

ISSN:1309-6826

TAAAD

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ

Temmuz 2022 • Sayı 51 • Yıl:13



yayin.taa.gov.tr

51



TAAD

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ

"Güven Veren Adalet İçin Etkin Eğitim"

51

YIL: 13 - SAYI: 51 - TEMMUZ 2022

www.taad.taa.gov.tr

ISSN: 1309-6826

SAHİBİ / OWNER
Muhittin ÖZDEMİR

Türkiye Adalet Akademisi Adına, Türkiye Adalet Akademisi Başkanı

EDİTÖR / EDITOR
Doç. Dr. Servet ALYANAK / Hâkim

SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ / EDITOR IN CHIEF
Saniye Gizem OKUTAN / Adalet Uzmanı

YAYIN KURULU / EDITORIAL BOARD
Muhittin ÖZDEMİR
Türkiye Adalet Akademisi Başkanı

Doç. Dr. Servet ALYANAK
Türkiye Adalet Akademisi Dergisi Editörü

Süleyman KAYNAR
Law and Justice Review Dergisi Editörü

Adnan DÖNDERALP
Akademi Kürsü Dergisi Editörü

Saniye Gizem OKUTAN
Sorumlu Yazı İşleri Müdürü

Prof. Dr. Yusuf Ziya TAŞKAN
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Bülent KENT
Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Süleyman YILMAZ
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Doç. Dr. Abdülkerim YILDIRIM
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

YAYIN TASARIM / PUBLISHING DESIGN
Hüseyin ÖZTÜRK, Büro Memuru

YAYIN YÖNETİM MERKEZİ / PUBLICATION MANAGEMENT CENTER

Türkiye Adalet Akademisi
Ahlatlıbel Mahallesi İncek Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı Çankaya/ANKARA

Tel: 0 (312) 489 81 80 • Faks: 0 (312) 489 81 01

E-posta: taa@gmail.com

Web: www.taad.taa.gov.tr

BASKI / PRINT

Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu İş Yurdu Müdürlüğü Matbaası
İstanbul Yolu 13. Km. Ergazi-Şaşmaz/ANKARA

YAZIM VE YAYIM KURALLARI

Türkiye Adalet Akademisi Dergisi yılda dört kez yayımlanan ulusal hakemli bir dergidir. Dergide yayımlanacak makalelerin aşağıda belirtilen yazım ve yayım kurallarına uygun olması gerekmektedir.

1. Dergide Türkçe ulusal hakemli makalelere yer verilmektedir. En az iki hakemin olumlu görüşünü alan makaleler yayımlanması talebi ile yayım kurulunun onayına sunulur.
2. Dergi, üç ayda bir (Ocak, Nisan, Temmuz ve Ekim aylarında) yayımlanmaktadır.
3. Dergiye gönderilen makaleler daha önce başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Eğer başka bir yerde yayımlanmışsa da, telif hakkı yazara ait olmalıdır.
4. Dergide yayımlanan makalelerin dil, bilim ve ileri sürülen görüşler bakımından sorumluluğu yazarlara aittir.
5. Makalelerin **bilimselmakale@taa.gov.tr** adresine makale gönderim formu ve taahhütname ile birlikte gönderilmesi gerekmektedir. Makale gönderim formu ve taahhütname "**https://yayin.taa.gov.tr**" adresinden temin edilebilir.
6. Makaleler, uluslararası standartlardaki bilimsel yayım ve yazı formatlarına uygun olmalıdır.
7. Makalelerde 12 kelimeyi aşmayan "Başlık", **150-250** kelime arası "Özet" ve **5-8** kelime arası "Anahtar Kelimeler" bulunmalıdır. Makalelerde "Başlık, Özet, Anahtar Kelimeler ile Giriş ve Sonuç" kısımlarına numara verilmemelidir. "Başlık, Özet ve Anahtar Kelimeler" in yazılan yabancı dilin yanı sıra Türkçe ve İngilizce de yazılması zorunludur.
8. Metin içi alıntılama ve kaynak gösterme için OSCOLA kaynak stilinin 4. Edisyonu kullanılmalı ve dipnot atfı sistemi tercih edilmelidir.
9. Makalelerin ana bölümleri ve kaynakça 11, dipnotlar ise 9 punto ile yazılmalı, 1 satır aralığı ile "**Times New Roman**" karakteri kullanılmalı, metin iki yana yaslanmalı, sayfanın tüm kenarlarında 2,5 cm boşluk bırakılmalıdır.
10. Makaleler, kaynakça dâhil **3.000** kelimedenden az, **12.000** kelimedenden çok olmamalıdır.
11. Yazarın akademik unvanı, adı ve soyadı, baş harfleri büyük olmak üzere makale başlığının altında ortalı olarak yazılmalıdır. Yazarın çalıştığı yer ismi ile elektronik posta adresi, adı ve soyadına ilişkin dipnotta belirtilmelidir.
12. Makalelerin yayımlanıp yayımlanmayacağı, makale yazarına e-posta ile bildirilir.
13. Yazar ve hakemlere ödenecek telif ve inceleme ücretleri, Türkiye Adalet Akademisi Yayın Yönetmeliği'nin 23. Maddesi uyarınca dergi yayınlandıktan sonra yazara ödenir. Hakem denetiminden geçen bir makalenin telif ücretinin % 20'si hakemlere ödenir.
14. Dergide yazısı yayımlanmış yazarlara ücretsiz iki adet dergi gönderilmektedir.
15. Dergide yayımlanan tüm yazıların telif hakkı Türkiye Adalet Akademisine aittir. Makaleler, kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz.
16. Dergilerin dijital versiyonuna "**https://yayin.taa.gov.tr**" adresinden ulaşılabilir.

* Yazım ve yayım kuralları 04/06/2020 tarihli Yayın Kurulu Kararı ile güncellenmiştir. Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yalnızca yazarlarına aittir.

DANIŞMA KURULU/ADVISORY BOARD

Prof. Dr. Abdurrahman EREN

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Adem SÖZÜER

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet BİLGİN

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet GÖKÇEN

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet GÜRBÜZ

Bingöl Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet Hamdi TOPAL

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ali Cengiz KÖSEOĞLU

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Arzu OĞUZ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Aydın BAŐBUĐ

İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Aydın GÜLAN

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayhan DÖNER

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe Füsün ARSAVA

Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK

İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bilge ÖZTAN

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bülent KENT

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Cem BAYGIN

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Cemal ŞANLI

İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Çiğdem KIRCA

TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Durmuş TEZCAN

İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ejder YILMAZ

İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ekrem Buğra EKİNCİ

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Emine AKYÜZ

Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Enver BOZKURT

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ersan ÖZ

Pamukkale Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Danışma Kurulu Üyelerinin sıralaması isme göre alfabetik olarak yapılmıştır.

Prof. Dr. Faruk TURHAN

Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Feridun YENİSEY

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Fügen SARGIN

TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Halil AKKANAT

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hamdi

MOLLAMAHMUTOĞLU

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hamide ZAFER

Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan AYRANCI

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan BACANLI

Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Eğitim Fakültesi

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan TUNÇ

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ

İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İbrahim AYDINLI

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY

Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İsmail KAYAR

Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İsmail KIRCA

TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kadir ARICI

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kamil Ufuk BİLGİN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Kayıhan İÇEL

İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kudret GÜVEN

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet DEMİR

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Emin BİLGE

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mahmut KOCA

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Melikşah YASİN

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Metin TOPÇUOĞLU

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Muharrem KILIÇ

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Muharrem ÖZEN

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Murat ATALI

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Murat DOĞAN

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Musa Kazım ARICAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi İnsan ve Toplum Bilimleri Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa AKKAYA

Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa ATEŞ

İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa AVCI

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa ERDOĞAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi İnsan ve Toplum Bilimleri Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa KOÇAK

İstanbul Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Nevzat KOÇ

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Nihat BULUT

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Nuray EKŞİ

Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Osman DOĞRU

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ömer ANAYURT

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Refik KORKUSUZ

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK

Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sururi AKTAŞ

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Süha TANRIVER

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Şafak Ertan ÇOMAKLI

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Şafak NARBAY

Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Turan YILDIRIM

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Vahit DOĞAN

İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK

Girne Amerikan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yaşar Hakan PEKCANITEZ

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yavuz ATAR

İBN Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yener ÜNVER

Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yılmaz ÇOLAK

Polis Akademisi Başkanı

Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Anayasa Mahkemesi Üyesi

Prof. Dr. Yusuf Ziya TAŞKAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yücel OĞURLU

İstanbul Ticaret Üniversitesi

İÇİNDEKİLER/CONTENTS

FEDERAL ALMAN ANAYASA MAHKEMESİ İÇTİHATLARI
VE AB HUKUKU

Federal German Constitutional Court Jurisprudence and EU Law

Ayşe Füsun ARSAVA s. 1-18

AVRUPA KOMİSYONU'NUN YAPAY ZEKÂ TÜZÜK TEKLİFİ'NE
GENEL BİR BAKIŞ

*A General Look at the Proposal for a Regulation on Artificial Intelligence of
the European Commission*

A. Ebru BOZKURT YÜKSEL s. 19-46

ULUSLARARASI ANDLAŞMALAR HUKUKUNDA DEĞİŞİM,
İSTİKRAR ve DEĞİŞİM YOLUYLA İSTİKRAR: REBUS SIC STANTIBUS
*Change, Stability and Stability by Change in the Law of Treaties: Rebus Sic
Stantibuss*

Ceren Zeynep PİRİM s. 47-76

YARGITAY'IN GÜNCEL İÇTİHATLARI IŞIĞINDA MUHDESAT
Building in the Light of the Current Cases of the Judiciary

Mehmet AKÇAALs. 77-112

6362 SAYILI SERMAYE PİYASASI KANUNU İLE YAPILAN
DÜZENLEME SONRASI GENEL YATIRIM TAVSİYESİ VE İZİNSİZ
YATIRIM DANIŞMANLIĞI

*General Investment Recommendation and Unauthorized Investment
Advisory After the Regulation with the Capital Market Law No. 6362*

Osman Bahadır SİNAN; Ahmet TOKs. 113-142

YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA LİMİTED ŞİRKETTE ESAS
SERMAYE PAYININ DEVRİ

*The Transfer of Registered Capital Shares in the Limited Company in the
Light of Supreme Court Decisions*

Murat TÜRE s. 143-172

MARKANIN KULLANIM YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE KULLANILMAMASININ
HUKUKİ SONUÇLARI

Obligation to use the Brand and Legal Consequences of Non-Use

Yılmaz YÖRDEM; Emrah BİÇİMLİ s. 173-200

HASTA HAKLARINA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER
Assessment on Patient Right

Hayrettin KURT s. 201-228

KRİPTO VARLIKLARIN İCRA VE İFLÂS KANUNLARINDA
GÖRÜNÜMÜNE DAİR İSVİÇRE ÖRNEĞİ
*The Status of Crypto Assets in Codes of Debt Enforcement and Bankruptcy:
The Swiss Example*

Ömer ÇON..... s. 229-258

İPTAL KARARLARINI UYGULAMA ZORUNLULUĞU VE HUKUKİ
GÜVENLİK İLKESİ SEBEBİYLE UYGULAMADA HUKUKİ
İMKANSIZLIK

*Legal Impossibility in Practice Due to the Obligation to Implement
Annulment Decisions and the Principle of Legal Security*

Z. Nihal AYDINOĞLU YALÇIN..... s. 259-292

YABANCI UNSURLU ÖZEL HUKUK UYUŞMAZLIKLARINDA
YABANCI HUKUKUN İÇERİĞİ HAKKINDA BİLGİ EDİNİLMESİNDE
BİLİRKİŞİNİN ROLÜ*

*The Role of Expert Witness in Obtaining Information on the Content of
Foreign Law in Private International Law Cases*

İlyas ARSLAN s. 293-328

6112 SAYILI KANUN KAPSAMINDA İSTEĞE BAĞLI YAYINLARIN
İNTERNET ORTAMINDAN SUNUMUNDA ÇOCUKLARIN
KORUNMASI

*Protection of Children for Video on Demand Streaming on the Internet
regarding the Law No 6112*

M. Ayşegül KULULAR İBRAHİM; Rümeysa ALUÇ s. 329-366

TÜRK HUKUKUNDA KİŞİSEL SAĞLIK VERİLERİ VE İDARENİN
KİŞİSEL SAĞLIK VERİLERİNİ KORUMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

*Personal Health Data in Turkish Law and the Obligation of the
Administration to Protect Personal Health Data*

Ayşe Aşlı ALÇIN s. 367-412

ÖZEL HASTANE VE HEKİMİN VEKALETSİZ İŞGÖRMEDEN
DOĞAN SORUMLULUĞU

*The Liability of Foundation Hospital and Medical Doctor Arising From
Agent of Necessity*

F. Candan KAVŞAT METİNER; Akın METİNER s. 413-444

ADİL YARGILANMA HAKKI KAPSAMINDA SANIĞIN
DURUŞMADA HAZIR BULUNMA HAKKI VE SEGBİS SİSTEMİ
*The Right to be Present at the Hearing and Auditory and Visual Information
System as Part of the Right to Fair Trial and within the Frame*

Burak ATEŞ s. 445-484

İŞVERENİN TEHLİKE SORUMLULUĞU (TBK m.71)
Employer's Hazard Liability

Merve UYAROĞLU s. 485-502

1921 TEŞKİLÂT-I ESASİYE KANUNU'NUN YAPIMI BAĞLAMINDA
TBMM'NİN KURUCU SIFATI
*The Founder Title of GNAT in the Context of the Building of the Law of the
Fundamental Organization 1921*

Emre GEZER s. 503-536

CMR'YE GÖRE TAŞIYICININ EŞYANIN KAYBI VE HASARINDAN
DOĞAN ZARARLARDAN SORUMLULUĞU
*Liability of the Carrier for Compansation Arising from Loss and Damage of
Goods According to CMR*

Osman UYAROĞLU s. 537-564

Türkiye Adalet Akademisi Dergisi;



 **Jurix**

Veri Tabanlarında Taranmaktadır.

FEDERAL ALMAN ANAYASA MAHKEMESİ İÇTİHATLARI VE AB HUKUKU

Federal German Constitutional Court Jurisprudence and EU Law

Ayşe Füsun ARSAVA*

Özet

Federal Alman Anayasa Mahkemesi içtihatlarıyla AB Hukukuna yön veren bir role sahiptir. Anayasa mahkemesinin AB Hukuku ve ulusal hukuk ilişkisinde 1974 tarihli “Solange I” kararı, 1986 tarihli “Solange II” kararı, 1993 tarihli “Maastricht” kararı, 2009 tarihli “Lizbon” kararı, 2010 tarihli “Honeywell” kararı ve 2014 tarihli “OMT” kararı bu bağlamda milat teşkil eden kararlar olarak AB hukuk literatüründe yer almaktadır. Makalede Federal Alman Anayasa Mahkemesi’nin AB birincil (primer) hukukunun ultra-vires denetimi ve anayasal kimlik denetimi bağlamındaki içtihatlarında ortaya çıkan gelişime ışık tutulması yanı sıra, diğer anayasa organları ile (Federal Meclis ve Federal Hükümet) entegrasyon rolü paylaşımı ve AB Divanı ile ilişki değerlendirilmektedir.

Anahtar Sözcükler: Anayasal kimlik denetimi, temel hak denetimi, ultra-vires denetim, entegrasyon sorumluluğu, önkarar davası

Abstract

The Federal German Constitutional Court has a leading role in EU Law with its jurisprudence. Solange I” decision of 1974, “Solange II” decision of 1986, “Maastricht” decision of 1993, “Lisbon” decision of 2009, “Honeywell” decision of 2010 and “OMT” decision of 2014 are included in the EU legal literature as landmark decisions regarding the relationship between EU law and national law. The article aims to shed light on the development of case-law of the constitutional court in the context of ultra-vires control and constitutional identity control of EU primary law and to evaluate the relations of other constitutional organs (Federal Assembly and Federal Government) with the EU Court.

Key Words: Constitutional identity control, fundamental rights control, ultra-vires control, integration responsibility, preliminary ruling

➤ Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 02.02.2022

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 16.06.2022

* Prof. Dr., Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Uluslararası Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, fusun.arsava@atilim.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0003-2275-7664>

GİRİŞ

Federal Alman Anayasa Mahkemesi ve AB Divanı arasındaki kooperasyon ilişkisinde Birlik Hukuku'nun önceliğine ilişkin Lizbon Anlaşmasına ek 17 nolu bildiriye ilişkin düzenlemeye rağmen Alman Anayasası muvacehesinde AB Hukuku'nun koşulsuz geçerlilik önceliği sorun olmaya devam etmektedir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin görüşüne göre bu sorun GG'nin 79.madde, 3.fikrasında belirlenen anayasal kimlik düzenlemesine istinat etmektedir. Bu dayanak ışığında Federal Alman Anayasa Mahkemesi İkinci Senato'su Lizbon Anlaşmasına ilişkin kararında primer ve sekonder hukuk normlarını GG 79.madde, 3.fikra muvacehesinde (GG'nin sert çekirdeği) denetleme yetkisini saklı tutmuştur.¹

Diğer taraftan üye devletlerin anayasa mahkemelerinin bazı temel haklar için çok hassas davrandığı ve bu temel haklar için Birlik Hukuku'nun önceliğini reddettiği görülmektedir. Bu konuda AB Adalet Divanı'nın Taricco I ve Taricco II davaları çerçevesinde verdiği kararlar dikkat çekicidir.² Birlik Hukuku'nun önceliği bakımından ultra-vires doktrin de önemli bir sorun teşkil etmektedir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi Maastricht anlaşmasına ilişkin kararında bu doktrini oluşturmuş ve daha sonra geliştirmiştir.³ Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin uygulanma durumunda olan sekonder hukukun ultra-vires tasarruf teşkil edip etmediğini denetleme hakkını her bir somut durum için saklı tuttuğu görülmektedir. Birlik tarafından kullanılan yetkilerin anayasada öngörülen sınırlamalar ışığında devredilip edilmediğini denetleme yetkisi de doğal olarak yine Anayasa Mahkemesi'ne saklı tutulmaktadır. Federal Alman Anayasa Mahkemesi ultra-vires tasarrufları denetleme yetkisini sürekli olarak gündemde tutmakla beraber,⁴ bu yetkisini ilk kez 05.05.2020 tarihli İkinci Senato kararı ile kullanmıştır. Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin Weiss davası bağlamında Divana yaptığı önkarar başvurusu iki mahkeme arasındaki gerilimi açık şekilde ortaya çıkarmıştır. Federal Anayasa Mahkemesi İkinci Senato'su söz konusu kararında Divan kararının Avrupa Merkez Bankası'nın program oluşturma ve yürütme yetkisi bağlamında ölçülülük prensibinin kapsamını ve önemini dikkate almaması ve AB Anlaşması'nın 19.madde, 1.fikra, 2.cümlesinde Divan'a verilen yetkiyi açık şekilde aşması ve bunun üye devletler aleyhine kurumsal anlamda önemli bir yetki kaymasına yol açması, bu nedenle kararın kendisinin ultra-vires bir tasarruf teşkil etmesi nedeniyle bağlayıcı etkisinin olmadığına karar vermiştir.⁵

¹ BVerfGE 123,267,35 vd.

² EuGH, Rs. C-105/14 (Taricco I); ECLI:EU:C:2015:555; EuGH Rs. C-42/17 (Taricco II); ECLI:EU:C:2017:936

³ BVerfGE 89,155,188 vd.

⁴ OMT-Programm kararı için bkz.: 2BvR 1685/14 ve 2BvR 2631/14 Rn.140 vd

⁵ Laura Hering, Zwischen Dialog und Kontrolle: Das Vertragsverletzungsverfahren zur

Federal Alman Anayasa Mahkemesi Avrupa Birliği Hukuku ve Alman Anayasa Hukuku ilişkisi bağlamında uzun yıllardır içtihatlarıyla AB Hukuku'na yön veren mahkeme rolü oynamaktadır. Anayasa Mahkemesinin AB Hukuku'na ilişkin içtihatları başlangıçta GG'nin (Alman anayasasının) 24.madde, 1.fikrasına istinat ederken, günümüzde GG'de Maastricht anlaşmasının onayı aşamasında anayasada yapılan değişiklik muvacehesinde Avrupa entegrasyonunu devletin hedefi haline getiren GG 23.maddeye istinat etmektedir. GG'nin 23.madde, 1.fıkra, 2.cümlesinde açıkça AB'ne egemenlik haklarının devrinden söz edilmekle beraber, bu bağlamda anayasa hukuku sınırları öngörülmektedir.

GG'nin 23.madde, 1.fıkra, 3.cümlesine göre GG'nin 79.madde, 3.fikrasında yer alan anayasanın değişmez hükümleri (“ebedilik garantisi”) anayasada belirlenen sınırlar olarak AB'ye egemenlik haklarının devrinde ölçü olmaktadır. Bu yaklaşım Federal Alman Cumhuriyeti'nin hangi noktaya kadar Avrupa entegrasyonuna katkı yapabileceğini ortaya koymaktadır. GG 79.madde dolaylı olarak AB primer hukukunun çerçevesini belirlemektedir. Birlik organlarının ikincil (sekunder) hukuk tasarruflarının yine anayasanın belirlediği bu çerçevede gerçekleşmesi gerekmektedir.⁶

İkincil hukukun ulusal alanda geçerliliği bunun ötesinde yine genel olarak onay kanununda öngörülen icra emrine bağlı olarak, onun öngördüğü kapsamlı sınırlıdır. Bunun sonucu olarak Birlik Hukuku'nun ulusal hukuka nazaran uygulama önceliği de sınırlıdır.⁷ Onay kanununda belirlenen çerçeve AB'ye hangi kapsamda egemenlik haklarının devredildiğini göstermektedir. Bu çerçeve GG 79.maddede yer alan anayasanın 1. ve 2.maddelerinin değişmezliği hükmü (“ebedilik garantisi”) muvacehesinde belirlenmektedir.

Birlik Hukuku ve ulusal anayasa hukuku ilişkisi ilk kez Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin 1974 tarihli Solange I kararı ile temel haklar nedeniyle gerilime girmiştir. Anayasa mahkemesi bu kararında Topluluk Hukuku'nu Alman anayasasının temel hakları ışığında denetleme yetkisini saklı tutmuştur. 1986 tarihli Solange II kararından itibaren ise Anayasa mahkemesi Birlik seviyesinde özü itibarıyla GG ile mukayese edilebilir bir

verschärften Durchsetzung von Vorlagepflichtverletzungen letztinstanzlicher Gerichte-
Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 4.10.2018, Rs C-416/17 (Kommission/Frankreich, Précompte
mobilier), EuR 2020, Vol.55, Heft 1, s.112-131

⁶ Paul Kirchof, Chance für Europa, FAZ vom 20.Mai 2020; Dieter Grimm, Jetzt war es soweit, FAZ vom 18 Mai 2020; Udo Di Fabio, Europas Verfassungskrise, FAZ vom 8 Juni 2020; Hans-Georg Dederer, Die Grenzen des Vorrangs des Unionsrechts – zur Vereinheitlichung von Grundrechts-, Ultra vires- und Identitätskontrolle, JZ Jahrgang 69(2014), Heft 7, s.313, 317; Lisa Karen Mannefeld, *Verfassungsrechtliche Vorgaben für die europäische Integration, Rechtsprechung des deutschen und italienischen Verfassungsgericht*, 2017, s.4 vd.

⁷ BVerfGE 89, 155, 190 – Vertrag von Maastricht; 123, 267, 398, 402; 126, 286, 302-Honeywell; 134, 306, 384, Rn.26-OMT Beschluss



temel hak korumasının mevcudiyetinin sağlanması nedeniyle artık yargısal denetim yetkisi kullanılmamaktadır.⁸ Bunun sonucu olarak da anayasa mahkemesine yapılan anayasa şikâyeti ve somut norm kontrolü denetimi talepleri kabul edilmemektedir.⁹ Temel hak çekincesinin 2000 tarihli anayasa mahkemesinin Bananenmarkt kararı ile yeniden aktif hale getirilmesi girişimi sonuç vermemiştir.¹⁰ Bugün için bu yaklaşımda ısrar edilmesinin pratikte bir sonuç vermesi mümkün gözükmemektedir.

I. FEDERAL ALMAN ANAYASA MAHKEMESİ'NİN DENETİM YETKİSİ

1. Ultra-vires Yetki Denetimi

Federal Alman Anayasa Mahkemesi 1993 tarihli Maastricht kararında Birlik organlarının yetki aşımı ile gerçekleştirdiği tasarruflarla iştiğal etmiştir.¹¹ Anayasa Mahkemesi 2009 tarihli Lizbon kararı ve Honeywell kararı ile ultra-vires tasarrufların denetimi çekincesini geliştirmiştir.¹² Honeywell kararında anayasa mahkemesi ultra-vires tasarrufu nitelendirirken, Birlik tasarrufunun yetkiye aykırılığının açık olması ve tasarrufun üye devletler ve Birlik arasında öngörülen yetkilendirme yapısında önemli bir değişikliğe yol açmasının gerekliliğini vurgulamıştır.¹³ Anayasa mahkemesi 14.01.2014 tarihli OMT kararında bu tür bir ihlâlin hipotetik olmayacak şekilde nitelikli bir yetki ihlâli olması gerektiğine dikkat çekmiştir.

2. Anayasal Kimlik Denetimi

Maastricht kararına bağlı olarak Federal Anayasa Mahkemesi Lizbon kararından itibaren GG'nin 79.madde, 3.fıkrası muvacehesinde özü itibariyle dokunulmaz kabul edilen anayasal kimliğin korunması bağlamında denetim yetkisi kullanılmaktadır.¹⁴ Anayasa mahkemesi söz konusu kararında ortaya koyduğu üzere demokrasi prensibini seçim hukuku üzerinden AB'nin iç ve dış yetkilerinin denetiminde manivela olarak kullanmaktadır.¹⁵

⁸ BVerfGE 73, 339, 387, Solange II

⁹ BVerfGE 73, 339, 387; 102, 147, 164 – Bananenmarktordnung

¹⁰ BVerfGE 102, 167, 164

¹¹ BVerfGE 89, 155, 158; BVerfGE 37, 271, 278

¹² Lizbon kararı BVerfGE 123, 267, 353 vd.; Honeywell kararı 2010, BVerfGE 126, 286,302 vd.

¹³ BVerfGE 126, 286, 304

¹⁴ BVerfGE 123, 267,340, 343 vd., 350, 364 ve passim; 129, 124, 177, 132, 195, 238, Rn.104-ESM, mali anlaşma, bkz.: BVerfGE, NJW 2014, Heft 21, s.1505 vd.; Günter Hirsch, Europäischer Gerichtshof und Bundesverfassungsgericht - Kooperation oder Konfrontation?, NJW 1996, Heft 38, s.2457-2466

¹⁵ Matthias Jestaedt, Warum in die Ferne schweifen, wenn der Maßstab liegt so nah? Verfassungshandwerkliche Anfragen an das Lissabon – Urteil des BVerfG, Der Staat, Vol. 48 (2009), s.497-503 vd.

Anayasa mahkemesinin kararına göre temel hak benzeri bir hak olarak demokrasi prensibi Federal Meclisin demokratik yönetime ilişkin yetki ve görevlerinin AB'ye devri bağlamında bu yetki ve görevlerin içeriğinin korunmasına matuf bir işlev görmektedir. Lizbon kararı bir devletin demokratik olarak şekillendirilmesi bağlamında ulusal yetki tekelinin kabul edildiği beş alan saymıştır. Bunlar ceza hukuku, polis ve askeri işler, bütçe hukuku, sosyal devlet prensibi, kültürel konular olarak sıralanmıştır.¹⁶ Kararda Avrupa entegrasyonu bağlamındaki dinamik gelişmelerin söz konusu alanlarda anayasal kimliğin korunması bakımından potansiyel risk yarattığı vurgulanmıştır.¹⁷

3. Denetim Türlerinin Kendi Aralarındaki İlişkisi

Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin anayasal kimlik denetimiyle ilgili kimi kararlarının diğer denetimlerle ilgili kararlarıyla çakıştığı görülmektedir. Anayasa mahkemesi Lizbon kararında ultra-vires yetki kullanımını ve anayasal kimlik denetimini birlikte ele alırken, OMT kararında anayasal kimlik denetimini ultra-vires yetki denetiminin alt başlığı olarak ele almıştır. Ancak primer hukuk değişikliği ve sekonder hukukun ihdası arasında yapılan ayırım denetim türlerinin karakterlerinin birbirinden farklı olduğunu bariz bir şekilde ortaya koymaktadır. Primer hukuk değişikliği bağlamında GG'nin 79.madde, 3.fikrasında öngörülen anayasal kimlik kurucu anlaşmalara ilişkin onay kanunları bakımından sınır oluşturmaktadır. Onay kanunu ihdas eden Parlamento AB'nin egemenlik haklarının devri bağlamında “anayasanın değişmez hükümlerini” temin etmekle mükelleftir. Anayasal kimlik denetimi esas olarak Avrupa primer hukukuna ilişkin onay kanunu bakımından söz konusudur.¹⁸ Sekonder hukuk oysa primer hukuk tarafından belirlenen çerçevede ihdas edilir. Birlik organları sadece üye devletler tarafından kurucu anlaşmalara ilişkin onay kanunları ile AB'ne devredilen yetkileri kullanabilir. Birlik organlarının bu çerçeveyi aşması halinde ultra-vires yetki denetimi gündeme gelmektedir. Ultra-vires yetki denetimi mantıki olarak sekonder hukukla sınırlıdır. Anayasal kimlik denetimi ve ultra-vires denetim ilişkin oldukları dayanaklar itibariyle birbirinden ayrı denetim türleridir.¹⁹ Federal Anayasa Mahkemesi bununla beraber anayasanın değişmez hükümlerine ilişkin anayasal kimlik denetimini sekonder hukuka da teşmil etmektedir.

¹⁶ BVerfGE 123, 267, 358 vd.; kültür alanında özellikle aile, okul ve eğitim, din, dil, medya önem taşımaktadır; Avrupa mali ve devlet borcu krizi bağlamında bütçe hukuku aktüel olmuştur

¹⁷ Christoph Schönberger, Die Europäische Union zwischen “Demokratiedefizit” und Bundesstaatsverlust, Anmerkungen zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, Der Staat Vol.48 (2009), s.535,554 vd.; Matthias Ruffert, Nach dem Lissabon – Urteil des Bundesverfassungsgerichts - zur Anatomie einer Debatte, ZSE Vol.7, No.3/4 (2009), s.381-398)

¹⁸ BVerfGE 199, 124,170 vd.; BVerfG, NJW 2014, s.1505, 1512 vd, 1518

¹⁹ krş.: BVerfGE 124, 366 (433, Rn.141)



Federal Alman Anayasa Mahkemesi Birlik organlarının anayasal kimliği ihlâl etmeleri halinde ultra-vires tasarruflarda bulduklarını, onay kanunlarının onları bu şekilde bir tasarruflarda bulunmak için yetkilendirmediğini kabul etmektedir.²⁰ Anayasa Mahkemesi tarafından anayasal kimlik ihlâli ve ultra-vires denetim arasında kurulan ilişki sekonder hukuka ilişkin anayasal kimlik denetiminin yanlış şekilde ultra-vires denetimin bir alt başlığı olarak mütalâa edilmesine yol açmıştır. Federal Anayasa Mahkemesi bu yaklaşımın sonucu olarak anayasal kimliğin ihlâli denetimi çerçevesinde yeterli ölçüde nitelikli bir ihlâlin ve bununla bağlantılı ultra-vires tasarruflarda bulunup bulunmadığını ele almaktadır. Orijini itibariyle ultra-vires yetki denetimi sekonder hukuk tasarruflarının oluşumu bağlamında primer hukuka uygunluğunu temin ederken anayasal kimlik denetimi (aynı şekilde temel haklara uygunluk denetimi) hukuki tasarrufların etkilerini göstermesi bağlamında maddi hukuk değerlerinin korunmasını temin etmektedir.²¹ Anayasal kimlik ultra-vires yetki denetimi arasındaki kesin ayrımın yeni içtihatlarla ortadan kalktığı görülmektedir. Bunun sonucu olarak ultra-vires yetki denetimi OMT davasında görüldüğü gibi²² yetki sınırlarının denetimi ötesine geçerek anayasal kimlik denetimine ölçü olan demokrasi prensibi muvacehesinde gerçekleşmektedir.²³

Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin OMT kararında ultra-vires denetimle bağlantılı olarak ayrıca yapılacak bir anayasal kimlik denetimini açık şekilde vurgulaması bununla beraber ultra-vires ve anayasal kimlik denetiminin birbirinden bağımsız olduğunu ortaya koymuştur.²⁴ Anayasal kimlik denetiminin ultra-vires denetimin bir alt başlığı olarak bağımsız bir denetim türü olarak kabul edilmesi, iki denetimin sadece birbirinden sapan sebeplere istinat etmesinden ve denetimin kapsamının farklı olmasından değil, koruma konularının, değerlerinin, denetim ölçüsünün ve sonuçlarının farklı olmasından ileri gelmektedir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin içtihadına göre ultra-vires denetimin tersine olarak anayasal kimliğe yönelik her ihlâlin mutlak olarak korunan değerlere ilişkin olduğunun gözardı edilmemesi gerekmektedir.²⁵ Birlik Hukuku açısından anayasal kimlik denetimi ultra-vires denetime göre daha sınırlıdır. Bu saptama öncelikle birbirinden sapan denetim ölçülerinden ileri gelmektedir. Anayasal kimlik denetimine GG 79.madde, 3.fıkra ölçü olmaktadır. Ultra-vires denetime esas olan sınırlı münferit yetki

²⁰ BVerfGE 134, 366, 384 Rn.34.; BVerfGE 126, 286, 302, 307

²¹ Günter Hirsch, s.2457, 2459

²² monetär bütçe finansmanı yasağıyla ilgili AB'nin Çalışma Usulleri Hakkındaki Anlaşmanın 123.md., 1.fık.

²³ Lizbon kararında sayılan beş alan ile ultra-vires yetki denetimi kapsam itibariyle genişletilmiştir;

Christopf Schönberger, s.535, 554 vd.

²⁴ BVerfGE 134, 366, 418, Rn.102 vd..

²⁵ BVerfGE 134, 366, 384, Rn.27

prensibi ise sadece Birlik seviyesinde AB Anlaşmasının 5.madde, 1.fıkra, 1.cümle ve 2.fıkrasında düzenlenmeyip, GG'de de düzenlenmektedir.²⁶ Sekunder hukukun denetim ölçüsünü Alman onay kanununun teyit ettiği gibi primer hukuk belirlemektedir. Bunun sonucu olarak Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin ultra-vires denetim yetkisinin AB Adalet Divanı'nın AB Hukuku'nun yorum yetkisiyle rekabete girmesi gibi bir durum söz konusu olmaktadır.²⁷ Ultra-vires denetim Birlik Hukuku'nun üye devletlerde geçerliliğini ve uygulanmasını anayasal kimlik denetimine nazaran daha büyük ölçüde etkileme potansiyeline sahiptir. GG'nin denetim ölçüsü muvacehesinde anayasal kimliğin ihlâlinin saptanması sadece Alman hukuk düzeni üzerinde etki doğururken, AB tasarrufunun ultra-vires olduğunun saptanması tüm üye devletlerde tasarrufun geçerliliğini ve uygulanmasını etkileyecek sonuçlar doğurmaktadır.²⁸ Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin ultra-vires yetki denetimine ilişkin kararlarının hukuki etkisi her ne kadar doğrudan Alman devlet organları ile sınırlı doğsa da, primer hukuk muvacehesinde yapılan denetimlerin sonuçları dolaylı olarak tüm üye devletlerde etki göstermektedir. Bir Birlik tasarrufunun ultra-vires ilan edilmesi, tasarrufun tüm üye devletlerde etkisiz olması sonucunu doğurmaktadır.

4. Anayasal Kimlik ve Temel Hak Denetimi

Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin temel haklara ilişkin kararları çoğu kez anayasal kimliğe atıfta bulunmakta ve temel hak denetimini anayasal kimliğin bir alt başlığı olarak ortaya çıkarmaktadır.²⁹ Federal Anayasa Mahkemesi anayasal kimlik denetimi çerçevesinde GG 79.madde, 3.fıkra düzenlenmiş anayasanın değişmez hükümlerinden hareket etmektedir.³⁰ Temel haklarla ilgili kararlarda anayasal kimlik kavramı farklı bir anlama sahiptir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi bu çerçevede ne GG 79.madde, 3.fıkra atıf yapmıştır, ne de anayasal kimliğin değişmezliğinden hareket etmiştir.³¹ Anayasa Mahkemesi'nin kararlarına Maastricht kararına kadar daha çok GG 24.madde, 1.fıkra egemenlik haklarının devrine ilişkin mevcut sınırlamalar

²⁶ bknz.: GG 23.md., 1.fık., 1.cümle; 2.fık.;

subsidiarite (yetki ikâmesi) prensibinin denetimi için bknz.: AB anl. 5.md., 1.fık., 2.cümlesi; 3.fık. ve GG 23.md., 1.fık., 1.cümle

²⁷ AB anl. md.19, fık.1, 2.cümle

²⁸ Daniel Thym, Europäische Integration im Schatten souveräner Staatlichkeit, Anmerkungen zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, Der Staat Vol. 48 (2009), s.559-572

²⁹ Dieter Grimm, Das Grundgesetz als Riegel vor einer Verstaatlichung der Europäischen Union, Zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, Der Staat, Vol.48 (2009), s.457, 486

³⁰ Matthias Herdegen, bknz.: Theodor Maunz/Günter Dürig (Hrsg.), GG Kommentar, 72 EL.2014, Art.79, Rn.114 vd., 123

³¹ BVerfGE 37, 271, 279



esas olmuştur.³² Federal Alman Anayasa Mahkemesi GG 23.madde, 1.fıkra,1. cümlelerin yürürlüğe girmesinden itibaren ise temel hak denetiminde anayasanın strüktür teminatıyla ilgili düzenlemesine istinat etmektedir.³³ Birliğin GG'nin temel hak koruması ile özünde karşılaştırılabilir bir temel hak koruması vermediği durumlarda anayasa mahkemesinin temel hak denetiminin yeniden aktif hale gelme olanağı açık bırakılmıştır.

II. DÜŞEY YETKİ PAYLAŞIMI

Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin özetlenen içtihatlarında aynı zamanda mahkemenin AB Divanı ile rollerin paylaşımı konusundaki yaklaşımı dile gelmektedir. Mahkemenin farklı denetim türlerine ilişkin kararları arasında ortak bir çizgi takip ettiği gözlenmektedir.

1. Kooperasyon İlişkisi

Federal Alman Anayasa Mahkemesi AB Divanı ile kendi ifadesi ile karşılıklı saygıya dayanan bir kooperasyon ilişkisi sürdürmek istemektedir.³⁴ Bu tür bir ilişki Birlik Hukuku perspektifinden AB Anlaşması 4.madde, 3.fikrasında yer alan sadakat içinde işbirliği prensibine istinat ederken, Federal Anayasa Mahkemesi bakımından GG'nin Avrupa yanlısı yaklaşımına istinat etmektedir.³⁵ Anayasa mahkemesi kararlarında Birlik Hukukuna ilişkin denetim çekincelerini karara bağlama yetkisini saklı tutmakla beraber,³⁶ Birlik tasarruflarının iç hukukta uygulanmamasına ilişkin karar yetkisini AB Divanı'nın AB'nin Çalışma Usulleri hakkındaki anlaşmanın 267.maddesine göre önkarar prosedürü çerçevesinde vereceği karar ertesinde kullanacağını hükme bağlamıştır.³⁷ Bu tablo Federal Anayasa Mahkemesinin sekonder hukukun geçerlilik denetimi bağlamında ilk aşamada yetki kullanmaktan geri durduğunu göstermektedir. Anayasa mahkemesinin temel hak denetimi temel hak denetiminin Birlik seviyesinde genel olarak temin edilmemesi durumunda yeniden aktive olacaktır.³⁸ Federal Anayasa Mahkemesi ultra-vires Birlik tasarrufunun primer hukuka aykırılığının açık olması ve üye devletler aleyhine yetki tablosunda önemli bir kaymaya neden olması durumunda tasarrufun iç hukukta uygulanmamasını karara bağlayabilecektir.³⁹ Federal Alman Anayasa

³² Krş.: BVerfGE 37, 271, 279; BVerfGE 58, 1, 30, 40, 73, 339, 375 vd.

³³ Struktursicherungsklausel; Heiko Sauer, *Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystemen*, 2008, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg, s.470

³⁴ BVerfGE 126, 286, 303, 133, 277, 316, Rn.91 –Antiterrordatei; BVerfGE 89, 155,175

³⁵ BVerfGE 123, 267, 346 vd.; 354; 126, 286, 303 vd.

³⁶ temel hak denetimi için bkz.: BVerfGE 37, 271, 284, vd.; ultra-vires denetim ve anayasal kimlik denetimi için bkz.: BVerfGE 123, 267, 354

³⁷ BVerfGE 126, 286, 307

³⁸ BVerfGE 102, 147, 164

³⁹ BVerfGE 134, 366, 390, Rn.33, 392, Rn.37; BVerfGE 126, 286, 304, 308; BVerfGE 123, 267, 353, 400

Mahkemesi'nin içtihadına göre anayasal kimliğe ilişkin her ihlâl önemli kabul edilmektedir.⁴⁰

2. Mahkemeler Arasındaki Gerilim

Federal Alman Anayasa Mahkemesi tarafından AB Divanı ile olan ilişkilerde öngörülen kooperasyon bununla beraber gerilimden uzak değildir. Bu durumu AB Divanı'nın Åkerberg Fransson davasında AB Temel Haklar Şartı'nın üye devletlerde uygulanmasına ilişkin olarak verdiği karar ile Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin bu bağlamda verdiği karar arasında ortaya çıkan uyumsuzluk teyit etmektedir. Divan söz konusu kararında üye devletlerin AB Temel Haklar Şartı ile bağlılığı çerçevesinde AB Temel Haklar Şartı'nın 51.madde, 1.fıkra, 1.cümlesinde yer alan “münhasıran Birlik Hukukunun icrası” ifadesini Birlik Hukukunun uygulandığı ve geçerli olduğu alan olarak yorumlamıştır.⁴¹ Federal Alman Anayasa Mahkemesi Birinci Senato'su Divanın bu kararı üzerine verdiği “Antiterrordatei” kararında AB Divanı'nı ultra-vires tutum içinde olduğu uyarısı ile eleştirmiş ve Avrupa Temel Haklar Şartı'nın somut uyuşmazlık bağlamında uygulanma olasılığının bulunmadığını ve Divanın acte-clair içtihadına istinaden Divan nezdinde yeniden bir önkarar başvurusu yapma gerekliliği olmadığını hükme bağlamıştır.⁴² Federal Alman Anayasa Mahkemesi İkinci Senato'su ancak Birinci Senato'dan farklı olarak “OMT-Programm” davası bağlamında OMT kararının geçerliliğine ilişkin olarak Birlik Hukukunun yorumu için Divan'a bir önkarar başvurusu yapmıştır.⁴³ İkinci Senato yaptığı önkarar başvurusunda açıkça ultra-vires bir tasarrufun mevcudiyetinden hareket etmekle beraber,⁴⁴ iki mahkeme (Divan ve anayasa mahkemesi) arasında bu bağlamda doğan içtihat farkını gidermenin tek yolunun AB Divanı tarafından yapılacak yorum olduğuna işaret etmiştir.⁴⁵ Anayasa mahkemesinin Åkerberg Fransson davası bağlamında aldığı önkarar başvuru kararı, anayasa mahkemesinin Divana yaptığı ilk önkarar başvurusu olması yanı sıra, anayasal kimlikle ilgili nihai karar yetkisini kendisine saklı tutması nedeni ile de dikkat çekmiştir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin AB Divanı ile ilişkilerde ortaya koyduğu kooperasyon yaklaşımı AB Hukuku'nun mütecanisliğini tehlikeye sokmama iradesini yansıtırken, anayasal kimlik konusunda ortaya koyduğu münhasıran karar verme iddiası anayasa hukukuna ilişkin sorunların çözümünde yetkisini saklı tutma iradesini

⁴⁰ BVerfGE 134, 366, 384, 386, Rn.27, 29

⁴¹ EuGH, 26.2.2013, Rs. C-617/10 (Åkerberg Fransson), Rn.16 vd.; Daniel Thym, *Blaupausenfallen bei der Abgrenzung von Grundgesetz und Grundrechtecharta*, DöV 2014, Hef 22, s.541, 943 vd.

⁴² BVerfGE 133, 277, 313 vd., Rn.88 vd.

⁴³ BVerfGE 134, 366, 369 vd.

⁴⁴ BVerfGE 134, 366, 392 vd., Rn. 36 vd., 398 vd., Rn.55 vd.

⁴⁵ BVerfGE 134, 366, 415 vd. Rn.102 vd.



yanıtmaktadır.⁴⁶ Anayasa mahkemesi primer hukukun ve sekonder hukukun anayasal kimlik denetimi bağlamında AB Divanı ile kooperasyonda farklı bir yaklaşım ile karşımıza çıkmaktadır.

a. Uygun Bulma Kanunu ve Primer Hukuk

Primer hukuka ilişkin uygun bulma (onay) kanunlarının anayasa mahkemesi tarafından denetiminde GG 79.madde, 3.fikra alternatifsiz yegâne ulusal ölçüdür. Söz konusu anayasal kimlik denetimi uygulamada anlaşmaların onayı öncesinde gerçekleştiği nispette, anayasa mahkemesi ve AB Divanı arasında bu bağlamda bir uyumsuzluk ortaya çıkmamaktadır.⁴⁷

b. Sekonder Hukuk

Sekonder hukukun anayasa uygunluk denetiminde buna karşılık AB Divanı'na önkarar başvurusu gerekmektedir. AB Adalet Divanı AB Hukukunun yorumunda münhasıran yetkilidir. Anayasa mahkemesinin denetim mekanizmaları AB Divanı'nın denetim yetkisini ortadan kaldırmamaktadır.⁴⁸ Bu durum kooperasyon ilişkisinin ve sorumluluk paylaşımının söz konusu olduğu iki mahkeme arasında problemlerin doğmasına yol açmaktadır. Önkarar sorularının formülasyonuna ve gerekçelerine ilişkin olarak ulusal mahkemeler Birlik Hukuku'nun denetiminin çerçevesini belirleyebilir. Bununla beraber AB Divanı'nın AB Hukukunu yorumlama yetkisinin anayasa mahkemeleri tarafından manipüle edilmemesi gerekmektedir. Başkanun sözcüsü Cruz Villalón'un OMT'ye ilişkin önkarar prosedürü çerçevesindeki nihai talebinde dile getirdiği gibi ulusal yüksek mahkeme kararları ile Divan kararlarının devre dışı bırakılmaması gerekmektedir.⁴⁹

aa – Ultra vires denetim

Ultra-vires denetim bağlamında AB Divanı'nın ve Federal Anayasa Mahkemesi'nin denetim ölçüleri örtüşmektedir. Birlik Hukuku'nun sınırlı münferit yetki prensibi,⁵⁰ primer hukuka ilişkin onay kanunlarında egemenlik devrine ilişkin olarak yer alan anayasa hukuku düzenlemeleri ile paraleldir.⁵¹ Alman onay kanunu ile teyit edildiği üzere bu çerçevede primer hukuk esas olmaktadır. AB Hukuku'nun yorumu AB Anlaşması'nın 19.madde, 1.fikra, 2.cümlesine göre münhasıran Divan'ın yetkisine girmektedir.⁵² Anlaşma normları teorik olarak hernekadar farklı şekilde yorumlanabilirse de, diğer bir

⁴⁶ Günter Hirsch, s.2457, 2460 vd.

⁴⁷ Christoph Schönberger, s.535, 536 vd.

⁴⁸ Hans-Georg Dederer, s.318-319

⁴⁹ başkanun sözcüsü Cruz Villalón'un 14.1.2015 talebi için bkzn.: Rs. C-62/14 (Gauweiler ve diğerleri – OMT Beschluss), Rn.46, 49 vd., 62; Rn. 35 vd.

⁵⁰ AB Anl., md.5, fik.1, cümle 1; 2.fik.

⁵¹ krş.: Heiko Sauer, s.192 vd.

⁵² AB'nin Çalışma Usulleri Hakkındaki Anlaşma md.344

ifade ile tek bir doğru yorum kararı olmasa da, Birlik Hukuk düzeninde hukuk birliğinin korunması için AB Hukuku'nun yorumunda sadece Divan bağlayıcı karar yetkisi kullanılabilir.

Divan sekonder hukukun geçerliliği konusunda iptal davası,⁵³ yorumu konusunda önkarar davası bağlamında yetki kullanır.⁵⁴ Bu davalar ulusal mahkemede derdest bir davada AB tasarrufunun ultra-vires olup olmadığına ilişkin olarak doğan tereddütlerin Divan tarafından karara bağlanmasına da vesile oluşturmaktadır. Ultra-vires bir tespit sadece çok istisnai durumlarda söz konusu olmaktadır. Anayasa mahkemesinin ultra-vires denetim esnasında bir önkarar talebi yapması anayasa mahkemesi ve AB Divanı arasında diyalog oluşmasına yol açan fırsat olarak görülmektedir. Önkarar prosedürünün işletilmesi AB Divanının yorum yetkisinin kabulü anlamını taşımaktadır.

bb – Anayasal Kimlik Denetimi

Anayasal kimlik denetiminin sekonder hukuka teşmil edilmesi Birlik organlarının doğrudan ulusal hukuka bağlı olmaması nedeniyle problem oluşturmaktadır. Anayasal kimlik denetiminin ulusal anayasa muvacehesinde gerçekleşmesi gerekmektedir.⁵⁵ Birlik Hukuku üye devletlerin ulusal kimliğine saygı yükümlülüğünü kabul etmektedir. Bu yükümlülük AB Anlaşmasının ulusal anayasalara uygun dayanaklarında ifadesini bulmaktadır.⁵⁶ AB Divanı çoğu kez önkararları çerçevesinde ulusal içtihadı dikkate alarak ulusal kimliğe koruma sağlamaktadır.⁵⁷ Bunun ötesinde başkanın sözcüsü Cruz Villalón'un OMT kararına ilişkin nihai talebinde dile getirdiği üzere üye devletlerin münferit anayasal kimliği ile AB'nin kimliği arasında zaman içinde bir yakınlaşma eğilimi ortaya çıkmıştır.⁵⁸ Ulusal anayasaların ve AB hukukunun bununla beraber kimi farklı ölçüleri nedeniyle mahkemeler arasında istisnai de olsa anayasal kimlik denetimi bağlamında uyumsuzluk doğması potansiyeli bulunmaktadır. Böyle bir ulusal kimlik ihlali tespitinin diğer ulusal yüksek mahkemeler için örnek oluşturması nedeniyle bir hukuk topluluğu olan AB bakımından siyasi sonuçlar **doğurma riski** bulunmaktadır. Başkanın sözcüsü Cruz Villalón nihai talebinde haklı bir şekilde üye devletlerin takdirinde bulunan anayasal kimlik çekinceleri nedeni ile AB Hukuk düzeni bakımından doğacak tehlikelere işaret etmiştir. Bu nedenle “ebedilik garantisi” kapsamında yer alan demokrasi prensibinin ölçsüz bir şekilde genişletilmemesi gerekmektedir.⁵⁹

⁵³ AB'nin Çalışma Usulleri Hakkındaki Anlaşma'nın 263.md. vd.

⁵⁴ AB'nin Çalışma Usulleri Hakkındaki Anlaşma'nın 267.md.

⁵⁵ Dieter Grimm, s.475

⁵⁶ AB anl., md.4, fik.2, cümle 1

⁵⁷ bkz.: EuGH, 22.12.2010, Rs. C-208/09 (Sayn-Wittgenstein, Rn.82 vd.

⁵⁸ başkanın sözcüsü Cruz Villalón'un 14.1.2015 tarihli nihai talebi için bkz.: Rs. C-62/14 (Gauweiler ve diğerleri – OMT kararı), Rn.61)

⁵⁹ Matthias Ruffert, An den Grenzen des Integrationsverfassungsrechts: Das Urteil des des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag von Lissabon, DVBl. 2009, s.1197, 1206



Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin Lizbon kararının geliştirilmesi ve uygulanması bağlamında anayasal kimliğe dahil ettiği AB'ye hareket alanı bırakmayan alanlar bu nedenle önem taşımaktadır.⁶⁰

cc – Temel Hak Denetimi

Temel hak denetimi bakımından Birlik Hukuku ve anayasa hukuku seviyesindeki denetim ölçüleri birbirine yaklaşmaktadır. Alman anayasası Birlik seviyesinde GG'de özü itibariyle karşılaştırılabilir bir temel hak himayesinden hareket etmektedir.⁶¹ Sekunder hukukun ihdasında Birlik organları Birlik temel haklarını dikkate almakla mükelleftir.⁶² Bunun dışında üye devletlerin ulusal kimliğinin dikkate alınması gerekliliği muvacehesinde).⁶³ Åkeberg Fransson davasında iki mahkeme arasında doğan uyumsuzluk münferit temel hakların temini bağlamında değil, Avrupa Temel Haklar Şartı'nın üye devletler bakımından bağlayıcılığı bağlamında doğmuştur.

III. YATAY YETKİ PAYLAŞIMI

Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin özetlenen içtihatları aynı zamanda anayasa mahkemesinin diğer anayasal organlarla olan ilişkisini belirlemektedir. Anayasa Mahkemesinin usul hukukuna ve maddi hukuka ilişkin kararlarında yapılan vurgulamalar GG'de öngörülen yatay fonksiyon paylaşımının dikkate alınmaması durumunda doğacak sonuçlar bakımından mahkemenin yaklaşımını ortaya koymaktadır.

1. Usul Hukukuna İlişkin Gelişme

Usul Hukuku muvacehesinde anayasa mahkemesinin Birlik Hukukunun yorumu için Divana başvuru olanağı bulunduğu gibi, GG'nin 38.madde, 1.fıkra, 1.cümlesinden istihraç edilen temel hak benzeri bir hak olan demokrasi hakkının AB seviyesinde iddiasının da Birlik organ tasarruflarının anayasa şikâyeti konusu olmasına yol açması mümkündür. Anayasa mahkemesi OMT kararında temel hak denetimi bağlamında geliştirdiği kriterleri ulusal kimlik denetimine teşmil etmiştir.⁶⁴ Federal Alman Anayasa Mahkemesi Lizbon kararında insan onuru muvacehesinde demokrasi için hassas olan alanların anayasal kimlik denetimi kapsamına alınmasını kabul etmiştir.⁶⁵ Avrupa entegrasyonu bağlamında AB Hukuku bakımından başlangıçta kabul edilmeyen soyut norm kontrolü (objektif prosedür olarak) ilk kez anayasa mahkemesinin Maastricht kararı ile AB ikincil hukuku için kabul edilmiştir. Federal Alman

⁶⁰ bkz.: Dieter Grimm, s.475, 490

⁶¹ GG 23.md, 1.fık., 1.cümle

⁶² AB anl.,md.6, fık.1,3; Avrupa Temel Haklar Şartı md.51

⁶³ AB anlaşmasının 4.madde, 2.fıkra, 1.cümlesi) Birlik seviyesinde de ulusal temel hakların dikkate alınması gerekmektedir (bkz.: EuGH, 14.10.2004, Rs. C-36/02 (Omega), Rn.32 vd.

⁶⁴ BVerfGE 134, 366, 397, Rn.3; BVerfGE 891, 155, 187 vd.

⁶⁵ OMT kararında Birlik tasarruflarının prensip olarak anayasal kimlik denetimi konusu olabileceği

Anayasa Mahkemesi bu şekilde GG'nin münhasıran temel hakları (sübjektif) koruma yaklaşımını terk etmiş ve anayasal kimlik denetimi bağlamındaki karar verme yetkisini AB ikincil hukuku bakımından genişletmiştir. Bu tablo Federal Meclisin ve Federal Hükümetin siyasi takdir yetkisinin Anayasa Mahkemesi kararı ile daraltıldığını ortaya koymaktadır.⁶⁶

2. Maddi Hukuka İlişkin Gelişme

Anayasal kimlik denetimi bağlamında Federal Alman Anayasa Mahkemesine başvuru olanağının genişletilmesi AB Divanı ile dikey ilişkide anayasa mahkemesinin pozisyonunu güçlendirdiği algısı yaratsa da, Lizbon kararında diğer anayasa organlarının entegrasyon sorumluluğunun açıkça vurgulanması, anayasa mahkemesinin anayasal kimlik denetimi bağlamında sadece yönlendirici bir role sahip olduğunu ortaya koymaktadır.⁶⁷ Anayasa Mahkemesi başlangıçta ultra-vires ihdas edilen yahut ulusal kimliği ihlâl eden sekonder hukukun iç hukukta sadece uygulanmamasından hareket ederken, Lizbon kararı muvacehesinde verdiği OMT kararında anayasal organların Birlik organlarının ultra-vires tasarruflarına karşı önlem alma ve AB sekonder hukukunun gereğini hattâ yerine getirmekten kaçınma mükellefiyetini kabul etmiştir.⁶⁸

GG'de anayasal organların entegrasyon sorumluluğu bağlamında bu tür bir yükümlülüğe dayanak teşkil eden düzenleme bulunmamaktadır.⁶⁹ OMT kararında anayasal organların anayasa hukuku muvacehesinde tâbi oldukları yükümlülük yeterli şekilde açıklığa kavuşturulmamıştır. Bu nedenle sekonder hukuk tasarrufuna ne şekilde reaksiyon göstereceğini karara bağlama yetkisinin demokratik meşruiyeti olan anayasa organları olarak Federal Meclisin ve Federal Hükümetin siyasi takdir alanına bırakılması daha doğru gözükmektedir. GG, Federal Mecliste yahut Federal Hükümette bu bağlamda tartışma açılmasına ilişkin bir yükümlülük öngörmemektedir.

3. Değerlendirme

Birlik Hukuku'na ilişkin Federal Alman Anayasa Mahkemesi içtihadının özetlenen gelişimi GG'nin yetki taksimine müdahale olarak görülebilir. GG her anayasa organının anayasada öngörülen görevleri yerine getirme sorumluluğunu kabul etmiştir. Bu şekilde ilk planda doğrudan ve dolaylı olarak demokratik meşruiyeti olan anayasa organları olarak Federal Meclis ve Federal Hükümet Avrupa enterasyonuna ilişkin (siyasi değerlendirmelere istinat eden) kararların alınmasından sorumludur. Bu kararların anayasa mahkemesi tarafından denetimi GG'de belirlenen prosedürlere, mükellefiyetlere (md.93, 100) ve bu çerçevede ihdas edilen kanunlara göre gerçekleşir. Diğer bir ifade

⁶⁶ Jürgen Schwarze, Die Wahrung des Rechts durch den Gerichtshof der Europäischen Union, DVBl. Bd.129, 9/2014, s.537

⁶⁷ BVerfGE 123, 267, 352 vd.

⁶⁸ BVerfGE 134, 366

⁶⁹ BVerfGE 134, 366, rn.117



ile bu bağlamda anayasa mahkemesine kapsamlı bir anayasal denetim yetkisi verilmemiştir.⁷⁰ Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin Lizbon kararında ultra-vires ve anayasal kimlik denetimi için özel bir prosedür öngörülmesine ilişkin yaptığı öneri yasama organı tarafından kabul görmemiştir.⁷¹

Birlik Hukuku ulusal kimliğe saygı, sınırlı münferit yetki prensibi ve Birlik temel hakları çerçevesinde oluştuğu ve bu teminatlara riayet anayasa mahkemesi denetim türlerine paralel şekilde AB Divanı tarafından sağlandığı nispette, Federal Anayasa Mahkemesi'nin AB Hukuku'na ilişkin denetim iddiası yapmaması, temel hakların himayesinde bir boşluğa yol açmamaktadır. Anayasa Mahkemesi buna rağmen Avrupa entegrasyonuna ilişkin her konuda nihai karar yetkisi iddia ettiği takdirde halkın temsilcisi olan anayasal organların işlevi anlamını kaybedecek ve hatta sonuç olarak anayasa mahkemesi tarafından özel olarak vurgulanan demokrasi hakkı değerini kaybedecektir.

SONUÇ

AB Hukuku'nun denetiminde ulusal hukuka nazaran farklı bir tablonun ortaya çıktığı görülmektedir. AB Hukukunun temel hak denetiminin bugün pratikte pek bir önemi kalmamıştır. Honeywell kararı ile bağlantılı olarak ultra-vires denetim bakımından önceki tahminlerden farklı bir gelişme olmuştur. AB Hukukunun anayasa mahkemesi tarafından ultra-vires denetimi AB Divanı ile Anayasa Mahkemesi arasında uyumsuzluk potansiyeli taşımakta Birlik Hukuku'nun mütecanisliği bakımından da önemli bir tehlike oluşturmaktadır. Anayasa mahkemesinin primer hukuka ilişkin anayasal kimlik denetiminin onay kanunları muvacehesinde anayasa hukukunda dayanağı bulunduğu gibi, Birlik Hukuku ve anayasa hukuku arasında uyumsuzluğun çıkmasını önleme bakımından da önleyici bir işlevi bulunmaktadır. Buna karşılık anayasal kimlik denetiminin sekonder hukuk tasarruflarına teşmil edilmesi dogmatik sorunlar ortaya çıkarmaktadır. Anayasanın değişmez hükümlerinin (ebedilik garantisi) içinde yer alan demokrasi prensibinin kapsamının genişletilmesi anayasal kimlik denetimi bağlamında iki mahkeme arasında uyumsuzluk potansiyelini arttırmaktadır.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi AB Divanı ile kooperasyon ilişkisini vurgulasa da anayasal kimlik denetimi bakımından oldukça iddialı olduğu görülmektedir. İki mahkeme arasında mevcut gerilimin açık bir uyumsuzluğa dönüşüp dönüşmeyeceği AB Divanı'nın Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin OMT kararı ertesindeki vereceği kararlara bağlıdır. Bu bağlamdaki retoriğe büyük bir önem atfedilmemesi gerekmektedir. Başkanun sözcüsü Cruz Villalón nihai talebinde buna işaret etmiş ve Divan'dan sadakat içinde işbirliği prensibi ışığında önkarar başvurusunu yapıcı değerlendirmesini ve cevaplandırmasını

⁷⁰ BVerfGE, 134,366

⁷¹ BVerfGE 123, 263, 355

talep etmiştir.⁷² Aynı paralelde Federal Anayasa Mahkemesinin ve diğer ulusal yüksek mahkemelerin bilinçli içtihadının Birlik Hukuku içtihadının pozitif gelişimine yol açacağına göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Federal Anayasa Mahkemesi'nin Solange içtihadı zamanında Birlik seviyesinde temel hakların gelişmesinde önleyici değil, katkı sağlayıcı bir rol üstlenmiştir. Yapıcı katkı bir taraftan her koşulda anayasa hukuku sınırlarına, diğer taraftan AB Divanına devredilen karar yetkisine ve GG'nin AB Hukuku yanlısı yaklaşımına saygı gösterilmesini gerektirmektedir.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi ve AB Divanı arasındaki dikey ilişkinin gölgesinde yatay seviyede de anayasa organları arasında ağırlıklar yer değiştirmektedir. Federal Anayasa Mahkemesi'nin anayasa hukuku sorunlarının açıklığa kavuşturulmasında yetkisi GG tarafından sınırlandırılmıştır. Avrupa entegrasyonu bağlamında ortaya çıkan siyasi kararlar için demokratik meşruiyeti olan anayasal organlar olarak Federal Meclis ve Federal Hükümet yetkilidir. Yatay seviyedeki ağırlıkların yer değiştirmesinin dikey seviyedeki ilişkiyi etkilemesi kaçınılmaz olarak AB Hukuku bakımından sonuçlar doğurma potansiyeline sahiptir. Bu durum ilişkilerin birbirleriyle ne derece iç içe olduğunu ortaya koymaktadır.

Kısaltmalar:

<i>Aufl.</i>	Auflage (<i>bası</i>)
<i>BVerfGE</i>	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
<i>DÖV</i>	Die Öffentliche Verwaltung
<i>DVBl</i>	Deutsches Verwaltungsblatt
<i>EMRK</i>	Europäische Menschenrechtskonvention
<i>ESM</i>	Europäischer Stabilitätsmechanismus
<i>EuGH</i>	Europäischer Gerichtshof (Avrupa Adalet Divanı)
<i>EuR</i>	Europarecht (Avrupa Hukuku Dergisi)
<i>GG</i>	Grundgesetz (Alman Anayasası)
<i>Hrsg.</i>	Editör
<i>JZ</i>	Juristen Zeitung
<i>NJW</i>	Neue Juristische Wochenschrift
<i>OMT</i>	Outright Monetary Transactions (AVRO alanı üyelerinin devlet tahvillerini satın alması)
<i>Rn</i>	Randnummer
<i>Rs</i>	Rechtssache (<i>dava</i>)
<i>ZSE</i>	Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften

⁷² AB anl., md.4, fik.3; Baş kanun sözcüsü Cruz Villalón'un 14.1.2015 tarihli nihai talebi için bknz.: Rs.C-62/14 (Gauweiler u.a. OMT Beschluss), Rn. 62 vd.)



KAYNAKÇA

Dederer H-G, Die Grenzen des Vorrangs des Unionsrechts – zur Vereinheitlichung von Grundrechts-, Ultra vires- und Identitätskontrolle, JZ Jahrgang 69(2014), Heft 7

Fabio U-D, Europas Verfassungskrise, FAZ vom 8 Juni 2020

Grimm D, Das Grundgesetz als Riegel vor einer Verstaatlichung der Europäischen Union, Zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, Der Staat, Vol.48 (2009)

Grimm D, Jetzt war es soweit, FAZ vom 18 Mai 2020

Herdegen M, bkzn.: Theodor Maunz/Günter Dürig (Hrsg.), GG Kommentar, 72 EL.2014, Art.79, Rn.114

Hering L, Zwischen Dialog und Kontrolle: Das Vertragsverletzungsverfahren zur verschärften Durchsetzung von Vorlagepflichtverletzungen letztinstanzlicher Gerichte-Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 4.10.2018, Rs C-416/17 (Kommission/Frankreich, Précompte mobilier), EuR 2020, Vol.55, Heft 1, s.112-131

Hirsch G, Europäischer Gerichtshof und Bundesverfassungsgericht - Kooperation oder Konfrontation?, NJW 1996, Heft 38

Jestaedt M, Warum in die Ferne schweifen, wenn der Maßstab liegt so nah? Verfassungshandwerkliche Anfragen an das Lissabon – Urteil des BVerfG, Der Staat, Vol. 48 (2009)

Kirchhof P, Chance für Europa, FAZ vom 20.Mai 2020

Mannfeld L-K, Verfassungsrechtliche Vorgaben für die europäische Integration, Rechtsprechung des deutschen und italienischen Verfassungsgericht, 2017, s.4 vd.

Ruffert M, Nach dem Lissabon – Urteil des Bundesverfassungsgerichts - zur Anatomie einer Debatte, ZSE Vol.7, N.3/4 (2009)

Ruffert M, An den Grenzen des Integrationsverfassungsrechts: Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag von Lissabon, DVBl. 2009

Sauer H, Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystemen, 2008, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg

Schönberger C, Die Europäische Union zwischen “Demokratiedefizit” und Bundesstaatsverlust, Anmerkungen zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, Der Staat Vol.48 (2009)

Schwarze J, Die Wahrung des Rechts durch den Gerichtshof der Europäischen Union, DVBl. Bd.129, 9/2014



Thym D, Blaupausenfallen bei der Abgrenzung von Grundgesetz und Grundrechtecharta, DöV 2014,Heft 22

Thym D, Europäische Integration im Schatten souveräner Staatlichkeit, Anmerkungen zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, Der Staat Vol. 48 (2009)

• **Makalede geçen Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası'nın ilgili maddelerinin mealen tercümesi**

Madde 23: Temel Hakların Korunması – Subsidiarite İlkesi

1.fıkra;

(1) Birleşmiş bir Avrupa'nın gerçekleşmesi için Federal Almanya Cumhuriyeti, demokratik hukuk devleti ilkeleri, sosyal ve federatif esaslara ve yetki ikamesi ilkesine bağlı olan ve bu Anayasaya benzer bir şekilde temel hakların korunmasını sağlayan Avrupa Birliğinin gelişmesinde katkıda bulunur. Federasyon bunun için, Federal Konseyce onaylanan bir yasayla egemenlik haklarını devredebilir. Avrupa Birliğinin kurulması ve onun anlaşma esasları ve benzer kurallar bu Anayasayı değiştirecek veya Anayasaya ilâve getirecek nitelikte ise, Anayasanın madde 79 fıkra 2 ve 3 uygulanır.

Madde 24: Egemenlik haklarının devri; Kolektif güvenlik sistemine katılma

(1) Federasyon, egemenlik haklarını, devletlerarası kuruluşlara yasayla devredebilir. (1a) Devlet yetkilerinin kullanımı ve devlet görevlerinin yerine getirilmesi eyaletlere ait olduğu takdirde, eyaletler sınır komşuluk kuruluşlarına, Federal Hükümetin onayı ile egemenlik haklar devredebilirler.

(2) Federasyon, barışın korunması için, karşılıklı olarak kolektif güvenliği sağlayan bir kuruluşa katılabilir; bu halde, Avrupa'da ve dünya halkları arasında barışçı ve sürekli bir düzeni sağlamak ve güvence altına almaya yönelik egemenlik haklarını sınırlandırmaları kabul eder.

(3) Federasyon, devletlerarası uyuşmazlıkların çözümü için, genel, kapsamlı, mecburi, uluslararası tahkimi kuran anlaşmalara katılacaktır.

Madde 38: Seçimler

(1) Alman Federal Meclisin milletvekilleri genel, doğrudan, serbest, eşit ve gizli oyla seçilirler. Onlar, bütün halkın temsilcisi olup, kendilerine verilen temsil yetkisi ve talimatlarla bağlı olmayıp yalnız vicdanlarına karşı sorumludurlar.

- (2) 18 yaşını bitiren seçme, reşitlik yaşını bitiren seçilme hakkına sahiptir.
- (3) Konunun ayrıntıları federal yasayla düzenlenir.

Madde 79: Anayasanın değiştirilmesi

(1) Anayasa, ancak kendisinin sözünü açıkça değiştiren veya tamamlayan bir yasayla değiştirilebilir. Barış aktini veya barış akdi hazırlıklarını veya bir işgal rejiminin ortadan kaldırılmasını konu alan veya Federal Cumhuriyetin savunmasına hizmet eden uluslararası anlaşmalarda, Anayasa hükümlerinin bu anlaşmaların akdine ve yürürlüğe konulmasına karşı olmadığını belirtmek için, bu açıklığı getirmekle yetinen bir ekin Anayasa metnine ilavesi yeter.

(2) Böyle bir yasa, Federal Meclis üyelerinin üçte ikisinin onayına ve Federal Konsey oylarının üçte ikisine bağlıdır.

(3) Federasyonun eyaletlere bölünmesine, eyaletlerin yasamaya esasen katılmaları ilkesine veya 1 ve 20 maddelerde yazılı esaslara ilişkin bir Anayasa değişikliği yasaktır.

AVRUPA KOMİSYONU’NUN YAPAY ZEKÂ TÜZÜK TEKLİFİ’NE GENEL BİR BAKIŞ

A General Look at the Proposal for a Regulation on Artificial Intelligence of the European Commission

Armağan Ebru BOZKURT YÜKSEL*

Özet

21 Nisan 2021 tarihinde Avrupa Komisyonu, kısaca Yapay Zekâ Tüzük Teklifi veya Tüzük Teklifi olarak anacağımız metni (Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and Amending Certain Union Legislative Acts) yayınlamıştır¹. Bu metin yapay zekâ alanında hukuki düzenleme yapılması konusunda atılan ilk somut adım olarak değerlendirilebilir. Düzenleme yürürlüğe girdiğinde yapay zekâ alanında faaliyet gösteren şirketleri, girişimleri, müşterileri, devletleri yakından etkileyecektir. Avrupa Birliği’nde yürürlükte bulunan Genel Veri Koruma Tüzüğü’nde² (General Data Protection Regulation-Regulation (EU) 2016/679 of The European Parliament and of The Council of 27 April 2016) olduğu gibi Yapay Zekâ Tüzüğü’nün de yürürlüğe girmesiyle birlikte küresel standartların belirlenmesinde öncü olması beklenmektedir³. Bu makalede Yapay Zekâ Tüzük Teklifi’nin getirdiği temel hususlara ilişkin ileri sürülen eleştiriler ve değerlendirmeler ele alınmaktadır. Elbette Tüzük Teklifi’nde yer alan tüm hususların etrafıca ve tek tek incelenmesine ihtiyaç vardır.

Anahtar kelimeler: Avrupa Birliği Yapay Zekâ Tüzük Teklifi, Yapay Zekâ Sistemleri, Biyometrik Tanıma, Duygu Tanıma, Sentetik İçerik

➤ *Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.*

➤ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 17.01.2022*

➤ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 16.06.2022*

* Doç. Dr., İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi İşletme Bölümü Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, armağanbozkurt@yahoo.com, <https://orcid.org/0000-0002-5347-044X>

¹ Metnin İngilizcesini indirmek için bkz. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021PC0206&from=en>> erişim 07.09.2021; Metnin İstanbul Barosu Bilişim Hukuku Komisyonu Yapay Zekâ Çalışma Grubu tarafından yapılan Türkçe tercümesi için bkz.<<https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/docs/AvrupaBirligiYapayZekaya%C4%B0liskinTuzukTeklifiTurkceTercumesi.pdf>> erişim 27.09.2021

² General Data Protection Regulation <<https://gdpr-info.eu/>> erişim 07.09.2021

³ Jane Finlayson-Brown, Filip Van Elsen, Edward Taelman ve Eline D’Joos, ‘Key Provisions of the Draft AI Regulation’ (24 Mayıs 2021) <<https://www.allenoverly.com/en-gb/global/news-and-insights/publications/key-provisions-of-the-draft-ai-regulation>> erişim 07.09.2021

Abstract

On the date of April 21st, 2021 The European Commission, which we will refer to as the Proposal for a Regulation on Artificial Intelligence or Proposal for a Regulation in short, released a text (Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and Amending Certain Union Legislative Acts). This text can be considered as the first concrete step in making legal regulations in the field of artificial intelligence. When this regulation comes into effect, it will closely affect companies, enterprises, customers and governments operating in the field of artificial intelligence. As in the General Data Protection Regulation (General Data Protection Regulation-Regulation (EU) 2016/679 of The European Parliament and of The Council of 27 April 2016) in force in the European Union, with the entry into force of the Regulation on Artificial Intelligence, it is expected to be a pioneer in setting global standards. In this article, the criticisms and evaluations put forward regarding the main issues brought by the Proposal for Regulation on Artificial Intelligence are tried to be discussed. By all means, there is a need for a detailed and individual examination of all the issues mentioned in the Proposal for a Regulation.

Keywords: European Union Artificial Intelligence Proposal for a Regulation, Artificial Intelligence Systems, Biometric Identification, Emotion Recognition, Deepfake

GİRİŞ

Avrupa Birliği'nde yapay zekâ alanındaki çalışmaların teşvik edilmesi ve aynı zamanda yapay zekânın sosyo-ekonomik etkilerine hazır olmak için gerekli hukuki düzenlemelerin yapılması konusunda çalışmalar bulunmaktaydı⁴. Nitekim Avrupa Komisyonu'nun hazırladığı Yapay Zekâ Tüzük Teklifi'ne ilişkin açıklama notunda (*explanatory memorandum*) yapay zekânın hem endüstri hem de sosyal aktiviteler bakımından pek çok yararının söz konusu olacağı, Avrupa ekonomisine de katkısının bulunacağı belirtilmiştir. Özellikle, sağlık, kamu sektörü, finans, tarım gibi alanlarda rekabet avantajı sağlayacağına işaret edilmiştir. Bununla birlikte yapay zekânın sosyo-ekonomik etkilerinin bireyler ve toplum üzerinde yeni riskleri ve negatif sonuçları da olabileceği belirtilmiştir. Açıklama notunda Avrupa Birliği'nin değerlerine, temel haklara ve prensiplere uygun işleyen ve geliştirilen yapay zekâ ile Avrupalıların yeni teknolojilerden faydalanmasının sağlanmasının önemine dikkat çekilmiştir⁵.

⁴ Avrupa Birliği'nde bu Tüzük Teklifi'ne kadar olan süreçte yapay zekâ alanında önemli gelişmeleri kronolojik olarak incelemek için bkz. <<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/european-approach-artificial-intelligence>> erişim 30.09.2021

⁵ European Commission, *Explanatory Memorandum, Proposal for a Regulation of The European Parliament and of The Council Laying Down Harmonised Rules On Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) And Amending Certain Union Legislative Acts*, {SEC(2021) 167 final} - {SWD(2021) 84 final} - {SWD(2021) 85 final} 1 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52021PC0206>> erişim 07.09.2021

19 Şubat 2020 tarihinde Avrupa Komisyonu Yapay Zekâ Hakkında Tanıtım Belgesi'ni (*White Paper on AI*) yayınlamıştır⁶. Bu Belge'de hem yapay zekâ alanındaki çalışmaları desteklemek hem de bu teknolojinin kullanılmasından doğabilecek riskleri ele almak için izlenecek politika ortaya konulmuştur. Bu itibarla, Tüzük Teklifi'nin güvenilir bir yapay zekâ için gerekli yasal çerçevenin çizilmesine ilişkin bir metin olduğu ifade edilmiştir⁷.

1. TÜZÜK ÖNERİSİ UYARINCA YAPAY ZEKÂ SİSTEMİNİN TANIMI

Yapay Zekâ Tüzük Teklifi'nin 3(1) maddesinde yapay zekâ sisteminin tanımı yapılmıştır. Buna göre: “*yapay zekâ sistemi (YZ sistemi) EK I'de belirtilen teknik ve yaklaşımlardan bir veya birden fazlasıyla geliştirilmiş ve insan tarafından tanımlanan belirli amaçlar için, içerik, tahmin, öneri şeklinde çıktılar veya insanların etkileşimde buldukları ortamları etkileyen kararları üretebilen yazılım anlamına gelmektedir.*”

EK I'e bakıldığında maddede bahsi geçen teknikler şunlardır:

(a) *Derin öğrenme dâhil, geniş bir çeşitlilikteki metotların kullanıldığı, gözetimli, gözetimsiz ve pekiştirmeli öğrenme dâhil makine öğrenmesi yaklaşımları;*

(b) *Bilgi gösterimi, tümevarımlı (mantık) programlama, bilgi tabanları, çıkarsama motorları ve tündengelemlimli motorlar, (sembolik) uslamlama ve uzman sistemler dâhil mantık ve bilgi temelli yaklaşımlar;*

(c) *İstatistiksel yaklaşımlar, Bayes tahmini, araştırma ve optimizasyon metotları”.*

Tüzük Teklifi'ndeki yapay zekâ sistemi tanımı, teknolojik açıdan tarafsız ve mümkün olduğu kadar geleceğe dönük olacak şekilde yapılmış geniş kapsamlı bir tanımdır⁸. Bu tanımın, yapay zekâ teknolojisindeki gelişmelerin giderek artacağı düşünülerek isabetli bir yaklaşımla yapıldığı görüşündeyiz.

2. TÜZÜK ÖNERİSİ'NİN DÜZENLEDİĞİ KONULAR

Tüzük Teklifi incelendiğinde 1.maddesinde Tüzük'ün düzenlediği konuların belirtildiği görülmektedir. Buna göre Tüzük'ün düzenlediği konular şunlara ilişkindir:

⁶ European Commission, *White Paper on Artificial Intelligence A European Approach to Excellence and Trust* (Brussels, 19.2.2020 COM(2020) 65 final) <https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_en.pdf> erişim 07.09.2021

⁷ European Commission, Explanatory Memorandum 1

⁸ European Comission, Explanatory Memorandum, 12; Finlayson-Brown, Van Elsen ve D'Joos



“a) Birlik içinde yapay zekâ sistemlerinin (‘YZ sistemleri’) piyasaya arzına, hizmete sunulmasına ve kullanımına ilişkin uyumlaştırılmış kurallar oluşturulması,

(a) belirli yapay zekâ uygulamalarının yasaklanması;

(b) yüksek riskli yapay zekâ sistemleri için özel gereklilikler ve bu tür sistemlerin operatörlerine yönelik yükümlülükler;

(c) gerçek kişilerle etkileşime girmesi amaçlanan yapay zekâ sistemleri, duyu tanıma sistemleri ve biyometrik sınıflandırma/kategorizasyon sistemleri ve görüntü, ses veya video içeriği oluşturmak veya işlemek için kullanılan yapay zekâ sistemleri için uyumlaştırılmış şeffaflık kuralları;

(d) piyasa/pazar izleme ve gözetimine ilişkin kurallar.”

Tüzük Teklifi'nin düzenlediği konulara bakıldığında, yapay zekâ sistemlerine ilişkin yatay ekseninde bir düzenleme olduğu görülmektedir⁹. Düzenleme, yapay zekâ sistemlerini piyasaya arz edenlere, sistem operatörlerine, piyasayı/pazarı izleyenlere ve gözetenlere yöneliktir.

3. TÜZÜK ÖNERİSİ'NİN KAPSAMI

Tüzük Teklifi'nin 2.maddesinde Tüzük'ün kapsamı düzenlenmiştir. Madde metni şu şekildedir: “(1)*Bu Tüzük,*

a) Birlik içinde veya üçüncü bir ülkede yerleşik olup olmadığına bakılmaksızın, YZ sistemlerini Birlik içinde piyasaya süren veya hizmete sunan sağlayıcılar/tedarikçilerine;

(b) Birlik içinde yerleşik YZ sistemleri kullanıcılarına;

(c) Sistem tarafından üretilen çıktının Birlik içinde kullanıldığı, üçüncü bir ülkede bulunan yapay zekâ sistemlerinin sağlayıcıları/tedarikçileri ve kullanıcılarına uygulanır.”

(2)Ürün veya sistemlerin güvenlik bileşenleri olan veya kendileri ürün veya sistem olan ve aşağıdaki *düzenlemelerin kapsamına giren yüksek riskli YZ sistemleri için bu Tüzük'ün sadece 84.maddesi uygulanır.*

(a) Tüzük (EC) 300/2008;

(b) Tüzük (EU) No 167/2013;

(c) Tüzük (EU) No 168/2013;

(d) Yönerge/Direktif 2014/90/EU Direktifi;

(e) Yönerge/Direktif (EU) 2016/797;

(f) Tüzük (EU) 2018/858;

⁹ Michael Veale ve Frederik Zuiderveen Borgesius, ‘Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act’ (July 2021) Computer Law Review International, Pre-print Version 1.2. 26 <<https://osf.io/38p5f/download>> erişim 30.09.2021

(g) Tüzük (EU) 2018/1139;

(h) Tüzük (EU) 2019/2144.

(3) Bu Tüzük, münhasıran askeri amaçlarla geliştirilen veya kullanılan YZ sistemlerine uygulanmaz.

(4) Bu Tüzük, üçüncü bir ülkedeki kamu kurumlarına veya 1.paragraf uyarınca bu Tüzük kapsamına giren uluslararası kuruluşlar hakkında, bu kurumların veya kuruluşların uluslararası anlaşmalar çerçevesinde hukukun uygulanması veya Birlik ile veya bir veya birden fazla Üye Ülke ile adli işbirliği için YZ sistemleri kullanması durumlarında uygulanmaz.

(5) Bu Tüzük, Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin 2000/31/EC sayılı Direktifi'nin, Bölüm II, Kısım IV'te belirtilen aracı hizmet sağlayıcıların sorumluluğuna ilişkin hükümlerinin uygulanmasını etkilemez [Dijital Hizmetler Yasası'nın ilgili maddeleri ile değiştirilecektir..]"

Yukarıdaki hükümden de anlaşılacağı üzere yapay zekâ sistemini kimin sağladığı/tedarik ettiğiinden ya da kullanan kişinin hangi konumda bulunduğundan bağımsız olarak önemli olan, yapay zekâ sisteminin etkisinin Avrupa Birliği içinde gerçekleşmesidir. Bu itibarla, düzenleme, Avrupa Birliği'ndeki şirketlere, Avrupa Birliği'nde faaliyetleri olan şirketlere veya Avrupa Birliği vatandaşlarını etkileyecek faaliyetlerde bulunanlara uygulanacaktır¹⁰. Tüzük Teklifi'nin, kabul edilmesi halinde, Avrupa Birliği sınırlarının ötesinde de uygulama alanı bulacağı anlaşılmaktadır.

4. TÜZÜK ÖNERİSİ'NİN YAKLAŞIMI

Avrupa Birliği Yapay Zekâ Tüzük Teklifi'nin risk temelli bir yaklaşımı bulunmaktadır. Buna göre kullanılması kabul edilemez risk oluşturan (Başlık II), yüksek risk oluşturan (Başlık III), sınırlı risk oluşturan (Başlık IV) ve minimal risk (Başlık IX) oluşturan yapay zekâ şeklinde ayırım yapılmıştır.

4.1 Kabul Edilemez Riskli Yapay Zekâ Sistemleri

Tüzük Teklifi'nin Başlık II isimli kısmında yasaklanmış olan yapay zekâ türleri düzenlenmektedir. Buna göre kabul edilemez riskli yapay zekâ sistemlerinin kullanımı yasaklanmıştır. Bu düzenleme ile Birlik değerleriyle ters düşen yapay zekâ sistemlerinin örneğin temel hakları ihlal eden yapay zekâ sistemlerinin kullanılmasının yasaklanması amaçlanmıştır¹¹. Tüzük Teklifi'nin 5(a) maddesi uyarınca subliminal teknikler kullanılmak suretiyle manipüle edilerek insanların kendisine veya başkasına zarar verecek veya

¹⁰ Laurie Clarke, 'The EU's Leaked AI Regulation is Ambitious But Disappointingly Vague' (15.04.2021) <<https://techmonitor.ai/policy/eu-ai-regulation-machine-learning-european-union>> erişim 25.11.2021

¹¹ European Commission, Explanatory Memorandum, 12-13



zarar vermesi muhtemel bir şekilde davranmalarına neden olacak yapay zekâ sistemi uygulamalarının kullanılması yasaklanmıştır. 5. maddenin (b) fıkrasında ise çocuklar ya da engele sahip kişiler gibi hassas gruplara dâhil olan kişilerin büyük ölçüde kendilerine veya başkalarına fiziksel veya zihinsel zarar verecek veya zarar vermesi muhtemel şekilde istismar edilmesine yönelik yapay zekâ uygulamalarının kullanılması yasaklanmıştır. 5. maddenin (c) fıkrasında kamu otoriteleri tarafından insanların sosyal davranışlarının veya karakteristik özelliklerinin değerlendirilmesine dayanan yapay zekâ temelli sosyal puanlamaya yönelik yapay zekâ uygulamaları yasaklanmıştır. Maddenin (d) fıkrasında halka açık alanlarda kanun hükmünün uygulanması için gerçek zamanlı uzaktan biyometrik tanıma sistemlerinin kullanılması, belirli sınırlı istisnaların uygulanması dışında, yasaklanmıştır.

5. maddedeki yapay zekâ sistemleri gruplandırılacak olursa (a) ve (b) bendinde manipülatif yapay zekâ sistemleri, (c) bendinde sosyal puanlandırmaya ilişkin yapay zekâ sistemleri, (d) bendinde ise gerçek zamanlı ve uzaktan biyometrik tanıma yapay zekâ sistemleri yasaklanmıştır¹².

4.1.1 Manipülatif Sistemler

Tüzük Teklifi'nin 5(1) maddesinin (a) ve (b) fıkralarında düzenlenen hükümler manipülatif uygulamalara ilişkin yapay zekâ sistemlerini yasaklamaktadır. Tüzük Teklifi'nin gerekçesinin 16.maddesinde manipülasyona ilişkin hükümlerin insan davranışını bozmayı/tahrip etmeyi/saptırmayı hedefleyen sistemlere yönelik olduğu ifade edilmiştir¹³.

Bu hükümlerin uygulanması için subliminal teknikler kullanılarak kişinin bilincinin etkilenmesi veya yaş, fiziksel veya zihinsel engel nedeniyle zarar görmeye daha açık olan kişilere yönelik bir uygulama söz konusu olmalıdır. Bunlara ek olarak söz konusu yapay zekâ sisteminin bu kişilerin kendilerine

¹² Bu gruplandırma ve geniş açıklama için bkz. Veale ve Borgesius 4

¹³ Gerekçe'nin 16.maddesi şu şekildedir: *"The placing on the market, putting into service or use of certain AI systems intended to distort human behaviour, whereby physical or psychological harms are likely to occur, should be forbidden. Such AI systems deploy subliminal components individuals can not perceive or exploit vulnerabilities of children and people due to their age, physical or mental incapacities. They do so with the intention to materially distort the behaviour of a person and in a manner that causes or is likely to cause harm to that or another person. The intention may not be presumed if the distortion of human behaviour results from factors external to the AI system which are outside of the control of the provider or the user. Research for legitimate purposes in relation to such AI systems should not be stifled by the prohibition, if such research does not amount to use of the AI system in human-machine relations that exposes natural persons to harm and such research is carried out in accordance with recognised ethical standards for scientific research."* Gerekçe metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0001.02/DOC_1&format=PDF> erişim 01.10.2021

veya başkalarına fiziksel veya zihinsel bir zarar vermesi veya verme olasılığının bulunması gerekmektedir. Ayrıca hükümlerde bir kişiye bireysel olarak zarar verilmesinden söz edilmekte, bir topluluğa yönelik zarar düzenlenmemektedir¹⁴.

5(1) maddesinin (a) ve (b) fıkrasındaki düzenlemeler çeşitli açılardan eleştirilmektedir. Öncelikle hükümlerin kapsamının oldukça dar olduğu belirtilmektedir. Doktrinde, hâlihazırda gerçek hayatta yapay zekâya dayalı uygulamaların kümülâtif şekilde ve topluluklara yönelik olarak manipülâtif etkilerinin olduğu, bu itibarla Tüzük Teklifi'ndeki düzenlemenin daha şimdiden eskimiş olduğu ifade edilmektedir¹⁵. Örneğin, kullanıcılarına müzik, film ve diğer materyalleri öneren algoritmik tavsiye sistemlerinin sistem yapımcıları; amaçlarını, insanları çengellemek (*hooking*) olarak tanımlamakta, onların sık sık veya sürekli olarak sistemi kullanmaları konusunda ikna etmek istediklerini belirtmektedirler. Bu nedenle bu sistemlerin doktrinde tuzak olarak nitelendirilmesi söz konusudur¹⁶.

Yukarıda anılan düzenlemelerin mevcut Avrupa Birliği hukuku açısından bakıldığında büyük bir yenilik getirmediği yönünde de eleştiriler bulunmaktadır. Çünkü Haksız Ticari Uygulamalar Direktifi'nde¹⁷ ortalama bir tüketicinin ürün ile ilgili ekonomik davranışını önemli ölçüde bozan veya önemli ölçüde bozma olasılığı bulunan uygulamalar zaten yasaklanmıştır (2005/29 sayılı Direktif m.5). Bu düzenleme bakımından ticari uygulamalar, reklamcılık, iletişim ve diğer mal ve hizmetlerle ilgili faaliyetleri kapsayacak şekilde geniştir. Dolayısıyla Tüzük Teklifi'ndeki hükümlerin ekonomik olmayan konularda karar almada etkili olan yapay zekâ sistemleri bakımından uygulanmasının söz konusu olması mümkündür. Ancak bu durum için Tüzük Teklifi'nde kişinin kendisine veya başkasına zarar vermesi veya verme olasılığının bulunması aranmıştır. Bu kriter yerine ortalama zekâdaki bir kişi kriterinin kullanılmasının bu tip karmaşık durumlarda daha adil bir çözüm yoluna ulaşmayı sağlayacağı ifade edilmiştir¹⁸.

¹⁴ Veale ve Borgesius 5

¹⁵ Veale ve Borgesius 5

¹⁶ Nick Seaver, 'Captivating Algorithms: Recommender Systems as Traps' (2018) Journal of Material Culture <<https://www.anthropology.uci.edu/publications/Nick%20Seaver%20Journal%20of%20Material%20Culture.pdf>> erişim 26.11.2021

¹⁷ Directive 2005/29/EC of The European Parliament and of The Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council (Unfair Commercial Practices Directive) 1 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32005L0029&from=EN>> erişim 30.09.2021

¹⁸ Veale ve Borgesius 5-6



Yapay Zekâ Tüzük Teklifi'nde manipülatif yapay zekâ sistemlerinin satışı yasaklanmıştır. Ancak sağlayıcılar/tedarikçiler, kullanıcılara onların yeniden yapılandırabileceği genel amaçlı yapay zekâ sistemleri satarak bu düzenlemeyi dolanmaya çalışabilirler. Dolayısıyla manipülatif yapay zekâ sistemlerinin yasaklanmasına ilişkin hükümlerin pratikte çok az etkisi olacağı da bir başka eleştirilen husus olarak öne çıkmaktadır¹⁹. Örneğin bulut²⁰ üzerinden yapay zekâ altyapısı hizmetini (*artificial intelligence as a service*) kullanıcılar, isteklerine göre yapılandırarak kullanabilmektedirler²¹.

4.1.2 Sosyal Puanlama Yapan Sistemler

Tüzük Teklifi'nin 5(1)(c) maddesindeki hüküm ile sosyal puanlandırma yapan yapay zekâ sistemlerinin satılması ve kullanılması yasaklanmıştır. Buna göre kamu otoriteleri tarafından veya kamu otoriteleri adına, güvenilirlik puanlandırmasının oluşturulması için bireylere veya gruplara haksız veya orantısız muamele edilmesine veya haklı ve orantılı olmakla birlikte girdi olarak ilgili olmayan veri girildiği için zarar verecek şekilde muamele edilmesine neden olacak yapay zekâ sistemlerinin satışı ve kullanılması yasaklanmaktadır.

Bu düzenlemenin kapsamına özel sektör tarafından yapılan sosyal puanlandırmanın dâhil olup olmadığı hükümden anlaşılamamaktadır. Eğer hüküm dar yorumlanırsa sadece kamu otoriteleriyle bağlantılı işlemlerle ilişkili girdi verilerine ilişkin puanlandırma olarak ele alınabilir. Eğer geniş yorumlanırsa kredi kartlarına ilişkin raporlar, sağlık desteği raporları, finansal akışa ilişkin raporlar da hükmün kapsamına girecektir. Ayrıca kamuda işe alımda çevrimiçi hayatın puanlandırılması için otomatik sosyal medya geçmişi kontrolü yapılması²² bu düzenleme ile yasaklanmış olmaktadır. Ayrıca bir kamu kurumunun serbest çalışan kişilerin güvenilirliklerine ilişkin örneğin “LinkedIn’in yaptığı başarı sıralamasını kullanması durumunda, LinkedIn

¹⁹ Veale ve Borgesius6

²⁰ “Bulut bilişim, kullanıcı taleplerine göre artırılabilen veya azaltılabilen oranda, bir ağ üzerinden –tipik olarak internet üzerinden- bilişim kaynaklarının sağlanması hizmetidir.” Armağan Ebru Bozkurt-Yüksel, *Bulut Bilişimde Kişisel Verilerin Korunması* (Yetkin 2016) 23

²¹ Jennifer Cobbe ve Jatinder Singh, ‘Artificial Intelligence as a Service: Legal Responsibilities, Liabilities, and Policy Challenges’ Forthcoming in *Computer Law & Security Review* 9 <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3824736> erişim 27.11.2021

²² Otomatik sosyal medya geçmişi kontrolleri, çeşitli açılardan sorunludur. Örneğin, bir kişinin sosyal medyada küfürlü dil kullanımından profesyonel aktiviteleriyle ilgili çıkarımlar yazılımlarla yapılabilmektedir. Bu yazılımlar, insan iletişimindeki nüansları veya kişinin hangi motivasyonla yazdığını veya söylediğini veya hangi niyette olduğunu çok az anlayabilirler. Miranda Bogen ve Aaron Rieke, ‘Help Wanted – An Examination of Hiring Algorithms, Equity and Bias, Upturn’ (December 2018) 40 <<https://www.upturn.org/static/reports/2018/hiring-algorithms/files/Upturn%20--%20Help%20Wanted%20-%20An%20Exploration%20of%20Hiring%20Algorithms,%20Equity%20and%20Bias.pdf>> erişim 05.12.2021

böyle bir hizmeti verdiği için sorumlu olacak mıdır?” şeklinde bir soru da cevaplanması gereken bir soru olarak gündeme gelmektedir²³.

Aslında bu hüküm kişilerin önyargılarla değerlendirilmesinin önüne geçmek için hazırlanmış gibi görünmekle beraber ortaya açık bir düzenleme getirememiştir. Hangi veriye dayalı analiz sonuçlarının kullanılmayacağı ve hangi alanlarda kullanılmayacağı açık bir şekilde düzenlenmelidir.

Yapay Zekâ Tüzük Teklifi'nin 5(1)(d) maddesi ile kamuya açık yerlerde gerçek zamanlı biyometrik tanıma sistemlerinin kolluk faaliyeti amacıyla kullanılması bazı durumlarda yasaklanmıştır. Yüz tanıma yazılımıyla birlikte kullanılan kapalı devre televizyon sistemleri buna örnek olarak verilebilir. Biyometrik tanıma ile ilgili düzenleme 2016/680 sayılı Direktif'te²⁴ zaten yer almaktaydı. Bununla birlikte Yapay Zekâ Tüzük Teklifi uyarınca yüz tanıma²⁵ gibi yapay zekâ sistemlerinin kolluk amacıyla kullanılması ancak izin verilen belli durumlarda mümkün olabilecektir²⁶.

Tüzük Teklifi'nin Gerekçesi'nin 23.maddesinde gerçek kişilerin gerçek zamanlı uzaktan biyometrik tanınması için kullanılan yapay zekâ sistemlerinde mutlak surette biyometrik verinin işlenmesinin söz konusu olduğu belirtilmiştir. Gerekçe'de belirtildiği üzere Tüzük Teklifi'nin istisnalar dışında bu kullanımı yasaklamasına ilişkin kapsamlı hükümleri, Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Anlaşma'nın²⁷ 16.maddesine dayanarak, 2016/680 sayılı Direktif'in

²³ Veale ve Borgesius⁷

²⁴ Directive (EU) 2016/680 of The European Parliament and of The Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data by competent authorities for the purposes of the prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, and on the free movement of such data, and repealing Council Framework Decision 2008/977/JHA <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L0680>> erişim 04.10.2021, Suçların Önlenmesi, Soruşturulması, Ortaya Çıkarılması veya Kovuşturulması ya da Cezaların İnfazı Amacıyla Yetkili Makamlarca Kişisel Verilerin İşlenmesine İlişkin Olarak Gerçek Kişilerin Korunması ve Bu Verilerin Serbest Dolaşımı İle İlgili, 2008/977/Aİİ sayılı Konsey Çerçeve Kararı yerine geçen 27 Nisan 2016 tarihli (AB) 2016/680 Sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi'nin İstanbul Bilgi Üniversitesi Bilişim ve Teknoloji Hukuku Enstitüsü'nün Türkçe tercümesi için bkz. <<https://itlaw.bilgi.edu.tr/media/2019/7/29/law-enforcement-directive-turkce.pdf>> erişim 04.10.2021

²⁵ Yüz tanımanın ne olduğu, nasıl kullanıldığı, yüz tanıma yazılımları ile elde edilen verinin ne zaman ve neden biyometrik veri olduğu hakkında detaylı açıklama için bkz. Armağan Ebru Bozkurt-Yüksel, *Sokak Fotoğrafçılığı ve Kişisel Verilerin Korunması* (Aristo 2020) 16 vd.

²⁶ Veale ve Borgesius 8; Daha detaylı açıklama için bkz. Theodore Christakis ve Mathias Becuywe, 'Pre-Market Requirements, Prior Authorisation and Lex Specialis: Novelties and Logic in the Facial Recognition-Related Provisions of the Draft AI Regulation' (04.05.2021) <<https://europeanlawblog.eu/2021/05/04/pre-market-requirements-prior-authorisation-and-lex-specialis-novelties-and-logic-in-the-facial-recognition-related-provisions-of-the-draft-ai-regulation/>> erişim 04.10.2021

²⁷ Treaty on the Functioning of the European Union <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN>> erişim 04.10.2021

biyometrik verinin işlenmesine ilişkin 10.maddesine göre, özel kanun olarak uygulanmalıdır²⁸.

Tüzük Teklifi'nde üye devletlere sınırlı sayıdaki istisnai durumlarda bu tip yapay zekâ sistemlerinin kullanılmasına izin verilmesine imkân tanınmaktadır (Tüzük Teklifi m.5(1)(d)). Buna göre: kaybolan çocuklar dâhil suçun belirli potansiyel mağdurlarına yönelik araştırmalarda; yaşama yönelik belirli, esaslı ve yakın tehdidin veya terör saldırısının önlenmesi için; Avrupa Tutuklama Emrinin çıkarılmasına izin verilebilecek, üst sınırı en az 3 yıl olan bir suçun failinin veya şüphelisinin tespiti, yerinin tespit edilmesi, teşhisi veya tutuklanması için kullanım bu istisnaları oluşturmaktadır²⁹.

Bu hüküm Avrupa Birliği'nde kullanılması yasak olan biyometrik tanıma ilişkin yapay zekâ sistemlerinin Avrupa Birliği'nden diğer ülkelere ihraç edilmesine engel oluşturmamaktadır³⁰. Avrupa Birliği'nin kendi içinde kullanılmasına izin vermediği bu sistemlerin Avrupa Birliği'nden ihraç edilmesine yönelik engel bulunmaması rahatsızlık vericidir. Bu hususta örnekler vermek gerekirse, Avrupa Birliği'ndeki şirketlerce geliştirilen örneğin Fransız yüz tanıma sistemleri, Shanghai Kamu Güvenliği Bürosu'na (*Shanghai Public Security Bureau*) satılmıştır. Yine İsveç gözetleme kameraları, Çin rastgele kitle gözetim ağlarında kullanılmaktadır. Hollanda'da üretilen duygu ve davranış analizi araçları, Çin kamu güvenlik araştırmasında kullanılmaktadır³¹.

Hükümde sadece gerçek zamanlı sistemler kapsama alınmış, sonradan analiz yapılmasına ilişkin sistemler kapsam dışı bırakılmıştır. Buna göre bir olayın ardından görüntülerin analiz edilmesiyle kişilerin kimliğinin tespiti mümkündür. Örneğin bir protesto gösterisinden sonra görüntülerin analizi söz konusu olabilir. Ayrıca bu hüküm uyarınca çevrimiçi alanlar kapsam dışı bırakıldığından video yayınlarında biyometrik tanıma bu hüküm kapsamına girmeyecektir³². Nitekim Gerekçe'nin 9.maddesinde³³ açıkça çevrimiçi alanların fiziksel alanlar olmaması nedeniyle kamuya açık alan anlamına gelmediği belirtilmiştir.

²⁸ Tüzük Teklifi Gerekçe m.23

²⁹ Veale ve Borgesius 8

³⁰ Bu satışların bazılarının Avrupa Birliği mevzuatı gereği şeffaflık gerektirebileceği hakkında bkz. Veale ve Borgesius 8 ve dn.45

³¹ Amnesty International 'Out of Control: failing EU Laws for Digital Surveillance Report' (UK 2020) 24 <<https://www.amnesty.org/en/documents/eur01/2556/2020/en/>> erişim 29.11.2021

³² Veale ve Borgesius9

³³ Gerekçe'nin 9.maddesinin ilgili kısmı şu şekildedir: *"For the purposes of this Regulation the notion of publicly accessible space should be understood as referring to any physical place that is accessible to the public, irrespective of whether the place in question is privately or publicly owned. Therefore, the notion does not cover places that are private in nature and normally not freely accessible for third parties, including law enforcement authorities, unless those parties have been specifically invited or authorised, such as homes, private clubs, offices, warehouses and factories. Online spaces are not covered either, as they are not physical spaces..."*

Bu hüküm ile kolluk faaliyeti amacı dışındaki örneğin kalabalığın kontrolü gibi amaçlar için uzaktan biyometrik tanıma sistemlerinin kullanılması yasaklanmamıştır. Bu şekilde kullanımlar Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün kapsamına girecektir. Üye devletlerin biyometrik tanıma sistemlerinin kullanımına ilişkin bir hukuki düzenlemesinin bulunmaması durumunda Genel Veri Koruma Tüzüğü devreye girecek ve biyometrik verileri taranacak olan kişilerin rızasına ihtiyaç olacaktır ki bunun da pratik açıdan gerçekleştirilmesi zordur³⁴.

Tüzük Teklifi'nin 5(3)maddesinde milli hukukun gereklerine uygun olarak, gerekçeli bir talep üzerine, kolluk faaliyeti amacıyla, gerçek zamanlı biyometrik tanıma sistemlerinin kamuya açık alanlarda tekil kullanımın gerçekleşeceği üye devletin bir yargı kurumundan veya bağımsız bir idari kurumundan önceden kullanım yetkisi için izin alınması gerektiği düzenlenmiştir. Acil durumda sistemin önceden izin alınmadan kullanımı mümkündür. Ancak kullanımdan kısa süre sonra kullanıma ilişkin yetki istenmelidir. Bu maddede belirtilen tekil veya bir defalık kullanım ile neyin ifade edilmek istendiği açık değildir. Çünkü buradaki tekillik, örneğin bir kayıp çocuk listesindeki tüm çocukların biyometrik analizinde olduğu gibi tek amaca mı yöneliktir, yoksa tek kişiye mi ilişkindir anlaşılamamaktadır. Dolayısıyla Tüzük Teklifi'nde, verilen yetki izinlerine ilişkin sayı ya da izin tipine ilişkin şeffaflığı gerektiren açık bir hüküm bulunmaması da eleştirilen hususlar arasındadır³⁵.

Yukarıdaki açıklamalardan hareketle Tüzük Teklifi'nin bu maddesinin kamunun erişimine açık alanlarda yüz tanıma yazılımlarının kullanılmamasına yönelik talepleri tam olarak karşıladığı söylenemez. Bu itibarla insanın geleceğine yönelik etki doğuracak ve devletler veya şirketler tarafından insanların aleyhine kullanılacak biyometrik kitle gözetiminin tamamen yasaklanmasına yönelik daha etkin bir düzenlemeye ihtiyaç olduğu ifade edilebilir³⁶.

4.2 Yüksek Riskli Yapay Zekâ Sistemleri

Avrupa Birliği Yapay Zekâ Tüzük Teklifi'nin esasen odaklandığı husus, yüksek riskli yapay zekâ sistemleridir. Yüksek riskli yapay zekâ sistemleri Başlık III altında düzenlenmiştir. Bu başlık altında, belirli uygulama, ürün ve sektörlerde; sağlık, güvenlik ve temel haklara yönelik yüksek risk teşkil eden yapay zekâ sistemlerine ilişkin kurallar düzenlenmiştir (Gerekçe m.43, Tüzük Teklifi m.6-7).

³⁴ Geniş açıklama için bkz. Veale ve Borgesius 9

³⁵ Veale ve Borgesius 9

³⁶ Avrupa Birliği'nde 63.711 kişi biyometrik kitle gözetiminin tamamen yasaklanmasına ilişkin hukuki düzenleme yapılmasına yönelik bildiri imzalamıştır. <<https://reclaimyourface.eu/>> erişim 29.11.2021



Tüzük Teklifi'nin 6(1) maddesinin (a) ve (b) bentlerinde belirtilen koşulları sağlayan yapay zekâ sistemlerinin yüksek riskli olarak kategorize edileceği düzenlenmiştir. 6. maddenin (1) numaralı fıkrası uyarınca, bir yapay zekâ sisteminin maddenin (a) ve (b) bentlerinde belirtilen ürünlerden bağımsız olarak piyasaya arz edilip edilmediğine veya hizmete sunulup sunulmadığına bakılmaksızın, (a) ve (b) bentlerinde belirtilen koşulların her ikisinin de gerçekleştiği durumlarda, söz konusu yapay zekâ sistemi yüksek riskli kabul edilecektir. Bunlar: a) yapay zekâ sisteminin EK II'de listelenen Birlik uyum mevzuatı kapsamındaki bir ürünün güvenlik bileşeni olarak kullanılmasının amaçlandığı veya yapay zekâ sisteminin kendisinin böyle bir ürün olduğu, b) EK II'de listelenen Birlik uyum mevzuatına uygun olarak piyasaya sürülmesi veya hizmete sunulması için üçüncü taraf uygunluk değerlendirmesinden geçmesi gereken, güvenlik bileşeni yapay zekâ sistemi olan ürün veya yapay zekâ sisteminin kendisinin ürün olduğu durumlardır. Bu yapay zekâ sistemlerine ek olarak EK III'te belirtilen yapay zekâ sistemleri de yüksek risklidir (Tüzük Teklifi m.6(2)).

Yapay Zekâ Tüzük Teklifi bir bütün olarak tüm yapay zekâ sistemlerine uygulanacaktır. Bununla birlikte Başlık III altındaki yüksek riskli yapay zekâ sistemlerine ilişkin hükümler sadece iki alt kategorideki yapay zekâ sistemlerine uygulanacaktır³⁷. Bu kategorileri oluşturan yapay zekâ sistemleri iki grup olarak ifade edilmiştir. İlk grupta EK II'de belirtilen, hâlihazırda Birlik sağlık ve güvenlik uyum mevzuatı kapsamındaki oyuncaklar, makineler, asansörler veya tıbbi cihazlar gibi ürünler veya bu ürünlerin güvenlik bileşeni olan yapay zekâ sistemleri yer almaktadır³⁸. İkinci grupta ise EK III'te belirtilen sekiz alanda kullanılan tek başına yapay zekâ sistemleri yer almaktadır. Tüzük Teklifi EK III'te belirtildiği üzere bu alanlar şunlardır: Biyometrik tanıma ve kategorizasyon (Başlık II'de belirtildiği üzere her ikisi de uzaktan ve olaydan sonra uygulanacak); kritik altyapının yönetimi ve operasyonu, eğitim ve mesleki eğitim; istihdam, işçi yönetimi ve serbest mesleğe erişim; temel hizmetlere ve imkânlarla erişim ve bunlardan yararlanma; kolluk faaliyetleri; göç, iltica ve sınır yönetimi; adalet ve demokrasi idaresi³⁹. Tüzük Teklifi'nin 7.maddesi

³⁷ Veale ve Borgesius 10

³⁸ Ek II'deki liste ürünlerin iç pazarda serbest dolaşımını kolaylaştıran ve sadece güvenli ürünlerin iç pazara girmesini sağlayan Avrupa Birliği mevzuatına ilişkin düzenlemeleri içermektedir. Janelise Favre ve Lezgin Polater, 'Artificial Intelligence: A Draft Regulation Aiming to Turn Europe Into The Global Hub for Trustworthy Artificial Intelligence' 3 <<https://archipel.law/wp-content/uploads/2020/12/Article-Review-EU-AI-REGULATION-EN.pdf>> erişim 30.11.2021

³⁹ Başlık III'teki düzenleme Yeni Yasal Çerçeve'ye (New Legislative Framework) dayanmakta, onunla iç içe geçmektedir. Veale ve Borgesius 10; Yeni Yasal Çerçeve Avrupa Birliği'nin iç pazarındaki asansör, tıbbi cihazlar, kişisel koruyucu ekipman ve oyuncaklar gibi ürünlerin düzenlenmesine ilişkin ortak bir yaklaşımı ifade etmektedir. Başka bir şekilde ifade etmek

uyarınca Komisyon, Parlamento veya Konsey'in vetosuna tabi olarak, bir uygulamanın mevcut kapsamdaki uygulamaya benzer risk oluşturması halinde EK III'teki listeye alt alanlar ekleyerek güncelleyebilir; ancak tamamen yeni alanlar ekleyemez⁴⁰.

4.2.1. Yüksek Riskli Yapay Zekâ Sistemleri İçin Gereklilikler

Tüzük Teklifi'nin Başlık III Yüksek Riskli Yapay Zekâ sistemleri isimli kısmında 2.Bölüm başlığı altında temel gereklilikler, Bölüm 3 başlığı altındaki yükümlülüklerle bağlantılı olarak düzenlenmiştir. Bu hükümler incelendiğinde hükümlerin daha çok yapay zekâ sistemi sağlayıcısına/tedarikçisine yönelik oldukları görülmektedir⁴¹. Tüzük Teklifi'nin 3(2) maddesi uyarınca sağlayıcı/tedarikçinin tanımı: *“sağlayıcı, ücretli veya ücretsiz olarak, kendi adı veya ticari markası altında piyasaya arz etmek veya hizmete sunmak amacıyla bir yapay zekâ sistemi geliştiren veya bir yapay zekâ sistemine sahip olan gerçek veya tüzel kişi, kamu otoritesi, acentesi veya diğer kuruluş anlamına gelir”* şeklindedir.

Burada şunu da ifade etmek gerekir ki herhangi bir dağıtıcı, ithalatçı, kullanıcı veya üçüncü bir kişi Tüzük Teklifi'nde belirtilen durumlarda sağlayıcının/tedarikçinin sorumluluğuna tabi tutulabilir. Buna göre; bu kişiler yüksek riskli yapay zekâ sistemlerini kendi isimleri veya markaları ile piyasaya sürerlerse veya hizmete sunarlarsa, piyasaya hâlihazırda sürülmüş veya hizmete sunulmuş riskli yapay zekâ sistemlerinin kullanım amacını değiştirirlerse, yüksek riskli yapay zekâ sistemlerinde esaslı değişiklik yaparlarsa bu Tüzük Teklifi kapsamında sağlayıcı/tedarikçi olarak değerlendirilecek ve onun sorumluluğuna tabi tutulacaklardır (Tüzük Teklifi m.28).

Yüksek riskli yapay zekâ sistemlerinin sağlayıcıları/tedarikçileri bir kalite yönetim sistemi oluşturmak zorundadır⁴² (Tüzük Teklifi m.17). Tüzük Teklifi uyarınca kalite yönetim sistemi, sistemin kullanım ömrü boyunca güncellenecek dokümanite edilmiş bir risk yönetim sistemi oluşturulmasını içerir (Tüzük

gerekirse, Yeni Yasal Çerçeve, piyasa gözetimini iyileştirmeyi ve uygunluk kalitesini artırmayı amaçlayan bir önlemler paketidir. Yeni Yasal Çerçeve, (EC) 765/2008 sayılı Tüzük'ten, 768/2008 sayılı Karar'dan ve (EC) 2019/1020 sayılı Tüzük'ten oluşmaktadır. <https://ec.europa.eu/growth/single-market/goods/new-legislative-framework_en#:~:text=New%20legislative%20framework,New%20legislative%20framework,the%20quality%20of%20conformity%20assessments.> erişim 06.10.2021

⁴⁰ Veale ve Borgesius 10

⁴¹ Veale ve Borgesius 11

⁴² Hâlihazırda kalite yönetim sistemi ile ilgili ISO 9000 ve ISO 9001 Standartları kullanılmaktadır. <<https://asq.org/quality-resources/iso-9000>> erişim 07.10.2021; Yazılım üreticileri için bilgisayar yazılımı ve destek hizmetlerinde kullanılmak üzere ISO/IEC/IEEE 900003:2018 Standardı mevcuttur. <<https://www.iso.org/standard/74348.html>> erişim 07.10.2021



Teklifi m.9, 17(9)). Buna göre risklerin belirlenmesini ve değerlendirilmesini içerecek şekilde, bir risk yönetim sistemini kurmak, belgelemek ve bunu sürdürmek gerekmektedir. Nitekim 9.maddenin başlığı “*risk yönetimi sistemi*” şeklindedir. Risk yönetim sistemi risklerin uygun tasarım ve geliştirme ile ortadan kaldırılmasını veya azaltılmasını sağlamalıdır⁴³.

Yüksek riskli yapay zekâ sistemlerine ilişkin ikinci gereklilik, yüksek kaliteli veri kümelerini kullanmaktır. Bu itibarla 10.maddenin başlığı “*veri ve veri yönetimi*” şeklindedir. Yapay zekâ sistemlerinin eğitilmesinde doğrulanmış ve test edilmiş yüksek kaliteli veri kümeleri kullanılmalıdır⁴⁴. Hassas kişisel verilerin kullanılmasına, önyargının tespiti ve düzeltilmesi için izlenmesi gerekli olduğu ölçüde izin verilmiştir (Tüzük Teklifi m.10(5)). Genel Veri Koruma Tüzüğü'nde etnik kökene ilişkin verilerin veya benzeri hassas verilerin kullanılması 9.maddede belirtilen durumlar dışında yasaklanmıştır. Genel Veri Koruma Tüzüğü bakımından Avrupa Birliği çapında önyargı tespiti gibi bir istisna bulunmamaktadır. Bununla birlikte Yapay Zekâ Tüzük Teklifi'nde bir istisna getirilmektedir. Bu istisna sadece yüksek riskli yapay zekâ sistemleriyle ilgili olarak ve bu sistemlerin sağlayıcıları/tedarikçileri tarafından kullanılabilir. Riskli olmayan yapay zekâ sistemlerinin sağlayıcıları/tedarikçileri bu istisnaya dayanamayacaklardır. Bu istisna hassas verilerin toplanıp yüksek riskli yapay zekâ sistemlerini sağlayan/tedarik eden kişilere satılmasının sağlanması için bir yol oluşturmamaktadır⁴⁵.

Yüksek riskli yapay zekâ sistemlerine ilişkin üçüncü gereklilik, yapay zekâ sisteminin Tüzük Teklifi'ne uygunluğunu ve uyumluluğunu gösteren teknik belgelerin oluşturulmasıdır. Bu hususa ilişkin 11.maddenin başlığı “*teknik dokümantasyon/belgeleme*” şeklindedir. Bu belgeler, milli otoriteler veya yetkili kuruluşların yapay zekâ sisteminin bu Tüzük Teklifi'ne uyumluluğunun denetlenmesi konusunda gerekli bilgileri içermelidir (Tüzük Teklifi m.11(1)).

Yüksek riskli yapay zekâ sistemlerine ilişkin dördüncü gereklilik, Tüzük Teklifi'nin 12.maddesinin başlığında yer aldığı üzere “*kayıt tutma*” şeklindedir. Buna göre yüksek riskli yapay zekâ sistemlerinin, sistem çalışırken olayların/günlüklerin (*logların*⁴⁶) otomatik olarak kaydedilmesini sağlayan yeteneklerle tasarlanması ve geliştirilmesi gerekmektedir (Tüzük Teklifi m.12(1)).

⁴³ Finlayson-Brown, Van Elsen ve D'Joos

⁴⁴ Finlayson-Brown, Van Elsen ve D'Joos; İşletmelerin yapay zekâ kullanımında risklerini azaltmada veri kümelerinin seçiminde özen gösterilmesi gerektiği hakkında bkz. Hilmi Yüksel, İşletmelerde Endüstri 4.0 Risklerinin Yönetimi (Nobel Yayıncılık 2021) 102

⁴⁵ Veale ve Borgesius 11-12

⁴⁶ Log kelimesi İngilizce olup bilgisayar alanında Türkçede de bu şekilde kullanılmaktadır. Log, uygulama bilgilerinin, sistem performansının veya kullanıcı etkinliklerinin ayrıntılı listesi anlamına gelmektedir. <<https://www.computerhope.com/jargon/l/log.htm>> erişim 13.09.2021

Yüksek riskli yapay zekâ sistemlerine ilişkin beşinci gereklilik, Tüzük Teklifi'nin 13.maddesinin başlığında yer aldığı üzere “*şeffaflık ve kullanıcılara bilgi sağlanması*” şeklindedir. Yüksek riskli yapay zekâ sistemlerinin, kullanıcıların sistemin çıktısını yorumlamasını ve uygun şekilde kullanmasını sağlamak için operasyonlarının/işleyişlerinin yeterince şeffaf olmasını sağlayacak şekilde tasarlanması ve geliştirilmesi gerekmektedir (Tüzük Teklifi m.13(1)).

Yüksek riskli yapay zekâ sistemlerine ilişkin altıncı gereklilik Tüzük Teklifi'nin 14.maddesinin başlığında yer aldığı üzere “*insan gözetimi*” şeklindedir. Buna göre yüksek riskli yapay zekâ sistemleri, uygun insan-makine arayüz araçları da dâhil olmak üzere, sistemin kullanıldığı süre boyunca yetkili gerçek kişiler tarafından etkin bir şekilde denetlenebilecek şekilde tasarlanmalı ve geliştirilmelidir. Bu itibarla duruma göre yetkili kişiler, yüksek riskli yapay zekâ sisteminin kapasitesini ve sınırlarını tamamen anlamalı ve işleyişini izlemeyebilmelidir. Bu gözetim için alınacak tedbirler kapsamında yetkili kişilerin, devre dışı bırakma, otomatik sistemi mekanik çalışma veya sisteme müdahale etme yetkileri bulunmalıdır (Tüzük Teklifi m.14(4)).

Yüksek riskli yapay zekâ sistemlerine ilişkin yedinci gereklilik Tüzük Teklifi'nin 15.maddesinin başlığında yer aldığı üzere “*doğruluk, sağlamlık ve siber güvenlik*” şeklindedir. Buna göre, yüksek riskli yapay zekâ sistemleri, kullanım amacı göz önünde tutulduğunda, doğruluk, sağlamlık ve siber güvenliği sağlayacak şekilde geliştirilmiş ve tasarlanmış olmalıdır. Bu itibarla sistemin kullanım süresi boyunca bu açılardan tutarlı bir şekilde performans göstermesi gerekir (Tüzük Teklifi m.15(1)).

4.2.2 Sağlayıcıların/Tedarikçilerin Temel Yükümlülükleri

Tüzük Teklifi uyarınca yüksek riskli yapay zekâ sisteminin sağlayıcılarının/tedarikçilerinin, yapay zekâ sistemini Avrupa Birliği pazarına sürmeden veya hizmete sunmadan önce sistemin Tüzük Teklifi'ne uygun olduğuna ilişkin bir uygunluk değerlendirmesi yapmaları gerekmektedir (Tüzük Teklifi m.16(e); 19(1)). Sağlayıcılar/tedarikçiler, pek çok durumda bu değerlendirmeyi bir iç kontrol yapıldıktan sonra kendileri beyan edeceklerdir. Herhangi bir değişiklik yapıldığında bu beyanın da güncellenmesi gerekir. Uzaktan biyometrik tanıma ve kamu altyapı ağları her beş yılda bir veya daha kısa zaman aralığında belirlenen üçüncü bir taraf tarafından değerlendirilecektir. Ayrıca Avrupa Birliği standartlarına uygunluk işaretinin görülebilir şekilde yapılandırılmış olması gerekmektedir⁴⁷.

⁴⁷ Finlayson-Brown, Van Elsen ve D'Joos



Yüksek riskli yapay zekâ sistemlerinin pazara sürülmeden veya hizmete sunulmadan önce sağlayıcı veya yetkili temsilcisi tarafından halka açık olacak şekilde Avrupa Birliği çapında Avrupa Komisyonu tarafından kurulan veri tabanına kaydedtirilmesi gerekmektedir (Tüzük Teklifi m.16(f); 51)).

Yüksek riskli yapay zekâ sisteminin sağlayıcıları/tedarikçileri, yapay zekâ sisteminin uyumluluğunun devam etmesini değerlendirmek için pazara sürülmesinden sonra, yapay zekâ sisteminin özelliği ile ve yüksek riskli yapay zekâ sisteminin riskleri ile orantılı olarak, gözetim uygulmalıdır ve bunu belgelendirmelidir (Tüzük Teklifi m.61(1)). Yüksek riskli yapay zekâ sağlayıcıları/tedarikçileri, Avrupa Birliği pazarına sürülen yapay zekâ sisteminde, Birlik hukuku kapsamında temel hakları korumaya yönelik yükümlülüklerin ihlalini oluşturan herhangi bir ciddi durum veya herhangi bir arıza meydana geldiğinde bunu durumun meydana geldiği üye devletin pazar gözetim otoritelerine rapor etmekle yükümlüdür (Tüzük Teklifi m.62(1)). Ayrıca yapay zekâ sistemini geriye çağırdıklarını ya da piyasadan çektiklerini de sağlayıcılar yetkili milli otoritelere haber vermekle yükümlüdür⁴⁸.

Kredi kuruluşu olan sağlayıcılar/tedarikçiler 2013/36 sayılı Avrupa Birliği Direktifi⁴⁹ uyarınca bu yükümlülüklerin bazılarında muafırlar. Çünkü bunlar hâlihazırda zaten birtakım uyumluluk yükümlülüklerine uymak zorundadırlar⁵⁰.

4.2.3 Kullanıcıların Temel Yükümlülükleri

Kullanıcının tanımı, Tüzük Teklifi'nin 3(4).maddesinde yapılmıştır. Buna göre kullanıcı; *“yapay zekâ sistemini, profesyonel olmayan kişisel bir faaliyet sırasında kullanıldığı durumlar haricinde, kendi yetkisi altında kullanan herhangi bir gerçek veya tüzel kişi, kamu kurumu, kuruluş veya diğer organ anlamına gelir.”*

Madde metninde geçen kullanıcı ifadesi, yapay zekâ sistemini kullanan gerçek kişileri, tüzel kişileri, kamu kurumlarını kapsamaktadır. Görüldüğü üzere, Tüzük Teklifi uyarınca yapay zekâ sistemini profesyonel amaçlarla kullanan kişiler, kullanıcı olarak kapsam dâhilinde kabul edilmiştir. Burada yapay zekâ sistemini kişisel, profesyonel olmayan aktiviteler için kullanan kullanıcılar kapsam dışında bırakılmıştır (Tüzük Teklifi m.3(4)). Örneğin Türkiye’de üretilmiş olan bir yapay zekâ niteliğindeki yazılımı Avrupa Birliği

⁴⁸ European Commission, Explanatory Memorandum 12

⁴⁹ Kredi Kurumlarının Faaliyetlerine Erişim ve Kredi Kurumlarının ve Yatırım Şirketlerinin İhtiyatlı Denetimi Hakkında 26 Haziran 2013 tarihli 2013/36 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi Direktifi (Directive 2013/36/EU of The European Parliament and of The Council of 26 June 2013 on access to the activity of credit institutions and the prudential supervision of credit institutions and investment firms, amending Directive 2002/87/EC and repealing Directives 2006/48/EC and 2006/49/EC) <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:176:0338:0436:En:PDF>> erişim 16.09.2021

⁵⁰ European Commission, Explanatory Memorandum 4 vd.;Finlayson-Brown, Van Elsen ve D’Joos

çinde faaliyet gösteren bir bankanın kullanması durumunda, bu yazılımın (*botun*⁵¹) müşterilerle çevrimiçi olarak etkileşime girmesi, onların sorularına cevap vermesi halinde bankanın internet sitesine girerek *bot* ile konuşan müşteriler Tüzük Teklifi kapsamında kullanıcı değildir. Burada yazılımı üreten gerçek ya da tüzel kişi sağlayıcı/tedarikçi, banka ise kullanıcı olacaktır⁵².

Yüksek riskli yapay zekâ sistemi kullanıcılarının, sağlayıcının/tedarikçinin belirttiği şekilde sistemi kullanmaları gerekmektedir (Tüzük Teklifi m.29(1)). Sağlayıcının/tedarikçinin belirlediği, insan gözetimine ilişkin tedbirleri, kullanıcıların uygulamaları gerekir (Tüzük Teklifi m.29(2)). Kullanıcılar ayrıca sisteme yüklenen verinin sistemin kullanım amacıyla ilgili olmasını sağlamakla yükümlüdür (Tüzük Teklifi m.29(3)).

Kullanıcıların bir diğer yükümlülüğü, (sağlık, güvenlik veya temel hak ve özgürlüklere ilişkin (Tüzük Teklifi m.65(1)) ani durumlar veya riskler için sistemin işleyişini izlemektir. Kullanıcılar herhangi bir ani durumda sistemi durdurmakla veya kullanım risk oluşturacağı düşünülüyorsa kullanımı askıya almakla yükümlüdürler. Ayrıca kullanıcılar bu durumdan sağlayıcıyı/tedarikçiyi haberdar etmelidir (Tüzük Teklifi m.29(4)).

Yüksek riskli yapay zekâ sistemlerinin kullanıcıları, sistem tarafından otomatik olarak oluşturulan logları/günlükleri, bu tür günlükler kendi kontrolleri altında olduğu ölçüde tutacaklardır. Loglar, yüksek riskli yapay zekâ sisteminin kullanım amacı ve Birlik veya milli hukuk kapsamındaki geçerli düzenlemeler ışığında uygun bir süre boyunca saklanacaktır (Tüzük Teklifi m.29(5)).

Kullanıcıların, Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün (2016/679 sayılı Tüzük) 35.maddesi kapsamında veya 2016/680 sayılı Tüzük'ün 27.maddesi uyarınca veri koruma etki değerlendirmesi yapmaları gerekmektedir.

Kullanıcıların, doğrulanmış verilerle sistemi eğitmeleri halinde adil sonuçlar elde edecekleri düşünülebilir. Bununla birlikte aynı veri kümeleri kullanılsa da kullanılan modelleme⁵³ tekniğine bağlı olarak farklı sonuçlar ortaya çıkabileceğini belirtmek gerekir. Bu itibarla modellerin de test edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Yapay zekâ sistemlerinin yeni veri kümelerini karar alma süreçlerine entegre ederken önyargıların ortaya çıkmaması için kullanıcıların model adaletini de izlemeleri gerektiğini ifade etmek gerekir⁵⁴.

⁵¹ Bot bir robot değildir, bir yazılımdır. Robotun ve botun tanımı için bkz. Armağan Ebru Bozkurt-Yüksel, *Robot Hukuku* (Aristo Yayınevi 2020) 9

⁵² Örneğin esinlendiği kaynak için bkz. Finlayson-Brown, Van Elsen ve D'Joos

⁵³ Bir makine öğrenmesi modeli, belirli kalıp türlerini tanımak için eğitilmiş bir dosyadır. Model bir dizi veri üzerinde eğitilir, ona bu verilerden akıl yürütmek ve öğrenmek için kullanabileceği bir algoritma sağlanır. <<https://docs.microsoft.com/en-us/windows/ai/windows-ml/what-is-a-machine-learning-model>> erişim 01.12.2021

⁵⁴ Kevin Buehler, Rachel Dooley, Liz Grennan ve Alex Singla, 'Getting to Know and Manage



4.2.4 Yüksek Riskli Yapay Zekâ Sistemlerini İthal Edenlerin Temel Yükümlülükleri

İthalatçının tanımı Tüzük Teklifi'nin 3(6).maddesinde yapılmıştır. Buna göre ithalatçı *“Birlik dışında yerleşik bir gerçek veya tüzel kişinin adını veya ticari markasını taşıyan bir yapay zekâ sistemini piyasaya sunan veya hizmete sunan, Birlik'te yerleşik herhangi bir gerçek veya tüzel kişi anlamına gelir.”*

Tüzük Teklifi'nin 26.maddesi uyarınca yüksek riskli bir yapay zekâ sistemini piyasaya sürmeden önce, bu sistemin ithalatçılarının şu hususları sağlaması gerekmektedir:

“(a) söz konusu yapay zekâ sisteminin sağlayıcısı tarafından uygunluk değerlendirme prosedürünün yerine getirilmesi,

(b) Ek IV'e uygun olarak teknik belgelerin sağlayıcı tarafından hazırlanması,

(c) yapay zekâ sisteminin gerekli uygunluk işaretlerini taşıması ve gerekli belgeleri ve kullanım talimatlarını içermesi.”

Yukarıda belirtilen düzenlemeden anlaşılacağı üzere Avrupa Birliği'ne yüksek riskli yapay zekâ sistemi satmak isteyen sağlayıcılar/tedarikçiler, başka bir ifadeyle yazılım alanında çalışan tacirler Tüzük Teklifi'nde işaret edilen uygunluk değerlendirme prosedürünü yerine getirmelidir. Ayrıca gerekli teknik belgeleri ve kullanım talimatlarını hazırlamalıdır. Dolayısıyla ülkemizdeki Avrupa Birliği'ndeki profesyonel kullanıcılara yönelik yazılımları üretecek girişimcilerin ya da bu alanda faaliyet gösteren tacirlerin belirtilen hususlara dikkat etmesi gerekecektir.

4.2.5 Yüksek Riskli Yapay Zekâ Sistemlerinin Dağıtıcılarının Temel Yükümlülükleri

Tüzük Teklifi'nin 3(7) maddesi uyarınca dağıtıcının tanımı şu şekildedir: *“bir yapay zekâ sistemini, özelliklerini etkilemeden Birlik pazarında, kullanıma sunan, sağlayıcı veya ithalatçı dışında, tedarik zincirindeki herhangi bir gerçek veya tüzel kişi...”*

Yüksek riskli yapay zekâ sistemlerinin dağıtıcıları, sistemi pazara sürmeden önce uygunluk denetimini yerine getirmelidir. Dağıtıcılar; sistemin gerekli CE (Conformité Européenne)⁵⁵ uygunluk işaretini taşıdığından, gerekli belgeleri ve kullanım talimatlarını içerdiğinden ve sağlayıcının/tedarikçinin ve ithalatçının bu Tüzük'te yer alan koşulları sağladığından emin olmalıdır (Tüzük Teklifi m.27).

Your Biggest AI Risks' (03.05.2021) <<https://www.mckinsey.com/business-functions/mckinsey-analytics/our-insights/getting-to-know-and-manage-your-biggest-ai-risks>> erişim 01.12.2021; Yapay zekâ riskleriyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Yüksel 101

⁵⁵ *“CE işareti; bir kalite simgesi olmayıp üzerine iliştiirildiği ürünün ilgili yönetmeliğin tüm gereklerini karşıladığı anlamına gelen ve Avrupa Birliği üyesi ülkeler arasında malların serbest dolaşımını sağlamak amacıyla ortaya çıkan bir işarettir.”*<<https://www.tse.org.tr/IcerikDetay?ID=12&ParentID=108>> erişim 02.12.2021

4.3 Düşük Riskli Yapay Zekâ Sistemleri

Düşük riskli yapay zekâ sistemleri için Tüzük Teklifi'nde şeffaflık yükümlülükleri getirilmektedir. Bu şeffaflık yükümlülükleri; insanlarla etkileşime geçen yapay zekâ sistemleri, duyu tanıma veya biyometrik kategorizasyon sistemleri ve deep fake⁵⁶ uygulamaları için söz konusudur. Bu şeffaflık yükümlülüklerine dâhil olmayan zayıf yapay zekâ sistemleri esasen Tüzük Teklifi'nde düzenlenmemiştir⁵⁷.

Tüzük Teklifi'nde düzenlenen düşük riskli yapay zekâ sistemleri daha çok tüketicilerin veya internet kullanıcılarının etkileşime girebilecekleri, chatbotlar, yapay zekâ tabanlı video oyunları, spam filtreleri, envanter yönetim sistemleri, müşteri ve pazar bölümlendirme sistemlerine ilişkindir⁵⁸. Bu itibarla yapay zekâ sistemine maruz kalanlara dürüst davranılmasının sağlanması açısından yapılan düzenleme anlaşılır olmakla birlikte aşağıda açıklandığı üzere çeşitli açılardan eleştirilerden kurtulamamıştır.

Tüzük Teklifi'nin Başlık IV isimli kısmı Belirli Yapay Zekâ Sistemleri İçin Şeffaflık Yükümlülükleri başlığını taşımaktadır. Madde 52(1) ile yapay zekâ tedarikçileri için bir, madde 52(1) ve 52(2) ile yapay zekâ kullanıcıları için iki şeffaflık yükümlülüğü getirilmektedir.

4.4 Şeffaflığa İlişkin Yükümlülükler

4.4.1 Akıllı Yazılımın Kullanımının Açıklanmasına İlişkin Yükümlülük

Tüzük Teklifi'nin 52(1) maddesi uyarınca gerçek kişilerle etkileşime geçmesi amaçlanan yapay zekâ sistemlerinin (örneğin sohbet robotu-chatbot) bu kişilerin bir akıllı yazılım/bot ile etkileşimde oldukları konusunda bilgilendirilecek şekilde tasarlanması ve geliştirilmesi gerekmektedir, meğerki durumun gereklerinden ve kullanım şeklinden durumun böyle olduğu açıkça anlaşılmasın. Yapay zekâ sistemlerinin, ceza gerektiren suçların tespiti, önlenmesi, soruşturulması ve suçluların tutuklanması için kanun gereği kullanılması durumu bu hükmün kapsamının dışındadır (Tüzük Teklifi m.52(1)).

Tüzük Teklifi'nin 52(1) maddesindeki bot/akıllı yazılım kullanıldığına ilişkin düzenleme, açıklama/ifşa yükümlülüğünü tedarik eden için getirmektedir. Bu düzenleme Avrupa Komisyonu'nun gönüllülüğe dayanan Dezenformasyona

⁵⁶ Bkz. aşağıda 4.4.3 altındaki açıklamalar

⁵⁷ Finlayson-Brown, Van Elsen ve D'Joos

⁵⁸ Misha Benjamin, Kevin Buehler, Rachel Dooley ve Peter Zipparo, 'What the draft European Union AI regulations mean for business' (10.08.2021) <<https://www.mckinsey.com/business-functions/mckinsey-analytics/our-insights/what-the-draft-european-union-ai-regulations-mean-for-business>> erişim 02.12.2021

İlişkin Uygulama Kuralları⁵⁹ (*Code of Practice on Disinformation*) ile ve Avrupa Komisyonu tarafından teklif edilen Dijital Hizmetler Kanunu⁶⁰ (*Digital Services Act*) ile uyumludur⁶¹.

4.4.2 Duygu Tanıma ve Biyometrik Kategorizasyon Sisteminin Kullanımının Açıklanmasına İlişkin Yükümlülük

Tüzük Teklifi'nin 52(2) maddesi uyarınca bir duygu tanıma sistemi veya biyometrik sınıflandırma/kategorizasyon sisteminin kullanıcıları, bu sisteme maruz kalan gerçek kişileri sistemin işleyişinden haberdar etmelidir. Kanunen izin verilen ve suçların tespiti, önlenmesi ve soruşturulması için kullanılan biyometrik sınıflandırma/kategorizasyon yapay zekâ sistemleri için bu yükümlülük söz konusu değildir.

Madde 52(2)'de duygusal tanıma veya biyometrik kategorizasyon için yapay zekâ sistemi kullanılması durumunda bu durumun belirtilmesine ilişkin bir düzenleme getirilmektedir. Tüzük Teklifi'ndeki duygu tanıma ve biyometrik kategorizasyonun ifşasına ilişkin bu düzenleme doktrinde eleştirilmektedir. Buna göre; Tüzük Teklifi'ndeki gibi, duygusal veya biyometrik kategorizasyon ile ilgili temel meselenin şeffaflık eksikliği olduğunu iddia eden bir yaklaşım, çok az bilimsel temeli olan ve potansiyel olarak haksız sosyal sonuçları bulunan bir uygulamanın meşrulaştırılması riskini doğurabilir. Örneğin gülümseme içeren bir yüz ifadesi olmasının her zaman kişinin mutlu olduğunu kesin olarak gösterdiğinin kabulü, hatalı sonuçlara neden olacaktır. Çünkü toplumsal farklılıklar olabileceği gibi pek çok değişken de bulunmaktadır. Dolayısıyla bu şekilde kesin kaniya varmak isabetli olmayacaktır⁶². Bu itibarla Tüzük Teklifi'ndeki bu düzenlemenin risklerle mücadelede yetersiz olduğu ifade edilmektedir⁶³. Hata payının oldukça yüksek olabileceği bu uygulamaların nasıl programlandığı, hayati kararların alınmasında bu programların kullanılmasının etik sorunlar doğurabileceği bu sistemler bakımından asıl tartışılması gereken meselelerdir⁶⁴.

⁵⁹ EU Code of Practice on Disinformation, <https://www.hadopi.fr/sites/default/files/sites/default/files/ckeditor_files/1CodeofPracticeonDisinformation.pdf> erişim 23.11.2021

⁶⁰ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market For Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0825&from=en>> erişim 23.11.2021

⁶¹ Veale ve Borgesius¹⁷

⁶² Lisa Barrett, Ralph Adolphs, Stacy Marsella, Aleix M. Martinez ve Seth D. Pollak, 'Emotional Expressions Reconsidered: Challenges to Inferring Emotion From Human Facial Movements' (2019) *Psychological Science in the Public Interest* 20(1) 1<<https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/1529100619832930>> erişim 23.11.2021

⁶³ Veale ve Borgesius 19

⁶⁴ Charlotte Gifford, 'The problem with emotion-detection technology' (15.06.2020) <<https://www.theneweconomy.com/technology/the-problem-with-emotion-detection-technology>> erişim 03.12.2021

Eğer Tüzük Teklifi'ndeki bu düzenlemenin temelinde kişisel verilerin korunmasıyla ilgili endişeler varsa bu konuda zaten Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün düzenlemelerinin bulunduğuna işaret etmek gerekir. Çünkü Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün 13.maddesinde veri sorumlusunun yükümlülükleri düzenlenmiştir. Bu maddeden hareketle, duygusal tanıma ve biyometrik kategorizasyon sistemlerinin kişisel veri işlemesi durumunda, zaten bu sistemlerin kullanıcılarına, ilgili kişileri verilerin işlenmesinden ve işlemenin amaçlarından haberdar etmeleri yükümlülüğü getirildiğini ifade etmek gerekir⁶⁵.

4.4.3 Sentetik İçerik (Deep Fake) Kullanımının Açıklanmasına İlişkin Yükümlülük

Tüzük Teklifi'nin 52(3) maddesi uyarınca; meydana getirdikleri veya işledikleri görüntü, ses veya video içeriği, mevcut kişilere, nesnelere, yerlere, diğer varlıklara veya olaylara önemli ölçüde benzeyen ve bu içeriklerin kullanıcılarında özgün, gerçekçi (*deepfake*) izlenim oluşturabilecek yapay zekâ sistemi kullanıcıları, içeriğin yapay olarak meydana getirildiğini veya manipüle edildiğini açıklamalıdır. Bu hüküm; suçların tespiti, önlenmesi, soruşturulması ve kovuşturulması amacıyla kanun tarafından yetki verilmiş olması ve Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nda güvence altına alınan ifade özgürlüğü ile bilim ve sanat özgürlüğü haklarının kullanılmasında için gerekli olması durumunda ve üçüncü kişilerin hak ve özgürlükleri bakımından uygun koruma önlemlerine tabi olmak kaydıyla, uygulanmaz (Tüzük Teklifi m.52(3)/II).

Esasen sahte kişiler, objeler, yerler, diğer varlıklar veya olayları içeren ve yanlış yönlendiren ticari uygulamalar hâlihazırda Haksız Ticari Uygulamalar Direktifi⁶⁶ tarafından yasaklanmıştır. Doktrinde, eğer profesyonel deep fake uygulamaları için sınırlandırmalar gerekiyorsa bunun Tüzük Teklifi'nin şu anda odaklandığı ürün güvenliği düzenleyicileri yerine tüketici koruma otoritelerine odaklanmasıyla daha iyi yapılabileceği ifade edilmektedir. Ayrıca uygulamada açıklanmayan deep fake uygulamalarının nasıl araştırılacağına da bir sorun oluşturduğu ifade edilmektedir. Böyle bir araştırmada ilgili otoritelerin adli bilişim uzmanlığının olması pek beklenen bir durum olmadığından Tüzük Teklifi'nde bu düzenlemenin pek çok soruyu da beraberinde getireceği hususu haklı olarak ifade edilmektedir⁶⁷.

⁶⁵ Veale ve Borgesius 18

⁶⁶ Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 Concerning Unfair Business-to-Consumer Commercial Practices in the Internal Market and Amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council ('Unfair Commercial Practices Directive') <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:149:0022:0039:en:PDF>> erişim 23.11.2021

⁶⁷ Veale ve Borgesius 19-20

4.5 Yapay Zekâ Alanında İnovasyonun Desteklenmesi İçin Tedbirler

Tüzük Teklifi'nin 53.maddesinde bir veya birden fazla Üye Devlet'in yetkili makamları veya Avrupa Veri Koruma Gözlemcisi tarafından kurulacak yapay zekâ düzenleyici kum havuzları(*sandbox*) düzenlenmiştir. Böylelikle yapay zekâ sistemlerinin piyasaya sürülmeden veya hizmete sunulmadan önce kontrollü bir ortamda doğrudan gözlem altında geliştirilmesi, test edilmesi ve değerlendirilmesi ve pazara sürülmeden veya hizmete sunulmadan önce düzenlemeler açısından gözetimi yapılabilecektir. Bu kum havuzlarının hedefi inovasyon alanında çalışan kişiler için hukuki belirliliğin sağlanması, Tüzük Teklifi'ne uyumluluğun sağlanması, yetkili milli makamların gözetiminin artırılması ve yapay zekânın etkilerinin ve ortaya çıkabilecek risklerinin anlaşılmasını sağlamaktır⁶⁸.

Türkçe karşılığı kum havuzu olan *sandbox*, yalıtılmış bir test ortamıdır. Yazılım geliştiricileri, bu korumalı alanda yazılımları, üzerinde çalıştırdıkları uygulama, sistem veya platform etkilenmeden test edebilirler. Aksi halde potansiyel olarak yazılım veya uygulamalar, bir ağdaki tüm kullanıcı verilerine ve sistem kaynaklarına potansiyel olarak sınırsız erişime sahip olabilir⁶⁹. Bu itibarla Tüzük Teklifi'ndeki bu düzenlemeyi yerinde buluyoruz.

5. CEZALAR

Genel Veri Koruma Tüzüğü'ne benzer şekilde Tüzük Teklifi'nde de hükümlere aykırılık durumunda diğer yaptırımların (yüksek riskli yapay zekâ sisteminin kullanımının sınırlandırılması, yasaklanması veya piyasadan geri toplanması (Tüzük Teklifi m.68(2))) yanında idari para cezaları düzenlenmiştir.

Kabul edilemez riskli yapay zekâ sistemine ilişkin yasağın ihlali veya yüksek riskli yapay zekâ sistemlerine ilişkin veri yönetimine ilişkin hükümlerin ihlali halinde 30.000.000 Avro'ya kadar veya ihlali gerçekleştiren bir şirket ise en son hesap dönemindeki global yıllık cirosunun %6'sına kadar, hangisi daha yüksek ise, idari para cezası verileceği düzenlenmiştir (Tüzük Teklifi m.71(3)).

Tüzük Teklifi'nde düzenlenen diğer gerekliliklere aykırılık halinde 20.000.000 Avro'ya kadar veya ihlali gerçekleştiren bir şirket ise en son hesap dönemindeki global yıllık cirosunun % 4'üne kadar, hangisi daha yüksek ise, idari para cezası verileceği düzenlenmiştir (Tüzük Teklifi m.71(4)).

Yetkili kuruluşlara veya milli makamlara gerçeğe aykırı, eksik veya yanlış bilgi verilmesi halinde ise 10.000.000 Avro'ya kadar veya ihlali gerçekleştiren bir şirket ise en son hesap dönemindeki global yıllık cirosunun %2'sine kadar, hangisi daha yüksek ise, idari para cezası verileceği düzenlenmiştir (Tüzük Teklifi m.71(5)).

⁶⁸ Finlayson-Brown, Van Elsen ve D'Joos

⁶⁹ Linda Rosencrance, 'Sandbox (Software Testing and Security)' <<https://www.techtarget.com/searchsecurity/definition/sandbox>> erişim 03.12.2021

6. TÜZÜK'ÜN UYGULANMASI VE DENETİM

Tüzük Teklifi'nde teklif edilen maddelerin uygulanması konusunda hem Üye Devletler hem de Avrupa Birliği seviyesinde düzenlemeler getirilmiştir. Buna göre her bir Üye Devlet, Tüzük Teklifi'nin uygulanması ve bunun gözetimi açısından yetkili bir milli makam belirleyecektir (Tüzük Teklifi m.59(1)). Ayrıca bir Avrupa Yapay Zekâ Kurulu oluşturulacaktır. Bu Kurul milli makamlar arasında işbirliğini sağlayacak ve değişik hususlarda rehberlik edecektir (Tüzük Teklifi m.56).

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Avrupa Birliği Yapay Zekâ Tüzük Teklifi, yapay zekâ sistemlerine ilişkin hukuki düzenleme yapılması konusundaki ilk girişim olması nedeniyle önemli bir adımdır. Bununla birlikte düzenleme, Avrupa Birliği'nin ürün güvenliğine, temel hakların korunmasına, gözetim ve tüketicinin korunmasına ilişkin mevzuatın birleştirilmesiyle oluşturulmuştur. Bu niteliğiyle deyim yerindeyse adeta bir yamalı bohça olarak görülmekte ve eleştirilmekten kurtulamamaktadır. Bizim de katıldığımız görüş üzere bu kadar çok mevzuatın birleştirilmesi düzenlemenin etkisini zayıflatmaktadır. Her ne kadar yüksek risk rejiminin benimsenmesi ilk bakışta etkileyici görünse de pek çok sorunu da beraberinde getirebilir. Çünkü özellikle şeffaflığa ilişkin düzenlemelerin mevcut düzenlemelere çok az bir ek getirdiği veya uygulamadaki etkileri düşünüldüğünde çözümden çok yeni soru işaretlerini doğurabileceği belirtilmelidir. Tüzük Teklifi yapay zekâ sistemlerinin kullanıcılarına da ilişkin olduğu halde bu düzenlemeden etkilenecek kullanıcılara/kişilere herhangi bir şikâyet veya yargısal olarak başvurabilecekleri tazminat yolunun Tüzük Teklifi'nde öngörülmemiş olması da eleştirilebilir bir diğer husustur⁷⁰.

Tüzük Teklifi uyarınca duyu tanıma sistemine veya biyometrik sınıflandırma/kategorizasyon sistemine maruz kalan gerçek kişilerin sistemin işleyişinden haberdar edilmesi gerekmektedir. Tüzük Teklifi, sentetik içerik (deepfake) üreten sistemlere maruz kalan kişilerin de bundan haberdar edileceğini düzenlemektedir. Ancak diğer durumlar için böyle bir yükümlülük getirmemektedir. Örneğin, Tüzük Teklifi'nde gerçek kişilerin kamu yardımlarından, krediden, eğitimden veya işe alımdan yararlanmaları konusunda karar verilmesinde algoritmalara göre belirleme yapıldığının belirtilmesine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bu bakımdan bildirimle ilişkin hükmün zayıf olduğu, daha kapsamlı olarak düzenlenmesi gerektiği belirtilmelidir⁷¹.

⁷⁰ Veale ve Borgesius,26-27; Tüzük Teklifi'ne yönelik akademisyenlerin eleştirileri hakkında bkz. Clarke

⁷¹ Mark MacCarthy ve Kenneth Propp, 'Machines Learn That Brussels Writes the Rules: The EU's New AI Regulation' (04.05.2021) <<https://www.brookings.edu/blog/techtank/2021/05/04/machines-learn-that-brussels-writes-the-rules-the-eus-new-ai-regulation/>> erişim 04.12.2021



Yapay Zekâ Tüzük Teklifi'nde risk temelli bir yaklaşımın benimsenmiş olmasını isabetli buluyoruz. Çünkü yapay zekâ teknolojisinin getirdiği pek çok kolaylık yanında taşıdığı risk nedeniyle endişeler bulunmaktadır. Bu itibarla yapay zekâ sisteminin kullanılmasının getireceği riskin türüne göre uyulması gereken kuralların ve cezaların düzenlenmiş olması bize göre de uygun bir yaklaşımdır. Bununla birlikte Tüzük Teklifi'nde yüksek riskli yapay zekâ sistemlerinin detaylı bir şekilde düzenlenmiş olması ve bunlarla ilgili, ağır olarak nitelendirilebilecek cezaların getirilmiş olması birtakım sorunlara da neden olabilir. Özellikle gelişmiş yapay zekâ sistemlerinin çalışması göz önüne alındığında Tüzük Teklifi'nde düzenlenen yükümlülüklerin yerine getirilmesi, örneğin gözetim yükümlülüğünün yerine getirilmesi, sağlayıcıların/ tedarikçilerin yapay zekâ sisteminin nasıl tasarlandığı ve geliştirildiği hususunu yeniden gözden geçirmelerine neden olacaktır. Elbette bu durum mevzuata uyum konusunda kayda değer masraflara neden olacaktır⁷².

Tüzük Teklifi'nin kanunlaşabilmesi için, Avrupa Komisyonu'nun Tüzük Teklifi'nin, Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi tarafından kabul edilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla tasarının kanunlaşması süre alacaktır. Bu süreçte tasarı metninde birtakım değişiklikler olması muhtemeldir⁷³. Bize göre tasarı metnindeki yükümlülüklerin yapay zekâ alanında çalışan girişimciler ve işletmeler için daha anlaşılır ve uygulanabilir şekilde yalınlaştırılmasına yönelik birtakım değişiklikler söz konusu olabilir.

Avrupa Birliği'nde Yapay Zekâ Tüzük Teklifi'nin kabul edilmesi halinde tüm Avrupa Birliği üyesi devletlerde Tüzük uygulanacaktır. Ancak Tüzük'ün etkisi Avrupa Birliği'nin sınırları dışında da hissedilecektir. Türkiye'de yapay zekâ alanında çalışan girişimciler ürettikleri yazılımları Avrupa Birliği'ne ihraç etmek istiyorlarsa Tüzük'te belirtilen hususlara uymak durumunda olacaklardır. Tıpkı Genel Veri Koruma Tüzüğü'nde olduğu gibi bu Tüzük de yürürlüğe girdiğinde, Türkiye⁷⁴ de dâhil bu alanda kanunlaştırma çalışmaları yapacak ülkelerde yapay zekâ alanında standartların⁷⁵ belirlenmesinde veya gözden geçirilmesinde model niteliğinde bir düzenleme olacaktır.

⁷² Finlayson-Brown, Van Elsen ve D'Joos

⁷³ Finlayson-Brown, Van Elsen ve D'Joos

⁷⁴ Yapay zekâ alanında Türkiye'de etik ve hukuki çerçevenin oluşturulmasına ihtiyaç olduğuna ilişkin bkz. T.C.Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı/Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi, 'Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi 2021-2025' (2021) 20 <<https://cbddo.gov.tr/SharedFolderServer/Genel/File/TR-UlusalYZekaStratejisi2021-2025.pdf>> erişim 29.09.2021; Amerika Birleşik Devletleri'nde, Avrupa Birliği Yapay Zekâ Tüzük Teklifi'ndeki yüksek risk tanımının ve/veya kapsamlı düzenlemelerin benimsenmesi beklenmemektedir. Bu itibarla Avrupa Birliği ve Amerika Birleşik Devletleri arasında gelecekte, Amerikan şirketlerinin Avrupa Birliği vatandaşlarına hizmet verebilmesi için çeşitli ikili anlaşmaların yapılmasına ihtiyaç olacağı öngörülmektedir. MacCarthy ve Propp

⁷⁵ Uluslararası Standartlar Örgütü'nün yapay zekâ alanındaki standartları ISO/IEC TR 24028:2020 için bkz. <<https://www.iso.org/standard/77608.html>> erişim 29.09.2021

KAYNAKLAR

Amnesty International, *Out of Control: failing EU Laws for Digital Surveillance Report* (UK 2020) <<https://www.amnesty.org/en/documents/eur01/2556/2020/en/>> erişim 29.11.2021

Barrett L ve diğerleri, ‘Emotional Expressions Reconsidered: Challenges to Inferring Emotion From Human Facial Movements’ (2019) 20(1) *Psychological Science in the Public Interest* 1-68 <<https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/1529100619832930>> erişim 23.11.2021

Benjamin M ve diğerleri, ‘What the draft European Union AI regulations mean for business’ (10.08.2021) <<https://www.mckinsey.com/business-functions/mckinsey-analytics/our-insights/what-the-draft-european-union-ai-regulations-mean-for-business>> erişim 02.12.2021

Bogen M ve Rieke A, ‘Help Wanted – An Examination of Hiring Algorithms, Equity and Bias, Upturn’ (December 2018) <<https://www.upturn.org/static/reports/2018/hiring-algorithms/files/Upturn%20--%20Help%20Wanted%20-%20An%20Exploration%20of%20Hiring%20Algorithms,%20Equity%20and%20Bias.pdf>> erişim 05.12.2021

Bozkurt Yüksel AE, *Bulut Bilişimde Kişisel Verilerin Korunması* (Yetkin Yayınevi 2016)

— — *Robot Hukuku* (Aristo Yayınevi 2020)

— — *Sokak Fotoğrafçılığı ve Kişisel Verilerin Korunması* (Aristo Yayınevi 2020)

Buehler K ve diğerleri, ‘Getting to Know and Manage Your Biggest AI Risks’ (03.05.2021) <<https://www.mckinsey.com/business-functions/mckinsey-analytics/our-insights/getting-to-know-and-manage-your-biggest-ai-risks>> erişim 01.12.2021

Christakis T ve Becuywe M, ‘Pre-Market Requirements, Prior Authorisation and Lex Specialis: Novelties and Logic in the Facial Recognition-Related Provisions of the Draft AI Regulation’ (04.05.2021) <<https://europeanlawblog.eu/2021/05/04/pre-market-requirements-prior-authorisation-and-lex-specialis-novelties-and-logic-in-the-facial-recognition-related-provisions-of-the-draft-ai-regulation/>> erişim 04.10.2021

Clarke L, ‘The EU’s Leaked AI Regulation is Ambitious But Disappointingly Vague’ (15.04.2021) <<https://techmonitor.ai/policy/eu-ai-regulation-machine-learning-european-union>> erişim 25.11.2021

Cobbe J ve Singh J, ‘Artificial Intelligence as a Service: Legal Responsibilities, Liabilities, and Policy Challenges’ Forthcoming in *Computer Law & Security*



Review <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3824736> erişim 27.11.2021

European Commission, *Explanatory Memorandum, Proposal For a Regulation of The European Parliament and of The Council Laying Down Harmonised Rules On Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) And Amending Certain Union Legislative Acts*, {SEC(2021) 167 final} - {SWD(2021) 84 final} - {SWD(2021) 85 final} <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52021PC0206>> erişim 07.09.2021 (Explanatory Memorandum)

European Commission, *White Paper on Artificial Intelligence A European Approach to Excellence and Trust* (Brussels 19.2.2020) COM(2020) 65 final <https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_en.pdf> erişim 07.09.2021

Favre J ve Polater L, 'Artificial Intelligence: A Draft Regulation Aiming to Turn Europe Into The Global Hub for Trustworthy Artificial Intelligence' <<https://archipel.law/wp-content/uploads/2020/12/Article-Review-EU-AI-REGULATION-EN.pdf>> erişim 30.11.2021

Finlayson-Brown J ve diğerleri, 'Key Provisions of the Draft AI Regulation' (24 Mayıs 2021) <<https://www.allenoverly.com/en-gb/global/news-and-insights/publications/key-provisions-of-the-draft-ai-regulation>> erişim 07.09.2021

Gifford C, 'The problem with emotion-detection technology' (15.06.2020) <<https://www.theneweconomy.com/technology/the-problem-with-emotion-detection-technology>> erişim 03.12.2021

MacCarthy M ve Propp K, 'Machines Learn That Brussels Writes the Rules: The EU's New AI Regulation' (04.05.2021) <<https://www.brookings.edu/blog/techtank/2021/05/04/machines-learn-that-brussels-writes-the-rules-the-eus-new-ai-regulation/>> erişim 04.12.2021

Rosencrance L, 'Sandbox (Software Testing and Security)' <<https://www.techtarget.com/searchsecurity/definition/sandbox>> erişim 03.12.2021

Seaver N, 'Captivating Algorithms: Recommender Systems as Traps' *Journal of Material Culture* (2018) <<https://www.anthropology.uci.edu/publications/Nick%20Seaver%20Journal%20of%20Material%20Culture.pdf>> erişim 26.11.2021

T.C. Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı/Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi, *Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi 2021-2025* (Ağustos 2021) <<https://cbddo.gov.tr/SharedFolderServer/Genel/File/TR-UlusalYZekaStratejisi2021-2025.pdf>> erişim 29.09.2021

Veale M ve Borgesius FZ, ‘Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act’(July 2021) Computer Law Review International, Pre-print Version 1.2. <<https://osf.io/38p5f/download>> erişim 30.09.2021

Yüksel H, İşletmelerde Endüstri 4.0 Risklerinin Yönetimi (Nobel Yayıncılık 2021)

Yararlanılan İnternet Siteleri

<<https://asq.org/quality-resources/iso-9000>> erişim 07.10.2021

<<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/european-approach-artificial-intelligence>> erişim 30.09.2021

<<https://docs.microsoft.com/en-us/windows/ai/windows-ml/what-is-a-machine-learning-model>> erişim 01.12.2021

<https://ec.europa.eu/growth/single-market/goods/new-legislative-framework_en#:~:text=New%20legislative%20framework,New%20legislative%20framework,the%20quality%20of%20conformity%20assessments.> erişim 06.10.2021

<<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN>> erişim 04.10.2021

<<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32005L0029&from=EN>> erişim 30.09.2021

<<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L0680>> erişim 04.10.2021

<<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021P-C0206&from=en>> erişim 07.09.2021

<<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020P-C0825&from=en>> erişim 23.11.2021

<<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:149:0022:0039:en:PDF>> erişim 23.11.2021

<<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:176:0338:0436:En:PDF>> erişim 16.09.2021

<https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11e-b-9585-01aa75ed71a1.0001.02/DOC_1&format=PDF> erişim 01.10.2021

<<https://gdpr-info.eu/>> erişim 07.09.2021

<<https://itlaw.bilgi.edu.tr/media/2019/7/29/law-enforcement-directive-turkce.pdf>> erişim 04.10.2021

<<https://reclaimyourface.eu/>> erişim 29.11.2021

<<https://www.computerhope.com/jargon/l/log.htm>> erişim 13.09.2021

<https://www.hadopi.fr/sites/default/files/sites/default/files/ckeditor_files/1CodeofPracticeonDisinformation.pdf> erişim 23.11.2021

<<https://www.iso.org/standard/74348.html>> erişim 07.10.2021

<<https://www.iso.org/standard/77608.html>> erişim 29.09.2021

<<https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/docs/AvrupaBirligiYapayZekaya%-C4%B0liskinTuzukTeklifiTurkceTercumesi.pdf>> erişim 27.09.2021

<<https://www.tse.org.tr/IcerikDetay?ID=12&ParentID=108>> erişim 02.12.2021

ULUSLARARASI ANDLAŞMALAR HUKUKUNDA DEĞİŞİM, İSTİKRAR ve DEĞİŞİM YOLUYLA İSTİKRAR: *REBUS SIC STANTIBUS*

*Change, Stability and Stability by Change in the Law of Treaties:
Rebus Sic Stantibus*

Ceren Zeynep PİRİM*

Özet

Uluslararası andlaşmaların taraflar nezdinde bağlayıcı olduğunu ve iyi niyetle ifa edilmeleri gerektiğini ifade eden *pacta sunt servanda* ilkesinin temel amacı, her devletin zamanında ortaya koyduğu iradenin arkasında durmasını sağlayarak devletlerarası ilişkilerde ve uluslararası hukuk düzeninde istikrarı sağlamak ve korumaktır. Bununla birlikte, bir andlaşmanın yapıldığı dönemdeki koşulların önemli ölçüde değişmesi halinde andlaşmanın tarafları arasındaki denge bozulabilecek, andlaşmanın konu ve amacı anlamsızlaşabilecek ve hatta ortadan kalkabilecektir. Bu çerçevede, *pacta sunt servanda* ilkesini hiçbir koşulda istisnası olmayan bir ilke olarak yorumlamak, uluslararası andlaşmalardan doğan yükümlülüklerinden çok farklı konjonktür ve koşullarda bile kurtulamayacağını düşünen devletleri ahdi ilişkiler içine girmemeye sevk edebilecek ve uluslararası ilişkilerde istikrarsızlığa yol açabilecektir.

İşte ahdi uluslararası hukukta istikrar ve değişim arasındaki denge, andlaşmaların, akdedilmelerine zemin hazırlayan koşullardan bağımsız düşünülmemeyeceği anlayışı üzerine kurulu olan ve geleneksel olarak *rebus sic stantibus* olarak adlandırılan “koşullarda esaslı değişiklik” ilkesi aracılığıyla sağlanmaya çalışılmaktadır. İlke, uluslararası andlaşmaların, yapıldıkları dönemdeki koşullarda taraflarca öngörülemeyen esaslı değişiklikler yaşanması durumunda sona erdirilebileceklerini veya tarafların bu andlaşmalardan çekilebileceklerini öngörmektedir.

Uluslararası andlaşmalar hukukunun yerleşik ilkelerinden biri olan *rebus sic stantibus*, bu alanın aynı zamanda en tartışmalı ilkelerinden biridir. Gerek ulusal gerek uluslararası yargı mercileri ilkeyi uygulamakta çoğu zaman tereddüt etmekte ve pozitif uluslararası hukukun bir parçası olduğu artık tartışma götürmüyorsa da ilkenin tam olarak ne anlama geldiğine ilişkin devletler arasında görüş ayrılıkları bulunmaktadır. 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 62. maddesi ve uluslararası

* Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.

* Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 18.01.2022

* Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 16.06.2022

* Doç. Dr., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, czpirim@gsu.edu.tr; zeyneppirim@hotmail.com, <https://orcid.org/0000-0001-6680-6494>.

Yazar katkıları için Araş. Gör. Tayanç Tunca Molla'ya teşekkür eder.



içtihat ilkenin “uluslararası andlaşmaların taraflarının ortak beklentileri” temelinde uygulanması yönünde objektif bir anlayış benimsemekte, devlet uygulamaları ise “devletlerin yaşamsal menfaatleri” temelinde sübjektif bir yorumu kabul etmiş görünmektedir. Elinizdeki çalışma, *rebus sic stantibus* ilkesinin, bir yandan amacına hizmet edebilmesi, diğer yandan devletler tarafından keyfi bir biçimde kullanılmasının önüne geçilebilmesi için nasıl bir muhakeme yürütülerek ileri sürülmesi gerektiğini tartışmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Andlaşmalar hukuku, *pacta sunt servanda*, *rebus sic stantibus*, koşullarda esaslı değişiklik, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi.

Abstract

The principle of *pacta sunt servanda*, according to which every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed in good faith aims at maintaining stability in international legal order. However, in cases where important change of circumstances occurs with regard to those existing at the time of the conclusion of a treaty, the balance between the parties may be disturbed and the aim and the purpose of the treaty may become meaningless. Therefore, if the principle of *pacta sunt servanda* is interpreted as containing no exception, States would be reluctant to establish contractual relationships that could not be terminated even in very different conditions and circumstances. This would certainly cause instability in international relations.

International law aims at establishing the balance between stability and change by the principle traditionally referred to as *rebus sic stantibus* which is based on the idea that treaties cannot be considered as being independent from the conditions that paved the way for their conclusion. According to this principle, in some cases where a fundamental change of circumstances which has occurred with regard to those existing at the time of the conclusion of a treaty, and which was not foreseen by the parties, these latter may terminate the treaty or withdraw from it.

Although being a settled principle of positive international law, the meaning of *rebus sic stantibus* generates intensive debate among States and national and international judicial instances. Article 62 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties and the international jurisprudence interpret the principle objectively in light of the “shared expectations” of the parties to international treaties. Whereas States seem to invoke the principle based on their subjective “vital interests”. This article discusses how the principle needs to be interpreted to achieve its aim without being discretionary used by States.

Keywords: Fundamental change of circumstances, law of treaties, *pacta sunt servanda*, *rebus sic stantibus*, Vienna Convention on the Law of Treaties

GİRİŞ

Uluslararası andlaşmaların taraflar nezdinde bağlayıcı olduğunu ve iyi niyetle ifa edilmeleri gerektiğini ifade eden ve 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin¹ 26. maddesinde yazılı hale getirilen *pacta sunt servanda* ilkesinin amacı, her devletin zamanında ortaya koyduğu iradenin

¹ Vienna Convention on the Law of Treaties (adopted 23 May 1969, entered into force 27 January 1980), 1155 UNTS 331 (VCLT).

arkasında durmasını sağlayarak devletlerarası ilişkilerde ve uluslararası hukuk düzeninde istikrarı sağlamak ve korumaktır. Bununla birlikte, andlaşmalar hukukunun temelini teşkil eden bu ilkeyi mutlak bir ilke olarak algılamının ve andlaşmaların tarafları arasındaki hukukî ilişkilerin değişimine kapıyı sıkı sıkıya kapatmanın uluslararası ilişkilerde istikrarı sağlama amacına hizmet etmeyeceği de aşikârdır.

Şöyle ki; bir andlaşmanın yapıldığı dönemdeki koşulların önemli ölçüde değişmesi halinde andlaşmanın tarafları arasındaki denge bozulabilecek, andlaşmanın konu ve amacı anlamsızlaşabilecek, hatta ortadan kalkabilecektir.² Bu çerçevede, *pacta sunt servanda* ilkesini hiçbir koşulda istisnası olmayan bir ilke olarak yorumlamak, uluslararası andlaşmalardan doğan yükümlülüklerinden çok farklı konjonktür ve koşullarda bile kurtulamayacağını düşünen devletleri ahdî ilişkiler içine girmemeye sevk edebilecektir.³

İşte ahdî uluslararası hukukta istikrar ve değişim arasındaki denge, andlaşmaların, akdedilmelerine zemin hazırlayan koşullardan bağımsız düşünülmemeyecekleri anlayışı üzerine kurulu olan ve *conventio omnis intellegitur clausula rebus sic stantibus* veya kısaca *rebus sic stantibus* olarak adlandırılan ilke aracılığıyla sağlanmaya çalışılmaktadır.⁴ *Rebus sic stantibus* ilkesi uluslararası andlaşmaları çevreleyen koşulların andlaşmaların uygulandığı fiilî düzeni oluşturduğundan hareketle, bu koşullarda değişiklikler yaşanmasının yeni bir düzenin ortaya çıktığı anlayışı üzerine kuruludur. Bu çerçevede, bir uluslararası andlaşmanın yapıldığı dönemdeki koşulların zaman içinde değişmesinin andlaşmanın akıbeti üzerindeki etkilerini düzenleyen ilke, yeni bir fiilî düzenin kurulduğu durumlarda âkit taraflardan geçmiş düzende üstlendikleri yükümlülükleri olduğu gibi devam ettirmelerini beklemenin mâkul olmayacağı⁵, hatta devletlerin kendilerini ebediyen bağlayacak yükümlülükler altına girmelerinin egemenlik kavramıyla ve devlet kurumunun doğasıyla bağdaşmayacağı fikrinin tezahürüdür.⁶

² Mark E Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (Martinus Nijhoff Publishers 2009) 769.

³ Antonios Tzanakopoulos ve Sotirios-Ioannis Lekkas, 'Pacta sunt servanda versus Flexibility in the Suspension and Termination of Treaties' in Christian J Tams, Antonios Tzanakopoulos ve Andreas Zimmerman (ed), *Research Handbook on the Law of Treaties* (Edward Elgar 2014) 312, Oxford Legal Studies Research Paper No. 5/2014, < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2362526 > Erişim Tarihi 2 Ekim 2021.

⁴ Ibid 1-2; Damla Akkaya, *Uluslararası Andlaşmalarda Şartların Esaslı Değişimi: Rebus Sic Stantibus İlkesi* (Seçkin 2021) 15-16.

⁵ Charles Cheney Hyde, *International Law Chiefly as Interpreted and Applied by the United States* (1945): aktaran Oliver J Lissitzyn, 'Treaties and Changed Circumstances (Rebus Sic Stantibus)' (1967) 61(4) *American Journal of International Law* 895, 899.

⁶ John P Bullington, 'International Treaties and the Clause "Rebus Sic Stantibus"' (1927) *University of Pennsylvania Law Review* 153, 168.



Her kuşaktan uluslararası hukukçunun gündemini meşgul eden⁷ ve Latince “bu koşullarda” anlamına gelen *rebus sic stantibus* ilkesi, “en basit tanımıyla, bir uluslararası andlaşmanın, bazı koşulların varlığında, tamamen veya kısmen sona erdirilebileceğini ifade etmekte”⁸ ve köklerini, bütün akitlerin söz konusu ilkeyi içinde barındırdığını kabul eden Roma Hukuku’nda bulmaktadır.⁹ İlke sonraki dönemlerde Aquinalı Thomas tarafından zikredilmiş, düşünür, *Summa Theologica* adlı eserinde, bir andlaşmanın yapıldığı dönemde var olan ve andlaşmanın taraflarını veya konusunu etkileyen koşulların zaman içinde değişmesi durumunda andlaşmadan doğan yükümlülüklerin yerine getirilmeyebileceğini ifade etmiştir.¹⁰

Kıt’a Avrupası hukuku altında şekillenen ilkenin uluslararası hukuka Gentili tarafından aktarıldığı bilinmektedir.¹¹ Gentili, *De Jure Belli Libri Tres* adlı eserinde, bir andlaşmanın yapıldığı andaki ortamın öngörülemez bir biçimde değişmesi halinde, tarafların andlaşmayı ifa etme yükümlülüğünden muaf tutulmaları gerektiğini belirtmiş ve *rebus sic stantibus* olarak adlandırılan bu ilkenin bütün uluslararası andlaşmalarda zımnen var olduğu anlayışını benimsemiştir.¹² İlke, Suarez tarafından da benzer bir yaklaşımla ele alınmıştır.¹³

Grotius da *rebus sic stantibus* ilkesinin varlığından bahsetmekte, andlaşmalar hukukunda uygulanabilir bir ilke olduğunu ifade etmekte ve bir andlaşmanın zaman içinde taraflar için fazla ağır ve külfetli hale gelmesi durumunda ifa edilmesinin beklenmesinin iyi niyet ilkesine aykırı düşeceğini belirtmektedir.¹⁴ Bununla birlikte, Grotius *rebus sic stantibus* ilkesine mesafeli yaklaşmakta ve ilkenin uygulanabilirliğini andlaşmaların yorumu başlığı

⁷ Sidik Suraputra, ‘Doctrine of *Rebus Sic Stantibus* and Law of International Treaty’ (2014) 11(4) *Jurnal Hukum Internasional* 462, 463; György Haraszti, ‘Treaties and the Fundamental Change of Circumstances’ (1975) 146 *RCADI* 1, 7; Heribert Franz Koeck, ‘The “Changed Circumstances” Clause After the United Nations Conference on the Law of Treaties (1968-1969)’ (1974) 4 *Georgia Journal of International and Comparative Law* 93.

⁸ William L Scheffler, ‘The Politicization and Death of *Rebus Sic Stantibus*’ (1974) 2(1) *Syracuse Journal of International Law and Commerce* 67.

⁹ Koeck (n 7) 94-95; Suraputra (n 7) 463-464. Bazı yazarlar *rebus sic stantibus* ilkesinin Roma Hukuku kaynaklı olduğu görüşünü, ilkenin bu dönemde sistematik bir biçimde değil, birbiriyle bağlantısı bulunmayan uyuşmazlıklarda münferit olarak uygulandığından hareketle reddetmekte, kavramın varlığını kilise hukukuna dayandırmaktadır. Bkz. Haraszti (n 7) 10; Akkaya (n 4) 27.

¹⁰ Bkz. Haraszti (n 7) 10; Villiger (n 2) 767.

¹¹ Villiger (n 2) 767; Thomas Giegerich, ‘Article 62 Fundamental Change of Circumstances’ in Oliver Dörr and Kirsten Schmalenbach, *Vienna Convention on the Law of Treaties A Commentary* (Springer 2012) 1067, 1071; Haraszti (n 7) 10.

¹² Alberico Gentili, *De Iure Belli Libri Tres. A Translation of the Text, by John C. Rolfe, with an Introduction by Coleman Phillipson, and Indexes* (Oceana Publications 1964) 365.

¹³ Thomas Pink (ed), *Selections from Three Works of Francisco Suárez* (Liberty Fund 2015) 974. Bkz. Haraszti (n 7) 10; Akkaya (n 4) 28-29.

¹⁴ Bkz. Koeck (n 7) 95.

altında değerlendirmektedir.¹⁵ Grotius’a göre, ilke dar yorumlanmalı ve âkit taraflar, vermiş oldukları sözleri mümkün olduğunca yerine getirmelidir.¹⁶

Grotius’un takipçilerinden Pufendorf’un da benzer bir anlayış benimsediği ve *rebus sic stantibus* ilkesini andlaşmaların yorumu başlığı altında incelediği görülmektedir. Pufendorf’a göre, ilkenin “verilen sözlerin koşullar devam ettiği müddetçe geçerli olacakları” yönünde zımnî bir koşulu içinde barındırdığı görüşü genel olarak reddedilmelidir; zira böyle bir koşul bu sözleri geçersiz kılacaktır.¹⁷ Bununla birlikte, bir uluslararası andlaşmanın yapıldığı dönemdeki koşulların değişmiş olması, “bu koşulların andlaşmanın yapılmasının temelini teşkil etmesi durumunda” andlaşmayı sona erdirme nedeni kabul edilmelidir.¹⁸

İlkeye mesafeli yaklaşan bu yorumun Grotius sonrası pozitivist dönemde daha güçlü bir biçimde dile getirildiği ve bu dönemde ilkenin uygulanabilirliğinin dahi sorgulandığı bilinmektedir. Örneğin Bynkershoek’e göre, *rebus sic stantibus* “bir devletin sözünden dönmesinin paravanı”ndan başka bir şey değildir.¹⁹ Doğal hukuk ile pozitivizm arasında konumlanan Wolff bile koşulların değişmesini, andlaşmaların sona erdirilmeleri için bir gerekçe olarak ele almamaktadır.²⁰

Uluslararası hukukun klasik düşünürleri arasında ilkeyi en açık biçimde benimseyen düşünür Vattel olacaktır.²¹ Vattel’e göre, bir uluslararası andlaşma, yapıldığı dönemde var olan koşullar göz önüne alınarak ve bu koşullar nedeni ile akdedilmiş ise, koşulların değişmesi halinde sona erecektir.²² Vattel, *rebus sic stantibus* ilkesini öyle kesin bir dille formüle edecektir ki, Vattel sonrası dönemde andlaşmalar hukuku ile iştilal eden çoğu yazar ilke hakkında fikir beyan etmek durumunda kalacak,²³ 20. yüzyılın başında kaleme alınan çok sayıda eser ilkeyi zikredecek veya özel olarak inceleyecek ve *clausula rebus sic stantibus*ün süresiz andlaşmaların içinde zımnen bulunduğu görüşü 20. yüzyıla

¹⁵ Hugo Grotius, *On the Law of War and Peace* (Batoche Books Kitchener 2001), Book 2, Chapter 16, 151-152, para XXV.

¹⁶ Bkz. Bullington (n 6) 154.

¹⁷ Samuel von Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens, ou système général des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence, et de la politique* (La Veuve 1734), Livre V, Chapitre XII, para 20.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Cornelius van Bynkershoek, *Quaestionum Juris Publici Libri Duo*. Translation by Tenney Frank (Clarendon Press 1930) 190.

²⁰ Haraszti (n 7) 11. Bkz. Christian Wolff, *Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum*. Translation by Joseph H. Drake (Clarendon Press 1934).

²¹ Haraszti (n 7) 11.

²² Emer de Vattel, *The Law of Nations Or, Principles of the Law of Nature, Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns, with Three Early Essays on the Origin and Nature of Natural Law and on Luxury* (Liberty Fund 2008), Book II, Chapter XVII, 429, para 296.

²³ Haraszti (n 7) 12.



kadar baskın görüş olacaktır.²⁴ Vattel sonrası dönemde devlet uygulamaları da *rebus sic stantibus*un geleneksel yorumu olarak adlandırılan bu yorum yönünde tecelli edecektir.²⁵

Bununla birlikte, ilke 20. yüzyılda farklı bir biçimde yorumlanmaya başlanacaktır. Şöyle ki; Milletler Cemiyeti Misakı ilkeyi açıkça düzenlemeyecek, 19. maddesinde üye devletlerin, zamanla uygulanamaz hale gelen uluslararası andlaşmaların akıbetini gözden geçirebileceklerini hükme bağlamakla yetinecektir.²⁶ Andlaşmaların zamanla uygulanamaz hale gelmesinden doğan uyuşmazlıklar için bu tür bir özel hüküm dahi ihtiva etmeyen Birleşmiş Milletler Şartı ise, 14. maddesinde, Genel Kurul'un "uluslar arasındaki dostça ilişkileri tehlikeye sokacak nitelikte gördüğü herhangi bir durumun, kökenine bakılmaksızın, barışçıl yollarla düzeltilmesi için gerekli önlemlerin alınmasını tavsiye edebileceğini" öngörecektir ve bu maddenin, koşullarda yaşanan değişiklikler nedeni ile zamanla uygulanamaz hale gelen andlaşmaları da kapsadığı yorumu yapılacaktır.²⁷

Bu iki metni, *rebus sic stantibus* ilkesinin geleneksel yorumunun İkinci Dünya Savaşı'nın sonundan itibaren ortadan kalktığı şeklinde okumakta fayda vardır.²⁸ Nitekim Uluslararası Hukuk Komisyonu bünyesinde ilkeye ilişkin yapılan tartışmalar, ilkenin 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 62. maddesinde hükme bağlanmasına kadar uzanan süreç ve 62. maddenin ilkeyi düzenleme biçimi bu yorumu teyit etmektedir.

Şöyle ki; 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 62. maddesi, temellerini andlaşmalar hukuku özel raportörlerinden Waldock'un 1963 yılında Uluslararası Hukuk Komisyonu'na sunduğu ikinci raporun taslak 22. maddesinde bulmaktadır.²⁹ Waldock, uluslararası hukukçuların görüş ayrılıklarından da hareketle, *rebus sic stantibus* ilkesinin dengeli ve dikkatli bir

²⁴ Villiger (n 2) 767; Bullington (n 6) 154; --- 'Article 28. Rebus Sic Stantibus' (1935) 29 American Journal of International Law, Supplement: Research in International Law 1096, 1097.

²⁵ 18 ve 19. yüzyıllarda devlet uygulamaları için bkz. Haraszti (n 7) 13-37.

²⁶ Giegerich bu hükmün andlaşmaların yapıldıkları dönemlerdeki koşullarda esaslı değişiklik yaşandığı haller için kabul edildiği kanaatinde. Giegerich (n 11) 1072. Bir diğer görüş ise, andlaşmaların gözden geçirilmesine ilişkin olan 19. maddenin *rebus sic stantibus* ilkesi ile bir ilgisinin bulunmadığı yönündedir. Bkz. Haraszti (n 7) 78; Matthew Craven, 'What Happened to Unequal Treaties? The Continuities of Informal Empire' (2005) 74 Nordic Journal of International Law 335, 367-368. Milletler Cemiyeti Misakı'nın 19. maddesine ilişkin görüşler için bkz. Halis Ayhan, Uluslararası Antlaşmalar Hukukunda Şartların Esaslı Değişikliği İlkesi. *Rebus Sic Stantibus* İlkesi (Adalet 2018) 51-62.

²⁷ Giegerich (n 11) 1073.

²⁸ Benzer bir görüş için bkz. Suraputra (n 7) 476.

²⁹ İlke Waldock'un selefi Fitzmaurice tarafından 1957 yılında Komisyon'a sunulan ikinci raporda da yer almış ancak bu rapor (md. 21-23) ilkenin yalnızca süresiz uluslararası andlaşmalar için geçerli olduğu anlayışını benimsemiştir. Gerald Fitzmaurice, 'Second Report on the Law of Treaties', 2 ILC Yearbook (1957) 16, 32-33.

biçimde sınırlandırılarak formüle edilmesi gerektiği anlayışını benimsemiştir.³⁰ Raportöre göre ilkenin objektif bir hukuk kuralı olarak kaleme alınması, sübjektif ve istismara açık uygulamaların önüne geçecektir.³¹ Waldock'un bu yaklaşımla kaleme aldığı ve *rebus sic stantibus* başlığını taşıyan 22. madde önerisi Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 1963 yılında kabul ettiği taslak maddeler metninin 44. maddesi haline gelecek ancak düzenleme basitleştirilerek, kısaltılarak ve *rebus sic stantibus* terimine yapılan atıf kaldırılarak kabul edilecektir.³²

Söz konusu taslak madde, 1969 yılında kabul edilecek Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 62. maddesinde yer alan ve aşağıdaki satırlarda incelenecek olan hükmün bütün temel özelliklerini taşımaktadır.³³ Bununla birlikte, 1963 taslak metninin 44. maddesi Uluslararası Hukuk Komisyonu bünyesinde yaşanan tartışmaların ardından da birtakım değişikliklere uğrayacak, 1969 Sözleşmesi'nin 62. maddesinin ilk fıkrası 1963 metninin aksine tersten kaleme alınacak³⁴ ve maddeye, esaslı değişiklik iddiasının andlaşmanın yapıldığı dönemdeki koşulların değişmesine neden olan tarafça ileri sürülemeyeceği ifadesi eklenecektir. Bu değişikliklerin amacı ilkenin istisnâî niteliğini vurgulamak ve uluslararası andlaşmaların taraflarınca istismar edilmesinin önüne geçilmesini sağlamaktır.³⁵

Kıscası, 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 62. maddesinde düzenlenen ve temelinde *rebus sic stantibus* ilkesinin bulunduğu kural çok sayıda hukukî ve siyâsî tartışmanın ardından nihâî halini almıştır. Kurala ilişkin tartışmalar söz konusu maddenin kabulü ile de son bulmamıştır. Günümüzde gerek ulusal gerek uluslararası yargı mercileri, varlığını kabul ettikleri ilkeyi uygulamakta çoğu zaman tereddüt etmekte ve pozitif uluslararası hukukun bir

³⁰ Giegerich (n 11) 1073.

³¹ Villiger (n 2) 768; Julian Kulaga, 'A Renaissance of the Doctrine of Rebus Sic Stantibus?' (2020) 69 ICLQ 477, 478.

³² Report of the International Law Commission covering the work of its fifteenth session, 6 May-12 July 1963, with annexes, Doc. A/5509, 2 ILC Yearbook (1963) 187, 207.

³³ Giegerich (n 11) 1074.

³⁴ 1963 metninin 44. maddesinin ilk fıkrası şu şekilde kaleme alınmıştır: "Bir andlaşmanın akdedilmesi sırasında mevcut olan koşullarda meydana gelen bir değişiklik bir andlaşmanın sona erdirilmesi veya bir andlaşmadan çekilme gerekçesi olarak yalnızca bu maddede öngörülen koşullar altında ileri sürülebilir". Hüküm 1966 yılında Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından kabul edilen ve 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 62. maddesinin zeminini teşkil eden nihâî metnin 59. maddesinde şu şekilde düzenlenecektir: "Bir andlaşmanın akdedilmesi sırasında mevcut olan koşullarda meydana gelen ve taraflarca öngörülemeyen esaslı bir değişikliğe, aşağıdaki koşullar yerine gelmedikçe, andlaşmayı sona erdirmeye veya andlaşmadan çekilme gerekçesi olarak başvurulamaz [...]". Reports of the International Law Commission on the second part of its seventeenth session and on its eighteenth session, Doc. A/6309/Rev.1, 2 ILC Yearbook (1966) 169, 184.

³⁵ Giegerich (n 11) 1075-1076; Suraputra (n 7) 464.



parçası olduğu artık tartışma götürmüyorsa da ilkenin tam olarak ne anlama geldiğine ilişkin devletler arasında görüş ayrılıkları bulunmaktadır.³⁶

Şöyle ki; 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 62. maddesi ve uluslararası içtihat, ilkenin “uluslararası andlaşmanın konu ve amacı ve tarafların ortak beklentileri” temelinde uygulanması yönünde objektif bir anlayış benimsemekte (I), devlet uygulamaları ise “yaşamsal menfaatler” temelinde sübjektif bir yorumu kabul etmiş görünmektedir (II). Elinizdeki çalışma, *rebus sic stantibus* ilkesinin, bir yandan amacına hizmet edebilmesi, diğer yandan devletler tarafından keyfi bir biçimde kullanılmasının önüne geçilebilmesi için nasıl bir muhakeme yürütülerek ileri sürülmesi gerektiğini tartışmaktadır.

I. VİYANA ANDLAŞMALAR HUKUKU SÖZLEŞMESİ'NİN VE ULUSLARARASI İÇTİHADIN TERCİHİ: *REBUS SIC STANTIBUS* İLKESİNİN “ANDLAŞMANIN KONU VE AMACI” VE “TARAFLARIN ORTAK BEKLENTİLERİ” ÜZERİNE KURULU YORUMU

A. Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi Altında *Rebus Sic Stantibus*

1969 Sözleşmesi'nin 62. maddesi şu şekilde kaleme alınmıştır:

“1. Bir andlaşmanın akdedilmesi sırasında mevcut olan koşullarda meydana gelen ve taraflarca öngörülme-yen esaslı bir değişikliğe, aşağıdaki koşullar yerine gelmedikçe, andlaşmayı sona erdirmeye veya andlaşmadan çekilmeye için bir gerekçe olarak başvurulamaz:

a- bu koşulların mevcudiyeti, tarafların andlaşma ile bağlanma rızalarının esaslı bir temelini teşkil etmedikçe; ve

b- değişiklik andlaşmaya göre hala icra edilecek yükümlülüklerin kapsamını köklü bir şekilde değiştirme etkisini haiz olmadıkça.

2. Koşullarda meydana gelen esaslı bir değişikliğe bir andlaşmayı sona erdirmek veya ondan çekilmek için bir gerekçe olarak şu hallerde başvurulamaz.

a- andlaşma bir sınırı tesis ediyor ise; veya

b- esaslı değişiklik ona başvuran tarafın ya andlaşmadan doğan bir yükümlülüğünü ihlâl etmesinin ya da andlaşmanın diğer herhangi bir tarafına karşı herhangi bir milletlerarası yükümlülüğünü ihlâl etmesinin neticesi ise.

3. Yukarıdaki fıkralara göre bir taraf esaslı bir koşul değişikliğine bir andlaşmayı sona erdirmeye veya ondan çekilmeye gerekçesi olarak başvurabiliyorsa, değişikliğe, andlaşmayı askıya almanın bir gerekçesi olarak da başvurabilir.”

³⁶ Giegerich (n 11) 1071; Bullington (n 6) 154.

1. İlkenin Hukukî Niteliği

Yukarıdaki satırlarda kısaca açıklanmaya çalışıldığı üzere, çok sayıda tartışmanın ardından nihâî halini alan madde günümüzde 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin en temel hükümlerinden biri addedilmekte³⁷ ve maddede düzenlenen ilkenin, zaman zaman başka adlarla anılıyor olsa da, pek çok devletin ulusal özel hukuk kuralları arasında yer aldığı ve dolayısıyla Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesinin 1. fıkrası bağlamında bir hukuk genel ilkesi olduğu dile getirilmektedir.³⁸

Bunun yanı sıra, uluslararası hukuk doktrininde günümüze kadar yürütülen tartışmalar, devlet uygulamaları ve Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin kabulüne giden süreçte devlet temsilcilerinin takındığı tutum ilkenin uluslararası hukukun yerleşik ilkelerinden biri olduğunu teyit etmekte³⁹ ve teamül hukukunun bir parçasını teşkil ettiğini göstermektedir.⁴⁰ Şöyle ki; 62. maddenin kaleme alınmaya çalışıldığı 1960'lı yıllara kadar *rebus sic stantibus* ilkesinin bir teamül kuralı olup olmadığı hakkında görüş birliği bulunmasa da,⁴¹ ilkenin uluslararası hukuk altındaki niteliği zaman içinde netleşmiş, örneğin Uluslararası Adalet Divanı, *Bahkçılık* ve *Gabçikovo-Nagymaros* kararlarında, 1969 Sözleşmesi'nin 62. maddesinin “bir uluslararası andlaşmanın sona erdirilmesi veya uygulamasının durdurulmasına ilişkin teamül kurallarını bir çok yönden yazılı hale getirdiğini” ifade etmiştir.⁴²

1969 Sözleşmesi'nin 62. maddesinde düzenlenen ilkenin hakkaniyet ve adalet ilkeleri ile sıkı bir ilişkisinin bulunduğu da altının çizilmesi gerekir. Şöyle ki; bir uluslararası andlaşmanın taraflar arasında tesis ettiği bağın tek taraflı olarak kesilemeyeceği mantığı üzerine kurulu olan *pacta sunt servanda* ilkesinin, bu bağın belli koşullarda tek taraflı olarak koparılabileceği anlayışını içinde barındıran *rebus sic stantibus* ilkesi ile aynı hukuk düzeninin

³⁷ Giegerich (n 11) 1068.

³⁸ Ibid 1102; Koeck (n 7) 101; --- ‘Article 28. Rebus Sic Stantibus’ (n 24) 1111.

³⁹ Koeck (n 7) 100; J W Garner, ‘The Doctrine of Rebus Sic Stantibus and the Termination of Treaties’ (1927) 21(3) American Journal of International Law 509, 511; Hüseyin Pazarcı, “Ege Adalarının Lozan ve Paris Andlaşmalarıyla Saptanan Askerden Arındırılmış Statüsü Değişmiş Midir?” (1988) 43(3) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 207.

⁴⁰ Haraszti (n 7) 46; Giegerich (n 11) 1101; Villiger (n 2) 780.

⁴¹ Giegerich (n 11) 1101.

⁴² *Fisheries Jurisdiction Case (United Kingdom v. Iceland)*, *Jurisdiction of the Court, Judgment*, ICJ Reports 1973, p. 3, para 36; *Case Concerning the Gabçikovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)*, *Judgment*, ICJ Reports 1997, p. 7, para 46. Bazı uluslararası hukukçular, maddede düzenlenen ilkenin *jus cogens* nitelikli bir teamül kuralı olup olmadığı sorusunu da gündeme getirmişlerdir. Bkz. Haraszti (n 7) 57 vd. Soruya günümüzde olumsuz yanıt verilmektedir. Villiger (n 2) 771. Radiokovich gibi bazı yazarlar ise ilkenin, devletler tarafından öngörülmemiş olsaydı ve teamül hukukunun bir parçası olmasaydı dahi bir doğal hukuk ilkesi olarak uygulanacağını ifade etmektedir. Miloche M Radoikovitch, *La révision des traités et le Pacte de la Société des Nations* (Pedone 1930) 107.



parçalarını teşkil etmeleri, “andlaşmaların istikrarı” ve “hakkaniyet ve adalet ilkeleri” arasında bir denge kurulması ihtiyacının sonucudur.⁴³ Zira, yukarıdaki satırlarda kaleme alındığı üzere, *pacta sunt servanda* ilkesinin uluslararası hukukta çok katı bir biçimde uygulanması kimi zaman hakkaniyete uymayan sonuçlar doğurabilecektir. Ayrıca, bir uluslararası andlaşmadan doğan yükümlülüklerinin zaman içinde ve beklenmedik bir biçimde üstlenilmesi zor yükümlülükler haline geldiğini düşünen devletler, 62. maddede öngörülen imkâna sahip kılınmazlarsa, çareyi hukuk dışında arayabilecek, andlaşmayı ihlâl etmeyi tercih edebilecek ve böylece hem andlaşmaların istikrarını hem de bazı durumlarda uluslararası barış ve güvenliği tehlikeye atabileceklerdir.⁴⁴

1969 Sözleşmesi'nin 62. maddesinde düzenlenen kural hakkaniyet ilkesinin olduğu kadar iyi niyet ilkesinin de bir yansımasıdır; ki Sözleşme'nin 45. maddesinin 62. maddeye yaptığı gönderme bu tespiti teyit eder niteliktedir.⁴⁵ Şöyle ki; 45. madde uyarınca, bir andlaşmanın tarafları, 62. maddeyi yani andlaşmanın yapıldığı dönemdeki koşullarda esaslı değişiklik yaşandığı gerekçesi ile andlaşmayı sona erdirmeye veya andlaşmadan çekilme hakları bulunduğunu bazı hallerde ileri sürmeyeceklerdir. Bu haller, tarafların söz konusu değişiklikleri öğrendikten sonra andlaşmanın yürürlükte olduğunu veya yürürlükte kalmaya devam ettiğini açıkça kabul ettikleri haller ve davranışları sebebiyle andlaşmanın yürürlükte tutulmasına zımnen rıza gösterdikleri hallerdir. Görüldüğü üzere, iyi niyet ilkesi andlaşmanın yapıldığı dönemdeki koşullarda esaslı değişiklik iddiasının sınırı addedilmekte, bu iddianın iyi niyetle bağdaşmayacağı hallerde ileri sürülemeyeceği kabul edilmektedir.⁴⁶ 62. maddenin 2. fıkrasının (b) bendi de maddede düzenlenen kuralın iyi niyet ilkesi ile olan ilişkisini gözler önüne sermekte ve bir âkit tarafın esaslı değişiklik iddiasında bulunabilmesi için bu değişikliğin söz konusu tarafın kendi uluslararası yükümlülüklerini ihlâl etmesinden kaynaklanmamış olması gerektiğini hükme bağlamaktadır.

Koşullarda esaslı değişiklik ilkesinin hakkaniyet ve iyi niyet ilkeleri ile olan ilişkisine Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından da dikkat çekildiği görülmektedir. Komisyon, “andlaşmanın yapıldığı dönemdeki koşullarda yaşanan esaslı bir değişikliğin, bazı koşullarda, âkit bir tarafça andlaşmayı sona erdirmeye gerekçesi olarak ileri sürülebileceği yönündeki kuralın hakkaniyet ve adalet temelleri üzerine kurulu objektif bir hukuk kuralı” olarak ele alınması

⁴³ Suraputra (n 7) 468; Koeck (n 7) 101; Giegerich (n 11) 1068-1069.

⁴⁴ Giegerich (n 11) 1069-1070.

⁴⁵ Villiger (n 2) 769.

⁴⁶ Bu çerçevede, andlaşmanın yapıldığı dönemdeki koşullarda esaslı değişiklikler meydana geldiği iddiasının taraflarca mâkul bir süre içinde ileri sürülmesi gerekmektedir. Villiger (n 2) 777.

gerektiğinin altını çizmektedir.⁴⁷ Böylece, uluslararası andlaşmalar uluslararası hukukun gözetimi altında, “kontrollü bir biçimde” sona erdirilebilecek veya askıya alınabilecek ve *pacta sunt servanda* ilkesi ve uluslararası hukuk düzeni daha az zarar görecektir.⁴⁸

İşte 1969 Sözleşmesi’nin 62. maddesi tüm bu gerekçeler ile gerçekçi bir bakış açısı ile kaleme alınmıştır: madde taraflara andlaşmayı doğrudan sona erdirmeye veya andlaşmadan doğrudan çekilme hakkı vermemekte, bu yönde bir iddiada bulunabilmelerine zemin hazırlamakla yetinmektedir.⁴⁹

Yine aynı gerekçeler ile, andlaşmaların yapıldığı dönemdeki koşullarda yaşanan esaslı değişiklik ilkesinin bütün andlaşmaların içinde zımnen bulunduğu anlayışı 62. maddede benimsenmemiş, bu yönde bir anlayışın sübjektif yorumlara ve ilkenin istismarına yol açabileceği düşünülmüştür.⁵⁰ Şöyle ki; *conventio omnis intellegitur clausula rebus sic stantibus*, klasik anlamda, bütün uluslararası andlaşmaların, bunu açıkça düzenlemeseler bile, dolayısıyla zımnen, yapıldıkları dönemin koşulları değişmediği müddetçe yürürlükte kalacağı anlayışı üzerine kuruludur.⁵¹ Ve temellerini Aquinalı Thomas’da bulan bu *rebus sic stantibus* anlayışı tarafların niyetleri üzerine kurulu bir ilkedir.⁵² Halbuki, Uluslararası Hukuk Komisyonu koşullarda esaslı değişiklik ilkesini doğal hukukun izlerini taşıyan geleneksel yorumundan uzak durarak ele almış ve ilkeyi salt hukukî bir kurgu olarak algılamıştır.⁵³ 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nin 62. maddesi andlaşmanın taraflarının sübjektif beklentileri üzerine kurulmamış, ilke objektif bir hukuk kuralı olarak düzenlenmiş ve maddede *rebus sic stantibus* tâbiri kullanılmamıştır.⁵⁴ Komisyon nezdinde, uluslararası hukuk düzeninin can damarını teşkil eden *pacta sunt servanda* ilkesine istisna teşkil eden 62.

⁴⁷ Draft articles on the Law of Treaties with Commentaries, United Nations Conference on the Law of Treaties Official Records (1971), UN Doc. A/CONF. 39/11/Add.2, 7-94, 78, para 6.

⁴⁸ Giegerich (n 11) 1070.

⁴⁹ Haraszti (n 7) 79; Villiger (n 2) 776; Suraputra (n 7) 467; Pazarıcı (n 39) 208; Giegerich (n 11) 1069 ve 1099-1100.

⁵⁰ Draft articles on the Law of Treaties with Commentaries (n 47) 78, par. 7. Bu husuta bkz. Lissitzyn, ‘Treaties and Changed Circumstances (Rebus Sic Stantibus)’ (n 5) 913; Lissitzyn, ‘Stability and Change: Unilateral Denunciation or Suspension of Treaties by Reason of Changed Circumstances’ (1967) American Society of International Law, Proceedings 61, Fourth Session 186, 190-191.

⁵¹ Dionysios P Flambouras, ‘The Doctrines of Impossibility of Performance and Clausula Rebus Sic Stantibus in the 1980 Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law-A Comparative Analysis’ (2001) 13(2) Pace International Law Review 261, 278; Garner (n 39) 509.

⁵² Haraszti (n 7) 8-9 ve 46; Villiger (n 2) 766-767; Koeck (n 7) 95.

⁵³ Koeck (n 7) 96; Lissitzyn, ‘Treaties and Changed Circumstances (Rebus Sic Stantibus)’ (n 5) 913.

⁵⁴ Giegerich (n 11) 1069.



maddenin sübjektif yorumlarla istismar edilmeye müsaade edecek biçimde düzenlenmesi ve uluslararası andlaşmaların tek taraflı olarak kolayca sona erdirilebilmelerine olanak tanınması uluslararası hukuk düzeni için ciddi bir tehlike oluşturacaktır.

Kıyasıca, 1969 Sözleşmesi'nin 62. maddesinin ilkeyi tarafların niyetleri üzerine değil, ortak beklentileri üzerine kurmuş olması maddede *rebus sic stantibus* ilkesinin geleneksel yorumunun kabul edilmediğini göstermektedir.⁵⁵ Bu çerçevede, 62. madde *rebus sic stantibus* ilkesinin içinde saklı olan anlayışı uluslararası hukukun objektif kurallarından birine dönüştürmekte ve uluslararası andlaşmaların taraflarının sarîh veya zımnî niyetlerinden bağımsız olarak uygulanan bir kural tesis etmektedir.⁵⁶

Nitekim, çok geniş ve biraz muğlak olan *rebus sic stantibus* ilkesinin aksine, 62. madde ilkenin uygulanabilmesinin koşullarını ayrıntılı bir biçimde düzenlemekte⁵⁷ ve böylece ilkenin tarafların sübjektif beklentileri temelinde yorumlanmamasını hedeflemektedir.⁵⁸

2. İlkenin İleri Sürülebilmesinin Koşulları

1969 Sözleşmesi'nin 62. maddesi, düzenlediği ilkenin ileri sürülebilmesi için beş kümülatif koşul aramaktadır.

İlkenin ileri sürülebilmesi için ilk olarak uluslararası andlaşmanın yapıldığı dönemdeki koşullarda değişiklik meydana gelmiş olması gerekmektedir. Buradaki “koşullar”, tarafların saik, beklenti veya davranışlarını ifade eden sübjektif koşullar değil, taraflardan bağımsız objektif koşullardır.⁵⁹ Dolayısıyla, devletlerin ulusal hukuk düzenlerinde veya siyâsî tutumlarında yaşanan değişikliklerinin (*changes of policy in domestic realm*) veya yaşamsal telâkki ettikleri menfaatlerin (*vital interests*) bu maddenin temeline yerleştirilemeyeceği, bu gibi gerekçeler ile 62. maddenin ileri sürülemeyeceği kabul edilmektedir.⁶⁰

62. madde, ikinci olarak, bir andlaşmanın akdedilmesi sırasında mevcut olan koşullarda meydana gelen ve taraflarca öngörülme-yen esaslı bir

⁵⁵ Lissitzyn, ‘Treaties and Changed Circumstances (Rebus Sic Stantibus)’ (n 5) 913-914 ve 917. Bunun yanı sıra, geleneksel *rebus sic stantibus* ilkesi yalnızca süresiz uluslararası andlaşmalara uygulanmaktayken, 1969 Sözleşmesi'nin 62. maddesi bu yönde bir koşul öngörmektedir. Villiger (n 2) 770; --- ‘Article 28. Rebus Sic Stantibus’ (n 24) 1101.

⁵⁶ Haraszti (n 7) 46-49; Lissitzyn, ‘Stability and Change: Unilateral Denunciation or Suspension of Treaties by Reason of Changed Circumstances’ (n 50) 190.

⁵⁷ Koeck (n 7) 102.

⁵⁸ Giegerich (n 11) 1078-1079.

⁵⁹ Ibid 1080. Bununla birlikte ve 1969 Sözleşmesi'nin 63 ve 73. maddeleri uyarınca, bir silâhlı çatışmanın ortaya çıkması, bir halefiyet vak'asının yaşanması ve diplomatik ve konsüler ilişkilerin kesilmesi 62. maddenin ileri sürülebilmesi için aranan ‘andlaşmaların yapıldığı dönemdeki koşullarda yaşanan değişikliklerden’ kabul edilmemektedir.

⁶⁰ Kulaga (n 31) 492-494; Villiger (n 2) 773.

değişikliğe andlaşmayı sona erdirme veya andlaşmadan çekilme gerekçesi olarak başvurulabilmesi için söz konusu “koşulların mevcudiyetinin tarafların andlaşma ile bağlanma rızalarının esaslı bir temelini teşkil etmesi gerektiğini” öngörmektedir. Madde, “esaslı değişiklik”ten ne anlaşılması gerektiğini açıklamamaktadır. Bununla birlikte, uluslararası hukuk doktrini, andlaşmanın yapıldığı dönemde mevcut olan bazı koşulların ortadan kalkmış olmasını, gerçekleşmesi gereken bir olayın gerçekleşmemiş olmasını veya tam tersine beklenmedik bir olayın yaşanmasını bu kapsamda değerlendirmektedir.⁶¹

62. maddenin ileri sürülebilmesi için aranan üçüncü koşul, andlaşmanın yapıldığı dönemdeki koşullarda yaşanan esaslı değişikliğin taraflarca öngörülmemiş olması koşuludur. Zira, taraflarca öngörülmüş değişikliklerin andlaşmanın sona erdirilmesi veya andlaşmadan çekilme gerekçesi olarak ileri sürülebilmesi *venire contra factum proprium* teşkil edecek, devletler birbirleri nezdinde yarattıkları güvene aykırı davranmış olacaklardır.⁶²

Ardından, esaslı değişikliğin, tarafların andlaşmaya taraf olma rızasına temel teşkil eden yani tarafların andlaşmaya taraf olmalarında belirleyici olan koşullarda yaşanmış olması gerekmektedir. Bu koşullardan kasıt, tarafların andlaşmayı akdederken sahip oldukları sübjektif saikler değil,⁶³ eğer öngörülmüş olsalardı tarafların ilgili andlaşmadan doğan yükümlülükleri üstlenmeyecekleri sonucunu doğuracak olan objektif durumlardır.⁶⁴ Dolayısıyla, 62. madde yalnızca yeni ve andlaşmanın yapıldığı dönemde öngörülmemiş alelâde birtakım koşulların ortaya çıkmış olması üzerine kurulu değildir. Maddenin öngördüğü ilkenin temelinde andlaşmanın üzerine kurulu olduğu zeminin ortadan kalkmış olması bulunmaktadır.⁶⁵ Bir koşulun devletlerin andlaşmaya taraf olmalarında belirleyici olup olmadığının tespiti ise andlaşmaların yorumuna ilişkin kuralların devreye girmesini gerektirecektir. Bu noktada, uluslararası hukuk doktrini tarafların andlaşmaya taraf olmalarında belirleyici olan ve değişikliğe uğrayan koşulların andlaşmanın konu ve amacı ile ne kadar ilişkili olduğu üzerinden yorum yapılması gerektiğinin altını çizmektedir.⁶⁶

62. maddenin ileri sürülebilmesi için aranan beşinci ve son koşul, andlaşmanın yapıldığı dönemdeki koşullarda yaşanan değişikliğin andlaşmaya göre hâlâ ifa edilmesi gereken yükümlülüklerin kapsamını “köklü” bir şekilde değiştirme etkisini haiz olması koşuludur.⁶⁷ Bu koşul, andlaşmadan doğan

⁶¹ Villiger (n 2) 771.

⁶² Ibid 773.

⁶³ Akkaya (n 4) 164.

⁶⁴ Villiger (n 2) 774; Pazarcı (n 39) 208.

⁶⁵ James Leslie Brierly, *The Law of Nations: An Introduction to the International Law of Peace* (Clarendon Press 1963) 336-337, 388.

⁶⁶ Bkz. Giegerich (n 11) 1087-1088.

⁶⁷ Bkz. ibid 1088-1089.



yükümlülüklerin ifasının taraflardan herhangi biri açısından andlaşmanın yapıldığı döneme nazaran daha ağır hale gelmesini ifade etmektedir.⁶⁸ Bu çerçevede, andlaşmanın yapıldığı dönemdeki koşullarda yaşanan değişiklik, andlaşmanın konu ve amacının gerçekleştirilmesini önemli ölçüde engelleyebilecek nitelikte olmalıdır.⁶⁹

62. maddede öngörülen tüm bu koşullar bir uluslararası andlaşmanın yapıldığı dönemdeki koşullarda esaslı değişiklik yaşanması durumunda bu değişikliğin taraflarca andlaşmadan doğan yükümlülüklerden kurtulma gerekçesi olarak yalnızca istisnâî durumlarda ileri sürülebileceğini göstermektedir.⁷⁰ Maddenin, öngördüğü kuralı formüle etme biçimi de bu tespiti teyit eder niteliktedir.⁷¹ Şöyle ki; 62. maddenin ilk fıkrası uyarınca, bir andlaşmanın akdedilmesi sırasında mevcut olan koşullarda meydana gelen ve taraflarca öngörülmeyen esaslı bir değişiklik, kural olarak ve bazı koşullar yerine gelmedikçe, andlaşmayı sona erdirme veya andlaşmadan çekilme için gerekçe teşkil etmeyecektir. Daha açık bir ifade ile, madde tersten kaleme alınmıştır ve bu tercih maddede öngörülen imkânın istisnâî niteliğinin vurgulanmasını amaçlamaktadır.⁷²

Dolayısıyla, bir andlaşmanın taraflar arasında tesis ettiği menfaat-külfet dengesini zaman içinde değiştiren her değişiklik 62. maddenin ileri sürülebilmesi için yeterli değildir; söz konusu değişikliğin, andlaşmadan doğan yükümlülüklerin ifasını taraflar için açık bir biçimde adaletsiz, ağır ve zor bir hale getirmiş olması gerekmektedir.⁷³ Bu çerçevede, 62. madde dar yorumlanması gereken bir madde olarak karşımıza çıkmakta ve ispat külfetini andlaşmanın yapıldığı dönemdeki koşullarda esaslı değişiklik yaşandığı iddiasını ileri süren tarafa yüklemektedir.⁷⁴

Son olarak, 1969 Sözleşmesi'nin 62. maddesinin taraflara andlaşmayı sona erdirme, askıya alma ve andlaşmadan çekilme hakkı verdiğinin, andlaşmanın değiştirilmesi hakkı vermediğinin belirtilmesi gerekmektedir.⁷⁵

Tüm bu tespitler, 1969 Sözleşmesi'nin 62. maddesinin, düzenlediği ilkeyi tarafların subjektif menfaatleri üzerine değil ortak ve mâkul beklentileri üzerine kurduğunu ve andlaşmanın konu ve amacı odaklı bir yaklaşım benimsediğini

⁶⁸ *Fisheries Jurisdiction Case* (n 42) para 43.

⁶⁹ Villiger (n 2) 774.

⁷⁰ Giegerich (n 11) 1078; Lissitzyn, 'Treaties and Changed Circumstances (Rebus Sic Stantibus)' (n 5) 914.

⁷¹ Koeck (n 7) 103-104.

⁷² Tzanakopoulos ve Lakkas (n 3) 7; *Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project* (n 42) 65, para 104.

⁷³ Garner (n 39) 513.

⁷⁴ Giegerich (n 11) 1078; Villiger (n 2) 770.

⁷⁵ Andlaşmanın sona erdirilmesi ve askıya alınmasında izlenecek usûl için bkz. Akkaya (n 4) 135-143.

göstermektedir. İlke Uluslararası Adalet Divanı tarafından da benzer temeller ışığında ele alınmakta, Divan koşullarda esaslı değişiklik ilkesini objektif bir hukuk kuralı olarak yorumlamakta ve uygulamaktadır.

B. Uluslararası İçtihat

Rebus sic stantibus ilkesi Uluslararası Adalet Divanı'nın selefi Uluslararası Daimî Adalet Divanı önünde iki farklı uyuşmazlıkta ileri sürülmüş ancak Daimî Adalet Divanı bu iki uyuşmazlıkta ilke hakkında etraflıca değerlendirme yapmamayı tercih etmiştir.

Söz konusu uyuşmazlıklardan ilki Birleşik Krallık ve Fransa arasında yaşanan *Tunus ve Fas Vatandaşlık Kararnameleri* uyuşmazlığıdır.⁷⁶ Milletler Cemiyeti Konseyi tarafından danışma görüşü vermesi talebiyle Divan'a götürülen uyuşmazlık Fransa'nın Tunus ve Fas'ta doğan kişilerin, ebeveynlerinden herhangi birinin de bu ülkelerde doğmuş olması koşulu ile, Fransız vatandaşı sayılacakları yönünde kararname kabul etmesine ve böylece söz konusu ülkelerde ikamet eden bazı İngiliz vatandaşlarının zorunlu olarak Fransız vatandaşlığına alınmasına ve askerlik yükümlülüklerinin doğmasına ilişkindir. Birleşik Krallık, Fransa'nın koruması altına giren Tunus ve Fas'ta 1921 yılında çıkarılan vatandaşlık kararnamelelerinin İngiliz vatandaşlarını bağlamayacağını, zira Birleşik Krallık'ın Tunus ve Fas ile 1856 ve 1875 yıllarında kapitülasyon anlaşmaları akdettiğini ileri sürmüştür.⁷⁷ Fransa ise İngiltere'nin temel aldığı kapitülasyon anlaşmalarının *rebus sic stantibus* ilkesi uyarınca sona erdiğini, zira ülke üzerinde tesis edilen Fransız hukuk düzeninin söz konusu kapitülasyonların varlık sebebini ortadan kaldırdığını ifade etmiştir. Fransa'ya göre, Fransız koruması altına giren bu ülkeler üzerindeki vatandaşlık meseleleri ülke üzerinde egemenlik yetkisi kullanan Fransız Devleti'nin ulusal yetki alanı içindedir.⁷⁸

Divan 1923 yılında verdiği danışma görüşünde, somut olaydaki uyuşmazlığa ilişkin temel sorunun "vatandaşlık meselelerinin devletin ulusal yetki alanına girip girmediği" sorunu olduğunu ifade etmiş ve buradan hareketle, Fransa tarafından ileri sürülen *rebus sic stantibus* iddiasını değerlendirmeye gerek görmemiştir. Divan'ın, danışma görüşünde *rebus sic stantibus* iddiasına ilişkin yaptığı tek yorum, bir anlaşmanın bu iddia temelinde sona erip ermediği meselesinin ulusal yetki alanı dışında, uluslararası hukuka ilişkin bir mesele olduğu yönündeki yorumudur.⁷⁹

⁷⁶ *Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco*, PCIJ Advisory Opinion No. 4, 7 February 1923, Series B.

⁷⁷ Ibid 28-29.

⁷⁸ Ibid 29.

⁷⁹ Bkz. Haraszti (n 7) 38-39; --- 'Article 28. *Rebus Sic Stantibus*' (n 24) 1114-1115; Akkaya (n 4) 46.



Rebus sic stantibus iddiasının Uluslararası Daimî Adalet Divanı önünde ileri sürüldüğü diğer uyuşmazlık *Yukarı Savoy ve Gex Serbest Bölgeleri* uyuşmazlığıdır.⁸⁰ Birinci Dünya Savaşı'nın sona ermesinin ardından Fransa ve İsviçre arasında ortaya çıkan uyuşmazlık, Napolyon Savaşları sonrasında akdedilen ve taraflar arasında gümrükten muaf bölgeler tesis eden uluslararası andlaşmaların yürürlükte olup olmadığına ilişkindir. Fransa, Versailles Barış Andlaşması'nın "Savoy'da tesis edilen gümrükten muaf bölgeler için öngörülen hükümlerin günün koşullarına uygun olmadığını ve tarafların bu hükümlerin ilga edildiğini tespit etmelerini öngören" 435. maddesine⁸¹ ve gümrükten muaf bölgeler tesis eden andlaşmaların akdedildiği 1800'lü yıllardan beri koşulların değiştiği gerekçesine dayanmış ancak Divan İsviçre'nin Versailles Barış Andlaşması'na taraf olmadığı gerekçesi ile Fransa'nın iddiasını reddetmiştir.

Divan, 1923 tarihli danışma görüşünde olduğu gibi, 1932 tarihli bu kararında da *rebus sic stantibus* iddiasını ayrıntılı bir biçimde değerlendirmemiş⁸² ve gümrükten muaf bölgeler tesis eden andlaşmaların akdedildiği tarihten bu yana yaşanan değişikliklerin andlaşmaların akdedildiği tarihte mevcut bulunan koşulların tamamı üzerinde etkisi olmadığını ifade etmekle yetinmiştir.⁸³ Başka bir ifade ile, Divan, kararında *rebus sic stantibus* ilkesini uygulamamış, ilkenin uluslararası hukuk altındaki yeri ve niteliği hakkında yorum yapmamış ve Fransa ve İsviçre arasındaki uyuşmazlık hakkındaki hükmünü andlaşmaların yorumuna ilişkin kuralları uygulayarak vermiştir.⁸⁴ Bununla birlikte, Divan *rebus sic stantibus* kavramını ilkesel olarak reddetmemiş, yalnızca, somut olayda andlaşmanın yapıldığı dönemdeki koşullarda yaşanan değişikliklerin esaslı olmadığını ifade etmiştir.⁸⁵

Daimî Adalet Divanı'nın halefi Uluslararası Adalet Divanı'nın, önüne gelen uyuşmazlıklarda konu hakkında yapacağı değerlendirmeler daha açık ve ayrıntılı olacak ve Uluslararası Adalet Divanı, temelinde *rebus sic stantibus* ilkesinin bulunduğu 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 62. maddesini Uluslararası Hukuk Komisyonu'nda madde üzerinde varılan uzlaşya uygun olarak yorumlayacaktır.

Divan'ın Birleşik Krallık ve İzlanda arasında yaşanan balıkçılık bölgesi uyuşmazlığı vesilesi ile 1973 yılında verdiği *Balıkçılık* kararı bu tespiti

⁸⁰ *Case of the Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, PCIJ Judgment, 7 June 1932, Series A/B 46.

⁸¹ *Traité de Versailles 1919*, Reproduction integrale du texte officiel du traité, Librairie Militaire Berger-Levrault (1919).

⁸² Haraszti (n 7) 40; Suraputra (n 7) 474; Villiger (n 2) 768.

⁸³ *Case of the Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex* (n 80) 158.

⁸⁴ Suraputra (n 7) 474.

⁸⁵ Haraszti (n 7) 41.

teyit etmektedir.⁸⁶ Karara konu olan olay 1961 yılında akdedilen ve taraflar arasında 12 deniz mili genişliğinde bir balıkçılık bölgesi tesis eden uluslararası andlaşmanın bir süre sonra İzlanda tarafından geçersiz addedilmesine ve İzlanda'nın andlaşmada öngörülenin aksine 50 deniz mili genişliğinde bir balıkçılık bölgesi ilân etmesine ilişkindir. Balıkçılığın ülkesinin varlığı ve ekonomik gelişimi için yaşamsal olduğunu belirten İzlanda, bu eylemini, balıkçılık tekniklerinin zaman içinde gelişmesinin ülkesini çevreleyen sularda bulunan balık kaynaklarının çıkarılması ve işletilmesi imkânını artırdığı, yani 1961 tarihli andlaşmanın yapıldığı dönemdeki koşulları esaslı bir biçimde değiştirdiği gerekçesi ile temellendirmiştir.⁸⁷ Daha açık bir ifade ile, İzlanda 1969 Sözleşmesi'nin 62. maddesini İzlanda halkının “yaşamsal menfaatleri” ışığında yorumlamıştır.⁸⁸

62. maddenin teamül hukukunun bir parçasını teşkil ettiğinin altını çizen⁸⁹ ve maddede düzenlenen ilkenin objektif bir hukuk kuralı olduğunu kabul eden Divan,⁹⁰ İzlanda'nın ilkeyi yorumlama biçimini reddedecektir. Divan'a göre, bir uluslararası andlaşmanın yapıldığı dönemdeki koşullarda yaşanan değişikliğin söz konusu andlaşmanın sona erdirilme gerekçesi olarak ileri sürülebilmesi için, değişikliğin tarafların andlaşmadan doğan yükümlülüklerini radikal bir biçimde dönüştürmüş olması gerekmektedir.⁹¹ Başka bir ifade ile, değişiklik sonucunda, andlaşmadan doğan yükümlülüklerin taraflar nezdinde doğurduğu yük ciddi bir biçimde artmış ve bu yükümlülüklerin ifası tarafların başlangıçta öngördüğünden çok farklı bir şekilde bürünmüş olmalıdır. Divan somut olayda

⁸⁶ *Fisheries Jurisdiction Case* (n 42).

⁸⁷ Ibid paras 35-37. 1960'lı yıllarda 12 mil genişliğinde bir balıkçılık bölgesi ilân etmek isteyen ve bu talebini 1961 Andlaşması'nda belirlenen yükümlülükler karşılığında Birleşik Krallık'a kabul ettiren İzlanda, andlaşmanın yapıldığı dönemden bu yana balıkçılık bölgelerinin genişliğine ilişkin hukukî kanaatin de değiştiğini ve bu bölgelerin genişliğinin 12 mil olabileceği yönündeki görüşün pek çok devlet tarafından benimsendiğini ileri sürmüştür. Başka bir ifade ile, İzlanda'ya göre ilgili hukuk kurallarında yaşanan değişiklik de andlaşmanın yapıldığı dönemdeki koşullara ilişkin esaslı bir değişikliktir ve 1961 Andlaşması'nın varlık sebebini ortadan kaldırmaktadır. Divan, hukuk kurallarında yaşanan değişikliklerin bazı koşullarda uluslararası andlaşmaların sona erdirilmesinin gerekçesi olarak ileri sürülebileceğini ancak somut olayda bu gerekçenin kabul edilemeyeceğini ifade etmiştir. Zira Divan'a göre 1961 Andlaşması yalnızca İzlanda'nın 12 mil genişliğindeki balıkçılık bölgesi talebini tanımayı değil, aynı zamanda 12 milin ötesindeki balıkçılık haklarının taraflar arasında paylaşılması için zemin hazırlamayı da hedeflemektedir. Ibid paras 30-32. Bkz. Herbert W Briggs, ‘Unilateral Denunciation of Treaties: The Vienna Convention and the International Court of Justice’ (1974) 68(1) *American Journal of International Law* 51, 66; Giegerich (n 11) 1082-1083.

⁸⁸ Bkz. *Fisheries Jurisdiction Case* (n 42), para 37.

⁸⁹ Ibid para 36.

⁹⁰ Benzer bir görüş için bkz. Haraszti (n 7) 48.

⁹¹ *Fisheries Jurisdiction Case* (n 42), para 43.



bu koşulun gerçekleşmemiş olduğuna hükmetmiştir.⁹²

Divan'ın *Balıkçılık* kararında 1969 Sözleşmesi'nin 62. maddesine ilişkin yaptığı yorum, koşullarda esaslı değişiklik ilkesinin günümüz uluslararası içtihadında ne şekilde algılandığını çok açık bir biçimde ortaya koyacaktır. Şöyle ki; Divan'a göre, bir uluslararası andlaşmanın taraflarının varlığını veya gelişimini tehdit eden değişikliklerin andlaşmanın yapıldığı dönemdeki koşullarda yaşanan ve taraflara andlaşmayı sona erdirmeye hakkı tanıyan değişikliklerden addedilmesi *rebus sic stantibus* ilkesinin geleneksel yorumunun benimsenmesi anlamına gelecektir.⁹³ Oysa ilke günümüz uluslararası hukuku altında farklı yorumlanmaktadır; dolayısıyla Divan'a göre, balıkçılık tekniklerinde yaşanan gelişmelerin İzlanda'nın yaşamsal menfaatlerini tehlike altına sokmuş olması, taraflar arasında uluslararası andlaşmanın yapıldığı dönemdeki koşulların uğradığı esaslı bir değişiklik olarak değerlendirilmemelidir.⁹⁴ Kısacası, Divan 1969 Sözleşmesi'nin 62. maddesinde düzenlenen ilkeyi uluslararası andlaşmanın taraflarının yaşamsal menfaatleri temelinde yorumlamayı reddetmekte, onun yerine andlaşmanın konu ve amacını ve tarafların ortak beklentilerini temel alan bir anlayış benimsemektedir.⁹⁵

Divan bu tutumunu 1997 tarihli *Gabčíkovo-Nagymaros* kararında da devam ettirecektir.⁹⁶ Karara konu olan ve Macaristan ve Slovakya arasında yaşanan uyuşmazlık, Macaristan'ın, Slovakya ile 1977 yılında akdedilen uluslararası andlaşmanın yapıldığı dönemdeki siyâsî ve ekonomik koşullarda yaşanan esaslı değişiklik iddiasına ilişkindir. Macaristan'a göre, söz konusu andlaşma, yapıldığı dönemde taraflar için önem arz eden sosyalist bütünleşmenin önemli bir aracı olmuştur; ancak andlaşmanın temellerinden birini teşkil eden bu bütünleşme anlayışından SSCB'nin parçalanması sonrasında vazgeçilmiş ve her iki devlet de piyasa ekonomisini benimsemiştir.⁹⁷ Bunun yanı sıra, andlaşmanın öngördüğü projenin ekonomik uygulanabilirliği zaman içinde azalmış, çevresel koşullar değişmiş ve uluslararası çevre hukuku devletler için yeni birtakım yükümlülükler öngörmeye başlamıştır.⁹⁸ Kısacası, Macaristan'a göre, 1977 andlaşması 1969 Sözleşmesi'nin 62. maddesinde öngörülen ilke uyarınca sona ermiştir.

Divan, *Gabčíkovo-Nagymaros* kararında da andlaşmanın yapıldığı dönemdeki koşullarda esaslı değişiklik yaşandığı iddiasını reddedecektir.

⁹² Ibid para 43.

⁹³ Ibid para 38.

⁹⁴ Ibid para 40.

⁹⁵ Kulaga (n 31) 480.

⁹⁶ *Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project* (n 42).

⁹⁷ Ibid para 95.

⁹⁸ Ibid para 104.

Divan'a göre, uluslararası çevre hukuku alanında zaman içinde yaşanan değişiklikler tamamen öngörülemez nitelikte değildir.⁹⁹ Bunun yanı sıra, enerji üretimi, sel kontrolü ve seyrüseferin geliştirilmesi kaygılarıyla akdedilen 1977 andlaşmasının yapıldığı dönemden bu yana yaşanan siyâsî değişiklikler andlaşmanın konu ve amacına ve tarafların andlaşmaya taraf olma iradelerinin temeline ilişkin değildir ve tarafların andlaşmadan doğan yükümlülüklerini radikal bir biçimde dönüştürmemiştir.¹⁰⁰

II. REBUS SIC STANTIBUS İLKESİNİN “DEVLETLERİN YAŞAMSAL MENFAATLERİNİN KORUNMASI” ÜZERİNE KURULU YORUMU

Yukarıdaki satırlarda aktarılmaya çalışıldığı üzere, gerek Uluslararası Hukuk Komisyonu gerek Uluslararası Adalet Divanı bir andlaşmanın yapıldığı dönemdeki koşulların esaslı bir biçimde değiştiği gerekçesinin andlaşmayı sona erdirmeye veya andlaşmadan çekilme sebebi olarak ileri sürülebileceği ilkesini taraflardan birinin andlaşmanın ifası sırasında yaşadığı subjektif zorluklar veya sahip olduğu siyâsî ve ekonomik menfaatler temelinde değil, uluslararası andlaşmanın konu ve amacı ve tarafların tamamının ortak beklentileri ışığında yorumlamakta ve objektif kriterleri esas almaktadır. Bununla birlikte, ilkenin uygulanması zorunlu yargı merci kuralının bulunmadığı uluslararası hukukta her zaman kolay olmamakta ve ilke subjektif gerekçeler ile ileri sürülebilmektedir. Devletlerin, çoğu zaman, yaşamsal menfaatlerini ve ulusal hukuk düzenlerinde veya ulusal ve uluslararası politikalarında yaşanan önemli değişiklikleri gerekçe göstererek taraf oldukları andlaşmalardan doğan yükümlülüklerden kurtulmaya çalıştıkları görülmektedir.

Aslında yaşamsal menfaat kavramı ve devletlerin bu kavram temelinde uluslararası yükümlülüklerinden kurtulabileceği görüşü köklerini çok eski tarihlerde bulmaktadır. Örneğin Grotius'un *rebus sic stantibus* ilkesini bu bağlamda ele aldığı ve bir uluslararası andlaşmadan doğan yükümlülüklerin ifasının devlete büyük ölçüde zarar vereceği durumlarda andlaşmanın sona erdirilebileceğini savunduğu bilinmektedir.¹⁰¹

Andlaşmanın taraflarının tamamının ortak menfaat ve beklentileri yerine, taraflardan birinin kendini koruma hakkı üzerine kurulu olan bu yorum Vattel'in devlet anlayışında da mevcuttur. Düşünürü göre, bir devlet uluslararası ilişkilerini yalnızca kendi menfaatlerini temel alarak inşa etmeli ve bu devletin taraf olduğu uluslararası andlaşmalardan doğan uluslararası yükümlülükler söz konusu menfaatlere tâbi olarak yorumlanmalıdır.¹⁰² Bu anlayış devletlerin

⁹⁹ Ibid.

¹⁰⁰ Ibid. Bkz. Villiger (n 2) 772; Tzanakopoulos ve Lekkas (n 3) 7-8; Akkaya (n 4) 123-124.

¹⁰¹ Stephen C Neff (ed), Hugo Grotius on the Law of War and Peace: Student Edition (Cambridge University Press 2012) 229; Kulaga (n 31) 490.

¹⁰² Vattel (n 22) Book II, Chapter XII, 345, para 170. Bu hususta bkz. Haraszti (n 7) 50.



egemen olduklarının ve kendilerini koruma hakkına sahip olduklarının altını çizmekte ve bu çerçevede, bir uluslararası andlaşmanın bir devletin varlığını tehlikeye atma pahasına ifa edilemeyeceği görüşüne dayanmaktadır.¹⁰³

Devletin yaşamsal menfaatleri üzerine kurulu olan ve söz konusu menfaatleri devletin temel haklarının (*fundamental rights*) bir parçası kabul eden bu *rebus sic stantibus* anlayışının incelikleri 20. yüzyılın başlarında kaleme alınan eserlerde ortaya konulacaktır. Hill, Jellinek, Kaufmann, Oppenheim ve Woolsey gibi yazarlar tarafından formüle edilecek bu anlayış uyarınca, âkit devletler, taraf oldukları uluslararası andlaşmaları kendilerini veya yaşamsal gelişimlerini koruyabilmek amacı ile sona erdirebilecektir.

Örneğin Hill'e göre, *rebus sic stantibus* doktrini devletler tarafından bir uluslararası andlaşmanın akdedilmesi sırasında taraflarda mevcut olan irade üzerine kuruludur. Daha açık bir ifade ile, bir uluslararası andlaşmanın ifa edilebilmesi için andlaşmanın varlık sebebinin yani taraf iradelerinin var olmaya devam etmesi ve andlaşmanın yapıldığı dönemdeki koşullarda yaşanan değişikliklerin bu iradeyi ortadan kaldırmamış olması gerekir. Bu çerçevede Hill, *rebus sic stantibus*un objektif bir uluslararası hukuk kuralı olmadığını, uluslararası andlaşmaların taraflarının iradeleri üzerine kurulu bir ilke olduğunu ileri sürmektedir.¹⁰⁴

Benzer bir biçimde, Woolsey de *rebus sic stantibus* doktrininin tarafların yaşamsal menfaatleri söz konusu olduğunda devreye girebileceği kanaatindedir. Yazara göre, andlaşmanın temelini yani varlık sebebinin ortadan kalkması veya âkit devletlerden birinin gelişimini veya yaşamsal siyâsi veya ekonomik gereksinimlerini tehlikeye atacak bir gelişme yaşanmış olması bu kapsamda değerlendirilmelidir. Zira bu gibi durumlarda âkit devletin uluslararası andlaşmayı ifa etmesini beklemek devletin bağımsızlığı ve kendini koruma hakkı ile bağdaşmayacaktır.¹⁰⁵

Kıscacası, *rebus sic stantibus* ilkesini devletlerin yaşamsal menfaatleri temelinde yorumlayan yaklaşım, doğal hukukun izlerini taşıyan ve Haraszti tarafından Makyavelist olarak nitelendirilen bir anlayışın uzantısı olarak karşımıza çıkmaktadır: bir uluslararası andlaşmanın işlevi taraflarının menfaatlerine hizmet etmek olduğuna göre, bu menfaatler sona erdiğinde andlaşma da sona erdirilebilmelidir.¹⁰⁶

¹⁰³ Bullington (n 6) 154.

¹⁰⁴ Chesney Hill, The Doctrine of "Rebus Sic Stantibus" in International Law (University of Missouri Studies 1934) 8-10, Aktaran: Lissitzyn, 'Treaties and Changed Circumstances (Rebus Sic Stantibus)' (n 5) 898.

¹⁰⁵ L H Woolsey, 'The Unilateral Termination of Treaties' (1926) 20(2) American Journal of International Law 346, 349-350.

¹⁰⁶ Ibid 51.

Yukarıdaki satırlarda ifade edildiği üzere, 1969 Sözleşmesi'nin 62. maddesinde düzenlenen koşullarda esaslı değişiklik ilkesinin bu yorumu Uluslararası Hukuk Komisyonu ve Uluslararası Adalet Divanı tarafından açıkça reddedilmektedir. Bununla birlikte, ilkenin sadece uluslararası yargı kararlarına konu olan uyuşmazlıklarda değil, yargıya taşınmayan pek çok uyuşmazlıkta da devletler tarafından “yaşamsal menfaat” temelli bir yorum yapılarak ileri sürüldüğü görülmektedir.

Örneğin ABD-SSCB arasında 1972 yılında akdedilen Anti-Balistik Füze Andlaşması'nın¹⁰⁷ 2002 yılında ABD tarafından sona erdirilmesinin temelinde *rebus sic stantibus* ilkesinin geleneksel yorumunun da bulunduğu ifade edilmektedir. Şöyle ki; SSCB'nin parçalanmasından beş yıl sonra ABD, Rusya, Beyaz Rusya, Kazakistan ve Ukrayna'ya gönderdiği diplomatik notada andlaşmanın XV(2). maddesini ileri sürerek andlaşmadan çekilme hakkını kullandığını beyan etmiştir. İlgili madde âkit tarafların, andlaşmanın konusuna ilişkin olağanüstü gelişmeler yaşanması ve bu gelişmelerin tarafların üstün menfaatlerini tehlikeye atması durumunda andlaşmadan çekilme hakları bulunduğunu hükme bağlamaktadır. Nitekim ABD, 2001 yılında yaptığı çekilme beyanında ilgili maddeye dayanmış ve andlaşmanın akdedildiği tarihten bu yana çok sayıda devletin ve devlet dışı aktörün kitle imha silâhı edindiğini ve zaman içinde andlaşmanın konusuna ilişkin olağanüstü gelişmeler yaşandığını ileri sürmüştür.¹⁰⁸ Bu çerçevede Fitzmaurice ABD'nin, çekilme beyanında, andlaşmanın yapıldığı dönemden sonra ulusal güvenliğini etkileyen koşullarda esaslı değişiklikler yaşandığını ve Soğuk Savaş döneminde var olmayan yeni birtakım tehditlerle karşı karşıya kaldığını ifade ettiğinin altını çizmekte ve çekilme kararının hem andlaşmanın ilgili hükmüne hem de bağımsız bir “koşullarda esaslı değişiklik” iddiasına dayandırıldığını dile getirmektedir.¹⁰⁹

Kanaatimiz Anti-Balistik Füze Andlaşması'nın XV(2). maddesinin sarıh hükmü karşısında bu yorumun yerindeliliğinin tartışmalı olduğu yönündedir. Zira andlaşma taraflara subjektif temellere dayanan bir çekilme hakkını zaten tanımaktadır. Bununla birlikte, Anti-Balistik Füze Andlaşması'nın taraflara andlaşmadan çekilme hakkı tanıyan ilgili maddesinin 1969 Sözleşmesi'nin 62. maddesinde düzenlenen ilkenin yaşamsal menfaat temelli varyantını düzenlediği de aşikârdır. Daha açık bir ifade ile, somut olayda, uluslararası

¹⁰⁷ Treaty between the United States of America and the Union of Soviet Socialist Republics on the Limitation of Anti-Ballistic Missile Systems, signed at Moscow on 26 May 1972, 944 UNTS 13.

¹⁰⁸ Statement by the White House Press Secretary Announcement of Withdrawal from the ABM Treaty, < <https://2001-2009.state.gov/t/ac/rls/fs/2001/6848.htm> > Erişim Tarihi 24 Aralık 2021.

¹⁰⁹ Malgosia Fitzmaurice, 'Exceptional Circumstances and Treaty Commitments' in Hollis (ed), *The Oxford Guide to Treaties* (Oxford University Press 2012) 595, 609.



andlaşma yaşamsal menfaat temelli bir *rebus sic stantibus* iddiası ile değil, yaşamsal menfaat temelli bir *rebus sic stantibus* anlayışını benimseyen bir andlaşma hükmü ışığında sona erdirilmiştir; ki söz konusu andlaşma hükmü, devletlerin, ulusal güvenlikleri söz konusu olduğunda taraf oldukları uluslararası andlaşmaları sona erdirmeye haklarının bulunduğu yönündeki yaklaşımlarının tezahürlerinden biridir.¹¹⁰

Benzer bir yaklaşıma Rusya'nın, ABD ile 2000 yılında imzaladığı Plütonyumun Yönetilmesi ve İmha Edilmesi Anlaşması'nı¹¹¹ 2016 yılında askıya alması örneğinde de rastlanmaktadır. Rusya, 2011 yılında yürürlüğe giren andlaşmayı askıya alma kararını ABD'nin Rusya'ya yönelik düşmanca adımları ile temellendirmiştir. Rusya nezdinde, ABD'nin Rusya'ya yönelik yaptırım kararları, Rus sınırında NATO'nun askerî altyapısının güçlendirilmesi ve yaygınlaştırılması çalışmaları ve Rus şehirlerinde yaşanan terör saldırıları Plütonyum Andlaşması'nın yapıldığı dönemde mevcut bulunan stratejik istikrara ilişkin koşullarda esaslı değişiklikler yaşandığını göstermektedir.¹¹²

Görüldüğü üzere, Rusya söz konusu andlaşmayı askıya alma kararını andlaşmadan bağımsız birtakım gerekçeler ile temellendirmiş ve bu tutum bazı uluslararası hukukçular tarafından 1969 Sözleşmesi'nin 62. maddesinde düzenlenen koşullarda esaslı değişiklik ilkesinin “ulusal güvenlik menfaatleri” temelinde ileri sürülmesi olarak yorumlanmıştır. Örneğin Kulaga'ya göre, Rusya, andlaşmayı askıya alma kararını devletin temel haklarından birini teşkil eden “kendini koruma hakkı”na dayandırmıştır: Plütonyum Andlaşması'ndan doğan yükümlülüklerini yerine getirmesi durumunda Rus Devleti'nin varlığı ve ulusal güvenliği tehlike altına girecektir.¹¹³ Yazar, ABD'nin Rusya'nın askıya alma kararının gerekçelerine itiraz etmediğinin de altını çizmekte ve dolayısıyla *rebus sic stantibus* doktrininin ulusal güvenlik menfaatleri temelinde yorumlanmasını kabul ettiğine vurgu yapmaktadır.¹¹⁴

Devletlerin, taraf oldukları andlaşmalardan doğan yükümlülüklerden ulusal hukuk düzenlerinde veya ulusal ve uluslararası politikalarında

¹¹⁰ Kulaga (n 31) 486.

¹¹¹ Agreement Concerning the Management and Disposition of Plutonium Designated as No Longer Required for Defense Purposes and Related Cooperation, signed at Moscow and Washington, 29 August 2000 and 1 September 2000, entered into force 13 July 2011.

¹¹² Draft law suspending the Russia-US Plutonium Management and Disposition Agreement submitted to the State Duma, 3 October 2016, < <http://en.kremlin.ru/acts/news/53009> > Erişim Tarihi 28 Aralık 2021; ‘Comment by Foreign Minister Sergey Lavrov on the publication of the presidential executive order to suspend the Russia-US plutonium management and disposition agreement’, 3 October 2016, < http://www.mid.ru/en/web/guest/foreign_policy/news/-/asset_publisher/cKNonkJE02Bw/content/id/2485001 > Erişim Tarihi 28 Aralık 2021. Bkz. Kulaga (n 31) 486.

¹¹³ Kulaga (n 31) 486-487.

¹¹⁴ Ibid 487.

yaşanan önemli değişiklikleri gerekçe göstererek kurtulmaya çalıştıkları da vâkidir. Bu çerçevede, ekonomik ve siyâsî sistem değişiklikleri, yeni anayasal düzenlemelerin kabulü, hatta hükümet değişiklikleri bazı devletlerce zamanında taraf oldukları uluslararası andlaşmaların yapıldığı dönemdeki koşullarda esaslı değişiklik telâkki edilmektedir.

Örneğin Polonya 1970’li ve 1980’li yıllarda SSCB, Moğolistan Halk Cumhuriyeti, Laos Demokratik Halk Cumhuriyeti, Kampuçya Halk Cumhuriyeti ve Küba ile akdettiği uluslararası andlaşmaları¹¹⁵ 1969 Sözleşmesi’nin 62. maddesini ileri sürerek 1999 yılında sona erdirmek istemiştir. Polonya söz konusu uluslararası andlaşmaların sosyalist ekonomik modelinin yürütülmesine ilişkin olduğunun altını çizmiş ve Polonya’da 1990 sonrasında yaşanan sosyo-ekonomik sistem değişikliğinin ve özellikle 1997 yılında kabul edilen yeni Anayasa’nın andlaşmaların yapıldığı dönemdeki koşulların esaslı bir biçimde değiştiğini gösterdiğini ileri sürmüştür.¹¹⁶ Diğer âkit devletler Polonya’nın iddiasına itiraz etmemişler ve andlaşmaların sona ermesini kabul etmişlerdir.¹¹⁷

Benzer bir biçimde, 2010 yılında, Ekvador Anayasa Mahkemesi, Ekvador ve Şili arasındaki ikili yatırım andlaşmasının Ekvador’un kabul ettiği yeni Anayasa’ya aykırı olduğuna hükmetmiş,¹¹⁸ bu kararın ardından Ekvador Parlamentosu andlaşmayı feshetmiştir.¹¹⁹ Ekvador fesih kararını andlaşmanın öngördüğü sona erdirmeye dayandırmış ve Şili Ekvador’un fesih

¹¹⁵ Agreement between the Polish People’s Republic and the Union of Soviet Socialist Republics on Cultural and Scientific Cooperation of 14 December 1970; Agreement between the Government of the Polish People’s Republic and the Government of the Mongolian People’s Republic on Cultural and Scientific Cooperation of 18 February 1974; Agreement between the Government of the Polish People’s Republic and the Government of the Laotian People’s Democratic Republic on Cultural and Scientific Cooperation of 18 September 1979; Agreement between the Government of the Polish People’s Republic and the Government of the Kampuchean People’s Republic on Cultural and Scientific Cooperation of 6 August 1984; Agreement between the Government of the Polish People’s Republic and the Government of the Republic of Cuba on Cultural, Educational and Scientific Cooperation of 17 June 1987. Bkz. Kulaga (n 31) 480-481.

¹¹⁶ Karol Karski and Tomasz Kamiński, ‘Effective Application of the Rule on Fundamental Change of Circumstances to Treaties Contravening the 1997 Polish Constitution’ (2015) 17 International Community Law Review 68, 88 vd.

¹¹⁷ Kulaga (n 31) 481.

¹¹⁸ Dictamen N.º 038-10-DTI-CC, Caso N.º 0010-TI, Corte Constitucional para el período de transición (11 November 2010) 23-6 < <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=038-10-DTI-CC> > aktaran: Kulaga (n 31) 483.

¹¹⁹ Asamblea Nacional de la República del Ecuador, ‘Resolución que aprueba la Denuncia del Convenio entre Ecuador y Chile para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones’ (3 May 2017) < <https://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/den-conv-ecu-chi-03-05-2017.pdf> > aktaran: Kulaga (n 31) 484.



talbine itiraz etmemiştir.¹²⁰ Bununla birlikte, bu örnek Ekvador Anayasa Mahkemesi'nin devletin yeni bir anayasal metin kabul etmiş olmasını ilgili andlaşmanın yapıldığı dönemdeki koşullarda esaslı değişiklik telâkki etmesi ve andlaşmanın diğer tarafının bunu kabul etmesi bakımından ilgi çekicidir.

