

[229] "Beatles Alaturka" isimli projede yer alan "The Beatles" grubuna ait seçili şarkıların aranje edilerek Türk Müziği formatında yeniden yorumlanmasıyla meydana getirilen işleme eserde, işlemeyi yapan müzisyenler arasında iştirak halinde eser sahipliği bulunduğu yönünde karar için bkz.: Yargıtay 11. HD. T. 14.06.2011, E. 2011/7296, K. 2011/7174. "Kültür Bakanlığı İstanbul Telif Hakları ve Sinema Müdürlüğü'nden celp edilen eser işletme belgesinde, davaya konu "Yeni ve Yeni Kalanlar" isimli eserin söz yazarı- bestecisinin S.A.-M.C.Ö. olduğu belirtilmiştir. Bu durumda, dava dışı S.A. ile davacı M.C.Ö. arasında birlikte eser sahipliği söz konusu"dur. Karar için bkz.: Yargıtay 11. HD. T. 13/12/2018, E. 2017/238, K. 2018/7933.

[230] SULUK / KARASU / NAL, s. 82.

yetkisini içerir[231]. Ayrıca eser sahibi, çalışma ilişkisi içinde meydana getirdiği eserle ilgili mali hakları üzerinde tasarruf yetkisine sahip olamıyor. Eser sahibi bu hakları, kendisi kullanamıyor; başkalarına kullandıramıyor veya devredemiyor. Eserden doğan mali hakları kullanma yetkisi, kanun gereği işverene geçiyor. Çalışanların iş veya hizmet ya da memuriyet ilişkisi kapsamında ürettikleri eserler üzerinde, işverenlerin mali hakları kullanma yetkisine sahip olabilmeleri için şu şartların gerçekleşmesi gerekiyor:

- Eser, memur, hizmetli veya işçi tarafından meydana getirilmelidir[232].
- Eserin işin görülmesi sırasında meydana getirilmiş olması gereklidir[233].
- Eser sahibi ile işveren arasında çalışma ilişkisinin bulunması gerekmektedir.
- İşveren ile çalışan arasındaki anlaşmadan veya işin mahiyetinden meydana getirilen eserin işverene ait olmayacağına ilişkin bir sonuca ulaşılmamalıdır[234].

İşçi, işveren, hizmetli, memur ve tayin eden sıfatları ile iş görme kavramı, ilgisine göre iş, borçlar veya idare hukuku (memurlar hukuku) kurallarına göre belirleniyor[235]. İşveren, gerçek ya da tüzel kişi olabiliyor. Tüzel kişinin, özel veya kamu tüzel kişisi olması da mümkün[236]. Taraflar arasındaki çalışma ilişkisini ortaya koyan sözleşmenin yazılı olmasına gerek bulunmuyor[237]. Mali haklara ilişkin devir ve ruhsat (lisans) sözleşmelerinden geçerli olan FSEK m. 52'de düzenlenen şekil şartı, bu tür sözleşmeler bakımından uygulama alanına sahip değildir. İşverenin çalışma ilişkisi içinde meydana getirilen eser üzerinde kullanma yetkisine sahip olduğu mali haklar; işleme, çoğaltma, yayma, temsil ve umuma iletim haklarından ibaret. Manevi haklara ilişkin yetkiler, kural olarak, bu istisnanın dışında yer alıyor. Ancak, işveren sıfatıyla çalışanına bir kitap yazdıran bir şirketin, çoğaltma ve yayma

---

231 TEKİNALP, 2012, § 12 Kn. 8b, 8c ve 9. Mali haklar yanında manevi hakların da işverenlerce kullanılacağına ilişkin görüş için bkz.: SULUK / KARASU / NAL, s. 82.

232 POLATER Salih, **Yükseköğretim Kurumlarında Meydana Getirilen Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları ve Hak Sahipliği,** Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 165.

233 ÖZTAN, s. 250; POLATER, s. 165.

234 POLATER, s. 165.

235 YAVUZ / ALICA / MERDİVAN, Cilt I, s. 585.

236 YAVUZ / ALICA / MERDİVAN, Cilt I, s. 575.

237 Yargıtay 11. HD. T. 23.10.2008, E. 2007/3470, K. 2008/11725.

haklarını kullanabilmek için manevi haklardan umuma arz etme hakkını kullanması gereklidir. Bu hallerde, işverenlerin diğer manevi haklarına zarar getirmeksizin eser sahibinin umuma arz hakkını kullanma yetkisine de sahip olduğu kabul ediliyor[238]. FSEK m. 19/III'deki şartların gerçekleşmesi halinde, işveren sıfatıyla mali hakları kullanma yetkisine sahip olanların eser sahibinin umuma arz etme, eser sahibi olarak tanıtılma ve eserde değişiklik yapılmasını önlemek haklarını kullanması da mümkündür[239].

Hukukumuzda işveren bakımından getirilen bu istisna, tüzel kişilerin organları hakkında da uygulanıyor (FSEK mm. 18/II).

Ayrıca, bir eserin yapımcısı ve yayımcısı, ancak eser sahibi ile yapacağı sözleşmeye göre malî hakları kullanabiliyor (FSEK m. 18/III). Yayımcı, TBK m. 487-501'de bahsedilen yayımcıyı ifade ediyor. Yapımcı ise, FSEK m. 80'de bahsedilen bir icrayı ve sair seslerin ilk tespitini yapan fonogram yapımcıları ile filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren film yapımcısıdır. Yayımcı ve yapımcı, gerçek ve tüzel kişi olabilir[240].

Hukukumuzda eser sahipliğinin malî hakları kullanma yetkisine getirilen diğer bir istisna ise şöyle: İştirak halinde meydana getirilen eser üzerindeki malî hakların eser sahiplerini bir araya getiren gerçek veya tüzel kişi tarafından kullanılması kanunen mümkün (FSEK m. 10/IV). Bu durum, FSEK m. 18/II'de yer alan işverenlerin ve tüzel kişilerin mali hakları kullanma yetkisine ilişkin istisnanın iştirak halinde eser sahipliğindeki özel bir görünümüdür.

FSEK, eser sahipliği yanında eser ile bağlantılı hak sahiplerine de koruma sağlıyor. Bağlantılı hak sahipleri şunlardır: i) icracı sanatçılar (FSEK m. 80/I-1-A)[241], ii) fonogram yapımcıları (FSEK m. 80/I-1-B)[242], iii) yayın (radyo-

---

238 YAVUZ / ALICA / MERDİVAN, Cilt I, s. 584.

239 YAVUZ / ALICA / MERDİVAN, Cilt I, s. 583.

240 YAVUZ / ALICA / MERDİVAN, Cilt I, s. 613.

241 İcra üzerindeki manevi ve mali haklar şunlardır (FSEK m. 80/I-1-A-(1)-(4)): a. İcraların sahibi olarak tanıtılma hakkı FSEK m. 80/I-1-A-(1)), b. İcraların itibarlarını zedeleyecek şekilde tahrif edilmesini veya bozulmasını önleme hakkı (FSEK m. 80/I-1-A-(1)), c. İcranın tespit edilmesine izin verme hakkı, ç. İcrayı çoğaltma hakkı, d. İcrayı yayma hakkı, e. İcrayı temsil hakkı, f. İcrayı umuma iletim hakkı. Geniş bilgi için bkz.: TÜRKER Gökçen, **İcracı Sanatçıların Hakları**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

242 Fonogram ve film yapımcılarının malî hakları şunlardır (FSEK m. 80/I-1-B-(1)-(3)) - 80/I-2-(1)-(3)): a. Tespiti çoğaltma hakkı, b. Tespiti yayma hakkı, c. Tespiti temsil hakkı, ç. Tespiti umuma iletim hakkı.

televizyon) kuruluşları (FSEK m. 80/I-1-C) ve iv)[243] film yapımcıları (FSEK m. 80/I-2). FSEK'te, bağlantılı hak sahipleri kavramı yanında komşu hak sahipliği kavramı da kullanılıyor. Komşu hak sahipleri, film yapımcıları dışında yukarıda belirtilenlerden oluşuyor. Böylece, bağlantılı hak sahipleri üst kavramı altında komşu hak sahipleri ile film yapımcıları hak sahibi olarak düzenlenmiştir (bağlantılı hak sahipleri = komşu hak sahipleri + film yapımcıları).

5. Ara Sonuç

Sonuç olarak, AB, ABD ve Türk hukuklarında geçerli olan fikrî haklar standartlarına göre; yapay zekâ teknolojileri, meydana getirdikleri eserlerin sahibi olarak değerlendirilemiyorlar. Bu husus eser sahipliğinin makine kişiye verilmesi şeklinde tasarlanmadığı gerçeğinden ileri geliyor. Birleşik Krallık Hukukunda ise özel bir düzenleme bulunuyor. Ancak bu hukuk bakımından da kimin eser sahibi olacağı belirginlik taşımıyor. Peki, yapay zekâ tarafından meydana getirilen eserleri hukukun alacakaranlık bölümlerine terk edip korumasız mı bırakacağız? Bunları korumak için ileri sürülen bir çözüm var mıdır? Şimdi bu soruların cevabını arayalım.

III. YAPAY ZEKÂ YARATICILIĞI FİKRÎ HAKLAR BAKIMINDAN KORUNABİLİR Mİ?

1. Akademik Görüşler

Rosa Maria Ballardini ve arkadaşları, yapay zekâ teknolojileri kullanılarak meydana getirilen fikri ürünler üzerinde oluşturulacak hukukî rejim konusunda üç tür farazî görüş ileri sürülebileceğini dile getiriyorlar. Bunlar, romantik düşünce okulu, devrimci düşünce okulu ve modern düşünce okulu[244]. Şimdi bu farazî okulları, hukukçu akademisyenler tarafından ileri sürülen görüşlerle eşleştirerek açıklayalım.

---

[243] Yayın kuruluşlarının malî hakları şunlardır (FSEK m. 80/I-1-C-(1)-(5)): a. Yayını tespit hakkı, b. Yayını çoğaltma hakkı, c. Yayını yayma hakkı, ç. Yayını temsil hakkı, d. Yayını umuma iletim hakkı e. Şifreli yayınları çözme hakkı. Yayın kuruluşlarına tanınan yayma hakkına, kiralama ve ödünç verme hakları dahil edilmemiştir.

[244] BALLARDINI Rosa Maria / HE Kan / ROOS Teemu, "AI-Generated Content: Authorship and Inventorship in the Age of Artificial Intelligence" in PIHLAJARINNE Taina / VESALA Juha and HONKKILA Olli (eds), **Online Distribution of Content in the EU**, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2019, ss. 117-135, s. 129-134.

A. Romantik Okul

Romantik okula[245] dâhil hukukçular, yapay zekâ tarafından üretilen eserlerin güncel fikri haklar hukuku korumasından istifade edemeyeceğini söylüyorlar[246]. Bu hukukçulara göre, bilgisayarlar, yargı kararlarında tasvir edilen "orijinal" bir eser meydana getirme bakımından öngörülen ve insanlara atfedilen özellikleri taşımıyorlar[247]. Bir ürünün meydana getirilmesinde hiçbir insan eser sahibi olarak yer almadığı için, hiç kimse bunlar üzerinde bir hak iddia edemiyor[248]. Böylece bunlar, fikri haklar korumasından istifade edemiyor[249]. Bu ürünler, doğada bulunan - rüzgârın veya şelalenin çıkardığı ses veya kuşların söylediği şarkılar gibi -üzerlerinde fikri mülkiyet şeklinde bir tekel hakkı oluşturulamayan şeylere benzetiliyor[250]. Bu halde, kamu malı (*"public domain"*) sayılıyorlar ve herkesin kullanımına açık oluyorlar.

Kamu malı sayılma hali, esasen teorik bir öneri değil. Bilgisayar tarafından meydana getirilen ürünlerin koruma dışı bırakıldığı ABD ve Türkiye gibi ülkelerde uygulanan bir norm[251]. Hatta Mark Perry ile Thomas Margoni[252], Daniel Schönberger[253] ve Victor M. Palace[254] gibi yazarlar, bu ürünlerin fikrî mülkiyet kapsamı dışında bırakılıp kamu malı sayılmaları gerektiği görüşünü tercih ediyorlar. Benzer şekilde Türk hukukunda Ünal Tekinalp ve

---

245 BALLARDINI / HE / ROOS, s. 132-133.

246 IGLESIAS Maria / SHAMUILIA Sharon / ANDERBERG Amanda, **Intellectual Property and Artificial Intelligence - A literature review**, EUR 30017 EN, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2019, s. 14.

247 IGLESIAS / SHAMUILIA / ANDERBERG, s. 14.

248 GERVAIS Daniel J., **The Machine as Author**, Vanderbilt Law Research Paper No. 19-35, 25 March 2019, https://ssrn.com/abstract=3359524.

249 IGLESIAS / SHAMUILIA / ANDERBERG, s. 14.

250 KHOURY Amir H., "Intellectual Property Rights for Hubots: On the Legal Implications of Human-like Robots as Innovators and Creators", **Cardozo Arts & Entertainment Law Journal**, 35, 2016-17, ss. 635-669, s. 668; LIM Daryl, "AI & IP: Innovation & Creativity in an Age of Accelerated Change", **Akron Law Review,** 52(3), 2019, ss. 813-875, s. 840.

251 BONADIO / MCDONAGH, s. 132.

252 PERRY Mark / MARGONI Thomas, "From Music Tracks to Google Maps: Who Owns Computer-generated Works?", **Computer Law & Security Review**, 26(6), 2010, ss. 621-629.

253 SCHÖNBERGER Daniel, "Deep Copyright: Up - And Downstream Questions Related to Artificial Intelligence (AI) and Machine Learning (ML)" in DE WERRA Jacques (ed), **Droit d'auteur 4.0 / Copyright 4.0**, Schulthess Editions Romandes, Genève, 2018, ss. 145-173.

254 PALACE Victor M., "What If Artificial Intelligence Wrote This? Artificial Intelligence and Copyright Law", **Florida Law Review**, 71, 2019, ss. 217-242.

Fırat Öztan, bizzat bilgisayar veya yapay zekâ tarafından meydana getirilen fikri ürünlerin eser olarak korunmaması görüşündeler[255].

B. Devrimci Okul

Devrimci okul ise, yapay zekâya kanunî şartları taşıyan fikri ürünleri üzerinde eser sahipliği verilmesini savunuyor[256]. Bu düşünceye göre, bunu sağlamanın yolu yapay zekâya kişilik (*"personhood"*) verilmesidir[257].

C. Modern Okul

Modern okula dâhil hukukçular, yapay zekâ tarafından meydana getirilen fikri ürünler üzerinde gerekli düzenlemeleri yapan gerçek kişilere eser veya hak sahipliği verilmesi gerektiğini savunuyorlar. Bu hukukçular, tıpkı romantik okul gibi, insan dışı öznelere eser sahipliği verilmemesi gerektiğini iddia ediyorlar[258]. Eser veya hak sahipliğinin kime atfedilmesi gerektiği konusunda ise çeşitli görüşler ileri sürüyorlar. Bunlardan Dan Rosen, Cohen'i örnek göstererek "programcı"nın eser sahibi olduğunu not ediyor[259]. Bu görüşte yapay zekâ, programcının "orijinal fikrî tasavvuru"nun temsili olarak görülüyor[260]. Fikrî ürün, yapay zekâ teknolojisini kim kullanırsa kullansın programcı tarafından tasarlanan yaratıcı alanın sınırları içinde meydana getiriliyor[261]. Programcı, önem arz eden algoritmayı yazıyor; modelleri seçerken ve parametreleri belirlerken yaratıcı tercihlerini ortaya koyuyor; veriyi seçi-

---

255 TEKİNALP, § 10 Kn. 22; ÖZTAN, s. 83.

256 Mesela, patentler hakkında yapay zekâ teknolojilerinin buluş sahibi olması gerektiği hakkında bir görüş için bkz.: ABBOTT Ryan, "I Think, Therefore I Invent: Creative Computers and the Future of Patent Law", **College Law Review**, 54(2), 2016, ss. 1079-1126, s. 1079.

257 BALLARDINI / HE / ROOS, s. 130-132. Bu görüşün analizi için bkz.: PALACE, s. 231-234.

258 BALLARDINI / HE / ROOS, s. 133-134.

259 ROSEN Dan, "A Common Law for the Ages of Intellectual Property", **University of Miami Law Review**, 38(5), 1984, ss. 769-828, s. 804.

260 BONADIO / MCDONAGH, s. 122.

261 HEDRICK Samantha Fink, "I 'Think', Therefore I Create: Claiming Copyright in the Outputs of Algorithms", **NYU Journal of Intellectual Property & Entertainment Law**, Volume 8, No. 2, 2019, ss. 324-375, s. 346. Samantha Fink Hedrick, hem programcının hem de program kullanıcısının eser sahibi olabileceğini belirtiyor. HEDRICK, s. 337-348. Ayrıca bkz.: GLASSER Darin, "Copyrights in Computer-Generated Works", **Duke Law and Technology Review**, 24(1), 2001; HRISTOV Kalin, "Artificial Intelligence and the Copyright Dilemma", **IDEA: The IP Law Review**, 57(3), 2016, ss. 431-454, s. 444; PALACE, s. 234-238; DORNIS Tim W., "Artificial Creativity: Emergent Works and the Void in Current IP Doctrine", **Yale Journal of Law & Technology**, 22, 2020, ss. 1-60; s. 49-53.

yor ve tasnif ediyor; işletime başladıktan sonra algoritmayı gözlemleyerek uyarlamak için gerekli olan ilave aşamaları tekrar tekrar kontrol ediyor[262].

ABD hukuku açısından değerlendirme yapan Pamela Samuelson, yapay zekâ destekli fikri ürünlerde eser sahibinin "programın kullanıcısı" olması gerektiği sonucuna varıyor[263]. Caen A. Dennis ise, tasarım alanındaki yapay zekâ destekli yaratımlarımda, "yapay zekâ cihazını satın alan" kullanıcıların, yani moda evleri veya bağımsız tasarımcıların, eser sahibi olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade ediyor[264]. Bu görüşte programcılar, yaratmıyorlar[265]; sadece "yaratmak için bir potansiyel" meydana getiriyorlar[266]. Yapay zekâ, kullanıcılar tarafından eserler meydana getirilirken istifade edilen aletler olarak kabul ediliyor[267].

Modern okulun görüşünün mevzuattaki tipik yansıması olarak Birleşik Krallık CDPA m. 9(3) örnek gösterilebilir. AB, ABD, Avustralya ve Birleşik Krallık hukuklarını karşılaştıran Andres Guadamuz, Birleşik Krallık hukukundaki bu pragmatik yaklaşımın tüm ülkeler açısından bilgisayar tarafından meydana getirilen eser sorununu kolayca çözebileceğini düşünüyor[268]. Guadamuz'a göre, yapay zekâ teknolojileriyle meydana getirilen fikrî ürünlerin koruma dışı bırakılmasının özellikle veri tabanları alanında "ciddi ticarî etki"si olabilir[269]. Guadamuz, Birleşik Krallık'taki düzenlemenin şu noktalarda avantajlı olduğunu belirtiyor:

> "[Bu düzenleme], kesin olmayan bir hukukî alana kesinlik getirecektir; halihazırda uluslararası olarak birçok ülkede uygulanmaktadır; kullanıcı/programcı ayrımı sorununu bertaraf etmeye yetecek kadar birden fazla anlam içerdiğini ve bunu her vakada ayrı ayrı

---

262 HEDRICK, s. 341.

263 SAMUELSON Pamela, "Allocating Ownership Rights in Computer-Generated Works", **University of Pittsburg Law Review**, 47, 1985-86, ss. 1185-1228, s. 1208.

264 DENNIS Caen A., "AI-Generated Fashion Designs: Who or What Owns the Goods?", **Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal**, 30(2), 2020, ss. 593-644.

265 SAMUELSON, s. 1209.

266 GLASSER, s. 24.

267 SAMUELSON, s. 1220.

268 GUADAMUZ, s. 169-186.

269 GUADAMUZ, s. 185.

tahlil etmektedir; ve büyük bir sorun olmadan göreceli olarak uzun bir süredir mevcuttur"[270].

Bu düzenleme, birçok hukukçu tarafından eleştiriliyor[271]. Bu eleştiriler şöyle özetlenebilir: İlk olarak bu düzenleme, bir fikrî ürünün bilgisayar destekli meydana getirilip getirilmediği ayrımına aşırı bir anlam atfetmektedir. Bu düzenlemenin eleştirilen bir diğer yönü, iki konuda belirsizlik taşımasıdır. Bunlardan ilki, düzenlemede fikrî ürünün meydana getirilmesi için gerekli ayarlamayı kimin yaptığını - programcı mı, programı kullanan mı yoksa sisteme veri yükleyen mi- tayin etme noktasındaki belirsizliktir. İkinci belirsizlik ise, bu ürünlerde orijinallik şartının aranıp aranmayacağının açık olmamasıdır. İleri sürülen bir başka eleştiri, düzenlemenin insan ve bilgisayar tarafından birlikte meydana getirilen fikri ürünlerin akıbetine dair bir çözüm içermemesidir. Son eleştiri ise, bu düzenlemenin AB hukukuna uygun olmadığıdır.

Fikri Mülkiyet Haklarını Koruma Uluslararası Derneği (*"International Association for the Protection of Intellectual Property"* - *"AIPPI"*) tarafından Eylül 2019'da Londra'da gerçekleştirilen Dünya Kongresi sonunda, yapay zekâ tarafından meydana getirilen fikrî ürünlerle ilgili bir karar alındı[272]. AIPPI'nin kararında, bu ürünlerin insan katkısı olması ve gerekli kriterlerin yerine gelmesi kaydıyla fikrî haklar bakımından korunabileceğini kabul ediliyor[273]. Bu fikrî ürünlere uygulanacak koruma, diğer eser türleri için geçerli olanlarla aynı olmaması gerektiği vurgulanıyor[274]. Kararda ayrıca, insan müdahalesi hiç olmadığında yapay zekâ tarafından fikrî ürünlerin bağlantılı haklarla korunabileceği ifade ediliyor. Tabi ki yine bağlantılı haklar için

---

[270] GUADAMUZ, s. 185.

[271] Bu eleştiriler için bkz.: BENTLY / SHERMAN / GANGJEE / JOHNSON, s. 117-118; DICKENSON Julia / MORGAN Alex / CLARK Birgit, "Creative Machines: Ownership of Copyright in Content Created by Artificial İntelligence Applications", **European Intellectual Property Review**, 39(8), 2017, ss. 457-460, s. 458-459; LAMBERT Paul, "Computer Generated Works and Copyright: Selfies, Traps, Robots, AI and Machine Learning", **European Intellectual Property Review**, 39(1), 2017, ss. 12-20, s. 13-14; IHALAINEN, s. 725; LAUBER-RÖNSBERG Anne / HETMANK Sven, "The Concept of Authorship and Inventorship under Pressure: Does Artificial Intelligence Shift Paradigms?", **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, 14(7), 2019, ss. 570-579, s. 574-575; BONADIO / MCDONAGH, s. 121-122; DORNIS, s. 18.

[272] AIPPI, **Resolution: Copyright in Artificially Generated Works**, adopted in 2019 AIPPI World Congress - London, 18 September 2019, https://aippi.org/wp-content/uploads/2020/05/Resolution_Copyright_in_artificially_generated_works_English.pdf

[273] AIPPI, s. 2.

[274] AIPPI, s. 3

gerekli koruma şartlarının sağlanması gerekiyor[275]. AIPPI, yapay zekâ teknolojilerinin halen gelişmekte olması sebebiyle mevcut hukuk normlarıyla korunmayan ürünler için yeni bir fikrî veya bağlantılı hak kategorisi tanınması konusunda nötr kalmayı tercih ediyor[276].

Bir diğer modern okula dâhil hukukçu grubu, yapay zekâ tarafından meydana getirilen ürünlerle ilgili alternatif koruma modlarını tavsiye ediyorlar. Mesela, Ana Ramalho, AB Koruma Süreleri Yönergesinin 4'üncü maddesinden[277] esinleniyor ve yapay zekâ tarafından meydana getirilen ürünlerin koruma dışı ürünler gibi muamele görüp üzerlerinde yayanın hakkı (*"disseminator right"*) şeklinde bir koruma tanınması gerektiğini ileri sürüyor[278]. Bridy, çalışanların eserleri üzerinde geçerli olan hak sahipliği doktrinin (*"work-for-hire doctrine"*) yapay zekâya uygulanması gerektiğini savunuyor[279]. Shlomit Yanisky-Ravid[280] ve Russ Pearlman[281], ayrı ayrı kaleme aldıkları makalelerinde bu görüşü takip ediyorlar. Jani McCutcheon[282], Madeleine de Cock Buning[283], Anne Lauber-Rönsberg ile Sven Hetmank[284] ve Enrico Bonadio ile Luke McDonagh[285], *sui generis* bir hak türü tanımanın bir seçenek olabileceğini dile

---

275 AIPPI, s. 3.

276 AIPPI, s. 3.

277 Bu maddeye göre, koruma süresi dolmasından sonra yayımlanmamış eserleri hukuka uygun olarak ilk kez yayımlayanlar veya umuma iletenler, eser sahibinin malî haklarına eş değer bir korumadan istifade edebilirler. Koruma süresi, eserin ilk yayımı veya umuma iletiminden itibaren 25 yıldır (AB Koruma Süreleri Yönergesi m. 4).

278 RAMALHO Ana, "Will Robots Rule the (Artistic) World? A Proposed Model for the Legal Status of Creations by Artificial Intelligence Systems", **Journal of Internet Law**, 21(1), 2017, ss. 12-25.

279 BRIDY Annemarie, "Coding Creativity: Copyright and the Artificially Intelligent Author", **Stanford Technology Law Review**, 5, 2012, ss. 1-28; BRIDY, 2016, ss. 395-401.

280 YANISKY-RAVID Shlomit, "Generating Rembrandt: Artificial Intelligence, Copyright, and Accountability in the 3A Era - The Human-Like Authors Are Already Here - A New Model", **Michigan State Law Review**, 2017, ss. 659-726.

281 PEARLMAN Russ, "Recognising Artificial Intelligence (AI) as Authors and Inventors under U.S. Intellectual Property Law", **Richmond Journal of Law & Technology**, 24(2), 2018, ss. i-38.

282 MCCUTCHEON, s. 965-966.

283 DE COCK BUNING Madeleine, "Artificial intelligence and the creative industry: new challenges for the EU paradigm for art and technology" in BARFIELD Woodrow / PAGALLO Ugo (eds.), **Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence**, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018, ss. 511-535.

284 LAUBER-RÖNSBERG / HETMANK, s. 570-579.

285 BONADIO / MCDONAGH, s. 112-137.

getiriyorlar[286]. Tim W. Dornis[287], bu ürünlerle ilgili ABD ve AB hukuklarında bir boşluk olduğunu ve bunun yani bir komşu hak kategorisi ihdas edilerek giderilebileceğini iddia ediyor[288]. Dornis'in önerisinde ihdas edilecek hakkın sahibi, yapay zekâ aygıtı üzerinde "tasarruf yetkisi" (*"power of disposition"*) sahibi kişi olmalı[289]. Bu da genellikle, yapay zekâ aygıtının (hem donanımın hem de yazılımın) sahibi oluyor[290]. Dornis'e göre, böyle bir hak türü kanunlaştırılıncaya kadar haksız rekabet hükümleri uygulanabilir[291]. Lionel Bently ve arkadaşları ise, bu ürünlerin var olan bağlantılı haklara veya haksız rekabete ilişkin hükümler vasıtasıyla korunabileceğini yazıyor[292].

Bu okullar, yapay zekâ teknolojilerinin yaratıcı bir özne (*"creative agent"*) olduğu ön kabulüne dayanıyorlar ve bu fiilî durumun hukuk tarafından tanınıp tanınmamasına göre bir çözüm öneriyorlar. Romantik okula göre, hukuk sadece insanların yaratıcı özneliğini tanımış ve ona koruma sağlamıştır. Bu sebeple bu görüş taraftarları, yapay zekânın yaratıcılığı özneliğinin hukuken koruma dışı olacağını dile getiriyorlar. Devrimci okul taraftarlarına göre, yapay zekânın yaratıcı özneliği hukukça tanınmalıdır. Son olarak modern okul, bu iki görüş arasında bir yol benimsemiştir. Bu görüş taraftarlarına göre, hukuk sadece insanlara yaratıcı öznelik atfettiği için, yapay zekânın etrafındaki insanlara fikrî hak koruması sağlanmalıdır. Gerçekten yapay zekâ yaratıcı mıdır?

2. Yapay Zekâ, Yaratıcı mıdır?

Amerikalı psikolog Mihaly Csikszentmihalyi, "akış teorisinin" (*"flow theory"*) fikir babası. Akış deneyimi, bir kişinin meşgul olduğu faaliyete tamamen dahil olduğu, zamanın ve mekânın kaybolduğu, yaratıcılık ve hayata derinlemesine daldığı duygu durumunu ifade ediyor[293]. Bu teoriden esinlenen besteci ve bilim insanı olan François Pachet, bir gün müzik sevgisini teknolojiyle birleştirerek *"Akış Makinesi"* (*"The Flow Machine"*) isimli

---

[286] Bu konuda ayrıcı bkz.: GINSBURG Jane, "People not machines: authorship and what it means in the Berne Convention", **International Review of Intellectual Property and Competition Law**, 49(2), 2018, ss. 131-135

[287] DORNIS, ss. 1-60.

[288] DORNIS, s. 45.

[289] DORNIS, s. 54-56.

[290] DORNIS, s. 55.

[291] DORNIS, s. 17, 60.

[292] BENTLY / SHERMAN / GANGJEE / JOHNSON, s. 118.

[293] CSIKSZENTMIHALYI Mihaly, **Flow: The Psychology of Optimal Experience**, 1st edn,, Harper Perennial Modern Classics, 2008.

bir yapay zekâ geliştirdi. Akış Makinesi, veri tabanında on üç bin şarkı barındırıyor. Şarkıların çoğu; jazz, batı pop müziği ve Brezilya müziğinden oluşuyor ve notalar ile akortlara çevrilebilen harmonize edilmiş melodilere dayanıyor. Bu şarkılar, veri tabanında dijital hale getirilmiş notalar halinde bulunuyor. Akış Makinesi'nin müzik bestelemesi için, öncelikle tempo, nota imi, notalar, sitil ve hatta şarkılar seçiliyor. Daha sonra Akış Makinesi, kısıtlı Markov tekniğini kullanarak melodi besteliyor. Kısıtlı Markov modeli, müzik biçimlerini belirliyor. Bilgisayar bazı akort dizileri, melodi sıraları ve ritimlerin olasılığını hesaplıyor ve bu olasılıkları mantıklı yeni müzik varyasyonlarını üretmek için kullanıyor. Sanatçı, makinenin ürettiği müziği düzenleyerek son halini veriyor. Eylül 2016'da Akış Makinesi, "Babamın Arabası" (*"Daddy's Car"*) isimli bir insanın sözlerini yazdığı Beatles'ın melodi seçkisine dayanan, neşeli ve hareketli ilk albümünü çıkardı[294].

Haberlerde çoğu zaman Akış Makinesinde olduğu gibi eser meydana getiren yapay zekâ teknolojilerine bilinçleri varmış gibi insanî özellikler yakıştırılıyor[295]. Hatta bazen bunlar, sanatçı olarak adlandırılıyorlar[296]. Yapay zekâ teknolojileri, gerçekten yaratıcı mıdır? Yaratıcılık ne anlama geliyor?

A. Bireyci ve Sosyo-Kültürel Yaratıcılık

Yapay zekâ teknolojilerinin yaratıcı olup olmaması konusunda görüşler, iki kampa ayrılmış durumda[297]. Yaratıcılık, inovasyon ve öğrenme konusunda önde gelen uzmanlardan olan Amerikalı psikolog R. Keith Sawyer'a göre yaratıcılık

---

[294] *Akış Makinesi* hakkında bkz.: http://www.flow-machines.com; MILLER, s. 150-153.

[295] WILSON Mark, "AI Is Inventing Languages Humans Can't Understand. Should We Stop It?", **Fast Company,** 14 July 2017, https://www.fastcompany.com/90132632/ai-is-inventing-its-own-perfect-languages-should-we-let-it.

[296] COLTON Simon, "The Painting Fool: Stories from Building an Automated Painter" in MCCORMACK Jon / d'INVERNO Mark (eds.), **Computers and Creativity**, Springer, 2012, ss. 3-38; DVORSKY George, "This Artificially Intelligent Robot Composes and Performs Its Own Music", **Gizmodo**, 14 June 2017, https://gizmodo.com/this-artificially-intelligent-robot-composes-and-perfor-1796093082; PEREZ Sarah, "Microsoft's New Drawing Bot Is an AI Artist", **TechCruch,** 19 January 2018, https://techcrunch.com/2018/01/18/microsofts-new-drawing-bot-is-an-a-i-artist/; POGUE David, "Is Art Created by AI Really Art?", **Scientific American**, 1 February 2018, https://www.scientificamerican.com/article/is-art-created-by-ai-really-art/; STOCK Matthew, "Ai-Da, The Humanoid Robot Artist Gears up for First Solo Exhibition" 5 June 2019, https://www.reuters.com/article/us-tech-robot-artist/ai-da-the-humanoid-robot-artist-gears-up-for-firstsolo-exhibition-idUSKCN1T6215.

[297] Bu konudaki farklı düşünen yazılım mühendisleri ve sanatçılar için bkz. MILLER, 2019.

bizi insan yapan neyse onun bir parçası[298]. Sawyer, yaratıcılık araştırmalarına ilişkin akımlara göre iki temel yaklaşım olduğunu belirtiyor: bireyci ve sosyo-kültürel yaklaşımlar[299]. Bireyci yaklaşıma göre yaratıcılık, "dünyada ifade edilen yeni bir aklî birleşim"dir. Bu tanımda yaratıcılığa üç özellik atfediliyor. Birincisi yaratıcılık, yeni olmaktır. Gerçekten yaratıcı bir düşünce ve fiil olmanın en temel şartı, yeni ve orijinal olmaktır. Daha önceden söylenmiş cümleyi aynen söylemek yaratıcı değildir. İkincisi yaratıcılık, birleşimdir. Tüm düşünce ve kavramlar, daha önceden var olanların birleşimidir. Yaratıcılık, daha önceden var olan ve ayrı duran iki ve daha fazla düşünce veya kavramın birleştirilmesini gerektirir. Üçüncüsü yaratıcılığın ortaya çıkması için ifade edilmiş olması gerekir. Bir kişinin zihninde kalan ve dışa yansımayan ifadeleri yaratıcı saymak mümkün değil[300]. Birçok birleşim, dünya için yeni değildir. Bu bileşimler, onu meydana getiren kişiye göre yeni olduğu müddetçe, bireyci yaratıcılık kapsamına girerler. Bireyci yaratıcılığa, küçük yaratıcılık ("little c" creativity) da denilir[301].

Sosyo-kültürel yaklaşıma göre yaratıcılık, uygun bir şekilde bilgilendirilmiş bir grup tarafından yeni, uygun, faydalı ve değerli kabul edilen bir ürün meydana getirmektir. Aşırı zor sorunlara çözüm getiren veya dahiyane ürünler yaratıcı olarak kabul edilir. Sosyo-kültürel yaratıcılığa, büyük yaratıcılık ("big C" Creativity) da denilir[302].

Sawyer, yapay zekânın yaratıcılığı konusunda olumsuz düşünenlerden. Sawyer'a göre, yapay zekâ içeren bilgisayar programları, dünya satranç şampiyonu unvanı taşıyabilirler. Veri yığınlarını kolayca işleyebilirler. Hatta insan tarafından görülemeyen şekilleri dahi ayırt edebilirler. Ancak bu programlar, gündelik yaratıcı yetenekleri öğrenemezler[303].

B. Birleştirici, Keşfedici ve Dönüştürücü Yaratıcılık

Margaret A. Boden, yaratıcılık konusunda karşımıza çıkan diğer önde gelen araştırmacılardan biri. Bilişsel bilim, bilgisayar, felsefe, psikoloji ve yapay zekâ alanlarını araştırmalarında birleştiren bir profesör. Bu farklı bilim alanla-

---

298 SAWYER R. Keith, **Explaining Creativity: The Science of Human Innovation,** 2nd edn, OUP, New York, 2012, s. 3.

299 SAWYER, s. 7.

300 SAWYER, s. 7.

301 SAWYER, s. 8.

302 SAWYER, s. 8.

303 SAWYER, s. 3.

rını birleştiren Boden, yaratıcılığı; "yeni, şaşırtıcı ve değerli fikirler veya elişleri (*artefacts*) üretme yeteneği" olarak tanımlıyor[304]. Yenilik, değerli olma ve şaşırtma, yaratıcılık süreci yerine daha çok yaratıcılığın meyvelerine odaklanıyor. Oysaki yaratıcılık süreci, ürün kadar önemli. Boden, yaratıcılık sürecini üç "farklı psikolojik mekanizma"ya ayırıyor: "birleştirici yaratıcılık" (*combinatorial creativity*), "keşfedici yaratıcılık" (*exploratory creativity*) ve "dönüştürücü yaratıcılık" (*transformational creativity*).

Birleştirici yaratıcılıkta, benzer fikirler tanıdık olmayan biçimlerde birleştirilir[305]. Bir sanatçı, iki fikri alır ve onları farklı bir yolla birleştirir. Resimde kolaj çalışmaları, tekstil sanatları, şiirli görüntü tasvirleri veya mecazlı anlatımlarda bu tür yaratıcılık söz konusudur[306]. Mesela, Irak asıllı İngiliz mimar Zaha Hadid, mimari bilgisini Rus ressam Kazimir Malevich'in süprematist akımda kullandığı saf şekillere olan ilgisiyle birleştirmişti[307]. Bu birleşim, Hadid'e "eğrilerin kraliçesi" sıfatını kazandıran özgün mimari sitildeki kavisli yapıları meydana getirmesini sağladı[308].

Keşfedici yaratıcılık, bilim, edebiyat, müzik ve sanatın sınırlarında keşfe çıkmaktır. Bu dalların kuralları içinde çalışırken sınırlarını mümkün olduğu kadar esnetmek; yeni ve daha önceden kimsenin aklına gelmeyen yeni tarzlar, cümleler, melodiler veya teoriler üretmeye çalışmaktır. Boden'nın bu tür yaratıcılık yaklaşımında "kavramsal alan" ("*conceptual space*") merkezde yer alır. Kavramsal alan, yaratıcı hareketlerin meydana geldiği soyut bir güzergahı ifade eder. Burada keşfedilmeyi bekleyen sayısız fikir vardır[309]. Aslında tüm sanatçılar, müzisyenler, yazarlar veya bilim insanları bu tür yaratıcılık sergilerler[310]. Yeni portreler yaparlar. Yeni şarkılar bestelerler. Yeni hikâyeler kaleme alırlar, Yeni hipotezler ortaya atarlar. Bu eserler veya fikirler, yeni olsalar da ortaya çıktıkları aynı tarz ailesi içinde kalırlar[311].

---

[304] BODEN Margaret A., **The Creative Mind: Myths and Mechanisms**, 2nd edn., Routledge, London, 2004, s. 1; BODEN, 2018, s. 59.

[305] BODEN, 2004, s. 3; BODEN, 2018, s. 60.

[306] BODEN, 2004, s. 3; BODEN, 2018, s. 60.

[307] HADID Zaha, "Zaha Hadid RA on the influence of Malevich in her work: Plane sailing", 22 July 2014, https://www.royalacademy.org.uk/article/zaha-hadid-ra-on-the-influence-of.

[308] MOORE Rowan, "Zaha Hadid: queen of the curve", 8 Sep 2013, https://www.theguardian.com/artanddesign/2013/sep/08/zaha-hadid-serpentine-sackler-profile.

[309] BODEN, 2004, s. 4.

[310] BODEN, 2004, s. 4-5; BODEN, 2018, s. 60.

[311] BODEN, 2018, s. 60.

Dönüştürücü yaratıcılık ise, yaratıcılığın en yüksek şeklidir. Burada sanat ve bilimde var olan tarzlara veya usullere ait sınırlamalar ve "kavramsal alan" temelden değiştirilir. Böylece daha önce ortaya çıkarılmamış olan yeni fikirler veya elişleri üretilir. Bu fikirler veya elişleri, bir hayli şaşırtıcıdır, çünkü oluşturdukları dönüşüm imkânsız olarak algılanır. Keşfedici ve dönüştürücü yaratıcılık içi içe geçmiştir. Keşfedici yaratıcılıkta göreceli olarak küçük değişiklikler ortaya çıkarken; dönüştürücü yaratıcılıkta o sanat veya bilim alanına büyük değişikliler getirilir. Dönüştürücü yaratıcılık, zamanla anlaşılır hale gelir[312]. Çünkü dönüştürücü yaratıcılık, sanat ve bilimde akışı değiştirmektir. Mesela, Orhan Veli, Garip akımını kurdu ve o dönemde edebî dil sanatlarını üstün tutan Türk şiirine gündelik konuşma dilinin yalın söyleyişini taşıdı. Beethoven klasik müzikte Romantik dönemi başlattı. Picasso, kübizmi buldu.

Boden, yaratıcılığı, psikolojik ve tarihî olarak da ikiye ayırıyor. Bu ayrım, yaratıcı fikrin yeniliğine göre yapılıyor. Psikolojik yaratıcılık (*psychological creativity/P-creativity*), kişinin sadece kendisi bakımından yeni, tahmin edilmeyen ve değerli bir fikri bulması anlamına geliyor. Bu fikrin, daha önce başkaları tarafından keşfedilip keşfedilmediği bir önem taşımıyor. Tarihî yaratıcılıkta (*historical creativity/H-creativity*) ise, tüm insanlık tarihi bakımından yeni bir fikrin bulunması söz konusu. Böylece bir fikrin yeni olması, daha önceden hiç düşünülmemiş olması anlamına gelmiyor[313].

Boden, yapay zekâ tarafından yaratıcılık sergilenemeyeceği düşüncesine karşı çıkan düşünürlerden biridir. Boden, tarif ettiği üç tür yaratıcılığın yapay zekâ tarafından gerçekleştirebileceğini ifade ediyor. Çoğu zaman bu hallerde fikri ürün programla ilişkili insana atfedilir diyor Boden. Ona göre, bu üç yaratıcılık türü birbirinden ayrı bölümler halinde görülmez ve aralarında kesişmeler olabilir[314].

C. Yaratıcılığı Kodlamak

Hukuk profesörü olan Annemarie Bridy, eğer yaratıcılık bir takım "özellikler ve davranışlar" anlamına geliyorsa, yaratıcılığın kodlanma ihtimalinin bulunduğu fikrini ileri sürüyor[315]. Bridy, Lovelace tarafından verilen

---

[312] BODEN, 2004, s. 5-6; BODEN, 2018, s. 60-61.

[313] BODEN, 2004, s. 4.

[314] BODEN, 2018, s. 61-62.

[315] BRIDY, 2012, ss. 1-28; BRIDY, 2016, ss. 395-401.

yaratıcılığın şu tanımına dayanıyor: beklenmedik olanı başarmak için kurallardan ve geleneklerden ayrılma yeteneği göstermek[316]. Bridy ayrıca, Boden tarafından yapılan "yeni, şaşırtıcı ve değerli" tanımı ile Roger Schank ve Christopher Owens tarafından yapılan "sorunu çözmeye yönelik yenilikçi karşılık" tanımlarını karşılaştırıyor[317]. Bridy'e göre bu yaratıcılık tanımları, *Feist* davasında öngörülünden daha yüksek bir standarda tekabül ediyor[318].

D. Makinedeki Sanatçı

Bilim tarihçisi ve felsefecisi Arthur I. Miller, yaratıcılık bağlamında farklı bir yaklaşım benimsiyor. Miller, Boden'in psikolojik yaratıcılığını küçük yaratıcılık; tarihi yaratıcılığını ise büyük yaratıcılık olarak tanımlıyor. Miller, "*The Artist in the Machine the World of AI-Powered Creativity"* isimli kitabında bahsettiği yapay zekâ tarafından üretilen sanat, bilim ve edebiyat eserlerinin küçük yaratıcılık ürünleri olduğunu belirtiyor[319]. Büyük yaratıcılık için ise, şu yedi niteliğe sahip olmak gerektiğini dile getiriyor: i) iç gözlem yapmak, ii) güçlü yanlarını bilmek, iii) odaklanmak, sebat etmek ve hata yapmaktan korkmamak, iv) iş birliği yapmak ve rekabet etmek, v) büyük fikirleri istemek, ödünç almak veya çalmak, vi) belirsizlik üzerinde ilerleme kaydetmek, vii) tecrübe ve acı çekmek[320]. Miller ayrıca, yaratıcı olan dâhilerin yaratıcılığın özü olan sorunu keşfetme ve bağlantı kurma gibi iki özelliğe sahip olduklarını ileri sürüyor[321]. Miller'a göre, bilgisayarlar büyük yaratıcılık için gerekli bu özellikleri ya hali hazırda taşıyorlar ya da gelişen teknolojilerle potansiyel olarak bunlara sahip olabilecekler[322].

3. Teknolojinin İçinde: Yapay Zekâ Yaratıcı Bir Özne mi?

Pınar Yanardağ ve Emily Salvador, iki bilgisayar bilimci. Bu iki bilim insanı, derin öğrenmenin sanat ve modada yaratıcı uygulamalarını keşfetmeye çalışıyorlar. Bir gün, 1920'lerin siyah küçük elbise konseptinden etkileniyorlar. Her kadının gardırobunun vazgeçilmezi olan bu elbisenin yapay zekâ tarafından nasıl üretilebileceğini merak ediyorlar. *"Üretici ters ağlar"*

---

316 BRIDY, 2012, s. 10, BRIDY, 2016, s. 398-399.

317 BRIDY, 2012, s. 13, BRIDY, 2016, s. 399.

318 BRIDY, 2012, s. 14, BRIDY, 2016, s. 399.

319 MILLER, s. 273.

320 MILLER, s. 9-19.

321 MILLER, s. 19-22.

322 MILLER, s. 307-309.

(“*generative adversarial networks” - “GANs”*) denilen yapay zekâyı binlerce elbise resmi ile eğitiyorlar. Yapay zekâ, veri kümesindekilere benzemeyen bir tasarımı üretmeyi başarıyor. Sonuçta ortaya çıkan tasarım, çok şaşırtıcı: normal bir kol ile çan şeklinde bir kolun ve asimetrik detayların eşlik ettiği küçük bir siyah elbise[323].

Peki siyah elbise bile tasarlayabilen yapay zekâ teknolojileri, gerçekten yaratıcı bir özne midir? Bu soruya her yapay zekâ teknolojisinin kendi içinde, yani işleyişinde, bir cevap aramak yerinde olacaktır. Küçük siyah elbisenin tasarlanmasında kullanılan ve esasen Ian J. Goodfellow ve arkadaşları tarafından geliştirilen “üretici ters ağlar”[324] ile Elgammal ve arkadaşları tarafından geliştirilen “yaratıcı ters ağlar”ı (“*creative adversarial networks” - “CANs”*)[325] örnek olarak ele alalım.