Kısacası, günümüz pozitif uluslararası hukuku *rebus sic stantibus* ilkesinin klasik yorumunu reddediyor olsa da bazı devlet uygulamaları, çoğu zaman zımnem, uluslararası hukukunun artık benimsemediği bu yorumu temel almaya devam etmektedir. Daha açık bir ifade ile, 1969 Sözleşmesi'nin 62. maddesinin düzenlenme biçiminin ve uluslararası içtihadın andlaşmaların konu ve amacını ve tarafların ortak beklentilerini temel alan objektif bir anlayış benimsemesine rağmen, uygulamada devletlerin sübjektif gerekçelere, ulusal hukuk ve siyaset düzenlerinde yaşanan değişikliklere ve yaşamsal menfaat kavramına dayandıklarına şahit olunmaktadır. Ve bu yöndeki devlet uygulamaları ve ulusal mahkeme kararları, *rebus sic stantibus* ilkesinin klasik yorumunun geçmişte kalmadığını göstermektedir.¹²¹

SONUÇ

Rebus sic stantibus ilkesinin ileri sürülebilmesi için devletin yaşamsal bir menfaatinin bunu gerektiriyor olması gerektiğini savunan geleneksel anlayış yüksek bir eşik tesis ediyor ve ilkenin ileri sürülebilirliğini sınırlandırıyor görünmektedir. Nitekim Brierly'e göre, bir uluslararası andlaşmanın yapıldığı dönemdeki koşullarda bu nitelikte ve öngörülemez değişiklikler yaşanma ihtimali çok azdır.¹²² Bununla birlikte yukarıdaki satırlarda aktarılmaya çalışılan örnekler, uluslararası andlaşmalar hukukunun köklü ilkelerinden birini teşkil etmesine rağmen *rebus sic stantibus* ilkesinin devlet uygulamalarında hâlâ ihtilâf konusu olabildiğini ve ilkenin 1969 Sözleşmesi'nin 62. maddesinde hükme bağlanan çağdaş yorumunun devletlerin tamamı tarafından benimsenmediğini göstermektedir. Bazı devletler ilkeyi uluslararası andlaşmanın tarafları arasındaki dengedeki değişimin hukuka yansımalarının bir aracı olarak kullanmak yerine siyâsî bir baskı yöntemi olarak kullanmakta¹²³ ve sübjektif olarak külfet haline geldiğini düşündükleri uluslararası andlaşmalardan kurtulmanın bir aracı olarak görmektedir.¹²⁴

Bu yaklaşım, bir uluslararası andlaşmanın sona erdirilmesinin siyaset teorisinden bağımsız düşünülemeyeceği gerçeğinin de bir sonucudur.¹²⁵

¹²⁰ Presidential Decree No. 1403 of 16 May 2017, Registro Oficial, Suplemento N° 2, Lunes 29 de mayo de 2017, 18-9, aktaran: Kulaga (n 31) 484.

¹²¹ Kulaga (n 31) 484.

¹²² James Leslie Brierly, 'Some Considerations on the Obsolescence of Treaties' (1925) 11 Transactions of the Grotius Society 11, 17.

¹²³ Koeck (n 7) 115.

¹²⁴ Lissitzyn, 'Treaties and Changed Circumstances (Rebus Sic Stantibus)' (n 5) 895.

¹²⁵ Bullington (n 6) 155.

Waldock'un ifade ettiği gibi, her ne kadar *rebus sic stantibus* doktrini günümüzde objektif bir hukuk kuralı şeklinde düzenlenmiş olsa da bu kuralın, andlaşmanın taraflarının niyetlerinden tamamen bağımsız bir biçimde uygulanabilmesi mümkün ve gerçekçi gözükmemektedir.¹²⁶

Diğer taraftan, âkit devletlerden birinin yaşamsal menfaatlerinin sübjektif temellerde tespit edilmesi üzerine kurulu olan anlayış ilkeyi devletler tarafından istismar edilmeye açık hale getirmektedir.¹²⁷ Hatta bir devletin sübjektif bir biçimde belirlediği yaşamsal menfaatleri gereği, taraf olduğu bir uluslararası andlaşmayı sona erdirmesinin veya andlaşmadan çekilmesinin mümkün kılınması, uluslararası andlaşmaların bağlayıcı niteliğinin ve *pacta sunt servanda* ilkesinin inkâr edilmesi anlamına gelmekte¹²⁸ ve uluslararası istikrarı tehlikeye atma riskini içinde barındırmaktadır.

Elbette ki genel olarak uluslararası hukuk ve özel olarak uluslararası andlaşmalar hukuku, uluslararası ilişkilerde yaşanabilecek değişimlere kapıyı sıkı sıkıya kapamamalıdır. Lissitzyn'in ifadeleri ile istikrar ve değişim her zaman karşıt anlamlı kavramlar değildir; bazen istikrar değişim yoluyla sağlanır.¹²⁹ Bununla birlikte, temelinde *rebus sic stantibus* anlayışının bulunduğu bir uygulamayı kural, *pacta sunt servanda* ilkesini istisna haline getirmenin uluslararası hukukta istikrarı sağlamayacağı da aşikârdır. Dolayısıyla, yapılması gereken uluslararası istikrar ve değişim arasında belli bir denge sağlanmasıdır; ki 1969 Sözleşmesi'nin 62. maddesinde düzenlenen ilkenin en önemli kaygısı da budur.¹³⁰

Kısacası, uluslararası andlaşmaların işlevinin tarafların ortak niyetlerini, birbirlerinden beklentilerini ve amaçlarını güvence altına almak olduğu ve bu işlevin uluslararası hukukun temelini teşkil eden *pacta sunt servanda* ilkesinin sağladığı istikrar içinde yerine getirilmeye çalışıldığı unutulmamalıdır.¹³¹ Bu çerçevede, bir uluslararası andlaşma âkit taraflardan birinin yaşamsal menfaatleri gibi sübjektif gerekçeler ile değil, tarafların tamamının ortak beklentilerini karşılamadığı gerekçesi ile, dolayısıyla zaman içinde yaşanan değişikliklerin andlaşmanın konu ve amacını etkilemiş olması durumunda sona erdirilebilmelidir.¹³²

Bir uluslararası andlaşmanın taraflarının birbirlerinden beklentilerinin ne olduğu ve yaşanan değişikliklerin andlaşmanın konu ve amacına ilişkin olup

¹²⁶ Humphrey Waldock, Second report on the Law of Treaties, 2 ILC Yearbook (1963) 36, 84.

¹²⁷ Kulaga (n 31) 491; Bullington (n 6) 166; Haraszti (n 7) 50-51.

¹²⁸ Kulaga (n 31) 487.

¹²⁹ Lissitzyn, 'Stability and Change: Unilateral Denunciation or Suspension of Treaties by Reason of Changed Circumstances' (n 50) 189.

¹³⁰ Ibid 187.

¹³¹ Ibid.

¹³² Ibid.



olmadığı ise andlaşmaların yorumuna ilişkin bir meseledir.¹³³ Dolayısıyla andlaşmanın uygulanmaya devam edilmesinin tarafların ortak beklentilerine aykırı olup olmadığı ve taraflardan biri için katlanılamaz bir külfet teşkil edip etmediği yorum yoluyla tespit edilmesi gereken bir hukukî sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.¹³⁴

KAYNAKÇA

Doktrin

Akkaya D, Uluslararası Andlaşmalarda Şartların Esaslı Değişimi: *Rebus Sic Stantibus* İlkesi (Seçkin 2021).

Ayhan H, Uluslararası Antlaşmalar Hukukunda Şartların Esaslı Değişikliği İlkesi. *Rebus Sic Stantibus İlkesi* (Adalet 2018).

Brierly JL, 'Some Considerations on the Obsolescence of Treaties' (1925) 11 Transactions of the Grotius Society 11-20.

Brierly JL, The Law of Nations: An Introduction to the International Law of Peace (Clarendon Press 1963).

Briggs HW, 'Unilateral Denunciation of Treaties: The Vienna Convention and the International Court of Justice' (1974) 68(1) American Journal of International Law 51-68.

Bynkershoek CV, Quaestionum Juris Publici Libri Duo. Translation by Tenney Frank (Clarendon Press 1930).

Bullington JP, 'International Treaties and the Clause "Rebus Sic Stantibus"' (1927) University of Pennsylvania Law Review 153-177.

Craven M, 'What Happened to Unequal Treaties? The Continuities of Informal Empire' (2005) 74 Nordic Journal of International Law 335-382.

Fitzmaurice G, 'Second Report on the Law of Treaties', 2 ILC Yearbook (1957) 16.

Fitzmaurice M, 'Exceptional Circumstances and Treaty Commitments' in Hollis D B (ed), The Oxford Guide to Treaties (Oxford University Press 2012) 595-623.

Flambouras DP, 'The Doctrines of Impossibility of Performance and Clausula Rebus Sic Stantibus in the 1980 Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law-A Comparative Analysis' (2001) 13(2) Pace International Law Review 261-293.

¹³³ Akkaya (n 4) 169.

¹³⁴ Lissitzyn, 'Treaties and Changed Circumstances (Rebus Sic Stantibus)' (n 5) 896 ve 898.

Garner JW, 'The Doctrine of Rebus Sic Stantibus and the Termination of Treaties' (1927) 21(3) American Journal of International Law 509-516.

Gentili A, *De Iure Belli Libri Tres*. A Translation of the Text, by John C. Rolfe, with an Introduction by Coleman Phillipson, and Indexes (Oceana Publications 1964).

Giegerich T, 'Article 62 Fundamental Change of Circumstances' in Dörr O and Schmalenbach K, *Vienna Convention on the Law of Treaties A Commentary* (Springer 2012) 1067-1104.

Grotius H, *On the Law of War and Peace* (Batoche Books Kitchener 2001).

Haraszi G, 'Treaties and the Fundamental Change of Circumstances' (1975) 146 RCADI 1-93.

Karski K and Kamiński T, 'Effective Application of the Rule on Fundamental Change of Circumstances to Treaties Contravening the 1997 Polish Constitution' (2015) 17 International Community Law Review 68-94.

Koec HF, 'The "Changed Circumstances" Clause After the United Nations Conference on the Law of Treaties (1968-1969)' (1974) 4 Georgia Journal of International and Comparative Law 93-115.

Kulaga J, 'A Renaissance of the Doctrine of Rebus Sic Stantibus?' (2020) 69 ICLQ 477-497.

Lissitzyn OJ, 'Stability and Change: Unilateral Denunciation or Suspension of Treaties by Reason of Changed Circumstances' (1967) American Society of International Law, Proceedings 61, Fourth Session 186-192.

Lissitzyn OJ, 'Treaties and Changed Circumstances (Rebus Sic Stantibus)' (1967) 61(4) American Journal of International Law 895-922.

Neff SC (ed), *Hugo Grotius on the Law of War and Peace: Student Edition* (Cambridge University Press 2012).

Pazarıcı H, "Ege Adalarının Lozan ve Paris Andlaşmalarıyla Saptanan Askerden Arındırılmış Statüsü Değişmiş Midir?" (1988) 43(3) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 207-220.

Pink T (ed), *Selections from Three Works of Francisco Suárez* (Liberty Fund 2015).

Pufendorf S, *Le droit de la nature et des gens, ou système général des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence, et de la politique* (La Veuve 1734).



Radoikovitch MM, La révision des traités et le Pacte de la Société des Nations (Pedone 1930).

Scheffler WL, 'The Politicization and Death of *Rebus Sic Stantibus*' (1974) 2(1) Syracuse Journal of International Law and Commerce 67-77.

Suraputra S, 'Doctrine of *Rebus Sic Stantibus* and Law of International Treaty' (2014) 11(4) Jurnal Hukum Internasional 462-482.

Tzanakopoulos A ve Lekkas S-I, 'Pacta sunt servanda versus Flexibility in the Suspension and Termination of Treaties' in Tams C J, Tzanakopoulos A ve Zimmerman A (ed), Research Handbook on the Law of Treaties (Edward Elgar 2014) 312-340, Oxford Legal Studies Research Paper No. 5/2014,

<https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2362526>Erişim Tarihi 2 Ekim 2021.

Vattel E de, The Law of Nations Or, Principles of the Law of Nature, Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns, with Three Early Essays on the Origin and Nature of Natural Law and on Luxury (Liberty Fund 2008).

Villiger ME., Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties (Martinus Nijhoff Publishers 2009).

Waldock H, Second report on the law of treaties, 2 ILC Yearbook (1963) 36.

Wehberg H, 'Pacta Sunt Servanda' (1959) 53(4) American Journal of International Law 775-786.

Wolff C, Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum. Translation by Joseph H. Drake (Clarendon Press 1934).

Woolsey LH, 'The Unilateral Termination of Treaties' (1926) 20(2) American Journal of International Law 346-353.

--- 'Article 28. *Rebus Sic Stantibus*' (1935) 29 American Journal of International Law, Supplement: Research in International Law 1096-1126.

İçtihat

Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia), Judgment, ICJ Reports 1997, p. 7.

Case of the Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex, PCIJ Judgment, 7 June 1932, Series A/B 46.

Fisheries Jurisdiction Case (United Kingdom v. Iceland), *Jurisdiction of the Court, Judgment*, ICJ Reports 1973, p. 3.

Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco, PCIJ Advisory Opinion No. 4, 7 February 1923, Series B.

Birleşmiş Milletler Metinleri ve Diğer Belgeler

Comment by Foreign Minister Sergey Lavrov on the publication of the presidential executive order to suspend the Russia-US plutonium management and disposition agreement, 3 October 2016, < http://www.mid.ru/en/web/guest/foreign_policy/news/-/asset_publisher/cKNonkJE02Bw/content/id/2485001 > Erişim Tarihi 28 Aralık 2021.

Draft law suspending the Russia-US Plutonium Management and Disposition Agreement submitted to the State Duma, 3 October 2016, < <http://en.kremlin.ru/acts/news/53009> > Erişim Tarihi 28 Aralık 2021.

Draft articles on the Law of Treaties with Commentaries, United Nations Conference on the Law of Treaties Official Records (1971), UN Doc. A/CONF.39/11/Add.2, 7-94.

Report of the International Law Commission covering the work of its fifteenth session, 6 May-12 July 1963, with annexes, Doc. A/5509, 2 ILC Yearbook (1963) 187.

Reports of the International Law Commission on the second part of its seventeenth session and on its eighteenth session, Doc. A/6309/Rev.1, 2 ILC Yearbook (1966) 169.

Statement by the White House Press Secretary Announcement of Withdrawal from the ABM Treaty, <<https://2001-2009.state.gov/t/ac/rls/fs/2001/6848.htm>> Erişim Tarihi 24 Aralık 2021.

Treaty between the United States of America and the Union of Soviet Socialist Republics on the Limitation of Anti-Ballistic Missile Systems, signed at Moscow on 26 May 1972, 944 UNTS 13.

Traité de Versailles 1919, Reproduction integrale du texte officiel du traité, Librairie Militaire Berger-Levrault (1919).

Vienna Convention on the Law of Treaties (adopted 23 May 1969, entered into force 27 January 1980), 1155 UNTS 331.



YARGITAY'IN GÜNCEL İÇTİHA TLARI IŞIĞINDA MUHDESAT

Building in the Light of the Current Cases of the Judiciary

Mehmet AKÇAAL*

Özet

Muhdesat, taşınmaz üzerinde kalıcı olmak üzere bulunan yapı veya bitkilerdir. Bu sebeple, muhdesat hukukî niteliği itibarıyla bütünleyici parçadır. Bu niteliğin kazanılmasıyla birlikte muhdesat üzerinde önceki malzeme veya bitki sahibinin artık bir mülkiyet hakkından söz edilemez; taşınmaz üzerindeki aynı hak muhdesatı da kapsar. Bununla birlikte, muhdesattan dolayı hem hak sahibi hem de taşınmaz maliki birtakım istemlerde bulunabilir. Meselâ, muhdesat üzerinde alacak hakkına sahip olan taraf bunun tespiti veya sebepsiz zenginleşmenin iadesi amacıyla dava açabilir. Aynı şekilde, taşınmaz maliki de özellikle haksız yapıya ilişkin hükümler çerçevesinde tazminat, yıkım (kal), mülkiyetin devri gibi bazı hakları ileri sürebilir. Bu itibarla, muhdesat uygulamada sıkça karşılaşılan bir hukukî müessesedir. Dolayısıyla, uyuşmazlıkların zenginliği ve çeşitliliği konunun tercih edilmesinde etkili olmuştur. Üstelik, Yargıtay'ın eleştiriye açık kararları da ayrıca değerlendirilmiştir. Bu kapsamda, önemli bir misal olarak Yüksek Mahkeme'nin muhdesatın tespiti davasının istisnâ olduğunu, ancak bazı hallerde açılabileceğini, aksi takdirde hukukî yarar şartının yokluğu sebebiyle reddinin gerektiğini kabul eden içtihadı isabetli değildir.

Anahtar Kelimeler: Muhdesat, Muhdesatın Tespiti Davası, Muhdesatın Aidiyetinin Tespiti Davası, Sebepsiz Zenginleşme, Haksız Yapı

Abstract

Building is the structure or plants on the immovable to be permanent. For this reason, it is a constituent part. The previous building or plant owner can have no longer a property right on the building. The real right on the immovable also includes the building. However, both the right owner and the immovable owner can assert some claims due to the building. For example, the party who has the right to claim on the property may file a declaratory judgment action for the building or returning the unjust enrichment. The owner of the immovable may claim some rights such as compensation, demoli-

➤ *Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.*

➤ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 18.10.2021*

➤ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 16.06.2022*

* Doç. Dr., Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı, mehmetakcaal@hotmail.com, <https://orcid.org/0000-0003-3228-8486>



tion, transfer of ownership. In this respect, it is a legal institution that is frequently in practice. Therefore, the richness and diversity of the disputes has been effective in the choice of the subject. Moreover, the judgments of the Court of Appeal that are open to criticism were also analysed. The Court states that the declaratory judgment action for the building is exceptional, but can be filed in some cases, otherwise it should be rejected due to the absence of the legal benefit requirement is not correct.

Keywords: Building, Declaratory Judgment Action for the Building, Declaratory Judgment Action for the Ownership of Building; Unjust Enrichment, Unfair Building

GİRİŞ

Muhdesat uygulamadaki önemi sebebiyle sıkça karşılaşılan bir kavramdır. Aynı zamanda, muhdesat mevzuatta da açıkça zikredilmektedir. Dolayısıyla, çalışma kapsamında öncelikle muhdesat kavramı, unsurları ve hukukî niteliği incelenmiştir. Konuyu esas ilgi çekici kılan husus muhdesata ilişkin Yargıtay'ın güncel içtihatlarıdır. Bu kapsamda, muhdesat denilen yapı ve bitkiler çeşitli davalara konu olmaktadır. Muhdesatın kim tarafından yapıldığını veya dikildiğini belirlemek üzere açılan muhdesatın tespiti davası bunlardan ilkidir. Oldukça eleştiriye açık olmakla birlikte, Yargıtay'a göre söz konusu dava ancak istisnaî hallerde açılabilir. Bunun dışında, yerleşik uygulama gereğince muhdesatın varlığı halinde hak sahibi sebepsiz zenginleşmeye dayalı istemde de bulunabilir. Zira, muhdesat bakımından hak sahibi alacak hakkı elde eder. İşte, muhdesata ilişkin olarak uygulamada sıkça karşılaşılan söz konusu dava türleri de çalışma kapsamında açıklanmıştır. Ayrıca, haksız yapıya ilişkin hükümler çerçevesinde tarafların sahip olduğu haklar da ortaya konulmuştur.

I. KAVRAM

Muhdesat uygulamada sıkça kullanılan bir deyimdir¹. Bu kelime Arapça kökenli olup muhdes kelimesinin çoğuludur. Muhdes kelimesi ise iki anlama gelmektedir. Bunlar, “*yeni kurulan, sonradan oluşturulan*” ve “*yapının özgün biçimlerine uygun olmayan sonradan yapılmış bölümler*”dir².

Mevzuatta ise muhdesat deyimini çeşitli düzenlemelerde yer almaktadır³. Bununla birlikte, muhdesat kavramı kanunlarda açıkça tanımlanmamıştır. Kadastro Kanunu m. 19/II hükmünde ise muhdesat terimi geçmektedir. Söz konusu hüküm, “*taşınmaz mal üzerinde malikinden başka bir kimseye veya paydaşlarından birine ait muhdesat mevcut ise bunun sahibi cinsi, ihdas tarihi ve iktisap sebebi belirtilerek tutanağın ve kütüğün beyanlar hanesinde gösterilir*”

¹ Muhdesatın karşılığı olarak “*imalat*” deyimini için bkz. 3.HD. T.29.1.2013, E. 2012/18071 K.2013/1298 (KBİBB.); 3.HD. T.10.12.2019, E.2019/2951 K.2019/9904 (KBİBB.).

² Bkz. <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 11.10.2021).

³ Meselâ, 3402 sayılı Kadastro Kanunu m. 19 ve 25, 6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun m. 6 ve 1164 Sayılı Arsa Üretimi ve Değerlendirilmesi Hakkında Kanun m. 9 bunlardan bazılarıdır.

şeklinde. Bu hükümden hareketle bir tanım elde etmek mümkündür. Gerçekten de, söz konusu hüküm gereğince, muhdesatın, taşınmaz mal üzerinde malikinden başka kimseye veya paydaşlarından birine ait şeyler olarak tanımlandığı belirtilebilir. Bu fıkranın çok az farklılık arz eden şekli, mevzuatımıza 3402 sayılı Kadastro Kanunu (m. 48/I) ile yürürlükten kaldırılan 766 sayılı Tapulama Kanununun 40. maddesi ile girmiştir.

Hem Kadastro Kanunu'nun (m. 48/I) hem de mülga Tapulama Kanunu'nun (m. 40) ilgili madde gerekçesinde ise, muhdesatın genel bir tanımı yapılmaktadır. Buna göre, muhdesat geçici olmayan bina ve ağaç gibi şeylerdir. Aynı gerekçelerde bu tanımların dışında muhdesat hakkında herhangi bir açıklama ise bulunmamaktadır.

Muhdesat kavramının doktrinde de çeşitli tanımları bulunmaktadır. Doktrinindeki bir tanıma göre muhdesat, TMK. m. 724 ve m. 729 çerçevesinde taşınmaz üzerinde yer alan inşaat, bitki, bağ, bahçe gibi şeyleri ifade eder⁴. Burada geçen TMK. m. 724 hükmü haksız yapılara ilişkindir. TMK. m. 729 hükmü de arazi üzerine dikilen haksız bitkileri kapsamaktadır. Başka bir tanıma göre muhdesat, taşınmaz üzerinde malikten başka bir kimseye veya paydaşlardan birine ait yapı, bitki, bağ, bahçe gibi şeylerdir⁵. Söz konusu tanımlardan hareketle, muhdesatın, sürekli kalmak amacıyla arazi üzerinde inşa edilen yapıları ve dikilen bitkileri ifade ettiği sonucuna varılabilir.

II. UNSURLARI

A. Yapı veya Bitki Şeklinde Olması

Muhdesatın çeşitli unsurlarından söz etmek mümkündür. İlk olarak, muhdesat yapı veya bitki şeklinde karşımıza çıkar. Yapı (inşaat), kural olarak taşınmazın maddî kapsamına dâhildir. Çünkü, TMK. m. 718/II gereğince taşınmaz mülkiyetinin kapsamına kural olarak yapılar, bitkiler ve kaynaklar dâhildir. Söz konusu hüküm anlamında yapı, kalıcı olmak amacıyla arazinin altında veya üstünde yapılan inşaattır. Meselâ, bina, duvar, köprü, direk, havuz, depo birer yapıdır⁶.

Yapıdan söz edebilmek için bunun mutlaka doğrudan doğruya bir arazinin üzerine yapılmasına gerek yoktur. Var olan bir yapıya yeni kat eklenmesi de yapı kavramına dâhildir⁷. Ancak, Yargıtay'a göre, muhdesatın kullanılabilir hale getirilmesi için yapılan giderler, meselâ binanın tamamlanması yeni bir muhdesat meydana getirmez. Bunlar zorunlu veya faydalı gider diye değeri-

⁴ Akipek/ Akıntürk/ Ateş, 264, dpn. 17a.

⁵ Antalya / Topuz, N. 2684; Akçaal, 452.

⁶ CHK-Göksu, Art.667 ZGB N. 6; Eren, Mülkiyet, 342; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, 797; Sirmen, 393; Esener/ Güven, 288.

⁷ Eren, Mülkiyet, 342.



dirilebilir ve ancak şartların varlığı halinde sebepsiz zenginleşmeye konu teşkil edebilirler⁸. Kanaatimizce ise yapıya ilişkin açıklamalara uygun olarak bunlar da muhdesat olarak nitelendirilebilir.

Bitki ise, toprakta kendiliğinden yetişen veya insan tarafından dikilen her türlü şeydir. Bitkiler de, kural olarak taşınmaz mülkiyetinin maddî kapsamına dâhildir (TMK. m. 718/II). Bunun için, bitkiler sürekli kalmak amacıyla araziye dikilmiş olmalıdır. Böyle bir durumda, (kalıcı) bitkiler kanun gereğince bütünleyici parça sayılır. Nitekim, Yargıtay'a göre, yabanî ağaçların (delicelik ve menengiçlerin) aşılması suretiyle meyveli hale dönüştürülmesi durumunda, bunları muhdesat kabul etmek gerekir⁹. Geçici bir süre için dikilen (taşınır) bitkiler ise taşınmaz mülkiyetinin kapsamına dâhil değildir¹⁰.

B. Kalıcı Surette Yapılmış Olması

Muhdesatın diğer bir unsuru, muhdesatın kalıcı surette yapılmış olmasıdır. Bu unsur, muhdesatı taşınır yapılardan ve taşınır bitkilerden ayırır. Çünkü, yerleşik uygulama gereğince muhdesat taşınır yapı veya taşınır bitki olamaz. Taşınır yapı (menkul inşaat), geçici kalmak amacıyla inşa edilen yapılardır. Taşınır yapı kavramı hem bina vb. yapı eserlerini hem de yapı tekniğinden yararlanılarak yapılan ve arazi ile bağlantısı olan her türlü tesisi kapsar. Kalıcı olması amaçlanmaksızın yapılan kulübe, büfe, çardak, baraka gibi hafif yapılar TMK. m. 728/I hükmünde taşınır yapılara misal gösterilmiştir¹¹.

Taşınır yapı için öncelikle inşaatın geçici olduğuna yönelik yapıyı yapan kimsenin arzusunun varlığı aranır (subjektif unsur). Bir yapının geçici kalmak amacıyla yapıp yapılmadığı daha başka hususlardan da anlaşılabilir. Nitekim, yapının arazi ile olan bağlılık derecesi, kullanılan malzeme gibi hususlar yapıyı yapanın arzusunun göstergesidir (objektif unsur). Meselâ, inşaat için kurulan şantiye binası, prefabrik bina ve çadır taşınır yapıdır. Oysa, bir çiftlikte inşa edilen samanlık çoğunlukla kalıcı olması amaçlanarak yapılır¹².

İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre, kira süresi sonunda kiracının beraberinde götürmek üzere taşınmaza getirdiği mobil çelik konstrüksiyon bir taşınır yapıdır¹³. Buna karşılık, aynı Mahkeme'ye göre, bir kere monte edildikten sonra yerinden sökülmesi güçlük arz eden bir prefabrik garaj taşınır yapı

⁸ 7.HD. T.1.3.2011, E.2010/6789 K.2011/1161 (KBİBB.); 3.HD. T.2.7.2012, E.2012/11908 K.2012/16510 (KBİBB.); 4.HD. T.1.10.2001, E.2001/4653 K.2001/8781 "Bağevi ve ağaçlar dışında kalan ve tespiti istenilen öteki hususlar, tamir ve ıslah gibi faaliyetlere ilişkindir. Bunlar, oluşturulmuş bir muhtesat niteliği taşımaz. Bu itibarla, ortaklığın giderilmesi davasının bu faaliyetlerin tespiti davası için hukuki yarar oluşturması düşünülemez..." (KBİBB.).

⁹ YİBK.T.22.12.1995, E.1994/1 K.1995/3 (KBİBB.).

¹⁰ Eren, Mülkiyet, 354.

¹¹ CHK-Göksu, Art.677 ZGB N. 3.

¹² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 1751.

¹³ BGE 98 II 199 E 2.

olarak değerlendirilemez¹⁴. Yine, yaklaşık 80 metre uzunluğunda ve 11 metre yüksekliğindeki prefabrik tarzdaki bir fabrika binası da taşınır yapı niteliğinde değildir¹⁵. Aynı sonuç bir dağ kulübesi için de geçerlidir¹⁶.

Taşınır yapılar bulunduğu arazinin mülkiyetine dâhil değildir. Taşınır yapıyı yapan kimse, mülkiyet hakkına da sahip olur. TMK. m. 728/I hükmünün lafzına rağmen, taşınır yapı ister başkasının arazisinde isterse malikin kendi arazisinde yapılsın sonuç aynıdır. Taşınır yapı, araziden ayrı ve bağımsız bir mülkiyet hakkının konusudur. Arazinin maliki ve taşınır yapının maliki farklı kişiler olabilir¹⁷.

Taşınır yapılar, tapu kütüğünde gösterilmez ve taşınır mülkiyetine ilişkin hükümlere tâbidir (TMK. m. 728/II). Nitekim, taşınır yapı, esas itibarıyla TBK. m. 209 ve devamındaki hükümlere göre satış sözleşmesine konu olur. Yine, meselâ taşınır yapılar üzerinde taşınır rehni de kurulabilir¹⁸. Tıpkı taşınır yapılar gibi, taşınır bitkiler de, kalıcı olması amaçlanmaksızın (geçici bir süre için) dikilen fidanlardır. Meselâ, satılmak üzere yetiştirilen süs ağaçları böyledir¹⁹. Ayrıca, Yargıtay’a göre, söğüt ve kavak ağaçları da bu kapsamdadır²⁰.

Taşınır yapılar gibi, taşınır bitkiler de arazinin mülkiyetine dâhil değildir. Araziye dikilmeden önce taşınır bitkilerin maliki kimse onun mülkiyet hakkı varlığını sürdürür. Dolayısıyla, taşınır bitkinin ve arazinin maliki farklı kişiler olabilir²¹.

Taşınır bitkiler hakkında taşınır yapılara ilişkin hüküm uygulanır (TMK. m. 729/I). Dolayısıyla, taşınır bitkiler de taşınır mülkiyetine ilişkin hükümlere tâbidir. Meselâ, arazi üzerinde kurulan ipotek hakkı taşınır bitkileri kapsamaz. Diğer taraftan, taşınır yapıda olduğu üzere taşınır bitkiler hakkında da haksız yapıya ilişkin hükümler (TMK. m. 722-724) uygulanmaz²². Buna karşın, Yargıtay’a göre, tel örgü taşınır yapı niteliğinde olup muhdesat olarak değerlendirildi-

¹⁴ BGE 105 II 264.

¹⁵ BGE 92 II 227 E 2c.

¹⁶ BGE 81 II 267.

¹⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 1749.

¹⁸ Eren, Mülkiyet, 359.

¹⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 1877.

²⁰ HGK.T.20.11.1991, E.1991/470 K.1991/590 “...Kavak ağacı daimi niteliği bulunmayan belirli bir gelişmeye eriştiğinde kesilip kullanılan, bu nedenle de ekonomik değeri olan bir ağaç türüdür. Bu özellikleri gereği de üzerinde bulunduğu arazinin mülkiyetine cüzü olmayıp menkul mal hükmündedir...” (KBİBB.); HGK.T.1.4.1992, E.1992/1-137 K.1992/214 “Başkasının taşınmazı üzerine söğüt ve kavak ağacı diken kişi, söz konusu ağaçları kesip götürebileceği gibi, taşınmaz sahibi de ağaçların kesilmesi kal’ini isteyebilir. Yargıtay’ın kararlık kazanmış uygulaması da bu yöndedir...” (KBİBB.). Ancak, bunların muhdesat olarak nitelendirildiği bir karar için bkz. 5.HD. T.14.5.2015, E.2015/5670 K.2015/11121 (KBİBB.).

²¹ CHK-Göksu, Art.678 ZGB N. 3; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 1878.

²² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 1878, dpn. 1072.



rilemez²³. Dolayısıyla, böyle bir durumda muhdesatın tespiti istenemez²⁴.

C. Haksız (Hukuka Aykırı) Olması

Muhdesat esas itibarıyla haksız bir yapı veya bitki şeklinde ortaya çıkar. Bu anlamda, haksız yapı (inşaat), geçerli bir hukukî ilişkiye dayanılmaksızın inşa edilen yapıdır. Meselâ, çok kişi mülkiyetinde paydaşlardan veya ortaklardan biri ya da bazıları tarafından yetkisiz olarak inşa edilen yapı bu kapsamdadır. Çünkü, bir paydaş veya ortak taşınmaz üzerinde tek başına inşaat yapma hakkına esasen sahip değildir²⁵. Meselâ, bahçede kuyu açılması paylı mülkiyet kapsamında bir önemli yönetim işidir (TMK. m. 691/II). Bunun için pay ve paydaş çoğunluğuyla karar alınmasına ihtiyaç vardır (TMK. m. 691/I). Binaının bahçesine yüzme havuzu yapılması ise olağanüstü yönetim işidir (TMK. m. 692/I). Bunun için ise kural olarak paydaşların oybirliği aranır. Aynı şekilde, elbirliği mülkiyetinde de oybirliği esası geçerlidir (TMK. m. 702/II). Dolayısıyla, meselâ mirasçılardan biri tarafından terekeye dâhil bir taşınmaz üzerinde inşa edilen haksız yapı muhdesat olarak değerlendirilebilir.

Haksız yapıya ilişkin esas düzenleme TMK. m. 722-724 hükümleridir. Ancak, bunlar sadece özel mülkiyete tâbi taşınmazlar için uygulanabilir. Kamu mülkiyeti söz konusu ise bu hükümlerden yararlanılamaz. Meselâ, orman niteliğindeki bir yere inşa edilen yapıda durum böyledir²⁶. Keza, Yargıtay'a göre, orman niteliğindeki yere inşa edilen muhdesatın bedeli için bir istemde bulunulamaz²⁷. Yine, kamu malı üzerinde bulunan bir muhdesatın tespiti istenemez²⁸.

²³ 7.HD. T.23.1.2013, E.2012/7068 K.2013/365 “öğretide ve uygulamada kararlılık kazanan yerleşik görüşlere göre, davacı tarafından kendisine ait, olduğunu öne sürerek tespitini istediği tel örgülerin bütünleyici parça niteliğinde olmayıp her zaman için sökülüp götürülebilen ve taşınmazdan ayrılması mümkün olan eşya (teferruat) niteliğinde olduğu, bu nitelikteki eşyalar yönünden muhtesat aidiyeti davası açılmayacağı göz önünde bulundurulmamıştır...” (KBİBB.).

²⁴ 8.HD. T.28.1.2016, E.2014/16267 K.2016/1489 “kendisine aidiyetinin tespitini istediği açık seranın temelsiz, iskeleti çelik profilden oluşturulmuş yay çatılı, kapalı seranın da çelik profilden oluşturulmuş, yanları cam örülü, çatısı plastik örtülü olduğu ve menkul eşya niteliğinde oldukları anlaşılmaktadır. Davacının muhtesat niteliğinde olmadığı belirlenen açık ve kapalı seralara yönelik isteminin hukuki yarar yokluğu sebebiyle dinlenmesi mümkün değildir. Hal böyle olunca; Mahkemece, açık ve kapalı sera yönünden hukuki yarar bulunmadığı gerekçesiyle davaların reddine karar verilmesi gerekir...” (KBİBB.).

²⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Eşya, 813.

²⁶ 16.HD. T.4.10.1999, E.1999/2850 K.1999/3603 (KBİBB.); Büyükay, 422 vd.; İnal, 245 vd.; Erkan, Haksız Yapı, 49 vd.

²⁷ 13.HD. T.13.5.2003, E.2003/1718 K.2003/5965 “Bu yüzden orman olduğu ihtilaflı olmayan satışa konu 8000 M²lik kısma davacı tarafından yapılan ev, havuz ve dikilen ağaç bedeli ve imar-ihya masraflarını da davalıdan isteyemez... Bu sebeple davacının satış bedeli dışında muhtesat bedeline yönelik talepleri için davalıdan tahsil kararı verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir...” (KBİBB.). Aynı şekilde bkz. 7.HD. T.11.4.2005, E.2005/951 K.2005/1078 “kumluk niteliğindeki taşınmazlar tescile tabi olmadığı, bu nedenle taşınmaz üzerindeki muhdesatlar hakkında 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 19. maddesi hükmünün somut olayda uygulanamayacağı düşünülmeli...” KBİBB.).

²⁸ 7.HD. T.12.4.2012, E.2012/248 K.2012/2670 (KBİBB.).

Özel mülkiyete tâbi taşınmazlar üzerinde haksız bir yapının bulunması halinde ise TMK. m. 722 vd. uygulanır. Ama, bunun için, malzeme ve arazi sahibi arasında geçerli bir hukukî ilişki bulunmamalıdır. Aksi takdirde, yani söz konusu taraflar arasında eser, vekâlet sözleşmesi gibi geçerli bir hukukî ilişki varsa artık hukuka uygun yapı söz konusu olur. Dolayısıyla, malzemenin sahibi yine değişir; ama, tarafların hak ve borçları o hukukî ilişkiye ait hükümlere tâbidir. Başka bir deyişle, malzeme ve arazi sahibi arasında geçerli bir hukukî ilişki varsa, haksız yapıya ilişkin hükümler uygulanamaz²⁹.

Haksız yapı gibi, bitkiler de geçerli bir hukukî ilişkiye dayanılmaksızın arazi üzerine dikilmiş olabilir. Bu konuda ise TMK. m. 729 hükmü göz önünde bulundurulmalıdır. Nitekim, “*Araziye Dikilen Fidanlar*” başlıklı söz konusu hükümde geçen fidan deyimi aslında bitkiyi ifade eder. Söz konusu hükümde hukuka aykırı şekilde dikilen bitkilerin akıbetinin ne olacağı düzenlenmektedir. Bu itibarla, ilk fıkraya göre, bir kimse başkasının bitkisini (fidanını) kendi arazisine veya kendisinin ya da üçüncü bir kişinin bitkisini başkasının arazisine dikerse, haksız yapılara ilişkin hükümler (TMK. m. 722-724) bunlar hakkında da uygulanır. Dolayısıyla, haksız yapıya ilişkin esaslar burada da göz önünde bulundurulmalıdır. Meselâ, bitkisini başkasının arazisine diken kimse, şartları varsa arazi mülkiyetinin kendisine devrini isteyebilir (TMK. m. 724)³⁰. Görüldüğü üzere, yapılarla bitkiler kural olarak aynı esaslara tâbidir.

Muhdesat, nadir de olsa hukuka uygun bir yapı olabilir. Meselâ, mirasbırakan hayattayken onun bilgisi ve izni dâhilinde mirasçılardan biri tarafından inşa edilen bir yapının da içinde bulunduğu taşınmaz sonradan diğer bir mirasçıya satış yoluyla devredilmişse durum böyledir. Yine, imar uygulaması sonucunda iki kadastro parselinin birleştirilmesiyle oluşan parsel üzerinde yer alan ve maliklerden biri tarafından önceden inşa edilen yapılar da böyledir³¹.

III. HUKUKÎ NİTELİĞİ

Muhdesat, kalıcı olmak amacıyla yapılan yapı veya dikilen bitki şeklinde karşımıza çıkar. Şu halde, muhdesat hukukî niteliği itibarıyla bütünlüğü parçadır (TMK. m. 718/II)³².

²⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 1756.

³⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Eşya, 849.

³¹ 18.HD. T.9.4.2001, E.2001/2657 K.2001/3444 (KBİBB.).

³² 18.HD. T.24.4.2001, E.2001/2897 K.2001/4070 “*satış yolu ile ortaklığın giderilmesi istenilen taşınmaz üzerinde bina vs. gibi muhdesat varsa, bunlar Medeni Kanununun 619 maddesi gereği arzın mütemmim cüzü (tamamlayıcı parçası) sayıldığından arzla birlikte satışına karar verilecektir...*” (KBİBB); Karamercan, 249. Ayrıca, evlilik birliği içinde yapılan ve davalının kişisel malı ile inşa edildiği ileri sürülmeyen muhdesatın edinilmiş mal niteliğinde olduğuna yönelik karar için bkz. 8.HD. T.20.01.2015, E.2013/16341 K.2015/1094 (İçtihat Bülteni).



Bütünleyici parça kavramı, TMK. m. 684/II hükmünde tanımlanmaktadır. Buradan hareketle, bütünleyici parça (mütemmim cüz), asıl şey ile bir bütün oluşturmak üzere birleşen ve yeni maddî varlığa eşya olma niteliğini kazandıran unsurlar diye tanımlanabilir³³.

Neyin asıl şey neyin bütünleyici parça olduğu hususu ekonomik değere veya sahibinin anlayışına göre değil, daha ziyade yerel örf ve âdete, yani üçüncü kişilerin anlayışına göre belirlenir. Bu itibarla, otomobil asıl şeydir, onunla birleşen motor ise bütünleyici parçadır³⁴.

Bütünleyici parça için kural olarak üç unsurun varlığı aranır. Bunlardan ilki dış bağıllıktır³⁵. Bütünleyici parçanın varlığı için ayrıca iç bağıllık da gerekir³⁶. Bir şeyin bütünleyici parça olması için asıl şeyin bulunduğu yerde kökleşmiş bulunan ekonomik anlayışın da buna elverişli olması gerekir³⁷. Kanun koyucu tarafından bazı hallerde ise bütünleyici parçanın şartlarına bakılmaksızın bütünleyici parçanın varlığı kabul edilmiştir. Bu kapsamda ilk olarak TMK. m. 718/II hükmü sayılabilir. Buna göre, kural olarak yapılar, bitkiler ve kaynaklar arazi üzerindeki mülkiyetin kapsamına girer³⁸. Gerçekten de, kalıcı (sürekli) olmak amacıyla yapılan yapılar, kural olarak arazinin bütünleyici parçasıdır. Başka bir deyişle, üst arza tâbidir. Bunun için, bütünleyici parça şartlarının varlığı aranmaz³⁹. Şu halde, yapılar, hukuka uygun olsa da olmasa da bütünleyici parça niteliğindedir⁴⁰.

Bitkiler de, kural olarak taşınmaz mülkiyetinin maddî kapsamına dâhildir (TMK. m. 718/II). Bunun için, bitkiler sürekli kalmak amacıyla araziye dikilmiş olmalıdır. Böyle bir durumda, (kalıcı) bitkiler kanun gereğince bütünleyici parça sayılır. Geçici bir süre için dikilen (taşınır) bitkiler ise taşınmaz mülkiyetinin kapsamına dâhil değildir⁴¹.

Bütünleyici parçaya ilişkin hükümler muhdesat bakımından da geçerlidir. Bu itibarla, muhdesat da asıl şeyin hukukî kaderine tâbidir. Çünkü, bütünleyici parça haline gelen muhdesat artık ayrı (bağımsız) bir eşya olma niteliğini kaybeder. Dolayısıyla, onun üzerinde daha önceden kurulmuş bulunan bütün aynî haklar sona erer. Bunun yerine, asıl şey üzerinde kurulan aynî haklar artık muhdesatı da kapsar. Nitekim, asıl şeyin maliki muhdesatın da maliki olur (TMK. m. 684/I). Aynı şekilde, asıl şey üzerindeki sınırlı aynî haklar bütün-

³³ Akipek/Akıntürk/Ateş, 50; Aybay/ Hatemi, 17.

³⁴ Eren, Mülkiyet, 56-57.

³⁵ Erman, 61; CHK-Arnet, Art. 642 ZGB N 4; Eren, Mülkiyet, 59; Nomer/ Ergüne, N. 635.

³⁶ Ertuş, 215-216; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Eşya, 522-523.

³⁷ Gürsoy/Eren/Cansel, 380-381.

³⁸ Gürsoy/Eren/Cansel, 381.

³⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Eşya, 796.

⁴⁰ Eren, Mülkiyet, 342.

⁴¹ Eren, Mülkiyet, 354.

leyici parçayı da kapsar. Meselâ, bir bahçe üzerindeki intifa hakkı ağaçlardan ve meyvelerden yararlanma yetkisi verir. Yine, asıl şeyin rehnedilmesi halinde muhdesat da onunla birlikte buna dâhil olur (TMK. m. 862)⁴². Keza, ortaklığın giderilmesi davası sonucunda taşınmaz satılırsa, bununla birlikte muhdesat da alıcıya geçer⁴³.

Görüldüğü üzere, muhdesat üzerinde ayrı bir aynî haktan söz etmek mümkün değildir⁴⁴. Ne var ki, KK. m. 19/II hükmü bu noktada oldukça eleştiriye açıktır. Çünkü, bu hükme göre, muhdesat, taşınmaz mal üzerinde malikinden başka bir kimseye veya paydaşlardan birine “ait” olabilir. Buradan anlaşılan, muhdesat üzerinde taşınmazdan ayrı bir mülkiyet hakkının bulunması mümkündür. Ancak, muhdesat taşınır yapı veya bitki niteliğinde olmadığına, tam tersine bütünleyici parça niteliğinde bulunduğuna göre böyle bir yaklaşım doğru değildir. Muhdesat ve taşınmaz üzerinde ayrı ayrı aynî haklar yoktur; taşınmaz üzerindeki aynî hakkın kapsamına muhdesat da dâhildir.

Nitekim, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı’nda da muhdesatın ayrı bir aynî hak konusu olamayacağı ifade edilmektedir. Zira, aynı içtihadı göre, muhdesat hukukî niteliği itibarıyla bütünleyici parçadır⁴⁵.

Ancak, yapı veya bitki kalıcı olsa da, 743 sayılı mülga Medenî Kanun’dan önce taşınmazla bağlı kılınmışsa, bu durumda muhdesattan söz edilemez. Çünkü, o dönemde bu tür yapıların veya bitkilerin taşınmazdan ayrı mülkiyet hakkı söz konusuydu⁴⁶.

⁴² Nomer/Ergüne, N. 651.

⁴³ 6.HD. T.23.12.2002, E.2002/8002 K.2002/8097 “*Dava konusu taşınmaz üzerinde bina ağaç vesaire gibi muhtesat varsa bunlar MK.684. maddesi gereğince arzın bütünleyici parçası sayılırlar ve paylaşmanın satış yoluyla yapılması halinde arzla birlikte satılması gerekir...*” (KBİBB.).

⁴⁴ Dolayısıyla, muhdesata ilişkin kişisel hak sahibi olan kimsenin aynî davaları açamaması gerekir. Ancak, Yargıtay’ın oldukça eleştiriye açık bir kararına göre söz konusu kimsenin elatmanın önlenmesi davasını açabileceği kabul edilmektedir. Bkz. HGK.T.7.11.2001, E.2001/1-1032 K.2001/772 “*Davacının salt muhtesata (binaya) bağlı kişisel hakka dayanarak eldeki davayı açabileceği kuşkusuzdur. Bu tür davada zeminle ilgili hak talebinde bulunulmadığına göre iştirakin sağlanmasına da gerek yoktur...*” (KBİBB.).

⁴⁵ YİBK.T.22.12.1995, E.1994/1 K.1995/3 “*Maddenin öngördüğü muhdesatın, mütemmim cüz niteliğinde olduğunu, başka bir deyişle geçici ve taşınabilir olmaması ve taşınmaza sıkı sıkıya bağlı bulunması gerektiğini söylemek de yanlış olmaz. O halde, 3402 sayılı Yasanın 19/2. maddesinde yer alan muhdesat sözcüğünün içeriğini saptarken özellikle bu konuluş amacını ve Medeni Kanununun 648, 649, 650 ve 655. maddeleri hükümlerini göz ardı etmemek, bütün bunları değerlendirecek bir sonuca ulaşmak gerekir...*” (KBİBB.).

⁴⁶ 14.HD. T.10.4.2008, E.2008/4474 K.2008/4964 “*Özellikle zeytin ağaçları için ağaçların sayısını belirtir zeytinlik tapuları oluşturulmuş, böylelikle zemine ayrı üzerindeki muhtesata ayrı tapular verilmiştir. Kısaca ifade etmek gerekirse medeni yasanın yürürlüğünden önceki dönemde ağaçlar bütünleyici parça sayılmamıştır... Hal böyle olunca, davacının 2497 parseli üzerindeki eski kanun zamanında dikildiği bilirkişi raporuyla anlaşılan zeytin ağaçlarının muhtesat olarak kabulü mümkün değildir. Mahkemece, zeytin ağaçlarının*

IV. MUHDESATIN TAPU SİCİLİNDE GÖSTERİLMESİ

Muhdesatın varlığı halinde, bunun tapu sicilindeki hangi sütunda gösterileceği hususu KK. m. 19/II hükmünde yer almaktadır. Buna göre, bir muhdesat varsa, bu tapu sicilinin beyanlar hanesinde gösterilir⁴⁷. Aynı hükme göre, muhdesatın sahibi, cinsi, kuruluş tarihi ve iktisap (kazanma) sebebi de beyanlar hanesinde belirtilir⁴⁸. Çünkü, Kadastro Kanunu'nun amaçlarından biri hukukî durumun tespitini sağlamaktır.

Beyandan maksat, hukuk düzeninin açıkça öngördüğü bazı hususların tapu kütüğünde taşınmaza ait sayfanın beyanlar sütununa yazılmasıdır⁴⁹. Ancak, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün 23.06.2015 tarihli ve 2015/4 sayılı Genelgesi'ne göre, 02.07.2015 tarihinden itibaren, beyanlar artık tapu kütüğündeki beyanlar sütununa kaydedilmemekte; bunların tamamı sadece elektronik ortamda tutulmaktadır. Burada yer alan hususlar, kural gereğince ne aynı hak kurarlar ne de bir kişisel hakkı kuvvetlendirirler. Beyan işleminin işlevi, taşınmazı ilgilendiren bazı hukukî ve fiilî ilişkilere açıklık sağlamaktır⁵⁰.

Aynı işlev, muhdesat için de söz konusudur. Başka bir deyişle, muhdesatın beyanlar hanesinde bulunması bu fiilî durum bakımından hem açıklık hem de ispat kolaylığı sağlar⁵¹.

muhtesat olarak kabul edilmek suretiyle bedeli karşılığı şerhin terkinin doğru olmadığından, karar bozulmalıdır..." (KBİBB.).

⁴⁷ Elbirliği halinde malik olan bir kimse lehine olmak üzere muhdesatın beyanlar hanesinde gösterilemeyeceği hakkında ise bkz. 16.HD. T.30.9.1994, E.1994/4462 K.1994/9148 (KBİBB.).

⁴⁸ 16.HD. T.4.10.1999, E.1999/2850 K.1999/3603 "Ancak; mahkemece taşınmaz üzerindeki zeytin ağaçlarının muhtesa olarak kütüğün beyanlar hanesinde gösterilmesine karar verilmiş ise de mahkemenin değerlendirmesi yasaya aykırıdır. 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 19/2. maddesindeki hükmü özel mülkiyete konu olabilen taşınmazlar içindir. Mer'a, orman gibi kamu malları üzerinde meydana getirilen muhtesatın kütüğün beyanlar hanesinde gösterilmesi mümkün değildir..." (KBİBB.); 7.HD. T.25.6.2001, E.2001/3723 K.2001/4475 "Kaçak ve yitik kişilerden kanunları uyarınca devlete kalan taşınmazların zilyetlikle kazanılması mümkün değildir. Mülkiyet hakkı bulunmayan davalı Seyfettin'in satışına da değer verilemez. Taşınmazdaki zilyedin zilyetliğini başkalarına devretmesi de hukuken değer taşımaz. 3402 sayılı Kadastro Kanununun 19/2. maddesi hükmünce taşınmaz üzerine başkasına ait muhtesatların gösterilmesi mümkün olup, zilyedinin gösterilmesine yasal olanak bulunmamakta..." (KBİBB.).

⁴⁹ Akipek/Akıntürk/Ateş, 332.

⁵⁰ Antalya / Topuz, N. 2813 vd.

⁵¹ YİBK.T.22.12.1995, E.1994/1 K.1995/3 (KBİBB.); 16.HD. T.14.9.1995, E.1995/4109 K.1995/5195 "Öte yandan, taşınmaz üzerindeki ağaçların 2025 yaşlarında olduğu, satış tarihinden önce kayıt malikleri tarafından dikildiği, ağaçların tapu dışı satın almaya dayanan kişi tarafından dikilmediği dosya kapsamı ile sabittir. Bu nedenle, muhdesatın kayıt maliklerine ait olduğunun kabulü gerekir. Hal böyle olunca; Mahmut tarafından açılan davanın reddine, (M.B.) ve (M.C.) tarafından açılan davanın kabulü ile tutanağın beyanlar hanesindeki şerhin de kaldırılması suretiyle taşınmazın payları oranında adlarına tesciline karar verilmesi gerekirken..." (KBİBB.).

Ayrıca, muhdesat beyan sütununda yer alması dahi hak sahibinin bunun varlığını ispatlaması da mümkündür. Nitekim, muhdesat kadastro tutanağında gösterilmemiş olsa bile, hak sahibinin bunun beyanlar hanesinde gösterilmesi amacıyla bir eda davası açması mümkündür⁵². Hatta, Yargıtay'a göre, kazandırıcı zamanaşımına dayalı olarak açılan bir tescil davasının reddedilmesi halinde, taşınmaz üzerinde bulunan muhdesatın davacı tarafça meydana getirildiğinin beyanlar hanesinde gösterilmesine karar verilmesi gerekir. Bunun gerekçesi, çoğun içinde azın da bulunmasıdır⁵³.

Ne var ki, uygulamada, tapu kütüğünün beyanlar hanesine muhdesatla ilgili şerh verileceğinden söz edilmektedir⁵⁴. Yine, bazı kararlarda da beyan yerine şerh ifadesi kullanılmaktadır⁵⁵. Hatta, muhdesata ilişkin işlemin şerh olarak nitelendirilmesinin yanlış bir sonucu olarak söz konusu tapu sicili işleminin bir kişisel hak sağladığı da ifade edilmektedir⁵⁶. Daha da ötesinde, bir karara göre, söz konusu işlem, muhdesat ve taşınmazın bütünleşmesine engel olur⁵⁷.

⁵² 1.HD. T.6.3.1989, E.1989/2007 K.1989/2226 “Hemen belirtmek gerekir ki, muhdesat tesis tutanağında gösterilmese dahi hak sahibi her zaman mahkemede açacağı eda davası ile bu kişisel hakkının varlığını ispat edebilir...” (KBİBB.).

⁵³ 7.HD. T.2.6.2010, E.2009/5715 K.2010/3385 “Açıklanan bu olgular gözetildiğinde 103 ada 305 parsel sayılı taşınmazla ilgili hüküm kurulurken çoğun içinde azın da bulunduğu kuralı gözetilerek davanın reddine karar verildikten sonra taşınmazın tespit gibi davalı Hazine adına tesciline, ayrıca taşınmaz üzerinde bulunan muhdesatın davacı tarafça meydana getirildiğinin tutanağın beyanlar hanesinde gösterilmesine karar verilmesi gerekir...” (KBİBB.). Aynı yönde bkz. 16.HD. T.7.12.1999, E.1999/4179 K.1999/4846 (KBİBB.).

⁵⁴ 1.HD. T.6.3.1989, E.1989/2007 K.1989/2226 “Muhdesat şerhi eylemli (fiili) durumun belirlenmesinden ibaret olup muhdesat sahibinin kişisel hakkının varlığını gösterir. Bu hakkın tapulama tespiti sırasında tapulama tutanağında ve sonra da kütüğün beyanlar hanesinde gösterilmesi hakkın niteliği üzerinde hiçbir etki yaratmaz...” (KBİBB.); 1.HD. T.4.2.1974, E.1973/806 K.1974/622 (KBİBB.); HGK.T.22.10.2019, E.2017/8-1854 K.2019/1096 “TMK'nın 1012. maddesi hükmüne göre; malikin rızasıyla, kamu hukukundan kaynaklanan kısıtlamalar, Tapu Sicil Tüzüğü'nün belirlediği ayırık durumlar ve özel kanun hükümlerinde saklı hâllerde tapu kütüğünün beyanlar hanesine muhdesatla ilgili şerh verilebilir...” (KBİBB.); 1.HD. T.22.2.2007, E.2007/266 K.2007/1812 (KBİBB.); 1.HD. T.4.10.2005, E.2005/9101 K.2005/10360 (KBİBB.).

⁵⁵ 6.HD. T.23.12.2002, E.2002/8002 K.2002/8097 (KBİBB.).

⁵⁶ 1.HD. T.4.10.2005, E.2005/9101 K.2005/10360 “muhtesat şerhinin ilgisine kişisel hak sağladığı, davacının bu şerhe dayanarak temliken tescil sonucunu doğuracak eldeki davayı açtığı...” (KBİBB.); HGK.T.21.6.2000, E.2000/20-1010 K.2000/1075 “Muhtesatın beyanlar hanesinde gösterilmesi sahibine kişisel hak sağlar; işlevi ise eylemli ve hukuki durumunu gösterir. Aleniyet ve kanıtlama kolaylığı sağlar. Koşulların oluşması halinde Medeni Yasanın 648- 650- 655 maddeleri uyarınca muhdesata bağlı olarak arazinin temlik hakkını verir...” (KBİBB.).

⁵⁷ 14.HD. T.5.4.2007, E.2007/2759 K.2007/3688 “Uygulamada kısa olarak “muhtesat şerhi” olarak bilinen bu şerh, mahkemece doğru olarak saptandığı üzere hak sahibi kişinin durumunu üçüncü kişilere duyurur. Ancak, bu tür bir şerh Türk Medeni Kanunu'nun 684. maddesine sınırlama getirerek muhtesat konusu ile arazinin bütünleşmesine engel olur ve muhtesat sahibine muhtesatı araziden ayrı olarak kullanma ve kullanmaya karşı üçüncü kişilerin haksız el atması varsa bunun kaldırılmasını isteme yetkisi tanır...” (KBİBB.).



Ancak, Yargıtay'ın bu yaklaşımı teorik açıdan çelişkilidir ve eleştiriye açıktır. Çünkü, beyan ve şerh iki ayrı tapu sicili işlemidir (TMK. m. 1008 vd.; TST. m. 8 vd.). Şerh, kanunda sınırlı olarak sayılan bazı hususlara ilişkin yapılan tapu sicili işlemidir. Türk Medenî Kanunu'na göre, üç farklı konuda şerh verilmesi mümkündür. Bunlar, kişisel hakların şerhi (TMK. m. 1009), bazı tasarruf yetkisi kısıtlamalarının şerhi (TMK. m. 1010) ve geçici tescil şerhidir (TMK. m. 1011). Muhdesat ise bunlardan biri değildir. Üstelik, beyan ve şerhin hükmü de birbirinden farklıdır. Nitekim, meselâ kişisel hakların şerhinden farklı olarak, beyana konu hususlar kişisel hakkı kuvvetlendirme gibi bir işleve sahip değildir⁵⁸.

Diğer taraftan, uygulamaya göre beyanlar hanesinde gösterilebilecek olan sadece kadastro tespit gününden önce meydana getirilmiş muhdesattır. Daha sonra meydana getirilmiş olan bir muhdesat ise beyanlar hanesine yazılamaz. Çünkü, bunun kanunî dayanağı yoktur⁵⁹.

Son olarak, muhdesatın beyanlar hanesinde gösterilmesi bazen de gerçek durumu yansıtmayabilir. Böyle bir durumda açılan davaya uygulamada “muhdesat şerhinin iptali davası” denmektedir⁶⁰. Burada aslında TMK. m. 1025 hükmü çerçevesinde bir düzeltme isteminin bulunduğu söylenebilir⁶¹. Çünkü, tapu sicili gerçek hak durumuna uygun düşmemektedir.

V. MUHDESATIN TESPİTİ

A. Muhdesatın Tespiti Davası Kavramı ve Hukukî Niteliği

Muhdesatın belirlenmesi amacıyla açılan davaya uygulamada daha ziyade ya muhdesatın tespiti davası⁶² ya da muhdesatın aidiyetinin tespiti davası⁶³ de-

⁵⁸ Akçaal, 294.

⁵⁹ 7.HD. T.23.1.2013, E.2012/7068 K.2013/365 “*Taşınmazın tapuda kayıtlı olmadığı, kadastro tespiti sırasında çay yatağı olarak tescil harici bırakıldığı gözetildiğinde muhtesatların kadastro tespitinden sonra yapıldığı anlaşıldığından somut olayda 3402 Sayılı Kadaströ Kanununun 19. maddesinin uygulanmasının mümkün olmadığı ve mülkiyetin tespiti istenemeyeceği kuşkusuzdur...*” (KBİBB.); 7.HD. T.19.10.2011, E.2011/5462 K.2011/6167 (KBİBB.).

⁶⁰ 16.HD. T.21.3.2017, E.2016/17024 K.2017/1737 “*Mahkemece; taşınmazlar üzerindeki mevcut fiili durum ile tespit sırasında beyanlar hanesinde gösterilen muhdesatların birbirleriyle uyumlu olmadığı gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilerek taşınmaz üzerinde mevcut bulunan muhdesatların beyanlar hanesine yazılmak suretiyle tespit gibi Hazine adına tesciline karar verilmiş olup usul ve yasaya uygun olan kararın onanması gerekir...*” (KBİBB.).

⁶¹ Akipek/Akıntürk/Ateş, 347.

⁶² HGK.T.22.10.2019, E.2017/8-1854 K.2019/1096 (KBİBB.); 8.HD. T.11.03.2021, E.2018/13486 K.2021/2221 (İçtihat Bülteni).

⁶³ 1.HD. T.18.6.2019, E.2016/3111 K.2019/3882 (KBİBB.); 14.HD. T.2.10.2014, E.2014/7186 K.2014/10893 (KBİBB.); 7.HD. T.10.11.2008, E.2008/5581 K.2008/4856 (KBİBB.); 7.HD. T.16.2.2012, E.2011/7562 K.2012/858 (KBİBB.); 5.HD. T.5.6.2007, E.2007/6300 K.2007/7393 (KBİBB.); Karamercan, 250.

nir. Çalışmanın devamında uygulamadaki bu deyimlerden muhdesatın tespiti davası üstün tutulmuştur. Çünkü, taşınmazdan ayrı bir aynı hak konusu olamayacağı için muhdesatın aidiyetinin tespiti deyimini yerinde değildir. Gerçekten de, muhdesatın kime ait olduğu hususu taşınmazdan ayrı ve bağımsız olarak değerlendirilemez. Nitekim, Yargıtay'a göre de, böyle bir davada mülkiyetin tespiti istenemez⁶⁴.

Muhdesatın tespiti davası, hukukî niteliği itibarıyla bir tespit davasıdır (HMK. m. 106). Bu davada esas amaç muhdesatın kim tarafından meydana getirildiğinin tespit edilmesidir. Nitekim, Yargıtay'ın bu yönde isabetli kararları mevcuttur. Meselâ, Yüksek Mahkeme, muhdesatın mülkiyetinin tespiti amacıyla açılan bir davada çoğun içinde az da vardır ilkesinden hareketle bunu doğru şekilde yorumlamıştır⁶⁵.

Muhdesatın tespiti istemi tek başına bir tespit davasına konu olabilir. Aynı şekilde, söz konusu istem terditli dava kapsamında da ileri sürülebilir (HMK. m. 111). Meselâ, davacı, muris muvazaasına dayalı tapu sicilini düzeltme, bu olmadığı takdirde muhdesatın tespiti isteminde bulunabilir. Bu durumda, muhdesatın tespiti fer'i istem durumundadır. Bunun incelenebilmesi için mahkeme tarafından aslî istemin esastan reddine karar verilmesi gerekir (HMK. m. 111/II)⁶⁶.

B. Davanın Açılabilirdiği Haller

Uygulamada muhdesatın tespiti davasının sınırlı bazı hallerde açılabilirdiği kabul edilmektedir. Nitekim, Yargıtay'ın görüşü, “*tespit davalarının görülebilmesi için güncel hukuki yararın bulunması (HMK m. 106/2) ve dava sonuçlanıncaya kadar da güncelliğini kaybetmemesi gerekir. Öğretide ve Yargıtay'ın*

⁶⁴ 7.HD. T.12.10.2010, E.2010/3811 K.2010/5719 “*sadece muhtesatın davacı tarafca meydana getirildiğinin tespitine karar verilmekle yetinilmesi, mülkiyetin tespiti isteminin ise reddine karar verilmesi gerekir...*” (KBİBB.); HGK.T.22.10.2019, E.2017/8-1854 K.2019/1096 (KBİBB.); 4.HD. T.22.10.2001, E.2001/10323 K.2001/9953 “*Bu bakımdan mahkemece, binanın davacı tarafından inşa edilmiş olduğunun tespit kararı ile yetinilmesi gerekirken, bu ibareye ilaveten binanın davacıya ait olduğunun tespitine de karar verilmiş olması yerinde değildir...*” (KBİBB.); 4.HD. T.23.6.2004, E.2004/6911 K.2004/8183 (KBİBB.); 4.HD. T.3.12.2001, E.2001/7848 K.2001/12094 (KBİBB.).

⁶⁵ 7.HD. T.23.1.2013, E.2012/7068 K.2013/365 “*Ne var ki, böyle bir istemle dava açılması halinde “Çoğun içinde azı da vardır” kuralı gözetilerek diğer koşulların da varlığı halinde davanın kısmen kabulü ile muhtesatın davacı tarafından meydana getirildiğinin tespitine karar verilmesi gerekir...*” (KBİBB.); 8.HD. T.26.1.2016, E.2015/23335 K.2016/1171 (KBİBB.); 7.HD. T.21.9.2010, E.2010/4380 K.2010/4881 (KBİBB.).

⁶⁶ 1.HD. T.18.6.2019, E.2016/3111 K.2019/3882 “*davacı taraf, dayandığı deliller ile mirasbırakanın mirastan mal kaçırma amaçlı ve muvazaalı olarak hareket ettiğini kanıtlayamamıştır. Öte yandan, tapu iptal ve tescil talebi kabul edildiği için terditli olan muhtesat aidiyetinin tespiti istemine ilişkin olumlu ya da olumsuz bir hüküm kurulmamıştır. Hal böyle olunca, tapu iptali ve tescil isteğinin reddi ile muhtesat aidiyetinin tespiti istemi yönünden olumlu ya da olumsuz bir hüküm kurulması gerekir...*” (KBİBB.).



devamlılık gösteren uygulamalarında, taşınmaz hakkında derdest ortaklığın giderilmesi davasının, kentsel dönüşüm uygulamasının ya da kamulaştırma işleminin bulunması, Kamulaştırma Kanunu'nun 19. maddesi hükmünün uygulanma imkânının bulunması gibi istisnai durumlarda muhdesatın tespiti davasının açılmasında güncel hukuki yararın bulunduğu kabul edilmektedir...⁶⁷ şeklindedir.

Gerçekten de, muhdesatın tespiti davası bakımından güncel bir hukukî yararın varlığı şarttır. Nitekim, davacının dava açmakta hukukî yararının bulunması HMK. m. 114/I, h hükmünde bir dava şartı olarak sayılmaktadır. Dolayısıyla, mahkeme, hukukî yararın var olup olmadığını davanın her aşamasında kendiliğinden araştırır. Üstelik, taraflar da söz konusu dava şartının bulunmadığı her zaman ileri sürebilirler. Şayet mahkeme dava şartının noksan olduğuna tespit ederse davanın usulden reddine karar verir (HMK. m. 115/I-II).

1. Ortaklığın Giderilmesi Davasının Açılmış Bulunması

Yüksek Mahkeme'ye göre, muhdesatın tespiti davasının açılması bakımından hukukî yarar ancak istisnaî bazı hallerde mevcuttur. Bunlardan ilki taşınmaz hakkında görülmekte olan (derdest) bir ortaklığın giderilmesi davasının varlığıdır. Aynı şekilde, ortaklığın giderilmesi davasının tespit davası sırasında açılması halinde de hukukî yararın bulunduğu kabul edilmektedir⁶⁸. Keza, ortaklığın giderilmesi davasından sonra, fakat henüz satış yapılmadan önce de muhdesatın tespiti davası açılabilir⁶⁹. Bununla birlikte, uygulama gereğince

⁶⁷ HGK.T.22.10.2019, E.2017/8-1854 K.2019/1096 (KBİBB.). Aynı yönde başka kararlar için bkz. 7.HD. T.19.10.2011, E.2011/5462 K.2011/6167 “aidiyetin tespiti davasının açıldığı günde taşınmaz hakkında yapılan bir kamulaştırma işlemi bulunmadığı gibi, taşınmazda paydaş olmadığından ortaklığın giderilmesi davasına da konu olamayacağı gözetildiğinde, davacı tarafın dava açmakta hukuksal yararının bulunmadığının kabulü gerekir. Davacı tarafın bu halde eda nitelikli sebepsiz zenginleşme davası açabileceği kuşkusuzdur...” (KBİBB.); 4.HD. T.8.10.2001, E.2001/5105 K.2001/9158 (KBİBB.).

⁶⁸ HGK.T.28.3.2014, E.2013/7-670 K.2014/423 “davacı tarafından yapıldığı bildirilen davaya konu muhtesat hakkında, paydaşlar arasında bu davadan sonra açılmış da olsa, bir ortaklığın giderilmesi davasının bulunduğu, bu dava sonunda taşınmazı iktisap edecek yeni zemin malikinin men'i müdahale ve kal davası açabileceğinden, davacının bu davayı açmakta hukuken korunması gereken bir hakkının olduğunun, bu bakımdan da, eldeki davayı açmakta hukuki yararının bulunduğu kabulü gerekir...” (KBİBB.).

⁶⁹ 3.HD. T.06.11.2018, E.2016/22416 K.2018/11055 “Bu durumda, yargılama sırasında taşınmazın satılmasıyla hukuki yarar şartı gerçekleşmiştir. Eş söyleyişle, davanın açıldığı tarihte noksan olan dava şartı hükmün verildiği tarihte mevcuttur...” (İçtihat Bülteni); 4.HD. T.5.6.2000, E.2000/3323 K.2000/5387 “Şu durum karşısında; ortaklığın satış suretiyle giderilmesine karar verildikten sonra henüz satış işlemi yapılmadığına göre davacının tesbit davası açmakta hukuksal yararı vardır...” (KBİBB.). Bununla birlikte farklı bir karar için bkz. 7.HD. T.7.6.2012, E.2012/4035 K.2012/4362 “Somut olaya gelince, taraflar arasında görülen ortaklığın giderilmesi davasında karar verildiği anlaşıldığından davacının aidiyet tespiti davası açmakta hukuki yararının bulunmadığı, bir başka deyişle dava şartının gerçekleşmediği dosyaya yansıyan bilgi ve belgelerle anlaşılmıştır...” (KBİBB.).

ortaklığın giderilmesi davası karara bağlanıp kesinleşmişse artık muhdesatın tespiti davası açılmaz⁷⁰.

Yargıtay'ın yerleşik uygulamasına göre, ortaklığın giderilmesi davasından maksat, “*paylı veya elbirliği mülkiyetine konu taşınır veya taşınmaz mallarda paydaşlar (ortaklar) arasında mevcut birlikte mülkiyet ilişkisini sona erdirip ferdi mülkiyete geçmeyi sağlayan iki taraflı, taraflar için benzer sonuçlar doğuran davalar*”⁷¹ şeklindedir.

Ortaklığın giderilmesi davasında aynen paylaşma mümkün değilse veya hâkim tarafından aynen paylaşma istemi durum ve şartlara uygun görülmezse nakden paylaşmaya karar verilir. Özellikle paylı malın önemli bir değer kaybına uğramaksızın bölünmesi imkânsız ise durum böyledir. Meselâ, at ve otomobil aynen paylaşılabilir. Yine, paydaşlar nakden paylaşmaya karar vermiş, ama bunun açık arttırma yoluyla mı yoksa paydaşlar arasında mı yapılacağı hakkında uyuşmazsa da durum böyledir. Bu takdirde, kural olarak paylı malın açık arttırmayla satışına hükmolunur. Satışın paydaşlar arasında arttırmayla yapılmasına karar verilmesi de mümkündür. Ama, bunun için oybirliği şarttır (TMK. m. 699/III). Buna karşılık, iradî paylaşmadan farklı olarak, hâkim pazarlıkla satışa karar veremez⁷².

Açık arttırma ile satışa karar verilirse, bu İcra ve İflâs Kanunu hükümleri çerçevesinde gerçekleştirilir (İİK. m. 114 vd., 123 vd.). Satıştan elde edilen para ise paydaşlara payları oranında bölüştürülür⁷³.

Taşınmaz üzerinde bir muhdesatın bulunması söz konusu satışa engel değildir. Taşınmazın muhdesatla birlikte satışına karar verilir. Ama, para bölüştürülürken muhdesatı gerçekleştiren paydaşın veya ortağın alacağı da dava tarihi itibarıyla oranlama yoluyla hesaplanır. Bunun için aranan ilk şart, muhdesatın kim tarafından oluşturulduğu konusunda malikler arasında bir uyuşmazlığın olmamasıdır⁷⁴. Aksi takdirde, muhdesatın tespiti davasının açılması için hak

⁷⁰ 8.HD. T.06.02.2017, E.2016/21830 K.2017/1222 (İçtihat Bülteni).

⁷¹ 14.HD. T.27.1.2021, E.2017/899 K.2021/398 (KBİBB.); 6.HD. T.21.3.2011, E.2010/13467 K.2011/3446 (KBİBB.).

⁷² Eren, Mülkiyet, 126-127.

⁷³ Nomer/Ergüne, N. 772.

⁷⁴ 18.HD. T.16.3.2009, E.2009/2422 K.2009/2663 “*Satış yolu ile ortaklığın giderilmesi istenilen taşınmaz üzerinde bine vs. gibi muhdesat varsa bunlar 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 684. maddesi uyarınca arzın mütemmim cüzü (bütünleyici parçası) sayıldığından arzla birlikte satışına karar verilmelidir. Bunların bir kısım paydaşa aidiyetine ilişkin tapuda şerh varsa veya bu konuda tüm paydaşlar ittifak ediyorsa o takdirde değerlere göre oran kurulması ve satış parasının bu oran esas alınarak dağıtılması gerekir. Oran kurulurken muhdesatların ve arzın dava tarihi itibarı ile ayrı ayrı değerleri tespit edilerek ve bu değerler toplanıp taşınmazın tüm değeri saptandıktan sonra bulunan değer, muhdesat ve arzın değerine ayrı ayrı oranlanarak yüzde itibarı ile ne kadarının muhdesata, ne kadarının da arza isabet ettiği belirlenmelidir. Satış bedelinin dağıtımında, bulunan bu yüzde oranlar göz önünde tutularak muhdesata isabet eden kısmın sadece muhdesat sahibine veya payları oranında sahiplerine,*

sahibi olduğunu iddia eden kimseye bir süre tanınmalıdır⁷⁵.

Gerçekten de, muhdesat iddiası, ortaklığın giderilmesi davasında davalı tarafından savunma olarak da ileri sürülmüş olabilir. Yargıtay'a göre, böyle bir durumda davalıya muhdesatın tespiti davasını açması için bir süre verilmelidir. Belirlenen sürede tespit davası açılırsa, bu bekletilen sorun olarak değerlendirilmelidir. Söz konusu dava açılmadığı takdirde ise, ortaklığın giderilmesi davasına aynen devam edilmelidir⁷⁶.

Ortaklığın giderilmesi davasında taşınmaz bedeli hesaplanırken muhdesat değerinin de dikkate alınması için aranan diğer bir şart, bunun taşınmazın değerinde bir artış meydana getirmesidir⁷⁷.

arza düşen kısım da yine payları oranında tüm paydaşlara verilmektedir..” (KBİBB.); 18.HD. T.9.4.2001, E.2001/2657 K.2001/3444 (KBİBB.); 18.HD. T.24.4.2001, E.2001/2897 K.2001/4070 (KBİBB.); 6.HD. T.28.1.2013, E.2012/18106 K.2013/1002 “Tapu kaydında şerh bulunan muhdesat hakkında yukarıda açıklandığı şekilde oran kurmak suretiyle satış bedelinin dağıtılmasına karar verilmesi gerekirken oran kurulmadan karar verilmesi doğru değildir..” (KBİBB.); 18.HD. T.30.1.2007, E.2006/10567 K.2007/436 (KBİBB.).

⁷⁵ 18.HD. T.24.4.2001, E.2001/2897 K.2001/4070 “Somut olayda binanın veya bağımsız bölümlerinin hangi paydaş veya paydaşlara ait olduğu belli olmadığından mahkemenin bu konuda tarafların ittifakını araması, bu olmadığı takdirde ilgiliye süre vererek müşterek mülkiyet şeklinde tasarruf edilen dava konusu taşınmazdaki binanın veya bağımsız bölümlerinin malikinin tespitini sağlaması sonra da yukarıda yazılı ilkeler göz önünde tutularak dağıtılacak paylara uygulanacak oranları belirleyip gerekli vermesi icap edecektir..” (KBİBB.); 14.HD. T.14.3.2013, E.2013/1996 K.2013/3771 “davaya konu edilen ve satışına karar verilen 11 parsel sayılı taşınmaz üzerinde bulunan muhdesat ile ilgili olarak mülkiyetin tespiti davası açmak için davalı R.U. tarafından süre talep edilmiştir. Ancak; 25.04.2012 günlü oturumda mahkemece gerekçe gösterilmeden istemin reddine karar verilmiştir. Buna rağmen R.U., mülkiyetin tespiti davasını 27.07.2012 tarihinde açmıştır. Bu davanın davalı yararına sonuçlanması halinde bütünüyle parçanın aidiyeti belirlenmiş olacağından satış bedelinin yukarıdaki ilkeler doğrultusunda dağıtılması gerekecektir. Mahkemece muhdesatın aidiyetinin tespitine ilişkin bu davanın bekletilen mesele yapılması ve satış bedelinin bu davanın sonucuna göre dağıtılması gerekir..” (KBİBB.); 14.HD. T.15.10.2015, E.2015/11616 K.2015/9095 (KBİBB.).

⁷⁶ 14.HD. T.2.10.2014, E.2014/7186 K.2014/10893 “Paydaşlığın (ortaklığın) satış suretiyle giderilmesine ilişkin davalarda taşınmaz üzerinde bulunan bina, ağaç vs. gibi bütünüyle parçaların (muhdesat) kime ait olduğu konusunda uyumsuzluk olup da bunlar üzerinde bazı paydaşların (ortaklar) hak iddia etmeleri ve öncelikle bu uyumsuzluğun giderilmesini istemeleri halinde o paydaşa görevli mahkemede dava açmak üzere HMK'nın 165. maddesi uyarınca uygun bir süre verilmelidir. Mahkemece verilen süre içerisinde dava açıldığı takdirde sonucunun beklenmesi, açılmadığı takdirde o konuda uyumsuzluk yokmuş gibi davaya devam edilmesi gerekir..” (KBİBB.); 14.HD. T.27.1.2021, E.2017/899 K.2021/398 (KBİBB.); 14.HD. T.5.7.2017, E.2015/15258 K.2017/5685 (KBİBB.).

⁷⁷ 6.HD. T.23.12.2002, E.2002/8002 K.2002/8097 “Somut olayda, dava konusu taşınmaz üzerinde aidiyeti ihtilafsız bir bina bulunmaktadır. Davacıya ait bu binanın, ruhsatsız yapı olduğu bilirkişi raporunda beyan edilmiş, Karşıyaka Belediyesi İmar Müdürlüğü'nün 19.6.2002 günlü cevabi yazısında da, dava konusu yerle ilgili 3194 sayılı yasanın 32 ve 42. maddelerine göre yasal işlemlere başlandığı bildirilmiştir. Mahkemece, başlatılan yasal işlemlerin hangi aşamada olduğunun ilgili Belediye Başkanlığından da sorulmak suretiyle, yukarıdaki esaslar doğrultusunda tüm unsurları ile muhtesatın arzın değerinde bir artış

Böylece, belirlenen taşınmaz bedeli üzerinden muhdesatı karşılayan değer alacaklıya ödenir ve kalan miktar payları oranında paydaşlara dağıtılır. Şayet muhdesat bedeli bu aşamada ödenmemişse de, alacaklı daha sonra sebepsiz zenginleşmeye dayalı istemde bulunabilir⁷⁸.

Nihayet, Yargıtay'a göre, muhdesatın maliklerden birine değil de üçüncü bir kişiye ait olduğu anlaşılırsa, bu durumda o ortaklığın giderilmesi davasına dâhil edilemez ve ona satış bedelinden pay da verilemez⁷⁹. Bununla birlikte, söz konusu dava görüldüğü sırada muhdesatın tespiti davası açılırsa, bu bekle-tici sorun olarak değerlendirilebilir (HMK. m. 165).

2. Kentsel Dönüşüm Uygulamasının Varlığı

Ortaklığın giderilmesi davasında olduğu gibi, kentsel dönüşüm uygulamasının varlığı halinde de hukukî yararın bulunduğu uygulamada kabul edilmektedir. Bu husus, esas itibarıyla 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanun kapsamında düzenlenmektedir. Nitekim, "Uygulama" başlıklı İkinci Bölümde (m. 3 vd.) riskli yapıların tespiti, taşınmaz devri ve tescil gibi hususlar düzenlenmektedir. Bu kapsamda bir kentsel dönüşüm uygulamasının varlığı halinde de muhdesatın tespiti davası açılabilir. Ayrıca, 6306 sayılı Kanununun 6. maddesinin 7. fıkrasında muhdesat kavramı da yer almaktadır.

3. Kamulaştırma

Kamulaştırma, bir kamu tüzel kişisi tarafından kamu yararının gerektirdiği hallerde bedel peşin ödenmek şartıyla idarî karara dayanarak özel mülkiyet konusu taşınmazın mülkiyetinin kazanılmasıdır (AY. m. 46/I)⁸⁰. Kamulaştırma esas itibarıyla 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nda düzenlenmektedir.

İdarelerin tapuya kayıtlı taşınmazlar için yaptıkları kamulaştırmalarda satın alma usulünün öncelikle uygulanması esastır (m. 8). Anlaşma olmaması veya tescil isteminde bulunulmaması halinde Kamulaştırma Kanunu'nun 10. maddesine göre işlem yapılır. Bu itibarla, kamulaştırmanın satın alma usulü

meydana getirip getirmediğinin uzman bilirkişi aracılığıyla saptanmasından sonra, işin esası hakkında karar verilmesi gerekirken..." (KBİBB.).

⁷⁸ 3.HD. T.17.12.2007, E.2007/17816 K.2007/19308 "Somut olayda, dava konusu taşınmaz üzerindeki binanın davacılar murisi (Mehmet) tarafından yaptırıldığı hususunda uyuşmazlık bulunmadığına göre, mahkemece yapılacak iş, muhtesatın satış bedeline katkı oranı usulince belirlenip, davalıların sebepsiz zenginleştikleri ve iade ile yükümlü oldukları miktar hesaplatılarak varılacak uygun sonuç dairesinde karar vermektir..." (KBİBB.).

⁷⁹ 6.HD. T.21.2.2005, E.2004/10681 K.2005/1242 (KBİBB.); 6.HD. T.27.5.2002, E.2002/3515 K.2002/3688 (KBİBB.); 6.HD. T.11.3.2002, E.2002/1416 K.2002/1543 (KBİBB.); 6.HD. T.5.5.1997, E.1997/3947 K.1997/4076 "Muhtesatın arzın paydaşlarına değil de 3. şahsa aidiyetinin anlaşılması halinde bu şahsın muhtesat nedeniyle davaya dâhil etme ve ona satış bedelinden pay verme mümkün değildir..." (KBİBB.).

⁸⁰ Gözler/ Kaplan, 646.



ile yapılamaması halinde idare, taşınmaz malın bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesinden taşınmazın kamulaştırma bedelinin tespitini ve idare adına tesciline karar verilmesini ister⁸¹. İşte, muhdesatın tespiti için hukukî yararın bulunduğu diğer bir hal de kamulaştırma işleminin bulunmasıdır⁸².

Nihayet, Kamulaştırma Kanunu'nun 19. maddesi hükmünün uygulanma imkânının bulunması da muhdesatın tespiti için hukukî yararın varsayıldığı diğer bir durumdur. Söz konusu hükümde, esas itibarıyla tapuya kayıtlı olmayan taşınmaz malın kamulaştırılmasının kararlaştırılması halinde uygulanacak usul öngörülmektedir. Bununla birlikte, aynı hükmün son fıkrası çerçevesinde başkasına ait taşınmaz üzerinde bulunan muhdesatın bedelinin zilyede ödenmesi gerekir⁸³.

4. Ara Değerlendirmemiz ve Şahsî Kanaatimiz

Yapılan açıklamalardan anlaşıldığı üzere, Yargıtay uygulaması gereğince muhdesatın tespiti ancak yukarıdaki gibi bir istisnaî durum varsa istenebilir. Başka bir deyişle, muhdesatın tespitinin istenebilmesi için meselâ ortaklığın giderilmesi davasının açılmış olması şeklinde bir ön şarta daha ihtiyaç vardır. Ancak, bu görüş oldukça eleştiriye açıktır. Çünkü, yerleşik uygulamanın bir sonucu olarak söz konusu tespit davasının açılması âdeta başka bir davanın açılmış olması veya işlemin yapılması şartına bağlanmaktadır.

⁸¹ Akçaal, 419 vd.

⁸² HGK.T.10.03.2020, E.2019/5-431 K.2020/285 “*Kanun'un lafzî ve ruhu göz önüne alındığında; ana ilke taşınmazın ve üzerinde bulunan muhtesatın gerçek değerinin tespit edilmesidir... Öte yandan idare tarafından düzenlenen kıymet takdir raporunda arazi üzerinde 2 yaşında 40 tane ceviz fidanı olduğu tespit edilmesine rağmen, hükme esas alınan bilirkişi raporunda ceviz fidanlarının hesaplamaya dâhil edilmemesi hatalıdır...*” (İçtihat Bülteni); 5.HD. T.4.5.2017, E.2017/4334 K.2017/12607 “*Dava konusu taşınmazlar üzerinde bulunan süs havuzu ve kömürlük vasfındaki yapılar için mahallinde bilirkişi kurulu eşliğinde yeniden keşif yapılarak mahkemeye yapılan gözlem tutanağı geçirilip, fotoğrafları da çekilmek suretiyle bu yapıların tüm nitelikleri (yaşı, fiziki durumları vs) net olarak tespit edilip Çevre ve Şehircilik Bakanlığı yapı birim maliyet cetvelindeki sınıfına göre değer biçilmesi ve yapıların yaşlarına göre yıpranma oranlarının belirlenmesi için bilirkişi kurulundan rapor alınması gerektiği...*” (KBİBB.); 5.HD. T.11.12.2018, E.2017/22346 K.2018/24392 (KBİBB.); 5.HD. T.24.12.2015, E.2015/20037 K.2015/25435 “*”1-Kamulaştırma öncesinde muhtesatların bulunduğu zemine ait tapu, tapu tahsis belgesi olup olmadığı, imar uygulaması yapıp yapılmadığı araştırılıp, davalı tarafa ait tapulu yerde ise bina bedeline, tapulu yerde değil ise tapu tahsis belgesi karşılığında yer verilip verilmemesine göre yapı ya da enkaz bedeline, tapu tahsis belgesi yok ise asgari levazım bedeli verilmesi gerektiğinin düşünülmemesi, 2-Davalı tarafın varlığını iddia ettiği ağaçlar konusunda araştırma yapıp, müspet veya menfî bir karar verilmemesi doğru görülmemiştir...*” (KBİBB.); 5.HD. T.18.3.2013, E.2013/51 K.2013/4599 (KBİBB.).

⁸³ 5.HD. T.6.2.2012, E.2011/14768 K.2012/1243 “*Kamulaştırma Kanununun 19/son maddesi uyarınca başkasına ait zemin üzerinde bulunan muhtesatın bedelinin zilyede ödenmesi gerekir. Davacıya ait ağaçlara hangi idarece el atıldığı belirlenip, usulüne uygun olarak kamulaştırma yapmadan el atan idareye karşı davanın kamulaştırmaz el atmaya dayanan tazminat davası olarak nitelendirilmesi ve adli yargının görevli olduğunun kabulü ile işin esasına girilerek hüküm kurulması gerekir...*” (KBİBB.).

Yargıtay'ın söz konusu yaklaşımı farklı gerekçelerle eleştirilebilir. Her şeyden önce, bu uygulama anayasal güvence altında bulunan hak arama özgürlüğünü (AY. m. 36) ihlâl etmektedir. Gerçekten de, muhdesatın tespiti davası için kanunda öngörülme-yen birtakım alternatif durumların varlığına bağlı olarak değerlendirme yapılması söz konusu anayasal hakka aykırıdır. Çünkü, dava hakkı, kişinin yargı organı önünde hak arama özgürlüğünün bir yansımasıdır.

Yargıtay'a göre, davacı muhdesatın tespiti yerine sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde eda davası açma imkânına da sahiptir. Dolayısıyla, davacının tespit davası açmakta kural olarak hukukî yararı yoktur⁸⁴. Ancak, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu bakımından bu gerekçe de eleştirilme-yebilir. Bu hususta, HMK. m. 107 hükmünün bağlayıcı olmamakla birlikte madde gerekçesi göz önünde bulundurulmalıdır. Buna göre, “*eda davasının açılabilirdiği hallerde tespit davası açılmaz yollu önermenin hak-arama özgürlüğünün ulaştığı kapasite ve hukukî yarar koşulunun muhtevası karşısında geçerliliği yoktur... Hak arama özgürlüğünün (Any.m.36, İHAS.m.6) özünde var olan bu seçenekler, yasa veya içtihat yoluyla yasaklanamaz...*”. Demek ki, sebepsiz zenginleşmeye dayalı bir eda davasının açılabilir olması muhdesatın tespiti davası için bir engel olarak değerlendirilemez. Nitekim, HMK. m. 107/ III hükmüne göre, kısmî eda davasının açılabilirdiği hallerde, tespit davası da açılabilir. Bu takdirde, hukukî yararın var olduğu kabul edilir.

Gerçekten de, tespit davası aslında eda davasının bir tür öncüsü durumundadır. Nitekim, tespit davasında elde edilen hüküm sonradan açılacak olan eda davasında kesin delil niteliğindedir⁸⁵. Ayrıca, tespit davası için aranan hukukî yararın bulunup bulunmadığı da burada değerlendirilmelidir. Bir hukukî ilişkinin tespit edilmesinde hukukî yararın bulunması için bazı şartların varlığı aranır. İlk olarak, davacının hakkı veya hukukî durumu bakımından güncel bir tehlikenin varlığı şarttır. İkinci olarak, bundan dolayı davacı zarara uğrayabilecek durumda bulunmalıdır. Son şart olarak da, tespit hükmü bu tehlikeyi ortadan kaldırmaya elverişli olmalıdır⁸⁶.

⁸⁴ 7.HD. T.18.10.2005, E.2005/3386 K.2005/3198 (KBİBB.); HGK.T.22.10.2019, E.2017/8-1854 K.2019/1096 (KBİBB.).

⁸⁵ Kuru/Arslan/Yılmaz, 259; Yılmaz, 1587.

⁸⁶ 4.HD. T.27.3.2002, E.2001/12901 K.2002/3620 (KBİBB.); HGK.T.11.3.2009, E.2009/8-75 K.2009/116 “*özellikle, davacı tarafından inşa edildiği ihtilafsız olan dava konusu muhdesatın üzerinde bulunduğu parsel hakkında paydaşlar arasında derdest bulunan ortaklığın giderilmesi davası sonunda taşınmazın muhdesatla birlikte satılarak yıkılması durumunun yanı sıra; tapuda mevcut zemin paydaşları veya ortaklığın giderilmesi davası sonucunda taşınmazı satın alan yeni zemin malikinin men'i müdahale ve kal davası açmak suretiyle davacı muhtesat sahibine taşınmazdan el çektirme ihtimalinin bulunmasına, bu itibarla hukuken himaye edilmesi gereken hakkı yakın bir tehlike altında bulunan davacının eldeki tespit davasını açmakta hukuki yararının bulunduğu kabulü gerektiğine...*” (KBİBB.); Pekcanitez/Atalay/Özekes, 297.

Tespit davasında davacının böyle bir davayı açmakta hukukî yararının bulunduğu varsayımından hareket edilmez. Tam tersine, davacı, söz konusu tehlikeli durumun ortaya çıkaracağı zararın tespit davası ile giderilebileceğini ispatlamalıdır⁸⁷.

Davacının hakkına ulaşmak için mahkeme kararının o an için gerekli olması halinde hukukî yararının da varlığı kabul edilebilir. Nitekim, davacıya yönelik güncel bir tehlike daha ziyade davalının davranışlarından kaynaklanır. Meselâ, davalı tarafından muhdesatın kullanılmasının engellenmekte olması böyle bir hukukî yararın varlığı için yeterli kabul edilmelidir⁸⁸.

Ayrıca, meselâ taraflar dışındaki diğer mirasçılardan müdahale isteminin varlığı da hukukî yararın varlığına işaret edebilir. Çünkü, böyle bir istem aslında taraflar arasındaki mirasa ilişkin bir anlaşmazlık bulunduğunu da ortaya koyar.

Kaldı ki, kanun koyucu tarafından muhdesatın tespitine yönelik böyle bir ön şart öngörülmemiştir. Dolayısıyla, kanunlarda yer almayan bir şartın muhdesatın tespiti için dayatılması isabetsizdir.

Yargıtay'ın yaklaşımı pratikte de sorunlara yol açabilecek niteliktedir. Çünkü, bu içtihadın sonucu olarak, muhdesatın tespitinde menfaati bulunan bir kimse sırf açılmış bir ortaklığın giderilmesi davası bulunmadığı için o esnada hak kaybına uğrayabilir. Meselâ, davalı muhdesat niteliğindeki yapı üzerinde her an bir üst hakkı kurabilir. Üst hakkına dayalı olarak başkasına ait arazide inşa edilen yapıların mülkiyeti arazi malikine değil, irtifak hakkı sahibine ait olur. Bunun için, üst hakkının tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedilmesine gerek yoktur⁸⁹.

Burada tespit davasının yerine, delil tespiti (HMK. m. 400 vd.) müessesesi ise bir çözüm olarak sunulamaz. Çünkü, delil tespiti, görülmekte olan bir davada henüz inceleme sırası gelmemiş veya ileride açılacak davada ileri sürülecek bir vakianın tespiti amacıyla keşif yapılması, bilirkişi incelemesi yaptırılması ya da tanık ifadelerinin alınması gibi işlemlerin yapılmasını kapsar (HMK. m. 400/I). Görüldüğü üzere, delil tespitinin konusu maddî vakialardır. Oysa, tespit

⁸⁷ 4.HD. T.9.10.2001, E.2001/10206 K.2001/9281 “*Davacı devam etmekte olan ortaklığın giderilmesi davasına delil teşkil etmek üzere tesbit davası açmıştır. Davaya konu fırın kümes ve ağaçların bedellerinin belirlenmiş olması ile diğer dava konusu yerler için yapılan zaruri giderlerin tesbitinde davacı açısından hukuki yarar bulunmamaktadır. Bu nedenle davaya konu olan fırın, kümes ve ağaçların bedelleri ile diğer dava konusu yerler için yapılan zaruri giderlerin belirlenmesi hususundaki talebin reddedilmesi gerekir..*” (KBİBB.); Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, 287.

⁸⁸ Muhdesatın bulunduğu taşınmazla ilgili önalm, gerilim, tenkis davası gibi başka inşai davaların açılması halinde de buna yönelik tespit istenebileceği hakkında bkz. Karamercan, 253 vd.

⁸⁹ CHK-Göksu, Art.675 ZGB N. 2.

davasının konusu sadece hak veya hukukî ilişkilerdir⁹⁰. Nitekim, muhdesatın tespitine yönelik istem de hak sahibinin muhdesat üzerindeki alacak hakkının var olduğunun tespiti için açılır.

C. Davanın Tarafları

Davacı muhdesatın kendisi tarafından inşa edildiğini veya dikildiğini ileri süren kimsedir. Şu halde, davacı tarafta bir veya daha fazla kimse yer alabilir. Davalı ise, esas itibarıyla davacı dışında kalan paydaşların veya ortakların tamamıdır. Nitekim, Yargıtay'ın görüşü, “*muhtesatın aidiyetinin tespiti davalarında, ortaklığın giderilmesi davasının yargılaması sırasında muhtesatın davacı tarafça meydana getirildiğini açıkça kayıtsız ve koşulsuz kabul edenler dışında kalan ve muhtesatın üzerinde bulunduğu taşınmazda paydaş olan tüm tapu maliklerinin davada taraf olmaları zorunludur...*”⁹¹ şeklindedir.

Dava açıldıktan sonra dava konusunun devri mümkündür. Meselâ, davalı, üzerinde muhdesatın yer aldığı taşınmaz üzerindeki payını üçüncü bir kişiye devredebilir. Bu takdirde, HMK. m. 125 gereğince davacı iki imkâna sahip olur. O, dilerse devreden tarafla olan davasından vazgeçer ve dava konusunu devralmış olan kişiye karşı davaya devam eder, dilerse de davasını payını devreden kimse hakkında tazminat davasına dönüştürür⁹².

D. İspat Yükü

İspat yükü kural olarak davacıya aittir. Davacı, muhdesatın varlığını ispat etmek zorundadır. Bu kapsamda, o, yapının veya bitkinin kalıcı olmak üzere kendisi tarafından meydana getirildiğini de ispatlamalıdır (TMK. m. 6; HMK. m. 190). Bunun için davacı tanık dâhil her türlü delile başvurabilir⁹³.

İspat yükü davacıya ait olmakla birlikte, davalı meselâ yapının muhdesat niteliğinde olmadığını ileri sürebilirler. Aynı şekilde, yapı veya bitkinin taşınır

⁹⁰ Kuru/Arslan/Yılmaz, 568.

⁹¹ 7.HD. T.12.10.2010, E.2010/3811 K.2010/5719 (KBİBB.); 7.HD. T.10.11.2008, E.2008/5581 K.2008/4856 (KBİBB.).

⁹² 7.HD. T.10.11.2008, E.2008/5581 K.2008/4856 “*yine tespit davasının görülüp sonuçlandırılabilmesi için de taşınmazdaki payını sonradan devralan Ramazan'ın davada taraf olması gerektiği kuşkusuzdur...*” (KBİBB.).

⁹³ HGK.T.13.2.2002, E.2002/6-76 K.2002/96 (KBİBB.); 7.HD. T.20.3.2012, E.2011/3652 K.2012/1965 “*Muhtesat aidiyetinin tespiti davalarında kanıt yükü, davacı taraf üzerinde olup, davacı taraf muhtesatı kendi adına ve hesabına meydana getirdiğini her türlü delille kanıtlayabilir.. mahkemece davacıya yemin teklifi hakkını kullanıp kullanmayacağı hatırlatılıp, kullanmak istediği takdirde sonucuna göre karar vermek gerekir...*” (KBİBB.); 1.HD. T.6.10.2005, E.2005/9792 K.2005/10540 “*Yukarıda açıklanan iddialarla açılan davalar bakımından yeterli bir araştırma yapıldığı söylenemez. Birleşen davadaki taşkın inşaat iddiası araştırılmadığı gibi muhtesatın aidiyetine yönelik ikame edilen tanıklar da dinlenmemiştir. Soruşturma eksik olduğu gibi kurulan hüküm de, özellikle davayı kabul edenler bakımından yetersizdir...*” (KBİBB.).

niteliğinde olduğunun ispatlanması da söz konusu davanın reddini sağlar. Görüldüğü üzere, davalı da çeşitli savunmalarda bulunabilir⁹⁴.

KK. m. 19/II hükmü gereğince muhdesatın tapu sicilinde gösterilmesi bir karine oluşturur. Ancak, bu kesin karine değildir. Böyle bir durumda, söz konusu adi karinenin aksini ispatlamak ise, iddia edene düşer⁹⁵.

E. Davanın Süresi

Muhdesatın tespiti davası bakımından genel bir hak düşürücü süre kanunlarda açıkça öngörülmemektedir. Bununla birlikte, kadastro tespitinden önce oluşturulmuş bir muhdesat varsa, buna yönelik tespit isteminde bulunulması mümkündür⁹⁶. Ancak, kesinleşen kadastro tutanaklarında belirtilen haklara, sınırlandırma ve tespitlere ait tutanakların kesinleştiği tarihten itibaren on yıl geçtikten sonra, kadastrodan önceki hukuki sebeplere (haklara) dayanarak itiraz olunamaz ve dava açılmaz (KK. m. 12/III). Başka bir deyişle, burada hak düşürücü bir süre söz konusudur⁹⁷.

Doktrinde, 10 yıllık süre geçtikten sonra, kadastrodan önceki hukukî sebebe dayalı olarak kişisel bir hakkın da ileri sürülemeyeceği kabul edilmektedir. Meselâ, taşınmaz üzerindeki bina ve dikili ağaç gibi muhdesata ilişkin

⁹⁴ 7.HD. T.7.2.2012, E.2011/8041 K.2012/535 “gerek sözleşme yapılırken mevcut olan ve gerekse sözleşmenin yürürlükte olduğu dönemde taşınmaz üzerinde yapılacak olan muhtesatların ve mefruşatların kime ait olacağı konusundaki uyumsuzluğun sözleşmenin bu hükmüne göre çözümlenmesi gerektiği, yazılı belge aksine bu konudaki uyumsuzluğun takdiri nitelikteki tamk ve diğer delillere dayanılarak çözümlenemeyeceği kuşkusuzdur. Sonradan tahsisin iptal edilmesi veya kira sözleşmesinin sona ermiş olması bu olguyu değiştirmez...” (KBİBB.); 7.HD. T.22.4.2005, E.2005/1253 K.2005/1268 “Ferağat ve kabulle dava kendiliğinden son bulur. Ne var ki, hükmü temyiz eden davalı İbrahim Ketenci davayı ilk oturumda az yukarıda belirtilen hukuksal olgular eşliğinde yöntemine uygun şekilde kabul etmemiştir. Hal böyle olunca adı geçenin dava açılmasına haksız davranışı ile neden olduğunun kabulü gerekir...” (KBİBB.).

⁹⁵ 14.HD. T.23.12.2020, E.2020/319 K.2020/8765 “Dava konusu 105 ada 124 parsel sayılı taşınmaz yönünden ise; taşınmazın tapu kaydında 5 adet muhtesat şerhi bulunduğu, ancak satış bedelinin dağıtılmasında tapudaki şerh lehtarları ile muhtesattan pay alan hissedarların örtüşmediği anlaşılmıştır. Mahkemece, tapudaki muhtesat kayıtlarına itiraz olması durumunda bu sorunun giderilmesi için taraflara süre verilerek sonucunun beklenilmesi ve ardından oluşan duruma göre karar verilmesi gerekir...” (KBİBB.).

⁹⁶ 16.HD. T.29.1.2004, E.2004/730 K.2004/1283 (KBİBB.); 16.HD. T.10.2.1994, E.1993/6616 K.1994/1132 “Ancak taşınmaz üzerinde kadastro tesbitinden önce oluşturulan muhdesat bulunduğu dosya kapsamı ile sabit olduğu halde, mahkemece muhdesat hususunda hüküm kurulmamıştır. 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 19/2. maddesi uyarınca, taşınmaz üzerinde malikinden başka bir kimseye veya paydaşlarından birine ait muhdesat mevcut ise; bunun sahibi, cinsi, ihdas tarihi ve iktisap sebebi belirtilerek tutanağın veya kütüğün beyanlar hanesinde gösterileceği hükme bağlanmıştır...” (KBİBB.).

⁹⁷ 4.HD. T.1.10.2001, E.2001/4748 K.2001/8803 (KBİBB.); 4.HD. T.7.5.2001, E.2001/1114 K.2001/4784 (KBİBB.).

haklarda durum böyledir⁹⁸. Dolayısıyla, muhdesata ilişkin hak ancak bu süre içinde ileri sürülebilir⁹⁹. Keza, Yargıtay da aynı görüştedir. Buna göre, 10 yıllık hak düşürücü süreden sonra davalının muhdesatın varlığını kabul etmesi dahi sonucu değiştirmez¹⁰⁰.

F. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Ortaklığın giderilmesi davasında görevli mahkeme sulh hukuk mahkemesidir (HMK. m. 4/I, b). Muhdesatın tespiti davasında ise görevli mahkeme, dava konusunun değer veya tutarına bakılmaksızın asliye hukuk mahkemesidir (HMK. m. 2)¹⁰¹.

Muhdesatın tespiti davası taşınmaza ilişkin olmakla birlikte onun aynından doğan bir dava (HMK. m. 12) olarak değerlendirilemez¹⁰². Çünkü, muhdesatın bulunduğu anlaşılmaması halinde, bu durum hak sahibine alacak hakkı bahşeder. Dolayısıyla, burada genel yetkili mahkeme, yani davalının dava açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesi kesin olmayan yetkiye sahiptir (HMK. m. 6/I).

G. Davanın Hükmü

Muhdesatın tespiti davası kabul edilirse, bu muhdesatın davacı tarafından meydana getirildiğinin belirlenmesi anlamına gelir. Bunun yerine, muhdesatın mülkiyetinin davacıya ait olduğuna ise karar verilemez¹⁰³.

⁹⁸ Eren/Başpınar, 291.

⁹⁹ 7.HD. T.1.3.2011, E.2010/6789 K.2011/1161 “dava konusu muhtesatın üzerinde yer aldığı taşınmaza ait kadastro tespit tutanağı getirilmeden, davaya konu edilen muhtesat ile tapu kaydında gösterilen muhtesatın aynı olup olmadığı, aynı iseler; hak düşürücü sürenin geçip geçmediği belirlenmeden karar verilemez...” (KBİBB.); Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 802.

¹⁰⁰ 7.HD. T.16.2.2012, E.2011/7562 K.2012/858 “davanın esasına girilemez. Bu halde davalı tarafın davayı kabulü dahi sonuç doğurmaz...” (KBİBB.).

¹⁰¹ 16.HD. T.25.1.2001, E.2000/4569 K.2001/62 “Sulh Hukuk Mahkemesi’nde görülen izalei şuyu davasında muhdesatın aidiyeti konusunda mirasçılara (varislere) önel verilmiş; Asliye Hukuk Mahkemesi’nde de taşınmazla ilgili tutanak düzenlendiğinden görev nedeni ile dava dosyası Kadastro Mahkemesine aktarılmıştır. Hal böyle olunca; tarafların iddia ve savunmaları ile ilgili deliller toplanıp muhdesatın mülkiyetinin belirleneceği gibi; ayrıca dava konusu parselin malik hanesi davalı olması nedeniyle Kadastro Hakimi tarafından doğru sicil oluşturularak mirasçılar arasında pay oranlarına göre doldurulup tapuya tesciline karar verilmesi gerekir...” (KBİBB.). Ayrıca, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun yürürlükte olduğu dönemde görevli mahkeme dava konusu şeyin değerine göre belirlenirdi. Bkz. 6.HD. T.14.12.2006, E.2006/10587 K.2006/13003 (KBİBB.).

¹⁰² Muhdesata ilişkin sebepsiz zenginleşme davası bakımından aynı görüş için bkz. 8.HD. T.06:02.2017, E.2016/21779 K.2017/1149 “İlamda sicilde değişikliğe yol açan tescil hükmü bulunmadığı dolayısı ile ilamın taşınmazın aynına ilişkin olmayıp infazı için kesinleşmesi koşulu bulunmadığından mahkemece şikayetin reddine karar verilmesi gerekirken...” (İçtihat Bülteni).

¹⁰³ 7.HD. T.16.2.2012, E.2011/7562 K.2012/858 (KBİBB.).



Muhdesatın tespiti davası sonucunda sadece tespit hükmü verilir. Dolayısıyla, bundan aynî hak sahipliği etkilenmez. Başka bir deyişle, burada mahkemenin kararı kurucu değil, açıklayıcı niteliktedir. Tespit hükmü ilâmlı icra (İİK. m. 24 vd.) yoluyla icraya konulamaz¹⁰⁴. Ama, meselâ ortaklığın giderilmesi davası sonucunda paylaşırma bu hüküm göz önünde bulundurularak gerçekleştirilir¹⁰⁵.

Tespit hükmü, kesin hüküm (HMK. m. 303) ve kesin delil oluşturur¹⁰⁶. Dolayısıyla, muhdesatın kime ait olduğu kadastro mahkemesinde incelenmiş ve karara bağlanarak kesin hüküm oluşmuşsa, bu konu artık yeniden dava yoluyla incelenemez¹⁰⁷.

Ayrıca, taleple bağlılık ilkesi söz konusu dava bakımından da geçerlidir. Dolayısıyla, hâkim tarafların talep sonucundan fazlasına veya başka bir şeye karar veremez (HMK. m. 26/I). Meselâ, taşınmaz üzerindeki bir veya birkaç binanın muhdesat olarak tespiti istenmişse, bu aşılarda bütün binalar bakımından bir karar verilemez¹⁰⁸.

VI. SEBEPSİZ ZENGİNLEŞMEYE DAYALI ALACAK İSTEMİ

A. Şartları

Muhdesat, hak sahibine arazi mülkiyetinden ayrı, bağımsız bir mülkiyet veya sınırlı bir aynî hak bahşetmez. Aynı şekilde, muhdesatın zilyetliğinin devri de devralana taşınmaz üzerinde aynî hak sağlamaz ve onu taşınmazda pay-

¹⁰⁴ 7.HD. T.11.7.2005, E.2005/2289 K.2005/2289 “Kural olarak aidiyetin tesbitine ilişkin davalar sonucunda yerel mahkemesince oluşturulan hükümlerin icra ve infaz kabiliyeti yok ise de ortaklığın giderilmesi davası sonuçlandırıldığında aidiyetin tesbiti davasında saptanan hukuksal olgunun açık bir anlatımla belli bir hukuki olgunun varlığı ya da yokluğunu belirleyen mahkeme hükmünün ortaklığın giderilmesi davasıyla ilgili kesinleşen hükmün icra ve infazı için önemli olacağı kuşkusuzdur. O halde 1048 ada 10 parsel sayılı taşınmaz üzerinde bulunan muhdesatın kime ait olduğu yada kim tarafından meydana getirildiği taşınmaz üzerindeki konumunu ve yüzölçümünü muhdesatın niteliğini ve cinsini duraksamasız belirleyecek şekilde hüküm kurulması gerekir...” (KBİBB.).

¹⁰⁵ 7.HD. T.18.9.2006, E.2006/2762 K.2006/2599 “O halde, hüküm yerinde bilirkişi raporuna yollama yapılmaksızın, muhtesatların sayı, yaş, cins gibi bütün ayırıcı nitelikleri de belirtilerek ayrı ayrı her bir parsel üzerinde bulunan ev, ahır ve ağaçlar hüküm yerinde açıkça belirtmeli, infazda kuşku ve tereddüt yaratmayacak biçimde hüküm kurulmalıdır...” (KBİBB.).

¹⁰⁶ Ayrıca bkz. 7.HD. T.15.9.2005, E.2005/2569 K.2005/2616 (KBİBB.); 8.HD. T.20.2.2017, E.2014/25903 K.2017/2165 (KBİBB.).

¹⁰⁷ HGK.T.21.6.2000, E.2000/20-1010 K.2000/1075 (KBİBB.).

¹⁰⁸ 7.HD. T.16.2.2012, E.2011/7562 K.2012/858 “davaya konu tüm muhdesatlar yönünden talep aşılarda ve bütünüyle parça ile ilgili yasal düzenlemelere aykırı olacak şekilde muhdesatların mülkiyetinin tespitine karar verilmesi dahi isabetsiz, davalı İbrahim kızı Fatma kayyımının temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde görüldüğünden kabulü ile hükmün bozulmasına...” (KBİBB.); 8.HD. T.12.10.2015, E.2015/9793 K.2015/18164 (KBİBB.).

daş kılmaz¹⁰⁹. Hak sahibi muhdesat sayesinde ancak şahsî hak (alacak hakkı) elde eder¹¹⁰.

Yerleşik uygulama gereğince, muhdesatın varlığı halinde alacak isteminin hukukî dayanağı ise sebepsiz zenginleşmedir¹¹¹. Hemen belirtilmelidir ki, şartları bulunmak kaydıyla haksız fiil (TBK. m. 49 vd.) veya vekâletsiz işgörmeye (TBK. m. 526 vd.) de söz konusu borç ilişkisinin kaynağı olabilir. Bu takdirde, sebeplerin yarışması söz konusu olup, hâkim kural gereğince en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir (TBK. m. 60).

Sebepsiz zenginleşmeden maksat ise, bir kimsenin malvarlığının haklı bir sebep olmaksızın başka bir kimse aleyhine çoğalmasındır. Gerçekten de, haklı bir sebep olmaksızın bir başkasının malvarlığından veya emeğinden zenginleşen kimse, bunu iade etmekle yükümlüdür (TBK m.77/I)¹¹².

Sebepsiz zenginleşmeden söz edebilmek için aranan ilk şart zenginleşmedir. Zenginleşme, bir kimsenin malvarlığında ortaya çıkan artışı ifade eder. Başka bir deyişle, zenginleşme, zenginleşenin malvarlığının hâlihazırdaki durumu ile haklı sebebe dayanmayan çoğalma olmasaydı arz edeceği durum arasındaki farktan ibarettir¹¹³. Nitekim, muhdesatı oluşturan malzeme veya bitki üzerindeki mülkiyet hakkı bütünüleyici parça niteliğinin kazanılmasıyla birlikte sona ermekte ve yapı ya da bitki taşınmaz malikinin mülkiyetine dâhil olmaktadır.

¹⁰⁹ 1.HD. T.20.10.2003, E.2003/10199 K.2003/11035 “*Muhtesatın zilyetliğinin devri de, devir alana zeminde aynı hak sağlamaz ve onu taşınmazda paydaş kılmaz. Tapudaki muhtesat şerhi sahibine kişisel hak bahşeder. Bu davada mülkiyet hakkıyla kişisel hakkın çatışması halinde, aynı hakka üstünlük tanınmak suretiyle çözüme gidilir. Hal böyle olunca, çap kaydına üstünlük tanınmak suretiyle davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken...*” (KBİBB.).

¹¹⁰ 1.HD. T.4.2.1974, E.1973/806 K.1974/622 “*Şerh muhdesatın yer sahibinden başkasına aidiyetini göstermesi itibarıyla muhdesat sahibi yararına intifa veya irtifak hakkı gibi aynı bir hak doğurmaz, arz sahibinin mülkiyet hakkını kısıtlayan bir sonuç yaratmaz. Muhdesat, sahibi olan kimseye ancak kişisel haklar sağladığına göre yerin maliki olan Hazine tarafından Medeni Kanun’un 618. maddesine dayanılarak elatmanın önlenmesi isteğiyle açılan davanın kabulü gerekli iken kişisel hakka üstünlük tanınmak suretiyle davanın reddedilmesi doğru değildir...*” (KBİBB.); HGK.T.22.10.2019, E.2017/8-1854 K.2019/1096 (KBİBB.); 1.HD. T.22.12.2004, E.2004/14125 K.2004/14267 “*Davacı, taşınmazda aynı hak sahibidir. Muhtesat şerhi ise sahibine kişisel hak sağlar. Kural olarak bir çekişmede aynı hak ile kişisel hakkın çatışması halinde çekişmenin aynı hakka üstünlük tanınması suretiyle çözüme kavuşturulması asıldır...*” (KBİBB.).

¹¹¹ HGK.T.22.10.2019, E.2017/8-1854 K.2019/1096 “*sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre eda davasına ilişkin talepte bulunma imkânının mevcut olduğu...*” (KBİBB.).

¹¹² Keller/Schaufelberger, 17; Schönerberger, 15-16; Guhl, 150-151; Öz, 22; Olgaç, 1; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, Borçlar, 733; Oğuzman/Öz, 321; Akıncı, 263.

¹¹³ HGK.T.10.10.2019, E.2017/3-1769 K.2019/1056 “*somut olayda ihale bedeline davacıya ait muhtesat bedelinin dâhil edilmediği ve ihale alıcısının muhtesat için bir bedel ödemediği sabittir. O hâlde; taşınmazın satışı nedeniyle davacıya ait muhtesat karşılığında bir bedel almayan davalı ... Başkanlığının sebepsiz olarak zenginleştiğinden söz edilemez...*” (KBİBB.).



Doktrinde ikinci şart fakirleşme (eksilme) diye de ifade edilmektedir¹¹⁴. Ancak, sebepsiz zenginleşme için bir kimse zenginleşirken mutlaka başka bir kimsenin fakirleşmesi gerekmez. Dolayısıyla, fakirleşme yerine ikinci şart için başkası aleyhine zenginleşme denmesi daha yerinde olur¹¹⁵. Meselâ, ortaklığın giderilmesi sonucunda elde edilen satış bedeli malikler arasında paylaştırılıp, muhdesatı inşa eden kimsenin alacağı tatmin edilmezse (muhdesat bedeli ödenmezse), bu şart mevcuttur¹¹⁶.

Üçüncü şart, zenginleşme ile zenginleştirici olay arasında illiyet bağının varlığıdır. Bunun için, uygun illiyet bağı aranmaz; tabii illiyet bağı yeterlidir¹¹⁷.

Zenginleşmeyi doğuran sebep, edimin ifası veya zenginleşenin müdahalesi ya da umulmayan bir olay olabilir. Bunlardan hangisinden kaynaklanırsa kaynaklansın zenginleşmenin mutlaka haklı bir sebebi bulunmalıdır. Aksi takdirde, sebepsiz zenginleşme bahse konu olur. Bu itibarla, dördüncü ve son şart, haklı bir sebebin bulunmamasıdır.

Bütün bu şartların varlığı halinde, sebepsiz zenginleşmenin tamamı istenebileceği gibi, kısmî dava da açılabilir (HMK. m. 109). Ama, bunun için davacı alacağının sadece bir kısmı için dava açtığını bildirmelidir (HMK. m. 119/I, ğ). Aksi takdirde, sebepsiz zenginleşme davası tam dava sayılır ve geri kalan kısım için dava açılmaz¹¹⁸.

B. Tarafları

Sebepsiz zenginleşme davasında davacı muhdesatı inşa eden veya diken kimse ya da onun mirasçılarıdır¹¹⁹. Meselâ, mirasbırakan tarafından yaptırılmış olan muhdesat (bina) için mirasçılar söz konusu davayı açabilirler¹²⁰.

Davalı ise, haksız bir şekilde malvarlığı zenginleşmiş olan kimse veya onun mirasçılarıdır. Başka bir deyişle, davalı, yapı yapılırken ya da bitki dikilirken taşınmazın maliki kimse o ya da onun küllî halefleridir¹²¹. Meselâ, kanunî süre

¹¹⁴ Oğuzman/Öz, 330 vd.

¹¹⁵ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, 312.

¹¹⁶ 3.HD. T.17.12.2007, E.2007/17816 K.2007/19308 (KBİBB.).

¹¹⁷ HGK.T.19.1.1983, E.1979/4-1771 K.1983/13 “Hiç kuşkusuz, davacının geri isteme hakkı, nedensellik bağıyla sınırlıdır ve davacı taraf, muhdesat ile nedensellik bağlantısı içerisinde ilgisi olmayan zenginleşmeleri isteyemez...” (KBİBB.); Oğuzman/Öz, 334.

¹¹⁸ 5.HD. T.18.4.2002, E.2002/6017 K.2002/9269 “Dava konusu muhtesatın üzerinde bulunduğu zeminde pay sahibi olan davacılarından Mehmet Ali Ü, zemin bedelinin tahsili için dava açmış, bu davada zemindeki mülkiyet hakkından feragat karşılığında 1/2 payının bedelini talep etmiştir. Bu davada fazlaya ilişkin hakkını saklı tutmamıştır. Zemindeki mülkiyet hakkından bedel karşılığında vazgeçilmesi, üzerindeki muhtesatı da kapsar, ayrı bir dava ile arza tabi muhtesat bedeli talep edilemez...” (KBİBB.); 5.HD. T.18.4.2002, E.2002/6019 K.2002/9265 (KBİBB.); 5.HD. T.18.4.2002, E.2002/6020 K.2002/9263 (KBİBB.).

¹¹⁹ 14.HD. T.30.5.2011, E.2011/5110 K.2011/6987 (KBİBB.).

¹²⁰ 3.HD. T.17.12.2007, E.2007/17816 K.2007/19308 (KBİBB.).

¹²¹ 14.HD. T.30.5.2011, E.2011/5110 K.2011/6987 (KBİBB.).

çinde konut yapamamaktan dolayı arsa alıcının elinden belediye tarafından geri alınır ve başkasına satılırsa, husumet belediyeye yöneltilebilir¹²².

Hak sahibi, şeyi satın alan üçüncü bir kimseye karşı ise böyle bir istemde bulunamaz¹²³. Böyle bir durumda, o borçludan sadece zararının tazminini isteyebilir (TBK. m. 112 vd.)¹²⁴. Gerçekten de, borçlu sebepsiz olarak kazandığı şeyi üçüncü kişiye devretmişse, devralana karşı sebepsiz zenginleşme davası açılmaz. Nitekim, üzerinde muhtesat bulunan taşınmaz ortaklığın giderilmesi davası sonucunda üçüncü bir kişiye satılırsa, artık ona karşı bu dava açılmaz¹²⁵. Yargıtay'ın yanlış gerekçeli bir kararının¹²⁶ aksine bu gibi bir durumda devralanın iyiniyetli olup olmadığına bakılmamalıdır.

¹²² 13.HD. T.9.3.1992, E.1992/1675 K.1992/2270 “Taşınmazın davalı tarafından alınması sonucu, taşınmaza yaptığı giderler yönünden davacının mal varlığında bir fakirleşmenin meydana geldiği kuşku ve duraksamaya yer olmayacak şekilde açıktır. Taşınmaz davalı belediyenin mal varlığına dönerken maddi değeri olan ve davacı tarafından yapılan giderler (muhtesat) davalının mal varlığına girmiş daha sonra bunlarla taşınmaz 3. kişiye satılmıştır. Bunun yanında davacı tarafından yapılan muhtesatın davalı belediyeye ait olacağı yolunda bir sözleşme ya da bir yasa hükmü de bulunmamaktadır. O halde, zenginleşmenin farklı bir sebebe dayandığı da söylenemez. Öyleyse, husumetin davalı belediyeye düşeceğinin mahkemece kabul edilmesi doğrudur...” (KBİBB.).

¹²³ 14.HD. T.30.5.2011, E.2011/5110 K.2011/6987 “Türk Medeni Kanununun 729. maddesinde yapı sahibine tanınan bu hak, kişisel hak niteliğinde olup, ağaç ve kuyunun sahibi ve onun külli halefleri tarafından, ağaç dikilirken kuyu yapılırken taşınmazın maliki kim ise ona ya da onun külli haleflerine karşı ileri sürülebilir. Dava konusu 833 parsel sayılı taşınmazın tapu kaydı incelendiğinde taşınmazın 4.4.2002 tarihinde davalı tarafından satın alındığı anlaşılmaktadır. Davalı davaya konu ağaçların dikildiği ve kuyunun açıldığı tarihten çok sonra taşınmazı temlik ettiğiinden muhtesat bedelinin davalıdan istenilmesi mümkün değildir...” (KBİBB.). Oysa, eleştiriye açık bir karar için bkz. 3.HD. T.10.12.2019, E.2019/2951 K.2019/9904 “Bundan ayrı olarak, dosya içinde mevcut resmi akıt tablolarından davalıların değişik tarihlerde diğer hissedarlardan pay satın aldıkları sabittir. Davalılar diğer hissedarlardan pay satın aldıklarına göre, davalıların bu hissedarlara muhtesat bedelini ödeyip ödemediklerinin tespit edilmesi gerekmektedir. Şöyle ki davalılar pay satın alırken muhtesat bedeli ödeyerek taşınmaz satın aldıkları takdirde, satın aldıkları pay nedeniyle muhtesat yönünden davacıya karşı sebepsiz zenginleştiklerinden söz edilemez. Aksi halde davalılar muhtesatın bedelini ödemediği pay satın almış iseler o takdirde davalılar sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre elde ettiği kazanımı geri vermek zorundadırlar...” (KBİBB.).

¹²⁴ 1.HD. T.1.10.2001, E.2001/8726 K.2001/10011 “Bu durumda, davalı Özel İdare kayıt maliki olduğundan çap kaydı iptal edilmediği sürece davacının elatmanın önlenmesini istemesine yasal olanak yoktur. Öte yandan, taşınmaz Belediyenin satışı ile davalıya geçtiğine göre, imar uygulamasından önce taşınmazın davacıya ait olduğu hükmen isbat edilse dahi davacının muhtesat bedelini ancak dava dışı Belediyeden istemesi gerekir...” (KBİBB.).

¹²⁵ Ayrıca bkz. 3.HD. T.17.12.2007, E.2007/17816 K.2007/19308 (KBİBB.).

¹²⁶ 14.HD. T.4.4.2002, E.2002/1730 K.2002/2486 “Ne var ki dava konusu taşınmaz hazine tarafından üzerindeki mütemmim cüz niteliğindeki muhtesatla birlikte davalılara satılarak tapudan devredilmiştir. Satış tarihinde tapu kaydında muhtesat şerhi de bulunmadığına göre iyiniyetli üçüncü şahıs durumundaki davalılar aleyhine tazminata hükmedilmesi doğru görülmemiş...” (KBİBB.).

C. Zenginleşenin Geri Verme Borcu

Sebepsiz zenginleşme davasının konusu zenginleşmeye konu olan şeyin iadesidir¹²⁷. İade mümkünse aynen gerçekleştirilir. Ama, muhdesat bütünleyici parça niteliğinde olduğu için bu mümkün değildir. İşte, aynen iade mümkün olmadığı takdirde iade nakden yapılır; yani zenginleşmenin değer olarak karşılığı muhdesat bedeli diye ödenir¹²⁸.

Yargıtay'a göre, nakden iade değeri, yapı için harcanan gider toplamı değil, ortaklığın giderilmesi davası sonucundaki muhdesatın satış bedelidir¹²⁹. Bitki-lerde ise gelir metodunun esas alındığı kararlar mevcuttur¹³⁰.

¹²⁷ 5.HD. T.17.7.2008, E.2008/7099 K.2008/10055 “*Dava konusu taşınmazın kapama kavaklık bölümüne kavak geliri esas alınarak değer biçildiğinden, bu değer taşınmaz üzerinde bulunan kavak ağaçlarının değerini de kapsamaktadır. Açıklanan nedenle, bu bölüme yalnız kavak geliri esas alınarak biçilen değere hükmetmek gerekirken, bu miktara kavak ağaçlarına maktuen biçilen değer in ilave edilmesi suretiyle fazlaya hükmedilmesi doğru görülmemiştir...*” (KBİBB.).

¹²⁸ 13.HD. T.9.3.1992, E.1992/1675 K.1992/2270 “*iadeye tabi tutulan mal mümkünse aynen iade edilir. Ne var ki davada; iadeye tabi mal taşınmazın mütemmim bir cüzü olarak başkasına satıldığına göre bunun ikame değeri davalı belediyenin mal varlığında nedensiz kaldığının kabulü gerekir. Bu yüzden parasal değer in talep edilmesinde de yasaya aykırılık bulunmamaktadır...*” (KBİBB.). Ayrıca bkz. 5.HD. T.4.7.2000, E.2000/9899 K.2000/12320 “*Dava, muhtesata takdir edilen kamulaştırma bedeline ilişkindir... Bu durum karşısında Belediye Encümeni'nin kararı doğrultusunda davacılara ödenmesi gereken bedel yapı maliyet bedelidir. Dava dilekçesinde de bu bedel talep edilmektedir. Diğer bir deyişle davacının istemi ile Belediye Encümeni'nin kamulaştırmaya ilişkin kararında bir aykırılık mevcut değildir. Encümen kararına karşı çıkılmamıştır. İşin esasına girilerek talep hakkında bir karar verilmek gerekir...*” (KBİBB.); 5.HD. T.19.3.2013, E.2013/581 K.2013/4769 “*El atılıp yıktırılan binanın dava tarihindeki Bayındırlık ve İskan Bakanlığının yapı yaklaşık birim fiyatlarına göre yapı sınıfı belirlenip, yaşına göre yıpranma payı da düşülerek bulunacak değerine hükmedilmesi gerekirken, 2009 yılında yeniden yapılacak binanın proje masrafı, yapı denetim ve jeolojik zemin etüdü gibi masraflar da eklenerek değerinin tespiti ile fazlaya hükmedilmesi doğru görülmemiştir...*” (KBİBB.); 5.HD. T.10.6.2002, E.2002/8175 K.2002/13218 (KBİBB.).

¹²⁹ HGK.T.19.1.1983, E.1979/4-1771 K.1983/13 “*Maddi olgunun belirlenen niteliği, dava Medeni Kanununun 649 uncu maddesinin uygulanmasına olanak vermemektedir. Bir an için böyle bir olanağın varlığı kabul olursa dahi, hukuksal durumun gene değişmeyeceği ortadadır... Bu durumda, sözü edilen değer in olayımızda satım bedeli olarak kabulünde bir isabetsizlik olmayacaktır... Bu bakımdan, yoksullaşma ve zenginleşmenin oluşmasından otuz yıl önce yapılmış giderleri geri almanın belirlenmesinde ölçüt olarak alınmasını öngören bir görüşün sırf uzun bir geçmişe dayanmasından ötürü benimsenemeyeceği giderek, böyle bir benimsemenin adalet ve hak duygularını incitir bir nitelik taşıyacağı söz götürmez...*” (KBİBB.).

¹³⁰ 5.HD. T.4.7.2011, E.2011/7624 K.2011/12225 “*Dava konusu üzüm asmalarının zeminde kapladığı alan belirlenerek arazinin kapama üzüm bağı niteliğinde kabulü ile gelir metoduna göre net üzüm geliri esas alınarak değer biçildikten ve zemine ekilebilecek münavebe ürünlerinin net gelirine göre biçilen değer düşüldükten sonra muhtesat bedelinin tespiti yöntem itibari ile doğrudur...*” (KBİBB.). Bununla birlikte bkz. HGK.T.13.2.2002,

Geri vermenin kapsamı belirlenirken TBK. m. 79-80 hükümleri de göz önünde bulundurulur. Bu itibarla, davalının iyiniyetli olup olmamasına göre bir değerlendirme yapılır¹³¹. Ancak, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na göre, yararların mahsubuna ilişkin kural söz konusu istem bakımından uygulanamaz¹³².

Muhdesatın aidiyetinin tespiti davası deyimine yönelik eleştiriler önceden ortaya konulmuştur. Eklenmelidir ki, uygulamada hem muhdesatın aidiyetin tespiti isteminden hem de sebepsiz zenginleşme istenebileceğinden söz edilmesi ayrı bir çelişkilidir. Öncelikle, muhdesat bütünlüyci parça niteliğinde olduğu için onun malikten başka bir kimseye ait olduğunun tespiti zaten istenemez. Burada tespitin konusu ancak muhdesat için aranan şartların gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlenmesi olabilir. Üstelik, sebepsiz zenginleşmeye dayalı bir istemde bulunabilmek için zenginleşme şarttır. Yani, muhdesat üzerindeki aynı hakkın kaybedilmesi gerekir. Dolayısıyla, hem muhdesatın onun üzerinde hak sahibi olan kimseye ait olduğunun tespitinden söz etmek hem de böyle bir durumda sebepsiz zenginleşmeye dayalı istemde bulunulabileceğini ileri sürmek tutarsızdır. Bununla birlikte, muhdesatın varlığı halinde, alacaklı sebepsiz zenginleşmeye dayalı bir istemde bulunabilir.

Burada, sebepsiz zenginleşme yerine haksız zilyedin sorumluluğuna ilişkin hükümlerin (TMK. m. 993 vd.) muhdesat bakımından uygulanıp uygulanamayacağı da belirtilmelidir. Haksız zilyedin iade borcunun varlığı halinde zil-

E.2002/5-83 K.2002/75 “Dava konusu taşınmaza 1987 tarihinde kamulaştırmasız el atılmıştır. Taşınmaz üzerindeki ağaçların değerinin el atma tarihindeki sayısına, nitelik ve yaş durumuna göre tespiti gerekirken muhtesad için açılan ek dava tarihindeki tespit edilen ağaçların durumuna göre değer biçilmesi doğru değildir...” (KBİBB.).

¹³¹ 3.HD. T.29.1.2013, E.2012/18071 K.2013/1298 “Buna göre, davacının yaptığı iddia ettiği muhtesat (bina) bedelinden satış dosyasındaki payı dışında kalan imalat bedeli kadar davalıların (diğer hissedarların) zenginleştiği anlaşılmaktadır. Başka bir deyişle, davacının taşınmazdan el çektilmesi sebebiyle davalılar bu imalat bedeli kadar BK. 'nın 61. maddesi (TBK. 'nın 77. maddesi) gereğince sebepsiz zenginleşmiştir. Davada, davalıların sebepsiz zenginleştiği miktarın belirlenmesi hususu da önem taşımaktadır. BK.nın 64. maddesi (TBK. 'nın 80. maddesi) gereğince, iade borçlusu kötü niyetli ise zorunlu masraflarla faydalı masraflardan iade zamanında halen mevcut olan fazlalık nispetindeki miktarı isteyebilir...” (KBİBB.); 13.HD. T.9.3.1992, E.1992/1675 K.1992/2270 “davada çözümlenmesi gereken sorun, davalının mal varlığında meydana gelen zenginleşmenin dolayısıyla iadenin kapsamının ne olduğu noktasında toplanmaktadır. Hemen vurgulayalım ki; davacı, dava konusu giderlere adına tapuda kayıtlı taşınmaza malik olduğu sırada ve kendi malı olduğu inancı ile katlanmış olduğuna göre iyi niyetli kişi sayılmalıdır. Burada davalının mal varlığından alınıp davacıya iade edilmesi gereken değer (haksız iktisap miktarı) yapılan faydalı giderlerin taşınmazın davacının elinden alındığı tarihteki değerinin davalının 3. kişiden aldığı satım parasına yansıma oranıdır...” (KBİBB.).

¹³² HGK.T.19.1.1983, E.1979/4-1771 K.1983/13 “davalı tarafın bu olay çerçevesinde doğmuş zararlarının giderilmesini ve alacaklarının tahsilini, koşullarının gerçekleşmesi takdirinde, isteyebileceği açıktır... Öbür yandan, istemin niteliği açısından davada (yararların mahsubu) kuralının uygulanma olanağının bulunmadığı açıktır...” (KBİBB.);



yet eşyanın mülkiyetini henüz kazanmamıştır. Oysa, sebepsiz zenginleşmede zenginleşen kimse zenginleşme konusu değeri kazanmıştır¹³³. Keza, Yargıtay'a göre, haksız zilyedin sorumluluğuna ilişkin hükümler (TMK. m. 993 vd.) burada uygulanamaz. Üstelik, davacının hâlihazırda zilyet olması da sebepsiz zenginleşmeye dayalı iade istemine engel oluşturmaz¹³⁴.

D. Süresi

Sebepsiz zenginleşmede iki ve on yıllık zamanaşımı süreleri söz konusudur (TBK. m. 82). Dolayısıyla, muhdesattan kaynaklanan bir sebepsiz zenginleşme alacağı bakımından da aynı süreler geçerlidir. Buna göre, iki yıllık süre hak sahibinin geri isteme hakkı olduğunu öğrendiği tarihten itibaren başlar.

On yıllık süre ise zenginleşmenin gerçekleştiği tarihten itibaren işler. Yargıtay'a göre, ortaklığın giderilmesi halinde zenginleşmenin gerçekleştiği tarih, yapının inşa edildiği değil, taşınmazın satışının yapıp hak sahibinin ondan el çektiği tarihtir¹³⁵. Ancak, bütünleyici parça ilkesi göz önünde bulundurulunca bu içtihadın teorik açıdan isabetli olduğu söylenemez. Çünkü, yapı inşa edilmekle birlikte artık bütünleyici parça niteliğini kazanmış olur.

VII. HAKSIZ YAPIYA İLİŞKİN HÜKÜMLERLE SAĞLANAN KORUMA

Buraya kadar daha ziyade muhdesatı yapan kimse lehine tanınan imkânlar söz edilmiştir. Ancak, muhdesatın daha ziyade bir haksız yapı (TMK. m. 722 vd.) veya haksız bitki (TMK. m. 729/I) olduğu da göz önünde bulundurulmalıdır. Dolayısıyla, muhdesatı yapan (malzeme sahibi) gibi, arazi maliki de bazı haklara sahiptir. Meselâ, arazi maliki, malzeme sahibinden haksız yapı

¹³³ Eren, Borçlar, N. 2622.

¹³⁴ 3.HD. T.17.12.2007, E.2007/17816 K.2007/19308 “*Taşınmazın halen davacı paydaşın elinde bulunması, anılan hükme dayanarak iade isteminde bulunmasına engel teşkil etmez... Olayda, uygulama olanağı bulunmayan MK'nın 994. maddesi uyarınca davanın reddedilmiş olması doğru görülmüştür...*” (KBİBB.).

¹³⁵ 3.HD. T.29.1.2013, E.2012/18071 K.2013/1298 “*Uyuşmazlık konusu olayda olduğu gibi; dava tarihinden çok önce yapılan imalatlar sebebiyle sebepsiz zenginleşme borçlusunun (davalıların) bu imalatın yapıldığı tarihte ekonomik açıdan zenginleştiği, yapanın ise o anda fakirleştiği kabul edilemez... Bu azalma ve çoğalma davaya konu taşınmazda davacının payının satılması sonucunda el çektiği tarihte gerçekleşir...*” (KBİBB.); HGK.T.19.1.1983, E.1979/4-1771 K.1983/13 “*Bu olayda, gerçi, “muhdesat” yaklaşık otuz yıl önce yapılmıştır. Ne var ki, satım tarihine kadar davacı tarafça kullanıldığı ve yararlandığı için ekonomik açıdan bu kullanma ve yararlanmanın sürdüğü zaman boyunca davacı tarafın mal varlığında bir yoksullaşmanın oluştuğu düşünülemez. Davalı idarenin zenginleşmesi ise, gene ekonomik açıdan, “muhdesat”ın paraya dönüşüp yarı bedelin ona verildiği tarihte başlar. Her halde, muhdesatı kullanmamış ve yararlanmamış bulunan davalı idarenin daha önce zenginleştiği söylenemez. Hemen belirtmekte yarar vardır ki, nedensiz zenginleşmede önemli olan malik olma ögesi olmayıp ekonomik anlamda zenginleşme ögesidir...*” (KBİBB.).

sebebiyle uğramış olduğu zararların tazminini isteyebilir. Bu kapsamda, ecrimisil istenmesi de mümkündür. Ayrıca, arazi maliki yapının sökülüp kaldırılmasını (kal=yıkım) isteme hakkını da ileri sürebilir (TMK. m. 722/III). Hatta, uygulamada nispî nitelikteki yıkım ve aynî nitelikteki elatmanın önlenmesi isteminin sıkça birlikte ileri sürüldüğü görülmektedir¹³⁶. Ancak, kanaatimizce, eda davası niteliğindeki elatmanın önlenmesi davasının varlığı halinde ayrıca kal isteminin ileri sürülmesine gerek yoktur. Elatmanın önlenmesi davası zaten yapının yıkılması istemini de kapsar.

Diğer taraftan, bazı hallerde malzeme sahibi de tazminat isteyebilir. Bunun için, arazi maliki malzemenin sökülüp kaldırılmasını isteme hakkına sahip olmamalı veya bunu istememiş bulunmalıdır¹³⁷. Ayrıca, malzeme sahibi tazminat istemini ileri sürmüş olmalıdır. Başka bir deyişle, hâkimin resen tazminata hükmedememesi gerekir. Ne var ki, Yargıtay'a göre, arsa malikinin yapının yıktırılması amacıyla açtığı davanın bunun aşırı zarara yol açacağı gerekçesiyle reddedilmesi halinde, karşı dava açmamış olsa bile malzeme sahibi lehine tazminata hükmedilebilir¹³⁸. Usul ekonomisine uygun gibi görünse de, taleple bağlılık ilkesi karşısında Yargıtay'ın bu yaklaşımını uygun bulmamaktayız.

Malzeme sahibinin tazminat miktarı ise, onun iyiniyetli olup olmamasına göre değişir (TMK. m. 723/I, III). Kendisinden beklenen özeni göstermeyen malzeme sahibi iyiniyet iddiasında bulunamaz¹³⁹. Meselâ, üzerinde 34 yıllık motel bulunan, kadastro sırasında hazine adına tespit edilen, kadastro mahkemesinde hakkında açılan tespite itiraz davası taşınmazın kaçak ve yitik kişilerden kaldığı, zilyetlikle de edinilemeyeceği gerekçeleriyle reddedilip kesinleşen taşınmaz bakımından muhdesatı yapan kimsenin iyiniyetli olduğu söylenemez¹⁴⁰.

Nihayet, haksız yapıya ilişkin TMK. m. 724 hükmü gereğince arazi maliki, taşınmaz mülkiyetinin muhdesatı yapan kimseye geçirilmesini de isteyebilir. Söz konusu hükümde aranan şartların varlığı halinde ise, malzeme sahibi uygun bir bedel ödemek zorundadır. Uygun bedelden maksat, arazi maliki iyiniyetli olduğu için arazinin gerçek değeridir¹⁴¹.

Kanun koyucu TMK. m. 724 hükmünde “*iyiniyetli taraf*”tan söz ettiği için malzeme sahibi de aynı şartların varlığı halinde mülkiyetin kendisine devrini isteyebilir. Ama bunun için, malzeme sahibinin iyiniyeti yapının başlamasından tamamlanmasına kadar devam etmelidir¹⁴².

¹³⁶ 1.HD. T.31.5.2004, E.2004/5581 K.2004/6444 (KBİBB.).

¹³⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 1792.

¹³⁸ YİBK.T.4.3.1953, E.1951/10 K.1953/2 (RG. 5.6.1953, S. 8426).

¹³⁹ YİBK.T.14.2.1951, E.1949/17 K.1951/1 (KBİBB.).

¹⁴⁰ 1.HD. T.31.5.2004, E.2004/5581 K.2004/6444 (KBİBB.).

¹⁴¹ Eren, Mülkiyet, 346-347.

¹⁴² Erkan, Malzeme Sahibi, 457.

SONUÇ

Muhdesat uygulamada sıkça uyuşmazlıklara konu olmaktadır. Bundan maksat, sürekli kalmak amacıyla arazi üzerinde inşa edilen yapılar ve dikilen bitkilerdir. Şu halde, muhdesat için aranan ilk unsur, bunun bir yapı veya bitki olmasıdır. İkinci unsur, muhdesatın sürekli kalmak amacıyla meydana getirilmiş olmasıdır. Böylece, muhdesat taşınır yapı ve taşınır bitki kavramlarından ayrılır. Son olarak, muhdesat, hukuka uygun bir yapı olabileceği gibi, haksız bir yapı veya bitki şeklinde de ortaya çıkabilir. Ancak, muhdesat genellikle hukuka aykırı niteliktedir. Meselâ, paydaşlardan veya ortaklardan biri ya da bazıları tarafından yetkisiz olarak inşa edilen muhdesat bakımından durum böyledir.

Muhdesat, hukukî niteliği itibarıyla bütünleyici parçadır. Burada bütünleyici parça için kanunda aranan şartlara bakmaya da gerek yoktur. Dolayısıyla, muhdesat bağımsız bir eşya değildir; tam tersine o taşınmaz mülkiyetinin kapsamına dâhildir. Bunun sonucu olarak, muhdesat üzerinde önceden var olan aynı haklar bütünleyici parça niteliğinin kazanılmasıyla birlikte sona erer. Bunun yerine, taşınmaz üzerinde kurulan aynı haklar muhdesatı da kapsar. Şu halde, KK. m. 19/II hükmünün, muhdesat üzerinde sanki ayrı bir aynı hak varmış gibi kaleme alınması isabetli değildir. Söz konusu hükme göre, muhdesat tapu sicilinin beyanlar hanesinde gösterilebilir. Dolayısıyla, uygulamada muhdesata ilişkin olarak beyan yerine şerh şeklindeki tapu sicili işleminden söz edilmesi doğru değildir. Ayrıca, muhdesatın beyanlar hanesinde gösterilmesi amacıyla bir eda davası da açılabilir. Muhdesatın beyanlar hanesinde gösterilmesi gerçek durumu yansıtmadığı takdirde ise, bunun düzeltilmesi (TMK. m. 1025) istenebilir.

Muhdesata ilişkin olarak öncelikle bunu meydana getiren kimse bazı davaları açabilir. Bu kapsamda, ilk olarak muhdesatın tespiti davası sayesinde muhdesatın kim tarafından meydana getirildiği belirlenir. Ama, bunun yerine salt muhdesatın mülkiyetinin tespiti istenemez. Diğer taraftan, Yargıtay'a göre, muhdesatın tespiti davası istisnaîdir ve ancak sınırlı bazı hallerde açılabilir. Bunlar, derdest ortaklığın giderilmesi davasının, kentsel dönüşüm uygulamasının ya da kamulaştırma işleminin bulunması ile KK. m. 19 hükmünün uygulama imkânının bulunmasıdır. Bu hallerde, söz konusu davanın açılacağı şüphesizdir. Ancak, muhdesatın tespiti davasının sadece bu hallere hasredilmesi hak arama özgürlüğünü ihlâl ettiği gibi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun gerekçesiyle de çelişir. Üstelik, kanun koyucu tarafından konulmamış böyle bir sınırlamanın uygulamayla yaratılması da doğru değildir. Nihayet, bu yaklaşım pratik açıdan da ciddi problemlere yol açabilecek durumdadır. Bunun yerine, muhdesatın tespiti davasında hukukî yararın bulunduğu diğer hallerde de bu dava hakkında esastan karar verilmesi gerekir.

Muhdesatın tespiti davası bakımından genel bir hak düşürücü süre öngörülmemekle birlikte, KK. m. 12/III hükmü burada dikkate alınmalıdır. Bu itibarla, kadastro tutanağının kesinleşmesinden itibaren 10 yıllık hak düşürücü sürenin

geçmesiyle birlikte artık kadastradan önce var olan bir muhdesat için böyle bir dava açılmaz.

Muhdesat hak sahibi lehine bir alacak hakkı bahşeder. Nitekim, Yargıtay'a göre, muhdesatın varlığı halinde hak sahibi sebepsiz zenginleşme davası da açabilir. Uygulama gereğince, söz konusu dava için öngörülen uzun (on yıllık) zamanaşımı süresi taşınmazın satış tarihi esas alınarak belirlenmektedir. Ancak, bütünlüycü parça ilkesi karşısında zenginleşmenin gerçekleştiği tarihin bu an olarak kabul edilmesi isabetli değildir.

Nihayet, taşınmaz (arazi) maliki de özellikle haksız yapıya ilişkin hükümler (TMK. m. 722 vd.) çerçevesinde bazı davaları açabilir. Meselâ, arazi maliki şartları bulunmak kaydıyla tazminat veya muhdesatın sökülüp kaldırılmasına ya da taşınmaz üzerindeki mülkiyetin hak sahibine geçirilmesini isteyebilir. Buna ek olarak, o aynı hakkına dayalı olarak elatmanın önlenmesi davası da açabilir. Diğer taraftan, muhdesat üzerindeki hak sahibi de şartları varsa tazminat veya mülkiyetin kendisine devrini isteyebilir. Ancak, Yargıtay'ın yerleşik içtihadının aksine, onun böyle bir talebinin olmaması halinde bile lehine tazminata hükmedilebileceğine yönelik çözüm taleple bağlılık ilkesine aykırıdır.

KAYNAKÇA

Akçaal M, *Eşya Hukuku*, Ankara 2021.

Akıncı Ş, *Borçlar Hukuku Bilgisi*, 12. B., Konya 2021.

Akipek J G / Akıntürk T / Ateş D, *Eşya Hukuku*, 2. B., İstanbul 2018.

Antalya, O. Gökhan / Topuz M, *Eşya Hukuku*, C. IV/1, 3. B., Ankara 2019.

Arslan R / Yılmaz E / Taşpınar Ayvaz S, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara 2017.

Aybay A / Hatemi H, *Eşya Hukuku*, 3. B., İstanbul 2012.

Breitschmid P / Jungo A, *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, 3. Auf., Zürich / Basel / Genf 2016 (CHK-Madde Yazarı).

Büyükcay Y, "Kendi Malzemesi ile Başkasının Arazisi Üzerine Yapılan Haksız İnşaata İlişkin Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin 17.09.2004 Tarih ve 8282 E./8506 K. Nolu Kararı Üzerine" (EÜHFD., C. 10, S. 3-4, 2006, s. 419-432).

Eren F, *Mülkiyet Hukuku*, 5. B., Ankara 2020 (Eren, Mülkiyet).

Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 24. B., Ankara 2019 (Eren, Genel).

Eren F / Başpınar V, *Toprak Hukuku*, 5. B., Ankara 2017.

Erkan V U, "Türk Medeni Kanunu'nda Kendi Malzemesini Kullanarak Başkasının Arazisinde Haksız Yapı Meydana Getirilmesi (TMK m. 722-723-724), Ankara 2013 (Erkan, Haksız Yapı).



Erkan Vehbi U, “Kendi Malzemesini Kullanarak Başkasının Arazisinde Haksız Yapı Meydana Getirilmesi Durumunda Malzeme Sahibinin Arazinin Mülkiyetinin Kendisine Verilmesi Talebi (TMK m. 724)”, (AÜHFD., C. 63, S. 3, 2014, s. 449-478) (Erkan, Malzeme Sahibi).

Erman H, *Eşya Hukuku Dersleri*, 3. B., İstanbul 2013.

Ertaş Ş, *Eşya Hukuku*, 10. B., İzmir 2012.

Esener T / Güven K, *Eşya Hukuku*, 8. B., Ankara 2019.

Gözler K / Kaplan G, *İdare Hukuku Dersleri*, 20. B., Bursa 2018.

Guhl T, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, 3. Aufl., Zürich 1944.

Gürsoy K T / Eren F / Cansel E, *Türk Eşya Hukuku*, Ankara 1978.

İnal, E, Haksız Yapı Kavramı ve Haksız Yapının Kaldırılması, İHFM., C. 70, S. 1, s. 245-275.

Karamercan F, Arsa Üzerinde Başkasına Ait Taşınmaz (Muhdesat), İBD., C. 87, S. 6, 2013, s. 249-256.

Keller M / Schaufelberger P, *Das Schweizerische Schuldrecht*, Bd.3, Ungerechtfertigte Bereicherung, 3. Aufl., Basel und Frankfurt am Main 1990.

Kocayusufpaşaoğlu N / Hatemi H / Serozan R / Arpacı A, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, Üçüncü Cilt, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 7. B., İstanbul 2016.

Kuru B / Arslan R / Yılmaz E, *Medenî Usul Hukuku*, 24. B., Ankara 2013.

Nomer HN / Ergüne MS, *Eşya Hukuku*, 8. B., İstanbul 2020.

Oğuzman M K / Seliçi Ö / Oktay Özdemir S, *Eşya Hukuku*, 22. B., İstanbul 2020.

Oğuzman M K / Öz M T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. II, 12. B., İstanbul 2016.

Olgaç S, *Sebepsiz İktisap*, Ankara 1977.

Öz T, *Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme*, İstanbul 1990.

Pekcanitez H / Atalay O / Özekes M, *Medenî Usul Hukuku*, 6. B., Ankara 2013.

Schönenberger W / Gauch P, *Schweizerisches Obligationenrecht*, 38. Aufl., Zürich 1990.

Sirmen A L, *Eşya Hukuku*, 7. B., Ankara 2019.

Tekinay SS / Akman S / Burcuoğlu H / Altop AT, *Eşya Hukuku*, C. 1, 5. B., İstanbul 1989 (Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, Eşya).

— — / Akman S / Burcuoğlu H / Altop A Tekinay, *Borçlar Hukuku*, Genel Hükümler, 7. B., İstanbul 1993 (Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, Borçlar).
Yılmaz E, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, C. 2, Ankara 2012.



6362 SAYILI SERMAYE PİYASASI KANUNU İLE YAPILAN DÜZENLEME SONRASI GENEL YATIRIM TAVSİYESİ VE İZİNSİZ YATIRIM DANIŞMANLIĞI

*General Investment Recommendation and Unauthorized Investment Advisory
After the Regulation with the Capital Market Law No. 6362*

Osman Bahadır SİNAN*

Ahmet TOK**

Özet

Mülga 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu 1990'lı yılların başında ve sonunda önemli değişikliklere uğramış ve nihayet 30.12.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6362 sayılı yeni Sermaye Piyasası Kanunu (SPKn.) ile ilga edilmiştir. Mülga Sermaye Piyasası Kanunu'nda "genel yatırım tavsiyesi" şeklinde bir kavram yer almamakta olup, tüm yatırım danışmanlığı faaliyeti sermaye piyasası faaliyeti kapsamında mütalaa edilmektedir. SPKn. ile birlikte genel yatırım danışmanlığı serbest hale gelmiş, yatırım hizmetlerinin ve faaliyetlerinin düzenli uğraşı, ticari veya mesleki faaliyet olarak icra edilebilmesi için Sermaye Piyasası Kurulu'ndan izin alınması zorunluluğu getirilmiştir. Söz konusu düzenlemelerde Avrupa Birliği'nin konuya ilişkin yönergeleri esas alınmıştır. Belirli bir kişinin risk ya da getiri kıstaslarını dikkate almaksızın, anonim bir yatırımcıyı temel alarak oluşturulmuş olan yorum ve tavsiyeler, genel yatırım tavsiyesi olarak tavsif edilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Sermaye Piyasası Kanunu, genel yatırım tavsiyesi, sermaye piyasası faaliyeti, izinsiz yatırım danışmanlığı, yan hizmetler

Abstract

The abolished Capital Market Law numbered 2499 has been modified significantly at the beginning and end of 1990's and repealed by the new Capital Market Law No. 6362 (Law) which entered into force on December 30th, 2012. There is no concept of "general investment advice" in the abolished Capital Market Law and all investment advisory activities are defined as capital market activities in that Law. With the new Law, general investment recommendation has become free and it has become obligatory to obtain permission from the Capital Markets Board in order to carry out

➤ Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 09.09.2021

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 16.06.2022

* Sermaye Piyasası Kurulu, bsinan@spk.gov.tr, <https://orcid.org/0000-0002-6588-7963>

** Sermaye Piyasası Kurulu, ahmet.tok@spk.gov.tr, <https://orcid.org/0000-0003-2804-9255>

investment services and activities as a regular occupation, commercial or professional activity. Mentioned regulations are based on the relevant directives of the European Union. Comments and recommendations based on an anonymous investor, without considering the risk or return criteria of a particular person, are classified as general investment recommendation.

Keywords: Capital Market Law, general investment recommendation, capital market activity, unauthorized investment advisory, ancillary services

GİRİŞ

Sermaye piyasalarının gelişmesi ve yatırımcı sayısının artması ile yatırım danışmanlığı kavramı da önemli ölçüde gelişme kaydetmiştir. Özellikle teknoloji alanında yaşanan gelişmeler bu faaliyetin günümüzde hızla yaygınlaşmasına neden olmuştur. Zira algoritmik işlemler, farklı yapay zekâ uygulamaları sayesinde sermaye piyasasında işlem hızı artmış ve bu meyanda bilgiye zamanında ve doğru şekilde erişmek, ehemmiyet kazanmıştır. Buna paralel olarak piyasalarda işlem yapan yatırımcıların, yatırım kuruluşlarından daha fazla ve zamanında bilgi talep etmeleri söz konusu olmaya başlamıştır. Böylece yatırımcılara hizmet veren yatırım kuruluşları çalışanları tarafından sunulan bilgi, yorum ve tavsiyelerin mevzuata uygun bir şekilde icrası ve anılan faaliyetlerin niteliğinin tavsifinin de önem arz ettiği açıktır.

İşbu çalışmada yatırım danışmanlığı kavramının tanımına ve bu kavramın 2499 sayılı mülga Sermaye Piyasası Kanunu¹'nin (mülga Kanun) yerine 30.12.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6362 sayılı yeni Sermaye Piyasası Kanunu'nda (SPKn./Kanun)² ve anılan kanuna istinaden çıkarılan ikincil düzenlemelerde ne şekilde düzenlendiğine değinilmiştir. Ayrıca konu pratik yönleriyle de ele alınmaya çalışılmıştır.

Mülga Kanun 1990'lı yılların başında ve sonunda önemli değişikliklere uğramış ve 30.12.2012 tarihinde yürürlüğe giren SPKn. ile ilga edilmiştir. SPKn. ile birlikte genel yatırım danışmanlığı serbest hale gelmiş ve yatırım hizmetlerinin ve faaliyetlerinin düzenli uğraşı, ticari veya mesleki faaliyet olarak icra edilebilmesi için Kuruldan izin alınması zorunluluğu getirilmiştir. Söz konusu düzenlemelerde Avrupa Birliği'nin konuya ilişkin yönergeleri esas alınmıştır.

Çalışmanın ilk bölümünde mülga Kanun'un geçerli olduğu dönemde cari olan konuya ilişkin düzenlemelere değinilmiş, ikinci bölümde yatırım danışmanlığı kavramı ve 6362 sayılı yeni SPKn. ile getirilen değişiklikler anlatılmış, üçüncü bölümde genel yatırım tavsiyesinden bahsedilmiş ve

¹ Sermaye Piyasası Kanunu, Kanun Numarası: 2499, Kabul Tarihi: 28.7.1981, RG 30.7.1981/17416.

² Sermaye Piyasası Kanunu, Kanun Numarası: 6362, Kabul Tarihi: 6.12.2012, RG 30.12.2012/28513.

son bölümde ise sermaye piyasalarının gerek mevzuat gerek uygulama açısından gelişmiş olduğu ABD’de yatırım danışmanlığı konusunda yer alan düzenlemelere yer verilmiştir.

I. MÜLGA 2499 SAYILI SERMAYE PİYASASI KANUNU KAPSAMINDA YATIRIM DANIŞMANLIĞI

Mülga Kanunda “genel yatırım tavsiyesi” şeklinde bir kavram yer almamakta olup, Kanun’da tüm yatırım danışmanlığı faaliyetleri, sermaye piyasası faaliyeti olarak tanımlanmıştır.

Ayrıca mülga Kanunda, Sermaye Piyasası Kurulu’na (SPK/Kurul), sermaye piyasasında medya ve elektronik ortam da dâhil yatırım tavsiyelerinde bulunacak kişi ve kuruluşların uyacakları ilke ve esasları belirlemek konusunda yetki verilmiştir (Mülga Kanun md.22/s). Anılan hükme istinaden Kurul tarafından, “Yatırım Danışmanlığı Faaliyetine ve Bu Faaliyette Bulunacak Kurumlara İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ³” (Seri: V, No: 55⁴) yayımlanmıştır. Aynı Tebliğ’de yatırım danışmanlığı faaliyetine ilişkin diğer hususlara da yer verilmiştir⁵.

Mülga Seri: V, No: 55 Tebliği’nde yatırım danışmanlığı, karşılığında herhangi bir maddi menfaat temin etmek suretiyle, müşterilere sermaye piyasası araçları ile bunları ihraç eden ortaklık ve kuruluşlar hakkında ve sermaye piyasası ile ilgili diğer konularda yönlendirici nitelikte yazılı veya sözlü yorum ve yatırım tavsiyelerinde bulunulması faaliyeti olarak tanımlanmıştır (md. 4). Anılan Tebliğ’de yatırım danışmanlığı faaliyetine ilişkin esaslar⁶ düzenlendikten sonra; dördüncü bölümde “Yönlendirici nitelikteki yorum ve tavsiyelere ilişkin esaslar” başlığı altında, medya ve elektronik ortamda sunulan yönlendirici

³ RG 22.4.2002/24734.

⁴ Seri: V, No: 55 sayılı Tebliğ, 11.7.2013 tarih ve 28704 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan III-37.1 sayılı “Yatırım Hizmetleri ve Faaliyetleri ile Yan Hizmetlere İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ”in 81 inci maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

⁵ Mülga kanun dönemindeki düzenlemelerin yabancı ülke mevzuatları ile mukayesesi için bkz Erkan Tercan, ‘Yatırım Danışmanlığı Faaliyeti ve Yurt Dışı Uygulamaları’ SPK Yeterlik Etüdü (2000) <<https://www.spk.gov.tr/SiteApps/Yayin/YayinGoster/457>> 33-36. Erişim Tarihi 9 August 2021.

⁶ Seri: V, No:55 sayılı Tebliğin 7 nci maddesinde, herhangi bir faaliyetin, mesleğin veya işin yürütülmesi sırasında, bu faaliyet, meslek veya işin içerdiği hizmetlerle ilgili olarak, süreklilik arz etmeyen ve istisnai birkaç olaya yönelik olarak yazılı veya sözlü yorum ve tavsiyelerde bulunulması ve aracı kurumların alım satım aracılığı faaliyetlerinin icrası sırasında müşterilerine sermaye piyasası araçları, bunları ihraç eden ortaklık ve kuruluşlar, piyasa eğilimleri hakkında ve sermaye piyasası ile ilgili diğer konularda yazılı veya sözlü yorum ve yatırım tavsiyelerinde bulunması, sunulan yorum ve tavsiyelerin tarafsız ve dürüst olması, belli bir kişinin, grubun veya portföyün ihtiyaçlarına yönelik olmaması ve karşılığında doğrudan ya da dolaylı maddi menfaat temin edilmeksizin verilmiş olması kaydıyla yatırım danışmanlığı kapsamı dışında kabul edilmiştir.



nitelikteki yorum ve tavsiyeler, uyulması gereken esaslar, bilgilendirme yükümlülüğü ve uyarı notunun yayımlanmasına ilişkin esaslara yer verilmiştir.

Seri: V, No:55 Tebliği'nin 11'inci maddesinde yatırım danışmanlığına ilişkin esaslara yer verilmiş olsa da anılan Tebliğ'in 18 inci maddesinde yer alan esasların, hem yatırım danışmanlığı faaliyeti kapsamında sunulan yorum ve tavsiyeler hem de medya ve elektronik ortamda sunulanlar dâhil olmak üzere yatırım danışmanlığından istisna edilen yorum ve tavsiyeler için geçerli olması gerektiği düşünülmektedir. Zira, yönlendirici nitelikte yorum ve tavsiyeler bakımından Tebliğ'de yatırım danışmanlığı kapsamında sunulanlar ile istisna kapsamında sayılanlar arasında içerik bakımından bir farklılaştırmaya gidilmediği kanaatindeyiz. Bu iki sınıf yorum ve tavsiye arasındaki en önemli fark, ücret karşılığında ve profesyonel anlamda sürekli olarak sunulup sunulmamasıdır. Bunun yanında, yatırım danışmanlığı faaliyeti sırasında sunulacak yorum ve tavsiyelere 18 inci madde ile getirilen esaslar çerçevesinde bakıldığında; bu esasların 11 inci maddede sayılan yatırım danışmanlığı sırasında uyulması gereken esaslarla çeşitli açılardan paralellik arz ettiği ve yatırım danışmanlığı yapan kuruluşlarca⁷ da uyulması gereken esaslar olduğu görülmektedir⁸.

6362 sayılı Kanun'dan önceki dönemde sermaye piyasası hukukunda genel yatırım tavsiyesi şeklinde bir kavram ve sermaye piyasası faaliyeti türü bulunmadığından, mülga Seri: V, No: 55 Tebliği'nin ilgili bölümlerindeki düzenlemelerin genel yatırım tavsiyelerine de şamil olduğu görülmektedir.

Mülga Kanunda sermaye piyasası faaliyetleri sayıldıktan sonra “diğer sermaye piyasası kurumlarının faaliyetleri” de bu kapsamda zikredilmiştir. (Md. 30/1-h) Dolayısıyla açıkça adı sayılmayan bir faaliyet, ancak bir sermaye piyasası kurumunun faaliyeti ise, sermaye piyasası faaliyeti olarak değerlendirilmekteydi. Bu itibarla bir faaliyetin sermaye piyasası faaliyeti sayılabilmesi için, Kanunda açıkça zikredilen faaliyetler dışında sermaye piyasası kurumu ile ilintili olma şartı aranmakta idi.

6362 sayılı Kanun'da ise mülga Kanundan farklı olarak sermaye piyasası faaliyetleri açısından sermaye piyasası kurumu ile irtibatlı olma şartı

⁷ Seri: V, No: 55 sayılı Tebliğ'de, yatırım danışmanlığı faaliyetini icra etmek için SPK tarafından yetkilendirilecek kuruluşlar; aracı kurumlar, portföy yönetim şirketleri ve mevduat kabul etmeyen bankalar şeklinde belirtilmiştir (md. 5 ve 10). Mevduat kabul eden bankaların yatırım danışmanlığı faaliyetinde bulunması mümkün olmamakla birlikte, yatırım danışmanlığı yetki belgesine sahip olan aracı kurumlarla bankalar arasında acentelik tesis edilmesi durumunda; acente bankalar, aracı kurum tarafından yatırım danışmanlığı faaliyeti kapsamında kendilerine iletilen doküman ve bilgileri müşterilerine açıklayabilecekler ve yatırım danışmanlığı faaliyetinin tanıtımını yapabileceklerdir.

⁸ H. Özge Uysal and Ömer Yüzbaşıoğlu, ‘Yatırım Danışmanlığı Faaliyeti ve Alım Satım Aracılığı Faaliyetiyle İlgili İstisnaları’ (2012) (19) Sermaye Piyasası Dergisi 51, 55-56.

ortadan kaldırılmış olup, Avrupa Birliği hukuku ve özellikle de 2004/39 sayılı Finansal Araç Piyasaları Yönergesi⁹ esas alınarak “yan hizmetler” kavramı tanımlanmıştır. Yine aynı şekilde, konuya ilişkin ikincil düzenleme mahiyetindeki “Yatırım Hizmetleri ve Faaliyetleri ile Yan Hizmetlere İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ”de de benzer yaklaşım (III-37.1 sayılı Tebliğ) benimsenmiştir.

Mülga Kanun ile 6362 sayılı SPKn. arasındaki yatırım danışmanlığı faaliyetine ilişkin ayırt edici diğer bir husus da yönlendirici nitelikte yatırım danışmanlığı faaliyetinin yapılıp yapılmadığı hususudur. Örneğin 6362 sayılı Kanun hükümleri kapsamında “yatırım kuruluşundaki müşteri temsilcisi yapılan uygunluk testi sonucunda belirlenen risk gruplarına göre müşterilere, dâhil oldukları risk sınıflarına göre, yatırımlarının belli yüzdelerini belli sermaye piyasası araçlarına veya sermaye piyasasına yönlendirmeleri konusunda müşterilerin tamamına yönelik olarak önceden belirlenmiş olan standart dağılım tavsiyeleri verebilir, yatırım ürün gruplarını müşterilere sunabilir. Örneğin, “Sizin risk sınıfınızda yer alan müşterilerin yatırımlarının %30’unu orta vadeli olarak sermaye piyasasına yönlendirmesini tavsiye ederiz.”, “Sizin risk sınıfınızda yer alan müşterilerin yatırımlarının %40’ını mevduata, %20’sini paylara, %40’ını yatırım fonlarına yatırmalarını öneririz.” diyebilir¹⁰.

II. 6362 SAYILI SPKN. VE İLGİLİ İKİNCİL MEVZUAT AÇISINDAN YATIRIM DANIŞMANLIĞININ DEĞERLENDİRİLMESİ

A. SPKn. KAPSAMINDA YER ALAN DÜZENLEMELER

SPKn.’nın ‘Sermaye Piyasası Faaliyetleri’ başlıklı 34’üncü maddesinde; “Sermaye piyasası faaliyetleri, sermaye piyasası kurumlarının bu Kanun kapsamındaki faaliyetleri, bu Kanun kapsamına giren yatırım hizmetleri ve faaliyetleri ile bunlara ek olarak sunulan yan hizmetlerden oluşur.” hükmü yer almaktadır.

SPKn.’da yan hizmetler;

- a) Sermaye piyasaları ile ilgili danışmanlık hizmetleri sunulması
- b) Yatırım hizmetleri ve faaliyetleri ile sınırlı olarak kredi ya da ödünç verilmesi ve döviz hizmetleri sunulması
- c) Sermaye piyasası araçlarına ilişkin işlemlerle ilgili yatırım araştırması ve finansal analiz yapılması veya genel tavsiyede bulunulması

⁹ Directive 2004/39/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on Markets in Financial Instruments Amending Council Directives 85/611/EEC and 93/6/EEC and Directive 2000/12/EC of the European Parliament and of the Council and Repealing Council Directive 93/22/EEC, OJ 30.4.2004, L. 145/1-4

¹⁰ <<https://www.spk.gov.tr/Sayfa/Dosya/1163>> Erişim Tarihi 5 August 2021.



- ç) Aracılık yükleniminin yürütülmesi ile ilgili hizmetlerin sunulması
d) *Borçlanma veya başka yollardan finansman sağlanmasında aracılık hizmeti sunulması*
e) *Servet yönetimi ve finansal planlama yapılması*
f) *Kurulca belirlenecek diğer hizmet ve faaliyetlerde bulunulması*” şeklinde sıralanmıştır.

Yatırım danışmanlığı, SPKn.’nın ‘*Yatırım Hizmetleri ve Faaliyetleri*’ başlıklı 37 nci maddesinde¹¹ Kanun kapsamına giren yatırım hizmetleri ve faaliyetleri arasında sayılmıştır. Yine, SPKn.’nin ‘*Faaliyet İzni Alma Zorunluluğu*’ başlıklı 39 uncu maddesinde ise; “*Yatırım hizmetlerinin ve faaliyetlerinin düzenli uğraşı, ticari veya mesleki faaliyet olarak icra edilebilmesi için Kuruldan izin alınması zorunludur.*” hükmü yer almaktadır.

Yan hizmeti yürütecek sermaye piyasası kurumlarının bu faaliyetleri Kanun’un md. 39/2 hükmüne göre “ayrıca bir yetki belgesine tâbi olmaksızın Kurulca belirlenen esaslar çerçevesinde” yürütülebilecektir. Yani asıl yatırım hizmet ve faaliyetlerini yapmaya yetkili olan sermaye piyasası kurumlarının yan hizmetlerin icrası için Kurul’dan ayrıca izin almaları gerekmemektedir. Ancak faaliyet izninin alınmasından sonra başkaca yan hizmetlerin sunulmak istenmesi halinde Kurul’a bildirim yapılması gerekmektedir¹².

B. III-37.1 SAYILI “YATIRIM HİZMETLERİ VE FAALİYETLERİ İLE YAN HİZMETLERE İLİŞKİN ESASLAR HAKKINDA TEBLİĞ” DÜZENLEMESİ

SPK’nın III-37.1 sayılı Tebliği’nin 45’inci maddesinin birinci fıkrasında yatırım danışmanlığı; yetkili yatırım kuruluşunun, yatırımcı talebi doğrultusunda veya yatırımcı talebi olmaksızın sermaye piyasası araçları ile bunları ihraç eden ortaklık ve kuruluşlar hakkında, belli bir kişiye veya mali durumları, risk ve getiri tercihleri benzer nitelikteki bir gruba yönelik olarak yönlendirici nitelikte yorum ve tavsiyelerde bulunması faaliyeti olarak tanımlanmaktadır. Diğer taraftan III-37.1 sayılı Tebliğ’in 45’inci maddesinin ikinci fıkrasında genel yatırım tavsiyeleri ile finansal bilgi sunulmasının yatırım danışmanlığı faaliyeti kapsamında olmadığı hükme bağlanmıştır.

Belirli bir kişinin risk ya da getiri kıstaslarını dikkate almaksızın, anonim bir yatırımcıyı temel olarak oluşturulmuş olan yorum ve tavsiyeler, genel yatırım tavsiyesi olarak adlandırılmaktadır. Genel yatırım tavsiyesi kavramının ayırt

¹¹ Kanun’un 37 vd. maddelerinde düzenlenen yatırım hizmet ve faaliyetleri AB’nin 2004/39/EC sayılı MiFID Direktifinden aynen alınmıştır. Tekin Memiş and Gökçen Turan, *Sermaye Piyasası Hukuku*, (5. Baskı, Seçkin 2020) 159.

¹² III-37.1 Sayılı Yatırım Hizmetleri ve Faaliyetleri ile Yan Hizmetlere İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ md. 7/2.

edici özelliklerinden biri, tavsiye konusunun somutlaştırılmış ve tavsiyeye konu sermaye piyasası aracının ya da ihraççının adının açıkça ifade edilmiş olmasıdır¹³.

Genel yatırım tavsiyesi sunma faaliyeti, Kanun’da, sermaye piyasası faaliyetinin alt türlerinden “yan hizmetler” kapsamında sayılmıştır. Kanun’da “yan hizmetlerin yatırım kuruluşları ve portföy yönetim şirketleri tarafından ayrıca bir yetki belgesine tâbi olmaksızın” yürütüleceğinden söz edilmektedir. III-37.1 sayılı Tebliğ’de de benzer ifadeler yer almaktadır. Kanun’un bu yaklaşımında Avrupa Birliği hukukunun ve özellikle de 2004/39 sayılı Finansal Araç Piyasaları Yönergesi’nin temel alındığı görülmektedir.

SPKn. ve Kurulun III-37.1 sayılı Tebliği’nin 45’inci maddesi çerçevesinde bir hizmetin yatırım danışmanlığı kapsamında değerlendirilebilmesi için yorum ve tavsiyelerin, sermaye piyasası araçları¹⁴ ya da bunları ihraç eden ortaklık ve kuruluşlar hakkında olması, yorum ve tavsiyelerin bir kişiye veya mali durumları, risk ve getiri tercihleri benzer nitelikteki bir gruba yönelik olarak yapılması, bu yorum ve tavsiyelerin yönlendirici nitelikte olması, yatırım hizmet ve faaliyetlerinin düzenli uğraşı, ticari veya mesleki faaliyet olarak icra edilmesi gerekmektedir. Yatırım danışmanlığı faaliyetinin izinsiz

¹³ Burçak Yıldız, ‘Genel Yatırım Tavsiyesi Sunabilecek Kişilere Ve Sermaye Piyasası Kurulu’nun III-37.1 Sayılı Tebliğ’de Belirlediği Esasları Medya Ve Elektronik Ortamda Sunulan Genel Yatırım Tavsiyelerine Uygulama Yetkisine İlişkin Bazı Değerlendirmeler’ (2015) (117) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 307, 308.

¹⁴ SPKn’nun 3’üncü maddesinin birinci bendinin (ş) alt bendinde “Sermaye piyasası araçları”, “Menkul kıymetler ve türev araçlar ile yatırım sözleşmeleri de dâhil olmak üzere Kurulca bu kapsamda olduğu belirlenen diğer sermaye piyasası araçları”; 3’üncü maddesinin birinci bendinin (o) alt bendinde ise “Menkul kıymetler” “Para, çek, poliçe ve bono hariç olmak üzere;” paylar, pay benzeri diğer kıymetler ve diğer sertifikalar olarak tanımlanmıştır. SPKn.’nda yer almamakla birlikte III-37.1 sayılı Tebliğ’in 3/1-e bendinde “finansal varlıklar”, sermaye piyasası araçlarını da ihtiva eden daha geniş kapsamlı bir tanıma sahip olup “Sermaye piyasası araçları, para piyasası araç ve işlemleri, nakit, döviz, mevduat, katılma hesabı ile Kurulca uygun görülen diğer varlık ve işlemleri” şeklinde tanımlanmıştır. Yatırım danışmanlığı faaliyetinde sermaye piyasası aracı kavramı tercih edilirken III-37.1 sayılı Tebliğ’de portföy yönetim faaliyeti kapsamında yatırım yapılabilecek finansal araçlar düzenlenirken sermaye piyasası araçlarından ayrı olarak para piyasası araç ve işlemleri de zikredilmiştir. Dolayısıyla, yatırım kuruluşları ve portföy yönetim şirketleri, sermaye piyasası aracı sayılmayan finansal varlıkları, daha açık ifadeyle para piyasası araçlarını da, yatırımcılara ait portföye dâhil edebilmektedirler. Tebliğ’in mehzamı teşkil eden Avrupa Birliği Finansal Araç Piyasaları Yönergesi (2004/39 sayılı Financial Markets Directive) incelendiğinde, burada da sermaye piyasası aracı kavramının değil, bundan çok daha geniş kapsamlı olan “finansal araç” (financial instrument)” kavramının tercih edildiği görülmektedir. Söz konusu kavram AB Yönergelerinde tanımlanmamış, ancak bu kavramın kapsamına giren araçlar sayılmıştır. Kavramın kapsamına hukukumuzdaki sermaye piyasası araçlarına karşılık gelen araçların yanı sıra, para piyasası araçlarının da dahil olduğu hususu, açıkça görülmektedir. Ars Aequi Libri, ‘European Regulation of Company and Securities Law’ in Geert Raajimakers (ed) (Nijmegen 2005) 317-320.



olarak gerçekleştirilmesi aşağıda detayları açıklanacağı üzere SPKn. uyarınca izinsiz sermaye piyasası faaliyeti suçunu teşkil etmekte olup (md. 109/2), anılan suçun maddi unsuru, yatırım hizmet ve faaliyetlerinin Kuruldan izin alınmadan gerçekleştirilmesidir. Yatırım danışmanlığının, sermaye piyasası faaliyeti olduğu Kanun'da açıkça yer aldığından, faaliyetin niteliklerinin ikincil düzenleme ile belirlenmesinin suçta ve cezada yasallık ilkesine aykırılık teşkil etmediği söylenebilir.

Günümüzde sermaye piyasası faaliyetleri internet ve sosyal medyanın gelişmesi ile internet siteleri veya sosyal medya hesapları üzerinden yapılmaktadır. Bu meyanda sermaye piyasası araçları¹⁵ ve ihraççıları hakkında yorum ve tavsiyelerde bulunmaktadır. Yorum ve tavsiyelerde bulunmak amacıyla kurulan internet siteleri herkese açık olabildiği gibi sosyal medya üzerinden whatsapp, telegram grupları vb. ile de belirli gruplara hizmet sunulabilmektedir.

Yine düzenlenen seminerlerde ve sosyal medya hesapları ile internet sitesi ve Twitter platformu üzerinden belli bir gruba yönelik takipçilerden oluşan gruplara yönelik olarak yorum ve tavsiyelerde bulunmaktadır. "Takip listesi" adı altında gruplar oluşturularak özellikle twitter ve whatsapp üzerinden takip listesinde yer alan kişilere yönelik hizmetler sunulmaktadır. Yine yatırımcılara yatırımcıların risk ve getiri tercihlerine göre Yüksek Risk Yüksek Kazanç, Orta Risk Makul Kazanç, Az Risk İstikrarlı Kazanç başlıkları ile de hizmet sunulabildiği görülmektedir.

Yapılan yorum ve paylaşımların, belirli sermaye piyasası araçları ile bunların ihraççıları hakkında alım satımına yönelik yönlendirici nitelikte yorum ve tavsiyeler içermesi gerekmektedir. Burada önemli olarak vurgulanması gereken husus yönlendirici nitelikte tavsiyede bulunulmasıdır. Yönlendirici nitelikli tavsiyelerde hedef fiyat verilmesi, hedef fiyat gerçekleşene kadar sermaye piyasası aracının tutulması, belli bir fiyat seviyesine kadar pozisyon alınması gibi tavsiyeler önem arz etmektedir.

C. İZİNSİZ YATIRIM DANIŞMANLIĞI FAALİYETİ

SPKn.'nun 109'uncu maddesinin ikinci fıkrasında, Kuruldan izin alınmaksızın sermaye piyasası faaliyetinde bulunulması suç olarak

¹⁵ Sosyal medya veya whatsapp, telegram gibi uygulamalar üzerinden kripto varlıklar ile ilgili yapılan tavsiyelerin Türk hukuku bakımından hangi kategoride değerlendirilmesi gerektiği akla gelebilir. Hukukumuzda halihazırda kripto varlıkların hukuki niteliği konusunda yasal bir düzenleme söz konusu olmadığından bir başka deyişle para, emtia, sermaye piyasası aracı gibi hukuki tavsifleri net olmadığından, bu tür varlıkların sermaye piyasası mevzuatı kapsamında sermaye piyasası aracı olarak kabulü mümkün değildir. Bu çerçevede kripto varlıklar ile ilgili yapılan tavsiyelerin, Türk hukuku bakımından bu aşamada değerlendirilemeyeceği ve mevzuat kapsamında olmadığı, konuya ilişkin yasal boşluk bulunduğu söylenebilir.

düzenlenmiş olup¹⁶, anılan maddede; “*Sermaye piyasasında izinsiz olarak faaliyette bulunanlar iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin günden on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar.*” hükmüne yer verilmiştir¹⁷.

SPKn.’nun 109’uncu maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen suçun oluşması için suçun kanuni tanımına uyan maddi ve manevi unsurlarının oluşması gerekmektedir. Söz konusu suçun maddi unsuru, SPKn. kapsamında bir sermaye piyasası faaliyetinde bulunulduğunun ortaya konulması ve bu faaliyetin SPK’dan izin alınmaksızın yapılmasıdır. Bu çerçevede, izinsiz yatırım danışmanlığı suçunun oluşması için suçun kanuni tanımına uyan aşağıda belirtilen maddi unsurlarının oluşması gerekmektedir:

a) Yorum ve tavsiyeler, sermaye piyasası araçlarına ya da bunları ihraç eden ortaklık ve kuruluşlar hakkında olmalıdır.

b) Bir kişiye veya mali durumları, risk ve getiri tercihleri benzer nitelikteki bir gruba yönelik olarak yapılmalıdır.

c) Yatırımcılara yönelik olan bu yorum ve tavsiyeler, belirli sermaye piyasası araçlarının alım satımını yönlendirici ve teşvik edici ifadeler içermeli veya yatırımcıların kararlarını etkileyebilecek nitelikte olmalıdır.

d) Faaliyetin, düzenli uğraşı, ticari veya mesleki faaliyet olarak icra edilmesi gerekmektedir.

e) Yatırım hizmetlerinin ve faaliyetlerinin yürütülmesinin Kurul’dan izin alınmaksızın gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Bir suçun işlenmesi için ayrıca manevi unsurun da bulunması gerekmekte olup anılan suçun manevi unsuru kasttır, suçun bilerek ve isteyerek işlenmiş

¹⁶ Mülga kanunda sermaye piyasası suçları “*Cezai Sorumluluk*” başlığı altında yer alan 47 nci madde kapsamında düzenlenmişti. Ayrıca, anılan kanunda düzenlenen suçlar özel olarak adlandırılmamış olup, doktrin tarafından özelliklerine göre sınıflandırılmakta ve isimlendirilmekteydi. 6362 sayılı SerPK.’da kanun koyucunun, mülga kanun döneminde torba hüküm niteliğini haiz 47 nci maddedeki düzenleme tarzını terk edip, ceza normlarının belirliliği ve açıklığı ilkesine uygun olarak her bir suç tipini özelliğine göre ayrı maddelerde sınıflandırması yöntemini benimsemesi yerinde bir tercihtir. Seçil Coşkun, *Sermaye Piyasası Hukukunda Piyasa Dolandırıcılığı Suçu (6362 Sayılı SPKn. Md. 107)*, (On İki Levha 2021) 33.

¹⁷ Mülga Kanun’da izinsiz sermaye piyasası faaliyeti suçu, Kanun’un 47/1-A-4 hükmünde düzenlenmiş idi. Anılan hükümde, 4 üncü maddenin birinci ve üçüncü fıkralarına aykırı hareket edenlerle, sermaye piyasasında izinsiz olarak faaliyette bulunan veya yetki belgeleri iptal olduğu veya faaliyetleri geçici olarak durdurulduğu halde ticaret unvanlarında, ilan veya reklamlarında sermaye piyasasında faaliyette buldukları intibamı yaratacak kelime veya ibare kullanan veya faaliyetlerine devam eden gerçek kişilerle, tüzel kişilerin yetkililerinin, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin günden onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacakları hükme bağlanmıştır. Mülga Kanun, bu suça ilişkin olarak daha geniş kapsamlı bir düzenleme içermektedirken SPKn.’nda yer alan düzenleme daha kısa ve genel bir düzenleme getirmiştir. M. Yiğit Bezci, *Sermaye Piyasası Kanununda Yer Alan Suçlar*, iç Meltem Kutlu Gürsel (ed), *İdare Hukuku Açısından Sermaye Piyasası*, (Seçkin 2016) 285.



olması gerekmektedir. Suçun manevi unsuru ise genel kasttır. Kast suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir. (Türk Ceza Kanunu¹⁸/TCK md. 21/1). Sermaye Piyasası Kanunu'nda düzenlenen suç tiplerinde manevi unsur olarak kasta yer verilmiştir. Bu açıdan tedbirsizlik, dikkatsizlik, yani taksirli davranışlarla bu suç tiplerinin ihlal edilmesi mümkün değildir¹⁹. Kast; genel kast ve özel kast olmak üzere ikiye ayrılır. Kanun'un sadece fiilin bilerek ve istenerek işlenmesini aradığı, failin amacının önemli olmadığı kast çeşidi genel kasttır, kastın yanında failin özel amacının arandığı durumlarda özel kast ortaya çıkmaktadır²⁰.

Yürütülen yatırım danışmanlığı faaliyetinin, düzenli uğraş, ticari veya mesleki faaliyet olarak icra edilmesi gerekmektedir. Bu konuda bir şirket kurulması, şirket üzerinden bu faaliyetinin sürdürülmesi, verilen tavsiyeler karşılığında menfaat temin edilip edilmediğinin irdelenmesi gerekmektedir. Özellikle elde edilen menfaatin suçun kasit unsurunun desteklenmesi açısından önem arz ettiği görülmektedir. Söz konusu faaliyetten elde edilen menfaatin hesaplanması kastın ortaya konulması açısından önemlidir. Elde edilen menfaat; üyelik aidatı, eğitim ücreti, vs. adlar altında doğrudan olabileceği gibi ayrıca belirlenen payla ilgili olumlu yorumlar içeren paylaşımlar yapılırken ve takipçiler, belirlenen payda alım yönlü yatırım yapmaya yönlendirilirken ilgili pay piyasasında meydana gelen fiyat artışı sonrası düşük fiyattan almış olduğu payları yüksek fiyattan satmak suretiyle de ilgilinin yüksek tutarlarda menfaat temin ettiğine de rastlanmaktadır. Ayrıca yine izinsiz yatırım danışmanlığı faaliyeti verildiğinin iddia edilmesi sırasında ilgili internet sitesine reklam alınması, *yoğun tıklanma nedeniyle* ilave menfaat sağlanması gibi hususların da mümkün olabildiği görülmektedir.

Yukarıda yer alan hususlar gerçekleştiğinde SPKn'nun 109'uncu maddesinin ikinci fıkrasında tanımlanan 'izinsiz sermaye piyasası faaliyeti' olan izinsiz yatırım danışmanlığı faaliyeti suçunun maddi ve manevi unsurlarının oluştuğu sonucuna varılması gerekmektedir.

Sermaye Piyasası Kurulu'ndan izin alınmadan icra edilen sermaye piyasası faaliyetinin yaptırımı, SPKn'nun 109'uncu maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiş olup; anılan maddede "*...Sermaye piyasasında izinsiz olarak faaliyette bulunanlar* iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin günden on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar..." hükmü yer almaktadır.

¹⁸ Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 5237, Kabul Tarihi: 26.9.2004, RG 12.10.2004/25611.

¹⁹ A. Caner Yenidünya, 'SPK'da Düzenlenen Suç ve Kabahatlere İlişkin Genel Prensipler' in A. Caner Yenidünya, Mustafa Erkan ve Rayhan Asat (edr), İpek Yolu Canlanıyor-Türk Çin Hukuku Zirvesi (Adalet 2013) 89.

²⁰ Kast tipikliğin genel unsurudur. Ancak bazı suç tiplerinde failin saiki özel olarak aranmakta ve bu durum kastın ayrı bir görünümü olarak açıklanmaktadır. Örneğin kan gütmeye saiki ile adam öldürme suçu failin saikinin arandığı özel bir kastı içermektedir. Mahmut Koca and İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Seçkin 2015) 135.

Dolayısıyla; Sermaye Piyasası Kurulu'ndan izin alınmaksızın sermaye piyasası faaliyetinde bulunulduğunun tespiti halinde SPK tarafından Cumhuriyet Savcılıklarına suç duyurusunda (yazılı başvuruda) bulunmaktadır²¹.

İzinsiz sermaye piyasası faaliyeti, usulsüz halka arz suçu ile aynı maddede düzenlenmiş ve aynı yaptırıma tabi tutulmuştur. Şu kadar ki, bu suç bakımından kanun koyucu özel bir fikri içtima hükmüne yer vermiştir²². Buna göre, izinsiz sermaye piyasası faaliyeti suçunun icrası sırasında, aynı zamanda usulsüz halka arz suçunun işlenmesi hâlinde, sadece izinsiz sermaye piyasası faaliyeti suçundan dolayı ceza verilir ve ceza yarı oranında artırılır.

Diğer taraftan; Sermaye Piyasası Kurulu, SPKn'nun 99'uncu maddesi kapsamında, izinsiz sermaye piyasası faaliyetlerinin durdurulması için gerekli her türlü tedbiri almaya, her türlü hukuki ve cezai sorumluluk saklı kalmak kaydıyla, izinsiz sermaye piyasası faaliyet ve işlemlerinin doğurduğu sonuçların iptali ve nakit ya da sermaye piyasası araçlarının hak sahiplerine iadesi için tespit tarihlerinden itibaren bir yıl ve her hâlde vukuu tarihlerinden itibaren beş yıl içinde dava açmaya yetkili kılınmıştır (Md. 99/1). Anılan hüküm, izinsiz yatırım danışmanlığı faaliyetleri açısından da tatbiki mümkün bir hükmüdür. Yine 99 uncu maddenin 3 üncü fıkrasında; izinsiz sermaye piyasası faaliyetlerinin, internet aracılığı ile yürütüldüğü tespit edildiğinde; içerik ve yer sağlayıcılarının yurt içinde olması hâlinde, erişimin engellenmesine ilgili mevzuat uyarınca Kurul tarafından yapılan başvuru üzerine mahkemelerce karar verileceği, içerik ve yer sağlayıcılarının yurt dışında bulunması hâlinde, Kurulun başvurusu üzerine Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından erişimin engelleneceği düzenlemesine yer verilmiştir. Anılan düzenlemeye benzer tedbiri içeren bir hüküm de Kanun'un 115/5'de yer almakta olup, hükme göre, 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanununun 8 inci maddesi, 109 uncu maddede yer alan suçlar bakımından da uygulanacaktır. Bunun anlamı, söz konusu suçların işlendiğine yeterli şüphe görülürse, internet ortamında bu suçları işlemeye yönelik olarak yapılan yayınlara erişimin engellenmesine karar verilir. Karar, SPK'nın başvurusu üzerine Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nca alınır²³.

²¹ Kanununun 106-113 maddeleri arasından düzenlenen SPKn.'na özgü suç tiplerinin unsurlarının somut olayda tahakkuk ettiğinin Kurul uzmanlarınca yapılan denetim çalışmaları neticesinde tespit edilmesi ve anılan tespitlerin Kurul Karar Organının kararı ile yazılı başvuruda bulunma ile neticelenmesi halinde Kurul tarafından ilgililer hakkında Cumhuriyet Başsavcılığı'na yazılı başvuruda bulunmaktadır. Nitekim SPKn.'nun 115 inci maddesinde, Kanunda tanımlanan veya atıfta bulunulan suçlardan dolayı soruşturma yapılmasının, Kurul tarafından Cumhuriyet Başsavcılığı'na yazılı başvuruda bulunulmasına bağlı olduğu ve bu başvurunun muhakeme şartı niteliğinde bulunduğu açıkça düzenlenmiştir.

²² Memiş ve Turan, (n 6) 221.

²³ Burak Adıgüzel, *Sermaye Piyasası Hukuku*, (3. Baskı, Adalet 2019) 353-354.



SPK tarafından yapılan incelemelerde izinsiz yatırım danışmanlığı faaliyetinin tespitinde karşılaşılan olaylarda “bir internet sitesi veya twitter üzerinden” yatırım danışmanlığı faaliyetinin verildiği bu faaliyet sırasında sosyal medya hesapları ve internet sitesinden yapılan paylaşımların sermaye piyasası araçları hakkında yorum, tavsiye, analiz ve değerlendirmelerde bulunduğu görülmektedir. Bu tavsiyeler arasında “*yukarıdan almayın ya da alsanız da uzun vadeyi göze alın*” gibi ifadelerin de yer aldığı görülmektedir.

Söz konusu faaliyet sırasında kişilere ya da internet sitesi ve twitter platformunda yer alan takipçilerden oluşan gruplara yönelik olarak yorum ve tavsiyelerde bulunmaktadır. WhatsApp grupları oluşturulurken çoğunlukla para karşılığında üyelik için aidat istenmektedir. Yine yatırım danışmanlığı faaliyetinde yatırımcı sayısının çok geniş tabanlı olduğu faaliyetlerde, takipçilerin yatırım tercihlerine yönelik paylaşımlar kategorize edilerek, yatırımcıların risk ve getiri tercihlerine göre Yüksek Risk Yüksek Kazanç, Orta Risk Makul Kazanç, Az Risk İstikrarlı Kazanç gibi başlıklarla yatırım tavsiyelerinde bulunduğu müşahade edilmektedir. Yine basında çeşitli paylarla ilgili yer alan haberleri ya da paylarla ilgisi bulunmamakla birlikte birçok şirketle ilgili olabilecek nitelikteki genel gelişmelerin paylaşılıp, bazı pay isimlerinin de paylaşımlara eklendiği, ilgili web sitesinde zaman zaman bazı şirketlerin ciro ve kar beklentilerinin açıklandığı, ayrıca bazı paylarla ilgili beklentiler üzerine ayrıntılı yazılar yayınlandığı, bu yazılara ilişkin linklerin de anılan twitter hesaplarından paylaşıldığı, web sayfaları üzerinde bazı şirket ve sektörler ile ilgili olarak sürekli olumlu yorumların paylaşıldığı da görülmektedir²⁴.

Yatırımcılara yönelik olan bu yorum ve tavsiyeler, belirli sermaye piyasası araçlarının alım satımını yönlendirici ve teşvik edici ifadeler içermekte veya yatırımcıların kararlarını etkileyebilecek nitelikte olmaktadır. Bu amaçla takip listeleri oluşturulmakta “*takibe giriş fiyatı, hedef fiyat, orta vade, uzun vade*” gibi tanımlamalar yapılmaktadır²⁵.

Faaliyetin, düzenli uğraşı, ticari veya mesleki faaliyet olarak icra edildiği görülmekte bunu desteklemek adına ilan ve tanıtımlar yapılmakta, eğitim faaliyetleri gibi faaliyetler verilmektedir.

²⁴ “@derinhisse” Twitter hesabından paylaşılan “*Önümüzdeki 5 Yıl Önde Olacak Şirket Hisseleri Tahminleri*” başlıklı yazıda hesap sahibi tarafından listesi verilen paylar için “*yüksek karlılık, sektörel büyüme, hızlı büyüme, karlılık*” gibi açıklamalar ile büyümesi öngörülen şirketler ve hangi sebeple büyüyeceğine ilişkin açıklamalar yer almaktadır

²⁵ İşbu çalışmamızda incelenen örnek olayda, 14.08.2019 tarihinde <https://derinhisse.com/takip-listesi/> sayfasında yer alan Takip Listesi’nde 2 – 6 ay arası orta vade ile yatırım yapılabilecek hisseler için “*VAKKO, FRIGO, JANTS, KATMR*” payları ve 8 ay ile 2 yıl arası uzun vade ile yatırım yapılabilecek hisseler için “*KAREL, KORDSA, HEKTAŞ, AGHOL, MİGROS, ÇİMSA, ASELAN, THYAO, DEVA, HUBVC, OYLUM*” payları kısa kodları ile Takip Listesinde yer aldığı görülmektedir.

Söz konusu faaliyetin genel yatırım tavsiyesine girip girmediği konusunda, yönlendirici olup olmadığı ve sürekli ilgili sermaye piyasası aracını teşvik edici ifadelerin kullanılıp kullanılmadığı hususları önem kazanmaktadır. Yine bu faaliyetin belirli gruplara verilip verilmediği, herkese açık olup olmadığı da dikkate alınmaktadır. Ancak genel ve özel tavsiye ayırımıındaki kriterlerin SPK tarafından daha iyi bir şekilde tanımlanmasının uygun olacağı düşünülmektedir. Mevcut düzenlemelerde genel yatırım tavsiyesi adı altında faaliyet verildiği iddia edilerek, izinsiz yatırım danışmanlığı faaliyetinin sürdürülmesinin mümkün olduğu görülmektedir.

D. PİYASA BOZUCU EYLEMLER VE YATIRIM DANIŞMANLIĞI İLİŞKİSİ

SPKn.’nın “*Piyasa Bozucu Eylemler*” başlıklı 104’üncü maddesinde, “*Makul bir ekonomik veya finansal gerekçeyle açıklanamayan, borsa ve teşkilatlanmış diğer piyasaların güven, açıklık ve istikrar içinde çalışmasını bozacak nitelikteki eylem ve işlemler, bir suç oluşturmadığı takdirde, piyasa bozucu nitelikte eylem sayılır. Kurulca belirlenen piyasa bozucu eylemleri gerçekleştiren kişilere Kurul tarafından yirmi bin Türk Lirasından beş yüz bin Türk Lirasına kadar²⁶ idari para cezası verilir. Ancak, bu suretle menfaat temin edilmiş olması hâlinde verilecek idari para cezasının miktarı bu menfaatin iki katından az olamaz.*” hükmü yer almaktadır.

VI-104.1 sayılı Piyasa Bozucu Eylemler Tebliği’nin “İletişim veya haberleşme yoluyla işlenen piyasa bozucu eylemler” başlıklı 6’ncı maddesinin 4’üncü fıkrasında ise “*Sermaye piyasası araçları hakkında gazete, televizyon, internet veya benzer nitelikte kitle iletişim araçları kullanarak yorum veya tavsiyede bulunduktan sonra, yorum veya tavsiyesini değiştirmeye kadar veya her halükarda 5 iş günü içerisinde, alım veya tut tavsiyesi verdiği halde satmak ya da satım tavsiyesi verdiği halde almak²⁷ piyasa bozucu eylem olarak değerlendirilir.*” hükmüne yer verilmiştir.

²⁶ Anılan tutarlar sabit olmayıp, Kabahatler Kanunu md. 17/7 hükmüne istinaden her takvim yılı başından itibaren geçerli olmak üzere yeniden değerlendirilerek artırılarak uygulanmakta olup, 2022 yılı için uygulanacak tutarlar, Kurul Karar Organı’nın, Haftalık Bülteinde yayımlanan 30.12.2021 tarih ve 67/1936 sayılı kararı ile alt ve üst sınır 69.783-872.282 TL olacak şekilde belirlenmiştir.

²⁷ SPK’nın 28.10.2020 tarih ve 2020/66 sayılı bülteninde, R.A hakkında @Borsabenimimisi kullanıcı adlı Twitter hesabı üzerinden TDGYO, SAYAS, EUKYO, IDGYO, ULAS, METUR paylarına ilişkin olarak takipçilerine alım veya tut tavsiyesi verdikten hemen sonra mülkiyetinde bulunan payları satması nedeniyle VI-104.1 Piyasa Bozucu Eylemler Tebliği’nin 6 ncı maddesinin dördüncü fıkrasına istinaden 1.175.029 TL idari para cezası uygulanmasına karar verildiği kamuya duyurulmuştur. <<https://spk.gov.tr/Bulten/Goster?year=2020&no=66>> Erişim tarihi 20 December 2021.



Bu noktada, Kanun ile Tebliğ arasındaki irtibatın kanunilik ilkesi çerçevesinde değerlendirilmesi ehemmiyet arz etmektedir. SPKn'nun 104 üncü maddesinde piyasa bozucu eylemler tanımlanmış ve bu eylemlerin Kurul tarafından belirleneceği ifade edilmiştir. Buna göre, anılan maddeye dayanılarak Kurul tarafından piyasa bozucu eylem olarak belirlenen bir fiilin varlığı tespit edildiğinde, Kanun'un piyasa bozucu eylemlere idari para cezası uygulanmasını özel olarak düzenleyen 104 üncü maddesinin uygulanması söz konusu olacaktır.

Nitekim Kabahatler Kanunu'nun "*Kanunilik ilkesi*" başlıklı 4'üncü maddesine göre hangi fiillerin kabahat oluşturduğu, kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi; kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriği, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabilir. Söz konusu hükmün gerekçesinde ise "*Madde metninde, suçta kanunilik ilkesine nazaran, kabahatler açısından daha esnek bir sistem kabul edilmiştir.*" denilmektedir. Görüldüğü üzere, kanun koyucu tüm kabahatlerin kazistik bir şekilde kanunda yer almasını zorunlu tutmamaktadır. Bu bakımdan, SPKn md. 104 hükmünde, açık bir şekilde piyasa bozucu eylemlerin Kurul tarafından belirleneceğine ilişkin düzenlemenin Kabahatler Kanunu'na tümüyle uygun olduğu söylenebilir. SPKn'nun 104 üncü maddesinde açık bir şekilde piyasa bozucu eylemleri belirleme yetkisi Kurul'a verilmiş olup, anılan hükme dayanılarak VI-104.1 sayılı Piyasa Bozucu Eylemler Tebliği hazırlanmıştır. Anılan Tebliğ ile, SPKn'nun 104 üncü maddesi uyarınca SPK'ya verilen yetki doğrultusunda, piyasa bozucu eylemler belirlenmektedir. Dolayısıyla, bir kabahat olan piyasa bozucu eylemlerin tebliğ ile öngörülmüş olmasının Kabahatler Kanunu'nun 4 üncü maddesine uygun olduğu söylenebilir. Anayasa Mahkemesi'nin 10.10.2018 tarihli kararında²⁸ da, sermaye piyasasının teknik ve sürekli değişen dinamik bir alan olması nedeniyle, Kurul'un sermaye piyasası alanına ilişkin teknik detayları belirleme yetkisini haiz olmasının "suç ve cezaların kanuniliği" ilkesine aykırılık teşkil etmediği açık bir şekilde belirtilmiştir.

SPKn'nun "*Piyasa Dolandırıcılığı*" başlıklı 107'inci maddesinin 1'inci fıkrasında "*Sermaye piyasası araçlarının fiyatlarına, fiyat değişimlerine, arz*

²⁸ "... Sermaye piyasası gibi dinamik bir alanda yükümlülüğe konu sermaye piyasası araçlarının değeri, fiyatı veya yatırımcıların yatırım kararlarını etkileyebilecek nitelikteki bilgi, olay ve gelişmelerin neler olduğu gibi teknik konuların bütünüyle kanunda düzenlenmesi beklenemez. Bu gibi teknik ve güncel gelişmelere dayalı ayrıntıların kanunda düzenlenmesinin beklenmesi daha hızlı hareket etmesi ile karşılaştığı sorunları daha süratli çözüme kavuşturması beklenen idarenin çalışmasını güçleştirebilir. Bu bakımdan özellikle teknik ve idari meselelere temas eden detayların düzenlenmesinin idarenin takdirine bırakılması kanuna dayanma koşulunu ihlal etmez." AYM'nin 10.10.2018 tarih ve Bireysel Başvuru No:2017/23849 sayılı kararı için bkz. <<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/12/20181214-6.pdf>> Erişim tarihi 3 November 2021.

ve taleplerine ilişkin olarak yanlış veya yanıltıcı izlenim uyandırmak amacıyla alım veya satım yapanlar, emir verenler, emir iptal edenler, emir değiştirenler veya hesap hareketleri gerçekleştirenler üç yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin günden on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar. Ancak, bu suçtan dolayı verilecek olan adli para cezasının miktarı, suçun işlenmesi ile elde edilen menfaatten az olamaz.” hükmü, 2’inci fıkrasında “Sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkilemek amacıyla yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgi veren, söylenti çıkaran, haber veren, yorum yapan veya rapor hazırlayan ya da bunları yayan ve bu suretle menfaat sağlayanlar üç yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar.” hükmü yer almaktadır²⁹. Anılan suçlar uygulamada sırasıyla işlem bazlı ve bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı olarak da adlandırılmaktadırlar.

Anılan madde incelendiğinde, sermaye piyasasında olağandışı hareketliliğe neden olan işlemlerin gerçekleştirilmesi (maddi unsur) tek başına piyasa dolandırıcılığı suçunun oluşması için yeterli değildir. Manipülatif işlem gerçekleştiren kişinin güttüğü amaç (manevi unsur), “işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı” suçunun oluşmasında belirleyici etkindir. Bu kapsamda, salt maddede sayılan tipik fiillerden bir ya da birkaçının gerçekleştirilmesi tek başına piyasa dolandırıcılığı suçunun oluşması açısından yeterli olmayıp, gerçekleştirilen işlemlerin yanlış veya yanıltıcı izlenim uyandırmak saikiyle, yani

²⁹ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun (TCK) “Fiyatları etkileme” başlığını taşıyan 237’nci maddesinde “İşçi ücretlerinin veya besin veya malların değerlerinin artıp eksilmesi sonucunu doğurabilecek bir şekilde ve bu maksatla yalan haber veya havadis yayan veya sair hileli yollara başvuran kimseye üç aydan iki yıla kadar hapis ve adli para cezası verilir.” hükmüne yer verilmiş, aynı maddenin üçüncü fıkrasında failin, ruhsatlı simsar veya borsa tellalı ise cezanın ayrıca sekizde bir oranında artırılacağı hükme bağlanmıştır. TCK md. 237’de yer alan düzenleme, işçi ücretlerinin veya besin veya malların değerlerinin artıp eksilmesi sonucunu doğurabilecek bir şekilde ve bu maksatla yalan haber veya havadis yayma veya sair hileli yollara başvurma fiillerine yönelik iken SPKn. md. 107’de düzenlenen işlem bazlı ve bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığında maddi unsur kapsamında yer alan fiillerin sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını veya değerlerini etkilemek amacıyla gerçekleştirilmesi aranmaktadır. Bu çerçevede anılan suçların gerek maddi unsurlar gerek kapsam ve muhteva açısından farklılık arz ettiği söylenebilir. Öte yandan, SPKn. md.107 ve TCK madde 237’de suç tanımlanırken fiyat değişimi (artma ya da azalma) suç sayılmış iken 5957 sayılı Sebze ve Meyveler ile Yeterli Arz ve Talep Derinliği Bulunan Diğer Malların Ticaretinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun’un “Yasaklar” başlığını taşıyan 13’üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde yer alan “Piyasada darlık yaratmak, fiyatların yükselmesine sebebiyet vermek veya fiyatların düşmesine engel olmak için malların belirli ellerde toplanması, satışından kaçınılması, stoklanması, yok edilmesi, bu amaçla propaganda yapılması veya benzeri davranışlarda bulunulması” şeklindeki hüküm ile yasak fiil olarak her iki yöndeki fiyat değişimine sebebiyet veren fiiller değil sadece fiyatların yükselmesine sebebiyet verilmesi ile fiyatların düşmesine engel olma fiilleri sayılarak fiyatların azalmasına sebebiyet vermenin yasaklanmadığı hususu da calibi dikkattir.



özel kast ile gerçekleştirilmesi halinde “işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı” suçu meydana gelmektedir. Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki, piyasa bozucu eylem, temel olarak piyasa dolandırıcılığı suçunun oluşması için gerekli olan manevi unsurun (özel kast) tespitindeki zorlukları bertaraf etmek amacıyla idari müeyyideye bağlanan özel bir kabahat türüdür. Piyasa bozucu eylem ile piyasa dolandırıcılığı suçu ayırımı açısından özel kastın tespiti, ayırt edici bir unsurdur.

Görüldüğü üzere, SPK tarafından Piyasa Bozucu Eylemler Tebliği ile 107. madde kapsamına girecek şekilde suç ihdas edilmemekte, özel bir kabahat türü olan piyasa bozucu eylem nedeniyle SPKn md. 104 uyarınca SPK tarafından bu işlemleri gerçekleştiren kişi/ler hakkında idari para cezası tesis edilmektedir. SPKn md. 107’de “*piyasa dolandırıcılığı*” suçu düzenlenmiş ve cezai yaptırıma bağlanmış iken, SPKn md. 104 ise, belirli nitelikteki eylem ve işlemler “*piyasa bozucu nitelikte eylem*” olarak sayılmış ve piyasa dolandırıcılığı suçunun unsurlarını oluşturmamakla birlikte, yapısı, amacı ve etkisi itibarıyla bu işlemler idari yaptırıma bağlanmıştır. Kurul’a yetki veren bu düzenlemenin sermaye piyasalarının yapısının bir gereği, piyasada işlem yapan yatırımcıların korunması ihtiyacının bir ürünü olup, Avrupa Birliği’nin 596/2014 sayılı Piyasanın Kötüye Kullanılması Tüzüğü ile de uyumlu olduğu söylenebilir.

Öte yandan, söz konusu düzenlemeler, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu md. 15/3 ile öngörülen, bir fiilin hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabileceği, ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanacağı hükmü ile de paralellik arz etmektedir. SPKn md. 104 ile de suç teşkil etmeyen fiiller bakımından cezai değil idari bir müeyyide olan idari para cezası yaptırımı öngörülmüştür.

Bazı durumlarda yatırım tavsiyesi veren kişilerin önceden pozisyon aldıkları veya SPKn.’nin “*Piyasa Dolandırıcılığı*” başlıklı 107’inci maddesi kapsamında piyasa dolandırıcılığı fiilini gerçekleştirirken yatırım tavsiyesinde buldukları da görülmektedir. Konunun önemi ve işlem hacmi, işlemlerin piyasaya etkisi ve işlemlerin mahiyetine bağlı olarak bu durumlarda konu SPKn’nun “*Piyasa Dolandırıcılığı*” başlıklı 107’inci maddesi ve VI-104.1 sayılı Piyasa Bozucu Eylemler Tebliği kapsamında değerlendirilmekte, ayrıca yatırım danışmanlığı kapsamında da inceleme yapılmamaktadır. Burada her fiilin, kendi koşulları çerçevesinde, suçların unsurları ve piyasa bozucu eylem mahiyetinin ayrıntılı şekilde değerlendirilerek sonuca varılmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

Bu çerçevede SPK tarafından yapılacak denetimlerde Kabahatler Kanunu³⁰ md. 15/3 hükmünde yer alan “*Bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış*

³⁰ Kabahatler Kanunu, Kanun Numarası: 5326, Kabul tarihi: 30.3.2005, RG 31.3.2005/25772 (Mükerrer).

ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır.” düzenlemesi çerçevesinde³¹, anılan hükümler kapsamında gerçekleştirilen fiillerin suç teşkil ettiğinin tespiti halinde yazılı başvuruda (suç duyurusu) bulunulması, fiiller açısından suç unsurlarının gerçekleşmediği ya da unsurların tam olarak gerçekleştiği konusunda net bir kanaate varılamadığı durumlarda ise idari para cezası yaptırımını tesisi yoluna gidilmesi hukuken yerinde olacaktır. Öte yandan SPKn. md. 107 ve 109/2 kapsamında yapılan incelemelerde, tek fiille birden fazla kanun hükmünün ihlalinin söz konusu olduğu tespit edilirse, failin TCK md. 44/1 çerçevesinde daha ağır cezayı gerektiren SPKn. md. 107 hükmünden dolayı³² cezalandırılması söz konusu olacaktır.

Teknolojinin ilerlemesi ile internet üzerinden yapılan faaliyetler, ileride yatırım tavsiyesinde bulunma faaliyetlerinin de yaygınlaşmasına neden olabilecektir. Özellikle yapay zekâ vb. konularda gerçekleşen teknolojik ilerlemeler neticesinde ileride bu tür tavsiyelerin sadece bilgisayar ortamında yapılabileceği, bu nedenle muhatap bulamama bir başka deyişle idari ve cezai sorumlulukların kimlere tahmil edileceğinin belirlenememesi ve tespit edilememesi gibi bazı problemlerin de husule geleceği söylenebilir.

1. Örnek Olay Çerçevesinde Konunun Değerlendirilmesi

Piyasa bozucu eylem ile yatırım danışmanlığı iribatına ilişkin olarak SPK'nın 18.6.2020 tarih ve 2020/37 sayılı bülteninde³³ yayınlanarak kamuya ilan edilen idari yaptırma konu olay bu başlık altında analiz edilecektir.

Anılan Kurul Bülteni'nde; Reysaş Taşımacılık ve Lojistik Ticaret A.Ş. (RYSAS) pay piyasasında gerçekleştirilen işlemler ile ilgili olarak yapılan inceleme sonucunda, hakkında “@derinhisse” Twitter hesabı üzerinden RYSAS payına ilişkin olarak takipçilerine alım veya tut tavsiyesi verdikten hemen sonra RYSAS paylarında satım yapması nedeniyle VI-104.1 Piyasa Bozucu Eylemler Tebliği'nin 6 ncı maddesinin dördüncü fıkrasına istinaden 1.175.029 TL idari para cezası yaptırımını uygulandığı kamuya ilan edilmiştir.

³¹ SPK'nın idari para cezası uygulama yetkisinin, “ne bis in idem” ilkesi çerçevesinde değerlendirilmesi ve konuya ilişkin tartışmalar için bkz. Mehpare Çaptuğ, ‘Sermaye Piyasası Kurulu'nun İdari Para Cezası Uygulama Yetkisi ve Bu Yetkinin “Ne Bis İn İdem” İlkesi Bakımından Değerlendirilmesi’ in Meltem Kutlu Gürsel (ed), İdare Hukuku Açısından Sermaye Piyasası (Seçkin 2016) 332-335.

³² SPKn. md. 107/1 hükmünde yer alan işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu ile 107/2 hükmünde yer alan bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunun yaptırımını, 20/2/2020 tarihli ve 7222 sayılı Kanunun 37 inci maddesi ile yapılan değişikliklerle, üç yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin günden on bin güne kadar adli para cezası şeklinde değiştirilerek, hürriyeti bağlayıcı cezanın alt sınırı 2 yıldan 3 yıla yükseltilmiştir.

³³ <<https://www.spk.gov.tr/Bulten/Goster?year=2020&no=37>> Erişim Tarihi 3 August 2021.



Anılan idari yaptırım kararına karşı davacı tarafından Ankara 5. İdare Mahkemesi'nin³⁴ E.2020/1469 sayılı dosyası üzerinden idari işlemin iptali istemiyle dava ikame edilmiştir.

Davacı tarafından, 17.12.2019 - 27.01.2020 tarihleri arasındaki dönemde Teknosa İç ve Dış Ticaret A.Ş.'nin pay piyasasında VI-104.1 sayılı Piyasa Bozucu Eylemler Tebliğinin 6/4. maddesine yer alan eylemlerin gerçekleştirildiğinden bahisle 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 104 ve 105 inci maddeleri uyarınca 1.175.029,00-TL idari para cezası ile cezalandırılmasına ilişkin 16.07.2020 tarihli ve 44/898 sayılı Sermaye Piyasası Kurulu kararının hukuka aykırı olduğu; cezaların şahsiliği ilkesine aykırı olduğu, hisse satışlarının annesi tarafından gerçekleştirildiği ve satışın 5.000 adet hisse olduğu, hisselerin toplam değerinin ise 45.000-TL olduğu, para cezasının fahiş olduğu, idarece para cezasının üst sınırdan verilmesinin hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek iptali talep edilmiştir.

SPK'nın cevap dilekçesinde ise, Borsa İstanbul A.Ş. tarafından Kurula iletilen gözetim inceleme raporunda, davacının "derinhisse" isimli twitter hesabı ve "https://derinhisse.com" isimli web sitesinden Teknosa payı ile ilgili olarak olumlu yorum ve tavsiyede bulunmasından beş iş günü içerisinde annesinin hesabından satış işlemi gerçekleştirdiği, dava konusu işlemde usul ve yasaya aykırı bir husus bulunmadığı, dava konusu kararın hukuka uygun olduğu belirtilerek davanın reddi gerektiği savunulmuştur.

Mahkeme'nin 30.4.2021 tarih ve K.2021/731 sayılı kararı³⁵ ile;

"Olayda, dava dosyasındaki bilgi ve belgeler ile denetleme raporunun birlikte incelenmesinden; davacıya ait "derinhisse" isimli twitter hesabı ve "http://derinhisse.com." isimli web sitesi üzerinden 17.12.2019- 27.01.2020 tarihleri arasında yaptığı paylaşımlarda; bazı payları bebek hisse olarak tanımladığı, büyüme potansiyeli bulunduğunu düşündüğü payları, fiyatlarının ne olduğu ile ilgilenmeksizin uzun vadeli yatırım olarak düşündüğünü belirttiği, analizine güvendiği, tüm ilgilendiği şirketlerde vadesinin 18 ile 36 ay olduğu, çeşitli paylar ile ilgili yorum yapsa da takip listesinin önemli olduğu yönünde paylaşımlar yaptığı, belirli dönemler itibari ile anılan web sitesinde takip listeleri yayınladığı, takip listesine dahil ettiği payları genellikle bebek

³⁴ Kanunun 105/4 hükmünde, SPKn. uyarınca verilen idari para cezası kararlarına karşı idari yargı yoluna başvurulabileceği açıkça hükme bağlanmıştır. SPK tarafından verilen İPC kararları ile ilgili olarak, yetkili idare mahkemelerinde dava açılabilir. SPKn. Geçici Madde 7/5 hükmünde; "Kurul merkezinin İstanbul'a taşınmasına ilişkin iş ve işlemler tamamlanuncaya kadar Kurulun merkezi Ankara'dır." düzenlemesi yer aldığından ve SPK'nın İstanbul'a taşınması işlemleri henüz ikmal edilmediğinden, Kurul tarafından tesis edilecek idari para cezalarına karşı görevli ve yetkili Ankara İdare Mahkemelerinde dava ikame edilebilecektir.

³⁵ Anılan karar istinaf aşamasında olup, henüz kesinleşmemiştir.

hisse ve genel liste başlığı altında sunduğu, takip listelerinin ayrıca takibe giriş fiyatı, takibe giriş nedeni ve hedeflenen vade bilgilerini de belirttiği, bazı takip listeleri ile birlikte anılan web sitesinde düşük, orta, yüksek risk ölçülerinde örnek pay sepetleri de yayınladığı ve agresif büyüyen sepet ve karma sepet gibi daha spesifik sepetlere yer verdiği, yine takip listelerini web sitesinde yayınlamadan önce anılan twitter hesabında tartışmaya başladığı, hesaplarında basında çeşitli paylarla ilgili yer alan haberleri ya da paylarla ilgisi bulunmamakla birlikte birçok şirketle ilgili olabilecek nitelikteki genel gelişmeleri paylaşmış, bazı pay isimlerini paylaşımlarına eklediği, anılan web sitesinde zaman zaman bazı şirketlerin ciro ve kar beklentilerini açıkladığı, ayrıca bazı paylarla ilgili beklentileri üzerine ayrıntılı yazılar yayınladığı, bu yazılara ilişkin linkleri de anılan twitter hesabında paylaştığı, web sayfaları üzerinde bazı şirket ve sektörler ile ilgili olarak sürekli olumlu yorumlar paylaştığı, yine TKNSA payını 01.01.2020 tarihinde anılan hesaplarında paylaşarak takip listesine aldığı ve bu pay için 18 ay vade önererek yüksek risk yüksek kazanç örnek sepetine eklediği, 02.01.2020 tarihinde twitter hesabından payın büyüyeceği ve karlılığının artacağına yönelik paylaşımlarda bulunduğu, bu kapsamda 02.12.2019-14.02.2020 tarihleri arasındaki dönemde TKNSA payın AOF'si 2019 yılı Aralık ayı başında endeks ile paralel hareket etmekte iken 11.12.2019 tarihinden itibaren artış yönünde eğilim göstermeye başladığı, 17.12.2019 tarihinde 3,77-TL olan pay AOF'si 27.01.2020 tarihinde %203,12 oranında artarak 11,42-TL seviyesine, 28.01.2020 tarihinde ise 11,53-TL ile en yüksek seviyesine ulaştığı, bu tarihten sonra pay AOF'sinin düşüş göstermeye başladığı, yine 17.12.2019-27.01.2020 tarihleri arasındaki dönemde davacının annesi A.T.'nin hesabından, 17.12.2019 tarihinde 3,68-TL'den 20.000 adet, 20.12.2019 tarihinde 3,85-TL'den 500 adet ve 31.12.2019 tarihinde 1.500 adet olmak üzere toplamda 22.000 adet TKNSA payı alındığı, 03.01.2020 tarihinde 1.119 adet TKNSA payını 5,2-TL'den, 10.881 adet payı da 5,19-TL'den olmak üzere 22.000 adet pay satışı yapıldığı hususunda tespitlere yer verildiği görülmüştür.

Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde; davacının “derinhisse” isimli twitter hesabı ve “http://derinhisse.com.” isimli web sitesi üzerinden 01.01.2020 ve 02.01.2020 tarihlerinde TKNSA payına ilişkin olumlu yorum ve tavsiyelerde bulunduktan ve bu yöndeki tavsiyelerini değiştirmeden 5 iş günü içerisinde 03.02.2020 tarihinde annesi A.T.'nin hesabı üzerinden 12.000 adet TKNSA payını sattığı anlaşıldığından Piyasa Bozucu Eylemler Tebliğinin 6 ncı maddesinin dördüncü fıkrasında düzenlenen eylemlerinin sübut bulunduğu ve bu nedenle üst sınırdan 1.175.029,00-TL idari para cezası ile cezalandırılmasına ilişkin dava konusu 16.07.2020 tarihli ve 44/898 sayılı Kurul kararında hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Diğer taraftan, davacı tarafından, idari para cezasının fahiş olduğu iddia edilmiş ise de; 6362 sayılı Kanununun 104.



maddesinin uyarınca piyasa bozucu eylem gerçekleştiren kişiler için öngörülen idari para cezası sınırları içerisinde yatırımcıları zarara uğrattığı, ihlalin sürekliliği ve başkaca paylarda da aynı ihlalin gerçekleştirildiği gibi hususlar dikkate alınarak üst sınırdan para cezası verildiği görülmekle davacının bu iddiaları davaya konu işlemi kusurlandıracak nitelikte görülmemiştir.”

gerekçesi ile davanın reddine istinafi kabul olmak üzere karar verilmiştir.

Anılan mahkeme kararı, piyasa bozucu eylem ve yatırım danışmanlığı irtibatını yansıtmaya açısından örnek bir karar olarak değerlendirilebilir. Anılan olayda davacı, twitter hesabı ve web sitesi üzerinden borsada işlem gören bir şirket payına ilişkin olumlu yorum ve tavsiyede bulunduktan ve bu yöndeki tavsiyelerini revize etmeden beş iş günü içerisinde anılan payda satım yönünde işlem gerçekleştirmiş ve böylece ilgili Tebliğ hükmünü ihlal etmiştir. Mahkeme kararı ile de tespit edilen anılan husus sonrası, davacı hakkında SPK tarafından tesis edilen idari para cezası yaptırımının hukuka uygun olduğuna karar verilmiştir. Ayrıca mahkeme kararında, konumuzla bağlantılı olarak davacı tarafından gerçekleştirilen fiillerden de bahsedilmiştir. Davacı tarafından bazı takip listeleri ile birlikte anılan web sitesinde düşük, orta, yüksek risk ölçülerinde örnek pay sepetleri de yayınladığı ve agresif büyüyen sepet ve karma sepet gibi daha spesifik sepetlere yer verdiği, yine takip listelerini web sitesinde yayınlamadan önce anılan twitter hesabında tartışmaya başladığı, hesaplarında basında çeşitli paylarla ilgili yer alan haberleri ya da paylarla ilgisi bulunmamakla birlikte birçok şirketle ilgili olabilecek nitelikteki genel gelişmeleri paylaşmış, bazı pay isimlerini paylaşımına eklediği, anılan web sitesinde zaman zaman bazı şirketlerin ciro ve kar beklentilerini açıkladığı, ayrıca bazı paylarla ilgili beklentileri üzerine ayrıntılı yazılar yayınladığı, bu yazılara ilişkin linkleri de anılan twitter hesabında paylaştığı, web sayfaları üzerinde bazı şirket ve sektörler ile ilgili olarak sürekli olumlu yorumlar paylaştığı hususları da idari yaptırım kararının hukuka uygun olduğuna gerekçe olarak kabul edilmiştir. Yine yatırımcıların zarara uğraması, ihlalin sürekliliği ve birçok payda ihlal gerçekleştirilmesi de, idari yaptırım miktarının üst sınırdan belirlenmesinde kriter olarak kabul edilmiş olup, anılan değerlendirmenin de gerek Kabahatler Kanunu gerek SPKn.’nun düzenleme ve amaçlarına uygun olduğu söylenebilir.

III. GENEL YATIRIM DANIŞMANLIĞI VE BU FAALİYETE İLİŞKİN UYARI NOTU

Yatırım danışmanlığı ile genel yatırım tavsiyesi ve finansal bilgi verilmesi arasındaki en önemli fark kişisellik unsurudur. Zira genel yatırım tavsiyesi bir gruba veya kişiye özel değil, genele yönelik bir nitelik arz etmektedir. Diğer yandan yatırım danışmanlığında müşteriye yerindelik testi uygulanmaktadır; buna karşın genel yatırım tavsiyesinde ise müşteriye uygunluk testi uygulanabilmektedir. Finansal bilgi sunumu veya genel yatırım tavsiyesinde bir sözleşme ilişkisi şart değildir. Oysa yatırım danışmanlığı bir sözleşme

ilişkisinin varlığını gerektirir³⁶. Genel yatırım tavsiyesine özgü esaslardan bir diğeri de yatırımcılara (ya da müşteriye) tavsiyenin niteliği konusunda uyarı notu sunulmasıdır. Uyarı notu, yatırım tavsiyesinin genel nitelik taşıdığını, bir başka deyişle yatırımcının risk-getiri kıstasına göre uyarılama yapılmamış olduğunu ifade etmektedir³⁷.

III-37.1 sayılı Tebliğ'in 73 üncü maddesinin ikinci fıkrasının uygulanmasına yönelik olarak aşağıdaki esaslar kabul edilmiştir: “*Genel yatırım tavsiyesi faaliyeti kapsamında hazırlanan ve belli bir kişiye veya mali durumları, risk ve getiri tercihleri benzer nitelikteki bir gruba yönelik olmamak kaydıyla müşterilere veya dağıtım kanallarına sunulan bilgiler, yalnızca yatırım kuruluşları ve portföy yönetim şirketleri tarafından müşteri ile bire bir paylaşılabilir. Genel yatırım tavsiyesinin müşteriyle yüz yüze veya telefonda sözlü olarak paylaşılması, bire bir paylaşım olup, yatırımcıların/müşterilerin bir kısmına veya tamamına e-posta veya kısa mesaj yoluyla genel yatırım tavsiyeleri gönderilmesi veya raporların yatırımcıya/müşteriye elden verilmesi bire bir paylaşım olarak değerlendirilmez.*

Bu kapsamda aracı kurum, banka veya portföy yönetim şirketi tarafından hazırlanmış olan genel yatırım tavsiyesi içeren söz konusu raporlar, raporlarda yer alan tavsiyeler, müşteriye yapılmış olan uygunluk veya yerindelik testi sonucuna uygun olduğu ölçüde yalnızca aracı kurumlar, bankalar ve portföy yönetim şirketleri tarafından müşteriler ile bire bir olarak paylaşılabilir. Ancak tavsiyeler raporlarda yer aldığı şekliyle aynen aktarılmalı, müşteriye özel hale getirilmemelidir. Bunun yanında söz konusu raporlar uygunluk testi yapılmaksızın müşteriler ile internet sitesi üzerinden, e-posta veya kısa mesaj yoluyla ya da elden paylaşılabilir.

Konuya ilişkin örnek sayılabilecek bir uyarı notu aşağıdaki gibidir³⁸.

³⁶ Mehmet Akif Tuğ, *Sermaye Piyasalarında Yatırım Danışmanlığı*, (On İki Levha 2018) 69-70. Sektörden genel yatırım tavsiyesi veya finansal bilgi sunulması örnekleri ve konuya ilişkin yargı kararları hakkında bkz Çağatay Çınar, *6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'ndaki Usulsüz Halka Arz ve İzinsiz Faaliyette Bulunma Suçları*, (Seçkin 2020) 129-134.

³⁷ Uygulamada “*Yatırım tavsiyesi değildir.*” ya da kısaltmasıyla “*YTD*” ifadelerinin kullanılması esasen III-37.1 sayılı Yatırım Hizmetleri ve Faaliyetleri ile Yan Hizmetlere İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ'in Ek 3 ve Ek 4'ünde yer alan uyarı notunun bir yansıması olarak tavsif edilebilir. Bir başka deyişle, sunulan yatırım bilgi, yorum ve tavsiyelerin yatırım danışmanlığı kapsamında olmadığı, tavsiyelerin genel nitelikte olduğu, kişinin mali durumu ile risk ve getiri tercihlerine uygun ve özel olarak hazırlanmadığı, bu nedenle, sadece orada yer alan bilgilere dayanılarak yatırım kararı verilmesinin beklentilere uygun sonuçlar doğurmayabileceğinin ihtarı amacıyla. Genel yatırım tavsiyesinde bulunanlarca kullanılan YTD ve benzeri ifadelerin, gerek Tebliğ'e uyum gerek bu anlamda kişilerin kendilerini sorumluluktan kurtarma, muhataplarının herhangi bir şekilde anılan yorum ve tavsiyelerden zarara uğramaları halinde hukuki bir sonuç ve yaptırımla karşılaşmamak gayesine matuf olduğu söylenebilir.

³⁸ <<https://www.yf.com.tr/yasal-uyari>> Erişim Tarihi 8 July 2021.



“Burada yer alan yatırım bilgi, yorum ve tavsiyeleri yatırım danışmanlığı kapsamında değildir. Yatırım danışmanlığı hizmeti, kişilerin risk ve getiri tercihleri dikkate alınarak kişiye özel sunulmaktadır. Burada yer alan ve hiçbir şekilde yönlendirici nitelikte olmayan içerik, yorum ve tavsiyeler ise genel niteliktedir. Bu tavsiyeler mali durumunuz ile risk ve getiri tercihlerinize uygun olmayabilir. Bu nedenle, sadece burada yer alan bilgilere dayanılarak yatırım kararı verilmesi beklentilerinize uygun sonuçlar doğurmayabilir.

Burada yer alan bilgiler Yatırım Finansman Menkul Değerler A.Ş. tarafından genel bilgilendirme amacı ile hazırlanmıştır. Yatırım Danışmanlığı hizmeti; aracı kurumlar, portföy yönetim şirketleri, mevduat kabul etmeyen bankalar ile müşteri arasında imzalanacak Yatırım Danışmanlığı sözleşmesi çerçevesinde sunulmaktadır. Burada yer alan yorum ve tavsiyeler yorum ve tavsiyede bulunanların kişisel görüşlerine dayanmakta olup, herhangi bir yatırım aracının alım-satım önerisi ya da getiri vaadi olarak yorumlanmamalıdır. Bu görüşler mali durumunuz ile risk ve getiri tercihlerinize uygun olmayabilir. Bu nedenle, sadece burada yer alan bilgilere dayanarak yatırım kararı verilmesi beklentilerinize uygun sonuçlar doğurmayabilir. Hiçbir şekilde yönlendirici nitelikte olmayan bu içerik, genel anlamda bilgi vermeyi amaçlamakta olup; bu içeriğin, müşterilerin ve diğer yatırımcıların alım satım kararlarını destekleyebilecek yeterli bilgileri kapsamayabileceği dikkate alınmalıdır. Bu sayfalarda yer alan çeşitli bilgi ve görüşlere dayanılarak yapılacak ileriye dönük yatırımlar ve ticari işlemlerin sonuçlarından ya da ortaya çıkabilecek zararlardan Yatırım Finansman Menkul Değerler A.Ş. sorumlu tutulamaz.”

Bu çerçevede, yatırım kuruluşları tarafından müşterilere uygunluk testi yapılması³⁹ ve bu testin sonucuna göre; müşterilerin risk ve getiri tercihlerine göre sınıflandırılması ve sınıflandırılan bu gruplara yönelik araştırma raporu hazırlanması; bu raporlarda müşteri portföyünde yer alacak sermaye piyasası araçlarına yönelik standart dağılım tavsiyelerinde bulunulması, raporda tavsiye edilen sermaye piyasası araçlarının müşteriyle paylaşılması, sadece müşterinin durumuna özel olmaması şartıyla genel yatırım tavsiyesi olarak değerlendirilecek olup, yatırım danışmanlığı faaliyeti kapsamında değildir. Çünkü sunulan hizmet belirli bir müşteriye özel olarak yönlendirici nitelikte yapılmamaktadır⁴⁰.

³⁹ Sermaye piyasasında uygunluk testi genel olarak, yatırım kuruluşlarının verdikleri hizmetler bağlamında müşterilerin işlemlerinin ve yatırımlarının müşteri profiline uygunluğunun araştırılmasına müteallik çalışmalar olarak tavsif edilebilir. Türkiye AB Direktifi MiFID bağlamında bu uygulamayı sermaye piyasası mevzuatına dahil etmiş ve SPK'nın III-39.1 sayılı Yatırım Kuruluşlarının Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Tebliğ'I md. 33/1 hükmünde “uygunluk testi”ni, yatırım kuruluşu tarafından pazarlanan ya da müşteri tarafından talep edilen ürün ya da hizmetin müşteriye uygun olup olmadığının değerlendirilmesi amacıyla, müşterilerin söz konusu ürün veya hizmetin taşıdığı riskleri anlayabilecek bilgi ve tecrübeye sahip olup olmadıklarının tespit edilmesi şeklinde tanımlamıştır.

⁴⁰ “Yatırım Hizmet ve Faaliyetleri ile Yatırım Kuruluşlarına İlişkin Rehber” <<https://www.spk.gov.tr/Sayfa/Dosya/1163>> Erişim Tarihi 8 July 2021.

IV. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİNDE (ABD) YATIRIM DANIŞMANLIĞI FAALİYETİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

İşbu çalışmamızda sermaye piyasalarının gerek mevzuat gerek uygulama açısından en fazla gelişmiş olduğu ülkelerden olması hasebiyle ABD’de yatırım danışmanlığı faaliyetinin ne şekilde düzenlendiği ve konunun uygulamaya yansımaları da mukayese açısından inceleme konusu yapılmıştır. Önceleri yalnızca yatırımcılarına operasyonel (yatırımcı emirlerini borsaya ileten ve gerçekleşen işlem tutarının belli bir yüzdesini komisyon geliri olarak elde eden) hizmet sunmakta olan borsa komisyoncuları mevcutken, 20. yüzyılın son çeyreğinde sermaye piyasaların gelişmesi ile sadece al-sat emirleri iletimi işlemleri yanında başka hizmetlerin de sunulması ihtiyacı gündeme gelmiş olup bunlardan biri de yatırım danışmanlığıdır⁴¹.

ABD sermaye piyasalarında özellikle aracı kurumların kendi lehlerine olan işlemleri yatırımcıları tavsiye etmeleri, bu işi tarafsız yapacak kişilere olan ihtiyacı arttırmıştır⁴². Yatırımcıları tarafsız olarak bilgilendirecek, yönlendirecek ve onların menfaatlerini düşünecek yetkin kişilere ihtiyaç duyulması nedeniyle, yatırımcılara tavsiyede bulunmak ve onları yönlendirmek amacıyla çeşitli kişi ve kurumlar ortaya çıkmıştır. Bu da profesyonel yatırım danışmanlığının doğmasına neden olmuştur⁴³.

Para yönetimi yapan müdürler, yatırım danışmanları ve finansal planlama yapanlar ABD’de⁴⁴ yatırım danışmanı olarak tanımlanarak 1940 tarihli Yatırım Danışmanlığı Kanunu ile düzenlenmiştir⁴⁵. Kanun’un 202(a) kısmında bu kişilerin fiilleri; tazminat alıp almadıkları, bu işi meslek haline getirip getirmediikleri, başkalarına tavsiye vermek veya menkul kıymetlerle ilgili raporlar veya analizler yayınlayıp yayınlamadıkları kriterlerine göre değerlendirilmektedir.

Ancak bunun çok sayıda muafiyeti de alt kanun hükümlerinde düzenlenmiştir. Örneğin bankalar ve banka şeklinde kurulan holding şirketleri, avukatlar, muhasebeciler, mühendisler ve öğretmenler, brokerlar⁴⁶, yayıncılar,

⁴¹ Thomas Lee Hazen, *The Law of Securities Regulation*, (4th edn, West Group 2002) 7-8.

⁴² H. Lawrence Wilsey, ‘The Investment Advisers Act of 1940’ (1949) IV (4) *The Journal of Finance* 286, 289.

⁴³ Tamar Frankel, *The Regulation of Money Managers: The Investment Company Act And The Investment Advisers Act*, (2 nd edn, Aspen Pub 1998) 24-28.

⁴⁴ Bireysel yatırım danışmanlığının Amerika’daki düzenlemeler çerçevesinde incelenmesi hakkında bkz Hilal Cilan, ‘Bireysel Yatırım Danışmanlığının Ülkemiz Düzenlemeleri ve Yurt Dışı Düzenlemeler Çerçevesinde İncelenmesi’ (2012) (19) *Sermaye Piyasası Dergisi* 123, 125-131.

⁴⁵ <https://www.sec.gov/about/offices/oia/oia_investman/rplaze-042012.pdf> Erişim Tarihi 8 August 2021.

⁴⁶ Türk sermaye piyasasında da sıklıkla kullanılan bir tabi olan “broker” kavramı Türkçe olmamakla birlikte Türkçe imiş gibi kullanılmaktadır. Broker, borsada bir aracı kurum adına



devlet sermaye piyasası aracı yatırım danışmanlığı yapan kamu görevlileri, kredi derecelendirme kuruluşları, aile ofisleri, devletler ve bunların siyasal alt uzantıları gibi kişi ve kurumlar muafiyete sahiptirler⁴⁷.

İlgili düzenlemelere göre muafiyet kapsamında olmayan tüm yatırım danışmanlarının ABD Sermaye Piyasası Otoritesine (U.S. Securities and Exchange Commission/SEC) kayıt yaptırmaları gerekmektedir. Bugün, çoğu küçük danışman ve “orta ölçekli danışman”ların düzenlenmesi ve SEC’e kaydolmaları yasaktır. Ancak çoğu büyük danışmanlar (muafiyet yoksa) SEC’e kaydolmalıdır. Ayrıca küçük ve orta ölçekli yatırım danışmanları için eyalet düzenlemeleri de bulunmaktadır. Yine kanunun alt düzenlemelerinde 25 milyon dolarlık varlıkların yönetimine kadar yatırım tavsiyesinde bulunanlar küçük yatırım danışmanları, 25 milyon dolarla -100 milyon dolar arasında varlıkların yönetimine ilişkin yatırım tavsiyesinde bulunanlar orta ölçekli yatırım danışmanları olarak tasnif edilmişlerdir⁴⁸. Yapılan son düzenlemelerle SEC, müşteri varlıklarında 110 milyon dolar veya daha fazlasını yöneten yatırım danışmanlarını düzenlerken, eyalet menkul kıymetler düzenleyicileri 100 milyon dolara kadar varlıkları yöneten danışmanlar üzerinde yargı yetkisine sahiptir. Yönettikleri varlıkların değeri 100 milyon dolardan az olan danışmanlar, danışmanın asıl iş yerinin bulunduğu eyalet için eyalet düzenleyicisine kaydolmak zorundadır⁴⁹.

Kanun alt düzenlemelerine göre; yatırım danışmanları için beş tür gereksinim öngörülmüş olup, bunlar; (i) müşterilere karşı güvene dayalı görevler; (ii) maddi yasaklar ve gereklilikler; (iii) sözleşme gereklilikleri; (iv) kayıt tutma gereklilikleri ve (v) öncelikle SEC tarafından idari gözetim ve denetime tabi olma şeklinde belirtilmiştir. Yine anılan düzenlemelerde; danışmanlık ücretleri, performans ücretleri, varlık yönetiminden kaynaklanan ücretler, dayanak noktası ücretleri gibi hususlara ilişkin ayrıntılı hükümlere de yer verilmiştir.

Kanun düzenlemelerine göre yatırım danışmanları federal düzeyde SEC’e kayıt yaptırmak zorunda olup ayrıca eyaletler bazında kayıt süreci Standart

işlem yapan yetkili kişi olarak tanımlanabilir. İngilizce anlamı ile broker, yaptığı işlemlerde bizzat risk üstlenip finansal araçları kendisi satın alıp sonra satarak fiyat farkından yararlanma amacıyla hareket etmeyip, sadece finansal araç alım satım emirlerini işleme koyup bundan komisyon alır. Bu kavramın mevzuatımızdaki karşılığı ise borsa üye temsilcisidir. Borsa üye temsilcisi, aracı kurum tarafından iletilen alım satım emirlerini borsa işlem terminaline giren gerçek kişi olarak tavsif edilebilir.

⁴⁷ Hazen (n 41) 9-10.

⁴⁸ <https://www.sec.gov/about/offices/oia/oia_investman/rplaze-042012.pdf> Erişim Tarihi 8 August 2021.

⁴⁹ <<https://www.finra.org/investors/learn-to-invest/choosing-investment-professional/investment-advisers>> Erişim Tarihi 10 July 2021.

Menkul Kıymetler Yasası⁵⁰ ile düzenlenmiştir. Bir yatırım danışmanı işini yürüttüğü bir mekân olmasa bile faaliyette bulunduğu eyalette kayıt altına alınmak zorundadır. Sadece 5 ya da daha az müşterisi bulunan yatırım danışmanı için kayıttan muafiyet söz konusudur. Kanun'da yer alan düzenlemelerde özel fon danışmanları muafiyeti⁵¹ gibi bazı muafiyetler de bulunmaktadır.

Anılan düzenlemelerde ayrıca yatırım danışmanlarının uymakla yükümlü oldukları hususlar belirtilmiştir. Bu çerçevede tutmakla yükümlü oldukları defter ve belgeler sayılmıştır. SEC tarafından tescil edilen her yatırım danışmanı, yürütülen faaliyete ilişkin olarak kayıt ve defterleri doğru, eksiksiz bir şekilde tutmakla yükümlüdür. Bu kayıt ve defterler, finansal kayıtlar, muhasebe kayıtları, yatırım tavsiyesi sağlanmasına ve müşteri hesaplarında gerçekleşen işlemlere ilişkin kayıtlar, yatırım danışmanının müşteri hesaplarında işlem yapmaya yetkili olduğunu belgeleyen kayıtlar, reklam ve performans kayıtları ile yazılı kamuyu aydınlatma dokümanlarının muhafazası ve kamuyu aydınlatmaya ilişkin belgeleri kapsamak zorundadır.

2019 yılında SEC tarafından yapılan düzenleme ile yatırım danışmanlarının “müşterilerine karşı özen yükümlülüğü” tanımını genişletmiştir. Buna göre; yatırım danışmanlığı faaliyetinde özen ve sadakat yükümlülüğü esastır. Özen görevinin önemli bir kısmı, müşterinin yararına olan tavsiyelerde bulunmaktır. Bu, müşterinin hedeflerinin “makul bir şekilde anlaşılmasına” dayanır. Bu amaçla, bir danışman en azından müşterisinin mali durumu, mali bilgi düzeyi, yatırım deneyimi ve mali hedefleri hakkında araştırma yapmakla mükelleftir. Çıkar çatışması gibi durumlar da SEC tarafından ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir⁵².

2020 yılında SEC tarafından yapılan düzenleme ile yatırım danışmanlarının reklamlarını ve avukatlara yapılan ödemeleri yöneten kurallar modernize edilmiştir. Değişikle, mevcut reklam ve nakit talep kurallarının yerini alan tek bir kural oluşturularak yatırım danışmanlarının pazarlama iletişimleri kapsamlı ve verimli bir şekilde düzenlenmiştir. Düzenleme ile elektronik medya ve mobil iletişime ilişkin standart kurallar da getirilmiştir⁵³.

Önümüzdeki dönemlerde hiçbir insan temasının olmadığı dijital yatırım danışmanlığının da önem kazanacağı öngörülmektedir. Dijital tavsiyeler normal yatırım tavsiyelerine göre daha az maliyetli olup, sorumlu bir şekilde sunulan güvene dayalı standartlar ve mevcut düzenleyici gereklilikler ile birlikte çok daha iyi bir seçenek olarak değerlendirilebilir⁵⁴. Dijital yatırım danışmanlığı

⁵⁰ Uniform Securities Act –USA

⁵¹ <[https://www.law.cornell.edu/cfr/text/17/275.203\(m\)-1](https://www.law.cornell.edu/cfr/text/17/275.203(m)-1)> Erişim Tarihi 10 December 2021

⁵² <<https://www.sec.gov/rules/interp/2019/ia-5248.pdf>> Erişim Tarihi 10 December 2021

⁵³ <<https://www.sec.gov/news/press-release/2020-334>> Erişim Tarihi 10 December 2021

⁵⁴ Jennifer L. Class and Eric Perelman, ‘The Evolution of Advice: Digital Investment Advisers as Fiduciaries’ (2016), <https://www.morganlewis.com/~/_media/files/publication/



faaliyetinde özen borcunun ne şekilde olması gerektiği de bundan sonraki süreçte tartışılacak konular arasında yer almaktadır.

McKinsey'in 2021 araştırmasına göre 2020 yılında hisse senedi yatırım danışmanlığı faaliyetinde bir önceki yıla göre %19 artış olmasına rağmen, danışmanlara ödenen ücret rakamında azalış husule gelmiştir. Anılan araştırmaya göre danışmaların liste fiyatının yarısını müşterilerine teklif etmekte oldukları gözlenmiştir⁵⁵.

Sonuç olarak ABD'de yatırım danışmanlığına ilişkin düzenlemelerin çok daha kapsamlı olup, spesifik konuları içerecek şekilde alt düzenlemelerle de desteklediği söylenebilir.

SONUÇ

Yatırım danışmanlığı, SPKn.'nun "Yatırım Hizmetleri ve Faaliyetleri" başlıklı 37'nci maddesinde, kanun kapsamına giren yatırım hizmetleri ve faaliyetleri arasında zikredilmiştir. Yine, SPKn.'nun "Faaliyet İzni Alma Zorunluluğu" başlıklı 39'uncu maddesinde ise; "Yatırım hizmetlerinin ve faaliyetlerinin düzenli uğraşı, ticari veya mesleki faaliyet olarak icra edilebilmesi için Kuruldan izin alınması zorunludur." hükmü yer almaktadır.

Yan hizmeti yürütecek sermaye piyasası kurumlarının bu faaliyetleri Kanun'un 39/2 bendine göre "ayrıca bir yetki belgesine tâbi olmaksızın Kurulca belirlenen esaslar çerçevesinde" yürütülebilecektir. Bir başka deyişle, yan hizmet sunan sermaye piyasası kurumlarının Kurul'dan bilahare izin almaları gerekmemektedir. Ancak SPK'ya bildirim yapılması şarttır.

Kurulun III-37.1 sayılı Yatırım Hizmetleri ve Faaliyetleri ile Yan Hizmetlere İlişkin Esaslar Tebliği'nin 45'inci maddesinin birinci fıkrasında yatırım danışmanlığı, yetkili yatırım kuruluşunun, yatırımcı talebi doğrultusunda veya yatırımcı talebi olmaksızın sermaye piyasası araçları ile bunları ihraç eden ortaklık ve kuruluşlar hakkında, belli bir kişiye veya mali durumları, risk ve getiri tercihleri benzer nitelikteki bir gruba yönelik olarak yönlendirici nitelikte yorum ve tavsiyelerde bulunması faaliyeti olarak tanımlanmaktadır. Diğer taraftan III-37.1 sayılı Tebliği'nin 45'inci maddesinin ikinci fıkrasında genel yatırım tavsiyeleri ile finansal bilgi sunulmasının yatırım danışmanlığı faaliyeti kapsamında olmadığı hükme bağlanmıştır.

SPKn. ve Kurulun III-37.1 sayılı Tebliği'nin 45'inci maddesi çerçevesinde bir hizmetin yatırım danışmanlığı kapsamında değerlendirilebilmesi için yorum ve tavsiyelerin, sermaye piyasası araçları ya da bunları ihraç eden ortaklık ve kuruluşlar hakkında olması, yorum ve tavsiyelerin bir kişiye veya mali durumları, risk ve getiri tercihleri benzer nitelikteki bir gruba yönelik olarak yapılması, bu yorum ve tavsiyelerin yönlendirici nitelikte olması,

outside%20publication/article/klass-perelman-evolution-of-advice-novdec2016.ashx> Erişim Tarihi 10 July 2021.

⁵⁵ <<https://www.mckinsey.com/industries/financial-services/our-insights/the-value-of-personal-advice-wealth-management-through-the-pandemic>> Erişim Tarihi 10 July 2021.

yatırım hizmet ve faaliyetlerinin düzenli uğraşı, ticari veya mesleki faaliyet olarak icra edilmesi gerekmektedir. İzinsiz yatırım danışmanlığı suçunun maddi unsuru ise yatırım hizmet ve faaliyetlerinin Kuruldan izin alınmadan gerçekleştirilmesidir.

Günümüzde sermaye piyasası faaliyetleri internet ve sosyal medyanın gelişmesi ile internet siteleri veya sosyal medya hesapları üzerinden icra edilmektedir. Anılan hesaplar ve siteler ile muhtelif uygulamalar üzerinden sermaye piyasası araçları ve ihraççıları hakkında yorum ve tavsiyelerde bulunmaktadır. Bu amaçlarla kurulan internet siteleri herkese açık olabildiği gibi sosyal medya üzerinden whatsapp, telegram vb. uygulamalar ile belirli gruplara özel hizmet de sunulabilmektedir.

Mülga Kanunda “genel yatırım tavsiyesi” şeklinde bir kavram yer almamakta olup, tüm yatırım danışmanlığı faaliyeti sermaye piyasası faaliyeti kapsamında kabul edilmiştir. Ayrıca Mülga Kanuna göre Kurul’a, sermaye piyasasında medya ve elektronik ortam da dâhil -her tür- yatırım tavsiyelerinde bulunacak kişi ve kuruluşların uyacakları ilke ve esasları belirlemek konusunda yetki tevdi edildiği görülmektedir. Bu konuda; “*Yatırım Danışmanlığı Faaliyetine ve Bu Faaliyette Bulunacak Kurumlara İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ (Seri: V, No: 55)*” yayımlanmıştır. 6362 sayılı yeni SPKn. ve buna istinaden hazırlanan III.37.1 sayılı Tebliğ’in yürürlüğe girmesiyle ilga edilen Tebliğ’de yatırım danışmanlığı faaliyetine ilişkin diğer hususlar da düzenlenmiştir.

Mülga -Seri: V, No: 55 Tebliği-, yatırım danışmanlığına faaliyetine ilişkin esasları düzenledikten sonra; “yönlendirici nitelikte yorum ve tavsiyeler” olarak başlıklandırılan bölümde, hangi fiillerin anılan kapsamda mütalaa edilmesi gerektiğine yönelik hükümlere yer vermiştir.

6362 sayılı SPKn.’dan önceki dönemde sermaye piyasası hukukunda genel yatırım tavsiyesi şeklinde bir kavram ve sermaye piyasası faaliyeti türü bulunmadığından, mülga Seri: V, No: 55 Tebliği’nin ilgili bölümlerindeki düzenlemenin, genel yatırım tavsiyelerine de şamil olduğu görülmektedir.

Öte yandan mülga Kanunda sermaye piyasası faaliyetleri “diğer sermaye piyasası kurumlarının faaliyetleri” şeklinde nitelendirilmekteydi. Dolayısıyla açıkça adı sayılmayan bir faaliyet, ancak bir sermaye piyasası kurumunun faaliyeti ise, sermaye piyasası faaliyeti olarak kabul edilmekte idi. Bu itibarla sermaye piyasası faaliyeti sayılabilmek için temel ölçüt olarak sermaye piyasası kurumu ile ilintili olma şartı aranmaktaydı. 6362 sayılı Kanun’da ise temel kriter olarak sermaye piyasası kurumu ile ilintili olma şartı ortadan kaldırılmıştır. Avrupa Birliği hukuku ve özellikle de 2004/39 sayılı Finansal Araç Piyasaları Yönergesi esas alınarak Kanun’da “yan hizmetler” kavramı tanımlandığı gibi aynı şekilde Tebliğ de AB düzenlemeleri esas alınarak hazırlanmış ve yürürlüğe girmiştir.

Mülga kanun ile 6362 sayılı SPKn. arasındaki yatırım danışmanlığı faaliyetine ilişkin ayırt edici bir husus da yönlendirici nitelikte yatırım danışmanlığı faaliyetinin yapılıp yapılmadığıdır. Neyin yönlendirici nitelikte



olduğu neyin yönlendirici nitelikte olmadığı tespit de bu kapsamda ehemmiyet arz etmektedir.

Teknolojinin hızla geliştiği günümüzde farklı platformlar ve siteler ile uygulamalar üzerinden gerçekleştirilen yatırım danışmanlığı faaliyetlerinin etkin bir şekilde denetim ve gözetiminin yapılması Kurul'un iş yükünü önemli ölçüde artıracak olsa da Kanun'un, yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunması ve piyasanın sağlıklı işleyişine dair amacı ve bu kapsamdaki fonksiyonu dikkate alındığında etkili denetim uygulamalarının yerinde bir yaklaşım olacağı kanaatindeyiz.

Son olarak belirtmek gerekir ki, SPK'nın denetim faaliyetlerinde, yatırım danışmanlığı kapsamında gerçekleştiren fiillerin, SPKn. md. 107 ve 109/2 hükümleri kapsamında suç mu teşkil ettiği, hangi suçun unsurlarının somut olayda gerçekleştiği, tek bir fiille birden fazla hükmün mü ihlal edildiği yoksa ayrı ayrı fiillerin mi söz konusu olduğu bir başka deyişle fiilde teklik bulunup bulunmadığı ve bu bağlamda gerçek içtima mı yoksa fikri içtima kurallarının mı tatbik kabiliyeti bulacağı, suç unsurlarının tespit edilememesi halinde hangi Tebliğ hükümleri kapsamında idari yaptırım uygulanacağı hususlarının ayrıntılı bir şekilde ortaya konulmasının, işlenen fiillere uygulanacak yaptırımların doğru şekilde belirlenmesinde ve konunun yargıya intikal etmesi halinde mahkemelerce yapılacak yargılamalarda hukuken yerinde kararlar verilmesinde etkili ve önemli olacağı söylenebilecektir.

KAYNAKÇA

Adıgüzel B, *Sermaye Piyasası Hukuku*, (3. Baskı, Adalet 2019).

Bezci MY, *Sermaye Piyasası Kanununda Yer Alan Suçlar*, iç Meltem Kutlu Gürsel (ed), *İdare Hukuku Açısından Sermaye Piyasası*, (Seçkin 2016).

Cılan H, 'Bireysel Yatırım Danışmanlığının Ülkemiz Düzenlemeleri ve Yurt Dışı Düzenlemeler Çerçevesinde İncelenmesi' (2012) (19) *Sermaye Piyasası Dergisi* 123-139.

Coşkun S, *Sermaye Piyasası Hukukunda Piyasa Dolandırıcılığı Suçu (6362 Sayılı SPKn. Md. 107)*, (On İki Levha 2021).

Çaptuğ M, 'Sermaye Piyasası Kurulu'nun İdari Para Cezası Uygulama Yetkisi ve Bu Yetkinin "Ne Bis İn İdem" İlkesi Bakımından Değerlendirilmesi' in Meltem Kutlu Gürsel (ed), *İdare Hukuku Açısından Sermaye Piyasası* (Seçkin 2016).

Çınar Ç, *6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'ndaki Usulsüz Halka Arz ve İzinsiz Faaliyette Bulunma Suçları*, (Seçkin 2020).

Frankel T, *The Regulation of Money Managers: The Investment Company Act And The Investment Advisers Act*, (2 nd edn, Aspen Pub 1998).

- Hazen TL, *The Law of Securities Regulation*, (4th edn, West Group 2002).
- Koca M and Üzülmüş İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Seçkin 2015).
- Libri AA, 'European Regulation of Company and Securities Law' in Geert Raajmakers (ed) (Nijmegen 2005).
- Memiş T and Turan G, *Sermaye Piyasası Hukuku*, (5. Baskı, Seçkin 2020).
- Tercan E, 'Yatırım Danışmanlığı Faaliyeti ve Yurt Dışı Uygulamaları' SPK Yeterlik Etüdü (2000) <<https://www.spk.gov.tr/SiteApps/Yayin/YayinGoster/457>>
- Tuğ MA, *Sermaye Piyasalarında Yatırım Danışmanlığı*, (On İki Levha 2018).
- Wilsey HL, 'The Investment Advisers Act of 1940' (1949) IV (4) *The Journal of Finance* 286-297.
- Uysal HÖ and Yüzbaşıoğlu Ö, 'Yatırım Danışmanlığı Faaliyeti ve Alım Satım Aracılığı Faaliyetiyle İlgili İstisnaları' (2012) (19) *Sermaye Piyasası Dergisi* 51-57.
- Yenidünya AC, 'SPK'da Düzenlenen Suç ve Kabahatlere İlişkin Genel Prensipler' in A. Caner Yenidünya, Mustafa Erkan ve Rayhan Asat (edr), *İpek Yolu Canlanıyor-Türk Çin Hukuku Zirvesi* (Adalet 2013).
- Yıldız B, 'Genel Yatırım Tavsiyesi Sunabilecek Kişilere Ve Sermaye Piyasası Kurulu'nun III-37.1 Sayılı Tebliğ'de Belirlediği Esasları Medya Ve Elektronik Ortamda Sunulan Genel Yatırım Tavsiyelerine Uygulama Yetkisine İlişkin Bazı Değerlendirmeler' 2015 (117) *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 307-336.

İNTERNET KAYNAKLARI

- Class JL and Perelman E, 'The Evolution of Advice: Digital Investment Advisers as Fiduciaries' (2016), <<https://www.morganlewis.com/~media/files/publication/outside%20publication/article/klass-perelman-evolution-of-advice-novdec2016.ashx>>
- <<https://www.finra.org/investors/learn-to-invest/choosing-investment-professional/investment-advisers>>
- <[https://www.law.cornell.edu/cfr/text/17/275.203\(m\)-1](https://www.law.cornell.edu/cfr/text/17/275.203(m)-1)>
- <<https://www.mckinsey.com/industries/financial-services/our-insights/the-value-of-personal-advice-wealth-management-through-the-pandemic>>.
- <<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/12/20181214-6.pdf>>
- <https://www.sec.gov/about/offices/oia/oia_investman/rplaze-042012.pdf>
- <<https://www.sec.gov/rules/interp/2019/ia-5248.pdf>>



<<https://www.sec.gov/news/press-release/2020-334>>

<<https://www.spk.gov.tr/Bulten/Goster?year=2020&no=37>>

<<https://www.spk.gov.tr/Sayfa/Dosya/1163>>

<<https://spk.gov.tr/Bulten/Goster?year=2020&no=66>>

<<https://www.yf.com.tr/yasal-uyari>>

YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA LİMİTED ŞİRKETTE ESAS SERMAYE PAYININ DEVRİ

*The Transfer of Registered Capital Shares in the Limited Company in the
Light of Supreme Court Decisions*

Murat TÜRE*

Özet

Bu çalışmada limited şirket esas sermaye payının devrinde öğreti görüşleri ve Yargıtay kararları incelenmiştir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda limited şirket ile ilgili kapsamlı değişiklikler getirilmiştir. Limited şirkette gerçekleşen en önemli değişikliklerden biri ise esas sermaye payının devrine ilişkin düzenlemelerdir. Limited şirkette esas sermaye payı bir malvarlığı değeri ve kanunen devredilebilen bir hak türüdür. Esas sermaye payının geçiş hallerinden birisi de payın devridir. Limited şirket kurulduktan sonra aynı ortaklarla devam etmeyebilir. Bu durumda limited şirkette payın devri gerek ortaklar arasında gerekse üçüncü kişilerle TTK'daki hükümler çerçevesinde yapılmaktadır. Esas sermaye payının devri için, payın devri sözleşmesi yapılması, tarafların imzalarının noter tarafından onaylanması, pay devrinin şirkete bildirilmesi, genel kurul tarafından payın devrinin onaylanması, payın devrinin pay defterine kaydı, ticaret siciline tescil ve ilanı gerekir. Çalışmada esas sermaye payının devri esas alınmış, miras, eşler arasındaki mal rejimine ilişkin hükümler veya icra yoluyla esas sermaye payının geçmesi halleri ele alınmamıştır.

Anahtar Kelimeler: Limited Şirket, Esas Sermaye Payı, Payın Devri, Genel Kurul, Tescil

Abstract

In this study, doctrinal views and Supreme Court Decisions regarding the transfer of share of capital in the limited liability company has been examined. One of the most important changes that took place in a limited company is the regulations regarding the transfer of the capital share. In a limited company, share of capital is an asset value and a legally transferable right. One of the transition states of the capital share is the transfer of the share. After the limited company is established, it may not continue with the same partners. In this case, the transfer of shares in a limited company is made between the partners and third parties within the framework of the provisions of the

➤ Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 06.01.2022

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 16.06.2022

* Dr. Öğr Üyesi, Akdeniz University Faculty Of Law, murature@akdeniz.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-2475-5163>



TCC. The form of transfer of share of capital, the preparation of the share of capital transfer agreement, the notary approval of the signatures of the parties, the notification of the transfer of the share to the company, the approval of the transfer of the share by the general assembly, the registration of the transfer of the share in the share book, registration and announcement in the trade registry. In this study, the transfer of the registered capital share is examined, the provisions regarding the inheritance, the property regime between the spouses or the cases of passing the original capital stock share through execution are not examined.

Keywords:Limited Liability Company, Share of Capital, Transfer of Shares, General Assembly, Registration

GİRİŞ

Limited şirket, bir veya daha çok gerçek veya tüzel kişi tarafından bir ticaret unvanı altında kurulan, esas sermayesi belirli olan ve bu sermaye esas sermaye paylarının toplamından oluşan bir ticaret şirkettir (TTK m. 573/1). Limited şirket sermaye şirketi olmakla birlikte şahıs şirketi özellikleri de içermektedir. Öğretide limited şirketin kollektif şirketle anonim şirket arasında karma bir şirket olduğu, şahıs şirketleriyle sermaye şirketlerinin ortasında bulunduğu belirtilmekle birlikte¹ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda (anılış TTK) yapılan düzenlemelerle ve gerekçede de bir amaç olarak ortaya konulmasıyla limited şirketin anonim şirkete yaklaştığı da ileri sürülmektedir. 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na (anılış eTTK) nazaran TTK'de esas sermaye payının devrinde yapılan değişiklikler itibarıyla limited şirket esas sermaye payı anonim şirket payına, dolayısıyla limited şirket anonim şirkete yaklaşmıştır.² Ayrıca eTTK madde 556'da olduğu gibi, TTK madde 644'te anonim şirketlere ilişkin bazı hükümlerin limited şirketlere de uygulanacağı düzenlenmiştir.

Limited şirkette esas sermaye payı bir malvarlığı değeri ve kanunen devredilebilen bir haktır. Esas sermaye payının geçiş hallerinden birisi de payın devridir. Limited şirket kurulduktan sonra aynı ortaklarla devam etmeyebilir. Bu durumda limited şirkette payın devri gerek ortaklar arasında gerekse üçüncü kişilerle yapılmaktadır. Limited şirkette payın devri eTTK madde 520'de düzenlenmişken yapılan değişikliklerle TTK madde 595'de düzenlenmiştir. 6335 sayılı Kanunla TTK madde 585'te yapılan değişiklik ile de bedelleri tamamen ödenmemiş payların devri hususunda bu Kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinin kıyasen uygulanması gerektiği düzenlenmiştir. Bu durumda esas sermaye payının bedeli tamamen ödenmiş payları ile ödenmemiş payların devri ayrı hükümlere bağlanmıştır. Bedeli

¹ Barbaros Çağa, 'Limited Şirkette Ortaklık Payının Devri', (1974) 7(3) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 581, 587.

² Ertan Demirkapı, *Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanununun Tasarısına Göre Limited Ortaklıkta Payın Devri* (1st edn, Güncel 2008) 23-33-41; Murat Alışkan, *Limited Şirket, Tarihçe Niteliği* (1st edn, Legal 2013) 159-219.

tamamen ödenmiş payların devri TTK madde 595 uyarınca yapılması gerekir. Bedelleri tamamen ödenmemiş payların devrinde ise anonim şirketlere ilişkin hükümlere atıf yapılmıştır.

TTK'nin genel gerekçesi madde 147'de belirtildiği üzere, eTTK'de ağır şekil şartlarına ve yorum güçlüklerine sebep olan payın geçmesine ilişkin hükümler sadeleştirilmiştir. Bu kapsamda TTK'de limited şirkette payın devri konusunda değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklikler limited şirketin sermaye şirketi olma özelliğini güçlendirmiştir.

Anonim şirkette olduğu gibi, limited şirkette de ortak sıfatını temsil eden esas sermaye payı devredilebilir. Esas sermaye payının devri ortak sıfatının devri anlamına gelmektedir. Esas sermaye payının devri ortaklara tanınan bir hak olmakla birlikte belirli şekli işlemlere bağlanmıştır. Nitekim payın devredilmesi pay sahibi ile devralan arasında yapılan bir payın devri sözleşmesi ile gerçekleşir.³ Anonim şirketin aksine, limited şirkette payın devri yasal olarak ağırlaştırılmıştır. Bunun sebebi, limited şirketin kanun koyucu tarafından orta ve küçük işletmeler için iç ilişkide şahıs şirketi özelliği olan ve birbirini tanıyan kişilerin kurduğu şirket türü olarak düzenlenmiş olmasıdır.⁴

Çalışmada, limited şirkette esas sermaye payının devri TTK madde 595 kapsamında, incelenmiştir. Buna karşılık, TTK madde 596 kapsamında miras, eşler arasındaki mal rejimine ilişkin hükümler veya icra yoluyla esas sermaye payının geçmesi halleri ele alınmamıştır.

I. PAYIN DEVRİNDE TAAHHÜT VE TASARRUF İŞLEMİ

Limited şirket payın devri bakımından taahhüt ve tasarruf işlemleri ayrımı yasal düzenlemeye dayanmaktadır. Nitekim eTTK madde 520/5 hükmünde, "...Payın devri ve devir vaadi hakkında mukavele..." ifadesi kullanılmıştır. Kanun koyucu bu ifadeyle limited şirket payının devrinin taahhüt edilmesi ve pay üzerinde tasarruf gerçekleştirilmesi konusunda iki işlemi birbirinden ayırmıştır. Öğretide payı konu alan taahhüt ve tasarruf işlemlerinin birbirinden ayrıldığı belirtilmektedir.⁵ Taahhüt işlemine öğretide borçlanma işlemi de denilmektedir. Payın devrinde, borçlandırıcı işlem ile tasarruf işleminin farklı olduğu, payın devri sözleşmesinin tasarruf işlemini oluşturduğu, bu

³ Çamoğlu Ersin, *Limited Ortaklıklar Hukukunun Temel İlkeleri* (1st edn, Vedat 2020) 35; Ünal Tekinalp, *Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku İle Tek Kişi Ortaklığının Esasları* (2nd edn, Vedat 2012) 371.

⁴ Oruç Hami Şener, *Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku* (1st edn, Seçkin 2017) 279.

⁵ Ertan Demirkapı, 'Limited Ortaklıkta Payın Devir Vaadi İşleminin Konusu ve Hukuki Niteliği' (2007) 9(Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 815, 816; Demirkapı, *Payın Devri* (n 2) 67-68.



sözleşmenin temelini borçlandırıcı işlemlerin oluşturacağı ileri sürülmektedir.⁶ Öz'e göre ise, taraflar arasındaki sözleşme daima payın devrini sağlamayı taahhüt şeklinde borçlandırıcı bir işlem olarak kabul edilmelidir. Tasarruf işlemi niteliği ise, ancak devredenin şirkete başvurarak devrin gereğinin yapılmasını istemesinde görülebilir. Bu da ortakların kararını takiben pay defterine yeni ortaklığın kaydedilmesiyle hüküm ifade edecektir.⁷

TTK madde 595/1'de esas sermaye payının devri açısından taahhüt işlemi ve tasarruf işlemi ayırımı korunmaktadır. Madde gerekçesinde devir borcu doğuran işlem ve devir işleminin birbirinden ayrıldığı belirtilmiştir. Böylece eTTK ile aynı esasın kabul edildiği söylenebilir.⁸ Hüküm uyarınca limited şirkette esas sermaye payının devri ve devir borcu doğuran işlemler yazılı yapılır ve tarafların imzaları noterce onanır. Bu düzenlemeden payın devrinde taahhüt ve tasarruf işlemlerinin birbirinden ayrılması gerektiği anlaşılmaktadır. Taahhüt işlemi mevcut ve gelecekteki ortaklar arasında yapılan payın devri yükümünü doğuran satım, mal değişimi veya bağış gibi bir hukuki işlemidir. Taahhüt işleminin icrası daha sonra tasarruf işlemiyle gerçekleşir.⁹ İki işlemin aynı metin içinde birleşmesinde sakınca yoktur. Uygulamada taahhüt ve tasarruf işlemi genellikle aynı işlem içinde yer almaktadır.¹⁰ Bunun çeşitli sebepleri bulunmaktadır. Öncelikle iki ayrı işlem yerine, bir seferde gerçekleştirilen tek bir işlem içerisinde bunun gerçekleştirilmesi daha kolaydır. Diğer yandan bu işlemlerin ayrı ayrı yapılması iki kez masraf yapılmasını gerektirmektedir. Bu nedenlerle taahhüt ve tasarruf işlemleri aynı işlem içinde yapılmakta ve bunun geçerli olduğu kabul edilmektedir.¹¹ Uygulamada pek rastlanmasa da iki işlem ayrı ayrı yapıldığı takdirde, borçlanma işlemi de yazılı ve onama şartına tabi tutulur. Bununla birlikte, borçlanma işlemindeki bozukluk, tasarruf işleminde gerçekleşen kanuna uygun şekli ile sağlığa kavuşur, yani geçerli olur.¹² Başka bir ifadeyle taahhüt işlemi geçerli olmamasına rağmen, tasarruf işlemi kanuna uygun şekilde, yani TTK madde 595/1'e uygun olarak yazılı ve imzaları noterden onaylanmış bir şekilde yapılırsa, bu durumda taahhüt işlemi

⁶ Reha Poroy, Ünal Tekinalp and Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku* (9th edn, Beta 2003) 887; Ünal Tekinalp, 'Limited Ortaklık Payının Devrinde Tescil Davası' *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, XIX*. 10 Mayıs 2003, 3; Çağa (n 1) 594.

⁷ Turgut Öz, *Limited Ortaklıkta Pay Kavramı ve Payın Devri* (1st edn, Aristo 2020) 32-33.

⁸ Demirkapı, *Pay Devir Vaadi İşlemi* (n 5) 821; Demirkapı, *Payın Devri* (n 2) 72.

⁹ Oruç Hami Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku* (4th edn, Seçkin 2019) 693; Şener, *Limited Ortaklıklar Hukuku* (n 4) 280-281.

¹⁰ Fatih Bilgili and Ertan Demirkapı, *Şirketler Hukuku Dersleri* (8th edn, Dora 2021) 493; Demirkapı, *Payın Devri* (n 2) 74; Şener, *Limited Ortaklıklar Hukuku* (n 4) 281; Şener, *Ortaklıklar Hukuku* (n 9) 693; Çağa (n 1) 594; Poroy, Tekinalp and Çamoğlu, *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku* (n 6) 887.

¹¹ Demirkapı, *Payın Devri* (n 2) 74.

¹² Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt III* (3rd edn, Adalet 2018) 2752; Poroy, Tekinalp and Çamoğlu, *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku* (n 6) 887; Tekinalp, *Tescil Davası* (n 6) 3.

de geçerli olur. Şekle bağlı tasarruf işleminin gerçekleştirilmesiyle, taahhüt işleminin şekline de düzeltici etkisi olur.¹³

II. PAYIN DEVRİ SÖZLEŞMESİ

Payın devrinin ilk aşaması olan payın devri sözleşmesi, payı devredenle devralan arasında yapılan yazılı bir sözleşmedir. Payın devri sözleşmesinin hukuki niteliği öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre, devir sözleşmesi tasarruf işlemi niteliğindedir.¹⁴ Diğer görüşe göre, devir sözleşmesi borçlandırıcı işlem niteliğindedir.¹⁵ Başka bir görüşe göre ise, devir sözleşmesi bir borçlandırıcı işlem olmadığı gibi, tek başına tasarruf işlemi olarak da nitelendirilemez. Dolayısıyla devir sözleşmesi, tasarruf işleminin unsurlarından biri olarak nitelendirilmelidir.¹⁶ Kanaatimizce de payın devri sözleşmesi tasarruf işlemi niteliğindedir. Tasarruf işlemi, malvarlığını etkileyen, bir hakkı devreden, sınırlayan, değiştiren, sona erdiren ve yükümlülük altına sokan işlemidir. Payın devri için tarafların iradelerinin yazılı şekilde yapılması ve imzaların noterce onaylanması gereken payın devri sözleşmesi tasarruf işlemi niteliğindedir. Payın devri taahhüdünün ifası, tasarruf işlemi niteliğindeki payın devri sözleşmesi ile gerçekleşir. Dolayısıyla payın devri sözleşmesi payın devrini sağlayan tasarruf işlemi niteliğindedir.

TTK madde 595/1 uyarınca, esas sermaye payının devri ve devir borcunu doğuran işlemler yazılı şekilde yapılır ve tarafların imzaları noterce onanır.¹⁷ Bu hüküm uyarınca esas sermaye payının devrini içeren işlem yazılı yapılmalıdır. Buna göre limited şirkette payın devri için imzaların noter tarafından onaylandığı yazılı bir sözleşme yapılması gerekir.¹⁸ Payın devri sözleşmesi hem taahhüt hem de tasarruf işlemi bakımından yazılı ve imzaların noterce

¹³ Şener, *Ortaklıklar Hukuku* (n 9) 286.

¹⁴ Poroy, Tekinalp and Çamoğlu, *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku* (n 6) 887; Şener, *Limited Ortaklıklar Hukuku* (n 4) 301; Çamoğlu (n 3) 36.

¹⁵ Öz (n 7) 32-33.

¹⁶ Demirkapı, *Payın Devri* (n 2) 214.

¹⁷ Payın devrine ilişkin TTK m. 595 hükmünde, limited şirket esas sermaye paylarının nama yazılı olsa da artık kıymetli evrak niteliğinde bir senede bağlanabilmesi imkanı kesinlikle dikkate alınmamış bu olasılığa yönelik herhangi bir düzenleme öngörülmemiştir. Ortada bir kıymetli evrak bulunduğu takdirde, senede bağlanmış esas sermaye payının devri için bu senedin üzerindeki zilyetliğin nakli şart olduğu gibi (TTK m. 647/1), böyle bir senedin bulunduğu durumlarda ayrıca imzalar bakımından noter onayının gerekli olup olmadığı tartışılabilir. Hüküm sadece çıplak esas sermaye paylarının devrini düzenler şekilde öngörülmüştür. Bkz. Abuzer Kendigelen, *Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler* (1st edn, On İki Levha 2011) 440.

¹⁸ Raziye Aksu Özkan, 'Limited Şirket Pay Devri Sözleşmesinde TTK 595/1'de Yer Alan Kayıtların Bulunmamasının Devir Sözleşmesinin Geçerliliğine Etkisi' 2020 5(2) Regesta 283, 284.



onaylanması şeklinde gerçekleştirilmelidir.¹⁹ Öğretide bu şeklin payın devri bakımından geçerlilik şartı olduğu kabul edilmektedir.²⁰ Yargıtay da devir sözleşmesinde şeklin geçerlilik şartı olduğuna karar vermiştir.²¹ Kanaatimizce

¹⁹ Oruç Hami Şener, *Yeni TTK Döneminde Anonim ve Limited Ortaklıklara İlişkin Verilen Emsal Kararların Değerlendirilmesi*, (2nd edn, Seçkin 2020) 607.

²⁰ Reha Poroy, Ünal Tekinalp and Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II* (14th edn, Vedat 2019) 420; Ünal Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku* (3rd edn, Vedat 2013) 483; Tekinalp, *Tek Kişi Ortaklığı* (n 3) 372; Şener, *Limited Ortaklıklar Hukuku* (n 4) 288; Şener, *Emsal Kararlar* (n 19) 607; Şener, *Ortaklıklar Hukuku* (n 9) 694; Çamoğlu (n 3) 36; Öz (n 7) 30; Doğanay, İsmail ‘Limited Şirketlerde, Ortaklık Payının Bir Başkasına Devredilmesi Koşulları Nedir?’ (1975) 8(2) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 83, 90; Abuzer Kendigelen, ‘Adi Şirket, Ticaret Şirketleri ve Kooperatife İlişkin Payların Devrinde Şekil’, *Makalelerim, Cilt I 1986-2001* (2nd edn, Arıkan 2006) 240; Diğdem Göç, ‘Limited Şirkette Sermaye Payı ve Payın Devri’, (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi 1997) 166; Soner Altaş, ‘Limited Şirketlerde Pay Devri ve Devrin Amme Borçlarına İlişkin Sorumluluğa Etkisi’, (2020) 5(41) Terazi Hukuk Dergisi 71, 74; Mustafa İsmail Kaya, ‘Limited Ortaklıkta Esas Sermaye Payı Devri ve Devri Borcunu Doğuran İşlemlerde Tarafların İmzalarının Noter Tarafından Onaylanması Zorunluluğu’ (2008) 3(2) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 361, 363; Raziye Aksu Özkan, ‘Yargıtay Kararları Işığında Limited Şirkette Pay Devrinin Ortağın Kamu Borçlarına Etkisi’ (2020) 10(1) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 226, 230; Aksu Özkan, *Pay Devri Sözleşmesi* (n 18) 284; Hakan Çebi, *Limited Şirketler Hukuku* (1st edn, Adalet 2019) 232; Seniha Dal, *Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Limited Şirketler Hukuku El Kitabı* (1st edn, Legal 2013) 152.

²¹ Yargıtay 11 HD, E 2015/8427 K 2016/3078, 21.03.2016. “...Mahkemece limited şirket hisse devri sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması ve tarafların imzalarının noterce onaylanmasının şart olduğu, payı devreden ile devralanın noter huzurunda devir sözleşmesi yapması gerektiği, somut olayda yasanın aradığı anlamda devreden ve devralan arasında yazılı şekilde yapılmış ve noter huzurunda imzalanmış geçerli pay devir sözleşmesinin bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Yasaya uygun bulunan hükmün onanmasına Yargıtay karar vermiştir.” <https://karararama.yargitay.gov.tr/Yargitay/BilgiBankasiIstemciWeb/>, 14 Eylül 2021; Yargıtay 11 HD, E 2016/12116 K 2016/8775, 14.11.2016. “Dava, limited şirket hisse devir sözleşmesine aykırılık nedeniyle cezai şart talebine ilişkin icra takibine itirazın iptali davası olup, mahkemece, davalı tarafın sözleşmedeki edimlerini yerine getirmediği ve sözleşmedeki imzasını da inkar etmediği gerekçesiyle sözleşmede öngörülen cezai şartı davacının hak kazandığı kanaatle davanın kabulüne karar verilmiştir. Limited şirket hisse devir sözleşmeleri 6102 sayılı TTK’nın 595. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, esas sermaye payının devri ve devir borcunu doğuran işlemlerin yazılı şekilde yapılması ve tarafların imzalarının noterce onanması şart olduğu gibi, şirket sözleşmesinde aksi öngörülmemişse, esas sermaye payının devri için, ortaklar genel kurulunun da onayı şarttır. Somut olayda, hisse devri sözleşmesinde noter onayı bulunmadığı gibi, sözleşmede hisselerini devreden ortağın imzası değil şirket müdürünün imzası bulunmaktadır. O halde, TTK’nın 595. maddesindeki şartlara uygun düzenlenmeyen hisse devir sözleşmesinin geçersiz olduğu ve buna bağlı olarak da sözleşmede kararlaştırılan cezai şartın da geçersiz olduğu gözetilerek davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçelerle davanın kabulüne karar verilmiş olması doğru olmamış, hükmün davalı yararına bozulması gerekmiştir.” <https://karararama.yargitay.gov.tr/Yargitay/BilgiBankasiIstemciWeb/>, 14 Eylül 2021; Aynı yönde karar için Bkz. Yargıtay 11 HD, E 2016/2769 K 2017/4960, 03.10.2017. <https://karararama.yargitay.gov.tr/Yargitay/BilgiBankasiIstemciWeb/>, 14 Eylül

de TTK madde 595/1 uyarınca, esas sermaye payının devrinin yazılı şekilde yapılması ve noterce onaylanması geçerlilik şartıdır.

Esas sermaye payının devrine ilişkin sözleşmede olduğu gibi, devir borcu doğuran tüm işlemler de aynı yazılı şekil şartı geçerlidir (TTK m. 595/1). Gereğede de “hem esas sermaye payının devri hem de devir borcunu doğuran işlemlerin” yazılı şekle bağlandığı belirtilmiş, “devir vaadi”, “ön sözleşme”, “borçlanma işlemi” gibi terimler söz konusu edilerek açılan tartışmalara son verilmek istenmiştir. Devir borcunu doğuran işlem bir sözleşme veya tek taraflı bir işlem, meselâ taahhütname olabilir; bu taahhütname de aynı şekle tabidir. Bu sebeple şekil hükmünü koyan birinci cümlede geniş kapsamlı “işlem” terimi kullanılmıştır. Buna karşılık devir, sözleşme şeklinde yapılmalıdır.²² Şayet şekle uygun olarak pay devri yapılmazsa yapılan işlem geçerli olmadığı için özellikle payı devraldığını sanan geçersiz pay devri sözleşmesinin tarafı olan kişi verdiklerini sebepsiz zenginleşme ilke ve esaslarına göre talep edebilir.²³

Kanunda öngörüldüğü şekilde yapılmayan payın devri sözleşmesi genel kurulun onayıyla geçerlilik kazanamaz.²⁴ Başka bir deyişle, kanun tarafından düzenlenen şekil şartına uyulmadan yapılan payın devri sözleşmesinin genel

2021. eTTK m. 520/5 ve TTK m. 595/1 hükümleri benzer nitelikte olduğu için Yargıtay’ın eTTK m. 520/5 hükmüne ilişkin kararlarının da dikkate alınması gerekir. Yargıtay 11 HD, E 2014/3828 K 2014/12475, 30.06.2014. “...gerek 6762 sayılı TTK’nin 520. maddesi ve gerekse 6102 sayılı TTK’nin 595. maddesinde, limited şirketlerde pay devrinin imzası noterce onaylanan sözleşme ile yapılması gerektiğinin düzenlendiği, bu düzenlemenin devri taahhüt eden ön akıtlar açısından da geçerlilik şartı olduğu, somut olayda sözleşmenin adi yazılı şekilde yapıldığı, yasanın öngördüğü şekil şartına uyulmadığından geçersiz olduğu...” <https://karararama.yargitaygov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, 14. Eylül 2021.

²² TTK m. 595 gereğesi.

²³ Şener, *Ortaklıklar Hukuku* (n 9) 695; Yargıtay 11 HD, E 12809 K 5328, 22.05.2003, “... Dava, limited şirket hisse devir sözleşmesinden kaynaklanan alacağın tahsili amacıyla girilen icra takibine vaki itirazın iptali istemine ilişkindir. TTK’nun 520/son (TTK m. 595/1) maddesi uyarınca pay devri hakkındaki sözleşmeler yazılı şekilde yapılmış ve imzası noterce tasdik ettirilmiş olmadıkça, ilgililer arasında dahi hüküm ifade etmez. Bu durumda taraflar, ancak birbirlerine verdiklerini sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre isteyebilirler...” Gönen Eriş, *Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu*, 3. Cilt (2nd edn, Seçkin 2010) 3373; Yargıtay 11 HD, E 2017/1041 K 2018/5002, 05.07.2018. “...Dava, sebepsiz zenginleşme hukuksal nedenine dayalı olarak gerçekleşmeyen şirket hisse devrine ilişkin ödenen meblağın istirdadına yönelik icra takibine itirazın iptali isteminden ibarettir. Davacı, limited şirket hisselerinin 01.07.2010 tarihinde sözleşme yapılarak kendisine devredileceğini ancak bu hususun gerçekleşmediğini ileri sürerek devir için ödediği meblağın iadesini istemiştir. İddianın ileri sürülüş biçimi gözetildiğinde, davada 818 sayılı BK 61 ve devamı maddeleri ile BK 77 ve devamı maddelerinin tatbiki gereği açıktır. Davalılar süresinde zamanaşımı definde bulunmuşlardır. Bu durumda davacının vaki ikrarı da gözetilerek taraflarca belirlenen 01.07.2010 tarihinde gerçekleşmeyen hisse devri nedeniyle davalıların bu tarih itibarıyla sebepsiz zenginleştiklerinin kabulü gerekir.” <https://karararamayargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, 17 Eylül 2021.

²⁴ Mehmet Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku* (15th edn, Beta 2021) 435.

kurulda onaylanması halinde sözleşme geçerli hale gelmez.²⁵ Geçersiz bir devir işlemine dayanılarak verilmiş genel kurulun onaylama kararı hüküm doğurmaz. Hükümsüzlük taraflar ve üçüncü kişilerce ileri sürülebilir, mahkemece de re'sen göz önüne alınması gerekir.²⁶

Payın devri sözleşmesinde sadece payı devredenin sözleşmeyi imzalaması yeterli değildir. Payı devralanın sözleşmede imzası olmalı ve bu imzalar noter tarafından onaylanmalıdır.²⁷ Payın devri sözleşmesinin bu şekilde yapılması yerine tamamen noter tarafından da düzenlenebilir. Nitekim uygulamada limited şirket payının devir işlemi noterce yazılı olarak hazırlanıp taraflarca imzalanmaktadır. Bu şekilde noterden düzenlenme şeklinde yapılan payın devri sözleşmesi, noterden imzaların onaylanması şeklindeki sözleşmeden daha ileri bir şekil söz konusudur. Dolayısıyla bu tür payın devri sözleşmesini de geçerli kabul etmek gerekir.²⁸ Yargıtay bir kararında bu duruma işaret etmektedir.²⁹ Payın devri sözleşmesi, şekle uygun yapılmakla birlikte, payı devredeninin imzası sahteyse bu durumda devir sözleşmesi geçerli olmaz ve hiçbir şey devir edilmemiş sayılır. Yargıtay bu konuyu da bir kararında işaret etmektedir.³⁰ Ayrıca payın devri sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması ve tarafların imzalarının noterce onaylanması geçerlilik şartı olduğu ve imzaların noter huzurunda atılması gerektiği için devir sözleşmesinin e-imzalı olarak yapılamayacağı kanaatindeyim.

Payın devri sözleşmesinde taraflar, şirketin ticaret unvanı, devredilen esas sermaye payının itibari değeri ve payın diğer tarafa geçirilmesi hususunda tarafların açık iradesi yer almalıdır.³¹ Devir sözleşmesinde devre konu olan

²⁵ Sefer Oğuz, 'Limited Ortaklık Esas Sermaye Payının Devri' (2017) 4(8) Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 183, 196.

²⁶ Çağa (n 1) 599.

²⁷ Halil Arslanlı and Hayri Domaniç, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi III, Limited Şirketler Hukuku ve Uygulaması, Hisseli Komandit Şirketler* (Temel 1989) 261.

²⁸ Şener, *Limited Ortaklıklar Hukuku* (n 4) 289; Şener, *Emsal Kararlar* (n 19) 611; Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar* (7th edn, Adalet 2021) 751.

²⁹ Yargıtay 11 HD, E 3080 K 1567, 07.03.1991. "... TTK'nin 520/son maddesi uyarınca (kısmen TTK m. 595/1), limited şirketlerde, pay devir sözleşmesi noterden düzenlenmedikçe veya sözleşme ve imzalar noterden tasdik edilmiş olmadıkça ilgililer arasında dahi hüküm ifade etmez..." Bu karar TTK m. 595/1 bakımından da geçerlidir. Eriş (n 23) 3365-3366; Şener, *Limited Ortaklıklar Hukuku* (n 4) 289.

³⁰ Şener, *Limited Ortaklıklar Hukuku* (n 4) 298; Yargıtay 11 HD, E 328 K. 3950, 29.04.2002, "Mahkemece, ... davacının İstanbul Onbirinci Asliye Hukuk Mahkemesi'ne açtığı dava sonunda noter sözleşmesinin sahteliğine karar verildiği ve kesinleştiği, hisse devri TTK'nin 520'nci maddesi (TTK m. 595) uygun ise de kesin hüküm nedeniyle, baştan beri hükümsüz olduğu gerekçeleriyle, davanın kabulüne karar verilmiştir. Kararı, taraflar vekilleri temyiz etmiştir. "...taraf vekillerinin tüm temyiz itirazları yerinde görülmemiş ve yerel mahkeme kararının onanması gerekmiştir..." Eriş (n 23) 3370.

³¹ Çebi, *Limited Şirketler* (n 20) 231; Şener, *Limited Ortaklıklar Hukuku* (n 4) 301.

payın tam olarak belirlenmiş olması ve devir iradesinin bulunması şarttır. Bu unsurlar devir sözleşmesinin esaslı unsurlarıdır ve bunların bulunmaması işlemin oluşmaması sonucunu doğurur.³² Kanun koyucu numerus clausus olarak öngörülmüş bulunan ve yükümlülük getirdiği için önemli gördüğü payın devri sözleşmesinde bulunması gereken zorunlu hususları ayrıca düzenlemiştir. Bu çerçevede payın devrine ilişkin sözleşmede; Ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerinin, rekabet yasağı ağırlaştırılmış veya tüm ortakları kapsayacak biçimde genişletilmiş ise bu hususun, önerilmeye muhatap olma, önalım, geri alım ve alım haklarının, sözleşme cezasına ilişkin koşulların belirtilmesi zorunludur (TTK m. 595/1). Bu hükmün amacı payı devralan kişinin ne gibi haklar elde ettiğini ne gibi yükümlülükler altına girdiğini bilmesidir.³³ Gerekçede bu hususların sözleşmeye açıkça yazma zorunluğunun sebebi, devralanın yükümlülüklerinin tam bilincinde olması ve bu hususta onun bilgilendirilmesi yükümünü de satıcıya yüklemek olduğu, ancak bu kayıtların devir sözleşmesinde bulunmamasının, sözleşmeyi geçersiz kılmadığı, fakat devreden bazı hallerde sorumluluğuna sebep olduğu, “bazı haller” ile alıcının söz konusu yükleri ve hakları bilmesi, payı bunları bilerek alması gerektiği belirtilmiştir.³⁴ Gerekçede kayıtların devir sözleşmesinde bulunmamasının sözleşmeyi geçersiz kılmadığı belirtilse dahi kayıtların sözleşmede kısmen veya tamamen yer almaması halinde devir sözleşmesi geçersiz olur. Esas sermaye paylarının tüm geçişlerinin tescili öngörüldüğü için söz konusu kayıtların var olup olmadığını, ticaret sicil müdürlüğü inceler ve eksikliği saptarsa tescil istemini reddeder (TTK m. 598).³⁵ Ticaret sicili müdürlüğünün eksikliği görmemiş olması, dolayısıyla eksikliğe rağmen sözleşmenin tescil edilmesi ile sakatlık düzelmez. Zira TTK madde 595/1’deki kayıtlar devir sözleşmesinin zorunlu içeriği olarak kabul edilmiştir.³⁶

III. PAYIN DEVRİNİN ŞİRKETE BİLDİRİLMESİ

Sadece kanuna uygun devir sözleşmesinin yapılmasıyla esas sermaye payı devralana geçmez. Bununla birlikte şirketin bu devre onay vermesi ve bunun için payın devrinin şirkete bildirilmesi gerekir. Bu bildirim şartı, eTTK madde 520/1 uyarınca bir payın devri şirket hakkında ancak şirkete bildirilmek ve pay defterine kaydedilmek şartıyla hüküm ifade eder, şeklindeki düzenleme TTK madde 595 hükmüne alınmamasına rağmen payın devri şirkete bildirilmelidir. Zira tarafların devir sözleşmesi ile istedikleri amaca ulaşmaları ancak şirketin devre onay vermesi ile mümkün olduğundan, payın devri sözleşmesinin genel

³² Aksu Özkan, *Pay Devrinin Ortağın Kamu Borçlarına Etkisi* (n 20) 231.

³³ Poroy, Tekinalp and Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II* (n 20) 421.

³⁴ TTK m. 595 gerekçesi.

³⁵ Tekinalp, *Tek Kişi Ortaklığı* (n 3) 373.

³⁶ Tekinalp, *Yeni Hukuku* (n 20) 483-484.



kurulun onayına sunulabilmesi için şirkete bildirilmesi gerekir. Kanunda bildirim konusunda bir zorunluluk bulunmuyorsa da genel kurulun onayının aranması karşısında, bildirim yapılması zorunlu kabul edilmelidir. Payın devri işleminin tamamlanması için bildirim sadece yeterli değildir. Bildirim, payın devri işleminin tamamlanması için gereken sürecin başlaması için gereklidir. Zira TTK madde 595/7’de genel kurulun karar vermesi için koyduğu üç aylık sürenin başvurudan itibaren başlayacağı düzenlenmiştir.³⁷ Ayrıca şirket sözleşmesinde payın devri için genel kurul onayına gerek olmadığı düzenlense dahi (TTK m. 595/2), yine de devrin şirkete bildirilmesi gerekir. Zira payın devri pay defterine kayıt edilmeli ve bu kayıt için de bildirim şarttır.³⁸ TTK’de bildirim kimin tarafından yapılacağına ilişkin açıklık yoktur. Öğretide çoğunluk görüşü bildirim payı devreden veya devralan tarafından ya da birlikte yapılacağı yönündedir.³⁹ Öğretide Öz’e göre ise, bildirim mutlaka payını devredecek ortak tarafından yapılmalıdır. Bu bildirim devralacak olanın katılmasına gerek yoktur.⁴⁰ Kanaatimizce de bildirim devir sözleşmesinin tarafı olan payı devreden ve devralanın birlikte ya da ayrı ayrı yapması mümkün olmalıdır.

Payın devrinin şirkete bildirilmesi herhangi bir şekle bağlı değildir.⁴¹ Dolayısıyla bildirim yazılı veya sözlü olarak yapılabileceği gibi devir

³⁷ Poroy, Tekinalp and Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II* (n 20) 421-422; Çamoğlu (n 3) 37-38; Şener, *Ortaklıklar Hukuku* (n 9) 696; Çebi, *Limited Şirketler* (n 20) 232-233; Hakan Çebi, *Şirketler Hukuku*, (1st edn, Seçkin 2020) 432; Şükrü Yıldız, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku* (1st edn, Arıkan 2007) 139.

³⁸ Şener, *Limited Ortaklıklar Hukuku* (n 4) 305.

³⁹ Çamoğlu (n 3) 38; Arslanlı and Domaniç (n 27) 239; Çağa (n 1) 596; Doğanay (n 20) 91; Işık Özer, ‘Yargıtay Kararları Işığında Limited Şirketlerde Esas Sermaye Payının Devri ve Pay Defterinin Hukuki Niteliği’ Mustafa Topaloğlu ve Işık Özer (eds), Prof. Dr. Ersin Çamoğlu’na Saygı Günü, *Şirketler Hukukunun Güncel Sorunları Sempozyumu*, 30 Ekim 2017, (1st edn, Seçkin 2019) 184; Levent Biçer and Esra Hamamcıoğlu, ‘6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun Limited Ortaklıklarda Meydana Getirdiği Temel Değişiklikler’ (2011) 10(1-2) *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 229, 235; Yıldız, *Limited Şirketler Hukuku* (n 37) 140; Demirkapı, *Payın Devri* (n 2) 265; Fatih Bilgili and Ertan Demirkapı, *Şirketler Hukuku* (9th edn, Dora 2013) 751; Sevda Bora, ‘6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Limited Şirketlerde Esas Sermaye Payının Devri, -Devrin Sonuçları ve Devre İlişkin Önemli Hususlar-’ (2013) 4(7) *Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 75, 80; Sinem Camcı, ‘Limited Şirketlerde Pay Devri’ (Türk Ticaret Kanununun md. 595) (2020) 15(163) *Terazi Hukuk Dergisi* 516, 523; Aksu Özkan, *Pay Devrinin Ortağın Kamu Borçlarına Etkisi* (n 20) 233; Oğuz (n 25) 188.

⁴⁰ Öz (n 7) 40.

⁴¹ Şener, bildirim herhangi bir şekle tabi olmadığını, ancak TTK m. 595/7 uyarınca, üç aylık sürenin başlaması bakımından çok önemli olduğu için, bildirim ispatı bakımından özellikle noterden yapılması gerektiği görüşündedir. Bkz. Şener, *Ortaklıklar Hukuku* (n 9) 696; Şener, *Limited Ortaklıklar Hukuku* (n 4) 305; Şener, *Emsal Kararlar* (n 19) 626; Yargıtay 11 HD, E 2018/1865 K 2019/3488, 07.05.2019. “...dava konusu ortaklık payının noter tasdikli devir sözleşmesi ile devredildiği, bu hususların davalı şirket ve şirket ortaklarına noter aracılığı bildirildiği...” <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, 10 Ekim 2021.

sözleşmesinin suretinin şirkete ibrazı şeklinde de olabilir. Bu durumda devredenin irade beyanını da içeren sözleşme bildirim yerine geçer. Payın devrinin üçüncü kişi tarafından şirkete bildirilmesi ya da şirketin kendisinin öğrenmesi yeterli değildir.⁴² Kanaatimizce bildirim herhangi bir şekle bağlı olmaksızın yapılması mümkün olmalıdır. Bildirim sözlü ya da yazılı ancak devir sözleşmesiyle birlikte yapılmalıdır. Ayrıca bildirim şirketin kayıtlı e-posta adresine e-imzalı olarak devir sözleşmesinin eklenmesiyle yapılabileceği kanaatindeyim. Günümüzde tebligatların e-tebligat, bazı bildirimlerin de örneğin e-faturanın e-posta adresine yapılabilmesi mümkün olduğu için, payın devrinin şirkete bildirilmesinin de şirketin kayıtlı e-posta adresine e-imzalı olarak yapılabilirdir.

Payın devri şirkete bildirildikten sonra şirket tarafından inceleme müdürler tarafından yapılır. İncelemede devir sözleşmesinin şekli ve maddi olarak geçerliliğine bakılır. Bu kapsamda tarafların ehliyetleri, temsilcilerinin yetkileri, iradeyi bozan sebepler incelenmelidir. İnceleme sonucunda müdürler bir aykırılık görürse, devrin genel kurul tarafından onaylanması talebini genel kurulun gündemine almaz ve gerekçesini de bildirimde bulunana açıklar. Müdürlerin bu kararına karşı mahkemede dava açılarak talebin genel kurula getirilmesi sağlanabilir. İnceleme neticesinde bir aykırılık tespit edilmezse, devre onay verilmesi talebi genel kurulun gündemine alınır.⁴³

IV. GENEL KURULUN ONAYI

TTK madde 595/2 uyarınca, şirket sözleşmesinde aksi öngörülmemişse, esas sermaye payının devri için ortaklar genel kurulunun onayı şarttır. Devir bu onayla geçerli olur.⁴⁴ Bu hükümlerle esas sermaye payının devri genel kurulun

⁴² Öz (n 7) 41; Yıldız, *Limited Şirketler Hukuku* (n 37) 141; Çağa (n 1) 597; Camcı (n 39) 523.

⁴³ Çebi, *Limited Şirketler* (n 20) 233-234; Çebi, *Şirketler Hukuku* (n 37) 432-433; Yıldız, *Limited Şirketler Hukuku* (n 37) 141; Çağa (n 1) 597.

⁴⁴ Çamoğlu, şayet noterde yapılan devir sözleşmesine devreden veya devralan olarak bütün ortaklar katılmışlarsa, bu durumda hepsi devir işlemine muvafakat ettiği için ayrıca genel kurul onayına gerek olmadığı görüşündedir. Nitekim buna ilişkin Yargıtay kararında, ortakların bu konudaki iradelerini temel alarak, iki ortaklı bir limited şirkette bir ortağın diğerine hisse devretmesi işleminde ayrı bir genel kurul kararına gerek olmadığı sonucuna varmıştır. Yargıtay 11 HD, E 2014/9143 K 2014/14323, 23.09.2014, Çamoğlu (n 3) 37; Yargıtay 11 HD, E 2014/14676 K 2015/409, 15.01.2015. "...6102 sayılı TTK'nin 595. maddesinde limited şirketlerde pay devrinin yazılı şekilde yapılıp noter tarafından onaylanması ve devre ortaklar genel kurulunca da onay verilmesi şartına bağlandığı, taraflar arasındaki pay devrinin noterde yapıldığı, şirket iki ortaklı olup ortaklar hisse devri konusunda anlaşığından noter evrakının ortaklar genel kurul kararı olarak kabulü gerekeceği..." <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, 10 Ekim 2021. Pulaşlı, Yargıtay'ın bu görüşüne katılmamakta olup, anılan kararın TTK m. 595/1 ve 2 hükümlerine aykırı olduğu görüşündedir. Ayrıntılı değerlendirme için Bkz. Pulaşlı, Şerh (n 12) 2760; Özer de Yargıtay'ın bu kararına katılmamaktadır. Zira genel kurul



onayına bağlanmakta ve böylece kanuni bir bağlam öngörülmektedir.⁴⁵ Onay kararı ancak genel kurul kararı şekil ve mahiyetinde olabilir.⁴⁶ Onaya ilişkin bu hüküm emredici değildir. Şirket sözleşmesinde, onayın aranmayacağı devrin kurulmasıyla gerçekleşeceği öngörülebilir.⁴⁷ Başka bir deyişle, şirket sözleşmesinde düzenlenmeden payın devri için genel kurul onayı kaldırılamaz. Genel kurul onayı kaldırıldığında, devir için payın devri sözleşmesi yeterli olur. Bu durumda payı devralan ortak sıfatını, imzaların noter tarafından onaylandığı tarihte kazanacaktır.⁴⁸ Şirket sözleşmesi ile genel kurulun onayı kaldırılmadığı takdirde ise, devir, ancak bu genel kurulun onayı ile geçerli olacaktır. Onay verilinceye kadar devir sözleşmesi askıdadır. Onaydan kaçınılması, devir işlemini geçersiz kılar.⁴⁹ TTK madde 595 gerekçesinde de aksi sözleşmede öngörülmemiş geçişin ortaklar genel kurulunun onayı ile gerçekleşeceği, ancak onaya kadar sözleşmenin askıda olduğu belirtilmiştir.

Devir sözleşmesinin tarihi, genel kurul karar tarihi ile aynı tarih ya da karar tarihinden önceki bir tarih olabilir. Bununla beraber, Yargıtay kararında belirtildiği üzere, pay devrinin önce genel kurulca onaylanıp daha sonra noterde yapılması durumunda TTK madde 595'e aykırı hareket edilmiş olsa da taraflar arasında pay devri gerçekleşmiş olur.⁵⁰ Oğuz'a göre de, esas sermaye

onayı, devrin hem taraflar arasında hem de şirkete karşı tamamlanmasının esaslı unsurudur. Bu nedenle, Kanuna ve şirket sözleşmesine uygun şekilde toplantıya çağrılan genel kurulun, gerekli nisaplar ile karar alması ve kararın tutanağa bağlanması gerekir (TTK m. 617/atfıyla TTK m. 410 vd.). Limited şirkette iki ortağın bulunmasına ve payın devri konusunda ortakların aralarında anlaşmış olmalarına dayanarak genel kurul onayına ilişkin hükümlerin göz ardı edilmesi Kanuna açıkça aykırılık teşkil eder. Özer (n 39) 188-189.

⁴⁵ Poroy, Tekinalp and Çamoğlu, *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku* (n 6) 887; Tekinalp, *Tescil Davası* (n 6) 3; Pulaşlı, Şerh (n 12) 2751; Pulaşlı, *Şirketler Hukuku* (n 28) 750; Özer (n 39) 182; Şener, *Limited Ortaklıklar Hukuku* (n 4) 306; Yıldız, *Limited Şirketler Hukuku* (n 37) 141.

⁴⁶ Doğanay (n 20) 91.

⁴⁷ TTK m. 595/2 gerekçesi.

⁴⁸ Şener, *Ortaklıklar Hukuku* (n 9) 697; Aksu Özkan, *Pay Devrinin Ortağın Kamu Borçlarına Etkisi* (n 20) 235.

⁴⁹ Tamer Bozkurt, *Şirketler Hukuku* (13th edn, Yetkin 2021) 554; Halil Arslanlı, 'Türk Ticaret Kanunu'nun Limited Şirketlere Dair 520 inci Maddesi Hükümleri', (1963) 2(2) *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 163, 171; Poroy, Tekinalp and Çamoğlu, *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku* (n 6) 888; Bilgili and Demirkapı, *Şirketler Hukuku* (n 39) 753; Demirkapı, *Payın Devri* (n 2) 313; Bora (n 39) 81; Özer (n 39) 183; Hanife Doğrusöz Koşut, 'Limited Şirkette Nama Yazılı Senede Bağlanmış Esas Sermaye Payının Devir Şartları', (2017) 22(1) *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 365, 375-376.

⁵⁰ Mustafa Yavuz, 'Yargı Kararları Işığında Limited Şirketlerde Hisse Devir Sözleşmeleri', (2018) 38(445) *Vergi Dünyası*, 147, 150. Yargıtay 11 HD, E 2015/15302 K 2017/2361, 24.04.2017. "...davacı ile davalılar arasındaki pay devrinin önce ortaklar genel kurulunda onaylanıp daha sonra noter huzurunda yapıldığı, bu şekilde TTK m. 595'e aykırı hareket edilmiş ise de taraflar arasında hisse devrinin gerçekleşmiş olduğu...<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, 22 Ekim 2021.

payı devir sözleşmesi kurulmadan önce devre genel kurul onay verebilir.⁵¹ Pulaşlı'ya göre ise, genel kurulunun kararına konu olan usulüne uygun olarak yapılmış bir devir sözleşmesi özellikle yazılı olması ve ayrıca noterde onanmış olması gerekir. Aksi halde onaya ilişkin genel kurul kararının temelini oluşturan özellikle yazılı usule uygun pay devir sözleşmesinin olmaması halinde genel kurul onayı geçerli olmaz.⁵²

Genel kurulun onayı şarta bağlı olarak verilemez. Şirket sözleşmesinde genel kurulun payın devrine onay vermesi bazı şartlara bağlanmışsa (şirket sözleşmesine böyle hükümlerin konulması geçerlidir) bu durumda genel kurulun onay vermesi için bu şartların olması gerekir.⁵³ Genel kurul tarafından verilen onay, devrin kurucu unsurunu oluşturan devir sözleşmesini konu alan ve onun hüküm ve sonuç doğurmasını sağlayan tamamlayıcı unsurdur.⁵⁴

TTK madde 595/2 hükmünün sonucu olarak, onaya kadar geçen sürede ortaklık hakları ve yükümlülükleri devralana geçmez. Genel kurul payın devrine onay verinceye kadar, devir işlemi hem mülkiyet hem de ortaklık hakları ve yükümlülükler payı devredende kalmak suretiyle askıda kalır.⁵⁵ Onayla birlikte devralan ortaklık haklarını kazanır. Devreden kişinin şahsına bağlanan, esas sermaye payına bağlanmayan haklar ve yükümlülükler şirket payının devri ile birlikte sona erer. Örneğin veto hakkı, özel menfaatler veya devreden şahsına bağlı yan edim yükümlülükleri devir ile birlikte ortadan kalkar.⁵⁶

Sermaye payının devrine onay verme yetkisi genel kurulun devredilemez yetkileri arasındadır. Dolayısıyla genel kurul, pay devrini onaylama yetkisini başka bir organa veya kişiye örneğin müdür/müdürlere devredemez. Nitekim bu esas TTK madde 595/2'de düzenlendiği gibi, TTK madde 616/1 g'de de açıkça genel kurulun devredilemez yetkileri arasında sayılmıştır.⁵⁷

Payın devrinin onaylanması için müdürün genel kurulu toplantıya çağırması gerekir. Müdürün, bildirim yapılmasından itibaren ne kadar süre içinde

⁵¹ Oğuz (n 25) 188.

⁵² Pulaşlı, Şirketler Hukuku (n 28) 752.

⁵³ İbid 756.

⁵⁴ Demirkapı, *Payın Devri* (n 2) 308.

⁵⁵ Şener, *Limited Ortaklıklar Hukuku* (n 4) 312.

⁵⁶ Çebi, *Limited Şirketler* (n 20) 235; Çebi, Şirketler Hukuku (n 37) 433.

⁵⁷ Pulaşlı, Şirketler Hukuku (n 28) 755; Pulaşlı, Şerh (n 12) 2757; Şener, *Limited Ortaklıklar Hukuku* (n 4) 306; Arslanlı and Domaniç (n 27) 246; Arslanlı (n 49) 174; Öz (n 7) 43; Doğanay (n 20) 92; Çağa (n 1) 598; Demirkapı, *Payın Devri* (n 2) 315; Fehiman Tekil, *Limited Şirket ve Kooperatifler Hukuku* (1994) 73; Göç (n 20) 177; Camcı (n 39) 524; Demirkapı, bu onayın, genel kurulun devredilemez yetkilerinden biri olduğunun belirtildiğini (TTK m. 616/1 g), ancak bu düzenleme ve onay kararının ana sözleşmeyle kaldırılabilmesine ilişkin TTK m. 594/3 arasında çelişki olduğunu, dolayısıyla bir taraftan onay kararı verilmesinin genel kurulun devredilemez yetkisi olarak kabul edildiğini, diğer taraftan onay kararının kaldırılabilmesini ileri sürmektedir. Demirkapı, *Payın Devri* (n 2) 316.



ortakları toplantıya çağırması gerektiği hususunda kanunda bir düzenleme yoktur. Bu nedenle, toplantıya çağrı uygun bir süre içerisinde yapılması gerekir.⁵⁸ Müdür veya müdürler, genel kurulu uygun bir süre içerisinde toplantıya çağırmasa payı devreden şirket sermayesinin 1/10'una sahipse, anonim şirketlere ilişkin TTK madde 411 vd. hükümleri uyarınca genel kurulun toplantıya çağrılmasını sağlayabilir (TTK m. 617/2).⁵⁹

Genel kurul usulüne uygun olarak toplanıp pay devrine onay verebileceği gibi, TTK madde 617/4 uyarınca herhangi bir ortak sözlü görüşme talep etmediği takdirde, müdürün payın devrine ilişkin önerisine ortakların yazılı olarak oy vermesiyle toplantı yapılmaksızın da mümkündür. Başka bir ifadeyle genel kurul onayı toplantı yapılarak veya müdürün pay devri önerisinin diğer ortaklar tarafından kabul edilmesiyle de olabilir ve pay devri bu şekilde gerçekleşir.⁶⁰

TTK madde 595/7 uyarınca, başvurudan itibaren üç ay içinde genel kurul reddetmediği takdirde onay vermiş sayılır.⁶¹ Dolayısıyla şirket genel kurulunun üç ay içinde toplanıp kabul veya ret kararı vermesi gerekir. Üç aylık süre, devrin şirkete bildirilmesinden itibaren başlayacaktır. Toplantının üç ay içinde yapılamaması durumunda, genel kurulun payın devrine zimnen onay verdiği kabul edilmelidir. Bu durumda ise payın devrinin şirkete bildiriminden itibaren üç ayın sonunda payı devralan şirkete ortak olur. Genel kurul payın devrine onay verdiği takdirde ise devralan karar tarihi itibarıyla şirkete ortak olur.⁶²

⁵⁸ Arslanlı and Domaniç (n 27) 246; Arslanlı (n 49) 174; Öz (n 7) 43; Camcı (n 39) 523.

⁵⁹ Pulaşlı, Şirketler Hukuku (n 28) 755; Pulaşlı, Şerh (n 12) 2757; Camcı (n 39) 523; Ramazan Gönen, 'Limited Şirkette Esas Sermaye Payının Devri' (2013) 87(2) İstanbul Barosu Dergisi 388, 392.

⁶⁰ Pulaşlı, Şirketler Hukuku (n 29) 754-755; Pulaşlı, Şerh (n 12) 2756; Camcı (n 39) 523.

⁶¹ TTK m. 595/7'de düzenlenen üç aylık sürenin hesabının nasıl yapılacağına ilişkin kural TTK'de yer almamaktadır. Dolayısıyla üç aylık sürenin hesabında TBK m. 92/1 b. 3'de düzenlenen kural uygulanır. Buna göre bildirim şirkete ulaştığı gün ayın kaçınıcı günüyse, üçüncü ayın bunu karşılayan gününde süre dolmuş olur. Son ayda bunu karşılayan gün yoksa süre, bu ayın son günü dolmuş sayılır. Bkz. Şener, *Emsal Kararlar* (n 19) 638; Tekinalp, onayın üç ay içinde verilmemiş olması halinde, reddedilmiş sayılacağıni belirtmektedir. Tekinalp, *Tek Kişi Ortaklığı* (n 3) 373.

⁶² Şener, *Ortaklıklar Hukuku* (n 9) 696-697; Doğrusöz Koşut (n 49) 380; Yargıtay 11 HD, E 2016/10438 K 2018/2765, 16.04.2018. "...Dava, limited şirket hisse devrinin tespiti ile tescil ve ilanı istemine ilişkindir. Davacının, diğer ortak olan R... 'ye hissesini noterden 18/03/2014 tarihinde devrettiği, devrin tescili için davalı şirkete noterden gönderdiği ihtarnamenin 04/08/2015 tarihinde tebliğ edildiği anlaşılmaktadır. 6102 sayılı TTK'nin 595/son fıkrasına göre hisse devrinin tescili için yapılan başvuru, şirket genel kurulu tarafından 3 ay içerisinde reddedilmediği takdirde onay vermiş sayılır. Bu hüküm doğrultusunda hisse devrinin onay tarihinden itibaren şirkete karşı geçerli hale geleceği ve onay tarihi itibarıyla ortaklık devrinin gerçekleştiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle, genel kurulca 04/11/2015 tarihi itibarıyla onay verildiği kabul edilerek taraflar arasındaki devrin 04/11/2015 tarihinde gerçekleştiğine karar verilmesi gerekirken 18/03/2014 tarihli devir sözleşmesi tarihinden itibaren devrin gerçekleştiğine karar verilmesi doğru görülmemiş..." <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasi/IstemciWeb/>, 05 Ekim 2021;

TTK madde 595/7 hükmü ile onay talebine sessiz kalmak sureti ile onay sürecinin sürüncemede bırakılmasının önüne geçilmek istenmiştir.⁶³ Kanun koyucu, böylece devir işleminin onaylanmasını başvurudan sonra hareketsiz kalınmasını bir sonuca bağlayarak, genel kurulun olumlu veya olumsuz karar vermesini belirli bir süreye bağlamıştır.⁶⁴

A. Genel Kurulun Onayında Yetersayılar

Pay devrinin onaylanması için gerekli toplantı ve karar yetersayısına ilişkin TTK'de bir düzenleme bulunmamaktadır.⁶⁵ Sermaye payının devri, şirket sözleşmesinin değişikliği anlamına gelmediği için TTK madde 589 ve önemli kararlara ilişkin bir konu olmadığı için de TTK madde 621'e ilişkin hükümler uygulanmaz. Diğer bir ifade ile, pay devrinin onaylanması için özel ve ağırlaştırılmış bir yetersayı öngörülmemiştir. TTK madde 595'te ise genel kurulun onay kararı için bir yetersayı düzenlenmemiştir. Dolayısıyla onay kararı TTK madde 620'deki olağan karar yetersayısına bağlanmıştır. Bu durumda şirket sözleşmesinde aksi düzenlenmedikçe payın devrinin onaylanmasına ilişkin genel kurul kararının toplantıda temsil edilen oyların salt çoğunluğu ile alınması gerekir. Elbette bu yetersayı şirket sözleşmesine konulacak bir hükümlerle artırılabilir.⁶⁶ Toplantıda çekimser oy verenlerin, ret oyu verdikleri kabul edilmelidir.⁶⁷

Aynı yönde kararlar için Bkz. Yargıtay 11 HD, E 2014/17785 K 2015/3214, 09.03.2015. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, 05 Kasım 2021, Yargıtay 11 HD, E 2014/11867, K 2014/19102, 15.12.2014. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, 05 Kasım 2021; Demirkapı, şirket tarafından yapılacak incelemenin niteliği ve daha sonra şirket tarafından verilecek onayın genel kurul kararı şeklinde verilmesi öngörülen üç aylık sürenin yetersiz olduğunu, ayrıca yeterli inceleme gerçekleştirilmemesi ve onay veya ret kararının bu yetersiz inceleme neticesinde verilmesinin müdürlerin sorumluluğuna da neden olabileceğini, bu sebeple üç aylık sürenin düzenlenimin kaynağı olan İsviçre Borçlar Kanunu m. 787/2'de öngörülen altı aylık süre şeklinde olması gerektiğini ileri sürmektedir. Demirkapı, *Payın Devri* (n 2) 338; Doğrusöz Koşut da genel kurul kararına dayanak oluşturacak araştırmannın sağlıklı olması açısından üç aylık sürenin yetersiz olduğu görüşündedir. Doğrusöz Koşut, (n 49) 381.

⁶³ TTK m. 595/7 gerekçesi.

⁶⁴ Oğuz (n 25) 196.

⁶⁵ Genel kurul kararları bakımından üç ayrı durum söz konusu olup TTK'de ayrı ayrı hükme bağlanmıştır. Bunlar TTK m. 620'de olağan kararlar, TTK m. 621'de sayılan önemli kararlar ve TTK m. 589'de yer alan sözleşme değişiklikleridir. Bu üç düzenlemede toplantı yetersayıları bulunmamaktadır. Dolayısıyla her üç düzenleme için karar yetersayılarının aynı zamanda toplantı yetersayısı olarak kabul edilmesi gerekir. Demirkapı, *Payın Devri* (n 2) 321.

⁶⁶ Poroy, Tekinalp and Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II* (n 20) 422; Çamoğlu (n 3) 38; Tekinalp, *Tek Kişi Ortaklığı* (n 3) 373; Demirkapı, *Payın Devri* (n 2) 325; Bilgili and Demirkapı, *Şirketler Hukuku* (n 39) 752; Pulaşlı, *Şirketler Hukuku* (n 28) 756; Pulaşlı, *Şerh* (n 12) 2758; Yıldız, *Limited Şirketler Hukuku* (n 37) 142; Biçer and Hamamcioğlu (n 39) 236; Çebi, *Limited Şirketler* (n 20) 236; Çebi, *Şirketler Hukuku* (n 37) 434; Oğuz (n 25) 196; Camcı (n 39) 525; Bora (n 39) 80.

⁶⁷ Demirkapı, *Payın Devri* (n 2) 337.



TTK'deki düzenleme ile eTTK madde 520'deki genel kurulun ortakların dörtte üçünün sermaye paylarının dörtte üçüne sahip olması halinde onay kararı alabileceğine ilişkin hükmüne nazaran pay devirleri sadeleştirilmiş, böylece çok küçük bir çoğunlukla ile karar alınabilmesi sağlanmıştır.⁶⁸ Diğer taraftan limited şirketin iki ortağının olması halinde onama kararının oybirliği ile alınması gerektiği belirtilmektedir.⁶⁹ Payını devreden ortak da daha ortaklık sıfatını kaybetmediği için genel kurulda oyunu kullanabilir.⁷⁰ Payını devreden ortağın Türk Medeni Kanunu'nun (anılış TMK) 2. maddesi uyarınca dürüstlük kurallarına aykırı şekilde payın devri aleyhinde oy kullanması mümkün değildir.⁷¹ Bununla birlikte şirketin kendi payını edinmesine ilişkin kararlarda payını devreden ortak oy kullanamayacaktır (TTK m. 619/2). Diğer bir ifadeyle pay şirket tarafından devralınıyorsa, bu oylamada devralan ortağın oy hakkı yoktur.⁷² Aynı şekilde payı devralanında şirket ortağı olması şartıyla oyunu kullanabilir.⁷³

B. Genel Kurulun Onayı Reddetmesi

TTK madde 595/3 uyarınca şirket sözleşmesinde başka türlü düzenlenmemişse, ortaklar genel kurulu sebep göstermesizin onayı reddedebilir. Genel kurulun bu konuda takdir yetkisi söz konusudur. Genel kurulunun onay vermeyi reddetmesi için sebep göstermesi gerekmez. Şirket sözleşmesi hangi hallerde izin verilmeyeceğini öngörebilir.⁷⁴ Özellikle istenmeyen üçüncü kişilerin şirkete ortak olmasının engellenmesi amacıyla söz konusu kanuni bağlam kabul edilmiştir.⁷⁵ Esas sermaye payının devrine yönelik olarak genel kurulun takdir yetkisi sınırlandırılmak isteniyorsa, bu durumda şirket sözleşmesi ile bir düzenleme yapılması gerekir.⁷⁶ Şirket sözleşmesi ile payın devri sözleşmesinin genel kurul tarafından onaylanması şartı kaldırılabilir (TTK m. 595/2).⁷⁷ Ortaklar şirket sözleşmesinde genel

⁶⁸ Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar and Mehmet Özdamar, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar* (2nd edn, Yetkin 2020) 547; Bahtiyar (n 24) 437-438; Yıldız, *Limited Şirketler Hukuku* (n 37) 142; Demirkapı, *Payın Devri* (n 2) 325; Biçer and Hamamcıoğlu (n 39) 236; Doğrusöz Koşut (n 49) 378.

⁶⁹ Yıldız, *Limited Şirketler Hukuku* (n 37) 142.

⁷⁰ Pulaşlı, *Şirketler Hukuku* (n 28) 758; Şener, *Limited Ortaklıklar Hukuku* (n 4) 309; Çebi, *Limited Şirketler* (n 20) 236; Çebi, *Şirketler Hukuku* (n 37) 434; Doğanay (n 20) 92; Arslanlı and Domanıç (n 27) 248; Arslanlı (n 49) 176; Öz (n 7) 45; Çağa (n 1) 599; Bora (n 39) 80.

⁷¹ Doğanay (n 20) 92.

⁷² Demirkapı, *Payın Devri* (n 2) 330; Şener, *Limited Ortaklıklar Hukuku* (n 4) 310; Çebi, *Limited Şirketler* (n 20) 236; Çebi, *Şirketler Hukuku* (n 37) 434; Bora (n 39) 80.

⁷³ Çamoğlu (n 3) 39; Arslanlı (n 49) 176; Çağa (n 1) 599.

⁷⁴ TTK m. 595/3 gerekçesi.

⁷⁵ Ayhan, Çağlar and Özdamar (n 68) 547.

⁷⁶ Kendigelen (n 17) 439.

⁷⁷ Ayhan, Çağlar and Özdamar (n 68) 547.

kurulun hangi hallerde onay vermekle yükümlü olduğu veya hangi sebeplerle onay vermektan kaçınabileceğine ilişkin düzenlemeler yapabilirler.⁷⁸ Örneğin şirket sözleşmesinde payı iktisap edenin belirli özelliklere sahip olması, rakip olmaması gibi şartlar öngörülebilir.⁷⁹ Yine şirketin yabancılaşmasının önlenmesi amacıyla, şirket sözleşmesine esas sermaye paylarının, ancak ortakların usul ya da furuuna devredileceği yönünde hüküm konulabilir. Bu durumda bu sayılanlar dışında pay devri genel kurul tarafından reddedilebilir.⁸⁰ TTK madde 595/3 uyarınca genel kurul payın devrine onay vermemişse, esas sermaye paylarının mülkiyeti devredende kalır. Devralan şirkete karşı herhangi bir hak iddia edemez.⁸¹ Genel kurul payın devrine onay vermezse, payın devri sözleşmesi sonraki imkansızlık nedeniyle sona ereceğinden devralan ve devreden bu sözleşme nedeniyle birbirlerine verdiklerini geri alabilirler. Burada iade talebinin dayanağına sebepsiz zenginleşme kuralları uygulanır.⁸² Payını devreden ortağın onayın reddedilmesinde kusuru varsa, örneğin payını devretmiş olmasına rağmen, kendisi genel kurul toplantısında olumsuz oy kullanmışsa veya diğer ortakların ret yönünde oy kullanmalarını sağlamışsa bu durumda payı devreden sorumluluğu söz konusu olur.⁸³

C. Şirket Sözleşmesinde Ek Ödeme ve Yan Edim Yükümlülüklerinin Düzenlenmesi Halinde Genel Kurul Onayı

TTK madde 603 uyarınca, ortaklar şirket sözleşmesiyle, esas sermaye payı bedeli dışında ek ödeme ile de yükümlü tutulabilirler. Ek ödeme yükümü, şirketin faaliyetlerini sürdürmesini güvence altına almak için, ortaklara esas sermaye payı bedeli dışında ve belli koşulların gerçekleşmesi durumunda şirkete nakdi ödemede bulunulmasına ilişkin şirket sözleşmesiyle getirilen yükümlülüktür.⁸⁴

⁷⁸ Çamoğlu (n 3) 38; Poroy, Tekinalp and Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II* (n 20) 422.

⁷⁹ Şener, *Ortaklıklar Hukuku* (n 9) 698; Çebi, *Limited Şirketler* (n 20) 235, Çebi, *Şirketler Hukuku* (n 37) 434.

⁸⁰ Soner Altaş, *Türk Ticaret Kanunu'na Göre Limited Şirketler (Karşılaştırmalı, Açıklamalı, Örnekli)* (9th edn, Seçkin 2021) 289.

⁸¹ Şener, *Ortaklıklar Hukuku* 697.

⁸² Yargıtay da bir kararında, iki kişilik bir limited şirkette pay devrine diğer ortak tarafından onay verilmezse, payın devrinden kaynaklanan borcun sonraki imkansızlık nedeniyle sona ereceğini, bu durumda tarafların birbirlerine verdiklerini geri alabileceklerine içtihat etmiştir. Yargıtay 11 HD, E 5428 K 5311, 08.05.2006, "...Somut olayda, davacı, davalılardan limited şirketteki mevcut payını diğer davalıya eTTK'nin 520/son maddesine (TTK m. 595/1) uygun olarak iç ilişkide devretmiş ise de mahkemenin de kabul ettiği üzere, iki ortaklı bu şirketin diğer ortağının muvafakatinin bulunduğunu kanıtlamadığına, dolayısıyla devrin koşullarından biri gerçekleşmediğine göre, edimin ifası olanağı kalmamış ve BK'nın 117 nci maddesi (TBK m. 136) uyarınca, borç düşmüş ve iki taraf birbirlerine verdiğini geri isteme hakkını kazanmış olup, devrin iç ilişkide taraflar arasında dahi geçerli olmadığı kabulü gerekir..." Eriş (n 23) 3382.

⁸³ Demirkapı, *Payın Devri* (n 2) 353.

⁸⁴ Şener, *Ortaklıklar Hukuku* (n 9) 704; Şener, *Limited Ortaklıklar Hukuku* (n 4) 405; Bozkurt (n 49) 565.



TTK madde 606 uyarınca, şirket sözleşmesiyle, şirketin işletme konusunun gerçekleşmesine hizmet edebilecek yan edim yükümlülükleri öngörülebilir. Yan edim yükümlülüğü ek edim yükümlülüğünden farklı olarak, ortaklara nakdi ödeme yapma borcu yüklemeyen, şirketin işletme konusunun gerçekleşmesine hizmet eden aynı edim yükümlülüğüdür.⁸⁵ İşletme konusuyla bağlantılı olmak üzere yan edim yükümlülüğü, yapma, yapmama, katlanma ve kullandırma edimi olabilir.⁸⁶

TTK madde 595/6 uyarınca, şirket sözleşmesinde ek ödeme veya yan edim yükümlülükleri öngörülmediği takdirde, devralanın ödeme gücü şüpheli görüldüğü için ondan istenen teminat verilmemişse, genel kurul şirket sözleşmesinde hüküm bulunmasa bile onayı reddedebilir.⁸⁷ Bu hüküm şirket sözleşmesinde ek ödeme veya yan edim yükümlülüğünün öngörüldüğü hallerde geçerlidir. Şirket sözleşmesinde ek ödeme ve yan edim yükümü bulunduğu takdirde, şirketi korumak amacıyla devir alanın ödeme gücünün şüpheli olduğu hallerde genel kurulun onayını güvence verilmesine bağlamasına olanak sağlanmıştır. Güvence verilmezse genel kurul onayı reddedebilir. Bu halde genel kurul, sözleşmede hüküm bulunmasa bile onayı reddedebilir.⁸⁸ Belirtmek gerekir ki, eğer şirket sözleşmesinde ek ödeme ve yan edim yükümlülüğü düzenlenmemiş ise, devralanın ödeme gücü şüpheli olsa da genel kurul pay devrini reddedemez.⁸⁹

TTK madde 595/6'da düzenlenen her iki şart, devralanın ödeme gücünün şüpheli olması ve talep edilen teminatın ifa edilmemesi birlikte bulunmalıdır. Talep edilen teminat şirket tarafından belirlenir ve şirket bu anlamda TMK madde 2 hükmü ile sınırlıdır. Bu nedenle şirket ek ödeme veya yan edim yükümlülüklerini aşan bir miktarda teminat talep edememelidir.⁹⁰ Teminat payı devralan tarafından yerine getirilebileceği gibi, devreden veya üçüncü bir kişi tarafından da getirilebilir.⁹¹ Çamoğlu'na göre, devralanın mutlaka teminat göstermesi gerekli değildir. Sözleşmede öngörülen yükümlülükleri yerine getirecek ödeme gücüne sahip olduğunu kanıtlaması yeterlidir.⁹² TTK

⁸⁵ Bahtiyar (n 24) 454.

⁸⁶ Bozkurt (n 49) 566; Pulaşlı, Şirketler Hukuku (n 28) 798; Şener, *Ortaklıklar Hukuku* (n 9) 711; Şener, *Limited Ortaklıklar Hukuku* (n 4) 449; Aksu Özkan, *Pay Devri Sözleşmesi* (n 18) 288.

⁸⁷ Kendigelen'e göre, ek ödeme veya yan edim yükümlülüğü bulunan şirketlerde talep edilen teminat gösterilmediği takdirde genel kurula tanınan onay vermekten kaçınma imkanının, ayrıca "şirket sözleşmesinde hüküm bulunmasa bile" kullanılabilmesine vurgu yapılmasına gerek yoktur (TTK m. 595/6), zira şirket sözleşmesinde hüküm bulunmadığı durumda genel kurul zaten sebep göstermeksizin dahi onay vermekten kaçınabilir (TTK m. 595/3). Kendigelen (n 17) 441.

⁸⁸ TTK m. 595/6 gerekçesi.

⁸⁹ Dal (n 21) 153.

⁹⁰ Şener, *Ortaklıklar Hukuku* (n 9) 700.

⁹¹ Şener, *Limited Ortaklıklar Hukuku* (n 4) 321.

⁹² Çamoğlu (n 3) 40; Poroy, Tekinalp and Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II* (n 20) 424.

madde 595/6 hükmündeki ret sebebi kanun koyucunun sermayenin korunması ilkesine verdiği önemi göstermektedir.⁹³

V. PAYIN DEVRİNİN YASAKLANMASI

TTK madde 595/4 uyarınca şirket sözleşmesiyle sermaye payının devri yasaklanabilir. Özellikle şirkete dışarıdan üçüncü kişilerin pay sahibi olmasının istenmediği durumlarda şirket sözleşmesine hüküm konularak pay devrinin tamamen yasaklanması mümkündür.⁹⁴ Şirket sözleşmesine, payın devrinin kanunda öngörülenden daha da ağırlaştırılabileceği veya tamamen yasaklanabileceği hüküm konulabilir. Şirket sözleşmesine böyle bir hüküm konulması halinde, TTK madde 595/5 uyarınca ortağın şirketten çıkma hakkı saklı kalır.⁹⁵ Bu şekilde payın devrinin yasaklanması, özellikle limited şirketin işletme konusuna ulaşmak için ortakların özelliklerinin önemli olduğu şirket açısından gereklidir. Zira bu gibi durumda ortağın şirketten ayrılması ve onun yerine başka birinin ortak olması, şirketin işletme konusunun elde edilmesine engel olabilir. Bu durumda payını devretmek isteyen ortak, haklı sebeple çıkma ve dava açma hakkına sahiptir.⁹⁶

VI. PAYIN DEVRİNDE ORTAĞIN HAKLI SEBEPLE ÇIKMA HAKKI

TTK madde 595/5 uyarınca şirket sözleşmesi devri yasaklamış veya genel kurul onay vermeyi reddetmişse, ortağın haklı sebeple şirketten çıkma hakkı saklı kalır. Bu hükümle ortağın payını devredememesi halinde, bu durumun çözümsüz kalmasının önüne geçilmiş ve payın devrinin reddi, ortak açısından haklı sebep olacağı düzenlenmiştir.⁹⁷ Haklı sebep, ortaklık ilişkisini çekilmez hale getiren ve dürüstlük kurallarına göre ortak açısından bu ilişkinin devam ettirilmesinin kendisinden istenemeyen nedenlerdir.⁹⁸ Bu çerçevede, limited şirket ortağı haklı sebeplerin varlığında şirketten çıkabilir. Kanunda haklı sebeplerin nitelik ve özellikleri ile ilgili bir sınırlama getirilmemiştir.⁹⁹ Esas sermaye payının devrinin yasaklanmasında ya da genel kurulun devri onaylamaması halinde ortağa çıkma hakkı tanınarak menfaatler dengesinin sağlanması amaçlanmıştır.¹⁰⁰ Bu durumda, şirketin devri onaylamaması durumunda payını devredemeyen ve şirket ortağı olarak devam etmek istemeyen kişiye haklı sebeple çıkma hakkı tanınmıştır.

⁹³ Çamoğlu (n 3) 39.

⁹⁴ Ayhan, Çağlar and Özdamar (n 68) 548.

⁹⁵ Pulaşlı, Şirketler Hukuku (n 28) 760; Ayhan, Çağlar and Özdamar (n 68) 547.

⁹⁶ Şener, *Limited Ortaklıklar Hukuku* (n 4) 320.

⁹⁷ Bilgili and Demirkapı, *Şirketler Hukuku Dersleri* (n 10) 494.

⁹⁸ Çamoğlu (n 3) 62.

⁹⁹ TTK m. 595/5 gerekçesi.

¹⁰⁰ Yıldız, *Limited Şirketler Hukuku* (n 37) 142; Çebi, *Limited Şirketler* (n 20) 236; Çebi, *Şirketler Hukuku* (n 37) 434.



TTK madde 595/5 hükmü ortağa tam olarak yasal çıkma hakkı tanımamıştır. Kanun koyucu genel kurulun devre onay vermeyi reddetmesini veya şirket sözleşmesinde devri yasaklayan bir hükmün bulunmasını doğrudan çıkma hakkı veren bir sebep olarak görmemiş, somut koşullarda bu hallerin çıkmaya haklı sebep olup olmadığını hakimin takdir yetkisine bırakmıştır. Bu durum TTK madde 638/2 uyarınca her ortak, haklı sebeplerin varlığında şirketten çıkmasına karar verilmesi için dava açabilir hükmü kapsamında hakim tarafından değerlendirilmelidir.¹⁰¹ Başka bir ifadeyle, TTK madde 595/5’de şirket sözleşmesinde payın devrinin yasaklamış olmasının veya genel kurulun devir işleminin tamamlanması için gerekli onayı vermemesinin tek başına ortağın şirketten çıkmayı talep etmesi için yasal çıkma nedeni sayılmamıştır. Bu durumda ortağın haklı sebebe dayalı çıkma davası açma hakkı saklıdır. Kanun koyucu ortağın payını devredememesi durumunu şirketten çıkma için yeterli haklı sebep olup olmadığını hakimin takdir yetkisine bırakmıştır.¹⁰² Hakim takdir yetkisini kullanırken somut olaydaki tüm koşulları değerlendirmelidir. Payın devrinin reddedilmesi diğer sebeplerle de destekleniyorsa örneğin reddin keyfi olması, şirketin iyi yönetilememesi, hakim ortağın pervasızlığı gibi durumlar mahkeme tarafından haklı sebep olarak kabul edilebilir.¹⁰³ Yine genel kurulun keyfi uygulamaları, çıkma için haklı sebep olarak kabul edilebilir.¹⁰⁴

VII. PAYIN DEVRİNİN PAY DEFTERİNE KAYDI

Limited şirketin tutmakla zorunlu olduğu pay defterine ilişkin TTK madde 594/1 hükmünde, esas sermaye paylarının devirleri ve geçişlerinin yazılması gerektiği düzenlenmiştir.¹⁰⁵ Pay defterinin tutulması müdürlerin görevleri arasındadır. Payın devri genel kurul tarafından onaylandığı veya TTK madde 595/7 uyarınca başvurudan itibaren üç ay içinde genel kurulca reddedilmeyerek onay verilmiş sayıldığı durumda payın devri müdürler tarafından pay defterine kaydedilir. Genel kurul onayının şirket sözleşmesi ile kaldırıldığı durumda ise, şirkete devir bildirimini ile müdürler payın devrini pay defterine kaydeder.¹⁰⁶

¹⁰¹ Poroy, Tekinalp and Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II* (n 20) 423; Çamoğlu (n 3) 39.

¹⁰² Çamoğlu (n 3) 64; Poroy, Tekinalp and Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II* (n 20) 441.

¹⁰³ Tekinalp, *Tek Kişi Ortaklığı* (n 3) 372.

¹⁰⁴ Şener, *Limited Ortaklıklar Hukuku* (n 4) 322.

¹⁰⁵ TTK m. 594’ün gerekçesinde “Bu madde, 6762 sayılı Kanunun 519 uncu maddesinin tekrarıdır.” ifadesi yanlıştır. Madde metinleri incelendiğinde TTK m. 594/1, eTTK m. 519/1’den farklıdır. Ayrıca TTK m. 594’e 2 yeni fıkra eklenmiştir. eTTK m. 519’de düzenlenen 2. ve 3. fıkra TTK m. 594’de düzenlenmemiştir. Dolayısıyla TTK m. 594’ün gerekçesi yanlı yazılmıştır. eTTK m. 519/1’de yer alan “payların devir ve intikali ve bu hususlarla ilgili diğer değişiklikler bu deftere kaydolunur.” hükmünün TTK m. 594’de yer alması gerekirdi. Şükrü Yıldız, ‘Türk Ticaret Kanununun Tasarısının Limited Şirkete İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi’ (2005) II(1) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 449, 460.

¹⁰⁶ Poroy, Tekinalp and Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II* (n 20) 425; Çamoğlu (n 3) 41; Bilgili and Demirkapı, *Şirketler Hukuku Dersleri* (n 10) 494; Rifat Cankat, ‘Limited Ortaklıklarda Opsiyon Hakları’ (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi 2017) 63.

Pay defterine kaydın yapılması durumunda, devreden devralanla birlikte kaydın yapılmasını talep edebilir, ancak diğer ortaklar talep edemez. Pay defterine kayıt, ortaksal bir işlem niteliğinde olduğundan her iki taraf talep edebilir.¹⁰⁷ Ayrıca payı devralanın genel kurul onayından sonra, devrin pay defterine kaydedilmesinde meşru ve hukuki çıkarı söz konusudur. Devralan bununla şirkete karşı pay sahibi sıfatını edinmekte ve paydan kaynaklanan hakları kullanabilme imkânı olmaktadır.¹⁰⁸

Pay defterine kayıt şeffaflık gereğidir, yoksa kaydın ortaklık sıfatının şirket tarafından tanınması gibi bir sonucu yoktur. Pay defterine kayda kapsamlı bir hukuki işlev tanınmaz.¹⁰⁹ Dolayısıyla pay defterine kayıt kurucu değil, açıklayıcı niteliktedir.¹¹⁰ Başka bir deyişle payın devrinin pay defterine yazılması, pay sahipliğinin kazanılmasında ya da kaybedilmesinde etkili olmayan bir usul işlemidir. Zira payın devri genel kurulun onayı ile gerçekleşmektedir.¹¹¹ Pay defterine kayıt yapılmazsa, bu durumda ortak ifa davası açarak alacağı kararla kaydın yapılmasını sağlar.¹¹²

VIII. PAYIN DEVRİNİN TİCARET SİCİLİNE TESCİLİ VE İLANI

Kanun koyucunun payın geçişi hallerinde ve özellikle payın devrinde ticaret siciline tescil ve ilanı öngörmesinin sebebi hukuki güvenlik ve açıklıktır. Böylece alacaklılar ve şirketle ilişkiye girecek kişiler, ticaret sicilinden şirketin yapısını ve şirketin hangi ortakları olduğunu öğrenebilirler.¹¹³ Ayrıca payın devri işleminin sicile tescilinin şirketin şeffaflığının sağlanması noktasında faydalı olduğu ifade edilmektedir.¹¹⁴ Nitekim bu konuda TTK madde 598/1 uyarınca, esas sermaye paylarının geçişlerinin tescil edilmesi için şirket

¹⁰⁷ Pulaşlı, *Şirketler Hukuku* (n 28) 758; Pulaşlı, *Şerh* (n 12) 2761-2762.

¹⁰⁸ Pulaşlı, *Şerh* (n 12) 2762.

¹⁰⁹ Tekinalp, *Tek Kişi Ortaklığı* (n 3) 374.

¹¹⁰ Şener, *Limited Ortaklıklar Hukuku* (n 4) 325; Ayhan, Çağlar and Özdamar (n 68) 552; Poroy, Tekinalp and Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II* (n 20) 425; Çamoğlu (n 3) 41; Pulaşlı, *Şirketler Hukuku* (n 28) 757; Pulaşlı, *Şerh* (n 12) 2761; Bahtiyar (n 24) 438; Çebi, *Limited Şirketler* (n 20) 236; Çebi, *Şirketler Hukuku* (n 37) 435; Oğuz (n 25) 198; Yavuz, *Limited Şirketlerde Hisse Devir Sözleşmeleri* (n 50) 152; Özer (n 39) 192; Cankat (n 106) 163; Yıldız, pay defterine yapılan kaydın ispat edici bir etkisi olduğu görüşündedir. Yıldız, *Limited Şirketler Hukuku* (n 37) 143; Çağa, eTTK m. 519 kapsamında pay defterine kaydın kurucu nitelikte olduğu, bu ana kadar askıda hükümsüz olan devir işleminin geçerlilik kazandığı görüşündedir. Çağa (n 1) 599; Pay defterine kaydın, payın devrinde geçerlilik şartı olmayıp, açıklayıcı nitelikte olduğu yönünde, Bkz. Yargıtay 11 HD, E 2004/3023 K 2004/12406, 16.12.2004. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, 10 Kasım 2021; Yargıtay 11 HD, E 12383, K.4796, 12.03.2003, Eriş (n 23) 3372.

¹¹¹ Mustafa Yasan, *Ortaklıklar Hukuku*, (1st edn, Seçkin 2021) 223.

¹¹² Şener, *Limited Ortaklıklar Hukuku* (n 4) 325.

¹¹³ İbid 325.

¹¹⁴ Cankat (n 106) 163.



müdürleri tarafından ticaret siciline başvurulur, hükmü düzenlenmiştir.¹¹⁵ Bu hükme göre tescil başvurusu yapılması müdürlerin görevleri arasındadır.¹¹⁶ Payın devrinin ticaret siciline tescili, devreden ve üçüncü kişinin korunması yönünden gerekli görülmüştür.¹¹⁷ Söz konusu tescil kurucu değil açıklayıcı niteliktedir.¹¹⁸ Tescilin pay sahipliği sıfatının kazanılmasında bir etkisi yoktur. Payın devri genel kurul onayıyla gerçekleşmiştir. Bunun tescili ise, pay devrinin açıklanmasını sağlayacaktır.¹¹⁹ Dolayısıyla payın devrinin ticaret siciline tescil ve ilan edilmemiş olması devralanın devre konu payların mülkiyetini kazanmasına engel teşkil etmez.¹²⁰ Payın devrine ilişkin olarak yapılan tescil işlemi, devreden devralanla veya devralanın şirket tüzel kişiliği ile arasındaki hukuki ilişkinin geçerli olması için değil, devir işleminin üçüncü kişilere açıklanması amacıyla gerçekleşmekte ve açıklayıcı nitelikte bir işlem olan tescilin yapılması ile üçüncü kişilerin sicil kayıtlarından haberdar olduğu kabul

¹¹⁵ Yıldız'a göre, 598. maddenin gerekli olup olmadığı, limited şirketlerin bünyesine uygun bulunup bulunmadığı konusu tartışılmalıdır. Zira limited şirkette esas sermaye paylarının devri ve devrin geçişi için ticaret siciline tescilin herhangi bir etkisi yoktur. Bkz. Yıldız, *Limited Şirkete İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi* (n 105) 462.

¹¹⁶ Demirkapı'ya göre, tescil işlemini gerçekleştirmek için müdürlerin yetkili olduğu düzenlenmekle birlikte, bunun müdürlerin devredilemez yetkilerden olmadığı kabul edilmelidir. Zira müdürlerin devredilemez yetkilerine ilişkin TTK m. 625. maddesinde tescil işleminin sayılmamış olması bu sonucu doğurur. Bkz. Demirkapı, *Payın Devri* (n 2) 403-404.; Doğrusöz Koşut, şirket müdürleri dışında, şirketin yetkilendirdiği bir kişinin de bu görevi yerine getirmesi mümkündür. Doğrusöz Koşut (n 49) 382.

¹¹⁷ TTK m. 598/1 gerekçesi. Yıldız, gerekçedeki açıklamaya katılmaya imkân olmadığını, çünkü esas sermaye pay devrinin ayrıntılı bir düzenleme yapıldığını, dolayısıyla devreden, şirketin ve üçüncü kişilerin korunması yönünden gerekli düzenlemenin yapıldığı görüşündedir. Yıldız, *Limited Şirkete İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi* (n 105) 463; Kendigelen, burada korunması gerekenin limited şirket payını devreden değil, aksine devralan olduğu görüşündedir. Zira devrin ticaret siciline tescil edilene kadar, paylarını devreden kişiden sicildeki gerçeği yansıtmayan kayda güvenerek iyiniyetle payı iktisap eden üçüncü kişinin iktisabı korunacağından zarar görme tehlikesine, payı daha önce devralan kişi olacaktır. Dolayısıyla sicile tescil için devredenden önce, payı devralan kişiye bu imkân tanınmalıdır. Kendigelen (n 17) 445.

¹¹⁸ Pulaşlı, *Şirketler Hukuku* (n 28) 756; Pulaşlı, Şerh (n 12) 2762; Tekinalp, *Tek Kişi Ortaklığı* (n 3) 373; Tekinalp, *Yeni Hukuku* (n 20) 484; Kendigelen (n 17) 445; Şener, *Ortaklıklar Hukuku* (n 9) 698; Yıldız, *Limited Şirketler Hukuku* (n 37) 143; Bahtiyar (n 24) 442; Ayhan, Çağlar and Özdamar (n 68) 552; Çebi, *Limited Şirketler* (n 20) 236; Çebi, *Şirketler Hukuku* (n 37) 435; Bozkurt (n 49) 556; Özer (n 39) 194; Doğrusöz Koşut (n 49) 383; Aksu Özkan, *Pay Devrinin Ortağın Kamu Borçlarına Etkisi* (n 20) 237; Biçer and Hamamcıoğlu (n 39) 236, Gönen (n 59) 393; Camcı (n 39) 526; Oğuz (n 25) 198; Cankat (n 106) 163.

¹¹⁹ Aksu Özkan, *Pay Devrinin Ortağın Kamu Borçlarına Etkisi* (n 20) 237.

¹²⁰ Mustafa Yavuz, 'Anonim ve Limited Şirketlerde Pay Devrinin Ticaret Siciline Tescil ve İlanı' (2021) 40(473) Vergi Dünyası 72, 74. Buna ilişkin Yargıtay Kararı için Bkz. Yargıtay 11 HD, E 2016/14181 K 2018/5739 29.09.2018, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, 05 Aralık 2021.

edilmektedir.¹²¹ Ticaret siciline tescilin, payını devreden ortak bakımından özellikle açıklayıcı etkisi vardır. Bu sebeple kanun payını devreden ortağa doğrudan ticaret siciline başvurma hakkı tanımıştır.¹²² Nitekim TTK madde 598/2 uyarınca, başvurunun otuz gün¹²³ içinde yapılmaması halinde, ayrılan ortak, adının bu paylarla ilgili olarak silinmesi için ticaret siciline başvurabilir. Bunun üzerine sicil müdürü, şirkete, iktisap edenin adının bildirilmesi için süre verir.¹²⁴ Şirket tarafından devralanın adının bildirilmesi ile birlikte, devredenin adının silinerek devralanın tescil edilmesi gerekir.¹²⁵ Payın devri limited şirket sözleşmesinin değiştirilmesini gerektirmez, fakat payı devreden ortağın adının silinmesi gerekir.¹²⁶ TTK madde 598/2 hükmü ile sadece payını devreden ortağa adının silinmesi için tescile başvuru hakkı verilmiş, payı devralan ortağa adının tescil edilmesi yönünde bir hak verilmemiştir. Halbuki payı devralana da böyle bir hak verilmesi daha doğru olurdu.¹²⁷ Öğretide TTK madde 27 uyarınca payı

¹²¹ Camcı (n 39) 527; Yargıtay 10 HD, E 2015/23760 K 2019/1212, 14.02.2019, "...Somut uyuşmazlıkta, davacının, dava dışı şirketteki hissesinin tamamını ...Noterliğinin 28.01.2008 tarihli 2747 sayılı hisse devir senedi ile dava dışı' e devrettiği, limited şirketin 15.09.2008 tarihli Ortaklar Kurulu Kararı ile "hisse devir sözleşmesinde bahsi geçen devrin kabulüne ve devir hususunun şirket pay defterine işlenmesine" karar verildiği, hisse devrinin, 16.09.2008 tarihinde Ticaret Sicile tescil ile 22.09.2008 tarihli Ticaret Sicil Gazetesinde ilan edildiği hususlarında uyuşmazlık bulunmamakta olup, davacının dava dışı şirketteki ortaklık sıfatının sona ermesi ve bu durumun sicil gazetesinde ilanının, işlemin hukuken varlık kazanmasına değil, bu hususun üçüncü kişilere açıklanması amacına yönelik olduğu, dolayısıyla inşai değil bildirici bir işlem olduğu sabit olmakla,..." <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgi/BankasiIstemciWeb/>, 05 Aralık 2021.

¹²² Tekinalp, *Tek Kişi Ortaklığı* (n 3) 374; Bilgili and Demirkapı, *Şirketler Hukuku Dersleri* (n 10) 494.

¹²³ Yıldız, TTK m. 598/2'deki otuz günün hangi tarihten itibaren işleyeceğinin belirsiz olduğu görüşündedir. Yıldız, *Limited Şirkete İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi* (n 105) 463; Şener, otuz günlük sürenin ne zaman başlayacağına ilişkin kanunda açıklık yoktur. Burada özellikle işlemin kesinleşmesi aranmalıdır. Bu durumda payın devrinde, devir işlemi genel kurul kararıyla kesinleştiğinden (TTK m. 595/2) otuz günlük sürenin de bu tarihten itibaren başlaması gerekir. Şener, *Limited Ortaklıklar Hukuku* (n 4) 327.

¹²⁴ Yargıtay 11 HD, E 2015/5082 K 2015/11561, 04.11.2015, Yargıtay, şirket ortağının noter onayı ile payını diğer ortağa devretmekle birlikte devir işleminin ticaret siciline bildirilmediğini ileri sürerek sicil kaydının düzeltilmesini talep ettiği davaya ilişkin kararda, "6102 sayılı TTK'nin 598/2. maddesi gereğince, davacının ortaklık payının devri gerçekleştiği halde şirket müdürü tarafından otuz gün içinde ticaret siciline tescil için başvurunun yapılmaması halinde, ayrılan ortağın da bu paylarla ilgili olarak adının silinmesi için ticaret siciline başvurulabilmesinin mümkün olmasına göre davacı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir." şeklinde karar vermiştir. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgi/BankasiIstemciWeb/>, 15 Aralık 2021.

¹²⁵ Ayhan, Çağlar and Özdamar (n 68) 552.

¹²⁶ Tekinalp, *Yeni Hukuku* (n 20) 485; Tekinalp, *Tek Kişi Ortaklığı* (n 3) 374; Yıldız, *Limited Şirketler Hukuku* (n 37) 144; Çağa (n 1) 602.

¹²⁷ Bahtiyar (n 24) 442, Demirkapı, payın devrine ilişkin maddi durumun ticaret siciline tescili yönündeki menfaat, devralan bakımından da kabul edilmelidir. Bu sebeple sadece devredene

devralanın devir sözleşmesi ile genel kurul onayını gösteren belgeyi ibraz ederek tescilin yapılmasını sağlayabileceği savunulmaktadır.¹²⁸ Yargıtay ise bir kararında payı devralan kişiye sicile başvurma hakkının bulunmadığı yönünde karar vermiştir.¹²⁹

TTK madde 598/3 uyarınca sicil kaydına güvenen iyiniyetli kişinin güveni korunur.¹³⁰ Bu hükümlerle, sicil kaydına güvenen üçüncü kişilerin korunması

verilen talebin devralana da öncelikle verilmesi gerekir. Demirkapı, *Payın Devri* (n 2) 405-406; Ayhan, Çağlar and Özdamar da kanun da açıkça zikredilmemiş olsa da devralanın da benzer şekilde sicile başvurarak söz konusu payları adına tescil ettirmesinin mümkün olması gerektiği görüşündedirler. Ayhan, Çağlar and Özdamar (n 68) 552; Doğrusöz Koşut, devralanın da sicildeki kaydın adına düzenlenmesinde devreden ortak kadar menfaati olduğunu ve devralan ortağa başvuru hakkı verilmemesinin önemli bir eksiklik olduğu görüşündedir. Doğrusöz Koşut (n 49) 382; Camcı, payın devrine ilişkin durumun ticaret siciline tescil edilmesi ile oluşan menfaatin payı devralan bakımından da kabul edilmesi gerektiğini, bu nedenle TTK'nin sadece payı devreden kişiye tescil için talep imkânı verip, payı devralana böyle bir imkân verilmemesinin doğru olmadığı görüşündedir. Dolayısıyla sermaye payının geçişinde ilgili sıfatına sahip müdür/müdürlerin ihmali halinde payı devralana da payın adına tescil edilmesi için talep hakkı verilmeli ve bu konuda gerekli düzenleme yapılmalıdır. Camcı (n 39) 528-529; Dedeğaç, TTK m. 598 uyarınca, ticaret sicil kaydının silinmesi için devreden ortağa hak tanınmış ise de aynı hakkın TTK m. 33 doğrultusunda devralan içinde geçerli olduğu görüşündedir. Ender Dedeğaç, *Uygulamalı Limited Şirketler Hukuku* (2nd edn, Seçkin 2021) 76; Kanaatimizce de TTK m. 598/2 hükmü ile sadece payını devreden ortağın adının silinmesi için tescile başvuru hakkı verilmesi, payı devralanın adının tescil edilmesi için hak verilmemesi doğru değildir. Payı devralanın da adının tescilini talep edebilmesi gerekirdi.

¹²⁸ Pulaşlı, Şerh (n 12) 2042.

¹²⁹ Yargıtay 11 HD, E 2015/234 K 2015/1262, 04.02.2015, "...Dava, davacının Ticaret Sicil Müdürlüğü'ne yapmış olduğu başvurunun reddi kararına itiraz istemine ilişkin olup, mahkemece davanın reddine karar verilmiştir. Ancak, 6102 sayılı TTK'nın 598/1. fıkrasında "Esas sermaye paylarının geçişlerinin tescil edilmesi için, şirket müdürleri tarafından ticaret siciline başvurulur." anılan maddenin 2. fıkrasında da "Başvurunun otuz gün içinde yapılmaması hâlinde, ayrılan ortak, adının bu paylarla ilgili olarak silinmesi için ticaret siciline başvurabilir. Bunun üzerine sicil müdürü, şirkete, iktisap edenin adının bildirilmesi için süre verir." hükmü düzenlenmiştir. Ayrıca, Ticaret Sicil Yönetmeliği'nin 9, 10 ve 39. maddelerinde de belirtilen hususlara ilişkin hükümler bulunmaktadır. Açıklanan bu madde metinleri uyarınca hisse devrine yönelik tescil talebinde bulunulması, şirket müdürüne ve onun tarafından gereğinin yerine getirilmemesi halinde ise pay devreden kişiye ait olup, pay devralan davacının ilgili sıfatıyla böyle bir talepte bulunma hakkı bulunmadığından davanın işbu gerekçe ile reddi gerekip..." <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, 22 Aralık 2021.

¹³⁰ Kendigelen, TTK m. 598/3 hükmüne ihtiyaç olup olmadığının sorgulanması gerektiği, sicil hukukundan hareketle esas sermaye payının iktisabında iyiniyete sonuç bağlanması, alacak ve diğer hakların iktisabında iyiniyetin korunmadığı ve Türk hukukunda uygun bir çözüm olmadığı, mevcut sisteme aykırı olan bu durumun sorunlara neden olacağı görüşündedir. Bkz. Kendigelen (n 17) 445; Yıldız, TTK m. 598/3 de yer alan hükmün uygulama kabiliyeti olmayan bir hüküm olduğu görüşündedir. Bkz. Yıldız, *Limited Şirkete İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi* (n 105) 463; Bilgili ve Demirkapı'ya göre, TTK m. 598/3 hükmü ticaret

amaçlanmıştır. Bu durumda, pay devrinin ticaret siciline tescil edilmesi halinde üçüncü kişiler devri bilmediklerini ileri süremezler.¹³¹ Ticaret sicilinde, tapu sicilinin aksine güven ilkesi geçerli değildir (TMK m. 1023). Kanun koyucu TTK madde 598/3 hükmü ile sicile güven ilkesi düzenlenerek bir istisna getirilmiştir. Payın devrinin ticaret siciline tescil ve ilan edilmesi ile devir işlemlerinde şeffaflık ve güvenlik sağlanmaktadır.¹³² TTK madde 595/2 uyarınca pay devrinin genel kurul onayıyla geçeceği kabul edilmekte, sonra payın devrinin ticaret siciline tescili esası getirilmekte, daha sonra ticaret sicil kaydına güvenin korunacağı düzenlenmektedir. Böylece ticaret siciline tescil kurucu olarak kabul edilmemekle birlikte, sicilde kayıtlı bulunan hususlara güven korunmaktadır.¹³³

TTK madde 35/3 uyarınca, tescil edilen hususlar, kanun veya Kanunun 26'ncı maddesine göre çıkarılacak yönetmelikte aksine bir hüküm bulunmadıkça ilan olunur. Bu durumda tescil edilen payın devrinin TTSG'de ilan edilmesi de gerekir. Bu işlemde açıklayıcı niteliktedir.

SONUÇ

Limited şirkette esas sermaye payının geçiş hallerinden birisi TTK madde 595 uyarınca payın devridir. TTK'nin genel gerekçesi madde 147'de belirttiği üzere, eTTK'de ağır şekil şartlarına ve yorum güçlüklerine sebep olan payın geçmesine ilişkin hükümler sadeleştirilmiştir. Bu kapsamda TTK'de limited şirkette payın devri, payın devri sözleşmesi yapılması ve tarafların imzalarının noter tarafından onaylanması, pay devrinin şirkete bildirilmesi, genel kurulun payın devrini onaylaması, payın devrinin yasaklanması, payın devrinde ortağın haklı sebeple çıkma hakkı, payın devrinin pay defterine kaydı, payın

siciline iyiniyetin korunması bakımından fonksiyon yükleyen (TİRK m. 5'de yer alan dışında) tek istisnai düzenlemedir. Bir yandan payın niteliği diğer yandan ticaret siciline kaydedilen hususlara ilişkin esaslar bakımından genel hukuk sistemine aykırıdır. Zira ticaret siciline yapılan tescilin pay devrinde kurucu etkisi bulunmamaktadır. Bkz. Bilgili and Demirkapı, *Şirketler Hukuku Dersleri* (n 10) 494; Ayhan, Çağlar and Özdamar, TTK'de ticaret siciline ilişkin hükümlerde, sicile güven ilkesinin olmadığı görülmektedir (TTK m. 37). Ancak TTK m. 598/3 hükmünde, sicil kaydına güvenen iyiniyetli kişinin güveninin korunacağı düzenlenmiştir. Bu durumda limited şirketler hukuku bakımından sicile güven ilkesinin uygulanmayacağı kuralına istisna getirilmiştir. Bkz. Ayhan, Çağlar and Özdamar (n 68) 553.

¹³¹ Yavuz, *Pay Devrinin Ticaret Siciline Tescil ve İlanı* (n 120) 75.

¹³² Oğuz (n 25) 197.

¹³³ Demirkapı, eğer ticaret sicil kaydına güvenin korunması isteniyorsa, payın devrinde ticaret siciline yapılan tescilin kurucu hale getirilmesinin mümkün olduğunu, bu yönde bir düzenleme yapılmazsa, sicile güvenin korunmasına ilişkin hükmün kaldırılması görüşündedir. Ancak ticaret siciline böyle bir fonksiyon yüklenmesi doğru değildir. Bu sebeple güvenin korunacağı ilkesinin kaldırılması doğru olacaktır. Demirkapı, *Payın Devri* (n 2) 407.



devrinin ticaret siciline tescil ve ilanı konuları düzenlenmiştir. 6335 sayılı Kanunla TTK madde 585'te yapılan değişiklik ile de limited şirkette bedelleri tamamen ödenmemiş payların devri hususunda bu Kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinin kıyasen uygulanması düzenlenmiştir. Kuruluş başlığını taşıyan TTK madde 585'de bedelleri tamamen ödenmemiş payların devrinin düzenlenmesi sistematik açıdan eleştirilebilir. Yapılan değişiklikle esas sermaye bedelleri tamamen ödenmemiş payları ile ödenmiş paylarının devri ayrı hükümlere bağlanmıştır. Bedelleri tamamen ödenmiş payların devrinde TTK madde 595 hükmü uygulanacaktır. Bedelleri tamamen ödenmemiş payların devrinde ise anonim şirketlere ilişkin hükümlere atıf yapılmıştır.

Limited şirkette pay devri için yazılı bir payın devri sözleşmesi yapılması gerekir. Payın devri sözleşmesi hem taahhüt hem de tasarruf işlemi bakımından yazılı ve imzalar noterce onaylanmalıdır. Öğretide bu şeklin geçerlilik şartı olduğu kabul edilmektedir. Yargıtay da devir sözleşmesinde şeklin geçerlilik şartı olduğuna karar vermiştir. Sadece kanuna uygun devir sözleşmesinin yapılmasıyla esas sermaye payı devralana geçmez. Ayrıca şirketin bu devre onay vermesi ve bunun için pay devrinin şirkete bildirilmesi gerekir. Bildirim herhangi bir şekle bağlı değildir. Dolayısıyla bildirim yazılı veya sözlü olarak yapılabileceği gibi devir sözleşmesinin suretinin şirkete ibrazı şeklinde de olabilir.

TTK madde 595/2 uyarınca, şirket sözleşmesinde aksi öngörülmemişse, esas sermaye payının devri için ortaklar genel kurulunun onayı şarttır. Devir bu onayla geçerli olur. Onaya ilişkin bu hüküm emredici değildir. Şirket sözleşmesinde, onayın aranmayacağı devrin kurulmasıyla gerçekleşeceği öngörülebilir. Sermaye payının devrine onay verme yetkisi genel kurulun devredilemez yetkileri arasındadır. Payın devrinin onaylanması için müdürün genel kurulu toplantıya çağırması gerekir. Genel kurul usulüne uygun olarak toplanıp pay devrine onay verebileceği gibi, TTK madde 617/4 uyarınca herhangi bir ortak sözlü görüşme talep etmediği takdirde, müdürün payın devrine ilişkin önerisine ortakların yazılı olarak oy vermesiyle toplantı yapılmaksızın da mümkündür. TTK madde 595/7 uyarınca, başvurudan itibaren üç ay içinde genel kurul payın devrini reddetmediği takdirde onay vermiş sayılır. Dolayısıyla şirket genel kurulunun üç ay içinde toplanıp kabul veya ret kararı vermesi gerekir. Genel kurul payın devrine onay verdiği takdirde ise devralan karar tarihi itibarıyla şirkete ortak olur.

TTK madde 595/3 uyarınca şirket sözleşmesinde başka türlü düzenlenmemişse, ortaklar genel kurulu sebep göstermeksizin onayı reddedebilir. Genel kurulun bu konuda takdir yetkisi söz konusudur. Genel kurulunun onay vermeyi reddetmesi için sebep göstermesi gerekmez. Esas sermaye payının devrine yönelik olarak genel kurulun takdir yetkisi sınırlandırılmak isteniyorsa, bu durumda şirket sözleşmesi ile bir düzenleme yapılması gerekir. Şirket sözleşmesi ile payın devri için genel kurul tarafından onaylanması şartı kaldırılabilir.

TTK madde 595/6 uyarınca, şirket sözleşmesinde ek ödeme veya yan edim yükümlülükleri öngörüldüğü takdirde, devralanın ödeme gücü şüpheli görüldüğü için ondan istenen teminat verilmemişse, genel kurul şirket sözleşmesinde hüküm bulunmasa bile onayı reddedebilir. TTK madde 595/4 uyarınca şirket sözleşmesiyle sermaye payının devri yasaklanabilir. Bu hükmeye göre şirket sözleşmesine hüküm konularak pay devrinin tamamen yasaklanması mümkündür. TTK madde 595/5 uyarınca şirket sözleşmesi devri yasaklamış veya genel kurul onay vermeyi reddetmişse, ortağın haklı sebeple şirketten çıkma hakkı saklı kalır. Böylece şirket ortağına haklı sebeplerin varlığında şirketten çıkma hakkı tanınmıştır.

TTK madde 594/1 hükmünde, pay defterine esas sermaye paylarının devirleri ve geçişlerinin yazılması gerektiği düzenlenmiştir. Pay defterinin tutulması müdürlerin görevleri arasındadır. Payın devri genel kurul tarafından onaylandığı veya TTK madde 595/7 uyarınca başvurudan itibaren üç ay içinde genel kurulca reddedilmeyerek onay verilmiş sayıldığı durumda payın devri müdürler tarafından pay defterine kaydedilir. Genel kurul onayının şirket sözleşmesi ile kaldırıldığı durumda ise, şirkete devir bildirimini ile müdürler payın devrini pay defterine kaydeder. Pay defterine kayıt kurucu değil, açıklayıcı niteliktedir.

TTK madde 598/1 uyarınca, esas sermaye paylarının geçişlerinin tescil edilmesi için şirket müdürleri tarafından ticaret siciline başvurulur. Bu hükmeye göre tescil başvurusu yapılması müdürlerin görevleri arasındadır. Payın devrinin ticaret siciline tescili, devreden ve üçüncü kişinin korunması yönünden gerekli görülmüştür. Söz konusu tescil kurucu değil açıklayıcı niteliktedir. Payın devri genel kurul onayıyla gerçekleşmiştir. Bunun tescili ise, pay devrinin açıklanmasını sağlayacaktır.

KAYNAKÇA

Aksu Özkan R, 'Yargıtay Kararları Işığında Limited Şirkette Pay Devrinin Ortağın Kamu Borçlarına Etkisi', (2020) 10(1) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 226-267.

Aksu Özkan, R, 'Limited Şirket Pay Devri Sözleşmesinde TTK 595/1'de Yer Alan Kayıtların Bulunmamasının Devir Sözleşmesinin Geçerliliğine Etkisi' (2020) 5(2) Regesta, 283-316.

Arslanlı H, 'Türk Ticaret Kanunu'nun Limited Şirketlere Dair 520 inci Maddesi Hükümleri' (1963) 2(2) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 163-201.

Arslanlı H ve Domaniç H, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi III, Limited Şirketler Hukuku ve Uygulaması, Hisseli Komandit Şirketler*, (Temel 1989).

Alışkan M, *Limited Şirket, Tarihçe Niteliği*, (1. Baskı, Legal 2013).



Altaş S, “Limited Şirketlerde Pay Devri ve Devrin Amme Borçlarına İlişkin Sorumluluğa Etkisi” (2010) 5(41) Terazi Hukuk Dergisi 71-81.

Altaş S, *Türk Ticaret Kanuna Göre Limited Şirketler (Karşılaştırmalı, Açıklamalı, Örnekli)* (9. Baskı, Seçkin 2021).

Ayhan R, Çağlar H ve Özdamar M, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, (2. Baskı, Yetkin 2020).

Bahtiyar M, *Ortaklıklar Hukuku*, (15. Bası, Beta 2021).

Bilgili F ve Demirkapı E, *Şirketler Hukuku Dersleri*, (8. Baskı, Dora 2021).

Bilgili F ve Demirkapı E, *Şirketler Hukuku*, (9. Baskı, Dora 2013).

Biçer L ve Hamamcıoğlu E, ‘6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun Limited Ortaklıklarda Meydana Getirdiği Temel Değişiklikler’, (2011) 10(1-2) Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 229-248.

Bora S, ‘6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Limited Şirketlerde Esas Sermaye Payının Devri, -Devrin Sonuçları ve Devre İlişkin Önemli Hususlar-’ (2013) 4(7) Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 75-93.

Bozkurt T, *Şirketler Hukuku*, (13. Baskı, Yetkin 2021).

Camcı S, ‘Limited Şirketlerde Pay Devri, (Türk Ticaret Kanununun md. 595)’ (2020) 15(163) Terazi Hukuk Dergisi 516-535.

Cankat R, ‘Limited Ortaklıklarda Opsiyon Hakları’ (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi 2017).

Çamoğlu E, *Limited Ortaklıklar Hukukunun Temel İlkeleri*, (1. Baskı, Vedat 2020).

Çağa B, ‘Limited Şirkette Ortaklık Payının Devri’, (1974) 7(3) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 581-602.

Çebi H, *Şirketler Hukuku*, (1. Baskı, Seçkin 2020).

Çebi H, *Limited Şirketler Hukuku*, (1. Baskı, Adalet 2019).

Dal S, *Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Limited Şirketler Hukuku El Kitabı*, (1. Baskı, Legal 2013).

Dedeagaç E, *Uygulamalı Limited Şirketler Hukuku*, (2. Baskı, Seçkin 2021).

Demirkapı E, ‘Limited Ortaklıkta Payın Devir Vaadi İşleminin Konusu ve Hukuki Niteliği’ (2007) 9(Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 815-848.

Demirkapı E, *Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanununun Tasarısına Göre Limited Ortaklıkta Payın Devri*, (1. Baskı, Güncel 2008).

Doğanay İ, ‘Limited Şirketlerde, Ortaklık Payının Bir Başkasına Devredilmesi Koşulları Nedir?’ (1975) 8(2) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 83-93.

Doğrusöz Koşut H, ‘Limited Şirkette Nama Yazılı Senede Bağlanmış Esas Sermaye Payının Devir Şartları’ (2017) 22(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 365-387.

Eriş G, *Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu*, 3. Cilt (2. Baskı, Seçkin 2010).

Göç D, ‘Limited Şirkette Sermaye Payı ve Payın Devri’ (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi 1997).

Gönen R, ‘Limited Şirkette Esas Sermaye Payının Devri’ (2013) 87(2) İstanbul Barosu Dergisi 388-396.

Kaya, Mİ, ‘Limited Ortaklıkta Esas Sermaye Payı Devri ve Devri Borcunu Doğuran İşlemlerde Tarafların İmzalarının Noter Tarafından Onaylanması Zorunluluğu’ (2008) 3(2) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 361-376.

Kendigelen A, ‘Adi Şirket, Ticaret Şirketleri ve Kooperatife İlişkin Payların Devrinde Şekil’, *Makalelerim*, Cilt I 1986-2001, (2. Baskı, Arıkan 2006) 215-243.

Kendigelen A, *Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler* (1. Baskı, On İki Levha 2011).

Oğuz S, ‘Limited Ortaklık Esas Sermaye Payının Devri’ (2017) 4(8) Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 183-203.

Öz T, *Limited Ortaklıkta Pay Kavramı ve Payın Devri*, (1. Baskı, Aristo 2020).

Özer I, ‘Yargıtay Kararları Işığında Limited Şirketlerde Esas Sermaye Payının Devri ve Pay Defterinin Hukuki Niteliği’in Mustafa Topaloğlu ve Işık Özer (eds), Prof. Dr. Ersin Çamoğlu’na Saygı Günü, Şirketler Hukukunun Güncel Sorunları Sempozyumu, 30 Ekim 2017, (1. Baskı, Seçkin 2019).

Poroy R, Tekinalp Ü ve Çamoğlu E, *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*, (9. Baskı, Beta 2003).

Poroy R, Tekinalp Ü ve Çamoğlu E, *Ortaklıklar Hukuku II*, (14. Baskı, Vedat 2019).

Pulaşlı H, *Şirketler Hukuku Şerhi*, Cilt III, Tamamen Yenilenmiş ve Genişletilmiş (3. Baskı, Adalet 2018).

Pulaşlı H, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, (7. Baskı, Adalet 2021).

Şener OH, *Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku*, (1. Baskı, Seçkin 2017).



Şener OH, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku*, (4. Baskı, Seçkin 2019).

Şener OH, *Yeni TTK Döneminde Anonim ve Limited Ortaklıklara İlişkin Verilen Emsal Kararların Değerlendirilmesi*, (2. Baskı, Seçkin 2020).

Tekinalp Ü, 'Limited Ortaklık Payının Devrinde Tescil Davası' *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu*, XIX. 10 Mayıs 2003 3-9.

Tekinalp Ü, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku* (3. Bası, Vedat 2013).

Tekinalp Ü, *Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku İle Tek Kişi Ortaklığının Esasları* (2. Baskı, Vedat 2012).

Tekil F, *Limited Şirket ve Kooperatifler Hukuku* (1994).

Yasan M, *Ortaklıklar Hukuku*, (1. Baskı, Seçkin 2021).

Yavuz M, 'Yargı Kararları Işığında Limited Şirketlerde Hisse Devir Sözleşmeleri' (2018) 38(445) *Vergi Dünyası* 147-153.

Yavuz, M, 'Anonim ve Limited Şirketlerde Pay Devrinin Ticaret Siciline Tescil ve İlanı' (2021) 40(473) *Vergi Dünyası* 72-77.

Yıldız Ş, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku*, (1. Baskı, Arıkan 2007).

Yıldız Ş, 'Türk Ticaret Kanununun Tasarısının Limited Şirkete İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi' (2005) II(1) *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 449-468.

MARKANIN KULLANIM YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE KULLANILMAMASININ HUKUKİ SONUÇLARI

Obligation to use the Brand and Legal Consequences of Non-Use

Yılmaz YÖRDEM*
Emrah BİÇİMLİ**

Özet

Ülkemizde, 1995 yılında kabul edilen dört ayrı Kanun Hükmünde Kararnameyle (KHK) korunan marka, patent-faydalı model, tasarım ve coğrafi işaretler, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu çatısı altında bir araya getirilmiştir. Dolayısıyla ülkemizde, Avrupa Birliği ile gümrük birliğinin kabulü ve yine Dünya Ticaret Örgütüne (DTÖ)/TRIPS'e taraf olunması nedeniyle doktrinde 1995 yılı nasıl bir milat olarak görülüyorsa, 10.1.2017 tarihinde yürürlüğe giren 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanununun (SMK) kabulünün de bu alanda bir milat olarak görülmesi gerektiği söylenebilir.

Özellikle markanın kullanımı ile ilgili mehzaz Avrupa Birliği düzenlemelerine paralellik gösteren düzenlemelerin hukuk sistemimize dâhil olması oldukça önemli bir hususu teşkil etmektedir. Seçtiği markayı marka siciline tescil ettirip, markayı Kanun'da öngörülen koşullarda kullanan marka sahibi, üçüncü kişilere karşı markasını koruyabilecektir. Sınai Mülkiyet Kanunu'nda bu kullanımın olması gereken şekli açıklanmış ve marka tescilli olduğu mal veya hizmetler sınıfında, Türkiye sınırları içerisinde ve ciddi bir biçimde kullanılması gerektiği vurgulanmıştır. Markanın gerçek kullanımı teşvik etmek ve markaların sicilde gereksiz olarak yer işgal etmesini engellemek amacıyla kanun tarafından markanın kullanılmasının zorunluluk hâline getirilmiştir. Sicile tescil ettirildiği tarihten itibaren beş sene içerisinde sahibi tarafından kullanılmayan veya kullanımına haklı bir sebep olmaksızın beş sene ara verilen markaların, ilgili kişilere talebi üzerine TÜRK PATENT tarafından iptaline karar verilebilecektir.

Markanın kullanılması ile ilgili esaslar, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu 9/1. Maddesi hükmüne göre, “*Tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde haklı bir sebep olmadan tescil edildiği mal veya hizmetler bakımından marka sahibi tarafından Türkiye’de ciddi biçimde kullanılmayan ya da kullanımına beş yıl kesintisiz ara verilen*

➤ *Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.*

➤ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 20.05.2021*

➤ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 16.06.2022*

* Dr. Öğr. Üyesi, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ylmzyrdem06@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-8836-8883>

** Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Bölümü Yüksek Lisans Öğrencisi, avemrahbicimli@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0001-8522-3825>



markanın iptaline karar verilir". Buna göre, tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde, tescil edildiği mal veya hizmetler bakımından markanın, marka sahibi tarafından haklı bir neden olmadan, Türkiye’de ciddi biçimde kullanılmaması ya da kullanıma beş yıl kesintisiz ara verilmesi durumunda markanın iptaline karar verilir. Dolayısıyla, bu anlamda markanın iptaline karar verilmemesi için markanın marka sahibi tarafından, sicilde kaydedildiği mal veya hizmetler bakımından, temel işlevine uygun, ciddi olarak Türkiye’de kullanılması gerekmektedir¹.

Markanın ayırt edici karakteri değiştirilmeden farklı unsurlarla kullanılması, sadece ihracat amacıyla mal veya ambalajlarında kullanılması ve marka sahibinin izni ile kullanılması da SMK. 9/2 ve 3. fıkraları anlamında markayı kullanma kabul edilir. SMK’nin ilgili madde lafzından anlaşılmadığı ve kullanma kabul edilen hâllerin genişletilmesinin markanın kullanım zorunluluğunun getiriliş maksadıyla bağdaşmayacağı gerekçesiyle markayı kullanma sayılan hâller sayılı olup genişletilemeyeceği kabul edilmiştir. Nitekim Tekinalp, kullanım sayılan hâllerin ilgili kanun maddesinde sayılı olarak açıkça belirtildiği ve bu sayılı hâller dışında eklemeye yapılmasının mümkün olmayacağını ifade etmiştir².

Bu makale çalışmasında bilhassa, markanın kullanım külfeti ve bu külfetin hukuki sonuçları üzerinde durulmaya çalışılmıştır. Çalışmada mevzuat hükümleri, yüksek mahkeme kararları, doktrin ve bilimsel çalışmalar ve uluslararası uygulamalar ve düzenlemelerden yararlanılmıştır

Anahtar Kelimeler: Sınai Mülkiyet Kanunu, Marka, Markanın Kullanımı, Markanın Kullanım Yükümlülüğü, Hukuki Sonuçlar, Markanın Kullanım Yükümlülüğüne Uyulmaması.

Abstract

In our country, trademarks, patent-utility models, designs and geographical indications protected by four separate Statutory Decrees (KHK) adopted in 1995 have been brought together under the Industrial Property Law No. 6769. Therefore, the adoption of the Industrial Property Law (SMK) numbered 6769, which entered into force on 10.01.2017, is similar to the fact that 1995 is seen as a milestone in the doctrine due to the acceptance of the customs union with the European Union and being a party to the World Trade Organization (WTO)/TRIPS in our country. It can be said that it should be seen as a milestone in the field.

It is a very important issue that the regulations paralleling the European Union regulations regarding the use of the trademark are included in our legal system. The trademark owner, who registers the chosen trademark in the trademark registry and uses the trademark under the conditions stipulated in the Law, will be able to protect his trademark against third parties. In the Industrial Property Law, the way this use should be explained and it is emphasized that it should be used seriously within the borders of Turkey in the class of goods or services for which the trademark is registered. In order to encourage the real use of the trademark and to prevent the trademarks from occupying an unnecessary place in the registry, the use of the trademark has been made mandatory by the law. Upon the request of the relevant persons, TÜRK PATENT may decide to cancel the trademarks that are not used by their owner within five years from

¹ Alhas, Zeynep Seda/ Dernekoğlu, Umut: Markanın Kullanılmaması Nedeniyle Hükümsüzlüğü ve İspat Meselesi, Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, S.1, 2014, s. 19-37.

² Tekinalp, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012,, s. 455.

the date of registration in the registry or whose use has been suspended for five years without a justifiable reason.

Principles regarding the use of the trademark, Industrial Property Law No. 6769 9/1. According to the provision of the article, “A trademark that is not used seriously in Turkey by the trademark owner in terms of the goods or services for which it has been registered without a justifiable reason within five years from the date of registration or whose use has been interrupted for five years shall be decided to be cancelled”. Accordingly, within five years from the date of registration, if the trademark cannot be used seriously by the trademark owner in Turkey without a justifiable reason in terms of the goods or services for which it is registered, or if the usage is interrupted for five years, the trademark shall be cancelled. Therefore, in this sense, in order not to decide on the cancellation of the trademark, the trademark must be used seriously in Turkey by the trademark owner in accordance with its basic function in terms of the goods or services registered in the registry.

Using the trademark with different elements without changing its distinctive character, using it only in the goods or packaging for export purposes, and using it with the permission of the trademark owner are also included in the SMK. It is accepted to use the trademark within the meaning of paragraphs 9/2 and 3. It has been accepted that the cases considered as using the trademark are numbered and cannot be extended, on the grounds that the SMK is not understood from the related article wording and the extension of the conditions accepted for use will not be compatible with the purpose of introducing the obligation to use the trademark. As a matter of fact, Tekinalp stated that the cases considered to be used are clearly stated in the relevant law article and it is not possible to make additions except for these numbered cases.

In this article, especially, the burden of using the trademark and the legal consequences of this burden have been tried to be emphasized. In the study, legislative provisions, high court decisions, doctrine and scientific studies and international practices and regulations were used.

Keywords: Industrial Property Law, Trademark, Use of the Trademark, Obligation to Use the Trademark, Legal Consequences, Non-Compliance with the Obligation to Use the Trademark.

GİRİŞ

Marka, işletmelerin ticari yaşamlarındaki maddi varlıkları dışında bulunan ancak işletmeler için oldukça büyük bir öneme sahip olan fikri ve sınai mülkiyet haklarının en önemli unsurudur. Marka, işletmelerin bir taraftan mal veya hizmet üretirken bir taraftan da ürettikleri bu mal veya hizmetlerin piyasadaki diğer mal veya hizmetlerden ayrılmasını sağlamak için kullandıkları işaret ve sembollerini temsil etmektedir. Ancak günümüzdeki teknolojik gelişmeler nazara alındığında markanın işaret ve sembolden de öteye geçtiğini söylemek gerekir.

Hem küresel hem de yerel piyasada oluşan yeni yaklaşımlarla birlikte rekabetçi piyasayı canlı tutmak için fikri ve sınai mülkiyet hukuku alanında sürekli yeni düzenlemelerin getirildiği görülmektedir. Bunun nedeni mevcut düzenlemelerin ihtiyacı karşılama ve çağa ayak uydurma yönünden güncellemelere ihtiyaç duymasındır. Hukuk sistemleri bir hakkı korurken aynı

zamanında bu haktan etkilenecek olan bütün kişileri ve dinamikleri de göz önünde bulundurmalıdır. Bu nedenle markanın kullanım hakkı da düzenlenirken sadece marka sahibinin değil geriye kalanların da hakkını koruma yoluna gidilmiştir.

Sınai Mülkiyet Kanununun yürürlüğe girmesi ve ardından Türk Patent ve Marka Kurumu tarafından uygulama yönetmeliğinin de çıkartılması ile birlikte mevzuatımızın Avrupa Birliği ile uyumlu hale gelmiş olduğu söylenebilir.

Sahibine geniş hak ve yetkiler veren marka, bir taraftan da bu özelliği nedeniyle bazı sınırlama ve yükümlülükleri de bünyesinde barındırmaktadır. Çünkü marka sahibinin bu hakkı kullanırken rekabetçi piyasaya zarar verecek bazı istismar oluşturan davranışları sergilemesinin önüne geçilmelidir. Bu tip hak istismarı oluşturacak davranışların sergilenmemesi için getirilen düzenlemelerden birisi de “markanın kullanım zorunluluğu ve bu zorunluluğa uymamanın hukuki yaptırımları”dır. Bu konu çalışmamızın ana eksenini oluşturmakta; ortaya çıkaracağımız fikirlere yön vermektedir.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi yasal düzenlemelerde bazı yaptırımlar belirlenmiştir. Kullanılması zorunlu olup da kullanılmayan markanın iptalinin ileri sürülmesi en yaygın yaptırım olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca markanın kullanılmaması durumu istismar ve hükümsüzlük davalarında bir def’i olarak ileri sürülebilmektedir. Tüm bunlarla birlikte marka başvurusunda bulunan kişi, bu talebine itiraz edilmesi halinde tescilini istediği markanın kullanılıp kullanılmadığının ispatını isteyebilmektedir.

Marka hakkı sahibinin yukarıda saymış olduğumuz yaptırımlara maruz kalmamak için gerek 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu hükümlerine gerekse de diğer yasal düzenlemelerdeki esaslara uygun hareket ederek marka hakkını kullanmalıdır.

Çalışmamız iki bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde markanın kullanımını ve kullanım esasları açıklanacak ikinci bölümde ise bu esaslara aykırı hareket edilmesi halinde yapılacak yaptırımlar işlenecektir.

Çalışmamız boyunca hem güncel hem ilga edilmiş mevzuat hükümleri, yüksek yargı kararları, doktrin, bilimsel çalışmalar ve mehz uluslararası uygulama ve düzenlemelerden – bilhassa AB marka hukuku düzenlemeleri ve uygulamalarından- faydalanılacaktır. Çalışmamızın sonuç bölümünde ise markanın kullanım zorunluluğu ve kullanılmamasının meydana getirdiği hukuki yaptırımlarla ilgili kendi fikrimizi ortaya koyarak bu uygulamaların oluşturduğu sorunlara da değineceğiz.

I. MARKA HAKKININ KAZANILMASI, KULLANILMASI, KULLANIM YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE GEREKÇESİ

Marka hakkının elde edilmesi ve bu haktan doğan yetkilerin kullanılması için iki tane sistem öngörülmüştür. Bunlardan ilki olan markanın kullanım ile

kazanılması sisteminde markayı yasalara uygun olarak kullanmaya başlayan ilk kişi o marka hakkının sahibi olmaktadır³. İkinci sistem ise tescil sistemi olarak adlandırılmakta ve marka hakkı o işareti ilk tescil edene ait olmaktadır. Bizim hukuk sistemimiz de tescil sistemini benimsemiştir.

6769 sayılı SMK markanın kullanımını ile ilgili zorunluluk içeren düzenlemeler bulundurmaktadır ve bu düzenlemeler usule uygun tescil edilmiş markalar için geçerlidir. 6769 sayılı SMK m. 9'da markanın kullanımını ile ilgili esaslar düzenlenmiştir. İlgili kanun maddesinde markanın, marka hakkı sahibi tarafından Türkiye içerisinde ciddi ve tescil edilmiş olan mal veya hizmetler için işlevine uygun olarak kullanılmasına, beş yılı aşan kesintisiz bir kullanılmama durumunda markanın iptalinin istenebileceğine de değinilmiştir. Ayrıca markanın asli unsurlarının değiştirilmeden bazı farklı unsurlarla kullanılması, sadece ihracat amacıyla mal veya ambalajlarda kullanılması, marka hakkı sahibinin izni ile üçüncü kişilerce kullanılmasının da kullanım esaslarından sayılacağı eklenmiştir⁴.

Markanın kullanılması ile ilgili düzenlemelerin amacı bir taraftan marka sahibinin geniş yetkili mutlak haklarını korurken diğer taraftan da bu hakların gereksiz, amaçsız ve faydasız bir şekilde elde tutulmasını önlemeye çalışmaktır⁵. Korunan markanın sahibi tarafından ya da sahibinin rızasıyla üçüncü kişilerce kullanılmaması, markanın ticari hayata ve ekonomiye katkı sunmaması sonucuna neden olacaktır. Hiçbir şekilde kullanılmayan bu işaretler ekonomiye fayda sunmamanın yanında başkalarının da kullanımına kapalı olacaktır. Marka sicili kullanılmayan markalar yığınıyla dolu meyvesiz bir ağaca dönecektir ve bu da rekabetçi piyasanın oluşturulması açısından oldukça olumsuz bir durum teşkil edecektir⁶. Bu nedenle kullanılmadığı için piyasaya hiçbir faydası olmayan markanın iptal edilmesi yerinde bir yaklaşım olacaktır. Böylece o marka ve işaret başka girişimcilerin kullanımına açık olacak ve ticari hayat için canlı bir piyasanın sağlanmasına katkı sunulacaktır⁷.

³ Ünal Tekinalp, *Yeni Marka Hukukunda Tescil İlkesi ve Tescilsiz İşaretlerin Hukuki Durumu*, Kenan Tunçomağ'a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı, İstanbul, 1997, s. 467.

⁴ 6769 sayılı SMK m. 9'a göre: "(1) Tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde haklı bir sebep olmadan tescil edildiği mal veya hizmetler bakımından marka sahibi tarafından Türkiye'de ciddi biçimde kullanılmayan ya da kullanımına beş yıl kesintisiz ara verilen markanın iptaline karar verilir. (2) Aşağıda belirtilen durumlar da birinci fıkra anlamında markayı kullanma kabul edilir: a) Markanın ayırt edici karakteri değiştirilmeden farklı unsurlarla kullanılması. b) Markanın sadece ihracat amacıyla mal veya ambalajlarında kullanılması. (3) Markanın, marka sahibinin izni ile kullanılması da marka sahibi tarafından kullanım olarak kabul edilir." (www.mevzuat.gov.tr, çevrimiçi, 16.01.2021).

⁵ Sabih Arkan, *Marka Hukuku*, Ankara, 1997-1998, C. 1-2, s. 126. Cilt 1 mi 2 mi?

⁶ İlhami Güneş, *Sınai Mülkiyet Kanunu Kapsamında Marka Tescilinin İptali*, Terazi Hukuk Dergisi, 2018, C: 13, S. 140, s. 93.

⁷ Arslan Kaya, *Kullanılmama Sebebi İle Markanın İptal Kararının Etkisi ve İptal Davasında Usul Sorunları Üzerine*, Prof. Dr. Hamdi YASAMAN'a Armağan, 2017, s. 377-378.



Ayrıca söz konusu iptal işleminin bir diğer amacı da kişilerin sırf bir işareti kendi adlarına tescil etmek için yedek pasif markalar oluşturup ilgili işaretleri tekellerinde bulundurmalarını engellemektir.

Yukarıda saymış olduğumuz gerekçeler ışığında markanın kullanım zorunluluğunun genel amacı, marka sahibinin markayı işlevlerine uygun olarak kullanmasıdır. Bu amacın gerçekleştirilmesi ise hiç ya da işlevine uygun kullanılmayan markaların sicilden silinmesiyle sağlanabilir. Bu nedenle kullanılmayan markaların iptali kamu yararı açısından da önem teşkil etmektedir⁸. Tüm bunlarla birlikte, kullanılmayan markaların sicilden silinmesiyle bu alanda marka hakkı nedeniyle oluşan uyuşmazlıklarda da azalma yaşanacağı söylenebilir.

Ülkemizdeki yüksek mahkemelerden biri olan Yargıtay da, marka sahibi için markanın kullanımının zorunlu olduğu yönünde karar vermiştir.⁹

Bize göre de markanın marka hakkı sahibi tarafından kullanılması yükümlülüğü; ticari hayatın işlerliğini canlı tutan, kamu yararı amacı taşıyan, tekelleşmeyi önleyen ve rekabeti sağlayan, gerekli ve yerinde bir uygulamadır.

6769 sayılı SMK'da markanın kullanılmaması ile ilgili en temel yaptırımın iptal olduğunu söylemekle birlikte başka birtakım düzenlemelerin de olduğunu eklemek gerekir. Bunlar; markanın kullanılmaması durumunun istismar ve hükümsüzlük davalarında bir def'i olarak ileri sürülebilmesi, marka başvurusunda bulunan kişinin bu talebine itiraz edilmesi halinde tescilini istediği markanın kullanılıp kullanılmadığının ispatını isteyebilmesidir. Bu yaptırımlar çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde ayrıntılı olarak incelenecektir.

Markanın kullanım yükümlülüğü ile ilgili uluslararası hukukta bilhassa da AB Hukuku'nda da çeşitli düzenlemeler mevcuttur. Bunlardan en önemlileri arasında; Paris Konvansiyonu, TRIPs Sözleşmesi, 2015/2436 Sayılı AB Marka Direktifi ve 2017/1001 Sayılı AB Birlik Markası Tüzüğü gösterilebilir.

Aşağıda 6769 sayılı SMK bağlamında markanın kullanımı ile ilgili ölçüt ve durumları inceleyeceğiz.

A. MARKANIN TEMEL İŞLEVİNE UYGUN KULLANILMASI

6769 sayılı SMK'de açıkça düzenlenmemiş olsa da “temel işlevine uygun kullanım” kavramı ilgili Kanunun gerekçesinde belirtilmiştir. Buradan

⁸ Hanife Dirikkan, *Tescilli Markayı Kullanma Külfeti*, Oğuz İMREGÜN'e Armağan, İstanbul, 1998, s. 223.

⁹ Yargıtay HGK. 2010/11-695 E. 2011/47 K. 09.02.2011 T. , Yargıtay 11. HD. 2012/16337 E. 2013/15406 K. 11.09.2013 T. , Yargıtay 11. HD. 2009/7782 E. 2011/7040 K. 09.06.2011 T. Sayılı kararlarında; “556 sayılı KHK sisteminde, markaya getirilen korumanın tescil yoluyla sağlandığı yukarıda belirtilmiştir. Bu bakımdan tescilin getirdiği korumaya, yalnızca gerçekten kullanılan markaların layık olduğu düşüncesi, marka sahibi bakımından kullanım zorunluluğunun öngörülmesi sonucunu doğurmuştur.” Hükmüne yer vermiştir. (www.kazancı.com.tr, çevrimiçi, 15.01.2021).

hareketle markanın temel işlevine uygun kullanılmasının, markanın hangi amaç dâhilinde tescil edilmişse o amaca uygun, ticari hayatın olağan akışı içerisinde markanın işlevlerinin yerine getirilmesi olarak anlaşılması gerekmektedir¹⁰.

Markanın işlevine uygun olarak kullanılması diğer tüm kullanım ölçütlerinde önce gelmektedir. Zira bu ölçüt markanın kullanımı ile ilgili en temel ölçüttür. Markanın işlevi belirlenirken ticari hayatın gerekleri göz önünde bulundurularak daha çok ekonomik işlevleri ön planda tutulmuştur. Bir markanın en önemli işlevi aynı veya benzer mal ve/veya hizmet üreten diğer markalardan ayırt etmeye yarayan işlevdir. Ayrıca markanın ayırt etme işlevinin yanı sıra reklam, kaynak gösterme ve garanti gibi işlevleri de mevcuttur. Bu işlevlerin hepsi tüketicinin tercihlerini olumlu ya da olumsuz yönde etkilemektedir. Tüm bu nedenlerle marka özellikle ayırt edicilik işlevi başta olmak üzere, temel işlevlerine uygun olarak kullanılmalıdır¹¹. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında tescil ile sağlanmış olan marka hakkının, mutlak ve tekel haklar verdiğini ve bu nedenle mutlaka işlevine uygun kullanılması gerektiğini vurgulamıştır. Ayrıca Yargıtay'ın bu doğrultuda verdiği birçok farklı karar da bulunmaktadır ve bu kararlar markanın temel işlevine uygun kullanımının önemini ön plana çıkarmaktadır¹².

Kısacası markanın işlevine uygun olarak kullanılması, sahip olunan marka hakkından ekonomik yarar elde etmek için o markaya ait işaret ve sembollerin üretilen mal ve hizmetlerin özelliklerine uygun şekilde arz edilmesi, tüketicinin ilgili marka ile mal ve hizmet arasında ilinti kurabilmesi ve benzer mal veya hizmetlerden ayrılmasını sağlamak amacıyla kullanılmasıdır. Nitekim, Yargıtay 11. HD 202/2405 E. 2002/6204 K. 17.06.2002 T. Sayılı kararında; “marka sahibi tescilli markasını...sicilde kayıtlı mallar ve hizmetler için işlevlerine uygun, ciddi, ekonomik şekilde kullanmasının gerektiği gibi...” şeklinde karar vermiştir. Yargıtay 11. HD 2015/10614 E. 2016/5566 K. 23.05.2016 T. Sayılı kararında da; “556 sayılı KHK'nın 14. maddesi uyarınca marka sahibi, tescilli markasını kural olarak yurt içinde veya ihracatta, kendisi veya izni ile üçüncü

¹⁰ 6769 Sayılı SMK'nın Kanun Tasarısı, Genel Gerekçesi ve Madde Gerekçeleri, s. 8. (www.mevzuat.gov.tr, çevrimiçi, 16.01.2021).

¹¹ Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, İstanbul, 2012, (Mülkiyet), s. 460.

¹² Yargıtay HGK. 2010/11-695 E. 2011/47 K. 09.02.2011 T. Sayılı kararında; “marka sahibine markasını tescil ettirmesi nedeni ile tanınan koruma ve mutlak inhisari hak, markanın işlevini yerine getirecek şekilde kullanılması koşuluna bağlıdır.” hükmü yer almaktadır; Yargıtay 11. HD 2015/10614 E. 2016/5566 K. 23.05.2016 T. Sayılı kararında; “556 sayılı KHK'nın 14. maddesi uyarınca marka sahibi, tescilli markasını kural olarak yurt içinde veya ihracatta, kendisi veya izni ile üçüncü kişi tarafından sicilde kayıtlı mallar ve hizmetler için işlevlerine uygun, ciddi, ekonomik şekilde kullanılmalıdır.” hükmü yer almaktadır. Yargıtay 11. HD 202/2405 E. 2002/6204 K. 17.06.2002 T. Sayılı kararında; “marka sahibi tescilli markasını...sicilde kayıtlı mallar ve hizmetler için işlevlerine uygun, ciddi, ekonomik şekilde kullanmasının gerektiği gibi...” hükmü yer almaktadır. (www.kazancı.com.tr, çevrimiçi, 18.01.2021).

kişi tarafından sicilde kayıtlı mallar ve hizmetler için işlevlerine uygun, ciddi, ekonomik şekilde kullanılmalıdır.”¹³ şeklinde karar vermiştir.

B. MARKANIN SAHİBİ TARAFINDAN KULLANILMASI

556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede, marka sahibi tarafından markanın kullanılması gerektiği hususu, markanın kullanılması esaslarında açıkça belirtilmemiştir. Doktrinde ise markanın bizzat marka sahibi tarafından kullanılacağı kabul edilmiş olduğu görülmektedir. 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu m. 9’da ise, markanın marka sahibi tarafından kullanılması gerektiği açıkça düzenlenmiştir¹⁴.

Ancak bu koşul için markayı, her zaman marka sahibi tarafından kullanılması gerekemeyebilir. Şöyle ki, lisans, alt lisans, merchandising, marka kullanımını dâhil eden franchising gibi sözleşmelerle markanın sahibi tarafından kullanma yetkisinin üçüncü kişiye devredilmesi mümkündür¹⁵. Diğer bir ifadeyle, her zaman illa da marka sahibi tarafından, markanın mal veya hizmetlerde kullanılması, piyasaya sürülmesi veya satılması şart olmayıp, sözleşmelerle marka sahibi tarafından markanın kullanılması yetkisinin üçüncü kişiye devredilmesi de mümkündür. Bu tür bir kullanım, ticari hayatın olağan akışı ve devamlılığı gereği bir ihtiyaç olup, markanın Sınai Mülkiyet Kanunu 9. maddesi hükmüne uygun olarak kullanıldığı kabul edilmektedir¹⁶.

C. MARKANIN CİDDİ OLARAK KULLANILMASI

Markanın ciddi kullanımı da 6769 sayılı SMK’de kendisine yer bulmuştur ve ilgili düzenleme AB Marka Direktifi ve Marka Tüzüğü’ne paralellik göstermektedir. Markanın ciddi kullanıma yükümlülüğü ile marka hakkı sahibinin markayı keyfi bir şekilde tekeline almasını önlemek, esasen kullanmadığı markayı kullanıyormuş gibi göstererek haksız rekabet oluşturmasını engellemek ve kullanılmama nedeniyle iptal yaptırımının önüne geçmesine müsaade etmemektir. Ciddi kullanım kavramından ne anlaşılması gerektiği SMK’de belirtilmeyip somut olayın özelliklerine, dürüst ticari uygulamalara göre belirlenmektedir¹⁷. Örneğin her bütçeye uygun mal ve hizmetlerle pahalı mal ve hizmetlerin üretim ve satış miktarı aynı olmaması

¹³ Beşir Fatih Doğan, *Marka Hukukunda Kullanım Sonucu Ayırt Edici Güç Kazanma*, BATIDER, İstanbul, 2007, C. 24, S. 1, s. 226.

¹⁴ Arkan, Sabih, *Marka Hukuku*, Cilt 1-2, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1997,1998, s.148.

¹⁵ Gizem Coşgun, *Sınai Mülkiyet Kanunu Kapsamında Markanın Kullanılması*, Ankara, 2018, s. 47.

¹⁶ Hayri Bozgeyik, *Tescilli Markanın Kullanılması ve Kullanılmamaya Bağlı Sonuçlar*, Prof. Dr. Fırat ÖZTAN’a Armağan, Ankara, 2010. C.1, s. 457-479.

¹⁷ Esen Cam, *Avrupa Birliği Hukuku Uyarınca Markanın “Gerçek Kullanım” Problemi*, AYBÜTFMHD, Ankara, C. 2, S. 2, s. 28.

gibi objektif esaslara göre belirleme yapılmalıdır. Yargıtay bir kararında ciddi kullanımın olup olmadığının tespitinde; fatura, tüketici ile marka sahibinin ilişkisi, benzer mal veya hizmet üreten işletmelerin ortalama satış ve üretim miktarına, ürünün satış fiyatının markanın paradaki yerine uygun olup olmadığına bakılması gerektiğini vurgulamıştır¹⁸.

Avrupa Birliği Adalet Divanı kararlarına bakıldığında ciddi kullanımın, markanın gerçekten kullanılması, sembolik bir şekilde değil garanti altına alma işlevine uygun olması, ilgili piyasanın özellikleriyle uyumlu olması, pazardaki yerini koruyacak bir kullanım olması, markanın kullanım sıklığı mal veya hizmetin niteliği, pazardaki payının değişip değişmediği, kar amacı güdüp gütmeyeceği gibi ölçütlerle tespit edildiği görülmektedir. Nitekim Yüksek Mahkeme Yargıtay, “...Mahkemece, davalı markalarının tescilli olduğu sınıflardaki mal/hizmet üzerinde kullanıldığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmişse de, davalı tarafından kullanıma yönelik olarak sunulan faturalardan uyumsuzluk konusu HUMMER markasını taşıyan emtialara ilişkin lisans ve franchise bedelinin tahsiline ilişkin olduğu anlaşılmaktadır. Alınan bilirkişi raporunda faturalara dayanılarak davalının davaya konu markaları KHK 14. maddesi anlamında kullandığı yönünde görüş belirtilmiş ise de söz konusu kullanımın KHK 14. ve 42. maddeleri anlamında bir kullanım olarak nitelendirilmesi için ciddi kullanım olduğunun davalı tarafından kanıtlanması gerekir. Ciddi kullanımın ispatı için salt lisans faturalarının ibrazı yeterli olmayıp ayrıca lisans verilen dava dışı şirketlerinde sözkonusu ürünler üzerinde markasal kullanımları bulunduğunun ispatı gerekir. Lisans sözleşmesi sicile kaydedilmemiş olsa bile, dava konusu markaların sahibi olan davalının lisans alanlarca yapılan kullanımdan 556 sayılı KHK'nin 14. ve 42. maddeleri uyarınca yararlanması, ancak lisans alanlarında ciddi kullanımı olduğu taktirde mümkün olabilecektir. Bu durumda mahkemece davalıdan faturalarda geçen lisanslara ilişkin kullanıma dair delilleri istenilerek sözkonusu kullanımın dava konusu markaların kapsadığı emtia ve hizmetlerle örtüşüp örtüşmediği ayrı ayrı incelenerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde eksik inceleme ile karar verilmesi doğru görülmemiştir...” şeklinde karar vermiştir¹⁹.

Bir mal veya hizmetin arz edilmesinde önce yapılan işlemler de ciddi kullanımın sınırlarını belirleyebilir. Örneğin bir işletmenin ürettiği mal veya hizmetin yeteri kadar reklamını yapması ciddi kullanım olduğuna dair önemli bir gösterge olduğu kabul edilmiştir. Markanın ciddi kullanım sınırları içerisinde olup olmasının tespitinde; uzun süre kullanılır olup olmaması,

¹⁸ Yargıtay 11 HD 2014/14250 E. 2015/65 K. 12.01.2015 T. Sayılı Kararı (www.kazancı.com.tr, çevrimiçi, 18.01.2021).

¹⁹ Bkz. Yargıtay 11. HD 2015/2322-2015/8775; Yargıtay 11. HD 2015/10056-2016/4884; Yargıtay 11. HD 2015/7592-2016/2307; Yargıtay 11. HD 2015/6031-2015/13268.



benzer mal veya hizmetlerden ayrılabilir olması, başvuru eserlerinde tescilli olduğunun belirtilerek kullanılması, pazarda önemli bir yer işgal etmesi, somut ayırt ediciliğinin olup olmaması gibi ölçütlere de dikkat edilmelidir²⁰.

Markanın “ciddi kullanımı” ndan ne anlaşılması gerektiğini, Avrupa Birliği Adalet Divanının konu hakkındaki içtihatlarından da anlayabiliriz²¹. Türkçe dilimize markanın “ciddi kullanımı” olarak çevrilen bu terim, Avrupa Birliği mevzuatında “genuine use, yani “gerçek kullanım” olarak geçmekte olduğunu görmekteyiz. Mevzuatımızda markanın “ciddi kullanımı” terimi kullanılmakla beraber, markanın “gerçek kullanım” teriminin kullanılmasının daha isabetli olacağını düşünmekteyiz. Adalet Divanı “Minimax” kararında, markanın ciddi kullanımından söz edebilmek, markanın fiilen kullanılması, markanın esas işlevine, yani tescile konu mallar veya hizmetlerin kaynağını ayırt etme işlevine uygun biçimde gerçekleştirilmesi, kullanımı gerçekleştiren işletmenin kendi içindeki kullanımı değil, markanın kapsamında yer alan malların veya hizmetlerin piyasadaki kullanımını gerektirmesi, piyasaya sürülmüş veya piyasaya sürülmek üzere olan ve bunun için reklam kampanyaları hazırlanarak müşterilere ulaştırılmış mallara veya hizmetlere ilişkin olması, markanın ticari kullanımını oluşturan tüm faktörler ve durumlar dikkate alınması, inceleme konusu vakanın kendi şartları, diğerlerinin yanı sıra, incelenen malların ve hizmetlerin niteliğine, ilgili piyasanın özelliklerine, markanın kullanım sıklığına ve ölçüsüne önem verilmesi gibi şekillerde kullanılması gerektiği ileri sürülmüştür²².

Marka kullanımının ciddi kullanım olarak kabul edilebilmesi için, kullanımın miktar olarak her zaman çok büyük olması gerekmekte olup, bu husus ilgili piyasanın, inceleme konusu malların ve hizmetlerin özelliklerine bağlı olduğu kabul edilmiştir. Nitekim Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi (EUIPO) marka inceleme kılavuzunun ilgili bölümünde, ciddi kullanımın ispatı konusunda, olasılık veya varsayımlara bağlı değil, kanıtların sunulması, somut ve nesnel kanıtlarla gösterilme, markanın ilgili piyasadaki etkili ve yeterli kullanımı gerekmekte olduğu kabul edilmiştir. Ofis, önceki markaların ciddi kullanımı resen belirleyemez. Tanınmış markaların sahipleri de markalarının ciddi kullanımını ispat etmek için delil sunmak zorundadır. Markanın ciddi kullanımını tespiti için, Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisinin yüksek bir eşik belirlemesi zorunluluğu bulunmamakta olduğu kabul edilmiştir. Kullanımın ciddi olup olmadığını tespit edebilmek için sayısal bir oran seçmek somut

²⁰ Müge Özarmağan, Marka Hakkının Kullanılmama Nedeniyle Sona Ermesi, İstanbul, 2008, s. 39.

²¹ Bkz. Avrupa Birliği Minimax kararı; C-40/01)

²² Bkz. Ünsal, Önder Erol, <https://gossipdergi.com/markanin-ciddi-kullanimi-kavrami-ve-buna-yonelik-tespit-ilkeleri/>

olarak mümkün olmamaktadır. Marka kullanımının ciddi olup olmadığını ispatlayabilmek için, vakayı incelemeyen önce bir kullanım oranı kuralı objektif olarak oluşturulamayacağı kabul edilmiştir. Diğer bir ifadeyle, burada ciddi marka kullanımını minimum düzeyde göstermek şart olsa da, minimum düzeyin ne olduğu her olayın kendi şart ve koşulları dairesinde ispatlanabilecektir. Burada, markanın ciddi kullanımını için, gerçek bir ticari amaca hizmet edilmesi şartıyla, mallara ve hizmetlere ve ilgili piyasaya bağlı olarak, bir markanın minimum düzeydeki kullanımının ciddi kullanım oluşturacağı yeterli olabileceği kural olarak kabul edilmiştir²³.

D. MARKANIN SİCİLDE KAYDOLDUĞU MAL VEYA HİZMET İÇİN KULLANILMASI

6769 sayılı SMK m. 9'da bir markanın ticaret sicilinde hangi mal veya hizmet için tescil edilmişse yine o mal veya hizmet için kullanılması düzenlenmiştir. Aksi halde marka uygun bir kullanım dahilinde kullanılmamış olacaktır²⁴. Bu açıklamalarla birlikte markanın, sadece tescil edildiği bazı ürün sınıfları için kullanılması da yeterli olacaktır. Ancak 6769 sayılı SMK m. 26/5 'e göre böyle bir durumda kullanılmayan kısım için iptal durumu gerçekleşebilecektir.

Doktrindeki bir görüşe göre tescil edilen markanın tescil edildiği mal veya hizmetler haricinde benzer mal veya hizmetler için kullanılması hukukun temel ilkeleri gereği marka iptaline neden olmamalıdır²⁵.

Tüm bunlarla birlikte tanınmış markaların da tescil edildiği mal veya hizmet grupları için kullanılması gerekmektedir. Ancak tanınmış markanın çeşitli düzenlemelerle koruma sınırlarının oldukça kapsamlı olması sonucunda iptalinin daha zor olduğunu söyleyebiliriz. Hatta doktrinde kimi yazarlar tanınmış markanın kullanma zorunluluğundan muaf tutulmasını bile ileri sürmüşlerdir. Ancak biz bu görüşe katılmıyoruz. Çünkü bir markanın sadece tanınmış olması nedeniyle piyasadaki diğer markalar için getirilen yükümlülüklerden muaf tutulması rekabet ortamına ve kamu yararına uygun olmayacaktır.

E. MARKANIN TÜRKİYE'DE KULLANILMASI

6769 sayılı SMK'dan önce gerek doktrin gerekse de yüksek yargı kararları ışığında markanın Türkiye'de kullanılması zorunluluğu kabul edilmiştir. Ancak 6769 sayılı SMK ile birlikte madde 9'da markanın Türkiye'de kullanılması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Yukarıda açıkladığımız bilgilerden

²³ Bkz. Ünsal, Önder Erol, <https://gossipdergi.com/markanin-ciddi-kullanimi-kavrami-ve-buna-yonelik-tespit-ilkeleri/>

²⁴ Akar Öçal, *Türk Hukukunda Markaların Himayesi – İsviçre ve Fransız Hukuklarıyla Mukayeseli Olarak*, EİTİAD, Ankara, 1967, s. 88.

²⁵ Hayrettin Çağlar, *Marka Hukuku Temel Esaslar*, İstanbul, 2015, s. 95.



markanın tüm Türkiye çapında kullanılması gerektiği yanılığısı oluşmamalıdır. Ayrıca markanın Türkiye’de kullanılması yükümlülüğünden, malın veya hizmetin de Türkiye’de üretilmesi mecburiyeti anlaşılmalıdır²⁶.

Türkiye piyasasına değil de ihracat yoluyla ülke dışına sunulacak olsa dahi, markanın Türkiye’de kullanıldığı kabul edilmektedir. Markanın yurt içinde kullanılmasında olduğu gibi, ihracatta kullanılmasının da göstermelik olmaması gerekmektedir. Söz gelimi malların sadece etiketlerinin Türkiye’de üretilerek ihracat edilmesi, markanın ihracat nedeniyle Türkiye’de kullanılması olarak kabul edilmemelidir²⁷.

Doktrinde tartışmalı olan bir başka konu ise transit geçişin uygunluğu tartışmasıdır. Bir görüşe göre bir markaya ait mal veya hizmetlerin ihracatı veya ithalatının markanın kullanımı olarak değerlendirildiği için transit geçişin uygun kullanım anlamına geldiği savunulmaktadır²⁸. Aksi görüşe göre ise transit geçiş markanın işlevine uygun kullanılmadığı anlamına gelmektedir²⁹.

II. MARKANIN UYGUN KULLANIMINA ÖRNEK OLAN İSTİSNAİ DURUMLAR

A. MARKANIN AYIRT EDİCİLİĞİ DEĞİŞTİRİLMEYEN FARKLI UNSURLARLA KULLANILMASI

Kural olarak bir marka tescil edildiği şekilde kullanılmak zorundadır. Ancak 6769 sayılı SMK m.9/2-a gereğince markanın ayırt edici olan karakterlerinin değiştirilmemesi şartıyla farklı unsurlarla birlikte kullanılmasının da markanın kullanım yükümlülüğüne uygun olacağı hüküm altına alınmıştır. Buradaki amaç tescil edilmiş olan bir markanın ana unsurlarını tahrif etmeden, olağan ticari uygulamalar dahilinde yeniliklere ayak uydurmasını sağlamak, küçük değişikliklerle tüketiciye hitap etme gücünü arttırmaktır³⁰.

Yukarıda bahsettiğimiz durumun okunması zor olan yabancı markaların tüketiciye arzı konusunda kolaylık sağlama imkânı oluşturduğunu da söyleyebiliriz. Buradaki esas ölçüt yani ayırt ediciliğin değişmemesinden anlaşılabilir kriter, bir markanın unsurları değişmesine rağmen ortalama bir tüketici nazarında anlaşılabilir derecede olmasıdır. Burada kastedilen farklı unsurlarla kullanılmasına rağmen ortalama tüketicinin bu mal veya hizmetin

²⁶ Yargıtay 11. HD 2007/3234 E. 2008/5432 K. 11.06.2014 T. Sayılı kararı (www.icratek.com.tr, çevrimiçi, 15.01.2021).

²⁷ Çoşgun, Gizem. Sınai Mülkiyet Kanunu Kapsamında Markanın Kullanılması, Ankara: Seçkin, 2018, s.68.

²⁸ Dirikkan, s. 259.

²⁹ Hamdi Yasaman, vd., Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, İstanbul, 2004, C. 1-2, s. 642.

³⁰ Ezgi Öztürk, *Markanın Kullanılması Yükümlülüğü ve Kullanılmamasından Doğan Hükümsüzlük*, LFSHD, 2009, S.20, s.795.

hangi markaya ait olduğunu ayırt edebilmesidir³¹. Kısacası markadaki ayırt edicilik unsurunu ortaya koyan kök kısmının değiştirilmemesi gerekmektedir ve bu durum her somut olayın kendi özelliklerine göre değerlendirilmesiyle tespit edilmelidir.

Bir dilde kullanılan bağlaç ve ön eklerin çıkarılması veya değiştirilmesi kök unsura zarar vermeyecektir. Yargıtay bir kararında “Alçıpan” markasının “Herform Alçıpan” ya da “Alçıpan Herform” şeklinde kullanılmasını ayırt edici unsurların değiştirilmediği bir kullanım olarak ele almıştır³². Yargıtay benzer bir kararında ticaret sicilinde “Saray Penguen” şeklinde tescil edilen markanın “Penguen Meyveli Kek” ibaresiyle kullanımı da uygun bulmuştur³³.

Tescil edilen markaya ait rengin çok büyük fark oluşturmayacak şekilde farklı bir tonda kullanılması, markadan baskın olmayan bazı kelime veya işaretlerin çıkarılması ya da eklenmesi, üç boyutlu markanın düz bir formatla yazılması, seri bir marka oluşturma kastıyla çeşitli eklemeler yapılması gibi durumlar da uygun kullanımlara örnek oluşturur. Ancak bunlar yapılırken başka bir markaya iltibas oluşturmamasına dikkat edilmelidir.

B. MARKANIN SADECE İHRACAT MAKSADIYLA MAL YA DA AMBALAJLARIN ÜZERİNDE KULLANILMASI

Bir marka, üreteceği mal veya hizmet yabancı bir ülkeye özgü, o ülkenin piyasa koşullarına uygun bir şekilde arz edilerek ilgili ülkenin dil ya da imla kuralları nedeniyle oraya özgü bir şekilde sadece ihracat için tescil edilebilir. 6769 sayılı SMK m. 9/2-b gereğince ihracata konu olan malların Türkiye’de markalanması, markanın kullanım yükümlülüğünün yerine getirilmesi içerisinde sayılacağı kabul edilmiştir³⁴. Zira Türkiye’de reklam, ilan veya kırtasiyelerde, salt ihracat için tescil edilmiş markaların kullanılması şartı, günümüz dünyası ticaret anlayışıyla bağdaşmamakta ve marka sahibini zor durumda bırakmaktadır³⁵. Bu durumu çözüme kavuşturmak için, yurt içinde dağıtım yapılmadan doğrudan ihraç edilecek malların yurt içinde markalanmasının, markanın kullanılması sayılıp sayılmayacağına ilişkin tereddütlerin giderilmesi maksadıyla SMK m. 9/2-b hükmü düzenlenmiştir. Bu şekilde, markanın ihraç edilen mal üzerinde kullanılması ve böylece

³¹ Selin Sert, *Markanın Kullanılması Yükümlülüğü*, Ankara, 2007, s. 65.

³² Yargıtay 11. HD 2012/3548 E. 2013/5428 K. 20.03.2013 T. Sayılı kararı (www.icratek.com.tr, çevrimiçi, 15.01.2021).

³³ Yargıtay 11. HD 2011/6823 E. 2013/9240 K. 07.05.2013 T. Sayılı kararı (www.icratek.com.tr, çevrimiçi, 15.01.2021).

³⁴ Osman Berat Gürzumar, “Yeni Markalar Kanunu Işığında İsviçre Marka Hukukunda Meydana Gelen Gelişmeler”, *Yargıtay Dergisi*, Ankara, C. 20, S. 4, s. 514.

³⁵ Karan, Hakan/KILIÇ, Mehmet: *Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat*, Turhan Yayınevi, Ankara 2014, s. 316.

markanın kullanımının kabul edilmesiyle, sadece yurt içi pazarda kullanılan markanın kullanılmış sayılacağı “ülkesellik ilkesi” görüşünün terk edildiği kabul edilmiştir³⁶.

Sınai Mülkiyet Kanunu 9/2-b maddesi hükmü gerekçesinde, Avrupa Birliği marka düzenlemelerinin hükmün mehzazını oluşturduğu söylenmiştir. Marka Direktifi ve Marka Tüzüğü’nde de, markanın sadece ihracat maksadıyla mal veya ambalaj üzerinde kullanılması durumunda markanın kullanılmış sayılabileceği hükmü aynı şekilde düzenlenmiştir. Marka Direktifindeki düzenlemenin amacı, markanın tescil edildiği ülkenin yanı sıra Birlik ülkelerinde de kullanılması ve korunmasının sağlanmasıdır. Bu düzenleme bilhassa Avrupa Birliği hukuku ile eş güdümlü bir yasal mevzuat oluşturularak uluslararası ticaretteki sıkıntıların önüne geçmeyi amaçlanmakta olduğu söylenebilir³⁷.

İhracata konu olan malların, Türkiye’de markalanması, markanın kullanımı niteliği taşıyacak, markanın Türkiye’de veya yurt dışında kullanımı SMK m. 9/2-b gereğince markalı malın taşıyıcıya teslimi aranmayacaktır³⁸. Markalı malın yalnızca ihracatta kullanımı, Sınai Mülkiyet Kanunu kapsamında geçerli bir kullanım kabul edebilmek için, markanın işlevsel olarak, ciddi şekilde tescil olunduğu mallar için marka sahibi veya onun izniyle üçüncü kişi tarafından kullanılması gerektiği, aksi hâlde marka sahibinin, markanın kullanılmamasının sonuçlarına katlanacağı kabul edilmiştir. Dolayısıyla, markanın işaretlediği malın ihraç edilmesi sırasında, ihraç edilen malın cinsi, miktarı açıkça belgelendirilmesi gerektiği, aksi hâlde markanın ihracı belgelendirilemediği için markanın kullanımı da belgelendirilemeyeceği kabul edilmektedir³⁹.

Nitekim Yüksek mahkeme Yargıtay, bir kararında, malın ihracı belgelendirilmediği hâlde, teşebbüsün sadece o mal için markayı tescil ettirdiği ve ticari faaliyetinin sadece o mal için olduğu gerekçesiyle markanın kullanıldığını kabul etmiştir⁴⁰.

C. MARKA SAHİBİNİN İZİNİ İLE MARKANIN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERCE KULLANILMASI

Kural olarak marka sahibi tarafından kullanılmak zorunda olsa da 6769 sayılı SMK m. 9/3 gereğince markanın sahibinin izniyle üçüncü kişilerce kullanımı, kullanım yükümlülüğü içerisinde değerlendirilmektedir. Bu düzenleme de

³⁶ Gürzumar, Osman Berat: Yeni Markalar Kanunu Işığında İsviçre Marka Hukukunda Meydana Gelen Gelişmeler, Yargıtay Dergisi, Cilt 20, Sayı 4, s. 501524, s. 514.

³⁷ Kaya, Begüm. Markanın Kullanılması Zorunluluğu ve Kullanılmamasına Bağlı Sonuçları, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2019, s. 47.

³⁸ Arkan, Marka Hukuku, s.152.

³⁹ Çolak, Türk Marka Hukuk, S. 969.

⁴⁰ Y. 11. HD., E. 2010/13133, K. 2012/3659, T. 24.11.2000 (www.kazancı.com.tr).

mehaz AB hukuku düzenlemelerine paralel olarak oluşturulmuştur. Marka sahibi tarafından verilecek olan izin zımni değil açık olmalıdır. Ancak markanın üçüncü kişi tarafından kullanımının geçerli olması için marka sahibiyile üçüncü kişinin arasındaki ilişkinin de gerçek bir ilişki olması gerekir ve aralarında bu kullanım ile ilgili bir sözleşmenin mevcudiyeti aranır. Markanın üçüncü kişi tarafından kullanılması; lisans, alt lisans, tek satıcılık, merchandising, franchising gibi sözleşmelerle yetki verilmesi yoluyla olabilmektedir. Marka hakkı üzerinde intifa hakkına sahip olmak, markanın hasılat kiracısı tarafından kullanılması ve markanın sermaye olarak konulduğu şirketçe kullanılması da bunlara örnek olarak gösterilebilir. Tüm bu açıklamalarda dikkat edilmesi gereken marka sahibinin markayı kullanma yükümlülüğünün üçüncü kişiye geçmiş olacağıdır⁴¹.

Marka sahibinin izniyle üçüncü kişinin markayı kullanmasının kullanım kabul edildiği düzenlemesi, Sınai Mülkiyet Kanununda ayrı bir fıkra ile hüküm altına alınmıştır. Bu değişiklik hakkında hükmün gerekçesinde bir sebep gösterilmemekte ve şekli açıdan mehaz Marka Direktifi ile aynı düzenlemeye ulaşmıştır. Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşmasında da (TRIPS), markanın kullanımını düzenleyen 19/2. maddede, “*Bir markanın, sahibinin kontrolüne tabi olarak bir başka şahıs tarafından kullanılması, markanın tescili idame ettirmek amacıyla kullanımı olarak kabul edilecektir*”. Şeklindeki hüküm ile, marka sahibinin izni kelimesi yerine marka sahibinin kontrolü altında kelimesinin kullanıldığı görülmektedir⁴².

Dirikkan TRIPs’de kullanılan “marka sahibinin kontrolü altında” teriminin amaca daha uygun olduğunu savunmuştur. Zira marka sahibinin kontrolü altında kullanım, marka sahibinin başından itibaren bilgisi altında ve rızasıyla kullanım anlamına geldiği kabul edilir. Üçüncü kişi tarafından markanın izinsiz kullanılmasına, marka sahibinin sessiz kalmasıyla, zımni izin vermiş sayılacağı ancak Sınai Mülkiyet Kanunu 9/3. madde hükmünce böyle bir kullanımın olamayacağı ifade edilmiştir⁴³. Yasaman, markanın üçüncü kişi tarafından kullanılması halinde, marka maliki ile üçüncü kişi arasında ilişkinin geçerli olması gerektiği fikrini savunmuştur⁴⁴. Sert ise anlatılan bu iki kavram arasında bir farklılık olmadığını, her iki durumda da marka sahibi ile üçüncü kişi arasında yapılan kullanımın koşullarını düzenleyen sözleşmenin var olması gerektiği fikrini savunmuştur⁴⁵.

⁴¹ Dirikkan, Hanife: Tescilli Markayı Kullanma Külfeti, Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul, 1998, s. 257, Arkan, s. 149.

⁴² TRIPs. m. 19/2.

⁴³ Dirikkan, Tescilli Markayı Kullanma Külfeti, s. 258.

⁴⁴ Yasaman, Hamdi/ Altay, Sıtkı Anlam/ Ayoğlu, Tolga/Yusufoğlu, Fülürya/ Yüksel, Sinan: Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, C 1-2 Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004.

⁴⁵ Sert, Selin: Markanın Kullanılması Yükümlülüğü, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007, s. 73.

D. MARKANIN İNTERNET ÜZERİNDE KULLANILMASI

Tescil edilmiş bir markanın ürün veya hizmetlerinin arz ve reklamının internet üzerinden yapılması; ciddi kullanım, işlevine uygun kullanım, Türkiye’de kullanım, marka sahibi tarafından veya onun izin verdiği üçüncü kişi tarafından kullanım halinde 6769 sayılı SMK n. 9 hükümlerine uygun kullanım olacaktır.

E. MARKANIN KULLANILMASI YÖNÜNDE SÜRELER – HOŞGÖRÜ SÜRESİ

Bir marka tescil edildikten sonra üretime geçmek, kullanım açılmak, piyasada tanınır hale gelmek için zamana ihtiyaç duymaktadır. Bu nedenle tescil edilmiş bir markanın tescil edildiği anda hemen kullanılmasını beklemek çok gerçekçi bir yaklaşım değildir. Buna ek olarak marka hakkı sahibi aralıksız bir kullanım yükü altında değildir ve çeşitli nedenlerle üretim faaliyetine ara verebilir⁴⁶.

Hoşgörü süresi ile ilgili ilk düzenleme Paris Konvansiyonu’nda öne sürülmüş, daha sonra TRIPs ile bu sürenin üç yıl olması kararlaştırılmıştır. Ülkemizde 551 sayılı marka kanunu da bu süreyi üç yıl olarak düzenlemiş ve bu süre içerisinde markanın kullanılmaması halinde iptal yaptırımıyla karşılaşacağını hüküm altına almıştır. Ancak mehzaz 89/104 sayılı AT Marka Direktifi doğrultusunda 556 sayılı KHK ile bu süre beş yıla çıkarılmıştır. Şu an mevzuatımızda bulunan 6769 sayılı SMK’da da bu süre beş yıl olarak düzenlenmiştir. Ancak eski düzenlemelerden farklı olarak bu süreye uyulmamasının tek yaptırımı markanın iptali değildir. İptal dışında bir marka tescil talebine karşı sunulan itiraza itiraz etmek için, hükümsüzlük ve istismar davalarında def’i olarak ileri sürülmek için kullanılabilir. Hoşgörü süresi belirlenirken somut olayın özellikleri dikkate alınacaktır.

F. TESCİLLİ BİR MARKANIN HAKLI NEDENLERLE KULLANILMAMASI

Tescilli bir markanın marka sahibince kullanım yükümlülüğünün bir istisnası da haklı nedenlerle markanın kullanılmamasıdır. Buradaki haklı nedenlerden kasıt imkânsızlık hali değil markanın kullanımını engelleyen objektif ve kusur koşulundan soyut olan sebeplerdir⁴⁷.

Marka kullanımını engelleyen haklı sebepler marka sahibinin iradesi dışında gelişen durumları kapsamaktadır. Yasal düzenlemelerde haklı sebepler belirlenmemiş bu konuda değerlendirme yapma yetkisi yargıya ve doktrine bırakılmıştır.

⁴⁶ Arslan Kaya, *Kullanılmama Nedeniyle Markanın İptali*, İTÜY, s. 201.

⁴⁷ Kaya, *Marka Hukuku*, s.202.

Doktrinde haklı nedenler olarak; mücbir sebepler yani doğal afetler, ekonomik kriz, savaş, şirketin tasfiye sürecine girmesi, gümrük yasalarındaki değişiklikler, idari izinlerin alınamaması, ithalat ve ihracat kısıtlamaları, seferberlik ve marka ile ilgili derdest olan bir davanın henüz karara bağlanmaması örnek gösterilebilir⁴⁸.

Yukarıdaki açıklamalara karşılık marka sahibinin kendi kusuruyla mali durumunun kötüye gitmesi, iflas etmesi, piyasa koşullarının değişmesi, işletme sahibinin iş göremez hale gelmesi haklı neden olarak kabul edilmez⁴⁹. Çünkü bu durumlar öngörülebilir ve önlem alınabilir durumlardır.

Markanın sahibinin rızasıyla üçüncü kişi tarafından kullanılması durumunda da haklı nedenle kullanılmaması halinde yukarıdaki hükümlere uygun olacağı söylenebilir.

Markanın haklı sebeple kullanılmaması durumunda hoşgörü süresi durmaktadır hatta tescilden önce bu haklı sebep mevcutsa hoşgörü süresi hiç işlemeye bile başlamaz⁵⁰. Haklı sebebin ortadan kalkmasıyla birlikte markanın kullanım yükümlülüğü için hoşgörü süresi tekrar işlemeye başlar.

III. MARKANIN KULLANILMAMASININ HUKUKİ SONUÇLARI

A. GENEL OLARAK

Yeri gelmişken kısaca değinmek isteriz ki, Mülga 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 14. maddesinde yer alan markanın, tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde, haklı bir neden olmadan kullanılmaması veya beş yıllık süre içinde kesintisiz ara verilmesi halinde iptal edileceği hükmü, Anayasa Mahkemesi'nin 14.12.2016 tarih, 2016/148 E.-2016/189 K. sayılı kararı ile iptal edilmiştir.

Herkesin mülkiyet hakkına sahip olabileceği, Anayasanın 35.maddesinin birinci fıkrasında, bu hakların ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabileceği ise Anayasanın ikinci fıkrasında düzenlenmiştir.

Anayasamızın 91. Maddesinde, sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemez hükmünün mevcut olduğu, buna göre, Anayasanın ikinci kısmının "*kişinin hakları ve ödevleri başlıklı*" ikinci bölümünde yer alan mülkiyet hakkının kanun hükmünde kararname ile düzenlenmesinin mümkün olmadığı, mülkiyet

⁴⁸ Necati Meran, *Marka Hakları ve Korunması*, Ankara, 2015, s.388.; Suluk Cahit, <https://fikrimulkiyet.com/turk-hukukunda-markanin-kullanilmasi-zorunlulugu/>

⁴⁹ Erdal Noyan, İlhami Güneş, *Marka Hukuku*, Ankara, 2015, s. 446.

⁵⁰ Başak Özkök, *Tanınmış Markanın Kullanılması Zorunluluğu ve Kullanılmaması Nedeniyle Kısmen İptali*, Ankara, 2015, s. 127.



hakkının konusunu maddi ve gayrimaddi malların oluşturduğu ve fikri ve sınai mülkiyet haklarının gayrimaddi mallar kapsamında bulunduğundan mülkiyet hakkının konusunu oluşturan marka hakkının kanun hükmünde kararname ile düzenlenemeyeceği, Anayasa Mahkemesi'nin iptal gerekçesinde yazılmıştır.

Söz konusu Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı 06.01.2017 tarih, 29940 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak ilgili hüküm yürürlükten kalkmıştır. Ne var ki, iptal edilen 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 14. Maddesi hükmü, 10.01.2019 tarih, 29944 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK)'nın 9.maddesinde ufak bir değişiklikle tekrar yasal mevzuatımıza dahil edilmiştir.

Yüksek mahkeme Yargıtay'a göre, Markaların Korunması Hakkında 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (MarKHK) de olduğu gibi Sınai Mülkiyet Kanununda da markanın kullanılmaması bir iptal nedeni olarak düzenlenmiştir. Yargıtay'a göre bu kararla yasal dayanak ortadan kalkmışsa da bu tarihten önce SMK 22.12.2016 yılında Mecliste kabul edilmiş ve fakat SMK'nın yürürlüğü 10.1.2017 tarihinde gerçekleşmiştir. Bu gecikmenin nedeni ise prosedür gereği kanunun Resmi Gazetede geç yayımlanmasıdır; yasa koyucunun iradesi, her iki dönemde de kullanmamayı bir iptal nedeni saymak yönündedir. Tam da bu nedenle Yargıtay'a göre yukarıda anlatılan süreçte oluşan kanun boşluğu, yargıç tarafından yasa koyucunun iradesi yönünde doldurulmalıdır. Bu nedenle de SMK'nın yürürlüğünden önceki kullanmama süreleri de beş yıllık süre hesabında dikkate alınmalıdır. Yine Yargıtay, süre hesabı yapılırken AYM'nin iptal kararı ile SMK'nın yürürlüğe girdiği dönemde (6.1.2017 – 10.1.2017) geçen dört günlük sürenin, beş yıllık süreye ilave edilip edilmeyeceği sorusunu yanıtlamamıştır. İhtiyatı elden bırakmamak adına bu süre de ilave edilerek iptal davası açılması gerektiği genel olarak kabul edilmektedir⁵¹.

B. MARKANIN İPTALİ

6769 sayılı SMK m. 9'a uygun olarak tescilli bir markanın herhangi bir haklı neden olmadan kullanılmamasının en temel yaptırımı markanın iptalidir. Ancak bu iptalin gerçekleşmesi için Türk Patent Kurumu tarafından inceleme yapılmalıdır.

1. Markanın İptal Talebinde Usul

6769 sayılı SMK ile birlikte daha önce markanın hükümsüzlüğünü ve iptalini isteyebilecek kişilerin bir arada gösterilmesi yolundan vazgeçilmiştir. SMK'da hükümsüzlüğü ve iptali isteyebilecek kişiler ayrı ayrı düzenlenmiştir. İlgili kanunun 26/2'nci maddesi gereğince markanın iptali talebinde bulunacak

⁵¹ 11. HD, 14.6.2019, E. 2019/1765, K. 2019/4421; Cahit Suluk, <https://fikrimulkiyet.com/turk-hukukunda-markanin-kullanilmasi-zorunlulugu/>

kişiler “ilgili kişiler” olarak geçmektedir. Ancak ilgili kişiden ne anlamamız gerektiği açık değildir. Doktrinde bir görüşe göre ilgili kişi markanın kullanılmaması nedeniyle zarara uğrayan ve iptali halinde hukuki yararı olan kişidir⁵².

Yukarıdaki bilgilerden anlaşılacağı üzere kullanılmayan ve iptali istenen markanın ticaret sicilinde bağlı bulunduğu mal veya hizmet sınıfı içerisinde ticari hayata girmek isteyen ve bu markayı kullanmak isteyenlerin de iptal talebinde bulunabileceği düşünülmektedir⁵³.

Bazı durumlarda ilgili kurumların da marka iptal talebinde bulunabileceği düşünülmektedir. Örneğin tüketici esaslı bir şekilde yanıtma amacıyla kullanım sonucunda ilgili meslek kuruluşları markanın iptalini talep edebilir. Ancak daha önceki uygulamada iptal talebinde bulunabilecek kişiler arasında sayılan cumhuriyet savcılarının yeni düzenlemelerle bu talepte bulunamayacakları düşünülmektedir.

Mülga 556 sayılı KHK döneminde markanın iptali mahkemelerden istenebilmekteydi. İlgili KHK kapsamında görevli mahkemeler Adalet Bakanlığı tavsiyesiyle HSYK tarafından kurulacak tek hakimli ihtisas mahkemeleridir.

Yetkili mahkeme ise davalının yerleşim yeri mahkemeleridir. Marka sahibi Türkiye’de yaşamıyorsa vekilin sicilde kayıtlı olduğu iş yerinin bulunduğu yer mahkemeleri, vekilin kaydı silinmiş ise TürkPatent’in bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir.

6769 sayılı SMK’nın yürürlüğe girmesiyle birlikte m. 26/1’e göre markanın iptali için Türk Patent ve Marka Kurumu yetkilendirilmiştir. Ancak yine SMK m. 192 gereğince m. 26/1’in yedi yıl sonra yürürlüğe gireceği düzenlenmiştir. Ayrıca SMK geçici m. 4 ile marka iptalinde yedi yıl boyunca mahkemelerin yetkili olacağı düzenlenmiştir. Yedi yılın sona ereceği tarih 10 Ocak 2024’tür. SMK m. 156 görevli ve yetkili mahkemeler ile ilgili düzenlemeleri içermektedir. Buna göre görevli mahkeme HSK’nın olumlu görüşü doğrultusunda Adalet Bakanlığı tarafından kurulan Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemeleridir. Bu mahkemelerin olmadığı yerde genel görevli olan Asliye Hukuk Mahkemeleri ilgili uyuşmazlıklara bakacaktır yetki ise mülga 556 sayılı KHK ile aynı şekildedir

Her ne kadar 6100 sayılı HMK m. 190’a göre ispat yükü kendisi için hukuki menfaat elde edecek kişi üzerinde ise de olumsuz vakaların ispatında bazı zorluklar yaşanılacağı düşünülerek ispat yükünün yer değiştirebileceği

⁵² Dirikkan, s. 266.

⁵³ Osman Umut Karaca, *Markayı Kullanma Zorunluluğu ve Kullanmamının Hukuki Sonuçları*, Ankara, 2017, s. 274.



savunulmuştur⁵⁴. Buna göre esasen genel ispat yükü düzenlemesi baz alınsa da markanın kullanılmadığı yönünde ciddi şüphelerin varlığı halinde ispat yükü marka sahibine geçerek kendisinden markasını kullandığını ispat etmesi istenebilir⁵⁵.

SMK m. 9 kapsamında iptal için bir hoşgörü süresi belirlenmiştir. Bu süre beş yıl olup ya tescilden sonra beş yıl kullanılmama ya da marka sahibi tarafından beş yıl boyunca aralıksız olarak kullanıma ara verme halinde devreye girecektir. Ancak bu hususlarla ilgili belli tartışmalar vardır. Örneğin tescil tarihinden ne anlaşılması gerektiği konusunda kimi yazarlar SMK tarafından markanın korunmaya başladığı anı esas alırken kimi yazarlar ise tescil için öngörülen iki aylık itiraz süresinin bitimiyle başlayacağını ele almışlardır. Yargıtay ise birçok kararında hoşgörü süresinin tescil tarihinden itibaren başlayacağını belirtmiştir⁵⁶.

Yargıtay hoşgörü süresi içerisinde açılan iptal davalarında talebin reddedilmesi gerektiğini vurgulamıştır ve dava devam ederken beş yıllık hoşgörü süresi dolması durumunda ise usul ekonomisi açısından davanın devam edip hükme bağlanmasını uygun bulmuştur.

6769 sayılı SMK m. 26/4 uyarınca marka sahibi hakkında iptal davası açılan markasını iptal davası açıldıktan sonra ciddi bir şekilde kullanmaya başlamışsa iptal talebi reddedilmelidir. Ancak bu kullanım iyi niyetli olmalı sadece iptalden kurtulmaya yönelik olmamalıdır.

2. Markanın İptali Talebinin Sonuçları

Markanın iptali talebi reddedilebilir ya da tamamen veya kısmen kabul edilebilir. Talebin reddi halinde markanın sicildeki kaydının devam edeceği ve SMK korumasında kalacağı ortadadır⁵⁷.

Kullanılmadığı gerekçesiyle iptali talep edilen markayla ilgili bu iptal talebinin tamamen kabul edilmesi halinde ilgili arka ticaret sicilinden resen silinir ve bu durum Marka Bülteninde ilan edilir ve bu ilan bildirici bir özellik taşır.

⁵⁴ Bilge Umar, Ejder Yılmaz, İspat Yükü, İstanbul, 1980, s. 46.

⁵⁵ İbrahim Bektaş, *Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Markanın Kullanılmama Nedeniyle İptali – AB Adalet Divanının Günce Kararları Işığında Bir Değerlendirme*, AAÇD, Ankara, 2018, C. 17, S. 2, s. 234.

⁵⁶ Yargıtay 11. HD 2003/9332 E. 2004/4315 K. 20.04.2004 T. Sayılı kararına göre; "16.06.1996 tarihinde tescil edilen ... tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde haklı bir neden olmadan davalının adı geçen markaları kullanmadığı gerekçesiyle, davalı adına kayıtlı markaların hükümsüz olduğunun tespitine ve sicilden terkinine karar verilmiştir." (www.icratek.com.tr, çevrimiçi, 15.01.2021).

Yargıtay 11. HD 2002/2405 E. 2002/6204 K. 17.06.2002 T. Sayılı kararına göre; "Kullanılmama aralıksız beş yıl devam etmelidir. Beş yıllık süre tescilden itibaren başlayacaktır." (www.icratek.com.tr, çevrimiçi, 15.01.2021).

⁵⁷ Zeynep Bahadır, *Markanın Hükümsüzlüğü ve İptali*, Ankara, 2018, s. 232.

Bir markanın kullanılmaması nedeniyle yapılan iptal talebi bazen kısmen de kabul edilebilir. 6769 sayılı SMK m. 26/ 5 uyarınca tescilli markanın tescil edildiği mal veya hizmet alanlarının bir veya birkaçı hakkında kısmi iptal kararına hükmedilebilir. Burada ise iptal edilen mal veya hizmet alanlarının tescil belgesinden çıkarılması yoluna gidilir.

Markanın iptaliyle ilgili karar verme konusunda mahkemeler yetkili olduğu sürece iptal kararının kesinleşmesi bir davanın kesinleşmesiyle aynı kurallara tabidir. Ayrıca 6769 sayılı SMK m. 27/ 6 uyarınca kesinleşen iptal kararları mahkemeler tarafından TürkPatent'e kendiliğinden gönderilmelidir.

10 Ocak 2024 tarihinden itibaren ise iptal kararı verme yetkisi TürkPatent'e verileceğinden bu dönemde ilk kararın kimin tarafından verileceğine dair bir kesin hüküm yoktur. Ancak nihai kararın Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Dairesi Başkanlığı tarafından verileceği dört numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi m. 375'te düzenlenmiştir.

YİDDB'nin vermiş olduğu kararların TürkPatent nazarında nihai karar olduğundan yola çıkarsak bu kararlar da yargı denetimine tabidir. 5000 Sayılı Kanun madde 15C/4 uyarınca YİDDB kararlarına karşı iki ay içerisinde Ankara Fikri ve Sınai Haklar Mahkemesi'nde iptal davası açılabilir. Bu süre içerisinde dava açılmazsa karar kesinleşir.

SMK m. 27/2'ye göre kural olarak markanın iptali talebin sunulduğu tarihten başlayarak ileriye doğru hüküm ve sonuç oluşturmaktadır. Bu konuda hükümsüzlük kararından daha farklı bir usul oluşturulmuştur. Zira hükümsüzlük kararı geriye doğru da etki yapar.

İptal kararları kimi zaman geriye yönelik etki de oluşturur. Örneğin hakkında iptal davası açılan tescilli bir markanın on yıldır kullanılmıyor olması halinde davayı açan kişinin bu yönde bir talebi varsa iptal kararı hoşgörü süresinin bitimi olan beş yılın sonundan itibaren hüküm ve sonuç doğuracak ve geçmişe doğru etkili olacaktır.

C. MARKA BAŞVURUSUNA İTİRAZ EDİLMESİ HALİNDE MARKANIN KULLANILMADIĞININ İSPATI TALEBİ

Markanın tescil edilmesi için izlenmesi gereken usul ve işlemler hem 6769 sayılı SMK hem de 24.04.2017 tarihli SMKY'de ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. İlgili düzenlemelere göre SMK m. 11, SMKY m. 5 ve m. 6'da istenilen belgelerle birlikte bir işareti marka olarak tescil ettirmek isteyen kişi TürkPatent'e başvurur. TürkPatent tescil başvurusunu kabul ederse bu başvuruyu Marka Bülteni'nde yayımlar. TürkPatent'in bu başvuruyu yayımlamasının ardından SMKY m. 28 kapsamında ilgili kişilerin yayma itiraz hakkı doğmaktadır. Buradaki ilgili kişilerden kasıt bu itiraz neticesinde menfaati bulunan ya da zarara uğrama tehlikesi olan kişi, kurum ve kuruluşlardır. İlgili kişilerin



itirazı bültende yayımdan sonra iki aylık bir hak düşürücü süreye tabidir. TürkPatent'e yapılan bu itirazlar incelenip karar bağlanır ancak nihai kararlar YİDDB tarafından verilir. 5000 Sayılı Kanun madde 15C/4 uyarınca YİDDB kararlarına karşı iki ay içerisinde Ankara Fikri ve Sınai Haklar Mahkemesi'nde iptal davası açılabilir. Bu süre içerisinde dava açılmazsa karar kesinleşir.

6769 sayılı SMK m. 19/1'e göre yayma itiraz aşamasında SMK m. 6/1 kapsamında yapılmış olan başvurularda başvurana, itiraz sahibinden markanın kullanımını ispat etmesini isteyebilme yetkisi vermiştir. SMK m. 6/1 markanın nisbi net nedenlerinden biri olup *“Tescil başvurusu yapılan bir markanın, tescil edilmiş veya önceki tarihte başvurusu yapılmış marka ile aynılığı ya da benzerliği ve kapsadığı mal veya hizmetlerin aynılığı ya da benzerliği nedeniyle, tescil edilmiş veya önceki tarihte başvurusu yapılmış marka ile halk tarafından ilişkilendirilme ihtimali de dâhil karıştırılma ihtimali varsa itiraz üzerine başvuru reddedilir.”* Şeklinde düzenlenmiştir⁵⁸.

Yukarıdaki bilgiler ışığında kısaca nisbi ret sebeplerini karıştırılma ve iltibas ihtimali oluşturan kurumlar olarak değerlendirebiliriz. Ayrıca işaretler arasındaki benzerlik karıştırılmaya neden olabileceği gibi iki marka arasında idari ve ekonomik bir bağlantı bulunduğu zannı da yaratabilir⁵⁹. Bir markanın tecilli başka bir marka ile karıştırılma ve iltibas oluşturma ihtimali değerlendirilirken somut olayın özelliklerine bakılmalı ve markaların bıraktığı izlenimlere bütünsel yaklaşılmalıdır. Bunun için ilk önce iki markanın ürettikleri mal ve hizmetler karşılaştırılmalı ve bu konuda benzerlik bulunması halinde iltibas değerlendirmesi yapılmalıdır. Ayrıca tüketicinin bir mal veya hizmeti tercih etme sürecinde göstermiş olduğu ortalama gayret dikkate alınarak karıştırılma ihtimali değerlendirilmedi⁶⁰. Burada iltibas kavramı, karıştırılma ihtimalinden daha dar kapsamlı olduğu kabul edilmektedir. Toplum gözünde, karıştırılma ihtimalinde iki marka veya işaretin birbiriyle bağlantılı olması yeterliken, iltibasın gerçekleşmesi için tüketici gözünde marka veya işaretin aynı teşebbüsten kaynaklandığını düşünmektedir. Dolayısıyla, SMK m. 6/1 hükümde karıştırılma ihtimali şeklinde düzenlenmesi, 551 S. Marka Kanunu ve TTK'de geçen iltibas kavramından farklılık göstermektedir⁶¹.

Nitekim Y. HGK. E. 2017/11-100, K. 2018/228, T. 14.02.2018 kararında *“...işaret ile tescilli marka arasında halk nazarında “bağlantı olduğu ihtimali” de “karıştırılma ihtimali” kavramına dâhil kabul edilmiştir. Zira iltibasta halk, marka ile işareti kullanan işletmelerin aynı olduğu yanılığısına düşmekte, düşürülmektedir. Diğer bir anlatımla düşündüğü, tasarladığı işletmenin malını*

⁵⁸ 6769 sayılı SMK (www.mevzuat.gov.tr, çevrimiçi, 18.01.2021).

⁵⁹ Güneş, s. 124.

⁶⁰ Hüseyin Ülgen, vd., *Ticari İşletme Hukuku*, İstanbul, 2015, s. 474.

⁶¹ Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 437.

aldığını zannederken iltibas sonucu başka bir işletmenin malını almaktadır. “Karıştırılma ihtimali”nde ise halkın bu iki işaret arasında herhangi bir şekilde, herhangi bir sebeple bir bağlantı kurması yeterlidir⁶².”

Tüm bunlarla birlikte tescil başvurusunda bulunan kişinin yayıma itiraz edene karşı markanın kullanıldığının ispatı talebinde bulunabilmesi için ilgili markanın geriye dönük en az beş yıldır tescil edilmiş olması gerekmektedir ve bu tescil iyi niyetli olmalıdır.

Yukarıda bahsedilen beş yıllık hoşgörü süresinin dolmamış olması halinde başvuru sahibinin yayıma itiraza karşı yapacağı itiraz reddedilecektir. Ayrıca bazı marka sahipleri markanın kullanılmaması nedeniyle uygulanacak olan yaptırımlardan kaçmak için tescil yenilemesi yoluna giderek hoşgörü süresini uzatma çabası içerisinde girebilmektedir. Bu durumda yapılmış olan tesciller kötü niyetli olup tespiti halinde ilk tescil tarihi dikkate alınarak hoşgörü süresinin hesaplanması yoluna gidilecektir. Kötü niyetin tespitinde önceki marka ile benzerlik, ayırt edicilik, yaratıcılık, ticari hayatın olağan akışına uygunluk ve haksız yarar olup olmadığı hususları gezegen değerlendirilmelidir⁶³.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi 6769 sayılı SMK'nın 19. maddesinin uygulanabilmesi için itirazın dayanağını oluşturan markanın itiraza konu olan marka tescil başvurusu veya rüçhan tarihinden itibaren geriye dönük beş yıllık bir tescile sahip olması gerekmektedir. Aksi halde marka başvurusunda bulunan kişi yayıma itiraza yönelen kullanımın ispat edilmesi itirazında bulunamayacaktır.

Başvuru sahibi yayıma itiraz haininde bir ay içerisinde kullanım ispatı talebini ileri sürmelidir. Bu talep; karşı görüş bildirme formunun doldurulmasıyla ya da buna imkân yoksa yazılı, açık, anlaşılır ve şartsız olarak TürkPatent'e başvurulmasıyla gerçekleştirilir. Eğer markaların alt gruplar için kullanımının da ispatı talep edilecekse hangi alt grup olduğu da belirtilmelidir. Aksi halde tüm sınıf ve alt sınıfların ispatına gidilecektir.

Yukarıda bahsedilen şartları taşımayan kullanım ispatı talebi yapılmamış sayılacaktır.

İtiraza konu olan marka başvurusunda, ilgili markanın kullanıldığının ispat edilmesi halinde itiraz incelemesi aşamasına geçilecek ve TürkPatent başvuruyu 6769 sayılı SMK m. 6/1'e göre inceleyecektir⁶⁴.

⁶² Bkz. www.kazancı.com.tr

⁶³ Tekinalp, Mülkiyet, s. 428.

⁶⁴ Gizem Coşgun, *Sınai Mülkiyet Kanunu Kapsamında Markanın Kullanılması*, Ankara, 2018, s. 136.

D. MARKANIN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ VE MARKANIN TECAVÜZÜ DAVASINDA MARKANIN KULLANIMININ DEF'İ OLARAK İLERİ SÜRÜLMESİ

HMK'ya göre bir uyuşmazlıkta savunma türleri itiraz ve def'i olarak ikiye ayrılmaktadır⁶⁵. İtiraz bir hakkın doğmasına engel olan ya da ortadan kalkmasına sebep olurken def'i ise bir edimin sürekli olarak ifasından kaçınma hakkı yaratır. 6769 sayılı SMK m. 25/7 ve m. 27 uyarınca açılmış olan markanın hükümsüzlüğü ve istismarına ilişkin davalarda davalı tarafından, davacıya ait markanın kullanılmadığı def'i olarak SMK m. 19/2 uyarınca ileri sürülebilecektir.

Hükümsüzlük davası ilgili kişilerce, tescil edilmiş bir markanın mutlak veya nispi ret sebeplerinden bir veya birkaçını bulundurması halinde açılacaktır. 6769 sayılı SMK m. 25/2' de sayılan ilgili kişiler; cumhuriyet savcıları, menfaat sahipleri, ilgili kamu kurum ve kuruluşları olarak düzenlenmiştir. Def'inin ileri sürülebilmesi için marka sahibinin iyi niyetli olması aranmamaktadır⁶⁶. Davacı, tescilli markanın 6769 sayılı SMK m.9 hükümlerine uygun bir şekilde kullandığını ya da kullanmamasında haklı bir nedeninin olduğunu ispatlayamazsa hükümsüzlük davası reddedilir. Ancak markanın kullanımı kanıtlanırsa dava devam eder. Tüm bunlara ek olarak hükümsüzlük davalarında kısmi hükümsüzlük yönünde bir karar da çıkabilir.

6769 sayılı SMK m. 29'da marka hakkın tecavüz düzenlenmiş ve bu fiillere karşı hangi cezai ve hukuki yaptırımlara başvurulacağı hüküm altına alınmıştır. SMK m. 149'a göre tecavüze karşı açılacak hukuk davalarında; fiilin tecavüz olup olmadığının tespiti, tecavüzün önlenmesi, tecavüzün durdurulması, tecavüzün kaldırılması, zarara karşı tazminat, tecavüze neden olan ürün ve araçlara el konulması, markaların silinmesi gibi talepler ileri sürülebilir.

Marka hakkın tecavüzü konu alan bir hukuk davasında davalı taraf davacıya markanın kullanılmama def'isini ileri sürebilir. Burada öngörülen hoşgörü süresi olan beş yıllık sürenin başlangıcı tecavüz davasının açıldığı tarihtir.

Hükümsüzlük davalarında davalı mahkemeye davacının markasını beş yıldan beri ciddi bir şekilde kullanmadığını bir def'i olarak ileri sürebilmektedir. Hoşgörü süresinin başlangıcı ise hükümsüzlük davasının açıldığı tarih olarak değerlendirilmiştir. Bu nedenle mahkeme dava tarihinden itibaren Geriye dönük beş yıllık hoşgörü süresi içerisinde markanın ciddi olarak kullanılıp kullanılmadığını inceleyip buna göre karar verecektir. Bu sürenin başlangıcı tecavüz davalarında da dava tarihi baz alınarak hesaplanır. Ancak ek olarak

⁶⁵ Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku*, İstanbul, 1997, C1, s. 343.

⁶⁶ Fethi Merdivan, *Tescilli Marka hakkına Dayalı Tecavüz Davasında Kullanmama Def'i*, 6769 sayılı SMK Sempozyumu, BTHAE, Ankara, 2017. S. 498.

tecavüz davalarında bir de SMK m. 19/2'deki şartların da göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

Tüm bunlara ek olarak yukarıda da değindiğimiz tanınmış markaların kullanılmama nedeniyle hükümsüzlük davasına konu olup olmayacağı tartışması da doktrinde kendisine yer bulmuştur. Ancak bizim hukuk sistemimizde özellikle yüksek mahkeme kararları doğrultusunda tanınmış markaların da hükümsüzlük davasına konu olabileceği fikri doktrinde kendisine yer bulduğu görülmektedir⁶⁷.

SONUÇ

1. SMK, markanın iptali konusunda, AB hukuku düzenlemelerini esas aldığından, ABAD'ın kararları Türk hukuk sistemi için önem arz etmektedir. ABAD, markanın kullanılmasında temel ölçütün, markanın işlevine uygun olarak kullanılması olduğunu söylemektedir. Markanın asıl işlevi ayırt ediciliği olduğuna göre, bir davranışın markayı kullanma olarak kabul edilebilmesi için, ilgili mal ve hizmetle bağlantı kurulmasını sağlaması gerekmektedir.
2. Marka sahibi bir markayı kendi adına tescil ettikten sonra markayı ciddi bir şekilde ticari hayatın içerisinde kullanma yükümlülüğünü de kabul etmiş sayılmaktadır. Ticari hayatın, ekonomi piyasasının ve rekabet ortamının güçlü olması için markaların aktif olarak kullanılması, kullanılmayan markaların ise sicilden silinmesi çok yerinde bir yaklaşım olacaktır. Aksi halde ticaret sicilleri marka mezarlıklarına dönecektir. Tüm bunlara ek olarak sırf bir markayı kullanmasa bile kendi tekeline alma çabası içerisine girenler, yedek marka yaratıp pasif bir şekilde bekletenler ticari hayattaki rekabet ortamına zarar verecektir. Bu nedenlerle markanın aktif ve ciddi olarak kullanılması gerekmektedir.
3. ABAD kararlarına göre, ciddi kullanımın tespitinde, marka sahibinin niyeti ya da plânlarından hareket edilemez olduğundan, uygulamada ciddi kullanım değerlendirmesi yapılırken, kullanım süresi, şekli, işletmenin büyüklüğü, mal veya hizmetin türü, satış miktarı, rakip işletmelerin tutumu, müşteri çevresi gibi çeşitli objektif kriterler göz önünde bulundurulmalıdır.
4. Marka kullanımının, mutlaka belirli bir pazar yaratmaya ya da mevcut pazarı korumaya yönelik olması gerekmekte olup, işletme içinde kalan kullanımlar ciddi kullanım olarak kabul edilmemelidir. Örneğin, franchise alan ve veren işletme arasındaki ilişki gibi, hukuken birbirinden bağımsız olan işletmeler ekonomik olarak bağımlı iseler, bu işletmeler arasındaki kullanım da işletme içi kullanım olarak değerlendirilmelidir.

⁶⁷ Yılmaz Yörдем, *Kullanılmama Nedeniyle Tescil Edilmiş Markanın Hükümsüzlüğüne İlişkin Sorunlar*, DÜHFD, Diyarbakır, 2015, C. 20, S. 33, s. 149.



5. 6769 sayılı SMK m. 9'da markanın kullanım esasları hüküm altına alınmıştır. Bu esaslar arasında ilk incelenmesi gereken markanın işlevine uygun olarak kullanılmasıdır. Markanın işlevine uygun kullanılıp kullanılmadığını; ekonomik işlev, kaynak gösterme, ayırt ediciliğe sahip olma, reklam ve tanıtım yapılması, tüketicinin gözünde mal veya hizmetin hangi işletmeye ait olduğunun anlaşılması gibi ölçütler değerlendirmeye alınmaktadır.

6. Marka, ayırt edici niteliği değişmedikçe, farklı şekillerde kullanılabilir. Nitekim ABAD, markaya eklenen veya çıkarılan bir unsurun, ayırt edici karaktere etkisini değerlendirirken; bunların, markanın mevcut unsurları içerisindeki yeri, boyutu, özgünlüğü gibi yönlerden baskın olup olmadığını dikkate almaktadır.

7. Gerek SMK m. 19/2 ve 25/7 ve gerek mehaza uygun yorum hükümlerinin kıyasen uygulanmasından, markanın kullanıldığının ispatı marka sahibi tarafından yapılması gerektiği sonucuna varılmaktadır.

8. Markanın kullanım esaslarında bir diğeri de markanın, marka sahibi tarafından kullanılıyor olması olmakla beraber, markanın, marka sahibinin rızasıyla üçüncü kişilerce de dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışı içerisinde kullanılmasına müsaade edildiğinde bu kullanımın sırf kullanım külfetinin getireceği yaptırımlardan kurtulmak amacıyla değil, markanın sahibi tarafından kullanılırken uyulması gereken ilkeler olan, pazar yaratmak, pazarını korumak, pazarını genişletmek, ekonomik amaçlar içerisinde olmak gibi ilkelerin, markayı sahibinin rızası ile kullanan üçüncü kişiler için de geçerli olması gerekmektedir.

9. Markanın tescil edilmesinde hemen sonra kullanılmaya başlanması bir koşul olarak öngörülmemiştir. Zira bir işletmenin ekonomik durumu, pazardaki yeri, ürünlerinin özellikleri ve piyasa şartları markanın hemen kullanılmaya başlanmasını engelleyebilmektedir. Kanun koyucu bunun için bir hoşgörü süresi belirlemiştir. Buna göre markanın tescilinden itibaren ya da tescilden sonraki bir dönemde aralıksız olarak beş yıl kullanılmaması durumunda marka sahibi ile ilgili yaptırımların yapılabileceği düzenlenmiştir. Tüm bunlarla birlikte markanın kullanılmadığı bazı durumlar hoşgörü süresinin aşımı yüzünden yaptırım uygulanamayacaktır. Bunlar, marka sahibinin kontrolü dışında gelişen ve ön görülemeyen, savaş, mevzuat değişiklikleri, ekonomik kriz, ithalat ve ihracat kısıtlamaları gibi haklı sebepler olarak ifade edilmektedir.

10. Marka kullanımı, marka sahibi için bir yükümlülük olup bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi markanın iptali gibi çeşitli yaptırımları da beraberinde getirmektedir. Bu iptal işlemi bir idari işlemdir ve TürkPatent nezdinde sonuca bağlanacaktır. Ancak 6769 sayılı SMK'dan önce markanın iptali mahkemelerce görülmekteydi. Bu nedenle ilgili SMK hükmü 10.01.2024 yılında yürürlüğe girecek ve bu zamana kadar olan uyuşmazlıklarda yine eskisi gibi mahkemeler yetkili olacaktır.

KAYNAKÇA

- Alhas Z S / Dernekoğlu U, Markanın Kullanılmaması Nedeniyle Hükümsüzlüğü ve İspat Meselesi, Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, S.1, 2014, s. 19-37.
- Arkan S, Marka Hukuku, Cilt 1-2, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1997,1998.
- Bahadır Z, *Markanın Hükümsüzlüğü ve İptali*, Ankara, 2018.
- Bektaş İ, *Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Markanın Kullanılmama Nedeniyle İptal – AB Adalet Divanının Güncel Kararları Işığında Bir Değerlendirme*, AAÇD, Ankara, 2018.
- Bozgeyik H, *Tescilli Markanın Kullanılması ve Kullanılmamaya Bağlı Sonuçlar*, Prof. Dr. Fırat ÖZTAN’a Armağan, Ankara, 2010.
- Cam E, *Avrupa Birliği Hukuku Uyarınca Markanın “Gerçek Kullanım” Problemi*, AYBÜTFMHD, Ankara, C. 2, S. 2.
- Coşğun G, *Sınai Mülkiyet Kanunu Kapsamında Markanın Kullanılması*, Ankara, 2018.
- Çağlar H, *Marka Hukuku Temel Esaslar*, İstanbul, 2015.
- Çolak U, *Türk Marka Hukuku*, İstanbul, 2018.
- Dirikkan H, Tescilli Markayı Kullanma Külfeti, Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul, 1998, s. 219-280.
- Doğan B F, *Marka Hukukunda Kullanım Sonucu Ayırt Edici Güç Kazanma*, BATIDER, C. 24, S. 1, İstanbul, 2007.
- Güneş İ, *Sınai Mülkiyet Kanunu Kapsamında Marka Tescilinin İptali*, Terazi Hukuk Dergisi, C. 13, S. 140, 2018.
- Gürzumar O B, Yeni Markalar Kanunu Işığı Altında İsviçre Marka Hukukunda Meydana Gelen Gelişmeler, Yargıtay Dergisi, Cilt 20, Sayı 4, s. 501524.
- Karaca O U, *Markayı Kullanma Zorunluluğu ve Kullanmamanın Hukuki Sonuçları*, Ankara, 2017.
- Kaya B, Markanın Kullanılması Zorunluluğu ve Kullanılmamasına Bağlı Sonuçları, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2019.
- Karan H / Kılıç M, Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, Turhan Yayınevi, Ankara 2014.
- Karayalçın Y, *Ticaret Hukuku 1. Giriş-Ticari İşletme*, Ankara, 1968.
- Kaya A, *Kullanılmama Sebebi İle Markanın İptal Kararının Etkisi ve İptal Davasında Usul Sorunları Üzerine*, Prof. Dr. Hamdi YASAMAN’a Armağan, 2017.
- Kaya A, *Kullanmama Nedeniyle Markanın İptali*, İTÜY.



Merdivan F, *Tescilli Marka hakkına Dayalı Tecavüz Davasında Kullanmama Def'i*, 6769 sayılı SMK Sempozyumu, BTHAE, Ankara, 2017.

Meran N, *Marka Hakları ve Korunması*, Ankara, 2015.

Noyan E, Güneş, İlhami, *Marka Hukuku*, Ankara, 2015.

Öçal A, *Türk Hukukunda Markaların Himayesi – İsviçre ve Fransız Hukuklarıyla Mukayeseli Olarak*, EİTİAD, Ankara, 1967.

Özarmağan M, *Marka Hakkının Kullanılmama Nedeniyle Sona Ermesi*, İstanbul, 2008.

Özkök B, *Tanınmış Markanın Kullanılması Zorunluluğu ve Kullanılmaması Nedeniyle Kısmen İptali*, Ankara, 2015.

Öztürk E, *Markanın Kullanılması Yükümlülüğü ve Kullanılmamasından Doğan Hükümsüzlük*, LFSHD, S.20, 2009.

Sert S, *Markanın Kullanılması Yükümlülüğü*, Ankara, 2007.

Tekinalp, Ü, *Yeni Marka Hukukunda Tescil İlkesi ve Tescilsiz İşaretlerin Hukuki Durumu*, Kenan

Tunçomağa'a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı, İstanbul, 1997.

Tekinalp, Ünal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, İstanbul, 2012.

Umar B, Yılmaz E, *İspat Yükü*, İstanbul, 1980.

Üstündağ S, *Medeni Yargılama Hukuku*, C1, İstanbul, 1997.

Ülgen H, *Ticarî İşletme Hukuku*, İstanbul, On iki levha, 2015.

Yasaman H, vd., *Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi*, C. 1-2, İstanbul, 2004.

Yördem Y, *Kullanmama Nedeniyle Tescil Edilmiş Markanın Hükümsüzlüğüne İlişkin Sorunlar*, DÜHFD, C. 20, S. 33, Diyarbakır, 2015.

İNTERNET KAYNAKLARI

www.kazancı.com.tr

www.icratek.com.tr

www.mezvuat.com.tr

<https://gossipdergi.com/markanin-ciddi-kullanimi-kavrami-ve-buna-yonelik-tespit-ilkeleri/>

<https://fikrimulkiyet.com/turk-hukukunda-markanin-kullanilmasi-zorunlulugu/>

HASTA HAKLARINA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

Assessment on Patient Right

Hayrettin KURT*

Özet

Aydınlanma öncesi toplumlardaki yaşamın geleneksel formuna göre insan hakları toplum menfaatlerine kıyasla daha az değer taşımaktaydı. Buna göre birey, toplumun üst değerlerinin inşasında ancak bir obje olabilirdi. Modernizm geleneksel toplumun tüm bağlarını çözmekle, insanın toplum ya da klan karşısındaki durumunu da belirginleştirdi: Birey. Artık birey, toplumsal değerlerin bizatihi kendisi olarak, hukuk karşısında hak ve hürriyetlere sahip olabilirdi. Klasik hakların geleneksel sınıflandırmasına uygun olarak hasta hakları da değerler manzumesinde yerini almıştır. Hukukun süjesi olan birey, kökleri tabiat haline kadar uzanan sosyal varlık olarak modernizm ile birlikte bir değer haline gelmiştir. Tabiat halinden hukuk kurallarına uzanan tarihselliği ile birey, insanda için olan bir dizi hakkın meşruiyet kaynağı da olmuştur. Bu meşruiyet ahlaki değerlerin yanında insan yaşamı, çevre ve sağlık gibi haklara da konu olmuştur. Bu bağlamda hasta hakları, modern bireyin meşru, güncel ve tabi haklarından birisidir. Hasta hakları soyut bir nesnel düzenini değil; somut, nesnel, koruyucu, geliştirici bir dizi hukuk kuralında somutlaşmış haklar dizgesini ifade etmektedir. Diğer taraftan, hasta hakları ile ilgili yeni yaklaşımları modern hukuk kuralları kapsamında incelemek bir zorunluluk olarak görülmelidir.

Anahtar Kelimeler: Hasta hakları, ulusal hukuk, uluslararası hukuk, ilkeler, hasta şikâyetleri, hasta şikâyeti istatistikleri

Abstract

According to the traditional form of life in pre-Enlightenment societies, human rights was less valuable than the interests of society. Therefore, the individual could only be an object for the construction of the higher values of the society. By breaking down all the bonds of traditional society, modernism also clarified the position of man before society or clan: the individual. From now on the individual, as being the social values itself, could has rights and freedoms before the law. In accordance with the traditional classification of classical rights, patient rights have also taken its place in the range of values. The individual, who is the subject of law, has become a value itself with

➤ *Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.*

➤ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 24.02.2022*

➤ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 16.06.2022*

* Dr., Hazine ve Maliye Bakanlığı, Mali Suçlar Araştırma Kurulu Başkanı
hrktbk@outlook.com, <https://orcid.org/0000-0002-7941-7911>



modernism as a social being whose roots go back to the state of nature. With its historicalness extending from the state of nature to the rules of law, the individual has also become the source of legitimacy for a series of rights inherent in human beings. This legitimacy has also become the subject of rights like human life, environment and health as well as the moral values. In this context, patient rights are one of the legitimate, actual and natural rights of the modern individual. Patients' rights don't mean an abstract order of objects but the set of rights which embodied with a set of concrete, objective, protective improving legal rules. On the other hand, it should be considered as an obligation to analyze new approaches related to patient rights within the scope of modern legal rules.

Keywords: Patient rights, national law, international law, principles, patient compliant, patient complaint statistics

GİRİŞ

İnsan hakları kavramına ontolojik olarak pozitif hukukun verdiği anlam ya da değer yanında, varoluşunu çevreleyen bir değerler manzumesi olarak bakmak, söz konusu hakkı bir nebze de olsa anlama çabası olarak görülebilir. Böylesine geniş bir hak, tekil hakların değil, çoğul ancak değer vermek gibi, manevi -aşkın- hakların da var olduğunu bize salık verir. Artık insan hakkı denilince, sadece pozitif hukuk metinlerindeki klasik haklar dizgesinin dışında belki de "hak silsilesi" kavramsallaştırmasının dış çeperi olarak da betimlenebilecek bir hak kavramından bahsedeceğiz. İşte hasta hakları doğrusal olarak hekimin sorumluluğuna bağlı olarak görülen ancak dolaylı olarak da farklı haklar kümesini ilzam eden bir haklar bütünü olarak karşımıza çıkmaktadır¹.

Bu bağlamda hasta hakları, hastanın sadece onamı, bedeni üzerinde karar vermesi, reddetme hakkı gibi hakkın doğrudanlığı, tekilliyi ve biricikliyi gibi onu uzaktan betimleyen, soyut kavramlar şeklinde değil, hastaya şefkatle bakılması, görevlilerin sert davranmaması, hastanın randevu saatinde muayene edilmesi, hastanın bir şikâyetine ilişkin etkili bir şekilde itiraz edebilmesinin teminat altına alınması olarak da görülmelidir. Başka bir deyişle hasta hakları denilince, başvuru yolu yüksek duvarla örülmüş, itiraz müesseseleri teorik olarak kurumsallaşmış ancak hakkın nasıl ve kime karşı ileri sürülebileceğine ilişkin hukuki mekanizmaların olmadığı bir yapı şeklinde anlaşılmalıdır.

¹ Hasta hakları ile bağlantılı kavramlardan birisi de hekimin sorumluluğudur. Bu sorumluluk, özel hukuk bakımından hekimin "hukuka aykırı fiili" ne yönelik öngörülen bir sorumluluktur. Bu sorumluluk türü, kamu görevlisinin görevi ile ilişkisi olmayan ya da kamu görevi ve sıfatının herhangi bir rol oynamadığı kişisel kusur niteliğindedir. İdari yargıç da, bu sorumluluğu tespit ederken özel hukukun hukuka aykırı fiillere ilişkin hükümlerine müracaat edecektir. Ayrıca, hekimin sorumluluğu aktif ya da pasif hareketine bağlı olarak meydana gelmektedir. Hekim, tıbbî tanı, müdahale ve tedavi gibi faaliyetlerde bulunduğu sırada hukuka aykırı bir şekilde hastaya zarar verdiğinde bu tür sorumluluk gündeme gelir. Sait Güran, "Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu", *Danıştay Dergisi*, Yıl:12, S. 46-47, 1982, s. 17. Zariye Şenocak, *Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 529, AÜHF. Döner Sermaye Yayınları No: 44, Ankara 1998, s. 3.

Bu çalışma hasta haklarını salt tarihsel referansları ile ele almamaktadır. Burada, hasta hakları kavramına güncel gelişmeler ışığında anlama ve anlamlandırma çabası içinde bulunulacaktır. Çalışmamızda, konunun tarihsel gelişimine kısaca yer verilmiş; belli başlı uluslararası hukuk metinleri kısaca izah edilmiş; Türkiye’de hasta haklarına ilişkin mevzuat inceleme konusu yapılmış, hasta haklarına ilişkin görüş ve önerilerimizle konu tamamlanmıştır.

I. GENEL OLARAK

Hasta hakları, kişi, hekim ve sağlık kurum/kuruluşu arasındaki, her türlü hukuksal ilişkiyi belirlemek, kişinin sağlıklı bir şekilde hayatına devam edebilmesini sağlamak, hastanın temel insanî ihtiyaçlarını gidermek, tıbbî hizmetlerin verilmesi sırasında insan haklarını gözetmek, hastanın tıbbi imkânlarla erişimindeki her türlü engeli kaldırmak gerekçeleriyle oluşturulan bir insan hakkı kavramıdır. Bu hakkın sadece tanınması değil, kullanılmasına ilişkin usul ve esaslar da “hak” kavramına dâhildir².

Hasta hakları, insan hakları ile bağlantılı bir kavram olması yanında, geniş anlamda sağlık hizmetlerinin de bu hak paralelinde düzenlenmesini gerektirir. Dolayısıyla hasta hakları, sağlık hizmetlerinin en önemli ayağını oluşturmaktadır³. Hasta hakları, bir insan hakkı olması özelliğinden dolayı, kişilerin bizatihi insan olmasından kaynaklanan “insani değer hakları”dır. Bu haklarda vazgeçilemez niteliktedir. Diğer taraftan, başka türdeki insan haklarının belki de başlangıç noktasını oluşturur. Zira insan, sağlıklı olmadan diğer insan haklarını kullanamaz. Bu bakımdan, anayasalarda yaşam hakkının güvence altına alınmasına ilişkin hükümler, aslında hasta haklarını da kapsamına alan bir genelliktir. Bu düşünceler, hasta haklarına ilişkin hukuksal düzenlemelerin yapılmasını gerekli kılmıştır⁴. Hasta haklarının yasal düzenlemelere konu edilmesini gerektiren hususlar ise, nüfus artışı ve teknolojiye gelişmeler ile birlikte, insanlar üzerinde yapılan tıbbî müdahalelerin çokluğu ve çeşitliliği ile sağlık hizmetlerine erişim sorunlarıdır. Bu artış ve gelişmeler, “eşitlik ve hakkaniyet” ilkeleri doğrultusunda artan toplumsal ihtiyaçlara ve piyasa dinamiklerine karşı hastaları koruma düşüncesine dayanmaktadır⁵.

² Gültezer Hatırnaz Erol, Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları, Seçkin Yayınları, Ankara 2009, s. 87; Emine Arslan, *Türkiye’de Hasta Hakları*, Yüksek Lisans Tezi, Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Yönetimi Anabilim Dalı, Hastane ve Sağlık Kurumları Yönetimi Bilim Dalı, İstanbul 2010, s. 58; Serpil Akbulut, *Hasta Haklarının Anayasal Temeli*, Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Antalya 2012, s. 21; Şükrü Hatun, *Hasta Hakları*, İletişim Yayınları 1. Baskı, İstanbul, 1999, s. 30.

³ Gürkan Sert, *Hasta Hakları*, Babil Yayınları, İstanbul 2004, s. 62.

⁴ Sert, s. 300.

⁵ Arslan, s. 58.

II. HASTA HAKLARININ TARİHSEL GELİŞİMİ

Hasta hakları, ilk defa, Nazi doktorlarının hasta mahkumların rızası olmadan üzerlerinde yaptıkları müdahalelere karşı olarak bir deklarasyon şeklinde ortaya çıkan 1946 Nuremberg Kanunları ile evrensel boyut kazanmıştır. Bu kanunlar hekimlere, hastaların rızasını alma zorunluluğu getirmiş, rızadan önce de aydınlatılmalarını gerekli kılmıştır. Daha sonraları, hasta haklarıyla ilgili ABD ve Avrupa’da bazı bildirgeler kabul edilmiştir. Örneğin 1964 Helsinki Deklerasyonu ile 1981 Lizbon Deklerasyonu bunlardan bazılarıdır. Yine sağlık personelinin hasta haklarıyla ilgili sorumlulukları Tokyo Deklerasyonu, Hawai Dünya Psikiyatri Birliği Deklerasyonu, Birleşmiş Milletler Sağlık Ekibi Üyelerinin Rolü ile İlgili Tıbbi Etik İlkelerinde belirlenmiştir⁶.

Ayrıca Uluslararası Hemşireler Birliği, 1953 yılında hemşireliğin insan hayatına, mahremiyetine ve haklarına saygıyı içerdiğini beyan etmiştir. Ülkemizde de sağlık hakkına ilk defa, 1961 Anayasası ile yer verilmiştir⁷. 1982 Anayasası’nın 17. maddesi “herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu” kişi hakları ve ödevleri bölümünde belirtilmektedir⁸. Herkesin, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğunu belirten Anayasa’nın 56.maddesi de hasta hakları bağlamında anayasal dayanak bağlamında referans alınmaktadır. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinde⁹ (TDT) hasta hakları, hekim ve dış hekimlerinin sorumlulukları kapsamındadır¹⁰.

Hasta haklarıyla ilgili bildirge ve yasal düzenlemeler ile birlikte, Amerika, İngiltere, Almanya, Avustralya gibi bazı ülkeler insan haklarını korumak, etik sorunlara çözüm bulmak düşüncesiyle hastane etik kurulları oluşturmuşlardır¹¹. Hastane etik kurulları, “insan üzerinde, küçük yaştaki hastaların sorunları, ciddi hastalığı olan hastalar ya da bilinçsiz hastalar üzerinde yapılan uygulamalar için hastadan izin alma, tedavi edici değeri olmayan yöntemlerin incelenmesi, yeni bir tedavi edici yöntemin denenmesi amacıyla tedavinin kesilmesi, hastalığın gizliliğinin korunması, yeniden canlandırma, ağrısız ölüm, engelli yeni doğanın bakılması gibi etik sorunları” incelemektedir¹².

⁶ Hakan Hakeri, Tıp Hukuku, Cilt I, Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Güncellenmiş 25. Baskı, Ankara 2022, s. 94.

⁷ Arslan, s. 8.

⁸ Erol, s. 9.

⁹ Söz konusu Nizamname, mevcut hukuk düzenimizde Tüzük olarak kabul edildiği için bundan böyle Tüzük olduğuna atfen TDT kısaltması şeklinde kullanılacaktır.

¹⁰ Hayrunnisa Özdemir, “Dış Hekimlerinin Hukukî Sorumluluğu”, *EÜHFĐ*, C. XV, S. 1-2, 2011, s. 178.

¹¹ Erol, s. 10.

¹² Gülşen Vural (Takak), *Hasta Hakları*, Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Ankara 1993, s. 6.

Hasta hakları bilincinin ilk defa ABD’de ortaya çıktığı kabul edilmektedir. Daha 1970’li yıllarda, hasta ve hekim arasındaki ilişkilerin bir sözleşme ilişkisi değil, bir güven ilişkisi olduğu ifade edilmiştir. 1969’lu yıllarda ABD hastanelerinde hasta hakları ile ilgili standardizasyon hareketi başlatılmıştır. Özellikle bu standartlaştırma hareketi içinde sırrın korunması, aydınlatma, rıza, eşitlik ve insani tedavi gibi kavramlar konu edilmiştir. 1972 yılında ABD Hastaneler Birliği tarafından yayımlanan “Hasta Hakları Beyannamesi” hasta hakları alanında ilk ulusal belge olarak kabul edilmesine rağmen, evrensel insan hakları bağlamındaki hasta haklarına yer vermesinden dolayı uluslararası önemde bir belge olarak kabul görmektedir¹³. Hasta haklarının sağlık sistemi içinde yer almasına ilişkin olarak İngiltere’de de örnek çalışmalar yapılmıştır: Bu çalışmalar, İngiltere Vatandaş Hakları Bildirgesini (Citizen’s Charter) yaşama geçirmiştir. Bu sistemin en önemli özelliği, insanların görüş ve düşünceleri alınarak gerçekleştirilmeye çalışılmasıdır¹⁴. Diğer taraftan Kıta Avrupası ülkelerinden Almanya’da Alman Medeni Kanunu’nda (Hasta Hakları Kanunu adı altında) bir düzenleme yapılmıştır. Söz konusu düzenleme hekimin hastaya yönelik yükümlülüklerini ihtiva etmekte olup haklar ve sorumlulukları eşanlı olarak düzenlemesi bakımından önem taşımaktadır¹⁵.

III. ETİK VE HUKUKİ DAYANAKLARI

Hasta haklarının belirlenmesi ve uluslararası hukukta kabul görmesi amacıyla bir takım bildirgeler ve hukuksal metinler kabul edilmiştir.

Aşağıda belli başlı olanlara kısaca yer verilmektedir:

1. Lizbon Bildirgesi 1981

Dünya Tıp Birliği’nin 1981 yılında Portekiz Lizbon’da gerçekleştirdiği “Lizbon Bildirgesi” hasta haklarının çerçevesini çizmiştir. Bildirge bu alandaki ilk uluslararası belgedir¹⁶. Bildirge, temel hasta haklarına ilişkin altı madde ve hekimlere bunları yerine getirme konusunda görevler veren bir paragraftan meydana gelmektedir. Bu bildirmede, hastanın hekimi serbest iradesiyle seçebileceği, yeterli bilgi alındıktan sonra tedavi veya müdahaleye ilişkin kabul veya ret hakkı bulunduğu, hastanın hekimden özel hayatına saygı göstermesini bekleme hakkı olduğu, hastanın onurlu bir şekilde ölme ve dini görevliden destek alma hakkının bulunduğu ifade edilmiştir¹⁷. Lizbon Bildirgesi, esasında temel

¹³ Gürkan Sert ve Şefik Görkey, “Hasta Hakları Yönetmeliğinin HIV AIDS’le Yaşayanlar Açısından Değerlendirilmesi”, Düzenleyen H. Pektaş, C. Uca, 5. Türkiye AIDS Kongresi Kitabı, 12-14 Kasım 2002, s. 98.

¹⁴ Akbulut, s. 22.

¹⁵ Hakeri, s. 95, dn. 18.

¹⁶ Erol, s. 103.

¹⁷ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar, Rifat Murat Önok, İnsan Hakları El Kitabı, Genişletilmiş 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2012, s. 375.



hekimlik ilke ve kurallarını hasta hakları olarak düzenlemektedir. Sorumluluk hekimlere bırakılmıştır. Bu bildirge, sağlık personeli ile sağlık kurumları karşısında hasta haklarını belirlememektedir. Bildirge açıklayıcı değildir. Ancak bu alandaki ilk hukuksal belge olması bakımından son derece önem taşımaktadır.

2. Amsterdam Bildirgesi

Amsterdam Bildirgesini, Dünya Sağlık Örgütü 1994 yılında kabul etmiştir. Bu bildirge “Avrupa’da Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi” olarak da kabul edilen ikinci önemli bir hukuksal belgedir. Bu bildirgeyle, bildirgeye imza koyan ve aralarında Türkiye’nin de bulunduğu ülkeler, hasta haklarını güçlendirmeyi ve geliştirmeyi amaçlamıştır. Bildirgenin yaşama geçirilmesinde ulusal mevzuat farklılıkları da dikkate alınarak zorluklar yaşanabileceğinden hareketle, belirtilen ilkelerin yaşama geçirilmesinde azami çabanın gösterilmesi vurgulanmıştır¹⁸. Bu bildirge, Lizbon Bildirgesinden daha kapsamlıdır. Bildirgede dikkate çeken husus, birinci bölümünde sağlık hizmetlerinde insan hakları ve değerleri başlığı altında kapsamlı bir düzenlemenin yapılmış olmasıdır. Buna göre, hasta hakları, insan olarak saygı görmeyi kapsayan, hastanın kendi geleceğine karar verme yetkisinin bulunduğu, maddî ve manevî varlığına saygı gösterilmesini isteme, mahremiyet, dini inançlarına saygı gösterilmesi gibi konular özelinde düzenlenmiştir¹⁹.

3. Lizbon Bildirgesi 1995

İkinci Lizbon Bildirgesi, 1995 yılında Dünya Tıp Birliği’nce kabul edilmiştir. Bu bildirge, 1981 Lizbon Bildirgesinin ruhunu taşımakla birlikte, belirtilen kriterleri evrensel ölçekte kabul etmesiyle hasta haklarında önemli bir kilometre taşı olmuştur²⁰. Bildirgenin temel noktası, hasta haklarının sağlanması konusunda hekimlere girişim yapma zorunluluğu getirilmesidir. Bu bildirge Dünya Tıp Birliği’nce kabul edilmesinden ötürü bir meslek ilkeleri olarak da Amsterdam Bildirgesi’nden ayrılmıştır. Bu bildirgede etkin unsur hekim iken Amsterdam bildirgesinde etkin unsur ise hastadır²¹.

4. Avrupa Statüsü Temel Doküman, Roma 2002

Hasta haklarına ilişkin son uluslararası belge Avrupa Statüsü Temel Dokümanıdır. Bu doküman, AB üyesi ülkeler arasındaki sağlık mevzuatlarının

¹⁸ Elif Türkan Arslan ve Hüseyin Demir, “Sağlık Çalışanlarının Hasta Mahremiyetine İlişkin Tutumu: Nitel Bir Araştırma”, *AİBÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2017, C:17, Y:17, S:4, s. 200.

¹⁹ Hafize Öztürk Türkmen, “Hekim-Hasta İlişkisinde Haklar ve Sorumluluklar, *Bulletin of Thoracic Surgery / Toraks Cerrahisi Bülteni*, 2014, Vol. 5, Issue 1, s. 7.

²⁰ N. Yasemin Oğuz, “Hasta Hakları Alanındaki Gelişmeler ve Değişen Değerler”, *Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi*, 5(2), s. 51.; Tezcan, Erdem, Sancakdar, Önok, s. 375.

²¹ Hakan Cavlak ve Dilek Bostancıoğlu, “Avrupa Birliğine Uyum Sürecinde Türkiye’deki Sağlık ve Hasta Hakları”, *IAAOJ, Social Science*, 2015, 2(2), s.30.

uyumlaştırılmasını amaçlamaktadır²². Belge hasta haklarını on dört madde halinde saymıştır. Maddede sayılan hasta hakları ise şunlardır: “Koruyucu tedbirlerin alınması hakkı, sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkı, bilgi alma hakkı, özgür seçim hakkı, onam verme hakkı, gizlilik hakkı, hastaların vaktine saygı hakkı, kalite standartları hakkı, güvenlik hakkı, yenilik hakkı, ağrı/acı ve sıkıntıdan hakkı, kişisel tedavi hakkı, şikâyet hakkı, tazminat hakkı”²³.

5. Birleşmiş Milletler Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi

Birleşmiş Milletler Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi, sağlık hakkı bağlamında kabul

edilen uluslararası bir metindir. Söz konusu beyannamenin 25.maddesi, herkesin kendisi ve ailesinin sağlıklı olmasını sağlayacak bir yaşam standardına sahip olma hakkını düzenlemektedir²⁴.

6. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi

Hasta hakları ile ilgili başka bir düzenlemeye yer veren Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakları Sözleşmesi'nin 12. maddesine göre, sözleşmeye taraf ülkelere yönelik getirdiği taahhülle takdire şayandır. Zira bu sözleşmenin 12. maddesi, akit ülkelerdeki herkesin sağlık hakkına sahip olduğunu açıkça belirtmektedir²⁵.

7. Çocuk Hakları Sözleşmesi

Hasta hakları bağlamında ele alacağımız son uluslararası hukuk metni, Çocuk Hakları

Sözleşmesi'dir. Bu sözleşme de çocukların sağlığının korunması bakımından tesis edilen sağlık kuruluşlarından yararlanma hakkına kuvvetli bir şekilde vurgu yapmaktadır²⁶.

IV. ULUSAL MEVZUATIMIZDA HASTA HAKKI

Hasta hakları, Anayasa'nın 17.maddesinde “...herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz...” hükmünü amirdir. Aynı şekilde Anayasa'nın m. 56/1 ve 3'te “herkes sağlıklı ve dengeli bir çevrede

²² Tezcan, Erdem, Sancakdar, Önok, s. 375.

²³ https://ec.europa.eu/health/ph_overview/co_operation/mobility/docs/health_services_co108_en.pdf (Erişim tarihi: 26.05.2022).

²⁴ <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights> (Erişim tarihi: 26.05.2022).

²⁵ <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights> (Erişim tarihi: 26.05.2022).

²⁶ <https://www.unicef.org/turkey/en/convention-rights-child>. (Erişim tarihi: 26.05.2022)



yaşama hakkına sahiptir. Devlet herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamakla yükümlüdür” hükümleri ile de hasta haklarının önemi üzerinde durulmuştur²⁷. Diğer taraftan, Hasta Hakları Yönetmeliği’nde²⁸ de (HHY) hasta haklarına ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Söz konusu Yönetmeliğin m. 4/1- (e) bendinde hasta hakkı, “sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan fertlerin, sırf insan olmaları sebebiyle sahip buldukları ve T.C. Anayasası, milletlerarası antlaşmalar, kanunlar ve diğer mevzuat ile teminat altına alınmış bulunan haklar” olarak tanımlanmıştır²⁹.