GANs tekniğinde, “ayırt edici” (*“discriminator” - “D”*) ve “üretici” (*“generator” - “G”*) olmak üzere iki derin ağ var. D ağı, gerçek resimlerle besleniyor. Bu resimler, ImageNet gibi veri kümesinden alınıyor. D, (eğitim için kullanılan veri kümesinden gelen) “gerçek” resimlerle (G tarafından üretilen) “sahte” resimleri ayır etmeye çalışan bir ağ. G ağı ise, eğitim için kullanılan veri kümesindeki resimleri görmeden onlara benzer resimler üretmeye çalışan bir ağ. G, gelişi güzel yerleştirilmiş noktalar gibi görünmeyen bir alandan oluşan ilk katmandan resim üretiyor. G’nin ürettiği resimler, ilkin tamamen soyut ve bulanık şekillerden ibaret. G, sahte sanat eseri yapan biri gibiyken; D, hafızasındaki resim kümelerine göre G’nin ürettiklerinin gerçek olup olmadığına karar veren bir dedektif gibi. G, D tarafından reddedilen ilk resimleri geldiği ağlara geri gönderiyor ve yeniden resim üretiyor. Zamanla, G’nin orta (gizli) ağları hatalarından öğrenerek daha iyi resimler üretmeye başlıyor. Nihayetinde, üretilen resimler, D’nin hafızasında bulunan resimlere benzer hale geliyor.

---

[323] Küçük siyah elbise tasarımı hakkında bkz.: https://lbd-ai.com/.

[324] GOODFELLOW Ian J. et. al., “Generative adversarial nets” in **Advances in Neural Information Processing Systems,** the MIT Press, Cambridge-USA, 2014, ss. 2672-80.

[325] ELGAMMAL Ahmed / LIU Bingchen / ELHOSEINY Mohammad / MAZZONE Marian, **“CAN: Creative Adversarial Networks Generating “Art” by Learning About Styles and Deviating from Style Norms”,** paper presented at the 8th International Conference on Computational Creativity (ICCC), Atlanta, GA, USA, (19-23 June 2017); MAZZONE Marian / ELGAMMAL Ahmed, Art, “Creativity, and the Potential of Artificial Intelligence”, **Arts**, 8(26), 2019, ss. 1-9.

Şekil 4: GANs Tekniğiyle Eser Yaratım Süreci[326]

Şekil 4, GANs tekniği kullanılarak üretilen resimlere ilişkin yaratım sürecini gösteriyor. Sanatçı, algoritmayı beslemek için resimleri (küratörlük öncesi) seçiyor. Yaratıcı süreç, algoritmanın küçük çaplı düzeltilmesi dâhil, küratörlük öncesi ve sonrasında öncelikli olarak sanatçı (programı kullanarak ürünü meydana getiren kişi) tarafından yürütülüyor. Meydana getirilen resimler, resme bakan kişiler veya süreci yöneten sanatçı bakımından şaşırtıcı. Yapay zekâ algoritması, küratörlük öncesi yüklenen resimleri, küçük değişikliklerle taklit eden ürünler (yeni resimler) meydana getiriyor. Genel yaratım sürecine bakıldığında bu faaliyet açıkça kavramsal sanat kategorisine giriyor çünkü sanatçının küratörlüğün ve değişiklikler yapmanın rolleri üzerinde tercih yapma seçeneği bulunuyor[327].

CANs tekniği, GANs gibi "ayırt edici" (*"discriminator" - "D"*) ve "üretici" (*"generator" - "G"*) olmak üzere iki ağ üzerine kurulu. D, WikiArt veri setiyle eğitilerek bir resmin sanat eseri olup olmadığını öğreniyor. G ise, eğitilmemiş bir ağ. G, D'ye resimler gönderiyor ve D'nin sanat eseri olarak görmediği ürünlere göre eğitiliyor. D tarafından verilen her "sanat

[326] MAZZONE / ELGAMMAL, s. 2'deki Şekil 1'den uyarlanmıştır.

[327] MAZZONE / ELGAMMAL, s. 2.

eseri değil" cevabına göre, daha sanatsal ürünler meydana getirmek için ürettiği resimlere verdiği (sayısal) ağırlığı ayarlıyor. D ayrıca, "sanat-tarz sınıflandırma" (*"art-style classification"*) işlevine sahip. Bu işlev aracılığıyla G tarafından gönderilen resmin tarzını da ayırt ediyor. Gönderilen resmin belirli bir tarza ait olduğunu fark ettiğinde ise, "tarz belirsizliği" (*"style ambiguity"*) işlevi devreye giriyor ve G'yi WikiArt veri setindekilerden farklı resimler üretmeye yöneltiyor. Böylece, yeni ve orijinal ürünler ortaya çıkıyor. CANs, "tarz belirsizliği" işlevi kapalıyken portreler, manzara resimleri ve benzeri ürünler meydana getirirken; bu işlev açıldığında daha soyut resimler üretiyor. Bu tarz belirleme ve farklı tarza yönlendirme özelliği, CANs tekniğinin GANs'dan ayrılan yönü. Şekil 5, CANs tekniği kullanılarak üretilen resimlere ilişkin yaratım sürecini gösteriyor.

Şekil 5: CANs Tekniğiyle Eser Yaratım Süreci[328]

Yapay zekânın yaratıcı olmadığını iddia eden kimi düşünürler ve sanatçılar,[329] bu teknolojileri bir sanat icra edilirken kullanılan alet (*"tool"*) olarak görüyor. Mesela, Adobe Araştırma'da yönetici bilim insanı Aaron Hertzmann, makine öğrenmesine dayalı olanlar da dâhil tüm sanat algoritmalarının sanatçılar için tıpkı

---

328 MAZZONE / ELGAMMAL, s. 4'deki Şekil 3'ten uyarlanmıştır.

329 Miller'ın mülakat yaptığı ve yapay zekâyla kullanarak "Music for 18 Musicians - Steve Reich" isimli müzik eserini meydana getiren Damien Henry, bu düşünceyi taşıyanlara örnek gösterilebilir. Bkz. MILLER, s. 78. Miller, mülakat yaptığı sanatçı Anna Ridler'ın ise "Benim boya fırçamın sanatçı olduğunu söyleyebilir misiniz? (Makineler) yaratıcı olamaz" dediğini aktarıyor. Bkz. MILLER, s. 105. "Paul" isimli resim yapan robotu yapan Patrick Tresset de, bu düşünceyi paylaşanlardan. Bkz. MILLER, s. 132.

fırça ve boya gibi bir araç olduğunu; kendilerinin sanatçı olmadığını belirtiyor[330]. Sanatın esasen sosyal bir etkileşim olduğunu düşünen Hertzmann, onun ancak sosyal varlıklar tarafından icra edilebileceğini belirtiyor[331].

Marian Mazzone ve Ahmed Elgammal, yapay zekâ algoritmalarının bir alet olduğu görüşüne karşı çıkıyorlar[332]. Bu iki bilim insanı, yaratıcı ters ağlar ("*creative adversial networks"*) isimli resim yapan yapay zekâyı medyana getiren takımdan[333]. Onlara göre, bu algoritmalar, bir aletten daha fazlası ve araç ("*medium"*- sanat için bir aracı ve ortam) olmaya daha yakın. Sanatta yer alan araç kavramı, Mazzone ve Elgammal'in iddia ettiğine göre, sadece (fırça, yağlı boya, neftyağı, tuval ve benzeri) aletleri içermiyor; sanat alanındaki yaratma şartlarının doğasında bulunan bir dizi olasılıkları ve kısıtlamaları da kapsıyor. Resim "araçları" arasında; resim tarzlarının tarihi, iki boyutlu yüzeyin fizikî ve kavramsal sınırlamalar, neyin resim olarak tanınacağına ilişkin sınırlar, resimleri tanımlamak ve eleştirmek için geliştirilen eleştirel dil ve benzeri katkılar da bulunuyor. Yapay zekâ bir araç olarak, bu şekilde resim sanatına yeni boyutlar katıyor. Bunlar, bilgisayar kodu, matematik, donanım ve yazılım, yazdırma tercihleri, algoritmik yapılandırma, veri toplama ve uygulama, bilgisayar yaratıcılığını ayırt etmek ve değerlendirmek için gerekli eleştirel teori ve geniş bilgisayar bilimi içindeki sanat yapma niyeti. "Sanatın sosyal bir etkileşim" olduğunu söyleyen Mazzone ve Elgammal, özetle şunu iddia ediyorlar: henüz ilk günlerinde olan yapay zekâ, "yaratıcı bir ortak" *("creative partner"*)[334].

Gerçekten bu iki sistem, yaratıcı mı? İnsanların yaratıcı dürtüsü, serbest iradeleriyle fikirlerini ifade etmeleriyle ortaya çıkıyor. İnsanlar, otomatlar gibi yaşamıyorlar. Bunun yerine rutini kırmak ve birdenbire yeni bir şey yaratmak için serbestçe seçimlerde bulunuyorlar. İnsanın yaratıcılık yeteneği, "özgür iradesi"yle yakından ilgili[335]. Özgür irade "birinin tercihlerini ve

---

330 HERTZMANN Aaron, "Can Computers Create Art?", **Arts**, 7(18), 2018, ss. 1-25, s. 12-13.

331 HERTZMANN, s. 20.

332 MAZZONE / ELGAMMAL, s. 8.

333 Elgammmal ve arkadaşları, GANs'nin yaratıcı olmadığını taklit edici (*"emulative")* olduğunu iddia ediyor. Bkz.: ELGAMMAL / LIU / ELHOSEINY / MAZZONE (19-23 June 2017).

334 MAZZONE / ELGAMMAL, s. 8. Yapay zekâ teknolojilerini yaratıcı bir işbirlikçi olarak gören benzer bir görüş için bkz.: DETERDING Sebastian et.al., **"Mixed-Initiative Creative Interfaces"** CHI EA '17: Proceedings of the 2017 CHI Conference Extended Abstracts on Human Factors in Computing Systems (6-11 May 2017) ss. 628-635.

335 DU SAUTOY Marcus, **The Creativity Code: Art and Innovation in the Age of AI,** Harvard University Press, Cambridge-USA, 2019, s. 281-282.

davranışlarını kontrol altında tutabilme yetkisi" olarak tanımlanabilir[336]. Bir öznenin bu yetkiye sahip olması, tercihlerinin ve davranışlarının kendine ait olması anlamına geliyor. Bu da bir yandan hiçbir şey yapmamayı veya tam aksini yapmayı tercih edebilme yetkisini içiriyor. Diğer yandan hareketlerinin kaynağının yine kendisi olmasını gerektiriyor[337]. Bu özellikleri taşıyan bir özgür iradeyi de programlamak bugünkü bilinen teknolojilerle neredeyse imkânsız[338]. Hem de bu, özgür irade kavramıyla çelişen bir hal.

Bugünkü yapay zekâ taşıyan makineler, teknolojik olarak bir başlarına bir fikrî ürün meydana getirerek kendilerini ifade etmeyi seçebilecek konumda değiller[339]. Bir eser meydana getirip getirmemeye getirecekse bile hangi tür eser meydana getirmeye karar verebilecek kapasiteye de sahip değiller. Hatta, meydana getirilen eserin ne ifade ettiğini semantik düzeyde kavrama yetenekleri mevcut değil. Hertzmann'ın makalesinde not ettiği[340] ve Cohen'in AARON isimli resim yapan programında keşfettiği gibi[341], insanlar; yüksek kalite eserler yaratma isteği, yaratıcılık, büyüme ve değişim için bir kavrama yeteneğine sahip. Bu sebeple günümüzde bilinen yapay zekâ teknolojilerinde gözlemlediğimiz yaratıcılık, "insan kodu"[342] tarafından başlatılıp yönlendiriliyor[343]. Peki fikri haklar bağlamında korumadan faydalanabilecek "insan kodu"nun içinde kimler yer almalıdır? Bu koruma, nasıl olmalıdır?

---

336 O'CONNOR Timothy / FRANKLIN Christopher, "Free Will", **The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2020 Edition)**, ZALTA Edward N. (ed.), URL https://plato.stanford.edu/archives/fall2020/entries/freewill/. Özgür irade konusunda kısa ve özlü bir çalışma için bkz.: PINK Thomas, **Free Will: A Very Short Introduction**, OUP, Oxford-UK, 2004.

337 O'CONNOR / FRANKLIN, 2020.

338 DU SAUTOY, s. 281-282. Bilgisayarların serbest iradesi olup olamayacağı konusunda bir tartışma için bkz. KAPLAN, s.138-141; BODEN, 2018, s. 74-81.

339 DU SAUTOY, s. 281-282.

340 HERTZMANN, s. 20.

341 COHEN Harold, **"ACM SIGGRAPH Awards-Harold Cohen, Distinguished Artist Award for Lifetime Achievement",** 2014, https://youtu.be/_Xbt8lzWxIQ?t=13m20s.

342 DU SAUTOY, s. 281.

343 Bazı akademisyenler, yapay zekânın üretim sürecinin halen insanların kontrolü altında olduğunu düşünüyor. Mesela, bkz.: GINSBURG Jane C. / BUDIARDJO Luke A., "Authors and Machines", **Berkeley Technology Law Journal,** 34(2), 2019, ss. 343-456; HEDRICK, ss. 324-375.

4. Yapay Zekâ Etrafındaki İnsan Kodlarını Bulmak: Üç Aşamalı Bir Test

Yapay zekâ etrafındaki eser veya hak sahipliği atfedilebilecek kişileri bulmak için üç aşamalı bir test yapmalıyız. Bunun için şu üç soruyu sormalıyız:

Soru 1: Fikrî ürün meydana getiren yapay zekâ, tamamen otonom (bağımsız) yaratıcı özne mi?

Stanford Felsefe Ansiklopedisi, otonomiyi, "hareket ve düşüncelerinde bağımsız olma ve dış güçler tarafından manipüle veya tahrif edilmeden kendi sebep ve saiklerine göre hayatını yaşama yeteneği" olarak tanımlıyor[344]. Bu tanımdan otonomi kavramını geniş anlamda ele alabiliriz. Bu bağlamda otonomi, insan zekâsını kullanabileceği her alanda bağımsız olmayı ifade ediyor. Buna göre, karşımıza üç tür yapay zekâ çıkıyor: yarı bağımsız yapay zekâ (*"semi-autonomous artificial intelligence"*), gözetimli bağımsız yapay zekâ (*"supervised autonomous artificial intelligence"*) ve tam bağımsız yapay zekâ (*"fully autonomous artificial intelligence"*). Yarı otonom yapay zekâ, çevresine hâkimdir; fakat son kararı programı kullanan insanlar verir. Gözetimli otonom yapay zekâ, kendi başına hareket eder ve karar verir; ancak insanlar, makinenin davranışlarını gözlemler ve gerektiğinde müdahale edebilme imkânına sahiptir. Tam otonom yapay zekâ, kendi başına hareket eder ve karar verir; insanların makine üzerinde herhangi bir hakimiyetleri yoktur.

Tam otonom yapay zekânın bir bakıma genel yapay zekâya karşılık geldiği söylenebilir. Bu tür yapay zekâ hayata geçirildiğinde belki devrimci düşünce okulunun önerisinin ötesinde bir hukukî düzen kurmak gerekecek. Yapay zekâya kişilik ve eser sahipliği tanımak yeterli olmayacak. Belki de hukuk kavramının kendisini tümüyle yeniden ele almak gerekecek. Çünkü, karşımızda otonom hareket edebilen, zeki ve yaratıcı, muhtemelen de sosyal iletişim kurabilen bir varlık olacak. Teknoloji bu kadar üst seviyeye çıktığında, anayasal haklar tanınması, cezaî ve hukukî sorumluluğun düzenlenmesi, sözleşme ilişkisi kurabilmesi gibi hukukun her alanında kapsamlı bir dizi değişime gidilmesi gerekli olabilecek.

---

[344] JOHN Christman, "Autonomy in Moral and Political Philosophy", **The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2020 Edition)**, ZALTA Edward N. (ed.), URL: https://plato.stanford.edu/archives/fall2020/entries/autonomy-moral/.

Fikrî ürün meydana getiren yapay zekâ yarı veya gözetimli bağımsız ise, ikinci soruya geçmek mümkün.

Soru 2: Yapay zekâ tarafından meydana getirilen fikrî ürünün yaratım sürecinde hangi aktörler yer almıştır?

Yapay zekâ tarafından meydana getirilen fikrî ürünle ilgisi olan aktörleri belirlerlerken, AIPPI tarafından yapılan ankete Birleşik Krallık Grubunun sunduğu yanıtı esin kaynağı olarak alabiliriz[345]. Birleşik Krallık Grubu, yapay zekâyla ilişkili şu aktörler olduğunu saptıyor:

(1) Yapay zekâ proje yatırımcısı (*"AI Project Investor"*): Malî, işgücü veya teknik kaynak yatırımında bulunan kişi.

(2) Yapay zekâ projesi için hazırlıkları yapanlar (*"AI Project Arranger"*): Gerekli hazırlıkların yapılması için sorumluluk alan kişi.

(3) Yapay zekâ programcısı (*"AI Coder"*): Fikrî ürünün meydana getirilmesinde kullanılan yapay zekâyı yazan kişi.

(4) Yapay zekâ için amaç seçen (*"AI Goal Selector"*): Başarılması gereken amacı seçen kişi.

(5) Yapay zekâ için veri seçen (*"AI Data Selector"*): Girdi olarak vere seçen kişi.

(6) Yapay zekâyı eğiten kişi (*"AI Trainer"*): Yapay zekâyı değişik tekniklerle eğiten kişi.

(7) Yapay zekâ çıktısını seçen kişi (*"AI Output Selector"*): Yapay zekâ tarafından meydana getirilen yeni eserlerden estetik veya nitelikli bir eser seçen kişi[346].

Birleşik Krallık Grubu, yapay zekâ tarafından meydana getirilen eser üzerinde yeni bir bağlantılı hak tesis edilmesi halinde bu aktörler arasından kimin hak sahibi olabileceğini belirleme noktasında iki yaklaşım olabileceğini belirtiyor: yakınlık yaklaşımı (*"proximity approach"*) ve yatırım yaklaşımı (*"investment approach"*)[347].

---

[345] Bu cevap için bkz.: https://aippi.soutron.net/Portal/DownloadImageFile.ashx?objectId=5296

[346] Ibid 21.

[347] Ibid.

Yakınlık yaklaşımında, yapay zekâ tarafından meydana getirilen yaratıcı bir eserle en yakından ilişkili olan gerçek veya tüzel kişilerin hak sahibi olması gerektiği kabul ediliyor. Bu yaklaşım, yaratıcılığın teşvik edilmesi ve ödüllendirilmesi düşüncesine dayanıyor; hak sahibini belirlemek için her seferinde maddî bir değerlendirme yapılmasını gerektiriyor[348]. Bu yaklaşıma göre; fikrî ürünün ortaya çıkmasında yaptıkları tüm katkının ağırlığı dikkate alınarak şu kişiler eser sahibi olabilir: (1) Yapay zekâ programcısı; (2) yapay zekâ için amaç seçen; (3) yapay zekâ için veri seçen; (4) yapay zekâyı eğiten kişi; (5) yapay zekâ çıktısını seçen kişi.

Yatırım yaklaşımında, yapay zekâ tarafından meydana getirilen bir eserin yaratımı için gerekli hazırlıkları yapan gerçek veya tüzel kişi üzerinde hak sahibi olmalıdır. Bu yaklaşımda yatırım geniş anlamda ele alınıyor ve sadece malî değil; yapay zekâyı eğitiminde kullanılabilecek işgücü ve teknik kaynaklarının teminini kapsar. Birleşik Krallık Grubunun bu yaklaşımı daha kesin olduğu için tercih ediyor[349]. Bu yaklaşımda, şu kişiler hak sahibi olabilir: (1) Yapay zekâ proje yatırımcısı; (2) yapay zekâ projesi için hazırlıkları yapanlar.

Yapay zekâ teknolojisiyle meydana getirilen fikrî ürünün yaratımında katkı veren aktörleri belirledikten sonra, üçüncü soruya geçmeliyiz.

Soru 3: Yapay zekâ teknolojisiyle meydana getirilen fikrî ürün, FSEK'te öngörülen eser olarak veya bağlantılı hakların konusu fikrî ürünler olarak korunma şartları sağlıyor mu?

Meydana getirilen fikrî ürün eser sayılıyorsa, yakınlık yaklaşımında belirtilen beş aktörden esere hususiyet veren katkıyı yapanlar yerine göre müşterek yerine göre iştirak halinde eser sahibi olarak korunabilir. Böyle bir eser, yatırım yaklaşımında belirtilen iki aktörün işveren sıfatıyla kontrolü altında meydana getirilmişse, bu iki aktörün FSEK m. 18/II uyarınca malî hakları kullanmaya yetkili olabilecekleri kabul edilebilir. Meydana getirilen fikrî ürün, eser sayılmanın yanı sıra bağlantılı hakların da konusunu oluşturuyorsa, yatırım yaklaşımında belirtilen iki aktörün bu kez FSEK m. 80'de düzenlenen bağlantılı hak sahibi olabilecekleri sonucuna varabiliriz. Bu soruya her somut olayın öznel niteliklerini dikkate alarak cevap aramak yerinde olacaktır.

---

[348] Ibid.

[349] Ibid.

5. Post-Modern Bir Yaklaşım: Nasıl Bir Norm Olabilir?

Üç aşamalı test, yapay zekâ tarafından meydana getirilen fikrî ürünlerin korunması için önerilen yoruma dayalı bir çözüm yolu. Yoruma dayalı olduğu için farklı hukukçular tarafından farklı sonuçlara ulaşmak her zaman mümkündür. Özellikle, yakınlık yaklaşımındaki aktörlerin eser sahipliğini tayin etme noktasında daha belirgin bir hukuk normunu kabul etmek, fikrî mülkiyet sistemi bakımından daha iyi bir yöntem olacaktır. Peki nasıl bir norm ihdas edilebilir?

Yakınlık ile yatırım yaklaşımındaki aktörlerin yaratıcı (*"creative"*) ve girişimci (*"entrepreneurial"*) katkılarını bir arada birleştiren hibrit bir yaklaşımı benimsemek daha yerinde görünüyor. Bunun için sinema eserleri üzerindeki eser ve bağlantılı hak sahipliğini örnek alabiliriz. Yakınlık yaklaşımını takip ederek ve fakat daha belirgin olması adına, eser sahipliğini yapay zekâ teknolojisiyle fikrî ürün meydana getirme faaliyetini yöneten kişi veya kişilere atfedebiliriz. Bunlarla kastedilen yapay zekâ projesini yöneten ve yapay zekâ teknolojisiyle bir eserin meydana getirilmesinde yaratıcı kontrolü olan kişidir. Zira, film yönetmeni gibi, esere hususiyetini veren bu kişilerin proje boyunca atmış oldukları adımlar ve yapmış oldukları seçimlerdir.

Yatırım yaklaşımını takip ederek, eser bir müteşebbisin girişimiyle veya bir sözleşmeye dayanılarak meydana getirildiğinde, bu eser üzerindeki bir takım malî haklar bu müteşebbise tanınabilir. Müteşebbis, bir fikrî ürünün meydana getirilmesi için gerekli hazırlıkları üstlenen kişi anlamına gelir. Müteşebbis, işveren veya eserin bir sözleşmeyle yapımı kararlaştırıldıysa bu sözleşmenin tarafı olan kişi olabilir. İşveren sıfatıyla fikrî ürünün meydana getirilmesi için gerekli hazırlıkları üstlenen kişilerin, projeyi yönetenle aralarında başkaca bir anlaşma yoksa, FSEK m. 18/II uyarınca malî hakları kullanmaya yetkili oldukları sonucuna varabiliriz. Sözleşmeyle fikrî ürünün meydana getirilmesi için gerekli hazırlıkları üstlenen kişiler ise, şartları varsa FSEK m. 80'de düzenlenen bağlantılı hakların sahibi olabilecekleri söylenebilir. FSEK m. 80'de belirtilen şartlar oluşmazsa, bu kez müteşebbislere bağlantılı hak sahiplerine tanınanlara benzer malî haklar tanınması, doğru bir seçenek olarak karşımıza çıkabilir. Bu yaklaşımın mevzuata yansıtılması için aşağıdaki değişikliklerin yapılması yerinde olacaktır;

FSEK'in 1/B maddesinin birinci fıkrasının (j) bendinin aşağıdaki şekilde değiştirilmesi ve fıkraya aşağıdaki bendin eklenmesi:

"j) Bağlantılı haklar: Eser sahibinin manevi ve mali haklarına zarar vermemek kaydıyla komşu hak sahipleri, filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren film yapımcıları *ile bilgisayar tarafından meydana getirilen eserin yaratılması için gerekli hazırlıkları üstlenen müteşebbisin/yapımcının* sahip oldukları hakları,"

"Bilgisayar tarafından meydana getirilen eser, bir bilgisayar tarafından bir dereceye kadar bağımsız olarak ve fakat o bilgisayar programını kullanan gerçek bir kişinin yaratıcı yönetimi altında meydana getirilen, sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri ile işleme ve derleme olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsullerini ifade eder."

FSEK'in 8'inci maddesine aşağıdaki fıkranın eklenmesi:

"Bilgisayar tarafından meydana getirilen eserin sahibi, o eserin meydana getirilmesinde bilgisayar programını kullanıp yaratıcı yönetme yetkisi bulunandır."

FSEK'in 80'inci maddesine aşağıdaki fıkranın eklenmesi:

"Yaratılması için gerekli hazırlıkları üstlenen bir müteşebbisin/yapımcının girişimi ile ve bir sözleşmeye dayanılarak bilgisayar tarafından bir eser meydana getirilmesi halinde, aksi kararlaştırılmış olmadıkça, bu Kanunda tanınan mali haklar eser sahibiyle birlikte müteşebbise/yapımcıya aittir."

SONUÇ

Yapay zekâ teknolojileri, giderek gelişiyor ve önem kazanıyor. Günümüzde bilinen yapay zekâ teknolojileri, yakın bir gelecekte olacaksa da, halen genel yapay zekâ seviyesinde olmaktan uzak. Ancak, bu teknolojiler vasıtasıyla fikri hukuk açısından yaratıcı fikrî ürünler meydana getirildiği artık tartışmasız bir olgu. Bu tarz fikrî ürünler üzerindeki eser veya hak sahibinin kim olacağı sorusu, fikrî hukukun merkezinde yer alıyor.

Bu çalışmada incelediğimiz, AB, ABD ve Türk hukuk sistemleri bakımından bu soruyla ilgili bir çözüm getirilmediğini gözlemlemek mümkün. Birleşik Krallık hukuku çerçevesinde getirilen çözüm ise, birçok açıdan müphemlikler taşıdığı için eleştirileri üstüne çekiyor.

Fikrî haklarla ilgilenen hukukçu yazarlar ise, meseleyle ilgili birbiriyle çelişen çözümler dile getiriyorlar. Bunlardan bazıları, yapay zekâ tarafından meydana getirilen eserlerin kamu malı sayılması gerektiğini iddia ediyor. Diğerleri, belirli bir derecede koruma sağlanması için bir dizi çözüm önerisi getiriyor. İstisnaları olmakla birlikte, bu öneriler halen birçok belirsizlikler taşıyor. Bu önerilerin birçoğu, eser sahipliğinin dağılımı ve teknolojinin yapısı konusunda detaylı bir analiz içermiyor. Bu çalışmamızda belirlenen yapay zekâ teknolojilerinin yaratıcı bir özne olup olmadığı sorusu farklı bir yaklaşıma ihtiyaç olduğunu ortaya çıkarıyor.

Bu çalışmamızda, bu sorunun cevabını yaratıcı kabul edilen fikrî ürün meydana getiren yapay zekâ teknolojisinin mercek altına alınmasıyla olabileceğini iddia etmiş bulunuyoruz. Bu sorunun cevabı için ve yapay zekânın meydana getirdiği eserlerin yaratım sürecindeki aktörlerin nasıl tespit edileceğine ilişkin üç aşamalı bir test önermiş bulunuyoruz. Bu teste göre, iki ana türden bahsetmek mümkün. Bunlardan ilki, yaratıcı özne olan yapay zekâ teknolojileri. Bu teknolojiler henüz mevcut değil. Ancak gelecekte bir gün bu tarz teknolojiler üretildiğinde, bu çalışmada incelenen çözümler, yeterli olmayacak; çünkü, insanlar tarafından meydana getirilen hukuk sistemlerini ve normlarını (ve hatta hukuk kavramının kendisini) sorgulayıp alternatifler üreten sosyal, yaratıcı, duygusal ve insana benzer birçok özelliği taşıyan makineler olacak.

İkinci tür yapay zekâ teknolojileri ise, yaratıcı özne olmayanlar. Bu tarz teknolojilerin meydana getirdiği yaratıcı fikrî ürünlerle ilgili olarak, yukarıda açıklanan yakınlık yaklaşımı ile yatırım yaklaşımına göre ve kanuna eser sayılan bir fikrî ürün meydana getirilmesi şartıyla yedi adet aktörün eser veya hak sahipliğini tespit etmek mümkün. Ancak bu çözüm yoruma dayalıdır. Böylece yorumla ulaşılacak sonuç; hukuk sistemine, bu sistemde benimsenen hususiyet gibi eser sayılma şartlarına, eser sahipliği kurallarına, yargı içtihatlarına, zamana ve teknolojinin nasıl işlediğine göre değişiklik gösterecektir.

Bu üç aşamalı testin yoruma dayalı bir yöntem olması nedeniyle hukuken belirginlik sağlamak adına Türk hukuku bağlamında ayrıca bir dizi model hukuk normları önermiş bulunuyoruz. Bu model normlar ise, hakkaniyetli bir çözüm üretmek adına sinema eserleri üzerindeki eser ve bağlantılı hak sahipliğini esas alınarak oluşturulmuş bulunuyor.

KAYNAKÇA

I. Monografiler, Ders Kitapları, Makaleler ve İnternet Siteleri[350]

ABBOTT Ryan, "Artificial intelligence, big data and intellectual property: protecting computer generated works in the United Kingdom" in APLIN Tanya (ed), **Research Handbook on Intellectual Property and Digital Technologies**, Edward Elgar Publishing, 2020, ss. 322-337.

ABBOTT Ryan, "I Think, Therefore I Invent: Creative Computers and the Future of Patent Law", **College Law Review**, 54(2), 2016, ss. 1079-1126.

AIPPI, **Resolution: Copyright in Artificially Generated Works**, adopted in 2019 AIPPI World Congress - London, 18 September 2019, https://aippi.org/wp-content/uploads/2020/05/Resolution_Copyright_in_artificially_generated_works_English.pdf

ALPAYDIN Ethem, **Machine Learning: The New AI,** The MIT Press, Cambridge- USA, 2016.

ARISTOTLE, **The Politics**, translated by T. A. Sinclair, Penguin Books, London, 1981.

ARSLANLI Halil, **Fikri Hukuk Dersleri II - Fikir ve Sanat Eserleri**, İstanbul, 1954.

ATEŞ Mustafa, **Fikri Hukukta Eser**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

AYİTER Nuşin, **Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri (En Son Değişiklikler),** Sevinç Matbaası, Ankara, 1981.

BAHADIR Çilem, "Fikir ve Sanat Eserlerinde Hususiyet", **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 14, Sayı: 152, Ankara, Nisan 2019, ss. 746-753.

BALLARDINI Rosa Maria / HE Kan / ROOS Teemu, "AI-Generated Content: Authorship and Inventorship in the Age of Artificial Intelligence" in PIHLAJARINNE Taina / VESALA Juha and HONKKILA Olli (eds), **Online Distribution of Content in the EU**, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2019, ss. 117-135.

BENTLY Lionel / SHERMAN Brad / GANGJEE Dev / JOHNSON Phillip, **Intellectual Property Law,** 5th edn., Oxford University Press, Oxford-UK, 2018.

[350] Bu makaledeki elektronik kaynakların hepsine son erişim tarihi 30 Eylül 2020'dir.

BERNAL Natasha, "AI investment reaches record levels in the UK", **The Telegraph,** (9 September 2019) https://www.telegraph.co.uk/technology/2019/09/09/ai-investment-reaches-record-levels-uk/.

BODEN Margaret A., **Artificial Intelligence: A Very Short Introduction**, OUP, Oxford-UK, 2018.

BODEN Margaret A., **The Creative Mind: Myths and Mechanisms**, 2nd edn., Routledge, London, 2004.

BONADIO Enrico / MCDONAGH Luke, "Artificial Intelligence as Producer and Consumer of Copyright Works: Evaluating the Consequences of Algorithmic Creativity", **Intellectual Property Quarterly**, 2, 2020, ss. 112-137.

BOZKURT YÜKSEL Armağan Ebru, "Yapay Zekânın Buluşlarının Patentlenmesi", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi,** 5(11), 2018, ss.585-622.

BRIDY Annemarie, "Coding Creativity: Copyright and the Artificially Intelligent Author", **Stanford Technology Law Review**, 5, 2012, ss. 1-28.

BRIDY Annemarie, "The Evolution of Authorship: Work Made by Code", **Columbia Journal of Law & the Arts**, 39(3), 2016, ss. 395-401

BURGESS, Andrew, **The Executive Guide to Artificial Intelligence,** 1st edn, Palgrave Macmillan, London/Cham, 2018.

COHEN Harold, **"ACM SIGGRAPH Awards-Harold Cohen, Distinguished Artist Award for Lifetime Achievement",** 2014, https://youtu.be/_Xbt8lzWxIQ?t=13m20s.

COHEN Harold, "Parallel to Perception", **Computer Studies in the Humanities and Verbal Behavior**, IV-3/4, 1973, Reprinted in "Aspects: The Computer in the Visual Arts" 1981.

COLTON Simon, "The Painting Fool: Stories from Building an Automated Painter" in MCCORMACK Jon / d'INVERNO Mark (eds.), **Computers and Creativity**, Springer, 2012, ss. 3-38.

CSIKSZENTMIHALYI Mihaly, **Flow: The Psychology of Optimal Experience**, 1st edn., Harper Perennial Modern Classics, 2008.

DE COCK BUNING Madeleine, "Artificial intelligence and the creative industry: new challenges for the EU paradigm for art and technology" in BARFIELD Woodrow / PAGALLO Ugo (eds.), **Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence**, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018, ss. 511-535.

DE COCK BUNING Madeleine, "Autonomous Intelligent Systems as Creative Agents under the EU framework for Intellectual Property", European Journal of Risk Regulation, 7(2), 2016, ss. 310-322.

DENNIS Caen A., "AI-Generated Fashion Designs: Who or What Owns the Goods?", **Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal**, 30(2), 2020, ss. 593- 644.

DETERDING Sebastian et.al., **"Mixed-Initiative Creative Interfaces"** CHI EA '17: Proceedings of the 2017 CHI Conference Extended Abstracts on Human Factors in Computing Systems (6-11 May 2017) ss. 628-635.

DICKENSON Julia / MORGAN Alex / CLARK Birgit, "Creative Machines: Ownership of Copyright in Content Created by Artificial İntelligence Applications", **European Intellectual Property Review**, 39(8), 2017, ss. 457-460.

DIETZ Adolf, "The Concept of Authorship Under the Berne Convention" **RIDA** 155(3), 1993.

DORNIS Tim W., "Artificial Creativity: Emergent Works and the Void in Current IP Doctrine", **Yale Journal of Law & Technology**, 22, 2020, ss. 1-60.

DU SAUTOY Marcus, **The Creativity Code: Art and Innovation in the Age of AI,** Harvard University Press, Cambridge-USA, 2019.

DVORSKY George, "This Artificially Intelligent Robot Composes and Performs Its Own Music", **Gizmodo**, 14 June 2017, https://gizmodo.com/this-artificially-intelligent-robot-composes-and-perfor-1796093082.

ELGAMMAL Ahmed / LIU Bingchen / ELHOSEINY Mohammad / MAZZONE Marian, **"CAN: Creative Adversarial Networks Generating "Art" by Learning About Styles and Deviating from Style Norms",** paper presented at the 8th International Conference on Computational Creativity (ICCC), Atlanta, GA, USA, (19-23 June 2017).

ERDİL Engin, **Fikri Mülkiyet Hukuku Ders Kitabı**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.

EREL N. Şafak, **Türk Fikir ve Sanat Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.

FLOOD Alison, "Computer Programmed to Write Its Own Fables", **Guardian**, 6 August 2014, https://www.theguardian.com/books/2014/aug/06/computer-programmed-to-write-fables-moral-storytelling-system.

FRANKISH Keith / RAMSEY William M., **The Cambridge Handbook of Artificial Intelligence,** CUP, Cambridge-UK, 2014.

GERVAIS Daniel J., **The Machine as Author**, Vanderbilt Law Research Paper No. 19-35, 25 March 2019, https://ssrn.com/abstract=3359524.

GIBBS Samuel, "Google AI Project Writes Poetry Which Could Make a Vogon Proud" **Guardian**, 17 May 2016, https://www.theguardian.com/technology /2016/may/17/googles-ai-write-poetry-stark-dramatic-vogons.

GINSBURG Jane C. / BUDIARDJO Luke A., "Authors and Machines", **Berkeley Technology Law Journal,** 34(2), 2019, ss. 343-456; HEDRICK, ss. 324-375.

GINSBURG Jane C., "The Concept of Authorship in Comparative Copyright Law", **DePaul. Law Review**, 52(4), 2003, ss. 1063-1092.

GINSBURG Jane, "People not machines: authorship and what it means in the Berne Convention", **International Review of Intellectual Property and Competition Law**, 49(2), 2018, ss. 131-135

GLASSER Darin, "Copyrights in Computer-Generated Works", **Duke Law and Technology Review**, 24(1), 2001.

GOLDSTEIN Paul / HUGENHOLTZ P. Bernt, **International Copyright: Principles, Law, and Practice**, 3rd edn, OUP, Oxford-UK, 2013.

GOLLAPUDI Sunila, **Learn Computer Vision Using OpenCV: With Deep Learning CNNs and RNNs**, Apress, Berkley-USA, 2019.

GOODFELLOW Ian J. et. al., "Generative adversarial nets" in **Advances in Neural Information Processing Systems,** the MIT Press, CambridgeUSA, 2014, ss. 2672-80.

GPT3, "A robot wrote this entire article. Are you scared yet, human?", **Guardian**, 8 September 2020, https://www.theguardian.com/commentisfree/2020/sep/08/robot-wrote-this-article-gpt-3.

GREENE Jeffrey Greene / LONGOBUCCO Anne Marie, "Is Artificial Intelligence the Newest Trend in Fashion?", **New York Law Journal**, 2018, https://www.law.com/newyorklawjournal/2018/08/24/artificial-intelligence-the-newest-trend-in-fashion/.

GUADAMUZ Andres, "Do Androids Dream of Electric Copyright? Comparative Analysis of Originality in Artificial Intelligence Generated Works", Intellectual Property Quarterly, 2, 2017, ss. 169-186.

HADID Zaha, "Zaha Hadid RA on the influence of Malevich in her work: Plane sailing", 22 July 2014,

HANDIG Christian, "The copyright term "work" - European harmonisation at an unknown level", **International Review of Intellectual Property and Competition Law**, 40(6), 2009, ss. 665-685.

HEDRICK Samantha Fink, "I 'Think', Therefore I Create: Claiming Copyright in the Outputs of Algorithms", **NYU Journal of Intellectual Property & Entertainment Law**, Volume 8, No. 2, 2019, ss. 324-375.

HERTZMANN Aaron, "Can Computers Create Art?", **Arts**, 7(18), 2018, ss. 1-25, s. 12-13.

HIRSCH Ernst, **Hukukî Bakımdan Fikri Say (Fikrî Haklar) - 2. Cilt,** İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1943.

HOBBES Thomas, **The Leviathan**, Kessinger Publishing, Whitefish MT- USA, 2004.

HRISTOV Kalin, "Artificial Intelligence and the Copyright Dilemma", **IDEA: The IP Law Review**, 57(3), 2016, ss. 431-454.

IGLESIAS Maria / SHAMUILIA Sharon / ANDERBERG Amanda, **Intellectual Property and Artificial Intelligence - A literature review**, EUR 30017 EN, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2019.

IHALAINEN Jani, "Computer creativity: artificial intelligence and Copyright" **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, 13(9), September 2018, ss. 724-728.

JOHN Christman, "Autonomy in Moral and Political Philosophy", **The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2020 Edition)**, ZALTA Edward N. (ed.), URL: https://plato.stanford.edu/archives/fall2020/entries/autonomy-moral/.

JOZUKA Emiko, "A Japanese AI Almost Won a Literary Prize", **Vice**, 24 March 2016, https://www.vice.com/en_us/article/wnxnjn/a-japanese-ai-almost-won-a-literary-prize.

KAPLAN Jerry, **Artificial Intelligence: What Everyone Needs to Know**, OUP, 2016.

KHATCHADOURIAN Raffi, "World Without End: Creating a Full-Scale Digital Cosmos", **The New Yorker**, 91, 11 May 2015, https://www.newyorker.com/magazine/2015/05/18/world-without-end-raffi-khatchadourian.

KHOURY Amir H., "Intellectual Property Rights for Hubots: On the Legal Implications of Human-like Robots as Innovators and Creators", **Cardozo Arts & Entertainment Law Journal**, 35, 2016-17, ss. 635-669.

KILIÇOĞLU Ahmet, **Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017.

KURZWEIL Ray, **The Age of Spiritual Machines: How We Will Live, Work and Think in the New Age of Intelligent Machines**, Texere Publishing, Florence-USA, 2001.

LAMBERT Paul, "Computer Generated Works and Copyright: Selfies, Traps, Robots, AI and Machine Learning", **European Intellectual Property Review**, 39(1), 2017, ss. 12-20.

LAUBER-RÖNSBERG Anne / HETMANK Sven, "The Concept of Authorship and Inventorship under Pressure: Does Artificial Intelligence Shift Paradigms?", **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, 14(7), 2019, ss. 570-579.

LIM Daryl, "AI & IP: Innovation & Creativity in an Age of Accelerated Change", **Akron Law Review,** 52(3), 2019, ss. 813-875.

MAZZONE Marian / ELGAMMAL Ahmed, Art, "Creativity, and the Potential of Artificial Intelligence", **Arts**, 8(26), 2019, ss. 1-9.

MCCUTCHEON Jani, "Vanishing Author in Computer-Generated Works: A Critical Analysis of Recent Australian Case Law", **Melbourne University Law Review**, 36(3), 2012, ss. 915-969.

MILLER Arthur I., **The Artist in the Machine: The World of AI-Powered Creativity**, The MIT Press, Cambridge-USA, 2019.

MOORE Rowan, "Zaha Hadid: queen of the curve", 8 Sep 2013, https://www.theguardian.com/artanddesign/2013/sep/08/zaha-hadid-serpentine-sackler-profile.

MÜLLER Vincent C. / BOSTROM Nick, "Future Progress in Artificial Intelligence: A Survey of Expert Opinion" in MÜLLER Vincent C. (ed.), **Fundamental Issues of Artificial Intelligence,** Springer International Publishing, Switzerland, 2016, ss. 555-572.

NEWITZ Annalee, "Movie written by AI algorithm turns out to be hilarious and intense", 16 June 2016, https://arstechnica.com/gaming/2016/06/an-ai-wrote-this-movie-and-its-strangely-moving/.

NILSSON Nils J., **The Quest for Artificial Intelligence: A History of Ideas and Achievements**, Cambridge University Press, Cambridge-UK, 2010.

O'CONNOR Timothy / FRANKLIN Christopher, "Free Will", **The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2020 Edition)**, ZALTA Edward N. (ed.), URL https://plato.stanford.edu/archives/fall2020/entries/freewill/.

ÖZTAN Fırat, **Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.

PALACE Victor M., "What If Artificial Intelligence Wrote This? Artificial Intelligence and Copyright Law", **Florida Law Review**, 71, 2019, ss. 217-242.

PEARLMAN Russ, "Recognising Artificial Intelligence (AI) as Authors and Inventors under U.S. Intellectual Property Law", **Richmond Journal of Law & Technology**, 24(2), 2018, ss. i-38.

PEREZ Sarah, "Microsoft's New Drawing Bot Is an AI Artist", **TechCruch,** 19 January 2018, https://techcrunch.com/2018/01/18/microsofts-new-drawing-bot-is-an-a-i-artist/.

PERRY Mark / MARGONI Thomas, "From Music Tracks to Google Maps: Who Owns Computer-generated Works?", **Computer Law & Security Review**, 26(6), 2010, ss. 621-629.

PINK Thomas, **Free Will: A Very Short Introduction**, OUP, Oxford-UK, 2004.

POGUE David, "Is Art Created by AI Really Art?", **Scientific American**, 1 February 2018, https://www.scientificamerican.com/article/is-art-created-by-ai-really-art/.

POLATER Salih, **Yükseköğretim Kurumlarında Meydana Getirilen Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları ve Hak Sahipliği,** Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

RALSTON William T., "Copyright in Computer-Composed Music: HAL Meets Handel" **Journal of Copyright Society U.S.A.**, 52, 2004-2005, ss. 281-306.

RAMALHO Ana, "Will Robots Rule the (Artistic) World? A Proposed Model for the Legal Status of Creations by Artificial Intelligence Systems", **Journal of Internet Law**, 21(1), 2017, ss. 12-25.

REJCEK Peter, **Singularity Hub**, 31 March 2017, https://singularityhub.com/2017/03/31/can-futurists-predict-the-year-of-the-singularity [https://perma.cc/4TDE-QQTW].

RICKETSON Sam, "People or Machines? The Berne Convention and the Changing Concept of Authorship", **Colum.-VLA J. L. & Arts**, 16, 1991, ss. 1-37.

RICKETSON Sam, **The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works 1886-1986**, Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary College: Kluwer, London, 1987.

ROGERS Gary, "Reporters and Data and Robot: Why 2018 will be the Year of Automation in News", **Medium**, 31 December 2017, https://medium.com/@urbsmedia/reporters-and-data-and-robots-ee352220c5f1.

ROSATI Eleonora, **Originality in EU Copyright: Full Harmonization through Case Law**, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2013.

ROSEN Dan, "A Common Law for the Ages of Intellectual Property", **University of Miami Law Review**, 38(5), 1984, ss. 769-828.

RUSSELL Stuart J. and NORVIG Peter, **Artificial Intelligence: A Modern Approach**, 3rd edn, Pearson, Harlow, 2010.

SAMUELSON Pamela, "Allocating Ownership Rights in Computer-Generated Works", **University of Pittsburg Law Review**, 47, 1985-86, ss. 1185-1228.

SAWYER R. Keith, **Explaining Creativity: The Science of Human Innovation,** 2nd edn, OUP, New York, 2012.