V. HASTA HAKLARININ TANIMI

Hasta haklarının birçok tanımı yapılmakla birlikte, konuyu sınırlı tutmak bağlamında, HHY’deki tanım, kavramın daha iyi anlaşılmasını sağlamaktadır. HHY 4. maddesine göre, “Hasta hakları sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan fertlerin sırf insan olmaları sebebiyle sahip buldukları ve TC Anayasası, Milletlerarası Anlaşmalar, Kanunlar ve diğer mevzuat ile teminat altına alınmış bulunan haklarını ifade eder”. Söz konusu tanım, sağlık hizmetlerinin sunulmasında ortaya çıkan ve insan hakkı niteliği belirgin olan hakları ifade etmektedir. Bu tanımdan yola çıkarak hasta haklarını şu şekilde ifade edebiliriz: Hasta hakları, bir insan hakkı olması dolayısıyla, sağlık hizmetlerinin sunulmasında, dikkate alınması gereken, yasal olarak teminat altına alınmış haklardır³⁰. Bu bağlamda, hastaya iyi muamelede bulunulması ya da kötü muamele yasağı, zamanında ve etkili tıbbi tedavi uygulanması, tedavi öncesi onamı ya da rızasının alınması, tedavi öncesi ya da sonrası bilgilendirme yapılması, tedavi sürecinde manevi destek sağlanması gibi haklar hasta hakları olarak somutlaştırılabilir.

VI. HASTA HAKLARININ AMACI

Hasta haklarının nihaî amacı, tek tek bireylerin sağlık hizmetlerinden faydalanmasını sağlayarak kamu yararını gerçekleştirmektir. Bu nihaî amaç yanında, hasta haklarının amaçlarını şu şekilde belirtebiliriz: Hastanın bir birey olarak maddî ve manevî varlığının gelişmesi, bireylere sağlık hizmetlerinin sunumunda yardım etmek, hasta ile hekim ya da sağlık personeli arasındaki ilişkileri belirlemek, sağlık hizmetlerinin müşterisi konumundaki hastaların bilinçlenmesini sağlamak, sistem sorunlarını azaltmak, hasta-hekim ve sağlık

²⁷ Tezcan, Erdem, Sancakdar, Önok, s. 374.

²⁸ RG. 01.09.1998, S. 23420.

²⁹ Fatih Selami Mahmutoğlu, “Hasta veya Hasta Yakını Tarafından Hekime Yönelik Gerçekleştirilebilecek Şiddet Vakalarında Karşılaşılabilecek Olası Ceza Hukuku Sorunları”, (Edt. Prof. Gr. Gürsel Çetin, Uz. Dr. Ahsen Kaya) İ. Ü. Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri Sempozyum Dizisi No: 78 İçinde, İstanbul 2012, s. 72.

³⁰ Zehra Odyakmaz, “İdare Hukuku Açısından Hasta Hakları Uygulamaları”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 5, Y. 2, Nisan 2011, s. 3.

personeli arasındaki diyalog kanallarını açmak ya da kuvvetlendirmek, hekim ve sağlık personelinin dikkatli ve özenli davranmasını sağlamak, sağlık hizmetlerinin kalitesini artırmak, sağlık hizmetlerindeki otomatikleştirmeyi ortadan kaldırarak, sistemin insanileştirilmesini sağlamak³¹. Bu haklardan anlaşılacağı üzere, hasta haklarının tek tek bireylerin maddî ve manevî varlığını güçlendirmek ve geliştirmek, genel olarak da toplumsal yararı sağlamak gibi dinamik iki amacı bulunmaktadır. Bu hakların, yansıması “sağlık hakkı” şeklinde tezahür etse de, “hasta hakkı”, sağlık hakkının belki de en temel unsurunu teşkil etmektedir.

VII. BELLİ BAŞLI HASTA HAKLARI

Hasta hakları ile ilgili konuların giderek daha karmaşık bir hal alması konunun önemini anlaşılması bağlamında meseleye belli başlı hasta hakları bağlamında yaklaşma gerekliliğini ortaya koymaktadır. Bu bakımdan aşağıdaki başlıklar temel hasta hakları ile ilgili olarak inceleme konusu edilmiştir.

1. Hastanın aydınlatılması

Hastanın rızası ile sıkı bir bağ içerisinde bulunan “aydınlatma hakkı”, bilgi eksikliğini gidermeye yönelik bir haktır³². Hasta hakkının etkin bir şekilde kullanılabilmesi için bu hak tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmelidir³³. Hekim, tıbbî müdahale yapmadan önce, uygulayacağı tıbbî müdahalenin olumlu ve olumsuz yönlerini hastaya anlatmalıdır. Bu bilgilendirme, hastanın aydınlanmasını sağlamalıdır. Ancak böyle bir aydınlanma sonrasında hasta, rızasını beyan edebilir. Ve bu usule uyularak yapılan müdahale hukuka uygunluk koşulundan yararlanabilir³⁴.

³¹ Erol, s. 88.

³² Hasan Seçkin Ozanoğlu, “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 52 (2003), s. 71.

³³ Çağlar Özel ve Burcu G. Özcan Büyüktanır, “Akılcı İlaç Kullanımında Hekimin ve Eczacının Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü”, *İÜHFİM*, C. LXVI, S.2, s.333.

³⁴ Burcu G. Özcan, Çağlar Özel, “Kişilik Hakları-Hasta Hakları Bağlamında Tıbbî Müdahale Dolayısıyla Çıkan Hukukî İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, *Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi*, C. 10, S. 1, Ankara 2007, s. 57. Hastaya yapılan tıbbî müdahalenin konusu “hastanın bedeni” dir. Hastanın bedeni üzerinde yapılacak müdahaleler, son derece sıkı şartlarla koruma altına alınmış olan “vücut bütünlüğü” nün istisnasını oluşturur. Bu istisnanın temelinde ise hasta ile hekim arasındaki “güven” ilişkisi bulunmaktadır. Bu ilişki sayesinde hekim, hastanın mahrem alanına girmektedir. Doktrinde hekim ile hasta arasındaki sözleşmenin “vekâlet sözleşmesi” hükümlerine tabi olduğu ifade edilmektedir. Bu sözleşmenin konusu cerrahi bir müdahale olabileceği gibi, psikolojik destek de olabilir. Vekâlet sözleşmesinde sonuç garantisi verilmediği ancak bir süreç garantisi yani sözleşme gereklerini objektif bir özen ve ihtimam ile yerine getirmesi önemli olduğu için hekim, hastaya “iyileştirme garantisi vermek” le yükümlü tutulamaz. Hekimin sorumluluğu bu çerçevede “tedavinin uygulandığı zaman diliminde bilinen



Hastanın aydınlatılması ile ilgili olarak Yargıtay bir kararında³⁵ “Rızanın hukuken geçerli olabilmesi için kişinin sağlık durumunu, yapılacak müdahaleyi ve etkileri ile sonuçlarını bilmesi, bu konuda yeteri kadar aydınlatılması ve iradesini bildirirken baskı altında kalmaması, serbest olması gerekir. Bu itibarla ki, ancak aydınlanmış ve serbest bir irade sonucu verilmiş rıza hukuken değeri olan bir rızadır.” şeklinde bir karar vermiş olup hastanın, kendi vücuduna yapılacak olan müdahaleye ilişkin muhtemel etki ve sonuçlarını bilmesi gerekliliğini vurgulamıştır. Dolayısıyla, hastanın müdahale hakkında yeterince aydınlatılması ve rızasını beyan ederken hiçbir baskı ve zorlama altında kalmaması gerekmektedir. Bu şekilde iradesi aydınlanmış ve serbest iradesi sonucunda verilmiş olan rıza “hukuksal rıza”dır³⁶. Hastanın aydınlatılması ilkesi kapsamında, teşhise ilişkin müdahalenin olumlu ve olumsuz yönleri, muhtemel etki ve sonuçları hususlarında hasta kapsamlı bir şekilde bilgilendirilmelidir³⁷. Kendi vücuduna yapılacak olan müdahale hakkında hekim tarafından aydınlatılan hastanın bilgi sahibi olması, “kendi geleceğini bizzat tayin hakkı”nın sonucudur³⁸.

Diğer taraftan aydınlatma yükümü, başka mevzuatlarda da düzenlenmiştir. Örneğin, 2238 sayılı Kanun’un³⁹ 7. maddesi “Bilgi verme ve araştırma yükümlülüğü” başlığı altında vericinin aydınlatılması yükümlülüğü düzenlenmektedir⁴⁰. Bu yükümlülüğün sorumlusu da organ ve doku alacak olan hekimdir. Nüfus Planlama Hakkında Kanun’un⁴¹ 6. maddesi, gebeliğe son verilmesi ile kısırlaştırma yapmak için ilgilinin rızasının alınmasını aydınlatılması şartına bağlamıştır. Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük’te yer verilen belge (izin belgesi) örneğinde hekimin ilgiliyi gebeliğin ortadan kaldırılması ve sterilizasyon işlerinin tıbbi sonuçları muhtemel komplikasyonlarının önem ve ağırlığı rızası alınmadan bu işlemlerin yapılamayacağı rıza ve izin muhtevası ve konusu üzerinde aydınlatılacağı belirtilmiştir. Sterilizasyon ve

tıp kurallarına uygun olup olmadığı” ile sınırlıdır. Prof. Dr. Halil Akkanat, “Hekimin Sorumluluğunun Hukuki Temeli”, (Edt. Prof. Gr. Gürsel Çetin, Uz. Dr. Ahsen Kaya) İ. Ü. Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri Sempozyum Dizisi No: 78 İçinde, İstanbul 2012, s. 63.

³⁵ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 07.03.1977 tarih ve E. 1976/6297 K. 1977/2541 sayılı karar.

³⁶ Tuğçe Oral, “Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasını Alma Yükümü”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2, Ankara 2012, s. 188.

³⁷ Erol, s. 90.

³⁸ Oral, s. 189; Tezcan, Erdem, Sancakdar, Önok, s. 387. Fiil ehliyetine sahip hasta ile hekim arasında geçerli bir hukuksal ilişki kurulmaktadır. Ancak, hastanın fiil ehliyetine sahip olmaması durumunda, yasal temsilcisi ile hekim arasında geçerli bir hukuksal ilişki kurulmuş olur. Akkanat, s. 64.

³⁹ 29.05.1979 tarihli ve 2238 sayılı Kanun.

⁴⁰ Tezcan, Erdem, Sancakdar, Önok, s. 387.

⁴¹ 24.05.1983 tarihli ve 2827 sayılı Kanun.

gebeliğin sona erdirilmesi hallerinde, HHY. m. 30/3'e göre, hastanın rızası ile birlikte kişi evli ise eşinin de rızası gereklidir⁴².

5013 sayılı Kanun⁴³ ise acil durumlarda aydınlatılmış rızayı (onamı) düzenlemektedir. Türk Tabipler Birliği (TTB) Meslek Etiği Kuralları, aydınlatılmayı 26. maddede düzenlemiştir. HHY. 15-20 maddeleri hastanın sağlık hakkında bilgi alma hakkını düzenlemiştir. Hastanın aydınlatılması ile hastanın rızasının alınması yukarıda da belirtildiği gibi birbiri ile sıkı sıkıya bağlı olan kavramlardır. Zira biri olmadan diğerinin hukuksal anlamda geçerliliği olamaz. Ancak, aydınlatma ilkesi, hastanın rızasının alınması ilkesinden önce gelmektedir. Kaldı ki hasta, yapılacak müdahalenin etki ve sonuçları hakkında yeterince aydınlanmadan, kafasındaki şüpheler giderilmeden, baskı altında ve zorlama bir iradeyle rıza vermesi, hukuka uygun sayılmayacaktır. Bu şartlar altında yapılan bir müdahale de hukuka aykırı olacaktır. Öğretide pek çok aydınlatma çeşidi bulunmakta olup bunlardan bazıları otonomi aydınlatması, tedavi aydınlatması ve risk aydınlatması şeklindedir⁴⁴. Otonomi aydınlatması, hastanın kendi hür iradesiyle hastalığının risklerine ilişkin karar almasını ifade etmektedir. Tedavi aydınlatması, hekimin tedaviye başlamadan önceki süreçte ilişkin olup, hastalığa ilişkin tüm komplikasyonların hastaya anlatılmasındır⁴⁵. Risk aydınlatması ise, hastalığa ve tedaviye ilişkin risklerin hastaya ayrıntılı bir şekilde izah edilmesidir⁴⁶.

Hastanın aydınlatılması kavramı ile ilgili vurgulanması gereken en önemli husus şudur: Şayet hekim söz konusu tedaviyi kendisi, usul ve furuğu ya da eşine uygulaya(ta)cak olsaydı, hangi tedaviyi ya da tedavi yöntemini seçerdi. Burada hekimin ödevi, tedavinin olumlu ve olumsuz yönlerini anlatması, muhtemel komplikasyonları belirtmesi, tıbbi tedavinin olağan akışı ve hekimlik tecrübelerine göre objektif bir değerlendirme yapması beklenmelidir. Buradaki hekimlik tecrübesi genel tecrübe olmayıp, ihtisas alanına ilişkin özel hekimlik tecrübesidir. Kanaatimizce, hekimin özel hekimlik tecrübesi ile değil de genel hekimlik tecrübesine istinaden yapmış olduğu tedaviye ilişkin aydınlatma yükümlülüğü, sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır.

2. Hastanın rızasının alınması

Hastanın rızası, bir tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunun temel şartıdır. Hastanın rızasını almadan önce, hastanın müdahale hakkında bilgi sahibi olması gerekmektedir. Dolayısıyla rızanın kullanılması ancak yeterli ve açık

⁴² Özcan ve Özel, s. 59.

⁴³ 03/12/2003 tarihli ve 5013 sayılı Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun.

⁴⁴ Hakeri, s. 342.

⁴⁵ Hakeri, s. 360.

⁴⁶ Hakeri, s. 353.



bir bilgilendirme neticesinde gerçekleşebilecektir⁴⁷. Bilgilendirme yapılmadan, hastanın rızasının alınması, müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlamaz. Diğer taraftan, rıza alınmadan yapılan müdahale, hastanın geleceğini tayin hakkını ağır bir şekilde etkileyecek ve kişilik hakları ihlal edilmiş olacaktır⁴⁸. Anayasa'nın 17.maddesi ile Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 24.maddesi, yaşam hakkı ile kişinin geleceğini tayin etme hakkını içermektedir. Bu hükümler, kişinin maddî ve manevî varlığını geliştirmesini güvence altına almaktadır. Söz konusu hükümler, hastanın rızası olmadan, bir şahsiyet hakkı olan hayat, sağlık, vücut bütünlüğü gibi maddî varlığına yönelik müdahaleleri hukuka aykırı hale getirecektir⁴⁹. Diğer taraftan Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un⁵⁰ 70. maddesine göre, hekim, diş hekimi ve dişçilerin yapacakları her türlü tedaviler için hastanın bizzat kendisinden, küçük ya da kısıtlıysa veli ya da vasisinden izin alınmalıdır. Düzenlemenin devamında ise şayet büyük bir cerrahi müdahale yapılacaksa bu iznin yazılı alınması şart koşulmaktadır. HHY m. 24'e göre de, benzer bir hükme yer verilmiş olup, tıbbi müdahalede sırayla hastanın kendisinden, küçük ve kısıtlıysa veli ya da vasisinden izin alınacağı hükme bağlanmıştır. Tıbbî müdahale, hastanın vücut bütünlüğüne yönelik olduğu için, rıza alınmadan yapılan müdahaleler hukuka aykırı olacaktır⁵¹.

3. Hastanın özel yaşamının gizliliğinin korunması

Hastanın mahremiyetini konu edinen haklardan bir tanesi de “özel yaşama saygı”dır. Bu hak, hastanın şahsî bilgilerinin gizli kalmasını ve başkalarının erişimine açık tutulmamasını istemeyi içerir. Ancak bu ilkenin “ilgilileri” sayılan hasta dışındaki hekim ya da hastane, özel yaşama saygı hakkının kapsamı dışındadır⁵². Zira hastanın özel yaşamına ilişkin bilgiler, müdahalenin ya da tedavinin doğası gereği zorunlu olarak bilinmesi gereken türden bilgiler olabilir. Aynı şekilde, müdahale ya da tedaviye ilişkin girişim ve tetkiklere

⁴⁷ Tezcan, Erdem, Sancakdar, Önok, s. 387.

⁴⁸ Sema Kuşoğlu, Çağrı Çöven, Meltem Kürtüncü, Eda Aktaş, “İlaç Uygulamalarında Hemşirenin Mesleki ve Yasal Sorumluluğu”, *Maltepe Üniversitesi Hemşirelik Bilim ve Sanatı Dergisi*, C. 2, S. 2, 2009, s. 89.

⁴⁹ Zafer Kahraman, “Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S.1, Y. 2016, s. 482.

⁵⁰ 11/4/1928 tarihli ve 1219 sayılı Kanun.

⁵¹ Erol, s. 89. Hekim belirtilen kriterlere uygun bir tedavi yöntemi uygulamış ise, sonucun kötü olmasından sorumlu olmayacaktır. Hekimin tedavi yönteminde objektif sınır, olağan hastalara uygulanan tıbbî müdahalenin benzer sonuçları vermesidir. Ancak, müdahale yapılan hastanın vücudunun, tedaviye ne tepki vereceğini önceden kestirmek kimi zaman mümkün olmadığı için, hekimin sorumluluğu “bilinen tıp kurallarına göre hastanın iyileşmesi için uygulanması mümkün ve gerekli görülen tedavi yöntemlerini uygulamak” ile sınırlıdır. Battal Yılmaz, *Açıklamalı-İçtihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, Adalet Yayınları, Ankara 2007, s. 12.

⁵² Şükrü Hatun, *Hasta Hakları*, İletişim Yayınları 1. Baskı, İstanbul 1999, s. 75.

ilişkin bilgi ya da bulguların, hekim, sağlık görevlisi veya hastanenin ilgili diğer birimlerinin bilgisinde olması da gerekebilir⁵³. Bu çerçevede, özel yaşama saygı, hastaya ait, müdahale ve tedaviye ilişkin tetkik ve bulguların ilgililer haricinde ifşa edilmesini engelleyen bir haktır. Bu hak çeşitli alt başlıklara ayrılmaktadır. Bunlar, hastanın mahremiyeti, kişisel sağlık verilerinin korunması, hasta bilgilerini arşivlenmesi ve hasta sırrının açıklanmasıdır. Şimdi bunları sırasıyla inceleyelim.

3.1 Hastanın mahremiyeti ve hasta sırrının korunması

Özel yaşama saygı hakkının alt başlıklarından birisi de hastanın mahremiyetidir. Bu hak, hasta bilgilerinin gizli tutulması ile maddî ve manevi beden bütünlüğünün gizli kalmasını içermektedir. Diğer taraftan hastaya ait bilgilerin arşivlenmesinin güvenliğine hizmet eden bir hak olduğu da vurgulanmalıdır. Zira bilgilerin arşivlenmesi sırasında, görevli gereken önlemleri almalı ve hastanın mahremiyeti zarar görmemelidir. Hastanın beden bütünlüğüne ilişkin bazı bilgilerin açıklanması, hastanın manevi olarak üzülmeye ve sarsılmasına yol açabilir. Özellikle, toplum sağlığını ilgilendiren HIV gibi hastalıklarda bu mahremiyet ön planda tutulmalıdır. Kaldı ki, hastanın toplumdaki dışlanmasına kadar götürebilecek bir mahremiyet ihlali, hastanın ağır bir travmaya düşerek intihar etmesine dahi yol açabilir. Hasta mahremiyeti, genellikle bilgisayar ortamında tutulan kayıtların, ortak erişime kapalı tutulmasını, hastaya ait mahrem bilgilerin bir kişisel veri olarak kabul edilmesini gerektirir⁵⁴. Bir kişisel veri olmasından ötürü, hasta mahremiyetinin ihlal edilmesi, insan haklarının ağır surette ihlal edilmesidir. Bu ilke, belki de hasta haklarının bir insan hakkı sayılmasını ziyadesiyle mümkün kılmaktadır⁵⁵.

Hasta mahremiyetine ilişkin olarak HHY. m. 21 hükmüne göre mahremiyetin korunmasına ilişkin temel belirlemelerin yapılmış olduğu görülmektedir. Madde genel olarak mahremiyete saygı gösterilmesi ve bunu isteme hakkını kabul etmiş olup sonraki bentlerde ise açıkça bunun unsurlarını hükme bağlamıştır. Maddede dikkati çeken önemli hususlardan bir tanesi de, ölüm halinde, mahremiyetin bozulmayacağıdır⁵⁶. Hastanın mahremiyeti, HHY. m.23 uyarınca güvenceye bağlanarak, hukuksal bir nedene dayanmaksızın ifşa edilmesi durumunda hukuki ve cezai yaptırım öngörülmüştür⁵⁷. Söz konusu maddeyle, hastanın mahremiyetine ilişkin açık, net ve kesin kurallar kabul edilmiştir.

⁵³ Tezcan, Erdem, Sancakdar, Önok, s. 387.

⁵⁴ Tezcan, Erdem, Sancakdar, Önok, s. 387.

⁵⁵ Gürkan Sert, "Hastanın Tıp Eğitimine Katılmayı Reddetme Hakkı Bağlamında Beden Mahremiyeti Kavramı, 3rd National Congress of Medical Ethics, Congress Proceeding Book Volume 2, s. 1023.

⁵⁶ Erol, s. 94.

⁵⁷ Tezcan, Erdem, Sancakdar, Önok, s. 383.



Hastanın mahremiyeti hastaya dönük bir hak iken, hasta sırrının saklanması hekimlere dönük bir yükümlülüktür. Bu hak, güven ilişkisinin bir sonucudur. Hasta ile hekim arasında karşılıklı bir güven ilişkisi oluşmalı, bunun sarsılmaması için de hastaya ilişkin bilgilerin saklanması gereklidir. Hasta sırrı, açıklanması halinde hastanın maddî ve manevî varlığına zarar verebilecek olan bilgilerdir. Bu bilgilerin paylaşılması, hastada ağır ruhsal bozukluğa yol açabilecek, hastanın toplumdan dışlanmasına neden olabilecek, hastanın ekonomik geleceğini ve evlenme ihtimalini ortadan kaldıracabilecek niteliktedir⁵⁸.

Örneğin askerdeyken geçirmiş olduğu ağır depresyon rahatsızlığının tıbbî müdahale konusu olması halinde, bu bilginin saklanması gerekirken, üçüncü kişilerle paylaşılması, belki de hastanın piyasada iş bulabilmesini engelleyecektir. Böylesi bir durum onur ve saygınlığı zedeleyebileceği için hastanın maddî ve manevî zarara uğramasına sebebiyet verecektir⁵⁹. Bu sır, başta anayasa olmak üzere çeşitli mevzuatla güvence altına alınmıştır. Örneğin, Anayasa m. 20/II, “Herkes özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. Adli soruşturma ve kovuşturmanın gerektirdiği istisnalar saklıdır.” hükmü ile “özel hayatın gizliliği” kavramına vurgu yapılmıştır. Diğer taraftan Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 23, kişilik haklarını güvence altına almış, kimsenin bu hakka dokunamayacağını hüküm altına almıştır. Aynı şekilde, Tıbbi Deontoloji Tüzüğü m. 4, “Tabip ve dış tabibi, meslek ve sanatının icrası vesilesiyle muttali olduğu sırları, kanuni mecburiyeti olmadıkça ifşa edemez.” Ancak yasal zorunlulukların bulunması durumunda hekimlerin meslek sırlarını söyleyebilecekleri belirtmiştir. Diğer taraftan, Türk Eczacılar Deontoloji Tüzüğü m. 4, “Eczacı, meslek ve sanatının icrası sırasında öğrendiği sırları, kanuni zorunluluk olmadıkça ifşa edemez.” hükmüyle de, hekimler gibi eczacılara da meslek sırlarını saklama zorunluluğu getirilmiştir. Son olarak HHY, m. 23 uyarınca sağlık hizmetinin sunulmasından dolayı elde edilen bilgiler, kanun ile izin verilen haller haricinde üçüncü kişilerle açıklanamaz.

Hasta mahremiyeti ve sırrının saklanması ile ilgili olarak bir hususu daha vurgulamak gerekir: Türkiye’de her kademede görev yapan hekimler Sağlık Bakanlığı’nın e-nabız uygulaması üzerinden hastaya ait kişisel verilere erişim sağlayabilmektedir. Hasta erişimi kısıtlamadığı takdirde söz konusu bilgiler hekim tarafından da görülebilmektedir. Hastanın e-nabız uygulaması üzerinde, kişisel verilerini hangi hekime erişime açıp açmayacağı hususunda, her hasta bakımından farkındalık beklemek de mümkün değildir. Kanaatimizce, Merkezi Hekim Randevu Sistemi (MHRS) üzerinden başlayıp, e-nabız uygulamasına kadar tüm sanal programlarda hastaya mahremiyetine ilişkin

⁵⁸ Tezcan, Erdem, Sancakdar, Önok, s. 387.

⁵⁹ Erol, s. 97.

hatırlatma yapılmalı, diğer taraftan kamu spotları ile bu bilincin oluşturulması sağlanmalıdır. Hasta mahremiyeti ve sırrını hekimlik rutinine bağlamamak için söz konusu adımlar atılmalıdır.

3.2 Hasta bilgilerinin arşivlenmesi ve kaydedilmesi

Özel yaşamın gizliliğinin korunmasının alt başlıklarından bir diğeri de hasta bilgilerinin arşivlenmesidir. Hasta bilgilerinin arşivlenmesi, hasta haklarını bir bütün olarak görme yaklaşımının sonucudur. Bu bütünlük, idare hukukunda “idarenin sürekliliği” ilkesine benzediği gibi özel hukukta “vekâlet sözleşmesi” ne benzemektedir. İkisinde de bilgilerin makul sayılabilecek bir zaman dilimi içerisinde arşivlenmesi gerekmektedir.

Uzun hastalık süreçlerinin akut ve kronik hastalık devrelerinde, daha sonra nükseden hastalıklara ilişkin yeni bir tedavi yönteminin uygulanması gerektiğinde, hastaya ait hastalık bilgilerinin arşivlenmesi önem taşımaktadır. Bu bilgilerin tutulması, tıbbî müdahale ve tedavinin planlı ve özenli bir şekilde yürütülmesine yardımcı olur. Aynı şekilde, hastanın başka bir sağlık kurumunda tedavi olmak istemesi halinde de söz konusu arşiv bilgilerine ihtiyaç vardır. Bu itibarla, hekim ya da sağlık kurumu, hastaya ilişkin teşhis ve tedavi bilgilerini özenli ve düzenli bir şekilde kayıt ederek, saklamak durumundadır. Arşiv bilgilerinin tutulmasının bir diğer faydası da, dava açılması halinde görülmektedir. Özel hukuk veya ceza hukuku kaynaklı bir dava açılması durumunda, hastalığın sürecine ilişkin tüm bilgi ve belgeler bu arşiv kayıtlarından çıkarılabilecektir. Hak arama özgürlüğünün etkin bir şekilde kullanılabilmesini temin etmek için arşiv kayıtlarının özenli ve düzenli bir şekilde tutulması gerekmektedir⁶⁰. Hastalığın tedavi edilmesinde görev yapan kurumun özel hukuk sorumluluğunda dikkat çeken husus, bu sorumluluğun “vekilin, müvekkiline hesap verme yükümlülüğü” kapsamında ele alınmasıdır. Zira en geniş anlamda, hastanın kişisel bilgilerinin tutulmasına rıza göstermesi, bu bilgilerin kullanılacağı anlamına gelmemektedir. Aksine, bir vekâlet sözleşmesindeki gibi, kurumun, hastanın bilgilerini özenle saklaması ve muhafaza atında tutması özen borcunun gereği gibi ifasıdır⁶¹.

Yukarıdaki başlıkta vurguladığımız her kademedeki görev yapan hekimlerin Sağlık Bakanlığı'nın e-nabız uygulaması üzerinden hastaya ait kişisel verilere erişim sağlayabileceği hususu, hastaya ait verilerin arşivlenmesi ve kaydedilmesi ile de ilgilidir. Örneğin bir hastanın psikosomatik rahatsızlıklar gibi üçüncü kişiler tarafından bilinmesini istemediği hastalıklar bakımından tedavi görmek için MHRS üzerinden randevu alarak A hastanesine gitmesinde hasta kayıtlarının azami gizliliğinin sağlanması, hastanenin ortak kullanım

⁶⁰ Erol, s. 95.

⁶¹ Süheyl Donay, *Meslek Sırrının Açıklanması Suçu*, İstanbul 1978, s. 38.



yerleri dışındaki muayenehane gibi yerlerdeki güvenlik kameralarının muayene sırasında kapatılması, hastaya reçeteli ilaç yazılmasına ilişkin kayıt düzeninin sadece hastayı tedavi eden doktor tarafından görülmesini sağlayacak şekilde oluşturulması, muayeneyi yapan ya da tedavi yükümlülüğü bulunan hekim dışında hastaya ilişkin arşiv ve kayıtların ancak hakim kararıyla alınabilmesini mümkün kılacak teknik ve hukuki düzenlemelerin yapılmasını değerlendirmekteyiz.

4. Hastanın onuru ile ölme hakkı

Hasta haklarının temel haklarından birisi de onuru ile ölme hakkıdır. Bu hak, evrensel bir hasta hakkı olarak kabul görmesi konusunda hala tartışılmasına karşın, Türkiye’de hastanın ölümü üzerinde hiçbir surette tasarruf edilememektedir. Hastanın onuru ile ölmesini isteme hakkı, ötenazi ile de ifade edilmektedir. Ötenazi, ölümcül bir hastalığa yakalanmış, kurtuluşu imkânsız ya da hiçbir tedaviye cevap vermeyen bir hastanın acı ve ızdırabının dinmesi için ölmesini istemesi, bu isteğinde kendisine icrai hareketlerle yardım edilmesidir⁶². Diğer taraftan, bir tıbbi tedaviye cevap vermeyen ya da tamamen ölüm sürecine girmiş olan bir hastanın acı ve ağrısını azaltma veya dindirme görevi de hekimlerin sorumluluğundadır⁶³. Ancak bu durum, hastanın ölümünü hızlandırıcı bir etkiye yol açmamalıdır.

Ötenaziye ilişkin olarak ABD ve Hollanda hastaya imkân sağlamaktadır. ABD, hastanın isteği doğrultusunda pasif ötenazi yapılmasına yargı kararları ile olanak tanırken, Hollanda, hem aktif ve hem de pasif ötenaziye yasal olarak düzenleme konusu yapmıştır⁶⁴. Bu ilkelere karşın Türkiye’de ötenazi, adam öldürme suçu olarak nitelendirilmektedir. 5237 sayılı TCK m. 83/3 hükmü uyarınca sağlık yükümlülerinin ihmali bir davranışla ölüme neden olmaları ağır hapis cezası gerektirmektedir. TCK’daki belirtilen düzenleme yanında TMK m.23’e göre de kişinin kendi vücudu üzerinde tasarruf etme özgürlüğüne sahip olmadığı hüküm altına alınmıştır. Buna göre kimse kendi yaşamı üzerinde tasarruf edemez, devredemez ve vazgeçemez. Yine, TDT m.2’ye göre hekimin temel görevi insan sağlığına, hayatına ve şahsiyetine, özen ve saygı göstermek olduğu belirtilmiş; TDT 13/3. maddesi ise, hekimin tedavi etmek amacı olmaksızın hastanın isteğine aykırı bir şekilde bedeni gücünü azaltacak bir şey yapılamayacağını kabul etmiştir. HHY. m. 13 hükmü uyarınca pasif ötenazi yasaklanmıştır. HHY. m. 14 hükmüne göre ise hastanın hayatının kurtarılması ya da sağlığının korunması mümkün olmadığı durumlarda hastanın acısının

⁶² Özge Demirörs, Sevinç Arslan Hızal, “Türk Ceza Hukuku Açısından Ötenazi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 65(4) 2016, 1484; Bahri Öztürk, “Hasta Hakları ve Ötenazi”, Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan, İzmir 2001, s. 587; Kudret Güven, *Kişilik Hakları ve Ötenazi*, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara 2000, s. 104.

⁶³ Esra Alan Akcan, “Ötenazi”, *İÜHFMD*, C. LXXI, S.1, s. 7.

⁶⁴ Muharrem Özen, Meral Ekici Şahin, “Ötenazi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Y.68, S.2010/4, s. 25;

azaltılması ya da dindirilmesi zorunluluğu hastanın durumunun ilzam ettiği tıbbi özen ve ihtimama uygun bir şekilde hizmet alması hakkı çerçevesinde ele alınmıştır. Doktrinde, pasif ötanazi de denilen ölümün doğal gerçekleşme sürecini geciktiren tedbirlerin hastanın isteği üzerine geri bırakılmasını “tedaviyi ret hakkı” bağlamında görenler⁶⁵ bulunmakla birlikte bizce hastaya böyle bir hak TMK. m.23 uyarınca mümkün olmamalıdır. Ötanazi ile ilgili doktrinde ileri sürülen görüşler, hastanın kendi bedeni üzerinde serbestçe tasarruf etme hakkına sahip olması, devletin kimsenin hayatına müdahale etmemesi gerektiği, AİHM’in yaşam hakkına karar verme bakımından tartışmaya girmekten uzak durduğu şeklindedir⁶⁶.

Doktrinde hastanın onuru ile ölme hakkı yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere ötanazi kavramı ile açıklanmaya çalışılmaktadır. Bir hastanın onuru ile ölmesini bir kurala bağlamak hukuk diyalektiği bakımından da zordur. Ötanaziyi kuramsal bir çerçeveye oturtmak salt hukuk tekniği ile ilgili bir konu da değildir. Zira, ötanazinin hak olarak kabul edilmesi, onu yapma ödevini de içermelidir. Bu ise ötanaziyi yapan kişinin sorumluluğu gibi pek çok faktörü dikkate almayı gerektirir. Aydınlanma öncesi geleneksel toplumlarda ötanaziye cevap vermek belki daha kolaydı. Ancak modern toplumlarda, bireyin belki de hukukun en birincil süjesi olarak kabul edilmesi konuyu daha karmaşık hale getirmiştir. Mesele modern hukuk teorileri ile daha net bir forma kavuşturulmamışken, başka bir deyişle hukukun doğrudan düzenlediği bir konu daha olamamışken, haklar dizgesi bakımından ötanazinin nerede konumlandırılacağı da bir muammadır. Burada üzerinde durulması gereken bir husus, batı toplumlarında bireyin özgürlüğü sorunsalı üzerinden ötanaziye yüklenen mananın sosyolojik olarak doğu toplumlarında karşılık bulmadığıdır. Batı toplumlarının tarihsel yürüyüşleri belki de profan özgürlük algısı ile konuyu ele alış biçimlerini değiştirmiştir. Din ile hukuk arasında konulan mesafe sosyolojik olarak bu algıyı etkilemiştir. İşte bu yüzden batı toplumlarında ötanazi “birey” metaforunda içkin olup, ötanaziyi yapma ödevi teorik meşruiyeti dışında hukuk kuralı şeklinde kolaylıkla vaz’edilebilmektedir.

5. Sağlık görevlisini ve birimlerini seçme hakkı

Sağlık görevlisini ve birimlerini seçme hakkı, sağlık hizmetlerine ulaşma hakkı çerçevesinde ele alınmakta olan bir haktır. Hasta Haklarına İlişkin

⁶⁵ Özen ve Şahin, s. 31; Abdurrahman Saygılı, “Yaşam Hakkı Üzerine Düşünceler”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi-İnÜHFD, 10(2), 2019, s. 546; Erika Biton Serdaroğlu, “Ötanazi-Ölme Hakkı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cevdet Yavuz’a Armağan, Cilt: 22, Sayı:3, 2016, s. 488. Türk Ceza Kanunu bakımından aktif ve pasif ötanazinin suç olduğunu buna karşılık yasal düzenleme yapılması koşulu ile ötanazinin suç olmaktan çıkarılabileceğini belirten yazar, meseleye teknik hukuk bakımından yaklaşmakta, gerekli önlemlerin alınması halinde ötanazinin yapılabileceğini ileri sürmektedir.

⁶⁶ Saygılı, s. 546; Pasif ötanazinin mümkün olabileceği ile ilgili ayrıca bkz. Akcan, s. 24.



Avrupa Statüsü, hastanın sağlık görevlisi ile hastane seçimi (Right to free Choice) konusunda karar verme hakkına sahip olduğunu belirtmektedir⁶⁷. Buradan hareketle, tedavi yöntemi, tedavi uygulayacak hekim, hastane seçimi, sağlık kurumu ya da merkezleri gibi hususlarda özgür bir şekilde seçim yapılabilecektir. Hastanın, hastalığının doğru teşhis edilmesi ve en uygun tedavi yönteminin uygulanmasını isteme hakkı bulunmaktadır. Bu hak, hastaya seçme özgürlüğünün tanınması ile sağlanabilir. Hekim ve sağlık kuruluşu, bilgi, beceri, teknik donanım ve teknolojik üstünlük gibi kaliteli hizmete uygun araçlar dolayısıyla tercih edilebilmelidir. Seçme hakkı, hekim ve sağlık kuruluşunun daha iyi hizmet vermesi için bir rekabet etme unsuru iken, sağlık hizmetlerine ayırıcı ve emsallerinden farklı bir nitelik vermektedir. Seçme hakkına ilişkin HHY’de düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemeler şu şekildedir: HHY. m. 9, sağlık görevlisini tanımayı, seçmeyi ve değiştirmeyi konu edinmiştir. Buna göre, hastaların güven duydukları sağlık personelinin gözetiminde olmaları tedavi süreçlerinin daha iyi bir şekilde yürütülmesi açısından önemlidir. HHY. m. 8, sağlık kuruluşunu seçme ve değiştirmeyi düzenlemiştir. HHY. m. 8/1, hastanın hasta mevzuatının öngördüğü usul ve şartlara uygun olarak seçme hakkını kullanabileceğini belirtmiştir. HHY. m. 10, sağlık hizmetlerinden faydalanma hakkı başlığı taşır. Bu maddeye göre, öncelik hakkının tıbbi şartlara göre ve nesnel olarak belirlenmesini isteme hakkı olduğu belirtilmiştir.

Söz konusu hakkın tanınması sayesinde, seçilen ya da tercih edilen hekim ve sağlık kuruluşları birbirleriyle rekabet edebilmekte ve daha kaliteli hizmet sunumu gerçekleştirebilmektedir. Örneğin, normal doğum yaptırmayı tercih eden bir kadın doğum uzmanı, tedavi yönteminde son aşamada cerrahi müdahale öneren bir hekim, klasik tedavi yöntemi dışında geleneksel tedavi ya da alternatif tıp tedavisi uygulayan sağlık kuruluşları günümüzde sağlık görevlisi ve birimlerini seçme hakkı sayesinde daha çok tercih edilmektedir. Bu hakkın geliştirilmesi bakımından, HHY’de özellikle geleneksel tedavi yöntemleri ya da alternatif tıp tedavisi yöntemlerini öne çıkaran, normal doğumu teşvik eden, cerrahi müdahaleyi en son çözüm olarak görmeyi teşvik eden söz konusu seçme hakkının daha fazla vurgulanmasına ihtiyaç vardır.

6. Hastaların manevi yardım alma hakkı

Hastaların manevi yardım alma hakkı, temel insan haklarından olup 1. Dünya Tabipler Birliği’nin yayımladığı “Hasta Hakları Bildirgesi” ne göre hastaların inanç ve vicdani kanaatlerine uygun olacak şekilde manevi yardım alma hakkına sahip oldukları belirtilmiştir⁶⁸. Söz konusu hak, HHY’de de

⁶⁷ https://ec.europa.eu/health/ph_overview/co_operation/mobility/docs/health_services_co108_en.pdf (Erişim tarihi: 26.05.2022).

⁶⁸ Habil Şentürk, Gülay Korkmaz Çetin, “Hastanelerde Manevi Danışmanlık Hizmetleri

güvence altına alınmıştır. HHY. m. 38, sağlık kurum ve kuruluşlarına imkânları ölçüsünde hastalara dini vecibelerini serbestçe yerine getirebilmeleri için gerekli tedbirler alma yükümü getirmiştir. Diğer taraftan, tedavi hizmetlerinin aksatılmaması koşulu ile hastaya dini telkinlerde bulunmak ve onları manevi anlamda güçlendirmek amacıyla din görevlisinin hastaneye davet edilebileceği belirtilmekte, bu hizmetin sağlanması için de uygun zaman ve mekânın belirleneceği ifade edilmektedir. Yönetmelik, hastanın dini inancına uygun olarak din görevlisi çağrılacağını kabul etmiştir. Yönetmeliğin bu son düzenlemesi, talep şartı aranmaksızın bu hakkın hastaya verileceğini hüküm altına almaktadır. Bu hakkın verilmesindeki en önemli husus, bir dini inancı olan hastaya din görevlisi çağırarak veya inancını yerine getirebilmesine imkân sağlamak iken, bir dini inancı olmayan hastaya zorlama yoluyla yardım etmeye çalışmamaktır⁶⁹.

Her düzeyde hastanın istemesi halinde manevi yardım alabilmesi insan hakları bağlamında ele alınmalıdır. Manevi yardım, salt dini muhteva olarak anlaşılmamalıdır. Örneğin insanın ruhsal dünyasına temas eden bir yoga eğitmeni de manevi yardım kapsamındadır. Hasta Hakları Bildirgesi'nde zikredilen hastaların inanç ve vicdani kanaatleri, HHY'de dini vecibeler şeklinde formüle edilmiş ise de, burada her türden inanç ve kanaati manevi yardım bakımından değerlendirmek lazımdır. İnsanın konuşturularak, terapi yapılarak inanç ve kanaatlerini yaşaması mümkündür. Buradaki hakkın salt dini muhteva ile sınırlandırılması kabul edilemez. HHY, din ve vicdan özgürlüğü olarak kabul edilen Anayasal düzenlemeden hareketle bu hakkı tanımış olmakla birlikte, bizce buradaki manevi yardımın kapsamı sadece dini ya da tinsel inanç ve kanaatleri değil, hastanın yoga ile rahatlaması, terapi görmesi, bekar baba kulüpleri⁷⁰ (single fathers club) gibi hastaları güçlü bireyler olmaları için onlara destek olmayı amaçlayan kuruluşları da kapsamına almalıdır.

VIII. HASTALARIN ŞİKÂyetLERİNE İLİŞKİN GENEL BAKIŞ

Ülkemizde hasta haklarının hukuki ve idari boyutunu teorik anlamda ele aldıktan sonra kısaca uygulamada hastaların hizmet aldıkları kuruluşlara ilişkin geribildirimlerine de göz atalım. Türkiye'de sağlık hizmetleri kamu, üniversite ve özel hastaneler tarafından sağlanmaktadır. 2003 yılında Sağlık Bakanlığı tarafından sağlık hizmetlerinden yararlanan kişilere ilişkin bilgi edinme, teşekkür, şikâyet gibi geri bildirimlerin yapılabilmesi için bir başvuru aracı olarak Sağlık Bakanlığı İletişim Merkezi (SABİM) kurulmuştur. Bu sayede

İhtiyacı Üzerine Pilot Bir Araştırma: SDÜ Hastanesi Örneği”, *Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi*, Temmuz 2020; 10(2), s. 378.

⁶⁹ Mebrure Doğan, “Hastane Örneği Üzerinden Manevi Danışmanlık ve Rehberlik Hizmetlerine Genel Bir Bakış”, *Cumhuriyet İlahiyat Dergisi*, Yıl 2017, C. 21, S. 2, s. 1278.

⁷⁰ <https://www.singledad.club/about> (Erişim Tarihi: 06.06.2022).



sağlık hizmetlerinden yararlananların sağlık hizmetlerinin sunumuna ilişkin geribildirimlerini toplayarak sağlık sistemindeki aksaklıkların ve sorunların kolaylıkla tespiti ile doğru uygulamaların etkinliğinin artırılması daha kolay hale gelmiştir. Bu uygulama ayrıca hasta haklarına ilişkin ne gibi sorunların uygulamada ortaya çıktığı yönünden de bizlere veriler sunmaktadır.

Sağlık hizmetlerinden yararlanan hasta veya hasta yakınlarının SABİM'e başvurularına ilişkin birçok çalışma yapılmış; çıkan sonuçlar hastane türü, idari konular, uygulamalar, mali konular vb. birçok alanda ele alınmıştır. Bu çalışmalarda karşılaşılan hususları genel olarak aşağıdaki gibi sıralayabiliriz.

- Geribildirimlerin çoğunluğu şikâyetlere ilişkin

İstanbul ili Kadıköy ilçesinden 2017-2019 yılları arasında hasta **şikâyetlerinin** değerlendirilmesine ilişkin gerçekleştirilen araştırmada geribildirimlerin %80'i şikâyetlerden oluşmaktadır⁷¹. Yine bir başka araştırmacı tarafından yapılan çalışmada da başvuruların %64'ünün şikâyetlerden oluştuğu tespit edilmiştir⁷².

- Kamu hastanelerine yapılan şikâyet başvuruları

Yapılan araştırmalar neticesinde kamu ve özel sağlık kurumlarına yapılan başvurular incelendiğinde başvuru konuları arasında istatistiksel açıdan anlamlı farklılıklar tespit edilmiştir. Yapılan başvuruların 2017 – 2019 yıllarına göre dağılımı incelendiğinde kamu ve özel sağlık kuruluşları açısından kamu sağlık kuruluşlarına yapılan başvuruların arttığı gözlenirken özel sağlık kuruluşlarına yapılan başvurular azalmıştır. Konular açısından ise kamu kuruluşlarına yapılan başvuruların %49,15'ini sağlık hizmetlerinin sunumuna ve idari işlemlere ilişkin olduğu, %27,40'ını mesai saatlerine riayet edilmemesine ve %14,03'ünü ise sağlık personeli ile iletişim problemlerine yönelik başvurular olduğu belirlenmiştir⁷³.

Bir başka araştırmada kamu hastanelerine yönelik yapılan şikâyetler hizmetten faydalanamama, saygınlık ve yoğunluk olarak ortaya çıkmıştır⁷⁴. Yine benzer şekilde farklı bir çalışmada kamu hastaneleri açısından önde gelen şikâyetler ilgisizlik ve nezaketsizlik, hizmet kalitesi, randevu alamama olarak belirlenmiştir⁷⁵.

⁷¹ Rümeyza Firdevs Yıldırım ve Seda Kumru, "Hasta Şikâyetleri ve Tatmininin Sağlık Bakanlığı İletişim Merkezine Yapılan Başvurular ile Değerlendirilmesi: İstanbul-Kadıköy Örneği", *Eurasian Journal of Health Technology Assessment*, s. 124-137, 2021. Neriman Akgül, Tuncay Palteki, Engin Ersin Şimşek, Melahat Bayram, İtr Erkan, H. Cüneyt Ulutin, "Bir Grup Kamu Hastanesine Ait Sağlık Bakanlığı İletişim Merkezi Şikâyet Başvurularının İncelenmesi", (2016), *Türkiye Klinikleri J. Health Sci*, 1(1), s. 4.

⁷² Akgül, Palteki, Şimşek, Bayram, Erkan, Ulutin, s. 4.

⁷³ Yıldırım ve Kumru, 2021, s. 134.

⁷⁴ Duygu Kırgın Toprak ve Bayram Şahin, "Sağlık Bakanlığı Hastanelerine Yapılan Hasta Şikâyetlerinin Değerlendirilmesi", *Sağlıkta Performans ve Kalite Dergisi*, 3(1), 2012, s. 24-25.

⁷⁵ Fatih Şantaş, Gülcan Şantaş, Gülsün Erigüç, "Türkiye'de Özel Hastanelere Ve Devlet

Yapılan araştırmalar incelendiğinde kamu kurumlarından sağlık hizmetlerine ilişkin Şikâyet başvurularının mesai saatlerine uyulmaması ve randevuların çok geç tarihlere alınabilmesi nedeniyle sağlık hizmetlerine erişim sorunları olduğu görülmektedir. Yine sağlık personeli ile iletişim konusunda sağlık hizmetlerinden faydalananların sıkıntı yaşadığı gözlenmektedir. Bu bağlamda yapılan bir çalışmada ise iletişim problemleri nedeniyle Şikâyetlerin %14,67 oranına ulaştığı gözlenmiştir.

- **Özel Sağlık Kuruluşlarına Yapılan Şikâyetler**

Sağlık hizmetlerini özel sağlık kurumlarından alan hastaların Şikâyet konularına baktığımızda ise Şikâyetlerin; tıbbi uygulamalar ve tedaviye ilişkin %29,97, sağlık hizmetlerinin cretlendirilmesine ilişkin %28,71 ve sağlık hizmetlerinin sunumuna ilişkin ise %27,52 olarak dağıldığı görülmektedir. Sağlık hizmetlerinin Sağlık Uygulama Tebliğinde (SUT) belirlenen fiyat tarifelerine uygun olarak cretlendirilmemesi ve bu durumun denetime tabi tutulmaması insanların sağlık hizmetlerine erişim hakkı açısından önemli bir sorun olarak karşımıza ıkmaktadır⁷⁶.

Özel hastanelerde sunulan sağlık hizmetlerine ilişkin yapılan bir başka araştırmada ise Şikâyetlerin %28'inin (en yüksek yüzde) kurumsal sorunlara ilişkin olduğu belirtilmiş ve bu Őikâyetlerde cretlendirme en önemli Şikâyet nedeni olarak karşımıza çıkmıştır. Özel sağlık kurumlarından alınan hizmetler sonrasında çıkarılan faturaların SUT'a uygun hazırlanması kanuni bir zorunluluktur. Oysaki uygulamada bu düzenlemelere uygun hareket edilmediği sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Hastaların haklarından olan rızasının alınması ve aydınlatılma hakları açısından uygulanacak veya uygulanan sağlık hizmetlerinin SUT'a uygun olarak hazırlandığının açıkça hastalara anlatılması ve istendiğinde bilgi verilmesi gereklidir.

Sağlık hizmetlerinin kamu, niversite ve özel sağlık kurumlarınca sağlanması hasta Şikâyetleri açısından farklılıklar doğurduğu yapılan araştırmaların sonuçlarından anlaşılmaktadır. Kamu ve niversite bünyelerinde sağlanan sağlık hizmetlerine ilişkin sorunlar öncelikle idari işlemler, bekleme süreleri, bürokratik işlemler ve sağlık personeli ile ilişkiler olarak karşımıza çıkmaktadır. İdarenin bu sorunları denetim mekanizmalarını etkinleştirerek iş akışlarındaki sorunları gidermesi ve hastaların haklarına uygun mekanizmalarla sürekli kontrol altında tutması gerekmektedir. Özel hastanelerde ise sorunlar idari ve bürokratik sorunların azalması ancak tıbbi hizmetlerin fiyatları ve

Hastanelerine Yönelik Elektronik Şikâyetlerin İncelenmesi", *Uluslararası Sağlık Yönetimi ve Stratejileri Araştırma Dergisi*, 5(3), 2019, s. 297.

⁷⁶ Zhrem Yaman ve Büşra Kavuncu, "zel Hastanelere Yapılan evrimii Şikâyetlerin İçerik Analizi İle İncelenmesi", *Sivas Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, 21(2), 2020, s. 292.



hastalara bu yönde bilgi verilmemesi olarak ortaya çıkmaktadır. Yine idare, özel sağlık hizmet sunucularına ilişkin şikâyetleri etkin bir şekilde denetleyerek SUT'a uygun işlemler yapılmasını yaygınlaştırabilir. Hastaların haklarına ilişkin ilanlar ve reklamlar ile bireylerin sadece uygulanan sağlık hizmetleri alanında değil sağlık hizmetlerinin ücretlerine ilişkin de aydınlatılma haklarını talep etmelerini sağlayabilir. Özel kurumlarca sağlanan sağlık hizmetlerinde yüksek fiyatlar hastaların eşitlik ve adalet içerisinde tedavi olmaları açısından da sorunlar doğurmaktadır. Maddi açıdan talep edilen ücretleri karşılayamayan hastalar kamu hastanelerini tercih etmek zorunda kalmakta ve uzun kuyruklar, bekleme süreleri ve kaliteli tedavi hizmeti alamama gibi birçok sorunla karşılaşmaktadır. Sonuç olarak çalışmalar incelendiğinde kamu, üniversite ve özel sağlık hizmeti sunan kurum ve kuruluşlara ilişkin şikâyetler genel olarak 4 başlıkta toplanmaktadır;

- Sağlık hizmet sunumundaki idari süreçler,
- Bekleme süreleri gibi yönetsel konular,
- Tıbbi süreçler ve tedavi ile sağlık hizmet sunumundaki personelin iletişim davranışlarından kaynaklanan problemler,
- Sağlık hizmetlerinin ücretlendirilmesi.

Bu dört temel sorun hasta haklarına ilişkin olarak ele alınmalı ve kanun koyucu ve düzenleyici idare tarafından gerekli önlemler alınmalıdır. Hastaların yapılan işlemlerden önce rızalarının alınması, aydınlatılması, tedavi süreçlerine ilişkin iş ve işlemlere yönelik verilerin korunması, sağlık görevlisi ve hasta ilişkisinin her iki taraf açısından da iyi tanımlanıp korunması sağlık hizmetlerinin etkinliği ve hasta haklarının geliştirilmesi açısından çok önemli konulardır.

SONUÇ

Türkiye'de hasta haklarına yönelik önem halen yeterli seviyede değildir. Hasta hakları ile ilgili olarak normların ikincil derecede bulunması bu önem seviyesini göstermektedir. Yine hak arama yollarının yeterince etkin olmadığı da ileri sürülebilir. Her ne kadar Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası hukuk metinleri hasta haklarını önceleyen normlar ihtiva ediyor ise de, maalesef iç hukukta sistemli bir başvuru mekanizması öngörülmemiştir. Hasta haklarına ilişkin ilkeler dağınık bir şekilde ulusal mevzuatta yer almaktadır. Öncelikle hasta haklarının, hakların ihlal edilmesi halinde verilecek idari ve adli cezaların, yasal başvuru yolları ile bunlara ilişkin usul ve esasların belirlendiği bir mevzuat usulü ile bu dağınıklık giderilmelidir.

Hasta hakları ile ilgili olarak hastanelerdeki etik kurulların işlevi tartışmalıdır. Bu kurullar, etkin karar mekanizmalarından uzaktır. Bu kurullarda sadece hastane yöneticilerinin değil, farklı sosyal gruplar ve meslek gruplarının da

bulunması daha sağlıklı ve adil kararların alınabilmesine imkân sağlayacaktır. Bununla birlikte, hastanelerde hasta hakları ihlallerine karşı oluşturulan “Hasta Hakları Birimi ve Hasta Hakları Kurulları” olumlu bir gelişmedir. Kurullarda görev yapan üyelerin meslekî dağılımı, konunun uzman bir bakış açısıyla ele alındığını göstermektedir. Hasta haklarına ilişkin olarak gerek hastalara ve gerekse doktorlara hakların varlığı ve sınırları bağlamında “sorumluluk bilinci” verilmelidir. Ancak yatan ve ayakta hastaların bu haklardan habersiz olduğu, doktorların da bu hakları pek dikkate almadığı görülmektedir. Çoğu zaman hekimle arasının açılmasını istemeyen hastanın, özellikle tedavi sürecindeki haklarını hiç kullanmadığı bunun ise tedavi sürecinin zayıf tarafı olmasından kaynaklandığı düşünülmektedir. Bu bakımdan, hasta haklarının işlevsel hale dönüştürülmesi ile hastanın herhangi bir endişeye kapılmadan haklarını kullanabilmesi sağlanmalıdır.

Diğer taraftan, uluslararası sağlık sözleşmelerindeki hasta haklarının, ulusal mevzuatta sadece Hasta Hakları Yönetmeliği’nde yer alması, konunun sadece alt normlar kategorisinde değerlendirildiğini göstermektedir. Oysaki Anayasa’nın 17 ve 56. maddeleri, açıkça herkesin sağlıklı yaşama hakkına sahip olduğunu, hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamayı bir vazife olarak devlete yüklemiştir. Belirtilen Anayasal normlara göre, hasta haklarının yasal düzeyde güvenceye kavuşturulması gerekmektedir. Hasta haklarına ilişkin düzenlemelerin sadece idari kurullara bırakılmaması, bu kurullarda hasta haklarına ilişkin sivil toplum kuruluşlarından ya da barolar gibi meslek örgütlerinden temsilcilerin bulunması ihlallerin meydana gelmesinde nesnel ve tarafsız bir soruşturma ile karar verilmesini sağlayacaktır. Diğer taraftan hasta haklarının ihlalinde, konuya salt özel hukuk ya da salt ceza hukuku ile bakılmakta, Hasta Hakları Yönetmeliği’ndeki hükümler başlı başına bir norm kaynağı olarak görülmemektedir. Bu sakıncalarından ötürü bir “Hasta Hakları Kanunu” hazırlanıp yürürlüğe konulmalı, ihlal edilen hasta haklarının ağırlığına göre failin hesap verebilmesine ilişkin düzenlemeler yapılmalıdır. Hasta haklarından bahsederken, yetki ve sorumluluk kavramlarından da bahsetmek gereklidir. Bir hakkın güvence altına alınması, yetkili bir hukuk kişinin aynı zamanda sorumlu bir hukuk kişisi olmasını ilzam eder. Başka bir deyişle, hakkın varlığından bahsetmek için bir kişiye, kuruluşa ya da organizasyona yetki ve sorumluluk bahsetmek zorunluluğu vardır. Bu bağlamda hasta hakkından hekimin sorumluluğuna giden “sorumluluk yolu” nun özel hukuk, ceza hukuku ve idare hukuku yönlerinin bulunduğu anlaşılmalıdır. Bu sorumluluk yolunun kendine özgü ve derhal sonuç doğurabilecek bir usule bağlanması hasta haklarının mahiyetine uygundur.

Konuya idarenin sorumluluğu açısından bakıldığında hasta haklarının ihlal edilmesinde hekim sorumluluğu gündeme gelmektedir. Hekimin sorumluluğunu ortaya koyarken idare yargıcı her olayda hukuki olayı,



bilirkişi/adli tıp marifetiyle çözmektedir. Diğer taraftan özel hukuk kaynaklı uyuşmazlıklarda da konu bilirkişilere havale edilmektedir. Bilirkişiler, hekimin kusuru, standart bir tıbbî müdahale uygulayıp uygulamadığı, objektif özeni gösterip göstermediği gibi hususları değerlendirmekte, bu değerlendirme sonucuna göre de hâkim kanaatini oluşturmaktadır. Somut bir ihtilafın vukuunda tedavi hatası yapıp yapılmadığına, daha doğrusu söz konusu tedavi yöntemi bakımından aranmakta olan standartlara uygun bir teşhis ve özenli bir tedavi uygulamasının yapıp yapılmadığına karar verecek olan mahkemelerdir. Ancak bir mahkemenin, önce bir hastalığın teşhis ve tedavisi için geçerli olacak tıbbi standartları belirlemesi, arkasından da bu standartlara uyulup uyulmadığına kendi kendine karar vermesi mümkün değildir. Bu standartları tıp biliminin verileri belirler. Mahkeme söz konusu tıbbi veriler ile somut olayda bu verilere uygun davranıldığını bilirkişilere başvurmak suretiyle belirlemek zorundadır. Hemen her konuda meseleye bilirkişi marifetiyle yaklaşmak, kuralın yeni ancak çözümün eski tekniklerle çözülmesi kolaycılığından başka bir şey değildir. Burada önerimiz Hasta Hakları Kanunu şeklindeki bir düzenlemeyle Türkiye'deki her hastanede kurulacak Hastane Ombudsmanı ya da Hastane Arbulucusu gibi kurumlarla aldığı kararlar sadece etik açıdan değil, idari açıdan da sonuç doğuracak bir idari müracaat organının kurulması gerektiğidir. Verilen sağlık hizmeti kadar, alınan sağlık hizmetinin de kalitesini artırmak, bireyin ideal düzeyde hakkını koruyacak güvencelerdir. Buradaki kalite artışı, yazılı ya da sözlü başvuru alabilen, derhal bir hakka yönelik işlem yapma kudretine sahip bir ombudsman aracılığı ile mümkün olur. Hastane Ombudsmanı ya da Arbulucusu, hastaların hizmet aldığı her birimde inceleme, araştırma ve şikâyet alma yetkisini haiz olmalı, hekim ve hasta, hekim ve personel ya da hekim ve hastane idaresi arasında ihlal edilen hakkın yerine getirilmesini sağlayan bir çözüm merci olarak yapılandırılmalıdır.

Hastanın aydınlatılması kavramında genel hekimlik tecrübesi ile ihtisas hekimliği tecrübesine göre hekime sorumluluk atfedilebilmelidir. Hastanın mahremiyeti, hasta sırrının korunması, hasta bilgilerinin arşivlenmesi ve kaydedilmesi bakımından MHRS ve e-nabız uygulamaları güncellenmelidir. Hastanın onuru ile ölme hakkının sosyolojik yönü ihmal edilmemelidir. Hastanın onuru ile ölme hakkının ya da ötanazinin sosyolojik meşruiyetinin olmadığı bunun hukuk kuralına dönüştürülmesinin sakıncaları dikkate alınmalıdır. Sağlık görevlisini ve birimlerini seçme hakkının rekabet edebilme ve daha kaliteli hizmet sunmak için bir fırsat olduğu değerlendirilmelidir. Hastaların manevi yardım alma hakkının sadece dinsel manada değil, hastanın yoga ile rahatlaması, terapi görmesi, single fathers club gibi organizasyonlar ile de mümkün olacağı bilinmelidir. Hastaların şikâyetlerine ilişkin geri bildirim mekanizmalarının hasta haklarının etkin bir şekilde sağlanmasındaki önemi takdir edilmelidir.

KAYNAKÇA

Akbulut S, *Hasta Haklarının Anayasal Temeli*, Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Antalya 2012.

Akcan E. A, “Ötanazi”, İÜHFM, C. LXXI, S.1.

Akgül N/Palteki T/ Şimşek E. E/ Bayram M/ Erkan I, Ulutin H. C., (2016), *Türkiye Klinikleri J. Health Sci*, 1(1).

Akkanat H, “Hekimin Sorumluluğunun Hukuki Temeli”, (Edt. Prof. Gr. Gürsel ÇETİN, Uz. Dr. Ahsen KAYA) İ. Ü. *Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri Sempozyum Dizisi*, No: 78 İçinde, İstanbul 2012.

Arslan E. T, Demir H, “Sağlık Çalışanlarının Hasta Mahremiyetine İlişkin Tutumu: Nitel Bir Araştırma”, *AİBÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2017, C:17, Y:17, S:4.

Arslan E, *Türkiye’de Hasta Hakları*, Yüksek Lisans Tezi, Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Yönetimi Anabilim Dalı, Hastane ve Sağlık Kurumları Yönetimi Bilim Dalı, İstanbul 2010.

Ateş T, *Hekimlerin Cezai ve Hukuki Sorumlulukları*, Nobel Matbaacılık, İstanbul 2012.

Bir grup kamu hastanesine ait Sağlık Bakanlığı iletişim merkezi şikâyet başvurularının incelenmesi, *Türkiye Klinikleri J Health Sci*, 1(1).

Cavlak H, Bostancıoğlu D, “Avrupa Birliğine Uyum Sürecinde Türkiye’deki Sağlık ve Hasta Hakları”, *IAAOJ, Social Science*, 2015, 2(2).

Doğan M, “Hastane Örneği Üzerinden Manevi Danışmanlık ve Rehberlik Hizmetlerine Genel Bir Bakış”, *Cumhuriyet İlahiyat Dergisi*, Yıl 2017, C. 21, S. 2

Demirörs Ö, Hızal S. A, “Türk Ceza Hukuku Açısından Ötanazi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65(4) 2016.

Donay S, *Meslek Sırrının Açıklanması Suçu*, İstanbul 1978.

Eren F, *Borçlar Hukuku*, C. II, Genel Hükümler, B. 4, İstanbul 1994.

Güran S, “Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu”, *Danıştay Dergisi*, Yıl:12, S. 46-47, 1982.

Güven K, *Kişilik Hakları ve Ötanazi*, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara 2000, s. 104.

Hakeri H, *Tıp Hukuku*, Cilt I, Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Güncellenmiş 25. Baskı, Ankara 2022.



Hancı İH, *Malpraktis Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu*, Seçkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara 2006.

Hatırnaz EG, *Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları*, Seçkin Yayınları, Ankara 2009.

Hatun Ş, *Hasta Hakları*, İletişim Yayınları 1. Baskı, İstanbul 1999.

Kahraman Z, “Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S.1, Y. 2016.

Kırgın Toprak D ve Şahin B, (2012) “Sağlık Bakanlığı hastanelerine yapılan hasta şikâyetlerinin değerlendirilmesi”, *Sağlıkta Performans ve Kalite Dergisi*, 3(1).

Kuşuoğlu S / Çövenler Ç / Kürtüncü M / Aktaş E, “İlaç Uygulamalarında Hemşirenin Mesleki ve Yasal Sorumluluğu”, Maltepe Üniversitesi Hemşirelik Bilim ve Sanatı Dergisi, C. 2, S. 2, 2009

Mahmutoğlu FS, “Hasta veya Hasta Yakını Tarafından Hekime Yönelik Gerçekleştirilebilecek Şiddet Vakalarında Karşılaşılabilecek Olası Ceza Hukuku Sorunları”, (Edt. Prof. Gr. Gürsel ÇETİN, Uz. Dr. Ahsen KAYA) İ. Ü. Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri Sempozyum Dizisi No: 78 İçinde, İstanbul 2012.

Oral T, “Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasını Alma Yükümü”, Ankara Barosu Dergisi, S. 2, Ankara 2012.

Odyakmaz Z, “İdare Hukuku Açısından Hasta Hakları Uygulamaları”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 5, Y. 2, Nisan 2011.

Oğuz NY, “Hasta Hakları Alanındaki Gelişmeler ve Değişen Değerler”, Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi, 5(2).

Ozanoğlu HS, “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 52 (2003).

Özen M / Şahin ME, “Ötanazi”, Ankara Barosu Dergisi, Y.68, S.2010/4.

Özdemir H, “Diş Hekimlerinin Hukukî Sorumluluğu”, *EÜHFD*, C. XV, S. 1-2, 2011.

Özcan BG / Özel Ç, “Kişilik Hakları-Hasta Hakları Bağlamında Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Çıkan Hukukî İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, *Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi*, C. 10, S. 1, Ankara 2007.

Özel Ç / Özcan B / Burcu G, “Akılcı İlaç Kullanımında Hekimin ve Eczacının Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü”, *İÜHFM*, C. LXVI, S.2.

Öztürk B, “Hasta Hakları ve Ötanazi”, Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan, İzmir 2001.

Sarıtaş H, Hasta Hakları Açısından Hekim Sorumluluğu, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Medeni Hukuk Bilim Dalı, Ankara 2005.

Saygılı A, “Yaşam Hakkı Üzerine Düşünceler”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi-İNÜHFD, 10(2), 2019.

Serdaroğlu EB, “Ötanazi-Ölme Hakkı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cevdet Yavuz’a Armağan, Cilt: 22, Sayı:3, 2016

Sert G, *Hasta Hakları*, Babil Yayınları, İstanbul 2004.

Sert G, “*Hastanın Tıp Eğitimine Katılmayı Reddetme Hakkı Bağlamında Beden Mahremiyeti Kavramı*”, 3rd National Congress of Medical Ethics, Congress Proceeding Book Volume 2.

Sert G / Görkey Ş, *Hasta Hakları Yönetmeliğinin HIV AIDS’le Yaşayanlar Açısından Değerlendirilmesi*, Düzenleyen, H. PEKTAŞ, C. UCA, 5. Türkiye AIDS Kongresi Kitabı, 12-14 Kasım 2002.

Şantaş F / Şantaş G / Erigüç G, “Türkiye’de Özel Hastanelere Ve Devlet Hastanelerine Yönelik Elektronik Şikâyetlerin İncelenmesi” *Uluslararası Sağlık Yönetimi ve Stratejileri Araştırma Dergisi*, 2019, 5(3).

Şenocak Z, *Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 529, AÜHF. Döner Sermaye Yayınları No: 44, Ankara 1998.

Şentürk H / Çetin GK, “Hastanelerde Manevi Danışmanlık Hizmetleri İhtiyacı Üzerine Pilot Bir Araştırma: Sdü Hastanesi Örneği”, *Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi*, Temmuz 2020; 10(2), s. 378.

Tezcan D / Erdem MR / Sancakdar O / Önok RM, *İnsan Hakları El Kitabı*, Genişletilmiş 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2012.

Türkmen HÖ, “Hekim-Hasta İlişkisinde Haklar ve Sorumluluklar, Bulletin of Thoracic Surgery/Oraks Cerrahisi Bülteni, 2014, Vol. 5, Issue 1.

Vural TG, *Hasta Hakları*, Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Ankara 1993.

Yaman Z, Kavuncu B, (2020). Özel hastanelere yapılan çevrimiçi şikâyetlerin içerik analizi ile incelenmesi, Sivas Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, 21(2), 282-297.

Yılmaz B, *Açıklamalı-İçtihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, Adalet Yayınları, Ankara 2007.



Yıldırım RF ve Kumru S, “Hasta Şikâyetleri ve Tatmininin Sağlık Bakanlığı İletişim Merkezine Yapılan Başvurular ile Değerlendirilmesi: İstanbul-Kadıköy Örneği”, Eurasian Journal of Health Technology Assessment, 2021.

https://ec.europa.eu/health/ph_overview/co_operation/mobility/docs/health_services_co108_en.pdf (Erişim tarihi: 26.05.2022).

<https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights> (Erişim tarihi: 26.05.2022).

<https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights> (Erişim tarihi: 26.05.2022).

<https://www.unicef.org/turkey/en/convention-rights-child>.

<https://www.singlead.club/about> (Erişim Tarihi: 06.06.2022).



KRİPTO VARLIKLARIN İCRA VE İFLÂS KANUNLARINDA GÖRÜNÜMÜNE DAİR İSVİÇRE ÖRNEĞİ

*The Status of Crypto Assets in Codes of Debt Enforcement and Bankruptcy:
The Swiss Example*

Ömer ÇON*

Özet

Kripto varlıkların hukuki durumu henüz belirli değildir. Türk hukukunda bu hususta bir düzenlemeye ihtiyaç vardır. Bu çalışmada kripto varlıklarla ilgili İsviçre örneği ele alınmaktadır. İsviçre hukukunda 2021 yılında yürürlüğe giren düzenlemelerin amacı, kripto varlıklar hakkında değişik sistemleri içerisinde barındıran hukuki bir yatırım ortamı tesis etmektir. Bu anlamda İsviçre örneğinde kripto varlıklar hakkında hukuki düzenlemeler yapılırken ekonomi hukukunun maddi hukukun ve icra ve iflâs hukukunun birçok kurumlarından yararlanılmıştır.

Kripto varlıklar için hazırlanan yatırım ortamının oluşmasına hizmet eden düzenlemelerden biri, İsviçre İcra ve İflâs Kanunu madde 242a'dır. İsv. İİK'de kripto varlıkların her icra işlemindeki görüntüsü ayrı ayrı düzenlenmemiştir. Dolayısıyla kanun koyucunun kripto varlıklar hakkında düzenleme yaparken kazuistik bir yöntem kullanmadığı belirtilmelidir. İsv. İİK'de, güvenli yatırım için önemli bir unsur olan aracı kuruluşlar ile yatırımcılar arasındaki ilişkinin iflâs tasfiyesi boyutuna odaklanılmıştır. İsv. İİK m. 242a, aracı şirketlerin tasfiyesinde kripto varlıkların hariç tutulabileceğine ilişkindir. Bu maddeden bir kaç farklı sonuç çıkartılabilir. Örneğin kripto varlıkların iflâs tasfiyesine dair maddelerde yer alması, aynı zamanda kripto varlıkların haciz işlemine konu ve iflâs masasına dahil olacağını da zımnen ifade etmektedir. Bu çalışmada İsviçre hukukunda yapılan kanuni düzenlemelerde yer alan gelişmeler ışığında, iflâs tasfiyesinde kripto varlıkların durumu tartışılacaktır.

Anahtar Sözcükler: Tasfiyeden Çıkarma, Kripto Varlık, İflâs, İflâs Tasfiyesi, İflâs İdaresi, İflâs Masası.

➤ Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 16.11.20221

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 16.06.2022

* Dr. Öğr. Üyesi, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi, omercon@sdu.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0003-1465-4075>



Abstract

The legal status of cryptocurrencies is not yet clear. There is a need for regulation in Turkish law in this regard. The Swiss example of cryptocurrencies is discussed in this study. The regulations, which came into force in Swiss law in 2021, are intended to create a legal investment environment that includes various systems for crypto-assets. In this sense, many institutions of commercial law, substantive law as well as debt collection and bankruptcy law were used. One of the regulations that serves to create the investment environment prepared for cryptocurrencies is Article 242a of the Swiss Code of Debt Enforcement And Bankruptcy.

In the Swiss Code of Debt Enforcement And Bankruptcy, the status of crypto currencies is not regulated separately in each ruling. It should therefore be noted that the legislature does not use a casuistic method when regulating crypto currencies. The focus is on the bankruptcy resolution dimension of the relationship between intermediaries and investors, which is an important element for safe investments in Swiss debt enforcement and bankruptcy law. Article 242a of the Swiss Code of Debt Enforcement And Bankruptcy deals with the segregation of crypto currencies in the bankruptcy liquidation of companies. Several different conclusions can be drawn from Article 242a. For example, except as provided in Article 242a, the law, like all property, subjects cryptocurrencies to bankruptcy. So cryptocurrencies are considered attachable. This article discusses the latest Swiss legal developments on the relationship between crypto currencies in bankruptcy liquidation.

Key Words: The Segregation, Crypto-assets, Bankruptcy, The Bankruptcy proceeding, Bankruptcy Custodian/Liquidator, Bankruptcy Estate.

GİRİŞ

Bu çalışmada kripto varlıklarla yapılan yatırımlar için aracılık hizmeti veren şirketlerin iflâsı durumunda, yatırımcıların icra ve iflâs hukuku enstrümanlarıyla korunması hususu tartışılacaktır. Konuyla ilgili çalışmanın çıkış noktası 1 Ağustos 2021 tarihinde yürürlüğe giren, İsviçre Federal İcra ve İflâs Kanunu¹ m. 242a hükmüdür. 2021 yılında kripto varlıklar hakkında İsviçre hukukunda yürürlüğe giren düzenlemelerin İsviçre ekonomi ve hukuk politikaları bakımından amaçları; yatırım güvenliğinin sağlanması ve teknolojik gelişmelerin düzenli devam edebilmesi için kripto varlıklara dair ihtiyaç duyulan yasal çerçevenin belirlenmesidir. İsv. İİK m. 242a, bu amaçla hükme bağlanan düzenlemelerden yalnızca biridir.

Çalışmada öncelikle genel olarak kripto varlıkların hukuk düzeninde ortaya çıkardığı belirsizliklere değinilmiştir. Daha sonra bu belirsizliklere dair çözüm metotları hakkındaki tespitlerden bahsedilmiştir. Devamında iflâs tasfiyesine

¹ Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SR 281.1 11.04.1889 (AS 11 529). İsviçre İcra ve İflâs Kanunu metin içerisinde İsv. İİK şeklinde kısaltılarak kullanılacaktır.

ve öngörülen icra hukuku enstrümanlarına zihni bir girizgâh olması için kripto varlıkların şekli hukuktaki görüntüsüne yer verilmiştir. Bu açıklamaların ışığında da İsv. İİK m. 242a ve İİK m. 242a'nın uygulanmasına dair ilgili yönetmelik hükümleri incelenmiştir.

I. KRİPTO VARLIKLAR NEDENİYLE ORTAYA ÇIKAN HUKUKİ PROBLEMLER VE UYGULANABİLECEK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ

A. KRİPTO VARLIKLARLA İLGİLİ HUKUK BOŞLUĞU

İsviçre hukukunda kripto varlıklar hakkında vasıflandırma problemlerinin hukuk boşluğu ortaya çıkardığı belirtilmektedir². Kripto varlıklar ile ilgili bu tespit, Türk hukuku için de doğrudur³. Kripto varlıklar hakkında yasal düzenleme ihtiyacının iki temel konuda belirginleştiğinden bahsedilebilir. Bu konulardan ilki, gerçekten eşya olmasalar dahi kripto varlıkların da mülkiyetten veya zilyetlikten doğan koruma benzeri bir himayeden yararlanması gereksinimi ile ilgilidir. Diğeri ise, kripto varlıkların el konmaya elverişli bir hukuk nesnesi olduğunun hukuken icra ve iflâs hukuku bağlamında temellendirilmesidir.

Kripto varlıklara dair hakların hukuki himayesi hakkındaki kaygan zemin, hukuk düzeninin kripto varlıklara el atabilmesi (özellikle haciz işlemi)⁴ bakımından da söz konusudur. Zira şifrelenmiş ve sayılardan oluşmuş kodların devlet otoritesi tarafından kontrol edilememesi, kripto varlıkların temel özelliklerinden biridir. Bu nedenle bir değer ifade etmesine rağmen İcra ve İflâs Kanunu⁵ anlamında kripto varlıkların muhafaza altına alınması bakımından problemler ortaya çıkmaktadır.

Buraya kadar anlatılan teknolojik gelişmeler hukukçular ve kanun koyucu için bir dert gibi görünebilir. Fakat kripto sistemdeki kodlar, her bir işlem için sisteme entegre tüm bilgisayarlara birbirinden bağımsız olarak kaydedilir. Böylece kaydedilen veriler geri alınması mümkün olmayacak şekilde, merkezi olmayan bir sisteme entegre edilmiş olur. Üzerinde oynama yapılamayacak bir teknikte belgelemenin mümkün hale gelmesi, hukuki ilişkiler bakımından tahrif edilmemesi önemli olan bilgilerin depolanması yönünden umut vericidir.

² Samuel Zogg, "Bitcoin als Rechtsobjekt – eine zivilrechtliche Einordnung" (2019) *Recht* s. 101 ve s. 109. Benjamin V Enz, "Die zivilrechtliche Einordnung von Zahlungs-Token wie dem Bitcoin als «Registerwertdaten» und deren Aussonderbarkeit im Konkurs de lege lata und de lege ferenda" (116/2020) *Schweizerische Juristischen Zeitung* s. 293.

³ Gençer Özdemir, "Kripto Paraların Eşya Niteliği" (2021)11 *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* s. 302.

⁴ Borçlunun malına devletin yasal mevzuatın ön gördüğü şartlara uygun el atması haksız bir müdahale olmayıp aksine meşru kamu gücü kullanılan kamusal karakterli bir işlemdir [bkz. Muhammet Özkes, *İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler* (Adalet Yayınevi, Ankara 2009) s. 128 dn. 267].

⁵ RG. 19.06.1932 S. 2128. Metin içerisinde İİK şeklinde kısaltılacaktır.



Bu anlamda, resmi sicillerin entegre edileceği kripto temelli bir sistemin hazırlıkları, çoğu ülkede başlamıştır⁶.

B. ÖZEL HUKUK MEVZUATINDA YER ALAN TEMEL KAVRAMLAR İLE KRİPTO VARLIKLAR ARASINDAKİ İLİŞKİ

Özel hukuk mevzuatı, konusu hak, eşya ve/veya para olan edimlerden yola çıkılarak oluşturulan hukuki işlemlere dair sistemler üzerine bina edilmiştir⁷. Dolayısıyla kripto varlıkların vasfını belirlemek üzere bu temel kavramlardan yola çıkılmalıdır.

1. Kripto Varlıkların Mülkiyete Dayalı Korumadan Yararlanması Hakkında Ortaya Çıkabilecek Sorunlar

Kripto varlıklara dair hukuk boşluğunun merkezindeki sorun, kripto varlıklar ile eşya kavramı arasındaki ilişkinin belirsizliğidir. Eşya kavramı, aynı hakka konu olmaya elverişli maddi varlıkları ifade eder⁸. Kripto varlıklar ile eşya kavramı arasındaki ilişki değerlendirilirken kişiye özgülenebilme ve üzerinde tasarruf edilebilme hususlarının göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Bu durumda kripto varlıkların mülkiyete elverişli olduğunu belirtmek zordur. Zorluğun temelde iki sebebi vardır:

Bu sebeplerden ilki, kripto varlıklar hakkında şifreleme teknikleri nedeniyle eşyanın temel olarak sahibine sağlaması gereken tasarruf hakkı ile ilgili ortaya çıkan problemlerdir. Gerçekten kripto varlık üzerinde tasarruf edilebilmesi için her durumda şifre ile sisteme giriş yapılması gerekmektedir. Şifrenin kaybı halinde, artık kripto varlık hakkında tasarruf edilmesi mümkün olmamaktadır. Ayrıca şifrenin farklı bir kişinin eline geçmesi durumunda da sahibi dışında üçüncü bir kişinin kripto varlık hakkında yaptığı tasarrufun geri alınması da mümkün olmamaktadır. Mülkiyete elverişliliğe dair diğer problem ise kripto sistemde değer atfedilen verilerin cisimleştirilememesidir⁹.

⁶ Etienne Trandafir, “Immobilieninvestitionen und Blockchain” (2020) *Aktuelle Juristische Praxis* s. 19.

⁷ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (RG. 08.12.2011 S. 24607 Metinde TMK şeklinde kısaltılmıştır.), 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (RG. 04.02.2011 S. 27836 Metinde TBK şeklinde kısaltılmıştır.), 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (RG. 14.02.2011 S. 27846 Metinde TTK şeklinde kısaltılmıştır.). Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar* (26. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020) s. 6. Mustafa Dural ve Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku Cilt I* (Filiz Kitabevi, İstanbul 2019) s. 111. Antalya, Gökhan Antalya ve Murat Topuz, *Medeni Hukuk C. I* (4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021) s. 48.

⁸ Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop, *Tekinay Eşya Hukuku C. I* (5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1989) s. 3vd. A. Lale Sirmen, *Eşya Hukuku Dersleri*, Ankara 2020, s. 5. Fikret Eren, *Mülkiyet Hukuku* (6. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2020) s. 51. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku* (Filiz Kitabevi, İstanbul 2018) s. 18.

⁹ Benjamin V Enz, *Kryptowährungen im Lichte von Geldrecht und Konkursaussonderung* [Zürich - Basel - Genf 2019 (= ZStP 293)] s. 175.

Belirtilen sebepler kripto varlığın kişiye özgülenmesinde problem oluşturmaktadır. Bu durum, Türk Medeni Kanunu anlamında kripto varlıkların eşya, kripto varlık sahiplerinin de mâlik olarak vasıflanmasını engellemektedir¹⁰.

Kripto varlıklar hakkında işlem yapılabilen kripto sistemde elde edilen kodlara atfedilen değerinde, klasik olarak bilinen kısıtlı arza karşı talebin artması mantığı vardır. Bu sistem ile oluşturulan pazarda kripto varlıklar çeşitlenirken bir adım daha atılmış, kişiye özgülenebilen kodların (NFT)¹¹ pazarda alışverişine başlanmıştır. Farklı olarak kişiye özgülenebilmesi mümkün hale getirilmiş bu kodların, diğer kripto varlık türlerine göre eşya kavramı altında konumlanmasının daha kolay olduğu belirtilmiştir¹². Dolayısıyla kripto paralar hakkındaki çoğu belirsizliğin NFT'ler bakımından söz konusu olmadığı belirtilebilir.

2. Kripto Varlıklar ile Para Arasındaki İlişki

Bir varlığın para olduğundan bahsedebilmek için; o varlığın değer ölçütü olma işlevini, biriktirilme işlevini ve devletin iktisat politikası aracı olma işlevini bir bütün halinde sağlaması gerekir¹³. Diğer yandan paranın cismani olması da gerekmektedir. Şu halde özel hukuk ilişkilerinde kripto varlıkların bir para olarak vasıflandırılmasına mesafeli durulmaktadır¹⁴. Bu durumda Türk hukukunda bir şeye para değerinin atfedilmesi için aranan esaslar gözetildiğinde, kripto varlıklar, para kavramı kapsamında incelenemeyeceği belirtilebilir. Bu nedenle borçlar hukuku anlamında edimin konusu bir para

¹⁰ Tartışmalarla ilgili bkz. Fatih Bilgili ve M. Fatih Cengil, Bilgili F ve Cengil M F, *Bitcoin Özelinde Kripto Paraların Eşya Niteliği Sorunu* (2019, academia.edu E.T. 22.10.2021), s. 8 vd. Eylül Balıkcı, “Dava ve Takip Konusu Olabilmesi Bakımından Kripto Paralar” (2021) *XVII/2 Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* s. 283 vd. Gençer Özdemir, “Kripto Paraların Eşya Niteliği” (2021)11/1 *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* s. 297 vd. ayrıca bkz. Lukas Müller ve Malik Ong, “Aktuelles zum Recht der Kryptowährungen” (2020) *Aktuelle Juristische Praxis* s. 206.

¹¹ “NFT (Non Fungible Token), herhangi bir dijital dosyanın benzersiz olduğunu onaylayan, blok zinciri adı verilen sistemde depolanan bir veri birimidir. Bir NFT, bir kriptografik varlık gibi işlev görür, ancak kripto para birimlerinin aksine, karşılıklı olarak birbirinin yerine geçemez, başka bir deyişle, takasa elverişli değildir.” (E.T. 01.10.2021).<https://tr.wikipedia.org/wiki/NFT> E.T. 01.10.2021). Ayrıca bkz. Ferdinand Regner, Andre Schweizer ve Nils Urbach, “NFTs in Practice – Non-Fungible Tokens as Core Component of a Blockchain-based Event Ticketing Application” (2019) *Fortieth International Conference on Information Systems*, s. 3.

¹² Markus Kaulartz ve Alexander Schmid, “Rechtliche Aspekte sogenannter Non-Fungible Tokens (NFTs)”, (2021) *Compliance Berater* s. 302. Vock ve Hofmann, s. 309.

¹³ bkz. Türk Parasının Kıymetinin Korunması Hakkında Kanun RG. 25.02.1932, S. 1433.

¹⁴ Taner Emre Yardımcı, “İcra Takibi Yoluyla Bitcoin Alacağının İleri Sürülmesi ve Borçlunun Bitcoininin Haczedilmesi” (2019)XXIII/3 *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, s. 102. Boran Güneysu, s. 11. Balıkcı, s. 274. 20/6/2013 tarihli ve 6493 sayılı Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanu m. 12/3 ve m. 18/6.



ise kripto varlıklar ile yapılan ödeme, ancak ifa uğruna edim olarak kabul edilebilmektedir¹⁵.

Türk hukukunda 6493 sayılı Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanun'a¹⁶ dayanılarak çıkarılan Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönetmelik'te¹⁷, kripto varlıklar “*Bu Yönetmeliğin uygulanmasında kripto varlık, dağıtık defter teknolojisi veya benzer bir teknoloji kullanılarak sanal olarak oluşturulup dijital ağlar üzerinden dağıtımı yapılan, ancak itibari para, kaydi para, elektronik para, ödeme aracı, menkul kıymet veya diğer sermaye piyasası aracı olarak nitelendirilmeyen gayri maddi varlıkları ifade eder.*” şeklinde tanımlanmıştır.

İsviçre hukukunda kripto para birimi, «*İnternet'te alınıp satılabilen bir değer dijital temsildir ve kripto para birimleri “paranın işlevlerini üstlenir” (“dijital varlıklar”)*»¹⁸. Kripto varlıklar hakkında temel kategori, İsviçre hukukunda Menkul Kıymetler ve Türev Araç Alım Satımlarında Finansal Piyasa Altyapıları ve Piyasa Davranışları hakkında Federal Kanun'da¹⁹ m. 2 ile *kaydi değeri olan haklar* şeklinde belirlenmiştir. Fakat kripto varlıklar, farklılaşan işlevleri nedeniyle farklı mevzuatlarda farklı kategorilerde düzenlenmiştir. İsviçre kanun koyucusu ise kripto varlıklar hakkındaki tanımları sayma yoluyla tüketmek yerine, bu varlıklar hakkındaki düzenlemeleri esnek tutmayı tercih etmiştir. Çünkü kripto varlıklar, farklı hukuki ilişkilerde farklı etkiler oluşturmaya müsaittir. Gerçekten İsviçre'de 2021 yılında tesis edilmek istenen güvenli yatırım ortamı için yapılan hukuki düzenlemelerde; İsviçre Borçlar Kanunu'nun kıymetli evraklara²⁰ dair hükümlerinde (m. 973c), İsviçre Milletlerarası Usul Kanunu'nda (m.105/2 ve 106, 108a, 145a), İsviçre Merkez Bankası Kanunu'nda (m. 19, 20), İsviçre Bankalar Kanunu'nda (m. 1b, m.4^{sexies}, m. 16, m. 37d), Kara Paranın Aklanması Hakkında Kanun'da (m. 2/2-*dbis-dquater*, m. 3/5), Finans Sağlayıcılar Hakkında Kanun'da (m. 3/b, m. 6/2, m. 16, m. 41/b, m. 67/2), Finansal Piyasalar Kanunu'nda (m. 2/a) kripto varlıkların farklı görünüm biçimleri yer almaktadır. Örneğin, İsviçre Borçlar Kanunu²¹

¹⁵ Gabriela Hauser-Spühler ve Luzius Meisser, “Eigenschaften der Kryptowährung Bitcoin” (2018) *Digma* s. 7. Enz, Kryptowährungen, s. 229.

¹⁶ RG. 20.06.2013 S. 28690.

¹⁷ RG. 15.04.2021 S. 31456.

¹⁸ 25 Haziran 2014 tarihli Schwaab (13.3687) ve Weibel (13.4070) varsayımlarına yanıt olarak sanal para birimleri hakkında Federal Konsey raporu (Alexandra Geiger ve Stefan Keller, “Kryptowährungen in der Nachlassplanung und -abwicklung” (2021) *Successio* s. 261. Sebastian Omlor, “Digitales Eigentum an Blockchain-Token – rechtsvergleichende Entwicklungslinien” (2020) *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft* s. 42. Ayrıca bkz. Micheal Kai Hingst ve Alexander Karl Neumann, “Bitcoin-Handel als Anwendungsfall der Regulierung virtueller Währungen” (2019) *Compliance Berater* s. 257.

¹⁹ SR 958.1 19.06.2015.

²⁰ SR 220 30.03.1911.

²¹ BBl 2020 233 14.01.2020.

m. 973c vd'nda kripto varlıklar, kıymetli evrakta mündemiç hak benzeri (wertpapierähnlichen Rechte) bir kategoride yer almıştır.

Dünya gündemi takip edildiğinde kripto varlıkların en popülerleri²² olan kripto paraların sanal para olarak vasıflanması üzerine yapılan mevzuat çalışmalarının tamamlanmak üzere olduğu görülmektedir²³. Örneğin Alman Medeni Kanunu'nda (BGB)²⁴ 1 Ocak 2022 tarihinde yürürlüğe girecek değişiklikler de bu yönelimdedir. Dijital Ürünlere İlişkin Sözleşmelere Dair Alman Medeni Kanunu'nda Yeni Düzenlemeler Hakkında Kanun²⁵ ile Alman Medeni Kanunu'nda bazı sözleşmelerde dijital içeriklerin durumu düzenlenmektedir. Bu düzenlemelerden olan Alman Medeni Kanunu m. 327t-327u'da, dijital ürünlere dair tüketicilerin şirketlerle yaptığı sözleşmelerde kripto paraların bir ödeme aracı olarak kabul edilmesinin mümkün olduğu belirtilmektedir²⁶. Şu halde yakın bir gelecekte kripto paraların sanal para olarak vasıflandırılması kuvvetle muhtemeldir.

3. Kripto Varlıkların Konu Olduğu Sözleşmelerin Vasıflandırılması Meselesi

Maddi hukuk anlamında vasıflandırma (subsumtion) meselesi, edimlerin ifa edilmemesi durumunda ortaya çıkacak problemlere uygulanacak normların tespiti bakımından önemlidir.

Taraflardan birinin ediminin kripto varlık olarak belirlendiği sözleşmelerde, meydana gelen pürüzlerin Türk Borçlar Kanunu'ndaki hangi hükümler bağlamında değerlendirileceği konusunda muğlaklık ortaya çıkmaktadır²⁷. İsviçre hukukunda bu sorun, cüzdan sağlama hizmeti veren şirketler ile yatırımcılar arasında yapılan kripto varlıkların depolanması içerikli sözleşmelere uygulanacak normlar bakımından tartışılmıştır. Çünkü kripto

²² Konuyla ilgili haberlere bir örnek olarak bkz. <https://tr.euronews.com/2021/04/14/kripto-para-piyasas-n-n-toplam-degeri-dunyan-n-en-degerli-sirketi-olan-apple-gecti> (E.T. 15.09.2021).

²³ Ayrıca bkz. Lukas Müller, Milena Reutlinger ve Philippe J A Kaiser, "Entwicklungen in der Regulierung von virtuellen Währungen in der Schweiz und der Europäischen Union" (2018) *Zeitschrift für Europarecht* s. 86. Bilgili ve Cengil, s. 24. Balıkçı, s. 279. Ayrıca bkz. ecb.europa.eu. <https://www.dw.com/de/ezb-will-digitalen-euro-einfuehren/av-58269232> E.T. 10.09.2021.

²⁴ Bürgerliches Gesetz Buch (BGB) RGBl. S. 195 18.8.1896.

²⁵ BBl 30.06.2021 2123 (https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGB1&jumpTo=bgbl121s2133.pdf#_bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl121s2133.pdf%27%5D_1634911113936). Ayrıca bkz. Gesetz zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags BBl 30.06.2021 2133.

²⁶ Christiane Wendehorst, "Die neuen Regelungen im BGB zu Verträgen über digitale Produkte" (2021) *Neue Juristische Wochenschrift*, s. 2913-2992.

²⁷ Görüşler hakkında ayrıca bkz. Nilüfer Boran Güneysu, "Bitcoin ve İcra Hukuku" (2018)1 *Fides Law Review*, s. 85.



varlıklar hakkında yapılan bu sözleşmelerin İsviçre Bankalar Kanunu (BankG) anlamında bir müşteri mevduat sözleşmesi olarak değerlendirilmesinin, yatırımcılar ve cüzdan sağlama hizmeti veren şirketler bakımından farklı sonuçlarının doğması beklenmektedir²⁸.

Kripto varlıklara sahip olabilmek ve bu varlıkları konu alan işlemleri yapabilmek için kripto sisteme entegre olmak gerekmektedir²⁹. Temel olarak bu hususta birkaç farklı yol takip edilebilir. Kişinin kendisinin bir kullanıcı sözleşmesini kabul ederek ve kendi şifresini oluşturarak sisteme kendini entegre edebildiği yol, bu yollardan ilkidir. Bir şirket aracılığıyla da ilgilinin kripto varlıklar hakkında bu tasarruf işlemlerini yapabilmesi mümkündür. Hukuki anlamda tüzel kişiler ile kullanıcı arasındaki sözleşmenin içeriğinin iki türlü olduğu görülür. İlk sözleşme türünde tüzel kişinin kullanıcı adına işlem yapmasından değil yalnızca sisteme kullanıcının girebilmesini kolaylaştıran bir hizmet sağlamasından söz etmek mümkündür. Sözleşmenin diğer türünde ise tüzel kişi, verilen talimat ile kullanıcı hesabına bir kripto varlık alır. Bu alım işlemi mevcut Türk Borçlar Hukuku normlarına göre satım sözleşmesi olarak tanımlanamaz.

Doğrudan müdahale edilemeyen kripto varlık piyasasında, hak ihlâli durumunda etkin bir hukuki korumanın tesisi için hukuki ilişkinin tarafı hakkındaki belirsizliğin giderilmesi gerekmektedir. Gerçekten kripto sistemde yapılan işlem ile elde edilecek kripto varlığı kimin taahhüt ettiği arasındaki ilişki, çoğu zaman belirsizdir. Bu anlamda Türk hukukuna göre kurulmuş hak ehliyetine sahip ve böylece borçlanmaya ehil tüzel kişilerin, kullanıcıları (doğrudan veya dolaylı) temsilen kripto varlıklar hakkında işlem yapması hukuki ilişkideki çoğu belirsizliği ortadan kaldıracaktır. Çünkü aracı şirketler ile kullanıcı arasındaki ilişki bir sözleşmeyle kurulur. Sözleşme ise çoğu yönden Türk hukuku anlamında tarafların haklarını ve borçlarını belirlemeye yeterli olacaktır.

II. İCRA VE İFLÂS HUKUKU BAĞLAMINDA ORTAYA ÇIKABİLECEK SORUNLARIN VE ÇÖZÜM YOLLARININ TESPİTİ

A. Genel Olarak Kripto Varlıklar Hakkında Hukuki Himaye Talepleri

Özel hukuk bağlamında şekli hukuk ifadesi, hem medeni usul hukukunu hem de icra ve iflâs hukukunu kapsar³⁰. Her iki hukuk dalı da maddi gerçeğin tespitine ve subjektif hakkın hukuken etkin şekilde korunmasına hizmet eder³¹. Bir diğer ifadeyle şekli hukuk, medeni hukuk bağlamında çerçevesi

²⁸ Hauser-Spühler ve Meisser Luzius; s. 9.

²⁹ Balıkcı, s. 290. Bilgili ve Cengil, s. 8. Yardımcı, s. 99.

³⁰ İlhan E Postacıoğlu, *Medeni Usul Hukuku Dersleri* (Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1959) s. 4.

³¹ Mustafa Reşit Belgesay, *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi* (M. Sıralar Matbaası, İstanbul 1956) s. 12.

belirlenen hakların tespitini ve teslimini düzenleyen hükümlerden oluşur³². Kripto varlıklarla ilgili hakların yukarıda değinilen belirsizlikler nedeniyle vasıflanmasının sorunlu olması, bu hakların hukuki ve etkin bir korumadan yararlanması zorunluluğunu değiştirmez. Bu durumda kripto varlıklarla ilişkili bir hak talebinin, özellikle bir dava ve/veya icra takibi yolu ile ileri sürülmesinde veya iflâs tasfiyesine konu olması durumlarında meselenin farklı bir boyutu ortaya çıkmaktadır. Çünkü kripto varlıkların cisimleştirilemiyor olması şekli hukukta, çoğu yönden problem oluşturmaktadır. Aşağıda kripto varlıklarla ilgili durumun, şekli hukukta ortaya çıkardığı farklılıklara değinilecektir.

B. Kripto Varlıklar ve Medeni Usul Hukuku Bakımından Bazı Temel Sorunlar

Bu başlık altında genel hatlarıyla medeni usul hukukunda doğabilecek kripto varlıklara dair sorunlar irdelenecektir. Böylece inceleme konumuz olan icra ve iflâs hukuku sorunlarına zihni bir girizgah oluşturulacaktır. Medeni usul hukuku, hukuki himaye talebi ile başlayan dava sürecinde mahkemeler önünde ve/veya mahkemeler tarafından yapılan usuli işlemlerle ilgilenir³³. Bu anlamda davanın unsurları (taraf, dava konusu ve dava sebebi)³⁴ ile dava şartları hakkındaki hususlardan aşağıda yalnızca kripto varlıklar bakımından ortaya çıkabilecek özel durumlara değinilecektir.

³² Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü C. 1* (6. Baskı, Demir Yayıncılık, İstanbul 2001) s. 9vd. Baki Kuru, *İcra Hukuku El Kitabı (2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2001) s. 59*. Hakan Pekcanitez, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku* (15. Bası, İstanbul 2017) s. 26 vd. Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku* (Seçkin Yayınları, Ankara 2020) s. 10 vd. Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan, *Medeni Usul Hukuku* (4. Baskı Adalet Yayınevi, Ankara 2020) s. 3. Sabri Şakir Ansay, *Hukuk Yargılama Usulleri* (Son Havadis Matbaası, Ankara 1954) s. 2. Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku* (İstanbul 1997) s. 17. Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *İcra ve İflâs Hukuku* (5. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2019) s. 37.

³³ Abdurrahim Karşı, *Medeni Usul Hukukunda Usuli İşlemler* (İstanbul 2001) s. 13. Medeni usul hukukunun inceleme konusu için bkz. Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı* (Alfa Yayınevi, İstanbul 1995), s. 33. Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku*, s. 18. Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *Medeni Usul Hukuku* (6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020) s. 51-52.

Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (9. Bası, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021) s. 6. Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku C. 1* (3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020) s. 112. Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku*, s. 9 ve 10. Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan, *Medeni Usul Hukuku* (4. Baskı Adalet Yayınevi, Ankara 2020) s. 1-2 ve s. 177.

³⁴ Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı*, s. 880 vd. Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku*, s. 696-715. Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes, *Medeni Usul Hukuku* (14. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2013) s. 847-849. Ejder Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi C. 3* (3. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2017) s. 2937-2958. Bilge Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi* (2. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2014) s. 871 vd. Budak ve Karaaslan, s. 308-309.



Kripto varlıklar ve mahkeme arasındaki ilişki, ilgili hakların dava yoluyla ileri sürülmesi bakımından görev ve yetki başlıkları altında incelenmelidir³⁵. Kripto varlıkların nerede ve ne vasıfta kullanıldığından kaynaklı davanın açılacağı mahkemeye dair bir belirsizlik söz konusudur. Çünkü kripto varlık somut olarak bir yargı çevresinde bulunmamaktadır. Kanaatimizce kripto varlıkların mübadelesinde hukuki ilişkinin taraflarının ve kripto varlığı konu alan ilişkide ağır basan unsurun özelliklerine göre görevli ve yetkili mahkemenin tespit edilebileceği belirtilebilir³⁶.

Türk hukukunda henüz kripto varlıklara dair görev hususunda bir ihtilafı tartışan mahkeme kararına rastlanmamıştır. İsviçre ve Alman hukuklarındaki gelişmeler gözlemlendiğinde; Türk hukukunda da kripto varlıkların bir yatırım veya para benzeri ödeme aracı (sanal para-elektronik para-kaydı para) olarak vasıflandırılması mümkün olduğu gibi kıymetli evrakta mündemiç hak benzeri (wertpapierähnlichen Rechte) bir hak kategorisinde³⁷ (İsv. BK m. 973c ve m. 973d'ye sistematik olarak karşılık gelen) Türk Ticaret Kanunu'nda vasıflandırılması gündeme getirilebilir. Kanaatimizce bu şekilde karmaşık nitelikte bir varlık, usul hukuku bakımından tüketici mahkemesi ile ticaret mahkemesi arasında görevli mahkeme hususunda önemli bir tartışmayı beraberinde getirecektir³⁸.

Şekli taraf teorisine göre maddi hukuk ilişkisine bakılmaksızın dava dilekçesinde husumetin yöneltildiği tarafa göre davanın tarafları belirlenir³⁹. Bu kural, kripto varlıklar hakkında açılacak davalar için de geçerlidir. Ancak her nasılsa yatırımcıya karşı açılması gereken davanın aracı tüzel kişiye açılması durumunda davanın akıbeti, sıfat bağlamında maddi hukuk kurallarına göre değerlendirilecektir. Yatırımcının bir şirketle anlaşarak kripto varlıklar üzerinde kendi adına işlem yapması için şifresini aracı şirkete kullandırması durumunda tasarruf hakkı ortak kullanılmaktadır. Kripto varlıklar üzerinde tasarruf işlemi için zaruri olan şifrenin, üçüncü kişilerin eline geçmesi durumunda kripto varlıklar hakkında tüm tasarruf yetkisinin geriye dönülmez şekilde sahibinin rızasına gerek kalmaksızın kullanılabilir hale gelmesi, açılacak davada husumet meselesi ile meşguliyeti gerektirir. Bu durumda dava ve takiplerde husumetin yöneltileceği kişi bakımından kripto varlıklara dair bir belirsizlik söz konusudur⁴⁰. Bu husus ise davanın esastan kabulü ve reddiyle alakalı olarak ele alınmaktadır.

³⁵ Pekcanitez, *Usul*, s. 26 vd.

³⁶ Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s. 135 vd.

³⁷ Kripto varlıkların vasıflanması hakkında tartışmalar için ayrıca bkz. Balıkcı, s. 286.

³⁸ Mevcut tartışmalarla ilgili bkz. Pekcanitez, *Usul* s, 184 dn. 126-136. Kripto varlıklar ve usul hukuku tartışmaları için bkz. Balıkcı, s. 291.

³⁹ Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı* (Alfa Yayıncılık, İstanbul 1995) s. 238. Pekcanitez-Taş Korkmaz, *Pekcanitez Usul Hukuku C. I*, s. 555.

⁴⁰ Tanrıver, s. 501. Üstündağ, *Yargılama Hukuku*, s. 301.

Mahkemeden dava yolu ile talep edilen hukuki korumanın içeriği, bir hakkın tespiti, bir edimin yerine getirilmesi veya bir hakkın tesisi olabilir⁴¹. Henüz para veya eşya sayılma konusunda çekinceler söz konusu olsa da ekonomik bir değer atfedilen kripto varlıkların da bu kapsamda bir davaya konu edilebilmesi mümkündür. Esasen talep konusunun etkin korunmasının mümkün olup olmaması, bir davada hukuki yarar⁴² bağlamında soru işaretleri oluşturabilir. Ancak bu değerlendirmede, anayasal bir öneme sahip dava hakkının üstün tutulması gerekir⁴³. Bu nedenle kripto varlıklar hakkında elde edilen ilamın icrasındaki imkansızlık ihtimallerine dayanılarak tahkikat yapılmadan davanın usulden hukuki yarar yokluğu gerekçesi ile reddi doğru değildir.

Davanın sebebi, davacının davasını dayandırdığı vakialardır⁴⁴. Kripto varlıklar bakımından bu vakıaların farklı şekillerde ortaya çıkması mümkündür. Örneğin konusu kripto varlık olan bir sözleşmeye aykırılık nedeniyle dava açılması mümkün olabileceği gibi; sahibinin rızası olmaksızın kripto varlık üzerinde sözleşme dışı üçüncü bir kişinin tasarrufu nedeniyle haksız fiil bağlamında dava açılması da mümkündür. Bu durum, ispat faaliyeti bakımından farklı sonuçlar doğurur. Hukuki işlemin konusu olan kripto varlığın Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda belirlenen parasal sınırın üstünde olması durumunda senetle ispat meselesi gündeme gelecektir (HMK m. 200 ve m. 201). Hukuk Muhakemeleri Kanunu bu hususta ilgili belgenin ıslak imzalı ya da güvenli elektronik imzalı (5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu m. 5⁴⁵) olmasını arar. Dolayısıyla kripto varlıklar hakkında yapılan işlemin yer aldığı sistem verileri, yazılı olma şartını sağlamadığı için ispat bakımından senet değil yalnızca salt bir belge olarak kabul edilir⁴⁶. Kripto varlıkla ilişkili bir haksız fiil, davanın sebebini oluşturuyorsa; bu durumda da bir hukuki fiil söz konusu olduğundan her türlü kanuni delille ispat mümkün olacaktır. Bu durumda ispat faaliyeti bakımından senetle ispat kuralının her bir vakıa için ayrı ayrı değerlendirilmesi

⁴¹ Geniş bilgi için bkz. Atalı, Ermenek ve Erdoğan; s. 328. Postacıoğlu, *Usul Hukuku*, s. 179. Üstündağ, *Yargılama Hukuku*, s. 268 vd.

⁴² Geniş bilgi için bkz. Budak ve Karaslan, s. 162. Baki Kuru, *Medeni Usul Hukuku* (Legal Yayıncılık, İstanbul 2016) s. 197 vd. Emel Hanağası, *Davada Menfaat* (Yetkin Yayıncılık, Ankara 2009) s. 348.

⁴³ Geniş bilgi için bkz. Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku C. 1* (3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020) s. 467.

⁴⁴ Kuru, s. 765; Tanrıver, s. 494vd.

⁴⁵ RG. 23.01.2004 S. 25355.

⁴⁶ Senetin unsurları için ayrıca bkz. Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s. 499. İlhan E Postacıoğlu, *Şehadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları* (İstanbul 1964) s. 191. Ansay, s. 279 vd. Murat Yavaş, *Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları ile Bu Kuralların İstisnaları* (Turhan Yayınevi, Ankara 2009) s. 176. Ayrıca bkz. Fatih Bilgili ve M. Fatih Cengil, *Medeni Usul Hukukunda İspat Aracı Olarak Blockchain Teknolojisi*, s. 8 (https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/60299167/Medeni_Usul_Hukukunda_Ispat_Araci_Olarak_Blockchain_Teknolojisi_docx20190815-7366-1ezg607-with-cover-page-v2).



gerekir. Gerçekten davanın tarafları arasında kripto varlık borsasında işlem yapma taahhüdü içeren bir sözleşme bulunması durumunda tartışılan miktar yasal sınırın üzerinde ise senetle ispat zorunluluğu sözkonusu olacaktır. Ancak kripto varlıklara dair farklı örneklerden de bahsedilebilir. Örneğin kripto varlık sistemine hukuka aykırı yollarla müdahale edildiği iddiası da bir davada ispat konusu yapılabilir. Bu gibi durumlarda kripto varlıklarla ilgili iddiaların her türlü kanuni delil ile ispatlanması mümkün olacaktır.

Belirtilen problemler nedeniyle kripto sistem verilerinin ispat hukukundaki değerine dair Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda bir düzenleme yapılması, usul ekonomisi bakımından gelecek dönemler için tavsiye edilebilir.

Kanaatimizce medeni usul hukuku bakımından yukarıda belirtilen sebeplerle kripto varlıklardan daha çok kripto sisteme ispat faaliyeti anlamında ayrı bir önem atfedilmelidir. İsviçre hukukunda da ispat faaliyetleri bakımından kripto sistemden yararlanılması üzerine çalışmalar yapılmaktadır. Yapılan çalışmalarda kripto sistemin, blok zincirinde delil depolanmasına müsait olduğu anlaşılmıştır. Kripto sistemin bu şekilde kullanılması, hem hukuk güvenliği bakımından hem ispat hukuku bakımından avantajlarıyla ve tartışmalarıyla yakın bir gelecekte hukuk sistemlerine girecektir⁴⁷.

C. Kripto Varlıkların Bağlantılı Olduğu Cüz'i İcra Takipleri

1. Kripto Varlık Alacaklısının Tatminine Elverişli Takip Türünün Tespiti

İcra takibi, alacaklının elinde bir ilâm veya ilâm niteliğinde belge bulunmasına göre ilâmlı icra takibi (İİK m. 24-41, m. 149, m. 149a) ve ilâmsız icra takibi (İİK m. 42-144/a, m. 145-148, m. 167-170b, m. 272-276) olarak ikiye ayrılır.

Kripto varlık alacaklısı, alacağını para olarak tahsil etmek isterse bir mahkeme kararına ihtiyaç olmaksızın alacağını ilâmsız icra yolu ile takip edilebilir (İİK m. 42). Kripto varlıklardan kaynaklı dava hakkında verilen ilâm ise ilâmlı icranın konusunu oluşturmaktadır (HMK m. 301, m. 302 ve İİK m. 24 vd.). Açılan davanın talep sonucunun kripto varlığın aynen devri değil de Türk parası olarak karşılığı olması durumunda, hükmün ilâmlı icrası bakımından ikircikli bir mesele kalmaz. Bu durumda alacaklının İİK m. 32 vd. hükümlerine göre kripto varlıkla ilgili para alacağının ilâmlı icra yoluyla

pdf?Expires=1634933424&Signature=cRRWHEqZmDvtpw0PxJqR11Csha6JtpeYwC3G uDUPBrEwOFYs1aZTfzx8xu5pzHedezdU5~TsdF8PW~bIH4rpVyG1CrWW9Ni6pXX6Sr GUb8LnTy-v3jNecSW-xKFSGEV1w5SQ3yrJ1Yky1ZFUABj3R5gXyjkEwjL4bNvQB1 QVe1GRmOm7YfChOygJ6t3pxTSKbqPkbKRduHYkpUE1Y7Lg46u6rRqwG1P-E~Umn qcT9BOFgJol6y6zs~GnDY1FsEQgzXB8CukNXyosEBDCI-KIaubMz8bwfmpKL0zot0-gUn2eXjh7YeTJ1tadMHQ0YMuddss7TY6SWeSxSeZCym-BxQ__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA).

⁴⁷ Micha Roon, "Schlichtung und Blockchain" (2016) *Anwaltsrevue* s. 359.

takibi yoluna başvurması zorunludur⁴⁸. Düsseldorf mahkemesinin bir kararında (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 19.1.2021 – 7 W 44/20) da, kripto varlık hakkında talebin para alacağı olarak dava dilekçesinde yer almasının, etkin bir hukuki koruma tesisi için daha makûl olacağı belirtilmektedir⁴⁹.

Dava dilekçesinde kripto varlığın aynen iadesi talep edilmişse mahkemenin, talebin kabulü bağlamında yalnızca kripto varlığın aynen iadesi kararı vermesi gerekir⁵⁰. Bu husus, kripto varlığın aynen iadesine dair ilamin icrası bakımından uygulanması gereken İİK m. 24 bakımından problem oluşturur⁵¹. İİK m. 24'te para ve teminattan başka borçlar hakkında ilamların icrası düzenlenmektedir. Madde metni şöyledir: “*Borçlu, bu emri hiç tutmaz veya eksik bırakır ve hükmolunan taşınır veya misli yedinde bulunursa elinden zorla alınıp alacaklıya verilir.*”. Henüz İcra ve İflâs Kanunu anlamında taşınır ya da taşınmaz⁵² olarak mevzuatta kripto varlıklara dair bir düzenleme yer almamaktadır⁵³. Bu nedenle kripto varlıkların İİK m. 24 anlamında icraya konu edilmesine mesafeli durulmalıdır. Kripto varlıklarla ilgili hukuki korumanın etkinliği hakkında İsviçre hukukunda yapılan tartışmalarda, talebin türüne göre usul kanunlarında yer alan dava türlerinin kombine edilerek dava dilekçesinin hazırlanması durumunda, icraya elverişli etkin bir hukuki korumanın mümkün olduğu belirtilmektedir⁵⁴. Ancak bu yoldan fayda sağlanması için dahi kurulacak hukuki ilişkide; edimlerin kripto varlığa hasredilmesi yerine para alacağı ile seçimlik borç olarak sözleşmede düzenlenmesi daha gerçekçi bir önlemdir.

2. İcra İşleminin Konusu Olarak Kripto Varlıklar

Gerek ilamsız icra takibinde ödeme emrinin kesinleşmesi durumunda, gerek ilâmlı icra takibinde icra emrinde belirtilen sürede borçlunun borcunu ödememesi durumunda; alacaklının talebi üzerine takip süreci, icra işlemleri ile icra dairesi marifetiyle borçlunun malvarlığının paraya çevrilmesi ile alacaklının tatmin edilmesi sonucuna yönelik olarak devam eder (İİK m. 78, İsv. İİK m. 88⁵⁵).

⁴⁸ Geniş bilgi için bkz. Kuru, *İcra El Kitabı*, s. 191 vd. Yardımcı, s. 106. Boran Güneysu, s. 5. Elinde ilâm bulunan alacaklının ilâmsız icra takibi yapamayacağına dair bkz. YİBK E. 2017/2 K. 2017/3 17.03.2017 (RG 21.07.2017 S. 30130).

⁴⁹ Zeitschrift für Bank und Kapitalmarkt 2021, 514 Rn. 8, beck-online (E.T. 20.10.2021). Ayrıca bkz. Alman Medeni Usul Kanunu m. 802a, m. 887, m. 888.

⁵⁰ Bu zorunluluk, taleple bağlılık ilkesinden (HMK m. 26, Alman Medeni Usul Kanunu m. 308) kaynaklanır.

⁵¹ Yapma borçlarının icrası bağlamında ortaya çıkan problemler hakkında bkz. Ersin Erdoğan, “Yapma Borçlarının İcrası ve Bazı Temel Sorunlar” *Ankara Barosu Dergisi* (2017)2 s. 156 vd.

⁵² İcra takibinin konusu ile ilgili kavramlar hakkında ayrıca bkz. Kuru, *İcra El Kitabı*, s. 959.

⁵³ Yardımcı, s. 111.

⁵⁴ bkz. Marcus Werner, *Kryptowährungen und Token*, (2021) (Deutscher Fachverlag GMBH) s. 316.

⁵⁵ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, s. 246. Aziz Serkan Aslan, *İcra Takip İşlemleri* (Yetkin Yayıncılık, Ankara 2018) s. 22vd.



Kripto varlıklarla ilişkili irdelenmesi gereken icra işlemlerden biri, haciz işlemidir. Borçlunun haczi kabil malvarlığına ve *haklarına* alacaklının tatmini için paraya çevrilmek üzere hukuken el konulmasına haciz denir⁵⁶. Borçlunun ekonomik değere sahip malvarlıkları haczedilebilir⁵⁷. Bu durumda ekonomik bir değere sahip olduklarından, borçluya ait kripto varlıkların da haczedilebilir nitelikte olduğu belirtilebilir⁵⁸. Bu anlamda Türk Medeni Kanunu (bu paralelde İsviçre Medeni Kanunu) anlamında kripto varlıkların eşya niteliğinde kabul edilmelerine ihtiyaç yoktur. Teorik olarak borçlunun kripto varlıkları hakkında icra müdürünün haciz iradesini açıklaması ile haciz işlemi gerçekleşmiş olmaktadır⁵⁹. Ancak kripto varlıkların muhafaza altına alınabilmesi, oldukça fazla problem ortaya çıkarır.

Kripto sistemde kripto varlık hakkında yalnızca kullanıcıya ait şifre ile işlem yapılabilmesi kullanıcılar için önemli bir güvenlik önlemidir. Fakat haczedilen kripto varlığın üzerinde tasarruf hakkının kısıtlanması ve daha sonra kripto varlık hakkında paraya çevirme işleminin yapılabilmesi için kullanıcı şifresine ihtiyaç vardır. Şifrenin kullanımı ile sisteme entegre olmayı sağlayan soğuk cüzdanın yalnızca kullanıcıda olması büyük bir sorun gibi görünmektedir. Bu durumda haciz işleminden sonra kullanıcının kripto varlıkları üzerinde muhafaza tedbiri alınması için icra dairesi tarafından borçlunun (çoğu zaman cep telefonuna yüklü bir uygulama olan) soğuk cüzdanına el konulmalıdır. Soğuk cüzdan ve soğuk cüzdana erişim için şifrenin de borçlu tarafından beyanı gerekmektedir (İİK m. 80/III; İsv. İİK m. 91)⁶⁰. İcra ve İflâs Kanunu'nun tazyik hapsine dair hükümlerine dayanılarak büyük miktarlara karşılık gelen kripto varlıklara erişimi sağlayacak şifrenin beyanı bakımından tazyik hapsi uygulanamaz. Zira bu husus, ne mal beyanında bulunma (İİK m. 76) ile ilgili ne de (İİK m. 343 anlamında) bir edimin ifası ile ilgili problemler kapsamında

⁵⁶ Haciz ile ilgili bilgiler için bkz. Kuru, *İcra El Kitabı*, s. 410. Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku* (3. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2020) s. 185. Hakan Pekcantez, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan ve Muhammet Özekes, *İcra İflâs Hukuku Ders Kitabı*, (6. Bası. Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021) s. 153.

⁵⁷ Üstündağ, *İcra Hukuku*, s. 203. Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, s. 237. *BSK-Vonder Mühll; SchKG I, Art. 89 N I*.

⁵⁸ Balıkcı, s. 300. Ayrıca bkz. Hauser-Spühler, Meisser ve Luzius, s. 10. Samuel Zogg, "Zwangsvollstreckungsrechtliche Behandlung von Kryptowährungen" (2021) *Recht* s. 10-11.

⁵⁹ Haczin doğduğu ana ilişkin bkz. Kuru, *İcra El Kitabı*, s. 421 ve s. 426 vd.

⁶⁰ Kanaatimizce İİK m. 80'de yer alan borçlunun açıklama yapma yükümlülüğü mal beyanında bulunma ile ilgili İİK m. 74'ten farklı içeriktedir. İİK m. 74, borçlunun haczi kabil malvarlığının belirlenmesi hakkındadır. İİK m. 80 ise haciz işlemi yapılırken borçlunun işlemin hukuka uygun tekemmül etmesi için alınan bir tedbirdir. Bu tedbire ilişkin ayrıca ve açıkça bir yaptırım düzenlenmezse İİK m. 76'da belirtilen yaptırım uygulanamaz. İsv. İİK m. 91, İİK m. 80'deki borçlunun ilgili yükümlülüklerinin düzenlendiği maddedir. İsv. İİK m. 91'de açıkça bu husustaki yaptırım da İsviçre Ceza Kanunu m. 323 ve m. 324'e atfen düzenlenmiştir (ayrıca bkz. BSK- Lebrecht, SchKG Art. 91 N. 9vd N. 17 vd).

vasıflanabilir. Şifrenin beyanı hakkında bir taziyik hapsinin dahi sözkonusu olmayacak olması⁶¹ ise konuyla ilgili bir paradoks oluşturmaktadır.

Kripto varlıkların paraya çevrilmesi için bir kripto varlık borsasında işlem yapılması gerekmektedir. Bu anlamda uygulamada en etkili çözüm borçlunun kripto varlıkları ile ilgili işlem yapması kaçınılmaz olan borsalara ve aracılık şirketlerine, muaccel veya müeccel alacaklarının haczedildiğine dair İİK m. 89 bağlamında ihbarname gönderilmesidir⁶². Böylece Türk kripto borsalarına borçlunun kripto varlığının girmesi durumunda borsa bu değerleri paraya çevirip karşılığını icra dairesinin hesabına göndermek zorunda olacaktır. Söz konusu yöntemin etkin bir hukuki çözüm olabilmesi için kripto varlıklar hakkında Türk hukukuna tabi borsalarda ve aracı şirketlerde Türk kullanıcıların işlem yapmasının teşvik edilmesi gerekmektedir. Aynı zamanda kripto varlık piyasalarının ve bu piyasalarda aracılık yapan şirketlerin denetimi bakımından düzenleyici ve denetleyici önlemlerin alınması gerekmektedir. Bu husus aynı zamanda ekonomi politikasını ilgilendiren önemli bir ayrıntıdır.

D. Kripto Varlıkların İlişkili Olduğu Külli İcra Takipleri

Kripto varlıklarla ilişkili para alacakları hakkında icra takipleri, bir takip talebinin icra dairesine verilmesi ile başlar; haciz yolu ile veya iflâs yolu ile devam eder (İİK m. 42). Ticaret mahkemesi tarafından iflâs kararı verilmesi ile borçlu müflis sıfatını alır⁶³. İflâs kararının müflis hakkında müflisin hukuki ilişkileri ve malvarlığı hakkında önemli sonuçları vardır. Konumuz bakımından iki sorun öne çıkmaktadır: Bunlardan ilki; iflâsın evrenselliği ve tekliği ilkeleri bağlamında müflisin kripto varlıklarının iflâs masasına girmesi durumunda, hangi yollarla bu varlıkların paraya çevrilmesinin ve devrinin yapılabileceğidir⁶⁴. Diğer sorun ise aracı şirketlerin iflâs etmesi durumunda, yatırımcıların kripto varlıklarının iflâs masasına girmesidir. Son ihtimalde önem arz eden mesele, müflise ait olmayan kripto varlıkların iflâs masasından ayrılabilip ayrılamayacağıdır.

İcra ve İflâs Kanunu'na göre iflâsın açılmasıyla borçlunun haczi kabil malvarlığı bir bütün halinde iflâs masasını oluşturur (İİK m. 184, İsv. İİK m.

⁶¹ Karş. Yardımcı, s. 115. İcra suçlarının genel özellikleri ile ilgili ayrıca bkz. Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özkes, s. 581. Ayrıca bkz. Türk Ceza Kanunu m. 5.

⁶² İlker Mete Özsoy, *Kripto Para Haczi* (Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021) s. 92 vd. Karş. Yardımcı, s. 120. Borçlunun üçüncü şahıstaki müstakbel alacaklarının İİK m. 89 bağlamında haczedilmesi sorunu için bkz. Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, s. 232; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan, Özkes, *İcra ve İflâs Hukuku*, s. 173.

⁶³ İflâsın açılması şartları için ayrıca bkz. Saim Üstündağ, *İflas Hukuku* (6. Bası, İstanbul 2002) s. 6 ve s. 136 vd. Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özkes, *İcra ve İflâs Hukuku*, s. 385. Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, s. 531.

⁶⁴ Üstündağ, *İcra Hukuku*, s. 17 vd.



197)⁶⁵. İflâs masasından çıkartılabilecek malvarlıkları bir yandan haczedilmezlik kriterlerine göre diğer yandan da istihkak iddiası hakkındaki hükümlere göre belirlenir⁶⁶. İflâs idaresinden tasfiyeye konu olması gereken bazı malların geri verilmesi de talep edilebilir (İİK m. 188-189). Bu ihtimaller; satılmak üzere müflise bırakılmış bir mal söz konusu olduğunda veya iflâs açılmadan önce bedelinin tahsili için müflise verilmiş emre veya hamiline muharrer senetlerden kaynaklı haklar söz konusu olduğunda ortaya çıkar⁶⁷. İflâs masasının teşkili sırasında gözetilmesi gereken bu temel kıstaslar, mehz İsv. İİK'de de yer almaktadır (İsv. İİK m. 201-203 ve m. 242; karş. İİK m. 228). Maddi iflâs hukuku⁶⁸ özellikli olduğu belirtilebilecek söz konusu düzenlemelerin iflâs tasfiyesinde kripto varlıklar hakkındaki görüntüsü ise İsv. İİK m. 242a'dır.

III. İFLÂS TASFİYESİNDEN KRİPTO VARLIKLARIN AYRILMASINA DAİR İSVİÇRE ÖRNEĞİ

A. DÜZENLEME

Türkiye Cumhuriyeti'nin ilk İcra ve İflâs Kanunu, İsviçre hukukundan iktibas edilen 1929 tarihli 1424 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'dur⁶⁹. Halen yürürlükte olan 1932 tarihli 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu, 1932 yılında baştan hazırlanmış olsa da sistematik ve teorik yönden İsviçre hukukuyla benzeşmektedir. İcra ve İflâs Kanunu'nda sosyolojik ve ekonomik ihtiyaçlar nedeniyle zaman içinde İsviçre sisteminden farklılaşmalar olmuştur⁷⁰. Ancak temel olarak icra işlemlerinin temellendirilmesi ve icra hukuku kurumlarının anlaşılması bakımından İsviçre hukukundaki teorik alt yapı, Türk icra ve iflâs hukuku bakımından yol göstericidir.

2021 yılında İsviçre hukukunda farklı kanunlarda yapılan değişiklikler⁷¹ yürürlüğe girmiştir. Söz konusu değişikliklerin amacı kripto varlıklar bakımından hukuk güvenliğinin tesisinin ve böylece kripto sistemler üzerindeki

⁶⁵ Kuru, *İcra El Kitabı*, s. 1204. Hülya Taş Korkmaz, *İflâs Masası* (Yetkin Yayınları, Ankara 2010) s. 28.

⁶⁶ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *İcra ve İflâs Hukuku*, s. 527. Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan ve Muhammet Özkes, *İcra İflâs Hukuku Ders Kitabı* (8. Bası. Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul) s. 458. Üstündağ, *İflâs Hukuku*, s. 134 vd. ve s. 134. Ayrıca bkz. İİK m. 188 ila m.190 arasındaki düzenlemeler.

⁶⁷ Üstündağ, *İflâs Hukuku*, s. 68. Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz. ve Hanağası, s. 480 -481. Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, s. 555. Taş Korkmaz, s. 65 vd.

⁶⁸ Kavram için bkz. Üstündağ, *İflâs Hukuku*, s. 61 vd.

⁶⁹ İlhan E. Postacıoğlu, *İcra Hukuku Esasları* (İstanbul 1982) s. 12 vd. Bilge Umar, *İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi* (İstiklal Matbaası, İzmir 1973) s. 138 vd.

⁷⁰ İlhan E. Postacıoğlu, *İcra Hukuku Esasları* (İstanbul 1982) s. 12 vd. Bilge Umar, *İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi* (İstiklal Matbaası, İzmir 1973) s. 138 vd.

⁷¹ AS 2021 33, 399; BBI 2020 233.

gelişmelerin düzgün bir zeminde ilerlemesinin sağlanmasıdır⁷². Bu amaçla yürürlüğe giren düzenlemeler içinde İsv. İİK m. 242a da yer almaktadır. İsviçre kanun koyucusuna göre iflâs tasfiyesinden kripto varlıkların çıkarılabilmesi için bir mahkeme kararına ihtiyaç olmamalıdır⁷³. Ancak bu durumda hukuk güvenliğinin sağlanması için gerekli önlemlerin de alınması gerekmektedir. Bu anlamda İsv. İİK m. 242a, iflâs masasından kripto varlıkların ayrılmasına dair hususlar istihkak iddiası bağlamında düzenlenmiştir. Aslında İsv. İİK m. 242’de cismani varlıkların iflâs masasından genel hükümlere göre ayrılması istihkak iddiası bağlamında zaten düzenlenmiştir⁷⁴. Kripto varlıklar hakkında kanun koyucunun İsv. İİK m. 242’ye rağmen özel bir düzenleme yapma ihtiyacı duymasının sebebi ise kripto varlıkların bir cisim olmamasıdır⁷⁵.

1. İsviçre İcra ve İflâs Kanunu m. 242a

Bu başlık altında İsv. İİK’de m. 242a ile yapılan değişiklikler anlatılacaktır. İsv. İİK m. 242a şu hükümleri içermektedir⁷⁶:

Fıkra 1: *İflâs idaresi, iflâsın açılması sırasında üzerinde kendileri ile borçlunun müşterek tasarruf yetkisini haiz olduğu kripto varlıklara dair üçüncü şahısların istihkak iddialarını ve bu iddialara bağlı değerlerin kendilerine verilmesi taleplerini karara bağlar.*

⁷² Federal Yasanın Dağıtılmış Elektronik Kayıt Teknolojisindeki Gelişmelere Uyarlanması Hakkında Federal Yasa Hakkında Hükümet Gerekçesi, BBL 2023 <https://fedlex.data.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2020/16/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-fga-2020-16-de-pdf-a.pdf> E.T. 20.09.2021 (Metinde *Gerekçe* olarak kısaltılacaktır.). Enz, s. 291. ayrıca hukuk güvenliği ile ilgili bkz. Özkes, s. 121.

⁷³ Gerekçe, s. 265.

⁷⁴ Basler Kommentar-Stachelin/Bauer/Stachelin-Russenberger, *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I-II Helbing Lichtenhahn Verlag* (Basel 2017) Art. 242 N. 10. Ayrıca bkz. Verordnung der Bundesgerichts über die Geschäftsführung der Konkursamter (AS 2751 13.07.1911). Kren Kostkiewicz Jolanta, in: *SchKG Kommentar; Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz mit weiteren Erlassen* (20. Aufl., Zürich 2020, Art. 242 3. Aussonderung und Admassierung) N 1.

⁷⁵ Gerekçe, s. 291. Alman hukukundaki farklılık için bkz. Lukas Müller ve Malik Ong, “Aktuelles zum Recht der Kryptowährungen” (2020) *Aktuelle Juristische Praxis* s. 206. Karş. Alman Medeni Kanunu m. 327-327u.

⁷⁶ İsviçre hukukunda kripto varlıklarına ilişkin yapılan değişiklikler, yalnızca İsv. İİK’de değildir. İsviçre’de 2021 yılında yürürlüğe girmek üzere kripto varlıklara dair değişiklik yapılan diğer yasal mevzuata şu şekilde örnekler verilebilir: İsviçre Borçlar Kanunu’nun kıymetli evraklara dair hükümlerinde (m. 973c), İsviçre Milletlerarası Usul Kanunu’nda, İsviçre Merkez Bankası Kanunu’nda, İsviçre Bankalar Kanunu’nda, Kara Paranın Aklanması Hakkında Kanun’da, Finans Sağlayıcılar Hakkında Kanun’da, Finansal Piyasalar Kanunu’nda ve Bankacılık Kanunu’nda da yeni düzenlemeler göze çarpmaktadır (diğer değişiklikler için şu başlık altındaki açıklamalara bkz: 2. Kripto varlıklar ile Para Arasındaki İlişki). Ayrıntılı bilgi için bkz. (Urs Bertschinger, “Das Finanzmarktaufsichtsrecht vom vierten Quartal 2018 bis ins vierte Quartal 2019” (2019) *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht- und Finanzmarktrecht* s. 685).



Maddenin birinci fıkrası, istihkak iddiasının kripto değerler hakkındaki çerçevesini çizmektedir. Bu anlamda talebin konusuna dair yer alan ifadeler dikkat çekicidir. Maddede iflâs masasından ayrılması talebinin konusu olan “kripto varlıklar” kavramı, elden çıkarma işleminin yalnızca kripto tabanlı bir erişim prosedürü yoluyla sağlandığı tüm varlıklar anlamına gelir. Başlığın özellikle kripto varlıklara hasredilmesi kanun koyucunun geniş anlamda eşya sayılmayan diğer değerleri örneğin fikri hakları ve lisansları bu ayırıştırma kapsamına almama iradesini de yansıtır⁷⁷.

Maddede kripto varlıkların iflâs masasından ayrılması hakkındaki belirleyici husus, iflâsın açıldığı anda müflisin kripto varlıklar üzerinde tasarruf hakkının bulunup bulunmadığı meselesi ile ilişkilendirilmiştir.

Fıkra 2: Borçlu, uhdesindeki kripto varlıkları her zaman üçüncü şahıs için kullanılabilir tutmayı taahhüt etmişse ve aşağıdaki şartlardan biri mevcutsa istihkak talebinin temelinin olduğu kabul edilmelidir:

a. iddia konusu kripto varlık bireysel olarak iddia eden üçüncü kişiye özgülenmiş ise; veya

b. kripto varlığın özgülendiği ortaklıkta iddia edilen pay belirlenebilir durumda ise.

İsv. İİK m. 242’de iflâs tasfiyesinde istihkak iddiasına dair genel kural düzenlenirken, talebin kabul edilmesine dair maddi hukuk bağlamında aranacak şartlara madde metninde yer verilmemiştir⁷⁸. Ancak kanun koyucu kripto varlıklar bakımından, talebin kabulüne dair İsv. İİK m. 242a’da açık bir düzenleme yapmayı tercih etmiştir. Bu anlamda ikinci fıkrada kripto varlıklara dair istihkak talebinin kabulü şartları (Kompetenzqualitaet⁷⁹) yer almaktadır. Belirtilen şartlar, aslında İsviçre Medeni Kanunu’nda eşya üzerinde mülkiyetin ve zilyetliğin belirlenmesi kıstaslarına paralel düzenlemelerdir⁸⁰. Gerekçe’de bu hususta yapılan düzenlemenin amacının, ortaya çıkacak hukuk güvenliği problemlerini önlemek olduğu vurgulanmaktadır⁸¹.

⁷⁷ Gerekçe, s. 292.

⁷⁸ BSK-Russenberger, SchKG Art 242 N. 10. Benedikt Maurenbrecher ve Urs Meier, “Kryptowährungen in der Insolvenz” in: (2019) Sprecher Thomas (Editör) *Sanierung und Insolvenz von Unternehmen IX, Neue Entwicklungen* s. 64.

⁷⁹ Ayrıca bkz. BGE 112 III 59 E. 2; BGE 84 III 33 E. 3; BGE 83 III 20, 21. (Kren Kostkiewicz Jolanta, in: SchKG Kommentar, Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz mit weiteren Erlassen, 20. Aufl., Zürich 2020, Art. 242 3. Aussonderung und Admassierung N 4).

⁸⁰ Gerekçe, s. 292.

⁸¹ Gerekçe, s. 292-293.

Müflisin⁸², kripto varlıklar üzerinde tasarruf için gereken anahtarlar veya soğuk cüzdana kripto varlık maliki ile veya maliki adına sahip olması durumunda istihkak talebinin başarılı olması mümkün olabilecektir. İflâs idaresinin anahtarlarla işlem yapabilecek tasarruf yetkisini haiz olmaması durumunda, kural olarak talep reddedilebilecektir. Kanun koyucu bu fıkrada iflâs idaresinin kripto varlıkların iflâs tasfiyesinden ayırık tutulması kararı için istihkak talebini zımnen şart koşturmaktadır.

İstihkak iddiasının kabulü için ilk şart; müflisin iflâsın açılmasından önceki dönemde istihkak iddia eden kişiye, kripto varlıkları onun kullanımına hazır tutmayı kabul etmiş olmasıdır. Bir diğer ifadeyle; bir kripto varlığın iflâs masasından ayrılabilmesi için müflisin istihkak iddia eden kişiye ait o kripto varlığı bulundurduğuna dair iflâsın açılmasından önce (örn. kullanıcı ile yapılan sözleşmenin içeriğinde) beyan edilmiş bir ikrarın bulunması gerekir. Ayrıca söz konusu kripto varlığın her zaman (kesintisiz) ilgili kişinin kullanımına hazır bulundurulacağına dair daha önceden alınmış bir taahhüdün mevcut olması gerekir.

Talebin kabulü için diğer şart, kripto varlığın devredilebilir olmasıdır. Bunun için de kripto varlığın şahsa veya bir adi şirkete (bkz. b bendi) özgülenebilir olması gerekmektedir⁸³. Kural olarak, bu özgülleme, kripto varlıkların ilgili kişiye atanan özel bir hesapta kesintisiz olarak (kullanıcı için) erişime açık tutulmasıyla gerçekleştirilir. Bu hususta müflis tarafından tutulan belgelerdeki kayıtların delil olarak kullanılabilmesi mümkün olacaktır.

Fıkra 3: İflas idaresi talebin kabul edilebilir olmadığına karar verirse; ilgili üçüncü kişiye, iflâs tasfiyesinin yapıldığı yer yargı çevresindeki mahkemede dava açılabilmesi için 20 günlük bir süre verilir. Bu süreye riayet edilmese, talepten vazgeçilmiş sayılır.

Kural olarak müflisin malvarlıkları, iflâs idaresinin konuyla ilgili bir kararı yoksa iflâs masasından çıkartılamaz. Bu husus, kripto varlıklar bakımından da üçüncü fıkrada iflâs idaresinin kararının aranmasına işaret eden şekliyle düzenlenmiştir⁸⁴. İflâs

⁸² İsv. İİK m. 242a metninde düzenleme konusu yapılan istihkak iddiasının yöneltildiği müflis yelpazesi, çoğu zaman (İsv. BK m. 472 vd'nda düzenlenen) saklama sözleşmesinin bir türü olan antrepoculuk işlerini (İsv. BK. m. 484 ayrıca karş. TBK m. 561 vd.) meslek edinmiş ve kripto değerler hakkında da yatırımcılarla sözleşme yapan şirketlerden oluşur.

⁸³ Adi şirkete ait hisse kavramı ve icra ve iflâs hukuku bağlamında değerlendirme için bkz. Gökçen Topuz, *Hisse Haczi ve Satışı* (Yetkin Yayıncılık, Ankara 2009) s. 35 vd.

⁸⁴ Gerekçe, s. 294.



idaresine başvurunun reddedilmesi durumunda iflâsın açıldığı yer mahkemesine 20 gün içinde başvurulmalıdır. Aksi takdirde kripto varlıklara dair iddiasını iflâs masasına karşı ileri sürme hakkını üçüncü kişi kaybeder⁸⁵. Aslında öngörülen düzenleme İsv. İİK m. 242'nin 2. fıkrasında yer alan iflâs masasına karşı istihkak iddialarına dair genel hükümlere paralellik arz eder.

Fıkra 4: *Talep sahibi tarafından kripto varlıkların kendisine verilmesi için yapılacak masrafların karşılanması gerekir. İflas idaresi talep ile birlikte, uygun bir avans ödenmesini talep edebilir.*

İflâsın açılması ile, müflis ile kripto varlıkların paraya çevrilmesini sağlayan borsalar arasındaki hukuki ilişkiler sona erebilir⁸⁶. Bu durumda kripto varlıkların paraya çevrilmesi önemli maliyetlere sebep olacaktır. Bu nedenle istihkak iddia eden kişiden muhtemel masrafların avans olarak iflâs idaresine verilmesi talep edilebilir.

2. İflâs İdaresinin Yönetim İşleri Hakkında Yönetmelik'te Yapılan Düzenlemeler Bağlamında İsv. İİK m. 242a Uygulaması

İsviçre hukukunda, İflâs İdaresinin Tasfiye İşleri Hakkında Federal Yönetmelik⁸⁷, İsv. İİK m. 15⁸⁸ uyarınca iflâs tasfiyesi sürecindeki işlemleri düzenlemek üzere 1 Ocak 1912 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁸⁹. 2021 yılında iflâs tasfiyesinde kripto varlıkların durumunun İsv. İİK'de düzenlenmesi üzerine, Yönetmelik'te de konuyla ilgili bazı değişiklikler yapılmıştır. Yapılan bu değişiklikler, İsv. İİK m. 242a ile eş zamanlı olarak 1 Ağustos 2021 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Yönetmelik'te, kripto varlıklara dair temel düzenleme 45 ila 54. maddeler arasında yer almaktadır. Bu düzenlemeler incelendiğinde tasfiye işlemleri arasında kripto varlıkların tespitine, kripto varlıklara dair istihkak iddialarının usulüne ve istihkak iddiaları hakkında verilecek kararlara ayrı bir önem atfedildiği görülmektedir.

Kripto varlıklar hakkında tasfiye işlemlerini Yönetmelik hükümleri de gözetilerek şu şekilde açıklamak mümkündür:

İflâs tasfiyesinde defter tutulurken⁹⁰ deftere nizalı varlıkların ayrıca kaydedilmesi gerekir (Yönetmelik m. 31)⁹¹. Buradaki nizalı varlık ifadesinden,

⁸⁵ Karş. İİK m. 228/II.

⁸⁶ Gerekçe, s. 294.

⁸⁷ Metinde "Yönetmelik" olarak kısaltılacaktır.

⁸⁸ Karş. İİK m. 14.

⁸⁹ AS 27751. https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/27/751_749_771/de (E.T. 10.10.2021).

⁹⁰ İsv. İİK m. 221vd. İİK m. 208vd (iflâs kararından önce defter tutulması hakkında bkz. İİK m. 161).

⁹¹ Karş. İcra ve İflâs Kanununun Tatbikatına Dair Nizamname (RG. 02.10.1932 S. 2215), m.

müflisin elbirliği ile malik olduğu veya üzerinde ortak tasarruf yetkisini haiz olduğu kripto varlıklar anlaşılmalıdır. Deftere kayıt işlemi, kripto varlığın müflisin tasarrufunda olduğunun iflâs idaresi tarafından tespiti işlemidir. Dolayısıyla kripto varlığın deftere kaydı bir icra işlemidir. Yapılan bu işlem hakkında müflis yazılı olarak bilgilendirilir (Yönetmelik m. 31/2). İşlem hakkında birinci alacaklılar toplantısında alacaklıların da bilgilendirilmesi gerekir (Yönetmelik m. 32). Kripto varlıkların kaydına dair işlem hakkında, ilgililerin şikâyet yoluna başvurması mümkündür⁹².

Kripto varlıklar hakkındaki (istihkak iddiası özelinde) masadan çıkarma taleplerinin iflâs masasına yöneltilen sair talepler gibi İsv. İİK m. 232/2⁹³ uyarınca iflâs tasfiyesinin açıldığının ilanından itibaren bir ay içinde ileri sürülmesi gerekir (Yönetmelik m. 45). Kripto varlıklar hakkında iflâs masasına yöneltilmiş talepler, ayrıca kaydedilir. Deftere kripto varlık hakkındaki talep kaydedilirken, ispata elverişli belgelerle birlikte envanter numarasının da belirtilmesi gerekir (Yönetmelik m. 34). Ayrıca defterdeki kayıttan kripto varlığı talep edenin kimliğinin de anlaşılması gerekir. Bu talep kaydı, kripto varlığın defterde yer alan envanter kaydıyla ilişkilendirilmelidir.

Kripto varlık hakkında bir talep vaki olmuşsa her halde olumlu ya da olumsuz bir karar verilmesi gerekmektedir⁹⁴. Bu kural, kripto varlığın talepten önce paraya çevrilmiş olması durumunda dahi değişmemektedir. Kripto varlığın masadan çıkarılmasına dair karar, talepler için (Yönetmelik m.45'te) ön görülen başvuru süresi dolmadan verilemez.

Kripto varlığın iflâs masasından ayrılması talebinin reddedilmesi üzerine, İsv. İİK m. 242a'ya dayanılarak ilgili tarafından dava açılması mümkündür⁹⁵. Bu nedenle iflâs idaresi tarafından verilmesi gereken ret kararının içeriği de Yönetmelik'te düzenlenmiştir. Yönetmelik'e göre redde konu kripto varlığın (örneğin şahsa özgülenebilen NFT'lerin) ve kripto varlığın özelliklerinin tam olarak kararda tanımlanması gerekir. Ayrıca defterde yer alan kripto varlık hakkındaki ilgili kayıt ayrıntılarının ret kararında gösterilmesi gerekir. Ret kararı, verilen karara karşı başvurulabilecek yolları da içermelidir. Bu anlamda, verilen karara karşı İsv. İİK m. 242a uyarınca dava açılabilmesinin mümkün olduğunun, dava hakkının kullanılmaması durumunda kripto varlığa ait talepten vazgeçilmiş olacağının ret kararında belirtilmesi gerekir.

40, m. 43 ve m. 45.

⁹² Türk hukukunda iflâs idaresinin yaptığı işlemlere karşı şikâyet için bkz. Hakan Pekcanitez ve Cemil Simil, *Şikâyet* (Vedat Yayıncılık İstanbul 2017) s.79 N. 207-210.

⁹³ Karş. İİK m. 219/II.

⁹⁴ Yönetmelik, m. 45/2.

⁹⁵ Kripto varlıklar hakkındaki istihkak iddiasının iflâs idaresi tarafından reddedilmesi durumunda Türk hukukuna göre açılacak dava hakkında görev ve yetki, İİK m. 228'e göre tasfiyenin yapıldığı yerdeki icra mahkemesi olarak tespit edilmelidir.



Kripto varlık hakkında istihkak iddiası kabul edildiğinde, iflâs alacaklılarından birinin iflâs idaresinden İsv. İİK m. 260⁹⁶ hükmüne dayanarak alacağı takip yetkisi ile kripto varlık hakkında dava açabilmesi mümkündür (Yönetmelik m. 47). Takip yetkisini talep eden alacaklının talepte bulunurken muhtemel masrafları avans olarak (iflâs masasının hesabına) yatırması gerekir (Yönetmelik m. 50/2). Açılacak dava sonunda iflâs masasına kripto varlığın dönmesine karar verilebilir. Bu ihtimalde masraflar çıkarıldıktan sonra takip yetkisini devralana, iflâs idaresi tarafından alacağı verilir; varsa artan miktar masaya bırakılır.

Kural olarak istihkak iddiasının kabul edilmesi durumunda kripto varlığın ilgiliye devri gerekir. Ancak ikinci alacaklılar toplantısında iflâs idaresinin yaptığı işlemin hukuka aykırı olduğu iddia edildiyse veya İsv. İİK m. 260'ta işaret edilen iddia bir iflâs alacaklısı tarafından iflâs masasına yöneltilmişse; bu iddialar hakkında kesin bir karar verilene kadar kripto varlığın devri ertelenir. Bazı durumlarda İsv. İİK m. 260 hükmüne istinaden takip devri talep edilmiş olsa bile, istihkak iddia eden kişiye kripto varlığın devredilmesi mümkündür (Yönetmelik m. 51). Yönetmelik'te bu ihtimaller; kripto varlığın üçüncü kişiye devrinin masanın yararına olduğunun açık olması ve istihkak iddia eden kişinin ortaya çıkacak zararları karşılayacak kadar bir teminatı iflâs idaresine göstermiş olması şeklinde belirtilmiştir.

Takip yetkisi talebinin, adi tasfiyede ikinci alacaklılar toplantısına çağrı yapılırken gündemde yer alması gerekir. Talep hakkında, her halde talepten itibaren on gün içinde karar verilmesi gerekir (Yönetmelik m. 48). İflâs masasının basit tasfiyesi söz konusu ise takip yetkisine dair kararın tâbi olduğu süre, sıra cetvelinin ilanıyla bağlantılı olarak ayrıca belirlenebilir (Yönetmelik m. 49). İflâs idaresi tarafından takip yetkisinin devrine karar verilmesi durumunda; bu kararda hangi kripto varlık hakkında takip yetkisinin devredildiğinin ve bu kripto varlığa dair dava açılması için belirlenen sürenin de yer alması gerekir (Yönetmelik m. 52).

İstihkak iddia edilen kripto varlıklar hakkında bir alacaklının hapis veya rehin hakkını ileri sürmesi durumunda; talepler iflâs idaresi tarafından tanınmışsa (İsv. İİK m. 228)⁹⁷, iflâs tasfiyesinde bu hususta ayrıca bir karar verilmesine gerek yoktur (Yönetmelik m. 53/1-a). Ancak bu kripto varlıklar hakkında devam etmekte olan bir dava varsa rehin ve hapis hakkı, derdest davanın kesin hükme bağlanmasından sonra kullanılabilir (Yönetmelik m. 53/1-b). Üzerinde akdi bir rehin tesis edilmiş kripto varlık, sıra cetvelinin kesinleşmesi sürecinde tanınmışsa (İsv. İİK m. 245); kripto varlık paraya çevrilir. Elde edilen değer ile rehin hakkı sahibi tatmin edildikten sonra arta kalan değer kripto varlık sahibine verilir (Yönetmelik m. 54/1).

⁹⁶ Karş. İİK m. 245.

⁹⁷ Ayrıca bkz. İİK m. 215.

Sonuç olarak iflâs tasfiyesinde öncelikle tasfiyede yer alacak kripto varlıkların tespiti gerekmektedir. Tespit sürecinin önemli bir aşamasını kripto varlıklar hakkındaki istihkak taleplerinin karara bağlanması işlemleri oluşturur. Bu aşamadan sonra kripto varlıklarla ilgili yapılacak sair işlemler, tasfiyenin genel kurallarına tabidir. Ancak her halde kripto varlıklar hakkında da varsa rehin hakkının ve hapis hakkının gözetilmesi gerekir.

B. YASAL DÜZENLEMENİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Kripto varlıklara dair icra ve iflâs hukuku bakımından yalnızca İsv. İİK m. 242a’da yer alan hükümlerle yenilik yapılmasının zımnen ifade ettiği bazı hususlar vardır. Farklı bir ifadeyle icra ve iflâs hukukunda kripto varlıklara dair talebin istihkak iddiası olarak ve yalnızca iflâs tasfiyesinde düzenlenmesi, İsviçre hukukunda kripto varlıklara atfedilen değer bakımından birkaç temel hususa işaret etmektedir.

İsviçre kanun koyucusuna göre kripto varlıklar bakımından İsv. İİK’de ayrıntılı ve tanımlayıcı düzenlemelere gerek yoktur. Gerçekten taraflara hukuki ilişkilerini kendi isteklerine göre düzenleyebilecekleri bir takım araçlar sağlanmalıdır. Ancak hakkın etki alanlarına ve icrasına dair ortaya çıkabilecek risklerin, hukuki işlemi yapanın kendisine ait olduğunun bilincinde olduğu varsayılır⁹⁸. Bu anlamda yatırıma uygun ortam oluşturmak için İsviçre kanun koyucusu sermaye piyasasına yön veren çoğu mevzuatta kripto varlıkların çerçevesini düzenlemiştir. İsv. İİK m. 242a, özellikle aracı yatırım şirketlerinin iflâs etmesi ihtimalinde kendi adına ve vekalet veren hesabına edinmiş olduğu kripto varlıkların iflâs masasından ayrılarak yatırımcılara verilebilmesini düzenler. Bu düzenleme, İsviçre Borçlar Kanunu’nda⁹⁹ yer alan maddi hukuk düzenlemesinin icra ve iflâs hukukundaki gölgesidir.

Sistematik açıdan m. 242a’ya dair inceleme yapıldığında kanun koyucunun kripto varlıkların masadan ayrılması talebini, istihkak iddiasının iflâs tasfiyesindeki genel çerçevesinin düzenlendiği m. 242’nin ardında hükme bağladığı görülür. Bu durum aynı zamanda kripto varlıkların belirli şartların varlığı durumunda mislen değil aynen iadesinin gerektiğini gösterir¹⁰⁰. İsviçre kanun koyucusu, cüz’i icra takibinin düzenlendiği maddelerde özellikle hacze dair hükümlerde kripto varlıklara dair bir düzenleme ön görmemiştir. Halbuki cüz’i icra takibinin hacze ve paraya çevirmeye dair hükümleri ayırık durumlar bir yana bırakıldığında iflâs

⁹⁸ Gerekçe, s. 247.

⁹⁹ Karş. TBK m. 509. Ayrıca bkz. Samuel Zogg, “Das Aussonderungsrecht nach Art. 401 OR-eine Neuordnung” (2020) *Aktuelle Juristische Praxis* s. 997. Enz, s. 297. bkz. Üstündağ, *İflâs Hukuku*, s. 139.

¹⁰⁰ Benedikt Maurenbrecher ve Urs Meier, “DLT Draft Law – Insolvency Law Aspects” (2020)3 *CapLaw* (<https://www.swisslex.ch/de/doc/essay/3be05de1-9a4a-4902-9532-14e87294399a/search/145055671>). Hauser-Spühler ve Meisser Luzius, s. 10.



tasfiyesinde de uygulanmaktadır. Konuyla ilgili, Gerekçe’de gerek haciz işlemine ve bu işlemin sınırlarına dair gerekse paraya çevirmeye dair özellikle pazarlıkla satışa dair hükümlerin kripto varlıklar hakkında da yeterli olduğu belirtilmiştir. Gerçekten İsviçre Kanun koyucusu İsv. İİK’de haczedilmez varlıkları ve haciz işleminin icra işlemi olarak sınırlarını açıklamıştır¹⁰¹. Böylece, devredilebilir nitelikte ve ekonomik değere sahip hakların/varlıkların haczedilebilir olduğu İsv. İİK’de tespit edilmiştir. Bu gerekçeyle kripto varlıkların haczedilebilir olduğu konusunda kanun koyucunun susması İsv. İİK’e göre haczedilebilirlik konusunda bir duraksama olmaması gerektiğini göstermektedir. Kaldı ki, haciz için muhafaza tedbiri her durumda¹⁰² şart olmadığından kripto varlıkların haczi değil muhafazası bir sorun teşkil etmektedir. Kanun koyucu bu nedenle borçlunun malvarlığında ekonomik bir değer olan kripto varlıkları hacze dair hükümlerde ayrıca düzenlemekte yarar görmemiştir.

Kripto varlıklara dair talep hakkının istihkak iddiası olarak vasıflandırılması ve iflâs tasfiyesi hükümlerinde düzenlenmesi, takip sürecinde kripto varlıkların mülkiyet hakkına benzer bir korumaya muhtaç olduğunu gösterir. Gerçekten yatırım aracı olarak kullanılan kripto varlıklara iflâs sürecinde etkin hukuki korumanın tesisi, cüz’i icra takibindekine göre daha elzemdır. Çünkü iflâs tasfiyesinde -yatırımcıya ait- kripto varlıklara el atılması ile ihlâl edilen mülkiyet hakkı, üçüncü kişiye aittir.

Müflis iflâs kararından önce yatırımcı üçüncü kişi tarafından bir sözleşmeyle kripto varlıkları bulundurma ve bu varlıklara dair işlem yapma konusunda yetkilendirilmiştir. Dolayısıyla müflis, bu ihtimalde kripto varlık sahibi ile ortak tasarruf yetkisine sahiptir. Müflisin bir ekonomik değeri bulundurması ve o değer hakkında tasarruf yetkisine sahip olması, ilk bakışta kripto varlıkların masaya girmesi için yeterlidir¹⁰³. Fakat bu durumda İsv. İİK m. 242a hükmü ihmal edilseydi; yatırımcılara ait kripto varlıklar, sıra cetveline göre İsv. İİK m. 219 (karş. İİK m. 206) uyarınca imtiyazlı alacakların ardından ancak imtiyazlı olmayan diğer alacaklarla (Türk hukukunda dördüncü sıraya tekabül eden) üçüncü sırada garameye girebilirdi¹⁰⁴. Bu hukuki durum ise İsviçre’nin ekonomik politikalarında gözetilen yatırımcıların hukuk güvenliğini sağlama amacıyla bağdaşmamaktaydı.

¹⁰¹ Bkz. İsv. İİK m. 92 vd. ve ayrıca İsv. İİK m. 93’e göre asgari geçim yasaının hesaplanmasına ilişkin yönergeler [Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums nach Art. 93 SchKG (1 Ocak 2009 tarihinde İsviçre İcra ve İflâs Daireleri Konferansı tarafından kabul edilmiştir. Bazı kantonlar kendi yönergelerini kullanır. BSK-Vonder Mühl, Art. 93 N. 21 vd.)] karş. İİK m. 82vd.

¹⁰² İstisnalar için bkz. İsv. İİK m. 98/1 ve İİK m. 88/1.

¹⁰³ Konumuz bakımından önemli olan diğer cisimleşmemiş varlıkların iflâs masasına girmesi konusunda bkz. Taş Korkmaz, s. 140 vd. ve s. 237vd.

¹⁰⁴ Sıra cetveli hakkında bkz. Nedim Meriç, *Türk- İsviçre İcra Hukukunda Paylaşım Kuralları ve Sıra Cetveline Müracaat Yolları* (Yetkin Yayınları, Ankara 2105) s. 113 vd. Adnan Deyneki ve Sedat Kısa, *Hacizde ve İflâsta Sıra Cetveli* (3. Bası, Ankara 2005) s. 646 vd. Üstündağ, *İcra Hukuku*, s. 103vd. Üstündağ, *İflâs Hukuku*, s. 135.

Kanun koyucu İsv. İİK m. 242a ile, kripto varlıklar ile İsviçre sınırları içinde ekonomi hukukuna dair mevzuata uygun yatırım yapan kişilere, aracı kuruluşun iflâs etmesi ihtimalinde dahi hukuken mülkiyet hakkına benzer bir koruma sağlamayı vaad etmektedir¹⁰⁵. Böylece kripto varlıklar (örneğin NFT'ler) için sağlanması beklenen hukuki güvenlik bakımından, en azından iç muhasebe ve bağımsız denetleme yöntemleriyle tespiti elverişli yatırım sözleşmelerine değer atfedildiği gösterilmektedir.

SONUÇ

Bu makalede, kripto varlıkların hukuki durumuna dair güncel düzenlemelerden biri olan İsviçre örneği tartışılmıştır. Kripto varlıklara dair gelişmelerin bir hukuk devletinde oluşturduğu önemli sorunlar; kayıt dışı ekonominin engellenmesi ve yatırımcıların hukuken güvenliğinin sağlanması konularında ortaya çıkar. İsviçre kanun koyucusu bu iki temel mesele ile ilgili hüküm koyarken İsv. İİK'de, iflâs tasfiyesine ve istihkak iddiasına odaklanmıştır. Kanun koyucu İsv. İİK m. 242a ile, kripto varlıklar ile İsviçre sınırları içinde ekonomi hukukuna dair mevzuata uygun yatırım yapan kişilere, aracı kuruluşun iflâs etmesi ihtimalinde dahi hukuken mülkiyet hakkına benzer bir koruma sağlamayı vadetmektedir. Böylece kripto varlıklar (örneğin NFT'ler) için sağlanması beklenen hukuki güvenlik bakımından en azından iç muhasebe ve bağımsız denetleme yöntemleriyle tespiti elverişli yatırım sözleşmelerine değer atfedildiği gösterilmektedir.

Yukarıda belirtilen gerekçelerle İsviçre Kanun koyucusunun sistematik bir tutumla bazı hususlarda zımnen bazı hususlarda ise ayrıntılı bir düzenleme yaparak tutarlı ve pragmatist bir yol benimsediği görülmektedir. Hukuk üzerine yapılan tahlillerde, kanunlaştırma hareketlerine dair İsviçre örneğinden bahsedilirken Türk hukuku bakımından ilk akla gelen, Türkiye'nin sosyolojik ve ekonomik gerçekleri ile İsviçre'nin mevcut durumunun kıyaslanarak İsviçre hukuku uygulamalarından bahsetmenin doğru olmayacağıdır. Ancak özel hukuka dair Türk uygulamasının temellerinin İsviçre hukukuyla atıldığı bir gerçektir. Özellikle teknolojik konuların Türk hukukunun mevcut kurumları ile çerçevesi çizilirken, teorik bir altyapıya ihtiyaç duyulmaktadır. Bu anlamda yapılan çalışmalarda İsviçre hukukundan yararlanmak bir zarurettir.

¹⁰⁵ Ekonomik hayat ile iflâs hukuku düzenlemeleri arasındaki ilişkiye dair değerlendirmeler için bkz. Kamil Yıldırım, Yakup Oruç, "İcra ve İflâs Kanunu ile Alman Aciz Kanunu Bakımından İflâs Kurallarının Amacının Değerlendirilmesi" *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (2019)21 s. 365. Kanaatimizce kanun koyucunun kanun yapımı aşamasında bu şekilde menfaat odaklı bir yöntemi benimsemesi, ilgili uyuşmazlıklarda hakkaniyete uygun menfaat odaklı içtihatların ortaya çıkmasına zemin hazırlayacaktır. (Kanun yapım tekniği ile içtihat arasındaki ilişki ve Türk hukukunda menfaat içtihadı hakkında tartışmalar için bkz. Ali Cem Budak, *Medeni Usul Hukukunda Kavram İctihadı ve Menfaat İctihadı* Filiz Kitabevi İstanbul 2021) s. 11-25.

KAYNAKÇA

Antalya G ve Topuz M, *Medeni Hukuk C. I* (4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021).

Arslan R, Yılmaz E, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası E, *İcra ve İflâs Hukuku* (5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019).

— —, Yılmaz E, Taşpınar Ayvaz S ve Hanağası E, *Medeni Usul Hukuku* (6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020).

Ansay SŞ, *Hukuk Yargılama Usulleri* (Son Havadis Matbaası, Ankara 1954).

Aslan AS, *İcra Takip İşlemleri* (Yetkin Yayıncılık, Ankara 2018).

Atalı M, Ermenek İ ve Erdoğan E, *Medeni Usul Hukuku* (Seçkin Yayınları, Ankara 2020).

— —, Ermenek İ ve Erdoğan E, *İcra ve İflâs Hukuku* (3. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2020).

Balıkçı E, “Dava ve Takip Konusu Olabilmesi Bakımından Kripto Paralar” (2021)XVI/2 *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* s. 273-312.

Belgesay M R, *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi* (M. Sıralar Matbaası, İstanbul 1956).

Bertschinger U, “Das Finanzmarktaufsichtsrecht vom vierten Quartal 2018 bis ins vierte Quartal” (2019) *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht- und Finanzmarktrecht* s. 676-696.

Bilgili F ve Cengil M F, *Bitcoin Özelinde Kripto Paraların Eşya Niteliği Sorunu* (2019, academia.edu E.T. 22.10.2021).

— —, ve Cengil M F, *Medeni Usul Hukukunda İspat Aracı Olarak Blokchain Teknolojisi*, (https://www.academia.edu/40090748/MEDENİ_USUL_HUKUKUNDA_İSPAT_ARACI_OLARAK_BLOCKCHAIN_TEKNOLOJİSİ Prof. Dr. iur. Fatih BİLGİLİ BLOCKCHAIN TECHNOLOGY AS A PROOF IN CIVIL PROCEDURE LAW E.T. 02.10.2021)

Boran Güneysu N, “Bitcoin ve İcra Hukuku” (2008/1) *Fides Law Review*, 82-92.

Budak AC, *Medeni Usul Hukukunda Kavram İctihadı ve Menfaat İctihadı* (Filiz Kitabevi İstanbul 2021).

— —, ve Karaaslan V, *Medeni Usul Hukuku* (4. Baskı Adalet Yayınevi, Ankara 2020).

Deynekli A ve Kısa S, *Hacizde ve İflasta Sıra Cetveli* (3. Bası, Ankara 2005).

- Dural M ve Sarı S, *Türk Özel Hukuku Cilt I* (Filiz Kitabevi, İstanbul 2019).
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (22. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2017).
- Erdoğan E, “Yapma Borçlarının İcrası ve Bazı Temel Sorunlar” *Ankara Barosu Dergisi* (2017)2 s. 147-175.
- Eren F, *Mülkiyet Hukuku* (6. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2020).
- Enz BV, *Kryptowährungen im Lichte von Geldrecht und Konkursaussonderung* [Zürich - Basel - Genf 2019 (= ZStP 293)]. (Enz, Konkursaussonderung) . (swisslex veri tabanı E.T 10.09.2021)
- —, Die zivilrechtliche Einordnung von Zahlungs-Token wie dem Bitcoin als "Registerwertdaten" und deren Aussonderbarkeit im Konkurs de lege lata und de lege ferenda (116/2020) *Schweizerische Juristischen Zeitung* s. 291-298. (Enz, de lege lata und de lege ferenda).(swisslex veri tabanı E.T 10.09.2021)
- Federal Yasanın Dağıtılmış Elektronik Kayıt Teknolojisindeki Gelişmelere Uyarlanması Hakkında Federal Yasa Hakkında Hükümet Gerekçesi, BundesBlatter 2023 [<https://fedlex.data.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2020/16/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-fga-2020-16-de-pdf-a.pdf> E.T. 20.09.2021] (Metinde *Gereke* olarak kısaltılacaktır.)
- Geiger A ve Keller S, “Kryptowährungen in der Nachlassplanung und -abwicklung” (2021) *Successio* s. 259-271. (swisslex veri tabanı E.T 10.09.2021)
- Hanağası E, *Davada Menfaat* (Yetkin Yayıncılık, Ankara 2009).
- Hauser-Spühler G ve Meisser L, “Eigenschaften der Kryptowährung Bitcoin” (2018) *Digma* s. 6-12. (swisslex veri tabanı E.T 10.09.2021)
- Hingst KM ve Neumann KA, “Bitcoin-Handel als Anwendungsfall der Regulierung virtueller Währungen” (2019) *Compliance Berater* s. 254-258. (swisslex veri tabanı E.T 10.09.2021)
- Karlı A, *Medeni Usul Hukukunda Usuli İşlemler* (İstanbul 2001).
- Kaulartz M ve Schmid A, “Rechtliche Aspekte sogenannter Non-Fungible Tokens (NFTs)” (2021) *Compliance Berater* s. 298-302. (swisslex veri tabanı E.T 10.09.2021)
- Kren Kostkiewicz J, *SchKG Kommentar; Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz mit weiteren Erlassen* (20. Aufl., Zürich 2020). (swisslex veri tabanı E.T 10.09.2021)
- Kuru B, *Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı* (Alfa Yayıncılık, İstanbul 1995).



Kuru B, *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı* (2. Baskı, İstanbul 2013). (Kuru, İcra El Kitabı)

— —, *Medeni Usul Hukuku* (Legal Yayıncılık, İstanbul 2016).

Müller L, Reutlinger M ve Kaiser F J A, “Entwicklungen in der Regulierung von virtuellen Währungen in der Schweiz und der Europäischen Union” (2018) *Zeitschrift für Europe* s. 80-102. (Beckonline E.T. 20.09.2021)

Oğuzman K ve Barlas N, *Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar* (26. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020).

Omlor S, “Digitales Eigentum an Blockchain-Token – rechtsvergleichende Entwicklungslinien” (2020) *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft* s. 41-58. (swisslex veri tabanı E.T 10.09.2021)

Özdemir G, “Kripto Paraların Eşya Niteliği” (2021)¹¹ *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* s. 289-306.

Özekes M, *İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler* (Adalet Yayınevi, Ankara 2009). (Özekes, İlkeler)

Özsoy İ M, *Kripto Para Haczi* (Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021).

Pekcanitez H, Atalay O, Sungurtekin Özkan M ve Özekes M, *İcra İflâs Hukuku Ders Kitabı*, (6. Bası. Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021).

— —, Atalay O ve Özekes M, *Medeni Usul Hukuku* (14. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2013).

— —, / Özekes M / Akkan M ve Taş Korkmaz H, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku C. I-II-III* (15. Bası, İstanbul 2017). (Pekcanitez, Usul Hukuku)

— —, / Atalay O ve Özekes M, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (9. Bası, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021).

— —, ve Simil C, *Şikâyet* (Vedat Yayıncılık, İstanbul 2017).

Postacıoğlu İE, *İcra Hukuku Esasları* (İstanbul 1982).

— —, *Medeni Usul Hukuku Dersleri* (Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1970). (Postacıoğlu, Usul Hukuku)

— —, *Şehadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları* (İstanbul 1964). (Postacıoğlu, Şehadetle ispat)

Regner F / Schweizer A ve Urbach N, “NFTs in Practice – Non-Fungible Tokens as Core Component of a Blockchain-based Event Ticketing Application” (2019) *Fortieth International Conference on Information Systems* s. 1-17.

Roon M, “Schlichtung und Blockchain” (2016) *Anwaltsrevue* s. 359-363.

- Sirmen AL, *Eşya Hukuku Dersleri* (8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020).
- Stahelin A / Bauer T ve Stahelin D, *Basler Kommentar- Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I-II-Ergänzungsband III* (Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2017). (BSK-....; SchKG Art., N. ...).
- Tanrıver S, *Medeni Usûl Hukuku C. 1* (3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020).
- Taş Korkmaz H, *İflâs Masası* (Yetkin Yayınları, Ankara 2010).
- Tekinay S S, Akman S, Burcuoğlu H ve Altop A, *Tekinay Eşya Hukuku C. I* (5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1989).
- Topuz G, *Hisse Haczi ve Satışı* (Yetkin Yayıncılık, Ankara 2009).
- Trandafir E, “Immobilieninvestitionen und Blockchain” (2020) *Aktuelle Juristische Praxis* s. 19-29.
- Umar B, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi* (2. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2014).
- —, *İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi* (İstiklal Matbaası, İzmir 1973).
- Üstündağ S, *İflas Hukuku* (6. Bası, İstanbul 2002).
- —, *Medeni Yargılama Hukuku* (İstanbul 1997).
- Vock D ve Hofmann D, “DLT-basierte Token: Pfändung und Konkursbeschlagnahme” (115/2019) *Schweizerische Juristischen Zeitung* s. 3017-314. (swisslex veri tabanı E.T 10.09.2021)
- Werner M, *Kryptowährungen und Token* (Deutscher Fachverlag GMBH 2021). (swisslex veri tabanı E.T 03.02.2022)
- Yardımcı TE, “İcra Takibi Yoluyla Bitcoin Alacağının İleri Sürülmesi ve Borçlunun Bitcoininin Hazedilmesi” (2019/ XXIII-3) *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* s. 97-128.
- Yavaş M, *Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları ile Bu Kuralların İstisnaları* (Turhan Yayınevi, Ankara 2009).
- Yıldırım MK ve Oruç Y, “İcra ve İflâs Kanunu ile Alman Aciz Kanunu Bakımından İflâs Kurallarının Amacının Değerlendirilmesi” *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (2019)21 s. 361-403.
- Yılmaz E, “Dünden Bugüne İcra ve İflâs Kanunumuz” (2003)11 *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* s. 9-45.
- —, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi C. 3* (3. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2017).



Zogg S, “Das Aussonderungsrecht nach Art. 401 OR- eine Neuordnung” (2020) *Aktuelle Juristische Praxis* s. 979-1007. (swisslex veri tabanı E.T 10.09.2021)

— —, “Bitcoin als Rechtsobjekt – eine zivilrechtliche Einordnung” (2019) *Recht* s. 95-120. (Zogg, Bitcoin als Rechtsobjekt). (swisslex veri tabanı E.T 10.09.2021)

— —, “Zwangsvollstreckungsrechtliche Behandlung von Kryptowährungen” (2021) *Recht* s. 1-23. (Zogg, Zwangsvollstreckungsrechtliche Behandlung). (swisslex veri tabanı E.T 10.09.2021)

İPTAL KARARLARINI UYGULAMA ZORUNLULUĞU VE HUKUKİ GÜVENLİK İLKESİ SEBEBİYLE UYGULAMADA HUKUKİ İMKANSIZLIK

Legal Impossibility in Practice Due to the Obligation to Implement Annulment Decisions and the Principle of Legal Security

Zeynep Nihal AYDINOĞLU YALÇIN*

Özet

Hukuk devleti ilkesinin en önemli gerekliliklerinden biri, yargı kararlarının uygulanması zorunluluğudur. Gerek Anayasa gerekse 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda da bu zorunluluğa işaret edilmiştir. İdari yargıya başvuru sonucunda verilen iptal kararları ise bu bağlamda özellik arz eder. Bu kararların bazı hallerde tam geçmişe etkili olarak uygulanması mümkün olamamakta ve bu durum fiili ve hukuki imkansızlık kavramlarıyla açıklanmaktadır. Hukuki imkansızlığa sebebiyet veren bir durum da iptal kararlarının tam olarak geçmişe etkili uygulanmasının hukuki güvenlik ilkesine zarar vermesi ihtimalidir. İptal edilen işlemle bağlantılı diğer işlemler ve iptal edilen işleme dayalı olarak birtakım kazanımlar elde etmiş olanların varlığı, bu konuda ileri sürülen temel argümanları oluşturmaktadır. Türkiye örneklerinde söz konusu halde, yasa koyucu veya idareler tarafından hukuki düzenlemeler yapılmakta veya böyle bir düzenleme bulunmaksızın hukuki imkansızlık gerekçesiyle karar uygulanmamaktadır. Bu çalışmada Danıştay kararları eksen alınarak söz konusu durumda, kararın uygulanmasında hukuki bir imkansızlığın söz konusu olup olamayacağı incelenmiş ve böyle bir sonucun doğmasını engelleyecek yargısal ve idari mekanizmalar araştırılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Yargı kararlarını uygulama zorunluluğu, Hukuki İmkansızlık, Hukuk Devleti İlkesi, Hukuki Güvenlik İlkesi

Abstract

One of the most important requirements of the rule of law is the obligation to implement judicial decisions. Both the Constitution and the Administrative Procedure Law No. 2577 have pointed out this obligation. Annulment decisions made as a result of an application to the administrative court are peculiar in this context. In some cases, it is not possible to apply these decisions in full retrospectively, and this situation

➤ *Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.*

➤ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 18.01.2022*

➤ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 16.06.2022*

* Dr. Öğr. Üyesi, Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı., zeynepaydinoglu@kku.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-7939-8458>

is explained with the concepts of de facto and legal impossibility. Another situation that causes legal impossibility is the possibility that the full retroactive application of annulment decisions will harm the principle of legal security. One of the main arguments put forward in this regard is the existence of other transactions related to the canceled transaction and the existence of some gains based on the canceled transaction. In the case of Turkey, legal regulations are made by the legislator or the administrations, or without such a regulation, the decision is not implemented on the grounds of legal impossibility. In this study, taking the decisions of the Council of State as the axis, it has been examined whether there is a legal impossibility in the implementation of the decision and the judicial and administrative mechanisms that will prevent such a result from occurring.

Keywords: Obligation to implement judicial decisions, legal impossibility, Rule of law principle, principle of legal security

GİRİŞ

İptal kararlarının uygulanması, gerek öğreti gerek idari yargı yerleri ve idare açısından problemleri bir konudur.¹ İdari rejimin geçerli olduğu hukuk sistemlerinde idarenin hem davalı hem de yargı kararının gereklerini yerine getiren taraf olması, özellikle iptal kararlarının uygulanmasında sorunlara yol açmaktadır.² Yargı kararını uygulamayan ve kararın uygulanması için zor kullanması gerekenin yine idare olması da çelişkili bir durum yaratmaktadır.³

İptal kararlarının uygulanmasındaki zorluklardan biri de, iptal kararı konusu olan idari işlemin geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılması ve bu işlemin hiç var olmadığı hukuki durumun tesis edilmesi zorunluluğudur.⁴ Nitekim idare mekanizması büyük ölçüde birbirine eklenmiş idari işlemlerden oluşmaktadır. Bu zincir içerisindeki bir idari işlemin iptal edilmesi beraberinde, birbirini izleyen değişiklikler yapılmasını gerektirebilir.⁵ Bazı hallerde iptal edilen idari işlemin tüm sonuçlarının idareler tarafından yerine getirilmesi mümkün olamamaktadır. Bu mümkün olamama hali, yargı yararının yerine getirilmesine engel olan hukuki ve fiili imkansızlıkların varlığından kaynaklanmaktadır.⁶ İptal kararı alınıncaya kadar geçen süre içerisinde, tesis edilen yeni işlemlerin çokluğu ve onları geri almanın iptal kararını uygulamaktan daha zor olması, iptal kararlarının uygulanmasını *hukuken imkansız* kılan gerekçelerden biri olarak ileri sürülebilmektedir. Bu görüşün

¹ Kazım Yenice, “Karara Saygı”, (1975), 5 (16 – 17), Danıştay Dergisi, 3, 6.

² Yıldırım Uler, *İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları*, (AÜHF 1970), 80. Gürsel Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku*, (Ekin 2020), 514. (Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku*)

³ Onur Karahanoğulları, *İdari Yargı – İdarenin Hukuka Zorlanması*, (Turhan 2019), 757.

⁴ Yahya Zabunoğlu, *İdare Hukuku C. II*, (Yetkin 2012), 322. A. Şeref Gözübüyük – Turgut Tan, *İdare Hukuku C. II*, *İdari Yargılama Hukuku*, (Turhan 2019), 555 vd.

⁵ Uler, (n 2) 26.

⁶ Evren Altay, *İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasından Doğan Uyuşmazlıklar*, (Turhan 2004), 193 – 253.

temel hareket noktası, bahsi geçen durumda iptal kararının uygulanmasının hukuki güvenliği, istikrarı ve kamu düzenini bozma tehlikesinin olmasıdır. Ancak iddia olunan uygulayamama halinin, *uygulamamanın kılıfına dönüşüp dönüşmediğinin değerlendirilmesi gerekmektedir*. Bu çalışmada söz edilen durumda gerçekten bir hukuki imkansızlığın söz konusu olup olmadığı ve hukuki güvenlik ilkesinin her durumda iptal kararının uygulanma zorunluluğuna üstün gelmesinden söz edilip edilemeyeceği üzerinde durularak, bu duruma doğmasını engelleyebilecek yargısal ve idari mekanizmaların varlığı araştırılmıştır.

I. YARGI KARARLARINI UYGULAMA ZORUNLULUĞU

Yargı kararlarının uygulanma zorunluluğunun temel anayasal dayanağı, hukuk devleti ilkesidir. İlkenin vazgeçilmez gerekliliklerinden biri, idarenin eylem ve işlemlerinin *etkili* bir yargısal denetime tabi olmasıdır. Bu bakımdan bir hukuk devletinde yargı kararlarının uygulamamasından söz edilemeyeceği gibi; böyle bir zorunluluğun ayrıca vurgulanmasına dahi gerek bulunmamalıdır.⁷ Medeniyetin ve toplumsal yaşamın devamı için vazgeçilmez olarak nitelendirilen yargı kararlarını uygulama zorunluluğunun⁸ gereği olarak idare, herhangi bir başvuruya gerek dahi olmaksızın kendiliğinden mahkeme kararının gereklerini yerine getirmelidir.⁹ Nitekim yargı kararının uygulanmasında söz konusu olan bir yandan da, yargının saygınlığıdır.¹⁰

Türk hukuk sisteminde açık bir biçimde yargı kararlarına uyulması zorunluluğu, ilk olarak 1961 Anayasasının 132. maddesinde ve aynı şekilde korunarak 1982 Anayasasının 138. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, *“Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.”* Ayrıca İYUK madde 28¹¹’te, *“Danıştay, bölge idare mahkemesi idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre, idare gecikmesizin işlem tesis etmek veya eylemde bulunmak zorunda olup*

⁷ Gözübüyük/Tan, (n 4) 583. Cemil Kaya, “İdari Yargıda Yargı Kararlarının Uygulanmaması Nedeniyle Manevi Tazminat İstemi”, Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, (2010), 14 (1 – 2), 59, 59. Kaplan, İdari Yargılama Hukuku, (n 2) 514.

⁸ Turhan Feyzioğlu, “İdarenin Kaziyei Muhkemeye Riayetini Temin Hususunda Vatandaşın Büyük Millet Meclisine Müracaat Hakkı Bir Müeyyide Olabilir Mi?” (1949), 4, Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi 96, 96.

⁹ Gözübüyük/Tan, (n 4) 581.

¹⁰ Kaplan, İdari Yargılama Hukuku, (n 2) 513.

¹¹ Öğretide İYUK madde 28’in yasal bir emir niteliğinde olmasına rağmen, bireyler açısından tam bir güvence sağlamak konusunda yetersiz kalan eksik bir düzenleme olduğu yolunda eleştiriler bulunmaktadır. Bu konuda bkz. Celal E, “İdari Yargı Kararlarının Uygulanmasını Güçleştirici Mekanizmalar,” (2009), Danıştay ve İdari Yargı Günü 141. Yıl, Sempozyum 21, 33.

*kararın gereklerinin yerine getirilmesi süresi hiçbir şekilde idareye tebliğinden itibaren 30 günü geçemez*¹² hükmü yer almaktadır.

Türkiye pratiğinde, uygulanmayan yargı kararlarına ilişkin davaların daha çok iptal davalarına ilişkin olduğu görülmektedir.¹³ Tam yargı davaları, idari işlemin kendisini doğrudan konu edinmeyip; idari işlem (veya eylem) sebebiyle hukuk düzeninde oluşan olumsuz etkilerin giderilmesini ve doğan zararın tazmin edilmesini sağlar.¹⁴ Davanın sonucunun parasal bir hak içermesi nedeniyle, idarenin bu kararları uygulamakta bir sakınca görmemesi, idarelerin hukuka bakışını da göstermektedir. Ayrıca, tam yargı davaları bakımından İYUK'ta yaptırım öngörülmüştür. Bu halde idare, gecikme faizi ödemektedir.¹⁵

Danıştay, idarelerin yargı kararlarını uygulama zorunluluğunu belirtirken birçok kararında kalıplaşmış şekilde, “*idarenin maddi ve hukuki koşullara göre uygulanabilir nitelikte olan bir yargı kararını aynen ve gecikmeksizin uygulamaktan başka bir seçeneğinin bulunmadığı,*”¹⁶ “*idari yargı yerlerince verilen kararların uygulanıp uygulanmaması konusunda idarenin herhangi bir takdir yetkisine sahip olmadığı, bu kararların doğruluğunu tartışma ve buna göre uygulama yetkisinin bulunmadığı, idarelerin bu alandaki yetkilerinin, bağlı yetki niteliğinde olduğu,*”¹⁷ *idarenin yargı kararlarında yer verilen gerekçeler doğrultusunda hareket etme zorunluluğunun da, hukuk devleti ilkesinin en önemli unsuru olduğu*¹⁸ gerekçeleriyle oldukça katı bir tutum sergilemektedir. Hatta yüksek mahkeme, bir idarenin mahkeme kararlarının diğer personel için emsal teşkil etmeyeceği yolundaki düzenleyici işlemi bile, yargı kararlarının

¹² İYUK madde 28’de yer alan bu hükümdeki, yargı kararlarının yerine getirilmesi için belirlenen azami süre, 1994 yılında 4001 sayılı kanunla yapılan değişiklikten önce, 60 gün olarak belirlenmiştir. Bununla beraber İYUK madde 28’deki “*ihiyati haciz ve ihiyati tedbirle ilgili yargı kararlarının kesinleşmeden uygulanmayacağına*” dair hükmün, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesiyse; yargı kararlarının uygulanmasının kesinleşmeye bağlanamamasının istisnai yasal hali olarak nitelendirilecek bir düzenleme hukuk aleminden silinmiştir. Anayasa Mahkemesi E. 2012/107, K. 2013/90, 10.07.2013. Hükmün Anayasa’ya aykırılığı konusunda ayrıntılı bir çalışma için bkz. Serdar Yılmaz, “Kamu Alacaklarının Tahsili Hukukunda İhtiyati Haciz Müessesesi ve İhtiyati Hacze Karşı Açılan Davalarda İdari Yargı Yerlerince Verilen Kararların Uygulanması”, (2012), 61(4), AÜHFD, 1437, 1503.

¹³ Evren Altay, “İdari Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorunu”, (2000) Hukuk Kurultayı, 358, 358. (Altay, İdari Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorunu)

¹⁴ Turgut Candan, *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, (7. Baskı, Yetkin 2017), 703.

¹⁵ Altay, (n 13), İdari Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorunu, 358.

¹⁶ Danıştay 2. Dairesi, E. 2016/14143, K. 2020/965, 18.02.2020. Danıştay 2. Dairesi, E. 2015/7041, K. 2018/2602, 16.04.2018, İDDK, E. 2016/2659, K. 2018/1211, 26.03.2018. Danıştay 2. Dairesi, E. 2017/534, K. 2017/8383, 27.12.2017. Danıştay 6. Dairesi, E. 2013/284, K. 2017/9981, 27.11.2017.

¹⁷ Danıştay 2. Dairesi, E. 2015/7041, K. 2018/2602, 16.04.2018. Danıştay 2. Dairesi, E. 2016/12117, K. 2017/3273, 20.04.2017. Danıştay 5. Dairesi, E. 2000/3316, K. 2004/3372, 29.09.2004.

¹⁸ Danıştay 11. Dairesi, E. 2016/5903, K. 2018/1899, 05.04.2018. Danıştay 5. Dairesi, E. 1991/112, K. 1991/154, 11.02.1991

etkisizleştirilmesi sonucunu doğuracağı gerekçesiyle, yürütmenin durdurulması kararı vererek, yargı kararlarının uygulanmaması *ihhtimalini* bile bertaraf etmeye çalışmıştır.¹⁹ Öte yandan yüksek mahkeme kararlarında, herhangi bir şekilde yargı kararının gereğinin yerine getirilmemiş olması sonucunu doğuracak şarta veya süreye bağlı bir uygulama yetkisinin de kabul edilemeyeceğini; böyle bir tutumun yargı kararının uygulanmasını ilgili organın sübjektif takdirine bırakması sebebiyle kabul edilemez olduğunu vurgulamaktadır.²⁰

Anayasa Mahkemesi de yargı kararlarına uyma zorunluluğunu, hukuk devletinin mutlak koşulu olarak görmektedir. İYUK'un 28. maddesindeki, *"kamu görevlileri hakkında tesis edilen atama, görevden alma, göreve son verme, naklen ve vekaleten atama, yer değiştirme, görev ve unvan değişikliğiyle ilgili olarak verilen iptal ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin mahkeme kararlarının gereğinin kadronun boş olması"* şartına bağlanmasına ilişkin düzenlemeyi

*"Hukuk devletinin gerçekleşmesi için aynı zamanda idarenin yargı kararlarına uyması ve bu kararın gereklerine göre işlem ve eylemde bulunması zorunludur. İdarenin yargı kararlarına uymaması durumunda, hukuk devleti ilkesinin varlığından söz edilemez (...) İdare yargı kararını uygulamayı herhangi bir koşula bağlayamaz"*²¹

gerekçeleriyle iptal etmiştir.

Anayasa Mahkemesi aynı zamanda yargı kararlarının uygulanmasını adil yargılanma hakkının bir gereği olarak nitelendirmektedir. Yüksek mahkemeye bu hakkı,

*"Anayasa'nın 36. maddesinde ifade edilen hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı, sadece yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunmada bulunma hakkını değil; yargılama sonucunda hak olanı elde etmeyi de kapsayan bir haktır"*²²

biçiminde ifade etmektedir.

¹⁹ Danıştay 11. Dairesi'nin, 2016/8888 esaslı ve 26.04.2017 tarihli kararı ile ilgili düzenlemenin yürütmesi durdurulmamışken; İDDK tarafından, 2017/872 esaslı ve 18.10.2017 tarihli karar ile, davacının itirazı kabul edilerek düzenlemenin yürütmesinin durdurulmasına karar verilmiştir.

²⁰ Danıştay 11. Dairesi, E. 2000/8818, K. 2003/403, 28.01.2003.

²¹ Anayasa Mahkemesi, E. 2014/86, K. 2015/109, 24.11.2015. Anayasa Mahkemesi, bazı kararlarında yargı kararlarının uygulanması zorunluluğuna vurgu yaparken, 'tercih hakkı', 'seçim hakkı' gibi ifadeler kullanılmaktadır. Ancak idarenin kamusal faaliyetleri ele alındığında hak'tan değil; yetki ve görevden, seçim hakkından değil; takdir yetkisinden bahsedilmesi gerekir. Aynı zamanda, kamu görevlilerinin yalnızca yargı kararlarının uygulanması açısından değil; hukuk devleti ilkesinden kaynaklanan bir biçimde, kanuni idare ilkesi gereğince hiçbir idari faaliyet sırasında, hukuka aykırı davranma konusunda seçim hakkı bulunmamaktadır. Ayhan Tekinsoy, "Anayasa Mahkemesinin Kamu Görevlilerinin Kişisel Kusuru Konusundaki Yaklaşımının Muhtemel Sonuçları", (2013), 1, Ankara Barosu Dergisi, 19, 52.

²² Anayasa Mahkemesi, E. 2009/27, K. 2010/9, 14.01.2010.



Bir başka kararında mahkeme, “*hak arama özgürlüğünün bir gereği olan mahkemeye erişim hakkının, yargılama sonunda verilen kararın etkili bir şekilde aynen ve gecikmeksizin uygulanmasını da gerektirdiğini*”²³ vurgulamıştır. Yüksek Mahkeme kimi kararlarında ise, Anayasa’nın 138. maddesini, ‘kesin hüküm’ ilkesinin dayanağı olarak görmekte ve Anayasa’nın 36. maddesi bağlamında ‘hak arama özgürlüğü’ ile beraber değerlendirmektedir.²⁴ Ancak yargı kararlarının bağlayıcılığının kesin hüküm ilkesiyle açıklanması, öğretide eleştirilmektedir.²⁵ İptal kararlarının gereğinin yerine getirilmesi için hükmün kesinleşmiş olması gerekmediği gibi idareler İYUK madde 28/1 gereği yürütmenin durdurulması kararının gereğini yerine getirmek zorundadırlar.²⁶

Yargı kararlarını uygulama zorunluluğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi²⁷ bağlamında da bir yükümlülüktür. AİHS’in 6. maddesi bağlamında adil yargılanma hakkından türetilen haklardan biri de, kararın icrası hakkıdır. Mahkeme hakkının kullanılması sonucunda verilen hükmün uygulanması gerekmektedir. AİHM’e göre, “*bir mahkeme tarafından verilen hükmün yerine getirilmesi, sözleşmenin 6. maddesi bağlamında yargılamanın bütünleyici parçası olarak görülmelidir.*”²⁸ Bu bakımdan yargı kararlarının uygulanmaması halinde, yargıya erişim hakkı da anlamını kaybedecektir.²⁹ Öte yandan AİHM tarafından 01.10.1982 Piersack v Belgium kararında “*Adaletin yerine getirilmesi yetmez; aynı zamanda yerine getirildiğinin görülmesi de gerekmektedir*” biçiminde yargı kararlarının uygulandığı konusunda toplumda oluşan güven algısı vurgulanmaktadır.³⁰ Gerçek hayata geçirilmeyen yargı kararları, boş yere verilmiş bir mücadelenin ve bu çabanın haklılığı için ortaya konulmuş boşuna emek ve zamanın belgesi olmaktan öteye geçememekte ve sadece tarafları üzerinde moral bir etki yaratmaktadırlar.³¹

AİHM’in yargı kararlarının uygulanması konusunda verdiği önemli kararlardan biri olan ve sonraki kararlarında da atıfta bulunulan Hornsby v Greece kararında,

²³ Anayasa Mahkemesi, E. 2014/92, K. 2016/6, 28.01.2016.

²⁴ Anayasa Mahkemesi, E. 1988/36, K. 1989/24, 02.06.1989.

²⁵ Uler, (n 2) 80.

²⁶ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, (Savaş 2019), 373. Karahanogulları, *İdari Yargı...*, (n 3), 542 – 543. Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku*, (n 2), s. 454.

²⁷ Çalışmada bundan sonra kısaltılarak AİHS olarak anılacaktır.

²⁸ Osman Doğru ve Atilla Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi – Açıklama ve Önemli Kararlar C. I*, (Legal 2013), 631.

²⁹ Müslüm Akıncı, *İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı*, (Turhan Kitapevi, 2008), s. 405.

³⁰ Case of Piersack v. Belgium, 01.10.1982, Prg. 53.

³¹ Turgut Candan, *İdari Yargı Kararlarının Sonuçları*, (<https://turgutcandan.com/2012/09/30/iddari-yargi-kararlarinin-sonuclari>, Erişim Tarihi: 14.09.2020)

“...bir mahkeme tarafından verilen hükmün yerine getirilmesi, Sözleşmenin 6. maddesi bakımından ‘yargılama’nın bütinleyici bir parçası olarak görülmelidir. (...) Davacı, Devletin en yüksek idari yargı organı önünde bir iptal davası açmakla, yalnızca anlaşma konusu işlemin hukukiliğini değil, fakat aynı zamanda ve her şeyden öte, bu işlemin yaratmış olduğu bütün sonuçların ortadan kaldırılmasını istemektedir. Bu tür bir davada davacının etkili bir biçimde korunması ve hukuki durumun düzeltilmesi, idari makamların bu mahkemenin kararına uyma yükümlülüğünün bulunmasını gerektirir. (...) İdari makamların yargı kararına uymamaları ve hatta uymayı geciktirmeleri halinde, davacının yargılama aşamasında kullandığı Sözleşmenin 6. maddesindeki güvencelerin bir anlamı kalmayacaktır”³²

biçimde yargı kararlarının uygulanması ile adil yargılanma hakkı arasındaki zorunlu ilişkiyi açıklamıştır. Benzer şekilde AİHM’in Antonette v Italy kararında, “İdari bir işleme karşı dava açan kimse sadece bu işlemin hukuka aykırı olduğunu görmek için değil; aynı zamanda hukuka aykırı etkilerini ortadan kaldırmak için başvurur. Yargı kararı uygulanmazsa bu beklenti boşunadır”³³ gerekçesiyle yargı kararlarının uygulanma zorunluluğuna vurgu yapılmıştır.

Yargı kararlarının uygulanmaması sebebiyle AİHM’in Türkiye aleyhine verdiği kararlardan en bilineni Taşkın and Others v Turkey kararıdır. Ovacık bölgesinde altın arama çalışmalarına ilişkin verilen iznin iptaline rağmen, karar uygulanmamış, hatta bu faaliyetlerin devam edeceğine dair Bakanlar Kurulu tarafından ‘prensip kararı’³⁴ alınmıştır. AİHM, ulusal makamların İzmir 1. İdare Mahkemesi’nin kararının makul süre içinde yerine getirmemesinin, AİHS’in 6. maddesinde düzenlenmiş olan etkili koruma anlayışını ortadan kaldırdığı sonucuna ulaşmıştır.³⁵

Bu konuda Türkiye aleyhine verilen diğer bir önemli karar olan Büker v Turkey davasında ise mahkeme,

³² HORNSBY v Greece (1997), App No 18357/91, Karar için bkz. (<https://www.anayasa.gov.tr/media/3600/aihmkararlarindanornekler.pdf>) Bu konudaki diğer kararlar, VAN DE HURK v Nederland (1994) App No 16034/90. PAVASE v Italy (2001), App. No: 32388/96. FUKLEV v Ukraine, App No 71186/01, 07. 06.2005.

³³ AİHM, Affaire ANTONNETTO v Italy (2000), App. No: 15918/89.(Karar için bkz., AKINCI, (n 29) 407.)

³⁴ “Prensip kararları”, öğretide idare tarafından adil işlev ve yetki alanları dışına çıkarak, kamusal yararın korunması, ülkenin ve toplumun yararları ileri sürülüp, bir üstün koruyuculuğa soyunulması yönünden eleştirilmektedir. Bkz. Yahya Zabunoğlu, “Adil Yargılanma Hakkı ve İdari Yargı, İzmir Barosu Yargı Reformu Sempozyumu”, (2000), 314, 320.

³⁵ AİHM, TAŞKIN and Others v Turkey, App. No: 46117/99, 10.11.2004.

“Davalı Hükümet’in ileri sürdüğü gibi, tarafların başvurabileceği birçok iç hukuk yolunun bulunması, ilke olarak kişi haklarının korunmasına uygun olarak değerlendirilebilmesine karşın, bu durum, yetkilileri Sözleşme’nin 6/1 maddesi uyarınca üstlendikleri hukuk sistemlerini, mahkemelerin makul süre içinde karar vermek de dahil olmak üzere yükümlülüklerini yerine getirecek şekilde düzenleme yükümlülüğünden muaf tutamaz”

biçiminde taraf devletlerin hukuk sistemlerini, yargı kararlarının gereklerinin yerine getirilmesini sağlamak üzere kurgulamaları gerektiğinin altı çizilmiştir.³⁶

Yargı kararlarını yerine getirilmemesinden kaynaklı hak ihlalleri Türk hukukunda bireysel başvuru yolunun kabul edilmesinden sonra, Anayasa Mahkemesi tarafından da incelenmiştir. Bu konudaki ilk kararlardan Ahmet Yıldırım başvurusunda, zaman bakımından yetkisizlik kararı verilmesine rağmen, değerlendirme bölümünde, Hornsby v Greece kararına atıf yapılarak, yargı kararlarının uygulanmasının mahkemeye erişim hakkı kapsamında değerlendirildiğinin, yargılama sonucunda mahkemenin bir karar vermiş olmasının yeterli olmadığı; aynı zamanda bu kararın etkili bir biçimde uygulanmasının da gerekli olduğunun altı çizilmiştir. Hukuk sisteminde, nihai mahkeme kararlarının taraflardan biri aleyhine sonuç doğuracak şekilde uygulanamaz hale getiren bir düzenlemenin bulunması veya kararın uygulanmasının herhangi bir şekilde engellenmesi halinde, ‘mahkemeye erişim hakkının’ anlamını yitireceği belirtilmiştir.³⁷ Bu karardan kısa bir süre sonra Feridun Karaköylü başvurusunun değerlendirilmesinde mahkeme,

“Adil yargılanma hakkının unsurlarından biri de mahkemeye erişim hakkıdır. Mahkemeye erişim hakkı, bir uyumsuzluğu mahkeme önüne götürme ve aynı zamanda mahkemece verilen kararın uygulanmasını isteme hakkını kapsar. Mahkeme kararının uygulanması, yargılama sürecini tamamlayan ve yargılamanın sonuç doğurmasını sağlayan bir unsurdur. Karar uygulanmazsa yargılamanın da bir anlamı kalmayacaktır”³⁸

³⁶ AİHM, BÜKER v Turkey, App No: 29991/96, 24.10.2000.

³⁷ Anayasa Mahkemesi, Ahmet YILDIRIM Başvurusu, Başvuru Numarası: 2012/44, 01.10.2013.

³⁸ Anayasa Mahkemesi, Feridun KARAKÖYLÜ Başvurusu, Başvuru Numarası: 2013/4454, 15.10.2014. İdareden alacak hakkına ilişkin olarak yapılan bir başvuruda mahkeme, “başvuruculara iki ayrı mahkeme kararına rağmen ödeme yapılmamış; yalnızca ödemelerin sıraya konduğunun bildirilmiş olmasını, alacağa ulaşmada bir belirsizlik yarattığı için, mahkemece verilen kararı etkili sonuçları bakımından konusuz bıraktığını” belirterek, Anayasa’nın 35. ve 36. maddelerinde güvence altına alınan mülkiyet ve adil yargılanma hakkının ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır. Anayasa Mahkemesi, Kenan YILDIRIM – Turan YILDIRIM Başvurusu, Başvuru Numarası: 2013/711, 03.04.2014.

biçiminde yargı kararlarının uygulanma zorunluluğu ile adil yargılanma hakkı ilişkisi kurulmuştur.

Bu kararlarının yanında yakın dönem kararlarından birinde Anayasa Mahkemesi, bireysel başvurularda ileri sürülen hak ihlallerinin AİHS ile Anayasa'nın ortak koruma alanı çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğinden ve AİHM'in yargı kararlarının yerine getirilmesine yönelik ihlal başvurularına ilişkin verdiği kararlarda nihailik ve kesinlik vurgusu yapmış olmasından bahisle yürütmenin durdurulması kararlarının gereğinin yerine getirilmemiş olmasının, bireysel başvuruya konu bir ihlale yol açmadığına hükmetmiştir.³⁹ Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuruya konu edilen hak ihlallerinde, temel hak ve özgürlüklerin koruma alanını daraltan ve Anayasa'yı ölçü norm olmaktan çıkararak bu yorum yöntemi haklı eleştirilere konu olmaktadır.⁴⁰ Nitekim yargı kararlarını uygulama zorunluluğu, kesin hükümden çok daha geniş bir anlama sahip olup mahkemelerin yargı yetkisinin kullanılması çerçevesinde yaptığı tüm işlemlerin, bu kapsamda değerlendirilmesi gerekmektedir.⁴¹

İptal kararlarının yerine getirilmesinin gerçek anlamda imkansız olması halinde, tazmin sorumluluğu gündeme gelebilirse de idare, iptal kararlarının birtakım gereklerini yerine getirme *yükümlülüğünden* "kurtulmuş" olacak ve bu halde adil yargılanma hakkına bir aykırılık da söz konusu olmayacaktır. Bu bakımdan öncelikle iptal kararının gereklerinden neyin anlaşılması gerektiği değerlendirilmelidir.

II. UYGULAMANIN İPTAL KARARLARININ GEREKLERİNE GÖRE YAPILMASI

İptal kararlarının uygulanmasında hukuki imkansızlığın söz konusu olup olmadığına tespiti için öncelikle iptal kararlarının nasıl uygulanacağını belirlemek gerekmektedir. Bu konuda, Anayasa'nın 138. maddesi ve İYUK madde 28'in incelenmesinden belli başlı birtakım sonuçlar çıkarmak mümkündür. Her şeyden önce, mahkeme kararlarının *aynen* uygulanması gerekmektedir. İdare, karara kendine özgü anlamlar yükleyerek ve yorumlar yaparak veya içinde bulunduğu şartlara uyarlayarak değil; kararın genel mantığına ve anlamına uygun şekilde işlem tesis etmek veya eylemde bulunmak zorundadır.⁴²

³⁹ Anayasa Mahkemesi Bülent Türk Başvurusu, Başvuru Numarası: 2014/7002, 01.12.2016.

⁴⁰ Ece Göztepe Çelebi, "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruya İlişkin İki Buçuk Yıllık İçtihadının Kısa Bir Değerlendirilmesi", Anayasa Mahkemesi'nin 53. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen "Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi Sorunlar ve Çözüm Yolları" Konulu Sempozyumda Sunulan Bildiriler, (2015), 17, 19 – 20.

⁴¹ Uler, (n 2) 80.

⁴² Ali Ulusoy, "TBMM İdari Yargı Kararlarının Hukuk Düzenindeki Etkileri ve Uygulamadaki Sorunlar Sempozyumu," (2012), 14, 16.



İptal kararın uygulanmasının neyi gerektirdiği, gerekçe bölümüyle ortaya çıkmaktadır. Bu bakımdan gerekçe kararın anlam kazandığı bölümdür.⁴³ Gerekçeye göre başka birtakım işlemler yapılması gerekiyorsa idare onları da yapmalıdır.⁴⁴ Uler de, idarenin yargı kararlarının gereğini yerine getirme zorunluluğunun özel hukuktaki gibi hüküm fıkrası ile bağlılıkla sınırlı olmayıp; idarenin kararın genel anlamı ile bağlı olduğunu belirtmektedir.⁴⁵ Anayasa Mahkemesi, “*idarenin kararı uyguladığından söz edilebilmesi için kararın gerekçesinde açıklanan nedenle, kararla güdülen amaca uygun işlem tesis etmesi veya eylemde bulunmasını*” bireysel başvurularda değerlendirmektedir.⁴⁶ Danıştay da lehine karar verilen tarafın gerekçe sebebiyle temyiz yoluna başvurabileceği yönünde karar verebilmektedir.⁴⁷ Öte yandan kimi durumlarda, idare iptal kararından sonra sonucu itibarıyla aynı olan yeni bir işlem tesis edebilmekte ve bu da her durumda hukuka aykırılık yaratmamaktadır. Şekil yönünden verilen iptal kararlarında, usulüne uygun şekilde ama sonucu itibarıyla aynı olan bir idari işlem tesisinin hukuka aykırı olup olmayacağına değerlendirilmesindeki kriter de, önceki iptal kararının gerekçesidir.

Yasa hükmünden çıkartılan diğer bir sonuca göre, idare yargı kararlarını *geciktireksizin* uygulamak zorundadır. İdarenin kararın uygulanmasını geciktirebileceği en fazla süre 30 gün olup bu süre idareye tanınan sürenin sınırını oluşturmaktadır. Burada belirtilmesi gereken en önemli nokta, söz konusu hükümden 30 günün sonuna kadar beklenebileceği gibi bir anlamın çıkarılmayacağıdır.⁴⁸ İdare, yargı kararının tebliğinden itibaren ‘makul süre içinde’ ve en geç 30 gün içinde, kararın gereğini yapmak zorundadır.⁴⁹ Makul

⁴³ Gerekçenin hüküm fıkrasına yazılması halinde bağlayıcı olacağı yolundaki görüş için bkz. Karahanoğulları, İdari Yargı..., (n 3) 793.

⁴⁴ Ulusoy, İdari Yargı Kararlarının, (n 42) 15.

⁴⁵ Uler, (n 2) 70.

⁴⁶ Bkz. Anayasa Mahkemesi, Hasan Gün Başvurusu, Başvuru Numarası:2018/9459, 19.11.2020, § 56.

⁴⁷ Danıştay 5. Dairesi, E. 1998/2407, K. 1999/705, KT: 16.03.1999. Karar için bkz. E. Ethem Atay, “İptal Davasının Nitelikleri ve İptal Kararlarının Uygulanması”, Danıştay 139. Yıl Sempozyumu, (2007), Danıştay Yayınları, 1, 55.

⁴⁸ Turgut Candan, “İdari Yargı Kararlarının Uygulanması I”, (1991), 253, Maliye Postası Dergisi, 42, 43.

⁴⁹ Anayasa Mahkemesi de 10.9.2014 günlü, 6552 sayılı İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun’un; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 28. maddesinin; 1 numaralı fıkrasının değiştirilen üçüncü cümlesinde yer alan “...mahkeme kararlarının gereği, ilgilinin kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanması suretiyle iki yıl içinde yerine getirilir” hükmünün, “İdarenin, mahkeme kararlarını yerine getirmesi, Anayasa’nın 138. maddesinde öngörülen bağlayıcılık ilkesi gereği temel bir ödevi olup kararları geciktirme ya da uygulamama gibi bir tercih hakkı bulunmamaktadır” gerekçesiyle iptaline karar vermiştir. (Anayasa Mahkemesi, E. 2014/149, K. 2014/151, 02.10.2014)

süre her karar için ayrıca değerlendirilmelidir. Bu nedenle, 30 gün dolmadan işlem uygulanmış olsa bile, makul süre içinde uygulanmamış ise, geç uygulama söz konusu olabilmektedir.⁵⁰

Hukuki güvenlik ilkesi açısından ise iptal kararlarının yerine getirilmesinde, iptal davalarının objektiflik özelliği ile içtihat yoluyla kabul edilen iptal kararının geriye yürür şekilde sonuç doğurmasının⁵¹ üzerinde özellikle durmak gerekmektedir.

İptal kararları hem geleceğe hem de geçmişe etkilidir. Nitekim bir hukuk devletinde hukuka aykırı bir idari işlemin belli bir süre dahi olsa hukuk sistemi içerisinde geçerli kılınmaması gerekir.⁵² Öte yandan yargı kararıyla, idari işlemin doğumunda bir sakatlık bulunduğu tespit edilmiş olacağından; bu işlemin hukuki bir durum doğurabilecek niteliği haiz olmasına da imkan bulunmamaktadır.⁵³ İctihadi bir ilke olan iptal kararlarının geçmişe yürütülmesi, idareye işlemden önceki hukuki durumun tesisi konusunda bir yükümlülük getirmektedir.⁵⁴ İptal davaları aynı zamanda, *objektif nitelikteki* davalardır. Bu türden uyuşmazlıklarda esasen davacı ile davaya konu edilen işlem karşı karşıya olup dava sonucunda yargıç kararın hukuka uygun olup olmadığı konusunda bir değerlendirme yapmakta, hukuka uygun olmadığı kanaatine varırsa işlemi, geçmişe etkili olarak hukuk düzeninden silmektedir.⁵⁵ Bu bakımdan objektif hukuk düzeninin korunmasına hizmet eden ve bu yönüyle kişisel menfaat ile kamu yararını uzlaştıran bir mekanizma olarak iptal kararları, sadece davanın tarafları üzerinde etki doğurmamaktadır. (erga omnes etki)⁵⁶ Öte yandan iptal davaları yoluyla bireylere sağlanan hukuki güvenlik açısından kişiler arasında bir ayırım bulunmamakta;⁵⁷ iptal davası açana bir ayrıcalık tanınmamaktadır.⁵⁸ Kesin hükmün nispiyeti ilkesi, iptal davaları bakımından geçerli olmayacak,⁵⁹ davanın konusunun salt kişisel olmadığı hallede, objektif sonuçtan davanın tarafı olmayanlar da yararlanabileceklerdir.⁶⁰ Buna göre bir idari işlem iptal

⁵⁰ Ramazan Çağlayan, *İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması*, (Asil 2004), 282.

⁵¹ Uler, (n 2) 44 vd. Gözübüyük /Tan, (n 4) 543 vd., Akyılmaz /Sezginer/Kaya, (n 26) 540 vd. Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku*, (n 2), 266 vd. Candan, *Açıklamalı İdari Yargılama...*, (n 14) 703 vd, Karahanoğulları, *İdari Yargı...*, (n 3), 759 vd. Ramazan Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, (Seçkin 2015), 488 vd.

⁵² Ali Ulusoy, *İdari Yargılama Hukuku*, (2. Baskı, Yetkin, 2020), 83.

⁵³ Siddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları C. III*, (3. Bası, İsmail Akgün 1966), 1790 – 1791.

⁵⁴ Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku*, (n 2) 267. Akyılmaz/Sezginer/Kaya, (n 26) s. 540.

⁵⁵ Atay, (n 47) 9, 25.

⁵⁶ A. Ülkü Azrak, “İptal Davalarının Objektif Niteliği”, (2000), Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, 331, 332, 335. Atay, s. 50.

⁵⁷ Atay, (n 47) 21, 25.

⁵⁸ Uler, (n 2) 44.

⁵⁹ Ibid 44.

⁶⁰ Atay, (n 47) 21, 25.



edildiğinde, bu iptal kararının etki alanı, idari işlemin etki alanı kadardır.⁶¹ Bu alan; davanın tarafı olmamasına karşın idari işlemin yönelmiş olduğu kişiler ile, iptal edilen işlemle bağlantılı olan diğer idari işlemlerle birlikte belirlenmektedir.⁶² Söz konusu etki ise olumlu olabileceği gibi; olumsuz da olabilmektedir.⁶³ İptal kararlarının etkisi bakımından geçerli olan bu durum, iptal davaları sonucunda verilen ve davanın reddiyle sonuçlanan kararlarda farklı ele alınmaktadır. Buna göre esastan verilen dava ret kararları, mutlak anlamda kesin hüküm taşımayıp yeni sebeplerle aynı işleme karşı dava açılabilmesini engellememektedir.⁶⁴

İptal edilen işlemin davanın tarafı olmayan kişiler üzerinde de etkili olması, düzenleyici işlemlerde açıkça görülmesine rağmen, bireysel idari işlemler söz konusu olduğunda bir duraksama yaşanabilmektedir. Ancak iptal kararının genel etkili olmasında asıl belirleyici olan işlemin genel veya bireysel olması değil; işlemle ilgili olan herkesin, kararın etki alanında bulunmasıdır.⁶⁵ Bu halde işlemin “*genellik derecesi*” arasında farklılıklar söz konusu olabilmektedir.⁶⁶ Buna karşılık davacı ile aynı veya benzer durumda olanlar bireysel idari işlemin iptal kararının olumlu sonuçlarından yararlanamamaktadırlar.⁶⁷ Hukuka saygılı ve eşit davranma yükümlülüğü bulunan⁶⁸ idarenin bir iptal kararı alındıktan sonra benzer durumda olanlar için de iptal kararının gereğini yerine getirmesi gerektiği düşünülebilirse de, bu kişiler, bireysel kararın iptaline ilişkin yargı kararının etki alanı içinde bulunmamaktadırlar. Nitekim aksi yönde bir kabul idari yargıda müdahillik kurumunu da anlamsız hale getirir. Ancak bu kişilerin idareye başvurarak kendileri için de benzer yönde bir işlem tesis edilmesini sağlama veya verilen olumsuz cevap neticesinde yargısal yollara başvurma olanağı bulunmaktadır.⁶⁹

⁶¹ Uler, (n 2) 44. Karahanoğulları, İdari Yargı, (n 3) 759.

⁶² Uler, (n 2) 44.

⁶³ Atay, (n 47) 56. Ulusoy, İdari Yargılama Hukuku, (n 52) 83.

⁶⁴ Kaplan, İdari Yargılama Hukuku, (n 2) 265. Öğretide düzenleyici işlemler hakkında verilen dava ret kararlarının herkes için etkili olması gerektiği ileri sürülmektedir. Azrak, (n 56) 335. Aksi yönde Danıştay uygulamasını eleştiren görüş için bkz. Kaplan, İdari Yargılama Hukuku, (n 2) 266.

⁶⁵ Uler, (2) 46. Yazar bu konuda, herhangi bir kamu görevine atanma işleminin iptali davasında, o göreve atanan kişinin davanın tarafı olmamasına ve üçüncü kişi konumunda olmasına rağmen, iptal karardan etkileneceğini örnek olarak göstermektedir.

⁶⁶ Karahanoğulları, İdari Yargı..., (n 3) 764.

⁶⁷ Kaplan, İdari Yargılama Hukuku, (n 2), 271. Öğretideki iptal karardan üçüncü kişilerin etkilenebilmesi için genel nitelikte bir kararın söz konusu olması gerektiği yolundaki görüşün de bu anlamda kullanıldığını düşünüyoruz. Bkz. Gözübüyük/Tan, (n 4) 550.

⁶⁸ İptal kararının benzer nitelikteki işlemler bakımından da uygulanmasını eşitlik ilkesiyle açıklayan görüş için bkz. Uler, (n 2) 67.

⁶⁹ Uler, (n 2) 68. Karahanoğulları, İdari Yargı..., (n 3) 767.

İptal kararı, iptal edilen işlemin etki alanındaki kişilerle birlikte, bu işleme dayanan diğer idari işlemler üzerinde de etki doğurmaktadır. İdarenin işleyişi gereği birçok idari işlem arasında sebep – sonuç ilişkisi bulunmaktadır. Temel işlem ve sonuç işlem olarak da ifade edilen⁷⁰ bu durumda söz konusu işlemlerden birinin iptalinin diğerine olan etkilerinin belirlenmesi gerekmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, bir işlemin dayanağı olan işlemin hukuka aykırı olması o işlemin kendisini de hukuka aykırı hale getirmektedir.⁷¹ Ancak bu hukuka aykırılığın kendiliğinden sonuç doğurup doğurmadığı veya, özellikle düzenleyici işlemin iptal edildiği durumlarda, bu işleme dayalı bireysel idari işlemlerin hukuki varlıklarının devam edip etmeyeceğine yönelik sorular⁷², iptal kararının *uygulanmasına* ilişkindir.⁷³ Özellikle iptal edilen işlemin sebep unsuru olduğu işlem veya işlemlerin, bu iptal kararı karşısındaki durumunun ne olacağına cevaplanması gerekmektedir. Bu noktada hukuki güvenlik ilkesi de devreye girecek; idarenin kazanılmış hak ve uzun süren uygulamalarının bu duruma etkilerinin değerlendirilmesi gerekecektir. Bu halde hukuki güvenlik ilkesinden kaynaklı olarak iptal kararının uygulanmasının hukuki imkansızlık doğurup doğurmadığının değerlendirilmesi için hukuki güvenlik ve hukuki imkansızlık kavramının incelenmesinde fayda vardır.

III. HUKUKİ GÜVENLİK VE HUKUKİ İMKANSIZLIK KAVRAMLARININ ANLAMI VE KAPSAMI

Hukuk devleti ilkesinin bir unsuru olan hukuki güvenlik ilkesi gereği, hukuk sisteminin sürekliliği olması gerekmektedir.⁷⁴ Buna göre hukuk kendi içinde tutarlı ve kararlı bir yapıda bulunmalı;⁷⁵ vatandaşlar da davranışlarını geçerli hukuki duruma göre şekillendirebilmelidirler.⁷⁶ Ancak böyle bir düzende, devlet karşısında bulunan ilgililer kendilerini güven içinde hissedebilirler.⁷⁷ Yalnız burada bahsi geçen hukuki güvenlik ve süreklilik değişen koşullara rağmen var olan durumun olduğu gibi sürdürülmesi anlamına gelmemektedir. Söz konusu ilkelerle ifade edilen, hukuki normlar ve tasarruflar yoluyla yaratılan *spesifik bir güvenlik*; hukuk düzeninin güvenilir olmasıdır. Bu güvenilirliğe ulaşılabilmesi

⁷⁰ Uler, (n 2) 49 vd.

⁷¹ İbid. Akyılmaz/Sezginer/ Kaya, (n 26) 542.

⁷² Bu ihtimalin tersi, yani düzenleyici işlemin iptal edilmeyip uygulama işlemiyle birlikte dava konusu edilmesi veya bireysel idari işlemin tek başına dava konusu edilebilmesi İYUK m. 7/4 gereğince mümkündür. Bu nedenle iptal davalarının uygulanması bakımından ağırlıklı olarak üzerinde durulması gereken, düzenleyici işlemin iptalinin bireysel işlemler üzerindeki etkisidir.

⁷³ İptal kararlarının hukuksal etkisi ile uygulanması arasındaki farka ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Karahanoğulları, İdari Yargı..., (n 3) 761 vd.

⁷⁴ Helge Sodan – Jan Ziekow, *Grundkurs Öffentliches Recht*, (C.H.Beck, 2007), s. 56.

⁷⁵ Deviner Erguvan, s. 58.

⁷⁶ Sodan – Ziekow, (n 74) 56.

⁷⁷ İbrahim Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, (8. Baskı, Legal 2012), s. 26. Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, (3. Baskı, Ekin 2019), 220.



için ise, kamusal kararlarda (staatliche Entscheidung) süreklilik olması (ex post) ve bu kararların belirli, öngörülebilir bir biçimde değiştirilebilmesi aranmaktadır. (ex ante)⁷⁸ Bu bakımdan hukuki güvenlik ve istikrar ilkeleri gereğince hukuk kurallarının ve bu kuralların uygulanmasının yerleşik olması gerekmektedir.⁷⁹

Hukuki güvenlik ilkesini hukuk devletinin ön koşullarından kabul eden Anayasa Mahkemesi ilkenin gereği olarak, “*hukuki normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını*” aramaktadır.⁸⁰ Bu gerekliliklerden “*bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesi*”, bireylerin kendilerine uygulanacak hukuk kurallarına göre davranışlarını belirleme imkanına sahip olması⁸¹ anlamında hukuki güvenlik ilkesi, iptal kararlarının uygulanmasını hukukten imkansız kılabilir mi sorusu, cevaplanmaya ihtiyaç göstermektedir.

İmkan kavramı, “*yararlanılan uygun şart veya durum*” olarak tanımlanmaktadır.⁸² Bu durumda bir imkansızlık halinden söz edildiğinde anlaşılması gereken uygun şart veya durumun bulunmaması, olanaksızlık olmalıdır. Yargı kararının uygulanmasında imkansızlık halinde de, kararlarının uygulanması idari işlemin tesis edilmesinden sonra ortaya çıkan, idare dışındaki gelişmelerden dolayı mümkün olamamaktadır.⁸³ Bu noktada dikkat edilmesi gereken, dava konusu işlemlerin tesis edildikleri tarih itibarıyla yargısal denetime konu olmaları sebebiyle imkansızlık halinin yargı sürecinin devamında değil; *yargı kararının uygulanmasında* söz konusu olmasıdır.⁸⁴ Ayrıca öğretide iptal kararlarının hukuki etkisi olan kararın gerekleri ile uygulamasının yani idarenin karara uygun eylem ve işlem yapmasının birbirinden ayırt edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Bu görüşte, hukuksal etki açısından bir olanaksızlık söz konusu olmamakta; ancak kararın geçmiş bütünüyle etkilemesi noktasında bir olanaksızlıktan söz edilebilmektedir.⁸⁵

Yargı kararlarının uygulanmasında imkansızlık hukuki ve fiili imkansızlık olarak ikili bir ayrımla ele alınmaktadır. Bu iki halin birbirinden kesin çizgilerle ayrılması her zaman mümkün olmamakla birlikte⁸⁶ fiili imkansızlık,

⁷⁸ Hermann - Josef Blanke, *Vertrauensschutz im deutschen und europaischen Verwaltungsrecht*, (Mohr Siebeck, 2000), 16 – 20.

⁷⁹ Bayram Keskin – Zülal Yağcı, “Türk İdare Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesinin Uygulanması,” (2018), 13 (148), *Terazi Hukuk Dergisi*, 56, 60.

⁸⁰ Mevlüt Tuncer Akca, B. No: 2017/4904, 10/3/2021, § 50.

⁸¹ Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, (Ekin 2016), 66.

⁸² Bkz. Türk Dil Kurumu Güncel Sözlüğü, <https://sozluk.gov.tr/>.

⁸³ Altay, Uyuşmazlık, (n 6), 195.

⁸⁴ ibid 196.

⁸⁵ Karahanoğulları, İdari Yargı..., (n 3) 760 – 761.

⁸⁶ Zabunoğlu, (n 4) 333.

objektif olarak kararın uygulanamaması hali olarak tanımlanırken; hukuki imkansızlık, kararın uygulanmasını engelleyen bir hukuk kuralının, *hukuki bir engelin* varlığı halinde söz konusu olmaktadır.⁸⁷ Hukuki imkansızlık halinde iptal edilen işlemin tesisinden sonra meydana gelen hukuki bir durum, kararın uygulanmasına engel olmaktadır.⁸⁸ Diğer bir ifadeyle hukukun yarattığı sınırlar sebebiyle bir uygulanamama hali söz konusu olmaktadır.⁸⁹ Nitekim idarelerin iptal kararının gereklerini yerine getirirken başka hukuka aykırılıkların doğmasına sebep olmamaları gerekir.⁹⁰ Ancak bu noktada belirtmek gerekir ki, her hukuki engel, bir hukuki imkansızlık haline sebebiyet vermemektedir.⁹¹

Hukuki imkansızlığın kaynağının, kanuni düzenlemeye bağlı olarak gelişen imkansızlık ve hukuk kuralları arasındaki çelişkiden doğan imkansızlık olarak ele alındığı görülmektedir.⁹² Hukuki güvenlik ilkesinin yargı kararlarının uygulanmasında hukuki imkansızlığa yol açıp açmadığının incelendiği bu çalışmada söz konusu durumları incelemekte fayda vardır. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, kanuni idare ilkesi gereği baştan hukuki geçerlilikleri tartışmalı olsa da Türkiye pratiklerinde yargı kararının uygulanmasını engelleyen tasarrufların yalnızca kanunlardan ibaret olmadıkları bilinmektedir. Bu nedenle bu çalışmada, kanundan daha geniş bir biçimde hukuki düzenlemelerden kaynaklı “*hukuki imkansızlık*” halleri ele alınmıştır. Öte yandan belirtildiği üzere hukuki güvenlik ilkesi hukuk devleti ilkesinden kaynaklanmakta ve bu yönüyle anayasal nitelikte bir ilke olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle bu çalışmada hukuk kuralları arasındaki çelişkiden doğan hukuki imkansızlık hali, Hukuki Güvenlik ile Yargı Kararlarının Uygulanması İlkeleri Arasındaki Çatışma ve Müesses Durumların Korunmasından Doğan Hukuki İmkansızlık başlığı altında ele alınmıştır. Esasen yargı kararlarının uygulanması söz konusu olduğunda, her iki durumda da korunmaya çalışılan değer, ağırlıklı hukuki güvenlidir. Ancak ilk durumda bu koruma için idari veya yasal bir tasarrufta bulunulurken; ikinci halde ortada hukuki bir düzenleme olmamasına rağmen idare tarafından aynı gerekçeyle karar uygulanmamaktadır.

⁸⁷ Uler, (n 2) 99. Zabunoğlu, (n 4) 333.

⁸⁸ Hukuki imkansızlık hallerine örnek olarak: kamu görevlisinin statüsünün değişmesinden kaynaklanan imkansızlık, mevzuattan kaynaklanan imkansızlık, özelleştirme işlemlerinden kaynaklanan imkansızlık, idare dışındaki kişilerin tesis ettiği işlemler sebebiyle imkansızlık olarak ifade edilmektedir. Bu konuda bkz. Hasan Gök, “Danıştay Kararlarından Hareketle İdari Yargı Kararlarının İmkansızlık Nedeniyle Uygulanmadığı Haller”, (2013), I (LXXI), İÜHF, 547, 549 – 555.

⁸⁹ Eyüp Özdemir, “İdari Yargı Organları Tarafından Verilen Yürütmenin Durdurulması Kararlarının Uygulanması ve Hukuki İmkansızlık Hali”, (2006), 1, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 85, 91.

⁹⁰ Kaplan, İdari Yargılama Hukuku, (n 2) 515.

⁹¹ Candan, Açıklamalı İdari Yargılama..., (n 14) 719.

⁹² Ahmet Yayla, “Fiili ve Hukuki İmkansızlığın İdari İşleme Etkisi Üzerine Bir Deneme”, (2016), 17 (2), D.E.Ü Hukuk Fakültesi Dergisi, 233, 238 – 243.



A. Kararın Uygulanmasının Engelleyen Bir Hukuki Düzenlemenin Varlığı Sebebiyle Hukuki İmkansızlık Örnekleri

İptal kararlarının uygulanmasını imkansız hale getiren hukuki düzenlemelere Türkiye uygulamasında tipik örnek, *özelleştirme kararlarının* iptali halinde, bu kararın uygulanmayacağını içeren düzenleyici işlem ve kanuni düzenlemelerdir. Bu bağlamda ilk olarak ÇİTOSAN – USAŞ kararı olarak bilinen Bakanlar Kurulu'nun Prensip Kararına değinmek gerekir.

Uçak Servis AŞ (USAŞ) ile Türkiye çimento ve Toprak Sanayi AŞ'nin hisselerinin yabancı uyruklu şirketlere satılmasına ilişkin 1989 tarihli işlemler idari yargı yerlerinde iptal edilmiştir. Bakanlar Kurulu ise konuya ilişkin aldığı 'prensip kararında',

“...devletlerin imzaladıkları uluslararası sözleşmelere uyma zorunluluğu getiren ve milletlerarası camia tarafından umumi kabul görmüş bulunan ‘ahde vefa’ gibi devletlerarası kuralın yukarıda belirtilen iptal kararı sebebiyle göz ardı edilmesinin, maddi ve ekonomik bakımdan Türkiye'nin yararına olmayacağı bir yana, böyle bir anlaşmanın milletlerarası hukukun temel prensipleriyle bağdaşmayacağı izahtan varestedir”

biçiminde, sözleşmeye uyma zorunluluğunu, iptal kararlarının uygulanması ve hukuk devleti ilkesinden önceleyen bir yaklaşım sergilenmiştir.

Öğretide bu karar şiddetli eleştirilere konu olmuştur. Anayasa'nın 138. maddesinde yargı kararlarının hiçbir surette değiştirilemeyeceği ve bunların yerine getirilmelerinin geciktirilemeyeceği düzenlenmiştir. Ayrıca Anayasa'nın 90. maddesindeki iç hukuktan kimi hallerde üstün konumda olan uluslararası anlaşmalar ‘yabancı devletler ve milletlerarası kuruluşlarla’ yapılan sözleşmelerdir. Buradaki işlem ise yabancı şirketlerle yapılan bir satış sözleşmesidir. Ahde vefa ne kadar hukukun genel ilkesi ise yargı kararlarının uygulanması da o kadar hukukun genel ilkesidir.⁹³ Ahde vefa ilkesi, yargı kararının uygulanması zorunluluğuna nazaran önceliğe sahip olmadığından, bu zorunluluğu ortadan kaldıracak bir hukuki engel olarak nitelendirilemez.⁹⁴ Öte yandan iptal kararı yerine getirildikten sonra, bundan zarar gören firmalar varsa, Türk hukukuna göre tazmin sorumluluğu gündeme gelebilir.⁹⁵ Türkiye Barolar Birliği⁹⁶'nin, söz konusu ilke kararının iptali istemiyle Danıştay'da

⁹³ Çağlayan, İdari Yargı Kararlarının..., (n 50) 199.

⁹⁴ Serdar Yılmaz, İdari Yargı Kararlarının Uygulanması Zorunluluğu ve Bu Kararların Uygulanmamasına Karşı Öngörülen Hukuksal Önlemler, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (2009), 160.

⁹⁵ Onur Karahanoğulları, “Özelleştirme İşlemlerinin Yargısal Denetimi”, (1996), 54 (1), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 279, 313 - 314.

⁹⁶ Bu noktada belirtmek gerekir ki, bireysel idari işlemlerin iptaline ilişkin kararların

açmış olduğu dava sonucunda, hukuka aykırı bulunan kararın iptaline karar verilmiştir.⁹⁷ Bakanlar Kurulu'nun prensip kararında açıkça zikredilmemiş olmakla birlikte, söz konusu yargı kararlarının uygulanmamasında, istikrar ve uluslararası yönüyle kamu düzeninin meşru bir gerekçe olarak kabul edilmek istendiği göze çarpmaktadır.

Özelleştirme işlemlerine ilişkin iptal kararlarının uygulanmamasına ilişkin daha yakın tarihli bir başka girişim, 6300 sayılı, Bazı Kanunlar ile Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında KHK'da değişiklik yapılmasına dair Kanun'un 10. maddesiyle, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Kanununa eklenen ek 5. maddede görülmektedir. İlgili düzenlemede yer alan,

"...özelleştirme uygulamaları sonucunda kuruluşların nihai devir sözleşmelerinin imzalanarak devir ve teslim işlemlerinin tamamlanmasından sonra özelleştirme işlemlerinin bütün sonuçlarıyla birlikte tamamlanmış bulunması, söz konusu kuruluşları devralanlar tarafından üretim, yatırım, modernizasyon, istihdam ve bunlara bağlı her türlü hukuki, ticari ve mali tasarruflarda bulunulması nedeniyle oluşacak fiili imkansızlık karşısında geri dönülemeyecek bir yapının ortaya çıkması halinde yargı kararlarının uygulanmasına yönelik olarak, Bakanlar Kurulu tesis edilecek iş ve işlemler konusunda karar almaya yetkilidir"

ifadesi Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi kararda,

"Devletin işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık tutulması yeterli olmayıp yargı mercileri tarafından verilen kararların gecikmeksizin uygulanması da gerekir. Bir işlemin hukuka aykırı olduğu yapılan yargısal denetim neticesinde tespit edilmesine rağmen işlemin iptali yönündeki yargısal kararın uygulanmaması, Devletin işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık tutulmasını anlamsız hâle getirir. Zira, hukuk güvenliği ve hukukun üstünlüğü sadece hukuka aykırılıkların tespit edilmesiyle

uygulanmaması halinde, ancak ilk işlemin ilgilileri tarafından yargı yoluna başvurulabileceği genel kural olmakla birlikte, iptal edilen işlemin toplumu ilgilendiren bir boyutunun, diğer bir ifadeyle kamu yararının bulunması halinde, söz konusu iptal kararının uygulanmamasına ilişkin işlemlerin iptali istemiyle, ilk davada taraf sıfatı bulunmayan kişilerce de dava açılabilmesi kabul edilmiştir. Altay, Uyuşmazlık (n 6) 115. Bakanlar Kurulunca alınan prensip Kararına karşı açılan davada, Türkiye Barolar Birliği'nin meşru, kişisel ve güncel bir menfaatinin bulunmadığı gerekçesiyle ehliyet yönünden davanın reddi yolunda Danıştay 10. Dairesi tarafından verilen karar, DİDDK tarafından "*Türkiye Barolar Birliği'nin hukukun üstünlüğünü savunmak ve korumak işlevine*" de sahip olduğu gerekçesiyle bozulmuştur. DİDDGK, E. 2001/315, K. 2001/420, 04.05.2001.

⁹⁷ Danıştay 10. Dairesi, E. 2002/4061, K. 2004/5219, 28.05.2008.



değil, bunların tüm sonuçlarıyla ortadan kaldırılmasıyla sağlanabilir. (...) Böylece, özelleştirme uygulamaları sonucunda verilen yargı kararlarının ilgili idarelerce gecikmeksizin ve derhal yerine getirilmesinin yolu kapatılmış ve özelleştirme uygulamaları sona eren kuruluşlar hakkında verilen yargı kararlarının Bakanlar Kurulu kararı ile uygulanması öngörülmek suretiyle adli veya idari yargı mercilerince verilmiş olan mahkeme kararlarının sonuçsuz kalmasının yolu açılmaktadır. Bakanlar Kurulu kararına karşı yeniden yargı yoluna başvurulabilmesi de bu sonucu değiştirmeyecektir.”⁹⁸ gerekçesine dayanmıştır. Karşı oy gerekçelerinde ise, bu durumda da fiili ve imkansızlık oluşturduğu ileri sürülmüştür. Söz konusu Kanuna dayalı olarak çıkarılan Bakanlar Kurulu’nun 11.06.2012 tarih ve 2012/3240 sayılı kararı da bu iptal kararının verilmesinin ardından Danıştay tarafından iptal edilmiştir.⁹⁹

2014 yılında bu içerikte bir düzenleme daha yapılmış ve 4046 sayılı Kanuna eklenen geçici 26. maddeyle, *“Bu maddenin yayımı itibarıyla devir ve teslim işlemlerinin tamamlanmasının üzerinden beş yıl geçmiş olan özelleştirmeler hakkında verilmiş olan yargı kararları ile ilgili olarak sözleşmelerinde belirtilen haller dışında bu kuruluşların geri alınması yönünde herhangi bir işlem tesis edilemez”* hükmü getirilmiştir. Söz konusu hüküm de Anayasa Mahkemesi tarafından inceleme konusu yapılmış ve yargı kararlarının uygulanmamasına dair düzenleme getiren bu kural, Anayasa’nın 2, 125 ve 138. maddelerine aykırılığı sebebiyle iptal edilmiştir.¹⁰⁰

Özelleştirme işlemlerine ilişkin yargı kararlarının hukuki ve fiili imkansızlık engelene takılmadan uygulanabilmesinin yolu olarak yargısal işleyişin hızlandırılması önerileri getirilmiştir.¹⁰¹ Yukarıda belirtilen düzenlemelerden sonuç alamayan yasa koyucu da bu yaklaşımı benimseyerek, özelleştirme işlemlerine ilişkin yargı kararlarının uygulanmamasını sağlamaya yönelik düzenlemeler yerine bu işlemleri, ivedi yargılama konusu haline getirerek, dava açma süresini kısaltmış ve bu dosyaların karara bağlanacağı süreleri de sınırlandırmıştır. (2577 S. Kanun m. 20/A)

İdarenin bir yargı kararının uygulanmaması yolunda işlem tesis edilmesine ilişkin benzeri bir örnekte Danıştay,

“Bakanlar Kurulu’nca ilgili idarenin yerine geçilerek yargı kararının uygulanamaz hale gelmesi sonucunu yaratan dava konusu işletilmekte olan maksimum 1540 MW baz yük kapasitesini haiz İzmir Doğal Gaz Kombine Çevirim Santrali’nin üretim faaliyetinin devamı konusunda işlemin tesis edilmesinde yetki yönünden hukuka uyarlık görülmemiştir”¹⁰²

⁹⁸ Anayasa Mahkemesi E. 2012/73, K. 2013/107, 03.10.2013.

⁹⁹ Danıştay 13. Dairesi, E. 2012/3085, K. 2016/2555, 16.06.2016.

¹⁰⁰ Anayasa Mahkemesi, E. 2014/149, K. 2014/151, 01.01.2015.

¹⁰¹ Melikşah Yasin, *Özelleştirmenin Hukuki Rejimi*, (2. Baskı, Beta, 2007) 238.

¹⁰² Danıştay 13. Dairesi, E. 2006/975, K. 2008/1274, 23.01.2008.

kararında, Yüksek Mahkeme'nin yetki vurgusu yapması dikkate değerdir. Kararın, yargı kararının uygulanmamasına ilişkin bir işlemi, görev ve yetki alanı içinde olan bir kamu kurumunun alması halinde sonucun farklı olacağı izlenimi uyandırması yönünden eleştirilebilir.

Yakın dönemde iptal kararlarının tam olarak geçmişe etkili olarak uygulanmasını imkansız kılan örnekler, ÖSYM'nin merkezi ve ortak sınavları bakımından söz konusu olmuştur. 2010 KPSS'nin iptal edilmesinden sonra¹⁰³, OHAL Kanun Hükmünde Kararnamesi ile,

“10-11 Temmuz 2010 tarihlerinde uygulanan Kamu Personel Seçme Sınavında genel yetenek ve genel kültür test sonuçlarına göre veya bu sonuçlar da esas alınmak suretiyle atanan personelin atama işlemlerinin geçerliliği devam eder. Ancak, bu sınav sorularını ve/veya cevaplarını hukuka aykırı bir şekilde sınav öncesinde ya da sınav sırasında elde ettiği tespit edilen kişilerin atamaları iptal edilir”

düzenlemesi ile, iptal kararının ilgilileri ve geçmişe etkisi kanun hükmünde kararnameyle belirlenmiştir. Öte yandan 2577 sayılı Kanun'un 20/B maddesinin 2. fıkrasında,

“Millî Eğitim Bakanlığı ile Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi tarafından yapılan merkezi ve ortak sınavlar; bu sınavlara ilişkin iş ve işlemler ile sınav sonuçları hakkında açılan davalarda verilen yürütmenin durdurulması ve iptal kararları, söz konusu sınava katılan kişilerin lehine sonuç doğuracak şekilde uygulanır”

düzenlemesi bulunmaktadır. Ancak söz konusu hüküm, belirsiz olduğu gerekçesiyle öğretide eleştirilmektedir.¹⁰⁴ Öte yandan bu türden bir düzenlemenin genel, kişilik dışı, objektif idari işlemlerin iptalinden, aynı koşullara sahip herkesin etkileneceğine ilişkin yargılama hukuku ilkesiyle bağdaşmadığı da ileri sürülmektedir.¹⁰⁵ Bu görüşte, sınava katılanların hukuka aykırı sonuçtan yararlanmaya devam etmelerinin yasa ile korunması eleştirilmekteyse de, hukuki güvenlik ilkesinin göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Ancak iptal edilen sınavlar ve hukuki güvenlik ilkesi gereği korunması gereken haklar konusunda her sınav işleminin özel şartlarının değerlendirilmesi gerektiği kanısındayız.¹⁰⁶ Bu bakımdan yasada genel kural olarak yer alması yönündeki

¹⁰³ Ankara 1. İdare Mahkemesi, E. 2015/3462, K. 2016/2264, 19.07.2016.

¹⁰⁴ Mine Kasapoğlu Turhan, “İdari Yargıda İvedi Yargılama Usulü,” (2015), 3, Ankara Barosu Dergisi, 183, 215.

¹⁰⁵ Candan, Açıklama İdari Yargılama..., (n 14) 635.

¹⁰⁶ Sınav işleminin iptali ve bu kararın uygulanması konusunda güncel bir örnek olarak 24.11.2019 tarihinde Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi tarafından yapılan Arabuluculuk Sınavı

eleştiriyeye katılıyor.

Son olarak bu başlık altında belirtmek gerekir ki, kararın uygulanmasını engelleyen hukuk kuralı, salt yukarıda örneklerini verdiğimiz düzenlemelerle sınırlı olmayıp bazı hallerde idarenin iptal kararını uygulamamak için mevcut yasal ve düzenleyici işlemlerinde değişiklikler yaparak hukuki olanaksızlıklar yaratmasında da görülebilmektedir.¹⁰⁷

B. Hukuki Güvenlik ile Yargı Kararlarının Uygulanması İlkeleri Arasındaki Çatışma ve Müesses Durumların Korunmasından Doğan Hukuki İmkansızlık

İptal kararlarının uygulanmasında sıklıkla karşılaşılan sorunlardan bir diğeri, kararın uygulanmasını engelleyen herhangi bir düzenleme bulunmasa bile, hukuki güvenlik ilkesi gereği kararın tam olarak geçmişe etkili olarak uygulanmasının hukuken imkansız kabul edilmesidir. Buradaki imkansızlık ağırlıklı bu kararların üçüncü kişiler üzerindeki etkisi¹⁰⁸ yönüyle ortaya çıkmaktadır. Bu halde iptal edilen işlemlerin kazanılmış hak veya korunması gereken müesses durumlar yaratıp yaratmadığı değerlendirilmelidir.

Kazanılmış hak, “doğumu anında hukuka uygun olarak tamamlanmış olan” tasarruflar sonucunda ortaya çıkmaktadır.¹⁰⁹ Bir başka tanımda kazanılmış hakkın

gösterilebilir. Ankara İdare Mahkemesi tarafından 3 sorunun iptal edilmesiyle birlikte, yeni bir başarı listesi oluşturulmuş; buna göre 5.000’nci adayın puanı 92,78’e yükselmesine rağmen daha önce ilan edilen sınavda başarılı sayılanların hakları saklı tutulmuştur. (Bkz.https://adb.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/yeniden-degerlendirilme-sonuclari05112021032617, Erişim Tarihi: 23.12.2021) Buna karşılık kararın uygulanmasındaki problemler, aynı sınavda 91 olarak ilk başarı listesinde başarılı sayılan adayların kazanımı korunurken; ikinci hesaplamada 91 alan adayın başarısız sayılmaya devam edilmesi olmuştur. Kararı uygulayan idare; idare hukukunun genel ilkeleri ve yerleşik uygulamaları doğrultusunda bu kararı aldığını ileri sürmüştür. Buna karşılık önceki sınavda başarılı olan adayların kazanılmış hakkının korunması ve hukuki güvenlik ilkesi ile aynı değerde başka bir anayasal ilke olarak eşitlik ilkesinin neden göz ardı edilmiş olduğu anlaşılmalıdır. Hukuki güvenlik ilkesi iptal kararının geçmişe tam etkili olarak uygulanmasını engelleyebilmekle birlikte, bu ilkenin diğer tüm anayasal ilkelerden üstün olduğunun kabulüne imkan bulunmamaktadır.

¹⁰⁷ Danıştay 2. Dairesi, E. 2009/2207, K. 2012/8338, 26.11.2012, Karşı oy gerekçesi. Benzer şekilde Danıştay’ın mülakatlarda video ile kayıt yapılmasına ilişkin içtihadından sonra, kimi yasal düzenlemelerle mülakat ve sözlü sınavlarda kaydı engelleyen hükümler getirilmesi de bu duruma örnek gösterilebilir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Yakup Çokkaş, “İdari Yargı Kararlarının Uygulanması Aşamasında Ortaya Çıkan İmkansızlık”, (2021), 70 (4), AÜHFD, 1313, 1343 – 1344. Öte yandan 2577 sayılı Kanun’da 2021 yılında yapılan bir değişiklikle, “Olağanüstü haller sebebiyle alınan tedbirlerin uygulanmasında görevlendirilenlerin naklen atanmalarına ilişkin iptal davalarında, yürütmenin durdurulmasına karar verilemez” hükmü ile, söz konusu halde, yürütmenin durdurulması kararı verilmesini hukuken imkansız kılan bir düzenleme getirilmiştir. (2577 S. Kanun m. 20/C)

¹⁰⁸ İptal kararlarının etkisinin işleme etki, taraflara etki ve üçüncü kişilere etki olarak ele alınması gerektiği yolundaki görüş için bkz. Karahanogulları, İdari Yargı..., (n 3) 763.

¹⁰⁹ Yücel Oğurlu, *İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu*, (Seçkin 2003) 28.

oluşması için, “hak doğurucu işlemin, yapıldığı tarihteki hukuk kurallarına açıkça aykırı olmaması” aranmaktadır.¹¹⁰ Hukuka uygun olarak tesis edilmiş olma (veya açıkça hukuka aykırı olmama) kriteri dolayısıyla, iptal edilerek hukuka aykırılığı kesinlik kazanmış olan idari işlemlerin kazanılmış hak yaratıp yaratmadıkları tartışmalıdır. Danıştay’ın hukuka aykırı bir düzenleyici işleme dayanarak tesis edilen bireysel idari işlemlerin kazanılmış hak doğurmayacağına ilişkin kararları bulunmaktadır.¹¹¹ Göz ardı edilmemesi gereken bir diğer husus da, iptal edilen bireysel idari işleme dayalı olarak kazanılmış hak iddiasının, üçünü kişiler için aleyhe olacak şekilde talep edilemeyeceğidir. Kazanılmış hakka ilişkin bir talep ancak idare karşısında ileri sürülebilmektedir.¹¹² Öte yandan idari işlemlerden kaynaklı olarak müesses durumların da ortaya çıkması mümkündür.¹¹³ İdare hukukunda müesses durumlar, idari işlemlerin geri alınması bağlamında yargısal içtihatlarla konu olmuştur.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 1973 tarihli kararında, “yerleşmiş (müesses) durumlar, hataen doğmuş olsalar ve hak teşkil etmeseler bile her zaman geriye yürür şekilde ortadan kaldırılmaları, istikrarı ve toplumsal güven hissini zedeler”¹¹⁴ biçiminde geçmişe yönelik etkilerinin korunması gerektiğine hükmetmiştir. Aynı kararda yüksek mahkeme, kazanılmış hak ile müesses durum arasındaki farkı da ortaya koymuştur. Buna göre, kazanılmış hak hukuka uygun olan idari işlemde doğar ve ilerisi için de devam ederken; müesses durumda hukuka aykırı bir işlemin belirli bir süre sonra geçmişe etki eden yönünün parasal da olsa tanınması şeklinde anlaşılmıştır. Kişi yararına korunması gereken müesses durum oluşturan idari işlemler, ilgili kişinin iyiniyetli olması koşuluyla iptal davası süresi içerisinde geri alınabilmektedir.¹¹⁵ Bu bağlamda bireysel işleme dayanak teşkil eden düzenleyici işlemin iptali halinde, bireysel işlemler kendiliklerinden ortadan kalkmamaktadırlar. Düzenleyici işlem sebebiyle menfaati ihlal olanlar, ayrıca bir dava açmak suretiyle haklarında tesis edilmiş olan bireysel işlemin iptalini sağlayabilirler.¹¹⁶

Danıştay’ın aksi yönde kararları mevcut olmakla birlikte,¹¹⁷ aşağıda açıklanacağı üzere yüksek mahkemenin iptal edilen işlemin yürürlükte olduğu süre boyunca ortaya çıkan yerleşik durumların korunmasına ilişkin kararları da bulunmaktadır. Nitekim hukuka aykırı olan idari işlemlerin belirli

¹¹⁰ Ali Ulusoy, *Türk İdare Hukuku*, (3. Bası, Yetkin, 2020), 447. (Ulusoy, Türk İdare Hukuku)

¹¹¹ Karar için bkz. Karahanoğulları, *İdari Yargı...*, (n 3) 773 – 774.