SCHJELDAHL Peter, "A Few Words About the Faux Rembrandt", **The New Yorker**, 8 April 2016, https://www.newyorker.com/culture/culture-desk/a-few-words-about-the-faux-rembrandt.

SCHLACKMAN Steve, "The Next Rembrandt: Who Holds the Copyright in Computer Generated Art", **Art Law Journal,** 22 April 2016, http://artlawjournal.com/thenext-rembrandt-who-holds-the-copyright-in-computer-generated-art.

SCHÖNBERGER Daniel, "Deep Copyright: Up - And Downstream Questions Related to Artificial Intelligence (AI) and Machine Learning (ML)" in DE WERRA Jacques (ed), **Droit d'auteur 4.0 / Copyright 4.0**, Schulthess Editions Romandes, Geneve, 2018, ss. 145-173.

SCHWAB Katharine, "This AI Designs Balenciaga Better than Balenciaga" **FAST CO.**, 22 August 2018, https://www.fastcompany.com/90223486/this-ai-designs-balenciagabetter-than-balenciaga.

SEJNOWSKI Terrence J., **The Deep Learning Revolution,** The MIT Press, Cambridge- USA, 2018.

SHANAHAN Murray, **The Technological Singularity**, The MIT Press, Cambridge- USA, 2015.

STOCK Matthew, "Ai-Da, The Humanoid Robot Artist Gears up for First Solo Exhibition" 5 June 2019, https://www.reuters.com/article/us-tech-robot-artist/ai-da-the-humanoid-robot-artist-gears-up-for-firstsolo-exhibition-idUSKCN1T6215.

STONE Peter et al., "Artificial Intelligence and Life in 2030', One Hundred Year Study on Artificial Intelligence: Report of the 2015-2016 Study Panel", Stanford

University, Stanford, CA, September 2016, http://ai100.stanford.edu/2016-report.

STURM Bob / BEN-TAL Oded, "'Machine folk' music composed by AI shows technology's creative side", 31 March 2017, https://theconversation.com/ machine-folk-music-composed-by-ai-shows-technologys-creative-side-74708#:~:text=This%20is%20not%20entirely%20unprecedented,broad%20opportunities%20for%20creative%20research.

SULUK Cahit / KARASU Rauf / NAL Temel, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.

TEKİNALP Ünal, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012

The Iliad of Homer, translated by Richmond Lattimore, The University of Chicago Press, 1961.

TOIVANEN Jukka / GROSS Oskar / TOIVONEN Hannu, "The Officer Is Taller Than You, Who Race Yourself!: Using Document Specific Word Associations in Poetry Generation" in COLTON Simon / VENTURA Dan / LAVRAČ Nada / Cook Michael (eds), **Proceedings of the Fifth International Conference on Computational Creativity,** Jožef Stefan Institute, 2014, ss. 355-362.

TOSUN Yalçın, **Sinema Eserleri ve Eser Sahibinin Hakları**, 2. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2018.

TURING Alan, "Computing Machinery and Intelligence", **Mind**, 59 (1950), s. 433.

TÜRKER Gökçen, **İcracı Sanatçıların Hakları**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

US Copyright Office, Public Draft of Compendium of U.S. Copyright Office Practices, Third Edition (15 March 2019) https://www.copyright.gov/comp3/ docs/3-15-19/compendium-draft.pdf ("*Compendium"*).

VON LEWINSKI Silke, **International Copyright Law and Policy**, OUP, Oxford-UK, 2008.

WEEKS Lin, "Media Law and Copyright Implications of Automated Journalism" **New York University Journal of Intellectual Property and Entertainment Law**, 4(1), 2014, ss. 67-94.

WILSON Mark, "AI Is Inventing Languages Humans Can't Understand. Should We Stop It?", **Fast Company,** 14 July 2017, https://www.fastcompany.com/90132632/ai-is-inventing-its-own-perfect-languages-should-we-let-it.

YANISKY-RAVID Shlomit / VELEZ-HERNANDEZ Luis A., "Copyrightability of Artworks Produced by Creative Robots and Originality: The Formality-

Objective Model", **Minnesota Journal of Law, Science & Technology,** v. 19-1, 2018, ss. 1-53.

YANISKY-RAVID Shlomit, "Generating Rembrandt: Artificial Intelligence, Copyright, and Accountability in the 3A Era - The Human-Like Authors Are Already Here - A New Model", **Michigan State Law Review**, 2017, ss. 659-726.

YARSUVAT Duygun, **Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları**, Genişletilmiş 3. Baskı, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi, İstanbul, 1984.

YAVUZ Levent / ALICA Türkay / MERDİVAN Fethi, **Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu - Cilt I-II**, 2. Baskı, Ankara, 2014.

http://www.flow-machines.com.

http://www.thepaintingfool.com/.

https://aippi.soutron.net/Portal/DownloadImageFile.ashx?objectId=5296

https://lbd-ai.com/.

https://news.mit.edu/2019/toward-artificial-intelligence-that-learns-to-write-code-0614.

https://www.nextrembrandt.com/.

https://www.royalacademy.org.uk/article/zaha-hadid-ra-on-the-influence-of.

II. Uluslararası Sözleşmeler

Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works as amended on 28 September 1979, https://wipolex.wipo.int/en/text/283693.

WIPO Copyright Treaty (WCT) 1996. https://wipolex.wipo.int/en/text/295157.

Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (Marrakesh, Morocco, 15 April 1994), Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1C, THE LEGAL TEXTS: THE RESULTS OF THE URUGUAY ROUND OF MULTILATERAL TRADE NEGOTIATIONS 321 (1999), 1869 U.N.T.S. 299, 33 I.L.M. 1197 (1994) (TRIPS).

III. AB Yönergeleri

Council Directive 93/83/EEC of 27 September 1993 on the coordination of certain rules concerning copyright and rights related to copyright applicable to satellite broadcasting and cable retransmission ("Satellite and Cable Directive").

Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases ("Database Directive").

Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ("Directive on electronic commerce").

Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society ("InfoSoc Directive").

Directive 2001/84/EC of the European Parliament and of the Council of 27 September 2001 on the resale right for the benefit of the author of an original work of art ("Resale Right Directive").

Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights.

Directive 2006/115/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on rental right and lending right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property ("Rental and Lending Directive").

Directive 2006/116/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on the term of protection of copyright and certain related rights ("Term Directive").

Directive 2009/24/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the legal protection of computer programs (Codified version); Directive 2011/77/EU of the European Parliament and of the Council of 27 September 2011 amending Directive 2006/116/EC on the term of protection of copyright and certain related rights.

Directive 2012/28/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 on certain permitted uses of orphan works ("Orphan Works Directive").

Directive 2013/37/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 amending Directive 2003/98/EC on the re-use of public sector information.

Directive 2014/26/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on collective management of copyright and related rights and multi-territorial licensing of rights in musical works for online use in the internal market.

Directive 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC ("Digital Single Market Directive").

IV. ABAD Kararları

Case C-5/08, *Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening*, E.C.R. I-06569, (2009) ('*Infopaq*').

Case C-393/009, *Bezpečnostní softwarová asociace v Ministerstvo kultury*, E.C.R. I-13971, (2010) ('*BSA*').

Cases C-403/08 and C-429/08, *Football Association Premier League Ltd and Karen Murphy*, E.C.R. I-09083 (2011) ('*FAPL*').

Case C-45/10, *Eva-Maria Painer v Standard Verlags GmbH and others*, E.C.R. I-12533 (2011) ('*Painer*').

Case C-604/10, *Football Dataco v Yahoo! UK Ltd and others*, 2 C.M.L.R. 24 (2012) ('*Football Dataco*').

Case C-406/10 *SAS Institute v World Programming Ltd (WPL)* 3 C.M.L.R. 4 (2012) ('*SAS*').

V. ABD Yargı Kararları

Feist Publications Inc v Rural Telephone Service Co 499 U.S. 340 (1991).

Alfred v Bell & Co., 191 F.2d 99, 102 (1951).

L. Batlin & Son, Inc. v Snyder, 536 F.2d 486, 491 (2d Cir. 1976) (en banc).

Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony, 111 U.S. 53, 58 (1884).

Naruto v Slater, 2018 U.S. App. LEXIS 10129 (9th Cir. Cal., 23 April 2018).

VI. Birleşik Krallık Yargı Kararları

University of London Press v University Tutorial [1916] 2 Ch 601.

Ladbroke (Football) v William Hill (Football) Ltd [1964] 1 All E.R. 465 HL at 466 and 469.

Merchandising Corporation v Harpbond [1971] 2 All E.R. 657.

Interlego AG v Tyco Industries Inc ([1989] AC 217.

British Northrop Ltd v Texteam Blackburn Ltd [1974] RPC 57.

Nova Productions Ltd v Mazooma Games Ltd [2006] RPC 379.

Bamgboye v Reed [2004] EMLR 5, 73 [38].

Express Newspapers plc v Liverpool Daily Post & Echo [1985] FSR 306.

VI. Yargıtay Kararları[351]

Yargıtay 4. HD. T. 22.10.1992, E. 1991/5141, K. 1992/11254.

Yargıtay HGK. 02.04.2003, E. 2003/4-260, K. 2003/271

Yargıtay 11. H.D. T. 21.12.2004, E. 2004/2772, K.2004/12672.

Yargıtay 11. HD. T. 23.12.2005, E. 2005/13440, K. 2005/12765

Yargıtay 11. HD. T. 03.02.2006, E. 2005/354, K. 2006/915.

Yargıtay 11. HD. T. 03.04.2006, E. 2005/3742, K. 2006/3428.

Yargıtay 11. HD. T. 13.04.2006, E. 2005/3506, K. 2006/4425.

Yargıtay 11. HD. T. 27.06.2006, E. 2005/5049, K. 2006/7575.

Yargıtay 11. HD. T. 05.03.2007, E. 2006/927, K. 2007/3892.

Yargıtay 11. HD. T. 13.03.2007, E. 2006/934, K. 2007/4555.

Yargıtay 11. HD. T. 18.06.2007, E. 2007/5265, K. 2007/9282.

Yargıtay 11. HD. T. 25.02.2008, E. 2007/227, K. 2008/2175.

Yargıtay 11. HD. T. 10.04.2008, E. 2007/1853, K. 2008/4748.

Yargıtay 11. HD. T. 15.05.2008, E. 2007/4708, K. 2008/6401.

Yargıtay 11. HD. T. 07.05.2009, E. 2007/10504, K. 2009/5482.

Yargıtay 11. HD. T. 14.06.2011, E. 2011/7296, K. 2011/7174.

Yargıtay 11. HD. T. 06.12.2011, E. 2009/14248, K. 2011/16454.

Yargıtay 11. HD. T. 29.05.2012, E. 2011/1302, K. 2012/9233.

Yargıtay 11. HD. T. 08/04/2015, E. 2014/18847, K. 2015/4888.

Yargıtay 11. HD. T. 27/02/2017, E. 2015/13399, K. 2017/1106.

Yargıtay 11. HD. T. 13.03.2017, E. 2015/13493 K. 2017/1474.

Yargıtay 11. H.D. T. 09.05.2017, E. 2015/12923, K.2017/2724.

Yargıtay 11. HD. T. 03/10/2018, E. 2017/381, K. 2018/5990.

Yargıtay 11. HD. T. 10/12/2018, E. 2017/2493, K. 2018/7796.

Yargıtay 11. HD. T. 13/12/2018, E. 2017/238, K. 2018/7933.

---

[351] İşletime geçtiği günden bu yana sistemden görünen Yargıtay kararlarına UYAP üzerinden erişim sağlanmıştır. Daha eski olan kararlar için YAVUZ / ALICA / MERDİVAN, Cilt I-II'den istifade edilmiştir.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2020; 2: 1587-1620

KAMU TÜZEL KİŞİLERİNİN ANONİM ŞİRKET YÖNETİM KURULUNDA TEMSİLİ (TK m. 334)(*)

Arş. Gör. Abdurrahman KAYIKLIK(**)

Öz: Türk Ticaret Kanunu m. 334, işletme konusu kamu hizmeti olan anonim şirketlerin esas sözleşmede yer verilecek bir kayıtla kamu tüzel kişilerine yönetim kurulunda temsil hakkı tanımalarına imkân vermektedir. Bu çalışmada TK m. 334 bağlamında gündeme gelebilecek tartışmalı hususlar ele alınmaktadır. Bu kapsamda öncelikle hükmün emredici olmadığı sonucuna varılarak buna uygun bir uygulama alanı belirlenmektedir. Daha sonra esas sözleşmeye bu yönde bir kayıt koyulabilmesi için gerekli şartlar incelenmekte; bilhassa nisap, kamu tüzel kişisi tarafından atanacak üye sayısı ve esas sözleşme hükmünün kaldırılması konuları üzerinde durulmaktadır. Üye sıfatının kamu tüzel kişisinde değil onun tarafından atanan kişide olduğu tespit edilmekte ve üyenin hak ve yükümlülükleri bu sonuca uygun olarak ele alınmaktadır. Son olarak, varılan sonuçlarla uyumlu yeni bir kanun hükmü önerilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Yönetim Kurulu, Kamu Tüzel Kişileri, Yönetim Kurulu Üyeleri, Yönetim Kurulunda Temsil, Esas Sözleşme.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 02.09.2020. Makale Kabul Tarihi: 09.11.2020.

(**) Koç Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı (ORCID kimlik no: 0000-0003-0067-0461; *akayiklik@ku.edu.tr*).

Araştırma ve tashih konusundaki desteği için Azra Bensu Yavuz'a, kaynaklara erişim konusundaki yardımları için Dr. Cem Veziroğlu ve Arş. Gör. Ayşegül Kula'ya teşekkür ederim.

REPRESENTATION OF PUBLIC LEGAL ENTITIES ON CORPORATE BOARDS (TCC art. 334)

Abstract: Article 334 of the Turkish Commercial Code ("TCC"), allows corporations to include a provision in their charters providing a public legal entity with the right to be represented on the board of directors. This paper offers a discussion on potentially controversial issues that might arise in this context. First, the paper argues that Article 334 is not of mandatory nature and explains where Article 334 could be applicable. The paper further analyzes the conditions for such provisions to be included in a corporate charter with a focus on the quorum requirement, the number of directors a public legal entity can appoint and the removal of the provision from the charter. Concluding that the board member status belongs to the person appointed, not to the public legal entity making that appointment, the paper examines the rights and duties of directors appointed by public legal entities. In the final part, an alternative statutory provision to replace Article 334 is proposed.

Keywords: Board of Directors, Public Legal Entities, Directors, Representation on Board of Directors, Corporate Charter.

GİRİŞ

Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin seçilmesi ve azli, genel kurulun devredilmez yetkileri arasındadır (TK m. 408(2)(b)). Anonim şirketler hukukunun temel ilkelerinden olan bu kuralın önemli bir istisnası, işletme konusu kamu hizmeti olan şirketlerde esas sözleşmeyle kamu tüzel kişilerine ("KTK") yönetim kurulunda temsilci bulundurma hakkı tanınabilmesidir (TK m. 334). Kanun'un, muhtemelen uygulamada ender görülmesinden, biraz kıyıda köşede kalmış bu hükmü, esasen tartışılmaya müsait birçok hususu bünyesinde barındırmaktadır. Kanun hükmünün uygulamada esas sözleşmeye nasıl dahil olacağından üye sıfatının kime ait olduğuna, bu şekilde atanabilecek üyelerin sayısından atanan temsilcinin kim tarafından görevden alınacağına kadar birçok mesele, TK m. 334 bağlamında incelenmeyi hak etmektedir. Bu çalışma, hükmün hak ettiği derinlikte bir inceleme sunma gayesindedir.

Bölüm I'de hükmün kökenleri ve amacı ele alınmıştır. Bölüm II, hükmün emredici olup olmadığı ve esas sözleşmeye hangi hallerde dahil edileceği meselelerini incelemektedir. Anonim şirket esas sözleşmesinde TK m. 334'e paralel bir hükme yer verilebilmesinin şartları, Bölüm III'ün konusudur. Bölüm IV'te KTK temsilcisinin hukuki durumu, tabi olduğu kurallar,

görevden alınması ve sorumluluk meseleleri açıklanmıştır. Sonuç kısmında çalışmada ulaşılan tespitler ve bu tespitleri takviye etmek üzere yeni bir kanun hükmü önerisi yer almaktadır.

I. KÖKENLER VE AMAÇ

1. Hükmün Tanıtılması

TK m. 334 uyarınca "*kamu tüzel kişilerinden birine, esas sözleşmede öngörülecek bir hükümle, pay sahibi olmasalar da, işletme konusu kamu hizmeti olan anonim şirketlerin yönetim kurullarında temsilci bulundurmak hakkı*" tanınabilir. Hükmün ikinci fıkrası, şirkette "*pay sahibi olan kamu tüzel kişilerinin*" temsilcisinin, ancak KTK tarafından görevden alınabileceğini ifade etmektedir. Son fıkra hem temsilcilerin diğer yönetim kurulu üyeleriyle aynı hak ve görevlere sahip olduğunu hem de KTK'nın, temsilcisinin "*bu sıfatla işledikleri fiillerden ve yaptıkları işlemlerden*" dolayı şirket, şirket hissedarları ve alacaklılarına karşı sorumlu alacağını hüküm altına almaktadır. Hükmün lafzına aşağıda birçok defa değinileceğinden maddenin bazı kısımları bilinçli olarak doğrudan alıntı ile sunulmuştur.

Hüküm yeni olmayıp, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu ("eTK") m. 275 ile büyük ölçüde örtüşmektedir. Hükmün ilham kaynağı ise İsviçre Borçlar Kanunu'nun ("OR") 762. maddesidir. Hükmün Türk hukukundaki geçmişi ve amacına değinmeden anavatanı olan İsviçre'de ortaya çıkış öyküsünü incelemek, hükmü doğru bağlama oturmak için faydalı olacaktır.

2. Hükmün Tarihi Gelişimi

A. İsviçre (OR m. 762)

OR m. 762 hükmü uyarınca bir anonim şirkette kamusal bir menfaati bulunan KTK'lara esas sözleşmeyle bu şirketin yönetim yahut denetim kurulunda temsilci bulundurma hakkı tanınması mümkündür[1]. Hüküm, anonim şirkete dair hükümlerin sonunda ayrı bir kısım olarak, "*Kamu Tüzel Kişilerinin İştiraki*" başlığıyla düzenlenmiştir.

İsviçre'de hükmün kökenleri, 19. yüzyıl sonlarında özel demiryolu işletmelerinde yaşanan mali krize dayanır. Bu dönemde kamu kurumları demiryolu şirketlerine ödünç, sübvansiyon vb. biçimlerde destek sağlamış, ancak kimi

---

[1] Benzer bir imkan, OR m. 926 ile kooperatifler açısından da öngörülmüştür.

kurumlar bu yardımlara karşılık olarak şirketlere hissedar olarak katılmak istememiştir. Bunun yerine yardımlar karşılığında şirket yönetiminde örneğin yönetim veya denetim kurullarında üye bulundurmak suretiyle söz sahibi olmayı talep etmişlerdir. Bunun üzerine 1895 senesinde kamunun bu şirket yönetimlerine katılmasına dayanak sağlayan Demiryolu Şirketlerinde Pay Sahiplerinin Oy Hakkı ve Kamunun Bu Şirketlerin Yönetimlerine İştirakine Dair Federal Kanun (*Bundesgesetz betreffend das Stimmrecht der Aktionäre von Eisenbahngesellschaften und die Beteiligung des Staates bei deren Verwaltung*) çıkarılmıştır. Bu şekildeki özel kanun hükümlerinden ilhamla 1936'da OR m. 762 hükmü, anonim şirketler hukukuna dahil olmuştur[2].

B. 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu (eTK m. 275)

TK m. 334'ün atası konumundaki eTK m. 275, 1956 yılında eTK ile beraber Türk hukukuna dahil olmuştur. "*Devletin Kontrolü*" üst başlığı altında "*Amme hükmi şahıslarının iştiraki*" kenar bağlığı ile yer alan hüküm, birkaç ufak değişiklik dışında TK m. 334 ile hemen hemen aynı içeriğe sahiptir[3].

eTK m. 275 madde gerekçesinde[4], komiserlerce yerine getirilen denetim ve gözetim faaliyetinin yetersizliği vurgulanmış; kamu menfaatini ilgilendiren şirketler bakımından sürekli bir takip ve denetim mekanizmasına ihtiyaç duyulduğu belirtilmiştir. Hükmün özellikle şirketlerde pay sahipliği ve oy çoğunluğu vasıtasıyla temsil imkânı olmayan KTK'lar için önemine dikkat çeken gerekçe,[5] son olarak kurucuların eTK m. 275'e uygun bir esas sözleş-

---

[2] Hükmün tarihçesi hakkında bkz. TEKİNALP Ünal, **Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilerin Temsili**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1965, s. 47 vd.; ÇOŞTAN Hülya, "Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin ve Kamu Tüzel Kişilerinin Yönetim Kurulu Üyeliği", **BATİDER**, C. 29, Sa. 1, 2013, s. 131 dn. 56; WERNLI Martin / RIZZI Marco A., **Basler Kommentar Obligationenrecht II** (HONSELL Heinrich / VOGT Nedim Peter / WATTER Rold ed.), 5. Bası, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2016, Art. 762 N. 3.

[3] TK m. 334'te yeni Kanun'a uygun olarak denetim kurulunda temsile ilişkin kısımla hisse senedi tevdi yükümlülüğüne dair muafiyete dair cümle yer almamaktadır, bkz. GÜRBÜZ USLUEL Aslı E., "Yeni Türk Ticaret Kanunu Bağlamında Anonim Ortaklıklarda Kamu Denetiminin Değerlendirilmesi", **BATİDER**, C. 28, Sa. 1, 2012, s. 171; KENDİGELEN Abuzer, **Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler, İlk Tespitler**, 3. (Tıpkı) Bası, On İki Levha, İstanbul, 2016, s. 233.

[4] TBMM Zabıt Ceridesi, Devre X, C. 12, İçtima 2, 29.6.1956, Türk Ticaret Kanunu Layihası ve Adliye Encümeni Mazbatası (1/150), https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d10/c012/tbmm10012083.pdf (Erişim Tarihi: 14.8.2020), s. 32.

[5] Karş. genelde Devletin pay oranının %15'i aştığı şirketlerde eTK m. 275'te öngörülen imkânın kullanıldığını belirten, DOĞANAY İsmail, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi Birinci Cilt**, 4. Bası, Beta, İstanbul, 2004, s. 861.

me hükmüne yer vermekte serbest olduklarını, fakat Hükümet'in kuruluş izni için böyle bir hükmün mevcudiyetini şart koşabileceğini ifade etmektedir.

C. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TK m. 334)

TK m. 334, hükmün esasını ve Kanun içindeki mevkiini muhafaza etmiş; hüküm böylece günümüzdeki halini almıştır. Hüküm, "*Devletin gözetimi*" üst başlığı altında yer almaktadır ve kenar başlığı "*Kamu tüzel kişilerinin yönetim kurulunda temsili*"dir. Madde gerekçesi, eTK m 275'in yeni Kanun'da korunduğunu vurgulamaktadır. Gerekçe eTK döneminde hükmün çok az uygulanabildiğinin altını çizerek, Sermaye Piyasası Kurulu'nun ("SPK") kurumsal yönetim ilkeleri bakımından bağımsız üyeler bağlamında hükmün faydalı olabileceğini belirtmekte, böylece hükmün uygulama alanı açısından bir öneride bulunmaktadır.

3. Hükmün Amacı

Hükmün uygulama alanı ve şirketler hukukundaki yerini tespit edebilmek için, amacını doğru tespit etmek şarttır. TK m. 334'ün kamu menfaatinin korunmasına yardımcı bir mekanizma öngördüğü açıktır[6]. Yönetim kurulunda temsil yoluyla ilgili KTK, kamu hizmetinin arzına ilişkin gelişmeleri içeriden takip etme imkânı yakalamaktadır. Esas sözleşmede bu şekilde bir kaydın varlığı, ilgili KTK'ya genel kurulun (ve özellikle hâkim pay sahiplerinin) müdahalesinden ari şekilde bir yönetim kurulunu üyesini tayin ve azil imkânı sağlamaktadır[7].

TK m. 334'ün, kamu menfaatini koruma bakımından işlevsel bir mekanizma sağlamakla birlikte bunun ötesine geçen şekilde, devletin anonim şirketleri denetimini sağlama amacı güdüp gütmediği sorgulanmalıdır. eTK m. 275'in gerekçesinde komiserler eliyle gerçekleştirilen devlet kontrolünün yetersizliğine dikkat çekilerek kamu menfaatini ilgilendiren faaliyetler yürüten şirketlerde daimi kontrol ihtiyacına vurgu yapılması, hükmün devlet

---

6 ÇOŞTAN, s. 133 dn. 63; EMİNOĞLU Cafer / ÇAKIR Fatma Betül, "Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilerin Yönetim Kurulu Üyesi Seçilmesi ve Kamu Tüzel Kişilerinin Yönetim Kuruluna Temsilci Ataması, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 18, Sa. 3-4, 2014, s. 287; ALTAY Anlam, "Paysahibi Olmayan Kamu Tüzel Kişisini Temsil Eden Yönetim Kurulu Üyesinin Azlinde Yetki Sorunu", **Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan**, On İki Levha, İstanbul, 2017, s. 7.

7 ALTAY, s. 9.

denetimine yönelik olduğunu düşündürmektedir. Ayrıca sistematik açıdan hükmün mevcut TK bakımından da devletin gözetimine dair hükümler arasında yer alması karşısında hükmün devletin ilgilenmesi/denetimi ilkesinin yansımalarından biri olarak sunulması[8] anlaşılabilir. Durum böyle olmakla birlikte anonim şirketlerde esas olanın yönetim kurulu üyelerinin pay sahiplerince genel kurul yoluyla seçimi olduğu unutulmamalı, istisnai olarak KTK'lara üye atama imkanı veren hükme katı bir denetim amacı atfedilmemelidir[9]. Bu önermenin pratik açıdan ehemmiyeti, aşağıda hükmün uygulama alanı belirlenirken[10] daha iyi anlaşılacaktır.

4. Hükmün Benzer Mekanizmalardan Ayrılması

Kamunun anonim şirket yönetimine katılımı, muhtelif şekillerde gerçekleşebilir[11]. Öncelikle TK m. 359(2) uyarınca tüzel kişilerin yönetim kurulu üyesi seçilmesi mümkün olduğundan, KTK'ların pay sahiplerince yönetim kurulu üyesi seçilmesinin önünde bir engel olmadığı belirtilmelidir. Bununla birlikte 6455 sayılı Kanun'la 2013 yılında eklenen TK m. 359(5) hükmünün, TK m. 334 ile karıştırılma ihtimali vardır. TK m. 359(5) uyarınca KTK'ların pay sahibi olduğu şirketlerde bizzat bunlar veya bunları temsilen gerçek kişiler yönetim kurul üyesi olarak seçilebilir. Hükmün ikinci cümlesiyse üyelerin tamamının aynı KTK'nın temsilcisi olmaması kaydıyla KTK'ları temsilen birden fazla gerçek kişinin seçiminin mümkün olduğunu belirtmektedir. TK m. 334 ile TK m. 359(5), birbirinden tamamen farklı hususları düzenlemektedir ve kesişim kümeleri yoktur[12]. TK m. 334 yönetim kurulu üyesinin KTK tarafından tayinini; TK m. 359(5) ise KTK'nın veya bunları temsilen gerçek kişilerin genel kurulda yapılacak oylama sonucunda üye olarak seçilmesini düzenlemektedir. Dolayısıyla TK m. 334 ile TK m. 359(5) arasında doğrudan bir bağlantı kurulması veya iki hükmün birlikte

---

8 Örneğin bkz. ALIŞKAN Murat, **Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın Anonim Şirketleri Denetlemesi ve İlgili Fesih Davaları**, Legal, İstanbul, 2007, s. 76 vd.; GÜRBÜZ USLUEL, s. 164, 171; PULAŞLI Hasan, **Şirketler Hukuku Şerhi C. I**, 2. Bası, Adalet, Ankara, 2015, §24 N. 12; ALTAY, s. 7; BOZKURT Tamer, **Şirketler Hukuku**, 11. Bası, Legem, Ankara, 2020, s. 208.

9 Benzer, TEKİNALP, s. 38-39; ÇOŞTAN, s. 136.

10 Bkz. aşağıda **Bölüm II**.

11 Kamunun anonim şirket yönetiminde temsili için başvurulabilecek çeşitli hukuki kurumlar için bkz. ALTAY, s. 4-7.

12 TK m. 334 ve 359(5) arasındaki farklar bakımından bkz. ve karş. DEVELİ Emine, **Tüzel Kişinin Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeliği**, Seçkin, Ankara, 2016, s. 77 vd.

ele alınması[13], sadece iki hüküm arasında karşılaştırma yapılması amacıyla sınırlı olarak yerinde olacaktır.

TK m. 360'a uygun olarak belirli gruplara yönetim kurulunda temsil imkânı tanınması, TK m. 334 ile benzer yönleri olan bir mekanizmadır. Öte yandan TK m. 360 ile tanınan hak açıkça bir imtiyaz olarak düzenlenmişken (bkz. f. 2), TTK m. 334 bir imtiyaz teşkil etmez; nitekim ilgili KTK'nın pay sahibi olması dahi şart değildir. Ayrıca TK m. 360'ta düzenlenen imtiyazlı pay sahipleri veya bunların önerdiği adaylar arasından bir üyenin genel kurulca seçimiyken, TK m. 334 uyarınca KTK'nın genel kurul etkisine kapalı doğrudan bir atamayla yönetim kurulu üyesini belirlemesi söz konusudur. Bu farka paralel olarak KTK'nın atadığı üyeyi görevden alma yetkisi -pay sahibi olmayan KTK'lar bakımından tartışmalı olmakla birlikte-[14] sadece KTK'da iken (TK m. 334(2)), TK m. 360'a uygun olarak seçilen üyelerin genel kurulca azli mümkündür.

II. UYGULAMA ALANI

1. TK m. 334 Emredici midir?

Dilerlerse kurucuların kuruluş esas sözleşmesinde veya daha sonra pay sahiplerinin esas sözleşme değişikliğiyle KTK'ya yönetim kurulunda temsil imkânını TK m. 334'e uygun olarak tanımaları mümkündür. Ancak eğer hükmün emredici karakterde olduğu söylenebilirse uygulama alanında bir genişleme söz konusu olacaktır. Bu varsayımda ilk olarak, anonim şirket kuruluş esas sözleşmesini inceleyen sicil müdürü, TK m. 334'teki şartları taşıyan bir şirketin buna uygun bir kayda yer vermeyen esas sözleşmesinin tescilini emredici hükme aykırılık gerekçesiyle reddedebilecektir (TK m. 32(2)). Şirket esas sözleşmesi böyle bir kaydın noksanlığına rağmen tescil edilmişse bu eksikliğin kamu menfaatini tehlikeye düşürdüğü iddiasıyla fesih davası açılabilecektir (TK m. 353). Bu durumda mahkemenin, esas sözleşmeye ilgili kayıt eklenerek gerekli düzeltmenin yapılması için şirkete süre tanıması beklenir (TK m. 353(2)). Son olarak, TK m. 333 uyarınca Ticaret Bakanlığı'nın izniyle kurulabilen şirketler bakımından Bakanlığın em-

---

[13] Örneğin bkz. PULAŞLI, §30 N. 232; ÇAMOĞLU Ersin (POROY Reha / TEKİNALP Ünal), **Ortaklıklar Hukuku I**, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, N. 546; BOZKURT, s. 259.

[14] Bu konuda bkz. **IV.4**.

redici hükme (TK m. 334'e) aykırılık sebebiyle kuruluş iznini vermekten imtina etmesi ihtimal dahilinde olur[15].

TK m. 334'e emredici nitelik isnat edenler, iki farklı gerekçeyle dayanmaktadır. İlk dayanak, kanun maddesinin İsviçre'den farklı olarak devletin gözetimine ilişkin hükümler arasında yer almasıdır[16]. İkinci gerekçeyse hükmün, kamusal karaktere sahip ve amacı (kamu menfaatinin korunması) itibariyle emredici olması icap eden bir norm olmasıdır; kamu menfaatinin korunması söz konusuysa serbesti yerine sınırlayıcı bir yaklaşım daha uygun düşer[17]. Bu yüzden, TK m. 334'ün emredici olduğu kanaatindekilere göre "*verilebilir*" ifadesi nedeniyle yanıltıcı olan madde lafzına itibar edilmemeli, hükmün *ratio legis*'i üstün gelmelidir.

Yukarıda özetlenen gerekçelendirmeye rağmen TK m. 334, emredici nitelikte bir hukuk kuralı değildir[18]. Öncelikle hükmün lafzı ("*verilebilir*") son derece açıktır[19]. Üstelik madde lafzı gerçekten hükmün amacına ters düşüyorsa bu tespiti ilk defa (1965'te) ortaya koyan Ünal Tekinalp'in komisyon başkanlığında hazırlanan yeni hükmün, emredici karakteri yansıtır şekilde kaleme alınması beklenirdi. Oysa hükümdeki küçük değişikliklere rağmen emrediciliği dışlayan lafız muhafaza edilmiştir. Keza anonim şirketler hukukunun temel ilkelerinden yönetim kurulu üyelerinin pay sahiplerince seçimi esasına[20] istisna teşkil eden hükme yorum yoluyla emredici karakter atfedilmemelidir;[21] istisnaların dar yorumu tercih edilmelidir[22]. Öte yandan hükmün

---

15 eTK döneminde Bakanlığın kuruluş esas sözleşmesine KTK'ların yönetim (ve denetim) kurulunda temsilini öngören bir kayıt konulmasını talep edebildiği yönünde, GÜRBÜZ USLUEL, s. 164; mevcut TK bakımından benzer, ALTAY, s. 18. Bununla birlikte eTK döneminde de hükmün nasıl uygulanacağı konusunda tartışmalar mevcuttu, bkz. ALIŞKAN, s. 79-85; KENDİGELEN Abuzer, "Genel Hükümler ve Anonim Ortaklığın Kuruluşu", **Makalelerim Cilt I: 1986-2001**, On İki Levha, İstanbul, 2018, s. 305-306.

16 TEKİNALP, s. 67; ALIŞKAN, s. 83.

17 TEKİNALP, s. 67-68; ALIŞKAN, s. 83; ÇELİK Aydın, "Kamu Tüzel Kişileri Tarafından Anonim Ortaklık Yönetim ve Denetim Kuruluna Üye Seçilmesi (TTK m. 275)", **Legal Mali Hukuk Dergisi**, S. 40, 2008, s. 846, 848; hükmün kamu hukukuna özgü bir emredici hüküm olduğu yönünde ALTAY, s. 22.

18 Aynı sonuca varan, ÇOŞTAN, s. 135-136; EMİNOĞLU/ÇAKIR, s. 290; DEVELİ, s. 65.

19 ÇOŞTAN, s. 135; EMİNOĞLU/ÇAKIR, s. 290; DEVELİ, s. 65.

20 Bu açıdan TK m. 408(2)(b) uyarınca yönetim kurulu üyelerinin seçim ve azlinin genel kurulun devredilmez yetkisi olduğu tekrar hatırlatılmalıdır.

21 Benzer, DEVELİ, s. 65.

22 İlke hakkında bkz. YONGALIK Aynur, ""İstisnalar Dar Yorumlanır" Kuralı ve Değerlendirilmesi", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 60, Sa. 1, 2011, s. 1-18.

kanun sistematiğindeki yeri ile sözü arasındaki uyumsuzluk bulunduğu tespitine katılıyorum. Ancak bunun sebebi lafzın değil, bilakis hükmün yerinin yanlış olmasıdır[23]. Hüküm, devletin gözetimine dair emredici hükümler arasında değil, yönetim kurulunun oluşumuna dair TK m. 359 ve devamında yer almalıdır[24]. Benzer şekilde hükmün kamu hukuku hükmü olarak ele alınması yaklaşımı[25] da reddedilmelidir. Hüküm, aşağıda ele alınacağı üzere kamu hukuku düzenlemelerine şirketler hukuku düzleminde destek sağlayabilir; ancak esasen anonim şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin belirlenmesine dair bir özel hukuk normudur[26].

TK m. 334'ün emredici karaktere sahip olmadığı sonucuna varılmıştır. Bu yüzden bir anonim şirketin hükmün uygulanması için aranan şartları taşıması halinde salt bu sebepten ilk bu başlığın ilk paragrafında değinilen hukuki mekanizmalarla esas sözleşmesiyle KTK'lara yönetim kurulunda temsil hakkı tanımaya zorlanması mümkün değildir[27]. Tekinalp, hükmün emredici kabul edilmemesi halinde KTK'ya temsil hakkı verilmesinin anonim şirket ve kurucularının/pay sahiplerinin arzularına tabi olacağını, bu durumdaysa hükmün uygulama alanı bulmasının mümkün olmadığını belirtmektedir[28]. Peki emredici olmadığı yukarıda açıklanan hükmün uygulama alanı gerçekten bu kabul sebebiyle ortadan kalkmakta mıdır? Bu sorunun cevabı olumsuzdur ve hükmün hangi hallerde kendine tatbik sahası bulabileceği takip eden kısımda açıklanacaktır.

2. Hükmün Uygulanabileceği Haller

TK m. 334 emredici olmamasına ve hükümde sayılan şartların varlığı ilgili KTK'ya esas sözleşmeye bu yönde bir hüküm eklenmesini talep hakkı vermemesine rağmen hükmün halen bir uygulama alanı vardır. Bu açıdan özellikle iki farklı senaryoda hükmün anlam ifade edeceği düşünülebilir:

---

23 Aynı yönde, ÇOŞTAN s. 135.

24 MOROĞLU Erdoğan, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler**, 8. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2016, s. 143.

25 WERNLI/RIZZI, Art. 762 N. 4; ALTAY, s. 22.

26 Nitekim hükmün kamu hukuku karakterini kabul eden Wernli/Rizzi dahi kamu tüzel kişilerinin kamu menfaatinin varlığına dayanarak yönetim kurulunda temsil hakkını talep edemeyeceğine dikkat çekmektedir, WERNLI/RIZZI, Art. 762 N. 9.

27 Aynı yönde, ARSLANLI Halil, **Anonim Şirketler II-III**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1960, s. 107; ÇOŞTAN, s. 132-133; benzer, AKDAĞ GÜNEY Necla, **Anonim Şirket Yönetim Kurulu**, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s. 11 dn. 30.

28 TEKİNALP, s. 66-67; aynı yönde ÇELİK, s. 846.

Şirket kurucuları veya pay sahiplerinin bir sözleşme/işi almak üzere bu yönde bir hükmü esas sözleşmeye gönüllü olarak eklemeleri ve özel kanunlarda KTK'lara tanınan üye atama hakkının şirketler hukuku düzleminde TK m. 334 vesilesiyle kendine dayanak bulması.

İlk olarak hükmün kurucular veya pay sahiplerinin arzusu üzerine esas sözleşmeye dâhil olması ihtimali üzerinde durulabilir. Pay sahipleri muhtemeldir ki bu hükmü iktisadi bir gerekçeye dayanarak esas sözleşmeye ekleyecek, yoksa temsil yetkisini KTK'ya bir lütuf olarak sunmayacaktır. Hükmün gönüllü olarak esas sözleşmeye eklenmesi, genelde anonim şirketin bir kamu hizmetini bir ihale veya imtiyaz sözleşmesi yoluyla üstlendiği durumlarda ilgili KTK'nın söz konusu ihale/imtiyazı vermek için esas sözleşmede TK m. 334'e uygun bir hükmün yer almasını şart koşmasıyla mümkün olacaktır[29]. Örneğin Adana Büyükşehir Belediyesi'nin çevre düzenlemeye ilişkin ihalesinde, ihale şartnamesi ile ihaleyi kazanacak anonim şirketin esas sözleşmesinde (TK m. 334'e açıkça atıfta bulunarak veya bulunmadan) Belediye'ye yönetim kurulunda bir üyeyle temsil edilme hakkı tanınması aranabilir[30]. Benzer şekilde, kamu hizmetini görmek üzere ayrı bir anonim şirket kurulması ve bu şirketin esas sözleşmesinde Belediye'ye yönetim kuruluna üye atama hakkı tanınması da mümkündür.

Hükmün uygulama bulacağı ikinci ihtimal, KTK'lara yönetim kurulunda üye bulundurma hakkı veren özel kanun hükümlerine şirketler hukuku düzleminde TK m. 334'ün işlerlik kazandırmasıdır[31]. Bu anlamda TK m. 334, özel kanun hükmünün esas sözleşmeye eklenmesi halinde TK m. 340'ın hem ilk hem de ikinci cümlesi bakımından herhangi bir tereddüt yaşanmasının önüne geçmektedir[32]. Örneğin 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanunu m. 4(4)(g)'nin eTK m. 275'e atıfta bulunan sondan bir önceki paragrafı[33] uyarınca EPDK'nın, şehir içi doğal gaz dağıtım şirketlerinden esas

---

29 Benzer, WERNLI/RIZZI, Art. 762 N. 9.

30 Benzer bir örnek için bkz. BOZKURT, s. 259.

31 Anonim şirketlerin ancak bu ihtimalde esas sözleşmesinde KTK'lara temsil hakkı tanımak zorunda kalacağı yönünde, ÇOŞTAN, s. 136.

32 TK m. 340'ın ilk cümlesine göre anonim şirket esas sözleşmesi, TK hükümlerinden ancak Kanun açıkça izin veriyorsa sapabilir. İkinci cümleyse diğer kanunlarda izin verilen tamamlayıcı esas sözleşme hükümlerinin ancak ilgili kanun bakımından sonuç doğuracağını belirtmektedir. Hükmün her iki cümlesi bağlamındaki tartışmalardan bağımsız olarak TK m. 334, özel kanun hükmüne uygun olarak esas sözleşmeye eklenen kaydın geçerli olmasına ve şirketler hukuku düzleminde (korporatif) hüküm doğurmasına imkân tanımaktadır.

33 "*Kurum, belediye veya belediye şirketinin hisse almaması veya en az bir yönetim kurulu üyeliğine hak kazanılmayacak oranda hisse alması halinde, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu-*

sözleşmeyle belediyeye yönetim kurulunda temsil hakkı verilmesini talep etme yetkisi vardır[34]. Merkezi Kayıt Kuruluşunun Kuruluş, Faaliyet, Çalışma ve Denetim Esasları Hakkında Yönetmelik[35] m. 13(1) uyarınca Merkezi Kayıt Kuruluşu ("MKK") Anonim Şirketi'nin bir üyesi, TK m. 334 çerçevesinde SPK'yı temsilen atanacaktır[36]. Elektronik Ürün Senedi Yönetmeliği[37] m. 8(2) uyarınca elektronik kayıt kuruluşlarının yönetim kurulunda bir üye Ticaret Bakanlığı tarafından atanmaktadır[38]. Özel kanunlarda eTK m. 275'e atıf yapmakla birlikte yalnızca denetim kurulunda temsil öngören hükümlerse mevcut TK döneminde anlamını yitirmiştir[39]. Bu şekilde özel bir kanun hükmünün varlığına rağmen ilgili şirketin esas sözleşmesinde bu yönde bir hükme yer vermemesinin özel kanun bakımından sonuçları olabilir. Öte yandan meseleye TK bakımından yaklaşıldığında eğer şirket TK m. 333 kapsamında kalıyorsa Bakanlık, kuruluş esas sözleşmesi KTK'ya temsil hakkı tanınmasını öngören özel kanun hükmüne paralel bir kayıt içermedikçe kuruluş izni vermekten kaçınabilmelidir[40]. Belirtmek gerekir ki Bakanlığın incelemesine takılacak olan, emredici olmadığı tespit edilen TK m. 334'e aykırılık değil, ilgili özel mevzuattaki emredici kanun hükmüne aykırılıktır.

---

nun 275'inci maddesine göre belediyeye şirket yönetim ve denetim kurullarında temsil hakkı verecek düzenlemelerin yapılmasını, şehir içi dağıtım şirketinden isteyebilir". Ayrıca bkz. Doğal Gaz Piyasası Dağıtım ve Müşteri Hizmetleri Yönetmeliği (03.11.2002 tarih ve 24925 sayılı RG.), m. 21(2).

34 Kanun'un geçici 3. maddesine 6353 sayılı Kanun'la eklenen ek paragraf, Başkent Doğalgaz Dağıtım Anonim Şirketi'ni söz konusu düzenlemeden muaf tutmuş; bu muafiyet ve uygulaması Ankara Büyükşehir Belediyesi tarafından idari yargıda ihtilaf konusu yapılmıştır. Detaylar hakkında bkz. Ankara Büyükşehir Belediyesi'nin Doğalgaz Kaynaklı Şikayetler Hakkında Basın Bildirisi, https://ankara.bel.tr/duyurular/dogalgaz-kaynakli-sikayetler-hakkinda-basin-bildirisi (Erişim Tarihi: 17.8.2020).

35 07.08.2014 tarih ve 29081 sayılı RG.

36 Nitekim bkz. Merkezi Kayıt Kuruluşu Anonim Şirketi'nin esas sözleşmesinin m. 9(2): "…*Bir üye, Türk Ticaret Kanunu'nun 334'üncü maddesi çerçevesinde Sermaye Piyasası Kurulunca … atanır*.", https://www.mkk.com.tr/tr-tr/Hakkimizda/Kurumsal-Bilgiler/Documents/MKK-ESAS-SOZLESMESI.pdf (Erişim Tarihi: 17.8.2020).

37 12.11.2011 tarih ve 28110 sayılı RG.

38 Kanun hükmünü somutlaştıran bir esas sözleşme hükmü için yine bkz. Merkezi Kayıt Kuruluşu Anonim Şirketi'nin esas sözleşmesi, m. 9(2), https://www.mkk.com.tr/tr-tr/Hakkimizda/Kurumsal-Bilgiler/Documents/MKK-ESAS-SOZLESMESI.pdf (Erişim Tarihi: 17.8.2020).

39 Örneğin bkz. 2699 sayılı Umumi Mağazalar Kanunu m. 5 ve 5300 sayılı Tarım Ürünleri Lisanslı Depoculuk Kanunu m. 30.

40 Bu açıdan bkz. ve karş. AKDAĞ GÜNEY, s. 11 dn. 30; DEVELİ, s. 65-66.

Varılan sonuçlar ve bu konuda (yazar tarafından) yapılan bir tarama, tespit edilen uygulama imkânlarına rağmen hükmün Türkiye uygulamasının sınırlı kaldığını ortaya koymaktadır. Bununla birlikte özellikle mali darboğaz dönemlerinde kamunun stratejik önemdeki şirketlere iflastan koruma amacıyla destekte bulunması halinde hükmün uygulamasının yeniden canlanması mümkündür. Son olarak belirtmek gerekir ki açık bir atıf bulunmamasına rağmen TK m. 334'ün uygulanmasına limited şirketlerde de ihtiyaç duyabilir ve bu yüzden hükmün limited şirketlere kıyasen uygulanması düşünülebilir[41]. Ancak hükmün istisnai niteliği bu açıdan tereddüde sebep olacaktır. Dolayısıyla kamu hizmetiyle bağlantılı faaliyet yürüten limited şirketlerde de hükmün uygulanacağının açıkça düzenlenmesi yerinde olacaktır[42].

III. TEMSİL HAKKI TANINMASININ ŞARTLARI

Bir önceki bölümde hükmün uygulama alanı tespit edilmiştir. Esas sözleşmeyle KTK'lara yönetim kurulunda temsil hakkı verilmesi, yukarıda sunulan iki senaryoda gündeme gelecektir; ancak bu hallerde dahi TK m. 334'te sayılan şartların yerine gelmiş olması gerekir. Bunlar, anonim şirketin işletme konusunun kamu hizmeti olması (1), hakkın esas sözleşmeyle tanınması (2) ve hakkın bir KTK'ya tanınmasıdır (3).

1. İşletme Konusunun Kamu Hizmeti Olması

TK m. 334, yönetim kurulunda temsil hakkının, sadece işletme konusu kamu hizmeti olan şirketler bakımından öngörülebileceğini belirtmektedir. Şirketin faaliyet sahasını ifade eden işletme konusunun[43] esas sözleşmede yer alması bir zorunluluktur (TK m. 339(2)(b)). İşletme konusunun kamu hizmeti olmasına dair ön şart yerine gelmediyse esas sözleşmede yer verilen kayıt hüküm ifade etmez[44]. Kamu hizmetinin tanımındaysa idare hukukuna başvur-

---

41 Hükmü limited şirkete uygulayan, Y. 11. HD., E. 2012/5398 K. 2013/6495, 01.04.2013 (Lexpera, erişim tarihi: 8.8.2020).

42 Öte yandan TK'nın anonim şirket hükümlerine gönderme yapan Kooperatifler Kanunu m. 98'in TK m. 334'ün kooperatiflere uygulanmasına imkân verebileceği belirtilmelidir. Bu açıdan karş. TK m. 334 muadili bir hükmü kooperatifler için açıkça öngören OR m. 926.

43 İşletme konusu kavramı hakkında bkz. UZUNALLI Sevilay, **Anonim Şirkette İşletme Konusu**, Adalet, Ankara, 2013, s 5-6.

44 KIRCA İsmail (ŞEHİRALİ ÇELİK Feyzan Hayal / MANAVGAT Çağlar), **Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2013, s. 417; EMİNOĞLU/ÇAKIR, s. 291; DEVELİ, s. 71. Kırca, bu açıdan TK m. 340 ve BK m. 27'ye gönderme yapmaktadır (s. 417); bununla birlikte TK m. 334 şartları yerine gelmediği halde

mak gerekir[45]. İdare hukukunda kamu hizmeti, Devlet ve KTK'larca veya bunların kontrol, gözetim ve denetiminde kamu menfaatini temin etmek üzere kamunun ortak ve genel ihtiyaçlarının karşılanması için yürütülen devamlı ve düzenli faaliyetler olarak tanımlanmaktadır[46]. Şartın yerine gelmesi için, esas sözleşmede yer alan işletme konusunun kamu hizmeti olması veya fiili işletme konusunun kamu hizmeti teşkil etmesi yeterlidir[47]. Bu ikisinin birlikte var olması zorunlu değildir. Bu sonuç, hükmün amacına uygundur. Bununla birlikte KTK'ya yönetim kurulu üyesi atama yetkisi verilmesine dair esas sözleşme hükmü eklenirken, fiili işletme konusu olan kamu hizmeti mahiyetindeki faaliyet konusunun esas sözleşmeye yansıtılması yerinde olacaktır.

Son olarak bu şartın, OR m. 762'deki KTK'nın anonim şirkette kamusal bir menfaati bulunması kriterinden farklı olduğunu belirtmek gerekir. Daha esnek ve geniş anlaşılmaya müsait olan kamu menfaati kriteri, İsviçre'de soyut ve genel olarak tanımlanmak yerine somut olaya göre belirlenmektedir[48]. Dolayısıyla Türk hukukundaki işletme konusunun kamu hizmeti olması kriterinin, hükmün uygulama alanını daha dar kılmaktadır[49]. Kamu hizmeti kriterinin hükmün uygulama alanını nasıl daralttığı, bir örnek üzerinden somutlaştırılabilir. Örneğin bir belediyenin, o bölgede refah ve istihdam için önemli görülen bir şirketin mali darboğazdan çıkması için o şirkete mali destek sağladığı varsayılsın. Bu durumda belediyeye bu şirketin yönetim kurulunda temsilci bulundurma hakkı tanınması, şirket kamu hizmetiyle iştigal etmediğinden TK m. 334 kapsamında mümkün olmayacaktır. Oysa KTK'ya yönetim kurulunda temsil hakkı tanınması için kamu menfaati kıstası esas alınsaydı belediyenin TK m. 334'te

---

esas sözleşmede yer alan hükmün butlanı, böyle bir hüküm genel kurulun devredilmez yetkisini kanundaki şartlar olmadan KTK'ya devir teşebbüsü anlamına geleceğinden anonim şirketin temel yapısına aykırılığa (TK m. 447(1)(c)) dayanılarak da temellendirilebilir, nitekim yine bkz. KIRCA İsmail (ŞEHİRALİ ÇELİK Feyzan Hayal / MANAVGAT Çağlar), **Anonim Şirketler Hukuku Cilt 2/2**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2016, s. 45 dn. 100.

45 KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), **Cilt 1**, s. 417.

46 ONAR Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, Marifet Basımevi, İstanbul, 1952, s. 13; AKYILMAZ Bahtiyar / SEZGİNER Murat / KAYA Cemil, **Türk İdare Hukuku**, 6. Bası, Seçkin, İstanbul, 2016, s. 554.

47 BUOB Franziska, **Aktiengesellschaften mit staatlicher Beteiligung: Einflussmöglichkeiten und vermögensrechtliche Haftungsrisiken des Staates als Aktionär**, Dike Verlag, Zürih, 2008, s. 16; WERNLI/RIZZI, Art. 762 N. 8.

48 BUOB, s. 16; WERNLI/RIZZI, Art. 762 N. 8. Karş., kamu hizmeti tanımına yakın, soyut bir tanım sunan JAAG Tobias, **Kurzkommentar OR** (HONSELL Heinrich ed.), Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2014, Art. 762 N. 5.

49 ÇOŞTAN, s. 131.

öngörülen mekanizmadan faydalanması mümkün olacaktı. Öte yandan kamu menfaati kriterinin, istisnai hükmün uygulama alanını fazla genişleteceği düşünülebilir. Bu çalışmada hükmün uygulama alanı, emredici karakterin dışlanması yoluyla zaten dar kabul edilmiştir. Şu halde işletme konusunun kamu hizmeti olması yerine kamu menfaati kriteri, hükmün uygulama alanının fazla genişleyeceği endişesi olmadan *de lege ferenda* benimsenebilir.

2. Esas Sözleşme Hükmü

KTK'ya yönetim kurulu üyesi atama hakkı, esas sözleşmeye dahil edilecek bir kayıtla tanınmalıdır. Bu şekildeki bir kaydın kuruluş esas sözleşmesinde yer alması özellik arz etmezken[50], esas sözleşme değişikliğiyle sonradan eklenme halinde esas sözleşme değişikliği kararının hangi nisapla alınacağı tespit edilmelidir. Ayrıca esas sözleşme hükmünün birden fazla üyenin bir KTK tarafından atanmasını öngörmesinin mümkün olup olmadığı meselesi ele alınmalıdır. Son olarak mevcut esas sözleşme hükmünün nasıl kaldırılacağı belirlenmelidir.

A. Nisap

İlk olarak nisaba ilişkin soru cevaplanmalıdır. Yukarıda dikkat çekildiği üzere TK m. 334'e göre KTK'ya bahşedilebilecek yönetim kurulu üyesi atama hakkı ile TK m. 360'ta düzenlenen yönetimde temsil imtiyazı arasında benzerlik vardır. TK m. 334'ün TK m. 360'a nazaran daha üstün bir hak meydana getirdiğinden yola çıkılarak bu yönde bir esas sözleşme değişikliği için TK m. 421(3)'te imtiyazlı pay oluşturulması için aranan nitelikli nisabın kıyasen[51] (ve hatta evleviyetle)[52] aranması gerektiği düşünülebilir. Ancak istisnai nitelikteki ağırlaştırılmış nisap yerine TK m. 334 bakımından özel bir nisap belirlenmemesi karşısında adi esas sözleşme değişikliği nisabını (TK m. 421(1)) aramak daha doğrudur[53]. Burada imtiyazlı pay oluşturulması için gerekli nisabın aranmasını arayan yazarların endişesi anlaşılabilir, nitekim pay sahipleri söz konusu esas

---

[50] İsviçre uygulamasında hükmün genelde kuruluş esas sözleşmesinde yer aldığı gözlemlenmiştir, WERNLI/RIZZI, Art. 762 N. 10.

[51] Bu yönde KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), **Cilt 1**, s. 417-418; EMİNOĞLU/ÇAKIR, s. 291.

[52] KTK'ya yönetim kurulu atanması hakkı verilmesini altın paya benzeten ŞEHİRALİ ÇELİK (KIRCA/MANAVGAT), **Cilt 1**, s. 193; YATAĞAN ÖZKAN Çiğdem, **Anonim Şirketlerde Altın Paylar**, On İki Levha, İstanbul, 2016, s. 120.

[53] Aynı yönde BUOB, s. 71 vd.; JAAG, Art. 762 N. 6; MÜLLER Roland / LIPP Lorenz / PLÜSS Adrian, **Der Verwaltungsrat Ein Handbuch für Theorie und Praxis**, 4. Bası, Schulthess, Zürih, 2014, s. 33; WERNLI/RIZZI, Art. 762 N. 10; AKDAĞ GÜNEY, s. 10-11; DEVELİ, s. 67.

sözleşme değişikliğiyle yönetim kurulu üyelerinden (en az) birini seçme ve azil yetkilerini bir KTK'ya bırakmaktadır. Öte yandan, TK m. 334'ün sadece işletme konusu kamu hizmeti olan anonim şirketlerde bu şekildeki bir esas sözleşme hükmüne cevaz verdiği unutulmamalıdır. Bu şart yerine gelmediyse ilgili esas sözleşme hükmü batıl olacaktır[54]. Ayrıca bu şart mevcut olsa dahi bu yetkinin verilmesi için şirket açısından geçerli bir sebep (örneğin iktisadi menfaat veya özel kanun hükmünden doğan bir zorunluluk) yoksa muhalif pay sahiplerinin ilgili genel kurul kararının iptalini dürüstlük kuralına aykırılığa dayanarak talep etmesi (TK m. 445) mümkün olacaktır.

B. KTK Tarafından Atanacak Üye Sayısı

Esas sözleşmeyle KTK'ya birden fazla üye atama yetkisi verilip verilemeyeceği irdelenmeye değer bir başka meseledir. Esasen bu husus, aşağıda ele alınacak ve yönetim kurulu üyesi sıfatının KTK'da mı yoksa KTK temsilcisinde mi olduğu tartışmasıyla bağlantılıdır[55]. Yönetim kurulu üyesi sıfatı KTK'ya isnat edildiğinde varılacak sonuç, (sadece) KTK'nın kendisinin üye olacağı ve tek bir gerçek kişiyi kendisini temsilen yönetim kuruluna göndereceğidir[56]. Öte yandan, bu çalışmada olduğu gibi üyelik sıfatının KTK tarafından belirlenecek temsilcide olduğu kabul edilirse bu halde KTK'nın birden fazla üye atayıp atayamayacağı sorusu gündeme gelir.

Esas sözleşmede KTK'ya birden fazla yönetim kurulu üyesi atama yetkisi tanınması mümkündür[57]. Nitekim İsviçre hukukunda da yönetim kurulunun çoğunluğunu[58] oluşturan üyelerin hatta üyelerin tamamının[59] KTK tarafından

---

54 Bu konuda bkz. dn. 44 ve orada anılan yazarlar.

55 Bkz. aşağıda **IV.1**.

56 Bu sonuca varan, TEKİNALP, s. 82; KARAEGE Özge, "Yeni Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Yönetim Kurulu Üyeliğine Seçilme Koşulları", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, Sa. 3, 2012, s. 86; ÇOŞTAN, s. 134; DEVELİ, s. 73, 74.

57 TANDOĞAN Haluk, "Hükmi Şahısların Anonim Şirket idare Meclisinde Temsili", **BATİDER**, C.1, Sa.1, 1961, s. 7; KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), **Cilt 1**, s. 418, EMİNOĞLU/ÇAKIR, s. 289-290; AKDAĞ GÜNEY, s. 11; BAHTİYAR Mehmet, **Ortaklıklar Hukuku**, 14. Bası, Beta, İstanbul, 2020, s. 242; AYHAN Rıza / ÇAĞLAR Hayrettin / ÖZDAMAR Mehmet, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 305-306; aksi yönde, ÇELİK 845.

58 WERNLI/RIZZI, Art. 762 N. 11, ayrıca bkz. BGE 71 I 187, 189 (https://entscheide.weblaw.ch/cache.php?link=BGE-71-I-187, erişim tarihi: 22.11.2020). Karş., konunun somut olaya göre çözülmesi gerektiğini savunan, BUOB, s. 136-137.

59 JAAG, Art. 762 N. 8-9; MÜLLER/LORENZ/LIPP, s. 33. Yönetim kurulu tek üyeden oluşuyorsa bu üyenin KTK tarafından atanabileceği yönünde, ÇAMOĞLU Ersin, "Anonim Ortaklıkta Tek Kişilik Yönetim Kurulu", **GSÜHFD**, Sa. 2011/1, s. 201

atanabileceği kabul görmektedir. Ancak özellikle tüm üyeleri atama yetkisinin KTK'ya bırakılması halinde muhalif pay sahiplerinin ilgili esas sözleşme hükmünün anonim şirketin temel yapısını bozduğu ve bu sebeple TK m. 447(1)(c) uyarınca batıl olduğunu, haklı olarak, ileri sürmeleri muhtemeldir[60]. TK m. 359(5)'nin ikinci cümlesinde öngörülen sınırın TK m. 334 bağlamında kıyasen uygulanması önerilmiştir[61]. Hatırlanacağı üzere bu hükme göre yönetim kurulu üç ve daha fazla üyeden oluşan şirketlerde üyelerin tamamı aynı KTK'dan olmamak kaydıyla KTK'yı temsilen birden fazla gerçek kişinin yönetim kurulu üyesi olarak seçilmesi mümkündür. TK m. 359(5)'teki sınırlamanın kıyasen uygulanmasının kabulü halinde tek bir KTK'nın tüm üyeleri ataması mümkün olmayacaktır, ki bu duruma yukarıda işaret edildiği üzere TK m. 447 de engel olmalıdır. Bu yüzden TK m. 334 bağlamında TK m. 359(5)'in kıyasen uygulanmasına ihtiyaç olmadığı kanaatindeyim. Son olarak esas sözleşmede KTK tarafından atanacak üyelerin sayısının bir aralık şeklinde verilmesi, özellikle yönetim kurulu üye sayısı da bu şekilde belirtilmişse, mümkündür[62].

C. Hükmün Kaldırılması

KTK'ya yönetim kurulu üyesi atama yetkisi tanıyan esas sözleşme hükmünün kaldırılması da özellik arz eder. Hakkın müktesep hak niteliğinde olduğu ve KTK'nın rızası olmaksızın kaldırılamayacağı düşünülebilir[63]. Ancak pay sahipliği sıfatından bağımsız bir yetki olarak tanınabilen bu hakkı müktesep hak olarak nitelemek doğru olmaz[64]. Bu yüzden genel kurul kararıyla (veya kurucuların iradesiyle) esas sözleşmede yer verilen bu yönde bir hükmün, yine esas sözleşmeyi değiştiren bir genel kurul kararıyla kaldırılabilmesi gerekir[65]. Esas sözleşmeyle KTK'ya tanınan hak bir akdi hak niteliğinde olacağından hakkın genel

---

60 Benzer, BUOB, s. 137. KTK tarafından atanacak üyelerin genel kurulca seçilecek üyelerin etkisini ortadan kaldıracak sayıda olmaması gerektiğini belirten KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), **Cilt 1**, s. 419; EMİNOĞLU/ÇAKIR, s. 290; benzer, BAHTİYAR, **Ortaklıklar Hukuku,** s. 242.

61 KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), **Cilt 1**, s. 419.

62 BUOB, s. 137.

63 Bu yönde, BGE 51 II 330, 342 (https://www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c2051330.pdf, erişim tarihi: 22.11.20); ayrıca bkz. WERNLI/RIZZI, Art. 762 N. 26'da anılan yazarlar (ancak Wernli ve Rizzi'nin bu görüşte olmadığı belirtilmelidir).

64 Hakkın müktesep hak teşkil etmeyeceği yönünde, AKDAĞ GÜNEY, s. 11.

65 FORSTMOSER Peter / MEIER-HAYOZ Arthur / NOBEL Peter, **Schweizerisches Aktienrecht**, Stämpfli, Bern, 1996, § 63 N. 20; BUOB, s. 76; ÇOŞTAN, s. 132 dn. 61; JAAG, Art. 762 N. 6; WERNLI/RIZZI Art. 762 N. 26; AKDAĞ GÜNEY, s. 11; YAĞCIOĞLU Kaan Muharrem, **Yönetim Kurulu Üyeliğinin Sona Ermesi**, Adalet, Ankara, 2018, s. 33; ÇAMOĞLU (POROY/TEKİNALP), N. 550, N. 623g.

kurulca KTK'nın rızası olmadan kaldırılması halinde KTK'nın borçlar hukuku temelli talepleri, örneğin tazminat talebi, söz konusu olabilecektir[66]. Ayrıca KTK'nın hakkın esas sözleşmeye eklenmesinin arka planındaki anlaşmaya, örneğin imtiyaz sözleşmesine dayalı hakları saklıdır[67].

Esas sözleşmesinde KTK'ya temsil hakkını bir özel kanun hükmünün gereği olarak tanıyan şirketler bakımından konuyu ayrı olarak ele almak gerekir. Bu şirketler TK m. 333 kapsamında kalıyorsa ve kuruluşları Ticaret Bakanlığı'nın iznine bağlıysa, esas sözleşme değişiklikleri de Bakanlık iznine tabi olduğundan özel kanuna aykırı değişikliğe Bakanlık tarafından izin verilmemesi beklenir. Ancak şirketin esas sözleşme değişiklikleri Bakanlık iznine tabi olmasa dahi özel kanun hükmünü ihlal eden esas sözleşme değişikliği, kanuna aykırılık sebebiyle hükümsüz olabilecektir. Hükümsüzlüğün türü, kamu menfaatini sağlamak üzere getirilmiş emredici kanun hükmüne[68] aykırılık sebebiyle iptal edilebilirlik (TK m. 445) yerine butlan (BK m. 27) olmalıdır. Ayrıca iptal davasını pay sahibi olmayan KTK'nın açamayacağı, ancak butlanın tespitini pay sahibi olmasa dahi bu konuda menfaati bulunan KTK'nın isteyebileceği unutulmamalıdır.

Son olarak belirtmek gerekir ki hüküm kaldırılmamış olsa dahi eğer KTK üye atamayı yetkisini kullanmamayı seçerse bu halde üyelerin, esas sözleşmede KTK'ya yetki veren hüküm yokmuşçasına, genel kurulca seçilmesi mümkündür[69].

3. Yetkinin Bir KTK'ya Tanınması

TK m. 334 ile yönetim kurulunda temsil hakkı, ancak KTK'lara tanınabilir. Hükümde açıkça ifade edilmese dahi hükmün işletme konusunun kamu hizmeti olmasını şart koşması karşısında yetki verilen KTK'nın o kamu hizmetiyle ilgili olması gerekir[70]. Bu bağlantı, söz konusu kamu hizmetinin o

---

66 Bununla birlikte esas sözleşmeyle KTK'ya yönetim kurulunda temsil hakkının yeninden tanınması ve böylece aynen ifa talebi, genel kurulun bu yönde bir karar almaya zorlanamayacağı düşünüldüğünde mümkün gözükmemektedir.

67 WERNLI/RIZZI Art. 762 N. 26.

68 KTK'ya temsil hakkı tanınması zorunluluğunun ikincil mevzuattan, örneğin bir yönetmelikten, kaynaklanması halinde de aynı sonuca varılmalıdır. Nitekim bkz. TK m. 445 bağlamında kanuna aykırılığın yönetmelik, tüzük, tebliğ vb. hükümlerine de aykırılığı da kapsayacağına dikkat çeken, KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT), **Cilt 2**, s. 64.

69 ÇAMOĞLU, **Tek Kişilik YK**, s. 201; ÇAMOĞLU (POROY/TEKİNALP), N. 623.

70 TEKİNALP, s. 81; EMİNOĞLU/ÇAKIR, s. 292; DEVELİ, s. 67; aksi yönde, ÇOŞTAN, s. 131.

KTK'nın denetimi ve gözetiminde veya idaresinden sorumlu olduğu bölgede gerçekleşmesi şeklinde kendini gösterebilir. Kamu hizmeti ve dolayısıyla şirketin faaliyetiyle ilgili birden fazla KTK'nın varlığı halinde birden fazla KTK'ya bu hakkın tanınmasının önünde engel yoktur[71]. Bu anlamda hükmün "*kamu tüzel kişilerinden birine*" bu hakkın tanınabileceği yönündeki lafzına özel bir anlam yüklememek gerekir.

IV. KTK TARAFINDAN ATANAN ÜYENİN TABİ OLDUĞU HÜKÜMLER

Bu bölümde öncelikle KTK'nın anonim şirket yönetiminde temsili halinde yönetim kurulu üyesi statüsünün bizzat KTK'ya mı yoksa KTK tarafından belirlenen temsilciye mi ait olduğu tespit edilecektir (1). Bu tartışmayı sırasıyla üyede aranacak nitelikler ile görev süresi (2) ve üyenin hak ve yükümlülüklerine (3) dair açıklamalar takip etmektedir. Daha sonra üyenin görevden alınması (4) ve sorumluluk (5) konuları ele alınmıştır.

1. Yönetim Kurulu Üyesi Sıfatının Sahibi

Üyelik sıfatını kimin taşıdığı, üyenin tabi olduğu kuralları etkileyebileceğinden bu meselenin öncelikle ele alınmasında fayda vardır. Kanun'da bu konuda bir açıklık yoktur. 1965 yılında Ünal Tekinalp tarafından ileri sürülen TK m. 334 (eTK m. 275) bağlamında yönetim kurulu üyesi sıfatını bizzat KTK'nın kazandığı tezi,[72] günümüzde de savunulmaktadır[73]. Ancak üyelik sıfatının temsilciye ait olduğu kanaatini benimseyenlerin sayısı da az değildir[74]. Sonucu ele vermek pahasına yönetim kurulu üyesi sıfatının

---

[71] KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), **Cilt 1**, s. 419; ÇOŞTAN, s. 131 ve dn. 59, s. 134; EMİNOĞLU/ÇAKIR, s. 290; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 334. Sadece en ilgili KTK'ya yetki tanınabileceği yönünde, TEKİNALP, s. 81-82; ÇELİK, 845; benzer, BAHTİYAR Mehmet, **Anonim Ortaklık Anasözleşmesi**, Beta, İstanbul 2001, s. 179.

[72] TEKİNALP, s. 55 vd.

[73] ÇAMOĞLU, **Tek Kişilik YK**, s. 201; ÇOŞTAN, s. 129-130, 133; KARAEGE Özge, "Anonim Şirketlerde Genel Kurulun Yönetim Kurulu Üyelerini Görevden Alma (Azil) Yetkisi (TTK m. 364)", **Ankara Barosu Dergisi**, 2014/ 1, s. 84; DEVELİ, s. 52 vd.; YAĞCIOĞLU, s. 30-31; ÇAMOĞLU (POROY/TEKİNALP), N. 546, 548g; açıkça ifade etmemekle birlikte verdiği örnekte bu sonucu ima eden, BOZKURT, s. 259. Ancak Çamoğlu'nun başka bir eserinde yönetim kurulu üyesi sıfatının ne KTK'da ne de temsilcide olduğunu savunduğuna dikkat çekilmelidir, bkz. ÇAMOĞLU Ersin, **Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu**, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 217-218. *De lege ferenda* KTK'nın üye sıfatını kazanması gerektiğini savunan, EMİNOĞLU/ÇAKIR, s. 289.

[74] KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), **Cilt 1**, s. 418; EMİNOĞLU/ÇAKIR, s. 288-289; AKDAĞ GÜNEY, s. 11; ALTAY, s. 7, 17; örtülü olmakla birlikte, BAHTİYAR, **Ortak-**

KTK'ya değil, KTK tarafından atanan gerçek kişide olduğunu belirtmeliyim. Bu sonucun sağlaması için, aksi yöndeki kanaatin dayanaklarını incelemekte -ve yanlışlamakta- fayda vardır.

KTK'nın yönetim kurulu üyesi sıfatını taşıdığı fikrinin ilk dayanağı, TK m. 334'ün üçüncü fıkrasında KTK temsilcisinin, "*genel kurul tarafından seçilen üyelerin hak ve görevlerini haiz"* olduğunun belirtilmesidir. Buna göre eğer yönetim kurulu üyesi KTK değil temsilcisi olsaydı, bu durumun açıkça düzenlenmesine ihtiyaç duyulmazdı[75]. Oysa yönetim kurulu üyesi sıfatını temsilci taşısa dahi kanun koyucunun bu hususu özellikle vurgulamak istemiş olması son derece doğaldır. KTK tarafından atanan üyenin özellikle sadakat yükümlülüğü bakımından tereddütler söz konusu olabilir. İşte üçüncü fıkranın anılan cümlesi, bu tereddütleri bertaraf etmeye yardımcı olmakta, bu hususta muhtemel tartışmaların önüne geçmektedir (en azından geçmelidir).

Yönetim kurulu üyesi sıfatını KTK'ya atfedenlerin ikinci dayanağı, temsilcinin kamu menfaatini gözetmekle yükümlü olduğu, şirketin menfaatini değil kamu menfaatini ön planda tutacağı ve bu yüzden şirketten ziyade kendisini atayan ve azledebilen KTK'ya bağlı olduğudur[76]. Bu görüşe göre üyelik statüsü bir yana, temsilci olarak yönetim kurulunda bulunan kişinin şirket karşısında herhangi bir sıfatı olmadığı dahi söylenebilir[77]. Bu dayanağın kabul edilmesi de mümkün değildir. Bir önceki paragrafta da üzerinde durulduğu ve aşağıda temsilcinin hak ve yükümlülükleri kısmında tekrar ele alınacağı üzere, KTK tarafından atanan üyenin sadakat yükümlülüğü, şirkete karşıdır. Hükmün üçüncü fıkrasında kanun koyucu bu hususu ifade etmektedir. Temsilcinin şirket menfaatini gözetmesi fiilen güç olabilir, ancak bu gerçek de kanun koyucunun gözünden kaçmamış olacak ki KTK tarafından atanan üyenin şirkete verdiği zarardan KTK da bir fiili organ misali sorumlu tutulmuştur[78].

---

lıklar Hukuku, s. 242. İsviçre öğretisinde üyelik sıfatının atanacak kişide olduğu hususunda tereddüt yoktur, hatta İsviçre hukukunun bir gereği olarak atanacak üyenin gerçek kişi olması gerektiği vurgulanmaktadır, birçokları yerine bkz. WERNLI/RIZZI, Art. 762 N. 6.

75 TEKİNALP, s. 56.

76 TEKİNALP, s. 56-57.

77 TEKİNALP, s. 59.

78 FORSTMOSER PETER / KÜCHLER MARCEL, "«Vertreter» im Verwaltungsrat und ihr Recht auf Weitergabe von Information", **Kommunikation, Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag** (SETHE Rolf ve diğerleri ed.), Stämpfli, Bern, 2011, s. 41.

KTK'yı yönetim kurulu üyesi olarak kabul edenlerin üçüncü gerekçesi, hükmün istisnai niteliği ve TK'daki yeri itibariyle şirketler üzerinde kamu otoritesinin kurulmasına hizmet etmesidir[79]. Hükmün istisnai mahiyeti konusunda şüphe olmamakla birlikte bu niteliğin yönetim kurulu üyesinin kim olduğu tartışmasına doğrudan bir etkisi bulunmaz. Atama ve azil yetkilerinin genel kurul yerine şirket dışı bir kişide -KTK'da- bulunması istisnai niteliği ortaya koymakta yeterlidir. KTK'nın bizzat üye sıfatını taşımaması bunu değiştirmez. Hükmün TK içindeki mevkii açısından ise bu hususa bir anlam yüklemenin doğru olmadığı, zira hükmün Kanun'daki yerinin sorgulanması gerektiği yukarıda vurgulanmıştır[80].

Dördüncü olarak, hükmün üçüncü fıkrasının KTK'yı temsilcinin fiil ve işlemlerinden sorumlu tutan son fıkrasının KTK'nın yönetim kurulu üyesi olmasının doğal bir sonucu ve açık bir işareti olduğu ileri sürülmektedir[81]. Fakat bu argüman, yukarıda verilen ilk argümanla açık bir çelişki içindedir. Eğer gerçekten yönetim kurulu üyesi olan KTK ise, sorumluluğun ayrıca belirtilmesine neden ihtiyaç duyulmuştur[82]? Aksine, eğer hüküm KTK'yı sorumsuz kılsaydı bu şekilde bir argüman ileri sürmek mantıklı olabilirdi. Oysa mevcut durumda kanun koyucu KTK'nın sorumluluğunu özel olarak düzenleme ihtiyacı duymuştur, çünkü üyelik sıfatı KTK'da değil, bilakis KTK tarafından atanan kişidedir. Öte yandan benzer bir çelişki, üye sıfatının temsilcide olması görüşüyle KTK tarafından atanan üyenin diğer üyelerle hak ve yükümlülükler bakımından eş tutulduğunun açıkça düzenlenmesi açısından söz konusu değildir. Zira bu hususun özellikle sadakat yükümlülüğü bakımından tereddütleri önlemek üzere vurgulanmış olması tabiidir.

KTK'nın yönetim kurulu üyesi sıfatını kazandığı iddiasının son dayanağı, tüzel kişilerin yönetim kurulu üyeliğine izin veren TK m. 359(2) hükmünün, TK m. 334 ile birlikte okunarak KTK'yı yönetim kurulu üyesi, temsilciyi ise onunla birlikte tescil ve ilan edilecek gerçek kişi olarak kabul edilebileceği düşüncesidir[83]. Ancak iki hükmün uyumlu yorumlanması için böyle bir sonuca varmaya ihtiyaç yoktur. Atama yetkisini haiz KTK, dilerse kendi-

---

79 TEKİNALP, s. 57-59.

80 Bkz. yukarıda **II.1**.

81 TEKİNALP, s. 59; ÇOŞTAN, s. 133.

82 ÇAMOĞLU, **Hukuki Sorumluluk**, s. 217-218; s. EMİNOĞLU/ÇAKIR, s. 288, 289.

83 YAĞCIOĞLU, s. 31 dn. 89; benzer, ÇOŞTAN, s. 130, 134.

sini yönetim kurulu üyesi olarak atar -ve bu durumda TK m. 359(2) devreye girer- dilerse bir gerçek kişiyi üye olarak atar[84].

Yönetim kurulu üyesi sıfatının KTK'ya ait olmadığı, KTK'nın atadığı kişinin bu sıfatı kazandığı sonucu, TK ve uygulamadan örneklerle de desteklenebilir. TK'nın "*Üyeliğin boşalması*" kenar başlıklı 363. maddesi, m. 334'ü saklı tutmaktadır. Eğer KTK esas sözleşme hükmüyle bir atama hakkı değil bizzat üyelik sıfatını kazansaydı, o halde yönetim kurulunda boşalan üyelik koltuğunun ko-optasyonla doldurulmasına dair bu maddede TK m. 334'ü saklı tutmaya ihtiyaç olmazdı. Ayrıca Merkezi Kayıt Kuruluşunun Kuruluş, Faaliyet, Çalışma ve Denetim Esasları Hakkında Yönetmelik, bir *üyenin* SPK tarafından *atanmasından* bahsetmekte (m. 13(1)), MKK esas sözleşmesi benzer bir ifadeye yer vermektedir (m. 9(2))[85].

Varılan sonucu özetlemek gerekirse TK m. 334 bağlamında yapılan bir atama halinde yönetim kurulu üyesi sıfatı, atanan kişiye ait olacaktır. Tüzel kişilerin yönetim kurulu üyeliği mümkün olduğundan KTK'nın kendisini üye olarak atamasının önünde bir engel yoktur. Sonuç bu olmakla birlikte TK m. 334 lafzının bu konuda tereddüt yarattığı açıktır. Bu yüzden olası bir kanun değişikliğinde üye sıfatının atanan kişide bulunduğunun açıkça belirtilmesinde ve temsilci ifadesinin metinden çıkarılmasında fayda vardır.

2. Üyede Bulunması Gereken Nitelikler ve Görev Süresi

KTK tarafından seçilecek üyelerin, TK'da aranan şartları taşıması gerektiği açıktır. Dolayısıyla üyenin tam ehliyetli olması gerekir (TK m. 359(3)). Esas sözleşmeyle üyelik için ilave nitelikler aranmış olabilir (bkz. TK m. 363(2))[86]. Peki esas sözleşmede öngörülen ilave nitelikler, KTK tara-

---

[84] KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), **Cilt 1**, s. 418 dn. 81; AKDAĞ GÜNEY, s. 11; ALTAY, s. 17. Ayrıca TK m. 334'ü TK m. 359'a göre özel hüküm olarak niteleyen, KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), **Cilt 1**, s. 418; EMİNOĞLU/ÇAKIR, s. 289.

[85] Ayrıca bkz. Halk Yatırım Menkul Değerler Anonim Şirketi Esas Sözleşmesi (https://www.halkyatirim.com.tr/esas-sozlesme, erişim tarihi: 19.8.2020) m. 9(6): "*Sermaye Piyasası Kurulu gerek gördüğünde şirket Yönetim Kuruluna pay sahibi olmaksızın değiştirme, azil ve görev süresini belirleme hakkı sadece Sermaye Piyasası Kurulu'na ait olmak üzere; Genel Kurul tarafından seçilen üyelerin görev ve yetkilerini taşıyan <u>üyeler atayabilir</u>. Bu üyelerin sorumluluğu TTK. Madde 334 hükmüne göre belirlenir*". Hüküm ayrıca uygulamada KTK'ya birden fazla üye atama yetkisi verilebildiğini de göstermektedir.

[86] Yönetim kurulu üyesi seçilebilmek için esas sözleşmeyle ilave vasıflar aranabileceği yönünde ayrıca bkz. TK m. 363(2) hükmünü gözden kaçırmasına rağmen bu sonuca varan Y. 11. HD., E. 2014/15813, K. 2015/8851, 7.7.2015 (Lexpera, erişim tarihi: 8.8.2020) ve öğretide birçokları yerine KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), **Cilt 1**, s. 413-414.

fından atanan üye(ler)de de aranacak mıdır? Eğer pay sahipleri herhangi bir özel kanun hükmü olmadan esas sözleşmeyle KTK'ya yönetim kurulunda temsil imkânı tanımışlarsa bu halde cevap tereddütsüz evet olmalıdır[87]. Hatta pay sahipleri ilgili esas sözleşme hükmünde KTK tarafından atanacak üye bakımından özel ek şartlar aranmasını dahi kararlaştırabilirler. Öte yandan KTK'ya esas sözleşmeyle verilen yetki mevzuattan kaynaklanıyorsa, bu durumda esas sözleşmesel ek nitelikler atanacak üye bakımından aranmamalıdır. Nitekim özel kanun hükmünün KTK'nın atayacağı üye bakımından özel nitelikler arıyor olması mümkündür[88] ve bunlara uyulması icap eder.

Üyenin nitelikleri yanında görev süresi ve yeniden seçilip seçilemeyeceğine değinmek gerekir. TK m. 362 uyarınca yönetim kurulu üyeleri en çok üç sene için seçilebilir ve esas sözleşmede aksi öngörülmedikçe yeniden seçim mümkündür. Hükmün ikinci fıkrası, TK m. 334'ü saklı tutmaktadır. Bu yüzden KTK tarafından atanacak üyelerin üç seneden daha uzun süreli atanabilmeleri mümkündür[89] ve esas sözleşmede üyelerin yeniden seçimine izin vermeyen bir hüküm olsa dahi söz konusu hüküm KTK tarafından atanacak üyelere uygulanmaz[90].

3. Üyenin Hak ve Yükümlülükleri

TK m. 334(3), KTK tarafından atanan üyelerin genel kurul tarafından seçilen üyelerle aynı hak ve yükümlülükleri[91] haiz olduğunu açıkça düzenlemektedir. Bu açıdan özellik arz eden sadakat yükümlülüğü, sır saklama

---

87 Genel olarak bu sonuca varan, TEKİNALP, s. 81; BAŞBUĞOĞLU Tarık, **Uygulamalı Türk Ticaret Kanunu C. 1**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1988, s. 443 (nakleden, KORKUT Ömer, **Anonim Şirketlerde İnançlı Yönetim Kurulu Üyeliği**, Adalet, Ankara, 2007, s. 14 dn. 54); KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), **Cilt 1**, s. 419; EMİNOĞLU/ÇAKIR, s. 291-292; açıkça söylememekle birlikte, ÇOŞTAN, s. 134; kamu menfaati aksini gerektirmedikçe KTK'nın esas sözleşmedeki esas sözleşmede aranan şartlara uygun bir üye ataması gerektiğini belirten, ÇELİK 849-850.

88 Örneğin Elektronik Ürün Senedi Yönetmeliği uyarınca Ticaret Bakanlığı tarafından atanacak üyenin İç Ticaret Genel Müdürlüğü personelinden olması ve eğitim ile tecrübe bakımından belirli şartları sağlaması gerekir (m. 8(2-3).

89 KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), **Cilt 1**, s. 449. İsviçre'de yönetim kurulu üyelerinin görev süresine dair OR m. 710, OR m. 762'yi saklı tutmamasına rağmen aynı sonuca varılmaktadır, HOMBURGER Eric, **Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Obligationenrecht, 5. Teil Die Aktiengesellschaft, Der Verwaltungsrat, Art. 707-726 OR**, 2. Bası, Schulthess, Zürih, 1997, Art. 710 N. 223; JAAG, Art. 762 N. 11; WERNLI/RIZZI, Art. 762 N. 17.

90 Elektronik Ürün Senedi Yönetmeliği m. 8(2), Bakanlık'ça atanacak üyelerin görev süresini iki yıl olarak düzenlemekte ve yeniden atanmalarının mümkün olduğunu belirtmektedir.

91 Hükümde "görevleri" ifadesine yer verilmiş olsa da hükmün Almanca orijinalindeki yükümlülükleri ("*Pflichten*") kavramını tercih etmek daha doğrudur.

yükümlülüğü, müzakerelere katılma yasağı ve mali haklar ayrıca incelenmeye değerdir.

Sadakat yükümlülüğü, yönetim kurulu üyesinin şirket menfaatlerini dürüstlük kuralına uygun olarak gözetmesini gerektirir (TK m. 369)[92]. KTK tarafından atanmış yönetim kurulu üyesi, şirketin menfaatini mi yoksa kamunun menfaatini mi ön planda tutacaktır? TK m. 334(3)'te KTK tarafından atanan üyenin yükümlülüklerini seçilen üyelerle eş tutan düzenleme karşısında yönetim kurulu üyesinin, şirket menfaatini kamu menfaatine göre öncelikle gözetmesi gerekir[93]. Örneğin yönetim kurulunda şirketin, mevzuata uygun olmak kaydıyla, daha az vergi ödemesi veya faaliyetle bağlantılı kamu hizmetinden daha az kişinin faydalanmasına sebep olacak bir karar oylanırken KTK'nın atadığı üye, şirket menfaatine göre oy kullanacaktır.

Sadakat yükümlülüğü açısından KTK tarafından atanan üye, diğer üyelerle aynı konumda olmakla birlikte sadakat yükümlülüğünü bir uzantısı olarak görülebilecek sır saklama yükümlülüğü özellik arz eder. TK m. 334'ün amacı, kamu hizmeti teşkil eden şirket faaliyetinin yakından ve içeriden takibinin sağlanmasıdır. Bu yüzden amaca uygun değerlendirme gereği TK m. 334 kapsamında göreve gelmiş yönetim kurulu üyesi, ticari sır teşkil etmeyen bilgileri KTK ile paylaşabilir ve bu durum üyenin sır saklama (ve sadakat) borcunu ihlal etmez[94]. Ayrıca atadığı üyenin fiil ve işlemlerinden sorumlu tutulan KTK'nın, üyeyi gerekli gördüğünde azledebilmesi için bilgiye ihtiyaç duyacağı unutulmamalıdır. Bununla birlikte KTK'nın ise üyeden aldığı bilgileri kanuni gereklilikler haricinde ifşa etmemesi gerekir[95].

Müzakerelere katılma yasağı bakımından KTK tarafından atanan üyenin durumu, diğer üyelerden farklı olmamalıdır. TK m. 393, menfaat ihtilafı olabilecek kimi hallerde ilgili yönetim kurulu üyesinin ihtilaf konusuna iliş-

---

92 Yönetim kurulu üyelerinin sadakat yükümlülüğü hakkında birçokları yerine bkz. KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), **Cilt 1**, s. 662 vd.; AKDAĞ GÜNEY, s. 203 vd.

93 Aynı yönde, KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), **Cilt 1**, s. 420, 663-664; EMİNOĞLU/ÇAKIR, s. 293; açıkça ifade etmemekle birlikte AKDAĞ GÜNEY, s. 206; aksi yönde, TEKİNALP, s. 41-42, 56-57; DEVELİ, s. 57; şirket menfaati yanında kamu menfaatini gözetme yükümlülüğünü vurgulayan ÇELİK, 838, 848. İsviçre hukukunda şirket menfaatinin ön planda tutulması gerektiğini belirten, FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 63 N. 17; WERNLI/RIZZI, Art. 762 N. 22-24.

94 Aynı yönde, FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 63 N. 18; FORSTMOSER/KÜCHLER, s. 59-60; WERNLI/RIZZI, Art. 762 N. 25.

95 WERNLI/RIZZI, Art. 762 N. 25. Bu konuda varılan sonuçlarla uyumlu bir pozitif hukuk normu için bkz. Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu (AktG) § 394-395.

kin müzakerelere katılmasını yasaklamaktadır. KTK'nın atadığı üyenin sadakat yükümlülüğü şirkete karşıdır ve bu üye, sadakat yükümlülüğü bakımından diğer üyelerle aynı hukuki konumdadır. Bu yüzden KTK'yı veya kamu hizmetini ilgilendiren bir konuda üyenin müzakerelere katılmasının önünde -başkaca çatışan bir menfaat söz konusu değilse- engel yoktur.

Son olarak KTK tarafından atanan yönetim kurulu üyesinin mali haklardan bizzat mı faydalanacağı yoksa mali hakların KTK'ya mı ait olacağı sorusu cevaplanmalıdır. Üyelik sıfatı KTK'da değil atanan temsilcide bulunduğundan, mali hakların da üyeye ait olması gerekir[96]. Yargıtay'ın yönetim kurulu üyesinin hak kazandığı ücretin atamayı yapan KTK'ya ödenmesi gerektiği yönündeki kararı[97], bu yüzden isabetli değildir.

4. Azil

Yönetim kurulu üyelerinin azli, genel kurulun devredilmez yetkileri arasındadır (TK m. 408(2)(b)). KTK tarafından atanan üyelerin azli, bu kurala istisna teşkil eder. Nitekim azle dair TK m. 364'ün ikinci fıkrası, TK m. 334'ü saklı tutmaktadır. KTK tarafından atanan üyenin yine KTK tarafından görevden alınması, hakkın doğal bir uzantısıdır. Öte yandan TK m. 334(2)'de sadece şirkette "*pay sahibi olan*" KTK'ların atadığı üyeler bakımından azil yetkisinin yalnızca KTK'da olduğu belirtilmiştir. Hüküm lafzı şirkette pay sahibi olmayan KTK'ların atadığı üyelerin azli bakımından soru işareti yaratmaya elverişlidir; ama bunların da yine KTK tarafından görevden alınabilmeleri gerekir. Bu sonuca öğretide zaman zaman hükmün sorunlu lafzına değinmeden varılsa da[98] konuyu detaylıca incelemekte fayda vardır.

Pay sahibi olsun olmasın, KTK'nın atadığı üyeyi sadece KTK azledebilir; genel kurul bu üyeleri görevden alamaz[99]. Öncelikle TK m. 334'ün ge-

---

96 Benzer, ÇOŞTAN, s. 133 dn. 63; karş. mali hakların kime ait olacağı konusunda iç ilişkiye bakılması gerektiğini belirten, KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), **Cilt 1**, s. 420.

97 Y. 11. HD, E. 2003/11480, K. 2004/55, 12.01.2004 (Lexpera, erişim tarihi: 8.8.2020).

98 Örneğin bkz. TANDOĞAN, s. 14; KORKUT, **İnançlı YK**, s. 14; PULAŞLI, §30 N. 230; KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), **Cilt 1**, s. 464; AKDAĞ GÜNEY, s. 11; YAĞCIOĞLU, s. 32-33; ÇAMOĞLU (POROY/TEKİNALP), N. 623g; BOZKURT, s. 258; BAHTİYAR, **Ortaklıklar Hukuku**, s. 242; BİLGİLİ Fatih / DEMİRKAPI Ertan, **Şirketler Hukuku Dersleri**, 7. Bası, Dora, Bursa, 2020, s. 275.

99 Pay sahibi olmayan KTK'ların azil konusunda yetkili olduğunu açıkça vurgulayan, TEKİNALP, s. 103-104; ÇELİK, 850; SOYKAN İsmail Cem, **Anonim Ortaklıklarda Organ**

rekçesinde azil yetkisinin, atama hakkının simetriği olduğu vurgulanmıştır. Azle ilişkin TK m. 364'te 334. maddenin saklı tutulması bu yaklaşıma paraleldir. Ayrıca ikinci fıkrada sadece pay sahibi KTK'ların azil yetkisine atıf yapılmasının, İsviçre'den alınan hükmün tercümesindeki başarısızlıkla bağlantılı olduğuna dikkat çekmek gerekir[100]. Nitekim İsviçre hukukçuları, azil yetkisini sadece atamayı yapan KTK'nın kullanabileceği konusunda müttefiktir[101]. Dolayısıyla azil yetkisinin pay sahibi sıfatından müstakil olarak KTK'da olduğu hususunda tereddüde yer yoktur[102]. Bu yorum, istisnai hükmün uygulama alanının genişletilmesi anlamına gelmeyip hükmün sözünden kaynaklanan ve kanun koyucunun amacıyla örtüşmeyen hatalı sonucun düzeltilmesinden ibarettir. Bununla birlikte haklı sebeplerin varlığında şirketin, KTK'dan atadığı üyenin azlini talep ve dava etmesi mümkündür[103]. Yine de şirketin azli talep ve dava etme yetkisinin kanun metninde açıkça belirtilmesi yerinde olur.