¹¹² Murat Sezginer, *İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar*, (Seçkin 2013), 951. (Sezginer, *İdarenin Sözleşmeleri...*)

¹¹³ Çağlayan, (n 50) 150.

¹¹⁴ YİBHKG, E. 1972/6, K. 1973/2, 05.04.1973. (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 27.05.2021)

¹¹⁵ Danıştay I. Dairesi, E. 1995/243, K. 1996/17, 22.01.1996. (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 27.05.2021)

¹¹⁶ Gözübüyük/Tan, (n 4) 543. Çağlayan, (n 50) 150. Atay, (n 47) 50.

¹¹⁷ Kararlar için bkz. Kaya, s. 17 – 19.



bir süre geçtikten sonra, yapay bir geçerlilik kazanmaları, diğer bir ifadeyle kişisel sonuçların dokunulmazlığı ilkesi,¹¹⁸ iptal davalarının geçmişe etki eden sonuçları bakımından da dikkate alınmaktadır.¹¹⁹

Yargı içtihatlarıyla geliştirilen tam geriye yürümezlik haline örnek olarak, atama işlemi iptal edilmiş bir kamu görevlisinin yaptığı işlemlerin kural olarak¹²⁰ korunması gösterilebilir. Sakat olan idari işlem iptal edilinceye kadar geçerli olarak kabul edildiğinden, doğmuş olan sonuçlar korunmaktadır.¹²¹ Öğretide bu türden bir kabulün sebebi olarak her ne kadar fiili memur teorisi gösterilse de¹²², bu yaklaşımın hukuki güvenlik ilkesiyle de bağlantısı bulunduğunu düşünmekteyiz. Şöyle ki, fiili memur teorisinde, görünüşte memur olan kişinin atama işleminin sakat olduğu, üçüncü kişiler tarafından bilenemeyeceğinden bu makamı işgal eden kişinin yetkili olmasına güvenerek elde edilen kazanımlarının korunması, bir bakıma geçerli hukuki duruma olan güvenin korunmasına da karşılık gelmektedir. Bu bakımdan iptal kararının tam olarak geçmişe yürütülmemeyerek bu kişilerin elde ettikleri hakların korunması, hukuki güvenlik ilkesi ile de ilgili kabul edilmelidir.

İptal kararlarının tam geriye yürütülmemesine ilişkin örnekler, imar hukukundan doğan işlemlerin iptalinde de görülmektedir. Danıştay'ın bu işlemlere ilişkin olarak verilen iptal kararlarının uygulanmasında, hukuki güvenlik ilkesi yerine yargı kararının uygulanması sonucunda yapılacak geri dönüşümde oluşan hukuki ihtilafların çok daha büyük boyutlarda olabileceğine vurgu yaparak, imkansızlığın varlığını kabul ettiği görülmektedir.¹²³ Gerçekten de, parselasyon onaylarının iptalinde, iptal tarihine kadar birçok bireysel işlem tesis edilmiş olabilmektedir. Bu süre içerisinde ruhsat alarak tamamlanan inşaatlar olmakta, bu inşaatlara ilişkin tapu kayıtları yapıp satış yoluyla el değiştirmeler gerçekleşmektedir. İptal kararına rağmen söz konusu

¹¹⁸ Turgut Tan, *İdari İşlemin Geri Alınması*, (Sevinç 1970), 73.

¹¹⁹ Çağlayan, (n 50) 150 – 151. Anayasa Mahkemesi'nin yakın tarihli bir kararının karşı oyunda, "Kamu görevlilerinin yargı kararına dayalı olarak edindikleri pozisyon ve statüler de bir başka yargı kararı esas alınarak geri alınmaz" şeklinde, ilgili lehine oluşan müesses durumun sonradan verilen bir yargı kararı ile aykırı ile geçersiz sayılmasının hukuka aykırı olacağı sonucuna varılmıştır. Karşı oy veren üyeler her ne kadar burada ilk yargı kararı ile sonraki arasında bir üstünlük olmamasına vurgu yapmışsa da, söz konusu yorumdan müesses durumların yargı kararı ile ortadan kaldırılamayacağı da anlaşılmalıdır. Anayasa Mahkemesi, Ramazan Sayılı Başvurusu, BN.2017/6834, 08.09.2020.

¹²⁰ Öğretide bu durumda yararlandırıcı işlemlerin, üçüncü kişilerin kazanılmış hakları korunurken, yükümlendirici işlemler bakımından tartışmalı bir durumun olduğu belirtilmektedir. Ulusoy, *İdari Yargı Kararlarının...*, (n 42) 19.

¹²¹ Uler (n 2) 99.

¹²² Onar, (n 53) 1791. Gözübüyük/Tan, (n 4) 388. Gözler/Kaplan, (n 81) 307.

¹²³ Danıştay 6. Dairesi, E. 2012/7287, K. 2015/3224, 20.05.2015, Danıştay 6. Dairesi, E. 2014/6290, K. 2017/5773, 12.07.2017. Danıştay 6. Dairesi, E. 2015/938, K. 2017/5784, 13.07.2017.

kazanımların korunması, yukarıda açıkladığımız üzere hukuki güvenlik ilkesine uygun bir yaklaşım olarak kabul edilebilir. Ayrıca kararların incelenmesinden, idarenin kararı uygulamak yönündeki girişimlerinin de mahkeme tarafından dikkate alındığı anlaşılmaktadır. Öte yandan mahkeme tarafından kararın uygulanmamasının gerekçesinde, yalnızca ortaya çıkabilecek ihtilafların boyutuna değinilmiş olması bu konudaki tek kaygının usul ekonomisi olduğu izlenimini uyandırmaktadır. Bunun yerine hukuki güvenlik ilkesi ve bu ilkenin gereklilikleri üzerinden yapılan bir değerlendirme, hukuk devleti eksensli bir idare hukuku anlayışının gelişmesine daha fazla katkı sağlayacaktır.

Buna karşılık, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun (İDDK) bu yerleşik tutumundan belli ölçüde vazgeçtiği ileri sürülmektedir. Burada yüksek mahkemenin yaklaşımı imar ve şehircilikle ilgili konularda, *çok açık ve ağır bir biçimde* aykırılık söz konusuysa, düzenli kentleşme, ekolojik denge, çevre kirliliği vb. ağır sonuçlar doğmuşsa, tamamlanmış yapılarda dahi kazanılmış hak oluşmayacağı yönündedir.¹²⁴ İDDK'nın bu eğilimini iptal kararlarının uygulanmasında da devam ettirebileceğini söylemek mümkündür.¹²⁵ Bu bağlamda şöyle bir çıkarım yapılabilir: İmar ve şehircilik ilkelerine çok ağır bir biçimde aykırı olan istisnai durumlarda Danıştay, korunması gereken hukuki değerler arasında bir karşılaştırma yapmakta ve hukuki güvenlik ilkesi yerine ekolojik denge, çevre kirliliğinin önlenmesi ilkelerine ağırlık vermektedir.

Bu noktada değerlendirilmesi gereken bir diğer konu, iptal kararının uygulanmasının karmaşık bir süreç sonucunda gerçekleşebiliyor olmasıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında bu durum tek başına mahkeme kararının uygulanmamasının meşru bir gerekçesi olarak kabul edilmemektedir. Mahkeme, "*yerel icra usulünün karmaşıklığı veya devletin bütçe sistemi, Sözleşme uyarınca bağlayıcı ve icra edilebilir yargısal kararların makul bir süre içinde icra edilmesini herkes için sağlama yükümlülüğünden devleti muaf tutamaz*" biçiminde bu durumun AİHS'in 6. maddesi bağlamında adil yargılanma hakkına istisna teşkil etmediğine hükmetmiştir. (Reisner v Turkey, App No: 46815/09¹²⁶) Bu bakımdan, kararın gerçekten yerine getirilebilir olup olmadığı her somut davada ayrıca ele alınmalı, yukarıda belirtilen gerekçeler tek başına yeterli kabul edilmemelidir.

Hukuki imkansızlık halinde, yargı kararının uygulanması için tesis edilen yeni idari işlemler de dava konusu edilebilmektedir. Bu davalarda ağırlıkla, uygulanması imkansız olan yargı kararını uygulamaya çalışmanın ve bu

¹²⁴ Bu konuda bkz. Ulusoy, Türk İdare Hukuku, (n 110) 453.

¹²⁵ Ancak bu durumda, iyiniyetli kişilerin zararlarının tazmini gerektiği konusunda bkz. Ulusoy, Türk İdare Hukuku, (n 110) 454.

¹²⁶ Karar için bkz. http://www.tuerkei-recht.de/downloads/Reisner_Turkey.pdf, Erişim Tarihi: 24.12.2021.

amaçla tesis edilen idari işlemlerin hukuka aykırı olduğu iddia olunmaktadır. İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığı'nın yapmış olduğu bir ihaleye ilişkin olarak verilen iptal kararını uygulamak üzerine tesis edilen Kamu İhale Kurulu kararının iptali için açılan davada, davacı Büyükşehir Belediyesi

“...kararın uygulanması halinde söz konusu işin başa dönmesinin fiilen imkansız olduğu, (...) Kamu İhale Kurulu'nun Danıştay 13. Dairesi kararlarının yerine getirilmesi için vermiş olduğu kararda, işin geldiği aşamayı ve doğacak kamu zararını dikkate almadan karar verdiği, söz konusu kararın uygulanmasının hukuken ve fiilen imkansız olduğu”

gerekçeleriyle yargı kararının uygulanması amacıyla tesis edilen işlemin, hukuki imkansızlık sebebiyle iptalini talep etmiştir. Buna karşılık Danıştay, söz konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığına ilişkin olarak verilen dava ret kararını onamıştır.¹²⁷ Bu türden davalarda her ne kadar hukuki imkansızlık ileri sürülse de Danıştay'ın eğilimi, mahkeme kararlarının uygulanması amacıyla düzeltici işlem yapılmasında hukuka aykırılık bulunmadığı yolundadır.¹²⁸

Benzer bir durum, özelleştirme işlemlerinin iptalinde de görülmektedir. Özelleştirilen kuruluşun devir işlemi tamamlandıktan, kuruluşun üçüncü kişilerle gireceği ilişkilerin iptal kararı verildikten sonraki akıbetinin belirlenmesi gerekmektedir. Devir idareye geçmiş olsa bile bu hukuki ilişkilerin korunması gerektiği ileri sürülmektedir.¹²⁹ Aynı şekilde idarenin diğer özel hukuk sözleşmelerinden ayrılabilir işlemlerin iptal edilmesi halinde, bu sözleşmelerin hukuki geçerlilikleri ve sözleşmelere dayanarak hak elde etmiş olan kişilerin durumu da değerlendirilmelidir.¹³⁰ Özellikle kamu ihale sözleşmelerinde, sözleşme öncesi işlemler için verilen iptal ve yürütmenin durdurulması kararlarının ihale sözleşmesinin geçerliliğine etkileri öğretide tartışmalara yol açmıştır. Öğretide bir görüş, Borçlar Kanunu m. 27 bağlamında kanunun emredici hükümlerine aykırılık söz konusu değil ve sözleşme konusu işin %80'i tamamlanmış ise bu sözleşmenin korunması gerektiğini savunmaktadır. Burada ileri sürülen görüşe göre işin ilerlemiş bir aşamada bulunması bir nevi imkansızlığa yol açmakta; ilerleme kriteri olarak da işin %80'inin esas alınması gerekmektedir.¹³¹ Başka bir görüşte ise, iptal kararlarının idarenin özel hukuk sözleşmelerini *doğrudan* etkilemeyeceği savunulmaktadır. Buna göre, idare

¹²⁷ Danıştay 13. Dairesi, E. 2018/294, K. 2018/827, 01.03.2018.

¹²⁸ Bkz. Danıştay 13. Dairesi, E. 2017/667, K. 2017/1493, 15.05.2017. Danıştay 13. Dairesi, E. 2017/3004, K. 2018/322, 07.02.2018.

¹²⁹ Yasin, (n 110) 235.

¹³⁰ Sözleşmenin imzalanmasından sonra ayrılabilir işlemin iptali konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Murat Sezginer, *Ayrılabilir İşlem Kuramı*, (Yetkin 2000), 165 vd.

¹³¹ Oğuz Sancakdar, “Kamu İhale Kurulu Kararlarının Yargısal Denetimi Bağlamında Yürütmenin Durdurulması ve Sonuçları”, (2015), 16, Özel Sayı, DEÜHFD, (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan), 3843, 3883.

kendi sahasından çıkararak özel hukuk alanında faaliyette bulunuyorsa, “oyunu da bu alanın kurallarına göre oynamalıdır.”¹³² Bu görüşte idari yargıda verilen kararların tamamen yok sayılması değil; bu kararların doğrudan sözleşmenin butlanı sonucunu doğurmadığı, verilen bu kararların özel hukuk hükümlerine göre değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. İptal kararı verilmesine sebep olan hukuka aykırılık, ancak Borçlar Kanunu’nun ilgili maddeleri bağlamında bir geçersizlik sebebi oluşturuyorsa sözleşmenin kesin hükümsüzlüğü gündeme gelebilecektir.¹³³ Sözleşme kurulurken iptal veya yürütmenin durdurulması hallerinin bozucu şart olarak belirlenmesi de mümkündür.¹³⁴ Öte yandan söz konusu sözleşmelerin hukuki varlığına ilişkin karara, hukuki güvenlik ilkesinden kaynaklanan tehdidin boyutuna göre karar verilmesi de düşünülebilir. Özellikle var olan hukuki duruma güvenerek imzalanan sözleşmenin üzerinden belli bir zaman geçmiş veya buna ilişkin başka kazanımlar elde edilmişse, artık sözleşmenin feshinin değil; iptal kararının uygulanamamasından kaynaklı zararın tazmininin değerlendirilmesi gerekmektedir.¹³⁵

Başka bir ihtimal de iki özel hukuk kişisi arasında, sonradan iptal edilen idari işleme dayanarak bir hukuki ilişkinin kurulmuş olmasıdır. Bu durum özellikle idarenin müdahale ettiği özel hukuk sözleşmelerinde görülmektedir.¹³⁶ İptal kararından sonra sözleşmenin sürdürülmesi halen mümkün; ancak taraflardan birinin mali külfeti doğmuş ise, bir görüşe göre bundan kaynaklanan uyuşmazlığın öncelikle tarafların arasında çözümlenmesi gerekmektedir. Her iki taraf açısından bir zarar söz konusu olduğunda ise, bu zarar iptal edilen işlemi yapan idareden talep edilmelidir.¹³⁷ İptal kararı sözleşme ilişkisinde birtakım dengeleri değiştirmiş; taraflardan biri veya her ikisi aleyhine bir sonuç doğurmuşsa İYUK m. 12 bağlamında idari işlemde kaynaklı zararın tam yargı davası açılmak suretiyle tazmini yoluna başvurulabileceğini düşünüyoruz.

Son olarak yüksek mahkemenin aksi yönde kararları olmakla birlikte¹³⁸; yargı kararlarının fiili ve hukuki imkansızlık neticesinde uygulanamaması halinde, idarenin tazmin sorumluluğunun doğmayacağına ilişkin yaklaşımına katılmadığımızı belirtmek isteriz. Her ne kadar yargı kararlarının uygulanmaması idare için sadece tazminat sorumluluğunu yerine getirerek kurtulabileceği bir yükümlülük olarak kabul edilemese¹³⁹, yerine getirilemeyen, yerine getirilmesi

¹³² Vedat Buz, *Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, (Yetkin 2007), 106 – 107.

¹³³ ibid 108.

¹³⁴ ibid 113.

¹³⁵ Sakat idari işlemin geri alınması konusunda benzer bir yaklaşım için bkz. Metin Günday, *İdare Hukuku*, (İmaj 2017), 179.

¹³⁶ Özellikle enerji piyasasında dağıtım ve üretim lisansı sahibi özel kişiler arasındaki sözleşmeler bu kapsamda değerlendirilebilir.

¹³⁷ Sezginer, *İdarenin Sözleşmeleri...*, (n 112) 952.

¹³⁸ Danıştay 6. Dairesi, E. 2012/7287, K. 2015/3224, 20.05.2015.

¹³⁹ Benzer yönde Danıştay 1. Dairesi, E. 1991/86, K. 1991/101, 14.06.1991, Danıştay Dergisi,



İmkansız olan karar için, tazmin yoluyla telafi gündeme gelmelidir. Danıştay bazı kararlarında tazmin sorumluluğunun ancak, yargı kararını idarenin keyfi şekilde yerine getirmemesi halinde doğacağını kabul etmekte; fiili ve hukuki imkansızlık hallerinin tazminat sorumluluğuna yol açmayacağını belirtmektedir.¹⁴⁰ Ancak idarenin mali sorumluluğu yalnızca hukuka aykırı işlemler neticesinde meydana gelmemekte; idarenin kimi hallerde hukuka uygun işlemlerinden kaynaklı olarak da mali sorumluluğu söz konusu olmaktadır. Hukuka aykırı idari işlemlerin geri alınmasına ilişkin yapılan işlemler, hukuka uygun olmakla birlikte bu durumda bir tazmin sorumluluğunun gündeme geleceği kabul edilmektedir.¹⁴¹ Kaldı ki, idari yargı yerleri tarafından iptal edilen işlemlerin kusurlu işlemler oldukları ve bu işlemleri yapan makamların da hizmet kusuru işledikleri de ileri sürülmektedir.¹⁴² Bu durumda yargı kararıyla hukuka aykırılığı saptanan bir idari işlemin iptaline ilişkin kararın, hukuki imkansızlık sebebiyle uygulanamaması halinde bir de tazmin sorumluluğunun doğmayacağını kabul etmek, bu hukuka aykırılığı tamamen yaptırımsız bırakmak anlamına gelmektedir. Nitekim bozulan hukuk düzeninin yargı kararları yoluyla tamiri mümkün değilse, hukuk devleti ilkesinden ve kişi güvenliğinden söz edilememektedir.¹⁴³ Benzer şekilde iptal kararıyla tespit edilmiş olan bozulan hukuk düzeninin, karar uygulanamasa bile doğan zararın tazmin yoluyla düzeltilmemesi halinde de, hukuk devleti ilkesinden ve kişi güvenliğinden söz edilemez.

IV. HUKUKİ İMKANSIZLIĞIN DOĞMASINI ENGELLEYEBİLECEK BİRTAKIM MEKANİZMALAR¹⁴⁴

Yukarıda belirtildiği üzere, bir iptal kararının uygulanmasında hukuki güvenlik ilkesi sebebiyle doğan *imkansızlık*, ağırlıkla araya giren işlemlerin fazla sayıda olmasından ve geri dönülmesi halinde, bu işlemlere güvenerek

sayı: 84 – 85. Anayasa Mahkemesi de tazminat davasını kararın icrası için bir alternatif olarak görmediği gibi, yargı kararlarının uygulanmaması sebebiyle yapılacak şikayetlerde zorunlu bir şart olarak da görmemektedir. Anayasa Mahkemesi, Erol Aksoy Başvurusu (2), Başvuru Numarası: 2016/11026, 12.12.2019, § 58. Anayasa Mahkemesi, Hasan Gün Başvurusu, Başvuru Numarası:2018/9459, 19.11.2020, § 57.

¹⁴⁰ Bkz. Danıştay 13. Dairesi, E. 2011/2324, K. 2015/571, KT: 17.02.2015.

¹⁴¹ Lütfi Duran, “İdari İşlemden Sorumluluk, İptal Davası – Tam Yargı Davası,” İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, (1967), 33 (3- 4), s. 3, 11 – 12.

¹⁴² Danıştay 13. Dairesi, E. 2011/9331, K. 2016/3012, KT: 31.05.2016, karşı oy gerekçesi.

¹⁴³ Yılmaz Aliefendioğlu, “Danıştay Kararlarına Uyulması”, (1975), 5 (16 – 17), Danıştay Dergisi, 16, 21.

¹⁴⁴ Bu başlık altında iptal kararlarının hukuki imkansızlık gerekçesiyle uygulanmasını engelleyecek mekanizma örnekleri açıklanmaya çalışılmıştır. Genel olarak idareyi yargı kararını uygulamak konusunda zorlayan mekanizmalar ise burada tartışma konusu yapılmamıştır. Bu konuda bkz. Bülent Kent, “İdari Yargıda Mahkeme Kararlarının Uygulanmasını Güçlendirici Alternatif Bir Mekanizma Olarak Zorlayıcı Para Cezası”, (2011), 4, Ankara Barosu Dergisi, 45, 57 vd. Onur Karahanoğulları, “İdari Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorununa Danıştay Başsavcılığının Müdahale Olanakları,” (2005), 29 (249), Mülkiye Dergisi, 89, 90 vd.

birtakım kazanımlarda bulunanların hak kayıplarına uğramalarından kaynaklanmaktadır.

Bu bakımdan ilk düşünülmesi gereken yargısal uyuşmazlıkların sonuçlandırılmasının, makul bir sürede gerçekleştirilmesidir. Makul sürede yargılama, adil yargılanma hakkının bir unsuru olduğu gibi; idari yargı bakımından kararların uygulanabilme kabiliyetleri bağlamında da önem arz etmektedir. Ancak bu yönde alınacak önlemler, dava açma süresinin kısaltılması şeklinde değil; yargı içinde uyuşmazlıkların makul sürede tamamlanmasına yönelik olmalıdır. Bu noktada 2577 sayılı Kanun'un 20/A ve 20/B maddelerinin başlı başına bu soruna çözüm getirmedikleri düşünülmektedir. Her şeyden önce dava açma sürelerinin kısaltılması hakka erişimin de engellenmesi sonucunu doğurmaktadır. Öte yandan iptal kararlarının uygulanamaması sorunu, salt bu maddelerde belirtilen uyuşmazlıklardan ibaret değildir.

Yargı yerlerinin hukuki güvenlik sebebiyle iptal kararlarının uygulanamaz hale gelmesini engellemek bakımından ellerindeki en önemli araçlardan biri de *yürütmenin durdurulması* kararlarıdır.¹⁴⁵ Dava konusu edilen işlemin yürütmesinin durdurulmasıyla, işlemin uygulanması dava sonuna kadar ertelenmiş olmaktadır. Yürütmenin durdurulması kararlarının daha etkin kullanılmasıyla, sonradan sakatlığı anlaşılması muhtemel bir karar üzerine inşa edilen başka idari işlemlerin tesis edilmesinin önüne geçilerek, daha sonra verilecek olan iptal kararının hukuki güvenlik, istikrar, kamu düzeni gibi sebeplere dayalı olarak yerine getirilememesi hali de engellenmiş olacaktır. Bu bakımdan Alman İdare Hukukunda dava açılmasıyla kural olarak işlemin uygulanmasının ertelenmesi düzenlemesi dikkate değerdir.¹⁴⁶ (aufschiebende Wirkung - VwGO m. 80) Türk idari yargı hukuku da esasen bu duruma yabancı değildir. İYUK m. 27/4 gereğince, vergi mahkemelerinde idari dava açılması halinde tarh ve ceza işlemlerinin davaya konu edilen kısmının tahsil işlemi durmaktadır. Mahkemenin ayrıca bir karar vermesine gerek bulunmamaktadır.¹⁴⁷ Aynı uygulamanın tüm idari işlemler bakımından geçerli olması düşünülme bile, yürütmenin durdurulması mekanizmasının daha etkin kullanımı sağlanabilir.

Yargı yerleri tarafından geliştirilmesi önerilen bir başka mekanizma ise, iptal kararlarının geçmişe olan etkisinin de mahkemeler tarafından

¹⁴⁵ Uler, (n 2), dipnot 14.

¹⁴⁶ Alman hukuk sisteminde iptal davalarının sübjektif hak ihlali sonucunda açılabilir olması göz ardı edilmemelidir. Buna rağmen bu çalışma bakımından Türk hukukunda yürütmenin durdurulması mekanizmasının etkinliği açısından dikkate değer bir örnek olarak görülmüştür. (Alman hukukunda iptal davalarının özellikleri için bkz. Rolf Schmidt, *Verwaltungsprozessrecht*, (Rolf Schmidt GmbH 2015), 224 vd.

¹⁴⁷ Candan, *Açıklamalı İdari Yargılama...*, (n 14) 681- 683.



belirlenmesidir.¹⁴⁸ Conseil d'Etat'ın bu yöndeki içtihadının Türk hukukunda da uygulanabileceği savunulmaktadır. Yazara göre yargı yeri tarafından iptal kararının geçmişe etkilerinin sınırlandırılmasına ilişkin bu çözüm, kararların uygulanabilirliğini artırmakta, pragmatik bir çözüm olarak değerlendirilebilir olmakla birlikte, *iptal kararlarını rasyonelleştirmekte* ve uyuşmazlıkları çözmekle görevli yargı yerlerinin yeni uyuşmazlıkların doğmasına yol açmalarını da engellemektedir.¹⁴⁹ Ancak bu çözümde birtakım soruların da cevaplandırılması gerektiği düşünülebilir. İptal davalarında verilen davanın kabulü kararlarında hüküm; uyuşmazlık konusu kararın hukuka aykırılığının tespiti ile kararın hukuki varlığına son verilmesini içermektedir. Bahsi geçen çözümde yargı yerlerinin ayrıca işlemin geçmişe etkisi üzerine de bir yargıya varmaları gerekmektedir. Ancak her durumda yargı yerlerinin elinde söz konusu karara varmaları için yeterli olacak bilgi ve belge bulunacak mıdır? Bunlar için ayrıca idareye başvurmak gerekli olursa, yargılamanın uzaması söz konusu olacak ve başka bir şekilde adil yargılama hakkının ihlali gündeme gelmiş olmayacak mı biçiminde sorular bulunmaktadır. Buna karşılık, söz konusu tespitlerin yargı yerleri tarafından yargılamayı uzatmadan yapılabilmesi halinde bu mekanizmanın işletilebilmesinin sorunun çözümüne katkı sağlayacağı kuşkusuzdur. Öte yandan adil yargılama hakkının bir unsuru olan yargı kararının gerekçesi de bu bağlamda büyük önem taşımaktadır.¹⁵⁰ İdareye yol gösterici bir şekilde yazılan gerekçeler¹⁵¹, hukuki imkansızlık sebebiyle yargı kararının uygulanmaması yolunda bir tespitin kolaylıkla yapılamamasını sağlayacaktır. Nitekim çoğu zaman bütünüyle bir imkansızlık gerçekleşmemekte ve karar, ilgilinin menfaatine olabilecek birtakım sonuçlar doğurmaya devam edebilmektedir.¹⁵²

Hukuki imkansızlığın doğmasını önleyecek bir başka mekanizma olarak idari işlemlerin gerekçeli olarak tesis edilmesi düşünülebilir. Bir idari usul kuralının hangi yönden bu sorunu çözebileceği ilk bakışta anlaşılmasa da, Anayasa Mahkemesi'nin,

“idarenin hukuki ve fiili imkansızlıklar olsa dahi her durumda kararı uygulamak için elinden gelen gayreti gösterdiğini ve ilgilie eski hale getirme ilkesine göre en uygun alternatifi

¹⁴⁸ Gürsel Kaplan, “İptal Kararlarının Etki ve Sonuçlarının Zaman Yönünden Yargıç Tarafından Sınırlandırılması,” (2013), 3(2), Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 31 -38. (Kaplan, “İptal Kararlarının...”)

¹⁴⁹ Kaplan, “İptal Kararlarının...”, (n 148) 33.

¹⁵⁰ Gerekçeli karar ve adil yargılama hakkı için bkz. Anayasa Mahkemesi, Mustafa Kahraman Başvurusu, Başvuru Numarası: 2014/2388, KT: 04.11.2014. Adalet Mehtap Buluryer Başvurusu, Başvuru Numarası: 2013/5447, 16.10.2014.

¹⁵¹ Karahanoğulları, İdari Yargı..., (n 3) 793.

¹⁵² Uler, (n 2) 100.

önererek yargı kararına uyma iradesine haiz olduğunu göstermesi gerekmektedir”

yaklaşımının hayata geçirilebilmesi için idari işlemlerin gerekçeli olması önemlidir.¹⁵³ Yüksek Mahkeme, kararın aynen uygulanmasının önünde aşılmalı bir engel bulursa bile, kararın uygulanmasında menfaati olan ilgiliye eski hale getirmeye denk düşecek çözümü önerme zorunluluğuna da değinmektedir.¹⁵⁴ Kararı uygulayamayan idarenin bunu ayrıca ve gerekçeli bir idari işlemle belirtmesi, kararların uygulanması konusunda zorlayıcı bir unsur oluşturmakta; bu konudaki uyuşmazlıkların sayısını da azaltarak kararı daha da uygulanamaz kılacak gecikmelerin yaşanmasını engellemektedir.

Bu başlık altında son olarak kavramsal ayrımlar yapılmasının önemine değinmek isteriz. Hukuk disiplini içerisinde imkansızlık kavramı yargı kararlarının uygulanması dışında, özel hukukta borçlunun ifa imkansızlığı bağlamında kendine yer bulmuştur. Edimin ifasının hiçbir şekilde mümkün olamaması hali, imkansızlık olarak tanımlanmaktadır. Edimin ifasının imkansızlığı ile ifanın güçlüğü ise birbirinden ayırt edilmektedir. İfa güçlüğünde edim hala ifa edilebilir durumdadır; ancak buradaki ifa borçlu için güçlükler doğuracak niteliktedir.¹⁵⁵ Aynı şekilde imkansızlık maddi veya hukuki nedenlerden kaynaklı olabileceği gibi, borcun tam veya kısmi imkansızlığı da söz konusu olabilmektedir.¹⁵⁶ Yargı kararlarının uygulanmasındaki imkansızlıkta da benzer ayrımlar yapılmasının önemli olduğunu düşünmekteyiz. Hatta bu şekilde yapılacak kategorilerin yasal bir düzenleme şeklinde hayata geçirilmesi dahi söz konusu olabilir. Gerçekten de imkansızlık konusunda alt ayrımlar yapılmasıyla, kararın uygulanabilme kabiliyeti de korunmuş olacaktır. Yargı kararın uygulanmasının imkansızlığı, güçlüğü, kısmen uygulanabilmesi halleri ayrıştırılmalı ve uygulanamayan kısım için başka bir biçimde –örneğin tazminat yoluyla – hukuki menfaatin korunması seçenekleri gündeme gelmelidir. Alt ayrımlar yapılması ve bu ayrımların en azından içtihat yoluyla somutlaştırılması sonucunda, kararın uygulayıcısı olan idareler arasında yorum farklılıkları da azalacak ya da doğrudan uygulamama yönündeki eğilim zayıflayacaktır. Bu alt ayrımlar olmadan imkansızdır veya değildir biçiminde bir yaklaşım konuya siyah ve beyaz şeklinde bir anlam katacak ve sonucu itibarıyla bir biçimde ya hukuki güvenlik ilkesinin ya da yargı kararlarının uygulama zorunluluğunun bütünüyle ihlal edilmesi sonucunu doğuracaktır. Her durumda kararın uygulanması ile uygulanmaması arasındaki doğacak

¹⁵³ Anayasa Mahkemesi, Hasan Gün Başvurusu, Başvuru Numarası:2018/9459, 19.11.2020, §53.

¹⁵⁴ Anayasa Mahkemesi, Erol Aksoy Başvurusu (2), Başvuru Numarası: 2016/11026, 12.12.2019, §55.

¹⁵⁵ Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (23. Bası, Turhan 2019), 842.

¹⁵⁶ ibid 846.

sonuçlar tartışılmalı ve idare buna göre işlem tesis etmelidir. Bu işlemin yargısal denetiminde ise yargı organları tarafından idarenin bu şekilde bir ağırlık değerlendirmesi yapıp yapmadığı incelenmelidir.¹⁵⁷

SONUÇ

Anayasal bir biçimde hukuk devleti olduğunu ileri süren bir devlette vatandaşların, hak arama özgürlüğünü devlete karşı da kullanabiliyor ve bunun sonucunda adil bir uygulamanın yapılmakta olduğunu görebiliyor olmaları gerekir. İdarelerin yargı kararı karşısında hareketsiz kalmaları, kararı geç uygulamaları veya etkisiz hale getirecek işlem ve eylemler yapıp, yargı kararını uygulamaya karşı refleks geliştirmeleri toplumsal adalet algısını zedeleyerek, hukuk devleti ilkesinden kaynaklanan pek çok değer ve ilkenin de içini boşaltmakta, anlamlarının kaybına sebep olmaktadır. Buna karşılık bu çalışmada, hukuki güvenlik ilkesi ve kamu düzeninin bozulması gerekçelerinin, iptal kararının uygulanmasında hiçbir biçimde ileri sürülemeyeceği sonucuna ulaşılmamıştır. Nitekim hukuki güvenlik ilkesi ile yargı kararlarını uygulama zorunluluğu arasında bir üstünlük bulunmamaktadır.¹⁵⁸ Bu noktada asıl sorulması gereken soru, yargı kararını uygulamak ne zaman hukuki güvenlik için ciddi ve kaçınılmaz bir tehlikeye yol açar olmalıdır. Bu tehlike hukuk devleti ilkesine, kararın bir bütün ve tam geriye etkili olarak uygulanmasından daha fazla zarar vermelidir. Bu durumda yapılması gereken, bir yargı kararının uygulanmasının *hangi bakımından* hukuki güvenliği tehlikeye sokacağı, kararın sonuçları ile ilke arasında bağ kurularak *somut bir biçimde* belirlenmesidir. Kararın yerine getirilmesinin doğuracağı sonuçlar ile kararın uygulanmamasının sonuçlarının karşılıklı değerlendirilmesi gerekmektedir. Kararın kazanılmış hak ve müesses durumlar dışında uygulanabilir bir boyutunun bulunup bulunmadığı da araştırılmalıdır.

“*Hukuk, hukuka aykırı işlemler için gerekçe hazırlamakta kullanılamaz.*”¹⁵⁹ biçiminde de ifade edildiği üzere, yargı kararlarının uygulanmamasına hukuki imkansızlığı gerekçe olarak kullanmak, buradaki hukuka aykırılığa hukuki bir kılıf bulunması anlamına gelmektedir. Bu bakımdan toptancı bir yaklaşımla hukuki imkansızlık tespiti yapılmadan önce yargı kararının bütün yönleriyle ele alınması ve uygulanabilir kısımlarının uygulanması, hukuk devleti ilkesine daha uygun bir yaklaşım olacaktır.

¹⁵⁷ Alman İdare Hukukunda çatışan menfaatler alanında ağırlık değerlendirilmesi yapılmaktadır. Özellikle imar hukuku bağlamında çatışma alanlarının dengelenmesi amacıyla geliştirilen bu yöntemin yargı kararlarının uygulanmasını güçleştiren hukuki sebeplerin varlığı halinde de uygulanabilir olduğunu düşünüyoruz. Alman hukukunda menfaatlerin karşılıklı tartışılması ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Alexander Schlink, “Umweltschutz durch Planungsrecht”, in Grundzüge des Umweltrechts, Echarid Rehbinder, Alexander Schlink (Hrsg), (Erich Schmidt 2018,) 411, 482 vd.

¹⁵⁸ Kaplan, İptal Kararlarının..., (n 148) 31.

¹⁵⁹ Aliefendioğlu, (n 143) 21.

KAYNAKÇA

- Akıncı M, *İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı*, (Turhan 2008).
- Akyılmaz B / Sezginer M / Kaya C, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, (Savaş 2019).
- Aliefendioğlu Y, “Danıştay Kararlarına Uyulması”, (1975) 5(16-17) Danıştay Dergisi, 16 – 21.
- Altay E, “İdari Yargı Kararlarını Uygulanmaması Sorunu”, Hukuk Kurultayı (2000) s. 358 – 363. (Altay, İdari Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorunu) — —, *İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasından Doğan Uyuşmazlıklar*, (Turhan 2004). (Altay, Uyuşmazlık)
- Atay EE, “İptal Davasının Nitelikleri ve İptal Kararlarının Uygulanması”, Danıştay 139. Yıl Sempozyumu, (2007), Danıştay Yayınları, 1 – 83.
- Azrak A. Ü, “İptal Davalarının Objektif Niteliği”, in Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, (2000) 331 – 336.
- Blanke H J, *Vertrauensschutz im deutschen und europaischen Verwaltungsrecht*, (Mohr Siebeck, 2000).
- Buz V, *Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, (Yetkin 2007).
- Candan T, “İdari Yargı Kararlarının Uygulanması I”, (1991), 253, Maliye Postası Dergisi, 42-46.
- —, İdari Yargı Kararlarının Sonuçları, (<https://turgutcandan.com/2012/09/30/idari-yargi-kararlarinin-sonuclari>, Erişim Tarihi: 14.09.2020)
- —, *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, (7. Baskı, Yetkin, 2017). (Candan, Açıklamalı İdari Yargılama...)
- Çağlayan R, *İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması*, (Asil 2004). (Çağlayan, İdari Yargı Kararlarının...)
- —, *İdari Yargılama Hukuku*, (Seçkin 2015). (Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku)
- Çokkaş Y, “İdari Yargı Kararlarının Uygulanması Aşamasında Ortaya Çıkan İmkansızlık”, (2021), 70 (4) AÜHFD, 1313 – 1359.
- Doğru O ve Nalbant A, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi – Açıklama ve Önemli Kararlar C. I*, (Legal, 2013).
- Duran L, “İdari İşlemlerden Sorumluluk, İptal Davası – Tam Yargı Davası”, (1967), 33 (3-4), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 3 – 26.



Erguvan DD, *İdari İşlemin Geriye Yürümezliği İlkesi ve Geri Alma İstisnası*, (Adalet, 2017).

Erkut C, “İdari Yargı Kararlarının Uygulanmasını Güçleştirici Mekanizmalar”, (2009), Danıştay ve İdari Yargı Günü 141. Yıl, Sempozyum, 21 – 65.

Feyzioğlu T, “İdarenin Kaziyei Muhkemeye Riayetini Temin Hususunda Vatandaşın Büyük Millet Meclisine Müracaat Hakkı Bir Müeyyide Olabilir Mi?” (1949), 4, Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 96 – 99.

Gök H, “Danıştay Kararlarından Hareketle İdari Yargı Kararlarının İmkansızlık Nedeniyle Uygulanmadığı Haller, (2013), I (LXXI,), İÜHFİM, 547 – 558.

Gözler K ve Kaplan G, *İdare Hukuku Dersleri*, (Ekin 2016).

— —, *Türk Anayasa Hukuku*, (3. Baskı, Ekin 2019).

Göztepe Çelebi E, “Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruya İlişkin İki Buçuk Yıllık İçtihadının Kısa Bir Değerlendirilmesi”, Anayasa Mahkemesi’nin 53. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen “Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi Sorunlar ve Çözüm Yolları” Konulu Sempozyumda Sunulan Bildiriler, (2015), 17 – 33.

Gözübüyük A. Ş – Tan T, *İdare Hukuku C. II, İdari Yargılama Hukuku*, (Turhan, 2019).

Günday M, *İdare Hukuku*, (İmaj 2017).

Kaboğlu İ, *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, (8. Baskı, Legal 2012).

Kaplan G, *İdari Yargılama Hukuku*, (Ekin 2020). (Kaplan, İdari Yargılama Hukuku)

— —, “İptal Kararlarının Etki ve Sonuçlarının Zaman Yönünden Yargıç Tarafından Sınırlandırılması”, (2013), 3 (2), Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 31 – 38. (Kaplan, İptal Kararlarının...)

Karahanoğulları O, “Özelleştirme İşlemlerinin Yargısal Denetimi”, (1996), 54(1), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 279 – 322.

— —, İdari Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorununa Danıştay Başsavcılığının Müdahale Olanakları, (2005), 249 (89), Mülkiye Dergisi, s. 89 – 95.

— —, *İdari Yargı – İdarenin Hukuka Zorlanması*, (Turhan 2019). (Karahanoğulları, İdari Yargı...)

Kaya C, “İdari Yargıda Yargı Kararlarının Uygulanmaması Nedeniyle Manevi Tazminat İstemi”, (2010) 14 (1) Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 59 – 77.

Kent B, “İdari Yargıda Mahkeme Kararlarının Uygulanmasını Güçlendirici

Alternatif Bir Mekanizma Olarak Zorlayıcı Para Cezası, (2011), 4, Ankara Barosu Dergisi, 45 – 66.

Keskin B – Yağcı Z, “Türk İdare Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesinin Uygulanması”, (2018), 13 (148), Terazî Hukuk Dergisi, 56 – 74.

Kılıçoğlu A, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (23. Bası, Turhan 2019).

Oğurlu Y, *İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu*, (Seçkin 2003).

Onar SS, *İdare Hukukunun Umumi Esasları C. III*, (3. Bası, İsmail Akgün 1966).

Özdemir E, “İdari Yargı Organları Tarafından Verilen Yürütmenin Durdurulması Kararlarının Uygulanması ve Hukuki İmkansızlık Hali”, (2006), 1, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 85 – 96.

Sancakdar O, “Kamu İhale Kurulu Kararlarının Yargısal Denetimi Bağlamında Yürütmenin Durdurulması ve Sonuçları”, (2015), 16, Özel Sayı, DEÜHFD, (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan), 3843 - 3911.

Schlink A, “Umweltschutz durch Planungsrecht”, (2018) in Grundzüge des Umweltrechts, Echarid Rehbindler, Alexander Schlink (Hrsg), Erich Schmidt Verlag, 411 – 539.

Schmidt R, *Verwaltungsprozessrecht*, (Rolf Schmidt GmbH, 2015).

Sezginer M, *Ayrılabilir İşlem Kuramı*, (Yetkin 2000).

— —, *İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar*, (Seçkin 2013). (Sezginer, İdarenin Sözleşmeleri...)

Sodan H / Ziekow J, *Grundkurs Öffentliches Recht*, (C.H.Beck, 2007).

Tan T, *İdari İşlemin Geri Alınması*, (AÜSBF Yayınları, Sevinç, 1970).

Tekinsoy A, “Anayasa Mahkemesinin Kamu Görevlilerinin Kişisel Kusuru Konusundaki Yaklaşımının Muhtemel Sonuçları”, (2013),1, Ankara Barosu Dergisi, 19 – 55.

Turhan Kasapoğlu M, “İdari Yargıda İvedi Yargılama Usulü”, (2015), 3, Ankara Barosu Dergisi, 183 – 219.

Uler Y, *İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları*, (AÜHF Yayınları, Sevinç 1970).

Ulusoy A, TBMM İdari Yargı Kararlarının Hukuk Düzenindeki Etkileri ve Uygulamadaki Sorunlar Sempozyumu, (2012), 14 – 24. (Ulusoy, İdari Yargı Kararları...)



- Ulusoy A, *İdari Yargılama Hukuku*, (2. Baskı, Yetkin 2020). (Ulusoy, İdari Yargılama Hukuku)
- Ulusoy A, *Türk İdare Hukuku*, (3. Bası, Yetkin 2020). (Ulusoy, Türk İdare Hukuku)
- Yasin M, *Özelleştirmenin Hukuki Rejimi*, (2. Baskı, Beta 2007).
- Yayla A, “Fiili ve Hukuki İmkansızlığın İdari İşleme Etkisi Üzerine Bir Deneme”, (2016), 2, D.E.Ü Hukuk Fakültesi Dergisi, 233 – 271.
- Yenice K, “Karara Saygı”, (1975), 5 (16- 17), Danıştay Dergisi, 3- 6.
- Yılmaz S, *İdari Yargı Kararlarının Uygulanması Zorunluluğu ve Bu Kararların Uygulanmamasına Karşı Öngörülen Hukuksal Önlemler*, (2009), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.
- —, “Kamu Alacaklarının Tahsili Hukukunda İhtiyati Haciz Müessesesi ve İhtiyati Hacze Karşı Açılan Davalarda İdari Yargı Yerlerince Verilen Kararların Uygulanması”, (2012), 61 (4), AÜHFD, 1437 – 1503.
- Zabunoğlu Y, *Adil Yargılanma Hakkı ve İdari Yargı*, İzmir Barosu Yargı Reformu Sempozyumu, (2000) 314 – 320.
- —, *İdare Hukuku C. II*, (Yetkin 2012).

YABANCI UNSURLU ÖZEL HUKUK UYUŞMAZLIKLARINDA YABANCI HUKUKUN İÇERİĞİ HAKKINDA BİLGİ EDİNİLMESİNDE BİLİRKİŞİNİN ROLÜ*

*The Role of Expert Witness in Obtaining Information on the Content of
Foreign Law in Private International Law Cases*

İlyas ARSLAN**

Özet

Türk mahkemelerine 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunda (MÖHUK) yer alan kanunlar ihtilafı kurallarını ve bu kurallar uyarınca yetkili kılınan yabancı hukuku uygulama yükümlülüğü getirilmiştir (MÖHUK m.2(1)). Türk mahkemeleri, yabancı hukukun içeriğini tespit ve temin etmek amacıyla başta tarafların yardımı olmak üzere, çeşitli vasıtalara başvurabilmektedir. Türk hukukunda 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.266 ve 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu m.3 uyarınca hukuki konularda bilirkişiye başvurmak açıkça yasaklanmıştır. Türk milletlerarası özel hukuk sisteminde yabancı hukukun bir “hukuk” olarak kabul edilmesi karşısında, Türk mahkemelerinin yabancı hukukun içeriğini temini konusunda sıklıkla başvurduğu vasıtalardan bir olan bilirkişiye başvurulmasının mümkün olup olmadığı sorunu ortaya çıkmıştır. Bu çalışmada ilk olarak, Türk doktrininin ve mahkeme tatbikatının incelenmesi sonucunda hukuki konularda bilirkişiye başvurma yasağının kapsamına yabancı hukukun içeriği hakkında bilgi edinilmesinin girmediği sonucuna ulaşılmıştır. Ardından, Yargıtay kararları ışığında yabancı hukuk hakkında bilgi edinilmek üzere kendisine başvuru hukukçu bilirkişinin, Kanunlarda aranan niteliklere ilaveten sahip olması gereken vasıfları incelenmiştir. Son olarak, yabancı hukukun içeriğinin teminine ilişkin bilirkişi incelemesinin sınırları ve kapsamı ele alınmıştır. Bu kapsamda Yargıtay’ın öngördüğü bilirkişi raporunun Türk mevzuatına ilişkin olmaması, MÖHUK m.2(1)’e aykırı olmaması ve hukuki değerlendirme içermemesi şartları ayrıntılı olarak incelenmiştir.

Anahtar kelimeler: Yabancı hukukun uygulanması, bilirkişi, yabancı hukuk hakkında bilgi edinme, yabancı hukukun içeriği, bilirkişi raporu

➤ Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 29.12.2021

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 16.06.2022

* Bu çalışma, 15-19 Aralık 2021 tarihleri arasında gerçekleştirilen Selçuk Hukuk Kongresi II 2021’de sunulan “Yabancı Unsurlu Özel Hukuk Uyuşmazlıklarında Yabancı Hukukun İçeriği Hakkında Bilgi Edinilmesinde Bilirkişilik Kurumu ve İşlevi” başlıklı bildirinin genişletilmiş halidir.

** Dr. Öğr. Üyesi, Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, ilyas.arslan@yalova.edu.tr, ORCID: 0000-0002-1567-2630

Abstract

In private international law disputes, Turkish courts are obliged to apply ex officio the conflict of laws rules in the Code on Private International Law and Procedural Law no.5718 (CPIL) and other Codes and the foreign law determined in accordance with these rules (Art.2(1) of CPIL). Turkish courts can resort to various means, especially the assistance of the parties, in order to obtain information on the content of foreign law. In Turkish law, it is expressly prohibited to resort to an expert in legal matters pursuant to Article 266 of the Code of Civil Procedure no. 6100 and Article 3 of the Expertise Law no. 6754. In the face of the acceptance of foreign law as a “law” in Turkish private international law system, the question of whether it is possible to resort to an expert witness, which is one of the means frequently used by Turkish courts to obtain the content of foreign law, has arisen. In this study, firstly, as a result of the analysis of Turkish doctrine and court practice, it was concluded that obtaining information about the content of foreign law does not fall within the scope of the prohibition of resorting to an expert witness in legal matters. Then, in addition to the qualifications sought in the Codes, the other qualifications of expert witness, who is been resorted to obtain information on foreign law, is examined in the light of decisions of Turkish Court of Cassation. Finally, the limits and scope of the expert examination regarding the determination and obtaining of the content of foreign law are discussed. In this context, the conditions that the report of expert witness cannot be related to Turkish legislation and in violation of Art. 2(1) of CPIL and the report cannot include legal assessment, which are stipulated by the Court, are examined in detail.

Keywords: Application of foreign law, expert witness, obtaining information on foreign law, the content of foreign law, the expert report

GİRİŞ

Türk hukukunda yabancı unsurlu özel hukuk işlem veya ilişkilerinden doğan davalarda Türk mahkemelerinin 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da (MÖHUK)¹ ve diğer kanunlardaki kanunlar ihtilafı kurallarını ve bu kurallar uyarınca yetkili kılınan yabancı hukuku resen uygulaması gerekmektedir (MÖHUK m.2(1)). Türk milletlerarası özel hukuk sisteminde Türk mahkemelerince uygulanması gereken yabancı hukuk, nitelik itibariyle bir hukuk (yabancı hukuk) olarak kabul edilmiştir². Bunun doğal sonucu olarak, Türk mahkemelerinin somut uyuşmazlığa ilişkin yabancı hukukun maddi hukuk kurallarını uygulaması gerekir ve beklenir. Bununla birlikte, Türk mahkemelerinin yabancı hukuku, özellikle davaya tatbiki

¹ RG: 12.12.2007-26728.

² Cemal Şanlı, Emre Esen ve İnci Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (9.Bası Beta 2021), 75; Aysel Çelikel ve B.Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (17.Bası Beta 2021) 172; Mustafa Erkan, ‘Türk Milletlerarası Özel Hukuk Sisteminde Yabancı Hukukun Tatbiki: Olan vs. Olması Gereken’ in Bilgin Tiryakioğlu, Mesut Aygün, Ali Önal, Kübra Altıparmak ve Cansu Kaya (Eds) *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu*, (Yetkin 2016) 543, 546; Can Yöney, *Yabancı Hukukun Uygulanması* (On İki Levha 2018) 74; Nur Bolayır, *Medeni Usul Hukuku'nda Hâkimin Hukuku Re'sen Uygulanması* (On İki Levha 2019) 159-160.

lazım gelen yabancı hukukun maddi hukuk kurallarını bilme mecburiyeti bulunmamaktadır³. Bu sebeple, “*hâkim hukuku bilir (juria novit curia)*” prensibinin yabancı hukukun uygulanması gerektiği haller bakımında geçerli olmadığı kabul edilmektedir⁴. Diğer yandan, taraflar arasındaki uyumsuzluğun –yabancı hukuka istinaden- adalete muvafık bir şekilde çözümlenmesi için, yabancı hukukun uyumsuzlukla ilgili tüm mevzuatının (kanun maddelerinden yargı içtihatlarına) bir bütün olarak temin edilmesi, yorumlanması ve uygulanması gerekmektedir⁵. Bu amaçla, Türk mahkemeleri yabancı hukukun içeriğini temin edebilmek için çeşitli vasıtalarla başvurabilecektir⁶.

Bu vasıtalardan biri olan bilirkişilik kurumuna, yabancı hukukun uygulanması gereken hallerde yabancı hukukun içeriği hakkında bilgi

³ Ergin Nomer, *Devletler Hususî Hukuku* (23.Bası, Beta 2021) 193; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 2) 75; Çelikel ve Erdem (n 2) 171; Rona Aybay ve Esra Dardağan, *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)* (2.Bası, Bilgi 2008) 113-114; Gülören Tekinalp ve Ayfer Uyanık, *Milletlerarası Özel Hukuk-Bağlama Kuralları* (12.Bası Vedat 2016) 46; Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6.Bası Savaş 2020) 248; Gülin Güngör, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku* (Yetkin 202) 95; Faruk Kerem Giray, ‘Milletlerarası Özel Hukuk Hakkaniyetinin 5718 Sayılı MÖHUK Kapsamında Değerlendirilmesi’, YÜHFD, Prof. Dr. Erhan Adal’a Armağan, (2011)8(2) – (2012)9(1) 555, 566.

⁴ Çelikel ve Erdem (n 2) 171; Nomer (n 3)193; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 2) 75; Güngör (n 3) 95; Yöney (n 2) 84-85; Nuray Ekşi, ‘Yabancı Hukukun Tespiti ve Uygulanması- Mukayeseli Bir İnceleme’ UTDER (2014)3(1) 3, 20; Erkan (n 2) 548.

⁵ Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 2) 70; Erkan (n 2) 547; Bolayır (n 2) 159.

⁶ Bu vasıtalardan ilki MÖHUK m.2(1)’de de belirtildiği üzere, tarafların yardımıdır. Bunun yanı sıra, mahkemelerin başvurabilecekleri vasıtalar da bulunmaktadır. Türk mahkemeleri yabancı hukuk kurallarının temini için Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesinde (RG: 28.8.1975-15338) öngörülen usule başvurabileceği gibi doğrudan Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğüne başvurmak suretiyle hukuku uygulanacak devletin maddi hukuk kurallarını temin etme yoluna gidebilir. Bunun dışında hukuku uygulanacak devletin Türkiye’deki temsilciliklerine ya da Türkiye’nin söz konusu devletin ülkesindeki temsilciliklerine başvurulması da mümkündür. Ayrıca, mahkemeler bilirkişilik kurumundan veya hukuki mütalaa usulünden faydalanabilecek, hukuk fakülteleri bünyesindeki Milletlerarası Özel Hukuk anabilim dalları, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezinden veya Mukayeseli Hukuk Araştırma merkezinden veya sair uzman kuruluşlardan yardım talep edebilecektir. Türk mahkemelerinin bu konuda sahip olduğu imkânlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Yöney (n 2) 96-106; Çelikel ve Erdem (n 2) 174-176; Nomer (n 3)196-197; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 2) 77-78. Benzer anlayışa mukayeseli hukukta da rastlanmak mümkündür. Bu sebeple, pek çok devletin hukukunda kanunlar ihtilafı kurallarının tatbiki sonucunda yabancı hukukun uygulanacağı hallerde, başta tarafların da yardımı olmak üzere, mahkemelerin pek çok vasıtaya başvurabileceği kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için kz.: Shaheza Lalani, ‘Establishing the Content of Foreign Law: A Comparative Study’ *Maastricht Journal* (2013) 20 (1) 75, 75ff; Sofie Geeroms, *Foreign Law in Civil Litigation-A Comparative and Functional Analysis* (Oxford University Press 2004) 42ff. Ayrıca, 69 devletin mahkemelerinin başvurabilecekleri vasıtaların listelendiği tablo hakkında bkz. Lalani (n 6) 89ff.



edinmek amacıyla başvurulup başvurulamayacağı özellikle 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK)⁷ yürürlüğe girmesiyle beraber tartışılmalıdır⁸. Zira bir taraftan HMK m.226 ve 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu⁹ m.3(2) uyarınca hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulması yasaklanmış, çözümü teknik ve özel bilgi gerektiren hallerde bilirkişiye başvurulabileceği öngörülmüştür. Şüphesiz, bu düzenlemelerle Kanun Koyucu, hâkime verilen mutlak yargı yetkisinin -bilirkişi vasıtasıyla dahi olsa- bir başkasına devrini önlemeyi amaçlamıştır¹⁰. Diğer taraftan da, aynı Kanun Koyucu tarafından Türk mahkemelerine MÖHUK hükümleri vasıtasıyla yabancı hukuku uygulama yükümlülüğü getirilmiş, böylece yabancı hukuk bir "hukuk" olarak kabul edilerek mahkemelerce uygulanması emredilmiştir. Gerçekten, kimi hallerde Türk mahkemelerinin uygulamak durumunda oldukları yabancı hukukun temini konusunda bilirkişilere başvurmaları, Kanun Koyucunun MÖHUK hükümleriyle hedeflediği milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin gerçekleşmesi bakımından bir gereklilik olarak da ortaya çıkabilir. Zira MÖHUK ve sair kanunlarda yer alan kanunlar ihtilafı kuralları, maddi hukuk kurallarının uyuşmazlığa uygulanmasıyla ortaya çıkacak sonucun hakkaniyetli olmasını değil, yabancı unsurlu özel hukuk uyuşmazlığında uyuşmazlık ve uyuşmazlığın taraflarıyla en sıkı ilişkiye sahip bir devletin hukukunun uygulanmasını amaçlamaktadır. Birden fazla ülkeyle irtibatlı olması nedeniyle birden fazla devletin hukukunun uygulanma ihtimali bulunan bir uyuşmazlıkta, ilgili kanunlar ihtilafı kuralının uygulanmasıyla ulaşılan devlet hukuku, uyuşmazlıkla en fazla irtibata sahip hukuk olacaktır. Böylece, ilgili uyuşmazlığa uygulanacak devletin hukukun tespitiyle milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti tesis edilmiş olacaktır¹¹. Milletlerarası özel hukukun kendine özgü bu hakkaniyet anlayışı, ilgili kanunlar ihtilafı kuralının tatbiki neticesinde uyuşmazlığa yabancı bir devletin hukukunun uygulanmasını gerektirebilir. Bu durumda Türk mahkemelerinin de MÖHUK m.2(1) uyarınca yabancı devletin uyuşmazlıkla ilgili hükümlerini hukuku uygulanan devletin mahkemesiymiş gibi uygulaması gerekecektir. Bunun için yabancı hukukun uyuşmazlıkla ilgili tüm mevzuatını doğru bir şekilde temin edip uygulaması gerekecektir. Yabancı hukukun uygulanacağını tespit edildiği hallerde yabancı hukukun uyuşmazlıkla ilgili maddi muhtevasının tam anlamıyla ve kapsamıyla temin edilmemesi ve/veya doğru bir şekilde uygulanmaması, dolaylı olarak

⁷ RG: 4.2.2011-27836.

⁸ Bkz. Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 2) 77 dn.129; Murat Atalı, '6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu ve Hukuki Konularda Bilirkişilik', AÜHF (2016) 64 (4) 3271, 3281.

⁹ RG: 24.11.2016-29898.

¹⁰ Bkz.: Bilirkişilik Kanunu genel gerekçesi.

¹¹ Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 2) 29 dn.60.

milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin de gerçekleştirilmemesi anlamına gelecektir. Türk mahkemelerinin yabancı hukukun içeriğini temini amacıyla sıklıkla başvurduğu vasıtalardan biri ise bilirkişilik kurumudur. Hukuki konularda bilirkişiye başvurmayı yasaklayan yukarıdaki hükümler karşısında yabancı hukuk hakkında uzmanlığa sahip olan bilirkişilere başvurulamayacak olması, yabancı hukukun içeriğinin doğru ve eksiksiz bir şekilde temin etmesi gereken mahkemelerin bu vasıttan yararlanamamalarına neden olacaktır. Dolayısıyla, burada hukuki konularda bilirkişiye başvurmayı yasaklayan yukarıdaki hükümler karşısında Türk mahkemelerinin yabancı hukukun içeriğini temini amacıyla bilirkişilere başvurulmasının halen mümkün olup olmadığı sorusu akla gelmektedir. Acaba, Kanun Koyucu tarafından yabancı hukukun içeriği hakkında bilgi edinilmesi, hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konulardan biri midir? Hukuki konularda bilirkişiliği yasaklayan söz konusu hükümlerin kapsamına yabancı hukuk girmekte midir yoksa yabancı hukukun içeriği hakkında bilgi edinilmesi, çözümlenmesi teknik ve özel bilgi gerektiren hallerden biri midir? Bu çalışmada ilk olarak hukuki konulardaki bilirkişiye başvurmayı yasaklayan hükümlerin MÖHUK hükümleri uyarınca tespit edilen yabancı hukukun uygulandığı halleri kapsayıp kapsamadığı meselesini ele alacağız.

İkinci olarak, Türk mahkeme tatbikatında yabancı hukuk hakkında bilgi edinme vasıtası olarak uyuşmazlığın kaynaklandığı konuyla ilgili hukuk dalında veya milletlerarası özel hukuk alanında uzmanlığa sahip hukukçuların bilirkişi olarak görevlendirildiği görülmekte, hatta “uzman hukukçulara” bilirkişi olarak başvurulması gerektiğini dair aşağıda inceleyeceğimiz Yargıtay içtihatlarına rastlanmaktadır. Bu durumda yine akla HMK m.266(1) c.3’te yer alan “*Hukuk öğrenimi görmüş kişiler, hukuk alanı dışında ayrı bir uzmanlığa sahip olduğunu belgelendirmedikçe, bilirkişi olarak görevlendirilemez.*” hükmü karşısınca Yargıtay’ın söz konusu içtihatlarının ne derece yerinde olduğu sorusu akla gelmektedir. Acaba, Yargıtay yabancı hukukun uygulanması gereken davalar bakımından söz konusu hükme bir istisna mı getirmektedir? Daha da önemlisi, yabancı hukuk hakkında bilgi edinilmesi gereken haller bakımından uzman hukukçuların bilirkişi olarak atanabileceğini öngören Yargıtay’ın bu konuda bilirkişilerin yetkisinin sınırlarını çizen tespit ve değerlendirmeleri bulunmaktadır. Bununla birlikte, Yargıtay’ın bilirkişilerin bu konudaki rollerinin ne olduğu konusunda yanlış anlaşılmaya da müsait tespitleri de bulunmaktadır. Bu bakımdan, Yargıtay’ın söz konusu tespitlerinden hareketle, yabancı hukuk hakkında bilgi edinmek amacıyla kendisine başvuru bilirkişinin yetkisinin sınırlarını tespit etmeye çalışacağız.

I. GENEL OLARAK BİLİRKİŞİLİK KURUMU VE HUKUKİ KONULARDA BİLİRKİŞİLİK

Bilirkişi, HMK m.266'da belirtildiği üzere, hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olmayan, çözümünü özel ve teknik bilgi gerektiren hallerde görüşüne başvurulanan kişidir¹². Gerçekten, hayat ilişkilerinin ve uyuşmazlıkların çeşitli olmasının sonucu, hâkim çözmek zorunda olduğu uyuşmazlıkta hukuki bilgi dışında kalan teknik ve özel bilgiye ihtiyaç duyabilir. Bu gibi hallerde, HMK'da takdiri deliller arasında sayılan bilirkişi incelemesine, mahkemece resen veya tarafların talebi üzerine başvurulmaktadır. Bilirkişi, sahip olduğu uzmanlığı sebebiyle sahip olduğu bilgi ve tecrübeye dayanarak hazırlamış olduğu raporu mahkemeye sunduğundan, tanık delilinden ayrıldığı gibi, görevi sebebiyle hâkimin yardımcısı niteliğinde olduğu kabul edilmektedir¹³.

Türk hukukunda HMK m.266 ve Bilirkişilik Kanunu m.3 hükmüyle bilirkişi deliline başvurulmasının sınırları çizilmiştir. HMK m.266 c.1 uyarınca “çözümü hukuk dışında, özel ve teknik bilgi gerektiren hallerde” mahkemelerin bilirkişiye başvurabileceği öngörülmüş, HMK m.266 c.2 ve Bilirkişilik Kanunu m.3(3) uyarınca “genel bilgi veya tecrübeyle ya da hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukukî bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda” bilirkişiye başvurulması yasaklanmıştır. Keza, HMK m.266 c.3'te ve Bilirkişilik Kanunu m.3'te hukuk öğrenimi görmüş kişilerin, hukuk alanı dışında ayrı bir uzmanlığa sahip olduğunu belgelemedikçe bilirkişi olarak görevlendirilemeyeceği öngörülmüştür. Böylece Kanun Koyucu, hukuki konularda bilirkişiye başvurulması ve bilirkişilerin raporlarında teknik ve özel bilgi gerektiren konularda görüş bildirmek yerine hukuki değerlendirmeler

¹² Oğuz Atalay, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku* C.2, (15.Bası On İki Levha 2017) 1914-1915; Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C.3 (6.Bası Demir Demir 2001) 2622; İlhan Postacıoğlu ve Sümer Altay, *Medenî Usûl Hukuku Dersleri*, (Vedat 2015) 734; Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku* (7.Bası Beta 2000) 740; Abdurrahim Karslı, *Medeni Muhakeme Hukuku*, (3.Bası Alternatif 2012) 630; Süha Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku* C.I, (3.Baskı, Yetkin 2020) 893; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *Medenî Usul Hukuku*, (6.Baskı Yetkin 2020) 456; Ejder Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, C.3, (4.Baskı Yetkin 2021) 4135; Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *Medenî Usûl Hukuku*, (3.Bası Yetkin 2020) 526; L. Şanal Görgün, Levent Börü, Barış Toraman ve Mehmet Kodakoğlu, *Medenî Usûl Hukuku*, (9.Baskı Yetkin 2020) 560; Yahya Deryal, *Türk Hukukunda Bilirkişilik*, (5.Baskı, Adalet 2015) 27.

¹³ Bilirkişiliğin hukuki niteliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Tanrıver (n 11) 894; Deryal (n 11) 34ff.; Üstündağ (n 11) 742; Atalay (n 11) 1916-1917; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 11) 527. Özellikle yabancı hukuk hakkında bilgi edinilmesi yönünden bilirkişinin niteliği hakkında bkz.: Ersin Erdoğan ve S. Hilal Üçüncü, 'Bilirkişilik Kurumu ve Bilirkişi Raporunun Delil Değerine İlişkin Bazı Sorunlar', Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi (2020) 10 (1) 354, 359-360.

yaparak kesin hukuki yargıda bulunmaları nedeniyle adeta yargı yetkisinin devri sonucuna yol açan bu durumu engellemek amacıyla hukuki konularda bilirkişiye başvurulmasını açıkça yasaklamıştır¹⁴.

Gerçekten, hukuk kurallarını resen araştırıp bulma ve somut uyuşmazlığa uygulama hâkimin işidir (HMK m.33). Çünkü hukuki konular, anlaşılabilirliği için hâkimin bilemeyeceği özel ve teknik bilgiye ihtiyaç duyulan konular değildir, hatta hukuki sorunların en yetkin bilirkişisinin hâkimin kendisi olduğu belirtilmektedir¹⁵. Bu sebeptendir ki, hukuki konularda mahkemelerin bilirkişiye başvurması, bilirkişilerin de raporlarında hukuki nitelendirme ve değerlendirmede bulunmaları yasaklanmıştır. Bu itibarla, hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olmayan, özel ve teknik bilgi gerektiren hususlarda bilirkişiye başvurulabilecektir. Burada sözü edilen özel bilgiyle, hukuk bilimi dışında, belirli bir bilim dalının araştırıp ortaya koyduğu sonuçlara ilişkin bilgi; teknik bilgiyle ise, fizik, kimya, matematik gibi pozitif bilimlerin verilerini uygulamaya elverişli bilgi kastedilmektedir¹⁶. Dolayısıyla, belirli bir teknik veya mesleki alana ilişkin bilgiler olmaksızın somut uyuşmazlığın ve maddi sonuçlarının anlaşılamayacağı hallerde söz konusu özel ve teknik bilgiye vakıf kişilerin görüşüne başvurulması, davanın aydınlatılması için gerekli ise bilirkişiye başvurulabilecektir.

Kanun Koyucu, getirmiş olduğu özel düzenlemelerle, bazı davalarda mahkemelerce karar verilebilmesi için mutlaka bilirkişiden rapor alınmasını zorunlu kılmıştır¹⁷. Bu düzenlemelerin dışında kalan hallerde bilirkişiye başvurulmasına gerek olup olmadığına mahkemelerce takdirten karar verilecektir. Bu kapsamda, yukarıda da zikretmiş olduğumuz üzere, “*hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözümü mümkün olan konular*” dışında kalan, yani çözümü hukuk dışında özel ve teknik bilgi gerektiren konularda bilirkişiye başvurulabilecektir. Yine, sadece hukuk alanında uzmanlığa sahip olan kişilerin, başka bir alanda uzmanlığı olmadıkça, bilirkişi olarak görevlendirmeleri mümkün olmayacaktır. Bu bakımdan, hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilginin yeterli olmayacağı, dolayısıyla çözümü için özel veya teknik bilginin gerekli olduğu halleri tek tek zikretmek mümkün olmamakla birlikte, uygulamadan yola çıkarak pek çok örnek verilebilir¹⁸.

¹⁴ Yılmaz (n 11) 4154; Deryal (n 11) 112-113; Atalı (n 8) 3277.

¹⁵ Yılmaz (n 11) 4139; Tanrıver (n 11) 900; Karşlı (n 11) 630.

¹⁶ Yılmaz (n 11) 4145; Atalay (n 11) 1922; Tanrıver (n 11) 906-907; Postacıoğlu ve Altay (n 11) 734-735; Karşlı (n 11) 631.

¹⁷ Kanunlarımızda mahkemelerin bilirkişiye başvurmayı zorunlu kıldığı haller hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Atalay (n 11) 1917-1921.

¹⁸ Bilirkişi görevlendirilmesinin mümkün olduğu veya olmadığı hallere ilişkin örnekler için bkz. Yılmaz (n 11) 4144-4173.



HMK m.266 c.1’de “*hukuk dışında*” bir uzmanlığa sahip kişilerin bilirkişilik yapabileceği öngörülürken, diğer yandan HMK m.266 c.2’de “*hâkimlik mesleğinin gerektirdiği*” ifadesi, bir yönüyle hukuki konularda bilirkişiye başvurulmasına da açık kapı bırakmaktadır¹⁹. Zira Bilirkişilik Kanununun genel gerekçesinde de belirtilen “*günümüz hukukî ihtilâflarının giderek çeşitlenen karmaşık ve çözüm için teknik bilgi gerektiren yapısı*” dikkate alındığında, hâkimlerin hukukun tüm dallarında çıkacak uygulamaya ilişkin sorunların çözümünü isabetle teşhis edecek derecede üstat olmasının imkânı olmadığı gibi hukukun bütün dallarına nüfuz etmesini beklemek pek mümkün değildir²⁰. Gerçi, Türk hukukunda aile, fikri haklar, icra, tüketici veya ticaret gibi belirli uzmanlık alanlarında mahkemeler bulunduğu için hukuki konularda bilirkişiye başvurulmasının gerekli olmadığı ileri sürülebilir. Ancak, kimi hallerde bu tür ihtisas mahkemelerinin kurulmadığı küçük yargı çevrelerindeki genel mahkemelerden özel mahkemelerin görevine giren davalara özel mahkeme sıfatıyla bakmaları istendiğinde bu mahkemelerden özel mahkemelerle aynı isabet derecesinde karar vermelerini beklemenin yerinde olmadığı da bir gerçektir²¹. Hukuk dışı olaylar ve olgularla beraber hukuki konuların da karmaşık ve çetrefil hale geldiği günümüzde kimi hallerde hukukun belirli bir alanında uzman bilirkişiye başvurmak, somut uyuşmazlığa ilişkin hukuki meselenin anlaşılması ve çözümünde yararlı, hatta gerekli olabilecektir. Bu durumda dahi, hukukçu bilirkişi tarafından raporda belirtilen görüş ve hukuki değerlendirmeler, mahkemeleri bağlayıcı nitelikte değildir, hatta kendisi hukukçu olan bir hâkim hukuki konuda yapılmış değerlendirmeleri içeren bir raporu da rahatlıkla denetleyebilecektir²². Bu bakımdan, hukuki bir konuda bilirkişiye başvurulması, daha doğru bir ifadeyle bilirkişilerin raporlarındaki hukuki değerlendirmelerde bulunması, mahkemelere ait olan yargı yetkisinin devri gibi bir sonuca yol açmamaktadır²³. Bu sebeple, bir tarafların genel gerekçede hukuki ihtilâfların giderek karmaşıklaşan yapısından söz edilirken, diğer yandan hukuki konularda uzman bilirkişilere başvurma ihtiyacının ortaya çıkabileceği düşünülmesizin tamamen yasak getirmek yerinde değildir²⁴. Bu noktada, hukuki meselenin tamamen ve doğrudan bilirkişiye bırakılmaması, öncelikle hâkimin gerekli bilgileri edinerek somut hukuki sorunları kendisinin gidermeye çalışması, sadece bunun mümkün olmadığı istisnai hallerde hukukçu bilirkişiye somut sorular yöneltmek suretiyle başvurulması gerektiğini²⁵ düşünmekteyiz.

¹⁹ Atalay (n 11) 1926.

²⁰ Bilge Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, (Yetkin 2014) 793, 795; Postacıoğlu ve Altay (n 11) 737. Benzer yönde bkz. Atalı (n 8) 3280-3281; Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan, *Medenî Usul Hukuku* (4.Bası, Adalet 2020) 283-284.

²¹ Atalı (n 8) 3280.

²² Atalı (n 8) 3279.

²³ Bu yönde bkz. Deryal (n 11) 135-136.

²⁴ Atalı (n 8) 3278-3279.

²⁵ Postacıoğlu ve Altay (n 11) 737.

II. YABANCI HUKUKUN UYGULANMASI GEREKEN HALLERDE YABANCI HUKUKUN İÇERİĞİ HAKKINDA BİLGİ EDİNMEK İÇİN BİLİRKİŞİYE BAŞVURULMASININ MÜMKÜN OLUP OLMADIĞI MESELESİ

Türk hukukunda HMK m.266 ve Bilirkişilik Kanunu m.3 uyarınca hukuki konularda bilirkişiyeye başvurulması normatif olarak mümkün değildir²⁶. HMK m.266'nın açık hükmü karşısında bu yasağın kapsamına yabancı hukukun da girdiği doğal olarak ileri sürülmektedir²⁷. Kanun tarafından öngörülen açık yasağa, usul hukukçuları tarafından getirilen eleştirilere katılmamak da mümkün olmadığı gibi, hukuki konularda bilirkişiliğe başvurulması kimi hallerde gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır. Özellikle hukuki olay ve olguların giderek karmaşık ve çetrefil hale gelmesine paralel olarak çözümü gereken hukuki sorunların da karmaşıklaştığı ve farklılaştığı günümüzde, hukukun yeni ve farklı dallarına ilişkin uyuşmazlıklar mahkemelerin önüne gelmektedir. Mesela, marka hukuku, bilişim hukuku, kişisel verilerin korunması hukuku, ekonomi ve finans hukuku gibi özel hukukun klasik dallarına dâhil edilemeyen pek çok hukuk alanı ortaya çıkmakta ve gelişmektedir. Bu tür ihtisaslaşma gerektiren alanlarda hâkimin genel hukuk bilgisiyle çözemeyeceği ve/veya o alana özgü teknik bilgilerin hukuki yorumuna ihtiyaç duyulabilir²⁸.

Kimi hallerde hukuki konularda bilirkişiyeye başvurmak Kanun Koyucunun emri gereği de olabilir. Aşağıda inceleyeceğimiz üzere, Kanun Koyucu tarafından Türk mahkemelerine MÖHUK m.2(1) uyarınca Türk kanunlar ihtilafı kurallarını ve bu kurallar uyarınca yetkili kılınan yabancı hukuku resen uygulaması emredilmiştir. Mesela, Almanya'da tanzim edilmiş bir vasiyetnamenin iptali davasında vasiyetnamenin uygulanacak hukuk olarak tespit edilen Alman hukukunda aranan şekil şartlarını sağlayıp sağlamadığı Alman miras hukukuna göre belirlenecektir. Yine, iş sözleşmesinden kaynaklanan kimi uyuşmazlıkların çözümü için işçinin mutad işyeri olan Gürcistan hukukunun uygulanacağı tespit edilmişse, Gürcistan iş hukuku mevzuatı uyarınca dava karara bağlanacaktır. İşte uyuşmazlığın yabancı devlete ait maddi hukuk kurallarını uygulamak suretiyle çözümlenmesi gereken hallerde, Türk mahkemesince bu kuralların temin edilebilmesi, hatta bu kurallarda yer alan kurum ve kavramların anlaşılabilmesi için bu alanın

²⁶ Şüphesiz uygulamada, mahkemelerce çözümü gereken hukuki meseleler hakkında hukuk alanında uzman kişilerin, tazminat uzmanı vs. sıfatlarla açıkça veya dolambaçlı yollarda bilirkişi olarak atandıkları bir gerçektir. Hatta hukuk alanında uzmanlığa sahip kişilerin, doğal olarak bilirkişilik listelerinde adları olmamasına rağmen liste dışından bilirkişi olarak atandıkları bilinmektedir. Bu konu hakkında ve eleştirisi için bkz. Deryal (n 11) 109; Atalı (n 8) 3277-3278.

²⁷ Acun Papakçı, 'Hukuki Bilirkişilik' Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi – Hukuk Araştırmaları Dergisi (2016) 22 (1) 433, 439.

²⁸ Bu yönde bkz. Budak ve Karaaslan (n 19) 283-284; Tanrıver (n 11) 903.



uzmanı hukukçuların bilgisine başvurulması gerekli hale gelebilir. İşte bu noktada bu zamana kadar Türk mahkemelerince sıkça başvurulmuş bir vasıta olan bilirkişilik kurumuna, hukuki konularda bilirkişiye başvurmayı yasaklayan söz konusu hükümler nedeniyle, halen başvurulmasının mümkün olup olmadığı sorusu akla gelmektedir. Acaba, Kanun Koyucu tarafından yabancı hukukun içeriği hakkında bilgi edinilmesi, hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konulardan biri midir? Hukuki konularda bilirkişiliği yasaklayan söz konusu hükümlerin kapsamına yabancı hukuk girmekte midir yoksa yabancı hukukun içeriği hakkında bilgi edinilmesi, çözümü teknik ve özel bilgi gerektiren hallerden biri midir?

Bu soruların cevabını aramadan evvel bilirkişiye başvurma yasağını öngören HMK'nın yürürlüğe girdiği 2011 yılından önceki durumu incelemek yararlı olacaktır. Bu dönemde Bilirkişilik Yönetmeliği²⁹ ile yürürlükten kaldırılan Bölge Adliye Mahkemesi Adli Yargı Adalet Komisyonlarınınca Bilirkişi Listelerinin Düzenlenmesi Hakkında Yönetmelik³⁰ m.5 hükmüyle bu konu net bir şekilde ortaya konmuştu. Söz konusu Yönetmelik m.5(3)'te "yabancı hukuk, örf ve adet hukuku, yürürlükten kalkmış hukuk alanları ile hesap bilirkişiliği gibi alanlar dışında", hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukukî bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda listelerde uzmanlık alanı belirlenemeyeceği öngörülmüştür. Böylece, söz konusu hükümle yabancı hukukun, hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konulardan biri olarak değil, HMK m.266 ve mülga HUMK³¹ m.275'te belirtilen "çözümü teknik veya özel bir bilgiyi gerektiren haller"den biri olarak kabul edildiği sonucuna varılabilir. Bu itibarla, bu dönemde yabancı hukukun, bilirkişi atanması gereken uzmanlık alanlarından biri olarak nitelendirildiği söylenebilecektir.

Şüphesiz, Kanun Koyucunun getirmiş olduğu hukuki konularda bilirkişiye başvurma yasağı, bir taraftan Türk mahkemelerine MÖHUK hükümlerine istinaden yabancı hukuku uygulamayı emrederken diğer yandan yabancı hukuka ulaşmada mahkemelerce yoğun olarak kullanılan bir vasıtayı ortadan kaldırması itibarıyla eleştiriye açıktır. Gerçi, nadiren de olsa hâkimin uyuşmazlığa ilişkin yabancı maddi hukuk kurallarını bilme ihtimali mevcuttur³². Kimi hallerde hâkim kişisel bilgi ve tecrübesini kullanarak yabancı hukuka vâkıf, örneğin yabancı hukukun ilgili kısmına ait akademik çalışmalarda bulunmuş olabilir. Örneğin, mahkeme benzer nitelikteki bir uyuşmazlığı daha evvel yabancı hukuk kurallarına göre karara bağlamış olabilir. Bu tür nadir ve istisnai haller

²⁹ RG: 03.08.2017-30143.

³⁰ RG: 8.4.2012- 28258.

³¹ RG: 2, 3, 4.7.1927-622, 623, 624.

³² Nomer (n 3) 196; Güngör (n 3) 95; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 2) 75; Ekşi (n 4) 27; Bolayır (n 2) 165; Yöney (n 2) 97.

dışında hâkimin yabancı hukuku da bildiği faraziyesinden hareket edilemez. Bu sebeple hukuki konularda bilirkişilik yasağının kapsamına yabancı hukukun girmediğinin *aşağıdaki gerekçelerle* kabulü gerekir.

İlk olarak, yabancı hukukun içeriğinin temini ve anlaşılmasında bilirkişilerin hukukçulardan seçilmesi bir zaruret olarak ortaya çıkabilir. Gerçekten, yabancı hukukun uygulanması suretiyle çözümü gereken bir uyuşmazlığın dâhil olduğu hukuk alanında belirli akademik çalışmalar yapmış, o alanda mukayeseli hukuk bilgisine sahip uzman bir hukukçuya başvurulması, somut uyuşmazlığa uygulanması gereken yabancı maddi hukuk kurallarının tespiti ve temini bakımından diğer vasıtalara nazaran daha yararlı olabilir³³. Mesela, Almanya’da tanzim edilmiş bir vasiyetnamenin şeklen geçersizliği nedeniyle iptaline dair bir davada, vasiyetnamenin uygulanacak hukuk olarak tespit edilen Alman hukukuna göre şeklen uygun olup olmadığının tespiti bu konuya ilişkin Alman hukukuna vâkıf bir hukukçudan istenebilir. Bir iş sözleşmesinden kaynaklanan muhtelif taleplerin karara bağlanması, hatta yabancı devletin iş hukuku mevzuatının Türk hukukuna nazaran işçiyi daha fazla koruyup korumadığının tespiti, yabancı bir devletin iş hukuku mevzuatının sadece Türkçeye tercüme edilmesiyle değil, bu alana vâkıf bir hukukçudan istenecek bir değerlendirmeye daha sağlıklı yapılabilir. Zira gerek uluslararası anlaşmalar kapsamında gerekse diplomatik yollara istinaden yapılan taleplerin veya bu taleplere cevaben ulaşılan yabancı hukuka ait metinlerin Türkçeye tercümeleme, hukuk terminolojisine vâkıf kişilerce yapılmamakta, dolayısıyla yabancı hukuk metinlerinin ne anlama geldiğini tespit etmekten uzak ve hatalı çevirilerle karşılaşmaktadır³⁴. Bu bakımdan, yabancı hukukun tam anlamıyla ve kapsamıyla anlaşılabilmesi ve uygulanabilmesi için yabancı hukuk alanında uzman kişi ve avukatlardan yardım istenmesi bir gereklilik olarak görünmektedir³⁵. Oysa doktrinde de haklı olarak eleştirildiği üzere, uygulanacak yabancı hukukun içeriğinin temini için tarafların yardımını isteyebilecek olan mahkemeler, bu amaçla uyuşmazlığın tarafı olmayan bir hukukçu uzmandan yardım isteyemeyecektir³⁶. Yabancı hukukun uyuşmazlıkla ilgili bir kuralının veya bir kurumunun ne anlama geldiğinin veya Türkçe olarak tam karşılığının ne olduğunu tespit etmek durumunda olan bir mahkeme, ilgili yabancı dile vâkıf ve o konu hakkında belirli bir uzmanlığı olan bir hukukçuya başvuramayacak mıdır? Bir taraftan yabancı hukukun somut uyuşmazlığa tam anlamıyla ve kapsamıyla uygulanması gerekirken, yabancı hukukun gerçek anlamda uygulanabilmesi için yabancı hukuk alanında uzmanlardan istifade edilmesini normatif olarak engellemek yerinde bir yaklaşım değildir.

³³ Benzer yönde bkz. Atalı (n 8) 3281.

³⁴ Bu konuda bkz. Erkan (n 2) 548-549.

³⁵ Erkan (n 2) 551-554; Bolayır (n 2) 172.

³⁶ Atalı (n 8) 3281.



Her ne kadar Türk hukukunca yabancı hukuk da tıpkı Türk hukuku gibi bir hukuk olarak mütalaa edilmiş ve uygulanması emredilmiş olsa da, Türk mahkemelerinden hiç aşına olmadıkları, bu zamana kadar uygulamak durumunda kalmadıkları, dolayısıyla bilmelerinin makul olarak beklenemeyeceği yabancı hukuku biliyor oldukları söylenemez. Hatta bunu hâkimlik mesleğinin gerektirdiği konulardan biri olarak nitelendirmek doğru olmayacaktır. Nitekim doktrinde de hâkimin yabancı hukuk kurallarını resen uygulamak durumunda olsa da, almış oldukları eğitimin Türk hukukuna yönelik olduğu, hâkimce bilinmesi mümkün olmayan bu konuda bilirkişi incelemesine gidilebileceği belirtilmektedir³⁷. Hatta doktrinde yabancı hukuk hakkında bilgi aktarmanın da bir tür bilirkişilik olduğu ifade edilmektedir³⁸. Bu sebeple, hukuki konularda bilirkişiye başvurma yasağının, yabancı hukukun içeriği hakkında bilgi edinilmek üzere bilirkişiye başvurulmasına engel olmadığını, yabancı hukukun söz konusu yasağın istisnalarından biri olduğunun kabulü gerekir³⁹.

Üçüncü olarak, hukukçu bilirkişi, özel bilgi gerektiren bir hal olarak yabancı hukuka dair hukuki bir mesele hakkında rapor sunmakta, mahkemeye ait bir görevi üstlenmemekte, bilakis sadece mahkemeye vâkıf olduğu yabancı hukuk normu hakkında bilgi aktarmaktadır⁴⁰. Zaten mahkeme verilen bu raporla bağlı olmadığı gibi, bilirkişinin vermiş olduğu bilgileri yeterli bulmaması halinde yabancı hukuk hakkında daha geniş bir araştırmaya da gidebilir⁴¹. Bu bakımdan, yabancı hukuk hakkında bilirkişinin yapacağı inceleme, aslında hukuki bir konuya ilişkin olmakla beraber yabancı hukukun uyuşmazlıkla ilgili muhtevası hakkında olmakla sınırlı olması itibariyle diğer bilirkişi incelemelerinden ayrılmaktadır. Bu sebeple, yabancı hukuka ait kuralların tespiti, muhtevasının temini ve anlaşılması, “hukuki konulara ilişkin” olarak kabul edilmekle beraber, “hâkimlerin meslekleri gereği edinmeleri gereken genel ve hukuki bilgi” olarak kabul edilemeyecektir. Bunun doğal sonucu olarak, mevcut hükümler ışığında yabancı hukuk, tıpkı mülga Yönetmelikte olduğu gibi, “çözümü teknik ve özel bilgi gerektiren haller” kapsamına dâhil edilmek durumundadır. Hatta yabancı hukuk hakkında kendisinin görüşüne başvurulmuş hukukçu bilirkişi, tazminat hesaplaması, hasarın tespiti gibi teknik bilgilerin kullanılmasını gerektiren bir faaliyette bulunmamakta, aslında kendisine “özel bilgi gerektiren bir hal” için başvurulmaktadır.

³⁷ Görgün, Börü, Toraman, Kodakoğlu (n 11) 565.

³⁸ Deryal (n 11) 416; Erdoğan ve Üçüncü (n 12) 361.

³⁹ Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu (n 11) 565; Bolayır (n 2) 171-172; Volkan Özçelik, ‘Yabancı Hukukun Uygulanmasında Taraf Roller’ SDÜHFD (2020)10(1) 190, 206. Aksi yönde bkz. Papakçı (n 26) 439.

⁴⁰ Nomer (n 3) 197-198.

⁴¹ Nomer (n 3) 198.

Bu itibarla, yabancı hukukun temini ve içeriğinin anlaşılmasını hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözümü mümkün bir konu olarak değil, tam aksine “çözümü teknik ve özel bilgi gerektiren hal” olarak değerlendirmek ve bu konuda bilirkişiye başvurulabileceğini kabul etmek gerekir⁴². Bu sebeple, mülga Yönetmelik hükmünün daha isabetli olduğu haklı olarak ifade edilmiştir⁴³. Hatta mülga Yönetmelik hükmünün yabancı hukuk hakkında bilgi edinme vasıtası olarak bilirkişiye başvurulmasının yaygın olan benimseyen mukayeseli hukuktaki yaklaşımla⁴⁴ paralel olduğunu da belirtmek gerekir. Bunlara örnek vermek gerekirse, Alman hukukunda Alman Usul Kanunu m.293'te mahkemelerin bilmeleri mümkün olmayan yabancı hukuk, örf ve adet hukuku hakkında bilgi edinmek üzere başka vasıtalara, bu kapsamda bilirkişilere başvurulabilecekleri kabul edilmektedir⁴⁵. Uyuşmazlığın yabancılık unsuru ihtiva ettiği ve dolayısıyla yabancı hukukun uygulanması gerektiğinin mahkemece resen dikkate alınmadığı, taraflarca iddia ve ispat edilmesi gerektiği İngiliz hukukunda yabancı hukuk da bir maddi vakıa olarak kabul edilmiş, yabancı hukukun ispatı taraflara yüklenmiştir⁴⁶. Bu kapsamda, İngiliz hukukunda yabancı hukukun (içeriğinin) ispatı/tespiti amacıyla genellikle bilirkişilere başvurulduğu belirtilmektedir⁴⁷. Yine, Fransız hukukunda da yabancı hukukun uygulanacağını tespit eden bir mahkemenin, yabancı hukuka ulaşabilmek için kullanabileceği vasıtalarından birinin bilirkişi incelemesi olduğu ifade edilmektedir⁴⁸. Hatta kimi devletlerin milletlerarası özel hukuk kanunlarında bu maksatla bilirkişiye başvurulabileceği yasal bir düzenlemeyle açıkça kabul edilmektedir⁴⁹.

Bu noktada yabancı hukukun içeriğinin temini için mahkemelerin başka vasıtalara da sahip olduğu, dolayısıyla bu vasıtalarından bir veya birkaçına

⁴² Bu yönde bkz. Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu (n 11) 565; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 11) 528; Erdoğan ve Üçüncü (n 12) 361; Yöney (n 2) 99-100; Bolayır (n 2) 172.

⁴³ Şanlı, Esen ve Ataman-Fıganmeşe n (2) 77 dn.79.

⁴⁴ Pek çok hukuk düzeninde yabancı hukukun maddi içeriğine ulaşma vasıtalar arasında bilirkişilik kurumu da kabul edilmektedir. *Lalani* tarafından hazırlanan ve yaklaşık 69 devletin hukukunda bu devletlerin mahkemelerinin yabancı hukukun içeriğinin temini için başvurabileceği vasıtaların listelendiği bir tabloda söz konusu devletlerin 44'ünde bilirkişilik yabancı hukukun içeriği hakkında bilgi edinmek için başvurulabilecek bir yol olarak kabul edilmiştir. Bkz: *Lalani* (n 6) 75.

⁴⁵ Ekşi (n 4) 86-87; Papakçı (n 26) 438.

⁴⁶ Cheshire, North and Fawcett, *Private International Law*, (15.Ed. Oxford 2017) 105; Elizabeth B. Crawford and Janeen M. Carruthers, 'United Kingdom' in (Eds) Carlos Espluges Mota, Jose Luis Iglesias and Guillermo Palao, *Application of Foreign Law* (Munich 2011) 391, 391.

⁴⁷ Cheshire, North and Fawcett (n 45) 108-110; Crawford and Carruthers (n 45) 397-398.

⁴⁸ Samuel Fulli-Lemaire and Daniel Rojas Tamayo, 'France' in (Eds) Carlos Espluges Mota, Jose Luis Iglesias and Guillermo Palao, *Application of Foreign Law* (Munich 2011) 185, 191.

⁴⁹ Belarus Medeni Kanunu m.1095(2)'de mahkemelerin yabancı hukukun içeriğini tespit etmek amacıyla başvurabileceği vasıtalar tek tek sayılmış olup bu vasıtalar arasında bilirkişilere de yer verilmiştir. Bkz.: *Lalani* (n 6) 81 dn.19.



başvurabileceği, bu nedenle yabancı hukuk hakkında bilgi edinmek için bilirkişi olarak bir hukukçuyu atamak yerine öncelikle bu yolları tercih etmesi gerektiği söylenebilir. Bu yönüyle, Kanun Koyucunun söz konusu tercihinin yerinde olduğu da ileri sürülebilir. Gerçekten, mahkemelerce bu konuda Adalet Bakanlığından, hukuku uygulanacak yabancı devletin Türk temsilciliklerinden ya da bu devletin Türkiye'deki temsilciliklerinden bilgi talep edilebilir. Günümüzde genellikle Adalet Bakanlığı vasıtasıyla yabancı hukuk hakkında bilgi edinilmesi yolu kullanılmaktadır. Bu vasıtalarla elde edilen yabancı hukukun kanun metinlerinin onaylı tercümeleri esas alınmakta ve bununla yetilmektedir. Ancak, çoğu durumda söz konusu tercümeler yetersiz kalmakta ve yanlış kararlar verilebilmektedir⁵⁰. Bu sebeple, pek çok hukuk sisteminde tercih edildiği üzere, uyuşmazlıkla ilgili yabancı hukuk hakkında bilginin, uzman hukukçulardan veya yabancı hukukla ilgili uzman kurumlardan temin edilmesinin daha emin ve sağlam bir yol olduğu kabul edilmektedir⁵¹. Böylece, yabancı hukukun birkaç maddesinin tercümesiyle yetinmek yerine, yabancı hukuk somut uyuşmazlığa tüm anlamı ve kapsamıyla uygulanmış olur. Bu da MÖHUK hükümleriyle hedeflenen milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin sağlanmasına hizmet edecektir.

Uygulamaya baktığımızda ise, kendisine herhangi bir istisna getirilmeyen “yabancı hukuk hakkında bilgi edinilmesi”, Yargıtay’ın 2017 yılından itibaren vermiş olduğu çeşitli kararlarda “özel ve teknik bilgi gerektiren konulardan biri” olarak kabul edilmiştir. Yargıtay, özel hukukun çeşitli alanlarına ilişkin yabancı unsurlu davalarda uygulanacak hukuk olarak tespit edilen yabancı hukukun içeriğinin tespitinin özel ve teknik bilgi gerektirdiğini kabul etmekte, hâkimin gerekirse bilirkişi incelemesine gidebileceğini kabul etmektedir. Örneğin, düzenleme ve ödeme yeri yabancı ülke olan kambiyo senetlerine istinaden yapılan icra takiplerine ilişkin davalarda Yargıtay, takibe konu belgenin yabancı dilde düzenlendiği ve muhatap banka yabancı olduğundan yabancılık unsuru bulunduğunu, özel ve teknik bilgiyi gerektirdiğinden bu konuda bilirkişiden rapor alınması gerektiğini belirtmiştir⁵².

⁵⁰ Nomer (n 3) 196-197.

⁵¹ Nomer (n 3) 197.

⁵² Yargıtay HGK. E.2017/367 K.2019/350 T.26.3.2019: “...imza edildiği ülke ile ödeme yerinin bulunduğu ülkenin hukuk mevzuatını ve dilini bilen Üniversitelerin Ticaret Hukuku kürsüsünden özellikle kambiyo hukuku alanında yetkin bilirkişiden, takibe dayanak belgedeki kayıtların kambiyo hukukundaki karşılıkları ile açıklanması amacıyla bilirkişi raporu alınması gerekmektedir.”; Yargıtay 12.HD. E.2018/1805 K.2019/10137 T.13.6.2019: “...takip dayanağı bononun yabancı dilde düzenlendiği dikkate alınarak, söz konusu belgenin düzenlendiği dili ve ülke hukukunu inceleyebilecek yeterlilikte, özellikle üniversitelerin ticaret ve kambiyo hukuk dalından seçilecek bilirkişiye inceleme yaptırılmak suretiyle...”. Benzer yönde bkz. Yargıtay 12.HD. E.2012/16550 K.2012/23020 T.28.6.2012; Yargıtay 12.HD. E.2013/16430 K.2013/25383 T.4.7.2013. Kararlar için bkz. www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 15.10.2021.

Benzer şekilde, yabancı unsurlu iş sözleşmelerinden kaynaklanan çeşitli taleplerin konusunu oluşturduğu pek çok davada Yargıtay, uygulanacak hukuk olarak tespit edilen yabancı hukukun iş hukuku mevzuatına vâkıf uzman bir bilirkişiden rapor alınması gerektiği içtihadında bulunmuştur⁵³. Yine, Almanya’da düzenlenen bir vasiyetnamenin düzenlendiği ülke olan Alman kanunlarına göre şeklen geçerli olup olmadığının tespitinin gerektiği bir davada Yargıtay, söz konusu ülke hukukunun muhtevasının araştırılmasını, *gerekirse vasiyetnamenin yapıldığı ülke hukukunun öngördüğü şekle uygun olarak yapılıp yapılmadığı konusunda uzman bilirkişiden rapor alınması gerektiğini* ortaya koymuştur⁵⁴.

Yukarıda özetlediğimiz kararlardan da anlaşılacağı üzere, yabancı hukukun uygulanması gerektiği sonucuna varılan pek çok davada dava konusu alanın uzmanı hukukçuların bilirkişi olarak görevlendirilmesi gerektiği net bir şekilde ortaya konmaktadır. Bu kararlardan, özellikle Yargıtay HGK kararından, yabancı hukukun içeriği hakkında bilgi edinilmesi faaliyetinin “*özel ve teknik bilgi gerektiren bir hal*” olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu bakımdan, yabancı hukukun uygulanması gereken hallerde yabancı hukukun içeriği hakkında bilgi edinmek için bilirkişiye başvurulup başvurulamayacağı konusundaki belirsizlik Yargıtay’ın yukarıda zikrettiğimiz içtihatlarıyla ortadan kalkmış görünmektedir. Dolayısıyla, HMK m.266(1) c.3’ün kapsamına yabancı hukuk hakkında uzmanlığa sahip olan hukukçuların girmediğini söyleyebiliriz. Başka

⁵³ Yargıtay 9.HD. E.2020/5936 K.2021/4629 T.22.2.2021: “...uyuşmazlığa Umman hukukunun uygulanması gerekmektedir... Hal böyle olunca *gerekirse Umman hukukunda uzman bir bilirkişiden de rapor alınmak suretiyle* dava konusu uyuşmazlık bakımından değerlendirme yapılması gerekli iken.”; Yargıtay 9.HD. E.2020/5070 K.2021/3194 T.2.2.2021: “...uyuşmazlık hakkında Ukrayna Hukuku’nun uygulanması tüm dosya kapsamına daha uygun olacaktır. Hal böyle olunca, *gerekirse Ukrayna Hukuku’nda uzman bir bilirkişiden de rapor alınmak suretiyle*, dava konusu uyuşmazlık bakımından değerlendirme yapılması... gerekmektedir...”. Rusya hukuku hakkında uzman bir bilirkişiden rapor alınması gerektiğine dair bkz. Yargıtay 9.HD. E.2021/2497 K.2021/8085 T.13.4.2021; Yargıtay 9.HD. E.2021/2498 K.2021/8086 T.13.4.2021; Yargıtay 9.HD. E.2021/4794 K.2021/9194 T.18.5.2021; Yargıtay 9.HD. E.2021/5065 K.2021/9195 T.18.5.2021. Arnavutluk hukuku hakkında uzman bir bilirkişiden rapor alınması gerektiğine dair bkz. Yargıtay 9.HD. E.2021/2698 K.2021/6694 T.23.3.2021; Yargıtay 9. HD. E.2021/2699 K.2021/6695 T.23.3.2021; Yargıtay 9.HD. E.2021/2703 K.2021/6702 T.23.3.2021. Gürcistan hukuku hakkında uzman bir bilirkişiden rapor alınması gerektiğine dair bkz. Yargıtay 9.HD. E.2021/4810 K.2021/9191 T.18.5.2021, Yargıtay 9.HD. E.2021/4812 K.2021/9193 T.18.5.2021; Yargıtay 9.HD. E.2021/4811 K.2021/9192 T.18.5.2021. Kararlar için bkz. www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 15.10.2021.

⁵⁴ Yargıtay 3.HD. E.2018/7547 K.2019/6014 T.1.7.2019. Benzer yönde bkz. Yargıtay 3.HD. E.2018/3217 K.2018/10980 T. 5.11.2018: “...mahkemece dava konusu vasiyetnamenin Alman Kanunlarına uygunluğu yönünden yeterli inceleme ve araştırma yapılmamıştır...” *vasiyetname ile ilgili Almanya Yasalarının gerekirse bilirkişi aracılığı ile incelenmesi yapılarak hüküm tesisi gerekirken...*. Kararlar için bkz. www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 15.10.2021



bir ifadeyle, söz konusu hükümde yer alan “hukuk alanı” ifadesiyle aslında “Türk hukukunun” anlaşılması gerektiğini, hukuk öğrenimi görmüş olan kişilerin özel ve teknik bilgi gerektiren bir hal olan yabancı hukuk hakkında uzmanlığa sahip olmaları halinde bilirkişi olarak görevlendirilebileceğini söylemek yanlış olmayacaktır. Bu açıklamalar ışığında, uyuşmazlığa yabancı hukuku uygulaması gerektiğini tespit eden Türk mahkemelerinin, yabancı hukukun uyuşmazlığa ilişkin maddi muhtevası hakkında bilgi edinmek için, kendilerine sunulan diğer vasıtaların yanı sıra yabancı hukuk hakkında uzman hukukçulara bilirkişi olarak başvurabilecektir. Diğer taraftan, yabancı hukuk hakkında bilgi edinmek amacıyla bilirkişiye başvurulabileceği kabul edilmekle birlikte, bu konuda bilirkişiye başvurmak isteyen bir mahkemenin bu noktada nasıl hareket etmesi gerektiğine dair Yargıtay’ın birtakım tespitleri bulunmaktadır. Aşağıda bu tespitlerden hareketle yabancı hukuk hakkında bilgi edinmek amacıyla bilirkişiye başvurulabilmesinin ve bilirkişinin yapacağı incelemenin sınırlarını ayrıntılı olarak ele alacağız.

III. YABANCI HUKUK HAKKINDA BİLGİ EDİNİLMESİ AMACIYLA BİLİRKİŞİYE BAŞVURULMASINDA VE BİLİRKİŞİ İNCELEMESİNDE DİKKAT EDİLMESİ GEREKEN HUSUSLAR

A. Genel Olarak

Türk hukukunda Yargıtay içtihatlarıyla yabancı hukukun içeriği hakkında bilgi edinilmesi faaliyeti özel ve teknik bilgi gerektiren bir hal olarak kabul edilmiştir. Bu kapsamda yabancı hukuku kanun maddelerinden içtihatlarına kadar, bir bütün olarak tespit ve temin etmek durumunda olan Türk mahkemeleri, bu amaçla ilgili yabancı hukuk hakkında uzman hukukçu bilirkişilere başvurabilecektir. Yabancı hukuk hakkında bilgi edinilmesi faaliyeti, yukarıda da belirttiğimiz üzere, özel bilgi gerektiren bir hal olarak yabancı hukuka dair olsa da hukuki bir konuya ilişkindir. Bu yönüyle tazminat hesaplanması, kusur tespiti veya ticari defter incelenmesi gibi bilirkişi incelemesine başvurulabilecek konulardan ayrılmaktadır. Yargıtay da kimi içtihatlarında yabancı hukuk hakkında bilgi edinmek amacıyla mahkemelerce uzman hukukçulara bilirkişi olarak başvurulabileceğini kabul etmekle birlikte, bunların bilirkişi olarak atanmasında ve bu kişilerce hazırlanacak raporlarda uyulması gereken birtakım kriterlere yer vermiştir. Yargıtay HGK, 26.3.2019 tarihli kararında mahkemece bilirkişi olarak atanacak hukukçunun ilgili yabancı hukuk alanında uzman olması ve yabancı dil bilgisinin varlığı gibi -Kanunlarda bilirkişilik yapmak için aranan nitelikler dışında⁵⁵- birtakım koşullar aramaktadır. Yine, bilirkişinin gerekli olması halinde görevlendirilmesi gerektiğini öngören Yargıtay, bilirkişi incelemesinin (raporunun) Türk mevzuatına ilişkin ve MÖHUK m.2(1)

⁵⁵ Bilirkişiliğe kabul şartları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Atalay (n 11) 1930-1936.

hükmüne aykırı olmaması ve hukuki nitelendirme içermeyen nitelikte olması gerektiğini belirtmiştir⁵⁶.

Bu içtihatlarla Yargıtay, yabancı hukukun içeriği hakkında bilgi edinilmesi amacıyla bilirkişiye başvurulmasının ve bilirkişilerin yetkisinin sınırlarını çizen tespit ve değerlendirmelerde bulunmuştur. Bununla birlikte, Yargıtay'ın söz konusu tespitleri, yabancı hukukun somut olaya ilişkin maddi hukuk kurallarının temin edilmesi ve anlaşılması konusunda bilirkişilerin rolü konusunda belirsizlik içerdiği gibi yanlış anlaşılmaya da müsaittir. Acaba, mahkemece kendisine bu konuda soru yöneltilemeyecek olan hukukçu bilirkişi, dosyadaki bilgilerden uyuşmazlığın yabancılık unsuru içermediğini veya yabancılık unsuru ihtiva etmekle birlikte ilgili kanunlar ihtilafı kuralı uyarınca uyuşmazlığa Türk hukukunun uygulanması gerektiğini tespit etmişse ne olacaktır? Bilirkişi raporunun/incelemesinin Türk mevzuatına ilişkin olmaması şartıyla MÖHUK m.2(1) hükmüne aykırı olmaması arasındaki fark nedir? Yabancı hukuk hakkında bilgi ihtiva eden raporun hukuki nitelendirme içermeyecek nitelikte olması ne kastedilmektedir? Raporun hukuki değerlendirme içermeyecek nitelikte olması aranmakla birlikte, yabancı hukukun somut uyuşmazlığa ilişkin kurallarında yer alan –ve Türk hukukundan farklı anlamlar ihtiva edebilecek- bir kavram veya kurumun ne şekilde anlaşılması gerektiği konusunda bilirkişi herhangi değerlendirmede bulun(a)mayacak mıdır? Acaba bilirkişinin görevi sadece yabancı hukukun somut uyuşmazlığa ilişkin mevzuatını tespit ve tercüme etmekten mi ibarettir? Görüldüğü üzere, Yargıtay'ın söz konusu tespitleri, beraberinde yabancı hukuk hakkında kendisine başvurulmak istenen hukukçunun bu konuda ne tür niteliklere sahip olması gerektiği, yabancı hukuk hakkında rapor hazırlarken nasıl hareket etmesi gerektiği gibi soruları beraberinde getirmektedir. Yargıtay'ın tespit etmiş olduğu söz konusu kriterlerden hareketle yabancı hukukun içeriği hakkında bilgi edinilmesi amacıyla bilirkişiye başvurulmasının ve bilirkişilerin yetkisinin sınırlarını inceleyeceğiz.

B. Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmek Amacıyla Kendisine Başvurulan Bilirkişide Olması Gereken Nitelikler

Türk mahkemelerinin uygulanacak hukuk olarak tespit ettiği yabancı hukukun uyuşmazlığa ilişkin maddi hukuk kurallarının temin edilmesi amacıyla bilirkişi sıfatıyla uzman hukukçulara başvurabileceği geçmişten beri kabul edilmekteydi. Hatta Yargıtay, günümüze kadar yabancı hukukun yeterince araştırılmaksızın doğrudan Türk hukukun uygulayan yerel mahkemelere verilen kararları bozduğu pek çok bozma kararında bu hususta üniversitelerin milletlerarası özel hukuk veya mukayeseli hukuk alanında uzman

⁵⁶ Yargıtay HGK. E.2017/367 K.2019/350 T.26.3.2019, www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 15.10.2021



akademisyenlere başvurulabileceğini vurgulaya gelmiştir⁵⁷. Yargıtay, özellikle HMK'nın yürürlüğe girdiği tarihten sonraki kararlarında uygulanacak hukuk olarak tespit edilen yabancı hukukun içeriğinin temin edilmesi konusunda “*hukuku uygulanacak devletin mevzuatını ve dilini bilen*” ve “*uyuşmazlığın kaynaklandığı hukuk alanında yetkin*” hukukçu bilirkişilere başvurulması gerektiğini ifade etmektedir. Özellikle ödeme yeri ve imza yerinin yabancı ülke olduğu yabancı dilde düzenlenmiş bir senede dayanan icra takiplerine ilişkin bir dizi davada Yargıtay bu hususu açıkça vurgulamaktadır. Buna göre, takibe dayanak belgedeki kayıtların incelenmesi amacıyla kendisine başvurulacak bilirkişinin “*imza edildiği ülke ile ödeme yerinin bulunduğu ülkenin hukuk mevzuatını ve dilini bilen Üniversitelerin Ticaret Hukuku kürsüsünden özellikle kambiyo hukuku alanında yetkin*” olması gerekmektedir⁵⁸. Söz konusu kararlar incelendiğinde, ilgili hukukçu bilirkişinin sadece Almanca veya İngilizce gibi belirli bir dili bilmesi yeterli görülmemiş, aynı zamanda uygulanacak hukuk olarak tespit edilen ödeme yeri ve imza yeri ülkesinin hukukunu inceleyebilecek yeterlilikte olması gerekir.

Yargıtay'ın hukukçu bilirkişinin yabancı dil bilgisine atıfta bulunmamakla beraber, uyuşmazlığın kaynaklandığı hukuk alanındaki yetkinliğine işaret ettiği içtihatları bununla sınırlı değildir. Yabancı unsurlu iş sözleşmelerinden doğan ve uygulanacak hukuk olarak Rusya, Ukrayna, Arnavutluk, Gürcistan, Umman gibi devletlerin hukukunun tespit edildiği bir dizi davada da Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, yukarıda zikrettiğimiz her bir devletin hukukunda uzman bir bilirkişiden rapor alınması gerektiğini vurgulamıştır⁵⁹. Yine, vasiyetnamenin şeklen geçerli olup olmadığının tartışıldığı yabancı unsurlu bir davada, vasiyetnamenin yapıldığı ülke (Alman) hukukunda öngörülen şekle uygun yapıp yapılmadığı konusunda uzman bilirkişiden rapor alınması gerektiğine Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin bir kararında değinilmiştir⁶⁰. Belirtmek gerekir

⁵⁷ Yabancı hukukun teminiyle ilgili olarak devletler hususi hukuku alanında uzman akademisyenlerden bilirkişi raporu alınabileceğine dair bkz. Yargıtay 12.HD, E.2005/22462, K.2005/24968, T.14.12.2005; Yargıtay 12.HD, E.2009/23883, K.2010/5503, T.9.3.2010, www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 10.12.2021. İstanbul Üniversitesi Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi ile İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezinden yabancı hukuk hakkında görüş alınması gerektiğini belirten kararı için bkz. Yargıtay 11.HD E.1997/5344, K.1997/5910, T.16.9.1997, www.kazanci.com.tr., Erişim Tarihi: 15.10.2015).

⁵⁸ Bkz. Yargıtay HGK. E.2017/367 K.2019/350 T.26.3.2019; Yargıtay 12.HD. E.2009/23883 K.2010/5503 T.9.3.2010; Yargıtay 12.HD. E.2011/179 K. 2011/15737 T. 12.07.2011; Yargıtay 12.HD. E.2012/16550 K.2012/23020 T.28.6.2012; Yargıtay 12.HD. E.2013/16430 K.2013/25383 T.4.7.2013; Yargıtay 12.HD. E.2018/1805 K.2019/10137 T.13.6.2019, www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 15.10.2021.

⁵⁹ Söz konusu kararlar için bkz. II, s.307 dn.53.

⁶⁰ Yargıtay 3.HD., E.2018/7547 K.2019/6014 T.1.7.2019, www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 15.10.2021.

ki, bu kararlarda sadece yabancı hukuk hakkında “uzman bir bilirkişiden” rapor alınmasından bahsedilmiş, Yargıtay HGK’nın tespitinden farklı olarak, bilirkişinin uyuşmazlığın kaynaklandığı hukuk alanına ilişkin olarak yabancı hukuku inceleyebilecek yetkinlikte olmasından da bahsedilmemiştir. Ayrıca, bu kararlarda ne bu bilirkişinin hukukçu olmasına ne de hakkında rapor hazırlanacak olan yabancı hukukun ait olduğu ülkenin dilini bilmesine değinilmemiştir.

Yargıtay’ın çeşitli dairelerince ve HGK tarafından özel hukukun çeşitli alanlarına ilişkin içtihatları, yabancı hukuk hakkında bilgi edinmek üzere kendisine başvurulmuş bilirkişinin sahip olması gereken niteliklere ilişkin çeşitli veriler sunmaktadır. Her ne kadar bazı kararlarda bu hususa açıkça değinilmese de, özellikle Yargıtay HGK kararıyla ortaya konduğu üzere, bilirkişinin hukuku uygulanacak yabancı devletin dilini bilmesi gerekmektedir. Diğer yandan, söz konusu kararlarda bilirkişinin hukuku uygulanacak yabancı devletin dilini ne derecede bilmesi gerektiğine veya yabancı dil bilgisi seviyesine dair herhangi bir atıf yapılmamıştır. Dolayısıyla, bilirkişinin hukuku uygulanacak devletin diline vakıf olup olmadığının veya ne derecede vakıf olduğunun ne şekilde tespit edileceği belirsizdir. Bunun ispatı/tespiti amacıyla bilirkişinin yabancı dil bilgisini ve seviyesini tespit eden yabancı veya Türk kamu veya özel eğitim kurumlarından alınan belgelerin yeterli olacağı söylenebilir.

Bilirkişinin hukuku uygulanacak devletin dilini bilmesinin yanı sıra, hukuku uygulanacak devletin somut uyuşmazlıkla ilgili özel hukuk alanında yetkinliğe sahip olması da gerekmektedir. Bu noktada, Yargıtay HGK’nın 23.6.2019 tarihli kararındaki “..ülkenin hukuk mevzuatını..bilen” ifadesinden yola çıkılarak, bilirkişinin hukuku uygulanacak yabancı devletin mevzuatının tamamına vakıf olması gerektiği şeklinde bir düşünce akla gelebilir. Ancak bilirkişiden yabancı bir devletin hukuk mevzuatının tümünü bilmesinin beklenemeyeceği bir gerçektir. Zaten, Yargıtay HGK’nın söz konusu kararında yer alan “Üniversitelerin Ticaret Hukuku kürsüsünden özellikle kambiyo hukuku alanında yetkin” ifadesiyle bu hususa dolaylı olarak açıklık getirmiştir. Muhtemeldir ki bu maksatla Yargıtay, kimi kararlarından farklı olarak, söz konusu içtihatlarında üniversitelerdeki ticaret ve kambiyo hukuku alanında çalışmakta olan hukukçu akademisyenlerin bu alanda uzmanlığa/ yetkinliğe sahip olacağı varsayımından hareket etmiş ve içtihatlarında yerel mahkemeleri “özellikle üniversiteden Ticaret ve Kambiyo Hukuku dalında bir hukukçu bilirkişi”ye yönlendirmiştir. Bu bakımdan, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin çeşitli kararlarında iş sözleşmesinden doğan davalarda uygulanacak hukuk olarak tespit ettiği ve hakkında bilirkişiden rapor istenen Rus, Ukrayna, Arnavutluk vs. hukuku ifadesini aslında söz konusu devletlerin iş hukuku (mevzuatı) olarak anlamak gerekir. Bu açıklamalar ışığında, yabancı hukukun uygulanması gereken herhangi bir somut bir uyuşmazlıkta, bilirkişinin sadece



hukuku uygulanacak devletin somut uyuşmazlıkla ilgili hukuk alanını bilmesi, hatta o hukuk alanının alt dallarında yetkinliğe sahip olması yeterli olacaktır.

Bu açıklamalarımızın bir diğer sonucu ise, mahkemelerin salt uyuşmazlığa yabancı hukukun uygulanacağı gerekçesiyle yabancı hukukun içeriğini temin etmek üzere milletlerarası özel hukuk veya mukayeseli hukuk alanında uzman akademisyenlere başvurmaması gerektiğidir. Zira bu alanlardaki herhangi bir akademisyenin, tüm hukuk sistemlerinin maddi hukuk kuralları konusunda bilgiye/uzmanlığa sahip olmaları beklenemeyeceği gibi böyle bir zorunluluğu da yoktur. Bu alanlardaki akademisyenlerin, hukuku uygulanacak devletin uyuşmazlıkla ilgili hukuk kurallarına yönelik bir çalışması veya uzmanlığını belgeleyen başka bir bilgi olmadıkça, yabancı hukukun maddi muhtevasıyla ilgili uzmanlığa sahip olacağından kolaylıkla söz edilemeyecektir. Başka bir ifadeyle, hukuku uygulanacak devletin uyuşmazlıkla ilgili maddi hukuk kuralları hakkında uzmanlık seviyesinde bilgi sahibi olmadığı sürece, kural olarak milletlerarası özel hukuk ya da mukayeseli hukuk alanında faaliyet gösteren bir akademisyenin herhangi bir yabancı hukuk sisteminin maddi kurallarına yönelik yetkinliğinin bulunması beklenemeyecektir. Bu bakımdan, 2019 tarihli Yargıtay HGK kararından önceki içtihatlarda yabancı hukukun içeriğinin temini amacıyla milletlerarası özel hukuk veya mukayeseli hukuk alanında uzman akademisyenlere yapılan göndermenin 2019 tarihli HGK kararı karşısında yerinde olmadığını söyleyebiliriz. Bu sebeple, mahkemelerce bu alanlara mensup bir akademisyenin bilirkişi olarak atanmasından önce söz konusu akademisyenin hukuku uygulanacak devletin uyuşmazlıkla ilgili hukuk alanında belirli bir uzmanlığa sahip olup olmadığına dair araştırma yapılması, yabancı hukukun maddi muhtevasına ulaşma yollarından biri olan bilirkişilik kurumunun daha etkin ve yararlı olmasını sağlayacaktır.

Şüphesiz, hukuk öğrenimi görmüş bir kişinin uyuşmazlığın kaynaklandığı belirli bir hukuk dalına ilişkin olarak yabancı hukukun söz konusu spesifik hukuk dalı hakkında belirli bir uzmanlığa veya tecrübeye sahip olması gerektiği bir gerçektir. Ancak bu noktada, yabancı unsurlu bir özel hukuk uyuşmazlığında yabancı hukukun uygulanacağını tespit eden bir mahkemenin, herhangi bir hukukçuya, hatta üniversitelerin hukuk fakültelerindeki herhangi bir akademisyene değil, hukuku uygulanacak yabancı devletin uyuşmazlıkla ilgili olan hukuk alanında belirli bir yeterliliğe/yetkinliğe sahip hukukçulara bilirkişi olarak başvurması gerektiğini belirtmeliyiz⁶¹. Gerçekten, yabancı hukuk hakkında bilirkişi sıfatıyla bilgisine başvurulacak kişilerin başında, uygulamada da söz konusu olduğu üzere, özel hukukun çeşitli alt dallarında akademik çalışmalar yapmış hukukçular gelmektedir. Bunların büyük kısmını oluşturan üniversitelerin hukuk fakültelerinde çalışmakta olan akademisyenler,

⁶¹ Benze yönde bkz.: Deryal (n 11) 136.

özel hukukun çeşitli alanlarında, hatta alt dallarında akademik çalışmalar yapmakta, bu amaçla mukayeseli hukuka da başvurmaktadır. Mesela, evlilik mal rejimleri ya da mirasçılıktan ıskat konusunda bir çalışma kaleme alan bir medeni hukukçu, bu amaçla mukayeseli hukuk çalışması da yapmakta, Alman, İsviçre veya İngiliz hukukunda mevcut durumu ve mahkeme tatbikatını da çalışmalarına yansıtılabilmektedir. Dolayısıyla, evlilik mal rejimlerinin tasfiyesine ilişkin bir uyuşmazlıkta İsviçre hukukunun uygulanacağını tespit eden bir Türk mahkemesinin İsviçre maddi hukuk kurallarının temini ve anlaşılması için bu alanda uzmanlığa sahip bir hukukçuya başvurması gerekli ve yerinde olacaktır⁶². Aksi takdirde, yabancı hukuka ulaşma vasıtası olarak bilirkişilik kurumundan beklenen fayda bir yana, gereksiz zaman ve masraf kaybı olabileceği gibi yabancı hukuk kurallarının yanlış tespiti ve uygulanması söz konusu olacaktır.

Buraya kadarki açıklamalarımız ışığında, yabancı hukuk hakkında bilgi edinmek amacıyla kendisine başvurulacak bilirkişinin hukuku uygulanacak yabancı devletin dilini bilme ve hukuku uygulanacak devletin somut uyuşmazlıkla ilgili mevzuatını inceleyebilecek yeterliliğe sahip olması gerektiğini, bu iki koşuldan neyin anlaşılması gerektiğini tespit etmiş bulunmaktayız. Diğer yandan, bu tür uyuşmazlıkları karara bağlayan yerel mahkemelerin, söz konusu şartları taşıyan hukukçu bilirkişilere nasıl ulaşabileceği, dahası bu şartları taşıyıp taşımadıklarının nasıl tespit edileceği de ayrı bir meseledir. Zira hukuk alanında uzman kişilerin bilirkişi olarak görevlendirilmesi yukarıdaki içtihatlarla istinaden mümkün olmakla birlikte, bilirkişi listesinde hukuki konularda uzmanlık alanları söz konusu olmadığı için, yabancı hukuk hakkında bilgisine başvurulacak hukukçunun mahkeme tarafından görevlendirilmesi gerekecektir. Bu durumda mahkeme, yabancı hukukun uyuşmazlıkla ilgili kısmı hakkında bilgi edinmek için hukukçu bilirkişiye nasıl ulaşacaktır? Bu konuda üniversitelerin hukuk fakültelerine mi başvurması gerekecektir? Hukukçu bilirkişinin, listede kaydı bulunmamakla birlikte, dava esnasında çıkagelip kendisinin yabancı hukuk(un ilgili alanı) hakkında yetkinliğe sahip olduğunu beyan etmesi mi gerekecektir? Hukuk alanı dışında uzmanlığa sahip olan ancak bilirkişi listesinde kaydı bulunmayan kişiler bakımından da geçerli olan böyle bir durumda⁶³, hukukçu bilirkişinin kendisinin yabancı hukukun uyuşmazlıkla ilgili alanında uzmanlığa sahip olduğunu ispat etmek amacıyla belge sunmasını beklemenin de aklen muhal olduğu ileri sürülebilir. Bu konudaki eksiklik muhtemelen mahkemelerce önceki bilgi ve tecrübelerle giderilebilecek veya dolambaçlı yollara başvurulabilecek olmakla birlikte, söz konusu hukukçu bilirkişinin yabancı dil bilgisine sahip olup olmadığını nasıl tespit edecek veya yabancı hukukun uyuşmazlıkla ilgili alanı hakkında

⁶² Bu konuda farklı bir örnek için bkz. Deryal (n 11) 141.

⁶³ Bu konuda bkz. Atalı (n 8) 3278.



uzmanlığa sahip olduğu nasıl belgelenecektir? Zira somut bir uyuşmazlıkta Arnavutluk, Gürcistan, Umman gibi devletlere ait maddi hukuk kurallarının uygulanması gereken hallerde hukuku uygulanacak yabancı devletin dilini bilen ve/veya uyuşmazlıkla ilgili hukuk alanına ilişkin mevzuatına vâkıf bir hukukçu bulmak, Alman, İsviçre veya İngiltere gibi devletlerinkine nazaran kolay, hatta mümkün olmayacaktır. Hukuku uygulanacak devletin dilini bilebilecek bir hukukçuya ulaşmanın mümkün olmadığı bu gibi hallerde, mahkemelerin sadece bilirkişiye başvuramaları veya bilirkişiye başvurmakta ısrar etmemeleri, bu kapsamda yabancı hukukun temini için diğer vasıtalara başvurmaları gerekmektedir.

Yabancı hukuk hakkında bilgi edinmek üzere yukarıdaki vasıflara sahip bir hukukçu bilirkişinin tespiti mümkün olmayabileceği gibi kimi hallerde yukarıdaki vasıflara sahip bir bilirkişiye başvurmak da çözüm olmayabilir. Zira kimi Yargıtay kararlarına yansıdığı üzere, mahkemece yabancı hukuk hakkında bilgi edinmek üzere kendisine başvuru bilirkişinin hazırlamış olduğu raporda bilirkişinin uzmanlığı konusunda tereddüde yol açan ifadelerle rastlanabilir⁶⁴. Nasıl ki özel ve teknik bilgi gerektiren bir konuda hazırlanan bilirkişi raporundan tatmin olmayan bir mahkeme bu raporu kararında esas almayabilirse, benzer şekilde yabancı hukuk hakkında sağlıklı ve tatmin edici nitelikte olmayan bir raporu da esas almayabilecektir. Haliyle, bu tür hallerde bilirkişilik müessesesinden uyuşmazlığın çözümü noktasında kendisinden beklenen faydanın elde edilmesi mümkün olmadığı gibi, gereksiz yere zaman ve masraf harcanmış olacaktır. Bu sebeple, yabancı hukuk hakkında bilgi edinilmesi gerektiğinde mahkemelerin kendilerine sunulan vasıtalardan sadece biriyle yetinmemeleri, birden fazla vasıtaya başvurması gerektiği öğretide⁶⁵ ve dolaylı olarak Yargıtay tarafından⁶⁶ belirtilmektedir. Dolayısıyla, bu tür hallerde

⁶⁴ Mesela, Yargıtay 14. Hukuk Dairesinin E.2016/13302 K.2017/5712 sayılı ve 5.7.2017 tarihli kararında, Almanya’da düzenlenen mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin belgenin iptaline ilişkin davada Alman hukuku hakkında bilgi edinmek için başvuru bilirkişinin hazırladığı raporun yürürlükten kalkan kanunlara istinat ettiği gerekçesiyle bu rapora dayanılarak verilen yerel mahkeme kararı bozulmuştur. Karar için bkz. www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 10.12.2021.

⁶⁵ Giray (n 3) 567-569; İlyas Arslan, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Milletlerarası Özel Hukuka Etkisi* (Adalet 2019) 127-128.

⁶⁶ Yargıtay, E.2010/5330 K.2011/3103 sayılı ve 26.5.2011 tarihli kararında yerel mahkemenin öncelikle taraflara davanın çözümü için millî hukuklarında bulunan konuya ilişkin tercüme edilmiş maddelerle bilgi ve belgeleri mahkemeye sunmaları için süre ve imkân sunması gerektiğini belirtmiştir. Ardından, gerekirse yerel mahkemenin Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi hükümlerinden, bundan ayrı olarak Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğünden Alman MK’da yer alan yasal mal rejimiyle ilgili tüm kanun maddeleriyle bilgi ve belgelerin mahkemeye gönderilmesinin isteyebileceğini belirtmiştir. Karar için bkz. www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 10.12.2021.

mahkemelerin bilirkişilik kurumuyla yetinmeyerek, aynı zamanda tarafların yardımına, Adalet Bakanlığı veya diğer vasitalardan birine başvurmaları yerinde olacaktır.

C. Bilirkişi İncelemesinin/Raporunun Sınırları

1. Bilirkişi Raporunun Türk mevzuatına İlişkin Olmaması ve Bu Şartın MÖHUK m.2(1)'e Aykırı Olmama Şartı ile İlişkisi

Yabancı hukukun uygulanması gereken hallerde yabancı hukukun uyuşmazlığa ilişkin maddi hukuk kurallarının tespiti ve temini amacıyla kendisine başvurulmuş bilirkişinin hazırlayacağı raporun, dolayısıyla bilirkişinin raporu hazırlarken dikkat etmesi gereken hususların başında bilirkişi raporunun “Türk mevzuatına ilişkin olmaması ve MÖHUK m.2(1) hükmüne aykırı olmaması” gerekir. Aksi takdirde mahkemelerce Türk mevzuatının bir parçasını teşkil eden kuralların, haliyle Türk mevzuatının bir parçasını teşkil eden MÖHUK m.2(1)'in ne şekilde yorumlanması ve/veya uygulanması gerektiğine dair açıklamalar ihtiva eden bir rapora istinat edilmesi halinde söz konusu karar hukuki konularda bilirkişiliği yasaklayan düzenlemelere aykırı olacaktır. Bu itibarla, bilirkişi raporunun Türk mevzuatına ilişkin olmaması için, öncelikle mahkemelerin yabancı hukuk hakkında bilgi edinmek üzere başvurdukları bilirkişiye Türk mevzuatına, dolayısıyla MÖHUK m.2(1)'nin tatbikine yönelik soru yönelmemeleri gerekmektedir. Başka bir deyişle, mahkemelerin Türk mevzuatına ilişkin konularda ve/veya MÖHUK m.2(1)'nin tatbikine yönelik konularda bilirkişilere başvurmamaları gerekmektedir⁶⁷.

Yargıtay HGK, söz konusu içtihadında bilirkişi raporunun hem Türk mevzuatına ilişkin olmamasını hem de MÖHUK m.2(1)'e aykırı olmamasını aramaktadır. Türk mahkemelerine “Türk kanunlar ihtilafı kurallarını ve bu kurallara göre yetkili yabancı hukuku re’sen uygulama” görevi yükleyen MÖHUK m.2(1)'in de Türk mevzuatının bir parçası olduğu göz önüne alındığında, MÖHUK m.2(1)'e aykırı olmama şartıyla ne kastedilmiş olabilir? Zira MÖHUK m.2(1)'e aykırı bir şekilde hazırlanan bir bilirkişi raporu hem Türk mevzuatına ilişkin hem de Türk mevzuatına aykırı olacaktır. Dolayısıyla, bunun için öncelikle bilirkişi raporunun Türk mevzuatına ilişkin olmamasıyla neyin kastedildiğini ortaya koymak, aşağıda ayrı başlık altında inceleyeceğimiz bilirkişi raporunun MÖHUK m.2(1)'e aykırı olmaması şartının anlaşılmasını da kolaylaştıracaktır.

Türk mevzuatına ilişkin olmama şartıyla aslında mahkemelerin bir delil değerlendirme vasıtası olarak bilirkişi incelemesinden yararlanmak suretiyle, Türk hukukuna ilişkin kuralları araştırıp tespit etme, bu kurallara istinaden

⁶⁷ Mevzuatın uygulanmasının hakimlik mesleğinin gerektirdiği hususlardan olduğuna dair bkz.: Yılmaz (n 11) 1191.



somut uyuşmazlıkla ilgili delillere istinaden hukuki değerlendirmede bulunma, böylece hüküm tesis etme görevini bilirkişiler vasıtasıyla yerine getirmelerini engellemek amaçlanmıştır. Gerçekten, bu koşula yer verilmesinin temelinde bilirkişiye Türk hukukuna, yani hukuki konularda bilirkişiye başvurulmasının yasaklanmış olması, Türk mevzuatına ilişkin somut uyuşmazlıkla ilgili kuralları araştırıp bulmak ve uygulamak mahkemelere hasredilmiş bir görev olması yatmaktadır⁶⁸. Bu itibarla, uyuşmazlığa kanunlar ihtilafı kurallarına göre Türk hukukunun uygulanacağını tespit edildiği hallerde dahi Türk mevzuatının bir parçasını teşkil eden kuralların araştırılması ve yorumlanması ve somut olaya uygulanmasına ilişkin bilirkişi raporu, bilirkişiye başvurma yasağıyla bağdaşmayacaktır. Hatta yabancı hukukun uygulanması gereken hallerde yabancı hukuk hakkında bilgi edinmek üzere kendisine başvuru bilirkişiye “yabancı hukukun uyuşmazlıkla ilgili hükümlerine ulaşılamaması ihtimaline binaen Türk hukukunun uyuşmazlıkla ilgili hükümlerinin araştırıp bulunmasına veya yorumlanmasına ya da uygulanmasına ilişkin sorular yöneltilmesi” de doğru olmayacaktır.

Yabancılık unsuru içermeyen, dolayısıyla Türk hukuk kurallarının uygulanması gereken davalarda var olan bu husus, yabancı unsurlu davalar bakımından da aynen geçerlidir. Bu bakımdan, prensip olarak Türk mahkemeleri MÖHUK m.2(1) uyarınca kendilerine verilen “*Türk kanunlar ihtilafı kurallarını uygulama*”, bu kapsamda yabancılık unsurunun var olup olmadığını, varsa hangi kanunlar ihtilafı kuralının uygulanacağını tespit etme işini, bu hususlar Türk mevzuatına ilişkin olduğu için, bilirkişilere havale edemeyecektir. Bunun doğal sonucu olarak, MÖHUK veya sair kanunlardaki kanunlar ihtilafı kurallarından hangisinin uygulanacağını tespiti ve bu kuralın uygulanması da, bu kurallar Türk mevzuatından olduğu için bilirkişilere havale edilemeyecektir. İlgili kanunlar ihtilafı kuralı uyarınca uygulanacak hukuk olarak ister Türk hukukunu isterse yabancı bir devletin hukukunu tespit etsin, uyuşmazlıkla ilgili Türk veya yabancı maddi hukuk kurallarını araştırıp bulmak, yorumlamak ve olaya uygulamak prensip olarak Türk mahkemelerinin görevidir ve kaynağını Türk mevzuatından alan bu görev bilirkişilere devredilemeyecektir. Bilirkişiler, sadece yabancı hukuka ait maddi hukuk kurallarını araştırılmasında mahkemeye yardımcı olmakla görevli olup, mahkeme bilirkişi raporunda yer alan yabancı hukuka ait bilgilerden tatmin olmaması halinde raporu esas almayabilecektir.

⁶⁸ AYM, E.2017/20 K.2018/75 5.7.2018, para.41 (RG: 30.11.2018-30611; AYM B.No.2015/10393, 9.1.2019, para.74 (RG: 31.1.2019-30672); “...hukuk kurallarını resen araştırarak bulmak, yorumlamak ve olaya uygulamak zaten hâkimin işidir. Nitekim hukuki sorunları hâkimin mesleki bilgi ve deneyimleriyle çözmesi gerektiğinden bu sorunların en yetkin kişisi hâkim olup...”.

Bu açıklamalar ışığında, Türk mevzuatının bir parçası olan MÖHUK m.2(1) hükmünün ve bu hükme istinaden kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması, aslında Türk mevzuatının uygulanmasıdır ve dolayısıyla Türk mevzuatına ilişkindir. Dolayısıyla, yabancı unsurlu özel hukuk davalarında Türk mahkemelerinin MÖHUK m.2(1)'in ve bununla bağlantılı olarak ilgili kanunlar ihtilafı kuralının tatbikine yönelik sorular yöneltmek üzere bir bilirkişi görevlendirmesi mümkün olmadığı gibi, bilirkişinin raporunda doğrudan veya dolaylı olarak buna ilişkin soruları cevaplaması da hukuki konularda bilirkişiye başvurma yasağına aykırı olacaktır.

2. Bilirkişi Raporunun MÖHUK m.2(1)'e Aykırı Olmaması

MÖHUK m.2(1) hükmü ve bu hükme istinaden ilgili kanunlar ihtilafı kuralının uygulanması Türk mevzuatına ilişkin olduğunu tespit ettiğimize göre, MÖHUK m.2(1) hükmünün ve dolayısıyla bu hükme istinaden ilgili kanunlar ihtilafı kuralının uygulanmasına ilişkin konularda hazırlanan bilirkişi raporları da MÖHUK m.2(1) hükmüne aykırı olacaktır. Zira yukarıda zikretmiş olduğumuz MÖHUK m.2(1)'in ve bununla bağlantılı kuralların uygulanmasına ilişkin pek çok hukuki meselenin çözümü mahkemelere ait olup, bunların bilirkişiye havale edilmesi MÖHUK m.2(1)'e aykırı olacaktır. Bu sebeple, MÖHUK m.2(1)'e aykırı olmama şartının kapsamına hangi hususların girdiğinin ayrıntılı olarak ele alınması yararlı olacaktır.

İlk olarak, bilindiği üzere MÖHUK m.2(1)'de mahkemelere Türk kanunlar ihtilafı kurallarını uygulama görevi verilmiştir. Bu kapsamda Türk kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması için bir önkoşul olan yabancılık unsurunun var olup olmadığı, Türk usul hukukuna da hâkim olan ilkeler ışığında mahkemelerce tespit edilecektir⁶⁹. MÖHUK hükümlerinin uygulanmasını, dolayısıyla yabancı hukukun uygulanmasını dahi etkileyen ve çoğunlukla bir maddi vakıya dayanan yabancılık unsurunun⁷⁰ tespit edilmemesi, MÖHUK m.2(1)'in ihlali anlamına gelecektir⁷¹.

Uyuşmazlığın yabancılık unsuru ihtiva ettiğinin tespitinden sonra ise, uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralının tespiti gerekmektedir. Bu kapsamda mahkeme vasıflandırma yapmak, başka bir deyişle hukuki nitelendirmede bulunmak suretiyle uyuşmazlığın özel hukukun hangi alanına ilişkin olduğunu, böylece hangi kanunlar ihtilafı kuralının kapsamına girdiğini tespit edecektir. Kimi hallerde ise, Türk hukukunda uyuşmazlığın kaynaklandığı

⁶⁹ Mesut Aygün, 'Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü', DEÜHFD Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ'e Armağan, Özel Sayı (2014)16 1025, 1050ff.

⁷⁰ Yabancılık unsurunun niteliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Aygün (n 69) 1045-1048.

⁷¹ Uygulamada yabancılık unsurunun yerel mahkemelerce tespit edilememesi nedeniyle verilen mahkeme kararlarının sıkça bozma kararına maruz kaldığı görülmektedir. Yabancılık unsurunun göz ardı edilmesi nedeniyle yerel mahkeme kararların bozulduğu özel hukukun çeşitli alanlarına ilişkin Yargıtay kararların özetleri için bkz.: Aygün (n 69) 1041-1046.

özel hukuk alanında bu tür yabancı unsurlu özel hukuk uyuşmazlıklarına doğrudan uygulanmak üzere kurallar tanzim edilmiş olabilir. Bu kurallar, maddi milletlerarası özel hukuk kuralı⁷² niteliğinde olabileceği gibi doğrudan uygulanan kural⁷³ niteliğinde de olabilir. Bu halde ilgili kanunlar ihtilafı kuralı ve bu kural uyarınca yetkili kılınan hukukun uygulanmasından evvel bu kuralların somut uyuşmazlığa tatbiki gerekecektir⁷⁴. Gerek uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralının tespiti gerekse uyuşmazlıkla ilgili maddi milletlerarası özel hukuk kurallarının var olup olmadığının tespiti de mahkemeye ait olup, bu konuda yanlışlık veya eksiklik verilen kararın bozulmasına neden olacaktır. Bu sebeple, Türk hukukuna ait bir kuralın veya uygulanacak hukuk olarak tespit edilen devletin hukukunda var olan bir kuralın maddi milletlerarası özel hukuk kuralı veya doğrudan uygulanan kural niteliğinde olup olmadığına yönelik sorular bilirkişiye yöneltilemeyecektir.

Uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralının hangisi olduğunu tespit eden mahkeme, bu kapsamda ilgili kanunlar ihtilafı kuralında yer alan ve uygulanacak hukuka ulaşmamızı sağlayan bağlama noktalarını da tespit etmek durumundadır. Örneğin, MÖHUK m.19 uyarınca “*nafaka talepleri, nafaka alacaklısının mutad meskeni hukukuna tâbidir*” hükmü uyarınca, yabancı unsurlu bir nafaka alacağına ilişkin davanın nafaka alacaklısının mutad meskeni hukukuna göre karara bağlanması için, nafaka alacaklısının mutad meskeninin tespiti gerekecektir. Bu hükümde kullanılan mutad mesken veya vatandaşlık, ika yeri gibi yabancı hukukun tatbikini sağlayan bağlama noktaları birer maddi vakiadır. Usul hukukumuzda, maddi vakıaların resen araştırma ilkesinin cari olduğu davalarda mahkemece resen araştırılması gerektiği kabul edilmektedir. Bunun dışında kalan hallerde ise, mahkemelerin vakıaları resen araştırmayacağı, hatta bu vakıalar konusunda taraflara hatırlatmada bulunması dahi mümkün olmadığı, yabancı hukukun uygulanmasını temin eden maddi vakıaların taraflarca ispat edilmesi gerektiği kabul edilmektedir⁷⁵. Diğer yandan, ister resen araştırma ilkesinin isterse taraflarca getirilme ilkesinin cari olduğu davalarda olsun, uygulanacak hukukun tespitinde kullanılan ve

⁷² Maddi milletlerarası özel hukuk kuralları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 2) 6ff.

⁷³ Doğrudan uygulanan kurallar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 2) 8ff; Hatice Özdemir Kocasakal, *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri* (Galatasaray Üniversitesi Yayınları 2001) 8.

⁷⁴ Burada özellikle Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının tatbikini öngören MÖHUK m.6'nın ve ilgili kanunlar ihtilafı kuralı uyarınca yetkili kılınan yabancı hukukun doğrudan uygulanan kurallarının veya uyuşmazlığın bir sözleşmeden kaynaklanması halinde sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulama alanı bulabileceğini öngören MÖHUK m.31 hükümlerinin de mahkemelere uygulanması gerekmektedir.

⁷⁵ Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 2) 72.

yabancı hukukun uygulanmasını temin eden bir bağlama noktasının (maddi vakianın) varlığı/gerçekleşmiş olduğu konusunda nihai kararı da verecek olan mahkemedir. Örneğimizden hareket edecek olursak, nafaka alacaklısının mutad meskeninin hangi ülkede olduğunu mahkeme tespit edecektir. Bu noktada ilgili kanunlar ihtilafı kuralına istinaden uygulanacak hukuka ulaşmayı sağlayan bu tür maddi vakıaların var olup olmadığının tespiti amacıyla bilirkişiye başvurulması veya bilirkişinin raporunda buna ilişkin değerlendirmelerde bulunması, bilirkişi raporunun hem Türk mevzuatına ilişkin olmaması hem de MÖHUK m.2(1) olmaması şartlarıyla bağdaşmayacaktır.

Bilirkişi raporunun MÖHUK m.2(1)'e aykırı olmaması, sadece bu hallerle sınırlı değildir. Uyuşmazlıkla ilgili Türk kanunlar ihtilafı kuralını ve bu kural uyarınca uygulanacak hukuku tespit etmek durumunda olan bir Türk mahkemesinin, aynı zamanda Türk kanunlar ihtilafı hukukunun genel prensiplerini oluşturan birtakım kural ve müesseselere de riayet etmesi gerekir. Aile ve şahsın hukukuna ilişkin davalarda ilgili kanunlar ihtilafı kuralı uyarınca yetkili kılınan yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasını öngören MÖHUK m.2(3), yetkili kılınan yabancı hukukun birden fazla bölgesel birime ait olması halinde hangi bölgesel birimin hukukunun uygulanacağını öngören MÖHUK m.2(5) hükümleri buna örnek verilebilir. Keza, kanunlar ihtilafı kurallarının işleyişinde MÖHUK m.3 ve 4 gibi normatif düzenlemelere de riayet edilmesi gerekmektedir. Türk kanunlar ihtilafı kuralları uygulanırken dikkate alınması ve uygulanması gereken bu kurallar, uygulanma kabiliyetini mahkemelere “*Türk kanunlar ihtilafı kurallarını..re’sen*” uygulama yükümlülüğü getiren MÖHUK m.2(1)’den almaktadır. Dolayısıyla, yukarıda zikretmiş olduğumuz kuralların ne şekilde yorumlanması ve uygulanması gerektiğine yönelik bilirkişi raporları, aynı zamanda MÖHUK m.2(1)’e aykırı olacaktır.

MÖHUK m.2(1) uyarınca Türk kanunlar ihtilafı kurallarını resen uygulayan ve uyuşmazlığa yabancı bir hukukun uygulanması gerektiği sonucuna varan Türk mahkemesi, işte bu aşamada yabancı hukukun somut uyuşmazlıkla ilgili maddi hukuk kurallarını temin etmek üzere bilirkişiye başvurabilir. Şüphesiz, bu noktada mahkeme tarafların yardımına başvurabilir, ancak tarafların mahkemeye yabancı hukukun içeriğini temin etme konusunda yardım mükellefiyeti bulunmamaktadır⁷⁶. Bu görev, halen mahkemenin üzerinde olup, tarafların yardımını öngören MÖHUK m.2(1) c.2’ye rağmen devam etmektedir⁷⁷. Bu amaçla mahkeme bilirkişilik kurumu dışında, yabancı hukuk

⁷⁶ Şanlı, Esen ve Ataman-Fıganmeşe (n 2) 75-76; Yöney (n 2) 103.

⁷⁷ Nitekim Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin E.2018/3313 K.2020/2354 T.4.3.2020 tarihli gemi üzerinde konulan ihtiyati haczin haksız olduğuna dair açılan ve uygulanacak hukukun Suriye hukuku olduğu bir tazminat davasına ilişkin kararında bu husus dolaylı olarak vurgulanmıştır. Söz konusu kararda yerel mahkeme, 1968 tarihli Yabancı Hukuk Hakkında



hakkında bilgi edinmek üzere diğer vasıtalarla da başvurabilme imkânına sahiptir. Bu noktada belirtmeliyiz ki, aslolan mahkemelerin uygulanacak hukuk olarak tespit ettikleri yabancı hukukun uyuşmazlıkla ilgili hükümlerini doğru ve özellikle menşe ülkesindeki anlam ve kapsamıyla temin etmesi ve uygulamasıdır⁷⁸. Aksi takdirde yabancı hukukun tatbiki anlamsız olur ve Kanun Koyucunun kanunlar ihtilafı kurallarıyla hedeflediği milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinden uzaklaşmış olunur. Bu sebeple, sadece tek bir vasıtayla yetinilmemeli, yabancı hukukun uyuşmazlıkla ilgili doğru ve tatminkâr metinlerine ve yorumlarına ulaşılması gerektiği belirtilmektedir⁷⁹. Yine belirtmeliyiz ki, kimi hallerde yabancı hukukun uyuşmazlıkla ilgili kurallarının doğru ve menşe ülkesindeki anlamıyla ve kapsamıyla temin edilip anlaşılması için sadece bu kuralların Türkçe tercümeleriyle yetinilmesi yeterli olmayabilir. İşte bu tür hallerde, yabancı hukukun uyuşmazlıkla ilgili alanında uzmanlığa sahip hukukçulardan yararlanılması, daha tatminkâr sonuçlara ulaşılmasını sağlayacaktır.

MÖHUK m.2(1) hükmü, aynı zamanda Türk mahkemelerine “*yetkili yabancı hukuku re’sen uygulama*” yükümlülüğü de getirmektedir⁸⁰. Yukarıda da değindiğimiz üzere, yabancı hukuku araştırıp bulmak, yorumlamak ve olaya uygulamak Türk mahkemelerinin görevidir. Bu konuda bilirkişilerin rolü sadece yabancı hukuka ait maddi hukuk kurallarını araştırılmasında mahkemeye yardımcı olmakla sınırlıdır ve yabancı hukuka ilişkin bilgiler ihtiva eden rapordan tatmin olmayan mahkeme, söz konusu raporu kararında esas almayabilecektir. Bu kapsamda Türk mahkemeleri, bilirkişi raporuyla veya başka vasıtalarla edinmiş olduğu yabancı hukukun uyuşmazlıkla ilgili

Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesinin uygulanmasının mümkün olmadığı, taraflarca uygulanacak yabancı hukuk olan Suriye hukuku hakkında mahkemeye bilgi vermesi gerektiği, fakat yapılan ihtaratlı tebligata rağmen tarafların Suriye Hukuku’na ilişkin bilgi vermediği gerekçesiyle Türk hukukunu uygulamıştır. Yargıtay ise, “uygulanacak hukukun tespitinde taraflarca hazırlama ilkesinin benimsenmiş olması ve ihtaratlı tebligat sonrasında Suriye hukukuna ilişkin taraflarca bilgi verilmemesi neticesinde Türk hukukunun uygulanmasının doğru olmadığını belirtmiş, ardından “*yabancı hukukun muhteviyatının tespiti konusunda gerekli olduğunda ...veya ilgili kamu kurum ve kuruluşlarından araştırma yapılmaksızın Türk hukukunun uygulanması*”nın isabetli olmadığına hükmetmiştir. Karar için bkz. www.lexpera.com.tr, 20.12.2021.

⁷⁸ Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 2) 69-70; Ekşi (n 4) 27.

⁷⁹ Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 2) 79.

⁸⁰ Şüphesiz, bu yükümlülüğün yerine getirilebilmesi için yetkili kılınan yabancı hukukun somut olaya ilişkin hükümlerini temin edebilmek için kendilerine tanınan vasıtaların bir veya birkaçına başvurmak suretiyle gerekli araştırmayı yapmaları da gerekmektedir. Bu konuda gerekli ve yeterli çabayı göstermeksizin, salt yabancı hukuka ulaşamadıkları gerekçesiyle dava Türk hukukunu uygulamak, MÖHUK m.2(1)’in ihlali niteliğinde olacağı gibi, aynı zamanda “yabancı hukukun tüm araştırmalara rağmen bulunamaması halinde Türk hukukunun uygulanmasını öngörülen MÖHUK m.2(2)’nin de yanlış uygulanması anlamına gelecektir. Bir önceki dipnotta değindiğimiz karar, aynı zamanda bu hususa da işaret etmektedir.

kurallarını, hukuku uygulanan devletin mahkemesiymiş gibi uygulamak ve mevcut deliller ışığında uyumsuzluğu karara bağlamak durumundadır⁸¹. Nasıl ki yerel karakterli davalar bakımından mevcut Türk maddi hukuk kurallarına göre hüküm tesis etme yetkisi Türk mahkemelerine aitse, yabancı hukukun tatbiki gereken hallerde de hüküm tesis etme yetkisi mahkemelere aittir (AY m.138). Dolayısıyla, mahkemeler MÖHUK'ta öngörülen haller dışında, yabancı hukuk kurallarını uygulamaktan kaçınmayacağı gibi, yabancı hukuk hakkında bilgi edinmek amacıyla kendisine başvuru bilirkişinin hazırlamış olduğu raporda yabancı hukukun uygulanmaması gerektiğine dair tespit ve değerlendirmeleri de MÖHUK m.2(1)'e aykırı olacaktır. Örneğin, bilirkişinin raporunda yabancı hukukun getirmiş olduğu düzenlemelerin Türk hukukunun emredici kurallarıyla bağdaşmadığı ya da kamu düzenine aykırı olduğu şeklinde tespitleri, Türk mevzuatına ilişkin olmamakla beraber Türk mevzuatının bir parçası olan MÖHUK m.2(1)'e aykırı, hatta aşağıda inceleyeceğimiz üzere, bilirkışı raporunun hukuki değerlendirme içermemesi şartıyla da bağdaşmıyor olacaktır.

3. Bilirkişi Raporunun Hukuki Değerlendirme İçermemesi

Yabancı hukuk hakkında bilgi edinilmek üzere istenen “*bilirkişi raporunun hukuki değerlendirme içermemesi*” gerekir. Yukarıda anlatmış olduğumuz pek çok hususla bağlantılı olan bu koşulun aranmasının temelinde de yargılama yapma ve hüküm tesis etme yetkisinin Türk mahkemelerine ait olması yatmaktadır (AY m.138). İster yerel karakterli isterse yabancı unsurlu olsun, taraflar arasındaki uyumsuzluk bakımından somut olaya ilişkin maddi hukuk kurallarına istinaden hangi tarafın haklı veya haksız olduğuna mevcut delilleri değerlendirmek suretiyle karar verecek olan mahkemelerdir. Aksi takdirde, şekil olarak hükmü kuran hâkim olsa da gerçekte hükmü bilirkişi vermiş olur ki bu da yargı yetkisinin devri anlamına gelir⁸². Bu sebeple Yargıtay HGK, 23.6.2019 tarihli kararında “*takip dayanağı belgenin kambiyo senedi vasfında olup olmadığı, takip alacaklısının takip hakkının bulunup bulunmadığı, söz konusu belge çek niteliğinde ise borçlunun sorumluluğunun bulunup bulunmadığı*”na yönelik hukukçu bilirkişiden rapor alınması gerektiğini belirten Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin kararını bu konuların çözümü hukuk alanında ve mahkemenin yargı yetkisinde olması nedeniyle -kısmen- bozmuştur. Diğer yandan, bilirkişiden çözümü hâkimin yargı yetkisinde olan konularda hukuki değerlendirmede bulunamayacağını öngören bu karara rağmen, halen aksi yönde kararlara rastlanmaktadır⁸³.

⁸¹ Şanlı, Esen ve Ataman-Fıganmeşe (n 2) 70; Nomer,

⁸² AYM B.No: 2015/10393, 9.1.2019, para.74; AYM, B.No: 2014/18103, 26.10.2017 para.46 (RG: 8.12.2017-30264).

⁸³ Yargıtay 12.HD. E.2018/1805 K.2019/10137 T.13.6.2019: “..anılan hukuk kurallarına göre takip dayanağı belgenin kambiyo senedi vasfında olup olmadığının, takip alacaklısının takip hakkının bulunup bulunmadığının, söz konusu belge bono niteliğinde ise borçlunun sorumluluğunun bulunup bulunmadığının tespiti yönünde rapor aldırılarak..” www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 15.10.2021.



Gerçekten, MÖHUK m.2(1) uyarınca bilirkişi vasıtası (veya başka bir vasıtayla) elde ettiği yabancı maddi hukuk kurallarını uygulamak, bu kapsamda taraflar arasındaki uyuşmazlık hakkında hukuki nitelendirmede bulunmak, söz konusu kurallara istinaden taraflarca sunulan veya resen temin ettiği delilleri dikkate alıp bunları değerlendirmek mahkemelere aittir. Burada, “bilirkişi raporunun hukuki değerlendirme içermemesi” şartı, dolaylı olarak söz konusu raporun MÖHUK m.2(1)’e aykırı olmaması şartıyla da bağlantıya sahiptir. MÖHUK m.2(1) uyarınca Türk kanunlar ihtilafı kurallarını uygulama, bu kurallar uyarınca uygulanacak (yabancı) hukuku tespit, yabancı hukuku(n) maddi içeriğini) temin ve somut uyuşmazlığa tatbik görevinin mahkemelere ait olduğunu, bunlardan sadece yabancı hukukun içeriği hakkında bilgi edinmek amacıyla bilirkişiye başvurulmasının mümkün olduğunu belirtmiştik. Dolayısıyla, yabancı hukukun içeriği hakkında bilgi edinmek dışında kalan hallerden ilki olan Türk kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasına yönelik ihtilaflar bakımından bilirkişiye başvurmak MÖHUK m.2(1)’e aykırı olduğu gibi, bu konuda bilirkişinin yorum ve değerlendirmesine başvurmak da bilirkişi raporunun hukuki değerlendirme içermemesi şartına aykırı olacaktır. Örneğin, uyuşmazlığın yabancılık unsuru içerip içermediği, uyuşmazlıkla ilgili uygulanması gereken maddi milletlerarası özel hukuk kuralının var olup olmadığı, hangi kanunlar ihtilafı kuralının uygulanacağı, ilgili kanunlar ihtilafı kuralında yer alan ve uygulanacak hukuka ulaşmamızı sağlayan bağlama noktasının (maddi vakıanın) tespiti, ilgili kanunlar ihtilafı kuralının uygulanırken dikkate alınması gereken kuralların tatbikiyle ilgili meseleler mahkemece çözümü gereken hukuki meselelerdir. Bu meseleler hakkında bilirkişinin görüşüne başvurmak, doğal olarak bilirkişiden mahkemece çözümü gereken konularda değerlendirmede bulunmasını istemek anlamına gelecektir.

İkinci olarak, yetkili kılınan yabancı hukukun uygulanmasına ilişkin meseleler hakkında da bilirkişinin görüşüne başvurmak, bilirkişi raporunun hukuki değerlendirme içermemesi şartına aykırı olarak nitelendirilebilir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, yabancı hukukun tatbiki gereken hallerde de yabancı hukuk kurallarını somut uyuşmazlığa uygulayarak karar verecek olan mahkemelerdir. Yetkili yabancı hukukun somut olaya ilişkin hükümlerini uyuşmazlığa uygulamak durumunda olan mahkeme, yabancı hukuk hakkında bilgi edinmek üzere başvurduğu bilirkişiden yabancı hukukun uygulanmasının gerekip gerekmediğine veya ne şekilde uygulanması gerektiğine dair yorum ve değerlendirmede bulunmasını isteyemez. Bu kapsamda, bilirkişi raporu, tazminat hesaplanması veya kusur oranının tespiti gibi amaçlarla da olsa, yabancı maddi hukuk kurallarına istinaden olaydaki verilere göre hangi tarafın iddialarının yerinde olduğuna dair değerlendirmeler ihtiva edemez. Yine, yabancı hukuk kurallarının aynı konuya ilişkin Türk hukukundaki emredici kurallarla bağdaşıp bağdaşmadığına ilişkin değerlendirmelerde bulunulması,

bir kuralın doğrudan uygulanan kural niteliğinde olup olmadığına, dolayısıyla bu kuralın yabancı hukukun somut hükümlerinin uygulanmasını engelleyici nitelikte olup olmadığına dair değerlendirmeler de bu şartın kapsamına girmektedir. Keza, raporda yabancı hukukun ilgili hükümlerinin uygulanması halinde ortaya çıkacak sonuçların Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil edip etmeyeceğine, dolayısıyla yabancı hukukun uygulanma(ma)sına yönelik tespit ve değerlendirmeler de söz konusu şartla bağdaşmayacaktır. Dolayısıyla, yabancı hukukun maddi hukuk kurallarının uygulanmasıyla ilgili bu tür hallerde mahkemelerin bilirkişilere başvurması yerinde olmayacağı gibi, bilirkişilerden yabancı hukuku hakkında bilgi edinmek isterken onların bu konulara ilişkin görüşlerini yansıtacak şekilde sorular yöneltmesi de doğru olmayacaktır.

Buraya kadarki ifadelerimizden yabancı hukukun uygulanması gereken hallerde yabancı hukuk hakkında bilgi edinilmek üzere bilirkişinin sadece “*yabancı hukukun uyumsuzlukla ilgili maddi hukuk kurallarını tespit ve temin etmek amacıyla görevlendirilebileceği, bilirkişi raporunun da sadece buna yönelik olması gerektiği*” sonucu ortaya çıkmaktadır. Diğer yandan, bilirkişinin hukuku uygulanacak devletin dilini bilme ve hukuku uygulanacak devletin uyumsuzlukla ilgili hukuk alanında yetkin olması şartları da dikkate alındığında, söz konusu hukukçu bilirkişiden sadece yabancı hukukun uyumsuzlukla ilgili hükümlerini, yargı kararlarını ve/veya doktriner görüşleri vs. Türkçeye tercüme etmesi istendiği anlaşılmaktadır. Başka bir ifadeyle, Yargıtay’ın bu konudaki sınırlamaları nedeniyle hukukçu bilirkişinin yabancı hukuk hakkında bilgi edinme vasıtası olarak rolü, bir nevi tercümanlığa indirgenmiş gibi yorumlanmaya da müsaittir. Ancak, bilirkişinin bu konudaki rolü, yabancı bir dildeki belgenin Türkçeye tercümesini yapan bir tercümana indirgenecek şekilde yorumlanmamalıdır. Zira daha önce de belirttiğimiz üzere, yabancı hukuku ait olduğu ülkede hangi anlam ve kapsamda tatbik ediyorsa, Türk mahkemeleri de bu şekilde tatbik etmelidir⁸⁴. Yabancı hukukun uyumsuzlukla ilgili kurallar ve/veya kurumlar ile bu kuralların veya kurumların amacı, bunların Türk hukukundaki karşılığını oluşturan düzenlemelerden tamamen farklı olabilir. Hatta Türk hukukundan oldukça farklı hükümler ihtiva edebilir, Türk hukukuna tamamen yabancı veya Türk hukukunda olmayan düzenlemeler veya kurumlar yabancı hukuk düzeninde var olabilir. Mesela, uygulanacak hukuk olarak tespit edilen Umman veya Arnavutluk hukukunun iş hukuku mevzuatı Türk hukukundan tamamen farklı olabilir. Yetkili yabancı hukukta uyumsuzluk konusu olan işçinin kıdem tazminatına ilişkin hükümler bulunmamakla birlikte kıdem tazminatına benzer veya işçinin maddi açıdan menfaatini gözeten farklı kurumlar bulunabilir.

⁸⁴ Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 2) 69-70.



Bu tür hallerde bilirkişinin raporunda yabancı hukukun somut uyuşmazlığa ilişkin kurallarında yer alan Türk hukukundakinden farklı anlama ve amaca sahip olan veya Türk hukukunda hiç düzenlenmeyen bir kavramın veya müessesenin mahkemece anlaşılması amacıyla herhangi bir yoruma yer vermemesi, yabancı hukukun tam anlamıyla ve kapsamıyla anlaşılmasını ve uygulanmasını da etkileyebilir. Bu bakımdan, yabancı hukukun somut uyuşmazlığa ilişkin maddi kurallarının sadece ve birebir Türkçeye tercüme edilmesiyle yetinilmemelidir ki zaten aksi halde alelade bir tercümana da başvurulabilir. Dolayısıyla, yabancı hukuk hakkında bilgisine başvuru hukukçu bilirkişinin yabancı hukukun somut uyuşmazlığa ilişkin maddi hukuk kurallarının Türk mahkemelerince ne şekilde anlaşılması gerektiğini, bu kuralların yorumu ve tatbikinde nelere dikkat edilmesi gerektiğini ortaya koyan birtakım değerlendirmelere yer vermesi de gerekecektir. Böyle bir değerlendirme, teknik anlamda bir uyuşmazlığın hukuki tavsifinin yapılması ve mevcut vakıaların değerlendirilerek uyuşmazlığın yabancı hukuk kurallarına istinaden çözümlenmesi sonucuna yol açacak nitelikte olmamalıdır. Başka bir deyişle, söz konusu değerlendirme, sadece yabancı hukukun uyuşmazlığın ilişkin maddi hukuk kurallarının anlaşılmasına yönelik olmakla sınırlıdır. Bu nedenle yabancı hukuk hakkında bilirkişiden bilgi edinilmek istendiğinde bunun kapsamına sadece yabancı hukukun uyuşmazlıkla ilgili hükümlerinin tespiti ve tercümesi değil, yabancı hukukun içeriğinin anlaşılması da girmektedir⁸⁵. Yabancı hukukun tespiti ve tercümesi yanında bu kuralların yabancı hukuk düzeninde ne anlama ve amaca sahip olduğu ya da ne şekilde uygulanması gerektiğine dair yorumların yer alması, bilirkişinin raporunda hukuki değerlendirme, daha doğrusu mahkemenin yerine geçerek somut uyuşmazlığın çözümüne yönelik değerlendirmede bulunduğu şeklinde anlaşılmalıdır.

SONUÇ

Türk hukukunda çözümü hukuk dışında, özel ve teknik bilgi gerektiren hallerde mahkemelerin bilirkişiye başvurabileceği öngörülmüş, genel bilgi veya tecrübeyle ya da hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukukî bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulması yasaklanmıştır. MÖHUK m.2(1) uyarınca yabancı hukukun uygulanması gereken hallerde yabancı hukukun uyuşmazlıkla ilgili kurallarını araştırıp bulmak, yorumlamak ve uygulamakla da yükümlü kılınan Türk mahkemelerinin yabancı hukuku Türk hukukunu bildikleri gibi bilmeleri beklenemez. Türk mahkemelerinin yabancı hukuk hakkında bilgi edinmek amacıyla sıkça başvurduğu vasıtalarından biri olan hukukçu bilirkişilere başvurmaları da normatif olarak mümkün görünmemektedir. Bu itibarla, HMK'nın yürürlüğe girmesinden evvel özel ve teknik bilgi gerektiren hallerden biri olarak kabul edilen yabancı hukuk

⁸⁵ Bu yönde bkz.: Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 2) 77 dn.129.

hakkında bilgi edinilmesinin, bilirkişiye başvurma yasağının kapsamına girip girmediği konusunda uygulamaya da yansıyan tereddütler ortaya çıkmıştır.

Türk mahkemelerinden yabancı hukuku bilmelerinin kendilerinden beklenemeyecek olması nedeniyle hukuki konularda bilirkişiye başvurma yasağının kapsamına yabancı hukukun girmediğinin kabul edilmesi gerekir. Yabancı hukuk hakkında başvurulacak hukukçu bilirkişi, bu amaçla hukuki bir konuda ancak özel bilgi gerektiren bir mesele hakkında bilgisini ortaya koymakta, mahkemeye ait bir görev üstlenmemekte, vâkıf olduğu alanda bilgisini aktarmaktadır. Ayrıca, yabancı hukuk hakkında bilgi edinilmesi “hukuki konulara ilişkin” olarak kabul edilse dahi, “hâkimlerin meslekleri gereği edinmeleri gereken genel ve hukuki bilgi” olarak nitelendirilemez. Nitekim bu anlayışın bir sonucu olarak söz konusu eksiklik, Yargıtay tarafından giderilmiş, yabancı hukuk özel ve teknik bilgi gerektiren konulardan biri olarak kabul edilmiştir. Özellikle Yargıtay HGK’nın 26.3.2019 tarihli kararıyla yabancı hukuk hakkında bilgi edinilmesi amacıyla bilirkişiye başvurulurken yerel mahkemelerin hangi hususlara dikkat etmesi gerektiği ortaya konmuştur.

Yabancı hukuk hakkında bilgi edinmek üzere başvurulacak hukukçu bilirkişinin, Kanunlarda bilirkişilik yapmak için aranan nitelikler dışında, hukuku uygulanacak devletin dilini bilmesi ve hukuku uygulanacak devletin somut uyuşmazlıkla ilgili hukuk alanında yetkinliğe/yeterliliğe sahip olması gerekmektedir. Hukukçu bilirkişinin yapacağı incelemenin/hazırlayacağı raporun, Türk mevzuatına ilişkin olmaması, MÖHUK m.2(1)’e aykırı olmaması ve hukuki değerlendirme içermemesi de gerekmektedir. Bilirkişi incelemesinin/ raporunun sınırlarını çizen bu şartlar, aynı zamanda Türk mahkemelerine Türk hukukuna ilişkin kuralların, keza Türk mevzuatının bir parçasını teşkil eden MÖHUK hükümlerinin araştırılıp bulunması, yorumlanması veya uygulanmasına yönelik bilirkişilere soru yöneltmemeleri gerektiğini de ortaya koymaktadır. Bilirkişi incelemesi, Türk kanunlar ihtilafı kurallarını uygulama yükümlülüğü getiren MÖHUK m.2(1)’e aykırı olmamalıdır. Bu sebeple, uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralının araştırılıp bulunmasına, yorumlanmasına ve/veya uygulanmasına veya ilgili kuralın uygulanmasında dikkate alınacak genel kuralların ne şekilde yorumlanması veya uygulanması gerektiğine yönelik değerlendirmeler, hem Türk mevzuatının bir parçasını teşkil eden MÖHUK m.2(1)’e aykırı hem de hukuki değerlendirme ihtiva etmiş olacaktır. MÖHUK m.2(1) uyarınca yabancı hukuku araştırıp bulmak, yorumlamak ve olaya uygulamak Türk mahkemelerinin görevi olup, bilirkişilerin rolü sadece yabancı hukuka ait maddi hukuk kurallarını araştırılmasında mahkemeye yardımcı olmakla sınırlıdır. Dolayısıyla, yabancı hukukun uyuşmazlıkla ilgili kurallarını somut uyuşmazlığa uygulayıp mevcut delilleri değerlendirmek suretiyle uyuşmazlığın esasına ilişkin değerlendirmeler içeren bir rapor yukarıdaki şartlara aykırı olacaktır.



Bu tespitlerimiz ışığında bilirkişinin sadece yabancı hukukun uyuşmazlıkla ilgili maddi muhtevasını tespit ve temin etmek üzere görevlendirilebileceğini, bilirkişi raporunun da sadece buna yönelik olması gerektiğini söyleyebiliriz. Yargıtay'ın getirmiş olduğu sınırlamalar karşısında hukukçu bilirkişinin bu konudaki rolünün bir nevi tercümanlığa indirgendiği ileri sürülebilirse de, yabancı hukukun Türk mahkemelerince ait olduğu ülkedeki anlam ve kapsamıyla uygulanması gerektiğinden, bilirkişi incelemesinin kapsamına sadece yabancı hukukun ilgili kurallarının tespiti ve temini değil, yabancı hukukun içeriğinin anlaşılması da girmektedir. Zira yabancı hukuka ait kuralların sadece ve birebir Türkçeye tercümesiyle yetinilmesi, bu maksatla alelade bir tercümenin yapılması, çoğu zaman mahkemenin eksik ve yetersiz metinlere istinat etmelerine yol açmaktadır. Bu bakımdan, yabancı hukukun somut uyuşmazlığa ilişkin maddi hukuk kurallarının amacı, yorumu ve tatbikinde nelere dikkat edilmesi gerektiğini ortaya koyan birtakım değerlendirmelere yer vermesi de yararlı olacaktır. Böyle bir değerlendirme, sadece yabancı hukukun uyuşmazlığın ilişkin maddi hukuk kurallarının anlaşılmasına yönelik olmakla sınırlı olmalıdır.

KAYNAKÇA

Arslan R, Yılmaz E, Taşpınar Ayvaz S ve Hanağası E, *Medenî Usul Hukuku*, (6.Baskı Yetkin 2020).

Arslan İ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Milletlerarası Özel Hukuka Etkisi* (Adalet 2019).

Atalay O, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku C.2*, (15.Bası On İki Levha 2017).

Atalı M, '6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu ve Hukuki Konularda Bilirkişilik', AÜHFD (2016) 64 (4) 3271-3282.

Atalı M, Ermenek İ ve Erdoğan E, *Medenî Usûl Hukuku*, (3.Bası Yetkin 2020).

Aybay R ve Dardağan E, *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)* (2.Bası, Bilgi 2008).

Aygün M, 'Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü', DEÜHFD Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan, Özel Sayı (2014)16 1025-1066.

Bolayır N, *Medenî Usûl Hukuku'nda Hâkimin Hukuku Re'sen Uygulaması* (On İki Levha 2019).

Budak AC ve Karaaslan V, *Medenî Usul Hukuku* (4.Bası, Adalet 2020).

Cheshire, North and Fawcett, *Private International Law*, (15.Ed. Oxford 2017).

Crawford EB and Carruthers JM, 'United Kingdom' in (Eds) Carlos Espluges Mota, Jose Luis Iglesias and Guillermo Palao, *Application of Foreign Law* (Munich 2011) 391-408.

Çelikel A ve Erdem BB, *Milletlerarası Özel Hukuk* (17.Bası Beta 2021).

Deryal Y, *Türk Hukukunda Bilirkişilik*, (5.Baskı, Adalet 2015).

Doğan V, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6.Bası Savaş 2020).

Ekşi N, 'Yabancı Hukukun Tespiti ve Uygulanması-Mukayeseli Bir İnceleme' UTTDER (2014) 3 (1) 3-100.

Erdoğan E ve Üçüncü SH, 'Bilirkişilik Kurumu ve Bilirkişi Raporunun Delil Değerine İlişkin Bazı Sorunlar', Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi (2020) 10 (1) 354-387.

Erkan M, 'Türk Milletlerarası Özel Hukuk Sisteminde Yabancı Hukukun Tatbiki: Olan vs. Olması Gereken' in Bilgin Tiryakioğlu, Mesut Aygün, Ali Önal, Kübra Altıparmak ve Cansu Kaya (Eds) *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu*, (Yetkin 2016) 543-555.

Fulli-Lemaire S and Tamayo DR, 'France' in (Eds) Carlos Espluges Mota, Jose Luis Iglesias and Guillermo Palao, *Application of Foreign Law* (Munich 2011) 185-199.

Geeroms S, *Foreign Law in Civil Litigation-A Comparative and Functional Analysis* (Oxford University Press 2004).

Giray FK, 'Milletlerarası Özel Hukuk Hakkaniyetinin 5718 Sayılı MÖHUK Kapsamında Değerlendirilmesi', YÜHFD, Prof. Dr. Erhan Adal'a Armağan, (2011)8(2) – (2012)9(1) 555-577.

Görgün LŞ, Börü L, Toraman B ve Kodakoğlu M, *Medenî Usûl Hukuku*, (9.Baskı Yetkin 2020)

Güngör G, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku* (Yetkin 2021).

Karlı A, *Medeni Muhakeme Hukuku*, (3.Bası Alternatif 2012).

Kocasakal HÖ, *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri* (Galatasaray Üniversitesi Yayınları 2001)

Kuru B, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C.3 (6.Bası Demir Demir 2001).

Nomer E, *Devletler Hususî Hukuku* (23.Bası, Beta 2021).

Lalani S, 'Establishing the Content of Foreign Law: A Comparative Study' Maastricht Journal (2013) 20 (1) 75-112.

Özçelik V, 'Yabancı Hukukun Uygulanmasında Taraf Rollerini' SDÜHFD (2020)10(1) 190-220.



Papakçı A, 'Hukuki Bilirkişilik' Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi-
Hukuk Araştırmaları Dergisi (2016) 22 (1) 433-456.

Postacıoğlu İ ve Altay S, *Medenî Usûl Hukuku Dersleri*, (Vedat 2015).

Şanlı C, Esen E ve Ataman-Figanmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (9.Bası
Beta 2021).

Tanrıver S, *Medenî Usûl Hukuku C.I*, (3.Baskı, Yetkin 2020).

Tekinalp G ve Uyanık A, *Milletlerarası Özel Hukuk-Bağlama Kuralları*
(12.Bası Vedat 2016).

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

Üstündağ S, *Medeni Yargılama Hukuku* (7.Bası Beta 2000).

Yılmaz E, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C.3*, (4.Baskı Yetkin 2021).

Yöney C, *Yabancı Hukukun Uygulanması* (On İki Levha 2018).

6112 SAYILI KANUN KAPSAMINDA İSTEĞE BAĞLI YAYINLARIN İNTERNET ORTAMINDAN SUNUMUNDA ÇOCUKLARIN KORUNMASI

*Protection of Children for Video on Demand Streaming
on the Internet regarding the Law No 6112*

Merve Ayşegül KULULAR İBRAHİM*

Rümeysa ALUÇ**

Özet

İnternet teknolojisinin gelişmesi ve internet kullanımının kolaylığı nedeniyle internet ortamından isteğe bağlı yayın hizmetlerinden faydalanma oranı sürekli artarken kullanım yaşı gittikçe düşmektedir. Yaşı küçük kullanıcılara zarar verebilecek nitelikte oldukça fazla içeriğin kolayca erişilebilir kılındığı internet ortamından isteğe bağlı yayın hizmetlerinde çocukların korunması gerekmektedir. Bu koruma ancak söz konusu hizmetlerin denetimi ve düzenlenmesiyle mümkün olacaktır.

İnternet ortamından isteğe bağlı yayın hizmetlerinin hukuki ve teknik açıdan denetim ve düzenleme altına alınması kamu yararının gözetilmesi için önemlidir. Çocukların maruz kalacakları olumsuz sonuçların en aza indirilmesi için söz konusu hizmetlere yönelik etkin düzenlemeler yapılmalı ve bu düzenlemelerin uygulamaya etki etmesi için yetkin denetim mekanizması öngörülmelidir. Özellikle çocukların korunması tüm internet aktörleri tarafından evrensel bir amaç olarak kabul edilmektedir. Bu amacın yerine getirilmesi sebebiyle ulusal ve uluslararası arenada görsel-işitsel medya hizmetlerinde yayın gerçekleştirmek üzere olan medya hizmet sağlayıcı veya internet platform işletmecilerine, yayın hizmetlerini sunarken ebeveyn kontrol sistemini entegre etme yükümlülükleri getirilmekte ve bu noktada kuruluşlara tavsiyelerde bulunmaktadır.

Bu çalışmada internet ortamından sunulan isteğe bağlı yayınlarda zararlı içerikler bulunması durumunda çocukların bu içeriklere erişimini önlemeye yönelik hukuki düzenlemeler analiz edilmiştir. Medya hizmet sağlayıcı veya platform işletmecisi ebeveyn kontrolünü uyguların kılarak internet ortamından isteğe bağlı yayın hizmet içeriklerine ulaşmak isteyen çocukların zararlı veya hukuka aykırı içeriklerden korunmasını sağlamakta, çocuğun kendi yaşına uygun olmayan içeriklere ulaşmak istemesi halinde çeşitli tekniklerin devreye girmesiyle ebeveyn iznini zorunlu kılmaktadır. Bu çalışmada görsel-işitsel medya hizmetlerini etkisi altına alan internet ortamından isteğe bağlı yayın

➤ *Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.*

➤ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 24.02.2022*

➤ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 16.06.2022*

* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi,
aysegul.kulular@asbu.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0001-6556-0269>

** Üst Kurul Uzman Yardımcısı, Radyo Televizyon Üst Kurulu, r.alucc@gmail.com,
<https://orcid.org/0000-0001-7948-1588>

hizmetlerindeki ebeveyn kontrol sisteminin yasal düzenlemeler, uluslararası çalışmalar ve uygulamalar temelinde çocukların korunmasındaki etkisi analiz edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Ebeveyn, Çocuk, İsteğe Bağlı Yayın, İnternet Ortamından Yayıncılık, Netflix, BluTV

Absract

The development of internet technology and the ease of internet use have impact on Video on Demand Streaming on the Internet. The rate of benefiting from the said technology is increasing day by day while the age of use is gradually decreasing.

Legal and technical control and regulation of over the top services on the Internet should be considered important in order to minimize the negative consequences that children will be exposed to, as well as in the public interest. In this respect, the protection of children is accepted as a universal goal by all actors. Due to the fulfillment of the said purpose, obligations to integrate the parental control system are imposed on media service providers or internet platform operators that are about to broadcast in audiovisual media services in the national and international arena, and recommendations are made to the organizations at this point.

This study questions whether current legislation provide efficient protection for chüldren regarding ahrmfül content considering video on demand streaming on the internet. The media service provider or platform operator enforces parental control to ensure that children who want to access on-demand broadcast service content from the internet are protected from harmful or illegal content. In this study, the parental control system in over the top services from the internet, which has recently become popular and under the influence of audio-visual media services, will be discussed on the basis of legal regulations, international studies and practices.

Keywords: Parental, Parental Control, Child, Over The Top, Streaming, Netflix, BluTV

GİRİŞ

Görsel- işitsel içeriklere erişmek internet teknolojisiyle birlikte değişmiştir. İnternetin sunduğu kolaylıklar sayesinde geleneksel anlamda bilinen bir izleme tekniği olan isteğe bağlı yayın hizmetinin internet ortamından sunumu yaygınlaşmıştır. Öyle ki internet ortamından isteğe bağlı yayın hizmetleri karasal, ulusal veya uydu üzerinden gerçekleştirilen yayınlar gibi profesyonel hale gelmiştir. Bu yayın hizmetleri, kullanıcılarına klasik kitle iletişim tekniğinde farklı bir hizmet sunmaktadır. Gerek erişim kolaylığı gerek sunulan hizmetin profesyonelliği gibi nedenler internet ortamından isteğe bağlı yayın hizmetinin etki alanını genişletmiştir.

İnternet ortamından yayıncılığın gelişmesi hukuki, toplumsal, kültürel veya ekonomik olumlu ve olumsuz etkiler doğurmaktadır. Hukuki etkiler altında, özellikle sorumluluk hukuku kapsamında internet ortamından yayıncılığın verdiği zararların tazmininde kimlerin, hangi kapsam ve türden sorumlu olacağını belirlemede yaşanan zorluklar değerlendirilebilir. Ayrıca internet ortamından yayıncılıkta gerçekleşen hukuka aykırılıkların denetiminin

ve uygulanacak idari yaptırımların düzenlenmemiş olmasının neden olduğu sorunlar bu kapsamdadır. Toplumsal risklerden özellikle üzerinde durulması gereken konulardan biri çocukların internet ortamındaki yayıncılıkta zararlı veya hukuka aykırı içeriklerle karşı karşıya kalmalarıdır. Kişilik hakkı ihlalleri üzerinden haksız kazanç elde edilmesi, çocuk istismarı, ulusal güvenliği tehdit eden veya suç oluşturan eylemler, toplum içinde kin ve nefretin yayılması, kültürün bozulması gibi birçok sorun internet ortamından yayıncılığın hukuk kurallarıyla düzenlenmesi gerektiğini göstermektedir.

Bu çalışmada internet ortamından yayıncılık tanımlanarak kapsamı belirtilmiştir. Ardından internet ortamından yayıncılığın oluşturabileceği sorunlar 5651 sayılı Kanun uyarınca değerlendirilmiştir. Bu kapsamda hizmet sağlayıcıların sorumluluğuna yönelik düzenlemeler tartışılmıştır. 6112 sayılı Kanun kapsamında düzenlenen yükümlülüklerin internet ortamından yapılan görsel- işitsel içeriklerin çocuklarda neden olabileceği zararların önlenmesine etkisi araştırılmıştır. Çalışmanın kapsamı çocuğun üstün yararıyla sınırlandırılmıştır. Bu bağlamda mevcut düzenlemeler çocuğun üstün yararı dikkate alınarak analiz edilmiştir. Son olarak internetten sunulan görsel-ışitsel yayınlar karşısında çocukların korunması için alınabilecek etkin önlem ve öneriler gösterilmiştir.

I. İSTEĞE BAĞLI YAYIN HİZMETİ

Uluslararası karşılığı “Video On Demand” olan isteğe bağlı yayın hizmeti kavramı, kısaca Görsel-İşitsel Medya Hizmetleri Direktifi olarak adlandırılan 10 Mart 2010 tarihli ve 2010/13/EU sayılı Üye Devletlerde Görsel-İşitsel Medya Hizmetlerinin Sağlanmasına İlişkin Yasa, Yönetmelik Veya İdari Eylemlerle Belirlenen Belirli Hükümlerin Koordinasyonu Hakkında Direktif’in 1. maddesinin ilk fıkrasının (g) bendinde “*Medya hizmet sağlayıcısı tarafından seçilen program kataloğu temelinde kullanıcı tarafından seçilen anda ve kişisel talebi üzerine programların görüntülenmesi için bir medya hizmet sağlayıcısı tarafından sağlanan bir görsel-ışitsel medya hizmeti*” şeklinde tanımlanmaktadır.¹ 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun’un 3. maddesinin 1. fıkrasının (h) bendinde isteğe bağlı yayın hizmeti; “*Programların kullanıcının seçtiği bir zamanda ve münferit isteği üzerine medya hizmet sağlayıcı tarafından düzenlenmiş bir program kataloğuna bağlı olarak*

¹ European Audiovisual Observatory, “IRISH Plus-3, VOD, platforms and OTT: which promotion obligations for European works?, A publication series of the European Audiovisual Observatory”, 26, erişim tarihi: Ocak 7, 2022. <https://rm.coe.int/1680783489>. EUR-LEX. “Directive 2010/13/EU of the European Parliament and of the Council of 10 March 2010 on the Coordination of Certain Provisions Laid Down by Law, Regulation or Administrative Action in Member States Concerning the Provision of Audiovisual Media Services (Audiovisual Media Services Directive).” Erişim Tarihi: Nisan 1, 2022. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32010L0013>.

izlendiği veya dinlendiği yayın hizmeti” olarak belirtilmiştir. Düzenlemeye göre isteğe bağlı yayın hizmeti, içeriklerinin kullanıcılar tarafından serbest bir şekilde seçilebildiği, kullanıcıların istenilen mekanda ve zamanda içeriklere ulaşmasının mümkün olduğu ve programların medya hizmet sağlayıcılar tarafından katalog halinde sunulduğu yayın hizmetidir.

İsteğe bağlı yayın hizmeti birden fazla uygulama, program ve interaktif oyun gibi hizmetleri kapsamaktadır. Geleneksel medyada gerçekleşen televizyon ve radyo yayınından farklı olarak isteğe bağlı yayın hizmeti aktif ve pasif izleyici ve dinleyici kavramını ortadan kaldırmaktadır. İsteğe bağlı yayın hizmetinde izleyici ve dinleyiciye kısmen veya tamamen kontrolün kendilerinde olduğu, kendilerine özel bir alan oluşturma imkanı tanınmaktadır. Bu şekilde içerik seçiminde daha aktif yer alan kişiler için isteğe bağlı yayın hizmetleri kapsamında izleyici ve dinleyici kavramı değil “kullanıcı” kavramı söz konusudur.²

II. İNTERNET ORTAMINDAN İSTEĞE BAĞLI YAYIN HİZMETİ

İnternet ortamı 5651 sayılı Kanun’un 2. fıkrasında tanımlanmıştır. Buna göre internet ortamı, kişisel veya kurumsal bilgisayar sistemleri haricinde kamuya açık oluşturulan ve internet sistemlerinin birleştiği bir elektronik ortamdır.³ Görsel- işitsel medyanın internet teknolojisine dayalı dönüşümüyle uygulamadaki bu yenilikleri karşılayacak yeni terimler literatüre dahil olmuştur. Bu anlamda farklı izleme ve dinleme teknikleri dolayısıyla söz konusu olan “internet ortamından yayıncılık”, medya alanındaki yeni kavramlardan biridir. İnternet ortamından yayıncılık açıklanırken internet ortamının kapsamı dikkate alınmalıdır. İnternet ortamı özel veya kurumsal sistemleri dışarıda tuttuğundan internet ortamından yayıncılığın kapsamı da özel veya kurumsal sistemleri içermemektedir. İnternet ortamından yayıncılığın kapsamı, internet ortamından sunulan yazı, ses, video, canlı yayın, görüntü veya fotoğraf gibi içeriklerle sınırlıdır.⁴ Yazı, ses, video, canlı yayın, görüntü veya fotoğraf gibi içeriklerin kişisel bilgisayar sistemleri veya kurumsal bilgisayar sistemleri arasında paylaşılması durumunda bu paylaşımlar “internet ortamından yayıncılık” değildir. Ancak kurumsal bilgisayar sistemleri kullanılarak yapılan paylaşımın kurumsal bilgisayar sistemleri arasında değil de internet üzerinden kamuya açık olarak yapılması halinde bu durum, internet ortamından

² Enes Dönmez, “Yeni Medya ile Değişen Televizyon Yayıncılığında İçerik Üretimi: Küresel ve Yerel Ölçekli Platformlar.” Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Radyo Televizyon ve Sinema Anabilim Dalı Radyo ve Televizyon Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2019, s.66.

³ Ali Fuat Özbakır, “İnternet Servis Sağlayıcılarının Hukuki Sorumluluğu,” Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2016, s.8.

⁴ Habip Oğuz, İnternet Ortamında Kişilik Haklarının İhlali ve Korunması, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s.45.

yayıncılık olarak değerlendirilebilir. Zira burada içerik paylaşılırken her ne kadar kurumsal bilgisayar kullanılsa da içerik kurumsal bilgisayar sistemi içinde değil kamuya açık olan internet ortamında paylaşılmaktadır. 5651 sayılı Kanun'daki tanımdan da anlaşılacağı üzere internet ortamında yapılan yayında paylaşılan içeriğe belirsiz sayıda kişinin ulaşabiliyor olması gerekmektedir. Bu durumda paylaşımın bireysel veya kurumsal bilgisayar kullanılarak yapılması belirleyici değildir. Paylaşımın belirli bir bilgisayar sistemi içinde mi yoksa herkesin ulaşabileceği bilgisayar ağı olarak internet ortamında mı yapıldığı belirleyicidir. Paylaşımın internet ortamından yapılan yayın kapsamında değerlendirilebilmesi için o paylaşılan veriye internet ortamından belirsiz sayıda kişinin erişme imkanının varlığı gereklidir. İnternet ortamı üzerinden paylaşılan içerik, ister bireysel bilgisayar üzerinden ister kurumsal bilgisayar sistemi kullanılarak paylaşılmış olsun, bireysel veya kurumsal bilgisayar sistemdekiler arasında değil de herkesin erişebileceği şekilde internet üzerinde paylaşıyorsa internet ortamından yapılan yayın kapsamında değerlendirilecektir.

İnternet ortamında yapılan ve kullanıcılara içeriğe erişim konusunda çeşitli haklar tanıyan yayınlar, internet ortamından isteğe bağlı yayın hizmeti olarak ifade edilmektedir. 1 Ağustos 2019 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan Radyo, Televizyon ve İsteğe Bağlı Yayınların İnternet Ortamından Sunumu Hakkında Yönetmelik'in 4. maddesinin 1. fıkrasının (1) bendinde internet ortamından isteğe bağlı yayın hizmeti "*Bireysel iletişim hizmetleri dışında, programların kullanıcının seçtiği bir zamanda ve münferit isteği üzerine medya hizmet sağlayıcı tarafından düzenlenmiş bir program kataloğuna bağlı olarak ve doğrudan veya koşullu erişim yoluyla internet ortamından izlendiği veya dinlendiği yayın hizmeti*" şeklinde tanımlanmıştır. İnternet ortamından isteğe bağlı yayın hizmetleri kullanıcılara isteğe bağlı yayın hizmetinin, uygulamaların ve içeriğin internet ortamından sunulması olarak değerlendirilmektedir.⁵ İnternet ortamından isteğe bağlı yayın hizmetiyle isteğe bağlı yayın hizmeti kullanıcılara içerik ve hizmetin sunulduğu mecraların farklı olması açısından farklılık göstermektedir. İsteğe bağlı yayın içeriklerinin benzer imkanlarla internet ortamından sunulması durumunda internet ortamından isteğe bağlı yayın hizmeti söz konusu olmaktadır.

Farklı yaş ve ülkelerden internet kullanıcılarının kolayca ulaşabileceği şekilde arz edilen internet ortamından isteğe bağlı yayın hizmetleri, izleme ve dinleme alışkanlıklarını değiştirmektedir.⁶ İnternet ortamından yapılan

⁵ Body of European Regulators for Electronic Communications, "Body of European Regulators for Electronic Communications, Report on OTT services", erişim tarihi: Kasım 17, 2021. https://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/reports/5751-berec-report-on-ottservices.

⁶ İsmihan Özmen, "Dijital Platformların Kullanımlar ve Doyumlar Bağlamında Alınlanması

yayınlarda geleneksel medyaya kıyasla daha fazla dizi, film, çizgi film, sesli müzik arşivi, belgesel gibi içeriklere ulaşılabilir. Gerek çocuklar gerek yetişkinler tarafından ve medya şirketlerince en çok tercih edilen isteğe bağlı yayıncılık türü internet ortamından isteğe bağlı yayın hizmeti olarak değerlendirilmektedir.⁷ İnternet ortamından isteğe bağlı yayın hizmetlerinin tercih edilmesindeki en büyük etkenlerden biri kolay kullanım ve kullanıcılara sunulan algoritma sistemidir.⁸ Algoritma sisteminde izleyici ve dinleyicilere yönelik beğeniler sınıflandırılarak, kullanıcıların profillerinde kayıt altına aldıkları beğenilere, izleme sürelerine ve deneyimleri dikkate alınarak kullanıcılara bir sonraki ziyaretlerine yönelik yeni içerikler hazırlanmaktadır.⁹

III. İNTERNET ORTAMINDAN İSTEĞE BAĞLI YAYIN HİZMETİ AKTÖRLERİ

İnternet ortamından isteğe bağlı yayın hizmetleri aktörlerinden ilki medya hizmet sağlayıcılarıdır. 6112 sayılı Kanun'da düzenlenen medya hizmet sağlayıcı, isteğe bağlı yayın hizmetini sunan, hizmetin yerine getirilmesi sürecinde katalog içeriklerinden ve katalogların kontrolü ve düzenlemesinden sorumlu¹⁰ olan tüzel kişiliktir. Medya hizmet sağlayıcı; radyo, televizyon ve isteğe bağlı yayınları internet yayıncılığı dahil tüm yayın hizmetleri alanında ileten tüzel kişileri kapsamaktadır.¹¹ İsteğe bağlı yayın hizmetini internet ortamından sunmak isteyen medya hizmet sağlayıcılar Radyo, Televizyon ve İsteğe Bağlı Yayınların İnternet Ortamından Sunumu Hakkında Yönetmelik'in 4. maddesinin 1. fıkrasının (j) bendinde tanımlandığı üzere Radyo ve Televizyon Üst Kurulundan internet yayın lisansı almak zorundadır. Yayın hizmet lisansı yalnızca Türk Ticaret Kanunu'na göre kurulmuş anonim

Netflix ve BluTV Örneği", Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İletişim Bilimleri Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2020, s.56.

⁷ Özmen, s.57.

⁸ Algoritma; internet ve yapay zeka gibi bilişim teknolojilerinin gelişimiyle artan verileri sistematik olarak inceleyen, belirlenen problemi çözmek için çeşitli istatistiksel hesaplamalar yaparak tekrar eden işlemler olarak tanımlanabilir. (Daha geniş bilgi için bkz: Şeyda Demirel ve Selay Giray Yakut, "Karar Ağacı Algoritmaları ve Çocuk İşçiliği Üzerine Bir Uygulama." Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi, C:8, S:4, 2019, s.53; Harun Pirim, "Yapay Zeka." Yaşar Üniversitesi E-Dergisi 1, C:1, 2006, s.81-93 Erişim Tarihi: Kasım 17, 2021. <https://archive.nytimes.com/www.nytimes.com/business/FT1059479146446.html> , s.87.

⁹ Netflix, "Netflix'in Öneriler Sistemi Nasıl Çalışıyor?", Netflix.com, erişim tarihi: Aralık 7, 2021. <https://help.netflix.com/tr/node/100639>. Bu durum kullanıcıların bilgisi dahilinde olmadığından bu tür uygulamaların kişisel verilerin işlenmesinde amaca uygunluk ve orantılılık ilkesine uygunluğu tartışmalıdır.

¹⁰ Sorumluluk 6112 sayılı Kanun'da "editorial sorumluluk" olarak geçmektedir. Editorial sorumluluk, geleneksel yayıncılık ve internet yayıncılığında program akış ve katalog yayınlarının denetim ve düzenlemesinin yapılması sorumluluğu olarak tanımlanmaktadır.

¹¹ Yusuf Gürsoy, 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun Getirdiği Değişiklikler, Scala Yayıncılık, İstanbul, 2011, s.15.

şirketlere verilmektedir. Örneğin isteğe bağlı yayınlarını internet ortamından sunmak için hizmet lisansı alması gereken Prime Video, internet hizmet yayını lisansını alabilmek için Türk Ticaret Kanunu'na göre Amazon Turkey Video Dijital Yayıncılık Anonim Şirketi'ni kurarak başvuru yapmış ve yayın hizmet lisansını alabilmiştir. Benzer şekilde Netflix logosuyla internet ortamından isteğe bağlı yayın sunan şirket, Los Gatos Turkey Yayın Hizmetleri Anonim Şirketi'dir. İnternet yayın lisansı yalnızca anonim şirketlere verildiği için internet üzerinden isteğe bağlı yayın yapmak isteyen kuruluşların anonim şirket kurma zorunluluğu bulunmaktadır.

İnternet ortamından isteğe bağlı yayın hizmet aktörlerinden bir diğeri ise internet yayın platform işletmecisidir. Radyo, Televizyon ve İsteğe Bağlı Yayınların İnternet Ortamından Sunumu Hakkında Yönetmelik'in 4. maddesinin 1. fıkrasının (m) bendindeki açıklamaya göre internet platform işletmecisi, birden fazla radyo, televizyon ve isteğe bağlı yayın hizmetini bir URL veya mobil uygulama üzerinden internete erişebilen araçlarda ulaştırılabilir kuruluşur. Yönetmeliğe göre internet platform işletmecisinin isteğe bağlı yayın hizmetlerini internet ortamından iletebilmesi için Türk Ticaret Kanunu'na uygun şekilde kurulan bir anonim veya limited şirket olması ve Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'ndan "yayın iletim yetkisi" alması gerekmektedir. Tivibu, Turkcell Plus veya Digiturk internet platform işletmecileri olarak internet ortamından isteğe bağlı yayın hizmeti veren kuruluşlardır.

Medya hizmet sağlayıcılarla internet yayın platform işletmecileri internet ortamından isteğe bağlı yayın yapabilen aktörlerdir. Medya hizmet sağlayıcıların anonim şirket olma zorunluluğuna karşın Yönetmelikte internet platform işletmecilerinin limited şirket statüsünde bulunmalarına izin verilmiştir. İnternet yayın platform işletmecilerinin internet üzerinden isteğe bağlı yayınlarının internetin ülke sınırlarını aşan ve anında çok büyük kitlelere ulaşabilen kendine özgü yapısı dolayısıyla oluşturabileceği zararlar da geleneksel medyaya göre çok büyük boyutlara erişebilmektedir. Bu nedenle internet üzerinden isteğe bağlı yayın aktörlerinin hukuki nitelikleri, sunulan yayın hizmetinden doğan zararlardan sorumluluklarının belirlenmesinde önem arz etmektedir. Zira limited şirket olarak internet üzerinden isteğe bağlı yayın hizmeti sunan internet platform işletmecilerinin sorumluluğu şirketin malvarlığıyla sınırlandırılmıştır.¹² İnternet yayın platform işletmecilerinin sunduğu hizmetlerden doğan zararların tazmininin şirketin malvarlığını aşması durumunda aşan kısım tazmin edilemeyecektir. Her ne kadar kanun yahut şirket sözleşmesinden kaynaklı yükümlülüklerin ihlali sonucu doğan zarardan limited şirket müdürlerinin kusur sorumluluğu söz konusu olsa da bu

¹² Mustafa Erdem Can, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Limited Şirket Ortağının Borçları ve Yükümlülükleri." Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:15, S:4, 2011, s.3.

sorumluluk internet ortamından isteğe bağlı yayıncılıktan kaynaklı zararların telafisi için etkili bir çözüm değildir. Zira internetin ülke hudutlarını aşan büyük kitlelere erişen bir ağ özelliğini haiz olması dolayısıyla internet ortamından yapılan yayınlardan doğan zararlar da telafisi güç zararlar olabilmektedir. Burada şirket müdürlerinin sorumluluğu kanundan yahut şirket sözleşmesinden kaynaklı yükümlülüklerini ihlal etmelerine dayanmaktadır.¹³ Zararla şirket müdürünün yükümlülüğünün ihlali arasında illiyet bağı bulunmalıdır.¹⁴ Halbuki internet ortamından isteğe bağlı yayınların neden olduğu zararlarda şirket müdürünün kanun ya da sözleşmeden doğan yükümünün ihlali söz konusu olmadığından müdürün sorumluluğuna gidilemeyecektir. Nitekim burada müdürün kusurlu davranışından değil yayın hizmetinden kaynaklanan zarar söz konusudur. Bu nedenle limited şirket olarak kurulabilen internet yayın platform işletmecilerinin gerçekleştirdikleri yayın nedeniyle verdikleri zararlardan yalnızca şirket malvarlığıyla sorumlu olmaları nedeniyle zararın giderilememesi hakkaniyete aykırıdır. Bu sorunun önlenmesi için internet ortamından isteğe bağlı yayın hizmeti sunan medya hizmet sağlayıcılarında olduğu gibi internet yayın platform işletmecileri için de anonim şirket niteliğini haiz olma şartı getirilmelidir.

IV. İNTERNET ORTAMINDAN GERÇEKLEŞTİRİLEN YAYINCILIK VE ÇOCUK

Çocuklar; bilişim teknolojilerinin gelişmesiyle bilgiye, görüntüye, sese, video kaydına internet üzerinden oldukça kolay bir biçimde ulaşabilmektedir.¹⁵ Bu durum çocukların zararlı içeriklerle karşı karşıya kalmasını kolaylaştırmıştır. Çocuklar için zararlı içeriklere erişimin bu kadar kolay olmasına karşın

¹³ Limited şirket müdürlerinin sorumlulukları hakkında detaylı bilgi için bkz: Soner Altaş, “Anonim ile Limited Şirket Yöneticileri Hakkında Sorumluluk Davası Açabilmek İçin Genel Kurul Onayı Gerekir mi?” Mali Çözüm Dergisi, C:5, S:2, 2017, s.153-160.

¹⁴ Burada müdürlerin sorumluluğu söz konusudur. Bu durum müdürlerin organ olarak işledikleri haksız fiillerden doğan sorumlulukla karıştırılmamalıdır. Zira limited şirketteki müdürlerin şirketin bir organı olarak yaptıkları işlerden veya görevlerinin icrası sırasında gerçekleştirdikleri haksız fiillerden zarar doğması durumunda bu zarardan limited şirket sorumludur. Detaylı bilgi için bkz: Şükrü Yıldız, “Limited Ortaklıklarda Müdürlerin Sorumluluğu,” *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C:12, S:24, 2013, s.64. Burada haksız fiili her ne kadar müdür gerçekleştirmiş olsa da organ sıfatıyla haksız fiil işlenmekte ve bu hallerde müdürün değil şirketin sorumlu olacağı TTK 632. maddesinde açıkça düzenlenmektedir.

¹⁵ Fatma Kübra Çelen, Aygül Çelik ve Süleyman Sadi Seferoğlu, s.646; Ferhan Odabaşı, Ahmet Naci Çoklar ve Işıl Kabakçı, “Yeni Dünya: İnternet-Ailelerin Yeni Dünyadaki Sorumlulukları Nelerdir?” 8. Aybastı-Kabataş Kurultayı, Temmuz 2-3, 2007, s.6; Niyazi Güler, Şahin Bayzan, Abdulhamit Güneş, “İnternette Çocuklara Yönelik Riskler ve Ailelerin Bilinçlendirme Faaliyetlerindeki Rolü.” Uluslararası Bilgisayar ve Öğretim Teknolojileri Eğitimi Sempozyumu, Mayıs, 2016, s.1205-1217 Erişim Tarihi: Şubat 17, 2022. <https://drive.google.com/file/d/11VvPFxOYa0m-7T4gfln7PzK0nOvxZHL1/view>.

çocukların korunmasına ilişkin internet kullanımında erişkinler çeşitli zorluklar yaşayabilmektedir. Zira internet ortamından görsel-işitsel medyayla sonradan tanışan ebeveynler için dijital göçmen olarak internet teknolojilerini kullanmada bazı adaptasyon sorunları söz konusudur. Ancak doğrudan bu ortamda büyüyen çocuklar, dijital yerli olarak bu teknoloji içerisinde doğduğu için zorluk yaşamadan yeni gelişmelere adapte olabilmektedir.¹⁶ Etkiye açık olmaları dolayısıyla medya aktörleri internet yoluyla çocukların düşünce ve kanaatlerinde yönlendirici etkiyi kullanmaktadır.¹⁷ Pornografi, istismar, her türlü şiddet gibi zararlı içeriklerden çocukların korunması için devletin alacağı önlemlerden¹⁸ başka ebeveynlerin de bu içeriklerin zararları konusunda çocuklarını bilinçlendirmeleri gerekir.¹⁹ Burada önemli bir konu da ebeveynlerin bilinçlendirilmesidir. Zira ebeveynlerin medya okuryazarı olmaları; çocukları ve gençleri medyada geçirdikleri zaman ve izledikleri içerikler konusunda yönlendirebilmelerini mümkün kılmaktadır.²⁰

A. Zararlı İçerik Olarak Müstehcenlik

Çocukların gerçek hayatta karşılaştıkları her türlü tehdidin başka bir görünümüyle internette de karşılaşması mümkündür. Başka bir anlatımla çocuklar için gerçek hayatta endişe edilen risklerin tamamına yakını internet ortamında da bulunmaktadır. Doktrinde çocukların internet hizmeti kullanılarak oluşturulan internet mecralarında karşılaşılabilecekleri bazı zararlı içeriklerden bahsedilmektedir.²¹ Buna göre zararlı içerik pornografik görüntüler, şiddet, yaşa göre uygun olmayan içerikler, istismar veya zorbalık gibi faaliyetleri kapsayan

¹⁶ Çocukların geleneksel iletişim araçları karşısında dahi aktif oldukları, internet ortamından gerçekleşen ve her türlü içeriğin ulaşılabilir olduğu mecralara kolaylıkla erişebildikleri ve çevrimiçi tüm imkanlardan faydalanabildikleri ifade edilmektedir. Nimet Özsevinç, “Yeni Medya Okuryazarlığı Bağlamında Teknoloji Bağımlılığının İncelenmesi: İlköğretim Öğrencileri ve Ebeveynlerinin Davranışsal Bağımlılık Analizi,” *İstanbul Aydın Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü*, Yüksek Lisans Tezi, 2021, s.35; Schramm, Lyle ve Parker 1961 yılında gerçekleştirdikleri “*çocukların televizyon izleme üzerine eğilimleri*” isimli çalışma için detaylı bilgi bkz: Özmen, s.19. Dijital ebeveyn internet ortamındaki yayıncılıkta zararlı içerik ve hukuka aykırı eylemlerin farkında olmaktadır. (Detaylı bilgi için bkz: Özsevinç, s.67).

¹⁷ Nurullah Terkan ve Ahmet Taylan, “İnternet ve Çocukların Korunması: Ebeveyn Kontrolü,” *Uluslararası Yeni İletişim Ortamları ve Etkileşim Konferansı*, Nisan 28-30, 2010, s.339.

¹⁸ Hamza Çakır, “Televizyonun Zararlı Yayınları Karşısında Çocukların Korunmalarına Yönelik Yasal Düzenlemeler.” *İstanbul Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi*, S:19, 2004 s.472 vd.

¹⁹ Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, “İnternet Kullanımında Çocuk ve Aile İlişkisi.” Erişim Tarihi: Ocak 1, 2022. <https://internet.btk.gov.tr/internet-kullaniminda-cocuk-ve-aile-iliskisi>.

²⁰ Yıldız Dilek Ertürk ve Ayşen Akkor Gül, *Çocuğunuzu Televizyona Teslim Etmeyin*, Nobel Yayıncılık, Ankara, 2006, s.48.

²¹ Niyazi Güler, Şahin Bayzan ve Abdulhamit Güneş, s.1208.



içerikler olarak açıklanmaktadır.²² Söz konusu faaliyetler araştırmacılar tarafından farklı sınıflandırmalara tabi tutulmakta, sayılan içerikler “İçerik Riskleri” sınıfında değerlendirilmektedir.²³ Ölçülü ve orantılı hukuki ve teknik koruma sisteminin oluşturulabilmesi için kavramların içeriği doğru tespit edilmelidir.²⁴ Zararlı içerik tehdit, taciz, aşağılama dahil olmak üzere gerçekleşen siber zorbalık anlamına gelmektedir. Ayrıca söz konusu içeriklere maruz kalanlarda kendilerine zarar verme, intihar ve şiddete yönelme gibi, girişimler gözlemlenmiştir.²⁵ Başka bir görüşe göre ise zararlı içerik kavramı, hukuka uygun olmasına karşılık çocukların fiziksel, zihinsel, ruhsal ve ahlaki yönden maruz kaldıkları içerikten olumsuz etkilenmelerine yol açan içeriklerdir.²⁶ Bunlara örnek olarak özellikle internet kaynaklarıyla ilgili ödev yahut projelerde yapılan kopyacılık veya aşırma öyküleri içeren paylaşımlarla çocukları etik dışı davranışlara yönlendiren siteler²⁷, pornografi, uyuşturucu, alkol veya şiddet içeren paylaşımlar yahut çeşitli hırsızlık metodlarını veya bomba yapımını öğreten siteler gösterilebilir.²⁸

Görsel-işitsel medyada zararlı içerikler her devletin sahip olduğu kültürel, dini, siyasi, maddi ve manevi değerlerine göre ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Müstehcen görüntü, ses veya yazı çeşitli toplumların sahip olduğu değerler içerisinde olumlu karşılanırken Türk toplumunun maddi ve manevi değerleri bunu kabul etmemektedir.²⁹ Bu sebeple, görsel- işitsel faaliyetler kapsamında sunulan görüntü, ses, video klip gibi içeriklerde kanun koyucunun zararlı ve hukuka aykırı olarak kabul ettiği kriterler dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda müstehcen görüntü toplumların değerlerine göre farklılaşabildiğinden³⁰, her devletin kabul

²² Ferhan Odabaşı, Ahmet Naci Çoklar ve Işıl Kabakçı, s.6.

²³ Niyazi Güler, Şahin Bayzan ve Abdulhamit Güneş, s.1208.

²⁴ Wolfgang Benedek ve Matthias C. Kettmann, *Ifade Özgürlüğü ve İnternet*, MATBAM Yayınevi, Ankara, 2013, s. 78.

²⁵ Philip Nolan, “Ireland: New Law To Protect Children And General Public Online”, Mondaq.com, erişim tarihi: Ocak 3, 2022. <https://www.mondaq.com/ireland/media-entertainment-law/789332/new-law-to-protect-children-and-general-public-online>.

²⁶ Nigar Samsa, “Kamu Haberleşme Hürriyeti Kapsamında İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Denetlenmesi,” Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2010, s.61.

²⁷ Aslı Güngör Kırçıl ve Turhan Karagüler, “Ödev Kopyacılığında İnternetin Rolü ve Önlemler,” IX. Akademik Bilişim Konferansı Bildirileri Dumlupınar Üniversitesi, İnternet Teknolojileri Derneği, Ocak 31, Şubat 2, 2007, s.200.

²⁸ Tuncay Yiğit, Murat Sığıla, Nurten Aksungur, Saliha Erbağ ve Ümmiye Palaz, “Çocuklar İçin İnternet Güvenliği: Bir Ebeveyn Kontrol Aracı,” IX. Akademik Bilişim Konferansı Bildirileri Dumlupınar Üniversitesi, Ocak 31, Şubat 2, 2007, s.45.

²⁹ Müstehcen içerik; toplum tarafından ahlaksız veya kirli olarak düşünülen içerikler olup pornografik içerikleri de kapsayan içeriklerdir. Detaylı bilgi için bkz: Veli Özer Özbek, Müstehcenlik Suçu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s.21.

³⁰ İsmail Malkoç, Yeni Türk Ceza Kanunu, Malkoç Yayınevi, Ankara, 2008, s.1959; CGK, YARGITAY, Yargıtay Ceza Genel Kurulu, K. 2015/66, E. 2014/14-603 (24 Mart 2015).

ettiği düzenlemeler farklılık gösterebilmektedir. Devletlerin müstehcenlikle ilgili hukuki yaklaşımları değerlendirildiğinde genellikle ülkemizde olduğu gibi müstehcenliğin suç olarak kabul edildiği görülmektedir.³¹ Bu kapsamda Avrupa Siber Suç Sözleşmesi'nde de şartları belirtilerek çocuk pornografisi, içerikle ilişkili suçlar olarak düzenlenmiştir.³² Benzer şekilde Avrupa Konseyi de zararlı içerik kavramını her üye devletin sahip olduğu kültürel, ahlaki veya toplumsal değerleri göz önünde bulundurarak açıklamakta, şiddet veya aşırıya kaçan cinsel görüntüleri zararlı içerik olarak kabul etmektedir.³³

B. Zararlı İçerik Olarak Dijital Oyunlar

Dijital oyunlar çocukların düşünce yapısında agresif hareketlere, fizyolojik problemlere, sosyal davranışlarında yalnızlaşmaya yol açmaktadır. Dijital medya araçları çocukların oldukça kolay ulaşabileceği içeriklerle donatılmaktadır. Kontrolsüz bırakılan çocuk dijital oyun sektöründe tek başına ve kendisine oyun esnasında verilen komutlara tek hâkim olan kişi konumunda bulunmaktadır. Bu durum çocukta kişilik bozukluğu başta olmak üzere sosyal çevresiyle ilişkilerinde ve gelişiminde olumsuz etkilere yol açmaktadır.³⁴

Dijital ortamda oyunlara bağımlı olarak yetişen bireyler oyun dünyasının sunduğu sanal gerçekliğin ötesinde bir dünya hayal ederek gerçeklikten kopmakta, sanalda gerçekleştirdiklerini gerçek dünyada gerçekleştirememekten ötürü kendini eksik hissederek kişisel öz gelişimini tamamlayamamaktadır. Böylece kişi gerçek hayattan daha çok koparak kendini sanal gerçekliğe ve sanal başarıya teslim ederek ruh ve beden bütünlüğüne zarar verebilmektedir. Bu durum Medeni Kanun'un 23. maddesinde "*Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz.*" şeklinde düzenlenen kişinin kişilik hakkının kendisine karşı korunduğu hükmün ihlalini oluşturmaktadır. Özellikle dijital oyunlardaki şiddet, aile ve sosyal çevreyle problemlere yol açmaktadır. Sözlü şiddet, cinsel şiddet gibi şiddetin tüm öğelerinin görüldüğü dijital oyunlar yetişkin bireylerin yanında küçük yaş gruplarını manipüle etmekte oldukça etkilidir. Bağımlılığın en çok görüldüğü alanlardan biri olan dijital oyun sektöründen en çok etkilenen

³¹ Gökhan Taneri, "Müstehcenlik Suçu," Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C:13, S:1, 2018, s.567.

³² Fatih S.Mahmutoğlu, "Karşılaştırmalı Hukuk Bakımından İnternet Sütjelerinin Ceza Sorumluluğu," *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* C:59, S:1-2, 2001, s.40vd; Kayıhan İçel, "Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi Bağlamında 'Avrupa Siber Suç Politikasının Ana İlkeleri'", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C:59, S:1-2, 2001, s.7.

³³ Council of Europe, Media Regulatory Authorities and Protection of Minors, COE, Strasbourg, 2019, Erişim Tarihi: Kasım 17, 2021. <https://rm.coe.int/media-regulatory-authorities-and-protection-of-minors-serbian-/168096847b>.

³⁴ Toksoy, s.24.

çocuklar ve ergen yaş grupları için önlem alınmalı, bilinçlendirme çalışmaları yapılmalı ve gerekli tüm tedbirler alınmalıdır.³⁵

Son zamanlarda gelişen oyun sektöründen etkilenen aktörler arasında internet ortamından isteğe bağlı yayın hizmet sektörü de bulunmaktadır. Örneğin Netflix adlı hizmet sağlayıcı “Netflix Games: Yepyeni Bir Mobil Eğlence Deneyimi” adı altında abonelerine yeni bir dijital oyun hizmeti sunmakta, oyun hizmetlerinin içeriklerde abonelere sunulan dizi ve filmlerde olduğu gibi her seviyeden kişiye uygun olarak tasarlandığı söylenmektedir. Öncelikle abonelerine beş oyuna dair hizmet sunan Netflix, oyun arşivlerinin tüm üyelerine hitap ettiğini belirtirken ilgili oyunlara “çocukların güvenliği” gerekçesiyle küçük yaşta kullanıcılar tarafından ulaşılamayacağını ifade etmektedir. Bu oyunlara erişimin yetişkin profilinde kullanılan ve çocukların bu profillere girmesini engelleyen PIN kodu sistemiyle korunacağı belirtilmektedir.³⁶

C. Çocukların Zararlı İçeriklere Erişimini Önlemede Ebeveyn Kontrolü

İnternet ortamındaki zararlı içeriklerin çocuklar üzerinde doğurabileceği olumsuz etkilerin önlenmesi için okul ve aile içi eğitimde çocuklara zararlı faaliyetlerin kapsamının ve henüz yaşına uygun olmayan içeriklerle karşılaştıkları zaman nasıl davranmaları gerektiğinin öğretilmesi, gösterilmesi ve internet faaliyetleri hakkında çocukların bilinçlendirilmesi gereklidir. Çocuklar internet ortamından izledikleri, dinledikleri veya maruz kaldıkları içerikten rahatsız olmaları halinde bu içerikten ebeveynlerini haberdar etmelerini bilecek şekilde bilinçlendirilmelidir.³⁷ Ebeveynlerin çocuklarını dış dünyadaki kötülüklerden korudukları gibi internet ortamındaki faaliyetlerin zararlarından da korumaları gerekmektedir. Bu bağlamda ebeveynlerin çocukların internet ortamında ziyaret ettikleri siteleri izleyerek çocukların online içeriklere erişimini denetlemesi zararlı içeriklerden çocukları korumada önemlidir.³⁸ Ancak ebeveynin kontrolden aciz kaldığı durumlar söz konusu olabilmektedir. Bu tür durumlarda çocuklar tarafından kontrolsüz internet içeriğine ulaşılmasının teknik olarak engellenmesi önem arz etmektedir. Bu açıdan doğacak zararlı ve olumsuz etkileri aza indirebilmek için ebeveynlerin teknik olarak bu araçları denetleyen ve düzenleyen “ebeveyn kontrol”

³⁵ Özsevinç, s.48-49.

³⁶ Netflix, “Netflix Games:Yepyeni Bir Mobil Eğlence Deneyimi”, Netflix.com, erişim tarihi: Ocak 5, 2022. <https://about.netflix.com/tr/news/let-the-games-begin-a-new-way-to-experience-entertainment-on-mobile>.

³⁷ Nilüfer Tuncer, “Çocuk ve İnternet Kullanımı.” Türk Kütüphaneciliği, C:14, S:2, 2000, s.210 vd.

³⁸ Duygu Kaşıkçı, Kürşat Çağiltay, Türkan Karakuş, Engin Kurşun ve Chris Ogan, “Türkiye ve Avrupa’daki Çocukların İnternet Alışkanlıkları ve Güvenli İnternet Kullanımı,” Eğitim ve Bilim, C:39, S:171, 2014, s.232.

sistemlerini öğrenmeleri ve bu uygulamaların faydalarından yararlanmaları gerekmektedir.

Ebeveyn kontrolü, isteğe bağlı yayınlarda kullanıcıların yetişkin ve çocuk profilleri olmak üzere belli yaş sınıflandırmalarının yapılması ve böylece çocukların zihinsel, ruhsal ve ahlaki gelişimlerine uygun olmayacak, bir başka deyişle yetişkin profillerine uygun içeriklere çocuklar tarafından ulaşılmasını engellemeye yarayacak sistem olarak tanımlanabilmektedir.³⁹ Ebeveyn kontrol programları ebeveynlere, çocuklarının ziyaret ettiği sitelerin bilgisine ulaşarak internette zararlı içerikler barındıran sitelere çocuklarının erişimini denetleyebilme olanağı tanımaktadır.⁴⁰ Ebeveyn kontrolü, aileler tarafından çocukların karşılaşabilecekleri zararlı içeriklerden korunmaları amacıyla filtreleme uygulamaları, internette geçirilen sürenin belirlenmesi veya sadece çocuklara yönelik içeriklere ulaşmaları noktasında gerçekleştirilen teknik faaliyetlerdir.

Avrupa’da ebeveyn kontrolünde gerçekleştirilecek düzenlemelerde “*Avrupa Komisyonu: Televizyon Yayıncılığının Ebeveyn Kontrolüne İlişkin Rapor*” etkin rol oynamıştır.⁴¹ Raporda çocuklar tarafından izlenen programların içeriğiyle bu programların ebeveynler tarafından kontrolünün hangi teknik ve teknolojilerle olması gerektiği ortaya konulmaktadır.⁴² Ayrıca bu raporla Avrupa Komisyonu ve Parlamentosu, ebeveyn kontrolünün dijital çağın gelişimine uygun olacak şekilde uygulanması ve bu kontrol mekanizmalarının paydaşlar tarafından teşvik edilmesini tavsiye etmektedir.⁴³

1999’da Avrupa Birliği Konseyi “Dijital görsel- işitsel hizmetlerin gelişimi ışığında küçüklerin korunmasına yönelik 17 Aralık 1999 tarihli 2000/C 8/06

³⁹ Doğan Haber Ajansı, “RTÜK Başkan Yardımcısı Uslu’dan ‘Ebeveyn Kontrolü’ Hatırlatması.” Erişim Tarihi: Ocak 10, 2022. <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/rtuk-baskan-yardimcisi-usludan-ebeveyn-kontrolu-hatirlatmasi> 41734897.

⁴⁰ Yiğit, Sığıla, Aksungur, Erbağ ve Palaz, s.46.

⁴¹ University of Oxford, “Final Report, Parental Control of Television Broadcasting, PCMLP.” Erişim Tarihi: Ocak 22, 2022. https://ec.europa.eu/archives/information_society/avpolicy/docs/library/studies/finalised/parental_control/chapter1.pdf.

⁴² Doktrinde de program içeriklerinin çocuklara uygun olmaması, ekran karşısında geçirilen vaktin çocuklarda bağımlılık oluşturması, çocukların gelişim ve eğitimlerine toplumun değerlerine olumsuz etkileri tartışılmakta ve bu bağlamda ailenin rolü ve ebeveyn denetiminin önemi vurgulanmaktadır. (Detaylı bilgi için bkz: Ali Murat Kırık, “Televizyon Gelişim Çağı Çocukları Üzerindeki Olumsuz Etkileri ve Ebeveyn Kontrol Sorunu,” 21. Yüzyılda Eğitim ve Toplum Eğitim Bilimleri ve Sosyal Araştırmalar Dergisi, C:2, S:4, 2013, s.194 vd.; Büşra Nur Oğuz ve Ali Yiğit Kutluca, «Okul Öncesi Dönemde Çocukları Olan Ebeveynlerin Teknoloji Kullanımına Yönelik Görüşlerinin İncelenmesi,» Ondokuz Mayıs Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi, C:39,S:2, 2020, s.253.

⁴³ Marina Benassi, “European Commission: Report on Parental Control of Television Broadcasting”, Iris Merlin, erişim tarihi: Ocak 3, 2022. <https://merlin.obs.coe.int/article/1322>.



sayılı Konsey Kararları”nı kabul etmiştir. Bu belgenin amacı “*Üye Devletlerde dijital iletim sistemlerinin hızla geliştiğini ve bu nedenle bu aşamada reşit olmayanlar için koruyucu önlemlerin uygulanmasının ele alınması gerektiği ...*” şeklinde açıklanmaktadır. Konsey, ebeveyn kontrolüne yönelik olarak sosyal gelişmelerin ve piyasanın takip edilmesini, bu yönde küçüklerin zararlı görsel- işitsel içerikten korunması yönünde birtakım sistemlerin uyarlanması ve tanımlanmasını kuruluşlara hatırlatmaktadır. Bu kabul Konsey Kararı’nın 8. maddesindeki “*Ebeveyn kontrolü için yeni teknik araçların geliştirilmesinin, yayıncılar, erişim, hizmet, içerik sağlayıcıları gibi çeşitli operatör kategorilerinin küçüklerin zararlılardan korunmasına ilişkin sorumluluklarını azaltmaması gerektiği kabul edilmektedir.*” şeklindeki düzenlemesinden anlaşılmaktadır.⁴⁴ Görüldüğü üzere uluslararası kuruluşlar da küçük yaştaki bireylerin görsel- işitsel içeriklerdeki zararlı içeriklerden korunmaları gerektiğini kabul ederek ebeveyn kontrol sisteminin çocukların ulaşabileceği her türlü dijital ortama entegre edilmesini amaçlamaktadır. Bu amaç yayıncı veya sağlayıcıların ebeveyn kontrolü için teknik araçlarını geliştirmeleri, küçüklerin korunmasına yönelik sistemlerin etkinlik kontrollerini gerçekleştirmeleri ve konu hakkında bilinçlenmelerini sağlamak üzere çaba sarf etmeleri gerektiği yönünde ilerlemektedir.⁴⁵

Avrupa Konseyi internet ortamındaki zararlı faaliyetlerden çocukların korunması için öz denetim mekanizmalarının geliştirilmesi gerektiğini kabul ederek bu açıdan ortak düzenleme mekanizmalarının oluşturulması noktasında en iyi uygulamaları ortaya çıkarmayı hedeflemektedir. Bu açıdan Konsey, özel sektörle iş birliği içerisinde bulunmak gerektiğine odaklanarak çocukların zararlı içeriklerden korunması ve yeni iletişim ortamlarına katılımlarının sağlıklı olması bakımından alınacak önlemleri belirlemek için 2009 yılında bir Tavsiye Kararı hazırlamıştır. Tavsiye Kararı’nda internet ortamında çocuklar için güvenli alan oluşturulması hedeflenmiş “güvenli işaretler ve etiketleme sistemlerinin” geliştirilmesi teşvik edilmiştir.⁴⁶

Uluslararası metinlerde isteğe bağlı yayınlar bakımından ebeveyn kontrolü sistemlerinin kullanılması, içerikler hakkında gereken bilgilerin çeşitli yollarla kullanıcıya verilmesi halinde çocukların ne tür içeriklere maruz kalacaklarını

⁴⁴ “Council Conclusions of 17 December 1999 on the protection of minors in the light of the development of digital audiovisual services”, Official Journal 12.01.2000, C 008, P. 0008 – 0009, erişim tarihi: Ocak 2, 2021. <https://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000Y0112%2805%29:EN:HTML>.

⁴⁵ Annemique de Kroon, “European Council: Protection of Minors in the Light of The Digital Developments”, Iris Merlin, erişim tarihi: Ocak 2, 2022. <https://merlin.obs.coe.int/article/1556>.

⁴⁶ Francisco Javier Cabrera Blázquez, Maja Cappello, Amélie Lépinard ve Sophie Valais, The Protection of Minors in a Converged Media Environment, European Audiovisual Observatory, Strasbourg, 2015, s.16.

bilmeleri ve dolayısıyla içeriklere yönelik karar verme ve bu konuda kendilerinin yetkili olabilmeleri açısından önemli görülmektedir.⁴⁷ Bunun yanında Avrupa Komisyonu da yaptığı çalışmalarda, ebeveyn kontrolü uygulamasının geliştirilmesi için ilgili tüm aktörlerin bir araya gelmesini sağlamayı amaçlamakta, bu tekniklerin geliştirilmesi için destekler vermektedir. Medya okuryazarlığını teşvik ederek tüm üye devletlerin eylemlerini incelemeyi hedeflemektedir.⁴⁸

Çocukların internet ortamındaki yayınlara erişim sağlaması esnasında zararlı veya hukuka aykırı içeriklerden korunması için öncelikle ailelerin bilinçli olması belirtilirken bu yönde ebeveynlere içerik filtreleri, şifre uygulamaları, dijital imza veya güvenlik duvarları gibi tekniklerin kullanılması tavsiye edilmektedir.⁴⁹ Bu yönde doktrinde “eğit, izle, uygunsuzu engelle” şeklinde düşünceler geliştiği görülmektedir.⁵⁰ Ebeveyn kontrol sistemlerinden en bilineni PIN uygulama tekniğidir. Bu uygulama, internet ortamından isteğe bağlı yayın hizmetlerini kullanan küçük yaştaki bireyler için oluşturulmuş ve içeriğin görüntülenmesi için ancak belirlenmiş bir PIN kodunun girilmesiyle içeriğe ulaşılabilen tekniktir. Eğer sistemde PIN kodu ebeveyn tarafından kurulmuş veya “çocuk kilidi” olarak adlandırılabilir sistem aktif hale getirilmişse, çocuğun kendisi için belirlenen içerik sisteminden çıkabilmesi, başka bir anlatımla yetişkin içeriklerine girebilmesi için PIN kodunu sisteme doğru girmesi gerekmektedir. PIN uygulamasıyla sadece içeriğe erişimin değil, isteğe bağlı yayın kataloglarındaki özel kategori seçeneklerinin de erişime kapatılması mümkün olmaktadır.⁵¹

Hukuken içeriğin yaşa uygun şekilde sınıflandırılması, belirli süre içerisinde içeriğe ulaşılabilme izni veya şifreleme gibi tekniklerin kullanılması

⁴⁷ Council of Europe, s.23.

⁴⁸ Kroon, “European Council: Protection of Minors in the Light of The Digital Developments”, Iris Merlin, Erişim Tarihi: Ocak 2, 2022. <https://merlin.obs.coe.int/article/1556>.

⁴⁹ İnternetin zararlı içeriklerine karşı bilinçli olmayan ebeveynler çocuklarını söz konusu içeriklerden nasıl koruyacaklarını bilememektedir. Teknoloji kullanımında bilinçlenmesi gereken ebeveynler kendilerini eğitmelerinin yanında çocukların erişmelerini istemedikleri siteler üzerinde filtreleme uygulamalarının kullanılmasını sağlamalı, alan adları üzerinde engelleme yoluna gitmeleri gerekebilmektedir. Bu tekniklerin yanında sadece çocuklara ait çocuk içeriklerinin kullanılabilmesi her kullanıcıya ait farklı hesaplar kullanılmalıdır. Akıllı cihazlara ebeveyn kontrolleri ve filtreler kurulmalıdır. Cinsel içerikli video ve görsellerin arama motorlarında görünmemesi ve söz konusu içeriklere yönlendirebilecek linkler filtrelenmelidir. Detaylı bilgi için bkz: Özsevinç, 61 vd.

⁵⁰ Sadık Güneş, *İnternet Kullanımı ve Aile*. Ankara: T.C. Başbakanlık Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü Yayınları, 2008, s.13.

⁵¹ European Regulators Group for Audiovisual Media Services. “Protection of Minors in The Audiovisual Media Services: Trends & Practices, 2017.” Erişim Tarihi: Şubat 17, 2022. <https://erga-online.eu/wp-content/uploads/2016/10/ERGA-PoM-Report-2017-wordpress.pdf>; Francisco Javier Cabrera Blázquez, Maja Cappello, Amélie Lépinard ve Sophie Valais, s.45, 63.



yetişkinlere uygun içeriklere çocukların ulaşmasının engellenmesi olarak değerlendirilmektedir. Bu bağlamda içeriklere yönelik yapılan bu faaliyetlerin çocukların üstün yararının sağlanması gerekçesiyle yayın yasağı anlamına gelmediği kabul edilmektedir.⁵²

Görsel-işitsel medya alanının internet ortamına taşınmasıyla birlikte film, müzik, dizi gibi video ve ses içeriklerine internet ortamından ulaşmak mümkün olmuştur. Medya araçlarının internet ortamından ulaşılabilir olmasıyla medya hizmet sağlayıcıların editoryal sorumluluğu küçüklerin internet ortamında karşılaşabilecekleri içeriklere yönelik olarak değişmektedir. Medya hizmet sağlayıcılar sundukları hizmetlerin daha kaliteli olması, piyasadaki itibarlarının güvenilir olması açısından sundukları hizmette çocukların korunmasını gönüllü olarak ön planda tutmaktadır. Danıştay 13. Dairesi tarafından incelenen davada bilirkişinin yayınlanan programda çocukların gelişimine uygun olmayan zararlı içeriklerin bulunduğu raporuna karşı davacı tarafından yapılan “*çocuk kilidi bulunduğu sorumluluğun yayıncı kuruluşta değil ebeveynlerde olduğu, izleyicisinin tercihinin sorgulanmaması gerektiği ...*” şeklindeki savunmaya karşı davalı idare “*kanalın şifreli olmasının yayın hizmeti ilkelerinden muaf olduğu anlamına gelmediği*” şeklinde savunma yapmıştır.⁵³ Ebeveyn kontrolünün kullanıcıların uygulamasına bırakılması gönüllü olarak yapılabilecekse de konu hakkında yasal düzenlemelerin yapılması gerekir. Zira çocukların korunması özel sektör ve devlet kurumlarının bir yasa çerçevesinde geliştirecekleri zorunlu ve gönüllü iş birliği altında mümkün olmaktadır. Yasal düzenlemelerle yayın kuruluşları ebeveyn kontrol sistemlerini geliştirmeli, yayın hizmet sistemlerine uygulamaları entegre etmeli, bu tekniğin uygulanmasını kolaylaştırmalı, ebeveynlerin bilinçlenmesi adına işlemler gerçekleştirilmelidirler.⁵⁴

D. Çocuğun Korunmasında Hakların Dengelenmesi

İnternet ortamından şiddet, cinsellik, zorbalık, istismar ve pornografi görüntülerinin paylaşımı internetin özgür bir mecraya oluşu ileri sürülerek meşrulaştırılmamalıdır. Küçük yaştaki bireylerin internet ortamındaki uygunsuz veya zarar verici içeriklerden korunmalarındaki kamu yararı, zarar verici içerikleri paylaşanların özgürlüklerinden daha önemlidir. Çatışan haklar arasında denge sağlanırken küçüklerin korunmasına dikkat edilmelidir. Bu anlamda düzenleyici ve denetleyici kuruluşlara denetim yetkisi veren hukuk kuralları temel hak ve hürriyetlere yönelik kısıtlama gibi gözükse de temel hak ve hürriyetlerin denetiminin demokratik topluma uygun, çerçevesi ve sınırları belirlenmiş ve ölçülü bir şekilde yapılması doğal karşılanmalıdır.

⁵² Council of Europe, s.23.

⁵³ Dan. 13. DB, E.2013/1131, K.2019/1, 03.01.2019.

⁵⁴ Council of Europe, s.39 vd.

Bu şekilde çocukların haklarını korurken idarenin keyfi işlemlerden kaçınması sağlanabilecektir. Konuya ilişkin Perrin v. Birleşik Krallık kararında abonelikte hizmet veren bir internet sitesinde gerçekleştirilen çocuk pornografisi içerikleri ifade hürriyeti kapsamında değerlendirilmemiştir.⁵⁵ Bu şekilde ifade hürriyeti karşısında küçüklerin korunması söz konusu olduğunda küçüklerin korunmasındaki kamu yararı ve kamu düzeninin sağlanması, fikir özgürlüğünün sınırlandırılmasını gerektirebilir. Perrin v. Birleşik Krallık kararında da hakların çatışması söz konusu olduğunda küçüklerin korunmasına öncelik verilerek haklar dengelenmiştir.

Görsel-işitsel medyada gerçekleştirilen faaliyetler sanatsal faaliyet olarak ele alındığında bu faaliyetlerin toplumun sosyal ve kültürel değerleriyle yakından ilişkili olduğu anlaşılmaktadır. Bu açıdan ebeveyn kontrol sisteminin aktive edilmesi ve uygulamaya alınması sanat özgürlüğünün kısıtlanması veya ihlali anlamına gelmemelidir. Zira doktrinde çocukların erişebildiği internet ortamlarındaki zararlı veya hukuka aykırı içeriklere yönelik yapılan kısıtlamalar ifade hürriyeti kapsamında kabul edilmemektedir.⁵⁶ Geleneksel medyada çocukların zihinsel, ruhsal veya ahlaki gelişimini etkileyen içeriklere yönelik sınırlar nasıl belliyse ve uygulanıyorsa⁵⁷, internet ortamındaki yayın hizmetlerinin sunumunda da belli sınırlamalar olmalıdır. Aksi durumda hukuk

⁵⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Perrin v. Birleşik Krallık, BN. 5446/03, T. 18.10.2005, p. 20- 29, (<http://hudoc.echr.coe.int/>).

⁵⁶ Ulaş Karan, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi C:2, Avrupa Konseyi, Ankara, 2019, s.23 vd.

⁵⁷ Geleneksel medyada çocukların zihinsel, ruhsal veya ahlaki gelişimini etkileyen yayınların hukuka aykırı olduğuna dair örnek Danıştay kararında konu şu şekilde ele alınmıştır: *Programlarda, 2-2,5 yaşlarında bir erkek çocuğu ile 7 yaşındaki bir kız çocuğuna müzik eşliğinde oryantal dans ettirilmesi nedeniyle tesis edilen işlemle ilgili yargılamada cezanın Mahkemece belirlenebilmesi amacıyla ...Mahkemece yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucunda sunulan raporda; ruhsal ve fiziksel gelişimlerini tamamlanmamış değerlendirme ve yargılama ölçüleri oturmamış çocuklara izletilecek programlar; program içinde çocukların yer almasının üzerinde çok titizlikle durulması ve buna ilişkin kurallara koşulsuz uyulması gereken bir durum olduğu, erişkinler için hazırlanmış programa değişik nedenlerle bir çocuk çıkarıldığında bu programı artık çocukların da izleyebileceğinin unutulmaması gerektiği, bu nedenle programın içeriğinin, sözlü sözsüz iletişim biçiminin çocuğun yaşına, konumuna uygun bir biçimde olmasına özen gösterilmesi gerektiği, bu nedenle ... adli programın içeriği çocukların izlemesi yönünden uygun görülmediği ... Bu dansın uygulama biçiminde yoğun erotik öğeler mevcut olup, Kültür Bakanlığı Halk Oyunları gösterilerinde de göbek dansı figürlerinin var olduğu ancak, bu tür gösterilerin bir etkinlik nitelik taşıdığı, erotik öğeleri barındırmadığı ve sahnede sergilendiği, ... henüz gelişimini tamamlamamış ve kendini koruyabilme yetkisi bulunmayan çocukların giysi, erotik dans, gelişim dönemine uygun olmayan figürleri taklit etme gibi cinsel uyarı niteliği taşıyabilen davranışlarının Çocukların ve gençlerin ve fiziksel, zihinsel, ruhsal ve ahlaki gelişimini olumsuz yönde etkileyecek nitelikte bulunduğu kanaatine varıldığından.” Dan. 10. D, E.2003/ 6196, K.2004/5330, Harun Hakan Baş, Radyo- Televizyon Mevzuatı ve Konu ile İlgili Yargı Kararları, Beta Yayınları, İstanbul, 2016, s.363.*

kurallarının caydırıcılık özelliğinin ortadan kalkması muhtemeldir.⁵⁸ Ebeveyn kontrol sisteminin internet ortamından isteğe bağlı kuruluşlarca kullanılması çocukların üstün yararının korunması ve kamu yararının gerçekleştirilmesi temelinde ele alınmalıdır. Bu sistemin çocukların ifade alma, bilgi arama veya sanatsal, kültürel faaliyetlere katılmasına herhangi bir haksız müdahale içermediği kabul edilmelidir.

V. ÇOCUĞUN ZARARLI İÇERİKLERDEN KORUNMASINA İLİŞKİN TÜRKİYE'DEKİ HUKUKİ DÜZENLEMELER

Türk hukukunda çocukların zihinsel, ruhsal veya ahlaki gelişimlerinin medyanın zararlı içeriklerinden korunması veya çocuklar üzerindeki olumsuz etkilerinin en aza indirilmesi koruma altına alınmıştır. Anayasada ifade özgürlüğünü, medya araçlarını kullanmayı ve medya araçlarından faydalanmayı, araçlara erişimi, eşitliği güvence altına almaktadır. Bununla birlikte belirtilen hakların bazı istisnai durumlarda sınırlanabileceği belirtilmiştir. Bu istisnalardan biri Anayasanın 10. maddesinde düzenleme alanı bulan “...çocuklar için alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı sayılmayacağı” şeklindeki hükmüdür. Ayrıca Anayasanın 41. ve devamı maddeleri çocukları ve çocukların sahip olduğu hakları korumaktadır. Buna göre devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür.

İnternet ortamından kullanıcılara sunulan içeriklerin etik sınırları veya lisanslama ilkeleri devletlerin hukuk sistemleri içerisinde, sahip oldukları kültürel, toplumsal, sosyal, siyasi değerler veya ekonomik gereklilikler çerçevesinde, kamu yararını gerçekleştirebilmek, aileyi ve çocuğu korumak veya milli değerlerin önemi esaslarıyla demokratik yapılara uygun olacak şekilde düzenleme altına alınmaktadır.⁵⁹ Dolayısıyla gerek toplumsal kurallar gerek hukuk kuralları gereğince internet ortamından gerçekleştirilen görsel-işitsel medya faaliyetlerinde çocuğun üstün yararının esas alınması önemlidir. Bu kurum ve kuruluşlara belirli yükümlülük ve sorumluluklar getirilmiştir. 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkındaki Kanun'un 8. maddesindeki “Çocuklara, ... karşı istismar içeremez ve şiddeti teşvik edemez.” şeklindeki hüküm incelendiğinde kanun koyucunun medya organlarınca yapılan yayınlar eliyle çocukların zarar görmesinin önüne geçilmesinin, çocuk gelişiminin medya eliyle ancak olumlu yönde seyretmesinin amaçlandığı ifade edilebilir. Aynı Kanununun 8. maddesinin ikinci fıkrasındaki “Radyo ve televizyon yayın hizmetlerinde, çocuk ve gençlerin

⁵⁸ Taha Yücel, “İnternet Üzerindeki TV Yayınları Düzenleme Taslağında Eksiklikler Var”, Youtube.com, erişim tarihi: Temmuz 8, 2021. <https://www.youtube.com/watch?v=vDH4ntybsb4&t=601s>.

⁵⁹ Niyazi Güler, Şahin Bayzan ve Abdulhamit Güneş, s.1211.

fiziksel, zihinsel veya ahlaki gelişimine zarar verebilecek türde içerik taşıyan programlar çocukların izleyebileceği zaman dilimlerinde ve koruyucu sembol kullanılmadan yayınlanamaz” hükmüyle çocukların zihinsel, ruhsal, bedensel ve ahlaki gelişiminin yasalarla korunması hedeflenmektedir. Koruyucu sembol televizyon, radyo ve isteğe bağlı yayınlarda kullanılan ve çocukların izleyecekleri veya dinleyecekleri içerikler bakımından çocuklara ve ebeveynlere bilgilendirme sunan içerik işaretleri olarak tanımlanabilmektedir. Doktrinde ve uygulamada “Akıllı İşaretler” olarak ifade bulan koruyucu semboller internet ortamından isteğe bağlı yayın hizmetlerinde kabul edilen ebeveyn kontrol sistemine amaç bakımından benzerlik göstermektedir.⁶⁰

İsteğe bağlı yayın hizmet içeriklerinin çocukların gelişimine aykırı olması durumunda uygulanacak yaptırımlar 6112 sayılı Kanun’un 32. maddesinde düzenlenmektedir. Kullanıcıların üye olup şifre sistemini kaldırdıktan sonra izleme yapabildiği bir televizyon içeriğinin çocuklar bakımından zararlı olabileceğinden bahisle idari yaptırım uygulanan film hakkında açılan bir davada ilk derece mahkemesi “...televizyon izleme etkinliğinde izleyicinin pasifrolünün değiştiği, aktif izleyici kavramının güncellik kazandığı, izleyicinin seçim yapma, istemediği içeriği sınırlama, istediği içeriği özgürce belirleme olanaklarının bulunduğu, bununla birlikte akıllı işaretlerle getirilmek istenen koruyucu yaklaşımın şifreli yayının doğasında zaten mevcut olduğu, ayrıca filmin ‘18 yaş ve üzeri/olumsuz örnek ve cinsellik’ koruyucu sembolü ile yayınlandığı, davaya konu filme erişim için hizmet bedeli ödeyen izleyicinin çocuk izleyici olmadığı, şifrelerin, evdeki çocukların değil, yetişkinlerin bilgi ve kullanımına sunulduğu, çocuğunun hangi kanala ne zaman erişebileceğini denetleme yetkisinin davalı idareye değil bizzat ebeveynlere ait olduğu, davalı idarenin aile içindeki işleyiş ve süreçlere müdahil olmamasının gerektiği, bununla birlikte yine davalı idarenin izlemek istediği kanalın parasını ödeyen, zamanı belirleyen ve şifresini girmek kaydıyla kendi seçme hak ve özgürlüğünü, tercih yapma iradesini yasal biçimde kullanan izleyiciyi denetlemek gibi bir yetkisinin olamayacağı, ücreti ödenip şifre girilmek kaydıyla (aynı filmin DVD’sini alarak izlemeye benzer bir şekilde) izlenen filmin alkol, tütün ve uyuşturucuyu özendirdiğinin tespitinin davalı idarenin görev tanımı kapsamında bulunmadığı gerekçesiyle, tesis olunan dava konusu işlem hukuka aykırı bulunarak işlemin iptaline ...” şeklinde karar tesis etmiştir. İlk derece mahkemesinin kararının temyiz edilmesi üzerine Danıştay 13. Daire

⁶⁰ “Akıllı işaretler sınıflandırma sisteminin amacı, anne babaları ve kamuoyunu medya yapımlarının olası zararlı etkileri konusunda bilgilendirmek ve medyayı nasıl kullanmaları gerektiğini çocuklara öğretmelerinde onlara yardımcı olmaktır.” Detaylı bilgi için bkz: Ferhunde Öktem, Melike Sayıl ve Sevilay Çelenk Özen, “Çocuklar ve Gençlerin Televizyonun Zararlı İçeriklerinden Korunması: ‘Akıllı İşaretler Sınıflandırma Sistemi’”, Akademik Çalışma Altyapısı, 2006, erişim tarihi: Şubat 17, 2022. <https://www.rtukisaretler.gov.tr>.