5. Sorumluluk

TK m. 334(3); KTK'nın, atadığı yönetim kurulu üyesinin bu sıfatla işlediği fiil ve yaptığı işlemlerden dolayı şirket, pay sahipleri ve alacaklılara karşı sorumlu olmasını öngörmektedir[104]. Öncelikle "bu sıfatla" ifadesi sebebiyle KTK'nın sorumluluğunun sadece yönetim kurulu üyesi sıfatıyla yapılan iş ve işlemlerden dolayı olduğunu belirtmek gerekir. Bir başka deyişle şirkette KTK temsilcisine ilave görevler verilmişse bunlardan dolayı KTK sorumlu tutula-

---

Yokluğu, On İki Levha, İstanbul, 2012, s. 24; KARAEGE Özge, **Seçilme Koşulları**, s. 83-84; ÇOŞTAN, s. 134 dn. 69; EMİNOĞLU/ÇAKIR, s. 293; ALTAY, s. 17 vd.

100 TEKİNALP, s. 103-104; ALTAY, s. 20-21.

101 Örneğin bkz. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 63 N. 14; HOMBURGER, Art. 710 N. 229; MÜLLER/LORENZ/LIPP, s. 36, 57; POLEDNA Tomas / SCHWEIZER Samuel, "Einsitznahme von Exekutivmitgliedern in Verwaltungsräten von gemischtwirtschaftlichen Unternehmen - Interessenkonflikte als Grenze", **Das Schweizerische Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht**, 115/2014, s. 349; WERNLI/RIZZI, Art. 762 N. 16.

102 Bu sonucu destekleyen çeşitli diğer gerekçeler için bkz. ALTAY, s. 17 vd.

103 TANDOĞAN, s. 12, 14; TEKİNALP, s. 105; ÇELİK, 850; KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), **Cilt 1**, s. 464; KARAEGE, **Seçilme Koşulları**, s. 84; ALTAY, s. 22; ÇAMOĞLU (POROY/TEKİNALP), N. 550, N. 623g. İsviçre hukukunda, FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 63 N. 14 dn. 16; WERNLI/RIZZI, Art. 762 N. 16. Ayrıca bkz. İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu yöndeki kararları, BGE 51 II 330, 340 (https://www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c2051330.pdf, erişim tarihi: 22.11.2020) ve BGE 59 II 264, 288 (https://www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c2059264.pdf, erişim tarihi: 22.11.2020).

104 KTK'nın sorumluluğunun emredici olduğu ve sorumluluğu kaldıran kararın (ve esas sözleşme hükmünün) batıl olacağı yönünde, KORKUT Ömer, **Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının Butlanı**, Karahan, Adana, 2012, s. 136.

mamalıdır. KTK'nın sorumluluğu, atadığı üyenin sorumluluğuna göre belirlenir[105]. Dolayısıyla KTK'nın sorumluluğa sebebiyet veren fiil ve işlemde rolü olup olmamasının önemi yoktur. Sorumluluğa uygulanacak hükümler, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna dair TK hükümleridir (TK m. 553 vd.)[106]. Hak ve yükümlülükler bakımından seçilmiş üyelerle KTK'nın atadığı üyeler arasında fark olmadığından, sorumluluk bakımından da bir fark yoktur[107].

KTK'nın sorumluluğu kanunda açıkça düzenlenmiştir, ancak KTK'nın sorumlu olmasının yönetim kurulu üyesinin sorumluluğunu dışlayıp dışlamadığı açık değildir. Esasen İsviçre öğretisinde oybirliğiyle ve Türk hukukunda birçok yazarca üyenin fiillerinden dolayı sorumluluğun yalnızca KTK'da olduğu kabul edilmektedir[108]. Ancak yönetim kurulu üyelerinin fiillerinden sorumlu olması esası, aksi açıkça belirtilmediği için burada da geçerli olmalıdır. Bu yüzden KTK'nın yanında KTK tarafından atanan üye de sorumlu olmaya devam eder[109]. Yargıtay içtihadı, varılan sonuca paraleldir[110]. Öte yandan KTK'nın sorumluluğu genelde davacıları tatmin edeceğinden üyenin şahsi sorumluluğunun pratik kıymeti düşük olacaktır. Son olarak eklemek gerekir ki KTK, sorumluluk sebebiyle üyeye (iç ilişkilerine göre) rücu edebilir (TK m. 343(3)).

---

105 FORSTMOSER Peter / JAAG Tobias, **Der Staat als Aktionär, Haftungsrechtliche Risiken der Vertretung des Staates im Verwaltungsrat von Aktiengesellschaften**, Schulthess, Zürih, 2000, N. 39, N. 135, N. 202; BUOB, s. 141-142.

106 Bu yönde bkz. BGE 116 II 158, 160 (http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php? highlight_docid=atf%3A%2F%2F116-II-158%3Ade&lang=de&type=show_document, erişim tarihi: 22.11.2020); KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), **Cilt 1**, s. 420; WERNLI/ RIZZI, Art. 762 N. 20.

107 İMREGÜN Oğuz, "Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyelerinin Ortaklığa Karşı Hukuksal Sorumu", **Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı**, Beta, İstanbul, 1999, s. 264-265; KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), **Cilt 1**, s. 420.

108 İsviçre hukukunda, FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 63 N. 14; FORSTMOSER/JAAG, N. 39, N. 100, N. 201-202; BUOB, s. 139-140, 154, 303; FORSTMOSER/KÜCHLER, s 41; JAAG, Art. 762 N.15-16; WERNLI/RIZZI, Art. 762 N. 20. Türk hukukunda, ÇOŞTAN, s. 135; AKDAĞ GÜNEY, s. 11, 46; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 275.

109 TANDOĞAN, s. 17; TEKİNALP, s. 135; KORKUT, **İnançlı YK**, s. 14-15; ÇELİK, 852; ÇAMOĞLU, **Hukuki Sorumluluk**, s. 217; EMİNOĞLU/ÇAKIR, s. 294. Eminoğlu/Çakır, kanun koyucunun üçüncü fıkra hükmüyle esasen üyenin sorumluluğunu kaldırmak istediğini ama hükmün bunun için yeterli açıklıkta olmadığını belirtmektedir.

110 Şirketin KTK tarafından atanan üyeye de sorumluluk davası açabileceği yönünde, Y. 11. HD., E. 2012/5398 K. 2013/6495, 01.04.2013 (Lexpera, erişim tarihi: 8.8.2020). TK'daki sorumluluk hükümleriyle doğrudan bağlantılı olmamakla birlikte eTK m. 275 çerçevesinde KTK (belediye) tarafından atanmış üyeyi (belediye başkanı), sigorta prim borçlarından sorumlu tutan, Y. 10. HD, E. 2015/11461, K. 2015/15426, 17.9.2015 (Lexpera, erişim tarihi: 8.8.2020).

SONUÇ

1. TK m. 334, işletme konusu kamu hizmeti olan anonim şirketlerin esas sözleşmeleriyle KTK'lara yönetim kurulunda temsil hakkı tanıyabilmelerine imkan veren bir düzenlemedir. Hüküm, İsviçre kökenli olup Türk hukukuna 1956'da girmiştir. Hükmün amacı, kamu hizmetini ilgilendiren faaliyetleri yürüten şirketlerin daha yakından izlenebilmesi ve böylece kamu menfaatinin bu açıdan korunmasına yardımcı olmaktır.

2. Hüküm, emredici nitelikte değildir. Hükmün lafzı bu konuda yol göstericiyken Kanun içerisindeki yeriyse yanıltıcıdır. Hükmün bulunması gereken yer, yönetim kurulunun oluşumuna dair TK m. 359 ve devamıdır. Bu yüzden KTK'lar, şirketlerden salt TK m. 334'ün şartlarının yerine geldiği gerekçesiyle esas sözleşmelerine bu yönde bir hüküm koymalarını talep edemez.

3. Emredici olmayan hükmün uygulama alanlarından ilki, örneğin bir ihale şartnamesi veya imtiyaz sözleşmesinin gereği olarak kurucular veya pay sahiplerinin esas sözleşmeye bu hükmü eklemeyi kabul etmeleridir. İkinci ihtimal, özel bir kanun hükmünün bir KTK'ya yönetim kurulunda temsil hakkı tanıması ve esas sözleşmeye temsil yetkisinin bu sebeple (zorunlu olarak) eklenmesidir. TK m. 334, bu ihtimalde söz konusu özel düzenlemeye şirketler hukuku düzleminde işlerlik kazandırır.

4. TK m. 334'ün uygulanabilmesi için ilk şart, şirketin işletme konusunun kamu hizmeti olmasıdır. Esas sözleşmede yer alan veya fiili işletme konusunun bu şartı sağlaması yeterlidir. Kamu hizmeti şartı yerine olması gereken hukuk bakımından İsviçre'ye benzer şekilde kamu menfaati kriteri tercih edilebilir. İkinci şart, temsil imkânının esas sözleşmeyle tanınmasıdır. Esas sözleşme hükmünün sonradan eklenmesi halinde TK m. 421(1)'deki esas sözleşme değişikliği nisabı uygulanır. Esas sözleşme, KTK'ya birden çok üye atama yetkisini tanıyabilir. Hükmün kaldırılması yine bir genel kurul kararıyla olur. Ancak esas sözleşmeyle tanınan yetki mevzuatın gereğiyse, ilgili mevzuata aykırı genel kurul kararı batıl olur. Yetki, kamu hizmetiyle ilgili bulunan bir veya birden fazla KTK'ya tanınabilir.

5. TK m. 334 bağlamında yönetim kurulu üyesi sıfatı, KTK'ya değil KTK tarafından atanan kişiye aittir. Bununla birlikte KTK, TK m. 359(2)'de izin verildiği üzere kendisini üye olarak atayabilir. Üyelerde hem kanun hem de esas sözleşmenin aradığı nitelikler bulunmalıdır. Ancak KTK'ya

özel bir kanun hükmü gereği bu yetki tanınmışsa bu kapsamda atanacak üyede esas sözleşmenin öngördüğü ilave nitelikler aranmaz. KTK tarafından atanan üyeler, görev süresi ve yeniden seçilebilme bakımından kanuni ve esas sözleşmesel sınırlamalara tabi değildir.

6. KTK tarafından atanan üye, genel kurulun seçtiği üyelerle aynı hak ve yükümlülüklere sahiptir (TK m. 334(3)). Dolayısıyla üyenin sadakat yükümlülüğü şirkete karşıdır ve üye, görevini yerine getirirken şirket menfaatini gözetmelidir. Üye, ticari sır teşkil etmeyen bilgileri KTK ile paylaşabilir. Mali haklar, KTK tarafından atanmış üyeye ait olur.

7. TK m. 334(2), şirkette pay sahibi olan KTK'larca atanan üyeler bakımından görevden alma yetkisinin sadece KTK'da olduğunu belirtmektedir. Ancak pay sahibi sıfatına bakılmaksızın KTK tarafından atanan üyeyi sadece KTK görevden alabilir. Bu üyeler, genel kurulca azledilemez. Ancak haklı sebeplerin varlığı halinde şirket, KTK'ca atanmış üyenin azlini talep edebilir ve ret halinde mahkemeye başvurabilir.

8. TK m. 334(3), üyenin fiil ve işlemlerinden KTK'yı sorumlu tutmaktadır. KTK'nın sorumluluğu, üyenin sorumluluğuna göre belirlenir. Hükümde aksi açıkça belirtilmediğinden üyenin sorumluluğu da devam eder. KTK'nın üyeye rücu hakkı, m. 334 ile saklı tutulmuştur.

9. Hükmün Türk hukukunda uygulamada sıkça başvurulan bir düzenleme olmadığı tespit edilmiştir. Bununla birlikte özellikle mali sorunlar yaşayan şirketlere kamu tarafından finansal destek sağlanan durumlarda hükmün tekrar gündeme gelmesi ve pratik açıdan değer kazanması ihtimal dahilindedir.

10. Çalışmada yapılan tespit ve varılan sonuçlara uygun olarak yer verilen önerileri bünyesinde barındıran yeni bir kanun hükmü taslağını, aşağıdaki şekilde öneriyorum:

Kamu tüzel kişilerinin üye atama yetkisi

MADDE 360a (1) İşletme konusu kamu menfaatini ilgilendiren şirketler, esas sözleşmeyle kamu tüzel kişilerine yönetim kurulunda temsil hakkı tanıyabilir. Kamu tüzel kişisi, üye olarak kendisini veya bir gerçek ya da tüzel kişiyi atayabilir.

(2) Kamu tüzel kişisi tarafından atanmış üyeler, sadece kamu tüzel kişisi tarafından görevden alınabilir. Haklı sebeplerin varlığında

şirket, kamu tüzel kişisinden atadığı üyeyi azletmesini talep edebilir. Kamu tüzel kişisi talebi reddederse veya talebe on gün içerisinde cevap vermezse şirket, azil için şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesine müracaat edebilir.

(3) Kamu tüzel kişisi tarafından atanan üyeler, genel kurul tarafından seçilen üyelerin hak ve yükümlülüklerini haizdir.

(4) Kamu tüzel kişisi, atadığı üyenin fiil ve işlemleri sebebiyle şirkete, pay sahiplerine ve alacaklılara karşı sorumludur. Kamu tüzel kişisinin rücu hakkı saklıdır.

(5) Bu hüküm, limited şirketlere de uygulanır.

KISALTMALAR

AktG: Aktiengesetz (Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu)

BATİDER: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi

BGE: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts: Amtliche Sammlung (İsviçre Federal Mahkemesi Kararları)

BK: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu

bkz.: Bakınız

C.: Cilt

dn.: Dipnot

ed.: Editör

EPDK: Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu

eTK: 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu

f.: Fıkra

GSÜHFD: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Karş.: Karşılaştırınız.

KTK: Kamu Tüzel Kişisi

m.: Madde

MKK: Merkezi Kayıt Kuruluşu

RG: Resmi Gazete

OR: Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)

s.: Sayfa

sa.: Sayı

SPK: Sermaye Piyasası Kurulu

TK: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu

KAYNAKÇA

AYHAN Rıza / ÇAĞLAR Hayrettin / ÖZDAMAR Mehmet, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, 2. Bası, Yetkin, Ankara, 2020.

AKDAĞ GÜNEY Necla, **Anonim Şirket Yönetim Kurulu**, 2. Bası, Vedat, İstanbul, 2016.

AKYILMAZ Bahtiyar / SEZGİNER Murat / KAYA Cemil, **Türk İdare Hukuku**, 6. Bası, Seçkin, İstanbul, 2016.

ALIŞKAN Murat, **Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın Anonim Şirketleri Denetlemesi ve İlgili Fesih Davaları**, Legal, İstanbul, 2007.

ALTAY Anlam, "Paysahibi Olmayan Kamu Tüzel Kişisini Temsil Eden Yönetim Kurulu Üyesinin Azlinde Yetki Sorunu", **Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan**, On İki Levha, İstanbul, 2017, ss. 1-27.

ARSLANLI Halil, **Anonim Şirketler II-III**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1960.

BAHTİYAR Mehmet, **Anonim Ortaklık Anasözleşmesi**, Beta, İstanbul 2001.

BAHTİYAR Mehmet, **Ortaklıklar Hukuku**, 14. Bası, Beta, İstanbul, 2020 ("Ortaklıklar Hukuku").

BAŞBUĞOĞLU Tarık, **Uygulamalı Türk Ticaret Kanunu C. 1**, Yetkin, Ankara, 1988.

BİLGİLİ Fatih / DEMİRKAPI Ertan, **Şirketler Hukuku Dersleri**, 7. Bası, Dora, Bursa, 2020.

BOZKURT Tamer, **Şirketler Hukuku**, 11. Bası, Legem, Ankara, 2020.

BUOB Franziska, **Aktiengesellschaften mit staatlicher Beteiligung: Einflussmöglichkeiten und vermögensrechtliche Haftungsrisiken des Staates als Aktionär**, Dike Verlag, Zürih, 2008.

ÇAMOĞLU Ersin, **Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu**, 3. Bası, Vedat, İstanbul, 2010.

ÇAMOĞLU Ersin, "Anonim Ortaklıkta Tek Kişilik Yönetim Kurulu", **GSÜHFD**, Sa. 2011/1, ss. 197-212 ("Tek Kişilik YK").

ÇELİK Aydın, "Kamu Tüzel Kişileri Tarafından Anonim Ortaklık Yönetim ve Denetim Kuruluna Üye Seçilmesi (TTK m. 275)", **Legal Mali Hukuk Dergisi**, S. 40, 2008, ss. 833-859.

ÇOŞTAN Hülya, "Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin ve Kamu Tüzel Kişilerinin Yönetim Kurulu Üyeliği", **BATİDER**, C. 29, Sa. 1, 2013, ss. 117-137.

DEVELİ Emine, **Tüzel Kişinin Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeliği**, Seçkin, Ankara, 2016.

DOĞANAY İsmail, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi Birinci Cilt**, 4. Bası, Beta, İstanbul, 2004.

EMİNOĞLU Cafer / ÇAKIR Fatma Betül, "Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilerin Yönetim Kurulu Üyesi Seçilmesi ve Kamu Tüzel Kişilerinin Yönetim Kuruluna Temsilci Ataması, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 18, Sa. 3-4, 2014, ss. 277-297.

FORSTMOSER Peter / MEIER-HAYOZ Arthur / NOBEL Peter, **Schweizerisches Aktienrecht**, Stämpfli, Bern, 1996.

FORSTMOSER Peter / JAAG Tobias, **Der Staat als Aktionär, Haftungsrechtliche Risiken der Vertretung des Staates im Verwaltungsrat von Aktiengesellschaften**, Schulthess, Zürih, 2000.

FORSTMOSER PETER / KÜCHLER MARCEL, "«Vertreter» im Verwaltungsrat und ihr Recht auf Weitergabe von Information", **Kommunikation, Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag** (SETHE Rolf ve diğerleri ed.), Stämpfli, Bern, 2011, ss. 35-62.

GÜRBÜZ USLUEL Aslı E., "Yeni Türk Ticaret Kanunu Bağlamında Anonim Ortaklıklarda Kamu Denetiminin Değerlendirilmesi", **BATİDER**, C. 28, Sa. 1, 2012, ss. 157-192.

HOMBURGER Eric, **Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Obligationenrecht, 5. Teil Die Aktiengesellschaft, Der Verwaltungsrat, Art. 707-726 OR**, 2. Bası, Schulthess, Zürih, 1997.

İMREGÜN Oğuz, "Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyelerinin Ortaklığa Karşı Hukuksal Sorumu", **Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı**, Beta, İstanbul, 1999, ss. 255-277.

JAAG Tobias, **Kurzkommentar OR** (HONSELL Heinrich ed.), Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2014, Art. 762.

KARAEGE Özge, "Yeni Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Yönetim Kurulu Üyeliğine Seçilme Koşulları", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, Sa. 3, 2012, ss. 67-94 ("Seçilme Koşulları").

KARAEGE Özge, "Anonim Şirketlerde Genel Kurulun Yönetim Kurulu Üyelerini Görevden Alma (Azil) Yetkisi (TTK m. 364)", **Ankara Barosu Dergisi**, 2014/1, ss. 71-110.

KENDİGELEN Abuzer, **Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler, İlk Tespitler**, 3. (Tıpkı) Bası, On İki Levha, İstanbul, 2016.

KENDİGELEN Abuzer, "Genel Hükümler ve Anonim Ortaklığın Kuruluşu", **Makalelerim Cilt I: 1986-2001**, On İki Levha, İstanbul, 2018, ss. 289-332.

KIRCA İsmail / ÇELİK Feyzan Hayal / MANAVGAT Çağlar, **Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2013 ("Cilt 1").

KIRCA İsmail / ÇELİK Feyzan Hayal / MANAVGAT Çağlar, **Anonim Şirketler Hukuku Cilt 2/2**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2016 ("Cilt 2").

KORKUT Ömer, **Anonim Şirketlerde İnançlı Yönetim Kurulu Üyeliği**, Adalet, Ankara, 2007 ("İnançlı YK").

KORKUT Ömer, **Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının Butlanı**, Karahan, Adana, 2012.

MOROĞLU Erdoğan, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler**, 8. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2016.

MÜLLER Roland / LIPP Lorenz / PLÜSS Adrian, **Der Verwaltungsrat Ein Handbuch für Theorie und Praxis**, 4. Bası, Schulthess, Zürih, 2014.

ONAR Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, Marifet Basımevi, İstanbul, 1952.

POLEDNA Tomas / SCHWEIZER Samuel, "Einsitznahme von Exekutivmitgliedern in Verwaltungsräten von gemischtwirtschaftlichen Unternehmen - Interessenkonflikte als Grenze", **Das Schweizerische Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht**, 115/2014, ss. 347-373.

POROY Reha / TEKİNALP Ünal / ÇAMOĞLU Ersin,; **Ortaklıklar Hukuku I**, 14. Bası, Vedat, İstanbul, 2019.

PULAŞLI Hasan, **Şirketler Hukuku Şerhi C. I**, 2. Bası, Adalet, Ankara, 2015.

SOYKAN İsmail Cem, **Anonim Ortaklıklarda Organ Yokluğu**, On İki Levha, İstanbul, 2012.

TANDOĞAN Haluk, "Hükmi Şahısların Anonim Şirket idare Meclisinde Temsili", **BATİDER**, C.1, Sa.1, 1961, ss. 3-35.

TEKİNALP Ünal, **Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilerin Temsili**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1965.

UZUNALLI Sevilay, **Anonim Şirkette İşletme Konusu**, Adalet, Ankara, 2013

WERNLI Martin / RIZZI Marco A., **Basler Kommentar Obligationenrecht II** (HONSELL Heinrich / VOGT Nedim Peter / WATTER Rold ed.), 5. Bası, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2016, Art. 762.

YAĞCIOĞLU Kaan Muharrem, **Yönetim Kurulu Üyeliğinin Sona Ermesi**, Adalet, Ankara, 2018.

YATAĞAN ÖZKAN Çiğdem, **Anonim Şirketlerde Altın Paylar**, On İki Levha, İstanbul, 2016.

YONGALIK Aynur, ""İstisnalar Dar Yorumlanır" Kuralı ve Değerlendirilmesi", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 60, Sa. 1, 2011, ss. 1-18.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2020; 2: 1621-1655

EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİ ÇERÇEVESİNDE ANONİM ORTAKLIK PAYINA DAİR BAZI HUSUSLAR(*)

Arş. Gör. Kübra YILDIZ(**)

Öz: Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde temel olarak edinilmiş ve kişisel mal ayrımı üzerinde durulur. Fakat mal rejiminin tasfiyesinde anonim ortaklık paylarına dair bazı hususların doğru tespiti pek de kolay değildir. Nitekim uygulamada karşılaşılabilme ihtimali yüksek olan pay tasfiyesinde payın nasıl, ne zaman kazanıldığı gibi soruların cevaplarının belirlenmesi önem taşımaktadır. Bu soruna yönelik olarak çalışmamızda sırasıyla, kuruluşta pay kazanma veya sermaye artırımı sonucu yeni pay veya pay bedeli kazanma hallerinde elde edilen yeni pay veya artırılmış pay bedellerinin niteliği, birleşme/ bölünme/ tür değiştirmenin paylar üzerindeki etkisi, payın devren kazanılması halinde niteliği ve son olarak da payın piyasa değerindeki değişikliğin mal rejimi tasfiyesinde nasıl değerlendirilmesi gerektiği sorunları üzerinde durulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Edinilmiş Mal, Kişisel Mal, Anonim Ortaklık, Pay.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 08.09.2020. Makale Kabul Tarihi: 15.12.2020.

(**) İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı (ORCID kimlik no: 0000-0002-6828-2214; *kubrayildiz@istanbul.edu.tr*).

SOME ISSUES REGARDING THE SHARE OF JOINT STOCK COMPANY IN THE FRAMEWORK OF THE REGIME OF PARTICIPATION IN ACQUIRED PROPERTY

Abstract: The main point in the liquidation of the regime of participation in acquired property is the separation of acquired and personal property. However, the correct determination of some issues regarding joint stock companies shares from the liquidation of the property regime is not an easy matter. As a matter of fact, it is important to determine the answers to the questions such as how and when the share was earned in the liquidation of shares, which can be encountered in practice. In our work towards, the problems as the legal nature of the new share or share prices acquired in the capital increase or the legal nature of the share acquired in the establishment of the company, the effects of the merger/ division/ change of company type on the shares, getting share ownership by way of transfer and finally, how the change in the market value of a share shall be evaluated in the liquidation of the property regime were discussed respectively.

Keywords: The Regime of Participation in Acquired Property, Acquired Property, Individual Property, Joint Stock Company, Share.

GİRİŞ

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu[1] ile edinilmiş mallara katılma rejimi yasal mal rejimi olarak kabul edilmiştir. Bu mal rejimi kapsamında artık değerin hesabında eşlere ait edinilmiş ve kişisel mallar ayrımı çerçevesinde kural olarak edinilmiş mallar göz önünde bulundurulmaktadır. Edinilmiş malların ne olduğunun belirlenmesi bakımından ise Kanun'da çeşitli kıstaslar düzenlenmiştir.

İlk olarak, TMK m. 219/1 hükmüne göre edinilmiş mal, her eşin bu mal rejiminin devamı süresince karşılığını vererek elde ettiği malvarlığı değerleridir. Buna göre;

1. Bir malvarlığı değerinin varlığı[2],

---

[1] RG Tarihi: 8.12.2001, RG Sayısı: 24607, Kabul Tarihi: 22.11.2001.

[2] Malvarlığı değeri, malvarlığının aktifinde yer alan malvarlığı hakları olarak tanımlanabilir (SARI Suat, **Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi**, Beşir Kitabevi, İstanbul, 2007, s. 136). Malvarlığı hakları ise şahsın para ile ölçülebilen haklarıdır (OĞUZMAN M. Kemal / BARLAS Nami, **Medeni Hukuk**, 25. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, N 474; TEKİNAY

2. Bu malvarlığı değerini, eşlerden birinin karşılığını vererek edinmesi[3],
3. Bu edinimin mal rejiminin devamı süresince gerçekleşmesi, gerekmektedir.

Yine aynı maddenin ikinci fıkrası belirli malvarlığı değerlerini edinilmiş mal olarak saymıştır. Bu hükme göre bir eşin edinilmiş malları özellikle şunlardır[4]:

1. Çalışmasının karşılığı olan edinimler[5],

Selâhattin Sulhi, **Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku**, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s. 129). Buna göre malvarlığı değeri, kişinin aktifinde yer alan ve para ile ölçülebilen ekonomik değer içeren haklar olarak düşünülebilecektir. Maddi mallar üzerindeki mutlak haklar, gayri maddi mallar üzerindeki mali haklar, alacak hakları gibi parasal bir değer biçilebilen haklar kişinin malvarlığı değerini oluşturmaktadır.

3 Verilen karşılığın muhakkak para olması gerekli değildir. Önemli olan elde edilen malvarlığı değeri ile sinallagma ilişkisi içerisinde olacak şekilde emek, parasal bir karşılık vs. bulunmasıdır (ACAR Faruk, **Aile Konutu Mal Rejimleri**, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 200-201). Nitekim kazandırma karşılıksız ise söz konusu mal artık edinilmiş mal olarak kabul edilemeyecek ve kişisel bir mal sayılacaktır. Kazandırma neticesinde bazı yükümlülüklerin ortaya çıkması ivazlı bir kazandırmanın varlığını kabul için yeterli değildir. Karşılık ilişkisinin iktisadi değil hukuki olarak belirlenmesi gerektiği ve edimler arasındaki değer farkının denk olmasının gerekmediği hususunda bkz. SARI, 2007, 2007, s. 140; Y. 8. HD, E. 2013 / 7361, K. 2014 / 13668, 27.6.2014,: "*Bu kapsamda, Daire'ce yapılan tartışmalar sonucunda şu sonuca varılmıştır; milli piyango bileti (ve diğer şans oyunlarının) satın almak için verilen meblağ kazanılan ikramiyeye göre çok düşük de olsa sonuçta bir karşılıktır. Burada önemli olan ekonomik karşılık değil, hukuki karşılıktır. Yani, bir malın ivazlı sayılabilmesi için, edimler arasında ekonomik anlamda bir dengenin olması zorunlu olmayıp, hukuki anlamda bir karşılık ilişkisinin olması yeterlidir. (...). Gerek sözü edilen maddelerde yer alan ilkeler ve gerekse karşılıklı fedakarlık, sevgi ve saygı üzerine kurulu evlilik birliğinin amacı gereği de; piyango biletinin alımı için harcanan para edinilmiş maldan karşılanmış ise, çıkan ve onun yerine geçen ikame değer sayılan paranın da edinilmiş mal sayılmasını gerektirir.*" (Yargıtay Karar Arama). Bununla beraber kural edinilmiş malın varlığı olduğundan bu edinimin karşılıksız dolayısıyla da kişisel mal olduğunu iddia eden ispatlamalıdır. Somut olaydaki işlem, görünüşte ivazsız olmasına rağmen aslında bir ivazın varlığı ya da görünüşte ivazlı olmasına rağmen aslında bir ivazın yokluğu iddia edilmekteyse bu muvazaa iddiası ispatlanmalıdır. Yine hâlihazırda eşlerin malik olarak görünmediği mallara dair muvazaa iddiasında bulunulması da söz konusu olabilir. Y. HGK, E. 2017 / 1555 K. 2019 / 561, 14.5.2019: "*Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında, araç üçüncü kişi adına kayıtlı olsa bile, gerek birbirini doğrulayan tanık beyanları gerekse dava konusu aracın kasko ödemesinin davalı tarafından yapılması hususları birlikte dikkate alındığında dava konusu aracın evlilik birliği içinde davalı tarafından edinildiğinin kanıtlandığı, zira muvazaa iddiasının her türlü delil ile ispatının mümkün olduğu, (...)*" (Lexpera).

4 Bu noktada belirtmek gerekir ki Kanun'da edinilmiş mal olarak açıkça sayılan malvarlığı unsurlarında TMK m. 219/1'de yer alan şartların varlığı aranmayacaktır. Sayılan malvarlığı değerleri bu şartları sağlamasa dahi edinilmiş mal sayılacaktır.

5 Söz konusu çalışmanın mesleki faaliyet olarak ya da meslek dışı faaliyet olarak yapılabileceği hususunda bkz. GENÇCAN Ömer Uğur, **Mal Rejimleri Hukuku**, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 203; SARI, 2007, 2007, s. 144. İlgili bende eşlerin sahip oldukları mesleğin icrası kapsamında bir değer kazanması hali girmekte olup bu çalışmanın bağımlı ya da bağımsız olması bir önem taşımamaktadır. Ayrıca çalışma nedeniyle elde edilen kazancın maaş, ücret, prim, kıdem

2. Sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurum ve kuruluşlarının veya personele yardım amacı ile kurulan sandık ve benzerlerinin yaptığı ödemeler,
3. Çalışma gücünün kaybı nedeniyle ödenen tazminatlar,
4. Kişisel mallarının gelirleri[6,7],

---

tazminatı (Y. 8. HD, E. 2015 / 2052, K. 2016 / 9060, 24.5.2016: "*743 sayılı TKM'nun 170. maddesi uyarınca, mal ayrılığı rejiminin geçerli olduğu döneme ilişkin çalışmanın karşılığı olarak elde edilen gelir ve dolayısıyla hak edilen kıdem tazminatı kişisel mal (TKM 189), 4721 sayılı TMK'nın yürürlüğe girdiği 01.01.2002 tarihinden sonraki çalışma karşılığında elde edilen gelir ve hak edilen kıdem tazminatı ise edinilmiş mal grubuna girer (TMK 219/1)*", benzer yönde kararlar: Y. 8. HD, E. 2015 / 1569, K. 2016 / 7206, 19.4.2016; Y. 8. HD, E. 2015 / 19493, K. 2017 / 12522, 10.10.2017; Y. 8. HD, E. 2017 / 12554, K. 2017 / 11144, 20.9.2017 - tüm bu kararlar için bkz. Lexpera), ihbar tazminatı (Y. 8. HD, E. 2006 / 19110, K. 2007 / 7630, 9.5.2007: "*Davalı kadına işten ayrılması nedeniyle ihbar ve kıdem tazminatı ödendiği ve bu miktarın 5.3.2003 tarihinde davalı tarafından çekildiği anlaşılmaktadır. Türk Medeni Kanununun 219. maddesi uyarınca davaya konu edilen tutar edinilmiş maldır."* - Lexpera), kötüniyet tazminatı, işe iade tazminatı (iş güvencesi tazminatı), ikramiye vs.den oluşması mümkündür.

6 Bu noktada özellikle bir malvarlığı değeri olarak edinilmiş mal sayılan kişisel malların gelirleri bendindeki gelir ifadesiyle neyin kastedildiği de ele alınmalıdır. Gelir ifadesinin tanımına Kanun'da yer verilmemiştir. Bununla beraber gelir ifadesinin ürün anlamında kullanıldığı görülmektedir (SARI, 2007, s. 158; AYM GK, E. 2016 / 36, K. 2016 / 187, 14.12.2016 (Lexpera)). TMK m. 685/2 hükmü uyarınca ürünler, dönemsel olarak elde edilen doğal veya hukukî ürünler ile bir şeyin özgülendiği amaca göre âdetler gereği ondan elde edilmesi uygun görülen diğer verimler olarak tanımlanmıştır. Aynı maddenin ilk fıkrasına göre ise, bir şeyin maliki onun ürünlerinin de maliki olur. Ayrıca kişisel malların gelirleri belirlenirken bu malvarlığı değerlerinin devamlılığını sağlamak için yapılan harcamaların elde edilen toplam gelirden indirilmesi gerekmektedir (KIRMIZI Mustafa, **Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Aile Konutu**, 4. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2018, s. 140; ALDEMİR İpek Betül: **Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Taraf İradelerinin Etkisi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 41). Bunun yanında söz konusu geliri elde etmek için yapılan harcamalar da toplam değerden düşülmelidir (KILIÇOĞLU Ahmet M., **Aile Hukuku**, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s. 275; KÖSEOĞLU Bilâl / KOCAAĞA Köksal, **Aile Hukuku ve Uygulaması**, Ekin Yayınevi, Bursa, 2011, s. 645). Kısaca edinilmiş mal olarak kişisel malın net geliri esas alınmalıdır.

7 İlgili bendin Anayasa'nın 2. ve 35. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülerek iptali istenmiştir (AYM GK, E. 2016 / 36, K. 2016 / 187, 14.12.2016 (Lexpera)). İptal talebi, her ne kadar mülkiyet hakkına bir müdahale olsa da hakkın özüne dokunulmadığı, yapılan müdahalenin makul ve kabul edilebilir olduğu, demokratik toplum düzeninin gerekleri ile ölçülülük ilkesine aykırı bir yönün bulunmadığı gerekçeleriyle oy çokluğu ile reddedilmiştir. Eşlerin birbirlerinin mal edinmelerinde katkıları olması nedeniyle biri diğerinin malvarlığını zenginleştirdiği halde, evlilik birliğinin sona ermesi halinde bu artıştan hiç pay alamaması hakkaniyete aykırı bulunmuştur. Ayrıca mevcut düzenlemenin ailenin, özellikle kadınların korunmasını sağlamak için kamu yararı amacıyla çıkarıldığı ve kanun koyucunun, eşlerin söz konusu yasal mal rejimini evlilik birliğinden önce ve/ veya evlilik birliği devam ederken mal rejimi sözleşmesiyle farklı bir mal rejimi kabul etmek suretiyle değiştirilebilmelerini ve edinilmiş mal rejimine devam ederken Kanun'un 221. maddesinde açık bir şekilde ifade edildiği gibi kişisel malların gelirlerinin edinilmiş mallara dâhil olmayacağını kararlaştırabilmelerini de mümkün kıldığı belirtilmiştir. Fakat karardaki karşı oy yazılarında özellikle edinilmiş mallardaki karşılık unsuru üzerinde durulmuştur. Üyelerden birine ait karşı oy yazısında bu bendin maddenin ilk

5. Edinilmiş malların yerine geçen değerler.

Son olarak TMK m. 222/3'e göre, bir eşin bütün malları aksi ispat edilinceye kadar edinilmiş mal kabul edilir. Kişisel malların ne olduğu da TMK m. 220 hükmünde belirtilmiştir[8]. Söz konusu malın bunlardan biri olduğunu iddia eden eş bu iddiasını ispatlamalıdır, aksi halde o malın edinilmiş mal olduğu kabul edilecektir.

TMK hükümleri uyarınca edinilmiş-kişisel mal nitelemesine dair takip edilmesi gereken kurallar yukarıda açık bir şekilde belirtilmekle birlikte ortaklıklar hukuku bakımından pek çok çetrefilli nokta bulunmaktadır. Çalışmamız kapsamında da edinilmiş mallara katılma rejimi çerçevesinde anonim ortaklık payının hukuki nitelendirilmesi üzerinde durulacaktır. Bu kapsamda payın çeşitli kazanım durumlarına bağlı olarak niteliği belirlenmeye çalışılacak, son olarak da kısaca payın değerindeki değişmenin mevcut duruma etkisi üzerinde durulacaktır.

---

fıkrasındaki kişisel mal tanımında yer alan "*karşılığı verilerek elde edilen mal*" nitelemesine taban tabana zıt olduğu kaldı ki bunların maddenin 4. bendinde örnekseme yolu ile sayılmış bile olsa tanıma uygun olmadığı zira kişisel malın gelirinin mal rejimi devamı süresince elde edilen mal olmadığı belirtilmiştir. Çünkü kişisel malın kendisine mal rejimi süresince karşılık verilmediğinden, onun gelirine de bir karşılık verilmemektedir. Müellife göre, söz konusu kural ile kadının korunması değil ivazlı bir mal edinimi benimsenmiştir. Edinmek de katkıda bulunmadan malvarlığına katılmış sayılmak değildir. Edinilme ya da edinilmiş sayılma için malvarlığı değerinin karşılığının verilmesi zorunlu iken, karşılığı verilmeden de bazı malvarlığı değerlerinin edinilmiş mal kapsamında görülmesi sonucunu çıkaran yaklaşımın aile birliğine koruyucu düzen de getirmediği ifade edilmiştir. Diğer müellife göre de kişisel malların edinilmiş mallardan ayrı tutulmasının gerekçesi kişisel malın edinilmesinde diğer eşin bir çaba ve katkısının bulunmamasıdır. Dolayısıyla kişisel malın elde edilmesinde, bir katkısı bulunmayan eşin, kişisel malın gelirinden de bir talepte bulunamaması gerekir. Aksi durumun kabulü, kişisel malların gelirlerinin elde edilmesinde katkısı, emeği, çabası olmayan eş lehine haksız bir kazanç, kişisel malın gelirinin sahibi olması gereken eş yönünden ise mülkiyet hakkına müdahale sonucunu doğurmuş olacaktır. Kaldı ki kişisel malların idaresi esnasında doğan zarardan diğer eş nasıl sorumlu tutulmuyor ise yararından da nemalanmamalıdır.

8 Kanunda kişisel malların ne olduğu tahdidi bir şekilde belirtilmiştir. TMK m. 220 hükmü uyarınca;

1. Eşlerden birinin yalnız kişisel kullanımına yarayan eşya,

2. Mal rejiminin başlangıcında eşlerden birine ait bulunan veya bir eşin sonradan miras yoluyla ya da herhangi bir şekilde karşılıksız kazanma yoluyla elde ettiği mal varlığı değerleri,

3. Manevî tazminat alacakları,

4. Kişisel mallar yerine geçen değerler kişisel maldır. Yine TMK m. 221'e göre eşler, mal rejimi sözleşmesiyle, bir mesleğin icrası veya işletmenin faaliyeti sebebiyle doğan edinilmiş mallara dâhil olması gereken mal varlığı değerlerinin kişisel mal sayılacağını kabul edebilirler ve eşler, mal rejimi sözleşmesiyle kişisel malların gelirlerinin edinilmiş mallara dâhil olmayacağını kararlaştırabilirler.

I. KURULUŞTA PAYIN KAZANILMASI

Anonim ortaklıklarda payın, aslen veya devren kazanılması mümkündür. Aslen kazanma temel olarak kuruluşta ve sermaye artırımında söz konusu olmaktadır[9]. Bununla beraber birleşme ve tür değiştirmede de aslen kazanımın gündeme geldiği belirtilmektedir[10]. Diğer durumlara ilgili başlıkları altında yer verildiğinden burada sadece kuruluşta aslen kazanma ele alınacaktır.

Kuruluşta aslen kazanmada payın edinilmiş mal mı yoksa kişisel mal mı olduğunun tespiti bakımından payın finansmanı ve elde edilme anı üzerinde durulmalıdır.

İlk olarak bir karşılık ilişkisinin varlığı halinde edinilmiş maldan söz edilecektir. Örneğin eşin çalışması sonucu elde ettiği ücret edinilmiş mal niteliğinde olacaktır. Bu paranın payın elde edilmesinde kullanılması halinde pay da edinilmiş mal haline gelecektir. Bununla beraber bu sürecin mal rejiminin devamı anına denk gelmesi gerekmektedir. Söz konusu pay mal rejimi devam ederken kazanıldığı müddetçe edinilmiş mal olarak kabul edilebilecektir. Dolayısıyla da edinme anının tespiti gerekmektedir. Kuruluşta pay sahipliği sıfatının kazanılma anı bakımından da ortaklığın halka açık olup olmaması üzerinde durulmalıdır.

Halka kapalı bir anonim ortaklıkta pay ve pay sahipliği sıfatı ortaklığın ticaret siciline tescili ile doğmaktadır[11]. Bundan dolayı edinilmiş mal değer-

---

9 İMREGÜN, 1989, s. 374; ARSLANLI Halil, "Anonim Şirkette Pay ve Pay Sahipliği", **İÜHFM,** 1958, C. 28, S. 3-4, s. 249; BOZKURT Tamer, **Ticaret Hukuku**, Kuram Kitap, Kocaeli, 2017, s. 281. Pay sahibi başlangıçta ya da sonradan sermaye artırımı yoluyla ortaklığa sermaye getirir ve ortaklık sona erdiğinde tasfiye sonunda bir tutar kalırsa sahip olduğu pay nedeniyle ve o oranda tasfiye bakiyesine katılır. TTK m. 507/1 hükmüne göre bir anonim ortaklığın sona ermesi hâlinde her pay sahibi, esas sözleşmede sona eren ortaklığın malvarlığının kullanılmasına ilişkin, başka bir hüküm bulunmadığı takdirde, tasfiye sonucunda kalan tutara payı oranında katılacaktır. Tasfiye payının önceden ortaklığa getirilen sermaye payına karşılık pay sahibine verildiği görülmektedir. Dolayısıyla kanaatimize göre, pay sahipliği hakkı olarak elde edilen bu bedel ortağın getirdiği sermayenin kaim değeridir (Aynı yönde bkz. ACAR, 2016, s. 219). Dolayısıyla eğer pay kişisel malsa tasfiye payı da kişisel mal olacak, aksi halde edinilmiş mal niteliğinde bir tasfiye payından söz edilecektir.

10 BAHTİYAR Mehmet, **Ortaklıklar Hukuku**, 10. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 272, ÇONKAR M. Halil, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahipliği Sıfatının İspatı**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 27 ve 32.

11 ARSLANLI, 1958, s. 248; TAŞDELEN Nihat, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahipliği Sıfatının Kazanılması**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005, s. 60. Bu duruma temel teşkil etmek üzere TTK m. 352'de yer alan pay taahhüdünün, ortaklığın tescilinden önce devrinin, ortaklığa karşı geçersiz olduğu kuralına işaret edilmektedir. Nitekim TTK m. 355/1'e göre ortaklık ticaret si-

lendirmesi bakımından bu an esas alınmalıdır. Tescil anı mal rejiminin devamı süresine tekabül etmekteyse edinilmiş maldan (sermaye koyma borcunun ifasında kullanılan kaynağa da bağlı olarak) söz edilebilecektir.

Halka açık anonim ortaklıklar[12] bakımından ise durum biraz daha karmaşıktır. Bilindiği üzere TTK[13] sisteminde payın tescil ile doğduğu temeli esas alınmıştır. Fakat SerPK[14]'nın uygulandığı anonim ortaklıklar bakımından bir sermaye piyasası aracı olan payın satış anında alıcıya teslimi şart koşulmuştur. SerPK m. 12/3 hükmüne göre sermaye piyasası araçlarının satış esnasında alıcıya teslimi şarttır. Aynı hükme göre kurulun, esas sermaye sisteminde yapılacak ihraçlara, sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilmesine ve takas işlemlerine ilişkin düzenlemeleri saklıdır. Bu hükümde esas sermaye sisteminde yapılacak ihraçlar istisna tutulduğundan kayıtlı sermaye sistemine tabi anonim ortaklıklarda satış esnasında teslim şartı gündeme gelebilmektedir[15]. Oysa TTK m. 352'ye göre tescilden önce pay taahhüdünün devri ortaklığa karşı hükümsüzdür. Ortaklık da pay da tescille doğar ve bu andan sonra payın devri ortaklığa karşı hüküm ve sonuçlarını doğurur. Açıkça görüldüğü üzere SerPK'da payın tescille doğacağı kuralından ayrı bir düzenlemeye gidilmiştir.

2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda da şu şekilde bir düzenleme yer almaktaydı; "*Sermaye piyasası araçlarının satış esnasında alıcıya teslimi şarttır; ancak esas sermaye sistemini kabul etmiş anonim ortaklıklar, sermaye artırımının tescilini takip eden en geç otuz gün içinde hisse senetlerini alıcılara teslim ederler. Nama yazılı hisse senetleri için bu süre doksan*

---

ciline tescil ile tüzel kişilik kazanır ve ancak bu kurucu işlemin gerçekleşmesinden sonra ortaklığın payından söz edilebilir ve söz konusu paylar devredilebilir.

12 SerPK m. 3/e hükmü uyarınca halka açık anonim ortaklık kitle fonlaması platformları aracılığıyla para toplayanlar hariç olmak üzere, payları halka arz edilmiş olan veya halka arz edilmiş sayılan anonim ortaklıklardır. SerPK m. 16'ya göre de payları borsada işlem gören ortaklıklar ile kitle fonlaması suretiyle halktan para toplayan ortaklıklar hariç olmak üzere pay sahibi sayısı beş yüzü aşan anonim ortaklıkların payları halka arz olunmuş sayılır. Bir anonim ortaklık, halka açık anonim ortaklık haline gelmiş olmasına rağmen payları borsada işlem görmüyorsa bu ortaklık, halka açık ortaklık statüsünü kazandıktan sonra en geç iki yıl içinde paylarının işlem görmesi için borsaya başvurmak zorundadırlar. Aksi durumda, SPK, bu payların borsada işlem görmesi veya ortaklığın halka açık ortaklık statüsünden çıkarılması için, ortaklığın talebini aramaksızın gerekli kararları alır.