Başkanlığı 6112 sayılı Kanun'un "her türlü teknik, usul ve araçlarla ve her ne isim altında olursa" olsun tüm yayın hizmetlerine yönelik uygulanacağını belirtmiştir. Dolayısıyla yayıncıların, yayınların tamamının hukuka uygun olarak hazırlanması gerekmektedir. Danıştay, somut uyuşmazlıkla ilgili olarak "6112 sayılı Kanun'un 8. maddesinde sayılan "Yayın Hizmeti İlkeleri" nin şifreli ve şifresiz yayın yapan bütün kuruluşları bağladığı ve isteğe bağlı yayın hizmeti sağlayıcılarının da şifreli-şifresiz ayrımı yapılmaksızın yayınlarında bu ilkelere uymakla yükümlü oldukları dikkate alındığında, uyuşmazlığa konu yayının, 6112 sayılı Kanun'un 8. maddesinin birinci fıkrasının (h) bendi[ni] ... ihlâl ettiği, bu ilkeye şifreli-şifresiz yayın yapan tüm yayıncı kuruluşların, izleyenlerin çocuk-yetişkin olması ayrımı yapılmaksızın tüm programlarda uyması gerektiği ..." kanaatine varmıştır. İdarenin 6112 sayılı Kanun'un "İdari Yaptırımlar" başlıklı 32. maddesi kapsamında uyguladığı yaptırım kararını hukuka uygun bulmuştur.⁶¹ Yüksek Mahkemenin verdiği karar isabetli görülmektedir. Zira isteğe bağlı yayınlar aktif izleyici ve dinleyiciyi ortaya çıkararak kişiyi geleneksel araçlara göre daha özgür kılmaktadır; ancak bu özgürlük sınırsız değildir. Zira içeriğe erişimde yaş sınırı veya benzeri bir yöntem kullandığı için içeriğin hiçbir ilkeye uymaksızın özgürce yayınlanması mümkün olmamalıdır. Danıştayın bu kararı, şifreli veya aboneli yayın adı altında hizmet içeriklerinin kontrolsüzce yayınlanmasının kabul edilemeyeceğini göstermektedir.

Teknolojinin gelişmesiyle televizyon, radyo ve isteğe bağlı yayın hizmetlerinin internet ortamında geniş yer tutmaya başlamasıyla 5651 sayılı Kanun ve 6112 sayılı Kanun'daki düzenlemeler yeniden gündeme gelmiştir. 5651 sayılı Kanun internet ortamından yayıncılık faaliyetlerini düzenleme ve denetleme altına alsa da bu Kanunla internet ortamındaki görsel-ışitsel yayın hizmetlerine ilişkin denetim mümkün olmamaktadır.⁶² Bu açıdan görsel-ışitsel yayın hizmetlerini düzenlemek ve denetlemekle yükümlü Radyo ve Televizyon Üst Kurulu Mart 2018'de 6112 sayılı Kanun'a "Yayın hizmetlerinin internet

⁶¹ Danıştay 13. Daire Başkanlığı 2015/5449 E., 2018/2795 K.

⁶² İnternet ortamından yayıncılığın denetlenmesi ve düzenlenmesi hususunda hem BTK'nin hem RTÜK'ün çalışması, iki kurum arasında yetki çatışmasına neden olabileceği ileri sürülerek eleştirilmektedir. 6112 sayılı Kanun ve Yönetmelik hükümlerinde erişim engeli ve içerikten çıkarılma kararları verilebileceği düzenlenmektedir. Erişim engeli ve içerikten çıkarılma kararlarının BTK ve RTÜK arasında farklı uygulamalar içerebileceği değerlendirilmektedir. Murat Volkan Dülger, "RTÜK Denetimi İnternete Yeni Bir Yasak mı Getiriyor? RTÜK'e Eklenen 29/A Maddesinin 5651 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi." 2021, s. 1-11, SSRN. Erişim Tarihi: Ocak 16, 2022. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3792257.

Fakat BTK, internet ortamındaki yayın hizmetlerini denetlememektedir. Yayın hizmetleri RTÜK'ün görev alanına girmektedir. Yayın hizmetleri RTÜK tarafından belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde yapılabilen bir hizmettir. Bu açıdan iki kurum arasındaki koordinasyonun teknik ve altyapı konusunda olacağı değerlendirilmelidir.

ortamından sunumu” başlıklı 29/A maddesini eklemiş, yayınlarını internet ortamından sunmak isteyen medya hizmet sağlayıcı veya internet platform işletmecilerine RTÜK’ten yayın lisansı veya yayın iletim yetkisi almalarını zorunlu kılmıştır. Ağustos 2019’da ise madde hükmünü ayrıntılı olarak düzenleyen “Radyo, Televizyon ve İsteğe Bağlı Yayınların İnternet Ortamından Sunumu Hakkında Yönetmelik” yürürlüğe girmiştir.⁶³ Bu madde hükmü ve sonrasında kabul edilen Yönetmelikle birlikte RTÜK, yayınlarını internet ortamından sunmak isteyen medya hizmet sağlayıcı kuruluş veya internet platform işletmecilerinin internet ortamından gerçekleştirecekleri yayınlardaki sorumluluk ve yükümlülüklerini belirlemeyi, bu açıdan geleneksel medyada olduğu gibi yayıncıların editoryal sorumluluğunun olduğunu tespit etmeyi amaçlamıştır.

İsteğe bağlı yayınlarını internet ortamından sunmak üzere Radyo ve Televizyon Üst Kurulu’ndan yayın lisansı veya yayın iletim yetkisi almış kuruluşlar bu yayınlarını 6112 sayılı Kanunun “Yayın hizmeti ilkeleri” başlıklı 8. maddesi başta olmak üzere, ilgili tüm yönetmelikler ve yayın etik ilkeleri gibi usul kurallarının belirlendiği hükümler çerçevesinde gerçekleştirmekle yükümlüdürler. Aynı şekilde 6112 sayılı Kanun’un 8. maddesinin 3. fıkrasında da isteğe bağlı yayın hizmetlerine yönelik özel bir düzenleme bulunmaktadır. Düzenlemeye göre yayıncılar, yayına sunulan kataloglar içerisinde çocukların zihinsel, ruhsal veya ahlaki açıdan etkilenmesini mümkün kılacak katalogları onların duymayacağı ve göremeyeceği şekilde hazırlamak zorundadırlar. Bu açıdan 6112 sayılı Kanun’un 29/A maddesi ve Yönetmeliğin medya hizmet sağlayıcı kuruluşları ve internet yayın platform işletmecilerine yönelik yükümlülüklerinin belirlendiği Dördüncü Bölüm gereğince isteğe bağlı yayınlarını internet ortamından sunmak isteyen aktörler yayın içeriklerini yayın etik ilkelerine⁶⁴ ve Kanun’un 8. maddesinde düzenlenen yayın hizmet ilkelerine uygun yapmak durumundadır.

İnternet ortamından yayıncılık hakkında yapılan yeni düzenlemeler incelendiğinde bu alanda hizmet verecek isteğe bağlı yayın hizmet aktörlerinin çocukların zihinsel, ruhsal veya ahlaki gelişimine aykırı olan içerikleri belli kurallar çerçevesinde, tanıtıcı ifadeler kullanarak, çeşitli ebeveyn kontrol teknikleri veya sisteme entegre edilecek farklı şekillerde sunmak zorundadır. Bu açıdan Yönetmelik “Çocukların korunması” başlıklı 21. maddesiyle internet ortamından isteğe bağlı yayın hizmetlerini gerçekleştiren aktörlere “*İnternet ortamından yayın lisansı verilen medya hizmet sağlayıcı kuruluşlar ile yayın*

⁶³ Ahmet Akalın, “RTÜK Kurumsal İmajı: 2019- 2023 Stratejik Planı Çerçevesinde.” *Ўзбекистонда хорижий тиллар*” илмий-методик электрон журнал, journal.fedu.uz, S:4, 2019, s.135.

⁶⁴ Radyo ve Televizyon Üst Kurulu, “Görsel-İşitsel Yayıncılık Etik İlkeleri”, erişim tarihi: Ocak 16, 2022. <https://www.rtuk.gov.tr/gorsel---isitselyayincilik-etik-ilkeleri/3841>.



iletim yetkisi verilen internet yayın platform işletmecileri, çocukların fiziksel, zihinsel veya ahlaki gelişimine zarar verebilecek türde yayınlara ebeveyn kontrolünü sağlayıcı tedbirleri almakla yükümlüdür.” şeklinde bir düzenleme kabul edilmektedir. Dijital yerli olarak tanımlanan ve günümüzde internet teknolojilerinden oldukça faydalanan, görsel-işitsel içeriklere yoğunlukla televizyon veya radyodan değil internet ortamından ulaşan çocuk ve gençlerin bu içeriklerin zararları konusunda korunması bir bakıma bu alanda kamu yararını yerine getirmek için çocuğun yüksek yararını ilk hedef olarak ele almaktadır.

Yönetmelik’te ve 6112 sayılı Kanun’da belirtilen yükümlülüklerle uygun hareket etmeyen medya hizmet sağlayıcılar veya internet platform işletmeleri ise aynı Yönetmelikle kabul edilen içerikten çıkarma veya erişim engeliyle karşı karşıya kalmaktadır. Nasıl ki geleneksel medyada isteğe bağlı yayınlar çeşitli denetimlere tabi tutuluyorsa internet ortamından gerçekleştirilen yayınlar da internet mecrasına uygun teknik, usul ve yöntemlerle denetime tabi tutulmalıdır. Konuya RTÜK tarafından verilen Netflix “Minnoşlar (Cuties)” filmi kararı örnek gösterilebilir. RTÜK bu kararında “*‘Çocukların Korunması’, iç hukuk sisteminde ve uluslararası camiada herkes tarafından kabul görmüş ve ciddiyetle ele alınan bir meseledir. Nitekim, çocukların ‘toplumsal bir varlık’ olarak korunmasını sağlayacak esaslar getiren pek çok uluslararası sözleşme imzalanmıştır.*” şeklinde açıklamada bulunarak adı geçen filmde çocuk istismarı içeren görüntüler olduğunu, küçük yaştaki bireylerin yetişkin hayatlarına özendirilerek etki altına alınmaya çalışıldığını belirtmekte, bu yayının hem ulusal hem de uluslararası kurallara aykırı olduğunu değerlendirerek Netflix adlı internet ortamından isteğe bağlı yayın hizmetine, ilgili filmin içerikten çıkarılması yönünde işlem tesis etmiştir.⁶⁵

Geleneksel medya araçlarından olan televizyon ve radyo içeriklerinde bulunan şiddet, cinsellik, argo kullanımı, pornografik ifadelerin çocukların ruh sağlığına etkisinin olduğunu kabul eden bilirkişi görüşleri doğrultusunda verilmiş emsal kararlar mevcuttur.⁶⁶ Her ne kadar bu kararlar geleneksel

⁶⁵ Radyo ve Televizyon Üst Kurulu, K.7, 03.09.2020, (<https://www.rtuk.gov.tr/UstKurulKarar/Detay/14406>).

⁶⁶ “7 yaşından büyük çocukların her türlü yoğunlukta ve uzunluktaki şiddeti izleyebileceklerini düşünmenin hatalı olduğu, bu nedenle, pek çok kanıtla ortaya konduğu gibi, şiddet içerikli yayınların çocuk ruh sağlığı üzerindeki bozulmaya yol açan etkisinin çok açık olduğu, şikâyete konu olan dizideki görüntülerin ise her yaş dönemindeki çocuklar için travmatik etkiler oluşturabileceği ya da şiddeti özendirici bir etki yaparak çocukların ruh sağlığını olumsuz etkileyebileceğinin düşünülebileceği, sonuç olarak işleme konu görüntülerin çocuk ve gençlerin fiziksel, zihinsel veya ahlaki gelişimine zarar verebilecek türde içerik taşıdığı yönünde kanaate varıldığı...” Dan. 13. D, E.2015/830, K.2015/1331, Detaylı bilgi için bkz: Radyo ve Televizyon Üst Kurulu, “6112 Sayılı Kanun Kapsamında Verilen Danıştay Kararları”, erişim tarihi: Ocak 19, 2022. <https://www.rtuk.gov.tr/6112-sayili>

araçların kullanımını noktasında verilmiş gibi gözükse de bu kararların öncelikle çocuk ve gençlerin zararlı içeriklere ulaşabilmesi noktasında değerlendirilmesi gerekmektedir. Başka bir anlatımla, günümüzde çocuklar ve gençler görsel-işitsel içeriklere televizyon veya radyodan daha çok internet ortamından kolaylıkla ulaşabilir duruma gelmektedirler. Ebeveynlerinden çok daha aktif ve hızlı internet kullanıcıları olan çocuk ve gençlerin geleneksel araçların yanında evleviyetle internet ortamındaki içeriklerden korunması gündemde tutulmalıdır.

VI. ÇOCUĞUN ZARARLI İÇERİKLERDEN KORUNMASINA İLİŞKİN HUKUKİ DÜZENLEMELERE ÖRNEKLER

Ebeveyn kontrol sisteminin yasalaşması ve uygulamaya geçmesi Türkiye’de olduğu gibi başka ülkelerde de çeşitli karar ve çalışmalara konu olmuştur. Örneğin İtalya Parlamentosu dijital medya alanında AB yasalarına uyumlu olacak şekilde yeni düzenlemeler kabul etmektedir. Bu düzenlemeler kısaca reşit olmayanları dijital platformlardaki uygunsuz içerikten korumayı amaçlamaktadır. Buna göre küçüklerin şiddet ve pornografi gibi içeriklere veya ruhsal, ahlaki veya zihinsel gelişimlerine zararlı olabilecek içeriklere maruz kalmalarının en aza indirilmesi hedeflenmektedir.⁶⁷ Yasal düzenlemelere göre elektronik ortamda sunulan televizyon hizmetlerinde yetişkinlere yönelik içeriklerin engellenmesi gerektiği kabul edilmekte, gerektiğinde tüketicilerin ücretsiz olarak uygulayabilecekleri bir filtreleme usulü zorunlu kılınmaktadır. Hükümlere aykırı hareket edilmesi halinde ise İtalyan İletişim Kurumu söz konusu mevzuata aykırılığın sona erdirilmesini, filtreleme uygulamalarından elde edilen herhangi bir haksız kazancın geri iadesinin yapılmasını zorunlu tutmaktadır.⁶⁸

İngiltere’de kitle iletişim araçlarının denetim ve düzenlenmesinde görevli OFCOM, isteğe bağlı yayın hizmetlerindeki zararlı içeriklerden kullanıcıların korunması adına detaylı önlemler tavsiye etmektedir. İçerik raporlaması, yaş güvencesi ve ebeveyn kontrolleri noktasında alınacak erişim kontrol

kanun-kapsamında-verilen-danistay-kararlari/3766).

⁶⁷ Özellikle çocuklarla ilgili olarak yapılan düzenlemelerde çocukların içerik üretiminde kullanılması ve içeriklerden etkilenmesinin önlenmesi söz konusudur. Bu bağlamda 1- hukuka aykırı içerik oluştururken çocukların kullanılmasını önlemeye yönelik ve 2- bu içeriklere çocukların erişimlerini önlemeye yönelik olmak üzere düzenlemelerde çocuklar iki farklı boyutta ele alınmaktadır. Detaylı bilgi için bkz: Murat Volkan Dülger, “Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Çocuk Pornografisinin İnternet Aracılığıyla Yayılmasına Karşı Yapılan Düzenlemeler.” *İstanbul Barosu Dergisi*, C:78, S:4, 2004, s.1485vd.

⁶⁸ Ernesto Apa ve Marco Bassini, “Parliament Strengthens Parental Control And Filtering In Electronic Communications”, Iris Merlin, erişim tarihi: Ocak 2, 2021. <https://merlin.obs.coec.int/article/8961>.

örnekleri bu önlemlerden bazılarıdır.⁶⁹ Bu doğrultuda yaş doğrulama veya yaş güvencesinde yüz tanıma, parmak izi teknikleri, dijital kimlik çözümleriyle belirtilen yaşın doğruluğunun kontrol edilmesi gibi kredi kartı şirketlerince kullanılan onaylama yöntemleri kullanılabilir. Ayrıca tek oturum açılabilme imkanı, ebeveyn kontrolüne imkan sağlayan mekanizmaların kurulması, kredi kartı bilgileriyle girişin mümkün kılınması gibi yöntemler de kullanıcıların isteğe bağlı yayın hizmetlerindeki zararlı içeriklerden korunmasını sağlayan önlemlerdendir.⁷⁰

OFCOM'un ebeveyn kontrol sistemlerinin etkili bir şekilde uygulanabilmesi için önerdiği uygulamalar arasında etiketleme⁷¹ ve derecelendirme⁷² yöntemleri de bulunmaktadır. İsteğe bağlı yayınlardaki zararlı içeriklerden 18 yaşından küçük bireylerin korunmasına yardımcı olmak bakımından derecelendirme sistemlerinin temel yolu, platforma kısıtlı materyal⁷³ olarak bildirilen içeriğin otomatik olarak tespit edilmesidir. Etiketleme veya derecelendirme sistemlerinin ebeveyn kontrol sistemleriyle birlikte uygulandığında zararlı içeriğe erişimin önlenmesinde daha etkili olacağı değerlendirilmektedir.⁷⁴

OFCOM'a göre, ebeveyn kontrol sistemi, 18 yaşından küçük bireyler tarafından kolayca atlatılmayacak şekilde kurulmalıdır. Yayın kuruluşları ebeveyn kontrollerinin kilidini açmak için gereken şifreleri veya PIN'leri sabit veya tek seferlik doğrulama kodları şeklinde kurabilmektedir. Bu bağlamda tek seferlik doğrulama kodlarının, bu sistemleri atlamaya çalışan 18 yaşın altındaki bireylere karşı koruma potansiyelinin daha yüksek olduğu düşünülmektedir.⁷⁵

ERGA (European Regulators Group for Audiovisual Media Services) raporuna göre İngiltere'de isteğe bağlı yayının hizmeti sunan Channel 4 'All

⁶⁹ OFCOM, "Video-Sharing Platform Guidance, Guidance for Providers on Measures to Protect Users from Harmful Material," 2021, Erişim Tarihi: Mart 30, 2022, https://www.ofcom.org.uk/_data/assets/pdf_file/0028/216487/vsp-harms-draft-guidance.pdf, s.2.

⁷⁰ OFCOM, s.33.

⁷¹ Kısıtlı materyal olarak tespit edilen içeriklerin belirtilmesidir. İsteğe bağlı yayıncıların uyguladığı etiketleme sisteminin detaylı görseli için bkz: European Regulators Group for Audiovisual Media Services, s.13.

⁷² Program içeriğinin hangi yaş sınırına uygun olduğunu gösteren etiketlemedir. European Regulators Group for Audiovisual Media Services, s.63.

⁷³ Kısıtlı materyal; yetişkinlere yönelik içerikleri anlatmak üzere, 18 yaşın altındaki bireylere uygun olmayan veya 18 yaşın altındaki kişilerin 'normalde görmemesini veya duymamasını' sağlayacak şekilde kullanıma sunulması gereken içerikler için kullanılan bir kavramdır. OFCOM, 'Specially Restricted Material' and Age Verification Guidance for Providers of On-Demand Programme Services Changes to the Guidance. (Anılış: Restricted Material) 2021. Erişim Tarihi Mart 30, 2022. https://www.ofcom.org.uk/_data/assets/pdf_file/0018/140157/statement-changes-odps-rule-11-guidance.pdf, s.1,3.

⁷⁴ OFCOM, s.31.

⁷⁵ OFCOM, s.38.

4' logolu yayın kuruluşu sisteme kayıt olmak noktasında kullanıcılara bir yaş sınırı koymaktadır. Channel 4 'All 4' yayın kuruluşu, içeriklere erişim için 16 yaş ve üstü şeklinde yaş sınırı uygulamaktadır. Böylece 16 yaşından küçük bir kullanıcı, kısıtlı materyal olarak tespit edilen içeriğe erişememektedir.⁷⁶

İngiltere'de çoğunluğun çocuk üyelerden oluştuğu Tiktok⁷⁷ veya Snapchat⁷⁸ gibi sosyal medya uygulamalarında çocuk istismarı faaliyetleri başta olmak üzere terörizm, ırkçılık, nefret söylemi yayınlarına oldukça fazla rastlanmaktadır.⁷⁹ Çocukların çevrimiçi içeriklere erişmeleri hususunda İngiltere hükümeti Mayıs 2021'de⁸⁰ ilk "Çevrimiçi Güvenlik Yasası" tasarısını meclise sunmuştur.⁸¹ Yasa, kullanıcı tarafından oluşturulan, kullanıcıların kendi içeriklerini çevrimiçi olarak yayınlamalarına veya birbirleriyle etkileşime girmelerine izin veren kuruluşları kapsamaktadır.⁸² Yasa tasarısının amacı çevrim dışı alanlardaki hukuka aykırı ve yasak faaliyetlerin çevirim içi ortamlarda da engellenmesidir. Bahsi geçen yasada çocuk istismarından, kadın ve kız çocuklarına yönelik şiddet görüntüleri ve çevrimiçi dolandırıcılık faaliyetlerine kadar çeşitli konularda zararlı veya hukuka aykırı eylemlere ilişkin düzenleme yer almaktadır. Bu yasayla hükümet, teknolojinin ve dijital dünyanın "kanunsuzluk ortamı" olmaktan kurtarılmasını amaçlamaktadır.⁸³

Yasa tasarısının 69. maddesine göre, OFCOM'un internet hizmeti sunan kuruluşların yükümlülüklerine ilişkin rehber ilkeler belirlemesi gerekmektedir. Maddenin devamında belirtilen rehber ilkeler içerisinde 'internet hizmeti sunan kuruluşların, kullanıcıların korunması için hizmet sağlayıcıların alabilecekleri önlemlere ilişkin örnekler ortaya koyması gerektiği' de yer almaktadır. Tasarı'nın "*OFCOM'un İletişim Yasası'nın 3. Bölümü kapsamındaki genel görevleri*" başlıklı 77. maddesinde OFCOM'un görevini yerine getirirken

⁷⁶ European Regulators Group for Audivisual Media Services s.37.

⁷⁷ 2020 yılında İngiltere'de 15-25 yaş arasında bulunan Tik Tok kullanıcılarının oranı %24 olarak tespit edilmiştir. STATISTA, Percentage of Internet Users Who Use Tiktok in The United Kingdom (UK) as of 3rd Quarter 2020, by Age Group. Erişim Tarihi: Mart 29, 2022. <https://www.statista.com/statistics/1184043/tiktok-user-demographics/#:~:text=As%20of%20the%20third%20quarter,years%20were%20using%20the%20app.>

⁷⁸ 2020 yılında İngiltere'de 15-25 yaş arasında bulunan Snapchat kullanıcılarının oranı %57 olarak tespit edilmiştir. STATISTA.

⁷⁹ BBC. "TikTok and Twitch Face Fines under New OFCOM Rules." (Anılış: New OFCOM Rules) Erişim Tarihi: Mart 29, 2022. <https://www.bbc.com/news/technology-58809169>.

⁸⁰ UK PARLIAMENT. "Parliamentary Bills." Erişim Tarihi: Mart 29, 2022. <https://bills.parliament.uk/bills/3137>.

⁸¹ DEPARTMENT FOR DIGITAL, CULTURE, MEDIA & SPORT. "Online Safety Bill: Factsheet." 17 Mart 2022. Erişim Tarihi: Mart 29, 2022. <https://www.gov.uk/government/publications/online-safety-bill-supporting-documents/online-safety-bill-factsheet#who-oversees-and-enforces-the-framework>.

⁸² DEPARTMENT FOR DIGITAL, CULTURE, MEDIA & SPORT.

⁸³ BBC, "Online Safety Bill: Harmful and Illegal Content could Evade New Laws, MPs Warn" Erişim Tarihi: Mart 29, 2022. <https://www.bbc.com/news/uk-politics-60103156>.

çocukların yetişkinlerden daha yüksek düzeyde korunması ihtiyacına dikkat etmesi gerektiği vurgulanmaktadır. 77. maddenin (e) fıkrasında, çevrimiçi zararların en aza indirilmesi için kuruluşların tüm teknolojik imkanları kullanmaları için teşvik edilmesi gerektiği belirtilmektedir.⁸⁴

Yasa tasarısı OFCOM’u çevrimiçi ortamlardaki yasaya veya hukuka aykırı faaliyetlere yönelik denetim ve düzenleme konusunda yetkilendirmektedir. Düzenlemeye göre çevrimiçi ortamlardaki zararlardan ve risklerden küçük yaştaki bireylerin korunması adına kuruluşların etkili bir yaş doğrulama sistemi kurmaları gerekmektedir. Aksi taktirde küçüklere zararlı içerik barındıran dijital ortamlara yönelik hizmetin askıya alınması gibi yaptırımlar uygulanabilecektir.⁸⁵

Hindistan’da internet ortamından isteğe bağlı yayın hizmetlerine yönelik kabul edilen belirli idari yönergeler bulunmaktadır. Bu açıdan “Çevrimiçi Seçilmiş İçerik Sağlayıcılar için En İyi Uygulama Kuralları” adındaki düzenlemede ebeveyn kontrolüne ilişkin düzenlemelere rastlanmaktadır. İlgili düzenlemeye göre, yetkililer internet ortamından isteğe bağlı yayın hizmet sağlayıcılarının ebeveyn kontrol sistemleri oluşturulması, bunun yanında programlara yönelik yaş ve içerik sınıflandırmaları sağlanması zorunlu tutulmaktadır.⁸⁶

Almanya’da “Multimedya Hizmet Sağlayıcılar için Denetleme Kuruluşu” görevini üstlenen FSM, internet ortamından isteğe bağlı yayın kuruluşlarının yayınlara yönelik yaş sistemini kabul etmektedir. Buna göre yayıncılar içeriklere yönelik farklı profiller oluşturabilmeli, abonelerin veya kullanıcıların bireysel kullarımlarına yönelik uygulanabilecek PIN sistemini entegre etmeleri gerekmektedir. Buna göre FSM internet ortamından isteğe bağlı yayın hizmet kuruluşlarından uygulamanın kullanıcı ve aboneler için daha kullanışlı ve sistematik bir koruma sağlamasını gerekli kılmaktadır.⁸⁷ Benzer bir düzenleme İspanya düzenleyici otoriteleri tarafından da kabul edilmektedir. İspanya, Görsel-İşitsel Medya Hizmet Direktifinin iç hukuka aktarılması amacıyla ülkede hizmet veren tüm medya hizmet sağlayıcıların küçüklerin korunması amacıyla ebeveyn kontrol sistemini kullanmalarını zorunlu kılmakta, bu sistemin kullanımının kolaylaştırılması gerektiğini kabul etmektedir.⁸⁸

⁸⁴ UK PARLIAMENT.

⁸⁵ BBC, New OFCOM Rules.

⁸⁶ Vikram Bhargava ve Vasudha Luniya, “How India Regulates Social Media And The OTT Platforms- Information Technology (Intermediary Guidelines And Digital Media Ethics Code) Rules”, Mondaq.com, erişim tarihi: Ocak 3, 2022. <https://www.mondaq.com/india/social-media/1069974/how-india-regulates-social-media-and-the-ott-platforms--information-technology-intermediary-guidelines-and-digital-media-ethics-code-rules-2021>.

⁸⁷ Mirjam Kaiser, “FSM, Approves Additional Disney+ Youth Protection Functions”, Iris Merlin, ,2021, erişim tarihi: Ocak 19, 2022. <https://merlin.obs.coe.int/article/9172>.

⁸⁸ María T. Garcia Leiva, “First Draft Law on Audiovisual Communication”, Iris Merlin,

İnternet ortamından sunulan isteğe bağlı yayınlardan çocuklar için riskli olanlara karşı çocukların korunmasında ebeveyn kontrol sistemleri yaygın olarak kullanılmaktadır. Bu bağlamda gerek Türkiye gerek Almanya, İtalya, İngiltere veya Hindistan gibi ülkeler ebeveyn kontrol sistemleri geliştirerek çocuğun üstün yararının gözetildiği düzenlemeler yaparak çocukların internet ortamından sunulan riskli içeriklere karşı hukuken korunmasını sağlamaktadır.

VII. ÇOCUĞUN ZARARLI İÇERİKLERDEN KORUNMASINA İLİŞKİN UYGULAMADAN ÖRNEKLER

Radyo, Televizyon ve İsteğe Bağlı Yayınların İnternet Ortamından Sunumu Hakkında Yönetmeliğin 21. maddesiyle internet ortamından isteğe bağlı yayıncılar dahil görsel-işitsel medyada hizmet gerçekleştiren tüm aktörlere yönelik yükümlülükler genişletilmektedir. Söz konusu madde hükmüyle birlikte medya hizmet sağlayıcılar ve internet platform işletmecilerinin görev ve sorumlulukları arasına katalog dahilinde bulunan içeriklerden çocukların zihinsel, ruhsal ve ahlaki gelişimlerine aykırı olanların ebeveyn kontrol sistemiyle koruma altına alınması zorunlu tutulmaktadır. Bu anlamda Yönetmelik'in sadece internet medya aktörlerini lisanslama gibi bir amaçla yola çıkmadığı aynı zamanda adı geçen Yönetmeliğin içerik denetimlerinde de uygulama alanı bulduğu anlaşılmaktadır.

İnternet ortamından isteğe bağlı yayın hizmetlerinde kamu yararını gerçekleştirmek için alınacak önlemler ancak medya hizmet sağlayıcılar başta olmak üzere tüm aktörlerin atacakları aktif adımlarla etkin hale gelmektedir. İnternet ortamından isteğe bağlı yayın hizmet kuruluşları, kullanıcı veya abonelerine ebeveyn kontrolünü uygulama imkânı sunan sistemler geliştirmektedir.

Netflix, ebeveynlere çocukların izleyebileceği dizi ve filmleri seçebilecekleri bir sistem entegre etmektedir. “Netflix Çocuk” adında bir profil oluşturularak çocuklara uygun olmayan içeriklere ulaşılmasının önüne geçilmesi hedeflenmektedir. “Netflix Çocuk” profili oluşturulduğunda çocuk, hesap ayarlarına erişememekte, sadece çocuklar için yapılmış dizi ve filmlere ulaşmakta, “Netflix Game” sekmesine girememektedir. Bu platformda ebeveyn kontrolleri çeşitli yöntemler kullanılarak oluşturulmaktadır. Bunlardan ilki, yetişkinlik seviyesine⁸⁹ uygun profiller oluşturmaktır. Yetişkinlik düzeyi

erişim tarihi: Ocak 19, 2022. <https://merlin.obs.coe.int/article/9031>.

⁸⁹ Yetişkinlik düzeyleri isteğe bağlı yayıncı olarak sorumluluk alan medya hizmet sağlayıcı tarafından veya iş birliği halinde ilgili mecralarda düzenleme gerçekleştiren kurum ve kuruluşlar tarafından belirlenmektedir. Bu açıdan her ülkeye göre söz konusu yetişkinlik düzeyi farklılık gösterebilmektedir. Medya hizmet sağlayıcı, yetişkinlik düzeylerini film veya dizide bulunan argo, cinsellik, şiddet gibi sahneler, anlatılar ve görsellere bakarak değerlendirmektedir.

olan +7, +13, +16 veya +18 yaş ve üzeri için uygun içeriklere yönelik bir profil oluşturulduğunda isteğe bağlı yayın hizmet içeriğinde ancak seçili yaş düzeyine uygun içerikler görüntülenmektedir.⁹⁰ Profilleri yöneterek çocuk profili oluşturulduğunda söz konusu profil farklı bir logo ve renkle diğer profillerden ayrılmaktadır.⁹¹ Bunun yanında “İzleme Kısıtlamaları” tekniğiyle oluşturulan profillerde bazı film, dizi veya diğer içerikleri engelleme imkanı bulunmaktadır.⁹² Ebeveyn kontrolünde diğer bir yöntem ise profillerin kilitlenmesi usulüdür. Buna göre kilitlenmek istenen profil için bir PIN kodu belirlenmekte, söz konusu profil açılmak istendiğinde PIN kodu girilmesi zorunlu kılınmaktadır.⁹³

İnternet ortamından isteğe bağlı yayın hizmetlerinde önemli olan bir konu da sisteme girildiğinde dizi, film veya benzeri içeriklerin fragman veya tanıtımlarının otomatik olarak oynatılmasıdır. Otomatik oynatmalar kontrol edilmediğinde sisteme kendi başına giren bir çocuk zararlı bir içeriğin görmemesi gereken bir kısa tanıtımıyla karşılaşabilmektedir. Otomatik oynatmaların ebeveyn kontrol tekniğiyle düzenlenmesi önem arz etmektedir. Netflix bu durumu ebeveyn kontrol sistemini aktive ederek kontrol edilebilir hale getirmektedir. Ebeveyn kontrol ayarlarından uygulama kullanıldığı esnada içeriklere göz atılırken otomatik oynatma seçeneğinin kapatılması mümkün kılınmaktadır.⁹⁴

Amazon Prime Video üyeliği esnasında ebeveynler için “*Prime Video ebeveyn denetimleri, etkinleştirdiğiniz satın alma veya görüntüleme kısıtlamalarını atlamak için PIN kodunuzun girilmesini gerektirir.*” şeklinde bir düzenleme kullanılmaktadır. PIN kodu belirlendiğinde yetişkinlik düzeyine uygun olarak 4 farklı yaş seçeneği çıkmaktadır. “Tümü” seçeneği ise PIN kodu girilmeden izlenebilecek çocuk içeriklerine aittir. Söz konusu yaş düzeylerinden biri tercih edildiğinde artık içeriklere belirlenen PIN koduyla girilmesi gerekmektedir.⁹⁵

⁹⁰ Netflix, “Netflix’teki dizi ve filmlerin yetişkinlik düzeyleri”, Netflix.com, erişim tarihi: Ocak 15, 2022. <https://help.netflix.com/tr/node/2064>.

⁹¹ Netflix, “Belirli bir yetişkinlik düzeyine sahip profil oluşturulması”, Netflix.com, erişim tarihi: Ocak 15, 2022. <https://help.netflix.com/tr/node/114275>.

⁹² Netflix, “Yetişkinlik düzeyi seçimi veya içeriklerin engellenmesi”, Netflix.com, erişim tarihi: Kasım 9, 2021. <https://help.netflix.com/tr/node/114276>.

⁹³ Netflix, “Profillerin kilitlenmesi veya kilidinin açılması”, Netflix.com, erişim tarihi: Aralık 17, 2021. <https://help.netflix.com/tr/node/114277>.

⁹⁴ Netflix, “Önizlemeleri otomatik oynatma özelliğinin açılıp kapatılması”, Netflix.com, erişim tarihi: Aralık 15, 2021. <https://help.netflix.com/tr/node/2102>.

⁹⁵ Amazon Prime. “Amazon Prime’a Prime Video Dahil Mi?” Primevideo. Erişim Tarihi: Ocak 15, 2022. https://www.primevideo.com/help/ref=atv_hp_nd_nav?language=tr_TR&nodeId=GD5REBNJD74BURF6.

Yerli internet ortamından isteğe bağlı hizmet kuruluşları ebeveyn kontrol sistemini uygulamalarına entegre etmektedirler. Netflix veya Amazon kadar ayrıntılı bir uygulama kabul etmeyen fakat sisteminde ebeveyn kontrol ayarlarını barındıran BluTV bunlara örnek olarak gösterilebilir. BluTV’de ebeveynler aynı hesap üzerinde içerik türlerini kısıtlayabilmekte fakat yetişkinlik seviyeleri aboneler tarafından seçilememektedir. Bir hesapta ebeveyn kontrolü aktive edildiğinde aboneler yalnızca herhangi bir yaş sınırlaması olmayan içeriklere ulaşabilmekte, bunun dışında kalan ve yetişkinlik seviyesi içeren bölümlere ancak PIN koduyla giriş yapabilmektedir. Ayrıca BluTV’de de abonelere yetişkin ve çocuk profilleri oluşturabilme imkânı tanınmakta ve bu profiller arasındaki geçişte PIN kodu sistemi uygulanmaktadır.⁹⁶ Kişi yetişkin profiline geçişte PIN kilidi oluşturmamış veya bir hesap içerisinde ebeveyn kontrolünü aktive etmemiş ise hesabı kullanan çocuk abone bu profillerdeki yaşına uygun olmayan içeriklere kolaylıkla ulaşabilmektedir. Dolayısıyla internet ortamından medya içeriklerine ulaşabilen çocukların ekran başında geçirdikleri zamanın, mekânın ve sürenin ebeveynlerin kontrolünde olması, ailelerin teknolojik gelişmelerden haberdar olup bilinçli hareket etmesi oldukça önem arz etmektedir.⁹⁷

SONUÇ

Görsel-işitsel medya hizmetleri internet teknolojilerinden etkilenerek izleme ve dinleme alışkanlıklarının internet ortamına aktarılmasından kaynaklı yeni düzenlemelere konu bir alan haline gelmiştir. Bu izleme tekniklerinden biri isteğe bağlı yayın hizmetlerinin internet ortamından sunumudur. İnternet ortamından isteğe bağlı yayın hizmeti abone veya kullanıcılara farklı imkanlar sunması nedeniyle tercih edilmektedir. Zira kişiler internet bağlantısının olduğu her yerde ve zamanda istenilen görsel-işitsel içeriğe ulaşabilme imkânı elde etmektedirler. Bunun dışında içeriğin indirilerek çevrimdışı izlenmesi de söz konusu dijital izleme ve dinleme yönteminin bir avantajı olarak kullanıcılara sunulmaktadır. Fakat kimi imkanların kullanıcılara kolaylık sunduğu ifade edilebiliyorsa da aynı zamanda bu etkileşim içeren imkanların çocuklar tarafından kullanım şeklinin üzerinde durmak, çocukların izleme ve dinleme yaptıkları platform ve içeriklerin zararlarını değerlendirmek önem arz etmektedir.

İnternet ortamından isteğe bağlı yayın hizmetlerinde sunulan ve çocukların zihinsel, ahlaki veya ruhsal gelişimine olumsuz etki edecek sonuçları en aza

⁹⁶ BluTV, “BluTV’de ebeveyn kilidi özelliği var mı?”, Blutv.com, erişim tarihi: Ocak 15, 2022. <https://destek.blutv.com/hc/tr/articles/360018587439-BluTV-de-ebeveyn-kilidi-%C3%B6zelli%C4%9Fi-var-m%C4%B1->

⁹⁷ Toksoy, s.73.



indirebilmek, çocukların internet ortamındaki uygun olmayan görsel-işitsel içeriklerle karşılaşmasının önüne geçmek amacıyla ebeveyn kontrol sistemi uygulanabilmektedir. Ebeveyn kontrol sistemi için bilinçli bir ebeveyn olmak, medya okuryazarı niteliğini haiz olmak önem taşımaktadır. Ayrıca etkili denetim ve düzenlemeler bu alanda yetkin bir sistemin kurulması için elzemdir. Çocukların riskli içeriklere erişiminin önlenmesi için düzenlenen sistemlerin orantılılık ilkesi çerçevesinde uygulanmasıyla ebeveyn kontrol sistemi işlevsel hale gelecektir. Ebeveyn kontrol sisteminin işlevselleşmesinde bu sistemi internet ortamından isteğe bağlı yayın hizmetlerine entegre etmeye yönelik hukuki düzenlemeler önemli rol oynamaktadır. Türkiye’de 6112 sayılı Kanun’un 29/A maddesinden sonra yürürlüğe giren Radyo, Televizyon ve İsteğe Bağlı Yayınların İnternet Ortamından Sunumu Hakkında Yönetmelik’in 21. maddesi isteğe bağlı yayınlarını internet ortamından sunmak isteyen medya hizmet sağlayıcılara ve platform işletmecilerine çocukların yaşlarına uygun olmayan içerikleri onların duyamayacakları veya ulaşamayacakları şekilde sunmalarını zorunlu kılmaktadır. Bu zorunluluk, temel hak ve özgürlüklere müdahil olma anlamında eleştirilebilirse de kamu yararı ve çocuğun korunmaya muhtaç kimliği nedeniyle temel hak ve özgürlüklerin ölçülü ve orantılı sınırlanması olarak kabul edilmelidir.

6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun’da isteğe bağlı yayınlar için çeşitli yükümlülükler kabul edilmiştir. 6112 sayılı Kanun’un 2018 yılında yapılan değişiklikle kabul edilen 29/A maddesi ve özellikle 21. maddesiyle Radyo, Televizyon ve İsteğe Bağlı Yayınların İnternet Ortamından Sunumu Hakkında Yönetmelik isteğe bağlı yayınlarını internet ortamından sunan medya hizmet sağlayıcılar ve platform işletmecilerine benzer yükümlülükler getirmektedir. Böylece geleneksel medya araçlarında kabul edilen ebeveyn kontrol sistemi internet ortamından isteğe bağlı yayın gerçekleştiren kuruluşlar için de yükümlülük haline gelmektedir. Mevzuata göre, çocukların zihinsel, ruhsal veya ahlaki gelişimlerine zarar verebilecek ve olumsuz sonuçlara yol açabilecek yayınların belli şekillerde belli tekniklerle sunulması zorunlu tutulmaktadır. Bu şekilde ebeveynlere internet ortamında çocukların izleme ve dinleme alışkanlıklarına yönelik ebeveyn kontrol sistemlerini devreye sokarak çocukları yetişkinlere uygun olacak şiddet, cinsellik, milli ve ahlaki değerlere aykırı içerikler başta olmak üzere olumsuz örnek oluşturabilecek içeriklerden koruma imkanı tanınmaktadır. Zira burada çocuk hakları kapsamında bilgiye erişim hakkının ihlali değil, bilgiye erişim hakkının, kişilik hakkının korunmasıyla dengelenmesi söz konusudur. Çocuğun üstün yararı bağlamında kamu yararının korunarak çocukların yaş ve gelişimlerine uygun içerikler kapsamında bilgiye erişimi sağlanmaktadır.

KAYNAKÇA

Akalın A, “RTÜK Kurumsal İmajı: 2019-2023 Stratejik Planı Çerçevesinde.” Ўзбекистонда хорижий тиллар” илмий-методик электрон журнал, journal.fledu.uz, S:4, 2019, s.132-158.

Altaş S, “Anonim ile Limited Şirket Yöneticileri Hakkında Sorumluluk Davası Açabilmek İçin Genel Kurul Onayı Gerekir mi?” Mali Çözüm Dergisi, C:5, S:2, 2017, s.153-160.

Amazon Prime, “Amazon Prime’a Prime Video Dahil Mi?” Primevideo. Erişim Tarihi: Ocak 15, 2022. https://www.primevideo.com/help/ref=atv_hp_nd_nav?language=tr_TR&nodeId=GD5REBNJD74BURF6.

Apa E / Bassini M, “Parliament Strengthens Parental Control And Filtering In Electronic Communications.” Iris Merlin. Erişim Tarihi: Ocak 2, 2021. <https://merlin.obs.coe.int/article/8961>.

Baş HH, Radyo- Televizyon Mevzuatı ve Konu ile İlgili Yargı Kararları, Beta Yayınları, İstanbul, 2016.

BBC, “Online Safety Bill: Harmful and Illegal Content could Evade New Laws, MPs Warn” Erişim Tarihi: Mart 29, 2022. <https://www.bbc.com/news/uk-politics-60103156>.

BBC, “TikTok and Twitch Face Fines under New OFCOM Rules.” Erişim Tarihi: Mart 29, 2022. <https://www.bbc.com/news/technology-58809169>.

Benassi M, “European Commission: Report on Parental Control of Television Broadcasting.” Iris Merlin. Erişim Tarihi: Ocak 3, 2022. <https://merlin.obs.coe.int/article/1322>.

Benedek W / Kettemann M C, *İfade Özgürlüğü ve İnternet*, MATBAM Yayınevi, Ankara, 2013.

Bhargava V / Luniya V, “How India Regulates Social Media And The OTT Platforms - Information Technology (Intermediary Guidelines And Digital Media Ethics Code) Rules.” Mondaq. Erişim Tarihi: Ocak 3, 2022. <https://www.mondaq.com/india/social-media/1069974/how-india-regulates-social-media-and-the-ott-platforms--information-technology-intermediary-guidelines-and-digital-media-ethics-code-rules-2021>.

Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, “İnternet Kullanımında Çocuk ve Aile İlişkisi” Erişim Tarihi: Ocak 1, 2022. <https://internet.btk.gov.tr/internet-kullaniminda-cocuk-ve-aile-iliskisi>.

Blázquez F J C / Cappello M / Lépinard A / Valais S, The Protection of Minors in a Converged Media Environment. Strasbourg: European Audiovisual Observatory, 2015.



Blutv, “BluTV’de ebeveyn kilidi özelliği var mı?” BluTV. Erişim Tarihi: Ocak 15, 2022. <https://destek.blutv.com/hc/tr/articles/360018587439-BluTV-de-ebeveyn-kilidi-%C3%B6zelli%C4%9Fi-var-m%C4%B1->

Body of European Regulators for Electronic Communications, “Body of European Regulators for Electronic Communications, Report on OTT services.” Berec. Erişim Tarihi: Kasım 17, 2021. https://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/reports/5751-berec-report-on-ottservices.

Can ME, “Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Limited Şirket Ortağının Borçları ve Yükümlülükleri.” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:15, S:4, 2011, s. 1-23.

CGK Yargıtay, Yargıtay Ceza Genel Kurulu, K. 2015/66, E. 2014/14-603 (24 Mart 2015).

Council of Europe, Media Regulatory Authorities and Protection of Minors, COE, Strasbourg, 2019. Erişim Tarihi: Kasım 17, 2021. <https://rm.coe.int/media-regulatory-authorities-and-protection-of-minors-serbian-/168096847b>.

Çakır H, “Televizyonun Zararlı Yayınları Karşısında Çocukların Korunmalarına Yönelik Yasal Düzenlemeler.” *İstanbul Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi*, S:19, 2004, s. 471- 487 .

Çelen FK / Çelik A / Seferoğlu S S, “Çocukların İnternet Kullanımları ve Onları Bekleyen Çevrim-İçi Riskler.” XIII. Akademik Bilişim Konferansı Bildirileri İnönü Üniversitesi, İnternet Teknolojileri Derneği, S:2-4, 2011, s.645-652.

Danıştay, 13. Daire Başkanlığı, K.2015/1331, E.2015/830, 18.05.2015.

Danıştay, 13. Daire Başkanlığı, K.2018/2795, E.2015/5449, 10.10.2018.

Danıştay, 13. Daire Başkanlığı, K.2019/1, E.2013/1131, 03.01.2019.

Demirel Ş / Giray Yakut S, “Karar Ağacı Algoritmaları ve Çocuk İşçiliği Üzerine Bir Uygulama.” Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi, C:8, S:4, 2019, s.52- 65.

Department for Digital, Culture, Media & Sport, “Online Safety Bill: Factsheet.” 17 Mart 2022. Erişim Tarihi: Mart 29, 2022. <https://www.gov.uk/government/publications/online-safety-bill-supporting-documents/online-safety-bill-factsheet#who-oversees-and-enforces-the-framework>.

Doğan Haber Ajansı, “RTÜK Başkan Yardımcısı Uslu’dan ‘Ebeveyn Kontrolü’ Hatırlatması.” Erişim Tarihi: Ocak 10, 2022. <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/rtuk-baskan-yardimcisi-usludan-ebeveyn-kontrolu-hatirlatmasi-41734897>.

Dönmez E, “Yeni Medya ile Değişen Televizyon Yayıncılığında İçerik Üretimi: Küresel ve Yerel Ölçekli Platformlar.” Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Radyo Televizyon ve Sinema Anabilim Dalı Radyo ve Televizyon Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2019.

Dülger MV, “Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Çocuk Pornografisinin İnternet Aracılığıyla Yayılmasına Karşı Yapılan Düzenlemeler.” *İstanbul Barosu Dergisi*, C:78, S:4, 2004, s.1485- 1496.

Dülger MV, “RTÜK Denetimi İnternete Yeni Bir Yasak mı Getiriyor? RTÜK’ e Eklenen 29/A Maddesinin 5651 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi.” 2021, s. 1-11, SSRN. Erişim Tarihi: Ocak 16, 2022. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3792257.

Ertürk YD / Akkor Gül A, *Çocuğumuzu Televizyona Teslim Etmeyin*, Nobel Yayıncılık, Ankara, 2006.

EUR-Lex, “Directive 2010/13/EU of the European Parliament and of the Council of 10 March 2010 on the Coordination of Certain Provisions Laid Down by Law, Regulation or Administrative Action in Member States Concerning the Provision of Audiovisual Media Services (Audiovisual Media Services Directive).” Erişim Tarihi: Nisan 1, 2022. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32010L0013>.

European Audiovisual Observatory, “IRISH Plus-3, VOD, platforms and OTT: which promotion obligations for European works?, A publication series of the European Audiovisual Observatory, 2016.” Erişim Tarihi: Ocak 7, 2022. <https://rm.coe.int/1680783489>.

European Regulators Group for Audivisual Media Services, “Protection of Minors in The Audiovisual Media Services: Trends & Practices, 2017.” Erişim Tarihi: Şubat 17, 2022. <https://erga-online.eu/wp-content/uploads/2016/10/ERGA-PoM-Report-2017-wordpress.pdf>.

Güler N / Bayzan Ş / Güneş A, “İnternette Çocuklara Yönelik Riskler ve Ailelerin Bilinçlendirme Faaliyetlerindeki Rolü.” *Uluslararası Bilgisayar ve Öğretim Teknolojileri Eğitimi Sempozyumu*, Mayıs, 2016, s.1205-1217 Erişim Tarihi: Şubat 17, 2022. <https://drive.google.com/file/d/11VvPFxOYa0m-7T4gfln7PzK0nOvxZHL1/view>.

Gündüz Kalan Ö, “Medya Okuryazarlığı ve Okul Öncesi Çocuk: Ebeveynlerin Medya Okuryazarlığı Bilinci Üzerine Bir Araştırma.” *İstanbul Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi*, C:1, S:39, 2011, s.59-73.

Güneş S, *İnternet Kullanımı ve Aile*. Ankara: T.C. Başbakanlık Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü Yayınları, 2008.

Güngör Kırçıl A / Karagüler T, “Ödev Kopyacılığında İnternetin Rolü ve Önlemler.” IX. Akademik Bilişim Konferansı Bildirileri Dumlupınar Üniversitesi, İnternet Teknolojileri Derneği, Ocak 31, Şubat 2, 2007, s.197-200.

Gürsoy Y, 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun Getirdiği Değişiklikler, Scala Yayıncılık, İstanbul, 2011.

İçel K, “Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi Bağlamında ‘Avrupa Siber Suç Politikasının Ana İlkeleri’”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C:59, S:1-2, 2001, s.3- 10.

Kaiser M, “FSM, Approves Additional Disney+ Youth Protection Functions.” Iris Merlin. Erişim Tarihi: Ocak 19, 2022, <https://merlin.obs.coe.int/article/9172>.

Karan U, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi C:2, Avrupa Konseyi, Ankara, 2019.

Kaşıkçı D/Çağiltay K/Karakuş T/Kurşun E/Ogan C, “Türkiye ve Avrupa’daki Çocukların İnternet Alışkanlıkları ve Güvenli İnternet Kullanımı.” Eğitim ve Bilim, C:39, S:171, 2014, s.230- 243.

Kırık A M, “Televizyonun Gelişim Çağı Çocukları Üzerindeki Olumsuz Etkileri ve Ebeveyn Kontrol Sorunu.” 21. Yüzyılda Eğitim ve Toplum Eğitim Bilimleri ve Sosyal Araştırmalar Dergisi, C:2, S:4, 2013, s.189-198.

Kroon A, “European Council: Protection of Minors in The Light of the Digital Developments.” Iris Merlin. Erişim Tarihi: Ocak 2, 2021. <https://merlin.obs.coe.int/article/1556>.

Leiva M G, “First Draft Law on Audiovisual Communication.” Iris Merlin. Erişim Tarihi: Ocak 19, 2022. <https://merlin.obs.coe.int/article/9031>.

Mahmutoğlu FS, “Karşılaştırmalı Hukuk Bakımından İnternet Süjelerinin Ceza Sorumluluğu.” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C:59, S:1-2, 2001, s.39-49.

Malkoç İ, Yeni Türk Ceza Kanunu, Malkoç Yayınevi, Ankara, 2008.

Netflix, “Belirli bir yetişkinlik düzeyine sahip profil oluşturulması.” Erişim Tarihi: Ocak 15, 2022. <https://help.netflix.com/tr/node/114275>.

Netflix, “Netflix Games: Yepyeni Bir Mobil Eğlence Deneyimi.” Erişim Tarihi: Ocak 5, 2022. <https://about.netflix.com/tr/news/let-the-games-begin-a-new-way-to-experience-entertainment-on-mobile>.

Netflix, “Netflix’in Öneriler Sistemi Nasıl Çalışıyor?” Erişim Tarihi: Aralık 7, 2021. <https://help.netflix.com/tr/node/100639>.

Netflix, “Netflix’teki dizi ve filmlerin yetişkinlik düzeyleri.” Erişim Tarihi: Ocak 15, 2022. <https://help.netflix.com/tr/node/2064>.

Netflix, “Önizlemeleri otomatik oynatma özelliğinin açılıp kapatılması.” Erişim Tarihi: Aralık 15, 2021. <https://help.netflix.com/tr/node/2102>.

Netflix, “Profillerin kilitlenmesi veya kilidinin açılması.” Erişim Tarihi: Aralık 17, 2021. <https://help.netflix.com/tr/node/114277>.

Netflix, “Yetişkinlik düzeyi seçimi veya içeriklerin engellenmesi.” Erişim Tarihi: Kasım 9, 2021. <https://help.netflix.com/tr/node/114276>.

Nolan P, “Ireland: New Law To Protect Children And General Public Online.” Mondaq. Erişim Tarihi: Ocak 3, 2022. <https://www.mondaq.com/ireland/media-entertainment-law/789332/new-law-to-protect-children-and-general-public-online>.

Odabaşı F / Çoklar AN / Kabakçı I, “Yeni Dünya: İnternet-Ailelerin Yeni Dünyadaki Sorumlulukları Nelerdir?” 8. Aybastı-Kabataş Kurultayı, Temmuz 2-3, 2007, s. 1-9.

Ofcom, ‘Specially Restricted Material’ and Age Verification Guidance for Providers of On-Demand Programme Services Changes to the Guidance. (Anılış: Restricted Material) 2021. Erişim Tarihi Mart 30, 2022. https://www.ofcom.org.uk/__data/assets/pdf_file/0018/140157/statement-changes-odps-rule-11-guidance.pdf.

Ofcom, “Video-Sharing Platform Guidance, Guidance for Providers on Measures to Protect Users from Harmful Material.” 2021. Erişim Tarihi: Mart 30, 2022, https://www.ofcom.org.uk/__data/assets/pdf_file/0028/216487/vsp-harms-draft-guidance.pdf.

Oğuz BN / Kutluca AY, “Okul Öncesi Dönemde Çocukları Olan Ebeveynlerin Teknoloji Kullanımına Yönelik Görüşlerinin İncelenmesi.” Ondokuz Mayıs Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi, C:39, S:2, 2020, s. 252-268.

Oğuz H, İnternet Ortamında Kişilik Haklarının İhlali ve Korunması, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.

Öktem F / Sayıl M / Çelenk Özen S, “Çocuklar ve Gençlerin Televizyonun Zararlı İçeriklerinden Korunması: ‘Akıllı İşaretler Sınıflandırma Sistemi’ Akademik Çalışma Altyapısı.” RTÜK. Erişim Tarihi: Şubat 17, 2022. <https://www.rtukisaretler.gov.tr>.

Özbakır AF, “İnternet Servis Sağlayıcılarının Hukuki Sorumluluğu.” Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2016.

Özbek VÖ, Müstehcenlik Suçu, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009.

Özmen İ, “Dijital Platformların Kullanımlar ve Doyumlar Bağlamında Alınması Netflix ve BluTV Örneği.” Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İletişim Bilimleri Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2020.

Özsevinç N, “Yeni Medya Okuryazarlığı Bağlamında Teknoloji Bağımlılığının İncelenmesi: İlköğretim Öğrencileri ve Ebeveynlerinin Davranışsal Bağımlılık Analizi.” *İstanbul Aydın Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü*, Yüksek Lisans Tezi, 2021.



Pirim H, “Yapay Zeka.” Yaşar Üniversitesi E-Dergisi 1, C:1, 2006, s.81-93
Erişim Tarihi: Kasım 17, 2021. <https://archive.nytimes.com/www.nytimes.com/financialtimes/business/FT1059479146446.html>.

Radyo ve Televizyon Üst Kurulu, “Görsel-İşitsel Yayıncılık Etik İlkeleri.” Erişim Tarihi: Ocak 16, 2022. <https://www.rtuk.gov.tr/gorsel---isitselyayincilik-etik-ilkeleri/3841>.

Radyo ve Televizyon Üst Kurulu, “6112 Sayılı Kanun Kapsamında Verilen Danıştay Kararları.” Erişim Tarihi: Ocak 19, 2022. <https://www.rtuk.gov.tr/6112-sayili-kanun-kapsaminda-verilen-danistay-kararlari/3766>.

Samsa N, “Kamu Haberleşme Hürriyeti Kapsamında İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Denetlenmesi.” Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2010.

Statista, Percentage of Internet Users Who Use Tiktok in The United Kingdom (UK) as of 3rd Quarter 2020, by Age Group. Erişim Tarihi: Mart 29, 2022. <https://www.statista.com/statistics/1184043/tiktok-user-demographics/#:~:text=As%20of%20the%20third%20quarter,years%20were%20using%20the%20app>.

Taneri G, “Müstehcenlik Suçu.” Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:13, S:1, 2018, s.561-624.

Terkan N, / Taylan A, “İnternet ve Çocukların Korunması: Ebeveyn Kontrolü.” Uluslararası Yeni İletişim Ortamları ve Etkileşim Konferansı, Nisan 28-30, 2010, s. 338- 342.

Toksoy K, “Dijital Medyanın 18 Ay- 3 Yaş Arasındaki Çocukların Gelişimine Etkisi.” Gazi Üniversitesi Hastanesi Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Anabilim Dalı Çocuk Nöroloji Bilim Dalı, Uzmanlık Tezi, 2018.

Tuncer N, “Çocuk ve İnternet Kullanımı.” Türk Kütüphaneciliği 14, no.2 (2000): 205- 212.

UK Parliament, “Parliamentary Bills.” Erişim Tarihi: Mart 29, 2022. <https://bills.parliament.uk/bills/3137>.

University of Oxford, “Final Report, Parental Control of Television Broadcasting, PCMLP.” Erişim Tarihi: Ocak 22, 2022. https://ec.europa.eu/archives/information_society/avpolicy/docs/library/studies/finalised/parental_control/chapter1.pdf.

Yıldız Ş, “Limited Ortaklıklarda Müdürlerin Sorumluluğu.” *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C:12, S:24, 2013, s.61-79.

Yiğit T / Sığıla M / Aksungur N / Erbağ S / Palaz Ü, “Çocuklar İçin İnternet Güvenliği: Bir Ebeveyn Kontrol Aracı.” IX. Akademik Bilişim Konferansı Bildirileri Dumlupınar Üniversitesi, Ocak 31, Şubat 2, 2007, s.45-50.

Yücel T, “İnternet Üzerindeki TV Yayınları Düzenleme Taslağında Eksiklikler Var.” Youtube. Erişim Tarihi: 7 Temmuz 2021. <https://www.youtube.com/watch?v=vDH4ntybsb4&t=601s>.

TÜRK HUKUKUNDA KİŞİSEL SAĞLIK VERİLERİ VE İDARENİN KİŞİSEL SAĞLIK VERİLERİNİ KORUMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Personal Health Data in Turkish Law and the Obligation of the Administration to Protect Personal Health Data

Ayşe Aslı ALÇIN*

Özet

Hassas kişisel veriler kategorisi içinde yer alan kişisel sağlık verileri, “kimliği belirli ya da belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü sağlık bilgisi” olarak tanımlanabilir. Bu tanımın kapsamına kişinin “geçmiş, şimdiki anı ve geleceğine ilişkin fiziksel ve ruhsal sağlığı hakkında her türlü bilgi ile kişiye sunulan sağlık hizmetiyle ilgili bilgiler” dahildir.

Bu çalışmada öncelikle, ulusal ve Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası düzenlemeler ışığında, kişisel sağlık verileri kavramı ve bu verilerin işlenmesine ilişkin kurallar ve usuller ele alınacaktır. Türk hukukunda kişisel sağlık verilerinin işlenebileceği hallere ayrıca değinilecektir. Bu bağlamda, veri koruma hukukunda, hassas verilerin işlenmesinin diğer verilere kıyasla daha katı bir denetime tabi tutulması anlamına gelen hassaslık ilkesi ve veri toplama ve işlemenin bağlı olduğu amaç/amaçları gerçekleştirmek için zorunlu olan miktarla sınırlı olacak şekilde veri toplanması gerekliliğini ifade eden minimumluk ilkesine uygunluk değerlendirmesi yapılacaktır. Ardından, idarenin kişisel sağlık verilerinin korunmasına ilişkin yükümlülükleri açıklanacaktır. İdarenin kişisel sağlık verilerine ilişkin aydınlatma, veri güvenliğini sağlama, düzenleme ve denetleme yapma yükümlülüklerinin anlamı ve kapsamı ortaya konulacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Danıştay kararları ışığında, idarenin söz konusu yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunun nasıl ortaya çıkabileceği ve ortaya çıkış şekillerine göre sorumluluğunun türünün ve kapsamının ne olacağı ihtimallere göre değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Hassas veri, Kişisel veri, Veri güvenliği, Veri işleme, Hasta hakları, Sağlık hakkı

> Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.

> Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 15.11.2021

> Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 09.03.2022

* Dr. Arş. Gör., Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, ayseasliyucesoy@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0003-4788-2234>

Abstract

Personal health data contained in the category of sensitive personal data can be defined as “any health data related to an identified or identifiable natural person.” The scope of this definition includes “all kinds of data in regard to physical and mental health of a person related to his/her past, present and future, as well as data in regard to the healthcare service provided to such person.”

This study firstly discusses the concept of personal health data in the light of international regulations, to which Turkey is a party and the rules and principles related to the processing of these data. The cases in which personal health data can be processed in Turkish law will also be discussed. In this context, an assessment about conformity to the principle of minimum, which indicates the necessity to collect data in such a way that such data are only limited to the amount that is necessary to perform the objective/objectives that data collection and processing are affiliated to and the principle of sensitivity, which means processing of sensitive data is subjected to a much more audit compared to other data in data protection law. Then, the obligations of the administration regarding the protection of personal health data will be explained. The meaning and the scope of the obligations of the administration for clarification about personal health data, ensuring data safety, performing regulations and audits will be explained.

In the light of the resolutions of the European Court of Human Rights and the Council of State, how the failure of the administration to fulfill such obligations might occur and the type and scope of responsibility based on the form of failure, will be evaluated according to possibilities.

Keywords: Sensitive data, Personal data, Data security, Data processing, Patient rights, Right to health

GİRİŞ

“Belirli ya da belirlenebilir bir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi” olarak tanımlanabilecek kişisel verilere, hem devlet ve diğer kamu tüzel kişileri hem de özel hukuk tüzel kişileri tarafından çok çeşitli amaçlarla ihtiyaç duyulmaktadır. Bilgi teknolojileri ve internetin yaygın kullanımı ile birlikte giderek daha fazla kişisel veri oluşurken bu verilerin korunması da gün geçtikçe daha da güçleşmektedir. Zira bilgi ve iletişim teknolojileri bu verilerin düzenlenmesini, depolanmasını, işlenmesini, verinin hızlı ve hatta sahibinden bağımsız şekilde yayılmasını kolaylaştırmaktadır.¹

Nitelikleri gereği daha etkili bir korumaya ihtiyaç duyan hassas kişisel veriler, çeşitli örgütlerce kişisel verilere duyulan gereksinim, verileri giderek daha akışkan hale getiren teknolojideki gelişmeler ve bu gelişmelerin bireylerde yarattığı sürekli takip altında olma kaygısı üçgeninde² en kritik noktada yer alır.

¹ Orla Lynskey, *The Foundations of EU Data Protection Law*, (Oxford University Press Oxford 2015) 2.

² Elif Küzeci, *Kişisel Verilerin Korunması* (3. Bası, Turhan Kitabevi Ankara, 2019) 18.

Hassas kişisel veri kategorisindeki sağlık verilerinin toplanması ve kullanılması, sağlık kamu hizmetinin kaliteli ve etkin şekilde sunulmasına, bilimsel araştırmaların geliştirilmesine en genel anlamıyla kamu yararına hizmet eder. Toplumsal sistem içerisinde “en güçlü bilgi tekeline”³ sahip olan idarenin sağlık kamu hizmeti faaliyetini etkin ve verimli şekilde yerine getirebilmek için bireylere ait verilere, bu verilerin toplanması, kaydedilmesi ve analiz edilmesine ihtiyacı vardır. Fakat bu ihtiyaç, bilişim teknolojilerindeki gelişmeler ve veri işleme hacmindeki büyüme nedeniyle kişisel sağlık verilerin korunamaması riskini de arttırmaktadır.⁴ Bu riskin bertaraf edilebilmesi için idarenin, hizmetten yararlananlara ait verileri toplar ve kullanırken en üst düzeyde veri güvenliğini sağlaması ve koruması gerekmektedir.

Bu çalışmada öncelikle ulusal ve Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası düzenlemeler ışığında kişisel veri, hassas kişisel veri ve kişisel sağlık verisi kavramları ele alınacak, kişisel sağlık verilerinin işlenmesi meselesine değinilecektir. Ardından idarenin kişisel sağlık verilerini koruma yükümlülüğü ve bu yükümlülüğünün ihlali halinde doğacak olan sorumluluğu üzerinde durulacaktır.

I. BİR HASSAS KİŞİSEL VERİ TÜRÜ OLARAK KİŞİSEL SAĞLIK VERİLERİ

A. Ulusal ve Türkiye'nin Taraf Olduğu Uluslararası Düzenlemeler Işığında Kişisel Veri ve Hassas Kişisel Veri Kavramı

Bilişim teknolojilerinin gelişmesi, iletişim kanallarının artması ve internetin yaygınlaşması bilgi alışverişi olanağını arttırırken, kişisel verilerin, bireyin iradesi dışında, üçüncü kişilerce hukuka uygun ya da aykırı yollardan toplanıp işlenmesini oldukça kolaylaştırmıştır. Daha önce yazılı halde bulunan veriler sayısal ortama aktarılabilir ve çok büyük sayıda veriler, çok küçük aygıtlarda depolanabilir hale gelmiştir.⁵ Bu nedenle ulusal ve uluslararası zeminde bu alana ilişkin düzenleme yapma ihtiyacı doğmuştur. Bu ihtiyaç ilk olarak 1970'li yıllarda Avrupa'da ortaya çıkmışsa da, günümüzde tüm dünyaya yayılmıştır.⁶

Kişisel verilerin korunmasına ilişkin ilk hukuki düzenleme, federe düzeyde, 7 Ekim 1970 tarihli Almanya'nın Hessen Eyaletine ait Kişisel Verilerin

³ Küzeci (n 2) 26; “Bir ülkede en güçlü veri tekeli idaredir. Bu gücün sınırlandırılması özel yaşamın ve düşünce ve kanaat özgürlüğünün korunması bakımından önemlidir.” AYM, E.2006/167, K.2008/86, K.T. 20.03.2008.

⁴ Küzeci (n 2) 477.

⁵ Murat Volkan Dülger, ‘Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Türk Ceza Kanunu Bağlamında Kişisel Verilerin Ceza Normlarıyla Korunması’ (2016) 2 İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 102.

⁶ Dülger, ‘İnsan Hakları ve Temel Hak ve Özgürlükler Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması’ (2018) 1 İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 76.

Korunması Kanunudur.⁷ Avrupa’da kişisel verilere ulusal düzeyde koruma sağlayan ilk yasal düzenleme ise 1973 İsveç Veri Koruma Kanunudur.⁸ Bu süreci, 1974’te ABD Özel Yaşamın Gizliliği Kanunu, 1977’de Federal Alman Veri Koruma Kanunu ve 1978 yılında çıkarılan Fransız Elektronik Veri İşlemesi, Veriler ve Özgürlük Haklarına İlişkin Kanun takip etmiştir.⁹

Uluslararası düzenlemelere bakıldığında, öncelikle ülkemizin de üyesi bulunduğu Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı (OECD) tarafından 1980 yılında kabul edilen Özel Yaşamın Korunması ve Kişisel Verilerin Sınırötesi Akışına İlişkin Rehber İlkeler¹⁰ dikkat çekmektedir.¹¹ Sekiz maddeden oluşan Rehber İlkelerin¹², OECD’ye üye ülkeler bakımından herhangi bir bağlayıcılığı bulunmamakta olup ulusal düzeydeki veri koruma yasalarının birbiri ile uyumlulaştırılması amacını taşımaktadır.¹³

Kişisel verilerin korunmasına dair ilk milletlerarası düzenleme olan Özel Yaşamın Korunması ve Kişisel Verilerin Sınırötesi Akışına İlişkin Rehber İlkeler¹⁴ kişisel verileri, “belirli ya da belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin tüm bilgiler” olarak tanımlamıştır.

Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan 28 Ocak 1981 tarih ve 108 nolu

⁷ Mesut Serdar Çekin, *Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu* (1. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2018) 5; Hüseyin Murat Develioğlu, *Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü* (1. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2017) 6; Türkay Henkoğlu, *Bilgi Güvenliği ve Kişisel Verilerin Korunması* (1. Bası, Yetkin, Ankara, 2015) 50; Küzeci (n 2) 103.

⁸ Metin Turan, *Karşılaştırmalı Hukukta Kişisel Verilerin Korunması* (1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017) 4; Lynskey (n 1) 47.

⁹ Lynskey (n 1) 47; Turan (n8) 4.

¹⁰ Bu sekiz ilke şu şekildedir:

- Veri toplamanın sınırlı olması ilkesi (m.7),
- Veri kalitesi ilkesi (m.8),
- Amacın belirli olması gerektiği ilkesi (m.9),
- Sınırlı kullanım ilkesi (m.10),
- Veri güvenliği ilkesi (m.11),
- Açıklık ilkesi (m.12),
- Bireyin katılımı ilkesi (m.13),
- Hesap verme zorunluluğu ilkesi (m.14).

¹¹ Çekin (n 7) 7; Develioğlu (n 7) 6; Lynskey (n 1) 47; Küzeci (n 2) 115; Gloria Gonzalez Fuster, *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU* (Springer 2014) 78.

¹² OECD Rehber İlkeleri 2013 yılında revize edilerek yeniden yayınlanmıştır. Bkz. http://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecd_privacy_framework.pdf, (26.08.2021).

¹³ Hüseyin Can Aksoy, *Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması* (1. Bası Çakmak Yayınevi Ankara 2010) 4; Gonzalez Fuster (n 11) 80.

¹⁴ OECD Özel Yaşamın Korunması ve Kişisel Verilerin Sınırötesi Akışına İlişkin Rehber İlkeler md. 1. Tam metin için bkz. <http://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecdguidelinesontheProtectionofPrivacyandTransborderFlowsofPersonalData.htm>, (21.08.2021).

Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi ise kişisel verilerin korunmasına dair ilk bağlayıcı uluslararası hukuk belgesidir.¹⁵ Türkiye açısından, yasama organı tarafından çıkarılan onay kanunu ile¹⁶ bağlayıcı hale gelen Sözleşmenin yürürlüğe konulması ise 1 Eylül 2016 tarihinde mümkün olabilmiştir. Sözleşmede, kişisel verilerin korunmasına ilişkin çerçeve niteliğinde olan asgari standartlar, temel ilkeler belirlenmiş,¹⁷ Avrupa Konseyi bu standartları geliştirmek amacı ile çeşitli alanlara yönelik olarak tavsiye kararları almıştır.¹⁸

108 nolu Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesinde¹⁹ de kişisel veri aynı şekilde “kimliği belirli ya da belirlenebilir bir gerçek kişi hakkındaki tüm bilgiler” olarak tanımlanmaktadır.

Avrupa Birliği düzeyinde ilk düzenleme olan²⁰ Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Serbest Dolaşımı Bakımından Bireylerin Korunmasına İlişkin 95/46/EC sayılı ve 24 Ekim 1995 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi Direktifi²¹ ise mevcut veri koruma hukukunu güçlendirmekle kalmayıp²² yeni bazı haklarla onu pekiştiren ortak bir çerçeve sunmuştur.²³ Bu Direktif esas olarak Avrupa birliği içinde, üye devletler içerisinde uyumlu bir hukuksal düzenin kurulmasını ve üye devletlerin veri koruma hukuku kurallarının kapsamlı ve boşluksuz bir şekilde uyumlaştırılmasını hedeflemiştir.²⁴

¹⁵ Aksoy (n 13) 5; Oğuz Şimşek, *Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması* (1. Bası Beta Yayınevi İstanbul 2008) 22; Gonzalez Fuster (n 11) 89.

¹⁶ RG. 17.03.2016 – 29656.

¹⁷ Küzeci (n 2) 128; Şimşek (n 15) 22.

¹⁸ 108 nolu Sözleşmeye ek, 181 nolu Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesine Ek Denetleyici Makamlar ve Sınıraşan Veri Akışına İlişkin Protokol ile 108 sayılı Sözleşmedeki eksiklik giderilmeye çalışılmıştır. “*Bu protokolde, taraf devletler, ülkelerinde uygulanmak üzere kişisel verilerin korunması alanında görevlerini tam bağımsızlıkla yerine getirecek denetleyici makam kurmayı taahhüt etmiştir. Türkiye, bu protokolü 8 Kasım 2001 tarihinde imzalamıştır. Protokol, 5 Mayıs 2016 tarihli 29703 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak iç hukuka dâhil edilmiştir.*” <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/4183/Kisisel-Verilerin-Korunmasi-Alaninda-Uluslararası-ve-Ulusal-Duzenlemeler>, (26.08.2021).

¹⁹ Sözleşmenin tam metni için bkz. <https://rm.coe.int/1680078b37>, (21.08.2021).

²⁰ Henkoğlu (n 7) 50; Develioğlu (n 7) 10; Çekin, (n 7) 7; Nilgün Başalp, *Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması* (1. Bası Yetkin, Ankara, 2004) 25.

²¹ Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Serbest Dolaşımı Bakımından Bireylerin Korunmasına İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi Direktifi’nin tam metni için bakınız. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046&from=EN>, (21.08.2021).

²² 108 nolu sözleşme ile kıyaslandığında 95/46/EC daha sıkı bir koruma getirmektedir. Zira direktif kişisel verilerin işlenmesi ile ilgili her türlü işlemi koruması altına alırken 108 nolu sözleşme yalnızca otomatik işleme tabi tutulan kişisel verileri konu alır. Şimşek (n 15) 23.

²³ Küzeci (n 2) 162.

²⁴ Şimşek (n 15) 42.



Direktifte kişisel veri; “*özellikle bir kimlik numarasına veya fiziksel, fizyolojik, zihinsel, ekonomik, kültürel veya toplumsal kimliğine özgü bir veya daha fazla faktöre atıfta bulunularak doğrudan veya dolaylı olarak tanımlanabilen bir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi*” olarak tanımlanmıştır.

Direktifin yürürlüğe girdiği 1995 yılından bu yana teknolojiye meydana gelen gelişmeler, özellikle bulut bilişim, akıllı telefonlar, sosyal medya, e-ticaret uygulamaları ve küreselleşme, kişisel verilerin işlenmesi yöntemlerini ve hızını oldukça değiştirmiş ve bu durumun yarattığı güvenlik açıkları ile kişisel verilerin kolaylıkla ihlal edilebilirliğine ilişkin tehditler AB kurumlarının günün gereksinimlerine uygun, etkili bir reform sürecine yönlendirmiştir.²⁵ Bu sürecin sonunda, 27 Nisan 2016’da, 2016/679 sayılı Genel Veri Koruma Tüzüğü²⁶ kabul edilmiştir. Bu Tüzük, 95/46/EC sayılı Veri Koruma Direktifini ilga ederek 25 Mayıs 2018 tarihinde yürürlüğe girmiştir.²⁷

Tüzüğün amacı, 95/46/EC sayılı Direktif ile kişisel verilerin korunmasına yönelik belirlenen ilkelerin geliştirilmesi, gelişen teknoloji karşısında bireylerin temel haklarının daha kapsamlı bir şekilde korunması ve AB ülkelerinin veri koruma kurallarının birbirleriyle uyumlu hale getirilmesidir.²⁸

95/46/EC sayılı Veri Koruma Direktifinden farklı olarak, 2016/679 sayılı Genel Veri Koruma Tüzüğü, Avrupa Birliği’nin İşleyişi Hakkındaki Antlaşmanın 288’inci maddesi uyarınca²⁹ genel uygulama alanına sahiptir. Bütünüyle bağlayıcıdır. Yürürlük tarihinden itibaren tüm üye devletlerde doğrudan uygulanır.³⁰ Üye devletlerin bir düzenleme ile tüzük hükümlerini iç hukuklarına aktarmalarına gerek bulunmamaktadır.³¹

²⁵ Küzeci (n 2) 193; Nilgün Başalp, ‘Avrupa Birliği Veri Koruması Genel Regülasyonu’nun Temel Yenilikleri’ (2015) 21 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 82.

²⁶ http://ec.europa.eu/justice/data-protection/reform/files/regulation_oj_en.pdf, (21.08.2021).

²⁷ Çekin (n 7) 7; Develioğlu (n 7)13; Furkan Güven Taştan, *Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması* (2. Bası On İki Levha İstanbul 2017) 17.

²⁸ Paul Voigt, Axel Von dem Bussche, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR)* (Springer, 2017) 1.

²⁹ Avrupa Birliği’nin İşleyişi Hakkındaki Antlaşma:
Madde 288: “Kurumlar, Birliğin yetkilerinin kullanılması için tüzük, direktif, karar, tavsiye ve görüşler kabul eder.
Tüzükler genel uygulama alanına sahiptir. Bütünüyle bağlayıcıdır ve tüm üye devletlerde doğrudan uygulanır.

Direktifler, muhatap alınan her üye devleti, ulaştırılması gerekli sonuçları itibarıyla bağlar, şekil ve yöntem seçimini ise ulusal otoritelere bırakır.

Kararlar bütünüyle bağlayıcıdır. Muhatabı belirtilen bir karar, yalnızca muhatabı için bağlayıcıdır.

Tavsiye ve görüşler bağlayıcı değildir.”

³⁰ Sanem Baykal, İlke Göçmen, ‘Avrupa Birliği Hukukunun Kaynakları Bakımından Normlar Hiyerarşisi’ Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan, (2013) 325.

³¹ Paul B. Lambert, *Understanding the New European Data Protection Rules* (CRC Press New York,2017) 101; Voigt, Von dem Bussche (n 28) 2.

Düzenlemenin tüzük formunda yapılmasının sebebi, hukuki niteliği itibarıyla doğrudan uygulama niteliğine sahip olmayan 95/46/EC sayılı Direktifinin yürürlükte olduğu dönemde, iç hukuklarında direktifte belirlenen çerçeveye uygun düzenlemeler yapmaları gereken üye devletlerin uygulamalarının ciddi şekilde farklılaşmasıdır.³²

2016/679 sayılı Genel Veri Koruma Tüzüğünde³³ kişisel veri tanımı, 95/46/EC sayılı Veri Koruma Direktifine benzer şekildedir. Ancak bu tanıma, teknolojik gelişmeler nedeniyle “genetik kimlik”, “konum verileri” ve “çevrimiçi kimlik belirleyiciler” de eklenmiştir.

Ulusal düzeydeki kişisel verilerin korunmasına dair düzenlemelere bakıldığında ise, uzun bir geçmişten söz etmek ne yazık ki mümkün değildir. Kanun düzeyinde ilk kez, 2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunuyla düzenlenmiştir. Kanunda kişisel verilerin hukuka aykırı şekilde kaydedilmesi (m. 135), hukuka aykırı şekilde verilmesi ya da elde edilmesi (m. 136) ve kanunda belirtilen sürelerin geçmesine rağmen yok edilmemesi (m. 138) hallerinde cezai yaptırımlar öngörülmektedir.

2010 yılında, 5982 sayılı Kanun madde 2 çerçevesinde, Anayasa'nın 20'nci maddesine eklenen üçüncü fıkra ile kişisel verilerin korunması, bir temel hak mertebesine yükseltilmiştir.³⁴ Anayasa madde 20/3'e göre, “Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.”

Usul ve esasları tespit edecek olan kanun ise, ilgili fıkranın yürürlüğe girmesinden yaklaşık altı yıl sonra çıkarılabildiği. 2016 yılında yürürlüğe giren Kişisel Verilerin Korunması Kanunu³⁵ uluslararası düzenlemelere uygun şekilde kişisel veriyi, “kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi” olarak tanımlamıştır.³⁶

³² Küzeci (n 2) 195.

³³ 2016/679 sayılı Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Madde 4/1, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=EN>, (21.08.2021).

³⁴ Çekin (n 7) 8.

³⁵ RG. 7.04.2016 – 29677.

³⁶ Kişisel Verilerin Korunması Kanunu gerekçesi m. 3

“Kişisel veri, kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiyi ifade etmektedir. Bu bağlamda sadece bireyin adı, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri gibi onun kesin teşhisini sağlayan bilgiler değil, aynı zamanda kişinin fiziki, ailevi, ekonomik, sosyal ve sair özelliklerine ilişkin bilgiler de kişisel veridir. Bir kişinin belirli veya belirlenebilir olması, mevcut verilerin herhangi bir şekilde bir gerçek kişiyle ilişkilendirilmesi suretiyle,



Türk Anayasa Mahkemesinin kişisel veriye ilişkin tanımı ise; “*adı, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri gibi bireyin sadece kimliğini ortaya koyan bilgiler değil; telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, IP adresi, e-posta adresi, hobiler, tercihler, etkileşimde bulunulan kişiler, grup üyelikleri, aile bilgileri, sağlık bilgileri gibi kişiyi doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilir kılan tüm veriler*” şeklindedir.³⁷

Tüm bu düzenlemelerden yola çıkarak kişisel verinin üç unsurdan oluştuğu söylenebilir. Kişisel veriden bahsedebilmek için, her şeyden önce bir “veri” bulunmalıdır, bu veri “bir gerçek kişiye ilişkin” olmalı ve “gerçek kişiyi belirli ya da belirlenebilir kılma” niteliğine sahip olmalıdır.³⁸

Yukarıda yer verdiğimiz ulusal ve uluslararası düzenlemelerde yapılan tanım/tanımlara uyan ve unsurlarını taşıyan kişisel verilerin bir kısmı nitelikleri gereği, önemi ve hassasiyeti nedeniyle daha fazla korumaya ihtiyaç duyar³⁹ ve bu nedenle veri koruma düzenlemelerinde özel bir rejime tabi tutulur.⁴⁰ Hassas kişisel veriler olarak adlandırılan bu veriler, açıklanması halinde kişinin toplum içinde ayrımcılığa uğramasına neden olabilecek niteliğe sahip, “dini

o kişinin tanımlanabilir hale getirilmesini ifade eder. Yani verilerin; kişinin fiziksel, ekonomik, kültürel, sosyal veya psikolojik kimliğini ifade eden somut bir içerik taşıması veya kimlik, vergi, sigorta numarası gibi herhangi bir kayıtla ilişkilendirilmesi sonucunda kişinin belirlenmesini sağlayan tüm halleri kapsar. İsim, telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, genetik bilgiler gibi veriler dolaylı da olsa kişiyi belirlenebilir kalabilme özellikleri nedeniyle kişisel verilerdir.” <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss117.pdf>, (21.08.2021).

³⁷ AyM, E. 2013/122, K. 2014/74, KT. 9.4.2014, RG. 26.7.2014 - 29072; E. 2014/149, K. 2014/151, KT. 2.10.2014, RG. 1.1.2015 - 29223; E. 2013/84, K. 2014/183, KT. 4.12.2014, RG. 13.3.2015 - 29294; E. 2014/74, K. 2014/201, KT. 25.12.2014, RG. 23.5.2015 - 29364; E. 2014/180, K. 2015/30, KT. 19.3.2015, RG. 3.4.2015 - 29315; E. 2015/32, K. 2015/102, KT. 12.11.2015, RG. 02.12.2015 - 29550; E. 2017/180, K. 2018/109, KT. 6/12/2018, RG. 23.1.2019 - 30664; E. 2014/196, K. 2015/103, KT. 12.11.2015, RG. 16.12.2015 - 29564.

³⁸ Veri Çalışma Grubu'nun 4/2007 Sayılı Kişisel Veri Kavramı Hakkında Görüşü (Opinion 4/2007 On The Concept Of Personal Data, Article 29, Data Protection Working Party), https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2007/wp136_en.pdf, (21.08.2021).

³⁹ Doktrinde bazı yazarlar, “*her kişisel verinin ayrı ayrı önemli olduğunu; kişisel verileri, korunması daha önemli ya da daha az önemli gibi bir sınıflandırmaya tabi tutmanın yanlış olacağını, başlangıçta tehlike taşımayan bir bilginin üzerinde yapılacak işlemler sonucu önemli hale gelebileceği dolayısıyla her kişisel verinin önem derecesinin somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmesi gerektiğini*” savunmaktadır. Korkmaz İbrahim, “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Hakkında Bir Değerlendirme”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2016, sy.124, ss. 81-152, s. 113, dn. 149; Küzeci (n 2) 244.

⁴⁰ Cemil Kaya, ‘Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas (Kişisel) Veriler ve İşlenmesi’ (2011) 1-2 İÜHFM 317.

inanç”, “etnik köken”, “politik görüş”, “sağlık durumu” ve “cinsel hayat” ile ilgili bilgilerdir.⁴¹

Hassas veri, özel nitelikli veri, “özel kategorili kişisel veriler”, “özel koruma gerektiren veri”, “özel kişisel veri” gibi çeşitli isimlerle⁴² tanımlamalar yapılan ve özel koruma mekanizmaları öngörülen bu verilerin ortak paydası kendi bünyelerinde taşıdıkları yüksek risktir.⁴³ Bu risk faktörü ise, ayrımcılık tehlikesidir. İşte kişisel verilerin bir kısmının hassas veri şeklinde bir sınıflandırmaya tabi tutulmasının ardında bu risk faktörü vardır. Hassas veriler, söz konusu risk faktörünün bertaraf edilmesi amacıyla daha yüksek standartlarla korunmuştur.⁴⁴ Diğer kişisel verilere nazaran hassas kişisel verilerin kötü niyetle kullanımı yahut yalnızca üçüncü kişilerle paylaşılmış olması bile birey için ağır ve geri döndürülemez sonuçlara neden olabilecektir. Bu sebeple pek çok ulusal ve uluslararası düzenlemeyle kişisel verilerin bu özel nitelikli grubu ayrı ve daha katı kurallara bağlanmıştır.

108 nolu Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesine göre, bireylerin “ırksal kökeni”, “siyasi görüşleri”, “dini ve diğer inançları”, “sağlık bilgileri”, “cinsel hayatı” ve “ceza mahkumiyeti ile alakalı” her türlü veri hassas veri kategorisinde yer alır. 95/46/EC sayılı Veri Koruma Direktifinde ise 108 nolu Sözleşmede sayılan veri türlerine ek olarak “felsefi inanç”, “sendika üyeliği” ve “etnik kökenle bağlantılı veriler” de hassas veri kategorisine dahil edilmiştir.⁴⁵ 95/46/EC sayılı Veri Koruma Direktifinin yerini alan 2016/679 sayılı Genel Veri Koruma Tüzüğüyle “biyometrik veriler” ve “genetik veriler” de, teknolojik gelişmelere paralel olarak, bu kategoriye eklenmiştir.⁴⁶ 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununa bakıldığında ise bireylerin “kılık ve kıyafeti”, “dernek veya vakıf üyeliği” hakkındaki bilgilerin de bu sınıflandırmaya dahil edildiği görülmektedir.⁴⁷

B. Kişisel Sağlık Verileri Kavramı

Kişisel sağlık verileri, kişisel veri tanımından hareketle “kimliği belirli ya da belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü sağlık bilgisi” olarak tanımlanabilir. 2002 Washington Dünya Hekimler Birliği Genel Kurulunda

⁴¹ Kaya (n 40) 317; Henkoğlu (n 7) 28; Şimşek (n 15) 88; Küzeci (n 2) 243; Lambert (n 31) 112; Başalp (n 20) 43; Aydın Akgül, *Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması* (1. Bası Beta Yayınevi İstanbul 2014) 18.

⁴² Kaya (n 40) 318.

⁴³ Hayrunnisa Özdemir, *Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması* (1. Bası Seçkin Ankara 2009) 126.

⁴⁴ Taştan (n 27) 45.

⁴⁵ 95/46/EC sayılı Direktif madde 8.

⁴⁶ 2016/679 Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR) madde 9.

⁴⁷ 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu madde 6.

kabul edilen bildirgeye göre sağlık verileri, “kişinin bedensel ya da zihinsel sağlığına ilişkin kayıt altına alınmış tüm bilgiler”dir.⁴⁸

21.06.2019 tarihli ve 30808 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren, kişisel sağlık verilerine ilişkin özel düzenleme olan Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelikte⁴⁹ kişisel sağlık verisi; “kimliği belirli ya da belirlenebilir gerçek kişinin fiziksel ve ruhsal sağlığına ilişkin her türlü bilgi ile kişiye sunulan sağlık hizmetiyle ilgili bilgiler” olarak tanımlanmaktadır.⁵⁰

Sağlık verileri, “tıbbi veri” olarak da adlandırılmaktadır. Bireye ilişkin sağlık verisi, bireyin geçmişi, şimdiki anı ve geleceği, fiziksel veya zihinsel sağlığı ile ilgili olabilir.⁵¹ Hastalığın türü, hastanın kişisel durumu, hastalığın öyküsü, teşhis, tedavi süreci, tahlil ve test sonuçları, hastalığın hasta üzerindeki psikolojik etkileri, hasta dosyası, kullandığı ilaçlar, geçmişteki sağlık kayıtları gibi bireyin sağlığıyla bağlantılı, “kişiye sunulan sağlık hizmeti ile ilgili”,⁵² fiziki veya elektronik ortamda tutulan her türlü veri bu kapsama girmektedir.

⁴⁸ Dünya Hekimler Birliği Sağlıkla İlgili Veritabanlarına İlişkin Bildirge, <http://www.ttb.org.tr/TD/TD109/23.php>, (22.08.2021).

⁴⁹ RG. 21.06.2019 – 30808.

⁵⁰ Bu yönetmelik kişisel sağlık verilerinin özel olarak düzenlenmesine yönelik ilk girişim değildir. Daha öncesinde bu alana yönelik ilk olarak, Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Mahremiyetinin Sağlanması Hakkında Yönetmelik çıkarılmıştır. Bu yönetmelik, Kişisel Verilerin Korunması Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra çıkarılan ilk yönetmeliktir. (RG. 20.10.2016-29863) Fakat Kanuna göre, Kişisel Verileri Koruma Kurulu’ndan görüş alınmasının şart iken, Kurulu’nun kontrol ve denetiminden geçirilmeksizin hazırlandığı gerekçesiyle Danıştay kararıyla yürütmesi durdurulmuştur. (D15D, E. 2016/10500, YD. 6.7.2017; D15D, E. 2018/844, YD. 26.6.2018) Yürütmeyi durdurma kararının (D15D, E. 2016/10500, KT. 6.7.2017) hemen ardından Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Mahremiyetinin Sağlanması Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (RG. 24.11.2017-30250) yayımlanarak, yürütmesi durdurulmuş olan yönetmeliğin bazı hükümleri değiştirilmiştir. Oysa düzenlemenin tamamının yürütülmesi durdurulmuşken, bu düzenlemede kısmen değişikliğe yol açacak yeni bir düzenlemenin yapılması, değiştirilmeyen hükümlerin hukuka aykırılık karinesini ortadan kaldırmayacağı gibi, söz konusu değişikliklik yapma iradesi de yargı kararını aynen ve gecikmeksizin uygulamaktan kaçınma anlamına gelir. Nitekim Danıştay da bu gerekçelerle, Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Mahremiyetinin Sağlanması Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin yürütmesini durdurmuştur. (D15D, E.2018/1490, YD. 9.10.2018; D15D, E.2018/251, YD. 9.10.2018) Ardından yukarıda sözünü ettiğimiz “Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik” 21.06.2019 tarihli ve 30808 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁵¹ Lambert (n 31) 385; Voigt, Von dem Bussche (n 28) 111; Akgül (n 41) 278.

⁵² Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik, madde 4/1-j, “Kişisel sağlık verisi: Kimliği belirli ya da belirlenebilir gerçek kişinin fiziksel ve ruhsal sağlığına ilişkin her türlü bilgi ile kişiye sunulan sağlık hizmetiyle ilgili bilgileri,”

C. Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi Kavramı

1. Genel Hatlarıyla Hassas Kişisel Verilerin İşlenmesi Kavramı

Kişisel verilerin işlenmesi kavramı, “kişisel veriler üzerinde yapılan her türlü işlemin” karşılığıdır.⁵³

95/46/EC sayılı Veri Koruma Direktifi 2/b maddesine ve 2016/679 sayılı Genel Veri Koruma Tüzüğü 4/2 maddesine göre, “işleme, otomatik ya da otomatik olmayan araçlarla, kişisel verilerin toplanması, kaydedilmesi, saklanması, organize edilmesi, uyarlanması ya da değiştirilmesi, kullanılması, başkalarına transfer edilmesi, yayılması, kombinasyonu veya ilişkilendirilmesi, bloke edilmesi, silinmesi, yok edilmesi gibi kişisel veriler üzerinde yapılan her türlü faaliyeti” ifade eder.⁵⁴ Kişisel verilerin bilgisayar gibi otomasyon sistemleri kullanılarak işlenmesi otomatik işleme, otomasyon sistemleri kullanılmadan belli bir düzen ve sıraya dizilerek erişimin organize edilmesi suretiyle işlenmesi ise otomatik olmayan araçlarla işleme anlamına gelir.⁵⁵

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununun “Tanımlar” başlıklı 3’üncü maddesinin 1-e bendine göre kişisel verilerin işlenmesi, “kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlemi” ifade eder.

Anlaşılabacağı üzere kişisel verilerin işlenmesi; “verilerin elde edilmesi ile başlayan kaydedilme, incelenme, düzenlenme, birleştirilme, açıklanma, birleştirilme gibi bu veri kullanılarak ya da bu veri üzerinde yapılan her türlü işlemi ve bir süreci” ifade eder.⁵⁶

Kişisel verilerin işlenmesi konuya ilişkin her ulusal ve uluslararası düzenlemede bazı şartlara tabi tutulmuş, belli kurallara bağlanmıştır. Ancak kişisel sağlık verilerinin de içinde bulunduğu hassas kişisel veriler özellikli bir veri kategorisi olduğu için bu türden verilerin işlenmesi kural olarak yasaktır.⁵⁷ Bir başka deyişle hassas verilerin işlenmesi kesin işlem yasağına tabidir.⁵⁸ Bunlar ancak kanuni temelle ya da ilgilinin rızası ile işlenebilir.⁵⁹

⁵³ Stewart Room, *Data Protection and Compliance in Context* (British Computer Society, United Kingdom 2006) 41.

⁵⁴ 95/46/EC sayılı Direktif madde 4/2.

⁵⁵ Başalp (n 20) 33.

⁵⁶ Kaya (n 40) 317.

⁵⁷ Kaya (n 40) 323.

⁵⁸ Özdemir (n 43) 127

⁵⁹ Şimşek (n 15) 86.

108 nolu Sözleşmenin özel veri kategorileri başlıklı 6'ncı maddesine göre "iç hukukta uygun güvenceler sağlanmadıkça bu türden veriler otomatik işleme tabi tutulamaz." Hassas verilerin işlenmesi istisnai olduğu için işlenebileceği hallerin ayrıca ve açıkça belirtilmesi gerekmektedir. 95/46/EC sayılı Veri Koruma Direktifi madde 8/2 ve 2016/679 sayılı Genel Veri Koruma Tüzüğü madde 9/2'de bu istisnai haller düzenlenmiştir.

1982 Anayasasının kişisel verilerin korunması hakkının düzenlendiği, özel hayatın gizliliği başlığını taşıyan 20'nci maddesinin 3'üncü fıkrasına göre, "kişisel veriler ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla" işlenebilir. Anlaşılabacağı üzere Anayasa'da hassas verilerin işlenmesine ilişkin ayrı bir düzenleme yapılmamış bu görev kanun koyucuya bırakılmıştır.

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununda ise, "özel nitelikli kişisel verilerin işleme şartları" başlıklı 6'ncı maddede hassas verilerin işleme şartları düzenlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında genel kural olarak, özel nitelikli (hassas) kişisel verilerin, ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenemeyeceği belirtilmiştir. Aynı maddenin 3'üncü fıkrasında ise genel kurala istisna getirilmiş, hassas verilerin açık rıza aranmaksızın işlenebileceği haller düzenlenmiştir. Burada ikili bir ayrıma gidilmiş, sağlık ve cinsel hayata ilişkin veriler için ayrı, sağlık ve cinsel hayata ilişkin veriler haricindeki hassas veriler için ayrı işleme şartları getirilmiştir.

Düzenlemeye göre, bireyin sağlık ve cinsel hayat dışındaki hassas kişisel verileri yani ırk, etnik köken, siyasi görüş, felsefi inanç, din, mezhep veya diğer inançlar, kılık ve kıyafet, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleri ile ilgili veriler ile biyometrik ve genetik veriler kanunlarda öngörülen hallerde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebilecektir. Sağlık ve cinsel hayata ilişkin verilerin ise, sadece "kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla ve yalnızca sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebileceği" belirtilmiştir.

Kişisel sağlık verileri ve cinsel hayata ilişkin veriler bağlamında, Kişisel Verilerin Korunması Kanununda hassas kişisel verilerin istisnai olarak açık rıza aranmaksızın işlenebileceği hallerin düzenlendiği madde 6/3'ün ayrıca değerlendirilmesi gerekir.

Hassas kişisel veri kategorisi içinde, açıklandığı zaman ayrımcılığa ve kötü muameleye maruz kalma ihtimalinin diğer hassas verilere nazaran daha yüksek olduğu, hassas veriler arasında belki de en güçlü korumaya ihtiyaç duyan bu tür verilerin "kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile

finansmanının planlanması ve yönetimi” gibi oldukça geniş tutulan ve daha da geniş yorumlanabilmeye elverişli amaçlar çerçevesinde, yine sınırları oldukça geniş ve yoruma açık bir kişi grubu tarafından işlenebilmesi hükmün istisnai olma niteliği ile bağdaşmamaktadır. Söz konusu hüküm düzenlenme amacının aksine verilerin güvenliğini ve koruma mekanizmasını zayıflattığı gibi, hassas kişisel verileri daha güçlü bir güvence sistemine bağlamayı amaçlayan Kanun’un genel mantığına da ters düşmektedir.

Belirtmemiz gerekir ki, bu fıkra Anayasa Mahkemesinin önüne gitmiş fakat Mahkeme düzenlemenin Anayasa aykırı olmadığına hükmetmiştir.⁶⁰

Bu başlık altında son olarak kişisel sağlık verilerinin işlenmesi sürecine dahil olan aktörlere, veri sorumlusu ve veri işleyen kavramlarına değinmek gerekmektedir.

Gerek 95/46/EC sayılı Veri Koruma Direktifinde gerekse 2016/679 sayılı Genel Veri Koruma Tüzüğünde “veri kontrolörü (*data controller*)” terimi, “kişisel verilerin işlenmesinin amaçlarını ve araçlarını tek başına veya başkalarıyla birlikte belirleyen gerçek veya tüzel kişi, kamu otoritesi, kamu kurumu ya da diğer bir yapı”nın karşılığıdır. Kişisel Verilerin Korunması Kanununda ise aynı veri işleme aktörleri için “veri sorumlusu” kavramı kullanılmıştır. Kanuna göre veri sorumlusu, “*kişisel verilerin işleme amaçlarını ve vasıtalarını belirleyen, veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olan gerçek veya tüzel kişi*” olarak tanımlanmıştır (m. 3/1). Veri işleyen (işleyici)⁶¹ ise, “*veri sorumlusunun verdiği yetkiye dayanarak onun adına kişisel verileri işleyen gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder*” (m. 3/ğ).

Herhangi bir gerçek veya tüzel kişi aynı zamanda hem veri sorumlusu, hem de veri işleyen olabilir.⁶² Veri işleyen, teknik olarak veri işleme faaliyetiyle ilgilenirken veri sorumlusu verilerin işlenmesine ilişkin kararların alınması, işleme faaliyetinin amacı ve yöntemini belirleme yetkisine sahiptir.⁶³ Veri sorumlusu, yasal düzenlemelerde yer alan kişisel verilerin işlenmesine dair bütün kuralların uygulayıcısı, yükümlülüklerin muhatabı ve meydana gelen zararların sorumlusudur.⁶⁴

⁶⁰ AyM, E. 2016/125, K. 2017/143, KT. 28.9.2017, R.G. 23.1.2018 – 30310.

⁶¹ 95/46/EC sayılı Veri Koruma Direktifinde ve 2016/679 sayılı Genel Veri Koruma Tüzüğünde işleyici (*processor*) kavramı kullanılmaktadır. Her iki düzenlemede de işleyici, veri sorumlusu (*data controller*) adına kişisel verileri işleyen gerçek veya tüzel kişi, kamu otoritesi, ajans veya diğer bir yapı olarak tanımlanmaktadır.

⁶² 6698 s. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu gerekçesi madde 3, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss117.pdf>, (23.08.2021)

⁶³ <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/4195/Veri-Sorumlusu-ve-Veri-Isleyen>, (23.08.2021).

⁶⁴ Tekin Memiş, ‘Veri Sorumlusu ve Veri İşleyen Arasındaki İlişkiler ve Sorumluluk Düzeni’ (2017) 6 Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 11.



2. Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi

a. Genel Hatlarıyla Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi

10.7.2018 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin⁶⁵ Sağlık Bakanlığını düzenleyen on ikinci bölümünün “bilgi toplama, işleme ve paylaşma yetkisi” başlığını taşıyan 378’inci maddesinde, bir önceki başlık altında sözünü ettiğimiz, Kişisel Verilerinin Korunması Kanunu’nda kişisel sağlık verilerinin işlenmesi yasağının istisnasını düzenleyen ilgili hükmün (belirsiz) sınırları dahilinde ve ona paralel bir hüküm tesis edilmiştir.

Kararnamenin 378’inci maddesinin 1’inci fıkrasında “sağlık hizmeti almak üzere kamu veya özel sağlık kuruluşları ile sağlık mesleği mensuplarına müracaat edenlerin, sağlık hizmetinin gereği olarak vermek zorunda oldukları veya kendilerine verilen hizmete ilişkin kişisel verilerinin işlenebileceği” ifade edilmiştir. Aynı maddenin 2’nci fıkrasında ise, “sağlık hizmetinin verilmesi, kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi ile sağlık hizmetlerinin planlanması ve maliyetlerin hesaplanması amacıyla Bakanlığın, birinci fıkra kapsamında elde edilen verileri alarak işleyebileceği ve bu verilerin Kişisel Verilerin Korunması Kanununda öngörülen şartlar dışında aktarılamayacağı” hüküm altına alınmıştır.

Hükümden anlaşılacağı üzere Sağlık Bakanlığının, “sağlık kamu hizmetinin ifası vesilesiyle elde ettiği tüm sağlık verilerini yine sağlık hizmetinin gerekleri için, kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi ile sağlık hizmetlerinin planlanması ve maliyetlerin hesaplanması amacıyla işleme” yetkisi bulunmaktadır.

Esasında burada söz konusu düzenlemenin geçmişinden de söz etmek gerekmektedir. Kişisel sağlık verilerinin toplanması, işlenmesi ve paylaşılması yetkisi ilk olarak 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin⁶⁶ 47’nci maddesiyle düzenlenmiş idi. Bu madde ile Sağlık Bakanlığına ülke çapında her türlü kişisel sağlık verisini toplama ve işleme konusunda iki kez yetki verilmiş, fakat Anayasa Mahkemesi bu yetkiyi düzenleyen hükümleri Anayasaya aykırı oldukları gerekçesiyle iptal etmiştir. Üçüncü kez yapılan düzenleme ise, 2.7.2018 tarih ve 703 sayılı KHK ile yürürlükten kaldırılmıştır. Düzenlemenin yürürlükten kaldırılmadan önceki son şekli, 10.7.2018 tarihinde yürürlüğe giren Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde aynen korunmuştur.

⁶⁵ RG. 10.7.2018 – 30474.

⁶⁶ RG. 2.11.2011 – 28103.

Düzenlemenin ilk halinde⁶⁷ Sağlık Bakanlığı kişisel sağlık verilerini “her türlü vasıtayla” toplamaya, işlemeye ve paylaşmaya yetkili kılınmıştı. Anayasa Mahkemesi ise bu yetkiyi düzenleyen 47’nci maddenin ilk 3 fıkrasını, Anayasa’nın 20’nci maddesinde düzenlenen ve Kişinin Hakları ve Ödevleri başlıklı ikinci bölümünde yer alan özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması hakkına ilişkin olarak kanun hükmünde kararname ile düzenleme yapılmasını, Anayasa mülga m. 91/1’de yer alan “sıkıyönetim ve olağanüstü haller dışında, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel hak ve özgürlüklerin kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceği” kuralına aykırı bularak iptal etmiştir.⁶⁸

İptal kararı üzerine 47’nci madde yeniden düzenlenmiş⁶⁹ ve kanun koyucu aynı hükmü 6495 sayılı Kanun⁷⁰ ile yine 663 sayılı KHK’nın 47’nci maddesine eklemiştir. Söz konusu 47’nci madde KHK içinde yer almasına rağmen, 6495 sayılı Kanun ile değiştirildiğinden artık yasa niteliğinde bir metin haline

⁶⁷ 663 sayılı KHK,

“Bilgi toplama, işleme ve paylaşma yetkisi

Madde 47- (1) Bakanlık ve bağlı kuruluşları, mevzuatla kendilerine verilen görevleri, e-devlet uygulamalarına uygun olarak daha etkin ve hızlı biçimde yerine getirebilmek için, bütün kamu ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarından; sağlık hizmeti alanların, aldıkları sağlık hizmetinin gereği olarak ilgili sağlık kurum ve kuruluşuna vermek zorunda oldukları kişisel bilgileri ve bu kimselere verilen hizmete ilişkin bilgileri her türlü vasıtayla toplamaya, işlemeye ve paylaşmaya yetkilidir.

(2) Bakanlık ve bağlı kuruluşları işlediği kişisel sağlık verilerini ilgili üçüncü kişiler ve kamu kurum ve kuruluşları ile ancak bu kişi ve kurumların bu verilere erişebileceği hususunda kanunen yetkili olması halinde ve görevlerini yapmalarına yetecek derecede paylaşabilir.

(3) Bakanlık ve bağlı kuruluşları, mevzuatla kendilerine verilen görevleri yerine getirebilmek için gereken bilgileri, kamu ve özel ilgili bütün kişi ve kuruluşlardan istemeye yetkilidir. İlgili kişi ve kuruluşlar istenilen bilgileri vermekle yükümlüdür.”

⁶⁸ AyM, E. 2011/150, K. 2013/30, KT. 14.02.2013, RG. 25.06.2013 – 28688.

⁶⁹ “Bilgi toplama, işleme ve paylaşma yetkisi

Madde 47- (1) (Değişik: 12/7/2013-6495/73 md.) Bakanlık ve bağlı kuruluşları, mevzuatla kendilerine verilen görevleri, e-devlet uygulamalarına uygun olarak daha etkin ve daha hızlı biçimde yerine getirebilmek için, bütün kamu ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarından; sağlık hizmeti alanların, aldıkları sağlık hizmetinin gereği olarak ilgili sağlık kurum ve kuruluşuna vermek zorunda oldukları kişisel bilgileri ve bu kimselere verilen hizmete ilişkin bilgileri her türlü vasıtayla toplamaya, işlemeye ve paylaşmaya yetkilidir.

(2) (Değişik: 12/7/2013-6495/73 md.) Bakanlık ve bağlı kuruluşları işlediği kişisel sağlık verilerini ilgili üçüncü kişiler ve kamu kurum ve kuruluşları ile ancak bu kişi ve kurumların bu verilere erişebileceği hususunda kanunen yetkili olması hâlinde görevlerini yapmalarına yetecek derecede paylaşabilir.

(3) (Değişik: 12/7/2013-6495/73 md.) Bakanlık ve bağlı kuruluşları, mevzuatla kendilerine verilen görevleri yerine getirebilmek için gereken bilgileri, kamu ve özel ilgili bütün kişi ve kuruluşlardan istemeye yetkilidir. İlgili kişi ve kuruluşlar istenilen bilgileri vermekle yükümlüdür.”

⁷⁰ RG. 2.02.2013 – 28726.

gelmiştir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin bu maddenin ilk üç fıkrasını iptal etme gerekçesi olan “kanunla düzenlenme” şartı bu şekilde sağlanmıştır. Düzenleme tekrar Anayasa Mahkemesinin önüne getirilmiştir. Anayasa Mahkemesi bu kez, anılan düzenlemenin ölçülülük ilkesine aykırı olduğunu saptamış ve düzenlemeyi tekrar iptal etmiştir.⁷¹

Mahkemeye göre, “*kişisel bilgilerin ‘her türlü vasıta’yla toplanmasına, işlenmesine ve paylaşılmasına izin verilmesi, sınırlamayı, öngörülme amacının ötesinde kişisel bilgilerin gizliliğinin keyfi şekilde ihlal edilmesi sonucunu doğurabilecek bir araca dönüştürmektedir. Bu ise sınırlama aracıyla sınırlama amacı arasında bulunması gereken makul dengeyi bozmakta, özel hayatın ve kişisel verilerin korunmasını isteme haklarına kuralda belirtilen sınırlama amacı dışında ölçüsüz bir şekilde müdahale edilebilmesine imkân tanımaktadır.*”

Anayasa Mahkemesinin 2014 yılında verdiği bu ikinci iptal kararından sonra 663 s. KHK’nın 47’nci maddesi yeniden formüle edilmiş⁷² ve “her türlü vasıta ile işleme, toplama ve paylaşma” yetkisine yer verilmemiştir. Öte yandan 1’inci fıkrada önceki düzenlemeden farklı olarak sadece sağlık kurum ve kuruluşlarına değil, sağlık mesleği mensuplarına müracaat edenlerin verilerinin de işlenmesi düzenlenmiştir.

47’nci maddenin son hali için de Anayasa Mahkemesine gidilmiş fakat Mahkeme, bu düzenlemenin Anayasaya aykırı olmadığına hükmetmiştir.⁷³ Bu düzenleme de 703 sayılı KHK ile yürürlükten kaldırılmış fakat aynı metin 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 378’inci maddesinde aynen korunmuştur.

Her ne kadar Anayasa Mahkemesi kişisel sağlık verilerinin işlenmesine ilişkin bu metni, 663 s. KHK’da yer aldığı dönemde Anayasaya aykırı bulmamış olsa da, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu m. 6/3’te yer alan sağlık ve cinsel hayata ilişkin verilerin açık rıza aranmaksızın işlenebilmesini

⁷¹ AyM, E. 2013/114, K. 2014/184, KT. 4.12.2014, RG. 16.07.2015 - 29418.

⁷² 663 s. KHK,

“Bilgi toplama, işleme ve paylaşma yetkisi

Madde 47- (Değişik: 24/3/2016-6698/30 md.) (1) Sağlık hizmeti almak üzere, kamu veya özel sağlık kuruluşları ile sağlık mesleği mensuplarına müracaat edenlerin, sağlık hizmetinin gereği olarak vermek zorunda oldukları veya kendilerine verilen hizmete ilişkin kişisel verileri işlenebilir.

(2) Sağlık hizmetinin verilmesi, kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi ile sağlık hizmetlerinin planlanması ve maliyetlerin hesaplanması amacıyla Bakanlık, birinci fıkra kapsamında elde edilen verileri alarak işleyebilir. Bu veriler; Kişisel Verilerin Korunması Kanununda öngörülen şartlar dışında aktarılamaz.

(3) Bakanlık, ikinci fıkra gereğince toplanan ve işlenen kişisel verilere, ilgili kişilerin kendilerinin veya yetki verdikleri üçüncü kişilerin erişimlerini sağlayacak bir sistem kurar. (...)”

⁷³ AyM, E. 2016/125, K.2017/143, 23.01.2019, RG. 23.01.2018 – 30310.

meşru kılan amaçlara yönelik yaptığımız eleştiriler bu düzenleme için de geçerlidir. Kişisel sağlık verilerinin, kapsamı ve sınırları genişletilmeye müsait amaçlar çerçevesinde yine sınırlarının belirli olduğunu söylemenin güç olduğu bir kişi grubu tarafından işlenmesi veri koruma hukukunun mantığına aykırıdır. Zira veri koruma hukukunda, hassas verilerin işlenmesinin diğer verilere kıyasla daha katı bir denetime tabi tutulması anlamına gelen hassaslık ilkesi ve veri toplama ve işlemenin bağlı olduğu amaç/amaçları gerçekleştirmek için zorunlu olan miktarla sınırlı olacak şekilde veri toplanması gerekliliğini ifade eden minimumluk ilkesine riayet edilmesi gerekir.⁷⁴

b. Kişisel Sağlık Verilerinin Merkezi Veri Kayıt Sistemi Kullanılarak İşlenmesi

Sağlık Bakanlığının, sağlık hizmeti dolayısıyla elde ettiği kişisel verileri yine sağlık hizmetinin gerekleri doğrultusunda işleme yetkisinin bir uzantısı olarak, ülke çapında elde ettiği kişisel verilerin yer aldığı, sağlık hizmetlerinin daha hızlı ve etkin şekilde yürütülebilmesi amacıyla yönelik bir bilişim sistemi kurma yetkisi vardır. Bu yetki 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu⁷⁵ madde 3/f de düzenlenmiştir. Fıkraya göre; *“Herkesin sağlık durumunun takip edilebilmesi ve sağlık hizmetlerinin daha etkin ve hızlı şekilde yürütülmesi maksadıyla, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca gerekli kayıt ve bildirim sistemi kurulur. Bu sistem, e-Devlet uygulamalarına uygun olarak elektronik ortamda da oluşturulabilir. Bu amaçla, Sağlık Bakanlığınca, bağlı kuruluşları da kapsayacak şekilde ülke çapında bilişim sistemi kurulabilir.”*

Benzer bir düzenleme 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde de yer almaktadır. Kararname m. 378/3’e göre Sağlık Bakanlığı, “sağlık hizmetinin ifası sebebiyle topladığı ve işlediği kişisel verilere, ilgili kişilerin kendilerinin veya yetki verdikleri üçüncü kişilerin erişimlerini sağlayacak bir sistem kurmaya” yetkilidir.

Görüldüğü gibi bu düzenlemeler sağlık verilerinin Sağlık Bakanlığı bünyesinde merkezi bir sistemde tutulmasına ilişkindir. Sağlık.net, e-nabız, merkezi hekim randevu sistemi (MHRS) bunun uygulama örnekleridir. Bu türden bir çalışmanın, bireylerin kişisel sağlık verilerinin toplanması, kaydedilmesi ve analiz edilmesinin, sağlık kamu hizmetinin etkin ve verimli şekilde sunulabilmesi için gerekliliği, anlaşılabilir bir gerekçedir. Fakat öncelikle hangi kayıtların toplanacağı, toplanan kayıtlardan hangisi veya hangilerine, kim/kimler tarafından erişilebileceği ve bu kayıtlara erişim sınırlarının ne olacağı, ne kadar süre saklanacağı, silinmesine ve anonimleştirilmesine ilişkin nasıl bir prosedürün uygulanacağı, sistemin güvenliğine dair alınan koruma önlemlerinin ne olduğu sorularının kuşkuyla yer bırakmayacak açıklıkta

⁷⁴ Kaya (n 40) 324.

⁷⁵ RG. 15.5.1987 – 19461.

cevaplanması gerekir. Zira bireyin hak ve özgürlükleri korunmadan, yeterince önlem alınmadan kamu yararına hareket etmek, kamu yararına yönelik bir faaliyeti değil aksine temel hak ve özgürlük ihlalini oluşturur. Kişisel verilerin korunması, bilgi ve veri güvenliğine ilişkin alınacak hukuki önlemler ve düzenlemeler yoluyla sağlanabilir.⁷⁶ Ancak ne kanuni düzenlemeler ne de Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelikteki veri güvenliği ve kişisel sağlık verilerine erişim ile ilgili detaylandırılmış hükümler söz konusu kaygıları ortadan kaldırmaya yetmektedir.

Dolayısıyla sağlık verilerinin tümünün merkezi bir veri tabanında tutulmasının siber saldırı riskine karşı başlı başına bir güvenlik açığı olduğu itirazı,⁷⁷ aşırıya kaçan bir yorum olmayacaktır. Zira kişisel sağlık kayıtlarının tek bir merkezde tutulması, merkezi olarak toplanıp işlenmesi, bu bilgilerin, bu verileri işlemeye yetkisi olmayanların eline geçmesi ve dolayısıyla mahremiyetin ihlal edilmesi riskini artırır. Kişisel verilerin işlenmesine merkezi veri kayıt sistemleriyle devam edilse dahi mümkün olduğunca anonimleştirilerek ve belli bir süre ile sınırlı olarak tutulması⁷⁸ hem kişisel sağlık verilerinin korunmasına hem de kamu yararına hizmet eden bir yaklaşım olacaktır.

c. Kişisel Sağlık Verilerinin Biyometrik Yöntemler Kullanılarak İşlenmesi

Biyometrik yöntemler, bireyin tespit edilmesini veya doğrulanmasını sağlayan, kendisine ait parmak izi, ses, yüz, retina, iris, avuç içi, el geometrisi, imza, konuşma, yürüyüş tanıma, tuşlama, DNA bilgisi gibi fiziksel veya davranışsal, otomatik kimlik denetleme teknikleridir.⁷⁹

Biyometrik veriler ise, 2016/679 sayılı Genel Veri Koruma Tüzüğü m. 4/14'te "yüz görüntüleri veya daktiloskopik veriler gibi bireyin özgün bir şekilde teşhis edilmesini sağlayan veya teyit eden fiziksel, fizyolojik veya davranışsal özelliklerine ilişkin olarak spesifik teknik işlemlerden kaynaklanan kişisel veriler" olarak tanımlanmıştır.⁸⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de "S. ve Marper / Birleşik Krallık" davasında; resmi otoritelerin muhafaza ettikleri, parmak izi, DNA, kan ve hücre örneklerinin kişisel veri kapsamında olduğunu kabul etmiştir.⁸¹

⁷⁶ Henkoğlu (n 7) 20.

⁷⁷ Küzeci (n 2) 477.

⁷⁸ Küzeci (n 2) 477.

⁷⁹ Aydın Akgül, 'Kişisel Verilerin Korunması Bağlamında Biyometrik Yöntemlerin Kullanımı ve Danıştay Yaklaşımı' (2015) 118 TBB Dergisi, 202; Cüneyd Er, *Biyometrik Yöntemler ve Özel Hayatın Gizliliği Hakkı: Parmak İzi, Göz ve DNA Tarama Gibi Teknolojik Kimlik Denetleme Usullerinin Hukuki Statüsü* (1. Bası Yetkin Yayınları Ankara 2007) 21.

⁸⁰ Lambert (n 31) 116; Voigt, Von dem Bussche (n 28) 111-112.

⁸¹ S. ve Marper / Birleşik Krallık, Başvuru No: 30562/04 ve 30566/04, KT. 4.12.2008.

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu m. 6/1’de özel nitelikli (hassas) veri kategorisinin içinde sağlık verileri ile biyometrik veriler ayrı ayrı sayılmış olsa da, biyometrik yöntemlerle elde edilen biyometrik veriler, bireyin sağlığına ilişkin olabilir. Bu durumda biyometrik yöntemler kullanılarak elde edilmiş kişisel sağlık verisi haline gelir ve dolayısıyla biyometrik yöntemler kullanılarak elde edilen kişisel sağlık verilerinin işlenmesi de m. 6/3’teki sınırlamaya tabi olur.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu yürürlüğe girmeden önce, 2012 yılında, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun m. 67/3’e eklenen⁸² “biyometrik yöntemlerle kimlik doğrulaması yapılması ve/veya” ibaresi ile “genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin sağlık hizmetlerinden ve diğer haklardan yararlanabilmeleri için sağlık hizmet sunucularına başvurduklarında acil haller hariç olmak üzere (acil hallerde ise acil halin sona ermesinden sonra); biyometrik yöntemlerle kimlik doğrulamasının yapılması ve/veya nüfus cüzdanı, sürücü belgesi, evlenme cüzdanı, pasaport veya Kurum tarafından verilen resimli sağlık kartı belgelerinden birinin gösterilmesi”⁸³ zorunluluğu getirilmiştir.

Bu düzenleme yürürlüğe girdikten sonra Danıştay, genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin sağlık hizmetlerinden ve diğer haklardan yararlanabilmeleri için sağlık hizmet sunucularına başvurduklarında biyometrik yöntemlerle kimlik doğrulaması yapılmasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine ve Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesine itiraz yoluna başvurmuştur. Danıştay, anılan düzenlemede, “biyometrik yöntemlerle yapılacak kimlik doğrulaması sonucu elde edilecek kişisel verilen toplanması ve işlenmesinin kapsamının, bu verilerin korunmasına ilişkin usul ve esasların belirtilmediğini” vurgulamıştır.⁸⁴ Fakat Anayasa Mahkemesi, dava konusu düzenleme ile getirilen sistemin kamu kuruluşlarına yönelik yolsuzluklara karşı etkili ve güvenli olduğunu saptamış ve iptal istemini reddetmiştir.⁸⁵ Oysaki henüz Kişisel Verilerin Korunması Kanunu yürürlüğe girmeden önce yapılan bu düzenlemede gerçekten de sağlık verilerinin işlenmesine ilişkin bir hüküm yer almakta olmasına karşın verilerin korunmasına ilişkin bir güvence, kişisel sağlık verilerinin kötüye kullanılmasını önleyici, etkili kontrol mekanizmaları, toplanan verilerin ne kadar süreyle saklanacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.

2016 yılında, kişisel verilerin korunmasına ilişkin genel kanun niteliğinde olan Kişisel Verilerin Korunması Kanununun yürürlüğe girmesiyle, anılan kanun maddesine, “biyometrik yöntemlerle kimlik doğrulaması yapılması

⁸² 01.03.2012 tarih ve 6283 sayılı Kanun madde 1.

⁸³ 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu m. 67/3.

⁸⁴ AyM, E. 2014/180, K. 2015/30, KT. 19.3.2015, RG. 3.4.2015-29315.

⁸⁵ AyM, E. 2014/180, K. 2015/30, KT. 19.3.2015, RG. 3.4.2015-29315.



ve/veya” ibaresi eklemesinin kişisel verilerin korunması hakkına aykırılığı hususunda yarattığı tereddütler giderilmiş gibi görünse de esasında aynı hala aynı eleştiriler geçerlidir. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu m. 6/3’te yer alan “... Sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler ise ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir.” hükmüne dair yukarıdaki itirazlarımız unutulmamalıdır.

Öte yandan, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun m. 67/3’e eklenen ifade ile birlikte kimlik doğrulaması için kullanılacak yöntemler “ve/veya” bağlacı ile belirlenmiş olmasına karşın, bir başka ifadeyle biyometrik yöntemlerle kimlik doğrulaması yapılması kanuna göre alternatifi olmayan, kullanılabilir tek yöntem olmamasına karşın, uygulamada Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliği ile biyometrik verilerin paylaşımı zorunlu tutulmuştur.⁸⁶

II. İDARENİN KİŞİSEL SAĞLIK VERİLERİNİ KORUMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

A. Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması Hakkı

Kişisel verilerin korunması hakkı temel bir insan hakkıdır.⁸⁷ Kişisel verilerin korunması hakkı, veri sahibinin verileri üzerindeki hakimiyetini ifade eden⁸⁸ anayasal bir haktır. Anayasanın 20’nci maddesinde özel hayatın gizliliği başlığı altında düzenlenmiştir. Anayasadaki düzenlenme şeklinden hareketle kişisel verilerin korunması hakkını özel yaşama saygı hakkı içinde, onun bir uzantısı olarak değerlendirmek mümkünse de, tarihsel süreç içinde gün geçtikçe, teknolojinin ve bilişim sistemlerinin gelişmesine de paralel olarak kişisel verilerin korunması hakkının özel yaşama saygı hakkının özellikli bir türü ve kendine özgü bazı gereklilikleri olan ayrı bir hak alanı olarak görülmeye ve bu şekilde değerlendirilmeye başlanmıştır.⁸⁹

⁸⁶ RG. 24.03.2013 – 28597,

Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliği,

“1.6 - Kimlik tespiti: (1)Sağlık kurum ve kuruluşlarınca, kişilerin müracaatı aşamasında, acil hallerde ise acil halin sona ermesinden sonra, nüfus cüzdanı, sürücü belgesi, evlenme cüzdanı, pasaport veya verilmiş ise Kurum sağlık kartı belgelerinden biri ile kimlik tespiti ve biyometrik yöntemlerle kimlik doğrulaması yapılması zorunludur.”

⁸⁷ Kişisel verilerin korunması günümüzde, 2016/679 Genel Veri Koruma Tüzüğü, Avrupa Birliğinin 2000 tarihli Temel Haklar Şartı, Lizbon Anlaşması ve Veri Koruma Sözleşmesinde bireyler için temel bir yasal hak olarak kabul edilmektedir. Lambert (n 31) 101.

⁸⁸ Dülger (n 6) 74.

⁸⁹ Küzeci (n 2) 69.

Kişisel verilerin korunması hakkı bireylerin maddi ve manevi varlıklarını korunmasına hizmet eder.⁹⁰ Bireyin, kendisine ait kişisel veriler üzerindeki tasarruf yetkisi insan onurunun ve bununla bağlantılı olarak kişilik hakkının bir gereksinimidir.⁹¹ İnternetteki hareketliliğinden bina girişlerine kadar her türlü hareketi, davranışı ve tercihi çeşitli kontrol biçimleriyle gözetim altında tutulan,⁹² bilgileri kaydedilen ve işlenen bireylerin bu süreçten haberdar edilmemesi ve /veya müdahale etme hakkına sahip olmaması, kendi özgür iradesine göre şekillendirebileceği bir özel hayatlarının kalmamasına⁹³ ve bireyselliklerini koruma olanağının ortadan kalkmasına yol açacaktır. Sürekli kendisi hakkında bilgilerin başkalarının elinde olduğu bilinciyle hareket eden kişinin hür şekilde karar vermesi, kişiliğini geliştirmesi mümkün olmayacaktır.⁹⁴

Esasında bireye ait her türlü bilginin kişisel veri kapsamında olması nedeniyle kişisel verilerin korunması hakkı birçok hakla, özellikle insan onuru, düşünceyi açıklama özgürlüğü, özel haberleşmenin gizliliği ve vicdan, din ve inanç özgürlüğü ve kuşkusuz özel hayatın gizliliği ile iç içe geçmiş durumdadır.⁹⁵

Ulusal ve uluslararası düzenlemelerde yer alan kişisel verilerin korunmasına ilişkin güvenceler başta özel hayatın gizliliği olmak üzere kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasına hizmet eder. Hatta bu alanda yapılan düzenlemelerdeki asıl amacın kişisel verilerin korunmasından önce ve onun ötesinde insan onuru, düşünceyi açıklama özgürlüğü, özel haberleşmenin gizliliği ve vicdan, din ve inanç özgürlüğü ve özel hayatın gizliliğinin korunması olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.⁹⁶

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları incelendiğinde, ilk bakışta Mahkemenin kişisel verilerin korunması hakkını, özel hayata saygı hakkı (AİHS m.8) içinde ele aldığı şeklinde bir yorum yapılabilir.⁹⁷ Fakat Mahkemenin, önüne gelen davalarda somut olaya özgü yaptığı değerlendirmelere bakıldığında,

⁹⁰ Aksoy (n 13) 2.

⁹¹ Çekin, (n 7) 6, 7.

⁹² David Lyon, Zygmunt Bauman, *Akışkan Gözetim* (1. Bası Ayrıntı Yayınları 2013) 9.

⁹³ Şimşek (n 15) 4.

⁹⁴ Çekin (n 7) 7.

⁹⁵ Dülger (n 6) 76.

⁹⁶ Çekin (n 7) 23.

⁹⁷ Örnek olarak bkz. Klass ve diğerleri / Almanya, Başvuru No: 5029/71, KT. 06/09/1978; Z. / Finlandiya, Başvuru No: 22009/93, KT. 25/02/1997; L.L. / Fransa, Başvuru No: 7508/02, KT. 10.10.2006; I. / Finlandiya, Başvuru No: 20511/03, KT. 17.07.2008; S. ve Marper / Birleşik Krallık, Başvuru No: 30562/04 ve 30566/04, KT. 04/12/2008; Armonas / Litvanya ve Biriuk / Litvanya, Başvuru No: 36919/02 ve 23373/03, KT. 25/11/2008; Uslu / Türkiye (no:2), Başvuru No: 23815/04, KT. 20.01.2009; K.H. ve diğerleri / Slovakya, Başvuru No: 32881/04, KT. 28/04/2009; Ageyevy / Rusya, Başvuru No: 7075/10, KT. 18/04/2013; Avilkina ve diğerleri / Rusya, Başvuru No: 1585/09, KT. 06/06/2013; Konovalova / Rusya, Başvuru No: 37873/04, KT. 09.10.2014.

kişisel verilere ayrıca yer verdiği anlaşılabilir.⁹⁸ Mahkemenin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi tarafından güvence altına alınmış hakların korunmasını sağlamak üzere kurulduğu göz önünde bulundurulduğunda içtihatlarında 8'inci maddeyi dayanak yaparak karar vermesi hukuka uygun ve sözleşme nezdinde kişisel verilerin korunmasını sağlayan bir yöntemdir. Zira Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde kişisel verilerin korunmasına yönelik bağımsız bir temel hak bulunmamaktadır.⁹⁹

Anayasa Mahkemesinin de kişisel verilerin korunmasına ilişkin temel değerlendirmesi, kişisel verilerin korunması konusunun her şeyden önce insan onuruna saygı ve kişilik haklarına dayandığı şeklindedir.¹⁰⁰ Mahkemeye göre “*kişisel verilerin korunması hakkı kişinin insan onurunun korunmasının ve kişiliğini serbestçe geliştirebilmesi hakkının özel bir biçimidir ve bireyin hak ve özgürlüklerini kişisel verilerin işlenmesi sırasında korumayı*” amaçlamaktadır.¹⁰¹

Kişisel sağlık verileri, kişilere ilişkin tıbbi kayıtların tutulması ve belli amaçlarla işlenmesi de şüphesiz özel hayata saygı hakkının, insan onuru ve kişilik hakkının bir parçasıdır. Önceki bölümde de ifade ettiğimiz gibi, bir hassas veri türü olarak kişisel sağlık verilerinin işlenmesi, bünyesinde taşıdığı ayrımcılık tehlikesi nedeniyle kişisel veri kümesi içinde daha katı kurallara bağlı, daha sıkı bir denetime tabidir. Aynı nedenden ötürü sağlık verileri söz konusu olduğunda kişisel verilerin korunması hakkının çok daha dikkat ve özenle ele alınması gerekir.

Sağlık hizmetinden yararlanan bireye ilişkin sağlık verilerinin kaydedilmesi, düzenlenmesi, aktarılması, açıklanması tıbbi teşhis ve tedavi süreci için gerekli olabilir. Doğru müdahalede bulunabilmek için bu bilgilere ihtiyaç duyulabilir. Ancak diğer taraftan bu veriler kişiseldir ve bireylerin bu bilgilerini gizli tutma hakları vardır. Bireylerin bu bilgilerinin yeterli düzeyde korunmadığına dair kuşkuya kapılması sağlık hizmetlerinden faydalanmaktan çekinmelerine neden olabilir.¹⁰²

AİHM'nin “Z. / Finlandiya” kararında¹⁰³ ifade ettiği gibi, sağlık verilerinin gizliliğine saygı göstermek hayati bir ilkedir. Hastanın mahremiyetine saygı duymanın yanında, tıp mesleğine ve genel olarak sağlık hizmetlerine olan güvenini korumak da çok önemlidir. Kişisel sağlık verilerinin ifşa edilebileceği

⁹⁸ Dülger (n 6) 139; Gonzalez Fuster (n 11) 95-102. Korunması”, s. 139; Gonzalez Fuster, s. 95-102.

⁹⁹ Şimşek (n 15) 30.

¹⁰⁰ AyM, E. 2010/40, K. 2012/8, KT. 19.01.2012, RG. 6.3.2013 – 28579.

¹⁰¹ AyM, E.2010/40, K. 2012/8, KT. 19.01.2012, RG. 6.3.2013 – 28579; AyM, E. 2013/84, K. 2014/183, KT. 04.12.2014, RG. 13.03.2015 – 29294; AyM, E. 2014/180, K. 2015/30, KT. 19.03.2015, RG. 3.04.2015 – 29315.

¹⁰² Küzeci (n 2) 247.

¹⁰³ Z. / Finlandiya, Başvuru No: 22009/93, KT. 25/02/1997, § 95; benzer ifade için bkz. M.S. / İsveç, Başvuru No: 74/1996/693/885, KT. 27.08.1997, § 41.

şüphesi, tıbbi yardıma ihtiyaç duyan bireyleri gerekli tedaviyi görmek ve hatta bu tür bir yardım istemekten caydırabilir ve bu durum bireysel ve toplumsal düzeyde oldukça ağır sonuçlara sebebiyet verebilir.

Bireyin kişisel sağlık verilerinin korunmasına ilişkin hak ve talebi aynı zamanda hasta haklarının da bir parçasıdır. 01.08.1998 tarih ve 23420 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Hasta Hakları Yönetmeliğine göre, “hasta hakları temel insan haklarının sağlık hizmetlerine yansımalarıdır. Hasta hakları, sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan bireylerin, sırf insan olmalarından kaynaklanan, uluslararası¹⁰⁴ ve ulusal¹⁰⁵ düzenlemelerle

¹⁰⁴ Hasta haklarına ilişkin uluslararası düzenlemelere örnek olarak, Dünya Tabipler Birliği Cenevre Bildirgesi’nde yer alan hekimlik andı (“... hastanın bana açtığı sırları, yaşamını yitirdikten sonra bile gizli tutacağıma ...”); Dünya Tabipler Birliği Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi (1981);bu bildirgeyi revize eden Bali Bildirgesi (1995) ve 2005 yılında hasta haklarının yeniden ele alındığı, Bali Bildirgesinin geliştirilmesiyle oluşan Santiago Bildirgesi (8. Gizlilik hakkı a. Bir hastanın sağlık durumu, tıbbi durumu, teşhisi, prognozu ve tedavisi ile ilgili tüm tanımlayıcı bilgiler ve kişisel diğer tüm bilgiler, ölümden sonra bile gizli tutulmalıdır. İstisnai olarak, hasta yakınları, kendilerini sağlık riskleri konusunda bilgilendirecek bilgilere erişim hakkına sahip olabilirler. b. Gizli bilgiler ancak hastanın açık rıza göstermesi veya kanunda açıkça öngörülmesi halinde açıklanabilir. Hasta açık bir onay vermediği sürece, bilgiler diğer sağlık hizmeti sağlayıcılarına yalnızca kesin olarak “bilinmesi gerekenler” temelinde açıklanabilir. c. Tüm tanımlanabilir hasta verileri korunmalıdır. Verilerin korunması, usulüne uygun olmalıdır. Tanımlanabilir verilerin elde edilebildiği insan ürünleri de aynı şekilde korunmalıdır.) örnek verilebilir. Ayrıca Avrupa Birliği üye ülkelerde hasta haklarına ilişkin düzenlemelerde uyumu amaçlayan 2002 tarihli Avrupa Birliği Hasta Hakları Statüsü (6. *Özel ve Gizlilik Hakkı*: Her birey kişisel bilgilerinin; sağlık durumu, yapılan teşhis ve tedavi konularında bilginin yanı sıra teşhis ve tedavi yapılırken veya özel ziyaretlerinin gizliliğinin muhafazası hususunda, gizli tutulmasını talep etme hakkına sahiptir. Bir bireyin sağlık durumuna veya ona uygulanan tıbbi/cerrahi tedaviye ilişkin bilgi ve veriler gizli olmalı ve öyle muhafaza(korunmalıdır) edilmelidir. Tıbbi/cerrahi müdahale sırasında bile kişisel gizliliği saygı gösterilmeli, yani uygun ortamda yapılmalı ve gerçekten orada bulunması gerekli olan kişiler (hastanın onayı veya özel bir talebi olması durumları hariç) nezdinde yapılmalıdır.); Avrupa Konseyi metni olan, İnsan Hakları ve Biyotip Sözleşmesi (Madde 10: *Özel yaşam ve bilgilendirme hakkı* 1. Herkes, kendi sağlığıyla ilgili bilgiler bakımından, özel yaşamına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. 2. Herkes, kendi sağlığı hakkında toplanmış herhangi bir bilgiyi öğrenme hakkına sahiptir. Bununla beraber, bireylerin, bilgilendirilmeme istekleri de gözetilecektir. 3. Ayrıksı(istisnai) durumlarda, 2. paragrafa belirtilen hakların kullanılmasında, hastanın yararları bakımından yasa tarafından kısıtlamalar öngörülebilir.) ve Avrupa Hasta Haklarının Geliştirilmesi ya da bilinen adıyla Amsterdam Bildirgesi (“4. Mahremiyet ve özel hayat

4.1. Hastanın sağlık durumu, tıbbi durumu, tanısı, prognozu, tedavisi hakkındaki ve kişiye özel diğer tüm bilgiler; ölümden sonra bile gizli olarak korunmalıdır.

4.2. Hastaya ait bu bilgiler, yalnızca hastanın açık izni veya mahkemenin kesin isteği üzerine açıklanabilir. Hastanın tedavisi ile ilgili diğer sağlık personeline ihtiyaç söz konusu olduğunda hastanın onayı olduğu varsayılarak davranılır.

4.3. Hastanın kimliğine dair bilgiler korunmalıdır. Bu bilgilerin korunması usulüne uygun yapılmalıdır.

4.4. Hastalar; tanıları, tedavileri ve bakımları ile ilgili kayıtlara, diğer dosyalara, teknik kayıtlara ve tıbbi dosyalarına bakabilme ve kendi dosyalarının ve kayıtlarının kopyasını alabilme hakkına sahiptir. Bu hak üçüncü kişilerin bilgilerine bakabilmeyi içermez.

4.5. Hastalar, kendileriyle ilgili tıbbi ve kişisel bilgilerin uygunsuz, eksik, çift anlamlı, eski olması veya tanı, tedavi ve bakım amacıyla ilgili olmaması durumunda bu bilgileri yenileme, daha açık hale getirme, bazı kısımlarını çıkarma, tamamlama, düzeltme hakkına sahiptir.

4.6. Hastanın tanı, tedavi ve bakımı için gerekli olmadıkça ve ek olarak hasta izin vermedikçe hastanın özel ve aile hayatına girilemez.

teminat altına alınmış bulunan haklarını” ifade eder.

Hasta hakları bireyin sahip olduğu haklarını sağlık hizmetlerinden yararlanırken kullanabilmesi ile ilgili haklardır. Bu haklar bireyin yaşama hakkı, beden bütünlüğü hakkı, özel yaşam hakkı, sağlık hakkı, kişisel verilerin korunması hakkı gibi haklarının ayrılmaz bir parçasıdır.¹⁰⁶ Kanun ile izin verilen haller ile tıbbi zorunluluklar dışında, hastanın özel hayatının ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı, Hasta Hakları Yönetmeliğinde yer alan hasta haklarına ilişkin temel ilkelerden biridir.¹⁰⁷ Kayıtlara ulaşma, kayıtları inceleme ve kayıtlarda düzeltme talep etme hakkı, mahremiyete saygı gösterilmesi hakkı, hastaya ait bilgilerin gizliliği; kişisel sağlık verilerinin korunması hakkı ile ilişkilendirilebilecek hasta haklarındandır.

B. İdarenin Kişisel Sağlık Verilerinin Korunmasına İlişkin Yükümlülükleri

1. Aydınlatma Yükümlülüğü

Aydınlatma yükümlülüğü genel olarak, veri sorumlusunun, kişisel verileri işlenen bireylere, bu verilerin ne şekilde toplandığı, kim tarafından hangi amaçlarla ve hukuki sebeplerle işlenebileceği, işlenen kişisel verilerin kimlere hangi amaçlarla aktarılabilirliği, amaca uygun kullanılıp kullanılmadığı konusunda bilgi verme yükümlülüğü anlamına gelir.

108 nolu Sözleşme¹⁰⁸, OECD Rehber İlkeleri¹⁰⁹ gibi uluslararası düzenlemelere de konu olan aydınlatma yükümlülüğü, Kişisel Verilerin Korunması Kanununun 10’uncu maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, “veri sorumlusu (veya yetkilendirdiği kişi), ilgili kişiye,

a) Veri sorumlusunun ve varsa temsilcisinin kimliği,

4.7.Tıbbi girişimler ancak kişinin özel hayatına saygı gösterilmesi durumunda yapılabilir. Bunun anlamı önerilen girişimin hastanın onayı veya isteğine göre ve kişinin ihtiyacı durumunda yapılabileceğidir

4.8.Sağlık kurumlarına başvuran hastalar, özellikle sağlık personelinin kişisel bakımlarını veya muayene ve tedavilerini yapacağı durumda kurumların özel hayatlarının korunmasını sağlayan fiziksel özelliklere sahip olmasını bekleme hakkına sahiptirler.”)

hasta haklarına ilişkin uluslararası düzenlemelerdir.

¹⁰⁵ Hasta haklarına ilişkin ulusal düzenlemelere örnek olarak, Tıbbi Deontoloji Tüzüğü (RG. 19.2.1960 - 10436), Umumi Hıfzıssıhha Kanunu (RG. 6.5.1930 - 1489), Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun (RG. 14.4.1928 - 863), 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu(RG. 15.5.1987 - 19461) verilebilir.

¹⁰⁶ Özge Yücel (Ed.), Gürkan Sert (Ed.), *Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları: Sağlık Hizmeti, Sağlık Hakkı ve Hasta Hakları, Medeni Hukuk, Ceza ve İdare Hukuku Yönünden Sorumluluk* (1. Bası Seçkin Ankara 2018) 125.

¹⁰⁷ Hasta Hakları Yönetmeliği, m.5/f, RG. 01.08.1998 – 23420.

¹⁰⁸ Bkz. 108 nolu Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi madde 8.

¹⁰⁹ Bkz. OECD Özel Yaşamın Korunması ve Kişisel Verilerin Sınırlanması Akışına İlişkin Rehber İlkeler paragraf 13.

- b) Kişisel verilerin hangi amaçla işleneceği,
- c) İşlenen kişisel verilerin kimlere ve hangi amaçla aktarılabileceği,
- ç) Kişisel veri toplamanın yöntemi ve hukuki sebebi¹¹⁰,
- d) 11 inci maddede sayılan diğer hakları¹¹¹, konusunda bilgi vermekle yükümlüdür.”

Kişisel Verileri Koruma Kurumu tarafından yayınlanan Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesinde Uyulacak Usul Ve Esaslar Hakkında Tebliğde¹¹² bu yükümlülük hakkında daha ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir.

Aydınlatma yükümlülüğünün hukuka uygun şekilde yerine getirildiğinden söz edilebilmesi için, Kişisel Verilerin Korunması Kanununun 4’üncü maddesinde yer alan genel ilkelere de uygun olması gerekmektedir. Nitekim bu husus Kişisel Verileri Koruma Kurulu tarafından çıkarılan Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesi Rehberinde vurgulanmıştır.¹¹³

Kişisel verilerin işlenmesine bireyin açık rızası olması durumunda da, kişisel verilerin kanunda düzenlenen istisna hükümleri dahilinde açık rıza aranmaksızın işlenmesi halinde de, veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğü vardır. İlgili kişi, kişisel verisinin işlendiği her durumda bilgi alma hakkına sahiptir.

Açık rıza şartı ve aydınlatma yükümlülüğü birbirlerinden farklı kişisel veri işleme kurallarıdır. Dolayısıyla açık rıza şartının yerine getirildiği durumlarda

¹¹⁰ “Hukuki sebep”ten kasıt, aydınlatma yükümlülüğü kapsamında kişisel verilerin, Kanunun 5 ve 6’ncı maddelerinde belirtilen işleme şartlarından hangisine dayanılarak işlendiğidir.” Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ, m. 5/h.

¹¹¹ 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu,
“Madde 11/1: Herkes, veri sorumlusuna başvurarak kendisiyle ilgili;
a) Kişisel veri işlenip işlenmediğini öğrenme,
b) Kişisel verileri işlenmişse buna ilişkin bilgi talep etme,
c) Kişisel verilerin işlenme amacını ve bunların amacına uygun kullanılıp kullanılmadığını öğrenme,
ç) Yurt içinde veya yurt dışında kişisel verilerin aktarıldığı üçüncü kişileri bilme,
d) Kişisel verilerin eksik veya yanlış işlenmiş olması hâlinde bunların düzeltilmesini isteme,
e) 7 nci maddede öngörülen şartlar çerçevesinde kişisel verilerin silinmesini veya yok edilmesini isteme,
f) (d) ve (e) bentleri uyarınca yapılan işlemlerin, kişisel verilerin aktarıldığı üçüncü kişilerle bildirilmesini isteme,
g) İşlenen verilerin münhasıran otomatik sistemler vasıtasıyla analiz edilmesi suretiyle kişinin kendisi aleyhine bir sonucun ortaya çıkmasına itiraz etme,
ğ) Kişisel verilerin kanuna aykırı olarak işlenmesi sebebiyle zarara uğraması hâlinde zararın giderilmesini talep etme, haklarına sahiptir.”

¹¹² RG. 10.03.2018 – 30356.

¹¹³ Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesi Rehberi, s. 9.

aydınlatma yükümlülüğünün olmadığı ya da aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiği durumlarda açık rızanın aranmasına gerek olmadığı gibi bir sonuca ulaşılamaz. Kişisel verilerin işlenmesine bireyin açık rızasının gerektiği durumlarda, birey önce hangi verisinin hangi amaç/amaçlarla işleneceği hususunda aydınlatılmalı ardından bireyin açık rızası alınmalıdır.¹¹⁴

Kişisel veri, veri sahibinden doğrudan elde edilebileceği gibi, dolaylı olarak başka kaynaklardan da ilgili kişinin verisine ulaşılabilir. Kişisel verilerin ilgili kişiden elde edilmemesi halinde de aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilmelidir. Bu kurala, 2016/679 sayılı Genel Veri Koruma Tüzüğünde¹¹⁵ ve Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesinde Uyulacak Usul Ve Esaslar Hakkında Tebliğde¹¹⁶ ayrıntılı olarak yer verilmiştir.

Aydınlatma yükümlülüğü kişisel sağlık verilerinin işlenmesi faaliyetinde de kuşkusuz geçerlidir. Sağlık Bakanlığı ve sağlık hizmeti sunucuları veri sorumlusu olarak aydınlatma yükümlülüğüne, sağlık verileri işlenen bireyler de bu verilerin işlenme süreci ve yöntemi ile ilgili her türlü bilgi alma hakkına sahiptir.

Tebliğ'in 5'inci maddesinin d ve e bentlerine göre; "aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi, ilgili kişinin talebine bağlı değildir.¹¹⁷ Bu yükümlülüğünün yerine getirildiğinin ispatı ise veri sorumlusuna aittir."¹¹⁸

2. Veri Güvenliğini Sağlama Yükümlülüğü

Veri güvenliği kişisel verilerin korunması için gerekli bütün teknik ve idari önlemlerin alınması anlamına gelir. Veri güvenliği, verilerin kaybedilmesi, yetkisiz kişilerin verilere ulaşması, değiştirmesi ve işlemesi gibi olası tehlikelere karşı alınacak uygun güvenlik tedbirleriyle sağlanır.¹¹⁹

¹¹⁴ Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ.

"Madde 5/1-f. "Kişisel veri işleme faaliyetinin açık rıza şartına dayalı olarak gerçekleştirilmesi halinde, aydınlatma yükümlülüğü ve açık rızanın alınması işlemlerinin ayrı ayrı yerine getirilmesi gerekmektedir."

¹¹⁵ Bkz. Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR) madde 14/3.

¹¹⁶ Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesinde Rehberi,

"Madde 6: (1) Kişisel verilerin ilgili kişiden elde edilmemesi halinde;

a) Kişisel verilerin elde edilmesinden itibaren makul bir süre içerisinde,

b) Kişisel verilerin ilgili kişi ile iletişim amacıyla kullanılacak olması durumunda, ilk iletişim kurulması esnasında,

c) Kişisel verilerin aktarılacak olması halinde, en geç kişisel verilerin ilk kez aktarımının yapılacağı esnada

ilgili kişiyi aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi gerekir."

¹¹⁷ Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ, madde 5/1-d.

¹¹⁸ Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ, madde 5/1-e.

¹¹⁹ Şimşek (n 15) 95.

108 nolu Sözleşmenin 7’nci maddesine göre, “*otomatik dosyalara kaydedilen kişisel verileri korumak için, bunların kaza sonucu veya izinsiz olarak imhasına veya kaza sonucu kaybolmasına veya bunların izinsiz olarak elde edilmesine, değiştirilmesine veya dağıtılmasına karşı uygun güvenlik önlemlerinin*” alınması gerekmektedir.

2016/679 sayılı Genel Veri Koruma Tüzüğü’nün ikinci kısmı da kişisel verilerin güvenliği başlığını taşımaktadır ve bu kısımda veri güvenliği ilkesinin uygulanmasına ilişkin hükümler yer almaktadır.

Kişisel Verilerin Korunması Kanununun 12’nci maddesine göre veri sorumlusu;

- a) Kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesini önlemek,
- b) Kişisel verilere hukuka aykırı olarak erişilmesini önlemek,
- c) Kişisel verilerin muhafazasını sağlamak amacıyla uygun güvenlik düzeyini temin etmeye yönelik gerekli her türlü teknik ve idari tedbirleri almak zorundadır.”

Kişisel Sağlık Verileri Hakkındaki Yönetmelik m.18/1’de de, Kanunun bu maddesinde “*veri güvenliğine ilişkin yükümlülüklere riayet edileceği ve teknik ve idari tedbirlerin alınmasında, Kurum tarafından hazırlanan Kişisel Veri Güvenliği Rehberinin esas alınacağı*” belirtilmiştir.

Kişisel Veri Güvenliği Rehberi esas alınarak, kişisel verilerin güvenliğine ilişkin teknik ve idari tedbirler; kişisel verinin niteliğine göre muhtemel risk ve tehditlerin belirlenmesi, bunların azaltılması ya da ortadan kaldırılmasına yönelik kontrol ve çözüm alternatifleri bulunması, veri güvenliği politikaları oluşturulması, çalışanların eğitimi, siber güvenliği sağlanması, kişisel veri içeren her türlü ortamın güvenliğinin sağlanması ve takibi¹²⁰ şeklinde örneklendirilebilir. Fakat hassas kişisel veri kategorisinde yer alan sağlık verilerinin güvenliğinin sağlanmasına ilişkin; veri işleme faaliyetinde bulunanların ve veri sorumlularının yetkilerinin kapsamı ve yetki süreleri bakımından daha katı koruma tedbirleri getirilmesi gerekliliği bir eleştiri olarak savunulabilir.

“*Veri sorumlusu, kişisel verilerin kendi adına başka bir gerçek veya tüzel kişi tarafından işlenmesi hâlinde, gerekli tedbirlerin alınması hususunda bu kişilerle birlikte müştereken sorumludur.*”¹²¹ Dolayısıyla veri işleyenler de veri güvenliğinin sağlanması amacıyla tedbir almak zorundadır. Kanun, veri sorumlusuna ayrıca kendi kurum veya kuruluşunda veri güvenliğine ilişkin

¹²⁰ Kişisel Verileri Koruma Kurulu tarafından bu teknik ve idari tedbirlerin ne olduğu konusunda hazırlanan veri güvenliği rehberi için bkz. <https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/7512d0d4-f345-41cb-bc5b-8d5cf125e3a1.pdf>, (29.08.2021).

¹²¹ Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, madde 12/2.

ve kanunun uygulanmasına ilişkin denetim yapma/yaptırma yükümlülüğü getirmiştir.¹²² Veri sorumluları ile veri işleyenlerin bir başka yükümlülüğü, görevden ayrıldıktan sonra dahi, öğrendikleri kişisel verileri Kanun hükümlerine aykırı olarak başkalarına açıklama ve işleme amacı dışında kullanma yasağıdır.¹²³ Veri sorumlusunun veri güvenliğine ilişkin son olarak, “işlenen kişisel verilerin kanuni olmayan yollarla başkaları tarafından elde edilmesi hâlinde, bu durumu en kısa sürede” ilgisine ve Kurula bildirme görevi mevcuttur.¹²⁴ Veri sorumlusunun Kurul’a veri güvenliğinin ihlalini bildirme yükümlülüğünde, kişisel verilerin kanuni olmayan yollarla başkaları tarafından elde edilmesine kimin icra yahut ihmal yoluyla sebep olduğunun önemi yoktur. Veri sorumlusuna böyle bir ödev yüklenmesinin sebebi, ihlalin kapsamının artmasının ve tekrar etmesinin önüne geçmektir.¹²⁵

Kişisel Verileri Koruma Kurulu da veri güvenliğine ilişkin yükümlülükleri belirlemek amacıyla düzenleyici işlem yapma yetki ve görevine sahiptir.¹²⁶ Kişisel sağlık verileri özelinde, 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi m. 378/4’e göre, Sağlık Bakanlığı, “ilgili mevzuat uyarınca elde edilen kişisel sağlık verilerinin güvenliğinin sağlanması için gerekli tedbirleri almakla ve bu amaçla, sistemde kayıtlı bilgilerin hangi görevli tarafından ne amaçla kullanıldığına denetlenmesine imkân tanıyan bir güvenlik sistemi” kurmakla görevlidir.

3. Düzenleme ve Denetleme Yapma Yükümlülüğü

Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu ek madde 11’e göre, “sağlık hizmeti sunumu ile ilgili tüm iş ve işlemler Sağlık Bakanlığınca denetlenir.” 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 355’inci maddesi 1/i bendine göre ise, ilgili mevzuat çerçevesinde kişisel verilerin korunmasına ve veri mahremiyetinin sağlanmasına yönelik düzenleme yapmak Sağlık Bakanlığının hizmet birimlerinden biri olan Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğünün görevidir. Bu hükümler, kişisel sağlık verilerinin korunmasına ilişkin Sağlık Bakanlığının düzenleme ve denetleme yapma yükümlülüğü olduğunu göstermektedir.

Bir önceki başlık altında da ifade ettiğimiz gibi, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu m. 12/3’e göre veri sorumlusunun, kişisel verilerin korunmasını, kanunun uygulanmasını sağlamak amacıyla gerekli denetimleri yapmak/ yaptırmak zorunluluğu vardır. Veri sorumlusunun bir kamu tüzel kişisi olması durumunda da bu kural şüphesiz geçerlidir.

¹²² Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, madde 12/3.

¹²³ Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, madde 12/4.

¹²⁴ Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, madde 12/5.

¹²⁵ Çekin (n 7) 112.

¹²⁶ Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, madde 22/f.

Kişisel (sağlık) verilerin(in) korunmasına ilişkin düzenleme ve denetim yapma yükümlülüğü, 5018 sayılı “Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu”¹²⁷ III sayılı Cetvele göre düzenleyici ve denetleyici kurumlar arasında yer alan “Kişisel Verileri Koruma Kurumu”nun asli görevidir.

Kurum, kişisel verilerin korunması gibi kamusal hayatın hassas ve teknik bir alanında faaliyet gösteren, bu sektörde düzenleme, denetleme ve yaptırım uygulama görevi üstlenen, kamu tüzel kişiliğine, icrai karar alma yetkisine sahip, idari ve mali özerkliği bulunan, organik ve fonksiyonel bakımdan bağımsız bir idari otoritedir. Kişisel Verileri Koruma Kurumu, kurul ve başkanlıktan oluşur. Kurumun karar organı Kişisel Verileri Koruma Kuruludur. Kurul, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu madde 22’ye göre, düzenleyici işlem yapma, denetleme ve ihlal halinde idari yaptırım uygulama yetkisine sahiptir. Aynı Kanununun 15’inci maddesine göre “*Kurul, şikâyet üzerine veya ihlal iddiasını öğrenmesi durumunda resen, görev alanına giren konularda gerekli incelemeyi yapar.*” İnceleme sonucunda ihlal tespit ederse, “*tespit ettiği hukuka aykırılıkların veri sorumlusu tarafından giderilmesine karar vererek ilgililere tebliğ eder.*” Bu kararın tebliğden itibaren gecikmeksizin ve en geç otuz gün içinde yerine getirilmesi zorunludur. 18’inci maddeye göre ise Kişisel Verileri Koruma Kurulu, aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmeyenler, veri güvenliğine ilişkin yükümlülükleri yerine getirmeyenler, Kurul tarafından verilen kararları yerine getirmeyenler, Veri Sorumluları Siciline kayıt ve bildirim yükümlülüğüne aykırı hareket edenler hakkında idari para cezası vermeye yetkilidir.

Kişisel Verilerin Korunması Kanununun 6’ncı maddesinin 4’üncü fıkrasında Kurul’a bir yükümlülük olarak, özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinde yeterli önlemleri alma görevi verilmiştir. Bu doğrultuda Kişisel Verileri Koruma Kurul tarafından, 31.01.2018 tarihli ve 2018/10 sayılı karar ile Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Veri Sorumlularınca Alınması Gereken Yeterli Önlemler yayımlanmıştır.¹²⁸

¹²⁷ RG. 24.12.2003 – 25326.

¹²⁸ RG. 07.03.2018 – 30353, “(...) Bu çerçevede, Kanunun 22 nci maddesinin (1) numaralı fıkrasının (ç) ve (e) bentleri uyarınca özel nitelikli kişisel veri işleyen veri sorumluları tarafından alınması gereken yeterli önlemler Kişisel Verileri Koruma Kurulu tarafından aşağıdaki şekilde belirlenmiştir:

1- Özel nitelikli kişisel verilerin güvenliğine yönelik sistemli, kuralları net bir şekilde belli, yönetilebilir ve sürdürülebilir ayrı bir politika ve prosedürün belirlenmesi,

2- Özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi süreçlerinde yer alan çalışanlara yönelik,

a) Kanun ve buna bağlı yönetmelikler ile özel nitelikli kişisel veri güvenliği konularında düzenli olarak eğitimler verilmesi,

b) Gizlilik sözleşmelerinin yapılması,

c) Verilere erişim yetkisine sahip kullanıcıların, yetki kapsamlarının ve sürelerinin net olarak tanımlanması,

Kişisel Verileri Koruma Kurulunun kanunda öngörülen denetim yükümlülüğünü hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi halinde hizmet kusurundan söz etmek mümkündür. Elbette ki Kurumun idari sorumluluğundan bahsedebilmek için, kişisel verilerin korunması hakkının ihlali halinde ortaya çıkan zararlar Kişisel Verileri Koruma Kurumunun denetim faaliyetini hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi şeklindeki ihmali fiili arasında illiyet bağı olmalıdır. Bir başka deyişle denetim yapılsaydı zarar meydana gelmeyecekti ya da daha az zarar görülecekti denilebiliyorsa kurumun bu ihmali faaliyeti kusur olarak tanımlanabilir. Ancak kişisel verilerin korunması hakkının ihlalinde asıl sorumlu veri sorumlusudur. Kişisel Verileri Koruma Kurumu denetim

- ç) Periyodik olarak yetki kontrollerinin gerçekleştirilmesi,
d) Görev değişikliği olan ya da işten ayrılan çalışanların bu alandaki yetkilerinin derhal kaldırılması. Bu kapsamda, veri sorumlusu tarafından kendisine tahsis edilen envanterin iade alınması,
- 3- Özel nitelikli kişisel verilerin işlendiği, muhafaza edildiği ve/veya erişildiği ortamlar, elektronik ortam ise
a) Verilerin kriptografik yöntemler kullanılarak muhafaza edilmesi,
b) Kriptografik anahtarların güvenli ve farklı ortamlarda tutulması,
c) Veriler üzerinde gerçekleştirilen tüm hareketlerin işlem kayıtlarının güvenli olarak loglanması,
ç) Verilerin bulunduğu ortamlara ait güvenlik güncellemelerinin sürekli takip edilmesi, gerekli güvenlik testlerinin düzenli olarak yapılması/yaptırılması, test sonuçlarının kayıt altına alınması,
d) Verilere bir yazılım aracılığı ile erişiliyorsa bu yazılıma ait kullanıcı yetkilendirmelerinin yapılması, bu yazılımların güvenlik testlerinin düzenli olarak yapılması/yaptırılması, test sonuçlarının kayıt altına alınması,
e) Verilere uzaktan erişim gerekiyorsa en az iki kademeli kimlik doğrulama sisteminin sağlanması,
- 4- Özel nitelikli kişisel verilerin işlendiği, muhafaza edildiği ve/veya erişildiği ortamlar, fiziksel ortam ise
a) Özel nitelikli kişisel verilerin bulunduğu ortamın niteliğine göre yeterli güvenlik önlemlerinin (elektrik kaçağı, yangın, su baskını, hırsızlık vb. durumlara karşı) alındığından emin olunması,
b) Bu ortamların fiziksel güvenliğinin sağlanarak yetkisiz giriş çıkışların engellenmesi,
- 5- Özel nitelikli kişisel veriler aktarılacaksa
a) Verilerin e-posta yoluyla aktarılması gerekiyorsa şifreli olarak kurumsal e-posta adresiyle veya Kayıtlı Elektronik Posta (KEP) hesabı kullanılarak aktarılması,
b) Taşınabilir Bellek, CD, DVD gibi ortamlar yoluyla aktarılması gerekiyorsa kriptografik yöntemlerle şifrelenmesi ve kriptografik anahtarın farklı ortamda tutulması,
ç) Farklı fiziksel ortamlardaki sunucular arasında aktarma gerçekleştiriliyorsa, sunucular arasında VPN kurularak veya sFTP yöntemiyle veri aktarımının gerçekleştirilmesi,
ç) Verilerin kağıt ortamı yoluyla aktarımı gerekiyorsa evrakın çalınması, kaybolması ya da yetkisiz kişiler tarafından görülmesi gibi risklere karşı gerekli önlemlerin alınması ve evrakın "gizlilik dereceli belgeler" formatında gönderilmesi gerekir."
- 6- Yukarıda belirtilen önlemlerin yanı sıra Kişisel Verileri Koruma Kurumunun internet sitesinde yayımlanan Kişisel Veri Güvenliği Rehberinde belirtilen uygun güvenlik düzeyini temin etmeye yönelik teknik ve idari tedbirler de dikkate alınmalıdır."

yükümlülüğü yerine getirmediği takdirde veri sorumlusu ile birlikte bu zararı kusuru oranında tazmin etmekle mükelleftir. Öte yandan veri sorumlusu, kurulun gerekli denetimleri yapmadığını gerekçe göstererek sorumluluktan kurtulamaz.

C. İDARENİN KİŞİSEL SAĞLIK VERİLERİNİ KORUMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜ YERİNE GETİRMEMESİNDEN KAYNAKLANAN SORUMLULUĞU

1. Genel Olarak

Anayasa'nın 125'inci maddesinin son fıkrası, "idare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür" hükmüyle idarenin kusurlu ya da kusursuz olması şeklinde herhangi bir ayırım yapmaksızın mali sorumluluğunun temelini oluşturur.¹²⁹ Bu çalışmada idarenin sorumluluğu ile kastedilen idarenin akit dışı idari sorumluluğudur. Akit dışı idari sorumluluk, idarenin kamu hukuku alanında idare hukukunun özellikleri dikkate alınarak geliştirilen, özel hukuktan farklı, kendine özgü kuralları olan bir sorumluluk türüdür. Kusurlu sorumluluk ve kusursuz sorumluluk olarak iki ayrı esasa dayanır.

Kusurlu sorumluluk diğer adıyla hizmet kusuru genel olarak bir kamu hizmetinin kuruluş, işleyiş ve teşkilatlanmasındaki bozukluk, aksaklık ya da düzensizlik olarak tanımlanabilir.¹³⁰

Bir ülkedeki "en güçlü veri tekeli" olan¹³¹ idare geniş anlamda kamu hizmeti faaliyetini yerine getirirken gereksinim duyduğu kişisel veriler üzerinde toplama, kaydetme, inceleme, kullanma, depolama gibi çeşitli şekillerde işlem yapmaktadır. İdare bu işlemleri yaparken/işleme faaliyetinde bulunurken ve veri işleme faaliyetinden bulunanları denetlerken kendi icrai veya ihmali fiiliyle bir zarara sebebiyet verirse, ortaya çıkan bu zararı tazmin etmekle mükelleftir. Nitekim Kişisel Verilerin Korunması Kanunu m. 11/ğ'ye göre, ilgili kişi, kişisel verilerinin kanuna aykırı olarak işlenmesi sebebiyle zarara uğrarsa bu zararın giderilmesini talep etme hakkına sahiptir.

Kişisel sağlık verileri söz konusu olduğunda da, verilere ilişkin kayıtların eksik ya da yanlış tutulması, kaybedilmesi yahut hiç kayıt altına alınmaması, bireylerin kendi verilerine erişiminin engellenmesi, verilerin amaç dışı kullanılması, gerektiğinden uzun süre saklanması, hukuka aykırı olarak üçüncü kişilerle paylaşımı, veri işleme faaliyetinde bulunan kamu personeli veya (sağlık hizmeti faaliyetinde bulunan) özel hukuk tüzel kişileri üzerinde denetim ve gözetim görevini gereği gibi yerine getirmemesi, kişisel verilerin

¹²⁹ Metin Günday, *İdare Hukuku* (10. Bası İmaj Yayıncılık Ankara 2013) 367.

¹³⁰ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, *İdare Hukuku* (9. Bası, Savaş Yayınevi Ankara 2018) 112; Günday (n 129) 369.

¹³¹ AYM, E.2006/167, K.2008/86, K.T. 20.03.2008.

korunmasına ilişkin dikkat ve özen gösterilmemesi durumu hizmet kusuru kapsamında değerlendirilmektedir.

İdarenin, hukuk sınırlarının/kurallarının dışına çıkarak sağlık verilerini işleme ya da veri işleme faaliyetinin denetimini görevini gereği gibi yerine getirmemesi bireyin bir zarara uğramasına sebep olursa, bu zararın her şeyden önce hukuk devleti ilkesi gereği idare tarafından tazmin edilmesi gerekir.¹³² Bu tazmin borcunun hukuki mekanizması ise, İdari Yargılama Usulü Kanunu madde 2/1-b’de düzenlenmiş olan tam yargı davasıdır.

2. Kişisel Sağlık Verilerinin Muhafaza Edilmemesi, Eksik veya Yanlış Tutulması

Tıbbi teşhis ve tedaviye yönelik kayıtlar defaatle açıkladığımız gibi kişisel sağlık verisi olarak kabul edilmektedir. Sağlık kamu hizmetini sunan kamu tüzel kişileri ve kamu tüzel kişilerinin gözetimi ve denetimi altında bu hizmeti sunan özel hukuk tüzel kişileri ve hekimler, tanıtıcı bilgiler, risk faktörleri, hastalık öyküsü, teşhis, tedavi planı gibi tıbbi bilgileri kayıt altına almakla yükümlüdür.

Tıbbi kayıtların tutulması özellikle de bir bilişim sistemi içinde muhafaza edilmesi, tıbbi hataların önüne geçmek, hastanın sağlık durumunu takip edebilmek, sağlık hizmetini daha etkili, kaliteli ve verimli şekilde sunmak gibi pek çok fayda sağlar. Bu verilerin hiç muhafaza edilmemesi de, özenli bir şekilde muhafaza edilmemesi, kaybedilmesi, eksik veya yanlış kayıt altına alınması da idarenin hizmet kusurudur.

Sağlık Bakanlığının, kişisel sağlık verilerini uygun şekilde kayıt altına almayan sağlık hizmeti sunucuları ve diğer veri işleyenler üzerinde denetim ve yaptırım uygulama yetkisi vardır. Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu ek madde 11’e göre,¹³³ “sağlık hizmeti sunumu ile ilgili tüm iş ve işlemler Sağlık

¹³² Akgül (n 41) 33.

¹³³ Ek Madde 11 – (Ek: 2/1/2014-6514/46 md.) “Sağlık hizmeti sunumu ile ilgili tüm iş ve işlemler Sağlık Bakanlığınca denetlenir. Olağanüstü durumlarda mesleğini icraya yetkili kişilerce acil sağlık hizmeti ulaşıma ve sağlık hizmeti devamlılık arz edene kadar verilecek olan sağlık hizmeti hariç, ruhsatsız olarak sağlık hizmeti sunan veya yetkisiz kişilerce sağlık hizmeti verdirenler, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Özel izne tabi hizmet birimlerini Sağlık Bakanlığından izin almaksızın açan veya buralarda verilecek hizmetleri sunan sağlık kurum ve kuruluşları, bir önceki aya ait brüt hizmet gelirinin yarısına kadar idari para cezası ile cezalandırılır. Bakanlıkça belirlenen kayıtları uygun şekilde tutmayan veya bildirim zorunluluğunu yerine getirmeyen sağlık kurum ve kuruluşları iki defa uyarılır. Uyarıya uymayanlara bir önceki aya ait brüt hizmet gelirinin yüzde biri kadar idari para cezası verilir. Sağlık Bakanlığınca belirlenen acil hastaya müdahale esaslarına; personel, tıbbi cihaz ve donanım, bina ve hizmet birimleri, malzeme ile ilaç standartlarına uyulmaması hâllerinde bir önceki aya ait brüt hizmet gelirinin yüzde beşine kadar idari para cezası uygulanır. Bu maddedeki idari para cezasını gerektiren fiillerin bir yıl içinde tekrarı hâlinde idari para cezaları bir kat artırılarak

Bakanlığınca denetlenir". Tıbbi verilerin gereği gibi, hassas kişisel verilerin işlenmesi kurallarına uygun şekilde kayıt altına alınıp alınmadığını denetlemek de şüphesiz Sağlık Bakanlığının yetki ve görev alanı içindedir. Bu denetim sonucunda Bakanlığın, tıbbi kayıtları uygun şekilde muhafaza etmeyen sağlık hizmeti sunucusunu uyarma ve yaptırım uygulama yetkisi mevcuttur.¹³⁴

Danıştay, davacının şiddetli bel ağrısı şikâyetiyle başvurduğu hastanede yapılan enjeksiyon sonucu bacağına his kaybı olduğundan bahisle açtığı davada, hastaya ait tıbbi kayıtların eksik ve özensiz tutulmasından dolayı davacıda oluşan sağlık probleminin açıklanamadığını ve idarenin sorumluluğunun belirlenemediğini, bu durumun hizmetin sağlık hizmetinin kötü işlemesi anlamına geldiğini ifade etmiştir. Sağlık verilerinin eksik olmasının, hastanın hakkında uygulanan tedavileri ve rahatsızlığının nedenini öğrenmesine engel olması nedeniyle idarenin manevi tazmin sorumluluğu olduğuna karar vermiştir.¹³⁵ Başka bir olayda, davacının kanser tanısıyla

uygulanır; üçüncü defa işlenmesinde ise sağlık kurum ve kuruluşunun ilgili bölümünün veya tamamının faaliyeti on güne kadar durdurulur. Aynı isim ve sahipliğe birden fazla sağlık kurum ve kuruluşu bulunması hâlinde idari yaptırımlar sadece ihlalin yapıldığı sağlık kurum ve kuruluşu ile sınırlı olarak uygulanır. Bu maddede belirtilen idari para cezalarını vermeye valiler, faaliyet durdurma cezasını vermeye Sağlık Bakanlığı yetkilidir. Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar, üniversite sağlık uygulama ve araştırma merkezleri yönünden Yükseköğretim Kurulunun görüşü alınarak Sağlık Bakanlığınca düzenlenir."

¹³⁴ Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu,

Ek madde 3/5: "Bakanlıkça belirlenen kayıtları uygun şekilde tutmayan veya bildirim zorunluluğunu yerine getirmeyen sağlık kurum ve kuruluşları iki defa uyarılır. Uyarıya uymayanlara bir önceki aya ait brüt hizmet gelirinin yüzde biri kadar idari para cezası verilir."

¹³⁵ DİDDK, E. 2015/3016, K. 2016/186, T. 8.2.2016, aynı yönde bkz. İstanbul BİM, 8. İDD, E. 2017/5, K. 2017/305, KT. 7.3.2017, "(...) Poliklinik kayıtlarının düzenli şekilde tutulmamasından kaynaklı tıbbi kayıt eksikliğinin hizmet kusurunun belirlenmemesindeki payı dikkate alındığında, davacının hakkında uygulanan tedavileri ve zararlı sonucun sebebinin öğrenecek tıbbi kayıtların noksan olması, dolayısıyla tedavi sürecinde gelişen olaylarla ilgili maddi gerçeğe (rahatsızlığının nedenine) hiçbir zaman ulaşamayacak ve ömür boyu şüphe duyacak olması nedeniyle uğradığı manevi zararının tazmini zorunludur. Başka bir anlatımla; hastanın başvurduğu gün ve saatin, hastaya uygulanan tedavinin, tedaviyi uygulayan doktor ve sağlık personelinin adının, kullanılan ilaç bilgilerinin hasta dosyasında(poliklinik defterinde) yer alması, hasta haklarının da gereği olup; söz konusu kayıtların düzenli ve yeterli tutulmaması-kişinin doğruluğu öğrenme hakkına engel olacağından- hizmet kusurunu oluşturmaktadır."; DİDDK, E. 2015/2939, K. 2016/3522, KT. 21.12.2016, "Davacıların yakınına ilişkin olarak eksik tedavinin uygulanması, hastane kayıtlarının düzgün, yeterli ve güvenilir şekilde tutulmaması, davacıların yakını Mardin Devlet Hastanesi Başhekimliği'nin yazısına göre taburcu edilmesine rağmen bu konuda herhangi bir kaydında bulunmaması, hasta ve hasta yakınlarına hangi tedavilerin uygulandığı veya uygulanması gerektiği yönünde bilgilendirme yapılmamış olması, ayrıca olaya ilişkin olarak dosyada yer alan ifade tutanaklarının da birbirini tutmaması ve çelişkili olması karşısında; dava konusu uyuşmazlıkta davalı idarenin hizmet kusuru bulunduğu sonucuna varılmıştır." Aynı yönde bir başka davada idarenin teşhis ve tedavide tıbbi eksiklik

ameliyat edildikten sonra başka bir hastanede yapılan tetkik ve tahliller sonucu kanser olmadığı sonucuna ulaşılması üzerine, konulan tanının hatalı ve yanlış olduğu, gereksiz yere cerrahi müdahalede bulunulduğu gerekçesiyle maddi ve manevi tazminat talebiyle açtığı davada Danıştay, sağlık hizmetlerinden yararlananlarla ilgili kayıtların eksikliğini, yapılan tedavilerin kayıt altına alınmamasını, tetkik ve inceleme sonuçlarının muhafaza edilmemesini hizmet kusuru olarak nitelendirmiştir.¹³⁶ Tıbbi kayıtların ve dolayısıyla sağlık hizmetinin eksik ve kusurlu işlemesi nedeniyle idarenin manevi tazminat ödemesi gerektiğine hükmetmiştir.¹³⁷

3. Kişisel Sağlık Verilerinin Açıklanması ya da Üçüncü Kişilerle Paylaşılması

Kişisel sağlık verilerinin, hukuka aykırı olarak açıklanması ya da üçüncü kişilerle paylaşımı veri güvenliğinin ihlali anlamına gelir. İdare sağlık ve sosyal güvenlik hizmetini yerine getirirken elde ettiği sağlık verilerinin güvenliğini sağlamakla mükelleftir. Öte yandan tüm sağlık çalışanlarının da hasta mahremiyeti ve sır saklama yükümlülüğü çerçevesinde sorumluluğu vardır.¹³⁸

Sır saklama yükümlülüğü, hastanın sağlık durumu ya da onun hakkında sağlık hizmeti vesilesiyle edindiği bilgileri üçüncü kişilere aktarma/açıklama yasağını ifade eden,¹³⁹ Hipokrat yemininde,¹⁴⁰ Tıbbi Deontoloji Tüzüğünde,¹⁴¹ Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kurallarında¹⁴² ve Hasta Hakları

ve ihmali iddiasıyla açılan bir tam yargı davasında, hastaya ait tıbbi kayıtların gerekli şekilde muhafaza edilmemesi ve hasta dosyasının kaybedilmesini ağır hizmet kusuru olarak görmüş ve mahkeme tarafından istenmesine rağmen davalı idarenin tıbbi kayıtları ibraz edememesinin, idarenin sorumluluğu tespit etmeye ve yargısal denetime engel teşkil ettiğini ifade etmiştir. İdarenin tıbbi kayıtları muhafaza etmemesinin manevi tazminat yükümlülüğü doğurduğuna hükmetmiştir. D10D, E. 2007/3301, K. 2008/2939, KT. 29.4.2008, <https://www.lexpera.com.tr/>, (20.08.2021).

¹³⁶ D15D, E. 2013/4071 K. 2014/2431, KT. 3.4.2014, <https://www.lexpera.com.tr/>, (20.08.2021).

¹³⁷ D15D, E. 2013/4071 K. 2014/2431, KT. 3.4.2014, <https://www.lexpera.com.tr/>, (20.08.2021).

¹³⁸ Yücel, Sert (n 106) 184; Murat Volkan Dülger, ‘Sağlık Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Hasta Mahremiyeti’, (2014) 2 İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 60; Sabire Sanem Yılmaz, Tıp Alanında Kişisel Verilerin Açıklanması Suçu (2. Bası Seçkin Ankara 2017) 53.

¹³⁹ Dülger (n 138) 59.

¹⁴⁰ Hipokrat yemininde “*Gerek sanatımın icrası sırasında gerekse insanlarla gündelik ilişkideyken edindiğim bilgileri ortalığa saçmayacağım, bir sır olarak saklayacağım ve kimseye açmayacağım.*” sözü yer alır bu hekimlerin sır saklama yükümlülüğünün etik karşılığıdır.

¹⁴¹ Madde 4: “*Tabip ve dış tabibi, meslek ve sanatının icrası vesilesiyle muttali olduğu sırları, kanuni mecburiyet olmadıkça, ifşa edemez. Tıbbi toplantılarda takdim edilen veya yayınlarda bahis konusu olan vakalarda, hastanın hüviyeti açıklanamaz.*”

¹⁴² Madde 9: “*Hekim, hastasından mesleğini uygularken öğrendiği sırları açıklayamaz.*”

Yönetmeliğinde¹⁴³ de yer alan bir etik bir görevdir.¹⁴⁴ Hekimlerin ve diğer sağlık çalışanlarının hasta mahremiyetini ve sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmeleri Türk Ceza Kanununun 136'ncı maddesinde düzenlenen “verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme” suçunu oluşturabileceği gibi, bu suçun oluşmadığı hallerde dahi, meslek kurallarına aykırılık dolayısıyla bir disiplin yaptırımı veya tazminat sorumluluğuna sebep olabilir.¹⁴⁵

Belirtmek gerekir ki, veri güvenliğinin en önemli unsuru insan unsurudur. Fakat hekimler ve diğer sağlık çalışanlarının tıbbi verilerin büyük bir kısmının kayıt altına alındığı bilişim teknolojileri konusunda uzman olmaları mesleklerinin bir gereği değildir. Bu yüzden tüm sağlık çalışanlarının kişisel

Hastanın ölmesi ya da o hekimle ilişkisinin sona ermesi, hekimin bu yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Hastanın onam vermesi ya da sırrın saklanması hasta ya da öteki insanların yaşamını tehlikeye sokması durumunda, hastanın kişilik haklarının zedelenmemesi koşuluyla, hekim bu sırrı saklamakla yükümlü değildir. Yasal zorunluluk durumlarında hekimin rapor düzenlemesi de, meslek sırrının açıklanması anlamına gelmez. Hekim, tanık ya da bilirkişi olarak mahkemeye çağrıldığında olayın meslek sırrı olduğunu ileri sürerek bu görevlerinden çekilebilir.”

¹⁴³ Madde 21:

“Hastanın, mahremiyetine saygı gösterilmesi esastır. Hasta mahremiyetinin korunmasını açıkça talep de edebilir. Her türlü tıbbi müdahale, hastanın mahremiyetine saygı gösterilmek suretiyle icra edilir.

Mahremiyete saygı gösterilmesi ve bunu istemek hakkı;

- a) Hastanın, sağlık durumu ile ilgili tıbbi değerlendirmelerin gizlilik içerisinde yürütülmesini,*
- b) Muayenenin, teşhisin, tedavinin ve hasta ile doğrudan teması gerektiren diğer işlemlerin makul bir gizlilik ortamında gerçekleştirilmesini,*
- c) Tibben sakınca olmayan hallerde yanında bir yakınının bulunmasına izin verilmesini,*
- d) Tedavisi ile doğrudan ilgili olmayan kimselerin, tıbbi müdahale sırasında bulunmamasını,*
- e) Hastalığın mahiyeti gerektirmedikçe hastanın şahsi ve ailevi hayatına müdahale edilmemesini,*
- f) Sağlık harcamalarının kaynağının gizli tutulmasını, kapsar.*

Ölüm olayı, mahremiyetin bozulması hakkını vermez.

Eğitim verilen sağlık kurum ve kuruluşlarında, hastanın tedavisi ile doğrudan ilgili olmayanların tıbbi müdahale sırasında bulunması gerekli ise; önceden veya tedavi sırasında bunun için hastanın ayrıca rızası alınır.”

Madde 23:

“Sağlık hizmetinin verilmesi sebebiyle edinilen bilgiler, kanun ile müsaade edilen haller dışında, hiçbir şekilde açıklanamaz. Kişinin rızasına dayansa bile, kişilik haklarından bütünüyle vazgeçilmesi, bu hakların başkalarına devri veya aşırı şekilde sınırlandırılması neticesini doğuran hallerde bilginin açıklanması, bunları açıklayanın hukuki sorumluluğunu kaldırmaz. Hukuki ve ahlaki yönden geçerli ve haklı bir sebebe dayanmaksızın hastaya zarar verme ihtimali bulunan bilginin ifşa edilmesi, personelin ve diğer kimselerin hukuki ve cezai sorumluluğunu da gerektirir.

Araştırma ve eğitim amacı ile yapılan faaliyetlerde de hastanın kimlik bilgileri, rızası olmaksızın açıklanamaz.”

¹⁴⁴ Küzeci (n 2) 481.

¹⁴⁵ Dülger (n 138) 469.

sağlık verilerinin gizliliği ve hassasiyeti hususunda bilgilendirilmeleri ve buna ilişkin denetim mekanizmalarının kurulması gereklidir.¹⁴⁶

1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 378/3'üncü maddesine göre "Sağlık Bakanlığının, toplayıp işlediği kişisel sağlık verilerine ilgili kişilerin erişimini sağlayacak bir sistem kurma" yetkisi ve görevi vardır. Aynı maddenin 4'üncü fıkrasına göre ise Bakanlık, "kurulan sistemlerin ve bu sistemlerde yer alan kişisel sağlık verilerinin güvenliği ve güvenilirliğini sağlamak için gerekli tedbirleri almakla, sistemde kayıtlı kişisel verilerin hangi görevli tarafından ne amaçla kullanıldığını denetlemekle ve buna ilişkin bir güvenlik sistemi kurmakla" yükümlüdür.

Hasta Hakları Yönetmeliğinde de hastanın kişisel sağlık bilgilerinin gizliliğine, hastanın rızası ya da kanuni müsaade olmaksızın hasta bilgilerinin açıklanmamasına ilişkin hükümler mevcuttur. Yönetmeliğin 23'üncü maddesine göre,

"Sağlık hizmetinin verilmesi sebebiyle edinilen bilgiler, kanun ile müsaade edilen haller dışında, hiçbir şekilde açıklanamaz.

Kişinin rızasına dayansa bile, kişilik haklarından bütünüyle vazgeçilmesi, bu hakların başkalarına devri veya aşırı şekilde sınırlandırılması neticesini doğuran hallerde bilginin açıklanması, bunları açıklayanın hukuki sorumluluğunu kaldırmaz.

Hukuki ve ahlaki yönden geçerli ve haklı bir sebebe dayanmaksızın hastaya zarar verme ihtimali bulunan bilginin ifşa edilmesi, personelin ve diğer kimselerin hukuki ve cezai sorumluluğunu da gerektirir.

Araştırma ve eğitim amacı ile yapılan faaliyetlerde de hastanın kimlik bilgileri, rızası olmaksızın açıklanamaz."¹⁴⁷

Yargı kararlarına baktığımızda ise, Danıştay veri güvenliğinin ihlali, kişisel verilerin ilgilinin rızası ya da kanuni gereklilik olmaksızın açıklanması ya da üçüncü kişilerle paylaşılması durumunda idarenin hizmet kusuru bulunduğu yönünde kararlar vermektedir.

Yaptırılmış olduğu HIV testi sonucunun pozitif çıktığını laboratuvar teknisyeninin söylemesi ile öğrendikten sonra intihar eden kişinin yakınlarının

¹⁴⁶ Küzenci (n 2) 482.

¹⁴⁷ Hasta Hakları Yönetmeliğinin 20 ve 21'nci maddeleri de kişisel sağlık verilerinin gizliliği kapsamında değerlendirilebilir. Bkz. Hasta Hakları Yönetmeliği madde 20: "İlgili mevzuat hükümleri ve/veya yetkili mercilerce alınacak tedbirlerin gerektirdiği haller dışında; kişi, sağlık durumu hakkında kendisinin, yakınlarının ya da hiç kimsenin bilgilendirilmemesini talep edebilir. Bu durumda kişinin kararı yazılı olarak alınır. Hasta, bilgi verilmemesi talebini istediği zaman değiştirebilir ve bilgi verilmesini talep edebilir." Hasta Hakları Yönetmeliği madde 21 için bkz. dn. 143.

açtığı davada Danıştay, HIV testi sonucunun doğrulama testi yapılmadan ve bu test sonuçlanmadan testi yaptıran kişi dahil hiç kimseyle paylaşılması gerekirken bu aşamadan önce laboratuvar teknisyeni tarafından paylaşılmasının kişinin intiharına sebep olduğunu belirtmiş, kişisel sağlık verisi olduğu konusunda şüphe bulunmayan HIV testi sonucunun laboratuvar teknisyeni tarafından (ve doğrulama testi yapılmadan) açıklanmasını ağır hizmet kusuru olarak nitelendirmiş ve idarenin tazminat ödemesi gerektiğine hükmetmiştir.¹⁴⁸ Bir başka olayda, davacının, hakkında düzenlenen “askerliğe elverişli değildir” şeklindeki sağlık raporunun basın yayın organlarınca elde edilmesi sebebiyle uğradığını ileri sürdüğü zararın tazmini için açtığı davada idare mahkemesi, sağlık raporunun bir kişisel sağlık verisi olduğu, kişisel sağlık verilerinin ulusal ve uluslararası düzenlemeler ışığında hassas kişisel veri kategorisinde olduğunu belirtmiş ve hassas kişisel veri niteliği taşıyan sağlık raporunun muhafazasında idarenin kusuru bulunduğunu gerekçe göstererek manevi tazminata hükmetmiştir. Temyiz incelemesinde Danıştay aynı gerekçelerle idare mahkemesinin kararını onamıştır.¹⁴⁹

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *I. / Finlandiya* davasında tıbbi kayıtların güvenliliğine ilişkin gerekli tedbirlerin alınmamasını, bu bilgilerin üçüncü kişilerin eline geçmesine engel olacak bir sistemin yokluğunu AİHS'nin ihlali olarak değerlendirmiştir. Davaya konu olayda, bir devlet hastanesinde hemşire olarak çalışan başvuru, HIV pozitif olduğuna ve çalıştığı hastanede gördüğü tedaviye ilişkin bilgilerinin iş arkadaşları tarafından öğrenildiğinden şüphe ederek, kişisel sağlık kayıtlarının kimlerle paylaşıldığını öğrenmek amacıyla idari ve yargısal başvuru yollarını kullanmıştır. Fakat bu mekanizmalardan özel hayatının korunmasına elverişli bir sonuç elde edemeyince AİHM'ye başvurmuştur. Mahkeme, hastanenin şikâyet üzerine, sonradan aldığı tedbirleri yeterli görmemiş ve tıbbi kayıtların güvenliliğini sağlamak için alınması gereken tedbirlerde geç kalındığını bu nedenle başvuru kişinin özel hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁵⁰

Bir başka olayda, *Avilkina vd. / Rusya* davasında, Yehova Şahitleri tarikatına mensup üç kişi, kan nakli yapılmasını reddetmeleri üzerine sağlık kayıtlarının rızaları dışında ifşa edilmesi ve buna karşı iç hukukta açılan davada yerel mahkemenin bu uygulamayı hukuka uygun bulması üzerine AİHM'ye başvuruda bulunmuşlardır. Mahkeme, bazı durumlarda bir suçun soruşturulması veya yargılamanın aleni olmasıyla elde edilecek faydanın, sağlıkla ilgili kişisel verilerin gizliliğinin korunmasındaki hastanın çıkarından üstün tutulabileceğini belirtmiş fakat somut olayda böyle bir gerekliliğin söz konusu olmadığına karar vermiştir.

¹⁴⁸ D10D, E. 2005/8407, K. 2007/6526, KT. 28.12.2007, <https://www.lexpera.com.tr>, (18.08.2021).

¹⁴⁹ D15D, E. 2015/10101 K. 2016/664 KT. 8.2.2016, <https://www.lexpera.com.tr>, (18.08.2021).

¹⁵⁰ I. / Finlandiya, Başvuru No: 20511/03, KT. 17.07.2008.

Başvurucuların bir ceza soruşturması kapsamında sanık veya şüpheli olmadığı, kan naklinin reddinin başvurucular için herhangi bir hayati tehlikeye sebep olmadığı ve bağlı buldukları tarikatın baskısı sonucu kan naklini reddettikleri yönünde bir bulgunun saptanamadığı ifade edilmiştir. Dolayısıyla başvuranların gizli tıbbi bilgilerinin açıklanmasını gerektirecek acil bir toplumsal gereksinim bulunmadığı halde başvurucuların rızası alınmaksızın, bilgi verilmeden ve itiraz imkanı tanınmadan kişisel sağlık verilerinin açıklanmasının AİHS'nin 8'inci maddesini ihlal ettiği sonucuna varılmıştır.¹⁵¹

4. Kişisel Sağlık Verilerine İlişkin Bilgi Edinme Hakkının ve Erişimin Engellenmesi

4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanununda bilgi, “*kurum ve kuruluşların sahip oldukları kayıtlarda yer alan her türlü veri*” olarak tanımlanmıştır. Anayasanın bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkını düzenleyen madde 74/3'ü, Bilgi Edinme Kanununu ve “*Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar.*” şeklindeki Anayasa madde 20/3'ü birlikte yorumlandığında, bireylerin kişisel (sağlık) verilerine erişme ve bilgi edinme hakkına sahip olduğu söylenebilir.

Bu hak, kişisel sağlık verilerinin işlenip işlenmediğini öğrenmeyi de içine alır. Zira bireyin kendisine ilişkin kayıtların işlenip işlenmediği hususunda bilgi edinme özgürlüğüne sahip olması, bireyin kişisel verilerinin işlenmesi karşısında sahip olduğu haklarını kullanabilmesinin bir ön koşuldur.¹⁵²

Bireyin kişisel verilerine erişim hakkı kayıt altına alınan ve işlenen verilerinin doğruluğunu denetleme, düzeltirme, sildirme ve engelleme hakkının da bir gerekliliğidir.¹⁵³ 2016/679 sayılı Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün 15'inci maddesinde veri sahibinin erişim hakkı, 95/46/EC sayılı Veri Koruma Direktifine benzer şekilde ancak daha kapsamlı olarak düzenlenmiştir.

Kişisel Verilerin Korunması Kanununda ilgili kişinin haklarını düzenleyen madde 11'e göre, “*herkes veri sorumlusuna başvurarak kendisiyle ilgili kişisel veri işlenip işlenmediğini öğrenme ve kişisel verileri işlenmişse buna ilişkin bilgi talep etme hakkına sahiptir.*” Bu, bireyin hakkı ve dolayısıyla veri sorumlusu olan idarenin de bir yükümlülüğüdür. Nitekim Sağlık Bakanlığının, “sağlık hizmetinin verilmesi, kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis,

¹⁵¹ Avilkina ve diğerleri / Rusya, Başvuru No: 1585/09, KT. 06/06/2013.

¹⁵² Şimşek (n 15) 145.

¹⁵³ Küzeci (n 2) 222; Berrak Yılmaz, ‘Türk Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması’ (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2019) 80, 81.

tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi ile sağlık hizmetlerinin planlanması ve maliyetlerin hesaplanması amacıyla toplayıp işlediği kişisel verilere ilgili kişilerin erişebileceği bir sistem kurma” yetkisi ve görevi bulunmaktadır.¹⁵⁴

Danıştay, çocukları ölü doğan anne ve baba tarafından doğumun gerçekleştiği hastaneye karşı açılan bir davada, davacılar tarafından birden fazla kez talep edilmesine rağmen, kişisel sağlık verilerinin, “*başta hasta dosyası olmak üzere, epikriz ve ölüm raporlarının davacı tarafa süresinde ve eksiksiz olarak verilmemesinin sağlık hizmetinin geç ve kötü işlediği*” anlamına geldiğini belirtmiştir. Hastanın talep ettiği tıbbi kayıtların yasal süre geçtikten sonra kendisiyle paylaşılmasını hizmetin geç işlemesi, talep ettiği tüm kayıtların kendisiyle paylaşılmamasını ise hizmetin kötü işlemesi olarak görmüştür. Hizmet kusuru teşkil eden bu ihmalin Bilgi Edinme Hakkı Kanununun bilgi ve belgeye erişimi düzenleyen 10’uncu maddesine ve Hasta Hakları Yönetmeliğinin kayıtları inceleme başlıklı 16’ncı maddesine¹⁵⁵ aykırı olduğuna, idarenin hizmet kusuru nedeniyle manevi tazminat ödemesi gerektiğine hükmetmiştir.¹⁵⁶

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi *K.H. vd./Slovakya* davasında, başvuruçuların vekilleri aracılığıyla kişisel sağlık verilerine ulaşma taleplerinin karşılıksız kalmasını özel hayata saygı hakkının ihlali olarak görmüştür. İki ayrı hastanede sezaryenle doğum yaptıktan sonra bir daha hamile kalamadıklarından doğum sırasında rızaları dışında sterilizasyon operasyonu yapıldığından şüphelenen başvuruçular, vekilleri aracılığıyla kişisel sağlık kayıtlarını incelemek ve hasta dosyalarının fotokopisini almak için hastanelere başvurduklarında olumsuz yanıt almışlardır. Başvuruçular, vekilleri aracılığıyla tıbbi kayıtlarına erişmelerine izin verilmemesinin hukuka aykırı olduğu iddiasıyla iç hukuk yollarını tüketip istedikleri sonucu alamayınca AİHM’ye başvurmuşlardır. AİHM, kişisel sağlık verilerini içeren dosyaya erişmek ve fotokopisini alabilmek için ilgili kişinin haklı bir gerekçe bildirme zorunluluğu olmadığını, aksine bu talebi reddeden makamın bu kararın haklı

¹⁵⁴ 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi,

Madde 378: (2) “Sağlık hizmetinin verilmesi, kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi ile sağlık hizmetlerinin planlanması ve maliyetlerin hesaplanması amacıyla Bakanlık, birinci fıkraya kapsamında elde edilen verileri olarak işleyebilir. Bu veriler; Kişisel Verilerin Korunması Kanununda öngörülen şartlar dışında aktarılamaz. (3) Bakanlık, ikinci fıkraya gereğince toplanan ve işlenen kişisel verilere, ilgili kişilerin kendilerinin veya yetki verdikleri üçüncü kişilerin erişimlerini sağlayacak bir sistem kurar.”

¹⁵⁵ Madde 16: “Hasta, sağlık durumu ile ilgili bilgiler bulunan dosyayı ve kayıtları, doğrudan veya vekili veya kanuni temsilcisi vasıtası ile inceleyebilir ve bir suretini alabilir. Bu kayıtlar, sadece hastanın tedavisi ile doğrudan ilgili olanlar tarafından görülebilir.”

¹⁵⁶ D15D, E. 2014/5076, K. 2015/2184 KT. 15.4.2015, <https://www.lexpera.com.tr>, (21.08.2021).

gerekçesini bildirmek zorunluluğu olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca ulusal mahkemelerin bu bilgilerin fotokopisinin alınmasına izin verilmemesini bu bilgilerin kötüye kullanılmasını önleme amacına dayandırdığını fakat kişilerin kendi sağlık kayıtlarını nasıl kötüye kullanacakları konusunda inandırıcı bir gerekçe bulunmadığını belirtmiştir. Mahkeme, kişisel sağlık verilerinin üçüncü kişiler tarafından kötüye kullanılmasına engel olmak için bazı önlemler alınmasının gerekli olduğunu ancak bu önlemlerin başvuranların kendi tıbbi kayıtlarının örneğini almalarının engellenmesi şeklinde değil, kişisel sağlık verilerin açıklanma ve üçüncü kişilerle paylaşma şartlarının belirlenmesi ve sınırlandırılması şeklinde olabileceğini belirtmiş ve Sözleşmenin 8'inci maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁵⁷

Uslu / Türkiye davasında ise, olay sırasında hükümlü olarak cezaevinde bulunan başvuru, cezaevi revirinde yapılan muayenesinin ardından verilen doktor raporu ve cezaevi reviri kaydının ilgili sayfalarının birer kopyasının kendisine verilmesi talebinde bulunmuştur. Talep cezaevi infaz hakimliği tarafından yerine getirilmiş fakat birkaç gün sonra savcı, “resmi cezaevi dokümanlarının, orijinallerinin veya kopyalarının asayiş ve güvenlik nedeniyle tutuklu veya hükümlülere verilemeyeceği”ne ilişkin hüküm içeren bir genelgeye dayanarak ağır ceza mahkemesine itirazda bulunmuş ve mahkeme kararı ile söz konusu tıbbi kayıtlar geri alınmıştır. Başvurucunun, geri alınma kararına ilişkin itirazı da reddedilmiştir. AİHM, olayda bireyin ve toplumun çatışan çıkarları arasında adil bir denge olup olmadığını değerlendirmiştir. Mahkeme, cezaevi doktoru tarafından verilen rapor ile cezaevi revirine geldiğine dair yapılan kaydın birer kopyasını edinmenin başvuranı ilgilendirdiğini, böylece sağlanacak tedavinin seçiminde uygun bir söz hakkı olacağını belirtmiş ve bireyle toplumun çatışan çıkarları arasında adil bir denge olduğundan söz edebilmek için, tutukluların/hükümlülerin kişisel sağlık verilerinin de içinde bulunduğu resmi dokümanlara erişimine getirilen kısıtlamanın şekli ve hukuki dayanağı konusunda haklı bir gerekçenin olması gerektiğini ifade etmiştir. Sonuç olarak böylesi haklı bir gerekçenin yokluğu bireyle toplumun çatışan çıkarları arasında adil bir dengenin kurulamamasına ve AİHS'nin 8'inci maddesinin, ihlaline sebep olmuştur.¹⁵⁸

5. Kişisel Sağlık Verilerinin Amaç Dışında ve/veya Gereğinden Uzun Süre Tutulması

Kişisel verilerin belli bir amaca bağlı ve bu amaçla sınırlı olarak işlenmesi verilerin toplanmasından başlayarak veri işleme sürecinin her aşamasında aranması gereken temel bir veri koruma hukuku ilkesidir.¹⁵⁹ Bu ilke uyarınca,

¹⁵⁷ K.H. ve diğerleri / Slovakya, Başvuru No: 32881/04, 28.04.2009.

¹⁵⁸ Uslu / Türkiye (no:2), Başvuru No: 23815/04, KT. 20.01.2009.

¹⁵⁹ Başalp (n 20) 37.

veri sorumlusu ve veri işleyen kişisel sağlık verilerini işleme faaliyetini, belirli, açık ve meşru amaçlarla, bu amaçlarla sınırlı olarak ve amacın gerçekleşmesine yetecek kadar veri ile yerine getirmesi gerekir. Aynı zamanda verilerin, amacın gerçekleşmesine yetecek süre kadar muhafaza edilmesi gereklidir.¹⁶⁰

Amaçla sınırlı olma prensibi, verilerin sadece toplanması aşamasında değil, daha sonra gerçekleştirilen işleme faaliyetlerinde de uygulama alanı bulur. Bir başka ifadeyle verilerin sadece toplanma amacının değil, sonraki işleme amaçlarının da toplanma aşamasında bildirilen amaç ile uyumlu olması aranır.¹⁶¹

Amaca bağlı ve sınırlı işleme ile amacın gerçekleşmesine yetecek süre kadar muhafaza etme ilkeleri gereğince, kişisel verilerin toplanma ve kullanma amacının mümkün olduğunca açık şekilde tanımlanması ve belirlenmesi zorunludur.¹⁶² Ayrıca kaydedilen verilerin türü ve kapsamı, kullanma amacı için elverişli ve yeterli derecede olmalı ve gerekli olandan daha fazla kişisel veri toplanmamalı, amaca ulaşıldıktan sonra verinin muhafazasına son verilmelidir.¹⁶³ Zira amacın gerektirdiğinden daha uzun süre tutulmaması ilkesinin kabul edilmemesi halinde, bireyler bir kez toplanan bilgilerinin hayat boyu bir yerlerde kayıt altında tutulacağı kaygısına kapılacak ve kişisel verilerin korunması hukukunun dayanağı olan bireyin maddi ve manevi bütünlüğü, özel yaşamın gizliliği gibi temel değerler zarar görecektir.¹⁶⁴

108 nolu Sözleşmenin 5'inci maddesinde, söz konusu ilkeye uygun şekilde, *“kişisel verilerin belli ve meşru amaçlar için kaydedilebileceği ve bu amaçlara aykırı şekilde kullanılamayacağı ve kaydedilme amaçlarını gerçekleştirmek için gerekli olan süreyi aşmayacak şekilde muhafaza edileceği”* düzenlenmiştir.

2016/679 sayılı Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün 5/1-b maddesinde, *“kişisel verilerin belirli, açık ve meşru amaçlara yönelik olarak toplanacağı ve bu amaçlara aykırı bir şekilde işlenmeyeceği”*; 5/1-e maddesinde ise, *“kişisel verilerin işleme amaçlarının gerektirdiğinden daha fazla saklanmaması”* gerektiği belirtilmiştir. Ancak 89/1 maddesi uyarınca, *“kişisel verilerin kamu yararına arşivleme, bilimsel veya tarihi araştırma ya da istatistiki amaçlarla işlenmeleri halinde daha uzun süreler boyunca saklanabileceği”* belirtilmiştir. Tüzük'ün 17. maddesinde ilgili kişilere, toplandığı amaç ile ilgili olarak artık gerekli olmayan kişisel verilerinin silinmesini talep etme hakkı tanınması bu ilkenin en önemli yansıması olarak kabul edilebilir.¹⁶⁵

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununun kişisel verilerin işlenmesine ilişkin genel ilkelerin düzenlendiği 4'üncü maddesinde de, *“belirli,*

¹⁶⁰ Şimşek (n 15) 83; Küzeci (n 2) 215.

¹⁶¹ Develioğlu (n 7) 46.

¹⁶² Şimşek (n 15) 84.

¹⁶³ Şimşek (n 15) 84.

¹⁶⁴ Küzeci (n 2) 215.

¹⁶⁵ Develioğlu (n 7) 50.

açık ve meşru amaçlar için işlenme (4-c)”, “işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma (4-ç)”, “ilgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilme (4-d)” ilkelerine yer verilmiştir. Aynı Kanunun veri sorumluları sicilini düzenleyen 16’ncı maddesinde, “kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişilerin veri sorumluları siciline başvuru yaparken diğer kanuni gereklerin yanında, kişisel verilerin hangi amaçla işleneceğini (3-b)” ve “kişisel verilerin işlendikleri amaç için gerekli olan azami süreyi (3-f) bildirme zorunluluğu” bu ilkelerin bir yansımasıdır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “*S. ve Marper / Birleşik Krallık*” davasında kişisel sağlık verilerinin amacın gerektirdiğinden daha uzun süre tutulmasının özel hayata saygı hakkına aykırı olduğuna karar vermiştir. Dava konusu olay, başvuru S. ve Marper’den bir soruşturma sırasında alınan parmak izi, DNA profili ve hücre örneklerinin soruşturma bittikten sonra da, ulusal veri tabanında belirsiz bir süre boyunca tutulmaya devam edilmesi ile ilgilidir. Başvurucular, delil niteliğinde toplanan bu biyometrik verilerin silinmesini talep etmiş fakat yasaya göre bu verilerin süresiz olarak tutulabileceği gerekçe gösterilerek talepleri reddedilmiştir. Mahkeme beraat eden ya da hakkındaki ceza davası düşen kişilere ait verilerin bir veri tabanında süresiz olarak saklanmasına imkan veren bu uygulamayı özel hayata saygı hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir. Söz konusu verilerin toplanması ve tutulmasının suçun işlenmesini önlediği kabul edilse dahi ihlal edilen hukuki değerle arasında adil bir denge olmadığını ve demokratik bir toplumda gerekli kabul edilemeyeceğini belirtmiş, sağlık verilerine ilişkin bu süresiz saklama uygulamasının Sözleşmenin 8’inci maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir.¹⁶⁶

AİHM’nin önüne gelen bir başka dava, başvurunun rızası dahilinde gerçekleşen sezaryenle doğum esnasında rızası alınmaksızın yapılan sterilizasyon operasyonunun üzerinden yedi yıl geçtikten sonra başlatılan idari denetim kapsamında kişisel tıbbi verilerinin elde edilmesi ile ilgilidir. Hastane yönetimi bu işlemden yedi yıl sonra sağlık kuruluşlarındaki sağlık hizmetlerinin kalitesini denetleme yetkisine sahip bir kamu kurumundan (MADEKKI) olay hakkında denetim yapılması talebinde bulunmuştur. MADEKKI yürüttüğü soruşturma kapsamında başvuru kişinin sağlık durumuyla ilgili tüm kişisel verileri (denetim talep eden hastaneden ve hastanın daha önce tıbbi destek aldığı üç farklı sağlık kuruluşundan) herhangi bir ayırım gözetmeksizin toplamıştır. AİHM, topladığı tıbbi kayıtları değerlendirip başvuru kişinin sağlık durumu ile ilgili bir rapor hazırlayan MADEKKI’nin görevlendirilme amacına uygun ve gerekli olup olmadığına bakmaksızın, ilgili kişinin rızası dışında, başvurucuya ait yedi yıl içindeki her tür kişisel sağlık bilgisini toplaması ve işleminin AİHS madde 8’in ihlali anlamına geldiğini ifade etmiştir. AİHM, MADEKKI’nin

¹⁶⁶ S. ve Marper / Birleşik Krallık, Başvuru No: 30562/04 ve 30566/04, KT. 4.12.2008.

denetim görevini yerine getirirken hangi kişisel verileri toplayabileceğine ilişkin iç hukukta bir sınırlama getirilmediğini, kuruma tanınan bu yetkinin kapsamı ve sınırlarının belirsiz olduğunu tespit etmiştir. Kurumun olayla doğrudan ilgisi olmayan sağlık verilerini de toplayıp işleyebilmesinin, kanuni düzenlemede keyfiligi önleyecek bir hükmün olmamasına bağlamıştır. Sonuç olarak, Sözleşmenin 8'inci maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁶⁷

SONUÇ

Açıklandığı, yetkisiz kişilerin eline geçtiği zaman ayrımcılığa ve kötü muameleye maruz kalma riskini bünyesinde barındıran hassas (özel nitelikli) kişisel verilerin elde edilmesi ve işlenmesi, ulusal ve uluslararası düzenlemelerle diğer kişisel verilerden ayrı ve daha katı kurallara bağlanmıştır. Kişisel sağlık verilerinin de, bu kategori içinde yer alan bir veri grubu olarak, işleme şartlarının, süresinin, yönteminin, amacının işlemeye yetkili kişi/kişi grubunun, geniş yorumlanmaya müsait olmayacak netlikte ve sınırlarının belli olması gerekir. Zira ancak bu şekilde, güçlü bir koruma mekanizmasıyla sağlık verilerinin “hassasiyetleri” gözetilmiş olur. Fakat yürürlükteki Kişisel Verilerin Korunması Kanununda “sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel verilerin, kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebileceği” şeklindeki düzenleme (m.6/3) ne bu veri grubunun hassas olma niteliğiyle ne de güçlü bir koruma mekanizması oluşturma gerekliliğiyle bağdaşmaktadır. Üstelik söz konusu hüküm hassas kişisel verileri daha güçlü, yüksek standartlarda korumayı amaçlayan Kanun'un genel mantığına da ters düşmektedir. Aynı eleştiriler, 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Sağlık Bakanlığının düzenlendiği on ikinci bölümün bilgi toplama, işleme ve paylaşma yetkisi başlıklı 378'inci maddesinin ikinci fıkrası için de geçerlidir. Aynı şekilde kişisel sağlık verilerinin merkezi bir veri kayıt sisteminde toplanması ve işlenmesi bir kamu hizmeti olarak sağlık hizmetinin etkinliği ve verimliliği açısından kabul edilebilir olsa da, bu konuda yapılacak düzenlemelerde yukarıdaki eleştirilerin dikkate alınması gerekir.

Öte yandan bir veri sorumlusu olarak idarenin sağlık verilerini işlerken veri güvenliğini sağlama, kişisel sağlık verileri işlenen bireyleri bu konuda aydınlatma, veri koruma hukukuna uygun hareket edilip edilmediğini denetleme yükümlülüğü vardır. Düzenleme ve denetim yapma Kişisel Verileri Koruma Kurumunun asli görevi olduğu gibi, sağlık verileri özelinde Sağlık Bakanlığının da bir yükümlülüğüdür. İdare bu yükümlülüklerini yerine getirmediği takdirde

¹⁶⁷ L.H. / Letonya, Başvuru No: 52019/07, 29.04.2014.

bir zarar ortaya çıkarsa bu zararı tazmin etmekle mükelleftir. Danıştay ve AİHM içtihatları incelendiğinde kişisel sağlık verileri söz konusu olduğunda, verilerin eksik ya da yanlış kaydedilmesi veya hiç kayıt altına alınmaması, amaç dışı kullanılması, gereğinden uzun süre saklanması, hukuka aykırı olarak üçüncü kişilerle paylaşımı, bireylerin kendi verilerine erişiminin engellenmesi gibi durumların hizmet kusuru kapsamında değerlendirildiği ve idarenin bu yükümlülükleri yerine getirmemesi halinde zararı tazmine hükmedildiği görülmektedir.

KAYNAKÇA

Akgül A, 'Kişisel Verilerin Korunması Bağlamında Biyometrik Yöntemlerin Kullanımı ve Danıştay Yaklaşımı' (2015) 118 TBB Dergisi 199-222.

— —, *Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması* (1. Bası Beta Yayınevi İstanbul 2014).

Aksoy HC, *Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması* (1. Bası Çakmak Yayınevi Ankara 2010).

Akyılmaz B, Sezginer M, Kaya C, *İdare Hukuku* (9. Bası, Savaş Yayınevi Ankara 2018).

Başalp N, 'Avrupa Birliği Veri Koruması Genel Regülasyonu'nun Temel Yenilikleri' (2015) 21 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 77-106.

— —, *Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması* (1. Bası Yetkin Ankara 2004)

Baykal S, Göçmen İ, 'Avrupa Birliği Hukukunun Kaynakları Bakımından Normlar Hiyerarşisi' Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan (2013) 317-365.

Çekin MS, *Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu*, (1. Bası On İki Levha İstanbul, 2018).

Develioğlu HM, *Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü* (1. Bası On İki Levha İstanbul 2017)

Dülger MV, 'İnsan Hakları ve Temel Hak ve Özgürlükler Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması' (2018) 1 İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 71-143.

— —, 'Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Türk Ceza Kanunu Bağlamında Kişisel Verilerin Ceza Normlarıyla Korunması' (2016) 2 İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 101-167.

— —, 'Sağlık Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Hasta Mahremiyeti' (2014) 2 İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 43-80.

Er C, *Biyometrik Yöntemler ve Özel Hayatın Gizliliği Hakkı: Parmak İzi, Göz ve DNA Tarama Gibi Teknolojik Kimlik Denetleme Usullerinin Hukuki Statüsü*, (1. Bası Yetkin Yayınları, Ankara, 2007).

Gonzalez Fuster G, *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU* (Springer 2014).

Günday M, *İdare Hukuku* (10. Bası İmaj Yayıncılık Ankara 2013).

Henkoğlu T, *Bilgi Güvenliği ve Kişisel Verilerin Korunması* (1. Bası Yetkin Ankara 2015).

Kaya C, 'Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas (Kişisel) Veriler ve İşlenmesi' (2011) 1-2 İÜHF 317-334.

Korkmaz İ, 'Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Hakkında Bir Değerlendirme' (2016) 124 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 81-152.

Küzeci E, *Kişisel Verilerin Korunması* (3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019).

Lambert PB, *Understanding the New European Data Protection Rules* (CRC Press New York 2017).

Lynskey O, *The Foundations of EU Data Protection Law* (Oxford University Press 2015).

Lyon D, Bauman Z, *Akışkan Gözetim* (1. Bası Ayrıntı Yayınları 2013).

Memiş T, 'Veri Sorumlusu ve Veri İşleyen Arasındaki İlişkiler ve Sorumluluk Düzeni' (2017) 6 Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 9-23.

Özdemir H, *Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması* (1. Bası Seçkin Ankara 2009).

Room S, *Data Protection and Compliance in Context* (British Computer Society United Kingdom 2006).

Şimşek O, *Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması* (1. Bası, Beta Yayınevi İstanbul 2008)

Taştan FG, *Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması* (2. Bası On İki Levha İstanbul 2017)

Turan M, *Karşılaştırmalı Hukukta Kişisel Verilerin Korunması* (1. Bası, Adalet Yayınevi Ankara 2017).

Voigt P, Von dem Bussche A, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR)* (Springer 2017).



Yılmaz SS, *Tıp Alanında Kişisel Verilerin Açıklanması Suçu* (2. Bası Seçkin Ankara 2017).

Yücel Ö (Ed.), Sert G (Ed.), *Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları: Sağlık Hizmeti, Sağlık Hakkı ve Hasta Hakları, Medeni Hukuk, Ceza ve İdare Hukuku Yönünden Sorumluluk* (1. Bası Seçkin Ankara 2018).

ÖZEL HASTANE VE HEKİMİN VEKALETSİZ İŞGÖRME DEN DOĞAN SORUMLULUĞU

The Liability of Foundation Hospital and Medical Doctor Arising From Agent of Necessity

Fatma Candan KAVŞAT METİNER*
Ali Akın METİNER**

Özet

Hekimler, özel hastaneler ile hastalar arasında kurulan hukuki ilişkinin nitelendirilmesinde uygulama ve öğretide çeşitli görüşler ortaya atılmıştır. Buna karşın öğretide ve uygulamada söz konusu ilişkinin niteliği bakımından hâkim bir görüşün bulunmadığı söylenebilir. Çalışmada konuya Alman hukuku ile karşılaştırmalı olarak vekaletsiz işgörmeye merkezinde bir açıklama getirilmektedir. Bu çerçevede çalışmanın ilk kısmında vekaletsiz işgörmeye durumunun ortaya çıkabileceği halleri tespit etmek amacıyla hekim, hasta ve hastane arasındaki muhtemel sözleşme ilişkileri ve sınırları açıklanmıştır. Çalışmanın ikinci bölümünde ise hekim ve hastanenin vekaletsiz işgörmeye doğan sorumluluğu açıklanmıştır. Hekimin, acil sağlık hizmeti verilmesi ve ameliyatın genişletilmesi hususlarında, hekimin hastanenin organı olmaması dolayısıyla vekaletsiz işgörmeye dolaylı sorumlu olması meselesi tartışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Özel hastane, hekim, gerçek vekaletsiz işgörmeye, sorumsuzluk anlaşması

Abstract

The legal relationship between medical doctors, foundation hospitals, and patients has been discussed in the legal doctrine and numerous court decisions. Yet, there is no consensus on the description and legal characteristic of that relationship. In this study, the characterization of the legal relationship in question is explained in comparison to German law and the regulations concerning agent of necessity in Turkish-Swiss Civil Law. Within this scope, in the first chapter of this study, the possible contractual relationships between these parties are analyzed in order to determine the cases in which the agent of necessity come into question. In the second part of the study, the

➤ *Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.*

➤ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 10.12.2021*

➤ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 16.06.2022*

* Öğr. Gör., Muğla Sıtkı Koçman Üniversitesi, Yatağan Meslek Yüksekokulu, candankavsat@mu.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0003-4082-850X>

** Öğr. Gör., Muğla Sıtkı Koçman Üniversitesi, Kavaklıdere Şehit Mustafa Alper Meslek Yüksekokulu, aliakinmetiner@mu.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-6387-5694>

liability of medical doctors and foundation hospitals arising from the agent of necessity is clarified. Moreover, since the doctor is not an organ of the foundation hospital, the issue of the medical doctor's responsibility in providing emergency health care and expanding the scope of surgery from the agent of necessity will be expounded.

Keywords: Foundation hospital, medical doctor, agent of necessity, nonliability agreement

GİRİŞ

Mülkiyet ilkesi gereği, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimini artırarak iş birliğini gerçekleştirmek amacıyla devletin, sağlık kuruluşlarına kişilerin ulaşımını sağlaması ve ilgili kurumları tek elden planlayıp hizmet vermesi sağlık, çevre ve konut başlıklı Anayasa m. 56'da düzenlenmiştir. Bu çerçevede devlet bu görevini kamu ve özel kesimdeki sağlık kurum ve kuruluşları ile sosyal kurumlardan yararlanarak ve söz konusu kurumları denetleyerek yerine getirir. Sağlık kuruluşu ifadesinden ne anlaşılması gerektiği Hasta Hakları Yönetmeliği¹ m.4'te ifade edilmiştir. Tanıma göre sağlık kurum ve kuruluşu, sağlık hizmeti verilen kamu veya özel bütün kurum ve kuruluşları ile tababet icra edilen bütün yerleri ifade eder². Hastaneye hasta arasındaki hukuki ilişkinin niteliği belirlenirken öncelikle söz konusu hastanenin kamu hastanesi yahut özel hastane olmasına göre ikili bir ayırım yapılmalıdır. Yapılan ayırma göre; sağlık kuruluşunun, kamuya ait olması halinde idari bir hizmetin varlığı nedeniyle burada sorumluluğa idare hukuku çerçevesinde gidilmesi gerekirken; sağlık kuruluşu özelinde hastanenin bir kamu hastanesi olmaması halinde özel hukuk uyuşmazlıklarına ilişkin hukuki rejimin uygulanması gerekir. Çalışmamız kapsamında asıl olarak özel hastane ve hekimin özel hukuktan doğan hukuki sorumluluğu ele alınacaktır.

Çalışmanın ilk bölümünde kamu hastaneleri ile hasta arasındaki hukuki ilişki açıklanmaya çalışılacak, bu bağlamda idarenin özel hukuk sorumluluğu tartışılacaktır. Kamu hastanelerinin gördüğü hizmet sırasında ortaya çıkan zararların idari faaliyet nedeniyle meydana gelen zararlardan olması sebebiyle hastanenin bağlı olduğu kamu tüzel kişisinin sorumluluğu idare hukuku özelinde kamu hukukunu ilgilendirdiği için bu konuyla ilgili yapılan açıklamalar sınırlı tutulmuştur.

Çalışmamızın ikinci bölümünde hekimin yahut hastanenin vekaletsiz işgörme hükümlerine göre sorumlu tutulup tutulamayacağıın tespiti

¹ RG 01.08.1998- 23420.

² Söz konusu hususta yol gösterici bir diğer düzenleme ise Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliği'dir (RG 24.03.2013 -28597). Söz konusu tebliğin 'Sağlık Hizmeti Sunucuları' başlıklı m. 1.4. uyarınca sağlık kuruluşları ve kurumlarından ne anlaşılması gerektiği tek tek sayılmıştır.

yapılacaktır. Bu çerçevede öncelikle vekaletsiz işgörmeye hakkında genel açıklamalar yapılacak, daha sonra hekimin ve hastanenin sorumluluğuna vekaletsiz işgörmeye hükümlerine göre gidilip gidilemeyeceği incelenecektir. Son olarak özel hastanenin vekaletsiz işgörmeye hükümlerine göre sorumlu olması meselesi, haksız fiil ve sorumsuzluk anlaşmasının hukuki sonuçları da göz önünde bulundurularak değerlendirilecektir. Çalışmanın bu bölümünde konu özel hastaneler çerçevesinde ele alınacak ve vekaletsiz işgörmeye hükümlerinin karşısında özel hastanenin haksız fiil sorumluluğu ve sorumsuzluk anlaşması hükümlerinin niteliği de incelenecektir.

I. ÖZEL HASTANE KAVRAMI VE HASTANEYE KABUL SÖZLEŞMESİ

A. KAMU HASTANESİ-ÖZEL HASTANE AYRIMI

1. Genel Açıklamalar

Geleneksel kamu hizmetlerinden³ biri olarak tanımlanan sağlık hizmeti⁴ yaşam hakkı gibi en temel haklardan biriyle yakın ilişkili ve bundan dolayı da bireyler açısından hayati önemi haizdir. 224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun⁵ m.2’de düzenlenen tıbbi faaliyet, sağlık hizmetlerinin tanımı ve kapsamı bakımından bir çerçeveye çizmektedir. Söz konusu maddede insan sağlığına olumsuz etki eden etmenlerin ortadan kaldırılması yahut bunların yarattığı etkilerden korunma, tedavi ve rehabilitasyon olarak tanımlanan tıbbi faaliyet ile bireye bu anlamda bir hak bahşedildiği; idareye ise bu hakların sağlanması bakımından birtakım yükümlülükler getirildiği görülmektedir. Bu haklar bakımından devletin katkısının sosyal hakların uygulanmasında mutlak olarak var olması gerektiğinden bahisle yasama organının bu edimleri yerine getirmek için gerekli kamu hizmetlerini kurmak zorunda olduğu ifade edilmektedir⁶.

³ Maddi açıdan bakıldığında toplumun ortak gereksinimlerini karşılamak gayesiyle, organik açıdan günümüzde artık istisnaları oldukça artmış olsa da esasen doğrudan idarece ve onun tahsis ettiği ajan ve vasıtalar tarafından ve şekli açıdan da kamusal yetkileri kullanmak suretiyle yerine getirilen hizmetler kamu hizmeti olarak adlandırılmaktadır: Gözübüyük ve Tan, *İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar*, 586 vd.; Günday, *İdare Hukuku*, 330 vd.; Zabunoğlu, *İdare Hukuku (Cilt 1)*, 503 vd.

⁴ Sağlık hizmetlerine ilişkin olarak 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu m. 63 ve 64’te yer alan düzenlemelerin hangi sağlık hizmetlerinin Sosyal Güvenlik Kurumunca finanse edileceği düzenlenmektedir.

⁵ RG 12.01.1961-10705. Söz konusu kanunun her ne kadar *de jure* mülga olmasa da 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu’nun yürürlüğe girmesiyle fiilen yürürlükten kaldırıldığı ifade edilmekte ise de; 3359 sayılı Kanun’un sağlık hizmetlerine ilişkin bir tanım getirmemesi üzerine 224 s.k. m. 2’de yer alan sağlık hizmeti tanımı geçerliliğini korumaya devam etmektedir: Çakır, *Sağlık Hizmetlerinin Özel Hukuk Kişileri Tarafından Yürütülmesi*, 54, dn. 119.

⁶ Çakır, 52; Çatak Irız, *Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu*, 9.



Tıbbi sorumluluk hususunda açıklama yapılmadan önce netleştirilmesi gereken bir diğer kavram da tıbbi faaliyet kavramıdır. Tıbbi faaliyet kavramının açıklanmasında tıbbi müdahale kavramı yardımcı olmaktadır. Buna göre tıp mesleğini icra etmeye yetkili kişiler tarafından, doğrudan ya da fiziksel tamlıktan ziyade ruh sağlığına yönelik dolaylı olarak tedavi amacıyla gerçekleştirilen, bundan başka hukukun korumaya değer gördüğü nüfus planlaması gibi hizmetlere yardımcı olan, en temel teşhis ve tedavi yönteminden en ağır ameliyata kadar çeşitli eylemler tıbbi müdahale olarak adlandırılmaktadır⁷. Tıbbi müdahalenin asıl amacı teşhis ve tedavi olarak tanımlanmaktadır⁸. Öğretide tıbbi müdahalelerin hukuka uygun olmasını, tıbben bir müdahalede bulunmayı gerektiren özel durum ve belirti olarak tanımlanabilecek tıbbi zorunluluk ya da endikasyonun⁹ varlığıyla bu müdahalenin yasal dayanağının bulunmasının sağladığı ifade edilmektedir¹⁰.

Tıbbi müdahale ve hizmetlerin sunumu gerçekleştirilirken bunları yerine getiren kişilerin herhangi bir kasıt olmadan tedavi ve bakım standartlarının dışına çıkması ve edimlerini yerine getirirken kusurlu ve özensiz davranışları nedeniyle beklenilmeyen bir zararın meydana gelmesi ise tıbbi uygulama hatası olarak adlandırılmaktadır¹¹. Tıbbi uygulama hatası tıbbi meslek kusuru olarak adlandırılabilir, dar anlamda hekimin hukuki sorumluluğu yahut mesleki sorumluluğu olarak da ifade edilebilecek tıbbi malpraktis kavramından daha geniş bir içeriği haizdir¹².

⁷ Ayan, *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*, 5, 10 vd.; Hakeri, *Tıp Hukuku*, 85; Aşçıoğlu, *Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk*, 63; Özgül, *Yeni Tıbbi yöntemlerin Hukuka Uygunluğu*, 144; Yılmaz, *Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, 69. Tıbbi müdahaleler eğitim amaçlı tıbbi deneme ve araştırma amaçlı, önleme amaçlı, teşhis amaçlı, tedavi amaçlı, iyilik halinin devamı amaçlı olmak üzere alt başlıklara ayrılabilir: Savaş, “Yargı Kararları Işığında Hekimin Sorumluluğu”, 179.

⁸ Ayan, *Tıbbi müdahalelerden doğan hukuki sorumluluk*, 30; Aşçıoğlu, *Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk*, 59; Savaş, “Yargı Kararları Işığında Hekimin Sorumluluğu”, 179.

⁹ Demir, *Tıbbi Sorumluluk Hukuku*, 78; Hakeri, *Tıp Hukuku*, 448.

¹⁰ Demir, *Tıbbi Sorumluluk Hukuku*, 79. Yazar, endikasyon kavramının tıbbi boyutu dışında söz gelimi psikolojik, dinsel ve etik endikasyon gibi başka endikasyon durumlarının da söz konusu olabileceğini, bu hususun yahut hastanın rızasının eksik olmasının yapılacak bir tıbbi müdahaleyi kural olarak hukuka aykırı hale getireceğini ifade etmektedir.

¹¹ Bu husus öğretide ihmal olarak da adlandırılmaktadır. Ayan, *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*, 107; Şenocak, *Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu*, 100; Özdemir, *Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi*, 163. Burada belirtmek gerekir ki alışılmış tedavi yöntemlerinden ayrılmanın tıbbi hata olarak sayılması her somut olay bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Bu husus Tıbbi Deontoloji Tüzüğü m. 11 f. 2’de de belirtilmiştir.

¹² Demir, *Tıbbi Sorumluluk Hukuku*, 81.

Söz konusu tıbbi müdahaleyi gerçekleştirme yetkisi ise 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun¹³ m. 8 uyarınca acil durumlar saklı kalmak üzere yalnızca 'tabiplere' verilmiştir¹⁴.

2. Kamu Hastanesi Kavramı

Kamu hastanesi-özel hastane ayrımı açısından hastanenin kuruluş, örgütleniş ve işleyiş biçimleri itibariyle idare ajan ve vasıtalarıyla kurulmuş ve işletiliyor olması bir ölçüt olarak ortaya konabilir¹⁵. İdare kamu hastaneleri aracılığıyla kamu yararına sağlık hizmeti sunmayı amaçlamaktadır¹⁶. 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu¹⁷ m.1'de "*Devletin resmi hastanelerinden ve hususi idarelerle belediye hastanelerinden söz edilmektedir. Bu tanıma göre; kamu hastaneleri devletin resmi hastaneleri, il özel idareleri ile belediyeler tarafından açılan hastaneler olarak kabul edilebilir. Bunların yanında Üniversite hastanelerinin de kamu hastanesi olarak kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır*¹⁸. Sosyal Sigortalar Kurumu hastaneleri ise Sağlık Bakanlığı'na devredilmelerinden sonra kamu kurumu niteliği haizdir¹⁹.

3. Kamu Hastanesi ile Hasta Arasındaki Hukuki İlişki

Hastayla kamu hastanesi arasında, daha önce ifade edildiği gibi, bir kamu hukuku ilişkisi vardır²⁰. Bu çerçevede hastanın kamu hastanesinden almış olduğu sağlık hizmetinden ötürü bir zarara uğraması halinde idare hukuku esasları gözetilerek idare mahkemelerinde dava açılması gerekmektedir. İdarenin bu çerçevede sorumluluğunun ortaya çıkması için hizmetin işleyişinden dolayı bir kusurun varlığı, bu kusur nedeniyle bir zarar ve bu iki husus arasında uygun

¹³ RG 14.04.1928-863.

¹⁴ Bireyin tıbbi müdahale konusunda sağlık çalışanı dışında bir kimseye yetki vermesi eylemi hukuka uygun hale getirmemektedir. Kasten yaralamaya yol açması dışında 1219 s.k. m. 25 uyarınca bu kişinin hasta tedavi etmesi halinde hapis ve para cezasına çarptırılacağı düzenlenmektedir:

¹⁵ Ayan, *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukukî Sorumluluk*, 171; Canbolat, "Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbi Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğunun Dayanağı", 156.

¹⁶ Canbolat, "Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbi Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğunun Dayanağı", 157.

¹⁷ RG 05.06.1933-2419.

¹⁸ Canbolat, "Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbi Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğunun Dayanağı", 158; Ayan, *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukukî Sorumluluk*, 172; Yılmaz, *Hekimin Hukukî Sorumluluğu*, 161.

¹⁹ 5283 s. Bazı Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Ait Sağlık Birimlerinin Sağlık Bakanlığı'na Devredilmesine Dair Kanun RG 19.01.2005-25705 mk.

²⁰ Ayan, *Tıbbi müdahalelerden doğan hukukî sorumluluk*, 46; Hakeri, "Hastane Yönetiminin Sorumluluğu", 162-63; Yılmaz, *Hekimin Hukukî Sorumluluğu*, 25; Canbolat, "Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbi Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğunun Dayanağı", 160. Bu hususta ayrıca bkz. Akgül, "İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tazmin Sorumluluğu ve Danıştay'ın Yeni Yaklaşımı", 285.



illiyet bağının varlığı gerekir²¹. Yargıtay konuyla ilgili verdiği kararlarında kamu hastanesinde ortaya çıkan zararlar açısından öncelikle idare aleyhine dava açılması gerektiğine hükmetmiştir²². İdarenin bu durumda ödediği tazminatı kamu personeli olan hekime rücu edeceği de kararlarda yer almaktadır²³.

4. Kamu Hastanelerinde Çalışan Hekim ile Hasta Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği

Kamu hastanelerinde gerçekleştirilen tıbbi müdahale neticesinde hastaya verilen zarar nedeniyle idare birinci derecede sorumludur²⁴. Bu çerçevede kamu hastanesinde çalışan hekim ile burada tedavi gören hasta arasında bir sözleşme ilişkisinin bulunup bulunmadığı ele alınmalıdır. Yargıtay HGK'nın 2001 yılında verdiği bir kararda "...Bir başka bakış açısıyla doktorla hasta arasındaki ilişki yönünden olay ele alındığında ise; öğretiler ve yargı kararlarında Memur ve kamu görevlisi doktorla hasta arasında kabul edilen iki çeşit ilişki söz konusudur.

Bunlardan ilki kamusal ilişkidir. Bu ilişkide memur olan doktor görevini yaparken bir takım idari kurallarla bağlıdır ve bu bağlılık hastayı tedavi zorunluluğunun kişinin rızasını gerektirmediği tıbbi el atmalar (zorunlu aşı gibi ya da aids hastalığında olduğu gibi kamu sağlığının gerektirdiği hallerde) ve tıbbi el atma ve yardımı gerektirmeyen rapor düzenlenmesi gibi hallerde söz konusudur. Bu gibi idari görev ve yetkilerini kullanırken doktor kusurlu eylemiyle bireylere zarar vermişse burada Anayasa'nın 129/5 maddesinin uygulanacağına kuşku bulunmamaktadır. Ancak somut olay bu yönü ile de ele alındığında davalı doktor kusurlu hareketiyle bireye zarar vermesi eylemi nedeniyle ceza mahkemesinde yargılanmış ve ceza almıştır. Doktor ceza mahkemesinde yargılanıp mahkûm olduğuna göre artık Anayasa'nın 129/5. maddesindeki memuru korumak amacı ortadan kalkmış, diğer taraftan da zarar gören kişi memura karşı kişisel sorumluluğa giderek dava açmıştır. Bu noktada sorunun anılan maddeye göre çözümlenmesi özsel olmaktan çok biçimsel bir yorum olur.

Yeri gelmişken şunu hemen ifade etmek gerekir ki, memurun kasıtlı eylemi ile taksirli eylemi arasında kişisel kusurun varlığı noktasında bir farklılık bulunmamaktadır.

²¹ Canbolat, "Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbi Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğunun Dayanağı", 161.

²² Y.4. HD T. 05.07.2021, E. 2019/880, K. 2021/4117; Y. HGK T. 27.03.2015, E. 2013/4-1533, K. 2015/1099; Y. HGK T. 06.10.2020, E. 2017/4-2599, K. 2020/732 (www.kazanci.com.tr, s.e.t.: 06.04.2022).

²³ Y. HGK T. 06.10.2020, E. 2017/4-2599, K. 2020/732; Y. HGK T. 30.01.2013, E. 2012/4-729, K. 2013/163 (www.kazanci.com.tr, s.e.t.: 06.04.2022).

²⁴ Canbolat, "Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbi Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğunun Dayanağı", 162; Akgül, "İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tazmin Sorumluluğu ve Danıştay'ın Yeni Yaklaşımı", 274.

İkinci ilişki ise sözleşme ilişkisi olup, bunun üzerinde de durmakta yarar vardır. Kişinin yaşam ve sağlığı onun kişisel değerlerini oluşturur. Kişilik hakkının koruduğu bu değerlere el atılması ancak tıbbi tedavi amacıyla ve doktorla hasta arasında oluşturulan bir sözleşmeyle yani izinle mümkündür. Bir hastaya tedavi amacıyla yapılan el atma ve yardım bir özel hukuk ilişkisi olan *vekâlet* sözleşmesinin varlığını gerektirir. Tıbbi yardımın yapıldığı yer, doktorun görev ve sıfatı sonucu değiştirmeyeceği gibi doktor nerede ve ne sıfatla olursa olsun tıbbi el atma ve yardım yapma yetkisini kamu kurallarından değil hasta ile yaptığı özel hukuk sözleşmesinden alır. *En önemlisi tedavi sırasında uygulanan kural ve yöntemleri idare hukuku değil tıp bilimi belirlemiştir ve tüm doktorlar tıbbi yardım yaparken öncelikle bu kurallarla bağlıdırlar. Kaldı ki günümüzde kamu kurumlarında sosyal güvencesi olmayan hastalar ücret karşılığında tedavi edilmekte ve hastanın burada da doktorunu seçme hakkı bulunmaktadır. O halde doktorla hasta arasındaki sözleşme ilişkisi kurulduktan sonra Anayasa 'nın 129/5. maddesinin uygulanmaması ve doktora karşı doğrudan dava açılabilme olanağının varlığının kabulü gerekir. Çünkü zarar, memur ya da kamu görevlisi olan doktorun idari yetkilerini kullanırken değil tıp bilimi kurallarına göre yapılan tıp san 'atının uygulanması sırasında meydana gelmektedir. Burada doktor özel hukuk sözleşmesine aykırı davranan kişi durumundadır. (Çetin Aşçıoğlu Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar-Doktorların, Devletin ve Özel Hastanelerin Sorumluluğu -Cezai ve Hukuki, 1993 bası Sayfa: 132 vd.)...*" diyerek kamu hastanesinde çalışan doktor ile tedavi gören hasta arasında kamusal ve özel olmak üzere iki çeşit ilişki olduğunu kabul etmektedir. Öğretide bu durumun kabul edilmiş olması eleştirilmektedir²⁵. Yapılan eleştiri çerçevesinde kamu hastanesinde istihdam edilen hekimin kamu personeli statüsünde olduğu Yargıtay'ın gözünden kaçmıştır. Dolayısıyla tedavi gören hastayla hekim bir hukuki ilişki kurmamaktadır; bilakis hasta bu ilişkiyi hastane yönetiminin bağlı bulunduğu idare ile kurmaktadır. Dolayısıyla burada bir özel hukuk temelli bir sözleşme ilişkisinden bahsedilemez. Bizim de katıldığımız görüşe göre; taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi kurulamazken borçlar hukukuna dayanan diğer bir hukuki ilişkinin kurulmasından söz edilebilir. Bu çerçevede hekim ile hasta arasında haksız fiil ve vekâletsiz işgörmeden kaynaklanan borç ilişkisinin kurulması mümkündür²⁶. Buradaki hukuki ilişki özel hastanelerde çalışan hekimler ile hastalar arasında doğan haksız fiil ve vekâletsiz işgörme ilişkisiyle paralellik arz ettiği için bu kısma dair hususlar çalışmamızın diğer bölümünde ele alınacaktır²⁷.

²⁵ Canbolat, "Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbi Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğunun Dayanağı", 164.

²⁶ Canbolat, 166 vd. Zeytin, "İfa Yardımcısının -Sağlık Çalışanlarının- Fiillerinden Sorumluluk", 1425-26.

²⁷ Bkz. "B. HEKİMİN ve HASTANENİN VEKÂLETSİZ İŞGÖRMEDEN DOĞAN SORUMLULUĞUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ" başlığı.

5. Özel Hastane Kavramı

Özel hastane 2219 sayılı Kanun m. 1’de Devlet hastanesi, il özel idareleri ve belediyelerin hastanelerinden “*başka yatırılarak hasta tedavi etmek veya yeni hastalık geçirmişlerin zayıfları yeniden eski kuvvetlerini buluncaya kadar sıhhi şartlar içinde beslenmek ve doğum yardımlarında bulunmak için açılan ve açılacak olan sağlık yurtları*” olarak tanımlanmaktadır. Bundan başka 2009 yılında yapılan değişiklikle kaldırılrsa da özel hastane tanımı yapmak bakımından yardımcı olabilecek Özel Hastaneler Yönetmeliği’nin²⁸ mülga m. 4 f. 1 b. f uyarınca; söz konusu Yönetmelik kapsamındaki gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerine ait olmak ve ayakta yahut yatarak muayene²⁹ tahlil, tetkik ve tıbbi bakım ve diğer tedavi hizmetleri verilen tedavi kuruluşu özel hastane olarak adlandırılmaktadır. Bundan başka Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği³⁰ m. 4 uyarınca yataklı tedavi kurumu hasta, yaralı yahut sağlık durumunu kontrol ettirmek isteyen kişilerin müracaat edebileceği ve ayakta yahut yatarak teşhis, tedavi oldukları ve rehabilite edildikleri ve aynı zamanda doğum yapılmasının da mümkün olduğu kurum olarak tanımlanmaktadır. Söz konusu hususta yol gösterici bir diğer düzenleme ise Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliği’dir³¹. Öğretide yapılan tanımlarda ise özel hastanenin işletilmesinde devletin; bir başka deyişle Sağlık Bakanlığı’nın denetiminde olmak üzere kamu hizmeti amacından ziyade ve bunun dışında olmak suretiyle³² özel hukuk kuralları çerçevesinde kurulan ve kâr amacı güden, ücret karşılığında sağlık hizmeti sunan ve 2219 s.k. m. 2 uyarınca sadece kendi çalışanlarına hizmet vermek üzere, şahıslar, özel şirketler, işçi teşekkülleri ve benzerleri tarafından kurulan sağlık yurtlarından olmamak kaydıyla³³ bir sağlık kurumunun özel hastane olduğu ifade edilmektedir. Bundan başka vakıflar tarafından kurulan hastaneler bakımından ikili bir ayırım yapılmakta; devlet kurumu tarafından yönetilmekte olan vakıf hastaneleri kamu hastanesinden

²⁸ RG 27.03.2002-24708.

²⁹ Yatarak muayeneden kastedilenin Alman Federal Yüksek Mahkemesi kararlarında tıbbi müdahaleden önceki gün başlayıp tıbbi müdahaleden sonraki güne kadar hastanede kalma olduğu ifade edilmektedir. İlgili karar için bkz. BSG ‘Zur Abgrenzung von vollstationär, teilstationäre und ambulanter Behandlung im Krankenhaus’, 04.03.2004- B3 KR 4/03R, BeckRS (2004), <https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fents%2Fbeckrs%2F2004%2Fcont%2Fbeckrs.2004.41081.htm&pos=6&hlwords=on> (s.e.t.: 07.04.2022).

³⁰ RG 13.01.1983-17927.

³¹ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. dn. 2.

³² Ayan, *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukukî Sorumluluk*, 12; Özdemir, “Özel Hastanelerin Hukukî Sorumluluğu”, 296.

³³ Bununla birlikte bu hastanelerin kendi çalışanları dışında başka kimselere hizmet sunması bu hastaneleri özel hastane olarak kabul etmeyi gerektirir: Erol, *Özel Hastanelerin Hukukî Sorumluluğu ve Hasta Hakları*, 69; Hakeri, *Tıp Hukuku*, 501; Aşçıoğlu, *Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk*, 117.

sayılırken, müteveli heyeti tarafından idare edilmekte olan hastaneler ise özel hastane kabul edilmektedir. Yargıtay HGK'nın isabetle de belirttiği üzere vakıf üniversite hastaneleri de kamu hastanesi olarak kabul edilmektedir³⁴. Uygulamada, mevzuatta her ne kadar bir sınırlama getirilmemiş ve gerçek kişi, adi ortaklık, dernek yahut vakıfların da özel hastane işleticisi olduğu kabul ediliyor olsa da³⁵ özel hastanelerin genellikle Türk Ticaret Kanunu³⁶ m. 124'te sayılan ticaret şirketleri tarafından kurulduğu görülmektedir. Özel hastaneler, zarar etseler bile sağlık hizmetini sunacak olan kamu hastanelerinden farklı olarak kâr amacı güderek hareket ederler. Özel hastaneler bağlamında hastane işletmecisinin hastaya sunulan hizmetlerden dolayı birinci derecede sorumlu olduğu ifade edilmektedir³⁷.

6. Özel Hastane Çalışanları

Özel hastanelerde çalışan sağlık personeli, Hasta Hakları Yönetmeliği m. 4 f. 1 b. c uyarınca, sağlık hizmeti verilmesine katılan bütün meslek mensuplarıyla sağlık mesleği mensubu olmasa bile sağlık hizmetinin verilmesine katılan kimseler; daha doğru bir ifadeyle mevzuatın kendisine tıbbi müdahalede bulunma yetkisi verdiği kimseler olarak sayılmaktadır³⁸. Söz konusu personel 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK)³⁹ m. 116'ya göre ifa yardımcısı konumundadır. Bu kimselerin fiilleriyle ilgili olarak ortaya çıkan zararlar nedeniyle hastane işletmecisi TBK m. 116 f. 3 gereğince uzmanlık gerektiren bir mesleğin icrasından dolayı sorumsuzluk anlaşılamaz.

Söz konusu sağlık personelinde ilk kategoriye hekimler oluşturmaktadır. Hekimler açısından dikkat edilmesi gereken iki husus vardır. Bunlardan ilki intörn olarak adlandırılan fakülte son sınıf öğrencilerinin hekime yardımcı kişi sayıldıklarıdır⁴⁰.

Bir hekim pratisyen olsa da her türlü müdahaleyi yapmakla yetkilidir. Bu çerçevede uzman kişiler bakımından ise yalnızca uzman oldukları alanda yetkili olmaları söz konusu olmamaktadır⁴¹. Bir başka deyişle hekim sahip olduğu kabul edilen asgari bilgiler çerçevesinde acil durumlarda müdahale etmekten kaçınmaz. Bu husus Tıbbi Deontoloji Tüzüğü m. 18'de hekimin acil yardım resmi ya da insanı görevi yerine getirmesi hallerinde mesleki ve kişisel

³⁴ Y. HGK T. 13.05.2015, E. 2014/13-566, K. 2015/1339 (www.kazanci.com, s.e.t.: 07.04.2022).

³⁵ Erol, *Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları*, 70.

³⁶ RG 14.02.2011-27846.

³⁷ Hakeri, "Hastane Yönetiminin Sorumluluğu", 256.

³⁸ Bununla birlikte bu sayma yalnızca özel hastaneler bakımından değil kamu hastaneleri yahut hizmetin serbest olarak verildiği kurum ve kuruluşlar bakımından da geçerlidir.

³⁹ RG 04.02.2011-27836.

⁴⁰ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 257.

⁴¹ Erol, *Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları*, 55.

sebeplerle hastaya bakmaktan kaçınamayacağı şeklinde ifade edilmiştir. Sağlık hizmetlerine katılan diğer personel ise 1219 s. k. Ek m. 13'te sayılmıştır⁴².

B. Özel Hastane ile Hasta Arasındaki İlişki: Hastaneye Kabul Sözleşmesi

1. Genel Açıklamalar

Tedavi olma amacıyla hastaneye başvuran hasta ile hastane arasında çoğu zaman bir sözleşme ilişkisi bulunur⁴³. Bununla birlikte ileride ayrıntılı olarak ele alınacak olan acil durumlar, ameliyatın genişletilmesi yahut kanuna aykırı şekilde yapılan tıbbi deney, rahim tahliyesi, organ nakli, cinsiyet değişikliği gerçekleştirilmesi gibi hallerde bir sözleşme ilişkisinin varlığından bahsedilemez. Özellikle son durum bakımından TBK m. 27 anlamında kişilik haklarına aykırılık nedeniyle sözleşme geçersizdir ve hiçbir surette geçerli hale getirilemez⁴⁴.