13 RG Tarihi: 14.2.2011, RG Sayısı: 27846, Kabul Tarihi: 13.1.2011.

14 RG Tarihi: 30.12.2012, RG Sayısı: 28513, Kabul Tarihi: 6.12.2012.

15 Açıkça belirtmek gerekir ki bu tarz bir kazanım payın aslen mi yoksa devren mi kazanıldığı tartışmasını da gündeme getirecektir.

*gündür. Kayıtlı sermaye sistemini kabul etmiş anonim ortaklıklarda hisse senetlerinin satış esnasında alıcıya teslimi*nden itibaren pay sahipliği hakkı *kazanılır ve bu halde Türk Ticaret Kanununun 395'inci maddesinin 3'üncü cümlesi ile 412'nci maddesi hükümleri uygulanmaz. Satışı yapılan hisse senetleri dışındaki sermaye piyasası araçlarının satış sırasında alıcıya teslimi şarttır.*" Görüldüğü üzere eski Kanun döneminde de geçerli olan bu durum doktrinde çokça eleştirilmişti[16]. Bununla beraber yeni kanunda eski kanundan farklı olarak "*Kayıtlı sermaye sistemini kabul etmiş anonim ortaklıklarda hisse senetlerinin satış esnasında alıcıya teslimi*nden *itibaren pay sahipliği hakkı kazanılır"* şeklinde bir ibare yer almaması uygun olmuştur. Ancak, mevcut haliyle de hükmün TTK sistemi ile tam olarak uyuşmadığı bir gerçektir[17].

II. SERMAYE ARTIRIMI SONUCU ELDE EDİLEN YENİ PAY VEYA ARTIRILMIŞ PAY BEDELİ

Sermaye artırımı sonucu elde edilen yeni payın veya itibari değeri artırılan mevcut payın hukuki durumunu tespit bakımından, payın kazanım anının ve finansmanının üzerinde durulması gerekmektedir.

1. Finansmanı Bakımından Payın Niteliğini Belirleme

Bir anonim ortaklıkta sermaye artırımı yapılması halinde doğacak sonuçlar her bir sermaye artırım yöntemine göre ayrıca ele alınmalıdır[18]. Bilindiği üzere iç kaynaklardan, dış kaynaklardan veya şarta bağlı sermaye artırımı yapılması mümkündür.

---

[16] Bu hususta doktrinde yer alan görüşlerin genel bir derlemesi için bkz. TAŞDELEN, 2005, s. 71 vd. Bu duruma dair genel bir değerlendirme için de bkz. MOROĞLU Erdoğan, "Türk Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Kanunu", **15. Yıl Sempozyumu**, Ankara, SPK Yayını No: 119, 1998, s. 18.

[17] SerPK ile eski kanundaki payın tescilden önce doğacağına dair ayrıksı kanun hükmünün terk edildiği ve halka açık anonim ortaklıklarda da payın tescille doğacağı yönünde bkz. MANAVGAT Çağlar, "Kayıtlı Sermaye Sistemindeki Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Payın Doğumu ve Satış Sürecine Etkileri" **BATİDER**, C. XXXI, S. 3, 2015, s. 11. Ayrıca yazara göre SerPK'da hüküm bulunmayan hallerde TTK hükümleri uygulanacaktır. Bu nedenle olması gereken bakımından, ortaklığın kabul ettiği sermaye sistemi hususunda herhangi bir ayrım yapılmamalı, halka arz edilen payların satışına dair SerPK hükümleri saklı tutulmalıdır. Halihazırda payın satışına ilişkin hükümlerin saklı tutulmamış olması bu ortaklıklar bakımından payın tescilden önce doğduğu şeklinde bir çıkarım yapmayı gerektirmemektedir (bkz. MANAVGAT, 2015, s. 13).

[18] Sermaye artırımında uygulanacak hükümler esas sermaye sisteminde ve kayıtlı sermaye sisteminde değişiklik göstermektedir.

A. İç Kaynaklardan Sermaye Artırımı

a. Genel Olarak

İç kaynaklardan sermaye artırımı yapılması durumunda ortaklık bilançosunda bir büyüme olmamakta fakat bilançoda yer alan kalemler arasında bir muhasebe işlemi yapılmaktadır[19]. Sermaye artırımında kullanılacak iç kaynaklar TTK m. 462/1 uyarınca, esas sözleşme veya genel kurul kararıyla ayrılmış ve belirli bir amaca özgülenmemiş yedek akçeler ile kanuni yedek akçelerin serbestçe kullanılabilen kısımları ve mevzuatın bilançoya konulmasına ve sermayeye eklenmesine izin verdiği fonlar şeklinde belirlenmiştir[20]. İç kaynaklardan sermaye artırımı yapıldığında esas sermaye sisteminde mevcut pay sahiplerine bedelsiz (gratis) pay verilmekte veya pay sahiplerinin hâlihazırda sahip oldukları payların itibari değeri artırılmaktayken, kayıtlı sermaye sisteminde ancak yeni pay çıkarılması suretiyle artırım yapılabilmektedir[21]. Her iki yolla da pay sahiplerinin ortaklıktaki konumu muhafaza edilmeye çalışılmaktadır.

Bedelsiz pay veya artırılmış pay bedelinin edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi kapsamında niteliğinin belirlenmesi bakımından düşünülebilecek farklı ihtimaller bulunmaktadır. İlk olarak buradaki "*bedelsiz*" ifadesinden yola çıkmak suretiyle karşılıksız bir kazanmanın bulunduğu ve dolayısıyla da kişisel maldan söz edilmesi gerektiği düşünülebilir. Üzerinde durulması gereken diğer bir ihtimal ise bunların mevcut payın geliri olarak ele alınmasıdır. Buradaki bedelsiz payın veya artırılmış pay bedelinin gelir olarak ele alınabilip alınamayacağı belli değildir ve bu hususta doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.

---

[19] BAHTİYAR, 2015, s. 343; POROY Reha / TEKİNALP Ünal / ÇAMOĞLU Ersin, **Ortaklıklar Hukuku II**, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, N 1384; KARAHAN Sami, **Şirketler Hukuku**, 2. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2013, s. 607.

[20] Madde gerekçesinde sermayeye eklenmesine izin verilen iç kaynakların tahdidi olarak sayılmadığı belirtilmiştir. Ayrıca madde metninde kullanılan "*mevzuatın bilançoya konulmasına ve sermayeye eklenmesine izin verdiği fonlar"* ifadesi de bu durumu açıkça göstermektedir. Sermaye artırımı için kullanılabilecek iç kaynakların neler olduğuna dair detaylı bilgi için bkz. MOROĞLU, Erdoğan, **Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı**, 4. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 217 vd.

[21] Kayıtlı sermaye sisteminde yalnızca yeni pay çıkarmak suretiyle artırım yapılabileceği hususunda bkz. BAHTİYAR, 2015, s.350; MOROĞLU, 2018, s. 12. Moroğlu'nun belirtiği üzere, mevcut payların itibari değerinin yükseltilmesi her halükârda ana sözleşme değişikliğini ve genel kurul kararını gerektirdiğinden kayıtlı sermaye sisteminde bu yola başvurmak mümkün olmayacaktır. Ayrıca SPK m. 18'de ve TTK m. 460/2'de yalnızca çıkarılacak yeni paylardan bahsedilmektedir (MOROĞLU, 2018, s. 12).

Acar'a göre, ticaret hukukundaki bedelsizlik ifadesi medeni hukuk bakımından bir anlam ifade etmez ve mal rejimi bakımından göz önünde bulundurulması gereken husus artırıma kaynaklık eden malvarlığının niteliğidir[22]. Yazar, sermayeye dönüştürülen ortaklık değerlerinin, kişisel mal niteliğinde paya sahip eş bakımından kişisel malın geliri niteliğini taşıdığı dolayısıyla da edinilmiş mal teşkil ettiği ve bu değerlerin dönüştürülmesi suretiyle elde edilen bedelsiz pay veya artırılmış sermaye bedellerinin de edinilmiş mal sayılacağını belirtmektedir[23]. Bu görüş esas alındığında kişisel mal niteliğindeki pay nedeniyle elde edilen bedelsiz paylar mevcut paylardan farklı olarak edinilmiş mal olarak değerlendirilecek, eğer artırım mevcut payların itibari değerlerinin artırılması suretiyle yapılmışsa da artırılan kısım edinilmiş mal ancak bütün olarak pay kişisel mal olarak ele alınacak ve tasfiye aşamasında denkleştirme yapılacaktır.

Civelek Acar'ın haklı bir şekilde ileri sürdüğü fikre göre ise, iç kaynaklardan sermaye artırımında paya dönüştürülen kaynağa bakılmalıdır[24]. Bu kapsamda da öncelikle yedek akçe ve mevzuatın bilançoya konulmasına ve sermayeye eklenmesine izin verdiği fon kavramlarının ele alınması ve bunların edinilmiş mallara katılma rejimi bakımından hukuki niteliğinin belirlenmesi yararlı olacaktır.

b. Yedek Akçe

Ticaret ortaklıkları kâr elde etme amacı güderler. Dolayısıyla bir ticaret ortaklığı türü olan anonim ortaklıklarda da aynı amaç bulunmaktadır. Anonim ortaklık kâr elde ettiğinde ortakları da belli oranda bu kârdan pay alabilmektedir. TTK m. 509/2 hükmü uyarınca bu kâr payı, sadece net dönem kârından ve serbest yedek akçelerden dağıtılabilir. Yani net dönem kârı ve serbest yedek akçelerin toplamı dağıtılabilir kârı oluşturmaktadır. Dağıtılabilir kârdan elde edilen kâr payı da edinilmiş mallara katılma rejimi çerçevesinde payın geliri olarak ele alınacaktır. Anonim ortaklık ortağının, payı nedeniyle elde ettiği kâr payı bir gelir olarak nitelendirildiğinde, eğer alacağa evlilik birliğinin devamı süresince hak kazanılmışsa, pay ister kişisel mal isterse de edinilmiş mal olsun kâr payı alacağı edinilmiş mal olacaktır[25,26].

---

22 ACAR, 2016, s. 223.

23 ACAR, 2016, s. 224

24 CİVELEK ACAR Esra, **Yasal Mal Rejiminin Tasfiyesinde Sermaye Ortaklıkları Payı**, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2019, s. 180 vd.

25 Ortaklık genel kurulu bir kâr payı dağıtım kararı almışsa karar ile birlikte kâr payı alacağı muaccel hale gelir.

Bununla beraber ortaklık kâr elde etmiş olmasına rağmen pay sahiplerine kâr payı dağıtmak yerine elde edilen kâra dayalı olarak sermaye artırımı yoluna da gidebilir. Ancak şüphesiz ki bir ortaklığın iç kaynaklardan sermaye artırımı yapabilmesi için başvurabileceği tek kaynak dağıtılmamış kâr değildir. Aşağıda detaylıca belirtildiği üzere iç kaynaklardan sermaye artırımı yapılması halinde farklı kaynakların kullanılması mümkündür. Kullanılan bu kaynakların niteliğine göre de elde edilen bedelsiz pay veya artırılmış pay bedelinin hukuki niteliğinde değişiklik olabilecektir. Dolayısıyla bu noktada yedek akçelerin nelerden oluştuğu ve bunların kullanılabilirlikleri üzerinde durulmalıdır.

İlk olarak, TTK m. 519'da kanuni yedek akçenin düzenlendiği görülmektedir. Söz konusu hükmün ilk iki fıkrasına göre,

> *"(1) Yıllık kârın yüzde beşi, ödenmiş sermayenin yüzde yirmisine ulaşıncaya kadar genel kanuni yedek akçeye ayrılır.*
>
> *(2) Birinci fıkradaki sınıra ulaşıldıktan sonra da;*
>
> *a) Yeni payların çıkarılması dolayısıyla sağlanan primin, çıkarılma giderleri, itfa karşılıkları ve hayır amaçlı ödemeler için kullanılmamış bulunan kısmı,*
>
> *b) Iskat sebebiyle iptal edilen pay senetlerinin bedeli için ödenmiş olan tutardan, bunların yerine verilecek yeni senetlerin çıkarılma giderlerinin düşülmesinden sonra kalan kısmı,*
>
> *c) Pay sahiplerine yüzde beş oranında kâr payı ödendikten sonra, kârdan pay alacak kişilere dağıtılacak toplam tutarın yüzde onu, genel kanuni yedek akçeye eklenir."*

Yukarıdaki hüküm uyarınca anonim ortaklıkların yıllık karının %5'i kanuni yedek akçe olarak ayrılmak zorundadır (I. tertip kanuni yedek akçe[27]). Bu işlem

---

[26] Tıpkı kâr payı getirisinde olduğu gibi, para veya bir borçlanma aracı gibi değerlerin getirdiği faiz getirisi de aracın edinilmesindeki malvarlığının niteliğine bakılmaksızın edinilmiş mal sayılmalıdır. Faizsiz finans sektörü getirileri de bu anlamda bir edinilmiş mal teşkil edecektir. Doktrinde bir görüş enflasyon nedeniyle paranın değerinde yaşanacak kaybın paranın sağladığı faiz getirisinden indirilmesi yani reel faizin gelir olarak ele alınması gerektiğini savunmaktadır (KILIÇOĞLU, 2017, s. 276; SARI, 2007, s. 164 dp. 156; KÖSEOĞLU / KOCAAĞA, 2011, s. 645; GENÇCAN, 2018, s. 232; ZEYTİN Zafer, **Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi**, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, N 309). Kanaatimizce de gerçeğe uygun bir değerlendirme yapılabilmesi amacıyla reel faizin edinilmiş mal olarak kabul edilmesi daha uygun olacaktır.

[27] ÇAĞIRGAN TUNCER Senar / ULUSOY Yasin, "Yedek Akçeler", **DEÜHFD**, C. 19, Özel Sayı, 2017, s. 1979.

ödenmiş sermayenin %20'sine ulaşıncaya kadar devam edecektir. Ayrıca m. 519/2-c hükmü uyarınca da pay sahiplerine %5 oranında kâr payı ödendikten sonra kâr payı alacak olan kişilere ödenecek toplam tutarın %10'unun tekrardan kanuni yedek akçeye eklenmesi gerektiği düzenlenmiştir (II. tertip kanuni yedek akçe). Aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre, kanuni yedek akçe sermayenin veya çıkarılmış sermayenin yarısını aşmadıkça ancak ve ancak zararların kapatılmasında, işlerin iyi gitmediği zamanlarda işletmeyi devam ettirmekte veya işsizliğin önüne geçmeye ve sonuçlarını hafifletmeye elverişli önlemler alınmakta kullanılabilecektir. Dolayısıyla tasfiye bakımında bu kısım dikkate alınmaz. Fakat %50'lik oran aşıldığında ise aşan kısım serbest yedek akçe halini alır ve bunlar kâr payı dağıtımı veya belli bir amaca özgülenmek suretiyle kullanılabilir[28]. Kâr payı dağıtımı kararı alınmayıp elde edilen kâra dayalı olarak iç kaynaklardan sermaye artırımı yoluna gidildiğinde, en başta sahip olunan pay kişisel mal niteliğinde de olsa sermaye artımı sonucu elde edilen bedelsiz pay veya artırılmış pay bedeli edinilmiş mal haline gelecektir[29]. Çünkü TMK m. 219/2-4 hükmüne göre kişisel malın gelirleri edinilmiş mal niteliğinde olacaktır.

Kanuni yedek akçenin olağan kaynağı safi kâr olmakla birlikte olağanüstü kaynak olarak prim[30] ve ıskat kazançlarıyla da karşılaşılmaktadır[31]. Dolayısıyla primli pay çıkarıldığında sağlanan primler ile pay sahibinin ıskatı halinde elde edilen ıskat kazançları da kanuni yedek akçeye eklenecektir. Öncelikle belirtmek gerekir ki ıskat kazançları ile primlerin payın geliri olarak ele alınması ve pay sahiplerine dağıtılması mümkün değildir. Dolayısıyla bunlara dayanak teşkil eden pay, kişisel mal olduğunda burada kişisel

---

28 CİVELEK ACAR, 2019, s. 145.

29 CİVELEK ACAR, 2019, s. 180.

30 Üzerinde yazılı itibari değeri ile ihraç edilen paylar primsiz, itibari değerinden daha yüksek bir bedelle ihraç edilen paylar ise primlidir. Primli pay ihracı için ya esas sözleşmede hüküm bulunmalı ya da genel kurul tarafından bu yönde bir karar alınmış olmalı. TTK m. 344/1 uyarınca payların çıkarma primlerinin tamamı tescilden önce ödenir. SerPK m. 12 uyarınca: "*İhraç olunan payların bedellerinin tamamen ve nakden ödenmesi şarttır… Kurul, payların piyasa fiyatı veya defter değerinin nominal değerinin üzerinde olması hâlinde, ihraç olunacak payların primli fiyattan satılmasını ve yeni pay alma haklarının primli fiyattan kullanılmasını isteyebilir...*" Bu hükümden görüldüğü üzere halka açık anonim ortaklıklarda da primli pay ihracına izin verilmiştir. Kayıtlı sermaye sisteminde ise primli pay ihracı esas sözleşme ile yetkilendirilmek üzere yönetim kurulunca gerçekleştirilebilir (AKBULAK Sevinç / AKBULAK Yavuz, **Türkiye'de Sermaye Piyasası Araçları ve Halka Açık Anonim Şirketler**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2004, s. 57). Bu konudaki sınır ise, pay sahiplerinin yeni pay alma hakkının sınırlanması veya mevcut imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını kısıtlayıcı nitelikte karar alınabilmesi durumudur (SerPK m. 18/5).

31 POROY / TEKİNALP / ÇAMOĞLU, 2019, N 1500.

malın geliri niteliğinde olan bir edinilmiş maldan söz edilemeyecektir. Netice itibarıyla da bunlar gelir olarak değil ancak ve ancak karşılıksız kazandırma olarak nitelendirilebilecek yani kişisel mal sayılacaktır[32].

Diğer bir yedek akçe çeşidi ise ihtiyari yedek akçedir. TTK m. 521 hükmüne göre kanuni yedek akçenin yanında esas sözleşme ile de yedek akçe ayrılması mümkündür. Bu durum üç şekilde gerçekleşebilir:

- I. tertip kanuni yedek akçe bakımından %5'ten daha büyük bir oran kararlaştırılabilir.
- I. tertip yedek akçe bakımından öngörülen %20'lik tavan yükseltilebilir.
- Başka yedek akçe kararlaştırılabilir ve bunun özgüleme amacı belirtilebilir.

Bu tür yedek akçe dağıtılmayan kârlardan oluştuğundan belli bir amaca özgülenmedikçe bunlara dayalı olarak kâr payı dağıtılması mümkündür. Elde edilen kâr payı her halükârda edinilmiş mal olarak kabul edilecektir. Bu malvarlığı değerlerine dayalı olarak iç kaynaklardan sermaye artırımı yapıldığında ise elde edilen bedelsiz pay veya pay bedeli edinilmiş mal halini alacaktır. Son olarak TTK m. 523/2 hükmü uyarınca genel kurul kararı sonucu yedek akçe ayrılması da mümkündür. Yine dağıtılmayan ortaklık kârlarından[33] oluşan bu yedek akçede de esas sözleşme ile ayrılmış yedek akçe bakımından benimsenen sonuca ulaşılacaktır[34].

İç kaynaklardan sermaye artırımı yapıldığında sermaye artırımı gerçekleşmeden önce pay sahipleri bakımından bir kâr payının bulunduğu varsayımında şu ana kadar değindiğimiz sonuçlar doğacaktır. Bununla beraber iç kaynaklardan sermaye artırımının hukuki niteliğinin ne olduğu hususunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Doktrindeki görüşler, yedek akçelerin pay sahiplerine dağıtılması ve pay sahiplerinin de sermaye taahhüdünde bulundukları şeklinde birbirine bağlı iki işlemin varlığı görüşü ve pay sahiplerinin sermaye taahhüdünde bulunmadıkları bilakis bunun genel kurulca alınan tek bir karara dayandığı şeklinde tek işlem bulunduğu görüşü şeklindedir[35]. İç kaynaklardan sermaye artırımında tek işlem bulunduğu gö-

---

32 CİVELEK ACAR, 2019, 181 vd.

33 ÇAĞIRGAN TUNCER / ULUSOY, 2017, s. 1980.

34 CİVELEK ACAR, 2019, s. 149.

35 Bu hususta detaylı bilgi için bkz. ANDAŞ Ferudun, **İç Kaynaklardan Sermaye Artırımı**, SPK Uzmanlık Yeterlilik Tezi, 1987, s. 14 vd.; BÜBERCİ ÇİFÇİ, Afet Gülen / İÇÖZ DEMİ-

rüşü esas alınırsa, kişisel mal niteliğindeki ortaklık payına binaen dağıtılmamış kârın bedelsiz paya dönüştürülmesi halinde bu payların edinilmiş mal sayılacağı sonucuna ulaşılamayacaktır. Bu görüş kabul edildiğinde ayrıca bir sermaye taahhüdüne gerek kalmayacağı ve yeni payların, eski payların ikiye bölünmesi sonucu ortaya çıkacağı sonucuna ulaşılmaktadır[36]. Bu durumda da eski paydan bölünen yeni payın onunla aynı nitelikte bulunduğuna dair bir çıkarım yapmak mümkün hale gelecektir. Dolayısıyla da kişisel mal niteliğindeki pay dolayısıyla sahip olunan bedelsiz paylar da kişisel mal haline gelecektir.

c. Mevzuatın Bilançoya Konulmasına ve Sermayeye Eklenmesine İzin Verdiği Fonlar

Esas sözleşme veya genel kurul kararıyla ayrılmış ve belirli bir amaca özgülenmemiş yedek akçeler ile kanuni yedek akçelerin serbestçe kullanılabilen kısımlarına ilaveten, TTK m. 462/1 hükmüne göre mevzuatın bilançoya konulmasına ve sermayeye eklenmesine izin verdiği fonlar da iç kaynaklardan sermaye artırımında kullanılabilecektir. Madde gerekçesinde bu fonlara örnek olarak yeniden değerleme, iştirak ve taşınmaz satış hasıtalı ve enflasyon fonu gösterilmiştir. Bu kapsamda yeniden değerleme fonunun ele alınmasının yararlı olacağı kanaatindeyiz.

Yeniden değerlemeye gidilmesinin nedeni enflasyon nedeniyle bilanço kalemlerinin rayiç değeri ile muhasebe değerleri arasındaki farktır[37]. Buradan ulaşılacak sonuç yeniden değerlendirme fonlarının aslında ödenmiş sermayeden farklı bir şey olmadığıdır. Nitekim yapılan işlem bilançodaki bir kalemin değer farklılıkları arasındaki bu çarpıklığı gidermektir. Dolayısıyla değer artış fonlarının sermayeye eklenmesi suretiyle elde edilen bedelsiz paylar bakımından da kâr dağıtımı söz konusu değildir[38]. Ortaklık payı edinilmiş mallardan karşılandı ise yeniden değerleme fonu ile elde edilen bedelsiz pay veya artırılmış pay bedeli edinilmiş mal, aksi halde ise kişisel mal sayılacaktır.

REL, Derya, **Anonim ve Limited Şirketlerde Pay, Kar Payı ve Yedek Akçelerin Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi Kapsamında Tasfiyesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 127 vd.

36 ANDAŞ, 1987, s. 15

37 YURTMAN DEMİR Nevin, **Anonim Ortaklıklar ve Vergi Hukuku Yönünden İç Kaynaklardan Sermaye Artırımı**, Kazancı, İstanbul, 1997, s. 63 vd.

38 CİVELEK ACAR, 2019, s. 183-184.

B. Dış Kaynaklardan Sermaye Artırımı

İkinci sermaye artırım yöntemi dış kaynaklardan sermaye artırımıdır[39]. Bu artırma şeklinde ortaklığa dışarıdan ayni veya nakdi kaynak getirilmektedir. Yapılan artırım sonucunda esas sermaye sisteminde ya yeni paylar ihraç edilmekte ya da mevcut payların itibari değerleri yükseltilmekteyken, kayıtlı sermaye sisteminde yalnızca yeni pay çıkarılabilmektedir. Bu durumda da mevcut pay sahipleri kural olarak rüçhan hakkına sahip olurlar. Pay sahipleri rüçhan haklarını kullanırsa kanaatimize göre bu durumda edinimin gerçekleştiği zaman ve ortaklığa getirilen yeni sermayenin niteliği önem arz etmektedir. Sermaye olarak getirilen malvarlığı değeri edinilmiş mal niteliğinde ise ve edinim mal rejiminin devamı süresince gerçekleşmişse elde edilen yeni pay veya artırılan pay bedelleri de edinilmiş mal olacak, aksi halde ise bir kişisel malın varlığından söz edilecektir[40]. Netice itibarıyla dış kaynaklardan sermaye artırımında elde edilen pay karşılığında harici bir kaynağa başvurulduğundan burada payın niteliğinin tespiti iç kaynaklardan sermaye artırımına göre daha kolay olacaktır.

C. Şarta Bağlı Sermaye Artırımı

Son olarak, bir sermaye artırımı yöntemi olarak anonim ortaklıkta şarta bağlı sermaye artırımı yapılması da mümkündür. TTK m. 463'e göre;

> *"(1) Genel kurul, yeni çıkarılan tahviller veya benzeri borçlanma araçları nedeniyle, şirketten veya topluluk şirketlerinden alacaklı olanlara veya çalışanlara, esas sözleşmede değiştirme veya alım haklarını kullanmak yoluyla yeni payları edinmek hakkı sağlamak suretiyle, sermayenin şarta bağlı artırılmasına karar verebilir.*
>
> *(2) Sermaye, değiştirme veya alım hakkı kullanıldığı ve sermaye borcu takas veya ödeme yoluyla yerine getirildiği anda ve ölçüde kendiliğinden artar."*

---

[39] Artırılan sermayeyi temsil eden paylar ya değişik esas sözleşmede ya da iştirak taahhütnamelerinde taahhüt edilir. Dış kaynaklardan sermaye artırımı yapılabilmesi için payların nakdî bedelleri tamamen ödenmiş olmalıdır. Ancak sermayeye oranla önemli sayılmayan tutarların ödenmemiş olması dış kaynaklardan sermaye artırımını engellemez.

[40] Aynı yönde bkz. ACAR, 2016, s. 221; ÇELEBİ Ali Ergin, "Şirketlerde Ortaklık Payı Kazanılmasının Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşlerin Malvarlığına Etkisi", **TBB Dergisi**, 2017 (133), s. 441-442; Y. 8. HD, E. 2016 / 4248, K. 2018 / 14780, 3.7.2018: "*Davalının şirkete evlenmeden önce 20.03.2001 tarihinde ortak olduğu ve şirketteki payının kişisel malı olduğu tartışmasız ise de edinilmiş mallara katılma rejiminin geçerli olduğu dönemde yapılan sermaye arttırımının aksi ispat edilemediğinden edinilmiş mallardan karşılandığı ve dolayısıyla üzerinde davacının katılma alacağı hakkı bulunduğunun kabulü gerekir*" (Lexpera).

Şarta bağlı sermaye artırımında alacaklı veya çalışanlara tahvil[41] veya benzeri borçlanma araçları vasıtasıyla değiştirme veya alım hakkının kulla-

---

[41] Borçlanma Araçları Tebliğinin 3/1-m. maddesi uyarınca tahvil: "*İhraççıların bu Tebliğ hükümlerine göre borçlu sıfatıyla düzenleyip sattığı ve nominal değerinin vade tarihinde veya vade tarihine kadar taksitler halinde yatırımcıya geri ödenmesi taahhüdünü içeren, vadesi 365 gün veya daha uzun olan borçlanma aracını ifade eder.*" ETTK m. 420'de tahviller: "*Anonim şirketlerin ödünç para bulmak için itibari kıymetleri eşit ve ibareleri aynı olmak üzere çıkardıkları borç senetleri*" şeklinde tanımlanmaktaydı. ETTK'daki m. 420'deki unsurlar tek başlarına tahvili meydana getirmeye yetmemektedir (DOMANİÇ Hayri, **Kıymetli Evrak Hukuku**, Genişletilmiş 2. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1975, s. 642). Zira bu unsurları taşıyan her borç senedi tahvil olmak zorunda değildir. Örneğin anonim şirket bu unsurları taşıyan adi borç senetleri düzenleyebileceği gibi eşit miktarları taşıyan bonolar da maddede tanımlanan özellikleri taşımasına rağmen tahvil değildir.

Anonim ortaklıklar paraya ihtiyaç duydukları zaman tahvil çıkararak ihtiyaç duyduğu fonları yatırımcılardan ödünç alabilirler. Böylece ortaklık borçlu, yatırımcılar ise alacaklı durumuna gelir. Ortaklığın yatırımcıya karşı olan sorumluluğu öngörülen tarihte anapara ve faizinin ödenmesi şeklindedir. Anonim ortaklıklar, ortak sayılarını veya sermayelerini artırmak yerine, yatırımcılara karşı borçlanarak piyasada tedavül yeteneği olan tahvil ihraç ederek tahvil hamilinin ortaklığa, ortaklık dışı bir sermaye kullandırmasını sağlarlar (ÇATAKOĞLU Buket, **Türk Sermaye Piyasası Hukukunda Borçlanma Araçları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 44). Ayrıca anonim ortaklık büyük miktarda kredi almak yerine borcunu parçalara bölerek daha kolay bir şekilde ihtiyaç duyduğu fonu sağlayabilir (AKBULAK / AKBULAK, 2004, s.151).

Söylediklerimiz doğrultusunda sıradan bir tahvil şarta bağlı sermaye artırımı bakımından gündeme gelemeyecektir. Şarta bağlı sermaye artırımında, paya dönüştürülebilir tahviller ile değiştirilebilir tahviller söz konusu olacaktır. Paya dönüştürülebilir tahviller Borçlanma Araçları Tebliğinin 3. maddesinde ihraççı ortaklığın sermaye artırımı suretiyle çıkaracağı paylara veya izahnamede veya ihraç belgesinde belirtilen esaslar çerçevesinde temin edilen ihraççı paylarına dönüştürme hakkı veren borçlanma araçları şeklinde tanımlanmıştır. Paya dönüştürülebilir tahviller, dönüştürme hakkı kullanılıncaya dek sahiplerine anapara ve faiz hakkı sağlarlar. Ancak klasik anlamdaki tahvillerden farklı olarak bu anapara ve faiz hakkına ilaveten tahvili paya dönüştürmeye dair seçimlik ve yenilik doğuran bir hak daha sağlarlar. Paya dönüştürülebilir tahviller, yatırımcısına sahip olduğu tahvilleri belli bir dönüşüm oranı veya fiyatı üzerinden önceden belirlenmiş sayıda pay ile değiştirme hakkı verir. *Dönüştürme fiyatı*, paya dönüştürülebilir tahvil sahiplerine sahip oldukları tahviller karşılığında verilecek paylar için esas alınacak fiyat; *dönüştürme oranı* ise, dönüştürme sırasında paya dönüştürülebilir tahvillerin itibari değeri karşılığında verilecek pay sayısı şeklinde Borçlanma Araçları Tebliğinin 18. maddesinde tanımlanmıştır. Dönüştürme oranı küsuratlı çıkarsa, dönüştürme sırasında toplam üzerinden küsurata isabet eden pay tutarı paya dönüştürülebilir tahvil sahibine nakden ve peşinen ödenir. Bu hesaplamada dönüştürme fiyatı esas alınır. Payların dönüştürme fiyatı onların itibari değerleridir ve tahvil sahipleri bu fiyat esas alınarak tahvillerinin itibari değerlerine eşdeğerde pay alırlar (TECER Meral, **Tahvil Yatırımlarının Yönetimi**, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü, Ankara, 1989, s. 22). Örneğin, bir ortaklığın her bir payı 100 TL'den satılmaktadır. Ortaklık her biri 1500 TL itibari değerli ve 10 paya dönüştürülebilen tahvil çıkarmıştır (dönüştürme fiyatı 150 TL). Daha sonra ortaklık paylarının değeri 150 TL'ye yükseldiğinde 10 payın değeri 1500 TL'ye çıkar ve bu değer tahvil için ödenen tutara eşit olur. Dönüştürme yapıldığında ortaklık her bir payını 150 TL'den satmış olur. Ortaklık paylarının piyasa değerinin yükselmesi bekleniyorsa, tahvil sahibi dönüştürme işlemini erteleyip bu süreçte faiz geliriyle yetinebilir. Tahvilin dönüşüm değeri, en azından ortaklığın geri satın alma fiyatına eşit ise tahvil sahipleri sahip oldukları tahvilleri pay ile dönüştürmek is-

nılması suretiyle yeni pay edinimi hakkı tanınmaktadır. Burada ifade bulan tahvil veya benzeri borçlanma aracı, yatırımcısına değiştirme hakkı kullanılıncaya dek anapara ve faiz hakkı sağlamaktadır. Ancak klasik anlamdaki tahvil veya benzeri borçlanma araçlarından farklı olarak bunlar, anapara ve faiz hakkına ilaveten tahvili paya dönüştürmeye dair yenilik doğuran bir hak daha sağlarlar. Bu durum iki şekilde gerçekleşebilir.

İlk olarak, değiştirme hakkı söz konusu olduğunda bu hakkın sahibi tüketim ödüncü sözleşmesi çerçevesinde ortaklığa verdiği parayı vade tarihinde faizi ile birlikte alma hakkından vazgeçerek ortaklığın payını elde etme hakkı kazanır[42]. Burada ortaklığa dışarıdan bir nakit akışı sağlanmamakta ancak halihazırda bilançonun pasifler kısmında ortaklık borçları altında yer edinen bir kalem yine pasifler kısmındaki sermaye başlığı altına eklenmektedir[43]. Alım hakkının tanınması suretiyle yeni pay edinme halinde ise vade tarihinde, ortaklığa tüketim ödüncü sözleşmesi çerçevesinde[44] verilen paradan ve faizinden vazgeçilmemekte buna ilaveten yeni pay edinme hakkı tanınmaktadır[45]. Yani bu durumda ortaklığa dışarıdan kaynak getirilmektedir.

Şarta bağlı sermaye artırımı sonucu yeni pay edinilmesi halinde kanaatimize göre, söz konusu sermaye piyasası aracının henüz paya dönüştürülmeden önce sahibine sağladığı getiriler edinilmiş mal olacaktır. Vade tari-

---

teyeceklerdir (Verilen örnek TECER, 1989, s. 19'da verilen örnek baz alınarak oluşturulmuştur). Değiştirilebilir tahvil ise, ihraççı tarafından çıkarılan ve payları borsada işlem gören diğer şirketlere ait paylarla değiştirme hakkı veren borçlanma aracını ifade eder. Paya dönüştürülebilir tahvillerde tahvil sahiplerine ihraççı şirketin paylarını edinme hakkı tanınırken, değiştirilebilir tahvillerde ihraççı dışındaki şirketlerin paylarını edinme hakkı tanınır. Değiştirilebilir tahviller sayesinde ana şirket ile ana şirkete bağlı yavru şirketler birbirlerinin paylarını değiştirilebilir tahvillere konu yapabilir. Paylarla değiştirilme itibari değer üzerinden gerçekleştirilir ve değiştirme gününe kadar işlemiş faizler değiştirilebilir tahvil sahiplerine nakden ödenir. Değiştirilebilir tahvillerde, paya dönüştürülebilir tahvillerdeki dönüştürme fiyatı ve oranı kavramlarına benzer değiştirme fiyatı ve oranı kavramları düzenlenmiştir. Değiştirme fiyatı değiştirilebilir tahvil sahiplerine sahip oldukları tahviller karşılığında verilecek paylar için esas alınacak fiyat, değiştirme oranı ise değiştirme sırasında değiştirilebilir tahvilin itibari değeri karşılığında verilecek pay sayısını gösterir. İhraç edilen değiştirilebilir tahvillerin vadesi içerisinde sermaye artırımı, kâr payı ödemesi ve benzeri nedenlerle pay fiyatını etkileyen işlemler olması durumunda değiştirme oranının belirlenmesinde düzeltilmiş fiyatlar esas alınır.

42 DEMİR Koray, **Özel Esas Sözleşme Değişiklikleri: Şarta Bağlı Sermaye Artırım ve Esas Sermayenin Azaltılması (TTK m. 463-475)**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 13.

43 DEMİR, 2020, s. 14.

44 Böyle bir durum söz konusu olmaksızın da alım hakkı tanınabileceği ve bunun çıplak alım hakkı veya bedelsiz alım hakkı olarak ifade edildiği hususunda bkz. DEMİR, 2020, s. 20.

45 DEMİR, 2020, s. 19.

hinde değiştirme hakkı kullanılmadığında ilgili sermaye piyasası aracının getirisi ikame kuralı gereğince finansmanında kullanılan kaynağın niteliğine göre değişecektir. Mezkûr aracın temininde edinilmiş mal kullanılmışsa söz konusu getiri edinilmiş mal olacak aksi halde ise kişisel mal olacaktır.Vade tarihinde değiştirme hakkı kullanıldığında ise söz konusu aracın yerini şarta bağlı sermaye artırımı sonucu oluşturulan yeni pay ya da paylar alacaktır. Burada taahhüdün ifasına dair TTK m. 468/2 hükmüne bakılmalıdır. Buna göre; "*Taahhüdün ifası, para yatırılması veya takas yoluyla bir mevduat veya katılım bankası aracılığıyla gerçekleştirilir.*" Buna göre yukarıda da belirtildiği üzere değiştirme hakkı söz konusuysa bu halde pay sahipliğinden doğan sermaye borcu takas ile sona erer. Takasa konu önceki tüketim ödüncü sözleşmesi kapsamında ortaklığa getirilen kaynak payın niteliğinin belirlenmesi hususunda temel teşkil etmelidir. Nitekim yeni payın karşılığını ilgili kişinin ortaklıktan olan bu alacağı oluşturmaktadır. Önceden ortaklığa sağlanan kaynak edinilmiş mal niteliğindeyse pay da edinilmiş mal niteliğinde olacak, aksi halde payın kişisel mal olduğu sonucuna ulaşılacaktır.

Alım hakkının söz konusu olduğu durumda ise aslında ortaklığa dışarıdan yeni kaynak getirilmektedir. Diğer bir ifadeyle alım hakkının sahibi bu hakkını kullandığında pay sahipliği sıfatını kazanır ve sermaye borcunu getireceği para ile öder. Burada önceden tüketim ödüncü sözleşmesi çerçevesinde ortaklığa verilen paranın payın niteliğini belirleme noktasında esas alınmaması gerektiğini düşünüyoruz[46]. İlgili tüketim ödüncü sözleşmesi kapsamında sahip olunan alacak ayrıca ele alınacaktır. Ancak yeni elde edilen payın karşılığında ortaklığa getirilecek yeni paranın niteliği, payın niteliğini de etkileyecektir. Yani paranın kişisel ya da edinilmiş mal olmasına göre pay da kişisel ya da edinilmiş mal olacaktır.

2. Sermaye Artırımı Sonucu Elde Edilen Payın Kazanılma Anının Belirlenmesi

Sermaye artırımı sonucu elde edilen pay aslen kazanılmaktadır. Tıpkı kuruluşta aslen kazanmada olduğu gibi sermaye artırımında aslen kazanmada da payın elde edilme anı üzerinde durulmalıdır. Nitekim ancak payın

---

[46] Bununla beraber alım hakkında da hak sahibi sermaye borcunu ortaklıktan olan alacağıyla takas edebilir. Bu durumun değiştirme hakkından farkı takas için ayrı bir beyana ihtiyaç duyuluyor olmasıdır (DEMİR, 2020, s. 19 dp. 66). Burada da sermaye borcunun karşılığını ikame kuralı gereğince, takasa konu alacak oluşturmaktadır. Dolayısıyla hak sahibinin ortaklığa tüketim ödüncü sözleşmesi ile getirdiği para, sonradan edinilen payın hukuki niteliğini de belirleyecektir.

kazanılma anının edinilmiş mallara katılma rejiminin devamı süresine denk gelmesi halinde bir edinilmiş maldan söz edilebilecektir. Bu kapsamda önce esas sermaye sistemi akabinde ise kayıtlı sermaye sistemine göre iç ve dış kaynaklardan sermaye artırımları bakımından en sonda da şarta bağlı sermaye artırımı bakımından payın doğduğu an tespit edilecektir.

Esas sermaye sisteminde dış kaynaklardan sermaye artırımı bakımından, halka açık olmayan bir anonim ortaklık paylarını halka arz etmeksizin sermaye artırımı yaptığında sermaye artırım kararının tescili kurucu nitelik taşır ve pay bu anda doğar[47]. Bununa beraber halka açık olsun veya olmasın bir anonim ortaklık, paylarını halka arz etmek suretiyle de sermaye artırımı gerçekleştirebilir[48]. Zira halka açık bir sermaye artırımı ya artırılan sermayeye ilişkin payların halka arzıyla ya da pay sahiplerinin elindeki mevcut payların halka arzı ile gerçekleştirilebilir. Bu tarz yeni çıkarılan payların halka arz edilmesi suretiyle sermaye artırımı yapıldığında da tescil kurucu nitelik taşır ve paylar bu anda doğar[49].

Esas sermaye sisteminde iç kaynaklardan sermaye artırımı bakımından da ikili bir ayrım yapabilir[50]. İlk olarak halka açık olmayan bir ortaklık halka

---

[47] Esas sermaye sisteminde dış kaynaklardan artırım bakımından bkz. MOROĞLU, 2018, s. 108

[48] Bu noktada TTK m. 461/2 hükmüne de değinilmelidir. Buna göre: "*Genel kurulun, sermayenin artırımına ilişkin kararı ile pay sahibinin rüçhan hakkı, ancak haklı sebepler bulunduğu takdirde ve en az esas sermayenin yüzde altmışının olumlu oyu ile sınırlandırılabilir veya kaldırılabilir. Özellikle, halka arz, işletmelerin, işletme kısımlarının, iştiraklerin devralınması ve işçilerin şirkete katılmaları haklı sebep kabul olunur. Rüçhan hakkının sınırlandırılması ve kaldırılmasıyla, hiç kimse haklı görülmeyecek şekilde, yararlandırılamaz veya kayba uğratılamaz. Nisaba ilişkin şart dışında bu hüküm kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kurulu kararına da uygulanır. Yönetim kurulu, rüçhan hakkının sınırlandırılmasının veya kaldırılmasının gerekçelerini; yeni payların primli ve primsiz çıkarılmasının sebeplerini; primin nasıl hesaplandığını bir rapor ile açıklar. Bu rapor da tescil ve ilan edilir*."

[49] MOROĞLU, 2018, s. 135-136.

[50] Dış kaynaklardan sermaye artırımı bakımından yapılan üçlü ayrım burada yerini ikili bir ayrıma bırakmaktadır. Aradaki fark şudur: Dış kaynaklardan sermaye artırımı yapıldığında halka açık olmayan bir ortaklığın halka açık sermaye artırımı yapması mümkündür. Nitekim rüçhan hakkını düzenleyen TTK m. 461 hükmü bu hakkın kaldırılmasına veya sınırlandırılmasına imkân tanımıştır. Ancak halka açık olmayan bir anonim ortaklıkta iç kaynaklardan sermaye artırımı yapıldığında TTK m. 462/3 hükmü uyarınca; "*Artırım genel kurul veya yönetim kurulu kararının ve esas sözleşmenin ilgili maddelerinin değişik şeklinin tescili ile kesinleşir. Tescil ile o anda mevcut pay sahipleri mevcut paylarının sermayeye oranına göre bedelsiz payları kendiliğinden iktisap ederler. Bedelsiz paylar üzerindeki hak kaldırılamaz ve sınırlandırılamaz; bu haktan vazgeçilemez.*" Mevcut pay sahiplerinin bedelsiz paylar üzerindeki hakkının sınırlandırılması veya kaldırılması mümkün olmadığından esas sermaye sisteminde halka açık olmayan bir anonim ortaklığın halka açık olarak iç kaynaklardan sermaye artırımı yapması mümkün değildir. Fakat yalnızca pay sahiplerinin kendilerine verilecek olan

açık olmayacak şekilde iç kaynaklardan sermaye artırımı yapılabilecektir. İkinci olarak halka açık bir ortaklık halka açık olacak şekilde iç kaynaklardan sermaye artırımı yapabilir. Her iki halde de ticaret siciline yapılacak tescil sermaye artırımı açısından kurucu nitelik taşımakta ve yeni paylar bu anda doğmaktadır[51].

Kayıtlı sermaye sisteminde, esas sözleşmede belirtilen tavana kadar sermayeyi artırma yetkisi ortaklık yönetim kurulundadır. Esas sermaye sisteminde sermaye artırımı için genel kurul kararı tescil edilmekteyken burada tescile tabi olan husus yönetim kurulunun aldığı karardır. Fakat burada da hem dış kaynaklardan hem de iç kaynaklardan yapılan sermaye artırımında ortaklığın halka açık ya da kapalı olması önem arz etmeksizin tescil kurucu bir etki gösterecektir. Artırım tescil ile gerçekleşecek, pay da tescil ile doğacaktır[52,53].

Şarta bağlı sermaye artırımında ise pay, değiştirme ve alım haklarının kullanılmasıyla söz konusu olur[54]. Değiştirme veya alım hakkının sahibi, bu hakkını kullandığında pay sahipliği sıfatını kazanır. Zira bunlar yenilik doğurucu hak niteliğindedir.

III. BİRLEŞME, BÖLÜNME, TÜR DEĞİŞTİRME SONUCU ELDE EDİLEN PAY

Ticaret ortaklıkları TTK m. 134 vd. hükümlerinde detaylarıyla düzenlendiği üzere birleşme, bölünme ve tür değiştirme şeklinde yapısal değişikliğe gidebilmektedir. Anonim ortaklıklar bakımından konuya yaklaşıldığında ilk olarak iki ortaklığın birleşmesi ihtimaliyle karşılaşılabilecektir[55]. Ortaklık birleşmeleri durumunda eşin birleşmeden önce sahip olduğu payların aldığı yeni hukuki durumun niteliği de belirli değildir.

---

bedelsiz payları halka satmak suretiyle ortaklığı halka açık hale getirmeleri söz konusu olabilmektedir (MOROĞLU, 2018, s. 253).

51 MOROĞLU, 2018, s. 251 ve 260.

52 Detaylı bilgi için bkz. MOROĞLU, 2018, s. 349 vd.

53 Bununla beraber kayıtlı sermaye sistemini kabul etmiş halka açık anonim ortaklıklar bakımından SerPK m. 12/3 hükmünün yorumu için bkz.

54 DEMİR, 2020, s. 13 ve 20. TTK m. 468 uyarınca değiştirme veya alım hakkının kullanılması ve sermaye taahhüdünün ifası neticesinde payın aslen kazanıldığı hususunda bkz. SEVİ Ali Murat, **Anonim Ortaklıkta Payın Devri**, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 38.

55 TTK m. 137/1 hükmü uyarınca sermaye şirketleri; sermaye şirketleriyle, kooperatiflerle ve devralan şirket olmaları şartıyla, kollektif ve komandit şirketlerle, birleşebilirler. Anonim şirket de bir sermaye şirketi olduğundan o da bu kapsamda değerlendirilecektir.

Ortaklıklar devralma yoluyla ya da yeni kuruluş yoluyla birleşebilmektedir. Her iki halde de birleşen ortaklık ortakları paylarının korunması maksadıyla, birleşilen ortaklıktan pay ya da ayrılma akçesi almaktadır[56]. Kanaatimizce böyle bir durumda eşin, ortaklıklar henüz birleşmeden önce sahip olduğu payının niteliği esas alınmalıdır. Nitekim burada elde edilen yeni pay veya ayrılma akçesi öncekinden tamamen farklı bir malvarlığı değeri olmayıp öncekinin geliri niteliğinde de değildir. Mahiyet itibarıyla yeni pay eski payın devamı niteliğindedir. Dolayısıyla da ilk payın finansmanı ve kazanılma anına bakılmalıdır[57]. Eğer önceki pay kişisel mal niteliğindeyse sonradan elde edilen pay veya ayrılma akçesi de kişisel mal niteliğinde olacak, aksi halde edinilmiş maldan söz edilecektir[58].

Bölünme ise TTK m. 159 hükmü gereğince tam veya kısmi olarak gerçekleşebilmektedir[59]. Tam bölünmede, ortaklığın tüm malvarlığı bölümlere ayrılıp diğer ortaklıklara devrolunurken, kısmi bölünmede bir ortaklığın malvarlığının bir veya birden fazla bölümü diğer ortaklıklara devrolunur. Her iki halde de bölünen ortaklıktaki pay sahipleri devralan ortaklığın paylarını elde ederler. Tıpkı birleşmede olduğu gibi bölünmede de esas olan önceki paydır. Bölünme sonucu, önceki pay nedeniyle ve önceki payın devamı niteliğinde yeni pay elde edilmektedir. Dolayısıyla önceki pay edinilmiş mal niteliğinde ise yeni pay da edinilmiş mal niteliğinde aksi halde kişisel mal niteliğinde olacaktır.

Son olarak tür değiştirmede[60] de hukuken şekil değişikliği sonucu oluşan yeni ortaklık aslında diğerinin devamı niteliğindedir. TTK m. 183/1 c. 1'e göre; "*Tür değiştirmede ortakların şirket payları ve hakları korunur*." Tıpkı birleşme ve bölünmede olduğu gibi finansman ve kazanım anı bakımından burada da önceki payın niteliği esas alınmalıdır. Önceki payın edinilmiş ya da kişisel mal olmasına göre sonradan elde dilen anonim ortaklık payı da bu niteliğe bürünecektir[61].

---

56 BAHTİYAR, 2015, s. 60.

57 Aynı yönde bkz. CİVELEK ACAR, 2019, s. 95.

58 Aynı yönde bkz. CİVELEK ACAR, 2019, s. 95-96; ÇELEBİ, 2017, s. 431-432. Birleşme primi varlığı halinde varılacak hukuki sonuçlara dair bkz. ÇELEBİ, 2017, s. 433.

59 TTK m. 160 hükmü gereğince sermaye şirketleri ve kooperatifler sermaye şirketlerine ve kooperatiflere bölünebileceklerdir.

60 TTK m. 181 hükmü uyarınca bir sermaye şirketi; başka türde bir sermaye şirketine; bir kooperatife; bir kollektif şirket; bir sermaye şirketine; bir kooperatife; bir komandit şirkete; bir komandit şirket; bir sermaye şirketine; bir kooperatife; bir kollektif şirkete; bir kooperatif bir sermaye şirketine, dönüşebilmektedir.

61 Her ne kadar sonradan kurulan anonim ortaklık ilk ortaklığın devamı niteliğinde olsa da (hukukumuzda şekil değiştirici tür değiştirme kabul edilmiştir (ARAS Çağlar Doğu, **Sermaye Şirket-**

IV. PAYIN DEVREN KAZANILMASI

1. Genel Olarak

Devren kazanma irade unsurunu barındırıp barındırmama bakımından ikiye ayrılmaktadır. Miras, cebri icra, mal rejimleri gibi hallerde iradi olmayan pay devri ile karşılaşılmaktadır. Oysa taraf iradeleri doğrultusunda bir hukuki işleme dayalı devir gerçekleştiğinde iradi devren kazanma söz konusu olmaktadır.

2. İradi Olarak Devren Kazanılması

Payın iradi olarak devren kazanılması halinde, edinilmiş mallara katılma rejimi bakımından payın niteliğinin belirlenmesi için temelde TMK m. 219/1 hükmüne göre hareket edilmelidir. Kısaca payın devren kazanıldığı durumlara değinmek gerekirse şöyle bir sonuca varılacaktır.

İlk olarak finansman kaynağı bakımından payın bir karşılık ilişkisi içerisinde devralınması veya TMK m. 219/2'de sayılanlar arasında bulunması halinde edinilmiş mal olarak sayılacağı gerektiği muhakkaktır[62]. Fakat burada asıl önemli olan mesele, tıpkı aslen kazanmada olduğu gibi payın hangi anda devralındığının belirlenmesidir. Nitekim bu anın edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulandığı döneme denk gelmesi halinde bir edinilmiş maldan söz edilebilecektir. Pay sahipliği sıfatının hangi anda kazanıldığı ise söz konusu payın türüne göre değişecektir. Burada yapılması gereken ilk ayrım payın bir senede bağlanmış olup olmadığıdır.

Senede bağlanmış paylar hamile veya nama yazılı olabilmektedir. Pay senedinin hamili her kim ise o kişinin hak sahibi sayılacağı anlaşılan senetlere hamile yazılı pay senedi denmektedir. Hamile yazılı pay senetleri pay bedellerinin tamamının ödenmesinden itibaren 3 ay içinde yönetim kurulu tarafından bastırılıp dağıtılır (TTK m.486). Hamile yazılı olarak çıkartılan

---

lerinde Tür Değiştirme, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 40)) anonim ortaklığın payı tür değiştirmenin ticaret siciline tescil ve ilanıyla aslen kazanılır (ÇONKAR, 2009, s. 37, SEVİ, 2018, s. 39). Fakat daha önce de belirttiğimiz üzere mal rejiminin tasfiyesi bakımından payın niteliğini belirlemede sonraki payın değil ilk payın edinim anı esas alınmalıdır.

62 Bu kapsamda payın karşılığı olarak edinilmiş bir malın kullanılması halinde pay da edinilmiş mal olacak aksi halde pay kişisel mal niteliği halini alacaktır. Fakat bir malvarlığının edinilmesinde hem edinilmiş hem de kişisel mallardan yararlanılmışsa bu durumda hangi malvarlığı değerinden yapılan katkının daha fazla olduğuna bakılmalıdır. Eğer edinilmiş mallardan yapılan katkı daha fazla ise bir edinilmiş malın varlığı kabul edilmelidir. Tabii kakı sağlanan kişisel mal varlığı için tasfiye aşamasında denkleştirme işlemi yapılacaktır.

bu pay senetlerinin devri zilyetliğin, mülkiyetin devri amacıyla geçirilmesiyle gerçekleştirilir[63]. Devir işleminin yapıldığı zamana göre de edinilmiş mallara katılma rejimi kapsamında malın niteliği belirlenecektir.

TTK m. 486 uyarınca nama yazılı pay senetleri ise belli bir kişinin adına olan ve anonim ortaklıktaki payını bildiren senetlerdir. Hamile yazılı pay senetlerinden farklı olarak nama yazılı pay senetlerinin çıkarılabilmesi için bedellerinin tamamen ödenmiş olması gerekmez ve ortaklığın pay senedi çıkarma yönünde bir zorunluluğu da bulunmamaktadır, ancak azınlık nama yazılı pay senedi bastırılmasını talep edebilir. Azınlığın talebi üzerine nama yazılı pay senetleri sadece talepte bulunanlar için değil tüm nama yazılı pay sahipleri için çıkarılacaktır[64]. Nama yazılı pay senetlerinin devri ise TTK m. 490/2 uyarınca ciro ve zilyetliğin devri ile gerçekleşir. Bu devir işleminin ortaklığa karşı hüküm ifade edebilmesi için pay defterine kaydı da gerekmektedir. Pay defterine kayıt devir işleminin hangi anda gerçekleştiğinin belirlenmesinde değil bu devrin ortaklığa karşı ileri sürülebilmesinde etkilidir.

Ciro ile devirden hareketle anonim ortaklık tarafından çıkarılan nama yazılı pay senetlerinin hukuki niteliği konusunda doktrinde tartışma bulunmaktadır. Doktrinde bir görüş nama yazılı pay senetlerinin kanunen emre yazılı kıymetli evrak olduğunu belirtmektedir. Bunlara göre isimde her ne kadar nama kelimesi kullanılmış olsa da bu kanun koyucunun nama yazılı bir senet oluşturmak istediğini göstermez. Burada kanun koyucunun amacı bir yandan senede tedavül kolaylığı sağlarken diğer yandan senedin üstünde ve pay defterinde yazan isme dikkat çekmek ve devir sırasında bu hususun da göz önünde bulundurulmasını istemektir[65]. İkinci bir görüşe göre nama yazılı pay senetleri nama yazılı kıymetli evraktır. Bu görüşün sahipleri nama yazılı pay senetlerinin, devir beyanı ve zilyetliğin geçirilmesi ile devir olanaklarının devam ettiğini, kanun koyucunun istisnai olarak emre yazılı senetlerdeki devir şekliyle de devredilebileceklerini kabul ettiğini söylemektedirler[66]. Son görüşe göre ise ciro nama yazılı pay senetlerinin hukuki niteli-

---

63 POROY / TEKİNALP / ÇAMOĞLU, 2019, N 1113.

64 ŞENER Oruç Hami, **Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı**, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Yayıncılık, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 608.

65 POROY / TEKİNALP / ÇAMOĞLU, 2019, N 1128 (Yazarlar ayrıca ciro kelimesinin hem beyaz ciroyu hem de tam ciroyu ifade ettiğini dolayısıyla beyaz ciro ve zilyetliğin geçirilmesiyle devrin mümkün olduğunu belirtmektedirler); BAHTİYAR, 2015, s. 314

66 ÜLGEN Hüseyin / HELVACI Mehmet / KENDİGELEN Abuzer / Arslan KAYA, **Kıymetli Evrak Hukuku**, Güncellenmiş Yedinci Bası'dan Dokuzuncu (Tıpkı) Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 59., KARAHAN, 2013, s.720.

ğini değiştirmez ciro aslında pay senedi üzerine yazılan bir devir beyanıdır[67]. Nama yazılı pay senetlerinin hukuki niteliği bakımından hangi görüş kabul edilirse edilsin her halükârda gerekli tasarruf işlemi yapıldığında devir gerçekleşecek ve bu ana göre de edinilmiş-kişisel mal nitelemesi yapılacaktır.

Senede bağlanmış paylar bakımından son olarak ilmühabere[68] bağlanan paylara da değinilmelidir. İlmühaberler anonim ortaklıklarda pay senetleri bastırılıncaya kadar onların yerini tutmak üzere geçici olarak çıkarılan senetlerdir[69]. İlmühaber bastırılabilmesi için esas sözleşmede hüküm bulunması gerekmez ve aksi öngörülmedikçe ilmühaber bastırılması zorunlu değildir[70]. Bastırılırsa da paya dair tüm hakları kullanma yetkisi verir. TTK m. 486/2

---

67 HIRSCH Ernst, **Ticaret Hukuku Dersleri**, 2. Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1946, s.473., İMREGÜN Oğuz, **Anonim Ortaklıklar**, 4. Bası, Yasa Yayınları, İstanbul, 1989, s. 364

68 Doktrinde ilmühaberlerin hangi pay senetlerinin yerine çıkarılabileceğine dair iki görüş bulunmaktadır. Bunlardan birincisine göre ilmühaberler sadece hamiline yazılı pay senetlerinin yerini tutmak üzere çıkartılabilirler (ÜLGEN / HELVACI / KENDİGELEN / KAYA, 2014, s. 35). İkinci görüşe göre ise ilmühaber hem nama hem de hamiline yazılı pay senetleri için bastırılabilir (KARAHAN, 2013, s. 747; POROY / TEKİNALP / ÇAMOĞLU, 2019, N 1195; BOZKURT, 2017, s. 302; KENDİGELEN Abuzer, **Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler**, Güncellenmiş 2. Basıdan 3. (Tıpkı) Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 394; ŞENER, 2015, s. 609; ALTAŞ Soner, **Anonim Şirketler**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 488). İlmühaberlerin Kanunda düzenleniş şekline baktığımızda ilk görüşün haklı olduğu düşünülebilir. Nitekim kanun koyucu hamiline yazılı pay senetlerinin bastırılmasından bahsederken senetler bastırılıncaya dek ilmühaber bastırılabileceğini düzenlemiştir. Düzenlendiği konum itibariyle nama yazılı pay senetlerinin bastırılması dışlanmış görünmektedir. Nitekim eTTK m. 411'de kanun koyucu ilmühaber bastırılmasını nama ve hamiline yazılı paylar için ayrı ayrı düzenlemiş ve daha detaylı hükümler getirmişti. Ancak kanaatimizce her ne kadar düzenleniş şekli itibariyle ilmühaberlerin sadece hamiline yazılı pay senetleri yerine bastırılabileceği düşünülebilse bile hükmün ifade tarzı nama yazılı pay senedi yerine de ilmühaber çıkarılmasını geçerli kılacak şekildedir. 486/2 sadece hamiline yazılı pay senetlerinin yerine ilmühaber çıkarılabileceğini veya nama yazılı pay senetlerinin yerine ilmühaber çıkarılamayacağını açıkça belirtmemiştir. Dolayısıyla nama yazılı pay senetleri bastırılıncaya kadar ilmühaber bastırılabilmelidir.

69 ÜLGEN / HELVACI / KENDİGELEN / KAYA, 2014, s. 34. İlmühaberlerin anlamı geçici senet veya ara senettir (POROY / TEKİNALP / ÇAMOĞLU, 2019, N 1195).

70 Hamiline yazılı pay senedi çıkarılabilmesi için pay bedellerinin tamamen ödenmesi gerekmektedir (m. 486/2). Bedel tamamen ödenmedikçe pay senedi çıkarılamaz ancak ilmühaber çıkarılıp çıkarılamayacağına dair bir açıklık bulunmamaktadır. Doktrinde Ülgen/Helvacı'ya göre ilmühaberler için bir yandan nama yazılı senetlere ilişkin hükümlerin uygulanacağının öngörülmesi diğer yandan yönetim kurulunun ancak pay bedellerinin tamamen ödenmesi halinde hamiline yazılı pay senedi bastırılmasına karar alabiliyor olması tereddüde yol açmaktadır (ÜLGEN / HELVACI / KENDİGELEN / KAYA, 2014, s. 35). Kanaatimizce tıpkı hamiline yazılı pay senedi çıkarılmasında olduğu gibi bunların yerine ilmühaber çıkarıldığı durumda da pay bedellerinin tamamen ödenmesi gerekmektedir. Nitekim pay bedeli tamamen ödenmeden pay senedi çıkarma yasağındaki amaç henüz pay bedeli borcunu tamamen ödememiş olan pay sahibinin hamiline yazılı pay senedinin sağladığı tedavül kolaylığından faydalanıp payını devretmesini önlemektir. Dolayısıyla pay bedeli tamamen ödenmeden buna dayalı bir senet çıkarılması kanunun ruhuna uymayacaktır.

hükmü uyarınca ilmühaberlere kıyasen nama yazılı pay senetlerine dair hükümler uygulanacaktır. Nama yazılı pay senetlerine dair yukarıda detaylı izahat verildiğinden bu hususta oraya atıf yapmakla yetinilecektir.

Daha önce de belirtildiği üzere bir anonim ortaklıkta pay sahibi olabilmek için pay senetlerinin çıkarılıp dağıtılması gerekli değildir. Zira pay ortaklığın tesciliyle, paya bağlı hak ve borçlar ise kanun ve ana sözleşmeden doğmaktadır[71]. Pay senede bağlanmadığında bu paylar, çıplak pay olarak da nitelendirilebilmektedir. Çıplak payların kaydı pay defterine yapılmaktadır. Çıplak payların sahibine bahşettiği haklar ve yüklediği borçlar açısından senede bağlanmış paylardan farkı yoktur[72]. Ancak kıymetli evrak niteliğini haiz olmayan pay defterine kayıtlı çıplak paylar için senede bağlı paylardan farklı olarak tedavül kabiliyeti ve devir açısından farklılık bulunmaktadır. Çünkü pay senedine bağlanma payın tedavül kabiliyetini artıracaktır.

Çıplak paylarda devir açısından ikili bir ayrım yapılmalıdır. Çıplak payın bedeli tamamen ödenmişse bu durum BK kapsamında alacağın devri hükümlerine tabiyken, bedeli tamamen ödenmemiş çıplak paylar alacağın devri ve borcun üstlenilmesi hükümlerine tabidir[73]. Burada pay sahipliği sıfatının hangi anda doğduğunu belirlemek için alacağın devri[74] ve borcun üstlenilmesi kurumlarından yola çıkılacak ve bu belirlemeye göre edinilmiş bir malın bulunup bulunmadığı sorusuna cevap bulmada hangi anın esas alınacağı tespit edilecektir.

Senede bağlı olmayan paylar kapsamında kaydi payların da incelenmesi gerekmektedir. Çünkü SerPK m. 12 hükmünde pay senedi çıkarmak bir zorunluluk olarak belirtilmişken aynı zamanda 13. madde ile de kaydileştirme düzenlenmiştir. SerPK m. 13/1 uyarınca sermaye piyasası araçlarının senede bağlanmaksızın kayden ihracı esastır. Kaydi sermaye piyasası araçları nama veya hamiline yazılı olmalarına bakılmaksızın MKK nezdinde oluşturulan elektronik ortamda isme açılmış hesaplarda izlenecektir. Kayden izlenen sermaye piyasası araçları üzerindeki hakların üçüncü kişilere karşı ileri sü-

---

71 BAHTİYAR, 2015, s. 308

72 Doktrinde çıplak paylar için nama ve hamiline ayrımının yapılıp yapılamayacağı konusunda tartışma bulunmaktadır.

73 BAHTİYAR, 2015, s. 311.

74 Bir tasarruf işlemi niteliğindeki alacağın devrinin gerçekleşme anı buna yönelik sözleşmenin yapılma zamanına göre belirlenir. Diğer bir ifadeyle alacağın devrine yönelik sözleşmenin yapılmasıyla alacak da devredilmiş olur.

rülmesinde MKK'ya yapılan bildirim tarihi esas alınacaktır. Kaydi payların devri, devrin borsada ya da borsa dışında yapılmasına göre değişecektir ve payın nama ya da hamiline yazılı olması devir şekli açısından fiilen bir farklılık doğurmayacaktır. Kaydi payların borsa dışında devri tıpkı çıplak payların devrinde olduğu gibi alacağın temliki yoluyla yapılır ve bu devrin MKK'ya karşı geçerli olabilmesi için de MKK'ya bildirilmiş olması gerekir[75]. SerPK m. 13/6 uyarınca devrin pay defterine kaydı ilgililerin başvurusuna gerek kalmaksızın MKK nezdindeki kayıtlar esas alınarak yapılır. Kaydi payın borsada devri ise, hak sahiplerince aracı kuruluşlara verilen alsat şeklindeki emirlerin aracı kuruluşlarca borsaya iletilmesi ve bu emirlerin içerdiği irade beyanlarının borsada eşleşmesi yoluyla yapılır[76]. Bu belirlemelere göre tespit edilen devrin gerçekleştiği tarihte edinilmiş mallara katılma rejimi devam ediyorsa (finansman kaynağına da bağlı olarak) bir edinilmiş malın varlığı sonucuna ulaşılacaktır.

3. İradi Olmayan Devren Kazanma

İradi olmayan devren kazanma hallerinden ilki olan miras yoluyla kazanmada TMK m. 220 hükmü uyarınca bir kişisel malın varlığından söz edilecektir[77]. Cebri icra ile kazanım halinde senede bağlanmış bir pay bulunmaktaysa taşınırların cebri icra ile satışına[78] dair hükümler uygulanacaktır. Haczedilen senede bağlanmamış payların cebri icra ile satışında İİK m. 94/1 hükmü nedeniyle yine taşınır malların cebri ile satışına dair hükümler uygulanacaktır.

Taşınır malların cebri icra ile satışında TBK m. 279/1'e göre, mülkiyet ihale anında kazanılır. Buna göre edinilmiş-kişisel mal ayrımı da bu ana göre yapılacaktır. Bununla beraber İİK m. 118/1 hükmü ayrıca ele alınmalıdır. Buna göre; "*Satış peşin para ile yapılır. Ancak icra memuru müşteriye yedi günü geçmemek üzere bir mühlet verebilir. (Ek cümle: 2/7/2012-6352/26 md.) Daire dışında tahsil edilen paralar en geç tahsilatın yapıldığı günü takip eden ilk iş günü çalışma saati sonuna kadar banka hesabına yatırılmak üzere, icra veya mahkeme kasalarında muhafaza edilir. (Değişik*

---

75 KARAHAN, 2013, s. 727.

76 KARAHAN, 2013, s. 726.

77 Edinilmiş maldan karşılanan ivazlı miras sözleşmesi ile kazanım bakımından miras sözleşmesinin yapıldığı zamanın önem teşkil edeceği hususunda bkz. CİVELEK ACAR, 2019, s. 118.

78 Bu hususa dair detaylı bilgi için bkz. KURU Baki, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra İflas Hukuku**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 290 vd.

cümle: 17/7/2003- 4949/30 md.) Satılan mal ihale kesinleşmeden teslim olunmaz. (Mülga son cümle: 2/7/2012- 6352/26 md.) (...)". Satılan malın mülkiyeti her ne kadar ihale anında kazanılacak olsa da malın teslimi ancak ve ancak ihalenin kesinleşmesiyle yani paranın ödenmesiyle gerçekleşir.

Diğer bir iradi olmayan devren kazanma hali mahkeme kararı ile pay sahipliğinin kazanılması halidir. Burada üzerinde durulması gereken nokta taşınmazlarda söz konusu olan TMK m. 716/2 hükmündeki gibi yenilik doğurucu hüküm niteliğindeki mahkeme kararıyla kazanımın mümkün olup olmadığıdır[79]. Taşınmazlarda açıkça düzenlenen bu duruma taşınırlar bakımından imkân sağlanmamıştır. Dolayısıyla taşınırlarda mülkiyetin geçişi bakımından temel kurallar uygulama alanı bulacaktır. Bu durumda hâkim payın devrine yönelik yenilik doğurucu bir karar değil edaya yönelik bir karar verecektir[80]. Bunun neticesinde de cebri icraya başvurulabilecektir. Diğer bir durum ise senede bağlanmamış paylarda ne olacağıdır. Taraf payı devir taahhüdünde bulunmasına rağmen bu borcunu yerine getirmezse burada alacağın devri taahhüdünün yerine getirilmemesi halinde doğacak hukuki sonuçlar gündeme gelecektir. TBK m. 185 hükmü uyarınca; "*Alacağın devri kanun veya mahkeme kararı gereğince gerçekleşmişse, bu devir özel bir şekle ve önceki alacaklının rızasını açıklamasına gerek olmaksızın, üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir*." Açıkça görüldüğü üzere burada mahkeme kararı tasarruf işleminin işlevini görür. Dolayısıyla bu ana göre edinilmiş-kişisel mal değerlendirmesi yapılır.

Son olarak mal rejimleri hükümleri sonucu iradi olmayan devren kazanım hali üzerinde durulmalıdır. Çalışmamız kapsamında edinilmiş mallara katılma rejimi çerçevesinde payın kazanılması durumu ele alınmaktadır. Bilindiği üzere edinilmiş mallara katılma rejiminde her eş kendi mülkiyeti üzerindeki malda mülkiyetini devam ettirecektir. Bununla beraber tasfiyede göz önünde bulundurulmak üzere edinilmiş-kişisel mal ayrımına gidilmiştir. Buna göre eşlerin münhasır mülkiyetindeki mallar tasfiye sırasında ya kişisel ya da edinilmiş mal sayılacaktır. Tasfiye sonunda eşlerden biri diğer eşin artık değeri üzerinde katılma alacağına sahip olacaktır. Burada bir alacak hakkı bulunmaktadır ve kural olarak mülkiyetin geçişinden söz edilemeye-

---

[79] Detaylı bilgi için bkz. OĞUZMAN M. Kemal / SELİÇİ Özer /OKTAY ÖZDEMİR Saibe, **Eşya Hukuku**, 22. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, N 1500 vd.

[80] Aslında taşınmaz mülkiyetinin devri bakımından da hak sahibi eda davası niteliğinde bir dava açacak olmasına rağmen verilen karar mülkiyetin geçişine yönelik yenilik doğurucu olacaktır (OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, 2017, N 1503).

cektir. Bununla beraber istisnaen de olsa mülkiyetin devri ile karşılaşılmaktadır. TMK m. 262 hükmü uyarınca; "*Tasfiye sırasında, paylı mülkiyete konu bir mal varsa, eşlerden biri kanunda öngörülen diğer olanaklardan yararlanabileceği gibi, daha üstün bir yararı olduğunu ispat etmek ve diğerinin payını ödemek suretiyle o malın bölünmeden kendisine verilmesini isteyebilir*." Buna göre eşlerin paylı mülkiyetinde olan ortaklık payının varlığı halinde eşlerden biri daha üstün bir yararı olduğunu ispat etmek ve diğerinin payını ödemek suretiyle o payın bölünmeden kendisine verilmesini isteyebilir[81]. Buradaki yasal ön alım hakkının kullanılması ile eşler arasında payın devrini amaçlayan bir satış sözleşmesi kurulacaktır[82]. Eşlerden birinin üstün yararına dayanan bu talep hakkının kullanılmasıyla diğer eş bu hususta bir borçlandırıcı işlem yapma yükümlülüğü altına girecektir[83]. Eşlerin aralarında anlaşmak suretiyle borçlandırıcı işleme vücut vermeleri halinde buna göre hareket edilecek aksi halde dava yoluna başvurulacaktır. Bu doğrultuda eşlerin anlaşması halinde gerekli tasarruf işleminin yapılmasıyla payın devrinin gerçekleştiği sonucuna ulaşılacak, eşlerin anlaşamaması halinde ise yukarıda mahkeme kararına dair belirtilen hukuki sonuç doğacaktır.

V. PAYIN PİYASA DEĞERİNİN DEĞİŞMESİ

Bir anonim ortaklık payının piyasa değerindeki[84] değişikliğin mal rejimi üzerinde nasıl bir etki göstereceği ayrıca ele alınmalıdır. Doktrinde bu tür

---

81 Paylı mülkiyet ilişkisi eşlerin iradeleri doğrultusunda oluşturulabileceği gibi TMK m. 222/2'deki karine sonucu da paylı mülkiyetin bulunduğu sonucuna ulaşılabilir.

82 SARI, 2007, s. 292

83 DURAL Mustafa / ÖĞÜZ Tufan / GÜMÜŞ Mustafa Alper, **Türk Özel Hukuku**, Cilt III, 15. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, N 1134.

84 Payda 'değer' kavramı farklı şekillerde kullanılabilmektedir. İlk olarak payın itibari değeri o payın üzerinde yazılı olan değerdir. Ortaklığın toplam sermaye miktarını belirleyebilmek amacıyla kullanılır. TTK m. 476'da payın itibari değerinin minimum bir kuruş olduğu ve bu değerin ancak birer kuruş ve katları olarak yükseltilebileceği belirtilmiştir. Bu itibari değer Bakanlar Kurulunca yüz katına kadar artırılabilir. İhraç fiyatı, payın ihraççı ortaklık tarafından çıkarıldığında satışa sunulduğu fiyattır. Her ne kadar paylar itibari değerden satışa sunuluyorsa da piyasa değeri yüksek olan bir pay çıkaran ortaklık itibari değerin üzerine emisyon fiyatını da ekleyerek bir ihraç fiyatı belirleyebilir (KARABIYIK Lâle Erdem, **Menkul Kıymetler Borsası ve Diğer Yatırım Alternatifleri**, Marmara Kitabevi Yayınları, Bursa, 1997, s. 24). Defter değeri, işletmenin öz sermaye toplamının tüm pay senetleri sayısına bölünmesiyle bulunur. Öz sermaye değeri de denir (AKBULAK / AKBULAK, 2004, s. 54. Yazarlar ayrıca öz sermayeyi; ödenmemiş sermaye, ihtiyatlar toplamı, dağıtılmamış kârlar, yeniden değerleme değer artış fonları ve bu türdeki diğer fonlarla karşılıklar olarak belirtmiştir). Tasfiye değeri, bir ortaklığın tasfiyesi sonucu ortaklık varlıklarının paraya dönüştürülmesiyle elde edilen tutardan ortaklığın borçları ödendikten sonra kalan miktarın pay sayısına bölünmesi

durumlar için şöyle bir ayrım yapılmaktadır. Endüstriyel değer artışlarında eşin iş gücü önem taşıdığından bu tarz değer artışları edinilmiş mal olarak kabul edilmelidir[85]. Konjonktürel değer artışlarında ise eşin iş gücü bir önem taşımadığından kişisel maldaki değer artışı yine kişisel mala dâhil olacaktır[86].

Gümüş, olağan yönetimi aşan ve profesyonel benzeri bir şekilde yönetilen kişisel mallardaki değer artışını edinilmiş mal olarak nitelendirmekte ve şu örneği vermektedir: Eşin tüm gün boyunca bir banka şubesinin yatırım odasında payların düzenli olarak takibini, alım-satımını yapması halinde kişisel mala dayalı olarak elde edilen kazanç edinilmiş mal sayılacaktır[87]. Buna göre bu şekilde profesyonel bir çalışma olmaksızın değer artışından elde edilen kazanç da kişisel mal sayılacaktır.

---

sonucu bulunan değeri ifade etmektedir. Son olarak piyasa değeri ise bir payın sermaye piyasasında arz ve talep koşullarına göre alınıp satılığı fiyattır. Ülkede eğer borsa mevcut ise bu durumda borsa fiyatı piyasa fiyatıyla aynı anlamda kullanılır (KARABIYIK, 1997, s. 24).

85 GÜMÜŞ Mustafa Alper, **Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m. 185 - 281)**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 257; KIRMIZI, 2018, s. 135; GENÇCAN, 2018, s. 209; ZEYTİN, 2017, N 274; ÖZTAN Bilge, **Aile Hukuku**, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 441; Y. 8. HD, E. 2015 / 16149, K. 2015 / 19750, 5.11.2015: "*Davalı ...'ın ....'nin sermayesinin tamamına yakın hakim ortağı olmakla bu şirketin, yine sermayesinin büyük miktarına sahip ortağı olarak da ..... mal rejiminin başlangıcı olan 01.01.2002 tarihinden mal rejiminin sona erdiği boşanma davası tarihine (20.09.2004) kadar hakim ve büyük ortağın çabası ile şirket hisselerinin nominal değerinden daha fazla bir piyasa değerine ulaşmış olup olmadığının bu konulardan anlayan bir bankacı ve mali müşavir ile hukukçudan oluşan 3 kişilik bilirkişi heyetine incelettirilerek davalının şirketlerdeki hisselerinin 01.01.2002 tarihi ile tasfiye tarihi arasında (Boşanma dava tarihi 20.09.2004) piyasa değerinden artış olup olmadığının, olmuşsa bunun endüstriyel ya da konjonktürel olup olmadığı, bir artış olduğunun belirlenmesi davalının kişisel çabası karşılığı normal değer artışını aşan bir artışın mevcudiyeti durumunda, bunun davalının kişisel çabası ile oluştuğu kabul edilerek ancak bu miktar içerisinden katılma alacağı talep edebileceği gözetilerek davacı kadının kazanılmış hakları göz önünde bulundurularak bir karar verilmesi gerekmektedir*" (Lexpera). Eşin ortaklığın yönetiminde de görev alması durumunda endüstriyel değer artışlarında söz konusu eşin payına düşen gelirin eşin çalışması sonucu edinilmiş mal aksi halde ise kişisel malın geliri olarak edinilmiş mal sayılması gerektiği yönünde bkz. BÜBERCİ ÇİFÇİ / İÇÖZ DEMİREL, 2019, s. 102. Doktrinde bu ayrımın yapılmaması durumu ile de karşılaşılmaktadır. Moroğlu, eşin, kişisel mal niteliğindeki bir ortaklığın kuruluş tarihindeki değeri ile güncel değeri arasındaki fark üzerinde hak sahibi olamayacağını belirtmiştir. Yazara göre kişisel malın artısı da eksisi de malın malikine aittir ve tasfiyede göz önünde bulundurulmamalıdır (MOROĞLU Nazan, "Mal Rejimleri ve Katılma Alacağı Davaları", İstanbul Barosu SEM Cumartesi Forumları, **İstanbul Barosu Yayınları**, Genel Yayın No: 229, İstanbul, 2013, s. 74).

86 GÜMÜŞ, 2008, s. 257; KIRMIZI, 2018, s. 135; GENÇCAN, 2018, s. 209; ACABEY Mehmet Beşir, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Mal Grupları - Ispat Kuralları ve Eşlerin Paylı Mülkiyeti Altındaki Mallara İlişkin Düzenlemeler", **DEÜHFD**, C. 9, Özel Sayı, 2007, s. 503.

87 GÜMÜŞ, 2008, s. 257.

Öncelikle belirtmek gerekir ki piyasadaki arz talep ilişkisi sonucu oluşan konjonktürel değer artışlarında bir gelirden değil bizatihi söz konusu malın kendisinden söz edilmelidir. Yani kişisel mal niteliğindeki bir pay piyasa koşullarına bağlı olarak değer kazandığında burada son haliyle ilgili payın kişisel bir mal niteliğinde olduğu sonucuna ulaşılacaktır. Bununla beraber endüstriyel değer artışlarında doğru bir sonuca varmak daha zordur. Nitekim bu halde pay sahibi eşin emeği de bulunabilmektedir. Eş emeği karşılığında ayrıca bir gelir elde ediyor da olabilecektir. Örneğin eş, ortaklığın yönetiminde bulunuyorsa, yönetim faaliyeti sonucu bir kazanç elde edilecek ve bu kazanç eşin çalışmasının karşılığını teşkil ettiğinden edinilmiş mal niteliğinde olacaktır. Fakat buna ilaveten eşin gerçekleştirdiği yönetim faaliyeti sonucunda ortaklık paylarının değer kazanması da söz konusu olabilecektir. Doktrinde kişisel mal niteliğindeki payda meydana gelecek bu değişikliğin olağan yönetim faaliyeti kapsamında gerçekleşmesi halinde yine kişisel maldan söz edilmesi gerektiği aksi halde bir edinilmiş malın varlığı sonucuna ulaşılacağı benimsenmiştir[88]. Diğer bir ifadeyle, eşin gösterdiği aşırı çaba sonucunda pay normal koşullarda kazanabileceğinden daha fazla değer kazanmıştır ve eş aslında alması gerekenden daha az bir ücret almıştır. İşte eşin gösterdiği emeğe rağmen daha düşük bir karşılık aldığı durumlarda yine eşin olağan olmayan çabası sonucu payda meydana gelen değer artışının edinilmiş mal olarak ele alınması gerektiği düşünülebilecektir[89]. Böylesi bir ayrımı yapmanın çok kolay olmadığı gerçeği de göz ardı edilmemelidir[90].

SONUÇ

Türk Medeni Kanunu ile edinilmiş mallara katılma rejimi yasal mal rejimi olarak kabul edilmiştir. Bu mal rejimi kapsamında artık değerin hesabında eşlere ait edinilmiş ve kişisel mallar göz önünde bulundurulmaktadır. Edinilmiş malların ne olduğunun belirlenmesi bakımından ise TMK m. 219/1'de yer alan şartların ayrı ayrı detaylıca incelenmesi hususiyet arz edecektir. Söz konusu maddeye göre edinilmiş maldan söz edilebilmesi için öncelikle bir malvarlığı değeri bulunmalı, bu malvarlığı değerini eşlerden biri karşılığını vererek edinmiş olmalı ve bu edinim mal rejiminin devamı süresince gerçekleşmelidir. Ancak bu şartlar gerçekleşmiş olsun ya da olma-

---

88 BÜBERCİ ÇİFÇİ / İÇÖZ DEMİREL, 2019, s. 104.

89 BÜBERCİ ÇİFÇİ / İÇÖZ DEMİREL, 2019, s. 104.

90 Ortaya çıkan değer fazlalığının eşin çalışmasının ürünü olup olmadığını tespitte vergilendirmenin önemli bir kriter olabileceği hususunda bkz. ZEYTİN, 2017, N 331.

sın somut olayda TMK m. 219/2'de yer alan malvarlığı değerlerinden birinin bulunması halinde edinilmiş malın varlığı da doğrudan kabul edilecektir.

Edinilmiş mal ve kişisel mal ayrımına dair mevzuatta yer alan detaylı tanımlamalara rağmen özellikle anonim ortaklıklara dair bazı mevzularda bu tasnifi somut olaya uygulamak pek de kolay olmamaktadır. Bu nedenle de anonim ortaklık payına dair bazı hususların edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde nasıl ele alınacağı üzerinde ayrıntılı açıklamalar yapılmıştır. Fakat kural olarak her bir açıklama bakımından önem arz eden temel nokta payın edinilmesinde kullanılan finansmanın niteliği ve payın edinim anıdır.

Yukarıdaki temel bilgiye ilaveten anonim ortaklıklar bakımından üzerinde durulması gereken en önemli mevzulardan biri iç kaynaklardan sermaye artırımı yapıldığında nasıl bir yol izlenmesi gerektiğidir. Kanaatimize göre burada aksiyon alırken esas alınan temel durum, sermaye artımına imkân sağlayan kaynağın niteliğidir. Dolayısıyla bu kaynağın çeşidine göre varılacak sonuçlar da değişecektir. Yine şarta bağlı sermaye artırımında da yeni pay edinimine imkân sağlayan hakkın niteliği önem taşımaktadır. Değiştirme veya alım haklarından hangisinin kullanılmış olduğu varılacak sonucu da etkileyecektir.

Son olarak payın piyasa değerinin değişmesinin mal rejiminin tasfiyesine etkisi irdelenmiştir. Burada payın değerindeki artışı sağlayan şey, payın mal rejiminin tasfiyesindeki niteliğini belirlemede esas alınmaktadır. Konjonktürel değer artışlarında pay sahibinin bir etkisi bulunmadığından önceki nitelik neyse aynısı artmış değer bakımından da devam edecektir. Ancak endüstriyel değer artışlarında kişisel mal niteliğindeki bir payda meydana gelecek değişikliğin olağan yönetim faaliyeti kapsamında gerçekleşmesi halinde yine kişisel maldan söz edilecek aksi halde ise bir edinilmiş malın varlığı sonucuna ulaşılacaktır.

KAYNAKÇA

ACABEY Mehmet Beşir, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Mal Grupları - Ispat Kuralları ve Eşlerin Paylı Mülkiyeti Altındaki Mallara İlişkin Düzenlemeler", **DEÜHFD**, C. 9, Özel Sayı, 2007, s. 491-534.

ACAR Faruk, **Aile Konutu Mal Rejimleri**, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

AKBULAK Sevinç / AKBULAK Yavuz, **Türkiye'de Sermaye Piyasası Araçları ve Halka Açık Anonim Şirketler**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2004.

AKINCI Şahin, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinde Karşılaşılan Bazı Meseleler ve Çözüm Önerileri", **MÜHF-HAD**, C. 22, S. 3, 2016, s. 165-190.

ALDEMİR İpek Betül, **Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Taraf İradelerinin Etkisi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

ALTAŞ Soner, **Anonim Şirketler**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

ANDAŞ Ferudun, **İç Kaynaklardan Sermaye Artırımı**, SPK Uzmanlık Yeterlilik Tezi, 1987.

ARAS Çağlar Doğu, **Sermaye Şirketlerinde Tür Değiştirme**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

ARSLANLI Halil, "Anonim Şirkette Pay ve Pay Sahipliği", **İÜHFM,** 1958, C. 28, S. 3-4, s. 248-290.

BAHTİYAR Mehmet, **Ortaklıklar Hukuku**, 10. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015.

BOZKURT Tamer, **Ticaret Hukuku**, Kuram Kitap, Kocaeli, 2017.

BÜBERCİ ÇİFÇİ, Afet Gülen / İÇÖZ DEMİREL, Derya, **Anonim ve Limited Şirketlerde Pay, Kar Payı ve Yedek Akçelerin Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi Kapsamında Tasfiyesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

ÇATAKOĞLU Buket, **Türk Sermaye Piyasası Hukukunda Borçlanma Araçları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

ÇONKAR M. Halil, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahipliği Sıfatının İspatı**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.

CİVELEK ACAR Esra, **Yasal Mal Rejiminin Tasfiyesinde Sermaye Ortaklıkları Payı**, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2019.

ÇAĞIRGAN TUNCER Senar / ULUSOY Yasin, "Yedek Akçeler", **DEÜHFD**, C. 19, Özel Sayı, 2017, s. 1971-1996.

ÇELEBİ Ali Ergin, "Şirketlerde Ortaklık Payı Kazanılmasının Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşlerin Malvarlığına Etkisi", **TBB Dergisi**, 2017 (133), s. 423-448.

DEMİR Koray, **Özel Esas Sözleşme Değişiklikleri: Şarta Bağlı Sermaye Artırım ve Esas Sermayenin Azaltılması (TTK m. 463-475)**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

DOMANİÇ Hayri, **Kıymetli Evrak Hukuku**, Genişletilmiş 2. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1975.

DURAL Mustafa / ÖĞÜZ Tufan, GÜMÜŞ Mustafa Alper, **Türk Özel Hukuku**, C. III, 15. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.

GENÇCAN Ömer Uğur, **Mal Rejimleri Hukuku**, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.

GÜMÜŞ Mustafa Alper, **Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m. 185 - 281)**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.

HIRSCH Ernst, **Ticaret Hukuku Dersleri**, 2. Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1946.

İMREGÜN Oğuz, **Anonim Ortaklıklar**, 4. Bası, Yasa Yayınları, İstanbul, 1989.

KARABIYIK Lâle Erdem, **Menkul Kıymetler Borsası ve Diğer Yatırım Alternatifleri**, Marmara Kitabevi Yayınları, Bursa, 1997.

KARAHAN Sami, **Şirketler Hukuku**, 2. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2013.

KENDİGELEN Abuzer, **Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler**, Güncellenmiş 2. Basıdan 3. (Tıpkı) Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

KILIÇOĞLU Ahmet M., **Aile Hukuku**, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017.

KIRMIZI Mustafa, **Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Aile Konutu**, 4. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2018.

KÖSEOĞLU Bilâl / KOCAAĞA Köksal, **Aile Hukuku ve Uygulaması**, Ekin Yayınevi, Bursa, 2011.

KURU Baki, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra İflas Hukuku**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2016.

MANAVGAT Çağlar, "Kayıtlı Sermaye Sistemindeki Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Payın Doğumu ve Satış Sürecine Etkileri" **BATİDER**, C. XXXI, S. 3, 2015, s. 5-20.

MOROĞLU Erdoğan, "Türk Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Kanunu", **15. Yıl Sempozyumu**, Ankara, SPK Yayını No: 119, 1998, s. 15-22.

MOROĞLU Erdoğan, **Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı**, 4. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

MOROĞLU Nazan, "Mal Rejimleri ve Katılma Alacağı Davaları", İstanbul Barosu SEM Cumartesi Forumları, **İstanbul Barosu Yayınları**, Genel Yayın No: 229, İstanbul, 2013.

OĞUZMAN M. Kemal / BARLAS Nami, **Medeni Hukuk**, 25. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.

OĞUZMAN M. Kemal / SELİÇİ Özer /OKTAY ÖZDEMİR Saibe, **Eşya Hukuku**, 22. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.

ÖZTAN Bilge, **Aile Hukuku**, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.

POROY Reha / TEKİNALP Ünal / ÇAMOĞLU Ersin, **Ortaklıklar Hukuku II**, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.

SARI Suat, **Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi**, Beşir Kitabevi, İstanbul, 2007.

SEVİ Ali Murat, **Anonim Ortaklıkta Payın Devri**, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2018.

ŞENER Oruç Hami, **Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı**, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Yayıncılık, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015.

TAŞDELEN Nihat, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahipliği Sıfatının Kazanılması**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005.

TECER Meral, **Tahvil Yatırımlarının Yönetimi**, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü, Ankara, 1989.

TEKİNAY Selâhattin Sulhi, **Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku**, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992.

ÜLGEN Hüseyin / HELVACI Mehmet / KENDİGELEN Abuzer / Arslan KAYA, **Kıymetli Evrak Hukuku**, Güncellenmiş Yedinci Bası'dan Dokuzuncu (Tıpkı) Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.

YURTMAN DEMİR, Nevin, **Anonim Ortaklıklar ve Vergi Hukuku Yönünden İç Kaynaklardan Sermaye Artırımı**, Kazancı, İstanbul, 1997.

ZEYTİN Zafer, **Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi**, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi: www.lexpera.com.tr (1.1.2020)

Yargıtay Emsal Karar Arama: www.yargitay.gov.tr (1.1.2020)

KISALTMALAR LİSTESİ

BATİDER: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi

bkz.: bakınız

C.: Cilt

dp.: dipnot

E.: Esas

ETTK: 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu

HD: Hukuk Dairesi

HGK: Hukuk Genel Kurulu

K.: Karar

m.: madde

MÜHF-HAD: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi

N: Numara

RG: Resmi Gazete

s.: sayfa

S.: Sayı

SerPK: 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu

SPK: Sermaye Piyasası Kurulu

T.: Tarih

TBB: Türkiye Barolar Birliği

TMK: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu

TTK: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu

vd.: ve devamı

vs.: vesaire

Y.: Yargıtay

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2020; 2: 1657-1681

PURPOSIVE INTERPRETATION(*)
In the Footsteps of Aharon Barak

Ayça Büşra BALCIOĞLU(**)

Abstract: To be able to understand a written or an oral material, it should be interpreted. It requires to be interpreted to comprehend its meaning and purpose. Legal resources also need to be interpreted. This interpretation is called legal interpretation and it is practiced by means of certain interpretation methods. One of these interpretation methods is purposive interpretation. The purposive interpretation in law developed by Aharon Barak as an interpretation system includes other methods of legal interpretation, such as grammatical (literal), systematic and historical interpretation methods, and uses them in the interpretative process. This system consists of three components: Language, purpose and discretion. These components complement each other and are applied in order. After all these phases, the interpreter reaches the ultimate purpose of the legal text. He or she discovers the legal norm and legal meaning of this legal text. Thus, purposive interpretation achieves its purpose of existence.

Keywords: Purposive Interpretation, Teleological Interpretation, Ultimate Purpose, Legal Norm, Legal Meaning.