Hastane ile özel hastaneye başvuran hasta⁴⁵ arasında, hastaneye kabul sözleşmesi olarak isimlendirilen ve hastane tarafından yataklı tedavi⁴⁶ bağlamında yapılabilecek; teşhis tedavi ile ilgili tüm tıbbi hizmetlerin ve bunun dışında söz konusu hizmetin gerektirdiği yan yükümlülüklerin yerine getirileceğini, buna karşılık hasta tarafından da ücret ödenmesinin taahhüt edildiği bir hukuki ilişki söz konusudur⁴⁷. Sözleşme açık yahut zımni irade

⁴² Madde kapsamında bu çalışanlara örnek olarak ameliyat teknikeri, odyolog, fizyoterapist, anestezi teknikeri sayılabilir.

⁴³ Sözleşme serbestisinin söz konusu olduğu bu durumda bazen söz gelimi özel hastanenin bölgede tek olması nedeniyle sözleşme yapma zorunluluğu ortaya çıkabilir: Durak, "Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi", 150-51.

⁴⁴ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, N. 1030.

⁴⁵ Hastanın tam ehliyetli yahut sınırlı ehliyetli olması halinde bu kimselerin hastaneye başvurması ve özel hastanenin de bunları kabul etmesi halinde herhangi bir şekil şartına tabi olmaksızın sözleşme meydana gelir. Ancak hastanın küçük olması halinde üçüncü kişi lehine sözleşme yapıldığı kabul edilmektedir: Doğan, "Hekimlik Sözleşmesi Katkılı Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi (Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi ve Hekimlik Sözleşmesi) ile Bölünmüş- Kısmi Hastaneye Kabul Sözleşmesi (Kısmi Hastaneye Kabul Sözleşmesi ve Hekimlik Sözleşmesi, Dar Anlamda Hastaneye Kabul Sözleşmesi)", 182; Şenocak, *Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu*, 70-71; Erol, *Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları*, 103. Kısıtlılar, tam ehliyetsizler ve iradesini açıklayamayacak durumda olan hastalar için de geçerlidir. Bu durumda özel hastanenin karşısında yasal temsilci bulunmaktadır. Bu noktada belirtilmesi gereken husus teşhis ve tedavi hizmeti sunduğunu bildiren bir hastaneye hastanın yaptığı başvurunun hastane tarafından derhal reddedilmemesi hastaneye kabul sözleşmesinin kurulmuş olduğunun işaretidir; zira hastane ruhsatta belirtilen konularda hizmet vermektedir: Erol, 102.

⁴⁶ Belirtilmelidir ki ayakta tedavi gerçekleştiren tıp merkezleri, poliklinikler, laboratuvarlar, müessese ve muayenahaneler ile hasta arasında hastaneye kabul sözleşmesi Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik (RG 15.02.2008-26788) uyarınca hastaneye kabul sözleşmesine vücut vermez.

⁴⁷ Erol, *Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları*, 191; Doğan, "Hekimlik Sözleşmesi Katkılı Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi (Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi ve

beyanı ile kurulabilir⁴⁸. Burada dikkat edilmesi gereken husus Hasta Hakları Yönetmeliği m. 8 f. 2 gereği özel hastanelerin tanıtım ve ilan yapma yasağından ötürü herkese açık öneri yapmamasının beklenmesidir.

Hastaneye kabul sözleşmesinin hastane bakımından iki ana edim⁴⁹ içerdiği ifade edilmektedir. Birinci ve sözleşmenin en mühim unsuru olarak addedilebilecek teşhis ve tedavi, hastanın iyileştirilmesi ve sağlığının korunması amacıyla yapılan ve hastane bakımını dışarıda bırakacak şekildeki tüm teknik ve bilimsel çalışmalardan ibarettir⁵⁰. Hastane bakımı ise tıbbi müdahale öncesi ve sonrası hazırlıklar, barınma, yemek, temizlik gibi temel ihtiyaçların karşılandığı diğer ana edim olarak tanımlanabilir⁵¹.

2. Hastaneye Kabul Sözleşmesi Türleri

a. Genel Olarak

Hastaneye kabul sözleşmeleri hastalığın teşhis ve tedavisinin yalnızca hekime yahut hem hekim hem de özel hastaneye ait olmasına göre çeşitli ayrımlara tabi tutulmaktadır. Türk hukukunda uygulamada her ne kadar bu iki edim türünün bir arada olduğu hastaneye tam kabul sözleşmesi daha yaygın olsa da hekimlik sözleşmesinin de ilave edilmiş olduğu hastaneye kabul sözleşmesi veya teşhis ve tedavinin hastane bakımından ayrılmış olduğu bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesinin ya da isimsiz bir sözleşme olan hastaneye kabul sözleşmesi bağlamında başka edimlerin de kararlaştırılması mümkün olabilir⁵².

Hekimlik Sözleşmesi) ile Bölünmüş- Kısmi Hastaneye Kabul Sözleşmesi (Kısmi Hastaneye Kabul Sözleşmesi ve Hekimlik Sözleşmesi, Dar Anlamda Hastaneye Kabul Sözleşmesi)", 178; Aşçıoğlu, *Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk*, 118; Ayan, *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukukî Sorumluluk*, 131.

⁴⁸ Buradaki irade beyanı ile tıbbi müdahaleye rıza gösterilmesi hususunda açıklanan irade beyanı birbirine karıştırılmamalıdır. İlk durumda teşhis ve tedavi yapılması yönünde açıklanan rıza, diğer durumda yapılmış olan söz konusu teşhis ve tedaviler neticesinde karar verilmesi söz konusu olabilecek cerrahi operasyonlar bakımındandır: Şenocak, *Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu*, 67-68. Bundan başka hekimin resmi sıfatı ve mesleği icabı bir işi görmesinden dolayı TBK m. 503 gereğince kendisine yapılan öneriyi hemen reddetmedikçe vekalet sözleşmesi kurulmuş sayılır.

⁴⁹ Taraflar bu edimler dışında başka edimler de kararlaştırabilir.

⁵⁰ Erol, *Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları*, 191.

⁵¹ Erol, 192. Bu hususta Yargıtay HGK hastane bakımının kapsamına girecek unsurlar bakımından tahdidi bir sayımlı söz konusu olmadığını, "hastanın sağlık durumu, hastalığın tipi ve ağırlığına göre dürüstlük ilkesinin zorunlu kıldığı tüm tedbirleri almak durumunda" olduğuna hükmetmiştir. İlgili Yargıtay kararı için bkz. Y. HGK T. 21.10.2009, E. 2009/13-393, K. 2009/452 (www.kazanci.com.tr, s.e.t.: 07.04.2022). Hastanenin borçları bundan başka aydınlatma borcu, hastanın rızasının alınması yükümlülüğü, sadakat ve özen borcu, kayıt tutma ve sır saklama borcu olarak sıralanabilir.

⁵² Erol, 97. Bu ayırım Alman hukukunda hekimlik sözleşmesi ilaveli hastaneye tam kabul sözleşmesi ile bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi olarak tanımlanmaktadır: Katzenmeier, *Arzhaftung*, 106. İsviçre öğretisi ve uygulamasında ise ise hastaneye tam kabul sözleşmesi ve bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi olarak ifade edilmektedir: BGE 92 II 15 E. 3; Landolt, "Medizinische Dokumentationspflicht-quo vadis?", 11.

b. Yalın Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi

Yalın hastaneye tam kabul sözleşmesinde hasta yalnızca hastane işleteni ile bir sözleşme yapar. Bu sözleşme uyarınca hastane işleteni hastane hizmetlerinin yanında hastalığın teşhis ve tedavisine ilişkin her türlü edimi üstlenir. Hasta ise hastane işletenine ücret ödeme borcu altındadır⁵³. Bu sözleşmeler bakımından en önemli husus, özel hastane işleticisinin hastanın ihtiyacı doğrultusunda hastayı bir hekime yönlendirmesi ve hastaya karşı sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini çalışmanı olan hekim ve diğer sağlık personeli aracılığıyla yerine getirmesidir⁵⁴; zira hastane işleticisinin tıbbi müdahale yetkisi söz konusu olmadığından bu hususta tekel hakkını haiz ve somut olay bakımından uygun ve yetkin bir hekimi sözleşme çerçevesinde yönlendirmekle yükümlüdür⁵⁵. Bu çerçevede hekim ile hasta arasında bir sözleşme ilişkisi olduğundan kural olarak bahsedilemez⁵⁶. Burada tedavi sırasında izlenen yöntemler ve uyulan kurallar tıp biliminin belirlediği şekilde hekim tarafından takip edildiği için, hekimle hastane arasında klasik anlamdaki hizmet sözleşmesinden uzaklaşıldığı ölçüde, hastanenin hekime doğrudan emir ve talimat veremediği noktada hastaya karşı hekimin tedavi edimini doğru ve uygun şekilde yapacağını taahhüt etmesi durumu vardır. Bu çerçevede hekimin fiilleri açısından hastanenin hastaya karşı üçüncü kişinin edimini taahhüdünün olduğu söylenebilir⁵⁷.

c. Hekim Sözleşmesi İlaveli Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi

Hastanın özel hastaneye yapacağı hastaneye tam kabul sözleşmesi dışında ve buna ek olarak teşhis ve tedavi sürecini gerçekleştirecek ve özel hastanede istihdam edilen yahut hastane dışından bir hekimle hekimlik sözleşmesi akdetmesi halinde birbirinden bağımsız iki sözleşme ortaya çıkmaktadır⁵⁸. Genellikle büyük cerrahi müdahalelerde ortaya çıkan söz konusu sözleşmede, hasta kendisinin belirlemiş olduğu bir hekim tarafından müdahalenin gerçekleştirilmesini istemektedir. Bu sözleşmelerde sözleşmeden kaynaklanan sorumluluk hastane işleteninde yoğunlaşmaktadır. Hastane işleten hastane bakımı edimi yanında, her ne kadar hekim ile de ayrı bir sözleşme yapıyor olsa da teşhis ve tedavi borcunun ihlal edilmesi halinde hastane işletenin de sorumlu olması söz konusudur. Burada hekim ile hasta arasında yapılan

⁵³ Wagner/Säcker, *MüKoBGB*, Rdnr. 27.

⁵⁴ Bu hususta, belirlenmiş olan bir hekim tarafından tedavi sürecinin yürütüleceği hususunda bir kararlaşırma olmaması halinde, hekim yahut diğer sağlık personelinin sözleşmeye aykırı davranışlarından hastane işleticisi birinci derecede sorumludur: Wagner/Säcker vd., Rdnr. 28.

⁵⁵ Aşçıoğlu, *Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk*, 22.

⁵⁶ Bu hususta bkz. Y. HGK T. 21.10.2009, E. 2009/13-393, K. 2009/452 (www.kazanci.com.tr, s.e.t.: 07.04.2022).

⁵⁷ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, N. 3592; Oğuzman ve Öz, *Genel Hükümler C. 2*, N. 1177 vd.

⁵⁸ Greiner/Spickhoff, *Medizinrecht*, Rdnr. 323; Wagner/Säcker vd., *MüKoBGB*, Rdnr. 35.

teşhis ve tedaviye yönelik sözleşme ise hekime doğrudan bir sorumluluk yüklemektedir⁵⁹. Burada aslında yalın hastaneye tam kabul sözleşmesinin hasta ve hastane arasında teşhis ve tedavi sürecini gerçekleştirecek doktorun belirlenmesi sonucu müdahale yapacak doktorun kişiliğinin subjektif asli unsur haline getirilmesiyle sözleşmenin özelleştirilmesi söz konusu olurken, hekim açısından ise TBK m. 201 çerçevesinde bir borca katılma, hatta sözleşmenin içeriğine göre bir garanti sözleşmesi kurulmuş olur⁶⁰. Bu durumda hekim hastaya karşı hastaneyle birlikte müteselsil borçlu olur⁶¹.

Burada dikkat edilmesi gereken husus, tarafların belirlediği hekimin teşhis ve tedaviyi yerine getirmesine engel bir durumun ortaya çıkması halinde, sözleşmede açıkça aksi kararlaştırılmış olmadıkça, teşhis ve tedavi işlemi çok spesifik; bir başka deyişle hekimin bilgi ve becerisine bağlı özel bir edimi içermediği takdirde, hekimlik sözleşmesi yapılan hekim yerine, TBK m. 506 f. 1 c. 2'ye uygun olarak operasyonun gerçekleştirileceği hastaneden bir başka hekimin edimi ifa etmesinin mümkün olmasıdır. Bu bağlamda, hastane bünyesinde çalışmayan ve söz gelimi ameliyatı gerçekleştirmiş olan bir hekimin hekimlik sözleşmesinde kararlaştırılmış olan hekimi ikame vekâlet olarak adlandırılan şekilde ikinci bir vekâlet sözleşmesi yapılarak sanki asıl hekimin hastanın temsilcisi gibi hareket etmesi bu sözleşme açısından mümkün değildir. Bu şekilde, ikâme vekil atanmasının önüne geçirilip, taraflar arasında bulunan güven ilişkisinin içerisinde kalınarak ve sözleşmeye yabancı birisinin edime karışması engellenerek hasta bakımından sözleşmenin konusu olan tedavi açısından öngörülebilirlik sağlanmış olur⁶².

Ücret hususunda hekimin teşhis ve tedavi sürecine hasta ile hastane arasında yapılandırılan ayrı olarak hastaneyle birlikte bir sözleşme imzalamak suretiyle dâhil olmasından ötürü bu sözleşmeye dayanarak hastadan ücret talep etme hakkı doğabilir. Hastanın teşhis ve tedavi süreci hususunda ise bu durumda hastanenin herhangi bir ücret talep hakkı bulunmamaktadır⁶³.

⁵⁹ Greiner/Spickhoff, *Medizinrecht*, Rdnr. 324; Wagner/Säcker vd., *MüKoBGB*, Rdnr. 36.

⁶⁰ Söz konusu sözleşme ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Yavuz, Acar ve Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 848; Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 766-67; Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler. C. II*, 509; Zevkliler ve Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, 705-6.

⁶¹ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, N. 2522; Oğuzman ve Öz, *Genel Hükümler C. 2*, N. 1365 vd.; Gümüş, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 1049 vd.

⁶² Wagner/Säcker vd., *MüKoBGB*, BGB § 630a Vertragstypische Pflichten beim Behandlungsvertrag, Rdnr. 36.

⁶³ Doğan, “Hekimlik Sözleşmesi Katkılı Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi (Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi ve Hekimlik Sözleşmesi) ile Bölünmüş- Kısmi Hastaneye Kabul Sözleşmesi (Kısmi Hastaneye Kabul Sözleşmesi ve Hekimlik Sözleşmesi, Dar Anlamda Hastaneye Kabul Sözleşmesi)”, 184.

d. Bölünmüş Hastaneye Kabul Sözleşmesi

Bu hastaneye kabul sözleşmesi türünde, hasta ile hastane işleteni, teşhis ve tedaviye ilişkin bir sözleşme yapmamaktadır. Burada tıbbi müdahaleden yalnızca hekimin sorumlu olacağına dair hekimle hastane⁶⁴ yahut hastayla hastane arasında bir sözleşme yapılmaktadır. Bununla birlikte, sözleşmenin geçerli olarak kurulabilmesi için hastanın iki ayrı bağımsız sözleşme için de sözleşmenin içeriğine ve şartlarına tam hâkim olarak yaptığını bilmesi gerekmektedir⁶⁵. Bu çerçevede hastanenin ve hekimin dürüstlük kuralları çerçevesinde sözleşmenin karşı tarafı olan hastayı sözleşmenin içeriği hususunda bilgilendirme yükümlülüğü bulunmaktadır.

Bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi çoğunlukla hastane bünyesinde çalışmayan ve dolayısıyla buradan bir ücret almayan; ancak hastane işleteni ile yapmış olduğu sözleşme neticesinde muayenehanesinde tedavisini sürdürdüğü hastasının tedavisini bu kurum çatısı altında yatarak devam ettiren ve sözleşme çerçevesinde hastane hizmetlerinin yerine getirilmesini hastane işleteni tarafından kendisine borçlanan hekim ile özel hastane arasında yapılmaktadır⁶⁶. Alman Federal Yüksek Mahkemesi söz konusu sözleşmeleri atipik, sürekli edimli sözleşme olarak kabul etmektedir⁶⁷. Bundan başka yine hastane bünyesinde çalışmayan hekimin ayakta tedaviye başlayıp yatarak tedaviye geçmesi bakımından söz konusu sözleşme akdedilebilmektedir⁶⁸. Özel hastane başhekiminin özel hastasını hastaneye yatırması da bu sözleşmenin başka bir görünüm şeklidir⁶⁹.

Özel hastane söz konusu sözleşme kapsamında hastane hizmetlerini ve bu arada hastanın söz gelimi bir doğum olayında doğumhane gibi yer veyahut ebe gibi sağlık personelini tahsis etmesi, doğum sonrasında ise yeni doğan ünitesi başta olmak üzere gerekli bakımın sağlanması yükümlülüğü devam etmektedir. Özel hastane teşhis ve tedavi bakımından hiçbir sorumluluk almamaktadır. Ücret hususunda da hekim ve hastane ayrı ayrı ücret talep eder⁷⁰.

⁶⁴ Bu durumda hekimin hastanın temsilcisi sıfatıyla hareket ettiği kabul edilir.

⁶⁵ Greiner/Spickhoff, *Medizinrecht*, Rdnr. 312; Wagner, BGB § 630a Vertragstypische Pflichten beim Behandlungsvertrag, Säcker vd., *MüKoBGB*, Rdnr. 37.

⁶⁶ Greiner/Spickhoff, *Medizinrecht*, Rdnr. 311; Förster/Bamberger vd., *BeckOK BGB*, Rdnr. 906.

⁶⁷ BGH 'Kündigung eines Belegarztvertrags', 20.07.2006-III ZR 145/05 (OLG Frankfurt a.M.), 'Neue Juristische Zeitung-Rechtsprechungsreport, H. 20 (2006), s. 1427.

⁶⁸ Doğan, "Hekimlik Sözleşmesi Katkılı Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi (Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi ve Hekimlik Sözleşmesi) ile Bölünmüş- Kısmi Hastaneye Kabul Sözleşmesi (Kısmi Hastaneye Kabul Sözleşmesi ve Hekimlik Sözleşmesi, Dar Anlamda Hastaneye Kabul Sözleşmesi)", 191.

⁶⁹ Erol, *Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları*, 101.

⁷⁰ Greiner/Spickhoff, *Medizinrecht*, Rdnr. 312; Aşçıoğlu, *Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk*, 22; Erol, *Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları*, 102; Doğan, "Hekimlik Sözleşmesi Katkılı Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi (Hastaneye

e. Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Hastaneye kabul sözleşmesinin hukuki niteliği konusunda öğretilerde sözleşmenin kira, eser ve bakım sözleşmelerinin unsurlarını bünyesinde birleştiren bir sözleşme olduğu ifade edilmektedir⁷¹. Yalnız hastaneye kabul sözleşmesi açısından hasta ile doktor arasında doğrudan bir sözleşmenin varlığı kabul edilemez. Bu durumda, daha önce değinildiği gibi, hastane açısından hastaya hekimin ediminin üçüncü kişinin edimini üstlenmenin TBK m. 128 çerçevesinde değerlendirileceği savunulabilir. Fakat hekim sözleşmesi ilaveli hastaneye tam kabul sözleşmesi ile özellikle bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi bakımından konunun hekim ile hasta açısından ayrıca değerlendirilmesi gereklidir.

Bunlardan hizmet sözleşmesi hekimin hastanın emir ve talimatlarıyla bağlı olmaması, bir başka deyişle hizmet sözleşmesinin unsurlarından biri olarak tanımlanan bağımlılık ilişkisinin⁷² hekim ile hasta arasında söz konusu olmaması nedeniyle hastaneye kabul sözleşmesinin hizmet sözleşmesi olduğundan söz edilemez⁷³. Bunun dışında karşılıklı güvene dayanan söz konusu sözleşmenin güvenin sarsıldığı anda sona ermesi sözleşmenin hizmet sözleşmesi hükümlerine tabi olması halinde mümkün değildir⁷⁴. Bundan başka ücret bakımından da işçi kendisine herhangi bir iş verilmesi dahi işverenin emrine hazır bulunduğu sürece ücrete hak kazanacağı halde söz gelimi almış olduğu randevuya gelmeyen hastanın böyle bir ücreti ödemesinden kural olarak söz edilemez⁷⁵.

Bir edim sonucunun taahhüt edildiği eser sözleşmeleri bakımından ise hekimin istenilen sonuca ulaşması, hekimin kontrolü dışında kalan

Tam Kabul Sözleşmesi ve Hekimlik Sözleşmesi) ile Bölünmüş- Kısmi Hastaneye Kabul Sözleşmesi (Kısmi Hastaneye Kabul Sözleşmesi ve Hekimlik Sözleşmesi, Dar Anlamda Hastaneye Kabul Sözleşmesi)", 184.

⁷¹ Wagner/Säcker vd., *MüKoBGB*, BGB § 630a Vertragstypische Pflichten beim Behandlungsvertrag, Rdnr. 27; Spickhoff/Spickhoff, *Medizinrecht*, Rdnr. 26.

⁷² Söz konusu ilişki hekimin bir ailenin sağlık sorunlarıyla ilgilenmesi hedeflenerek yapılan hukuki ilişkiler bakımından da işgörmeye sözleşmelerinin bu türünün uygulama alanı bulması söz konusu olmaz: Akartepe, "Tedavi Sözleşmesinin Hukuki Niteliği", 16; Ayan, *Tıbbî müdahalelerden doğan hukuki sorumluluk*, 54; Şenocak, *Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu*, 19-20. Aksi görüş için bkz. Özdemir, *Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi*, 76.

⁷³ Bu husus tıp hukuku alanındaki meslek etiği kurallarına ilişkin Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m. 6'da hekimin hiçbir etki altında kalmadan vicdani ve mesleki kanaatine göre hareket edeceği; TTB'nin Hekimlik Meslek Etiği Kuralları m. 8'de de hastanın talimatından ziyade uluslararası bir ilke olan hekimin özerliğine göre davranacağı ifade edilmiştir.

⁷⁴ Aşçıoğlu, *Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk*, 18.

⁷⁵ Uygulamada sözleşmeye aksi şartlar konulduğu görülmekle birlikte; böyle bir durumda ücret talep edilmesi söz konusu olmakta; bununla beraber tüketici konumundaki hastanın bu talebi 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu'nda (RG 28.11.2013-28835) düzenlenmiş olan 'Haksız Şartlar' çerçevesinde reddetme hakkı vardır.



etkenlerin de söz konusu olması nedeniyle, sözleşmede kararlaştırılan bütün yükümlülüklerini yerine getirirse dahi, söz konusu olmayabilir⁷⁶. Öğretide protez, estetik operasyonlar, tümör alınması gibi tıbbi müdahalelerin eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği savunulmaktadır⁷⁷.

Hastanın ayakta tedavisi ediminin yüklenildiği hekimlik sözleşmesinin vekâlet sözleşmesi olduğu hususunda öğretide görüş birliği olduğu söylenebilir. Bununla birlikte yatarak tedavi durumunda verilecek hastane hizmetlerinin vekâlet sözleşmesinin niteliğine uymamasından dolayı⁷⁸, öğretide bizim de katıldığımız görüşe göre, hastaneye kabul sözleşmesinin niteliğini isimsiz sözleşme olarak kabul etmek daha uygun olacaktır.

İsimsiz sözleşme ile kastedilen kanunda isminin dahi geçmediği; ancak tarafların TBK m.26 çerçevesinde sözleşme özgürlüğü kapsamında düzenledikleri sözleşmedir. Bu sözleşmeler kanun koyucu tarafından ayrı bir tip olarak düzenlenmemiştir⁷⁹. Bundan başka sözleşmenin esaslı unsurlarının da kanunda düzenlenmiş bir tipe ait olmaması bir sözleşmeyi isimsiz sözleşme olarak adlandırmak için gereken şartlardan bir diğeridir. İsimsiz sözleşmeler bakımından yapılan ayırım konusunda öğretide iki görüş ileri sürülmektedir. Bunlardan ilki isimsiz sözleşmeleri karma ve *sui generis*⁸⁰ sözleşme olarak ayıran görüştür⁸¹. Bu görüş uyarınca unsurların tipik sözleşmelere ait olup olmaması isimsiz sözleşmeleri bu şekilde ayırmayı gerektirir⁸². Bundan başka

⁷⁶ Aşçıoğlu, 18; Özdemir, *Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi*, 78; Erol, *Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları*, 56.

⁷⁷ Aşçıoğlu, *Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk*, 16; Erol, *Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları*, 57. Özellikle estetik ameliyatlarda bakımından Yargıtay bunların eser sözleşmesi niteliğini haiz olduğuna hükmetmiştir. Bu hususta bkz. Y. 3. HD T. 13.03.2017, E. 2015/17955, K. 2017/2959; Y. 3. HD T.15.04.2015, E. 2015/6389, 2014/12673; Y. 3. HD T. 24.05.2016, E. 2012/8534, K. 2012/13263 (www.kazanci.com.tr, s.e.t.: 07.04.2022).

⁷⁸ Ancak Yargıtay hastaneye kabul sözleşmesini vekâlet sözleşmesi olarak kabul etmektedir. Bu hususta verilen kararlardan bazıları için bkz. Y. 13. HD T. 11.03.2014, E. 2014/7222, K. 2014/6716; Y. 13. HD T. 23.02.2016, 2014/47826, K. 2016/5299 (www.kazanci.com.tr, s.e.t.: 07.04.2022).

⁷⁹ Bu sözleşmeler günlük hayatta çokça kullanılmalarından dolayı yahut da alışılmışın dışında, tek seferlik ve atipik olarak meydana geldikleri için kanun koyucu tarafından özellikle düzenlenmemiş sözleşmelerdir: Schönle-Zweite Teil/Schönle ve Gauch, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Bd. 5 Teilbd. 2a Lfg. 1, Rdnr. 26*.

⁸⁰ Bu sözleşmeler bakımından sözleşmeyi oluşturan unsurların kısmen ya da tamamen kanunda öngörülen sözleşmelerden hiçbirine uymadığı, bir araya getirilen unsurların birbirleriyle bir bağlantısının olduğu ifade edilmektedir: Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 870.

⁸¹ Schönle-Zweite Teil/Schönle ve Gauch, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Bd. 5 Teilbd. 2a Lfg. 1, Rdnr. 26*. Bu sözleşmelerin birbirinden ayrılması somut olayda güçlük arz edilmektedir.

⁸² Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 938.

isimsiz sözleşmeleri bileşik (kombine)⁸³, karma, *sui generis* olarak üçe ayıran bir başka görüş de mevcuttur⁸⁴.

Hastaneye kabul sözleşmelerini *sui generis* sözleşmeler olarak adlandırmak mümkün görünmemektedir; zira bu sözleşmelerde yorum ve boşlukların doldurulması tarafların iradesi esas alınarak öncelikle dürüstlük kurallarına göre yorumlanır, sonra kanundaki tip sözleşmeler uygulanabildiği ölçüde sözleşmeyi yorumlar ve tamamlar, en son ise TBK'nın genel hükümlerinden yararlanır⁸⁵. Hastaneye kabul sözleşmelerinde ise hasta özel hastane karşısında zayıf durumda kalmaktadır. Güçlü konumdaki hastaneden hastayı koruyabilmek için koruyucu hükümlerle sözleşmedeki boşlukların doldurulması ve yorumlanması gerekmektedir.

Hastaneye kabul sözleşmesinin karma tipli bir sözleşme⁸⁶ ve sözleşmelerden de kombine sözleşme⁸⁷ olduğu öğretilerde çoğunlukla kabul edilen görüştür; zira bu sözleşmede vekâlet, kira, satış, hizmet sözleşmesine ait tipik unsurlar özel hastanenin edimlerini oluştururken, hasta yalnızca ücret ödeme borcu altına girer⁸⁸.

Hastaneye kabul sözleşmelerine uygulanacak hükümler hususunda öğretilerde bu sözleşmelere TBK'nın genel hükümlerinin uygulanması hususunda görüş birliği bulunmaktayken; TBK'nın özel hükümlerinin uygulanması hususunda aynı görüş birliğinden bahsetmek mümkün değildir. Bununla birlikte öğretilerde ağırlıklı olarak taraflar arasındaki menfaat durumuna ve kanunun amacına aykırı olmamak kaydıyla karma sözleşmelere; bu sözleşmeyi oluşturan sözleşme tiplerine ait hükümlerin kıyasen uygulanması gerektiği kabul edilmektedir⁸⁹.

⁸³ Bu sözleşmelerin isimsiz sözleşme olarak kabul edilmemesine ilişkin bkz. Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 870.

⁸⁴ Yavuz, Acar ve Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 13.

⁸⁵ Gmür (Müller vd.), *Berner Kommentar*, 921, Rdnr. 530.

⁸⁶ Kanunda düzenlenen birden fazla tip sözleşmeye ait unsurların kanunun öngörmediği şekilde bir araya gelmesi halinde karma sözleşmelerden bahsedilir: Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 870.

⁸⁷ Karma tipli sözleşmelerin diğer örnekleri çifte tipli sözleşmeler, çeşitli tiplere ait unsurların bağlandığı sözleşmeler ve yabancı yan edim içeren sözleşmelerdir: Eren, 870.

⁸⁸ Gmür (Müller vd.), *Berner Kommentar*, 22, Rdnr. 40; Erol, *Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları*, 67; Demir, "Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu", 227; Hakeri, *Tip Hukuku*, 44; Doğan, "Hekimlik Sözleşmesi Katkılı Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi (Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi ve Hekimlik Sözleşmesi) ile Bölünmüş-Kısmi Hastaneye Kabul Sözleşmesi (Kısmi Hastaneye Kabul Sözleşmesi ve Hekimlik Sözleşmesi, Dar Anlamda Hastaneye Kabul Sözleşmesi)", 180; Özdemir, *Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi*, 86. Yargıtay bir kararında hastaneye kabul sözleşmesinin karma nitelikte bir sözleşme olduğunu ifade etmiştir. Söz konusu karar için bkz. Y. HGK T. 21.10.2009, E. 2009/13-393, K. 2009/452 (www.kazanci.com.tr, s.e.t.: 07.04.2022).

⁸⁹ Aşçıoğlu, *Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk*, 119; Demir, *Tıbbi Sorumluluk Hukuku*, 115.

Hastaneye kabul sözleşmelerinde teşhis ve tedavi ediminin ağır bastığı, bu nedenle vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiği, sözleşmede kararlaştırılan diğer tiplere ait hükümlere mahiyetine uygun düştüğü ölçüde başvurulması gerektiği ifade edilmektedir⁹⁰.

II. HEKİMİN VE HASTANENİN VEKÂLETSİZ İŞGÖRME DEN DOĞAN SORUMLULUĞU

A. VEKÂLETSİZ İŞGÖRME HAKKINDA GENEL AÇIKLAMALAR

Hekim ve hastane ile hasta arasında sözleşme ilişkisi bulunmadığı durumlarda, yapılan her müdahale arada bir sözleşme ilişkisi olmadan vücut bütünlüğünün ihlali nedeniyle doğrudan haksız fiil olarak kabul edilemez. Özellikle kişi ile hekim arasında bir sözleşme kurulmamış olmasına rağmen, hekim, zorunluluk hali nedeniyle, hastanın hayatını kurtarmak ya da ağır bir zarara uğramasını önlemek için tıbbi bir müdahalede bulunmuşsa veya hastanın rızası alınarak başlanan bir ameliyat, hastanın verdiği rızanın dışına çıkılarak genişletilmişse, bu durumda hekimin yaptığı müdahaleler, gerçek vekâletsiz iş görme olarak değerlendirilir⁹¹.

Genel olarak vekâletsiz iş görme TBK’da, m. 526-531 arasında “İşgörenin hak ve borçları” ile “İş sahibinin hak ve borçları” başlıkları altında düzenlemiştir. Vekâletsiz iş görme bir sözleşme değildir. Buna rağmen kanun koyucu vekâletsiz iş görmeyi, vekâlet ilişkilerini, özellikle geniş anlamda vekâlet kaynaklı sözleşme türleri arasında ele alıp düzenlemiştir. Bu durum öğretide eleştirilmekte ve sözleşme niteliği taşımayan, kanuni bir borç ilişkisi olan vekâletsiz iş görmenin, TBK’nın genel hükümleri bölümünde, özellikle haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme yanında düzenlenmesinin daha uygun olacağı savunulmaktadır⁹². Hemen belirtelim ki; hâkim görüşe göre gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hukuka aykırı fiil⁹³, gerçek vekâletsiz

⁹⁰ Ayan, *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukukî Sorumluluk*, 142-43; Özdemir, *Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi*, 88-89; Erol, *Özel Hastanelerin Hukukî Sorumluluğu ve Hasta Hakları*, 39. Bununla birlikte uygulamada Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi hasta ile özel hastane arasındaki ilişkiye hastaneye kabul sözleşmesinde olduğu gibi vekâlet hükümlerinin uygulanmasına hükmetmiştir. İlgili kararlar için bkz. Y. 13. HD T. 01.10.2013, E. 2013/24241, K. 2013/23878; Ankara BAM 4. HD T. 19.07.2017, E. 2017/1360, K. 2017/1114 (www.kazanci.com.tr, s.e.t.: 06.04.2022); Ankara BAM söz konusu kararda hastaneye kabul sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların tüketici sözleşmesi olması nedeniyle bu sözleşmede hastane kaynaklı uyuşmazlıkların ayıplı hizmet olarak değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

⁹¹ Ayan, *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukukî Sorumluluk*, 45; Hakeri, *Tıp Hukuku*, 505.

⁹² Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 897; Yavuz, Acar ve Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 757; Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler. C II*, 217.

⁹³ Zevkliler ve Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, 678; Yavuz, Acar ve Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 764; Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 909; Akbiyık, *Gerçek*

işgörme ise hukuki işlem benzeri bir fiil olarak nitelendirilmektedir⁹⁴. Hukuk düzeni gerçek vekâletsiz işgörmeye, tıpkı diğer hukuki işlem benzerlerinde olduğu gibi, hukuki sonuçlar bağlamıştır. Çünkü bu tür fiiller de nitelikleri itibarıyla bir irade açıklamasıdır. Ancak, burada işsahibi ile işgören arasında doğan borç ilişkisi, onların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarına dayanmamaktadır. Burada ortaya çıkan sonucu belirleyen güç, tarafların irade beyanları değil, hukuk düzeninin kendisidir. Başka bir ifadeyle hukuk düzeni söz konusu fiile, böyle bir sonuç bağlamaktadır. Benzerliği nedeniyle hukuki işlemlere ilişkin bazı kurallar kıyas yoluyla bunlara da uygulanır. Bununla birlikte doktrinde bu tür vekâletsiz işgörmeyi “fiili sözleşme ilişkisi”nin bir uygulaması olarak kabul edenler de vardır⁹⁵.

Bir sözleşme veya yasa hükmüne göre yetkili ve yükümlü olmadan işgörenin kendi isteğiyle işsahibinin menfaatine onun için zorunlu olan bir işi görmesine, gerçek caiz vekâletsiz işgörme denir⁹⁶. Burada işsahibi açık veya örtülü olarak görülen işi yasaklamış değildir⁹⁷. Bu çerçevede gerçek caiz vekâletsiz iş görmeye dayanan hukuki ilişki, hasta ile hekim arasında, geçerli bir irade beyanı bulunmaksızın, hekimin müdahale veya tedaviyi hastaya uygulaması halinde, ayrıca var olan sözleşmenin şartlarının hekim tarafından zorunluluk nedeniyle genişletilmesini durumlarında karşımıza çıkar⁹⁸. Cerrahi müdahalenin genişletilmesi uygulamada söz gelimi, gebeliği sonlandırmak için uygulanan kürtaj ya da diğer bir yöntem sırasında, rahimde delinmeler ve yırtılmaların, buna bağlı karın içi organlarda yaralanmaların, hastanın hayatını tehlikeye sokacak ciddi kanamaların ortaya çıkması durumunda, bunu kontrol altına almaya ve onarmaya yönelik yapılan daha geniş cerrahi müdahaleler ve bazı durumlarda rahmin alınması yoluyla kadının üreme yeteneğinin ortadan kaldırılmasına kadar giden ameliyatlardır.

Gerçek olmayan vekâletsiz işgörme hallerinde ise işgören başkasının işini kendi menfaatine veya bir üçüncü kişinin menfaatine görmektedir⁹⁹. Burada

Olmayan Vekaletsiz İş Görme., 18. Karş. Süzel, *Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme ve Menfaat Devri Yapıtırımı*, 25-27.

⁹⁴ Tekinay ve Akman, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 633; Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 899-900; Akbıyık, *Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme.*, 18.

⁹⁵ Tekinay ve Akman, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 69; Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler. C. II*, 217-18. Eren, 909.; “Vekilin borçları hakkındaki kaidelerin, vekâleti olmadan başkasının işini görmenin mahiyetine uygun oldukları nispetinde, kıyasen tatbiki gerektiği beyan olunmaktadır.”

⁹⁶ Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler. C. II*, 217-18.

⁹⁷ Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 902.

⁹⁸ Ayan, *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukukî Sorumluluk*, 45; Hakeri, “Hastane Yönetiminin Sorumluluğu”, 497.

⁹⁹ Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 909. Süzel, *Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme ve Menfaat Devri Yapıtırımı*, 31-33.



ışgörenin iş sahibinin hukuk alanını ihlali veya iş gaspı sonucu hukuka aykırı menfaat edinimi söz konusu olmaktadır. İşgörenin bu menfaatlerinin iadesi borcu, ihlali yaparken iyiniyetli veya kötünietli olmasına göre değişir¹⁰⁰. Çalışmamız açısından konu değerlendirildiğinde, hekimin gerçek olmayan vekâletsiz işgörmesi hastanın rızasının bulunmaması ya da rızasının hukuka aykırı olması, taraflar arasında yapılan sözleşmenin hukuka ve ahlaka aykırı olması gibi durumlarda ortaya çıkar. Örneğin kişinin ekonomik sıkıntılar nedeniyle böbreğini satması için hekimle nakil konusunda anlaşması ve hekimin bu işten aracılık ücreti alması durumunda tipik bir kötünietli gerçek olmayan vekâletsiz işgörme durumu ortaya çıkar. Bir başka durum ise kanunda sayılmış istisnalar dışında yasal sürenin aşılmış olduğu gebeliklerde yapılan rahim tahliyesi operasyonudur. Bir başka durumda ise hekimin kendi üzerine düşen özen borcunu yerine getirmeyerek malpraktiste bulunması halidir. Burada aslen her örnekte bir haksız fiil sorumluluğu ortaya çıkmakla birlikte ayrıca hekimin zararı aşan bir kazanç elde etmesi halinde bu kazancın iadesinin istenmesi gerçek olmayan vekâletsiz işgörme hükümlerine göre mümkün olur. Bahsedilen durumların ortaya çıkması halinde; bir başka deyişle hekimin haksız fiil sorumluluğu veya gerçek olmayan vekâletsiz işgörme sorumluluğunun ortaya çıkması halinde Yargıtay'ın verdiği kararlarda hastanenin de TBK m. 66 hükümleri çerçevesinde sorumlu olması gerektiği ifade edilmektedir¹⁰¹. Burada hastanın aydınlatılmış rızasının dışına çıkılmasına örnek olarak ise organ bağışçısı kartı olan kişinin organlarını, organ bağıışı bekleyen kişilere organ bulmak amacıyla ve organların canlı kalmama riskini önlemek maksadıyla hastanın beyin ölümü gerçekleşmeden veya hastanın hala kurtarılabilmek imkânı varken organ nakli işlemlerine başlanması gösterilebilir. Burada bir haksız fiil ortaya çıkmaktadır. Hastanenin bu durumda TBK m. 66'ya göre sorumluluğu doğar¹⁰².

¹⁰⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 911 vd.

¹⁰¹ Y. 3. HD T. 10.06.2021, E. 2020/6078, K. 2021/6384 (www.kazanci.com.tr, s.e.t.: 06.04.2022); krş. Özdemir, "Hekimin Fiilinden Dolayı Zarar Gören Üçüncü Kişinin Hastaneye Karşı Talebinin Hukuki Niteliği ve Yargıtay'ın Görüşü", 263 vd.

¹⁰² Hekimin söz gelimi hastasını kandırıp böbreğini alması, başkasına takması ve bundan kazanç sağlaması halinde kötünietli gerçek olmayan vekaletsiz işgörmeden söz edilir. Bu hususta böbreği takılan bu kazancın tamamını hekimden talep edebilir. Ama böbreğin organ naklinin gerçekleştiği şahıstan alınıp yeniden kendisine nakledilmesini Türk hukukuna göre talep edemez. Zira nakli yapılan böbrek takıldığı anda vücut bütünlüğüne dahil olmuştur. Diğer hastadan alınıp takılması bu nedenle mümkün değildir.

Kadavradan organ ve doku nakli söz konusu olduğunda örneğin kişinin külli haleflerine sorulmadan ve izin alınmadan organları başka kimselere nakledilebilir. Buradaki tartışma vücut parçasının mirasçılarının terekesinde olmamasıyla ilgilidir; zira organın canlıyken alınması gerekmektedir. Kişilik devam ettiğinden kişiye karşı bir vekaletsiz işgörme uygulanabilir; ancak bunun talebi mirasçılar tarafından yapılabilir. Kişilik halihazırda söz konusu olduğundan organı alınan kişiye karşı hekim tarafından vekaletsiz işgörme yapılmış

Caiz olmayan gerçek vekâletsiz işgörmeye ise iş sahibinin açık olarak ve hukuka uygun olarak yasaklanmış¹⁰³ bir işinin görülmesi ya da iş sahibinin menfaatinin bulunmadığı durumlarda işgörenin, gereği yokken, daha çok kendini göstermek için işe karışması anlamına gelir¹⁰⁴. Örneğin tanınmış bir kimsenin ününden yararlanmak amacıyla basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek bir yaralanma durumunda sırf tanınmış kişiyi tedavi eden hekim olarak toplumda tanınmak için tıbbi müdahaleyi olması gerekenden ileri götürerek kişinin mağduriyetine sebep olan hekimin bu davranışı caiz olmayan gerçek vekâletsiz işgörmeye vücut verir.

B. HEKİMİN ve HASTANENİN VEKÂLETSİZ İŞGÖRME DEN DOĞAN SORUMLULUĞUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. KAMU HASTANELERİ AÇISINDAN

Daha önce bahsedildiği gibi kamu hastanesi ile burada tedavi olan hasta arasında kamu hukuku ilişkisi ortaya çıkar. Bu çerçevede kamu hastanesinde tıbbi müdahalede bulunulması nedeniyle doğabilecek zararlar açısından idare hukuku kuralları uygulanmalıdır¹⁰⁵. Buna karşın uygulamada özellikle son yıllarda kamu hastanelerindeki tıbbi müdahaleden kaynaklı zararlardan dolayı doğrudan hekime, hukuk mahkemelerinde tazminat davasının yöneltildiği hallerde davanın kabul edildiği görülmektedir¹⁰⁶. Aynı şekilde Yargıtay HGK'nın bazı kararlarında, hizmet kusuru ve kişisel kusur ayrımı benimsenerek görevden kolayca ayrılabilen ve görev dışında kalan kusurlu eylem ile “kamu görevi arasındaki bağ kesilerek salt memurun ya da kamu görevlisinin kişisel kusurları nedeniyle” hekimler aleyhine doğrudan hukuk mahkemelerinde husumet yöneltilebileceği kabul edilmektedir¹⁰⁷. Yargıtay'ın yaptığı bu ayırım sonucunda hekimin kamu hastanesinde istihdam edilmesi halinde doğrudan hangi durumlarda özel hukuk sorumluluğuna gidilebileceği, ayrıca bu hukuki sorumluluğun temelini hangi kurumlara dayanacağı kural olarak özel hastane hekiminin sözleşme dışı sorumluluğuna paralellik arz eder.

olur; ancak talep mirasçılar tarafından ileri sürülebilir. Bu anlamda vekaletsiz işgörmeye kaynaklanan bir tazminat talebi olduğundan mirasçıların söz konusu hususu talep etmeleri söz konusu olabilir.

¹⁰³ Burada örneğin yaşamına son vermek amacıyla kişinin kendisine yapılmış müdahaleyi reddetmesi TMK m. 24 ve 25 anlamında kişilik haklarına aykırılık teşkil eder ve hukuka uygun değildir. Dolayısıyla bu konudaki yasak hekimi bağlamaz. Bu nedenle burada gerçek olmayan caiz vekaletsiz işgörmeye durumu ortaya çıkmaz.

¹⁰⁴ Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 902.

¹⁰⁵ Canbolat, “Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbi Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğunun Dayanağı”, 156.

¹⁰⁶ Canbolat, 156.

¹⁰⁷ Y. HGK T. 29.03.2006, E. 2006/4-86, K. 2006/111; Y. HGK T. 16.03.2016, E. 2014/4-828, K. 2016/313 (www.kazanci.com, s.e.t.: 06.04.2022).



Dolayısıyla özle hastanede çalışan hekimin vekâletsiz işgörme sorumluluğu ile haksız fiil sorumluluğuna ilişkin yapılan açıklamalar kamu hastanelerinde çalışan hekimler için de geçerlidir.

2. ÖZEL HASTANELER AÇISINDAN

a. Genel Açıklamalar

Özel hastanenin 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu m. 32 c. 2 ve söz konusu Kanun'a dayanılarak çıkarılan 8/5747 sayılı Özel Hastaneler Tüzüğü¹⁰⁸ m. 28 ile Özel Hastaneler Yönetmeliği m. 39 uyarınca ilk ve acil müdahalenin yapılabilmesine imkân verecek nitelikte acil ünitesini oluşturması şartıyla, ani bir durum yahut kaza sonrasında acil tedaviye ihtiyacı olan kimselerin özel hastanelere başvurmaları yahut buraya nakledilmeleri halinde hastane derhal müdahalede bulunmak durumunda olduğu düzenlemesini içermektedir. Bu hususta bilhassa Yönetmelikte yer alan “acil sağlık hizmeti” verilmesi kapsamında, acil olarak getirilen hastanın tedavi altına alınmasında sağlık güvencesinin olup olmamasının bir öneminin olmadığı yahut ödeme gücünün bulunup bulunmaması önem teşkil etmez. Bu durumlarda gerekli müdahale herhangi bir kayıt yahut şarta bağlanmadan kabul edilmeli ve tedavi gerçekleştirilmelidir. Yönetmelik m. 39 c. 3'te ise hastanenin yeterli ekipman ve personeli olmadığı yahut sağlık güvencesi olmaması nedeniyle gerekli acil tıbbi müdahaleyi yapmaktan kaçınamayacağı düzenlenmektedir¹⁰⁹. Böyle durumlarda gerçek vekâletsiz işgörme ilişkisi ortaya çıkar. Kanaatimizce bu düzenlenmelerdeki yükümlülükler hastane sözleşmesini bir real sözleşme haline getirmez; aksine bu düzenleme hastaneye kanun koyucunun hastanın tedavi edilmesi yükümlülüğünü yüklediği bir kamu hukuku düzenlemesidir. Dolayısıyla burada taraflar arasında sözleşmenin kanunen kurulduğuna dair bir düzenleme olmadığı gibi hastanın da bu konuda herhangi bir iradesi kural olarak yoktur. Bu nedenle taraflar arasında bir sözleşme ilişkisinin kurulduğundan bahsedilemez. Buna karşın hastanenin vekâletsiz işgörme sorumluluğu da ortaya çıkmaz. Burada hastanın tedavisinde rol alacak kişi hala hekimin kendisidir. Bundan başka, daha önce ifade edildiği gibi, hekim ile hastane arasında klasik anlamda bir hizmet sözleşmesinin de varlığından söz edilemez. Zira hekim görevini ifa ederken hastane işletmecisinin veya hastanın emir ve talimatlarıyla değil, tıp biliminin ve tıbbi standartların¹¹⁰ gerektirdiği şekilde hareket etme yükümlülüğü altındadır. Dolayısıyla vekâletsiz işgören ancak hekim olabilir.

¹⁰⁸ RG 10.01.1983-17924.

¹⁰⁹ Özel Hastaneler Yönetmeliği m. 39 f. 2 uyarınca acil service başvuran bu hastaların yoğun bakım hizmetini de kapsayacak şekilde gereken ilk müdahalenin yapılması, hastanın yatışının yapılması ve ortaya çıkması halinde komplikasyon tedavisinin de tamamlanması gerekmektedir.

¹¹⁰ Subaşı, “Hekimin Tıbbi Takdir Yetkisi”, 32.

Vekâletsiz işgörme halleri bir işgörme faaliyetini gerektirdiği ve hastaneyle doktor arasında klasik anlamda bir hizmet sözleşmesi bulunmadığı için vekâletsiz işgörme kurumunun hastane üzerinde doğması, teşhis ve tedavi edimleri özelinde ortaya çıkması mümkün değildir. Başka bir ifadeyle teşhis ve tedavi süreci açısından vekâletsiz işgören yalnızca hekim olabilir. Bu durumda hastane sorumluluğu, gerçek vekâletsiz işgörme açısından yardımcı kişinin fiilinden sorumluluğuna ilişkin TBK m. 116 veya haksız fiil veya gerçek olmaya vekâletsiz işgörme hallerinde ise adam çalıştırmanın sorumluluğuna ilişkin TBK m. 66 çerçevesinde değerlendirilir¹¹¹. Dolayısıyla teşhis ve tedavi ilişkisi açısından vekâletsiz işgörenden anlaşılması gereken hekimin kendisidir¹¹².

b. Özel Hastanede Hekimin Vekaletsiz İşgörmeden Doğan Sorumluluğu

Hekim ile hasta veya yasal temsilcisi arasında sözleşme ilişkisinin bulunmadığı durumlarda kural olarak vekâletsiz işgörme hükümlerine başvurulur. Bunun için hekimin, hastanın veya yasal temsilcisinin aydınlatılmış rızası bulunmaksızın müdahalede bulunması gerekir¹¹³. Aynı şekilde Alman ve İsviçre Hukukunda da bu durumlarda vekâletsiz işgörme hükümlerinin uygulanacağını kabul edilmektedir¹¹⁴.

Zaruret halinde hekimin hastaya müdahale zorunluluğu bulunmaktadır. Örneğin hasta ağır bir trafik kazasından yaralı kurtulmuş olabilir; ancak tıbbi müdahaleye rıza gösterebilecek şekilde bilinci açık değildir. Bu durumlarda hastanın irade beyan etmesi kendisinden beklenemez. Dolayısıyla ortada bir sözleşmenin olmasını beklemek mümkün değildir¹¹⁵.

¹¹¹ Zeytin, “İfa Yardımcısının -Sağlık Çalışanlarının- Fiillerinden Sorumluluk”, 1426. Yazara göre sağlık çalışanlarının ve bu arada hekimin ifa yardımcısı olması yalnızca özel hastaneler bakımından değil kamu hastaneleri bakımından da söz konusudur. Öğretide Yargıtay’ın TBK m. 66 çerçevesinde yardımcı kişi olmayıp ifa yardımcısı olması ve özel hastane ile hasta arasında vekâlet sözleşmesi niteliği ağır basan bir sözleşme olmasından ötürü TBK m. 116’yı uygulaması gerektiğine ilişkin olarak bkz. Özdemir, “Hekimin Fiilinden Dolayı Zarar Gören Üçüncü Kişinin Hastaneye Karşı Talebinin Hukuki Niteliği ve Yargıtay’ın Görüşü”, 268. Ancak bu görüş hekimin kötüniyetli gerçek olmaya vekâletsiz işgörme hallerinde kabul edilebilir değildir; zira bu durumda hastane açısından haksız fiil hükümleri ve dolayısıyla TBK m. 66’nın uygulanması söz konusu olabilir.

¹¹² Daha önce ifade edildiği gibi karma kombine isimsiz sözleşme olarak değerlendirilen hastane kabul sözleşmesi açısından içerdiği diğer sözleşmeler bakımından hastanenin vekâletsiz işgören durumuna düşmesi teorik olarak mümkündür.

¹¹³ Özgül, *Yeni Tıbbî Yöntemlerin Hukuka Uygunluğu*, 91; Şenocak, *Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu*, 102.

¹¹⁴ Ayan, *Tıbbî Müdahalelerden Doğan Hukukî Sorumluluk*, 147’ de belirtilen yazarlar. Öğretide kanuni temsilcinin rızası alınsa dahi vekaletsiz işgörme hükümlerinin uygulanacağını savunulmaktadır. Hatta bu durumun muvafakatten kaçınma halî için dahi geçerli olduğu ifade edilmektedir: Ayan, 60, dn. 78. Bundan başka hastanın daha sonra icazet vermesi halinde vekalet hükümlerinin uygulanması gerektiği de ifade edilmektedir.

¹¹⁵ Ayan, *Tıbbî Müdahalelerden Doğan Hukukî Sorumluluk*, 147. Bununla birlikte Acil Halin



Bu hususta tartışılabilir bir başka ihtimal de bir acil durum esnasında acil durumun gerçekleştiği yerde tesadüfen bulunan ve acil müdahaleyi yapan hekimin durumudur. Öğretide söz konusu durumun tipik bir gerçek vekaletsiz işgörme oluşturduğu ifade edilmektedir¹¹⁶. Öğretiye göre bu hususta vekaletsiz işgörme ilişkisinin varlığının kabulü için hak ve fiil ehliyetine sahip hasta ile bir sözleşme ilişkisinin kurulmadığının kesin olarak belirlenmesi gerekir. Bunun dışında, acil durumun doğduğu sırada orada bulunan bir üçüncü kişiyle müdahaleci hekim arasında üçüncü kişi yararına sözleşme yapılıp yapılmadığı yahut üçüncü kişinin yetkisiz temsilci sıfatıyla hareket edip etmediği tartışılmalıdır¹¹⁷. Bu tartışma bakımından Münih Eyalet Yüksek Mahkemesinin verdiği bir karar¹¹⁸ acil durumlarda olay yerinde bulunan hekim ile sözleşme yapılıp yapılmadığı hususunun açıklanması bakımından yol gösterici olabilir. Somut olayda iki yaşında bir kız çocuğu ebeveynlerinin bakım ve gözetim yükümlülüğü alanından kısa süre için çıkmış ve bir süre sonra *Chiemsee* gölü kenarında bilinci kapalı halde bulunmuştur. O esnada göl kenarının yakınlarında bulunan özel muayenehane sahibi bir jinekolog, hekim olduğunu söyleyerek kız çocuğuna müdahale etmiştir. Kız çocuğunun öldüğüne kanaat getiren hekim bunu hasta yakınlarıyla paylaşmış ve akabinde başka bir müdahalede bulunmamıştır. Bir süre sonra *Wasserwacht* (acil durum ekibi) topluluğundan gelenler de yeniden canlandırma kapsamında herhangi bir faaliyette bulunmamış; ancak acil durum doktoru kalp atışı tespit etmeyi başarmıştır. Hastanın söz konusu sürede oksijen alamaması neticesinde oksijen eksikliğine bağlı olarak beyinde hasar meydana gelmiştir. Somut olayda yüksek mahkeme, hekimle hasta arasında bir tedavi ve bakım sözleşmesi kurulup kurulmadığına ilişkin değerlendirmesinde burada yalnızca Alman Medeni Kanunu¹¹⁹ (*BGB*) § 662 anlamında bir vekâlet ilişkisi kurulduğuna hükmetmiştir. Yüksek Mahkeme, hekimin olay esnasında hekim olduğunu söylemesinin tedavi ve bakım sözleşmesinin kurulmasına ilişkin bir teklif olamayacağı; bu hususun yalnızca hekimin belirli bir uzmanlığının olduğuna ilişkin bir bilgilendirmesi olduğuna karar vermiştir. Bu bağlamda hekimin ilk yardım anlamında profesyonel bir hizmet sunamayacağı ve Alman Ceza Kanunu¹²⁰ (*StBG*) § 322 uyarınca

Sona Ermesine İlişkin Bilgilendirme Formunun imzalatılmaması halinde acil halin sona ermesini müteakip sağlık hizmetinin sunulması halinde özel hastane hastada sözleşmeden kaynaklı bir ücret talep edemez.

¹¹⁶ Brennecke, *Ärztliche Geschäftsführung ohne Auftrag*, 113.

¹¹⁷ Bu hususta fiili sözleşme ilişkisinin uygulama bulamayacağı, öğretide bu görüşün artık temsilcisi olmadığına ilişkin olarak bkz. Brennecke, 114.

¹¹⁸ Karar için bkz. OLG München ‘Umfang der Haftung eines zufällig am Unfallort anwesenden Arztes’, 06.04.2006- 1 U 4142/05. ‘NJW’ 2006, H. 26, s. 1883.

¹¹⁹ ‘Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2 Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738).’

¹²⁰ ‘Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13 November 1998 BGBl I S. 3322).

sorumlu tutulmasının da sözleşmenin kurulduğu anlamına gelmediğini ifade edilmiştir. Mahkeme, bundan başka, hekimin böyle bir kabulün hekim ile hasta arasında böyle bir sözleşme kurulacağı düşüncesiyle acil durumlara müdahale etmekten kaçınacağına da kararda yer vermiştir. Son olarak mahkeme hekimin BGB § 680 uyarınca tazminat ödememesi gerektiğine; zira böyle bir tazminatın kural olarak acil bir tehlikenin önüne geçme hususunda sessiz kalınması halini önlediğine hükmetmiştir. Öğretide bu karar teşhis ve tedavi sözleşmesiyle vekâlet sözleşmesinde öneriyi farklı şekilde değerlendirmesi bakımından eleştirilmektedir. Mahkemenin böyle bir ayrıma gerekçe olarak gösterdiği hekimin muayenehanesinde sahip olduğu araç gerci yanında bulundurmaması nedeniyle ilişkinin sözleşme yerine vekâlet ilişkisi olarak değerlendirilmesinin akla yatkın olmadığı ifade edilmektedir¹²¹. Bundan başka StGB § 323 c'de yer alan yardım etmekten kaçınma yasağının hekimin acil durumlarda hareket alanını oldukça fazla şekilde sınırladığı, bu nedenle ceza hukuku temelli bir yaklaşımdan hareket edilmemesi gerektiği; bundan başka bu maddenin sözleşmenin kurulmasıyla da ilgili olmadığı ifade edilmektedir¹²². Burada mahkemenin sözleşmenin kurulması hususunda tarafların varsayılan iradelerinin mevcut olduğunu tespit etmesi yerine varsayılan iradeye kanunda halihazırda sonuç bağlanan vekaletsiz işgörme hükümlerinin uygulanması gerektiği de ifade edilmektedir¹²³.

Ameliyatın genişletilmesi zorunluluğunda ise önceden hesaba katılmayan¹²⁴ ve hastaya anlatılması mümkün olmayan bir husus söz konusudur. Söz konusu halde tıbbi müdahalenin hukuka uygun hale gelmesinde *varsayılan rızanın* arandığı öğretide ifade edilmektedir¹²⁵. Bu durumda ortaya çıkan ilişkinin de

¹²¹ Brennecke, *Ärztliche Geschäftsführung ohne Auftrag*, 115. Böyle bir değerlendirmenin sorumluluk hukuku bakımından farklı sonuçların ortaya çıkmasına neden olacağı da ifade edilmektedir. Bu hususta en azından yardım isteyen bakımından üçüncü kişi yararına yetkisiz temsil ile akdedilen bir sözleşmenin varlığının savunulmasının ihtimal dahilinde olduğu da ifade edilmektedir: Brennecke, 116.

¹²² Brennecke, *Ärztliche Geschäftsführung ohne Auftrag*, 117.

¹²³ Brennecke, 117-18.

¹²⁴ Bu durumda ameliyatın genişletilmesinin ameliyat öncesi bir olasılık olarak görülmesi halinde dahi rızanın kural olarak ameliyattan önce alınması gerekir. Dolayısıyla burada vekaletsiz işgörme hükümlerine başvurulmaz: Gülel, *Tıbbi Müdahaleye Rıza*, 87.

¹²⁵ Gülel, 87. Buna göre ceza hukuku temelli bir yaklaşım varsayılan rızayı rızanın açıklanması gereken somut olayın ilgili anında hastanın yaşamış olduğu şok veya psikolojik noksanlık yahut da bilincinin açık olmaması nedeniyle rıza ehliyeti bakımından tam görülemeyen ve rızasını da açıklayamayan kimsenin münferit olay bağlamında kişinin öznel iradesinin rıza gösterecek olsaydı gösterebilecek olduğu rızanın tıbbi müdahalenin gerçekleşmesi bakımından hukuka uygunluk sebebi olmasını sağlayan etmendir: Badur, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller*, 244; Brennecke, *Ärztliche Geschäftsführung ohne Auftrag*, 234; Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk*, 243. Varsayılan rıza kişinin kendi kaderini belirleme hakkı bağlamında yapılan ve öğretilde hasta vasiyeti olarak da adlandırılan irade açıklamalarıyla da mutlak olmayacak şekilde



gerçek caiz vekâletsiz işgörme hükümlerine tabi olduğu savunulabilir. TBK m. 527 uyarınca her türlü ihmalden sorumlu olan hekim ve hastanenin işsahibinin karşılaştığı zarar yahut zarar tehlikesinin giderilmesi amacıyla bir müdahalede bulunması halinde daha hafif derecede sorumlu olduğu değerlendirilebilir¹²⁶. Planlanmış müdahalenin önceden anlatılması imkânı olmayan yeni bir bulgunun ortaya çıkması nedeniyle aşılması mümkündür. Bunun için hayati tehlikenin ortaya çıkması, müdahalenin genişletilmesi ile muvafakat elde etmek arasında tehlikenin boyutu nedeniyle muvafakatin aranmayacağı bir durum olmalıdır. Bundan başka ölüm tehlikesi yaratması dışında hastanın vücudundan organ ve doku ayrılması söz konusu olmamalıdır. Bir başka durum ise hastaneye kabul sözleşmesinin geçersiz olduğu durumlar söz konusu olabilir.

Hastanın rızasına tamamen aykırı olarak gerçekleştirilmiş olan ve hastanın da vermiş olduğu rızanın hukuka aykırı olduğu gerçek olmayan vekâletsiz işgörme durumlarında hekim beklenmedik halden de sorumlu olur. Bununla birlikte, hekimin o işi yapmamış olması halinde dahi beklenmedik sonucun ortaya çıkacağı ispatlanabiliyorsa hekim sorumluluktan kurtulur.

c. Özel Hastanenin Haksız Fiil Sorumluluğu

Hastaneler daha önce ifade edildiği gibi çoğunlukla tüzel kişiler tarafından işletilmektedir. Çoğu zaman taraflar arasında hastaneye kabul sözleşmesi kurulmuş veya kurulma görüşmeleri veya bununla birlikte istisnai olarak gerçek kişinin işlettiği hastane açısından gerçek işleten kişinin bizzat doktor sıfatına sahip olup hastaya müdahale ettiği durumlar hariç hastayla ilgili olarak herhangi bir temasının bulunmadığı kabul edilirse, TBK’da düzenlenmiş haksız fiil sorumluluğunun doğamayacağı kural olarak düşünülebilir. Tüzel kişiler açısından hak ve fiil ehliyetlerinin yansımaları olan hukuki işlem, tasarruf ve dava ehliyetlerini organları sıfatıyla kural olarak gerçek kişiler aracılığıyla kullanmalıdır. Bu nedenle organlarının işlediği haksız fiillerden dolayı tüzel kişiliğin sorumluluğu tartışılmalıdır. Türk Medeni Kanunu ¹²⁷ m. 50 f. 2’ye göre organlar “hukuki işlemleri veya diğer bütün fiilleriyle tüzel kişiyi borç altına sokarlar” düzenlemesi yapılmıştır. Öğretide diğer fiiller ifadesine haksız fiillerin de girdiği savunulmaktadır¹²⁸. Buna karşın hastanede istihdam edilen hekimin

değerlendirilebilir: Gökcan, 243. Rızanın açıklanması örtülü rızadan kişinin rızasını açıklayabilmesi bakımından ayrılmakta, varsayılan rıza kişinin rızasının alınamaması nedeniyle müraacaat edilen bir hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilmektedir: Badur, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller*, 244.

¹²⁶ Ayan, *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*, 60.

¹²⁷ RG 08.12.2001-24607.

¹²⁸ Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, 554.

tüzel kişinin bir organı olmadığı açıktır. Aynı şekilde hastane tüzel kişinin organını oluşturan gerçek kişinin tüzel kişilik vasfı çerçevesinde aynı zamanda hekimlik mesleğini icra etmesi kural olarak mümkün değildir. Zira hekim burada organlık görevini yerine getirmemekte; bilakis hekim sıfatıyla hareket etmektedir. Dolayısıyla hastanenin TBK m. 49 çerçevesinde sorumluluğunun doğması mümkün değildir. Buna karşın gerçek olmayan vekaletsiz işgörmeye durumlarında hastanenin TBK m. 66'dan dolayı sorumluluğu ortaya çıkabilir.

d. Hastane İşletmeciliğinde Sorumluluktan Kurtulma Sözleşmesi

Hastanenin hasta ile sorumsuzluk sözleşmesi yapması; özellikle sosyal temas sonucu tarafların sözleşme görüşmeleri sırasında, daha sonrası için, birtakım ilkeler belirlemesi teorik olarak mümkündür. Ayrıca taraflar, TBK m. 116'ya göre önceden yapmış olduğu bir sorumsuzluk sözleşmesiyle yardımcı kişilerin neden olacağı zararlardan dolayı sorumluluğu kısmen ya da tamamen ortadan kaldırılabirler. Yalnız kanunen böyle bir sözleşmenin kurulabilmesi için öncelikle sözleşmenin ve işin niteliğinin borçlanılan edimin ifası için yardımcı kişinin kullanılmasının mümkün olması, daha sonra işletme organizasyonunun eksiksiz ve kusursuz olarak kurulması gereklidir¹²⁹. Dolayısıyla ifa yardımcılarının fiilinden sorumluluğun önceden tarafların kararlaştırılmasıyla tamamen veya kısmen kaldırılması mümkündür. Bu durumda ifa yardımcısının kusurunun ağırlığı dikkate alınmaz¹³⁰. Hastane hastayla önceden yapacağı bir sözleşmeyle ifa yardımcısı konumunda olan doktorun ağır kusuruyla ortaya çıkabilecek zararlardan kendisinin sorumlu olmadığını düzenleyen bir sözleşme yapabilir. Bununla birlikte hastanenin hastayla ilgili olarak uzmanlığı gerektiren bir hizmet, mesleği doktor aracılığıyla kanun ve Sağlık Bakanlığı'ndan verilen izinler sonucu yürütebildikleri için burada hastanenin yardımcı kişi konumunda olan doktorların fiillerinden dolayı ortaya çıkan zararlardan ötürü sorumlu olmayacaklarına dair yaptıkları sözleşmeler TBK m. 116 f. 3 uyarınca kesin olarak hükümsüzdür. Ayrıca unutulmamalıdır ki; TBK m. 116 f. 3 düzenlemesi olmasaydı dahi kural olarak tüketici konumunda olan hastanın böyle bir sözleşme yapması halinde TKHK'da düzenlenmiş olan haksız şart denetimine ve TBK'da düzenlenmiş olan genel işlem şartları kontrolünden tabi tutularak geçersizliği ileri sürülebilir¹³¹.

¹²⁹ Eren, *Borçlar Hukuku*, N. 3383; Tekinay ve Akman, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 899.

¹³⁰ Zeytin, "İfa Yardımcısının -Sağlık Çalışanlarının- Fiillerinden Sorumluluk", 1440. Haksız şartlar hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Aydın, "Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar (TKHK m. 5)". Genel işlem şartları ve özellikle içerik denetimi bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. Aydoğdu, *Genel İşlem Koşulları Şerhi*, 262 vd.

¹³¹ Zeytin, "İfa Yardımcısının -Sağlık Çalışanlarının- Fiillerinden Sorumluluk", 1440.

SONUÇ

Çalışmamızın konusunu hekimin ve hastanenin vekaletsiz işgörmekten doğan sorumluluğu oluşturmaktadır. Çalışmamızın ilk bölümünün ilk kısmında hekim ile hastanenin arasında mevcut olan hukuki ilişki ele alınmıştır. Bu kapsamda şayet söz konusu hukuki ilişkinin temeli kamu hukukuna dayanıyorsa hastane bir kamu hastanesidir ve kamu hukuku çerçevesinde kamu hizmeti görmektedir. Dolayısıyla kamu hizmeti sırasında ortaya çıkan zarardan dolayı idare sorumlu olduğundan burada öncelikle idarenin sorumluluğuna gidilmelidir. Keza kamu görevlisi olan doktorun sorumluluğuna gidilmesi hem hasta açısından hem de gerçek kişi olan hekimin doğan zararları karşılama kapasitesini sınırlayacağından istenen tazmini sağlamayacaktır. Aynı şekilde hastanenin özel hukuk gerçek veya tüzel kişisi tarafından işletilmesi halinde de aynı gerekçelerle öncelikle hastanenin sorumluluğuna gidilmelidir. Şöyle ki; çoğu zaman hastayla hekim arasında doğrudan bir sözleşme ilişkisinin kurulduğundan bahsedilememektedir. Bu nedenle sözleşme ilişkisinin asıl tarafı olan hastanenin sorumluluğuna gidilmesi hasta açısından doğan zararların karşılanması için daha etkin olacaktır.

Çalışmamızın ilk bölümünün ikinci kısmında hekim, hasta ve hastane arasındaki sözleşmesel ilişkinin sınırlarını ve ikinci bölümde ele alınan vekaletsiz işgörmekten ortaya çıkabileceği halleri tespit etmek adına hastaneye kabul sözleşmesi türleri ve hastaneye kabul sözleşmesinin hukuki niteliği tespit edilmiştir. Bu çerçevede öğretilerde ve uygulamada üç tür olarak karşımıza çıkan hastaneye kabul sözleşmeleri çalışmamız kapsamında yalın tam hastaneye kabul sözleşmesi, hekim sözleşmesi ilaveli ve bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi olarak ele alınmıştır. Her ne kadar hepsi hastaneye kabul sözleşmesi olarak değerlendirilse de söz konusu sözleşmelerin içeriğini oluşturan asıl edimler bakımından önemli farklılıklar içerdiği çalışmamız kapsamında açıklanmıştır. Bu hususta, yalın hastaneye kabul sözleşmesinde hekimle hastanın doğrudan bir hukuki ilişki içerisinde olmadığı görülmüştür. Diğer sözleşme türlerinde ise, hekimin sözleşmenin bir tarafı olarak yer aldığı tespit edilmiştir. Hekimin ortaya çıkan zararlarla ilgili olarak sorumluluğuna ise her sözleşme tip ve hükümleri çerçevesinde, kural olarak hastanın tüketici olduğu dikkate alınarak, TKHK'nın uygulanmasının dikkate alınması açısından ayrı ayrı sorumluluğun tespit edilmesi gerektiği belirlenmiştir.

Çalışmanın ikinci kısmında hekim ve hastanenin vekaletsiz işgörmekten doğan sorumluluğu incelenmiştir. Bu çerçevede hekimin acil sağlık hizmeti verilmesinde, ameliyatın genişletilmesinde gerçek vekaletsiz işgörme hükümlerinden kaynaklı sorumluluğunun doğabileceği tespit edilmiştir. Bundan başka özel hastanenin haksız fiil sorumluluğu ve sorumluluktan kurtulma sözleşmesi yapıp yapmayacağı çalışma kapsamında tartışılmıştır. Bu çerçevede hekimin organ sıfatıyla hareket etmemesi nedeniyle TBK m. 49

anlamında sorumluluğunun doğmayacağı; yine de gerçek olmayan vekaletsiz işgörme durumlarında TBK m. 66 anlamında sorumluluğunun söz konusu olabileceği sonucuna ulaşılmıştır. Sorumsuzluk anlaşması bağlamında hastane hastayla önceden yapacağı bir sözleşmeyle ifa yardımcısı konumunda olan doktorun ağır kusuruyla ortaya çıkabilecek zararlardan kendisinin sorumlu olmadığını düzenleyen bir sözleşme yapabileceği; hastanenin yardımcı kişi konumunda olan doktorların fiillerinden dolayı ortaya çıkan zararlardan dolayı sorumlu olmayacaklarına dair yaptıkları sözleşmelerin TBK m. 116 f. 3 uyarınca kesin olarak hükümsüz olduğu tespit edilmiştir.

KAYNAKÇA

- Akartepe A, “Tedavi Sözleşmesinin Hukuki Niteliği”, *Sağlık Hukuku Sempozyumu Erzincan 15-16 Mayıs 2006*, Cem Baygın, Metin Uçar ve Yusuf Büyükkay (ed.). (Ankara: Yetkin Yayınları 2007).
- Akbıyık A. A, *Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme*, (İstanbul: Alfa 1999).
- Akgül A, “İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tazmin Sorumluluğu ve Danıştay’ın Yeni Yaklaşımı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi XX*, S. 1 (2016) 269-303.
- Akıpek J, Akıntürk T ve Ateş D. *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, 10. Baskı, (Ankara: Beta 2013).
- Aşçıoğlu Ç, *Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk*, (Ankara: Tekişik Ofset 1993).
- Ayan M, *Tıbbî Müdahalelerden Doğan Hukukî Sorumluluk*. (Ankara: Kazancı 1991).
- Aydın R, “Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar (TKHK m. 5)”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 11*, S. 1 (Haziran 2016) 83-123.
- Aydoğdu M, *Genel İşlem Koşulları Şerhi: (Türk Borçlar Kanunu Madde 20-25), Türk Borçlar Hukuku’nda Genel İşlem Koşullarının Unsurları*, (Ankara: Seçkin 2018).
- Badur E, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller*, (Ankara: Seçkin 2017).
- Bamberger, Roth, Hau ve Poseck. *Beck’scher Online- Kommentar BGB*, 2019. https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fkomm%2Fbeckokbg_49%2Fbg%2Fcont%2Fbeckokbg.bgb.p823.glv1.glc.glc.htm&pos=4&hlwords=on (s.e.t.: 07.04.2022)
- Baş Süzel E, *Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme ve Menfaat Devri Yaptırımı*, (İstanbul: XII Levha 2014).



BGH ‘Kündigung eines Belegarztvertrags’, 20.07.2006-III ZR 145/05 (OLG Frankfurt a.M.), ‘Neue Juristische Zeitung-Rechtsprechungsreport, H. 20 (2006) s. 1427-1429.

Brennecke, P, *Ärztliche Geschäftsführung ohne Auftrag*, Kölner Schriften zum Medizinrecht 4. (Heidelberg: Springer 2010).

BSG ‘Zur Abgrenzung von vollstationär, teilstationäre und ambulanter Behandlung im Krankenhaus’, 04.03.2004- B 3 KR 4/03 R, BeckRS (2004), <https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fents%2Fbeckrs%2F2004%2Fcont%2Fbeckrs.2004.41081.htm&pos=6&hlwords=on> (s.e.t.: 07.04.2022).

Canbolat F, “Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbi Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğunun Dayanağı”, *TBB Dergisi*, S. 80 (2009) 156-72.

Çakır HM, *Sağlık Hizmetlerinin Özel Hukuk Kişileri Tarafından Yürütülmesi*, (İstanbul: XII Levha 2015).

Çatak Irız B, *Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu*, (Ankara: Adalet 2012).

Demir M, “Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 57, S. 3 (2008) 225-52.

— —, *Tıbbî Sorumluluk Hukuku: Hekim ve Hastane Yönünden*, Ankara: Yetkin, 2018.

Doğan C, “Hekimlik Sözleşmesi Katkılı Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi (Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi ve Hekimlik Sözleşmesi) ile Bölünmüş-Kısmi Hastaneye Kabul Sözleşmesi (Kısmi Hastaneye Kabul Sözleşmesi ve Hekimlik Sözleşmesi, Dar Anlamda Hastaneye Kabul Sözleşmesi)”. *Tıp Hukuku Dergisi* 3, S. 6 (Ekim 2014): 177-97.

Durak Y, “Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi”. *Tıp Hukuku Dergisi* 3, S. 6 (Ekim 2014): 147-76.

Eren F, *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, (Ankara: Yetkin 2021).

— —, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. 5. baskı, C. 1. (Ankara: Yetkin 2017).

Erol G. H, *Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları*, (Ankara: Seçkin 2017).

Müller C vd, *Berner Kommentar: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht; Schweizerisches Zivilgesetzbuch. Das Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen: Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht*. Hans Peter Walter ve Regina E. Aebi-Müller (eds.). (Bern: Stämpfli Verlag 2018).

Gökcan H T, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk: Doktrin ve Yargı Kararları Işığında Doktorlar ve Sağlık Mesleği Mensuplarının, Özel Hastaneler ve Devletin Sorumluluğu*, (Ankara: Seçkin 2017).

Gözübüyük A Ş ve Tan T, *İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar*. 11. Baskı, (Ankara: Turhan Kitabevi 2016).

Gülel İ, *Tıbbi Müdahaleye Rıza*, (Ankara: Seçkin 2018).

Gümüş M A., *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler. C.2*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık 2014).

— —, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.

Günday M, *İdare Hukuku*. 10. Baskı, (Ankara: İmaj Yayınevi 2015).

Hakeri H, “Hastane Yönetiminin Sorumluluğu”. *Sağlık Hukuku Kurultayı*. (Ankara: Ankara Barosu Yayınları 2008).

— —, *Tıp Hukuku*. (Ankara: Seçkin 2014).

Katzenmeier C, *Arzthaftung*. Jus privatum, Bd. 62. (Tübingen: Mohr Siebeck 2002).

Landolt H, “Medizinische Dokumentationspflicht-quo vadis?” *Haftung und Versicherung*, H. 9 (2016): 9-19.

Oğuzman M. K. ve Öz, T. *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler Cilt 2*. 15. Baskı, (İstanbul: Filiz Kitabevi 2020).

OLG München ‘Umfang der Haftung eines zufällig am Unfallort anwesenden Arztes’, 06.04.2006- 1 U 4142/05, ‘Neue Juristische Wochenschrift’, H. 26 (2006), s. 1883-1886.

Özdemir H, “Hekimin Fiilinden Dolayı Zarar Gören Üçüncü Kişinin Hastaneye Karşı Talebinin Hukuki Niteliği ve Yargıtay’ın Görüşü”. *TBB Dergisi*, S. 105 (2013): 263-80.

— —, “Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu”. *Sağlık Hukuku Makaleleri I*, 295-312. İstanbul: (İstanbul Barosu Yayınları 2012).

— —, *Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi*. (Ankara: Yetkin 2004).

Özgül M. E, *Yeni Tıbbi Yöntemlerin Hukuka Uygunluğu*. (İstanbul: XII Levha 2010).

Säcker F J, Rixecker R, Oetker H, Limperg B, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 7. Auflage. (München: C.H. Beck 2015).

Savaş H, “Yargı Kararları Işığında Hekimin Sorumluluğu”. *Sağlık Hukuku Kurultayı*, 171-200. (Ankara: Ankara Barosu 2007).



Schönle H ve Gauch P, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Bd. 5 Teilbd. 2a Lfg. 1: Obligationenrecht: (Bundesgesetz vom 30. März 1911 und 8. Dez. 1936, samt den seitherigen Änderungen) Kauf und Schenkung Art. 184-191 OR.* 3., völlig neu bearb. Aufl., Stand der Bearb. Ende Dez. 1992. (Zürich: Schulthess Polygraph. Verl 1993).

Spickhoff A, ed. *Medizinrecht.* 2. Auflage. Beck'sche Kurz-Kommentare, Band 64. (München: C.H. Beck 2014).

Subaşı Z N, "Hekimin Tıbbi Takdir Yetkisi". *IV. Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi*, Hamit İ Hancı, Yener Ünver, (eds.), (Ankara: Seçkin 2018).

Şenocak Z, *Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu.* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1998).

Tekinay S S ve Akman S, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler.* İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993.

Yavuz C, Acar F ve Özen B, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler).* 15. Baskı, (İstanbul: Beta 2021).

Yılmaz B, *Hekimin Hukuki Sorumluluğu.* 3. Baskı, (Ankara: Adalet Yayınevi 2017).

Zabunoğlu Y K, *İdare Hukuku (Cilt 1).* (Ankara: Yetkin Yayınları 2012).

Zevkliler A ve Gökyayla K. E, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri.* (İstanbul: Vedat 2021).

Zeytin Z, "İfa Yardımcısının -Sağlık Çalışanlarının- Fiillerinden Sorumluluk". İçinde *Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu-1926'dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku 17-18-19-20 Şubat 2016*, 2:1422-41. (Ankara: Yetkin Yayınları 2017).

ADİL YARGILANMA HAKKI KAPSAMINDA SANIĞIN DURUŞMADA HAZIR BULUNMA HAKKI VE SEGBİS SİSTEMİ

*The Right to be Present at the Hearing and Auditory and Visual Information
System as Part of the Right to Fair Trial and within the Frame*

Burak ATEŞ*

Özet

Sanığın haklarını güvence altına alan en önemli haklardan birisi de adil yargılanma hakkıdır. Ulusal ve uluslararası mevzuata bakıldığında adil yargılanma hakkının birçok alt hak ve ilkeyi de içerisinde barındırdığı görülecektir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nda açıkça düzenlenmemişse de, bu haklardan birisi sanığın duruşmada hazır bulunma hakkıdır. Bununla birlikte gelişen teknoloji ve modernleşme sonucunda Sesli ve Görüntülü Bilişim Sistemi (SEGBİS) uygulamamıza girmiştir. Faydaları olduğu gibi sakıncalarının da olduğu belirtilen SEGBİS uygulaması ile yargılama yapılması zaman zaman eleştirilmektedir. Bu çalışmada da, sanığın duruşmada hazır bulunma hakkı ve SEGBİS sistemi arasındaki ilişki, adil yargılanma hakkı kapsamında, gerek uluslararası gerekse de ulusal mevzuat ve içtihatlar bakımından incelenmiş; doktrindeki görüşler, yargı kararları ve ulaşılan sonuçlar aktarılmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Adil yargılanma hakkı, Sanığın duruşmada bulunma hakkı, SEGBİS, Savunma hakkı, Duruşma.

Abstract

One of the most important rights that take benefits of the accused under protection is the right to fair trial. Considering the national and international legislations, it will be revealed that the right to fair trial embodies many inherent rights and principles. Although it is not explicitly regulated in the European Convention on Human Rights and Turkish Criminal Procedure Law, one of those rights is accused's right to be present at the hearing. Nonetheless, in consequence of developing technology and modernization, the Auditory and Visual Information System (AVIS) has been included in our legal practice. Use of AVIS, which is stated to have drawbacks as well as benefits, in judging activity has been criticized at times. In this study, the relationship between the right to be present at the hearing and AVIS has been examined as part of

➤ *Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.*

➤ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 26.07.2021*

➤ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 16.06.2022*

* Hâkim, Isparta Adliyesi, buraklates@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0003-3851-8983>

the right to fair trial and within the frame of both international and national legislations and case law; opinions in the doctrine, judicial decisions and reached results have been tried to be conveyed

Keywords: Right to fair trial, The right to be present at the hearing, Auditory and visual information system, Right to defense, Trial

GİRİŞ

Adil yargılanma hakkı, uluslararası mevzuat açısından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi(AİHS)'nin 6. Maddesinde ve Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi(MSHS)'nin 14. Maddesinde güvence altına alınmıştır. Ulusal mevzuata bakıldığında ise Anayasa'nın 36. Maddesinde yer bulmuş ve bu hükümlere uygun olarak Ceza Muhakemesi Kanunu(CMK)'da birçok düzenlemeye yer verilmiştir.

Adil yargılanma hakkı, AİHS'in 6. maddesinde 3 fıkra halinde düzenlenmiştir. Bu maddenin Türkçe çevirisi şu şekildedir:¹

“Madde 6: Adil yargılanma hakkı

1. Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir. Hüküm açık oturumda verilir; ancak, demokratik bir toplumda genel ahlak, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir.

2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır.

3. Her sanık en azından aşağıdaki haklara sahiptir:

a) Kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;

b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak;

c) Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir avukatın yardımından yararlanmak ve eğer avukat tutmak için mali olanaklardan yoksunsa ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek;

¹ <https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf> Erişim Tarihi: 25 Nisan 2021.

d) İddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağrılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek;

e) Duruşmada kullanılan dili anlamadığı veya konuşmadığı takdirde bir tercümanın yardımından para ödemeksizin yararlanmak.”

AİHS'in 6. Maddesine göre herkes adil yargılanma hakkına sahiptir. Bu ifadeyle, hukukun doğru bir şekilde işlemesi için mahkemeye erişim hakkı, sanığın duruşmada hazır bulunma hakkı, kendi aleyhine tanıklık yapmama özgürlüğü, silahların eşitliği, nizalı dava hakkı ve gerekçeli karar hakkı gibi birçok boyutu içerisinde barındırdığı belirtilmektedir.²

Adil yargılanma kavramı; “bireyin, gerek medeni hak ve yükümlülüklerine gerekse cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalara ilişkin herhangi bir davanın, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, makul bir süre içerisinde, aleni ve hakkaniyete uygun olarak görülmesine ilişkin hakkı” şeklinde tanımlanabilir.³

Schroeder, adil yargılanma ilkesi yerine “dürüst yargılama ilkesi” ifadesini kullanmış; bu ilkeyi de “yeterli savunma imkânının tanındığı ve hukuka aykırı hilelere başvurulmaksızın yapılan” yargılama olarak ifade etmektedir.⁴

Adil yargılanma hakkı, özellikle sanık açısından yargılamanın uluslararası sözleşmelerle belgelenmiş ilkelere uygun bir biçimde yapılmasını ve sanığın haklarının korunmasını güvence altına almaktadır.⁵

Adil yargılanma ilkesi esasen birçok ceza muhakemesi ilkesini bünyesinde barındıran, hepsinden önce savunma hakkını kapsayan, günümüz ceza hukuku bakımından çok önemli bir ilkedir. Aynı zamanda bu ilke, ceza muhakemesine konu bir işlemde bireylerin haklarını mümkün olduğunca koruma altında tutarak, insanlık dışı ve onur kırıcı muameleye maruz kalmamasını da amaçlamaktadır.⁶

Ceza davaları açısından sanığın duruşmada hazır bulunması gerektiği AİHM tarafından belirtilmekte; AİHS'in bir bütün halinde incelendiğinde

² Nuala Mole ve Catharina Harby, *Adil Yargılanma Hakkı- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları El Kitabı No:3* (1. Bası, 2001) 71.

³ Hakan Karakehya, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6.Maddesi (Adil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma* (1.Bası, Savaş 2008) 22.

⁴ Friedrich-Christian Schroeder, “Ceza Muhakemesinde ‘Dürüst Yargılama’ İlkesi” (çev: Cumhur Şahin (n 50)) (1996) 5(1-2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 269, 270.

⁵ Karakehya *Duruşma* (n 3) 19.

⁶ Berk Alparslan, “Adil Yargılanma Hakkı” (2010) <https://91bd8fc6-c545-4279-a671-d7465997789d.filesusr.com/ugd/673a60_e29f2112d275494db80772e7f298affd.pdf> Erişim Tarihi: 25 Nisan 2021.

6.maddenin amacının, cezai bir fiile itham edilen herkese “kendini bizzat savunma” hakkının tanınarak yargılanan kişinin bulunmadığı bir duruşmada tanınan bu hakların soyut ve anlamsız olacağı ifade edilmektedir. Savunma hakkının etkin bir şekilde kullanılması bakımından önem arz ettiği için duruşmada hazır bulunma hakkı, hakkaniyete uygun yargılanma hakkının bir unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır.⁷

AİHS’in 6. Maddesinin 1. Fıkrasına bakıldığında duruşmada hazır bulunma hakkı, medeni hak ve yükümlülükler ile uyumsuzluklar ve cezai alandaki kendisine isnat edilen suçlamalar konusunda uygulama alanı bulmaktadır. Biz çalışmamızda, sanığın duruşmada hazır bulunma hakkı hususunu incelediğimiz için medeni hak ve yükümlülükler ile uyumsuzluklardaki duruşmada hazır bulunma konusuna değinilmemiştir. Bu doğrultuda çalışmada, adil yargılanma hakkı çerçevesinde, sanığın duruşmada hazır bulunma hakkı ve SEGBİS sistemi arasındaki ilişki incelenmiştir.

1. AİHS AÇISINDAN SANIĞIN DURUŞMADA HAZIR BULUNMA HAKKI

Ceza yargılaması bakımından adil yargılanma⁸ hakkı; aralarında herhangi bir fark gözetmeksizin sanık ve iddia makamlarının karşılıklı olarak iddialarını ileri sürebilmeleri ve savunmalarını yapabilmelerini sağlamaktır. İddia ve savunmanın yapılabilmesinin temel şartı ise yargılama evresinde duruşmada hazır olarak bulunabilmektir. Sanığın duruşmada hazır bulunması, adil yargılanma ilkesinin bir yansıması olan iddia ve savunmanın eşit olması ilkesinin de bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır.⁹

Adil yargılanma hakkının gerçekleştiğinden bahsedebilmek için gereken haklardan biri de sanığın duruşmada hazır bulunma hakkıdır.¹⁰ Duruşmada hazır bulunma hakkı esas itibarıyla kişinin, kendisi hakkında açılan davaya bizzat katılabilmesini ifade etmektedir.¹¹

AİHS’in 6. Maddesinin 3-c bendinde sadece hakkında suç isnat edilen kişiler için kendini bizzat savunma hakkı düzenlenmiş ise de, duruşmada

⁷ Hüseyin Turan, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı (1.Bası, Adalet 2016) 323.

⁸ “Adil yargılanma” teriminin İngilizcesi olan “fair trial” kavramının Türkçe karşılığı hakkındaki görüşler için bkz. Karakehya *Duruşma* (n 3) 20 vd. Ayrıca bkz. Vesile Sonay Evik, Ceza ve Ceza Yargılaması Hukuku Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı in Yener Ünver(ed), *Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku* (1. Bası, Seçkin 2004) 284.

⁹ Turan (n 7) 323.

¹⁰ Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (13. Bası, Seçkin 2020) 90.

¹¹ Gökhan Çayan, *Adil Yargılanma Hakkı* (1.Bası, Legal 2016) 132.

hazır bulunma hakkı özel olarak AİHS’de açıkça düzenlenmemiştir.¹² Bununla birlikte bu hak AİHM kararlarıyla hakkaniyete uygun yargılanma hakkının bir parçası olarak kabul edilmektedir.¹³

Bu itibarla, AİHM içtihatları ve 6. Madde gereğince adil ve hakkaniyete uygun yargılanma hakkının¹⁴ gereği olarak yargılanmanın aleni ve sanığın huzurunda yapılması esas, sanığın gıyabında yargılama yapılması ise istisna olarak düzenlenmiştir. Gerek AİHS’in 6.maddesinin 3. Fıkrasının c ve d bentleri gerekse de hakkaniyete uygun yargılanmanın bir unsuru olarak cezai bir eylem ile isnat edilen herkesin duruşmalara bizzat katılma hakkı vardır.¹⁵ Hem AİHM karar ve içtihatlarına hem de doktrine göre sanığın ceza muhakemesi işlemlerine şahsi olarak katılabilme hakkı, dürüst (adil) yargılanma hakkının çok önemli bir unsurunu oluşturmaktadır.¹⁶

Sanığın duruşmaya katılarak, kendisi hakkında yöneltilmiş olan isnatlara karşı delil göstermesinin, avukatına tavsiyede bulunmasının, kendisini savunmasının, davaya aktif olarak katılmasının, kişiliğinin anlaşılması açısından mahkemeye bir izlenim vermesinin sanığın menfaatine olduğu ifade edilmektedir.¹⁷ Anayasa Mahkemesi de bu hakkı içtihatlarıyla¹⁸ benimsemektedir.¹⁹

¹² Feyyaz Gölcüklü, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ‘Adil Yargılanma’ (1994) 49(01) Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi 199, 224. AİHS’nde açıkça düzenlenmeyip yorumla ortaya çıkan bu hak, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi’nin 14/3-d bendinde açıkça ifade edilmiştir. Fahri Gökçen. Taner, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği* (1. Bası, Seçkin 2019) 295; Tuğçe Takcı, *Türk ve Avrupa Hukukunda Temel Hak Boyutuyla Adil Yargılanma Hakkı* (1.Bası, Adalet 2017). 41.

¹³ Sibel Inceoğlu, *Adil Yargılanma Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4* (Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi 2018) 147; Çayan (n 11) 132.

¹⁴ Hakkaniyete Uygun Yargılanma Hakkına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Hakan Karakehya, “Ceza Muhakemesinde Hakkaniyete Uygun Yargılanma Hakkına İlişkin Esaslar” (2014) (1) Ombudsman Akademik, 83-97.

¹⁵ Turan (n 7) 323.

¹⁶ Schroeder (n 4) 280.

¹⁷ Inceoğlu (n 13) 147.

¹⁸ “Hakkaniyete uygun yargılanmanın en önemli unsuru olan sanığın kendini savunma hakkından faydalanmasının ilk koşulu sanığın savunmasını yapabilmesi için mahkeme önünde hazır bulunma olanağına sahip olmasıdır. AİHS’in 6. maddesinde açıkça belirtilmemiş olsa da duruşmada hazır bulunma hakkı AİHS’in 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki adil muhakeme hakkının bir parçasıdır. Bir sanığın aleyhine açılan ceza davasında duruşmada hazır bulunması genel bir haktır ve AİHS’in 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan (c), (d) ve (e) bentlerinde yer alan hakların bir parçasıdır (bkz. AİHM, *Sejdovic/İtalya*, Başvuru No: 56581/00, 01/03/2006 Tarih, Par. 81. Nitekim duruşmada hazır bulunma hakkının bir sonucu olarak 5271 sayılı Kanun’un 193. maddesinin (1) numaralı fıkrasında istisnalar saklı kalmak üzere, hazır bulunmayan sanık hakkında duruşma yapılamayacağı hükme bağlanmıştır.” Anayasa Mahkemesi, 2013/4784, 07./03.2014; Anayasa Mahkemesi, 2013/1461, 12.11.2014.

¹⁹ Taner(n 12) 295.

Duruşmada hazır bulunma hakkı ile çelişmeli yargılama hakkı arasında da yakın bir ilişki mevcuttur. Soruşturma aşamasında toplanan delillerin sanığın bulunduğu duruşmada tartışılmadan ve irdelenmeden kabul edilmesi AİHS'ne uygun olmayacaktır.²⁰ Özetle ve kısaca açıklamak gerekirse, çelişme yönteminin uygulanabilmesi ve maddi gerçeğin ortaya çıkarabilmesi için, sanığın duruşmada hazır bulunması temel bir ön şarttır.²¹

AİHM'e göre, tanık beyanı dâhil delillerin aleni duruşmada, sanığın hazır olarak duruşmada bulunduğu ya da bulunma olanağının olduğu bir duruşmada öne sürülerek tartışılması gerekmektedir. Sanık belli bir celsede bulunmuyorsa, daha sonra kendisinin olmadığı celselerde ortaya konulan ve tartışılan delillerin sanığa bildirilmesi gerekmekte ve sanığa itiraz etme imkânı sunulmalıdır. Aksi halde, sanığın tanığı sorgulama olanağı bulunmadan tanık beyanının hükmeye alınması savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğuracaktır.²²

Ceza yargılamasında kural kovuşturma aşamasında sözlülük ilkesi olduğundan dolayı, davanın esas olarak görüldüğü ilk derece mahkemesinde sanığın duruşma talep etmesi şeklinde bir usul ve düzenleme mevcut değildir.²³

Sanığın duruşmada hazır bulunma hakkının ihlal edilmemesi için kendisine cezai isnat yöneltilen kişinin sağlıklı olarak ve bilinçli bir şekilde duruşmaya katılmasının temin edilmesi gerekir. Ayırt etme gücünden yoksun olarak ya da yorgun bir şekilde sanığın duruşmaya çıkartılması adil yargılanma hakkı bakımından ihlal oluşturmaktadır. AİHM'e göre²⁴ ihlal kararı verilebilmesi için sanığın ayırt etme gücünden yoksun olarak ya da yorgun bir şekilde duruşmaya çıkartılmasında devlete yüklenebilecek bir kusur mevcut olmalıdır. Aksi durumda AİHS'in ihlaline karar verilemez.²⁵

²⁰ İnceoğlu (n 13) 148.

²¹ Taner(n 12) 297.

²² Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku* 3. Cilt (15. Bası, Adalet 2019) 1423.

²³ Taner (n 12) 298; “Bireysel başvuru kapsamında Anayasa Mahkemesinin görevi, muhakemenin yöntemi de dâhil yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığını saptamaktır. Ceza yargılamalarında duruşma açılması esas olmakla birlikte “*istisnai bazı koşullarda*” duruşma açılmamış olması yargılamanın adilliğini etkilemeyebilir. Nitekim Anayasa Mahkemesi bir kararında, 6352 sayılı Kanun hükümleri uyarınca verilen kovuşturmanın ertelenmesi kararının, uyumsuzluğun esasını çözmeyen ve bireyin suç işleyip işlemediğiyle ilişkili olmayan, Kanun'da öngörülen sürenin dolmasını müteakip açılan kamu davasının düşmesi sonucunu doğuran, usule ilişkin bir karar olduğuna dikkat çekmiş; böyle bir incelemenin duruşma açılmadan ve başvurucu duruşmaya çağrılmadan yapılmış olmasının bir bütün olarak yargılamanın adilliğini etkilemediği sonucuna ulaşmıştır (benzer değerlendirmeler için bkz. *Mustafa Ersen Erkal*, § 31)”. Anayasa Mahkemesi, 2013/724, 25.06.2015.

²⁴ Barbera Messegue and Jabardo v Spain App no: 10590/83 (ECHR 06 December 1988).

²⁵ Çayan (n 11) 135.

Ceza davalarında sanık hakkında isnat olunan suçun sabit olmasından dolayı duruşma yapılmaksızın dosya üzerinden karar verilmesi durumunda adil yargılanma hakkının ihlali sonucunu doğuracaktır. Yine benzer şekilde olayları daha fazla aydınlatmayacağından bahisle duruşma yapılmadan karar verilmesi halinde de adil yargılanma hakkı ihlal edilmiş olacaktır.²⁶

Sanığın duruşmada hazır bulunmasının keyfi olarak engellenmemesi gerekmektedir. Ayrıca sanığın duruşmada hazır bulunabilmesinin sağlanması amacıyla uygun imkânların yaratılması, devletin de bunun için yeterli çabayı göstermesi gereklidir.²⁷

Sanığın duruşmada hazır bulunma hakkı her şekilde uygulanması gereken mutlak bir hak olarak anlaşılmamalıdır.²⁸ Sanığın duruşma düzenini bozması, kimliği gizli tutulan bir tanığın dinlenme evresi, tanığın korkutulması konusunda kaygıya düşülmesi gibi durumlarda sanığın duruşmada hazır bulunma hakkı uygulanmayabilir.²⁹ Ancak bu halde dahi, esnetilen ya da uygulanmayan sanığın duruşmada hazır bulunma hakkı bazı özel şartların varlığı halinde ve o şartın varlığını koruduğu geçici süre ile sınırlı olmalıdır.

Sanığın video konferans yöntemiyle dinlenilmesinin duruşmada hazır bulunma hakkı açısından değerlendirilmesinde AİHM, salt video konferans yönetimi kullanılarak katılımın sağlanmasının kendiliğinden AİHS’i ihlal ettiği sonucuna ulaşmamıştır. Bununla birlikte AİHM, her davada video konferans yöntemiyle katılım sağlanmasının meşru bir amaç güdülerek yapılıp yapılmadığını ve delil sunumu ile ilgili düzenlemelerinin AİHS 6. Maddesinde yer alan adil yargılanma hakkına uygunluğunu denetleyeceğini bildirmiştir.³⁰

²⁶ ibid 135.

²⁷ İnceoğlu (n 13) 148; Turan (n 7) 324; Colozza and Rubinat v Italy App no: 9024/80 (ECHR 12 February 1985). Colozza ve Rubinat/İtalya davasına bakıldığında, başvurunun, ceza davası sırasında yurt içinde olmasına rağmen, eski adresinde bulunamama nedeniyle aranan kişi olarak ilan edilmesi, davasının yokluğunda sürdürülerek mahkûm edilmesi söz konusu olmuştur. Oysa başka bir suçla ilgili başvurunun yeni adresi İtalyan polisi tarafından tespit edilmiştir. AİHM’e göre bu durum, Sözleşmeye taraf devletlerin, 6. md’de güvence altına alınmış hakların etkili olarak kullanımını sağlamak için, göstermeleri gereken gayretle bağdaştırılmaz. Aynı olayla ilgili Komisyon raporunda ise, eğer başvurucuya hazır bulunma olanağı verilmemişse, sanık haklarına saygı gösterildiği söylenemez. Ayrıca eğer sanığın kendi davası görülürken hazır bulunması ile ilgili devlet yeterince gayret içinde olmamışsa, bu durum 6. md’nin ihlaline neden olabilmektedir. Bkz. Ramadan Sanıvar, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 6. Maddesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı ve Sanığa Tanınan Temel Haklar (2012) Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazimağusa, Kuzey Kıbrıs, Doğu Akdeniz Üniversitesi Lisansüstü Eğitim, Öğretim ve Araştırma Enstitüsü, 56.

²⁸ Schroeder (n 4) 280; İnceoğlu (n 13) 148; Turan (n 7) 324; Anne Peters, “Adil Yargılanma(m.6.f.1 ve 2.)” (çev: Mahmut Koca) in Yener Ünver(ed), *Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku* (1.Bası, Seçkin 2004) 122.

²⁹ Schroeder (n 4) 280; İnceoğlu (n 13) 148; Turan (n 7) 324.

³⁰ İnceoğlu (n 13) 148.

Nitekim hukuki dinlenilme hakkının fiziksel olarak huzurda bulunmayı otomatik bir biçimde içermediği, video-konferans yolu ile de bu hakkın sağlanması için uygun bir yöntem olabileceği ifade edilmektedir.³¹

Duruşmada hazır bulunma hakkı, ilk derece yargılaması ve duruşma yapılması durumunda istinaf³² kanun yolu yargılaması ile aynı niteliğe sahiptir. Dolayısıyla duruşma devresi bakımından, ilk derece mahkemeleri ve bölge adliye mahkemeleri arasında esasa ilişkin bir fark bulunmamaktadır.³³

Duruşmada hazır bulunma hakkı ilk derece aşamasında yerine getirilmemişse, bu aykırılık kanun yolları aşamasında hem maddi hem de hukuki yönden yargılama yapan makam tarafından giderilebilir.³⁴ Kanun yolu aşamasında sadece hukukilik denetimi yapılıyorsa, duruşma yapılması ve sanık ya da müdafinin duruşmada hazır bulunması gerekli değildir.³⁵

AİHM, sanığın kanun yolları aşamasında duruşmada hazır bulunma hakkının bulunup bulunmadığına dair inceleme yaparken, davada sanık aleyhine bir gelişmenin olup olmayacağı ile kanun yolu mahkemesinin kararını verirken sanığın hazır bulunmasına gerek duyup duymayacağı³⁶ hususlarını dikkate almaktadır. Nitekim Kremzow davasında³⁷, başvuruçunun karakterinin, akli durumunun ve sebeplerinin değerlendirilmesinin dava açısından önem taşıdığı ve bu durumun başvuruçunun aleyhine bir durum ortaya çıkardığı belirtilerek, başvuruçunun ve avukatının duruşmalara katılmasının ve hazır bulunmasının gerektiği sonucuna ulaşmıştır.³⁸

Davada taraf olan sanık, duruşmada hazır bulunma hakkından feragat edebilir. Sanık tarafından yapılan feragat açık bir şekilde yapılabileceği gibi, kendisine duruşmanın varlığına ilişkin etkili bir tebligatın yapılmasına rağmen duruşmaya katılmaması şeklinde zımni olarak da yapılabilir. Bu durumda sanığın duruşma hakkında etkili bir tebligat yapma iradesindeki gayreti

³¹ Dovydas Vitkauskas ve Grigoriy Dikov, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Korunması- Uygulamacılar İçin El Kitabı* (çev: Serkan Cengiz) (2. Bası, Avrupa Konseyi 2018) 77.

³² İstinaf yargılamasında sanığın sorgusu ve duruşmada hazır bulunma hakkı kapsamında segbis değerlendirmeleri için bkz. Hakan Karakehya ve Asuman İnce Tunçer, “İstinaf Yargılamasında Sanığın Sorgusunun Zorunlu Olup Olmadığı ve Bu İşlemlerde Segbis Kullanımı Üzerine Düşünceler” (2017) 8(2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 99-136.

³³ Taner(n 12) 298; Gölcüklü (n 12) 225.

³⁴ İnceoğlu (n 13) 153; Vitkauskas ve Dikov (n 31) 80.

³⁵ Mole ve Harby (n 2) 78; Turan (n 7) 328.

³⁶ Vitkauskas ve Dikov (n 31) 80.

³⁷ Kremzow v Avusturya, App no: 12350/86, (ECHR 21 September 1993).

³⁸ Turan (n 7) 328; Mole ve Harby (n 2) 79.

sözleşmeye taraf devletin kanıtlaması gerekmektedir.³⁹ Kendi kusuruyla savunma hakkını şahsen kullanmaktan mahrum kalan sanık konusunda 6/3-c bendi hükmü ihlal edilmeyecektir.⁴⁰

Duruşmada hazır bulunma hakkında feragat edildiğinin AİHS'e göre kabul görmesi için, yapılan feragatin hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak, açıkça anlaşılır şekilde yapılmış olması ve bu hakkın değerine uygun bir biçimde asgari güvencelerin sağlanmış olması zaruridir.⁴¹

Sanık duruşmada hazır bulunma hakkından kendisi feragat etmiş olsa bile avukatla temsil ettirme hakkı bulunmaktadır. Diğer bir ifadeyle, usulüne uygun bir biçimde duruşmalara çağrılan kişi duruşmaya katılmak istemezse, kendisini avukatı aracılığıyla temsil ettirebilir. Bu durumda duruşma hakkından feragat eden kişiye avukatla temsil edilebilme olanağı verilmezse⁴², adil yargılanma hakkının ihlaline sebebiyet verilmiş olacaktır.⁴³

Sanığın hastalığı nedeniyle yapılan yargılamada hazır bulunması mümkün değilse; gıyabında yargılama yapılması, savunma haklarının başka yollarla korunup korunmadığına ve davanın özelliklerine göre değerlendirilerek sonuca ulaşılmalıdır. Örneğin, dayanaksız bir şekilde hastalığını ileri sürerek yargılamayı geciktirmeyi amaçlayan sanık hakkında gıyabında yargılama yapılması ihlal olarak kabul edilmemiştir.⁴⁴

Cezaevinde bulunan sanığın, duruşmada bulunmayı açıkça talep etmesi ve bunu ispatlaması, buna aykırı olarak sanığın duruşmaya götürülmemesi halinde sanığın duruşmada hazır bulunma hakkının engellendiği sonucuna ulaşılmaktadır.⁴⁵

³⁹ İnceoğlu (n 13) 153; Taner(n 12) 301; Christoph Grabenwarter, "Yargılama Güvenceleri- Adil Yargılama Hakkı(İhas md.6) (çev: Osman Can) in Yener Ünver(ed), *Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku* (1. Bası, Seçkin 2004) 234.

⁴⁰ Gölcüklü (n 12) 225; Peters (n 28) 122; Anayasa Mahkemesi, 2013/4784, 07.03.2014.

⁴¹ İnceoğlu (n 13) 153; Vitkauskas ve Dikov (n 31) 81; Gölcüklü (n 12) 225; Turan (n 7) 335; Yavuz v Avusturya, App no:46549/99, (ECHR 27 May 2004); Haralampiev v Bulgaristan, App no: 29648/03 (ECHR 24 April 2012); Yargıtay 2 CD, 2812/7080, 30.05.2018. Bkz. Taner(n 12) 302; Grabenwarter (n 39) 234.

⁴² Poitrimol v France, App no:14032/88, (ECHR 23 November 1993). Poitrimol/Fransa davasında, başvurucu yurt dışındayken avukatı tarafından temsil edildiği davada, hakkında 1 yıl mahkûmiyet ve tutuklama kararı verilmiştir. Başvurucu istinaf aşamasında, avukatı aracılığıyla temsil edilmek istediğini ve duruşmaya gelmeyeceğini açıkça beyan etmiştir. Fakat başvurucunun çağrıldığı halde duruşmaya gelmediği ve saklandığı gerekçesiyle, avukatı tarafından temsil edilmesine izin verilmemiştir. AİHM, önüne gelen bu davada, 6. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Çünkü AİHM, demokratik toplumdaki hukuk devleti ilkesinin ve sanık haklarının önemi dikkate alındığında, böyle bir yaptırımın uygulanmasını orantısız kabul etmektedir. Bkz. Sanıvar (n 27) 58.

⁴³ Çayan (n 11) 138.

⁴⁴ İnceoğlu (n 13) 154.

⁴⁵ ibid 154.

Duruşmada sanık sıfatıyla bulunan kişinin mahkemede anadilde konuşma ve savunma yapma isteği ile usule yönelik itirazlarda bulunması, sanığın duruşmada hazır bulunma hakkından örtülü olarak feragat ettiği sonuca götürmemelidir.⁴⁶ Hatta bu durumda sanık yerine müdafilerinin duruşmada bulunması durumunda dahi sanığın duruşmada hazır bulunma hakkının ihlalini telafi etmeyecektir.⁴⁷ Bu konu hakkında 25.11.1997 tarihli Zana – Türkiye davasında⁴⁸ AİHM; başvurucunun usule ilişkin itirazlarda bulunmasının ve resmi dil dışında, ana dili ile savunma yapmayı talep etmesinin, hiçbir şekilde savunma hakkından ve mahkeme huzuruna çıkmaktan vazgeçildiği anlamına gelmeyeceğini belirtmiştir. AİHM’e göre; Sözleşme ile güvence altına alınan bir hakkın kullanılmasından vazgeçilmesi, ancak bunun açıkça beyan edilmesi ile mümkün olacaktır. Eğer başvurucu duruşmada hazır bulunsaydı, somut olaya ilişkin açıklamasını yaparken kastının ne olduğunu, söz konusu röportajın hangi koşullarda yapıldığını ifade etme ve gazetecileri “tanık” sıfatıyla duruşmaya davet etme ve röportaj kaydını isteme olanaklarına sahip olabilirdi. Ayrıca AİHM’e göre; gerek sanığın tutuklu bulunduğu yerdeki Mahkemece yapılan “dolaylı” sorgu duruşması ve gerekse davanın görüldüğü Mahkemece yapılan duruşmaya sanığın avukatlarının katılması, başvurucunun “duruşmada hazır bulunma” hakkı yerine geçmemektedir.⁴⁹

2. TÜRK CEZA YARGILAMASI AÇISINDAN SANIĞIN DURUŞMADA HAZIR BULUNMA HAKKI

Duruşmada hazır bulunacaklar arasında sanık, CMK m.188/1’e göre açıkça sayılmamıştır. Bunun sebebi, bu hükümde belirtilen kişilerin duruşmanın başından sonuna kadar bulunmalarının zorunlu olmasına rağmen, sanığın sürekli değil kural olarak duruşmada hazır bulunmasının zorunda olmasıdır. Diğer bir anlatımla hükümde belirtilen kişiler yönünden duruşmada bulunmak yükümlülük iken sanık için bu durum aynı zamanda bir haktır. Bu nedenle, sanık her oturumda bulunmak zorunda değilse de, hazır bulunmak istediğinde kural olarak buna engel olunmaması gerekmektedir.⁵⁰ Yani özetle, sanığın duruşmada hazır bulunması sanık için hem bir hak, hem de yükümlülüktür.⁵¹

⁴⁶ Grabenwarter (n 39) 234.

⁴⁷ İnceoğlu (n 13) 154; Turan (n 7) 335.

⁴⁸ Zana v Türkiye Davası, App no:69/1996/688/880 (ECHR 25 November 1997).

⁴⁹ Ersan Şen, “Sanığın Gıyabında Tasarruflar” (2015) <<https://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1587251-sanigin-giyabinda-tasarruflar>> Erişim Tarihi: 24 Nisan 2021. Söz konusu karar hakkında ayrıntılı açıklamalar ve değerlendirmeler için bkz. Selcen Kocaman, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ‘Zana/Türkiye davası’ Hakkında Verdiği Kararın Değerlendirilmesi” (2003) 11(1-2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 307-318.

⁵⁰ Cumhuriyet Şahin, *Ceza Muhakemesi Hukuku* 2. Cilt (10. Bası, Seçkin 2020) 121.

⁵¹ Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Güncellenmiş 8.Bası, Seçkin 2020) 736; Hakan Karakehya, “Ceza Muhakemesinde Sanığın Meramını Anlatabilme

2.1. Kural: Sanığın Duruşmada Hazır Bulunma Zorunluluğu

Sanığın duruşmada hazır bulunması, yargılama açısından son derece yaşamsal değer ve öneme sahip olup, aksi sadece bazı durumlarda istisnai nitelikteki hallerde kabul edilmelidir. Bu durum sanığın menfaatlerinin korunmasının yanında maddi gerçeğin ortaya çıkmasına da hizmet etmektedir.⁵²

Sanığın duruşmada hazır bulunmasının mecburi tutulması, bir açıdan mahkemenin hakkında hüküm göreceği kişiyi görmesi bakımından önem taşıdığı gibi; öte yandan da sanığın savunma hakkını kullanarak hakkındaki yersiz ve mesnetsiz iddiaları çürütebilmesi olanağı sağlamaktadır.⁵³

Kural olarak duruşmaya gelmeyen sanık hakkında duruşma yapılamaz ve yokluğunda yargılama yapıp bitirilemez.⁵⁴ Sanığın bir celseye gelmemesi, duruşmanın icrasını engellemekte ve duruşma devam etmektedir. Ancak bu durumda mahkeme, bir sonraki celse sanığın duruşmada hazır bulundurulması için zorla getirme ya da yakalama emri dâhil tüm önlemleri alabilir.⁵⁵

Duruşmaya gelmeyen sanık hakkında duruşma yapılamaması ve muhakemenin tamamlanamaması nedeniyle, deliller, ispat ve hükmün ortaklığının sağlanması ve savunma hakkına verilen önem dolayısıyla sanığın duruşmada hazır bulundurulması gerekliliğinin sağlanması amacıyla bazı düzenlemeler yapılmıştır. (CMK m. 199, 193/1, 196/2, 196/6, 194/1) Tüm bu düzenlenmelerin nedeni olarak, delil-ispat ve hükmün kolektifliği, çelişmelilik ilkesinin savunma hakkı bakımından önemi, maddi gerçeğin ortaya çıkartılması amacı, ceza yargılamasının işbirliği sistemine dayalı oluşu vb. ceza muhakemesi amaç ve ilkelerinin uygulanması şeklinde ifade edilmektedir.⁵⁶

2.2. İstisnalar

“Duruşmalı yargılama hakkı”, her türlü yargılamanın mutlaka duruşmalı yapılması gerektiği anlamına gelmemelidir.⁵⁷ Sanığın duruşmada hazır

Hakkının Unsurları” (2015) 3(2) *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi* 199, 212; Dursun (n 51)’a göre sanığın duruşmada bulunması ağırlıklı olarak hak olduğu yönündedir. Gizem Dursun, “Sanığın Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı ve Bu Kapsamda Sesli ve Görüntülü Bilgi Sistemlerinin Değerlendirilmesi” (2016) 11(143-144) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 127, 132.

⁵² Ünver ve Hakeri (n 22) 1421; Bu olanağın sanığa tanınması aynı zamanda silahların eşitliği ve savunma hakkının da bir gereğidir. Karakehya *Meram* (n 51) 213.

⁵³ Erdenur Yurtcan, *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi(CMK)* (9. Bası, Seçkin 2019). 676; Erdenur Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku* (16. Bası, Seçkin 2019) 531; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 10) 594; Evik (n 8) 305.

⁵⁴ Ünver ve Hakeri (n 22) 1423.

⁵⁵ Şahin (n 50) 121; Ünver ve Hakeri (n 22) 1421; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 10) 594.

⁵⁶ Ünver ve Hakeri (n 22) 1424.

⁵⁷ Akif Yıldırım, “Anayasa Mahkemesi Uygulamasında Adil Yargılanma Hakkı (Ceza Hukuku

bulunmasının nedeni, sanığın savunma hakkını kullanabilmesidir. Sanığın kendini savunmadığı ve sanığın bulunmadığı bir ceza yargılamasında cezalandırılması adil yargılanma hakkının ihlaline sebep olacaktır. Sanığın duruşmada hazır bulunmasının ardında yatan nedenin bu olduğu düşünüldüğünde, sanığın önceden kendini savunduğu ya da savunmasına gerek kalmayan hallerin varlığı durumunda sanık duruşmada hazır bulunmasına da duruşmanın yapılabileceği sonucu ortaya çıkarılabilir.⁵⁸

Kural olarak her ne kadar sanığın bulunmadığı takdirde duruşmanın yapılmayacak olması belirtilmiş ise de; CMK m.193/1’de “kanunun ayırık tuttuğu haller” den bahsedilmiştir.⁵⁹ Buna istinaden CMK m.206’da sanığın tebligata rağmen mazereti bulunmaksızın duruşmaya gelmemesi nedeniyle sorgusunun yapılmamış olması durumunda, delillerin ortaya konulabileceği ve bu delillerin sonradan gelen sanığa bildirilebileceği düzenlenmiştir. Bu itibarla, kanundaki istisnalardan birinin bulunmamasına rağmen sanığın yokluğunda duruşma yapılabilmesine imkân tanınmıştır. Sanık sonradan da gelmez ise yargılama bitirilemeyecek ancak son aşamaya kadar bütün yargılama işlemleri yapılabilecektir.⁶⁰

Sanığın duruşmada hazır bulunması kuralının tam ve katı olarak uygulanması yargılamayı bazen felce uğratabilir. Bu nedenle bu kurala bazı istisnalar tanınmış, böylelikle sanığın hazır bulunmadığı durumlarda yargılama yapılmasına imkân tanınmıştır.⁶¹

2.2.1. Mahkûmiyet dışında karar verilmesi

Sanık olmaksızın hakkında isnat olunan suçlamalara ilişkin duruşma yapılamayacağı kuralının istisnalarından birisi, sanık hakkında derhal beraat kararı verilebilecek halin varlığıdır. CMK m.193/2’ye göre, toplanan delillere göre sanık hakkında mahkûmiyet dışında bir karar verilmesi kanısına varılırsa, sanığın sorgusu yapılmamış olsa da yokluğundan yargılama bitirilebilir.⁶²

Boyutu)” (2016) 7(26) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 333, 347.

⁵⁸ Ünver ve Hakeri (n 22) 1429.

⁵⁹ Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma Gezer, Yasemin F. Saygılar Kırıt, Esra Alan Akcan, Özdem Özyayın, Efser Erden Tütüncü, Derya Altınok Villemin ve Mehmet Can Tok, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku* (Güncellenmiş 14. Bası, Seçkin 2020) 72; Ünver ve Hakeri (n 22) 1429; Selahattin Kolcu, “Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Sanığın Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı ve Segbis Sistemi” (2018) 92(3) İstanbul Barosu Dergisi 247, 259.

⁶⁰ Ünver ve Hakeri (n 22) 1429. Bu konudaki ayrıntılı tartışmalar için bkz. Erkan Sarıtaş, “Ceza Muhakemesinde Sanığın Yokluğunda Duruşma” (2020) 78(3) İstanbul Hukuk Mecmuası 1525, 1539 vd.

⁶¹ Yurtcan *CMK* (n 53) 677; Yurtcan *Yargılama* (n 53) 531.

⁶² Ünver ve Hakeri (n 22) 1429; Şahin (n 50) 121; Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırıt, Alan Akcan, Özyayın, Erden Tütüncü, Altınok Villemin ve Tok (n 59) 72.

Getirilen bu hükmün, uygulamada dosyaların sürüncemede kalmasını ortadan kaldırması bakımından uygun bir yol olduğu savunulmaktadır.⁶³ Ayrıca getirilen bu düzenleme ile CMK'nin AİHS'e kıyasla çok daha yüksek bir teminat öngördüğü ve bunun yerinde olduğu ifade edilmektedir.⁶⁴

Mahkûmiyet dışında karar verilmesi durumunun, dosya kapsamı itibariyle ilk bakışta sanığın işlediği eylemin suç oluşturmayacağına anlaşılabilirliği ile sınırlı olduğu ve bu gibi durumlarda sanık hakkında duruşmaya gelme bile beraat kararı verilebileceğini ifade eden Yargıtay kararları⁶⁵ bulunmaktaysa da; mahkûmiyet dışında karar verilebilecek tüm hallerde sanığın sorgusunun yapılmadan beraat kararı verilebileceği yönünde de kararlar da mevcuttur.⁶⁶

⁶³ Yurtcan CMK (n 53) 677.

⁶⁴ Taner(n 12) 305.

⁶⁵ "...CMK'nın 193/2. maddesinin beraat kararı yönünden "dosya kapsamına göre ilk bakışta eylemin suç oluşturmayacağına anlaşılması hali" ile sınırlı olarak uygulanabileceği gözetilmeden, sorgusu yapılmayan sanık hakkında, delil takdiri yoluna gidilmek suretiyle yazılı biçimde hüküm kurulması..." Yargıtay 2CD, 28723/17827, 24.06.2014. "... Mahkemeye gelmeyen sanık hakkında duruşma yapılmayacağına ilişkin temel kuralın istisnalarından biri olan, CMK'nun 193/2. maddesindeki, toplanan delillere göre mahkûmiyet dışında bir karar verilmesi gerektiği kanısına varılırsa, sorgusu yapılmamış olsa da dava yokluğunda bitirilebilir hükmünün, ancak derhal beraat kararı verilebilecek hallerle sınırlı olduğu, olayda bu hükmün uygulanmasının mümkün bulunmadığı da nazara alınmaksızın, sanığın savunması da alınmadan, tensiple beraat kararı verilmesi..." Yargıtay 7CD, 7941/10333, 16.10.2018.

⁶⁶ "...Sanık, Yüksek Öğretim Kurulu Başkanlığına başvurarak, Güney Kazakistan Devlet Üniversitesinden alınma diplomasının denklik işlemini yaptırmıştır. Denklik başvurusu kabul edilmiş, ancak daha sonra yapılan araştırmada, söz konusu diploma ve transkript belgelerinin sahte oldukları anlaşılmıştır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 04.12.2007 gün ve 245-264 sayılı kararında da açıklandığı üzere, başvuru tarihinde yürürlükte bulunan ve 11.05.2007 gün ve 26519 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Yurtdışı Yükseköğretim Diplomaları Denklik Yönetmeliği'nin 11. maddesi ile yürürlükten kaldırılan, Yurtdışı Yükseköğretim Diplomaları Denklik Yönetmeliği'nin 5. maddesi uyarınca, diploma denklik komisyonunca, belgelerin orijinal olup olmadığının araştırılması zorunludur. Bu araştırma ise ancak belgeyi düzenleyen kurum nezdinde yapılabilir. İlgili ülke nezdinde, Yönetmeliğin 5. maddesine uygun bir araştırma yapılmış olsa idi, böyle bir diplomanın belirtilen üniversiteden verilmediği kolaylıkla anlaşılacak, diploma denklik belgesinin verilmesi de söz konusu olmayacaktı. İdarenin, yönetmelik hükümlerini farklı veya eksik uygulamasının sonuçları sanık aleyhine yorumlanamayacağı gibi, bu şekilde eksik inceleme sonucu verilen denklik belgesine de hukuki sonuç bağlanamaz.

O halde, sanığın mahkûmiyetine karar verilmesi olanaksız olup, yerel mahkemece sanığın beraatına karar verilmesi isabetlidir. Sanık hakkında, mahkûmiyet dışında bir karar verildiği nazara alındığında, sorgusu yapılmadan duruşmanın bitirilmesi de 5271 sayılı CYY'nin 193/2. maddesine uygun olup, bir isabetsizlik bulunmamaktadır..." Yargıtay CGK, 11-89/243, 20.10.2009.

Konuyla ilgili olarak farklı yargı kararları bulunsa da; söz konusu madde hükmünün açık olması, madde hükmünde belirtilen anlatımın daraltılarak sanık hakkında aleyhe yorum getirilmesi bizce yerinde olmamıştır. Bu nedenlerle hem AİHS’te belirtilen adil yargılanma hakkı açısından ek güvence vermesi hem de çok fazla iş yükü altında bulunan yargı teşkilatının bir nebze olsun nefes alabilmesi bakımından söz konusu madde hükmünün açık olan lafzi yorumunun uygulanarak, sanık hakkında mahkûmiyet hükmü dışında karar verilebilecek tüm hallerde hükmün uygulanması kanaatimizce daha uygun olacaktır.

2.2.2. Sanığın mahkemeden uzaklaşması

Sanığın savunması veya ara vermeyi izleyen oturuma gelmediği durumlarda, önceden sorgusu yapılmış diğer bir ifadeyle savunması alınmış ve artık hazır bulunmasını gerektirir bir hal de söz konusu değilse, CMK m. 194/2’ye göre sanığın yokluğunda duruşma bitirilebilecektir.⁶⁷ Bunlardan birinin gerçekleşmemesi durumunda sanığın yokluğu şeklinde görülen “sanığın hazır bulunmaması” yargılama engeli olarak ortaya çıkmakta ve yargılama şartı olarak nitelendirilen sanığın hazır bulunması şartı gerçekleşmemiş olmaktadır.⁶⁸

2.2.3. Sanığın yokluğunda duruşma

CMK, sanık hakkında uygulanacak yaptırımın hafif olması halinde de sanık hazır bulunmadan duruşma yapılmasına imkân tanımıştır. CMK m.195’e göre; suçun, yalnız veya birlikte adli para cezasını veya müsadereyi gerektirdiği durumlarda, sanık gelmese bile duruşma yapılabileceği; ancak bu halde sanığa gönderilecek davetiyede gelmese de duruşmanın yapılacağını açıkça yazılması gerektiği bildirilmektedir.⁶⁹ Aksi durumda sanığın yokluğunda

⁶⁷ Ünver ve Hakeri (n 22) 1431; Yurtcan *CMK* (n 53) 679; Yurtcan *Yargılama* (n 53) 534; Şahin (n 50) 122; Evik’e göre bu düzenlemelerle kanunkoyucu, genelde adil yargılanma hakkını özelde sanıkların duruşmada hazır bulunma ve kendilerini savunma haklarını ortadan kaldırmıştır. Ayrıca sanığın yokluğunda yapılacak duruşmalara ve verilecek kararlarda müdafinin bulunmasının da adil yargılanma hakkını tam anlamıyla gerçekleştirilmeyeceğini; gerçekten adil yargılanma hakkının adil cezalandırılmayı da gerektirdiğini bunun da sanıkla karşı karşıya gelen hâkimin cezayı bireyselleştirmesiyle mümkün olacağını belirtmektedir. Bkz. Evik (n 8) 305.

⁶⁸ Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırıt, Alan Akcan, Özaydın, Erden Tütüncü, Altınok Villemin ve Tok (n 59) 74.

⁶⁹ Ünver ve Hakeri (n 22) 1432; Yurtcan *CMK* (n 53) 679; Yurtcan *Yargılama* (n 53) 533; Şahin (n 50) 121; Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırıt, Alan Akcan, Özaydın, Erden Tütüncü, Altınok Villemin ve Tok (n 59) 75; Taner, söz konusu ifadenin ceza muhakemesi hukuku hakkında bilgi sahibi olmayan birisi tarafından tam olarak açıklayıcı olmadığını, böyle bir ifadeden kimsenin gıyabında yargılanıp mahkum olabileceğini anlayamayacağını, kaldı ki küçük bir puntuyla yazılan ifadenin kişi tarafından okunmasının dahi şüphe

yapılan yargılama sanığın savunma hakkının kısıtlamasına neden olacaktır.⁷⁰ Görüldüğü üzere Kanun, doğrudan özgürlüğü bağlayıcı cezanın öngörüldüğü durumlarda, sanığın yokluğunda duruşma yapılmasını kabul etmemiştir.⁷¹

Sanığın gelmediğinde duruşma yapılarak sanığın yokluğunda hüküm kurulmasına olanak tanıyan diğer bir düzenleme 7188 sayılı Kanunla eklenen CMK 251.Maddesidir. Bu düzenlemeyle birlikte basit yargılama usulü ceza hukukumuzda girmiştir. CMK 251 ve 252. Maddelerinde yer alan hükümlere göre; istisnalar hariç olmak üzere, asliye ceza mahkemesince, iddianamenin kabulünden sonra adli para cezasını ve/veya üst sınırı iki yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlarda basit yargılama usulünü uygulanmasına karar verilmesi mümkündür.⁷²

Basit yargılama usulünün uygulanması akabinde bir hüküm verilmiş ve bu hükme itiraz edilmiş ise duruşma açılarak genel hükümlere göre yargılamaya devam olunacaktır. Ancak bu durumda, taraflara gönderilen duruşma davetiyesinde gelmeseler bile yokluklarında duruşmanın yürütülebileceği ve yine yokluklarında hüküm verilebileceği yazılacaktır. Bu ihtara rağmen sanık duruşmaya gelmez ise, mahkeme sanığın yokluğunda yargılama yaparak CMK 252/2 düzenlemesi uyarınca hüküm verebilecektir.⁷³

götdürdüğünü, bu nedenlerle ayrıntılı ve açıklayıcı bir uyarı yazısının davetiye içinde tebliğ edilmesi gerektirecek şekilde değiştirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Taner (n 12) 303.

⁷⁰ "...Sanığa tebliğ edilen duruşma davetiyesinde CMK.nun 195. maddesi uyarınca yazılması gereken "gelmediği takdirde yargılamanın yokluğunda yapılacağına ilişkin açıklamaya yer verilmediği gözetilmeden, yokluğunda yargılama yapılarak savunma hakkının kısıtlanması..." Yargıtay 8 CD, 17180/11607, 12.10.2010.

⁷¹ Taner (n 12) 302. Evik, genelde adil yargılanma özelde savunma hakkını ihlal eden bu tür düzenlemelerden kaçınmak gerektiğini; cezanın niteliği ve miktarı ne olursa olsun kişilerin savunma hakkından mahrum bırakılmaması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Evik (n 8) 305.

⁷² Olgun Değirmenci "Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Yargılama Usulü (CMK m 251-252)" (2020) 15(161) Terazi Hukuk Dergisi 36, 42-43. Bu usulde mahkemece iddianame; sanık, mağdur ve şikâyetçiye tebliğ edilerek, beyan ve savunmalarını on beş gün içinde yazılı olarak bildirmeleri istenecek, tebligatta duruşma yapılmaksızın hüküm verilebileceği hususu da belirtilecektir. Beyan ve savunma için verilen bu süre dolduktan sonra mahkemece duruşma yapılmaksızın CMK m.223'de belirtilen kararlardan birine hükmedilebilecek ancak mahkûmiyet kararı verildiği takdirde sonuç, ceza dörtte bir oranında indirilecektir (CMK m.251). Ancak mahkemece, sanık hakkında basit yargılama usulünün uygulanmasına karar verilmesi ve nihayetinde bu usul dairesinde CMK m.223'e göre bir hüküm verilmesi halinde, bu hükme itiraz edilebilmesi mümkündür. Eğer bu hükme itiraz edilmişse, artık mahkemece genel hükümlere göre yargılamaya devam edilecektir. (CMK m.252) Bkz. Sarıtaş (n 60) 1565.

⁷³ Sarıtaş (n 60) 1565.

2.2.4. Sanığın duruşmadan bağışık tutulması

Sanığın lehine kabul edilmiş olan sanığın duruşmada hazır bulunma hakkı bazen sanık aleyhine sonuçlar da doğurabilir. Özellikle meslekleri gereği işleri yoğun olan ya da yargılamanın yapıldığı yerde oturmayan kişiler bakımından, her oturuma katılmak büyük bir külfet olabilir. Bu nedenlerle CMK m. 196/1 gereğince sanığın duruşmalardan bağışık tutulması müessesesi kabul edilmiştir. Ancak sanığın duruşmalardan bağışık tutulması için, sanığın sorgusunun yapılmış olması ve sanık ya da özel yetkisi bulunan müdafisinin istemde bulunması gerekmektedir. Bununla birlikte sanığın duruşmadan bağışık tutulma isteği olmamasına rağmen, duruşmada hazır edilmeyerek yargılamanın sonunda mahkûmiyet kararı verilmesi savunma hakkının kısıtlanmasına neden olacaktır.⁷⁴

Tutuksuz yargılanan sanığın duruşmalardan bağışık tutulmasına karar verilmesi durumunda, sanık duruşmanın başından sonuna kadar duruşmada hazır bulunmak zorunda kalmayacaktır.⁷⁵

Sanığın duruşmalardan bağışık tutulması bakımından suç ayrımı yapılmamaktadır. Yani sanık bütün suçlar bakımından duruşmalardan bağışık tutulabilir. Sanığın bağışık tutulma istemine karşılık mahkeme bağışık tutma kararı vermek zorunda değildir.⁷⁶

Yine CMK m.196/5 gereğince; hastalık veya disiplin önlemi ya da zorunlu diğer nedenlerle yargılamanın yapıldığı yargı çevresi dışındaki bir hastane veya tutukevine nakledilmiş olan sanığın, sorgusu yapılmış olmak şartıyla, hazır bulundurulmasına gerek görülmeyen oturumlar için getirilmemesine mahkemece karar verilebilecektir.⁷⁷ Bu gibi durumlarda kanun gereği, sanığın yokluğunda duruşma yapılabilecektir.⁷⁸

Hükümde geçen "...zorunlu diğer nedenlerle..." ifadesinin bu hakkı zedeleyecek nitelikte olduğu⁷⁹ ve sınırlı olarak sayılmadığı için keyfilige yol açabileceği⁸⁰ ifade edilmektedir. Yargıtay ise bu durumun "sanık hazır bulunmayı açıkça istemedikçe" şeklinde yorumlanması gerektiği şeklinde belirtmiştir.⁸¹

⁷⁴ Ünver ve Hakeri (n 22) 1433; Yurtcan *CMK* (n 53) 680; Yurtcan *Yargılama* (n 53) 531.

⁷⁵ Şahin (n 50) 122; Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırt, Alan Akcan, Özaydın, Erden Tütüncü, Altınok Villemin ve Tok (n 59) 76.

⁷⁶ Yurtcan *CMK* (n 53) 681; Yurtcan *Yargılama* (n 53) 531.

⁷⁷ Ünver ve Hakeri (n 22) 1433; Yenisey ve Nuhoglu (n 51) 740.

⁷⁸ Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırt, Alan Akcan, Özaydın, Erden Tütüncü, Altınok Villemin ve Tok (n 59) 76.

⁷⁹ Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 10) 80.

⁸⁰ Yenisey ve Nuhoglu (n 51) 740.

⁸¹ "... Kaldı ki, sanık duruşmada hazır bulunmak istediğini de açıkça mahkemeye iletmiştir. Kuşkusuz sanığın hazır bulunması sadece bir ödev değil, aynı zamanda bir haktır. Bu

Ayrıca 196. Maddenin 5. Fıkrasında geçen disiplin önlemi veya zorunlu diğer bir nedenle yargılamanın yapıldığı yargı çevresinde bulunan bir tutukevine nakledilmiş olan sanığın, talebi olmadan duruşmadan başışık tutulması adil yargılanma hakkını zedeler niteliktedir. Nitekim hukuk devleti olmanın bir gereği olarak ne kadar maliyetli ve zor olursa olsun sanığın duruşmada hazır bulunma talebi yerine getirilmelidir. Bu duruma aykırı olarak, cezai yaptırımlarla karşı karşıya olan bir kimsenin rızası dışında duruşmalarda bulundurulmaması, yargılamaya etki edememesi ve hakkındaki isnatlara cevap verememesi kabul edilmez bir durumdur.⁸²

2.2.5. Sorgu sırasında sanığın mahkeme salonundan çıkarılabilmesi

Yargılama devam ederken gerçeğin ortaya çıkartılabilmesi, olayın aydınlatılabilmesi için bazen belli bir işlemle sınırlı olarak CMK m.200 gereğince sanığın duruşma salonundan çıkartılması gerekebilir. Şayet, suç ortaklarından birinin veya bir tanığın, sanığın bulunduğu ortamda yüzüne karşı gerçeği söyleyemeyeceği konusunda kuşku varsa, suç ortağının sorgusu ya da tanığın dinlenmesi sırasında mahkeme bu yola başvurabilecektir.⁸³

Madde hükmünün sadece “gerçeği söyleyemeyeceği endişesi” ibaresine odaklı olarak düzenlenmesinin hatalı olduğu, bununla birlikte sorulara eksik cevap verilmesi veya gerçeğe birlikte gerçek dışı bilgilerin de açıklanması gibi hallerin düzenlenmeyişinin kendi içinde yanlış ve hatalı olduğu, konu hakkında keyfiliğe ve çok geniş bir biçimde kıyasa gidilmesinin sakıncalı olabileceğinden bahisle hükmün kaldırılması gerektiği yönünde görüş savunulmaktadır.⁸⁴

Kanaatimizce de söz konusu madde hükmünde muğlak terim ve tanımlar yapılmış ise de; ceza yargılaması amacının “maddi gerçeği ortaya çıkarmak” olduğu düşünüldüğünde bahsi geçen hükmün kaldırılması yerine; net ve

bakımdan “doğrudan doğruluk-vasıtasızlık” ilkesinin istisnalarından biri olan CYY’nin 196/5. maddesindeki, “(5) Hastalık veya disiplin önlemi ya da zorunlu diğer nedenlerle yargılamanın yapıldığı yargı çevresi dışındaki bir hastahane veya tutukevine nakledilmiş olan sanığın, sorgusu yapılmış olmak koşuluyla, hazır bulundurulmasına gerek görülmeden oturumlar için getirilmemesine mahkemece karar verilebilir.” şeklindeki hükmün bile , “sanık hazır bulunmayı açıkça istemedikçe” diye yorumlanması gerekir. Ayrıca anılan maddede bazı oturumlara “getirilmemeden” söz edildiğine göre, yasakoyucunun 1412 sayılı CYUY’nda olduğu gibi 5271 sayılı CYY’nda da amacının tutuklu sanığın hükmünde hazır bulunmasını sağlamak olduğu da anlaşılmaktadır. Nitekim Ceza Genel Kurulunun 19.04.2005 gün 2005/19-40 ile 15.03.2005 gün ve 2005/20-27 sayılı kararları başta olmak üzere bir çok kararında bu ilkeler vurgulanmıştır...” Yargıtay CGK, 9-148/169, 10.06.2008.

⁸² Karakehya *Duruşma* (n 3) 240.

⁸³ Şahin (n 50) 122; Yurtcan *Yargılama* (n 53) 534; Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırıt, Alan Akcan, Özaydın, Erden Tütüncü, Altınok Villemin ve Tok (n 59) 77.

⁸⁴ Ünver ve Hakeri (n 22) 1440.

anlaşılır bir şekilde yeniden düzenlenmesi, nedenlerinin daha net şekilde belirlenmesi hatta CMK m. 204'te belirtildiği üzere sanığın müdafisi yoksa barodan avukat görevlendirilmesi şeklinde düzenleme yapılması daha yerinde ve olumlu olacaktır.

2.2.6. Sanığın duruşma sırasında duruşma salonundan çıkarılması

Düzensiz ve disiplinsiz davranışları nedeniyle hazır bulunmasının duruşmanın işleyişini ve yürütülmesini tehlikeye sokacağı durumlarda sanık da mahkeme başkanı veya hâkim tarafından duruşma salonundan dışarı çıkartılabilecektir. Bu durumda sanık hazır olmaksızın oturum sürdürülür ve bitirilir. Oturuma yeniden alınmasına karar verilen sanığa, yokluğunda yapılan işlemler CMK m.204 gereğince anlatılır ve açıklanır.⁸⁵ Böylelikle, silahların eşitliği ve çelişmeli muhakeme ilkelerinin gereklerinin yerine getirilmeye ve menfaatlerin dengelenmeye çalışıldığı belirtilmektedir.⁸⁶

2.2.7. Sanığın istinabe suretiyle sorguya çekilmesi

Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre sorgusu yapılmadığı için hazır bulunması gereken sanığın sorgusunun istinabe suretiyle yapılarak, duruşmalardan başışık tutulmasına olanak tanınmıştır. Buna göre sanık, alt sınırı beş yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektirmeyen suçlar hariç olmak üzere, istinabe suretiyle sorguya çekilebilecektir.⁸⁷ Sanığın üzerine atılı suçun alt sınırının beş yıldan fazla hapis cezasını öngörmesi halinde, sanık istinabe suretiyle sorguya çekilemeyecektir.⁸⁸

Sanığın istinabe ile sorgusu yapılmadan önce ifadesinin esas mahkemede vermek isteyip istemediğinin sorulması gerekmektedir. Aksi halde bu durum,

⁸⁵ Yurtcan *Yargılama* (n 53) 534; Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırıt, Alan Akcan, Özaydın, Erden Tütüncü, Altınok Villemin ve Tok (n 59) 77.

⁸⁶ Taner(n 12) 321.

⁸⁷ Ünver ve Hakeri (n 22) 1434.

⁸⁸ "...5237 sayılı TCY'nın 152/1-a maddesinde düzenlenen ve bir yıldan altı yıla kadar hapis cezası öngörülen kamu malına zarar verme suçundan yargılanan ve davanın görüldüğü yer mahkemesinin yargı çevresi dışında başka bir suçtan cezası infaz edilmekte olan sanığın, istinabe suretiyle Malatya 4. Asliye Ceza Mahkemesince sorgusu yapılırken ifadesini esas mahkemesi huzurunda vermek istediğine ilişkin bir talebinin olmadığı, hem sorgusunun yapıldığı oturumda, hem de uzlaşma hükmü ile 5237 sayılı TCY'nın 58. maddesinin uygulanmasına yönelik ek savunmalarını sunduğu oturumlarda duruşmadan vareste tutulmayı talep ettiği ve yargılamaya konu suç için Yasada öngörülen hapis cezasının alt sınırının beş yıldan az olduğu anlaşılmalı, sanığın savunmasının istinabe yoluyla alınması ve Cumhuriyet savcısının esas hakkındaki görüşünü bildirdiği ve hükmün açıklandığı son oturuma getirilmeden karar verilmesi savunma hakkının kısıtlanması niteliğinde değildir. Bu nedenle yerel mahkeme hükmü ile bu hükmü onayan Özel Daire kararı isabetlidir..." Yargıtay CGK, 9-192/241, 22.11.2011.

savunma hakkının ihlali niteliği doğuracaktır.⁸⁹ Bu konuda sanığın vereceği rızanın aydınlatılmış bir rıza olması çok önemlidir.⁹⁰

Madde hükmüne aykırı olarak, sanığın alacağı cezanın beş yıldan az olamayacağı anlaşıldığında⁹¹, sanığa esas mahkemesi huzurunda açıklamalarda bulunmak isteyip istemediği sorulmadan sorgu yapıldığında⁹² ya da sanığın esas mahkemesinde açıklamalarda bulunma talebi olmasına rağmen bu talep hakkında karar verilmediğinde veya mesnetsiz olarak reddedildiğinde usule aykırılık⁹³ söz konusu olacaktır.⁹⁴

⁸⁹ "...Bu düzenlemeye göre, alt sınırı beş yıldan az hapis cezasını gerektiren bir suçtan yargılanan sanığa, sorgusundan önce ifadesini esas mahkemesi huzurunda vermek isteyip istemediği sorulduktan sonra istinabe suretiyle sorguya çekilebilecektir. Alt sınırı beş yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı ise sanıkların sorgusunun mutlaka yargılamayı yapan mahkemece gerçekleştirilmesi zorunludur.

Sorgusundan önce sanığa, ifadesini yargılamayı yapan mahkeme huzurunda vermek isteyip istemediğinin sorulmaması veya sorulması üzerine duruşmadan başışık tutulmak istemediğini belirtmesine karşın istinabe ile alınan ifadesiyle yetinilmesi savunma hakkının sınırlanması sonucunu doğuracaktır..."Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 31.01.2017 T. 2014/15-449 Esas, 2017/32 Karar sayılı kararı; "...yine asıl mahkemece daha önce sorgusu yapılmamış olan sanığa sorgusundan önce ifadesini yargılamanın yapıldığı esas mahkemesi huzurunda vermek isteyip istemediği sorulmayarak 5271 sayılı CMK'nın 196/2 ve 191/3-b maddelerine aykırı davranılması..." Yargıtay 2 CD, 5611/12427, 31.10.2018.

⁹⁰ Taner (n 12) 308.

⁹¹ "...Sanığın eylemine uyan 5237 Sayılı TCK'nin 86/1, 86/3-e, 87/1-d, 87/1-son maddeleri uyarınca cezasının 5 yıldan az olamayacağı anlaşıldığından, 5271 Sayılı CMK'nın 196/2. maddesi gereğince istinabe suretiyle sorguya çekilemeyeceğinin gözetilmemesi" bozmayı gerektirmiştir." Yargıtay 3 CD, 16360/11892, 28.06.2018. Benzer nitelikte, Yargıtay 2 CD, 17979/5722, 07.05.2018.

⁹² "...Ceyhan 1. Asliye Ceza Mahkemesince istinabe yoluyla sorgusu yapılan sanık ...'a, sorgusundan önce ifadesini yargılamanın yapıldığı esas mahkemesi huzurunda vermek isteyip istemediği sorulmayıp, 5271 Sayılı CMK'nın 196/2 maddesine aykırı şekilde yapılan sorgusu esas alınmak suretiyle, hakkında hükümlülük kararı verilerek savunma hakkının kısıtlanması..." bozmayı gerektirmiştir." Yargıtay 17 CD, 10758/12109, 09.10.2018. Ayrıca benzer nitelikte kararlar için bkz. Yargıtay 2 CD, 13873/9965, 20.09.2018; Yargıtay 17 CD, 5989/9733, 02.07.2018; Yargıtay 17 CD, 3192/9511, 27.07.2018.

⁹³ "...Dairemizde de benimsenen CGK'nın 2011/4-248 E. ve 2012/37 K. sayılı ilamında da belirtildiği üzere, sorgusundan önce sanığa, ifadesini yargılamayı yapan mahkeme huzurunda vermek isteyip istemediğinin sorulmaması veya sorulması üzerine duruşmadan başışık tutulmak istemediğini belirtmesine karşın istinabe ile alınan ifadesiyle yetinilmesi savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğuracağından mutlak bir bozma nedenidir. Sanığın duruşmada hazır bulunabilmesi, yükümlülük yönü olmakla birlikte öncelikle kendisi açısından bir hak olup, bu hak adil yargılanma hakkının temel unsurlarından birini oluşturmaktadır. Tarafı olduğumuz ve onaylamakla iç hukuk mevzuatına dâhil ettiğimiz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin "adil yargılanma hakkı" başlıklı 6. maddesinin üçüncü fıkrasının (c) bendinde, sanığın kendisini bizzat savunma hakkı bulunduğu belirtilmekle, mahkeme huzurunda doğrudan savunmasını yapabilmesi için duruşmada

Video konferans yöntemiyle tanık veya bilirkişinin dinlenmesi sırasında (CMK m.180/5) ve sanığın sorgusu yapılırken, sesli ve görüntülü iletişim tekniğinin kullanılmasına imkân tanınmıştır(CMK m.196/4).⁹⁵

Bu anlamda 694 sayılı KHK⁹⁶ ile yapılan ve 7078 sayılı Kanun’la 01.02.2018 tarihinde aynen kabul edilen⁹⁷ değişiklik ile CMK’nin 196/4 fıkrası yeniden düzenlenmiştir. Düzenlenme sonrasında da sıkça eleştirilen bu uygulamaya yönelik hükme kanunlaşmadan önce öğreti tarafından çokça eleştiriler yapılmıştır.

Bu itibarla, söz konusu CMK 196. Maddesinin 4. fıkrasında “yukarıdaki fıkralar içeriğine göre” denilmiş olsa da, 196. maddenin ilk üç fıkrasında hapis cezasının sınırına bağlı istisnai bir sorgu usulünden bahsedildiği, alt sınırı beş yıl ve daha az olan suçlarda istinabe suretiyle sanığın sorgusunun yapılabilmesinin kabul edildiği, bu sınırın üstünde ise istinabe suretiyle sorgunun mümkün olamayacağı belirtilerek, huzurda sorgunun zorunlu olduğu durumlarda SEGBİS kullanılmak suretiyle uzakta olan sanığın sorgusunun yapılamayacağı savunulmaktaydı.⁹⁸ Hatta beş yıl ve daha fazla hapis cezasının gerektiren bir suçtan yargılanan sanığın SEGBİS ile sorgusunun yapılmasına

hazır bulunma hakkının varlığı da zımnen kabul edilmiştir. Somut olayda, başka bir suçtan hükümlü olan sanığın, savunmasının alındığı, 12.06.2012 tarihli talimat duruşmasındaki “... esas mahkememde yüzleşme talebim vardır,doğrudan doğrudanlık ilkesinin uygulanmasını duruşmalara katılmamı,CMK 194,195,196 maddelerinin uygulanmasını talep ediyorum” şeklinde beyanına rağmen, 19.07.2012 tarihli duruşmada talebin “Sanık yüzyüze beyanının alınması yönünde talepte bulunmuş ise de yüzyüze beyanının alınmasının davaya herhangi bir katkı sağlamayacağı anlaşıldığından ve sanık tarafından da savunmasının alınıp imza yazı örnekleri alınmış bulunduğu mahkememizde hazır bulundurulma zorunluluğu bulunmadığından” şeklindeki gerekçeyle reddine karar verilip, sanık hakkında atılı suçtan hükümlülük kararı verilmesi karşısında, duruşmalardan bağımsız tutulmak istemeyen sanığın savunmasının esas mahkemesince alınması gerektiği gözetilmeden veya CMK’nın 196/4. maddesine göre sanığın aynı anda görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle savunmasının alınabilmesi olanağı araştırılmadan, savunma hakkı kısıtlanarak, CMK’nın 196 ve AİHS’nin 6/3-c maddelerine muhalefet edilmesi bozmayı gerektirmiştir...”
Yargıtay 18 CD, 2152/1439, 08.02.2018.

⁹⁴ Özge Apiş, “Güncel Yargı Kararları ve Yasa Değişiklikleri Işığında İfade Alma ve Sorgu Sırasında Şüpheli/Sanığın Hakları” (2019) 25(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 53, 56.

⁹⁵ Yenisey ve Nuhoglu (n 51) 740.

⁹⁶ Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname KHK 694/147.madde- RG 25.08.2017 /30165.

⁹⁷ Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun-7078/142. Madde- RG 08.03.2018/30354 (Mükerrer).

⁹⁸ Ersan Şen, “Uzakta Olan Sanığın Sorgusu” (2016) <<https://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1875201-uzakta-olan-sanigin-sorgusu>> Erişim Tarihi:24 Nisan 2021; Karakehya ve İnce Tunçer (n 32) 128.

dair talebinin bile kabul görmemesi gerektiği ifade edilmektedir.⁹⁹ Yine benzer bir görüşle, beş yıl ve üzeri hapis cezası gerektiren suçlar bakımından sanığın özgürlüğünü kısıtlayıcı cezalara maruz kalmasının çok daha olası olduğu ve savunma hakkının korunması bakımından çok daha zaruri olduğu bu nedenlerle “yukarıdaki fıkralar içeriğine göre...” ifadesiyle, istinabe yasağının bulunduğu hallerde SEGBİS’in kullanılamayacağı belirtilmektedir.¹⁰⁰

Yapılan düzenlemeyle artık “hâkim veya mahkemenin zorunlu gördüğü durumlarda” sanığın sorgusunun SEGBİS ile yapılmasının önü açılmıştır. Yargıtay ve AİHM de kararlarında belirttiği gibi bu usul sanığın savunma hakkının kısıtlanmasına ve adil yargılanma hakkının ihlaline de neden olmayacaktır. Bununla birlikte söz konusu madde hükmünde belirtilen ifadelerin keyfilik önlenmesi anlamında daha net ve somut olarak yeniden düzenlenmesi kanaatimizce yerinde olacaktır.

3. SEGBİS SİSTEMİ AÇISINDAN SANIĞIN DURUŞMADA HAZIR BULUNMA HAKKI

3.1. Genel Olarak

Adalet Bakanlığı tarafından Ulusal Yargı Ağı Projesi(UYAP)’ne bağlı olarak Sesli ve Görüntülü Bilişim Sistemi(SEGBİS) kurulmuş ve 2013 yılından itibaren adliyeler ile ceza infaz kurumlarında kullanılmaya başlanmıştır.¹⁰¹

Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi (SEGBİS), UYAP Bilişim Sisteminde ses ve görüntünün aynı anda elektronik ortamda iletildiği, kaydedildiği ve saklandığı bir sistem olarak tanımlanmıştır.¹⁰² Yönetmelikte¹⁰³ sistem için gereken standartların, görüntü ile sesin aynı anda, güvenli bir şekilde iletilebilmesini ve kaydedilebilmesinin gerektiği; görüntünün, ilgilinin yüz ifadelerini, vücut hareketlerini, tavır ve davranışlarını gözlemlemeye; sesin, ilgilinin duygularını anlamaya ve söylediklerini anlaşılır bir şekilde dinlemeye imkân verecek nitelikte olması gerektiği; bilgi, belge ve delillerin elektronik ortamda anında iletilebilmesinin gerektiği; açıkça ifade edilmiştir.

SEGBİS ise birlikte, ifade alma ve sorgu işlemleri ile duruşmaların video kaydına alınması, yargı çevresi dışında bulunan veya mahkemede hazır bulunamayan kişilerin video konferans yoluyla dinlenilmesi ve ifadelerinin

⁹⁹ Şen *Uzakta Olan Sanığın Sorgusu* (n 98).

¹⁰⁰ Dursun (n 51) 138.

¹⁰¹ Halil Güner, “SEGBİS Sisteminin Cezaevi Uygulamasının Adil Yargılanma Hakkı Yönünden Değerlendirilmesi” (2014) 9(99) Terazi Hukuk Dergisi 84, 84.

¹⁰² Ceza Muhakemesinde Ses Ve Görüntü Bilişim Sisteminin Kullanılması Hakkında Yönetmelik. Mevzuat Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 17 Nisan 2021.

¹⁰³ RG 20.09.2011/28060.

kayda alınması olanağı sağlanmıştır.¹⁰⁴ SEGBİS'in kullanılması sayesinde, Anayasa'nın 141/son fıkrasında davaların en az giderle ve mümkün olan hızla sonuçlandırılmasının yargı organlarının görevi olarak ifade edilen hükmün gereğinin yerine getirilme amacına, daha da etkin olacağı belirtilmektedir.¹⁰⁵ Nitekim Adalet Bakanlığı da yayınlamış olduğu genelgede¹⁰⁶, "Sistemin kullanılması sonucunda 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 52, 58, 94, 147/1-h, 180, 196 ve 219. Maddelerinde öngörülen ifade alma, sorgu ve duruşma işlemlerinde teknik imkânlardan yararlanma ve teknik araçlarla kayda almaya dair düzenlemelerin etkin bir şekilde uygulanması; ifadesi ya da savunması alınacak kişilerin bizzat mahkemesince dinlenilmesi ya da sorgulanması, bunun sonucu olarak dosyaya, kişiye ve olaya göre daha sağlıklı ifade alınması; mahkemece duruşmaların daha etkin yönetimi ve mahkemenin, duruşma sırasında gerçekleşen olaylara ve tarafların beyanlarına daha iyi vukûfiyeti; yol tutuklaması uygulamasından kaynaklanan mağduriyetlerin ortadan kaldırılması gibi faydalar sağlanabilecektir" denilmiştir. Yine genelgede, SEGBİS'in kullanılmasıyla, AİHS'in m. 5/3'te belirtilen "makul sürede hâkim önüne çıkarılma", m. 6/1'de belirtilen "kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan mahkeme önünde makul sürede yargılanma" ilkeleri doğrultusunda insan hakları ihlallerinin önleneyeceği; dolayısıyla da ülkemiz aleyhine verilen kararlarla maddi ve manevi tazminata mahkûm edilmesinin bu suretle önüne geçileceğinin düşünüldüğü ifade edilmektedir.¹⁰⁷

Ceza Muhakemesi Hukukunda SEGBİS, CMK 52, 58 ve 180. Maddeler uyarınca tanık ve bilirkişilerin dinlenmesi sarasında, 147. Madde uyarınca şüphelinin ifadesi veya sanığın sorgusu sırasında, 196. Maddenin 4. fıkrası uyarınca duruşmada bulunmaktan bağışık tutulan sanığın sorgusunda, 94. Madde uyarınca yakalanan ve öngörülen sürede hâkim önüne çıkarılmayan şüpheli ya da sanığın sorgusunda ve son olarak uluslararası adli yardımlaşma kapsamında kullanılabilir.¹⁰⁸

¹⁰⁴ Sami Acar ve Hülya Gürsoy, "Türkiye Mahkemelerinde Sesli Görüntülü Kayıt ve Video Konferans Sistemi Uygulamasına Geçiş: Ceza Mahkemeleri Örneği" (2012) (4) Ankara Barosu Dergisi 109, 131; Arif Gozel, "Yargılamada Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi (SEGBİS) Kullanımı" Akademia <https://www.academia.edu/12580753/Yarg%C4%B1lamada_Ses_ve_G%C3%B6r%C3%BCnt%C3%BCnt%C3%BC_Bili%C5%9Fim_Sistemi_SEGB%C4%B0S_Kullan%C4%B1m%C4%B1> Erişim Tarihi: 25 Nisan 2021.

¹⁰⁵ Kolcu (n 59) 263; Acar ve Gürsoy (n 104) 131.

¹⁰⁶ Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Dairesi Başkanlığı, 14.12.2011/150. <<https://www.adalet.gov.tr/pdf/segbis.pdf>> Erişim Tarihi: 1 Mayıs 2021.

¹⁰⁷ Segbis'in sunduğu olanaklar ve faydalar ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Erdal Yerdelen, "Ceza Muhakemesinde Videokonferans Yönteminin (Segbis) Kullanımı"(çev: Erdal Yerdelen (n 107)) (2019) 1(2) Bilişim Hukuku Dergisi 271, 273 vd.; Acar ve Gürsoy (n 104) 131 vd; Gozel (n 104).

¹⁰⁸ Dursun (n 51) 136.

3.2. SEGBİS ve Sanığın Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı

Ceza yargılamasında teknolojik imkânlardan yararlanmak hem ispat hem de muhakeme hukuku bakımından insanlığa büyük olanaklar sunmakta, kolaylıklar sağlamaktadır. Bu itibarla, daha etkin ve etkili bir ceza yargılaması için teknolojik gelişmelerin yakından takip edilmesi ve yenilikler hakkında hazırlık çalışmaları yapılarak ceza muhakemesine adapte edilmesi önemli anlamda yararlı olacaktır. Bu bağlamda ses ve görüntü nakli yapan sistemlerin ceza muhakemesinde kullanılmasıyla da büyük yararlar sağlanmaktadır. Gerçekten de yargılamada yer alan bir sanık veya tanığın bulunduğu yerden kilometrelerce uzaktaki esas mahkemesine fiziken getirilmesi, gerek zaman gerekse ekonomik anlamda önemli kayıplara neden olmaktadır. Bununla birlikte söz konusu bu nakiller sırasında özellikle sanıkların yaşamları ve vücut bütünlükleri açısından ciddi tehlikeler meydana gelebilmektedir.¹⁰⁹

CMK 196/4 hükmü uyarınca, SEGBİS'in kullanılması ile sanığın sorgusunun yapılmasına izin verilmiştir. İstinabe yasağının bulunduğu durumlarda sanığın sorgusu SEGBİS kullanılarak yapılabilecektir.¹¹⁰

CMK m.196/4 hükmü, yargılamada duruşmadan bağışık tutulma kavramı ile maddi gerçeğe ulaşma amacını bağdaştıran ve çözüm arayan bir hükümdür. Bu düzenlenme ancak zorunluluk hallerinde uygulanabilecektir. Bu halin varlığını ya da yokluğunu ise hâkim/mahkeme belirleyecektir. Burada önemli olan nokta ise, bu işlemin sadece yurt içinde bulunan bir sanık hakkında öngörülmüş olmasıdır.¹¹¹

Yargıtay kararlarında¹¹² “sanık olmaksızın yargılama olmaz” ilkesi üç biçimde açıklanmıştır. Buna göre;

1. Genel olarak kural, sanığın duruşmada hazır bulundurulmasıdır. Sanığın bu hakkı, ancak somut ciddi nedenlere dayalı olarak mahkeme kararı ile sınırlandırılabilir.

2. İlk ve son savunmanın yapıldığı, esasa ilişkin delillerin toplandığı oturumlara, sanığın SEGBİS yolu ile katılması için açık kabulü olmalıdır.

3. Sesli ve görüntülü yöntemle savunma alınması durumunda, talebi doğrultusunda sanığın yanında da müdafî bulunması imkânının sağlanması koşulları gerçekleştiğinde, savunma hakkının kısıtlanmadığı kabul edilebilecektir.

¹⁰⁹ Karakehya ve İnce Tunçer (n 32) 122.

¹¹⁰ Yenisey ve Nuhoğlu (n 51) 740.

¹¹¹ Yurtcan *CMK* (n 53) 682.

¹¹² Yargıtay 16 CD, 1076/1932, 19.06.2015; Yargıtay 16 CD, 1078/1930, 19.06.2015; Yargıtay 16 CD, 1083/1926, 19.06.2015.

Yukarıda sayılan durumların dışında; sanığın SEGBİS yoluyla ifadesinin alınabilmesi için, huzurda bulundurulmasının mümkün olmaması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle; SEGBİS, savunma hakları bakımından sanığa tanınan “ikincil asgari hak” niteliğine sahiptir.¹¹³

SEGBİS ile ilgili temel sorunlardan biri, duruşmaya bizzat katılmak isteyen sanığın duruşmaya getirilmemesi ve SEGBİS üzerinden duruşmaya katılmaya yönlendirilmesi olarak belirtilmektedir. Yapılan bu düzenlemeyle, söz konusu video konferans sisteminin sanığın işlediği isnat olunan bütün suçlarda yaptırım miktarına bakılmaksızın uygulanmasının önü açılmaktadır. Böylece, modern çağın olanakları sayesinde “istem dışı SEGBİS” sisteminin geldiği, tüm yargılamanın telekonferans sistemiyle yapılmasının ve istisnanın kural olmasının önü açıldığı ifade edilmektedir.¹¹⁴

Bu düzenlemenin hukuka aykırı olduğu, sanık haklarının ihlali niteliği taşıdığı savunulmaktadır. Bu uygulama ile sanık ya da müdafinin isteği veya rızasının aranmadığı; sanığın veya müdafin isteği ya da rızası olmadan teknolojik yöntemlerle duruşmaların devam ettirildiği; bütün bu durumların hem sanığın hazır bulunma hakkının ihlal edilmesine ve delillerin kolektifliği ilkesini zedelenmesine hem de doğrudan doğruyalık ilkesine aykırılık oluşturduğuna yönelik görüş savunulmaktadır.¹¹⁵ Bu nedenle doğrudan doğruyalık ilkesi kapsamında kullanılan SEGBİS’in, sanık hakkında uygulanması öngörülen, hapis cezasının ertelenmesi, cezanın bireyselleştirilmesi ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumları bakımından çok da sağlıklı bir uygulama olmadığı belirtilmektedir.¹¹⁶

Öte yandan, uygulamada, sanığın istinabe yoluyla sorgusu yapılırken, yetkili mahkeme tarafından düzenlenen talimat evrakında dosya kapsamındaki lehe ve aleyhe delillere genellikle yer verilmediği ve aracı kılınan mahkeme tarafından sanığa sorulması istenen konuların belirtilmediği ifade edilmektedir. Oysa belirtilen bu hususlar yerine getirilmesi hem meram anlatma ilkesinin sağlanması hem de maddi gerçeğe ulaşılması bakımından gereklidir.¹¹⁷ Bu uygulamadan dolayı sanık delilleri görmeden sadece iddianame içeriğine göre savunma yapmak zorunda kalmakta, böylelikle de savunması eksik olmaktadır.¹¹⁸

¹¹³ Ersan Şen, “Sanığın Mahkemeye Çıkma Hakkı” (2016) <<https://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1830305-sanigin-mahkemeye-cikma-hakki>> Erişim Tarihi: 24 Nisan 2021.

¹¹⁴ Taner (n 12) 325.

¹¹⁵ Ünver ve Hakeri (n 22) 1437.

¹¹⁶ Dursun (n 51) 152.

¹¹⁷ Veli Kafes, “Ceza Muhakemesinde Meram Anlatma İlkesinin Sağlanması” (2015) 3(2) Ceza Hukuku Kriminoloji Dergisi 181, 195.

¹¹⁸ Kolcu (n 59) 261.

Diğer bir sorunun ise, madde metninde geçen zorunlu ibaresinden anlaşılması gerekenin mutlak bir zorunluluk olması gerektiğidir. Bu durumda mahkeme ya da hâkimin zorunlu gördüğü durumun ne olduğunu ve sanığın duruşmada hazır bulunma talebinin neden yerine getirilmediğinin açıklanması gerekmektedir.¹¹⁹ Aksi halde, sanık SEGBİS ile bağlansa dahi sanığın duruşmaya katılma hakkı elinden alınmış olacaktır. Bu nedenlerle yapılan değişikliğin yerinde olmadığı ifade edilmektedir.¹²⁰ Yargıtay da yapılan bu tür uygulamaların savunma hakkını kısıtlar mahiyette olduğunu belirtmektedir.¹²¹

Sanığın SEGBİS yoluyla duruşmaya katılmayı kabul ettiği durumlarda dahi meydana gelen yaygın sorunlardan biri, SEGBİS’le yapılan bağlantılarda zaman zaman sanığın duruşma salonunu duymaması ve sanığın sesinin salona duyulabilir ve anlaşılır bir şekilde ulaşmamasıdır. Bu halde, sanığın muhakemeye etkin bir şekilde katılma hakkı tehlikeye girebilmektedir. Örneğin Stanford/Birleşik Krallık¹²² başvurusunda, başvuru duruşmalar sırasında cam bir bölmenin arkasında olması ve duruşma salonunun kötü akustiğe sahip olmasından dolayı konuşmalarını yeteri kadar duymadığını iddia etmiş ise de;

¹¹⁹ Taner (n 12) 326; Apiş (n 94) 56.

¹²⁰ Taner (n 12) 326.

¹²¹ “...Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu’nda başka suçtan hükümlü bulunan sanığın SEGBİS aracılığıyla alınan savunmasında; “Yargıtay bozma ilamına bir diyeceğim yoktur. Ben SEGBİS sistemiyle ifade vermeyi kabul etmiyorum. Ben bizzat mahkeme huzurunda ifade vermek istiyorum, daha fazla konuşmak istemiyorum” şeklinde beyanda bulunduğu ve temyiz dilekçesinde de bu husustan bahsettiğinin anlaşılması karşısında YGGK 13/02/2018 tarih, 2016/16-814 Esas, 2018/42 Karar sayılı ve 27/02/2018 tarih, 2017/16-33 Esas, 2018/74 Karar sayılı kararlarında da, yukarıda belirtilen kanun değişikliği itibarıyla hakim veya mahkemenin zorunlu gördüğü durumlarda alt sınırı beş yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan yargılanan ve mahkeme huzuruna getirilme talebi bulunan sanığın SEGBİS yöntemi ile sorgusunun yapılmasına ve duruşmalara katılımına karar verilmesinin bozma sebebi oluşturmayacağına karar verilmiştir. Bozma öncesi ve sonrasında SEGBİS sistemi aracılığıyla ifade vermek isteyen sanığın sorgusunun, kanun gerekçesinde de belirtildiği gibi zorunlu görülen tarafların güvenliklerinin tehlikeye düşmesi veya davanın makul sürede sonuçlandırılmasına engel olması gibi hangi durumların gözönünde bulundurulduğu açıklanıp belirtilmeden duruşmada hazır bulundurulmayıp SEGBİS aracılığıyla sorgusu yapılarak mahkumiyetine karar verilmesi suretiyle savunma hakkının kısıtlanması bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 17 CD, 13907/14660, 19.11.2018; “Menemen T Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda tutuklu olarak bulunan sanığın, hükümden önce 25.08.2017 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren 694 Sayılı K.H.K’nın 147. maddesiyle değişik CMK’nın 196/4. maddesinde öngörülen zorunluluk halinin ne olduğu belirtilmeden yargılamanın hiçbir aşamasında mahkeme salonunda hazır bulundurulmaksızın SEGBİS yöntemiyle savunması alınıp son sözü sorulmak suretiyle yargılamanın tamamlanıp CMK’nın 289/1-h maddesi kapsamında aynı Kanunun 196/4. maddesine muhalefet edilerek savunma hakkının kısıtlanması bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 16 CD, 1162/2275, 28.06.2018.

¹²² Stanford v Birleşik Krallık, App no:16757/90, (ECHR, 23 February 1994).

AİHM verdiği kararda, dosyada yer alan ve duruşma salonunun akustiğinin yeterli olduğu yönündeki raporlara dikkat çekmiş ve söz konusu şikâyetin ilk derece mahkemesinde ileri sürülmediğini belirterek söz konusu olayda ihlal olmadığına kanaat getirmiştir.¹²³

Ülkemizde uygulanan SEGBİS ile de, teknik aksaklıklar sebebiyle kullanımını zorlaştırdığı, duruşma salonu ile tutuklunun bulunduğu yer arasında ses ve görüntü bağlantısının kopukluğu ve zayıflığı, alınan beyan ve ifadelerin yargılamaya dolaylı olarak aktarıldığı, sanığın sergilediği davranış ve mimiklerin doğrudan görülmemesi gibi gerekçelerle yargılamanın sağlığını, saygınlığını ve dürüstlüğünü azalttığı ifade edilmektedir.¹²⁴

Video konferans uygulamasının yaygınlaşmasına gerekçe olarak gösterilen nedenlerden birisi ise muhakemenin makul sürede tamamlanmasına yönelik katkı olarak gösterilmektedir. Bununla birlikte; makul sürenin, savunma hakkının gereği gibi kullanılması için gereken sürenin kısıtlanmamasının bahanesi olamayacağı; modern ceza yargılamasında esas olanın, kısa sürede yargılanmak değil maddi gerçeğin ortaya çıkartılması olduğu; bu şekilde bulunan maddi gerçeğin de, mutlak gerçeklikle ne kadar uyduğunu tartışmalı olacaktır belirtilerek söz konusu uygulama eleştirilmektedir.¹²⁵

SEGBİS gibi video konferans sisteminin uygulanması, yüz yüzelik ilkesi bakımından da ayrı bir tartışma konusu olmaktadır. Video konferans yönteminin kullanılması yüzyüzelik ilkesine uygundur. AİHM de Viola/İtalya davasında, başvuranın temyiz aşamasında video konferans yöntemiyle ifadesinin alınmasını, sanığın duruşmada hazır bulunma hakkını ihlal etmediğini belirtmiştir. Ancak bu durumda dahi sanık ile müdafinin, başkalarının duymayacağı şekilde görüşmesine olanak sağlanmalıdır.¹²⁶

3.2.1. Yargı Kararları Işığında SEGBİS ve Sanığın Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı

Önemine binaen SEGBİS ve sanığın duruşmada hazır bulunma hakkı arasındaki ilişkiyi açıklayan uluslararası ve ulusal yargı kararlarını ayrıntılı olarak incelemekte yarar görmekteyiz.

AİHM, Marcello Viola v. İtalya davasında¹²⁷, “çok sayıda cinayet, cinayete teşebbüs, mafya tarzı bir suç örgütüne üye olmak ve yasaya aykırı olarak silah bulundurma suçları ile suçlanan ve ilk derece mahkemesince bazı suçlardan mahkûm edilen başvuran, İstinaf Mahkemesi duruşmasında, 26 Temmuz 1975

¹²³ Taner (n 12) 324.

¹²⁴ Şen *Sanığın Mahkemeye Çıkma Hakkı* (n 113).

¹²⁵ Taner (n 12) 328.

¹²⁶ Yenisey ve Nuhoğlu (n 51) 740.

¹²⁷ Marcello Viola v Italy, App no:45106/04, (ECHR 05 October 2006).

tarihli 354 sayılı Hapishane Organizasyonu Kanununun 41. bölümü uyarınca, dış dünya ile temasını sınırlayan, sınırlandırılmış hapishane rejimine tabi tutulduğu, tutuklu bulunduğu hapishaneden duruşma salonuna getirilmemiştir. Bununla birlikte, başvuranın 21.02.2001, 15.06.2001 ve 05.03.2002 tarihlerinde yapılan duruşmalara İtalyan Ceza Usul Kanununun 146 maddesi uyarınca sesli ve görüntülü sistemler kullanılarak katılımı sağlanmıştır. Davalının duruşmalara video konferans yöntemi kullanılarak katılımının sağlanması Sözleşme'ye aykırı olmasa da, her bir davada bu yöntemle başvurulmasının meşru bir amaç güdülerek yapılmasının sağlanması ve delil sunumu ile ilgili düzenlemelerin yerine getirilmesi gerekmektedir. Mahkeme'ye göre bu durumdaki bir mahkûmun transferinde ciddi güvenlik önlemleri alınması gerekmekte olup firar etme veya saldırıya uğrama riski bulunduğu inkâr edilemez. Ayrıca tutuklunun mensubu olduğundan şüphe edilen suç örgütü ile tekrar temasa geçme olasılığını yaratma ihtimali de bulunmaktadır. Mahkeme başvuranın ikinci ceza yargılaması duruşmalarına video konferans yöntemiyle katılımının sağlanmasında savunmanın yargılamaya taraf diğer taraflara nazaran ciddi bir şekilde daha dezavantajlı bir konuma düşürülmediği ve başvuranın Sözleşme'nin 6. Maddesi'nde düzenlenen adil yargılanma hakkının özünde bulunan hak ve yetkilerini kullanma fırsatının bulunduğu kanaat getirmiştir. Bu gerekçelerle, mahkeme oybirliğiyle, Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.”¹²⁸

Marcello Viola - İtalya kararının, SEGBİS usulünün uygulandığı yargılamalarda örnek teşkil edebilmesi için; yargılama makamının SEGBİS usulünün kullanımına ilişkin kararının, öncelikle AİHS m.6 ile korunan dürüst yargılanma hakkına ilişkin usuli güvencelerin özünü ortadan kaldırmaması ve sanığın savunma hakkına orantısız müdahale içermemesi gerekmektedir. Diğer bir deyişle; Marcello Viola kararı veya örnek gösterilecek herhangi bir karar, bireyin mahkemede hazır bulunma hakkını bertaraf edecek biçimde her celse için uygulanabilecek bir yol olarak algılanmamalıdır.¹²⁹

¹²⁸ Aynen aktarım Kafes (n 117) 196; Ayrıca karar hakkında ayrıntılı bilgi ve karar tahlili için bkz. Veli Kafes, “Marcello Viola v. İtalya Karar İncelemesi” <<http://docplayer.biz.tr/3731340-Marcello-viola-v-italyakarar-incelemesi.html>> Erişim tarihi:25 Nisan 2021. Marcello Viola-İtalya kararında ihlale hükmedilmemesinin nedenleri hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Yerdelen (n 107) 20 vd.

¹²⁹ Şen, Türkiye’de kullanılan SEGBİS yönteminde, sanık ve müdafine, üçüncü kişiler tarafından dinlenip öğrenilme teşebbüsünü bertaraf eden iletişim ağı bir tarafa, sanığın savunmasını güçlendirmek amacıyla hukuki destek alabileceği, aynı ortamda müdafine soru sorup danışabileceği ve görüşmelerini “gizli” gerçekleştirebileceği alanın dahi tanınmadığını, yani AİHM kararında geçen usul güvencelerinin henüz Türkiye’de sağlanmadığını ifade etmektedir. Bkz. Şen *Sanığın Mahkemeye Çıkma Hakkı* (n 113).

Anayasa Mahkemesi'nin değerlendirme yaptığı önemli bir karar ise, Erdal Korkmaz ve Diğerleri Kararı'dır.¹³⁰ Bu kararda; başvurucular hakkında silahlı terör örgütüne üye olma suçundan yürütülen soruşturma kapsamında tutuklanan başvurucuların CMK m. 108/1 gereğince tutukluluğun gözden geçirilmesi için İstanbul 1 No.lu Hâkimliğince cezaevinde bulunmalarını nedeniyle SEGBİS yoluyla savunmaları alınmıştır. Başvuru konusu olayda başvurucuların iddialarından biri de, tutukluluk incelemelerinin duruşmalı yapılmasının istenmesine karşın SEGBİS usulüyle yapılmasının Anayasa m.36'da düzenlenen adil yargılanma hakkının ihlaline neden olacağıdır. Anayasa Mahkemesi ise başvuru konu olayla ilgili yaptığı değerlendirmede, AY m.19/8 kapsamında tutukluluğa yapılan her itirazda başvurucunun dinlenilmesinin gerekli olmadığını yalnızca tutukluluğun gözden geçirilmesinde "çelişmeli yargı" ve "silahların eşitliği" ilkelerine riayet edilmesi gerektiğini; tutukluluk incelenmesinin ve tahliye talebi değerlendirmesinin SEGBİS vasıtasıyla yapılmasının ve başvurucuların o anda herhangi bir beyanda bulunmayışını hatta Cumhuriyet savcısının da sözlü beyanda bulunmak üzere mahkemeye çağrılmamış olmasını "silahların eşitliği" ilkesine aykırı olmadığını; SEGBİS yoluyla yapılan yargılamayla makul sürede karar verilebilme olanağının tanındığını ve bu sistemin güvenlik bakımından da faydalı olduğunu; AİHM'in Marcello Viola/İtalya kararına atıf yaparak sanıkların duruşmaya video konferans yöntemiyle katılımının sağlanmasının, savunmanın diğer taraflara nazaran ciddi bir şekilde dezavantajlı bir konuma düşürülmediği durumlarda sanığın duruşmada hazır bulunma koşulunu gerçekleştireceğini; kısaca ve özetle SEGBİS'in vasıtasıyla yapılan duruşmada yüz yüzelik ilkesini sağladığını belirtmiştir. Kanaatimizce, söz konusu kararda belirtilen gerekçeler yerindedir.

Ayrıca 06/02/2020 tarihinde Anayasa Mahkemesi, "Duruşmaya Ses ve Görüntü Bilişim Sistemiyle Katılımın Sağlanmaya Çalışılması Nedeniyle Duruşmada Hazır Bulunma Hakkının İhlal Edilmesi" hususunda çok önemli iki karar vermiştir. Mahkeme'nin verdiği kararlardan ilk olarak Emrah Yayla Başvurusuna bakıldığında; başvurucunun ceza infaz kurumundaki eylemleri nedeniyle hakkında disiplin soruşturması açılmıştır. Disiplin Kurulu başvurucuya ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma ve hücreye koyma cezası vermiştir. Başvurucu, anılan karara karşı İnfaz Hâkimliğine şikâyet başvurusunda bulunmuştur. Hâkimlik şikâyetin duruşmalı olarak inceleneceğini, başvurucunun Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi (SEGBİS) odasında hazır bulundurulmasını yapabileceğini belirtmiştir. SEGBİS odasında hazır bulundurulan başvurucu mahkeme huzurunda savunma yapmak istediğini beyan etmiştir. Hâkimlik, hükümlünün duruşmaya SEGBİS vasıtası ile katılmasının ceza muhakemesi ilkelerine uygun olduğunu,

¹³⁰ Anayasa Mahkemesi, 2013/2653, 18.11.2015.

bu yönde Anayasa Mahkemesi kararları bulunduğunu belirterek başvurunun yaptığı itirazı reddetmiştir. Başvurucunun, SEGBİS ile duruşmaya katılmaya zorlandığını, duruşma salonunda savunma yapma hakkının kullandırılmadığını ve tanıklara soru sormadığını belirterek karara yaptığı itiraz Ağır Ceza Mahkemesince de reddedilmiştir. Başvurucu, duruşmada hazır bulunma taleplerinin reddedilerek ses ve görüntü aktarımı suretiyle duruşmaya katılımlarının sağlanmaya çalışılması nedeniyle duruşmada hazır bulunma haklarının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

Somut olayda başvurunun duruşmaya bizzat katılması yönünde hiçbir çaba içine girilmemiş, aynı şehir merkezinde bulunan bir ceza infaz kurumundan duruşmaya katılamamasının niçin gerekli görüldüğü de açıklanmamıştır. Bu çerçevede Hâkimlikçe hiçbir alternatif değerlendirilmeden ve olaya özgü somut gerekçeler de sunulmadan başvurunun duruşmada hazır bulunma talebi reddedilmiştir. Mahkemece yapılan değerlendirmede, uyuşmazlığın bizzat duruşmada bulunmayı gerektiren bir nitelik taşıyıp taşımadığı hususunda Hâkimlikçe herhangi bir değerlendirme yapılmadan genel ve kategorik bir sebeple başvurunun yokluğunda duruşma yapıldığı ve bu durumun da Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki duruşmada hazır bulunma hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşıldığı ifade edilmiştir.

Benzer nitelikteki diğer karar olan Şehrivan Çoban Başvurusuna bakıldığında; başvuru hakkında silahlı terör örgütüne üye olma suçundan kamu davası açılmış, başvuru yargılamanın ilk celsesinde hazır bulunmuş ve Ağır Ceza Mahkemesinde savunma yapmıştır. Güvenlik riski nedeniyle başvuru başka bir şehirdeki ceza infaz kurumuna sevk edilmiştir. Mahkeme, başvurunun yapılması planlanan duruşmaya SEGBİS aracılığı ile katılımının sağlanması için İnfaz Kurumuna müzekkere yazmıştır. Başvurucu; Mahkemeye sunduğu dilekçede SEGBİS vasıtası ile duruşmaya katılmak istemediğini, duruşmada hazır bulunarak savunma yapmak istediğini beyan etmiştir. Yargılamanın son celsesinde Mahkeme, başvurunun bizzat duruşmada hazır bulunma talebini değerlendirmiş ve video konferans yöntemi ile savunma alınmasının ilgili mevzuata uygun olduğu gerekçesiyle talebin reddine ve başvurunun silahlı terör örgütü üyesi olma suçundan 8 yıl 9 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına hükmetmiştir. Başvurucu; hükmü temyiz etmiş fakat Yargıtay hükmü onamıştır. Başvurucu, duruşmada hazır bulunma taleplerinin reddedilerek ses ve görüntü aktarımı suretiyle duruşmaya katılımlarının sağlanmaya çalışılması nedeniyle duruşmada hazır bulunma haklarının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

Başvurucunun SEGBİS yoluyla duruşmaya katılımının sağlanmak istenmesinin amacı Mahkemece, Mahkemenin bulunduğu il merkezinde ve çevresinde meydana gelen terör olayları nedeniyle duruşma salonuna transfer

sırasında başvuruçunun ve görevlilerin güvenliği açısından zorluk yaşanmaması ve makul sürede yargılama yapılması olarak belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi ise değerlendirmesinde; ilk derece mahkemesinin başvuruçunun duruşmada hazır bulunma ve duruşmaya katılması yönünde bir çaba içine girmedigini; İlk derece mahkemesinin güvenlik gerekçesi makul görülmele birlikte örneğin duruşmanın daha uygun başka bir günde yapılabilmesi önünde herhangi bir engel olup olmadığının araştırılmadığını, başvuruçunun duruşmaya katılmasını mümkün kılmayan olaya özgü koşulların varlığının gösterilmediğini ve yeni bir duruşma günü verilmesi dâhil başka alternatiflerin de sonuçsuz kaldığının ortaya konulmadığını; başvuruçunun hakkından feragat de etmediğini; Mahkemenin, başvuruçunun duruşmaya katılmasını sağlamak için herhangi bir alternatif yöntemi denemeden ve bunun mümkün olmayıp SEGBİS yönteminin kullanılmasının zorunlu olduğunu göstermeden başvuruçunun talebini reddettiğini, duruşmada hazır bulunma talebinin reddedilmesinin zorunlu olduğu ilk derece mahkemelerince somut bir biçimde ortaya konulmadığını, bu nedenlerle de Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki duruşmada hazır bulunma hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşıldığı ifade edilmiştir.

Yargı kararları ve içtihatlarında da açıkça görüldüğü üzere, ses ve görüntü nakli yapan bu sistemleri kullanırken gerekli alt yapının sağlanması, sanığın mahkeme önündeki işlemlerde doğrudan hazır bulunması ve delillerin tartışılmasına etkin olarak katılmasının gereği olan adil yargılanma hakkı bakımından oldukça önemlidir. Bu nedenle, sorgu bakımından ancak zaruri ve sanığın duruşmada hazır bulundurulmasının zorluğunun açıkça belli olduğu durumlarda SEGBİS'ten yararlanılması gerekir. Bu tür zorlukların olmadığı durumlarda, keyfi olarak sanığın duruşmada hazır bulunma hakkının kısıtlanması kabul edilemez.¹³¹ SEGBİS'in zorunlu hallerde kullanılması durumunda ise, sanık duruşma salonundaymış gibi sesleri duyabilmeli ve duruşmaya katılan herkesi takip edebilmelidir. Bu esnada görüntünün ve sesler net olmalı; sanık ve müdafî savunmaya ilişkin gizli olarak görüşme olanağına sahip olmalıdır. Bu şekilde geliştirilen bir alt yapı ve bu tür imkânların sunulması halinde ses ve görüntü nakleden sistemlerin ceza muhakemesinde kullanılmasında bir sakınca bulunmamakta; bilakis muhakemeye çok önemli faydalar sağlamaktadır. Ancak ülkemizdeki SEGBİS'in ne kadar sağlıklı olduğu tartışmaya açıktır.¹³²

Ayrıca SEGBİS'in tüm cezaevlerinde kullanılması ve bu uygulamanın genel uygulamaya dönüşmesiyle, sanığın savunma, delillere ulaşma ve tartışabilme, kendisini özgürce ifade edebilme haklarının sınırlandığı belirtilmektedir.

¹³¹ Karakehya ve İnce Tunçer (n 32) 122; Şen *Sanığın Mahkemeye Çıkma Hakkı* (n 113).

¹³² Karakehya ve İnce Tunçer (n 32) 122.

Bu nedenle kapalı cezaevi koşullarında tutulan tutuklu veya hükümlülerin, güvenlik veya ulaşım zorluğu gibi gerekçelerle mahkemeye getirilmeyerek hazır bulundurulmaması, savunma hakkının kısıtlanmasına ve adil yargılanma hakkının ihlal edilmesine yol açacağı ifade edilmektedir.¹³³

3.2.2. COVID-19 Pandemi Sürecinde Sanığın Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı ve SEGBİS Uygulaması

Bu konuyla ilgili olarak son olarak, halen tüm dünyada ve ülkemizde devam eden COVID-19 Pandemi sürecinde gerçekleşen duruşmalarda, sanığın duruşmada hazır bulunma hakkı ve SEGBİS uygulamasının değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bilindiği üzere salgının başladığı günden bu yana virüs hızla artmakta, tüm insanlığın sağlığını etkilemektedir. Virüs, sadece toplumlara değil, devletlere ve devletlerin bütün organlarına da olumsuz etki etmektedir. Söz konusu olumsuz duruma karşı ülkeler gerekli tedbirleri alarak yargılamaların nasıl işleyeceği ve duruşmaların ne şekilde yapılması gerektiğini kendi iç hukuktaki düzenleme ve uygulamalarla sağlamaya çalışmaktadır.¹³⁴

Avrupa Konseyi bünyesinde bulunan Adaletin Etkinliği İçin Avrupa Komisyonu (CEPEJ) tarafından hazırlanan Avrupa Mahkemelerinde Bilgi Teknolojilerinin kullanılması konulu raporda Avrupa Konseyi üyesi olarak bulunan kırk altı üye ülkenin otuz dokuzunda video konferans olanağının bulunduğu ve ülkelerin neredeyse hepsinde söz konusu video konferans uygulaması hakkında yasal bir düzenleme bulunduğu ifade edilmiştir.¹³⁵ Bununla birlikte Adaletin Etkinliği İçin Avrupa Komisyonu (CEPEJ) tarafından hazırlanan 10 Haziran 2020 tarihli “COVID-19 Pandemisi Sırasında ve Sonrası İçin Yargı Tarafından Öğrenilen Dersler ve Karşılaşılan Zorluklar” başlıklı bildirgesinin siber adalet başlığını içeren beşinci ilkesinde, video konferans, uzaktan duruşma ve çevrimiçi hizmetler gibi bilgi işlem teknolojilerine ilişkin çözümlerde ve dijital adaletin gelecekte doğuracağı gelişmelerde her zaman

¹³³ Güner (n 101) 86; Şen *Sanığın Mahkemeye Çıkma Hakkı* (n 113).

¹³⁴ Mukayeseli hukuk bağlamında diğer ülkelerin sesli ve görüntülü duruşma hakkındaki uygulamalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Ramadan Sanıvar, “Ceza Muhakemesinde SEGBİS (Video Konferans Yönteminin) Kullanılması (Duruşmalarda Sesli ve Görüntülü Bilişim Sistemi/SEGBİS Dönemi) ve Covid 19 (Koronavirüs) Pandemisi Sürecinde Uygulanabilirliği ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AIHM’in) SEGBİS Uygulamasına İlişkin Yaklaşımı: Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Marcello/İtalya İçtihat Kararı Işığında Belirlenen Kriterler” (2021) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 18 (2) 1615, 1636.

¹³⁵ <<https://rm.coe.int/european-judicial-systems-efficiency-and-quality-of-justice-cepej-stud/1680786b57>> Erişim Tarihi: 2 Şubat 2022.

adil yargılanma hakkına ilişkin temel hak ve ilkelere riayet edilmesi gerektiği vurgulanmıştır.¹³⁶

Öte yandan AİHM de, COVID-19 (Koronavirüs) pandemisi süreci göz önünde bulundurularak 02.06.2020 tarihinde 152/2020 sayılı kararlar duruşmalarda video konferans yönteminin uygulanması gerektiği kabul edilmiştir.¹³⁷ Bu itibarla AİHM'deki söz konusu duruşmaların tümü videoya çekilmekte ve video kayıtları ertesi gün web sayfasında yayınlanmaktadır. Örnek olarak; 152/2020 sayılı kararlar Haziran 2020 tarihinde M.A/Danimarka'ya karşı (Bşv. No: 6697/18) Kurt/Avusturya'ya karşı (Bşv. No: 62903/15), Savran/Danimarka'ya karşı (Bşv. No: 57467/15) davaları AİHM huzurunda video konferans yöntemiyle görüşülmüştür.¹³⁸

Diğer ülkelerde yapılan uygulamalar gibi ülkemiz de Covid-19 Pandemi sürecine ilişkin gerekli tedbirleri almaya çalışmıştır. Buna istinaden, ülkemizdeki her kurumda olduğu gibi adalet ve hukuk alanlarında da Hâkimler ve Savcılar Kurulu Genel Sekreterliği tarafından salgına ilişkin tedbirler¹³⁹ ve tedbirlerin uzatılmasına ilişkin kararlar¹⁴⁰ alınmıştır.¹⁴¹ Alınan bu kararlar ile pandemi sürecinde tutuklu işlerde yargılama faaliyetlerine hiç ara verilmemiş, diğer bir anlatımla duruşmaların ertelendiği dönemde bile hakkında suç isnadı sebebiyle tutuklu olan sanıkların yargılama faaliyetlerine devam edilmiş hatta bu zaman diliminde tutuklu bulunan sanıklar hakkında yargılamalar tamamlanıp haklarında hüküm tesis edilmiştir. Buna karşılık pandemi döneminde yapılan duruşmalara SEGBİS ile katılmayı kabul etmeyen ve duruşmaya bizzat katılarak hazır bulunmak isteyen sanıkların duruşmada hazır bulunma hakkı da korunmuştur.¹⁴² Nitekim Yargıtay da vermiş olduğu kararında söz konusu durum hakkında bizim de katıldığımız görüş doğrultusunda “ısrarla duruşmalara katılmak isteyen sanığın bizzat mahkeme huzurunda savunmasının alınması

¹³⁶ Fahri Gökçen Taner ve Akif Yıldırım, “Suç İsnadına veya Medeni Hak ve Yükümlülüklerle İlişkin Uyuşmazlıklarda Duruşmaya Video Konferans Yöntemiyle Uzaktan Katılma” (2021) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 70 (1) 229, 235.

¹³⁷ <<http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003-6711338-8939938&filename=Forthcoming%20hearings%20in%20June%202020.pdf>> Erişim Tarihi: 2 Şubat 2022.

¹³⁸ Sanıvar n(134) 1635.

¹³⁹ COVID-19 Kapsamında İlave Tedbirleri için bkz. <<https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/files/uu.pdf>> Erişim Tarihi: 1 Mayıs 2021.

¹⁴⁰ COVID-19 Kapsamında Alınan Tedbirlerin Uzatılması kararı için bkz. <<https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/files/GENEL%20KURUL%20KARARI-30-04-2020.pdf>> Erişim Tarihi: 1 Mayıs 2021.

¹⁴¹ Tam Kapanma Tedbirleri için bkz. <<https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/files/KARAR-27-04-2021.pdf>> Erişim Tarihi: 1 Mayıs 2021.

¹⁴² Mehmet Çatlı ve Elifsu Demir “Pandemi Döneminde Sanığın Duruşmada Hazır Bulunması ve SEGBİS» (2021) Bilişim Hukuku Dergisi 3(2) 230, 257.

ve duruşmalara katılmasının sağlanabilmesi için ertelenmesi yerine, SEGBİS ile savunma yapmaya zorlanmak suretiyle yargılamaya devam olunması durumunu” bozma nedeni yarıdır. ¹⁴³

¹⁴³ “...İzmir 3. Ağır Ceza Mahkemesi’nce İzmir Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda tutuklu olarak bulunan ve 14.07.2020 tarihli oturumda SEGBİS üzerinden ve müdafii hazır olmaksızın ifadesi ve savunması alınan sanığın “... Duruşmalara katılmak istiyorum, susma hakkımı kullanıyorum” dediği, Mahkemece susma hakkının da bir savunma biçimi olduğu hatırlatılınca, “Suçlamaları kabul etmiyorum, ben duruşmaya gelmek istiyorum” diyerek duruşmalara bizzat katılma isteğini tekrar ettiği, duruşmaya bizzat gelen katılan Hülya DORA, müşteki Merve ERKAN, mağdurlar Berkan DORA ve Bora ERKAN ile Pedagog Bilirkişinin beyanları alındıktan sonra oturumun devamında Mahkemece; “Sanığa Covid 19 salgını nedeniyle duruşmaya getirilmediği ve o nedenle SEGBİS sistemi üzerinden savunmasının alındığı hatırlatılıp ayrıntılı savunma yapıp yapmayacağı” sorulunca ise; “suçlamaları kabul etmiyorum” dediği, mahkûmiyet kararının verildiği 24.08.2021 tarihli ikinci oturumda yine SEGBİS üzerinden ifadesi alınan sanığın tahliyesini talep ettiği ve iki ayrı yağma suçunda ikişer kez 8’er yıl (temyiz incelemesine tâbi) hapis ile hakaret suçundan da 7 ay (temyiz denetimi haricinde) hapis olmak üzere; toplam olarak 16 yıl 7 ay hapis cezasına mahkûm edildiği, sanık müdafinin bu oturumda bizzat hazır bulunduğu, İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 8. Ceza Dairesi’nce, sanık müdafinin istinaf başvurusunun esastan reddine karar verildiği, bu karar aleyhine de sanık müdafii tarafından yapılan temyiz başvurusunda özetle;

...

Sanığın SEGBİS ile savunma yapmak istememesine ve müdafii de hazır bulunmamasına rağmen buna zorlandığı açıktır.

İlk derece mahkemesi Covid 19 gerekçesiyle, SEGBİS yöntemini tercih ettiğini belirtmiştir. Bu gerekçenin, 5271 sayılı CMK’nın 7078 sayılı Kanunla değişik 196/4. maddesi hükmünde belirtilen “zorunluluk hâli”ni oluşturup oluşturmadığı ve aynı Kanun’un 289/1-h maddesi kapsamında hukuka kesin aykırılık teşkil edip etmediği öncelikle değerlendirilmiştir.

AİHS, Anayasa ve kanunlarımıza göre; hak ve özgürlükler asıl, kısıtlamalar istisnadır. Kısıtlamalar zorunlu hallerde ve kanunla getirilebilir.

Şüpheli ya da sanık ceza muhakemesinin en başta gelen sujesidir. Kural olarak sanık mahkemede hazır edilmeden duruşma yapılamaz ve sanıksız ceza yargılaması olmaz.

Yüzyüzelik ve silahların eşitliği ilkeleri ile adil yargılanma hakkının en önemli alt başlıklarından olan savunma hakkının gereği olarak sanık yargılandığı mahkemenin huzurunda bizzat savunma yapmak istiyorsa buna imkân verilmeli, SEGBİS ile savunma yapmaya zorlanmamalıdır.

Hiçbir mikrofonun teknik özellikleri veya kameranın çözünürlüğü, insanın gözünden, kulağından daha duyarlı olamaz. Teknoloji ne kadar gelişmiş olursa olsun SEGBİS’te mekân farklılığından dolayı kamera ve mikrofon aracılığıyla iletişim kurulması nedeniyle, birkalın sanığı, hâkim dahi tam olarak duruşmaya hakim değildir. Zira, diğer mekânda kameranın görüş açısı dışında neler olup bittiğini, hâkim, savcı, katip, mübaşir, sanık, mağdur, tanık ve bilirkişi dahil hiç kimsenin tam olarak bilmesine imkân yoktur.

Elbette yargılamada teknoloji kullanımı son derece doğal ve faydalıdır. Bu itibarla, söz gelimi yol tutuklaması ile yakalanan kişi 24 saat içinde yetkili mahkeme huzuruna çıkarılamıyorsa, yetkili mahkeme veya hakim tarafından SEGBİS yoluyla dinlenilip bu kişinin serbest bırakılması ya da mahkeme huzuruna gelemecek derecede hasta olan bir tanık veya sanığın aynı yöntemle dinlenilmesinde kişi hak ve özgürlüğüne veya ceza muhakemesi ilkelerine ters düşen bir durum yoktur. Aynı şekilde, sanığın istemesi ve/veya zorunluluk bulunması hâlinde, müdafinin hukuki yardımı başta olmak üzere, çelişmeli yargı, silahların eşitliği ilkelerine uygun bir tarzda hareket edilmesi koşuluyla sanığın SEGBİS yardımıyla savunmasının alınması veya duruşmalara katılmasıyla yetinilmesinde bir sakınca olmadığı düşünülmektedir.

AIHM'in belirlemiş olduğu genel ilkeler ve Marcello Viola/İtalya davasında getirdiği kriterler uygulandığında SEGBİS video konferans yöntemi sayesinde sanığın duruşmada hazır bulunma koşulu sağlandığı; savunma hakkı ve adil yargılanma hakkının özünü teşkil eden tüm güvencelerin sanığa verildiği

Buna karşılık, sanık SEGBİS aracılığıyla savunma yaparken müdafii yardımından mahrum bırakılmışsa, yokluğunda tanık dinlenmişse veya tanığa doğrudan soru sorma imkanı verilmemişse savunma hakkının kısıtlandığı kabul edilmelidir.

Suçlama, iki ayrı yağma ve hakaret olup, suç tarihi; 08.09.2019'dur. 26.11.2021 tarihinde tutuklanan sanık hakkında iddianame 12.02.2020 tarihinde düzenlenmiş olup, 19.02.2021 tarihinde iddianamenin kabulüne karar verilmiştir. İddianamede sanık hakkında istenen cezaların toplamı 20 yıldan fazladır.

Bilindiği üzere, 2020 yılı başından itibaren bütün dünyayı etkisi altına alan Covit 19 salgını dolayısıyla 16.03.2020 tarihinde ülkemizde pandemi ilan edilmiş ve kapanma tedbirlerine başvurulmuştur. Hükümet, Sağlık Bakanlığı ve HSK'nın kararları doğrultusunda 15.06.2020 tarihine kadar adliyelerde istisnalar haricinde duruşmalara ara verilmiş, bu süre zarfında işbu dosyada da duruşma yapılamamıştır. Salgın hâlen devam etmekte ve salgının seyrine göre alınan tedbirler, zaman zaman sıkılaştırılıp gevşetilmektedir. Ancak, uzunca bir süredir maske, mesafe ve hijyen kurallarına riayet edilerek ve yüzüzelik ilkesine uygun bir biçimde duruşmaların yapıldığı da bir vakiadır.

Kapanma sonrasında ilk derece mahkemesinde yapılan ilk oturumda katılan, şikayetçi, her iki mağdur ve psikoloğun bizzat hazır bulunup ifade verdikleri, sanık müdafinin de ikinci oturumda bizzat hazır olduğu, yargılamanın yalnızca iki oturumda sona erdiği, sanık her iki oturumda da mahkemede bizzat hazır bulunmayı ısrarla istemesine ve kısa da olsa savunmasının alındığı birinci oturumda müdafii hazır olmamasına rağmen video konferans yoluyla dinlendiği ve halen tutuklu olan sanığa toplam 16 yıl 7 ay hapis cezası verildiği duruşma tutanaklarıyla sabittir.

5271 sayılı CMK'nın 7078 sayılı Kanunla değişik 196/4. maddesi hükmü, Yargıtay 16. Ceza Dairesi'nin 28.09.2015 günlü, 2015/5425 – 2734 ve 13. Ceza Dairesi'nin (kapatılan)11.11.2020 günlü, 2020/7335 – 11485 Esas ve sayılı kararları ile Anayasa Mahkemesi'nin 08.07.2020 günlü Onur Kara Bireysel Başvuru Kararında belirtildiği üzere ve özetle;

Hâkim veya mahkemenin zorunlu gördüğü durumlarda, aynı anda görüntülü ve sesli iletişim sistemi kullanılması tekniğinin kullanılması suretiyle yurt içinde bulunan sanığın sorgusu yapılabilir veya duruşmalara katılmasına karar verilebilir. Mahkemece Covit 19 salgını gerekçesiyle sanığın SEGBİS yöntemiyle savunmasının alındığı belirtilmiş ise de; somut olayda 20 yıldan fazla bir hapis cezası alma riski altında bulunan ve sonuçta toplam olarak 16 yıl 7 ay hapis cezası alan sanığın ısrarla duruşmaya bizzat katılmak istediği, katılan, mağdur ve sanık müdafii duruşmalara bizzat katılıp huzurda ifade ve beyanları alındığı hâlde, sanığın mahkeme huzurunda savunmasının alınması ve duruşmalara katılmasının sağlanabilmesi için duruşmanın ertelenmesi yerine, SEGBİS ile savunma yapmaya zorlanmak suretiyle yargılamaya devam edilmesi ve mahkûmiyet kararı verilmesi 5271 sayılı CMK'nın 289/1-h maddesi uyarınca, hüküm için önemli olan hususlarda mahkeme kararı ile savunma hakkının sınırlandırılmasıdır ve temyiz başvurusunda ileri sürülmesi bile re'sen dikkate alınması gereken bu hukuka kesin aykırılık hâli, aynı zamanda Anayasa'nın 36/1 ve AIHS m. 6/1. maddeleri uyarınca adil yargılanma hakkının da ihlâlidir.

Bu itibarla;

İsrarla duruşmalara katılmak isteyen sanığın bizzat mahkeme huzurunda ve müdafii yardımından istifade ile savunmasının alınması ve duruşmalara katılmasının sağlanabilmesi için ertelenmesi yerine, SEGBİS ile savunma yapmaya zorlanmak suretiyle yargılamaya devam edilmesi ve mahkûmiyet kararı verilmesi..." Yargıtay 6. Ceza Dairesi'nin 27.05.2021 Tarih, 2021/12028 Esas, 2021/9993 Karar sayılı kararı.

ifade edilmekte, bununla birlikte SEGBİS video konferans yönteminin uygulanabilmesi için öncelikle bu yola başvurunun zorunlu olması, makul, somut haklı gerekçelere dayanması gerektiği belirtilmektedir. Buradan hareketle pandemi döneminde SEGBİS için aranan zorunluluk koşulunun da “kamu sağlığı” makul gerekçesi göz önüne alınarak gerçekleştiği, pandeminin yarattığı sağlık riskini meşru bir amaç olarak görülmesi gerektiği ifade edilmektedir.¹⁴⁴ Bu doğrultuda, 1 yılı aşkın süredir ve halen bütün dünyada baş gösteren COVID-19 pandemi sürecinde, dijital hukukun UYAP ve SEGBİS gibi kullanımı yaygın, kökleşmiş uygulamalar üzerinden yapılmasının salgının yayılım hızını azaltacağı belirtilmektedir.¹⁴⁵

Gerçekten de, alınan tedbirlerin toplumların yaşam haklarını koruma altına almayı amaçladığı açıktır. Kaldı ki, maddi gerçeğe ulaşmak amacıyla ve adil yargılama hakkına riayet etmek pahasına toplumdaki tüm bireylerin yaşamını tehlikeye sokacak şekilde yargılamaya devam edilmesi veya SEGBİS uygulamasıyla duruşma yapılması CMK'nin sistematığı ve amacına da uygun değildir. Özetle, yaşam hakkının olmadığı durumlarda, adil yargılanma hakkı ya da sanığın duruşmada hazır bulunması hakkının bir önemi ve değeri de yoktur.

SONUÇ

Hukuk devletlerinde olmazsa olmaz temel kurumlarından ilki adalettir. Adaletin tam ve eksiksiz sağlanması için de akla gelen ilk hak, adil yargılanma hakkıdır. Adil yargılanma hakkının uygulamasıyla sanığın hakları güvence altına alınmaya çalışılmıştır. Ancak bu güvencelerin teorik ve göstermelik değil, somut ve gerçekten kullanılabilir olmasına özen gösterilmesi gerekmektedir. AİHS ve CMK'de açıkça belirtilmemişse de; sanığın duruşmada hazır bulunma hakkı, adil yargılanma hakkı kapsamında çok önemli bir yere sahiptir.

CMK'de sanığın duruşmada hazır bulunması esas kabul edilmiş, hazır olmayan sanık hakkında ise kural olarak duruşma yapılamayacağı bildirilmiştir. Bununla birlikte, kanunumuzda bu kuralın istisnaları belirtilerek bazı durumlarda sanık hazır olmasa da duruşma yapılabilecektir. Sanığın duruşmada fiziken hazır olmamasına rağmen yargılamaya katılabilmesini sağlamak amacıyla yaşanan teknolojik ve modern gelişmeler gözetilerek SEGBİS uygulaması hayata geçirilmiştir.

SEGBİS'in kullanılmaya başlanmasıyla, adil yargılanma hakkı içerisinde oldukça fazla öneme sahip olan makul sürede yargılanma hakkı anlamında çok büyük yollar kat edilmiştir. Ayrıca yine temel ilkelerden birisi olan yüz

¹⁴⁴ Sanıvar n(134) 1635.

¹⁴⁵ Seyyal Yıldırımıvuran, Ulaş Koray Milanlıoğlu, ve Suat Çakan, “Covid-19 Pandemi Sürecinin Türk Yargı Sistemine Etkileri” (2020) 1(1) Türk Kamu Yönetimi Dergisi 47, 53. <<https://tujpa.com/index.php/journal/article/view/3>> Erişim Tarihi: 26 Nisan 2021.



üzelik ilkesinin sağlanması anlamında ve istinabe suretiyle yaşanan sorun ve sıkıntılarının çözümü noktasında SEGBİS kullanımı olumlu gelişmeler göstermiştir. Ayrıca bu sistemin kullanılmasıyla çok önemli miktarda ekonomik tasarruf yapıldığı yadsınamaz bir gerçektir.

Faydalarının olmasıyla birlikte SEGBİS uygulamasının eksiklik ve sorunlarının da bulunduğu tartışmasızdır.

İlk olarak, bahsi geçen sistem ülkemizde yer alan alt yapı ve teknik hizmetler bakımından iyi bir seviyede değildir. Bu nedenle çoğu zaman duruşma esnasında bağlantıların koptuğu, ses ve görüntülerin tam ve net olarak iletilemediği, talimat mahkemesine veya cezaevlerine bağlanılamadığı görülmektedir. Bu nedenlerle, sistemin alt yapı ve teknik hizmetlerinin sağlanarak mümkünse merkezi bir yapı altında birleştirilmesi kanaatimizce daha yerinde olacaktır.

İkinci olarak, söz konusu sistem mevzuatlarımızda ve yargı kararlarında da belirtildiği üzere “istisnai” olarak getirilmiş bir uygulamadır. Ancak uygulamada, bu sistemin “esas” olarak görüldüğü ve ilk olarak bu yola başvurulduğu anlaşılmaktadır. Bu uygulamayla birlikte sanığın SEGBİS ile dinlenmesi mümkün olmasına rağmen istinabe suretiyle dinlenmesi yolunun tercih edildiği, zaman zaman da sanığın esas mahkemesinde katılmasıyla ilgili hakkının açıkça anlatılmadığı ve rızasının sorulmadığı görülmektedir. Sanığın haklarının tam ve kesin olarak korunması, savunma hakkının kısıtlanmaması, sanığın meramını doğru bir şekilde aktarabilmesi ve adil bir şekilde yargılanabilmesi için söz konusu uygulamadan vazgeçilmesi gerekmektedir. Bu itibarla, öncelikle yasal mevzuata ilişkin somut ve anlaşılır şekilde düzenlemeler yapılması, buna müteakip gerekirse düzenlemelerin anlaşılması için uygulayıcılara (hâkim, savcı, avukat vb.) eğitim verilmesi bizce olumlu bir adım olacaktır.

Üçüncü olarak, SEGBİS sisteminde tartışılan ve eleştirilen diğer husus ise, sanığın savunma hakkının kısıtlanmasının önüne geçmek amacıyla gerekli olanakların sağlanmamasıdır. Sanığın savunmasını hazırlaması ve kendini tam olarak savunabilmesi amacıyla hiçbir müdahale olmaksızın müdafisiyle görüşmesi sağlanmalıdır. Böyle bir talep gelmesi durumunda uygulamada, mahkemede bulunan hâkim ya da heyetin duruşma salonu dışına çıkarak sanık ile müdafisinin görüşmesine olanak sağladığı görülmektedir. Her ne kadar kısmen olumlu bir gelişme olsa da fiziki yapı dolayısıyla görüşme içeriklerinin duyulma ihtimali, sanığın kendisini tam olarak rahat hissedememesi gibi kaygıların önüne geçmek için öncelikle buna uygun fiziki şartların iyileştirilerek mümkünse ayrı bir görüşme odasının yapılması ve buna ilişkin mevzuat düzenlemelerinin hayata geçirilmesi bizce uygun olacaktır.

Son olarak, inceleme konumuzu ilgilendiren gerek sanığın duruşmada hazır bulunma hakkı kapsamındaki CMK’de bulunan ve bu hak ile ilişki olan diğer madde hükümleri arasında (örneğin CMK m.193 ve m.206); gerekse de madde içeriklerinde bulunan muğlak ve anlaşılmaz ifadelerin(örneğin CMK

m.196/4'de geçen "...zorunlu gördüğü durumlarda..." ifadesi ve m.196/5'de geçen "...zorunlu diğer nedenlerle..." ifadesi gibi) gözden geçirilerek kapsamlı ve sistematik bir şekilde yeniden düzenlenmesi tartışmaların ve yanlış uygulamaların son bulması bakımından kanaatimizce yerinde olacaktır.

Sonuç olarak, birçok hatalı uygulama, eksiklik, aksaklık bulunmaktaysa da; SEGBİS uygulaması CMK sistemi ve adil yargılanma hakkı açısından oldukça önemli bir yer sahiptir. Bu sistemle ilgili teknik hizmetlerin gelişmesinin sağlanması, devamında sistem ile ilgili kapsamlı, açık ve anlaşılır şekilde mevzuat düzenlemesi yapılması, sistemin içerisinde olan ve kullanan süjelere sistemle ilgili eğitici ve öğretici bilgilerin verilmesi, bütün bunların yapılması için gerekirse sistemin yeniden kurulması veya yenilenmesi halinde SEGBİS, kanaatimizce daha olumlu ve faydalı bir uygulama olacaktır.

KAYNAKÇA

Acar S ve Gürsoy H, "Türkiye Mahkemelerinde Sesli Görüntülü Kayıt ve Video Konferans Sistemi Uygulamasına Geçiş: Ceza Mahkemeleri Örneği" (2012) (4) Ankara Barosu Dergisi, 109-137.

Alparslan B, "Adil Yargılanma Hakkı" (2010) <https://91bd8fc6-c545-4279-a671-d7465997789d.filesusr.com/ugd/673a60_e29f2112d275494db80772e7f298affd.pdf> Erişim Tarihi: 25 Nisan 2021.

Apiş Ö, "Güncel Yargı Kararları ve Yasa Değişiklikleri Işığında İfade Alma ve Sorgu Sırasında Şüpheli/Sanığın Hakları" (2019) 25(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 53-85.

Çatlı M ve Demir E, "Pandemi Döneminde Sanığın Duruşmada Hazır Bulunması ve SEGBİS" (2021) 3(2) Bilişim Hukuku Dergisi, 230-265.

Çayan G, *Adil Yargılanma Hakkı* (1.Bası, Legal 2016).

Değirmenci O, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Yargılama Usulü (CMK m 251-252)" (2020) 15(161) Terazi Hukuk Dergisi, 36-51.

Dursun G, "Sanığın Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı ve Bu Kapsamda Sesli ve Görüntülü Bilişim Sisteminin Değerlendirilmesi" (2016) 11(143-144) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 127-157.

Evik VS, "Ceza ve Ceza Yargılaması Hukuku Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı" in Yener Ünver(ed), *Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku* (1. Bası, Seçkin 2004).

Gozel A, "Yargılamada Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi (SEGBİS) Kullanımı" Akademia <https://www.akademia.edu/12580753/Yarg%C4%B1lamada_Ses_ve_G%C3%B6r%C3%BCnt%C3%BCnt%C3%BC_Bili%C5%9Fim_Sistemi_SEGB%C4%B0S_Kullan%C4%B1m%C4%B1> Erişim Tarihi: 25 Nisan 2021.



Gölcüklü F, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ‘Adil Yargılanma’ (1994) 49(01) Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi, 199-234.

Grabenwarter C, “Yargılama Güvenceleri-Adil Yargılama Hakkı(İhas md.6)” (çev: Osman Can) in Yener Ünver(ed), *Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku* (1. Bası, Seçkin 2004).

Güner H, “SEGBİS Sisteminin Cezaevi Uygulamasının Adil Yargılanma Hakkı Yönünden Değerlendirilmesi” (2014) 9(99) Terazi Hukuk Dergisi, 84-86.

İnceoğlu S, *Adil Yargılanma Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4* (Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi 2018).

Kafes V, “Ceza Muhakemesinde Meram Anlatma İlkesinin Sağlanması” (2015) 3(2) Ceza Hukuku Kriminoloji Dergisi, 181-198.

— —, “Marcello Viola v. İtalya Karar İncelemesi” <<http://docplayer.biz.tr/3731340-Marcello-viola-v-italyakarar-incelemesi.html>> Erişim tarihi:25 Nisan 2021.

— —, “Marcello Viola v. İtalya Karar İncelemesi” <<http://docplayer.biz.tr/3731340-Marcello-viola-v-italya-karar-incelemesi.html>> Erişim tarihi:25 Nisan 2021.

Karakehya H, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6.Maddesi (Adil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma* (1.Bası, Savaş 2008) (*Duruşma*).

— —, “Ceza Muhakemesinde Hakkaniyete Uygun Yargılanma Hakkına İlişkin Esaslar” (2014) (1) Ombudsman Akademik, 83-97.

— —, “Ceza Muhakemesinde Sanığın Meramını Anlatabilme Hakkının Unsurları” (2015) 3(2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, 199-226 (*Meram*).

— — ve İnce Tunçer A, “İstinaf Yargılamasında Sanığın Sorgusunun Zorunlu Olup Olmadığı ve Bu İşlemden Segbis Kullanımı Üzerine Düşünceler” (2017) 8(2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 99-136.

Kocaman S, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ‘Zana/Türkiye davası’ Hakkında Verdiği Kararın Değerlendirilmesi” (2003) 11(1-2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 307-318.

Kolcu S, “Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Sanığın Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı ve Segbis Sistemi” (2018) 92(3) İstanbul Barosu Dergisi, 247-273.

Mole N ve Harby C, *Adil Yargılanma Hakkı- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları El Kitabı No:3* (1. Bası, 2001).

Özbek VÖ / Doğan K ve Bacaksız P, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (13. Bası, Seçkin 2020).

Öztürk B, Tezcan D, Erdem MR, Sırma Gezer Ö, Saygılar Kırıt YF, Alan Akcan E, Özaydın Ö, Erden Tütüncü, E, Altınok Villem D, ve Tok MC, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku* (Güncellenmiş 14. Bası, Seçkin 2020).

Peters A, “Adil Yargılanma(m.6.f.1 ve 2.)” (çev: Mahmut Koca) in Yener Ünver(ed), *Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku* (1.Bası, Seçkin 2004).

Sanıvar R, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 6. Maddesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı ve Sanığa Tanınan Temel Haklar (2012) Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazimağusa, Kuzey Kıbrıs, Doğu Akdeniz Üniversitesi Lisansüstü Eğitim, Öğretim ve Araştırma Enstitüsü.

— —, “Ceza Muhakemesinde SEGBİS (Video Konferans Yönteminin) Kullanılması (Duruşmalarda Sesli ve Görüntülü Bilişim Sistemi/SEGBİS Dönemi) ve Covid 19 (Koronavirüs) Pandemisi Sürecinde Uygulanabilirliği ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM’in) SEGBİS Uygulamasına İlişkin Yaklaşımı: Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Marcello/İtalya İçtihat Kararı Işığında Belirlenen Kriterler” (2021) 18 (2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1615-1666.

Sarıtaş E, “Ceza Muhakemesinde Sanığın Yokluğunda Duruşma” (2020) 78(3) İstanbul Hukuk Mecmuası, 1525-1591.

Schroeder FC, “Ceza Muhakemesinde ‘Dürüst Yargılama’ İlkesi” (çev: Cumhuriyet Şahin) (1996) 5(1-2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 269-283.

Şahin C, *Ceza Muhakemesi Hukuku 2. Cilt* (10. Bası, Seçkin 2020).

Şen E, “Sanığın Gıyabında Tasarruflar” (2015) <<https://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1587251-sanigin-giyabinda-tasarruflar>> Erişim Tarihi: 24 Nisan 2021 (*Gıyap*).

— —, “Sanığın Mahkemeye Çıkma Hakkı” (2016) <<https://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1830305-sanigin-mahkemeye-cikma-hakki>> Erişim Tarihi: 24 Nisan 2021 (*Sanığın Mahkemeye Çıkma Hakkı*).

— —, “Uzakta Olan Sanığın Sorgusu” (2016) <<https://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1875201-uzakta-olan-sanigin-sorgusu>> Erişim Tarihi:24 Nisan 2021 (*Uzakta Olan Sanığın Sorgusu*).

Takcı T, *Türk ve Avrupa Hukukunda Temel Hak Boyutuyla Adil Yargılanma Hakkı* (1. Bası, Adalet 2017).

Taner FG, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği* (1. Bası, Seçkin 2019).

— — ve Yıldırım A, “Suç İsnadına veya Medeni Hak ve Yükümlülüklerle İlişkin Uyuşmazlıklarda Duruşmaya Video Konferans Yöntemiyle Uzaktan Katılma” (2021) 70(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 70 (1) 229- 293.



Turan H, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı (1.Bası, Adalet 2016).

Ünver Y, ve Hakeri H, *Ceza Muhakemesi Hukuku* 3. Cilt (15. Bası, Adalet 2019).

Vitkauskas D, ve Dikov G, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Korunması- Uygulamacılar İçin El Kitabı* (çev: Serkan Cengiz) (2. Bası, Avrupa Konseyi 2018).

Yenisey F, ve Nuhoglu A, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Güncellenmiş 8.Bası, Seçkin 2020).

Yerdelen E, “Ceza Muhakemesinde Videokonferans Yönteminin (Segbis) Kullanımı”(çev: Erdal Yerdelen) (2019) 1(2) Bilişim Hukuku Dergisi, 271-287.

Yıldırım A, “Anayasa Mahkemesi Uygulamasında Adil Yargılanma Hakkı (Ceza Hukuku Boyutu)” (2016) 7(26) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 333-376.

Yıldırımıvuran S, Milanlıoğlu UK, ve Çakan S, “Covid-19 Pandemi Sürecinin Türk Yargı Sistemine Etkileri” (2020) 1(1) Türk Kamu Yönetimi Dergisi, 47-54. <<https://tujpa.com/index.php/journal/article/view/3>> (Erişim Tarihi: 26 Nisan 2021).

Yurtcan E, *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi(CMK)* (9. Bası, Seçkin 2019) (CMK).

Yurtcan E, *Ceza Yargılaması Hukuku* (16. Bası, Seçkin 2019) (*Yargılama*).<<https://www.adalet.gov.tr/pdf/segbis.pdf>> Erişim Tarihi: 1 Mayıs 2021.

<https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf> Erişim Tarihi: 25 Nisan 2021.

<<http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003-6711338-8939938&filename=Forthcoming%20hearings%20in%20June%202020.pdf>> Erişim Tarihi: 2 Şubat 2022.

<<https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/files/uu.pdf>> Erişim Tarihi: 1 Mayıs 2021.

<<https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/files/GENEL%20KURUL%20KARARI-30-04-2020.pdf>> Erişim Tarihi: 1 Mayıs 2021.

<<https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/files/KARAR-27-04-2021.pdf>> Erişim Tarihi: 1 Mayıs 2021.

<<https://rm.coe.int/european-judicial-systems-efficiency-and-quality-of-justice-cepej-stud/1680786b57>> Erişim Tarihi: 2 Şubat 2022.

İŞVERENİN TEHLİKE SORUMLULUĞU (TBK m.71)

Employer's Hazard Liability

Merve UYAROĞLU*

Özet

İnsan emeğinin kullanıldığı yerde tehlikenin gerçekleşmesi her zaman mümkündür. Rizikonun gerçekleşme potansiyeli ise faaliyet gösterilen alandaki faktörlere göre değişmektedir. Kimi sektörlerin bünyesinde daha fazla tehlike barındırması ve sanayinin de giderek gelişmesi etkisiyle çeşitli sorumluluk düzenlemeleri tartışılmıştır.

Tehlike sorumluluğunun gündeme gelmesinde sanayi devriminin etkisi şüphesizdir. Buharlı makinelerin işgücüne dahil olmasıyla birlikte, insan emeğine dayalı işgücü boyut değiştirmiştir. Makinelerin oluşturduğu tehlike riski doğrultusunda sorumlu kim olacak sorusu tartışılmaya başlanmıştır. Tehlikelerin meydana gelmesi ve insanlara zarar verilmesi sonucu yaşanan acı tecrübeler, tehlike sorumluluğunun en ağır sorumluluk türü olarak tanımlanmasına yol açmıştır. Nitekim mehz İsviçre Hukuku'ndan farklı olarak Türk Hukuku'nda tehlike sorumluluğu hem genel hem özel anlamda düzenlenmiştir. Şüphesiz mevzuatımızda tehlike sorumluluğuna yer verilmesi sosyal devlet ilkesine de katkı sağlamaktadır.

Çalışmamızda öncelikle TBK m. 71 tehlike sorumluluğu düzenlemesi ele alınacaktır. Böylece tehlike sorumluluğunun dayanak noktaları açıklanmaya çalışılacaktır. Son olarak ise işveren özelinde tehlike sorumluluğu iş sağlığı ve güvenliği kapsamında detaylandırılmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Tehlike Sorumluluğu, İş Sağlığı ve Güvenliği

Abstract

There is always a risk of danger where human labor is used. The realization potential of the risk varies according to the factors in the field of activity. Various liability arrangements have been discussed as some sectors involve more hazards and the sector is gradually developing.

The effect of the industrial revolution on the increase in the responsibility of danger is undoubted. With the inclusion of steam engines in the workforce, the dimensions of the workforce based on human labor have changed. In line with the danger risk

➤ *Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.*

➤ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 22.11.2021*

➤ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 16.06.2022*

* Avukat, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Yüksek Lisans Öğrencisi, avukat.merveuyaroglu@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0001-5497-1230>



posed by the machines, the question of who will be responsible began to be discussed. The painful experiences as a result of the occurrence of dangers and harming people have led to the definition of the responsibility of danger as the most severe type of responsibility. As a matter of fact, the liability of danger in Turkish Law is regulated both generally and specifically, unlike the Swiss Law. Undoubtedly, the inclusion of the liability of danger in our legislation also contributes to the principle of social state. In our study, firstly, TCO article 71 hazard liability will be discussed. Finally, the responsibility of the employer against the hazards within the scope of occupational health and safety will be tried to be detailed.

Keywords: Hazard Liability , Occupational Health And Safety

GİRİŞ

Her ne kadar teknolojik gelişmeler insana dayalı iş gücünü azaltmakta, makineler ve robotlar birçok sektörde daha fazla kullanılmakta ise de dünyamızın vazgeçilmez unsuru olan insan her faaliyet kolunda etkinliğini sürdürmektedir. Tehlikeli faaliyetlerin icrasından kaynaklı zararlar ise ne yazık ki engellenememektedir.

Tehlike sorumluluğu, esasen tehlike arz eden faaliyetlerden kişilerin uğrayabileceği zararlara salt mağdurun değil, işletenin katlanmasını temel alır. Tehlike sorumluluğunun genel tehlike sorumluluğu ve özel tehlike sorumluluğu olarak iki temel alt başlık altında incelenmesi gerekmektedir. Genel anlamda tehlike sorumluluğu tehlikenin vücut bulabileceği tüm faaliyet alanlarını kapsarken, özel anlamda tehlike sorumluluğu kanunun belirli faaliyet alanına ilişkin koyduğu özel kuralları kapsar.

Genel tehlike sorumluluğu, Türk Borçlar Kanunu¹ m. 71 ile Türk Hukukun'da yerini almıştır. Anılan hükmün her türlü çalışma ilişkisi ve işyeri faaliyetinden doğacak sorumluluğu kapsadığı kuşkusuzdur. Genel tehlike sorumluluğu, kanun hükmü olarak hukukumuzda yer almadan önce dahi işverenin sorumluluğuna gidiliyordu. Ancak sorumluluğun kaynağının tehlike esasına mı yoksa işverenin gözetme borcuna mı dayanacağı noktası doktrinde tartışma konusuydu². Tehlike sorumluluğunun geniş etki alanının olması sebebiyle TBK dışında özel kanunlarda da düzenlenmiştir. Çalışmamızda kısaca özel tehlike sorumluluğu düzenlemelerine de yer verilecektir.

I. TEHLİKE SORUMLULUĞU

A. Genel Olarak

Tehlike sorumluluğu genel bir sorumluluk ilkesi olarak ilk defa 6098 sayılı TBK ile hüküm altına alınmıştır. Tehlike sorumluluğu, kusursuz sorumluluğu

¹ R.G. , T. 04.02.2011 , S.27836.

² İlhan Ulusan, "Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu" (İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu), İstanbul, Kazancı Matbaacılık, 1990, s.119-121.

en ağır halini teşkil etmektedir³. Şüphesiz bu hükmün düzenlenişinin ardında birçok acı tecrübe tarih sahnesinde yerini almıştır. 18. ve 19. yüzyıllarda tarımdan sanayiye sıçrayışla gerçekleşen Sanayi Devrimi ve günümüze değin genişlemekte olan teknolojik ve bilimsel gelişmeler tehlike sorumluluğu kavramının gündemde kalmasının baş nedenidir. Tehlike sorumluluğu ilk olarak Prusya Demiryolları Yasası'nda yer bulmuştur⁴. Demiryollarının tehlike sorumluluğunun getirildiği ilk alan olması, esasında faaliyet alanı itibariyle ciddi anlamda tehlike teşkil etmesiyle yakından ilgilidir. Geçmişte ve halen günümüzde demiryolu hatları ve tarım arazileri yan yana kilometreler boyunca uzayıp gitmektedir. Ancak tarla ve demiryolu arasının çok yakın olması ve raylı araç motorlarının doğaları gereği çalıştıkları esnada etrafa kıvılcımlar saçması; ekinlerin ve mahsulün ziyan olmasına sebebiyet vermiştir⁵. İşte bu olumsuz durumun önlenmesi amacıyla kusursuz bir sorumluluk türü olan tehlike sorumluluğunun getirilmesi benimsenmiştir.

“Tehlike sorumluluğu ve Denkleştirme” kenar başlığı ile TBK'da yerini alan hüküm, genel tehlike sorumluluğunu düzenlemiştir. Buna göre işletme sahibinin ve işletenin sorumlu tutulabilmesi için işletme faaliyetinin önemli ölçüde tehlike arz etmesi ve bu tehlikeli faaliyetten zarar doğması gerekmektedir. TBK m.71/2'de önemli ölçüde tehlike arz eden şirketlerin tanımı yapılmıştır. Buna göre bir işletmenin tehlike arz edebilmesi için; işletmede kullanılan araçlar ya da güçler sebebiyle uzman bir kişi en yüksek düzeyde özen göstermesine rağmen yine de ağır zararların doğmasını önleyemiyorsa o işletmenin tehlike arz ettiği kabul edilir.

Maddenin üçüncü fıkrasında özel kanun hükümlerinde düzenlenmiş veya düzenlenecek tehlike sorumluluğu halleri saklı tutulmuştur. Özel kanunlarda ve sözleşmelerde düzenlenen bazı tehlike sorumluluğu halleri şunlardır:

- KTK m 85 kapsamında motorlu taşıt işletenlerin hukuki sorumluluğu
- Petrol Kanunu 86/1 ile öngörülen petrol hakkı sahiplerinin sorumluluğu
- Devletin manevra ve atışlar dolayısıyla ortaya çıkan zararlardan sorumluluğu (3634 sayılı Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanunu)
- Sivil hava araçlarını işletenlerin hukuki sorumluluğu (2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu)
- Nükleer tesis işletenlerin sorumluluğu (1960 tarihli Paris Sözleşmesi)⁶

³ YGHK,1986/9-722, K. 1987/203 , T. 18.03.1987.

⁴ Murat Aydoğdu, Sivil Amaçlı Nükleer Santral İşletenin Ve Nükleer Madde Taşıyanın Hukuki Sorumluluğu, Adalet Yayınları, Ankara, 2009, s.14.

⁵ Richard Allen Posner, “Strict Liability: A Comment,” Journal Of Legal Studies, 1973, s.205-221. https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12682&context=journal_articles E.T. 23.10.2021.

⁶ Nomer, Borçlar Kanunu, N.117.



Genel tehlike sorumluluğunun eBK⁷ döneminde genel bir ilke olarak düzenlenmeyip 6098 sayılı kanun ile düzenlenmesinde şüphesiz mukayeseli hukuk çalışmalarının yeri yadsınmaz. Madde gerekçesi incelendiğinde İsviçre Hukukun'da birçok özel hüküm ile tehlike sorumluluğu düzenlendiği ancak Türk Hukuku'nda özel hükümlerin bulunmayışı sebebiyle genel bir düzenlemeye ihtiyaç duyulduğu görülmektedir⁸. TBK m.71 ile düzenlenen genel tehlike sorumluluğu İsviçre Borçlar Kanunu Windmer/Wessner Tasarısı ve OR2020 Tasarısı'ndan ilham alınmıştır⁹. Çalışmamızda bu tasarıdan kaynaklı doktrin görüşlerine yer verilecektir.

B. Tehlike Sorumluluğunun Dayanağı

Tehlike sorumluluğunun, sorumluluk çeşitleri içinde sayılmasının kökeni, tehlike arz eden işletmenin veya işletenin bu faaliyetten sağladığı olumlu kazanımların yanında olumsuz kazanımlara da katlanması gerektiği esasına dayanmaktadır¹⁰. Tehlike sorumluluğuna ilişkin birtakım temel düşünsel faktörler ve doktrin tarafından ileri sürülen çeşitli isnat sebepleri vardır. Hukuku temelinden ilgilendiren bazı genel hukuk ilkeleri, tehlike sorumluluğunun bir sorumluluk türü olarak gelişmesine uygun bir zemin hazırlamıştır. Örneğin temel hukuk ilkelerinden biri olan hakkaniyet ilkesi tehlike sorumluluğunun gelişerek gündemde kalmasında önemli etkidir. Hakkaniyet ilkesi genel olarak; zarardan sorumlu tutulan kişinin kusuru olmasa bile zarar görenin zararının gideriminin sağlanmasını amaçlamaktadır¹¹. Bize göre tehlike sorumluluğu her ne kadar kusursuz sorumluluk olarak düzenlense de zarar verenin ihmal edilmesi gereken seviyedeki kusurları durumunda da gidilebilecek bir sorumluluk olması bakımından hakkaniyet ilkesiyle desteklediği söylenebilecektir.

Sosyal hukuk devleti ilkesi, vatandaşların asgari yaşam standartlarının insan onuruna yaraşır kılınmasını hedef almaktadır. Sosyal devlet, sadece devletin birey ile olan ilişkisi olarak sınırlandırılmayıp aynı zamanda bireyler arası özel hukuk ilişkilerine; sosyal adaletin sağlanması adına sosyal ve ekonomik alanlarda müdahalede bulunmasını da içerir¹². Bu anlamda tüketici- satıcı sağlayıcı ve işçi- işveren ilişkilerinin düzenlenmesi sosyal devlet ilkesinin gereğidir¹³.

⁷ R.G., T. 29.04.1926 , S. 359.

⁸ Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu madde 70 (son haliyle 71) gerekçesi, s.54.

⁹ M. Serdar Çekin, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde 71 Çerçevesinde Tehlike Sorumluluğu", 2016, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, s. 70.

¹⁰ Selim Kaneti, Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, İstanbul, Kazancı Kitap , 2007, s. 5-6.

¹¹ Bülent Tahiroğlu, "Kusursuz Sorumluluk Ve Modern Hukuklara Etkisi", MÜHF Dergisi, C.14, S.4, 2008, s.168-169. <http://dosya.marmara.edu.tr/huk/fak%C3%BClitedergisi/2008C.14S.4/157-170.pdf> , E.T. 23.10.2021.

¹² Tarık Gümüş , "Sosyal Devlet Anlayışının Gelişimi Ve Dönüşümü" Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , 18 (2) , 2010, s. 117-158, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/262736> , E.T. 23.10.2021.

¹³ Özge Yücel, "Türk Borçlar Kanununa Göre Tehlike Sorumluluğu", Ankara, Seçkin

Tehlike arz eden işletmeler veya işletenin bu faaliyetlerden ötürü zarar görebilecek kişilerden daha güçlü bir konuma sahip olduğu açıktır. Tehlike sorumluluğu, aradaki güç dengesini korumak suretiyle sosyal devlet ve hakkaniyet ilkelerinin amacına hizmet etmektedir.

Tehlike sorumluluğunu “*menfaat ve fayda sağlama*”, “*tehlike ilkesi*”, “*hakimiyet ilkesi*” altında inceleyebiliriz¹⁴.

“*Menfaat ve fayda sağlama*” , ilkesi genel olarak nimetinden faydalananın külfetine de katlanması gerektiği anlamında kullanılmaktadır. Tehlikeli bir faaliyetten fayda elde eden kişi faaliyetin külfetine de katlanmalıdır¹⁵. Yargıtay bir kararında: “Bu esası, (nimet külfete göredir) şeklinde de anlatılabilir; gerçekten, bir kimseyi işinde kullanarak onun emeğinden faydalar sağlayan kimsenin, kullanılan adamın işini gördüğü sırada sebebiyet verdiği zararlardan da mesul tutulması yani elde ettiği nimete karşılık külfete de katlanması hakkaniyete uygundur¹⁶.”

Tehlike sorumluluğunun ismiyle müsemma olarak dayandığı esas *tehlike esasıdır*¹⁷. Yaşanan her teknolojik gelişme dünyayı daha konforlu yaşanabilir kılarken aynı zamanda başka tehlikelerin meydana gelmesini de kaçınılmaz kılmaktadır. Dolayısıyla maruz kalınan tehlike, tehlikeye sebep olanların sorumluluğu üstlendiği takdirde kişi, tehlikenin sonuç verebileceği tehlikelere tek başına katlanmamış olacağından hukuki güvenlik de sağlanacaktır¹⁸. Tehlike bağı etrafında değerlendirmek; zararın kapsamını ve etki alanını belirlerken illiyet bağına ilişkin istatistiksel ve elverişlilik sorunlarının çözülmesinde de faydalı bir olanak tanıyacaktır¹⁹.

Tehlike sorumluluğu kapsamında değerlendireceğimiz son ilke ise “*Hakimiyet ilkesi*”dir. Nitekim bu tehlike sorumluluğunun doğmasına dayanak sebep açıklanırken dış çevrede tehlikeler yaratanların bu uğraşlarını kendi egemenlik alanlarında yürütmelerinin, sonuçlarını da kendileri yüklenmelerinin ve tazminat borcu altında buldukları saptamaları Yargıtay kararlarında yer almıştır²⁰.

Yayıncılık, 2014, s.47-49.

¹⁴ Yücel, Tehlike Sorumluluğu, s. 47-49.

¹⁵ İlhan Uluhan, “Tehlike Sorumluluğu Üstüne”, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.4, S.6, 1970, s. 33-34.

¹⁶ Yargıtay HGK, E. 1957/1, K. 1957/3, T. 27.03.1957.

¹⁷ Ayça Akkayan Yıldırım, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Kusursuz Sorumluluğun Özel Bir Türü Olarak Tehlike Sorumluluğu”, İÜHFİM, C.Lxx, S.1,2012, s. 205.

¹⁸ Çekin, Tehlike Sorumluluğu ,s. 36.

¹⁹ Nuri Erişgin , “Tehlike Bağı”,Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , 49 / 1 ,Mayıs 2000, s. 151. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/629353> E.T. 23.10.2021.

²⁰ Yargıtay HGK, E. 1975/15-1125, K. 1976/2773. T. 10.11.1976.

C. Kavramlar

1. İşletme

İşletme kavramının Türk Ticaret Kanunu²¹ kapsamında yorumlanıp yorumlanamayacağı izaha muhtaç konudur. Tehlike sorumluluğu TBK'da "sözleşme dışı borç ilişkileri" başlığı altında düzenlenmiştir. Bu minvalde işletme kavramının ne olduğu TBK m. 71 hükmüyle sınırlı bir değerlendirme yapılmasıyla ortaya çıkacaktır. TBK m. 71 hükmünde getirilen sorumluluğun konusu işletme faaliyetidir²². Bu noktadan hareketle iş sahası içerisinde teknik risk barındıran ve üstün uzmanlık gerektiren doğal kaynağın ya da düzeneğin kullanıldığı faaliyetler olarak değerlendirilebilecektir²³. Dolayısıyla kanun hükmü ticari niteliğine vurgu yapmadığından TTK anlamında bir işletmeden bahsedilemeyecektir.

2. İşleten ve İşletme Sahibi

İşleten ve işletme sahibi TBK m. 71 'de müteselsilen sorumlu tutulduğu için bu kavramların birlikte açıklanması yoluna gidilmiştir. Düzenlemeden çıkarılan sonuca göre işleten ve işletme sahibi ayrı kişiler olsa dahi sorumluluktan kurtulamayacaklardır.

D. Tehlike Sorumluluğunun Şartları

1. Önemli Ölçüde Tehlike Arzeden İşletme Olması

Önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin var olduğunun anlaşılması, yani hükümde öngörülen "tehlike"nin ölçütü tespit edilmelidir. TBK md. 71/2 hükmünde bu tespit için iki kriter öngörülmüştür:

İşletmenin yürüttüğü faaliyetin niteliği göz önünde bulundurulduğunda, bir uzmandan beklenen tüm özen gösterilse bile işletmenin sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılabiliyor ise ya da söz konusu işletmenin faaliyetini yürütmesi esnasında kullanılan malzemeler/araçlar/güçler göz önünde bulundurulduğunda, bir uzmandan beklenen tüm özen gösterilse bile işletme sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olması tehlike tespiti için ölçüttür.

Sayılan bu durumlardan birinin mevcudiyetinde işletmenin önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme olduğu kabul edilebilecektir. Kısacası, "sıkça zarar doğurmaya elverişlilik" ya da "ağır zararlar doğurmaya elverişlilik" olarak iki durum karşımıza çıkmaktadır. Bu iki durumdan biri tehlikenin varlığı için yeterlidir.

2. Zararın Meydana Gelmesi

Tehlike sorumluluğunun doğmasına sebep olacak tehlikenin gerçekleşme rizikosuna karakteristik riziko denir²⁴. Karakteristik riziko tipik tehlikenin

²¹ R.G. ,T. 14.02.2011, S.27846.

²² Yıldırım, a.e ,s. 203-220.

²³ Yücel, Tehlike Sorumluluğu ,s. 117-118.

²⁴ Yücel,Tehlike Sorumluluğu., s.139

gerçekleşerek zarar meydana gelmesini ifade etmektedir²⁵. Haksız fiil sorumluluğunun temel şartı zararın meydana gelmesi olduğundan tazmin borcu da ancak bir kimsenin zarara uğramasıyla ortaya çıkacaktır²⁶.

3. Zarar ve İşletme Faaliyeti Arasında İliyet Bağı Bulunması

Tehlike sorumluluğu özen sorumluluğu olmadığından işleten veya işletme sahibi; araç, kaynak, çalışan seçimi, denetim ve gözetim hususlarında en yüksek özeni gösterdiğini ispat etse bile sorumluluktan kurtulamayacaktır. Şüphesiz tehlike sorumluluğu bu yönüyle en ağır sorumluluk türü olarak değerlendirilebilecektir. Yukarıda karakteristik rizikonun gerçekleşmesiyle zararın meydana geleceğinden bahsetmiştik. Ancak zarar ile işletme faaliyeti arasında illiyet bağı bulunmalıdır. İliyet bağı kesen mücbir bir sebep yahut üçüncü bir kişiden kaynaklı ağır kusurun ortaya çıkması halinde sorumluluğun kalkması mümkün olabilecektir²⁷.

E. Zararın Kapsamı ve Tazmin Yükümlülüğü

Kanun düzenlemesinde zarar kapsamı bakımından somut belirleme yapılmamıştır. Bu belirsizlik sorumlu tutulacak kişiler bakımından adil kararların verilmesini engelleyebileceğinden sorumluluğun sınırlandırılmasını gerekli kılmaktadır. Sorumluluğu sınırlandırmak, sorumluluğu doğuran olgunun yalnızca tehlike teşkil ettiği alanla bağlantılı zararların giderimi yoluyla mümkündür²⁸. Zira karakteristik rizikonun etki alanı dışında meydana gelen zararın tazminini beklemek hakkaniyet ilkesi açısından uygun düşmeyecektir. Şu halde ana gaye, riziko kapsamı içerisinde doğan zararların tazmini ile sorumluluğun yerine getirilmesidir²⁹.

Tehlike sorumluluğu sadece maddi zararın tazminini değil, manevi zararın da tazminini esas alır. Zira TBK m.56 düzenlemesi ölüm ve bedensel zararlar bakımından manevi zararın yasal dayanağını sağlamaktadır³⁰. Dolayısıyla tehlike sorumluluğu, karakteristik riziko alanında gerçekleşen maddi manevi tüm zararların tazminini kapsamaktadır.³¹

F. TBK m 71/1 ve 71/4 Fıkralarının Karşılaştırılması

TBK m.71/4, hukuk düzeninin izin verdiği tehlike arz eden işletmenin verdiği zararlar için uygulanmaktayken TBK m.71/1 tehlike arz eden işletme için

²⁵ Resmi Gazete Gerekçe

²⁶ Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2, N.133.

²⁷ Yargıtay HGK, E. 1987/9-722, K. 1987/203, T. 18.03.1987.

²⁸ Erişgin, Tehlike Bağı. s. 151.

²⁹ Yıldırım, Tehlike Sorumluluğu, s.210-211.

³⁰ Ulusan, İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu, s.42.

³¹ Meliha Sermin Paksoy/Gizem Arslan Demir, "Üreticinin TBK 71 Kapsamında Sorumlu Tutulması", İÜHFİM, C. Lxxı, S. 2, 2013, s. 299-316.



herhangi bir ayırım gözetmemiştir. Önemli ölçüde tehlike arz eden işletmelerin, büyük çoğunluğunun mevzuat uyarınca faaliyette bulunduğu dikkate alınırca, hükmün uygulanmasında problem arz eden durumlar ortaya çıkabilecektir. Hukuka uygun bir işletmenin faaliyetinden doğan zararlarda, denkleştirme bedelinin, tazminattan daha düşük olması ihtimali çözüme muhtaç bir konudur. Şu halde her iki hüküm birlikte okunmalı ve son fıkra hükmü ile önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin hukuka uygun faaliyette bulunmasının, tehlike sorumlusunu söz konusu sorumluluktan kurtarmayacağına ilişkin duruma açıklık getirilmiş olması olarak yorumlanmalıdır.

TBK m. 71/1 hükmünde tehlike sorumluluğu; TBK m. 71/4 hükmünde ise fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesine bağlı sorumluluk öngörülmüş bulunmaktadır³². Bu itibarla maddenin kenar başlığının, her iki esas kapsar biçimde yapılandırıldığı anlaşılmaktadır. Her iki hükmün uygulanması bakımından da tehlikeli işletmenin faaliyeti verilen izinle yürütülmektedir; TBK m. 71/4 hükmünde yer alan “faaliyetine hukuk düzenince izin verilmiş olması” ifadesinin, tehlikeli işletmenin faaliyeti neticesinde ortaya çıkacak olağan birtakım olumsuz sonuçlara da hukuk düzenince izin verilmiş olması şeklinde anlaşılması uygun olacaktır.