AMAÇSAL YORUM
Aharon Barak'ın İzinde

Öz: Yazılı veya sözlü bir materyali anlayabilmek için bu materyalin yorumlanması gerekir. Anlamının ve amacının kavranabilmesi için yorumlama gereklidir. Hukuki kaynakların da yorumlanmaları gerekir. Bu yorumlamaya hukuki yorum denir ve belirli yorum yöntemleriyle gerçekleştirilir. Bu yorum metodlarından biri, amaçsal (ereksel,

---

(*) Makale Gönderim Tarihi: 22.09.2020. Makale Kabul Tarihi: 30.11.2020.

(**) Başkent Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Öğrencisi (ORCID kimlik no: 0000-0001-7346-3872; *ayca_busra@outlook.com*).

gaî) yorumdur. Aharon Barak tarafından geliştirilen hukukta amaçsal yorum, bir yorum sistemi olarak dilbilgisel (lafzi), sistematik ve tarihsel yorum metodu gibi diğer yorum yöntemlerini de kapsayarak onları yorumsal süreçte kullanır. Bu sistem, üç parçadan oluşur: Dil, amaç ve takdir. Bu parçalar, birbirini tamamlar ve sırayla uygulanır. Bütün bu aşamaların sonunda yorumcu, hukuki metnin nihai amacına ulaşır. Hukuki metnin içindeki hukuk normunu ve hukuki anlamı keşfeder. Böylece amaçsal yorum, varlık amacını gerçekleştirir.

Anahtar Kelimeler: Amaçsal Yorum, Teleolojik Yorum, Nihai Amaç, Hukuk Normu, Hukuki Anlam.

I. LEGAL INTERPRETATION

1. Introduction

Interpretation can be defined as 'rationally giving meaning to a text'.[1] Legal interpretation deals with legal texts. The text that constitutes the object of the legal interpretation may be general, such as a constitution, statute, custom, case law or individual, such as a will or contract. The term of text embraces not only written but also oral instruments. In the context of legal interpretation any act forming a legal norm is regarded as a text. As a result of a rational and intellectual activity, the normative meaning that arises from the legal text is unveiled. That intellectual process constitutes interpretation in law.[2]

Interpretation aims to understand a legal norm. The meaning of a statement, especially of a legal provision or a private intent declaration is ascertained through legal interpretation in this course.[3] The matter of understanding a legal text and thus determining the meaning of its messages come into prominence mainly in relation to the way that a judge should follow. The judge should apply different legal norms, such as constitutional or statutory provisions, previous judgements, by deciding to what extent the interpretation of those texts should be carried out. In other words, the interpretation in law has a leading role in the judicial practice. Beside its judiciary role, as Ronald Dworkin has argued in his works, interpretation in itself is all the endeavors to understand law, a certain legal system and to ascertain the re-

---

1 BARAK Aharon, **Purposive Interpretation in Law** (tr. S. Bashi), Princeton University Press, 2005, p. 9.

2 **BARAK**, 2005, p. 3.

3 FORSTMOSER Peter/VOGT Hans-Ueli, **Einführung in das Recht**, 4th edn, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2008, Rz. 2, p. 471.

quirements of the law. One applies to legal interpretation by searching answers to these issues consciously or unconsciously.[4] Therefore, legal interpretation shall be seen as a general activity, as a technique of knowledge rather than an activity sui generis.[5]

On several occasions the need for interpretation of a legal norm, will or contract can arise. Through interpretation the idea of facts, values and necessity is obtained from the meaning of the wording in the legal text. These legal information can not be always completely precise.[6] Only in the ideal case, a constituent element is sufficiently determined and clear.[7] The reason of that vagueness can not only be the ambiguity of the meaning of the legal norms but also the indistinctness of the communicative means such as language.[8] Since the language itself is unclear, the meaning of a word can be often uncertain and some words can have various meanings. For example, the word 'bank' means seat and also credit institution, as well as other meanings. Moreover, when legal texts are multilingual phrased, the problem of different versions can emerge.[9]

The other probable grounds for interpretation of a legal text can be as follows. Frequently in a legal provision solely the most essential information is represented in order to keep it concise. In addition to that, in some cases there is no clarity, whether a fact of a case is indicated as an example to employ in other similar cases or not. Also, occasionally the legislator does not give the necessary diligence to express itself precisely. Last but not least, in some cases the legislator consciously leaves a uncertainty. It chooses an equivocal construction with a view to allow the praxis a decision on a particular issue.[10] For these reasons intepretation of legal norms, wills and contracts is a requirement.

---

4 BIX Brian, "Questions in Legal Interpretation" in Andrei Marmor (ed.), **Law and Interpretation: Essays in Legal Philosophy,** Oxford University Press, 2006, pp. 141-42.

5 DWORKIN Ronald, "Law as Interpretation", **Texas Law Review**, Vol. 60, No. 3, 1982, p. 529, HeinOnline, (Access Date: 22.11.2020).

6 ZIPPELIUS Reinhold, **Juristische Methodenlehre**, 11th edn, C.H. Beck, München, 2012, p. 35.

7 HAMANN Wolfram, **Juristische Methodik**, 8th edn, Karin Hamann, Essen, 1994, Rz.73, p. 25.

8 **ZIPPELIUS**, 2012, p. 35.

9 **FORSTMOSER/VOGT**, 2008, Rz. 5-7, p. 472.

10 **FORSTMOSER/VOGT**, 2008, Rz. 8, 10, 13-14, pp. 472-73.

2. Aim and Function of Legal Interpretation

The question of the real aim of interpretation has been discussed for a long time.[11] With a view to finding an answer to that problem in the second half of the 19th century two theories were established in the legal philosophy and methodological literature. These are the 'subjective theory' or 'will theory', which explores the historical- psychological intent of the law-maker. The second is the 'objective theory' or theory of the inherent law interpretation. This theory targets to disclose the meaning immanent in the legal text for the purpose of interpretation.

As both of these theories are based on partial realities on the interpretation in law, they should be considered with a restriction. In relation to the subjective theory, it is true that legal texts are human products. They are made from human beings for human beings. Legal acts express the will directed to the needs of society. They are produced to create an order, which is as fair as possible and corresponding to the needs of the society. Certain regulatory intents, values, attempts and objective considerations play a significant role in the making of legal texts. On the other hand, objective theory argues that a legal rule will develop its own effectiveness beyond what the legislator intended, once it is applied. Due to the fact that acts regulate varied life relations, law-maker is not able to oversee all the issues which may derive from these dynamic relationships. Therefore, it can not answer the problems, which it could not foresee during the law-making process. Hereby, since both theories have different partial truths, they should be applied by establishing a bond between each other.[12]

Legal interpretation is essential to understand a legal text. Without interpretation it is impossible to understand a text. Even the conclusion that provisions of a text is plain is an outcome of an interpretive activity. The claim that there is no need to interpret a plain text is not correct, also it ignores the unconscious interpretive act carried out already to reach that decision. Legal interpretation enables the interpreter to determine the text's plain meaning. Interpretation is necessary to every text. After intepretation, a legal

---

[11] RIESENHUBER Karl, "Die Auslegung" in Riesenhuber (ed), **Europäische Methodenlehre: Grundfragen der Methoden des Europäischen Privatrechts**, Band 2, De Gruyter, Berlin, 2006, p. 189.

[12] LARENZ Karl, **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**, 3rd edn, Springer Verlag, Berlin; Heidelberg, 1975**,** pp. 303-04.

text can be understood. Furthermore, interpretive principles lead judges in their interpretive task. They solve legal problems by utilizing these interpretive rules.[13]

Legal interpretation extracts the legal norm from the legal text. The object of interpretation is the legal text, such as constitution, statute, case law, contract, will, and custom. After interpreter interprets these legal texts, he or she ascertains the legal norm in them.[14] Essentially, through interpretation the meaning conceiling in the legal text is revailed and understood. The covered meaning in the legal text is verbalized, expressed in other words clearly and exactly, and rendered communicable by means of legal interpretation.[15]

II. LEGAL INTERPRETATION METHODS

1. Introduction

A legal text's meaning is determined on the basis of the system of interpretation and the principles of interpretation which originate from the certain interpretative system. The concept of interpretation differs from the systems of interpretation and their interpretive principles. According to the adopted system of legal interpretation the meaning of the legal text, which is determined though interpretation, varies. Each system has its own principles.[16]

Systems of legal intepretation can be specified as subjective, objective and integrative subjective-objective systems. Subjective systems of interpretation constitute the first type of interpretative system in law. They assert that meaning of a legal text is designated by the subjective purpose, namely the psyshological- historical intent of the author of that legal text. Subjective systems do not consider the current and actual conditions at the time of interpretation. Their goal is to give a legal text the meaning that realizes the intent of the author at the time it had drafted that legal text. On the other hand, objective systems of interpretation, the second kind of interpretative system in law, do not take the author's intent into consideration contrary to subjective systems. Rather, objective systems try to understand the meaning of the legal text in the light of current circumstances, without regarding the

---

13 **BARAK**, 2005, pp. 12-14, p. 38.

14 **BARAK**, 2005, pp. 11-12.

15 **LARENZ**, 1975, p. 299.

16 **BARAK**, 2005, pp. 8-9.

authorial intent. The third sort of interpretative system integrates the former systems. In that integrative system the interpreter employs both the intent of the text's author and the intent of the reasonable author or of the system. Purposive intepretation and pragmatic interpretation apply both subjective and objective systems in integration.[17] Additionally, Dworkin's interpretive approach is subjective in one sense and also objective in other.[18]

There are a number of interpretation methods or interpretation elements. They can be counted as; the interpretation according to linguistic meaning (the 'grammatical' interpretation), the interpretation from the context (the 'logical' or 'systematic' interpretation), the interpretation from the historical context, especially from the 'genesis' and lastly the interpretation from the purpose, ratio of the provision (the 'teleological' interpretation). Since Savigny, in this or a similar form, the four types of interpretation have belonged to the fairly firm inventory of legal hermeneutics.[19] Savigny had classified interpretation methods as the 'grammatical', the 'logical', the 'historical' and the 'systematic' element of the interpretation. He noted the necessity of the constant cooperation of these elements with each other. They should not be isolated.[20]

The interpretation methods should be employed in combination rather than applying each of them separately. Particularly, in the cases in which each interpretation element points to different direction, for example, whereas the wording of the legal text refers to a meaning, the purpose and systematic of the text points to an another diverse meaning, a specific interpretive element alone is not decisive. The weight of each interpretation method is determined in the individual case. As a rule, two elements will be of particular importance. The starting point is the wording of the relevant text. Interpretation always begins with linguistic considerations. Thereupon, further interpretation methods come into question. Hereby, the purposive element is of central importance because of the fact that the objective of a legal text appoints its meaning.[21]

Due to these reasons, interpretation methods should be utilized in cooperation.

---

17 **BARAK**, 2005, pp. 32-33, p. 37.

18 DWORKIN Ronald, **Law's Empire**, Belknap Press of Harvard University Press, 1986, p. 76.

19 ENGISCH Karl, **Einführung in das juristische Denken**, Thomas Würtenberger and Dirk Otto (eds), 11th edn, Kohlhammer, Freiburg, 2010, p. 136.

20 **LARENZ**, 1975, p. 306.

21 **FORSTMOSER/VOGT**, 2008, Rz.137-40, 142, pp. 495-96.

2. Literal (Grammatical) Interpretation

Any interpretation activity starts with the possible meaning of the text.[22] While determining the verbal starting point, logical and conventinal elements are taken into account.[23] In the case of literal interpretation, the interpretative material bases on the rules of grammar and on the entire experience relating to the linguistic, in particular the use of language. The interpretation pursuant to the wording of the legal text is characterized by more precise reflection on linguistic usage, occasionally with the help of dictionaries or specialist literature in the relevant subject area, but often only using the own language experience.[24]

Legal interpretation extracts the legal meaning, thereby legal norm from the semantic meaning of the text. Interpreter withdraws the legal norm from all of the meanings, which constitute the semantic meaning, associated with the language of the text. He or she turns the common language into legal language by his or her interpretive attempts.[25] Herein, semantics is about the verbal understanding of the common usage of words (word semantics) and of sentences (sentence semantics). The meaning in which words and sentences are generally understood in common language usage comprises the subject of the semantics. Semantic meaning of the legal text underlies the method of interpretation by wording. However, an interpretation based solely on semantics is not sufficient in everyday communication and to interpret legal texts due to ambiguity and uncertainty of their semantic meaning. Therefore, pragmatics, by considering these aspects of the semantics, bases its arguments on additional rules of the communication, such as the context of expression. Hence, legal instruments should be interpreted in accordance with semantic and pragmatic rules of interpretation. Classic legal interpretation methods, such as the systematic, teleological or historical interpretation, employ not only semantic rules of the lingual interpretation but also pragmatic techniques.[26]

---

[22] **LARENZ**, 1975, p. 307; **HAMANN**, 1994, Rz. 76, p. 25; **FORSTMOSER/VOGT**, 2008, Rz. 132, p. 494; **ZIPPELIUS**, 2012, p. 37.

[23] **ZIPPELIUS**, 2012, p. 37.

[24] BYDLINSKI Franz, **Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff**, 2nd edn, Springer Verlag Wien-New York 2011, pp. 437, 442.

[25] BARAK, 2005, pp. 6-7.

[26] POTACS Michael, **Rechtstheorie**, 2nd edn, UTB GmbH, Wien, 2019, pp. 144-46.

3. Historical Interpretation

Every legislation, every legal text has undergone a certain historical development. That history of origins can be comprehended through draft laws, minutes of meeting, and other documents produced during the law-making process by the legislature. From these materials it may then emerge which conceptual understanding the legislature had in mind. By these means the will of the legislator can be clearly ascertained.[27] In any case, according to the purposive interpretation the history of the legal text's origin must always be consulted when interpreting. For interpretation the materials, i.e. the documents that arise when drafting a law can provide valuable contribution.[28] They help to investigate the intent of the text's author.

The intent of the text's author, which understood from the legal materials, e.g. drafts, consultation protocols, commission reports, goverment bills, parliamentary minutes etc.[29], serves the aim of the legal interpretation. In accordance with the objective- actual understanding, historical interpretation method contributes to determine the meaning of the objective historical sense of law. If the historical sense of law, which is applied to the present, is decisive, the legal materials must always be consulted and the views prevailing at the time the law was created must always be taken into account.[30]

4. Systematic Interpretation

The systematic interpretation is based upon the main idea that legal norms do not exist on their own, but are embedded in a regulatory context of which they are an integral part. It requires in doubt the knowledge of the context of a legal act or even a field of law. Individual laws are not entirely unrelated to each other, they have to be 'devoted to system' and be able to measure themselves against the constitution. In this context, the problem of so-called constitutional interpretation can arise.[31] Systematic interpretation examines the factual consistency of the provisions within a regulation, considers the external arrangement of the legal act and the conceptual classification on which it is based, which however have only a limited value for the

---

[27] **HAMANN**, 1994, Rz. 92-93, p. 29.

[28] **FORSTMOSER/VOGT**, 2008, Rz. 116, p. 491.

[29] **BYDLINSKI**, 2011, p. 449.

[30] **FORSTMOSER/VOGT**, 2008, Rz. 118, p. 492.

[31] **HAMANN**, 1994, Rz. 80, 83, pp. 26-27.

interpretation.[32] Ultimately, the systematic element of interpretation by grounding on the principle of 'unity of the legal system' emphasizes that a single legal norm is not to be understood in isolation, but to be understood from the legal context.[33]

The problem of the meaning connection of the legal acts can not be completely solved regardless of the possible semantic meaning and of the other interpretion methods. Unless the purposes of the regulation are observed as well, the context of meaning of the law and also the underlying conceptual systematics can not be understood. In order to fully comprehend the context of the law, one have to regard the teleology of the law and the underlying internal system of the relevant value decisions and principles.[34] Pursuant to systematic-teleological interpretation, the meaning of a regulation can originate in its purpose. But this purpose can only be apparent in connection with other provisions of the law. In this case, the rule from general communication practice, that a statement is to be interpreted according to its recognizable purpose, is implied. The impact of that interpretative technique is determined by the explicitness degree of the relevant provision's objective.[35]

5. Purposive (Teleological) Interpretation

In the following chapter (Chapter III) purposive interpretation will be explained more comprehensively and in depth. Purposive interpretation, in other words teleological interpretation, is given here more generally and briefly in order not to break the integrity of the interpretation methods as a whole. At the same time, in the next chapter this interpretation method will be disscussed in a blend with Aharon's unique interpretive attitude.

The interpretation according to the recognizable purposes and the basic idea of a regulation constructs the topic of the purposive (teleological) interpretation.[36] The interpretation pursuant to the purpose of the legal provision is mostly of importance. Legal orders aim to arrange real life issues or conflict situations in a certain way. Their objective can be to solve a conflict of inter-

---

[32] **LARENZ**, 1975, p. 315.

[33] **FORSTMOSER/VOGT**, 2008, Rz. 73, p. 483.

[34] **LARENZ**, 1975, pp. 314-15.

[35] **POTACS**, 2019, pp. 176-77.

[36] **LARENZ**, 1975, p. 321.

est. For instance, when the legislature decides to loosen the shop closing times in order to provide many working people with the opportunity to shop even after the office closing times, a conflict can probably arise between the interest of these working citizens and of sales personnel because of the longer shopping times. Here the law-maker has to settle the conflict of interest. In conclusion, a legal arrangement must have a specific meaning and purpose. The purposive interpretation aims to ascertain that meaning and purpose underlying in the legal act, and controls the applicability of the method.[37]

Legal texts are to be interpreted in such a way as to serve their purpose. According to the subjective theory of interpretation, the purpose and functionality ideas of the law-maker are decisive. But the objective interpretation theory must also assume that the legislature has the competence to decide through legal acts for one or the other purpose and to regulate the way in which it is implemented.[38] In order to understand a legal text, one must take into account its purpose, the legislative intent, the ratio legis, the assessments, which can be extracted from the legal act itself and from its creation materials. Often the objective of the legal provision can be resulted from its wording. The ratio of the legal text can be evident at the level of the single rule. However, obtaining its purpose can be required to investigate the entire order of a law system. Hence, the teleological interpretation depends on the grammatical, the historical and the systematic interpretation methods. The purpose of a legal text can be obvious through its wording, its systematic connection with other rules and with the entire legal system, and through its law making process.[39]

Consequently, by interpreting a legal text, the interpreter should not apply just one or two interpretation methods. To reach the true meaning of a legal text, he or she must employ all of the interpretive techniques. In this way, the meaning of the text can be determined fully and correctly.

III. PURPOSIVE INTERPRETATION

1. Aharon Barak's Innovative Approach

Aharon Barak brings a different approach to purposive (teleological) interpretation. He constructs a general comprehensive interpretation theory.

---

[37] **HAMANN**, 1994, Rz. 85-86, pp. 27-28.

[38] **ZIPPELIUS**, 2012, p. 41.

[39] **FORTSMOSER/VOGT**, 2008, Rz.83-84, 86, 90, pp. 485-86.

According to this system, purposive interpretation can be applied to all legal texts, from will, contract to statute and constitution. This interpetation theory is employed as a general, unified method by regarding the uniqueness of each legal text at the same time. Purposive interpretation of Barak accommodates the unitary and general characteristic of the approach with the legal text's uniqueness by using the concept of purpose. Purpose involves both particular objective of the text's author, which constitutes subjective intent, and the purpose of the reasonable author and of the legal system, that is objective purpose. The internal relationship between these two intents, which is determined by the type of text, creates the purpose of the legal text. Barak, in contrary to purposivism, that takes majorly authorial intent into consideration, recognizes the subjective and objective intent on the ground of the individuality of each legal text. Therefore, he aims to prove that purposive interpretation is superior to other interpretation systems used in common law countries.[40]

Barak in his holistic purposive interpretation acknowledges the importance of judicial discretion. By contrast with especially intentionalism and textualism, which argue for the sufficiency of the interpretation rules and against the need for exercising discretion, purposive interpretation considers judicial discretion as an essential element of the interpretation. Purposive interpretation regards language, purpose and judicial discretion holistically. Nevertheless, that discretion has some limits. The purposive interpretation is not totally based on the discretion of the interpreter, rather the interpreter has to practice discretion within a certain framework.[41]

The purpose that the legal text seeks to actualize composes of subjective and objective factors. The interpreter ascertains the purpose pursuant to the principles of the purposive interpretation. At this point the subjective component reflects the objectives, values, and ideas aimed to realize by the author or authors of the text. Their actual intent about the purpose at the time of creation is the subjective purpose. Through purposive interpretation, from this subjective element, presumptions on the original purpose of the text is extracted. The source of information is the text itself and the conditions existing in its making process. On the other hand, the objective aspect of purpose is the objectives, values and interests, to which the legal text in ques-

---

[40] **BARAK**, 2005, p. xi.

[41] **BARAK**, 2005, pp. xii-xiii

tion is drafted to fulfill. Here, the focus is on the time the text is interpreted. Objective purpose does not inquire into the actual intent of the author. Rather, it deals with his or her hypothetical intent. Objective purpose is related to the social values, such as morality, justice, public interest, rationality, fairness, and human rights. It investigates the social values, which prevail at the time of interpretation activity. The interpreter obtains presumptions though these common values. He or she utilizes the legal text itself and the legal system's values in order to acquire information about the objective purpose.[42]

According to purposive interpretation the ultimate purpose of the legal text can be determined after assessing the subjective and objective purpose on the relational basis and in some instances with the help of the interpretive discretion. Depending on the type of the legal text the weight accorded by the interpreter to subjective and objective purposes varies. For example; with respect to a will, the subjective purpose is the main determinant of the ultimate purpose. This subjective intent can be understood from the wording of the will and from its creation process. Although greater weight is on the subjective purpose, the objective purpose is still as an assistance available, when there is no reliable information about subjective purpose. In interpreting a contract the joint intent of parties, namely, the subjective purpose is determinative. But, if there is no credible information on the subjective intent or this information is of no use to answer the interpretive question, objective purpose determines the purpose of the contract. For interpretation of statutes, based on the type of statute, in some cases subjective and in others objective purpose is decisive. When there is uncertainty about which purpose is prevalent, the interpreter practices discretion to reach a decision. Lastly, if a constitution is the legal text to be interpreted, objective purpose possesses the decisive importance. Nonetheless, an interpreter should always take subjective and objective purpose into account together to be able to reveal the actual purpose of the legal text. Because they act in a complementary manner.[43]

2. The Concept of Purposive Interpretation and Purpose

Due to the fact that legal regulations serve to shape living conditions in the future, their regulatory purpose is of crucial importance for the interpre-

---

[42] **BARAK**, 2005, pp. xiii-xiv.

[43] **BARAK**, 2005, pp. xiv-xv.

tation.[44] It is accepted that human behaviours occur in principle always for a certain motive or motives. From this standpoint, it can be inferred that legal arrangements regulating these human acts, are based on a specific objective. That purpose can be evident in some legal texts or in their preambles. Furthermore, it can be understood from the genesis of the legal text by means of materials in that law-making process.[45] Therefore, certain purposes of individual legal texts must be identified in purposive interpretation.[46] In conclusion, an interpretation without considering purpose of the legal text is deficient.

Purposive interpretation often comes into question in judicial decisions and legal literature. The term purposive interpretation is developed in common law system within the end of the 1960s and beginning of the 1970s. On the other hand, continental law has accepted teleological interpretation as an interpretive element for legal interpretation.[47] The purposive interpretation aims to determine the actual purpose of the legal text by employing three constituents: language, purpose and discretion.[48] First of all, to interpret a legal test, one must begin with its semantic meaning. Because the text is expressed by words and sentences. Therefore every interpretation starts with literal investigation.[49] In semantic interpretation the legal text is assessed in relation to its conceptual framework.[50] Secondly, the essence of the purposive interpretation is the purpose of the legal text. This purpose indicates the real objective to which the legal text is produced.[51] Interpreter seeks after the target of the text. When it is found he or she takes into account all the possible purposes.[52] Third component is discretion of interpreter. It serves ascertaining the ultimate purpose. After the interpreter assesses all the presumptions about the possible purpose and settles the conflict between them, he or

---

44 **RIESENHUBER**, 2006, p. 201.

45 **POTACS**, 2019, p. 183.

46 **RIESENHUBER**, 2006, p. 202.

47 **BARAK**, 2005, pp. 85-86.

48 **BARAK**, 2005, pp. 89, 91-92.

49 IŞIKTAÇ Yasemin/METİN Sevtap, **Hukuk Metodolojisi**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2003, p. 194.

50 GÜNEŞ, Ahmet M., **Hukuk Metodolojisi**, 3. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2020, p. 115.

51 **BARAK**, 2005, p. 95.

52 SÖZER Ali Nazım, **Hukukta Yöntembilim**, Beta, İzmir 2008, p. 72.

she can practice discretion, in a restricted manner, in order to arrive at the actual purpose of the text. During that interpretive process, purposive interpretation aims to integrate and synthesize the text and the legal system, in which it exists, by harmonizing between the legal meaning determined at the end of the interpretive course and the legal system.[53]

According to purposive interpretation the purpose of a legal text is an abstract and normative concept which consists of its subjective and objective purpose. Through that purpose the text can be understood.[54] Subjective purpose represents the intent of the law maker at the law making time. This intention can be extracted from the preparatory process of legal texts and the justification of the related legal rule.[55] On the other hand, objective purpose can be described as the hypothetical intent of the text's author. While investigating this intent, the object of the author at the time of law making is not considered. Rather, the current circumstances and requirements during the interpretation period are taken into consideration.[56] What is meant by the hypothetical intent of the legislator is what kind of a regulation it would bring if it had put this provision at the time of the interpretation.[57] Thus, the interpretation relying on subjective purpose is also known as 'subjective-teleological interpretation' and the interpretation referring basicly to objective purpose as 'objective-teleological interpretation'.[58] In order to ascertain the purpose of the text, both subjective and objective purpose must be analyzed.[59]

A. Subjective Purpose

The first type of purpose is the subjective purpose of a legal text. The subjective purpose represents the original intent of the text's author(s) composed of the thoughts, interests, goals, function and values which the au-

---

53 **BARAK**, 2005, p. 97.

54 **BARAK**, 2005, p. 110.

55 GÖZLER Kemal, **Hukuka Giriş**, 17. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2020, pp. 304-05.

56 OĞUZMAN, M. Kemal/BARLAS Nami, **Medeni Hukuk: Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar**, 21. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, Nr. 240, 257a-258, pp. 69, 76.

57 DURAL Mustafa/SARI Suat, **Türk Özel Hukuku Cillt I: Temel Kavramlar ve medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri**, 9. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, N. 808, p.127.

58 **POTACS**, 2019, p. 183.

59 **BARAK**, 2005, p. 111.

thor(s) aimed to realize. It is a constant historical fact derived from the psycho-biological true intent of the text author. It is not the hypothetical intention of the reasonable reader. It is the genuine objective of the text's author. Subjective purpose differs text to text, contrary to objective purpose which reflects mostly the same fundamental values, aims to every legal text. Moreover, since the subjective intent is specified in the past, that is at the production phase of the text, the interpretive activity requires a research based on the past to identify the subjective purpose. The meaning of the text at the time of creation provides the interpreter with the subjective purpose.[60]

In certain types of legal text the subjective purpose outweighs the objective purpose. In respect of a will, the intent of the testator has the determinant role. For a contract, the contractual intent of the contracting parties possesses the decisive weight. For both will and contract, in the meantime, the objective purpose is still available as a reinforcement, particularly when the information about the subjective purpose is not reliable or the authorial intent has no use to settle the interpretive question. In these cases, objective purpose is of importance and it designates the purpose of the legal text. In the interpretation of a statute, while legislative intent constitutes the subjective purpose, the functions, fundamental legal values, common interest aimed at the statute, present the objective purpose of the relevant statute. According to purposive interpretation the interpreter consideres both of these components and based on the type of statute evaluates them by building a relationship between each other. The type of the statute is a decisive factor. If the statute is a young statute; a specific statute; or a statute which is designed in the form of rules, subjective purpose is of greater importance. On the other hand, if it is an old statute; a general statute or codification; or a statute which is represented in the form of standards, in that instance objective purpose predominates. When there is an uncertainty about which kind of purpose prevails, then the interpreter can utilize discretion for the resolution.[61]

Lastly, the subjective purpose of the legal text can be reached through the text itself and the context in which this text is located. The interpreter applies firstly to internal sources, namely the text itself. From the language of the text he or she attempts to discover the real thought of the author(s),

---

[60] **BARAK**, 2005, p. 120.

[61] **BARAK**, 2005, pp. xiv-xv.

which they aims to attain through the legal text. The second material is the external source to the text. This source is the context of the legal text in which it exists. The conditions at the time of and in relation to the text-making process, and also thereafter the current matter of fact which demonstrates the actual authorial intent in the period of creation comprise the context.[62] To reveal the subjective purpose, examination of some materials, such as preparatory work for law making, in this context ideas of commission members, minutes of meeting, official and unofficial reports, writings and topics discussed at the time of creation will be beneficial.[63] In this process the interpreter executes an ex tunc evaluation.[64]

B. Objective Purpose

The objective purpose of a legal text is the intent of the reasonable author and the intent of the legal system. It is not an actual intent, but is a hypothetical intent. It is not a psychological historical fact, rather represents the social needs and common target. It involves fundamental values, interests, aims, function, and policy that designated to fulfill by some legal texts. Furthermore the objective purpose is composed of individual and general objective purpose. The individual objective purpose, in other words the intent of the reasonable author varies according to each and every text. This individual purpose is unique to a legal text which is interpreted. The individual objective purposes of two contracts or two statutes regulating two different issues, e.g. one is about sales and the other is about leases, are also different from each other. Thus, individual objective purpose differs for each text according to its parties and its type. Additionally, every legal text has general objective purpose or the intention of the system. These general purposes reflect basic legal values and the harmony between them, which every legal text in the legal system aims to actualize.[65]

Objective purpose in some cases prevails, in others plays a secondary role. For a will or a contract, the most important component is the subjective purpose. If there is no relevant or credible information about the subjective intent, objective purpose comes into question. If there is a statute and this

---

62 **BARAK**, 2005, pp. 135-36.

63 **IŞIKTAÇ/METİN**, 2003, p. 202.

64 SEROZAN Rona, **Medeni Hukuk: Genel Bölüm/Kişiler Hukuku**, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, N. 19, pp. 138-39

65 **BARAK**, 2005, pp. 148-49.

statute is an old statute, a general statute or codification or a statute declared in the form of standards, objective purpose has a decisive weight over the subjective purpose. In other cases of the statute, subjective purpose is of importance. Ultimately, for constitutions, objective purpose is determinant. However, when there are conflicting objective purposes, then subjective purpose is indicative.[66] The aim in this interpretive activity is to unearth the protected interest and value in the legal text and the reason to protection and its extent.[67]

C. Ultimate purpose

The interpreter examines the legal text according to the interpretive method of purposive interpretation which requires a combination of both subjective and objective purposes. For example, the purpose of a will is to distribute the property of the testator. In contrary, fulfilment of the testator's intent is not the purpose of a will. His or her intent guides about how to distribute his or her property.[68] And also if the interpreter sets out to interpret a contract, he or she tries to explore the common will of the contracting parties.[69] Similarly, the purpose of a contract is the attainment of the contractual goal. The realization of the common intent of the contracting parties is not the purpose of the contract. Thoughts of the parties at the creation process enable the interpreter to understand the contractual aim. Furthermore, the purpose of a statute is to regulate and amend the social life. The legislative intent is a vehicle in understanding that regulation or amendment. But, the purpose of a statute is not to realize the intentions of the legislative organ. Even though the interpreter applies to the intent of the founders in order to understand the purpose of a constitution, its purpose is not to actualize the thoughts, aims of the founders. The purpose of a constitution is to ensure a sound basis for the social construction and its primary values. The purpose of the legal text can be inferred from the intention of the author, of the reasonable author and of the legal system as a whole.[70]

---

66 **BARAK**, 2005, Appendix 3, p. 397.

67 **SEROZAN**, 2015, N. 15, p. 136.

68 **BARAK**, 2005, pp. 110-11.

69 HİRŞ Ernest E. **Pratik Hukukta Metot**, Volf ÇERNİS (ed.), 4. Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2005/IX, p. 86.

70 **BARAK**, 2005, pp. 110-11.

The interpretive activity in purposive interpretation operates as a cycle between the intention of the text's author and the intention of the reasonable author and of the legal system. The interpreter regards both the present fundamental legal values of the current system and also the circumstances and aims of the text in the past. To be able to find the ultimate purpose the interpreter takes all presumtions originated from the subjective and objective purpose into account by building a bridge between the past and the present.[71] Pursuant to purposive interpretation, the starting point is not important. In other words, since the interpretive process is holistic and functions in a circle, the interpreter may begin with one of the purposive presumptions, such as presumptions derived from the subjective or objective purpose. The question of from which presumption the interpreter should depart, is irrelevant. The only thing that matters is the arriving back to the point of departure after completing the interpretive cycle.[72]

In spite of the fact that a legal text generally contains a single purpose, it can also has more than one purpose.[73] In a number of cases it embraces various subjective and objective purposes. Mostly, these multiple purposes and the presumptions arising from them refer to the same direction. They serve in a combination, complement, cooperate each other, ease the understanding of each other. In these instances, there is an 'easy case', because each presumption leads to the same conclusion, to the same ultimate purpose.[74] Sometimes, different purposive presumptions direct to different destinations. Some information may give greatest importance to authorial intent (subjective purpose), the other conducts to the objective purpose. Here it is a 'medium cese'. In those cases, the interpreter must rank these varying data about the subjective and objective purpose in order of weight. Then he or she can determine the ultimate purpose according to the purposive presumption of objective or subjective purpose to which is attached more importance. When this method has no use to adjudicate the dispute, there is a so-called 'hard case'. Hard cases can emerge if there is no sufficient information in order to accord weight to the different presumptions or the result of the scaling activity is the same for all the presumptions. In this situation, interpretive discre-

---

71 **BARAK**, 2005, p. 112.

72 **BARAK**, 2005, p. 119.

73 **SÖZER**, 2008, p. 72.

74 **BARAK**, 2005, pp. 116-17.

tion becomes involved. The interpreter must ascertain the ultimate purpose by employing his or her own discretion.[75]

Finally, every legal text has a purpose. There is no legal text which does not contain any purpose. There is no purposeless legal text. Occasionally, it is impossible to learn the authorial intent, e.g. referendum, from any sources. In this cases the interpreter can not obtain information about the subjective intent. However, the objective purpose is always available and helpful. The hypothetical intent of the reasonable author can be always presumed and also an objective purpose actualizing legal system's principal values can be always designed, due to their highly abstract character and generality. As a result, objective purpose is always accessible.[76]

IV. PURPOSIVE INTERPRETATION vs OTHER THEORIES

1. Critiques of Purposive Interpretation to Other Interpretation Systems

Purposive interpretation criticizes textualism from various aspects. Textualism is one of the objective systems of interpretation whose focus is the text.[77] This interpretation system claims that courts are solely bound by the text of a legal material and as a result, the interpreter may not refer to the history of the legal text, its spirit and purpose while reaching the textual meaning.[78] Initially, old textualism is the topic of the criticism. Purposive interpretation finds a number of approaches of old textualist systems inappropriate. Barak outlines these points as follows: The old textualist systems do not profoundly take the intent of the author into account. They disregard the credible data on the intent obtained from external sources of the text. They also distinguish between a plain and ambiquous text wrongly. The old textualism is not able to attain precision in law and its essential motive. In addition, it does not promote judges to deal with the objectives, policy, function which the text's author aimed to realize and does not encourage for a judicial examination in depth. Finally, in old textualism the text is interpreted disconnectedly to the legal system. Moreover, its justification does not

---

75 **BARAK**, 2005, p. 205.

76 **BARAK**, 2005, p. 119.

77 **BARAK**, 2005, p. 269.

78 SMITH Peter J. "Textualism and Jurisdiction", 108 **Colum. L. Rev**. 1883 (2008), p. 4., <https://core.ac.uk/download/pdf/232643988.pdf>, (Access Date 22.11.2020).

base on constitutional assessments. Therefore, old textualism is deprived of hermeneutic and social foundation.[79] Contrary to the purposive interpretation, it does not attribute value to the historical foundation, essence, and purpose of the legal text.[80]

On the other hand, purposive interpretation in some respects criticizes new textualism as well. New textualism targets to understand the text itself, rather to find out the intent of the legislature or the constitutional assembly. New objective textualist system applies mainly in the statutory and constitutional interpretation. New textualism defends this approach by arguing that the author formulated only the text, not the intent.[81] This system of interpretation attaches importance only to objective meaning of the legal text.[82] Purposive interpretation questions why new textualism is inconvenient for wills and contracts, while it is appropriate and favourable for statutes and the constitution. If the matter is the creation of the text, in the case of a will or contract the author creates only the text too, like the legislature and the constitutional body. Hence, new textualism should also be applicable to wills and contracts.[83]

Although pragmatic systems of interpretation have many similarities with purposive interpretation, they differ considerably. They share such similarities. Both interpretive systems take the whole of the interpretive elements, the intent of the author, of the reasonable author and of the legal system, and text. They are based on hermeneutical foundation which argues for the interactive relation between interpreter and text. For deciding the best solution to the interpretive dispute, both systems allow for discretion of the interpreter.[84] Despite those similarities, purposive interpretation criticizes pragramatism due to some differing approaches. Whereas purposive interpretation first specifies the objective of the interpretation as achievement of the purpose of the text, pragmatic interpretation does not establish the interpretive goal. The aim of the pragmatic interpretation is to attain the pragmatic solution. Purposive interpretation argues that it is impossible to know

---

79 **BARAK**, 2005, pp. 270-71.

80 **SMITH**, 2008, pp. 16-17.

81 **BARAK**, 2005, p. 277.

82 NELSON Caleb, "What Is Textualism?", **Virginia Law Review**, Vol.91: 347 2005, p. 348, <https://www.virginialawreview.org/sites/virginialawreview.org/files/347.pdf >, (Access Date 22.11.2020).

83 **BARAK**, 2005, p. 277.

84 **BARAK**, 2005, p. 288.

which solution is best without initially designating the goal of the interpretation.[85] Legal pragmatism has an objective with vague content and unclear limits. It argues that judges should make decisions which they believe best for the community's future. While doing so, they do not need to regard legal rights and show consistency with the past.[86]

Purposive interpretation criticizes also Dworkin's system of interpretation. In spite of the fact that Dworkin represents law on the grounds of integrity, purposive interpretation regards law as more complex.[87] Dworkin argues for excellence of integrity method in law in intepreting legal practice over conventionalism and pragmatism.[88] While purposive interpretation considers the entire social fundamental values of a democracy as important, Dworkin attaches importance to only a few legal principles; fairness, justice and procedural due process.[89] Although he does not accept the interpretive discretion, he acknowledges a technique which enables judges to select the most reasonable option. Lastly, whereas Dworkin attributes to the abstract intent of the author of statutes and constitutions a determining role, for purposive interpretation this abstract intent does not play a primary role.[90]

2. Critiques of Other Interpretation Systems to Purposive Interpretation and Responses

Purposive interpretatiton is criticized on a number of issues by both subjective and objective interpretive systems. There are three main topics of criticism. The first is the impossibility of an interpretative system, that applies to all legal texts. The second is the recognition of an excessive discretional power for the judge in the activity of interpretation.[91] At that point, it is criticised for violating the principle of seperation of powers. Since interpreter, mostly judge, has the competent to determine the content of the legal text by interpreting it, this activity could mean usurping the legislature's power.[92] The last critique is the difficulty of purposive interpretation.[93]

---

85 **BARAK**, 2005, pp. 288-89.
86 DWORKIN, **Law's Empire**, pp. 95, 160.
87 **BARAK**, 2005, pp. 296-97
88 DWORKIN, **Law's Empire**, pp. 216, 226.
89 **BARAK**, 2005, pp. 296-97; DWORKIN, **Law's Empire**, pp. 164, 225.
90 **BARAK**, 2005, pp. 296-97.
91 **BARAK**, 2005, p. 301.
92 **GÖZLER**, 2020, p. 308-09; **GÜNEŞ**, 2020, p. 117.

The objections and purposive interpretation's responses to these criticisms are as follows. Firstly, other interpretive systems assert that without employing judicial discretion it is impossible for any theory of interpretation to be applicable to all problems of interpretation and every legal text. In response to this, purposive interpretation already acknowledges the essential role of judicial discretion in a comprehensive interpretive system. Furthermore, purposive interpretation handles different legal texts by acknowledging their uniqueness and ensuring the balance between the subjective and objective purposes immanent in them. The second critique claims that the discretion conferred to the interpreting judge by purposive interpretation is too broad. On the contrary, purposive interpetation resticts the exercise of discretion more than any other interpretive system, by establishing a normative framework. In purposive interpretation, judicial discretion is limited and is employed after analyzing other components, ie. language and purpose. The final objection argues that purposive interpretation is excessively complex. Whereas the former critique is on the too broad discretion and too few rules and principles, here, the matter of critism is too many rules and principles, which obstuct the interpretive activity. Indeed, in most cases, reaching the ultimate purpose takes a short time and is uncomplicated. In these cases the legal meaning of the text is revealed after examining subjective and objective purpose without the need for practising discretion. In few 'hard'cases, the interpreter must use every interpretive means and complete all phases of purposive interpretation, including discretion to arrive at the ultimate purpose. But, it does not mean that this activity takes a longer time or is more difficult in purposive interpretation than in the other interpretive systems.[94]

V. CONCLUSION

When a judge, legislator, administrator, lawyer or any other person who seeks the legal meaning of a text, encounters a legal text, the first thing they would do is to understand it. That legal text can be a testament, a declaration of will, statute, constitution, custom or any normative behaviour. It does not have to be written, it can be also verbal. The interpreter, in order to understand that legal text, analyzes words used in it. Even in daily life, to understand written or oral materials their words are examined. In that process

---

[93] **BARAK**, 2005, p. 301.

[94] **BARAK**, 2005, p. 302-04.

language plays a major role. Similarly, the interpreter utilizes initially the literal, grammatical sources. Semantic meaning, in other words, the meaning of words and sentences, guides in the course of interpretation. This approach constitutes one of the methods of interpretation, namely literal (grammatical) interpretation. Purposive interpretation likewise takes language as the starting point. The normative meaning of the text is tried to be revealed.

If the meaning of the text can not be determined through wording, purposive interpretation looks into purpose. That purpose consists of subjective and objective purpose. Subjective purpose refers to the intent of the text's author. While for a will, the author is the testator and for a contract the authors are contracting parties, in respect to statutes the legislator, to a constitution the constitutional body is the author of the text. The true intent of these persons at the time that they created the relevant legal text is the subjective purpose. From the text itself and the circumstances at the time of text's creation information can be obtained about subjective purpose. The legal materials in relation to history of origin offer an insight into the real intent of the text's author(s). At this point, the method of historical interpretation serves the comprehension of subjective purpose. In most cases objective purpose complements and reinforces subjective purpose. Objective purpose reflects the intent of the reasonable author and of the legal system. It depends on the hyphotetical intent of the reasonable author, in other words, it is the answer of the question of what the reasonable author would have thought. Furthermore, objectives, policy, fundamental values of legal system generate the intent of the legal system.

Finally, the interpreter takes both subjective and objective purpose into account and balances between them according to their weight in the relevant type of legal text. By doing this, he or she considers the text itself and the context which it exists. In this respect, the systematic interpretation takes place in the purpose interpretation. Purposive interpretation acts upon the context, the connection of the interpreted text with other legal provisions and entire legal system. When there is no credible and sufficient information to be able to extract subjective and objective presumptions, it is not possible to balance between these presumptions. Or there can be adequate data about them. However, when the interpreter balances them, the result can be even. In these instances, the interpreter must use judicial discretion, which is the third component of purposive interpretation. At the end of this process, the interpreter reaches the ultimate purpose of the legal text and discovers the legal norm and legal meaning of this legal text through purposive interpretation.

REFERENCES

BARAK Aharon, **Purposive Interpretation in Law** (tr. S. Bashi), Princeton University Press, Princeton; Oxford, 2005.

BIX Brian, "Questions in Legal Interpretation" in Andrei Marmor (ed), **Law and Interpretation: Essays in Legal Philosophy**, Oxford University Press, 2006.

BYDLINSKI Franz, **Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff**, 2nd edn, Springer Verlag Wien-New York, 2011.

DURAL Mustafa/SARI Suat, **Türk Özel Hukuku Cillt I: Temel Kavramlar ve medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri**, 9. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.

DWORKIN Ronald, "Law as Interpretation", **Texas Law Review**, Vol. 60, No. 3, 1982, pp. 527-550, HeinOnline, (Access Date: 22.11.2020).

DWORKIN Ronald, **Law's Empire**, Belknap Press of Harvard University Press, 1986.

ENGISCH Karl, **Einführung in das juristische Denken**, Thomas Würtenberger and Dirk Otto (ed), 11th edn, Kohlhammer, Freiburg, 2010.

FORSTMOSER Peter/VOGT Hans-Ueli, **Einführung in das Recht**, 4th edn, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2008.

GÖZLER Kemal, **Hukuka Giriş**, 17. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2020.

GÜNEŞ, Ahmet M., **Hukuk Metodolojisi**, 3. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2020.

HAMANN Wolfram, **Juristische Methodik**, 8th edn, Karin Hamann, Essen, 1994.

HİRŞ Ernest E. **Pratik Hukukta Metot**, Volf ÇERNİS (ed.), 4. Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2005/IX.

IŞIKTAÇ Yasemin/METİN Sevtap, **Hukuk Metodolojisi**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2003.

LARENZ Karl, **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**, 3rd edn, SpringerVerlag, Berlin; Heidelberg, 1975.

NELSON Caleb, "What Is Textualism?", **Virginia Law Review**, Vol.91: 347 2005, pp.347-418, <https://www.virginialawreview.org/sites/virginialawreview.org/files/347.pdf>, (Access Date 22.11.2020).

OĞUZMAN, M. Kemal/BARLAS Nami, **Medeni Hukuk: Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar**, 21. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.

POTACS Michael, **Rechtstheorie**, 2nd edn, UTB GmbH, Wien, 2019.

RİESENHUBER Karl, "Die Auslegung" in Riesenhuber (ed), **Europäische Methodenlehre: Grundfragen der Methoden des Europäischen Privatrechts**, Band 2, De Gruyter, Berlin, 2006.

SEROZAN Rona, **Medeni Hukuk: Genel Bölüm/Kişiler Hukuku**, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.

SMITH Peter J. "Textualism and Jurisdiction", 108 **Colum. L. Rev**. 1883 (2008), <https://core.ac.uk/download/pdf/232643988.pdf>, (Access Date 22.11.2020).,

SÖZER Ali Nazım, **Hukukta Yöntembilim**, Beta, İzmir, 2008.

ZIPPELIUS Reinhold, **Juristische Methodenlehre**, 11th edn, C.H. Beck, München, 2012.