Bu bağlamda, tehlikeli işletmenin faaliyetleri esnasında vuku bulacak iş kazaları neticesinde ortaya çıkan zararlı sonuçların giderimi bakımından ilk fıkrada düzenlenen tehlike sorumluluğu söz konusu olacaktır. Tehlikeli işletmenin faaliyetleri esnasında ortaya çıkacak, işletmeye faaliyetine izin verilirken de öngörülmüş bulunan, olağan, kaçınılmaz işletme zararlarının giderimi bakımından ise son fıkrada düzenlenen fedakarlığın denkleştirilmesine dayanan sorumluluk söz konusu olacaktır.

II. İŞVERENLİK VE İŞ SAHASI İLİŞKİSİ İTİBARIYLA TEHLİKE SORUMLULUĞU

A. Kavramlar

1. İşyeri

İşyeri kavramı İş Kanunu³³ m.2 ile; işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birim olarak tanımlanmıştır. Bu tanımın kapsamına yine kanunda devam eden fıkıyla; işyerinde üretilen mal veya hizmet ile niteliksel bağı bulunan ve örgütlenen yerlerin ayrıca dinlenme, yemek, uyku, yıkanma, muayene, bakım beden ve mesleki eğitim ve avlu gibi alanlar da dahil edilmiştir. Son olarak işyerinin eklenti ve araçlarla bir bütün olduğu hüküm altına alınmıştır.

³² Yıldırım, Tehlike Sorumluluğu, s.203.

³³ R.G., T.10.6.2003, S.25134.

2. İşveren

İşveren kavramı da İş Kanunu 2. maddesiyle tanımlanmış olup; işçi çalıştıran gerçek tüzel kişilerle kurum- kuruluşlar işveren olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla işçi çalıştırmak, işverenliğin olmazsa olmaz unsurudur. İşveren kendi organizasyonu altında ve kendisinin istihdam ettiği işçilerle üretim faaliyeti icra eden kişi olarak da tanımlanabilecektir³⁴.

3. İşyeri-İşletme , İşveren-İşleten Kavramlarının Kıyaslanması

a. İşyeri-İşletme Kavramları Bakımından

TBK m. 71 hükmünde düzenlenen sorumluluk bakımından bir işletme faaliyetinin bulunması gerektiği hususu çalışmamızın geldiği aşama itibariyle tartışmasızdır. İşverenin aynı sorumluluk karşısındaki vaziyetine dair değerlendirme yapılabilmesi için madde hükmünde yer alan işletme kavramının, işveren bakımından işverenin faaliyetlerini sergilediği saha olan işyerinin de bu bağlamda işletme olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususunun saptanması ile anlaşılacaktır.

Öncelikle her iki kavram bakımından ticari bir faaliyetin yürütülmesi zorunluluğu bulunmadığı ortaya konulmalıdır. Nitekim kamu mülkiyetindeki barajların kamu hizmeti yerine getiren elektrik üretim-sulama faaliyetleri TBK m.71 anlamında işletmesel faaliyet olarak nitelenebileceği halde ticarî faaliyet vasfını haiz değildir. Diğer cepheden bakıldığında işverenin işçisine işyerini temizleme işini gördürmesinde de herhangi ticarî bir faaliyet bulunduğundan söz edilemez. İşletme ve işyeri kavramlarını birbirine yaklaştıran yön işletmenin yukarıda yaptığımız tanımında yer alan “ürün ve hizmet ortaya koyan birimler” olarak ele alınması olacaktır. Gerçekten yukarıda yer verilen temizlik hizmeti ve baraj örneğinde bu hususun mevcudiyeti gerek temizlik hizmeti görülen yerde hizmetin ortaya konulması gerekse baraj işletilmesinde işçilerin çalıştırılması bakımından işletme ve işyeri olarak tanımlanabilmelerine olanak tanımaktadır. Bu durumda, işyeri ve işletme kavramlarının büyük ölçüde örtüştüğü söylenebilecektir.

İşletme ve işyeri kavramlarını birbirine yaklaştıran yön işletmenin yukarıda yaptığımız tanımında yer alan “ürün ve hizmet ortaya koyan birimler” olarak ele alınması olacaktır. Gerçekten yukarıda yer verilen sekreterlik ve kamu işletmeleri örneğinde bu hususun mevcudiyeti gerek sekreterlik hizmeti görülen yerde hizmetin ortaya konulması gerek kömür işletilmesinde işçilerin çalıştırılması bakımından işletme ve işyeri olarak tanımlanabilmelerine olanak tanımaktadır. Bu durumda, işyeri ve işletme kavramlarının büyük ölçüde örtüştüğü söylenebilecektir.

³⁴ Ali Güzel, “İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavram”, Çalışma Ve Toplum , 2004/1,s. 32. <https://www.calismatoplum.org/makale/is-yasasina-gore-alt-isveren-kavrami-ve-asil-isveren-alt-isveren-iliskisinin-sinirlari> E.T. 24.10.2021.



TBK m. 71 anlamında işletme ve işyerinin ayrıldığı alanlar da mevcuttur. İşletmeden anlaşılması gereken tehlike ortaya koyan faaliyetlerin ortaya çıkabileceği alan iken işyeri kavramına dinlenme, yemek, uyku, yıkanma, muayene, bakım beden ve mesleki eğitim ve avlu gibi alanlar da dahil edilmiştir. Bu alanlar şayet işletmenin riziko alanının dışında yer alıyorsa bu alanların işletme kapsamında değerlendirilerek işverenin tehlike sorumluluğuna gidilmesi doğru olmayacaktır. Zira tehlike sorumluluğunun getiriliş maksadı mevcut tehlikenin mağdurda tazminini sağlamak iken sayılan alanlarda mevcut bir tehlikenin bulunmadığı hallerde sorumluluğun gündeme gelmesini beklemek yanlış bir yorum olacak ve işverenin sorumluluğunu aşırı ölçüde genişletecektir.

b. İşveren-İşleten Kavramları Bakımından

İşverenin TBK m. 71 anlamında tehlike sorumluluğundan bahsedebilmek için öncelikle hükümde sorumlu kılınan işleten kavramı ile işveren kavramının ne oranda örtüştüğünün tespiti yapılmalıdır. Aksi halde bir faraziyeden hareketle kavramların kapsamadığı alanlarda fazladan sorumluluk ihdas etme yanılığısına düşme ve böylelikle yorum yanlışlıklarında bulunulabilme riski doğacaktır.

İşletenin varlığından söz edebilmek için bir faaliyetin meydana gelmesi gerekmektedir. Bu faaliyetin varlığı maddi olarak gerçekleşen üretim, hizmet gibi somut olarak gözlemlenebilir ve ortaya tehlike çıkarır bir halin varlığını gerektirmektedir. İşverene gelindiğinde ise, bir kişiye kurum kuruluşa bağlı olarak çalışan işçilerin bulunması aranmaktadır. Esasında işverenin işçi çalıştırmamasından maksat da bir hizmet ve üretim faaliyetinin kendine yahut üçüncü kişilere sunulmasıdır. İşletmelerde işleten olarak şahıs yahut tüzel kişiler bulunduğu durumlar da dahil olmak üzere genel itibariyle tek bir işletenin varlığından söz edilebilecektir. Yine aynı üretim süreci ve organizasyonu içinde istihdam edilen işçilerin de tek bir işvereni bulunur³⁵. Bu durumda, işveren ve işleten kavramlarının büyük ölçüde örtüştüğü söylenebilecektir.

Ayrık tutulması gereken bir hal ise, işçi çalıştırmayan ve fakat iktisadi faaliyet ortaya koyan işletmelerdir. Gerçekten de ilerleyen teknoloji ve robotlaşmaya hızla meyleden sanayi faaliyetlerinde hiçbir işçi çalıştırmaksızın tamamen makineler ve robotlarla üretim yapılan yahut ileride yapılacak olan durumlarda bir işveren- işçi ilişkisi olmaksızın işletme faaliyeti yürütüleceğinden; böylesi durumlarda işveren ve işleten kavramının birbirini karşılamayacağı söylenebilecektir.

4. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Bağlamında Önemli Ölçüde Tehlike Arzeden İşletme Kavramının Ele Alınması

6331 sayılı kanun³⁶ m.3/1-p maddesiyle tehlike, işyerinde var olan ya da dışarıdan gelebilecek, çalışana veya işyerini etkileyebilecek zarar veya hasar

³⁵ Ali Güzel, a.e. s.32.

³⁶ R.G., T.30.6.2012, S.28339.

verme potansiyeli, şeklinde tanımlanmıştır. Madde incelendiğinde tehlikenin üç unsurun bir araya gelmesiyle vücut kazandığı görülecektir:

- 1- İşyerinden kaynaklı veya işyeri dışından gelen (kaynak)
- 2- Çalışanı veya işyerini yahut her ikisine de etkileyen (nesne)
- 3- Zarar veya hasar verme potansiyeli (etki)³⁷

Kanun tehlikenin kaynağını, nesnesini, etkisini ortaya koymuştur. Maddenin devam eden fıkrasında tehlike sınıfı kavramına yer verilmiştir. Tehlike sınıfı, iş sağlığı ve güvenliği açısından, yapılan işin özelliği, işin her safhasında kullanılan veya ortaya çıkan maddeler, iş ekipmanı, üretim yöntem ve şekilleri, çalışma ortam ve şartları ile ilgili diğer hususlar dikkate alınarak işyeri için belirlenen tehlike grubunu, şeklinde tanımlanmıştır. Tanımda yer verilen iş safhasında kullanılan maddeler-ekipman ve üretilen maddeler kavramı TBK m. 71/2 'deki "faaliyette kullanılan malzeme, araçlar" ifadeleriyle örtüşmektedir. TBK m. 71/2'de yer verilen "uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu" genel ve sınırlarının belirlenmesi daha güç olan bir ifadeyken, 6336 Sayılı Kanun'da işte uygulanan üretim yöntemi ve şekliyle, çalışma ortam ve şartıyla daha somut bir tehlike ölçütü oluşturulmuştur. Eş bir anlatımla İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu TBK 'daki teorik tehlikeli işletme kavramını, tehlike sınıfı kavramı ihdas etmek suretiyle pratik iş hayatı uygulamasına uyarlamıştır.

Tehlike sınıfları, 26.12.2012 tarihli İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin İşyeri Tehlike Sınıfları Tebliği'nin ekindeki listede³⁸ yer aldığı üzere üç farklı seviye olarak belirlenmiştir. Bunlar sırasıyla; *Az Tehlikeli*, *Tehlikeli* ve *Çok Tehlikeli* tehlike sınıflarıdır. Tehlike sınıfları, personele verilecek eğitimi, istihdam edilecek personelin niteliğini, personelin çalışma süresini, çalıştırılacak personel sayısını belirlerken dikkate alınacaktır.

Öğretide, tehlikeli işletme faaliyeti olarak değerlendirilen; petrol, doğalgaz, maden aramaları, nükleer santral, barajlar, doğalgaz üretim dağıtım tesisleri, otoyol yapımı patlayıcıları kullanılması, fabrikalarda zehirli atıkların çıkması gibi faaliyetler, İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin İşyeri Tehlike Sınıfları Tebliği'nde genel itibariyle çok tehlikeli sınıfında yer almaktadır.³⁹

Tehlike sınıflarının birden fazla olması, hangilerininin TBK anlamında tehlikeli tanım kapsamından değerlendirilmesi gerektiği sorusunu akla getirmektedir. 6336 Sayılı Kanun 15. Maddesinde çok tehlikeli ve tehlikeli sınıflar bakımından işverenin gözetme borcunun daha geniş tutulduğu dikkate

³⁷ Mehmet Bulut/Sadettin Orhan, "İş Sağlığı Ve Güvenliği Yükümlülükler Ve Uygulamalar", Ankara, Bilge Yayınevi, 2017, s.71.

³⁸ R.G. ,T. 26.12.2012, S. 28509.

³⁹ Ahmet Kılıçoğlu, "Borçlar Hukuku Genel Hükümler", 23. Bası, Ankara, Turhan Yayınevi, 2019, s. 469.



alındığında , tehlike sınıflarına göre verilen faaliyet alanları incelendiğinde ve kelimelerin seçimindeki nitelikleme sıfatları dikkate alındığında “çok tehlikeli” tehlike sınıfının tamamının TBK anlamında önemli ölçüde tehlike arz eden işletmeye karşılık geldiği yorumu yapılabilecektir.

B. İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu ve Tehlike Sorumluluğu İlişkisi

1. İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemleri Alma Borcunun Ele Alınması

İşverenin iş sağlığı ve güvenliğinden kaynaklı sorumluluğu İş Kanunu’nda m. 77 ile düzenlenmiştir. Anılan hüküm 6331 sayılı kanun’un “İşveren ile Çalışanların Görev, Yetki ve Yükümlülükleri” kenar başlıklı 4. ve 5. Maddeleri yürürlüğe girince mülga olmuştur. Hüküm işverene; işçilerin işe dair sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlü olduğunu, mesleki risklerin önlenmesini, eğitim ve bilgi verilmesi dâhil her türlü tedbirin alınması, organizasyonun yapılması, gerekli araç ve gereçlerin sağlanması, sağlık ve güvenlik tedbirlerinin değişen şartlara uygun hale getirilmesi iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uyulup uyulmadığını denetlemeyi risk değerlendirmesi yapmayı, çalışana sağlık ve güvenlik bakımından uygunluğuna göre görev vermeyi yüklemiştir.

2. İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemleri Alma Borcu ve Tehlike Sorumluluğunun Yarışması

İş kazası veya meslek hastalığı sebebiyle zarara uğrayan işçinin zararının giderimi için işverenin hangi sorumluluk esasına göre sorumlu tutulacağı bir dönem tartışma konusuydu⁴⁰.

Bir kısım görüş, işverenin iş kazası veya meslek hastalığından doğan sorumluluğunu borca aykırılığa dayandırmış ve TBK m.71 kanun sistematığı yönünden sözleşmesel ilişkiler başlığı içinde yer almadığından sözleşme alanı dışına uygulanacak istisnai bir hüküm olarak değerlendirmiştir⁴¹. Türk Hukukunda kusur sorumluluğunun asıl olduğunu, kusursuz sorumluluk açıkça kanunda düzenlenmedikçe sorumluluğun kusursuz sorumluluk kapsamına alınamayacağından hareketle ilk görüşü destekleyen görüşler mevcuttur⁴².

Azınlık görüş, iş kazası ve meslek hastalığından doğan sorumluluğu tehlike esasına dayandırarak kusursuz sorumluluk içinde değerlendirmektedir. Teknolojik gelişmelerin artmasıyla otonom araçların ve makine gücünün kullanımı işçileri kendilerinden kaynaklanmayan gizli bir tehlikle karşı karşıya bıraktığından bu kaçınılmaz tehlikeden yarar sağlayanın sorumlu tutulması gerektiği savunulmuştur⁴³.

⁴⁰ M. Kemal Oğuzman, “İş kazası veya meslek hastalığından doğan zararlardan işverenin sorumluluğu” İÜHFİM, 1968, s. 322. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/96159>, E.T. 24.10.2021

⁴¹ Oğuzman, A.e , s.327

⁴² Nuri Çelik, Nürşen Caniklioğlu, Talat Canbolat, “İş Hukuku Dersleri” , 30.Bası, İstanbul Beta Yayınevi,2017 ,s.367.

⁴³ İlhan Ulsan, “İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu” ,s.119-121.

Bir başka görüş ise 6331 sayılı kanun kapsamında işverene yüklenen sorumluluk açıkça belirlenmiş olduğundan tehlike sorumluluğu yaklaşımının kanunun ruhuna hakim olduğunu savunmaktadır⁴⁴.

Mevzuatımızda iş sağlığı ve güvenliğini sağlamak büyük ölçüde işverene yüklenmiştir. Dolayısıyla bu yükümlülükler iş ilişkisinin yerine getirilmesinde işverenin yan edim borcu olarak nitelendirilebilecektir. Anılan bu yükümlülüklerin ihlali işverenin gözetim borcu bakımından kusur sebebi sayılacağı ve kusursuz bir sorumluluk olan tehlike sorumluluğundansa kusur sorumluluğunun yeğlendiğini söylemek bizce daha makuldür.

Yargıtay, ilk kararlarında işverenin iş kazalarından doğan sorumluluğunun haksız fiile dayandığını kabul etmişken, zamanla işçinin daha yararına olan akdi sorumluluk esasını benimsemiştir. Sosyal ve ekonomik ve kültürel alanda meydana gelen gelişmeler nedeniyle akdi sorumluluğun da yetersiz kalması üzerine Yargıtay, son uygulamalarda istikrarlı şekilde tehlike sorumluluğu görüşünü kabul etmektedir.⁴⁵ Günümüz itibarıyla Yargıtay uygulamasında ise isabetli olarak işverenin sorumluluğu borca aykırılık ve kusura dayandırılmıştır. Zira daha önce sırası gelmediğinden yer vermediğimiz TBK m. 417 hükmüyle işverenin yarışan sorumluluğunda başvurulması gereken sorumluluğa açıkça yer verilmiş ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da kararında bu hükme dayanmıştır⁴⁶ “*İşçinin Kişiliğinin Korunması*” kenar başlıklı 417. Maddesinde İşverenin kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabi kılınmıştır.

İşverenin sorumluluğunun hizmet sözleşmesi ilişkisi kapsamında borca aykırılığa dayandırıldığında; işçinin işverenin kusurunu ispatlamak zorunda olmadığı, işverenin kusursuzluğunu ispatlamak zorunda olduğu söylenebilecektir. Böylelikle işverenin iş sağlığı güvenliği önlemleri alınmasında ifa yardımcısı kullandığı durumlarda da TBK m. 116 bağlamında sorumluluğuna gitme imkânı korunacaktır⁴⁷.

C. Asıl İşverenin Tehlike Sorumluluğunun Kapsamı

Asıl işverenin tehlike sorumluluğu denildiğinde işyerinde ortaya çıkabilecek iş kazası ve meslek hastalığından doğan sorumluluğun anlaşılması, eş deyişle “*karakteristik rizikonun*” gerçekleşmesi gerekmektedir. Meydana gelen zararların hangilerinin tehlike sorumluluğu kapsamında işverene yükletileceği ise tartışmalı konudur.

İş kazası veya meslek hastalığı meydana geldiğinde şüphesiz maddi ve

⁴⁴ İbrahim Aydın, “İş Sağlığı ve Güvenliğinden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk”, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2015, s.128-129.

⁴⁵ Yargıtay HGK, E. 1987/9722 , K. 1987/203, T. 18.03.1987.

⁴⁶ Yargıtay HGK, E. 2012/21-1121, K. 2013/386, T. 20.03.2013.

⁴⁷ Oğuzman/ Öz, Borçlar Hukuku C. 2, s. 255.



manevi zararların doğumundan da bahsedilecektir. Ölümlü iş kazası sonrası ölen işçinin yakınlarına ödenen destekten yoksun kalma tazminatı bir maddi tazmin örneğidir. Destekten yoksun kalma tazminatında TBK anlamında ölenin bakımına muhtaçlık koşulu aranmamakta ölenin desteğini alan ve ölümler bundan yoksun kalan kişiler doğrudan bu tazminata hak kazanacaklardır⁴⁸.

İş kazası ve meslek hastalığından kaynaklı zararların derhal karşılanması amacıyla ülkemizde ve dünyada benimsenen sosyal sigorta sistemi doğrultusunda Sosyal Güvenlik Kurumunca zarar gören işçiye ve yakınlarına birçok hak ve menfaat tanınmaktadır⁴⁹. İşçinin SGK tarafından temin edilen ödenek ve diğer menfaatlerle karşılanmayan zararlarının da olabileceğinden hareketle TBK m. 53 kapsamında işçinin karşılanmayan zararlarından işveren sorumlu tutulmuştur.

6098 Sayılı TBK yürürlüğe girmeden önce SGK, “işverene rücu olunamayan ödemeler⁵⁰” kalemını tazminattan indirim sebebi saymaktaydı. Ancak TBK m. 55 hükmüyle birlikte destekten yoksun kalma zararları ve bedensel zararlarda rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri tazminat hesaplanmasında artık dikkate alınmayacaktır. Dolayısıyla kusuru sebebiyle işverene rücu edilen zararlarda işveren işçiye tazminat ödemek durumunda kalacak ve bu tazminat miktarında SGK kanalından işçiye yapılacak ödemede indirim yapılmasını gerektirecektir. Tehlike sorumluluğu durumunda ise işveren kusursuz sorumlu olsa dahi uygun illiyet aranacaktır⁵¹. Bu doğrultuda işverenin kusursuz sorumluluğu gündeme geldiğinde SGK tarafından işverene karşı rücu yolu işletilemeyeceğinden SGK’nın işçiye yapılacak ödemelerde herhangi bir indirim yapılmayacaktır⁵².

İşçinin ağır bedensel zarara uğraması yahut ölümü durumunda ailesinin veya ölenin yakınlarının TBK m. 56 kapsamında manevî tazminat istemesi mümkündür. İş kazasında yaralanan işçinin manevî tazminata hak kazanımında bedensel zarar görme hususu bir şart olmayıp, işçinin cismani zarara uğraması,

⁴⁸ Çelik, İş Hukuku Dersleri, s.371-372.

⁴⁹ Can Tuncay, Ömer Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 19. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, 2017, s.409-421.

⁵⁰ İşverenin kastı yahut iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine aykırı yönde kusurlu hareketleri olması ve kaçınılmazlık bulunmaması durumunda SGK tarafından ödenen bedeller için işverene rücu edilebilmektedir. Bu durumda işverenin SGK’ya karşı sorumluluğu esas itibarıyla kusura dayanmaktadır. Bu durumlarda da işverenin sorumluluğunun sınırları 5510 Sayılı Kanun m. 21 ile düzenlenmiş olup bu sınırlar şu şekildedir; “SGK tarafından sigortalı yahut hak sahibi kimselere yapılacak ödemeler, bağlanan gelirlerin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri toplamı, sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tutarla sınırlıdır.”

⁵¹ Sarper Süzek, İş Hukuku, 20. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, 2020 s.426.

⁵² Süzek, İş Hukuku, s.448.

acı , elem ızdırıp çekmesi yeterlidir⁵³. Yine işçinin kazanma gücünde kayıp aranmayacaktır⁵⁴. Yargıtay olayın oluş şekli, ölenin yaşı, kusur oranı, tarafların sosyal ve ekonomik durumlarının manevi tazminatın takdirinde dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir⁵⁵. Manevi tazminatın bölünerek yahut bir kısmı saklı tutularak istenmesinin mümkün olmadığı ise unutulmaması gereken noktadır.

D. Alt İşverenin İşçileri Yönünden Tehlike Sorumluluğu

Alt işverene bağlı olarak çalışan işçinin çalışma sahası içerisinde zarara uğraması halinde İş Kanunu m. 2 düzenlemesi uyarınca asıl işveren ve alt işveren işçiye karşı müteselsil sorumludur. İşletme-işyeri sahasında alt işveren asıl işverene bağlı olarak faaliyetini sürdürmektedir. Günümüz koşullarında işbirliği ve iş paylaşımının oldukça yaygın olduğu göz önüne alındığında alt işveren uzmanlık alanı itibariyle faaliyetini asıl işverenden talimat almaksızın sürdürebilmesi mümkündür. Burada önemle ifade etmek gerekir ki alt işverenin kendi bilgi ve tecrübesine dayalı olarak faaliyetini yürütmesi ve salt bu sebeple alt işverenin emir ve talimatından kaynaklı olarak işçinin zarara uğraması halinde asıl işveren zarardan yine sorumlu tutulacaktır. Zira tehlike sorumluluğunun kusursuz sorumluluk biçimi olması itibariyle işletme/işyeri/işleten/işverenin sorumluluktan bağışık olamayacağı izahtan varestedir. Şu halde kanaatimize göre somut olay özelinde salt alt işveren talimatından kaynaklı zarar gören işçi; yapılacak kusur oranı hesaplaması uyarınca alt işverenin sorumluluğuna daha fazla gidebilecekse de işletme-işyeri sahibine veya işveren-işletene de müteselsil sorumluluk ilkesi kapsamında zarar tazmini istemini yöneltebilecektir.

SONUÇ

Tehlike Sorumluluğu pozitif hukukumuzda ilk kez TBK m.71 ile ihdas edilmiştir. Genel tehlike sorumluluğun düzenlenmesinde esas gaye kanunlarımızda yeteri kadar özel tehlike sorumluluğu öngörülmediğinden bu boşluğun anılan hükümlerle doldurulmasıdır. Tehlike sorumluluğu en ağır sorumluluk türü olduğundan şüphesiz makul sınırlamalara tabi olmalıdır. Zira ağır sonuçları doğuran zararlardan sorumluluğun genel düzenleme ile oldukça geniş yoruma sebebiyet vermek ciddi hak kayıplarını da beraberinde getirecektir. Türk Borçlar Kanunu sistematüğinde esas sorumluluğun kusur sorumluluğu olduğu dikkate alındığında tehlike sorumluluğunun sınırlarının muğlak bırakılması hukuk güvenliğini zedeleyebileceği gibi kanunun ruhuna da aykırılık teşkil edebilecektir. Dolayısıyla mehaz İsviçre Hukuku'nda bulunmayan genel tehlike sorumluluğunun hukukumuzda düzenlenmesinin birtakım sakıncaları olduğu göz ardı edilmemelidir.

⁵³ Süzek, İş Hukuku s.444.

⁵⁴ Süzek, İş Hukuku s.445.

⁵⁵ Yargıtay 9. H.D. , E. 1988/12583, K. 1988/12584, T. 27.12.1988.



“İşverenin Tehlike Sorumluluğu” başlıklı çalışmamızın tehlike sorumluluğunun iş hukukuna yansımadaki muğlak yönlere ışık tutması amaçlanarak sorumluluğun sınırları somutlaştırılmaya çalışılmıştır. Bu bakımdan işverenin tehlike sorumluluğuna gidilebilmesinin önünde, tehlike sorumluluğunun getirildiği TBK’nın bir başka maddesinde önemli bir engel bulunmaktadır. TBK m. 417 hükmüyle işverene iş sağlığı ve önlemleri alma borcu getirilmiş olup aynı hükmün son fıkrasıyla bu önlemlerin alınmaması ve yükümlülüklerin getirilmemesi durumunda zararların tazmininin açıkça borca aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabi olduğu belirlenmiştir. Şu halde kanunun bu açık hükmü karşısında doktrindeki kimi görüşlere rağmen işverenin kendisine yüklenmiş iş sağlığı ve önlemlerini yerine getirmemiş olması durumunda ortaya çıkabilecek zararlarda tehlike sorumluluğuna gidilebilmesi kanımızca mümkün görünmemektedir. Ancak işverene yüklenmemiş bir önlemin söz konusu olmaması, öngörülen tüm sorumlulukların yerine getirilmesi ve illiyet bağının mücbir sebep, olağanüstü hal yahut üçüncü kişinin ağır kusuruyla kesilmediği durumlarda işverenin tehlike sorumluluğunun gidilmesinin mümkün olacağı hususu aşıkardır. Zira TBK m. 71 hükmünde getirilen işletme ve işleten kavramları ; iş hukukun terminolojisinde işyeri ve işveren kavramlarını büyük ölçüde karşılamaktadır. Yine çalışmada izah edilen gerekçelerle; “tehlike arz eden işletme” kavramının da İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin İşyeri Tehlike Sınıfları Tebliği ekli listesinde yer alan “çok tehlikeli” tehlike sınıfını karşılayacağı ortadadır. Açıklanan bu uyum, yukarıda anılan hallerde işverenin tehlike sorumluluğuna gidilmesini her ne kadar istisnaî bir hal olsa da mümkün kılmaktadır.

KAYNAKÇA

Aydınlı İ, *İş Sağlığı ve Güvenliğinden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2015.

Bulut M / Orhan S, *İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükler ve Uygulamalar*, Ankara, Bilge Yayınevi, 2017.

Çekin MS, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde 71 Çerçevesinde Tehlike Sorumluluğu*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

Çelik N / Caniklioğlu N / Canbolat T, *İş Hukuku Dersleri*, 33. Bası, İstanbul Beta Yayınevi, 2020.

— / Güleriyüz S / Özköse H, “Endüstri Devrimine Kuramsal Bakış”, *Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi*, C.5, S.9, s.86-95, 2018.

Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 25. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020.

Erişgin N, “Tehlike Bağı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , C.49, S. 1 , Mayıs 2000, s.137-154.

Güzel A, “İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavram”, Çalışma Ve Toplum , 2004/1, E.T. 22.11.2021, <https://www.calismatoplum.org/makale/is-yasasina-gore-alt-isveren-kavrami-ve-asil-isveren-alt-isveren-iliskisinin-sinirlari> .

Kılıçoğlu A, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 20. Bası, Ankara, Turhan Yayınevi, 2016.

Nomer HN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 18. Basım, İstanbul, Beta Yayınevi, 2021.

Oğuzman MK / Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt-1, 18. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020.

— — / Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt-2, 18. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020.

— —, “İş Kazası Veya Meslek Hastalığından Doğan Zararlardan İşverenin Sorumluluğu”. İÜHFİM, S. 34 / 1-4, s.322-342.

Paksoy MS / Demir Arslan G, “Üreticinin TBK 71 Kapsamında Sorumlu Tutulması”, İÜHFİM , C. LXXI, S. 2, s.299-316. 2013.

Posner RA, “Strict Liability: A Comment,” Journal Of Legal Studies, 1973, https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12682&-context=journal_articles , E.T. 30.11.2021, s. 205-221.

Süzek S, *İş Hukuku*, 20. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2020.

Tuncay C / Ekmekçi O, *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*,19. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi,2017 .

Ulusan İ, *Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu*, İstanbul,Kazancı Matbaacılık,1990.

— —, “Tehlike Sorumluluğu Üstüne”, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, S. 6, Y.4, s.23-57. 1970.

Yıldırım AA, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Kusursuz Sorumluluğun Özel Bir Türü Olarak Tehlike Sorumluluğu”, İÜHFİM, C.LXX, S.1, s. 203-220. 2012.

Yücel Ö, *Türk Borçlar Kanununa Göre Tehlike Sorumluluğu*, Ankara, Seçkin Yayıncılık,2014.



Çevrimiçi Kaynaklar

www.sinerjimevzuat.com.tr

emsal.uyap.gov.tr

dergipark.org.tr

chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12682&context=journal_articles

www.calismatoplum.org



1921 TEŞKİLÂT-I ESASİYE KANUNU'NUN YAPIMI BAĞLAMINDA TBMM'NİN KURUCU SIFATI

*The Founder Title of GNAT in the Context of the Building of the Law of the
Fundamental Organization 1921*

Emre GEZER*

Özet

Bu makalenin konusu, 1921 Teşkilât-ı Esasiye Kanunu'nu kabul eden TBMM'nin kurucu iktidar niteliğinin incelenmesidir. Makalede öncelikle sorunlar dizgesi olarak adlandırdığımız sürecin hazırladığı ve yeni devletin üzerinde inşa edileceği siyasal ve sosyolojik temeller ortaya konmuş ve ardından kurucu iktidar kavramı anayasa hukuku öğretisi bağlamında ele alınmıştır. Osmanlı Devleti'nin çöküşü, üç temel erkin etkinliklerini yitirmeleri bakımından incelenmiştir. Türkiye Devleti'nin kuruluşu ise Teşkilât-ı Esasiye Kanunu'nun kabulü odağında, TBMM'nin kuruluşunun ardından yaşanan anayasasızlaştırma öncül süreciyle ve devlet şeklinin belirlenmesi ardıl süreciyle birlikte incelenmiştir. Makaleye konu olan sürecin tarihi değeri, göreve başlarken TBMM'ye atfedilen "kurtarıcı" sıfatının zamanın şartları içerisinde "kurucu" sıfatına evrilmesidir. Bu tarihi vakadan elde ettiğimiz verilerle anayasa hukuku öğretisinde ulaştığımız sonuç ise Teşkilât-ı Esasiye Kanunu'nu kabul eden ve bu eylemi ile Türkiye Devleti'ni kuran TBMM'nin, mevcut bir devletin kuruluşunu yenileyen asli kurucu iktidar sıfatıyla görev yaptığı tespitidir.

Anahtar sözcükler: Anayasa, asli kurucu iktidar, anayasasızlaştırma, TBMM, Teşkilât-ı Esasiye Kanunu.

Absract

The topic of this article is to examine the constituent power attribute of GNAT which accepted the Law of the Fundamental Organization 1921. In the article, primarily, the political and sociological basis on which the new state will be built and which was prepared by the process we named as the system of problems were revealed, and then, the notion of constituent power was discussed in the context of constitutional law. The corruption of the Ottoman Empire was examined in terms of three powers that lost their

➤ Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 20.02.2022

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 16.06.2022

* Cumhuriyet Savcısı, Isparta Adliyesi, emregezer35@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0003-1465-4075>



effectiveness. And the foundation of the State of Turkey was examined along with the consecutive processes of the initial process of non-constitutionalization experienced after the foundation of GNAT and the determination of the regime and the form of the state within the scope of the acceptance of the Law of the Fundamental Organization 1921. The historical value of the process that is discussed in the article is the evolution of the title of “savior” which was attributed to GNAT at the beginning of its duty into the title of “founder” within the conditions of the time. The result we reached in the teaching of constitutional law with the data we obtained from this historical event is the determination that GNAT, which accepted the Law of the Fundamental Organization 1921 and has founded the State of Turkey with this act, functions with the attribute of primary constituent power renovating the foundation of an existing state.

Keywords: Constitution, primary constituent power, non-constitutionalization, GNAT, the Law of Fundamental Organization.

GİRİŞ

Osmanlı Devleti'ne sonuncu siyasi baharını yaşatan II. Meşrutiyet'in ilanı, kısa süre içerisinde yerini, sonu devletin çöküşü ile tamamlanacak bir sorunlar dizgesine bırakmıştır. Bu dizge neredeyse kesintisiz olarak savaşlarla ve kayıplarla sürmüştür; nihayetinde anavatan topraklarının işgaliyle sonuçlanmıştır. Tarihin Türk halkını karşı karşıya bıraktığı bu zorlu süreç, aynı zamanda Türk halkının bu durum karşısında ortaya koyacağı eylemsel reaksiyonun da hazırlayıcısı olmuştur. Yıkılmakta olan devleti kurtarmaya odaklı çözüm ve restorasyon projeleri ile geçen önceki yüzyılın aksine yeni yüzyılın yarattığı yeni “düşünce” ve “kadro” unsurları, bu eylemsel reaksiyonun istikametini eski devleti kurtarmaktan uzaklaştırarak yeni bir devlet kurmaya yönelmiştir. Bu yeni yönelimi inşa eden düşünce unsuru “Türk ulusu sezgisi”, kadro unsuru ise “genç subaylar” olmuştur¹.

Osmanlı topraklarında yeni bir devlet kurma idealinin görünür hale gelmesi, aynı zamanda dünyaya da yeni bir düzen getirecek olan Birinci Dünya Savaşı'nın sonuçlandığı döneme rast gelmektedir. Nitekim savaş sonrasında dair “Nasıl bir Osmanlı Devleti?” sorusunun cevabı için bu dönemde karşılıklı iki ana aktör olarak İtilaf Devletleri ve Osmanlı Devleti'nin yeni devlet tezleri mevcut iken Osmanlı Devleti'nin ortaya koyduğu tezin toplumsal meşruiyet kazanamaması öncelikle yerel hareketler odağında yeni bir tez doğmasına neden olmuştur. Bu hareketlerin kısa sürede bütünleşerek yekvücut olması ise nihayetinde kazanacak olan ulusal devlet tezinin ortaya çıkmasını sağlamıştır². Ulusal devlet tezi bu bakımdan dramatik bir geçmişe sahiptir. Öncesi de bulunmakla birlikte II. Meşrutiyet'in ilan edildiği ve bu tezin ifade edilmeye başlandığı 1908 yılından itibaren 1918 yılına dek yaşanan yaklaşık on yıllık sorunlar dizgesi süreci, bu tezin üzerinde inşa edildiği düşünce unsuru olan Türk ulusu

¹ Niyazi Berkes, *Türkiye'de Çağdaşlaşma*, (Hazırlayan: Ahmet Kuyaş) (26. Baskı, Yapı Kredi 2018) 393.

² Bülent Tanör, *Türkiye'de Kongre İktidarları (1918-1920)*, (4. Baskı, Yapı Kredi 2016) 17.

sezgisinin de asıl doğduğu dönemdir. Zira bu dönemde hürriyetin ilanının yarattığı coşkun heyecan, Türkçülük akımının etkisiyle ve artık devleti kurtarma çabalarındaki yalnızlık duygusu içerisinde, kurtuluş fikrinin yalnızca Türk ulusu odağında gerçekleşeceği düşüncesini yeşertmiştir. Falih Rıfkı Atay bu durumu “Bizler, dediğim gibi, Türkçülükle idealsiz kalmaktan ve boşlukta sallanmaktan kurtulmuştuk”³ sözleriyle ifade etmiştir. Hürriyetin ilanında etkin rol oynayan ve Türk ulusu sezgisinin toplum tarafından benimsenmesinde de öncü konumda bulunan genç subaylar⁴, bu yeni fikirleri gereği, padişaha sadakati temel prensip olarak kabul eden geleneksel düzenin komutanlarından farklı olarak büyük ölçüde sadakat duygularını gelecekteki Türk ulusuna yöneltmişlerdir. Bu durum, onları ulusal devlet tezinin müstakbel kadrosu haline getirmiştir⁵.

Yerel kongre hareketleri, sorunlar dizgesi karşısında Türk halkının ortaya koyduğu eylemsel reaksiyonun ilk aşaması olmuştur. Nitekim Türk halkı, bu dizgenin sonuna dek yaşanan diğer tüm kayıplara rağmen anavatan kabul ettikleri Anadolu ve Doğu Trakya topraklarının henüz elden çıkmaması nedeniyle bu durum karşısında bir reaksiyon göstermeksizin yalnızca doğal-ulusal sınırlara geri çekilmekle yetinmiştir. Ancak bu dizgenin son aşaması olan Mondros Ateşkes Antlaşması sonucu anavatan topraklarının da işgal edilmeye başlanması ve dolayısıyla artık gidebilecekleri başka bir yurtlarının kalmayışı, Türk halkını bu dizge karşısında inisiyatif ele almaya zorlamıştır. Yüzyıllar boyunca yalnızca vergi mükellefi olarak reaya statüsünde yaşayıp Tanzimat ile birlikte tebaa statüsüne yükselen, II. Meşrutiyet ile vatandaşlık yolunda önemli bir aşama kaydeden ve fakat halen kamu sorunlarına yönelik çözüm arayışlarından çok uzakta bulunan halkın bizzat eylemsel bir reaksiyon göstermesi, siyasallaşma olgusuna⁶ yol açmıştır. Siyasallaşan halk ise ulusal devlet tezinin düşünce ve kadro unsurlarının ardından ihtiyaç duyduğu son şey olan “kitle” unsurunun oluşumunu sağlamıştır. Böylece yeni bir devlet arayışında düşünce, kadro ve kitle unsurları ana hatlarıyla hazır hale gelmiştir. Artık ihtiyaç duyulan şey, Stanley Lane-Poole’nin henüz 19. yüzyılda gerçekçi bir öngörü ile ifade ettiği gibi bu arayışın yönünü tayin edip hareketi organize edecek olan bir liderdir:

“Türklerin sade, kanaatli, dürüst insan olarak aslanlar gibi dövuştükleri iyi günlere tekrar kavuşacaklarına inananlar vardır. Türk milletinde, hâlâ bunu yapacak cevher ve faziletler bulunmaktadır. Fakat liderleri nerededir? Milleti bu kurtuluş yoluna götürececek bu kahraman çıkıncaya kadar böyle bir uyanış ve dirilişten bahsetmek bir hayaldir”⁷.

³ Falih Rıfkı Atay, *Batış Yılları*, (Pozitif 2012) 91.

⁴ Yuriy Aşatoviç Petrosyan, *Sovyet Gözüyle Jön Türkler*, (Bilgi 1974) 178.

⁵ Sina Akşin, *İstanbul Hükümetleri ve Milli Mücadele*, (Cilt: I) (İkinci Basım, Cem 1992) 601.

⁶ Bülent Tanör, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, (19. Baskı, Yapı Kredi 2010) 226.

⁷ Stanley Lane-Poole, *The Story of the Nations: The Story of Turkey*, (T. Fisher Unwin 1893) 365.

1. KURUCU İKTİDAR KAVRAMI

İlk yazılı anayasalar olan 1787 tarihli Birleşik Devletler Anayasasının ve Fransa'nın 1791 Anayasasının yapım süreçlerinde yaşanan anayasayı yapma ve değiştirme yetkisine dair tartışmalar, kurucu iktidar teorisinin ortaya çıkmasına neden olmuştur⁸. Parlamento geleneği daha eski olmasına rağmen bu teorisin kökenini İngiliz kamu hukukundan almaması, bu geleneğin parlamentonun her zaman her şeyi yapabileceği düşüncesine dayanmasından kaynaklanmaktadır⁹. Nitekim hukuk tarihinde “kurucu iktidar” kavramı ilk kez, Fransız Devrimi'nin hemen ardından Anayasa Komitesi üyesi olarak görev yapan ve bir anayasanın her şeyden önce bir kurucu iktidara dayanması gerektiğini ortaya koyan Emmanuel-Joseph Sieyès tarafından 1789 yılında ifade edilmiştir. Böylece anayasanın devletin hukuk düzeninin yaratıcısı olarak kabul edilmesi, iktidarın öncelikle bu başlangıç noktasına göre kurucu iktidar ve kurulmuş iktidar olarak iki başlık altında ele alınmasına yol açmıştır¹⁰. Bu bağlamda hukuki bir kurum olarak devletin kuruluş şartlarını ve ilkelerini belirleyen güç, kurucu iktidar; kurucu iktidarın yaptığı anayasa ile hukuki ve siyasi statüleri belirlenen devlet organları ise kurulmuş iktidar olarak tanımlanmıştır¹¹.

Kurucu iktidarın ilk görünüş şekli, en genel anlamıyla anayasayı yapma iktidarı olarak tanımlanan asli kurucu iktidardır¹². Anayasa Mahkemesi asli kurucu iktidar kavramını şu şekilde tanımlamıştır: “*Ülkenin siyasal rejiminde çeşitli etkenlere dayalı olarak ortaya çıkan kesintilerin ürettiği ve ortaya çıkış biçimi itibariyle hukuksal çerçeve dışında yer alan, yeni hukuksal düzenin temel esaslarının ne olacağını belirleyen anayasa koyucu iradedir*”¹³. Asli kurucu iktidarın hukuki niteliği öğretide oldukça tartışmalıdır. Pozitivistler asli kurucu iktidarın hukuk dışı bir olgu olduğunu öne sürerken doğal hukuk kuramını savunanlar ise bu iktidarı hukuki bir olgu olarak ele almıştır. Asli kurucu iktidarın hukuk dışı niteliğinin gerekçesi, devletin oluşumu ya da anayasasının yapımı süreçlerinin kendilerinden önce belirlenmiş herhangi bir hukuk kuralına bağlı bulunulmaksızın fiili bir olgu olarak gerçekleşmesi

⁸ Cem Eroğul, *Anayasayı Değiştirme Sorunu*, (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi 1974) 21-29; Osman Can, “Anayasayı Değiştirme İktidarı ve Denetim Sorunu” (2007) 62(03) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 101, 105; Yavuz Atar, *Demokrasilerde Anayasal Değişmenin Dinamikleri ve Anayasa Yapımı*, (Mimoza 2000) 164.

⁹ Kemal Gözler, *Kurucu İktidar*, (2. Baskı, Ekin 2016) 18.

¹⁰ Gözler (n 9) 22.

¹¹ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, (10. Baskı, Yetkin 2009) 157; Hayati Hazır, *Anayasa Hukuku*, (Alter 2004) 48; Hüseyin Nail Kubalı, *Anayasa Hukuku Dersleri: Genel Esaslar ve Siyasal Rejimler*, (İÜHF 1971) 96; İbrahim Ö. Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, (5. Baskı, Legal 2009) 27.

¹² Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esaslarına Giriş*, (8. Baskı, Ekin 2015) 40.

¹³ Anayasa Mahkemesi, 05/06/2008 tarih ve E.2008/16, K.2008/116 sayılı Karar, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, 2(45) 1231.

odağında açıklanmıştır¹⁴. Kemal Gözler, bir hukuk normunun adillik, geçerlilik ve etkinlik değerlendirmelerine tabi tutulabileceği ve fakat hukukiliğin asıl kriterinin, normun bir hukuk düzeninin parçası olup olmadığı anlamına gelen “geçerlilik” olduğu düşüncesini bu gerekçeye dayanak olarak göstermiştir¹⁵. Asli kurucu iktidarın hukuki niteliği ise bütüncül nitelik göstermeyen gerekçelerle açıklanmıştır. Örneğin Georges Burdeau, asli kurucu iktidarın ortaya çıkmasına neden olan devrimlerin salt kuvvet olayı olmaması ve eski düzenin hukukunu kesintiye uğratmaksızın yapısını dönüştürmesiyle bu iktidar şeklinin hukuki nitelik kazandığını ileri sürmüştür¹⁶. Hüseyin Nail Kubalı ise devrimin yürürlükteki anayasaya karşı yapılmış olmasından ötürü yasallıktan mahrum olmasına rağmen hak ve adalet fikrine dayanması durumunda meşruluk kazanacak olması ve bu nedenle de başarıya ulaşır ulaşmamasından bağımsız olarak kendiliğinden bir hukuki değere sahip olduğu gerekçesiyle asli kurucu iktidarın hukuki niteliğini açıklamıştır¹⁷. Mustafa Erdoğan, asli kurucu iktidarın ne tümüyle hukuk dışı ne de hukuki bir güç olduğu görüşünü, işlevinin doğası gereği kendisini bağlayan bir anayasal düzenlemenin olmaması ve beraberinde hukukun genel ilkelerinden ve evrensel insan haklarından bağışık hareket edilemeyeceği gerekçesiyle açıklamıştır¹⁸.

Bizim görüşümüzce asli kurucu iktidarın hukuki ya da hukuk dışı niteliğinin tespiti için öncelikle bu nitelik değerlendirmesindeki referans verinin tespit edilmesi gerekir. Pozitivistlerin ifade ettiği gibi bir normun hukuk dışı ya da hukuka ait olduğuna dair tespit, aidiyet unsuru üzerinden yapılabilir. Bir normun hukuk düzenine aidiyeti ise kendisinden önceki başka bir norma dayanarak düzenlenmiş olması ile mümkündür. Biçimsel geçerliliği ifade eden bu durum, normun ontolojik dayanağını oluşturur ve ampirik yöntemle incelendiği için aynı zamanda bilimsel bir tespit ortaya koyar. Hukuk düzenine ait bir normun sınırları, onun dayanağı olan normla belirlenmiş olmasından ötürü öngörülebilir niteliktedir. Oysaki asli kurucu iktidar ancak a posteriori olarak, yani deneyimlemenin ardından analiz edilebilir. Bu durum, asli kurucu iktidarın fiili bir olgu olduğuna işaret etmektedir. Bu gerekçeler ışığında asli kurucu iktidarı; çeşitli nedenlerle oluşmuş hukuk boşluğu ortamında ortaya çıkan, daha önceden belirlenmiş pozitif bir hukuk kuralı ile bağlı bulunmaksızın devletin hukuki ve siyasi kuruluş statüsünü belirleyerek anayasasını hazırlayan hukuk dışı bir güç olarak tanımlamak mümkündür.

¹⁴ Eroğul (n 8) 23; Kaboğlu (n 11) 80-81; Süheyl Batum, *99 Soruda Neden ve Nasıl Çağdaş Bir Anayasa*, (On İki Levha 2009) 40.

¹⁵ Gözler, *Kurucu* (n 9) 48-53.

¹⁶ Aktaran: Gözler, *Kurucu* (n 9) 28-30.

¹⁷ Kubalı (n 11) 99.

¹⁸ Mustafa Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, (Dördüncü Baskı, Orion 2007) 89; Mustafa Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, (12. Baskı, Siyasal 2015) 51.



Kurucu iktidarın ikinci görünüş şekli ise en genel anlamıyla anayasayı değiştirme iktidarı olarak tanımlanan tali kurucu iktidardır. Asli kurucu iktidarın aksine, öğretide tali kurucu iktidarın hukuki bir iktidar olduğuna yönelik görüş birliği mevcuttur¹⁹. Zira tali kurucu iktidar anayasa değişikliğini yürürlükte olan anayasanın öngördüğü usuller doğrultusunda gerçekleştirmektedir. Bu nedenle tali kurucu iktidar, hukuki statüsü bakımından aynı zamanda asli kurucu iktidarın kurduğu bir kurulmuş bir organ statüsündedir. Bununla birlikte işlevi bakımından ise kurucu yetki kullanması suretiyle diğer kurulmuş organların üzerinde ve asli kurucu iktidar ile eşdeğerde bulunmaktadır²⁰. Tali kurucu iktidarın hukuki bir iktidar olmasının temel gerekliliği olarak şekli yönden sınırlılığı genel kabul görmekle birlikte maddi yönden sınırlılığı ise öğretide tartışmalıdır²¹. Bu iktidar türünün maddi yönden sınırlılığını savunanların gerekçeleri, yapılan değişikliğin anayasa üstü normlara, anayasa içi hiyerarşiye²² ya da anayasanın özüne²³ uygun olması gibi gerekliliklere dayanmaktadır²⁴. Karşıt görüş ise objektif şekilde tanımlaması mümkün olmayan anayasa üstü normların ya da asli kurucu iktidar tarafından sınırlayıcı niteliği tespit olunmayan bazı anayasa maddelerinin tali kurucu iktidarı maddi yönden sınırlayamayacağı gerekçesine dayanmaktadır²⁵. Bizim görüşümüz de aynı gerekçeyle tali kurucu iktidarın maddi yönden ancak asli kurucu iktidar tarafından somut olarak belirlenmiş istisnai durumlarda sınırlanabilir olduğu, bir diğer deyişle maddi yönden kural olarak sınırsız olduğudur.

Asli kurucu iktidar kavramının mantığına yönelik geleneksel yorum, yeni hukuk düzeninin kuruluşu esnasında eski hukuk düzeninin ortadan kalktığı ya da hukuki boşluk oluştuğu varsayımlarına dayanmaktadır²⁶. Her ne kadar öğretide, bazı modern anayasalarda yeni bir anayasa yapımı için gereken süreç başlangıcının ya da yeni anayasayı yapacak olan organın düzenlenmesinin hukuki boşluk varsayımıyla çelişki yarattığına dair bir görüş bulunsa da, kanaatimizce bu görüş yerinde değildir. Zira bir anayasada bu hususlara dair hüküm bulunması, yalnızca asli kurucu iktidar işlevini yerine getirecek organı belirlemiş ve bu asli kurucu iktidar organının ortaya çıkış yöntemine yasallık

¹⁹ Batum (n 14) 115; Eroğul (n 8) 25; Kubalı (n 11) 100-101.

²⁰ Gözler, *Kurucu* (n 9) 119-121.

²¹ Hazır (n 11) 52.

²² Mehmet Turhan, "Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri" (1976) 33(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 63, 69.

²³ Aktaran: Osman Can, *Kurucu İktidar*, (Alfa 2013) 68; Batum (n 14) 41.

²⁴ Gözler, *Kurucu* (n 9) 133.

²⁵ Can, *Kurucu* (n 23) 201-202; Gözler, *Kurucu* (n 9) 134-135; Erdoğan, *Anayasal Demokrasi* (n 18) 60-62; Engin Şahin, *Kurucu İktidar Politik Bir Yaklaşım*, (On İki Levha 2013) 167.

²⁶ Batum (n 14) 40-41; Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, (13. Bası, Beta 2009) 156; Erdoğan, *Anayasal Demokrasi* (n 18) 89.

kazandırmış olur²⁷. Oysaki asli kurucu iktidarın sınırsızlığı ve hukuki boşluk, bu organın anayasal olarak oluşması anından itibaren yine başlar. Nitekim asli kurucu iktidarı sınırlayan bir düzenleme, eşyanın doğasına aykırıdır²⁸. Öğretide, hukuki boşluğun oluşumu bakımından asli kurucu iktidarın iki şekilde ortaya çıktığı ileri sürülmüştür²⁹. Milli devletlerin ilk kez kuruluşu, sömürgelelik sonrası bağımsızlığa kavuşma, savaş sonrası yeni devletlerin kuruluşu, mevcut devletlerin bölünmesi ya da birleşmesi gibi örneklerde asli kurucu iktidarlar yeni bir devlet kurmaktadır³⁰. Mevcut devletin kuruluşunu yenileyen asli kurucu iktidarlar ise geçmişten beri sürmekte olan bir hukuk boşluğu ortamında oluşmamakta; hukuk boşluğunu kendileri yaratmaktadır. Bu görüş, öğretide şu şekilde ifade edilmiştir:

“...mevcut bir devletin kuruluşunu yenileyen aslı kurucu iktidar, doğrudan doğruya hukuk boşluğu ortamında belirmez. Bu durumda ortada bir anayasa, bir hukuk düzeni vardır. Devrim ya da savaş sonrası gibi bir durumda ortaya çıkan kurucu iktidar, önce siyasal rejimi yıkar; “anayasayı ilga” (abrogation de constitution) eder; hukuk boşluğu yaratır. Diğer bir ifadeyle “hukukun sıfır noktası”na inilir. Sonra bu boşluk yeni bir anayasa yaparak doldurulur. Asli kurucu iktidar, bu halde yepyeni bir devlet kurmaz; devletin kuruluşunu yeniler; siyasal rejimi değiştirir”³¹.

2. ESKİ DEVLETİN ÇÖKÜŞÜ

30 Ekim 1918 tarihinde Mondros Ateşkes Antlaşması'nın imzalanmasından itibaren 23 Nisan 1920 tarihinde TBMM'nin açılışına dek geçen süreç, Osmanlı Devleti'nin yasama, yürütme ve yargı erkleri açısından tam olarak devletin kuruluşunu yenileyecek asli kurucu iktidarı göreve davet eden bir çöküş dönemini ifade etmektedir³². Mustafa Kemal Paşa bu durumu, 17 Mart 1920 tarihinde hazırladığı ve fakat eski devletin çöktüğü tespitini çok açık şekilde yaptığından ve siyasal şartların henüz bu gerçekliği ifade etmeye hazır olmadığından bahisle yayımlamaktan vazgeçerek değiştirilmiş halini 19 Mart 1920 tarihinde yayımladığı genelgenin özgün halinde şu şekilde belirtmiştir:

“Kanunu Esasimizin tahtı siyanetinde bulunması lâzım gelen, kuvvei teşriye, adliye ve icraiye ibaret olan kuvayı selâse devlet bugün mevcut değildir”³³.

²⁷ Can, *Kurucu* (n 23) 64.

²⁸ Can, *Anayasayı* (n 8) 106.

²⁹ Şahin (n 25) 135.

³⁰ Batum (n 14) 38-39; Gözler, *Kurucu* (n 9) 68.

³¹ Gözler, *Kurucu* (n 9) 69.

³² Tarık Zafer Tunaya, *Türkiye’de Siyasal Partiler*, (Cilt: II) (İkinci Baskı, Hürriyet Vakfı 1986) 7.

³³ Faik Reşit Unat, “Atatürk’ün Toplamak İstedığı “Meclis-i Müessisan”” (1957) XXI(83) Belleten 483, 484.



2.1. Yasama Erkinin Etkinliğini Yitirmesi

Meclis-i Âyan ile birlikte Meclis-i Umûmî'yi oluşturan Meclis-i Mebûsan, Mondros Ateşkes Antlaşması'nın imzalanmasından kısa bir süre sonra Sultan Vahdettin'in 21 Aralık 1918 tarihli iradesiyle feshedilmiştir. Kanun-ı Esasi'nin 7. maddesinde yer alan, fesih durumunda seçimlerin ardından yeni meclisin dört ay içinde toplanması hükmüne rağmen yaklaşık bir yıl boyunca seçimler yapılmamış ve Meclis-i Mebûsan'ın yeniden toplanması ancak on üç ay kadar sonra, 12 Ocak 1920 tarihinde gerçekleşebilmiştir. Anayasanın fiilen ihlal edildiği bu meclissiz dönemde ülke kararnamelerle yönetilmiştir³⁴. Kanun-ı Esasi'nin 43. maddesinin Meclis-i Umûmî'nin iki kanadından herhangi biri olmadan diğerinin de toplanamayacağı hükmüne rağmen Meclis-i Âyan Sultan Vahdettin'in daveti üzerine 17 Mayıs 1919'da toplanmıştır³⁵. Ayrıca Meclis-i Mebûsan'ın kapalı olmasının yarattığı siyasi sıkıntılar İzmir'in işgali ile oluşan kamuoyu kaygısı ile birleşince, bu bunalımlı ortamdan bir çıkış yolu yaratmak için danışma kurulu niteliğindeki Şûra-yı Saltanat 26 Mayıs 1919'da toplantıya davet edilmiştir³⁶. Ancak alınan bu tedbirlerin hiçbiri, kapalı durumdaki Meclis-i Mebûsan'ın işlevinin ikamesine yeterli gelmemiştir³⁷. Meclis-i Mebûsan'ın 12 Ocak 1920'de başlayan ve kısa süren son yasama dönemi ise 16 Mart 1920 tarihinde İstanbul'un işgal edilmesinin ardından birleşimlerin süresiz olarak ertelenmesi ve 11 Nisan 1920 tarihinde Sultan Vahdettin'in fesih iradesiyle resmen son bulmuştur. Nihayetinde yasama erkinin böylece etkinliğini yitirmesi, devleti siyasal çıkmaza sürükleyen temel nedenlerden birini oluşturmuştur.

2.2. Yürütme Erkinin Etkinliğini Yitirmesi

İstanbul Hükûmeti, bu dönemde devletin bağımsızlığını ve egemenliğini büyük ölçüde kaybetmiştir. İtilaf Devletleri, verdikleri notalarla doğrudan nazırların ya da genelkurmay başkanlarının istifasını isteyebilecek pozisyona gelmişler; hükûmetlerin istifasında veya yenilerinin kuruluşlarında belirleyici olmuşlardır. Osmanlı Devleti'nin maliyesi iflas ederek memur maaşlarını bile ödeyemeyecek duruma gelmiştir. Taşrada merkezi otoriteyi hiçe sayan çeteler türemiştir. Yürütme erkinin iktidar gücünün bu şartlarda ancak Pendik'ten Yeşilköy'e kadar etkisini hissettirebilir duruma düştüğü ifade edilmiştir³⁸. Ancak Osmanlı Devleti'nin son sadrazamı Ahmet Tevfik Paşa'nın torunu

³⁴ Zeki Sarıhan, *Kurtuluş Savaşı Günlüğü 2*, (Öğretmen Dünyası 1984) 345.

³⁵ Akşin (n 5) 299.

³⁶ Tarık Mümtaz Göztepe, *Osmanoğullarının Son Padişahı Vahideddin* Mütareke Gayyasında, (Sebil 1994) 92-93.

³⁷ Kemal Yakut, "Mütareke Dönemi'nde Yapılan Saltanat Şûrâları", (2005) 21(61) Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi 77, 98-99.

³⁸ Hüsamettin Ertürk, *İki Devrin Perde Arkası*, (Yazan: Samih Nafiz Tansu) (Pınar 1964) 431.

tarafından aktarılan şu anısı, İstanbul Hükûmetinin bu sınırlar içerisinde dahi acizliğini vezir şeklinde ortaya koymaktadır:

“İşgal kuvvetleri İstanbul’un trafiğine de el atmışlar ve Beyoğlu caddesini ilk kez tek yönlü olarak tespit etmişler; ancak caddenin başına herhangi bir işaret de koymamışlardı. Büyükbabamın şoförü de bundan habersiz ters yönden Beyoğlu’na girince nöbetçi İngiliz askeri polisi kendilerini durdurur; “sadrizam madrazam anlamam” gibisinden bir şeyler mırıldanarak şoförün yanına biner ve koskoca Osmanlı İmparatorluğu Sadrazamını posta ederek karakola götürür”³⁹.

Osmanlı Devleti ile İtilaf Devletleri arasında 10 Ağustos 1920 tarihinde imzalanan Sevr Antlaşması⁴⁰, Osmanlı Devleti’ni “yarı sömürge tipi bir köylü devleti” haline dönüştürmeyi hedeflemiştir. Sevr Antlaşması’nı imzalayarak devletin bağımsızlığından ve egemenliğinden büyük ölçüde feragat eden ve artık İstanbul’a sıkışan Hükûmet, merkezde ise olabildiğince baskıcı bir politika izlemiştir. Eylemsel reaksiyonun rotasını belirleyerek ulusal devlet tezine rücu eden direnme ve demokrasi ilkeleri de bir bakıma İstanbul Hükûmetinin benimsediği devlet tezindeki teslimiyet ve mutlakiyet ilkelerinin reddi şeklinde ortaya çıkmıştır⁴¹.

2.3.Yargı Erkinin Etkinliğini Yitirmesi

İtilaf Devletleri, İstanbul’u fiilen işgal etmelerinden itibaren Osmanlı Devleti’nin yargı erkini de işlevsiz kılacak birçok girişimde bulunmuştur. Örneğin yalnız ilgili devletlerin kendi yurttaşları arasındaki uyuşmazlıklara bakacak olan konsolosluk mahkemeleri de İtilaf Devletlerinin işgal kuvvetleriyle birlikte İstanbul’a gelmiştir. Bu durum yargılamadan kaçınma olgusuna neden olmuştur. Ceza hukukunda ise İtilaf İnzibat Mahkemeleri özellikle suçüstü durumlarında fiilen yetkili sayılmıştır. Bu uygulamalar kısa süre içerisinde ceza davalarına İtilaf Devletleri mahkemelerinin, hukuk davalarına da karma mahkemelerin bakmasına kadar varmıştır. İlki 16 Aralık 1918’de kurulan Harp Divanlarının yedi üyesinden -ikisi Ermeni olmak üzere- üçünün azınlıklardan olması İtilaf Devletlerinin baskısının sonucudur. Bu mahkemelerin yargılama alanları da oldukça genişletilerek Kanun-ı Esasi’nin 23. ve 89. maddelerinde düzenlenen doğal yargıç ilkesinin ihlaline ve ilgili mahkemelerin istisnai statüsünün genelleştirilmesine neden olunmuştur. Ayrıca bu mahkemelere etki edilerek İtilaf Devletlerinin istekleri doğrultusunda hükümler verilmesi sağlanmıştır. Bu uygulamalar nedeniyle Osmanlı yargı

³⁹ Şefik Okday, *Büyükbabam Son Sadrazam Ahmet Tevfik Paşa*, (Bateş 1986) 41.

⁴⁰ Bkz. Nihat Erim, *Devletlerarası Hukuku ve Siyasi Tarih Metinleri*, (Cilt: 1) (TTK 1953) 539-691.

⁴¹ Tanör, *Türkiye’de* (n 2) 18-52.



sistemi de etkinliğini yitirmiştir⁴². Mustafa Kemal Paşa'nın 24 Nisan 1920 tarihli konuşması da, TBMM'nin kuruluş gerekçelerinden biri olarak yargı erkinin etkinliğini yitirmesini işaret etmektedir:

“Devlet halinde müteşekkil bir cemiyeti beşeriyenin teşkilâtı esasiyesinde kuvvei adliye istiklâlinin ehemmiyeti müstağnii izahtır. Milletlerin hakkı kazası istiklâlinin birinci şartıdır. Kuvvei adliyesi müstakil olmıyan bir milletin Devlet halinde mevcudiyeti kabul olunamaz. Halbuki İstanbul'da efradı ahali arasında hiçbir cürmü kanuni ile maznun veya müttehem olmadıkları halde yüzlerce eşhasın tevkifine devam olunması Düveli itilâfiyenin nokta-i nazarlarına muhalifsöz söylemek bile cürüm telâkki olunarak Kurunu Vustanın teamülâtı harbiyesi şeklinde tecavüzata bulunulması kuvvei adliyenin hükmen sakıt olduğunu göstermiştir”⁴³.

3. YENİ DEVLETİN KURULUŞU

İtilaf Devletleri, 16 Mart 1920 tarihinde İstanbul'u resmen işgal ederek Mustafa Kemal Paşa'nın ifadesiyle Osmanlı Devleti'nin 700 senelik yaşamına son vermiştir. Devletin yalnızca kâğıt üzerinde kalan egemenliğine vurulan bu son darbenin ardından Meclis-i Mebûsan'ın da birleşimlerini süresiz olarak ertelemesi, yeni devletin kuruluşu için beklenen fırsatın doğmasına yol açmıştır. Mustafa Kemal Paşa, 19 Mart 1920 tarihli ve “Anadolu ve Rumeli Müdafaa-i Hukuk Cemiyeti Namına İntihap Hakkındaki Tebliğ” başlıklı genelge ile yeni meclisin açılışını vilayetlere, müstakil livalara ve kolordu kumandanlarına bildirmiştir:

“Şu halde, makarri Devletin masuniyetini, milletin istiklâlini ve Devletin tahlisini temin edecek tedâbiri teemmül ve tatbik etmek üzere millet tarafından, selâhiyeti fevkalâdeyi haiz bir meclisin, Ankarada içtimaa daveti ve dağılmış olan mebusandan Ankaraya gelebileceklerin dahi bu meclise iştirak ettirilmesi zaruri görülmüştür”⁴⁴.

Anadolu ve Rumeli Müdafaa-i Hukuk Cemiyeti adına yayımlanan bu genelge, yeni devletin kuruluşu adına gerçekleştirilen ilk eylem olması bakımından büyük önem taşımaktadır. Herhangi bir anayasal yetkisi bulunmayan ve fiili bir olgu olarak ortaya çıkan Heyet-i Temsiliye, başkent işgalinin yarattığı katalizle gerçekleştirebildiği bu eylem sayesinde, başkent dışında ve egemenlik yetkilerini kullanacak bir meclisin toplanmasına karar vermiştir. Bu durum, Heyet-i Temsiliye'nin artık adeta egemenlik yetkisi

⁴² Tanör, *Türkiye'de* (n 2) 79.

⁴³ TBMM ZC, (1, C. 1, İ. 1) 30.

⁴⁴ İhsan Ezherli, *Türkiye Büyük Millet Meclisi (1920-1992) ve Osmanlı Meclisi Mebusanı (1877-1920)*, (TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu 1992) 27.

kullanan bir organa dönüştüğünü göstermektedir⁴⁵. Mustafa Kemal Paşa söz konusu genelgede yeni kurulacak meclis için başta “meclis-i müessisan” (kurucular meclisi) adını kullanmayı düşünmesine rağmen aldığı uyarılar üzerine “salâhiyeti fevkalâdeye malik bir meclis” (olağanüstü yetkilere sahip bir meclis) adını kullandığını belirtmiştir⁴⁶. Nitekim genelge için hazırladığı taslak metni eleştirmesi amacıyla gönderdiği Kazım (Karabekir) Paşa’nın bu husustaki görüşleri, mevcut anayasal düzenin dışına mümkün olduğunca çıkmama eğilimini ortaya koymaktadır:

“Bugünkü telgrafname-i âcizide dahi bahsettiğim veçhile Kanun-ı Esasinin ve İntihabat Kanununun vâzih ve müeyyet usulleri mevcut ve müntehib-i saniler muayyen iken bunları terk ve ihmal caiz değildir. Meclis-i Milliye gelecek zevatin evsaf ve şerâitine gelince, bu da intihabat kanununda sarihtir. Şu takdirde belediyelerin ve meclis-i idarelerin intihabat umûruna tesir ettirilmesine lüzum yoktur”⁴⁷.

Bazı komutanlar Ankara’da yeni bir meclis kurmanın aynı zamanda yeni bir devlet kurmak anlamına da geleceğini düşünerek rahatsızlık bildirmiştir. XIV. Kolordu Komutanı Yusuf İzzet Paşa’nın Mustafa Kemal Paşa’ya çektiği telgrafta belirttiği görüşler bu durumun bir örneğidir:

“Tekmil Anadolu’da, mülki ve askeri bütün icra kuvvetlerinin üstünde, fevkalâde salâhiyet tesis ve deruhte ederek bir çeşit ikinci bir hükümet şekli ihdasına teşebbüs etmek ve sükûnet halindeki zayıf İtilaf kuvvetlerine karşı muntazam kuvvetlerle tecavüzde bulunarak yeniden bir harb açmak kanuna ve duruma uygundur”⁴⁸.

Büyük çoğunlukla yanındakilerin dahi devlete karşı isyan anlamına gelebilecek her türlü hareketten büyük bir temkinlilikle kaçındığı bu ortamda meclisin kuruluşuyla sessizce gerçekleşen devrimin anlamını Mustafa Kemal Paşa sonraki yıllarda şu şekilde ifade etmiştir:

“Hakikat, Osmanlı saltanatının ve hilâfetin münkariz ve mülga olduğunu düşünerek yeni esaslara müstenit, yeni bir devlet kurmaktan ibaret idi. Fakat vaziyeti olduğu gibi telâffuz etmek, maksadın büsbütün ziyasını mucibolabilirdi. Çünkü efkâr ve temayülâtı umumiye, henüz padişah ve halifenin mazur mevkiinde bulunduğu merkezinde idi”⁴⁹.

⁴⁵ Abdurrahman Eren, “Büyük Millet Meclisinin Kurucu Niteliği”, (2020) 37(1) Anayasa Yargısı 33, 59.

⁴⁶ Kemal Atatürk, *Nutuk*, (Cilt: I) (Onuncu Basılış, Milli Eğitim 1970) 421; Unat (n 14) 483-484.

⁴⁷ Kâzım Karabekir, *İstiklâl Harbimiz*, (Cilt: I) (2. Baskı, Yapı Kredi 2008) 607.

⁴⁸ Tevfik Bıyıklıoğlu, “Birinci Türkiye Büyük Millet Meclisi”nin Hukukî Statüsü ve İhtilâlcî Karakteri”, (1960) XXIV(96) Belleten 637, 647.

⁴⁹ Kemal Atatürk, *Nutuk*, (Cilt: II) (Dokuzuncu Basılış, Milli Eğitim 1969) 437.

3.1. Meclisin Temel Kuruluşu

İçinde bulunulan siyasi konjonktürün zorlaması ile ancak mümkün olan yeni meclisin bizzat açılışı dahi gerçeklikte Kanun-ı Esasi'nin öngördüğü Osmanlı anayasal düzeninin yıkılışı anlamına geldiği için meclisin temel kuruluşu, bu meşruiyet krizini gidermeye yönelik bir çaba içerisinde gerçekleşmiştir. Nitekim 23 Nisan 1920 tarihli ve 1 nolu Meclis kararı, TBMM'nin yeni seçilen milletvekillerinden ve beraberinde Meclis-i Mebûsan'dan katılan milletvekillerinden oluştuğu hükmünü içermektedir. 24 Nisan 1920 tarihli ve 2 nolu Meclis kararı ise Mustafa Kemal Paşa'nın Meclis'in temel kuruluşuna ilişkin esasları ortaya koyduğu beyanatının Meclis kararına dönüştürülerek yayımlanmasına ilişkindir. Bu beyanatın ve dolayısıyla Meclis kararının içerdiği esaslar şu şekilde özetlenebilir: 1) Meclisin üstünlüğü, 2) Hükümet kurma zorunluluğu, 3) Geçici bir padişah vekilliği yerine başkansız bir hükümet kurma gereği, 4) Meclis'in seçtiği ve ona karşı sorumlu bir hükümet, 5) Meclis başkanının yetki ve sorumluluğu, 6) Padişahın durumunun koşullar netleştiğinde Meclis tarafından yasal olarak yeniden düzenlenmesi⁵⁰.

Yukarıda özetlenen bu esaslardan anlaşılması gereken iki temel husus vardır: Bunların birincisi, TBMM'nin statüsünü ülkenin kurtuluş gayesini gerçekleştirecek egemen bir güç olarak açıkça tanımlamak; ikincisi ise, birinci hususun önünde en büyük problem olarak duran padişahın statüsünü tanımlamayı kurtuluş gayesi gerçekleşene dek ertelemek. TBMM'nin adeta fiili bir anayasa görünümündeki 2 nolu kararının içeriğini özetlediğimiz, ilki kurtuluşa, ikincisi de kuruluşla ilişkin iki maddelik bu formül, milletvekillerinin ülkü birliği içerisinde, üzerinde kurulan uzlaşya yasama dönemi boyunca bağlı kaldıkları bir yol haritası işlevi görmüştür. Nitekim TBMM'de Mustafa Kemal Paşa liderliğindeki çoğunluğun “Anadolu ve Rumeli Müdafaa-i Hukuk Grubu” adıyla bir grup kurmasının ardından muhalefetin de kurduğu grup için başka bir ad yerine “İkinci Anadolu ve Rumeli Müdafaa-i Hukuk Grubu” adını tercih etmesi, “bağımsızlık” ülküsüyle özdeşleşmiş “Müdafaa-i Hukuk” hareketine duyulan bağlılığın simge değerinde bir göstergesidir⁵¹. Saltanatın kaldırılması işlemi de, Birinci Grup ve İkinci Grup mensubu milletvekillerinin adeta birbirleriyle yarışarak verdikleri ayrı ayrı öneriler sonucunda ve bir muhalife karşı oturumdaki tüm milletvekillerinin kabul oyuyla gerçekleşmiştir⁵². Bu iki örnek, TBMM'nin bağımsızlık ve egemenlik kavramlarına dair hareket tarzının oydaşmaya dayandığını göstermektedir⁵³.

⁵⁰ Şerafettin Turan, *Türk Devrim Tarihi*, (Cilt: II) (Bilgi 1992) 137-138.

⁵¹ Ahmet Demirel, *Birinci Meclis'te Muhalefet: İkinci Grup*, (İletişim 2020) 294; Tarık Zafer Tunaya, *Devrim Hareketleri İçinde Atatürkçülük*, (Yenigün 1997) 89-90.

⁵² TBMM ZC, (1, C. 24, İ. 3) 313-315.

⁵³ Tarık Zafer Tunaya, “T.B.M.M. Hükümetinin Kuruluşu ve Siyasi Karakteri”, (1958) 23(3-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 227, 237-238.

3.1.1. Meclisin Oluşum Yöntemi

TBMM dünyada eşine az rastlanır biçimde, iki farklı seçimle seçilmiş milletvekillerinden oluşarak özgün bir yöntem tercihi ortaya koymuştur. Zira Mustafa Kemal Paşa'nın 19 Mart 1920 tarihli genelgesi, meclisin oluşumu için hem yeni bir seçim yapılacağını hem de bir önceki seçimle seçilen Meclis-i Mebûsan üyelerinin yeni meclise kabul edileceğini bildirmiştir. Osmanlı Devleti'nin Meclis-i Mebûsan üyelerini belirlemek üzere 1919 yılında gerçekleştirdiği son genel seçimlerinde uygulanan mevzuat; Kanun-ı Esasi'nin ilgili hükümleri, 1908 tarihli ve Heyet-i Vükela tarafından hazırlanarak yürürlüğe konan "İntihabat-ı Mebusan Kanun-ı Muvakkatı" ve 1919 tarihli seçim kararnamesi ile talimatnamesidir⁵⁴. Mevzuat gereği seçimde her sancak bir seçim dairesi ve her nahiyeye de bir seçim şubesi olarak kabul edilmiştir. Nüfusu 25.000-75.000 arasında olan sancaklarda bir mebus, 75.000-125.000 arasında olan sancaklarda iki mebus, 125.000-175.000 arasında olan sancaklarda üç mebus ve 175.000-220.000 arasında olan sancaklarda dört mebus seçilmiştir. Nüfusun daha fazla olması durumunda da seçilecek mebus sayısı bu orana göre arttırılmıştır⁵⁵. Buna rağmen Mustafa Kemal Paşa'nın 19 Mart 1920 tarihli genelgesinde nüfuslarına bakılmaksızın her livadan beş milletvekili seçileceğinin belirtilmesi, yürürlükte olan Kanun-ı Esasi'ye ve seçim mevzuatına aykırı bir hükümdür. Kanun-ı Esasi'nin, Meclis-i Mebûsan ve Meclis-i Âyan'ın ancak bir arada, İstanbul'da ve padişahın çağrısı ile toplanabileceğini düzenlemesine rağmen TBMM'nin Meclis-i Âyan bulunmaksızın, Ankara'da ve Heyet-i Temsiliye Reisi Mustafa Kemal Paşa tarafından toplantıya çağırılması yürürlükte olan Anayasaya aykırı şekilde uygulanmıştır. Belediye meclisleri ile Müdafaa-i Hukuk örgütlerinin yerel yönetim kurulu üyelerinin bir tür ikinci seçmen sayılmaları da mevzuata aykırı olmasına rağmen uygulanan esaslardandır⁵⁶.

19 Mart 1920 tarihli genelgeye göre gerçekleştirilen seçimler sonucunda 66 seçim çevresinden toplam 363 kişi milletvekili seçilmiş; bunlardan 14'ü birden fazla seçim çevresinden seçildiği için gerçekte seçilen milletvekili sayısı 349 olmuştur. Ayrıca Meclis-i Mebûsan'a seçilip bu Meclis'in dağıtılmasından sonra TBMM'ye katılan 88 milletvekiliyle birlikte toplam 437 kişi TBMM'nin birinci dönem üye defterine kaydedilmiştir⁵⁷. Bununla birlikte olağanüstü şartlar gereği TBMM'nin üye sayısı sürekli değişim göstermiştir. 1 Mart 1921'e dek süren birinci toplantı yılı 350 milletvekiliyle, 1 Mart 1922'ye dek süren ikinci toplantı yılı 347 milletvekiliyle, 1 Mart 1923'e dek süren üçüncü toplantı yılı

⁵⁴ Taha Niyazi Karaca, *Son Osmanlı Meclis-i Mebusan Seçimleri*, (TTK 2004) 177-188.

⁵⁵ Ali Akyıldız, "Meclis-i Meb'ûsan", (2003) 28 Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi 245, 246.

⁵⁶ Tanör, *Osmanlı* (n 6) 230-231.

⁵⁷ Fahri Çoker, *Türk Parlamento Tarihi: Millî Mücadele ve T.B.M.M. I. Dönem 1919-1923*, (Cilt: I) (Türkiye Büyük Millet Meclisi Vakfı 1994) 39; Demirel (n 50) s. 69-70.

341 milletvekiliyle, 16 Nisan 1923'e dek süren dördüncü toplantı yılı ise 337 milletvekili ile tamamlanmıştır⁵⁸.

3.1.2. Meclisin Adının Belirlenmesi

Yeni meclis için Mustafa Kemal Paşa'nın "meclis-i müessisan" fikrinin ve "salâhiyeti fevkalâdeye malik bir meclis" kullanımının ardından üçüncü somut öneri Kazım Paşa'dan gelmiştir. Kazım Paşa, yeni meclise dini ve milli geleneklere uygun olacak şekilde "Şûra-yı Milli" adının verilmesini önermiştir⁵⁹. Yeni meclisin adına yönelik öneriler, 11 Nisan 1920 tarihinde Ankara Vilayetinde yapılan toplantı sonucu tartışmanın genelleşmesiyle birlikte çoğalmıştır⁶⁰. Örneğin milletvekillerinden Hamdullah Suphi Bey "Kurultay", Celalettin Arif Bey ise "Meclis-i Kebir-i Milli" adlarını önermişlerdir⁶¹. "Meclis-i Milli" ve "Meclis-i Fevkalâde" gibi adlandırmalar da bazı milletvekilleri tarafından kullanılmıştır⁶². Oysaki TBMM'nin daha ilk gün verdiği 1 nolu karar başlığının "Türkiye Büyük Millet Meclisinin Sureti Teşekkülü Hakkında Heyeti Umumiye Kararı" olması, bu tartışmaların sonucunu açıkça ortaya koymuştur⁶³.

Anadolu toprakları coğrafi düzlemde en az on asırdır "Türkiye" adıyla adlandırılmaktadır⁶⁴. "Türkiye" adının hukuki bir kavram olarak anayasal düzlemde ilk kullanımı ise Cenûb-i Garbî Kafkas Hükümeti'nin 17-18 Ocak 1919 tarihli anayasası ile gerçekleşmiştir⁶⁵. Kanun-ı Esasi'de Osmanlı Devleti'nin resmi adı "Devlet-i Osmaniye" ve ülkenin resmi adı da "Memâlik-i Osmaniye" olarak belirtilmişken⁶⁶ TBMM'nin 1 nolu kararındaki kendisini adlandırma işleminde "Türkiye" adını kullanma tercihi, gelecekte var olacağı umut edilen yeni devleti kurma iradesinin adeta bir müjdeleyicisi olmuştur⁶⁷. Bu olgu, TBMM'nin asli kurucu iktidar olacağı ülküsünün fikren galibiyetidir. Nitekim Mustafa Kemal Paşa her ne kadar gelecek tepkiler nedeniyle başta düşündüğü "kurucu meclis" adını kullanmasa da, meclis için tercih edilen bu

⁵⁸ Milletvekillerinin ad listesi için bkz. Demirel (n 50) 72-86.

⁵⁹ Karabekir (n 46) 609.

⁶⁰ İhsan Güneş, "Türkiye Büyük Millet Meclisi", (2012) 41 Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi 593, 594.

⁶¹ Haluk Selvi ve Bülent Cırık, *Millî Mücadelede TBMM'ye Anadolu'dan Çekilen Telgraflar*, (2. Baskı, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu 2020) 8.

⁶² Vasfi Reşit Seviğ, "23 Nisan 1919'dan 24 Nisan 1924'e Kadar Anayasa Hareketleri", (1951) 8(1-2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, 17-18.

⁶³ A. Şeref Gözübüyük ve Suna Kili, *Türk Anayasa Metinleri*, (2. Bası, Siyasal Bilgiler Fakültesi 1982) 89; Turan (n 49) 134-135.

⁶⁴ İbrahim Kafesoğlu, "Tarihte "Türk" adı", (1966) 1(A 2) Reşid Rahmeti Arat İçin 306, 319.

⁶⁵ TİTEA, (Kutu no: 14, Belge no: 3); Tanör, *Türkiye'de* (n 2) 164-169.

⁶⁶ Nejat Göyünç, "Osmanlı'nın 700. Kuruluş Yıldönümünü Anarken", (1999) (3), İslâm Araştırmaları Dergisi 1, 6-7.

⁶⁷ Cem Eroğul, *Anatüzye Giriş*, (Altıncı Bası, İmaj 2000) 237.

diğer ad, amacı fazlasıyla karşılamıştır. Zira “Türkiye” sözcüğü ile ulusal ve coğrafi nitelik, “Büyük” sözcüğü ile hiyerarşik statü ve “Millet” sözcüğü ile egemenlik kaynağı çok net biçimde ifade edilmiştir.

3.2. Anayasasızlaştırma Süreci: 23 Nisan 1920-20 Ocak 1921

“Anayasasızlaştırma” kavramı, Fransız anayasa hukuku öğretisi kökenli olup Üçüncü Cumhuriyet’in 1875 anayasa yasalarının kabulünün ardından yaygınlaşarak kullanılmaya başlanmıştır. Bu kavramı ilk kullananlardan Marcel de la Bigne de Villeneuve, 21 Haziran 1879 ve 14 Ağustos 1884 anayasa değişikliği yasalarının 1875 anayasa yasaları üzerindeki etkisini⁶⁸ “*déconstitutionnalisation*” (anayasasızlaştırma) kavramıyla açıklamıştır⁶⁹. Bu kavram, bir anayasa hükmünün yürürlükten kaldırılmaksızın normlar hiyerarşisindeki değerinin yasa hükmü değerine düşürülmesini ifade etmektedir⁷⁰. Kavramın ifade ettiği süreç genellikle devrimlerin ardından yaşandığı için “*devrimlerin etkisiyle anayasasızlaştırma*” şeklinde de kullanılmıştır⁷¹. Anayasasızlaştırmayı gerçekleştirmenin sınırlı sayıda bulunmayan çeşitli yöntemleri bulunmaktadır. Bunlar şu şekilde özetlenebilir: siyasi iktidarın istikrarlı şekilde anayasaya aykırı eylemlerde bulunması, anayasaya aykırı yasaların kabul edilmesi, idarenin anayasaya aykırı eylemlerde ve işlemlerde bulunması, yargı erkinin anayasaya aykırı hükümler tesis etmesi⁷². TBMM’nin açılışından Teşkilât-ı Esasiye Kanunu’nun kabulüne dek geçen süreçte bu yöntemlerin çok sayıda örneğinin sistemli ve yoğun şekilde gerçekleştiğini gözlemlememizden ötürü bu sürecin “anayasasızlaştırma” kavramıyla uyumluluk gösterdiği kanaatine ulaşılmış bulunmaktadır.

3.2.1. Psikolojik Boyut: Kanun-ı Esasiye’ye Bakış

TBMM, kuruluşunun ertesi günü ilk olarak ağnam vergisine yönelik 1 nolu Yasa’yı kabul etmiştir. Bu Yasa’ya dair dikkat çeken husus, ağnam vergisinin Meclis-i Mebusan’ın 18 Mart 1920 tarihli son oturumuna da konu olmasıdır⁷³. Kanaatimizce bu durum, temel kuruluşu da dikkate alındığında TBMM’nin kendisini Meclis-i Mebusan’ın devamı olarak görmesinden ötürü değil,

⁶⁸ İlhan Arsel, “Üçüncü Fransız Cumhuriyetinde Senato”, (1954) 11(1-2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 97, 102-104.

⁶⁹ Marcel de la Bigne de Villeneuve, *Éléments de Droit Constitutionnel Français*, (Marchal et Billard 1892) 348.

⁷⁰ Kemal Gözler, “1982 Anayasası Hâlâ Yürürlükte mi? Anayasasızlaştırma Üzerine Bir Deneme (Versiyon 4)”, <http://www.anayasa.gen.tr/anayasasizlastirma-v4.pdf> (30 Mayıs 2016) 49-50.

⁷¹ Teziç (n 26) 157.

⁷² Gözler, *1982 Anayasası* (n 69) 57-60.

⁷³ Onur Eroğlu, “Osmanlı Devleti’nin Son Dönemlerinden Cumhuriyet’in İlk Yıllarına Kamu Maliyesi”, (2012) 12(Özel) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 57, 72.



devletin devamlılığı anlayışından kaynaklanmıştır. Daha açık bir ifadeyle, Ankara'da henüz Osmanlı Devleti'nin tüzel varlığının sona ermediğine ancak İstanbul'daki merkez organlarının Ankara'da yeniden oluştuğuna yönelik bir anlayış egemendir⁷⁴. Mustafa Kemal Paşa'nın 24 Nisan 1920 tarihli konuşması da, anayasal bir boşluk oluştuğuna ve Osmanlı Devleti'ni kurtarma hedefinin mevcut olduğuna işaretle bu hususu desteklemektedir:

“Bunun için de inhilâl eden teşkilâtı esasiyemizin bıraktığı boşluğu derhal doldurmak zaruriyetindeyiz... Meclisinizde temessül ve tecelli eden kudreti milliyemiz makamı hilâfet ve saltanatı ecnebi tazyikatından kurtaracak ve Devleti Osmaniye'yi inhilâl ve esaretten tahlis edecek tedabiri ittihaz eyliyecektir...”⁷⁵

TBMM, Teşkilât-ı Esasiye kabul edilene dek geçen yaklaşık dokuz aylık süreçte Kanun-ı Esasi'nin yürürlükten kaldırıldığına ilişkin bir düzenleme gerçekleştirilmemiş ve hatta kural olarak kendisini Kanun-ı Esasi ile bağlı saymıştır. Bununla birlikte ilk günlerdeki meşruiyet krizinin atlatılmasının ardından Kanun-ı Esasi'ye olan yaklaşım gitgide değişiklik göstermiştir. Örneğin icra vekillerinin seçilmesine dair 2 Mayıs 1920 tarihli ve 3 sayılı Yasa'nın kabulü anayasa değişikliği niteliğinde sayılmışken bu Yasa'yı değiştiren 4 Kasım 1920 tarihli ve 47 sayılı Yasa'nın kabulünde ilgili esaslara uyulmamıştır⁷⁶. Hakkâri Milletvekili Mazhar Müfit Bey'in Kanun-ı Esasi'nin öngördüğü usulle değişiklik yapılmasını teklif eden milletvekillerine tepki gösterdiği aynı gün tarihli konuşması, anayasasızlaştırmaya yönelik psikolojik boyutu daha net şekilde ortaya koymaktadır:

“Kanun-ı Esasi'nin bu Meclis'te zaten yeri yoktur. Kanun-ı Esasi hükümeti, bugün sulhu kabul eden İstanbul Hükümetidir; bu hükümet değildir. İhtilâl hükümetinin, Kanun-ı Esasisi değildir. İhtilâl hükümetinin Kanun-ı Esasisi yoktur”⁷⁷

Kırşehir Milletvekili Müfit Bey'in 14 Temmuz 1920 tarihli konuşması ise milletvekillerinin hem Kanun-ı Esasi'nin öngördüğü sınırlardan bağımsız bir pozisyonda yer aldığını hem de kendilerini “kurucu” olarak kabul ettiklerini göstermektedir:

“Biz, elde mevcut olan kanunu esasının emrettiği dairede mebus, dört sene için içtima etmiş mebuslardan değiliz... Biz kendimize mebus diyoruz. Halbuki ise şimdi kendimiz mebus değiliz. Neyiz biliyor musunuz? Müessisiz, müessis

⁷⁴ Yunus Nadi, *Ankaranın İlk Günleri*, (Sel 1955) 115; Emin Memiş, “1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu Üzerine Doğan İlginç Bir Şekil Sorunu Tartışması ve İki Anayasalı Rejim Olgusu”, (1988) 9(1-3) *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi* 217, 225.

⁷⁵ TBMM ZC, (1, C. 1, İ. 1) 30.

⁷⁶ Tanör, *Osmanlı* (n 6) 246.

⁷⁷ TBMM ZC, (1, C. 5, İ. 1) 300.

*olacağız. Rica ediyorum, bu milletin müessisi olacağız. Bu milletin atisini biz tesis edeceğiz*⁷⁸.

3.2.2. Hukuki Boyut: Anayasal Nitelikteki Yasal Düzenlemeler

TBMM'nin kural olarak bağlı bulunulan Kanun-ı Esasi'ye aykırı ve anayasal nitelikte hükümler içeren birtakım yasaları kabul etmesi, anayasasızlaştırmaya neden olan temel unsuru oluşturmuştur. Bu yasalar kronolojik olarak şu şekilde sıralanabilir: 29 Nisan 1920 tarihli ve 2 numaralı "Hıyanet-i Vataniye Kanunu", 2 Mayıs 1920 tarihli ve 3 numaralı "Büyük Millet Meclisi İcra Vekillerinin Suret-i İntihabına Dair Kanun", 5 Eylül 1920 tarihli ve 18 numaralı "Nisab-ı Müzakere Kanunu", 11 Eylül 1920 tarihli ve 21 numaralı "Firariler Hakkında Kanun", 4 Kasım 1920 tarihli ve 47 numaralı "İcra Vekilleri Kanununun İkinci Maddesini Muaddil Kanun".

Hıyanet-i Vataniye Kanunu, TBMM'nin meşruiyetine karşı isyana yönelik sözlü, yazılı veya eylemli muhalefette ve fesatlıkta bulunanların vatan haini sayılacağını düzenlemiştir. Büyük Millet Meclisi İcra Vekillerinin Suret-i İntihabına Dair Kanun, İcra Vekilleri Heyetine hukuki ve kalıcı statü kazandırmış; meclis hükümeti sistemini ve kuvvetler birliği ilkesini belirginleştirmiştir. Nisab-ı Müzakere Kanunu, TBMM'nin çalışma düzenine ilişkin esasları belirlemek üzere kabul edilmiştir. Bu Yasa ile "*hilafet ve saltanatın, vatan ve milletin istihlâs ve istiklâlinden ibaret olan gayesinin husulüne kadar*"⁷⁹ sürekli çalışma ilkesi benimsenmiş; ayrıca TBMM için büyük sorun teşkil eden toplantı ve karar yeter sayıları hususu netleştirilmiştir. Firariler Hakkında Kanun ile asker kaçaklarına ilişkin yargılama yapmak üzere İstiklâl Mahkemeleri kurulmuş; bu mahkemelerin üyelerinin TBMM tarafından ve milletvekilleri arasından seçilmesi esası kabul edilmiştir. Son olarak İcra Vekilleri Kanununun İkinci Maddesini Muaddil Kanun ile icra vekillerinin doğrudan ve ayrı ayrı TBMM tarafından seçilmesi usulünün yarattığı yönetim zorluklarını aşabilmek amacıyla ilgili icra vekillerinin TBMM Reisinin milletvekilleri arasından göstereceği adaylardan mutlak çoğunlukla seçilmesi esası kabul edilmiştir⁸⁰. Bu yasalar, Kanun-ı Esasi'ye aykırı şekilde yasama-yürütme-yargı erklerinin temel kuruluşuna ilişkin birtakım esaslar getirmiş ve Teşkilât-ı Esasiye Kanunu'nun da hukuki zeminini oluşturmuştur.

3.3. Anayasal İnşa: Teşkilât-ı Esasiye Kanunu'nun Kabulü

İcra Vekilleri Heyeti, kural olarak bağlı bulunulan ve fakat fiilen tanınmayan Kanun-ı Esasi'nin yerine, yaşanan anayasal boşluğu doldurmak için "Teşkilât-ı Esasiye Kanunu Lâyihası" başlıklı anayasa tasarısını 13 Eylül

⁷⁸ TBMM ZC, (1, C. 2, İ. 1) 321.

⁷⁹ TBMM ZC, (1, C. 3, İ. 1) 555.

⁸⁰ Tanör, *Osmanlı* (n 6) 234-243.



1920'de TBMM'ye sunmuştur. Ancak bu tasarı, içeriği itibariyle daha ziyade bir hükümet programı niteliğindedir. Nitekim çoğunlukla “Halkçılık Programı” adıyla anılmıştır⁸¹. Tasarı, hakkında rapor sunulması için “Encümen-i Mahsus” adlı özel ve geçici bir komisyona havale edilmiştir. Encümen bu programın ilk dört maddesini ayrı bir beyanname haline getirmiş ve bu beyanname TBMM tarafından kabul edilip yayımlanmıştır. Encümen'in hazırladığı raporun sunulmasıyla birlikte 18 Kasım 1920 tarihinde Genel Kurul görüşmelerine başlanmıştır. İlk iki madde, Genel Kurulda hiçbir değişiklik yapılmaksızın ve üzerinde hiçbir tartışma olmaksızın doğrudan kabul edilmiştir⁸²:

(TEK) Madde 1: “*Hâkimiyet bilâkaydüşart milletindir. İdare usulü halkın mukadderatını bizzat ve bilfiil idare etmesi esasına müstenittir*”.

(TEK) Madde 2: “*İcra kudreti ve teşri salâhiyeti milletin yegâne ve hakiki mümessili olan Büyük Millet Meclisinde tecelli ve temerküz eder*”⁸³.

Anayasanın birinci maddesinin birinci cümlesi, egemenliğin millete ait olduğunu ifade ederek Osmanlı anayasacılık geleneğinden çok önemli bir ayrılmayla Türk anayasacılık geleneğine vazgeçilmeyecek bir miras bırakmıştır. Aynı maddenin ikinci cümlesi ise dikkat çekici bir düzenlemedir. Zira bu hükmün arkasında doğrudan demokrasi çağrışımı uyandıracak iki olgu mevcuttur: Eylemsel reaksiyonun ilk unsurlarından biri olan yerel-ulusal kongrelerde halkın bizzat siyasal katılımı ve anayasanın devamında bulunan vilâyet ve nahiye şûraları⁸⁴. Bu bakımdan Teşkilât-ı Esasiye, öncül sürecinde hazırlanmasına neden olan tarihi-psikolojik vesilenin, yani occasio legis'ini oluşturan unsurlardan eylemsel reaksiyonun yansıma izlerini çok belirgin şekilde taşımaktadır. Ancak nihayetinde diğer ilgili hükümlerden TBMM vasıtasıyla temsili demokrasinin benimsendiği anlaşılacakla bu çağrışım dayanaksız kalmıştır⁸⁵. İkinci madde, yasama yetkisi ve yürütme gücünün TBMM'de toplandığını ifade ederek kuvvetler birliği ilkesinin benimsendiğini açıkça ortaya koymuştur.

Anayasanın henüz Osmanlı Devleti'nin varlığına hukuken son verilmemesine rağmen yeni bir devletten bahsetmesinden ötürü⁸⁶ en devrimci hükmü, Genel Kurulun üzerinde gerçekleştirdiği değişikliklerle birlikte 3. maddesinde yer almıştır:

⁸¹ İsmail Arar, *Atatürk'ün Halkçılık Programı*, (Baha 1963) 40.

⁸² Karşılaştırmalı incelemede maddelerin Encümen-i Mahsus raporundaki hali (EMR) ve TBMM Genel Kurulunun kabul ettiği hali ise (TEK) kısaltmalarıyla belirtilmiştir.

⁸³ Ceride-i Resmiye, (Sayı: 1, 7 Şubat 1337) 1; TBMM ZC, (1, C. 5, İ. 1) 417.

⁸⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Rıdvan Akın, “1920'ler Anadolu'sunda Yerel Demokrasi Girişimi: İdare-i Kura ve Nevahi Kanunu Layihası”, (1996) (32) Toplumsal Tarih 31-41.

⁸⁵ Emre Gezer, *Türkiye'de Anayasa Hazırlama Süreçleri (1923-1982)*, (Yüksek Lisans Tezi) (Ege Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2019) 62-65; Tanör, *Osmanlı* (n 6) 256-257.

⁸⁶ Sinem Şirin, “1921 Teşkilâtı Esasiye Kanunu Çerçevesinde Kurucu İktidar Tartışması”, (2019) 8(16) *Anayasa Hukuku Dergisi* 359, 385.

(EMR) Madde 3: “*Türkiye Halk Hükümeti Büyük Millet Meclisi tarafından idare olunur ve «Türkiye Büyük Millet Meclisi Hükümeti» unvanını taşır*”⁸⁷.

(TEK) Madde 3: “*Türkiye Devleti Büyük Millet Meclisi tarafından idare olunur ve Hükümeti “Türkiye Büyük Millet Meclisi Hükümeti” unvanını taşır*”⁸⁸.

4. maddenin İcra Vekilleri Heyeti tasarısındaki ilk halinde milletvekillerinin “genel oy” ile seçileceği düzenlenmiştir. Encümen “genel oy” ilkesini maddeden çıkararak “mesleki temsil” ve “tek dereceli seçim” ilkelerini kabul etmiştir. Genel Kurul müzakereleri sonucunda her üç ilke de kabul edilmeyerek maddeye son hali verilmiştir:

(EMR) Madde 4: “*Büyük Millet Meclisi vilayetler halkınca meslekler erbabı temsil edilmek üzere doğrudan doğruya müntehap azadan mürekkeptir*”⁸⁹.

(TEK) Madde 4: “*Büyük Millet Meclisi vilâyetler halkınca müntahap azadan mürekkeptir*”⁹⁰.

Genel Kurulda bu maddeye dair yaşanan hararetli tartışmalar; TBMM’nin sosyolojik temsil yeteneğinin bir hayli yüksek olduğunu, bu çeşitlilik içerisinde halkçılık ideolojisinin önemli oranda benimsendiğini ve nihayetinde demokratik müzakere ortamının varlığını işaret etmektedir⁹¹. Milletvekillerinin mesleki temsil esasına göre seçilmesindeki temel gerekçe, genel refahın ve memleketin bayındırlık ve esenliğinin kefil olarak çalışanların ve işçilerin temsiliyle halk sınıflarının sorunlarını aracısız şekilde ifade edebilmesi olarak açıklanmıştır⁹². Mesleki temsili savunan milletvekilleri bu ilkenin kabul edilmemesi durumunda anayasanın özünü oluşturan birinci maddenin de anlamını yitireceğini öne sürmüştür. Maddeye dair devinim içerisindeki müzakereler zamanla o denli sertleşmiştir ki, Genel Kurul, mesleki temsile raporda yer vererek bu ilkeyi ısrarla savunan Encümen-i Mahsus’un on beş üyesinden onunu bu nedenle değiştirmiştir⁹³. Böylece kabulü durumunda yeni devletin siyasal sistemini çok farklı bir yönde geliştirecek olan mesleki temsil ilkesi Anayasada yer alamamıştır.

⁸⁷ TBMM ZC, (1, C. 5, İ. 1) 417.

⁸⁸ Ceride-i Resmîye, (Sayı: 1, 7 Şubat 1337) 1.

⁸⁹ TBMM ZC, (1, C. 5, İ. 1) 415.

⁹⁰ Ceride-i Resmîye, (Sayı: 1, 7 Şubat 1337) 1.

⁹¹ İhsan Güneş, “Teşkilatı Esasiye Kanunu’nun (1921 Anayasası’nın) Yapılış Süreci”, (2020) 20(2) Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 233, 236-243; Faik Reşit Unat, “Türkiye Büyük Millet Meclisinin Birinci Devresinde Anadolu ve Rumeli Müdafaa-i Hukuk Grubunun Kurulması ve Çalışmalarına Ait Bazı Vesikalar”, (1944) III(13) Tarih Vesikaları 1, 1-2.

⁹² Demirhan Burak Çelik, *Ulusal Kurtuluş Savaşı Döneminde Anayasal Gelişmeler ve 1921 Anayasası*, (Yüksek Lisans Tezi) (Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2002) 149-150.

⁹³ Şaduman Halıcı, “Birinci TBMM’de Mesleki Temsil Tartışmaları”, (2015) 15(31) Çağdaş Türkiye Tarihi Araştırmaları Dergisi 81, 89-104.



TBMM seçimlerinin iki yılda bir gerçekleştirileceği, milletvekillerinin yeniden seçilebileceği ve milletvekillerinin yalnızca seçildiği ili değil, tüm milleti temsil edeceği gibi hususları düzenleyen 5. maddede mesleki temsile yönelik ibarenin çıkarılması ve seçimlerin ertelenebilmesine yönelik cümleyle “yalnız” ibaresinin eklenmesi gibi değişiklikler yapılmıştır:

(EMR) Madde 5: “*Büyük Millet Meclisinin intihabı iki senede bir kere icra olunur. İntihap olunan azanın azalık müddeti iki seneden ibaret olup fakat tekrar intihap olunmak caizdir. Sabık heyet lâhik heyetin içtimaına kadar vazifeye devam eder. Yeni intihabat icrasına imkân görülemediği takdirde içtima devresinin bir sene temdidi caizdir. Büyük Millet Meclisi azasının her biri kendini intihap eden vilayet ve meslekin ayrıca vekili olmayıp umum milletin vekilidir*”⁹⁴.

(TEK) Madde 5: “*Büyük Millet Meclisinin intihabı iki senede bir kere icra olunur. İntihap olunan azanın azalık müddeti iki seneden ibaret olup fakat tekrar intihap olunmak caizdir. Sabık heyet lâhik heyetin içtimaına kadar vazifeye devam eder. Yeni intihabat icrasına imkân görülmediği takdirde içtima devresinin yalnız bir sene temdidi caizdir. Büyük Millet Meclisi azasının her biri kendini intihap eden vilâyetin ayrıca vekili olmayıp umum milletin vekilidir*”⁹⁵.

Tartışmaların yoğunlaştığı ikinci konu “küçültülmüş meclis” önerisi olmuştur. Raporunda yer alan ve Mustafa Kemal Paşa tarafından da desteklenen bu fikre göre TBMM Genel Kurulu yılın ilk iki ayında tam sayı ile çalışacaktır. Kalan on ayda Genel Kurulun gizli oyla kendi içerisinde seçeceği üçte birlik kısmı Genel Kurulun görevlerini yerine getirmeye devam edecek; üçte ikilik kısmı ise memleketlerine dönecektir⁹⁶. Sovyetler Birliği’ndeki kısa süreli yasama organı Yüksek Sovyet ve onun kendi içinden seçtiği, onun adına yasama yetkisini kullanan Yüksek Sovyet Prezidyumu sistemine benzetilen bu öneri Genel Kurulda kabul görmemiştir⁹⁷. Bu nedenle raporun 6. maddesindeki “heyeti asliye” ibaresi “heyeti umumiye” şeklinde değiştirilmiş; 7. madde ise bütünüyle rapordan çıkarılmıştır:

(EMR) Madde 6: “*Büyük Millet Meclisinin heyeti asliyesi teşrinisani iptidasında davetsiz içtima eder*”⁹⁸.

(TEK) Madde 6: “*Büyük Millet Meclisinin heyeti umumiyesi teşrinisani iptidasında davetsiz içtima eder*”⁹⁹.

⁹⁴ TBMM ZC, (1, C. 5, İ. 1) 415.

⁹⁵ Ceride-i Resmîye, (Sayı: 1, 7 Şubat 1337) 1.

⁹⁶ Taha Akyol, *Atatürk'ün İhtilal Hukuku*, (6. Baskı, Doğan 2012) 151-152; Rıdvan Akın, “1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'nun Hukuk Tarihimizdeki Önemi” in Fethi Gedikli (ed), *İ. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri* (On İki Levha 2014) 602.

⁹⁷ Tanör, *Osmanlı* (n 6) 251-252.

⁹⁸ TBMM ZC, (1, C. 5, İ. 1) 415.

⁹⁹ Ceride-i Resmîye, (Sayı: 1, 7 Şubat 1337) 1.

(EMR) Madde 7: “*Büyük Millet Meclisi azası, her içtima mebdeinden itibaren iki ay sonra, Büyük Millet Meclisine ait bütün hukuk ve salahiyetleri haiz olmak ve gelecek içtima senesine kadar içtima halini muhafaza etmek üzere içlerinden lâakal intihap devairi adedinin iki misli miktarda azayı hafı rey ile tefrik eder*”¹⁰⁰.

Anayasa tartışmalarında dikkat çeken hususlardan birisi de Mustafa Kemal Paşa'nın yasama erkinin yetkilerinin sınırlı sayıda sayılıp yürütme erkinin yetkilerinin ise geniş tutulmasını istemesidir. Muhalefet milletvekilleri bu hususa şiddetle karşı çıkmıştır. Varılan sonuç muhalefetin görüşüne yakın şekilde gerçekleşmiş; yasama erkinin yetkileri anayasada geniş şekilde sayılırken yürütme erkinin yetkilerinin tespiti ise özel yasayla düzenlenmek üzere sonraya bırakılmıştır:

(EMR) Madde 8: “*Umum kavaninin vazı, tadili, feshi ve muahede ve sulh akdi ve vatan müdafaası ilanı gibi hukuku esasiye Büyük Millet Meclisine aittir*”¹⁰¹.

(TEK) Madde 7: “*Ahkâmı şeriyenin tenfizi, umum kavaninin vazı, tadili, feshi ve muahede ve sulh akdi ve vatan müdafaası ilanı gibi hukuku esasiye Büyük Millet Meclisine aittir. Kavanin ve nizamât tanziminde muamelatı nasa erfak ve ihtiyacı zamana evfak ahkâmı fıkhiye ve hukukiye ile adap ve muamelât esas ittihaz kılınır. Heyeti Vekilenin vazife ve mesuliyeti kanunu mahsus ile tayin edilir*”¹⁰².

Anayasanın 8. maddesi hükümet sistemine ilişkin düzenlemeler içermektedir. TBMM, meclis hükümeti sisteminin bir gereği olarak kendi uhdesinde bulunan yürütme gücünü özel yasaları uyarınca seçeceği icra vekilleri aracılığıyla idare edeceğine hükmetmiştir. Kabine düzeninin gerektirdiği dayanışma kavramıyla hareket etmeyen icra vekillerinin aralarında çıkabilecek sorunların da bizzat TBMM tarafından çözülmesi esası kabul edilmiştir:

(EMR) Madde 9: “*Büyük Millet Meclisi Hükümetin inkısam eylediği devairi intihapgerdesi olan vekiller vasıtasıyla idare eder. Mütebaki aza icrai hususat için vekillere veçhe tayin ve ledelhace bunları tebdil eyler*”¹⁰³.

(TEK) Madde 8: “*Büyük Millet Meclisi, Hükümetin inkısam eylediği devairi kanunu mahsus mucibince intihapgerdesi olan vekiller vasıtasıyla idare eder. Meclis, icrai hususat için vekillere veçhe tâyin ve ledelhace bunları tebdil eyler*”¹⁰⁴.

Bu maddenin İcra Vekilleri Heyeti tasarısındaki özgün hali “*Büyük Millet Meclisi Hükümeti inkısam eylediği devairi kanunu mahsus mucibince intihapgerdesi olan vekiller vasıtasıyla, reisinin tahtı riyasetinde olarak, idare*

¹⁰⁰ TBMM ZC, (1, C. 5, İ. 1) 415.

¹⁰¹ TBMM ZC, (1, C. 5, İ. 1) 415.

¹⁰² Ceride-i Resmiye, (Sayı: 1, 7 Şubat 1337) 2.

¹⁰³ TBMM ZC, (1, C. 5, İ. 1) 415.

¹⁰⁴ Ceride-i Resmiye, (Sayı: 1, 7 Şubat 1337) 2.



eder¹⁰⁵ şeklindedir. Bu maddede gerçekleştirilen değişiklikler, anayasanın ruhuyla uyumlu şekilde ilkesel bir anlam içermektedir. Zira değişikliklere ilişkin dikkat çeken ilk husus, İcra Vekilleri Heyetinin tasarısında bakanlıkların yönetimi için bir özne konumunda bulunan Hükümetin, Encümen'in ve Genel Kurulun gerçekleştirdiği değişikliklerle birlikte bu yetkisini TBMM'ye devrederek yönetimin bir vasıtası haline gelmesidir. Değişikliklere ilişkin dikkat çeken bir diğer husus ise maddenin tasarısındaki özgün hali TBMM Hükümetinin bakanlıkları özel yasaları uyarınca seçilen icra vekilleri vasıtasıyla ve reisinin başkanlığı altında idare edeceğini düzenlemişken Encümen'in "reisinin başkanlığı altında" ibaresini maddeden çıkarmasıdır. Bu doğrultuda ilgili değişikliklerin ortaya koyduğu ilkesel anlamın, kuvvetler birliği şemasında yasama erkini oluşturan ve diğer erklerle göre çok güçlü bir statüsü bulunan TBMM'nin bu gücünden feragat etmek istememesi ve buna yönelik sınırlamaları reddetmesi olduğu ifade edilebilir.

(EMR) Madde 10: "*Büyük Millet Meclisi heyeti asliyesi tarafından intihap olunan reis bir içtima senesi zarfında Büyük Millet Meclisi reisidir. Bu sıfatla Meclis namına imza vazına ve Meclis mukarreratını tasdike salahiyettardır. İcra Vekilleri Heyeti içlerinden birini kendilerine reis intihap ederler*"¹⁰⁶.

(TEK) Madde 9: "*Büyük Millet Meclisi Heyeti umumiyesi tarafından intihap olunan reis bir intihap devresi zarfında Büyük Millet Meclisi Reisidir. Bu sıfatla Meclis namına imza vazına ve Heyeti Vekile mukarreratını tasdike salâhiyettardır. İcra Vekilleri Heyeti içlerinden birini kendilerine reis intihap ederler. Ancak Büyük Millet Meclisi Reisi Vekiller Heyetinin de Reisi tabiisidir*"¹⁰⁷.

Anayasanın 9. maddesi de hükümet sistemine ilişkin düzenlemeler içermektedir. Encümen, bu maddede de İcra Vekilleri Heyetinin tasarısına göre önemli değişiklikler yapmıştır. TBMM Reisinin aynı zamanda İcra Vekilleri Heyetinin de reisi olduğunu belirten ibare maddeden çıkarılmış; yerine, İcra Vekilleri Heyetinin kendi içinden birisini reis olarak seçeceği hükmü getirilmiştir. Bu düzenlemenin temelinde mazbata muharriri İsmail Suphi Bey'in de ifade ettiği gibi¹⁰⁸ TBMM'nin kuruluşundan itibaren o güne dek yaşanan yedi aylık tecrübenin yarattığı bazı kaygılar bulunmaktadır. Bu tecrübenin öyküsü şu şekildedir: İstanbul'da hukuken varlığı henüz sonlandırılmayan eski devletin yürütme erkini başında, şartlar gereği halen mevcudiyeti reddedilemeyen padişah bulunmaktadır. Ankara'da kurulmakta olan yeni devlet ise TBMM'nin temel kuruluşunun bir sonucu olarak

¹⁰⁵ TBMM ZC, (1, C. 4, İ. 1) 202.

¹⁰⁶ TBMM ZC, (1, C. 5, İ. 1) 415.

¹⁰⁷ Ceride-i Resmîye, (Sayı: 1, 7 Şubat 1337) 2.

¹⁰⁸ TBMM ZC, (1, C. 5, İ. 1) 411.

yasama erkinin üstünlüğüne dayanan kuvvetler birliği ilkesini ve meclis hükümeti sistemini benimsemektedir. Hareketin lideri olan Mustafa Kemal Paşa'nın makamı, hem İstanbul'un hem de Ankara'nın bu koşulları gereği başta TBMM Reisliği olmuştur. Ancak Ankara'nın olağanüstü koşulları, Mustafa Kemal Paşa'nın zihnindeki yürütme erkine öncelik veren ideal anayasal tasarım ile birleşince, İcra Vekilleri Heyeti Reisliğinin de kendisi tarafından üstlenilmesi sonucu ortaya çıkmıştır¹⁰⁹. Bu durum da TBMM'nin hassasiyetle korumaya çalıştığı, yasama erkinin üstünlüğüne dayanan meclis hükümeti sistemi açısından bir sorun doğurmuştur. Zira çıkardığı yasaların uygulanmasını dahi büyük çoğunlukla İcra Vekilleri Heyetine bırakmayarak yasaların sonunda “İşbu kanunun icrasında BMM memurdur” maddesine yer veren TBMM'de¹¹⁰, hem yasama hem de yürütme erklerinin başında Mustafa Kemal Paşa bulunmaktayken İcra Vekilleri Heyetine yönelik etkin bir denetim yapamama kaygısı oluşmuştur. Bu sorunu çözmeye yönelik anayasal arayış, yeni devlette adı konmamış bir “başbakanlık” makamının doğuşuna böylece neden olmuştur. Yeni sistemde İcra Vekilleri Heyeti Reisi, icra vekillerinin işlemlerinden ötürü TBMM'ye karşı ayrıca sorumlu olmayacak; yalnızca İcra Vekilleri Heyeti toplantılarını primus inter pares, yani eşitler arasında birinci pozisyonuyla yönetecektir¹¹¹.

Encümen'in Mustafa Kemal Paşa'nın statüsü odağında yasama ve yürütme erklerinin yönetiminin ayrışmasına yönelik bu müdahalesi, Genel Kurul müzakereleri sonucunda Mustafa Kemal Paşa lehine değişikliklerle dengelenmiştir. İcra Vekilleri Heyeti için kurulan yeni reislik makamı Genel Kurulda da kabul görmüş; fakat TBMM Reisinin aynı zamanda İcra Vekilleri Heyetinin de doğal reisi olacağı ve İcra Vekilleri Heyeti kararlarının TBMM Reisinin imzasıyla geçerlilik kazanacağı hükmü maddeye eklenmiştir. Bu değişikliğe yol açan durum, teorik kaygılarla yapılan düzenlemenin Mustafa Kemal Paşa'nın fiilen yürütmeden uzaklaştırılmasına neden olacak olmasıdır. Bu nedenle TBMM, olağanüstü koşullarla vatan savunması yapılan bir dönemde anayasa hukuku öğretisinin öngördüğü doğru yerine pratiğin getirdiği gerekliliği bu aşamada tercih etmiştir. Böylece İcra Vekilleri Heyeti Reisliğinin kurulmasıyla yürütme erki üzerindeki statüsü kaldırılan Mustafa Kemal Paşa, değişiklik sayesinde bu erk üzerindeki statüsünü yeniden elde etmiştir. Bu maddenin kabulüne ilişkin mutabakatın oluşmasında Anayasanın 7. maddesinde yer alan, yürütme erkinin yetkilerinin daha sonra özel yasayla düzenleneceği hükmünün etkili olması muhtemeldir. Zira sonraki

¹⁰⁹ Akyol (n 66) 67.

¹¹⁰ Tanör, *Osmanlı* (n 6) 237.

¹¹¹ Yavuz Aslan, “I. Dönem TBMM’de “İcra Vekilleri Heyeti Riyaseti (Hükümet Başkanlığı)”nın Statüsü ve “TBMM Reisi”nin İcra İle İlgili Yetki ve Sorumluluğu”, (2000) 3(1) Atatürk Dergisi 61, 65.



tarihli girişimlerden, muhalefet milletvekillerinin 7. maddeye güvenerek düzenlenecek özel yasada TBMM Reisinin İcra Vekilleri Heyeti üzerindeki doğal reislik yetkilerinin çok sınırlı düzeyde tutulmasını planladıkları anlaşılmaktadır. Nihayetinde planlanan yasa düzenlemesi muhalefetin istediği şekilde gerçekleşmemiş ve böyle hedeflenmemesine rağmen 9. madde sayesinde anayasanın ruhundan önemli bir sapmayla yetki topluluşması yasama erkinin kendisinde değil ancak onun başkanında sağlanmıştır. Bu bakımdan Mustafa Kemal Paşa'nın Anayasaya damgasını vurduğu maddenin 9. madde olduğu saptanabilir¹¹². Nihayetinde hem anayasal inşa bağlamında hükümet sisteminin yönünü tayin etmesi hem de ileride Cumhuriyet'in ilanına neden olacak anayasal krizin ilk adımını oluşturması bakımından bu maddenin önemi büyüktür¹¹³.

Bir ayrı maddeyle birlikte toplam yirmi dört maddeden oluşan Anayasanın son on dört maddesinde, yani yarıdan fazlasında idareye ilişkin yerinden yönetim ilkeleri düzenlenmiştir. Bu ilkeler doğrultusunda Türkiye, coğrafi durum ve iktisadi ilişkilere göre vilayetlere, kazalara ve nahiyelere bölünmüştür. Kazaların manevi şahsiyetinin bulunmadığı ve hükümet tarafından atanan kaymakamlarca yönetileceği; vilayet ve nahiyelerin ise manevi şahsiyeti bulunan ve halk tarafından seçilen şuralarca yönetileceği belirtilmiştir. Bu düzenlemeler, 1. maddeye dair açıklamada da belirtildiği üzere bizzat eylemsel reaksiyon göstererek ulusal devlet tezinin “kitle” unsurunu oluşturan halkın siyasal katılımını ve Anayasanın öncül sürecinde hazırlanmasına neden olan tarihi-psikolojik vesilenin unsurlarından eylemsel reaksiyonun yansıma izlerini işaret etmektedir. Nahiyе şuralarının üyelerinin doğrudan doğruya nahiyе halkınca seçilmesi ve bu şuraların yargısal yetkilerinin dahi bulunması, Anayasanın, siyasal toplumun temel birimi olarak nahiyeleri kabul ettiğini göstermektedir. Bu bakımdan halkçılık ilkesinin etkisiyle yerinden yönetim esaslarını düzenleyen bu maddeler, geleneksel ve merkeziyetçi bir idare sistemi kuran Osmanlı anayasacılık geleneğinden önemli bir ayrılma ile merkezi otoritenin denetiminin düşük tutulduğu ve komün örgütlenmesine dayanan bir idare sistemi yaratmıştır¹¹⁴. Türk anayasacılık geleneğinin 1924 Anayasasından itibaren merkeziyetçi kaygılarla devam ettirmediği bu yeni idare sistemi, 1921 Anayasasının özgün yönlerinden birini oluşturmuştur¹¹⁵.

Anayasa görüşmelerinin son aşaması, cephedeki tansiyonun yükseldiği ve fakat I. İnönü Muharebesi ve Çerkez Ethem kuvvetlerinin dağıtılması haberleri

¹¹² Taha Parla, “Cumhuriyet anayasalarında yasama-yürütme-yargı ilişkileri”, (1981/1982) (15-16) Toplum ve Bilim 76, 77-78.

¹¹³ Akyol (n 66) 150.

¹¹⁴ Esra Dik, “Türkiye’de Erken Cumhuriyet Döneminde (1923-1930) “Köy” Sorunu”, (2016) 71(3) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 693, 701-702.

¹¹⁵ Tanör, *Osmanlı* (n 6) 263-267.

ile coşkunun da beraberinde geldiği bir ana denk gelmiş; 20 Ocak 1921 tarihinde Anayasa bütünüyle kabul edilmiştir. Bu Anayasada özetle egemenlik, siyasi rejim, devletin merkez kuruluşu ve yerel kuruluşları düzenlenmiştir¹¹⁶. Kişi hak ve özgürlükleri ile yargı erki ele alınmamıştır. Zira şartların hızlı bir mutabakatı gerektirmesi nedeniyle uzlaşından henüz uzak bulunan birçok konunun sonraya ertelenmesi, geçici fakat pratik bir çözüm olarak tercih edilmiştir. Buna rağmen yirmi dört maddenin görüşmeleri toplamda iki ay sürmüştür. TBMM tutanak dergilerinin ciltlerinde yalnızca anayasa görüşmelerine dair kısmın 242 sayfa uzunluğunda olması, yaşanan tartışmaların hacmini işaret etmektedir¹¹⁷. Anayasa tasarısının görüşülmesinde ve kabulünde özel nisap ve kurallar uygulanmamıştır. Dolayısıyla yürürlükteki Kanun-ı Esasi'nin anayasa değişikliği için aradığı üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ve padişahın onayı gibi şartlara da riayet edilmemiştir. Nitekim şartlar da böyle bir duruma elverişli değildir. Anayasanın tümü son oylamada gösterme oy ile kabul olunmuştur. Böylece Teşkilât-ı Esasiye Kanunu, anayasa değişikliği için bir usul belirlememekle birlikte normal usullerle kabul edilerek Türk anayasacılık hareketinin tek esnek anayasası olma özelliğini kazanmıştır¹¹⁸.

Teşkilât-ı Esasiye Kanunu, fiilen tanınmayan Kanun-ı Esasi'nin yerine kabul edilmesine rağmen onun varlığını bütünüyle ortadan kaldırmamıştır. Hatta Mustafa Kemal Paşa, Sadrazam Tevfik Paşa'ya yeni Anayasanın esaslarını bildirdiği telgrafında Kanun-ı Esasi'nin hükümlerinin Teşkilât-ı Esasiye Kanunu ile çatışmadığı alanlarda geçerli olmaya devam edeceğini ifade etmiştir¹¹⁹. Bu durum ise iki anayasalı bir anayasal düzenin varlığına neden olmuştur. Teşkilât-ı Esasiye Kanunu'nu, ortak ülküleri iktidarları sınırlamak olan dünya genelindeki anayasacılık hareketlerinden ayırarak ona sui generis, yani kendine özgü bir nitelik kazandıran bir diğer durum ise bu Anayasanın özünde kuruluş ile birlikte kurtuluş gayesinin de bulunmasıdır. Nihayetinde Anayasanın özgül kuvveti; yaklaşık üç yıllık uygulama döneminden çok daha ötede, kendinden önce elde edilen hukuki ve siyasi birikimin sonraki dönemlere aktarılması için uygun zemini hazırlaması, modern bir devletin kuruluşunu sağlaması ve hem sonraki anayasalara birçok kavramsal miras bırakması hem de yalnız özgün karakterinde birçok yeni kavram barındırması bakımından çok büyük niteliktedir. Bu Anayasa, TBMM'nin sorunlar dizgesi ve eylemsel reaksiyon süreçleriyle kazandığı meşruiyeti yasallıkla taçlandırarak hukuk devleti olma yolunda çok önemli bir adım atmasına ve asli kurucu iktidar sıfatının hukuk dünyasında da tescil edilmesine neden olmuştur¹²⁰.

¹¹⁶ Bülent Nuri Esen, *Türk Anayasa Hukuku*, (2. Baskı, Ayyıldız 1971) 63.

¹¹⁷ Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, *İlk Meclis: Milli Mücadele'de Anadolu*, (2. Bası, Çağdaş) 70.

¹¹⁸ Ergun Özbudun, *1921 Anayasası*, (ATAM 1992) 47-49.

¹¹⁹ Atatürk, *Nutuk* (n 48) 563.

¹²⁰ Gezer (n 56) 51.



3.4. Devlet Şeklinin Belirlenmesi

TBMM kuruluşundan itibaren ülke üzerindeki hükümlerlik gücünü İtilaf Devletlerine karşı açık ve askeri bir mücadeleyle, Osmanlı Devleti'ne karşı ise gitgide berraklaşan bir siyasi mücadeleyle kazanmaya çalışmıştır. Bu bağlamda, TBMM Hükûmetince askeri mücadelenin kazanılmasının ardından İstanbul Hükûmetinin Lozan görüşmelerine TBMM Hükûmeti ile birlikte katılma istemi, o güne dek hukuken netlik kazanmayan hükümlerlik gücü konusunda TBMM'yi kesin bir karar vermeye sevk etmiştir¹²¹. Böylece iki gün süren görüşmelerin ardından saltanatın kaldırılması işlemleriyle Osmanlı Devleti'nin varlığına resmen son verilmiştir. Bu işlem, TBMM'nin 1 Kasım 1922 tarihli, 308 nolu ve “Türkiye Büyük Millet Meclisinin, hukuku hâkimiyet ve hükümlerininin mümessili hakikisi olduğuna dair” başlıklı kararı¹²² ile gerçekleşmiştir:

*“Türk milleti Saray ve Babıâlinin hıyanetini gördüğü zaman Teşkilâtı Esasiye kanununu isdar ederek onun birinci maddesiyle hâkimiyeti Padişah'tan alıp bizzat millete ve ikinci maddesiyle icraî ve teşriî kuvvetleri onun yedi kudretine vermiştir. Yedinci madde ile de harp ilânı, sulh akdi gibi bütün hukuku hükümlerini milletin nefsinde cemeylemiştir. Binaenaleyh; o zamandanberi eski Osmanlı İmparatorluğu tarihe intikal edip yerine yeni ve millî bir Türkiye Devleti, yine o zamandanberi Padişahlık merfu olup yerine Türkiye Büyük Millet Meclisi kaim olmuştur”*¹²³.

308 nolu karar metnindeki ilgili ibareler, TBMM'nin asli kurucu iktidar sıfatını bizzat TBMM'nin tespitleriyle çok net şekilde ortaya koymaktadır. Bu karara göre Osmanlı Devleti'nin yıkılışı ve Türkiye Devleti'nin kuruluşu, Teşkilât-ı Esasiye Kanunu'nun kabulü sayesinde gerçekleşmiştir. Kararın devamındaki şu ifade ise Osmanlı saltanatının yok oluş sürecini 16 Mart 1920 tarihinden başlatmaktadır:

*“Binaenaleyh Türkiye halkı hâkimiyeti şahsiyeye müstenidolan İstanbul'daki şekli Hükûmeti 16 Mart 1336 dan itibaren ve ebediyen tarihe müntakil addeylemiştir”*¹²⁴.

Bülent Tanör, 308 nolu karar ile devlet-hükümet ayrımının ortadan kalktığı ya da İstanbul Hükûmetinin 16 Mart 1920 tarihinden itibaren yok sayıldığı yorumlarını eleştirmiştir. Bu kararın devlet-hükümet ayrımına değil, Osmanlı Devleti ve Hükûmeti ile Türkiye Devleti ve TBMM Hükûmeti arasındaki

¹²¹ Nurten Çetin, “Lozan Barış Konferansı Arifesinde İstanbul-Ankara Münasebetleri ve İstanbul Hükûmeti'nin İstifası”, (2014) 4(7) Trakya Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi 87, 90.

¹²² Turan (n 49) 279-280.

¹²³ TBMM ZC, (1, C. 24, İ. 3) 313.

¹²⁴ TBMM ZC, (1, C. 24, İ. 3) 314.

ikiliğe son verdiği; 16 Mart 1920 tarihinden itibaren yok sayılan kurumun ise yalnızca İstanbul Hükûmeti olmadığı, aynı zamanda Osmanlı Devleti ve saltanatı olduğunu vurgulamıştır¹²⁵. Bizim kanaatimizce karar metni, Tanör'ün birinci eleştirisini doğrulamaktadır. Zira Osmanlı Devleti'nin yıkılış ve Türkiye Devleti'nin kuruluş tarihi olarak Teşkilât-ı Esasiye Kanunu'nun kabul edildiği 20 Ocak 1921 tarihine yönelik çok net bir atıf bulunmaktadır. Bununla birlikte ikinci eleştiriye kısmen katılmaktayız. Zira TBMM Cumhuriyet'in ilanını, anayasa değişikliğine yönelik 364 sayılı Yasa'daki şu ibare ile gerçekleştirmiştir: “*Türkiye Devletinin şekli Hükümeti, Cumhuriyettir*”¹²⁶. Öğretide, devlet başkanının göreve geliş usulü bakımından devlet şekillerinin monarşi ve cumhuriyet olarak ikiye ayrıldığı kabul edilmektedir¹²⁷. Oysaki 308 nolu karar ve 364 sayılı Yasa metinleri, TBMM'nin dönemin terminolojisine göre cumhuriyeti ve monarşiyi bir “devlet şekli” olarak değil, “hükümet şekli” olarak tanımladığını göstermektedir. 308 nolu karar metninde Osmanlı Devleti'nin yıkılış tarihi olarak 20 Ocak 1921 tarihine işaret edilmesi göz önüne alındığında, 16 Mart 1920 tarihinde yok olduğu varsayılan ve “*hâkimiyeti şahsiyeye müstenidolan İstanbul'daki şekli Hükümet*” şeklinde ifade edilen kurumun Osmanlı Devleti değil, Osmanlı Devleti'nin devlet şekli olan Osmanlı saltanatı olduğu sonucuna ulaşmaktayız. Tüm bu tespitler ışığında 308 nolu kararın üç aşamalı bir tarihlendirmeyi ortaya çıkardığını görmekteyiz:

1. 16 Mart 1920: İstanbul'un işgali ile Osmanlı saltanatının yok oluşu,
2. 20 Ocak 1921: Teşkilât-ı Esasiye Kanunu'nun Türkiye Devleti'ni kurmasının dolaylı sonucu olarak Osmanlı Devleti'nin yok oluşu,
3. 1 Kasım 1922: Osmanlı Devleti'nin ve Osmanlı saltanatının yok olduğunun hukuken tespiti.

8 Mayıs 1922 tarihli Kararname ile pasaportlardaki “*Nâm-ı nâmi-i hazret-i padişâhiye*” ibaresi yerine “*Türkiye Büyük Millet Meclisi hükümeti*” ibaresinin konması¹²⁸ gibi örnekler de yukarıda ifade edildiği üzere 308 nolu kararın zaten olmuş bitmiş bir gerçeği ifade etmekten ibaret bulunduğunu göstermektedir. Nitekim Mustafa Kemal Paşa, saltanatın kaldırılma işleminden kısa süre önce Sadrazam Tevfik Paşa'ya gönderdiği telgrafta da, Teşkilât-ı Esasiye Kanunu ile şekli ve mahiyeti belirlenen yeni Türkiye Devleti'nin kurulduğundan beri Türkiye'nin geleceğine el koyduğunu, bundan sonra tek yetkilinin ancak TBMM Hükümeti olduğunu ve bunun bütün dünyaca bilindiğini¹²⁹ belirtmiştir.

¹²⁵ Bülent Tanör, *Kuruluş: Türkiye 1920 Sonraları*, (Cumhuriyet 1997) 19-20.

¹²⁶ TBMM ZC, (1, C. 24, İ. 3) 90.

¹²⁷ Kemal Gözler, “Hukuk Açısından Monarşi ve Cumhuriyet Kavramlarının Tanımı Sorunu”, (1999) 54(1) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 51, 54.

¹²⁸ Seviğ (n 61) 42.

¹²⁹ Tevhid-i Efkâr, (4 Teşrin-i Sani 1338/4 Kasım 1922, nr: 3.533) 1; Peyam-ı Sabah, (4 Kasım

SONUÇ

Türkiye Devleti'nin kuruluşu, tesadüfi şartların bir araya gelmesiyle gerçekleşmiş anlık bir olgu değildir. Kuruluşun öyküsü, altı asırlık bir imparatorluğun emperyalist güçler tarafından tasfiyesi esnasında siyasal varlığı sonlandırılmak istenen Türk halkının bu sorunlar dizgesine karşı ortaya koyduğu eylemsel reaksiyonla yön bulmuştur. Makaledeki değerlendirmeler ışığında bu sürecin kronolojisini analiz ettiğimizde şu şekilde bir tablo ile karşılaşmaktayız:

23 Temmuz 1908-30 Ekim 1918: Geçmişi daha eskiye dayanmakla birlikte II. Meşrutiyet'in ilanından itibaren Mondros Ateşkes Antlaşması'nın imzalanmasına dek yaşanan ve sorunlar dizgesi olarak adlandırdığımız bu süreç, inşa ettiği yeni düşünce, yeni kadro ve yeni kitle unsurları ile yeni devlet tezinin sosyolojik ve siyasal temellerini oluşturmuştur.

30 Ekim 1918-16 Mart 1920: Mondros Ateşkes Antlaşması'nın imzalanmasından İstanbul'un işgal edilmesine dek yaşanan ve yeni düşünce, yeni kadro ve yeni kitle unsurlarının işgal karşısında eylemsel reaksiyon geliştirmeye başladığı bu süreç, anayasayla kurulan temel organlarının etkinliklerini yitirmesi suretiyle Osmanlı Devleti'nin fiilen çöküşüne neden olmuştur.

16 Mart 1920-23 Nisan 1920: Anayasal sistemin dışında fiili bir olgu olarak ortaya çıkan ve İstanbul'un işgalinin ardından yayımladığı seçim genelgesi ile adeta egemenlik yetkisi kullanan bir organa dönüşen Heyet-i Temsiliye bu süreçte asli kurucu iktidar işlevini yerine getirecek olan TBMM'nin temel kuruluşunu sağlamıştır.

23 Nisan 1920-20 Ocak 1921: Temel kuruluşu Kanun-ı Esasi'ye aykırılıklar içermekle birlikte TBMM bu süreçte Kanun-ı Esasi'nin yürürlükten kaldırıldığına veya Osmanlı Devleti'nin tüzel varlığına son verildiğine ilişkin herhangi bir işlem gerçekleştirilmemiştir. TBMM kural olarak kendisini Kanun-ı Esasi ile bağlı saymış ve fakat Kanun-ı Esasi'ye uyulmadığı bazı durumlar da olmuştur. Milletvekillerinin Kanun-ı Esasi'yi tanımadıklarına ilişkin beyanları, TBMM'nin Kanun-ı Esasi'ye aykırı şekilde kabul ettiği anayasal nitelikteki yasalar ve nihayetinde "Teşkilât-ı Esasiye Kanunu Lâyihası" başlıklı anayasa tasarisinin TBMM'ye sunulmasıyla Kanun-ı Esasi'ye aykırı şekilde yeni bir anayasa yapımı sürecinin başlaması, yürürlükteki Kanun-ı Esasi bakımından bir anayasasızlaştırma süreci yaşanmasına neden olmuştur.

20 Ocak 1921: Osmanlı Devleti'nin çöküşü ve Kanun-ı Esasi'ye yönelik anayasasızlaştırma süreci nedeniyle oluşan hukuki boşluk, TBMM'nin kabul ederek yürürlüğe koyduğu Teşkilât-ı Esasiye Kanunu sayesinde doldurulmuştur.

TBMM bu Anayasa ile Türkiye Devleti'ni resmen kurmuş ve dolaylı olarak da Osmanlı Devleti'nin yıkılışını sağlamıştır.

1 Kasım 1922: TBMM 308 nolu kararıyla, eski devletin çöküş ve yeni devletin kuruluş sürecini özetleyen tespitlerde bulunmuştur. Bu karar, 16 Mart 1920'de İstanbul'un işgaliyle Osmanlı saltanatının yok olduğunu, 20 Ocak 1921'de Teşkilât-ı Esasiye Kanunu'nun kabulüyle Türkiye Devleti'nin resmen kurulduğunu ve Osmanlı Devleti'nin yok olduğunu 1 Kasım 1922 tarihinde tespit ederek hukuken ilan etmiştir.

23 Nisan 1920 ve 29 Ekim 1923 tarihleri, milli devletin kuruluş sürecine dair Türkiye'nin toplumsal hafızasına kazınmış iki önemli tarihtir. Nitekim 2429 sayılı ve "Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun" başlıklı Yasa da "29 Ekim" tarihini Devlet adına tören yapılabilen tek "ulusal bayram" olarak belirlemiş ve "23 Nisan" tarihine de diğer üç resmi bayramdan biri olarak yer vermiştir. 23 Nisan 1920 tarihi, asli kurucu iktidar işlevi görerek Türkiye Devleti'ni kuran ve yasama erki olarak görevine devam eden TBMM'nin göreve başlangıç tarihini, 29 Ekim 1923 tarihi ise TBMM'nin tali kurucu iktidar işlevi görerek Türkiye Devleti'nin devlet şeklini "Cumhuriyet" olarak belirlediği anayasa değişikliğinin tarihini ifade etmektedir. Oysaki Türkiye Devleti'nin gerçek kuruluş tarihi bu iki tarih de değil, "Türkiye Devleti" kavramına anayasal düzlemde ilk kez yer veren Teşkilât-ı Esasiye Kanunu'nun kabul edildiği 20 Ocak 1921'dir.

Tüm bu bilgiler ışığında, ulusal bir hareketi kurtuluş ülküsünden kuruluş utkusuna kavuşturan TBMM'nin Teşkilât-ı Esasiye Kanunu'nu kabul ederek çöken bir devletin kuruluşunu yenilemek suretiyle asli kurucu iktidar sıfatına sahip olduğu tespit edilebilir.

KAYNAKÇA

1. Arşiv ve Resmi Yayınlar

Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, 2(45).

TBMM ZC (Türkiye Büyük Millet Meclisi Zabıt Ceridesi)

TBMM ZC, (1, C. 1, İ. 1).

TBMM ZC, (1, C. 2, İ. 1).

TBMM ZC, (1, C. 3, İ. 1).

TBMM ZC, (1, C. 4, İ. 1).

TBMM ZC, (1, C. 5, İ. 1).

TBMM ZC, (1, C. 24, İ. 3).

TİTEA (Türk İnkılâp Tarih Enstitüsü Arşivi)

TİTEA, (Kutu no: 14, Belge no:3)

2. Süreli Yayınlar

Ceride-i Resmiye
Peyam-ı Sabah
Tevhid-i Efkâr

3. Kitaplar, Makaleler ve Tezler

Akın R, “1920’ler Anadolu’sunda Yerel Demokrasi Girişimi: İdare-i Kura ve Nevahi Kanunu Layihası”, (1996) (32) Toplumsal Tarih 31-41.

— —, “1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu’nun Hukuk Tarihimizdeki Önemi” in Fethi Gedikli (ed), *I. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri* (On İki Levha 2014) 509-607.

Akşin S, *İstanbul Hükümetleri ve Millî Mücadele*, (Cilt: I) (İkinci Basım, Cem 1992).

Akyıldız A, “Meclis-i Meb’ûsan”, (2003) 28 Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi 245-247.

Akyol T, *Atatürk’ün İhtilal Hukuku*, (6. Baskı, Doğan 2012).

Arar İ, *Atatürk’ün Halkçılık Programı*, (Baha 1963).

Arsel İ, “Üçüncü Fransız Cumhuriyetinde Senato”, (1954) 11(1-2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 97-144.

Aslan Y, “I. Dönem TBMM’de “İcra Vekilleri Heyeti Riyaseti(Hükümet Başkanlığı)”nın Statüsü ve “TBMM Reisi”nin İcra İle İlgili Yetki ve Sorumluluğu”, (2000) 3(1) Atatürk Dergisi 61-66.

Atar Y, *Demokrasilerde Anayasal Değişmenin Dinamikleri ve Anayasa Yapımı*, (Mimoza 2000).

Atatürk K, *Nutuk*, (Cilt: I) (Onuncu Basılış, Millî Eğitim 1970).

— —, *Nutuk*, (Cilt: II) (Dokuzuncu Basılış, Millî Eğitim 1969).

Atay FR, *Batış Yılları*, (Pozitif 2012).

Batum S, *99 Soruda Neden ve Nasıl Çağdaş Bir Anayasa*, (On İki Levha 2009).

Berkes N, *Türkiye’de Çağdaşlaşma*, (Hazırlayan: Ahmet Kuyaş) (26. Baskı, Yapı Kredi 2018).

Bıyıklıoğlu T, “”Birinci Türkiye Büyük Millet Meclisi”nin Hukukî Statüsü ve İhtilâlcî Karakteri”, (1960) XXIV(96) Belleten 637-663.

Can O, “Anayasayı Değişirme İktidarı ve Denetim Sorunu” (2007) 62(03) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 101-139.

Çelik DB, *Ulusal Kurtuluş Savaşı Döneminde Anayasal Gelişmeler ve 1921 Anayasası*, (Yüksek Lisans Tezi) (Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2002).

Çetin N, “Lozan Barış Konferansı Arifesinde İstanbul-Ankara Münasebetleri ve İstanbul Hükümeti’nin İstifası”, (2014) 4(7) Trakya Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi 87-113.

Çoker F, *Türk Parlamento Tarihi: Milli Mücadele ve T.B.M.M. I. Dönem 1919-1923*, (Cilt: I) (Türkiye Büyük Millet Meclisi Vakfı 1994).

Demirel A, *Birinci Meclis’te Muhalefet: İkinci Grup*, (İletişim 2020).

Dik E, “Türkiye’de Erken Cumhuriyet Döneminde (1923-1930) “Köy” Sorunu”, (2016) 71(3) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 693-729.

Erdoğan M, *Anayasa Hukuku*, (Dördüncü Baskı, Orion 2007) 89.

— —, *Anayasal Demokrasi*, (12. Baskı, Siyasal 2015).

Eren A, “Büyük Millet Meclisinin Kurucu Niteliği”, (2020) 37(1) Anayasa Yargısı 33-76.

Erim N, *Devletlerarası Hukuku ve Siyasi Tarih Metinleri*, (Cilt: 1) (TTK 1953).

Eroğlu O, “Osmanlı Devleti’nin Son Dönemlerinden Cumhuriyet’in İlk Yıllarına Kamu Maliyesi”, (2012) 12(Özel) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 57-89.

Eroğul C, *Anatüzeğe Giriş*, (Altıncı Bası, İmaj 2000).

— —, *Anayasayı Değiştirme Sorunu*, (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi 1974).

Ertürk H, *İki Devrin Perde Arkası*, (Yazan: Samih Nafiz Tansu) (Pınar 1964).

Esen BN, *Türk Anayasa Hukuku*, (2. Baskı, Ayyıldız 1971).

Ezherli İ, *Türkiye Büyük Millet Meclisi (1920-1992) ve Osmanlı Meclisi Mebusanı (1877-1920)*, (TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu 1992).

Gezer E, *Türkiye’de Anayasa Hazırlama Süreçleri (1923-1982)*, (Yüksek Lisans Tezi) (Ege Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2019).

Göyünç N, “Osmanlı’nın 700. Kuruluş Yıldönümünü Anarken”, (1999) (3), İslâm Araştırmaları Dergisi 1-7.

Gözler K, “1982 Anayasası Hâlâ Yürürlükte mi? Anayasasızlaştırma Üzerine Bir Deneme (Versiyon 4)”, <http://www.anayasa.gen.tr/anayasasizlastirma-v4.pdf> (30 Mayıs 2016).



— —, “Hukuk Açısından Monarşi ve Cumhuriyet Kavramlarının Tanımı Sorunu”, (1999) 54(1) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 51-62.

— —, *Anayasa Hukukunun Genel Esaslarına Giriş*, (8. Baskı, Ekin 2015).

— —, *Kurucu İktidar*, (2. Baskı, Ekin 2016).

Göztepe TM, *Osmanoğullarının Son Padişahı Vahideddin Mütareke Gayyasında*, (Sebil 1994).

Gözübüyük AŞ ve Kili S, *Türk Anayasa Metinleri*, (2. Bası, Siyasal Bilgiler Fakültesi 1982).

Güneş İ, “Teşkilati Esasiye Kanunu’nun (1921 Anayasası’nın) Yapılış Süreci”, (2020) 20(2) Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 233-256.

— —, “Türkiye Büyük Millet Meclisi”, (2012) 41 Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi 593-596.

Halıcı Ş, “Birinci TBMM’de Mesleki Temsil Tartışmaları”, (2015) 15(31) Çağdaş Türkiye Tarihi Araştırmaları Dergisi 81-106.

Hazır H, *Anayasa Hukuku*, (Alter 2004).

Kaboğlu İÖ, *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, (5. Baskı, Legal 2009).

Kafesoğlu İ, “Tarihte “Türk” adı”, (1966) 1(A 2) Reşid Rahmeti Arat İçin 306-319.

Karabekir K, *İstiklâl Harbimiz*, (Cilt: I) (2. Baskı, Yapı Kredi 2008).

Karaca TN, *Son Osmanlı Meclis-i Mebusan Seçimleri*, (TTK 2004).

Kubalı HN, *Anayasa Hukuku Dersleri: Genel Esaslar ve Siyasî Rejimler*, (İÜHF 1971).

La Bigne de Villeneuve MD, *Éléments de Droit Constitutionnel Français*, (Marchal et Billard 1892).

Lane-Poole S, *The Story of the Nations: The Story of Turkey*, (T. Fisher Unwin 1893).

Memiş E, “1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu Üzerine Doğan İlginç Bir Şekil Sorunu Tartışması ve İki Anayasalı Rejim Olgusu”, (1988) 9(1-3) İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi 217-241.

Nadi Y, *Ankaranın İlk Günleri*, (Sel 1955).

Okday Ş, *Büyükbabam Son Sadrazam Ahmet Tevfik Paşa*, (Bateş 1986).

Özbudun E, *1921 Anayasası*, (ATAM 1992).

- , *Türk Anayasa Hukuku*, (10. Baskı, Yetkin 2009).
- Parla T, “Cumhuriyet anayasalarında yasama-yürütme-yargı ilişkileri”, (1981/1982) (15-16) *Toplum ve Bilim* 76-89.
- Petrosyan YA, *Sovyet Gözüyle Jön Türkler*, (Bilgi 1974).
- Sarıhan Z, *Kurtuluş Savaşı Günlüğü 2*, (Öğretmen Dünyası 1984).
- Selvi H ve Cırık B, *Millî Mücadelede TBMM’ye Anadolu’dan Çekilen Telgraflar*, (2. Baskı, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu 2020).
- Seviğ VR, “23 Nisan 1919’dan 24 Nisan 1924’e Kadar Anayasa Hareketleri”, (1951) 8(1-2) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1-72.
- Şahin E, *Kurucu İktidar Politik Bir Yaklaşım*, (On İki Levha 2013).
- Şirin S, “1921 Teşkilâtı Esasiye Kanunu Çerçevesinde Kurucu İktidar Tartışması”, (2019) 8(16) *Anayasa Hukuku Dergisi* 359-408.
- Tanör B, *Kuruluş: Türkiye 1920 Sonraları*, (Cumhuriyet 1997).
- —, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, (19. Baskı, Yapı Kredi 2010).
- —, *Türkiye’de Kongre İktidarları (1918-1920)*, (4. Baskı, Yapı Kredi 2016).
- Teziç E, *Anayasa Hukuku*, (13. Bası, Beta 2009).
- Tunaya TZ, “T.B.M.M. Hükümetinin Kuruluşu ve Siyasi Karakteri”, (1958) 23(3-4) *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 227-247.
- —, *Devrim Hareketleri İçinde Atatürkçülük*, (Yenigün 1997).
- —, *Türkiye’de Siyasal Partiler*, (Cilt: II) (İkinci Baskı, Hürriyet Vakfı 1986).
- Turan Ş, *Türk Devrim Tarihi*, (Cilt: II) (Bilgi 1992).
- Turhan M, “Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri” (1976) 33(1) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 63-104.
- Unat FR, “Atatürk’ün Toplamak İstedığı “Meclis-i Müessisan”” (1957) XXI(83) *Bellekten* 483-487.
- —, “Türkiye Büyük Millet Meclisinin Birinci Devresinde Anadolu ve Rumeli Müdafaa-i Hukuk Grubunun Kurulması ve Çalışmalarına Ait Bazı Vesikalar”, (1944) III(13) *Tarih Vesikaları* 1-15.
- Velidedeoğlu HV, *İlk Meclis: Milli Mücadele’de Anadolu*, (2. Bası, Çağdaş).
- Yakut K, “Mütareke Dönemi’nde Yapılan Saltanat Şûrâları”, (2005) 21(61) *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi* 77-122.



CMR'YE GÖRE TAŞIYICININ EŞYANIN KAYBI VE HASARINDAN DOĞAN ZARARLARDAN SORUMLULUĞU

*Liability of the Carrier for Compensation Arising from Loss and Damage of
Goods According to CMR*

Osman UYAROĞLU*

Özet

Milletlerarası eşya taşımalarında en temel modellerden biri karayolu ile eşya taşınması olup, bu alanda geniş ölçekli katılıma sahip milletlerarası bir anlaşmanın yapılması; 1956 tarihli Eşyaların Karayolu İle Uluslararası Nakliyatı İçin Mukavele Sözleşmesi (CMR)¹ ile gerçekleşmiştir. Konvansiyona bugün itibarıyla 56 taraf ülke bulunmaktadır. CMR esasında, milletlerarası taşımalarda karşılaşılan hukuki uyumsuzluklarda uygulanacak hukuku yeknesaklaştırarak, kara taşımalarında hukuki güvenlik ve belirginlik ihdas etmeyi amaçlamaktadır².

Türkiye, CMR'ye oldukça ileri bir tarih olarak değerlendirilebilecek olan 1995 yılı itibarıyla geçerli olmak üzere taraf olmuştur³. Buna karşın çok daha eski tarihte taraf olunan diğer milletlerarası anlaşmalara kıyasen; CMR, yargı uygulamasında hızla etkin bir uygulama pratiği kazanmış ve çok sayıdaki Yargıtay içtihadıyla ülkemiz hukukunda pratik olarak uygulanır konuma ulaşmıştır. Nitekim 6102 Türk Ticaret Kanunu'muzun⁴ dördüncü kitabında yer alan, 'taşım işleri' başlıklı kısmın oluşturulmasına önemli ölçüde kaynaklık teşkil etmiştir⁵.

Genel itibarıyla CMR'de düzenlenen sorumluluk, karayolu taşımalarında, taşımaya konu eşyanın kaybı yahut hasara uğraması sonucunda zarar doğmuşsa; CMR'de

➤ *Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.*

➤ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 09.12.2021*

➤ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 16.06.2022*

* Serbest Avukat, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Doktora Öğrencisi, av.osmanuyaroglu@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-3701-3441>

¹ Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road (CMR), Konvansiyonun orijinal metinlerinden İngilizce metni için bkz: (Çevrimiçi) <https://www.jusio.no/lm/un.cmr.road.carriage.contract.convention.1956/doc.html> ET: 01.12.2021.

² Sabih Arkan, *Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu*, (Ankara, Türkiye İş Bankası Tesisi, 1982) 8; Alihan Aydın, *CMR'ye Göre Taşıyıcının Zıya, Hasar ve Gecikmeden Doğan Sorumluluğu*, (İstanbul, Beta Yayınevi, 2002), 22.

³ RG, 04.01.1995, S. 22161.

⁴ RG, 14.02.2011, S. 27846.

⁵ TTK gerekçesi metin için bkz: (Çevrimiçi) <https://www.muglabarosu.org.tr/Upload/files/pdf/TTK%20Madde%20Gerek%C3%A7leri.pdf> E.T. 04.12.2021.



düzenlenen sorumluluktan kurtuluş sebeplerinden⁶ istifade olunmadıysa; taşıyıcının sorumluluğunun doğması şeklinde cerayan etmektedir⁷.

Çalışmamızın ilk bölümünde CMR'nin uygulama alanına ilişkin bir kapsam çizilecektir. Bu kapsam içinde çalışmanın konusuna giren haller bakımından taşıyıcının sorumlu olması için aranan şartlar ele alınacaktır. İkinci bölümde, zarardan sorumlu olduğu belirlenen taşıyıcının ödemekle yükümlü kılındığı tazminatın hukukî niteliği, hesaplanması, tazminat tutarına getirilen üst sınır ve taşıyıcının sınırlı sorumluluğunu genişleten haller ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Kara Taşıma, CMR, Karayoluyla Eşya Taşınması, Taşıyıcının Sorumluluğu, Eşyanın Kaybı, Eşyanın Hasara Uğraması.

Abstract

One of the most basic models in international transportation of goods is the transportation of goods by road, and the conclusion of an international agreement with large-scale participation in this field; It was realized with the 1956 Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road (CMR). As of today, there are 56 parties to the Convention. On the basis of the CMR, it aims to establish legal security and clarity in land transportation by uniformizing the law to be applied in legal disputes encountered in international transportation.

Turkey became a party to the CMR with effect from 1995, which can be considered quite a later date. On the other hand, compared to other international agreements that were party to much earlier history; CMR quickly gained an effective practice in judicial practice and reached a position where it can be applied practically in our country's law with a large number of Supreme Court jurisprudence. As a matter of fact, it provided a significant source for the creation of the section titled 'transport works' in the fourth book of 6102 Turkish Commercial Code.

In general, the liability regulated in the CMR, in road transportation, if the loss or damage of the goods subject to transportation has occurred as a result of the loss and the reasons for exemption from the liability regulated in the CMR have not been benefited; occurs as the carrier's liability arises.

In the first part of our study, a scope will be drawn regarding the application area of CMR. Within this scope, the conditions sought for the carrier to be responsible for the cases falling within the scope of the study will be discussed. In the second part, the legal nature of the compensation that the carrier determined to be responsible for the damage is obliged to pay, its calculation, the scale applied to the compensation amount and the cases that expand the limited liability of the carrier will be discussed.

Keywords: Land Transportation, CMR, Carriage of Goods by Road, Carrier's Liability, Loss of Goods, Damage to Goods

⁶ Sorumluluktan kurtulma sebepleri çalışmamızın ana temasını teşkil etmediğinden, konunun ilerleyen kısmında ilgili maddelerin belirtilmesiyle yetinilecektir. Konuya ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz: Yavaş, *Kara Yolunda Konteyner ile Yapılan Yük Taşınmasında Kayıp veya Hasardan Doğan Sorumluluk*, 103 vd; Aydın, *CMR'ye Göre Taşıyıcının Ziya, Hasar ve Gecikmeden Doğan Sorumluluğu*, 56 vd.

⁷ Kaya, *CMR II*, 261.

I. CMR'İN UYGULAMA KAPSAMI VE SORUMLULUĞUN ŞARTLARI

A. CMR'nin Uygulama Şartları

CMR milletlerarası bir sözleşme olmakla; Anayasa m. 90/son gereği kanun hükmündedir ve aleyhine Anayasa Mahkemesine başvurulamayacaktır. CMR hükümleri doğrultusunda taşıyıcının sorumluluğuna gidilebilmesi için öncelikle taşıma sözleşmesine uygulanacak hukukun CMR hükümleri olduğunun tespiti gerekmektedir. Zira kara taşımalarına ilişkin olarak hukukumuzda uygulanacak hükümler CMR'den ibaret değildir. Türk Ticaret Kanunu 4. kitabında yer alan m. 850-930 hükümleri; taşıma sözleşmelerine, taşıma sözleşmesinde tarafların karşılıklı borç ve alacaklarına, sorumluluklarına ilişkin hükümler düzenlenmiştir. Bir diğer mevzuat, Karayolu Taşıma Kanunu⁸ olup, bu kanunda; taşımanın güvenliğine, taşıyıcı ve gönderenin yükümlülüklerine, taşıma komisyoncularının sorumluluğuna, tedbirlere aykırılık halinde uygulanacak yaptırımlara ilişkin hükümler getirilmiştir. Aynı kanunun uygulanmasına yönelik ayrıca Karayolu Taşıma Yönetmeliği⁹ de bulunmaktadır. CMR kapsamına giren bir milletlerarası bir uyuşmazlıkta; kanunlar ihtilafı kuralları değil CMR hükümleri uygulanacaktır¹⁰. Şu halde konumuz olan CMR'nin uygulanma şartlarının ele alınmasında fayda bulunmaktadır.

1. Milletlerarası Taşıma Sözleşmesinin Varlığı ve Akde Taraf Olma

CMR'nin uygulanmasında en önemli şart, taraflar arasında taşıma sözleşmesinin bulunmasıdır¹¹. CMR'de taşıma sözleşmesine ilişkin bir tanımlama bulunmamaktadır. Ancak Konvansiyonun 9/1, 19, 20 ve 32 maddeleri bağlamında bir değerlendirme yapılacak olursa; taşıma sözleşmesi tarafların karşılıklı rızalarına ve sözleşmeyi kuran irade beyanı ile kurulduğu sonucuna varılmaktadır¹². Taşıma sözleşmesinde, taşıma ediminin karşılığında taşıyıcının ücret alacağı olması da aranacaktır (CMR m. 1/1). Ancak bu ücretin ödenmemiş olması CMR'nin uygulanması noktasında önem arz etmemektedir. Diğer taraftan sözleşmenin başında ücretsiz olacağı kararlaştırılan hatır taşınması niteliğindeki taşımalara CMR uygulanmayacaktır¹³.

⁸ RG, 19.07.2003, S. 25173.

⁹ RG, 08.01.2018, S. 30295.

¹⁰ Muktedir Lale, "CMR Konvansiyonu'nun Uygulama Alanı", Terazi Hukuk Dergisi, C. 5, S.51, Kasım-2010, s. 63-64.

¹¹ Lale, *CMR Konvansiyonu'nun Uygulama Alanı*, 63-64.

¹² Aydın, *CMR'ye Göre Taşıyıcının Zıya, Hasar ve Gecikmeden Doğan Sorumluluğu*, 6.

¹³ Burak Adıgüzel, *Taşıma Hukuku (Deniz Ticareti Hariç)*, (3. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2020) 15; Arslan Kaya, "Karayolu ile Eşya Taşınmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin (CMR) Uygulanma Şartları ve Öngörülen Sorumluluğun Esasları (I)", (Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul, 1998) 315, "Mustafa Erdoğan, *CMR ve TTK Kapsamında Taşıyıcının Eşyanın Hasarından Doğan Sorumluluğu*, (İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020) 45; Lale, *CMR Konvansiyonu'nun Uygulama Alanı*, 66.



Taşıma sözleşmesinin milletlerarası olarak nitelendirilmesi; CMR m. 1/1 uyarınca; taşıma sözleşmesine konu eşyanın teslim alındığı ve teslim edileceği yerin iki ayrı ülke olmasına bağlıdır. Ayrıca CMR'nin uygulanması için, bu ülkelerden en az birinin CMR'ye taraf olması aranacaktır. Yani tarafların milliyetleri veya ikamet ettikleri ülke gibi; kanunlar ihtilafı hukukuna özgü yabancılık unsuru kriterlerine bakılmayacaktır. Burada esas olan, tarafların taşıma sözleşmesinin kuruluşunda teslim alma ve teslim etme mekânlarının ayrı ülkeler olması hususunda anlaşmasıdır¹⁴. Öyle ki; teslim alınan ve teslim edilen ülke, taraflar arasındaki sözleşme uyarınca CMR'nin uygulanmasını gerektiren ayrı ülkeler olmasına karşın; sonradan gelişen şartlar çerçevesinde taşımanın gerçekleşmemesi nedeniyle hasar veya kaybın teslim alınan aynı ülkede gerçekleşmesi durumunda; fiiliyattaki durum dikkate alınmaksızın taşıma sözleşmesinde kararlaştırılan ülkeler doğrultusunda uyumsuzluğa CMR uygulanacaktır¹⁵. Buna karşın taşınacak eşyanın herhangi bir sebeple, eşyanın göndericiye geri teslim edildiği durumda; milletlerarası bir eşya taşınması bulunmayacağından, böyle bir uyumsuzlukta artık CMR hükümleri uygulanamayacaktır¹⁶.

2. Taşımanın Konusu

CMR'ye tâbi bir taşıma için; taşımaya konu olanın yolcu değil eşya olması gerekmektedir. Ancak CMR bağlamında eşya, klasik eşya hukuku anlamındaki sınırlarından çok daha dar anlamdadır. Taşınır eşyaların taşıma hukukuna konu olabileceği istisnalar haricinde¹⁷ tabiatın bir gerçeğidir. Şu halde taşınır eşyalara indirgenen eşya kavramına CMR m. 4 ile getirilen istisnalara değinilmelidir. Buna göre ilk istisna hali, milletlerarası posta anlaşmaları çerçevesinde gerçekleştirilen taşımalarıdır. Örneğin, Türkiye'nin de tarafı bulunduğu “15 Kasım 1965 Tarihli Hukukî ve Ticari Konularda Adli ve Gayriadli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Lahey Sözleşmesi”¹⁸ uyarınca yapılan taşımalarda CMR hükümleri uygulanmayacaktır.

¹⁴ Engin Erdil, *Karayolu İle Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku*, (3. Baskı, Ankara, Seçkin, 2020) 37; Lale, *CMR Konvansiyonu'nun Uygulama Alanı*, 66-67.

¹⁵ Yargıtay HGK, E.2017/121, K.2019/445, T.11.04.2019.

¹⁶ Orhan Sekmen, “*Karayoluyla Eşya Taşımada Taşıyıcının Ziya ve/veya Hasar ile Gecikmeden Doğan Sorumluluğu*”, (İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:85, Sayı: 4, Yıl: 2011), 110. Konuya ilişkin istinaf mahkemesi kararında; malın gümrükten geçişi esnasında göndericinin evraklardaki hatası sebebiyle göndericiye geri iade edilmesi durumunda; taşıyıcı ile arasındaki uyumsuzluğa CMR yerine TTK hükümlerinin uygulanması gerektiği hüküm altına alınmıştır (İstanbul BAM, 16 HD, E.2017/5619, K.2020/1658, T.09.10.2020.).

¹⁷ Taşınmaz eşyalar özüne zarar gelmeksizin bir yerden başka yere nakledilemeyecek eşyalar olmakla birlikte; pekala taşınmaz olarak nitelendirilebilecek bir köşk; cüz'i miktarda dahi olsa yeri değiştirilmekle bu kurala meydan okuyabilecektir. Bu husustaki tarihi anekdot için bkz: <http://www.yalova.gov.tr/yuruyen-kosk> ET: 29.11.2021.

¹⁸ RG, 14.06.1972, S. 14218. Sözleşmenin metni için bkz: (Çevrimiçi) https://diabgm.adalet.gov.tr/arsiv/sozlesmeler/coktaraflioz/lahey/turkce_lah14.pdf ET:29.11.2021.

CMR’de eşya kapsamına getirilen ikinci istisna ev eşyası taşımalardır. CMR’de ev eşyasının tanımı yapılmamakla birlikte öğretide ev eşyası kavramı; “*halihazırda toplu bir şekilde kullanılmaktayken, bir başka mekanda aynı şekilde kullanılmak üzere taşımaya konu olan, bir bütünü oluşturan parçalar*” olarak nitelendirilmiştir¹⁹. Buna karşın birtakım eşyaların satıcıdan ilk kez satın alınarak taşınması durumunda bir istisna hali vücut bulmayacak ve CMR hükümleri uygulanacaktır²⁰. Esasında CMR’nin Türkçe tercümesindeki ev eşyası tabiri, Konvansiyonun Fransızca metninde geçen “*déménagement*” tabiriyle örtüşmekteyken; İngilizce metinde geçen “*furniture*” ile örtüşmemektedir. İngilizce ve Fransızca metinler bu istisna bakımından örtüşmemekte, İngilizce metinde geçen tabir, demirbaş, levazım mefruşat gibi daha geniş bir kapsamda yorumlanabilmektedir. Nitekim öğretide ev eşyası tabiri, İngilizce metindeki tabir dikkate alınarak; ofis eşyalarını da kapsayacak şekilde değerlendirilmiştir²¹.

CMR kapsamındaki taşımadan dışlanan üçüncü ve son hal; cenaze taşımalardır. Cenaze taşımalarından anlaşılması gereken; hayati fonksiyonlarını yitirmiş insan ve hayvan bedenleri olup; bunlar ve beraberinde taşınan çelenk tabut vb. eşyalar bakımından CMR uygulanmayacaktır²².

3. Taşımada Kullanılan Aracın Niteliği

CMR’nin uygulanabilirliğini kapsam yönünden şekillendiren bir diğer husus kullanılan araçtır. CMR m. 1 uyarınca Konvansiyon, karayolundan taşımalara uygulanacağından; Konvansiyona tabi bir taşımadan söz edebilmek için karayolu taşımanın kullanılması gerekmektedir²³. Eşyanın karayolundan taşınması bakımından CMR m. 2’de istisna düzenlenmiş olup, buna göre, eşyanın araçtan indirilmeksizin; denizyolu, demiryolu, kanal, nehir veya havayoluyla nakli halinde de (piggyback) CMR hükümleri geçerli olacaktır²⁴.

CMR m.1/1’de; 19 Eylül 1949 tarihli Karayolu Trafiki Anlaşması’nın²⁵ 4. Maddesine atıf yapılarak; oradaki tanımları doğrultusunda motorlu araçlar, dizi araçlar, römorklar ve yarı römorkların CMR anlamında araç olarak kabul

¹⁹ Aydın, *CMR’ye Göre Taşıyıcının Zıya, Hasar ve Gecikmeden Doğan Sorumluluğu*, 13.

²⁰ Aydın, *CMR’ye Göre Taşıyıcının Zıya, Hasar ve Gecikmeden Doğan Sorumluluğu*, 13-14.

²¹ Erdil, *Karayolu İle Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku*, 40; Aydın, *CMR’ye Göre Taşıyıcının Zıya, Hasar ve Gecikmeden Doğan Sorumluluğu*, 14; Erdoğan, *CMR ve TTK Kapsamında Taşıyıcının Eşyanın Hasarından Doğan Sorumluluğu*, 67.

²² Erdil, *Karayolu İle Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku*, 39-40; Aydın, *CMR’ye Göre Taşıyıcının Zıya, Hasar ve Gecikmeden Doğan Sorumluluğu*, 12.

²³ Adıgüzel, *Taşıma Hukuku*, 16.

²⁴ Bu hüküm esasen bir ada ülkesi olan Birleşik Krallık’ın uluslararası kara taşımacılığı bakımından CMR’ye tabi kılınabilmesi adına düzenlenmiştir.

²⁵ Anlaşmanın İngilizce metni için bkz: (Çevrimiçi) <https://www.worlddriversassociation.com/pdf/CONVENTION%20ON%20ROAD%20TRAFFIC1949.pdf> ET: 30.11.2021.



edildiği hüküm altına alınmıştır. Anılan anlaşma çerçevesindeki tanımlar şu şekildedir;

- Motorlu araç; Raylar üzerinde çalışan veya elektrik iletkenlerine bağlı araçlar haricindeki, kendinden hareketli nitelikteki; mutad surette insan veya yük taşımada kullanılan araçtır.
- Dizi araç; kendisine ait motora sahip olmakla birlikte, ön dingili olmayan, bu sayede kendi önündeki motorlu araca bindirilebilen, kendi ağırlığı ve kendisine bindirilen römork ağırlığının büyük ölçüde önündeki motorlu taşıt tarafından çekildiği araçtır.
- Römork; motorlu bir vasıta tarafından çekilmek üzere kullanılan herhangi bir vasıttır.

Yukarıdaki tanımlar doğrultusunda ulaşılan sonuç motorlu bir taşıtın insan veya yük taşımaya özgülenmiş ve olağan kullanımlarının da bu amaçlara matuf olmasıdır. Örneğin; köy-ilçe arası işçi taşımada kullanılan traktör ve römorku, olağan haliyle yolcu veya yük taşımaya özgü bir araç olmadığından, CMR anlamında bir araç olarak değerlendirilmeyecektir²⁶. Buna karşın station vagon modelde bir otomobil, CMR anlamında bir araç olarak nitelendirilebilecektir.

B. Taşıyıcının Sorumluluğunun Şartları

1. Eşyanın Kaybı veya Hasara Uğraması

Taşıyıcının CMR bağlamında sorumluluğunun bulunması için taşıma sözleşmesine konu eşyanın; CMR m. 17 uyarınca, kaybı yahut eşyada hasarın meydana gelmesi gerekmektedir. Kayıp ve hasar kavramları taşınan eşyada meydana gelen değişim ve farklı durumlara göre birbiriyle benzeşebilen yönleri haiz olduğundan ayrı ayrı ele alınmasında fayda mülahaza etmekteyiz:

a. Eşyanın Kaybı(Zıyâ Hali)

CMR'de eşyanın kaybına (zıyaa uğraması), ilişkin bir tanım getirilmemiştir. Bu kavramın içeriği, CMR metninde taşıyıcının sorumluluğunu düzenleyen maddelerde yer alan ve fakat tanımı yapılmayan bu ve diğer kavramlar bakımından; taraf devletlerin millî hukuku, yargı içtihadı ve öğretisi eliyle doldurulmaktadır.

Öğretide eşyanın kaybı, teslim alınan eşyanın gönderilene teslim edilemeyecek durumda olması olarak tarif edilmektedir²⁷. Kayıp olma; yanma, çalınma vb. fiili bir sebebe dayanabileceği gibi eşyaya gümrükte el konulması yahut gönderilen haricindeki hak sahibi olmayan bir kişiye teslim edilmesine

²⁶ Erdil, *Karayolu İle Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku*, 37.

²⁷ Sabih Arkan, *Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu*, (Ankara, Türkiye İş Bankası Tesisi, 1982), 47.

olduğu üzere hukukî bir sebebe de dayanabilmektedir²⁸. Taşıma sözleşmelerinde eşyanın kaybına dair uygulamadan sıkça karşılaşılan örnekler; eşyanın tamamen kaybolması, değerini tümünden kaybetmesi, eşyanın sürekli olarak veya belirsiz süreliğine taşıyanın elinden çıkması olarak sıralanabilecektir²⁹. Ancak eşyanın geçici olarak taşıyanın elinden çıkması eşyanın kaybı olarak nitelendirilemeyecektir³⁰. Kaybın geçici süre için olup olmadığının belirlenmesi CMR m. 20 çerçevesinde yapılacaktır³¹.

Eşyanın fiziki mevcudiyetini muhafaza etmekle birlikte ekonomik değerinin yok olması ve böylece amacına uygun surette kullanılmasının mümkün olmamasını durumları da kaybolma hali kapsamındadır³². Örneğin; taşımaya konu taze mahsul yaş incirin, aracın soğutucusundaki arıza neticesinde bozulması halinde; ürünün aslî nitelikleri değişmiş olmakla eşyanın kaybı söz konusu olacaktır³³.

Eşyanın kaybı hali, tam kayıp veya kısmî kayıp olarak gerçekleşebilir. Nitekim CMR m. 17’de kısmî ve tam kayıp ayrımı yapılmıştır. Bu ayrıma bağlı olarak da CMR m. 23/3’te tazminatın belirlenmesi, CMR m. 32’de ise zamanaşımı süresinin başlangıcı bakımından farklılıklar oluşmaktadır.

Tam kayıp durumunda; eşyanın tesliminin gerçekleşmemesi hali, gönderilenin eşyanın niteliklerinin tümünden mahrum kalması sonucunu

²⁸ Kaya, *CMR II*, 246; Mustafa Topaloğlu, “*Karayoluyla Uluslararası Eşya Taşımalarından (CMR) Doğan Hukuki Sorumluluk*”, (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk Ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Ankara, 2009), 400.

²⁹ Hakan Karan vd, *Karayolunda Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmesi Hakkında Konvansiyon CMR Şerhi*, (Ankara, Yetkin Yayınları, 2020), 378-379; Kübra Yetiş Şamlı, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Taşıyanın Ziya, Hasar Ve Geç Teslimden Sorumluluğu*, (İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013), 30.

³⁰ Kaya, *CMR II*, 247.

³¹ CMR m. 20 uyarınca taşıma sözleşmesinde bir süre kararlaştırılması halinde bu sürenin bitiminden itibaren 30 gün geçtiği takdirde eşyanın kaybolduğu, karineten kabul edilmiştir. Süre belirlenmeyen durumda ise eşyanın tesliminden itibaren 60. günün sonunda anılan karine vücut bulmaktadır. Bu durumda hükmen kayıp hali vücut bulduğundan tazminat hakkı doğmaktadır. Diğer taraftan eşyanın anılan süreler geçtikten sonra bulunması halinde, bu karineye başvurup başvurumama hususu hak sahibinin serbestiyetindedir (Karan, *Karayolunda Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmesi Hakkında Konvansiyon CMR Şerhi*, 643). Ancak bu eşyanın bulunduğu takdirde hak sahibinde bildirimini, taşıyıcıdan yazılı olarak talep edilmediği durumlarda yahut bulunan eşyaya dair hak sahibine bildirim yapıp da takip eden 30 gün içinde herhangi bir talepte bulunulmadığı durumda; taşıyıcının bulunduğu ülke hukuku çerçevesinde eşya üzerinde tasarruf hakkı bulunmaktadır (CMR m. 20/4).

³² Karan vd, *Karayolunda Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmesi Hakkında Konvansiyon CMR Şerhi*, 378-379.

³³ Aksoy Yavaş, *Kara Yolunda Konteyner ile Yapılan Yük Taşımada Kayıp veya Hasardan Doğan Sorumluluk*, (İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016), 58.



doğurmaktadır³⁴. Öyle ki taşımaya konu eşyanın ambalajı dahi hak sahibine teslim edilememiş olabilecektir³⁵. Eşyada meydana gelen zarar sonucu, eşyanın niteliğini kaybetmesi durumunda; eşyanın halen mevcut bir sovtaj değeri (hurda değeri) olabilecektir. Örneğe dönecek olursak, bozulan yaş incirin sovtaj değerinin bulunması, örneğin hayvan yemi fabrikalarına hammadde olabilecek durumda olması tam kayıp halini etkilemeyecek olup; tazminat hesaplamasında mahsup yapılabilecektir³⁶. Buna karşın öğretide bir kısım görüş, eşyanın niteliğindeki değişimlerin tam kayıp olarak nitelendirilemeyeceğini ileri sürmüştür³⁷.

Taşınan eşyanın niteliğindeki, eşyanın tümünün özünü ve niteliğini etkilemeyen niceliksel değişim(kütle/hacim/uzunluk azalması) yahut parça eksilmeleri kısmen kayıp olarak değerlendirilmektedir³⁸. Örneğin taşımaya konu 50 koli çamaşır makinesinden ikisinin kaybolması yahut araç manevrası sonucu işlevsiz hale gelmesi ve fakat kalanların sağlam teslimi halinde kısmî kayıp hali vardır. Diğer taraftan, eşyanın niceliğindeki azalmanın eşyanın kalan kısmını anlamsız ve değersiz hale getirmesi halinde tam kayıp söz konusudur. Nitekim 1001 parçadan oluşan yap-boz setinin bir adet parçasının kaybolması, yap-bozdan murâd edilen amacın tümünden suya düşmesine sebep olmakla bu durumu örneklendirmektedir..

b. Eşyanın Hasara Uğraması

Taşıma sözleşmesine konu eşyanın değerini düşüren maddi kayıplar olarak kısaca nitelendirilmektedir³⁹. Öğretide hasar kavramı yönünden CMR'nin tümü dikkate alınarak yapılmış ayrı ve detaylı bir tanımı da mevcuttur. Buna göre; taşıma sözleşmesine konu eşyanın fiziksel özelliğinde kötüleşme veya değişme meydana getiren, böylece eşyanın durumu veya değerinde neticeler doğuran, buna karşın kullanım amacını kaldırmayan ve eşyanın tümünden değer veya miktarını yok etmeyen etki olarak tanımlanmıştır⁴⁰. Örneğin; taşınmakta

³⁴ Kerem İmrak, *Karayolu Taşımacılığında CMR'ye Göre Taşıyıcının Sorumluluğunun Sınırı*, (Ankara, Bilge Yayınevi, 2017), 40.

³⁵ Kaya, *CMR II*, 246.

³⁶ Yavaş, *Kara Yolunda Konteyner ile Yapılan Yük Taşımada Kayıp veya Hasardan Doğan Sorumluluk*, 61.

³⁷ Aydın, *CMR'ye Göre Taşıyıcının Zıya, Hasar ve Gecikmeden Doğan Sorumluluğu*, 53-54; Topaloğlu, *Karayoluyla Uluslararası Eşya Taşımalarından (CMR) Doğan Hukuki Sorumluluk*, 400.

³⁸ Kaya, *CMR II*, 246.

³⁹ Gözde Cömert Varol, *Karayolunda Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Türk Ticaret Kanunu ve CMR Konvansiyonu Kapsamında Kayıp veya Hasardan Sorumluluğu*, (İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020), 44; İmrak, *Karayolu Taşımacılığında CMR'ye Göre Taşıyıcının Sorumluluğunun Sınırı*, 41.

⁴⁰ Erdoğan, *CMR ve TTK Kapsamında Taşıyıcının Eşyanın Hasarından Doğan Sorumluluğu*, 110.

olan bir iş makinesinin, meydana gelen trafik kazası neticesinde kumanda panelinin kırılması bir hasar halidir.

Eşyanın hasarı halinde de kaybında olduğu üzere kısmî hasar- tam hasar ayrımı yapmak mümkündür. 10 palet kitap kolisinin 1 paletinin taşıyan araçtaki nem sonucu lekelenmesi durumda; kısmî hasarın mevcut olduğu ifade olunabilecektir. Diğer taraftan taşımaya konu eşya bütünü bir kısmındaki hasar diğerlerinin de değerinde eksilme meydana getirdiği durumda eşyanın tamamının hasara uğradığı kabul edilmelidir⁴¹. Nitekim az önceki örnekte; 10 paletlik yükün her paletinde, 10 ciltlik bir eserin ayrı ciltleri yer alıyorsa; tüm yük bakımından hasar meydana gelmiş olacaktır.

Öğretide, hasar ve kayıp halinin sınırlarının çizilmesinin her zaman çok mümkün olmadığı değerlendirilmiştir⁴². Buna karşın öğretilerde geniş bir çevrenin; eşyanın kırılması, çizilmesi, ıslanması, kokması, paslanması, kirlenmesi gibi haller hasara ilişkin örnek durumlar olarak sıralanmıştır⁴³. Kanaatimizce verilen örneklerin bir çırpıda hasar olgusu olarak nitelendirilmesi mümkün görülmemelidir. Zira en basitinden bir sürahinin kırılması ile bir iş makinesinin direksiyonunun kırılması arasında; birincinin eşyanın kaybı ikincisinin ise hasarı olması yönüyle bir fark bulunmaktadır. Yine taşıma konusunun kıyafet yahut çimento olmasına göre ıslanma vakasının neticeleri; meydana gelen olgunun hukukî niteliğini değiştirmektedir. O halde; hasar kavramı en başta yaptığımız tanım doğrultusunda eşyadaki etkileri özelinde ayrıca değerlendirilerek tespit edilecektir.

Hasar ve kayıp kavramlarının ayırımına ilişkin bir kıstas getirmek gerekirse; hasar-kayıp ayrımı bakımından temel ölçüt, '*meydana gelen maddi kötüleşmenin, geri döndürülebilir bir değer azalması şeklinde meydana gelip-gelmemesi*' olarak ileri sürülebilecektir⁴⁴. Kayıp bakımından; eşyadaki zararın tamir edilemeyecek boyutta olduğu yahut tamirin ekonomik bakımdan anlamsız hale geldiği durumun oluşması aranacaktır⁴⁵. Hasarda ise geri döndürülebilir bir değişim, dönüşüm veya kötüleşme söz konusu olacaktır. Örneğin, taşımaya konu kıyafet ambalajlarının, taşıma aracının içinin temiz olmaması dolayısıyla kirlenmesi hadisesinde; ambalaj kirlenmesi, eşyanın maddî değerinde azalma meydana getirmekle birlikte bu azalma ambalajın yenilenmesi yahut temizlenmesiyle giderilebilen, eşyanın kullanım amacını bertaraf etmeyen bir hasar olarak nitelendirilebilecektir. Şu halde; örnekteki hasar halinde ambalajların kirli olması, değerlerinde temizliği gerektirir bir

⁴¹ Emine Yazıcıoğlu, *Hamburg Kuralları'na Göre Taşıyanın Sorumluluğu*, (İstanbul, Beta Yayınları, 2000), 77; Arkan, *Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu*, 51.

⁴² Kaya, *CMR II*, 248.

⁴³ Sekmen, 113, Kaya, *CMR II*, 247; Topaloğlu, 400; İmraç 41

⁴⁴ Erdoğan, *CMR ve TTK Kapsamında Taşıyıcının Eşyanın Hasarından Doğan Sorumluluğu*, 131.

⁴⁵ Kaya, *CMR II*, 248.



azalma meydana getirdiğinden, temizlik bedelince bir tazminat sorumluluğu söz konusu olacaktır.

Getirmiş olduğumuz kıstastaki zayıf nokta; hasara ilişkin yapmış olduğumuz detaylı tanım kapsamına giren bazı örnekleri kapsamayacak olması yönündendir. Şöyle ki; taşıma konusu taze meyvenin, aracın soğutucu mekanizmasının kesintili çalışması sonucu Pazar ömrünün kısalması örneğinde; taşınan eşyanın ekonomik ömrü yönüyle oluşan zararın geri dönüşü imkânsız olup olgusal bakımdan kayıp haliyle benzeşmektedir. Öte yandan bu zarar hali, eşyanın tümünden değerini yok etmemesi ve kullanım amacını ortadan kaldırmaması yönüyle hasar tanımımıza dâhil olmaktadır. Hasar ve kayıp arasında; her durumda kesin bir ayırımın yapılamayacağı yönündeki yukarıda mezkûr görüşe; bu ve benzer örnekler bakımından katılıyor ve konunun çözümünü âtiye havale ederek, iddiadan yoksun bir surette sorunun tespitiyle iktifa ediyoruz.

2. Kayıp veya Hasarın Taşıyıcının Zilyetliğinde Gerçekleşmesi

Eşya taşıyıcısının kayıp ve hasar dolayısıyla sorumluluğu, eşyanın kendi hâkimiyet alanına dâhil olmasıyla başlamaktadır⁴⁶. Zira eşyaya özen borcunun doğması da eşyanın teslim alınması ile doğan; teslim etmeyle sona eren bir borçtur⁴⁷. Ancak sorumluluğun doğması için zararın, taşıyıcının zilyetliği esnasında meydana gelmesi zorunluluğu bulunmayıp; zarar doğuran olay zilyetlikte vuku bulmakla birlikte eşyanın teslim edilmesinden sonra zararın oluşmasında da taşıyıcı sorumlu tutulabilecektir⁴⁸. Taşıyıcının sorumluluğunda taşıyıcının zilyetliği şartı, CMR m. 3 bağlamında ifa yardımcılarının⁴⁹ da sorumluluğu düzenlemesi çerçevesinde bunların zilyetliği durumunda da sağlanmaktadır.

a. Teslim Alma

Taşıma hukuku bakımından eşyanın teslim alınması; taşıyıcının hâkimiyeti alanına girmesini, yani eşyaya zilyetliği ifade etmektedir⁵⁰. Bu zilyetliğin doğrudan veya dolaylı olmasının bir önemi bulunmamaktadır⁵¹. TMK m.973 uyarınca zilyetlik; 'şey' üzerindeki fiili hâkimiyettir. Öyle ki; şeyin zilyedi ile

⁴⁶ Arkan, *Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu*, 51.

⁴⁷ Yazıcıoğlu, *Hamburg Kuralları'na Göre Taşıyanın Sorumluluğu*, 84.

⁴⁸ Kaya, *CMR II*, 240, dn. 9.

⁴⁹ Maddede geçen 'his agent' ifadesi, çalıştırılanlar; 'servants and any other persons whose services he make use' ifadesi, hizmetliler yahut hizmetinden yararlandığı herhangi kişiler olarak çevrilmekle birlikte Türk hukuku bakımından bu kapsayıcı düzenlemenin ifa yardımcısıyla karşılanabileceği görüşündeyiz.

⁵⁰ Yetiş Şamlı, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Taşıyanın Ziya, Hasar Ve Geç Teslimden Sorumluluğu*, 46.

⁵¹ Kaya, *CMR II*, 241

taşıyıcı arasında -zilyetliğin objektif unsurunu teşkil eden- fiziksel bir ilişki gerekirken olup; bu ilişki, fiilen elde bulundurmaya da indirgenemeyecek düzeydedir⁵². Örneğin taşıyıcının, bir ifa yardımcısı eliyle malı taşıması durumunda zilyetliği dolaylı da olsa devam etmektedir. Nitekim CMR m.3'te ifa yardımcılarının hâkimiyeti altındayken oluşan hasar ve kayıplardan sorumluluğun da taşıyıcıya atfedilmesi, bu durumu doğrular niteliktedir. Zilyetliğin sübjektif unsuru ise zilyet olma iradesi (animus) olup; taşıyıcının o eşyayı teslim alma iradesiyle hareket etmesini gerektirmektedir. Şu halde taşıyıcının haberi olmadan araca yüklenen bir eşyanın taşınmasındaki hasardan sorumlu tutulamamasında; taraflar arasında bir taşıma sözleşmesi bulunmaması yanında, eşyaya zilyet olma iradesinin bulunmaması da etkimektedir.

Taşımaya konu eşyanın teslim alınmasıyla taşıyıcının sorumluluğu başlamakla birlikte; eşyanın araca yüklenmesi ve istiflenmesi yükümlülüğü sorumluluğun başlangıcında önemli rol oynamaktadır⁵³. Bu işlerin taşıyıcıya ait olması halinde sorumluluk, eşyanın taşıyıcının hâkimiyet alanına girmesiyle başlayacak olup; mezkûr işlerden taşıyan yükümlü kılındığı senaryoda sorumluluk, yükleme ve istiflemenin bitmesiyle başlayacaktır.

b. Teslim Etme

Teslim etme; taşıyıcının taşıma borcunu yerine getirmesini takiben, eşyayı teslim etmeye yetkili kılınan kişiyle⁵⁴ zilyetliğin devrinde anlaşarak eşyayı devretmesi yoluyla gerçekleşir⁵⁵.

Zilyetliğin devri iki taraflı bir hukuki işlem olmakla; tek taraflı gerçekleştirilmesi, örneğin gönderilenin kapısına terk edilmesi teslim etme olarak kabul görmeyecektir⁵⁶.

Eşyanın teslim edilme ânı, eşyanın boşaltılması işini, kimin üstlendiğine göre değişiklik arz edecektir. Taşıyıcının boşaltma işin üstlendiği durumda; boşaltmayı takiben, boşaltmayı sağlayan donanımın yahut fiziken taşıyan insanın eşyayla temasının çözüldüğü an teslim etme işlemi, ilgili parça bakımından gerçekleşir⁵⁷. Taşıyıcının boşaltmayı üstlenmediği durumda ise

⁵² Haluk Nami Nomer/ Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku*, (8. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020), 18.

⁵³ Yavaş, *Kara Yolunda Konteyner ile Yapılan Yük Taşımada Kayıp veya Hasardan Doğan Sorumluluk*, 76.

⁵⁴ Arkan, *Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu*, 55.

⁵⁵ Yetiş Şamlı, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Taşıyanın Zıya, Hasar Ve Geç Teslimden Sorumluluğu*, 53.

⁵⁶ Arkan, *Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu*, 55; Yazıcıoğlu, *Hamburg Kuralları'na Göre Taşıyanın Sorumluluğu*, 93; Yetiş Şamlı, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Taşıyanın Zıya, Hasar Ve Geç Teslimden Sorumluluğu*, 53.

⁵⁷ Yetiş Şamlı, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Taşıyanın Zıya, Hasar Ve Geç Teslimden Sorumluluğu*, 55.

hak sahibinin boşaltmaya başlamasıyla yani boşaltma donanımı yahut fiziki taşıyan insanın eşyayla temasıyla ilgili parça bakımından gerçekleşir⁵⁸.

C. Sorumluluğun Hukukî Niteliği

Milletlerarası karayolu taşıyıcısının CMR kapsamında sorumluluğu madde 17'de düzenlenmiştir: “*Taşımacı, yükü teslim aldığı andan, teslim edinceye kadar, bunların kısmen veya tamamen kaybından ve doğacak hasardan sorumludur.*” Bu hüküm, maddenin tamamı nazara alındığında, taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin CMR'deki temel dayanak maddedir⁵⁹.

Taşıma sözleşmesinde taşıyıcı; eşyayı bir yerden başka bir yere nakletmeyi aslî edim olarak üstlenmekte, eşyanın hâkimiyeti altında bulunduğu dönemde ise bir yan edim borcu olarak eşyayı gözetip koruma yükümlülüğü altına girmektedir⁶⁰. Taşıyıcı kayıp ve hasardan özen yükümlülüğünü ihlal etmesi dolayısıyla sorumlu tutulmaktadır⁶¹.

Taşıyıcı, kayıp ve hasara yol açılması halinde bunlardan sorumlu olup; sorumluluktan kurtulmasına ancak CMR m. 17/2,4'te belirtilen sebepler çerçevesinde mümkün kılınmıştır. Yani taşıyıcı zarara sebep olan olayın meydana gelmesinde kusur bulunmadığı ispat etse dahi kurtulamayacak; ancak CMR'de sınırlı sayıdaki kurtuluş hükümleri çerçevesinde sorumluluktan kurtulabilecektir⁶². Bu durum, taşıyıcının CMR bağlamında kayıp ve hasardan doğan sorumluluğunun; öğretilerde baskın görüşçe yumuşatılmış kusursuz sorumluluğa dayandırılmasını sağlamıştır⁶³. Kanaatimizce bu görüşe katılmamak için herhangi bir sebep bulunmamaktadır. Buna karşın azınlıkta kalan görüşe göre CMR'de taşıyıcının sorumluluğu, ağırlaştırılmış kusur sorumluluğudur⁶⁴. Öğretilerde bu sorumluluğun dayandığı noktanın saptanmasının CMR'nin yorumuna ciddi bir katkı sunmayacağı⁶⁵ ve pratik bir sonuç doğurmayacağı değerlendirilmiştir⁶⁶.

⁵⁸ Yetiş Şamlı, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Taşıyanın Ziya, Hasar Ve Geç Teslimden Sorumluluğu*, 54; Yavaş, *Kara Yolunda Konteyner ile Yapılan Yük Taşımada Kayıp veya Hasardan Doğan Sorumluluk*, 78.

⁵⁹ Sekmen, *Karayoluyla Eşya Taşımada Taşıyıcının Ziya ve/veya Hasar ile Gecikmeden Doğan Sorumluluğu*, 110.

⁶⁰ Arkan, *Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu*, 47; Yazıcıoğlu, *Hamburg Kuralları'na Göre Taşıyanın Sorumluluğu*, 67-68.

⁶¹ Yazıcıoğlu, *Hamburg Kuralları'na Göre Taşıyanın Sorumluluğu*, 68.

⁶² Kübra Yetiş Şamlı, *Uluslararası Kara, Hava Ve Deniz Yolu İle Eşya Taşımalarında Taşıyıcının/Taşıyanın Sınırlı Sorumluluktan Yararlanma Hakkının Kaybı*, (İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2008), 17.

⁶³ Arkan, *Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu*, 44; Kaya, *CMR I*, 325; Kaya, *CMR II*, 239-240; Yetiş Şamlı, *Uluslararası Kara, Hava Ve Deniz Yolu İle Eşya Taşımalarında Taşıyıcının/Taşıyanın Sınırlı Sorumluluktan Yararlanma Hakkının Kaybı*, 17.

⁶⁴ Aydın, *CMR'ye Göre Taşıyıcının Ziya, Hasar ve Gecikmeden Doğan Sorumluluğu*, 33.

⁶⁵ Andrey Messent/ David A. Glass, *CMR: Contracts for the International Carriage of Goods by Road*, 2. Edition, New York, Lloyd's of London Press Ltd, 1995, 103-104.

⁶⁶ Aydın, *CMR'ye Göre Taşıyıcının Ziya, Hasar ve Gecikmeden Doğan Sorumluluğu*, 34.

Nihayet, CMR m. 17’de düzenlenen sorumluluk, taşıma sözleşmesinden doğan borcun ihlali neticesinde vücuda gelen bir borç olduğundan sözleşmesel bir borç olarak karşımıza çıkmaktadır⁶⁷. Nitekim Yargıtay kararına konu bir uyuşmazlıkta⁶⁸; Budapeşte-İstanbul arası otomotiv yedek parça taşıması esnasında, bir trafik kazası meydana gelmiş ve bu kazada taşıyıcı araç sürücünün kusursuz olup karşı taraf sürücüsünün tam kusurlu olduğu durumda; CMR sorumluluğunun kusursuz durumdaki taşıyıcıyı sorumluluktan kurtarmayacak sözleşmesel bir sorumluluk olduğu ve bu sebeple ortaya çıkan zarardan taşıyıcının sorumlu olduğu hüküm altına alınmıştır.

Sözleşmeden doğan sorumluluk bir –den sorumluluk hali olup⁶⁹; kural olarak sözleşmeye aykırılık sonucu sorumluluğu doğan borçlu; sebep olduğu borcun tamamından sorumlu olup, borcu tam ve gereği gibi ifa etmek zorundadır⁷⁰. Ancak hukuk düzeni bazı hallerde borçlu lehine genel kurala istisna getirerek; alacaklının borçluyu belli bir sınıra kadar takip etmesine izin vermektedir. Nitekim CMR’de benzer şekilde taşıyanın sorumluluğunda sınırlı sorumluluk ilkesi benimsenmiştir⁷¹.

Taşıma hukukunda sınırlı sorumluluk ilkesinin getirilmesinin ardında birtakım sebepler bulunmaktadır. Bunlar;

- sorumluluk riskinin hesaplanabilir ve sigortalanabilir hale getirilerek taşıma ücretlerinin makul tutulması,
- taşıyıcının öngöremeyeceği ve ekonomik çöküntüye sebep olacak tazminatlarla karşılaşmasının önlenmesi,
- taşıma işinin, gönderen ve gönderilen dahil tüm tarafların menfaatine olarak ticari bakımdan kâr/risk rasyosu yönüyle mantıklı bir işkolu olarak benimsenebilmesini temin etmektir⁷².

II. TAŞIYICININ SORUMLULUĞUNUN SINIRLARI

A. Taşıyıcının Sorumlu Olduğu Tazminat ve Zarar Kalemleri

Taşımaya konu eşyanın kaybı yahut hasara uğraması sonucunda zarar doğmuşsa; CMR m. 17/2,4’ te düzenlenen sorumluluktan kurtuluş

⁶⁷ Karan, 362-363; Yetiş Şamlı, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Taşıyanın Ziya, Hasar Ve Geç Teslimden Sorumluluğu*, 72; Yavaş, *Kara Yolunda Konteyner ile Yapılan Yük Taşımada Kayıp veya Hasardan Doğan Sorumluluk*, 101.

⁶⁸ Yargıtay 11. HD, E.2016/10417, K.2018/2748, T.16.04.2018.

⁶⁹ M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt- I*, (18. Baskı, İstanbul, Vedat Yayıncılık, 2020), 18.

⁷⁰ Yavaş, *Kara Yolunda Konteyner ile Yapılan Yük Taşımada Kayıp veya Hasardan Doğan Sorumluluk*, 158.

⁷¹ Yavaş, *Kara Yolunda Konteyner ile Yapılan Yük Taşımada Kayıp veya Hasardan Doğan Sorumluluk*, 159.

⁷² Arkan, *Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu*, 150; Yazıcıoğlu, *Hamburg Kuralları’na Göre Taşıyanın Sorumluluğu*, 150; Yavaş, *Kara Yolunda Konteyner ile Yapılan Yük Taşımada Kayıp veya Hasardan Doğan Sorumluluk*, 160.



sebeplerinden⁷³ istifade olunmadıysa; taşıyıcının sorumluluğu doğacaktır⁷⁴. Sorumluluk halinde doğacak tazminata ilişkin esaslar, CMR m. 23-29 arasında düzenlenmiştir.

1. Eşyanın Kaybı Halinde

CMR m. 23/1 uyarınca, eşyanın kaybolması halinde tazminatın belirlenmesi, eşyanın teslim alındığı yer ve zamandaki değere göre hesaplanacaktır. Eşyanın taşıyıcının teslim alındığı değeri; teslim etme yerindeki değerinden farklılık arz etmektedir. Zira eşyanın teslim edilme yerindeki kâr marjı daha farklı olabileceği gibi, taşıma ücreti ve sair masraflar da eşyanın değerini artırmaktadır. Bu sebeple sınırlı sorumluluk ilkesinin getirdiği öngörülebilirliğe hizmet eden CMR m.23/1 uyarınca teslim alınma yer ve zamanındaki eşya değeri tazminat hesabında dikkate alınacaktır. Nitekim Yargıtay kararına konu bir uyuşmazlıkta⁷⁵; taşıma sözleşmesine konu kirazların, teslim alındığı Alaşehir ilçesinde ve teslim alınma tarihindeki değerine göre tazminat hesabı yapılmayışı bozma gerekçesi olarak gösterilmiştir.

Eşyanın değerinin hesaplanmasında; CMR m. 23/2'de kademeli olarak belirleme kıstasları düzenlenmiş olup; bu kıstaslardan ilk sonuç verenin yardımıyla eşyanın değeri belirlenecektir. Bu kıstaslar şunlardır:

- **Eşyanın borsa değeri:** taşıma sözleşmesine konu eşyanın borsada işlem gören bir eşya olması durumunda; borsa fiyatı üzerinden eşyanın değeri tespit edilecektir. Örneğin kahve; Amerika Birleşik Devletleri'nin Nasdaq borsasında işlem gören bir emtia olmakla; oradan teslim alınan kahvenin İstanbul'a CMR anlamında karayolu taşıması yoluyla getirilmesi durumunda(örneğin RO-RO gemisiyle); eşyanın değeri, teslim alma anındaki borsa fiyatı üzerinden belirlenecektir.
- **Eşyanın piyasa değeri:** aynı cins eşyanın devamlı alışverişe konu olması neticesinde arz talep dengesinin yönlendirmesiyle ulaştığı değerdir⁷⁶. Şu halde borsa fiyatı olmayan eşyalar bakımından eşyanın piyasadaki değeri tazminat hesaplamasında dikkate alınacaktır. CMR uygulamasında; TTK m. 880/3-c bendindeki düzenlemeye paralel bir şekilde; eşyanın taşınmasından önce gönderen ile gönderilen arasındaki satış işleminin faturasında yazan bedeli, eşyanın piyasa değeri olarak dikkate alınmaktadır⁷⁷. Eşyanın piyasa

⁷³ Sorumluluktan kurtulma sebepleri çalışmamızın ana temasını teşkil etmediğinden düzenlendiği maddelerin belirtilmesiyle yetinilmiştir. Konuya ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz: Yavaş, *Kara Yolunda Konteyner ile Yapılan Yük Taşımada Kayıp veya Hasardan Doğan Sorumluluk*, 103 vd; Aydın, *CMR'ye Göre Taşıyıcının Zıya, Hasar ve Gecikmeden Doğan Sorumluluğu*, 56 vd.

⁷⁴ Kaya, *CMR II*, 261.

⁷⁵ Yargıtay 11. HD, E.2011/7539, K.2013/11050, T.28.05.2013.

⁷⁶ Kaya, *CMR II*, 262.

⁷⁷ Yavaş, *Kara Yolunda Konteyner ile Yapılan Yük Taşımada Kayıp veya Hasardan Doğan*

değerinin belirlenmesi esasında; eşyanın imalat değerini, imalat sonrası bir miktar kâr⁷⁸, ambalaj-yükleme masraflarını içerecektir⁷⁹. Ancak sınırlarda verilecek gümrük vergisi, KDV, ÖTV vb. resim, harç vergiler piyasa değerinden hariç tutulacaktır⁸⁰.

- **Eşyanın objektif değeri:** taşımaya konu eşyayla aynı cins ve kalitedeki malların kıymetini ifade etmektedir. Borsa ve piyasa fiyatı bulunmayan eşyalar bakımından bu değer geçerli olacaktır (CMR m. 23/2). Nitekim konuya ilişkin bir Yargıtay kararında⁸¹, zarar gören eşyanın yalnızca gönderenin düzenlediği fatura fiyatı üzerinden değerinin kabulü bozma sebebi yapılmış olup; CMR m. 23 uyarınca malın borsa ve piyasa fiyatı yoksa aynı cins ve kalite malların rayicine göre eşya değeri için bilirkişi raporu alınması gerektiği sonucuna varılmıştır.

Eşyanın tümüyle kaybolması halinde; yukarıdaki kıstaslar uyarınca tespit edilen değeri tam olarak dikkate alınacaktır. Kısmen kayıp halinde ise CMR m. 23/4 doğrultusunda; kaybın oranı eşyanın tam değeriyle çarpılması sonucu ulaşılan değer üzerinden belirlenecektir. Eşyanın teslim edildiği yer ve zamandaki değerinin ispatı, tazminat alacağı talebinde bulunan üzerinde olacaktır⁸².

2. Eşyanın Hasara Uğraması Halinde

Taşınan eşyanın hasara uğraması halinde tazminatın belirlenmesi CMR m. 25'te düzenlenmiştir. Bu maddede, CMR m. 23'te kayıp halindeki hesaplama atf yapıldığından öncelikle; eşyanın değerine ilişkin; CMR 23/1,2'deki ölçütler çerçevesinde bir belirleme yapılacaktır. , Bu belirlenen değer hasar oranıyla çarpılması sonucu hesaplanan tutardan hasar oranına isabet eden taşıma ücreti/gümrük/diğer giderler indirilecek ve elde edilen rakam tazminat tutarı olacaktır.

Hasar halinde CMR m. 25/2 gereğince tazminata üst sınır getirilmiştir. Buna göre tam hasar halinde ödenecek tazminat; tam kayıp halindeki tazminatı aşamayacağı ; benzer şekilde kısmi hasar halinde ödenecek tazminatın da kısmi kayıp halinde ödenecek tazminatı aşamayacağı düzenlenmiştir.

Sorumluluk, 166-167.

⁷⁸ Kanaatimizce de imalat değeri üzerine bir miktar kâr eklenmesi yerinde olup, bu kâr tutarında; eşyanın teslim edileceği yerdeki değil teslim alındığı yerdeki kâr marjı dikkate alınmalıdır.

⁷⁹ Kaya, *CMR II*, 262; Yavaş, *Kara Yolunda Konteyner ile Yapılan Yük Taşımada Kayıp veya Hasardan Doğan Sorumluluk*, 166-167.

⁸⁰ Kaya, *CMR II*, 262; Erdoğan, *CMR ve TTK Kapsamında Taşıyıcının Eşyanın Hasarından Doğan Sorumluluğu*, 173.

⁸¹ Yargıtay 11. HD, E.2016/6808, K.2017/7529, T.21.12.2017.

⁸² Arkan, *Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu*, 156; Aydın, *CMR'ye Göre Taşıyıcının Zıya, Hasar ve Gecikmeden Doğan Sorumluluğu*, 118.

3. Tazminat Hesabında Sorumluluğu Sınırlayan Üst sınır

Daha önce ifade ettiğimiz üzere CMR'de taşıyıcının sorumluluğu sınırlı sorumluluk ilkesi çerçevesinde düzenlenmiştir. Bu sınır iki farklı üst sınırın birlikte geçerli olmasıyla ilgilidir uygulanmaktadır. İlki, yukarıda izah ettiğimiz CMR m. 23/1,2 düzenlemesi, eşyanın değeriyle sınırlanan bir sorumluluk olup; bu sınırlamayla eşyanın değerini aşabilecek kâr kaybı gibi bazı masraflardan oluşan zarar kalemlerinin talep edilmesi engellenmiştir.

İkinci üst sınır ise sınırlı sorumluluk ilkesini CMR'de somutlaştıran; sorumluluğu sınırlayan üst sınırı getiren, madde 23/3 hükmüdür. Bu hükme göre; taşıyıcının sorumluluğu, eşyadan eksilen kilogram başına 8.33 Özel Çekme Hakkı/ÖÇH(Special Drawing Right/SDR) tutarıyla sınırlanmış olup; bu tutarı aşamayacaktır⁸³. Hesaplama dikkate alınan ağırlık, madde hükmü gereği brüt ağırlıktır. Dolayısıyla eşyanın yanında; ambalaj, palet ve destek gibi unsurlar da mevcutsa bunlar dâhil edilerek toplam ağırlık üzerinden üst sınır belirlenecektir⁸⁴.

Taşıyıcının sorumluluğuna bir üst sınır getiren CMR m. 23/3 hükmü, hasarlı veya kaybolan eşya bakımından, eşyanın kilogram cinsinden ağırlığının 8.33 ile çarpılması sonucu bulunan miktarda ÖÇH'ye tekabül etmektedir⁸⁵. Bu üst sınırın, eşyada meydana gelen kayıp veya hasar değerinden farklı olması durumunda (*ki aynı olması çok istisnâî bir durumdur*); daha düşük tutardaki meblağ, sorumluluk sınırı olarak geçerli olacaktır.

Öğretide; taşımaya konu eşyanın birden fazla parça sayısına sahip eşyadan oluşması halinde, CMR m. 23/3'te öngörülen üst sınırın nasıl uygulanacağına dair görüş ayrılığı bulunmaktadır. İlk görüşe göre; herhangi bir parçadaki zarar bakımından, taşıma senedine konu toplam kg üzerinden hesaplanan üst sınır uygulanacaktır⁸⁶. Bu görüşün temel argümanı CMR m. 12'de düzenlenen eşyanın bölünmezliği ilkesi ve taşıyıcının bu üst sınırı sözleşmenin en başında öngörebilir durumda olmasıdır⁸⁷.

⁸³ ÖÇH; ABD Doları , Euro, İngiliz Sterlini, Japon Yeni ve Çin Yuanı baz alınarak hesaplanarak belirlenen sunî bir kurdur. Tazminat tutarını oluşturan ÖÇH'nin ilgili devletin para birimine çevrilmesi işlemi, taraflar arasında aksini kararlaştırmamışsa mahkemenin karar tarihi olacaktır(CMR m. 23/7).

⁸⁴ Kaya, *CMR II*, 262.

⁸⁵ Erdil, *Karayolu İle Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku*, 398.

⁸⁶ Erdoğan, *CMR ve TTK Kapsamında Taşıyıcının Eşyanın Hasarından Doğan Sorumluluğu*, 183; Aydın, *CMR'ye Göre Taşıyıcının Zıya, Hasar ve Gecikmeden Doğan Sorumluluğu*, 119-120; Karan, *Karayolunda Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmesi Hakkında Konvansiyon CMR Şerhi*, 699. Taşınan eşyalar arasında bir bağımlılık olması durumunda da toplam ağırlık üzerinden üst sınır belirleneceği yönündeki benzer görüş için bkz: Yetiş Şamlı, *Uluslararası Kara, Hava Ve Deniz Yolu İle Eşya Taşımalarında Taşıyıcının/Taşıyanın Sınırlı Sorumluluktan Yararlanma Hakkının Kaybı*, 27-28.

⁸⁷ Aydın, *CMR'ye Göre Taşıyıcının Zıya, Hasar ve Gecikmeden Doğan Sorumluluğu*, 119-120.

İkinci görüşe göre; zarar gören eşyanın ağırlığı ile 8,33 ÖÇH'nin çarpılmasıyla bulunan değer; o zarara dair tazminatın üst sınır olarak uygulanacaktır⁸⁸.

Türk yargı uygulamasında; taşımaya konu eşyanın bir kısmında zarar meydana geldiği takdirde; yalnızca zarar gören kısım bakımından CMR m. 23/3 bağlamında üst sınır hesaplaması yapılması esası benimsenmiştir⁸⁹. Nitekim Yargıtay kararına konu bir uyuşmazlıkta⁹⁰; Türkiye-Macaristan arasında taşınan emtianın bir kısmının hasarlanmasına ilişkin alınan bilirkişi raporunda, taşınan eşyanın tümünün brüt ağırlığı üzerinden CMR m. 23/3 uyarınca üst sınır belirlenmesi bozma sebebi yapılmıştır. Aynı kararda, yalnızca hasara uğrayan kısmın brüt ağırlığı dikkate alınarak hesaplama yapılması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Kanaatimizce de ikinci görüş doğrultusundaki Yargıtay uygulaması yerindedir. Bu görüşe ilişkin gerekçemiz ise; taşıdığı yükün bir kısmı yolun yarısında zayı olan taşıyıcının, yükün kalan kısmı için yolun kalan kısmında sorumluluğunu sınırlı tutmak adına özenli taşımaya yöneltecek meşru bir gayenin muhafaza edilmesidir.

4. İade Olunacak Masraflar

CMR m. 23/4'de; eşyanın kaybedilmesi halinde iade edeceği masraflar düzenlenmiştir. Madde metninde eşyanın kaybı haline ilişkin bir ifade kullanılmışsa da öğretilerde bunun hasar halini de kapsadığı belirtilmiştir⁹¹, Yargıtay uygulamasında da hasar ve kayıp haline ilişkin olarak değerlendirilmiştir⁹².

Buna göre eşyanın tamamında kayıp veya hasar meydana geldiyse; taşıma ücreti, gümrük resimleri ve varsa sair ödemeler de hak sahibine ödenecektir. Zira bu ihtimalde; eşyanın hiçbir kısmı teslim edilememekle yapılan yan giderlerin tümü boşuna yapılmış olacağından, anılan masraflar taşıyıcıdan tazmin edilebilecektir⁹³.

Eşyanın kısmen kaybolması veya hasarı durumunda; kayba veya hasara uğrayan oranda iade edilecektir. Şu halde taşınan emtianın %25'i kaybolmuşsa bu oranda, tamamen kaybolmuşsa alınan masrafların ve ödemelerin hepsi iade edilecektir.

⁸⁸ Yavaş, *Kara Yolunda Konteyner ile Yapılan Yük Taşımada Kayıp veya Hasardan Doğan Sorumluluk*, 184.

⁸⁹ Yargıtay 11. HD, E.2012/14163, K.2013/11968, T.10.06.2013; İstanbul BAM 13. HD, E.2017/1021 K.2018/471 T.23.05.2018; Yargıtay 11. HD, E.2011/15774, K.2013/69, T.07.01.2013.

⁹⁰ Yargıtay 11. HD, E.2013/13559, K.2014/3539, T.26.02.2014.

⁹¹ Yavaş, *Kara Yolunda Konteyner ile Yapılan Yük Taşımada Kayıp veya Hasardan Doğan Sorumluluk*, 173.

⁹² Yargıtay 11. HD, E. 2017/1823 , K. 2018/7958, T. 17.12.2018.

⁹³ Aydın, *CMR'ye Göre Taşıyıcının Zıya, Hasar ve Gecikmeden Doğan Sorumluluğu*, 123.



İsteme konu olan tüm bu masraflar yükün taşınması dolayısıyla yapılmış olmalıdır. Maddede geçen diğer ödemeler deyimi ile iadesi istenen masraf kalemlerinin sınırlı sayıda olmadığı anlaşılmaktadır. Ayrıca bu masraflar bakımından CMR m. 23/3'te öngörülen üst sınır uygulanmayacaktır⁹⁴.

5. Faiz

CMR m. 27 uyarınca konvansiyon kapsamına giren taşımaldan kaynaklanan tazminat taleplerinde, hak sahibi yıllık %5 oranında faiz isteyebilir. Faiz, hak sahibinin taşıyıcıya ödeme talebinde bulunduğu tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır. Eş deyişle, taşıyıcıya ihtarname keşide edilmişse bu ihtarnamenin ulaştığı tarihten; dava yolu tercih edilmişse davanın açıldığı tarihten itibaren faiz tahakkuk edecektir.

Konvansiyon çerçevesinde faiz oranının belirlenmesi, konvansiyona taraf devletlerin değişkenlik gösteren uygulamalarından doğacak karışıklığın önlenmesinin amaçlandığı şüphesizdir. CMR m. 41, taraflar arasında akdedilen sözleşmenin, konvansiyon hükümlerine aykırılık teşkil etmesi halinde ilgili koşulların kesin hükümsüz sayılacağını düzenlemiştir. Faiz düzenlemesi bu yönüyle incelendiğinde emredici hüküm teşkil etmektedir. Şu halde düzenleme ile birlikte, tarafların daha düşük faiz oranı belirleyebilmesi yönünden engel yoksa da, daha yüksek faiz oranı belirlemelerinin önüne geçilmiştir⁹⁵.

Ancak Yargıtay uygulamaları⁹⁶, CMR'nin emredici hükmüyle çelişmektedir. Bilindiği gibi, ülkemizin para birimi enflasyon sebebiyle zaman zaman büyük değer kayıpları yaşamaktadır. Bu sebeple Yargıtay; yabancı para alacakları yönünden %5 faiz oranı uygulamakta, ancak Türk Lirası cinsinden alacaklarda ise TCMB'nin kısa vadeli avanslar için uyguladığı ticari temerrüt faizini uygulamaktadır⁹⁷. Bizim görüşümüze göre; yerleşik uygulama, uluslararası sözleşmelerin normlar hiyerarşisindeki yeri göz önüne alındığında isabetli olmayıp, milletlerarası karar ahengini bozucu niteliktedir.

Konvansiyonda belirlenen faiz oranı esasen SDR üzerinden belirlenmiştir. Dolayısıyla hak sahipleri; alacak istemlerini mahkemede SDR cinsinden talep ederse faiz oranının düşük olmasından doğan tehlike bertaraf edilecektir⁹⁸.

⁹⁴ Erdil, *Karayolu İle Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku*, 401.

⁹⁵ Erdil, *Karayolu İle Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku*, 494.

⁹⁶ Yargıtay 11. HD, E.2013/10767, K.2014/991, T.17.01.2014. "CMR Konvansiyonu'nun 27/1'nci maddesi uyarınca yıllık % 5 oran üzerinden temerrüt faizine hükmedilebilmesi için mahkemece yabancı para üzerinden hüküm kurulmuş olması gerekli olup, somut uyuşmazlıkta ise davacı taraf (TL) üzerinden talepte bulunmuş ve mahkemece (TL) üzerinden karar verildiğine göre, faizin avans oranı üzerinden belirlenmesi gerekirken yanılığlı değerlendirmelerle, yazılı şekilde hüküm tesisi de doğru olmamış kararın davacı yararına bozulması gerekmiştir." (Yargıtay Karar Arama) ET: 05.12.2021.

⁹⁷ <https://www.tcmb.gov.tr/wps/wcm/connect/TR/TCMB+TR/Main+Menu/Temel+Faaliyetler/Para+Politikasi/Reeskont+ve+Avans+Faiz+Oranlari>, E.T. 05.12.2021.

⁹⁸ Erdil, *Karayolu İle Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku*, 495.

B. Sorumluluk Sınırının Genişlemesi

CMR'de düzenlenen sınırlı sorumluluk esasının, yine Konvansiyon eliyle sınırlandırıldığı, eş deyişle sorumluluk sınırının genişlediği haller mevcuttur. Bu haller sınırlı sorumluluk prensibinin istisnası olan; CMR m. 24, 26 ve 29 hükümleridir⁹⁹.

1. Üst Sınırın Artırılmasına İlişkin Anlaşma

CMR m. 23/3'te düzenlenen sınırlı sorumluluğa ilişkin üst sınır, emredici bir hüküm olmayıp; CMR m. 24 uyarınca, belli bir ücret karşılığında bu üst sınırı aşan bir değer in taşıma senedine yazılması yoluyla aksi kararlaştırılabilecektir. Sınırın artırılması, tarafların karşılıklı bu hususta anlaşmasıyla mümkündür¹⁰⁰. Tarafların taşıma senedine geçireceği değer; CMR m. 23/3'teki üst sınırın yerine geçerek uygulanacaktır¹⁰¹.

CMR m. 24'te üst sınırın yükseltilmesi karşılığında taşıyıcının da ek ücrete hak kazanacağı hususunun yazılıp yazılmamasının, üst sınırın yükseltilmesindeki geçerliliğe bir etkisi bulunmamaktadır¹⁰². Nitekim konuya ilişkin bir istinaf mahkemesi kararındaki uyuşmazlıkta; taşıma senedinde yükün değeri 32.457,32-Euro olarak bildirilmiştir. Taşıyıcı bu değer in herhangi bir ek ücret ödenmeden kaydedildiğini ileri sürmüş ancak mahkeme; ücretin ödenip ödenmediğine ilişkin olarak, senede kaydetmenin ek ücret ödendiğinin kabulünü gerektirdiğinden bahisle, CMR m. 23/3'te düzenlenen üst sınırın uygulanmayacağına hükmetmiştir¹⁰³.

Üst sınırın artırılmasına ilişkin anlaşmanın taşıma senedinde yazılı olmasının zorunluluğu hakkında öğretide farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre; CMR m. 24'te yazan eşyanın değerinin taşıma senedinde yer alması zorunlu olup aksi takdirde bir geçerliliği bulunmayacaktır¹⁰⁴. Karşıt görüşe göre ise taraflar arasında taşıma senedinden ayrı olarak bu yönde bir anlaşmanın bulunması, üst sınırın saf dışı bırakılması bakımından kabul görmelidir¹⁰⁵. Kanaatimizce CMR m. 41 doğrultusunda Konvansiyon hükümleri emredici olduğundan; üst sınırın genişletilmesinin taşıma senedinde yer alması hususunun farklı bir

⁹⁹ İstanbul BAM 12. HD, E. 2018/2249K. 2019/974 T.08.07.2019.

¹⁰⁰ Erdil, *Karayolu İle Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku*, 471.

¹⁰¹ Yetiş Şamlı, *Uluslararası Kara, Hava Ve Deniz Yolu İle Eşya Taşımalarında Taşıyıcının/ Taşıyanın Sınırlı Sorumluluktan Yararlanma Hakkının Kaybı*, 30-31; Yavaş, *Kara Yolunda Konteyner ile Yapılan Yük Taşımada Kayıp veya Hasardan Doğan Sorumluluk*, 194.

¹⁰² Yetiş Şamlı, *Uluslararası Uluslararası Kara, Hava Ve Deniz Yolu İle Eşya Taşımalarında Taşıyıcının/Taşıyanın Sınırlı Sorumluluktan Yararlanma Hakkının Kaybı*, 31; Erdil, *Karayolu İle Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku*, 472.

¹⁰³ İstanbul BAM 12. HD, E. 2018/2249K. 2019/974 T.08.07.2019.

¹⁰⁴ Yetiş Şamlı, *Uluslararası Kara, Hava Ve Deniz Yolu İle Eşya Taşımalarında Taşıyıcının/ Taşıyanın Sınırlı Sorumluluktan Yararlanma Hakkının Kaybı*, 30.

¹⁰⁵ Aydın, *CMR'ye Göre Taşıyıcının Zıya, Hasar ve Gecikmeden Doğan Sorumluluğu*, 135; Erdil, *Karayolu İle Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku*, 471-472.



şekilde yapılması mümkün değildir. Zira Konvansiyonda sınırlı sorumluluk esası benimsemiş olup; buna getirilen istisnanın dar bir şekilde yorumlanması, dolayısıyla ancak öngörülen şekilde yapılması gerekmektedir.

2. Eşyanın Tesliminde Özel Menfaatin Bildirilmesi

Taşıma senedine, taşınan eşyanın tesliminde özel menfaatin bulunduğu ilişkin bir kayıt, -belli bir ücret karşılığında- konulduğu takdirde; eşyanın değerinden ayrı ve bağımsız olarak uğranılan zararlar için beyan edilen özel menfaat tutarına kadar tazminat istenebilecektir (CMR m. 26). Burada özel menfaat kavramı ile esasında; bu tazminatın eşyanın değerinden ayrı bir tazminat olduğu, eş deyişle dolaylı zararlara ilişkin bir tazminat isteme yetkisine yönelik hüküm getirildiği anlaşılmaktadır¹⁰⁶.

CMR m. 26'nın uygulanmasına ilişkin şartlar şu şekilde sıralanabilecektir:

- Teslimde özel menfaat kaydının taşıma senedine işlenmesi gerekli olup geçerlilik şartıdır¹⁰⁷.
- Özel menfaatin miktar olarak belirtilmesi gerekir. Yani tüm zararların tazmin edileceği şeklinde genel geçer bir ifade yetersiz olacaktır¹⁰⁸.

Özel menfaat kaydının düşülmesi karşılığında ek ücret ödenmesi gerektiği madde metninde düzenlenmişse de bu husus bir geçerlilik şartı olarak değerlendirilmemelidir¹⁰⁹. Öğretilen CMR m. 26'da düzenlenen zararın tazmini için; CMR m. 23, 24, 25'e göre belirlenen aşan bir zararı olduğunu ispatı gerekmektedir¹¹⁰.

3. Taşıyıcının Kastı veya Kasta Eşdeğer Kusuru

CMR m. 29 ile taşıyıcının kötü hareket etmesi yahut kötü harekete eşdeğer kusuru neticesinde eşyanın hasara uğraması halinde; taşıyıcının, sorumluluğunu sınırlandıran veya kaldıran hükümlerden yararlanması kaldırılmıştır. Madde ile salt taşıyıcı sorumlu tutulmamış; taşıyıcının yardımcıları ve çalıştırdığı kişilerin görevlerini kötü ifa etmeleri haline de aynı sonuç bağlanmıştır. Maddeden çıkan sonuca göre yalnızca taşıyıcının basiretli ve özenli davranması ile mümkündür. Öte yandan TTK m. 886 ve m. 887 düzenlemeleri CMR m. 29'u kaynak alarak kötü hareket yerine kast ve pervasız davranış terimini kullanılmıştır¹¹¹.

¹⁰⁶ Kaya, CMR II, 266; Yetiş Şamlı, *Uluslararası Kara, Hava Ve Deniz Yolu İle Eşya Taşımalarda Taşıyıcının/Taşıyanın Sınırlı Sorumluluktan Yararlanma Hakkının Kaybı*, s 32.

¹⁰⁷ Kaya, CMR II, 266.

¹⁰⁸ Erdil, *Karayolu İle Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku*, 495.

¹⁰⁹ Kaya, CMR II, 266; Yetiş Şamlı, *Uluslararası Kara, Hava Ve Deniz Yolu İle Eşya Taşımalarda Taşıyıcının/Taşıyanın Sınırlı Sorumluluktan Yararlanma Hakkının Kaybı*, s 31; Erdil, *Karayolu İle Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku*, 493.

¹¹⁰ Yetiş Şamlı, *Uluslararası Kara, Hava Ve Deniz Yolu İle Eşya Taşımalarda Taşıyıcının/Taşıyanın Sınırlı Sorumluluktan Yararlanma Hakkının Kaybı*, s 32.

¹¹¹ TTK kanun gerekçesi, 262, (Çevrimiçi) <https://www.muglabarosu.org.tr/Upload/files/pdf/TTK%20Madde%20Gerek%C3%A7leri.pdf> E.T. 04.12.2021.

Öğretide kast, doğrudan ve dolaylı olarak ikiye ayrılarak incelenmiştir. Hukuka aykırı sonucun meydana gelmesinin arzu edilmesi ve bu yönde iradi davranış sergilenmesi halinde doğrudan kastın varlığı söz konusudur¹¹². Dolaylı kast halinde, kötü sonuç öngörülmekte ancak kötü sonucun oluşması istenmemekteyse de engelleyici davranışta da bulunulmamaktadır¹¹³. Bu yönüyle taşıyıcının kasti davranışı ile eşyanın hasara uğraması ağır bir kusur olup; taşıyıcının sorumluluğunu sınırlandıran veya kaldıran hükümlerden yararlanmasa adeta yasaklanmıştır.

Kasta eşdeğer kusur; taşıyıcının eşyayı koruma ve gözetme görevini ihmal etmesi, zarar görme ihtimalini hiçe sayması; ezcümle ağır ihmal hali olarak değerlendirilebilir¹¹⁴. TTK m. 886'da kullanılan pervasızca davranış terimi ile taşıyıcıdan beklenen asgari özen ve dikkatin gösterilmemesi hali¹¹⁵ anlaşılmalıdır. Kanaatimizce; kasta eşdeğer kusur, kötü harekete eşdeğer kusur ve pervasızca davranış terimleri genel hatlarıyla aynı anlamı ifade etmektedir. Zira taşıyıcının görevi taşıma edimini uluslararası standartlara uygun ve en yüksek özenle teslim etmektir. Şu halde basiretli bir taşıyıcıdan beklenmeyen bile bile özensiz davranış bu madde kapsamında değerlendirilecektir.

C. Talebin Tabi Olduğu Zamanaşımı

Zamanaşımı, sözleşme ilişkisi içindeki alacak veya borcun dava edilebilme hakkını ortadan kaldıran defidir¹¹⁶. Eş deyişle zamanaşımına uğrayan hak sona ermemekte yalnızca hakkın, yargı önünde talep edilebilirliği etkisizleşmektedir¹¹⁷. Alacak hakkı, artık yalnızca borçlunun kabulü ile varlığını sürdüreceğinden eksik borç halini alır¹¹⁸. Kanun koyucu, uzun yıllar talep edilmeyen alacağın oluşturduğu fiili durum ispatı güçleştireceğinden mahkemelerin eski ihtilaflarla vakit kaybetmesinin önüne geçmiştir¹¹⁹. Nitekim zamanaşımı kurumu, CMR'de de benzer sebeplerle yer bulmuştur.

CMR m. 32 ile bir yıllık ve üç yıllık zamanaşımı süreleri öngörülmüştür. Şu halde, konvansiyon kapsamına giren uluslararası taşımalardan kaynaklanan talep hakları bu süreler geçtiğinde zamanaşımına uğrayacaktır. Öyle ki;

¹¹² Oğuzman/Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt- II*, (14. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018), 56-57.

¹¹³ Oğuzman/Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt- II*, 56-59.

¹¹⁴ Yetiş Şamlı, *Uluslararası Kara, Hava Ve Deniz Yolu İle Eşya Taşımalarında Taşıyıcının/ Taşıyanın Sınırlı Sorumluluktan Yararlanma Hakkının Kaybı*, s 42.

¹¹⁵ Yavaş, *Kara Yolunda Konteyner ile Yapılan Yük Taşımada Kayıp veya Hasardan Doğan Sorumluluk*, 218.

¹¹⁶ Oğuzman /Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt- I*, 645 vd.

¹¹⁷ Şeref Ertaş, “*Sürekli Borç İlişkilerinde (Dauerschuldverhaeltnisse) Zamanaşımı*” ,(DEÜHFD, C.16, Özel Sayı, 2014), 3093.

¹¹⁸ Oğuzman /Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt- I*, 20-22.

¹¹⁹ Ayşe Arat, “*Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı*”,(SÜHFD, C.12, S. 3-4, 2004), 193.



davanın hukuki sebebi haksız fiil yahut sebepsiz zenginleşme dahi olsa, CMR m. 28/1 uyarınca taşıyıcı CMR hükümlerinde yer alan zamanaşımı sürelerinden istifade edebilecektir. Taşımalarından kaynaklanan talep hakları geniş anlamda değerlendirilmelidir. Bu anlamda taşıma sırasında birtakım yükümlülüklerin yerine getirilmesi sırasında meydana gelebilecek zararlar, anılan zamanaşımı sürelerine tabi olacaktır¹²⁰. Dolayısıyla taşıma senedinde yer almasına rağmen taşıyıcıya hiç teslim edilmemiş eşyanın zararları konvansiyon kapsamında değerlendirilmeyecektir. Benzer şekilde gönderenin uhdesinde bulunan eşyanın zarara uğraması veya teslimden sonra hasar ve yararın gönderilene geçmesiyle meydana gelen zararlar konvansiyon kapsamında değerlendirilmeyecektir. Zira bu hallerde taşıma esnasında meydana gelmiş bir zarardan söz edilemeyecektir.

Zamanaşımı sürelerinin ne zaman başlayacağı maddede bentler halinde belirlenmiştir. Buna göre CMR m. 32/1-a bendi uyarınca; hasar veya kısmî kayıp halinde zamanaşımı süresi teslim etme birlikte başlayacaktır. Yani taşıyıcının eşyayı gönderilene teslim etmesinden itibaren zamanaşımı süresi başlayacak olup¹²¹; bu sürenin hesabında teslim etme tarihi dikkate alınmayarak bir sonraki günden itibaren süre işleyecektir¹²². Şu halde, taşıyıcının hak sahibine eşyayı teslim etmediği¹²³ durumda, bu bentteki zamanaşımı uygulanmayacaktır.

Tam kayıp halinde ise CMR m. 32/1-b bendi uyarınca; şayet taraflar bir zaman limiti kararlaştırmışsa bu limitin bitiminden itibaren otuz gün sonra; kararlaştırılan zaman limiti yoksa taşıyıcının yükü teslim aldığı tarihten 60 gün sonra zamanaşımı süresi işlemeye başlayacaktır. Zamanaşımı süresinin işlemeye başladığı gün, buradaki süre hesaplamasında dikkate alınmayacaktır¹²⁴.

CMR m. 32/1-c bendinde, a ve b bentlerine girmeyen durumlarda zamanaşımı düzenlenmiştir. Buna göre; tarafların taşıma sözleşmesinin kurulduğu tarihten üç ay sonra zamanaşımı işlemeye başlayacaktır. Sayılan tüm bu hallerde zamanaşımı süresi bir yıldır. Şayet taşıyıcının kasta eş değer kusuru ile zarar meydana gelmişse o zaman süre üç yıla uzamaktadır.

CMR m. 32/2 ile zamanaşımının durması düzenlenmiştir. Buna göre hak sahibi tarafından taşıyıcıya gönderilecek yazılı bir talep, taşıyıcı tarafından reddedilene dek zamanaşımı duracaktır. Ancak taşıyıcının hak sahibine yapacağı yazılı talebin zamanaşımına bir etkisi olmayacaktır. Şayet yazılı talep, taşıyıcı

¹²⁰ Yetiş Şamlı, *Taşıyıcının / Taşıyanın Sınırlı Sorumluluktan Yararlanma Hakkının Kaybı*, 22-23.

¹²¹ Erdil, *Karayolu İle Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku*, 623-624.

¹²² Konuya dair bir uyuşmazlıkta zamanaşımı; hasar gören eşya bakımından eşyanın teslim edildiği 18.08.2008 değil bir sonraki gün olan 19.08.2018 tarihi olması gerektiği, bu bağlamda davanın 19.08.2009'da açılmasının süresi içinde olduğu tespit ve kabul edilmiştir. Bkz: Yargıtay 11. HD, E.2010/5292, K.2011/16086, T.29.11.2011.

¹²³ Buradaki teslim etme kavramını yukarıda açıkladığımız anlamda bir teslim etme olarak gerçekleşmesi gerekir. Bkz: yuk: Birinci Bölüm, II., B., 2.

¹²⁴ Yetiş Şamlı, *Uluslararası Kara, Hava Ve Deniz Yolu İle Eşya Taşımalarında Taşıyıcının/ Taşıyanın Sınırlı Sorumluluktan Yararlanma Hakkının Kaybı*, 22.

tarafından kısmen reddedilirse, kabul edilen kısım için zamanaşımı süresi duracaktır. Buna göre örneğin hasara ilişkin birtakım bilgiler içeren ihtarname yazılı talep koşulunu yerine getirecektir¹²⁵. Yine hak sahibinin arabuluculuk, yargı yoluna başvurması halinde; bu kez TBK hükümlerine göre zamanaşımı kesilecektir.

SONUÇ

1. CMR, uygulama alanı itibarıyla karayolu eşya taşıma sözleşmesinin varlığı ve eşyanın teslim alındığı ve teslim edileceği yerin, en azından biri CMR'ye taraf olan iki ayrı ülke olmasına bağlıdır. Öte yandan, taşınan eşyanın; posta anlaşmaları çerçevesinde gerçekleştirilen taşımalar, ev eşyası taşımaları ve cenaze taşımaları olduğu durumlarda CMR uygulanmayacaktır.

2. Taşıyıcının sorumluluğunu doğuran eşyanın kaybı ve hasara uğraması halleri arasında kesin bir ayırım yapılması güç olmakla birlikte; '*meydana gelen maddi kötüleşmenin, geri döndürülebilir bir değer azalması şeklinde meydana gelip-gelmemesi*' ölçütü çerçevesinde bir ayırma gidilebilecektir. Öyle ki; kayıp bakımından; zararın tamir edilemeyecek boyutta olduğu yahut tamirin ekonomik bakımdan anlamsız hale geldiği durumun aranırken hasarda ise geri döndürülebilir bir değişim, dönüşüm veya kötüleşme söz konusu olacaktır.

3. Eşyanın kaybı veya hasara uğraması halinde; eşyanın değerine ilişkin olarak CMR m. 23, 24 ve 25 bağlamında bir değer tespiti yapılacak ve kayıp veya hasar oranında indirimle birlikte sovtaj değeri de tazminattan düşülecektir. İade olunacak masraflar bakımından CMR m. 24/4 eşyanın taşınmasına dair masrafların kısmen veya tamamen istenmesi halini düzenlemiştir. Maddenin metninde bu iade edilecek masraflar eşyanın kaybı için öngörülmesine rağmen Yargıtay uygulaması ve öğretide dâhil olduğumuz görüş hasar halinde de aynı koşulların geçerli olduğu yönündedir. Ancak aksi görüşte olunması halinde; yukarıda izah etmeye çalıştığımız hasar ve kayıp kavramlarının ayırımı daha önemli ve anlamlı hale gelecektir.

4. CMR taşıyıcının sorumluluğunda madde 23/3 hükmüyle sınırlı sorumluluk prensibini benimseme yoluna gitmiştir. Taşınan eşyanın kg ağırlığıyla 8.33 ÖÇH değerinin çarpımı sonucu ulaşılan tutar, taşıyıcının sorumluluğunun üst sınırını teşkil eder. Taşınan eşyanın bir kısmında hasar yahut kayıp meydana geldiği

¹²⁵ Yargıtay 11. H.D, E. 2013/11872, K. 2014/1837, T. 03.02.2014. "Mahkemece, davalı sigorta şirketi hakkındaki davanın, emtianın tesliminden itibaren 1 yıl geçtikten sonra açıldığından bahisle bu davalı hakkında zamanaşımı nedeniyle davanın reddine karar verilmiştir. Ancak, dosyada mevcut davacının sigortalısı tarafından davalı taşıma şirketine keşide edilen 22.07.2010 tarih ve 12803 yevmiye numaralı ihtarname ile olay tarihi, vasita numarası ve mal faturasından da bahsedilmek suretiyle ihtarname gönderildiği ve bu ihtarnamenin 27.07.2010 tarihinde davalıya tebliğ edildiği anlaşılmaktadır. CMR 32/2 fıkrasına göre taşıyıcıya böyle bir talep yapıldığında kural olarak taşıyıcı buna cevap verene kadar zamanaşımı durur." , www.karararama.yargitay.gov.tr , ET: 04.12.2021.



durumdaysa *-katıldığımız görüş ve Yargıtay uygulaması doğrultusunda-* ancak zararın meydana geldiği kısmın ağırlığı üzerinden üst sınır saptanmalıdır.

5. CMR ile getirilen hükümler madde 41 uyarınca emredici nitelikte olmakla birlikte; sınırlı sorumluluğa ilişkin CMR eliyle getirilen istisnaların uygulanmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. CMR'de taşıyıcının sorumluluğunu genişleten haller; üst sınırın artırılmasına ilişkin anlaşma, eşyanın tesliminde özel menfaatin bildirim ve taşıyıcının kastı yahut kasta eşdeğer kusurudur. Anılan bu hallerde taşıyıcının sorumluluğu bakımından genişleme söz konusu olacaktır.

Kısaltmalar Listesi

A.e.	: Aynı Eser
aş.	: Aşağıda
Bkz./bkz.	: bakınız
dn.	: dipnot
C.	: Cilt
CMR	: Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road (Eşyaların Karayolu İle Uluslararası Nakliyatı İçin Mukavele Sözleşmesi)
E.	: Esas
ET	: Erişim Tarihi
HD	: Hukuk Dairesi İÜHFİM : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
m.	: Madde
MÜHFHAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
ÖÇH	: Özel Çekme Hakkı
RG	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TMK	: Türk Medenî Kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
yuk.	: Yukarıda

KAYNAKÇA

Adıgüzel B, Taşıma Hukuku (Deniz Ticareti Hariç), 3. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2020.

Arat A, “Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı”, SÜHFD, C.12, S.3-4, 2004, s.193-228.

Arkan S, Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu, Ankara, Türkiye İş Bankası Tesisi, 1982. t 1899

Aydın A, CMR’ye Göre Taşıyıcının Zıya, Hasar ve Gecikmeden Doğan Sorumluluğu, İstanbul, Beta Yayınevi, 2002.

Cömert V G, Karayolunda Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Türk Ticaret Kanunu ve CMR Konvansiyonu Kapsamında Kayıp veya Hasardan Sorumluluğu, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020.

Erdil E, Karayolu İle Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Seçkin, 2020.

Erdoğan M, CMR ve TTK Kapsamında Taşıyıcının Eşyanın Hasarından Doğan Sorumluluğu, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020.

Eriş G, Açıklamalı Gerekçeli İçtihatlı Türk Ticaret Kanununa Göre Taşıma Hukuku, Ankara, Seçkin, 2015.

Ertuş Ş, “Sürekli Borç İlişkilerinde (Dauerschuldverhaeltnisse) Zamanaşımı”, DEÜHFD, C.16, Özel Sayı, 2014, s. 3093-3104.

Gençtürk M / Yiğit İ, “CMR Kapsamındaki Taşımalarda Taşıyıcının Sınırlı Sorumluluktan Yararlanamayacağı Haller”, Gaziosmanpaşa Bilimsel Araştırma Dergisi, S. 3, 2013, s. 34-46.

— —, “Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Taşıyıcının Sınırsız Sorumluluğunu Gerektiren Ağır Kusurları Ve Türk Mahkemelerinin CMR’yi Uygulaması Bakımından Muhtemel Etkisi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, 2012, S. 4 s. 117-148.

Göktürk K / Mehmet Ç C / Esra K, Karayoluyla Eşya ve Yolcu Taşıma Hukuku, Ankara, Adalet Yayınevi, 2020.

İmrak K, Karayolu Taşımacılığında CMR’ye Göre Taşıyıcının Sorumluluğunun Sınırı, Ankara, Bilge Yayınevi, 2017.

Karan H vd.: Karayolunda Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmesi Hakkında Konvansiyon CMR Şerhi, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020.

Kaya A, “Karayolu ile Eşya Taşınmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin (CMR) Uygulanma Şartları ve Öngörülen Sorumluluğun Esasları (I)”, Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul, 1998, s. 311 – 333, (CMR I).



— —, “Taşıyıcının Kara Yolu İle Eşya Taşımaya İlişkin Uluslararası Sözleşmemde (CMR) Öngörülen Sorumluluğunun Esasları(II)”, İÜHFİM, 1998, c. 56, S. 1-4, s. 239-267, (CMR II).

Lale M, “CMR Konvansiyonu’nun Uygulama Alanı”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 5, S.51, Kasım-2010, s. 63-72.

Messent A / Glass D A, CMR: Contracts for the International Carriage of Goods by Road, 2. Edition, New York, Lloyd’s of London Press Ltd, 1995.

Nomer HN / Ergüne S, Eşya Hukuku, 8. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020.

Oğuzman MK / Öz MT, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-I, 18. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020.

— — / Öz M T, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-II, 14. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018.

Sekmen O, “Karayoluyla Eşya Taşımada Taşıyıcının Ziya ve/veya Hasar ile Gecikmeden Doğan Sorumluluğu”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:85, Sayı: 4, Yıl: 2011.

Topaloğlu M, “Karayoluyla Uluslararası Eşya Taşımalarında (CMR) Doğan Hukuki Sorumluluk”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk Ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Ankara, 2009, s. 393-407.

Yavaş A, Kara Yolunda Konteyner ile Yapılan Yük Taşımada Kayıp veya Hasardan Doğan Sorumluluk, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016.

Yazıcıoğlu E, Hamburg Kuralları’na Göre Taşıyanın Sorumluluğu, İstanbul, Beta Yayınları, 2000.

Yetiş Şamlı K, Uluslararası Kara, Hava Ve Deniz Yolu İle Eşya Taşımalarında Taşıyıcının/Taşıyanın Sınırlı Sorumluluktan Yararlanma Hakkının Kaybı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2008.

— —, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Taşıyanın Zıya, Hasar Ve Geç Teslimden Sorumluluğu, İstanbul, On İki Levha, 2013.

Yüce AA, Karayolu Taşımalarında Taşıyıcının Zıya, Hasar ve Gecikmeden Doğan Sorumluluktan Kurtulmasında Özel Sebepler, MÜHFHAD, C. 25, S. 25, 2019-Haziran, 360-387.

Çevrimiçi Kaynaklar

- <https://www.lexpera.com.tr/>
- https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_806022/lang--en/index.htm, E.T. 07.11.2021.

1. FEDERAL ALMAN ANAYASA MAHKEMESİ İÇTİHATLARI VE AB HUKUKU

Federal German Constitutional Court Jurisprudence and EU Law

Ayşe Füsün ARSAVA

2. AVRUPA KOMİSYONU'NUN YAPAY ZEKÂ TÜZÜK TEKLİFİ'NE GENEL BİR BAKIŞ

A General Look at the Proposal for a Regulation on Artificial Intelligence of the European Commission

A. Ebru BOZKURT YÜKSEL

3. ULUSLARARASI ANDLAŞMALAR HUKUKUNDA DEĞİŞİM, İSTİKRAR ve DEĞİŞİM YOLUYLA İSTİKRAR: REBUS SIC STANTIBUS

Change, Stability and Stability by Change in the Law of Treaties: Rebus Sic Stantibus

Ceren Zeynep PİRİM

4. YARGITAY'IN GÜNCEL İÇTİHATLARI İŞİĞİNDA MUHDESAT

Building in the Light of the Current Cases of the Judiciary

Mehmet AKÇAAL

5. 6362 SAYILI SERMAYE PİYASASI KANUNU İLE YAPILAN DÜZENLEME SONRASI GENEL YATIRIM TAVSİYESİ VE İZİNSİZ YATIRIM DANIŞMANLIĞI

General Investment Recommendation and Unauthorized Investment Advisory After the Regulation with the Capital Market Law No. 6362

Osman Bahadır SİNAN; Ahmet TOK

6. YARGITAY KARARLARI İŞİĞİNDA LİMİTED ŞİRKETTE ESAS SERMAYE PAYININ DEVRİ

The Transfer of Registered Capital Shares in the Limited Company in the Light of Supreme Court Decisions

Murat TÜRE

7. MARKANIN KULLANIM YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE KULLANILMAMASININ HUKUKİ SONUÇLARI

Obligation to use the Brand and Legal Consequences of Non-Use

Yılmaz YÖRDEM; Emrah BİÇİMLİ

8. HAŞTA HAKLARINA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

Assessment on Patient Right

Hayrettin KURT

9. KRİPTO VARLIKLARIN İCRA VE İFLÂS KANUNLARINDA GÖRÜNÜMÜNE DAİR İSVİÇRE ÖRNEĞİ

The Status of Crypto Assets in Codes of Debt Enforcement and Bankruptcy: The Swiss Example

Ömer ÇON

10. İPTAL KARARLARINI UYGULAMA ZORUNLULUĞU VE HUKUKİ GÜVENLİK İLKESİ SEBEBİYLE UYGULAMADA HUKUKİ İMKANSIZLIK

Legal Impossibility in Practice Due to the Obligation to Implement Annulment Decisions and the Principle of Legal Security

Z. Nihal AYDINOĞLU YALÇIN

11. YABANCI UNSURLU ÖZEL HUKUK UYUŞMAZLIKLARINDA YABANCI HUKUKUN İÇERİĞİ HAKKINDA BİLGİ EDİNİLMESİNDE BİLİRKİŞİNİN ROLÜ

The Role of Expert Witness in Obtaining Information on the Content of Foreign Law in Private International Law Cases

İlyas ARSLAN

12. 6112 SAYILI KANUN KAPSAMINDA İSTEĞE BAĞLI YAYINLARIN İNTERNET ORTAMINDAN SUNUMUNDA ÇOCUKLARIN KORUNMASI

Protection of Children for Video on Demand Streaming on the Internet regarding the Law No 6112

M. Aysegül KULULAR İBRAHİM; Rümeyza ALUÇ

13. TÜRK HUKUKUNDA KİŞİSEL SAĞLIK VERİLERİ VE İDARENİN KİŞİSEL SAĞLIK VERİLERİNİ KORUMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Personal Health Data in Turkish Law and the Obligation of the Administration to Protect Personal Health Data

Ayşe Aslı ALÇIN

14. ÖZEL HASTANE VE HEKİMİN VEKALETSİZ İŞGÖRMEDEN DOĞAN SORUMLULUĞU

The Liability of Foundation Hospital and Medical Doctor Arising From Agent of Necessity

F. Candan KAVŞAT METİNER; Akın METİNER

15. ADİL YARGILANMA HAKKI KAPSAMINDA SANIĞIN DURUŞMADA HAZİR BULUNMA HAKKI VE SEGBİS SİSTEMİ

The Right to be Present at the Hearing and Auditory and Visual Information System as Part of the Right to Fair Trial and within the Frame

Burak ATEŞ

16. İŞVERENİN TEHLİKE SORUMLULUĞU (TBK m.7)

Employer's Hazard Liability

Merve UYAROĞLU

17. 1921 TEŞKİLÂT-I ESASİYE KANUNU'NUN YAPIMI BAĞLAMINDA TBMM'NİN KURUCU SIFATI

The Founder Title of GNAT in the Context of the Building of the Law of the Fundamental Organization 1921

Emre GEZER

18. CMR'YE GÖRE TAŞIYICININ EŞYANIN KAYBI VE HASARINDAN DOĞAN ZARARLARDAN SORUMLULUĞU

Liability of the Carrier for Compensation Arising from Loss and Damage of Goods According to CMR

Osman UYAROĞLU

Ahlatlıbel Mahallesi
İncek Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı
06095 Çankaya/ANKARA - TÜRKİYE

T. +90 (312) 489 81 80 • F. +90 (312) 489 81 01

yayin.taa.gov.tr

ISSN:1309-6826

